

T.C.
YAŞAR ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK ANABİLİM DALI
YÜKSEK LİSANS TEZİ

**KEFALET SÖZLEŞMESİNİN TEMEL ÖZELLİKLERİ,
ÇEŞİTLERİ VE BENZER HUKUKİ İLİŞKİLERDEN FARKI**

SELDA GÜÇ

Danışman
Yrd. Doç. Dr. M. Beşir ACABEY

İzmir, 2015

YEMİN METNİ

Yüksek Lisans Tezi olarak sunduğum KEFALET SÖZLEŞMESİNİN TEMEL ÖZELLİKLERİ, ÇEŞİTLERİ VE BENZER HUKUKİ İLİŞKİLERDEN FARKI adlı çalışmanın, tarafımdan bilimsel ahlak ve geleneklere aykırı düşecek bir yardıma başvurmaksızın yazıldığını ve yararlandığım eserlerin kaynakçada gösterilenlerden oluştuğunu, bunlara atıf yapılarak yararlanılmış olduğunu belirtir ve onurumla doğrularım.

02.07.2015

Selda GÜÇ





T.C.
YAŞAR ÜNİVERSİTESİ

SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ TEZLİ YÜKSEK LİSANS TEZ JÜRİ SINAV TUTANAĞI

ÖĞRENCİNİN		
Adı, Soyadı	:	Selda Güç
Öğrenci No	:	
Anabilim Dalı	:	Özel Hukuk
Programı	:	Tezli Yüksek Lisans
Tez Sınav Tarihi	:	02.../2015.. Sınav Saati : 11.00
Tezin Başlığı: ... Kefalet sözleşmesinin temel özellikleri, çeşitleri ve benzer hukuki ilişkilerden farkı ...		
<p>Adayın kişisel çalışmasına dayanan tezini dakikalık süre içinde savunmasından sonra jüri üyelerince gerek çalışma konusu gerekse tezin dayanağı olan anabilim dallarından sorulan sorulara verdiği cevaplar değerlendirilerek tezin,</p>		
<p><input checked="" type="checkbox"/> BAŞARILI olduğuna (S) <input checked="" type="checkbox"/> OY BİRLİĞİ ile karar verilmiştir.</p> <p>1 <input type="checkbox"/> EKSİK sayılması gerektiğine (I) <input type="checkbox"/> OY ÇOKLUĞU</p> <p>2 <input type="checkbox"/> BAŞARISIZ sayılmasına (F)</p>		
<p>3 <input type="checkbox"/> Jüri toplanamadığı için sınav yapılamamıştır.</p> <p>4 <input type="checkbox"/> Öğrenci sınava gelmemiştir.</p>		
<p><input checked="" type="checkbox"/> Başarılı (S)</p> <p><input type="checkbox"/> Eksik (I)</p> <p><input type="checkbox"/> Başarısız (F)</p> <p>Üye: Prof. Dr. Ayşe Hanırcı</p> <p>İmza: </p>	<p><input checked="" type="checkbox"/> Başarılı (S)</p> <p><input type="checkbox"/> Eksik (I)</p> <p><input type="checkbox"/> Başarısız (F)</p> <p>Üye: Doç. Dr. Burcu Donmez</p> <p>İmza: </p>	<p><input type="checkbox"/> Başarılı (S)</p> <p><input type="checkbox"/> Eksik (I)</p> <p><input type="checkbox"/> Başarısız (F)</p> <p>Üye: Y. Doç. Dr. U. İm</p> <p>U. N. İ. Y.</p> <p>İmza: </p>

1 Bu halde adaya 3 ay süre verilir.

2 Bu halde öğrencinin kaydı silinir.

3 Bu halde sınav için yeni bir tarih belirlenir.

4 Bu halde varsa öğrencinin mazeret belgesi Enstitü Yönetim Kurulunda görüşülür. Öğrencinin geçerli mazeretinin olmaması halinde Enstitü Yönetim Kurulu kararıyla ilişkisi kesilir. Mazereti geçerli sayıldığında yeni bir sınav tarihi belirlenir.

İÇİNDEKİLER

KISALTMALAR

GİRİŞ	1
-------	---

BİRİNCİ BÖLÜM

KEFALET SÖZLEŞMESİNİN TANIMI, ÖZELLİKLERİ VE GEÇERLİLİK KOŞULLARI

1. KEFALET SÖZLEŞMESİNİN TANIMI	4
2. KEFALET SÖZLEŞMESİNİN ÖZELLİKLERİ	5
2.1.KEFALET SÖZLEŞMESİNİN TARAFLARI	5
2.2.KEFİLİN BORCUNUN FER’İ BİR BORÇ OLMASI	6
2.2.1. KEFALET SÖZLEŞMESİNİN FER’İLİĞİNİN SONUÇLARI	6
2.2.2. KEFALET SÖZLEŞMESİNİN FER’İLİĞİNİN İSTİSNALARI	8
2.3.KEFİLİN BORCUNUN TALİ BORÇ OLMASI	10
2.4.KEFİLİN BORCUNUN YABANCI BİR BORÇ OLMASI	11
2.5.KEFALETİN BAĞIMSIZ BİR SÖZLEŞME OLMASI	13
2.6.KEFALETİN TEK TARAF BİR BORÇ YÜKLEYEN BİR SÖZLEŞME OLMASI	14
2.7.KEFALETİN TAZMİNAT YÜKÜMLÜLÜĞÜ İÇERMESİ	16
3. KEFALET SÖZLEŞMESİNİN GEÇERLİLİK KOŞULLARI	17
3.1. GEÇERLİ BİR ASIL BORCUN BULUNMASI	17
3.2. GEÇERLİ BİR KEFALET SÖZLEŞMESİNİN YAPILMASI	25
3.2.1. KEFİLİN FİİL EHLİYETİ	26
3.2.1.1.Gerçek Kişiler Açısından Kefilin Fiil Ehliyeti	26
3.2.1.1.1. Tam Ehliyetliler	26
3.2.1.1.2. Tam Ehliyetsizler	27
3.2.1.1.3. Sınırlı Ehliyetsizler	28

3.2.1.2.Eşin Yazılı Rızası	30
3.2.1.3.İİK m. 290 ve İİK m. 325 Hükümü Uyarınca Borçlunun Kefalet Ehliyeti	39
3.2.1.4.Tüzel Kişiler Açısından Kefilin Fiil Ehliyeti	40
3.2.2. İRADE BOZUKLUKLARI	43
3.2.2.1. Yanılma	44
3.2.2.2.Aldatma	47
3.2.2.3.Korkutma	49
3.2.2.4.İrade Bozukluklarının Giderilmesi	51
3.2.3. KEFALETİN TEMSİLCİ ARACILIĞIYLA YAPILMASI	52
3.3. KEFALET SÖZLEŞMESİNİN YAZILI ŞEKİLDE YAPILMASI	54
3.3.1. ŞEKLİN AMACI VE GEÇERLİK ŞARTI OLMASI	55
3.3.2. KEFALET VAADİNDE ŞEKİL	59
3.3.3. ŞEKLİN KAPSAMI	60
3.3.3.1. Kefilin Sorumlu Olacağı Azami Miktarın Gösterilmesi	60
3.3.3.2.Esas Borcun Ferdileştirilmesi	64
3.3.3.3.Kefalet Tarihi	66
3.3.3.4.Kefil Açısından Esaslı Noktalar	67
3.3.3.5.Kefilin Durumunu Ağırlaştırıcı Nitelikteki Değişiklikler	68
3.3.4. ŞEKLE AYKIRILIĞIN SONUÇLARI	70
3.3.4.1.Kesin Hükümsüzlük	70
3.3.4.2.Ödemenin Sebepsiz Zenginleşme Hükümlerine Göre İadesi	73
3.3.4.3.Tazminat Talebi	73

İKİNCİ BÖLÜM

KEFALETİN ÇEŞİTLERİ

1. ADİ KEFALET	75
1.1. ADİ KEFİLİN SAHİP OLDUĞU SAVUNMALAR	81
1.1.1. Tartışma (Peşin Dava) Def'i	81
1.1.2. Tartışma Def'inin İleri Sürülemeyeceği Haller	82
1.1.2.1. Asıl Borçlu Aleyhine Yapılan Takibin Sonucunda Kesin Aciz Belgesi Alınması	82
1.1.2.2. Asıl Borçlu Aleyhine Türkiye'de Takibin İmkânsız Olması veya Önemli Ölçüde Güçleşmesi	84
1.1.2.3. Borçlunun İflası veya Borçluya Konkordato Mehli Verilmiş Olması	84
1.1.3. Rehnin Paraya Çevrilmesi Def'i	87
2. MÜTESELSİL KEFALET	88
2.1. MÜTESELSİL KEFALETİN TANIMI VE ÖZELLİKLERİ	88
2.2. MÜTESELSİL KEFİLİN SORUMLULUĞUNUN TALİ NİTELİĞİ	95
2.2.1. İfada Geciken Esas Borçlunun İhtar Edilmesi	95
2.2.2. Borçlunun Açıkça Ödeme Güçsüzlüğü İçinde Olması	97
2.2.3. Teslime Bağlı Taşınır Rehni ve Alacak Rehninin Öncelikle Paraya Çevrilmesi Gereği	98
2.3. MÜTESELSİL KEFALET VE MÜTESELSİL BORÇLULUK	99
3. TOPLU (BİRLİKTE) KEFALET	101
3.1. BAĞIMSIZ TOPLU KEFALET (GERÇEK OLMAYAN ANLAMDA BİRLİKTE KEFALET)	101
3.2. BİRLİKTE KEFALET (GERÇEK BİRLİKTE KEFALET)	102
3.2.1. Adi Birlikte Kefalet	102
3.2.2. Müteselsil Birlikte Kefalet	105
3.3. KISMİ KEFALET	109

4. KEFİLE KEFALET	110
5. RÜCUA KEFALET	111
6. ZARARA (AÇIĞIN KAPATILMASINA) KEFALET	111

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

KEFALETİN BENZER HUKUKİ İŞLEMLERLE KARŞILAŞTIRILMASI

1. KEFALET VE BORCA KATILMA	114
2. KEFALET VE TEMİNAT AMAÇLI GARANTİ SÖZLEŞMESİ	116
2.1. Sözleşme Metninde Kullanılan Deyimler	117
2.2. Aslilik ve Fer'ilik Kıstası	118
2.3. Menfaat Kıstası	120
2.4. Teminat Veren Üstlendiği Risk	120
2.5. Kişiyeye Yönelik İlgı Kıstası	120
2.6. Belirli Belgelerin İbrazı	121
2.7. Def'i ve İtirazlardan Feragat	122
2.8. İlk Talepte Ödeme Kaydı	122
2.9. Şüphe Halinde Kefalet Karinesi	123
3. KEFALET VE KREDİ EMRİ	125
4. KEFALET VE AVAL	126
5. BANKA TEMİNAT MEKTUPLARI	131
6. KREDİ KARTI SÖZLEŞMELERİ	137
7. ÜÇÜNCÜ KİŞİNİN FİİLİNİ ÜSTLENME SÖZLEŞMESİ	143
8. TBK m. 603 HÜKMÜ VE UYGULAMA ALANI	145
SONUÇ	150
KAYNAKÇA	152

KISALTMALAR

b.	: bent
c.	: cümle
E.	: Esas
f.	: fıkra
İİK	: İcra ve İflas Kanunu
İsv. BK	: İsviçre Borçlar Kanunu
K.	: Karar
m.	: madde
s.	: sayfa
T.	: Tarih
TBK	: Türk Borçlar Kanunu
TMK	: Türk Medeni Kanunu
TTK	: Türk Ticaret Kanunu
vd.	: ve devamı

GİRİŞ

Kefalet sözleşmesi, bir teminat (güvence) sözleşmesi olup, bir kimsenin başkasının karşısında bulunduğu tehlikeyi (rizikoyu) kendi üzerine almasını öngören tüm sözleşmeler için teminat sözleşmesi deyimini kullanılmaktadır. Tehlike ise, gerçekleşmemesi umulan zarar verici bir olayın gerçekleşmesi veya gerçekleşmesi umulan ekonomik bakımdan yararlı bir olayın gerçekleşmemesi ihtimalidir. İşte teminat sözleşmelerinde borçlu, başkasının karşısında bulunduğu bir zarar tehlikesini üzerine almaktadır.¹

Teminat sözleşmesiyle, bir borcun ifa edilmemesi rizikosu üstleniliyorsa, dar ve teknik anlamda bir teminat sözleşmesinden söz edilmektedir. Bir borcun ifa edilmemesi rizikosu bu borcun geçerliliğinden bağımsız olarak üstlenilebileceği gibi, söz konusu borcun geçerli olarak doğması ve devam etmesi gereğine bağlı olarak da üstlenilebilir. Söz konusu olasılıklar dar anlamda teminat sözleşmelerinin değişik görünümelerini oluşturmaktadır. Dar anlamda teminat sözleşmeleri, kişisel teminat sözleşmeleri ve aynı (nesnel) teminat sözleşmeleri olmak üzere kendi içinde ikiye ayrılır.²

Teminat sözleşmelerinden bir taşınır, taşınmaz, alacak veya işletme üzerinde rehin tesisi yükümlülüğünü içerenler alacaklıya aynı bir teminat sağlamaya yönelmektedirler. Bunlar teslim, tescil veya alacağın temlik yahut terhin cirosu gibi bir tasarruf işlemiyle ifa edilince alacaklı lehine bir aynı hak doğar ve rehin veren borçluya veya üçüncü bir kişiye ait belli bir mal üzerinden öncelikle alacağını karşılamak olanağına sahip olur.³ Aynı teminata malik, sadece alacaklının alacağını bu maldan tahsil etmesine katlanmakla yükümlüdür. Aynı teminat verenin, asıl borçtan şahsi bir sorumluluğunun bulunması ise ayrı bir sorumluluk yaratmaktadır.⁴ Örneğin, rehni üçüncü kişi vermişse onun sorumluluğu sadece bu malla sınırlı olup, borçlunun haczi kabil bütün mal varlığı kendisine karşı olan diğer alacaklarla birlikte bu alacağa ayrıca karşılık teşkil etmektedir. Rehni bizzat borçlu vermiş ise, alacaklı

¹ **Yavuz**, Cevdet: Borçlar Hukuku Dersleri (Özel Hükümler), 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'na Göre Güncellenmiş ve Yenilenmiş 11. Baskı, İstanbul 2012, s. 665

² **Özen**, Burak: 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu Çerçevesinde Kefalet Sözleşmesi, 2. Bası, İstanbul 2012, s. 2

³ **Tandoğan**, Haluk: Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, Cilt II, 5. Tıpkıbasım, İstanbul 2011, s. 689

⁴ **Ayan**, Serkan: Kefalet Sözleşmesinde Kefilin Sorumluluğu, Ankara 2013, s. 11

alacağını rehin konusu maldan öncelikle ve borçlunun diğer haczi kabil mallarından da diğer alacaklılarla birlikte karşılama olanağını elde etmektedir.⁵

Kişisel teminat sözleşmelerinde ise, alacaklının alacağını tahsil için diğer alacaklılara göre öncelikle yararlanabileceği belli bir mal yoktur. Kişisel teminat veren borçlunun, haczi kabil bütün mal varlığı giriştiği yükümlülüğün karşılığını teşkil etmektedir. Dolayısıyla borçlunun iflası halinde, teminat alan, diğer alacaklılar gibi ancak nispeti dâhilinde bir pay alabilecektir. Kişisel bir teminat elde eden alacaklının bu teminatı, asıl borçlunun mal varlığı yanında teminat borçlusunun mal varlığına başvurabilmek biçiminde de kendini göstermektedir.⁶

Borcun ifa edilmemesi riskinin borçlu haricinde bir üçüncü kişi tarafından üstlenildiği başlıca kişisel teminat sözleşmeleri, kefalet ve teminat amaçlı garanti sözleşmesi olarak karşımıza çıkmaktadır. Borcun ifa edilmemesine bağlı riziko borcun geçerliliği ve devamından bağımsız olarak üstleniliyorsa teminat amaçlı garanti sözleşmesi; buna karşılık verilen kişisel teminat asıl borcun geçerliliğine ve devamına bağlı ise kefalet sözleşmesi söz konusu olmaktadır. Bir borç ilişkisi kurulurken borçlusunun ödeme gücüne güvenmeyen alacaklı, teminat elde etmek amacıyla, başka kişilerin de müteselsil borç altına girmesini isteyebilir. Yine mevcut bir borca başkasının katılması yoluyla da alacaklıya teminat verilebilir. Birden fazla kişinin müteselsil borç altına girmesi alacaklının sorumlu tutabileceği kişilerin sayısını arttıracak gibi, mevcut bir borca katılan kişi de müteselsil borçlu durumuna geçecek ve aynı şekilde alacaklının sorumlu tutabileceği kişilerin sayısı artacaktır. O halde, teminat amacıyla başta müteselsil borç üstlenme veya mevcut bir borca sonradan katılma kişisel teminat sözleşmeleri kapsamında görülebilir. Bunların yanı sıra, kredi emri, kıymetli evrak hukukundaki aval ve komisyoncunun verdiği özel teminat da kişisel teminat sözleşmeleri arasında sayılabilir.⁷

Aşağıda kişisel teminat sözleşmelerinden uygulamada sıkça karşılaşılan kefalet sözleşmesini, öncelikle tanımını, özellikleri ve geçerlilik şartları kapsamında inceleyeceğiz. Akabinde kefalet sözleşmesinin çeşitlerine ve diğer kişisel teminat

⁵ Tandoğan, Haluk: s. 689

⁶ Tandoğan, Haluk: s. 689

⁷ Özen, Burak: s. 6-7

sözleşmelerinden farkına değinecek ve son olarak kefalet sözleşmesinin banka teminat mektubu, kredi kartı sözleşmesi ve üçüncü kişinin fiilini üstlenme gibi hukuki niteliği tartışmalı olan sözleşmelerdeki yerini ve önemini ele alacağız.

BİRİNCİ BÖLÜM

KEFALET SÖZLEŞMESİNİN TANIMI, ÖZELLİKLERİ VE GEÇERLİLİK KOŞULLARI

1. KEFALET SÖZLEŞMESİNİN TANIMI

Kefalet akdi, her ne kadar yabancı bir borcun sorumluluğunu üzerine alması dolayısıyla daima üçlü bir ilişkiyi zorunlu kılsa da bu üçlü ilişkide asıl borçlu hiçbir zaman kefalet akdinin tarafı değildir. Zira kefalet sözleşmesi alacaklı ile kefil arasında kurulmaktadır.⁸

Kefalet sözleşmesi, 818 sayılı Borçlar Kanunu'nun 483. maddesinde şu şekilde tanımlanmaktaydı; 'Kefalet, bir akittir ki onunla bir kimse, borçlunun akdettiği borcun edasını temin etmeği alacaklıya karşı taahhüt eder.' 818 sayılı Borçlar Kanunu'ndaki tanım sahip olduğu aksaklıklar nedeniyle pek çok noktada eleştiriye tabi tutulmuştu. İlk olarak, tarifteki 'borçlunun akdettiği borç' tabiri sadece akdi yükümlülükler için kefil olunabileceği izlenimini uyandırmaktaydı.⁹ Hâlbuki kefalet sözleşmesi, sadece sözleşmeden doğan borçlara değil, haksız fiil veya sebepsiz zenginleşmeden yahut nafaka borcu gibi kanundan doğan borçlara da verilebilir. Başka bir deyişle, para ile belirtilebilen, tazmin edilebilen herhangi bir borç için hukuki sebebi ne olursa olsun kefalet altına girilebilir.¹⁰ Bunun yanı sıra, kefil borçlunun borcunu ödemesini temin etmeyi taahhüt etmez, borçlunun borcunu ödememesi halinde bundan şahsen sorumlu olmayı taahhüt etmektedir. Aksi takdirde, borcun edasını temin ettiği kabul edilseydi, asıl borcun yerine getirilmesi için gerekli çabayı gösterdiğini ve bu bakımdan bir kusuru olmadığını ispat etmesi halinde kefilin borcundan kurtulması gerekirdi.¹¹ 818 sayılı Borçlar Kanunu m. 483'deki tanımda yer alan bir diğer aksaklık ise, 'borçlunun akdettiği (hâlihazırda mevcut) bir borca kefil olmaktan söz edilmesidir. Oysa kefalet sözleşmesinde böyle bir zorunluluk olmayıp, ileride doğacak bir borca kefil olunması da mümkündür.¹²

⁸ **Reisoğlu**, Seza: Türk Kefalet Hukuku, Ankara 2013, s. 20

⁹ **Reisoğlu**, Seza: s. 21; **Tandoğan**, Haluk: s. 693; **Yavuz**, Nihat: s. 801

¹⁰ **Tandoğan**, Haluk: s. 693

¹¹ **Tandoğan**, Haluk: s. 693; **Reisoğlu**, Seza: s. 21

¹² **Özen**, Burak: s. 53

6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 581. maddesinde kefalet sözleşmesi, eski tanıma yönelik eleştiriler de dikkate alınarak yeniden düzenlenmiştir. Söz konusu tanıma göre, 'Kefalet sözleşmesi, kefilin alacaklıya karşı, borçlunun borcunu ifa etmemesinin sonuçlarından kişisel olarak sorumlu olmayı üstlendiği sözleşmedir.' TBK m. 581 düzenlemesinde öngörüldüğü şekliyle kefilin taahhüdü, borçlunun borcunun ifasını sağlamaya yönelik olmayıp, bilakis borçlunun borcunu ifa etmemesinin sonuçlarından kendi malvarlığıyla, şahsen sorumlu olmasına yöneliktir. TBK m. 581 düzenlemesi bunun yanı sıra, salt borcu doğuran borç ilişkisinin tarafı olan borçlunun değil, aynı zamanda borcun nakli yoluyla borcu devralan üçüncü kişinin de (her ne kadar borcu doğuran borç ilişkisinin tarafı olmasa da) alacaklıyla aralarında kefalet sözleşmesi akdedilmesini mümkün kılar. Nitekim aynı sonuç, temlik edilen alacağa ilişkin olarak da geçerlidir. Bir alacak hakkının üçüncü kişiye temlik edilmesi ihtimalinde, alacağı temellük eden alacaklı, alacağı doğuran borç ilişkisinin tarafı olan yani alacağı temlik eden alacaklıdan bağımsız olarak üçüncü bir kişi ile yapacağı kefalet sözleşmesiyle de alacağını teminat altına alabilir.¹³ TBK m. 581 hükmünün ifade biçimi aynı zamanda, kefilin kişisel sorumluluk üstlendiği borcun bir sözleşmeden doğması veya hâlihazırda doğmuş (mevcut) olması gerektiği gibi yanılırlara düşmeye de imkân vermeyecek niteliktedir.¹⁴

2. KEFALET SÖZLEŞMESİNİN ÖZELLİKLERİ

2.1. KEFALET SÖZLEŞMESİNİN TARAFLARI

Kefalet sözleşmesinin tarafları kefil ile kefalet güvencesine bağlanan borcun alacaklısıdır. Kefalet konusu borcun borçlusu (esas borçlu), kefalet sözleşmesinde taraf değildir. Kefalet sözleşmesi bakımından esas borcun taşıdığı öneme bakılarak, bu borcun borçlusunun kefalet sözleşmesinde taraf olduğu yanılırlığına düşülmemelidir.¹⁵

¹³ **Gümüş**, Mustafa Alper: Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Cilt II, 2. Bası, İstanbul 2012, s. 285

¹⁴ **Özen**, Burak: s. 53

¹⁵ **Özen**, Burak: s. 53–54; **Tandoğan**, Haluk: s. 693

2.2. KEFİLİN BORCUNUN FER'İ BİR BORÇ OLMASI

Kefalet sözleşmesi, her zaman geçerli bir esas borcun varlığını gerektirmektedir. Zira böylelikle kefilin yükümlülüğü esas borçtan kaynaklanan yükümlülüğe bağlı olmaktadır. Kefalet sözleşmesinin fer'i bir sorumluluk doğurduğu sonucuna ise bu bağlılıktan ulaşmaktayız.¹⁶ Kefalet ancak kefil olunabilen, yani hukukça tanınan bir asıl borcun varlığı durumunda doğabilir ve varlığını sürdürebilir.¹⁷ Geçerli bir esas borç olacak ve devam edecektir ki, bu borcun yerine getirileceğine ilişkin olarak alacaklıya teminat verilebilsin. Olağan bir teminat sözleşmesi, teminat kavramının doğası gereği, temin edilen borcun mevcut ve geçerli olması gerekliliğini beraberinde getirmektedir. Bir borcun mevcut ve geçerli olup olmadığına bakılmaksızın verilecek bir teminat olağanüstü bir teminatır. Böylesine olağanüstü bir teminat vermek, kefalet sözleşmesinin değil, garanti sözleşmesinin işlevini oluşturur.¹⁸

Kefalet akdinde tarafların fer'ilik niteliğini bertaraf edecek şekildeki anlaşmaları geçerlilik arz etmemektedir. Bununla birlikte kefaletin fer'ilik niteliği, kefalet akdindeki kefilin alacaklıya, asıl borçlunun borcunu ifa edememesine karşı teminat sağlama borcu karşısında bazen istisnai olarak da uygulanmayabilir.¹⁹

2.2.1. KEFALET SÖZLEŞMENİN FER'İLİĞİNİN SONUÇLARI

Fer'ilik ilkesi gereği, kefaletle güvence altına alınan alacak başkasına devredilirse, kefaletten doğan haklar da yeni alacaklıya geçer; bu alacak ortadan kalkarsa, kefaletten doğan haklar da son bulur. Ortadan kalkmış esas borcun tekrar canlanması durumunda, fer'i nitelikteki kefilin sorumluluğu da tekrar canlanır.²⁰

Fer'ilik ilkesinin bir diğer özelliği, kefilin asıl borçludan fazla bir mükellefiyet yüklenememesi, kefilin sorumluluğunun asıl borçlunun sorumluluğundan daha ağır olamamasıdır. Asıl borç şarta bağlı olduğu halde kefilin

¹⁶ Özen, Burak: s. 79–80

¹⁷ Yavuz, Cevdet: s. 669; Reisoğlu, Seza: s. 45

¹⁸ Özen, Burak: s. 80

¹⁹ Grassinger, Gülçin Elçin: Borçlar Kanununa Göre Kefilin Alacaklıya Karşı Sahip Olduğu Savunma İmkânları, İstanbul 1995, s. 13

²⁰ Özen, Burak: s. 80–81

şartsız olarak borçlanması, asıl borçlu sadece ağır kusurdan sorumlu olduğu halde kefilin asıl borçlunun hafif kusurundan dahi sorumlu tutulması söz konusu olamaz.²¹

Kefilin sorumluluğunun kapsamı esas borçlunun sorumluluğunu aşacak biçimde belirlenmişse, bir değerlendirme yapılmalıdır. Bu ihtimalde tarafların, kefalet sözleşmesi yerine başka bir sözleşmeyi amaçladıkları sonucuna varılabilir.²²

Kefil asıl borçluya ait bütün def'ileri ve itirazları (acziyle ilgili olan belli bir oranda ödeme, faiz ödememe gibi itirazlar dışında) alacaklıya karşı ileri sürme olanağına sahiptir.²³ Esas borçlu, alacaklıyla yaptığı sulh sözleşmesi veya soyut borç ikrarıyla sahip olduğu savunma imkânlarından vazgeçebilir. Öte yandan, esas borçlunun, alacaklıyla anlaşarak esas borcun kapsamını genişletmesi de mümkündür. Esas borçlu ile alacaklı arasındaki bu tür anlaşmalar kefilin durumunu ağırlaştırmaz. Esas borçluyla alacaklı arasında yapılan sorumsuzluk anlaşmasıyla esas borçlunun hafif ihmâl düzeyindeki kusurlarından ötürü sorumlu olmayacağı kararlaştırılmışsa, kefil de bu anlaşmadan yararlanabilir. Borcun hiç veya gereği gibi ifa edilmemesi esas borçlunun hafif ihmâl düzeyinde bir kusurundan kaynaklanıyorsa, alacaklı ne esas borçluyu ne de kefilini sorumlu tutabilir. Kefilin esas borçlunun sahip olduğu savunma olanaklarını kullanabilmesinin tek istisnasını, esas borçluya ödeme güçsüzlüğü içinde olması sebebiyle tanınan savunmalar oluşturmaktadır. Söz konusu savunmalara kefil dayanamaz.²⁴

6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu m. 590 f. 1 ve f. 3 hükmü, asıl borcun muaccel hale gelmesi alacaklı veya borçlunun önceden yapacağı bildirimle bağlıysa, kefilin borcunun da evvela kendisine yapılan ihbar tarihi itibarıyla muacceliyet kazanacağı şeklindedir. Alacak asıl borçluya karşı muaccel olmadan kefile karşı da muaccel olmaz. Diğer bir ifadeyle kefil, esas borçlunun sahip olduğu 'muacceliyet eksikliği' savunmasını kullanabilir.²⁵ 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu m. 593 f. 3 hükmü, 'Alacaklının rızası varsa kefil, asıl borcu muaccel olmasından önce de

²¹ Tandoğan, Haluk: s. 695

²² Özen, Burak: s. 81

²³ Tandoğan, Haluk: s. 696

²⁴ Özen, Burak: s. 85

²⁵ Özen, Burak: s. 85; Reisoğlu, Seza: s. 23; Tandoğan, Haluk: s. 695

ödeyebilir. Ancak, bu durumda kefil, asıl borçluya karşı rücu hakkını borcun muaccel olmasından önce kullanamaz.’ şeklindedir.

2.2.2. KEFALET SÖZLEŞMESİNİN FER’İLİĞİNİN İSTİSNALARI

2004 sayılı İİK m. 295 f. 1’e göre, ‘Konkordatoya muvafakat etmeyen alacaklı müşterek borçlulara ve borçlunun kefillerine ve borcu tekeffül edenlere karşı bütün haklarını muhafaza eder.’ İİK m. 295 f. 2 ise, ‘Konkordatoya muvafakat etmiş olan alacaklı dahi kendi haklarını yukarıdaki kimselere ödeme mukabilinde temlik teklif etmek ve onlara toplanmanın günü ile yerinden en aşağı on gün evvel haber vermek şartıyla bu hükümden istifade eder.’ şeklindedir. Konkordatoya muvafakat etmeyen veya etse bile İİK m. 295 f. 2’de belirtilen gerekleri yerine getiren alacaklının kefiliden alacağın tamamını talep edebilmesi, kefalet sözleşmesinin temel amacı çerçevesinde haklı görülebilir.²⁶ Zira borçlu, konkordatoda tespit edilen nispet dâhilinde sorumlu iken; kefil, asıl borcu aşan nispette ödeme ile mükelleftir.²⁷

Kefilin sorumluluğunun esas borcun varlığına ve devamına bağlı olmasının bir diğer istisnasını İİK m. 196 oluşturmaktadır. İİK m. 196’ya göre, iflasın açılması üzerine artık iflas eden aleyhine faiz işlemediği halde, kefilin faizlerden dolayı sorumluluğu devam etmektedir.²⁸

Fer’ilik ilkesinin bir diğer istisnasını ise MK m. 629 hükmü oluşturmaktadır. MK m. 629 f. 1 hükmüne göre, alacaklarını süresi içinde yazdırmayan alacaklılara karşı mirasçılarının deftere yazılmayan alacaklardan ötürü sorumlulukları yoktur. MK m. 629 f. 2 hükmüne göre ise, alacaklının kusuru olmadan deftere yazdıramadığı veya bildirdiği halde deftere yazılmamış alacakları için mirasçısının sorumluluğu zenginleşmesiyle sınırlıdır. Mirasçılar, mirası tutulan defter gereğince kabul etmişlerse alacaklarını kaydettirmemiş olan alacaklılara karşı mirastan kendilerine düşen miktarla sorumlu oldukları halde; kefil, borcun tamamından sorumlu olmaktadır.²⁹

²⁶ Özen, Burak: s. 96; Reisoğlu, Seza: s. 24; Tandoğan, Haluk: s. 696

²⁷ Olgaç, Senai: Kefalet, Ankara 1978, s. 13; Reisoğlu, Seza: s. 24

²⁸ Tandoğan, Haluk: s. 696

²⁹ Tandoğan, Haluk: s. 696

Bunun yanı sıra bir aylık süre zarfında itiraz edilmemesi halinde kesinleşerek asıl borçlu için bağlayıcı olan ve İİK m. 68 anlamında bir belge oluşturan asıl borcun, bu borca cari hesap veya kısa, orta ve uzun vadeli krediye kefil olan kişi için de bağlayıcı olup olmadığı hususu ise tartışmalıdır. Her ne kadar kefalet fer'i bir borç doğursa ve geçerli bir asıl borcun varlığı dolayısıyla kefil de söz konusu borcu ödemekle yükümlü bulunsa da İİK m. 68/b hükmünde kefil ile ilgili bir düzenleme bulunmamaktadır. Süre içinde itiraz edilmemesi halinde geçerli bir asıl borcun bulunduğu da kabul edilmemekte, sadece süre içinde itiraz edilmeme halinde borçlu tarafından ilk önce asıl borcun ödenmesi, daha sonra eğer asıl borç yoksa bir dava yoluyla geri alınabilmesi hükmüne bağlanmaktadır. Buna karşılık kefilin de ilk önce ödemesi, sonra asıl borç yoksa veya geçersizse iadesi için dava açması şeklinde bir düzenleme maddede olmadığı gibi, ödeme için kefile hesap özeti gönderilmemekte ve kefilin bu maddeye göre bir itiraz hakkı da bulunmamaktadır. Bunun sonucu olarak İİK 68/b maddesi kefile karşı ileri sürülemez. Aksi takdirde, asıl borçlunun itiraz süresi içerisinde itiraz etmemek suretiyle kefile ödemeye zorlaması gibi bir sonuç ortaya çıkmaktadır.³⁰ Nitekim öğretilerde Türk de aynı şekilde, İcra ve İflas Kanunu'nun 68/b maddesinin kefiller hakkında uygulanamayacağı görüşündedir. Zira söz konusu maddede bu tarz bir düzenleme yer almadığından, hesap özetleri kefile gönderilmemekte ve kefilin de bu maddeye göre bir itiraz hakkı bulunmamaktadır. Kefilin sorumluluğu geçerli bir asıl borcun varlığına bağlıdır. Oysa hesap özetlerinin kesinleşmesi, asıl borcun varlığını göstermemekte sadece itirazın kesin kaldırılmasına dayanak oluşturmaktadır. Bu durumda kefilin asıl borçlu gibi önce borcu ödeyip, daha sonra istirdat davası açması mümkün olmadığından İİK m. 68/b hükmünün kefiller hakkında uygulanması düşünülemez.³¹

2004 sayılı İİK m. 150/1 maddesi de 68/b maddesi gibi, salt asıl borçlu göz önünde tutulmak suretiyle düzenlenmiştir. Nakdi ve gayrinakdi krediye kefil olan kişiye İİK 150/1 maddesi uyarınca noter aracılığıyla herhangi bir ödeme ihbarı yapılmayacak, alacaklı aynı ihbarı kefile yapsa dahi maddeye göre kefilin itiraz hakkı bulunmayacaktır. Bununla birlikte Borçlar Kanununa göre, kefile karşı bir borç kendisine bildirildiği tarihte muaccel olacağından, hesabın kesilmesinin ardından

³⁰ Reisoğlu, Seza: s. 146

³¹ Türk, Ahmet: Banka Kredi Açma Sözleşmelerinden Doğan Kredi Alacaklarına Müteselsil Kefaletle İlişkin Bazı Sorunlar, www.cu.edu.tr, (19.09.2014), s. 5

tazmin talebinin borçlu ile birlikte kefile de bildirilmesi gerekmekte olup, aksi takdirde kefileden gecikme faizi istenemeyecektir. İİK 150/1 maddesine göre, süresi içerisinde borca itiraz etmeyen borçlunun takip hukuku açısından borcu kesinleşecek, o takdirde borçluya icra emri gönderilecektir. Ancak 150/1 maddesi sadece borçlu hakkında geçerli olacağından kefile icra emri değil, ödeme emri gönderilmesi gerekmektedir.³² Kanaatimce de her ne kadar kefilin borcu geçerli bir asıl borcun varlığına bağlı bulunsa da, gerek TBK 590 maddesinde öngörülen kefilin takibi için gerekli olan muacceliyet tarihinin asıl borcun kefile yapılan bildirim tarihinden itibaren başlayacağına ilişkin hükmü gerekse de TMK 2 maddesinde öngörülen iyi niyet hükmü uyarınca, asıl borçlunun itiraz etmemesi sonucu kesinleşen borç, kefil hakkında hüküm ve sonuçlarını doğurmamaktadır. Asıl borcun kefil hakkında da hüküm ve sonuçlarını doğurması, ancak kefile yapılacak bildirim ve kefile tanınacak itiraz hakkıyla mümkün olmaktadır.

2.3. KEFİLİN BORCUNUN İKİNCİL (TALİ) BORÇ OLMASI

Kefalet sözleşmesinde alacaklı için kefilin edimi ancak borçlunun borcunu ifa etmemesine bağlı olarak, boşa çıkan ifa menfaatinin karşılanması bakımından önem taşır. Alacaklının ifadaki menfaati asıl borçluya aralarındaki borç ilişkisini ön plana çıkardığından, kefalet sözleşmesi her zaman için tali yani ikincil bir borç ilişkisi konumundadır.³³ Ancak burada kefalet sözleşmesinin ikincil (tali) bir sorumluluk doğurduğu ifadesi, geniş ve dar olmak üzere iki anlamda kullanılmış olabilir. Kefalet sözleşmesi alacaklıya teminat verme amacını taşıdığından, alacaklının kefile başvurması, esas borçlu ifayı zamanında gerçekleştirmezse gündeme gelecektir. ‘Muaccel’ bir esas borcun ifasında gecikme olgusu gerçekleşmeden kefil sorumlu tutulamaz. Bu geniş anlamıyla ikincillik (talilik) olgusu her türlü kefalet sözleşmesinde karşımıza çıkmaktadır. Peşin dava (tartışma) def’ini kullanarak önce esas borçlunun takip edilmesini isteyen kefilin sorumluluğu ise, dar anlamıyla ikincil bir sorumluluktur. Kefile başvurmak isteyen alacaklının öncelikle esas borçluyu takip etmek ve rehinleri paraya çevirmek zorunda olması, kefilin sorumluluğunun dar anlamıyla da ikincil olduğunu göstermektedir.³⁴ Kefalet akdinin tali niteliği, fer’i

³² Reisoğlu, Seza: Türk Hukukunda ve Bankacılık Uygulamasında Kefalet, Ankara 1992, s. 103-104

³³ Gümüş, Mustafa Alper: s. 288

³⁴ Özen, Burak: s. 111

niteliği gibi esaslı nitelik arz etmediğinden, tarafların kefalet sözleşmesinde öngörülen tali niteliği bertaraf etmeleri mümkündür.³⁵ Kefilin borcunun ikinci derecede olma niteliği özellikle adi kefalette kendini göstermektedir. Kural olarak borçluya karşı takip yapıp, bu takip semeresiz kalmadan ve kefaletten önce verilmiş rehne başvurmadan adi kefil takip olunamaz.³⁶

Müteselsil kefalette de (dar anlamıyla) ikincillikten söz edilebilir. 818 sayılı Borçlar Kanunu madde 487'deki müteselsil kefalete ilişkin bölüm, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu madde 586'da yeniden düzenlenmiştir. 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu m. 586'da müteselsil kefalet, 'Kefil, müteselsil kefil sıfatıyla veya bu anlama gelen herhangi bir ifadeyle yükümlülük altına girmeyi kabul etmişse alacaklı, borçluyu takip etmeden veya taşınmaz rehnini paraya çevirmeden 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 güvenceye alınmışsa, rehni paraya çevrilmesinden önce kefile başvurulamaz. Ancak, alacağın rehni paraya çevrilmesi yoluyla tamamen karşılanamayacağını önceden hakim tarafından belirlenmesi veya borçlunun iflas etmesi ya da konkordato mehli verilmesi hallerinde, rehni paraya çevrilmesinden önce de kefile başvurulabilir.' şeklinde düzenlenmiştir. Söz konusu düzenlemeyle, müteselsil kefalette de kefilin borcunun dar anlamıyla ikincil olduğunu söyleyebiliriz. Bu konuyu ileride kefalet sözleşmesinin çeşitlerini incelerken daha detaylı şekilde yeniden ele alacağız.

2.4. KEFİLİN BORCUNUN YABANCI BİR BORÇ OLMASI

Kefilin borcu, kanundaki tanımdan da anlaşılacağı üzere, asıl borcun ifasına ilişkin teminat vermeye dayanmaktadır. Kefilin borcu, asıl borcun ifasına ilişkin değildir. Asıl borcu ifa edecek olan asıl borçludur. Söz konusu durum, özellikle borçlunun para borcu niteliğinde olmayan yapmama ya da iş görme şeklindeki borçlarında görülmektedir. Asıl borcu yüklenmek amacıyla olmayan kefil, bu gibi durumlarda asıl borçlunun edimini yerine getiremez. Edimde bulunan kefil, asıl borcu değil, ondan başka olan kendi kefalet borcunu ödediği için, onun edimi ancak

³⁵ Grassinger, Gülçin Elçin: s. 14

³⁶ Yavuz, Cevdet: s. 669

kendi borcunu sona erdirir, yoksa asıl borcu değil.³⁷ Bu sebeple, mevcut ve geçerli bir kefalet akdinin doğabilmesi, ancak yabancı bir borcun, yani üçüncü bir şahsın borcuna katlanmayı gerektirir. Rehin hakkının tesisi ve cezai şart tarzındaki diğer bazı teminat akitlerinde, teminatın asıl borçlu tarafından verilmesi mümkünken, kefalet akdinin mahiyeti bir kimsenin kendi borcu için kefil olmasına imkân vermemektedir.³⁸ 6098 sayılı TBK m. 596 f. 1 c. 1 hükmünde, ‘Kefilin Rücu Hakkı’, ‘Kefil, alacaklıya ifada bulunduğu ölçüde, onun haklarına halef olur.’ şeklinde düzenlenmiştir. Böylelikle, asıl borç kefilin alacaklıya yaptığı ödemeye birlikte son bulmayıp, yasal halefiyet çerçevesinde kefile geçecektir.³⁹

Kefilin borcunun asıl borca yabancı bir borç olması ve kefilin alacaklıya teminat sağlama gayesi düşünüldüğünde, bir kimsenin kendi borcu için kefil olması kural olarak mümkün değildir. Ancak bir kimse kendi alacağı için kefil olmuşsa, alacak kendisinde kaldığı sürece bu hüküm doğurmaz, alacak bir başkasına devredildiği anda kefalet devreye girer.⁴⁰ Bununla birlikte, uygulamada bazen mahkemelerce, bankaların kendi lehlerine (örneğin bir ihtiyati tedbirin konulması veya kaldırılması için) verdikleri kefalet niteliğindeki banka teminat mektupları bulunmaktadır.⁴¹ Bunun gibi, kefilin sonradan miras gibi bir sebeple asıl borçlu durumuna girmesi, gerçek olmayan birleşme olarak nitelendirilmektedir. Söz konusu durumlarda da alacaklının kefaletten sağlayacağı yararlar saklı kalmaktadır.⁴² Asıl borçlu ile kefil sıfatının aynı kimsede birleşmesi halinde, bilhassa kefaletin bir rehinle temin edilmesi veya kefile kefil olunması ihtimallerinde kefaletin sona erdiğinin kabulü alacaklıyı icabında bu rehne veya kefile kefil olana müracaat hakkından mahrum etmektedir.⁴³ Nitekim TBK m. 598 f. 2 hükmünde bu husus açıklığa kavuşturulmuştur. TBK m. 598 f. 2 düzenlemesinde asıl borçlu ile kefil sıfatlarının birleşmesi hali, ‘Borçlu ve kefil sıfatı aynı kişide birleşmiş olursa, alacaklı için kefaletten doğan özel yararlar saklı kalır.’ şeklinde belirtilmiştir.

³⁷ **Yavuz**, Cevdet: s. 668

³⁸ **Reisoğlu**, Seza: s. 32; **Gümüş**, Mustafa Alper: s. 289

³⁹ **Yavuz**, Cevdet: s. 668–669

⁴⁰ **Zevkliler**, Aydın / **Gökyayla**, K. Emre: Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, 11. Bası, İzmir 2010, s. 530

⁴¹ **Tandoğan**, Haluk: s. 699

⁴² **Yavuz**, Cevdet: s. 669

⁴³ **Reisoğlu**, Seza: s. 33

2.5. KEFALETİN BAĞIMSIZ BİR SÖZLEŞME OLMASI

Kefalet sözleşmesi, asıl borcu doğuran hukuki ilişkiden ayrı muhtevası ve hukuki sebebi olan, tamamıyla bağımsız bir sözleşmedir. Kefaletin temin ettiği asıl borcun sözleşmeden, haksız fiilden ya da sebepsiz zenginleşmeden doğması mümkün olduğu halde, kefaletin hukuki sebebi daima alacaklıya teminat sağlama şeklinde kendini göstermektedir. Yine asıl borçlu, yapma, yapmama ya da paradan başka bir şeyi verme edimleriyle borçlu olabileceği halde, kefilin borcu daima para borcudur.⁴⁴

Esas borcun kaynaklandığı sözleşme koşula bağlı olmasa ve esas borç için bir vade kararlaştırılmasa bile, kefilin borcu koşula veya vadeye bağlı olabilir. Esas borcu doğuran sözleşme geçerli olmasına rağmen, kefalet sözleşmesi geçersiz olabilir. Örneğin sadece kefalet sözleşmesini etkileyen bir irade sakatlığı veya kesin hükümsüzlük sebebi bulunabilir. Bunun yanı sıra, esas borcun kaynaklandığı sözleşme bakımından ortaya çıkan bir geçersizlik sebebinin, kefalet sözleşmesi bakımından da bir geçersizliğe yol açması mümkündür. Örneğin hem esas borcu doğuran sözleşmeyi hem de kefalet sözleşmesini etkileyen bir olgunun bulunması mümkündür. Söz konusu durumlarda, esas borcu doğuran sözleşme için iptal hakkının kullanılmaması, kefalet sözleşmesi bakımından da iptal hakkının kullanılmamasını gerektirmez.⁴⁵

Kefalet sözleşmesinin bağımsız niteliğinin bir diğer sonucu ise, ifa yeri ve yetkili mahkemenin saptanmasında kendini göstermektedir. Kefilin borcunu nerede ifa edeceği ve ifa etmediği takdirde hakkındaki dava ve icra takibinin nerede yürütüleceği, salt kefalet sözleşmesi esas alınarak belirlenmelidir. Kefile karşı açılacak dava veya yürütülecek takiplerde yetkili mahkeme ve icra dairesinin belirlenmesi hususu, esas borcun varlığı veya içeriği ile ilgili değildir.⁴⁶

Aynı şekilde her iki borç ilişkisinin birbirinden bağımsız olması sebebiyle, kefalet akdinin kendine özgü sona erme sebepleri mevcuttur. Kefalet akdinin asıl

⁴⁴ **Yavuz**, Cevdet: s. 670

⁴⁵ **Özen**, Burak: s. 66; **Gümüş**, Mustafa Alper: s. 289

⁴⁶ **Özen**, Burak: s. 67

borçtan ayrı olarak şarta veya vadeye bağlanması mümkün olup, kefalet akdi asıl borç ilişkisinden ayrı zamanaşımı süresine de bağlıdır.⁴⁷

Bunun yanı sıra, esas borçlunun iflasına bağlı olarak esas borcun vadesinden önce muaccel olması, vadesi gelmemiş olan kefalet borcunun muaccel hale gelmesine yol açmaz. Kefilin borcu ayrıca vadeye bağlanmış olmasa bile, esas borcun bağlandığı vade henüz gelmemişse kefil, iflas eden esas borçlunun yapamayacağı muacceliyet eksikliği savunmasını yapabilir.⁴⁸

2.6. KEFALETİN TEK TARAFAYA BORÇ YÜKLEYEN BİR SÖZLEŞME OLMASI

Kefalet sözleşmesinin yasadaki tanımından da anlaşılacağı üzere, bu sözleşmeyle yalnızca kefil borçlu durumundadır; alacaklı, kefile karşı bir borç altına girmez.⁴⁹ Kefalet sözleşmelerindeki ivazsızlık, salt asıl borçlunun kefile kefaleti sebebiyle bir bedel ödememesinden değil, aynı zamanda kefilin üstlendiği riskin genellikle telafi edilemez bir risk olmasından da kaynaklanmaktadır.⁵⁰ Ancak öğretilerdeki bir görüşe göre, her ne kadar kefalet sözleşmeleri kural olarak tek tarafa borç yükleyen bir sözleşme niteliğine haiz olsa da alacaklıya kanunen yüklenen bazı yan yükümlülükler (TBK m. 592–594) sebebiyle, eksik iki tarafa borç yükleyen sözleşme niteliğindedir.⁵¹

Alacaklının, karşı bir edim üstlenmese bile kefalet sözleşmesinden kaynaklanan ve bazı koşulların gerçekleşmesine bağlı olarak ortaya çıkan yükümlülükleri bulunmaktadır. Bu yükümlülükler TBK m. 592’de ‘Özen Gösterme, Rehin ve Borç Senetlerinin Teslimi’ başlığı altında öngörülmüştür. Alacaklı kefalet sırasında var olan veya daha sonra asıl borçludan alacağın özel güvencesi olmak üzere elde ettiği teminatları kefilin zararına olarak elden çıkarmamalı ve söz konusu teminatların değerini düşürmekten de kaçınmalıdır.⁵² 6098 sayılı TBK m. 592 f.

⁴⁷ Grassinger, Gülçin Elçin: s. 14

⁴⁸ Özen, Burak: s. 67

⁴⁹ Yavuz, Cevdet: s. 670; Reisoğlu, Seza: s. 25

⁵⁰ Battal, Ahmet: Kefalet Ehliyeti Yönünden Şahıs ve Sermaye Şirketleri, Banka ve Finans Hukuku Dergisi, Temmuz 2012, www.turgutozal.edu.tr, (24.06.2014), s. 40

⁵¹ Tandoğan, Haluk: s. 694

⁵² Özen, Burak: s. 113

son'da yükümlülüklerini yerine getirmeyen alacaklının mesuliyeti, 'Alacaklı, haklı bir sebep olmaksızın yükümlülüklerini yerine getirmez, ağır kusuruyla mevcut belgeleri veya rehinleri ya da sorumlu olduğu diğer güvenceleri elinden çıkarırsa, kefil borcundan kurtulur. Bu durumda kefil, ödediğinin geri verilmesini ve varsa ek zararının giderilmesini isteyebilir.' şeklinde belirtilmiştir. Alacaklı için söz konusu olabilecek bir diğer yükümlülük ise TBK m. 594 hükmünün 'Bildirim, İflasta ve Konkordatoda Kayıt' başlığı altında düzenlenmiştir. TBK m. 594 f. 2 hükmüne göre, 'Asıl borçlunun iflasına karar verilmiş veya borçlu konkordato istemişse alacaklı, alacağını kaydettirmek ve haklarının korunması için gerekeni yapmak zorundadır. Alacaklının, borçlunun iflas ettiğini veya borçluya konkordato mehli verildiğini öğrendiği anda durumu kefile bildirmesi gerekir.' Alacaklı söz konusu gerekleri yerine getirmediği takdirde, TBK m. 594 f. son gereği, kefilin uğradığı zarar nispetinde kefile karşı haklarını kaybeder. TBK m. 593'e göre ise, borç muaccel olduğu takdirde kefil, alacaklıdan yapacağı ödemeyi kabul etmesini her zaman isteyebilir. Alacaklının haklı bir sebep olmaksızın ödemeyi kabul etmekten kaçınması halinde ise, kefil borcundan kurtulur.

Özen,⁵³ bütün bu düzenlemeler içerisinde salt TBK m. 592 f. 3 ve f. 4 hükmünün gerçek anlamıyla yükümlülüklerle ilişkin olduğu düşüncesindedir. Buna karşılık TBK m. 593 ve TBK m. 594 hükümlerinde öngörülen alacaklının yerine getirmesi gereken davranışlar gerçek anlamıyla bir yükümlülük değil, aksine bir külfet teşkil eden davranışlar niteliğindedir. Grassinger'e⁵⁴ göre de, kefalet sözleşmesinde alacaklının kefile karşı edim yükümlülüğü bulunmamaktadır. Her ne kadar kanunda alacaklıya, kefile karşı bir takım yükümlülükler yüklenmişse de söz konusu yükümlülükler kefalet sözleşmesini tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmeler dâhiline sokan yükümlülükler niteliğinde değildir. Kefalet akdinin tam iki tarafa borç yükleyen akit olarak nitelendirilmesi ancak alacaklının, kefilin teminat borcuna karşılık istisnai olarak ivaz ödemesinin kararlaştırılması halinde mümkün olmaktadır.

Alacaklının karşı bir edim üstlenmediği kefalet sözleşmesinde, kefil için sözleşme dışı bir menfaat de bulunmuyorsa, TBK m. 114 f. 1 c. son'un uygulanması

⁵³ Özen, Burak: s. 115–116

⁵⁴ Grassinger, Gülçin Elçin: s. 14

söz konusudur.⁵⁵ 6098 sayılı TBK m. 114 f. 1 c. son hükmüne göre, ‘İş özellikle borçlu için bir yarar sağlamıyorsa, sorumluluk daha hafif olarak değerlendirilir.’ Bu sonuç aynı zamanda, MK m. 2 f. 1’de ifadesini bulan güven ilkesinin de bir gereğidir. Güven ilkesi gereğince kefalet sözleşmesi, bu sözleşmeden hiçbir yarar elde etmeyen kefil lehine yorumlanmalıdır. Kuşkulu durumlarda ise, alacaklının kefile karşı ileri sürebileceği hakların kapsamı olabildiğince dar olarak ele alınmalıdır. Ancak kefilin, alacaklının karşı edim üstlenmesinden ya da tamamen sözleşme dışında kalan olgulardan bir yarar elde ettiği kefalet sözleşmesinde güven ilkesi geçerli olmaz. TBK m. 114 f. 1 c. son hükmünde borçlunun sorumluluğunun yumuşak takdir edilmesinin sebebi ‘borç altına girmenin borçluya bir yarar getirmemesi’ olarak belirtilmiştir. İster sözleşmeye ister sözleşme dışı bir olguya bağlı olarak gerçekleşsin, borçlu için bir yarar söz konusu oluyorsa, TBK m. 114 f. son hükmünde öngörüldüğü şekliyle sorumluluğun yumuşak olarak takdir edilmesi gerekmez.⁵⁶

2.7. KEFALETİN TAZMİNAT YÜKÜMLÜLÜĞÜ İÇERMESİ

Kefil olan kişi, borcu devralan kişiden farklı olarak, başkasına ait borcu kendi borcu durumuna getirmez. Kefil için, güvence altına aldığı borcun kaynaklandığı hukuki ilişkiye herhangi bir biçimde katılmak da söz konusu değildir. Kefalet sözleşmesinin yapılmasıyla birlikte, doğrudan bu sözleşmeye dayanan yeni bir borç doğar. Kefilin kefalet sözleşmesinden kaynaklanan yükümlülüğü, bir başkasına ait borcun ifası bakımından güvence vermeye yöneliktir. Kefilin yükümlülüğü, güvence altına alınan esas borca bağlıdır.⁵⁷ Kefalet sözleşmesinde kefil, alacaklının, asıl borcun yerine getirilmemesinden doğan müspet zararını tazmin etmeyi üstlenmektedir. Asıl borç bir şeyi yapmak, belli bir parayı ödemek ya da temiz kullanmak tarzında farklı bir edimi içerse bile kefalet yükümlülüğü, asıl edimin yerine getirilmemesinden doğan zararın tazmin edilmesidir. Burada kefil aynen edaya zorlanamaz, ancak alacaklının uğradığı zararı ödeme yoluyla telafi edebilir.⁵⁸

⁵⁵ Özen, Burak: s. 117

⁵⁶ Özen, Burak: s. 117–118

⁵⁷ Özen, Burak: s. 59

⁵⁸ Aydoğdu, Murat / Kahveci, Nalân: Türk Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Gözönüne Alınarak Şema ve Tablolularla Açıklamalı Özel Borç İlişkileri Ders Kitabı, İzmir 2013, s. 705

3. KEFALET SÖZLEŞMESİNİN GEÇERLİLİK KOŞULLARI

Kefalet sözleşmesinin geçerlilik şartlarını geçerli bir asıl borcun bulunması, geçerli bir kefalet sözleşmesinin yapılması ve kefalet sözleşmesinin yazılı şekilde yapılması olarak üçlü bir ayrıma tabi tutabiliriz.

3.1. GEÇERLİ BİR ASIL BORCUN BULUNMASI

6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu m. 582 kefalet sözleşmesinin geçerlilik şartlarında yer alan geçerli bir asıl borcun varlığını, ‘Kefalet sözleşmesi, mevcut ve geçerli bir borç için yapılabilir.’ şeklinde ifade etmiştir. Diğer bir ifadeyle, kefilin sorumlu olmayı yükümlendiği geçerli bir asıl borç bulunmadıkça kefalet sözleşmesi hüküm ifade etmez.⁵⁹ Aşağıda geçerli bir asıl borcun bulunması bakımından önem taşıyan hususları inceleyeceğiz.

6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu m. 582 f. 1 kefalet sözleşmesinin geçerlilik koşullarında yer alan geçerli bir asıl borcun varlığını, ‘Kefalet sözleşmesi, mevcut ve 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.’ şeklinde düzenlenmiştir. Söz konusu hükümden de anlaşılacağı üzere, asıl borcun kefalet sözleşmesinin yapıldığı sırada mevcut olmasına gerek yoktur, muaccel olan kefaletin yerine getirilmesi alacaklı tarafından istenildiği zaman asıl borcun mevcut olması yeterlidir. Bunun için gelecekte doğacak veya şarta bağlı bir borç geçerli olarak kefalete bağlanabilir.⁶⁰ Henüz doğmamış bir borç için kefil olunabilmesi sayesinde, kira sözleşmesi yapılırken henüz doğmamış kira bedeli borçları için kefil olunabilmekte, bir kredi açma sözleşmesi sırasında henüz kullanılmamış kredilerden doğacak borçlara ilişkin kefalet sözleşmesi yapılabilmektedir. Yine bu sayede, işçinin işverene verebileceği zarardan kaynaklanacak olası bir tazminat borcu için, daha hizmet sözleşmesi yapılırken kefil olunabilir. Bu bakımdan henüz doğmamış bir borç için kefil olunabilmesi uygulamada önemli bir gereksinime cevap vermektedir.⁶¹ Geciktirici şarta bağlı bir

⁵⁹ Tandoğan, Haluk: s. 719

⁶⁰ Tandoğan, Haluk: s. 719

⁶¹ Özen, Burak: s. 141

borç için kefil olunması halinde ise, kefilin borcu kefalet sözleşmesinin kurulmasıyla doğar, ancak şartın gerçekleşmesiyle hüküm ifade eder. Geciktirici şartın gerçekleşmesinden önce kefile başvurulursa kefil, şartın gerçekleşmediğini ileri sürmek yetkisine sahip ve bununla yükümlüdür. Bozucu şarta bağlı kefalette ise, şartın gerçekleşmesiyle kefilin borcu ortadan kalkar.⁶²

Asıl borç hukuka veya ahlaka aykırılık, başlangıçtaki imkânsızlık, şekil eksikliği, muvazaa, temyiz gücünün bulunmaması gibi bir nedenle mutlak surette batıl olan bir sözleşmeden doğmuş ise kefalet sözleşmesi de geçerli olmaz.⁶³ Esas borçlunun aldatılması veya korkutulması sebebiyle bir geçersizlik söz konusuysa, mevcut geçersizliği bilerek kefil olan kişinin durumu TBK m. 582 f. 2'nin kapsamına girmeyeceği gibi söz konusu olasılıklarda kıyas yoluyla dahi uygulanması mümkün değildir. Aldatan veya korkutan davranışlar haksız fiil niteliği taşıdığından, bu tür davranışların yol açtığı geçersizlik esas borçlunun yanılmasına dayanan geçersizlikle bir tutulmamıştır. Zira aldatmaya veya korkutmaya dayanan bir borcun konusunu oluşturan edimin garanti edilmesi ahlaka aykırı olarak görüldüğünden söz konusu borcun konusunu oluşturan edimin garanti edilmesi de hukuka veya ahlaka aykırı olarak nitelendirilmiştir. Ancak hukuka veya ahlaka aykırı bir borcun garanti edilmesinin de hukuka veya ahlaka aykırı sayılması, verilen taahhüdün bu açıdan fer'i bir nitelik taşıdığını göstermemektedir.⁶⁴

Esas borcun kaynaklandığı sözleşme kesin hükümsüzse, bu borca ilişkin olarak yapılan kefalet sözleşmesi de kesin hükümsüzdür. Kefilin esas borcun kesin hükümsüz bir sözleşmeden kaynaklandığını bilerek yükümlülük altına girmesi, kefalet sözleşmesinin geçersizliğini etkilemez. Esas borcun kaynaklandığı sözleşme sonradan geçerli olarak yeniden yapılmış olsa bile önceden verilmiş olan kefalet geçerli hale gelmez. Mevcut olmayan bir borcun mevcut olduğu inancıyla bir kefalet sözleşmesi yapıldığı takdirde, kefalet sözleşmesi kesin hükümsüz olur. Esas borcu doğuran hukuki ilişki bakımından söz konusu olan yokluk, bu borcu güvence altına almak için yapılan kefalet sözleşmesi bakımından da kesin hükümsüzlük sebebidir.⁶⁵

⁶² **Tandoğan**, Haluk: s. 721; **Yavuz**, Cevdet: s. 672

⁶³ **Tandoğan**, Haluk: s. 721; **Gümüş**, Mustafa Alper: s. 298

⁶⁴ **Özen**, Burak: s. 107–108

⁶⁵ **Özen**, Burak: s. 142; **Reisoğlu**, Seza: s. 45

Esas borcun kaynaklandığı sözleşme esas borçlu açısından tek taraflı bağlamazlık veya iptal edilebilirlik türünden bir geçersizliğin etkisi altında olduğu takdirde, esas borçlunun irade sakatlığı veya aşırı yararlanmaya dayanan iptal hakkını kullanıp kullanmayacağına bakmak gerekir.⁶⁶ Asıl borçlu veya ehliyetsizlik halinde kanuni mümessili onu bağlayan sözleşmeye icazet verir veya süresi içinde tek taraflı bağlamazlık veya iptal edilebilirlik hususundaki yenilik doğurucu hakkını kullanmaz ise, kefil artık geçerli hale gelen asıl borç için sorumlu tutulur. Asıl borçlu veya kanuni mümessili veya iptali isteyecek kimse bu konudaki yenilik doğurucu hakkını kullanıp kullanmamak hususunda karar verinceye veya bu konudaki süre geçinceye kadar kefil de geçici olarak edimde bulunmaktan kaçınabilir.⁶⁷ Ancak kefilin, esas borçlunun kullanmadığı iptal hakkını onun yerine geçerek kullanması mümkün olmadığı gibi, kendi adına kullanması da mümkün değildir. Bu durumda kefilin yararlanabileceği yegâne olanak, esas borçlunun iptal hakkını kullanıp kullanmayacağı henüz belirsizken, alacaklının ödeme talebini reddetmektir. Kefilin alacaklının ödeme talebine karşı ileri sürebileceği bu def'i, TBK m. 140'dan çıkarılabilir.⁶⁸ 6098 sayılı TBK m. 140 hükmü, 'Asıl borçlunun takası ileri sürme hakkı buldukça, kefile de alacaklıya ifada bulunmaktan kaçınabilir.' şeklinde düzenlenmiştir. Esas borçlunun takas yoluyla veya iptal hakkını kullanarak yükümlülüğünü ortadan kaldırabilme olanağı buldukça, kefilin de alacaklının talebini reddetme külfeti altında olduğu söylenebilir. Kefilin bu olanaktan yararlanmadan alacaklıya ödemedede bulunması halinde, kefilin esas borçluya rücu hakkı kısmen veya tamamen ortadan kalkabilir.⁶⁹

Esas borçlunun iptal hakkına binaen kefile tanınan def'i imkânı, esas borçlunun ayıptan doğan seçimlik hakkında da kendini göstermektedir. TBK m. 140 hükmünün kıyas yoluyla uygulanması sonucunda, ayıba dayanan sözleşmeden dönme hakkının kullanılabilmesi süre içerisinde, kefile de geçici bir def'iden yararlanma imkânı tanınmıştır. Bu hükmün gayesi esas alınırca, benzer türden geçici bir def'i hakkı, ayıplı mal teslim alan alıcının satış bedeline ilişkin borcu için kefil olan kişiye de tanınmalıdır. Benzer düşünceler, alıcının diğer bir seçimlik hakkı olan satış bedelinin indirilmesini isteme hakkı bakımından da geçerlidir. Alıcının bu

⁶⁶ Özen, Burak: s. 142

⁶⁷ Tandoğan, Haluk: s. 721-722

⁶⁸ Özen, Burak: s. 143; Grassinger, Gülçin Elçin: s. 41

⁶⁹ Özen, Burak: s. 144

hakkını kullanması satış bedelinin indirilmesine yol açacağından, satış bedeli için kefil olan kişi de bu olgudan etkilenecektir.⁷⁰ Bunun yanı sıra 6098 sayılı TBK m. 231 f. 1 c. son, ‘Alıcının satılanın kendisine devrinden başlayarak iki yıl içinde bildirdiği ayıptan doğan def’i hakkı, bu sürenin geçmiş olmasıyla ortadan kalkmaz.’ şeklinde düzenlenmiştir. Söz konusu düzenlemeye göre, alıcı, zamanaşımı süresi içerisinde gözden geçirme ve ayıbı bildirme külfetlerini yerine getirmiş olması kaydıyla, ayıptan doğan seçimlik hakların kullanılmasına ilişkin zamanaşımı süresi geçtikten sonra da satıcının kendisine karşı açtığı bir davada savunma planındaki seçimlik hakları kullanabilir. Alacaklının seçimlik haklarını sürekli bir def’i hakkı yoluyla kullanabilme olanağının devam etmesi, kefilin de alacaklının ifa talebini sürekli olarak reddedebilmesini mümkün kılar.⁷¹ Ancak Özen,⁷² alıcının sürekli def’i hakkından feragat etmesinin ve seçimlik haklarını kullanmayacağını kesin olarak bildirmesinin ‘esas borçlunun sahip olduğu def’ilerden feragat etmesi kefilin durumunu etkilemez’ ilkesinin kapsamına girmeyeceği görüşündedir. Ayıptan doğan hakların zamanaşımı süresi içerisinde gözden geçirme ve bildirim külfetini yerine getirmeyen alıcının, seçimlik haklarını kullanma olanağını yitirmesi durumunda sözleşmeden dönme veya satış bedelinin indirilmesine ilişkin belirsizlik de ortadan kalkacak ve satış bedeli için kefil olan kişinin ifadan kaçınma olanağı kalmayacaktır.⁷³

818 sayılı eski BK m. 485 hükmünde kefalet sözleşmesinde hata ve ehliyetsizlik hali, ‘Hata yahut ehliyetsizlik sebebiyle borçlunun mesuliyetini icap etmeyen bir akitten mütevellit borca kefalet, eğer kefil akdin borçlu yüzünden olan bu fesadına taahhüt esnasında vakıf ise **muteber olur.**’ şeklinde düzenlenmekteydi. 818 sayılı BK m. 485 c. 3 düzenlemesi, asıl borcun dayandığı sözleşmenin tek taraflı olarak bağlayıcı olmadığı hata ve sınırlı ehliyetsizlik hallerinde, bu gibi bozuklukları taahhüt esnasında bilen kefilin kefaletinin geçerli olacağını kabul etmekteydi. 818 sayılı BK’nın 485. maddesinin 3. cümlesinde iki olasılıktan bahsedilmekteydi. Bunlardan ilki, kefilin sözleşmenin icazet veya bağlamazlığını ileri sürme süresinin geçmesiyle, geçerli hal alarak kefil olması haliydi. Bu durumda gelecekteki bir borç için kefalet söz konusu olup, gelecekteki bir borç için kefalet hakkında da ayrıca bir

⁷⁰ Özen, Burak: s. 145; Grassinger, Gülçin Elçin: s. 44

⁷¹ Özen, Burak: s. 145

⁷² Özen, Burak: s. 145

⁷³ Özen, Burak: s. 145–146

hüküm konulmasına lüzum bulunmamaktaydı. İkinci ihtimal ise, kefilin bağlamazlığın ileri sürülmesini veya icazet verilmemesini göz önünde tutarak geçerli olmayan bir borç için kefil olması haliydi. İkinci olasılıkta kefalet sözleşmesi değil, asıl borcun geçerliğine bağlı olmayan bir garanti sözleşmesi söz konusu olmaktadır. İşte 818 sayılı BK m. 485 c. 3 hükmü de özellikle ikinci olasılık göz önünde tutularak konulan bir hükümdü.⁷⁴

6098 sayılı TBK m. 582/2 hükmünde ise sadeleştirilmiş ve yenilenmiş şekliyle kefalet sözleşmesinde yanılma ve ehliyetsizlik halleri, ‘Yanılma veya ehliyetsizlik sebebiyle borçlunun sorumlu olmadığı bir borç için kişisel güvence veren kişi, yükümlülük altına girdiği sırada sözleşmeyi sakatlayan eksikliği biliyorsa, **kefaletle ilgili kanun hükümlerine göre sorumlu olur.**’ şeklinde yeniden düzenlenmiştir. Reisoğlu’na göre, yasa koyucunun, kefaletle ilişkin bölümlerde garanti sözleşmesine ilişkin yükümlülüğü düzenlemesinin sebebi, her iki akdi birbirinden ayırmda çekilen güçlüktür. Aslında bir garanti veren durumunda olan, bu yüzden de kefile nispeten daha ağır yükümlülüklerle sahip olan kişi, genel olarak kefalet hükümlerine tabi olduğunu sanmaktadır. Bu kanıyla hareket eden kimsenin de korunması ve kefile tanınan haklardan istifade etmesi uygun görülmüştür.⁷⁵ Barlas’a göre ise, kefalet sözleşmesinde yanılma ve ehliyetsizlik durumlarına ilişkin yeni TBK düzenlemesinde öngörülen ‘kefaletle ilgili kanun hükümlerine göre sorumlu olur’ ibaresi, eski BK düzenlemesinde yer alan ‘kefalet geçerli olur’ ibaresine oranla çok daha doğru ve isabetli bir düzenlemedir. Zira her zaman ortada geçerli bir kefalet sözleşmesi bulunmayabilir. Yazar, durumu iki farklı ihtimal dâhilinde incelemiştir. İlk ihtimalde kefil, hataya düşenin sözleşmeyi hata sebebiyle iptal etmemesi veya kanuni temsilcinin sınırlı ehliyetsizin yaptığı işleme icazet vermesi ihtimallerini düşünmüş, yani geçerli bir borç doğduğu takdirde bunun ifasını teminat altına almıştır. Bu halde ortada şarta bağlı bir kefalet vardır ve kefalet ancak asıl borç geçerli hale gelince hüküm ifade edecektir. İkinci ihtimalde ise, kefil doğrudan doğruya hataya düşenin sözleşmeyi iptal etmesi veya kanuni temsilcinin icazet vermemesi tehlikelerini üzerine almış olabilir. Kefil bu durumda, geçerli bir borcun doğmaması ihtimali kesinleştiği takdirde alacaklıya karşı sorumlu olmaktadır. Kefalet sözleşmesinin en önemli özelliği fer’iliği olduğundan, fer’ilikten yoksun bir

⁷⁴ Tandoğan, Haluk: s. 722

⁷⁵ Reisoğlu, Seza: s. 49

sözleşme aslında bir garanti sözleşmesidir. 6098 sayılı TBK'nın m. 603 hükmü uyarınca da garanti sözleşmeleri kefalet sözleşmesi hükümlerine tabi tutulduğundan, TBK m. 582/2 hükmü TBK m. 603 hükmüyle uyumlu ve yerinde bir düzenlemedir.⁷⁶ Ancak Özen' e göre, 818 sayılı (eski) BK m. 485 c. 3'ün amacı ile ilgili olarak ileri sürülen düşünceler 6098 sayılı TBK m. 582/II'nin amacını karşılamamaktadır. Zira 6098 sayılı TBK m. 582/II hükmünün, bazı garanti sözleşmelerini kefaletin geçerlilik şartlarına tabi tutmak istediği söylenemez. Öyle ki TBK m. 603 düzenlemesi, kefaletle ilişkin şekil ve ehliyet sınırlamalarının uygulama alanını gerçek kişilerce kişisel teminat verilmesine ilişkin bütün sözleşmeleri kapsayacak şekilde genişletmiştir. TBK m. 603 hükmü gereğince, gerçek kişilerin garanti türünden teminat verdiği bütün sözleşmeler kefaletle ilgili geçerlilik koşullarına bağlanmış bulunmaktadır. Yanılma veya ehliyetsizlik yüzünden geçersiz olan bir borcun konusunu oluşturan edimin yerine getirileceğine ilişkin garanti sözleşmelerinde de, gerçek kişiler tarafından verildikleri takdirde kefaletle ilgili şekil ve ehliyetle ilgili sınırlamaların uygulanması gerekecektir. Ne var ki bu sonuç, TBK m. 603'ün uygulanmasından çıkmamaktadır. O halde, TBK m. 582/II hükmünün amacını başka bir yerde aramak gerekmektedir. Yazara göre, TBK m. 582/II düzenlemesinin amacı, belirli bazı noktalarda bağımsız sorumluluk doğuran kefalet sözleşmelerinin yapılabileceğini göstermektir. Zira 'garanti veren' sıfatıyla bağımsız bir sorumluluk altına giren kişiye, 'kefil' sıfatının hiçbir biçimde takılamayacağı iddia edilemez. Öyle ki teminat verenin, esas borçlunun 'ehliyetsizliği' veya 'yanılması' olgularına ilişkin olarak garanti verene özgü bir sorumluluk altına girmek istediği kabul edilse de geri kalan bütün durumlarda kefil gibi sorumlu olmayı istemiş olması da muhtemeldir. Üstelik teminat verenin alacaklıyı tatmin ettikten sonra kefile özgü halefiyet ayrıcalığından yararlanmak isteyeceği de aşikârdır. Bu sebeplerle TBK m. 582/II hükmünde kısmen garanti kısmen de kefalet olarak nitelendirilebilecek 'geniş anlamda karma bir sözleşme ilişkisi' ele alınmış olup TBK m. 582/II düzenlemesiyle birlikte bu türden karma sözleşmelerin önü açılmaya başlanmıştır.⁷⁷ Kanaatimce Barlas'ın görüşü daha doğru ve yerinde bir görüştür. Zira TBK'da öngörülen çoğu hükmün tamamlayıcı niteliği göz önüne alındığında, TBK m. 582/II hükmünün TBK m. 603 hükmüyle aynı doğrultuda ve uyum içerisinde olduğu aşikârdır.

⁷⁶ **Barlas**, Nami: Yeni Türk Borçlar Kanununda Kefalet Sözleşmesi Konusunda Getirilen Yenilikler, Yeni Türk Borçlar Kanunu ve Yeni Türk Ticaret Kanunu Sempozyumu, Makaleler, Tebliğler, İstanbul 2013, s. 215

⁷⁷ **Özen**, Burak: s. 100,102

Kefilin sorumluluk üstlendiği sırada esas borçlunun yanılmasını veya ehliyetsizliğini bildiğini alacaklı ispat etmelidir. MK m. 6 hükmü gereği, bir kişisel teminatın TBK m. 582 f. 2'nin kapsamına girdiğini iddia eden alacaklı, bu hükmün uygulanmasına imkân veren olguları da ispat etmelidir.⁷⁸

Eksik borçlara kefaletin geçerli olup olmayacağı konusu tartışmalı olmakla birlikte burada, her bir eksik borç türü (zamanaşımına uğramış borç, evlenme tellalının ücret alacağı, kumar ve bahis alacakları) kendi özellikleri gözetilerek ayrı bir şekilde ele alınmalıdır.

TBK m. 582 f. 2 c. 2 hükmüyle 818 sayılı BK m. 485 c. son düzenlemesinden farklı olarak zamanaşımına uğramış borçlar da aynı hükmün kapsamına alınmıştır. 6098 sayılı TBK m. 582 f. 2 düzenlemesi, yanılma veya ehliyetsizlik sebebiyle geçersiz bir sözleşmeden kaynaklanan borçların yanında, zamanaşımına uğramış borçlara da uygulanır. Barlas'a göre, zamanaşımına uğramış borca kefalette iki ihtimal söz konusudur. Birinci ihtimal, kefilin asıl borcun zamanaşımına uğradığını bilmeden kefil olması halidir. Bu halde kefalet geçerlidir ve kefil de borçlu gibi alacaklıya karşı zamanaşımı def'inde bulunabilir. İkinci ihtimalde ise, kefilin asıl borcun zamanaşımına uğradığını bilerek kefil olma hali söz konusudur. Kefilin asıl borcun zamanaşımına uğradığını bilerek kefil olması ihtimalinde, borçlu zamanaşımı def'inde bulursa bile borcu ödeme tehlikesini üzerine almışsa TBK m. 582/2 uyarınca bu sözleşmenin geçerliliği kefalet hükümlerine tabi tutulmuş bir garanti sözleşmesi sayılması gerekmektedir.⁷⁹ Özen de, teminat verenin esas borcun geçersizliğini veya esas borcun zamanaşımına uğradığını bilmesi halinde, TBK m. 582 f. 2 hükmünün uygulanacağı görüşündedir. Zira zamanaşımına uğramış bir borç için bu durumu bilmeden kefil olduğunu söyleyen kişi, bağımsız bir sorumluluk altına girme iradesine sahip sayılamaz. Öyle ki; teminat verenin, yanılma veya ehliyetsizlikle sakat bir sözleşmenin geçersiz kalması olasılığına garanti vermesi ve geçerli hale gelmesi olasılığına da kefil gibi sorumlu olması iradesini taşıdığı durumlarda TBK m. 582 f. 2 hükmü uygulanır. Aynı şekilde, teminat veren, zamanaşımı savunmasının yapılması olasılığına karşı bağımsız bir sorumluluk

⁷⁸ Özen, Burak: s. 107

⁷⁹ Barlas, Nami: Makaleler, Tebliğler, s. 215–216

üstlenmeyi istemekle birlikte, geri kalan bütün durumlarda fer'i bir sorumluluk altına girme iradesine sahipse TBK m. 582 f. 2 hükmü uygulanır. TBK m. 582 f. 2 düzenlemesi, kefilin asıl borcun zamanaşımına uğradığını bilerek kefil olma ihtimalini ele aldığından, kefil, sorumluluk üstlendiği sırada esas borcun zamanaşımına uğradığını bilmiyorsa zamanaşımı def'inden yararlanabilmektedir. Zira fer'ilik ilkesi, esas borçlunun zamanaşımı dâhil yapabileceği bütün savunmalardan kefilin de yararlanabilmesini mümkün kılmaktadır. Nitekim 6098 sayılı TBK m. 160 f. son hükmü gereğince de, esas borçlunun zamanaşımı def'inden feragat etmesi kefilin bu savunmadan yararlanmasını engellememektedir. Buna karşılık, zamanaşımı olgusunu bilerek sorumluluk üstlenen kefilin, esas borcun zamanaşımı nedeniyle elde edilememesi rizikosuna karşı garanti verdiği ve bu sebeple zamanaşımı savunmasına dayanmadığı kabul edilse de fer'ilik ilkesinin kendisine sunduğu diğer bütün olanaklardan yararlanma hakkı devam etmektedir.⁸⁰

818 sayılı BK 'Alacağın Dava Edilememesi' başlıklı m. 504 f. 1 c. 1 hükmü, 'Kumar ve bahis, bir alacak hakkı tevhit etmez.' şeklinde düzenlenmişti. Söz konusu düzenlemeyle, kumar ve bahisten hiçbir borcun doğmadığı kabul ediliyordu. 6098 sayılı TBK m. 604 f. 1 hükmü 818 sayılı (eski) BK hükmünden farklı olarak, 'Kumar ve bahisten doğan alacak hakkında dava açılmaz ve takip yapılamaz.' şeklinde düzenlenmiştir. Söz konusu hüküm kumar ve bahisten doğan borçların eksik borç niteliği taşıdığını açıkça göstermektedir. Bu nitelik, eksik borçlara kefil olan kişinin alacaklının ödeme talebini geri çevirebilmesini sağlamaktadır. Zira esas borçlunun sahip olduğu ifa talebinin reddi olanağından fer'i bir sorumluluk altına girmiş olan kefil de yararlanmaktadır.⁸¹ Nitekim TBK m. 591/IV hükmünde de, 'Kumar veya bahisten doğan bir borca kefalette kefil, borcun bu niteliğini bilmiş olsa bile asıl borçlunun sahip olduğu def'ileri ileri sürebilir.' şeklinde düzenleme gerçekleştirilmiştir. Burada temin edilen asıl borç eksik olmakla birlikte mevcut bir borçtur ve onun edasını temin eden, kural olarak, dava edilememe itirazından, bu itirazın varlığını önceden bilse dahi feragat etmiş sayılmaz. Kefil, bu itirazı ileri sürmeden ödemede bulunursa TBK m. 591 hükmü gereğince asıl borçluya rücu hakkını kaybedecektir.⁸²

⁸⁰ Özen, Burak: s. 104–105, 108

⁸¹ Özen, Burak: s. 147; Reisoglu, Seza: s. 48

⁸² Tandoğan, Haluk: s. 725; Gümüş, Mustafa Alper: s. 300-301; Grassinger, Gülçin Elçin: s. 68

818 sayılı BK'da 'Evlenme Tellallığı' ise, 'Evlenme tellallığı, ücrete hak bahşetmez.' şeklinde düzenlenmekteydi. 818 sayılı (eski) BK düzenlemesinden farklı olarak 6098 sayılı TBK m. 524 hükmünde, 'Evlenme simsarlığından doğan ücret hakkında dava açılmaz ve takip yapılamaz.' şeklinde düzenleme yapılarak evlenme simsarlığından doğan borçların da eksik borç niteliğinde olduğu belirtilmiştir. TBK m. 591 hükmü, her ne kadar kumar veya bahisten doğan bir borca kefil olunması halini düzenlemiş olsa da aynı sonucun evlenme simsarlığından doğan bir borca kefil olunması hali için de kabul edilmesi kaçınılmazdır. Evlenme simsarlığından doğan borç, kumar ve bahisten doğan borçla hukuki nitelik bakımından özdeş olduğundan, evlenme simsarlığından doğan borca, borcun bu niteliğini bilerek kefil olan kişi de, esas borçlunun yapabileceği eksik borç savunmasını yapabilir.⁸³

Kumar ve bahisten doğan borçlar ile evlenme tellallığından doğan borçlar eksik borç niteliğinde olup, bu borçlar için kefalet akdi ile teminat verilmesinin bir sakıncası bulunmamaktadır. Zira kefilin sorumluluğu asıl borçlunun sorumluluğundan daha farklı olmayacağından, kefil TBK hükmünde öngörülen şartlar altında kendi arzusu ile kefalet borcunu öderse ödediğini geri alamayacaktır. Lakin arzusu dışında hatta asıl borcun bu niteliğini bilmeden ifa edecek olursa, ifasının iadesini talep edebilecektir. Bu açıdan kefalet akdi ile teminat verilmiş olması bu borçların niteliklerini etkilemeyecektir.⁸⁴

3.2. GEÇERLİ BİR KEFALET SÖZLEŞMESİNİN YAPILMASI

Esas bakımından geçerli bir kefalet sözleşmesinin yapılabilmesi için kefilin gerekli ehliyete sahip olması ve iradesinde herhangi bir bozukluk bulunmaması gerekmektedir. Bu sebeple aşağıda tek tarafa borç yükleyen bir sözleşme olan kefalet sözleşmesinde kefilin fiil ehliyeti, irade bozuklukları ve kefaletin temsilci eliyle yapılması konuları üzerinde durulacaktır.

⁸³ **Özen**, Burak: s. 147-148

⁸⁴ **Grassinger**, Gülçin Elçin: s. 68

3.2.1. KEFİLİN FİİL EHLİYETİ

Kefalet sözleşmesinin genellikle ivazsız, bir arkadaşlık ve dostluk tezahürü olarak taahhüt altına girildiğini göz önünde tutan yasa koyucu, kefalet ehliyetini gerçek kişiler bakımından daha sıkı şartlara tabi tutmuştur. TMK açısından medeni hakları kullanma ehliyetine sahip tam ehliyetli gerçek kişiler, TBK 583 ve 584 maddelerinde öngörülen koşulları yerine getirdikleri takdirde serbestçe kefil olabilirler. TMK'da özel hukuk tüzel kişileri bakımından da aynı serbesti benimsenmiş ise de her özel tüzel kişinin kefalet ehliyetinin ayrıca değerlendirilmesi gerekmektedir.⁸⁵ Aşağıda kefilin fiil ehliyeti gerçek kişiler, İİK m. 290 ile İİK m. 317 hükmü uyarınca borçlunun kefalet ehliyeti, kefilin evli olması hali ve tüzel kişilerin kefalet ehliyeti ihtimalleriyle dört farklı şekilde incelenecektir.

3.2.1.1. Gerçek Kişiler Açısından Kefilin Fiil Ehliyeti

3.2.1.1.1. Tam Ehliyetliler

Tam ehliyetliler, ayırt etme gücüne sahip kısıtlı olmayan ergin kişilerdir. Bunlar bizzat kendi fiilleriyle hak kazanabilir, borç altına girebilir, kazandıkları haklar üzerinde tasarrufta bulunabilirler ve verdikleri her türlü zarardan da sorumludurlar.⁸⁶ Bu nedenle tam ehliyetliler, kefalet sözleşmesinin kefil sıfatıyla tek başlarına tarafı olabilirler.

743 sayılı Türk Kanunu Medenisi'nin 379. maddesinde kendisine yasal danışman atanmış kişilerin ehliyet durumu 'mahdut ehliyetli' olarak belirtilmişti. Ancak 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu m. 429 hükmünde, kendisine yasal danışman atanan kişilerin ehliyetine ilişkin olarak herhangi bir ayırım yapılmamıştır. Lakin her ne kadar Kanunda bu tarz bir ayırım yapılmasa da bazı yazarlar kendisine yasal danışman atanan kişilerin doktrinde tartışmalı olan sınırlı ehliyetliler grubuna dâhil edilmesi gerektiği görüşündedir. Kanaatimce, kendisine yasal danışman atanan kişilerin doktrinde tartışmalı olan sınırlı ehliyetliler grubuna değil, aksine yeni

⁸⁵ Reisoğlu, Seza: s. 52-53

⁸⁶ Helvacı, Serap: Gerçek Kişiler, İstanbul 2006, s. 39

kanunun açık hükmü nazara alınarak tam ehliyetliler grubu içerisine dâhil edilmesi gerekmektedir.

Türk Medeni Kanunu madde 429/I b. 9 hükmü uyarınca, kendisine yasal danışman atanmış kişiler ancak yasal danışmanlarının izniyle kefil olabilirler. Kendisine yasal danışman atanan kimse, esas itibariyle medeni hakları kullanma ehliyetine sahip olsa da MK m. 429 hükmünde sayılan hallerde yasal danışmanın muvafakatini alma mecburiyetindedir. MK m. 429/I b. 9 hükmünde de öngörüldüğü üzere, muvafakate ihtiyaç gösteren muameleler arasında kefalet de bulunmaktadır. Burada kefalet akdi ne kendisine yasal danışman atanan kimse ne de yasal danışman tarafından onun hesabına tek başına yapılamaz.⁸⁷ Zira yasal danışman yasal temsilci olmadığı için bu işlemleri tek başına yapamaz. Yasal danışmanın atandığı durumlarda işlem yine kendisine danışman atanan kişi tarafından yapılmakta olup, yasal danışman burada söz konusu işleme sadece muvafakat bildirme hakkına sahiptir. TMK m. 429 hükmünde sayılan ve yasal danışmanın muvafakati alınmayarak yapılan işlemlerin hukuki durumu, yasal temsilcilerin iznini almadan bir sınırlı ehliyetsizin yaptığı borçlandırııcı işlemin hukuki durumu niteliğindedir.⁸⁸ Kendisine yasal danışman atanan kişi, yaptığı kefalet sözleşmesinin kendisini bağlamadığını ileri sürebileceği gibi, yasal danışmanlık ortadan kalktıktan sonra kefalet sözleşmesini onaylama yoluna da gidebilir.⁸⁹

3.2.1.1.2. Tam Ehliyetsizler

Türk Medeni Kanunu m. 15 hükmüne göre, ‘Kanunda gösterilen ayırık durumlar saklı kalmak üzere, ayırt etme gücü bulunmayan kimsenin fiilleri hukuki sonuç doğurmaz.’ Bir kimsenin ayırt etme gücü bulunmadan yaptığı tüm hukuki işlemler batıl yani kesin hükümsüzdür. Burada borçlandırııcı işlemler, tasarruf işlemleri, yenilik doğuran hakkın kullanılması ve temsil yetkisi verilmesi şeklindeki tek taraflı hukuki işlemler dâhil olmak üzere tam ehliyetsiz tarafından gerçekleştirilen tüm hukuki işlem ve hukuki işlem benzeri fiiller kesin olarak

⁸⁷ Reisoğlu, Seza: s. 58

⁸⁸ Oğuzman, M. Kemal / Seliçi, Özer / Oktay-Özdemir, Saibe: s. 86

⁸⁹ Özen, Burak: s. 168

hükümsüzdür.⁹⁰ TMK m. 15 hükmü ile ilgili açıklamalar uyarınca, tam ehliyetsizlerin fiil ehliyetleri olmadığından kefalet sözleşmesi veya herhangi bir hukuki işlem yapmaları da mümkün olmamaktadır. Lakin tam ehliyetsizlerin kural olarak hukuki işlem yapmaları mümkün olmasa da yasal temsilcilerinin onların adına hukuki işlemleri yapmaları mümkündür. He ne kadar yasal temsilci tam ehliyetsiz adına her türlü hukuki işlemi yapabilirse de bağış yapma, vakıf kurma ve kefil olma şeklindeki üç hukuki işlemi yasal temsilci dahi tam ehliyetsiz adına yapamaz.⁹¹(MK m. 449)

3.2.1.1.3. Sınırlı Ehliyetsizler

Sınırlı ehliyetsizler ise ayırt etme gücüne sahip küçükler ve ayırt etme gücüne sahip kısıtlılar olmak üzere ikiye ayrılmaktadır. TMK m. 16 hükmünde hukuki işlem ehliyeti açısından ayırt etme gücüne sahip küçük ve kısıtlıların yani sınırlı ehliyetsizlerin durumu, ‘Ayırt etme gücüne sahip küçükler ve kısıtlılar, yasal temsilcilerinin rızası olmadıkça, kendi işlemleriyle borç altına giremezler.’ şeklinde düzenlenmiştir. Küçüklerde temsil yetkisi TMK m. 445 hükmünde, ‘Vesayet altındaki kişi küçük ise, vasi onun bakımı ve eğitimi için gereken önlemleri almakla yükümlüdür.’ şeklinde; kısıtlılarda temsil yetkisi ise MK m. 447 hükmünde, ‘Vasi, kısıtlıyı korumak ve bütün kişisel işlerinde ona yardım etmekle yükümlüdür.’ şeklinde düzenlenmiştir. Her ne kadar vasi, vesayet altındaki küçükler ve kısıtlılar adına tüm hukuki işlemlerde temsil yetkisine haiz ise de TMK madde 449 hükmü uyarınca, vasinin vesayet altındaki kişiler adına kefil olması yasak işlemlerden sayılmıştır. Yani vesayet altındaki küçükler ve kısıtlılar kendileri adına kefalet sözleşmesi yapamayacakları gibi vasileri de onlar adına kefalet sözleşmesi yapamazlar.⁹² Hukukumuzda kefalet yasağı o derece kesindir ki sulh ve asliye mahkemeleri dahi bu hususta muvafakat verme yetkisini haiz değildirler.⁹³ Ancak Türk Medeni Kanunu madde 453 gereği, vesayet altındaki kişiye vesayet makamı tarafından bir meslek veya sanatın yürütülmesi için izin verildiği durumlarda, sınırlı ehliyetsiz meslek ve sanatının yürütülmesi ile ilgili olarak tek başına kefil olabilir.

⁹⁰ Oğuzman, M. Kemal / Seliçi, Özer / Oktay-Özdemir, Saibe: Kişiler Hukuku (Gerçek ve Tüzel Kişiler), 8. Baskı, İstanbul 2005, s. 63-64

⁹¹ Öztan, Bilge: Medeni Hukukun Temel Kavramları, 8. Baskı, Ankara 2002, s. 242

⁹² Tandoğan, Haluk: s. 726

⁹³ Reisoğlu, Seza: s. 59

Söz konusu açıklamalar neticesinde, vesayet altındaki küçük veya kısıtlının (veya velayet altındaki küçüğün) kefil olma ehliyetine getirilen sınırlamanın boyutları, fiil ehliyeti açısından getirilen bir sınırlamanın ötesine uzanmakta ve ‘hak ehliyeti’ sınırlaması niteliğini kazanmaktadır.⁹⁴

4721 sayılı TMK m. 342 hükmünde çocuğun temsil edilmesi, ‘Ana ve baba, velayetleri çerçevesinde üçüncü kişilere karşı çocuklarının yasal temsilcisidirler. Vesayet makamlarının iznine bağlı hususlar dışında kısıtlıların temsiline ilişkin hükümler velayetteki temsilde de uygulanır.’ şeklinde düzenlenmiştir. TMK m. 342 düzenlemesiyle kısıtlıların temsilini düzenleyen vesayete ilişkin hükümler velayetteki temsile de tatbik olunmaktadır. Söz konusu düzenlemeye istinaden ana ve baba vesayet makamlarının muvafakatleri olsa bile çocukları adına kefil olamazlar. Lakin küçük adına kefil olma yasağına rağmen, küçüğün karz akdini kullanarak ödünç alması ve velinin iş bu karz akdi sebebiyle küçüğe kefil olması yolları denenmiş ve söz konusu hükmün bertaraf edilmesi yoluna gidilmiştir. Burada paranın kimin menfaatine yönelik kullanıldığına bakılması gerekmektedir. Eğer söz konusu para, ana ve babanın menfaatine kullanılacaksa, böyle bir muamelenin iptal edilebilir olduğu kabul edilecektir.⁹⁵ Vesayete ilişkin hükümler TMK m. 342 hükmü gereğince velayete ilişkin hükümlere de tatbik edileceğinden TMK m. 453 düzenlemesinde öngörülen meslek veya sanatın icrasıyla ilgili kefaletlerin küçük tarafından tek başına yapılabileceği ise aşikârdır.

Velayet veya vesayet altındaki kimse açısından söz konusu olan ‘kefil olma yasağına aykırılık’ durumunda yapılan kefalet sözleşmesinin geçersizliğinin niteliği tartışmalıdır. Bir görüş, yasağa aykırı olarak yapılan kefalet sözleşmesini ‘kesin hükümsüz’ olarak nitelendirirken; bir diğer görüş, kefil olma yasağına aykırı olarak yapılan kefalet sözleşmesinde ‘tek taraflı bağlamazlık’ türünden bir geçersizliğin bulunduğunu savunmaktadır.⁹⁶ Özen⁹⁷, ‘tek taraflı bağlamazlık’ görüşünü savunmanın pratik bir öneminin olmadığı, ‘tek taraflı bağlamazlık’ görüşünün tek pratik sonucunun ayırt etme gücüne sahip küçük veya kısıtlının kendisinin yaptığı kefalet sözleşmesine sonradan onay verebilme olanağının olduğu görüşündedir.

⁹⁴ Özen, Burak: s. 163; Yavuz, Cevdet: s. 673

⁹⁵ Reisoğlu, Seza: s. 60

⁹⁶ Özen, Burak: s. 164–165

⁹⁷ Özen, Burak: s. 165–166; Reisoğlu, Seza: s. 60

Kefaletin ‘yasak işlem’ olarak nitelendirilmesi bakımından, velayet veya vesayet altındaki kimseyle kefalet sözleşmesi yapan kişinin iyi niyeti de kural olarak etkili değildir. Zira ehliyetsizlik karşısında iyi niyet korunmaz. Alacaklı, kefil olan kişinin ehliyetsiz olduğunu bilmesi bile kefalet sözleşmesi geçersiz olur. Alacaklının iyi niyeti sadece MK m. 410 f. 2 hükmünde önem kazanmaktadır. Söz konusu hükme göre, ‘Kısıtlama, iyi niyetli üçüncü kişileri ilandan önce etkilemez.’⁹⁸ Lakin Yargıtay aksi görüşte olup, vesayet altında iken yapılan kefalet akdinin vesayet hali sona erdikten sonra MK 2 hükmündeki iyi niyet kuralıyla bağdaşan türde verilecek bir icazetle geçerlik kazanabileceğini hüküm altına almıştır. Yargıtay 19. Hukuk Dairesi⁹⁹ kararında, vesayet altındayken kefalet sözleşmesi imzalayan kişinin vesayeti sona erdikten sonra bu sözleşmeyi benimseyebileceğini, bu ihtimalde akdin geçerlilik kazanabilmesi için bu benimsemenin de yazılı şekilde yapılmasının şart olduğunu, davaya konu olayda yazılı bir benimseme bulunmadığından vesayet hali sona ermeden imzalanan ve imzalandığı anda geçersiz olan kefalet akdinin sonradan geçerlik kazanamayacağını belirtmiştir. Kanaatimce, Kanunda açıkça ‘yasak işlem’ olarak nitelendirilen bir hukuki işlemin MK 2 hükmüne dayanılarak sonradan verilecek bir icazetle geçerli kabul edilmesi Kanunun emredici hükümlerine aykırılık teşkil etmektedir. Öyle ki yasa koyucu, söz konusu işlemin sonradan verilecek bir icazetle geçerli olabileceğini kabul etseydi en başta söz konusu işlemi yasak işlem olarak nitelendirmezdi. Ayrıca, kefalet sözleşmesinin geçerliliğinden söz edebilmek için, tarafların sözleşmenin akdedildiği esnada fiil ehliyetine de haiz olması gerekmektedir. Bu sebeple, Özen’in görüşüne katılmakla birlikte, vesayet altındaki kişiler tarafından yapılan kefalet akdinin kesin hükümsüz olarak nitelendirilmesi gerektiği düşüncesindeyim.

3.2.1.2. Eşin Yazılı Rızası

6098 sayılı TBK m. 584’de eşin rızası, ‘Eşlerden biri mahkemece verilmiş 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

⁹⁸ Özen, Burak: s. 166

⁹⁹ Yargıtay 19 Hukuk Dairesi’nin 02.10.2001 Tarih ve 2001/2053 E. – 2001/6100 K. Sayılı İlamı, www.sinerjias.com.tr, (E.T.: 23.12.2014)

yapılan ve kefilin sorumlu olacağı miktarın artmasına veya adi kefaletin müteselsil kefalete dönüşmesine ya da kefil yararına olan güvencelerin önemli ölçüde azalmasına sebep olmayan değişiklikler için eşin rızası gerekmez.’ şeklinde düzenlenmiştir.

Türk Hukukunda, evli kişilerin kefalet sözleşmesi akdedebilmelerine ilişkin ilk dönemi kapsayan 743 sayılı Medeni Kanununun m. 169 hükmünde, evli kadının kocasının alacaklısıyla ve kocası lehine kefalet sözleşmesi yapabilmesi için sulh hukuk hâkiminin onayına ihtiyacı bulunmaktaydı. Bu düzenlemeyle salt karının rızası için bir tasdik mekanizması öngörülmüş olup kocanın tek başına ve kendi bağımsız iradesiyle kefil olması mümkündür. 4721 sayılı Türk Medeni Kanununun 01.01.2002 tarihinde yürürlüğe girmesiyle, eşler arasında işlem serbestisi ilkesi kabul edilmiş ve eşlerin tek başlarına ve herhangi bir onaya gereksinim duymadan kefalet sözleşmesi akdedebildikleri en özgürlükçü dönem başlamıştır. 6098 sayılı TBK m. 584 düzenlemesi ise, diğer iki dönemden farklı olarak, eşlerin kefil olma iradelerine ancak diğer eşin rıza göstermesi neticesinde hukuki sonuç bağlamaktadır.¹⁰⁰ Kanun koyucu bu madde ile aile birliğini koruma altına almayı amaçlamakta olup, yasa metnine bakıldığında kadın veya erkek eş diye bir ayrımın yapılmadığı görülecektir. Bunun yanı sıra, bu yasa eşlerin izinsiz kefil olmalarını yasaklamakla birlikte eşlerin bizzat borç altına girmesine herhangi bir yasak ya da yaptırım da getirmemiştir. Dolayısıyla bu düzenleme, eşin haberi olmadan kefil olan ve bu yolla ailenin bütün geleceğini karartacak bir yükümlülük altına girecek olan diğer eşin bazı işlemlerini peşinen önlemeye yöneliktir.¹⁰¹ Kanaatimce, yasanın evlilik birliğini korumaya yönelik hükmü, eşlerin birbirlerinden habersizce hareket ederek evlilik birliğini bozacak ve hatta aile içi şiddete dahi götürecek olayların yaşanmasını bir nebze olsun önlemeye yöneliktir. Bu sebeple, TBK m. 584 hükmü yerinde bir hüküm olup, yersiz kaygılarla söz konusu hükmün dolanılmasını sağlamak ya da geçerliliğini ortadan kaldırmaya çalışmak aslında aile birliğine yapılacak olan en büyük haksızlığı teşkil edecektir.

¹⁰⁰ **Badur**, Emel: Eşin Rızası, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Hakemli Makaleler, Temmuz 2012, s. 276

¹⁰¹ **Türk**, Erol: Borçlar Kanununun 584. Maddesinde Düzenlenmiş Olan Eşin Rızası Şartı Yanlış Anlaşıldı ve Yanlış Anlatıldı, www.lebibyalkin.com, (01.08.2014), s. 3

Kefalet sözleşmesinin geçerli olabilmesi için eşin rızasının aranmasını gerektirmeyen hallerin kapsamı hukukumuzda İsviçre hukukuna nazaran daha geniştir. İsviçre kaynağında, evli kişinin eşinin rızası bulunmadan kefil olabilmesi için yargıcın ayrılığa karar vermiş olması aranmakta, eşlerin ayrı yaşamaya hakkı olmasından söz edilmemektedir. TBK m. 584 f. 1 hükmünde ise, ayrılığa ilişkin bir yargıç kararı veya böyle bir karar olmasa bile eşlerin ayrı yaşama hakkının bulunması, kefalet sözleşmesinde eşin rızasını ortadan kaldırmaktadır.¹⁰² 6098 sayılı TBK m. 584 hükmünde ele alınan kefalet sözleşmesinde eşin yazılı rızasının şartlarını aşağıda detaylı bir şekilde inceleyeceğiz.

Evli olan kişiler sadece kendi adlarına yaptıkları kefalet sözleşmeleri bakımından birbirlerinin rızasına ihtiyaç duymaktadırlar. Eşlerden biri yaptığı kefalet sözleşmesiyle kişisel olarak sorumluluk üstlenmiyorsa, örneğin kefalet sözleşmesini kendi adına yapmayıp başkasının temsilcisi olarak hareket etmişse, eşinin rızasına gereksinim duymayacağı açıktır. Bu hususa ilaveten, kefil olmak isteyen kişinin eşinin ehliyetsizliği eşinin rızasının alınması gerekliliğini de ortadan kaldırmamaktadır.¹⁰³ Lakin eşinin borcuna istinaden eşinin alacaklısına kefil olan kişinin kefaletinde, borcu olan eşin rızasının aranıp aranmayacağı hususu tartışmalıdır. Zira burada rıza verecek eşin zaten korunacağı bir borçlanma tehlikesinin bulunmadığı söylenebileceği gibi, kendisi kötü duruma düşse ona bakacak olan eşinin ayrıca kefaletle borçlanmamasında haklı bir çıkarının bulunduğu da düşünülebilir. Fakat eşinin başkasından olan alacağı için eşine kefil olanın zamanında yazılı rıza almadığını ileri sürerek savunma yapması kabul edilmeyecek, burada alacaklı eşin kefalet sözleşmesini yapması aynı zamanda yazılı rızası sayılacaktır.¹⁰⁴ Bunun yanı sıra, bekârken kefil olan kişinin evlenmesi durumunda eşinin ayrıca rızası aranmayacağı gibi, evliyken eşinin rızasını almadan kefil olan kişinin sözleşmesi de boşanmayla geçerli hale gelmeyecektir.¹⁰⁵ Eşin rızasının alınması hususunda Kanunda eşler arasında bir ayırım yapılmamış olup, kefil olan eş

¹⁰² **Özen**, Burak: s. 173

¹⁰³ **Özen**, Burak: s. 175

¹⁰⁴ **Öz**, M. Turgut: Yeni Borçlar Kanununun Getirdiği Başlıca Değişiklikler ve Yenilikler, 04.07.2012 Tarihli ve 6353 Sayılı Kanunla Getiriler Dâhil Bazı Değişiklikler İşlenmiş 3. Bası, İstanbul 2012, s. 123

¹⁰⁵ **Badur**, Emel: s. 278

ister kadın eş olsun isterse erkek eş olsun kefaletin geçerliliği diğer eşin rızasına bağlıdır.¹⁰⁶

6098 sayılı TBK m. 584 hükmünde aranan eşin kefalet sözleşmesine rıza göstermesi zorunluluğu uygulamada söz konusu kişilerden aynı zamanda evlilik cüzdanı ve vukuatlı nüfus aile kaydı istenmesi zorunluluğunu da beraberinde getirmektedir. Zira kefil olacak kişinin eşinin, kefilin eşi olduğunu ispat edebilmesi için bu belgelere de ihtiyacı bulunmaktadır.¹⁰⁷

MK m. 170 f. 1'e göre, yargıç tarafından ayrılığa karar verildiği durumlarda, eşlerin kefil olurken birbirlerinin rızalarını almaları gereği ortadan kalkar. Yargıcın kararına dayanan ayrılığın devamı sırasında, kefil olan kişinin eşi, genellikle akla uygun ve anlaşılabilir bir sebep olmadan rıza göstermeyi reddedeceğinden, ayrılık kararı verilen durumlarda eşin rızasının aranmaması olağan karşılanmalıdır. İsviçre hukukunda, yargıç kararı bulunmadan ayrı yaşayan eşler, birbirlerinin rızasını almadan hiçbir şekilde kefil olamamasına rağmen, 6098 sayılı TBK m. 584 düzenlemesiyle boşanma davası açılan veya MK m. 197'ye göre ayrı yaşamaya hakkı olan eşler ayrılığa ilişkin bir yargıç kararı olmasa bile birbirlerinin rızasını almadan kefil olabilirler.¹⁰⁸ Burada eşler arasındaki ayrılık kararı TMK m. 170/I uyarınca hâkim tarafından verilirken, TMK m. 197 hükmünde sayılan sebeplerden birinin varlığı halinde eşlerden her biri ayrı yaşama hakkına sahip olmaktadır. Öyle ki aynı sonuç eşlerin boşanma davası açılmasına bağlı olarak ayrı yaşama hakkına sahip olmaları ihtimalinde de geçerlidir.¹⁰⁹

6098 sayılı TBK m. 584 hükmüne göre, eşin yazılı rızası sözleşmenin kurulmasından önce ya da en geç kurulması anında verilmiş olmalıdır. Söz konusu hüküm gereğince, kefalet sözleşmesinin kurulmasından sonra eşin rızasını göstermesi etkili olmayacaktır. Burada eşin rızasının etkili olup olmayacağı noktasında önem kazanan 'kefalet sözleşmesinin yapıldığı an' ifadesi geniş yorumlanmalıdır. Kefalet sözleşmesi yapıldığı sırada kefilin eşi de hazır bulunuyorsa, eşin sözleşme metnini

¹⁰⁶ **Yavuz**, Nihat: 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanununun Getirdiği Değişiklikler ve Yenilikler, Birinci Baskı, Ankara 2011, s. 810

¹⁰⁷ **Sönmez**, Murat: 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanununda Kefalet Sözleşmesi, İzmir Barosu Dergisi, Borçlar Kanunu Özel Sayısı, Makaleler, Mayıs 2012, s. 175

¹⁰⁸ **Özen**, Burak: s. 176

¹⁰⁹ **Gümüş**, Mustafa Alper: s. 306

kefilden sonra imzalaması gerekir. Kefilin eşinin rızasının bir koşula bağlı olarak verildiği durumlarda, eşin rızasının kefalet sözleşmesinin yapılmasından önce veya kefalet sözleşmesiyle aynı anda verilmiş olması yeterli olup, rızanın bağlandığı koşulun kefalet sözleşmesinin yapılmasından sonra gerçekleşmiş olması bir sorun yaratmaz.¹¹⁰ Yalnız burada kefalet senedinde yer alıp da tarih içermeyen bir izin beyanının gerçekte kefalet tarihinden sonra imzalanması ya da izne ilişkin ayrı belgenin kefalet tarihinden sonra düzenlenmekle birlikte bu tarihten önceki bir tarihi taşıması suretiyle hükmün dolanılması mümkündür. Bu gibi durumlarda ortada bir izin değil, aksine bir icazet bulunmakta olup, kefalet sözleşmesinin geçersiz olduğu yönündeki bir iddia ispatlanırken birtakım güçlükler yaşanabilir.¹¹¹ Bunun yanı sıra, kefilin beyanıyla alacaklının beyanının aynı zamanda gerçekleşmemesi, yani kefalet sözleşmesinin hazır olmayanlar arasında kurulması halinde ise, kefilin eşinin rızası, kefilin yazılı olarak yapması gereken beyanından önce veya en geç bu beyanın yapıldığı anda mevcut olmalıdır. Kefilin yazılı beyanı hazır olmayan bir alacaklıya yönelikse, sırf bu beyanın yapılmasıyla kefalet sözleşmesi kurulmuş olmaz. Kefalet sözleşmesi, kefilin yazılı beyanında somutlaşan önerisini alacaklının kabulüyle kurulur. Alacaklının kabul beyanının kefile ulaştığı veya alacaklının susmasının kabul olarak yorumlandığı an kefalet sözleşmesinin kurulduğu andır. İşte böyle durumlarda kefilin eşinin rızası, kefalet sözleşmesinin alacaklının kabulüyle kurulduğu daha sonraki anda değil, kefilin yazılı beyanını (öneriyi) yaptığı anda mevcut olmalıdır.¹¹²

Kefalet sözleşmesinde sonradan, kefilin eşinin rızasını gerektiren herhangi bir değişiklik olduğu takdirde, eşin rızasının eksikliği kefilin değişikliğe ilişkin olarak ortaya koyduğu rızanın da geçersiz olmasına yol açar. Bu değişiklikler; kefilin sorumluluk sınırının artırılması, adi kefaletin müteselsil kefalete dönüştürülmesi ve alacak için mevcut güvencelerin önemli ölçüde azaltılmasıdır.¹¹³

Kefalet limitini artıran türdeki değişiklikler kefil ile alacaklı arasında kararlaştırıldığından burada diğer eşin de rızasına ihtiyaç vardır. Zira kefalet

¹¹⁰ **Özen**, Burak: s. 179

¹¹¹ **Kırca**, İsmail: Türk Borçlar Kanunu Tasarısı Kefalet Eşin İzni, www.muglabarosu.org.tr, (01.08.2014), s. 447

¹¹² **Özen**, Burak: s. 179–180

¹¹³ **Özen**, Burak: s. 177,181

sözleşmesinde önemli olan nokta, TBK m. 583/I anlamında kefilin sorumlu olduğu azami miktar, kısacası kefalet limitinin karşılığıdır. Bu nedenle kefalet limiti altında kalmakla birlikte kefilin sorumlu olduğu tutarı artıran anlaşmalar bakımından diğer eşin rızasına gerek kalmaz.¹¹⁴ Nitekim TBK m. 584/II hükmünde de, ‘Kefalet sözleşmesinde sonradan yapılan ve kefilin sorumlu olacağı miktarın artmasına veya adi kefaletin müteselsil kefalete dönüşmesine ya da kefil yararına olan güvencelerin önemli ölçüde azalmasına sebep olmayan değişiklikler için de eşin rızası gerekmez.’ şeklinde düzenleme mevcuttur. Bu nedenle kefalet senedindeki kefilin sorumlu olduğu temerrüt faizi tutarını artıran tadil sözleşmeleri, diğer eşin rızası olmadan geçerlidir. Yine aynı şekilde alacaklı ve asıl borçlu arasındaki ilişkide asıl borcun vadesini öne çeken ya da anapara veya temerrüt faizi oranını artıran tadil sözleşmeleri, kefilin sorumlu olacağı tutarın artmasına yol açsa da sadece kefilin kabulü ile kefil için bağlayıcıdır, ayrıca kefilin eşinin rızası aranmaz.¹¹⁵

Adi kefaletin müteselsil kefalete dönüşmesini konu alan değişiklik anlaşmasına kefilin eşi rıza göstermemişse, adi kefil sıfatı korunmuş olur. Zira kefalet sözleşmesinde değişiklik yapılarak esas borçluyla kefil arasında teselsül kararlaştırılıyorsa bu değişikliğe kefilin eşinin yazılı izni gerekmektedir. Buna karşılık yapılan değişiklikle birlikte, kefil olan kişiler arasında teselsülün kararlaştırıldığı ikinci olasılıkta evli olan kefillerin eşlerinin yazılı izninin alınmayacağı belirsizdir. Adi kefaletin müteselsil kefalete dönüştürülmesi için kefilin eşinin rızasının alınması gerekliliği bu ikinci olasılığı da kapsar.¹¹⁶

Teminatların önemli ölçüde azalmasının söz konusu olduğu durumlarda ise, kefilin eşinin bu konuda rızasının bulunmaması, bizzat kefilin bu hususa ilişkin olarak ortaya koyduğu rızanın geçersiz olması sonucunu doğurur. Burada yapılan değişikliğin alacağa bağlı güvenceleri önemli ölçüde azaltıp azaltmadığı değerlendirilirken bahsedilen güvence ve azalma tabirleri en geniş anlamıyla ele alınmalıdır. Alacaklının elindeki rehinlerin bazılarında vazgeçeceğine veya esas borçluyla birlikte sorumlu olan kişileri ibra edeceğine ilişkin durumlarda salt kefilin rızasının alınması yeterli olmayıp, ayrıca kefilin eşinin de rızasının alınması

¹¹⁴ Gümüş, Mustafa Alper: s. 307

¹¹⁵ Gümüş, Mustafa Alper: s. 307

¹¹⁶ Özen, Burak: s. 178-182

gerekmektedir. Aksi takdirde bizzat kefilin rızası da alınmamış sayılır. Buna karşılık objektif sebeplere bağlı olarak güvencenin azaltılması, TBK m. 584 hükmünün dışında kalır. Güvencenin azalmasına yol açan objektif sebeplere piyasa koşullarına bağlı olarak rehinlerin değer kaybetmesi veya esas borçlunun dışında borçtan sorumlu olan kişilerden bazılarının ödeme gücünü yitirmesi gösterilebilir. Burada güvencede ortaya çıkan azalmanın önemli olup olmadığı her somut olay için ayrıca ele alınması gerekmektedir.¹¹⁷

6098 sayılı TBK m. 583 f.1 hükmü gereğince geçerli olan, kefilin kısmen el yazısıyla beyanda bulunma zorunluluğu eşin rızası bakımından söz konusu değildir. Eşin rızasının yazılı şekilde verilmesinden kasıt adi yazılı şekildir. Kefilin eşi, herhangi bir biçimde veya herhangi biri tarafından yazılmış beyanı imzalayarak veya imza yerine geçen bir işaret kullanarak rızasını ortaya koyabilir. Eşin rızasının ayrı bir belgede yer alması mümkün olup, kefalet belgesinde yer almasına gerek yoktur. Ancak kefilin eşinin rızasının kefalet belgesinden ayrı bir belge üzerinde cisimleşmesi durumunda, kefalet sözleşmesiyle ilgili önemli verileri içermesi ve bunları kapsar biçimde ortaya konulması gerekmektedir.¹¹⁸

6098 sayılı TBK m. 603 hükmü uyarınca, ‘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.’ Bu durumda Kanunda öngörülen hüküm uyarınca, garanti, borca katılma, himaye beyanı, kredi emri ve avalde de eşin rızası aranacak ve TBK m. 584 hükmü bu durumlara da uygulanacaktır.¹¹⁹ Bunun yanı sıra, TBK m. 603 kapsamında Tapu ve Kadastro Genel Müdürlüğü Tapu Dairesi Başkanlığı tarafından taşra birimlerine gönderilen 22.10.2012 tarih ve B.09.1.TKG.0.0120200-010.07/20-8849 sayılı talimatta, borçlu ile taşınmaz malikinin aynı kişi olmadığı durumlarda, Tapu Müdürlüklerince hazırlanan ya da onama suretiyle yapılan ipotek sözleşmelerinde kefalete ya da 6098 sayılı Kanunun 603. maddesi kapsamında kişisel güvenceye yönelik bir hükmün bulunması halinde, bu hususların kefilin el yazısıyla sözleşmede yer alması ve eşinin rızasının alınması gerektiği, sözleşmenin banka ya da kredi

¹¹⁷ Özen, Burak: s. 178–182

¹¹⁸ Özen, Burak: s. 180

¹¹⁹ Yavuz, Nihat: s. 809

kuruluşu tarafından hazırlanması halinde ise belirtilen hususların sözleşmede yer aldığı belirtilmesi ve hukuki sorumluluğun üstlenilmesi halinde Tapu Müdürlüğünde işlemin tamamlanacağı ayrıca belirtilmiştir.¹²⁰

Eşin rızasının eksik olması durumunda, kefalet sözleşmesi ayrıca iptal beyanında bulunmaya gerek olmaksızın kesin hükümsüz, yani geçersiz olur.¹²¹ Zira evli kişinin kefalet sözleşmesi akdetmesinde eşinin geçerli biçimde izninin alınması, kefalet sözleşmesinin şekline ilişkin bir koşul olmayıp, kefalet sözleşmesinin geçerliliğine ilişkin bir koşuldur. Bu hüküm kefalet sözleşmesi yapma ehliyetine getirilmiş bir sınırlama niteliği taşımaktadır.¹²² Nitekim Yargıtay 11. Hukuk Dairesi¹²³ bir kararında, borçlulardan birinin kefil sıfatıyla imzaladığı sözleşmede 6098 sayılı TBK'nın 584/I maddesi uyarınca eşinin rızasının bulunmasının geçerlilik şartı olduğunu, ancak anılan kefilin eşinin kefalet akdine muvafakati bulunmadığı gerekçesiyle Yerel Mahkeme tarafından davanın reddine karar verildiğini, hâlbuki borçlunun kefil sıfatıyla imzaladığı 27.02.2013 tarihli Genel Ticari Kredi Sözleşmesi'nin son sayfasında kefilin eşinin yine 27.02.2013 tarihli imzasının bulunduğunu belirtmiş ve kefalet akdinin yasaya uygun olarak düzenlenmesi sebebiyle kararın davacı yararına bozulmasına karar vermiştir. Eşin rızasının bir geçerlilik şartı olması sebebiyle, kefilin alacaklı ile akdettiği, kefilin sorumlu olacağı limiti artıran, adi kefaleti müteselsil kefaletle dönüştüren anlaşmalar kefilin eşi rıza vermediği müddetçe batıl olup, taraflar için hüküm ve sonuç doğurmaz. Bu durumda kefalet limiti ve kefaletin adi kefalet niteliği önceden kararlaştırıldığı gibi kalır. Alacaklının kefilin güvencesini esaslı bir biçimde kaldıran diğer tek taraflı işlemlere veya üçüncü kişilerle akdettiği sözleşmelere yönelik kefilin rızası ancak eşinin rızası ile tamamlanırsa geçerli olarak hüküm ve sonuç doğurmaktadır.¹²⁴ Aynı şekilde teminatların önemli ölçüde azalmasının söz konusu olduğu durumlarda da kefilin eşinin bu konuda rızasının bulunmaması, kefilin bu hususa ilişkin olarak ortaya koyduğu rızanın geçersiz olması sonucunu doğurur. Alacaklının mevcut teminatları elden çıkarması veya değerini düşürmesi halinde, TBK m. 592 hükmünde öngörülen

¹²⁰ **Çelik**, Ramazan: Kefaletle Eşin Rızası Meselesinin İpotek İşlemi Açısından Tapu Müdürlüğü Boyutuyla Değerlendirilmesi, www.tapu-kadastro.net, (19.07.2014), s. 2

¹²¹ **Özen**, Burak: s. 181

¹²² **Ayan**, Serkan: s. 136-137

¹²³ Yargıtay 11. Hukuk Dairesi'nin 03.06.2013 Tarih ve 2013/8155 E. – 2013/11444 K. Sayılı İlamı, www.sinerjias.com.tr, (E.T.: 02.05.2015)

¹²⁴ **Gümüş**, Mustafa Alper: s. 310

yaptırımlar uygulanmaktadır. Kefilin sorumluluğu, teminatlarda ortaya çıkan azalma veya değer düşüklüğü oranında azalmakta ve alacaklının teminatları ağır kusuruyla elinden çıkarması halinde TBK m. 592 f. 4 hükmü uyarınca kefil borcundan tamamen kurtulmaktadır.¹²⁵

TBK m. 587 f. 3 hükmü gereğince, eşin rızasındaki eksiklik nedeniyle birden fazla kefilden biri hakkında geçersizliğin söz konusu olması, diğer kefillerin de sorumluluğunun ortadan kalkması sonucunu doğurur.¹²⁶

Kesin hükümsüzlüğün özelliği gereği, eşin geçerli rızası alınmadan akdedilen kefalet sözleşmelerinin sonradan yapılacak bir eklemeye veya zamanın geçmesiyle geçerli hale gelmeleri mümkün değildir. Eşin geçerli rızası alınmadan yapılan kefalet sözleşmesinin kesin hükümsüzlüğünü kefil, kefilin eşi, asıl borçlu ve alacaklı dâhil olmak üzere herkes ileri sürebileceği gibi yargıç da söz konusu hususu resen dikkate almakla yükümlüdür.¹²⁷

Kefilin eşinin beyaza imza suretiyle rıza göstermesi hususunda ise, her ne kadar hükmün koruma amacı ile beyaza imzanın bağdaşmayacağı ileri sürülebilirse de buna bir engel bulunmamaktadır. Zira kişilerin bu şekilde borç altına girmesine izin verilen bir hukuk sisteminde, rıza gösteren eşi borç altına sokmayan bir hukuki işlemin bu şekilde yapılmasına hukuki bir engel de olmasa gerekir.¹²⁸

‘Eşin Rızası’ başlıklı TBK m. 584 hükmü düzenlemesinin akabinde, 11.04.2013 tarih ve 28615 sayılı Resmi Gazetede yayınlanarak yürürlüğe giren 6455 sayılı Gümrük Kanunu İle Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun’un 77. maddesiyle söz konusu düzenlemeye yeni bir fıkra eklenmiştir. TBK m. 584 hükmüne eklenmiş fıkra, ‘Ticaret siciline kayıtlı ticari işletmenin sahibi veya ticaret şirketinin ortak ya da yöneticisi tarafından işletme veya şirketle ilgili olarak verilecek kefaletler, mesleki faaliyetleri ile ilgili olarak esnaf ve sanatkârlar siciline kayıtlı esnaf veya sanatkârlar tarafından verilecek

¹²⁵ **Özen**, Burak: s. 182

¹²⁶ **Özen**, Burak: s. 181

¹²⁷ **Badur**, Emel: s. 288

¹²⁸ **Baş**, Ece: 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu’nda Kefalet Sözleşmesinin Geçerlilik Şartlarına İlişkin Bazı Yenilikler, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Cilt 70, Sayı 2, 2012, www.journals.istanbul.edu.tr, (27.10.2014), s. 123

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 sanatkârlar kredi ve kefalet kooperatifleri ile kamu kurum ve kuruluşlarınca kooperatif ortaklarına kullandırılacak kredilerde verilecek kefaletler için eşin rızası aranmaz.’ şeklindedir. Söz konusu hüküm iki farklı bakış açısıyla düzenlenmiştir. Bunlardan ilki, söz konusu hükmün asli borcun niteliğinden çok kefilin kişiliği esas alınarak düzenlenmesidir. Buna göre, ticaret veya esnaf sanatkârlar sicilinde, işletmenin sahibi olarak kayıtlı olan kişi veya ticaret şirketinin ortağı ve yöneticisinin yapacağı bazı kefaletler eşin izninden muaf tutulmuştur. İkincisi ise, söz konusu hükmün kefilin kimliğinden çok asıl borcun niteliğinin esas alınarak düzenlenmesi halidir.¹²⁹ Yazoğlu’na göre, genellikle ticari ilişkiye yabancı konumda olan eşin büyük meblağlı ticari kredilerde yer alan kefalet onay vermesi, aile hukukuna özgü sorunların dışında tarafların bir ayrılık kararı veya yasal olarak ayrı yaşama hakkı olmadan ayrı yaşamaları ya da diğer eşin adresinin bilinmemesi gibi teknik nedenlerde de sıkıntı yaratacaktır. Özellikle kefil olacak eşin aynı zamanda krediyi kullanan tüzel kişinin ortağı olması halinde, tüm ticari hayatın geleceğinin aile hukukuna ilişkin kaygılarla tayin edilmesinin doğru hiçbir yanı bulunmamaktadır.¹³⁰ Kanaatimce de ticari ilişkilerin süreklilik arz etmesi açısından ticari hayat ile aile hukukunun birbirine karıştırılmaması gerekmektedir. Öyle ki kefalet sözleşmesinin ticari hayata yabancı konumda bulunan eşin onayına bağlı kılınması, ticari hayatın gelişmesini ve süreklilik arz etmesini engelleyecektir. Bu sebeplerle, 6455 sayılı Gümrük Kanunu İle Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanunla eklenen fıkra yerinde bir düzenlemedir.

3.2.1.3. İİK m. 290 ve İİK m. 325 Hükümü Uyarınca Borçlunun Kefalet Ehliyeti

2004 sayılı İİK m. 290/I,II hükmünde mühletin borçlu bakımından sonuçları, ‘Borçlu, komiserin nezareti altında işlerine devam edebilir. Şu kadar ki, tetkik mercii bazı işlemlerin geçerli olarak ancak komiserin katılımı ile yapılmasına veya

¹²⁹ Ayan, Serkan: s. 112

¹³⁰ Yazoğlu, Füsün Tuncel: Banka Kredi Sözleşmeleri ve Kredilerden Doğan Uyuşmazlıklar, Banka Kredilerine Özgü Kanun Yolları, s. 124

borçlunun yerine komiserin işletmenin faaliyetini devam ettirmesine karar verebilir. Borçlu, tetkik merciinin izni dışında mühlet kararından itibaren rehin tesis edemez, kefil olamaz, taşınmaz ve işletmenin devamlı tesisatını kısmen dahi olsa devredemez ve takyit edemez ve ivazsız tasarruflarda bulunamaz. Aksi halde yapılan işlemler hükümsüzdür.’ şeklinde düzenlenmiştir. Bu yasak işlemler dışında, komiserin onayı olmaksızın yapılan diğer işlemler ise geçerlidir. Ancak bu işlemlerle alacaklılar zarara uğrarsa, komiser bu durumu rapor ederek mahkemeden mühletin kaldırılmasını isteyebilir.¹³¹

2004 sayılı İİK m. 325 hükmünde ise, fevkalade hallerde yetkili makam tarafından borçlunun tasarruf hakları üzerinde hususi tedbirler alınabileceği belirtilmiştir. İİK m. 325 hükmü söz konusu durumu, ‘Tetkik mercii fevkalade mühleti verirken komiserin yoksa bizzat merciin muvafakati olmaksızın borçlunun gayrimenkullerini temlik yahut bunlar üzerinde aynı haklar tesis, rehinler ihdas, ivazsız tasarruflar icra etmeyeceğine ve fevkalade mühletten evvel doğmuş borçlara karşı ödemeler yapamayacağına ve kefalet edemeyeceğine ve ederse hükümsüz olacağına karar verebilir.’ şeklinde belirtmiştir.

3.2.1.4. Tüzel Kişiler Açısından Kefilin Fiil Ehliyeti

6762 sayılı (eski) Ticaret Kanunu döneminde, özel hukuk tüzel kişilerinin hak ve fiil ehliyetleri esas sözleşmelerinde belirtilen amaçları ile sınırlı olduğundan, bu tüzel kişiler ancak esas sözleşmelerinde belirtilen maksat ve gayelerin tahakkuku için kefil olabilirlerdi.¹³² Öyle ki 6762 sayılı TTK düzenlemesinde, tüzel kişilerin ehliyeti bakımından ultra vires kuralı yani amaç dışı işlem yapma yasağı etkili olmaktaydı. Yine aynı şekilde medeni hukuk tüzel kişileri olarak adlandırılan dernek ve vakıfların kefil olabilmelerinde de yapılan kefalet sözleşmesinin dernek veya vakfın amacının gerçekleşmesine hizmet etmesi aranmaktaydı.¹³³ 6762 sayılı (eski) TTK m. 137’de ultra vires ilkesi, ‘Ticaret şirketleri hükmi şahsiyeti haiz olup şirket mukavelesinde yazılı işletme mevzuunun çevresi içinde kalmak şartıyla bütün hakları iktisap ve borçları iltizam edebilirler.’ şeklinde düzenlenmişti. Söz konusu hüküm uyarınca, bir

¹³¹ Pekcanitez, Hakan /Atalay, Oğuz / Özkan, Meral Sungurtekin / Özkes Muhammet: İcra ve İflas Hukuku, 10. Bası, Ankara 2012, s. 773

¹³² Tandoğan, Haluk: s. 730-731

¹³³ Özen, Burak: s. 169

tüzel kişinin diğeri bir gerçek veya tüzel kişi lehine kefil olması halinde, söz konusu kefaletin tüzel kişiyi hukuken bağlayabilmesi için öncelikle, şirket ana sözleşmesinin buna olanak vermesi ve kefalet tesisi için atılan imzaların şirket ana sözleşmesinde kendisine bu konuda yetki verilmiş olan kişilere ait olması gerekmektedir. Bunun için, hükmi bir şahsın kefaletinin söz konusu olması halinde öncelikle, anılan tüzel kişinin esas sözleşmesi bulunduğu yılın Olağan Genel Kurul sonrası alınan yetki belgesi ve gerekli imza sirküleri temin olunarak bu konuda kimlerin yetkili olduğu hususunun belirlenmesi gerekmektedir. 6762 sayılı Kanun düzenlemesi uyarınca, ticaret şirketleri, şirket mukavelesinde yazılı işletme konusunun çerçevesi içinde kalmak şartıyla bütün hakları iktisap ve borçları iltizam edebildiklerinden, verilen kefaletin şirketin konusuna dâhil olup olmadığı değerlendirilmesi gerekmektedir. Diğeri bir ifadeyle, şirket ana sözleşmesinde kefalet verilebileceğine ilişkin hiçbir kayıt olmasa bile verilen kefalet işletme konusuna dâhilde Ticaret Kanununun 137. maddesine göre geçerli sayılabilmekteydi.¹³⁴ Lakin söz konusu düzenlemenin aksine, ticaret şirketlerinin kefil olma ehliyeti açısından 6726 sayılı Ticaret Kanununun 137. maddesinin yorumlanmasına ilişkin Yargıtay uygulaması zaman içerisinde değişmiş ve şu noktaya ulaşmıştır: ‘Bir ticaret şirketinin bir başka ticaret şirketinin borcuna kefil olması, şirketin uğraşı alanları arasında benzerlik olması ve kefil olunan borcun kefil olan şirketin uğraşı alanı içinde görülebilecek bir sözleşmeden kaynaklanması gibi gereklilikler aranmadan mümkün sayılmalıdır.’¹³⁵

6102 sayılı (yeni) TTK m. 125’de tüzel kişilik ve ehliyet ise, ‘Ticaret şirketleri, Türk Medeni Kanununun 48. maddesi çerçevesinde bütün haklardan yararlanabilir ve borçları üstlenebilirler. Bu husustaki kanuni istisnalar saklıdır.’ şeklinde yeniden düzenlenmiştir. 6102 sayılı TTK’nın yeni düzenlemesinde, 6762 sayılı TTK’da bahsedilen ultra vires ilkesinden söz edilmemektedir. Yeni TTK’nın 125. maddesinde ultra vires ilkesinden hiç söz edilmemesi ticaret şirketlerine zaten tanınmış bulunan kefil olma serbestisi bakımından bir yenilik getirmemekte ancak bu serbestiyi tanıyan uygulamanın devam edeceğinin bir garantisi olmaktadır. Gerçekten de 6762 sayılı Kanun’un 137. maddesine lafız olarak denk düşen bir düzenleme 6102 sayılı Kanun’da yer alsaydı, ticaret şirketlerine kefil olma serbestisi tanıyan

¹³⁴ Oy, Osman / Güngöler, Gülcan: Herkes İçin Hukuk: 2, Türk Hukuk Mevzuatına Göre Kredi ve Kredi Teminatları, 1. Bası, İstanbul 2008, s. 39-40

¹³⁵ Özen, Burak: s. 170,172

uygulamanın her an değişebilmesi ve bu serbestinin kalkması riski bulunurdu.¹³⁶ Nitekim kanun koyucu, 6103 sayılı Türk Ticaret Kanununun Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkındaki Kanunla da 6102 sayılı TTK m. 125 hükmünü teyit etmiştir. 6103 sayılı Türk Ticaret Kanununun Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkında Kanunun ‘Ticaret Şirketlerinin Hak Ehliyet’ başlıklı 15. maddesi, ‘Şirket sözleşmelerinde veya esas sözleşmelerinde 6762 sayılı Kanunun 137. maddesine uygun olarak, şirketin hak ehliyetinin şirket sözleşmesinde veya esas sözleşmesinde yazılı işletme konusu ile sınırlı olduğunu belirten hükümler bulunması halinde, bu hükümler Türk Ticaret Kanununun yürürlüğe girdiği tarihten itibaren yazılmamış sayılır.’ şeklinde düzenlenmiştir.

6102 sayılı (yeni) TTK m. 223 hükmünde kolektif şirkette kefaletle ilişkin sınırlamalar, ‘Şirketin yönetimi kapsamındaki hususlar, şirketin amacını ve konusunu elde etmek için yapılması gereken olağan işlem ve işler ile sınırlıdır. Şirketi yönetenler, şirket menfaatine uygun gördükleri işlerde olağan işlem ve işlerle sınırlı olmak şartıyla sulh, feragat ve kabul ile tahkime de yetkilidirler. Şu kadar ki bağıştta bulunmak, kefil olmak, üçüncü kişi lehine garanti vermek, ticari mümessil tayin etmek ve şirket konusuna girmiyorsa taşınmazları satmak, satın almak, teminat göstermek, şirketin özüne ilişkin üretim araçlarını elden çıkarmak, rehnetmek veya ticari işletme rehni kurmak gibi olağan iş ve işlemler dışında kalan hususlarda ortakların oybirliği şarttır.’ şeklinde düzenlemiştir. 6762 sayılı (eski) TTK’nın kolektif şirketlere ilişkin düzenlemesinde salt teberrudan (bağıştan) bahsedilirken, 6102 sayılı TTK’nın kolektif şirketlere ilişkin düzenlemesinde bağıştın yanı sıra kefalet ve garantiye de yer verilmiştir. Bu hükme göre kefalet, idare yetkisi olan işlere ilişkindir ve niteliği gereği şirketin olağan iş ve işlemleri dışında kalan hususlardandır. Böylece yeni metinden de anlaşılacağı üzere bağışt, kefalet ve garanti işlemleri diğer bazı işlemlerden ayrı tutulmuş, diğerleri için şirketin konusuna girmiyorsa denilmesine karşılık bunlar için böyle bir istisnaya yer verilmemiştir.¹³⁷ Ancak kolektif şirketlerde geçerli olan idare yetkisine ilişkin olağan ve olağanüstü iş ayrımı hususu anonim şirketlerin tabi olduğu TTK 400 vd. maddeleri için geçerli değildir. Farkın sebebi ise, sermaye şirketi ve şahıs şirketi ayrımında yatmaktadır. Kolektif şirkette ortakların şirket borçlarından şahsen ve sınırsız olarak sorumlu

¹³⁶ **Özen**, Burak: s. 172

¹³⁷ **Battal**, Ahmet: s. 45

olması kuralı, ortaklar arasında yüksek güven ve işbirliğini ve dolayısıyla da ivazsız ya da yüksek riskli işlemlerde oybirliğini gerektirmektedir.¹³⁸

Tüzel kişilerde ve özellikle şirketlerde genel temsil yetkisiyle ivazsız tasarruf yapılamayacağına ilişkin kuralın hukukun genel prensiplerinden ve uygulamadan kaynaklanan iki istisnası bulunmaktadır. Bunlardan birinci istisna, tüm ortakların oybirliği ile hareket ederek şirketin mamelekini ivazsız tasarrufa konu etmesidir. İkinci istisna ise, makul ve küçük çaplı bağışlamalardır. Böylece anlaşılmaktadır ki kefaletin ivazsız olması ile ivazlı akit biçiminde olması hali farklı hükümlere tabidir. Burada ivazlı kefalet, mutlaka bedeli tespit edilmiş kefalet demek değildir. Bedeli tam olarak belli olmasa bile taraf iradelerine yansıyan bir denklik arzusunun ve gayretinin olması durumunda da ivazın varlığı kabul edilir. Piyasa riski anlamında riskleri belirlenmiş ve denkleştirilmiş olan her tür garanti ve kefalet işlemi bu anlamda ivazlıdır. Özellikle bankaların teminat mektubu işlemlerinde durum bu şekildedir.¹³⁹

3.2.2. İRADE BOZUKLUKLARI

İrade bozukluklarında, iradenin beyan edilişi veya iradenin oluşması sırasında bir sakatlık söz konusudur. İrade istenilmeyerek farklı bir şekilde beyan edilmişse ‘yanılmaya’ ilişkin kurallar uygulanmaktadır. İrade ile beyan arasında bir fark yoksa fakat iradenin meydana gelişi sırasında bir sakatlık olmuşsa üç özel halin dışında kural olarak iradenin meydana gelmesini etkileyen saikler söz konusu olmaktadır.¹⁴⁰ İradenin oluşması sırasındaki sakatlıklar 6098 sayılı TBK’da üç halde düzenlenmiştir. 6098 sayılı TBK’nın 30–39 maddeleri arasında düzenlenen ‘İrade Bozuklukları’nı aşağıda öncelikli olarak genel hükümler çerçevesinde inceleyecek, akabinde kefalet sözleşmesi kapsamında ele alacağız.

¹³⁸ **Battal**, Ahmet: s. 47

¹³⁹ **Battal**, Ahmet: s. 49-50

¹⁴⁰ **Reisoğlu**, Safa: Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 01.07.2012’de Yürürlüğe Giren Yeni Türk Borçlar Kanunu’na Göre Hazırlanmış Yirmidördüncü Bası, İstanbul 2013, s. 118

3.2.2.1. Yanılma

Yanılma (hata), genel olarak bir kimsenin olayları yanlış algılaması, yanlış değerlendirmesi ve bu kişinin beklenti ve tahminlerinin söz konusu olayla ilgili olarak isabetsiz olmasıdır. Bu yönüyle hata daima bilmeme veya istememeyi gerektirir. Kastın yani bilme ve isteme unsurunun bulunduğu hallerde hatadan söz edilemez. Yalnız burada Borçlar Kanunu her hatayı değil, ancak esaslı bir hatayı geçersizlik sebebi saymıştır.¹⁴¹

818 sayılı Borçlar Kanununda esaslı hata halleri beyan hataları ve temel hatası olmak üzere iki grupta ele alınmaktaydı. 818 sayılı BK m. 24 hükmünde esaslı sayılacak hata halleri dört bent halinde gösterilmiş olup, bunlardan ilk üçü esaslı sayılan beyan hatası hallerini belirtmekte, dördüncü bentte ise doktrinde temel hatası adı verilen nitelikte saik hatasına ilişkin prensipler yer almaktaydı.¹⁴² 818 sayılı BK m. 24 hükmünde esaslı hata halleri, ‘1. Hata ettiğini iddia eden tarafın bir akit hakkında rızasını beyan ederken başka bir akit kastetmiş olması. 2. Hata ettiğini iddia eden tarafın akitte makudun aleyhi teşkil eden şeyden gayri bir şey kastetmiş yahut üzerine borç alırken başlıca nazara aldığı şahısta yanılmış olması. 3. Hata ettiğini iddia eden tarafın taahhüt ettiği ivazın kastettiği şeyden ehemmiyetli surette çok ve mukabil ivazın ehemmiyetli surette az olması. 4. Hata ettiğini iddia eden tarafça akdin lüzumlu vasıflarından olarak nazara alınmasına ticari doğruluğun müsait olduğu şeylerde hata edilmiş olması.’ şeklinde dört bent halinde düzenlenmişti. 818 sayılı BK m. 24/IV hükmünde öngörülen nitelikteki hataya temel hatası denilmektedir. Temel hataları kural olarak esaslı olmamakla birlikte, bir hatanın temel hatası teşkil etmesi için gerçekleşmesi gereken bazı şartlar bulunmaktadır. Bunlardan ilki bir tarafın akit yapma arzusunun oluşmasına etki yapan bir hususta yanılmış olmasıdır. Burada hata bir olguya ya da maddi veya hukuki bir vasfa ilişkin olabilir. Bu duruma Ankara’ya tayin edildiğini zannederek Ankara’da ev kiralayan kimsenin tayin edildiği düşüncesinde gerçekleşen yanılmayı örnek olarak gösterebiliriz. Gerçekleşmesi gereken bir diğer şart ise, hataya düşenin bu hususta yanıldığını bilmesi halinde akdi hiç veya mevcut şartlarla yapamayacağını kabul

¹⁴¹ Kılıçoğlu, Ahmet M.: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 9. Bası, Ankara 2007, s. 126-127

¹⁴² Oğuzman, M. Kemal / Öz, M. Turgut: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Gözden Geçirilmiş Altıncı Basıdan Yedinci Tıpkı Bası, İstanbul 2009, s. 80

edilmesi halidir. Bir hatanın temel hatası teşkil etmesi için gerçekleşmesi gereken son şart ise, iş hayatındaki dürüstlük kurallarının hata edilen hususun akdin muteberliğine olan etkisini haklı göstermesidir. Böyle bir durum, iş hayatında hâkim görüşler veya o olaya mahsus özel hal ve şartlara göre objektif olarak hataya düşülen hususun akdin yapılmasında esaslı bir unsur olduğunun kabul edilmesi gereken hallerde söz konusu olmaktadır.¹⁴³

6098 sayılı (yeni) TBK düzenlemesinde ise yanılma halleri; açıklamada yanılma, saikte yanılma ve iletmede yanılma olmak üzere 3 başlık altında ele alınmış olup, TBK m. 31 hükmünde esaslı yanılma niteliğini taşıyan ‘açıklamada yanılma’ halleri ise 5 bent halinde sıralanmıştır. TBK m. 31 hükmünde açıklamada esaslı yanılma halleri, ‘1. Yanılan, kurulmasını istediği sözleşmeden başka bir sözleşme için iradesini açıklamışsa. 2. Yanılan, istediğinden başka bir konu için iradesini açıklamışsa. 3. Yanılan, sözleşme yapma iradesini, gerçekte sözleşme yapmak istediği kişiden başkasına açıklamışsa. 4. Yanılan, sözleşmeyi yaparken belirli nitelikleri olan bir kişiyi dikkate almasına karşın başka bir kişi için iradesini açıklamışsa. 5. Yanılan, gerçekte üstlenmek istediğinden önemli ölçüde fazla bir edim için veya gerçekte istediğinden önemli ölçüde az bir karşı edim için iradesini açıklamışsa.’ şeklinde belirtilmiştir.

TBK m. 31 b.1 hükmüne göre, bir kimse, başka bir sözleşme yapmak isterken kefalet sözleşmesi yapmışsa, sözleşmenin niteliğinde yanılığa düşmüş demektir. Söz konusu yanılma esaslı yanılma niteliğini taşıyan yanılma halidir ve yanılan tarafından sözleşmenin iptal edilmesine olanak verir.¹⁴⁴ TBK m. 31 b. 2’de yer alan, istenilenden başka bir konu için kefil olunması hali de esaslı bir yanılma olarak kabul edilmektedir. Ancak, kefil olan kimsenin göz önünde tuttuğu borç kefalet belgesine yansımış olan esas borçtan farklıysa, buna karşılık hangi borç için kefil olunmak istendiği alacaklı tarafından anlaşılmalı veya anlaşılması gerekiyorsa, yanılmaya ilişkin hükümler uygulanmaz. Böyle bir olasılıkta, kefalet sözleşmesi, gerçekte kefil olunmak istenen borca ilişkin olarak yapılmış sayılır.¹⁴⁵ TBK m. 31 b. 3 ve b. 4’de kişide yanılma hali iki ayrı durum dikkate alınarak yeniden düzenlenmiştir. TBK m.

¹⁴³ Oğuzman, M. Kemal / Öz, M. Turgut: s. 86-89

¹⁴⁴ Özen, Burak: s. 186

¹⁴⁵ Özen, Burak: s. 187

31 b. 3'de, yanılan sözleşme yapma iradesini gerçekte sözleşme yapmak istediği kişiden başkasına yöneltmişse bu yanılma esaslı yanılma niteliğindedir.¹⁴⁶ TBK m. 31 b. 4 hükmünde ise, yükümlülük altına girilirken göz önünde tutulan kişide yanılma söz konusudur. Kefil olurken esas borçlunun kişiliğinde yanılan kimse esaslı bir yanılığa düşmüş olur.¹⁴⁷ TBK m. 31 b. 5 hükmünde ise, bir kimsenin, bir akitte miktar üzerinde yanılmasından söz edilmektedir. Burada yanılanın, esasen kastettiği miktardan çok veya az bir ivaz söylemesi miktarda yanılmayı oluşturmaktadır. Ancak bu durumun esaslı yanılma olarak nitelendirilebilmesi için miktar farkının önemli olması gerekmektedir.¹⁴⁸

TBK m. 31 hükmünün son fıkrasında ise kanun koyucu, basit hesap yanlışlıklarına değinmiştir. 6098 sayılı TBK m. 31/son hükmünde basit hesap yanlışlıkları, 'Basit hesap yanlışlıkları sözleşmenin geçerliliğini etkilemez, bunların düzeltilmesi ile yetinilir.' şeklinde düzenlenmiştir. Yalnız burada 'adi hesap yanlışlığı' ile 'hesaplama yanlışlığı' birbirine karıştırmamak gerekir. Fiyatın belirlenmesinde bazı maliyet unsurlarının hesaba katılmaması veya eksik katılması sebebiyle bir hata yapılmışsa, bu hata bir saik yanılmasıdır ve dikkate alınmaz. Zira burada irade ile beyan arasında bir uygunsuzluk yoktur.¹⁴⁹

6098 sayılı TBK m. 32 hükmünde saikte yanılma hali, 'Saikte yanılma, esaslı yanılma sayılmaz. Yanılanın, yanıldığı saiki sözleşmenin temeli sayması ve bunun da iş ilişkilerinde geçerli dürüstlük kurallarına uygun olması halinde yanılma esaslı sayılır. Ancak bu durumun karşı tarafça da bilinebilir olması gerekir.' şeklinde düzenlenmiştir. Saikte hatanın esaslı hata teşkil edebilmesi için kefilin, akdin lüzumlu vasıflarının nazara alınmasına ticari teamüllerin müsaade ettiği şeylerde hataya düşmüş olması gerekmektedir. Yani iyi niyet kurallarına göre, objektif olarak dayandığı vakıaların vuku bulmaması halinde bir kimsenin kefil olamayacağı neticesine varılmalıdır. Keza kefilin bu vakıaları göz önünde tutarak hareket ettiğinin de alacaklı tarafından bilinmesi veya iyi niyet kurallarına göre bilinebilmesi gerekmektedir. Ancak kefilin hataya düştüğünü alacaklıya bildirmesi halinde, alacaklı TBK m. 34 hükmü uyarınca kefilin istediği şekilde akdin hüküm ifade

¹⁴⁶ Reisoglu, Safa: s. 120

¹⁴⁷ Özen, Burak: s. 186

¹⁴⁸ Nart, Serdar: Borçlar Hukuku Genel Hükümler – Özel Hükümler, Ankara 2014, s. 33

¹⁴⁹ Reisoglu, Safa: s. 120

etmesini kabul ederse, artık kefil hatasına dayanamaz.¹⁵⁰ Bunun yanı sıra, saikteki yanılmanın esaslı olarak nitelendirilebilmesi için sübjektif ve objektif şartların oluşması da gerekmektedir. Sübjektif şarta göre, yanılan taraf belli bazı olayları kendi beyanının esası olarak düşünmektedir. Öyle ki bu olaylar olmasaydı akdi yapmayacaktır. Objektif şart ise, hata edenin dikkate aldığı vakıaların ticari doğruluk kurallarına göre hukuki işlemin esaslı unsurunu oluşturması halidir.¹⁵¹

Kefalet sözleşmesinde yanılma genellikle, kefilin sözleşme yaparken göz önünde tuttuğu ve yükümlülük altına girme iradesinin oluşmasında etkili olan olgularda söz konusu olur.¹⁵² Özen'e¹⁵³ göre, kefilin yanılması sözleşmenin temelinde yanılma düzeyine çıkmalıdır ki kefil iptal beyanında bulunabilsin. Esas borçlunun ödeme gücü hakkında yanılan kefil, bu yanılığa dayanarak kefalet sözleşmesini iptal edemez. Kefalet sözleşmesi yapan alacaklı kendini, esas borçlunun ödeme gücünden yoksun olması olasılığı için güvence altına aldığından, kefilin esas borçlunun ödeme gücü bakımından yanıldığı iddiasıyla sözleşmeyi iptal etmesi iş hayatındaki doğruluk anlayışıyla bağdaşmaz.¹⁵⁴

3.2.2.2. Aldatma

Aldatma (hile/kandırma), bir kimseye yalan yanlış şeyler söylenerek onun yönlendirici iradesiyle sözleşme yapmaya sevk edilmesidir. Yanılmada sözleşme iradesinde kişi kendisi yanılırken, aldatmada karşı tarafın yönlendirilmesi vardır. Yanılmada irade ile beyan arasında uygunsuzluk varken, aldatmada tam tersine irade ile beyan arasında uygunsuzluk bulunmaz.¹⁵⁵ 6098 sayılı TBK m. 36 hükmünde de aldatma, 'Taraflardan biri, diğerinin aldatması sonucu bir sözleşme yapmışsa, yanılması esaslı olmasa bile sözleşmeyle bağlı değildir.' şeklinde düzenlenmiştir.

Aldatan sözleşmenin karşı tarafı olabileceği gibi üçüncü bir kişi de olabilir. Bu halde taraflardan birinin iradesi, sözleşmenin karşı tarafı veya üçüncü bir kişi

¹⁵⁰ Reisoğlu, Seza: s. 67-68; Tandoğan, Haluk: s. 736

¹⁵¹ Nart, Serdar: s. 33-34

¹⁵² Özen, Burak: s. 185

¹⁵³ Özen, Burak: s. 185

¹⁵⁴ Tandoğan, Haluk: s. 735

¹⁵⁵ Şenyüz, Doğan: 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanununa Göre Hazırlanmış Borçlar Hukuku Genel Ve Özel Hükümler, 6. Baskı, Bursa 2012, s. 55

tarafından doğru olmayan nitelikler ileri sürülmesi veya bazı niteliklerin gizlenmesi yoluyla etkilenmektedir.¹⁵⁶ 6098 sayılı TBK m. 36 f. 2 hükmüne göre, ‘Üçüncü bir kişinin aldatması sonucu bir sözleşme yapan taraf, sözleşmenin yapıldığı sırada karşı tarafın aldatmayı bilmesi veya bilecek durumda olması halinde, sözleşmeyle bağlı değildir.’ İlgili Kanun hükmünde de öngörüldüğü üzere, alacaklının veya temsilcisinin, kefil hile ile kefalet altına girmeye sevk etmesi veya üçüncü kişinin böyle bir hilesini bilmesi veya bilmesinin gerekmesi halinde kefil sözleşme ile bağlı olmadığını ileri sürebilir.¹⁵⁷

İptal hakkının bulunduğu ileri süren kefil, aldatmanın unsurlarının gerçekleştiğini ispat külfeti altındadır. Kefil öncelikle, alacaklının davranışları yüzünden bir olguda yanılığa düştüğünü ispatlamalıdır. Bunun yanı sıra, kefilin yanılığı üçüncü bir kişinin davranışından kaynaklanıyorsa, sözleşme kurulurken alacaklının durumu bildiği veya bilmesi gerektiği de kefil tarafından ispatlanmalıdır. Kefil tarafından ispatlanması gereken bir diğer unsur ise aldatma kastıdır. Kefili bir olgu hakkında yanılta veya kefilin mevcut yanılığının devam etmesini sağlayan alacaklı, bu şekilde davranırken kefalet sözleşmesinin kurulmasını amaçlamalıdır. Bu noktada alacaklının ihtimali bir kasta sahip olması yeterlidir. Kefilin ispat külfetinin kapsamında olan son unsur ise, nedensellik bağıdır. Alacaklının kefil yanılta davranışlarıyla, kefalet sözleşmesinin yapılması arasında nedensellik bağı bulunmalıdır.¹⁵⁸

Alacaklının kefil yanılta davranışlarının aldatma olarak nitelendirilebilmesi için, hukuka aykırı olması gerekmektedir. Kendiliğinden veya kefilin talebi üzerine açıklamalarda bulunan alacaklı, gerçek dışı açıklamalardan kaçınmanın yanı sıra kefil yükümlülük altına girmekten alıkoyabilecek olguların varlığını da saklamamalıdır.¹⁵⁹ Bu haliyle aldatma, aktif fiillerle meydana gelebileceği gibi pasif fiillerle de meydana gelebilmektedir. Aydınlatma yükümlülüğü yüklenen hallerde bir kişinin sessiz kalması da aldatma olarak değerlendirilir. Özellikle uzmanlık ve teknik bilgiyi gerektiren hallerde alacaklı, karşı tarafın bilgisizliğini ve tecrübesizliğini bilmesine rağmen susuyorsa, burada aldatmanın varlığı kabul edilmektedir. Lakin her

¹⁵⁶ Şenyüz, Doğan: s. 55

¹⁵⁷ Tandoğan, Haluk: s. 737

¹⁵⁸ Özen, Burak: s. 192–193

¹⁵⁹ Özen, Burak: s. 193

pasif hareket aldatma oluşturmaz, yalnızca bilgi verilmesi gerektiği halde o bilginin verilmemesini ifade eden aydınlatma yükümlülüğünün bulunduğu haller aldatma oluşturmaktadır.¹⁶⁰

6098 sayılı TBK m. 39 f. 1 hükmü gereğince, kefalet sözleşmesini iptal etme olanağı veren irade bozukluklarında, iptal hakkının süresinde kullanılmaması sözleşmenin onandığı anlamına gelir. İptal hakkının, yanılma veya aldatmanın öğrenilmesinden ya da korkutmanın etkisinin ortadan kalkmasından itibaren bir yıl içerisinde kullanılması gerekmektedir. Bir yıllık süre hak düşürücü niteliktedir. Kefil, bir yıllık süre içerisinde kefalet sözleşmesiyle bağlı olmadığını alacaklıya bildirmez veya yaptığı ödemeyi geri istemezse sözleşmeyi onanmış sayılır.¹⁶¹ TBK m. 39 f. 2 hükmüne göre ise, aldatma veya korkutmadan dolayı bağlayıcılığı olmayan bir sözleşmenin onanmış sayılması, tazminat hakkını ortadan kaldırmaz.

3.2.2.3. Korkutma

6098 sayılı TBK m. 37 hükmünde korkutma, ‘Taraflardan biri, diğerinin veya üçüncü bir kişinin korkutması sonucu bir sözleşme yapmışsa sözleşmeyle bağlı değildir.’ şeklinde düzenlenmiştir. TBK m. 37 hükmünde de belirtildiği şekliyle korkutma (ikrah/tehdit), bir kimsenin yapmak istemediği bir hukuki işlemi zarar verileceği korkusu yaratılarak yapmaya rıza göstermesi halidir. Korkutmada bir kişinin kendisine veya yakınlarından birinin canına, kişilik haklarına veya malvarlığına zarar verileceği hissi yaratılmaktadır. Bu his, karşı taraf veya üçüncü bir kişi tarafından yaratılabilir. Aldatılanın ağır ve yakın zarar tehlikesinin doğduğuna veya ortaya çıktığına inanmada haklı olması gerekmektedir. Bu şartlarda korkutulmaya maruz bırakılan taraf, sözleşme yapma iradesini açıklamak zorunda kalmaktadır. Buradan da anlaşılıyor ki, korkutmada bir kişinin yapmak istemediği bir sözleşmenin o kişiye zorla yaptırılması hali söz konusudur.¹⁶²

6098 sayılı TBK m. 38 f. 1 hükmünde korkutmanın koşulları, ‘Korkutulan, içinde bulunduğu durum bakımından kendisinin veya yakınlarından birinin kişilik

¹⁶⁰ Şenyüz, Doğan: s. 55-56

¹⁶¹ Özen, Burak: s. 183-184

¹⁶² Şenyüz, Doğan: s. 58

haklarına ya da malvarlığına yönelik ağır ve yakın bir zarar tehlikesinin doğduğuna inanmakta haklı ise, korkutma gerçekleşmiş sayılır.’ şeklinde ifade edilmiştir.

TBK m. 38 f. 2’de ise, bir hakkın veya kanundan doğan bir yetkinin kullanılacağı tehdidiyle yapılan sözleşmelerde korkutmanın, söz konusu tehdidi yapan kişinin bu yolda aşırı bir menfaat sağlamış olması halinde gerçekleşmiş sayılacağı ifade edilmiştir. Kefalette ikrahın ileri sürülmesi ihtimali, kefilin yakını olan asıl borçlu hakkında hukuki veya cezai takip yapılacağı tehdidiyle kefil olması halinde ortaya çıkar.¹⁶³ Lakin bu durumda dahi bir hakkın veya kanuni yetkinin ikrah sayılıp sayılmayacağı hususunda bir takım ayrımların yapılması gerekmektedir. Burada yapılacak ilk ayırım, kefile yönelik baskının bir hakkın veya kanundan doğan bir yetkinin kullanılması kapsamında kalıp kalmadığıdır. İhtiyati veya kesin haciz aşamasında haciz yapılarak malların muhafazaya alınması kanunun verdiği bir yetkidir. Fakat Kanun, gerek ihtiyati haciz gerekse de kesin haciz aşamasında alacaklının ve haczi yapan icra dairesinin bazı kurallar içinde hareket etmesi gerektiğini düzenlemiştir. Örneğin bazı mallar hiç hacedilemezken, bazı mallar kısmen hacedilebilir. Bunun yanı sıra haciz, borcu ve fer’ilerini karşılamaya yetecek miktardaki mal üzerinde uygulanmalıdır. Bu nedenle haciz uygulanırken ölçülülük ilkesine uyulması gerekmektedir. İşte anılan bu ilkeleri ihlal eder biçimde, haciz esnasında, haczi caiz olmayan malların muhafaza altına alınacağı, borçlu dışındaki bir kişiye ait olan malın muhafaza altına alınacağı veya ölçülülük ilkesini ihlal edecek biçimde alacağı karşılayacak menkul mal bulunmasına rağmen, mesela borçlunun ekonomik mahvına neden olacak biçimde doğrudan fabrikanın çalışması için gerekli olan makinelerin muhafaza altına alınacağı gibi baskı ifadeleri TBK m. 38/II anlamında Kanunun verdiği bir yetkinin kullanılması niteliği taşımayacağından Kanunda öngörülen tehdidi oluşturmaktadır.¹⁶⁴ Ancak alacaklının, ‘kardeşinin bana 5.000,00 TL borcu var, eğer kefil olmazsan takibata geçmek zorunda kalacağım’ şeklindeki asıl borçlu hakkında dava açacağı veya icra takibatına girişeceği yönündeki kanundan doğan yetkinin kullanılması kapsamında kalan beyanını kefile bildirmesi halinde ikrahın varlığından söz edilemez. Fakat alacaklının, ‘benim birisinden 10.000,00 TL alacağım var ve eğer ona kefil olmazsan kardeşinden olan 5.000,00 TL alacağım için icraya müracaat edeceğim’ şeklindeki beyanını kefile

¹⁶³ Tandoğan, Haluk: s. 738

¹⁶⁴ Ayan, Serkan: s. 76-77

bildirilmesi halinde ikrahın varlığından söz edilir. Aynı şekilde alacaklının, ‘kardeşine uzun vadeli 10.000,00 TL borç verdim. Bundan başka bana ayrıca vadesi gelmiş bir borcu daha var. Eğer 10.000,00 TL için kefil olmazsan, diğer borcundan dolayı takibata geçmek zorunda kalacağım’ şeklindeki beyanını kefile bildirilmesi de son hale örnek teşkil etmekte ve bu durumda da ikrahın varlığından söz edilmektedir.¹⁶⁵

Alacaklının kefil olunmadığı takdirde cezai tatbikat için ihbarda veya şikâyette bulunacağını bildirilmesi ise daima bir ikrah sayılmaktadır. Zira her ne kadar bir suçta ihbar etmek veya takibi şikâyete bağlı bir suçta şikâyette bulunmak kanuni bir yetkinin kullanılması mahiyetinde olsa da bu tarz bir ihbarda bulunmanın alacaklıya hiçbir faydası yoktur. Nitekim suçlunun cezalandırılmasının kamu yararı ve düzeni açısından önemi dikkate alındığında böyle bir ihbarda bulunma hakkının sadece mağdura değil, aynı zamanda herkese ait olduğu da unutulmamalıdır.¹⁶⁶

Korkutulan tarafın tazminat ödemekle yükümlü olduğu durum ise TBK m. 37 f. 2’de, ‘Korkutan bir üçüncü kişi olup da diğer taraf korkutmayı bilmiyorsa veya bilecek durumda değilse, sözleşmeyle bağlı kalmak istemeyen korkutulan, hakkaniyet gerektiriyorsa, diğer tarafa tazminat ödemekle yükümlüdür.’ şeklinde belirtilmiştir.

3.2.2.4. İrade Bozukluklarının Giderilmesi

6098 sayılı TBK m. 39 hükmünde irade bozukluğunun giderilmesi, ‘Yanılma veya aldatma sebebiyle ya da korkutulma sonucunda sözleşme yapan taraf, yanılma veya aldatmayı öğrendiği ya da korkutmanın etkisinin ortadan kalktığı andan başlayarak bir yıl içinde sözleşme ile ilgili olmadığını bildirmez veya verdiği şeyi geri istemezse, sözleşmeyi onanmış sayılır. Aldatma veya korkutmadan dolayı bağlayıcılığı olmayan bir sözleşmenin onanmış sayılması, tazminat hakkını ortadan kaldırmaz.’ şeklinde düzenlenmiştir.

Kanunda da öngörüldüğü üzere, irade bozukluğunun yaptırımı iradesi bozulan tarafın sözleşmeyi iptal edebilmesidir. Ancak işlem iptal edilene kadar iradesi

¹⁶⁵ Reisoglu, Seza: s. 71

¹⁶⁶ Reisoglu, Seza: s. 71

bozulan tarafı bağlamaz. Başka bir ifadeyle, bu durumda sözleşme iradesi bozulan tarafı bağlamazken, karşı taraf bununla bağlıdır. İradesi bozulanın içinde bulunduğu bu duruma ‘tek taraflı bağlamazlık’ da denilmektedir. İptal beyanı, dönme veya fesih gibi bozucu yenilik doğurucu hak olduğundan herhangi bir şarta bağlanamaz ve kullanıldıktan sonra da geri alınamaz. İptal beyanı herhangi bir şekilde bağlı olmayıp, bu beyanın sözlü olarak verilmesi de mümkündür. Sözleşmenin iptal edilmesiyle baştan itibaren geçersiz hale gelmesi söz konusu olur. Bu durumda, taraflar birbirlerinden aldıkları şeyleri iade etmekle yükümlüdür. Geri verme ise, duruma göre sebepsiz zenginleşme veya istihkak davasıyla gerçekleşmektedir. Kanunda öngörülen süre içerisinde sözleşmeyi iptal hakkının kullanılmaması halinde ise, sözleşme ile kararlaştırılan edimlerin ifası gerekir. İradesi bozulan taraf, bu bozukluğa rağmen sözleşmeyi muhafaza etmek isterse, sözleşmeye onay verebilir. Bu durumda sözleşme, yapıldığı andan itibaren her iki tarafı da bağlar, yani geçerlilik kazanır. İptal süresini bilerek geçirme de bu anlamda örtülü onay sayılmaktadır.¹⁶⁷

3.2.3. KEFALETİN TEMSİLCİ ARACILIĞIYLA YAPILMASI

Hukuk sistemimizde kefilin iradesinin vekil vasıtasıyla açıklanması, yani vekâleten kefalet mümkün ve geçerlidir. 6098 sayılı TBK yürürlüğe girmeden önce vekâletname düzenlenirken özel bir yetki gerektiren haller arasında kefil olma yetkisi yer almadığından, vekâleten kefil olmak için vekâletnamede özel yetki aranmayacağı kabul ediliyordu. Ancak buna rağmen bankalar tedbirli davranarak kredi sözleşmesinin kefalet bölümünün vekil vasıtasıyla imzalanması halinde vekâletnamelerde kefil olma için özel yetki arıyorlardı. Borçlar Kanununda yapılan değişiklikten sonra özel vekâletname aranacak haller arasında kefalet de sayıldığından bu tartışma sona ermiş bulunmaktadır. TBK m. 504/III hükmü uyarınca, vekil, özel olarak yetkili kılınmadıkça kefil olamaz. İlgili Kanun hükmü uyarınca, bundan böyle vekil sıfatıyla imzalanan kredi sözleşmelerinde mutlaka vekâletnamede kefil olma yetkisinin aranması gerekecektir. Aksi halde sonradan kefilin, kefaletin geçersizliğini ileri sürme imkânı bulunmaktadır.¹⁶⁸ Aynı şekilde TBK m. 583/II c. 1 hükmü de kefaletin temsilci eliyle yapılmasını mümkün

¹⁶⁷ Nart, Serdar: s. 36-37

¹⁶⁸ Yazoğlu, Füsün Tuncel: s. 126-127

kılmaktadır. TBK m. 583/II c. 1 hükmü, ‘Kendi adına kefil olma konusunda özel yetki verilmesi ve diğer tarafa veya bir üçüncü kişiye kefil olma vaadinde bulunulması da aynı şekil koşullarına bağlıdır.’ şeklinde düzenlenmiştir. Kanunda öngörülen düzenleme uyarınca, temsilcinin kefalet borcu altına girmek üzere temsilen kefalet sözleşmesi akdedebilmesi için özel temsil yetkisine sahip olması ve buna ek olarak da özel temsil yetkisinin kefalet sözleşmesi için öngörülen şekil koşullarına uygun olarak verilmesi gerekmektedir. Öyle ki temsilciden müteselsil kefalet sözleşmesi akdedilmesi istendiği takdirde, müteselsilen kefil olma yönünde verilen temsil yetkisinin de el yazısı ile temsil belgesinde belirtilmesi gerekmektedir. Temsilci, bu şekilde elde ettiği temsil belgesi ile yine TBK m. 583/I hükmünde öngörülen şekilde kefalet sözleşmesini akdedecektir.¹⁶⁹

Temsil yetkisinin noterce re’sen düzenlenen bir vekâletname içeriğinde yer alması durumunda, noterin ağızından kaleme alınan ve bilgisayar çıktısından ibaret olan bu vekâletname metnine kefalet limitinin, tarihinin ve teselsüle ilişkin ibarenin kefilin el yazısı ile yazılıp yazılmayacağı hususu ise tartışmalıdır. Barlas’a göre, TBK’nın ilgili hükmünde söz konusu durum ayrıca düzenlenmemiş ve noter vekâletnameleri için bir istisna öngörülmemiştir. Ancak noterce re’sen düzenlenen vekâletname metninde, açıkça ve eksiksiz yer almış olması koşuluyla bu unsurların ayrıca bir kez de elle yazılmasını aramanın bir anlamı da bulunmamaktadır. Zira hükmün amacı limit, kefalet tarihi ve müteselsil sorumluluğa ilişkin ibarenin boş bırakılıp sonradan alacaklı tarafından kefil aleyhine doldurulmasını engellemek ve ayrıca kefilin bu unsurların bilincinde olarak hareket etmesini sağlamaktır. Kefalet taahhüdünün noterce re’sen düzenlenen bir senette yer alması zaten bu amacı kendiliğinden gerçekleştirecektir ve hükmün konuluş amacında yer alan endişeler, bu şekilde akdedilen kefalet sözleşmelerinde söz konusu değildir. Bu bakımdan kefil olma konusundaki temsil yetkisinin noterce re’sen düzenlenen bir senette verilmesi halinde yeni yasaya göre aranan ek şekil unsurlarının ayrıca bir kez daha ve kefilin el yazısı ile yazılmasına gerek yoktur. Fakat bu konuda ortaya atılabilecek geçersizlik iddialarını daha baştan bertaraf etmek amacıyla, metnin altına tekraren de olsa bu ibarelerin kefilin el yazısı ile yazılması yararlı olacaktır.¹⁷⁰ Kanaatimce, her ne kadar

¹⁶⁹ **Gümüş**, Mustafa Alper: s. 324

¹⁷⁰ **Barlas**, Nami: Kefalet Sözleşmesinin Geçerlilik Şartları, Türk Borçlar Kanunu Sempozyumu, Makaleler – Tebliğler, 1. Baskı, İstanbul 2012, s. 356

temsil yetkisi noterce re'sen düzenlenen bir vekâletname içeriğinde yer alsa da TBK'nın şekle ilişkin hükümlerinde noter vekâletnameleri için bir istisna öngörülmediğinden, noter vekâletnamelerine ilişkin olarak şekle ilişkin hükümlerin uygulanmaması hukuka aykırı niteliktedir. Kaldı ki Kanun bu tarz bir yoruma cevaz verecek olsaydı, taraflar hiçbir şekilde geçersizlik iddiasına dayanamazlardı. Bu sebeple, ortaya atılabilecek geçersizlik iddialarını bertaraf etmek amacıyla değil, Kanunda noter vekâletnamelerine ilişkin olarak açık bir hüküm bulunmaması sebebiyle söz konusu ibarelerin el yazısı ile belirtilmesi gerektiği görüşümdedir.

TBK m. 583/II' de öngörülen temsile ilişkin hükümleri, temsil olunanın kefil tarafında yer almak istediği kefalet sözleşmeleri için geçerlidir. Temsil olunanın alacaklı tarafta yer almak istediği kefalet sözleşmeleri bakımından özel temsil yetkisine gerek olmadığı gibi, temsilciye temsil yetkisinin kefalet sözleşmesinin şekline uygun olarak da verilmesi gerekmez.¹⁷¹

3.3. KEFALET SÖZLEŞMESİNİN YAZILI ŞEKİLDE YAPILMASI

6098 sayılı (yeni) Türk Borçlar Kanunu m. 12'de genel kural olarak 'Sözleşmelerin Şekli', 'Sözleşmelerin geçerliliği, kanunda aksi öngörülmedikçe, hiçbir şekle bağlı değildir. Kanunda sözleşmeler için öngörülen şekil kural olarak geçerlilik şeklidir. Öngörülen şekle uyulmaksızın kurulan sözleşmeler hüküm doğurmaz.' şeklinde düzenlenmiştir.

Kefalet sözleşmesinin belirli hususları ihtiva etmesi ve mutlaka yazılı şekilde yapılması gerekmektedir. Zira kefalet sözleşmesinde öngörülen şekil şartı, kefilin himaye gayesiyle kabul edilmiş olup, ispatı kolaylaştırmak veya alacaklıyı düşünme gayesi taşımamaktadır. Yasa koyucunun kefalet sözleşmesinde şekil şartını düzenlemesindeki amaç, genellikle bir menfaat elde etmeden taahhüt altına giren kefilin düşünmeden hareket etmesini önlemektir. Aynı şekilde kefilin, borçlunun borcunu bir şekilde ödeyeceği ve kendisinin formalite icabı imza attığı şeklindeki düşüncesi özellikle mükellef olacağı miktarın açık olarak kefalet senedinde belirtilmesini zaruri kılmaktadır.¹⁷² Kefalet sözleşmesinde şekil, şeklin amacı ve

¹⁷¹ Gümüş, Mustafa Alper: s. 325

¹⁷² Reisoglu, Seza: s. 72-73

geçerlik şartı olması, şeklin kapsamı ve şekle aykırılığın sonuçları şeklinde üç ayrı başlık altında ele alınarak aşağıda incelenecektir.

3.3.1. ŞEKLİN AMACI VE GEÇERLİK ŞARTI OLMASI

818 sayılı (eski) Borçlar Kanununun 484. maddesinde kefalet sözleşmesinin şekli, ‘Kefaletin sıhhati, tahriri şekle riayet etmeğe ve kefilin mes’ul olacağı muayyen bir miktar iradesine mütevakkıftır.’ şeklinde düzenlenmekteydi. Bu düzenlemeyle, kefalet sözleşmesinde aranılan şekil şartının bir ispat şartı olmayıp, sıhhat şartı olduğu açık olarak ifade edilmekteydi. Kanun tarafından öngörülen bir şeklin sıhhat veya ispat şartı olmasındaki farklılık, sıhhat şartında şekle riayetsizlik halinde geçerli bir akdin vücut bulmamasına rağmen, ispat şartında şekle riayetsizlik halinde geçerli bir akdin vücut bulmasında kendini göstermektedir. Kanunun aradığı şekle riayet edilmemesine rağmen borcun yerine getirilmesi halinde sıhhat şartında, borç olmayan şeyin edası söz konusu olurken; ispat şartında, geçerli bir borcun ifa suretiyle sona erdirilmesi söz konusu olur.¹⁷³

818 sayılı (eski) Borçlar Kanununda aynı zamanda, kefilin irade beyanının yazılı olarak yapılmasının yanı sıra bu beyanın içeriğiyle de belli ölçüde ilgilenilmişti. Bu sebeple 818 sayılı Borçlar Kanununda, adi yazılı şekli aşan ve geniş anlamda nitelikli yazılı şekli ifade eden bir düzenleme mevcuttu.¹⁷⁴ Öyle ki sözlü kefalet, kuvvetli ve muteber şahitler huzurunda taahhüt edilse dahi hüküm ifade etmezdi. Zira kefaletin yazılı şekilde olması, şekil için asgari şarttı.¹⁷⁵ Olgaç¹⁷⁶ ise, 818 sayılı Borçlar Kanununda aranan yazılı şeklin matbu, el yazısı veya makine yazısı olmasının akdin geçerliliğinde etkili olmayacağı, kefil olduğuna ilişkin beyanın altında yer alan imzanın Kanunda aranan yazılı şekil için yeterli olacağı görüşündedir.

6098 sayılı (yeni) Türk Borçlar Kanunu madde 583/I’ de kefalet sözleşmesinin şekli, ‘Kefalet sözleşmesi, yazılı şekilde yapılmadıkça ve kefilin sorumlu olacağı azami miktar ile kefalet tarihi belirtilmedikçe geçerli olmaz. Kefilin

¹⁷³ Reisoglu, Seza: s. 93

¹⁷⁴ Özen, Burak: s. 202

¹⁷⁵ Berki, Şakir: Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Ankara 1973, s. 218

¹⁷⁶ Olgaç, Senai: s. 16

sorumlu olduğu azami miktarı, kefalet tarihini müteselsil kefil olması durumunda, bu sıfatla veya bu anlama gelen herhangi bir ifadeyle yükümlülük altına girdiğini kefalet sözleşmesinde kendi el yazısıyla belirtmesi şarttır.’ şeklinde belirtilmiştir. 6098 sayılı TBK m. 583 hükmünde öngörülen düzenlemeyle kanun koyucunun, kefalet sözleşmelerinde aradığı şeklin bir geçerlilik şartı olduğu açık olarak belirtilmiş olmaktadır. 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu yeni düzenlemesi, ele aldığımız konuda köklü bir değişiklik yapmış ve gerçek (dar) anlamıyla nitelikli yazılı şekli (mevsuf yazılı şekli) kabul etmiştir. TBK m. 583 hükmünün birinci fıkrasının ilk cümlesinde, kefalet sözleşmesinin yazılı şekilde yapılması gereği ile kefilin sorumlu olacağı azami miktar ve kefalet tarihinin belirtilmesi zorunluluğundan söz edilmiştir.¹⁷⁷ TBK m. 583 f.1, c. 2 hükmü uyarınca kefalet sözleşmesinde kefilin el yazısıyla belirtmesi gereken bölümler, ‘Kefilin, sorumlu olduğu azami miktarı, kefalet tarihini ve müteselsil kefil olması durumunda, bu sıfatla veya bu anlama gelen herhangi bir ifadeyle yükümlülük altına girdiğini kefalet sözleşmesinde kendi el yazısıyla belirtmesi şarttır.’ şeklinde belirtilmiştir. TBK m. 583 hükmü 818 sayılı Borçlar Kanununda yer verilmeyen yeni bir hüküm olup, Kanunun bu hükmü kefalet belgesinin içeriğinde yer alması gereken bazı hususları belirtmekle kalmamakta, aynı zamanda kefilin beyanının belirli ölçüde el yazısına dayanmasını aramaktadır.¹⁷⁸ Her ne kadar 6098 sayılı TBK’nın m. 15/I hükmünde, imzanın borç altına girenin el yazısıyla atılma zorunluluğu öngörülmüşse de aynı hükmün ikinci cümlesinde, güvenli elektronik imzanın el yazısıyla atılan bir imzanın tüm hukuki sonuçlarını doğuracağı belirtilmiştir. 15.01.2004 tarihli ve 5070 sayılı Elektronik İmza Kanunu’nun 3. maddesinde elektronik imza, ‘Başka bir elektronik veriye eklenen veya elektronik veriyle mantıksal bağlantısı bulunan ve kimlik doğrulama amacıyla kullanılan elektronik veridir.’ şeklinde tanımlanmıştır. Elektronik İmza Kanunu’nun yürürlüğe girmesiyle birlikte elektronik sözleşmelerin önündeki engeller ortadan kaldırılmış olup, elektronik imzayı el yazılı imzaya denk kılmak suretiyle elektronik ticaret alanında faaliyet göstermekten çekinenlere dayanak teşkil edebilecek hiçbir sebep bırakılmamıştır.¹⁷⁹ Lakin aynı Kanunun m. 5/II hükmünde, Kanunların resmi şekle veya özel bir merasime tabi tuttuğu hukuki işlemler ile teminat sözleşmelerinin güvenli elektronik imza ile gerçekleştirilemeyeceği belirtilmiştir. Bu hükme

¹⁷⁷ **Özen**, Burak: s. 203

¹⁷⁸ **Yavuz**, Nihat: s. 804

¹⁷⁹ **Sağlam**, İpek: Elektronik Sözleşmeler, İnternet, Elektronik Ticaret ve Elektronik Sözleşmeler, Elektronik Sözleşmelerin Kurulması ve Şekli, Birinci Baskı, İstanbul 2007, s. 177

istinaden, bir teminat sözleşmesi olan kefalet sözleşmesinin elektronik imza ile akdedilmesi mümkün değildir. TBK m. 583 hükmü aynı zamanda, gerçek kişilerce kişisel güvence verilemesine ilişkin olan başkaca sözleşmeler için de uygulama alanı bulmaktadır.¹⁸⁰

Özen¹⁸¹, TBK m. 583 hükmünün, kaynak İsviçre Hukukundaki düzenlemeden ayrılması sebebiyle özellikle tüzel kişilerin kefil olması bakımından uygunsuz sonuçlar doğuracağı görüşündedir. Zira kefil olmak isteyen tüzel kişilerin, gerçek kişilerce verilen kefaletlerde olduğu gibi el yazısına ilişkin zorunluluğa tabi tutulması, tüzel kişi adına birden fazla kişinin birlikte hareket etmesi halinde el yazısıyla yapılması gereken beyanların bu kişilerden hangisi tarafından yapılacağı hususunda tartışma yaratabilir. Özen'in de dâhil olduğu doktrinde bir görüş¹⁸², tüzel kişilerce verilen kefaletlerde, İsviçre düzenlemesinde olduğu gibi, el yazısına ilişkin bir zorunluluğun hiç bulunmaması gerektiği görüşündedir. Diğer taraftan, gerçek kişilerin kefil olduğu sözleşmelerin şekli bakımından da İsviçre örneği takip edilseydi, belirli bir sınırın üzerinde kefalet sorumluluğu üstlenmek isteyen gerçek kişilerin istekleri de resmi şekle uygun olarak gerçekleştirilebilirdi. Baş¹⁸³ da benzer bir düşünceyle, yetkili kişilerden sadece birinin el yazısı ile gerekli hususları yazması akabinde her bir yetkilinin kefalet sözleşmesini ayrıca imzalamasını bir yöntem olarak belirtmiştir. Yazarın bir diğer yöntemi ise, bir yetkilinin el yazısı ile gerekli noktaları yazmasının ardından diğer yetkililerin el yazısı ile belirtilen noktaları onaylar şekilde sözleşmenin o kısmına paraf atmaları halidir. Yazar tüm bu yöntemleri belirtmesine rağmen, olması gereken hukuk bakımından TBK m. 583 düzenlemesinin kefil olacak tüzel kişiler için yerinde olmadığı görüşündedir. Yavuz¹⁸⁴ ise, bu düşünceden ayrılarak, kefalet sözleşmesi için aranan nitelikli yazılı şeklin, kefilin gerçek kişi veya tüzel kişi olması bakımından bir fark yaratmayacağı görüşündedir. Zira bir tüzel kişi kefil olduğu takdirde de, TBK. m. 583 f. 1 c. 2' de sayılan hususların kefilin el yazısıyla belirtilmesi şarttır. El yazısına ilişkin zorunluluğu, kuşkusuz, tüzel kişinin organını oluşturan gerçek kişiler yerine getirecektir. Tüzel kişiyi bağlayan bir kefalet sözleşmesinin yapılabilmesi organı

¹⁸⁰ Şimşek, Elvan Kakıcı: Kefalet Sözleşmesinde Şekil, www.legeshukuk.com, (11.07.2014), s. 3

¹⁸¹ Özen, Burak: s. 206–207

¹⁸² Özen, Burak: s. 207; Yavuz, Nihat: s. 805

¹⁸³ Baş, Ece: s. 129

¹⁸⁴ Yavuz, Cevdet: s. 675

oluşturan birden fazla kişinin birlikte hareket etmesini gerektiriyorsa, bu kişilerin hepsinin kefalet senedini imzalamaları zorunludur. Ne var ki kefalet belgesinde el yazısıyla belirtilmesi gereken unsurları aralarından bir tanesi gerçekleştirebilir.¹⁸⁵ Kefalet sözleşmelerinde aranan el yazısına ilişkin zorunluluk, tüzel kişilerde, organlar vasıtasıyla yerine getirilecek olsa da birden fazla kişinin organ sıfatıyla tüzel kişiliği temsil ettiği durumlarda, söz konusu kişileri bir araya toplamak veya içlerinden birinin beyanının alınması ihtimalinde el yazısına ilişkin beyanın kimden alınacağına karar vermek öncelikle tartışmalara akabinde de tüzel kişilik açısından büyük sıkıntılara yol açacağından, tüzel kişilerce verilen kefaletlerde el yazısına ilişkin bir zorunluluğun aranmaması gerektiği kanaatindeyim.

Şekle bağlı bir sözleşmenin öngörülen şekle uyularak yapılmasında öncelikle tarafların menfaati bulunmaktadır. Şekil, sözleşme yapan taraflara haklarını ve yükümlülüklerini, özellikle girdikleri rizikoları en iyi gösteren araç olduğundan, şekil zorunluluğu da genellikle önemi taraflarca idrak edilmesi gereken sözleşmelerde zorunlu tutulmaktadır.¹⁸⁶ Kefaletin şekle bağlanması da yine aynı şekilde, genellikle karşılıksız olarak yükümlülük altına giren ve nasıl olsa asıl borçlunun borcunu ödeyeceği düşüncesiyle üstlendiği tehlikenin önemini çoğu zaman gereği gibi fark etmeyen kefil daha iyi düşünmeye sevk etmek ve yüklendiği tehlikenin kapsamı hususunda onu uyarmak amacını gütmektir.¹⁸⁷ TBK m. 583'te belirtilen şeklin sadece kefilin korumak amacına hizmet ettiği düşünülürse, sadece kefilin irade beyanının bu şekle bürünmesi yeterli olup, kefalet sözleşmesiyle karşı edim üstlenen alacaklının iradesinin herhangi bir şekle bağlı olarak açıklanması gerekmez.¹⁸⁸

TBK m. 583 hükmünde öngörülen şeklin amacı her ne kadar kefilin daha iyi düşünmeye sevk etme veya yüklendiği tehlikenin kapsamı hususunda onu uyurma amacını gütsede yazma bilmeyenler veya sakatlığı sebebiyle yazamayanların kefil olamayacak olması söz konusu düzenlemenin bir takım eleştirilere de tabi tutulmasına sebebiyet vermektedir.¹⁸⁹ Öyle ki özel koşullarda yapılan irade beyanlarının kayıt altına alınmasından ibaret olan birçok hukuki işlemi yapabilen

¹⁸⁵ **Yavuz**, Cevdet: s.675

¹⁸⁶ **Altaş**, Hüseyin: Şekle Aykırılığın Olumsuz Sonuçlarının Düzeltilmesi, Ankara 1998, s. 65

¹⁸⁷ **Tandoğan**, Haluk: s. 740; **Yavuz**, Cevdet: s. 675

¹⁸⁸ **Özen**, Burak: s. 200–201

¹⁸⁹ **Öz**, M. Turgut: s. 122

şahsın, özel olarak bu sözleşmeyi yapamaması veya notere gidip sözlü olarak vasiyet yapabilen, Tapu Müdürlüğüne gidip malvarlığı alıp satabilen bir kişinin aynı şekilde kefalet sözleşmesi akdedememesi hukuka aykırılık teşkil etmektedir.¹⁹⁰

6098 sayılı TBK m. 583 hükmünde aranan şekil, bir ispat şekli olmayıp, geçerlilik şeklidir. O halde gerekli şekle uyulmadan yapılan kefalet, uygulamada ve doktrinde hâkim görüş uyarınca, kesin hükümsüzdür. Hâkim, taraflardan birinin şekil noksanını ileri sürmesini beklemeksizin, re'sen kefaletin gerekli şekilde yapıp yapılmadığını araştırmak durumundadır.¹⁹¹

3.3.2. KEFALET VAADİNDE ŞEKİL

Kefalet sözleşmesi için aranan geçerlilik şeklinin kefalet önsözleşmesine de uygulanacağı hususu TBK m. 583/II hükmünde, 'Kendi adına kefil olma konusunda özel yetki verilmesi ve diğer tarafa veya bir üçüncü kişiye kefil olma vaadinde bulunulması da aynı şekil koşullarına bağlıdır.' şeklinde belirtilmiştir. Bu durumda alacaklıya veya asıl borçlu tarzındaki bir başkasına kefalet sözleşmesi yapma vaadinde bulunmak isteyen de bu vaadini yaparken, kefalet sözleşmesinin geçerlilik şekline uygun hareket etmesi gerekmektedir. Yine aynı şekilde alacaklıya veya bir üçüncü kişiye kefalet sözleşmesi yapma vaadinde bulunulursa, bu vaadin geçerli olabilmesi için vaatte bulunanın eşinin yazılı rızasının aranması gerekir. Nitekim kefalet sözleşmesi yapma vaadinde bulunan kişinin eşi, kefalet ön sözleşmesi yapılması sırasında rızasını ortaya koymuşsa, asıl kefalet sözleşmesinin yapılması anında ayrıca rızasını belirtmesine gerek yoktur. Lakin kefalet sözleşmesi yapma vaadinde bulunan kişinin eşi bu aşamada rızasını ortaya koymamışsa, akabinde yapılan asıl kefalet sözleşmesi sırasında ayrıca kefalete ilişkin rızasını da belirtmelidir.¹⁹²

¹⁹⁰ **Topel**, Afhan: 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanununa Göre Kefalet Sözleşmelerindeki Değişikliklere Bir Bakış, İzmir Barosu Dergisi, Borçlar Kanunu Özel Sayısı, Makaleler, Mayıs 2012, s. 195

¹⁹¹ **Yavuz**, Cevdet: s. 676

¹⁹² **Yavuz**, Nihat: s. 806

3.3.3. ŞEKLİN KAPSAMI

3.3.3.1. Kefilin Sorumlu Olacağı Azami Miktarın Gösterilmesi

Kefilin sorumluluğunun üst sınırının belirtilmesi gereğini geniş yorumlayan bir görüşe göre, kefalet belgesinde, öncelikle kefilin sorumluluğunun üst sınırı belirtilmelidir. Ancak kefilin sorumlu olacağı azami miktarın bizzat kefalet belgesinde gösterilmesi gerekmez. Kefalet belgesiyle, esas borca ilişkin belgeye yollama yapılabilir. Esas borca ilişkin belgede esas borcun tutarı belirliyse veya bu tutarın belirlenmesine olanak veren veriler bulunuyorsa, kefaletin şekil koşulu yerine getirilmiş demektir. Kefilin sorumlu olacağı azami miktarın nasıl gösterileceğine yönelik olarak yapılan en geniş yoruma göre, yollama yapılan belgeden anlaşılabilen esas borç tutarı, kefilin sorumluluğunun üst sınırı olarak dikkate alınacaktır.¹⁹³

Kefilin sorumluluğunun üst sınırının belirtilmesi gerekliliğini daha dar yorumlayan bir diğer görüşe göre ise, kefil, üstlendiği sorumluluğun üst sınırını yaptığı yazılı beyan içerisinde (kefalet belgesinde) doğrudan zikretmelidir. Söz konusu görüşe göre, kefil sorumluluğunun üst sınırını bizzat kendi beyanıyla belirlemeli, esas borca ilişkin belgeyi incelemek zorunda kalmamalıdır. Burada, kefilin sorumluluk sınırının esas borç tutarıyla aynı olması gerekmemektedir. Kefil için esas borç tutarından daha yüksek veya daha düşük bir sorumluluk sınırı belirlenebilir. Lakin kefilin sorumluluğunun üst sınırının bizzat kefilin beyanıyla belirlenmesinin yanı sıra bu belirlemenin açık olarak yapılması ve sorumluluğun üst sınırının her türlü şüpheden arındırılmış bir şekilde ortaya koyulması gerekmektedir.¹⁹⁴

818 sayılı (eski) BK m. 484 hükmünde kefalet sözleşmesinin şekli, ‘Kefaletin sıhhati, tahriri şekle riayet etmeğe ve kefilin mes’ul olacağı muayyen bir miktar iradesine mütevakkıftır.’ şeklinde ele alınmaktaydı. 818 sayılı BK düzenlemesine göre, kefalet belgesi, kefilin azami sorumluluk miktarını göstermeliydi. Lakin bu gerekliliğin kesin bir rakam zikredilerek yerine getirilmesinden söz edilmiyordu.¹⁹⁵

¹⁹³ Özen, Burak: s. 208

¹⁹⁴ Özen, Burak: s. 209–211

¹⁹⁵ Özen, Burak: s. 211–212

Zira BK m. 484 düzenlemesinde, kefil olunan miktarın mutlaka kefalet senedinde gösterilmesi şartı aranmamakta, kefilin sorumluluğunun belirlenebilmesi yeterli görülmekteydi.¹⁹⁶ Nitekim aynı görüşü benimseyen Grassinger¹⁹⁷ de, eski Kanun düzenlemesinde, kefilin sorumlu olacağı en üst tutarın kefalet senedinde ya açıkça yer almasının ya da kefalet senedinde yer alan bilgiler ışığında basit bir hesaplama yöntemiyle anlaşılabilir olmasının, kefilin koruma amacıyla öngörülen şekil şartı için yeterli olacağı görüşündeydi. Doktrinde bir diğer görüşü benimseyen Bilge ise, söz konusu yorum tarzının kanunun azami miktar hakkında koyduğu hükmü bertaraf edici bir neticeye kadar götürebileceği kanaatindeydi. Öyle ki uygulamada tarafların bir takım harç ve resimlerden kurtulmak için kefalet senedinde mesuliyet miktarını göstermeme yolunu tuttukları ve bu yüzden birçok ihtilafların doğduğu da bir gerçektir. Bu nedenle Bilge, azami miktarın tayin edilebilir olmasının yeterli olmadığı düşüncesindeydi.¹⁹⁸

Bununla birlikte 818 sayılı (eski) BK m. 484 hükmünde öngörülen kefilin azami sorumluluk miktarına ilişkin şart salt anapara için mi geçerliydi? Hatemi¹⁹⁹, kefalet sözleşmesinde gösterilen sınırın MK 766/I c. 2'deki azami meblağ ipoteğinde olduğu gibi yalnızca anapara için değil, aynı zamanda faiz ve masraf gibi yan borçlar için de geçerli olduğu görüşündeydi.

6098 sayılı (yeni) TBK m. 583 f. 1 düzenlemesinde ise, kefalet sözleşmesinin yazılı olarak yapılmasından ve kefilin sorumlu olacağı azami miktarın gösterilmesi gerekliliğinden söz edilmektedir. Ancak söz konusu düzenleme, kefilin azami sorumluluk miktarının kesin bir rakam zikredilerek belirtilmesi gerekliliğinden söz etmemektedir. O halde, kefilin sorumlu olacağı azami miktarın nasıl belirtileceği yoruma açık olacak, bu konudaki tartışmalar Türk Borçlar Kanunu çerçevesinde yine devam edecektir.²⁰⁰ Özen²⁰¹, TBK m. 583/1 hükmünde öngörülen şeklin kefilin koruma işlevi sebebiyle kefilin üstlendiği azami sorumluluk miktarının kesin bir

¹⁹⁶ Reisoglu, Seza: s. 83

¹⁹⁷ Grassinger, Gülçin Elçin: s. 108

¹⁹⁸ Bilge, Necip: Borçlar Hukuku Özel Borç Münasebetleri, Ankara 1971, s. 372

¹⁹⁹ Hatemi: Borçlar Hukuku Özel Bölüm, İstanbul 1999, s. 119

²⁰⁰ Özen, Burak: s. 212

²⁰¹ Özen, Burak: s. 213

rakam olarak gösterilmesi gerektiği görüşündedir. Yargıtay 19. Hukuk Dairesi²⁰² ise bir kararında, kefalet sözleşmesinde kefilin sorumlu olduğu miktar gösterilmemiş olsa bile sözleşme kapsamından kefilin sorumlu olacağı azami miktarın anlaşılması halinde kefalet sözleşmesinin geçerli olacağını belirtmiş ve davaya konu olayda protokolde tarafların 19.056,00 TL borç miktarı üzerinde mutabık kaldıkları belirtildikten sonra protokolün altının müteselsil kefil tarafından imzalanması sebebiyle kefalet sözleşmesinin geçerli olduğu yönünde hüküm kurmuştur. Barlas²⁰³ ise, Kanunun ilgili hükmünde yapılan değişiklik sonrası Yargıtay'ın asıl borç tutarını aynı zamanda kefalet limiti olarak da geçerli sayan yerleşik uygulamasının tarihe karışacağını, hükmün lafzında yeterli açıklık olmamasına rağmen, bu konuda rakamsal bir belirleme yapılmasının zorunlu olduğunu belirtmiştir. Öyle ki kefaletin geçerliliği bakımından önemli olan husus, kefalet limitinin gösterilmiş olması olup, asıl borç tutarının veya asıl borca getirilen sınırın sözleşmede gösterilmesinin bu açıdan bir önemi bulunmamaktadır. Kefalet sözleşmesinde asıl borç tutarının gösterilmesi olsa olsa aynı borçlunun aynı alacaklıya karşı birden fazla borcunun bulunması halinde, kefaletin hangi borç için verildiğinin belirlenebilmesi noktasında ayırt edici bir fonksiyon olarak işe yarayabilir. Kanaatimce, gerek şeklin kefilin koruma işlevini gerekse de harç ve resimlerden imtina etmeye yönelik taraf iradelerinin önüne geçilmesini sağlamak amacıyla kefalet sözleşmesinde kefilin üstlendiği azami sorumluluk miktarının kesin bir rakam olarak gösterilmesi gerekmektedir. Böylelikle hem kefil korunmuş olacak hem de taraflar arasında doğabilecek ihtilafların ve kanuna karşı hilenin önüne geçilmiş olacaktır.

Yukarıda belirtilen hususların yanı sıra kredi sözleşmelerinde de kefiller, kefilin sorumlu olacağı azami miktarın gösterilmesi ilkesine uygun olarak sözleşmede belirlenmiş bulunan limitle sınırlı olmak üzere ve mevcut sözleşmenin taraflara sunduğu imkânı kullanmak suretiyle ileride doğacak münferit alacakların tamamını tekeffül etmektedirler.²⁰⁴ Bu nedenle, kredi sözleşmesinin kefilin olup, kredi veya kefalet limiti belirlenmemiş bir sözleşmede geçerli bir kefaletin varlığından söz edilemez. Hukuken geçerli olmayan ve sorumluluk doğurmayan limitsiz kefaletin

²⁰² Yargıtay 19. Hukuk Dairesi 25.09.2012 Tarih ve 2012/8648 E. – 2012/13532 K. Sayılı İlamı, www.sinerjias.com.tr, (E.T.: 10.09.2014)

²⁰³ Barlas, Nami: Kefalet Sözleşmesinin Geçerlilik Şartları, s. 359

²⁰⁴ Akkanat, Halil: Kefaletin Fer'iliği İlkesi Ve Banka Ticari Kredi Sözleşmeleri, Prof. Dr. Necip Kocayusufpaşaoğlu İçin Armağan, Birinci Baskı, Ankara 2004, s. 281

TBK'nın 128. maddesindeki üçüncü kişinin fiilini üstlenme olarak kabulü de olanaksızdır. Nitekim bir borca kefalet, üçüncü kişinin fiilini üstlenme niteliğinde değildir. Kefalet fer'i borç olmasına karşın üçüncü kişinin fiilini üstlenen, edimin şahsi borçlusudur. Kefalette halefiyet bulunduğu halde, üçüncü kişinin fiilini üstlenmede özel bir sözleşme hükmü olmadıkça halefiyet söz konusu değildir. Bu sebeplerle limiti belirsiz olmakla geçerli sayılmayan bir kefalet, üçüncü kişinin fiilini üstlenme olarak da kabul edilemez.²⁰⁵

Burada tartışılması gereken bir diğer husus ise, kefilin sorumlu olacağı azami miktarın yabancı para cinsinden gösterilip gösterilemeyeceğidir. 1567 sayılı Türk Parasının Kıymetini Koruma Hakkında Kanun uyarınca çıkarılan 32 Sayılı Karar m. 18/2 hükmü, 'Bankaların Türkiye'de ve dışarıda yerleşik kişiler muhatap, yurt içinde açılacak uluslararası ihalelerle ilgili olarak Türkiye'de yerleşik kişiler lehine Türkiye'de yerleşik kişilere muhatap döviz üzerinden teminat mektubu düzenlemeleri, garanti ve kefalet vermeleri serbesttir.' şeklinde düzenlenmiştir. Söz konusu hüküm uyarınca, yabancı para borçları için kefalet kabul edilmekte olup, kefilin sorumlu olacağı azami meblağ yabancı para olarak da gösterilebilecektir. Bununla birlikte aynı bir teminat olan ipotekten farklı olarak, kefil olunan meblağın Türk Lirası ile belirlenmesi hakkında yasal bir zorunluluk bulunmayıp, Medeni Kanun değişikliklerinde (MK m. 851) döviz üzerinden ipotek verilmesi dahi kabul edildiğinden yabancı para cinsinden kefaletler de geçerlidir.²⁰⁶

Kefalet sözleşmesinin kefilin durumunu ağırlaştırıcı nitelikte anlaşmalar olmadan ayakta tutulacağına ilişkin TBK m. 583 hükmü kefilin yararına olan bir düzenlemedir. Bu nedenle kefilin, bu tür anlaşmaların geçerli olmadığını bilseydi, kefalet sözleşmesini yapamayacağına ilişkin iddiayı ileri sürmesi düşünülemez. Yine aynı şekilde alacaklı açısından da söz konusu anlaşmaların geçersiz olduğu bilinseydi, kefalet sözleşmesinin hiç yapılamayacağına ilişkin bir iddianın ileri sürülmesi mümkün değildir.²⁰⁷

²⁰⁵ **Kostakoğlu**, Cengiz: Bankalar Kanunu Şerhi, Banka Kredi Sözleşmelerinden Doğan Uyuşmazlıklar Ve Akreditif, En Son Yargıtay Kararları İle Genişletilmiş 4. Baskı, İstanbul 2003, s. 761-762

²⁰⁶ **Reisoğlu**, Seza: s. 87

²⁰⁷ **Yavuz**, Nihat: s. 807

3.3.3.2. Esas Borcun Ferdileştirilmesi

Kefalet senedinde özellikle ferdileştirilmiş yabancı borcun gösterilmesi gerekmektedir. Asıl borcun ferdileştirilmesinden maksat, alacaklının ve borçlunun adlarının, borcun niteliğinin, kapsamının, borçlanma sebebinin (illetinin) kefalet senedinde gösterilmesidir. Lakin söz konusu unsurlardan bazılarının eksikliği kefalet sözleşmesinde belirtilen diğer unsurlar aracılığı ile giderilebiliyorsa veya olayın koşulları göz önünde tutularak yorum yoluyla asıl borcun tanımlanması kabil ise, bu eksiklik kefaletin geçerliliğini etkilemez.²⁰⁸

Geçerli bir kefalet sözleşmesinin yapılabilmesi için öncelikli olarak hangi borç için kefil olduğu, yani asıl borcun varlığının belli veya belirlenebilir olması gerekmektedir. Zira bir kimsenin belirli bir alacaklıya karşı üstlenmiş olduğu birden fazla borçtan hangisi için kefil olduğu kefalet belgesinden anlaşılamıyorsa, kefalet sözleşmesi geçerli değildir.²⁰⁹ Ancak burada asıl borç yorum yoluyla da tanımlanabilir. İyi niyet kurallarına göre yapılacak bu yorumda sadece senedin metnine değil, kefalet sözleşmesini çevreleyen koşullara da dayanılabilir.²¹⁰

Cari hesaba kefalet verilmesi ise, kefalet sözleşmesinin hem fer'i olma özelliğine hem de belirlilik ilkesine uygundur. Öyle ki kefalet sözleşmesi bakımından, asıl borcun bir tek borçtan veya birden fazla borçtan oluşması önem arz etmemektedir. Alacaklıya olan birden fazla borca ya da birden fazla borçluya kefalet verilebilir. Asıl borçlu ile alacaklı arasında kurulan cari hesap sözleşmesinde, hangi borçların cari hesap sözleşmesine konu edildiği kolaylıkla tespit edilebilmektedir. Bu nedenle cari hesaba kefalet verilmesi halinde de mevcut borçların belirli veya belirlenebilir olmasında genellikle sorun çıkmamaktadır. Zira cari hesabın niteliği gereği, bir ilişkiler bütünüün sonunda hesap devresi sona erdiğinde veya hesap kesildiğinde bakiye miktar üzerinden kefalet söz konusu olmaktadır.²¹¹ Özellikle bir 'çerçeve sözleşme' niteliğinde olan banka genel kredi sözleşmelerine verilen kefaletler böyledir. Zira burada kefilin sorumluluğu kapsamında bulunan ve ileride

²⁰⁸ Yavuz, Cevdet: s. 676-677

²⁰⁹ Özen, Burak: s. 214

²¹⁰ Tandoğan, Haluk: s. 753

²¹¹ Ayrancı, Hasan: Kefalet Sözleşmesinde Asıl Borcun Belirli Olması İlkesi ve Cari Hesaba Kefalet, webftp.gazi.edu.tr, (09.10.2014), s. 1-11

doğacak olan borçların hangi temel borç ilişkisinden kaynaklandığı, ne borcu olduğu ve hangi limite kadar doğabileceği belirlidir ve bu durum belirlilik ilkesine aykırılık teşkil etmemektedir. Kefil bunları bilerek ve görerek sorumluluk altına girmektedir ve onun sorumluluk limiti de sözleşmede belirlenmiştir.²¹²

Bununla birlikte kefalet sözleşmesinde, alacaklı ile borçlu arasında ileride herhangi bir sebepten doğacak olan bütün borçların kefalet sözleşmesiyle temin edildiği yönündeki kayıtların, belirlilik ilkesini ihlal edip etmeyeceği hususu tartışmalıdır. Bu tip kayıtların geçerliliği konusunda iki açıdan değerlendirme yapılması gerekmektedir. Öncelikli olarak, bu tip kayıtlar belirlilik ilkesinin ihlali niteliğinde midir? İkinci olarak, bu tip kayıtların belirlilik ilkesinin ihlali anlamına gelmeyeceğinin kabul edilmesi halinde, ileride doğacak bütün borçların, bilhassa öngörülemeyen borçların bile bu kapsama girdiği kabul edilebilir mi? Aslında alacaklı ile borçlu arasında ileride doğacak her türlü borç için kefil olduğunun belirtilmesi halinde, hangi borcun kefaletle temin edildiği bellidir. Fakat dürüstlük kuralları gereğince, tarafların iradelerinin özellikle alacaklı ile borçlu arasında öngörülebilir hukuki işlemlerden doğan borçların kefaletle temin edilmiş sayılmasına yönelik olduğu kabul edilebileceğinden, öngörülemez borç ilişkilerinden doğan borçların bu kapsama girmediğinin kabul edilmesi gerekmektedir.²¹³

Son olarak asıl borcun ferdileştirilmesi açısından, kefalet senedinde asıl borç tutarının rakam olarak ayrıca belirtilmesi gerekir mi? Tandoğan'a göre²¹⁴, asıl borç tutarı, bu borcun ferdileştirilmesine katkısı olması bakımından ve kefilin sorumluluk kapsamının tayini bakımından önem taşısa da bu tutarın kefalet senedinde mutlaka rakamla gösterilmiş olması gerekmez. Yorum yoluyla veya asıl borç senedine yapılan atıf aracılığıyla da asıl borç tutarının saptanması mümkündür.

Alacaklı, kefalet belgesinde belirli veya belirlenebilir olmalıdır. Lakin burada, alacaklının ismen belirtilmesine gerek yoktur. Bireyselleştirilen esas borcun alacaklısı her kimse, kefilen talepte bulunabilecek olan da odur. Kefalet belgesinin alacaklının ismini içermeyen düzenlenmesi ihtimali, esas borcun gelecekteki

²¹² Barlas, Nami: Kefalet Sözleşmesinin Geçerlilik Şartları, s. 351-352

²¹³ Ayan, Serkan: s. 183-188

²¹⁴ Tandoğan, Haluk: s. 753

alacaklısına yönelik olarak kefalet sözleşmesi önerisinin yapılabilmesini sağlar.²¹⁵ Kefalet sözleşmesi de diğer sözleşmelerde olduğu gibi tarafların iradelerinin birleşmesiyle yani alacaklının kabulü ile oluşur. Ancak burada alacaklının kabulü zımnidir ve alacaklı genellikle senedi kabul etmek suretiyle iradesini açıklamış olur. Kefil için alacaklının şahsından ziyade asıl borçlunun ödeme gücü önem arz ettiğinden, alacaklının isminin kefalet senedinde yer almaması kefilin himayesini zedeler mahiyette değildir.²¹⁶ Bu nedenle, alacaklının ismini içermeyen bir kefalet belgesinde bireyselleştirilen esas borcun alacaklısı olmuş herhangi birisinin, söz konusu belgede cisimleşmiş öneriyi kabul etmesiyle kefalet sözleşmesi kurulur.²¹⁷

Alacaklının isminin kefalet senedinde yer alması zaruri olmamakla birlikte, esas borçlunun kimliğinin kefalet senedinde belirli veya belirlenebilir olması gerekmektedir. Aksi takdirde esas borcun yeteri kadar bireyselleştirildiği söylenemez.²¹⁸ Burada asıl borçlunun malvarlığı durumu ve ödeme gücü kefil için büyük önem taşıdığından, asıl borçlunun kim olduğunun doğrudan doğruya veya açıkça anlaşılan bir atfla kefalet senedinde belirtilmesi gerekmektedir.²¹⁹

Son olarak 6098 sayılı TBK m. 14 hükmünde yazılı şeklin unsurları, ‘Yazılı şekilde yapılması öngörülen sözleşmelerde borç altına girenlerin imzalarının bulunması zorunludur.’ şeklinde belirtilmiştir. Bu haliyle, düzenlenen senet metni kefil tarafından imzalanarak tamamlanmakta olup, 6098 sayılı TBK m. 14 hükmü uyarınca da kefalet senedinde borç yüklenen sıfatı ile sadece kefilin imzasının bulunması yeterlidir.²²⁰

3.3.3.3. Kefalet Tarihi

6098 sayılı Türk Borçlar Kanununda, kefalet sözleşmesinin geçerliliği için yeni bir şekil şartı daha öngörülmüştür. 6098 sayılı TBK hükmüne göre, kefalet tarihinin de mutlaka kefilin kendi el yazısı ile kefalet sözleşmesinde belirtilmesi gerekmektedir. Bu hüküm Kanunun 589. maddesinde düzenlenen ‘sözleşmede aksi

²¹⁵ Özen, Burak: s. 213

²¹⁶ Reisoğlu, Seza: s. 79

²¹⁷ Özen, Burak: s. 213

²¹⁸ Özen, Burak: s. 215; Reisoğlu, Seza: s. 80

²¹⁹ Yavuz, Cevdet: s. 677

²²⁰ Tuğ, Adnan: Türk Özel Hukukunda Şekil, İkinci Baskı, Konya 1994, s. 109

kararlaştırılmamışsa kefilin, borçlunun sadece kefalet sözleşmesinin kurulmasından sonraki borçlarından sorumlu olması' ilkesi bakımından ve yine Kanunun 600. maddesinde düzenlenen süreli kefalet sözleşmelerinde sürenin başlangıç tarihinin belirlenmesi bakımından da önemlidir.²²¹ Lakin Ayan'a göre, bunun tarih olarak açıkça yazılma zorunluluğu bulunmamaktadır. Burada önemli olan husus, kefil tarafından yazılan ifadelerle sözleşmenin imzalandığı tarihin anlaşılmasıdır. Şekil kurallarının en üst düzeyde uygulandığı ölüme bağlı tasarruflarda bile, vasiyetçinin ifadelerinden düzenleme tarihinin tespiti mümkünse bunu geçerli sayma yönündeki eğilimin kefalet sözleşmesi için de uygulanması gerekir. Bu nedenle kefalet sözleşmesinin metni içinde kefilin kendi el yazısıyla tarihin anlaşılmasına imkân veren ifadeler kullanmış olması halinde, kefalet sözleşmesi geçerli sayılmalıdır. Ancak sözleşmede tarih bulunmakla birlikte, bu tarih kefil tarafından yazılmamışsa veya tarihi çıkarmak için uygun olan veriler kefil tarafından kendi el yazısıyla yazılmamışsa, bu kefalet sözleşmesi şekle aykırılık nedeniyle geçersiz sayılmalıdır.²²²

3.3.3.4. Kefil Açısından Esaslı Noktalar

Kefalet sözleşmesi bakımından aranan şekil tek taraflı bir şekil olduğundan, TBK m. 583/1'de öngörölen şekilde sadece kefilin iradesinin beyan edilmesi gerekmekte olup, kefilin iradesinin oluşumunda belirleyici olan noktaların kefalet belgesinde yer alması gerekmektedir. Burada kefalet belgesinde yer almayan ve üzerinde geçerli bir uyuşmanın gerçekleşmediği kabul edilen nokta, kefil bakımından (sübjektif açıdan) esaslı önem taşıyan bir noktadır. Sübjektif açıdan esaslı önem taşıyan bir noktaya yer vermeyen kefalet belgesinin TBK m. 583 f. 1'de belirtilen şekil şartını yerine getirdiği söylenemez. Şekle bağlı bir sözleşmede şekil şartının yerine getirilmiş sayılması için, sübjektif bakımdan esaslı olan noktaların da şeklin kapsamı içerisinde yer alması gerekmektedir.²²³

²²¹ Akıntürk, Turgut: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Özel Borç İlişkileri, 6098 Sayılı Yeni Borçlar Kanunu İle Karşılaştırmalı, 17. Baskı, İstanbul 2011, s. 336

²²² Ayan, Serkan: s. 168

²²³ Özen, Burak: s. 216–217

3.3.3.5. Kefilin Durumunu Ağırlaştırıcı Nitelikteki Değişiklikler

Kefil açısından esaslı noktalar olmaksızın kefalet sözleşmesinin yapılmayacağına ilişkin sözleşme hükümlerinin, kefilin sorumluluğunu ağırlaştırdığı takdirde kefalet senedinde yer alması gerekmektedir. Söz konusu ağırlaştırma, kefilin sorumluluğunun kanuni kapsamını genişletmek veya kefaletin kapsamına sözleşmenin yapılmasından önce doğmuş borçları sokmak biçiminde olabilir. Kefilin sorumlu tutulmasına ilişkin koşullarda kefil aleyhine değişiklik yapılması kanuni olarak mümkün kılınmışsa, bu tür değişiklikler ancak kefalet için aranan şekle uygun yapılmak koşuluyla gerçekleştirilebilir. Ancak kefilin sorumluluk koşulları TBK m. 582 f. son hükmünde öngörüldüğü şekliyle kefil aleyhine değiştirilemez.²²⁴ Zira 6098 sayılı TBK m. 582 f. son'da öngörüldüğü şekliyle, kefil kanundan aksi anlaşılmadıkça kendisine tanınan haklardan önceden feragat edemez. Söz konusu düzenlemeyle 818 sayılı (eski) Borçlar Kanunundan farklı olarak kefaletle ilişkin hükümler nispi emredici hükümler durumuna getirilmiştir. Oysa 818 sayılı Kanunun kefaletle ilişkin hükümleri emredici nitelikte değildi ve bu hükümlerde kefil aleyhine değişiklik yapılması da mümkündü. 6098 sayılı Borçlar Kanununun kefaletle ilişkin hükümleri ise, kural olarak kefil aleyhine değiştirilemeyecek düzenlemeler içermektedir.²²⁵

Kefaletle ilişkin hükümlerin kefilin lehine değiştirilmesine bir engel olmamasına rağmen, kefilin sahip olduğu hakların sözleşme ile ortadan kaldırılabilmesi için açık bir kanuni dayanak bulunması gerekmektedir.²²⁶ Kefilin lehine olan anlaşmalar kefalet belgesinde yer almasa bile geçerlidir. Aynı şekilde kefalet sözleşmesinde sonradan yapılacak değişiklikler kefil için yararlı bir değişiklikse, bu değişiklikler şekle bağlı olmadan kararlaştırılabilir. Zira bu tür değişikliklerin, kefaletin geçerlilik şekline bağlı olarak yapılması gerekmez.²²⁷

Her ne kadar kısmi kefalet kefilin sorumluluğunu hafifletse ve bu nedenle kısmi kefaletin kurulmasına yönelik kefil iradesinin kefalet sözleşmesinin şekline tabi olması beklenmese de TBK m. 583/II c. 2' de öngörülen 'Taraflar, yazılı şekle

²²⁴ Yavuz, Cevdet: s. 678

²²⁵ Yavuz, Cevdet: s. 678

²²⁶ Yavuz, Cevdet: s. 678

²²⁷ Özen, Burak: s. 218–219

uyarak kefilin sorumluluğunu borcun belirli bir miktarıyla sınırlandırmayı kararlaştırabilirler.’ hükmü kefilin, kısmi kefalet iradesini yazılı şekil içerisinde açıklamasını zorunlu kılmıştır.²²⁸ Doktrinde Barlas aksi görüşte olup, TBK m. 583/II c. 2 hükmünde öngörülen kefilin sorumluluğunun borcun belirli bir miktarı ile sınırlandırılması konusunda yapılacak düzenlemelerin Kanunda ayrıca yer almasına gerek olmadığı ve söz konusu düzenlemelerin Kanunda yer alan bir başka hükümle de açıkça çeliştiği düşüncesindedir. Yazara göre, taraflar, kefilin sorumluluğunu asıl borcun belirli bir miktarına hasredebilirler. Bu haliyle bu tarz bir sınırlama, kefalet sözleşmesi akdedilirken yapılıyorsa zaten ayırıcı bir özellik taşımaz. Böyle bir düzenleme, ancak kefalet sözleşmesi akdedildikten sonra yapılacak sözleşme değişiklikleri bakımından özellik arz etmektedir. Bununla birlikte, kefilin sorumluluk limitinin azaltılması onun açısından bir kısmi ibra niteliği taşıyacağından, söz konusu düzenleme, borcun kısmen veya tamamen ibra yoluyla sona erdirilmesinin şekle bağlı olmadığını söyleyen ibraya ilişkin TBK m. 132 hükmüyle de çelişmektedir. Söz konusu düzenleme TBK m. 132 hükmüyle çelişmesinin yanı sıra, şekle tabi sözleşmelerde değişikliğe yol açan sözleşmelerin şekline ilişkin TBK’nın m. 13 hükmü karşısında da gereksiz kalmaktadır.²²⁹ Öyle ki Türk Borçlar Kanunu’na ibraya ilişkin hüküm getirilmeseydi dahi, bu düzenleme, TBK m. 13 hükmünde yer alan şekle bağlı sözleşmelerde yapılacak değişikliklerin de yine aynı şekilde yapılması gerektiğine ilişkin kuralın, tek tarafa borç yükleyen sözleşmelerde sadece borçlunun sorumluluğunu artıran değişiklikler için geçerli olacağı şekilde yorumlanması ile de çelişecekti. Ayrıca bu tür bir şekil kuralı getirilerek sorumluluk miktarının kefil lehine sınırlandırılmasının zorlaştırılması, kefaletle ilişkin hükümlerin amacıyla da uyumsuzdur. Bu nedenle, TBK m. 583’ün ikinci fıkrasının son cümlesi ancak temsil yetkisi verildikten ve ön sözleşme yapıldıktan sonra, sorumluluğun sınırının azaltılması olasılıklarına özgü olarak düşünülmeli ve bu yolla uygulama alanı daraltılmalıdır.²³⁰

Bunun yanı sıra kefalet çeşidinin, kefilin sorumluluğunu hafifletici nitelikte olsa bile kefalet senedinde gösterilmesi gerekir.²³¹ Nitekim müteselsil kefil olma iradesinin de kefilin yasal sorumluluğunu ağırlaştırıcı bir anlaşma olarak resmi şeklin

²²⁸ **Gümüş**, Mustafa Alper: s. 321

²²⁹ **Barlas**, Nami: Makaleler, Tebliğler, s. 218-219

²³⁰ **Baş**, Ece: s. 135-136

²³¹ **Yavuz**, Cevdet: s. 678

kapsamında yer alması gerekmektedir. TBK m. 583/I hükmü kefilin müteselsil kefil olma yönündeki iradesini kefalet senedinde el yazısıyla ortaya koymasını kefalet sözleşmesinin müteselsil niteliğinin geçerliliği açısından zorunlu görmüştür. Dolayısıyla kefilin müteselsil kefil olma yönündeki iradesini kefalet senedinde el yazısıyla belirtmesi gerekmekte olup, aksi takdirde mevcut kefalet sözleşmesi adi kefalet sözleşmesi olarak varlığını sürdürecektir.²³² Kefilin, müteselsil kefil sıfatıyla sorumlu olacağı yönündeki anlaşma kefalet sözleşmesinde belirtilmezse, kefalet sözleşmesi geçerli olmaya devam eder. Ancak bu durumda, kefilin, adi kefil sıfatıyla sorumluluğu söz konusu olur.²³³ Kefalet sözleşmesinde kefilin durumunu ağırlaştıracak türde verilen vekâletname veya her türlü yetkilendirmenin de yine asilin el yazısı ile gerçekleştirilmesi gerekmektedir.²³⁴

3.3.4. ŞEKLE AYKIRILIĞIN SONUÇLARI

3.3.4.1. Kesin Hükümsüzlük

Kefalette aranan şekil bir geçerlik şekli olduğundan, bu şekle uyulmayarak yapılan kefalet sözleşmelerini Türk hukukundaki hâkim görüş kesin hükümsüz olarak kabul etmektedir.²³⁵ Yani söz konusu şekle uyulmayarak yapılan kefalet sözleşmesi başlangıçtan itibaren hüküm ifade etmez ve butlanı her ilgili tarafından ileri sürebilir.²³⁶ Nitekim Yargıtay İçtihadı Birleştirme Genel Kurulu²³⁷ bir kararında, Kanunun emrettiği şekil hakkında başkaca bir hüküm bulunmadığı takdirde, akdin bu şekle uyulmadıkça sahih olmayacağını, kefalet akdinde yazılı şekle riayetinin zorunlu olduğunu ve kefalet altına alınan miktarın belirli olmaması halinde de kefalet akdinin geçerli olmayacağını belirtmiştir. Yargıtay bir başka kararında da yine 12.04.1944 tarihli İçtihadı Birleştirme Kararına dayanarak benzer bir şekilde hüküm kurmuştur. Yargıtay 19. Hukuk Dairesi²³⁸ kararında aynı şekilde, kefalet sözleşmesinin geçerli olabilmesi için sözleşmede kefalet limitinin olması gerektiğini, davaya konu

²³² Gümüş, Mustafa Alper: s. 320-321

²³³ Özen, Burak: s. 217-218

²³⁴ Topel, Afhan: s. 194

²³⁵ Tandoğan, Haluk: s. 740; Özen, Burak: s. 228

²³⁶ Tandoğan, Haluk: s. 740-741

²³⁷ Yargıtay İçtihadı Birleştirme Genel Kurulu'nun 12.04.1944 Tarih ve 1943/14 E. – 1944/13 K. Sayılı İlamı, www.sinerjias.com.tr, (E.T.: 26.08.2014)

²³⁸ Yargıtay 19. Hukuk Dairesi'nin 02.05.2011 Tarih ve 2010/11093 E. – 2011/5892 K. Sayılı İlamı, www.sinerjias.com.tr, (E.T.: 26.08.2014)

sözleşmede kefilin sorumlu olduğu miktar belirtilmediği için kefalet sözleşmesinin geçersiz olduğunu ve 12.04.1944 tarihli İçtihadı Birleştirme Kararı kapsamında geçerli olarak kabul edilebilecek bir kefalet sözleşmesinin de bulunmadığını belirtmiştir.

Yargıtay İçtihadı Birleştirme Genel Kurulu'nun ve Yargıtay 19. Hukuk Dairesi'nin yukarıda belirtilen kararları gereğince, TBK m. 583 hükmündeki şekil şartına riayetsizlik TBK m. 12/2 hükmü uyarınca da kefalet sözleşmesinin hükümsüzlüğü sonucunu doğurmaktadır. 6098 sayılı TBK m. 12/2 hükmünde sözleşmelerin şekli, 'Kanunda sözleşmeler için öngörülen şekil, kural olarak geçerlilik şeklidir. Öngörülen şekle uyulmaksızın kurulan sözleşmeler hüküm doğurmaz.' şeklinde ifade edilmiştir. Bunun yanı sıra, TBK'nın aradığı şeklin bir geçerlilik şekli olduğu görüşü, kefalet senedinin kaybolması veya imha edilmesi ihtimallerinde de kendini göstermektedir. Zira kanunun aradığı şekil şartına riayet edilerek hazırlanmış kefalet senedinin kaybolması veya imha edilmesi ihtimallerinde dahi, taraflar arasında kurulan kefalet akdi geçerli olmaya devam etmektedir.²³⁹ Bu durumda alacaklının, kefiliden talepte bulunduğu zamanlarda hâlihazırda kaybolmuş olan bir kefalet belgesinin düzenlendiğini ve bu belgenin içeriğini ispatlaması gerekmektedir.²⁴⁰

Öte yandan TBK m. 583/I hükmünde öngörüldüğü şekliyle kefilin sorumlu olduğu azami miktarın ve kefalet tarihinin el yazısı ile belirtilmemesi kefalet sözleşmesini bütünüyle batıl, yani kesin hükümsüz kılarken; kefilin müteselsil kefil olma iradesinin el yazısı ile kefalet sözleşmesine yansıtılmaması akdedilen kefalet sözleşmesinin adi kefalet sözleşmesi olarak hüküm ve sonuç doğurmasına yol açmaktadır.²⁴¹

Kesin hükümsüzlüğe yol açacak şekle aykırılık, TBK m. 583 f. 1 hükmünde aranan şekle hiç uyulmaması veya kefalet belgesinin esaslı noktaları yansıtmaması yüzünden ortaya çıkabilir. Bu durumda alacaklı, kesin hükümsüz olan bir kefalet

²³⁹ **Fettah**, Melek: Kefaletin Geçerliliği Bakımından Azami Meblağın Belirtilmesi, Prof. Dr. Hüseyin Hatemi'ye Armağan, Cilt I, 1. Bası, İstanbul 2009, s. 702

²⁴⁰ **Özen**, Burak: s. 229

²⁴¹ **Gümüş**, Mustafa Alper: s. 314-315

sözleşmesine dayanarak kefilden ifa talebinde bulunamayacağı gibi, şekle uygun bir sözleşme yapılmasını da isteyemez.²⁴²

Kefalet sözleşmesinin kesin hükümsüzlüğünün kefil tarafından ileri sürüldüğü durumlar bir hakkın kötüye kullanılması olarak nitelendirilmese bile, bazı istisnai durumlarda söz konusu hususun hakkın kötüye kullanılması olarak nitelendirilmesi de mümkündür. Lakin bu türden istisnai durumların kapsamının olabildiğince dar tutulması gerekmektedir.²⁴³

Bir borca kefil olan kişi, kefalet sözleşmesi şekle aykırılık nedeniyle geçersiz olduğu halde bu durumu bilmeden borcunu ifa edebilir. Kefalet borcunun ödenmesine ilişkin bir ihtar veya icra dairelerince gönderilen ödeme emrine muhatap olan kişi, imzaladığı kefalet sözleşmesinin geçerli olduğunu düşünerek ödeme yapabilir. Bu kişi böyle bir ihtar veya ödeme emri almaksızın sadece borcun yerine getirilmediğini öğrenerek herhangi bir hukuki takibata maruz kalmamak amacıyla da alacaklıya ödeme yapabilir.²⁴⁴ Eğer kefil, sözleşmede şekil şartına uyulmadığını ve bu nedenle sözleşmenin aslında geçersiz sayılması gerektiğini bilmiyorsa ve buna rağmen ifada da bulundursa ne yapmalıdır? Normalde kefil, kefalet sözleşmesinden doğan yükümlülüğünü yerine getirmesinin ardından borçluya rücu etmektedir. Söz konusu durumda eğer borçlu, kefilin talebini yerine getirirse ortada tartışılması gereken bir durum olmaz. Lakin borçlu, kefilin rücu talebini kefalet sözleşmesinin geçersiz olduğunu ileri sürerek yerine getirmezse ne olur? Bu durumda kefil, TBK m. 78'de düzenlenen sebepsiz zenginleşme hükümlerine dayanarak alacaklıya gidebilir. Eğer kefil, kefalet sözleşmesinin geçersiz olduğunu bilmesine rağmen alacaklıya ifada bulunursa ne olur? Bu ihtimalde iki farklı görüş ortaya çıkmaktadır. Bunlardan ilki butlan görüşü, ikincisi ise aslında baştan beri geçersiz olan sözleşmenin geçerli olarak varsayılması görüşüdür. Özbey, butlan görüşünün, geçersiz kefalet sözleşmesini bilerek alacaklıya ifada bulunan kefil açısından çok ağır sonuçlar doğurması sebebiyle mantıklı olmadığı görüşündedir. Zira kefalet sözleşmelerinde, sözleşmenin yazılı halde yapılmasına istinaden konan şekil şartı teoride kefilin koruma gayesiyle düzenlendiğinden, söz konusu durumda

²⁴² **Özen**, Burak: s. 228-229; **Tandoğan**, Haluk: s. 741

²⁴³ **Özen**, Burak: s. 229-230

²⁴⁴ **Ayrancı**, Hasan: Şekil Şartına Uyulmadan Yapılan Kefalet Sözleşmesinde İfanın Sonuçları, dergiler.ankara.edu.tr, (09.10.2014), s. 105

baştan beri geçersiz olan sözleşmenin geçerli varsayılarak uygulanabilmesi gerekmektedir.²⁴⁵ Kanaatimce, her ne kadar kefalet sözleşmelerinin geçerliliği açısından öngörülen şekil şartı kefil koruma gayesiyle düzenlenmiş olsa da kefalet sözleşmesinin geçersizliğini bilerek ödemede bulunan kefilin iradesinin sonuçlarına katlanması gerekmektedir. Bu sebeple butlan görüşünün yerinde olduğu kanaatindeyim.

3.3.4.2. Ödemenin Sebepsiz Zenginleşme Hükümlerine Göre İadesi

TBK m. 583 f. 1’de aranan şekle aykırı olan kefalet sözleşmesi kesin hükümsüz sayıldığından ve kefilin ifasıyla da sözleşmenin geçerli hale geleceği söylenemeyeceğinden, şekle aykırı kefalet sözleşmesini ifa eden kefil sebepsiz zenginleşme talebiyle verdiğini geri alacaktır.²⁴⁶ Nitekim TBK m. 78 hükmünde de, borçlanmadığı edimi kendi isteğiyle yerine getiren kimsenin ancak söz konusu edimi kendisini borçlu sanarak yerine getirdiğini ispat etmesi halinde geri isteyebileceği belirtilmiştir. Aksi şekilde şekil noksanı sebebiyle kefaletin geçerli olmadığını bilmesine rağmen kefilin ödemede bulunması, muhtemelen bir hibe teşkil edecek olup, burada hiçbir şekilde yapılan ödemenin iadesi talep edilemeyecektir.²⁴⁷ Gümüş’e göre²⁴⁸, genel işlem şartı niteliğindeki kefalet sözleşmelerinde veya en azından kefalet senedinin bir örneğinin kefile verilmediği durumlarda, kefilin, kefaletin geçersizliğini bilmediği farz edilerek, alacaklıya karşı sebepsiz zenginleşme talebi kabul edilmelidir. Aksi şekildeki ihtimallerde, yani kefilin kefalet sözleşmesinin geçersiz olduğunu bilerek kefalet borcunu alacaklıya ödediği durumlarda, kefil ödediği tutarı sebepsiz zenginleşme talebi ile geri isteyemez.

3.3.4.3. Tazminat Talebi

Şekle aykırılığa kasten yol açan kefile karşı, alacaklı, tazminat talebinde de bulunabilir. Zira bazı yazarlara göre kefilen istenebilecek tazminatın hukuki

²⁴⁵ Özbey, Ali Ozan: Alacağın Doğumuna İlişkin Şartlar, www.arikbogozbey.com, (12.06.2014), s. 52-53

²⁴⁶ Özen, Burak: s. 232

²⁴⁷ Reisoglu, Seza: s. 94-97; Tandoğan, Haluk: s. 741

²⁴⁸ Gümüş, M. Alper: s. 327

dayanağını TBK m. 49 f. 2 oluşturmaktadır.²⁴⁹ Fakat Özen²⁵⁰, TBK m. 49 f. 2 hükmünün söz konusu duruma uygulanabilmesi için, kefilin şekle aykırılığa kasten yol açmasının yeterli olmayıp, aynı zamanda alacaklıya zarar vermeyi de amaçlaması gerektiği görüşündedir. Bu hükme dayanarak kefiliden tazminat isteyen alacaklının, kefilin taşıdığı özel kastı ispatlaması ve TBK m. 72’de yer alan iki yıllık zamanaşımı içerisinde hareket etmesi gerekecektir ki bu durum alacaklının çıkarına uygun olan bir durum değildir. Özen²⁵¹, şekle aykırılığa kasten yol açan kefile karşı ileri sürülebilecek tazminat talebi dayanağının, culpa in contrahendo, yani sözleşme görüşmelerindeki kusur olabileceği görüşündedir. Sözleşme görüşmesine başlayan tarafların, yapılması düşünölen hukuki işlemin geçersiz olmasına yol açacak davranışlardan kaçınması ve birbirlerinin hukuki işlemin geçerli olarak kurulması yolundaki çıkarlarına aykırı davranmaması gerekmektedir.

²⁴⁹ Özen, Burak: s. 231; Reisoğlu, Seza: Türk Hukukunda ve Bankacılık Uygulamasında Kefalet, s. 58-59

²⁵⁰ Özen, Burak: s. 231

²⁵¹ Özen, Burak: s. 231

İKİNCİ BÖLÜM

KEFALETİN ÇEŞİTLERİ

Kefalet sözleşmesinin çeşitleri, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu madde 585–588 arasında düzenlenmiştir. Buna göre, kefalet sözleşmesinin türleri adi kefalet, müteselsil kefalet, birlikte kefalet, kefile kefalet ve rücu kefaletten oluşmaktadır. Bunların dışında İsv. BK. m. 585 f. son’da düzenlenen ‘zarara yahut açığa kefalet’ vardır. Aşağıda kavram olarak incelenecek olan kefalet çeşitlerinin ilk olarak, bireysel kefalet ve toplu kefalet olmak üzere iki gruba ayrılması gerekmektedir. Bir kefilin, alacaklıya karşı tek başına ve aynı borca kefil olması durumunda, bireysel kefalet vardır. Adi kefalet ve adi kefaletin ‘özel görünümleri’ olan açığa (zarara) kefalet, kefile kefalet, rücu kefalet ve müteselsil kefalet bireysel kefalet türlerindedir. Birden fazla kefilin bir ve aynı borca kefil olmasında ise, toplu kefalet söz konusudur. Toplu kefiller, aynı borca birbirlerinden bağımsız olarak kefil olabilirler veya her kefil, diğer kefillerden sorumlu olmaksızın borcun bir kısmı için kefil olabilir ya da kefiller bölünebilir bir borca birlikte kefil olabilirler. Birlikte kefalet de, adi birlikte kefalet ve müteselsil birlikte kefalet şeklinde gerçekleşebilmektedir.²⁵² Aşağıda kefalet sözleşmesinin çeşitlerini; adi kefalet, müteselsil kefalet, birlikte kefalet, kefile kefalet, rücu kefalet ve açığın kapatılmasına kefalet olmak üzere altı başlık altında inceleyeceğiz.

1. ADİ KEFALET

6098 sayılı (yeni) TBK m. 585’te öngörülen kefalet tipini adi kefalet oluşturmaktadır. Taraflar, kefalet sözleşmesinin müteselsil olduğunu açıkça kararlaştırmamışlarsa veya bu hususta tereddüt bulunduğu takdirde, söz konusu kefaletin adi kefalet olarak kabul edilmesi gerekmektedir.²⁵³

Taraflar, akdedecekleri kefalet sözleşmesinin tipini adi kefalet olarak belirleyebilecekleri gibi, bir de Yasadan kaynaklanan ve zorunlu olarak adi kefalet hükümlerine tabi olan kefalet sözleşmeleri bulunmaktadır. Özellikle Banka ve Kredi

²⁵² Yavuz, Cevdet: s. 679

²⁵³ Tandoğan, Haluk: s. 762; Yavuz, Cevdet: s. 679

Kartları Kanunu ile Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun çerçevesinde kullanılan kredilere kefalet adi kefalet niteliğinde olup, bu halde borçlu hakkında tüm yasal yollar tüketilmeden veya borçlunun iflasına karar verilmeden kefile müracaat edilememektedir.²⁵⁴

Müteselsil kefalet sözleşmesi adi kefalet sözleşmesine oranla alacaklıya daha güçlü bir teminat sağladığı için uygulamada bankalar kredi sözleşmelerinde istisnasız müteselsil kefalet sözleşmesini tercih etmişlerdir. Dolayısıyla adi kefalet sözleşmesi ilk etapta bankaların kredi sözleşmeleri bakımından neredeyse hiç uygulama alanı bulamamıştır. Bununla birlikte son yıllarda kanun koyucu, kredi sözleşmelerini düzenleme eğilimi içine girmiş ve bu düzenlemeler gerçekleştirilirken de konuya ilişkin mevzuatta adi kefaletle ilişkin hükümlere yer vermiştir. Banka Kartları ve Kredi Kartları Kanununda adi kefalet sözleşmesine ilişkin düzenlemeler gerçekleştirilmiş ve kanun koyucu, kredi kartlarına ilişkin olarak kredi sözleşmelerinden doğan borçlar için kefalet sözleşmesi akdedildiğinde bu kefalet sözleşmesinin adi kefalet olması gerektiğini benimsemiştir.²⁵⁵ Nitekim 5464 sayılı Banka Kartları ve Kredi Kartları Kanunu m. 24/5 hükmünde kredi kartı kullanımlarındaki kefalet ve kredi kartı kullanımlarındaki kefaletin türü, ‘...Sözleşmenin bir örneği, kart hamiline ve varsa kefile verilir. Kart hamilinin borcu kefile bildirilmedikçe, kefil için temerrüt durumunun oluşmayacağı sözleşmede gösterilir. Sözleşme hükümlerinde kefilin sorumluluğunu artırıcı nitelikteki değişikliklere ve kartın kullanım limitinin yükseltilmesine ilişkin olarak kefilin ilave şartlara dair sorumluluğunun başlaması için kefilin yazılı onayının alınması şarttır. Kredi kartı kullanımlarındaki kefalet, Borçlar Kanununda belirtilen adi kefalet hükümlerine tâbidir. Asıl borçluya başvurulup borcun tahsili için tüm yollar denenmeden kefiliden borcun ifası istenemez.’ şeklinde belirtilmiştir. Söz konusu hükme göre, kart kuruluşu tarafından kart hamilinin borcu için kefil gösterilmesinin istenilmesi halinde TBK hükümlerine paralel olarak kefilin sadece sözleşmede yer alan ve kefil olmayı kabul ettiği miktar olan kart hamilinin kullanım limiti dâhilinde sorumlu olması esası benimsenmiş, kefilin sorumluluğunu artırıcı nitelikteki değişikliklerde ve kartın kullanım limitinin yükseltilmesi durumlarında kefilin

²⁵⁴ **Yazoğlu**, Füsun Tuncel: s. 127

²⁵⁵ **Helvacı**, İlhan: Banka Kredi Sözleşmeleri Çerçevesinde Adi Kefalet Sözleşmesine İlişkin Gelişmeler, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Cilt 65, Sayı 1, 2007, www.journals.istanbul.edu.tr, (27.10.2014), s. 263, 264

korunması ve zarara uğramasının önlenmesi amacıyla yazılı onayının alınması yasal bir zorunluluk haline getirilmiş ve kredi kartı kullanımlarındaki kefaletin adi kefalet hükümlerine tabi olduğu belirtilmiştir.²⁵⁶ Öyle ki 5464 sayılı Kanunun 24. maddesinin son fıkrasına kredi kartı kullanımlarındaki kefaletin adi kefalet hükümlerine tabi olmalarını sağlayan hükmün konuluş amacı da, Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunla paralellik sağlanması ve kredi kartı kefillerinin mağdur edilmelerinin önüne geçilmesidir.²⁵⁷ Lakin her ne kadar 5464 sayılı Kanun düzenlemesiyle birlikte kredi kartı kullanımlarındaki kefaletin adi kefalet hükümlerine tabi olacağı belirtilmiş ise de Yargıtay'ın bazı kararlarında, Banka Kartları ve Banka Kredi Kartlarına ilişkin sözleşme kapsamında bulunmayan genel kredi sözleşmelerine kefalet bakımından müteselsil kefalet hükümlerinin uygulanacağı belirtilmiştir. Yargıtay 19. Hukuk Dairesi²⁵⁸ bir kararında, davaya konu olayda davacı ile dava dışı asıl borçlu arasında genel kredi sözleşmesinin akdedildiğini, davalının bu sözleşmeye müşterek borçlu ve müteselsil kefil sıfatıyla imza koyduğunu, 5464 sayılı Yasada sadece Banka Kartları ve Banka Kredi Kartlarına ilişkin sözleşmeler bakımından kefilin sorumluluğunun adi kefalet hükümlerine göre belirlendiğini, bu kapsamda bulunmayan genel kredi sözleşmesine kefalet bakımından ise adi kefalet hükümlerinin uygulanamayacağını belirtmiştir.

4077 sayılı Kanunda, 4822 sayılı Kanun ile yapılan değişiklikten önce 'şahsi teminat verilmesi' yani kefaletle ilgili bir hüküm ve ibare bulunmamaktaydı. Lakin kefaletle ilgili olarak önümüze gelen uyuşmazlıklar, 4077 sayılı Kanunun 30. maddesi yollaması ile TBK'nın kefaletle ilgili hükümleri uygulanarak çözümlenmişti.²⁵⁹ 4077 sayılı TKHK 10/III c. son hükmü uyarınca, tüketici kredisinin teminatı olarak şahsi teminat verildiği hallerde kredi veren, asıl borçluya başvurmadan kefilden borcun ifasını isteyemezdi. Konut finansman sözleşmelerinde de TKHK 10/B-VIII hükmüne göre, kullanılan finansmanın teminatı olarak şahsi teminat verildiği hallerde, konut finansmanı kuruluşu asıl borçluya ve diğer teminatlara başvurmadan kefilden borcun ifasını isteyemezdi. Görüldüğü üzere,

²⁵⁶ **Açıkgül**, Emine / **Açıkgül**, Hacı Ali: Teori Ve Uygulamada Kredi Kartı Sözleşmeleri, 1. Baskı, Ankara 2007, s. 145

²⁵⁷ **Ekinci**, Mustafa: Açıklamalı-Gerekçeli 5464 Sayılı Banka Kartları Ve Kredi Kartları Kanunu, Ankara 2006, s. 112

²⁵⁸ Yargıtay 19. Hukuk Dairesi'nin 07.07.2008 Tarih ve 2008/357 E. – 2008/7492 K. Sayılı İlamı, www.sinerjias.com.tr, (E.T.: 12.11.2014)

²⁵⁹ **Baççioğlu**, Ahmet Erkal: Tüketici Hukukunda Kefalet, Bankacılar Dergisi, Sayı 67, 2008, www.tbb.org.tr, (19.09.2014), s. 71

gerek tüketici kredi sözleşmesinde gerekse konut finansman sözleşmelerinde kefalet aksi belirtilse dahi adi kefalet hükümlerine tabi olmaktadır.²⁶⁰ Nitekim Yargıtay 12. Hukuk Dairesi²⁶¹ bir kararında, 4077 sayılı Kanunun 10. maddesinin 2. fıkrasında yazılı olan ‘kredi veren asıl borçluya başvurmadan kefilden borcun ifasını isteyemez’ hükmünün önce asıl borçlu aleyhine icra takibi yapılması ve bu takibin semeresiz kalmasından sonra kefil aleyhine icra takibi yapılabileceği şeklinde yorumlanacağını, davaya konu olayda ise alacaklının asıl borçlu hakkında takip yapması akabinde bu takip semeresiz kalmadan tüketici kredi sözleşmesinin kefil hakkında takip yapmasının mümkün olmayacağını belirtmiştir.

4077 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun döneminde yaşanan tartışmaların önüne geçilmesi amacıyla 4077 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun değiştirilmiş ve akabinde 07.11.2013 tarihli 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun düzenlenerek yürürlüğe konulmuştur. 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun m. 4/VI hükmünde şahsi teminatlar, ‘Tüketici işlemlerinde, tüketicinin edimlerine karşılık alınan şahsi teminatlar, her ne isim altında olursa olsun adi kefalet sayılır. Tüketicinin alacaklarına ilişkin karşı tarafça verilen şahsi teminatlar diğer kanunlarda aksine hüküm bulunmadıkça müteselsil kefalet sayılır.’ şeklinde yeniden düzenlenmiştir. 6502 sayılı TKHK’da öngörülen yeni hükümlerle, 4077 sayılı önceki Kanun dönemindeki tartışmalar sona ermektedir. Buna göre, tüketicinin tüketici işleminden doğan borcu için verilen kişisel teminatların tamamı kefalet sözleşmesi sayılmıştır. Artık bu hükümden sonra, tüketici işleminde tüketicinin borcu için garanti, teminat amacıyla borca katılma gibi hukuki işlemlerin yapılması konusunda sözleşme özgürlüğünün bulunduğu kabul edilmeyecektir. Bunun yanı sıra söz konusu hükümlerle, kefalet sözleşmelerinin adi kefalet olduğu da açık biçimde düzenlenmiş olmaktadır.²⁶²

Gümüş’e göre, 6098 sayılı TBK’nın adi kefile ilişkin hükümleri emredici nitelikte değildir. Zira Gümüş TBK m. 585 hükmü gerekçesini, Yasa Koyucunun kefalet sözleşmesini hizaya sokma gayretiyle görüşünü bir anlık perdelemesinin bir

²⁶⁰ Aydoğdu, Murat / Kahveci, Nalân: s. 711

²⁶¹ Yargıtay 12. Hukuk Dairesi’nin 13.06.2013 Tarih ve 2013/15366 E. – 2013/22392 K. Sayılı İlamı, www.sinerjias.com.tr, (E.T.: 20.12.2014)

²⁶² Ayan, Serkan: s. 57

sonucu olarak görmektedir.²⁶³ Lakin Helvacı, adi kefaletle ilişkin hükümlerin emredici nitelikte olduğu görüşündedir. Adi kefaletle ilişkin hükümlerin emredici nitelikte olması sebebiyle tüketici kredilerinden, konut finansmanı sözleşmelerinden ve tüzel kişi tacirler dışındaki kişilerle yapılan kredi kartı sözleşmelerinden doğan alacakların müteselsil kefalet sözleşmeleriyle teminat altına alınmaları mümkün değildir. Dolayısıyla taraflar arasında adi kefalet sözleşmesi yerine müteselsil kefalet sözleşmesi yapılacak olursa, bu sözleşmenin kanun hükümlerine aykırı olması nedeniyle prensip itibariyle kesin hükümsüzlükle sakat olduğu sonucuna varılması gerekmektedir. Ancak tüketici kredisinden, konut finansmanı sözleşmesinden ya da kredi kartı sözleşmesinden doğan bir borç için (tüzel kişi tacirlerle yapılan kredi kartı sözleşmelerinden doğan borçlar hariç) alacaklı ile kefil arasında bir müteselsil kefalet sözleşmesi yapılmışsa, bu sözleşme adi kefalet sözleşmesinin geçerlilik şartlarını taşıyorsa ve tarafların da yaptıkları müteselsil kefalet sözleşmesinin kesin hükümsüzlükle sakat olduğunu bilselerdi bu sözleşme yerine adi kefalet sözleşmesi yapma yoluna gidecekleri kabul edilebiliyorsa, müteselsil kefalet sözleşmesini adi kefalet sözleşmesine çevirmek, yani tahvil etmek mümkün olmalıdır.²⁶⁴

6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu madde 585 f. 1’de adi kefalet, ‘Adi kefalette alacaklı, borçluya başvurmadıkça, kefilin takip edemez; ancak, aşağıdaki hallerde doğrudan doğruya kefile başvurabilir: 1. Borçlu aleyhine yapılan takibin sonucunda kesin aciz belgesi alınması. 2. Borçlu aleyhine Türkiye’de takibatın imkânsız hale gelmesi veya önemli ölçüde güçleşmesi. 3. Borçlunun iflasına karar verilmesi. 4. Borçluya konkordato mehli verilmiş olması’ şeklinde düzenlenmiştir. 6098 sayılı TBK m. 585 f. 2’de ise, öncelikle rehinlerin paraya çevrilmesine ilişkin zorunluluk yer almaktadır. TBK m. 585 f. 2, ‘Alacak, kefaletten önce veya kefalet sırasında rehinle de güvence altına alınmışsa, adi kefalette kefil, alacağın öncelikle rehin konusundan alınmasını isteyebilir. Ancak, borçlunun iflasına veya kendisine konkordato mehli verilmesine karar verilmişse, bu hüküm uygulanmaz.’ şeklinde düzenlenmiştir. Yasa koyucu m. 585/1 düzenlemesiyle, kanunda yer alan haller dışında alacaklının borçludan önce adi kefile başvurmasını engellemek istemiştir. Zira adi kefil, kendisine başvuran alacaklıya karşı öncelikle asıl borçlunun takip edilmesi savunmasını (tartışma veya peşin dava def’i) ilgili madde uyarınca ileri

²⁶³ **Gümüş**, Mustafa Alper: s. 332 - 333

²⁶⁴ **Helvacı**, İlhan: s. 271-272

sürebilecektir. TBK m. 585/2 düzenlemesinde ise yasa koyucu kefile, kefil olunan alacağın kefaletten evvel veya aynı zamanda bir rehinle temin edilmiş olması halinde, ilk önce rehnin paraya çevrilmesini talep edebilme imkânını sağlamıştır.²⁶⁵ Lakin adi kefilin tartışma def'inden veya ilk önce rehnin paraya çevrilmesi def'inden başlangıçta veya sonradan feragat etmesi mümkündür. Kefil, bu def'ilerin varlığını bilerek veya bilmeyerek, bunları ileri sürmeksizin alacaklıya ödemede bulunduğu takdirde ödediğini geri alamaz.²⁶⁶

Kefilin öne sürdüğü tartışma def'inin, diğer def'ilerle karşılaştırıldığında ayrı bir özelliği bulunmaktadır. Zira adi kefil bu def'iyi ileri sürdüğü takdirde, esas borçlu hakkında takip yapıldığını ve bu takibin semeresiz kaldığını alacaklı ispat edecektir.²⁶⁷

Bir alacağın iki adi kefaletle teminat altına alınması ihtimalinde ise, öncelikli olarak her bir kefaletin alacağın tamamı hakkında ve aynı tarihlere ilişkin olup olmadığına bakılması gerekmektedir. Her bir kefalet alacağın tamamı hakkındaysa ve tarihleri de aynı bulunuyorsa alacaklı, dilediği kefinden alacağın tamamını elde edemeyecektir. Burada alacaklının, kefiller arasında eşitliği öngörerek talepte bulunması gerekmektedir. Fakat kefiller, müteselsil kefaleti kabul etmişlerse, bu halde kefalet borçları müteselsil olacağından alacaklı dilediği kefinden alacağının tamamını isteyebileceği gibi, bütün alacak hakkında her iki kefil birden de takip edebilir.²⁶⁸

Son olarak adi kefalette kefilin borcu, sadece fer'i değil, aynı zamanda tali bir mahiyet de taşımaktadır.²⁶⁹ Zira kefilin, alacaklıya karşı tartışma ya da peşin dava def'i ile asıl borcun kefaletten önce veya kefaletle aynı zamanda rehin ile temin edildiği durumlarda bu def'iden ayrı olarak rehnin paraya çevrilmesi def'inde bulunma imkânı vardır.²⁷⁰ Rehnin paraya çevrilmesi def'iyle birlikte kefilin borcunun fer'iliğine adi kefilin sorumluluğunun üst düzeydeki taliliğinin de

²⁶⁵ Tandoğan, Haluk: s. 762

²⁶⁶ Tandoğan, Haluk: s. 762

²⁶⁷ Özen, Burak: s. 262

²⁶⁸ Berki, Şakir: s. 226

²⁶⁹ Tandoğan, Haluk: s. 762; Yavuz, Cevdet: s. 679

²⁷⁰ Yavuz, Cevdet: s. 679

eklenmesi, adi kefaleti müteselsil kefaletten ayırdığı gibi, birlikte borç üstlenmeden ve garanti sözleşmesinden de ayırmaktadır.²⁷¹

1.1. ADİ KEFİLİN SAHİP OLDUĞU SAVUNMALAR

1.1.1. Tartışma (Peşin Dava) Def'i

Tartışma (peşin dava) def'i bakımından yeni TBK m. 585/I hükmü ile eski BK m. 486 hükmüne bazı yenilikler getirilmiş ve eski BK m. 486 hükmünde ilk fıkrada yer alan cümle yeni düzenlemeden çıkarılmıştır. Buna göre, mevcut BK m. 486/I uyarınca adi kefalette kefilin peşin dava def'ini ileri sürememesi ve kefalet borcu sebebiyle hemen takip edilebilmesi için peşin dava def'ine imkân veren hallerin kefalet sözleşmesinin kurulmasından sonra ortaya çıkmaları gerekmektedir. Hâlbuki yeni TBK m. 585 hükmünde, peşin dava def'ini bertaraf eden hallerin kefalet sözleşmesinden evvel mi yoksa sonra mı mevcut olduklarının bir öneminin olmadığı görülmektedir.²⁷² Bununla birlikte TBK m. 585 f. 1 uyarınca, alacaklının adi kefilen talepte bulunabilmesi, önce esas borçluyu takip etmesine, bu takibi gerekli özeni göstererek yürütmesine ve gerekli özenin gösterilmesine rağmen takibin semeresiz kalmasına bağlıdır.²⁷³ Nitekim Yargıtay 3. Hukuk Dairesi²⁷⁴ bir kararında, davaya konu senetleri kefil sıfatıyla imzalayan davalının kefilliğinin adi kefalet niteliğinde olduğunu, davacı tarafından borçlu hakkında kefile birlikte icra takibi başlatılmış ise de söz konusu icra takibinin semeresiz kaldığına dair dosyada herhangi bir belge ve bilgi olmadığını belirtmiş, davacı tarafın öncelikle asıl borçludan talepte bulunması gerekirken asıl borçluya birlikte kefil hakkında takip başlatılması sebebiyle adi kefil hakkında açılan davanın reddi yönünde hüküm kurmuştur.

²⁷¹ **Özen**, Burak: s. 260

²⁷² **Grassinger**, Gülçin Elçin: Yeni Borçlar Kanunu Hükümleri Çerçevesinde Kefilin Def'i – İtirazları ve Kefalet Sözleşmesinin Sona Ermesi, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Hükümlerinin Değerlendirilmesi Sempozyumu (3-4 Haziran 2011), Sempozyum No: III, Prof. Dr. Cevdet Yavuz'a Armağan, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Özel Hukuk Sempozyumu Özel Sayısı, İstanbul 2012, s. 119

²⁷³ **Özen**, Burak: s. 265

²⁷⁴ Yargıtay 3. Hukuk Dairesi'nin 27.01.2014 Tarih ve 2013/15870 E. – 2014/999 K. Sayılı İlamı, www.sinerjias.com.tr, (E.T.: 06.10.2014)

818 sayılı Kanun m.486/1’de, alacaklının adi kefilden talepte bulunabilmesi ayrıca, esas borçlu hakkındaki takibin alacaklının hatası olmaksızın semeresiz kalmasına bağlanmıştır. 818 sayılı Kanunda dile getirilen alacaklının hatasız ve gerekli özeni göstererek esas borçlu hakkındaki takibi yürütme zorunluluğu, 6098 sayılı TBK m. 585 düzenlemesinde yer almamaktadır. Ne var ki, 6098 sayılı TBK düzenlemesinde söz konusu hususa yer verilmemesi, alacaklının adi kefile başvurma olanağını elde etmesi için gerekli olan özen ve ihtimamı ortadan kaldırmaz. Zira alacaklının, asıl borçlu hakkındaki takibi özenli bir biçimde yürütmesi gerekliliği işin niteliğinden ve düzenlemenin amacından çıkarılabilmektedir. O halde, ancak özenli bir takip sonucunda elde edilen borç ödemedi kesin aciz belgesi, adi kefilin tartışma def’ini bertaraf edebilir.²⁷⁵

Tartışma def’inin ileri sürülmesi ihtimalinde, esas borçlunun takip edildiğinin ya da kefile doğrudan doğruya müracaat edilmesine imkân veren hallerden birinin bulunduğu alacaklı tarafından ispatlanması gerekmektedir.²⁷⁶

6098 sayılı TBK m. 585 f. 1’de alacaklının öncelikle esas borçluyu takip etmesinin istisnaları 4 bent halinde sayılmıştır. Bu istisnalar; borçlu aleyhine yapılan takibin sonucunda kesin aciz belgesi alınması, borçlu aleyhine Türkiye’de takibatın imkânsız hale gelmesi veya önemli ölçüde güçleşmesi, borçlunun iflasına karar verilmesi, borçluya konkordato mehli verilmiş olmasıdır.

1.1.2. Tartışma Def’inin İleri Sürülemeyeceği Haller

1.1.2.1. Asıl Borçlu Aleyhine Yapılan Takibin Sonucunda Kesin Aciz Belgesi Alınması

Burada asıl borçlu aleyhine haciz yoluyla yapılan takip sonucunda, paraların paylaşılmasının ardından İİK m. 143 uyarınca veya haczi caiz hiçbir malı bulunmaması halinde İİK m. 105/1’e dayanarak kesin borç ödemedi kesin aciz belgesinin alınması söz konusudur.²⁷⁷

²⁷⁵ Özen, Burak: s. 269

²⁷⁶ Zevkliler, Aydın / Gökyayla, K. Emre: s. 546

²⁷⁷ Tandoğan, Haluk: s. 764; Yavuz, Cevdet: s. 680

Tartışma def'i yalnız bir kez kullanılabilir. Zira bir kere kesin aciz belgesi alındıktan sonra kefil aleyhine takibe geçilmişse, artık borçlunun yeni mal iktisap ettiği ve yeni takip yapılması gerektiği def'i ileri sürülemez.²⁷⁸

818 sayılı BK m. 486 düzenlemesinde, kefilin ileri sürdüğü tartışma def'inin etkisizleşmesi için takibin tamamen veya kısmen sonuçsuz kalmasında alacaklının kusurunun bulunmaması gerekmektedir. 818 sayılı BK m. 486/I düzenlemesinde öngörülen 'hata' ifadesi bu bağlamda 'kusur' olarak addedilmekteydi. 6098 sayılı TBK m. 585 düzenlemesinde her ne kadar 'kusur' kavramına hiçbir bir şekilde yer verilme de Gümüş'e göre, kefilin sahip olduğu tartışma def'inin etkisizleşmesi için takibin tamamen veya kısmen sonuçsuz kalmasında alacaklının kusurunun bulunmaması gerekmektedir.²⁷⁹ Kanaatimce de kendi kusuru sebebiyle takibin tamamen veya kısmen sonuçsuz kalmasına yol açan alacaklının kendi kusurunun sonuçlarına katlanması gerekmektedir. Burada kendi kusuruyla takibin sonuçsuz kalmasına yol açan alacaklı, kefil tarafından ileri sürülen def'ilere katlanmak zorundadır. Alacaklının kusuru nedeniyle takibin semeresiz kalması ihtimalinde, alacaklı kefile karşı olan haklarını kaybeder. Söz konusu kusurlu davranışlara örnek olarak, alacaklının hukuki engelleri aşmak için gerekli uğraşta bulunmaması, özellikle belgeleri sunmaması, süreleri kaçırmaması ve çekişmeli alacak için dava açmaması gibi durumlar gösterilebilir. Yalnız TBK'nın adi kefaletle ilişkin m. 585 düzenlemesinden, alacaklının, asıl borç muaccel olur olmaz asıl borçluyu takip etme zorunluluğunda bulunduğu anlamı da çıkarılmamalıdır.²⁸⁰ Zira 6098 sayılı TBK m. 600 hükmü gereğince, süreli kefalet sözleşmelerinde kefil, sürenin sonunda borcundan kurtulmaktadır. Bu sebeple belirli süreli kefalet sözleşmelerinde alacaklının, süre dolmadan kefilen talepte bulunması gerekir. Kefilden talepte bulunulabilmesi için esas borçlu hakkında borç ödemedi kesin aciz belgesi alınması gerekiyorsa, bu belge, kefalet süresi dolmadan ve kefilen talepte bulunmadan önce de alınabilir.²⁸¹ Buna karşın, 6098 sayılı TBK m. 601'de yer alan süreli olmayan kefaletlerde alacaklı, asıl borcun muaccel olması üzerine, asıl borçluya karşı bir ay içinde dava ve takip haklarını kullanma yükümlülüğü altına girmektedir. Bu sebeple

²⁷⁸ Tandoğan, Haluk: s. 765

²⁷⁹ Gümüş, Mustafa Alper: s. 336

²⁸⁰ Yavuz, Cevdet: s. 680

²⁸¹ Yavuz, Cevdet: s. 680

TBK m. 585 hükmünün kefalet sözleşmesinin süreli veya süresiz olmasına göre farklı ihtimaller göz önünde bulundurularak uygulanması gerekmektedir.

1.1.2.2. Asıl Borçlu Aleyhine Türkiye’de Takibin İmkânsız Olması veya Önemli Ölçüde Güçleşmesi

Borçlu aleyhine Türkiye’de takibin imkânsız olması durumunda alacaklı, doğrudan doğruya kefilden talepte bulunabilir. Söz konusu hüküm, asıl borçlunun kefaletin akdedilmesinden sonra başka memlekete yerleşmesi ve Türkiye’de de mallarının bulunmaması halinde uygulanmaktadır.²⁸² Asıl borçlu kefaletin yapılması anında zaten yabancı memlekette oturuyor ve alacaklı da bunu biliyorsa, o zaman alacaklıya karşı tartışma def’i yine ileri sürülebilir.²⁸³

818 sayılı BK m. 486’da, borçlu aleyhine Türkiye’de takibin imkânsız olması hali, alacaklının, kefile doğrudan doğruya başvurabilmesini mümkün kılarken, 6098 sayılı TBK m. 585 düzenlemesiyle takibin önemli ölçüde güçleşmesi hali tartışma def’ini ortadan kaldıran bir durum olarak belirtilmiştir. Takibin önemli ölçüde güçleşmesine ilişkin olarak gerekçede herhangi bir açıklama bulunmamaktadır. Lakin söz konusu hükümle, Türkiye’de yaşayan asıl borçlunun yurt dışına geçmesi, yurt dışındayken de yerleşim yerini daha sonra başka bir yere aktarması ve asıl borçluyu takip etmenin son derece güçleşeceği kastedilmektedir. Yani asıl borçlu yerleşim yerini yurt dışına çıkartmakta ve yurt dışındaki yerleşim yerini de değiştirmektedir.²⁸⁴

1.1.2.3. Borçlunun İflası veya Borçluya Konkordato Mehli Verilmiş Olması

Borçlunun iflasına karar verilmesinin alacaklının, bir üçüncü kişinin veya bizzat borçlunun talebi üzerine olmasında hiçbir fark bulunmamaktadır. Burada alacaklının kefile müracaatı için iflasın açılması yeterli olup, onun iflas yoluyla

²⁸² Tandoğan, Haluk: s. 765; Özen, Burak: s. 273

²⁸³ Tandoğan, Haluk: s. 765

²⁸⁴ Grassinger, Gülçin Elçin: Kefalet Sözleşmesinde Def’iler Ve Sona Erme, Türk Borçlar Kanunu Sempozyumu, Makaleler – Tebliğler, 1. Baskı, İstanbul 2012, s. 363-364

tasfiyenin sonucunu ve kesin bir borç ödemedi aciz vesikasının verilmesini beklemesine gerek yoktur.²⁸⁵

6098 sayılı TBK m. 590 hükmüne göre, alacaklının, esas borçlunun iflas etmesi halinde kefil doğrudan doğruya takip edebilmesinin tek şartı, alacağın kefile karşı da muaccel olmasıdır. Söz konusu husus TBK m. 590/I hükmünde, ‘Borçlunun iflası sebebiyle asıl borç daha önce muaccel olsa bile, belirlenen vadeden önce kefile karşı takibat yapılamaz.’ şeklinde düzenlenmiştir. İİK m. 195 hükmünde ise, iflasın açılmasının müflisin borçlarını muaccel hale getirdiği belirtilmiş olup söz konusu hükümde kefilin borcundan söz edilmemiştir. Bu sebeple gerek TBK m. 590 hükmü gerekse de İİK m. 195 hükmü uyarınca, esas borçlunun iflası müflisin borçlarını muaccel hale getirmekte olup, bu muacceliyet kefilin borcunu etkilememektedir. Lakin müflisin kefil olduğu borçlarda durum değişmekte ve İİK m. 202 hükmü uyarınca, müflisin kefil olduğu borçlar vadeleri gelmese bile masaya zimmet olarak kaydolunmaktadır. Kanunun bu hükmüne göre, müflis, iflasın açılmasından önce bir alacak için kefil olmuşsa, iflasın açılması anında müflis olan kefilin ödeme mükellefiyeti henüz doğmamış olsa bile alacağın alacaklısı bu alacağını kefilin masasına kaydettirebilecektir. Demek oluyor ki, iflasın açıldığı anda müflisin, kefalet ile teminat altına alınmış bulunan bir alacak hakkında esas borçlu yerine kefil sıfatı ile ödeme mükellefiyeti henüz gerçekleşmemiş olsa bile bu alacağın alacaklısı alacağını onun masasına kaydettirebilecektir. Aksi halde yani kefilin bu borcu ödeme mükellefiyetinin doğduğu zaman, alacaklının bu alacağına karşılık hiçbir şey alamama tehlikesi ortaya çıkmaktadır.²⁸⁶

İflasın sonradan kaldırılması hali, alacaklının kefile müracaatını önleyici mahiyette değildir. Ancak alacaklının, kefilin muvafakatını almadan iflasın kaldırılmasına (İİK m. 182) muvafakat etmesi halinde adi kefilin takip edilemeyeceğinin kabulü gerekir.²⁸⁷

818 sayılı BK m. 486/I düzenlemesinde, alacaklının adi kefile doğrudan doğruya başvurabildiği durumlar içerisinde borçluya konkordato mehli verilmiş

²⁸⁵ **Tandoğan**, Borçlar II, s. 763; **Yavuz**, Borçlar, s. 680

²⁸⁶ **Üstündağ**, Saim: İflas Hukuku (İflas-Konkordato-İptal Davaları), 6. Bası, İstanbul 2002, s. 96-97

²⁸⁷ **Reisoğlu**, Seza: s. 163; **Tandoğan**, Haluk: s. 764

olmasından söz edilmemekteydi. Lakin öğreti, borçluya konkordato mehli verilmesinin iflasa denk bir etki doğurduğunu ve adi kefilin tartışma def'ini ortadan kaldıracığını kabul etmekteydi. 6098 sayılı TBK m. 585 hükmü ise, borçluya konkordato mehli verilmesinin adi kefilin tartışma def'ini ortadan kaldırıcı etkisini ve alacaklının adi kefile doğrudan doğruya başvurabilme olanağını açık olarak kabul etmiş ve öğretilde kabul edilen bu sonucu yasalaştırmıştır.²⁸⁸

Alacaklı, her ne kadar esas borçlu hakkında iflasın açılmasıyla veya borçlunun konkordato istemesiyle birlikte adi kefile başvurabilse de TBK m. 594/II hükmünde belirtilen külfetleri yerine getirmek zorundadır. 6098 sayılı TBK m. 594/II hükmüne göre, asıl borçlunun iflasına karar verildiği veya borçlunun konkordato istediği durumlarda alacaklı, alacağını kaydettirmeli ve haklarının korunması için gerekeni yapmalı, borçlunun iflas ettiğini veya borçluya konkordato mehli verildiğini öğrendiği anda ise, durumu kefile bildirmelidir. Kanun burada alacaklıya, alacağını masaya yazdırma ve iflası kefile haber verme şeklinde iki farklı yükümlülük yüklemekte ve kefilin rücu alacağını bu yolla korumaktadır. Alacaklı bu iki mükellefiyetini yerine getirmediğinde, kefilin zarara uğrayacağı ortadadır. Gerçekten de alacaklı alacağını masaya yazdırmayıp, kefil de iflastan haberdar etmediğinde; İİK m. 204/II uyarınca kefil alacaklıya herhangi bir ödemede bulunmadıkça masaya hiçbir alacağını yazdıramayacağından, iflasın kapanmasından sonra alacaklıya ödemede bulunması halinde rücu alacağını masaya yazdıramadığı için kefil de ödediği bedeli masadan alamayacaktır. Hâlbuki alacaklı, alacağını masaya yazdırmış olsaydı, alacaklının elde edeceği para kadar kefil daha az ödemede bulunacaktı. İşte aradaki bu fark kefilin zararını teşkil etmektedir.²⁸⁹ 818 sayılı BK düzenlemesinde ise, alacaklının esas borçlunun iflasını kefile bildirmesi ve alacağını iflas masasına yazdırması yeterli olmaktadır, alacaklıya bunun haricinde başkaca külfetler yüklenmemiştir.²⁹⁰

²⁸⁸ Yavuz, Cevdet: s. 680

²⁸⁹ Altay, Sümer: Türk İflas Hukuku, 2. Cilt, 1. Bası, İstanbul 2004, s. 1097-1098

²⁹⁰ Özen, Burak: s. 271

1.1.3. Rehnin Paraya Çevrilmesi Def'i

6098 sayılı TBK m. 585/II hükmü, ‘Alacak, kefaletten önce veya kefalet sırasında rehinle de güvence altına alınmışsa, adi kefalette kefil, alacağın öncelikle rehin konusundan alınmasını isteyebilir.’ şeklinde düzenlenmiştir. Nitekim 2004 sayılı İİK m. 45 hükmüne göre de, rehinle temin edilmiş bir alacağın borçlusu iflasa tabi şahıslardan olsa bile alacaklı yalnız rehnin paraya çevrilmesi yoluyla takip yapabilir. TBK m. 585/II hükmü kefile, sadece akdi rehin haklarına değil, hapis hakkı gibi kanuni rehin haklarına da öncelikle müracaat edilmesini talep etme imkânı sağlamaktadır.²⁹¹

Kefilin rehnin paraya çevrilmesi def'i hakkını rehin güvencesinin zamanına bağlayan TBK m. 585/II düzenlemesi farklı yorumlara tabi tutulmaktadır. Özen²⁹²'in katıldığı bir görüşe göre, İİK m. 45 hükmü uyarınca, alacaklının elindeki rehinleri öncelikle paraya çevirmesi istendiğinde, söz konusu rehinlerin ne zaman verildiğinin bir önemi kalmamaktadır. Söz konusu rehinler, kefalet sözleşmesinin yapılmasından önce verilmiş olabileceği gibi, sonra da verilmiş olabilir. Zira kefil, TBK m. 585/II düzenlemesinin kendisine verdiği savunmayı kullanmamakta, İİK m. 45 hükmü tarafından esas borçluya verilmiş bir savunma sebebine dayanmaktadır.²⁹³ Grassinger ise, İİK m. 45 çerçevesinde rehnin kim tarafından verildiğinin önemli olmadığı, asıl borç için rehnin mevcut olmasının önem arz ettiği ve rehnin kefalet akdinden evvel veya onunla aynı zamanda verilmesi şartının sadece rehnin 3. kişilerce verilmesi halinde söz konusu olacağı görüşündedir.²⁹⁴ Bilge de benzer şekilde, söz konusu hususu rehnedilen malın borçluya ait bir mal olması ve üçüncü şahıslara ait bir mal olması şeklinde iki farklı ihtimal dâhilinde ele almıştır. Yazara göre, rehnedilen mal borçluya ait bir mal olduğu takdirde, kefalet akdi daha önce yapılmış olsa bile kefil, BK hükümlerine göre yine borçlunun takip edilmesi def'inde bulunabilir. Burada rehnin kefalet akdinden evvel veya aynı zamanda elde edilmesi şartı, rehnedilen malın üçüncü şahıslara ait bulunması hali için söz konusu olmaktadır.²⁹⁵

²⁹¹ Tandoğan, Haluk: s. 766

²⁹² Özen, Burak: s. 277

²⁹³ Özen, Burak: s. 277–278

²⁹⁴ Grassinger, Gülçin Elçin: Sempozyum No: III, s. 120

²⁹⁵ Bilge, Necip: s. 376

6098 sayılı TBK m. 585 f. 2 c. son'a göre, borçlunun iflasına veya kendisine konkordato mehli verilmesine karar verilmişse, rehnin paraya çevrilmesi def'i ortadan kalkar. Lakin esas borçlu iflas etmişse, adi kefil esas borçlu tarafından verilmiş rehinlerin öncelikle paraya çevrilmesini isteyemezken, üçüncü kişiler tarafından verilmiş rehinler açısından böyle bir talepte bulunabilecektir.²⁹⁶ Yasa koyucu tarafından gerekçe olarak, borçlunun verdiği rehinlerin paraya çevrilerek hâsılanın alacaklıya verilmesinin iflas halinde gecikeceği, hâlbuki üçüncü kişiler tarafından verilen rehinler için böyle bir gecikme tehlikesinin olmadığı gösterilmektedir.²⁹⁷

Konkordato mehli verilmesi iflasa denk etkiler doğurduğundan, esas borçluya konkordato mehli verilmesi adi kefilin tartışma def'ini ortadan kaldırdığı gibi, öncelikle rehnin paraya çevrilmesi def'ini ileri sürmesine de engel olmaktadır.²⁹⁸

Kefil gerek tartışma def'ini gerekse rehnin paraya çevrilmesi def'ini birlikte ileri sürebilir. Örneğin kefil, rehnin paraya çevrilmesinden sonra tam olarak tatmin olmayan alacaklının, borçluyu icra yoluyla takip etmesini de isteyebilir. Kefilin bu def'ilerden birinden feragatı, diğer def'iyi ileri sürmesine engel olmamaktadır.²⁹⁹

2. MÜTESELSİL KEFALET

2.1. MÜTESELSİL KEFALETİN TANIMI VE ÖZELLİKLERİ

6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu madde 586'da müteselsil kefalet, 'Kefil, müteselsil kefil sıfatıyla veya bu anlama gelen herhangi bir ifadeyle yükümlülük altına girmeyi kabul etmişse alacaklı, borçluyu takip etmeden veya taşınmaz rehnini paraya çevirmeden kefilin 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 güvenceye alınmışsa, rehnin paraya çevrilmesinden önce kefile başvurulamaz. Ancak, alacağın rehnin paraya çevrilmesi yoluyla tamamen karşılanamayacağını önceden hakim tarafından

²⁹⁶ Özen, Burak: s. 280

²⁹⁷ Tandoğan, Haluk: s. 767

²⁹⁸ Özen, Burak: s. 280

²⁹⁹ Reisoglu, Seza: s. 162

belirlenmesi veya borçlunun iflas etmesi ya da konkordato mehli verilmesi hallerinde, rehnin paraya çevrilmesinden önce de kefile başvurabilir.’ şeklinde düzenlenmiştir.

Yasada yer alan müteselsil kefalet düzenlemesinden çıkarılabilecek ilk sonuç, adi kefile tanınan tartışma def’inin müteselsil kefile tanınmadığıdır. Müteselsil kefalette alacaklı, adi kefaletten farklı olarak esas borçludan önce kefile başvurabilmektedir. Ancak müteselsil kefil tartışma def’inden yararlanamasa da önce rehnin paraya çevrilmesi def’inden kısmen yararlanabilir. Zira TBK m. 586 f. 2 düzenlemesiyle müteselsil kefil, teslimine bağlı taşınır rehni veya alacak rehni bakımından önce rehnin paraya çevrilmesi def’ine sahip kılınmıştır. Bu tür rehinlerin kefaletten önce veya sonra verilmiş olması müteselsil kefilin def’i hakkını kullanması bakımından fark yaratmayacağı gibi, esas borçlu veya üçüncü kişi tarafından verilmiş olması da fark yaratmamaktadır.³⁰⁰

Müteselsil kefaletin fer’i niteliği tüm kapsamıyla yürürlükte olmasına rağmen, tali niteliği adi kefaletle oranla zayıflamıştır. Müteselsil kefaletin tali niteliğinin zayıflamasına en güzel örnek, alacaklının esas borçlu hakkında kesin aciz belgesi almadan ve taşınmaz rehni paraya çevrilmeden müteselsil kefile başvurabilmesi halidir. Kefilin asıl borçludan daha fazla bir sorumluluk altında olmaması ise, müteselsil kefaletin fer’ilik ilkesine bağlı sonuçlarındandır.³⁰¹ Bunun yanı sıra uygulamada, kredi kartı üyelik sözleşmelerine konulan bir hükümlerle alacaklı bankanın asıl borçluya başvurmadan doğrudan doğruya kredi kartı kefilini takip etme hakkını saklı tuttıkları ve hesabın sona erdirilmesi üzerine kart hamilinin yanı sıra kefil aleyhine de icra takibi başlattıkları görülmektedir. Bu durum, kredi kartıyla yapılan harcamalarla hiçbir ilgisi olmayan kefil ile alacaklı bankayı çoğu zaman karşı karşıya getirmekte ve birtakım uyuşmazlıklara neden olmaktadır.³⁰²

³⁰⁰ **Yavuz**, Cevdet: s. 682

³⁰¹ **Özen**, Burak: s. 287

³⁰² **Çeker**, Mustafa: Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Kapsamında Kredi Kartı Borcunun Ödenmemesi ve Hukuki Sonuçları, www.turkhukuk sitesi.com, (07.07.2014), s. 11, (‘Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Kapsamında Kredi Kartı Borcunun Ödenmemesi ve Hukuki Sonuçları’ başlıklı makalenin tüm hakları yazarı Yrd. Doç. Dr. Mustafa Çeker’e aittir ve makale, yazarı tarafından Türk Hukuk Sitesi <http://www.turkhukuk sitesi.com> kütüphanesinde yayınlanmıştır.)

Bunun yanı sıra kimi zaman verilen kefaletler yasa gereği müteselsil kefalet niteliğini haizdir. Öyle ki 6102 sayılı TTK m. 7 hükmünde ticari borca müteselsil kefalet, ‘İki veya daha fazla kişi, içlerinden yalnız biri veya hepsi için ticari niteliği haiz bir iş dolayısıyla, diğer bir kimseye karşı birlikte borç altına girerse, kanunda veya sözleşmede aksi öngörülmemişse müteselsilen sorumlu olurlar. Ancak kefil ve kefillere, taahhüt veya ödemenin yapılmadığı veya yerine getirilmediği ihbar edilmeden temerrüt faizi yürütülemez.’ şeklinde düzenlenmiştir. Yine aynı maddenin ikinci fıkrası ise, ‘Ticari borçlara kefalet halinde, hem asıl borçlu ile kefil, hem de kefiller arasındaki ilişkilerde de birinci fıkra hükmü geçerli olur.’ şeklinde düzenlenmiştir.

Yine aynı şekilde 2004 sayılı İİK m. 38 hükmü uyarınca yapılan icra kefaletleri de müteselsil kefalet hükmündedir. İcra kefaletlerinin müteselsil kefalet olma niteliği kefilin özgür iradesinden değil, bizzat kanunun lafzından ileri gelmektedir. Bu nedenle, icra dairesi huzurunda kefil olan kimse müteselsil kefil olma iradesini açıklamamış olsa bile vermiş olduğu kefalet kanun hükmü gereği müteselsil kefalet sayılacaktır.³⁰³ Nitekim 2004 sayılı İİK m. 38 hükmünde söz konusu husus, ‘Mahkeme huzurunda yapılan sulhlar, kabuller ve para borcu ikrarını havi re’sen tanzim edilen noter senetleri, istinaf ve temyiz kefaletnameleri ile icra dairesindeki kefaletler ilamların icrası hakkındaki hükümlere tabidir. Bu maddedeki icra kefaletleri müteselsil kefalet hükmündedir.’ şeklinde düzenlenmiştir. Bunun yanı sıra icra müdürünün resmi memur olması nedeniyle, icra memurunun tuttuğu tutanak da resmi şekil yerine geçmektedir. Bu nedenle kefalet sözleşmesinin geçerlilik şartları olan kefalet limiti ve kefalet tarihinin yazılması zorunlu olmakla birlikte, bunların memur tarafından yazılması icra kefaletinin geçerliliği için yeterli sayılmalıdır. Diğer bir ifadeyle, limitin ve tarihin yazılmış olması kaydıyla, icra memurunun tamamını düzenlediği tutanakla kabul edilen kefalet geçerli sayılmalıdır.³⁰⁴ Lakin Yargıtay 12. Hukuk Dairesi³⁰⁵ bir kararında, her ne kadar icra kefaletlerine ilişkin olarak Kanunda özel bir düzenleme bulunmaması sebebiyle 6098 sayılı TBK hükümlerinin icra kefaletlerinin geçerlilik şartına ilişkin olarak

³⁰³ **Tanrıver**, Süha: Makalelerim I (1985-2005), İcra Ve Temyiz Kefaletleri (Kefaletnameleri), 1. Baskı, Ankara 2005, s. 273

³⁰⁴ **Ayan**, Serkan: s. 173

³⁰⁵ Yargıtay 12. Hukuk Dairesi’nin 26.11.2013 Tarih ve 2013/31202 E. – 2013/37362 K. Sayılı İlamı, www.sinerjias.com.tr, (E.T.: 20.11.2014)

uygulanacağını belirtse de kefalet sözleşmesine müteselsil kefil olunması halinde, bu hususun icra memuru tarafından yazılmasının yeterli olmadığını, müteselsil kefil olunması durumunda kefilin bu sıfatla ya da bu anlama gelen herhangi bir ifadeyle yükümlülük altına girdiğini kendi el yazısıyla belirtmesi gerektiğini hüküm altına almıştır. İcra kefaletlerine, kanun koyucu tarafından müteselsil kefalet niteliği verilmiş olması bilinçli ve yerindedir. Zira icra kefaletlerine, icra edilebilirlik açısından ilam niteliğinin verilmiş olması icra kefilinin sorumluluğunu tali bir sorumluluk olmaktan çıkarıp asli bir sorumluluğa dönüştürmez. Bu nedenle kanun koyucu, takip alacaklısının doğrudan doğruya icra kefiline başvurabilmesini sağlamak, yani icra kefilinin sorumluluğunu birinci derecede sorumluluğa dönüştürmek amacıyla icra edilebilirlik açısından ilam niteliği tanıdığı icra kefaletlerine haklı olarak bir de müteselsil kefalet niteliği tanıma ihtiyacını duymuştur.³⁰⁶

2004 sayılı İİK m. 36 hükmü ise, ‘İlama karşı istinaf veya temyiz yoluna başvuran borçlu, hükmolunan para veya eşyanın resmi bir mercie depo edildiğini ispat eder yahut hükmolunan para veya eşya kıymetinde icra mahkemesi tarafından kabul edilecek taşınır rehni veya esham veya tahvilat veya taşınmaz rehni veya muteber banka kefaleti gösterirse veya borçlunun hükmolunan para ve eşyayı karşılayacak malı mahcuz ise icranın geri bırakılması için bölge adliye mahkemesi veya Yargıtay’dan karar alınmak üzere icra müdürü tarafından kendisine uygun bir süre verilir. Bu süre ancak zorunluluk halinde uzatılabilir.’ şeklindedir. Karar düzeltme aşamasında, icranın geri bırakılması kararı almak suretiyle icranın durdurulmasını sağlamak mümkün olmadığından icranın geri bırakılması kararının alınmasını sağlayan temyiz kefaletinden de bu aşamada yararlanmak mümkün değildir. Bu durum ise, temyiz kefaletlerinin ancak hükmün temyizi aşamasında kendisine başvurulabilen bir yardımcı hukuki kurum olduğunu göstermektedir.³⁰⁷

Sözleşmede niteliği belirtilmeyen kefalet kural olarak adi kefalettir. Ancak TTK m. 7 hükmünde öngörüldüğü üzere, ticari işlerde akdedilen kefalet sözleşmelerinde kefaletin niteliği açıkça kararlaştırılmadıkça müteselsil kefalet niteliğinde olduğu kabul edilmektedir. TTK m. 7 hükmü ile getirilen müteselsil

³⁰⁶ Tanrıver, Süha: s. 274

³⁰⁷ Tanrıver, Süha: s. 276

kefalet karinesine göre, ticari nitelikte olan tüm kredi sözleşmelerine veya kredi borçlarına kefaletin sözleşmede aksine bir kayıt bulunmadıkça, müteselsil kefalet niteliğinde olduğunun kabulü gerekir.³⁰⁸ Nitekim kredi kartı alacağını güvence altına almak amacıyla ilgili kurumlar tarafından kredi kartı üyelik sözleşmelerine genellikle müteselsil kefil veya garanti eden sıfatıyla kişisel teminat alınmakta olup, kredi kartı borcunun ödenmemesi üzerine çoğu kez kredi kartı çıkaran kurumlar, borca kişisel teminat veren bu kişilere müracaatla alacağı tahsil yoluna gitmektedirler.³⁰⁹ Bu sebeple, bir üçüncü kişinin bankaya olan borcuna kefil olunması durumunda, müşterinin, kefil olacağı kişinin mali itibarı hakkında bilgi edinmek istemesi halinde bankanın, özellikle bilgi talep eden müşteriyle bankası arasında kurulacak yeni bir sözleşmenin ön hazırlıkları kapsamında müşterisine bilgi verme yükümlülüğü bulunmaktadır.³¹⁰ Nitekim aynı şekilde, kredi müşterisi dışında müşterek borçlu ve müteselsil kefil sıfatıyla kredi sözleşmelerini imzalayacak kefillerin de talep edilen krediyi ödeme gücüne sahip ve kredi değerliliği olan kişiler olması gerekmektedir. Bu haliyle kefillerin de aynı kredi borçlusu gibi istihbarata tabi tutulup, içlerinden uygun bulunanların kabul edilmesi gerekmektedir.³¹¹ Zira kredi taahhünamelerinde tesis edilen kefaletin amacı, asıl borçlu yanında ikinci bir borçlunun borcu yüklenmesi ve bankaya teminat sağlanmasıdır. Kefaletle ilişkin hükümlerin umumi taahhütname arasında yer alması, kefaletin bağımsızlığını ve fer'iliğini bozmaz. Yeter ki, kanunun kefalet sözleşmesi için öngördüğü şekil şartları noksansız olsun.³¹²

Yukarıda izah ettiğimiz hususlara ilaveten, iltihaki akit niteliğinde olan banka kredi sözleşmelerinde öngörülen kefillerin taahhütleri, kanunun emredici hükümlerine çoğunlukla aykırı olduğundan geçersizdirler. Öyle ki, özel bir bankanın 25. maddesinin ilk cümlesini oluşturan, 'Müteselsil kefil sıfatıyla bu sözleşmede imzası bulunan kefiller, müşterinin bu sözleşmeden veya her ne sebeple olursa olsun bankaya aslen veya kefil sıfatıyla bu sözleşmenin imzalandığı tarihten önce ve sonra borçlandığı veya borçlanacağı bütün meblağlardan' sorumlu olacağını açıklayan hükmü, kefilin, kredi sözleşmesini imzalamasından önce veya sonra doğacak olan

³⁰⁸ **Kostakoğlu**, Cengiz: Bankalar Kanunu Şerhi, s. 764

³⁰⁹ **Çeker**, Mustafa: s. 9

³¹⁰ **Altop**, Atilla: Türk, İsviçre ve Alman Hukuklarında Bankaların Verdikleri Banka Bilgilerinden Dolayı Hukuki Sorumlulukları, İstanbul 1996, s. 86

³¹¹ **Yazıcı**, Mehmet: Bankacılıkta Kredi Tahsisi, Ankara 2011, s. 78-79

³¹² **Bulut**, Ramazan: Bankacılık Uygulaması Yönünden Kredi Açma Sözleşmesi, Mevzuat Dergisi, Nisan 1998, www.mevzuatdergisi.com, (07.07.2014), s. 4

ancak ne kadar olduğu bilinmeyen borçlardan sorumlu tutulacağını da kabul etmektedir. Söz konusu madde kefaletin geçerli olması için kefilin sorumlu olacağı miktarın sözde belirtilmesini emreden Borçlar Kanunu hükümlerine aykırı ve geçersizdir.³¹³ Yine aynı şekilde özel bir bankanın 28 maddelik Kredi Sözleşmesinin 2 sayfa tutan 22. maddesinin (g) bendi de birçok yönden kefalet sözleşmesinin Kanunda öngörülen hükümlerine aykırı olup, geçersizdir. 22. maddenin (g) bendi, ‘Mektup bedelinin depo edilmesi: Banka, sebep göstermekle asla mükellef olmaksızın üç günlük süre içinde mevcut kefillerin değiştirilmesini veya yeni kefil ve teminat gösterilmesini veya teminat mektubu ve kontrgaranti muhteviyatını ödemeye davet edilmemiş ve komisyon müşteri tarafından düzenli olarak ödense dahi, göreceği lüzum üzerine o tarihteki anapara, faiz, komisyon, gider vergisi ve diğer masrafları ile birlikte nakden ve defaten faiz getirmeyen bir hesapta bloke edilmek üzere 3 gün içinde bankaya depo edilmesini, talebi yerine getirilmediği takdirde ihtiyati haciz ve diğer kanun yollarına başvurmayaya muhtar ve salahiyyetli olduğunu müşteri şimdiden kabul eder.’ şeklinde tanzim edilmiştir. Domaniç’e göre, sözleşmelerin karşılıklı rıza beyanları ile gerçekleşeceğini ve değiştirileceğini düzenleyen ve ahlak ve adaba uygun olmasını emreden BK hükümleri ile hakkın kötüye kullanılmasını yasaklayan MK 2 hükmünün temel dayanağı olan Türk Hukuk Sisteminde bir banka nasıl ve neye istinaden hiçbir haklı sebep dahi göstermeksizin duruma göre milyonlarca dolar kredinin kefillerinin değiştirilmesini veya yeni kefil ve teminat gösterilmesini isteyebilmektedir? Söz konusu maddede MK 2’nin yasakladığı hakkın kötüye kullanılmasının tipik bir örneği bulunmakta olup, bu haliyle söz konusu madde metni geçersizdir.³¹⁴

Bunların yanı sıra Bankacılık Kanunu, bankalar tarafından gayri nakdi krediler olarak verilen teminat mektuplarının, avallerin, ciro ve kabullerin yanı sıra kefalet kredilerini de saymıştır. Gayri nakdi krediler üçlü bir ilişki içermekte olup kredi alan müşteri bankaya müracaat ederek komisyon karşılığında kendisi ile sözleşme yapacak kişinin çekindiği bir riskin gerçekleşmesi halinde yüklendiği borcun veya meydana gelecek zararın tazminini garanti etmesini istemektedir.

³¹³ **Domaniç**, Hayri: Benzeri Metinlerden Oluşan Banka Kredi Sözleşmelerinde Kefilin Taahhütleri De Büyük Ölçüde Emredici Hükümlere Aykırı Olup Geçersizdir, Manisa Barosu Dergisi, Ekim 2006, Sayı 99, s. 51

³¹⁴ **Domaniç**, Hayri: Birbirinin Aynı Olan Tüm Banka Kredi Sözleşmelerinin Tüm Emredici Kurallara Aykırı Ve Geçersizdir, Manisa Barosu Dergisi, Ekim 2006, Sayı 99, s. 29-30

Bankanın müşterisi ile ilişkiye giren kişi ancak o risk banka tarafından üstlenilirse müşteri ile sözleşmeyi belirlenen şartlara göre yapabilecektir.³¹⁵ Bankanın, verdiği kefaletle birlikte üstlenmiş olduğu kredi riskinin yanı sıra operasyonel riske karşı da tedbirli olması beklenir. Zira garanti sözleşmesinden farklı olarak, asıl borcun fer'isi niteliğinde olan kefalet dolayısıyla banka, alacaklıya karşı asıl borçtan ileri gelen def'ileri de ileri sürülebilir. Bu def'ilerin ileri sürülebilmesi ise, operasyonel riskin kaynağı olan banka yönetimi ve personeli tarafından zaman ve koşullara uygun hareket edilmesini de gerektirmektedir.³¹⁶ Burada banka, üçüncü kişiye borçlu olan müşterinin alacaklısına kefaletini verirse, müşterisine gayri nakdi nitelikteki kefalet kredisi açmış olur. Çünkü banka, kefalet sözleşmesi ile kefaletini açıklarken müşteri olan asıl borçlunun borcunun yerine getirilmesi halinde alacak tutarını ödemeyi alacaklıya karşı kabul etmiştir. Banka, kefalet taahhüdü ile bir taraftan alacaklıya güvence vermekte, diğer taraftan da esas borçlusu müşterisine kefil olduğu tutarda kredi açıp sorumluluk yüklenmektedir. Bu özelliği ile kefalet kredisi hem kişisel teminat hem de kişisel kredi niteliğine haizdir.³¹⁷

6098 sayılı TBK m. 583/I/2 düzenlemesine göre, kefilin müteselsil kefil olması durumunda, bu sıfatla veya bu anlama gelen herhangi bir ifadeyle yükümlülük altına girdiğini kefalet sözleşmesinde kendi el yazısıyla belirtmesi şarttır. Şu halde, müteselsil kefaletin söz konusu olabilmesi için, müteselsil kefalet altına girmek iradesi sözleşmeden açıkça anlaşılmalıdır.³¹⁸ Kefilin, TBK m. 583 düzenlemesinde öngörüldüğü şekliyle belirtilen el yazılı beyanında, esas borçludan önce kendisine başvurulabileceğini belirtmesi veya tartışma def'inden vazgeçmesi, müteselsil kefil olarak sorumlu olmaya ilişkin iradeyi yeterli açıklıkta göstermektedir.³¹⁹ Yasa Koyucu kefilin, müteselsil kefil sıfatıyla veya benzeri bir sıfatla kefalet senedini imzalamasına tartışma def'inin yanında, taşınmaz rehninin paraya çevrilmesi def'inden feragatini de bir yasal karine olarak bağlamıştır. Bunun sonucu olarak da müteselsil kefil veya benzeri sıfatla imza koyan kefil, taşınmaz rehninin paraya çevrilmesi def'inden feragat etmediği iddiasındaysa bu iddiasını

³¹⁵ **Yener**, Mehmet Deniz: Kredi Açma Sözleşmesi, 1. Baskı, İstanbul 2008, s. 50

³¹⁶ **Şit**, Başak: Türk Hukukunda Banka Kredisi Kavramı ve Buna Bağlanan Sonuçlar, Ankara 2011, s. 147-148

³¹⁷ **Tekinalp**, Ünal: Ünal Tekinalp'in Banka Hukukunun Esasları, Yeniden Yazılmış 2. Bası, İstanbul 2009, s. 540

³¹⁸ **Yavuz**, Cevdet: s. 683

³¹⁹ **Özen**, Burak: s. 294; **Gümüş**, Mustafa Alper: s. 342

kefalet senedine veya kefalet senediyle aynı şekilde akdedilmiş bir sözleşmeye dayalı olarak ispatlamak zorundadır.³²⁰ Müteselsil kefil olma iradesinin kefalet sözleşmesinde el yazısıyla belirtilmesi hususu yukarıda, ‘Kefalet Sözleşmesinin Yazılı Şekilde Yapılması’ bölümünde daha ayrıntılı bir şekilde ele alınmıştır.

Uygulamada kefiller, genellikle asıl borçludan daha iyi durumda olduklarından alacaklı çoğunlukla müteselsil kefile müracaatı tercih etmektedir. Hâlbuki bazı hallerde borçlu tam bir ödeme gücüne sahiptir ve kendisine müracaat edilse belki de borcunu ödeyecektir. Ancak kanun koyucu alacaklıya böyle bir mükellefiyet yüklediğinden bu durum kefilin aleyhine olmaktadır. Keza mevcut rehinler borcun tamamını karşılayacak değerde olsa dahi alacaklı çoğu zaman takip masraf ve zahmetinden kaçınmak için daha rahat yolu seçmekte ve kefile başvurmaktadır.³²¹

2.2. MÜTESELSİL KEFİLİN SORUMLULUĞUNUN TALİ NİTELİĞİ

2.2.1. İfada Geciken Esas Borçlunun İhtar Edilmesi

Yeni Borçlar Kanunu hükümleriyle her ne kadar müteselsil kefaletin adi kefalete dönüştüğü ve arada bir fark kalmadığı söylene de bu söylentilerin doğru bir yanı bulunmamaktadır. Zira müteselsil kefilin talepte bulunabilmesi için, adi kefalette olduğu gibi esas borçlu hakkında sonuçsuz kalacak bir takibin yapılmasına gerek yoktur. Burada yapılması gereken sadece esas borçlunun ihtar edilmesidir.³²² Lakin ifade bulunan esas borçlunun ihtar edilmesi gerekliliğini anlamlandırırken, borçlunun temerrüdüne ilişkin düzenlemeden farklı bir değerlendirmenin yapılması gerekmektedir. Burada esas borçlunun ifade gecikmesi temerrüde düşmesi anlamını taşımadığı gibi müteselsil kefile başvurulabilmesi için yapılması gereken ihtar da bir temerrüt ihtarı değildir. Öyle ki muaccel bir borcun borçlusu, henüz ifayı gerçekleştirmemişse ve henüz temerrüde düşmüş olmasa bile ifade gecikmiş sayılır. Müteselsil kefile başvurulabilmesi için, esas borçluya TBK m. 586/I hükmü gereğince yapılması gereken ihtarın esas borç muaccel olduktan sonra yapılması

³²⁰ Gümüş, Mustafa Alper: s. 342-343

³²¹ Reisoğlu, Seza: Türk Hukukunda ve Bankacılık Uygulamasında Kefalet, s. 124

³²² Özen, Burak: Kefalet Sözleşmesinin Türleri, Türk Borçlar Kanunu Sempozyumu, Makaleler – Tebliğler, 1. Baskı, İstanbul 2012, s. 377

zorunludur. Muacceliyetten önce yapılan ihtar müteselsil kefile başvurulmasını sağlamamakla birlikte müteselsil kefile başvuru için muacceliyetten önce yapılan bir ihtar varsa eğer, muacceliyet gerçekleşikten sonra da ayrıca ihtar yapılması gerekmektedir.³²³ Nitekim aynı şekilde Barlas da, söz konusu hükümde sözü geçen gecikmenin borçlu temerrüdü olmadığı gibi, ihtarın da temerrüt ihtar olmadığı görüşündedir. Yazara göre burada belirtilen gecikmeden kasıt, borçlu temerrüde düşmüş olsun olmasın, borcun muacceliyet kazanmasına rağmen borcun ifa edilmemesi ve ifa zamanının geçirilmiş olmasıdır. İhtardan kasıt ise, alacaklı tarafından kefile başvurulabilmesi için yerine getirilmesi gereken külfet niteliğinde bir işlemdir.³²⁴

TBK m. 585/I hükmünde belirtilen, borçlunun açıkça ödeme güçsüzlüğü içinde bulunması şartıyla müteselsil kefile doğrudan başvuru imkânı tanınması hali doktrinde bazı görüşler tarafından kabul edilse de doktrinde yer alan diğer görüşler tarafından bir takım farklı eleştirilere tabi tutulmuştur. Öyle ki Yavuz³²⁵, resmi olarak belli edilmiş veya hem özel hem de iş çevresinde ödeme güçsüzlüğü içinde olan borçluya yapılan ihtarın bir anlamının bulunmadığını, bu gibi durumlarda yapılan ihtarın asıl borçlunun genellikle yerleşim yerini değiştirmesi sebebiyle zaten olanaksız hale geldiğini belirtmiştir. Yargıtay'ın bir kararında ise, TBK m. 586 hükmünde öngörülen koşulların oluşması halinde kefile başvurulabileceği şeklinde hüküm kurulmuş ise de söz konusu ilamda aynı zamanda tebliğ edilmeyen kat ihtarının TBK m. 586 hükmü anlamına gelmeyeceği gerekçesiyle çoğunluk görüşüne katılmayan karşı oy görüşü de bulunmaktadır. Yargıtay 11. Hukuk Dairesi³²⁶ bir kararında, davaya konu olayda kredi ödemesindeki sorunlar ileri sürülerek alacaklı banka tarafından hesabın kat edildiğini, alacağın muaccel olabilmesi için hesabın kat edilmesinin yeterli olup, Türk Borçlar Kanununun 586/I maddesinde öngörülen koşulların varlığı halinde kefile başvurulabileceğini, uyuşmazlıkta asıl borçluya ve kefillere yapılan ihtarların sonuçsuz kalması sebebiyle alacaklı bankanın ihtiyati haciz isteyebileceği şeklinde karar verilmesi gerektiğini hüküm altına almıştır. Aynı kararda verilen karşı oy yazısında ise, Türk Borçlar Kanununun kabul ettiği sisteme

³²³ Yavuz, Nihat: s. 823-824

³²⁴ Barlas, Nami: Makaleler, Tebliğler, s. 223

³²⁵ Yavuz, Nihat: s. 826

³²⁶ Yargıtay 11. Hukuk Dairesi'nin 08.01.2014 Tarih ve 2013/18059 E. – 2014/271 K. Sayılı İlâmı, www.sinerjias.com.tr, (E.T.: 17.12.2014)

göre ifade geciken esas borçlu ihtar edilmeden kefile başvurulamayacağı, ifade geciken esas borçlunun ihtar edilmesi gerekliliğini anlamlandırırken borçlunun temerrüdüne dair düzenlemeden farklı bir değerlendirme yapılması gerektiği, burada yapılması gereken ihtarın bir temerrüt ihtar olmadığı, esas borçlunun edimini yerine getirmede sadece gecikmiş olması gerektiği ve esas borçlunun gecikmesinden söz edilmesi için de esas borcun muaccel olması gerektiği, esas borcun muaccel olması alacaklı tarafından bildirimde bulunulmasını gerektiriyorsa bu bildirim esas borçludan başka müteselsil kefile de yapılması gerektiği ifade edilerek, davaya konu olayda tebliğ edilmeyen kat ihtarının TBK m. 586/I maddesindeki uyarı olarak nitelendirilemeyeceğinden yerel mahkemenin ihtiyati haciz isteminin reddine dair kararın onanması gerektiği ve bu sebeple çoğunluk görüşüne katılmadığı belirtilmiştir.

Yukarıda bahsi geçen kararda, Yargıtay her ne kadar çoğunluğun görüşüyle asıl borçluya ve kefile yapılan ihtarın sonuçsuz kalması neticesinde alacaklı bankanın ihtiyati haciz isteyebileceği yönünde karar vermiş ise de kanımca karşı oy görüşü gerek TBK m. 586 hükmü gerekse de muacceliyeti öngören TBK m. 590 hükmü uyarınca daha yerinde bir görüştür. Zira TBK m. 586 hükmü uyarınca, müteselsil kefilin takip edilebilmesi için asıl borçluya yapılan ihtarın sonuçsuz kalması gerekmektedir. Buradaki ihtar ise, doktrinde de kabul edildiği üzere borcun muaccel olması akabinde yapılacak olan ihtarla ilişkindir. Karara konu olayda kullanılan kredinin muaccel olması hesabın kesilmesine ilişkin ihtarname çekilmesine bağlı olup, söz konusu olayda ihtarname tebliğ edilmeden ihtarın sonuçsuz kalmasından da söz edilemeyeceğinden ben de karşı oy görüşüne katılmakla birlikte, karara konu olayda TBK m. 586 ve m. 590 hükümlerinde öngörülen şartların gerçekleşmediği kanaatindeyim.

2.2.2. Borçlunun Açıkça Ödeme Güçsüzlüğü İçinde Olması

Asıl borçlunun açıkça ödeme güçsüzlüğü içinde bulunması ihtimalinde, asıl borçluya ihtarla bulunulmasına gerek kalmaksızın kefil doğrudan takip edilebilmektedir. Kanunda açıkça ödeme güçsüzlüğünden söz edilmiş, ancak

bunların ne olduğu belirtilmemiştir.³²⁷ Asıl borçlunun iflas etmesi, konkordato mehli verilmesi için talepte bulunması borçlunun içinde bulunduğu ödeme güçsüzlüğünün göstergesi olduğu gibi, esas borçlu hakkında alınmış bir borç ödemededen aciz belgesi de borçlunun ödeme güçsüzlüğü içinde bulunduğu anlamına gelmektedir. Buna karşılık, esas borçlu hakkında alınan iflasın ertelenmesi kararı borçlunun ödeme güçsüzlüğünü göstermemektedir.³²⁸

2.2.3. Teslime Bağlı Taşınır Rehni ve Alacak Rehninin Öncelikle Paraya Çevrilmesi Gereği

TBK m. 586/I hükmü, borçlunun ifada gecikmesi ve ihtarın sonuçsuz kalması ya da açıkça ödeme güçsüzlüğü içinde olması gibi durumlarda alacaklıya, taşınmaz rehnini paraya çevirmeden müteselsil kefilî takip etme imkânı tanımıştır.

Müteselsil kefaletle güvence altına alınan alacak için, teslime bağlı taşınır rehni veya alacak rehni türünden teminatlar da bulunabilir. TBK m. 586/II hükmü, teslime bağlı taşınır rehni ve alacak rehninin öncelikle paraya çevrilmesi def'ini müteselsil kefile tanıdığından, bu tür teminatlar paraya çevrilmeden müteselsil kefile başvurulamaz. Ancak TBK m. 586/II hükmü uyarınca, alacağın, rehni paraya çevrilmesi yoluyla tamamen karşılanamayacağıın önceden hakim tarafından belirlenmesi veya borçlunun iflas etmesi ya da konkordato mehli verilmesi hallerinde rehni paraya çevrilmesinden önce de kefile başvurulabilir. TBK m. 586/II hükmüyle müteselsil kefil, önce rehni paraya çevrilmesi def'ine belirli bir oranda sahip kılınmıştır. Bu haliyle 6098 sayılı (yeni) TBK 586/II hükmünde müteselsil kefilin durumu, kendisine önce rehni paraya çevrilmesi def'ini hiç tanımamış olan 818 sayılı (eski) BK hükmünde öngörülen müteselsil kefilin durumuna göre oldukça değişmiştir.³²⁹

³²⁷ Yazoğlu, Füsün Tuncel: s. 130

³²⁸ Yavuz, Nihat: s. 823

³²⁹ Özen, Burak: s. 301

2.3. MÜTESELSİL KEFALET VE MÜTESELSİL BORÇLULUK

818 sayılı BK m. 487/I hükmünde müteselsil kefil, ‘Kefil, borçlu ile beraber müteselsil kefil ve müşterek müteselsil borçlu sıfatı ile veya bu gibi diğer bir sıfatla borcun ifasını deruhde etmiş ise alacaklı asıl borçluya müracaat ve rehinleri nakde tahvil ettirmeden evvel kefil aleyhinde takibat icra edebilir.’ şeklinde düzenlenmişti. 818 sayılı BK m. 487 hükmünden müteselsil kefil olma iradesinin anlaşılabilmesi için, kefilin müşterek müteselsil borçlu sıfatıyla veya benzer bir sıfatla sorumluluk üstlenmesi gerekmektedir.³³⁰ Hâlbuki müteselsil kefil ve müteselsil borçlu kavramları birbirinden farklı müesseseleri teşkil ettiğinden, 818 sayılı BK m. 487 düzenlemesindeki ‘müşterek müteselsil borçlu’ ibaresi çok doğru bir kullanım şeklini oluşturmamaktaydı. Bu sebeple kanaatimce, 6098 sayılı TBK’nın müteselsil kefaletle ilişkin düzenlemesinde ‘müşterek müteselsil borçlu’ ibaresine yer verilmemesi çok daha isabetlidir. Zira müteselsil borçlulukla müteselsil kefalet ibareleri birbirinden farklı kavramları teşkil etmektedirler.

6098 sayılı TBK m. 162 hükmünde müteselsil borçluluk kavramı, ‘Birden çok borçludan her biri, alacaklıya karşı borcun tamamından sorumlu olmayı kabul ettiğini bildirirse, müteselsil borçluluk doğar.’ şeklinde düzenlenmiştir. Türk Borçlar Kanunu’nun 162. maddesinde kullanılan ‘müteselsil borçluluk’ ifadesiyle ya taraf ifadeleri yoluyla ya da kanunun öngördüğü durumlarda müteselsil borçluluğun doğabileceği belirtilmektedir. Taraf iradelerine dayalı müteselsil borçluluk ile kanuna dayalı müteselsil borçlulukta, alacaklı ile borçlu arasında bir tür borç ilişkisi hüküm sürmekte ve bu ilişkide borç paylaşımının nasıl olacağı hususunda çözümler getirilmektedir.³³¹ Zira TBK m. 162 anlamında müteselsil borçlu olarak kabul edilen kimseler, alacaklı karşısında birbirinden bağımsız olarak sorumluluk altına girmektedirler.³³² Burada alacaklı, birden çok borçlunun her birinden borcun tamamının ifasını talep etme yetkisine sahiptir. Bu durum alacaklının tamamen tatmin edilmesine, yani müteselsil borcun tamamının ifa edilmesine kadar devam etmektedir.³³³

³³⁰ Özen, Burak: s. 286

³³¹ Yağcıoğlu, Ali Haydar: Haksız Fiil Sebebiyle Aynı Zarardan Birden Fazla Kimsenin Müteselsil Sorumluluğu, Ankara 2014, s. 8-9

³³² Özen, Burak: s. 286

³³³ Aral, Fahrettin: Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, 5. Baskı, Ankara 2003, s. 443

Bunun yanı sıra müteselsil kefalet fer'i, müteselsil borçluluk ise asli mahiyette olup, bir kimsenin aynı borç için hem müteselsil kefil hem de müteselsil borçlu olması mümkün değildir. Bu yüzden uygulamada sıkça karşılaştığımız ve tüm matbu kefalet sözleşmelerinde yer alan 'müteselsil kefil ve müşterek müteselsil borçlu' tabiri hatalıdır.³³⁴ Öyle ki müteselsil borçlarda her bir borçlu arasında ayrı ve bağımsız bir borç ilişkisi bulunması için, her bir borç ilişkisinde irade sakatlığının ayrıca denetlenmesinin gerekmesi, borçlunun diğer borçluların def'ilerine başvuramaması, her bir borcun farklı muaccel olma tarihlerinin bulunması, her birinin şarta bağlanabilir ve ayrı teminat verilebilir olması, alacaklının tek borçluya ilişkin ihtarda bulunmasının sadece onun alacağının muaccel olmasına ve sadece onun temerrüde düşmesine sebep olması, temerrüt nedeniyle sözleşmeden dönmenin sadece tüm müteselsil borçluların temerrüde düşmesi halinde mümkün olması, her bir borçlunun kendi kişisel davranışlarıyla diğer borçluların durumunu ağırlaştıramayacağı, alacaklı ile borçlu arasında borcun varlığı, muacceliyeti, faizleri, cezai şartı vs. konusundaki anlaşmaların alacaklı ile diğer müteselsil borçlular arasındaki ilişkiyi etkilememesi, zamanaşımının her bir borç için ayrı işlemesi, alacaklının her bir bireysel alacağı ayrıca temlik edebilmesi, ibra edebilmesi, dava açılması halinde ise verilen kararın her biri için ayrı hüküm taşıması gibi önemli hukuki sonuçları bulunması gerekmektedir.³³⁵

Lakin kefalet müteselsil olunca, kefilin borcunun sadece tali niteliği ortadan kalkmakta, fakat fer'i niteliği saklı kalmaktadır. Bu nedenle, asıl borcun geçerli olmadığı durumlarda müteselsil kefalet de geçerli olmaz ve müteselsil kefil de adi kefil gibi asıl borçluya ait def'ilerden yararlanabilir.³³⁶ Bu sebeple Kanun, kefilin genellikle sırf borçlunun hatırı için ve karşılıksız olarak alacaklıya muhatap olduğunu göz önünde tutmuş, kefile borçluya ait def'ilerden yararlanma imkânı sağlamış ve onu korumak lüzumunu duymuştur. Hâlbuki müteselsil borçluların korunmasına ilişkin olarak Kanunda özel bir gayret sarf edilmiş değildir.³³⁷

³³⁴ **Reisoğlu**, Seza: s. 173

³³⁵ **Kırca**, Çiğdem: 6098 Sayılı Borçlar Kanunu İle Müteselsil Sorumluluk Konusunda Getirilen Yenilikler, Yeni Türk Borçlar Kanunu ve Yeni Türk Ticaret Kanunu Sempozyumu, Makaleler, Tebliğler, İstanbul 2013, s. 26-27

³³⁶ **Tandoğan**, Haluk: s. 770

³³⁷ **Akman**, Sermet / **Burcuoğlu**, Haluk / **Alttop**, Atilla: Tekinay Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Yeniden Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş Yedinci Baskı, İstanbul 1993, s. 323

3. TOPLU (BİRLİKTE) KEFALET

Birlikte kefalet uygulamada sık başvurulan bir kefalet türüdür. Birlikte kefalet alacaklıları daha çok tatmin ettiği gibi, kolay kefil bulma imkânı da sağlar. Banka statülerinin çoğunda kredi tahsisi için tek şahsın kefaleti yeterli olmaktadır. Birlikte kefil ise, ödeme kabiliyetini haiz diğer kefilleri görünce hiç olmazsa borcun bir kısmının onlar tarafından karşılanacağını hesaplamaktadır. Birlikte kefalette, temkinli ve basiretli bir iş adamının kefil olması diğer birlikte kefillere aynı zamanda itimat telkin etmektedir.³³⁸

3.1. BAĞIMSIZ TOPLU KEFALET

(GERÇEK OLMAYAN ANLAMDA BİRLİKTE KEFALET)

6098 sayılı TBK m. 587/son hükmünde ele alınan bağımsız toplu kefalet kavramı, 818 sayılı Borçlar Kanunu düzenlemesinde yer almamaktaydı. Lakin 818 sayılı Kanun'daki düzenleme eksikliğine rağmen, ödemede bulunan kefilin, borçtan kurtardığı kefillere karşı belirli bir pay üzerinden sebepsiz zenginleşme talebinde bulunabileceği ileri sürülmekteydi.³³⁹

6098 sayılı TBK m. 587/son hükmünde ise bağımsız toplu kefalet, 'Birbirlerinden bağımsız olarak aynı borç için kefil olanlardan her biri, kefalet borcunun tamamından sorumlu olur. Ancak, borcu ödeyen kefil aksine anlaşma olmadıkça, diğerlerine toplam kefalet miktarındaki payı oranında rücu hakkına sahiptir.' şeklinde düzenlenmiştir. Bir başka deyişle, bağımsız kefalet, birden fazla kimsenin birbirlerinden habersiz olarak aynı borca kefil olmaları halidir. Bağımsız kefalette, kefillerin her biri alacaklıya karşı borcun tamamından diğerlerinden bağımsız olarak sorumlu olmaktadır.³⁴⁰ Örneğin, kefil olunan asıl borç 150 lira ise ve bu borca da birbirinden bağımsız olarak (K1) 200 lira için, (K2) 50 lira için ve (K3) de 50 lira için kefil olmuşsa toplam kefalet miktarı 300 lira olmaktadır. (K1) 150 liranın tamamını ödediğinde, diğer kefillere olan rücu hakkının hesaplanmasında

³³⁸ Reisoglu, Seza: s. 175

³³⁹ Yavuz, Cevdet: s. 684

³⁴⁰ Tandoğan, Haluk: s. 771

önce kefil olduğu miktarın toplam kefalet miktarına oranı 2/3 olarak bulunacak ve (K1)'in asıl borçtan sorumluluğu bu orana denk düşen 100 lira olacaktır. Bu durumda (K1) fazladan ödediği 50 lira için yine aynı hesaplamayla bulunacak 1/6 oranında, yani 25'er lira için diğer kefillerin her birine (K2 ve K3'e) rücu edebilecektir.³⁴¹

Bağımsız toplu (gerçek olmayan anlamda birlikte) kefalette, kefillerin her biri kural olarak tartışma def'inden yararlanmasına rağmen, hiçbiri borcun kısmen diğer kefil tarafından tediyesi def'ini ileri süremez.³⁴²

3.2. BİRLİKTE KEFALET (GERÇEK BİRLİKTE KEFALET)

Gerçek anlamda birlikte kefalet, 6098 sayılı TBK m. 587 hükmünün ilk üç fıkrasında düzenlenmiştir. İlk iki fıkrada birlikte kefaletin iki türü olan adi birlikte kefalet ile müteselsil birlikte kefalet düzenlenmiştir. Gerçek birlikte kefalet, birden fazla kimsenin aynı borca her biri diğerinin veya diğerlerinin de kefil olduğunu veya olacağını göz önünde tutarak kefil olmaları halidir.³⁴³ Ancak burada kefillerin birlikte kefil olmak konusunda anlaşmalarına veya bir arada akit yapmalarına gerek olmayıp, en az birbirlerinin kefaletinden bilgi sahibi olmaları ve bunu hesaba katmaları yeterlidir.³⁴⁴ O halde, birlikte kefillerin ortaklaşa yükümlülük üstlendiklerini söyleyebilmek için, birbirlerinin varlığından haberdar olarak yükümlülük altına girmeleri gerekli ve yeterlidir. Kefil olan kişi ancak, aynı borç için kendisinden başka kişilerin de kefil olduğunu bilerek ve bunun kendi yükümlülüğünün bir gereği sayarak yükümlülük üstlendiği takdirde, birlikte kefil olduğundan söz edilebilir.³⁴⁵

3.2.1. Adi Birlikte Kefalet

818 sayılı BK m. 488 hükmünde birlikte kefalet, 'Birden ziyade eşhas birlikte mütecezzi bir borca kefil oldukları takdirde bunlardan her biri kendi hisseleri miktarınca adi kefil gibi ve diğerlerinin hisseleri hakkında kefile kefil sıfatı ile mesul

³⁴¹ **Bilgen**, Mahmut: 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Işığında Öğreti ve Uygulamada Kefalet ve Yargılama Hukukuna İlişkin Uyuşmazlıklar, Birinci Baskı, Ankara 2013, s. 330

³⁴² **Yavuz**, Cevdet: s. 684

³⁴³ **Tandoğan**, Haluk: s. 771

³⁴⁴ **Olgaç**, Senai: s. 24

³⁴⁵ **Özen**, Burak: s. 313–314

olur.’ şeklinde düzenlenmekteydi. 818 sayılı BK m. 488 hükmünde birlikte kefalet tanımlanırken ‘mütecezzi bir borç = bölünebilir bir borç’ ifadesine yer verilmişti. Öyle ki adi birlikte kefalette, aynı borca birlikte kefil olunması şartının yanı sıra söz konusu borcun bölünebilir bir borç olması şartı da aranmaktaydı.

Adi birlikte kefalet 6098 sayılı TBK m. 587/I hükmünde ise, ‘Birden çok kişi, aynı borca birlikte kefil oldukları takdirde, her biri kendi payı için adi kefil gibi, diğerlerinin payı için de kefile kefil gibi sorumlu olur.’ şeklinde düzenlenmiştir. Lakin 6098 sayılı TBK m. 587/I hükmünde birlikte kefalet tanımlanırken, 818 sayılı BK m. 488 hükmünde geçen ‘taksimi mümkün bir borç = bölünebilir bir borç’ ifadesine yer verilmemiştir.³⁴⁶ 818 sayılı BK’nın 488. maddesinde her ne kadar birlikte kefalet konu borcun ‘mütecezzi = bölünebilir’ bir borç olması gerektiği belirtilmişse de doktrinde asıl borcun bölünebilir olup olmamasının önemli olmadığı, kefilin borcu para borcu olduğuna göre her zaman bölünebileceği yönünde görüşler ortaya atılmıştır. Yeni düzenlemede 818 sayılı Borçlar Kanununun 488. maddesinin birinci cümlesinde kullanılan ‘mütecezzi bir borca’ şeklindeki ibare, ‘aynı borca’ şeklinde değiştirilmiştir. 6098 sayılı TBK m. 587/I gerekçesinde, borcun bölünebilir veya bölünemez nitelikte olmasının önem arz etmemesi ve asıl borçlunun borcunu ifa etmemesi durumunda kefilin borcunun öğretisi ve uygulamada hâkim olan görüşe göre tazminat borcu niteliğinde kabul edilmesi sebebiyle fıkra da böyle bir değişikliğin yapıldığı belirtilmiştir.³⁴⁷

Adi birlikte kefalette, kefillerden her biri kendisine düşen pay bakımından adi kefil, diğer birlikte kefillere düşen paylar bakımından ise kefile kefil sıfatıyla sorumlu olmaktadır.³⁴⁸

Adi birlikte kefalet asıl olmakla birlikte uygulamada çok ender olarak kullanılmaktadır. Öyle ki adi birlikte kefaletin bir takım zorlukları mevcut olduğundan alacaklılar genellikle müteselsil kefaleti tercih etmektedirler. Adi birlikte kefalettaki başlıca zorluk alacaklının kefilini takibinde kendini göstermektedir. Adi birlikte kefil öncelikli olarak tartışma def’ini ileri sürerek ödemediğini imtina

³⁴⁶ Yavuz, Nihat: s. 829

³⁴⁷ Bilgen, Mahmut: Öğreti ve Uygulamada Kefalet, s. 334

³⁴⁸ Özen, Burak: s. 315

edebileceği gibi, asıl borçlunun aczi halinde de sadece kendi hissesini ödemeye yükümlü olmaktadır. Bunun yanı sıra adi birlikte kefilin, kefile kefil olarak yükümlülüğünde, diğer kefilin borcu tıpkı asıl borçlunun borcu gibidir. Kefile kefil, diğer kefaletin sona ermesini itiraz olarak ileri sürebilmektedir.³⁴⁹

TBK m. 587/I hükmünde de öngörüldüğü üzere, adi birlikte kefalette her kefil öncelikle kendi hissesi nispetinde şahsen, diğerlerinin hissesi için de kefile kefil olarak sorumludur.³⁵⁰ Bunun yanı sıra adi birlikte kefil, adi kefilin sahip olduğu tartışma def'i ve mevcut rehinlerin öncelikle paraya çevrilmesi def'inin haricinde alacaklının ancak sorumlu olduğu payı oranında kendisine başvurmasını sağlamak için bölme def'inde de bulunabilir. Kefillerin payına düşen sorumluluk tutarı önceden açıkça tespit edilmemişse, kefillerden her biri eşit paylarla sorumlu olur. Kendi payından fazla ödemedede bulunan birlikte kefil, diğer kefillere payı oranında rücu edebilir. Kefillerden birinin kendi payını ödemekten aciz olduğu durumlarda ise, diğer kefillerin onun payını kefile kefil sıfatıyla ve payları ile orantılı olarak ödemeleri gerekmektedir.³⁵¹ Sadece iki birlikte kefilin bulunması halinde, kefile kefilin mükellefiyeti bakımından herhangi bir güçlük karşılaşılmayacak olup, öncelikle adi kefil olarak kendi hissesini ödeyen birlikte kefil, diğer birlikte kefilin aczi halinde borcun kalan kısmını da ödeyecektir.³⁵²

Adi birlikte kefalette rücu ilişkisi ise, 6098 sayılı TBK hükümlerinde düzenlenmemiştir. Lakin söz konusu rücu ilişkisinin kanunda düzenlenmemiş olması adi birlikte kefillere rücu hakkı tanınmadığı anlamına da gelmemektedir. Adi birlikte kefalette rücu hakkından söz edilebilmesi için, adi birlikte kefillerden herhangi birinin alacaklıya kendi hissesinden fazla ödemedede bulunmuş olması gerekir. Bir birlikte kefilin kendi hissesinden fazla ödemedede bulunması ise, kefilin ihtiyari olarak veya farkına varmaksızın kendi hissesine düşenden fazlasını ödemesi halinde veya diğer birlikte kefilin kendi hissesini ödememesi halinde onun yerine kefile kefil olarak borcu edaya mecbur kalması durumunda söz konusu olmaktadır.³⁵³ Adi birlikte kefil tarafından alacaklıya yapılan ödemelerde, adi birlikte kefil kendi payını

³⁴⁹ **Reisoğlu**, Seza: s. 179-180

³⁵⁰ **Reisoğlu**, Seza: s. 180

³⁵¹ **Tandoğan**, Haluk: s. 773; **Yavuz**, Cevdet: s. 685

³⁵² **Reisoğlu**, Seza: s. 180

³⁵³ **Reisoğlu**, Seza: s. 181

aşmaz ise sahip olunan sorumluluk adi kefilin sorumluluğu gibi olmaktadır. Bu gibi durumlarda adi birlikte kefilin rücu hakkı da adi kefilin rücu hakkı gibi olacağından, adi birlikte kefil halefiyete dayalı ya da iç ilişkiye dayalı rücu haklarından birini kullanabilecektir. Eğer adi birlikte kefillerden birinin yaptığı ödeme kendi payına düşen miktardan fazla ise, bu halde adi birlikte kefilin sorumluluğu kefile kefilin sorumluluğu gibi olmaktadır.³⁵⁴

3.2.2. Müteselsil Birlikte Kefalet

Müteselsil birlikte kefalet 6098 sayılı TBK m. 587/II hükmünde, ‘Borçluyla birlikte veya kendi aralarında müteselsil kefil olarak yükümlülük altına giren kefillerden her biri, borcun tamamından sorumlu olur. Ancak, bir kefil, kendisiyle birlikte daha önce veya aynı zamanda müteselsilen yükümlü bulunan ve Türkiye’de takip edilebilen bütün kefillere karşı takibe girişilmiş olmadıkça, kendi payından fazlasını ödemekten kaçınabilir. Bir kefil, bu hakkı, diğer kefillerin kendi paylarını ödemiş veya aynı güvence sağlamış olmaları durumunda da kullanabilir. Aksine anlaşmalar saklı kalmak kaydıyla, borcu ödeyen kefil, kendi paylarını daha önce ödemiş olmaları ölçüsünde, diğer kefillere karşı rücu hakkına sahiptir. Bu hak, borçluya rücadan önce de kullanılabilir.’ şeklinde düzenlenmiştir.

Yasada öngörüldüğü şekliyle müteselsil birlikte kefalet, sadece kefiller arasında gerçekleşebileceği gibi kefillerin hem kendi aralarında hem de borçlu ile birlikte müteselsilen taahhüt altına girmeleri şeklinde de gerçekleşebilir. Müteselsil birlikte kefaletin sadece kefiller arasında gerçekleşmesi ihtimalinde, kefillerin sadece bölme def’inden feragati söz konusudur.³⁵⁵ Bu nedenle tüm kefiller her bir borcun tamamından sorumlu olacak ve sorumluluğun kefiller arasında paylaştırılmasını ve her bir kefilin esas borçtan kendisine düşen pay oranında sorumlu tutulmasını istemeyecektir.³⁵⁶ Müteselsil birlikte kefaletin diğer ihtimalinin gerçekleşmesi halinde ise, kefillerin hem bölme def’inden hem de tartışma def’inden feragati söz konusudur.³⁵⁷ Müteselsil birlikte kefalette kefillerle asıl borçlu arasındaki teselsül,

³⁵⁴ **Yenice**, A. Özge: Teminat Sözleşmelerinde Rücu İlişkileri, Kefalet Sözleşmesinde Rücu, 1. Baskı, İstanbul 2009, s. 78-80

³⁵⁵ **Yavuz**, Cevdet: s. 685

³⁵⁶ **Yavuz**, Nihat: s. 829

³⁵⁷ **Yavuz**, Cevdet: s. 685

kefillerin tartışma def'inden feragat ettiklerini, yani alacaklının asıl borçluyu ve verilmiş rehinleri takip etmeksizin kefilleri takip edebileceğini ifade eder. Yoksa burada TBK m. 162 hükmünde öngörülen müteselsil borçluluk anlamında bir asli borç olarak teselsül yoktur. Kefillerin asıl borçlu ile olan teselsülünde mükellefiyetleri fer'idir.³⁵⁸

Özen'in³⁵⁹ görüşüne göre, TBK m. 583/I c. 2 hükmünde öngörüldüğü üzere teselsüle ilişkin iradenin kefilin el yazısıyla açıklanması gerekmektedir. Ancak kefilin el yazısıyla yaptığı açıklamada teselsül kelimesinin aynen kullanılması gerekmeyip teselsül iradesini ortaya koyabilecek herhangi bir ifadenin kullanılması yeterlidir. Gümüş³⁶⁰ ise, birlikte kefillerin sadece kendi aralarında teselsül kararlaştırmalarına yönelik iradelerinin de TBK m. 583/I c. 2 hükmünde öngörüldüğü şekilde kefillerin el yazısıyla açıklanması gerektiği yönündeki görüşe katılmamaktadır. Öğretideki bu görüşe göre, birlikte kefiller sadece kendi aralarında teselsül kararlaştırmışlarsa bu kararlaştırmanın da kefalet sözleşmesinin şekline dâhil olması gerekmektedir. Ancak birlikte kefillerin sadece kendi aralarında teselsül kararlaştırmaya yönelik iradeleri ortada ayrıca müteselsil kefalet tesisi iradesini bulundurmadığından el yazısıyla kefalet senedine yansıtılmak zorunda değildir. Kanaatimce, TBK m. 583/I c. 2 hükmü, herhangi bir istisna ya da ayırım gözetmediğinden ve söz konusu hükümde açıkça '...bu sıfatla veya bu anlama gelen herhangi bir ifadeyle yükümlülük altına girdiğini kefalet sözleşmesinde kendi el yazısıyla belirtmesi şarttır' ifadesi yer aldığından teselsüle ilişkin iradenin kefilin el yazısıyla belirtilmesi gerekmektedir.

818 sayılı BK m. 488 hükmünde birlikte kefalet, 'Birden ziyade eşhas birlikte mütecezzi bir borca kefil oldukları takdirde bunlardan her biri kendi hisseleri miktarınca adi kefil gibi ve diğerlerinin hisseleri hakkında kefile kefil sıfatı ile mesul olur.' şeklinde düzenlenmekteydi. 818 sayılı BK m. 488 düzenlemesinde, sorumluluğun kefiller arasında paylaştırılmasını isteyebilme olanağı sadece adi birlikte kefillere özgülenmişti. Söz konusu düzenlemeden, hem esas borçluyla kefiller arasında hem de kefillerin kendi arasında teselsülün kararlaştırılması

³⁵⁸ Reisoglu, Seza: s. 184

³⁵⁹ Özen, Burak: s. 318-319

³⁶⁰ Gümüş, Mustafa Alper: s. 357

ihtimalinde kefillerin bölme def'inden yararlanamayacağı sonucu çıkarılmaktaydı.³⁶¹ Bir başka deyişle kefiller, tartışma def'inden ve önce rehlin paraya çevrilmesi def'inden yararlanamayacakları gibi bölme def'inden de yararlanamazlardı. Müteselsil birlikte kefillerin bölme def'inden yararlanamayacak olması, esas borcun yerine getirilmemesinden doğan sorumluluğun kefiller arasında paylaşılmasını isteyememeleri demektir. Kısacası 818 sayılı BK düzenlemesinde, adi birlikte kefillere tanınan tartışma ve bölme def'inden müteselsil birlikte kefiller bütünüyle yoksundu.³⁶² Lakin 6098 sayılı TBK m. 587/II düzenlemesiyle müteselsil birlikte kefillere belli ölçülerde ve sınırlı olarak bölme def'inden yararlanma imkânı tanınmıştır. 6098 sayılı TBK m. 587/II c. 2 ve c. 3 düzenlemesinde öngörülen koşulların oluşmaması halinde, müteselsil birlikte kefiller bölme def'ilerini koruyacaklarını ve müteselsil birlikte kefaletin varlığına rağmen alacaklıya karşı ileri sürebileceklerini kabul etmiş olup, bu hüküm müteselsil birlikte kefaleti adi birlikte kefalete yaklaştırmaktadır. Böylelikle 6098 sayılı TBK'nın sisteminde müteselsil birlikte kefalette bölme def'i sınırlı bir kapsamda varlığını devam ettirmektedir.³⁶³

6098 sayılı TBK m. 587/II düzenlemesiyle, kefillerin bölme def'inden yararlanabilme olanakları iki şekilde mümkün kılınmıştır. Bunlardan ilki Türkiye'de takip edilebilen müteselsil birlikte kefillerin hiçbiri hakkında takibe geçilmiş olmaması, diğeri ise diğeri kefillerin kendi paylarını ödemiş olması veya kendi payları bakımından aynı teminat sağlamış olmaları halidir. Müteselsil birlikte kefillerin sınırlı olarak sahip oldukları bölme def'inden mahrum kalmaları için bütün kefillere karşı takibe geçilmesi gerekirken birlikte, bu takiplerin sonuçlandırılması ve bütün kefiller hakkında borç ödemedi kesin aciz belgesi alınması gerekli değildir. Alacaklı, kefillerin arasından sadece biri hakkındaki takibi sonuçlandırmakla yetinebilir.³⁶⁴

6098 sayılı TBK m. 593/I, II hükmü, 'Bir borca birden çok kişinin kefil olması durumunda alacaklı, kefillerden biri tarafından yapılacak kısmi ödemeyi, bunu öneren kefile düşen paydan az olmamak koşuluyla kabul etmek zorundadır. Alacaklı haklı bir sebep olmaksızın ödemeyi kabul etmekten kaçınırsa, kefil

³⁶¹ **Özen**, Burak: s. 321

³⁶² **Özen**, Burak: Kefalet Sözleşmesinin Türleri, s. 383

³⁶³ **Gümüş**, Mustafa Alper: s. 355

³⁶⁴ **Yavuz**, Cevdet: s. 686; **Özen**, Burak: s. 323

borcundan kurtulur; birlikte müteselsil kefalette ise, kefillerin sorumluluğu kendilerine düşen pay miktarınca azalır.’ şeklinde düzenlenmiştir. Müteselsil birlikte kefillerden her biri sınırlı olarak bölme def’inden yararlanabileceği gibi kısmi ifada bulunma olanağından da yararlanabilir. Burada kefilin bölme def’ini ileri sürme hakkının karşısında alacaklının kısmi ödemeyi kabul külfeti yer almaktadır. Kısmi ifa önerisi reddedilen kefilin borcundan kurtulabilmesi, alacaklının bu ödemeyi haksız yere reddetmesine bağlıdır. Kefillerden biri bu yolla borçtan kurtulunca, diğer kefillerin sorumluluğu da borcundan kurtulan kefilin payı oranında azalmaktadır.³⁶⁵

Kefalet borcunun tamamını veya bir kısmını ödeyen birlikte müteselsil kefilin, ödemesinin tamamı için asıl borçluya yönelik müracaatında herhangi bir şüphe bulunmamaktadır. Yalnız burada üzerinde durulacak olan rücu ilişkisi, özellikle kefiller arasında söz konusu olan rücu ilişkisidir.³⁶⁶ 818 sayılı BK hükmünde, kendi payını aşan bir ödeme gerçekleştiren birlikte kefilin, payını aşan kısım itibariyle diğer kefillere rücu edebileceği öngörülmekteydi. Bu yüzden 818 sayılı BK düzenlemesinde, payını aşan bir ödeme yapmayan müteselsil birlikte kefilin diğer kefillere rücu edebilmesi mümkün değildi.³⁶⁷ Oysa 6098 sayılı TBK m. 587/II c. son hükmü düzenlemesiyle, borcu ödeyen kefil, henüz kendi paylarını ödemiş olan diğer kefillere paylarıyla sınırlı olmak kaydıyla rücu edebilir. Kefiller arasındaki iç ilişkide, sorumluluğun her adımda paylaşılması esası geçerlidir. Alacaklıya ödemedede bulunan kefil, yaptığı ödemenin mali yükünü diğer kefillerle paylaşma yoluna gidebilir. Burada kefilin yaptığı ödemenin kendi payını aşıp aşmamasının bir önemi bulunmamaktadır. Alacaklıya ödeme yapan kefilin diğer kefillere rücu etmesini engelleyecek yegâne durum, diğer kefillerin kendi paylarına denk düşen bir ödemeyi zaten yapmış olmalarıdır. Şu halde iç ilişkide, hiçbir kefilin kendi payını aşan bir miktarda sorumluluk üstlenmesi beklenemez.³⁶⁸

Bunun yanı sıra 818 sayılı (eski) BK m. 488 c. son hükmü, ‘Kefaletin, aynı borca diğer kimselerin de kefalet etmesi şartıyla vakı olduğuna alacaklının vukufu bulunduğunu kabule mahal olan hallerde bu şart tahakkuk etmezse, kefil mes’uliyetten beri olur.’ şeklinde düzenlenmekteydi. Ancak 6098 sayılı TBK m.

³⁶⁵ **Özen**, Burak: s. 324

³⁶⁶ **Reisoğlu**, Seza: s. 187

³⁶⁷ **Yavuz**, Nihat: s. 831

³⁶⁸ **Özen**, Burak: s. 326

587/III hükmü eski Kanun düzenlemesinden farklı olarak, ‘Alacaklı, kefilin aynı alacak için başka kişilerin de kefil olduğunu veya olacağını varsayarak kefalet ettiğini biliyor veya bilmesi gerekiyorsa, bu varsayımın sonradan gerçekleşmemesi veya kefillerden birinin alacaklı tarafından kefalet borcundan kurtulması ya da kefaletinin hükümsüz olduğuna karar verilmesi durumunda kefil, kefalet borcundan kurtulur.’ şeklinde yeniden düzenlenmiştir. Görüldüğü üzere yeni metinden ‘şart’ kelimesi çıkarılarak, kefilin ‘varsayımından’ bahsedilmiştir. Burada kefilin bu düşüncesinin şart niteliğinde olmadığı, fakat özel olarak işlem temeli seviyesine yükseltildiği vurgulanmaktadır. Bu durumda kefilin başka kişilerin de kefil olduğuna ilişkin varsayımının boşa çıkması temel hatası olarak, başka kişilerin de kefil olacağına ilişkin varsayımının boşa çıkması ise işlem temelini çökmesi olarak değerlendirilecektir. 818 sayılı (eski) BK m. 488 c. son’da yer alan bu düzenleme yeni hükmün lafzıyla daha açık hale getirilmiştir.³⁶⁹ Söz konusu düzenlemeyle, kendisinden önce veya kendisiyle aynı anda başkalarının da kefil olarak yükümlülük üstlendiğini bilerek kefil olan kişi, bunlardan birisinin kefaletinin geçersiz olduğunu veya alacaklı tarafından kefalet yükümlülüğünden kurtarıldığını öğrenirse, kendi yükümlülüğünün de sona erdiğini ileri sürebilme imkânına sahip olmaktadır.³⁷⁰

3.3. KISMİ KEFALET

6098 sayılı TBK düzenlemesinde yer almayan kısmi kefalette, birden fazla kefilen her biri, diğer kefillerden bağımsız olarak ve diğer kefillerden sorumlu olmaksızın, bir borcun bir kısmı için kefil olmaktadır. Burada esas borcun farklı kısımları için kefil olunması, aynı borç için birden fazla kişinin kefil olmasını gerektiren bağımsız toplu kefaletten söz etmeyi olanaksız kılmaktadır.³⁷¹

Kısmi kefaletin varlığı bu konuda taraflar arasında özel bir anlaşmanın varlığını gerektirmektedir. Kısmi kefalet her ne kadar kefilin sorumluluğunu hafifletse ve bu nedenle kısmi kefaletin kurulmasına yönelik kefil iradesinin kefalet sözleşmesinin şekline tabi olması beklenmese de, TBK m. 583 hükmü kefilin kısmi

³⁶⁹ **Sayın**, Feyza Eren / **Koyuncu**, Berk Kenan: Kefalet ve Garanti Sözleşmeleri Açısından Uyarılma Sorununa Bir Bakış, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Cilt 70, Sayı 1, 2012, www.journals.istanbul.edu.tr, (27.10.2014), s. 334

³⁷⁰ **Özen**, Burak: s. 338

³⁷¹ **Özen**, Burak: s. 309

kefalete yönelik iradesini kefalet sözleşmesinin yazılı şekli içerisinde açıklamasını zorunlu kılmıştır.³⁷² Zira TBK m. 583/II c. 2 hükmü, ‘Taraflar, yazılı şekle uyarak kefilin sorumluluğunu borcun belirli bir miktarıyla sınırlandırmayı kararlaştırabilirler.’ şeklinde düzenlenmiştir.

Kefilin sorumluluğunun üst sınırı olarak gösterilen tutar esas borç tutarının altında kalıyorsa iki türlü ayırım yapılması gerekir. İlk ayırmada, kefilin azami sorumluluk sınırına uygun bir miktarda alacaklının tatmin edilmiş olması kefilin sorumluluktan kurtarıyorsa, kısmi kefaletten söz edilmektedir. İkinci ayırmada ise, kefilin sorumluluğunu aşmamak kaydıyla bu sorumluluk alacaklının tamamen tatmin edilmesine kadar devam edecekse, limit (azami sınır) kefaletinden söz edilmektedir. Kısmi kefalet kararlaştırılmadığı takdirde ise, kural olarak limitli kefalet söz konusudur.³⁷³

4. KEFİLE KEFALET

6098 sayılı TBK m. 588/I’de kefile kefalet, ‘Alacaklıya, kefilin borcu için güvence veren kefile kefil, kefil ile birlikte, adi kefil gibi sorumludur.’ şeklinde düzenlenmiştir. Burada kefile kefil olan kişi, bir diğer kefalet sözleşmesindeki kefilin üstlendiği yükümlülükten kişisel olarak sorumlu olmayı taahhüt eder. Kefile kefil olan kişinin karşı tarafı da, güvence altına alınan kefalet sözleşmesindeki alacaklıdır.³⁷⁴

Kefile kefalette, lehine kefalet güvencesi verilmiş kefil esas borçlu konumundaki asıl kefiledir. Asıl kefilin borcundan ötürü kişisel sorumluluk üstlenen kefile kural olarak adi kefil olarak nitelendirilmektedir. Lakin kefile kefilin, müteselsil kefil sıfatıyla sorumluluk üstlenmesi de mümkündür.³⁷⁵ Asıl kefil ile kefile kefil 6098 sayılı TBK m. 587 hükmünde öngörülen birlikte kefil sıfatına haiz değildirler. Zira kefile kefil olan kişi, asıl kefilin borcunu ifa etmemesi üzerine alacaklıya ödemedede bulunursa, asıl kefile ödediği tutarın tümü için rücu edebilir.³⁷⁶

³⁷² **Gümüş**, Mustafa Alper: s. 361

³⁷³ **Özen**, Burak: s. 310; **Gümüş**, Mustafa Alper: s. 361-362

³⁷⁴ **Özen**, Burak: s. 345-346

³⁷⁵ **Özen**, Burak: s. 346; **Yavuz**, Cevdet: s. 687; **Gümüş**, Mustafa Alper: s. 362

³⁷⁶ **Özen**, Burak: s. 346

5. RÜCUA KEFALET

6098 sayılı TBK m. 588/II'de rücu kefalet, 'Rücu kefil, kefilin borçludan rücu alacağı için güvence veren kefiledir.' şeklinde düzenlenmiştir.

Rücu kefalet sözleşmesi, ilk kefil ile rücu kefil arasında yapılmakta olup, burada rücu kefil olan kişi esas borç için kefil olan kişiye bir teminat vermiştir. Bu teminat, esas borçluya rücu edileceği zaman esas borçlunun ödeme gücüne sahip olacağı hakkındadır. O halde, rücu kefil, esas borç için kefil olmuş olan kişinin esas borçluya karşı ileri süreceği rücu alacağı için sorumluluk üstlenmiştir.³⁷⁷ Rücu kefilin sorumluluğu da, kefile kefilinki gibi kural olarak adi kefalet hükümlerine tabidir. Ancak rücu kefilin asıl borçlu ile müteselsilen taahhüt altına girmesi de mümkündür.³⁷⁸

Rücu kefaletin, kefile kefaletten farkı akdin taraflarında kendini göstermektedir. Rücu kefalette akdin taraflarını ilk kefil ile rücu kefil oluşturmaktadır. Rücu kefalet sözleşmesinde, ilk kefil alacaklı konumunda olmasına rağmen asıl borçlu aynı kalmaktadır. Rücu kefil genellikle asıl borçlu tarafından temin edilmekte olup, özellikle banka uygulamalarında bankalar kefil olmak için kontrgaranti şeklinde asıl borçludan başka rücu edebileceği bir kimsenin imzasını da aramaktadırlar.³⁷⁹

6. ZARARA(AÇIĞIN KAPATILMASINA) KEFALET

Zarara kefaletle ilişkin olarak 818 sayılı Borçlar Kanununda herhangi bir düzenleme mevcut değildir. Lakin 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu m. 585 f. son hükmünde, İsv. BK m. 495 f. 3'e uygun olarak açığın kapatılmasına kefalet çeşidi düzenlenmiştir.³⁸⁰

³⁷⁷ **Özen**, Burak: s. 349; **Tandoğan**, Haluk: s. 768

³⁷⁸ **Yavuz**, Cevdet: s. 687

³⁷⁹ **Reisoğlu**, Seza: s. 203

³⁸⁰ **Yavuz**, Cevdet: s. 687; **Tandoğan**, Haluk: s. 769

6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu madde 585 f. son hükmünde açığın kapatılmasına kefalet, ‘Sadece açığın kapatılması için kefil olunmuşsa, borçlu aleyhine yapılan takibin kesin aciz belgesi alınmasıyla sonuçlanması veya borçlu aleyhine Türkiye’de takibatın imkânsız hale gelmesi ya da konkordatonun kesinleşmesi durumlarında, doğrudan doğruya kefile başvurulabilir. Sözleşmede, bu durumlarda alacaklının, önce asıl borçluya başvurmak zorunda olduğu kararlaştırılabilir.’ şeklinde düzenlenmiştir. 6098 sayılı TBK’nın 585/III fıkrasına eklenen ikinci cümle ile kaynak İsviçre Borçlar Kanunundan farklı olarak kefilin korunması ilkesinden hareketle sözleşmede bu durumlarda alacaklının önce asıl borçluya başvurmak zorunda olduğunun kararlaştırılabileceği kabul edilmiştir. Böylece sadece açığın kapatılması için kefaletle özgü ayrık bir düzenleme olmak üzere sözleşmede öngörülmesi koşuluyla fıkroda belirtilen durumlarda kefile, alacaklıya karşı öğretide kullanılan terimle ‘tartışma def’i’ ya da ‘peşin dava def’i’ ileri sürme olanağı sağlanmıştır.³⁸¹ Ancak Grassinger, söz konusu hükmün bu haliyle anlamsız olduğu ve Kanunun söz konusu hükümde ne demek istediğinin tam olarak anlaşamadığı görüşündedir. Zira eğer kefil açıkça zarara kefaleti üstlenmemişse normal bir kefalet türü olmadığından kural olarak açığa kefalet vardır denilemez. Son fıkroda ‘Sadece açığın kapatılması için kefil olunmuşsa...’ denilerek bu tür kefaletin özellikle bu hususiyeti vurgulanmadığı takdirde söz konusu olamayacağı, bu kefaletin açıkça kararlaştırılmış veya işin mahiyetinden anlaşılır olması gerektiği anlatılmak istenmektedir.³⁸² Bunun yanı sıra, diğer kefalet türlerinden farklı olarak zarara kefalette kefil, asıl borcun tamamı için değil sadece alacaklının asıl borçludan takip sonucunda elde edemediği kısım için tekeffülde bulunmaktadır.³⁸³

Açığın kapatılmasına kefil olan kişiden alacaklının talepte bulunabilmesi, borç ödemediği kesin aciz belgesi alınmış olmasına bağlıdır. Lakin bu zorunluluk, esas borçlunun ülke içinde takibinin imkânsızlaşması veya esas borçlu hakkındaki konkordatonun kesinleşmesi olasılığında kalkar. Esas borçlunun iflas etmiş olması ise, açığın kapatılmasına kefil olan kişiye başvurabilmek için yeterli değildir. Zira esas borçlu hakkındaki iflas yoluyla takip sona erdirilmeden önce alacaklının alacağı ne kadarının açıkta kalacağı henüz belli değildir. Burada iflas yoluyla

³⁸¹ Bilgen, Mahmut: Öğreti ve Uygulamada Kefalet, s. 352

³⁸² Grassinger, Gülçin Elçin: Sempozyum No: III, s. 121

³⁸³ Yavuz, Nihat: s. 821

takibin sonuna kadar götürölüp, esas borçlu hakkında borç ödemededen kesin aciz belgesinin alınması gerekmektedir.³⁸⁴ Zarara kefilin adi kefaletten farkı, esas borçlunun iflas etmiş olması halinde kendini gösterir. Nitekim borçlunun iflası halinde, iflasın tasfiyesi tamamlanmadan adi kefiliden borcun tamamının talep edilebilmesine karşılık, zarara kefiliden ancak iflasın tasfiyesi sonunda alınamayan miktar istenebilmektedir.³⁸⁵

Açığın kapatılmasına kefalet adi kefaletin bir türü olmakla birlikte açığın kapatılması için kefil olan kişinin sorumluluğunun taliliği adi kefile oranla daha da artmıştır. Adi kefile özgü tartışma def'i veya önce rehnin paraya çevrilmesi def'i şeklindeki savunmaların yapılamaz hale geldiği durumlarda dahi açığın kapatılmasına kefil olan kişi söz konusu savunmaları başarıyla yapabilmektedir.³⁸⁶

³⁸⁴ **Özen**, Burak: s. 352

³⁸⁵ **Tandoğan**, Haluk: s. 769

³⁸⁶ **Özen**, Burak: s. 351

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

KEFALETİN BENZER HUKUKİ İŞLEMLERLE KARŞILAŞTIRILMASI

1. KEFALET VE BORCA KATILMA

Borca katılma, kefalet sözleşmesi gibi kişisel teminat sözleşmeleri arasında yer almasına rağmen, bazı noktalarda kefalet sözleşmesinden ayrılmaktadır. İlk olarak, borca katılma, katılmaya konu olan ilk borçla aynı derecede bir borcun ortaya çıkmasına yol açar. Bu sebeple, borca katılmadan kaynaklanan borcun ilk borca oranla ikincilliğinden hiçbir şekilde söz edilemez. Buna karşılık kefilin borcu asıl borca oranla ikincil bir borçtur.³⁸⁷

Bir diğer farklılık ise, katılma yoluyla ortaya çıkan borçla katılmaya konu olan borcun birbirinden bağımsız olması aşamasında kendini göstermektedir. Borca katılmada, katılmaya konu oluşturacak ilk borcun mevcut ve geçerli olması gerekli iken, katılma gerçekleşikten sonraki aşamada ‘bağımsızlık’ söz konusu olur. Böylelikle borca katılma başlangıçta fer’i bir nitelik taşımaktadır. Borca katılmadan kaynaklanan (katılana ait) borç, başlangıçta fer’i bir nitelik taşımakla birlikte sonradan bağımsızlaşır. Kefilin borcu ise sadece başlangıçta değil, her zaman ve her aşamada fer’i bir nitelik taşımaktadır. Kefilin, esas borçlunun itiraz ve def’i türünden yapabileceği bütün savunmaları yapabilmesi kefaletin her aşamadaki fer’iliğinin bir sonucudur. Borca katılan kişi, ilk borçluyla birlikte müteselsil borçlu konumunda olduğundan ilk borçluya ait kişisel savunma sebeplerinden yararlanamaz. Borca katılan kişi, sadece alacaklıyla arasındaki kişisel ilişkilere veya katıldığı borcun kaynaklandığı borç ilişkisinden kaynaklanan savunma sebeplerine dayanabilir. Buna karşılık kefil, esas borçlunun kişisel savunma sebeplerinden de yararlanmaktadır.³⁸⁸

Kefalet sözleşmesine özgü bazı hükümlerin uygulanması da kefalet sözleşmesiyle borca katılma arasında bir takım farklılıkların oluşmasına sebebiyet vermektedir.³⁸⁹ Örneğin TBK m. 593 f. 1’e göre, kefil borç muaccel olduğu takdirde

³⁸⁷ Özen, Burak: s. 10–11

³⁸⁸ Özen, Burak: s. 11–12

³⁸⁹ Özen, Burak: s. 13

alacaklıdan yapacağı ödemeyi kabul etmesini her zaman isteyebilir. Yine TBK m. 593 f. 2'ye göre, alacaklının haklı bir sebep olmaksızın ödemeyi kabul etmemesi halinde kefil borcundan kurtulur. Alacaklının kefile karşı alacaklı temerrüdüne düşmesi, kefaletten kaynaklanan borcun kendiliğinden sona ermesine yol açmaktadır. Böylelikle, kefilin borçlu olduğu tutarı tevdi etme gerekliliği bulunmamakta ve alacaklı temerrüdüne bağlı genel sonuçlar ortaya çıkmamaktadır. Buna karşılık, borca katılan kişinin ifa önerisini alacaklının haklı sebep olmadan reddetmesi, alacaklı temerrüdüne bağlı genel sonuçların doğumuna yol açar. Kefilin aksine, borca katılan kişi tevdi yeri tayin ettirip, borç tutarını tevdi etmedikçe borcundan kurtulamaz. Bunun yanı sıra, borca katılan kişiyle ilk borçlu arasında 'teselsül' bulunduğu için, TBK m. 165'in müteselsil borçluluğa ilişkin hükümleri uygulanmaktadır. Bu düzenlemeye göre, müteselsil borçlulardan biri kendi davranışıyla diğerlerinin durumunu ağırlaştıramaz. Böylelikle, borca katılan kişi, borcuna katılmış olduğu kişinin kusur veya temerrüdünün sonuçlarından sorumlu tutulamaz. Buna karşılık kefilin sorumluluğu TBK m. 589'a göre, asıl borç ile borçlunun kusur veya temerrüdünün yasal sonuçlarıdır. Kefilin sorumluluğunun fer'i olmasının bir sonucu olarak, esas borç muaccel olmadan kefilen bir talepte bulunulamaz. Buna karşılık, borca katılan kişiyle ilk borçlu arasında teselsül bulunduğu ve müteselsil borçluların borcu birbirinden bağımsız olduğu için, borca katılan kişinin borcunun ilk borca oranla daha önceki bir tarihte muaccel olacağına kararlaştırılması mümkündür.³⁹⁰

Borca katılan kişinin alacaklıya ifada bulunması, kefilin alacaklıya ifada bulunmasına oranla farklı sonuçlar doğurmaktadır.³⁹¹ TBK m. 596'ya göre, kefil alacaklıya ifada bulunduğu ölçüde onun haklarına halef olur. TBK m. 168'e göre ise, mevcut borca katılan kişi için de alacaklıya halef olma ilkesi geçerlidir, ancak diğerlerine rücu hakkına sahip olan borçlulardan her biri, ifa ettiği miktar oranında alacaklının haklarına halef olur.

³⁹⁰ Özen, Burak: s. 13–14

³⁹¹ Özen, Burak: s. 14; Reisoğlu, Seza: Türk Hukukunda ve Bankacılık Uygulamasında Kefalet, s. 68

2. KEFALET VE TEMİNAT AMAÇLI GARANTİ SÖZLEŞMESİ

Kişisel teminat sağlama amacı güden sözleşmelerden biri de garanti sözleşmesidir. Garanti sözleşmesi kanunda düzenlenmeyen isimsiz bir sözleşme olup, saf (bağımsız) garanti sözleşmesi ve kefalet benzeri (teminat amaçlı) garanti sözleşmesi olmak üzere başlıca iki şekilde gerçekleştirilmektedir.³⁹² Kefalet benzeri, yani teminat amaçlı garanti sözleşmelerinde teminatı amaçlayanı, garanti verenin teminat sağlamak amacıyla temel ilişkideki alacaklıya karşı temel ilişkideki borçtan bağımsız olarak, borçlunun edimi için sorumlu olmayı yüklediği akdin tarafı olarak tanımlayabiliriz. Saf garanti, yani yöneltmeyi amaçlayan garanti sözleşmelerinde ise yöneltmeyi amaçlayanı, garanti alanı belli bir davranışa sevk etmek için söz konusu akit dolayısıyla garanti alanın uğrayabileceği zararlarla ilgili tehlikeyi yüklediği akdin tarafı olarak tanımlayabiliriz.³⁹³

Teminat amaçlı garanti sözleşmesi de garanti sözleşmesinin bir görünümü olarak karşımıza çıkmaktadır. Garanti sözleşmesi olarak ifade edilebilecek bütün sözleşmelerde, garanti veren kişi, garanti alanın karşı karşıya olduğu ekonomik bir riski üzerine almaktadır. Teminat amaçlı garantileri, garanti sözleşmesinin diğer görünüm biçimlerinden ayıran nokta ise, garanti verenin üstlendiği riskten kaynaklanmaktadır. Bu tür garanti sözleşmelerinde, bir borcun veya borç ilişkisinden kaynaklanan çeşitli borçların yerine getirileceği hususunda teminat verilmesi ve alacağını elde edemeyen alacaklının ortaya çıkacak zararının tazmin edileceğinin taahhüt edilmesi kefalet sözleşmesiyle benzer yanlarını oluşturmaktadır.³⁹⁴

Her ne kadar kefalet sözleşmesi ile teminat amaçlı garanti sözleşmelerinin ortak yanları bulunsun da kefalet sözleşmesi bir takım farklılıklarla teminat amaçlı garanti sözleşmelerinden ayrılmaktadır. Uygulamada sıkça rastlanan bazı 'tipik' kıstasların, teminat sözleşmesinin niteliğinin belirlenmesinde önemli bir rol oynadıkları genel olarak kabul edilmektedir. Mesela tartışma def'i ve bölme def'inden feragat kıstaslarının, teselsül kıstasının, alt sözleşmeye veya kanunlara yapılan yollamaların fer'i bir yükümlülük doğurduğu kabul edilmektedir. Buna

³⁹² Zevkliler, Aydın / Gökyayla, K. Emre: s. 533

³⁹³ Sungurtekin, Meral: Banka Teminat Mektuplarına İlişkin Uluslararası Unsurlu İhtilaflara Uygulanacak Hukuk Hakkında Bir İnceleme, tbbdergisi.barobirlik.org.tr, (10.09.2014), s. 547

³⁹⁴ Özen, Burak: s. 23-24

karşılık ilk talepte ödeme kaydını, gayrikaybili rücu yükümlülüğünü, şartsız yükümlülüğü veya asıl sözleşmeden doğan def'i ve itirazlardan feragat gibi diğer bazı hususları düzenleyen kıstasların da sözleşmenin bağımsız bir garanti sözleşmesi olarak değerlendirilmesine yol açtığı düşünülmektedir.³⁹⁵ Aşağıda teminat amaçlı garanti sözleşmelerini kefalet sözleşmelerinden ayırmaya yarayan temel farklılıklar ve kıstaslar üzerinde duracağız.

2.1. Sözleşme Metninde Kullanılan Deyimler

Bazı teminat sözleşmelerinde, teminat altına alınmak istenen edimin açık ve somut ayrıntılar verilerek tanımlandığı görülmektedir. Bu durumda, açık ve somut ayrıntılar verilerek tanımlanmış edimin gerçekleşmemesi teminat alanca üstlenilmek istenen riskin doğması anlamına gelmekte ve teminat verenin sorumluluğu söz konusu olmaktadır. Bu haliyle, tarafların soyut olarak tanımladıkları edimin gerçekleşmemesi riskine ilişkin bir teminatı amaçladıkları ve söz konusu edimin geçerli bir borcun konusunu oluşturup oluşturmadığıyla ilgilenilmediği ölçüde kefalet düşüncesinden uzaklaşmaktadır.³⁹⁶

Develioğlu'na³⁹⁷ göre, kefaleti düzenleyen hükümlere yapılan atıf, kefalet lehine bir belirti ise de belirleyici bir kıstas teşkil etmemektedir. Zira garanti sözleşmesindeki diğer ibarelerden, tarafların iradesinin bağımsız bir garanti sözleşmesi yapmak yönünde olduğu sonucuna varıldığı ihtimallerde bu kıstasın hiçbir etkisi kalmamaktadır. Bununla beraber sözleşme metninde kullanılan deyimlerin yanı sıra teminat verenin kişiliği de teminatın niteliğini belirlemede büyük önem arz etmektedir. Eğer garanti sözleşmesinde yer alan kıstaslar sözleşmeyi yorumlayan kimseyi sözleşmenin niteliği konusunda aydınlatamıyorsa bazı karinelere başvurmak gerekmektedir. Garanti veren kimse iş hayatında deneyimli bir kimse ise, karine bağımsız garanti lehine olmalıdır. Bu durum özellikle banka sözleşmeleri alanında ve uluslararası ticaret alanında kendini göstermekle birlikte, iş hayatında deneyimli gerçek kişilerin garanti vermesi halinde de aynı sonuca

³⁹⁵ **Develioğlu**, Hüseyin Murat: Kefalet Sözleşmesini Düzenleyen Hükümler Işığında Bağımsız Garanti Sözleşmeleri, İstanbul 2009, s. 236

³⁹⁶ **Özen**, Burak: s. 33

³⁹⁷ **Develioğlu**, Hüseyin Murat: s. 247, 283

varılması gerekmektedir. Buna karşılık eğer garanti veren kimse iş hayatında deneyimli olmayan gerçek bir kişi ise, karine kefalet lehine olmalıdır.

2.2. Aslilik ve Fer'ilik Kıstası

Kefilin sorumluluğunun doğup doğmadığını, eğer doğmuşsa kapsamını belirlemek bakımından, kefaletle teminat altına alınmış borcun ve bu borcun kaynaklandığı borç ilişkisinin dikkate alınması gerekmektedir. Kefalet sözleşmesinde verilen teminat kefalet konusu borcun varlığına, geçerliliğine, dava ve takip edilebilirliğine ilişkindir. Bu nedenle kefil için fer'i bir sorumluluk doğar. Esas borç ortaya çıkmamışsa, geçerli değilse, dava veya takibe konu yapılamıyorsa, bu borcu teminat altına almak için yapılan kefalet sözleşmesinden de sorumluluk doğmaz. Buna karşılık, garanti sözleşmesinde verilen garanti, borcun konusu olan edime ilişkindir. Garanti verenin sorumluluğunun fer'i olmaması, genellikle bu kişi tarafından yapılacak ödemenin koşulları ve kapsamının teminatın ilişkin olduğu borçtan bağımsız olarak tanımlanmasına yol açmaktadır. Sonuç olarak kişisel teminat verilmesine ilişkin bir sözleşmede tarafların iradesi, teminat veren için bağımsız bir sorumluluk doğurmak yönündeysen garanti sözleşmesinin, fer'i bir sorumluluk doğurmak yönündeysen kefalet sözleşmesinin varlığından söz ederiz.³⁹⁸

Bağımsız garanti sözleşmelerinde, garanti verenin borcunun diğer borçlardan bağımsız olması sebebiyle bu borcun ne zaman muaccel hale geleceği de sadece ve sadece garanti sözleşmesindeki şartlara göre belirlenmektedir. Örneğin garanti veren borcunu kural olarak, asıl borçlu belirli bir tarihe kadar ifa etmediği takdirde, yani risk gerçekleştiği takdirde ifa etmek durumundadır. Bununla beraber adi kefaletin aksine bağımsız bir garantide, muhatap ödeme talebinde bulunmak için garanti edilen alacağını öncelikle borçludan talep etmek zorunda değildir. Garanti sözleşmesinde aksi kararlaştırılmamışsa, lehtarın borcunu garanti sözleşmesinde öngörülen tarihe kadar ifa etmemiş olması garanti verenin borcunun muaccel olması için yeterli olmaktadır. Bağımsız garanti sözleşmesinde garanti verenin, asıl borçlunun hiçbir ödeme gücü olmamasına rağmen ödeme yükümlülüğü bulunmaktadır.³⁹⁹

³⁹⁸ Özen, Burak: s. 24, 32

³⁹⁹ Develioğlu, Hüseyin Murat: s. 292

Bağımsız garantinin geçerliliği bir alt sözleşmenin geçerliliği şartına tabi olmadığından asıl borcun belirlenmiş olması da bu sözleşmenin geçerlilik şartı olarak ortaya çıkmamaktadır. Buna karşılık, garanti verenin bir borçlunun ileride doğabilecek borçlarının tümünü taahhüt etmesinin mümkün olup olmadığı incelenmesi gereken bir sorudur. Bu soru, kefalet gibi üst bir limitin belirtilmesinin zorunlu olmadığı bu sözleşmeler açısından çok daha fazla önem arz etmektedir. Zira kefil, sorumlu olduğu miktarın üst sınırının belirlenmesi suretiyle zaten belirli bir koruma altındadır. Hâlbuki bağımsız garanti sözleşmelerine ilişkin olarak kanunda sözleşmenin geçerli olabilmesi için garanti verenin sorumlu olduğu miktarın belirlenmesi yönünde hiçbir hüküm bulunmamaktadır. Bu durumda garanti sözleşmesinin tarafları sözleşmeyi böyle bir belirleme yapmaksızın kurabilirler. Bununla beraber, taraflara üst bir limit veya götürü usulü bir miktar belirlemeleri tavsiye edilmektedir. Uygulamada garanti verenin bir banka olduğu garanti sözleşmelerinde genellikle, taraflar bankanın garanti sözleşmesiyle belirlenen riskin gerçekleşmesi halinde muhataba ödemesi gereken miktar açısından üst bir limit veya götürü usulü bir bedel belirlemektedirler.⁴⁰⁰ Miktarın önceden belirlendiği garanti sözleşmelerinde, asıl borçta sonradan meydana gelen değişiklikler garanti verenin borcunu etkilemez. Zira garanti verenin borcu asıl borçtan bağımsızdır. Örnek olarak, bir indirim klotu söz konusu değilse, garanti borcu asıl borçta meydana gelen azalmalardan etkilenmez.⁴⁰¹

Kefalet sözleşmesinin fer'iliğinin bir diğer sonucunu ise, kefilin, esas borçluya ait her türlü savunmaya sahip olması oluşturur. Bu savunmaların itiraz veya def'i türünden savunmalar olması bakımından bir ayırım gözetilmemektedir. Ancak, kefilin esas borçlunun ödeme güçsüzlüğünden kaynaklanan savunma sebeplerine dayanması kefaletin niteliği gereği mümkün değildir. Buna karşılık, kefaletin aksine, garanti sözleşmesinde garanti veren, lehine teminat verdiği kişiye ait savunma sebeplerine dayanamaz.⁴⁰²

⁴⁰⁰ Develioğlu, Hüseyin Murat: s. 170, 177-178

⁴⁰¹ Develioğlu, Hüseyin Murat: s. 305

⁴⁰² Özen, Burak: s. 27

2.3. Menfaat Kıstası

Kefilin, kefalet sözleşmesi ile üstlendiği yükümlülük karşılıksız bir yükümlülüktür. Öyle ki kefil, kefalet sözleşmesiyle üstlendiği borcun altına genellikle yardım amacıyla girmektedir. Uygulamada da sıkça karşılaşıldığı üzere akrabaya, arkadaşına veya bir tanıdığına verilen kefalette olduğu gibi kefalet genellikle bir menfaat güdülmeksizin verilmektedir. Garanti sözleşmesinde ise, kefalet sözleşmesinden farklı olarak menfaat söz konusudur. Zira garanti sözleşmesiyle garanti veren, garanti alanı belli bir hareket tarzına yöneltir ve bir girişimde bulunmasını temin eder.⁴⁰³ Bu kıstastan birçok durumda yararlanmak mümkündür. Ancak tekeffül edenin menfaatinin bulunması halinde ortada bir kefalet sözleşmesi yoktur denilemez. Zira şahsi menfaat kıstası diğer özelliklerle birlikte bulunursa bir garanti sözleşmesine işaret sayılabilir. Banka uygulamasında ise, bir banka ister kefil olsun isterse garanti sözleşmesi sayılan teminat mektubu versin, her iki halde de komisyon aldığından bu kıstasın bankalara uygulanması mümkün değildir.⁴⁰⁴

2.4. Teminat Veren Üstlendiği Risk

Garanti veren tarafından üstlenilen riskten doğan kıstas, kişisel teminat sözleşmelerinin yorumlanmasında kullanılacak önemli kıstaslardan biridir. Gerçekten de uygulamanın bağımsız garanti sözleşmelerini yaratmasının en önemli sebebi kefalet sözleşmesiyle üstlenilmeyen risklerin üstlenilmesidir. Özetle denilebilir ki eğer garanti veren, sözleşmenin var olmaması veya geçersizliği veya edimin imkânsız olması hallerinde dahi ödeme yapmayı kabul etmiş ise bağımsız bir garanti sözleşmesinin varlığından söz etmiş oluruz.⁴⁰⁵

2.5. Kişiyeye Yönelik İlgi Kıstası

Kefalet sözleşmesinin konusu, borçlunun, borcunu yerine getireceğine dair alacaklıya güvence verilmesidir. Bu sebeple kefalet sözleşmesinde ön planda olan daima kişidir. Bu şahıs ekseriya borçludur ve borçlunun krediye ihtiyacı vardır. Bunu

⁴⁰³ Develioğlu, Hüseyin Murat / Ercaner, Olga: Kefalet ve Garanti Sözleşmelerinin Ortak ve Farklı Yanları, www.jegeshukuk.com.tr, (08.07.2014), s. 8

⁴⁰⁴ Reisoğlu, Seza: Türk Hukukunda ve Bankacılık Uygulamasında Kefalet, s. 86

⁴⁰⁵ Develioğlu, Hüseyin Murat: s. 272

da bir kefil bulduğu takdirde temin edecektir. Kefil, borç altına girerken alacağın her ne şekilde olursa olsun ödeneceğini değil, fakat bu borçlu tarafından ödeneceğini temin etmektedir. Kefilin ilgisi borçlunun şahsına yönelmiştir. Lakin kefilin mutlaka borçlu lehine tekeffül etmesi şart değildir. Kefil ender de olsa, alacaklı için de borç altına girebilir. Kefil, örneğin alacaklının mutlaka bir borç yüklenmesini isteyebilir veya alacaklının bir kaybı kefil için zararlı olabilir. Ancak kefilin, borçlunun veya alacaklının menfaatine borç altına girmesi ayırım bakımından önem arz etmemektedir. Burada önemli olan husus, kefalettteki bu kişisel unsurdur. Buna karşılık garanti sözleşmesinde garanti veren, objektif olarak belli bir sonuç için rizikoyu yüklenmektedir.⁴⁰⁶

2.6. Belirli Belgelerin İbrazı

Kefaletle konu olan borcun ifa edilmediği veya gereği gibi ifa edilmediği olgusu, genellikle belirli belgelerle ispatlanamaz. Kefilin sorumluluğuna gidebilmek için, kefaletle konu olan borç veya borçların kaynaklandığı hukuki ilişkinin bütünüyle ele alınması gerekir. Kefilin sorumluluğunun şartlarının gerçekleşip gerçekleşmediğini saptamak için kefalet konusu borcun kaynaklandığı borç ilişkisinin varlığı ve geçerliliği, karşı bir edim kararlaştırılması ihtimalinde bu karşı edimin yerine getirilip getirilmediği, kefaletle konu olan borç açısından zamanaşımının gerçekleşip gerçekleşmediği ve bu borcun kaynaklandığı hukuki ilişkinin ortadan kalkıp kalkmadığı gibi temel borç ilişkisine ilişkin çeşitli durumlar ele alınmaktadır. Önceden belirlenmiş bir veya birkaç belgenin ibraz edilmesi, kefilin sorumluluk şartlarını belirlemede aydınlatıcı olmaz. Bu nedenle, bir kefalet sözleşmesinde, belirli belgelerin ibraz edilmesi veya açıklamaların yapılması üzerine kefil için ödeme yükümlülüğünün doğacağı kararlaştırılmaz.⁴⁰⁷

Buna karşılık, bir garanti sözleşmesinde, garanti konusu edimin gerçekleşip gerçekleşmediğinin belirli belgeler aracılığıyla tespit edilmesi pekâlâ mümkündür. Bu nedenle, teminat altına alınan riskin gerçekleştiğine ilişkin belirli belgelerin ibrazı üzerine ödeme yükümlülüğünün doğacağı veya riskin gerçekleşmediğini gösteren belirli belgelerin belirli bir tarihe kadar ibraz edilmemesi üzerine ödeme

⁴⁰⁶ Reisoğlu, Seza: s. 132

⁴⁰⁷ Özen, Burak: s. 34

yükümlülüğünün doğacağı kararlaştırılabilir. Teminat altına alınmak istenen edimin gerçekleşmediğini saptayan bir belge söz konusuysa, bu belgenin ibrazını teminat alan kişi gerçekleştirecektir. Buna karşılık, teminat konusu edimin gerçekleştiğini gösteren belgelerin belirli bir tarihe kadar ibrazı aranıyorsa, teminata konu edimi gerçekleştirecek olan ve teminat verilmesine ilişkin sözleşmeye taraf olmayan üçüncü kişi ibrazı gerçekleştirmelidir.⁴⁰⁸

2.7. Def'i ve İtirazlardan Feragat

Taraflar arasında akdedilen bir teminat sözleşmesinde, asıl sözleşmeden doğan bütün def'i ve itirazları ileri sürmekten feragat edildiği yolunda bir ibare mevcut ise bağımsız garanti sözleşmesinin varlığını karine olarak kabul etmek gerekmektedir. Söz konusu husus özellikle sözleşmenin iş hayatında tecrübeli kimseler arasında yapılması durumunda kendini göstermektedir. Öyle ki iş hayatında tecrübeli kimselerin söz konusu ibarenin doğurduğu sonuçları bildikleri kabul edilir ve böyle bir feragatin varlığı halinde de fer'i bir borçtan söz edilemez. Buna karşılık eğer sözleşme tarafları iş hayatında tecrübe sahibi olmayan gerçek kişiler ise, somut olaydaki diğer şartları dikkate almak ve bu şartlardan sözleşmenin aslında bir kefalet sözleşmesi olduğu sonucuna varılıyorsa da def'i ve itirazlardan feragat kıstasının geçersiz olduğunu kabul etmek gerekmektedir.⁴⁰⁹

2.8. İlk Talepte Ödeme Kaydı

Ödeme talebinin şekli ve şartlarına göre garantiler, ilk talepte ödeme kaydını içeren garantiler ve şartlı garantiler olmak üzere ikili bir ayrımla incelenmektedir. Garanti alan bakımından daha güvenli olan 'ilk talepte' ödeme kaydını içeren garantiler, uluslararası ticari ilişkilerde geniş bir uygulama alanı bulmakla birlikte bu tür garantilerin son zamanlarda ülke içi ticari ilişkilerde de yaygın olarak kullanılmaya başlandığı görülmektedir.⁴¹⁰

⁴⁰⁸ Özen, Burak: s. 34-35

⁴⁰⁹ Develioğlu, Hüseyin Murat: s. 259-260

⁴¹⁰ Canbolat, Ferhat: Banka Garantisinde Savunma İmkânları ve İhtiyati Tedbirler, Ankara 2009, s. 77-78

Kişisel bir teminat verilmesine ilişkin sözleşmelerde teminat alan kişinin ‘ilk talebi’ veya ‘ilk yazılı talebi’ üzerine ödeme yapılacağına kararlaştırılması, kişisel teminat veren tarafından, ileri sürülen talebin haklılığının sorgulanmayacağı ve bu talebin haklılığını ortadan kaldıran olguların ileri sürülmeyeceği anlamına gelmektedir. Alacaklının ödeme talebiyle karşılaşan teminat veren, teminat konusu borcun varlığına, geçerliliğine ve dava edilebilirliğine ilişkin savunmaları yapmadan ödemeyi gerçekleştirecektir.⁴¹¹ Burada banka, garanti konusu olayın gerçekleştiğini ispat etmesini garanti alandan isteyemeyeceği gibi, bu konuda bankanın da inceleme yapma yetkisi yoktur. Garanti bedelinin ödenmesi için garanti alanın, zımnen de olsa garanti konusu olayın gerçekleştiğine ilişkin beyanını içeren ödeme talebi yeterli olmaktadır. Buna karşılık ‘ilk talepte’ ödeme kaydını içermeyen garantilerde ödeme talebinde bulunan garanti alan garanti konusu olayın gerçekleştiğini ispat etmek zorunda olduğu gibi kendisinden ödeme talebinde bulunulan banka da garanti konusu olayın gerçekleşip gerçekleşmediğini incelemek zorundadır.⁴¹² Bununla birlikte bir şahsi teminat taahhüdünde ‘ilk talepte’ ödeme kaydının bulunması garantinin her halükarda ve her şartta ödeneceği anlamına da gelmemektedir. Bu ifade sadece teminat bedelinin ödenmesi talebinde bulunulmasından sonra derhal ve gecikmeksizin ödeneceği anlamına gelmektedir.⁴¹³ Dolayısıyla ‘ilk talepte’ ödeme kaydı, ödeme talebinin hakkın kötüye kullanılması niteliği taşıdığı, garanti kapsamında bulunmayan bir konuda ödeme talebinde bulunduğu, garanti konusu olayın henüz gerçekleşmediği veya gerçekleşmesinin artık mümkün olmadığı durumlarda dahi garanti bedelinin ödeneceği anlamına gelmemektedir. Bu tür bir ödeme vaadi, soyut bir borç vaadi anlamına gelir ki garanti sözleşmesi temel ilişkiden bağımsız olmasına rağmen, soyut borç taahhüdü niteliğinde değildir.⁴¹⁴

2.9. Şüphe Halinde Kefalet Karinesi

Asli ve yan bütün kıstasların kullanılmasına rağmen teminat sözleşmesinin hukuki niteliği hususunda bir sonuca varılamaması durumunda, kefalet sözleşmesi, kanuni düzenlemeye konu olduğundan ve kefil koruyucu hükümler içerdiğinden

⁴¹¹ Özen, Burak: s. 35–36

⁴¹² Canbolat, Ferhat: s. 58

⁴¹³ Canbolat, Ferhat / Topuz, Seçkin: Kefalet İle Garanti Ayrımının Önemi ve Ayrımda Uygulanacak Kıstaslar, TBB Dergisi, Sayı 78, 2008, tbbdergisi.barobirlik.org.tr, (19.07.2014), s. 65

⁴¹⁴ Canbolat, Ferhat: s. 80

‘şüphe halinde kefalet’ prensibi uyarınca hareket edilerek gerçek kişilerin teminat taahhütlerinin kefalet olduğu sonucuna varılmalıdır.⁴¹⁵ Nitekim Özen de kişisel teminat verilmesine ilişkin bir sözleşmenin, irade beyanlarının lafzında yer alan ve beyanların yapıldığı koşullardan kaynaklanan tüm işaretlerin değerlendirilerek yorumlama çabasının kesin bir sonuç vermediği durumlarda, kefalet karinesinin uygulanması gerektiği görüşündedir. Öyle ki yazara göre, yapılacak nitelendirme bakımından ortaya çıkan kuşkulu durum kefalet karinesinin uygulanmasıyla aşılacaktır.⁴¹⁶ Lakin harici garantiler ve bankalar tarafından verilen garantiler bakımından ‘şüphe halinde kefalet’ prensibi uygulanmamalı, aksine bu tür bir durumun varlığı halinde bağımsız bir taahhüdün ve böylece de garanti sözleşmesinin bulunduğu kabul edilmelidir.⁴¹⁷

Yukarıda belirtilen farklılık ve kıstasların yanı sıra, kefalet sözleşmesinin yasada düzenlenmiş bir sözleşme olmasının beraberinde getirdiği bir takım farklılıklar da bulunmaktadır. Kefilin esas borçlu ve alacaklıyla olan ilişkileri TBK 589–597 maddeleri arasında ayrıntılı olarak ele alınmıştır. Aynı şekilde TBK 598–601 maddeleri arasında da kefaletin sona ermesine ilişkin olarak ayrıntılı yasal düzenleme mevcuttur. Atipik bir sözleşme olan garanti sözleşmesinin söz konusu noktalarında ise düzenleme eksikliği vardır.⁴¹⁸ Yukarıda belirtilen farklılıklar neticesinde, somut bir olaydaki kişisel teminat taahhüdünün niteliğinin belirlenmesinde kefalet ile saf garanti sözleşmelerinin ayrımı bakımından bir sorunla karşılaşılmaz ise de taahhüdün kefalet mi yoksa kefalet benzeri garanti mi olduğunun belirlenmesinde güçlükler yaşanmaktadır. Bu farklılığın temelinde ise, kefalet sözleşmesi için Borçlar Kanununda ayrıntılı bir düzenleme bulunmasına rağmen, aynı kanunda garanti sözleşmeleri için bir düzenlemenin bulunmayışı yatmaktadır. Kanunda kefili koruyucu düzenlemeler bulunmasına rağmen, kefilden çok daha ağır bir teminat yükü altına girmiş olan garanti vereni koruyucu hiçbir düzenleme bulunmaması garanti verenin durumunu daha da ağırlaştırmaktadır.⁴¹⁹

⁴¹⁵ **Canbolat**, Ferhat / **Topuz**, Seçkin: s. 73

⁴¹⁶ **Özen**, Burak: s. 41

⁴¹⁷ **Canbolat**, Ferhat / **Topuz**, Seçkin: s. 74

⁴¹⁸ **Özen**, Burak: s. 28

⁴¹⁹ **Bostancı**, Şebnem: Kefalet İle Müteselsil Borçluluk İlişkisi, www.hukukiboyut.com.tr, (01.08.2014), s. 23-24

3. KEFALET VE KREDİ EMRİ

Kredi (itibar) emri öyle bir vekâlet çeşididir ki, bununla müvekkilin talimatına uygun olarak vekil (memur) kendi adına ve hesabına bir üçüncü kişiye kredi verme veya bir krediyi yenileme borcu altına girmeyi ve müvekkil de verilen krediden kefil gibi sorumlu olmayı yükümlenir.⁴²⁰ Kredi emri, üçüncü bir kişiye kredi temin edilmesine yönelik bir vekâlet sözleşmesinin kurulmasına yol açar. Vekil, vekâlet sözleşmesiyle üstlendiği iş görme borcunu yerine getirmek adına kredi emrinde belirtilen kişiye kredi temin edecektir. Kefalet sözleşmesi ise vekâlet sözleşmesinden ayrı bir sözleşme tipi olup, kefilin mevcut veya müstakbel bir borçtan ötürü kişisel sorumluluk üstlenmesini konu almaktadır. Kredi emrinde, kredi emrini alan ve kabul eden kişi, emri veren karşısında, üçüncü bir kişiye kredi sağlamak yükümlülüğü altına girmiştir. Kefalet sözleşmesi ise alacaklı için bu tarz bir yükümlülük doğurmamaktadır. Kredi emrinin alınması ve kabulü üzerine doğan ilişki vekâlet sözleşmesinin özel bir görünüm biçimi olduğundan, kredi temin etme yükümlülüğü yerine getirilinceye kadar TBK m. 512'deki 'vekâlet veren ve vekil, her zaman sözleşmeyi tek taraflı olarak sona erdirebilir' hükmünün uygulanması mümkündür. Söz konusu hüküm, aynı zamanda, kredi emri ile kefalet sözleşmesi arasındaki farkı da ortaya koymaktadır. İlişkinin tarafları için ilişkiye serbestçe son verilebilmesi olanağının açık tutulması önem taşıyorsa, kredi emrinin varlığı kabul edilebilir. Bu durumda tarafların ortak iradesi, ilişkiye her zaman serbestçe son verilebilmesini mümkün kılan bir vekâlet sözleşmesi yapmak doğrudur. Buna karşılık üçüncü bir kişiye kredi temin edilmesini sağlamak için kurulan ilişkide, ilişkiye serbestçe son verme olanağı açık tutulmak istenmiyorsa, yalın bir teminat verme amacının ve kefalet sözleşmesinin bulunduğu söylenebilir.⁴²¹ Bunun sonucu olarak, kredi emrinde amir kredi kullandırdıktan sonra vekâletten dönerse, kullandırılmış kredi için sorumluluğu ortadan kalkmaz.⁴²² Kefalet sözleşmesi ve kredi emrinin kabulüyle ortaya çıkan hukuki ilişki arasında çok önemli bir sonuç farkı daha vardır. Fer'i bir sorumluluk altındaki kefil, esas borçlunun ehliyetsizliğini ileri sürerek sorumluluktan kurtulabilir. Meğerki TBK m. 582 f. 2 düzenlemesinin kapsamına giren bir durumdan söz edilebilsin. Söz konusu düzenlemeye göre,

⁴²⁰ Tandoğan, Haluk: s. 709

⁴²¹ Özen, Burak: s. 43-44

⁴²² Tandoğan, Haluk: s. 711

ehliyetsizlik sebebiyle borçlunun sorumlu olmadığı bir borç için kişisel teminat veren kişi, yükümlülük altına girdiği sırada bu durumun farkındaysa, kefalet hükümlerine göre sorumlu olur.⁴²³ Buna karşılık 6098 sayılı Türk Borçlar Kanununun ‘Kredi Emrinden Yararlananın Ehliyetsizliği’ başlıklı 517. maddesi ise, ‘Kredi emrini veren (amir), kredi emrinden yararlananın ehliyetsizliğini ileri sürerek kredi emri verilene karşı sorumluluktan kurtulamaz.’ şeklindedir. Kredi emriyle kefalet sözleşmesi arasında ayırım yapılmasında, ‘kişisel çıkar’ ölçütünden yararlanılabileceği de ileri sürülmektedir. Üçüncü kişiye kredi temin edilmesinde kişisel çıkarı olan kişinin, bu kredinin sağlanması bakımından istekte bulunup kişisel sorumluluk üstlenmesinde, kredi emrinin varlığına ilişkin bir belirti kabul edilebilir. Diğer taraftan mevcut ilişkinin kredi emri veya kefalet olduğuna ilişkin kuşkulu durumlarda kefalet karinesinin yürürlük kazanacağına ilişkin ilkenin burada da uygulanacağı kabul edilmektedir.⁴²⁴ Kredi emri ile kefalet arasındaki bir diğer ayırım ise, kredi emrinde vekâletin konusunu bir kredi açılması veya bir kredinin yenilenmesi teşkil ettiği halde, kefaletin konusunu kredi açmadan başka verme ve yapma borçlarıyla yapmama borçları oluşturmaktadır.⁴²⁵

4. KEFALET VE AVAL

Aval, poliçe ve bonolardan doğan bir borcun ticari senetler hukukuna göre tekeffül edilmesidir. Aval, keşideci, muhatap (kabul eden), ciranta, araya giren veya başka bir avalist lehine verilebilir; kimin için verildiği aval şerhinde açıklanmamışsa, avalin keşideci lehine verildiği kabul edilmektedir.⁴²⁶ TTK m. 700 – 702 arasında düzenlenen aval, kıymetli evrak hukukuna özgü bir teminat kurumu olup, TBK m. 581 vd. anlamında bir kefalet sözleşmesi olarak görülemez. Öyle ki aval verme ihtiyacı, çoğu zaman senette imzası bulunanlara olan güvensizlikten kaynaklanmaktadır. Senette imzası bulunanlara karşı mali açıdan bir güvensizlik söz konusu ise, senedi devralacak kimseler ek teminat isteyebilmektedirler. Aval, anılan

⁴²³ Özen, Burak: s. 44; Reisoğlu, Seza: Türk Hukukunda ve Bankacılık Uygulamasında Kefalet, s. 94

⁴²⁴ Özen, Burak: s. 45

⁴²⁵ Tandoğan, Haluk: s. 712

⁴²⁶ Tandoğan, Haluk: s. 713

güvensizliği gidermek için verilen şahsi teminattır. Aval ile senede bağlanmış borcun tamamen ya da kısmen süresinde ödenmesine güvence verilmektedir.⁴²⁷

6102 sayılı TTK m. 700 hükmünde aval verenler, ‘Poliçede bedelin ödenmesi, aval suretiyle tamamen veya kısmen teminat altına alınabilir. Bu teminat, üçüncü bir kişi veya poliçede imzası bulunan bir kişi tarafından da verilebilir.’ şeklinde belirtilmiştir. TTK m. 701 hükmünde ise avalin şekli, ‘Aval şerhi, poliçe veya alonj üzerine yazılır. Aval ‘aval içindir’ veya bununla eş anlamlı başka bir ibareyle ifade edilir ve aval veren kişi tarafından imzalanır.’ şeklinde sadeleştirilerek yeniden düzenlenmiştir. Zira 6762 sayılı (eski) TTK m. 613/2 hükmünde yer alan ‘muadil ibare’ kavramı, 6102 sayılı TTK m. 701 hükmünde sadeleştirilerek ‘eş anlamlı başka bir ibare’ şeklinde kullanılmıştır. Uygulamada çoğunlukla, teminat iradesini açıklamak amacıyla kullanılan ibarelerin teknik anlamlarıyla kullanılmadıkları görülmektedir. Öyle ki bu husus kambiyo senetleri bakımından da kendini göstermektedir. Ticari hayatta kullanılan basılı bono örnekleri incelendiğinde aval terimi yerine çoğunlukla ‘kefil’, ‘müşterek ve müteselsil kefil’ veya ‘müşterek borçlu ve müteselsil kefil’ ibarelerinin kullanıldığı görülmektedir. Uygulamada oluşan bu durum ile TTK m. 701/2 hükmünde yer alan ‘eş anlamlı başka bir ibare’ eski düzenlemedeki karşılığı ‘muadil ibare’ kavramı birlikte değerlendirildiğinde poliçe üzerinde görünen teminat açıklamalarının aval olarak değerlendirilmesi gerekmektedir.⁴²⁸ Nitekim Yargıtay 12. Hukuk Dairesi⁴²⁹ bir kararında, bonolar hakkında da uygulanan (eski) TTK m. 613/3 hükmü uyarınca, bononun önyüzüne atılan her imzanın aval niteliğini haiz olduğunu ve bono üzerine ‘kefil’ ibaresi konulsa dahi bunun ‘aval’ olarak nitelendirildiğini belirtmiştir. Bu sebeple takip dayanağı bonoları kefil sıfatıyla imzalayan borçlu, aval veren sıfatını taşımaktadır. 6762 sayılı TTK’nın m. 614 hükmüne göre de aval veren kimse, kimin için taahhüt altına girmiş ise tıpkı onun gibi sorumludur. Ayrıca yine 6762 sayılı TTK’nın m. 636 hükmü gereğince de kambiyo senetlerinde müteselsil sorumluluk esası olduğundan bu tür senetlerde imzası olan herkes hamile karşı müteselsilen sorumludur. Bu sebeple Yargıtay ilamında, somut olaydaki takip konusu bonolarda borçlunun adının

⁴²⁷ Coşkun, Mahmut: Yeni Türk Ticaret Kanunu’na Göre Kıymetli Evrak Hukuku, Bono-Poliçe-Çek, Ankara 2012, s. 191

⁴²⁸ Demirkapı, Ertan: Avalin Şekli Şartları, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 6, Sayı 2, 2004, web.deu.edu.tr, (22.07.2014), s. 78

⁴²⁹ Yargıtay 12. Hukuk Dairesi’nin 29.06.2010 Tarih ve 2010/4849 E. – 2010/17040 K. Sayılı İlamı, www.sinerjias.com.tr, (E.T.: 20.01.2015)

yanında yer alan kefil kısmı karalanmış olsa dahi, şikâyetçinin konumunun aval veren olduğu ve aval verenin de tıpkı keşideci gibi hamile karşı sorumlu olacağı hüküm altına alınmıştır.

Kefalet ile aval arasındaki ilk farklılık, işlem niteliği bakımındadır. Zira çok taraflı işlemlerden olan kefalet bir sözleşme olup, doğumu ona taraf olan kişilerin karşılıklı ve birbirine uygun iradelerinin yazılı olarak açıklanmasına bağlıdır. Oysa aval, senet üzerinde yapılan tek taraflı bir taahhüt işlemi olup, avalin doğumu ve geçerliliği kabule bağlı değildir.⁴³⁰

TBK m. 581 hükmünde tanımlanan şekliyle bir kefalet sözleşmesi kurulduğu takdirde, kefil için fer'i bir yükümlülük doğmasına karşın, kıymetli evrak hukukuna özgü bir yükümlülük altına giren aval veren, bağımsız bir yükümlülük altındadır.⁴³¹ TTK m. 702 hükmü uyarınca, 'Aval veren kişinin teminat altına aldığı borç, şekle ait noksandan başka bir sebepten dolayı batıl olsa da aval verenin taahhüdü geçerlidir.' Söz konusu hükümde, avalisti de sorumluluktan kurtaran şekil noksanından ne anlaşılması gerektiği hususunda bir açıklık bulunmamaktadır. Ancak senedi geçersiz kılan şekil noksanları herkesi sorumluluktan kurtardığından, burada önemli olan husus sadece lehine aval verilen kişiyi sorumluluktan kurtaran şekil noksanlıklarıdır. Öyle ki lehine aval verilen kişinin imzasının sahte olması, sahte de olsa bir imza mevcut olduğundan bir şekil noksanı teşkil etmez. Dolayısıyla lehine aval verilen kişiyi sorumluluktan kurtaran şekil noksanı olarak geriye sadece onun imzasının elle atılmamış olması kalmaktadır.⁴³² Başka bir deyişle, lehine aval verilenin borcu, ticari senede ilişkin şekil eksikliği dışındaki sebeplerden ötürü geçerli olmasa, tekeffül edilen imza sahte olsa veya o adda bir kimse bulunmasa bile geçerlidir. Buna karşılık senedin zorunlu unsurlarından birinin bulunmaması yüzünden poliçe veya bono geçerli değilse veya imza el yazısı ile atılmamışsa, senedin dış şeklinden anlaşılan eksikliklerin varlığından söz edilecek ve aval veren de sorumluluk altına girmeyecektir. Aval verenin yükümlülüğünün bağımsızlığı, ticari senetlerin

⁴³⁰ **Can**, Mertol: Kıymetli Evrak Hukuku (Ders Kitabı), 6762 Sayılı ve 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu İle 6273 Sayılı Kanunla Değişik 5941 Sayılı Çek Kanunu Hükümleri Dairesinde, Kıymetli Evrak Hukukunun Genel Esasları, Kambiyo Senetleri (Genel Esaslar/Poliçe/Bono/Çek), Umumi Mağazacılık/Makbuz Senedi/Varant, Ankara 2012, s. 94

⁴³¹ **Özen**, Burak: s. 45

⁴³² **Can**, Mertol: s. 94

tedavülünde güvenliği sağlamak amacıyla kabul edilmiştir.⁴³³ Bağımsız sorumluluk doğuran aval ile fer'i sorumluluk doğuran kefaletin farklılığı açıktır. Aval verenin borcu sadece doğumu bakımından değil, her aşamada bağımsızdır. Lehine aval verilen kimseye karşı zamanaşımının kesilmesi, aval veren için zamanaşımını kesen bir etki doğurmaz.⁴³⁴ Öyle ki TBK m. 155 f. 2 hükmü, 'Zamanaşımı asıl borçluya karşı kesilince, kefile karşı da kesilmiş olur.' şeklinde olmasına karşın; TTK m. 751 f. 1 hükmü ise, 'zamanaşımını kesen işlem kimin hakkında meydana gelmişse ancak ona karşı hüküm ifade eder.' şeklindedir. Aynı şekilde TBK m. 135 hükmü uyarınca alacaklı ve borçlu sıfatlarının birleşmesi esas borcun ve buna bağlı olarak da fer'i nitelikteki kefilin borcunun sona ermesine yol açarken, lehine aval veren kimsenin poliçe veya bononun yetkili hamili durumuna gelmesi aval verenin borcunu sona erdirmez.

Bunun yanı sıra kefil, kural olarak borcun ödenmemesinden dolayı asıl borçlu ile birlikte alacaklıya karşı müteselsilen sorumlu değildir. Kefil, ancak Kanunda gösterilen veya sözleşmede hüküm bulunan durumlarda asıl borçlu ile birlikte alacaklıya karşı müteselsilen sorumludur. Avalist ise, poliçe bedelinin tamamen veya kısmen ödenmemesi halinde diğer poliçe borçluları ile birlikte hamile karşı kanun hükmü gereği müştereken ve müteselsilen borçlu durumundadır.⁴³⁵

Avalin teminat fonksiyonunun yanında, senetlerin tedavülünü kolaylaştırmak amacını taşıyan bir diğer iktisadi fonksiyonu daha bulunmaktadır. Hâlbuki kefaletin böyle bir fonksiyonu bulunmamaktadır. Çünkü borcun nakliyle birlikte kefil mesuliyetten prensip itibari ile kurtulmaktadır, meğerki borcun nakline rıza göstermiş olsun.⁴³⁶

Her ne kadar senet dışı aval kurumu, kıymetli evrak hukuku ilkeleriyle çatışması sebebiyle Türk hukuk sisteminde kabul görmüyorsa da, uygulamada kambiyo senedinin ayrı bir belge ile temin edildiği, yani senet dışı avalin söz konusu olduğu durumlar zaman zaman karşımıza çıkabilmektedir. Bu durumda öncelikle

⁴³³ Tandoğan, Haluk: s. 713

⁴³⁴ Özen, Burak: s. 45-46

⁴³⁵ Bozer, Ali / Göle, Celal: Kıymetli Evrak Hukuku, Üçüncü Bası, Ankara 2013, s. 123

⁴³⁶ Güral, Jale: Kefalet Akdiyle Aval Arasındaki Fark ve Benzerlikler, dergiler.ankara.edu.tr, (13.08.2014), s. 437-438

kambiyo taahhüdü olarak kabul edilmeyen bu teminatın geçerli bir teminat olarak nitelendirilip nitelendirilmeyeceği ve geçerli bir teminat olarak kabul edilmesi ihtimalinde hangi hükümlere tabi tutulacağı sorusuyla karşılaşılmaktadır. Bu durumda kefalet veya garanti sözleşmesinin unsurlarının araştırılması ve buna göre bir sonuca varılması gerekmektedir. Gerçekten bu şekilde oluşan bir beyanın garanti sözleşmesi olarak yorumlanması da mümkündür. Hatta temin edilen ilişki göz önüne alındığında öncelikle garanti sözleşmesinin düşünülmesi gerekir. Zira garanti sözleşmesinin bağımsızlığıyla, avalin asıl borçtan mücerret olmaları bu iki teminat kurumunu birbirine yaklaştırmaktadır. Bu sebeple salt temin iradesinin bulunduğu durumlarda garanti sözleşmesinin, iradeden açıkça kefalet sözleşmesinin anlaşıldığı durumlarda ise kefalet sözleşmesinin varlığının kabul edilmesi gerekmektedir.⁴³⁷

Güral'a göre, aval, kefaletin aksine fer'i olmayan, yani teminatını teşkil eylediği borca tabi olmayan, asli bir borç mahiyeti arz etmektedir. Bu bakımdan aval, geçerliliği hakkında Ticaret Kanunu hükümlerinin uygulanması ve asli bir borca vücut vermesi dolayısıyla daha ziyade müteselsil borca yaklaşmaktadır. Lakin zamanaşımı bakımından kambiyo hukukundaki hususi hükümlere tabi oluşu ve asıl borçlunun ileri sürebileceği mutlak def'ilerden çoğunu ileri sürme yetkisine sahip olmaması onu müteselsil borçluluktan da uzaklaştırmaktadır. Ancak aval, bu hususlarda kefaletten ayrı hükümlere de tabidir. Şu halde Güral'a göre, aval, bazen kefalete bazen de daha ziyade müteselsil borca yaklaşan bir mahiyet arz etmekle beraber onların ikisinden de birçok bakımdan ayrılmakta ve gösterdiği hususiyetlere binaen ticaret hukuku tarafından kendi bünyesine uygun ve diğer iki müesseseden farklı hükümlere tabi tutulmaktadır.⁴³⁸ Yargıtay da çoğu kararında aval ile kefalet sözleşmesi arasındaki temel farklılıkları belirlemiş ve avari kefalet sözleşmesinden ayrı hükümlere tabi tutmuştur. Yargıtay 12. Hukuk Dairesi⁴³⁹ bir kararında, aval ile kefaleti birbirinden ayırmak gerektiğini, kefaletin fer'i nitelikte olmasına karşın avalin bağımsız ve asli bir nitelik taşıdığını, aval verenin senedin şekline ilişkin olanlardan başka geçersizlik sebeplerini def'i veya itiraz olarak alacaklıya karşı ileri süremeyeceğini, kefilin ise asıl borçluya ait kişisel def'ilerden yararlanabileceğini, kefaletin mutlaka asıl borç senedi üzerinde gösterilmesine lüzum olmadığı halde aval

⁴³⁷ Demirkapı, Ertan: s. 70-71

⁴³⁸ Güral, Jale: s. 477-478

⁴³⁹ Yargıtay 12. Hukuk Dairesi 15.06.2010 Tarih ve 2010/3441 E. – 2010/15203 K. Sayılı İlamı, www.sinerjias.com.tr, (E.T.: 20.01.2015)

şerhinin mutlaka poliçe, bono veya alonj üzerine yazılması gerektiğini belirtmiştir. 6762 sayılı (eski) TTK m. 614 hükmü uyarınca, bono üzerine ‘kefil’ ibaresi konya dahi bunun aval olarak nitelendirileceği ve aval verenin bononun diğer borçlusunu ile birlikte müteselsilen sorumlu olacağı, 6762 sayılı (eski) TTK m. 636 hükmü gereğince de kambiyo senetlerinde müteselsil borçluluk esası olduğundan bu tür senetlerde imzası olan herkesin hamile karşı müteselsilen sorumlu olacağını hüküm altına almıştır.

Aval taahhüdü dolayısıyla ortaya çıkan ihtilaflara ilişkin olarak, Kanun’da bir hüküm bulunmadığı durumlarda kefalet dair hükümlerin avale uygulanıp uygulanmayacağı hususları gündeme gelmektedir. Gerek aval gerekse de kefalet, her ikisi de hukuki mahiyetleri itibarıyla birer şahsi teminat türü olmakla birlikte her ikisinin yukarıda belirtilen bazı bariz farklılıkları da bulunmaktadır. Ancak aval taahhüdü ile kefalet hükümlerinin dolanılmak istenmesi yadsınamayacak ve göz ardı edilemeyecek bir ihtimaldir. Bu hususa, eşlerden birinin kefil sıfatıyla taraf olduğu kefalet sözleşmelerinin geçerliliğini diğer eşin rızasına bağlayan TBK m. 584 hükmünün dolanılması amacıyla eşin aval vermesini örnek olarak gösterebiliriz.⁴⁴⁰

5. BANKA TEMİNAT MEKTUPLARI

Türk hukuk uygulamasında banka teminat mektupları yasalarla düzenlenmekten çok gereksinimler sonucu kendine özgü gelişmeler göstermiştir. İlk olarak 1927 yılında yürürlüğe giren 1025 sayılı Yasa gereği Bakanlar Kurulunca hazırlanıp kabul edilen ve resmi daireleri ilgilendiren teminat mektubu metinleri, daha sonra özel girişimciler tarafından da benimsenmiş ve sağladığı yararlar nedeniyle bugün çok geniş bir uygulama alanına kavuşmuştur.⁴⁴¹

Banka teminat mektupları genellikle herhangi bir mahkeme kararına veya borçlunun rızasının alınmasına gerek olmaksızın, garanti alan muhatabın ilk yazılı talebinde derhal ve gecikmeksizin ödenme taahhüdü içerdiklerinden, masrafsız ve hızlı bir şekilde paraya çevrilme imkânı vermektedir. Bankaların mali açıdan güven

⁴⁴⁰ Can, Mertol: s. 96

⁴⁴¹ Reisoğlu, Seza: Özellikle Dış Ülkelerle İlgili Olarak Banka Teminat Mektupları – Kontrgarantiler Ve Ortaya Çıkan Sorunlar, Türkiye Bankalar Birliği Yayınları No. 105, s. 3

veren bir kurum olması ve özellikle ‘ilk talepte ödeme’ kaydını içeren banka teminat mektuplarının lehdar ile muhatap arasındaki temel ilişkiden bağımsız bir ödeme taahhüdü olması sebebiyle banka teminat mektupları uygulamada ağırlıklı olarak tercih edilen teminat türü olmuştur.⁴⁴² Uygulamada ağırlıklı olarak tercih edilen bu teminat türüne ilişkin olarak Yasada herhangi bir hükme rastlanmamaktadır. Diğer bir ifadeyle şahsi kefaletin hukuki niteliğini belirleyerek, alacaklının takip hakkını sınırlayan Yasa, borcun teminat mektubuyla garanti edilmesine değinmemiştir. Öyle ki kefalet, TBK’nın 581 ve devamı maddelerinde geçerlik koşullarıyla düzenlenen ve asıl borç sözleşmesine bağlı bir yükümlülük olmasına karşın; garanti, kaynağını TBK m. 110 vd. maddelerinden alan ve asıl borç sözleşmesinden bağımsız bir yükümlülüktür.⁴⁴³

Teminat türünün kefalet sözleşmesi niteliğini mi yoksa garanti sözleşmesi niteliğini mi haiz olduğu hususunda doktrinde bir takım fikir ayrılıkları mevcut olup, aşağıda banka teminat mektuplarını belirli kıstaslar çerçevesinde inceleyerek söz konusu mektupların hukuki niteliğini açıklayacağız.

Öncelikli olarak kefalette borçlunun şahsı odak noktası olduğu halde, teminat mektubunun odak noktası alacaklının şahsıdır. Öyle ki kefalet bir borcun asıl borçlu tarafından ifa edilmesi için bir teminat arz ettiği halde, garanti veren alacaklıya bir edimin elde edilmesini taahhüt etmektedir.⁴⁴⁴

Bunun yanı sıra banka ile muhatap arasında akdedilen akit, asıl borçlu ile mektup muhatabı arasındaki borcu doğuran akitten bağımsız olup, bankayı borçlandırıcı niteliktedir. Bu nedenle teminat mektuplarında asıl borçluya kefalet, müşterek ve müteselsil kefalet gibi terimlerin kullanılması garanti akdinin sonuçlarını değiştirmemektedir.⁴⁴⁵

⁴⁴² **Başara**, İzzet: Banka Teminat Mektuplarının Hukuki Niteliği, TBB Dergisi, Sayı 83, 2009, tbbdergisi.barobirlik.org.tr, (05.08.2014), s. 302-316

⁴⁴³ **Kostakoğlu**, Cengiz: Banka Kredileri Tüketici Ve Konut Kredileri İle Kredi Kartlarından Doğan Uyuşmazlıklar – Akreditif, 6. Bası, İstanbul 2010, s. 746

⁴⁴⁴ **Aral**, Fahrettin: Banka Teminat Mektuplarının Hukuki Niteliği Ve Kefaletten Farkları, Prof. Dr. Fikret Eren’e Armağan, Ankara 2006, s. 138

⁴⁴⁵ **Kostakoğlu**, Cengiz: Bankalar Kanunu Şerhi, s. 930

Teminat mektupları, TTK'nın 557. maddesinde tanımlanan kıymetli evrak niteliğinde olmayıp, banka müşterisinin edimini garantileyen bir kredi işlemi olduğundan risk gerçekleşmedikçe bu işlemde bankanın nakdi bir kaynak kullanımı söz konusu değildir. Banka, mektup muhatabına karşı taahhüt ettiği fiilin rizikosunu borçlandığından, bankanın ödeme yükümlülüğü bu rizikonun gerçekleşmesine bağlıdır. Rizikonun gerçekleşmesi ya da diğer bir ifadeyle asıl borçlunun edimini yerine getirmemesi akabinde gerçekleşen rizikonun bankaya bildirilmesi üzerine banka yüklendiğı borcu ödemek durumundadır. Aksi bankanın mütemerrit sayılmasına yol açmaktadır.⁴⁴⁶

Kefalet sözleşmeleri TBK m. 583 hükmü uyarınca banka teminat mektuplarından farklı olarak yazılı şekil şartına tabi tutulmuşlardır. TBK m. 583 hükmü uyarınca, kefalet sözleşmeleri yazılı şekilde yapılmadıkça geçerli olmaz. Hâlbuki Kanunda garanti sözleşmeleri veya banka teminat mektupları için herhangi bir şekil şartı öngörülmemiştir. Ancak ispat açısından garanti sözleşmelerinin çoğunlukla yazılı şekilde yapılması tercih edilmektedir. Zira teminat mektuplarını konu alan sözleşmeler miktar olarak yüksek olduklarından doğabilecek ihtilafların çözümü aşamasında ispat problemleriyle karşılaşmaktadır. Buna ilişkin olarak bankaların verdikleri teminat mektuplarının şekli hususunda bir kısım tebliğler yayımlanmakta ve bu tebliğlerde örnek niteliğinde teminat mektubu metinlerine de yer verilmektedir. Ancak yayımlanan tebliğlerdeki metinler yalnızca örnek niteliğinde olduğundan, söz konusu metinlere uyulmuş ya da uyulmamış olması teminat mektubunun geçerliliğine etki etmez. Bankaların da kendi şubeleri arasında uygulama birliğı sağlamak için tip sözleşmeler şeklinde teminat mektupları hazırladıkları görülmektedir. Lakin her ne kadar bankalar tarafından tip sözleşme şeklinde teminat mektupları hazırlansa da bankalar, temel ilişkinin borçlusunun talimatına uygun olarak düzenleyecekleri teminat mektubunu temel ilişkinin alacaklısına vereceğinden, tarafların kabul etmiş oldukları özel şartların da mektup metnine ilave edilmesi gerekmektedir. Şayet temel ilişkinin borçlusu, kendini koruyucu nitelikteki hükümleri mektup metnine ilave ettirmez ise, hem basiretli bir tacir gibi davranmamış olur hem de doğabilecek zararlardan dolayı sorumluluğı gündeme gelebilir. Teminat mektuplarında zorunlu bir şekil şartı öngörülmediğı için

⁴⁴⁶ **Kostakoğlu**, Cengiz: Bankalar Kanunu Şerhi, s. 930-932

şekil kurallarına aykırılık sözleşmeyi geçersiz kılmamasına rağmen, kefalet sözleşmelerinde şekle aykırılık sözleşmeyi geçersiz kılmaktadır.⁴⁴⁷

Teminat mektuplarının metinlerinde yer alan ‘protesto keşidesine, hüküm istihsaline, müteahhidin rızasını almaya hacet kalmaksızın ilk yazılı talepte derhal ve gecikmeksizin ödeme taahhüdü’ teminat mektuplarının başlıca özelliğini ve diğer teminat akitlerinden farkını simgelemektedir.⁴⁴⁸ Hızır’a göre, ilk yazılı talepte ödeme taahhüdüne rağmen banka teminat mektuplarının hukuken kefalet sözleşmesi niteliği taşımasında bir sakınca bulunmamaktadır. Zira teminat mektubu metnindeki ilk yazılı talepte ödeme taahhüdü teminat ilişkisini temel ilişkiden koparmamaktadır. Bu nedenle anılan ibareyi içerse dahi hukuki nitelik konusunda belirleyici unsur yine teminat mektubunun meydana getiriliş amacı ve tarafların iradesi olacaktır. Fakat teminat mektubunda ‘asıl borcun mevcut veya geçerli olmamasına rağmen ödemede bulunmayı taahhüt edildiğine’ ilişkin bir ibare bulunduğu takdirde artık burada bağımsız bir teminat taahhüdünün yani garanti sözleşmesinin varlığını kabul etmek gerekir.⁴⁴⁹ Bunun yanı sıra banka her ne kadar ilk talepte ödeme kaydı taşıyan mektuplarda derhal ödeme yapmakla yükümlü ise de bankanın ödeme yükümlülüğü mutlak olarak algılanmamalıdır. Banka kendisine lehdar tarafından ulaştırılan likit deliller vasıtasıyla muhatabın haksız olduğunu, riskin gerçekleşmediğini ya da sona erdiğini, muhatabın hakkını kötüye kullandığını açık bir şekilde anlayabiliyorsa lehdar, ödeme talebinden evvel ihtiyati tedbir veya tespit kararı getirmişse muhataba ödeme yapmamalıdır. Aksi takdirde likit delillere karşın ödeme yapan bankanın lehbara başvuru hakkı tehlikeye düşecektir.⁴⁵⁰ Bunlara ek olarak banka, MK 2 gereği muhatabın hakkını kötüye kullandığını iddia ederek mahkemeden teminat mektubunun iptalini de talep edebilir. Bu bağlamda muhatabın, bankadan lehdar ile ilişkisi için aldığı teminat mektubunu tefecilik, bankerlik işlerinde veya borçlu olduğu kişilere karşı bir tür teminat olarak kullanması, kısacası gayesi dışında kullanması halinde banka ödeme yapmayabilir. Ancak muhatabın teminat mektubunu üçüncü kişilere göstererek övünmecî bir tavır takınmasına rağmen, bankadan ödeme

⁴⁴⁷ **Doğan**, Vahit: Banka Teminat Mektupları, Yenilenmiş 4. Bası, Ankara 2011, s. 49-50

⁴⁴⁸ **Reisoğlu**, Seza: Özellikle Dış Ülkelerle İlgili Olarak Banka Teminat Mektupları – Kontrgarantiler Ve Ortaya Çıkan Sorunlar, s. 3

⁴⁴⁹ **Hızır**, Serdar: Banka Teminat Mektubunun Meydana Getirdiği Teminat İlişkisi, Prof. Dr. Tunçer Karamustafaoğlu’na Armağan, Birinci Baskı, Ankara 2010, s. 803

⁴⁵⁰ **Coşkun**, Hilal Yener: Banka Teminat Mektuplarında İlgililerin Hak ve Borçları, İstanbul 2012, s. 313

talebinde bulunmaması gaye dışı kullanma sayılamaz.⁴⁵¹ Öte yandan şunu da belirtmek gerekir ki, bankanın, muhatabın kusuru halinde sorumluluğunun son bulması teminat mektuplarındaki ilk yazılı talepte, kayıtsız ve şartsız ödeme yükümlülüğünün etkisiz hale gelmesi sonucunu doğurmaz. Teminat mektuplarındaki bu hükümler söz konusu mektupları kefalet olmaktan çıkarmakta ve garanti sözleşmesine dönüştürmektedir.⁴⁵²

Bunun yanı sıra kefil, asıl borçluya ait bütün def'ileri alacaklıya karşı ileri sürebilmesine rağmen; teminat mektuplarında banka, muhataba karşı ve lehtara ait temel ilişkisinden doğan bütün def'ileri ileri süremez.⁴⁵³

Bankanın taahhüt ettiği rizikoyu muhatabına ödemesi durumunda, ödediği bu parayı asıl borçlu veya kefilinden rücu sureti ile talep edebilmesi için aralarında bu konuda bir akdin varlığı gereklidir. İşte bu akit kontrgaranti akdi olup, teminat mektubu bedelinin riskini bankaya karşı ödemeyi yüklenenlere de kontrgaran denilmektedir.⁴⁵⁴ Banka teminat mektubuna karşılık verilen kontrgarantinin hukuki niteliği de teminat mektubunun hukuki niteliğine göre farklılık göstermektedir. Teminat mektubu kefalet sözleşmesi niteliğindeyse rücu kefalet, teminat mektubu garanti sözleşmesi niteliğindeyse garanti sözleşmesi olarak değerlendirilecektir.⁴⁵⁵

Her ne kadar Yargıtay ilk zamanlarda banka teminat mektuplarının hukuki niteliğinin kefalet sözleşmesi olduğunu belirtmiş ise de 13.12.1967 tarih ve 1966/16 E. – 1967/7 K. sayılı ve 11.06.1969 tarih ve 1969/4 E. – 1969/6 K. sayılı İçtihadı Birleştirme Kararıyla bu yöndeki görüşünden uzaklaşmış ve banka teminat mektuplarının hukuken garanti sözleşmesi niteliğini haiz olduğunu belirtmiştir. Yargıtay İçtihadı Birleştirme Genel Kurulu'nun 13.12.1967⁴⁵⁶ tarihli kararında,

⁴⁵¹ **Akyol**, Şener: Banka Sözleşmeleri, Ord. Prof. Dr. Kemaleddin Birsen'e Armağan (Borçlar Hukuku: Özel Borç İlişkileri, 3. Fasikül), İstanbul 2001, s. 176

⁴⁵² **Alışkan**, Murat / **Çakıcı**, Cemal: Hukuk ve Muhasebe Açısından Teminat Mektupları, kutuphane.gediz.edu.tr, (27.10.2014), s. 19

⁴⁵³ **Bilgen**, Mahmut: Banka Hukukunda Sözleşmeler Uyuşmazlıklar Ve Hukuki Sorumluluk, Birinci Baskı, Ankara 2011, s. 348

⁴⁵⁴ **Kostakoğlu**, Cengiz: Bankalar Kanunu Şerhi, s. 932

⁴⁵⁵ **Hızır**, Serdar: s. 803

⁴⁵⁶ Yargıtay İçtihadı Birleştirme Genel Kurulu'nun 13.12.1967 Tarih ve 1966/16 E. – 1967/7 K. Sayılı İlamı, www.sinerjias.com.tr, (E.T.: 02.02.2015)

taahhütleri ihtiva eden sözleşmelerde çok defa taraflardan birinin, karşı tarafın borcunu yerine getireceği konusunda geçerli bir banka teminatı istediği ve bankalarca verilen bu gibi taahhüt belgelerine teminat mektubu denildiği belirtilmiştir. Banka teminat mektupları bir bakımdan üçüncü şahsın fiilini taahhüt niteliğinde olup, daima yazılı şekilde düzenlenmektedir. Bu mektupta genellikle bankanın sorumlu olacağı en yüksek miktar rakamla gösterilmektedir. Bankanın sıfatı teminatı veren olup, taahhüdü, esas sözleşmeyi yapan taraflardan ve esas akitten ayrı ve tamamıyla müstakildir. Bankanın taahhüdü, lehdarın borcunun geçerliliğine ve varlığına bağlı olmaksızın garanti taahhüdü olarak belirmektedir. Bu haliyle banka, teminat mektubuyla bir sözleşmeye bağlanmış şahsın borcunu yerine getirmesini ve yerine getirmediği takdirde ise teminatı alan şahıs için doğacak tehlikeleri kısmen veya tamamen üzerine almaktadır. Yargıtay İçtihadı Birleştirme Genel Kurulu'nun 11.06.1969⁴⁵⁷ tarihli kararında da aynı şekilde, bankanın sözü edilen teminat mektubu ile ithalatçının fiilini Borçlar Kanununun 110. maddesine göre taahhüt ettiği ve bu nedenle verdiği bu teminat mektubunun mahiyetinin garanti taahhüdü niteliğinde olduğu, garanti verenin müstakil bir borç altına girmesi dolayısıyla parayı ödemekle akdi mükellefiyetini yerine getirmiş olduğu, kanunda garanti verenin garanti alana parayı ödemesi halinde ödediği nispette alacaklının halefi olacağına ve bu halefiyet kaidesine dayanarak borçlu 3. şahsa rücu edebileceğine dair bir hüküm bulunmadığı, yasalarda mevcut diğer hükümlere dayanılarak da garanti verenin ödediği parayı 3. şahıstan isteme hakkı bulunmadığı belirtilmiş ve içtihadın bu şekilde birleştirilmesine çoğunlukla karar verilmiştir. Öyle ki uygulamada teminat mektuplarında çoğunlukla, '...taahhüdünü yerine getirmediği tarafınızdan Bankamıza yazılı olarak bildirildiği takdirde, protesto çekilmesine, hüküm alınmasına ve müteahhidin rızasını almaya gerek kalmadan kefil olunan paranın ilk yazılı talebiniz üzerine derhal ve gecikmeksizin size veya emrinize nakden ve tamamen ve talep anından tazmin anına kadar geçecek günlere ait kanuni faiz ile birlikte ödeneceğini taahhüt ve beyan ederiz.' ibareleri yer almakta ve Yargıtay bu ibareleri taşıyan teminat mektuplarını garanti sözleşmesi olarak kabul etmektedir.⁴⁵⁸

⁴⁵⁷ Yargıtay İçtihadı Birleştirme Genel Kurulu'nun 11.06.1969 Tarih ve 1969/4 E. – 1969/6 K. Sayılı İlamı, www.sinerjias.com.tr, (E.T.: 02.02.2015)

⁴⁵⁸ **Alışkan, Murat / Çakıcı, Cemal:** s. 20

Akyol'a göre, banka teminat mektupları garanti sözleşmesi niteliğindedir. Zira garanti sözleşmesinden banka için doğan borç asli borç olup, bankanın teminat mektubu ile üstlenmiş olduğu garanti yükümü lehtar – muhatap arasındaki asıl borçtan bağımsızdır.⁴⁵⁹ Coşkun da benzer şekilde, ilgili mektuplarda yer alan kayıtlar dolayısıyla banka teminat mektuplarının garanti sözleşmesi niteliğinde olduğu görüşündedir. Zira banka teminat mektubunun garanti sözleşmesi olarak nitelendirilmesi için garanti sözleşmesinin unsurlarını taşıması gerekmekte olup, ilgili mektuplar söz konusu kayıtların bazılarını içermese dahi bankanın teminat sağlama gayesiyle risk gerçekleştiğinde asli ve bağımsız borç yüklenmesi banka teminat mektubunun garanti sözleşmesi olarak nitelendirilmesini sağlamaktadır. Bu çerçevede, uygulamasına çok rastlanmamakla ve tercih edilmemekle birlikte ilk talepte ödeme kaydı ihtiva etmeyen veya şarta bağlı banka teminat mektuplarının da hukuki niteliği garanti sözleşmesidir. Banka teminat mektuplarının garanti sözleşmesi niteliği taşımasında en belirgin kıstas, aslilik – ferilik kıstasıdır. Bu kıstas doğrultusunda banka, asli bir borç üstlenmekte ve taahhüdü bağımsız olmaktadır.⁴⁶⁰ Tandoğan'a göre ise, banka teminat mektuplarının hepsi kefalet veya garanti sözleşmesi mahiyetindedir denilemez. Zira söz konusu mektupların muhtevalarının her vakıya ilişkin olarak bazı kıstaslar altında mütalaa edilmesi akabinde bir ayırım ve nitelendirme yapılması gerekmektedir. Öyle ki kefalet veya garanti sözleşmesinin bu kadar farklı neticelerinin olması da bu nitelendirmenin ne kadar önemli olduğunu bizlere göstermektedir.⁴⁶¹

6. KREDİ KARTI SÖZLEŞMELERİ

Bankacılık uygulamasında 1990'lı yıllara kadar neredeyse tüm bankaların matbu sözleşmelerinde kişisel teminat olarak kefalete yer verilmiş, garanti taahhüdünün adı bile anılmamıştır. Ancak 1990'ların başında yavaş yavaş garanti taahhüdüne doğru bir yönelme göze çarpmış, bu eğilim gittikçe artmış ve günümüzde bu teminat türü kefaleti geride bırakmıştır.⁴⁶² Öyle ki bankalar tarafından

⁴⁵⁹ Akyol, Şener: s. 175

⁴⁶⁰ Coşkun, Hilal Yener: s. 35-36

⁴⁶¹ Tandoğan, Haluk: Garanti Mukavelesi (Mahiyeti ve Benzeri Hukuki Münasebetlerden Tefriki), Ankara 1959, s. 32

⁴⁶² Barlas, Nami: Kredi Kartı İlişkisinde Bankaya Karşı Verilen Kişisel Teminatın Niteliğinin Belirlenmesi, Prof. Dr. Ömer Teoman' a 55. Yaş Günü Armağanı, İkinci Cilt, 1. Bası, İstanbul 2002, s. 941-942

kullanılmakta olan kredi sözleşmeleri, sadece banka ile müşterisi arasında kurulacak kredi ilişkisinin temel esaslarını değil, aynı zamanda kredinin temin edilmesi amacıyla alınacak kefaletle ilişkin esasları da içermektedir. Bu sebeple bankacılık uygulamasında, kefil ile banka arasında ayrı bir sözleşme imzalanması yoluna gidilmemekte, kefile de asıl kredi borçlusunun imzaladığı kredi sözleşmesi imzalatılmaktadır.⁴⁶³ Bunun yanı sıra kefalet taahhütlerinde, kefalet limitinin belirtilme zorunluluğu da kredi kartı sözleşmelerindeki kişisel teminatın garanti taahhüdü olduğu yönündeki fikirlerin artmasına sebep olmuştur. Kredi kartı sisteminde, müşteriye daima belirli bir limite kadar nakit çekme / harcama imkânı tanınır. Bu limit kredi kartı sözleşmesinde yer alır ve daha sonra banka tarafından kendiliğinden periyodik olarak genellikle altı ayda veya yılda bir kez veya müşterinin talebi üzerine revize edilerek artırılır. Hâlbuki başlangıçta, sözleşme imzalanırken kefalet limiti kredi limitine paralel olarak saptanmakta olup, daha sonra kredi limiti artırıldığında kefalet limiti sabit kalmaktadır. İşte uygulamada bankalar açısından sıkıntı bu noktada ortaya çıkmaktadır. Çünkü kefalet limitindeki her artış kefalet sözleşmesinin tadili anlamını taşıyacağından bunu gerçekleştirebilmek için her limit artışında kefilin imzasının alınması zorunlu olup, bu ise pratik güçlüklerle sebebiyet vermekte ve hiçbir zaman mümkün olamamaktadır. Asıl borçlunun kredi kartı limiti zaman içinde periyodik olarak artırılınca, en son limit üzerinde yapılan harcamalar ve çekilen nakit krediler sebebiyle bankaya karşı doğan asıl borç tutarı ve buna bağlı sözleşme gereği eklenen kredi faizi, temerrüt faizi, vergi, resim ve fon payları ile yargılama giderleri gibi fer'i unsurlar sebebiyle ortaya kefalet limitini kat kat aşan bir nihai meblağ çıkmaktadır. Bu durumda banka, kefileden ancak kefalet limitine kadar tahsilâtta bulunabilmekte, limiti aşan kısmı kefileden talep ve tahsil edememektedir. Bu temel teknik sorunun yanı sıra, Borçlar Kanununda yer alan ve gerektiğinde kefiller için bankaya karşı iyi bir sığınak teşkil eden ve kısmen emredici nitelikte olan kefil koruyucu hükümlerden kurtulma isteği de bankaları garanti taahhüdüne yönelten bir etken olmuştur.⁴⁶⁴

⁴⁶³ Akkanat, Halil: s. 275

⁴⁶⁴ Barlas, Nami: Kredi Kartı İlişkisinde Bankaya Karşı Verilen Kişisel Teminatın Niteliğinin Belirlenmesi, s. 942, 944

Kefalet ve garanti sözleşmeleri arasındaki farklılıkları belirlemede kullandığımız kıstasları aşağıda kredi kartı sözleşmelerinin hukuki niteliğini belirlerken de aynı şekilde kullanacağız.

Öncelikli olarak kredi kartı sözleşmelerindeki teminat taahhüdü metni bizzat banka tarafından kaleme alındığı için metnin başlığının kefalet olarak adlandırılması veya içeriğinde kefalet deyimine yer verilmesi durumunda ve sözleşmede garantinin varlığını doğuracak derecede açık ve kesin deliller bulunmadığı sürece söz konusu teminat taahhüdünün kefalet olarak kabul edilmesi gerekmektedir. Zira bankaların alanlarında uzman ve örgütlü kuruluşlar olarak kullandıkları matbu metinleri titizlikle hazırladıkları ve bunlarda yer alan sözcükleri bilinçli olarak seçtikleri farz edilir.⁴⁶⁵ Bu tür bir kredi sözleşmesini kefil olarak imzalayanlar da, bu kredi sözleşmesi kapsamında doğacak münferit alacaklara kefalet etmiş olduklarından onların kefaleti, kefaletin fer'i niteliğinin bir gereği olarak bu münferit alacaklar geçerli bir şekilde doğduktan sonra bir anlam ifade edecektir. Böylece kredi sözleşmesine verilmiş bulunulan bir kefalet, bu sözleşme ile kurulmuş bulunan akdi ilişki devam ettiği sürece ve sözleşmede belirlenen azami meblağ ile sınırlı olmak üzere varlığını devam ettirecektir.⁴⁶⁶

Kişisel teminat sözleşmelerinde genelde bir ölçü olarak kabul edilen menfaat kıstası ise, kredi kartı sözleşmelerinde çok fazla önem arz eden bir kıstas değildir. Zira buradaki taahhüt, başka kriterlerin uygulanması sonucunda garanti sözleşmesi yönünde ağırlık kazansa ve hatta garanti sözleşmesinin varlığı kesin olarak kabul edilse dahi garanti verenin, kart hamilini o bankadan kredi kartı kullanmaya sevk etmekte hiçbir özel menfaati bulunmamaktadır. Bu sebeple, diğer işlemlerde genellikle başvurulması gereken menfaat kıstasına kredi kartı ilişkisinde çok fazla başvurulmaması gerekir. Aksi halde, sırf özel menfaatin yokluğu olgusuna bağlanılsaydı, bankaların kredi kartı sözleşmelerinde yer alan tüm kişisel teminat taahhütlerinin otomatik biçimde kefalet sayılması gerekirdi.⁴⁶⁷

⁴⁶⁵ **Barlas**, Nami: Kredi Kartı İlişkisinde Bankaya Karşı Verilen Kişisel Teminatın Niteliğinin Belirlenmesi, s. 971

⁴⁶⁶ **Akkanat**, Halil: s. 280

⁴⁶⁷ **Barlas**, Nami: Kredi Kartı İlişkisinde Bankaya Karşı Verilen Kişisel Teminatın Niteliğinin Belirlenmesi, s. 974-975

Peşin dava ve bölme def'ilerinden feragate ise uygulamadaki kredi kartı sözleşmesi metinlerinde hiç rastlanmamaktadır. Bu metinlerde def'i ve itirazlardan feragat ya hiç bulunmamakta ya da genel ve soyut bir tarzda tüm def'ileri içerecek şekilde bir feragate yer verilmektedir.⁴⁶⁸

Bir somut olayda niteliği belirlenmesi gereken kişisel teminat sözleşmesinin mahiyeti, kullanılan tüm yorum araçlarına ve ayırım kriterlerine rağmen tespit edilemiyorsa, kefaletin varlığının karine olarak kabul edilmesi gerekmektedir. Bu karine kredi kartı sözleşmelerinde yer alan kişisel teminat taahhütleri bakımından da aynen, hatta daha da güçlü olarak geçerlidir.⁴⁶⁹ Nitekim Turan da teminat sözleşmesinin niteliğinin kefalet mi yoksa garanti mi olduğunun tespiti yapılırken, öncelikle aslilik - fer'ilik kıstaslarına bakılması gerektiği, diğer kıstasların ise daha çok teminatın asli mi yoksa fer'i mi olduğunun tespitinde kullanılması gerektiği görüşündedir. Teminatın nitelendirilmesi yapılırken başvurulacak en son çare şüphe halinde kefalet karinesidir. Yapılan her türlü araştırma ve inceleme sonucunda kesin bir sonuca varılamıyorsa, şüphe halinde kefalet karinesinden yararlanılarak teminat taahhüdünün kefalet olduğu sonucuna varılması gerekmektedir.⁴⁷⁰

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu ise 03.12.2008 tarih ve 2008/19-729 E. – 2008/718 K. sayılı ilamında, Kredi Kartı Üyelik Sözleşmelerinin hukuki niteliğinin belirlenmesinde kullanılacak kıstasları tek tek belirlemiş, bir sözleşmenin hukuki niteliğinin belirlenmesinde hiçbir kıstasın tek başına değerlendirilemeyeceğini belirtmiş ve kullanılan deyimlerden ziyade uygulanacak kıstasların sözleşmenin genelinde uygulanmak suretiyle hukuki nitelendirmenin yapılacağını hüküm altına almıştır. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu⁴⁷¹ kararında, davaya konu sözleşmenin 'Garanti Sözleşmesi' başlığını taşıması ve sözleşme metninde kullanılan ifadeler sebebiyle, davaya konu sözleşmenin ilk bakışta bir garanti akdi izlenimi uyandırdığını ifade etse de salt bu deyim ve sözcüklere ve sözleşmede kullanılan deyimler kıstasına dayanarak sözleşmenin niteliğinin belirlenmesinin doğru

⁴⁶⁸ **Barlas**, Nami: Kredi Kartı İlişkisinde Bankaya Karşı Verilen Kişisel Teminatın Niteliğinin Belirlenmesi, s. 976

⁴⁶⁹ **Barlas**, Nami: Kredi Kartı İlişkisinde Bankaya Karşı Verilen Kişisel Teminatın Niteliğinin Belirlenmesi, s. 976

⁴⁷⁰ **Turan**, Gamze: Garanti ve Kefalet Sözleşmeleri Arasındaki Farklar ve Banka Kredi Kartı Sözleşmelerindeki Şahsi Teminatın Niteliği, TBB Dergisi, Sayı 66, Ankara 2006, s. 48-49

⁴⁷¹ Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 03.12.2008 Tarih ve 2008/19-729 E. – 2008/718 K. Sayılı İlâmı, www.sinerjias.com.tr, (E.T. : 14.10.2014)

olmadığını belirtmiştir. Çünkü davaya konu sözleşmenin başlangıcında, kredi sözleşmesine atıf yapılarak bu sözleşmeden doğan ve doğacak borçlar için davalılardan teminat beyanı alınması, borçlulara sözleşmenin kefalet amacına yönelik olduğu intibai vermektedir. Nitekim sözleşmenin genelinde de teminat verenler bağımsız bir borcu değil, kredi kartı müşterisi asıl borçlunun sorumluluğunu yüklenmiş olup, bu haliyle ikinci ana kıstas bakımından da bir garanti sözleşmesinin varlığından söz edilemeyecektir. Bunun yanı sıra, teminat veren kimsenin bu sözleşmeyi yapmaktaki menfaati belirlenmediği gibi bu husus kanıtlanabilmiş de değildir. Davaya konu sözleşme içeriğinden ise, kişiye yönelik teminat verme amacı açıkça anlaşılmaktadır. O halde, tüm ana kıstasların uygulanması sonucunda davalılar davaya konu sözleşmedeki taahhütlerini garanti sözleşmesi amacı ile değil, kefalet sözleşmesi amacıyla vermişlerdir. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu yaptığı açıklamalar neticesinde, taraflar arasında akdedilen 19.07.1996 tarihli sözleşmenin gerçekte garanti sözleşmesi değil, kefalet sözleşmesi niteliğinde olduğu, davalıların bu sözleşmeyle 08.07.1996 tarihli ‘Kredi Kartı Üyelik Sözleşmesi’nden kaynaklanan borca kefalet ettikleri ve anılan borç yönünden de müteselsil kefil durumunda oldukları yönünde karar vermiştir.

Yargıtay bir başka kararında da taraflar arasında akdedilen Kredi Kartı Üyelik Sözleşmesinin yine aynı şekilde kefalet sözleşmesi niteliğinde olduğu sonucuna varmıştır. Yargıtay 11. Hukuk Dairesi⁴⁷² kararında, sözleşmede kullanılan deyimler kıstasının uygulanması neticesinde davaya konu sözleşmenin ilk bakışta garanti sözleşmesi niteliğinde olduğu sonucuna varılsa da sözleşme metnindeki ifadelerle sözleşmenin niteliğinin belirlenmesinin doğru olmayacağını belirtmiştir. Nitekim garanti sözleşmesi adı altındaki sözleşmede, kredi kartı sözleşmesine atıf yapılmış olmakla garanti beyanı asli unsur olmaktan çıkarılmıştır. Yargıtay 11. Hukuk Dairesi son olarak, gerek menfaat kıstası gerekse de kişiye yönelik teminat verme kıstası uyarınca, garanti sözleşmesi adı altındaki sözleşmenin amacının kefalete yönelik olduğu sonucuna varmıştır.

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu’nun bir başka kararında, her ne kadar davaya konu sözleşmede öngörülen taahhüdün kefalet olduğu yönünde hüküm kurulmuşsa

⁴⁷² Yargıtay 11. Hukuk Dairesi’nin 28.01.2002 Tarih ve 2001/10654 E. – 2002/506 K. Sayılı İlamı, www.sinerjias.com.tr, (E.T. : 14.10.2014)

da aynı karara karşı oy yazısıyla, davaya konu sözleşmenin kefalet olarak yorumlanmasının mümkün olmadığı, aksine tarafların gerçek iradelerinin garanti sözleşmesi olduğu yönünde muhalefet şerhi de düşülmüştür. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu⁴⁷³ kararında, davaya konu sözleşmede alınan garanti beyanının başlangıcında kredi kartı sözleşmesine yollama yapılarak garanti beyanının asli unsuru olmaktan çıkarıldığı, teminat veren kimsenin bu sözleşmeyi yapmaktaki menfaatinin belirlenemediği ve kredi kartı sözleşmesinden kişiye yönelik teminat verme amacının açıkça anlaşıldığı belirtilmiş olup, tüm ana kıstasların uygulanması sonucunda kredi kartı sözleşmesinde alınan garanti beyanı adı altındaki beyanların bir garanti sözleşmesi amacı ile değil kefalet amacı ile verildiği sonucuna varmıştır. Ancak Yargıtay Hukuk Genel Kurulu kararında yer alan karşı oy yazısında, kredi kartı sözleşmesindeki deyimlerle tarafların gerçek iradelerinin garanti olduğunun en ufak bir kuşkuya yer vermeyecek şekilde ortaya konulduğu, kefaletteki fer'ilik unsurunun olayda mevcut olmadığı, bankanın hiçbir şekilde zarara uğramayacağı garanti edildiğinden kefaleti aşan bir yükümlülüğün söz konusu olduğu, kartın çalınması, kaybedilmesi, şifrenin değiştirilmesi hallerinde doğacak borçların da garanti edilmesinin kefaleti aşan bir yükümlülüğe işaret ettiği, sözleşmede ilk yazılı talepte borcun ödeneceğinin kararlaştırıldığı ve tüm bu nedenlerden ötürü davaya konu sözleşmenin kefalet olarak yorumlanmasının mümkün olmadığı, aksine tarafların gerçek iradelerinin garanti sözleşmesi yönünde olduğu belirtilmiştir.

Kanaatimce, bir sözleşmenin hukuki niteliği belirlenirken, asli ve fer'i nitelikteki tüm kıstaslar göz önünde bulundurulmalı ve tüm kıstasların uygulanması akabinde sözleşmenin hukuki niteliği belirlenmelidir. Bu sebeple sözleşmede kullanılan deyimler kıstası, bir sözleşmenin hukuki niteliğini belirlemede kullanılacak yegâne kıstas olmayıp diğer kıstasların da değerlendirmesi yapıldıktan sonra bir karara varılmalıdır. Karara konu sözleşmede garanti şerhi başlığının bulunmasının yanı sıra aynı sözleşmede kartın kaybedilmesi, çalınması, şifrenin deşifre edilmesi hallerinde doğacak borçların da teminata dâhil olduğu ve ilk yazılı talep üzerine borcun ödeneceği belirtilmiştir. Tüm bu ifadeler dikkate alındığında, gerek borcun ödenmemesi dışında doğabilecek her türlü zararın teminata dâhil olması gerekse de sözleşmede ilk yazılı talepte ödeme kaydının bulunması tarafların

⁴⁷³ Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 04.07.2001 Tarih ve 2001/19-534 E. – 2001/583 K. Sayılı İlamı, www.sinerjias.com.tr, (E.T. : 16.10.2014)

gerçek iradelerinin garanti sözleşmesi yönünde olduğu izlenimini uyandırmaktadır. Bu sebeplerle Yargıtay Hukuk Genel Kurulu kararındaki karşı oy yazısına katılıyor ve karara konu sözleşmenin garanti sözleşmesi niteliğinde olduğunu düşünüyorum.

7. ÜÇÜNCÜ KİŞİNİN FİİLİNİ ÜSTLENME SÖZLEŞMESİ

Kefalet ile üçüncü kişinin fiilini üstlenme arasındaki ayrımın pratik önemi kanun koyucunun bu iki kuruma farklı hukuki sonuçlar bağlamasından ileri gelmektedir. Her iki sözleşme de esas olarak üçüncü kişinin borcunu ödeyeceğine dair verilen teminatlar olmaları sebebiyle, büyük benzerlikler içindedir. Lakin taşıdıkları bu büyük benzerliğe rağmen, kanun koyucu her iki kurumu farklı hükümlere tabi tutmuş ve iki ayrı sözleşme olarak düzenlemiştir. Her şeyden önce kefalet sözleşmesi TBK m. 581-603 arasında ayrıntılı biçimde düzenlenirken, üçüncü kişinin fiilini üstlenme TBK m. 128’de tek bir madde halinde ve son derece muğlâk şekilde düzenlenmiştir.⁴⁷⁴

6098 sayılı (yeni) TBK m. 128 hükmünde ‘Üçüncü Kişinin Fiilini Üstlenme’, ‘Üçüncü bir kişinin fiilini başkasına karşı üstlenen, bu fiilin gerçekleşmemesinden doğan zararı gidermekle yükümlüdür. Belirli bir süre için yapılan üstlenmede, sürenin bitimine kadar üstlenene edimini ifa etmesi için yazılı olarak başvurulmaması halinde, üstlenenin sorumluluğunun sona ereceği kararlaştırılabilir.’ şeklinde düzenlenmiştir.

Üçüncü kişinin fiilini üstlenme sözleşmesi tek tarafa borç yükleyen bir sözleşme niteliğinde olup, üstlenmede bulunanın borcu, fer’i nitelikte olmayan bir borç özelliği taşımaktadır. Bunun sonucu olarak üstlenmede bulunanın üçüncü kişiye karşı temel ilişkiden doğan bir talep hakkının bulunup bulunmadığına bakılmaksızın, üçüncü kişinin edimini yerine getirmemesi üzerine üstlenmede bulunanın tazminat ödeme yükümlülüğü doğmaktadır.⁴⁷⁵ Bununla birlikte üçüncü şahsın fiilini üstlenme, esas itibariyle borçlunun zaten mevcut bir borcunun çerçevesi içinde kalmış ve alacak hakkının sınırlarını aşmamış da olabilir. Yeter ki

⁴⁷⁴ **Kayak**, Sevgi: Üçüncü Kişinin Fiilini Taahhüt (Hukuki Gelişimi İle Birlikte), İstanbul 2010, s. 175

⁴⁷⁵ **Canbolat**, Ferhat: s. 101

sözleşmedeki yan şartlardan üstlenmede bulunanın asli ve bağımsız bir garanti yükümü altına girdiği anlaşılabilir.⁴⁷⁶

Üçüncü kişinin fiilini üstlenme sözleşmesi ile vaad eden bağımsız, hatta temel ilişkideki borçludan daha ağır koşullarda bir borç altına girmektedir. Doğrudan bir ivaz elde etmeyi amaçlamaksızın, üçüncü kişinin fiiline bağlı sonuçlardan sorumlu olmayı üstlenmektedir. Bu tür bir ilişkinin genel olarak sırf iyi niyetten ya da iyi ilişkilerden kaynaklandığı düşünülmez ve genellikle vaad eden tarafın bu tür ilişkilerde bir menfaati söz konusudur.⁴⁷⁷

Kefalet ile üçüncü kişinin fiilini üstlenmeyi birbirinden ayırmada kullanılan ölçütlerden biri de tarafların söz konusu hukuki ilişkiye girmede sahip oldukları çıkarlar, yani menfaatleridir. Kefalet ile üçüncü kişinin fiilini üstlenmeyi ayırmada önem taşıyan menfaat ölçütüne göre, kefalet sözleşmesinde kefilin böyle bir yükümlülük altına girmesinde herhangi bir çıkarı bulunmamaktadır. Ancak yukarıda da izah ettiğimiz üzere, üçüncü kişinin fiilini üstlenmede teminat verenin bu tür bir teminat sağlamasında daima bir çıkarı vardır.⁴⁷⁸

Kefalet ile üçüncü kişinin fiilini üstlenme arasındaki ayrımı kurarken doktrinde ileri sürülen ölçütlerden biri de kişiye yönelik ilgi kıstasıdır. Öyle ki kefalet sözleşmesi kişi unsuru dikkate alınarak kurulmaktadır. Zira kefil, bu taahhütten ötürü çoğu kez herhangi bir karşılık beklememekte olup, borçlunun kredi bulmasını kolaylaştırmak, ticari itibarının sarsılmasını engellemek ya da yalnızca minnet duyguları ile borca kefalet etmektedir. Buna karşılık üçüncü kişinin fiilini üstlenme, belli bir sonucu elde etmek üzere akdedilmektedir.⁴⁷⁹

Sözleşmelerde öngörülen ilk talepte ödeme kayıtlarının, taahhüdün fer'i ya da bağımsız niteliğinden ziyade, birincillik ya da ikincillik niteliğiyle bağlantısı bulunmaktadır. İlk talepte ödeme kaydı içeren sözleşmelerde alacaklı, asıl borçlu yerine taahhüt edene doğrudan başvurma olanağına sahip olsa da bu olanağını

⁴⁷⁶ Akman, Sermet / Burcuoğlu, Haluk / Altop, Atilla: s. 235

⁴⁷⁷ Yüce, Melek Bilgin: Garanti Sözleşmesinin Bir Türü Olarak Üçüncü Kişinin Fiilini Taahhüt Sözleşmesi, 1. Bası, İstanbul 2007, s. 81

⁴⁷⁸ Kayak, Sevgi: s. 198

⁴⁷⁹ Kayak, Sevgi: s. 200

rizikonun gerçekleşmesinden önce kullanamaz. Rizikonun gerçekleşmesi ise, üçüncü kişi tarafından borcun ifa edilmemesine bağlı olduğundan, öncesinde rizikonun gerçekleşip gerçekleşmeyeceği ile üçüncü kişinin borcunu ifa edip etmeyeceğine bakılması gerekmektedir. Öyle ki alacaklının önce üçüncü kişi konumundaki asıl borçluya giderek talepte bulunması ve onun, ödemeyi reddetmesi üzerine taahhüt edene gitmesi gerekmektedir. Bu da kefalet sözleşmelerinde olduğu gibi üçüncü kişinin fiilini taahhüt sözleşmelerinde de ikincillik özelliğinin varlığını ve ilk talepte ödeme kaydının bu ikincillik özelliği ile olan bağlantısını göstermektedir. Bu sebeple, ilk talepte ödeme kaydının varlığı bağımsızlık lehine bir yorum için yeterli olmayıp, aslında ikincil olması gereken taahhüt sözleşmesini birincil hale getirmekte ve böylelikle alacaklı doğrudan taahhüt edene başvurma hakkı kazanmaktadır.⁴⁸⁰

Son olarak, bir somut olayda nitelemeye konu olan teminat sözleşmesinin kefalet mi yoksa üçüncü kişinin fiilini üstlenme mi olduğunun geleneksel yorum yöntemlerine ve ayırmda kullanılan tüm ölçütlere rağmen net olarak belirlenememesi halinde, kefaletin varlığının karine olarak kabul edilmesi gerekmektedir. Öyle ki şüphe halinde kefalet karinesi tüm yorum çabalarına rağmen bir çözüme ulaşamadığında son çare olarak itibar edilen bir yorum yöntemidir.⁴⁸¹ Yüce⁴⁸² de aynı şekilde, üçüncü kişinin fiilini üstlenme sözleşmesinin sonuçlarının ağır olması ve borçlu açısından ağır bir sorumluluğa yol açacak olması sebebiyle, şüphe halinde kefalet lehine bir yorumun tercih edilmesi gerektiği görüşündedir.

8. TBK m. 603 HÜKMÜ VE UYGULAMA ALANI

Bazı sözleşmeler kefalet sözleşmesine benzemekte hatta bazen bunları birbirinden ayırmak güç olmaktadır. Bu noktada TBK'nın 603. maddesi kaynak İsviçre Borçlar Kanununda ve 818 sayılı Borçlar Kanununda bulunmayan yeni bir düzenleme getirmiş ve bu hükümle kefalet hükümlerinin uygulama alanının genişletilmesi amaçlanmıştır.⁴⁸³ 6098 sayılı TBK m. 603 hükmü ile 'Uygulama Alanı' başlığı altında kefalet sözleşmesinin uygulama alanı düzenlenmiştir. Düzenlemeye göre, kefaletin şekline, kefil olma ehliyetine ve eşin rızasına ilişkin

⁴⁸⁰ **Kayak**, Sevgi: s. 196-197

⁴⁸¹ **Kayak**, Sevgi: s. 208

⁴⁸² **Yüce**, Melek Bilgin: s. 83

⁴⁸³ **Bilgen**, Mahmut: Öğreti ve Uygulamada Kefalet, s. 101

hükümler, gerçek kişilerce kişisel güvence verilmesine ilişkin olarak başka ad altında yapılan diğer sözleşmelere de uygulanacaktır.⁴⁸⁴ 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu m. 603 hükmünde kefalet sözleşmesinin uygulama alanı, '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.' şeklinde düzenlenmiştir. Söz konusu düzenlemenin kapsamına bazı teminat sözleşmelerinin gireceği tartışmasızdır. Buna rağmen bazı teminat sözleşmeleri bakımından ise durum o kadar açık değildir.

TBK m. 603 kapsamına girecek teminat sözleşmelerinden ilki, teminat amaçlı garanti sözleşmesidir. Kanunun garanti taahhütlerini kefalet hükümlerine tabi tutmuş olmasının sebebi, geçerli olmayan bir borcun ifasını tekeffül eden kişinin çok defa üzerine aldığı rizikonun alelade bir kefaletten daha ağır olduğunun farkında olmamasıdır. Yasa bu sebeple, bu gibi kişileri anılan hükümle özel olarak korumak istemiştir. Ayrıca garanti sözleşmesi kanunda düzenlenmediği için şekil zorunluluğu da bulunmamakta olup, garanti veren bu amaçla da korunmak istenmiştir.⁴⁸⁵ Öyle ki bu tür bir sözleşmede garanti veren bir gerçek kişiye, kefaletle ilgili şekil ve ehliyet sınırlamalarına uyulması gerekir. Ayrıca garanti sözleşmesinin kefalete oranla daha ağır bir sorumluluk doğurduğu dikkate alındığında fer'i sorumluluk altındaki kefilin nitelikli bir yazılı şeklin uyarıcı işlevine gereksinimi varsa, bağımsız bir sorumluluk altına girecek olan garanti verenin şekil aracılığıyla uyarılmaya evleviyetle ihtiyacı vardır. Aynı şekilde, bir kimse, eşinin rızası olmadan fer'i bir sorumluluk altına giremiyorsa, eşinin rızası olmadan bağımsız bir sorumluluk altına hiç girememelidir. Yasal temsilcinin küçük adına kefalet sözleşmesi yapamadığı bir düzenlemede, küçük adına garanti sözleşmesi yapılabilmesinin yolu da kapatılmalıdır.⁴⁸⁶

TBK m. 603'ün kapsamına gireceği tartışmasız olan bir diğer durum da, gerçek kişilerin teminat amacıyla mevcut bir borca katılmasıdır. Borca katılan kişi, katıldığı borcun borçlusuyla birlikte müteselsil sorumluluk altına girmektedir. Borca katılan için söz konusu olacak müteselsil borçluluk durumunun, kefaletin doğuracağı fer'i sorumluluğa oranla daha ağır olacağı açıktır. Borca katılma başlangıçta fer'i bir

⁴⁸⁴ **Demir**, Şamil: Kefalet Sözleşmesinin Uygulama Alanı, tbdergisi.barobirlik.org.tr, (08.07.2014), s. 88-89

⁴⁸⁵ **Barlas**, Nami: Kefalet Sözleşmesinin Geçerlilik Şartları, s. 353

⁴⁸⁶ **Özen**, Burak: s. 48

karakter taşımasına rağmen, sonradan bağımsız bir sorumluluğun doğmasına yol açmaktadır. Borca katılmayı fer’ilik ve bağımsızlık açısından değerlendirdiğimizde, garanti ve kefalet sözleşmeleri arasında bir yere oturabiliriz. O halde kefaletle ilgili şekil ve ehliyet sınırlamalarının mevcut bir borca katılmak isteyen gerçek kişi bakımından etkili olması olağan karşılanmalıdır.⁴⁸⁷

Müteselsil borç üstlenmenin de teminat verme amacıyla mevcut bir borca katılmada olduğu gibi TBK m. 603 kapsamında kabul edilmesi gerekir. Alacaklı karşısında müteselsil borçluluk yaratılması bir teminat kurumu olarak işlev görebilmektedir. Örneğin, satış bedeli borcundan müteselsilen sorumlu olmayı kabul eden birden fazla kişiyi karşısında görmek isteyen satıcının durumu düşünülün. Malı alan kişiyle birlikte satış bedelinden müteselsil olarak sorumluluk üstlenen kişilerin satıcıya teminat vermek amacıyla satış ilişkisine dâhil olması, TBK m. 603 hükmündeki ‘gerçek kişilerce kişisel güvence verilmesi’ durumunun burada da mevcut olduğunu göstermektedir. Satış bedeline ilişkin borcun müteselsil borçlusu olmak isteyen kişiler, iradelerini kefaletin geçerlilik şekline uygun olarak açıklamalıdır. ‘Tam ehliyetliler’ kategorisine dâhil olması gereken bu kişiler, müteselsil borçlu olma yönünde iradelerini açıkladıkları anda, eşlerinin yazılı rızalarını elde etmiş olmalıdırlar.⁴⁸⁸

TBK m. 516 vd. düzenlenen kredi emri de TBK m. 603 düzenlemesinin kapsamına girebilecek nitelikte olan bir diğer sözleşme türüdür. TBK m. 516 vd. düzenlenen kredi emrinin, kefalete ilişkin şekil ve ehliyet sınırlamalarına uyulması gereken bir ilişki olduğu pekâlâ söylenebilir. TBK m. 516 c. son’da kredi emrinin yazılı olması gerektiği belirtilmektedir. Kredi emri yazılı olmadıkça, emir veren için kefil gibi sorumluluk söz konusu olmaz. Ne var ki amirin kefil gibi sorumluluğunun sınırının yazılı kredi emrinde gösterilip gösterilmeyeceği, TBK m. 603’ün uygulanıp uygulanmayacağına bağlıdır. Kredi emri verilmesi TBK m. 603 kapsamına giriyorsa, kefaletin şekline ilişkin TBK m. 583 hükmü uygulanacak ve yazılı kredi emrinde emri verenin kefil gibi sorumluluğunun kapsamı açıkça belirtilecektir.⁴⁸⁹

⁴⁸⁷ Özen, Burak: s. 48–49

⁴⁸⁸ Özen, Burak: s. 49

⁴⁸⁹ Özen, Burak: s. 49

TBK m. 603 kapsamına girdiği tartışmalı olan bir diğer sözleşme türü ise avaldır. Aval, gerçek kişiler tarafından verilen kişisel bir teminat niteliğinde olsa da avalın şeklinin TTK m. 701’de özel olarak düzenlenmesi dikkate alındığında, kefaletin şekline ilişkin TBK m. 583 düzenlemesinin aval bakımından uygulanması söz konusu değildir. O halde aval verenin ‘aval içindir’ diyerek veya bununla eş anlamlı bir ifade kullanarak poliçe (veya bonoyu) imzalaması yeterlidir. (TTK m. 701 f. 1 ve f. 2) Poliçe (veya bono) üzerine yalın olarak atılan (aval şerhi içermeyen) bir imza bile, aval verilmesi anlamına gelebilir.(TTK m. 701 f. 3 ve f. 4) Ne var ki avalın şeklinin TTK m. 701’de özel olarak düzenlenmiş olması, avalın TBK m. 603 kapsamına girmediğini de göstermez. Kefalet ehliyetine ilişkin sınırlamaların aval için uygulanması kabul edilmezse, bu sınırlamaların dolanılmasının kapısı açılmış olur. Öyle ki kefil olması istenen fakat eşinin iznini alamayan kimseler, esas borç için düzenlenen bir bonoya aval veren olarak imza atabileceklerdir.⁴⁹⁰

TBK m. 603’ün uygulama alanına banka teminat mektuplarının girip girmeyeceği hususu da tartışmalıdır. Yaşar’a göre, 6098 sayılı TBK m. 603 düzenlemesinde öngörülen gerçek kişi kriteri nedeniyle banka ve finans şirketleri tarafından verilen teminat mektupları hakkında TBK m. 603 hükmünün uygulanması mümkün değildir. Ancak 6098 sayılı Yasanın sistematığında, kefil koruyan hükümlerin gerçek kişi garanti verenden esirgenmesini haklı kılan hukuki bir kanıt olmaması sebebiyle de gerçek kişiler tarafından verilen teminat mektuplarının TBK m. 603 kapsamında kalması gerekmektedir. Öyle ki Yaşar’a göre, fer’i bir borç niteliğindeki kefaletle böyle bir güvence verilip, asli borç niteliğinde olan garanti sözleşmesindeki gerçek kişinin bu güvenceden mahrum bırakılması hukuka aykırılık teşkil etmektedir. Bu haliyle garanti sözleşmesi niteliğindeki teminat mektuplarına da TBK m. 603 hükmünün evleviyetle uygulanması gerekmektedir.⁴⁹¹

6098 sayılı TBK düzenlemesi doktrinde bir görüş tarafından yerinde bir düzenleme olarak görülse de diğer bir görüş tarafından uygun bulunmamakta ve bazı eleştirilere tabi tutulmaktadır. Demir’e göre, TBK m. 603 düzenlemesi Anayasa m. 48’de güvence altına alınan sözleşme özgürlüğünün unsurlarından sözleşmenin

⁴⁹⁰ Özen, Burak: s. 49–50

⁴⁹¹ Yaşar, Halis: Teminat Mektubu, Banka Teminat Mektuplarının Türk Borçlar Kanununun 603. Maddesi Kapsamında Hukuki Niteliği ve Geçerlilik Şartları, www.legeshukuk.com, (09.07.2014), s. 7–8

şeklini ve tipini seçme özgürlüğünü aşırı ölçüde sınırlandırdığı gibi, TBK m. 19/1 hükmü karşısında kanun koyucunun kefalet sözleşmesinin uygulama alanını genişletmesi de söz konusu düzenlemenin aynı zamanda anlamsız bir endişeden kaynaklandığının göstergesidir. Bunun yanı sıra gerçek kişilerce kişisel güvence verilmesine ilişkin sözleşmelere uygulanacak hükümler kanunla düzenlenmesine karşın, hangi sözleşmelerin kapsamda olduğu ve kefalete ilişkin hükümlerin ne oranda uygulama bulacağı kanunda düzenlenmediğinden bu hususta büyük bir boşluk bulunmaktadır. Bu sebeplerle Demir, TBK m. 603'ün kanun yapma tekniğine uygun olarak kaleme alınmayan kapsamındaki belirsizliğin uygulamada yaratacağı sorunlar nedeniyle, yeniden ele alınmasının kaçınılmaz olduğu görüşündedir.⁴⁹² Kanaatimce, her ne kadar kişisel güvence verilmesine ilişkin sözleşmelerde teminat verenin korunması amacıyla TBK m. 603 hükmü öngörülmüş ise de, günümüzde tarafların çoğunlukla kullandığı iltihaki niteliğindeki sözleşmeler ve işbu sözleşmeleri akdederken tercih ettikleri sözleşme serbestliği ilkesi karşısında TBK 603 hükmü fazla müdahaleci bir hüküm niteliğindedir.

⁴⁹² Demir, Şamil: s. 120–121

SONUÇ

Uygulamada sıkça karşılaştığımız kefalet sözleşmesi 6098 sayılı TBK’da yeniden düzenlenmiş ve eski düzenlemenin yol açtığı tartışmalar yeni düzenlemeyle ortadan kaldırılmaya çalışılmıştır. Kefalet sözleşmesinin tanımı ve şekli konularında yeni TBK’da köklü değişiklikler yapılmış, eski düzenlemede bulunmayan yeni hükümler getirilmiş ve kefalet sözleşmesinin türleri bir takım ilavelerle daha detaylı şekilde yeniden düzenlenmiştir.

6098 sayılı yeni TBK’da kefalet sözleşmesi, eski düzenlemenin yol açtığı tüm aksaklık ve eleştiriler ortadan kaldırılarak yeniden tanımlanmıştır. 6098 sayılı TBK m. 581 düzenlemesinde, hukuki sebebi her ne olursa olsun tazmin edilebilen tüm borçlar için kefalet sözleşmesi yapılabileceği belirtilmiş ve kefilin sorumluluğunun kişisel sorumluluk olduğu belirlenmiştir. Aynı şekilde kefalet sözleşmesinin şekli için gereken hususlar yeni düzenlemeyle tek tek belirlenmiş, kefilin sorumlu olduğu azami miktarın, kefalet tarihinin ve müteselsil kefil olma iradesinin kefilin kendi el yazısıyla kefalet sözleşmesinde belirtilmesi şartı getirilmiştir. Kefilin sorumlu olduğu azami miktarın kefilin kendi el yazısıyla kefalet sözleşmesinde belirtilmesi şartı, kefilin sorumluluğunu sınırlayan ve belirleyen bir hüküm olması sebebiyle özellikle ticari hayatta ve bankalar tarafından alınan kefaletlerde önem arz etmektedir. Öyle ki bankalar tarafından hazırlanan tip sözleşmelere alınan kefaletlerde, kefilin sorumlu olduğu azami miktardan söz edilmemekte ve ucu açık bir sorumluluk algısı yaratılmaktadır. Yeni TBK düzenlemesiyle kefilin sorumlu olacağı azami miktar belirlenerek, kefilin sorumluluğu sınırlandırılmış ve bu hususların eksikliğinin kefalet sözleşmesini geçersiz kılacağı belirtilmiştir.

Yeni TBK’nın kefalet sözleşmesi açısından yarattığı en büyük değişikliğin ve sahip olduğu en büyük yeniliğin ise eşin yazılı rızası düzenlemesinde yer aldığı kanaatindeyim. 6098 sayılı TBK düzenlemesine 818 sayılı Borçlar Kanununda yer almayan, ‘Eşin Rızası’ başlığı altında yepyeni bir hüküm getirilmiştir. TBK m. 584 hükmünde yer alan ‘Eşin Rızası’ başlıklı yeni düzenlemeyle, evli çiftlerden birinin tek başına ve diğerinin rızası olmadan kefil olmasının önüne geçilmeye çalışılmıştır. Öyle ki TBK m. 584 hükmüyle çoğu zaman yüklendiği sorumluluğun anlam ve önemini kavrayamadan, asıl borçlu nasıl olsa öder şeklindeki düşünce tarzıyla eşine

dahi sormadan imza atan kefilin, ileride aile birliğinin parçalanmasına dahi sebep olabilecek nitelikteki mağduriyetler yaşamasının önüne geçilmiştir. Yasa koyucu 'Eşin Rızası' başlıklı yeni düzenlemede herhangi bir meblağ ayrımı öngörmediğinden, kefilin sorumlu olacağı azami miktar yüksek olsun ya da olmasın akdedilen tüm kefalet sözleşmelerinde eşin yazılı rızasının bulunması gerekmektedir. Eşin yazılı rızasına ilişkin yeni düzenlemede, her ne kadar kadın ya da erkek adı altında bir ayırım yapılmamış ise de ataerkil toplum yapısına sahip ülkemizde evliliğe ilişkin mali konularda söz sahibi olmayan kadınlarımızın, söz konusu düzenlemeyle mali konulara dolaylı da olsa dâhil edilmeye ve evlilik birliğinin korunmaya çalışıldığı kanaatindeyim.

6098 sayılı TBK 585 ve 588 maddelerinde ise kefalet sözleşmesinin türleri, eski düzenlemeye oranla çok daha geniş bir şekilde ve birtakım ilaveler yapılmak suretiyle yeniden düzenlenmiştir. 6098 sayılı TBK düzenlemesinde kefalet sözleşmesinin türleri adi kefalet, müteselsil kefalet, birlikte kefalet, kefile kefalet ve rücu kefalet olmak üzere dört madde halinde belirtilmiştir. Kefilin sahip olduğu savunmalar, bu savunmaların istisnaları ve ileri sürülemeyeceği durumlar maddeler içerisinde bent halinde tek tek ele alınmıştır. Adi kefalette, adi kefilin sahip olduğu savunmalar, bu savunmaların ileri sürülemeyeceği ve alacaklının doğrudan doğruya kefile başvurabileceği istisnai durumlar; müteselsil kefalette, alacaklının borçluyu takip etmeden ve taşınmaz rehnini paraya çevirmeden müteselsil kefilin takip hali; birlikte kefalette ise borcu ödeyen kefilin diğer kefillere karşı rücu imkânı düzenlenmiştir. Bu haliyle türlerine göre kefalet sözleşmesinin 6098 sayılı yeni TBK düzenlemesinde çok daha detaylı, daha sistematik ve daha açıklayıcı olduğu kanaatindeyim.

Görüldüğu üzere kefalet sözleşmesi, hayatımızın birçok alanında karşılaştığımız bir kişisel teminat sözleşmesi olup, yeni TBK düzenlemesiyle birlikte çok daha korunaklı bir hale getirilmiştir. 6098 sayılı TBK'nın kefilin koruyucu hükümler içeren ve kefalet sözleşmesine ilişkin çoğu tartışmanın önüne geçebilecek nitelikteki daha belirgin ve daha keskin yeni düzenlemesinin bu haliyle çok daha yerinde bir düzenleme olduğu kanaatindeyim.

KAYNAKÇA

AÇIKGÜL, Emine / **AÇIKGÜL**, Hacı Ali: Teori ve Uygulamada Kredi Kartı Sözleşmeleri, 1. Baskı, Ankara 2007

AKINTÜRK, Turgut: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Özel Borç İlişkileri, 6098 Sayılı Yeni Borçlar Kanunu İle Karşılaştırmalı, 17. Baskı, İstanbul 2011

AKKANAT, Halil: Kefaletin Fer'iliği İlkesi ve Banka Ticari Kredi Sözleşmeleri, Prof. Dr. Necip Kocayusufpaşaoğlu İçin Armağan, Birinci Baskı, Ankara 2004

AKMAN, Sermet / **BURCUOĞLU**, Haluk / **ALTOP**, Atilla: Tekinay Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Yeniden Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş Yedinci Baskı, İstanbul 1993

AKYOL, Şener: Banka Sözleşmeleri, Ord. Prof. Dr. Kemaleddin Birsen'e Armağan (Borçlar Hukuku: Özel Borç İlişkileri, 3. Fasikül), İstanbul 2001

ALIŞKAN, Murat / **ÇAKICI**, Cemal: Hukuk ve Muhasebe Açısından Teminat Mektupları, kutuphane.gediz.edu.tr, (E.T.: 27.10.2014)

ALTAŞ, Hüseyin: Şekle Aykırılığın Olumsuz Sonuçlarının Düzeltilmesi, Ankara 1998

ALTAY, Sümer: Türk İflas Hukuku, 2. Cilt, 1. Bası, İstanbul 2004

ALTOP, Atilla: Türk, İsviçre ve Alman Hukuklarında Bankaların Verdikleri Banka Bilgilerinden Dolayı Hukuki Sorumlulukları, İstanbul 1996

ARAL, Fahrettin: Banka Teminat Mektuplarının Hukuki Niteliği ve Kefaletten Farkları, Prof. Dr. Fikret Eren'e Armağan, Ankara 2006

ARAL, Fahrettin: Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, 5. Baskı, Ankara 2003

AYAN, Serkan: Kefalet Sözleşmesinde Kefilin Sorumluluğu, Ankara 2013

AYDOĞDU, Murat / **KAHVECİ**, Nalan: Türk Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Gözönüne Alınarak Şema ve Tablolarla Açıklamalı Özel Borç İlişkileri Ders Kitabı, İzmir 2013

AYRANCI, Hasan: Kefalet Sözleşmesinde Asıl Borcun Belirli Olması İlkesi ve Cari Hesaba Kefalet, webftp.gazi.edu.tr, (E.T.: 09.10.2014)

AYRANCI, Hasan: Şekil Şartına Uyulmadan Yapılan Kefalet Sözleşmesinde İfanın Sonuçları, dergiler.ankara.edu.tr, (E.T.: 09.10.2014)

BAÇÇIOĞLU, Ahmet Erkal: Tüketici Hukukunda Kefalet, Bankacılar Dergisi, Sayı 67, 2008, www.tbb.org.tr, (E.T.: 19.09.2014)

BADUR, Emel: Eşin Rızası, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Hakemli Makaleler, Ankara 2012

BARLAS, Nami: Kefalet Sözleşmesinin Geçerlilik Şartları, Türk Borçlar Kanunu Sempozyumu, Makaleler – Tebliğler, 1. Baskı, İstanbul 2012: Bu eser çalışmada ‘Kefalet Sözleşmesinin Geçerlilik Şartları’ şeklinde kısaltılmıştır.

BARLAS, Nami: Kredi Kartı İlişkisinde Bankaya Karşı Verilen Kişisel Teminatın Niteliğinin Belirlenmesi, Prof. Dr. Ömer Teoman’a 55. Yaş Günü Armağanı, İkinci Cilt, 1. Bası, İstanbul 2002: Bu eser çalışmada ‘Kredi Kartı İlişkisinde Bankaya Karşı Verilen Kişisel Teminatın Niteliğinin Belirlenmesi’ şeklinde kısaltılmıştır.

BARLAS, Nami: Yeni Türk Borçlar Kanununda Kefalet Sözleşmesi Konusunda Getirilen Yenilikler, Yeni Türk Borçlar Kanunu ve Yeni Türk Ticaret Kanunu Sempozyumu, Makaleler, Tebliğler, İstanbul 2013: Bu eser çalışmada ‘Makaleler, Tebliğler’ şeklinde kısaltılmıştır.

BAŞ, Ece: 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu’nda Kefalet Sözleşmesinin Geçerlilik Şartlarına İlişkin Bazı Yenilikler, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Cilt 70, Sayı 2, 2012, www.journals.istanbul.edu.tr, (E.T.: 27.10.2014)

BAŞARA, İzzet: Banka Teminat Mektuplarının Hukuki Niteliği, TBB Dergisi, Sayı 83, 2009, tbbergisi.barobirlik.org.tr, (E.T.: 05.08.2014)

BATTAL, Ahmet: Kefalet Ehliyeti Yönünden Şahıs ve Sermaye Şirketleri, Banka ve Finans Hukuku Dergisi, Temmuz 2012, www.turgutozal.edu.tr, (E.T.: 24.06.2014)

BERKİ, Şakir: Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Ankara 1973

BİLGE, Necip: Borçlar Hukuku Özel Borç Münasebetleri, Ankara 1971

BİLGİN, Mahmut: Banka Hukukunda Sözleşmeler Uyuşmazlıklar ve Hukuki Sorumluluk, Birinci Baskı, Ankara 2011

BİLGİN, Mahmut: 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Işığında Öğreti ve Uygulamada Kefalet ve Yargılama Hukukuna İlişkin Uyuşmazlıklar, Birinci Baskı, Ankara 2013: Bu eser çalışmada ‘Öğreti ve Uygulamada Kefalet’ şeklinde kısaltılmıştır.

BOSTANCI, Şebnem: Kefalet İle Müteselsil Borçluluk İlişkisi, www.hukukiboyut.com.tr, (E.T.:01.08.2014)

BOZER, Ali / **GÖLE**, Celal: Kıymetli Evrak Hukuku, Üçüncü Bası, Ankara 2013

BULUT, Ramazan: Bankacılık Uygulaması Yönünden Kredi Açma Sözleşmesi, Mevzuat Dergisi, Nisan 1998, www.mevzuatdergisi.com, (E.T.: 07.07.2014)

CAN, Mertol: Kıymetli Evrak Hukuku (Ders Kitabı), (6762 Sayılı ve 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu İle 6273 Sayılı Kanunla Değişik 5941 Sayılı Çek Kanunu

Hükümleri Dairesinde), Kıymetli Evrak Hukukunun Genel Esasları, Kambiyo Senetleri (Genel Esaslar / Poliçe / Bono / Çek), Umumi Mağazacılık / Makbuz Senedi / Varant, Ankara 2012

CANBOLAT, Ferhat: Banka Garantisinde Savunma İmkânları ve İhtiyati Tedbirler, Ankara 2009

CANBOLAT, Ferhat / **TOPUZ**, Seçkin: Kefalet İle Garanti Ayırımının Önemi ve Ayrımda Uygulanacak Kıstaslar, TBB Dergisi, Sayı 78, 2008, tbdergisi.barobirlik.org.tr, (E.T.: 19.07.2014)

COŞKUN, Hilal Yener: Banka Teminat Mektuplarında İlgililerin Hak ve Borçları, İstanbul 2012

COŞKUN, Mahmut: Yeni Türk Ticaret Kanunu'na Göre Kıymetli Evrak Hukuku, Bono – Poliçe – Çek, Ankara 2012

ÇEKER, Mustafa: Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Kapsamında Kredi Kartı Borcunun Ödenmemesi ve Hukuki Sonuçları, www.turkhukuk sitesi.com, (E.T.: 07.07.2014)

ÇELİK, Ramazan: Kefaletle Eşin Rızası Meselesinin İpotek İşlemi Açısından Tapu Müdürlüğü Boyutuyla Değerlendirilmesi, www.tapu-kadastro.net, (E.T.: 19.07.2014)

DEMİR, Şamil: Kefalet Sözleşmesinin Uygulama Alanı, tbdergisi.barobirlik.org.tr, (E.T.:08.07.2014)

DEMİRKAPI, Ertan: Avalin Şekli Şartları, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 6, Sayı 2, 2004, web.deu.edu.tr, (E.T.: 22.07.2014)

DEVELİOĞLU, Hüseyin Murat: Kefalet Sözleşmesini Düzenleyen Hükümler Işığında Bağımsız Garanti Sözleşmeleri, İstanbul 2009

DEVELİOĞLU, Hüseyin Murat / **ERCANER**, Olga: Kefalet ve Garanti Sözleşmelerinin Ortak ve Farklı Yanları, www.legeshukuk.com.tr, (E.T.: 08.07.2014)

DOĞAN, Vahit: Banka Teminat Mektupları, Yenilenmiş 4. Bası, Ankara 2011

DOMANIÇ, Hayri: Benzeri Metinlerden Oluşan Banka Kredi Sözleşmelerinde Kefilin Taahhütleri De Büyük Ölçüde Emredici Hükümlere Aykırı Olup Geçersizdir, Manisa Barosu Dergisi, Ekim 2006, Sayı 99

DOMANIÇ, Hayri: Birbirinin Aynı Olan Tüm Banka Kredi Sözleşmelerinin Tümü Emredici Kurallara Aykırı ve Geçersizdir, Manisa Barosu Dergisi, Ekim 2006, Sayı 99

EKİNCİ, Mustafa: Açıklamalı – Gerekçeli 5464 Sayılı Banka Kartları ve Kredi Kartları Kanunu, Ankara 2006

FETTAH, Melek: Kefaletin Geçerliliği Bakımından Azami Meblağın Belirtilmesi, Prof. Dr. Hüseyin Hatemi'ye Armağan, Cilt I, 1. Bası, İstanbul 2009

GRASSINGER, Gülçin Elçin: Borçlar Kanununa Göre Kefilin Alacaklıya Karşı Sahip Olduğu Savunma İmkânları, İstanbul 1995

GRASSINGER, Gülçin Elçin: Kefalet Sözleşmesinde Def'iler ve Sona Erme, Türk Borçlar Kanunu Sempozyumu, Makaleler – Tebliğler, 1. Baskı, İstanbul 2012

GRASSINGER, Gülçin Elçin: Yeni Borçlar Kanunu Hükümleri Çerçevesinde Kefilin Def'i – İtirazları ve Kefalet Sözleşmesinin Sona Ermesi, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Hükümlerinin Değerlendirilmesi Sempozyumu (3 – 4 Haziran 2011), Sempozyum No: III, Prof. Dr. Cevdet Yavuz'a Armağan, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Özel Hukuk Sempozyumu Özel Sayısı, İstanbul 2012: Bu eser çalışmada 'Sempozyum No: III' şeklinde kısaltılmıştır.

GÜMÜŞ, Mustafa Alper: Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Cilt II, 2. Bası, İstanbul 2012

GÜRAL, Jale: Kefalet Akdiyle Aval Arasındaki Fark ve Benzerlikler, dergiler.ankara.edu.tr, (E.T.:13.08.2014)

HATEMİ, Hüseyin: Borçlar Hukuku Özel Bölüm, İstanbul 1999

HELVACI, İlhan: Banka Kredi Sözleşmeleri Çerçevesinde Adi Kefalet Sözleşmesine İlişkin Gelişmeler, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Cilt 65, Sayı 1, 2007, www.journals.istanbul.edu.tr, (E.T.: 27.10.2014)

HELVACI, Serap: Gerçek Kişiler, İstanbul 2006

HIZIR, Serdar: Banka Teminat Mektubunun Meydana Getirdiği Teminat İlişkisi, Prof. Dr. Tunçer Karamustafaoğlu'na Armağan, Birinci Baskı, Ankara 2010

KAYAK, Sevgi: Üçüncü Kişinin Fiilini Taahhüt (Hukuki Gelişimi İle Birlikte), İstanbul 2010

KILIÇOĞLU, Ahmet M.: Borçlar Hukuku (Genel Hükümler), 9. Bası, Ankara 2007

KIRCA, Çiğdem: 6098 Sayılı Borçlar Kanunu İle Müteselsil Sorumluluk Konusunda Getirilen Yenilikler, Yeni Türk Borçlar Kanunu ve Yeni Türk Ticaret Kanunu Sempozyumu, Makaleler, Tebliğler, İstanbul 2013

KIRCA, İsmail: Türk Borçlar Kanunu Tasarısı Kefalette Eşin İzni, www.muglabarosu.org.tr, (E.T.:01.08.2014)

KOSTAKOĞLU, Cengiz: Bankalar Kanunu Şerhi, Banka Kredi Sözleşmelerinden Doğan Uyuşmazlıklar ve Akreditif, En Son Yargıtay Kararları İle Genişletilmiş 4.

Baskı, İstanbul 2003: Bu eser çalışmada ‘Bankalar Kanunu Şerhi’ şeklinde kısaltılmıştır.

KOSTAKOĞLU, Cengiz: Banka Kredileri Tüketici ve Konut Kredileri İle Kredi Kartlarından Doğan Uyuşmazlıklar – Akreditif, 6. Bası, İstanbul 2010

NART, Serdar: Borçlar Hukuku Genel Hükümler – Özel Hükümler, Ankara 2014

OĞUZMAN, M. Kemal / **ÖZ**, M. Turgut: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Gözden Geçirilmiş Altıncı Basıdan Yedinci Tıpkı Basım, İstanbul 2009

OĞUZMAN, M. Kemal / **SELİÇİ**, Özer / **ÖZDEMİR**, Saibe Oktay: Kişiler Hukuku (Gerçek ve Tüzel Kişiler), 8. Baskı, İstanbul 2005

OLGAÇ, Senai: Kefalet, Ankara 1978

OY, Osman / **GÜNGÜLER**, Gülcan: Herkes İçin Hukuk: 2, Türk Hukuk Mevzuatına Göre Kredi ve Kredi Teminatları, 1. Bası, İstanbul 2008

ÖZ, M. Turgut: Yeni Borçlar Kanununun Getirdiği Başlıca Değişiklikler ve Yenilikler, 3. Bası, İstanbul 2012

ÖZBEY, Ali Ozan: Alacağın Doğumuna İlişkin Şartlar, www.arikbogaozbey.com, (E.T.:12.06.2014)

ÖZEN, Burak: Kefalet Sözleşmesinin Türleri, Türk Borçlar Kanunu Sempozyumu, Makaleler – Tebliğler, 1. Baskı, İstanbul 2012: Bu eser çalışmada ‘Kefalet Sözleşmesinin Türleri’ şeklinde kısaltılmıştır.

ÖZEN, Burak: 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Çerçevesinde Kefalet Sözleşmesi, 2. Bası, İstanbul 2012

ÖZTAN, Bilge: Medeni Hukukun Temel Kavramları, 8. Bası, Ankara 2002

PEKCANITEZ, Hakan / **ATALAY**, Oğuz / **ÖZKAN**, Meral Sungurtekin / **ÖZEKES**, Muhammed: İcra ve İflas Hukuku, 10. Bası, Ankara 2012

REİSOĞLU, Safa: Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 01.07.2012’de Yürürlüğe Giren Yeni Türk Borçlar Kanunu’na Göre Hazırlanmış Yirmidördüncü Bası, İstanbul 2013

REİSOĞLU, Seza: Özellikle Dış Ülkelerle İlgili Olarak Banka Teminat Mektupları – Kontrgarantiler ve Ortaya Çıkan Sorunlar, Türkiye Bankalar Birliği Yayınları No. 105: Bu eser çalışmada ‘Özellikle Dış Ülkelerle İlgili Olarak Banka Teminat Mektupları – Kontrgarantiler ve Ortaya Çıkan Sorunlar’ şeklinde kısaltılmıştır.

REİSOĞLU, Seza: Türk Hukukunda ve Bankacılık Uygulamasında Kefalet, Ankara 1992: Bu eser çalışmada ‘Türk Hukukunda ve Bankacılık Uygulamasında Kefalet’ şeklinde kısaltılmıştır.

REİSOĞLU, Seza: Türk Kefalet Hukuku, Ankara 2013

SAĞLAM, İpek: Elektronik Sözleşmeler, İnternet, Elektronik Ticaret ve Elektronik Sözleşmeler, Elektronik Sözleşmelerin Kurulması ve Şekli, Birinci Baskı, İstanbul 2007

SAYIN, Feyza Eren / **KOYUNCU**, Berk Kenan: Kefalet ve Garanti Sözleşmeleri Açısından Uyarılama Sorununa Bir Bakış, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Cilt 70, Sayı 1, 2012, www.journals.istanbul.edu.tr, (E.T.: 27.10.2014)

SÖNMEZ, Murat: 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanununda Kefalet Sözleşmesi, İzmir Barosu Dergisi, Borçlar Kanunu Özel Sayısı, Makaleler, Mayıs 2012

SUNGURTEKİN, Meral: Banka Teminat Mektuplarına İlişkin Uluslararası Unsurlu İhtilaflara Uygulanacak Hukuk Hakkında Bir İnceleme, tbbergisi.barobirlik.org.tr, (E.T.: 10.09.2014)

ŞENYÜZ, Doğan: 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanununa Göre Hazırlanmış Borçlar Hukuku Genel ve Özel Hükümler, 6. Baskı, Bursa 2012

ŞİMŞEK, Elvan Kakıcı: Kefalet Sözleşmesinde Şekil, www.legeshukuk.com.tr, (E.T.: 11.07.2014)

ŞİT, Başak: Türk Hukukunda Banka Kredisi Kavramı ve Buna Bağlı Sonuçlar, Ankara 2011

TANDOĞAN, Haluk: Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, Cilt II, 5. Tıpkıbasım, İstanbul 2011

TANDOĞAN, Haluk: Garanti Mukavelesi (Mahiyeti ve Benzeri Hukuki Münasebetlerden Tefriki), Ankara 1959

TANRIVER, Süha: Makalelerim I (1985 – 2005), İcra ve Temyiz Kefaletleri (Kefaletnameleri), 1. Baskı, Ankara 2005

TEKİNALP, Ünal: Ünal Tekinalp'in Banka Hukukunun Esasları, Yeniden Yazılmış 2. Bası, İstanbul 2009

TOPEL, Afhan: 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanununa Göre Kefalet Sözleşmelerindeki Değişikliklere Bir Bakış, İzmir Barosu Dergisi, Borçlar Kanunu Özel Sayısı, Makaleler, Mayıs 2012

TUĞ, Adnan: Türk Özel Hukukunda Şekil, 2. Baskı, Konya 1994

TURAN, Gamze: Garanti ve Kefalet Sözleşmeleri Arasındaki Farklar ve Banka Kredi Kartı Sözleşmelerindeki Şahsi Teminatın Niteliği, TBB Dergisi, Sayı 66, Ankara 2006

TÜRK, Ahmet: Banka Kredi Açma Sözleşmelerinden Doğan Kredi Alacaklarına Müteselsil Kefaletle İlişkin Bazı Sorunlar, www.cu.edu.tr, (E.T.: 19.09.2014)

TÜRK, Erol: Borçlar Kanununun 584. Maddesinde Düzenlenmiş Olan Eşin Rızası Şartı Yanlış Anlaşıldı ve Yanlış Anlatıldı, www.lebilyalkin.com, (E.T.: 01.08.2014)

ÜSTÜNDAĞ, Saim: İflas Hukuku (İflas – Konkordato – İptal Davaları), 6. Bası, İstanbul 2002

YAĞCIOĞLU, Ali Haydar: Haksız Fiil Sebebiyle Aynı Zarardan Birden Fazla Kimsenin Müteselsil Sorumluluğu, Ankara 2014

YAŞAR, Halis: Teminat Mektubu, Banka Teminat Mektuplarının Türk Borçlar Kanununun 603. Maddesi Kapsamında Hukuki Niteliği ve Geçerlilik Şartları, www.legeshukuk.com.tr, (E.T.:09.07.2014)

YAVUZ, Cevdet: Borçlar Hukuku Dersleri (Özel Hükümler), 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'na Göre Güncellenmiş ve Yenilenmiş 11. Baskı, İstanbul 2012

YAVUZ, Nihat: 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanununun Getirdiği Değişiklikler ve Yenilikler, Birinci Baskı, Ankara 2011

YAZICI, Mehmet: Bankacılıkta Kredi Tahsisi, Ankara 2011

YAZOĞLU, Füsun Tuncel: Banka Kredi Sözleşmeleri ve Kredilerden Doğan Uyuşmazlıklar, Banka Kredilerine Özgü Kanun Yolları

YENER, Mehmet Deniz: Kredi Açma Sözleşmesi, 1. Baskı, İstanbul 2008

YENİCE, A. Özge: Teminat Sözleşmelerinde Rücu İlişkileri, Kefalet Sözleşmesinde Rücu, 1. Baskı, İstanbul 2009

YÜCE, Melek Bilgin: Garanti Sözleşmesinin Bir Türü Olarak Üçüncü Kişinin Fiilini Taahhüt Sözleşmesi, 1. Bası, İstanbul 2007

ZEVKLİLER, Aydın / **GÖKYAYLA**, K. Emre: Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, 11. Bası, İzmir 2010

