

Burak ÖZEN

6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu Çerçevesinde

KEFALET SÖZLEŞMESİ

- Özellikleri
- Kuruluşu
- Geçerlilik Koşulları
- Türleri
- Kefil ve Alacaklı Arasındaki İlişki
- Kefil ve Borçlu Arasındaki İlişki
- Sona Ermesi

Genişletilip Güncelleştirilmiş 4. Bası



vedat kitapçılık
İSTANBUL 2017

ÖNSÖZ

6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'na göre kefalet sözleşmesini ele alan eserimizin yeni bir basısını daha yapma mutluluğuna erişmiş bulunuyoruz. Aradan geçen zaman zarfında kefalet sözleşmesinin değişik yönlerini ele alan monografiler yayımlandı. Memnuniyetle söyleyebiliriz ki, bu dönem kefalet sözleşmesinin daha önce sahip olmadığı bir ilgiye mazhar olduğu bir dönem olmuştur. Yeni basıda tartışmalı konularda öğretilen görüşleri mümkün mertebe aktarmaya çalıştık. Bundan başka, Yargıtay'ın önemli gördüğümüz bazı yeni kararlarının değerlendirilmesine de bu basıda yer verildi.

Bu basının yayımlanmasında da, daha önceki basılarda olduğu gibi, sayın Vedat Carbaş'ın nezaketli ilgisi önemli bir rol oynadı. Sayfa düzeni ve kapak tasarımı sanatçı titizliğiyle sayın Berrin Doğrul tarafından gerçekleştirildi. Kendilerine teşekkür borcum sonsuzdur.

Yeni basının konuyla ilgilenenlere yararlı olmasını içtenlikle diliyorum.

Burak ÖZEN

2 Aralık 2016

İÇİNDEKİLER

ÖNSÖZ	V
KISALTMALAR	XXI

§ 1. Kişisel teminat sözleşmeleri.....	1
<i>L Nesnel ve kişisel teminat sözleşmesi ayrımı.....</i>	<i>]</i>
<i>II Kişisel teminat sözleşmelerine genel bakış</i>	<i>7</i>
A. Genel olarak.....	7
B. Mevcut borca katılma ve kişisel teminat sözleşmeleri arasındaki yeri	7
1. Mevcut borca katılma ve özellikleri	7
2. Mevcut borca katılma, kefalet ve garanti sözleşmesi ayrımına bağlanan sonuçlar.....	11
3. Mevcut borca katılma ve kefalet sözleşmesinin birbirinden ayrılması.....	15
<i>a. Taraf iradelerinin belirlenmesi ve kefalet karinesi</i>	<i>15</i>
<i>b. Taraf iradelerinin belirlenmesinde yardımcı ölçütler</i>	<i>18</i>
C. Teminat amaçlı garanti sözleşmesi ve kişisel teminat sözleşmeleri arasındaki yeri.....	23
1. Teminat amaçlı garanti sözleşmesinin özellikleri	23
2. Teminat amaçlı garanti sözleşmesi ve kefalet sözleşmesi ayrımına bağlı sonuçlar	27
3. Teminat amaçlı garanti sözleşmesinin kefalet sözleşmesinden ayrılması ve yapılacak yorumun dayanakları	29
<i>a. Genel olarak.....</i>	<i>29</i>
<i>b. Yapılacak yorum için sözleşmenin lafzında yer alan dayanaklar</i>	<i>30</i>
<i>ba. Yasal bir tanımın kullanılması</i>	<i>30</i>
<i>bb. Bir borcun ifasının veya bir edimin yerine getirilmesinin teminat altına alınması</i>	<i>31</i>

be. Teminat verenin sorumluluğunun koşulları ve kapsamının soyut olarak belirlenmesi.....	32
bd. Teminat konusu edimin açıkça ve somut ayrıntılar verilerek tanımlanması.....	33
be. Belirli belgelerin ibrazı veya ibraz edilmemesi üzerine ödeme yapılacağına kararlaştırılması	34
bf İlk talepte ödeme kaydının var/ıgı	36
bg. Sözleşmenin lafzında yer alan başkaca dayanaklar.....	37
c. Yapılacak yorumun sözleşmenin lafzı dışındaki olgulara bağlı dayanakları.....	39
d. Kefalet karinesi	42
D. Kredi emri ve kefalet.....	43
E. Aval ve kefalet.....	45
F. TBK. m. 603 düzenlemesinin gerçek kişilerce kişisel teminat verilmesine ilişkin sözleşmeler bakımından getirdiği yenilik.....	48
§ 2. Kefalet sözleşmesine genel bakış	57
I. Tanım, taraflar, konu ve borçlanma sebebi.....	57
A. Yasal tanım	57
B. Kefalet Sözleşmesinin Tarafları	60
1. Taraflar.....	60
2. Üçüncü kişi yararına kefalet sözleşmesi yapılması olanağı...	60
3. Kefalet ön sözleşmesinde taraflar.....	61
4. Kefalet sözleşmesinin gelecekteki alacaklıyla yapılması	63
5. Kefilin mirasçılarının kefalet sözleşmesinden kaynaklanan sorumluluğu	64
C. Kefilin ediminin konusu.....	65
D. Kefalet sözleşmesinin sebebi.....	68
il. Kefalet sözleşmesinin özellikleri.....	72
A. Kefalet sözleşmesinin asıl borcu doğuran hukuki ilişkiden ayrı bir hukuki ilişki olarak ele alınması	72
1. Kefalet sözleşmesinin ayrı bir hukuki ilişki olarak ele alınmasına bağlanan sonuçlar.....	72
2. Kefilin ödeme yükümü	74

a. Genel olarak.....	74
b. Alacaklı ve esas borçlunun vadede değişiklik yapması.....	15
c. Esas borçlunun iflası	19
d. Asıl borcun muaccel olmasının süre içeren bildirime bağlanması.....	81
e. Kefalet sözleşmesinden kaynaklanan muacceliyet bildiriminde bulunma gereği ve kefilin iflası.....	82
f Kefil hakkındaki takibin durdurulması karan.....	83
fa. Genel olarak.....	83
jb. Kefil hakkındaki takibin durdurulmasının koşulları.....	84
fc. Takibin durdurulması kararının etkileri	86
B. Kefalet sözleşmesinin fer'i bir sorumluluk doğurması.....	88
1. Fer'iliğin kefalet sözleşmesinin ayırıcı özelliği olması.....	88
2. Kefilin esas borçluya ait savunma sebeplerinden yararlanabilmesi	93
3. Güvence altına alınan alacakla ilgili değişikliklerin kefile etkisi	96
a. Alacağın devrinin kefile etkisi	96
b. Borcun üstlenilmesinin kefile etkisi	98
4. Kefilin sorumluluğunun fer'iliğinin istisnaları.....	104
5. Kefalet ve garantiye özgü edimlerden oluşan kişisel teminat sözleşmesi	107
a. Genel olarak.....	107
b. TBK. m. 582 f 2'nin uygulanma koşulları.....	112
c. TBK. m. 582 f 2'nin uygulanmasının sonuçları	117
C. Kefalet sözleşmesinin ikinci derecede bir sorumluluk doğurması.....	118
D. Kefalet sözleşmesiyle sadece tek tarafın edim yükümü altına girmesi.....	119
E. Kefalet sözleşmesinin başkasına ait bir borcu güvence altına almak için yapılması	126
III Kefilin sorumluluğunun kapsamı.....	127
A. Kefilin yasadaki kaynaklanan sorumluluğu	127
1. Kefil olunan borcun aslından sorumluluk	127

4. İşlemiş bir yıllık ve işlemekte olan sözleşme faizi.....	137
B. Kefilin sözleşmeden kaynaklanan sorumluluğu.....	139
C. Kefilin sorumluluğunun kapsamını belirleyen TBK m. 589 düzenlemesinin kefilin sorumluluğunun en üst sınırının kefalet belgesinde gösterilmesi zorunluluğunu ele alan TBK m. 583 f. 1'le ilişkisi.....	143
§ 3. Kefalet sözleşmesinin kurulması ve geçerlilik şartları	149
<i>I. Kefalet sözleşmesinin güvence altına aldığı borca bağlı geçerlik şartları</i>	<i>149</i>
A. Kefalet güvencesine bağlanabilecek borçlar.....	149
B. İleride doğacak veya koşula bağlanmış borçlara kefil olunması	154
C. Mevcut olmayan veya kesin hükümsüz bir sözleşmeden kaynaklanan borca kefil olunması	155
D. Esas borcun esas borçluyu bağlamaması	155
1. Esas borçlunun iptal hakkı bulunması.....	155
2. Esas borçlunun ayıptan doğan seçimlik haklarının bulunması	157
3. Esas borçlunun sınırlı ehliyetsiz olması.	159
4. Eksik borçlara kefil olunması.	159
<i>II. Kefalet sözleşmesinin kurulması ve kendine ölgü geçerlilik şartları.....</i>	<i>161</i>
A. Kefalet sözleşmesinin kurulması, yorumu, koşula bağlanması	161
1. Kefalet sözleşmesinin kurulması.....	161
2. Kefalet sözleşmesinin yorumu	168
3. Kefalet sözleşmesinin koşula bağlanması.....	176
B. Kefil olma ehliyeti	177
1. Gerçek kişilerin kefil olma ehliyeti	177
2. Tüzel kişilerin kefil olma ehliyeti.....	184
3. TBK. m. 584'ün evli kişilerin kefalet ehliyeti bakımından getirdiği sınırlama: Eşin yazılı rızası.....	187

X

İÇİNDEKİLER

a. Genel olarak	187
b. Eşin rızasının aranacağı ve aranmayacağı durumlar.....	189
c. Eşin rızasının zamanı ve şekli	198
d. Eşin rızasının bulunmamasına bağlanan sonuçlar.....	200

C. irade bozuklukları.....	102
1. Genel olarak.....	202
2. Yanılma.....	203
a. Kefilin göz önünde tuttuğu olgularda yanı/ması.....	203
b. Kefilin "esaslı yanılma" niteliğini taşıyan beyan hatasına düşmesi.....	204
c. Özel olarak ele alınması gereken bir sorun: Kredi borcuna kefil olan kişinin "bütünsel (global)" sorumluluk üstlenmesi.....	207
3. Aldatma	210
a. Kefalet sözleşmesinde aldatmanın unsurları ve ispat külfeti	210
b. Aldatma oluşturan davranışın hukuka aykırı bir nitelik taşıması gereği ve alacaklının açıklama yapma yükümü	212
4. Kork:utma.....	216
D. Şekil	218
1. Kefilin beyanı için aranan "tek taraflı" geçerlilik şekli.....	218
2. Kefilin beyanı için aranan yazılı şeklin nitelendirilmesi	219
a. 818 sayılı (eski) Borçlar Kanunu'nun 484. maddesinde aranan şeklin niteliği.....	219
b. TBK. m. 583'ün şekle ilişkin düzenlemesinin değerlendirilmesi.....	224
3. Yazılı şeklin kapsamında yer alması gereken noktalar	228
a. Genel olarak.....	228
b. Kefilin sorumluluğunun üst sınırının gösterilmesi.....	228
c. Esas borcun bireyselleştirilmesi.....	233
d. Kefil açısından (sübjektif olarak) esaslı noktalar.....	237
e. Kefilin durumunu ağırlaştırıcı nitelikteki anlaşmalar	237
4. Kefilin beyanının tek bir belgede yer alması gerekliliği	239

5. Beyaza (açığa) imza sorunu.....	239
6. Kefilin borcunun üstlenilmesinin geçerlilik şekline bağlı olup olmadığı sorunu	247
7. Şekle aykırılığa bağlı olarak ortaya çıkan sorunlar	248
a. Şekle aykırılığın yaptırımı	248
b. Şekle aykırılığa kasten yol açan kefilden tazminat	

istenebilmesi.....	251
c. Şekle aykırı kefalet sözleşmesinin ifa edilmesi.....	252
E. Kefalet sözleşmesinin hukuka veya ahlaka aykırı olması....	257
F. Temsil	267
G. Kefalet sözleşmesinde işlem temelinin çökmesi	280
§ 4. Kefalet sözleşmesinin çeşitleri.....	283
L Adi kefalet.....	283
A. Adi kefaletin özellikleri	283
B. Adi kefile özgü savunmalar	297
1. Tartışma (önce esas borçlunun takip edilmesi gerektiği) def'i	297
a. Kural.....	297
b. Tartışma def'inin ortadan kalktığı haller.....	303
ba. Esas borçlunun iflası ve esas borçluya konkordato mehli verilmiş olması	303
bb. Borçlu hakkında Türkiye'de takip yapmanın imkansızlaşması veya önemli ölçüde güçleşmesi	305
be. Asıl borçlu aleyhinde yapılan takibin sonucunda kesin aciz belgesi alınması.....	308
2. Önce rehnin paraya çevrilmesi def'i.....	308
İL Müteselsil kefalet	J14
A. Müteselsil kefaletin özellikleri, müteselsil borçluluktan farkı ve müteselsil kefilin savunmaları.....	314
1. Müteselsil kefaletin özellikleri	314
2. Müteselsil kefalet ve müteselsil borçluluk arasında ayrım yapılması zorunluluğu.....	319
3. Müteselsil kefalette fer'ilik ilkesine bağlı sonuçlar.....	320

B. Müteselsil kefil olma iradesinin belirlenmesi.....	317
C. Türk Borçlar Kanunu çerçevesinde müteselsil kefilin sorumluluğu: Tamlık (ikincilik) unsurunun belirginleşmesi	337
1. Müteselsil kefile başvurulmasını mümkün kılan temel olgu: İfade geciken esas borçlunun ihtar edilmesi	337
2. Esas borçlunun ihtar edilmesi gerekliliğinin ortadan kaldıran haller	341

3. Teslime bağı taşınır rehni ve alacak rehninin öncelikle paraya çevrilmesi gerekliliği.....	343
4. Teslime bağı taşınır rehni ve alacak rehninin öncelikle paraya çevrilmesi zorunluluğunun ortadan kalkması	347
5. Müteselsil kefilin savunmalarının niteliği	350
<i>III Toplu kefalet</i>	<i>-351</i>
A. Bağımsız toplu kefalet ve kısmi kefalet.....	351
B. Birlikte kefalet.....	356
1. Birlikte kefaletin ayırıcı özellikleri	356
2. Adi birlikte kefalet	360
<i>a. Adi birlikte kefaletin özellikleri</i>	<i>360</i>
<i>b. Adi birlikte kefalette rücu</i>	<i>362</i>
3. Müteselsil birlikte kefalet.....	364
<i>a. Deg-işik teselsül görünümleri.....</i>	<i>364</i>
<i>b. Müteselsil birlikte kefilin sorumluluğuna ilişkin esaslar</i>	<i>366</i>
<i>c. Müteselsil birlikte kefalette rücu</i>	<i>311</i>
4. Kefilin TBK. m. 587 f. 3 uyarınca borçtan kurtulması.....	378
<i>IV. Kefile, rücu ve zarara kefalet.....</i>	<i>391</i>
A. Kefile kefalet.....	391
B. Rücu kefalet	395
C. Açığın kapatılmasına (zarara) kefalet	397
§ 5. Kefil ve alacaklı arasındaki ilişkiler.....	••399
<i>L Kefilin alacaklı karşısındaki savunmaları.....</i>	<i>399</i>
A. Genel olarak.....	••399

İÇİNDEKİLER

B. Esas borç ilişkisinden kaynaklanan savunmalar.....	401
1. Esas borcun doğumu ve geçerliliğine ilişkin savunmalar....	401
2. Esas borcun kapsam ve hükümlerine ilişkin savunmalar	402
<i>a. Muacce/iyet eksikliği</i>	<i>402</i>
<i>b. Ödemezlilik def'i.....</i>	<i>403</i>
<i>c. Esas borçluya süre tanınması</i>	<i>403</i>
<i>d. Esas borcun zamanaşımına uğraması.....</i>	<i>403</i>
<i>e. Esas borcun kumar veya bahse dayanması.....</i>	<i>405</i>
<i>f Esas borçlunun takas hakkı bulunması.</i>	<i>407</i>

g. Esas borçlu ve alacaklı arasındaki davada verilmiş kesin hüküm.....	408
3. Esas borcun sona ermesine ilişkin savunmalar	408
4. Esas borçluya ait olan ve kefil tarafından yapılamayacak savunmalar.....	409
a. TBK. m. 582 f 2 çerçevesinde kefil olan kişinin durumu	409
b. Esas borçlunun ödeme güçsüzlüğüne dayanan savunmalar	409
c. Esas borçluya kişisel olarak tanınmış savunmalar.....	411
5. Esas borçlunun kendisine ait savunmalardan vazgeçmesinin kefile etkisi.....	413
6. Kefilin esas borçluya ait savunmalardan vazgeçmesi	415
7. Kefilin esas borçluya ait savunmaları kullanmasının veya kullanmamasının sonuçları.....	416
C. Kefil ve alacaklı arasındaki kişisel ilişkilere dayanan savunmalar	417
il. Alacaklının ödevleri.....	419
A. Borçlunun iflası veya konkordato istemesi halinde söz konusu olan ödevler.....	419
1. Genel olarak	419
2. İflası bildirme yükümü	421
3. Alacağı yazdırma yükümü 	421
4. Esas borçlunun iflasında söz konusu olacak diğer yükümlülükler	423

XIV

İÇİNDEKİLER

5. Esas borçlunun konkordato istemesi ve kendisine konkordato mehli verilmesi durumunda sö-L konusu olan yükümler.....	424
6. Alacaklının yükümlülüklerine aykırı hareket etmesinin sonuçları.....	425
B. Ödemeyi kabul külfeti	426
1. Genel olarak	426
2. Alacaklının ödemeyi kabul külfetinin yerine getirilmemesi ve buna bağlanan sonuçlar	427
a. Ödemeyi kabul külfetinin kapsamı	427
b. Alacaklının ödemeyi kabul külfetine aykırı/ıkta	

<i>bulunması</i>	430
c. <i>Alacaklının ödemeyi kabul külfetine aykırılıkta bulunmasının sonuçları</i>	430
C. Bilgi vermeye, teminatlara ve ispat araçlarına ilişkin ödevler	433
1. Bilgi verme ödevi	433
2. Teminatların ve rüçhan haklarının korunmasına ilişkin ödevler	436
a. <i>Genel olarak</i>	436
b. <i>Teminatları koruma yükümünün kapsamının belirlenmesi</i>	440
c. <i>Teminatlara ilişkin koruma yükümü bakımından TBK. m. 592 f] 'in yaptığı ayırım</i>	444
ca. <i>Kefalet anında mevcut teminatlar</i>	444
cb. <i>Kefalet anından sonra verilen teminatlar</i>	445
d. <i>Koruma yükümlülüğünün kapsamındaki teminatların azaltılmasından doğan sorumluluk</i>	446
3. Teminatların ve ispat araçlarının kefile devrine ilişkin ödevler.....	454
§ 6. Kefil ve esas borçlu arasındaki ilişkiler	465
I. <i>Kefilin ödemeyi ihbar külfeti</i>	465
II. <i>Kefilin esas borçludan güvence verilmesini veya borçtan kurtarılmasını isteme hakkı</i>	465

İÇİNDEKİLER

A. Genel olarak	465
B. Teminat gösterilmesini ve kefalet borcundan kurtarılmayı isteme hakkının koşulları	467
1. Genel Olarak.....	467
2. Esas borçlunun yükümlülüklerine aykırılık etmiş olması	468
3. Esas borçlunun temerrüde düşmesi	469
4. Kefilin riskinin sonradan büyük ölçüde artması.....	469
C. Kefilin ileri sürebileceği talepler	471
ili. Kefilin rücu hakkı	472
A. Halefiyete dayanan (genel) ve temel ilişkiye dayanan (özel) rücu taleplerine toplu bakış	472
1. Halefiyete dayanan (genel) rücu hakkının amacı.	472

2. Esas borçlu ve kefil arasındaki (temel) ilişkinin halefiyet üzerindeki engelleyici etkisi.....	475
3. Rücu hakkına ilişkin olarak esas borçlu ve kefil arasında yapılan anlaşmalar.....	478
4. TBK. m. 596'daki halefiyet ilkesinin sağladığı ispat ve teminat avantajları	481
5. Kefilin özel (temel ilişkiye dayanan) ve genel (halefiyete dayanan) rücu haklarının birbiriyle ilişkisi.....	482
6. Halefiyete dayanan (genel) rücu talebiyle temel ilişkiye dayanan (özel) rücu talebinin karşılaştırılması	488
7. Esas borçlunun ödeme güçsüzlüğünden kaynaklanan savunmalar	491
B. Kefilin özel (temel ilişkiye dayanan) rücu hakkı.....	491
1. Genel bakış.....	491
2. Özel rücu talebinin dayanakları.....	492
a. özel rücu talebinin dayanağı olarak vekalet ilişkisi.....	492
b. Özel rücu talebinin dayanağı olarak vekaletsiz iş görme.....	495
c. Özel rücu talebinin dayanağı olarak sebepsiz zenginleşme	497
3. Özel rücu talebinin kapsam ve içeriği	498
a. Yapılan giderin karşılanması talebi	498

XVI

İÇİNDEKİLER

b. Faize ilişkin talep.....	500
c. Üstlenilen borçlardan kurtarılmaya ilişkin talep.....	501
d. Zararın tazmini talebi	501
4. Rücu talebinin sınırlandırılmasına, genişletilmesine ve kaldırılmasına ilişkin anlaşmalar	502
C. Kefilin genel (halefiyete dayanan) rücu hakkı.....	504
1. Genel rücu hakkının koşulları	504
a. Geçerli bir kefalet sözleşmesinin bulunması	504
b. Alacaklının tatmin edilmiş olması	505
2. Halefiyetin doğurduğu etkiler	506
a. Genel olarak	506
b. Genel rücu talebinin içeriği	507
c. Teminatların kefile geçişi.....	509
ca. Kefile geçecek teminatların kapsamı	509

<i>cb. Kefile geçecek teminatların kapsamına ilişkin olarak</i> <i>TBK. m. 596 f 2'nin getirdiği yenilikler</i>	518
D. Alacaklı zararına halefiyet olmaz ilkesi.....	521
E. Kısmi ödeme yapan kefilin rücu hakkı	526
1. Genel olarak	526
2. Kısmi ödeme yapan kefilin esas borçludan talepte bulunması	529
<i>a. Rehin hakkıyla güvence altına alınmamış alacaklarda</i> <i>durum.....</i>	529
<i>b. Rehin hakkıyla güvence altına alınmış alacaklarda</i> <i>durum.....</i>	531
<i>c. Esas borçlunun ifl.<is ettiği olasılıkta kısmf ifade</i> <i>bulunan kefilin durumu.....</i>	532
F. Halefiyetle ilgili özel durumlar	539
1. Açığın kapatılmasına kefil olan kişinin halefiyeti	539
2. Kefile kefil olan kişinin rücu hakkı	539
3. Rücu kefilin rücu hakkı	541
4. Poliçeden (veya bonodan) doğan bir borç için kefil olan kişinin rücu hakkı	541
G. Rücu hakkından vazgeçme ve rücu hakkının kaybı	543

XVII

İÇİNDEKİLER

1. Rücu hakkından vazgeçme	543
2. Rücu hakkının kaybı	543
<i>a. Genel olarak.....</i>	543
<i>b. Yasanın özel olarak ele aldığı rücu hakkının kaybı</i> <i>sonucunu doğuran olgular</i>	544
<i>ba. Esas borçluya ait savunmaların kefil tarafından</i> <i>i¹er* sü*rü¹memesi¹</i>	544
<i>bb. Alacaklıyı tatmin eden kefilin esas borçluya</i> <i>bildirimde bulunmaması</i>	550
<i>c. Rücu hakkını kaybeden kefilin olanakları.....</i>	553
H. Rücu hakkının tabi olduğu zamanaşımı	555
§ 7. Kefil ve aynı teminat veren kişiler arasındaki ilişkiler.....	557
<i>l Sorunun ortaya koyulması.....</i>	557
<i>iL Sorunun 818 sayılı (eski) Borçlar Kanunu çerçevesinde</i>	

<i>ele alınması</i>	558
/iL Türk Borçlar Kanunu'nun konuya ilişkin düzenlemesi	561
§ 8. Kefilin sorumluluğunun sona ermesi	565
<i>L Kefilin sorumluluğunun esas borca bağlı olarak sona ermesi</i> ...	565
A. Genel Olarak	565
B. Esas borca ilişkin olarak gerçekleşen sona erme sebepleri	567
1. Genel bakış	567
2. Esas borcun ifa edilmesi	569
3. Esas borcun ifasının imkansızlaşması	569
4. Esas borcun bağlandığı koşulla ilgili gelişmeler.	570
5. Esas borca ilişkin olarak gerçekleşen ibra.....	570
6. Tereke için defter tutulurken alacağın bildirilmemesi	571
7. Yenileme.....	571
8. Zamanaşımı	573
9. Borçlu ve alacaklı sıfatlarının birleşmesi	573
il. Kefalet sözleşmesinin kendisine ilişkin sebeplerle sona ermesi	574

XVIII

İÇİNDEKİLER

A. Genel olarak	574
B. Borca ilişkin genel sona erme sebeplerinin kefilin borcu bakımından etkili olması	575
C. Kefilin borcunun kefalet sözleşmesine özgü sebeplerle sona ermesi	579
1. Kefilin sorumluluğu için kararlaştırılan sürenin dolması	579
a. Genel olarak.....	579
b. Süreli kefaletin çeşitli görünümleri.....	584
2. Kefilin süresiz olarak sorumluluk altına girmesi.....	587
a. Genel olarak.....	587
b. Müteselsil kefilin TBK. m. 60J'den yararlanabilmesi.....	591
c. Sürekli borç ilişkilerine kefalette TBK. m. 601'e dayanılması	594
d. TBK. m. 601'den yararlanmak isteyen kefilin talepte bulunması gerekliliği	595
e. Kefilin talebine muhatap olan alacaklının yapması	

gerekenler ve kefilin sorumluluktan kurtulması.	597
f Esas borcun muacceliyetinin alacaklının yapacağı bildirime bağlı olması.....	599
3. Alacaklının kefilin ödeme teklifini kabul etmemesi	601
4. Yasanın öngördüğü azamı sorumluluk süresinin dolması.	601
a. Genel olarak	601
b. Kefilin sorumluluğunun ortadan kalkması	604
ba. TBK. m. 598 f 3 hükmünün uygulama alanı	604
bb. Kefilin sorumluluk süresinin başlangıcı	606
be. Sorumluluk süresinin tamamlanmasının etkisi.....	607
bd. Sorumluluk süresinin uzatılması veya yeni bir kefalet verilmesi	608
5. Kefilin kefalet sözleşmesinden dönmesi.....	610
a. Genel olarak	610
b. Dönme hakkının kullanılabilmesinin koşulları	611
ba. Kefalet güvencesine bağlanan alacağın henüz doğmamış olması.....	611

bb. Esas borçlunun malf durumunun bozulmuş veya kefil tarafından gerçeğe aykırı olarak değerlendirilmiş olması	614
c. Kefilin dönme hakkını kullanması.....	616
d. Dönme hakkının kullanılmasının etkileri.....	617
§ 9. Çalışanlara kefalet.....	I
A. Özellikleri.....	621
B. Sona Ermesi.....	623
C. Çalışan kişi üzerinde alacaklının özen ve gözetim ödevi.....	624
KAYNAKÇA	627

KISALTMALAR

ABD	Ankara Barosu Dergisi
Abs.	Abschnitt (Absatz)
Abt.	: Abteilung
Anm.	: Anmerkung
Art.	Artikel
Aufl.	Auflage
AÜHFD	: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
AÜEHFD	: Atatürk Üniversitesi Erzinan Hukuk Fakültesi Dergisi
b.	: bend
Bd.	: Band
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGE	: Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichts
BGH	: Bundesgerichtshof
BGHZ	: Entscheidungen des Bundesgerichtshof in Zivilsachen
BK	Borçlar Kanunu
bkz	bakınız
BVerfGE	: Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts
c	: cümle
C	Cilt
dpn.	: dipnot
E .	: Esas
EBK.	: Eski Borçlar Kanunu
Einl.	Einleitung
fT	: und nachstfolgende Seite(n)
HD	Hukuk Dairesi
HUMK	Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu

lir g	Herausgeber
tno	Istanbul Barosu Dergisi
IIIK	İçtihadı Birleştirme Kararı
tlK	icra ve iflas Kanunu
İÜHF	İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası
isv. BK.	İsviçre Borçlar Kanunu
krş.	karşılaştırınız
m.	madde
MK	Türk Medeni Kanunu (4721 sayılı)
MHAD	Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi
NJW	: Neu Juristische Wochenschrift
N	: Nummer, numara
NF	: Neue Folge
OR	: Obligationenrecht
RG.	: Resmi Gazete
S	Sayı
s	sayfa
SPR	Schweizerisches Privatrecht
T	: Tarih
TBK	: Türk Borçlar Kanunu
TTK	: Türk Ticaret Kanunu
vd	: ve devamı
Vorbem	: Vorbemerkungen
WM	: Wertpapier-Mitteilungen
y	Yıl
YKD	Yargıtay Kararları Dergisi
ZGB	Schweizerisches Zivilgesetzbuch
ZSR	: Zeitschrift für Schweizerisches Recht

§ 1. Kişisel Teminat Sözleşmeleri

L Nesne/ ve kişisel teminat sözleşmesi ayrımı

Geniş anlamda teminat sözleşmesi, bir kimsenin bir başkasının karşı karşıya olduğu bir tehlikeyi (riski) üzerine aldığı sözleşmedir'. Burada tehlike bir kimsenin malvarlığıyla ilgili bir zararın ortaya çıkması olasılığıdır. Bu zarar olasılığı, malvarlığıyla ilgili bir kayba ilişkin olabileceği gibi, bir kazancın gerçekleşmemesine, ekonomik anlamda yarar getirecek bir beklentinin boşa çıkmasına ilişkin de olabilir. Ne şekilde ortaya çıkarsa çıksın, bir kimsenin karşı karşıya olduğu zarar görme olasılığını bir diğer kimse sözleşmeyle üzerine aldığı takdirde, geniş anlamda bir teminat sözleşmesi yapılmış olur. Böyle bir sözleşmede, teminat veren, zarar verici olgu ortaya çıktığı takdirde teminat verilen kimsenin uğrayacağı zararı karşılayacağını taahhüt etmektedir.

*Geniş anlamda teminat sözleşmesiyle üstlenilen zarar tehlikesinin, objektif açıdan ortaya çıkması mümkün bir tehlike olması gerekir. Teminat sözleşmesi yapıldığı sırada sözleşmenin konusu olan zarar tehlikesinin ortaya çıkması objektif açıdan imkansızsa, teminat sözleşmesinin konusunda "baştan objektif imkansızlık" vardır. Böyle bir durumda sözleşme **TBK m. 27 f 1 hükmü uyarınca "kesin hükümsüz" olur. Ne var ki bu yargıda kimi durumlarda bir yumuşama söz konusu olur. Riskin gerçekleşmesi objektif açıdan imkansız olmakla birlikte taraflar için (sübjektif bakımdan) bir belirsizlik bulunuyorsa, söz konusu tehlikenin geçerli bir şekilde üstlenilebileceği kabul edilir. Bu konuda tipik örnek, bir sanat eseri satın alınırken gerçekliği noktasında kuşku duyulmasıdır. Böyle bir durumda alıcıya söz konusu sanat***

Haluk Tandoğan, Borçlar Hukuku - Özel Borç İlişkileri, c. 2, 3. bası, Ankara 1987, s. 684; Cevdet Yavuz, Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Yenilenmiş 7. baskıyı hazırlayanlar: Cevdet Yavuz-Burak Özen-Faruk Acar, İstanbul 2007, s. 823; (Hüseyin Haterni, Rona Serozan) Abdülkadir Arpacı, Borçlar Hukuku Özel Bölüm, İstanbul 1992, s. 519.

- 2 Tandoğan, Borçlar II, s. 684; Nami Barlas, Türk Hukuk Sisteminde Banka Teminat Mektupları, İstanbul 1986, s. 26.

eserinin sahte çıkması olasılığı için teminat verilebilecek, alıcının bu nedenle uğrayabileceği zarar üstlenilebilecektir¹.

Teminat sözleşmesiyle, teminat alan kişiye herhangi bir nedenle borçlu olan bir kimsenin borçlu olduğu edimi yerine getirmemesi tehlikesi iltisleniliyorsa, dar anlamda bir teminat sözleşmesinin bulunduğu söylenebilir. Bir başka deyişle, dar (ve teknik) anlamda teminat sözleşmesi, bir borcun ifa edilmemesi rizikosunun üstlenildiği sözleşmedir. Bir borcun ifa edilmemesi rizikosunu, bu borcun geçerliliğinden bağımsız olarak üstlenilebileceği gibi, söz konusu borcun geçerli olarak doğması ve devam etmesi gereğine bağlı olarak da üstlenilebilir. Bütün bu olasılıklarda dar anlamda teminat sözleşmelerinin değişik görünüşleri ortaya çıkar.

Bir borcun ifa edilmemesi rizikosunun üstlenildiği dar anlamda teminat sözleşmeleri, kendi içinde ikiye ayrılır. Bir yanda kişisel teminat sözleşmeleri bulunurken, diğer yanda aynı (nesnel) teminat sözleşmeleri yer alır. Aynı (nesnel) teminat sözleşmelerinde, alacaklının borçluya veya üçüncü bir kişiye ait malvarlığı unsurları üzerinde herkese karşı ileri sürülebilir (aynı) bir hak sahibi olması amaçlanır\ Kendisine borçlusu tarafından aynı bir teminat verilen alacaklı, bu teminatı paraya çevirerek alacağını elde etmeye çalışırken borçlusunun diğer alacaklılarına göre öncelikli bir durumda bulunacaktır⁵. O halde, bir eşya veya hakkın teminat amaçlı devredilmesi borcunu doğuran sözleşmeler aynı teminat sözleşmesi olarak adlandırılacağı gibi, bir eşya veya hak üzerinde rehin hakkı kurma borcu doğuran sözleşmeler de aynı teminat sözleşmesi niteliğini taşır⁶.

3 Tandoğan, Borçlar II, s. 684.

4 Erden Kuntalp, Teminat Kavramı, Teminat Türleri ve Bunlardan Doğan Sorumluluk, Prof. Dr. Reha Poroy'a Armağan, İstanbul 1995, s. 280; Nami Barlas, Yeni Medeni Kanunun Aynı Teminatlara İlişkin Düzenlemeleri, Bilgi Toplumunda Hukuk, Ünal Tekinalp'e Armağan, Cilt: II, İstanbul 2003, s. 570.

5 (Hatemi, Serozan), Arpacı, s. 520; Barlas, Banka Teminat Mektupları, s. 26. Kişisel teminat, aynı teminat ayrımı Roma Hukukunda da karşımıza çıkar. Bu konuda bkz. Belgin Erdoğan, Roma Hukukunda Borcun Aynı Teminatına Genel Bakış, Prof. Dr. Ümit Doğanay'ın Anısına Armağan, Cilt 1, İstanbul 1982, s. 255. Bütün teminatların maddi bir değeri olduğu için aynı teminat yerine maddi teminat terimini kullanmanın hatalı olduğu hakkında bkz. Barlas, Aynı Teminatlar, s. 570.

6 Dietrich Reinicke/Klaus Tiedtke, Bürgschaftsrecht, Neuwied-Kriftel-Berlin 1995, s. 1. Kuntalp'in bildirdiğine göre, aynı teminatların rehin haklarından ibaret olmadığı, mülkiyet hakkının da aynı bir teminat teşkil edebileceği Medeni Kanun'un mülkiyeti saklı tutma kurumunu öngörmüş olmasından anlaşılabılır. Alacaklıya teminat vermek ama-

Yapılan açıklamalar göstermektedir ki, aynı teminat sözleşmeleri "1>orç doğurucu işlem" niteliğini taşır. Alacaklının teminat konusu değerler üzerindeki herkese karşı ileri sürülebilir hakkı, aynı teminat sözleşmesinin ifasını oluşturan tasarruf işleminin yapılmasıyla ortaya çıkar. Alacaklı lehine rehin hakkı kurulması borcunu doğuran bir aynı teminat sözleşmesinin, eşyanın niteliğine göre gerekli tasamıf işlemi yapılarak ifa edilmesi gerekecektir. Bir taşınır söz konusuysa rehin hakkı kurma amacıyla alacaklıya teslim edilmesi, bir taşınmaz söz konusuysa rehin hakkına ilişkin tescilin yapılması, rehin hakkının kazanılması için zorunludur. Bir hak üzerinde rehin hakkı kuruluyorsa, o hakkın devredilmesi için izlenecek yol ve yöntem rehin hakkının kurulması için de izlenir⁷. Bir alacak yazılı devir beyanı ile devredilebildiğine göre, yazılı bir rehin kurma beyanı ile rehnedilebilir⁸. Marka hakkı yazılı bir devir sözleşmesiyle devredilebileceği gibi, marka üzerinde rehin hakkı

cıyla bir şeyin mülkiyetinin devrinin aynı bir teminat teşkil edeceği hakkında ayrıca bkz. Kuntalp, Teminat Kavramı, s. 282; Ergun Özsunay, İnançlı Muameleler, İstanbul 1968, s. 74 vd. Teminat amacıyla bir alacak hakkı veya genel olarak bir hakkın devredilmesi de pekala mümkündür. Türkey Özdemir, İnançlı Olarak Yapılan Teminat Amaçlı Alacak Devirleri, Bilgi Toplumunda Hukuk, Ünal Tekinalp'e Armağan, Cilt: II, İstanbul 2003, s. 689 vd.

- 7 MK m. 955 f. 3 şu şekildedir: "Diğer hakların rehninde, yazılı rehin sözleşmesiyle birlikte, bu hakların devri için öngörülen şekle uyulması gerekir". Demek oluyor ki, alacak hakkı dışındaki hakların rehninde tasarruf işlemini gerçekleştirmek bakımından yazılı rehin sözleşmesi mutlaka yapılacak, ayrıca, bu hakların devri için gerekli mera-sim de yerine getirilecektir.
- 8 MK m. 955 f. 1'e göre, "senede bağlanmış olan veya olmayan alacakların rehni için rehin sözleşmesinin yazılı şekilde yapılması ve senede bağlı alacaklarda senedin teslim edilmesi gerekir". MK m. 955 f. 1 hükmünde sözü edilen yazılı rehin sözleşmesi, borç-landırııcı işlem olmayıp, alacak hakkı üzerinde rehin hakkının kurulmasını sonuçlandı-ran tasarruf işlemidir. Alacak üzerinde rehin kurma borcu doğuran sözleşme herhangi bir geçerlilik şekline tabi değildir. Kıymetli evraka bağlanmamış alacaklar üzerinde rehin hakkını kazandıran yazılı rehin kurma sözleşmesi, etkisi bakımından, teslim-e bağlı taşınır rehnindeki tasarruf işleminin aynı akit unsurunun yerini tutar. Söz konusu alacak için bir borç senedi düzenlenmişse, bu senedin de ayrıca (kendisine alacak rehni sağ-lanan) alacaklıya teslimi gerekir. Bu konuda bkz. Lale Sirmen, Alacak Rehni, Anlca-ra 1990, s. 34-36, s. 41-42; Mehmet Serkan Ergüne, Hukukumuzda Taşınır Rehninin, Özellikle Teslime Bağlı Taşınır Rehninin Kuruluşu, İstanbul 2002, s. 38-41. Alacağın devrine ilişkin tasarruf işlemini gerçekleştirmek için iradesini yazılı olarak açıklaması gereken kişi, alacağını devreden kişidir. Alacak rehnine ilişkin tasarruf işlemi bakı-mından iradesini yazılı olarak açıklaması gereken kişiyse, rehin hakkı kurmak isteyen alacaklıdır. Sirmen, s. 37.

kurulması da yazılı bir rehin kunna sözleşmesinin yapılmasını gerektirir⁹. Emre yazılı bir kıymetli evrak üzerinde rehin hakkı kurulması, rehin ciro. suyla birlikte kıymetli evrakın alacaklıya teslimini zorunlu kılar¹⁰. Özel bir malvarlığı üzerinde rehin hakkının kurulması, tasarruf işlemlerine özgü belirlilik ilkesi çerçevesinde malvarlığında yer alan her bir unsurun niteliğine uygun tasarruf işlemlerinin yapılması zorunluluğunu beraberinde getirir. Teminat amacıyla devir borcunu içeren aynı teminat sözleşmeleri bakımından da aynı şekilde düşünülmelidir. Sözleşme konusu değer teminat amacıyla alacaklıya devredilmiş sayılması için, devre ilişkin tasarruf işleminin yapılması zorunludur.

Alacaklıya aynı teminat verilmesine ilişkin bir sözleşme, alacaklıyla borçlu arasında yapılabileceği gibi alacaklıyla üçüncü bir kişi arasında da yapılabilir. Bir kimsenin kendisine ait bir borç için alacaklıya aynı bir teminat vennesi mümkündür. Böyle bir durumda alacaklı, kendisine rehnedilmiş veya teminat amacıyla devredilmiş eşyadan borçlusunun diğer alacaklılarına göre öncelikle yararlanır¹¹. Bu eşyanın paraya çevrilmesiyle elde edilen tutan, borçlunun diğer alacaklılarının tatmin edilmesinden önce kendi alacağını karşılamak için kullanabilir. Alacağı karşılanmadığı takdirde borçlusunun diğer mal ve haklarına başvurma olanağı da saklıdır. Ne var ki, borçlusunun diğer mal ve hakları üzerinde, kendisine teminat olarak verilen malda olduğu gibi bir önceliği yoktur. Burada alacaklının elde ettiği teminat, borçluya ait bir malın değerinden borçlunun diğer alacaklılarına göre öncelikle yararlanabilmektir. Alacaklıya aynı teminat veren borçlu değil de bir üçüncü kişiye, bu kişinin borçtan sorumluluğu teminat olarak verdiği malvarlığı unsuruyla sınırlıdır¹². Alacağını elde edemeyen alacaklı üçüncü kişi tarafından verilen teminatı paraya çevirebilir, ancak üçüncü kişiye ait diğer malvarlığı unsurlarına el atamaz. Buna karşılık borçlusuna ait ve haczi mümkün olan

9 Sabih Arkan, Marka Hukuku, Cilt II, Ankara 1998, s. 204; Ünal Tekinalp, Fikri Mülkiyet Hukuku, 3. bası, İstanbul 2004, s. 428-429; Özlem Tüzüner, Marka Rehni Sözleşmesi ve Uygulanacak Hukuk, İstanbul 2007, s. 26.

10 Tandoğan, Borçlar II, s. 688; Yavuz, s. 823. Rehin cirosunun gizli de olabileceği, böyle bir durumda, görünürdeki (muvazaa sebebiyle hükümsüz olan) tahsil cirosu veya temlik cirosu bakımından yerine getirilen şeklin gizli işlem durumundaki rehin cirosunun da şekil şartını yerine getirmiş sayılabileceği hakkındaki düşünce için bkz. Sirmen, s. 65, dpn. 164; Ergüne, s. 44, dpn. 115.

11 Kuntalp, Teminat Kavramı, s. 290.

12 Kuntalp, Teminat Kavramı, s. 290-291.

bütün malvarlığı unsurlarını değerlendirebilme imkanı devam etmektedir. O halde üçüncü bir kişiden aynı bir teminat elde eden alacaklı, bu teminatı, borçlusunun malvarlığına dahil haczi mümkün unsurlara ek olarak değerlendirebilecektir¹³.

Yapılan bu açıklamalar bir noktanın vurgulanmasını gerektirmektedir. Alacaklıya bir eşyanın teminat amacıyla devredilmesinde de, alacaklı söz konusu malın değerinden alacağının karşılanması için yararlanma yetkisini elde eder. Bu açıdan alacaklının durumu kendisine rehin hakkı kazandırılmış olmasından farksızdır. Borcun ifa edilmemesi üzerine, alacaklı, teminat amacıyla devredilen malın kendisinde kalmasına veya özel olarak (icraya başvurmadan) paraya çevrilmesine karar verebilir. Paraya çevirmeye karar verirse, elde ettiği tutardan alacağını tahsil edecek, artanını malı teminat amacıyla kendisine devredene verecektir. Teminat amacıyla devredilen malı paraya çeviren alacaklının elde ettiği tutarı bütünüyle alıkoyabileceğinin kararlaştırılması, lex commisoria yasağının ihlal edilmesi anlamına gelir. Alacaklı malın kendisinde kalmasına karar verirse, teminat amacıyla devri yapana, malın değerinin alacağı aşan kısmını karşılayan bir ödeme yapmalıdır. Böyle bir ödeme yapmaksızın malı alıkoyabileceğinin kararlaştırılması da lex commisoria yasağına aykırı düşer¹⁴.

Kişisel teminat sözleşmelerinde teminat alan alacaklının diğer alacaklılara göre öncelikle yararlanabileceği belli bir mal bulunmaz¹⁵. Burada ala-

13 Tandoğan, Borçlar II, s. 689.

14 İlhan Helvacı, Türk Medeni Kanuna Göre Lex Commisoria (Mürtehinin Merhunu Temlik) Yasağı, İstanbul 1997, s. 124; Saibe Oktay-Özdemir, Teminat Amaçlı Mülkiyet Devri Sözleşmeleri, Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, Prof. Dr. Aysel Çelikel'e Armağan, Yıl: 19-20 (1999-2000), Sayı: 1-2, s. 673; Rona Serozan, Mülkiyeti Saklı Tutma Anlaşması ve Teminaten Temlik, Prof. Dr. Erdoğan Moroğlu'na 65. Yaş Günü Armağanı, İstanbul 1999, s. 1004. Lex Commisoria yasağının teminat amacıyla temlik kurumuyla ilişkisi hakkında ayrıca bkz. Erden Kuntalp, Lex Commisoria Yasağı Kavramı, Koşulları ve Uygulama Alanı, İnan Kıracı'ya Armağan, İstanbul 1994, s. 159 vd.

15 Tandoğan, Borçlar II, s. 689; Nami Barlas, Türk Hukuk Sisteminde Banka Teminat Mektupları, İstanbul 1986, s. 26. Beck, aynı teminat sözleşmelerinde alacaklıya belirli bir malvarlığı unsurundan öncelikle yararlanma olanağı verildiğini belirttikten sonra, kanaatimce son derece tartışmalı bir önerme getirmektedir. Kefalet sözleşmesiyle aynı teminat sözleşmeleri arasında alacaklıya güvence verme amacı bakımından varolan özdeşlik, kefaletle ilişkin hükümlerin rehin kurma sözleşmesine kıyas yoluyla uygulanması olanağını peşin olarak reddetmeyi engelleyecektir. Bir başka deyişle, bu türlü bir

caklı, alacağının karşılanması için, borçlusunun malvarlığı yanında kişisel teminat veren kişinin malvarlığına da başvurabilme olanağını elde etmiştir. Alacaklıya borçlusu dışında birinin malvarlığına başvurabilme olanağı yaratmak kişisel teminat sözleşmelerinin temel mantığını oluşturur¹⁶. Buradan yola çıkılırsa, bir borcun ifa edileceği hususunda kişisel teminat veren **kişi** nin borçludan başka bir kişi olması gerektiği de ortaya çıkar. Bir kimsenin kendi borcunu yerine getireceği hususunda teminat vermesi, örneğin borcunu ifa etmezse sözleşme cezası ödemeyi kabul etmesi, kişisel teminat sözleşmesi olarak görülemez. Borçlunun borcunu hiç veya gereği gibi ifa etmezse sözleşme cezası ödemeyi üstlenmesi, aslında gerçek anlamıyla bir teminat vermek değildir. Borçlunun sözleşme cezası ödemeyi üstlenmesi, borcun hiç veya gereği gibi ifa edilmemesi üzerine alacaklının sahip olduğu imkanlarda bir değişiklik yaratmamakta, alacaklı sadece borçlunun malvarlığına başvurabilmektedir¹⁷. Sözleşme cezası ödeyecek olan borçlunun borcunun kapsamı genişlemekle birlikte, sorumluluğunun kapsamında bir genişleme olmamaktadır. Borçlu yine bütün malvarlığıyla sorumlu olmaya devam edecektir ve malvarlığı yeterli değilse sözleşme cezası ödeyecek olması alacaklı için herhangi bir yarar getirmeyecektir. Borçlu dışında bir kimse borcun hiç veya gereği gibi yerine getirilmemesi nedeniyle sorumluluk üstlendiği takdirde ki, alacaklı için gerçek bir teminat ortaya çıkmış olur. Borçlunun yeterli olmayan malvarlığına başvurmak yerine, kişisel teminat veren üçüncü kişinin çok daha elverişli durumdaki malvarlığından tatmin arama yoluna gidebilir.

Alacaklıya belirli bir teminat türünden söz edilmeksizin, genel olarak teminat sağlama taahhüdünde bulunulması da mümkündür. Böyle bir genel teminat sağlama taahhüdünün geçerliliği herhangi bir şekle tabi değildir. Verilecek teminatın ne olduğunun özel olarak belirtilmediği bu türden bir taahhütte, teminatın türünü belirleme yetkisinin taahhütte bulunana ait olduğu kabul edilebilir (TBK m. 87)¹⁸.

kıyas yoluyla uygulama kimi durumlarda mümkün olabilecektir. Emil Becl<, Das neue Bürgschaftsrecht, Kommentar, Zürich 1942, Art. 492, N. 76.

16 Tandoğan, Borçlar il, s. 689.

17 Tandoğan, Borçlar il, s. 689; (Hatemi/Serozan), Arpacı, s. 5 I9.

18 Kuntalp, Teminat Kavramı, s. 270-272.

il. Kişisel teminat sözleşmelerine genel bakış

A. Genel olarak

Borcun ifa edilmemesi riskinin borçlu dışında bir kişi tarafından üstlenildiği başlıca kişisel teminat sözleşmeleri, kefalet ve teminat amaçlı garanti sözleşmesi olarak karşımıza çıkmaktadır. Borcun ifa edilmemesine bağlı risk, borcun geçerliliği ve devamından bağımsız olarak üstleniliyorsa, teminat amaçlı garanti sözleşmesi söz konusu olur. Buna karşılık, verilen **kişisel** teminat asıl borcun geçerliliğine ve devamına bağlı ise, kefalet sözleşmesiyle karşılaşırız. Bir borç ilişkisi kurulurken borçlusunun ödeme gücüne güvenmeyen alacaklı, teminat elde etmek amacıyla, başka kişilerin de müteselsil borç altına girmesini isteyebilir. Borç ilişkisi kurulurken birden fazla kişinin müteselsil borç altına girmesi, alacaklının sorumlu tutabileceği kişilerin sayısını arttıracaktır. Yine alacaklıya teminat vermek amacıyla mevcut bir borca başkasının katılması da söz konusu olabilir. Mevcut bir borca katılan kişi de müteselsil borçlu durumuna geçecek ve alacaklının sorumlu tutabileceği kişilerin sayısı artacaktır. O halde, teminat amacıyla baştan müteselsil borç üstlenme veya mevcut bir borca sonradan katılma, kişisel teminat sözleşmeleri kapsamında görülebilir. Bu belirtilenlerin dışında, kredi emrinin (TBK m. 516), kıymetli evrak hukukundaki avalin (TIK m. 700-702) ve komisyoncunun verdiği özel teminatın (TBK m. 537) kişisel teminat sözleşmeleri arasında sayılması mümkündür. Sigorta sözleşmesi ve belgeli akreditifin kişisel teminat sözleşmesi olup olmadığı veya hiç olmazsa bazı durumlarda bu şekilde nitelendirilip nitelendirilmeyeceği tartışmalıdır¹⁹.

B. Mevcut borca katılma ve kişisel teminat sözleşmeleri arasındaki yeri

1. Mevcut borca katılma ve özellikleri

Mevcut bir borca katılma alacaklıya teminat verme amacına hizmet edebilir. Alacaklı, durumunu kuvvetlendirmek ve sorumlu tutabileceği kişilerin sayısını arttırmak için, borç ilişkisi kurulurken birden fazla kişinin müteselsil olarak borç altına girmesini isteyebileceği gibi, aynı amaçla, mevcut bir borca borçludan başka kişilerin katılmasını da isteyebilir. Bu türlü durumlarda, müteselsil borçluluk ve mevcut borca katılma birer teminat kurumu olarak

19 Tandoğan, Borçlar II, s. 689; (Hatemi/Serozan) Arpacı, s. 520.

işlev görcccklerdir²⁰. Ne var ki bir noktanın altını çizmek yararlı olacaktır. Mevcut bir borca katılmanın alacaklıya teminat verme amacına hizmet etmesi, katılmadan doğan borcun hukuki sebebinin "teminat" olduğu anlamına gelmez. Katılmaya konu olan (ilk) borcun hukuki sebebi neyse, katılma yoluyla ortaya çıkan borcun hukuki sebebi de odur. Örnek olarak, bir satış sözleşmesinden kaynaklanan satış bedelinin ödenmesi borcuna katılmayı ele alalım. Alıcının satış bedelinin ödenmesine ilişkin borcunun hukuki sebebi, "satış konusu malın mülkiyetinin devrine ilişkin bir alacak hakkı kazanmak" olarak ifade edilebilir. Bu sebep (causa credendi), satış bedelinin ödenmesine ilişkin borca katılan kişi açısından da borcunun hukuki sebebinin oluştu-
racaktır'.

-
- 20 Seza Reisoğlu, Türk Hukukunda ve Bankacılık Uygulamasında Kefalet, An.kara 1992, s. 73. Teminat amaçlı borca katılmadan başka, ilk borçluyu borçtan kurtarma amacına dayanan borca katılmanın olabileceğini söyleyenler de vardır. Bkz. Oruç Hami Şener, Sözleşmeyle Yapılan Teminat Amaçlı Borca katılma, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 11, Özel S.: 2009 (Basım Yılı: 2010), s. 1279. Teminat amaçlı ve borçluyu borçtan kurtarma amaçlı borca katılma ayrımı için ayrıca bkz. Kadir Berk Kapancı, Birlikte Borçlulukta Borçlular Arası İlişkiler, İstanbul 2014, s. 65.
- 21 Tandoğan, Borçlar il, s. 702. Gerçek anlamda birlikte borçluluğu ifade eden müteselsil borçluluk durumuyla gerçek olmayan birlikte borçluluğu birbirinden ayıran temel özellik, gerçek anlamda birlikte borçlulukta borçların hukuki sebebinin "aynı" olmasıdır. Gerçek olmayan birlikte borçluluk durumlarında, birden fazla borçlunun borcunun hukuki sebebi "aynı" olmayıp birbirinden farklıdır. Mevcut bir borca katılma gerçek anlamıyla bir birlikte borçluluk durumu ortaya çıkarır. Katılmanın konusunu oluşturan (mevcut) borçla, katılma yoluyla ortaya çıkan borç arasında "teselsül" söz konusu olur. O halde her iki borcun hukuki sebebi de özdeş olmak zorundadır. Buna karşılık, bir borcun ifası için kefil olan veya garanti veren kişilerin borcuyla asıl borcun hukuki sebepleri farklıdır. Bu olasılıkta gerçek olmayan birlikte borçluluktan söz edilir. Gerçekten de kefil olan veya garanti veren kişilerin borçları, kefalet veya garanti sözleşmelerine dayanır. Bu nedenle de kefilin veya garanti verenin borcunun hukuki sebebi, dar ve teknik anlamıyla "teminat verme" olarak görülebilir. Kefalet ve garantiyle teminat altına alınan borçların hukuki sebebi ise, hangi sözleşmeden kaynaklanıyorsa o sözleşmeye göre (örneğin satış sözleşmesine göre) belirlenecek ve teminat sebebinden farklı bir biçimde, örneğin alacak sebebi (causa credendi) olarak karşımıza çıkabilecektir. Hans Reichel, Die Schuldmitübernahme (Kumulative Schuldübernahme), München 1909, s. 49 vd, 74 vd, 84 vd. Mevcut bir borca katılmanın alacaklıya teminat verme yönünde bir etkisi olmakla birlikte, söz konusu teminat etkisi borca katılmanın hukuki sebebinin belirlemek bakımından esaslı bir unsur oluşturmaz. Borca katılma yoluyla ortaya çıkan borcun hukuki sebebi, zorunlu olarak, katılmanın konusunu oluşturan (ilk) borçla aynıdır. Beat Kleiner, Bankgarantie, 4. Auflage, Zürich 1990, s. 124-125. Borca katılanın borcunun hukuki sebebiyle katılmanın konusunu oluşturan (ilk) borcun hukuki sebebinin ayniyeti hakkında ayrıca bkz. Albino de Biasio, Der Übergang der Glaubigerrechte

Mevcut borca katılmaya yol açan sözleşme açısından iki olasılık öz konusu olabilir. İlk olarak, mevcut (ilk) borcun borçlusuyla borca katılacak kişi arasında alacaklı lehine bir sözleşme yapılabilir. Bu sözleşmede, borca katılan kişinin alacaklı karşısında borçluyla aynı derecede sorumlu olduğu kararlaştırılır. Öyle ki, alacaklı dilerse ilk borçluyla dilerse borca katılan kişiye başvurabilecektir. Mevcut bir borcun borçlusuyla bu borca katılmak isteyen kişi arasında yapılacak bu türden bir sözleşme, tam üçüncü **kişi** yaranna sözleşmenin özel bir uygulamasıdır. Alacaklının bu sözleşmeye dayanarak doğrudan doğruya borca katılan kişiden talepte bulunabilmesi, üçüncü kişi yararına sözleşmenin eksiledeğil de tam olduğunun göstergesidir. Ne var ki, borca katılmanın olağan şekli bu değildir. Borca katılmanın olağan olarak karşımıza çıkan türü, borca katılacak kişinin alacaklıyla anlaşması yoluyla gerçekleşir. Mevcut bir borca katılmak isteyen kişi, doğrudan doğruya alacaklıyla sözleşme yapar ve söz konusu borçtan ötürü bağımsız bir sorumluluk üstlenir. Bir başka deyişle, söz konusu borca ilişkin (kendisine yabancı) edimi "kendisine ait bir edime" dönüştürür²³. Borcun üstlenilmesinden farklı olarak, borcuna katılınan kişi borçtan kurtulmuş değildir. Alacaklı, dilerse

auf den Bürgen und dessen Regressrechte, Bem 1944, s. 4; Reisoğlu, **Kefalet**, s. 68; Hüseyin Murat Develioğlu, İsviçre Federal Mahkemesi'nin 23 Eylül 2003Tarihli Kararı Işığında Kefalet Sözleşmesi-Borca Katılma Aynını, Galatasaray Üniversitesi **Hukuk** Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Erden Kuntalp'e Armağan, C: I, Y: 3, S: 1, 2004/1, s. 308. Katılma yoluyla ortaya çıkan borcun hukuki sebebinin ilk borcun hukuki sebebiyle aynı olması, bizi dar ve teknik anlamıyla teminat verme sebebinin ötesine götürür. Ne var ki, alacaklı açısından teminat elde etme etkisi taşıması, mevcut borca katılmaya ilişkin sözleşmenin geniş anlamıyla "kişisel teminat sözleşmeleri" arasında kabul edilmesine yol açmaktadır. Bkz. Thomas Bar, Zum Rechtsbegriff der Garantie, insbesondere im Bankgeschäft, Zürich 1963, s. 24 vd, s. 31; Bruno Yon Büren, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Zürich 1964, s. 350. Konuya ilişkin olarak ayrıca bkz. Kapancı, Birlikte Borçluluk, s. 67-68.

22 Develioğlu, Borca Katılma, s. 301.

23 Matthias Neumayr, Persönliche Sicherungsgeschäfte-Abgrenzungs und Formfragen, FS für Heinrich Honsell, Besonderes Vertragsrecht- aktuelle Probleme, Zürich 2002, s. 492. Katılma yoluyla ortaya çıkan borcun kapsam ve içeriğinin belirlenmesinde, katılmaya konu olan borç esas alınır. Ne var ki bu kaçınılmaz bir kural değildir. Katılma yoluyla ortaya çıkan borcun kapsam ve içeriğinin katılmaya konu olan borçtan farklı olacağı, örneğin katılanın sorumluluk süresinin ilk borcun borçlusunun sorumluluk süresinden daha fazla olacağı kararlaştırılabilir. Bunun gibi, katılma yoluyla ortaya çıkan borcun kapsamının, ilk borca oranla daha dar veya daha geniş olacağı da kararlaştırılabilir. Bkz. Reichel, s. 60, 86; Hermann Becker, Bemer Kommentar zum ZGB, Obligationenrecht, I. Abteilung, Art. 1-183, 2. A., Bern 1941, Art. 143, N. 11; Yon Büren, s. 349.

ilk borçludan dilerse kendisiyle anlaşmak suretiyle borca katılan kişiden talepte bulunabilir. Böylelikle borca katılma "müteselsil borçluluk" ortaya çıkarnış olur²⁴.

Birden fazla kişinin baştan müteselsil borç altına girmesiyle, borca katılma yoluyla gerçekleşen müteselsil borçluluk arasında önemli bir fark vardır. Birden fazla kişinin baştan müteselsil borç altına girmesi durumunda, her bir müteselsil borçlunun borcu "doğuşta ve devamda" birbirinden bağımsızdır. Müteselsil borçlulardan birisi açısından söz konusu olan geçersizlik sebepleri, diğer müteselsil borçlular açısından bir etkide bulunmaz. Bir örnek vennek gerekirse, müteselsil borçlulardan birinin ehliyetsizliği veya herhangi bir irade sakatlığının etkisinde olması, sadece kendisi açısından geçerli bir borcun meydana gelmesini engeller. Bu durum, diğer müteselsil borçluların sorumluluğu üzerinde etkili değildir. Demek oluyor ki, baştan müteselsil borç altına girilmesi durumunda, her bir müteselsil borcun varlığını ve geçerliliğini ayrıca ele almak gerekir. Buna karşılık, borca katılma yoluyla müteselsil borçluluk durumunun ortaya çıkması, katılmaya konu olan borcun "mevcut ve geçerli" bir borç olmasına bağlıdır. O halde, borca katılma yoluyla müteselsil borç altına girme "doğuş itibarıyla fer'i" bir niteliğe sahiptir. Katılmaya konu olan borç herhangi bir sebepten (ehliyetsizlik, hukuka veya ahlaka aykırılık, imkansızlık gibi) ötürü geçersizse, katılmaya bağlı olarak geçerli bir borç ortaya çıkmaz. Borca katılan kişi, kendisinden talepte bulunan alacaklıya karşı, katılmaya konu olan borcun geçersizliğine ilişkin bir savunmada bulunabilir.

Mevcut ve geçerli bir borcun varlığını gerektirdiği için başlangıçta fer'i bir nitelik taşıyan borca katılma, devamı ve sona ermesi bakımından ilk borçtan bağımsız bir borcun doğmasına yol açar²⁵. Borca katılan kişi, borca katılma gerçekleştikten sonra ortaya çıkan ve ilk borçlunun yararlanabileceği savunma sebeplerinden yararlanamaz²⁶. Ne var ki, ilk borcun alacaklıyı tatmin edecek bir şekilde (örneğin ifa veya takas yoluyla) sona ermesi, borca katılmadan kaynaklanan borcu da sona erdirir.

24 Von Büren, s. 349;Turgut Akıntürk, Müteselsil Borçluluk, Ankara 1971, s. 75; Reisoğlu, Kefalet, s. 67.

25 Georg Hasler, Die Schuldubemahme in der Theorie und im schweizerischen Recht, Zürich 1911, s. 54; Theo Guhl, Das neue Bürgschaftsrecht der Schweiz, Zürich 1942, s. 34; de Biasio, s. 4; Bar, s. 25; Kleiner, s. 126; Neumayr, s. 483-484; Akıntürk, Müteselsil Borçluluk, s. 75; Tandoğan, Borçlar il, s. 702-703; Reisoğlu, Kefalet, s. 67; Develioğlu, Borca Katılma, s. 305-307.

26 Tandoğan, Borçlar II, s. 702; Reisoğlu, Kefalet, s. 68.

Borca katılan kişiyle ilk borçlu arasında teselsül bulunduğu için, alacaklı karşısında her biri borcun tamamından sorumludur. Ancak aralarındaki ilişki, borca katılan ve ilk borçlu sorumluluğu paylaşırlar. iç ilişkide her biri borçtan kendi payına düşenle sorumlu olacak ve alacaklıya payından fazla ifade bulunursa, payını aşan kısım için diğerine rücu edebilecektir²⁷.

2. Mevcut borca katılma, kefalet ve garanti sözleşmesi ayırımına bağlanan sonuçlar

Borca katılmaya ilişkin olarak yapılan açıklamalar, bu kurumun **kefalet**ten ve teminat amacı taşıyan garantiden ayrıldığı noktaları da ortaya koymaktadır. Borca katılma, katılmaya konu olan (ilk) borçla aynı derecede bir borcun ortaya çıkmasına yol açar. Borca katılmadan kaynaklanan borcun ilk borca oranla ikincilliğinden hiçbir biçimde söz edilemez. Buna karşılık kefilin borcu asıl borca oranla ikincil bir borçtur.

İkincillik, kefaletin bütün türlerinde az veya çok ortaya çıkar. Alacaklının önce esas borçluyu takip ve mevcut rehinleri değerlendirme zorunluluğu dikkate alınır, adi kefilin sorumluluğunun ikincil bir sorumluluk olduğu açıkça anlaşılır. Zarara (açığın kapatılmasına) kefalette ikincillik en üst düzeydedir. Adi kefilin tartışma def'inden yararlanamadığı ve esas borçlunun öncelikle takip zorunluluğunun ortadan kalktığı (esas borçlunun iflası gibi) olasılığında da, açığın kapatılmasına kefil olan kişi esas borçlunun seme-resiz kalacak bir biçimde takip edilmesini isteyebilir. Buna karşılık, müteselsil kefilin sorumluluğu bakımından ikincillik en alt düzeye iner. Ancak, ne olursa olsun, belirli oranda ikincillik yine de söz konusudur. Para borcu dışındaki bir borç için müteselsil kefil olunmuşsa, bu borcun ifa edilmemesi olgusu gerçekleşmeden müteselsil kefile başvurulamaz. Gerçi adi kefalette olduğu gibi esas borçlunun öncelikle takip edilmesi zorunluluğu yoktur. Ne var ki, para dışındaki bir edimi borçlanmış olan esas borçlunun borcu muaccel olmadan ve muaccel olduktan sonra da ifa edilmemesi olgusu gerçekleşmeden, belirli bir miktar para ödeyecek olan müteselsil kefilin talepte bulunulamaz. O halde, kefaletin ikincilliği, kefalet açısından zorunlu bir unsur olarak, birincil bir sorumluluk doğuran borca katılmadan önemli bir farklılaşmaya yol açar ve her iki kurumun kavramsal sınırlarının çizilmesinde önemli bir rol oynar²⁸.

İkincillik, kefalet sözleşmesinden başka, teminat amacı taşıyan garanti sözleşmesinde de karşımıza çıkar. Bu türlü ilişkilerde teminat veren bir

27 Reisoğlu, Kefalet, s. 68.

28 Reichel, s. 81 vd; Von Büren, s. 350; Kleiner, s. 125.

sonuç taahhüt etmekte ve ilçilncü kişiye ait bir borcun konusunu oluşturan edimin yerine getirileceğini garanti etmektedir. Bu edimin yerine getirilmemesi durumunda risk gerçekleşecek ve garanti verenin sorumluluğu ortaya çıkacaktır. Söz konusu risk gerçekleşmeden garanti verenin sorumluluğuna gidilememesi, ortada ikincil bir sorumluluk bulunduğunun göstergesidir. Sonuç olarak diyebiliriz ki, sorumluluğun ikfocilliği kefalet ve garanti **sözleşmelerinin** ayırıcı özelliği olup, bu özellik, söz konusu sözleşmelerin birincil bir sorumluluk doğuran borca katılmadan ayrılabilmesine hizmet eder²⁹.

Katılma yoluyla ortaya çıkan borçla katılmaya konu olan borcun birbirinden bağımsız olması, borca katılmayla kefalet arasında bir ayrım yapılmasına olanak verir. Borca katılmanın başlangıçta fer'i bir nitelik taşımamasına, bir başka deyişle, katılmaya konu oluşturacak (ilk) borcun mevcut ve geçerli olmasının gerekli bulunmasına rağmen, katılma gerçekleşikten sonraki aşamada "bağımsızlık" söz konusu olur. Katılmadan kaynaklanan borç, ilk borçtan bağımsız bir hukuki kader izler. Katılma yoluyla ortaya çıkan borcun ilk borçla aynı hukuki sebebe dayanması, gerçek anlamda bir birlikte borçluluk durumunun ortaya çıkmasına yol açar. Gerçek anlamıyla birlikte borçluluk durumu da, beraberinde, "borçların birbirinden bağımsız olması" sonucunu getirir. İlk borcun alacaklıyı tatmin edecek şekilde ortadan kalkmasının katılma yoluyla ortaya çıkan borcu da sona erdirici etki taşıması, fer'iliğin bir sonucu değildir. Bu sonuç, müteselsil borçların alacaklıyı tatmin etme ortak amacına yönelmesinden kaynaklanır. Müteselsil borçlar birbirinden bağımsız olsa da, alacaklıyı tatmin etme ortak amacına yöneldiklerinden birbirleriyle yarışan bir nitelik taşırlar. Bu nedenle birinin ifa (veya takas) yoluyla sona ermesi diğerini de sona erdirici etki yapar. Borca katılmadan kaynaklanan (katılana ait) borç, başlangıçta fer'i bir nitelik taşımakla birlikte sonradan bağımsızlaşır. Buna karşılık, kefilin borcu (sadece başlangıçta değil) her zaman için ve her aşamada fer'idir. Asıl borçtan ayrı bir hukuki sebebe (teminat sebebine) dayanan kefalet, borca katılmada olduğu gibi gerçek anlamıyla birlikte borçluluk durumunun değil, bir "yan" borçluluğun ortaya çıkmasına yol açar. Bu durum da, kefaletten kaynaklanan borcun her aşamada asıl borcun hukuki kaderini takip etmesi sonucunu doğurur³⁰. Kefaletin bu her aşamadaki fer'iliğinin sonucu, kefilin esas borçlunun yapabileceği (itiraz ve def'i türünden) bütün savunmaları yapabilecek olmasındadır. Bu o kadar öyledir ki, kefil esas borçlunun kişisel savunma-

29 Kleiner, s. 125.

30 Kleiner, s. 125-126; Tandoğan, Borçlar il, s. 702-704; Reisoğlu, Kefalet, s. 68.

larına bile dayanabilir. Esas borçlunun bazı yenilik doğuran halden (takas ve iptal hakkı gibi) kullanarak borcu ortadan kaldırma olasılığı bulunduğu sürece, kefil de alacaklının ifa talebini geçici olarak (belirsizlik ortadan kalkana kadar) reddedebilir. Borca katılan kişi, ilk borçluya birlikte müteselsil borçlu konumunda olduğundan, ilk borçluya ait kişisel savunma sebeplerinden yararlanamaz. Borca katılan için, sadece, alacaklıyla arasındaki kişisel ilişkilere veya katıldığı borcun kaynaklandığı borç ilişkisinden kaynaklanan savunma sebeplerine dayanma olanağı vardır. Borca katılmanın başlangıçta fer'i olması ve katılmanın konusunu oluşturan borç geçerli olduğu takdirde katılan için bir sorumluluk doğması, katılmaya konu olan borcun geçerliliğiyle ilgili savunma sebeplerine dayanma olanağını borca katılan kişiye sunar³¹.

Kefalet sözleşmesiyle mevcut borca katılma arasında yukarıda belirtilen temel farklar dışında, kefalet sözleşmesine özgü bazı hükümlerin uygulanmasının yaratacağı farklar da vardır. Örneğin kefil, esas borç muaccel olduktan sonra, alacaklıdan ya yapacağı ödemeyi kabul etmesini ya da kendisini kefaletten kurtarmasını isteyebilir (TBK m. 593). Buna göre, esas borç muaccel olduktan sonra alacaklının kefilin ifa önerisini haklı bir sebep olmadan kabul etmemesi, kefilin borcunun sona ermesine yol açacak, alacaklı temerrüdüne bağlı genel sonuçlar ortaya çıkmayacaktır. Alacaklının kefile karşı alacaklı temerrüdüne düşmesi, kendiliğinden kefaletten kaynaklanan borcun sona ermesine yol açmakta, bu sonucun gerçekleşmesi için kefilin borçlu olduğu tutarı tevdi etmesi gerekliliği bulunmamaktadır. Buna karşılık, borca katılan kişinin ifa önerisini alacaklının haklı sebep olmadan reddetmesi, alacaklı temerrüdüne bağlı genel sonuçların doğumuna yol açar. Borca katılan kişi, tevdi yeri tayin ettirip borç tutarını tevdi etmedikçe borcundan kurtulamaz (TBK m. 107). Borca katılan kişi, borcuna katılmış olduğu kişinin kusur ve temerrüdünün sonuçlarından sorumlu tutulamaz. Borca katılan kişiyle ilk

31 Reinickeffiedtke, alacaklıyla borca katılan kişi arasında, ilk borçluya ait her türlü savunma sebebinin (def'i ve itirazın) borca katılan tarafından kullanılabileceğinin kararlaştırılabileceğini belirtir. Borca katılan kişi, anlaşma yoluyla, ilk borçluya ait kişisel savunma sebeplerini de kullanabilir hale gelebilir. Böyle bir durumda, kefaletin borca katılmaya oranla daha hafif bir sorumluluk doğurduğu düşüncesi de büyük ölçüde etkisini kaybeder. Ne var ki, salt kefile özgü bazı savunmaların varlığından söz etmek ve kefaletin daha hafif bir sorumluluk doğurduğunu söylemek yine de mümkün olur. Örneğin tartışma def'i salt kefile özgü bir savunma sebebidir. Bunun gibi, esas borçlunun takas veya iptal beyanında bulunabileceğini, bu olasılık ortadan kalkana kadar ifadan kaçınacağını söyleyen kefil, salt kendine özgü (def'i türünden) bir savunmadan yararlanmıştır. Reinickeffiedtke, s. 15-16.

borçlu arasında "teselsül" bulunduğuna göre, müteselsil borçluluğailişkin TBK m. 165 uygulanacaktır. Bu düzenlemeye göre, müteselsil borçlulardan biri davranışıyla diğerlerinin durumunu ağırlaştıramaz. Buna karşılık, kefil, esas borçlunun kusur ve temerrüdünün yasal sonuçlarının sorumluluğunu taşır (TBK m. 589)³². Kefilin borcu esas borçtan önce muaccel olamaz. **Kefalet** sözleşmesinden kaynaklanan sorumluluğun fer'iliği, kefilin esas borçludan daha elverişsiz şartlarla sorumlu tutulmasına engeldir. Buna göre, esas borç muaccel olmadan kefilen talepte bulunulamaması, kefilin sorumluluğunun fer'iliğinin bir görünüm biçimini oluşturur. Borca katılmada, katılan kişinin borcunun içeriği, kapsamı ve tabi olduğu şartlar katılmaya konu olan(ilk) borç esas alınarak belirlenecekse de; bu zorunlu değildir³³. Borca katılan kişiyle ilk borçlu arasında teselsül bulunacağına ve müteselsil borçluların borcu birbirinden bağımsız olduğuna göre, katılma yoluyla ortaya çıkan (katılan kişiye ait) borcun ilk borca oranla daha önceki bir tarihte muaccel olacağının kararlaştırılması da pekala mümkündür.

Mevcut borca katılmayla kefalet sözleşmesinin birbirinden ayrılmasında en önemli noktayı oluşturan "fer'ilik", teminat amaçlı garanti sözleşmesinin mevcut borca katılmadan ayrılmasında aynı önemi taşımaz. Teminat amaçlı garanti sözleşmesinden doğan borç da, borca katılmadan doğan borç gibi "bağımsız" bir nitelik taşır. Ne var ki, teminat amaçlı garanti sözleşmesinden kaynaklanan borç başlangıçtan itibaren bağımsız bir nitelik taşır. Başlangıçta fer'i olmakla birlikte sonradan bağımsız bir borca yol açan borca katılmadan bu yönüyle farklılaşır³⁴. O halde, teminat amaçlı garanti sözleşmesi, iki temel noktada borca katılmadan ayrılmaktadır. Borca katılmadan kaynaklanan borcun hukuki sebebinin katılmaya konu olan borçla aynı olmasına karşılık, teminat amacıyla garanti veren kişinin borcunun hukuki sebebi "teminat venne" olarak kabul edilebilir. Bir edimin ifası hususunda garanti veren kişi, söz konusu edimin kaynaklandığı borç ilişkisinden ayrı bir hukuki ilişki oluşturan garanti sözleşmesi çerçevesinde borçlanmıştır ve garanti verenin borcunun hukuki sebebi alacaklıya "teminat" vermektir. Teminat amaçlı garantiyi borca katılmadan ayıran ikinci önemli nokta da, garanti verenin sorumluluğunun "ikincil" bir nitelik taşımasıdır. Borca katılan kişi katılmaya konu olan ilk borçla aynı derecede bir borç altına girmiştir. Bir edimin yerine getirileceğini garanti eden kişiye, bu edimin yerine getirilmemesi olgusunun gerçekleşmesine bağlı olarak ikincil bir sorumluluk

32 Tandoğan, Borçlar 11, s. 703-706; Reisoğlu, Kefalet, s. 68, 71-72.

33 Reichel, s. 60, 86; Becker, Art. 143, N. 11; Kleiner, s. 124.

34 Tandoğan, Borçlar 11, s. 840-841.

altına girmiştir. Öyle ki, garanti konusu edimin gerçekleşip **gerçekleşmeyeceği** henüz belli olmayan safhada (garanti konusu risk henüz **gerçekleşmemişken**), garanti verenin sorumluluğu da doğmamıştır³⁵.

Borca katılan kişinin alacaklıya ifada bulunması, kefilin veya teminat amacıyla garanti veren kişinin ifada bulunmasına oranla farklı sonuçlar doğurur. Kefil, alacaklıya yaptığı ödeme oranında alacaklının haklarına halef olacak ve yaptığı ödemenin bütünü için esas borçluya rücu edebilecektir (TBK m. 596). Mevcut bir borca katılan kişi, alacaklıya ifada bulunduğu takdirde halefiyet ayrıcalığından yararlanacak olmakla birlikte (TBK m. 168), gerçekleştirdiği ifanın tümü için değil, aralarındaki iç ilişkide kendisine düşen pay kadarıyla ilk borçluya rücu edebilecektir (TBK m. 167 f. 1)³⁶. Garanti veren tarafından gerçekleştirilen ifa halefiyet ayrıcalığı yaratmadığı gibi, garanti lehdarına (edimi garanti edilen kişiye) rücu edilebilmesini öngören özel bir kural da bulunmamaktadır. Genel hükümler çerçevesinde veya vekalet sözleşmesine dayanan bir rücu olanağının bulunup bulunmadığı da ayrıca incelenmek gerekir.

3. Mevcut borca katılma ve kefalet sözleşmesinin birbirinden ayrılması

a. Taraf iradelerinin belirlenmesi ve kefalet karinesi

Bir kişisel teminat sözleşmesinin nitelendirilmesinde sözleşmeyi yapan tarafların gerçek iradeleri esas alınır. Buna göre tarafların yanlışlıkla veya gerçek iradelerini saklamak için kullandıkları ifadelerle bakılmayarak, ortaklaşa sahip oldukları iradenin belirlenmesi gerekir (TBK m. 19 f. 1). O halde, aralarındaki sözleşme ilişkisini tanımlamak için tarafların kullandığı hukuki terimin nitelendirme sorununun çözümünde belirleyici bir rolü yoktur³⁷. Taraflarca aralarındaki teminat ilişkisini isimlendirmek için "kefalet",

35 Kleiner, s. 126. de Biasio, bu konudaki genel anlayışa uygun olarak, kefilin sorumluluğunun ikincilliğinin kefalet sözleşmesini borca katılmadan ve garanti sözleşmesinden ayıran bir özellik olduğunu belirtmektedir. de Biasio, s. 7, dpn. 7. Biz yukarıda açıklanan nedenlerle, geniş anlamıyla ikincilliğin kefalet ve garanti sözleşmesi arasında aynı yapıya hizmet eden bir özellik olmadığını, ancak, borca katılmadan kefaleti ayıran bir özellik olduğunu kabul etmekteyiz.

36 Reisoğlu, Kefalet, s. 68.

37 BGE 125 111 305. Kişisel teminat sözleşmesinin taraflarından birine yabancı olan bir dil kullanıldığı takdirde, sözleşme ilişkisini tanımlamak için kullanılmış olan terimin belirleyici özelliği daha da azalır.

·garanti", "birlikte borç üstlenme" gibi bir terimin kullanılmış olması, bu terimi gösterdiği sözleşmenin mevcudiyetine hükmetmek için yeterli değildir³⁸. irade açıklamasının bütünü dikkate alınarak belirli bir sözleşme tipinin mevcudiyeti hakkında yargıda bulunulmalıdır. Tarafların gerçek iradesinin belirlenmesi çabasında, sözleşmenin belirli bir hükmü bütünden kopararak ve tek başına ele alınarak bir değerlendirme yapılmamalıdır. Her bir hükmün ve kullanılan her terimin bağlamı göz önünde tutulmalıdır³⁹. Sözleşme ilişkisini çevreleyen bütün koşulların, bu arada sözleşmenin amacı ve taraflar arasındaki çıkar durumunun da nitelendirmede dikkate alınması gereklidir. Sözleşme ilişkisini çevreleyen bütün koşullar dikkate alınarak şu sorunun cevabı aranmalıdır: Teminat altına alınmak istenen borçtan bağımsız bir yükümlülük altına mı girilmek istenmiştir, yoksa fer'i bir yükümlülük mü kurulmak istenmektedir. Tarafların iradesi bağımsız bir yükümlülük kurulmuş yönündeyse, mevcut bir borca katılmanın söz konusu olduğu düşünülebilir. Buna karşılık fer'i bir yükümlülük kurulmak isteniyorsa, bir kefalet sözleşmesinin mevcut olduğu sonucuna varılabilir⁴⁰.

38 Neumayr, s. 491; Reisoglu, Kefalet, s. 81-82.

39 BGE 123111165.

40 BGE 125 III 305; Neumayr, s. 491; Reinicke/Tiedtke, s. 15; Tandoğan, Borçlar il, s. 706; Haluk Tandoğan, Bankaların Verdikleri Teminat Mektuplarının Hukuki Mahiyeti, II. Banka ve Ticaret Hukuku Haftası, Ankara 1962, s. 805. Bu arada aslılık-fer'ilik ölçütünden teminat ilişkisinin nitelendirilmesinde yararlanılamayacağını ileri süren yazarlar da bulunmaktadır. Bu yazarlara göre, teminat ilişkisinin asli veya fer'i bir yükümlülük doğurmuş olması, söz konusu ilişki nitelendirildikten sonra anlaşılacak bir husustur. Bir başka deyişle, yapılan nitelendirmeye bağlı olarak teminat ilişkisinin asli veya fer'i bir yükümlülük doğurduğu söylenebilir. "Sonuç" olarak ortaya çıkacak bir husustan, nitelendirmenin yapılmasında yararlanılması mümkün değildir. Heiriz Reichwein, Bankgarantie und Bürgschaft, SJZ 52/1956, s. 375; Daniel Guggenheim, Die Verträge der schweizerischen Bankpraxis, 3. Auflage, Zürich 1986, s. 148; Develioğlu, Borca Katılma, s. 310-311. Bu yaklaşım biçimine karşı çıkan Barlas, kanaatimce haklı olarak, sözleşmelerin tarafların o sözleşme ile elde etmek istedikleri sonuca (amaca) göre nitelendirilebileceğini, bu nedenle de aslılık-fer'ilik ölçütünden nitelendirme sırasında yararlanmanın mümkün olduğunu belirtmektedir. Yazarın belirttiğine göre, bu ölçütten yararlanılabilmesi, üstlenilmek istenen yükümlülüğün asli ya da fer'i niteliğine işaret eden belirtilerin bulunmasına bağlıdır. Barlas, Banka Teminat Mektupları, s. 34, dpn. 126. Ayrıca bkz. Nami Barlas, Kredi Kartı İlişkisinde Bankaya Karşı Verilen Kişisel Teminatın Niteliğinin Belirlenmesi, Prof. Dr. Ömer Teoman'a 55. Yaş Günü Annağani, İkinci Cilt, İstanbul 2002, s. 956, dpn. 36. Nitelendirmenin sonucunun, nitelendirmede kıstas olarak kullanılamayacağını ileri süren bir İsviçre Federal Mahkemesi kararını (BGE 56 II 381) değerlendiren Tandoğan, bu sonuca katılmamakta, bir sözleşmenin, tarafların o sözleşmeye bağladığı hükümler göz önünde tutularak nitelendirilmesinin pekala mümkün olduğunu belirtmektedir. Tandoğan, Borçlar il, s. 829.

Sözleşme ilişkisini çevreleyen bütün koşulları dikkate alarak, bu orada bazı yardımcı ölçütlerden yararlanarak yorum yapma gerekliliği, özellikle, tarafların çeşitli teminat sözleşmeleri arasındaki farkları bilmediği o/salıkı söz konusu olur. İş hayatında tecrübeli veya teknik hukuki bilgiye sahip kişilerin kullandığı ifadelerin, sözleşmenin nitelendirilmesinde daha etkili olması olağandır. Böyle bir kişinin, teminat verirken teminatın türünü "kefalet" veya "borca katılma" olarak belirtmiş olması, nitelendirmenin de bu doğrultuda yapılmasına yol açabilir. Buna karşılık tecrübesiz ve teknik hukuki bilgiden yoksun birisinin, teminat verirken bağımsız borç üstlendiğine dair bir ifade kullanmış olması, örneğin "birlikte borç üstlendiğini" belirtmesi, kefalet sözleşmesi yönünde yapılacak bir nitelendirmeye engel oluşturmaz. Somut olayı çevreleyen koşullar söz konusu kişinin fer'i bir sorumluluk altına girmek istediğini gösteriyorsa, lafzi olarak yapılan nitelendirmeye rağmen, bir kefalet sözleşmesinin yapıldığı sonucuna ulaşılabilir. İş tecrübesinden ve teknik hukuki bilgiden yoksun kişilerin, üstelik hatır için kişisel teminat yüklendiği durumlarda, sözleşmenin metninde yer alan "bağımsız bir sorumluluk üstlenildiği" ifadesinin ne anlama geldiği kendisine açıklanmalıdır. Bunun da ötesinde, kefalet türünü seçmemesinin ve kefile özgü himayeden yararlanmamasının sebeplerinin sözleşme metninde açıkça belirtilmesinin yerinde olacağı söylenebilir⁴¹.

Bazı durumlarda kişisel teminat verilmesine ilişkin bir sözleşme yapılırken son derece genel ifadeler kullanılır. Örneğin teminat veren, "bir başkasına ait borçtan ötürü sorumluluk üstlendiğini" veya "alacaklının zarar görmeyeceğini" belirtebilir. Bu ifadelerin ne anlama geldiğinin ve teminat sözleşmesinin türünün ne olduğunun yorum yoluyla ortaya koyulması gerekir. Ne var ki, gerçekte bir kefalet sözleşmesi yapılmak istenmiş, ancak, kefaletle ilişkin şekil kurallarına uyulmamışsa, bu sözleşmenin yorum yoluyla borca katılma olarak nitelendirilmesi ve kefaletle ilişkin şekil kurallarının uygulama dışı bırakılması engellenmelidir⁴².

Sözleşme ilişkisinin mevcut bir borca katılma olarak mı yoksa bir kefalet sözleşmesi olarak mı nitelendirileceği hususunda tarafların iradesinin ne olduğu belirlenemezse, çeşitli ölçütlerden yararlanarak bu konuda bir açıklık elde edilemezse, bir karineden yararlanılabilir. Buna göre kuşku durumlarda taraflar arasındaki teminat ilişkisinin "kefalet" olarak nitelendirilmesi gerektiği, teminat verenin "bağımsız" bir yükümlülük altına girmek istemediği kabul edilebilir⁴³. Ne var ki, bu karine devreye sokulmadan önce

41 Reinickeffiedtke, s. 16; Develioğlu, Borca Katılma, s. 312-313.

42 Reinickeffiedtke, s. 16.

43 Reinickeffiedtke, s. 16.

bazı ölçütlerden yararlanılması mümkün olabilir. Demek oluyor ki, kefalet karinesinin etkili olması son çaredir.

Tarafların iradesinin göstergesi olabilecek iki olgunun özel olarak ele alınması gerekir. Bu olgulardan biri, teminat verenin, teminat altına alınmak istenen borcun kaynaklandığı ilişkiden doğrudan doğruya "hukuki veya ekonomik bir çıkar" elde etmesidir. Diğeri de, teminat verildiği sırada, teminat altına alınan edimin yerine getirilmeyeceğinin açıkça ortaya çıkmış olmasıdır. Bu olguların varlığı, teminat verenin "bağımsız" bir yükümlülük altına girmek istediğini gösterebilir. Buna bağlı olarak kefalet karinesinden söz edilmesi de mümkün olmaz⁴⁴.

b. Taraf iradelerinin belirlenmesinde yardımcı ölçütler

Kişisel bir teminat verenin "başkasına ait bir yükümlülüğü kendi yükümlülüğü haline getirmek" ve böylelikle "bağımsız bir yükümlülük üstlenmek istediği" sonucuna ulaşılsa, borca katılmadan söz edilebilir. Teminat verenin iradesinin böyle bir sonuca yönelip yönelmediğini belirlemek ha-

44 Kuşku durumlarda kefaletin varlığının kabul edilmesi ilkesinin gerekçelendirilmesi açısından değişik yaklaşımlar gözlenmektedir. Neumayr, s. 492. Neumayr'ın bildirdiğine göre, pozitif hukukun kişisel teminata ilişkin sözleşmeler alanında "ana tip" olarak benimsediği sözleşme tipi kefalettir. Teminat sözleşmelerinin ana tipini ve klasik görünüm biçimini oluşturan kefaletin varlığının "asıl olarak" kabul edilmesi gerekir. Neumayr, s. 492. Kefalet karinesinin kabulü için genelde gösterilen gerekçe, kefaletin diğer kişisel teminatlara göre daha sınırlı bir sorumluluk doğurmasıdır. Kefili koruyucu nitelikteki hükümlere olabildiğince işlerlik kazandırılması gereği de, kefalet karinesinin kabulünde etkili olan bir diğer gerekçedir. Selahattin Sulhi Tekinay, Kefalet mi, Borcun Dış Yüklenilmesi (Borcun Nakli) mi, Mevcut Borca İltihak Mı, Üçüncü Şahsın Fiilini Taahhüt mü? İBD XXXII, N. 11-12, s. 237; Develioğlu, Borca Katılma, s. 318-319. Bu konuda daha yerinde gördüğümüz diğer bir düşünceye göre, borçlunun korunması düşüncesi bir yorum ilkesi olarak benimsenemez. Özel hukuk sistemimizde, özel olarak korunmasını gerektirecek bir konumu olmadıkça (sosyal, ekonomik ve entelektüel açıdan bağımlılık ve pazarlık gücünden yoksunluk gibi), salt borçlu olmak özel bir korunma gereğine yol açmaz. Aksinin kabulü anayasal eşitlik ilkesine aykırı düşer ve alacaklı karşısında borçlunun özel bir sebep bulunmadan öne çıkarılmasına yol açar. Kuşku durumlarda kefaletin varlığının kabul edilmesi, sorumluluk üstlenenin korunması ve daha dar kapsamlı sorumluluğun tercih edilmesi anlayışına değil, kefaletle ilgili emredici hükümlerin dolanılmasını engelleme kaygısına dayanmalıdır. Tandoğan, Borçlar II, s. 832; Barlas, Banka Teminat Mektupları, s. 39. Borçlunun korunmasının bir yorum ilkesi olamayacağı hakkında ayrıca bkz. Fikret Eren, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 9. bası, İstanbul 2006, s. 20.

kınımdan bazı "yardımcı" ölçütlerden yararlanılabilir. Bu yardımcı ölçütlerden ilki, teminat altına alınmak istenen borca ilişkin edimin yerine getirilmeyeceğinin, teminat sözleşmesinin yapıldığı sırada kesin denilebilecek bir şekilde ortaya çıkmış olmasıdır. Borç konusu edimin yerine getirilmeyeceği objektif bir değerlendirmeye bağlı olarak söylenebiliyorsa ve teminat verence bu durum bilinerek sorumluluk üstlenilmişse, durumun "fer'ilik" lehine bir yorum yapmaya elverişli olmadığı söylenebilir. Bir kimsenin ifa edilmeyeceğini bildiği bir borca ilişkin sorumluluk üstlenmesi, söz konusu borcu "kendisine ait bir borç" haline getirmek istediğinin göstergesidir. Böyle durumlarda mevcut bir borca katılmanın söz konusu olduğunu söylemek yadırgatıcı bir sonuç olmaz⁴⁵.

Sözünü ettiğimiz ölçüt "objektif" ve "sübjektif" unsurlardan oluşmaktadır. Objektif unsur, teminat altına alınmak istenen borcun konusunu oluşturan edimin yerine getirilmeyeceğinin objektif bir bakış açısıyla söylenebilmesidir. Sübjektif unsursa, bu durumun, kişisel teminat verilmesine ilişkin sözleşme yapıldığı sırada teminat verence biliniyor olmasıdır. Ne var ki, bu ölçütün yardımcı bir ölçüt olduğu gözden uzak tutulmamalı, teminata ilişkin sözleşmeyi çevreleyen bütün koşulların birlikte değerlendirilmesi gereğinden vazgeçilmemelidir. Buna göre, teminat altına alınmak istenen borcun ifa edilmeyeceğinin kesin olarak belirli olmasına rağmen, bir borca katılmanın söz konusu olmadığı sonucuna da pekala varılabilir⁴⁶.

Teminat verenin iradesinin belirlenmesinde başvurulabilecek bir diğer ölçüt, "kişisel çıkar" ölçütüdür. Kişisel bir teminat veren kişi, teminat konusu borcun kaynaklandığı borç ilişkisinin kurulmasında veya ifa edilmesinde "kişisel bir çıkara" sahipse, bu durumun mevcut borca katılma iradesinin göstergesi olduğu söylenebilir. Gerçekten de, teminat verenin kişisel çıkarının varlığı fer'i bir sorumluluktan yana tavır alınmasına engel olabilir. Bunun gibi, bir borcun borçlusunun ekonomik varlığının devamında çıkan olan kişi⁴⁷, söz konusu borcu teminat altına almak isterse, bu davranışının bor-

45 Neumayr, s. 492, 500-501; Reinicke/Tiedtke, s. 16-17; Develioğlu, Borca Katılma, s. 317-318.

46 Neumayr, s. 501.

47 Bir borcun borçlusunun ekonomik varlığının devam etmesine ilişkin çıkarın borca katılmanın varlığına yönelik bir gösterge olarak değerlendirilmesi tartışmalıdır. Gerçekten de, ulaşılabilecek sonuç, dolaylı ekonomik çıkarların dikkate alınıp alınamayacağı sorununda alınacak tavra bağlıdır. Teminat verenin dolaylı ekonomik çıkarlarının nitelendirmede esas alınması genellikle reddedilmektedir. Neumayr, s. 499.

ca katılma iradesini yansıttığı sonucuna varılabilir's. Belirtilen bu ölçüt de teminat verenin iradesinin saptanmasında yardımcı bir ölçütten ibarettir ve somut olayı çevreleyen diğer bütün koşullarla birlikte değerlendirildiğinde bir anlam ifade eder⁹.

"Teminat verenin kişisel çıkarı" ölçütü, bir görüşe göre, hem borca katılma ve kefalet sözleşmesi arasında bir ayırım yapılması yönünden, hem de garanti ve kefalet sözleşmeleri arasında ayırım yapılması yönünden yararlanılabilecek bir ölçüttür. Bu görüşe göre, teminat verenin kişisel çıkarı, borca katılma iradesinin göstergesi olabileceği gibi, garanti sözleşmesinin kurulmasına yönelik bir iradenin göstergesi de olabilir⁵⁰. Bir diğer görüş, kişisel çıkar ölçütünden, sadece, borca katılma ve kefalet arasında ayırım yapmak bakımından yararlanılabileceğini ileri sürmektedir. Bu düşünceye göre, teminat verenin kişisel çıkarı, borca katılmaya yönelik bir iradenin göstergesi olabilir. Buna karşılık, teminat verenin kişisel çıkarının bulunması, kefalet ve garanti sözleşmelerinin birbirinden ayrılmasında yararlanılabilecek ve garanti sözleşmesinin yapılmasına yönelik bir iradenin göstergesi olabilecek bir ölçüt değildir⁵¹.

48 Neumayr, s. 492-493; Tandoğan, Borçlar II, s. 707-708; Reisoğlu, Kefalet, s. 68-70; Develioğlu, Borca Katılma, s. 314-316.

49 Teminat verenin teminat konusu borcun kaynaklandığı hukuki işleme yönelik kişisel bir çıkara sahip olması, borca katılmanın söz konusu olduğuna ilişkin bir işaret olmakla birlikte, tek başına bu sonuca götüren bir etki taşımaz. Somut olayı çevreleyen diğer bütün koşullar, teminat verenin iradesinin "borca katılma" olduğu sonucuna götürebileceği gibi, kişisel çıkarın varlığına rağmen borca katılmayı reddetmeyi de gerektirebilir. O halde, teminat verenin kişisel çıkarın bulunması, birlikte değerlendirilmesi gereken pek çok unsurdan sadece biridir. Başlı başına kefaletin varlığını reddetmeye olanak vermez. Bkz. BGE 8111520; Neumayr, s. 494, dpn. 77'de ele alınan Ol. 02. 2001 tarihli Yüksek Mahkeme kararı. Reinicke/Tiedtke'de aynı düşünceyi ileri sürmüş, kişisel çıkar ölçütünün mutlak olarak sonuca götüren bir ölçüt olmadığını, kullanılabilecek birçok ölçütten sadece birisi olduğunu belirtmiştir. Somut olayı çevreleyen bütün koşulların kişisel çıkar ölçütüyle birlikte değerlendirilmesiyle ki güvenilir bir sonuca ulaşılabilir. Örneğin teknik hukuki bilgisi yüksek birisinin veya iş hayatında tecrübeli bir kişinin "kefil olduğunu" bildirmesi durumunda, teminata konu edimin yerine getirilmesinde kişisel bir çıkarı olduğu gerekçesiyle gerçekte borca katılmanın mevcut olduğunu söylemek pek yerinde olmaz. Diğer taraftan, verilecek teminatın türünü belirlemek tarafların serbestçe alacakları karara bağlıdır. Teminat veren için kişisel bir çıkarın mevcut olması zorunlu olarak "borca katılma" yoluna gitmeyi gerektirmez. Reinicke/Tiedtke, s. 16.

50 Teminat verenin kişisel çıkarı bulunmasının garanti sözleşmesine yönelik bir iradenin göstergesi olabileceği hakkında bkz. Reisoğlu, Kefalet, s. 86; Barlas, Banka Teminat Mektupları, s. 37.

51 Kleiner, teminat verenin kişisel çıkarı bulunmasının borca katılma ve garanti sözleş-

Teminat verenin kişisel çıkarından ne anlaşılması gerektiği de tartışılabilir. Nitelendirmede dikkate alınacak kişisel çıkarın olabildiğince dar anlaşılması gerektiği savunulmaktadır. Böylesine bir sınırlayıcı tutum, kuşku durumlarda kefaletin kabulüne ilişkin kuralın uygulama alanını genişletici etki yaratır. Kefalet karinesinin uygulama alanının alabildiğine genişlemesi, benimsenmesi gereken bir sonuçtur. Borca katılma nitelendirmesine yol açacak bir kişisel çıkar, doğrudan çıkar olarak görülebilmelidir. Dolaylı ekonomik çıkarların varlığı bu türlü bir nitelendirme için yeterli değildir. Teminat verenin teminat altına aldığı borcun kaynaklandığı borç ilişkisinden ekonomik anlamda bir yarar elde etmesi veya bu borç ilişkisi sayesinde bazı zararlardan uzak kalması, borca katılma yönünde nitelendirme yapılmasına olanak verecek bir "kişisel çıkar" olarak görülebilir. Bir kimse, bir borç için o borcun borçlusuyla birlikte sorumluluk üstlenirken, aynı zamanda, bu borç için kararlaştırılan karşı edimden bir yarar elde edecekse, borca katılmanın mevcut olduğu sonucuna varılabilir. Teminat verenin teminat konusu borç için kararlaştırılan karşı edimden yararlanacak olması, borca katılma yönünde nitelendirmeye yapmak için dikkate alınabilecek bir kişisel çıkardır⁵². Bu noktadan bakılırsa, bir borcun ifa edileceğine ilişkin teminat veren kişinin o borcun borçlusunun ekonomik varlığını devam ettirmesine ilişkin ekonomik bir çıkara sahip olması, borca katılmanın varlığının göstergesi olabilecek doğrudan bir çıkar değildir. Borca katılma yönünde nitelendirme yapmaya yeterli olmayacak dolaylı bir ekonomik çıkardır. Konuyu netleştirecek şöyle bir örnek düşünülebilir: Satış sözleşmesinden doğan satış bedelinin ödemesi borcuna ilişkin teminat veren kişi, satılan mal üzerinde bir hakka sahip olacaksa, borca katılma yönünde bir nitelendirme yapılabilir. Buna karşılık, bir ticaret ortaklığında yönetici ve büyük pay sahibi olan kişinin bu ortaklığın aldığı bir krediden kaynaklanan borç için sorumluluk üstlenmesi, başlı başına, bir kefaletin değil de borca katılmanın bulunduğunu göstermez. Büyük pay sahibi şirketin aldığı krediden dolaylı olarak yararlanacak olsa da, bu dolaylı ekonomik çıkar kefaletin varlığını kabul etmeye engel değildir. Teminat verenin gerçek iradesini ortaya koyacak başkaca unsurların da birlikte değerlendirilmesiyle, borca katılma veya kefalet nitelendirmelerinden

mesisi arasında ayırım yapılmasına olanak verecek yardımcı bir ölçüt olduğunu açıkça belirtmektedir. Yazara göre, teminat verenin teminat altına almak istediği borcun kaynaklandığı hukuki ilişkiye yönelik bir çıkarının bulunması, garanti sözleşmesine yönelik bir iradenin değil, borca katılmaya yönelik bir iradenin göstergesidir. Kleiner, s. 127. Ayrıca bkz. Neumayr, s. 493-495; Develioğlu, Borca Katılma, s. 315-316.

52 Reinicken-"iedtke, s. 16.

hangisinin tercih edileceğini belirlemek gerekir. Borca katılmanın göstergesi olabilecek kişisel çıkar, teminat verme anı dikkate alınarak belirlenmelidir⁵³.

Kefalet sözleşmesiyle borca katılma arasında ayırım yapılmasına hizmet edebilecek bir diğer ölçüt, "üstlenilen sorumluluğun ikinci illiğine" vurgu yapılmasıdır. Teminat verenin "*borçlu ifada bulunmadığı takdirde kendisinin sorumlu olacağını*" belirtmesi, kefalet sözleşmesinin yapılmasına **yönelik** bir iradenin göstergesidir. Buna karşılık, teminat verenin "*belirli bir tarihe kadar ifada bulunmayı*" taahhüt etmesi, borca katılmaya ilişkin bir belirti olarak kabul edilebilir⁵⁴.

Borca katılma ve kefalet arasında ayırım yapılması için önerilmiş, ne var ki, böyle bir ayırımın yapılmasına gerçekte olanak vermediğini düşündüğüm ölçütler de bulunmaktadır. Bu ölçütlerden ilki şudur: Borca katılan katıldığı borcun borçlusunun edimini aynen yerine getirmekle yükümlüdür. Buna karşılık kefil, kefaletle konu borcun borçlusunun edimini aynen yerine getirmeyip bu edimin yerine getirilmemesi sebebiyle bir miktar para ödeyecektir. O halde, teminat verenin hangi edimi yerine getireceğine bakılarak teminatın türü hakkında bir nitelendirme yapılabilir. Bu ölçütün yerinde olmadığı ve kefaletle borca katılmanın birbirinden ayrılmasına hizmet etmeyeceği ortadır. Borca katılma, katılan kişiyle ilk borçlunun müteselsil borçlu olmasına yol açar. Müteselsil borçlulukta ise, her bir müteselsil borçlu tarafından yerine getirilecek edimin birbirinden farklı olarak belirlenmesi mümkündür. Borca katılanın yerine getirmekle yükümlü olduğu edim ilk borçlunun edimiyle kural olarak aynı olacaksa da, bu kuralın dışına çıkılması ve borca katılan kişi için ilk borçlunun ediminden farklı bir edim belirlenmesi mümkündür⁵⁵. Diğer taraftan, kefil kural olarak esas borçlunun edimini aynen yerine getirmeyecek ve bir miktar para ödeyecek olsa da, esas borçlunun edimine uygun bir ifade bulunma olanağı kefil için açıktır. Kefil böyle bir yola gitmeyi tercih ettiği takdirde, alacaklının herhangi bir üçüncü kişi için TBK m. 83 uyarınca açık olan bir olanağı kefinden esirgemesi düşünülemez⁵⁶.

53 Neumayr, s. 499. Bkz ve karşı. Develioğlu, Borca Katılma, s. 314-315.

54 Tekinay, Kefalet, s. 237; Reinicke/Tiedtke, s. 17; Tandoğan, Borçlar il, s. 706; Reisoğlu, Kefalet, s. 68-69; Develioğlu, Borca Katılma, s. 317.

55 Bar, s. 26; Akıntürk, Müteselsil Borçluluk, s. 90; Tandoğan, Borçlar il, s. 708; Reisoğlu, Kefalet, s. 77-78.

56 Reisoğlu, Kefalet, s. 8. Ne var ki, Reisoğlu'nun aynı yerde belirttiği gibi, kefilin bir miktar para ödemek yerine esas borçlunun edimini aynen yerine getirmek zorunda olduğunun kararlaştırılmış olması, kefalet olarak isimlendirilmesine rağmen gerçekte

Kefaletle borca katılma arasında ayırım yapılması için önerilen, ne var ki, aynı ölçüde elverişsiz olduğu söylenebilecek bir diğer ölçü⁵⁷ üstlenilen sorumluluk için "ivaz" kararlaştırılmış olup olmadığını esas alır. Bu ölçüde göre, üstlenilen sorumluluk için "ivaz" kararlaştırılmışsa borca katılma, "ivaz" söz konusu değilse kefalet söz konusu olur⁵⁸. Kefilin ivazsız olarak sorumluluk üstlenmesi, kefalet sözleşmesi için zorunlu bir unsur değildir. Kefalet sözleşmesinde alacaklının yerine getireceği bir "karşı edim" kararlaştırılabileceğinden, söz konusu ölçütün kullanılması yanıltıcı olabilir⁵⁸.

C. Teminat amaçlı garanti sözleşmesi ve kişisel teminat sözleşmeleri arasındaki yeri

1. Teminat amaçlı garanti sözleşmesinin özellikleri

Kişisel teminat verilmesine ilişkin sözleşmeler arasındaki yerinin ve ayırıcı özelliklerinin belirlenmesi gereken sözleşme, genel olarak garanti sözleşmesi değildir. Garanti sözleşmesinin bir görünümü olan "*teminat amaçlı*" garanti sözleşmesinin bu açıdan ele alınması önem taşır. Garanti sözleşmesi denildiği zaman homojen bir kavramdan söz ediliyor değildir. Çeşitli görünüm biçimleri olan bir sözleşme kategorisi ifade edilmektedir. Garanti sözleşmesi olarak ifade edilebilecek bütün bu sözleşmelerde, garanti veren kişi, garanti alanın karşı karşıya olduğu ekonomik bir riski üzerine almaktadır. Teminat amaçlı garantileri garanti sözleşmesinin diğer görünüm biçimlerinden ayıran nokta, garanti verenin üstlendiği riskten kaynaklanmaktadır. Garanti verenin üstlendiği risk "*bir borcun konusunu oluşturan edimin yerine getirilmemesi*" olarak karşımıza çıkıyorsa, teminat amaçlı bir

borca katılmaya ilişkin bir sözleşmenin yapılmış olduğunu gösterir. Bu konuda ayrıca bkz. Barlas, Kredi Kartı, s. 964; Develioğlu, Borca Katılma, s. 317. Kefilin esas borçlunun edimini yerine getirmesi durumunda, üçüncü kişi sıfatıyla mı yoksa kefil sıfatıyla mı ifade bulunduğu sorunu ortaya çıkar. Alacaklıya halef olma sonucunun gerçekleşmesi için "kefil" sıfatıyla bir ifade bulunulması gerekir. Kuşku halinde, esas borcu aynen ifa eden kefilin, alacaklıyla anlaşarak "ifa yerine edimde bulunmuş" olduğu, bu nedenle "kefil" sıfatıyla bir ifanın gerçekleşmiş olduğu sonucuna varılabilir. Nami Barlas, Kefalet Hukukuna İlişkin Bazı Sorunlar ve Yargıtay Uygulaması, Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu, XXI (9-10 Aralık 2005), Ankara 2006, s. 44.

57 Bu ölçüt için bkz. Akıntürk, Müteselsil Borçluluk, s. 89; Tandoğan, Borçlar II, s. 708-709; Reisoğlu, Kefalet, s. 69.

58 Tandoğan, Borçlar II, s. 709; Reisoğlu, Kefalet, s. 5-6; Develioğlu, Borca Katılma, s. 317.

garanti sözleşmesiyle karşı karşıya bulunduğumuz söylncbilir⁵⁹. Bu tür garanti sözleşmelerinde, tıpkı kefalet sözleşmesinde olduğu gibi, bir borcun veya bir borç ilişkisinden kaynaklanan çeşitli borçların yerine getirileceği hususunda teminat verilmekte ve "alacaklı" konumunda bulunan bir **kişinin** alacağını elde etmemesi durumunda ortaya çıkacak zararın karşılanacağı taahhüt edilmektedir. Söz konusu garantiler, bu noktada, kefalet sözleşmesiyle bir benzerlik taşımakla birlikte, çok önemli bir "yapısal" farkla kefalet sözleşmesinden ayrılmaktadırlar. Kefalet sözleşmesinde, kefalet konusu borcun varlığına, geçerliliğine, dava ve takip edilebilirliğine bağlı olarak teminat verilmiştir. 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 sözleşmesi, garanti konusu borcun varlığı, geçerliliği, dava veya takip edilebilirliğinden "bağımsız" bir sorumluluk doğurur⁶⁰. Verilen garanti, aslında, borca ilişkin olmayıp, borcun konusu

59 Teminat amaçlı garanti sözleşmesi tabiri için bkz. Tandoğan, Borçlar il, s. 804. _Reisoğlu, söz konusu garanti sözleşmesi türünü, başkasının fiilini taahhüt şeklindeki garanti sözleşmesi olarak isimlendirmektedir. Reisoğlu, Kefalet, s. 79. Nitekim Reisoğlu, daha önce yayınlanmış bir başka eserinde de aynı isimlendirmeyi kullanmakta ve "başkasının fiilini taahhüt şeklindeki garanti mukaveleleri, birçok hallerde kefaletle zahiren büyük yakınlık gösterirler" demektedir. Seza Reisoğlu, Garanti Mukavelesi, Ankara 1963, s. 62. Barlas, sözü edilen garanti sözleşmesi türünün "teminat amaçlı garanti" deyimini ifade edilmesini yerinde bulmamaktadır. Yazara göre, teminat verme amacı bütün garanti sözleşmelerinde ortaya çıkar. Saf garanti sözleşmelerinin de teminat amacına dayandığı söylenebilir. Garanti sözleşmesi, garanti verenin garanti alanı yönlendirdiği davranıştan kaynaklanan rizikoları üstlenmesini ve bu yolla garanti alana teminat vermesini içermektedir. Garanti alanın yönlendirildiği davranış, "belirli bir kişiyle bir borç ilişkisine girme" olabileceği gibi "bir yatırım yapma" da olabilir. Garanti sözleşmesi, yönlendirilen bu davranışın rizikolarının garanti verene aktarılmasını amaçlar. O halde, "teminat amaçlı garanti sözleşmesi" yerine "kefalet benzeri garanti sözleşmesi" deyimini kullanmak daha yerinde olacaktır. Barlas Kredi Kartı, s. 948, dñn. 18. Ayrıca bkz. Barlas, Bazı Sorunlar, s. 56, dñn. 14. Konuya ilişkin olarak "kefalet benzeri garanti" deyiminin kullanılması için ayrıca bkz. Kleiner, s. 27 vd; Guggenheim, s. 146; Claire Huguenin, Obligationenrecht, Besonderer Teil, 2. Auflage, Zürich-Basel-Genf 2004, s. 187; Arif Kocaman, Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 4. 7. 2001 Tarih ve E. 2001/19-534, K. 2001/583 Sayılı Karan Üzerine Bir Değerlendirme-Kredi Kartı İlişkisinde Bankaya Karşı Yerilen Kişisel (Şahsi) Teminatın Hukuki Niteliği: Garanti mi Kefalet mi, Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu, XIX, 10 Mayıs 2003, Ankara 2003, s. 70.

60 Barlas, Bazı Sorunlar, s. 56, dñn. 14. Fer'i bir teminat yükümlülüğü, her zaman için, bir borcun ifasına ilişkindir. Başka bir deyişle, fer'i bir teminat yükümlülüğü, bir edimi,

olan edime ilişkindir. Bu nokta, teminat amaçlı garanti sözleşmesi ve kefalet sözleşmesi arasında aynın yapılmasında belirleyici ve kesin ölçütü de vermektedir. Kişisel teminat verilmesine ilişkin bir sözleşme yapan tarafların iradesi, teminat veren için bağımsız bir sorumluluk doğurmak yönündeyse garanti sözleşmesinin, fer'i bir sorumluluk doğurmak yönündeyse **kefalet** sözleşmesinin bulunduğu söylenebilecektir. Tarafların iradesinin hangi yönünde olduğu araştırılarak, bu iradeyi ortaya koyacak olan çeşitli yardımcı ölçütlerden yararlanılacaktır. O halde teminatı amaçlayan garanti sözleşmesi, bir borcun konusunu oluşturan edimin yerine getirileceği hususunun, borcun varlığı, geçerliliği ve dava/takip edilebilirliğinden bağımsız olarak teminat altına alındığı sözleşme olarak tanımlanabilir. Böylesine bir tanımda "*borç*" değil, "*borcun konusunu oluşturan edim*" kavramı öne çıkmaktadır. **Kefil**, borçlunun "*ödeme gücüne*" veya "*borcun ifa edileceğine, borçlunun kusurlu olarak borca aykırılık etmeyeceğine*" ilişkin olarak teminat verirken, teminat amaçlı garanti sözleşmesinde, "*belirli bir edimin*" gerçekleşeceğine ilişkin olarak teminat verilir". Bu açıdan, teminat amaçlı garanti sözleşme-

geçerli bir borca konu olduğu ve dava/takip edilebildiği ölçüde teminat altına almıştır. Kleiner, s. 28, 3I. Teminat amaçlı garanti sözleşmesinden doğan borcun "bağımsız" olması "soyut" olması anlamına gelmez. Teminata konu olan borç ilişkisinden "bağımsız" bir yükümlülük doğuran teminat amaçlı garanti sözleşmesi, "soyut" bir borç doğurmaz. Garanti verenin borcunun bir "sebebi" vardır ve bu sebep garanti sözleşmesinden anlaşılmaktadır. "Bağımsızlık" ve "soyutluk" kavramlarının farklılığı ve birinin yerine diğerinin kullanılmaması gerekliliği hakkında bkz. Fahrettin Aral, Teminat **Mektup**larında Lehdar ile Muhatap ve Lehdar ile Banka Arasındaki Hukuki İlişki, Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, Aralık 2007, C: XXIV, S: 2, s. 190-191.

- 61 Dar anlamıyla teminatı amaçlayan bir garanti sözleşmesi, bir borcun konusu olan edimi, söz konusu borcun geçerli olup olmadığına ve dava/takip konusu olup olmayacağına bakmaksızın teminat altına alır. O halde, teminatın konusunu "bir borcun ifası" olarak ifade etmek doğru olmayıp, "bir sonucun ortaya çıkması" olarak ifade etmek gerekir. Kefil, sadece, bir borcun borçlusunun ödeme gücüne sahip olduğunu teminat altına alırken, garanti veren bunun ötesine geçer. Garanti veren, bir borcun varlığına, geçerliliğine, dava/takip edilebilirliğine ilişkin de teminat verir. Bar, s. 8, 21; Kleiner, s. 33-35; Georges Scyboz, Garantievertrag und Bürgschaft, Schweizerisches Privatrecht, Bd. VII, Obligationenrecht, Besondere Vertragsverhältnisse, 2. Halbband, Basel-Stuttgart 1979, s. 324, 33 I. Silvio Giovanoli, Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Band IV, II. Abteilung, 7. Teilband, Bem 1978, Art. 492, N. 13. Her ikisi de teminat verme amacına hizmet eden kefalet ve garanti sözleşmeleri, teminat veren kişiyle alacaklı arasında yapılır. Ne var ki, kefalet sözleşmesinin esas borçluya ilişkin bir teminat kurumu olarak nitelendirilmesi mümkünken, garanti sözleşmesinin alacaklıya ilişkin bir teminat kurumu olarak ele alınması daha yerinde olur. Bu nedenledir ki, kefil, esas borçlu açısından mevcut, geçerli ve dava edilebilir bir borç söz konusu olduğu sürece

sinde bir "*sonuç taahhüdünün*" bulunduğu söylenebilir. Bu belirtilen anlamıyla teminatı amaçlayan garanti sözleşmesi, yasa tarafından düzenlenmiş "tipik" bir sözleşme olan kefaletin aksine, tipik olmayan (isimsiz) bir sözleşmedir⁶².

sorumluluk altına girerken, garanti veren, alacaklının bir edime kavuşma çıkannı: bir başka deyişle, alacaklı açısından bir sonucun gerçekleşmesini teminat altına alır. Dieter Zobl, Die Bankgarantie im schweizerischen Recht, Bemer Bankrechtstag, Band 4, Personalsicherheiten (Herausgeber Wolfgang Wiegand), Bem 1997, s. 32-33.

- 62 Garanti sözleşmesiyle üçüncü kişinin fiilini üstlenmeyi konu alan TBK m. 128 (OR Art. 111) hükmünün arasındaki ilişkinin ele alınması bakımından farklı görüşler ortaya atılmıştır. Bir düşünceye göre, TBK m. 128 (OR Art. 111) hükmüyle garanti sözleşmesinin düzenlendiği kabul edilmelidir. Daha ağırlıklı görünen bir diğer düşünce ise, TBK m. 128 (OR Art. 111) düzenlemesinin garanti sözleşmesinin özel bir türünü ele aldığını ileri sürer. Buna göre, teminat altına alınan husus üçüncü bir kişinin belirli bir edimi yerine getirmesiye, bir başka deyişle, teminat veren üçüncü kişi tarafından belirli bir edimin yerine getirilmemesi rizikosunu üstleniyorsa, TBK m.128 düzenlemesinin kapsamına giren bir garanti sözleşmesinin varlığından söz edilebilir. Bu konuda ileri sürülen görüşler için bkz. Beck, Einl., N. 18; Giovanoli, Art. 492, N. 13 vd; Scyb⁶², 324 vd; Zobl, s. 28-29; Reisoğlu, Kefalet, s. 78; M. Kemal Oğuzman/M. Turgut Oz, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 2005, s. 800, dpn. 11; Barlas, Kredi Kartı, s. 945, dpn. 12; Ünal Tekinalp, Banka Hukukunun Esasları, İstanbul 1988, s. 378-379. Ne var ki, TBK m. 128 (OR Art. 111) hükmüyle düzenlenen üçüncü kişinin fiilini üstlenme ve garanti sözleşmesinin birbirinden ayrı kurumlar olduğunu ileri sürenler de olmuştur. Örneğin bkz. Reichwein, s. 376; Guggenheim, s. 153; Tandoğan, Borçlar il, s. 849 vd. Üçüncü kişinin fiilini üstlenmeyi düzenleyen TBK m. 128 hükmünün teminat amaçlı garanti sözleşmelerinden söz ettiği kabul edilse bile, bu durum, genelde garanti sözleşmesinin, özel olarak da teminat amaçlı garanti sözleşmesinin yasa tarafından düzenlenmiş olduğunu ve "tipik" bir sözleşme olarak kabul edilmesi gerektiğini göstermez. Bir sözleşmeyi "tipik" hale getiren, o sözleşmeden yasanın söz etmesi değildir. O sözleşmeye özgü denebilecek temel sorunların yasa tarafından düzenlenmiş olmasıdır ki, tipiklikten söz etmeyi mümkün kılar. Yasanın kefalet sözleşmesine özgü denebilecek bütün temel sorunları düzenlemesinden yola çıkarak bu sözleşmenin "tipik" bir sözleşme olduğu söylenebilirken, yasanın sözünü etmekle birlikte hiçbir temel ve özgül sorununu düzenlememiş olduğu garanti sözleşmesinin "atipik" bir sözleşme olduğu kabul edilmelidir. TBK m. 128 hükmünün üçüncü kişinin fiilini üstlenmeye yönelik garanti sözleşmelerinin sözünü etmekle yetindiği (ki bu bile tartışmalıdır), bu sözleşmelere ilişkin hiçbir sorunun çözümünü içermediği ortadadır. Bu nedenle, TBK m. 128 hükmünün tarihsel kökeninden bağımsız bir şekilde bir sözleşme tipini düzenler hale geldiği ve teminat amaçlı garanti sözleşmesinin zorunlu unsurlarının TBK m. 128 hükmünden çıkarılabileceğini ileri süren Yüce'nin düşüncesine katılmaya olanak yoktur. Bkz. Melek Bilgin Yüce, Garanti Sözleşmesinin Bir Türü Olarak Üçüncü Kişinin Fiilini Taahhüt Sözleşmesi, İstanbul 2007, s. 12-13, s. 18. Yargıtay da, teminat amaçlı garanti sözleşmesiyle TBK m. 128 hükmünde ele alınan üçüncü kişinin fiilini

Teminat amaçlı garanti sözleşmesi kavramının altında bulunan ve Kmanı, sözleşmesinin diğer türünü oluşturan sözleşmeler, "Saf garanti sözleşmeleri" veya "yöneltmeyi amaçlayan garanti sözleşmeleri" olarak isimlendirilmiştir. Bu tür garantilerde, garanti veren tarafından, "bir borcun komünunu oluşturan edimin yerine geliri/memesi" dışındaki riskler üstlenilir. Belirli bir bölgede belirli bir faaliyette bulunması istenen kişiye, o kişiyi böyle bir faaliyete yönleltmek için, söz konusu faaliyete bağlı olarak belirli bir kazancı mutlaka elde edeceği garantisinin verilmesi gibi. Bir ortaklığa ait pay senetlerinin belirli bir miktar kar getireceği garantisi veya açığı kapatma garantileri de, saf garanti sözleşmelerine verilen tipik örneklerdir. O halde, bir borç ilişkisiyle ilgili olmayan rizikoların üstlenilmesini konu alan garanti sözleşmeleri, saf garanti sözleşmesi olarak adlandırılacak, bu sözleşmelerle garanti alanın bilimsel veya ekonomik bir girişiminin sonuçları garanti edilebilecektir⁶³.

2. Teminat amaçlı garanti sözleşmesi ve kefalet sözleşmesi ayrımına bağlı sonuçlar

Kefalet ve garanti sözleşmesi ayrımına bağlı olarak ortaya çıkacak en önemli pratik sonuç farkı, kuşkusuz, teminat verenin sorumluluğu bakımındandır. Kefilin sorumlu tutulabilmesi, esas borç mevcut, geçerli ve dava edilebilir olduğu ölçüde mümkündür. Fer'iliğin olağan bir sonucu olarak, kefil, esas borçluya ait her türlü savunmaya -bu savunmaların itiraz veya def'i türünden savunmalar olması bakımından bir fark gözetilmeksizin- sahip sayılır. Kefilin esas borçlunun ödeme güçsüzlüğünden kaynaklanan savunma sebeplerine dayanması, kefaletin niteliği gereği (kefaletin zaten bu olasılık

üstlenmeye ilişkin sözleşme arasında tam anlamıyla bir paralellik kurmaktadır. Bu paralelliğin en açık biçimde kurulduğu bir karar olarak, 13 HD'nin 18. 4. 1995 tarihli ve E. 1995/2878, K. 1995/3954 sayılı karar zikredilebilir. Bu karar için bkz. YKD, C: 21, S: 9, T: Eylül 1995, s. 1422 vd.

- 63 Saf garanti sözleşmesi kavramı hakkında bkz. Kleiner, s. 23 vd; Tandoğan, Borçlar il, s. 805 vd; Barlas, Kredi Kartı, s. 948-949, Kadir Berk Kapancı, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Açısından Satış Hukukunda Ayıptan Doğan Sorumluluk ve Sözleşme- se! Garanti Taahhütleri, İstanbul 2012, s. 115-116. Saf garanti sözleşmeleriyle teminatı amaçlayan garanti sözleşmesinin karşılaştırılması ve birbirinden farklı olduğu noktalar için bkz. Tandoğan, Borçlar il, s. 808. Saf garanti sözleşmelerine yöneltmeyi amaçlayan garantiler de denmesi Barlas tarafından doğru bulunmamaktadır. Belirli bir hareket tarzına yöneltmeyi amaçlama her türlü garanti sözleşmesinde karşılaşılan bir özelliktir. Kefalet benzeri garanti sözleşmelerinde de, garanti alan, belirli bir kimse ile borç ilişkisi kurmak şeklinde bir hareket tarzına yöneltmek istenir. Barlas, Kredi Kartı, s. 948, dpn. 17.

için verildiği dikkate alınır) mümkün değildir. Garanti sözleşmesi, kefaletin aksine, garanti veren açısından asli (bağımsız) bir yükümlülük doğurur. Garanti veren, lehine teminat verdiği kişiye ait savunma sebeplerine dayanamaz. Garanti veren açısından, garanti alanla kendi arasındaki kişisel ilişkilerden kaynaklanan savunma sebepleriyle birlikte, garanti sözleşmesinin bünyesinden kaynaklanan savunmalara dayanmak söz konusu olabilir⁶⁴.

818 sayılı (eski) Borçlar Kanunu çerçevesinde kefalet sözleşmesi bakımından söz konusu olan şekil ve ehliyet sınırlamaları teminat amaçlı garantiler bakımından söz konusu değildi. Bu durumun uygun olmayan sonuçlar doğurması kaçınılmazdı. Teminat amaçlı garanti sözleşmesinin kefalete oranla daha sert bir sorumluluk doğurduğu göz önünde tutulursa, şekil ve ehliyet bakımından kefalete oranla daha hafif bir rejime bağlanması çelişkiliydi. 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu bu çelişkili durumu ortadan kaldırmıştır. Gerçekten de TBK. m. 603 kefalete ilişkin şekil ve ehliyet sınırlamalarının uygulama alanını genişletmiştir. Bundan böyle, gerçek kişiler tarafından verilen her türlü kişisel teminat, kefalete ilişkin şekil ve ehliyet sınırlamalarına uyulmasını gerektirecektir. Teminat amaçlı garanti sözleşmelerinin de bu hükmün kapsamına girdiği açıktır⁶⁵.

Kefil, alacaklıyı tatmin ettiği oranda ona halef olur ve halefiyete dayanarak esas borçluya rücu edebilir. Garanti sözleşmesi yasada düzenlenmiş bir sözleşme tipi olmadığından rücu sorunu da yasal olarak ele alınmış değildir. Buna bağlı olarak, garanti alana ifade bulunan garanti veren, yasal bir halefiyete dayanarak lehine garanti verdiği kişiye rücu edemez⁶⁶.

64 Garanti verenin, kendisiyle garanti alan arasındaki ilişkiden kaynaklanan savunma sebepleriyle, garanti sözleşmesinin bünyesinden kaynaklanan savunma sebeplerini ileri sürebilmesi olanağı hakkında bkz. Seza Reisoğlu, Banka Teminat Mektupları ve Kontregarantiler, Ankara 2003, s. 61 vd.

65 Teminat amaçlı garanti sözleşmesi, kefalete ilişkin şekil ve ehliyet sınırlamalarına bağlı olmadığı takdirde, şekil bakımından geçersiz bir kefalet sözleşmesini garanti sözleşmesi sayarak ayakta tutma çabasına da sık olarak rastlanabilecektir. Guhl, s. 30; de Biasio, s. 4. Kefalet belgesinde kefilin sorumluluk sınırı gösterilmediği için şeklen geçersiz olan kefalet sözleşmesini, şekle bağlı olmayan garanti sözleşmesine tahvil ederek ayakta tutma düşüncesi için bkz. Aydın Zevkliler/Ayşe Havutçu, Zevkliler Borçlar Hukuku, Özel Borç ilişkileri, 9. Baskı, Ankara 2007, s. 372. Böyle bir tahvil kanaatimce mümkün olmamak gerekir. Şekle aykırı bir kefalet sözleşmesiyle sorumluluk üstlenmek isteyen kişinin, şekle aykırılığın yol açacağı geçersizliğin farkında olsaydı, çok daha sert bir sorumluluğu beraberinde getirecek garanti sözleşmesini yapmayı kabul edeceği peşin olarak söylenemez. TBK. m. 603, bu türlü tahvil iddialarının da önünü kesecektir.

66 Garanti ve kefalet sözleşmelerinin karşılaştırılması, aralarındaki ayrıma bağlı olarak ortaya çıkacak farklar için bkz. Beck, Einl., N. 19-20; Tandoğan, Borçlar il, s. 818 vd; Reisoğlu, Kefalet, 79 vd; Barlas, Kredi Kartı, s. 950-951; Barlas, Bazı Sorunlar, s. 56-57.

Her iki sözleşme tipi bakımından başlıca farklı noktalar yukarıda belirtildiği gibi olmakla birlikte, kefalet sözleşmesinin yasanın düzenlenmiş bir sözleşme olmasının beraberinde getirdiği başka farklılıklar da bulunmaktadır. Yasa, kefilin esas borçlu ve alacaklıyla olan ilişkilerini ayrıntılı olarak ele almıştır (TBK m. 589-597). Bundan başka, kefaletin sona ermesine ilişkin olarak da ayrıntılı bir yasal düzenleme vardır (TBK m. 598-601), Garanti sözleşmesinin atipik bir sözleşme olmasına bağlı olarak, bütün bu noktalarda düzenleme eksikliği mevcuttur. Bu durumda, teminat veren için bir sorumluluk süresi belirlenmesi her iki sözleşme tipi açısından farklı sonuçlar doğuracaktır.

3. Teminat amaçlı garanti sözleşmesinin kefalet sözleşmesinden ayrılması ve yapılacak yorumun dayanakları

a. Genel olarak

Kişisel bir teminat verilmesine ilişkin bir sözleşmede, tarafların bu sözleşme ilişkisini nasıl nitelendirdiği önemli olmayıp, taraflarının gerçek iradesi doğrultusunda bir nitelendirme yapılması gerekir (TBK m. 19 f. 1). Teminat sözleşmelerinde, tarafların sözleşmeyi nitelendirmek için kullandıkları deyimler genellikle gerçek iradelerini yansıtmaz. Tarafların "garanti" sözleşmesinden söz ettikleri yerde kefalete yönelik bir irade taşımalarına veya "kefil" olmaktan söz ederken garanti sözleşmesi kurmak istemelerine sık olarak rastlanır⁶⁷. O halde tarafların gerçek iradelerinin neye yönelik olduğunun yorum yoluyla ortaya koyulması gerekir.

Tarafların dahil oldukları çevre, bazı durumlarda, aralarındaki sözleşmeyi bilinçli olarak nitelendirdiklerini ve hukukî deyimleri anlamlarını bile rek kullandıklarını söylemeye olanak verir⁶⁸. Ne var ki tarafların böylesine

67 Beck, Einl., N. 22; Reisoğlu, Kefalet, s. 81-82. Reichwein tarafından aktarılmış bir Federal Mahkeme karar bu bakımdan ilginçtir. Karara göre, bankalar, uğraşı alanlarında hem kefalet sözleşmesini hem de garanti sözleşmesini sık olarak yaparlar. Üstelik bu sözleşmeler arasındaki teknik hukuki ayrımı bildikleri de söylenebilir. Buna rağmen, iki banka arasında kurulan sözleşmelerde garanti denmesine rağmen kefalet sözleşmesinin kast edildiği haller sık olarak gözlenebilir. Reichwein, s. 375.

68 Barlas, Kredi Kartı, s. 954. Bankaların kullandıkları formüllerde "kefalet" teriminin yer alması yapılan sözleşmenin kefalet olduğuna ilişkin önemli bir belirti oluşturur. Buna karşılık "garanti" teriminin kullanılması aynı açıklığı taşımaz. Garanti deyiminin kullanılmış olmasına rağmen gerçekte bir kefalet sözleşmesinin kast edilmiş olması mümkündür. Özellikle uluslararası işlemlerde "garanti" tabirinin kullanılması kefalet olarak yapılacak bir nitelendirmeyi engellemez. Uluslararası alanda "guarantee" de-

bir hukuki bilinç içinde olmalarına pek sık rastlanmaz. Bu yüzden de, genellikle, onların ne söyledik/erine değil ne istediklerine bakmak gerekecektir.

Yapılacak yorumda öncelikle sözleşmenin lafzından yola çıkılacak, taraflarca kullanılan ifadelerin ne anlama geldiğine bakılacaktır. Ne var ki, sözleşmenin lafzıyla mutlak bir bağlılık gözetilmeyip, taraflarca kullanılan ifadelerin dışında kalan olgulara başvurulması da gereklidir. Tarafların gerçek iradelerini ortaya koymak adına yapılması gereken, sözleşmeyi çevreleyen bütün maddi olguları değerlendirmektir. Sözleşme ilişkisini çevreleyen bütün maddi olguların (bu olguların sözleşmeye ilişkin olarak düzenlenmiş belgenin metninde bir dayanağının bulunması gerekmez⁶⁹) değerlendirilmesiyle ulaşılan sonuç, teminat verenin fer'i bir sorumluluk altına girme iradesi taşıdığı yönünde olabilir. Bu olasılıkta, kefalet sözleşmesinin bulunduğu söylenecektir. Buna karşılık, sözleşmeyi çevreleyen maddi olguların değerlendirilmesinden teminat veren için bağımsız bir sorumluluğun amaçlandığı anlaşılabılır. Bu olasılıkta da bir garanti sözleşmesinin bulunduğu kabul edilecektir.

b. Yapılacak yorum için sözleşmenin lafzında yer alan dayanaklar

ba. Yasal bir tanımın kullanılması

Sözleşmenin lafzında nitelendirmeye olanak verecek işaretlerden biri şu şekildedir: Yasada yer alan bir tanım kullanılmışsa, tarafların, kullandıkları yasal tanımın ilişkin olduğu sözleşmeyi kurmayı amaçladığı söylenebilir. Örneğin, TBK m. 581 hükmünde yer alan kefalet sözleşmesine ilişkin tanımın taraflarca aynen kullanılmış olması, kefalet sözleşmesinin yapılmak istendiğinin göstergesidir. Bunun gibi, TBK m. 586'da müteselsil kefaleti anlatmak için başvurulmuş ifadelerin kullanılmış olması⁷⁰, taraf iradelerinin

yimi hukuki açıdan garanti sözleşmesini değil kefalet sözleşmesini işaret eder. Buna karşılık "indemnity" deyimi bağımsız bir teminat taahhüdünün göstergesidir. Guggenheim, s. 146-147; Zobl, s. 33-34. Ayrıca bkz. Kocaman, Karar İncelemesi, s. 75.

69 Buna karşılık, aksi düşüncüyü savunanlar ve yorumda esas alınan olguların sözleşmeye ilişkin belgenin metninde bir dayanağının bulunmasını arayanlar da vardır. Bu düşüncenin değerlendirilmesi ve eleştirilmesi için bkz. Reinickeffiedtke, s. 26-30.

70 818 sayılı (eski) Borçlar Kanunu'nun müteselsil kefaletten söz eden 487. maddesinde önemli bir aksaklık bulunmaktaydı. Bu maddede, borçlu ile beraber, müteselsil kefil ve müşterek müteselsil borçlu sıfatıyla sorumluluk üstlenen kefilden söz edilmekte, müteselsil borçluluk ve kefalet gibi yan yana gelmesi mümkün olmayan kavramlar birlikte kullanılmaktaydı. Uygulamada da yasadaki ifadeyi aynen kullanma kaygısı göz-

kefalet sözleşmesine ilişkin olduğunu söylemeye olanak verir⁷¹.

bb. Bir borcun ifasının veya bir edimin yerine getirilmesinin teminat altına alınması

Sözleşmede "*bir borcun ifasının teminat altına alınmak istendiği*" şeklinde bir ifade kullanılması, teminat verence fer'i bir yükümlülük üstlenilmek istendiğini gösterir. Buna karşılı  geçerli bir borcun konusunu oluşturup oluşturmadığından bağımsız olarak bir edimin teminat altına alınması söz konusuysa, bir garanti sözleşmesinin yapılmak istendiği sonucu  ıkanabilir.

lerunekteydi. Uygulamada karşılaşılan sözleşmelerde yasadaki aksak ifadenin kullanılması, kefalet sözleşmesinin yapılmak istendiğine ilişkin bir işaret olarak g i ebilirdi. TBK. m. 586'da sözünü ettiğimiz aksaklık d zelti miş, kefilin, müteselsil kefil veya bu anlama gelen herhangi bir ifadeyle sorumluluk üstlenmesinden söz edilmiştir.

- 71 Kleiner, s. 36-37. Teminat taahhüdünün, sorumluluğun asliliği veya fer'iliği hakkında açık ifadeler içermesinin her zaman mümkün olmadığının altını çizen Barlas, başkaca hareket noktalarından yola çıkararak aslilik veya fer'ilik hakkında sonuca ulaşmak **gerekeceğini** belirtmektedir.

Barlas, Kredi Kartı, s. 956-957. Sorumluluğun fer'iliği veya asliliğinin teminat taahhüdünün niteliğinin belirlenmesinden sonra ortaya çıkacak bir sonuç oldu  nitelendirilmesinin sonucundan yola çıkılarak nitelendirme yapılamayacağı, bu nedenle sorumluluğun asliliği veya fer'iliğinin nitelendirmede kullanılabilecek bir ölçüt olamayacağı düşünülebilir. Nitekim bkz. Reichwein, s. 375; Guggenheim, s. 148; Develioğlı, Borca Katılma, s. 310-311. İsviçre Federal Mahkemesinin bir kararında bu yolda bir eğilim ortaya çıkmıştır. BGE 56 II 381. Bu karan değerlendiren Tandoğan, isabetli olarak, bir sözleşmenin tarafların o sözleşmeye bağladığı hükümler göz önünde tutularak nitelendirilmesinin mümkün olduğunu belirtmektedir. Tandoğan, Borçlar II, s. 829. Buna göre, tarafların teminat veren için fer'i veya asli bir sorumluluk istediklerini gösteren açık veya örtülü ifadelerden yola çıkarak sözleşmenin nitelendirilmesi yoluna gidilebilecektir. Bu da, aslilik veya fer'iliğin kefalet ve garanti sözleşmesi arasında aynın yapılmasında kullanılabilecek bir ölçüt olduğunu gösterir. Hatta bu ölçüte, söz konusu ayırmada kesin sonuç veren yegane ölçüt gözüyle de bakılabilir. Barlas, Kredi Kartı, s. 955. Aynca bkz. Barlas, Banka Teminat Mektupları, s. 34, dpn. 126. Nitekim teminat sözleşmesinde, temel borç ilişkisinden kaynaklanan savunmaların hiçbir biçimde teminat verence kullanılamayacağı belirtilmiş olabilir. Bu türlü bir ifade teminat veren için fer'i bir yükümlülüğün istenmediğini de gösterir. Temel borç ilişkisinden kaynaklanan savunmalardan teminat verence vazgeçilmiş olması, asli bir yükümlülük altına girme iradesini gösteren bir davranıştır. Temel borç ilişkisinden kaynaklanan savunmalardan vazgeçme yoluyla asli bir borç altına girildiğinin anlaşılması, bir kefalet sözleşmesinin değil bir garanti sözleşmesinin mevcut olduğunu kesin olarak gösterir. Demek oluyor ki, üstlenilen sorumluluğun aslı mı yoksa fer'i mi olduğunu ortaya koyan ifadeler nitelendirmede yararlanabilecek kesin dayanak noktalan olmaktadır. Kleiner, s. 48-49; Zobl, s. 34.

. Ne varki, uygulamada, uzman olmayan kişilerin, bi brcun ifasının teminat altına alınmasıyla, borçtan bağımsız olarak bir edimin gerçekleşeceğine alışkın teminat verilmesi arasındaki farkı tam olarak algıladıkları her zaman söylenemez. O halde, tarafları tam anlamıyla hukuki bilince sahip kişiler olarak kabul etmek ve kullandıkları ifadelerin ne anlama geldiğine ilişkin bir zihin açıklığına sahip saymak her zaman gerçekçi olmaz. Tarafların kullandığı ifadeler, çoklukla, gerçek iradelerine ilişkin zayıf işaretlerdir. Taraflarca sarf edilen her bir sözün kullanıldığı bağlam içerisinde ele alınması gerçek iradenin göstergesi olabilecek diğer bütün işaretlerle birlikte göz önünde tutulması gerekir⁷².

be. Teminat verenin sorumluluğunun koşulları ve kapsamının soyut olarak belirlenmesi

Kefil esas borcun ifası bakımından kişisel sorumluluk üstlenmiştir. Kefilin sorumluluğunun doğup doğmadığını, eğer doğmuşsa kapsamı belirlemek bakımından; kefaletle teminat altına alınmış borcun ve bu borcun kaynaklandığı borç ilişkisinin dikkate alınması gerekmektedir. Teminat amacıyla garanti veren kişi, borç konusu bir edimin yerine getirilmemesi riskini üstlenmiştir. Bir açıdan onun teminatının da bir borca ilişkin olduğu söylenebilir. Ne var ki, bu teminat, borca ilişkin olsa da, borcun geçerliliğinden bağımsız olarak verilmiştir. Teminat amacıyla garanti verenin sorumluluğunun koşulları ve kapsamı, teminatın ilişkin olduğu borçtan bağımsız olarak ve soyut bir biçimde tanımlanabilir. Bu yapılmadığı takdirde, garanti verenin sorumluluğuna gidilebilmesi için, dikkatleri teminatın ilişkin olduğu borca çevirmek gerekecektir. Söz konusu borcun yerine getirilmemesi yüzünden garanti alanın uğradığı zararın kapsamı ortaya koyulmalıdır ki, garanti verenin sorumluluğunun kapsamı belirlenebilsin. Ne var ki, garanti verenin sorumluluğunun fer'i olmaması, genellikle, bu kişi tarafından yapılacak ödemenin koşulları ve kapsamının teminatın ilişkin olduğu borçtan bağımsız olarak tanımlanmasına yol açar. Kişisel teminat veren kişi bağımsız bir yükümlülük altına girmek istemiyorsa, üsteleneceği yükümlülüğün şartlarını ve kapsamını soyut olarak belirlemekten kaçınma eğilimindedir. Teminat altına almak istediği temel borç ilişkisine atıf yapmakla yetinir. Fer'i bir yükümlülük altına girme iradesi, yükümlülüğün şartları ve kapsamı belirlenirken bağlı hareket etme ve temel borç ilişkisine atıf yapma olasılığını arttırır. O halde, teminat verenin yerine getireceği edimin koşulları

72 Kleiner, s. 41.

ve kapsamının bağımsız olarak tanımlanma derecesi, söz konusu teminatın niteliğine ilişkin bir işaret olarak kabul edilebilir. Teminat verenin yerine getireceği edimin koşulları ve kapsamı bağımsız olarak (teminatın ilişkin olduğu borçtan soyut olarak) tanımlandığı ölçüde, bir garanti sözleşmesi yapıldığına ilişkin belirtinin yoğunluğu da artar. Teminat verenin yükümlülüğü bütünüyle teminat altına alınan borç ilişkisine atıf yoluyla belirlenmişse, bu durum, söz konusu sözleşmenin fer'i bir yükümlülük doğurduğuna ilişkin önemli bir belirti oluşturur⁷³.

bd. Teminat konusu edimin açıkça ve somut ayrıntılar verilerek tanımlanması

Teminat sözleşmesinde teminat altına alınmak istenen edimin açıkça ve somut ayrıntılar verilerek tanımlanması yoluna gidilebilir. Bu durumda, açıkça ve somut ayrıntılar verilerek tanımlanmış edimin gerçekleşmemesi riskin doğması anlamına gelecek ve teminat verenin sorumluluğu söz konusu olacaktır. Örneğin, *"belirli bir malın belirli bir miktarının, belirlenen bir tarihte teslim edilmemesi"* üzerine teminat veren için sorumluluğun doğacağı kararlaştırılmış olabilir. *"Belirli bir malın belirli bir miktarının, belirli*

73 Bar, s. 65; Kleiner, s. 37-38; Tandoğan, Borçlar il, s. 823; Fahrettin Aral, Banka Teminat Mektuplarının Hukuki Niteliği ve Kefaletten Farkları, Prof. Dr. Fikret Eren'e Armağan, Ankara 2006, s. 138-139; Barlas, Kredi Kartı, s. 957 vd. Ne var ki, Guggenheim, temel borç ilişkisine atıf yapılmış olmasının kefalet sözleşmesinin varlığını gösteren bir işaret olarak değerlendirilmesini uygun bulmamaktadır. Kefalet benzeri garantilerde bir borca ilişkin teminat verilmek istendiğine göre, temel borç ilişkisine atıf yapılması mümkündür. Bu durum, temel borç ilişkisine atıf yapılması olgusuna ayırımında kullanılacak bir işaret niteliği tanımayı şüpheli hale getirir. Guggenheim, s. 147. Benzer bir düşünce için bkz. Zobl, s. 34. Giovanoli'nin konuya ilişkin yaptığı açıklama da aynı doğrultudadır. Yazara göre, teminat altına alınmak istenen edimin bir borcun konusunu oluşturması ve kişisel teminat verilmesine ilişkin sözleşmenin metninde bu borca atıf yapılmış olması, yapılan sözleşmeyi bir garanti sözleşmesi olarak nitelendirmeye engel değildir. Giovanoli, Art. 492, N. 13 a. Temel borç ilişkisine yollamada bulunulmasına bakılarak, kefalet sözleşmesi lehinde bir nitelendirme yapmanın doğru olmayacağına ilişkin olarak ayrıca bkz. Sabih Arkan, Kredi Kartıyla İlgili Olarak Verilen Güvencenin Hukuki Niteliği, Bilgi Toplumunda Hukuk, Ünal Tekinalp'e Armağan, Cilt: 1, İstanbul 2003, s. 986. 11 HD'nin 28. Ol. 2002 tarih ve E. 2001/10654, K. 2002/506 sayılı kararında, konuya değinilmektedir: "Garanti veren bağımsız bir borç altına girmekte olup, bu yükümlülüğün başka bir borç ile ilgisi yoktur. Kefalette ise asıl olan bir başka borcun (temel ilişki) olması ve verilen teminat ile o borcun ödenmesinin sağlanmasıdır. Doktrine göre de, bir başka borç ilişkisine yollamada bulunulması fer'ilik karinesini teşkil eder". YKD, C: 28, S: 8, T: Ağustos 2002, s. 1192.

bir tarihte teslim edilmesi .. olarak tanımlanmış edimin bir borcun konusunu oluşturduğuna şüphesiz mümkündür. Ne var ki, sözleşmede teminat altına alınma istenmediği için borçtan soyutlanarak ve bağımsız olarak tanımlanması yoluna gidildiğine göre, bir borcun ifasının değil, bir sonucun ortaya çıkmasının teminat altına alınmak istendiğini düşünmek daha makul görülmektedir. Böylece bir Uşuncenin de, belirli bir sonucun ortaya çıkmasına yönelik bir garanti verildiğini kabul etmeye yol açması doğaldır⁷⁴.

Tarafların soyut olarak tanımladıkları edimin gerçek/eşmeme ile ilgili, ki ne ilişkin bir teminat amaçladıkları, söz konusu edimin geçerli bir borcu, konusunu oluşturup oluşturmadığıyla ilgilenmedikleri söylenebildiği "Çıkarımda kefalet düşüncesinden uzaklaşırız. Teminat altına alınan edimi ayrıca vebağımsız olarak tanımlamak yoluna gitmeyen, bu edimi konu alan borcu bu bulamakla yetinen tarafların da, bağımsız bir sorumluluk yaratmak istemeleri kolaylıkla söylenemez. Sözleşmede, teminatın konusunu oluşturan edimin açık ve ayrıntılı olarak tanımlanmasıyla yetinilmiş ve söz konusu edimi konu alan borçtan hiç söz edilmemişse, hatta temel borç ilişkisiyle ilgili en ufak bir değinme bile yer almıyorsa, bağımsız bir yükümlülüğün arzu edildiğine ilişkin belirti oldukça kuwetlenmiş demektir. Teminat altına alınmak istenen edimin açık ve ayrıntılı olarak tanımlanmasıyla birlikte, bu edimi konu alan borcun kaynaklandığı temel ilişkiye de değinilmiş olabilir. Böylece d11rumlarda bağımsız bir yükümlülük üstlenilmek istendiğine ilişkin belirti zayıflar. Ne var ki zayıflamış da olsa böyle bir belirtiden söz edilmesi yine de mümkündür⁷⁵.

be. Belirli belgelerin ibrazı veya ibraz edilmemesi üzerine ödeme yapılacağına kararlaştırılması

Kefaletle konu olan borcun ifa edilmediği veya gereği gibi ifa edilmediği olgusu, genellikle, belirli belgelerle ispatlanamaz. Kefilin sorumluluğuna gitmek için, esas borçlunun ifaya yönelik fiili gerçekleştirip gerçekleştirmediğinin incelenmesiyle yetinilemez. Kefaletle konu olan borç veya borçların kaynaklandığı hukuki ilişkinin bütünüyle ele alınması, sağlıklı bir sonuca varılabilmesi için zorunludur. Kefalet konusu borcun kaynaklandığı borç ilişkisinin varlığı ve geçerliliğinin saptanması, ayrıca bir karşı edim kararlaştırılmışsa bu karşı edimin yerine getirilip getirilmediğinin ele alınması, kefilin sorumluluğuna gidilebilmesi için kaçınılmazdır. Kefaletle konu olan borç açısından zamanaşımının gerçekleşip gerçekleşmediği, bu borcun

74 Kleiner, s. 39; Tandoğan, Borçlar11, s. 823-824; Guggenheim, s. 147-148; Barlas, Kredi Kartı, s. 957-958.

75 Kleiner, s. 39-40.

kaynaklandığı hukukî ilişkinin ortadan **kalkıp kalkmadığı da ayrıca ele alınması** gerekli olgulardır. Bu çizilen tablo **göstermektedir ki, kefilin sorumluluğunun şartlarının gerçekleşip gerçekleşmediğini saptamak için temel borç ilişkisine ilişkin çeşitli durumlar ele alınmaktadır.** Önceden **belirlenmiş bir** veya birkaç belgenin ibraz edilmesi, kefilin sorumluluk şartlarının **ortaya çıkıp çıkmadığını** ortaya koymada aydınlatıcı olmaz. Bu nedenle, bir **kefalet sözleşmesinde**, belirli belgelerin ibraz edilmesi veya açıklamaların yapılması üzerine kefil için ödeme yükümünün doğacağı kararlaştırılmaz.

Bir garanti sözleşmesinde, garantinin konusu olan edimin gerçekleşip gerçekleşmediği maddi bir olgudur. Bu olguya ilişkin tespit de maddi bir olgu tespitidir. Bu maddi olgu tespitinin belirli belgeler aracılığıyla gerçekleşmesi pekala mümkündür. Bu nedenle, teminat altına alınan riskin gerçekleştiğine ilişkin belirli belgelerin ibrazı üzerine ödeme yükümlülüğünün doğacağı kararlaştırılabilir. Riskin gerçekleşmediğini saptayan belirli belgelerin belirli bir tarihe kadar ibraz edilmemesi üzerine ödeme yükümlülüğünün doğacağı da pekala 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. Bütün bu açıklamalardan yola çıkılarak şöyle bir saptama yapılabilir: Kişisel bir teminat verilmesine ilişkin bir sözleşmede, belirli belgelerin ibrazı veya belirli bir tarihe kadar ibraz edilmemesi üzerine ödeme yükümlülüğünün ortaya çıkacağı kararlaştırılmışsa, tarafların iradesinin "garanti sözleşmesi" yapmak olduğu söylenebilir⁷⁶. Teminat verenin ödeme yükümünün doğması için belirli maddi olguları saptayan belgelerin ibrazı yeterli görüldüğüne göre, sözleşmenin lafzı bağımsız bir yükümlülüğü işaret etmektedir⁷⁷. Teminat alan

76 Kleiner, s. 42-45; Guggenheim, s. 148; Tandoğan, Borçlar il, s. 825-826; Barlas, Kredi Kartı, s. 966; Hüseyin Murat Develioğlu, Kefalet Sözleşmesini Düzenleyen Hükümler Işığında Bağımsız Garanti Sözleşmeleri, İstanbul 2009, s. 251 vd.

77 Teminat sözleşmesinde, salt maddi olguların tespitine ilişkin belgeler yerine, hukukî durumu irdeleyen, sözleşme borçların yerine getirilmediğini veya gereği gibi yerine getirilmediğini saptayan belgelerin ibrazı aranmış olabilir. Böyle bir durumda, garanti sözleşmesinin değil, kefalet sözleşmesinin bulunduğuna ilişkin bir belirtinin varlığı kabul edilecektir. Guggenheim, s. 148; Tandoğan, Borçlar 11, s. 826. Hukukî durumu ele alan ve sözleşmesel yükümlülüklerle aykırı davranıldığını saptayan belge olarak da karşımıza kesinleşmiş mahkeme kararları veya hakem kararları çıkacaktır. Kleiner, s. 42.

kişinin belirli bir riskin gerçekleştiğine ilişkin sözlü veya yazılı açıklaması ödeme yUkümUnün doğması için yeterli görülmüşse, benzer bir "işaretle" karşı karşıya olduğumuz söylenebilir⁷¹¹.

bf. İlk talepte ödeme kaydının varlığı

Kişisel bir teminat verilmesine ilişkin sözleşmede, teminat alan kişinin "ilk talebi" veya "ilk yazılı talebi", üzerine ödeme yapılacağı kararlaştırılmış olabilir. Böyle bir mutabakat, kişisel teminat veren tarafından, ileri sürülen talebin haklılığının sorgulanmayacağı ve bu talebin haklılığını ortadan kaldıran olguların ileri sürülmeyeceği anlamına da gelir. Alacaklının ödeme talebiyle karşılaşan teminat veren teminat konusu borcun varlığına, geçerliliğine ve dava edilebilirliğine ilişkin savunmaları yapmada demeyi gerçekleştirecektir. Ne var ki, fer'i olmayan, bağımsız bir yükümlilik altın_a girildiği sonucu; ilk talepte ödemeye ilişkin anlaşmadan çıkanla _:eminat veren kişinin iradesi, alacaklının ilk talebi üzerine gecikmeksizin ödeme yapmak, ancak sonradan alacaklının talebinin haksızlığı anlaşılırsa iade istemek yönünde de olabilir. Bu olasılıkta temel borç ilişkisine ilişkin savunma sebeplerinden kesin olarak vazgeçme değil, bunların ileri sürülmesinden geçici olarak vazgeçme söz konusudur. O halde, ilk talepte ödeme kaydıyla yetinilmemesi ve böyle bir kayda başkaca bir takım olguların (belirtilerin) eklenmesi, garanti sözleşmesinin bulunduğu yönünde bir nitelendirme yapmak için zorunludur⁷⁹.

78 Kleiner, s. 42.

79 İlk talepte ödeme kaydının teminat sözleşmesinin nitelendirilmesindeki etkisi bakımından değişik yaklaşımlar göze çarpmaktadır. Kleiner'e göre, ilk talepte ödeme kaydı, garanti sözleşmesinin bulunduğu yönünde başkaca belirtilerle de desteklenmesi gereken (zayıf) bir belirtiden ibarettir. Kleiner, s. 46-47. Tandoğan'a göre, ilk talepte ödeme kaydı, genellikle, temel borç ilişkisine ilişkin itiraz ve def'ilerden vazgeçme iradesini de gösterir. Bu türlü bir vazgeçmenin de temel borç ilişkisinden bağımsız bir yükümlülüğe yol açacağı ve bir garanti sözleşmesinin varlığını göstereceği açıktır. Tandoğan, Borçlar II, s. 824. Benzer biçimde bir yaklaşım için bkz. Arkan, Hukukî Nitelik, s. 987-988. Aral, Türk hukukunda, Alman hukukunun aksine, ilk talepte ödeme kaydı içeren kefalet sözleşmesi anlayışının yaygın olmadığını, bu nedenle, ilk talepte ödeme kaydının garanti sözleşmesi lehine güçlü bir belirti teşkil edeceğini söylemektedir. Aral, Banka Teminat Mektupları, s. 14 l. Kahyaoğlu, fer'ilik yönünde kuvvetli deliller bulunmadıkça, ilk talepte ödeme kaydının bağımsızlığa, dolayısıyla garanti sözleşmesine yönelik kuvvetli bir işaret olduğu kanaatindedir. Emin Cem Kahyaoğlu, Banka Garantileri, İstanbul 1996, s. 36-37. Konuya ilişkin görüşlerin değerlendirmesi için ayrıca bkz. Develioğlu, Garanti, s. 247 vd. Yargıtay, ilk talepte ödeme kaydından, temi-

Teminat veren, alacaklının ilk talebinde ödeme yopocogını Mlırıtıkien başka, temel borç ilişkisinden kaynaklanan itiraz veya def'i iiriinden ,ovunmalardan kesin bir biçimde vazgeçtiğini de ayrıca belirtm1.1.e. sü:leşmenin lafzından yola çıkarak garanti sözleşmesine yönelik bir iradenin bulunduğu sonucu çıkarılabilir. İlk talepte ödeme kaydının yer aldığı ieminat lözleşmesi. uluslararası ticari alanda kalan bir işleme ilişkin teminat verme amacıyla yapılmışsa, yine garanti sözleşmesinin varlığı yönünde bir belirtinin bulunduğundan söz edilebilir. Uluslararası ticari alanda kalan işlemler için verilen teminatların garanti sözleşmesi türünden olması yolundaki teamül ilk talepte kaydına eklenince, garanti sözleşmesinin varlığına ilişkin bir belirtiden söz etmek mümkün hale gelmektedir. Verilen örnekler göstermektedir ki, sadece "ilk talepte ödeme" kaydının bulunması değil, bu kayda eklenen başkaca olgular sayesinde, garanti sözleşmesinin varlığı yönünde bir belirti ortaya çıkmaktadır. İlk talepte ödeme kaydına eklenen olgular. ilk örnekte, "temel borç ilişkisinden kaynaklanan savunmalardan (açık veya örtülü bir biçimde) vazgeçme" olgusu, ikinci örnekteyse, "uluslararası nitelikte ticari bir işleme ilişkin teminat verilmesi" olgusudu.

bg. Sözleşmenin lfişzında yer alan başkaca dayanaklar

Tarafların kullandığı ifadelerde yer alan kimi belirtileri esas alarak yapılacak nitelendirmede, şu hususlar üzerinde de durulmalıdır: Taraflar teminat verenin "müteselsil" sorumluluğundan söz etmişlerse, bu durum, teminat verenin "mevcut bir borca katıldığı" veya "müteselsil kefil olarak sorumluluk

nat verenin temel borç ilişkisine ilişkin savunmalardan kesin olarak vazgeçtiği ve bir garanti taahhüdünde bulunmak istediği sonucunu çıkarmaktadır. Bu yöndeki iki Yargıtay içtihadı birleştirme kararından sonra, Yargıtay uygulamasının bu yönde gelişip kökleştiği bilinen bir gerçektir. 13. 12. 1967 tarih ve E: 966-16, K: 67-7 sayılı Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararı için bkz. RG, T: 5. 4. 1968, s. 12867. Söz konusu İçtihadı Birleştirme Kararlarından 11. 6. 1969 tarih ve E: 1969/4, K: 1969/6 sayılı olan için bkz. RG, T: 3. 10. 1969, s. 13317. Konuya ilişkin olarak ayrıca bkz. Jens Nielsen, Bankgarantien bei Aussenhandelsgeschaften, Köln 1986, s. 50 vd. Barlas'ın bildirdiğine göre, ilk talepte ödeme kaydının sözleşmenin nitelendirilmesinde başlı başına hiçbir önemi yoktur. Değerlendirmede önemli olan ilk talepte ödeme kaydının varlığı değil, teminat verenin temel ilişkiye ait def'i ve itirazlardan feragat edip etmediğidir. İlk talepte ödeme kaydının da, bir başına, böyle bir feragati gösterici etkisi yoktur. Barlas, Kredi Kartı, s. 960-961. Ayrıca bkz. Barlas, Banka Teminat Mektupları, s. 37. Aynı şekilde bkz. Guggenheim, s. 149; Seza Reisoğlu, Garanti Sözleşmesi ve Uygulamada Ortaya Çıkan Sorunlar, Ankara Hukuk Fakültesi 50. Yıl Armağanı, Cilt: I, Ankara 1977, s. 345 vd; Arif Kocaman, Banka Teminat Mektuplarının Hukuki Niteliği Üzerine, Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, Haziran 1990, C: XV, S: 3, s. 61.

80 Kleiner, s. 47; Guggenheim, s. 149.

Ostlendiği" anlamına gelir". Yorumda kullanılacak başkaca ölçütlere dayanarak farklı bir sonuca ulaşılamıyorsa, bu olasılıklarda garanti sözleşmesinin varlığından söz edilemez. Garanti veren asli ve bağımsız bir yükümlü⁸¹ altına girdiğine göre, esas borçluyla "müteselsil" olarak sorumluluğu söylenemez⁸². Teminat verenin kefile özgü bazı savunma sebeplennı zıkretmesi ve bu savunma sebeplerinden vazgeçtiğini söylemesi de, kefalet sözleşmesinin kurulmasına yönelik bir iradeye sahip olduğunun göstergesidir. O halde, teminat verenin "tartışma (peşin dava) def'i" veya "bölme deri" gibi savunmalardan yararlanamayacağını belirtmesi, yapılan sözleşmenin bir "kefalet sözleşmesi" olarak tasarlandığını ortaya koymaktadır⁸³. Teminat veren kişi, teminat konusu edimle yükümlü olan kişinin kusurlu hareket etmesi olasılığı için sorumluluk üstlenmişse, "kefalet sözleşmesi" doğrultusunda bir iradeye sahip olduğu söylenebilir. Teminat verenin sorumlu tutulmasının ön koşulu olarak "bir edimin kusurlu olarak yerine getirilmemesi" olgusunun kararlaştırılması, borca aykırılıktan sorumluluğun kararlaştırıldığı anlamına gelir. Teminat altına alınan riskin gerçekleşmesi bakımından edim yükümlüsünün kusuruna yapılan vurgu, borca aykırılık rejiminin dikkate alındığının göstergesidir. Borca aykırılık rejiminin göz önünde tutulması da, teminat konusu edimin geçerli bir borcun konusu oluşturmaya önem verildiği sonucunun çıkmasına yol açabilir⁸⁴. Borçlunun sorumlu olmadığı bazı durumlardan te-

81 Guggenheim, s. 148.

82 Kleiner, s. 50-51; Barlas, Kredi Kartı, s. 964-965; Tekinalp, Banka, s. 381.

83 Kleiner, s. 52; Guggenheim, s. 148; Tandoğan, Borçlar II, s. 827; Barlas, **Kredi Kartı**, s. 967. Bölme def'i kefalet sözleşmesine özgü bir deyim olmakla birlikte, birden fazla garanti veren arasında sorumluluğun paylaşılacağına kararlaştırılması da pekala mümkündür. Birden fazla garanti verenin kendi aralarında müteselsil olarak sorumlu oldukları veya her birinin sorumluluğun bir kısmını taşıyacağı kararlaştırılabilir. İşte bu ikinci olasılıkta, garanti sözleşmesi alanında kalan bir "bölme def'i" söz konusu edilmiş olur. Kleiner, s. 52.

84 Kleiner, s. 53; Tandoğan, Borçlar II, s. 53; Barlas, Kredi Kartı, s. 966-967. Taraflarca rücu sorununun özel olarak ele alınmasının kefalet sözleşmesinin varlığına ilişkin bir belirti olduğu söylenmektedir. Barlas, Kredi Kartı, s. 965-966. Buna karşılık sözleşmede teminat verenin kayıtsız şartsız sorumluluk üstlendiğinin kararlaştırılması nitelik sorununun çözümü açısından özel bir anlam taşımaz. Teminat verenin kayıtsız şartsız sorumluluk üstlendiğinin belirtilmesi, genellikle, ilk talepte ifade bulunacağı anlamına gelir. Kleiner, s. 51. O halde ilk talepte ödemede bulunma kaydının anlamı hakkında söylenenler, burada da geçerli olacaktır. İlk talepte ödeme kaydı, aksı yönde bir irade ortaya konmadıkça, temel borç ilişkisinden kaynaklanan savunmalardan kesin olarak vazgeçildiği anlamına gelmez. Bu nedenle de kefalet sözleşmesinin değil garanti sözleşmesinin istendiğine yönelik bir belirti oluşturmaz. Teminat verenin "geri alınmaz"

minat verenin sorumlu olduğuna ilişkin açıklamalar, bir garanti karşısında bulunulduğunu söylemeye olanak verir⁸⁵.

c. Yapılacak yorumun sözleşmenin lafzı dışındaki olgulara bağlı dayanakları

Sözleşmenin yorumunda tarafların gerçek ve ortak iradelerinin ortaya belirlenmesi amaçlanır (TBK. m. 19 f. 1). Tarafların ortak iradesi yapılan beyanlara yansımamış olsa bile dikkate alınacaktır. İrade beyanlarının güven ilkesi doğrultusunda yorumlanması gereği de bu sonucu haklı gösterir. Sözleşme taraflarının nasıl bir iradeye sahip oldukları, sözleşmeyi çevreleyen durum ve koşulların güven ilkesi çerçevesinde değerlendirilmesiyle saptanacaktır. O halde kişisel bir teminat veren kişi, teminat alanın haklı beklentilerini, bu beklentiler kendisi tarafından tanınıp bilinebilir olduğu ölçüde dikkate almalıdır. Teminat alan, kendisinin karşı karşıya olduğu rizikoyu borçlusunun ödeme gücüne sahip olmamasında görüyorsa ve teminat veren de bu durumun farkındaysa, taraf iradelerinin kefalet sözleşmesine yönelik olduğu söylenebilir. Buna karşılık kendisine teminat verilen kişi, borçlusunun ödeme gücü bulunmamasının ötesinde kaygı taşıyorsa ve belirli bir edimin elde edilememesi rizikosuna karşı korunma beklentisi içindeyse, teminat verenin bu beklentiyi algılayabilir olduğu ölçüde bir garanti sözleşmesinin kurulduğu sonucuna varılabilir⁸⁶.

bir yükümlülük altına girdiğinin kararlaştırılması da, nitelik sorununun çözülmesinde etki olacak bir sonuç çıkarılmasına elverişli değildir. Teminat verenin yükümlülüğünün kuvvetli bir vurguyla teyit edilmesi anlamına gelir, yoksa temel borç ilişkisinden kaynaklanan savunma sebeplerinden kesin olarak vazgeçildiği ve bağımsız bir yükümlülük altına girildiği yolunda bir iradenin varlığını göstermez. Kleiner, s. 51-52. Diğer taraftan, teminat verenin, teminat konusu borcun sınırlarını aşan bir yükümlülük altına girmesi, asli bir borç yüklenildiğine ilişkin bir belirti sayılabilir. Buna karşılık, kefilin borcu aynen ifa edeceği garanti verenin tazminat borcu altında olduğu şeklinde bir ölçütün kabul edilemeyeceği, böylesine (sözde) bir ölçüte dayanarak nitelendirme yapılamayacağı söylenebilir. Barlas, Kredi Kartı, s. 963-964.

85 Arkan, Hukuki Nitelik, s. 987. 11 HD'nin 28. Ol. 2002 tarih ve E: 2001/10654, K: 2002/506 sayılı kararından: "Asıl borçlu gibi yükümlülük altına girme amacını taşıyan sözleşmenin kefalet, asıl borçlunun borcunu aşabilecek, bir başka deyimle lehine taahhüt altına girilen alacaklının hiçbir şekilde zarara uğramayacağını sağlamaya yönelik sözleşmenin ise garanti olarak nitelendirilmesi gerekmektedir". YKD, C: 28, S: 8, T: Ağustos 2002, s. 1192.

86 Reichwein, s. 376; Kleiner, s. 59.

Teminat erenin karşı tarafı belirli bir hareket tarLına yöneltmekte çıkarının olma ı, verdiği teminatın nitelendirilmesinde etkili olabilir. Bir borç ili, ki.inin kurulmasında çıkarı olan kişi, söz konusu ilişkinin kurulmasını kolaylaştınnak için teminat verdiği takdirde, bağımsız bir yükümlülük altına girme iradesini taşıdığı söylenebilir⁸¹. Buna karşılık bir borç ilişkisinin kurulmasında özel bir kişisel çıkarı olmayan birinin, sırf borçluya duyduğu "kişisel ilgi ve yakınlık" yüzünden teminat vermek durumunda kalması, "bağımsız bir yükümlülük" altına girme iradesi taşımadığının göstergesi olarak kabul edilebilir.

Bu tür belirtilerin öneminin fazla abartılmaması gerekir. Olağanuğraşı alam içerisinde teminat vermeye ilişkin işlemler yapmak olan kuruş/a örneğin bankalar, hiçbir kişisel çıkarları söz konusu olmadığı halde müşteri/eriy/e borç ilişkisi içerisinde olan kişilere teminat verebilirler. Bu duru: _md teminat verenin niyeti, müşterisinden komisyon almaktır. Ne var ki, müşterisinin borcu için teminat veren kuruluşun kişisel çıkara sahip olmaması,verilen teminatın garanti olarak nitelendirilmesine engel olmaz⁸⁸. Müşteriden

87 Beck, Einl., N. 22; de Biasio, s. 4-5.

88 Guggenheim, s. 148-149; Kleiner, s. 61; Arkan, Hukuki Nitelik, s. 988-989; SennetAkman, Garantör Sıfatıyla Girişilen Taahhüdün Mahiyeti ve Bu Bağlamda Garanti veKefalet Sözleşmelerini Birbirlerinden Ayıran Temel Kriterler, Prof. Dr. Hüseyin Ulgene Armağan, Cilt: 11, İstanbul 2007, s. 1675. Teminat verenin kişisel çıkar bulunmaSın ancak ikinci derecede bir işaret olacağı ve kişisel çıkar ölçütü abartılarak tarafların tıp belirleme özgürlüğüne müdahale edilmemesi hakkında bkz. Zobl, s. 35. Kişisel çıkar ölçütünün başka ölçütlerle de desteklenmesi gereği hakkında ayrıca bkz. de Biasio, s. 5. Her özel durum için teminat verenin kişisel çıkarının bir ölçüt olarak dikkate alınıp alınmayacağının ayrıca belirlenmesi gerektiği, örneğin, kredi kartı ilişkisinden kaynaklanan borç için teminat veren kişi açısından "kişisel çıkar" ölçütünün nitelendirmede etkili olmayacağı hakkında bkz. Barlas, Kredi Kartı, s. 974-975. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, 4.7.2001 tarih ve E. 2001/19-534, K. 2001/ 583 sayılı kararında, kefalet sözleşmesi garanti sözleşmesi ayrımında kullanılabilecek ana ölçütler olarak, asliliker'ilik ölçütüyle birlikte kişisel çıkar ölçütünü kabul etmiştir. Teminat verenin, hiçbir özel çıkar olmadan salt kişiye yönelik ilgi duyarak hareket etmiş olması, karara konu olan olaydaki sözleşmenin nitelendirilmesinde ve kefalet niteliğinin kabul edilmesinde en ağırlıklı rolü oynamıştır denilebilir (Bkz. Yargı Dünyası, S: 67, T: Temmuz 2001, s. 33 vd, özellikle s. 37-38). Bu kararın ayrıntılı bir değerlendirmesi için bkz. Barlas, Kredi Kartı, s. 978-989. Bu yaklaşım, Yargıtay uygulamasına hakim olmuştur denilebilir. 11 HD'nin 28. 1. 2002 tarih ve E. 2001/10654 ve K. 2002/506 sayılı kararında da, kişisel çıkar ölçütü, garanti ve kefalet sözleşmesi ayrımında kullanılabilecek bir ana ölçüt olarak zikredilmekte, asliliker-fer'ilik ölçütüne denk bir ölçüt olarak kabul edilmektedir. Sözü geçen kararda şu ifadeler bulunmaktadır: "Ana kıstasların dava konusu sözleşmeye uygulanmasına gelince, garanti sözleşmesi adı altındaki sözleşmede kredi kartı

elde edilecek komisyonun teminat vermeye yönelten bir ki,1i3el çıkar oloralc nitelendirilmesi mümkün değildir. Verilen teminatın nitelendirilme.sinde etkili olacak kişisel çıkar, teminatın konusunu oluşturan borcun kaynağı olan hukukî ilişkinin (sözleşmenin) kurulmasına ilişkin bir çıkar olmalıdır. Ancak böylesine bir çıkardır ki, verilen teminatla bağımsız bir yükümlülük altına girilmek istendiğinin göstergesi olabilir⁸⁹.

sözleşmesine atıf yapılmış olmakla garanti beyanı asli unsur olmaktan çıkmış, fer'i nitelik yani kefalet amacına yönelik olduğu izlenimi borçluya verilmiş bulunmaktadır. Keza bu beyanın genel anlamından teminat verenin bağımsız bir borç değil, kredi kartı müşterisi asıl borçlunun sorumluluğu yüklenilmiş olmakla ikinci ana kıstas bakımından da bir garanti sözleşmesinin varlığından söz edilemez. Diğer bir ana kıstas olan teminat veren kimsenin bu sözleşmeyi yapmakta menfaati olduğu belirlenmediği gibi bu husus davalı bankaca da ileri sürülüp kanıtlanmış değildir. Nihayet kişiye yönelik teminat verme amacı gerek sözleşme ve gerekse garanti sözleşmesinden açıkça anlaşılmaktadır. Zira verilen teminat kredi kartı sözleşmesinin müşterisi ve asıl borçlusu Birol isimli kişinin borçlarını karşılamaya yöneliktir. O halde, tüm ana kıstasların uygulanması sonucu davacının garanti sözleşmesi adı altındaki sözleşmenin amacı kefalet yöneliktir. BK.'nın (eski)18. maddesi (TBK. m. 19) uyarınca davacının bu iradesinin kefalet amacına yönelik olduğunun kabulü gerekir. Hiçbir menfaati olmayan, ticari bir gaye gütmeyen, sadece dostane ilişkiler nedeniyle tüketime yönelik banka kredi kartı kullanmasına yönelik verilen teminatın amacına aykırı olarak yorumlanması yasanın yukarıda açıklanan hükmüne aykırılık teşkil eder. Nitekim İsviçre Federal Mahkemesi de 17.11.1987 tarihinde verdiği bir kararda gerçek kişiler tarafından verilen garantilerin daha ziyade kefalet olarak görülmeleri gerektiğini ifade etmiştir" (Kazancı içtihat ve bilgi bankası). Yargıtay'ın konuya ilişkin bir diğer karar da şu şekildedir: "Dava konusu uyuşmazlığın çözümü, taraflar arasındaki sözleşme ilişkisinin kefalet sözleşmesi mi yoksa garanti sözleşmesi mi olduğu noktasında toplanmaktadır. Zira yerel mahkeme bu ilişkiyi garanti sözleşmesi olarak nitelendirmiştir. Ayrıntıları Hukuk Genel Kurulu'nun 04. 07. 2001 gün ve 2001/19534 Esas, 583 Karar sayılı kararında açıklandığı üzere, kişiye yönelik teminat verme amacı, verilen teminatın, kredi sözleşmesinin müşterisi ve asıl borçlusu olan Mustafa isimli kişinin borçlarını karşılamaya yönelik olmasından anlaşılmaktadır. Davacı tarafından bağımsız ve objektif amaca yönelik bir teminat verilmiş değildir. Teminat veren kimsenin bu sözleşmeyi yapmakta menfaati olduğu da belirlenememiş, bu husus davacı bankaca savunulmamıştır. Bu durum karşısında, davacının garanti beyanı adı altındaki beyanlarının bir garanti sözleşmesi amacı ile değil, ancak kefalet amacıyla verildiği sonucu çıkmaktadır. Hiçbir menfaati olmayan, ticari bir gaye gütmeyen, sadece dostane ilişkiler nedeniyle tüketime yönelik banka kredi kartı kullanılmasına imkan tanımak için verilen teminatın amacına aykırı olarak yorumlanması BK.nun (eski) 18. maddesi (TBK. m. 19) hükmüne de aykırılık teşkil eder" (11 HD, T: 3. 12. 2002, E: 2002/6465, K: 2002/11252). YKD, C: 30, S: 1, T: Ocak 2004, s. 82. Bu kararlarda açıkça görülmektedir ki, Yargıtay, kişiye yönelik ilgi ölçütüne ve teminat verenin kişisel çıkarının yokluğu olgusuna taşıyabileceğinin çok ötesinde bir anlam yüklemekte, bir asli ölçüt katına çıkarmaktadır.

d. Kefalet kariuesi

Kişisel bir teminat verilmesine ilişkin sözleşmeyi, irade beyanlarının lafzında yer alan ve beyanların yapıldığı koşullardan kaynaklanan bütün işaretiler değerlendirilerek yorumlama çabası kesin bir sonuç vermiyorsa: kefalet karinesinin uygulanacağı kabul edilmektedir. Yapılacak nitelendirme bakımından ortaya çıkan kuşku durumu kefalet karinesinin uygulanmasıyla aşılacaktır. Ne var ki, söz konusu karişinin uygulanmasını gerekçelendirmek bakımından farklı düşünceler ortaya çıkmıştır. Bir görüşe göre, kuşku durumlarda yükümlölük altına giren için daha elverişli olan nitelendirmenin seçilmesi gerekir. Fer'i bir yükümlölük doğuran kefalet sözleşmesi, yükümlölük altına giren için daha elverişli sonuçlar doğurmaktadır. Kefalet sözleşmesi doğrultusunda bir nitelendirmenin benimsenmesi, ayrıca, kefalet koruyucu hükümlerden yararlanma olanağını da yükümlölük altına giren kişiye açmaktadır⁹⁰. Bir diğer görüşe göre, kefalet karinesinin uygulanması için gösterilen bu gerekçe benimsenemez. Borçlunun (veya yükümlünün) korunması ve borçlu lehine yorum yapılması tarzında bir ilke özel hukukumuzda yoktur ve olamaz da. Öncelikle anayasal eşitlik ilkesi böylesine bir kabule engel oluşturur. Hakkaniyetin de her zaman için borçlunun korunmasını gerektirdiği söylenemez. Borçlunun ekonomik ve sosyal açıdan alacaklı karşısında daha zayıf olduğu olasılıklarda özel bir korunmayı hak ettiği söylenebilir. Ancak borçlunun her zaman için daha zayıf durumda bulunması söz konusu olmaz. Teminat verenin alan karşısında ekonomik yönden çok daha güçlü olduğu olasılıklar (bankaların durumu düşünölsün) hiç de az değildir. Kuşku durumlarda kefalet nitelemesinin benimsenmesi gerekliliği, kefaletle ilişkin (özellikle şekil ve ehliyet konusundaki) emredici düzenlemelerin dolanılmasını engelleme kaygısında yatar. Yargıç, kuşku durumlarda kefalet nitelemesini benimseyerek, kefaletle ilişkin emredici düzenlemelerin dolanılmasına yardımcı olmamalıdır⁹¹.

90 Bu görüş için bkz. Beck, Einl., N. 22; Tekinay, Kefalet, s. 237; Kocaman, Karar İncelemesi, s. 74-75; Develioğlu, Borca Katılma, s. 318-319.

91 Tandoğan, Borçlar II, s. 832; Barlas, Banka Teminat Mektupları, s. 39. Borçlunun korunmasının bir yorum ilkesi olamayacağı hakkında ayrıca bkz. Eren, s. 20. Kefalet sözleşmesinin teminat sözleşmeleri alanında kabul edilen "ana" tip olduğunu, bu nedenle kuşku durumlarda ana tipi oluşturan kefalet sözleşmesinin seçilmesi gerektiğini belirten bir diğer görüş de burada hatırlanabilir. Neumayr, s. 492. Guggenheim, kefalet sözleşmesinin yasa tarafından açık ve ayrıntılı olarak düzenlenen tipile bir sözleşme olmasından yola çıkarak, nitelendirmede kuşku olan durumlarda, atipik bir sözleşme olan garanti sözleşmesinin yerine kefalet sözleşmesinin tercih edilmesi gerektiğini belirtir. Guggenheim, s. 150.

Aktarılan son görüşün dayandığı gerekçe lciqkusia daha yerıNkdı, Nt! var ki bu gerekçe de TBK. m. 603 karşısında önemini yitirmiş. Gerçek de, kefaletle ilgili emredici şekil ve ehliyet kuralları, gerçek kişilerce kefalet teminat verilmesine ilişkin bütün sözleşmelere uygulanacaktır. Kefaletli sözleşmelerin emredici hükümlerin uygulama alanındaki bu genişleme, söz konusu sözleşmelerin dolandırılması çabalarını da ortadan kaldırmış olacaktır. Buna bağlı olarak da kefalet karinesinin dayanağını oluşturan düşünce pratik önemini yitirmiş olmaktadır. Bu gelişmenin bundan böyle kefalet karinesinin reddedilmesini bile gerektireceği söylenebilir.

Uluslararası işlemlerle bağlantılı olarak verilen teminatların nitelendirilmesinde kuşku bulunan durumlarda, bu alandaki teamüle de uygun olmakla birlikte garanti sözleşmesi lehine bir nitelendirme yapılması gerektiği de ileri sürülmektedir. Aslında hem uluslararası işlemlerle bağlantılı teminatlar bakımından, hem de uzman kuruluşlar olan bankaların verdiği teminatlar bakımından garanti lehine bir karinenin kabulü daha isabetli olur⁹². Buna karşılık, gerçek kişilerin verdiği teminatlarda kefalet karinesinin özel bir ağırlık taşıdığı ve tüm gücüyle etkili olacağı belirtilmiştir de eklemek gerekir⁹³.

D. Kredi emri ve kefalet

Kredi emrini alan ve kabul eden kişi, kendi adına ve hesabına üçüncü kişiye kredi temin etmek hususunda yükümlülük altına girer. Kredi emrini alan (memur), krediyi kendi hesabına kullanılabileceği için, kredi faizlerine ilişkin alacak hakkı da kendisine ait olacaktır⁹⁴. Buna karşılık, kredi emrini veren, temin edilen kredi dolayısıyla ortaya çıkan borçtan "kefil gibi" sorumlu olmayı üstlenir (TBK m. 516)⁹⁵. Üçüncü bir kişiye kredi temin edilmesine ilişkin kredi emrinin yazılı olması gerekli olup, burada bir "geçerlilik şekli" söz

92 Zobl, s. 35; Barlas, Kredi Kartı, s. 968. Guggenheim'in bildirdiğine göre, banka işlemleri alanında egemen olan güven ilkesi, bankaların verdiği teminatlar bakımından garanti sözleşmesi lehine bir karinenin kabulünü gerektirdiği gibi, işlem güvenliğini koruma kaygısının ağır bastığı durumlarda da garanti karinesi yürürlük kazanabilecektir. Guggenheim, s. 150.

93 Zobl, s. 35; Erden Kuntalp, Yargıtay Kararları Işığında Kredi Kartı, Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu-XIII, Ankara 1996, s. 297; Barlas, Kredi Kartı, s. 968.

94 Yavuz, s. 745.

95 Kredi emrini veren (amir), üçüncü kişiye kredi kullanıldıktan sonra "kefil olarak" değil de "kefil gibi" sorumlu olacaktır. Bu nedenle kefaletle ilişkin hükümler kredi emrinden doğan ilişkiye niteliğine uygun olduğu ölçüde uygulanır. Reisoğlu, s. 93.

konusudur (TBK m. 516 c. son)⁹⁶.

Kredi emri, Uçılnci.l bir kişiye kredi temin edilmesine yönelik bir **vekalet** sözleşmesinin kurulmasına yol açar. Vekil, vekalet sözleşmesiyle Ostlendii iş gönne borcunu yerine getirmek için, kredi emrinde belirtilen kişiye kredi temin edecektir. Buna karşılık, kefalet sözleşmesi vekalet sözleşmesinden ayrı bir sözleşme tipi olup, kefilin mevcut veya müstakbel bir borçtan öOrQ kişisel sorumluluk üstlenmesini konu alır. Kredi emrini alan ve kabul eden kişi, emri veren karşısında, üçüncü bir kişiye kredi sağlamak yükümHllüğü altına giniştir. Kefalet sözleşmesinin alacaklı için bu tarz bir yükümlülük doğurmadığı açıktır. Kredi emrinin alınması ve kabulü üzerine doğan **ilişki** vekalet sözleşmesinin özel bir görünüm biçimi olduğuna göre, kredi temin etme yükümlülüğü yerine getirilinceye kadar TBK m. 512 hükmünün uygulanması mümkündür. Bir başka deyişle, "*vekalet veren ve vekil, her zam~~an~~ sözleşmeyi tek taraflı olarak sona erdirebilir*" kuralı bütünüyle yürürlükte dir. Söz konusu hüküm, aynı zamanda, kredi emri ve kefalet sözleşmesi arasında ayırım yapılabilmesi için gerekli ölçütü de verir. İlişkinin tarafları için ilişkiye serbestçe son verilebilmesi olanağının açık tutulması önem taşıyorsa, kredi emrinin varlığı kabul edilebilir. Bu olasılıkta, tarafların ortak iradesi,

96 Hukukumuzda kredi emrinin yazılı olması arandığından, kredi emri ve kefalet arasında bir ayırım yapılması gerekliliği belirli oranda azalmaktadır. Ne var ki ayırım yapmanın önemi büsbütünortadan kalkmıştır denemez. Bkz. Beck, Einl., N. 32. Kredi emrine ilişkin beyanın yazılı olması gerekmele birlikte, amirin üstleneceği sorumluluğun sınırının gösterilmesi zorunludeğildir. Amir üçüncü kişiye temin edilecek krediden kaynaklanan borçtan kefil gibi sorumlu olmayı herhangi bir sorumluluk sınır belirtmeksizin üstlenebilir. Nitekim bkz. Yavuz, s. 746. Buna karşılık kefilin yazılı olarak yapılması gereken beyanında, üstlendiği sorumluluğun üst sınırının da gösterilmesi gereklidir. Ne var ki kredi emrinin TBK. m. 603 kapsamına girdiği söylenebilirse farklı bir sonuca ulaşılması gerekecektir. Bu durumda, kredi emri verilmesi bakımından kefaletin şekline ilişkin kurallar uygulama alanı bulur. Böyle bir uygulamanın sonucu da, kredi emri verenin sorumluluk sınırının yazılı beyanın kapsamında yer alması olacaktır. Alman hukukunda kredi emrine ilişkin beyanın yazılı olması gerekmediğinden, yapılacak ayırımın pratik önemi artmaktadır. Bir kimseye kredi verilmesini isteyen ve açılacak krediden dolayı kişisel olarak sorumluluk üstleneceğini "sözlü" olarak belirten bir kişi, isteğinin kabul edilip üçüncü kişiye kredinin açılmasından sonra, kredi emri verdiği kabul edilirse sorumlu kılınacaktır. Kefil olduğu kabul edildiği takdirde ise sorumlu kılınamayacaktır. Eğer kefalet sözleşmesi yapmak istediği kabul edilirse, beyanını yazılı geçerlilik şekline uygun olarak yapmaması dolayısıyla, geçerli bir kefalet sözleşmesinin kurulduğu söylenemez. Yine Alman hukuk çevresinde, şeklen geçerli olmayan bir kefalet sözleşmesinin, geçerlilik şekline bağlı olmayan bir kredi emri olarak ayakta tutulması girişimlerine sık olarak rastlanabilecektir. Reinicke/Tiedtke, s. 21.

ilişkiye her zaman serbestçe son verilebilmesini mümkün kılan bir **vckaJet** sözleşmesi yapmak doğrultusundadır. Buna karşılık üçüncü bir **kişiyeye kredi** temin edilmesini sağlamak için kurulan ilişkide, ilişkiye serbestçe son verme olanağı açık tutulmak istenmiyorsa, yalın bir teminat verme amacının **ve kefalet** (veya garanti) sözleşmesinin bulunduğu söylenebilir. Kefalet sözleşmesi ve kredi emrinin kabulüyle ortaya çıkan hukuki ilişki arasında çok önemli bir sonuç farkı daha vardır. Kredi emrini veren (amir), kredi emrinden yararlanan ve kendisine kredi açılan kişinin ehliyetsizliğini ileri sürerek sorumluluktan kurtulamaz (TBK. m. 517). Buna karşı fer'i bir sorumluluk altındaki kefil esas borçlunun ehliyetsizliğini ileri sürerek sorumluluktan kurtulabilir. Meğer ki TBK. m. 582 f. 2 düzenlemesinin kapsamına giren bir durumdan söz edilebilsin. Bu düzenlemeye göre, ehliyetsizlik sebebiyle borçlunun sorumlu olmadığı bir borç için kişisel teminat veren kişi, yükümlülük altına girdiği sırada bu durumun farkındaysa, kefaletle ilgili kanun hükümlerine göre sorumlu olur. Ne var ki, bu düzenlemenin kapsamına giren durumlarda, tipik bir kefalet sözleşmesinden söz edilemez⁹⁷.

Kredi emriyle kefalet sözleşmesi arasında aynın yapılmasında, "kişisel çıkar" ölçütünden yararlanılabileceği de ileri sürülmektedir. Üçüncü kişiye kredi temin edilmesinde kişisel çıkan olan kişinin, bu kredinin sağlanması bakımından istekte bulunup kişisel sorumluluk üstlenmesinde, kredi emrinin varlığına ilişkin bir "belirti" kabul edilebilir. Diğer taraftan, kuşku durumlarda kefalet karinesinin yürürlük kazanacağına ilişkin ilkenin burada da uygulanacağı kabul edilmektedir. Mevcut ilişkinin kredi emri veya kefalet olduğu yolunda her türlü kuşkudan uzak bir nitelendirme yapılamıyorsa, kefalet sözleşmesinin bulunduğu yolunda bir sonuca varılacaktır⁹⁸.

E. Aval ve kefalet

Aval, poliçe veya bonodan doğan bir borcun kıymetli evrak hukukuna göre teminat altına alınmasıdır⁹⁹. 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. TBK m. 581 hükmünde tanımlanan biçimde bir kefalet sözleşmesi kurulduğu takdirde, kefil için

97 Kefalet sözleşmesi ve kredi emri arasında ayırım yapılması ve bu aynına bağlanan sonuçlar için bkz. Beck, Einl., N. 33; Reinicke/Tiedtke, s. 21; Reisoğlu, Kefalet, s. 93-94.

98 Beck, Einl., N. 34; Reinicke/Tiedtke, s. 21.

99 Tandoğan, Borçlar II, s. 713; Reisoğlu, Kefalet, s. 89.

fer'i bir yükümlülük doğar. Buna karşılık, kıymetli evrak hukukuna özgü bir yükümlülük altına giren aval veren, bağımsız bir yükümlülük altındadır¹⁰⁰. TTK m. 702 f. 2 uyarınca, *"aval veren kişinin teminat altına aldığı borç, şekle ait noksandan başka bir sebepten dolayı batıl olsa da aval verenin talilüdü geçerlidir"*. Buna göre, lehine aval verilen kimsenin borcu geçersiz olduğu takdirde, aval veren bu geçersizliğe dayanamaz. Lehine aval verilen kimsenin imzasının sahte olması veya böyle bir kimsenin gerçekte mevcut olmaması bile aval verenin sorumluluğunu etkilemez. Lehine aval verilen kimsenin sorumlu olmadığına dayanarak aval verenin sorumluluktan kurtulması, bir tek olasılıkta söz konusu olabilir. Bu olasılık, lehine aval verilen kimsenin kıymetli evrak hukukuna özgü şekil kurallarına aykırılıktan ötürü sorumlu tutulamamasıdır¹⁰¹. 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. TTK m. 751 f. 1'e göre, *"zamanaşımını kesen işlem kimin hakkında meydana gelmişse ancak ona karşı hüküm ifade eder"*. Buna karşı, TBK m. 155 f. 2, asıl borçluya karşı kesilen zamanaşımının kefile karşı da kesilmiş sayılacağını belirtmektedir. TBK m. 135'e göre, alacaklı ve borçlu sıfatlarının birleşmesi esas borcu sona erdirici etki doğuracağı için fer'i nitelikteki kefilin borcu da sona erer. Buna karşılık, lehine aval veren kimsenin polişe veya bononun yetkili hamili durumuna gelmesi, aval verenin borcunu sona erdirici etki yaratmaz.

Alacaklıya ödeme yapan kefil, alacaklının haklarına halef olur (TBK m. 596 f. 1). Bu halefi.yete dayanarak esas borçluya rücu eder. Ödeme yapan aval verenin rücu hakkı, kıymetli evrak hukukuna özgü bağımsız bir rücu

100 Beck, Einl. , N. 39; Reinickeffiedtke, s. 20; Tandoğan, Borçlar il, s. 713; Reisoğlu, Kefalet, s. 89. Aval ve kefalet kurumunun kapsamlı bir incelemesi için bkz. Jale Güral, Kefalet Akdiyle Aval Arasındaki Fark ve Benzerlikler (1), AÜHFD, C: VIII, Y: 1951, S: 3-4, s. 435 vd.

101 TTK m. 702 f. 1 düzenlemesinde, "aval veren kişi, kimin için taahhüt altına girmişse aynen onun gibi sorumlu olur" denilmektedir. Bu düzenlemenin, TTK m. 702 f. 2 düzenlemesiyle ele alınan "aval verenin yükümlülüğünün bağımsızlığı" ilkesini ortadan kaldırmadığı söylenmektedir. TTK m. 702 f. 1'de aval verene, lehine aval verdiği kimsenin alacaklıyla arasındaki ilişkiden kaynaklanan savunma sebeplerine, sadece söz konusu alacaklıya karşı dayanma olanağının verildiği kabul edilmektedir. Bu sebeplerin, iyiniyetli diğer senet alacaklılarına karşı ileri sürülmesinin mümkün olmadığı vurgulanmaktadır. Tandoğan, Borçlar II, s. 714. Reisoğlu bu düşüncüyü herhangi bir tavır almadan ortaya koymaktadır. Reisoğlu, Kefalet, s. 89.

hakkıdır. Bu bağımsız rücu hak.kına dayanarak, lehine aval verdtğJ ki,iyc ve bu kişiye karşı kıymetli evrak hukukuna göre sorumlu olanlara ❷vurabi-1irıo2.

Police veya bonodan kaynaklanan bir borca aval vermek mümkün olduğu gibi, bu borcu kefalet sözleşmesiyle teminat altına almak da mümkün¹⁰³. Ne var ki, Yargıtay'ın police veya bono üzerine kefalet şerhiyle atılan imzalan aval olarak nitelendiren tutumu sebebiyle¹⁰⁴, kefalet sözleşmesinin ayrı bir belge üzerinde cisimleşmesi kaçınılmaz olmaktadır.

Tam bu noktada, kefaletle özgü şekil ve ehliyet kurallarının uygulama alanını genişleten TBK. m. 603'ün kapsamına ava/in girip girmediği sorunu önem kazanmaktadır. Bu hüküm avalı de kapsıyorsa, police veya bono üzerine atılan bir imza ile aval vermek mümkün olmayacaktır. Ava/in şekline ilişkin olan ve duruma göre police (veya bono) üzerindeki yalın imzalan dahi aval verilmiş sayılması için yeterli gören İTK. m. 701 hükmü uygulanmaz hde gelecektir. TBK. m. 603'ün ava/in şekli bakımından da uygulanması, ava/in kefaletle özgü şekil kuralları gözetilerek verilmesini gerektirir. Bu durumda, police (veya bono) üzerine sadece imza atarak aval verilebilmesi kabul edilmeyecek, aval verenin sorumluluk sınırının ayrıca belirtilmesi aranıktır. Üstelik bu belirtme aval verenin el yazısıyla gerçekleşmelidir. TBK. m. 603'ün ava/in şekli bakımından etkili olmayacağı söylenebilirse, yukarıdaki düşünceler değerini kaybedecektir. Kanaatimce, TBK. m. 603, aval bakımından kefaletin şekline ilişkin kurallara uyulmasını gerekli kılmaz. Ava/in şekline ilişkin TTK. m. 701 düzenlemesi, aval türünden teminatlar TBK. m. 603 kapsamında kabul edilse bile, özel kural olarak uygulanacaktır. TBK. m. 603, sadece, kefalet ehliyetine ilişkin sınırlamaların avale uygulanması bakımından etkili olabilir. Buna göre, kefalette eşin rızasına ilişkin TBK. m. 584'ün, aval veren gerçek kişi için de bir ehliyet sınırlaması getirdiği iddia edilebilir.

102 Beck, Einl. , N. 39; Tandoğan, Borçlar II, s. 715; Reisoğlu, Kefalet, s. 90.

103 Beck, Einl., N. 40; Tandoğan, Borçlar II, s. 715; Reisoğlu, Kefalet, s. 92.

104 12 HD'nin 18. 10. 1999 tarih ve E: 1999/11398, K: 1999/12463 sayılı karar şu şekildedir: "Muteriz borçlu İsa, kambyo senedi niteliğinde olan bonoyu kefil şerhi ile imzalamış olup, aval veren durumundadır. Kefil ibaresinin konulması, aval veren kişi olarak nitelendirilmesine engel teşkil etmeyeceğinden, diğer borçlu ile birlikte TTK. nun 613. maddesi (Yeni TTK. m. 701)gereğince alacaklıya karşı müteselsilen borçludur. Bono niteliğinde olan kambyo senedinin kefil adı altında imzalanması halinde adi kefalet hükümleri uygulanmaz" . YK.D, C: 26, S: 1, T: Ocak 2000, s. 6 l. Alman hukuku bakımından konuyu ele alan Reinicke/Tiedtke, policeden doğan bir borca aval vermenin dışında kefil de olunabileceğini belirttikten sonra, kefilin beyanını police üzerinde değil ayrı bir kefalet belgesinde somutlaştırması gerektiğini belirtmektedir. Reinicke/Tiedtke, s. 20.

*Bu götüş kabul edilirse, aval vereu gerçek kişi, en geç aval verme anında eşi-
nin yazılı rızasını elde etmiş olmalıdır. Buna karşılık, şekil bakımından TTK.
m. 701'i, dikkate alınması yeterli sayılmalıdır.*

F. TBK. m. 603 düzen/inesinin gerçek kişilerce kişisel teminat verilmesine ilişkin sözleşmeler bakımından getirdiğı yenilik

TBK. m. 603, kefalet sözleşmesine ilişkin onbeşinci bölümün en sonun-
da yer almakta ve uygulama alanı" kenar başlığını taşımaktadır¹⁰⁵. Bu düzen-
lemeye göre, "kefaletin şekline, kefil olma ehliyetine ve eşi rızasına ilişkin
hükümler, gerçek kişilerce, kişisel güvence verilmesine ilişkin olarak başka
ad altında yapılan diğer sözleşmelere de uygulanır". Bu hükmün kapsamına
girdiğı kesin olarak söylenebilecek sözleşmeler olduğu gibi, bu sonuç tartı-
şılarak kabul edilebilecek sözleşmeler de vardır.

Tartışmasız olarak TBK. m. 603 kapsamına girecek teminat ilişkile-
rinden ilki, teminat amaçlı garanti sözleşmesidir. Teminat amaçlı garanti-
yi veren bir gerçek kişiye, kefaletle ilgili şekil ve ehliyet sınırlamalarına
uyulması gerekir. Garanti sözleşmesinin kefaletle oranla daha ağır bir sorum-
luluk doğurduğu dikkate alınır, kefaletten daha hafif geçerlilik koşullarına
bağı olması amaca aykırı olur. Fer'i sorumluluk altındaki kefilin nitelikli
bir yazılı şeklin uyarıcı işlevine gereksinimi varsa, bağımsız bir sorumluluk
altına girecek garanti verenin şekil aracılığıyla uyarılmaya evleviyetle ihti-
yac vardır. Bunun gibi, bir kimse, eşi rızası olmadan fer'i bir sorumluluk
altına giremiyorsa, eşi rızası olmadan bağımsız bir sorumluluk altına hiç
girememelidir. Yasal temsilcinin küçük adına kefalet sözleşmesi yapama-
dığı bir düzende, küçük adına garanti sözleşmesi yapabilmesinin de yolu
kapatılmalıdır. Bu karşılaştırmalı tablo, kanaatimce, gerçek kişilerce verilen
garantilerin, kefaletle ilişkin şekil ve ehliyet sınırlamalarına bağlanmasının
yerinde olduğunu göstermektedir¹⁰⁶.

¹⁰⁵ İsviçre Borçlar Kanunu'nda karşılığı olmayan TBK. m. 603'ü gerçek anlamda bir dev-
rim olarak nitelendiren ve TBK.'nda yer alan en önemli yeniliklerden biri olarak gören-
ler de bulunmaktadır. Nitekim bkz. HalOk Burcuoğlu, Türk Borçlar Kanunu Tasarısında
Yeni Kefalet Düzenlemesi İle İlgili Bazı Gözlemler, Türk İsviçre Hukuk Günleri, Ban-
ka ve Tüketici Hukuku Sorunları Sempozyumu, İstanbul 2010, s. 291.

¹⁰⁶ TBK. m. 603 düzenlemesini isabetli bulan yazarlar bulunmaktadır. Nitekim bkz. Bar-
las, Bazı Sorunlar, s. 64-65; Atilla Altop, Türk Borçlar Kanunu Tasarısı'nda Genel İş-
lem Koşulları ve Kefalet Sözleşmesi, İsviçre Medeni Kanunu ve Borçlar Kanunu'nun
Alınışının 80. Yılı (Editör:Ali Çivi), İstanbul 2007, s. 160. Kefaletle ilişkin şekil sınırla-

Kefaletin şekline ilişkin TBK. m. 583 f. 1'in teminat amaçlı garantilerde uygulanması nasıl gerçekleşecektir? Bir başka deyişle, teminat amaçlı garanti sözleşmesine ilişkin yazılı şekil gerçekleştirilirken, garanti verenin el yazısıyla belirtilmesi gereken hususlar neler olmalıdır? Kefilin el yazısıyla belirtilmesi gereken hususlardan yola çıkılarak bu sorunun cevabı verilmelidir. Garanti verenin el yazısıyla garanti tarihinin belirtilmesi gerektiği, fazla duraksamadan kabul edilebilir. Aynı şekilde, garanti veren, kendi el yazısıyla, azami sorumluluk miktarını göstermelidir. Kefilin kendi el yazısıyla azami sorumluluk miktarını göstermesi zorunluluğu, garanti veren açısından da benzer bir zorunluluğu kabul etmeye götürecektir düşüncesindeyim. Buna karşılık, kefilin müteselsil kefil olma iradesini el yazısıyla ortaya **koy-**ması zorunluluğunun konumuz bakımından bir etkide bulunup bulunmayacağı tartışılabilir. Gerçekten de, garanti veren "müteselsil kefil" olma iradesi taşımadığına göre, bu açıdan el yazısıyla belirtilmesi gereken bir şey yoktur denilebilir¹⁰⁷. Ne var ki, farklı bir düşünce biçimiyle tam aksi yönde bir sonuca ulaşılması da mümkündür. Kefalet sözleşmesi açısından bakıldığında, müteselsil kefil adi kefile nispetle daha ağır bir sorumluluk altındadır. Adi kefilin yapabileceği kimi savunmalardan müteselsil kefil yararlanamaz. Adi kefile nispetle daha ağır bir sorumluluk altına giren müteselsil kefil, işin en başında uyarılmak istenmiş ve müteselsil kefil olma iradesini el yazısıyla ortaya koyması aranmıştır. Teminat amacıyla garanti veren kişi ise, müteselsil kefiliden çok daha ağır bir sorumluluk altına girmektedir. Müteselsil kefil adi kefilin yapabileceği savunmalardan mahrum olsa da, üstlendiği sorumluluk fer'i bir sorumluluktur. Buna karşılık, garanti verenin sorumluluğu fer'i olmayıp bağımsızdır. Adi kefile nispetle daha ağır bir sorumluluk altına giren müteselsil kefil, bu yöndeki iradesini el yazısıyla ortaya koymak durumunda olduğuna göre; müteselsil kefiliden daha ağır bir sorumluluk üstlenme iradesi, evleviyetle, el yazısıyla ortaya koyulmalıdır. Bu ikinci düşünce biçiminin daha yerinde olduğu ve garanti verenin bağımsız sorumluluk altına girme iradesini el yazısıyla ortaya koyması gerektiği kanaatindeyim.

malarının borca katılma ve teminat amaçlı garanti sözleşmesine de uygulanması eğilimi için ayrıca bkz. Neumayr, s. 489 vd.

107 Nitekim Gümüş'ün konuya ilişkin yaptığı açıklama, bu şekilde düşündüğünü göstermektedir. Yazar, borca katılma iradesinin el yazısıyla metne yansıtılmasının zorunlu olmadığını belirttikten sonra, aynı sonucun, sorumluluğun fer'iliğini ortadan kaldırarak müteselsil sorumluluk halinden daha ağır bir sorumluluk doğuran garanti sözleşmesi için de geçerli olduğunu belirtmektedir. Bkz. Mustafa Alper Gümüş, Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Cilt: il, 2. Bası, İstanbul 2012, s. 330.

TBK. m. 603'Un 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 girecektir. 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 karakter taşısa da, sonradan bağımsız bir sorumluluğun doğmasına yol açmaktadır. Fer'ilik ve bağımsızlık açısından bir yere oturtulmak gerekirse, borca katılmanın garanti ve kefalet sözleşmeleri arasında bulunacağı söylenebilir. O halde, kefaletle ilgili şekil ve ehliyet sınırlamalarının mevcut bir borca katılmak isteyen gerçek kişi bakımından etkili olması olağan karşılanmalıdır. Alacaklıya teminat **vermek** için mevcut bir borca katılan kişi, bunu kefalete ilişkin şekil kurallarına uyarak gerçekleştirebilecektir. Bundan başka, en geç borca katılmanın gerçekleştiği anda eşinin yazılı rızasını almış olmalıdır. Diğer taraftan, ehliyetsiz bir kişinin mevcut bir borca katılması "*yasak işlem*" sayılmalıdır¹⁰⁸.

TBK. m. 583 f. 1 'de kefilin el yazısıyla belirtilmesi aranan hususların, borca katılma açısından ne şekilde değerlendirilmesi gerektiği üzerinde durulmalıdır. Katılmaya konu olan borç geçerlilik şekline bağlanmış bir sözleşmeden doğmasa bile, borca katılma iradesi yazılı olarak ortaya koyulmalıdır. Borca katılmanın gerçekleştiği tarihin el yazısıyla gösterilmesi gerektiği kabul edilebilir¹⁰⁹. Bundan başka, katılmaya konu olan borcun müteselsil borçlusu olma iradesinin de el yazısıyla açıklanması gerektiğini düşünüyorum. Adi kefalete nispetle daha ağır bir sorumluluk doğuran müteselsil kefalete yönelik iradenin el yazısıyla ortaya koyulmasını gerekli gören bir kanun, kefalete nispetle daha ağır bir kişisel teminat olan borca katılmaya yönelik iradenin el yazısıyla açıklanmasını evleviyetle gerekli görmüş sayılmalıdır. Adi kefilin yapabileceği savunmalardan vazgeçme iradesinin el yazısıyla

108 TBK. m. 603 henüz yasalaşmadan önce (tasarı halindeyken) yapılan tartışmalarda, kefaletin şekline ilişkin kuralların borca katılmaya uygulanmayacağını ileri sürenler bulunmaktaydı. Nitekim bkz. Develioğlu, *Borca Katılma*, s.320. Bu düşünce kanaatimce isabetli değildir. Kişisel teminat verilmesi amacına dayanan borca katılma, yukarıda açıklamaya çalıştığım gibi, TBK m. 603'ün uygulama alanına girmesi kaçınılmaz olan ilişkilerden biridir.

109 Gümüş'e göre, gerçek kişiler tarafından verilen kefalet dışındaki diğer teminatlarda el yazısıyla tarihin gösterilmesi her durumda değil, sadece, TBK. m. 589 f. 3'ün kıyasen uygulanacağı durumlarda söz konusu olacaktır. Yazar, borca katılma bakımından TBK. m. 589 f.3'ün uygulanabilmesini muhtemel görmekte ve el yazısıyla tarihin gösterilmesi zorunluluğunun gündeme gelebileceği sonucuna varmaktadır. Bkz. Gümüş, *Borçlar* (2. Bası), s. 330.

açıklanması gerekiyorsa, hem adi hem de müteselsil kefilin fer'ılık ılkası çerçevesinde yapabileceği savunmalardan kısmen vazgeçme iradesinin **de el** yazısıyla açıklanması aranmalıdır. Unutulmasın ki, borca katılanın sorumluluğu başlangıçta fer'i olsa da, sonradan bağımsızlaşır. Borca katılma. ancak, mevcut ve geçerli bir borç bakımından gerçekleşebilir. Şu halde, **borca** katılan, katılmaya konu olan borcun şu veya bu sebeple geçersiz olduğunu alacaklıya karşı bir savunma olarak gündeme getirebilir. Ne var *ki*, borca katılanın sorumluluğu sonuna kadar fer'i nitelik taşımaya devam etmez. **Mevcut** ve geçerli bir borca katılma gerçekleştikten sonraki aşamada, ilk borçlu için ortaya çıkacak savunma sebeplerinden borca katılan kişi yararlanamaz. Buna karşılık, müteselsil kefil, tıpkı adi kefil gibi, sonuna kadar fer'i bir sorumluluk altında kalmaya devam eder ve asıl borçlunun elde ettiği savunma sebeplerinden, hangi aşamada elde edilmiş olurlarsa olsunlar müteselsil kefil de yararlanır. Sonuç olarak, müteselsil kefilden daha sert bir sorumluluk altına giren borca katılan, tıpkı müteselsil kefil gibi, ne tür bir sorumluluk üstlendiğini el yazısıyla açıklamalıdır. Ne var *ki*, konuya ilişkin farklı bir yorum getirenlere ve müteselsil kefil olma iradesinin el yazısıyla açıklanmasını öngören TBK. m. 583 f. 1'in borca katılma bakımından uygulanmayacağını savunanlara da rastlanmaktadır. Bu düşüncedeki yazarlar nezdinde, borca katılmaya yönelik iradenin el yazısıyla açıklanması gerekmemekte, ne var *ki*, borca katılan gerçek kişinin sorumluluk üstlendiği tarihi el yazısıyla belirtmesi gerekli olabilmektedir¹¹⁰. Biraz yukarıda belirttiğim gerekçelerle bu görüşe katılamıyorum.

TBK. m. 583 f. 1 c. 2, azami sorumluluk miktarının kefilin el yazısıyla açıklanmasını aramaktadır. Mevcut bir borca katılarak kendisini o borcun müteselsil borçlusu durumuna getiren kişi, sorumluluğunu belirli bir miktarla sınırlamak durumunda değildir. Şu halde, kefilin azami sorumluluk sınırını el yazısıyla göstermesi gerekliliği, borca katılan kişi için herhangi bir şekil zorunluluğu yaratmayacaktır denilebilir.

Teminat verme amacıyla mevcut bir borca katılma gibi, baştan müteselsil borç üstlenme de TBK. m. 603 kapsamında kabul edilmelidir. Alacaklı karşısında müteselsil borçluluk yaratılması bir teminat kurumu olarak işlev görebilir. Değerli bir malı satmak için satış bedeli borcundan müteselsil olarak sorumlu olacak birden fazla kişi görmek isteyen satıcının durumu düşünülün. Malı alan kişiyle birlikte satış bedelinden müteselsil olarak sorumluluk üstlenen kişiler, satıcıya teminat vermek için satış ilişkisine dahil olmuş-

110 Bu şekilde düşünen yazarlara örnek olarak bkz. Gümüş, Borçlar (2. Bası), s. 330.

!ardır. O halde TBK. m. 603 düzenlemesinin dile getirdiği "*gerçek kişilerce kişisel güvence verilmesi*" durumu burada da mevcuttur. Satış bedeline ilişkin borcun müteselsil borçlusu olmak isteyen kişiler, iradelerini kefaletin geçerlilik şekline uygun olarak açıklamalıdır. "*Tam ehliyetliler*" kategorisine dahil olması gereken bu kişiler, müteselsil borçlu olma yönünde iradelerini açıkladıkları anda eşlerinin yazılı rızalarını elde etmiş olmalıdırlar.

TBK. m. 583 f. 1'in kefil için getirdiği el yazısı zorunluluğu, alacaklıya teminat vermek amacıyla baştan müteselsil borç altına girmeye nasıl uygulanacaktır? Her şeyden önce, teselsüle konu olacak olan borç geçerlilik şekline tabi bir sözleşmeden kaynaklanmasa bile, müteselsil borç altına girme iradesinin açıklanması bakımından yazılı şekil söz konusu edilebilecektir. Alacaklıya teminat vermek için müteselsil borç üstlenen kişiler, kefil gibi fer'i bir sorumluluk altına girmemekte, birbirinden bağımsız bir konumda bulunmaktadırlar. Mevcut bir borca katılma iradesinin el yazısıyla açıklanması gerekliliğine ilişkin olarak yukarıda belirtilen düşünceler, baştan müteselsil borç üstlenme iradesinin de el yazısıyla açıklanması gerekliliğini kabul etmeye götürecektir. Şöyle ki: Müteselsil kefiliden daha ağır bir sorumluluk altına girdiği söylenebilecek olan borca katılan kişi, tıpkı müteselsil kefil gibi, üstlendiği sorumluluğun niteliğini el yazısıyla açıklamak zorunda bırakılmıştı. Baştan müteselsil borç üstlenen kişi ise, sonradan borca katılarak müteselsil borçlu konumuna gelen kişiye nispetle daha sert bir sorumluluk altındadır. Gerçekten de, mevcut bir borca katılan kişinin sorumluluğu başlangıçta fer'i olup sonradan bağımsızlaşırken, baştan müteselsil borç üstlenen kişilerin sorumluluğu hiçbir aşamada fer'i değildir. Müteselsil borçlulardan her biri, işin en başından itibaren birbirlerinden bağımsız olarak sorumluluk üstlenmişlerdir. Şu halde, mevcut borca katılan kişiler gibi, baştan müteselsil borç altına girenlerin de üstlendikleri sorumluluğun niteliğini el yazısıyla açıklamaları kendilerinden beklenmelidir. Bunun gibi, birlikte müteselsil borç altına girerek alacaklıya teminat veren kişiler, bu teminatın verildiği tarihi el yazısıyla belirtmelidirler. Ne var ki, kefilin azami sorumluluk miktarını el yazısıyla belirtme zorunluluğu, baştan müteselsil borç altına giren kişiler için bir şey ifade etmeyecektir.

TBK. m. 603 düzenlemesinin kapsamına girdiği tartışılabilir başkaca ilişkiler de bulunmaktadır. Örneğin TBK. m. 516 vd. düzenlenen kredi emrinin, kefalete ilişkin şekil ve ehliyet sınırlamalarına uyulmasını gerektiren bir ilişki olduğu pekala söylenebilir¹¹¹. Kredi emrinin yazılı olması gerektiği

111 Nitekim bu doğrultuda bkz. Gümüş, Borçlar (2. Bası), s. 329-330.

TBK. m. 516 c. son' da belirtilmektedir. Kredi emri yazılı olmadıkça. etnır veren için kefil gibi sorumluluk söz konusu olmaz. Ne var ki amının 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 uygulanacak ve yazılı kredi emrinde emri verenin kefil gibi sorumluluğunun kapsamı (el yazısıyla) açıkça belirtilecektir. Bundan baş❖ kredi emrinin verildiği tarihin de, emri verenin el yazısıyla gösterilmesi gerekJiliği gündeme gelecektir.

Avalin de TBK. m.603 kapsamına girip girmedeği tartışılabilir. Aval gerçek kişi tarafından kişisel bir teminat verilmesi anlamına gelse de, avalin şeklinin TTK. rn. 701'de özel olarak düzenlendiği dikkate alınmalıdır. Kefaletin şekline ilişkin TBK. m. 583'ün aval bakımından uygulanması kanaatimce mümkün 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, avalin şeklinin TTK m. 701'de özel olarak düzenlenmiş olması, avalin TBK. m. 603 kapsamına girmedeğini göstermez. Kanaatimce, aval, TBK. m. 603'ün kapsamında düşünülmelidir. Bu düşünce kabul edilirse, aval verilmesi kefaletle ilgili ehliyet sınırlamalarına uyularak gerçekleştirilecektir. Bu sınırlamalara uyulursa, en geç aval verildiği anda, aval verenin eşinin yazılı rızası alınmış olmalıdır. Kefalet ehliyetine ilişkin sınırlamaların aval için uygulanması kabul edilmezse, bu sınırlamaların dolanılması tehlikesi ortaya çıkar. Öyle ki, kefil olması istenen fakat eşinin iznini alamayan kimseler, esas borç için düzenlenen bir bonoya aval veren olarak imza atabileceklerdir. Kefaletle ilişkin ehliyet sınırlamalarının dolanılması olasılığının kaldırılması için, yani temelde pratik bir kaygıyla, avalin TBK. m. 603 kapsamına alınması gerekli görülmelidir. Bu pratik kaygı, teorik bir takım endişeleri bile göz ardı etmeyi kaçınılmaz kılabilir. Gerçekten de, teorik açıdan şu şekilde bir mülahaza ileri sürülmesi pekala mümkündür: Avalde borç altına giren kişi tek taraflı bir irade beyanıyla bunu gerçekleştirmekte, yoksa bir sözleşme yapmış sayılmamaktadır. TBK. m. 603, kefaletle ilişkin şekil ve ehliyet sınırlamalarının, gerçek kişilerce, kişisel güvence verilmesine ilişkin olarak başka ad altında yapılan diğer sözleşmelere de uygulanacağını belirtmektedir. Bu durumda, TBK. m. 603'ün lafzı, bir sözleşmeyle değil de tek taraflı bir beyanla kişisel teminat verilmesine ilişkin olan avalı kapsamına almaz. Bu mülahaza doğru kabul edilse bile, TBK. m. 603'ün amaca bağlı yorumu, hiç olmazsa kefalet ehliyetine ilişkin

sınırlamaların aval bakımından da dik.kate alınmasını gerektirir. TBK. m. 603 'te geçen "kişisel güvence verilmesine ilişkin başka ad altında yapılan sözleşmeler" ifadesinin, avalin tek taraflı beyanla gerçekleştirilen bir kişisel teminat olduğu düşüncesiyle hükmün kapsamı dışında bırakılmasını amaç... tayan bilinçli bir terminolojik tercihi yansıttığı söylenemez. Hükmü kaleme alanların, kefalete ilişkin şekil ve ehliyet sınırlamalarının uygulanmaz hale getirilmesi kaygısını taşıdıkları, bu kaygıyı gidermek için de, söz konusu sınırlamaların uygulama alanını hiç ayırım gözetmeksizin her türlü kişisel teminata yaymak istedikleri açıktır. Uygulamadaki acı deneyimlerin bu kaygıyı yersiz gösterdiği de söylenemez. Yasa hükümlerinin dolanılmasını engelleme kaygısının yeni yasal düzenlemeler yapılmasını gerektirmediği, bu konuda yargıcın gerçekleştireceği titiz bir denetimin yeterli olduğu belki söylenebilir, ama yargıçların iş yükü ve uygulamadaki kötüye kullanmaların çokluğu dikkate alınır, pek gerçekçi olmaz¹¹².

112 TBK. m. 603 düzenlemesi henüz tasarı halindeyken, aval verilmesinin bu düzenlemenin kapsamına gireceği Kırcı tarafından savunulmuştur. Kırcı, kefalete ilişkin ehliyet sınırlamalarının aval için uygulanacağını kabul ettiğinden, kefilin eşinin rızasına ilişkin düzenlemenin de uygulanması gerektiğini ileri sürmüştür. Bu düşünceye göre, aval veren kişinin eşinin yazılı rızasının alınması aval için bir geçerlilik koşuludur. Bkz. İsmail Kırcı, Türk Borçlar Kanunu Tasarısı-Kefalet Eşin izni, Prof. Dr. Tuğrul Ansay'a Armağan, Ankara 2006, s. 437-438. 818 sayılı (eski) Borçlar Kanunu ve 6762 sayılı (eski) Türk Ticaret Kanunu hiçbir açıklık taşımadığı halde, kefalete ilişkin ehliyet sınırlamalarının aval bakımından da etkili olacağını ileri sürenler bulunmaktaydı. Nitekim bkz. Ertan Demirkapı, Gerçek Kişilerin Aval Verme Ehliyeti, Bilgi Toplumunda Hukuk, Ünal Tekinalp'e Armağan, Cilt: I, İstanbul 2003, s. 753 vd.. Avalin TBK. m. 603 kapsamına gireceğine ilişkin olarak ayrıca bkz. Gümüş, Borçlar (2. Bası), s. 329. Ne var ki, avalin TBK. m. 603 kapsamına girmeyeceğini belirten yazarlar da bulunmaktadır. Reisoğlu bu konuda şunları söylemektedir: "Buna karşılık, yasalarda şekil ve uygulanacak hükümleri açıkça belirtilen ve bir gerçek kişinin asli borçlu olarak yükümlülük altına girdiği kişisel güvenceler TBK. 603. maddeye tabi olmayacaktır. Örneğin Türk Ticaret Kanununda düzenlenen, şekil ve hükümleri Yasada açıkça belirtilen gerçek kişiler tarafından verilen avaller TBK 603. maddeye tabi tutulmayacaktır. Örneğin eşin rızasına gerek yoktur. Kural olarak kefil lehine olan hükümlerden kurtulmak için aval verildiği ileri sürülemeyecektir". Bkz. Seza Reisoğlu, Türk Kefalet Hukuku, Ankara 2013, s. 323. Yargıtay, metinde yaptığımız açılmalarda belirtilen teorik gerekçeye de yaslanmaksızın, yani bir sözleşme olmayıp tek taraflı bir beyanla kişisel teminat verilmesi anlamına geldiğini belirtmeksizin, aval TBK. m. 603 'ün kapsamında görmeme eğilimindedir Yargıtay 12 HD.'nin E: 2013/10055, K: 2013/24337 sayılı ve 27. 05. 2013 tarihli kararından şu satırları aktarıyoruz: "İtiraz eden borçlu bonoyu kefil olarak imzalamıştır. 6762 sayılı TTK.'nın 614/l. maddesine göre; "aval veren kimse, kimin için taahhüt altına girmişse tıpkı onun gibi mesul olur". Aval ile kefaleti birbirinden ayırmak gereklidir. Kefalet, fer'i nitelikte olmasına karşın, aval bağımsız ve aslı bir

nitelik taşır. Aval veren, lehine aval verilenin ileri sürebileceği ve senedin **şekline ilişkin** olanlardan bka geçersizlik sebeplerini defi veya itiraz olarak alacaklıya karşı ileri süremez. Oysa kefil, asıl borçluya ait kişisel defilerden yararlanabilir. Kefaletin, mutlaka asıl borç senedi üzerinde gösterilmesine lüzum olmadığı halde, aval şerhinin mutlaka poliçe, bono veya alonj üzerine yazılması gerekir. Bono üzerine "kefil" ibaresi konsa dahi bu, aval olarak nitelendirilir ve aval veren bononun diğer borçlusu ile birlikte müteselsilen sorumlu olur {TTK. m. 614). ITK.nun 636. maddesi bükmlil gereğince kambiyo senetlerinde müteselsil borçluluk esası olduğundan, bu tılır senetlerde imzası olan herkes, hamile karşı müteselsilen sorumludur. Bu aşudamalar doğrultusunda Türle Ticaret Kanununda özel hükümler olması nedeniyle kambiyo senetlerinde BK.mm 584. ve 603. maddeleri uygulanamaz. Kaldı ki borçlunun bu yönde bir şikayeti olmadığı halde BK. m. 584. madde hükmünün mahkemece resen değerlendirilmesi de mümkün değildir". Bu kararda, ifade edildiği şekliyle kabul edemeyeceğimiz noktalar vardır. İlk olarak, TTK. avalin şekline ilişkin düzenleme içermekte ise de, aval verenin ehliyetiyle ilgili bir düzenleme içermez. Şu halde, kefaletin şeklini düzenleyen TBK. m. 583'e nispetle özel hüküm niteliği taşıyan bir düzenleme ITK.nda yer almakta, buna karşılık, kefil olma ehliyetine, özellikle de TBK. m. 584'e nispetle özel hüküm niteliğini taşıyan bir düzenleme TTK.ada yer almamaktadır. TBK. m. 603 ise doğrudan şekil ve ehliyetle ilgili bir düzenleme içermeyip, kefalete ilişkin bu nitelikteki düzenlemelerin uygulama alanını belirleyen bir madde olduğundan, bu maddeye nispetle özel nitelikte bir düzenlemenin TTK. nda yer alması zaten mümkün değildir. Bütün sorun, kefaletle ilişkin bir ehliyet sınırlaması getiren TBK. m. 584'ün, bu konuda özel bir düzenlemeye tabi olmayan aval bakımından uygulanıp uygulanmayacağının TBK. m. 603 açısından nasıl ele alınması gerektiğidir. Yargıtay'ın ele aldığımız kararında da bu konuda hiçbir şey denmemekte, sanki TBK. m. 584'ün karşılığı olabilecek özel bir düzenleme varmış gibi fikir yürütülmektedir. Diğer taraftan, ehliyet sınırlaması getiren TBK. m. 584'ün uygulanması teminat verenin bunu defi yoluyla ileri sürmesini gerektirmeyip, eşin rızasının bulunmadığı yargıç tarafından re'sen gözetilecektir. Ehliyetle ilişkin emredici düzenlemeleri yargıcın re'sen gözetmesi gerektiği, ehliyetsizliğin bir defi olmayıp bir itiraz olduğu, ayrıca bir açıklamayı gerektirmeyecek denli açık bir husustur. Ne var ki, kararda TBK. m. 584'e dayanan savunmanın bir defi olduğu ve teminat verence ileri sürülmesi gerektiği yönünde bir ifade kullanılmıştır. Yargıtay'ın bu kararında beliren eğilimin genelleşmemesini temenni ediyoruz. Yüksek Mahkeme'nin TBK. m. 603'ü amacına göre yorumlayarak, aval bakımından da TBK. m. 584'ü uygulamasının yerinde olacağını düşünüyoruz. Eğer aksi sonuca varılacaksa, yani gerçek kişi avalistin eşinin rızası aranmayacaksa, kararda gösterilen gerekçeye dayanılamaz. Şu halde, aval veren gerçek kişinin ehliyetine ilişkin özel bir düzenlemenin varlığı iddia edilerek, avalin TBK. m. 603 kapsamına girmediği söylenemez. Bu konuda dayanılacak gerekçe, olsa olsa, avalin bir sözleşme değil tek taraflı bir beyana dayandığı olabilir. Bir başka deyişle, gerçek kişilerin kişisel teminat verdiği sözleşmelere kefalete ilişkin şekil ve ehliyet sınırlamalarının uygulanacağını belirten TBK. m. 603'ün, bir sözleşmeyle değil tek taraflı beyanla kişisel teminat verilmesi demek olan avalı kapsamına almadığı söylenebilir. Bu gerekçenin de, teorik bakımdan tutarlılığı ne olursa olsun, TBK. m. 603'ün amaca göre yorumu çerçevesinde reddedilmesi gerektiği kanaatindeyim. Buna

rağmen, Yargıtay'ın konuyu ele alış biçimine oranla çok daha savunulabilir bir açıklama getirdiğini de teslim etmek gerekir. Yargıtay avalin TBK. m. 603 kapsamına girmediğine ilişkin içtiihadını aynı gerekçeye (daha doğrusu aynı sözde gerekçeye) dayandırmaya devam edecek gibi görünmektedir. Gerçekten de 12 HD.'nin E: 2015/25240, K: 2016/2668 sayılı ve 28.01.2016 tarihli kararında "Türk Ticaret Kanunu'nda özel hükümler olması nedeniyle, kambiyo senetlerinde TBK'nun 584 ve 603. maddeleri uygulanmaz" denmektedir. TBK. m. 603 ve m. 584'ün avale uygulanmayacak olmasının sebebi bu hükümlerin getirdiği düzenlemelere oranla "özel nitelikte" düzenlemelerin TTK.'nda bulunmasıysa, bu düşünce doğru olmadığına göre söz konusu hükümlerin avale uygulanması gerekecektir. Ne TBK. m. 603'e ne de TBK. m. 584'e nisbetle özel bir hüküm TTK.'nda bulunmamaktadır. Sadece kefaletin şeklini düzenleyen **TBK.** m. 583'e nispetle özel bir şekil kuralı TTK. m. 70! 'de yer almaktadır. Avalin **TBK.** m. 603'ün kapsamı dışında kalması isteniyorsa, dayanılabilecek yegane gerekçe, avalin TBK. m. 603'te belirtildiği gibi bir sözleşme olmayıp tek taraflı bir beyanla gerçekleşmesidir.

§ 2. Kefalet Sözleşmesine Genel Bakış

I. Tanım, taraftar, konu ve borçlanma sebebi

A. Yasal tanım

Kefalet sözleşmesinin yasal tanımı, TBK. m. 581'de yer almaktadır. Buna göre, *"kefalet sözleşmesi, kefilin alacaklıya karşı, borçlunun borcunu ifa etmemesinin sonuçlarından kişisel olarak sorumlu olmayı üstlendiği sözleşmedir"*. Bu tanımla birlikte, 818 sayılı (eski) Borçlar Kanunu'nun 483. maddesindeki tanımın aksaklıkları büyük ölçüde giderilmiştir. 818 sayılı Kanun zamanında, yasal tanımdaki aksaklıklara değinerek kefalet sözleşmesiyle ilgili açıklamalara başlamak bir gelenek haline gelmişti. Öğretinin sert eleştirileri için bir cazibe merkezi olan tanım şu şekildeydi: *"Kefalet, bir akittir ki onunla bir kimse, borçlunun akdettiği borcun edasını temin etmeği alacaklıya karşı taahhüt eder"*. Bu tanımın aksayan yönlerini ortaya koymak, hem 818 sayılı Kanun zamanındaki geleneğin bir uzantısı olacak hem de yürürlükteki Kanun'un tanımını değerlendirmeye hizmet edecektir.

818 sayılı Kanun'un tanımına göre, kefil, "borçlunun akdettiği borcun edasını temin etmeği" taahhüt eder. "Borçlunun akdettiği borcun edasına" ilişkin teminattan söz edilmesi, sadece sözleşmeden doğan borçlara kefil olunabileceği izlenimini uyandırır. Oysa sadece sözleşmeden doğan borçlara değil, her türlü borca kefil olunabilir. Haksız fiilden, sebepsiz zenginleşmeden veya yasaca tanımlanmış herhangi bir olgudan kaynaklanmış (nafaka borcu gibi) borçlara kefil olunmasına bir engel yoktur¹. Kamu hukukundan kaynaklanan borçlara kefil olunabileceği de kabul edilmektedir².

1 Scyboz, s. 358; Tandoğan, Borçlar il, s. 693; Reisoğlu, Kefalet, s. 2; Yavuz, s. 824.

2 Kamu hukukundan kaynaklanan borçlar için kefil olunabileceği, İsviçre-Türk hukukunda kabul edilmektedir. Reisoğlu, Kefalet, s. 11; Beck, Art. 492, N. 112; Christoph M. Pestalozzi, Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht I, Art. 1-529 OR, 3. Auflage, Basel-Genf-München 2002, Art. 492, N. 18. Ne var ki

818 sayılı Kanun'un tanımındalcı bir diğer aksaklık, kefilin edimini "*borcun edasını temin etmek*" olarak göstermesidir. Bu ifadeden kefilin esas borçlunun borcunu ifa etmesi için gayret göstereceği, bu konuda elinden gelen bütün özeni göstermesine rağmen borç ifa edilmezse sorumlu tutulmayacağı sonucu çıkarılabilir. Bu türlü bir sonucun, kefilin üstlendiği edimi tanımlamaktan ne kadar uzak olduğu da ortadadır. Kefil, temin ettiği borcun

kamu hukuku kökenli borcun niteliği, bazı durumlarda, bu borç için kefil olunmasına engel oluşturabilir. Örneğin para cezaları için kefil olunması mümkün görülemez. Bu türlü bir borca ilişkin kefalet sözleşmesi "kesin hükümsüz" sayılır. Bunakarşılık hazırlık soruşturması sırasında söz konusu olan teminat gösterme gerekliliği, **kefalet** sözleşmesi yoluyla yerine getirebilir. Pestalozzi, Art. 492, N. 18; Giovanoli, Art.492, N. 10. Gerçekten de para cezasının kefil tarafından ödenmesi cezaların kişiselliğine aykırı düşer. Buna karşılık kamu hukuku kökenli borçlara kefil olunabilmesi bakımından bir ayırım yapmayan ve para cezaları için de kefil olunabilmesini kabul eden yazarlar bulunmaktadır. Örneğin bkz. Beck, Art. 492, N. 112, 113. Kanaatimce kamu hukuku kökenli borçlara kefil olunabilmesi olanağı kuşkuyla karşılanmalıdır. Ödemeyapan kefilin yasa gereğince gerçekleşen halefiyeti, kamu hukukundan kaynaklanan borç için kefil olunmasına engel oluşturabilir. Örneğin bir vergi borcu için kefil olmuş kişi, ödeme yaptıktan sonra, vergi alacağına halefiyet yoluyla sahip olmuş sayılacak mıdır? Bu soruya olumlu cevap verilirse, bu alacağı tahsil için kamu alacaklarının tahsil edilmesindeki usullerden de yararlanabilecek midir? Halefiyet yoluyla elde edilen alacağı bir kamu alacağı olduğu düşünülür ve halefiyetin alacağın niteliğinde bir değişiklik yaratmayacağı söylenirse, bu son soruya olumlu cevap vermek gerekebilir. Bu sonuca varılmak istenmiyorsa, kefilin halefiyetiyle birlikte alacağın nitelik değiştireceğini ve kamu alacağı olmaktan çıkacağını söylemek gerekecektir. Nitekim Alman Hukukunda kabul edilen düşünce budur. Kefilin halefiyetinin alacağın kamusal niteliğinde değişikliğe yol açacağı, ancak icra-iflas hukukundaki ayrıcalıklardan kefilin de yararlanacağı kabul edilmektedir. Reinicke-Tiedtke, s. 116. Kanaatimce kamu alacakları için kefalet benzeri bir garanti sözleşmesi yapılması daha yerinde olur. 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun konuya ilişkin tutumunun da olumsuz olduğunu düşünüyorum. İsviçre Hukuku'nda OR Art. 493 Abs 3 düzenlemesi, kamu hukuku kökenli borçlar için kefil olunabileceğinden söz etmekte, bu borçlar için verilen kefaletin şeklinele almaktadır. Türk Borçlar Kanunu kefaletin şekline ilişkin OR Art. 493 hükmünü önemli değişikliklerle bünyesine alırken, kamu hukuku kökenli borçlara ilişkin OR Art 493 Abs 3 düzenlemesini bütünüyle dışarıda bırakmıştır. OR Art. 509 Abs 3 düzenlemesinde, kefil olan gerçek kişilerin sorumluluk süresi yirmi yılla sınırlandırılmış, ne var ki, kamu hukukundan doğan borçlar için kamu kurumlarına karşı üstlenilen kefaletler bu sınırlandırmanın dışında bırakılmıştır. Sorumluluk süresinin sınırlandırılmasına ilişkin bu düzenlemenin karşılığını oluşturan TBK. m. 598'de kamu hukukundan borçlarla ilgili istisnaya yer verilmemiştir. İsviçre kaynağında kamu hukuku kökenli borçlara kefaletten söz edilen yerlerde Türk Borçlar Kanunu'nun sessiz kalması, bilinçli bir tavır gibi görünmektedir. Kanaatimce soruna "menfi bir çözüm" getirilmiş, kamu hukukundan kaynaklanan borçlar için kefil olunabilmesi engellenmek istenmiştir.

ifa edilmemesi veya kötü ifa edilmesinden "*kişisel olarak*" sorumlu tutulmayı üstlenir. Borcun ifa edilmesi için gayret göstermeyi **değil**. **Kefilin** edimi 818 sayılı Kanun'un tanımında belirtildiği şekilde anlaşılırdı. **kefilin** alacaklının vekili olduğu söylenebilirdi.

818 sayılı Kanun'daki yasal tanımın öğretide değinilmeyen bir aksaklığı daha vardır. Yasal tanıma bakılırsa, kefilin temin ettiği borcun **kefalet sözleşmesinin** yapıldığı sırada mevcut olması gerektiği **söylenebilir**. **818 sayılı BK m. 483'deki tanım, "borçlunun akdettiği (halihazırda mevcut)" bir borca kefil olmaktan söz etmektedir. Oysa böyle bir zorunluluk olmayıp, ilerde doğacak bir borca kefil olmak da mümkündür.**

Yukarıda değinilen aksaklıklar dikkate alınarak yapılacak bir **tanımda şu** noktalar üzerinde durulması gerekliydi: *Kefilin bir başkasının borcundan kişisel olarak sorumlu olmayı üstlendiği ve kefalet sözleşmesinin kefil için fer'i bir sorumluluk doğurduğu.* Kefil, bir borç ilişkisindeki alacaklıya, borçlunun borcunu hiç veya gereği gibi yerine getirmemesinden kişisel olarak sorumlu olmayı taahhüt eder. Kefil, bu sorumluluğu, temin ettiği borcun geçerli olarak doğmasına, devam etmesine, dava edilebilmesine bağlı olarak üstlenir. Kefilin kefalet sözleşmesinden kaynaklanan sorumluluğunun kapsamı, esas borçlunun alacaklıyla arasındaki borç ilişkisinden kaynaklanan sorumluluğunun kapsamını aşamaz⁵.

Yukarıda yapılan açıklamalar, TBK. m. 581'deki yasal tanım hakkında olumlu bir değer yargısı verilmesini sonuçlandıracaktır. Bu tanım, bir yandan kefalet sözleşmesinin taraflarının kefil ve alacaklı olduğunu vurgularken, diğer yandan kefilin başkasına ait bir borçtan kişisel olarak sorumluluk üstlendiğini açıklıkla belirtmektedir. Buna göre kefil, ne borçlunun borcunu ifa etmeyi ne de borcun ifasını sağlamak için gayret göstermeyi taahhüt eder. O, borcun ifa edilmemesi üzerine alacaklının uğradığı zararı bir miktar para ödeyerek karşılayacaktır. TBK. m. 581'in ifade biçimi, kefilin kişisel sorumluluk üstlendiği borcun bir sözleşmeden doğması veya halihazırda doğmuş (mevcut) olması gerektiği gibi yanlışlıklara düşmeye imkan vermeyecek niteliktedir.

3 Tandoğan, Borçlar II, s. 693; Reisoğlu, Kefalet, s. 7-8; (Hatemi/Serozan) Arpacı, s.520-521.

4 İsviçre hukukundaki revizyondan önce, 818 sayılı BK m. 483'e kaynaklık eden OR Art. 492 hükmündeki yasal tanımın bu şekilde bir yanlış anlamaya yol açabileceği noktasında bkz. Beck, Art. 492, N. 6.

5 Beck, Art. 492, N. 7.

B. Kefalet sözleşmesinin tarafları

J. Taraflar

Kefalet sözleşmesinin tarafları, kefil ve 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 yanılığısına düşülmemelidir. Esas borç ilişkisindeki borçlunun rızası veya bilgisi olmadan, hatta karşı çıkmasına rağmen kefalet sözleşmesinin yapılması mümkündür>. Kefalet sözleşmesinin borçlu, alacaklı ve kefil ile ilgilendiren üç köşeli bir ilişkiye yol açtığı yolunda bir söylemin kullanılması bu açıdan yanıltıcı olabilir. Kefalet sözleşmesinin üç köşeli bir ilişkiye yol açtığı söylene bile, bu söylem biçiminin kefalet sözleşmesinin taraflarının belirtilmesiyle bir ilgisi yoktur. Kefalet sözleşmesinin tarafları, her zaman, kefil ve esas borcun alacaklısıdır⁷.

Kefalet sözleşmesine taraf olmayan esas borçlunun, başka bir sı_!at taşıyarak kefalet sözleşmesi açısından etkili olması mümkün olabilir. Örneğin esas borçlu, alacaklı veya kefilin temsilcisi veya habercisi olarak kefalet sözleşmesinin kurulmasında etkili olabilir⁸.

2. Üçüncü kişi yararına kefalet sözleşmesi yapılması olanağı

Kefil ile esas borçlunun, alacaklı lehine kefalet sözleşmesi kurması mümkün olabilir mi? Bir başka deyişle, üçüncü kişi yararına sözleşme yapısı içinde (TBK m. 129) bir kefalet sözleşmesinin kurulması düşünülebilir mi? Böyle bir sözleşmede, alacaklı, kefalet sözleşmesinin tarafı olmayıp bu sözleşmeden yararlanan üçüncü kişi olacaktır. Bu şekilde bir kefalet sözleşmesi kurulabilmesini kabul edenler vardır⁹. Kuşku yaratan nokta, alacaklının taraf olmadığı bir kefalet sözleşmesinde kefilin halefiyetinin nasıl gerçekleşeceği- dir. Kefalet sözleşmesine ilişkin hükümlerin alacaklıya yüklediği yüküm ve

6 Giovanoli, Art. 492, N. 52; Beck, Art. 492, N. 43; Biasio, s. 1; Barlas, Bazı Sorunlar, s. 42; Fahrettin Aral, Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, 7. Baskı, Ankara 2007, s. 421-422; Zevkliler/Havutçu, s. 367.

7 Beck, Art. 492, N. 9; Giovanoli, Art. 492, N. 2, 3; Pestalozzi, Art. 492, N. 2; Scyboz, s. 356; Reinicke/Tiedtke, s. 21; Heinrich Honsell, Schweizerisches Obligationenrecht, Besonderer Teil, 7. Auflage, Bem 2003, s. 392; Biasio, s. 1.

8 Beck, Art. 492, N. 44; Reinicke/Tiedtke, s. 21.

9 Reinicke/Tiedtke, s. 22; Eugen Bucher, Obligationenrecht, Besonderer Teil, 3. Auflage, Zürich 1988, s. 287.

killfetlerin, alacaklının taraf olmadığı bir kefalet sö-ılcşmesinde nasıl yerme getirileceğı de bir diğcr kuşku lu nokta olmaktadır.

Alacaklı yararına kefalet sözleşme.si kefil ve e.sm borçlu orında hı-nı/ursa. kefilin halefiyeti sorununu aşmak mümkündür. Bir borcun borçlu-sunun, üçüncü kişinin yaptığı ifayla borcun son bulmoyacağını ve ifada bu-lunan üçüncü kişinin alacaklıya halef olacağını kabullenmı!3i müm}djndiir Yeter ki borçlunun bu doğrultudaki iradesi üçüncü kqinin yapocogı ifadan önce alacaklıya bildirilsin (BK m. J27 f J b. 2). Alacaklı yararına /cefa/et sözleşmesi yapan esas borçlu, kefilin alacaklıya halef olmasını kabullendiğ-i ni ortaya koymakta ve alacaklı kendi yararına yapılan kefalet sözlqme.Jini öğrenince, esas borçlunun bu doğrultudaki iradesinden haberdar olmaktadır. Demek ki ödeme yapan kefilin alacaklıya halef olması, TEK. m. 127 f 1 b. 2 'nin uygulanmasıyla sorunsuz bir biçimde gerçekleşecektir. Ne var ki ola-ğan bir kefalet sözleşmesinde alacaklıya ait olacak yükümlölük ve külfetlerin, alacaklı yararına yapılan bir kefalet sözleşmesinde nasıl yerine getirileceğı kuşku lu kalmaya devam etmektedir. Örneğın olağan bir kefalet sözleşmesin-de, alacaklının elinde bulunan teminatları koruması, bun/an kefilin zaranna azaltmaması gerekir. Bunun gibi alacaklı, elinde bulunan teminatları ve ispat vasıtalarını, kendisine halef olan kefile aktarmalıdır. Alacaklının esas borçlu-nun iflasını kefile bildirmek ve alacağını iflas masasına yazdırmak yükümlü-lüğü altında olduğı da hatırlanmalıdır. Bütün bu yüküm ve külfetlerin yerine getirilmesi, kefalet sözleşmesinin tarafı alacaklıdan başkası olduğı takdirde önemli ölçüde güçleşecektir.

3. Kefalet ön sözleşmesinde taraftar

Esas borçlu ve kefil TBK m. 29 anlamında bir kefalet ön sözleşmesi yapabilir Ön sözleşmenin taraflarının esas sözleşmenin taraflarıyla aynı ol-ması gerekmediğine göre, alacaklının kefalet ön sözleşmesinde taraf olma-masında yadırganacak bir yön yoktur. Alacaklı kefalet ön sözleşmesinde ta-raf olmasa da asıl kefalet sözleşmesi kefil ve alacaklı arasında yapılacaktır. Kefil, kendisiyle ön sözleşme yaptığı esas borçluya karşı, alacaklıyla asıl kefalet sözleşmesini kurma borcu altına girmektedir. Esas borçluyla yapıla-cak kefalet ön sözleşmesinin asıl kefalet sözleşmesinin şekline uygun olarak yapılması gerekir. Alacaklıya veya üçüncü bir kişiye kefil olma vaadinde bulunulmasını kefaletin şekline bağlayan TBK. m. 583 f. 2, ön sözleşmenin şekliyle ilgili TBK. m. 29 f. 2 düzenlemesini teyit eder niteliktedir¹⁰. TBK.

10 Reinickeffiedtke, s. 24. Asıl borçluya karşı yapılan kefalet vaa dinin geçerli olacağını belirten Reisoğlu, kefalet vaadiyle kefalet ön sözleşmesini kast etmektedir. Reisoğlu, Kefalet, s. 31.

m. 583 f. 2, alacaklıya kefil olma vaadinde bulunulabileceğinden söz **etmek**-tedir. Alacaklıya yapılan kefil olma vaadinin de kefalet ön sözleşmesi **olarak** nitelendirilmesi düşünülcübilir¹¹. Böyle bir vaad yapılırken kefaletin **şekline** ve kefil olma ehliyetine ilişkin kuralların gözetilmesi gerekecektir. **Ne var** ki alacaklıya yapılacak kefil olma vaadinin, şekle ve ehliyeteye ilişkin kurallar gözetilmiş olmak kaydıyla, ön sözleşmeye değil asıl kefalet sözleşmesine vücut vereceği kanaatindeyim. Alacaklı, kefil olma vaadine dayanarak asıl kefalet sözleşmesinin kurulmasını isteyecek ve bu isteği yerine getirilmediği takdirde "irade beyanına mahkumiyete" ilişkin bir dava açacak değildir. Alacaklı, bu türlü bir vaade dayanarak, vaad edenin kefil sıfatıyla ödeme yapmasını doğrudan doğruya talep edebilecektir¹².

-
- 11 Beck, Art. 492, N. 77; Giovanoli, Art. 492, N. 4. 818 sayılı (eski) Borçlar Kanunu göz önünde tutularak yapılan çalışmalarda, borçluya karşı yapılan kefalet vaadinin bir ön sözleşme olarak görülüp görülemeyeceği hakkında farklı değerlendirmeler yapılmıştır. Örneğin Elçin Grassinger, "kefilin asıl borçluya karşı yapacağı kefalet akdini kurma vaadi BK m. 22ff'i anlamında ön akit olmayacağından, kefalet akdinin şekline bağlı olarak yapılması gerekmeyecekse de..." tarzında bir ifade kullanmıştır. Gülçin Elçin Grassinger, *Borçlar Kanunu'na Göre Kefilin Alacaklıya Karşı Sahip Olduğu Savunma İmkanları*, İstanbul 1996, s. 120. Benzer bir düşünceye sahip olduğundan olsa gerek Gültekin, kefalet sözleşmesi yapma vaadinin alacaklıya karşı yapıldığı durumlarda yazılı şekli ararken, borçluya karşı yapıldığı durumlarda yazılı şeklin gerekli olmadığını belirtmiştir. Gültekin G., *Kefalet*, İBM Y:1938, S: 1, s. 42. Bütün bu yaklaşımlar asıl sözleşmenin taraflarıyla ön sözleşmenin taraflarının aynı olması gerektiği düşünce-siyle dayanmaktadır. Oysa böyle bir gereklilik yoktur. Böyle bir gereklilik olmadığı için, kefalet ön sözleşmesi alacaklıyla yapılabileceği gibi esas borçluyla da yapılabilir. Hatta esas borçla bütünüyle ilgisiz bir üçüncü kişiyle bile yapılabilir. Nitekim, Kuntalp, esas borçluya karşı yapılan kefalet sözleşmesi yapma taahhüdünü bir ön sözleşme olarak nitelendirmekte sakınca görmemiştir. Kuntalp, *Teminat Kavramı*, s. 269. Hatta kefalet ön sözleşmesinin pratik öneminin, alacaklıyla değil de esas borçluyla yapıldığı takdirde ortaya çıkacağını söylemek bile mümkündür. Nitekim alacaklıya karşı kefalet sözleşmesi yapma vaadinde bulunmanın, bir ön sözleşmeye değil asıl kefalet sözleşmesine vücut vereceği kanaatindeyim. Buna göre, kefalet ön sözleşmesi, alacaklı dışında bir kişiye karşı yapılan kefil olma vaadinde ortaya çıkacaktır. TBK m. 583 f. 2 düzenlemesi, kefalet sözleşmesi kurma vaadinin alacaklıya veya üçüncü kişiye (örneğin esas borçluya) yapılması arasında bir fark gözetmemekte ve her iki durumda da kefaletin geçerlilik şeklinin gerçekleşmesini aramaktadır. Ön sözleşmenin taraflarıyla asıl sözleşmenin taraflarının ayrı olmasının pekala mümkün olduğu ve üçüncü kişi yararına ön sözleşme yapılabileceği hakkında ayrıca bkz. Gül Doğan, *Ön Sözleşme (Sözleşme Yapma Vaadi)*, İstanbul 2006, s. 63 vd.
- 12 Nitekim alacaklıya karşı ileride kefil olacağını beyan eden kimsenin şimdiden kefil olmuş sayılacağına ilişkin olarak bkz. Selahattin Sulhi Tekinay/Sermet Akman/Haluk Burcuoğlu, Atilla Altop, Tekinay Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, 7. baskı, İstanbul 1993, s. 143.

4. Kefalet sözleşmesinin gelecekteki alacaklıyla yapı/m1131

Kefalet sözleşmesinin gelecekteki alacaklıyla yapılmasının mümkün olduğu kabul edilmektedir. Şöyle ki: Kefalet sözleşmesi bakımından alacaklının kişiliği belirleyici bir öneme sahip değildir. Kefil için önemli olan **borç**lunun kişiliğidir. Ne de olsa belirli bir borçlunun ödeme gücüne **güvenilerek** kefil olunur. Alacaklının kişiliği kefil için önemli olmadığından, **kefalet belgesinde** alacaklının kim olduğunun gösterilmemesi mümkündür. Diğer taraftan, kefalet sözleşmesinin sadece kefil borç altına sokması kuraldır. Buna bağlı olarak kefalet belgesinin sırf kefil tarafından imzalanması yeterli olur. Kefalet belgesinin hazırlanması ve imzalanması aşamasında alacaklının bulunması gerekmez. O halde gelecekteki bir alacaklı göz önünde tutularak kefalet belgesinin hazırlanması ve imzalanması mümkün hale gelmektedir. Gelecekteki bir alacaklı göz önünde tutularak kefalet belgesi hazırlansa bile, söz konusu belgede, kefalet konusu alacağın yeteri kadar belirlenmesi zorunludur.

Alacaklının ismi boş bırakılarak hazırlanan bir kefalet belgesi kefalet sözleşmesini kurmaya yetmez. Kefalet sözleşmesinin kurulması için, kefalet belgesinde cisimleşen irade beyanına alacaklının irade beyanı da eklenmelidir. O halde, alacaklının ismi gösterilmeden hazırlanan kefalet belgesi, bu belgede gösterilmiş olan alacağın şu andaki veya gelecekteki alacaklısına yapılmış bir öneri niteliğindedir. Bir başka deyişle, belirli olmayan bir kişiye yönelik bir öneri söz konusudur. Kefalet belgesinde tanımlanan alacağın alacaklısı durumuna gelen herhangi bir kişi, bu öneriyi kabul takdirde kefalet sözleşmesi kurulmuş olur. Kefil, alacaklının ismini göstermeden hazırladığı kefalet belgesini teslim ettiği kişiye, alacaklıyı seçmek ve onun kabul beyanını almak bakımından yetki verebilir. Esas borçlu da bu türden bir yetkiye sahip kılınabilir¹³. Kefilin hazırladığı kefalet belgesini teslim alan ve alacaklıyı belirlemek bakımından yetkili kılınan kişi (bu kişi esas borçlu da olabilir), kural olarak, bu yetkisini kendi takdirine göre kullanabilir. Böylelikle, kefilin kefalet belgesinde boş bıraktığı yere, kefil olunan alacağın (baştan veya sonradan) sahibi olan herhangi bir alacaklının ismini yazabilir. Kefalet belgesinde alacaklının nasıl seçileceği hakkında bir açıklık bulunmuyorsa, alacaklı olarak ismi yazılan kişiye itiraz edilemez. Kefil olmak isteyen kişinin yetkinin kullanım biçimi ve alacaklının seçimi bakımından vermiş olduğu talimatlar, kefalet belgesine yansımadığı sürece, alacaklı olarak ismi yazılan kişiye karşı ileri sürülemez. Meğerki alacaklı olarak ismi yazılan kişi

13 Beck, Art. 492, N. 37.

bu talimatları biliyor olsun veya bilmesi gereksin¹⁴.

Kefalet sözleşmesinin aynı borçlunun birden fazla alacaklısıyla yapılması mümkündür. Böyle bir durumda, kefilin önerisi alacaklıların ortak temsilcisine yapılabilir ve söz konusu temsilci bütün alacaklılar adına öneriyi kabul edebilir¹⁵.

5. Kefili mirasçılarının kefalet sözleşmesinden kaynaklanan sorumluluğu

Mirasbırakan kişinin kefalet sözleşmesinden kaynaklanan borcu mirası reddetmeyen mirasçılara geçer. Kefalet borcunun mirasçılara intikali diğer borçların intikalinden farksızdır.

Kefalet borcunun mirasçılara geçişi, kefalet sözleşmesi üzerinde herhangi bir etkide bulunmaz. Vadesi gelmemiş bir kefalet borcunun sırf kefil öldü diye muaccel olacağı da söylenemez¹⁶.

Kefilin borcu mirasçılara intikal etse de, mirasçılar bu borçtan kaynaklanan sorumluluklarını sınırlayabilirler. Mirası reddetmeye hakkı olan her mirasçının terekenin resmî defterinin tutulmasını isteyebilme olanağı bulunmaktadır. Bu olanağı düzenleyen MK m. 619-631 hükümleri arasında yer alan MK m. 630'a göre: "*Mirasbırakanın kefaletten doğan borçları defterde ayrı bir yere yazılır ve mirasçılar, mirası kayıtsız ve şartsız kabul etmiş olsalar bile, bu borçlardan terekenin iflas hükümlerine göre tasfiyesi halinde, kefalet sebebiyle alacaklı olanlara ne düşecek idiyse ancak o miktarla sorumlu olurlar*". Kefilin sorumluluğunun bu hüküm çerçevesinde sınırlanması için, mirasçılarının terekenin resmî defterinin tutulmasını istemesi (MK m. 619 vd) ve mirasbırakanın alacaklılarının alacaklarını bildirmek için çağırılması gerekir (MK m. 621). Mirasbırakandan kefalet sözleşmesi dolayısıyla alacaklı olan kişiler alacaklarını bildirmeyi ihmal ederse ve bu nedenle söz konusu alacaklar deftere geçmezse, mirasçılar ne kişisel olarak ne de terekeden kendisine geçen mallarla sınırlı olarak bir sorumluluğu bulunmayacaktır (MK m. 629 f. 1). Kefalet sözleşmesinden kaynaklanan alacakların deftere geçmemesi alacaklıların kusuruna dayanmıyorsa, mirasçılar bu alacaklardan, terekeden elde ettikleri zenginleşmeyle sınırlı olarak sorumlu olurlar

14 Beck, Art. 492, N. 38.

15 Beck, Art. 492, N. 40.

16 Beck, Art. 492, N. 29.

(MK m. 629 f. 2). Kefalet sözleşmesinden kaynaklanan alacaklar deftere geçerse. kefilin mirasçıları mirası kayıtsız şartsız kabul etseler bile bu alacaklar dolayısıyla sorumlulukları sınırlı olur. Şöyle ki: Terekenin ta5fiyc5i ıflM hükümlerine göre yapılsaydı kefalet sözleşmesi dolayısıyla alacaklı olanlar alacaklarını hangi oranda elde edecekse, bu oranla sınırlı olarak mir35Çılarından talepte bulunabilirler¹⁷.

C. Kefilin ediminin konusu

Kefil olan kişi, *bir* 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 olmaz. Kefalet sözleşmesinin yapılmasıyla birlikte, doğrudan bu sözleşmeye dayanan yeni bir borç doğar. Kefilin kefalet sözleşmesinden kaynaklanan yükümlüğü, bir başkasına ait borcun ifası bakımından güvence vermeye yöneliktir ve kendi başına varolabilen bir yükümlülük değildir. Kefilin yükümlülüğünün varlığı ve devamı, güvence altına alınan esas borca bağlıdır.

Kefil, esas borcun yerine getirilmemesi yüzünden alacaklının uğrayacağı zararı bir miktar para ödeyerek karşılamayı taahhüt eder. O, esas borçlu yerine geçerek esas borcu ifa edecek değildir. Esas borç ne olursa olsun, kefilin borcu her zaman için bir para borcudur. Esas borcun konusunu oluşturan edim, bir şey vermeye, bir şey yapmaya veya yapmamaya ilişkin olabilir. Esas borcun konusunu oluşturan edim açısından söz konusu olabilecek bütün bu çeşitliliğe karşın, kefilin edimi tek tiptir. O, esas borcun yerine getirilmemesi yüzünden alacaklının uğradığı zararı karşılayacak bir miktar para ödemekle yetinecektir¹⁸. Alacaklıya ödeme yapan kefil, kefalet sözleş-

17 Beck, Art. 492, N. 32-33. Kefilin mirasçılarının sorumluluğu ile ilgili olarak 19 HD.'nin 12.5.2003 tarih ve 1826/4991 sayılı kararında şunlar söylenmektedir: "Kural olarak kefilin ölümü onun kefalet borcunu ortadan kaldırmaz ve bu borç mirasçılanna geçer. Şu kadar ki, defter tutma halinde, mirasçılar mirası ister tutulan deftere göre, ister mutlak olarak kabul etmiş olsunlar murislerinin kefalet borcundan dolayı mirasçılar "ancak tereke borcunun iflas hükümlerine göre tasfiye halinde kefaletten alacaklı olanlara düşecek miktar nispetinde mesut olurlar. Müteselsil kefalette, mirasçılar tarafından miras reddedilmediğinden ve sınırlı olmayan süreler için yapılan müteselsil kefaletin sona erdirilmesi bankaya bildirilmediğinden, bankanın işleyen kredi hesabı nedeniyle doğan alacaklarının kefilin mirasçılarından talep edilebileceğine göre bir karar verilmesi gerekirken yazılı gerekçe ile karar verilmesi doğru görülmemiştir". Karar için bkz. (Nihat) Yavuz, s. 673.

18 Tandoğan, Borçlar il, s. 697-698; Reisoğlu, Kefalet, s. 7-8, 11. Barlas'a göre kefilin

mcsinden kaynaklanan kendi borcunu ifa etmiş olur¹⁹. Bu nedenle, kefilin ödemesi esas borç bakımından bir "ifa etkisi" doğurmaz. Kefil tatmin ettiği alacaklıya halef olur ve esas borç kefile karşı devam eder.

Kefalet sözleşmesiyle güvenceye alınan esas borcun kefalet sözleşmesi, ifa ne olan etkisi iki açıdan söz konusu olur. İlk olarak kefilin üstlendiği edimin içeriğinin belirlenmesi için, ikinci olarak da kefilin yükümlülüğünün doğup doğmadığını veya devam edip etmediğini saptamak için esas borçla ilgili değerlendirme yapılır. Kefilin ediminin içeriği belirlenirken, esas borcun ifa edilmemesi yüzünden alacaklının uğradığı zararın ne olduğu sorusunun cevabı aranır. Bu soruya verilen cevaba göre kefilin alacaklıya karşı ödemekle yükümlü olduğu tutar belirlenir. Kefalet sözleşmesinin kefil için fer'i bir yükümlülük doğurması da, geçerli bir esas borcun bulunup bulunmadığının ve esas borcun devam edip etmediğinin araştırılmasını gerektirir?²⁰.

borcunu tazminat borcu olarak nitelendirmek yerinde olmaz. Esas borç yerine getirilmediği için tazminat borcu altında olan kişi esas borçludur, kefil değil. Tazminat borca aykırılığın yaptırımıdır ve borca aykırı davrandığı için bu yaptırıma uğrayacak olan kişi esas borçludur. Borca aykırılık etmemiş olan kefilin tazminat borcu altında olduğunu söylemek doğru olmaz. Kefil, alacaklının asıl borcun ifasına olan menfaatini karşılayacak bir miktar para ödeme borcu altındadır. Bkz. Barlas, Bazı Sorunlar, s. 43. Barlas'ın bu yaklaşımına katılıyor ve kefilin borcunun bir "tazminat borcu" olduğu biçimindeki açıklamaları yerinde bulmuyoruz. Gerçekten de tazminat borcu, borca aykırı davrandığı için bir yaptırımı hak etmiş olan kişi için söz konusu olur. Esas borca aykırılıkta bulunduğu söylenemeyecek olan kefil tazminat borçlusu olmaz. Kefilin borcu, miktarı alacaklının uğradığı zarara göre belirlenecek bir para borcudur. Esas borcun ifa edilmemesi sebebiyle alacaklının uğradığı zarar, kefalet sözleşmesinden doğan para borcunun miktarının belirlenmesine hizmet eden bir ölçekten ibarettir. Kefilin başkasına ait bir borçtan sorumluluk üstlendiği ifadesi de durumu tam olarak ifade etmeyebilir. Kefil, başkasına ait bir borçtan sorumluluk üstlenmenin ötesinde bir şey yapmıştır. O, kefalet sözleşmesiyle (fer'i nitelikte de olsa) kendisine ait bir borç altına girmiştir. Bu nedenle (başkasına ait bir borç için aynı teminat verenin durumundan farklı olarak) bütün malvarlığıyla sorumludur. Krş. Guhl, s. 9; de Biasio, s. 8.

19 Pestalozzi, Art. 492, N. 2.

20 Kefilin ediminin konusuna ilişkin olarak metinde yaptığımız açıklamalar, Türk hukukunda hakim olan anlayış biçimini yansıtmaktadır. Örneğin bkz. Tandoğan, Borçlar il, s. 697; Reisoğlu, Kefalet, s. 7-8; Yavuz, s. 827; Barlas, Kredi Kartı, s. 963-964; Gülçin Elçin Grassinger, Borçlar Kanunu'na Göre Kefilin Alacaklıya Karşı Sahip Olduğu Savunma İmkanları, İstanbul, 1996, s. 13. İsviçre öğretisinde Scyboz, kefilin ediminin konusunu benzer biçimde tanımlamaktadır. Buna göre kefil, esas borcun konusu olan edimi yerine getirmek durumunda değildir. Kefil, esas borcun konusu olan edimi elde edemeyen alacaklının, söz konusu edimin ifasına olan çıkarını karşılayacaktır. Ne var ki, yabancı bir borç için kişisel sorumluluk üstlenen kefil, sonuç itibarıyla, asıl borçlunun edimini değil, kefalet sözleşmesinden kaynaklanan kendi edimini yerine getirir.

Scyboz, s. 361-362. Benzer şekilde açıklamalar için ayrıca bk.z. Kleincr. 5. 82-83. fsviç-re öğretisinde, kefilin ediminin ne olduğu hak.kında daha farklı anlayış biçimleriyle lcar-şılaşılabilir. Örneğin Beck'in açıklamaları bu bakımından ilgi çekicidir. Yazara göre, kefil, alacaklıya ödemede bulunurken kendi yükümlüOIOğOnO yerine **getinnclcte**. ancak bu sayede çoğu zaman, *esas borçlunun yükümlülüğünü de yerine getirmiş olmaktadır*. Kefilin edimi, alacaklı açısından bakıldığında, esas borçlunun ediminin yerine geçebilmektedir. Kefilin edimi için *alacaklının uğradığı zararı tazmin etmeye yöne/ık bir edim* denmesi de doğru değildir. Kefil, *esas borçlunun ifada bulunmaması yüzünden ortaya çıkan zararı tazmin etmeyip kefalet sözleşmesinden kaynaklanan kendi edimini yerine getirmekte, ne var ki böyle yapmakla çoğu zaman esas borçlunun edimini de yerine getirmiş olmaktadır*. Kefilin edimini yerine getirmesi, esas borçlunun ediminin de yerine getirilmesi olarak değerlendirilebildiği durumlarda, *esas borç bakımından bir ifa etkisi doğurur*. Bu açıklamalar için bkz. Beck, Art. 492, N. 80. de Biasio tarafından yapılan açıklamalara da bu bağlamda değinilebilir. Yazara göre, kefil edimini yerine getirmekle kefalet sözleşmesinden doğan borcunu ifa etmiş olur. Ne var ki, kefilin yerine getirdiği edime alacaklı açısından bakıldığında, bu edimin her zaman için esas borcun ifası anlamına geldiği söylenemez. Kefil esas borçlunun yerine getirmesi gereken edime uygun olarak misli nitelikte şeyleri (para gibi) alacaklıya verirse, alacaklı açısından esas borca ilişkin bir ifanın gerçekleştiğinden söz edilebilir. Buna karşılık. esas borçlunun yerine getirmesi gereken edim alacaklıya bir miktar misli eşya vermekten ibaret olmayabilir ve kefilin esas borca uygun bir ifada bulunması için niteliği gereği mümkün olmayabilir. Böyle durumlarda, kefil, alacaklının esas borcun ifa edilmemesi nedeniyle uğradığı zararı karşılayacak bir miktar para vermekle yetinecektir. Kefilden bir miktar para alan alacaklı açısından, esas borcun aynen ifa edilmesine denk bir durum ortaya çıkmaz. Bkz. de Biasio, s. 9. Bu açıklamalarla Türk öğretisinde hakim olan anlayış arasındaki farklılık açıktır. Türk öğretisinde hakim olan anlayış, kefilin ediminin esas borca ilişkin ifa etkisi doğuracağını hiçbir biçimde kabul etmez. Kefalet sözleşmesinden kaynaklanan kendi yükümlülüğünü ifa eden kefil, esas borca ilişkin bir ifada bulunmuş sayılmaz. Kefilin edimi bazı durumlarda esas borç bakımından ifa etkisi taşıyabilseydi, bu durumlarda esas borcun sona ermesi gerekirdi ve halefiyet söz konusu olmazdı. Oysa kefilin alacaklıyı tatmin etmesi, her zaman alacaklıya halef olmasıyla sonuçlanır. Kefilin ediminin her zaman için alacaklının zararını karşılayacak bir miktar para ödemek olduğu, bu nedenle, esas borcun konusunu oluşturan edimden farklı bulunduğu Türk öğretisinde kabul edilmektedir. Ne var ki, kefilin ediminin içeriği alacaklının esas borcun yerine getirilmemesi yüzünden uğradığı zarar esas alınarak belirlenir. Esas borcun yerine getirilmemesi sebebiyle alacaklının uğradığı zarar, kefilin ediminin kapsamının belirlenmesinde bir "ölçüt" işlevi görmektedir. Beck'in belirttiğine göre, kefilin edimi, bazı durumlarda içerik olarak esas borcun konusunu oluşturan edimden farklılaşabilir. Esas borcun borçlunun kişiliğine bağlı bir edimi konu alması durumunda, kefilin yerine getirmesi gereken edimin esas borçlunun yerine getirmesi gereken edimden farklılaşması kaçınılmazdır. Bu olasılıkta, kefinden esas borca uygun bir edimi yerine getirmesi beklenemeyeceğine göre, o, zorunlu olarak, bir miktar para verecektir. Esas borçlunun ediminin misli şeylerin verilmesinden ibaret olması durumunda ise, kefil, esas borcun konusunu oluşturan edimi aynen yerine getirebilecektir. Beck, Art.

D. Kefalet sözleşmesinin sebebi

Kefalet sözleşmesiyle alacaklının esas borçlunun ödeme güçsüzlüğüne karşı teminat altına alınması amaçlanır. O halde, kefalet sözleşmesinin sebebi, "alacaklıya teminat vermek" olarak belirlenebilir²¹.

Kefilin başkasına ait bir borçtan ötürü kişisel sorumluluk üstlenmesinin sebebi, bir diğer açıdan, esas borçluyla kefil arasındaki ilişkide aranmalıdır. Kefil, genellikle, esas borçlunun kendisine başvurması üzerine harekete geçer. Kefille esas borçlu arasında hatıra dayalı bir ilişki olması, kefalet sözleşmesinin yapılmasında etkili olabilir. Arada hatıra dayanan bir ilişki olmasa bile, kefil, esas borçludan komisyon alabilmek için sorumluluk üstlenmiş olabilir. Öte yandan, kefil, esas borçluyla kendisi arasında mevcut bir sözleşmeden kaynaklanan yükümlülüğünü yerine getirmek amacıyla hareket etmiş de olabilir. Örneğin, esas borçluyla kefil arasında bir vekalet sözleşmesi vardır ve kefil vekalet sözleşmesinden kaynaklanan iş görme borcunun bir gereği olarak kefalet sözleşmesini yapmıştır. Yalnız vekalet sözleşmesi değil, esas borçluyla kefil arasında mevcut başka sözleşmeler de kefil olarak sorumluluk üstlenmeyi gerektirmiş olabilir. Bir satış sözleşmesindeki satıcı, alıcının satış bedelini ödemek için alacağı krediden kaynaklanan borca kefil olmayı taahhüt edebilir. Bir imalatçı, kendisine hammadde sağlayan bir çiftçiyle anlaşarak, söz konusu çiftçinin ödemek zorunda olduğu ürün kirası bedeli için kefil olmayı taahhüt edebilir. Bütün bu örneklerde, kefalet sözleş-

492, N. 78, 108. Yazarın bu yal<laşımının da Türk öğretisinde hakim olandan farklı bir anlayışı gösterdiği açıktır. Esas borçlunun yerine getirmesi gereken edim misli şeylerin verilmesinden ibaret olsa da, kefil esas borçlu yerine geçerek ifade bulunmaz. Kefil, her zaman için, kendisine ait bir edimi yerine getirir ve kendi borcunu ifa etmiş olur. Kefil, esas borçlunun yerine getirmesi gereken edime uygun bir şekilde davranmış ve esas borçlunun temin etmesi gereken misli şeyleri temin edip alacaklıya vermiş olabilir. Böyle bir durumda bile kefilin ne esas borcu ifa ettiği ne de esas borçlunun yerine geçtiği söylenebilir. Esas borcun yerine getirilmemesi yüzünden alacalının uğradığı zararı parayla değil de aynen karşılamış olur. Türk öğretisini esas alırsak sonuçta şunları söyleyebiliriz. Kefilin edimi, içerik olarak, esas borçlunun ediminden genellikle ayrıdır. Bir tek para borçlarına kefalette, kefilin edimiyle esas borçlunun edimleri arasında içerik benzerliği görülebilir. Ancak bu benzerlik görünüştedir. Esas borçlunun edimi bir miktar para ödemek, kefilin edimiye esas borcun yerine getirilmemesi yüzünden alacaklının uğradığı zararı (yine parayla) karşılamaktır. Bu konuda ayrıca bkz. Başak Başoğlu Türk Hukukunda ve Mukayeseli Hukukta Aynen İfa Talebi, İstanbul 2012, s. 134-135.

- 21 Beck, Art. 492, N. 73; Giovanoli, Art. 492, N. 1; Pestalozzi, Art. 492, N. 1; Tandoğan, Borçlar 11, s. 694.

mesi, kefilin esas borçlu karşısındaki bir yükümlülüğünün yerine getirilmesi amacıyla yapılmaktadır. Ne var ki, bu amaç, kefalet sözleşmesinin "hukukr• anlamda sebebini oluşturmaz. Kefalet sözleşmesi alacaklıyla kefil arasında kurulduğuna ve esas borçlu bu sözleşmeye taraf olmadığına göre, hukuki anlamda sebep kefile esas borçlu arasındaki ilişkide aranamaz. Söz konusu sebep alacaklıyla kefil arasındaki ilişkide karşımıza çıkar. Kefille alacaklı arasındaki ilişki açısından konuya yaklaşılsa, alacaklıya teminat verilmesi kefalet sözleşmesinin hukuki anlamda sebebini oluşturur²². Nitekim, kefilin alacaklı karşısındaki sorumluluğu da, esas borçluyla alacaklı arasındalci ilişkiden ayrı bir hukuki temele dayanmakta olup, bu hukuki temel kefalet sözleşmesidir²³.

Kefil ve esas borçlu arasında mevcut hukuki ilişki, kefilin esas borçluya karşı yönelteceği taleplerde etkili olur. Ne var ki, kefalet sözleşmesine ilişkin düzenlemede yer alan bazı hükümler, esas borçluyla kefil arasındaki ilişki bakımından "özel hüküm" niteliğindedir. Vekilin iş görme borcunun ifası sırasında vekalet verenin bir borcu için kefil olduğu düşünülün. TBK m. 510/1'de vekilin iş görme sırasında üstlendiği borçlardan kurtarılmasını vekalet verenden talep edebileceği belirtilmektedir. Vekil, bu hükme dayanarak, iş görme sırasında üstlendiği kefalet borcundan kurtarılmasını vekalet verenden isteyemez. Kefalet sözleşmesine ilişkin hükümler arasında bulunan TBK m. 595, kefilin kefalet yükümlülüğünden kurtarılmasını esas borçludan hangi durumlarda isteyebileceğini özel olarak belirtmektedir. Özel hüküm niteliğin-

22 Hukuki sebep iki ayrı anlama gelebilir. Bir açıdan sebep, yapılan bir kazandırmanın en yakın hukuki amacı (sübjektif anlamda sebep) anlamına gelirken, diğer açıdan, bir tasarruf işleminden önce gelen ve bu tasarruf işleminin temelini oluşturan borçlandırıcı işlem anlamını taşır (objektif anlamda sebep). Rona Serozan, Mülkiyeti Saklı Tutma Anlaşması, MHAD Yeni Seri, Y:1, N. 2'den ayrı bası, İstanbul 1968, s. 9, dpn. 16. Kefaletin sebebi alacaklıya teminat vermektir derken sübjektif anlamdaki sebebi kast etmekteyiz. Kefalet sözleşmesi yoluyla alacaklıya yapılan kazandırmanın en yakın hukuki amacı, alacaklıya teminat vermektir. Bu kazandırmanın daha uzak bir takım amaçları olabilir. Kefilin esas borçlunun hatırını kıramaması, ona karşı olan bir yükümlülüğünü yerine getirmesi, esas borçluya bağışlamada bulunmak veya ondan komisyon elde etmek istemesi gibi. Ne var ki, kefilin alacaklıya yaptığı kazandırmanın ilk ve en yakın amacı teminat vermektir ve hukuki anlamdaki sebep de yalnızca budur. Borçlandırıcı işlemler veya tasarruf işlemleri alanında görülebilecek hukuki sebeplerin sınırlı sayıda olmadığı, alacak, ifa ve bağış sebepleri dışında da hukuki sebeplerin söz konusu olabileceği, kefalet ve rehin kurma sözleşmelerinin teminat sebebiyle yapıldığının söylenebileceği hakkında bkz. Oğuzman/Öz, s. 160, dpn. 527. Hukuki sebep kavramı hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. İsmet Sungurbey, Borç İkrarı ve Borç Vaadi, İstanbul 1957,s.3vd.

23 Beck, Art. 492, N. 73.

*deki bu düzenleme, kefil ve esas borçlu arasındaki ilişkiye öncelikle uygundur. Sonuç olarak, TBK. m. 595'deki hdl'lerden biri mevcut olmadıkça, kefil TBK. m. 510 f 1'e dayanarak kefalet yükümlülüğünden kurtarılmasını Ua., borçludan isteyemez²⁴. Böyle özel hükümler bir tarafa bırakılırsa, kefilin, borçluyla arasındaki hukukî ilişkiye dayanması mümkündür. Nitekim **TBK m. 596 f 3**, "kefil ile asıl borçlu arasındaki hukukî ilişkiden doğan istem ve def'i/er saklıdır" diyerek bu noktayı vurgulamıştır. Alacaklıya ödeme yapan kefil, kefalet hükümleri çerçevesinde esas borçluya rücu etmesinin yetersiz kaldığı olasılıklarda, esas borçluyla arasındaki hukukî ilişkiye dayanarak rücu etmeyi deneyebilir: Ödeme yapan kefilin alacaklıya halef olacağı ve bu sıfatla esas borçluya rücu edebileceği TBK m. 596 f 1'de belirtilmektedir: Ne var ki, yaptığı ödeme oranında alacaklıya halef olacak kefil, alacaklıya ödemediği tutarın ötesinde bir takım giderler yapmış ve zarara uğramış olabilir. Böyle durumlarda kefil, esas borçluyla arasındaki vekalet ilişkisine dayanarak, alacaklıya yaptığı ödeme dışında kalan giderlerin ve uğradığı zararın karşılanmasını isteyebilir(TBK. m. 510)²⁵.*

Kefil, esas borçluyla kendisi arasındaki bir sözleşmeden doğan yükümlülüğünü yerine getirmek için sorumluluk üstlenmiş olabileceği gibi, esas borçlunun haberi olmadan hareket etmiş de olabilir. Bu son durumda kefil ve esas borçlu arasındaki ilişkiye vekaletsiz iş görme hükümleri uygulanabilecektir²⁶. Hatta kefil olarak yükümlülük üstlenilirken, esas borçluya bağışlama kastıyla hareket edilmiş olması bile mümkündür. Bu son durumda, alacaklıya ödeme yapan kefil esas borçluya rücu edemez²⁷. Kefilin, hukukî bakımdan olmasa bile, ekonomik bakımdan esas borçlu gibi değerlendirilmesini gerektiren istisnai durumlar da söz konusu olabilir. Örneğin, esas

24 Beck, Art. 492, N. 74. de Biasio aksi doğrultuda düşünmektedir. Yazara göre, kefilin halefiyetine ilişkin düzenleme ikincil önemde bir düzenlemedir. Kefille esas borçlu arasındaki temel ilişkiden doğacak sonuçlar, kefilin alacaklıya halef olarak esas borçluya rücu edebileceğine ilişkin düzenlemenin önüne geçer. deBiasio, s. 11.

25 Beck, Art. 492, N. 74; Reisoğlu, Kefalet, s. 212.

26 de Biasio, s. 9-10; Scyboz, s. 356; Reisoğlu, Kefalet, s. 1; Aral, Borçlar, s. 422; Necip Bilge, Kefilin Alacaklıya Halef Olmasından Doğan Bazı Meseleler, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Y: 1954, C: 11, S: 1-2, s. 282. Kefille alacaklı arasında bir vekalet veya vekaletsiz iş görme ilişkisinin var olduğu söylenemiyorsa, kefilin alacaklıya ödemediği tutarın ötesinde bir takım giderler yapmış ve zarara uğramış olabilir. Böyle durumlarda kefil, esas borçluyla arasındaki vekalet ilişkisine dayanarak, alacaklıya yaptığı ödeme dışında kalan giderlerin ve uğradığı zararın karşılanmasını isteyebilir(TBK. m. 510)²⁵.

27 de Biasio, s. 10; Reisoğlu, Kefalet, s. 213.

borçlu tarafından yapılan bir kredi sözleşmesi gereğince verilecek **kredi**, gerçekte, bu kredi sözleşmesinden kaynaklanan borca kefil olan kişi tarafından kullanılabilir. Böyle bir olasılıkta, kefil alacaklıya ödemede bulunursa, kendisine esas borçluya rücu etme olanağı verilmemelidir. Kefil, ne de olsa, ekonomik bakımdan kendisine ait sayılması gereken bir borç için sorumlu tutulmuştur. Bu sorumluluğun faturasını kağıt üzerindeki kredi borçlusuna yıkması hoş görülemez²⁸.

Alacaklıyı tatmin eden kefil. yasa gereği gerçekleşen halefiyete dayanarak esas borçluya rücu edebilir (TBK. m. 596 f 1). Bu rücunun başarıya ulaşması için, kefil, alacaklıyı tatmin ettiğini ispat ettikten başka, geçerli bir esas borcun ve geçerli bir kefalet sözleşmesinin bulunduğunu da ispatlamalıdır. Buna karşılık, esas borçlu, kefilin halefiyete dayanarak kendisine rücu etmesini engelleyecek özel durumların varlığını ispat külfeti altındadır. Bu çerçevede, kefilin esas borçluya bağışlama kastıyla hareket ettiği veya esas borcun ekonomik bakımdan kefile ait sayılması gerektiği gündeme getirilebilir. Buna karşılık, kefil, esas borçluyla kendi arasında yasal halefiyete oranla çok daha kapsamlı bir rücu olanağı sağlayacak bir temel ilişkinin bulunduğunu iddia ediyorsa, bu iddiasını ispatlamalıdır²⁹.

Kefil esas borçluyla arasındaki ilişkiye dayanarak alacaklının ödeme talebine karşı çıkamaz. Esas borçluyla kefil arasındaki ilişkiden kaynaklanan iddialar, özellikle bu ilişkinin geçersizliği, kefilin alacaklı karşısındaki sorumluluğunu etkilemez. Ne var ki, kefalet sözleşmesi yapılırken esas borçluyla kefil arasındaki hukuki ilişkiye değinilebilir ve bu ilişkiden kaynaklanan sebeplerle alacaklının ödeme talebinin geri çevrilmesi olanağı kefile tanınabilir. Böyle bir durumda, kefile esas borçlu arasındaki hukuki ilişkiden kaynaklanan savunma sebepleri kefalet sözleşmesinin kapsamına alınmış olur. Kefalet sözleşmesinin içeriğinin düzenlenmesinde kefil ve alacaklının büyük ölçüde özgür oldukları kabul edildiğine göre³⁰, kefilin lehine olan bu türlü bir düzenlemenin yapılmasına bir engel düşünülemez³¹

28 de Biasio, s. 10-11. Ayrıca bkz. Guhl, s. 92.

29 de Biasio, s. 11.

30 TBK. m. 582 f. son'a göre, kefalet sözleşmesinin içeriğinin belirlenmesinde kefil ve alacaklının bütünüyle özgür olduğu söylenemez. Bu hükme göre, kefil, yasadaki aksi anlaşılmadıkça, kendisine yasanın tanıdığı haklardan önceden vazgeçemez. Demek oluyor ki, kefalet hukuku "nispı emredici" bir nitelik taşımaktadır. Kefalete ilişkin düzenlemenin kefilin lehine olarak değiştirilmesi mümkün, buna karşılık aleyhine değiştirilmesi mümkün değildir.

31 Beck, Art. 492, N. 75. Kefil ve esas borçlu arasındaki ilişkinin, kefil için, kefalet söz-

11 Kefalet sözleşmesinin özellikleri

A. Kefalet sözleşmesinin asıl borcu doğuran hukuki ilişkiden ayrı bir hukuki ilişki olarak ele alınması

1. Kefalet sözleşmesinin ayrı bir hukuki ilişki olarak ele alınmasına bağlanan sonuçlar

Kefalet sözleşmesi fer'i bir sorumluluk doğursa da, esas borcu doğuran hukuki ilişkiden ayrı bir hukuki ilişki olarak ele alınmadır³². Esas borç bir

leşmesinin yapılmasına yönelten bir "saik" olduğu söylenebilir. Kefil ve esas borçlu arasındaki ilişki, alacaklı tarafından bilinip tanınabilir olduğu takdirde, duruma göre kefalet sözleşmesi bakımından "işlem temeli" oluşturabilir. Scyboz, s. 356, dpn.2.

- 32 Giovanoli, Art. 492, N. 1. Kefalet sözleşmesi ani edimli bir borç ilişkisi mi kurmaktadır yoksa sürekli bir borç ilişkisine mi yol açmaktadır? Asıl borcun konusu ne olursa olsun kefilin *bir* miktar para ödemekle yükümlü olduğu, bir miktar para ödenmesinin de zaman içinde sürekli *bir* davranışla değil bir an içinde olup biten bir davranışla gerçekleştirilebileceğinden yola çıkılarak, ani edimli bir sözleşme olduğu söylenebilir. Gerçekten de, alacaklının kefilin ediminin gerçekleşmesindeki menfaati, asıl borcun yerine getirilmemesindendoğan zararını karşılayacak bir miktar paranın kendisine "bir an içinde" verilmesiyle gerçekleşmektedir. Ani edimli-sürekli borç ilişkisi ayırımında alacaklının edime olan menfaatinin nasıl gerçekleştiğine ehemmiyet veren yaklaşım ani edimli sözleşme nitelendirmesini kabule yatkındır. Nitekim bkz. Özer Seliçi, *„Borçlar Kanununa Göre Sözleşmeden Doğan Sürekli Borç İlişkilerinin Sona Ermesi*, İstanbul 1977, s. 31. Hal böyle olmakla birlikte, kimi durumlarda farklı bir nitelendirme yapılması kaçınılmaz olabilir. Örnek olarak, çalışanlara kefalette karşılaşılan durum göz önüne getirilsin. Burada, kefil tarafından, hizmet ilişkisine bağlı olarak çalışan birisinin işverenine vereceği olası zararları karşılayacak bir ödeme yapılacağı taahhüt edilmektedir. Çalışan kişinin işverenine vereceği zararı bir kereye mahsus olarak karşılamayı taahhüt eden bir kefil olabileceği gibi çalışan kişinin belirli olan veya olmayan bir süre içerisinde verebileceği bütün zararları karşılamayı taahhüt eden bir kefil de olabilecektir. Belirtilen bu son durumda kefalet sözleşmesinin "sürekli borç ilişkisi" kurduğunu söylemek mümkün görünmektedir. Gerçekten de, alacaklının kefilin edimine olan menfaati kefil tarafından gerçekleştirilecek tek bir davranışla gerçekleşmeyecek, bilakis, kefil zaman içinde alacaklı açısından gerçekleşen zararları, bu zararlar ortaya çıktıkça karşılayacaktır. Sürekli borç ilişkisi niteliği taşıyan bir ard arda teslimli satış sözleşmesinde, satıcının borcu için kefil olan kişi de sürekli bir borç ilişkisine girmiş sayılabilir. Bir başka deyişle, ard arda teslimli satış sözleşmesinin sürekli borç ilişkisi karakteri, kefalet sözleşmesine de yansımış kabul edilebilir. Bu tip bir ilişkide, kefil, satıcının zaman içinde yerine getireceği edimlerden birisini veya birden fazlasını hiç veya gereği gibi yerine getirmemesi ihtimali için sorumluluk üstlenmektedir. Satıcının ard arda teslim etmesi gereken edimlerden birisini teslim gerçekleştirilmemesi nedeniyle sorumlu tutulan kefil, hemen sorumluluktan kurtulmayacak, satış sözleşmesi devam ettiği sürece, satıcının bir diğer edimini yerine getirmemesi nedeniyle sorumlu tutulma riskini taşımaya devam edecektir.

sözleşmeden veya yasanın öngördüğü bir diğer hukuki ilişkiden kaynaklanabilir. Buna karşılık, kefilin yükümlülüğü, her zaman için, kefalet sözleşmesine dayanır. Bu açıdan bakılırsa, kefalet sözleşmesinin kendine özgü **geçerlik** gereklerine bağlı olacağı açıktır. Kefili sorumlu tutabilmek için, geçerli bir esas borcun mevcut olmasından başka, geçerlik şartları gözetilerek yapılmış bir kefalet sözleşmesinin bulunması da gerekir.

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 sözleşmenin geçerli olmasına rağmen, kefalet sözleşmesi herhangi bir geçersizlik sebebinin etkisi altında bulunabilir. Örneğin, sadece kefalet sözleşmesi bakımından bir irade sakatlığı veya kesin hükümsüzlük sebebi bulunabilir. Esas borcun kaynaklandığı sözleşme bakımından ortaya çıkan bir geçersizlik sebebinin, aynı zamanda, kefalet sözleşmesi bakımından da bir geçersizliğe yol açması olgusuyla da karşılaşılabılır. Örneğin, aynı olgu, hem esas borcu doğuran sözleşme bakımından hem de kefalet sözleşmesi bakımından bir aldatma veya korkutma oluşturabilir. Böyle durumlarda, esas borcu doğuran sözleşme için iptal hakkının kullanılmaması, kefalet sözleşmesi bakımından da iptal hakkının kullanılmamasını gerektirmez. Esas borcu doğuran sözleşmenin geçersizliğinin ileri sürülmesine rağmen, bundan ayrı bir hukuki ilişki olarak düşünülmesi gereken kefalet sözleşmesinin geçersizliğinin ileri sürülmesi pekala mümkündür³³.

Kefalet sözleşmesinin esas borcu doğuran hukuki ilişkiden ayrılığının bir diğer sonucu, ifa yeri ve yetkili mahkemenin saptanması bakımından ortaya çıkar. 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 takip bakımından yetkili mahkeme ve icra dairesinin neresi olduğu sorunu, esas borcun varlığı veya içeriği ile ilintili değildir. Kefalet sözleşmesinin esas borcu doğuran hukuki ilişkiden ayrılığı dikkate alınarak bu sorunun çözülmesi gerekir³⁴. Kefilin borcunu ifa edeceği yer, aksi kararlaştırılmadıkça, alacaklının ifa zamanındaki yerleşim yeridir³⁵. Kefilin borcu bir para borcu olduğuna göre, bu sonuca varılması kaçınılmazdır. Kefilin borcunun ifa yerinin alacaklının yerleşim yeri olmasına rağmen, esas borcun ifa yeri

33 Beck, Art. 492, N. 95; Reisoğlu, Kefalet, s. 5.

34 Beck, Art. 492, N. 95; Giovanoli, Art. 492, N. 22; de Biasio, s. 7; Reisoğlu, Kefalet, s. 5.

35 Giovanoli, Art. 492, N. 2 la.

çoğunlukla başka bir yer olacaktır. Bu konuda esas borcun niteliği belirleyici olacaktır. Diğer taraftan yabancı unsurlu bir kefalet sözleşmesine **uygulanacak hukuk** da, esas borcu doğuran hukuki ilişkiye uygulanacak **hukuktan** ayrı olarak ele alınmalıdır³⁶.

Esas borç için verilmiş bir rehin olmasa bile, kefilin yükümlülüğü için rehin verilebilir. Kefilin yükümlülüğü için kefil olunabilmesi de mümkündür. Kefile kefil olunması veya kefilin yükümlülüğü için rehin verilmesi durumunda, kefil esas borçlu konumundadır³⁷.

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

2. Kefilin ödeme yükümü

a. Genel olarak

Kefilin ödeme yükümüyle ilgili olarak TBK m. 590 "*kefilin takibi*" başlığı altında özel bir düzenleme getirmiştir. Bu hükümle, alacaklının kefilden talepte bulunmasıyla ilgili önemli sorunlar ele alınmıştır. Ne var ki, TBK. m. 590 konuyu sınırlayıcı bir biçimde ele almadığı için, kefilin ödeme yükümlülüğüne ilişkin olarak Türk Borçlar Kanunu'nun genel hükümleri de uygulama alanı bulur.

Alacaklının kefilden talepte bulunabilmesi için, kefilin borcunun muaccel olması gereklidir. Kefilin borcunun muaccel olması ise, kefaletin fer'i bir sorumluluk doğurmasına uygun olarak, esas borcun muaccel olmasına bağlıdır. O halde, esas borç muaccel olmadan kefilden talepte bulunulamaz. Ne var ki, kefaletten doğan borcun muaccel olmasının esas borcun muaccel olmasına bağlı olması, kefalet borcu için esas borçtan ayrı bir muacceliyet zamanı belirlenmesine engel değildir. Kefalet sözleşmesinin esas borcu doğuran hukuki ilişkiden ayrılığı, kefilin borcu için farklı bir muacceliyet anı

36 Beck, Art. 492, N. 95.

37 Beck. Art. 492, N. 95; de Biasio, s. 7. de Biasio'nun aynı yerde belirttiğine göre, kefalet sözleşmesinin esas borcun bir kısmı için yapılabilmesi olasılığı (kısmi kefalet), kefalet sözleşmesinin asıl borcu doğuran hukuki ilişkiden ayrı olarak ele alınması gereğinin bir diğer sonucudur.

belirlenmesini mümkün kılar. Ancak, kefaletin fer'iliği, kefilin borcunun esas borçtan daha önce muaccel olmasına engeldir. Bir başka deyişle, kefilin borcunun esas borçtan daha sonra muaccel olacağıJ kararlaştırılabilecekken daha önce muaccel olacağı kararlaştırılmaz³⁸. Kefilin borcu için esas borçtan farklı bir vade kararlaştırılması, kefalet sözleşmesi yapıldıktan sonra da gerçekleşebilir. Kefilin borcunun muacceliyetini esas borcun muaccel olacağı zamandan daha ileriye alan böyle bir anlaşma, kefaletin geçerlilik şekline uyulmadan yapılabilir. Ne de olsa, kefilin yararına olan bir anlaşma söz konusudur³⁹. Kefilin borcu için ayn bir vade kararlaştırılmış olmadıkça, alacaklı, esas borcun muaccel olmasıyla birlikte kefinden talepte bulunabilir.

Esas borcu doğuran sözleşme ilişkisinde, esas borcun muacceliyeti, alacaklının veya esas borçlunun yapacağı bir muacceliyet bildirimine bağlanmış olabilir. Nihayet esas borçlunun iflas etmesi, esas borcun vadesinden önce muacceliyetine sebep olabilir. Esas borcun muacceliyeti bakımından söz konusu olabilecek bütün bu olasılıkların kefile etkisini ayrıca ele almak gerekir. Bu değerlendirme yapılırken bir taraftan kefilin sorumluluğunun fer'iliği göz önünde tutulmalı, diğer taraftan ise, kefaletin esas borcu doğuran hukuki ilişkiden ayrı bir hukuki ilişki olduğu olgusu dikkate alınmalıdır.

b. Alacaklı ve esas borçlunun vadede değişiklik yapması

Esas borç için kararlaştırılmış vade gelmedikçe kefinden talepte bulunamayacağını tespit etmiş bulunuyoruz. Esas borcun vadesinin ileriye alınması kefilin sorumluluğu üzerinde olumsuz etkide bulunamaz. TBK. m.

38 Böylelikle kefilin borcu bakımından çifte vadeden söz etmek pekala mümkün olabilir. Kefilden talepte bulunulabilmesi için, önce esas borcun bağlandığı vadenin, sonra da -eğer kararlaştırılmışsa- kefalet borcunun bağlandığı vadenin gerçekleşmesi gerekir. Bkz. Pestalozzi, Art. 501, N. 1.

39 Kefilin borcunun koşula bağlanması veya kefilin sorumluluğu için süre sınır getirilmesi de, herhangi bir şekle bağlı olmadan gerçekleştirilebilir. Giovanoli, Art. 493, N. 17; Pestalozzi, Art. 493, N. 8. Şekil zorunluluğunun sözleşmenin taraflarından sadece birisini korumak amacını taşıdığı durumlarda, bu tarafın borcunu hafifleten veya ortadan kaldıran anlaşmalar şekle bağlı değildir. Bu konuda bkz. Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Alttop, Borçlar, s. 130. Kefalet sözleşmesi için aranan şekil sadece kefilin korumayı amaçlar. O halde, kefilin borcunu hafifleten bir değişiklik şekle bağlı olmadan yapılabilir. Bir tarafa veya eksik iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde, borcu kaldıran veya hafifleten değişikliklerin şekle bağlı olmadan yapılabileceği hakkında ayrıca bkz. Nihat Taşdelen, Kefalet Sözleşmesinde Şekil, Prof. Dr. Oğuz İmregün'e Armağan, İstanbul 1998, s. 757.

601'in uygulanmasında, alacaklı ve esas borçlu arasında kararlaştırılan yeni vadenin dikkate alınabilmesi için, kefilin bu vade anlaşmasına onay vermesi gerekir. Diğer taraftan, esas borç için kararlaştırılan yeni vade gelmeden kefile başvurulamayacak olmasına rağmen, eski vade göz önünde tutularak kefalet için kararlaştırılan sürenin dolmasıyla kefil sorumluluktan kurtulur (TSK. m. 600). Esas borç için belirlenen vadenin ileriye alınması kefil **◆** rinde de etkili olsun isteniyorsa, kefalet süresinin uzatılmasına ilişkin **olarak** kefile anlaşılması gerekir⁴⁰. Bütün bunlara karşılık, esas borcun bağlı olduğu vadenin ileri alınması kendiliğinden kefil için olumlu etki gösterir. O halde, kefil, vadenin ileri alınmasına onay vermemiş olsa bile, belirlenen yeni (daha ileri tarihli) vadeden yararlanabilecek ve yeni vadeyi esas alarak muacceliyet eksikliği savunmasında bulunabilecektir⁴¹. İfade geciken esas borçluyla

40 Beck, Art. 501, N. 10; Reisoğlu, Kefalet, s. 160.

41 Alacaklı ve esas borçlu arasında yapılan bir anlaşma, esas borçlu açısından hem olumlu hem de olumsuz sonuçlar doğurabilir. Bir görüşe göre, bu anlaşmanın olumlu sonuçlardan yararlanmak isteyen kefilin, olumsuz sonuçlarının da kendi hakkında etkililiğini kabullenmesi gerekir. Bunun için de, yapılan değişikliğe onay verdiğini ve bu değişikliğe bağlı olumsuz sonuçların kendisi hakkında etkili olmasını kabullendiğini, kefaletin geçerlilik şekline uygun olarak ortaya koymalıdır. Scyboz, s. 375. Bu yaklaşım biçimine katılmıyoruz. Kefil, alacaklı ve esas borçlu arasından yapılan anlaşmanın olumsuz etkilerinin kendi hakkında geçerli olmasını kabullenmesi **◆** değil, bu anlaşmanın olumlu etkilerinden fer'ilik ilkesinin bir sonucu olarak yararlanır. Nitekim Reisoğlu'nun açıklamaları da bu doğrultudadır. Reisoğlu, Kefalet, s. 161. Alacaklının esas borçluyla süre tanırken, bu süreden kefilin yararlanamayacağını belirtmesinin ve bu konuda esas borçluyla anlaşmasının hiçbir hukuki sonucu olmaz. Kefalet sözleşmesi yapılırken kefilin esas borçluyla tanınan süreden yararlanamayacağını kararlaştırılması, kefilin sorumluluğunun fer'iliği çerçevesinde mümkün olmamak gerekir. **Kefil ◆** esas borçluyla tanınan süreden yararlanamayacağını kararlaştırılmış olması, kefaletin niteliğine aykırı düşer. Ne var ki, kefalet sözleşmesinde böyle bir kayıt bulunması durumunda, sözleşmenin yine de "kefalet" olarak nitelendirilebileceği özellikle Alman hukuk uygulamasında kabul edilmektedir. Alman hukuk uygulamasının bu konudaki yaklaşımına göre, belirli bazı noktalarda fer'ilik ilkesinden vazgeçilmiş olması sözleşme özgürlüğü çerçevesinde mümkün görülmek gerekir. Yeter ki fer'ilik ilkesinin uygulanmayacağı durumlar son derece sınırlı olsun ve yapılan sözleşmenin esaslı bölümü (çekirdeği, özü) fer'ilik ilkesinin etkisi altında bulunsun. Böyle durumlarda, esas borçluyla verilen süreden yararlanamaması noktasında kefil *"bağımsız bir yükümlülük altına girmiş"* sayılacak, esas borçluyla verilen süreye rağmen (bu noktada bağımsız bir taahhütte bulunmuş sayılan) kefilin eski vade esas alınarak sorumlu tutulması mümkün olacaktır. Ne var ki, ilişkinin kefalet olarak nitelendirilmesinden bütünüyle vazgeçilmediği için, diğer bütün durumlarda fer'ilik ilkesinin etkisi görülecektir. Örneğin, kefil esas borcun var olmadığına veya geçerli olmadığına ilişkin her türlü itirazı ileri sürebilecek veya esas borçlunun yararlanabileceği ölçüde ödemezlik def'inden yararlan-

alacaklı arasında tasfiyeyi sağlamak amacıyla imalanan protokollerin kefile etkisini belirlerken de aynı düşünceden hareket edilmesi gerekir. Tasfiyeyi amaçlayan böylesine protokollerde, asıl borçlu hakkında gerçekleşen temerrüdün sona erdiği belirtilmekte, asıl borçluya yeni bir vadeden yararlanma olanağı tanınmakta, işlemiş temerrüt faizinin, hatta ifa edilmemiş borcun bir kısmının ortadan kaldırıldığı kararlaştırılmaktadır. Amaç ifada geciken borçluya bazı kolaylıklar sağlanması ve onun ifayı gerçekleştirmek bakımından teşvik edilmesidir. Bu tür protokollerin asıl borçluya sağladığı avantajlı durumdan, fer'i bir sorumluluk altındaki kefilin de yararlanması kabul edilmelidir. Asıl borcun bir kısmı ortadan kaldırılmış ve/veya işlemiş temerrüt faizinin silindiği protokolde belirtilmişse, kefil açısından protokoldeki bu tür düzenlemelere dayanmak mümkün olacaktır. Kefilin astl borçludan daha geniş kapsamlı bir sorumluluk altında olması kabul edilemeyeceğine göre, asıl borcun protokol öncesindeki kapsamından veya esas borçlu bakımından ortadan kaldırılmış temerrüt faizinden kefilin sorumlu tutulması mümkün değildir. Bunun gibi, protokolde asıl borçlu için temerrüdün ortadan kalktığı belirtilmesine rağmen, kefil açısından protokol öncesindeki temerrüt durumunun devam ettiği, sanki asıl borçlu hala temerrüt halindeymişçesine kefilin bu temerrüdün sonuçlarından sorumlu olmaya devam edeceği iddia edilemez. Protokolde kararlaştırılan yeni vadeden önce kefilin sorumlu tutulması da söz konusu olamaz. Kefil protokoldeki yeni vadeyi esas alarak muacceliyet eksikliği savunmasında bulunabilir. Ne var ki, böyle protokollerde, asıl borçlunun protokolün gereklerine uymaması durumunda eski du-

bilecektir. Kefilin esas borçluya verilen süreden yararlanamayacağının kararlaştırıldığı durumlarda sözleşmenin bütünüyle kefalet olmaktan çıktığı ve bir başka biçimde (örneğin garanti sözleşmesi olarak) nitelendirilmesi gerektiği sonucuna varılırsa, bu teminat verenin aleyhine bir sonuç olacak, kendisinin fer'ilik ilkesinden hiçbir kapsamda yararlanması mümkün olmayacaktır. Bu uygulama için bkz. Reinicke/fiedtke, s. 97-98. Bu yaklaşım biçimi, kanaatimce, yerinde bir sonuca ulaşmıştır. Bir kefalet sözleşmesinde belirli bir veya birkaç noktada fer'ilik ilkesine aykırı düşen sonuçların kabul edilmesi, tarafların "kefalet" olarak isimlendirdikleri, ancak, ortaklaşa taşıdıkları iradeye göre bir başka biçimde (örneğin garanti olarak) nitelendirilmesi gereken bir sözleşmenin bulunduğu sonucuna götürmemelidir. Bu olasılıkta taraflar, sadece, fer'ilik ilkesine aykırı olarak kararlaştırılmış oldukları noktalarda (örneğin esas borçluya tanınan sürenin kefile etkilemeyeceği noktasında)bağımsız bir yükümlülüğü arzu ediyor sayılmalıdırlar. Aralarındaki sözleşmenin geri kalan noktalarının kefalet hukukuna tabi olmasını arzu ettikleri sonucuna ulaşılmalı, kefalet ve garanti sözleşmelerine ait edimlerin bir araya getirilmesinden oluşan "karına" bir sözleşmenin varlığı kabul edilmedir. Bu türlü "karına" bir sözleşmeye, şekil ve ehliyet bakımından kefaletle ilişkin hükümlerin uygulanması amaca uygun olur.

ruma geri dönüleceği, protokol öncesinde gerçekleşen temerrüdün hiç kesilmemişçesine devam ettiğinin kabul edileceği, asıl borçludan borcun eski kapsamıyla ve hiç kesilmemişçesine işlemeye devam etmiş ve **birikmiş** sayılan temerrüt faiziyle birlikte talep edilebileceği de kararlaştırılmaktadır. Böyle durumlarda asıl borçlu ve alacaklı arasında imzalanan protokolde yer alan tasfiye anlaşmasının bozucu bir koşula bağlı olarak yapıldığı ve bozucu koşulun gerçekleşmesinin geriye etkili (protokolün yapıldığı ana kadar geriye yürüyecek biçimde) olacağının kararlaştırıldığı söylenebilir. Bozucu koşul gerçekleşince (yani asıl borçlu imzalanan protokolün esaslarına aykırı hareket edince, sözgelimi belirlenen yeni vadede ifayı gerçekleştirilmeyince) protokol hükümlerini geriye etkili olarak kaybedecek, böyle bir protokol hiç imzalanmamış gibi olacaktır; bir başka deyişle, eski duruma geri dönmüş ve bu durum hiç kesilmeden devam etmiş sayılacaktır. Şimdi cevaplanması gereken soru şudur: Asıl borçlunun protokoldeki koşullara aykırı hareket etmesi yüzünden eski duruma geri dönülmesi, kefil açısından da kendiliğinden etkili olacak mıdır? Bir başka deyişle, asıl borçlu için önceden gerçekleşen temerrüt kefil için de hala devam ediyor sayılacak ve kefil bu temerrüdün yasal sonuçlarından (temerrütte hiç kesinti olmamışçasına) sorumlu olmaya devam ediyor kabul edilecek midir? Yoksa kefil için protokol sayesinde gerçekleşen olumlu sonuçlardan geri dönülmesi, kefilin bu konuda ayrıca rızası olmadıkça mümkün değildir mi diyeceğiz? Kanaatimce protokolde yer alan tasfiye anlaşmasının bağlandığı bozucu koşulun gerçekleşmesi ve protokolün hükümlerini kaybetmesi, kefil bakımından da kendiliğinden etkili olur. Kefilin fer'i bir sorumluluk atında olması, onun asıl borçluya ait savunma sebeplerinden olduğu gibi yararlanmasını sağlar. Şu halde, asıl borçlu ve alacaklı arasında bozucu koşula bağlı bir protokol imzalanınca, bu protokol hüküm ifade ettiği sürece kefil de bundan yararlanabilecektir. Söz konusu protokol, asıl borçlu için de, fer'i bir sorumluluk altındaki kefil için de, bozucu koşula bağlı bir savunma sebebi ihdas etmektedir. Nasıl asıl borçlu protokolün bağlandığı bozucu koşul gerçekleşene kadar etkili olacak bir savunma sebebine sahipse, kefil de aynı koşulun gerçekleşmemesine bağlı olarak bir savunma sebebine sahiptir. Asıl borçlu ve kefil açısından etkili olan savunma sebebi, sonradan ortaya çıkan ve kayıtsız koşulsuz olmayan bir savunmasebebidir. Ortadaki savunma sebebinin bir bütün olarak, bağlı olduğu bozucu koşulla birlikte düşünülmesi gerekir. Burada ele aldığımız duruma benzer başka durumlarla da karşılaşılabılır. Sözgelimi asıl borç tevdi yoluyla sona ermişse, kefilin sorumluluğuda son bulur. Ne var ki, tevdi edilen tutar asıl borçlu tarafından gerialınırsa, asıl borçla birlikte kefilin sorumluluğu da canlanır (TBK. m. 109 f. 2). Bu olasılıkta karşımıza çıkan menfaat ihtilafı,

ele aldığımız konu bakımından mevcut olan menfaat ihtilafından farklı değildir. Protokolün hükümlerini kaybetmesinden ve protokolün **sağladığı** savunmayı yitirmekten korkan kefile düşen, protokolün bağlı olduğu bozucu koşulun gerçekleşmesini engellemektir. Belki alacaklının bozucu koşulun gerçekleşmesini engelleme şansını kefile vennesi gerektiği, bu amaçla⁴² asıl borçlunun protokoldeki esaslara aykırı davrandığını kefilin bilgisine sunması gerektiği söylenebilir. Türk Borçlar Kanunu'nun kefaletle ilişkin yeni düzenlemesinde yer alan ve eskisinden farklı olarak alacaklının kefilini bilgilendirme yükümlülüğünü oldukça geniş kapsamda kabul eden hükmün, asıl borçlunun protokole aykırılık ettiği olgusunu kefilin bilgisine sunmak için pozitif bir dayanak oluşturduğu söylenebilir.

Alacaklı ve esas borçlunun anlaşarak esas borç için belirlenmiş vadeyi öne almaları durumundaysa, kefaletin geçerlik şekline uygun olarak onay vermemiş olan kefil olumsuz olarak etkilenmez. Bu olasılıkta kefil, alacaklı ve esas borçlunun anlaşarak öne almış oldukları vadede değil, **kefalet** sözleşmesi yapıldığı sırada esas borç için belirlenmiş olan vadede borcunu ifa yükümlülüğü altında olacaktır⁴³.

c. Esas borçlunun iflasi

İflas eden bir kişinin taşınmaz rehni ile güvence altına alınanlar hariç olmak üzere bütün borçları muaccel hale gelir. Bu borçlar arasında kefaletle teminat altına alınanlar da vardır. Esas borç için belirlenmiş olan vade henüz gelmemiş olsa bile, esas borçlunun iflas etmesiyle birlikte muacceliyet gerçekleşir. Ne var ki, bu sonuç, kefilin borcunun da muaccel olmasına yol açmaz. Gerçekten de, TBK. m. 590 f. 1, esas borçlunun iflasıyla birlikte esas borç vadesinden önce muaccel hale gelse bile, kefilin *esas borç için belirlenen vadeden* önce sorumlu tutulamayacağını belirtmektedir⁴³. Ancak,

42 Pestalozzi, Art. 501, N. 3; Reisoğlu, Kefalet, s. 161.

43 Bu sonuç, TBK. m. 590 f. 1 düzenlemesi olmasaydı kabul edilebilmesi mümkün olmayacak bir sonuçtur. Kefaletin fer'iliği ilkesi bu yönde bir sonucu değil, tam aksi yöndeki bir sonucu haklı gösterir. Esas borcun vadeden önce muaccel olmasıyla birlikte (ayrıca bir vade kararlaştırılmamışsa) kefilin borcunun da muaccel olacağı söylenebilirdi. Ne var ki fer'ilik ilkesine uygun düşen bu sonucun hakkaniyet düşüncesiyle bağdaşacağı söylenemezdi. Kefil olduğu sırada esas borç için kararlaştırılan vadeyi göz önünde tutan ve bu vade gelmeden önce sorumlu tutulamayacağını düşünen kefilin, esas borçlunun iflasıyla birlikte göz önünde tuttuğu vade henüz gelmeden sorumlu tutulabilmesi uygun olmayan bir sonuçtur. Beck, Art. 501, N. 11; Pestalozzi, Art. 501,

esas borç "belirsiz" bir vadeye bağlanmışsa, esas borçlunun iflası esas borcu muaccel hale getireceği gibi, kefilin borcunu da muaccel hale getirir⁴⁴.

Esas borcun kaynaklandığı sözleşme ilişkisinde, esas borcun muaccel olması, alacaklı veya esas borçlunun yapacağı süre içeren bildirimde (muaccel/yet bildirimine) bağlanmış olabilir. Böyle bir durumda, esas borçlunun iflôsünün kefil üzerindeki etkisi ne olacaktır? Bu olasılıkta da, TBK. m. 590 f 1'in uygulanıp uygulanmayacağı bir sorun olarak ortaya çıkar. Esas borçlunun iflası, henüz süre içeren bildirimde bulunulmamış olmasına rağmen, esas borcun muaccel olması sonucunu doğurur. Ne var ki, kefile başvunnak mümkün olmamalıdır. Kefile başvurmak isteyen alacaklının, esas borçlunun iflôs masasına karşı süre içeren bildirimde bulunması (veya esas borçlu yerine geçen iflôs masasının süre içeren bildirimde bulunmasını sağlaması) gerekir kanaatindeyim⁴⁵. Yapılan bildirim kefilin bilgisine sunulduktan sonra, bu bildirimde belirlenen sürenin dolmasıyla birlikte kefile başvurulabilir hôle gelecektir. Tartıştığımız bu olasılıkta, muacceliyet bildirimi, esas borcun muacceliyetini sağlamak amacıyla hizmet eden dar ve teknik anlamıyla muacceliyet bildirimi olmayıp (esas borç zaten esas borçlunun iflasıyla birlikte muaccel olmuştur), TBK. m. 590 f J hükmünün kefile başvurulabilmesi için aradığı gerekliliği yerine getirmek amacıyla yapılmıştır.

TBK. m. 590 f. 1 düzenlemesi, yeni kefalet hukukunun temel yapısına uygun olarak emredici niteliktedir. Böylelikle bu hükmün kefile sunduğu olanaktan önceden vazgeçilmesi de mümkün değildir (TBK. m. 582 f. son)⁴⁶.

N. 3. TBK. m. 590 f. 1'in getirdiği düzenleme sayesinde ki, esas borçlunun iflas etmesi olgusu, esas borç için kararlaştırılan vade gelmedikçe kefile başvurmayaya olanak vermeyecektir. Ancak esas borç için kararlaştırılan vade geldiğinde kefile başvurabilen alacaklı, adi kefalet söz konusuysa tartışma def'i veya önce rehnin paraya çevrilmesi def'ine muhatap olmaz. Esas borçlu iflas etmiş olduğuna göre, adi kefilin sahip olduğu bu def'iler ortadan kalkmıştır. TBK m. 590 f. 1, esas borcun esas borçlunun iflası dışında bir sebeple vadesinden önce muaccel hale geldiği olasılıklarda da kıyas yoluyla uygulanmalıdır. Bu olasılıklarda da, esas borç için kararlaştırılan vadeden önce kefile başvurulabilmesi mümkün olmamalıdır. Beck, Art. 501, N. 11, 13; Giovanoli, Art. 501, N. 6; Pestalozzi. Art. 501, N. 4.

44 Pestalozzi, Art. 501, N. 3.

45 Aynı düşünce için Beck, Art. 501, N. 12.

46 Beck, Art. 501, N. 14.; Pestalozzi, Art. 501, N. 2; Ne var ki, kaynak İsviçre Hukukunda, OR Art. 501 Abs. I hükmünün kefile sunduğu olarıktan önceden vazgeçilmesinin caiz olduğunu kabuledenler de vardır. Giovanoli, Art. 501, N.

d. Asıl borcun muaccel olmasının süre içeren bildirime bağlanması

Asıl borcun muaccel olması alacaklı veya esas borçlu tarafından yapılacak süre içeren bir bildirimle ilgiliyse, kefilin böyle bir bildirimin yapıldığını öğrenmekte çıkarı olduğu kuşkusuzdur. TBK. m. 590 f. 3, kefilin bu çıkarını gözetmekte ve asıl borcun muaccel olması için yapılan süre içeren bildirimden kefilin de haberdar olmasını sağlamayı amaçlamaktadır. Bildirimde belirlenen süre, kefil açısından, bildirimden haberdar olduğu andan itibaren işlemeye başlar. O halde, alacaklının kefilin talepte bulunabilmesi, süre içeren bildirimden kefilin haberdar edilmesi ve bildirimde belirlenen sürenin geçmiş olmasına bağlıdır. Süre içeren bildirimde bulunma yetkisi alacaklıya veya esas borçluya tanınmış olabilir. Bildirimde bulunan kişi esas borçluysa, yapılan bildirimden kefilin haberdar edilmesinde çıkarı olan alacaklı, kefilin haberdar etme keyfiyetini bizzat gerçekleştirebilir⁴⁷. TBK. m. 590 f. 3 düzenlemesi emredici niteliktedir. Kefil bu düzenlemenin kendisine sunduğu olanaklardan önceden vazgeçemez⁴⁸.

Asıl borcun muaccel olması için süre içeren bir bildirimde bulunulmuş, ancak kefil bu bildirimden haberdar edilmemişse, bildirimde belirlenen sürenin geçmesiyle esas borç muaccel olur. Yapılan bildirimin esas borç bakımından etkisini göstermesi, kefilin durumdan haberdar olmasına bağlı değildir. Ne var ki, alacaklının kefilin talepte bulunması üzerine, kefil muacceliyet eksikliği savunmasında bulunabilir. Bundan başka, kefil bildirimden haberdar olmamışsa, esas borçlunun temerrüdünün sonuçlarından sorumlu olmaz. Bildirimde belirlenen süre kefil açısından hangi anda etkili olursa, temerrüdün sonuçlarından kefilin sorumluluğu da o anda başlar. Diğer taraftan, muacceliyet bildiriminden haberdar olmayan kefil, esas borç için yapılan dava ve takip giderlerinden ötürü de sorumlu tutulamaz⁴⁹.

Alacaklı veya esas borçlu tarafından süre içeren bir bildirim yapıldıktan sonra, alacaklı ve esas borçlunun anlaşarak verilen süreyi kısaltmaları mümkündür. Böylelikle, esas borcun muacceliyeti, bildirimde ilk olarak belirlenen sürenin geçmesinden daha önce gerçekleşir. Ne var ki, kefil kefaletin geçerlilik şekline uygun olarak onay vermedikçe, yapılan bildirimde belirtilen süreyi kısaltan anlaşmadan etkilenmez. O, bildirimde belirlenen (ilk) süre

47 Beck,Art. 501, N. 17, 18.

48 Beck,Art. 501, N. 18.

49 Beck,Art.501,N.18.

tamamlanınca (yapılan bu bildirimden haberdar olması kaydıyla) borcunu ifa yükümlülüğü altına girer⁵⁰.

Alacaklı veya esas borçlu tarafından süre içeren bildirimde bulunulmasıyla, bu bildirimden kefilin haberdar edilmesi birbirinden farklı olgulardır. Esas borcun kaynaklandığı sözleşmede muacceliyet bildirimi bir şekle bağlanmış olsa bile, kefilin durumdan haberdar edilmesi herhangi bir şekle bağlı değildir. Bunun gibi, muacceliyet bildiriminin belirli bir süre içinde yapılması gerekse de, kefilin durumdan haberdar edilmesi her zaman için mümkündür⁵¹.

Birlikte kefalet durumunda, bütün kefillerin muacceliyet bildiriminden haberdar edilmesi gerektiği gibi, kefile kefil olan kişilerin de haberdar olması sağlanmalıdır. Buna karşılık, rücu kefil olan kişinirı muacceliyet bildiriminden haberdar olması gerekmez. Rücu kefilin esas borç ilişkisindeki (ve asıl kefalet sözleşmesindeki) alacaklıyla bir sözleşme ilişkisi içerisinde olmadığı dikkate alınırsa, bu sonuca varılması kaçınılmazdır⁵².

e. Kefalet sözleşmesinden kaynaklanan muacceliyet bildiriminde bulunma gereği ve kefilin iflası

Yalnız esas borcun değil, kefilin borcunun muacceliyeti de süre içeren bir bildirimde bulunmaya bağlanmış olabilir. Böyle bir durumda, alacaklı veya kefil tarafından bildirimde bulunulmadan önce kefilen talepte bulunulamayacaktır⁵³. Ayrıca, kefilin iflas etmiş olması da, kefalet borcunun vadesinden önce muaccel olmasına yol açar. Kefilin iflasıyla birlikte, kefalet borcunun bağlandığı vade gelmemiş olsa bile, kefilen talepte bulunulması mümkün hale gelir. Ne var ki, esas borcun bağlandığı vadenin gelmesinden önce iflas eden kefilen talepte bulunulup bulunulamayacağı şüphesi doğabilir. Kefilin iflası, kefalet borcunun bağlandığı vadenin gelmesinden önce kefilin borcunu muaccel kılacağı gibi, esas borç için belirlenen vade henüz gelmemiş olsa bile kefilin borcunu muaccel kılar. İflas eden borçlunun vadesi henüz gelmemiş borçlarının muaccel olması genel bir kuraldır. Esas borcun bağlandığı vade, fer'i bir sorumluluk altındaki kefilin borcunun da

50 Pestalozzi, Art. 501, N. 3.

51 Beck, Art. 501, N. 15, 16.

52 Beck, Art. 501, N. 15.

53 Beck, Art. 501, N. 6; Pestalozzi, Art. 501, N. 5.

vadesi sayılır. Kefilin borcu, daha uzun bir vade kararlaştırılmamı❖ esas borcun bağlandığı vade gelince muaccel olur. İflas eden bir kişinin bütün borçlanyla birlikte kefalet sözleşmesinden doğan borcu da muaccel olur ve kendisinden talepte bulunulabilmesi için esas borcun bağlandığı vadenin gelmesi gerekmez⁵⁴.

*Bu sonuç hem adi kefil için hem de müteselsil kefil için geçerlidir. Ancak, adi kefalet söz konusuysa, kefilin iflas masası, esas borçlu halclandaki takip semeresiz kalmadıkça ve mevcut rehinler paraya çevrilmedilc.çe kefalet sözleşmesine dayanan bir talepte bulunulamayacağını ileri sürebilir⁵⁵. Kefil için gerçekleşen muacceliyetin esas borçluyu etkilemeyeceği açıktır. AlacaJchı veya kefilin ifltis masası, esas borcun bağlandığı vade gelmeden önce esas borçludan talepte bulunamaz. Buna göre, iflas eden adi kefilden talepte bulunulması üzerine iflas masası tartışma definde bulunabilir ve vadesi gelmemiş esas borç için esas borçluya karşı takibe geçilememesinden **adi kefil de yararlanır**.*

f. Kefil hakkındaki takibin durdurulması kararı

fa. Genel olarak

TBK. m. 590 f. 2, şu şekilde bir düzenleme getirmektedir: "Bütün kefalet türlerinde kefil, aynı güvence karşılığında hakimden, mevcut rehinler paraya çevrilinceye ve borçlu aleyhinde yapılan takip sonucunda kesin aciz belgesi alznıncaya veya konkordato kararına kadar kendisine karşı yöneltilen takibin durdurulmasına karar verilmesini isteyebilir". Bu düzenleme, kuşkusuz, Türk Borçlar Kanunu'ndaki kefaletle ilişkin hükümlerin getirdiği en önemli yeniliklerden biridir ve özellikle müteselsil kefile önemli bir olanak vermektedir⁵⁶. Buna göre, aynı teminat gösteren kefil aleyhinde yürütülmekte olan takip, alacaklının elinde bulunan rehinler paraya çevrilinceye ve borçlu hakkında kesin aciz belgesi alınıncaya veya konkordato karar verilinceye kadar durdurulabilecektir. Kefilin sahip olduğu bu olanak alacağın likiditesini azaltacaktır kuşkusuz. Ne var ki, bu sakınca kefilin göstereceği aynı teminatla bir dereceye kadar karşılanacaktır. Ne de olsa, alacaklının elindeki teminatlar artmış olacak, kefalet kişisel teminatına aynı bir teminat

54 İsviçre hukuku için de aynı sonuçların kabul edilmesi hakkında bkz. Beck, Art. 501, N. 7-8; Pestalozzi, Art. 501, N. 6.

55 Beck, Art. 501, N. 7; Pestalozzi, Art. 501, N. 6; BGE 42 II 477 vd.

56 Giovanoli, Art. 501, N. 9

(veya aynı teminatlar) eklenecektir. TBK. m. 590 f. 2, kefilin sorumluluğunun ikincilliğini daha da öne çıkarıp belirginleştirmiştir⁵⁷.

fb. Kefil hakkındaki takibin durdurulmasının koşulları

TBK. m. 590 f. 2'nin getirdiği düzenleme her türden kefaleti kapsamına alır. O halde, gerek adi kefil gerekse müteselsil kefil, kendisine karşı yürütülen takibin durdurulmasını TBK. m. 590 f. 2'ye dayanarak isteyebilir⁵⁸, Pratikte bu düzenlemeden en çok yarar sağlayanın müteselsil kefil olacağı açıktır. Kefile karşı yürütülen takibin türü de, TBK. m. 590 f. 2'nin uygulanması bakımından fark yaratmaz. Şu halde, kefile karşı yürütülen ve durdurulması istenen takibin haciz veya iflas yoluyla takip olması mümkün olduğu gibi, rehlin paraya çevrilmesi yoluyla takip olması da mümkündür. Yürütülen takibin herhangi bir aşamasında TBK. m. 590 f. 2'ye dayanılabilir. Takibe itiraz edilmiş olması da, TBK. m. 590 f. 2 uyarınca takibin durdurulmasını istemeye engel değildir⁵⁹.

Kefilin takibin durdurulmasını isteyebilmesi aynı teminat göstermesine bağlıdır. Şu halde, kişisel teminat gösterilmesi TBK. 590 f. 2'ye dayanılabilmesi için yeterli değildir. Bilhassa yeni bir kefil daha getirilerek mevcut kefile karşı yürütülen takibin durdurulması istenemez. Gösterilebilecek aynı teminatların olabildiğince geniş kapsamlı düşünülmesi gerekir. Taşınır ve taşınmaz eşya rehni, alacak rehni, teminat amaçlı devir, para veya kıymetli evrakın depo edilmesi TBK. m. 590 f. 2 anlamında aynı teminat olarak görülebilir⁶⁰.

Gösterilecek aynı teminatın kapsamı belirlenirken kefaletle konu alacağın tutarı esas alınamaz. Bir başka deyişle, kefalet konusu alacağın fer'ileriyle birlikte ulaştığı tutara denk düşecek bir teminat gösterilmesi gerekli değildir. Bunun gibi, alacaklının esas borcun yerine getirilmemesi sebebiyle uğrayacağı zararın boyutlarına bakılarak teminatın belirlenmesi yoluna gidilemez. Gösterilen aynı teminatın kefile karşı yürütülen takibin durdurulmasını sağlayabilmesi için, bu takip durmayıp sona erdirilseydi alacaklının elde edebi-

57 Beck, Art. 501, N. 19; Pestalozzi, Art. 501, N. 7.

58 Giovanoli, Art. 501, N. 9; Pestalozzi, Art. 501, N. 7.

59 Gottlieb Gut, Die Wirkungen der Solidarbürgschaft im Verhältnis des Glaubigers zum Bürgen, Bem 1941, s. 85; Beck, Art. 501, N. 20; Pestalozzi, Art. 501, N. 7.

60 Gut, s. 86; Guhl, s. 77; Beck, Art. 501, N. 21; Giovanoli, Art. 501, N. 13, 14; Pestalozzi, Art. 8.

leceği tutan karşılması gerekir. *Bir* başka deyişle, kefil tarafından gösterilen aynı teminatın paraya çevrilmesinden elde edilecek tutar, kefile karşı yürütülen takip durdurulmayıp sonuçlandırılınsaydı alacaklının eline **geçecek** olan tutara denk düşmelidir. Alacaklının eline asıl alacak, temerrüt faizi **ve takip** gideri olarak ne geçeceği dikkate alınmalıdır¹. Ne var ki, bu düşüncenin herkes tarafından paylaşılmadığını da belirtmek gerekir. Gösterilecek aynı teminatın kefilin azami sorumluluk miktarını karşılaması gerektiğini ileri sürenler de vardır².

Birlikte kefalet söz konusuysa, gösterilecek teminat bakımından adi ve müteselsil birlikte kefalet arasında fark gözetmek gerekecektir. Adi birlikte kefil, kendi payıyla sınırlı olarak teminat gösterecektir. Müteselsil birlikte kefil için de kendi payıyla sınırlı olarak teminat gösterme söz konusu olabilir, Diğer kefiller kendi paylarını ödemişlerse veya kendi payları için aynı teminat göstermişlerse, böyle bir durum söz konusudur. Müteselsil birlikte kefil olanların hepsi hakkında aynı anda takip başlatılmadığı sürece, kendisine karşı takip yürütülen kefil kendi payıyla sınırlı aynı teminat göstererek bu takibin durdurulmasını sağlayabilir. Kefillerin hepsi hakkında aynı anda takip başlatılın11şsa (hepsine ödeme emri tebliğ edilmişse), biri hakkında yürütülen takibin durdurulması için borcun tamamına ilişkin teminat gösterilmesi gerekir. Bir başka deyişle, belirttiğimiz bu olasılıkta kefiller için paylarıyla sınırlı sorumluluk söz konusu olmayacağına göre, paylarıyla sınırlı olarak teminat göstermeleri de söz konusu olamaz. Kefillerden biri hakkındaki takip tamamlansaydı alacaklının eline ne geçecek idiyse, bu takibin durdurulması için gösterilecek teminatın aynı değerinde olması gerekir³.

61 Beck, Art. 501, N. 22, 23. Ayan, gösterilecek teminatın miktarının, takibin durdurulmasına karar verileceği andaki dosya borcuna göre (bu borcun fer'ileri de dikkate alınarak) belirlenmesi gerektiğini söylemektedir. Fakat bu tutara takibin duracağı süre boyunca işleyecek temerrüt faizinin de katılması gerektiğini ilave etmektedir. Bkz. Ayan, s. 419.

62 Nitekim bkz. Giovanoli, Art. 501, N. 9; Pestalozzi, Art. 501, N. 9.

63 Beck, Art. 501, N. 22. Gümüş'ün düşüncesine göre, gerek adi birlikte kefilin gerekse müteselsil birlikte kefilin vereceği aynı teminatın değeri, diğer birlikte kefiller tarafından hiçbir ödeme yapılmamış veya aynı teminat verilmemişse en yüksek sorumluluk tutarının tamamını kapsamalıdır. Gerek adi birlikte kefilin gerekse müteselsil birlikte kefilin vereceği aynı teminat, diğer birlikte kefiller tarafından yapılan ödemeler ve verilen aynı teminatlar varsa, bu ödeme ve teminat tutarlarının düşülmesiyle bulunacak en yüksek sorumluluk tutan kısmını karşılamalıdır. Bkz. Gümüş, Borçlar (2. Baskı), s. 375.

Kefilin göstereceği teminat belirlenirken, başka teminatların bulunup bulunmadığına da bakılmalıdır. Bundan başka, esas borçlunun ödeme gücünün ne durumda olduğu, takibin durdurulmasını isteyen kefilin malvarlığının kötüleşme olasılığının bulunup bulunmadığı da göz önünde tutulması gereken olgulardandır⁶⁴. Gerçi bu konuda da görüş birliği yoktur. Kefilin göstereceği aynı teminatın değerinin kefilin azami sorumluluk sınırını karşılaması gerektiğini düşünenler, teminatın kapsamı belirlenirken ne kefilin ne de esas borçlunun ödeme gücünün dikkate alınmaması gerektiğini de savunurlar⁶⁵.

Gösterilen aynı teminatın takibin durdurulması için yeterli olup olmadığını değerlendirecek olan icra memuru olmayıp, hakimdir. Nitekim kefile karşı yürütülen takibin durdurulması da hakim kararıyla olacaktır. Kefile karşı takip başlatılmadıkça (ödeme emri tebliğ edilmedikçe) takibin durdurulması kararı verilemez⁶⁶. Gösterilen teminat sonradan yetersiz hale gelirse (örneğin depo edilen para değer kaybederse), teminatın arttırılması talep edilebilir⁶⁷.

fc. Takibin durdurulması kararının etkileri

TBK. m. 590 f. 2'ye göre, her türlü kefalet yargıç kararıyla açığın kapatılmasına kefalete dönüşebilmektedir⁶⁸. Böyle bir dönüşüm özellikle müteselsil kefilin konumunu önemli ölçüde iyileştirecektir. Söz konusu hüküm çerçevesinde kefil hakkındaki takibin durdurulmasına karar verildikten sonra, TBK m. 585 f. son anlamında bir zarar (açık) ortaya çıkıp kesinleşmeden kefilin üzerine gidilemez. Böyle bir zararın ortaya çıktığının söylenebilmesi için, alacaklının elindeki bütün rehinlerin paraya çevrilmesi ve esas borçlu hakkında borç ödemeden kesin aciz belgesi alınması gerekir. Bu şartlar alternatif değil kümülatiftir. Bir başka deyişle, hem rehinler paraya çevrilmeli

64 Gut, s. 86; Guhl, s. 77; Beck, Art. 501, N. 23.

65 Giovanoli, Art. 501, N. 12; Pestalozzi, Art. 501, N. 9.

66 Pestalozzi, Art. 501, N. 8.

67 Beck, Art. 501, N. 24, 25; Pestalozzi, Art. 501, N. 9. Giovanoli, bir aynın yapmaktadır. Teminatların değerindeki azalmanın riski kural olarak kefilin üzerindedir. Şu halde, teminatlarda değer kaybı ortaya çıkarsa, kefil teminatın arttırılması talebine muhatap olabilecektir. Ne var ki, teminatların değer kaybı alacaklıya yüklenebiliyorsa riski de o taşınmalıdır. Giovanoli, Art. 501, N. 15.

68 Her türlü kefaletin İsv. BK. m. 501 f. 2 (TBK. m. 590 f. 2)'ye dayanan yargıç kararıyla açığın kapatılmasına kefalete dönüşeceğinin kanunda açıkça belirtilmesi önerilmişse de, bu öneri lüzumsuz bulunarak reddedilmiştir. Bu konuda bkz. Gut, s. 84; Guhl, s. 78.

hem de esas borçlu hakkında kesin aciz belgesi alınmalıdır ki, kefilden talepte bulunulması mümkün hale gelsin⁶⁹. TBK. m. 585 f. son'da belirtildiği üzere, esas borçlu hakkındaki konkordatonun kesinleşmesi de, alacağın konkordato dışında kalan kısmı bakımından bir ı.arar anlamına gelir. Şu halde, bu kısım ile ilgili olarak hakkındaki takip durdurulan kefilden talepte bulunulması mümkün hale gelir. TBK. m. 585 f. son'da belirtilen ve açlığın kapatılmasına kefil olan kişiden talepte bulunulmasına olanak veren diğer hususlar da, hakkındaki takip durdurulan kefil bakımından etkili olur. örneğin esas borçlu hakkında Türkiye'de takip yapmanın imkansızlaşması durumunda kefil hakkındaki durdurulan takibe devam edilebilir⁷⁰.

TBK. m. 590 f. 2 çerçevesinde kefile karşı yürütülen takibin durdurulması olabildiğince geniş anlaşılmalıdır. Kefil karşı yürütülen takibe bundan böyle devam edilemeyeceği gibi, yeni bir takibin başlanması da mümkün değildir. Takibin durdurulması karan sadece alacaklı bakımından değil, **kendisiyle birlikte kefil olanlar hakkında da etkili olur**. Birlikte kefil olanlardan biri rücu yoluyla hakkındaki takip durdurulan kefile başvuramaz. **Meğerki** bu kefile başvurabilmek için TBK. m. 590 f. 2'de belirtilen koşullar gerçekleşsin. Kefilin TBK. m. 590 f. 2'ye dayanarak kendisine karşı yürütülen takibin durdurulmasını sağlaması, kefile karşı dava açılmasına ve kefilin yükümlülüğünün yargıç kararıyla tespit edilmesine engel değildir⁷¹.

Takibin durdurulması icra hukuku çerçevesinde borçluya mehil verilmesiyle aynı niteliğe sahiptir. İcra hukuku çerçevesinde verilen mehilin zaman aşımını kesme etkisi, TBK. m. 590 f. 2'ye dayanarak verilen takibin durdurulması karan bakımından da ortaya çıkacaktır⁷².

TBK. m. 590 f. 2'ye dayanarak kendisine karşı yürütülen takibin durdurulması kararı alan kefil, alacaklının elindeki rehinler paraya çevrilinceye ve esas borçlu hakkında borç ödemedi kesin aciz belgesi alınıncaya kadar bekleyecektir. Ne var ki, bu bekleme sürecinin kefil için belirsizlik yaratacağı da açıktır. Kefil bu belirsizliği aşmak için TBK. m. 601 f. 1'de belirtilen olanaktan yararlanabilir. Şu halde, bir ay içinde esas borçluya karşı dava veya takip haklarını kullanmasını ya da elindeki rehinleri paraya çevirmek için gerekli hukuki süreci başlatmasını alacaklıdan isteyebilir. Alacaklı bu

69 Giovanoli, Art. 501, N. 16. Pestalozzi, Art. 501, N. 11.

70 Beck, Art. 501, N. 17; Pestalozzi, Art. 501, N. 10.

71 Gut, s. 85; Beck, Art. 501, N. 28.

72 Beck, Art. 501, N. 28; Pestalozzi, Art. 501, N. 10.

isteği yerine getinmezse veya başvurduğu hukuki yolda önemli bir kesinti yaratırsa kefil borcundan kurtulur⁷³.

Kefilin aynı teminat göstererek kendisine karşı yürütülen takibin durdurulmasını sağlaması, kişisel sorumluluğunu ortadan kaldırmaz. Bir başka deyişle, kefilin alacaklı karşısındaki kişisel sorumluluğu gösterdiği aynı teminatlarla sınırlı bir sorumluluğa dönüşmez. TBK. m. 590 f. 2' de belirtilen koşullar gerçekleşip de takibin durması sona erince kefinden talepte bulunulabilmesi yeniden mümkün hale gelir. Ne var ki, alacaklı kefilin kişisel sorumluluğuna gitmenin yanında kefil tarafından gösterilen aynı teminatları paraya çevirme olanağını da elde etmiştir. Şu halde, alacaklı bir seçim yetkisine sahiptir. O, dilerse durmuş olan takibin devam etmesini isteyebilir (durmuş olan takip haciz, iflas veya rehnin paraya çevrilmesi yoluyla takip olabilir) dilerse kefil tarafından gösterilen aynı teminatların paraya çevrilmesi için yeni bir takip başlatabilir⁷⁴.

B. Kefalet sözleşmesinin fer'i bir sorumluluk doğurması

1. Fer'iliğin kefalet sözleşmesinin ayırıcı özelliği olması

Kefalet sözleşmesi, her zaman, mevcut ve geçerli bir esas borcun varlığını gerektirir. Böylelikle kefilin yükümlülüğü bir diğer yükümlülüğe (esas borçtan kaynaklanan yükümlülüğe) bağlı olmaktadır. Bu bağılılığı ifade etmek için kefalet sözleşmesinin fer'i bir sorumluluk doğurduğu söylenir. Kefilin sorumluluğunun fer'iliği, hukuki dayanağını, kefalet sözleşmesinin alacaklıya teminat vermek amacıyla yapılmasında bulur⁷⁵. 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 getirir. Bir borcun mevcut ve geçerli olup olmadı-

73 Gut, s. 87, Guhl, s. 79; Beck, Art. 511, N. 29.

74 Beck, Art. 501, N. 30; Pestalozzi, Art. 501, N. 10. Ne var ki, bu konuda farklı düşünenler de olmuştur. Nitekim bkz. Gut, s. 89 vd; Guhl, 79. Diğer taraftan, alacaklı ve kefilin anlaşarak, kefil tarafından gösterilen taşınır rebnini özel yoldan paraya çevirme yetkisini alacaklıya tanıyabileceklerine değinilmektedir. Nitekim bkz. Gut, s. 91.

75 Beck, Art. 492, N. 88. Ayrıca bkz. ve krş. Gut, s. 2. Eski Hukukumuz çerçevesinde kefaletin fer'i karakterine ilişkin açıklamalar için bkz. Osman Safa Bursalı, Osmanlı Hukuku'nda Kefalet Sözleşmesi: İstanbul ve Galata Mahkemeleri Fer'iyeye Sicillerine Göre Mala Kefalet, 1791-1795/1206-1210, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2010, s. 45 vd.

ğına bakılmaksızın verilecek bir teminat olağanüstü bir teminattır. Böylece olağanüstü bir teminat vermek, kefalet sözleşmesinin değil, garanti sözleşmesinin işlevini oluşturur.

Gelecekte doğacak bir borca veya geciktirici koşula bağlı bir borca /cefil olunabilmesi, kefilin sorumluluğunun fer'iliğine aykırı düşmez⁶. Gelecekte doğacak veya geciktirici koşula bağlı bir borca kefil olan ki.şi, her ne kadar kefalet sözleşmesiyle bağlı olsa da, henüz kendisinden talepte bulunulabilmesi mümkün değildir¹¹. Kefilden talepte bulunulabilmesi için, kefalet sözleşmesinin yapıldığı sırada doğmamış olan esas borcun sonradan doğması gerekir. Aynı biçimde, esas borcun bağlandığı geciktirici koşul gerçekleşmedikçe kefilen talepte bulunulamaz. Demek ki kefilin sorumlu tutulabilmesi için geçerli bir esas borcun varlığı ve devam etmesi, bu olasılıklarda da aranmaktadır.

Fer'ilik ilkesinin bir diğer görünümü de şudur: Kefalet, esas borcun kaderini takip eder⁷⁸. Kefaletle güvence altına alınan alacak başkasına devredilirse, kefaletten doğan haklar da yeni alacaklıya geçer; bu alacak ortadan kalkarsa, kefaletten doğan haklar da son bulur. Kefil, esas borcun ortadan kalktığını iddia ve ispat ederek, kendisine karşı açılmış bir davanın reddedilmesini veya yürütülen bir takibinin sonuçsuz kalmasını sağlayabilir⁷⁹. Ortadan kalkmış esas borcun tekrar canlanması durumunda, fer'i nitelikteki kefilin sorumluluğu da tekrar canlanır. Bu sonucun gerçekleştiğini yasa bazı

76 Beck, Art. 492, N. 89; Giovanoli, Art. 492, N. 10.

77 O halde kefilen talepte bulunulduğu anda mevcut, geçerli ve dava/takip edilebilir bir borcun bulunması, fer'ilik ilkesinin gerçekleşmesi bakımından yeterlidir. Guhl, s. 36; de Biasio, s. 5; Scyboz, s. 363-364. Hatta kefalet sözleşmesinden veya durumun gereklerinden aksi anlaşılmadıkça, kefilin iradesinin kefalet belgesini imzaladığı andan sonra doğacak borçlara yönelik olduğu söylenebilir. Scyboz, s. 364. Nitekim kaynak İsviçre Borçlar Kanunu'na uyularak (OR Art. 499, Abs. 3), TBK. m. 589 f. 3'de bir karine kabul edilmiştir. Buna göre, "sözleşmede açıkça kararlaştırılmamışsa kefil, borçlunun sadece kefalet sözleşmesinin kurulmasından sonraki borçlarından sorumludur".

78 de Biasio, s. 5.

79 Kefilin esas borcun ortadan kalktığını ve bu nedenle kendi borcunun da son bulduğunu ileri sürmesinin bazı durumlarda hakkın kötüye kullanılması sayılabileceği Scyboz tarafından belirtilmektedir. Esas borcun ortadan kalkmasına alacaklının bir davranışı yol açmışsa ve alacaklıyı bu şekilde davranmaya kefil yöneltmişse, böyle bir durumla karşılaşılması mümkündür. Ancak alacaklı, kefilin yönlendirmesi olmadan, kendi bilgisizliği veya dikkatsizliği sonucunda birtakım davranışlarda bulunmuş ve bu nedenle esas borç ortadan kalkmışsa, kefilin alacaklının talebini geri çevirmesi hakkın kötüye kullanılması sayılmaz. Scyboz, s. 369, dpn. 20.

durumlarda açıkça öngönnüştür (örneğin bkz. TBK m. 109 f. son, m. 2CKJ f.1)so_

Kefilin sorumluluğunun esas borçlunun sorumluluğundan daha fazla olmaması da, fer'ilik ilkesinden çıkarılabilecek bir diğer sonuçtur⁸¹. Bu ilke, kefilin sorumluluğunun esas borçlununkinden fazla olmasını engellerse de, daha düşük olmasını engellemez⁸². Kefilin sorumluluğunun kapsamı esas borçlunun sorumluluğunu aşacak biçimde belirlenmişse, bir değerlendirme yapılması gerekir. Böyle bir durumda tarafların yaptığı "kefalet" nitelendirmesine rağmen başka bir sözleşmenin amaçlanmış olduğu sonucuna ulaşılabilir⁸³. Bir başka deyişle, esas borçlunun sorumluluğunun kapsamını aşacak bir teminat verenin, bu teminatı, "*kefi*" sıfatıyla değil, "*bir diğer sıfatla*" verdiği söylenebilir. TBK m. 19 uyarınca "*yanlış nitelendirme zarar vermez*" ve tarafların gerçek iradelerine uygun doğru bir nitelendirmenin yapılmasıyla yetinilir. Üzerinde durduğumuz olasılıkta, teminat verenin üstlendiği geniş kapsamlı sorumluluğun, esas borçlunun sorumlu tutulabileceği miktara kadar "*kefi*" sıfatıyla, bu miktarı aşan kısmı itibarıyla "*başka sıfatla*" üstlenildiği sonucuna da vanlabılır⁸⁴. Bütün bu yorum çabalan sonuç vermez ve tarafların gerçekten kefalet sözleşmesi yapmak istediği sonucuna varılırsa, kısmi bir geçersizlik söz konusu olur. Kefalet sözleşmesi, kefile esas borçlununkini aşan bir kapsamda sorumluluk yüklemek isteyen kısmı itibarıyla geçersiz sayılır ve kefilin sorumluluğunun kapsamı esas borçlununkine denk düşecek biçimde belirlenir⁸⁵.

Alacaklı esas borçluyu tamamen veya kısmen ibra ederken, bu ibradan kefilin yararlanamayacağı kararlaştırılamaz. Bunun gibi, alacaklı esas borçluyla kefilin hukuki durumunu etkilemeyecek bir biçimde "pactum de non petendo" anlaşması yapamaz. Kefilin sorumluluğunun sıkı biçimde fer'iliği ve esas borç güncel olarak hangi durumdaysa kefilin de bu durum esas alınarak sorumlu tutulabilmesi, esas borçlunun tamamen veya kısmen ibra

80 Scyboz, s. 370; Elçin Grassinger, s. 125.

81 de Biasio, s. 6.

82 Giovanoli, Art. 492, N. 2; Reinickeffiedtke, s. 96; Reisoğlu, Kefalet, s. 3.

83 Nitekim Alman Medeni Kanunu'nun gerekçesinde, kefilin esas borçludan daha fazla sorumlu olmayacağı, kefilin taahhüdünün esas borçlunun üstlendiği edimin kapsamını aşması durumunda kefalet sözleşmesinin varlığından söz edilemeyeceği belirtilmektedir. Bkz. Reinickeffiedtke, s. 98, dpn. 150.

84 Beck, Art. 492, N. 93.

85 Beck, Art. 492, N. 93; Reisoğlu, Kefalet, s. 3.

edilmesinin kefile zorunlu olarak yarayacağını göstermektedir. Kefil.. esas borçluyla alacaklı arasında yapılan, esas borca ilişkin ibranın kefilin **etkilc--**meyeceği hususundaki anlaşmayı onaylasa bile bu sonuç değişmez. Fer'ilik kefalet sözleşmesinin ayırıcı özelliğini oluşturan ve taraflarca değiştirilemeyecek bir ilkedir. Bu ilkeyle oynandığı takdirde sözleşmenin (en azından bütünüyle) kefalet olarak nitelendirilmesi olanağı ortadan kalkar. Kefilin esas borcun tamamen veya kısmen ibra edilmesinin kendi durumunu etkilemeyeceğini kabul etmesi ve esas borcun ibradan önceki kapsamıyla sorumlu olacağını taahhüt etmesinin "*bağımsız bir yüküm/ü/ülç*" altına girme iradesini gösterip göstermediğinin sorgulanması gerekir. Sözleşme özgürlüğüne böyle-sine bağımsız bir yükümlülük altına girilebilmesini mümkün kılar. Kefalet sözleşmelerinde çok sık olarak yer alan bir hükme göre, kefil, esas borçluyla alacaklı arasında mahkeme dışı bir sulh anlaşması yapıldığı takdirde, bu anlaşmanın sonuçlarından yararlanmayacağını taahhüt etmektedir. Kefalet sözleşmesinde yer alan bu kayda göre, mahkeme dışında yapılan sulh anlaşmasıyla esas borcun bir kısmının kaldırılmasından kefil yararlanamaz hale getirilmektedir. Şimdi şu soruya cevap verilmesi gerekir: Acaba söz konusu kayıt, kefalet hukukunun sözleşme özgürlüğüne kapalı (bu nedenle de emredici) bir ilkesine aykırılığından ötürü geçersiz mi olacaktır? Yoksa kefalet sözleşmesinde yer alan böylesine bir kaydın geçerli olduğu kabul edilip, kefilin, söz konusu sözleşme hükmünde belirtilen olasılıkla sınırlı olarak, kefaletle ilişkin hükümlerin öngördüğünden daha fazla bir sorumluluğun altına girdiği mi kabul edilecektir? Esas borcun tamamen veya kısmen ortadan kalkmasına yol açacak bir sulh anlaşmasının kefilin durumunu etkilemeyeceğinin kararlaştırılması, kuşkusuz, fer'ilik ilkesine aykırıdır. Ne var ki, tarafların iradelerine uygun böyle bir sözleşme hükmünün geçersiz olduğu söylenemeyeceği gibi, sözleşme ilişkisinin bütünüyle kefalet olmaktan çıktığı ve bir başka kişisel teminat ilişkisi (örneğin garanti sözleşmesi) olarak nitelendirilmesi gerektiği de söylenemez. Esas borcun tamamen veya kısmen ortadan kalkmasına yol açacak bir sulh anlaşmasının sonuçlarından kefilin yararlanamayacağına ilişkin hüküm, sırf bu hükümde belirtilen olgu bakımından kefilin bağımsız bir yükümlülük altına girdiğini gösterir. Esas borçlu ve alacaklı arasında bir sulh anlaşması yapılır ve bu anlaşma uyarınca esas borcun bir kısmı ortadan kalkarsa, kefil bundan yararlanamaz ve esas borcun eski kapsamına göre sorumlu tutulabilir. Ne var ki, kefalet sözleşmesinde belirli bir olguya ilişkin olarak bağımsız bir yükümlülük üstlenilmesi, geri kalan durumlarda da fer'ilikten vazgeçildiği anlamına gelmez ve sözleşmenin bir bütün olarak kefalet olmaktan çıktığı (örneğin garanti sözleşmesine dönüştüğü) söylenemez. Kefil sulh anlaşması sonucu esas borcun tamamen

veya kısmen ortadan kalktığı yolunda esas borçlunun yapabileceği bir itirazı yapamayacak, bu noktada bağımsız bir yükümlülük altına girmiş sayılacak, ne var ki, esas borcun şekle aykırılıktan veya ehliyetsizlikten ötürü geçersiz olduğu ileri sürülebilecektir. Bunun gibi, esas borç ilişkisi gereğince ödemezlik defi ileri sürülebileceğini belirten kefilin, bu yolla ifadan kaçınması mümkün olacaktır. Belirli bir noktada fer'ilik ilkesinden vazgeçildiği, diğer noktalarda ise fer'ilik ilkesinin korunduğu bir karına sözleşmenin bulunduğu söylenebilecektir. Belirli bir noktada bağımsız bir yükümlülük üstlenilirken diğer noktalarda kefil sıfatıyla sorumluluk altına girilen bu sözleşme, kefalet ve garanti (veya mevcut borca katılma) sözleşmelerinden gelen edimlerin bir araya geldiği karma bir sözleşmedir. Bu sonucun kişisel teminat veren **kişi**-nin lehine bir sonuç olduğu da ortadadır. Bir noktada bağımsız bir yükümlülük üstlenen kişiyi bütün noktalarda bağımsız bir yükümlülük üstlenmiş saymak ve fer'ilik ilkesinin korumasından bütünüyle mahrum kılmak, bu kişinin iradesine uygun bir sonuç olmayacaktır⁸⁶.

Kefilin sorumluluğunun ikinci derecede (tali) bir sorumluluk olmasının kefalet sözleşmesi bakımından zorunlu bir unsur olmadığı söylenir. Bu yaklaşıma göre, kefilin ikinci derecede sorumluluğu söz konusu olabileceği gibi (adi kefalet), esas borçluyla aynı derecede sorumluluğu da söz konusu olabilir (müteselsil kefalet). Kefilin esas borçluyla aynı derecede sorumlu kılınabilmesine rağmen, bu sorumluluğun fer'i olduğu esası değişmez. Bir başka deyişle, kefilin sorumluluğunun ikinci derecede olmasından vazgeçilebilirse de fer'iliğinden vazgeçilemez⁸⁷. Hakkında dava açılan veya takip yapılan müteselsil kefil, esas borcun ifa edildiğini veya bir başka yolla sona erdiğini iddia ve ispat ederek sorumlu tutulmaktan kurtulabilir⁸⁸. Müteselsil

86 Reinickeffiedtke, s. 96-97. Kişisel teminat sözleşmesinin "karma" bir sözleşme karakterini taşıyabileceği, belirli noktalarda garanti sözleşmesine uygun bir taahhüdün varlığına rağmen, geri kalan noktalarda kefil sıfatıyla sorumluluk üstlenilebileceğine ilişkin olarak ayrıca bkz. Kleiner, s. 87 vd; Tandoğan, Hukuki Mahiyet, s. 817 vd; Barlas, Banka Teminat Mektupları, s. 48. Teminat sözleşmeleri alanında, değişik biçimlerde ortaya çıkan karma tiplerinsöz konusuolabileceği hakkında ayrıca bkz. Scyboz, s. 368. Yazarın belirttiğine göre, belirli bazı noktalarda fer'iliğin ortadan kaldırılması, buna karşılık geri kalan noktalarda fer'iliğin kabul edilmesi mümkündür. Fer'iliğin kabul edilmediği, teminat verenin esas borçluya ait savunmalardan mahrum edildiği noktalar fer'iliğin söz konusu olduğu noktalara oranla daha fazlaysa garanti sözleşmesinden, daha az ise kefalet sözleşmesinden söz edilecektir. Scyboz, s. 368.

87 Beck, Art. 492, N. 89.

88 Giovanoli, Art. 492, N. 22.

naklarını kullanabilmesi bakımından tek bir istisna söz konusu olabilir. Esa, borçluya ödeme güçsüzlüğü içinde olması sebebiyle tanınan savunmalara kefil dayanamaz. Bu sonuç olağan karşılanmalıdır. Kefaletin sözleşmesinin esas borçlunun ödeme güçsüzlüğüne karşı alacaklıya teminat verme amacına dayanması, esas borçlunun ödeme güçsüzlüğünden kaynaklanan savunmalarını kefilin yapabilmesini engeller⁹⁰.

Kefilin esas borçlunun yapabileceği savunmalara dayanabilmesi olanağının önem kazandığı bir olasılık, esas borçluyla alacaklı arasında "sorumsuzluk anlaşması" bulunmasıdır. Böylesine bir anlaşmayla esas borçlunun hafif ihmal düzeyindeki kusurlarından ötürü sorumlu olmayacağı kararlaştırılmışsa, kefil de bu anlaşmadan yararlanabilir. Borcun hiç veya gereği gibi ifa edilmemesi esas borçlunun hafif ihmal düzeyinde bir kusurundan kaynaklanıyorsa, alacaklı ne esas borçluyu ne de kefil sorumlu tutulabilir. Sorumsuzluk anlaşması dolayısıyla esas borçlunun sorumlu tutulmadığı bir olasılıkta kefilin sorumlu tutulabilmesi, kefaletin fer'iliği ilkesine aykırı düşer⁹¹.

Kefaletin fer'iliği ve kefilin esas borçluya ait bütün savunmalara sahip olmasından kaynaklanan bir alt sonuç da şudur: Esas borç muaccel olmadıkça kefilen talepte bulunulamaz. Bir başka deyişle kefil, esas borçlunun sahip olduğu "muacceliyet eksikliği" savunmasını kullanabilir. Kefil bu savunmayı kullanmayıp esas borç muaccel olmadan alacaklıya ödeme yaparsa, rücu sırasında esas borçlu muacceliyet eksikliğine dayanabilir (TBK. m. 593 f. son).

Kefilin sorumluluğunun fer'iliğinin alacaklının haklarının kullanılması bakımından da etkisi olacaktır. Alacaklı, esas borçluya yapacağı muacceliyet bildirimini kefilin bilgisine de sunmalıdır. Ne var ki, sadece kefile yönelik bir muacceliyet bildirimi, kefaletin müteselsil olduğu olasılıkta bile, esas borcun muaccel olması sonucunu doğurmaz. Kefile yapılacak bildirimle esas borcun muacceliyeti gerçekleşmeyeceği için, ne esas borçlu ne de kefil hakkında takibe geçilebilir.

Esas borçludan talepte bulunulması dürüstlük kuralına aykırı düşüyorsa, kefilen de talepte bulunulamaz. Bu sonuç da fer'ilik ilkesinin bir uzantısıdır⁹².

Alacaklının kefilen talepte bulunmasının dürüstlük kuralına aykırı düştüğü durumda da, kefilin ifadan kaçınması kuşkusuz mümkündür. Bu durum,

90 Beck, Art. 492, N. 93; Reisoğlu, Kefalet, s. 4.

91 Tandoğan, Borçlar 11, s. 695; Reisoğlu, Kefalet, s. 3.

92 Giovanoli, Art. 492, N. 21.

alacaklının esas borçludan talepte bulunmasının dürüstlük kuralına aykırı olmasıyla karıştırılmamalıdır. Alacaklının esas borçluya karşı talebin dürüstlük kuralına aykırı düşüyor ve esas borçlu bu nedenle talebi yerine getirmekten kaçınabiliyorsa, kefil de aynı nedenle ifadan kaçınabiliyor. Bu kefilin sorumluluğunun fer'i olmasının bir sonucudur. Ne var ki, alacaklının esas borçludan talepte bulunması dürüstlük kuralına aykırı düşmese bile, kefile yönelişi talebin dürüstlük kuralına aykırı düşmesi mümkündür. Bu olasılıkta kefilin ifadan kaçınabilmesi fer'ilik ilkesinin bir sonucu olmayıp, doğrudan kendisine ait bir savunmaya dayanmaktadır. Alacaklı, kefilin mevcudiyetine güvenerek ödeme gücünün yetersiz olduğunu bildiği kredi borçlusuna kredi kullandırmaya devam ederse, kefilin rizikosunu almış olur. Bu tür bir davranışta bulunan alacaklının, kefile kendi arasındaki güven ilişkisine ve kefile karşı olan koruma yükümüne aykırı davrandığı söylenebilir. Alman Yüksek Mahkemesinin bir kararında ileri sürülen düşünceler konuyu açıklığa kavuşturmakta yararlı olacaktır: Karara konu olan olayda, bir finansal kiralama sözleşmesinde kiracının borcu için kefil olunmuştur. Alacaklı, dürüstlük kuralı uyarınca kefile karşı bazı yükümlülükler altına girecektir. Kiracının kira bedelini ödememesi durumunda, kiraya veren kefalet sözleşmesi olmasaydı çıkarlarını korumak için ne şekilde hareket ederse o şekilde hareket etmelidir. Kiracının borcu bir kefalet sözleşmesiyle güvence altına alınmış olmasaydı, kiraya veren, kira bedelinin ödenmemesi yüzünden uğradığı zararı arttırmamak için finansal kiralama sözleşmesini olabileceği en kısa sürede feshetme yoluna gidecekti. Kiracının borcunun kefalet güvencesi altına alınmış olması, kiraya verenin farklı şekilde davranmasına ve elindeki hukuki araçları kullanmadan sözleşme süresinin sonuna kadar beklemesine yol açmamalıdır. O, kefilden talepte bulunursa, kira bedelinin ödenmemesi yüzünden uğradığı bütün zararın tazminini değil, kira sözleşmesini mümkün olan en kısa sürede feshetmiş olsaydı uğramış olacağı zararın tazminini isteyebilmelidir⁹³. Ne var ki, dürüstlük kuralı aracılığıyla kefile yöneltilen talebin engellenmesinde ölçünün kaçırılmaması gerekir. Alacaklının esas borçluya karşı, birisi kefaletle teminat altına alınmış diğeri ise teminat-sız olan, aynı türden iki alacağı bulunabilir. Alacaklının esas borçluya karşı, söz konusu alacaklarla takas edebileceği türden bir borcu da varsa, borcunu kefaletle teminat altına alınmamış alacağıyla takas edebilir. Böyle davranan bir alacaklının kefile karşı dürüstlük kuralına aykırı davrandığı, takas hakkını kefaletle teminat altına alınmış alacağını konu alacak şekilde kullanması gerektiği söylenemez⁹⁴.

93 WM 1995, 900, 903; Reinickeffiedtke, s. 83-85.

94 Reinickeffiedtke, s. 84-85. Kefilden talepte bulunmanın hakkın kötüye kullanılması sayılması, 11 HD'nin 18.3.1982 tarih ve E.1982/619, K.1982/1108 sayılı kararında konu oluşturmaktadır. Buna göre, "alacaklının kredi sözleşmesiyle ortaklaşa borçlu ve dayanışmalı kefil sıfatıyla borcun ifasını üstlenen kişiye karşı, rehlin paraya çevrilmesinden önce ya da ondan ayrı olarak bir takip yapabileceğini kabuletmek gerekecektir.

Fer'ilik ilkesi ispat hukukunda da etkili olur. Kefilden talepte bulunan alacaklı, kefalet sözleşmesinden başka, esas borcu doğuran hukuk1 ılı,kıyı de ispat etmelidir⁹⁵. Bir cari hesap ilişkisinde kefalet sözleşmesinin varlığı ve geçerliğinin tartışma konusu olmamasına rağmen, hesabın kesilme,iylc ortaya çıkan bakiyenin miktan tartışmalı olabilir. Bu konu açıklığa kavuşturulmadan kefinden talepte bulunulamaz⁹⁶.

3. Güvence altına alınan alacakla ilgili değişikliklerin kefile etkisi

a. Alacağın devrinin kefile etkisi

Kefalet sözleşmesinden doğan alacak esas alacaktan bağımsız olarak devredilemez. Kefalet alacağının esas alacaktan bağımsız olarak rehnedilmesi veya haczedilebilmesi de mümkün olmaz. Diğer taraftan esas alacağın devri kendiliğinden (yasa gereği) kefaletten doğan alacağın da devri sonucunu doğurur⁹⁷. Kefilin bu sonuca karşı çıkma olanağı yoktur⁹⁸. Bunun gibi esas alacağın rehnedilmesiyle birlikte, kefalet sözleşmesinden doğan alacak hakkı da rehnin kapsamına girer⁹⁹.

Böylece, alacağı rehinle güvence altına alınmasına karşın, davacı bankanın, kollektif şirket ortağı davalıyla arasındaki hukukten geçerli nitelikteki kefalet sözleşmesine yasal herhangi bir engelin bulunmadığını kabuletmek gerekir. Ne var ki, davacı banka arulan hakkını kullanırken MK.nun 2. maddesinde öngörülen biçimde, dürüstlük kurallanoa uymak durumundadır. Sırf başkasını zararlandınnna amacıyla anılan hakkın kötüye kullanılması yasaca korunamaz. Her ne kadar davacı bankanın, davalı hakkında da kredi sözleşmesindeki kefaletle dayalı olarak takip yapabilme olanağı varsa da; ipotekli takipte, o takip borçlusunca borç tümüyle kabul edilip, taksitle ödeme yükümünde bulunmuş, taksitlerin bir bölümü ödenmiş ve ipotek değerinin borcun tümünü rahatlıkla karşılar durumda iken; sırf İİK. nun 67. maddesinde öngörülen süre ve inkar tazminatını kaçınma amacıyla takibe girişilmesi MK. nun 2/2. maddesinde öngörülen kurala aykırıdır. Davacı bankanın dava konusu takipte bir hukuki yararının varlığından da söz edilemez. Bu yüzden, davacı banka vekilinin temyiz itirazlarının reddiyle sonucu itibarıyla doğru olan hükmün yukandaki gerekçeyle onanması gerekmiştir" (kazancı bilgi ve içtihat bankası).

95 Beck, Art. 492, N. 94; Giovanoli, Art. 492, N. 21; Reisoğlu, Kefalet, s. 4.

96 Giovanoli, Art. 492, N. 22.

97 19 HD'nin 21. 05. 2003 tarih ve E: 2002/7795, K: 2003/ 5255 sayılı kararında, bankanın kredi sözleşmesinden doğan alacağını 818 sayılı (eski) BK m. 162 vd uyarınca temellük eden (devralan) kişinin, kredi borcu için kefil olan kişiye karşı bankanın sahip olduğu alacağı da devralmış sayılacağı açıkJıkla ifade edilmiştir. YKD, C: 29, S. 11, T: Kasım 2003, s. 1742.

98 Lerch/ Tuason, s. 10.

99 Beck, Art. 492, N. 41; Giovanoli, Art. 492, N. 24.

Kefalet güvencesine bağlanan bir alacağı devreden kişinin, kılın fide-me gücü bulunmamasından dolayı bir sorumluluğu söz konusu olabilir. Alacağı devreden esas borçlunun ödeme gücü bulunmamasından ötürü sorumluysa, dolaylı olarak kefilin ödeme güçsüzlüğünden ötürü de sorumlu sayılır. TBK. m. 191 f. 1'e göre, "alacak, bir edim karşılığında devredilmi., Je devreden, devir sırasında alacağın varlığını ve borçlunun ödeme gücüne tahip olduğunu garanti etmiş sayılır¹⁰⁰. Kefaletle teminat altına alınmış olan bir alacağı bir edim karşılığında devreden ve borçlunun ödeme güçsüzlüğünden sorumlu olan eski alacaklı, esas borçludan alacağı tahsil edemeyen ve kendisine başvuran yeni alacaklıdan, öncelikle mevcut kefile (veya kefillere) başvurmasını isteyebilir. Yeni alacaklı, alacak hakkıyla birlikte, bu alacağı teminat altına alan kefalet sözleşmesinden kaynaklanan hakkı da kazanmıştır ve eski alacaklıya başvurmadan önce kefile başvurması kendisinden beklenir. Bu açıdan kefaletin türü (adi veya müteselsil olması) önemli değildir¹⁰¹.

Kefil ile alacaklı, kefalet sözleşmesinden doğan hakkın alacağın devrinden etkilenmeyeceğini ve yeni alacaklıya geçmeyeceğini kararlaştırabilirler. Böyle bir durumda, kefalet alacağının devrine ilişkin sözleşmesel bir devir engeli getirilmiş demektir. Bu devir engeli etkisini esas alacağın devri sırasında gösterecek ve esas alacağı devralana kefalet alacağının geçmesini engelleyecektir¹⁰². Sözleşme! bir devir engeli getirilmiş olan kefalet alacağı, esas alacağı devralana geçmeyeceği gibi devredende de kalmaz. O halde, esas alacağın devri kefalet alacağı için sona erme sebebi olacaktır.

Esas alacağın devri sırasında da, kefalet alacağının yeni alacaklıya geçmeyeceği kararlaştırılabilir. Bir başka deyişle, esas alacağı devredenle devralan anlaşarak, kefalet alacağının devrin kapsamı dışında kalacağını kararlaştırabilirler. Bu olasılıkta da, esas alacağın devriyle birlikte kefalet sözleşmesi son bulur. Bu kefaletin fer'i birhak sağlamanın sonucudur. Kefalet sözleşmesinden kaynaklanan alacak hakkının, güvence altına alınan alaktan bağımsız olarak devam etmesi mümkün değildir¹⁰³. Kefalet sözleşmesinin fer'i bir sorumluluk doğurması, kefalet alacağıyla esas alacağın sahibinin aynı kişi olması zorunluluğunu (alacaklıda özdeşlik) beraberinde getirir.

100 818 sayılı (eski) Borçlar Kanunum. 169'a göre, alacağı ivazlı olarak devreden, devir sırasında alacağın varlığını garanti etmiş sayılmakla birlikte, esas borçlunun ödeme gücünü garanti etmiş sayılmazdı. Esas borçlunun ödeme güçsüzlüğünden sorumlu tutulabilmesi için, bunu ayrıca üstlenmiş olması gerekirdi.

101 Beck, Art. 492, N. 41.

102 Reinickeffiedtke, s. 48.

103 Beck, Art. 492, N. 41; Giovanoli, Art. 492, N.24; Biasio, s. 5.

b. Borcun üstlenilmesinin kefile etkisi

Kefaletle teminat altına alınan borcun nakledilmesinin kefilin sorumluluğuna etkisi TBK. m. 198'de ele alınmıştır. Buna göre, *"Borçlu değişmiş olsa bile, alacaklının borçlunun kişiliğine özgü olanlar dışındaki bağlı hakları saklı kalır. -Bununla birlikte borcun güvencesi olarak rehin veren üçüncü kişinin ve kefilin sorumlulukları, ancak onların borcun üstlenilmesine yazılı olarak rıza göstermeleri hdlinde devam eder"*. Bu hüküm, esas borçlunun kişiliğinin kefil açısından önemini göstermektedir. Gerçekten de, esas borçlunun ödeme gücü ve ifa bakımından istekli olup olmaması, kefil olarak sorumluluk üstlenmekte son derece etkilidir. Alacaklının kefalet sözleşmesinden doğan hakkı, TBK m. 198 f. 1'de belirtilen haklara benzetilmiş, bir başka deyişle esas borçlunun kişiliğinden ayrılmayan yan haklara paralel olarak ele alınmıştır. Borcun üstlenilmesi yoluyla borçlunun değişmesi durumunda, bu değişikliğe rıza göstermeyen kefil sorumluluktan kurtulur¹⁰⁴. Bir başka deyişle, borcun üstlenilmesine rağmen kefilin sorumluluğunun devam etmesi, buna ilişkin rızasını ortaya koymuş olmasına bağlıdır.

TBK. m. 198 f 2 düzenlemesinin uygulanabilmesi için, borcun üstlenilmesi olgusu anlaşma yoluyla gerçekleşmelidir. Bir başka deyişle, alacaklı ve borcu üstlenecek kişi anlaşmalı ve mevcut borçlunun borçtan kurtarılarak borcu üstlenenin yeni borçlu olmasını sağlamalıdır. *Yasa gereği gerçekleşen borçlu değişiklikleri TBK m. 198 f 2'nin uygulanmasını gerektirmez ve kefilin sorumluluğunun devamı için borçlu değişikliğine rıza göstermesi aranmaz. Diğer taraftan, mevcut borçlunun yanında bir diğer kişi borç üstleniyorsa (kümülatif, yığılık borç üstlenme) TBK m. 198 f 2 uygulanmaz*¹⁰⁵. Müteselsil borçlulardan birisi lehine kefil olan kişi, bu borçlunun borcu ortadan kalkarsa sorumluluktan kurtulur. Diğer müteselsil borçluların sorumluluğunun devam etmesi bu sonucu etkilemez. Mademki kefilin göz önünde tuttuğu müteselsil borçlunun borcu sona ermiştir, bundan böyle kefil de sorumlu tutulamayacaktır. Ele aldığımız durumda kefilin diğer müteselsil borçlularla birlikte sorumlu kalmaya devam etmesi için, bu konuda rızasını ortaya koyması gerekir. Bu sonuca, TBK. m. 198 f. 2 düzenlemesinin kıyas yoluyla uygulanmasıyla ulaşılabacaktır¹⁰⁶.

104 Giovanoli, Art. 492, N. 25.

105 Beck, Art. 493, N. 75, 77; Pestalozzi, Art. 493, N. 19.

106 Scyboz, s. 370, dpn. 22.

Bir işletmenin veya malvarlığının aktif ve pasifleriyle birlikte devrinde, devralan kişi, bu durumu alacaklılara bildirdiği veya TBK. m. 202'de belirtilen biçimde gazetelerle ilan ettiği tarihten itibaren, devraldığı malvarlığı veya işletmenin borçlarından sorumlu olur. Malvarlığı veya işletmeyi devreden kişi de, iki yıllık bir süre için, söz konusu borçlardan müteselsil borçlu sıfatıyla sorumlu olacaktır. Malvarlığı veya işletmeyi devreden müteselsil sorumluluğu için söz konusu olan iki yıllık süre, devir anında muaccel olan borçlar için devrin alacaklılara bildirildiği veya ilan edildiği andan itibaren, devir anında muaccel olmayan borçlar içinse muacceliyet anından itibaren işlemeye başlar. Bu iki yıllık süre dolunca malvarlığı veya işletmenin borçlarından yalnız devralanın sorumluluğu söz konusu olur, devreden müteselsil borçlu sıfatı ortadan kalkar. Devreden müteselsil borçlu sıfatının kalktığı, bir başka deyişle, devredilen işletme veya malvarlığının borçlarından sadece devralanın sorumlu olmaya başladığı anda, söz konusu borçlara kefil olan kişilerin durumunun ne olacağı TBK. m. 198 f. 2'ye göre belirlenecektir. O halde, kefillerin sorumluluklarının devamı, malvarlığı veya işletmeyi devralanla birlikte sorumlu kalmaya rıza göstermelerine bağlıdır. Devredilen bir malvarlığı veya işletmenin borçlarına kefil olan kişilerin sorumluluklarının devamına ilişkin rızaları, devrin gerçekleşmesi sırasında aranmaz. Kefillerin durumu, malvarlığı veya işletmeyi devreden müteselsil borçlu sıfatı devam ettikçe herhangi bir tartışmanın konusu olmaz. *Ne zaman ki devreden müteselsil borçlu sıfatı son bulur ve devralan borçlardan tek başına sorumlu hâle gelir, devralanla birlikte sorumluluklarının devamına rıza göstermemiş kefiller o anda borçtan kurtulur.* Bu sonuç olağan karşılanmalıdır. Çünkü belirtilen andan itibaren, kefilin sorumluluk üstlenirken göz önünde tutmuş olduğu esas borçlu devre dışı kalır ve kefilin göz önünde tutmadığı bir başkası esas borçlu konumuna gelir¹⁰⁷.

Kefil olunan borcun borçlusu durumundaki bir ticaret şirketinin tüzel kişiliği ortadan kalkacak şekilde bir başka şirketle birleşmesi veya bir başka şirket tarafından devralınması (TTK. 136 vd) durumunda, TBK m. 198 f. 2'nin uygulanması söz konusu olacak mıdır? Bir başka deyişle, devralınan veya birleşen ticaret şirketinin borcu için kefil olan kişinin sorumluluğunun devam etmesi için, bu hususta rızasının bulunması aranacak mıdır? Kanaatimce, külli halefiyetin söz konusu olduğu bu durumda, kefilin sorumluluğunun devam etmesi rızasına bağlı değildir. Nasıl ki esas borçlunun ölümü

107 Aynı şekilde Beck, Art. 493, N. 75; Pestalozzi, Art. 493, N. 19; Reisoğlu, Kefalet, s. 247.

ve mirasçılarının külli halef sıfatıyla borçtan sorumlu olmaları kefilin durumunu etkilemeyecek ve kefilin sorumluluğu rızasına bakılmaksızın devam edecekse, esas borçlu durumundaki ticaret şirketinin bir başka şirketle birleşmesi veya bir başka şirket tarafından devralınması da kefilin durumunu etkilememelidir. Esas borçlu sıfatındaki değişikliğin külli halefiyete dayandığı olasılıklarda TBK m. 198 f. 2 uygulanmaz¹⁰⁸. Bunun gibi, bir ticaret şirketinin tür değiştirmesi kefilin sorumluluğunu etkilemez. Kefil, rızasına bakılmaksızın sorumlu kalmaya devam eder¹⁰⁹.

İİK m. 244 ve bu hükümle kendisine yollama yapılan İİK m. 125 hükmünün birlikte uygulanmasının, TBK m. 198 f. 2 hükmü karşısında incelen-

108 Reisoğlu, (eski) TTK m. 451'den yola çıkarak, bir ticaret şirketinin diğer bir ticaret şirketiyle birleşmesi veya diğer bir şirket tarafından devralınması durumunda, birleşen veya devralınan şirketlerin borçlarına kefil olan kişilerin sorumluluğunun, bu şirketlerin ticaret sicilindeki kaydının silindiği ana kadar devam edeceğini ve kaydın silinmesiyle birlikte ortadan kalkacağını belirtmektedir. Reisoğlu, Kefalet, s. 247-248. Birleşen şirketin borçlarının birleşme sonucu ortaya çıkan yeni tüzel kişinin bünyesinde devam etmesi mümkün olduğu gibi, devralınan şirketin borçlarının da devralan şirketin bünyesinde devam etmesi mümkündür. Devralınan bir ticaret şirketinin infisah halinde olduğu ticaret şirketine tescil edilecek, bu şirketin borçları tediye ve temin edildikten sonradır ki, ticaret sicilinde bu şirkete ait kayıt silinecektir. Kaydının silinmesiyle de devralınan şirketin tüzel kişiliği son bulur. Devralınan şirketin tüzel kişiliğinin son bulunduğu anda, bu şirketin henüz ifa edilmemiş borcu kalmışsa, külli halef sıfatını taşıyan devralan şirket bu borçlardan sorumlu olur. İşte bu borçlar için, devralınan ve tüzel kişiliği son bulan şirketin mevcudiyeti sırasında verilmiş olan kefaletler, devralma sürecinin son bulmasıyla (ve devralınan şirketin tüzel kişiliğinin son bulmasıyla) birlikte ortadan kalkmamalıdır. Kefilin bu hususta rızası olup olmadığına bakılmaksızın sorumluluğunun devam ettiğini kabul etmek, amaca uygundur. Çünkü devralan şirket külli halef sıfatıyla devraldığı şirketin borçlarının borçlusu durumuna gelmiştir. Yeni borçlu külli halef sıfatıyla eski borçlunun yerine geçmişse, (bir hukuki işlem yoluyla) borcun üstlenilmesinde kefilin rızasını arayan TBK m. 198 f. 2'nin uygulanma kabiliyeti yoktur. Devralma prosedürü sırasında devralınan şirkete ait bütün borçlarının ifa edilemeyeceği, bazen bu borçlar için teminat (veya ek teminat) alınmasıyla yetinilebileceği bizzat Reisoğlu tarafından da belirtilmektedir. O halde, devralma prosedürünün tamamlanması, devralınan şirketin borçlarının mutlaka ifa edilmiş olması sonucunu doğurmayabilir. Devralınan şirketin borcu için devralma prosedürünün başlamasından önce kefil olan biri varsa ve devralma prosedürü sırasında da söz konusu borcun ifa edilmesi yerine bu borç için ek teminat alınması yoluna gidilmişse, devralan şirketin külli halef sıfatıyla esas borçlu olması pekala mümkün olabilecektir. Bu anlatılanlara bağlı olarak, devralınan şirket zamanında verilmiş bir kefaletin devralma tamamlandıktan sonra son bulmaması da mümkün hale gelmektedir.

109 Reisoğlu, Kefalet, s. 60-61.

mcsi gerekebilir. Taşınmaz rehni ile teminat altına alınan ve müeccel durum❖daki bir alacak, borçlunun iflasıyla birlikte muaccel olmaz. Müflise ait taşınmaz üzerinde bulunan rehin hakkı, paraya çevirme sırasında son bulmayıp, müşteri mevcut rehin hakkıyla kayıtlı olarak taşınmazı iktisap eder. **Ostelık İİK** m. 125 hükmünde belirtildiğine göre, "*arttırma şartnamesinde, gayrimenkulün üzerindeki irtifak hakları, gayrimenkul mükellefiyetleri, ipotekler. ipotekli borç senetleri, irat senetleri ile birlikte satıldığı ve borçlunun bu gayrimenkul ile temin edilmiş şahsi borçlarının da alıcıya intikal eyleyeceği tasrih olunur*". İİK m. 244 ve İİK m. 125 hükmünün birlikte okunmasından çıkacak sonuç şudur: İflas eden bir kişinin taşınmaz rehniyle teminat altına alınmamış müeccel borçları, iflasla birlikte muaccel olacak; buna karşılık, taşınmaz rehniyle teminat altına alınmış müeccel borçlan, müeccel olmakta devam edecektir. Müflise ait olan ve onun müeccel bir borcu için rehnedilmiş bulunan taşınmaz paraya çevrildiği zaman, taşınmazı iktisap eden müşteri, hem rehin hakkı kayıtlamasıyla taşınmazı iktisap etmiş olacak hem de bu taşınmazla teminat altına alınmış borcun borçlusu durumuna gelecektir. Bir başka deyişle, yasadan kaynaklanan bir borçlu değişikliği ortaya çıkacaktır. Söz konusu borç için kefil olan bir kişi varsa, bu kişinin yasa gereği gerçekleşen borçlu değişikliğine rızası olup olmadığına bakılmayacağı söylenebilir. O halde, taşınmazın alıcısına geçmiş borç için kefilin sorumluluğu da devam edecektir. Kefaletin esas borçlunun ödeme güçsüzlüğü için bir teminat oluşturduğu ve iflas eden esas borçlunun alacaklılarının korunmasına hizmet eden bir tedbirden kefilin yararlanamayacağı ileri sürülerek, ulaşılan bu sonuç haklı gösterilebilir¹¹⁰. Öte yandan, borcun üstlenilmesinde kefilin rızasını zorunlu gören TBK m. 198 f. 2, borçlu değişikliğinin anlaşmaya dayandığı olasılıklarda uygulanır. Yasa gereği gerçekleşen borçlu değişikliklerinde söz konusu hükmün uygulanma kabiliyeti yoktur. Böyle durumlarda kefilin sorumluluğu, borçlu değişikliğine rızası olsun olmasın devam eder¹¹¹. Buna dayanarak, İİK m. 244 ve İİK m. 125 hükümlerinin birlikte uygulanması sonucunda gerçekleşen borçlu değişikliğinin kefilin sorumluluğunu etkilemeyeceği söylenebilir.

İflas eden borçluya ait taşınmazla güvence altına alınmış olan borcun, bu taşınmazın paraya çevrilmesiyle birlikte taşınmazın alıcısına geçliği ve müflisin borçlu olmaktan çıktığı kabul edilirse, İsviçre öğretisinin yaptığı gibi

110 Nitekim bu doğrultuda bir yaklaşım için bkz. Giovanoli, Art. 492, N. 26; Elçin Grassinger, s. 141-142. Konuya ilişkin bir İsviçre Federal Mahkemesi kararı için bkz. BGE 47 ili 143.

111 Beck, Art. 493, N. 77; Pestalozzi, Art. 492, N. 19.

kefilin sorumluluğunun devam edeceği sonucuna varılması kaçınılmazdır. İki, yaklaşımın sonucu olarak, gerçekleşen borçlu değişikliğine ne alacaklı ne de kefil itiraz edebilmekte, her ikisi de bu sonucu kabullenmek zorunda **bulunmaktadır**. Ne var ki, fsviçre öğretisi ve uygulamasında kabul edilen bu **doğru** Türk öğretisi tarafından benimsenmemektedir. Paraya çevirme sırasında müflise ait taşınmaz üzerindeki rehin haklarının alıcıya geçtiği kabul edilmekle birlikte, alıcının, söz konusu taşınmazla teminat altına alınmış müccel borcun borçlusu durumuna gelmeyeceği düşünülmektedir. Artık nemfijli durumundaki borçlunun ne de taşınmazın alıcısının sorumlu tutulabileceği mümkün olacak, kişisel olarak sorumlu tutulabilecek bir borçlusu bulunmayan söz konusu borç için, sadece, rehin hakkıyla kayıtlı kalmayadevam eden taşınmazın paraya çevrilmesi yoluna gidilebilecektir. Sonuç olarak, **ele aldığımız borcun müflis bakımından artık ödenmiş olduğu kabul edilmekte, taşınmazın alıcısı bakımından da sadece taşınmazla sınırlı bir sorumluluk bulunmaktadır**¹¹². Borcun müflis bakımından artık ödendiği ve taşınmazın alıcısının bu borçtan şahsen sorumlu olmadığı kabul edildiğine göre, söz konusu borç için kefil olmuş kişinin sorumluluğunun taşınmazın paraya çevrildiği anda son bulması gerekir. "Bir borçtan şahsen sorumlu olan kişinin bulunmadığı yerde, kefil olarak sorumlu olan kişi de bulunamaz" yaklaşımını benimseyen hakim görüşün¹¹³, kendisiyle tutarlı olmak için bu sonucu kabul etmesi kaçınılmazdır.

MK m. 888 f. 2 hükmü uyarınca ipotekli taşınmazın yeni maliki borcu yüklendiği takdirde, alacaklı kendisine başvurma hakkını saklı tuttuğunu bir yıl içinde yazılı olarak önceki borçluya bildirmezse, önceki borçlu borcundan kurtulur. Bu hükme göre, ipotekli taşınmazın yeni maliki, ipotekle güvence altına alınan borcun borçlusuna karşı borcu üzerine almayı taahhüt edebilir. Böyle bir taahhüt üzerine, "borcun iç yüklenilmesi" gerçekleşmiş olur. "Borcun dış yüklenilmesi" olgusunun gerçekleşmesi için, alacaklının, eski borçlunun borçtan kurtulmasını ve taşınmazın yeni malikinin borçlu sıfatını kazanmasını kabul etmesi gerekir. Tapu idaresi, taşınmazla güvence altına alınan borcun borçlusuyla taşınmazın yeni sahibi arasında yapılan ve borcun yeni malik tarafından üstlenileceğine ilişkin bulunan anlaşmayı alacaklıya bildirir. Alacaklı, bu bildirimin kendisine tebliğinden itibaren işleyecek bir yıllık süre içinde, taşınmazla güvence altına alınan borcun borçlusunun borçtan kurtulmasını ve taşınmazın yeni malikinin borçlu sıfatını taşımasını reddedebilir (MK m. 890). Alacaklı, borcun taşınmazın yeni maliki tarafından üstlenilmesini ve eski borçlunun borçtan kurtulmasını "kabul

112 Saim Üstündağ, İflas Hukuku, 5. bası, İstanbul 1998, s. 147.

113 Bu yaklaşımın, hakim görüşün ifadesi olduğu hakkında bkz. Beck, Art. 492, N. 110.

ederse" veya bir yıllık süre içinde sessiz kaldığı için "kabul elliği varsayılsa", borcun dış yüklenilmesi gerçekleşir ve taşınmazın yeni maliki alacaklı karşısında borçlu sıfatını kazanır¹¹⁴. Bu olasılıkta, borcun taşınmazın yeni maliki tarafından üstlenilmesi ve eski borçlunun borçtan kurtulması olgusunun, alacaklıyla taşınmazın yeni maliki arasında yapılan sözleşmeye dayandığı söylenebilir. Bu sebeple, söz konusu borç için kefil olmuş bir **kişi** varsa, ancak rızası bulunduğu takdirde sorumlu olmaya devam eder. Bir başka deyişle, sözünü ettiğimiz olasılık TBK m. 198 f. 2'nin kapsamına girer¹¹⁵.

Kefalet sözleşmesi yapılırken, esas borç kim tarafından üstlenilirse üstlenilsin kefilin sorumluluğunun devam edeceği, kefilin esas borçlu sıfatındaki değişiklikleri peşin olarak kabullendiği kararlaştırılmaz. Kefalet sözleşmesine dahil edilen bu doğrultudaki bir hüküm geçersizdir. Kefil, sorumluluğunun devam edeceğine ilişkin rızasını, gerçekleşen her borcun nakli olgusu için özel olarak bildirmelidir. Bir başka deyişle, borcun üstlenilmesinde, kefilin sorumluluğunun devam etmesine ilişkin rızası her somut olay için özel olarak ortaya koyulmalıdır. Bu konuda baştan, peşin, götürü olarak ortaya koyulacak bir rıza, TBK. m. 198 f. 2 hükmünün anlaşma yoluyla ortadan kaldırılması anlamına gelir. Söz konusu hükmün emredici nitelik taşıdığı düşünülürse, böyle bir anlaşma yapılmasına olanak verilemeyeceği de anlaşılır¹¹⁶.

Kefil, borcun üstlenilmesine ilişkin rızasını yazılı olarak açıklamalıdır. 818 sayılı (eski) Borçlar Kanunu'nun konuya ilişkin 176. maddesinin 2. fıkrası, kefilin rızasının şekline ilişkin bir açıklık taşımamaktaydı. Ne var ki, Türk öğretisindeki hakim görüş, söz konusu rızanın yazılı olarak ortaya koyulması gerektiğini kabul etmekteydi ¹¹⁷. İsviçre Hukukunda, OR Art. 493 Abs. 5 düzenlemesi, kefilin rızasının yazılı olması gerektiğini açıkça belirtmektedir. İsviçre örneğini takip eden TBK m. 198 f. 2 düzenlemesi, kefilin rızasının yazılı olması gerektiğini açıklığa kavuşturmuş, öğretideki hakim görüşü yasalaştırmıştır.

114 M. Kemal Oğuzman/Özer Seliçi/Saibe Oktay-Özdemir, Eşya Hukuku, İstanbul 2006, s. 749-750.

115 Beck, Art. 493, N. 77.

116 Beck, Art. 493, N. 76; Pestalozzi, Art. 493, N. 18; Reisoğlu, Kefalet, s. 246-247; Elçin Grassinger, s. 141.

117 Tandoğan, Borçlar 11, s. 761; Reisoğlu, Kefalet, s. 246; Oğuzman/Öz, s. 967; Elçi_n Grassinger, s. 139. Kefilin rızasının yazılı olmasını aramayan, hatta örtülü olarak vebileceğini kabul eden görüş için bkz. Tckinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp, s. 277.

Kefilin rızası, borcun üstlenilmesi gerçekleşene kadar açıklanmış olmalıdır. Borcun üstlenilmesinin tamamlandığı ana kadar rızasını açıklamamış olan kefil, sorumluluktan kurtulur¹¹⁸. Borcun üstlenilmesi tamamlandıktan sonra kefilin açıkladığı rızanın bir hükmü yoktur. Kefalet sözleşmesinin geçerlilik koşullarına uyularak yeniden yapılması gerekir¹¹⁹.

4. Kefilin sorumluluğunun fer'iliğinin istisnaları

Kefilin sorumluluğunun fer'iliğine yasayla getirilmiş istisnalar vardır. Konkordatonun tasdik edilmesi üzerine, borçlu, konkordatoda belirlenen oranda yükümlü olur. Buna karşılık, kefil, konkordatoya muvafakat etmeyen alacaklıya karşı alacağın tamamından sorumludur (İİK m. 295 f. 1)¹²⁰. Esas borçludan alacağın bir kısmı istenebilirken kefilden alacağın tamamının istenebilmesi, fer'iliğin gerçek anlamıyla bir istisnasıdır¹²¹. Fer'ilik ilkesinin olağan sonucunun kefilin esas borçludan daha ağır bir sorumluluk taşımaması olduğu hatırlanırsa, sözünü ettiğimiz olasılığın fer'iliğin gerçek bir istisnasını oluşturduğu anlaşılabacaktır. Alacaklı, konkordatoya muvafakat etmiş olmasına rağmen kefilden alacağın tamamını talep etmek istiyorsa, kendi haklarını ödeme karşılığında kefile devretmeyi önermesi ve alacaklılar toplantısının yer, gün ve saatini on gün önceden kefile bildirmesi gerekir (İİK m. 295 f. 2)¹²². Konkordatoya muvafakat eden ve İİK m. 295 f. 2'deki gerekliliği yerine getirmeyen alacaklı, kefilden konkordatoda kabul edilen oran ve şartlara bağlı olarak talepte bulunabilir¹²³. Konkordatoya muvafakat etmeyen veya etse bile İİK m. 295 f. 2'de belirtilen gerekleri yerine getiren alacaklının kefilden alacağın tamamını talep edebilmesi, kefalet sözleşmesinin temel amacı çerçevesinde haklı görülebilir. Kefalet alacaklıyı esas borç-

118 Oğuzman/Öz, s. 967; Elçin Grassinger, s. 140; Aral, Borçlar, s. 423. Aksi görüş için bkz. Tandoğan, Borçlar II, s. 761; Reisoğlu, Kefalet, s. 246. Yazarlara göre, kefilin sorumluluğunun devamına ilişkin rızası borcun üstlenilmesi tamamlandıktan sonra da verilebilir ve bu takdirde onay (icazet) hükmünde olur.

119 Pestalozzi, Art. 493, N. 18.

120 Reisoğlu, Kefalet, s. 4; Sümer Altay, Konkordato ve Yeniden Yapılanma Hukuku, C. 2, İstanbul 2005, s. 948.

121 de Biasio, s. 6.

122 Kısmi kefalet söz konusuysa, alacaklının kefalet kapsamına giren alacak kısmı bakımından İİK m. 295 hükmünün öngördüğü külfetleri yerine getirmesi gerekir. Altay, Konkordato, s. 948-949.

123 Reisoğlu, Kefalet, s. 106.

lunun ödeme güçsüzlüğüne karşı korumayı amaçladığına göre. bu ödeme güçsüzlüğünün bir göstergesi olan konkordatonun onayJanJT\Mı durumunda fer'ilik ilkesinden sapılması amaca uygundur¹²⁴.

Kefilin sorumluluğunun esas borcun varlığı ve devamına bağJı olma.. sı ilkesine getirilen önemli bir istisna da şudur: Bir cari hesapta bulunan borç kalemlerinden birisi için verilmiş kefalet, cari hesabın icat edilme,i ve bakiyenin onaylanması üzerine son bulmaz. Söz konusu kefalet, onaylanan bakiye için güvence teşkil etmeye devam eder¹²⁵.

Cari hesapta yer alan kalemlerden birisi için verilen bir kefaletin, lie3o-bın kat edilerek bakiyenin onaylanması üzerine son bulmama.,ını ve onay/o-nan bakiye için güvence teşkil etmeye devam etmesini fer'ilik ilwinin ger-çek bir istisnası olarak görmek bir açıdan yerinde değildir. Bakiyenin elde edilmesi için karşı karşıya gelen kalemlerden birisi hakkında söz karnını olabilecek def'i ve itirazlardan, bu borç kalemi için kefil olan kişi, bakiye-nin kabulünden sonraki aşamada da yararlanabilir. Bir başka deyişle, cari hesapta yer alan kalemlerden biri için kefil olmuş kişi, bu borç kalemiyle ilgili ileri sürebileceği savunmaları, bakiyenin kabulü üzerine ortaya çıkırı-ğı söylenen yeni borç bakımından da gündeme getirebilecek ve bu borcun kapsamını tartışmaya açabilecektir. Cari hesapta bulunan kalemlerden biri için verilen kefaletle ilgili ilginç bir durum da şudur: Kefalet sözleşmesi cari hesapta yer alan kalemlerden biri hakkında yapılmışsa ve kabul edilen baki-yenin tutarı bu kalemden daha düşük ise, kefil olunan esas borcun kapsamı

124 Beck, Art. 492, N. 89. İsviçre hukukunda, kefilin sorumluluğunun fer'iliği ilkesinden sapılan bir durum daha vardır. İflas eden esas borçlunun borç için işleyecek faizlerden sorumlu tutulamamasına karşılık, kefil bu faizlerden ötürü sorumludur. Böylece kefilin sorumluluğunun esas borçlunun sorumluluğundan fazla olamayacağı yolundaki temel ilkeye, gerçek anlamda bir istisna daha getirilmiş olmaktadır. Bkz. Giovanoli, Art. 492. N.28; de Biasio, s. 6. Türk Hukukunda da, 25. 11. 1988 tarihinde yürürlüğe giren 3494 sayılı yasa ile İLK m. 196'da yapılan değişiklikten önce fer'ilik ilkesi bakımından aynı istisna kabul edilmekteydi. Bkz. Tandoğan, Borçlar il, s. 696. Değiştirilen ÜK m. 196 f. 1 hükmünde, "iflasın açılması ile birlikte iflas masasına giren alacaklarda faiz i.ş-lemeye devam edeceği" öngörülmüştür. Ancak İİK m. 196/3 hükmü ile faizlerin, iflas alacaklılarına yapılması gereken tüm anapara ödemeleri gerçekleştikten sonra, masa-da para kalması halinde, münhasıran faiz için düzenlenecek pay cetveli doğrultusunda ödenmesi gerekliliği kabul edilmiştir. Konuya ilişkin açıklamalar için bkz. Sümer Al-tay, Türk İflas Hukuku, C. 2, İstanbul 2004, s. 941-942.

125 Beck, Art. 492, N. 89; de Biasio, s. 6; Gut, 2. Cari hesaba kefaletle ilgili olarak ayrıca bkz. Hasan Ayrancı, Kefalet Sözleşmesinde Asıl Borcun Belirli Olması İlkesi ve Cari Hesaba Kefalet, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. IX, S: 1-2, Y: 2005, s. 107 vd.

da daralmış demektir. Bakiyenin miktarının kefalet/ güvencejine hasatılması,, borç kaleminden daha düşük olması, kendiliğinden kefalet yarayacak hır K' lişmedir. Bu sayede kefilin sorumluluğunun kapsamı da daralacaktır /Jalco,, "sıfır" olursa, kefilin sorumluluğu bütünüyle son bulur. Kefalet,tt:izle1m,, yapılırken cari hesapta bulunan belirli bir borç kalemi değil de heJahın hii tiinü göz önünde tutulmuşsa, başlangıçtan itibaren, hesabın kat edilme,, ve bakiyenin onaylanması üzerine ortaya çıkacak borca ilişkin teminatı verilmiI sayılır. Böylelikle kefalet güvencesine bağlanan esas borç, miktar itibarıyla değişken bir yapıdadır¹²⁶,

Fer'ilik ilkesinin bir diğer istisnası MK m. 629 hükmünden kaynaklanmaktadır. Bu hükme göre, mirası tutulan defter gereğince kabul eden mirasçıların deftere yazılmayan alacaklardan ötürü sorumlulukları yoktur (MK m. 629 f. 1). Alacağın deftere yazılmaması alacaklının kusuruna dayanmıyorsa, mirasçının sorumluluğu zenginleşmesiyle sınırlıdır (MK m. 629 f. 2). Alacağının kusuru olmadan deftere yazdırmamış alacaklıya karşı mirasçılarının sorumluluğu sınırlanmış olduğu halde, bu alacak için kefil olmuş kişinin sorumluluğunda herhangi bir sınırlama söz konusu olrnaz¹²⁷. Alacaklı alacağını

126 Cari hesaba veya bu hesaptaki kalemlerden birine kefaletle ilgili olarak bkz. Scyboz, s. 372. Cari hesapta bulunan kalemlerden birisi için değil de cari hesap şeklinde işleyen genel kredi sözleşmesi için kefalet verilmesi durumunda, kredi borcunun belirli bir tarihte sıfırlanmış olması kefaleti sona erdirmeyecektir. 19 HD.'nin 5. 12. 2003 tarihli ve 9521/227 sayılı kararında şunlar söylenmektedir: "Davalı banka ile dava dışı Güven Tarım Ticaret ve San. A. Ş. Arasında akdedilen genel kredi sözleşmesine davacı Hasa Güven'in kefil sıfatı ile imza koyduğu çekişmesizdir. Süresiz olarak düzenlenen kredi sözleşmelerinde işleyen kredi süreci içinde borcun belli bir yerde sıfırlanmış olması borca kefaleti sona erdirmez. Bu nedenle davacının kefaleti devam etmektedir. Mahkemece bu yön gözden kaçırılarak eksik inceleme ile yazılı şekilde karar verilmesi doğru görülmemiştir". Karar için bkz. (Nihat) Yavuz, s. 672-673. HGK.'nun 23. 10. 2002 tarih, 866/845 sayılı kararında ise şunlar söylenmektedir: "Davalı, dava dışı borçlu ile davacı Banka arasındaki süresiz kredi sözleşmesinde müteselsil kefil durumunda olup, ortada cari hesap şeklinde yürüyen bir borç ilişkisi bulunduğundan, kredi borcunun bir tarihte tamamen ödenmiş olması, kredi sözleşmesini sona erdirmeyeceği için, bu ödemeden sonra borçluya yeni bir kredi kullandırılması, yeni bir borç ilişkisi niteliğinde değildir. Dolayısıyla, kefilin başlangıçtaki feragati, bu yeni kredi açısından da geçerlidir; kefilin sorumluluğu, bu yeni kredi açısından da sürecektir. Öte yandan, geçerli bir kefalet sözleşmesinin kurulmasından sonra, kefil, alacaklının onayı olmaksızın kefaletini geri alamaz. Bunun tersinin kabulü, kefalet kavramının özüne aykırı olur. Zira, kredi alacaklısı, borçluya kredi vermeyi kabullenirken, borçlu kadar, onun kefilinin ödeme gücüne de güvenerek hareket eder. Kaldı ki, somut olayda, yine yukarıda açıklanmış olan durum karşısında, borcun sıfırlanmış olduğundan söz edilmesine olanak da yoktur". Karar için bkz. (Nihat) Yavuz, s. 681-684.

127 Giovanoli, art. 492, N. 28; Tandoğan, Borçlar 11, s. 696; Reisoğlu, Kefalet, s. 4.

yazdırmakta kusuru olmadığını ispatlayamadığı için esas borçlunun mirasçılan (sınırlı da olsa) sorumlu tutulamazsa, kefilin sorumluluğuna da gidilemez. Bir borçtan şahsen sorumlu olan bir kişi bulunmadığı takdirde **kefaletin** söz konusu olmayacağını savunan görüş¹²⁸, kendisiyle tutarlı olmak için bu sonucu benimsemek durumundadır.

5. Kefalet ve garantiye özgü edimlerden oluşan kişisel teminat sözleşmesi

a. Genel olarak

TBK m. 582 f. 2 düzenlemesi, ilk bakışta fer'ilik ilkesinin istisnası gibi görünen bir durumu ele almaktadır. Bu düzenlemeye göre, *"Yanılma veya ehliyetsizlik sebebiyle borçlunun sorumlu olmadığı bir borç için kişisel güvence veren kişi, yükümlülük altına girdiği sırada, sözleşmeyi sakatlayan eksikliği biliyorsa, kefaletle ilgili kanun hükümlerine göre sorumlu olur. Aynı kural, borçlu yönünden zamanaşımına uğramış bir borca kefil olan kişi hakkında da uygulanır"*. Hükmün okunuşundan, esas borcun kaynaklandığı sözleşmenin yanılma veya ehliyetsizlik sebebiyle geçersiz olmasına rağmen, bu geçersizliğin farkında olan bir kimsenin kefil olabileceği sonucu çıkarılabilir. Oysa bu hüküm tipik bir kefalet sözleşmesiyle ilgili değildir. Gerçekten de bu düzenlemenin belirli bazı bakımlardan fer'ilik ilkesinin yürürlükte olmadığı bir sözleşmeyi ele aldığı açıktır.

TBK. m. 582 f 2 düzenlemesinin 818 sayılı (eski) Borçlar Kanunu'ndaki karşılığı, bu Kanun'un 485. maddesinin 3. cümlesiydi. Öğretideki hakim görüşe göre, 818 sayılı BK. m. 485 c. 3'te düzenlenen sözleşme kefalet olmayıp, kefalet hükümlerine tabi tutulan garanti sözleşmesiydi¹²⁹. Bu düzenleme olmasaydı da, yanılma veya ehliyetsizlik sebebiyle geçersiz olan bir borcun konusunu oluşturan edimin yerine getirileceğine ilişkin garanti

128 Bu görüş için bkz. Beck, Art. 492, N. 110.

129 Demek oluyor ki bu hükmün fer'ilik ilkesinin gerçek anlamda bir istisnası olarak görülmesi doğru değildir. Burada kefalet hükümlerine tabi bir garanti sözleşmesinin bulunduğu hakkında bkz. Guhl, s. 31 vd; Hans Tobler, Der Schutz des Sürgen gegenüber dem Glaubiger nach dem schweizerischem Obligationenrecht, Bem 1926, s. 23 vd; Emil Lerch/VincenteTuason, Die Bürgschaft im schweizerischen Recbt, Zürich 1936, s. 20; de Biasio, s. 6, 117; Giovanoli, Art. 492, N. 80; Pestalozzi, Art. 492, N. 25; Daniel Staffelbach, Handkommentar zum Schweizerischen Obligationenrecht, Zürich 2002, Art. 492, N. 10; Haluk Tandoğan, Garanti Mukavelesi, Ankara 1959, s. 24; Tandoğan, Borçlar II, s. 722; Reisoğlu, Kefalet, s. 20; Aral, Borçlar, s. 430-431.

sözleşmesi yapılabilirdi. Ne var ki, böyle bir garanti sözleşmesi, kefaletle ilgili geçerlilik koşullarına tabi olmazdı. İşte 818 sayılı BK m. 485 c. 3, bu türden bir garanti sözleşmesi yapan kişiye özel bir koruma sağlamayı amaçlamakta ve onu kefaletle ilgili şekil ve ehliyet sınırlamalarının etkisi altına almaktadır. Yasal düzenlemenin bu yaklaşımı olağan görülmelidir. Yanılma veya ehliyetsizlik yüzünden geçersiz bir borca konu olan edimin yerine getirileceği hususunda garanti veren kişi de, genellikle, kefile benzer bir konumda olduğu kanaatiyle hareket eder. O halde, kendisine kefile özgü korumayı sağlamak sahip olduğu bu kanaatle uyumlu bir sonuç olur¹³⁰. 818 sayılı BK m. 485 c. 3 düzenlemesinin kapsamına giren garanti sözleşmeleri, geçerli bir esas borcun gerekliliğine ilişkin kural müstesna olmak üzere kefalet sözleşmesine ilişkin kurallara bağlanmıştır. Ne var ki, kefalet sözleşmesine ilişkin kurallar, bu tür garanti sözleşmelerinin niteliğine ve amaca elverişli olduğu ölçüde uygulanacaktır.

818 sayılı (eski) BK.m. 485 c. 3'ün amacı ile ilgili olarak ileri sürülen düşünceler, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 582. maddesinin 2. fıkrasının amacını açıklamak bakımından dikkate alınamaz. Yani TBK. m. 582 f. 2'nin bazı garanti sözleşmelerini kefaletin geçerlilik koşullarına tabi tutmak istediği söylenemez. Zira TBK m. 603 düzenlemesi, kefaletle ilişkin şekil ve ehliyet sınırlamalarının uygulama alanını gerçek kişilerce kişisel teminat verilmesine ilişkin bütün sözleşmeleri kapsayacak biçimde genişletmiştir. Bu durumda, 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 garantilerde de, gerçek kişiler tarafından verildikleri takdirde, kefaletle ilgili şekil ve ehliyet sınırlamalarına tabi olacaktır. Ne var ki, bu sonuç, TBK. m. 603'ün uygulanmasından çıkmaktadır. O halde, TBK. m. 582 f. 2'nin amacını başka bir yerde aramak gerekecektir.

TBK. m. 582 f. 2 düzenlemesinin amacı, kanaatimce, belirli bazı noktalarda bağımsız sorumluluk doğuran kefalet sözleşmelerinin yapılabileceğini göstermektir. Gerçi böyle bir sözleşmenin tipik bir kefalet sözleşmesi olarak nitelendirilemeyeceği açıktır. Tipik bir kefalet sözleşmesinde fer'ilik tavizsiz uygulanması gereken bir ilkedir. Öyle ki, geçerli bir kefalet sözleşmesinin varlığı, her adımda, geçerli bir esas borcun varlığını gerektirir. Geçerli bir esas borç olmadan ve bu borç devam etmeden, kefil sorumlu tutulamaz. Ne var ki, belirli bazı noktalarda fer'ilikten vazgeçilmiş olması,

130 Beck, Art. 493, N. 120; Pestalozzi, Art. 492, N. 25; Reisoğlu, Kefalet, s. 20.

kişisel teminat veren kişiyi bütünüyle bağımsız bir sorumluluk altına sokmuş sayılmamalıdır. Bazı konularda bağımsız bir sorumluluk altına giren kişinin, geri kalan noktalarda da fer'ilikten vazgeçmiş sayılacağı ve ortadaki teminat sözleşmesinin bütünüyle garanti sözleşmesi olarak nitelendirilmek gerekeceği tarzındaki anlayış terk edilmelidir. Bir kimse, belirli bazı noktalarda bağımsız bir sorumluluk altına girmek istese bile, geri kalan noktalarda kefalete özgü sonuçların doğmasını pekala arzu edebilir. Ehliyetsizlik veya yanılma yüzünden geçerli olmayan bir borç için, bu geçersizliği bildiği halde kefil olduğunu söyleyen kişinin durumu düşünölsün. Bu kişi "*ehliyetsizlik*" veya "*yanılma*" olgularının bilincinde olarak hareket ettiğine göre, söz konusu olgulara dayanmamayı alacaklıya karşı taahhüt etmiş sayılır. Ne var ki, esas borcun "*şekle aykırılıktan*", "*imkansızlıktan*", "*aldatmadan*", "*ahlaka aykırılıktan*" ötürü geçersiz olduğunu ileri sürmemeyi de taahhüt etmiş sayılır mı? Bunun gibi, esas borcun "*ibra*" yoluyla son bulduğuna ilişkin bir savunmayı yapmaktan peşin olarak vazgeçtiği kabul edilecek midir? Ehliyetsizlik veya yanılma sebebiyle geçersiz bir borç için bu durumu bilerek teminat veren kişiyi "*garanti sözleşmesi*" yapmış sayarsak, bu sorulara olumlu cevap verilmesi gerekir. Ne var ki, bu kişinin "*kefil olduğunu*" söylemesi manidardır. Verilmek istenen teminata taraflarca "*kefalet*" nitelemesi uygun göröldüğüne göre, demek ki esas itibarıyla fer'i bir sorumluluğun doğması arzu edilmektedir. Belli bir noktada bağımsız sorumluluk altına giren kişiyi "*garanti veren*" olarak kabul etmek ve kendisine "*kefir*" sıfatının hiçbir biçimde takılamayacağını iddia etmek, gerçek iradeye aykırı bir sonucun gerçekçi olmayan bir tutumla dayatılması demektir. Söz konusu kişinin, 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*" arzu etmiş olması kuvvetli bir olasılıktır. Üstelik bu kişinin, alacaklıyı tatmin ettikten sonra kefile özgü halefiyet ayrıcalığından yararlanmak isteyeceği de açıktır. Gerçekten de, sınırlı ehliyetsiz durumdaki esas borçlunun yasal temsilcisinin onayıyla, esas borcu doğuran sözleşme ilişkisi baştan itibaren geçerli hale gelir. Bunun gibi, yanılma sebebiyle iptal hakkını kullanmayan esas borçlu, esas borcun kaynaklandığı sözleşmeyi baştan itibaren geçerli hale getirmiş olur¹³¹. Teminat veren kişi, esas borcun geçerlilik kazanmasından sonraki aşamada alacaklıyı tatmin ederse kefile özgü halefiyet ayrıcalığından yararlanamayacak mıdır? Esas borçlunun yanılması veya ehliyetsizliğinin bilincinde

131 Yanılmanın "*düzelebilir hükümsüzlölç*" türünden bir geçersizliğe yol açacağını söyleyen öğreti kabul edilirse.

olarak teminat vereni bütünüyle garanti vermiş sayarsak, bu soruya olumsuz cevap vermek gerekir. Oysa teminat verenin "*garanti veren sıfatı*" esas borcu doğuran ilişkinin askıda olduğu sırada gündemdeydi. Esas borçlunun yasal temsilcisi onay vermeseydi veya esas borçlu yanılmaya dayanan iptal hakkını kullansaydı, teminat verenin "*garanti veren sıfatı*" güvence1lik kazanır ve alacaklı tarafından sorumlu tutulabilirdi. Ne var ki, esas borçla ilgili geçerlilik sorununun bittiği noktadan itibaren teminat verenin "*kefil sıfatıyla sorumluluğu*" etkili olacak ve halefi.yet ayrıcalığından yararlandırılması da mümkün hale gelecektir. Bütün bu anlatılanlardan sonra varılacak sonuç kanaatimce şu olmalıdır: TBK. m. 582 f. 2'de kısmen garanti kısmen de kefalet olarak nitelendirilebilecek "*geniş anlamda karma bir sözleşme ilişkisi*" ele alınmıştır. Kanun, bu türden karma sözleşmelere kapılarını TBK. m. 585 f. 2 düzenlemesi ile açmıştır.

Yukarıdaki açıklamalar, kuşkusuz, nitelendirme için kullanılan ifadeyi bilinçli olarak seçtiği söylenebilecek kişiler arasındaki ilişkilerde söz konusudur. En azından, üstlendiği sorumluluğu kefalet olarak isimlendiren kimsenin büyük ölçüde fer'i bir sorumluluk altına girmek istediği söylenebilmelidir. Aslında hukuk bilgisine sahip olmayan kişiler açısından fer'i bir sorumluluk altına girme iradesi taşımak asıldır. Normal şartlarda, kimse, teminat altına alınmak istenen borcun geçersiz olmasına rağmen sorumlu tutulabilmeyi arzu etmez. Bu yüzden belirli bazı noktalarda bağımsız bir sorumluluk üstleneceğine ilişkin işaretler vermiş olan kimsenin, geri kalan noktalarda fer'i bir sorumluluk altına girmek istediği karine olarak kabul edilmelidir. Esas borcun varlığı, geçerliliği ve devamından bütünüyle bağımsız olan ve fer'ilik ilkesinden topyekun vazgeçilen bir teminat sözleşmesi yapılmak isteniyorsa, bu yöndeki iradenin kuşkuya yer bırakmayacak bir biçimde ortaya konması gerekir. O halde, şöyle bir sonuca varılabilir: Kişisel teminat sözleşmeleri alanında tarafların sözleşmeyi nitelendirmek için seçtikleri tabirlere büyük bir önem atfedilemez. Ne var ki, aralarındaki ilişkiyi kefalet olarak isimlendiren tarafların, temelde fer'i bir sorumluluk doğurmak istedikleri yine de kabul edilebilir. Zira bu çıkarım genel hayat deneylerine uygundur. Genel hayat deneyleri, kişisel bir teminat verenin, normal koşullar altında bütünüyle bağımsız bir sorumluluk altına girmek istemeyeceğini bize göstermektedir. Belirli bazı noktalarda bağımsız bir teminat vermek isteyen kişi, bu kısmf bağımsızlığa rağmen yine de kefil olduğunu söylüyorsa, geri kalan noktalarda fer'ilik ilkesinin yürürlükte olmasını istiyor demektir. Kişisel teminat sözleşmeleri alanında, bazı unsurları kefalet sözleşmesinden bazı unsurları garanti sözleşmesinden gelen "karma" sözleşmeler yapılabilir. Burada geniş anlamıyla karma sözleşmeden söz edildiği açıktır. Dar ve teknik anlamıyla karma sözleşmeyi oluşturan edimler yasada düzenlenmiş olan (tipik) sözleşmelerden gelirler. Bazı unsurları yasal bir sözleşme tipinden geldiği halde

diğer bazı unsurları (uygulamada tipikleşmiş olmakla birlikcie) atipik bir sözleşmeden alınmış olan sözleşmeler, geniş anlamda karma sözleşme olarak nitelendirilebilirler. TBK m. 582 f 2'de sözü edilen sözleşme yapısı da, geniş anlamıyla karma bir teminat sözleşmesidir.

Karma sözleşmeyi oluşturan edimlerden birisi şekle bağlı olan veya ehliyet sınırlamalarına tabi bulunan bir sözleşme tipinden geliyorsa, söz konusu tipe ilişkin şekil ve ehliyet kuralları bütün karına sözleşmeye uygulanır. O halde, kefalet ve garanti sözleşmelerine ilişkin edimleri bir araya getiren bir karma sözleşmenin, kefaletle özgü şekil ve ehliyet kurallarına tabi olacağı söylenebilir. İlkesel olarak da ulaşılabilecek bu sonuç, TBK. m. 582 f. 2 ve m. 603 düzenlemelerinin uygulanmasıyla da kendini gösterecektir. Diğer taraftan, teminat verenin bağımsız sorumluluk üstlendiği noktalarda alacaklı)] tatmin etmesi halefiyete dayanan bir rücu olanağı vermez. Buna karşılık teminat verenin bağımsız sorumluluk üstlendiği noktalardan biri devreye girmeden alacaklı tatmin edilmişse, halefiyete dayanan rücu mümkün olabilir.

Son olarak bir noktanın daha altını çizmek isterim. TBK. m. 582 f. 2, kanaatimce, genel bir olanağı açıklığa kavuşturmak istemektedir. Bir başka deyişle, bir kimsenin kısmen garanti kısmen kefalet oluşturacak biçimde kişisel teminat vermesi, TBK. m. 582 f.2'de gösterilen hallere inhisar ettirilemez. Esas borçlunun yanılması veya ehliyetsizliği sebebiyle geçersiz olan bir borçla ilgili "*karma*" nitelikte bir kişisel teminat verilebileceği TBK. m. 582 f. 2' de söylenmektedir. Bu düzenlemeye göre, söz konusu geçersizliğin askıda olduğu dönemde "*garanti veren*" olarak kabul edilecek kişi, askı dönemi son bulduktan ve sözleşme baştan itibaren geçerli hale geldikten sonra "*kefil*" sıfatını kazanacaktır. TBK. m. 582 f. 2'de düzenlenen bir diğer hal, zamanaşımına uğramış bir borç için karma nitelikte teminat verilmesidir. Bu durumda da, teminat veren esas borçlunun zamanaşımı def'inde bulunmayacağı noktasında "*garanti*" vermiş kabul edilecek, geri kalan bütün noktalarda "*kefil*" olarak sorumlu tutulabilecektir. TBK. m. 582 f. 2'de ele alınan "*karma nitelikte kişisel teminat sözleşmeleri*" bu kadardır. Ne var ki, bu türden sözleşmelere ilişkin pek çok örnek geliştirilebilir. Örneğin, bir kimse, ilerde esas borçlu ibra edilse bile sorumlu tutulmayı kabul ederek kefil olabilir. Bunun da ötesine geçen bir örnek olarak, bir kefalet sözleşmesinde, esas borcun sonradan şu veya bu sebeple sona ermesinin kefilin sorumluluğunu etkilemeyeceği kararlaştırılabilir. İlk örnekte esas borçlunun ibra edilmesi olasılığına ilişkin olarak bağımsız bir sorumluluk üstlenilmiş, bunun dışında kefaletle özgü sonuçların doğması arzu edilmiştir. Bir başka deyişle, esas borçlunun ibra edilmesi olasılığı haricinde kişisel teminat veren kişinin sorumluluğu fer'i bir nitelik taşıyacaktır. O halde, esas borcun geçersiz ol-

duğunu, bu nedenle kendisinin de sorumlu tutulamayacağını iddia edebilir. Bunun gibi, esas borç geçerliyse ve esas borçlu ibra edilmemişse, alacaklının teminat veren kişi tarafından tatmin edilmesi halefi.yete yol açar. İkinci örnekte de, esas borç şu veya bu sebeple sona erene kadar teminat veren kişi "kefil" sıfatını taşıyacak ve fer'i bir sorumluluk altında olduğu kabul edilecektir. Bu durumda, esas borcun baştan geçerli olarak meydana gelmediğini ileri sürerek sorumlu tutulmaktan kurtulabilecektir. Bunun gibi, geçerli bir esas borcun sona ermesinden önceki aşamada alacaklıyı tatmin ederse, kefile özgü halefi.yet ayrıcalığından yararlanacaktır. Ne var ki, esas borç şu veya bu sebeple sona erdikten sonra teminat verenin "kefir" sıfatı "garanti verene" dönüşecek, bu aşamadan sonra alacaklıyı tatmin etmesi halefiyete dayanan bir rücu olanağı vermeyecektir.

b. TBK m. 582 f. 2'nin uygulanma koşulları

TBK m. 582 f. 2 düzenlemesi, esas borçlunun yanılması veya ehliyet-sizliği yüzünden geçersiz bir borca ilişkin kişisel teminat verilmesini konu alır. Yanılma veya ehliyetsizlik sebebiyle geçersiz bir sözleşmeden kaynak-lanan borçlar yanında, zamanaşımına uğramış borçlar da düzenlemenin kap-samındadır. TBK m. 582 f. 2'nin uygulanabilmesi için, kişisel teminat veren kişi, sorumluluk üstlendiği sırada esas borca ilişkin geçersizliğin veya esas borcun zamanaşımına uğradığının farkında olmalıdır. Ancak bu takdirdedir ki, söz konusu geçersizlikten veya zamanaşımı savunmasından etkilenmeyecek bir sorumluluk altına girmek istediği söylenebilir. Kişisel teminat veren kişi, "kefalet sözleşmesi" adı verilen bir sözleşmeyle sorumluluk üstlendiği sırada esas borçlunun yanılmasının veya ehliyetsizliğinin farkında değilse, esas borcun geçerli olup olmadığından bağımsız bir sorumluluk üstlenmek istediği kabul edilemez. Bunun gibi, zamanaşımına uğramış bir borç için bu durumu bilmeden kefil olduğunu söyleyen kişi, bağımsız bir sorumluluk altına girme iradesine sahip sayılamaz. Esas borçlunun yanılmasının veya ehliyetsizliğinin sonradan öğrenilmesi, başta yapılan kefalet sözleşmesinin garanti sözleşmesine dönüşmesine yol açmaz¹³². Diğer taraftan, alacaklının esas borçlunun yanılmasının veya ehliyetsizliğinin farkında olup olmaması (veya esas borcun zamanaşımına uğradığını bilip bilmemesi), TBK m. 582 f. 2'nin uygulanması bakımından önemli değildir.

132 Beck, Art. 492, N. 123.

TBK. m. 582 f. 2'nin uygulanması bakımından, sözleşmenin kefalet veya garanti sözleşmesi olarak adlandırılmasının önemli olmadığı kabul edilir. Önemli olan, teminat verenin iradesinin neye yönelik olduğudur. Teminat veren, alacaklıyı esas borcun kaynaklandığı sözleşmenin yanılma ve ehli-yetsizlik yüzünden geçersiz olması rizikosuna karşı korumayı amaçlıyorsa, TBK. m. 582 f. 2 uygulanabilecek demektir¹³³. Kanaatimce, teminat verenin iradesi temelde fer'i bir sorumluluk altına girmeye yönelik olmalıdır. Teminat veren, yanılma veya ehli-yetsizlikle malul bir sözleşmenin geçersiz kalması olasılığına karşı garanti vermek, geçerli hale gelmesi olasılığına karşı da kefil gibi sorumlu olmak iradesini taşıyorsa, TBK. m. 582 f. 2 uygulanır. Bunun gibi, teminat veren, zamanaşımı savunmasının yapılması olasılığına karşı bağımsız bir sorumluluk üstlenmeyi istemekle birlikte, geri kalan bütün durumlarda fer'i bir sorumluluk altına girme iradesine sahipse, TBK. m. 582 f. 2'nin kapsamına girilir. Sonuç olarak şunu söyleyebiliriz: **TBK. m. 582 f. 2'nin uygulanması bakımından sözleşmenin nasıl adlandırıldığı önemli değildir, teminat verenin iradesine bakmak gerekir.** Bu iradenin, belirli bazı noktalarda bağımsız bir sorumluluk üstlenmeye yönelik olmakla birlikte, temelde fer'i bir sorumluluk altına girme yönünde olması gerekir.

Esas borcun kaynaklandığı sözleşme esas borçlunun yanılması sebebiyle geçersizse, bu durumu bilerek kefil olan kişi, iptal beyanında bulunulmasına rağmen sorumlu kalmaya devam eder. Esas borcun borçlu açısından bağlayıcı olmamasına rağmen, teminat verenin sorumluluğunun "*bağımsız*" olan kısmı devrededir. Yeter ki kefalet hukukunun şekle veya ehliyete ilişkin gereklerine uyarak sorumluluk üstlenilmiş olsun Esas borçlunun zamanında iptal beyanında bulunmaması veya esas borcun kaynaklandığı sözleşmeye onay vermesi durumunda, esas borç geçerli hale gelecek, bu durumu bilerek kefil olan kişi de kefil sıfatıyla olarak sorumlu kalmaya devam edecektir. Teminat verenin sorumluluğunun "*bağımsız*" yönü, iptal hakkının kullanılmasıyla ortaya çıkar¹³⁴. Yanılma bilinmeden veya bilinmesine rağmen "*iptal hakkının kullanılmaması*" koşuluna bağlı olarak kefil olunmuşsa, TBK. m. 582 f. 2 uygulanmaz. Gerçek anlamda (tipik) bir kefalet sözleşmesinin yapıl-

133 Beck, Art. 492, N. 124.

134 Yanılma dolayısıyla sözleşmeyi iptal hakkı olan esas borçlunun bir kefil temin etmesi, sözleşmeyi onayladığı anlamına gelir ve artık iptal hakkı söz konusu olmaz. İptal hakkı söz konusu olmadığına göre, esas borçlunun bulduğu kişiyle yapılan sözleşme tipik bir kefalettir. Beck, Art. 492, N. 13.

dığı kabul edilir¹³⁵. Esas borçlunun iptal hakkını kullanması durumunda, ilk olasılıkta fer'ilik ilkesi gereğince, ikinci olasılıktaysa koşul gerçekleşmediği için kefil sorumlu tutulamayacaktır¹³⁶.

Esas borçlunun ehliyetsizliği olasılığında da benzer biçimde düşünmek gerekir. Esas borçlunun sınırlı ehliyetsizliği¹³⁷ sebebiyle borcun geçersiz olduğunu bilmeden kefil olan kişi, yasal temsilcinin onay vermemesi durumunda, kefalet sözleşmesi sebebiyle sorumlu tutulamaz. Bu olasılıkta, kefilin, belirli bir noktada bağımsız sorumluluk üstlenme iradesi taşıdığı söylenemez. Bunun gibi, yasal temsilcinin onay vermesi koşuluyla kefil olan kişi de, bu onay verilmediği takdirde sorumlu tutulamayacak ve esas borcun ehliyetsizlik sebebiyle geçersiz olduğu savunmasını başarıyla yapabilecektir. Yasal temsilci onay verdiği takdirde, yukarıda belirtilen ilk olasılıkta geçerli bir esas borç ortaya çıktığı, ikinci olasılıktaysa "*koşul*" gerçekleştiği için kefil sorumlu tutulabilir¹³⁸. Ancak esas borçlunun sınırlı ehliyetsizliğini bilerek kefil olan kişidir ki, yasal temsilcinin onay vermemesi durumunda yine de sorumlu tutulabilir. Çünkü, bu olasılık, TBK. m. 582 f. 2'nin kapsamına girer ve kefilin sınırlı ehliyetsiz borçlunun yasal temsilcisinin onay vermemesi rizikosuna karşı bağımsız sorumluluk üstlendiği söylenebilir.

135 Tobler, 20 vd; deBiasio, s. 114; Giovanoli, Art. 492, N. 80; Beck, Art. 492, N. 126.

136 Bu olasılıklarda iptal edilebilirliği bilmeden kefil olan ve kefalet sözleşmesinden kaynaklanan yükümlülüğünü yerine getiren kişi, iptal hakkının kullanılmasından sonra sebepsiz zenginleşmeye dayanarak iade talebinde bulunabilecektir. Tobler, s. 21, 23; de Biasio, s. 114.

137 Esas borçlunun ayırt etme gücünden yoksun olduğu, bu nedenle tam ehliyetsiz sayıldığı olasılıkta TBK m. 582 f. 2 uygulanmaz. Böyle durumlarda esas borcun geçersizliği yüzünden geçersiz olan tipik bir kefalet sözleşmesi söz konusu olur. **TBK.** m. 582 f. 2'nin uygulanabilmesi için esas borçla ilgili bir askı durumunun (belirsizliğin) bulunması gerekir. Yasal temsilcinin onay verip vermeyeceğinin belli olmadığı evrede böyle bir askı durumu vardır. Bu belirsizlik ortamında, yasal temsilcinin onay vermemesi rizikosuna karşı bağımsız bir sorumluluk üstlenilebilir. Tandoğan, Borçlar I, s. 723.

138 Beck, Art. 492, N. 127. Bir kimsenin esas borçlunun yanılması veya ehliyetsizliği yüzünden geçersiz olan bir borca kefil olurken, onay verilip verilmemesi olasılıklarını aynı anda gözeterek sorumluluk üstlendiği söylenebiliyorsa, kefalet ve garanti sözleşmelerinin edimlerinin bir araya gelmesinden oluşan (geniş anlamda) karma bir sözleşme karşısında bulunulduğu söylenebilir. Esas borçlunun veya yasal temsilcinin onay vermesi olasılığında "*olağan bir kefalet sözleşmesi*" gereği sorumluluk söz konusu olacakken, onay verilmemesi rizikosu gerçekleşirse "*garanti sorumluluğu*" gündeme gelecektir. Tandoğan, Borçlar II, s. 722.

TBK. m. 582 f 2 (OR Art. 492 Abs. 3) düzenlemesinde ele alınan esas borçlunun ehliyetsizliği olgusuna kıyasen, henüz tüzel kişilik kazanmamış bir topluluğun borcuna bu durumu bilerek kefil olan kişi, daha sonra tüzel kişilik kazanılamadığı takdirde yine de sorumlu tutulabilir. Bu olasılıkta da, kefil olarak sorumluluk üstlenenin, gerçekte, tüzel kişiliğin kazanılamaması rizikosuna karşı alacaklıya garanti vermek iradesini taşıdığı söylenebilir. Ne var ki, tüzel kişilik kazanıldıktan sonraki aşamada kefil sıfatıyla ve bütünüyle fer'i nitelikte bir sorumluluk söz konusu olur¹³⁹.

Kefilin sorumluluk üstlendiği sırada esas borçlunun yanılmasını veya ehliyetsizliğini bildiğini alacaklı ispat etmelidir. Bir kişisel teminatın TBK m. 582 f. 2'nin kapsamına girdiğini iddia eden alacaklı, bu hükmün uygulanmasına imkan veren olguları ispat etmelidir (MK m. 6)¹⁴⁰.

Esas borçlunun aldatılması veya korkutulması sebebiyle bir geçersizlik söz konusuysa, bu durumu bilerek kefil olan kişinin durumu TBK m. 582 f. 2'nin kapsamına girmez. TBK m. 582 f. 2 bu olasılıklarda kıyas yoluyla da uygulanmaz. Aldatan veya korkutan davranışlar haksız fiil niteliği taşıdığı için, bu tür davranışların yol açtığı geçersizlik esas borçlunun yanılmasına dayanan geçersizlikle bir tutulmamıştır. Aldatmaya veya korkutmaya dayanan bir borcun konusunu oluşturan edimin garanti edilmesi, ahlaka aykırı olarak görülmüştür. Nitekim hukuka veya ahlaka aykırı bir borcun konusunu oluşturan edimin garanti edilmesi de, hukuka veya ahlaka aykırı olarak nitelendirilir. Hukuka (veya ahlaka) aykırı bir borcun garanti edilmesinin de hukuka (veya ahlaka) aykırı sayılması, garanti taahhüdünün bu açıdan fer'i bir nitelik taşıdığını göstermez. Bu olasılıkta, hukuka veya ahlaka aykırılık garanti taahhüdünün içeriğine girmiş olur¹⁴¹. Teminat verenin, teminat konusu edimin hukuka veya ahlaka aykırılığının farkında olması bu açıdan fark yaratmaz¹⁴².

TBK m. 582 f. 2 düzenlemesi, 818 sayılı (eski) BK m. 485 c. son düzenlemesinden farklı olarak, zamanaşımına uğramış bir borca bu durumu bilerek kefil olma olgusunu da ele almaktadır. Zamanaşımına uğramış borç, TBK. m. 582 f. 2 de düzenlenen diğer durumlardan farklılık taşır. Zamanaşımına uğramış esas borç, geçersiz bir borç olmayıp eksik borç niteliğinde-

139 Beck, Art. 492, N. 127.

140 Giovanoli, Art. 492, N. 80, 83; Pestalozzi, Art. 492, N. 26; Bucher, Besonderer Teil, s. 288.

141 Oğuzman/Öz, s. 806; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 230; Eren, s. 111 l.

142 Beck, Art. 492, N. 130; Tandoğan, Borçlar II, s. 723.

<lr. Bu nedenle zamanaşımına uğramış bir borcun, fer'ilik ilkesi çerçevesinde, tipik bir kefalet sözleşmesiyle güvence altına alınması mümkündür. Kefil, sorumluluk üstlendiği sırada esas borcun zamanaşımına uğradığını bilmiyorsa, zamanaşımı def'inden yararlanabilir. Fer'ilik ilkesi, esas borçlunun yapabileceği bütün savunmalar gibi, zamanaşımı savunmasından da kefilin yararlanmasını beraberinde getirecektir. Esas borçlunun zamanaşımı def'inden feragat etmesi, kefilin bu savunmadan yararlanmasını engellemez (TBK. m. 160 f. son). Buna karşılık kefil, zamanaşımı olgusunu bilerek sorumluluk üstlenmişse, esas borcun zamanaşımı nedeniyle elde edilememesi rizikosuna karşı garanti vermek istediği kabul edilebilir. Ne var ki, zamanaşım savunmasına dayanmayacağına ilişkin taahhütte bulunmuş olan kefil, diğer bakımlardan fer'ilik ilkesinin kendisine sunduğu bütün olanaklardan yararlanacaktır. Sonuç olarak, belirli bir noktada bağımsız sorumluluk içermesine rağmen geri kalan noktalarda kefil sıfatıyla sorumluluğun kabul edildiği "*karma*" bir teminat sözleşmesi burada da karşımıza çıkmaktadır¹⁴³.

Bu arada esas borçlunun kefil göstermesinin borcunu tanıması anlamına geleceğini ve bu davranışının işlemekte olan zamanaşımını kesen bir etki yaratacağını hatırlamak gerekir (TBK m. 154 b. 1). Zamanaşımı gerçekleşikten sonra kefil gösteren esas borçlu ise, zamanaşımı def'ini ileri sürmekten feragat etmiştir¹⁴⁴.

Yanılmanın veya (sınırlı) ehliyetsizliğin yol açtığı geçersizlikle esas borcun zamanaşımına uğramış olması olgularının, tipik bir kefalet sözleşmesinde kefilin durumu üzerindeki etkileri de farklıdır. Yanılma veya (sınırlı) ehliyetsizlik sebebiyle esas borçlu için bağlayıcı olmayan bir borca bu durumu bilmeden kefil olan kişi, "*askı*" durumunun devamı süresince alacaklının ifa talebini reddedebilir. Ne var ki, esas borcun geçersizliğini kesinleştiremez. Ne esas borçlunun yerine iptal hakkını kullanabilir ne de esas borçlunun yasal temsilcisinin "*onay*" vererek esas borcu geçerli hale getirmesini engelleyebilir. Yanılan esas borçlu iptal hakkından feragat ettiği veya yasal temsilci esas borcun kaynaklandığı sözleşmeyi onayladığı takdirde, kefil, esas borcun geçersizliği savunmasından yoksun olur. Esas borçlunun sahip olduğu savunmalardan vazgeçmesinin kefilin etkilemeyeceğini belirten TBK m. 591 f. 2 düzenlemesi bu olasılıkta uygulanmaz. Buna karşılık, zamanaşımına uğramış bir borca bu durumu bilmeden kefil olan kişi, esas

143 Beck, Art. 492, N. 129.

144 Giovanoli, Art. 492, N. 81; Pestalozzi, Art. 492, N. 26.

borçlunun zamanaşımı definden vazgeçmesine rağmen bu defiyi başarıyla kullanabilir. Böyle bir durum, TBK m. 591 f. 2 düzenlemesinin kapsamına girer¹⁴⁵.

Oldukça ağırlıklı bir görüşe göre, esas borcun kaynaklandığı hukukî ilişkinin askıda hükümsüz olduğu haller dışında TBK m. 582 f. 2 uygulanmaz. Hatta söz konusu ilişkinin askıda hükümsüz olduğu her durumda değil, sadece TBK. m. 582 f. 2'de belirtilen askıda hükümsüzlük durumlarında TBK. m. 582 f. 2'nin uygulanması mümkündür. O halde, esas borçlunun yanılması veya sınırlı ehliyetsizliğinden kaynaklanan askıda hükümsüzlük hallerinde, TBK. m. 582 f. 2'de ele alınan türden bir kişisel teminat verilebilir. Bu askıda hükümsüzlük hallerine esas borcun zamanaşımına uğraması olgusunu da eklersek, TBK m. 582 f. 2'de tüketici olarak sayılan bütün halleri belirtmiş oluruz. Bu haller dışında TBK. m. 582 f. 2 uygulanamayacak, bir başka deyişle, hükmün uygulama alanı kıyas yoluyla genişletilemeyecektir¹⁴⁶. TBK. m. 582 f. 2'de belirtilen durumları sınırlı sayı ilkesi çerçevesinde ele alan bu düşünceyi paylaşmıyorum. Kanaatimce, TBK. m. 582 f. 2, karma nitelikte kişisel teminat sözleşmeleri yapabilme olanağım genel olarak düzenlemektedir. Bu hükümle belirtilmek istenen, bir noktada fer'ilik ilkesinden vazgeçilmesinin geri kalan noktalarda da fer'iliğin ortadan kalkması anlamına gelmeyeceği, ilişkiyi bütünüyle bir garanti sözleşmesi olarak nitelendirmek gerekmediğidir.

c. TBK. m. 582 f. 2'nin uygulanmasının sonuçları

TBK. m. 582 f. 2'de ele alınan (karma nitelikteki) teminat sözleşmeleri, kefaletin şekline ve kefil olma ehliyetine (bu arada eşin rızasına) ilişkin kurallara tabi olacaktır. Bu tür ilişkiler fer'i sorumluluk doğurduğu ölçüde, kefaletle ilgili diğer hükümlerin uygulanması da gündeme gelecektir. Doğaldır ki kefalet sözleşmesine ilişkin hükümlerin uygulanması, işin niteliği elverdiği ölçüde mümkündür. Örnek olarak, TBK m. 582 f. 1 c. 1'in belirli durumlarda uygulanması söz konusu olmaz. Böyle durumlarda, geçerli bir esas borç olmasa bile verilen teminatın geçerli olduğu kabul edilebilir. Teminat veren kişi, esas borçlunun yapabileceği bazı savunmaları yapamadan alacaklıyı tatmin etmek zorunda kalabilir ve esas borçluya rücu edemez. İfa-

145 de Biasio, s. 115-116.

146 Bucher, Besonderer Teil, s. 288; Honsell, Besonderer Teil, s. 394; Scyboz, s. 367, dpn. 12.

da bulunan kefilin alacaklıya halef olacağı ve bu halefiyete dayanarak esas borçluya rücu edebileceğine ilişkin TBK m. 596 düzenlemesi, esas borcun geçerli olmadığı olasılıklarda etkili olmaz¹⁴⁷. Aksi takdirde, yanılma veya ehliyetsizlik sebebiyle esas borcu geçersiz saymanın bir işlevi kalmaz. Borçluyu koruma amacıyla kabul edilen geçersizlik, kendisinden beklenen görevi yerine getirememiş olur.

Esas borcun yanılma veya ehliyetsizlik yüzünden geçersizliğini bilerek adi kefil olan kişi, TBK m. 585'te belirtilen def'ileri ileri süremez. Böyle bir "sözde" adi kefil, ne önce esas borçlunun takip edilmesini isteyebilir ne de mevcut rehinler paraya çevrilmeden kendisine başvurulamayacağını ileri sürebilir¹⁴⁸.

Zamanaşımına uğramış bir borca bu durumu bilerek kefil olan kişi, alacaklıya ödeme yaptıktan sonra, halefiyete dayanarak esas borçluya rücu edebilir. Ne var ki, esas borçlunun zamanaşımı def'inde bulanarak rücu talebini boşa çıkarması mümkündür. Buna karşılık, kefil esas borçlunun vekili olarak hareket etmiş olabilir. Bu durumda, vekalet hükümlerine dayanan bir rücu mümkün hale gelmektedir¹⁴⁹.

C. Kefalet sözleşmesinin ikinci derecede bir sorumluluk doğurması

Kefalet sözleşmesinin ikincil (tali) bir sorumluluk doğurduğu ifadesi, iki anlamda kullanılmış olabilir. Kefalet sözleşmesi alacaklıya teminat verme amacını taşıdığından, alacaklının kefile başvurması, esas borçlu ifayı zamanında gerçekleştirmezse gündeme gelecektir. "*Muaccef*" bir esas borcun ifasında gecikme olgusu gerçekleşmeden kefil sorumlu tutulamaz. Bu geniş anlamıyla ikincillik (talilik) her türlü kefalet sözleşmesinde karşımıza çıkar. İkincilliğin bir de dar anlamı vardır. Peşin dava (tartışma) def'ini kullanarak önce esas borçlunun takip edilmesini isteyebilecek kefilin sorumluluğu 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. Bu dar anlamıyla ikincillik adi kefalette belirgindir.

147 Reisoğlu, Kefalet, s. 21; Bucher, Besonderer Teil, s. 288.

148 Giovanoli, Art. 492, N. 80; Beck, Art. 492, N. 132, 133.

149 Pestalozzi, Art. 492, N. 26; Beck, Art. 492, N. 133; Staffelbach, Art. 493, N. 10; Tandoğan, Borçlar II, s. 722-723.

Dar anlamda ikincilliğin daha da sertleştiği bir kefalet türü "*açığın kapatılmasına (zarara) kefalet*" olarak isimlendirilmektedir (TBK. m. 585 f. 3). Adi kefilin tartışma definden yoksun olduğu durumlarda da açığın kapatılmasına kefil olan kişi esas borçlu hakkında sonuçsuz kalan bir takip yapılmasını isteyebilir. Zarara kefil olan kişinin sorumluluğu, esas borçlunun takibi üzerine elde edilemeyen alacak tutarına indirgenmiştir¹⁵⁰.

6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun müteselsil kefaletle ilişkin düzenlemesinde de, dar anlamıyla ikincillikten söz edilebilecektir. TBK. m. 586'ya göre, müteselsil kefil, önce rehnin paraya çevrilmesi define kısmen sahip kılınmıştır. Teslime bağlı taşınır rehni ve alacak rehnini öncelikle paraya çevirmesini alacaklıdan isteyebilecektir. Bunun gibi, ifada geciken esas borçluyu (sonuçsuz kalacak biçimde takip etmesi gerekme de) sonuçsuz kalacak biçimde ihtar etmeyen alacaklı, müteselsil kefile başvuramaz.

D. Kefalet sözleşmesiyle sadece tek tarafın edim yükümü altına girmesi

Kefalet sözleşmesiyle, kural olarak, sadece kefil edim yükümü altına girmektedir. Gerçekten de olayların büyük çoğunluğunda alacaklı bir karşı edim üstlenmez¹⁵¹. Buradan yola çıkılarak, kefalet sözleşmesinin genelde tek

150 Becl, Art. 492, N. 96. Kefalet hukukunda ikincilliğin daha dar bir anlam kazandığını belirten de Biasio, bu dar anlamıyla ikincillikten adi kefilin tartışma define sahip olmasını ve zarara (açığa) kefil olan kişinin durumunu anlamaktadır. Bu dar anlamıyla ikincillik adi kefaleti ve zarara (açığa) kefaleti, müteselsil kefaletten ayırt etmeye hizmet edecektir. de Biasio, s. 7.

151 Beck, kefalet sözleşmesinin yapılmasıyla alacaklı ve esas borçlunun bir yarar elde ettiğini, ne var ki, kefilin genelde bir karşı edim söz konusu olmadan yükümlülük altına girmesi nedeniyle sadece zarar göreceğini belirtmektedir. Yazara göre, esas borçlunun kefalet sebebiyle istediği krediyi alması mümkün hale gelmekte, alacaklıysa alacağı için bir güvence elde etmektedir. Buna karşılık, kefil için, herhangi bir karşı edim alacağı söz konusu olmadığına göre herhangi bir yarar da söz konusu değildir. Beck, Art. 492, N. 9. Yazarın esas borçlu için sözünü ettiği yarar, kefalet sözleşmesinin dışında gerçekleşen bir yarardır. Esas borçlu için, tarafı olmadığı kefalet sözleşmesinden kaynaklanan bir yarar söz konusu olamaz. Kefil için de, kefalet sözleşmesinden kaynaklanmayan, bu sözleşmenin dışındaki olgulara bağlı çeşitli yararlar bulunabilir. Örneğin, kefil, esas borçlunun ödeyeceği komisyon karşılığında kefil olmuş olabilir. Bkz. Reisoğlu, Kefalet, s. 6. Bunun gibi, kefil, esas borçluya mal teslim eden bir işletmeye sahip olabilir ve esas borçlunun söz konusu malları almak için ihtiyaç duyduğu krediyi elde etmesine yardım etmek için kefalet sözleşmesini yapmış olabilir. Bu son olasılıkta, kefil, son aşamada kendisi kazanç elde edecektir. Kefilin mal teslim ettiği işletme mal

tarafa borç yükleyen bir sözleşme olduğu¹⁵² söylenebilse bile, zorunlu olarak tek tarafa borç yüklediği söylenemez. Kefilin üstlendiği edime karşılık, alacaklının bir "*karşı edim*" üstlenmesi mümkündür. Örneğin, alacaklı, kefilin üstlendiği edime karşılık esas borçluya borcunu ifa etmesi için süre vermeyi taahhüt edebilir. Alacaklının, esas borcu güvenceye alan bir rehin hakkında vazgeçmeyi veya bir diğer kefil iبرا etmeyi "*karşı edim*" olarak üstlenmesi de mümkündür. Hatta alacaklının kefil olarak sorumluluk üstlenen kişiye bir bedel ödemeyi taahhüt etmesi (riziko altına girme primi) bile kabul edilmektedir. Böyle durumlarda, karşılıklı sözleşmelere ilişkin hükümlerin uygulanma olanağı ortaya çıkar. Üstlendiği karşı edimi yerine getirmeyen alacaklıya karşı, kefil, kendi edimini yerine getirmekten kaçınabilir (TBK. m. 97). Alacaklıyı "*karşı edim*" bakımından temerrüde düşüren kefil, karşılıklı sözleşmelerde borçlu temerrüdüne bağlı "*seçimlik hakları*" kullanabilir (TBK. m. 125)¹⁵³. Ne var ki, alacaklının kefil karşısında üstlendiği her yükümlülüğün bir "*karşı edim*" anlamına gelmeyeceğine de dikkat edilmelidir. Alacaklının kefile belirli zamanlarda asıl borçlu hakkında bilgi vermeyi taahhüt etmesi bir "*karşı edim üstlenmek*" değildir. Bunun gibi, kefile karşı belirli koşullar gerçekleşince esas borçlunun kredisini kesmeyi üstlenen alacaklı bir "*karşı edim taahhüdünde*" bulunmamaktadır. Alacaklının bu türden taahhütlerine aykırı davranması kendisini kefile karşı sorumlu kılar. Buna karşılık, kefile karşılıklı sözleşmelere özgü hükümlerden yararlanma olanağını vermez¹⁵⁴.

bedelini ödemek için gerekli krediyi kefalet sayesinde sağlayabilecek, böylece istediği fiyattan mal satan kefil yarar elde edecektir. Bkz. Giovanoli, Art 492, N. 59. Bu olasılıklarda, kefilin elde ettiği yarar, kefalet sözleşmesinden kaynaklanan bir yarar olmayıp, kefalet sözleşmesine yabancı bir takım olgulara bağlı gerçekleşen bir yarardır. Bu nedenle kefalet sözleşmesinin nitelendirilmesinde etkili olmaz. Kefalet sözleşmesinde genellikle sadece kefil yükümlülük altına girmekte, bir karşı edim alacağı söz konusu olmamaktadır.

152 de Biasio, s. 2; Tandoğan, Borçlar II, s. 694; Aral, Borçlar, s. 425; Zevkliler/Havutçu, s. 368; Yavuz, s. 831. Wiegand, kefalet sözleşmesinin eksik iki tarafa borç yükleyen sözleşme olduğu görüşündedir. Wolfgang Wiegand, Die Bürgschaft im Bankgeschäft, Bemer Bankrechtstag, Band 4, Personalsicherheiten, Herausgeber Wolfgang Wiegand, Bern 1997, s. 187.

153 Beck, Art. 492, N. 101; de Biasio, s. 2. Giovanoli, Art. 492, N. 29; Pestalozzi, Art. 492, N. 1; Scyboz, s. 357; Tandoğan, Borçlar II, s. 694; Reisoğlu, Kefalet, s. 6.

154 Tandoğan, Borçlar II, s. 694-695; Reisoğlu, Kefalet, s. 6-7. Beck'e göre, alacaklının esas borçlu hakkında ihbar veya şikayette bulunmayacağının kararlaştırılması, bir "*karşı edim*" kararlaştırıldığı anlamına gelmez. Burada kefalet sözleşmesinin bağlandığı bir "*bozucu*" şartın kabulü amaca daha uygun düşer. Beck, Art. 492, N. 101.

Alacaklı bir karşı edim üstlenmese bile, kefalet sözleşmesinden **kaynak-**lanan ve bazı koşulların gerçekleşmesine bağlı olarak ortaya çıkan yükümlülükleri söz konusu olabilir. TBK. m. 592'de, "*özen gösterme, rehin ve borç senetlerinin teslimi*" başlığı altında alacaklı için bir dizi yükümlülük ve külfet öngörülmüştür. Alacaklı kefalet sırasında var olan veya daha sonra asıl borçludan alacağın özel güvencesi olmak üzere elde ettiği teminatları kefilin zararına olarak elden çıkarmamalıdır. Alacaklı söz konusu teminatların değerini düşürmekten de kaçınmalıdır. Alacaklı ağır kusuruyla sorumluluğu altındaki teminatları elden çıkarırsa kefil borcundan kurtulur. Bu durum❖ kefil, ödediğinin geri verilmesini isteyebileceği gibi, varsa ek zararının giderilmesini bile isteyebilir (TBK. m. 592 f. son)¹⁵⁵. TBK. m. 592 f. 3'de, alacaklı için, elinde bulunan teminatları ve borç senetlerini kefile aktarın❖ borçluyu takip edebilmesi için gerekli bilgileri kefile vermek gibi yükümlülükler de ele alınmıştır. Bundan başka, çalışanlara kefalette, alacaklı için kapsamlı bir özen ödevi getirilmiştir. Öyle ki, alacaklının çalışanlar üzerinde sürekli bir gözetim gerçekleştirmesi, herhangi bir zarar doğmaması için gerekli önlemleri alması gerekecektir. Çalışan kişinin verdiği zarar alacaklının gerekli özeni göstermemesi yüzünden ortaya çıkmışsa, kefil bu zarardan sorumlu olmayacağını ileri sürebilir (TBK. m. 592 f. 2). Alacaklının TBK. m.

155 Alacaklının elinde bulunan teminatı, kefilin zararına olarak elden çıkarmasının kefilin sorumluluğunu azaltıcı etkisinin olacağı, 11 HD'nin 7. 7. 1998 tarih ve E. 1998/557, K. 1998/5215 tarihli kararında şu şekilde ele alınmıştır: "Dosyadaki yazılara, kararın dayandığı delillerle gerektirici sebeplere ve delillerin takdirinde bir isabetsizlik bulunmamasına ve dosyada mevcut ve incelenen 24.5.1993 tarihli sözleşme içeriğine göre davalılar kefaletinin müteselsil kefalet olup, her ne kadar BK.nun 487. hükmü gereğince, alacaklı asıl borçluya müracaat ve rehinleri nakte tahsil ettirmeden evvel kefiller aleyhine takibata girişebilir ise de, ancak anılan yasanın 500. maddesi hükmüne göre, davacı alacaklı banka kefaletten dolayı tahakkuk eden borcun temini için kefaletin akdi esnasında tesis olunan gayrimenkul ipoteki teminatını davalı kefillerin zararına olanak bilahare serbest bıraktığından davalı kefillere karşı sorumlu tutulmasında bir isabetsizlik bulunmadığından davacı vekilinin aşağıdaki bendin kapsamı dışında kalan sair temyiz itirazlarının reddine karar vermek gerekmiştir. Ancak, dava, ÜK.nun 67. maddesine dayalı itirazın iptali değil, genel hükümlere göre açılmış alacak davası olup, böyle bir davanın dava tarihindeki hal ve şartlara göre incelenip neticelendirilmesi zorunludur. O halde mahkemece, davalıların kefaletleri nedeniyle sorumlu oldukları miktarın dava tarihi itibarıyla belirlenmesi ve davacı banka serbest bırakılan ipotek miktarının (1.111.500.000) TL olduğunun anlaşılmasına göre, şayet banka alacağının dava tarihi itibarıyla bu miktardan fazla olduğu anlaşılır ise davalıların bu miktar fazlalığından sorumlu tutulacak şekilde karar verilmesi gerekirken, borcun icra takip tarihi esas alınarak yazılı şekilde karar verilmesi doğru olmamıştır" (kazancı bilgi ve içtihat bankası).

592 f. 3 'te belirtilen yükümlülüklerini yerine getirmemesi kefilin borcundan kurtulmasına yol açar. Kefil ayrıca ek zararının giderilmesini alacaklıdan talep edebilir (TBK. m. 592 f. son). Alacaklının kefilin borcundan kurtulmasına ve kefil tarafından sorumlu tutulmasına yol açacak yükümlülükleri, elindeki teminatları kefile aktarmaya, gerekli bilgi ve belgeleri kefile vermeye ilişkin yükümlülüklerdir. TBK. m. 592 f. son'da, alacaklının teminatları ağır kusurla elden çıkarmasına da kefilin borçtan kurtarıcı ve alacaklıyı kefile karşı sorumlu kılıcı bir etki bağlanmıştır. Alacaklı için söz konusu olabilecek bir diğer ödev TBK m. 594 hükmünde yer alır. Buna göre, asıl borçlunun iflasına karar verilmiş veya borçlu konkordato istemişse, alacaklı, alacağını kaydettirmek ve haklarının korunması için gerekeni yapmak zorundadır. Alacaklının esas borçlunun iflas ettiğini veya borçluya konkordato mehli verildiğini öğrendiği anda, durumu kefile bildirmesi gerekir. Alacaklının bu gerekleri yerine getirmemesi, kefilin uğradığı zarar nispetinde, kefile karşı sahip olduğu haklarını kaybetmesine yol açar¹⁵⁶. TBK m. 593'e göre ise, alacaklı borç muaccel olduğu takdirde kefilin ifasını kabul etmek zorundadır. Kefilin ifa girişimini boşa çıkaran alacaklı kefalet borcunun ortadan kalkmasına yol açar. TBK. m. 593'te alacaklının kefilin ödemesini kabul etmekten kaçınmasının sonucu düzenlenirken, TBK. m. 592 f. 3'te kefilin ödemesini kabul eden alacaklının elindeki teminatları ve belgeleri kefile aktarmaktan kaçınması ele alınmaktadır. Kefilin yaptığı ödeme üzerine esas borcu ispata yarayan belgeleri ve sorumluluğu altındaki teminatları kefile devretmekten kaçınan alacaklı da, kefaletten doğan hakkını kaybeder. Üstelik kefilin ek zararlarını tazmin etmek zorunda kalır (TBK. m. 592 f. son)¹⁵⁷. Bütün bu

156 Alacaklının esas borçlunun ifasını kefile bildirmesi gerekliliği hakkında Reisoğlu farklı biçimde düşünmektedir. Yazara göre, alacaklı bu bildirimi yapmadığı için kefil bir zarara uğrarsa, alacaklı bu zararı tazmin etmek zorunda kalır. Kefil için bir zararın doğması, alacaklının ödeme için kefile başvurusu veya kefilin ödemede bulunmuş olması halinde söz konusu olur. Kefil, zararını ödeme talebinde bulunan alacaklıya karşı defi yoluyla gündeme getirebilir ve ödeme yükümlülüğünün kapsamını belirlemede bu zararın göz önünde tutulmasını isteyebilir. Alacaklının tazminat yükümlülüğü, yasa açıkça belirtilmese de, kusurlu olmasına bağlıdır. Kusur konusundaki ispat külfeti de alacaklıda olup, kusursuzluğunu ispat etmedikçe kefilin zararını gidermesi gerekecektir. Reisoğlu, Kefalet, s. 111.

157 19 HD'nin 10. 12. 1993 tarih ve E. 1993/181, K. 1993/8484 sayılı kararında, 818 sayılı (eski) BK m. 499 vem. 501(TBK. m. 592 f. 3 vem. 593) düzenlemelerinin uygulanmasına ilişkin olarak şu açıklamalar yer almaktadır: "Borçlar Kanununun 499. maddesinde, alacaklının kendisine alacağını ödeyen kefilin borçluya rücu hakkını kullanması için elinde bulunan rehinleri paraya çevirmesine yarayabilecek belgeleri kefile

düzenlemeler içerisinde, sadece TBK m. 592 f. 3 ve f. 4'ün gerçek anlamıyla yükümlülüklerle ilişkin olduğu söylenebilir. TBK. m. 592 f. 3 ve f. 4 kapsamına giren davranışlarda bulunan alacaklı kefile karşı sorumlu olmakta. kefile karşı sahip olduğu hakları yitirmesinin ötesinde tazminat talebine muhatap olabilmektedir¹⁵⁸. Buna karşılık TBK. m. 593 ve TBK. m. 594 uyarınca alacaklının yerine getirmesi gereken davranışlar ise, gerçek anlamıyla bir "yükümlü/ü/ç" değil, bir "kü/fef" teşkil eden davranışlardır. Bu **davranışlar** yerine getirmeyen alacaklı sorumlu tutulmamakta, kefile karşı sahip olduğu hakkı tamamen veya kısmen kaybetmektedir. Bir kere daha önemle vurgulayalım ki alacaklı için yükümlülük kaynağı olan yegane düzenleme TBK. m. 592'de yer almaktadır. Alacaklının gözetimi altındaki teminatların elden çıkarılmayıp günü gelince kefile aktarılmasına, kefile gerekli bilgilerin ve belgelerin verilmesine ilişkin bulunan bu yükümlülükler, kefalet sözleşmesini "*eksik iki tarafa borç yükleyen sözleşme*" tanımına uygun hale getirebilir¹⁵⁹. Eksik iki tarafa borç yükleyen sözleşmeler, bir tarafın her zaman borç altına girmesine karşılık diğer tarafın bazı koşulların gerçekleşmesine bağlı olarak borçlandığı sözleşmeler olarak tanımlanabilir¹⁶⁰. TBK m. 592 f. 3 ve

vermek zorunda olduğu öngörülmüş, 501. maddede ise, borcun muaccel olması halinde kefilin her zaman alacaklıyı borcun ifasını kabule ve kendisini kefaletten kurtarmaya zorlayabileceği, alacaklının ödemeyi kabul etmemesi veya elinde bulunan teminatı **vermekten** ve kefile nakilden kaçınması halinde, kefilin kefaletinden kurtulacağı belirtilmiştir. Gerek söz konusu maddelerin düzenleniş biçimi ve amaca uygun yorumlan ve gerekse doktrindeki baskın görüş, ödeme ile teminat ve delillerin kefile geçirilmesinin aynı anda yapılması gerektiği yolundadır. Kefil ile alacaklının teminattan yoksun kalmamaya olan menfaatleri eş değerde olduğu için ödeme ve teminatların naklinin aynı anda yapılmasında zorunluluk vardır. Bir an için alacaklının ödemediği teminatı devretmesi düşünülürse, kefilin ödemediği bulunmaması halinde bunlardan yoksun kalacağı kuşkusuzdur" (YKD, C. 20, S: 11, T: Kasım 1994, s. 1819).

158 Nitekim bu şekilde bir açıklama için bkz. Reisoğlu, Kefalet, s. 202. Reisoğlu'nun açıklamalarına göre, kefilin tazminat talebinde bulunabilmesi için bir zarara uğramış olması gerekir. Esas borçlunun ödeme gücü bulunuyorsa, kefilin ona rücu edebilmesi mümkün olduğundan, alacaklının teminatları elden çıkarması veya değerini düşürmesi yüzünden kefilin bir zarara uğradığı söylenemez. Rücu aşamasından önce kefilin bir zarara uğrayıp uğramadığını, uğramışsa zararının kapsamını belirlemek mümkün olmaz. Bu nedenle alacaklı teminatları elden çıkarmış olsa dahi, kefil ilk önce alacaklıya ödeme yapmak zorunda kalacak ve rücu sırasında esas borçlunun aczi ortaya çıktıktan sonradır ki alacaklıdan tazminat talebinde bulunması mümkün hale gelecektir.

159 Nitekim Wiegand'ın kefalet sözleşmesi için, "*eksik iki tarafa borç yükleyen sözleşme*" nitelemesini kullandığını belirtmiştik. Wiegand, s. 187.

160 Oğuzman/Öz, s. 42.

f. 4 kapsamında kalan yükümlülüklerin kefalet sözleşmesini bu kategoriye soktuğu söylenebilir¹⁶¹. Kefalet sözleşmesinin alacaklı için bir karşı edim kararlaştırılmadığı olasılıkta, *"tek tarafa borç yükleyen bir sözleşme"* olarak nitelendirilmesi gerektiğini kabul edenler de bulunmaktadır¹⁶².

161 İsviçre hukukunda OR Art 503 Abs. 1, 3, 4, Art. 504, Art. 505, Art. 510, Art. 511 hükümlerinin alacaklıya yüklediği davranışların değerlendirilmesi ve külfet nitelendirmesinin uygun düşeceği hakkında bkz. Scyboz, s. 357. Söz konusu hükümlerde alacaklıya yüklenen davranışlar, yerine getirilmemesi halinde alacaklının *"hak kaybına uğraması"* türünden bir yaptırımını gündeme getirmektedir. Buna göre, ya alacaklının kefile karşı sahip olduğu hakların kapsamı daralmakta ya da kefile yükümlülüğünü ortadan kaldırmak veya yükümlülüğünün kapsamını daraltmak balomından bir *"yenilik doğuran hak"* tanınmaktadır. Yoksa alacaklının sorumluluğunu doğuran bir *"yükümlülük ihlali"* söz konusu olmayacaktır. O halde, belirtilen hükümlerin alacaklıya yüklediği davranışlar *"külfet"* niteliğindedir. Barlas'a göre de, 818 sayılı (eski) BK m. 499, 501 ve 502. maddelerde alacaklıya yüklenen bazı mükellefiyetlerden söz edilmiş olsa da, gerçekte, alacaklıya yüklenen bazı külfetler söz konusudur. Bu nedenle, kefaletin, kural olarak, tek tarafa borç yükleyen bir sözleşme olarak nitelendirilmesinde bir sakınca olmamak gerekir. Barlas, Bazı Sorunlar, s. 42. de Biasio, kefalet hukukunda alacaklıya yüklenen davranışların bir karşı edim niteliği taşımadığını, bunların genellikle alacaklının kendi çıkan için de yerine getirmesi gereken davranışlar olduğunu belirtmektedir. de Biasio, s. 2. Honsell, OR Art. 503 Abs 4 hükmünde teminatları elden çıkarmayıp kefile aktarma, gerekli bilgi ve belgeleri kefile verme bakımından söz konusu olan yükümlülükleri ihlal eden alacaklıya karşı tazminat talep etme olanağının kefile tanındığını, bu nedenle alacaklı için sadece külfetlerin değil gerçek anlamıyla yükümlülüklerin de söz konusu olduğunu belirtmektedir. Honsell, Besonderer Teil, s. 400. OR Art. 503

Abs 4 hükmünün karşılığı olan TBK m. 592 f. 4 şu şekildedir: *"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"*.

162 Yukarıdaki dipnotta belirtilen yazarlar ve görüşlerine bakılabilir. Kefalet sözleşmesinin tek tarafa borç yükleyen bir sözleşme olması ve alacaklıya karşılıksız bir kazandırma yapılmasını konu alması, bağışlama sözleşmesiyle özdeşlik taşıdığı anlamına gelmez. Kefalet sözleşmesinin, sadece solvendi causa ifası değil, bizzat kendisi de bağışlama teşkil etmez. Kefalet sözleşmesi gereğince alacaklıya yapılan kazandınayla alacaklının malvarlığında bir artış olmamakta, alacaklı esas borçlunun kendisine borçlu olduğunun ötesinde bir şey elde etmemektedir. Alacaklı kefilin yaptığı ödemeye esas borçludan talepte bulunma olanağını yitirirken, kefil alacaklıya halef olarak esas borçludan talepte bulunma olanağını elde eder. Sonuçta kefalet yükümlülüğü, alacaklı ve kefilin malvarlığında kesin bir değişikliğe yol açmaz. Scyboz, s. 358; Reisoğlu, Kefalet, s. 6, dpn. 26; Yavuz, s. 83 l.

Alacaklının bir karşı edim üstlenmediği kefalet sözleşmesinde, kefil için sözleşme dışı bir yarar da söz konusu değilse, TBK m. 114 f. 1 c. son'un kapsamına giren bir durum söz konusu olur. Bu hükme göre, *"iş özellikle borçlu için bir yarar sağlamıyorsa, sorumluluk daha hafif olarak değerlendirilir"*. Kefalet sözleşmesi kefile hiçbir yarar getirmiyorsa, kefilin sorumluluğunun daha yumuşak bir takdire göre belirlenmesi olağan karşılanmalıdır¹⁶³. Bu sonuç, aynı zamanda, MK m. 2 f. 1'de ifadesini bulan *"güven ilkesinin"* bir gereğidir. Güven ilkesi gereğince, kefalet sözleşmesi, bu sözleşmeden hiçbir yarar elde etmeyen kefil lehine yorumlanmalı, kuşkulu durumlarda, alacaklının kefile karşı ileri sürebileceği hakların kapsamı *olabildiğince dar* olarak ele alınmalıdır. Ne var ki, bu mantık, kefalet sözleşmesinden kefilin bir yarar elde ettiği olasılıkta işlemez. Kefilin kefalet sözleşmesinden bir yarar elde etmesi, alacaklının bir *"karşı edim"* üstlenmesinden kaynaklanabileceği gibi, tamamen sözleşme dışında kalan olgulardan da kaynaklanabilir. Örneğin, kefil, borçludan alacağı komisyona bağlı olarak kefil olmuş olabilir. Bu durum, bankaların müşterilerinin borçları için kefil olmalarında karşımıza çıkar. Müşterisinden aldığı komisyon karşılığında kefil olan bankanın korunmasını gerektiren bir sebep yoktur. Kuşku halinde, alacaklının haklarının kapsamının dar olarak yorumlanması da gerekmez. Bunun gibi, satıcı, müşterisinin mal bedelini ödemek için aldığı kredi için kefil olmuşsa, kefalet sözleşmesinden bir yarar elde ediyor demektir. Ne de olsa, istediği fiyata mal satabilmek olanağını müşterisinin kredi borcu için verdiği kefalet güvencesiyle elde etmektedir¹⁶⁴. Burada, kefil için, kefalet sözleşmesinden kaynaklanmayan, sözleşme dışı bir olguya bağlı bir yarar söz konusudur. Böyle bir yarar elde eden kefil için, TBK m. 114 f. 1 c. son gereğince sorumluluğun yumuşak olarak takdir edilmesi gerekmez. TBK m. 114 f. 1 c. son hükmünde, borçlunun sorumluluğunun yumuşak takdir edilmesinin sebebi olarak gösterilen olgu, *"borç altına girmenin borçluya bir yarar getirmemesi"* olarak tanımlanmıştır. Borçlunun elde edeceği yararın borcun kaynağı olan sözleşmeye bağlı olarak gerçekleşmesi zorunlu değildir. İster sözleşmeye ister sözleşme dışı bir olguya bağlı olarak gerçekleşsin, borçlu için bir yarar söz konusu oluyorsa TBK m. 114 f. 1 c. son'un uygulanma olanağı kalmaz.

163 Pestalozzi, Art. 492, N. 1.

164 Giovanoli, Art. 492, N. 29.

E. Kefalet sözleşmesinin başkasına ait bir borcu güvence altına almak için yapılması

Kefalet sözleşmesiyle kefilden başkasına ait bir borç için kişisel sorumluluk üstlenilir. Bu açıdan, kefalet sözleşmesiyle teminat amaçlı garanti sözleşmesi arasındaki benzerlik açıktır. Kişisel teminat sözleşmelerinin başta gelen özelliği, alacaklı için, borçlusunun malvarlığı yanında bir başka kişinin malvarlığına başvurabilme olanağı yaratmaktır. O halde, hiç kimse kendi borcu için kefil olamaz¹⁶⁵. Ne var ki, kefil olmak isteyen esas borçluy-la alacaklı arasında, esas borç başkası tarafından üstlenildiği zaman hüküm ifade etmek üzere kefalet sözleşmesi yapılabilir¹⁶⁶. Burada geciktirici koşul-la bağlanmış bir kefalet sözleşmesi söz konusudur. Esas borçluy-la kefilin farklı kişiler olması gerekliliği, esas borçlunun kefalet sözleşmesini yaptığı anda değil, borcun başkası tarafından üstlenildiği anda yerine getirilmiş olur. Borcun başkası tarafından üstlenildiği anda, hem kefalet sözleşmesinin bağ-landığı (geciktirici nitelikteki) koşul gerçekleşir hem de esas borçlu kefilden başkası olur¹⁶⁷.

Bir kimse, kendisine ait bir borç için kefil olamayacağı gibi, kendisine ait bir alacak için de kefil olamaz. Burada da, alacağın başkasına devredil-mesiyle hüküm ifade etmek üzere bir kimsenin kendi alacağı için kefil ola-bileceğinden söz edilmektedir¹⁶⁸. Ne var ki, alacaklının bu türden bir kefalet

165 Giovanoli, Art. 492, N. 1; Pestalozzi, Art. 492, N. 1. Ne var ki, kefil sıfatıyla esas borçlu sıfatı sonradan (mirasçılık vs gibi bir sebeple) birleşirse, kefalet sözleşmesinin kendiliğinden son bulmadığı, alacaklı için kefaletle bağlı ayrıcalıkların devam edeceği kabul edilir. Örneğin alacaklı kefile kefil olan kişiye veya kefilin yükümlülüğü için verilen rehne başvurabilme olanağını korur. Konu, TBK. m. 598 f. 2 ile açıklığa kavuş-turulmuştur. Buna göre, "borçlu ve kefil sıfatı aynı kişide birleşmiş olursa, alacaklı için kefaletten doğan özel yararlar saklı kalır".

166 Reisoğlu, Kefalet, s. 9.

167 Beck, esas borçlunun borcun başkası tarafından üstlenildiği anda hüküm ifade etmek üzere kefil olabilmesini, gelecekteki bir borca kefil olunabilmesinin bir sonucu olarak görmektedir. Beck, Art. 492, N. 83. Oysa burada gelecekteki bir borca değil mevcut bir borca kefil olunmakta, ne var ki kefalet sözleşmesinin hükümlerini doğurması, kefilin esas borçlu pozisyonundan çıkması koşuluna bağlanmaktadır. Koşulun gerçekleşme-siyle "kimse kendi borcu için kefil olamaz" ilkesinin getirdiği engel ortadan kalkacak ve esas borçluy-la kefil sıfatları farklı kişilere ait olacaktır.

168 Beck, Art. 492, N. 84. Beck'in aynı yerde bildirdiğine göre, bir kimsenin kendi alacağı-na bir başka kişiyle birlikte kefil olması mümkündür. Yazann bu yaklaşımına katılmı-yoruz. Bir kimsenin, başkasıyla birlikte de olsa, kendi alacağına kefil olması mümkün olmaz. Ancak bir diğer kişiyle birlikte kefil olduğunu beyan eden alacaklının bu beyanı-

sözleşmesini kiminle yapacağı sorusu akla gelebilir. Kefalet sözleşmesi kefil olmak isteyen kişiyle alacaklı arasında yapılacağına göre, bir kimsenin şu an sahip olduğu alacak için kefil olması, bu alacağı devralacak yeni alacaklıyla kefalet sözleşmesi yapmasına bağlıdır. Reisoğlu'ya göre, bir alacağın şimdiki alacaklısının bir kefalet belgesi imzalaması, söz konusu alacağı devralacak olan kişiye yapılmış bir öneri niteliğindedir. Alacağı devralan yeni alacaklının bu öneriyi kabul etmesiyle kefalet sözleşmesi kurulmuş ve eski alacaklı kefil sıfatını kazanmış olur¹⁶⁹.

III. Kefilin sorumluluğunun kapsamı

A. Kefilin yasadan kaynaklanan sorumluluğu

1. Kefil olunan borcun aslından sorumluluk

Kefilden talepte bulunulduğu sırada geçerli bir esas borç ortaya çıkmış olmalıdır. Kefalet sözleşmesinin yapılmasından sonra esas borçlunun sorumluluğunu hafifleten değişiklikler ortaya çıkarsa, söz konusu değişikliklerden kefil de yararlanır. Kefilin sorumluluğunun fer'iliği bu sonuca ulaşılmasını gerektirir. Esas borçlunun durumunu hafifleten değişikliklerden kefilin yararlanamayacağının kararlaştırılması fer'ilik ilkesine aykırı düşer ve yapılan sözleşmeyi (en azından tipik bir) kefalet olarak nitelendirmeyi olanaksız kılar¹⁷⁰. Esas borçta esas borçlunun durumunu ağırlaştıran türden değişiklikler gerçekleşirse, kefil bu değişikliklerden sorumlu olmayı ayrıca üstlenmedikçe kendisine başvurulamaz¹⁷¹. Esas borçlunun durumunu ağırlaştırıcı türden değişikliklerden kefilin sorumluluğu, işin niteliği gereği de ortaya çıkabilir. Kefil, kefalet sözleşmesini yaparken, esas borçlunun sorumluluğunu ağırlaştıran türden değişikliklerden sorumlu olmayı peşin olarak üstlenebilir. Kefalet sözleşmesinde bu türlü bir hüküm bulunması durumunda, söz konusu hükmün geçerliliği, kefil tarafından öneminin ve taşıdığı ağırlığın algılanabilmesine bağlıdır¹⁷².

nın bir etkisi olur. Bu olasılıkta alacaklı dışında kefil olan kişi ve kişilerin sorumluluğu, sanki alacaklı da kefil olmuş ve bu kefalet geçerliymiş gibi değerlendirilir.

169 Reisoğlu, Kefalet, s. 9-10.

170 Beck, Art. 499, N. 1 I; Pestalozzi, Art. 499, N. 3; Reisoğlu, Kefalet, s. 158.

171 Beck, Art. 499, N. 1 I; Pestalozzi, Art. 499, N. 5.

172 Beck, Art. 499, N. 1 I; Giovanoli, Art. 499, N. 10; Pestalozzi, Art. 499, N. 3, 5; Scyboz, s. 375.

Kefil, hangi borç için sorumluluk üstlenmişse o borçtan dolayı sorumlu tutulabilir. Kefilin sorumlu tutulmak istendiği borcun, kefalet sözleşmesiyle güvence altına alınan borç olmasına dikkat edilmelidir. Esas borç tutan esas borçluyla alacaklı arasındaki ilişki dikkate alınarak belirlenir. Esas borç tutarının ne olduğu sorunu, kefalet sözleşmesinden bağımsız olarak ele alınacak bir sorundur. Kefilin esas borcun tamamından mı yoksa bir kısmından mı sorumluluk üstlendiği sorunuysa, kefalet sözleşmesinin yorumlanması yoluyla çözülmelidir. Kefil, kefalet belgesinde sorumluluğunun üst sınırı olarak gösterdiği tutarın içinde kalmak kaydıyla, kendisinden talepte bulunulduğu sırada esas borç ne oranda mevcutsa o oranda sorumlu tutulabilir. Bu yüzden kefilden talepte bulunulana kadar esas borçlu tarafından yapılan ödemeler veya esas borçlu bakımından gerçekleşen ibra, kefile de yarar¹⁷³.

Kefalet sözleşmesinin yapıldığı sırada esas borcun kaynaklandığı sözleşme geçerli olmamakla birlikte, sonradan geçerli olacak şekilde yeniden yapılabilir. Böyle bir gelişme kefilin durumunu etkilemez. Mademki kefalet sözleşmesinin kurulduğu sırada geçerli bir esas borç yoktur, kefalet sözleşmesi de geçersizdir. Esas borç ilişkisinin sonradan geçerli olarak kurulması, bir kez geçersiz olarak ortaya çıkmış kefalet sözleşmesini geçerli hale getirmez. Ancak esas borcun kaynaklandığı borç ilişkisini iptal hakkı bulunan esas borçlu, bu hakkını kullanmamışsa, kefil sorumlu olmadığını ileri süremez¹⁷⁴.

Kefil, kefalet belgesini imzaladığı sırada esas borcun kapsamıyla ilgili olarak neyi göz önünde tutuyorsa veya göz önünde tutmakta haklı görülüyorsa, buna göre sorumlu tutulmasını isteyebilir. Esas borcun kapsamı kefalet sözleşmesi yapılırken öngörülme-yen bir biçimde genişlerse, kefil bu genişlemeden sorumlu değildir. Meğerki böyle bir sorumluluğa ilişkin rızasını ortaya koymuş olsun. Kefil bu konudaki rızasını sonradan açıklayabileceği gibi, baştan kefalet sözleşmesi yapılırken de açıklayabilir. Esas borcun kapsamının işin niteliği gereği genişleyebileceği daha kefalet sözleşmesi yapılırken öngörülebiliyorsa, kefil bu genişlemeden sorumludur¹⁷⁵.

Esas borcun kapsamında bir genişleme olabileceği gibi, bu borcun kaynaklandığı sözleşmenin hükümlerinde de esas borçlu aleyhine değişiklikler olabilir. Bu tür değişikliklerin kefile karşı ileri sürülebilmesi, kefilin kefalet

173 Beck, Art. 499, N. 13.

174 Beck, Art. 499, N. 15; Reisoğlu, Kefalet, s. 156.

175 Beck, Art. 499, N. 14; Reisoğlu, Kefalet, s. 158-159.

sözleşmesinin geçerlilik şekline uyarak onay vermesine bağlıdır. Esas borcun kaynaklandığı sözleşmenin hükümleri esas borçlunun lehine olacak şekilde değişirse, kefil bu değişiklikten kendiliğinden yararlanır. Esas borcun kaynaklandığı sözleşmenin hükümleri, kısmen esas borçlunun lehine kısmen de aleyhine olacak şekilde değişebilir. Lehe olan değişikliklerden yararlanmak isteyen kefilin, aleyhteki değişikliklere de (kefalet sözleşmesinin geçerlilik şekline uyarak) onay vermesi gerektiği söylenebilir¹⁷⁶. Ne var ki fer'ilik ilkesi gereğince esas borçlunun lehindeki değişikliklerden kefilin mutlaka yararlanacağı, aleyhteki değişikliklerden ise bunlara (kefaletin geçerlilik şekline uygun olarak) onay verirse etkileneceği de söylenebilir¹⁷⁷.

Sürekli bir ilişkiden doğan borçlar kefalet güvencesine bağlanmış olabilir. Söz konusu ilişkiden kefalet sözleşmesinin yapılmasından sonra doğan borçların kefilin sorumluluğunun kapsamına girerken, daha önce doğmuş borçlardan kefilin sorumlu olmadığı *bir karine olarak* kabul edilebilir. Nitekim, kaynak İsviçre Borçlar Kanunu'nda, kefaletle ilişkin hükümlerin revizyonu sırasında bu türlü bir karinenin varlığı açıkça kabul edilmiştir. OR Art. 499 Abs. 3 düzenlemesine göre, "*aksi kefalet belgesinden veya durum ve koşulların değerlendirilmesinden çıkarılmadıkça, kefil, sadece, esas borçlunun kefalet sözleşmesinin yapılmasından sonra ortaya çıkan yükümlülüklerinden sorumludur*". Bu düzenleme TBK. m. 589 f. 3'e şu şekilde aktarılmıştır: "*Sözleşmede açıkça kararlaştırılmamışsa kefil, borçlunun sadece kefalet sözleşmesinin yapılmasından sonraki borçlarından sorumludur*". Her iki düzenleme arasındaki fark açıktır. Kaynak İsviçre düzenlemesinde bir karinenin söz konusu edildiği kolaylıkla anlaşılabilmektedir. Kefalet sözleşmesinin güven ilkesine göre (bütün durum ve koşullar değerlendirilerek) yapılacak yorumu, bu karinenin devreye girmesini engelleyebilir. Buna karşılık, TBK. m. 589 f. 3, kefalet sözleşmesinde aksi açıkça kararlaştırılmadıkça devreye girecek bir varsayımdan söz ediyor gibidir. Ne var ki, TBK. m. 589 f. 3'ün, lafzına takılıp kalmadan kaynak kanuna göre yorumlanması gerektiği kanısındayım. Bu hüküm sözleşmenin yorumuyla etkisiz bırakılabilecek bir karineden söz etmektedir. Aslında böyle bir karinenin kabulü yasal bir

176 Beck, Art. 499, N. 15; Scyboz, s. 375. Aksi düşünce için bkz. Reisoğlu, Kefalet, s. 161. Yazara göre, esas borcun şartlarında hem esas borçlunun lehine hem de aleyhine olacak değişiklikler yapılırsa, kefil, sorumluluğunun fer'iliği gereğince, lehe olan değişikliklerden derhal (kayıtsız şartsız) yararlanır. Esas borçlunun aleyhine olan değişikliklerden ötürü sorumlu tutulabilmesiye bu konuda rızasının bulunmasını gerektirir. Bu rızanın da, kefaletin geçerlilik şekline uyularak verilmesi gerekir.

177 Nitekim bkz. Reisoğlu, Kefalet, s. 161.

düzenlemenin varlığını gerektirmez. Kefil olan kişinin esas borçluya yeni bir kredi sağlamak amacıyla hareket ettiğini, buna karşılık, zaten mevcut yükümlülüklerden ötürü sorumluluk üstlenmek istemediğini kabul etmek hayatın olağan akışına uygundur. Hayatın olağan akışının değerlendirilmesiyle kendini kabul ettiren bir fiili karinenin, yasa hükmü haline getirilmesi gerekmez. OR Art. 499 Abs. 3 düzenlemesinin bir yorum kuralı getirdiği ve aksi ispatlanabilir bir karineye yer verdiği İsviçreli hukukçularca kabul edilmektedir. Buna göre, alacaklı, kefalet sözleşmesinin yapıldığı sırada doğmuş bulunan borçlardan ötürü kefilin sorumluluk üstlenmek istediğini ispatlayabilir. Bunun için de, öncelikle, sorumluluk üstlendiği sırada mevcut olan borçlardan kefilin haberdar olduğunu ispatlamalıdır. Kefalet belgesinde önceden doğmuş olan borçlara yollama yapılması bu ispatı kolaylaştırır¹⁷⁸. Ne var ki, kefalet sözleşmesinin yapılmasından daha önce doğmuş borçlardan kefilin sorumlu tutulabilmesi için, kefalet belgesinde bu borçlara yollama yapılması ve kefilin bunlardan ötürü de sorumluluk üstlendiğinin belirtilmesi zorunlu değildir. Kefilin bu yolda bir iradesinin olduğu, durum ve koşulların değerlendirilmesinden, sözleşme görüşmelerine tanık olan kişilerin açıklamalarından veya yapılan yazışmalardan çıkarılabilir. Ne var ki, İsviçre uygulamasında farklı bir yaklaşım gözlenmektedir. Buna göre, kefalet belgesinde açıklık olmadıkça kefaletin önceki borçları kapsadığı kabul edilmemelidir. Kefaletin önceki borçları kapsamaması kefilin sorumluluğunu ağırlaştırdığına göre, bu yöndeki irade kefaletin geçerlilik şekline uygun olarak ortaya koyulmalıdır¹⁷⁹.

178 Giovanoli, Art. 499, N. 22; Pestalozzi, Art. 499, N. 11.

179 Pestalozzi, Art. 499, N. 11. İsviçre Federal Mahkemesinin konuya ilişkin yeni içtihadına göre, OR Art. 499 Abs. 3 hükmünün aksine anlaşma yapmak ve kefilin kefalet sözleşmesinin yapıldığı andan sonra doğan borçlarla birlikte daha önceden doğmuş borçlardan da sorumlu olduğunu kararlaştırmak, kefilin sorumluluğunu ağırlaştırıcı mahiyettedir. Bu nedenle kefaletin geçerlilik şekline uygun olarak yapılmalıdır. Kefalet sözleşmesi bakımından sübjektif esaslı noktalardan olan bu hususun kefalet belgesine yansımaları gereklidir. JdT 1993 III 37 vd. OR Art. 499 Abs. 3 hükmünde belirtilen kefilin kefalet sözleşmesinin yapılmasından daha sonra doğacak borçlardan ötürü sorumluluk üstlenmiş sayılacağı karinesinin sınırlandırılması çabaları için bkz. Giovanoli, Art. 499, N. 23. Diğer taraftan, OR Art. 499 Abs 3 hükmündeki karine, hukuki açıdan kefalet sözleşmesinden sonra doğmakla birlikte, ekonomik açıdan daha önce doğmuş sayılan borçların kefilin sorumluluğu dışında kalmasını gerektirir. O halde, kefalet sözleşmesinin yapılmasından önce doğmuş olan bir borç kefil olunduktan sonra yenilenirse, hukuki anlamda yeni bir borçtan söz konusu olmakla birlikte, bu borç ekonomik açıdan eski borcun devamıdır. Kefil, ekonomik açıdan kefalet sözleşmesinin yapılmasından daha önce ortaya çıkmış sayılması gereken böyle bir borçtan sorumlu tutulamamalıdır. Bu düşünce için bkz. Pestalozzi, Art. 499, N. 12.

Esas borçlunun malvarlığı durumunun kötüleşmesi ve borç ödemedenden aciz hale gelmesinin, kefil bakımından bir sorumluluktan kurtulma sebebi olmayacağı açıktır.

2. Borçlunun kusur ve temerrüdünün yasal sonuçları

TBK. m. 598 f. 2 b. 2'ye göre, kefil, borçlunun kusur veya temerrüdünün yasal sonuçlarından sorumludur. Burada sözü edilenler, TBK m. 112 vd hükümler uyarınca ortaya çıkan sonuçlarla, TBK. m. 118 vd hükümler uyarınca ortaya çıkan sonuçlardır. Buna göre, kefil, esas borcun kusurlu olarak ifa edilmemesi sebebiyle alacaklının uğradığı zararı tazmin etmek zorunda kalacaktır. Burada söz konusu olan alacaklının müspet zararıdır (borcun ifasına olan çıkarıdır)¹⁸⁰. Diğer taraftan, esas borç bir para borcuysa ve esas borçlu temerrüde düşmüşse, kefil işleyecek temerrüt faizinden sorumlu olur (TBK. m. 120). Temerrüt faizi oranının taraflarca (esas borçlu ve alacaklı tarafından) belirlenmiş olması, temerrüt faizini sözleşme faizi durumuna getirme ve TBK. m. 589 f. 2 b. 3'te sözleşme faizi için getirilen sınırlamanın uygulanmasını haklı göstermez. Kefilin sorumluluğu bakımından getirilen süre sınırı (işlemekte olan faizle, işlemiş faizin son bir senelik kısmıyla sınırlı sorumluluk) sadece sözleşme faizi bakımındandır ve tarafların oranını belirlediği temerrüt faizinden kefilin sorumluluğu herhangi bir süreyle sınırlı değildir. Kefilin sorumluluğunun üst sınırı olarak kefalet belgesinde belirtilen tutar aşılmadıkça, işlemiş ve birikmiş temerrüt faizinin tümü kefinden istenebilir¹⁸¹. Esas borçlunun temerrüde düşmesi üzerine söz konusu olacak "kazadan" doğan sorumluluk da, kefilin sorumluluğunun kapsamına girer (TBK. m 119). Bir başka deyişle, esas borçlu temerrüde düştükten sonra kaza sonucu ortaya çıkan zararlardan da kefil sorumlu olur. Meğerki esas borçlunun temerrüde düşmekte kusurlu olmadığını veya temerrüde düşmüş olmasaydı da aynı kazanın meydana geleceğini ispat etsin¹⁸².

Asıl borç için işleyen temerrüt faizinden kefilin sorumluluğu bakımından TTK. m. 7 f. 1 c. 2'nin bir etkisi olup olmadığına da değinmek gerekir. Bu düzenlemeye göre, "*kefil ve kefillere, taahhüt veya ödemenin yapılmadığı veya yerine getirilmediği ihbar edilmeden temerrüt faizi yürütülemez*". Getirilen bu düzenleme Türk Hukuku'na özgüdür ve gerek kanun yapma tekniği-

180 Pestalozzi, Art. 499, N. 6.

181 Pestalozzi, Art. 499, N. 6.

182 Reisoğlu, Kefalet, s. 162.

ne gerekse dilbilgisi kurallarına aykırı olduğu, kanaatimce haklı olarak, belirtilmektedir¹⁸³. Lafzı anlam esas alınırsa, esas borç için işleyecek temerrüt faizinden kefilin sorumlu tutulabilmesi için, asıl borçlunun temerrüde düştüğü hususunun kefile bildirilmesi gerektiği söylenebilecektir. Buna göre, esas borçlunun temerrüde düştüğü kefile bildirilmemişse, asıl borç için işleyen temerrüt faizinden kefil sorumlu tutulamayacaktır. Asıl borçlunun temerrüde düştüğü, temerrüdün gerçekleşmesinden daha sonra kefile bildirilirse, kefil kendisine yapılan bildirimden itibaren işleyecek temerrüt faizinden sorumlu olacaktır. Daha önce işlemiş olan miktar kefilin sorumluluğunun kapsamına girmez. Nitekim düzenleme bu şekilde anlaşılmakta, özü itibarıyla kefilin temerrüt faizi bakımından korunmasını amaçlayan haklı bir düzenleme olduğu söylenmekte, ne var ki, bu düzenlemenin yerinin TTK. olmayıp TBK. olması gerektiği tarzında bir değerlendirilme yapılmaktadır¹⁸⁴.

TTK. m. 7 f. 1 c. 2'de asıl borç için işleyecek temerrüt faizinden kefilin sorumlu tutulmasıyla ilgili bir düzenleme getirildiğini kabul etmek, hükmün lafzına uygun bir sonuç çıkarmak demek olaksa da, bu sonucun amaca elverişliliği kuşkuludur. Gerçekten de, böyle bir sonuç, ticari bir borç için kefil olan kişiyi bu nitelikte olmayan bir borca kefil olan kişiden daha fazla korumak anlamına gelecektir. TBK. m. 598 f. 2 b. 2 çerçevesinde, asıl borçlunun temerrüdünün yasal bir sonucu olan temerrüt faizi ödeme yükümlülüğü, kendisine temerrüdün gerçekleştiğine ilişkin bir ihbar yapılmamış olmasa bile kefilin sorumluluğunun kapsamındadır. Şu halde kefil, asıl borçlunun temerrüde düştüğü hususu kendisine bildirilmediği ve bu durumdan başka bir yolla da haberdar olmadığı halde, temerrüdün gerçekleştiği andan itibaren işleyecek temerrüt faizinden sorumlu olacaktır. Gerçi kefilin asıl borçla birlikte işleyen temerrüt faizinden sorumluluğu, kefalet belgesinde gösterilen azami sorumluluk sınırını aşmamalıdır. Buna rağmen, ortaya çıkacak sonuç kefil için şaşırtıcı olabilecektir. O, asıl borçlunun temerrüde düştüğü gerçeğinden bir şekilde haberdar olmuş olsaydı, belki de, temerrüt faizinin işlemesine engel olacak bir girişimde bulunabilecekti. Ticari olmayan borçlara kefil olan kişilerin asıl borca işleyecek temerrüt faizi bakımından durumu bu olmakla beraber, ticari bir borca kefil olan kişi bu konuda rahat edebilecek-

183 Murat Aydoğdu/Serkan Ayan, *Türk Borçlar ve Türk Ticaret Hukuku'nda Yer Alan Faiz ile İlgili Düzenlemeler*, Ankara 2013, s. 185-186.

184 Aydoğdu/Ayan, s. 185 vd. Aslında *Türk Borçlar Kanunu'nda yer alan bu düzenlemenin rastlantısal olarak Türk Ticaret Kanunu'nda yer aldığı*, bu durumun hükmün genel niteliğini değiştirmemesi gerektiği hakkında bkz. Aydoğdu/Ayan, s. 189. Ayrıca bkz. Ayan, s. 482-483.

tir. Asıl borçlunun temerrüde düştüğü olgusu kendisine bildirilmediği sürece temerrüt faizinden ötürü sorumlu tutulamayacağına güvenini taşıyacaktır. Adi bir borca kefil olan kişinin daha sert bir sorumluluk altında olması sonucu hukuk politikası açısından yerinde görülemez. Gerçekten de, ticari borçlar için kefil olan kişilerin adi borçlara kefil olan kişilere nispetle daha sert sorumluluk altında olması beklenir. Tıpkı teselsül karinesinin ticari borca kefil olan kişi bakımından geçerli olup, adi borca kefil olan kişi bakımından geçerli olmaması gibi.

Yukarıda belirtilen ve hukuk politikasına aykırı düşen sonucu aşmak için değişik öneriler getirilebilir. Örneğin, TTK. m. 7 f. 1 c.2'deki düzenlemenin sadece ticari borçlara kefalette değil, her türlü borca kefalette uygulanacak bir genellik taşıması gerektiği ileri sürülebilir¹⁸⁵. Gerçekten de, nasıl Türk Borçlar Kanunu'nun genel hükümleri arasında yer alan bir hükmün özel nitelik taşıması, buna karşılık, özel borç ilişkileri arasında yer alan hükümlerden bazılarının "genel hüküm" katına çıkarılması mümkünse, Türk Medeni Kanunu'nun ayrılmaz bir parçasını oluşturan (bkz. TTK. m. 1 f. 1 c. 1) Türk Ticaret Kanunu'nda yer alan bir hükmün genelleştirilebilmesi de mümkün olmak gerekir.

Bir diğer öneri de, bu düzenlemenin, asıl borç bakımından işleyecek temerrüt faizinden kefilin hangi koşulla sorumlu tutulacağını belirtmediğini, bilakis, kefilin kendi borcu bakımından temerrüt faizinin nasıl işletilebileceğini ele aldığını kabul etmektir. Böyle bir yaklaşıma göre, TTK. m. 7 f. 1 c. 2'de, kefilin kendi borcu bakımından temerrüt faizinin işletilebilmesi için, asıl borcun ödenmediğini kefile bildirip, ondan ifa talep etmek gerekecektir. Şu halde, bu hüküm, kefilin temerrüde düşürülmesi için ihtar yapılması gerekliliğini özel bir açıdan ele almaktadır. Temerrüdün kural olarak alacaklının ihtarıyla gerçekleşeceği TBK. m. 117 f. 1'de genel olarak belirtilmekte, TTK. m. 7 f. 1 c. 2 bu kuralın özel bir uygulama alanı olmaktadır. TTK. m. 7 f. 1 c. 2' de belirtildiği gibi kefil veya kefillere ödemenin yapılmadığını ihbar etmek, alacaklının tatmin edilmediğini ve kefilin üzerine düşeni yapması gerektiğini "zarif" bir biçimde dile getirmektir. Gerçi ifa talebinin "gereğinden fazla zarif" bir nitelik taşıması, temerrüde düşürecek bir ihtarın ortaya çıkmasını engelleyebilir. Ne var ki, TTK. m. 7 f. 1 c. 2'de asıl borçlunun borcunu yerine getirmediğini kefile bildirmek, kefilin temerrüde düşürecek

185 Nitekim böyle bir değerlendirme Aydoğdu/Ayan, s. 189'da yer almaktadır. Buna göre, düzenlemenin rastlantısal olarak TTK.'nda yer alması genellik taşımasına engel oluşturmamalıdır.

ve kefilin borcu için temerrüt faizinin işlemlerini sağlayacak bir ihtarla denk tutulmuştur. Böylelikle, ticari borca kefil olan kişinin durumu adi borca kefil olan birinin durumuna nispetle ağırlaşmış olmaktadır. Adi borca kefil olan birisini kendi borcu bakımından temerrüde düşürmek için, TBK. m. 117 f. 1 uyarınca ihtar yapılması gerekir. Bu hükme göre yapılacak ihtarın, doğrudan doğruya kefinden ifa talebinde bulunmak tarzında gerçekleşmesi gerekir. Asıl borcun yerine getirilmediğini söylemek kefilin temerrüde düşürecek kesinlikte bir ifa talebi sayılıp ihtara denk tutulamaz. Ne var ki, ticari borca kefil olan kişiye asıl borcun yerine getirilmediğini ihbar etmek, TTK. m. 7 f. 1 c. 2 uyarınca kefinden ifa talebinde bulunmak olarak yorumlanacak ve kefile yönelik olarak yapılmış bir ihtar sayılacaktır. Böyle bir sonuç, ticari borca kefaletin daha sert sonuçlar doğurması şeklindeki hukuk politikası gereğine de, ticari hayatın çabukluk gereksinimine de, ticari borca kefaletin kural olarak müteselsil sayılmasında kendini gösteren alacaklının teminatını güçlendirme amacına da uygun düşecektir. Gerçi yasal düzenlemeyi kaleme alanların amacının bu olmadığı, aslında asıl borç için yürüyen temerrüt faizinden kefilin sorumlu tutulmasının nasıl mümkün olacağının ele alınmak istendiğini söyleyenler olacaktır, ne var ki, "sübjektif tarihi yorum metodu" yerine "menfaat değerlendirme hukukçuluğu" anlayışını benimseyenler için böyle bir itirazın engelleyici bir etkisi olmayacaktır.

Esas borçlunun sözleşme veya bir yasa hükmü gereğince kusuru olmadan sorumlu tutulabildiği durumlarda, kefilin sorumluluğu söz konusu olmaz. Örneğin, satıcının ayıp sebebiyle ortaya çıkan doğrudan zararlardan kusursuz sorumluluğu (TBK. m. 229 f. 1 b. 3), satıcının borcu için kefil olmuş kişinin de sorumlu tutulabilmesine olanak vermez. Kefil, sadece, satıcının kusurlu olarak gerçekleştireceği borca aykırılıklar sebebiyle sorumlu tutulabilecektir¹⁸⁶.

Kefil, esas borçlunun sözleşme görüşmelerindeki davranışlarına bağlı olarak ortaya çıkan zararlardan da TBK. m. 589 uyarınca sorumlu tutulamaz. Buna göre, kefil, esas borçlunun aldatma veya korkutma teşkil eden

186 Necip Bilge, Kefilin Mesuliyetinin Şümülü, AHFD 1956, S: 1-2, s. 134-135; Reisoğlu, Kefalet, s. 162. Aydın Zevkliler/K. Emre Gökyayla Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri 13. Bası, Ankara 2013, s. 684-685. Gümüş, yasanın borçlunun kusursuz sorumluluğunu öngördüğü sözleşme ihlallerinde de kefilin sorumlu tutulabileceğini ileri sürmektedir. Bu yaklaşıma göre, satıcının kefil olan kişi, satıcının ayıptan doğan sorumluluğu çerçevesinde sözleşmeden dönme üzerine ortaya çıkacak doğrudan zararı tazmin yükümlülüğünden sorumlu tutulabilecektir. Bkz. Gümüş, Borçlar (2. Baskı), s. 367.

davranışlarının sorumluluğunu taşımayacağı gibi; esas borç ilişkisinin irade sakatlığına dayanarak iptal edilmesinden kaynaklanan zararlardan da sorumlu tutulamaz¹⁸⁷.

3. Dava ve takip masrafları

Kefil, esas borçlu hakkındaki dava ve takip giderlerini karşılamak zorundadır (TBK. m. 589 f. 2 b. 2)¹⁸⁸. Emredici olmayan bu kuralın aksi kararlaştırılabilir ve bu hususlar kefilin sorumluluğunun kapsamı dışına çıkarılabilir. Esas borçlu hakkındaki dava ve takip giderlerinden kefilin sorumlu tutulmasına ilişkin TBK. m. 589 f. 2 b. 2 düzenlemesi, hem adi hem de müteselsil kefaletle yöneliktir. Kefilin esas borçlu hakkındaki dava ve takibin giderlerinden sorumlu olması, söz konusu dava ve takibin kefilin talebiyle olmasına bağlı değildir¹⁸⁹.

TBK m. 589 f. 2 b. 2, esas borçlu hakkındaki dava ve takibin giderlerinden kefilin sorumluluğunu düzenler, kefilin kendi hakkındaki dava ve takibin giderlerinden sorumluluğu bu hükmün kapsamına girmez. Usul hukuku çerçevesinde kefil, kuşkusuz, kendi hakkındaki dava ve takip giderlerinden de sorumludur. Ne var ki, esas borçlu hakkındaki dava ve takip giderlerinden sorumluluk kefalet belgesinde belirtilen sorumluluk sınırının içerisinde kaldığı takdirde söz konusu olurken, kefilin kendi hakkındaki dava ve takibin giderlerinden sorumluluğu herhangi bir sınırlamaya tabi değildir.

Birlikte kefillerden birisi hakkındaki dava ve takip giderlerinin TBK m. 589 f. 2 b. 2 kapsamında görülmesi ve böylelikle diğer bir kefile yansıtılması mümkün değildir¹⁹⁰. Esas borç için verilmiş rehnin paraya çevrilmesinden kaynaklanan giderlerin, esas borçlunun bu giderlerden sorumluluğu

187 Beck, Art. 499, N. 18; Tandoğan, Borçlar II, s. 776; Bilge, Mesuliyet, s. 139; Reisoğlu, Kefalet, s. 162.

188 818 sayılı (eski) BK m. 490 f. 2'nin "dava ikamesinden mütevellit masraflar"dan söz etmesine karşılık, söz konusu hükmün kapsamına dava giderleriyle birlikte takip giderlerinin de girdiği tartışmasız kabul edilirdi. Nitekim bkz. Tandoğan, Borçlar II, s. 776; Bilge, Mesuliyet, s. 146; Reisoğlu, Kefalet, s. 163. TBK. m. 589 f. 2 b. 2, dava giderleriyle birlikte takip giderlerini de açıkça anmaktadır.

189 Beck, Art. 499, N. 29.

190 Giovanoli, Art. 499, N. 13; Pestalozzi, Art. 499, N. 8; Reisoğlu, Kefalet, s. 163. Buna karşılık Beck, OR Art. 499 Abs. 2 (TBK m. 589 f. 2 b. 2) düzenlemesinin kıyas yoluyla uygulanmasıyla, birlikte kefillerden birisi hakkındaki dava ve takip giderlerinden diğer birlikte kefilin sorumlu tutulabileceğini belirtmektedir. Beck, Art. 499, N. 30.

söz konusu olduğu takdirde TBK m. 589 f. 2 b. 2'nin kapsamına girdiği ve (sorumluluk sınırı içerisinde kalmak kaydıyla) kefilden talep edilebileceği kabul edilebilir. iiK m. 45 hükmü gereğince, alacaklı, esas borçluyu takip etmeden önce elindeki rehinleri paraya çevirmek zorundadır. O halde; rehin paraya çevrilmesi için yaptığı takip esas borçlu hakkındaki takibin bir parçası (ön aşaması) olarak kabul edilebilecek ve yapılan giderler kefilden istenebilecektir¹⁹¹.

Alacaklı esas borçlu hakkındaki dava ve takibin giderlerini, söz konusu giderler alışılmışa uygun olduğu takdirde ve iyiniyetle yapılmışsa kefilden talep edebilir. Alacaklının kendisinin sorumlu olacağı bir biçimde fazladan gider yapılmışsa, bunların kefilden talep edilememesi doğal sayılmalıdır. Bundan başka, alacaklının kefile esas borçlu hakkındaki bir davayı veya takibi önleme fırsatını vermesi de gereklidir. Kendisine böyle bir fırsat verilmemiş kefilin, söz konusu giderlerden sorumlu tutulması mümkün değildir. Kefil, esas borçlu hakkında dava veya takip yoluna gidileceğinden kendisinin haberdar edilmediğini, edilmiş olsaydı alacaklıya ödeme yaparak bu dava veya takibi önleyeceğini iddia ve ispat ederse, esas borçlu hakkındaki dava ve takibin giderlerinden sorumlu tutulmaktan kurtulabilir. Tedbirli bir alacaklıdan, esas borçlu hakkında dava veya takip yoluna gitmeden önce kefilin haberdar etmesi ve ödeme yapması için kısa bir süre vermesi beklenir¹⁹². Tedbirli bir alacaklının izlemesi gereken bu tutum TBK. m. 589 f. 2 b. 2'de açıkça belirtilmiştir. Esas borç muaccel olmakla birlikte kefilin borcu muaccel olmamışsa ve bu sırada esas borçlu hakkında dava açılmış veya takip yapılmışsa, kefil söz konusu dava veya takibin giderlerinden sorumlu tutulamaz. Kendi borcu bakımından muacceliyet gerçekleşmemiş kefilin, alacaklıyı tatmin ederek esas borçlu hakkındaki dava veya takibi önlemesi beklenemez¹⁹³.

TBK. m. 589 f. 2 b. 2, rehin konusu malların ve rehin haklarının kefile devri için yapılacak giderlerden kefilin sorumlu olduğunu da belirtmiştir. Alacaklıyı tatmin ederek ona halef olan kefilin, alacaklının elindeki rehinlerin kendisine devrini isteyebileceği açıktır. Bu devir esasen açıklayıcı nitelikte bir merasimin yapılması anlamına gelecektir. Halefiyet, fer'i nitelikteki

191 Beck ve Pestalozzi, sadece esas borçlu tarafından verilmiş rehinlerin paraya çevrilmesi sırasında yapılan giderlerin kefilden talep edilebileceğini belirtmektedirler. Bu durumda, üçüncü kişilerce verilen rehinlerin paraya çevrilmesi için yapılan giderler kefile yansıtılamayacaktır. Beck, Art. 499, N.31; Pestalozzi, Art. 499, N. 8.

192 Pestalozzi, Art. 499, N. 8; Reisoğlu, Kefalet, s. 163.

193 Beck, Art. 499, N. 32; Reisoğlu, Kefalet, s. 163.

rehin haklarının geçişini kendiliğinden sağlar. Bir başka deyişle, alacaklı tatmin edildiği anda rehin hakları maddi açıdan kefile geçer. Maddi açıdan kefile geçmiş olan rehinlerin şeklen de (sırf merasim olarak) kefile geçirilmesinin giderlerini kefilin taşımasının uygun olup olmadığı tartışılabilir. Ne var ki, sorun pozitif açıdan çözümlenmiş ve giderlerin kefil tarafından karşılanması gerektiği açıklığa kavuşturulmuştur.

Kefilin sorumlu olduğu giderlerin kapsamını genişleten {örneğin kendisiyle birlikte kefil olanlar hakkındaki dava veya takibin giderlerini sorumluluğun kapsamına alan} veya şartlarını hafifleten (örneğin kefile alacaklıyı tatmin etme fırsatı verilmemiş olsa bile kendisini esas borçlu hakkındaki dava veya takibin giderlerinden sorumlu kılan) anlaşmalar geçerlidir¹⁹⁴. Doğaldır ki, bu türlü anlaşmalar kefaletin geçerlilik şekline uygun olarak yapılacaktır.

4. İşlemiş bir yıllık ve işlemekte olan sözleşme faizi

TBK m. 589 f. 2 b. 3, kefilin sorumluluğunun kapsamına giren faizleri şu şekilde belirtmiştir: *"İşlemiş bir yıllık ve işlemekte olan yıla ait akdî faizler ile gerektiğinde tahvil karşılığında ödünç verilen anaparanın işlemiş bir yıllık ve işlemekte olan faizleri"*. Bu hükmün okunuşundan sadece sözleşme faiziyle ilgili olduğu, temerrüt faizini kapsamadığı açıkça anlaşılmaktadır. Temerrüt faizi, esas borçlunun temerrüdünün yasal bir sonucu olarak, hiçbir sınırlama olmaksızın kefilin sorumluluğunun kapsamına dahildir (TBK. m. 589 f. 2 b. 1). Esas borçlu temerrüde düştükten sonra kaç yıl boyunca temerrüt faizi işlemiş olursa olsun, kefil bundan sorumlu olur¹⁹⁵. Buna karşılık, TBK m. 589 f. 2 b. 3, esas borç için kararlaştırılan sözleşme faizinden kefilin sorumluluğunu sınırlamıştır. Getirilen bu sınırlamaya göre, kefil, işlemiş faizin bir yıllık tutarıyla işlemekte olan faizden sorumludur. Yasanın bazı ilişkiler bakımından varsayılan taraf iradelerini esas alarak kabul ettiği ve aksine bir anlaşma olmadıkça istenebileceğini belirttiği faiz, TBK. m. 589 f. 2 b. 3 anlamında *"sözleşme faizi"* olarak kabul edilmelidir (Örneğin bkz. TİK. m. 20 c. son). Bankaların aldığı karşılıkların da *"sözleşme faizi"* olarak kabul edilmesi mümkün görülebilir¹⁹⁶. Anapara olarak belli dönemlerde artan

194 Beck, Art. 499, N. 33; Reisoğlu, Kefalet, s. 163.

195 Giovanoli, Art. 499, N. 14; Pestalozzi, Art. 499, N. 10; Reisoğlu, Kefalet, s. 164.

196 Beck, Art. 499, N. 26. Gümüş'ün düşüncesine göre, yasanın bazı ilişkilerde öngördüğü anapara faizi bakımından, TBK. m. 589 f. 2 b. 3'le getirilen sınırlama uygulanmamalıdır. Bu sınırlama, sadece akdi anapara faizi bakımından uygulanmalıdır. Ne var ki,

tutarların kararlaştırılması durumunda, gerçekte anapara ve faiz toplamı olarak düşünülen tutarlar söz konusudur. Böyle durumlarda da, bir sözleşmeye} faizin bulunduğu ve TBK. m. 589 f. 2 b. 3'teki sınırlamanın kefil yararına uygulanması gerektiği söylenebilir¹⁹⁷.

TBK. m. 589 f. 2 b. 3 emredici olmayıp, kefilin sözleşme faizinden sorumluluğunun kapsamını genişletilebilir. O halde, kefilin işlemiş faizden "*son bir yıl*" sınırlaması olmaksızın sorumlu tutulabilmesi de mümkündür. Ne var ki, kefilin bu konudaki iradesi kefaletin geçerlik şekline uygun olarak ortaya koyulmalıdır. Buna karşılık, sözleşme faizinden TBK m. 589 f. 2 b. 3 'ün belirttiğinden daha dar bir kapsamda sorumluluğun kararlaştırılması herhangi bir geçerlilik şekline bağlı değildir¹⁹⁸.

İşlemiş bir yıllık faizin belirlenmesinde esas alınacak "*bir yıl*", esas borcun kaynaklandığı borç ilişkisinin hükümlerini doğurduğu tarih esas alınarak belirlenmelidir. "*İşlemekte olan faiz*", faizlerin ödenmesi için kararlaştırılan vade tarihinden sonra yeni bir "*faiz vadesi*" gelene kadarki sürede işleyecek faizdir. O halde, yıllık faiz kararlaştırılmış, birkaç yıl boyunca faiz işlemiş ve son faiz vadesi geldikten üç ay sonra kefilden talepte bulunulmuşsa, kefil, vade tarihinden sonra işlemiş olan üç aylık faizin ve aynı vade tarihinden geriye doğru hesaplanacak son bir yıllık işlemiş faizin sorumluluğunu taşır. Faiz için kararlaştırılan vade tarihinden geriye doğru bir yıldan fazla bir süredir faiz işlemişse, bir yılı aşan kısım kefilin sorumluluğunun dışında kalır¹⁹⁹.

Cari hesap ilişkisinden doğan faizler, hesaba bir kalem olarak yazılarak anaparaya eklenir. Bu tür ilişkilerde sadece işlemekte olan faizden söz edilebilir²⁰⁰.

yasal anapara faizi asıl borç oluşturduğu oranda **TBK.** m. 589 f. 2 b. 1 uyarınca kefilin sorumluluğunun kapsamında yer almalıdır. Bkz. Gümüş, Borçlar (2. Baskı), s.369.

197 Beck, Art. 499, N. 28. Beck'in aynı yerde bildirdiğine göre, anapara için belirlenen sözleşme faizi yanında yıllık belirli tutarların kararlaştırılması durumunda, bu tutarlar "*sözleşme faizi*" olarak görülemez ve OR Art. 499 Abs. 3 (TBK m. 589 f. 2 b. 3) düzenlemesinde getirilen sınırlamaya tabi tutulmaz.

198 Beck, Art. 499, N. 23; Giovanoli, Art. 499, N. 19; Reisoğlu, s. 165.

199 Beck, Art. 499, N. 24; Reisoğlu, Kefalet, s. 164-165. Ayrıca bkz. Tandoğan, Borçlar il, s. 778. Faizin ödenmesi için kararlaştırılan vadede kefilden talepte bulunulursa, işlemekte olan faizden sorumluluk söz konusu olmayıp, sadece, son bir yıldır işlemiş faizden kefilin sorumlu tutulması mümkün olacaktır. Bilge, Mesuliyet, s. 149; Reisoğlu, Kefalet, s. 165.

200 Beck, Art. 499, N. 25.

B. Kefilin sözleşmeden kaynaklanan sorumluluğu

Kefil, esas borcun kusurlu olarak ifa edilmemesi yüzünden alacaklının uğradığı zararı (alacaklının ifaya olan çıkarını, müspet zararını) tazmin etmek zorunda olmakla birlikte, esas borcun kaynaklandığı borç ilişkisinin ortadan kalkması veya geçersizliğinin anlaşılması üzerine ortaya çıkan zararı (menfi zarar) tazmin etmek zorunda değildir. Esas borcun kaynaklandığı borç ilişkisinin geçersizliği veya ortadan kalkması, fer'i bir sorumluluk doğuran kefalet sözleşmesinin de hükümsüz olmasına yol açar. O halde, kefil için men.fi zarardan sorumluluğun söz konusu olmaması doğaldır. Diğer taraftan, esas borçluyla alacaklı arasında kararlaştırılmış sözleşme cezasından da kefilin sorumluluğu söz konusu olmaz. Sözleşme cezasından sorumluluk, esas borçlunun kusurunun veya temerrüdünün yasal bir sonucu olmadığına göre, TBK m. 589 f. 2 b. 1 uyarınca kefilin sorumluluğunun kapsamında değildir. Ne var ki, menfi zarann ve sözleşme cezasının ayrıca esas borç durumuna getirilmesinin ve bunlar için kefil olunmasının mümkün olup olmadığı sorulabilir. Esas borcun türü bakımından herhangi bir sınırlama getirilmediği burada hatırlanmalıdır. Sözleşmeden doğan bir borç kefalet güvencesine bağlanabileceği gibi, sözleşmenin geçersizliği üzerine ortaya çıkan menfi zararın tazmini borcunun veya esas borçluyla alacaklı arasında kararlaştırılan sözleşme cezasının kefalet güvencesine bağlanması da mümkün görülebilir. Kefilin menfi zarardan veya sözleşme cezasından sorumluluk üstlenebilmesi kabul edilecekse, bu konudaki iradesini kefaletin geçerlilik şartlarına uygun olarak ortaya koyması gerekecektir. Çünkü böyle durumlarda esas borcu "*merifi, zararın*" veya "*sözleşme cezasının*" oluşturduğu ayn bir kefalet sözleşmesi yapılıyor demektir²⁰¹.

Başlı başına bir esas borç olarak "*men.fi zararın*" veya "*sözleşme cezasının*" kefalet güvencesine bağlanabilip bağlanamayacağını önce kuramsal açıdan tartışmak, sonra da pozitif hukuk bakımından değerlendirmek istiyorum. Böylelikle 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun tutumunun yerindeliği hakkında bir fikir sahibi olunabilir.

Alacaklı, esas borcun ifasında temerrüde düşülmesi üzerine sözleşmeden dönerse, menfi zararının tazmin edilmesini isteyebilir (TBK. m. 125 f. 3). Söz konusu menfi zararın tazmini talebi, borçlu temerrüdünün yasal sonuçlarından biri sayılıp kefilin yasadaki kaynaklanan sorumluluğunun kapsamına alınamaz. Esas borcun kaynaklandığı sözleşmeden dönülmesi-

201 Beck, Art. 499, N. 20-21; Giovanoli, Art. 499, N. 12.

nin klasik görüş uyarınca sözleşme ilişkisini ortadan kaldıracak kabul edilirse²⁰², fer'i bir sorumluluk doğuran kefalet sözleşmesinin de hükümsüz kaldığını kabul zorunlu olacaktır. Kefilin TBK m. 589 f. 2 b. 1 'den kaynaklanan sorumluluğu, alacaklının ifaya olan çıkarının (müspet zararının) tazminine ilişkindir. Böylesine bir sorumluluk esas borcun kaynaklandığı sözleşme ayakta durduğu sürece söz konusu olabilir. Ne var ki, bu sonuç, esas borcu doğuran sözleşme ilişkisinden dönülmesiyle ortaya çıkacak olan menfi zararın tazmini talebinin ayrıca kefaletle teminat altına alınamayacağı anlamına gelmez. Bir sözleşmeden doğan borç kefalet güvencesine bağlanırken, kefalet belgesinde, sözleşme ilişkisinden dönülmesi üzerine ortaya çıkacak menfi zarardan ötürü de kefile başvurulabileceği ayrıca belirtilebilir. Bu durumda aynı kefalet belgesiyle, birbirinden farklı zamanlarda yürürlüğe girebilecek ve aynı anda var olamayacak iki ayrı esas borç teminat altına alınmış olur. Kefilin iradesi, sözleşme ilişkisi ayakta kaldıkça esas borcun ifasını, sona erdiği takdirde de menfi zararın tazmin edilmesini teminat altına almaya yöneliktir. Bir başka deyişle, kefil tarafından teminat altına alınan esas borcun bir genişlemesi söz konusudur²⁰³. Sözleşmeden dönmenin etkisi bakımından ileri sürülen diğer bir görüşe göre, dönmeye birlikte sözleşme ilişkisi ortadan kalkmayacağı ve tasfiye ilişkisine dönüşerek varlığını devam ettireceği için²⁰⁴, söz konusu sözleşmeden kaynaklanan borç (veya borçlar) için kefil olan kişinin dönme üzerine gündeme gelecek tazminat taleplerinin sorumluluğunu taşıması fer'ilik ilkesine aykırı düşmez. Hatta sözleşme ilişkisi bağlamında verilen bir kefaletin, sözleşme tasfiye ilişkisine döndükten sonraki aşamada doğan menfi zararın tazmini talebini doğal olarak kapsadığı bile söylenebilir. Bir başka deyişle, kefalet belgesinde menfi zararın tazmini talebinin teminat altına alındığı ayrıca tasrih edilmiş olmasa bile, kefil menfi zarardan sorumlu tutulabilir. O halde menfi zararının tazmini talebine ilişkin olarak kefile başvurulabilmesi, dönmeye ilişkin klasik ve modern görüşler çerçevesinde (değişik kurgularla olsa da) mümkün görülebilmektedir. Aradaki fark şu noktadadır: Klasik dönme kuramı kabul edilirse, dönme üzerine gündeme gelecek menfi zararın tazmini talebinden kefilin sorumlu tutulabilmesi, bu noktaya kefalet belgesinde açıklık getirilmesine bağlıdır. Dönmeye ilgili diğer (modern) görüş kabul edilirse, dönme üzerine sözleşme ilişkisi

202 Oğuzman/Öz, s. 412; Eren, s. 1075; Vedat Buz, Borçlunun Temerrüdünde Sözleşmeden Dönme, Ankara 1998, s. 118 vd.

203 Beck, Art. 499, N. 22; Giovanoli, Art. 499, N. 12; Pestalozzi, Art. 499, N. 6.

204 Rona Serozan, Sözleşmeden Dönme, 2. bası, İstanbul 2007, s. 68 vd; Oğuzman/Öz, s. 415; Eren, s. 1076; Buz, Sözleşmeden Dönme, s. 123 vd.

ortadan kalkmadığı ve fer'ilik ilkesi yönünden kefaletin devamı bir sorun çıkarmayacağı için, kefalet belgesinde bir açıklık olmasa bile menfi zarardan sorumluluk kefile karşı gündeme getirilebilir.

Yukarıda yapılan açıklamalar kefilin menfi zararın tazmini borcundan sorumlu tutulabilmesinin mümkün olduğunu göstermiştir. Ne var ki, **TBK. m. 589 f. son**, bu sonuca ulaşılmasına pozitif bir engel getirmiştir. Bu hükme göre, *"kefilin, asıl borç ilişkisinin hükümsüz hale gelmesinin sebep olduğu zarardan sorumlu olacağına ilişkin anlaşmalar kesin olarak hükümsüzdür"*. *"Asıl borç ilişkisinin hükümsüz hale gelmesinin sebep olduğu zarar"* ifadesiyle menfi zararın kast edildiği açıktır. O halde, kefilin menfi zarara ilişkin tazminat talebinden kişisel sorumluluk üstlendiğini kabul etmek hiçbir biçimde mümkün olmayacaktır. Kefalet belgesinde ayrıca ve açıkça belirtilerek kefilin sorumluluğunun kapsamına menfi zararın tazmini talebinin alınması, emredici nitelikteki **TBK. m. 598 f. son** düzenlemesine aykırı olacaktır. Bu sonuç kanaatimce yerinde olmamıştır. Kefalet güvencesine bağlanan borcun niteliği bakımından herhangi bir sınırlama söz konusu olmamalıdır. Her türlü borç gibi, *"menfi zararın tazmini borcu"* açısından da kefalet güvencesi pekala olabilmelidir. Böylesine bir sınırlamayı ne *"kamu düzeni"*, ne *"kişilik hakkının korunması"*, ne de *"genel ahlakın korunması"* haklı gösterir.

Bir sözleşme ilişkisinden kaynaklanan esas borç için kefil olan kişinin, aynı sözleşme ilişkisiyle kabul edilen sözleşme cezası için de kefil olma iradesini açıklaması mümkün sayılmalıdır. Bu durumda da, tek bir kefalet belgesi iki ayrı *"esas borç"* için kefil olma iradesini ortaya koymuş olur. Burada da, kefaletle teminat altına alınan esas borçta bir genişlemenin ortaya çıkacağı söylenebilir²⁰⁵. Ne var ki, sözleşme ilişkisi geçersiz olduğunda, bu ilişkiden kaynaklanan esas borç gibi sözleşme cezasının da geçersiz olacağını, her ikisi için kefil olmuş kişinin sorumlu tutulamayacağını fer'ilik ilkesinin bir sonucu olarak kabul etmek kaçınılmazdır. Kefaletle ayrıca teminat altına alınan sözleşme cezasının aşırı olduğu için tenkis edilmesi durumunda (**TBK m. 182 f. 3**), esas borcun kapsamındaki azalmadan kefilin de yararlanacağı ilkesine uygun bir biçimde, kefilin sorumluluğunun tenkis edilen ceza tutarına indirgenmesi gerekir²⁰⁶. Belirtilen bu çerçevede sözleşme cezasından kefilin sorumlu tutulabilmesi kuramsal açıdan mümkün olmakla birlikte, burada da pozitif bir engelle karşılaşmaktayız. **TBK. m. 598 f. son'a** göre, *"kefilin...."*

205 Giovanoli, Art. 499, N. 12; Pestalozzi, Art. 499, N. 6.

206 Beck, Art. 499, N. 22.

ceza koşulundan sorumlu olacağına ilişkin anlaşmalar kesin olarak hüküm-süzdür". Böylelikle sözleşmede kararlaştırılan ceza koşulundan ötürü kefilin sorumluluk üstlenmesinin önüne geçilmiş, kefalet güvencesine bağlanabilecek esas borçlara ilişkin (kamu düzeninin, genel ahlakın, kişilik hakkının korunması düşüncesinin haklı göstermediği) bir sınırlama daha getirilmiştir. Amaç fahiş ceza koşulundan kefilin korunması ise, TBK. m. 182 f. 3'te kabul edilen takdiri butlan yaptırımından kefilin de yararlanacağını hatırlamak gerekir. Fer'ilik ilkesi çerçevesinde esas borçlunun yararlanacağı her türlü savunma sebebinden kefil de yararlanır. Kullanılması esas borçlunun takdiline bırakılan yenilik doğuran haklardan kefilin yararlanamayacağı, kefilin sadece esas borçlunun yenilik doğuran hakkı kullanıp kullanmayacağının belirsiz olduğu evrede bir geciktirici def'ie sahip olacağı doğrudur. Ne var ki, TBK. m. 182 f. 3'teki takdiri butlan yaptırımı, esas borçlu tarafından bir yenilik doğuran hakkın kullanılmasıyla ilgili değildir. Esas borçlunun aşın ceza koşulunun indirilmesi isteği bulunmasa bile, hakim görevi gereği gerekli indirmeyi yapacaktır²⁰⁷. Hakim, sözleşme cezasının aşın olduğunu kefile karşı açılan davada fark ederse, aynı şekilde, görevi gereğince gerekli indirmeyi yapmalıdır. Şu halde, aşırı sözleşme cezasından kefilin korunmasının etkili bir yargıç denetimiyle sağlanması mümkündür ve yasal bir yasak getirilmesine gerek yoktu. Ne var ki, yasa koyucu tarafından köktenci bir tutum burada da tercih edilerek, sözleşme cezasından kefilin sorumlu tutulmasına ilişkin anlaşmalar baştan ve peşin olarak (götürü bir biçimde) yasaklanmıştır.

Esas borç ilişkisinde esas borçlunun kusurlu davranışına veya temerrüdüne dayanmayan bir değişiklik olduğu takdirde, kefil bu değişiklikten sorumlu tutulamaz. Kefilin bu türlü değişikliklerden sorumlu tutulması, bu tür bir sorumluluğu ayrıca (ve kefaletin geçerlilik şekline uygun olarak) üstlenmesine bağlıdır. Ne var ki, seçimlik bir borca kefil olan kişinin, seçim hakkının kullanılmasından sonra da sorumlu kalmaya devam edeceği açıktır²⁰⁸.

207 Serozan, *Sözleşmeden Dönme*, s. 232 vd; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, *Borçlar*, s. 354, dnp. 18 b; Cevdet İlhan Günay, *Cezai Şart* (BK. m. 158-161), Ankara 2002, s. 197. Ne var ki, aşın sözleşme cezasının indirilmesini istemenin bir yenilik doğuran hakkın kullanılması niteliğinde olduğunu kabul edenler de vardır. Bu durumda borçluya tanınmış bu yenilik doğuran hak bizzat borçlu tarafından kullanılmadıkça, yargıcın görevi gereğince indirme yapması söz konusu olmaz. Bu düşünce için bkz. Kenan Tunçomağ, *Türk Hukukunda Cezai Şart*, İstanbul 1963, s. 152 vd; Köksal Kocaağa, *Türk Özel Hukukunda Ceza'i Şart* (BK. m. 158-161), Ankara 2003, s. 239-242. Konuya ilişkin görüşler için ayrıca bkz. Oğuzman/Öz, s. 912.

208 Beck, Art. 499, N. 19.

Kefilin esas borçlunun temerrüdüne ilişkin sözleşme sonuçlarından sorumlu olacağı kararlaştırılabilir. TBK. m. 589 f. 2 b. 1 gereğince esas borçlunun temerrüdünün yasal sonuçlarından sorumlu olan kefil, kefalet sözleşmesiyle ayrıca kararlaştırılmadığı veya kefaletin geçerlilik şekline uygun olarak sonradan bu konudaki rızasını ortaya koymadığı takdirde, temerrüdün sözleşme sonuçlarından sorumlu değildir. O halde, esas borçluyla alacaklı arasında temerrüde bağlı olarak ortaya çıkacağı kararlaştırılan sonuçlar (yasanın belirlediği orandan daha yüksek temerrüt faizi veya gecikmeden kaynaklanan zarardan esas borçlunun kusuru olmadan sorumluluğu gibi), kefaletin geçerlilik şekline uygun olarak ortaya koyulmuş rızası olmadıkça kefil bağlamayacaktır²⁰⁹. Kefilin sorumluluğunun yasal kapsamıyla ilgili TBK. m. 589 düzenlemesi, kefaletle ilişkin hükümlerin genelinde gözlediğimiz nispi emredici nitelikten yoksundur²¹⁰. Kefilin sorumluluğunun, bu düzenlemede belirtilenin ötesine taşınması (genişletilmesi) mümkündür. TBK. m. 589 düzenlemesinin emredici olmadığı ve her iki yönde de (kefilin sorumluluğunun kapsamının arttırılması veya eksiltilmesi yönlerinde) değiştirilebileceği açıkça belirtilmiştir. Gerçekten de, TBK. m. 589 f. 2, *"aksi sözleşmede kararlaştırılmamışsa kefil, belirtilen azamî miktarla sınırlı olmak üzere aşağıdakilerden sorumludur"* demektedir. Düzenlemede kullanılan *"aksi sözleşmede kararlaştırılmamışsa"* ifadesi, kefilin sorumluluğunun yasal kapsamının emredici bir biçimde gösterilmediğini ortaya koymaktadır.

C. Kefilin sorumluluğunun kapsamını belirleyen TBK m. 589 düzenlemesinin kefilin sorumluluğunun en üst sınırının kefalet belgesinde gösterilmesi zorunluluğunu ele alan TBK m. 583 f. 1'le ilişkisi

Kefilin sorumluluğunun üst sınırının kefalet belgesinde gösterilmesini bir şekil zorunluluğu olarak arayan TBK m. 583 f. 1'le, kefilin sorumluluğunun yasal kapsamını belirleyen TBK m. 589'un birbiriyle ilişkisinin ne olduğu ortaya koyulmalıdır. Bu ilişki, esasen, TBK. m. 589 f. 1 ve f. 2'de

209 Becl<, Art. 499, N. 17; Pestalozzi, Art. 499, N. 4.

210 TBK. m. 582 f. son, *"kanundan aksi anlaşılmadıkça kefil, bu bölümde kendisine tanınan haklardan önceden feragat edemez"* diyerek, kefaletle ilişkin hükümlerin nispi emredici yapısını ortaya koymaktadır. Bu hükümde belirtildiğine göre, kefilin aleyhine düzenleme yapma imkanı yasa tarafından açıkça tanınmamışsa kabul edilemez. İşte TBK. m. 589 f. 2'de, bu hükümle kefil için çizilen sorumluluk çerçevesinin kefilin aleyhine olarak değiştirilebileceği açıkça belirtilmiştir.

açıkça gösterilmiştir. Bu açıklık, 818 sayılı (eski) Borçlar Kanunu zamanında konuya ilişkin olarak ortaya çıkmış bulunan kuşku­ları gidermeyi amaçlamaktadır. TBK. m. 589'un 818 sayılı Borçlar Kanunu'ndaki karşılığı, bu Kanun'un 490. maddesidir. Söz konusu 490. madde ile ilgili olarak ortaya çıkan soru şuydu: Kefalet belgesinde 818 sayılı Kanun'un 484. maddesi uyarınca gösterilmesi gereken sorumluluk sınırı, aynı Kanun'un 490 maddesinde belirtilen sorumluluk kalemlerinin hepsini kapsamakta mıdır? Bir başka deyişle, eski Borçlar Kanunu'nun 490. maddesinde gösterilen sorumluluk kalemlerinin tümünden doğan sorumluluk kefalet belgesinde gösterilen sınırın aşabilecek midir? 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 589. maddesinin getirdiği düzenleme bu sorunun sorulmasını engelleyecek niteliktedir. TBK. m. 589 f. 1'e göre, *"kefil, her durumda kefalet belgesinde belirtilen azami miktara kadar sorumludur"*. Demek oluyor ki, TBK. m. 589'un 2. fıkrasında belirtilen kalemlerin tümünden doğan sorumluluk kefalet belgesinde belirtilen azamı sınırın aşamayacaktır. Nitekim 2. fıkranın en başında bu husus, *"aksi sözleşmede kararlaştırılmamışsa kefil, belirtilen azamî miktara sınırlı olmak üzere, aşağıdakilerden sorumludur"* denilerek bir kere daha açıklığa kavuşturulmaktadır:

Kefalet belgesinde gösterilen sorumluluk sınırının sadece esas borca ilişkin sorumluluk bakımından etkili olacağı, 818 sayılı (eski) BK m. 490'da gösterilen diğer sorumluluk kalemlerinin bu sınırın dışında kalacağı yolunda bir değerlendirme yapılması pekala mümkündü. Böyle bir değerlendirme yapıldığı takdirde, kefilin esas borçtan sorumluluğu kefalet belgesinde gösterilen tutarla sınırlı olacak, buna karşılık esas borç için işlemiş faizler veya esas borçluyu takip etmek için yapılan giderler hiçbir sınırlamaya tabi olmaksızın kefilin sorumluluğunun kapsamına gireceklerdi. Nitekim İsviçre hukukunda kefaletle ilişkin hükümlerin revizyonundan önce, 818 sayılı Kanun'un 484. ve 490. maddelerinin kaynağı olan OR Art. 492 ve OR Art. 499 hükümlerinin birbiriyle ilişkisi bu şekilde anlaşılmaktaydı²¹¹. İsviçre hukukunda gerçekleşen revizyonla, eski Borçlar Kanunu'muzun 484. maddesinin karşılığı olan OR Art. 493 değiştirilmiş ve kefalet belgesinde kefilin sorumluluğunun üst sınırının belirli bir rakam ile gösterilmesi zorunluluğu getirilmiştir. Diğer taraftan eski Borçlar Kanunu'nun 490. maddesinin karşılığı olan OR Art. 499 Abs. 1 düzenlemesinde de değişiklik yapılarak, kefilin sorumluluğunun kefalet belgesinde rakamla gösterilen sorumluluk sınırını aşamayacağı açıklığa kavuşturulmuştur. Böylelikle İsviçre hukukunda, inceleme konumuza ilişkin olarak iki önemli adım atılmıştır. OR Art. 493 hükmünde, değişiklikten önce, (eski Borçlar Kanunu'nun 484. maddesinde olduğu gibi) kefilin sorum/ulu-

211 Beck, Art. 499, N. 5.

*ğtının azami sınırının kefalet belgesinde gösterilmesi istenirken. değişiklikten sonra, sorumluluk sınırının rakamla ve açık olarak gösterilmesi öngörülmüştür. Kefilin sorumluluğunun üst sınırı olarak rakamla ve açık olarak gösterilen tutar, kefilin sorumluluğunu sadece esas borç bakımından değil. OR Art. 499 (818 sayılı BK m. 490) hükmünde belirtilen bütün sorumluluk konuları bakımından sınırlayacaktır (OR Art. 499 Abs. 1). O halde, kefilden başlangıçta belirtilmiş olan üst sınırı aşan bir talepte hiçbir şekilde bulunulamayacak, OR Art. 499 (818 sayılı Kanun m. 490) hükmünde belirtilen ve kefilden istenebileceği belirtilen sorumluluk kalemlerinin (esas borç. faizler. dava ve takip giderleri) toplamı söz konusu sınırı aşamayacaktır.²¹² Böylelikle, kefil, hangi tutara kadar sorumlu tutulabileceğini işin en başında ve kesin olarak bilebilecektir. İsviçre hukukundaki değişikliklerle kabul edilen sonuçların, benzer pozitif düzenlemeler bulunmasa da, 818 sayılı Borçlar Kanunu çerçevesinde de geçerli olması gerektiği ileri sürülebilirdi. Böylelikle, kefalet belgesinde gösterilen sorumluluk sınırının eski Borçlar Kanunu'nun 490. maddesinde belirtilen bütün kalemleri içerdiği ve kefilden bu sınırın aşacak bir biçimde talepte bulunulamayacağı söylenebilecekti. 818 sayılı **BK m. 484**'ün amacı bu sonuca ulaşılmasını haklı göstermekteydi. Gerçekten de, kefalet belgesinde azami sorumluluk sınırının gösterilmesinin istenmesi, kefile sorumluluğunun kapsamı hakkında işin en başında açık bir fikir verilmesini amaçlar. Kefile karşı ileri sürülebilecek bütün taleplerin kefalet belgesinde gösterilen sınırı aşmamasıyladır ki, bu amaca ulaşılabilir. Nitekim 818 sayılı Kanun zamanındaki Türk öğretisi ve uygulaması, bu sonucu tartışmasız kabul etmiştir²¹³. 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 489. maddesinin 1. fıkrası,*

212 Beck, Art. 499, N. 5. İsviçre hukukunda söz konusu değişiklikler yapılmadan önce, OR Art. 493 hükmünün eski hali kefilin sorumlu olacağı belirli bir miktann kefalet belgesinde gösterilmesini aramaktaydı. Bu hüküm söz konusu miktarı aşacak bir şekilde kefilden talepte bulunulmamasını engellemekte, esas borç için işlemiş sözleşme faizlerinin ve esas borçlu hakkındaki dava ve takip giderlerinin kefalet belgesinde gösterilen miktarın dışında kaldığı kabul edilmekteydi. Bir başka deyişle, esas borç için işlemiş sözleşme faizlerinin, dava ve takip giderlerinin kefilden talep edilmesiyle kefalet belgesinde gösterilen sorumluluk sınırını aşılacak olsa bile, böyle bir talebe olanak tanınmaktaydı. OR Art. 499 hükmünde belirtilen diğer sorumluluk. kalemlerinin (esas borçlunun kusur veya temerrüdünün yasal sonuçları) talep edilmesiyle kefalet belgesinde belirtilen sorumluluk sınırının aşıp aşılamayacağı sorunuysa, tartışılmalıdır. Giovanoli, Art. 493, N. 19.

213 Tandoğan, Borçlar II, s. 780; Bilge, Borçlar, s. 381; Reisoğlu, Kefalet, s. 153-154; Yavuz, s. 851; Barlas, Bazı Sorunlar, s. 54. 3 HD'nin 18.12.2000 tarih ve E. 2000/10864, K: 2000/11738 sayılı kararında, şu ifadeler yer almaktadır: "BK'nun 484 ve 490. maddeleri (TBK. m. 583 ve m. 589) hükümlerine göre kefil, borcun aslı ile borçlunun kusur ve temerrüdünün yasal sonuçlarından ancak kefalet limiti dahilinde sorumludur. Kefilin kefalet limitini aşan meblağla sorumlu tutulabilmesi, ancak kendi temerrüdünden

İsviçre örneğini (OR Arı. 499 Abs. J) izleyerek biçimlendirilmiştir. Buna göre, kefilin sorumluluğu her durumda kefalet belgesinde belirtilen azami miktarla sınırlı olacaktır. Bir başka deyişle, TBK. m. 589 f. 2'ye göre kefi/den istenebilecek/erin toplamı kefalet belgesinde belirtilen azami miktarı aşamayacaktır.

Kefalet belgesinde gösterilen tutar esas borç tutarından düşük olabilir. Bu durum, kefilden kefalet belgesinde gösterilen tutarla sınırlı olarak talepte bulunulabileceği sonucunu değiştirmez. Diğer taraftan, esas borç tutarıyla kefilin sorumluluğunun üst sınırı olarak gösterilen tutar birbirine denk olsa bile, esas borçlunun sorumluluğunun kapsamı temerrüde düşmesi yüzünden genişlemiş ve esas borç tutarını aşmış olabilir. Bu olasılıkta da, kefilden, sadece kefalet belgesinde gösterilen tutara uygun bir talepte bulunulabilir¹⁴. Esas borç için işlemiş ve TBK m. 589 f. 2 b. 3'ün çizdiği çerçevede kefilden istenebilecek faizlerin toplamı da, kefilin sorumluluğunun üst sınırı olarak gösterilmiş tutan aşmamalıdır. Kefalet belgesinde kefilin sorumluluğunun üst sınırı gösterilirken, TBK. m. 589 f. 2' de üç bent halinde belirtilen bütün kalemlerin göz önünde tutulması alacaklı açısından tedbirli bir davranış olur¹⁵. TBK. m. 589 f. 2'de belirtilen kalemlerin toplamı kefalet belgesinde gösterilen azami miktarın aşagısında kalıyorsa, bu toplam kefilin sorumluluğunun fiili sınırını oluşturur. Buna karşılık, söz konusu toplam kefalet belgesinde belirtilen azami miktarın üzerindeyse, kefil için kefalet belgesindeki sınırlamaya uygun bir sorumluluk ortaya çıkar¹⁶.

Kefilin kendi temerrüdüne bağlı olarak işleyecek temerrüt faizi, kuşkusuz, kefalet belgesinde gösterilen üst sınırın dışında kalır. Kendi temerrüdünün yasal bir sonucu olarak işleyecek temerrüt faizi, kefilden, herhangi bir

kaynaklanan borçlar için olanaklıdır". YKD, C. 27, S: 3, T: Mart 2001, s. 331-332. 11 HD'nin 21. 12. 2001 tarih ve E. 2001/7344, K. 2001/10063 sayılı kararında konuya ilişkin olarak şunlar söylenmektedir: "Somut olayda hesap 24. 03. 1998 tarihinde kat edilmiş olmasına rağmen, bankaca borçlu ve kefiller aleyhine 18. 10. 1997 tarihinde icra takibine girilmiş olması nedeniyle bu tarihte temerrüdün oluştuğunun kabulü ile (aynı zamanda kefalet limiti de olan) kredi limitine bu tarihten itibaren temerrüt faizi uygulanması gerekir iken, kredinin ilk kullanıldığı tarihten itibaren takip tarihine kadar faiz yürütülmesi suretiyle temerrütten önce limitin aşılmasını doğuracak şekilde hüküm kurulması bozmayı gerektirmiştir". YKD, C. 28, S: 7, T: Temmuz 2002, s. 1052.

214 Aksi düşünce için bkz. Gut, s. 9.

215 İsviçre uygulamasında, kefilin sorumluluğunun üst sınırı belirlenirken, genellikle, esas borç tutarını %20 aşan bir tutarın gösterilmesi yoluna gidilmektedir. Giovanoli, Art. 493, N. 19, Art. 499, N. 5; Pestalozzi, Art. 499, N. 1.

216 Pestalozzi, Art. 499, N. 3.

sınırla bağlı olunmaksızın talep edilebilir²¹⁷. Aynı ayırım dava ve takip giderleri açısından da yapılmalıdır. Esas borçluya karşı açılan dava ve yürütülen takip için yapılan giderler kefalet belgesindeki sınırın içinde kaldığı sürece kefinden talep edilebilecekken, bizzat kefile karşı açılan dava veya yürütülen takibin giderleri bu sınırın dışında kalır. Kefil, kendisi hakkında açılan dava veya yürütülen takibin giderlerinden herhangi bir sınırlama olmaksızın sorumludur²¹⁸.

Kefalet sorumluluğu için getirilmiş üst sınır, birlikte kefillerin ortaklaşa olarak sorumlu tutulabileceği en fazla tutarı gösterir. Bir başka deyişle birlikte kefillerin hepsinden elde edilebilecek toplam ödeme, kefalet sorumluluğu için getirilmiş üst sınırı aşamaz. Adi birlikte kefalet söz konusuysa, birlikte kefillerden her biri, azami sorumluluk sınırının kendi payına düşen kısmından sorumlu tutulabileceğini ileri sürebilir²¹⁹.

217 Bede, Art. 499, N. 6. Kefilin, kendi temerrüdünün yasal bir sonucu olarak işleyecek temerrüt faizinden, kefalet belgesinde gösterilen üst sınırla bağlı olmaksızın sorumlu olacağı, Yargıtay'ımız tarafından da kabul edilmektedir. 19 HD'nin 28. 05. 1992 tarih, 1992/1752 E. ve 1992/2392 K. sayılı kararında şunlar söylenmektedir: "Davalı Osman Nuri, davacı banka ile Hacı arasındaki kredi sözleşmesinde 5 Milyon lira kredi limiti ile sorumlu kefil olup, bankanın kredi sözleşmesini kat edip, davalılara keşide ettiği 22. 2. 1990 tarihli ihtarname ile tanınan süre de gözetilerek, 1. 3. 1990 tarihinden itibaren mevcut kefalet kredi limiti ile ve bu tarihten sonraki temerrüdünün faizlerinden sorumludur. Bu ilke doğrultusunda mahkemece bilirkişi incelemesi yaptırılarak davalı Osman Nuri'nin kefaletinden ve temerrüdünden dolayı davacı bankaya sorumlu olduğu miktarın saptanması gerekmektedir". YKD, C: 19, S. 1, T: Ocak 1993, s. 87-88.

218 Beck, Art. 499, N. 7; Pestalozzi, Art. 499, N. 1.

219 Beck, Art. 499, N. 8.

§ 3. Kefalet Sözleşmesinin Kurulması ve Geçerlilik Şartları

I. Kefalet sözleşmesinin güvence altına aldığı borca bağlı geçerlik şartları

A. Kefalet güvencesine bağlanabilecek borçlar

Kefalet güvencesine bağlanabilecek borçlar içerik olarak sınırlanmamıştır. Geçerli olarak ortaya çıkmış ve devam eden her türlü borç kefalet sözleşmesiyle teminat altına alınabilir. Kefil olunan borç, sözleşmeden, haksız fiilden, sebepsiz zenginleşmeden veya yasanın borç doğumunu bağladığı herhangi bir olgudan kaynaklanabilir. Söz konusu borcun bir verme edimini konu alması mümkün olduğu gibi, bir yapma veya yapmama edimini konu alması da mümkündür. Borçlunun yerine getirmesi gereken edim, kişiliğine bağlı ve sadece onun tarafından yerine getirilebilecek bir edim olsa bile, bu edime ilişkin borç için kefil olunabilir. Kefil esas borçlunun edimini yerine getirmeyi değil, bu edimin yerine getirilmemesi yüzünden ortaya çıkan alacaklı zararını karşılamayı taahhüt eder. Bu nedenle, esas borçlunun ediminin onun kişiliğine bağlı olup olmaması kefalet sözleşmesi bakımından önemli değildir. İfa edilmemesi üzerine tazminat alacağına dönüşebilen her edim, kefalet sözleşmesiyle teminat altına alınabilir¹.

Giovanoli, Art. 492, N. 9; Scyboz, s. 358; Reichwein, s. 376; Guhl, s. 27; de Biasio, s. 8-9. Bir borç ilişkisinden kaynaklanan belirli bir borç için kefil olunabileceği gibi, söz konusu borç ilişkisinin bir tarafı için halihazırda doğmuş ve ileride doğacak bütün borçlar için de kefil olunabilir. Ne var ki, Borçlar Kanununun kefaletle ilişkin hükümlerinin, borç ilişkisi bir bütün olarak göz önünde tutularak yapılan kefalet sözleşmelerini değil, borç ilişkisinden kaynaklanan belirli bir borca yönelik olarak yapılan kefalet sözleşmelerini esas aldığı söylenebilir. Scyboz, s. 359, dpn. 8.

Sadece mevcut borçların değil ileride doğacak borçların kefalet güvencesine bağlanması mümkündür. Aynı kefalet sözleşmesiyle birden fazla borcun güvence altına alınmasına da bir engel yoktur. Bu borçların birbirinden farklı sebebe dayanıyor olması bu bakımdan bir fark yaratmaz. Şu halde, sözleşmeden doğan bir borçla haksız fiilden doğan borç aynı kefalet sözleşmesine konu oluşturabilecektir. Sürekli bir borç ilişkisinin taraflarından biri için gerek ilişki devam ederken gerekse sona erdiğinde doğacak bütün borçlar, başlangıçta yapılan bir ve aynı kefalet sözleşmesiyle güvence altına alınabilir. Sözgelimi, bir kira sözleşmesi yapılırken, kiracının gerek kira ilişkisinin devamı sırasında gerek kira ilişkisi sona erdiğinde doğacak bütün borçları hakkında kefil olunabilir. Gerçi sadece kira bedeline ilişkin borca kefil olunmasına da bir engel yoktur. Ne var ki, kefilin sorumluluğunun sadece kira bedeline ilişkin borçla sınırlanması gerekli olmayıp, kiracı için söz konusu olabilecek başkaca borçların da kefaletin kapsamına girdiği pekala kararlaştırılabilir. Bu son durumda kiracının kira bedelini ödememesi gibi, kira konusunu özensiz kullanarak hasara uğratması veya kira sözleşmesi sona erdiğinde kiralananın iadesini geciktirerek kiraya verenin zarar görmesine yol açması; kefile başvurulmasını mümkün kılan olgular olarak karşımıza çıkacaktır. Bunun gibi, bir kredi açma sözleşmesinde kredi müşterisi için kefil olan kişi, bu sözleşme uyarınca kullanılacak her türlü münferit krediden kaynaklanan borç için teminat vermiş sayılacaktır. Çerçeve nitelikteki genel kredi sözleşmesine kefil olan kişinin, sonradan kullandırılan her bir münferit kredi nedeniyle ayrıca taahhütte bulunmasını aramak gerekmecektir².

- 2 Yargıtay 19. Hukuk Dairesi'nin 30. 12. 2014 tarih ve E: 2015/5485, K. 2015/13282 sayılı kararında şu satırlar yer almaktadır: "Mahkemece yapılan yargılama ve düzenlenen bilirkişi raporu doğrultusunda, davalının müşterek borçlu müteselsil kefil sıfatıyla imzaladığı genel nakdi ve gayri nakdi kredi sözleşmesi kapsamında davacı bankanın dava dışı asıl borçluya 36 ay vadeli 25. 000 TL kredi kullandırdığı, bu kredinin bakiyesinin hesap kat tarihi itibarıyla 1.630, 28 TL olduğu, bankanın limit artırımı yaparak dava dışı asıl borçluya başkaca krediler kullandığını ise de, bu kredilerin ödeme tablolarında ve limit artırımı sözleşmelerinde davalının imzasının bulunmaması, söz konusu kredilerin birbirinden bağımsız olduğunun anlaşılması nedeniyle davalının bu kredilerden kaynaklanan borçtan sorumlu olmayacağı, davalının takip tarihi itibarıyla 1. 699, 09 ana para, 84, 10 TL faiz, 2, 51 TL BSMV olmak üzere toplam 1. 787, 40 TL borcunun bulunduğu, ticari krediden kaynaklanan borcun likit olduğu gerekçesiyle, davanın kısmen kabulüne, itirazın 1. 787, 40 TL yönünden iptaline, %20 oranında icra inkar tazminatının davalıdan alınarak davacıya verilmesine karar verilmiş hüküm davacı vekilince temyiz edilmiştir. Davacı banka, davalının kefaleti bulunan genel kredi sözleşmesi uyarınca icra takibi başlatmış, itiraz üzerine itirazın iptali davası açılmıştır. Davacının kefil

olduğu dava dışı asılı borçlu T. Ö. ile banka arasında 25. 000 TL limitli 15/11/2010 tarihli sözleşme imzalanmıştır. Bu tarihten sonra aynı sözleşmeye ek olarak 25/02/11, 04/04/2011, 01/12/2011 ve 27/04/2012 tarihlerinde limit artının sözleşmeleri **yapılmış**. bu sözleşmeleri davalı kefil sıfatıyla imzalamamıştır. Davacı imzası bulunan 15/11/2010 tarihli sözleşmeden dolayı kefalet limiti ve temerrüdünün sonuçlarından sorumludur. Limit artırımları aynı bir sözleşme olarak değerlendirilmez ve davalı kefilin sorumluluğunu kaldırmaz. Mahkemece bu sözleşme kapsamında kullanılan kredi miktarları tespit edilip, davalının yukarıda açıklanan ilkeler uyarınca sorumlu olduğu miktar belirlenip bir karar verilmesi gerekirken, aynı sözleşmeler olarak kabul edilip karar verilmesi doğru olmamış, mahkeme kararının bozulması gerekmiştir". Görülüyor ki, Yüksek Mahkeme, başlangıçta yapılan çerçeve nitelikte genel kredi sözleşmesinden sonra gerçekleştirilen münferit kredi işlemlerini aynı ve bağımsız bir sözleşme olarak kabul etmemiş; bilakis, çerçeve nitelikteki genel kredi sözleşmesinin uygulanması (hayata geçirilmesi) olarak değerlendirmiştir. Böyle bir değerlendirmeye bağlı olarak da, çerçeve nitelikte genel kredi sözleşmesi yapılırken kredi müşterisi için kefil olan kişinin sorumluluğunun, çerçeve ilişki bağlamında gerçekleşen münferit kredi işlemlerinden doğan borçları kapsayacağı söylenmiştir. Böyle bir kefil, çerçeve ilişki bağlamında gerçekleşen her bir krediden, ayrıca taahhütte bulunması aranmaksızın sorumlu tutulabilecektir. Gerçi kefil kendi sorumluluk limitini başlangıçta yapılan genel kredi sözleşmesindeki kredi limitiyle sınırlamış olduğuna göre, kredi limitinin sonradan artırılması kefilin sorumluluk limitinin de artması sonucunu doğurmaz. Kefilin artırılan kredi limitine göre sorumlu tutulabilmesi için, kefaletin geçerlilik koşullarının gözetildiği bir sözleşmeyle kendi sorumluluk limitinin artırılmasına da ayrıca nza göstermesi gerekir. Şu halde, limit artışıyla birlikte yapılan münferit kredi işlemlerinin, çerçeve nitelikteki genel kredi sözleşmesinin uygulanmasına yönelik işlemler olarak kefilin sorumluluğu kapsamında kaldığı söylenebilmekle beraber; kullanılan kredinin toplamı kefalet sözleşmesi yapıldığı sıradaki kredi limitini (ki aynı zamanda kefilin de sorumluluk limitidir) aştığı takdirde, kefil aşan kısımdan sorumlu tutulamayacaktır. Yargıtay 19. Hukuk Dairesi'nin 19.01. 2015 günlü ve 2011/240-2013/808 sayılı kararı da konumuz bakımından dikkat çekicidir: "Davalı banka ile dava dışı asıl borçlu şirket arasında 02.01.2008 tarihli genel kredi sözleşmesi imzalanmış olup, anılan bu sözleşmeyi davalı kefil olarak imzalamıştır. Öte yandan davacı banka ile dava dışı asıl borçlu arasında 30.03.2009, 29.09.2009 tarihli kredi sözleşmeleri de imzalandığı ancak bu sözleşmelerde davalının kefaletinin bulunmadığı, ayrıca davalı kefaletinin bulunduğu kredi sözleşmelerinden doğan borcun da ödendiğini savunmuştur. Hükme esas alınan bilirkişi raporunda takibe konu kredi borcunun hangi sözleşme veya sözleşmelerden kaynaklandığı hususunda bir açıklık bulunmamaktadır. <Bu durumda mahkemece anılan bu husus ve davalının savunması üzerinde durularak yeni bir bilirkişi heyetinden rapor alınarak varılacak uygun sonuç doğrultusunda bir karar verilmesi gerekirken eksik inceleme ile yazılı şekilde hüküm kurulması doğru değildir". Bu karara konu olan olayda, aynı müşteriyle banka arasında birden fazla kredi sözleşmesinin imzalanmış olduğu ve kefilin imzasının bu sözleşmelerden sadece birisinde bulunduğu anlaşılmaktadır. Bankanın takibine dayanak olan kredi borcunun hangi kredi sözleşmesinden kaynaklandığının belirlenmesi gerektiği, kefilin imzasının bulunduğu kredi sözleşmesinden kaynaklanan bir borç söz konusu değilse kefilin takibinin de mümkün olamayacağı Yüksek Mahke-

me tarafından ileri sürülmektedir. Kredi borcunun kefilin imzasının bulunduğu kredi sözleşmesinden kaynaklanıp kaynaklanmadığı hususunu kefil hakkındaki takip bakı-
 ından belirleyici öneme sahip sayan bu karar, mevcut şekliyle amaca uygun görül-
 bile, somut gerçekliğe uygun düşmüyor olabilir. Gerçekten de, ortada bulunan kredi
 sözleşmelerinin de biri, başlangıçta yapılan ve müşteriye belirli bir limit dairesin de kredi
 tahsis edilmesini konu alan genel kredi sözleşmesi iken, diğerleri bu sözleşmenin uy-
 1. a sına (hayata geçirilmesine yönelik) münferit kredi işlemlerini konu alıyor olabi-
 1. Eğer böyleyse, sonraki tarihli sözleşmelerin bağımsız bir sözleşme gibi düşünülme-
 sı uygun olmayacak, başlangıçta yapılan çerçeve nitelikteki sözleşmenin birer uzan tısı
 olarak düşünülmeleri gerekecektir. Başlangıçta yapılan genel kredi sözleşmesinde 1-
 zası b lunan bir kefil, bu genel kredi sözleşmesinin ifası mahiyetini taşıyan münferit
 ed işlemlerine ilişkin olarak ayrıca düzenlenen sözleşmelerde imzası bulunmasa bıl e
 yine de sorumlu tutulabilir. Yeter ki, sonradan düzenlenen sözleşmelerin bağımsız hır
 mahiyeti olmadığı, başlangıçta yapılan çerçeve sözleşmenin uygulanması aşaması-
 o uşturdu u söylenebilsin. Bu söylenemediği takdirde, bilakis sonradan yapılan her bir
 sözleşmenin ayrı ve bağımsız bir kredi ilişkisinin ifadesi olduğu sonucuna vanlabile-
 c kse, bu sözleşmelerde kefil sıfatıyla imzası olmayan bir kişinin sorumlu tutulabilme-
 sı elbette mümkün olmaz. Ne var ki, bu konuda bir değerlendirme yapılırken, sonradan
 yapılan sözleşmelere ilişkin olarak kaleme alınan metinlerin içerisinde yer alan ifade-
 lerden yola çıkılması her zaman yeterli olmayabilir. Gerçekten de, çok defa, hazırl-
 sözleşme metinleri, bu sözleşmenin daha önce yapılmış bir genel kredi sözleşmesinin
 uygulaması mahiyetinde olmadığı, bilakis bağımsız bir sözleşme olduğu izlenimini
 uyandıracak ifadeler içermektedir. Bu ifadelerden yola çıkılırsa, kefilin imzasını taşı-
 yan başlangıçtaki çerçeve sözleşmeyle bağlantının kurulması güçleşebilir. Sonradan
 yapılan sözleşmenin bağımsız bir sözleşme olmadığını ortaya koyabilmek için sözleş-
 me metninin dışında kalan unsurlara başvurarak bir değerlendirme yapılması gerekebi-
 lir. Gerçi tam bu noktada (aslında haklı olarak) şunlar da söylenebilir: Kefilin imzasını
 da taşıyan çerçeve nitelikteki genel kredi sözleşmesinin akdedilmesinden sonra münfe-
 rit kredi işlemleri yapılırken, bu işlemleri bağımsız bir kredi ilişkisi kuruluyormuş gibi
 gösteren sözleşme metinleri bizzat banka yetkilileri tarafından kaleme alınmaktadır. Bir
 sözleşme metninin o metni kaleme alan taraf aleyhine yorumlanacağı yolundaki temel
 yorum ilkesi burada devreye girebilecektir. Bir genel kredi sözleşmesinin uygulanması
 mahiyetinde olan münferit kredi işlemini bağımsız bir kredi ilişkisi kuruluyormuş gibi
 gösteren bir belge hazırlayıp kredi müşterisine imzalatan banka, yarattığı bu görüntü-
 nün sonuçlarına katlanmalıdır. Banka madem ki kendi tarafından hazırlanan belgede,
 başlangıçta yapılan çerçeve nitelikteki sözleşmeyle bağlantıyı kurmamış ve bağımsız
 bir işlem yapıldığı kuşkusuna yol açmıştır, bu kuşkunun kendi aleyhine yorum yapıla-
 rak giderilmesine de katlanmalıdır. Şu halde, banka, münferit kredi işlemine ilişkin
 olarak düzenlenen sözleşmede imzası bulunmayan kefil, bu kredi işleminden ötürü
 sorumlu tutamayacak; aslında genel kredi sözleşmesinin hayata geçirilmesi mahiyetini
 taşıyan bu işlemin, bağımsız bir kredi işlemi gibi değerlendirilmesini sineye çekecektir.
 Bütün bu sorunlarla ve tartışmalarla karşılaşmak istemeyen bankaya düşen, çerçeve
 nitelikteki genel kredi sözleşmesinin uygulama aşamasını oluşturan münferit kredi iş-
 lemleri yapılırken, bağımsız bir kredi ilişkisi kurulduğuna ilişkin bir görünüm yaratma-
 maktır. Buna göre, yapılan kredi işleminde çerçeve nitelikteki genel kredi sözleşmesine
 yollama yapılması yerinde olacaktır.

Kıymetli evraktan kaynaklanan yükümlülüğün, kıymetli evrak hukukuna özgü bir kişisel teminat olan aval yerine kefalet sözleşmesiyle teminat altına alınması mümkündür³.

İrad senedinden kaynaklanan borcun kefalet sözleşmesiyle teminat altına alınıp alınamayacağı tartışılabilir. Bir görüşe göre, esas borcun irad senedinden kaynaklandığı durumlarda, bu borca ilişkin bir kefalet sözleşmesi yapılamaz. Bu görüş gerekçe olarak irad senedinden kaynaklanan borçtan kişisel olarak sorumlu tutulabilecek kimsenin bulunmamasını gösterir. İrad senedinin ilişkin olduğu taşınmazın her yeni maliki, bu senedin borçlusu durumuna geçer. Ne var ki, irad senedinden kaynaklanan borçtan kişisel olarak sorumlu tutulamaz. Sorumluluğu irad senedini güvence altına alan rehin hakkının kayıtladığı taşınmazın değeriyle sınırlıdır. Kişisel olarak sorumlu olan bir esas borçlunun bulunmadığı yerde, bu borçtan sorumluluk üstlenen bir kefilin bulunması da mümkün değildir. Kefalet sözleşmesi, alacaklıya, esas borçlunun malvarlığının yanında bir başkasının malvarlığına başvurabilme olanağı veren bir sözleşmedir. O halde, malvarlığına gidilebilecek bir esas borçludan söz edilemeyen yerde kefilden de söz edilemez. Buna karşılık, bu görüşün taraftarları, irad senedinden kaynaklanan borcun faizleri için geçerli bir kefalet sözleşmesi yapılabileceğini kabul ederler. Bu faizlerden ötürü irad senedinin ilişkin olduğu taşınmazla kayıtlı bir sorumluluk söz konusu olmadığı için, faiz alacaklısına teminat verme amacı taşıyan bir kefalet sözleşmesi yapılabilmesini mümkün görürler⁴. Bir diğer görüş, irad senedinden kaynaklanan borç için de kefalet sözleşmesi yapılabileceğini, esas borcun içeriğine ilişkin bir sınırlama getirmeyen yasa koyucunun iradesine aykırı düşen bir sınırlamanın kabul edilemeyeceğini savunur⁵. Kanaatimce, bu ikinci görüş yerindedir. Bu arada, irad senedinden kaynaklanan borç için kefalet sözleşmesi yapılamayacağını savunanların, bu borca ilişkin garanti sözleşmesi yapılabilmesini kabul ettiklerini de belirtmek gerekir. Aynı amaçla yönelik kişisel teminat sözleşmeleri bakımından bu konuda bir farklılık yaratılması için haklı bir sebep gösterilemez. İrad senedinden doğan borç için kefalet sözleşmesi yapılması, etkisini, alacaklıya ödeme yapan kefilin esas borçluya rücu edebilmesi bakımından gösterir. Esas borçlunun kişisel sorumluluğu olmadığına ve irad senedinin ilişkin olduğu taşınmazla sınırlı bir sorumluluk söz konusu olduğuna göre, alacaklıya halef olan kefil de,

3 **Beck, Art.** 492, N. 109.

4 Lerchffuason, s. 14.

5 Tobler, s. 17. Bu görüş farklılıkları için ayrıca bkz. Beck, Art. 492, N. 110.

rücu sırasında, bu taşınmazı değerlendirmenin ötesinde bir olanağa sahip değildir.

B. İleride doğacak veya koşula bağlanmış borçlara kefil olunması

Kefalet sözleşmesinin fer'iliği geçerli bir esas borcun varlığını gerektirir. Esas borç herhangi bir biçimde geçersiz olursa, bu geçersizlik kefalet sözleşmesine de yansır. Ne var ki, fer'ilik ilkesi bir noktada yumuşamakta, kefalet sözleşmesinin yapıldığı sırada esas borç henüz ortaya çıkmış olmasa bile, kefilden talepte bulunulduğu sırada ortaya çıkmış olması yeterli görülmektedir. Bu sayede, ileride doğacak bir borç için veya geciktirici koşula bağlanmış bir borç için kefil olunabilmesi mümkün hale gelmektedir (TBK m. 582 f. 1). Henüz doğmamış bir borç için kefil olunabilmesi, uygulamada önemli bir gereksinime cevap verir. Bu olanak sayesinde, kira sözleşmesi yapılırken, henüz doğmamış kira bedeli borçları için kefil olunabilmekte, bir kredi açma sözleşmesi sırasında, henüz kullandırılmamış 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. Henüz doğmamış bir borç için kefalet sözleşmesi yapılmışsa, bu sözleşme kefil için bağlayıcıdır. Ne var ki, kefalet sözleşmesinin hükümlerini doğurabilmesi ve kefilden talepte bulunulabilmesi için esas borcun doğmuş olması gerekir⁶. Esas borcun geciktirici bir koşula bağlandığı olasılıkta, bu borç için yapılan kefalet sözleşmesi bakımından da benzer bir durum vardır. Kefalet sözleşmesi bağlayıcı olmakla birlikte, kefilden talepte bulunulabilmesi için esas borcun bağlandığı geciktirici koşulun gerçekleşmesi gerekir. Bu noktadan bakılınca, henüz doğmamış veya geciktirici koşula bağlı bir borç için yapılan kefalet sözleşmesinin "*geciktirici koşula bağlı olduğu*" söylenebilir. Esas borcun doğması veya esas borcun bağlandığı koşulun gerçekleşmesi, kefalet sözleşmesinin hükümlerini doğurabilmesinin "*koşulu*" durumundadır⁷. Buna karşılık, esas borç bozucu koşula bağlıysa, kefalet sözleşmesi yapıldığı anda hükümlerini doğurur ve kefilden talepte bulunulabilir. Ne var ki, esas borcun bağlı olduğu bozucu şartın gerçekleşmesi, esas borçla birlikte kefilin yükümlülüğünün de ortadan kalkması sonucunu doğurur. Bu durumda esas

6 Giovanoli, Art. N. 69, de Biasio, s. 5.

7 Beck, Art. 492, N. 115, 116.

borcun bozucu koşula bağlı olması, kefalet sözleşmesinin de bozucu koşula bağlı olması anlamına gelir.

C. Mevcut olmayan veya kesin hükümsüz bir sözleşmeden kaynaklanan borca kefil olunması

Kefil olduğu sırada "geçersiz" olan esas borç sonradan ••geçerli hale gelirse, bu durum kefilin yükümlülüğü bakımından nasıl bir sonuç doğurur? Bu soruya cevap verilebilmesi için, esas borcun ne türden bir geçersizliğin etkisi altında olduğuna bakmak gerekir. Esas borcun kaynaklandığı sözleşme "kesin hükümsüz" olarak nitelendiriliyorsa, bu borca ilişkin olarak yapılan kefalet sözleşmesi de "kesin hükümsüz" olur. Kefilin esas borcun kesin hükümsüz bir sözleşmeden kaynaklandığını bilerek yükümlülük altına girmesi, bu noktada bir fark yaratmaz. Esas borcun kaynaklandığı sözleşmenin sonradan geçerli olarak yeniden yapılması, önceden verilmiş kefaletin geçerli hale gelmesi sonucunu doğurmaz. Kefalet sözleşmesinin de yeniden yapılması gerekir⁸. 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 "kesin hükümsüzlük" sebebidir. Esas borcun sonradan "mevcudiyet" kazanması, "kesin hükümsüz" olan kefalet sözleşmesinin geçerlik kazanmasına yol açmaz⁹.

D. Esas borcun esas borçluyu bağlamaması

1. Esas borçlunun iptal hakkı bulunması

Esas borcun kaynaklandığı sözleşme esas borçlu açısından "tek taraflı bağlamazlık" veya "iptal edilebilirlik" türünden bir geçersizliğin etkisi altında olabilir. Esas borçlunun irade sakatlığı veya aşın yararlanmaya dayanan bir "iptal hakkı" bulunuyorsa, bu hakkı kullanıp kullanmayacağına bakmak gerekir. Esas borçlu iptal beyanında bulunursa, esas borcun kaynaklandığı sözleşmeyle birlikte kefilin yükümlülüğü de ortadan kalkar. Esas borçlu, esas borcun kaynaklandığı sözleşmeyi onaylar veya iptal hakkını

8 Beck, Art. 492, N. 117; Giovanoli, Art. 492, N. 74; Lerch-Tuason, s. 10; de Biasio, s. 5; Scyboz, s. 366.

9 Scyboz, s. 364; de Biasio, s. 5.

süresinde kullanmadığı için onayladığı varsayılırsa, kefilin yükümlülüğü kesinleşir¹⁰. Kefilin, esas borçlunun kullanmadığı iptal hakkını onun yerine geçerek kullanması mümkün olmadığı gibi, kendi adına kullanması da mümkün değildir. Sözleşmeyi iptal hakkı, o sözleşmeye taraf olan kişiye tanınmıştır. Kefil esas borcun kaynaklandığı sözleşmeye taraf olmadığına göre, taraf sıfatına bağlı "*iptal hakkını*" kullanamayacak, bu hakları sahibi olan esas borçlunun kendi işlerini serbestçe yönetebilme yetkisine müdahale edemeyecektir". Kefilin yararlanabileceği yegane olanak, esas borçlunun iptal hakkını kullanıp kullanmayacağı henüz belirsizken¹² alacaklının ödeme talebini reddetmektir. Kefilin alacaklının ödeme talebine karşı ileri sürebileceği bu "*def'i*", TBK m. 140'dan çıkarılabilir. Bu hükme göre, "*asıl borçlunun takası ileri sürme hakkı bulunduğunda, kefil de alacaklıya ifada bulunmaktan kaçınabilir*". Esas borçlunun takas haklarını kullanma olasılığı oldukça alacaklının talebini geri çevirebilecek olan kefilin, esas borçlunun iptal hakkını kullanma olasılığı oldukça alacaklının talebini geri çevirebilmesi de mümkün olmalıdır¹³. Her iki olgudaki karşılıklı çıkarlar özdeştir.

10 Esas borçlunun sadece olumsuz bir davranışının, bir başka deyişle iptal hakkını süresinde kullanmamasının değil, iptal hakkından açıkça feragat etmek tarzındaki olumlu davranışının da kefilin yükümlülüğünü kesinleştirici bir etki doğuracağı kabul edilmektedir. Esas borçlunun sahip olduğu savunma olanaklarından vazgeçmesinin, kefilin durumunu etkilemeyeceğini belirten TBK m. 591 f. 2 düzenlemesi, esas borçlunun (veya yasal temsilcisinin) bir yenilik doğuran hakka sahip olduğu olasılıklarda yürürlük kazanmaz. Kefil, iptal hakkını kullanmayan esas borçlunun yapabileceği bir savunmadan vazgeçtiğini, bu nedenle kendisinin sorumlu tutulmayacağını ileri süremez. Gut, s. 73-74; Guhl, s. 75; Tobler, 74 vd, 77; de Biasio, s. 115-116.

11 Tobler, s. 74.

12 İptal hakkını kullanmak bakımından kefil, esas borçlu tarafından yetkilendirilmiş olabilir. Bu takdirde esas borçlu adına iptal beyanında bulunması mümkün olabilir. Scyboz, s. 366.

13 Friedrich Harrer, Einreden des Bürgen, FS für Heinrich Honsell, Besonderes Vertragsrecht-aktuelle Probleme, Zürich 2002, s. 516; Giovanoli, Art. 492, N. 77; Tandoğan, Borçlar il, s. 721-722; Aral, Borçlar, s. 430; Reisoğlu, Kefalet, s. 18. Diğer taraftan, esas borçlu, iradesinin sakatlandığını bilmesine rağmen bir kefil temin ederse, iptal hakkından vazgeçmiş olduğu sonucunu çıkarmaya elverişli bir davranış gerçekleştirmiş olur. Bkz. Reisoğlu, Kefalet, s. 177. Kefil, esas borçlunun iptal hakkı bulunduğu habersiz olduğu için geçici def'i hakkını kullanmadan ifada bulunabilir. Böyle bir olasılıkta, esas borçlunun iptal hakkını kullanması üzerine, kefil ödediği tutarı sebepsiz zenginleşme talebiyle geri alabilir. Esas borçlunun iptal hakkını kullanması, esas borcun kaynaklandığı borç ilişkisini baştan itibaren kesin hükümsüz hale getirir. Böylelikle, kefalet sözleşmesi de, yapıldığı andan itibaren kesin olarak hükümsüzleşmiş olur. Borç

Esas borçlunun takas yoluyla veya iptal hakkını kullanarak yükümlülüğünü ortadan kaldırabilme olanağı oldukça, kefilin alacaklının talebini **reddetme** "külfeti" altında olduğu söylenebilir. Kefil bu olanaktan yararlanmadan alacaklıya ödemede bulunursa, esas borçluya rücu hakkı kısmen veya tamamen ortadan kalkabilir. Esas borçlunun yanılması nedeniyle bağlayıcı olmayan bir borca, bu durumu bilerek kefil olan kişinin durumu TBK m. 582 f. 2'de ele alınmıştır. Bu düzenleme yukarıda incelenmiştir¹⁴.

Esas borçlunun irade sakatlığı ve aşın yararlanmaya dayanarak iptal hakkını kullanmasının kefilin yükümlülüğüne etkisi hakkında söylenenler, iptal hakkının söz konusu olabileceği diğer durumlarda da geçerlidir. Esas borç bir anonim ortaklığın genel kurul kararından doğabilir ve bu genel kurul kararıyla borçlu kılınan pay sahibinin söz konusu karar iptal hakkı bulunabilir. Genel kurul kararından kaynaklanan bir borca kefil olan kişinin yükümlülüğü, genel kurul kararının iptal edilip edilmemesine göre, ya kesinleşecek ya da ortadan kalkacaktır. Aynı durum, kooperatif genel kurul kararından doğan bir borca kefil olan kişi için de söz konusudur. Kooperatif üyesinin iptal hakkını kullanıp kullanmaması, kooperatif üyesinin borcu için kefil olan kişinin yükümlülüğü üzerinde etkili olur. Bu nedenle kefil, iptal hakkının kullanılabileceği süre içinde alacaklının ödeme talebini reddedebilir. İhale yoluyla kurulan bir borç ilişkisinden kaynaklanan borca kefil olunursa, ihalenin feshi üzerine kefilin sorumluluğu son bulur. O halde, kefil, ihalenin feshini bizzat talep edemezse de, fesih olanağı bulundukça ödeme yapmayı reddedebilir¹⁵.

2. Esas borçlunun ayıptan doğan seçimlik haklarının bulunması

Esas borç ilişkisi bir satış sözleşmesi olup, alıcıya teslim edilen mal ayıplıysa, alıcının ayıptan doğan seçimlik haklarının varlığı kefilin hukuki durumunu nasıl etkiler? Alıcı ayıba dayanarak sözleşmeden dönme hakkını kullanırsa, satış bedeline ilişkin borç ortadan kalkar. Bu borç için kefil olan kişi de, asıl borcun ortadan kalktığı savunmasını yapabilir. Ne var ki, alıcı henüz sözleşmeden dönme hakkını kullanmamışsa, kefilin geçici bir def'i yoluyla kendisine yöneltilen talebi reddetme olanağı kabul edilmelidir. Ayıba dayanan sözleşmeden dönme hakkının kullanılabileceği süre içerisinde-

olmayan şeyi ifa etmiş durumuna düşen kefilin sebepsiz zenginleşme talebinde bulunabileceği açıktır. Bkz. Elçin Grassinger, s. 42.

14 Bkz. § 2, II, B, 5.

15 Giovanoli, Art. 492, N. 77.

de kefilin geçici bir defiden yararlanması, TBK m. 140'ın kıyas yoluyla uygulanmasıyla mümkün kılınabilecektir. Bu hükme göre, *"asıl borçlunun takası ileri sürme hakkı bulunduğça, kefil de alacaklıya ifada bulunmaktan kaçınabilir"*. Bu hükmün gayesi esas alınır, benzer türden geçici bir defi hakkı, ayıplı mal teslim alan alıcının satış bedeline ilişkin borcu için kefil olan kişiye de tanınmalıdır. Ayıplı mal teslim alan alıcının sözleşmeden dönme hakkı bulunması, satış bedeline ilişkin yükümlülüğün devam edip etmeyeceğini belirsiz hale getirir. Bu belirsizlik ortadan kalkıncaya kadar kefilin alacaklının talebini yerine getirmekten kaçınması haklı görülmelidir. Benzer düşünceler, alıcının diğer bir seçimlik hakkı olan satış bedelinin indirilmesini isteme hakkı bakımından da geçerlidir. Alıcının bu hakkını kullanması satış bedelinin indirilmesine yol açacağından, satış bedeli için kefil olan kişi bu olgudan etkilenecektir. O halde, alıcının satış bedelinin indirilmesini isteme olanağının varlığı, bu konudaki belirsizlik ortadan kalkıncaya kadar kefile ifadan kaçınma¹⁶ hakkı vermelidir.

Ayıplı mal teslim alan alıcının, zamanaşımı süresi içerisinde gözden geçirme ve ayıbı bildirme külfetlerini yerine getirmiş olması kaydıyla, sürekli bir defi hakkından yararlanması mümkündür (TBK. m. 231 f. 1 c. son). Buna göre, alıcı, ayıptan doğan seçimlik hakların kullanılmasına ilişkin zamanaşımı süresi geçtikten sonra, satıcının kendisine karşı açtığı bir davada savunma planında seçimlik hakları kullanabilir. Alıcının seçimlik haklarını sürekli bir defi hakkı yoluyla kullanabilme olanağının devam etmesi, kefilin de alacaklının ifa talebini sürekli olarak reddedebilmesini mümkün kılar. Ne var ki, alıcının bu sürekli defi hakkından feragat etmesi ve seçimlik haklarını kullanmayacağını kesin olarak bildirmesi, kanaatimce, *"esas borçlunun sahip olduğu def'ilerden feragat etmesi kefilin durumunu etkilemez"* ilkesinin kapsamına girmez. Alıcının sürekli defi hakkı, satıcının açtığı bir davada *"yenilik doğuran hak"* niteliğindeki seçimlik haklarını kullanmasına olanak vermektedir. Söz konusu yenilik doğuran haklar özgürce kullanılabilmesine göre, alıcının bu hakları kullanmaktan vazgeçmesi mümkündür. Böyle bir durumda, kefil, bu hakların kullanılabilme olanağı olduğunu ileri sürerek ifadan kaçınmaz. Ayıptan doğan hakların zamanaşımı süresi içerisinde gözden geçirme ve bildirim külfetlerini yerine getirmeyen alıcı, seçimlik haklarını kullanma olanağını yitirecektir. Bu durumda, sözleşmeden dönülmesi veya satış bedelinin indirilmesine ilişkin belirsizlik de ortadan kalkacak ve satış bedeli için kefil olan kişinin ifadan kaçınma olanağı kalmayacaktır.

J6 Reinicke/Tiedtke, s. 89-91; Harrer, s. 519; Elçin Grassinger, s. 44.

3. Esas borçlunun sınırlı ehliyetsiz olması

Esas borcun kaynaklandığı sözleşmeyi, sınırlı ehliyetsiz durumundaki esas borçlu yasal temsilcisinin izni olmadan yapmış olabilir. Böyle bir durumda, kefilin yükümlülüğü, yasal temsilcinin onay verip vermemesine göre belirlenecektir. Yasal temsilci onay verirse esas borcun kaynaklandığı sözleşme geçerli hale gelecek ve esas borcun yerine getirilmemesi üzerine kefilin sorumlu tutulması mümkün olacaktır. Buna karşılık, yasal temsilci onay vermezse, geçerli bir esas borç olmayacağından geçerli bir kefalet sözleşmesinden söz etme olanağı da ortadan kalkacaktır¹⁷. Ehliyetsizlik yüzünden bağlayıcı olmayan bir borca kefil olan kişinin durumuna ilişkin TBK m. 582 f. 2 düzenlemesi saklıdır. Bu düzenlemeyi yukarıda incelemiş bulunuyoruz¹⁸.

4. Eksik borçlara kefil olunması

Eksik borçlara ilişkin olarak kefalet sözleşmesi yapılabilip yapılamayacağı hakkında karar verirken, peşin yargılarla ve genellemelerle hareket etmekten kaçınılmalıdır. Her bir eksik borç türü, kendi özellikleri gözetilerek ayrıca ele alınmalıdır. Ne de olsa, eksik borç adı altında ele alınan borçlar kendi içinde pek çok noktada farklılaşırlar ve hepsine yönelik genellemeler yapılamaz. Zamanaşımına uğramış bir borç için kefil olunabileceği tereddütsüz kabul edilir. Zamanaşımına uğramış borca kefil olan kişinin durumu incelenirken bir ayırım yapmak gerekir. Kefil olan kişi, esas borcun zamanaşımına uğradığını bilerek yükümlülük altına girmişse TBK. m. 582 f. 2 uygulanır. Kefil zamanaşımı def'inden yararlanamaz. Böyle bir durumda, yapılan sözleşme tipik bir kefalet değildir. Zamanaşımı savunması bakımından fer' ilik ilkesinin gündeme gelmeyeceği, ama diğer bütün noktalarda kefaletle ilişkin hükümlerin uygulanacağı isimsiz bir teminat sözleşmesidir¹⁹. Esas borcun zamanaşımına uğradığını bilmeden kefil olan kişi, zamanaşımı def'inden yararlanabilecektir²⁰.

17 Tandoğan, Borçlar il, s. 721-722.

18 Bkz. Yukarıda, § 2, II, B, 5.

19 Tandoğan'a göre, zamanaşımına uğradığını bilerek bir borca kefil olan kişi, gerçekte bir garanti sözleşmesi yapmış sayılmalıdır. Tandoğan, Borçlar il, s. 724. Benzer bir düşünce için bkz. Reisoğlu, Kefalet, s. 174; Elçin Grassinger, s. 32-33.

20 Kefilin asıl borçlunun vekili olarak hareket etmesi ve zamanaşımına uğramış borcu güvence altına alması durumunda, asıl borçlunun zamanaşımı def'inden feragat etmiş sayılacağı, bu durumda zamanaşımı def'inde bulunma olanağının gerek esas borçlu gerek kefil bakımından ortadan kalkacağı Reisoğlu tarafından belirtilmektedir. Reisoğlu,

Evlenme simsarının ücret alacağı için kefil olunabilir. Aynı biçimde, kumar ve bahisten veya vadeli işlemlerden doğan alacaklar için kefil olunması da mümkündür²¹. Bu olasılıklarda, kefil, esas borcun eksik borç niteliği taşıdığını, dava ve takip konusu yapılamayacağını ileri sürerek alacaklının kendisine yönelttiği talebi geri çevirebilir²². TBK m. 604 f. 1'in ifadesiyle, *"kumar ve bahisten doğan alacak hakkında dava açılmaz ve takip yapılamaz"*. TBK m. 524'ün ifadesiyle de, *"evlenme simsarlığından doğan ücret hakkında dava açılmaz ve takip yapılamaz"*. Bu ifadeler, evlenme simsarlığından ya da kumar ve bahisten doğan borçların eksik borç niteliğini açıkça göstermektedir. Bu nitelik, bu tür borçlara kefil olan kişinin alacaklının ödeme talebini geri çevirebilmesini sağlayacaktır. İfa talebini reddetmek bakımından esas borçlunun sahip olduğu olanaktan, fer'i bir sorumluluk altına girmiş olan kefil de yararlanır. Üstelik kefil, esas borcun kumar ve bahisten ya da evlenme simsarlığından kaynaklandığını bilerek sorumluluk üstlenmiş olsa bile, *"eksik borç"* savunmasını yaparak alacaklının ödeme talebini yerine getirmekten kaçınabilir. TBK. m. 591 f. son'da, *"kumar veya bahisten doğan bir borca kefalette kefil, borcun bu niteliğini bilmiş olsa bile, asıl borçlunun sahip olduğu def 'ileri ileri sürebilir"* denilmektedir. Bu hükümde her ne kadar evlenme simsarlığından doğan borca kefaletten söz edilmemişse de, aynı sonucun kabul edilmesi kaçınılmazdır. Evlenme simsarlığından doğan borç, kumar ve bahisten doğan borçla hukuki nitelik bakımından özdeşdir. O halde, evlenme simsarlığından doğan borca, borcun bu niteliğini bilerek kefil olan kişi de, esas borçlunun yapabileceği eksik borç savunmasını yapabilir.

Kefalet, s. 174, dpn. 18. Esas borçlunun zamanaşımı def'inden vazgeçmiş olmasının kefilin etkilemeyeceği, kefilin buna rağmen zamanaşımı def'inde bulunabileceği hakkında bkz. Scyboz, 373. Esas borçlunun kendisine ait bir def'iden vazgeçmesinin kefilin olumsuz olarak etkilemeyeceği, kefilin bu def'iyi yine de kullanabileceği TBK. m. 591 f. 2'de, kaynak İsviçre Kanunu'na uygun olarak, açıkça belirtilmektedir (OR Art 502 Abs. 2). Kefile karşı açılan dava sırasında, esas borç bakımından zamanaşımının gerçekleşmesi mümkündür. Kefile karşı açılan davanın esas borç bakımından zamanaşımını kesici etkisi olmayacağından, bu dava devam ederken esas borç zamanaşımına uğrayabilir. Bu olasılıkta kefil, esas borç bakımından gerçekleşen zamanaşımına dayanarak kendisine karşı açılmış ve devam etmekte olan davanın reddedilmesini sağlayabilir. Reinickeffiedtke, s. 89.

21 Beck, Art. 492, N. 119; Tandoğan, Borçlar II, s. 724-725.

22 Reisoğlu, Kefalet, s. 175-176.

TBK. m. 604 f 1'de ve TBK. m. 524'de kullanılan ifadeler. 1881 (eski) Borçlar Kanunu'nun paralel hükümlerinde kullanılan ifadelerden farklıdır. Gerçekten de 818 sayılı Kanun'un 504. maddesinin 1. cümlesinde, "kumar ve bahis, bir alacak hakkı tevhit etmez" denilmekteydi. Aynı Kanun'un 408. maddesinde ise, "evlenme tellallığı, ücrete hak ba etmez" ifadesi yer alıyordu. Bu ifadelere bakılırsa, kumar ve bahisten ya da evlenme tellallığından hiçbir borcun doğmadığı kabul edilebilirdi. Bir başka deyişle, eksik bir borcun ötesinde geçersiz bir borçtan söz edilebilecekti. Bu tür ilişkilerden geçerli bir borç doğmasa bile, bu "sözde" borçların ifası için yapılan kazandırmaların geri alınması mümkün olmayacaktı. İade istenememesi, yapılan kazandırmaların yasal bir iktisap sebebinden yararlanacağıyla açıklanabilirdi. Kumar ve bahisten veya evlenme tellallığından geçerli bir alacak hakla doğmayacağına göre, bu türden borçlara kefil olunduğunu dava dosyasından anlayan yargıcın, görevi gereğince kefile karşı açılan davayı reddetmesi gerekirdi²³. 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun konuya ilişkin olan ve yukarıda zikredilen hükümlerinin, kumar ve bahis alacağının veya evlenme tellallığından doğan ücret alacağının hukukî niteliğini değiştirmiş olduğu söylenebilir. Bu tür ilişkilerden, bundan böyle, geçersiz bir borcun değil de eksik bir borcun doğduğu söylenebilecektir. Bu değişikliğin isabetli olduğu kanısında değilim.

Salt ahlaki alanda kalan, hukukî bir bağlayıcılığı bulunmayan bir yükümlülüğün kefaletle güvence altına alınması mümkün değildir. Ne var ki, sadece def'i yoluyla ileri sürülebilecek bir alacak hakkının, kefaletle güvence altına alınabilmesi olanağı kabul edilmelidir²⁴.

11. Kefalet sözleşmesinin kurulması ve kendine özgü geçerlilik şartları

A. Kefalet sözleşmesinin kurulması, yorumu, koşula bağlanması

1. Kefalet sözleşmesinin kurulması

Kefalet sözleşmesi, kefil olmak isteyen kişiyle alacaklının karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanlarıyla kurulur (TBK m. 1)²⁵. Borçlar Kanunumuzun genel bölümünde yer alan sözleşmelerin kurulması ve yorumuyla ilgili hükümler, kefalet sözleşmesi bakımından da uygulama alanı bulurlar.

23 Scyboz, s. 367.

24 Scyboz, s. 366.

25 Pestalozzi, Art. 492, N. 1.

Kefalet sözleşmesi bakımından önem taşıyan nokta, yüküm altına girmek isteyen kişinin irade beyanından kefil olma iradesinin anlaşılabilmesidir²⁶.

Kefalet sözleşmesinin hazır olmayan kişiler arasında kurulması bakımından değişik olasılıklar söz konusu olabilir. Kefalet sözleşmesine ilişkin önerinin alacaklı tarafından yapılması mümkün olduğu gibi, kefil tarafından yapılması da mümkündür. Alacaklı, kefalet sözleşmesine ilişkin belgenin metnini hazırlayıp, kefil olmasını istediği kişiye göndererek öneride bulunabilir. Böyle bir durumda, kefil, kendisine gönderilen belgeyi, TBK. m. 583 f. 1 c. 2 uyarınca el yazısıyla yapması gereken açıklamaları yaptıktan sonra imzalamalı ve alacaklıya ulaştırmalıdır. Alacaklının hazırlayıp gönderdiği ve kefil tarafından el yazılı açıklamaları eklenerek imzalanan belge, kefilin etki ve egemenlik alanında kaldığı ve onun serbestçe tasarruf edebilmesine açık olduğu sürece, kefilin kabul beyanının varlığından ve kefalet sözleşmesinin kurulduğundan söz edilemeyeceği kanaatindeyiz²⁷.

Hazır olmayan bir alacaklıya kefil tarafından öneride bulunulması da mümkündür. Kefil olmak isteyen kişinin, kefalet belgesini, gerekli el yazılı açıklamaları da yaparak hazırladıktan sonra imzalaması ve söz konusu belgeyi kendi egemenlik alanında tutarak içeriğinden alacaklıyı haberdar etmesi, geçerli bir kefalet sözleşmesinin kurulmasına olanak veren bir öneri sayılmaz. Söz konusu kişinin, hazırlayıp imzaladığı belgeyi kendi etki ve egemenlik alanından çıkarması gerekir²⁸. El yazılı açıklamaları da içerecek bir tarzda imzalanmış kefalet belgesinin kefilin etki ve egemenlik alanından

26 Giovanoli, Art. 492, N. 4; Pestalozzi, Art. 492, N. 3.

27 Alacaklının hazırladığı ve TBK. m. 583 f. 1 c. 2 uyarınca el yazılı açıklamalar yapılmak ve imzalanmak üzere kefil olmasını istediği kişiye gönderdiği kefalet belgesi, kefilin kabul iradesinin nasıl ve hangi şekle uygun olarak açıklanacağına ilişkin alacaklının iradesini de ortaya koymaktadır. Alacaklı, kefilin kabul iradesinin, belgenin kefil tarafından el yazılı açıklamalar yapılarak imzalanması ve tekrar kendisine ulaştırılması tarzında açıklanmasını öngörmüştür. Kefil kabul iradesini bu şekilde ortaya koymadıkça kabul beyanında bulunmuş sayılmayacaktır. Nitekim öneriyi yapanın bu önerisinde kabul beyanı için belirli bir şekle uyulmasını şart kılması durumunda, muhatabın bu şekle uymaksızın yaptığı beyanın kabul sayılmayacağı ve sözleşmeyi kurmaya yeterli olmayacağı öğretide de kabul edilmektedir. Oğuzman/Öz, s. 58-59.

28 Reinickeffiedtke, s. 3 l. Geçerlilik şeklinin söz konusu olduğu durumlarda, irade beyanının bu şekle uygun olarak yapılması, beyanın varlığı bakımından değil geçerliliği bakımından önem taşır. Oğuzman/Öz, s. 50, 58; Eren, s. 221, 232. O halde, kefilin beyanı, kendisi tarafından hazırlanarak imzalanmış bir metnin alacaklıya ulaştırılması yoluyla yapılmazsa, bu durum beyanın varlığı bakımından değil geçerliliği bakımından etkili olacaktır.

çıktığını söyleyebilmek için, alacaklının belgeye doğrudan zilyet kılınması gerekmez. Kefalet belgesine alacaklı için hareket eden bir başkası da (alacaklının yapılan beyanları kendisine ulaştırmakla görevlendirdiği habercisi gibi) doğrudan zilyet olabilir. Önemli olan, kefilin hazırlayarak imzalamış olduğu belge üzerinde serbestçe tasarruf etme olanağının ortadan **kalkmış** olmasıdır. Ancak o takdirdedir ki, geçerli bir kefalet sözleşmesi kurulmasını mümkün kılan bir öneriden söz edebiliriz. Ne var ki, kefalet sözleşmesinin kurulabilmesi için kefil olmak isteyen kişinin öneride bulunmuş sayılması yeterli olmayıp, alacaklının bu öneriyi kabul etmesi gereklidir. Alacaklının kabulü örtülü olarak da gerçekleşebilir²⁹. Alacaklının kefalet belgesini aldıktan sonra sessiz kalması, çoğunlukla, kefalet sözleşmesine ilişkin önerinin örtülü olarak kabul edildiği anlamına gelir. Alacaklının bir karşı edim yükümü altına girmediği, sadece yarar elde ettiği kefalet sözleşmelerinde, imzalı kefalet belgesini alan ve sessiz kalan alacaklının kendi yararına olan bu sözleşmeyi kurmak istediği sonucu çıkarılabilir. TBK m. 6'da, hal ve durumun özelliği gereği susmanın kabul olarak nitelendirilebileceği olasılıkların bulunduğu söylenmektedir. Alacaklının karşı edim yükümü altına girmediği ve sadece yarar elde ettiği bir sözleşmeye ilişkin öneriyi sessizlikle karşılaması, TBK m. 6 uyarınca kabul anlamına gelir³⁰. Kabul iradesinin susma yoluyla açığa vurulduğu bu olasılıkta, kefalet sözleşmesi, imzalı kefalet belgesinin alacaklıya ulaştığı anda hükümlerini doğurur (TBK m. 11 f. 2)³¹.

Yapılan bu açıklamalar çerçevesinde şu sorun açıklığa kavuşturulmalıdır. Kefil olmak isteyen kişi, kefalet belgesini el yazılı açıklamaları da içerecek şekilde hazırlayıp imzaladıktan sonra, söz konusu belgenin suretini alacaklıya faks yoluyla ulaştırıyor. Kefalet belgesinin aslının kefil olmak isteyen

29 Pestalozzi, Art. 492, N. 3.

30 Beck, Art. 492, N. 70; Reinicke/Tiedtke, s. 32. Kefalet belgesini alan alacaklının sessiz kalmasının her zaman için yapılan önerinin kabulü anlamını taşımayabileceğini, TBK m. 6 gereğince, durum ve koşulların susmanın "kabul" anlamı taşıdığını göstermesi gerektiğini unutmamak gerekir. Kefalet belgesini alan bankanın yetkili organı tarafından onaylanmadıkça kefalet sözleşmesinin kurulmayacağı, böyle bir onay gerçekleşene kadar bankanın sessiz kalmasının kabul anlamını taşımayacağı söylenebilir. Buna karşılık, kefalet belgesini alan kişi bu tür bir sözleşmeyi yapmak bakımından yetkili bir kişiye veya söz konusu kefaletin onaylanacağına dair yetkili bir kişinin önceden yapılmış açıklamaları bulunuyorsa, belgeyi alan bankanın sessiz kalmasının kabul anlamı taşıdığını söylemek mümkündür. Susmanın kabul anlamı taşıyıp taşımadığı araştırılırken teamülün de göz önünde tutulması gerektiği açıktır. Giovanoli, Art. 492, N. 53.

31 Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 98.

kişide kaldığı ve belgenin içeriği hakkındaki bilgiyi alacaklının faks yoluyla öğrendiği bu olasılıkta, kefalet sözleşmesine ilişkin bir öneri yapılmış sayılacak mıdır? Sorun şu şekilde de ortaya çıkabilir. Alacaklının hazırlayıp kefil olmasını istediği kişiye gönderdiği kefalet belgesi, bu kişi tarafından el yazılı açıklamalar da eklenerek imzalanıyor ve alacaklı faks yoluyla söz konusu belgenin bir suretini elde ediyor. Bu olasılıkta da soruyu şu biçimde ifade edebiliriz. Alacaklının yaptığı önerinin kabul edilmesiyle geçerli bir kefalet sözleşmesi kurulmuş mudur? Her iki soruya da olumsuz cevap verilmesi gerektiği kanaatindeyim. İlk olasılıkta, kefil olmak isteyen kişi, el yazısını da içerecek şekilde hazırlayıp imzaladığı belgenin aslını elinde bulundurduğuna ve söz konusu belge üzerinde serbestçe tasarruf edebileceğine göre, geçerli bir kefalet sözleşmesinin kurulmasını sağlayacak bir öneri yoktur. Bu türlü bir öneriden söz edilebilmesi, kefil olmak isteyen kişinin hazırlayıp imzaladığı belgeyi kendi etki ve egemenlik alanından çıkarmasına bağlıdır³².

32 Bu konu öteden beri tartışmalıydı ve TBK. m. 14 f. 2'nin getirdiği düzenlemeye rağmen tartışılmaya devam edecektir. Faks yoluyla gönderilen belgelerde, muhatabın eline imzalı metnin bir örneğinin geçeceğini ve yazılı şekil gereklerine uygun bir beyanın yapılmış sayılacağını ileri süren yazarlara, TBK. m. 14 f. 2'nin getirdiği düzenlemenin yürürlüğe girmesinden önce de rastlanmaktaydı. Bu yazarlara göre, faks yoluyla iletilen beyanın sahibi görünen kişi, metinle imzanın kendi iradesi dışında birleştirildiğini ispatlayabilirdi. Böyle bir durumda, geçerlilik şekline uygun bir irade beyanının bulunduğu da kabul edilemezdi. Bu düşüncenin benimsendiği anlaşılan açıklamalar için bkz. Eren, s. 247; Oğuzman/Öz, s. 121; Elçin Grassinger, s. 113-114. İsabetli bulduğum bir diğer düşünceye göre, faks yoluyla gönderilen belgeler, geçerlilik şekli olarak yazılı şekil aranan durumlarda, geçerlilik şekline uygun bir beyanın yapıldığını kabul etmeye olanak vermemeliydi. Reinicke/fiedtke, s. 32; Hans Merz, Vertrag und Vertragsschluss, Freiburg 1988, s. 184; Necip Kocayusufpaşaoğlu, Borçlar Hukukuna Giriş, Hukuki İşlem, Sözleşme, 4. bası, İstanbul 2008, 298-301; Taşdelen, s. 736. Üçüncü bir yaklaşım biçimine göre, faks yoluyla iletilen beyandan hemen sonra araya önemli bir zaman parçası girmeden imzalı metnin aslı muhataba ulaştırılırsa, geçerlilik şekline uygun bir beyanın faks mesajının ulaştığı anda yapıldığı kabul edilebilmelidir. Özmen, Telefaks cihazları (facsimilie) ile gönderilen irade beyanlarının Medeni Hukuk ve Usul Hukuku açısından sonuçları, ABD 47 (I 990/1), s. 76; Kocayusufpaşaoğlu, Borçlar, s. 299-300. Türk Borçlar Kanunu bu son görüşe üstünlük tanımış görünmektedir. TBK. m. 14 f. 2'de, *"kanunda aksi öngörülmedikçe, imzalı bir mektup, asılları borç altına girenlerce imzalanmış telgraf, teyit edilmiş olmaları kaydıyla faks veya buna benzer iletişim araçları ya da güvenli elektronik imza ile gönderilip saklanabilen metinler de yazılı şekil yerine geçer"* denmektedir. Ne var ki Kocayusufpaşaoğlu'nun belirttiği gibi, faks yoluyla gönderilen metnin, araya önemli bir zaman parçası girmeden (olabilecek en kısa süre içerisinde) ve imzalı metnin aslının gönderilmesi yoluyla teyit edilmiş olmasını aramak önemli bir eksikliktir. Kocayusufpaşaoğlu, Borçlar, s. 301. Kanaatimce, TBK. m. 14 f. 2'de sözü edilen teyit, açıkça belirtilmemesine rağmen Kocayusufpaşaoğlu'nun

Alacaklı tarafından hazırlanıp gönderilen belgenin kefil olması istenilen **kişi** tarafından el yazılı açıklamalar eklenerek imzalandığı ve bu kişinin söz konusu belgenin aslını kendinde tutup suretini faks yoluyla alacaklıya ulaştırdığı olasılıkta da aynı biçimde düşünmek gerekir. İmzalanmış belgenin aslı imzalayanın serbest tasarrufuna açık bir şekilde onun etki ve egemenlik alanında kaldığına göre, alacaklıya ulaşan ve kefalet sözleşmesini kuran bir kabul beyanı söz konusu değildir³³. Teyit edilmiş faks metninin adi yazılı şekil şartını gerçekleştireceğinden söz eden TBK. m. 14 f. 2 düzenlemesi, ulaştığımız bu sonucu etkilemeyecektir. TBK. m. 14 f. 2, nitelikli yazılı **şekil** şartını değil de adi yazılı şekil şartını yumuşatan bir kural olarak görülmelidir. TBK. m. 14 f. 2 düzenlemesiyle, çabukluk ihtiyacının karşılanması için, adi yazılı şekilde yapılması gereken bir beyan bakımından kolaylık getirilmiştir. El yazısı zorunluluğunun getirildiği durumlarda, beyanda bulunanın korunması ihtiyacı, beyanın mümkün mertebe çabuk gerçekleştirilebilmesi yönündeki olası bir ihtiyaca ağır basar. Korunması amaçlanan ve bu amaçla el yazısıyla beyanda bulunması gereken kişi, beyanının cisimleştiği belgeyi egemenlik alanında bulundurduğu sürece beyanda bulunmuş sayılmamalı ve

sözünü ettiği biçimde gerçekleşmelidir. İmzalı metnin aslını göndermeyip faks yoluyla suretini gönderen kişinin, herhangi bir biçimde teyidi gerçekleştirmesi amaca aykırı olur. Örneğin, sözlü olarak veya telefon ederek teyidi gerçekleştirememelidir. İmzalı belgenin aslını, üstelik önemli bir gecikme olmaksızın göndermelidir ki, daha önce gönderilmiş faks metninin usulünce teyit edildiği söylenebilsin. Teyidi faks metnini alan kişinin yapabileceğini düşünmek ise, gerekçede yer alan bu yöndeki açıklamanın aksine, amaca büsbütün aykırı düşecektir. Mamafih bu konu çeşitli tartışmalara yol açacak gibi görünmektedir. TBK. m. 14 f. 2 ile ilgili olarak ortaya çıkacak tartışmalar, belirtilen bu konunun da ötesine geçecektir. Teyit edilmiş faks metninin adi yazılı şekli gerçekleştireceği TBK. m. 14 f. 2'nin getirdiği düzenlemenin bir sonucu olarak (ister istemez) kabul edilse de, nitelikli yazılı şekil aranan hallerde de aynı sonuca varılabilecek midir? Bir başka deyişle, yazılı şeklin gerçekleşmesi için beyanda bulunanın el yazısının arandığı durumlarda, el yazılı belgenin faksla ulaştırılmış sureti, sonradan teyit edilmek kaydıyla el yazılı şekli gerçekleştirecek midir? Bu sonuca varılabilmesi, kanaatimce, oldukça kuşkuludur. Gerçekten de, yazılı şekil gereğine TBK. m. 14 f. 2 ile verilen tavizin çerçevesi mümkün mertebe dar tutulmalı, çabukluk ihtiyacının karşılanması için adi yazılı şekil şartının yumuşatıldığı sonucuna varılmalıdır. Yazılılığın öneminin özel olarak vurgulandığı nitelikli yazılı şekil bakımından, çabukluk ihtiyacı ana ilkelerden fedakarlıkta bulunmaya götürmemelidir. Şu halde, el yazısını içeren belgenin aslının gönderilmeyip faks yoluyla bir suretinin ulaştırılması, sonradan teyit gerçekleşse bile, nitelikli yazılı şekil şartını gerçekleştirmiş sayılmamalıdır.

33 Reinickeffiedtke, s. 32. Belirtilen bu olasılıkta, kabul beyanı öneride bulunan alacaklının belirttiği biçimde yapılmamıştır. O halde kabul beyanının "yok" olduğu söylenebilecektir.

beyanda bulunmaktan vazgeçmek istiyorsa, bu isteğine ulaşmakta herhangi bir pürüzle karşılaşmamalıdır. El yazılı belgenin bir suretinin faksla gönderilmesi durumunda beyanı yapılmış saymak, el yazısı aranarak korunması amaçlanan kişiyi zorda bırakabilecektir. Üstelik teyidi faks metnini alan yapabilecekse, el yazısıyla hazırladığı belgenin faks yoluyla suretini gönderen kişiyi geri dönülmez bir yola sokmuş oluruz. Oysa el yazılı şeklin amacı bu kişiyi özel olarak korumaktır. Bu kişinin hukuki açıdan bağlanması mümkün merteye zorlaştırılmak ve böyle bir bağlılığın ortaya çıkması şeklin uyarıcı işlevini en üst düzeyde gerçekleştirmesinden sonraya ertelenmek isteniyordu. TBK. m. 14 f. 2'nin konumuz bakımından etkili olacağı ve kefil tarafından el yazısını da içerecek tarzda hazırlanıp imzalanan belgenin faks yoluyla bir suretinin gönderilebileceği sonucuna varılırsa, şekil şartının gerçekleştirilmesi bakımından teyidi kimin yapacağı sorunu büyük önem kazanacaktır. Böyle bir teyidi faks metnini alan alacaklının yapabileceğini düşünersek, el yazılı şekil şartıyla özel olarak korunması amaçlanan kefil büsbütün gözden çıkmış oluruz. Şu halde, benim karşı olduğum bir düşünce olmasına rağmen, TBK. m. 14 f. 2 uygulanarak kefilin el yazısını içeren belgenin bir suretinin faks yoluyla iletilmesi mümkün görülürse, bu düşüncenin açacağı yaraları sarabilmek için teyidi alacaklının yapabilmesine karşı çıkılmalıdır. TBK. m. 583 f. 1'de aranan şeklin gerçekleşmesi bakımından teyidi kefil yapmalı, üstelik herhangi bir yolla da değil, el yazısını içeren belgenin orijinalini ulaştırarak yapmalıdır. Böylelikle, kefil, faks metnini yolladıktan sonra kendi açısından bir bağlılığın ortaya çıkmasını engellemek isterse, bu isteğini gerçekleştirme olanağını elde eder. Kendi el yazısını içeren belgenin aslını alacaklıya göndermeyerek teyidi gerçekleştirmez ve TBK. m. 583 f. 1'de aranan şekle aykırı bir beyanda bulunmuş sayılır. Gerçi bu düşünce kefil benim kabul ettiğim düşünce kadar korumamaktadır. Ben el yazılı belgenin orijinali kefilde kalarak bir suretinin fakslanması durumunda, sadece "*şekle aykırı*" bir beyanın yapıldığını söylemiyorum, kefilin "*hiç beyanda bulunmadığını*" söylüyorum. Buna bağlı olarak da, "*şekle aykırılığın yol açtığı bir geçersizlik*" olduğunu değil de, "*yokluktan*" söz edilebileceğini ifade etmiş oluyorum. Oysa TBK. m. 14 f. 2'yi konumuz bakımından uygulayan görüş, el yazısını içeren belgenin aslını kendisinde saklayıp bir suretini faksla gönderen kefil, sonradan teyidi gerçekleştirmemesi durumunda, geçerlilik şekline aykırı bir beyanda bulunmuş saymaktadır. Şekle aykırılığın yol açtığı geçersizliğin kefil tarafından ileri sürülmesi kimi durumlarda hakkın kötüye kullanılması sayılabileceğine ve kefil şekle uygun bir sözleşme varmışçasına sorumlu kılınabileceğine göre, kefalet sözleşmesini yok saymaya nazaran bir parça daha yüksek bir risk altındadır. Gerçi bu risk ihmal edilebilir boyut-

yardadır ve el yazısı aranarak korunması amaçlanan kefilin şekle aykırılığı ileri sürmesi pratikte çok ender gerçekleşecek olasılıklarda hakkın kötüye kullanılması sayılabilecektir. Buna karşılık, el yazısını içeren belgenin aslını kendinde tutup bir suretini fakslayan kefil beyanda bulunmuş saymak ve teyidi kefilin değil de alacaklının yapabileceğini söylemek, kefilin riskini tahammül edilemez boyutlara çıkaracaktır. El yazısı aranarak özel olarak korunmak istenen kefil, faksı gönderdiği anda geri dönülmez yola girmiş sayılacak (kefilin beyanını geri alabilmesi sadece TBK. m. 10'daki koşullarla mümkün olacaktır, yani yapabilirse alacaklının faks metnini öğrenmesinden önce geri alma beyanını öğrenmesini sağlayacaktır), alacaklının faksı teyit ederek geçerlilik şekline uygun bir kefalet sözleşmesinin kurulduğunu iddia etmesine karşı çıkamayacaktır. Bu arada, TBK. m. 14 f. 2'nin gerekçesinin, teyidin faks metnini alan tarafından yapılabileceği düşüncesine dayanak oluşturduğunu söyleyelim³⁴. Kanunun yorumunda gerekçeye büyük önem veren sübjektif tarihi yorum metodunun bugün için geçerli ve etkili bir metot olmadığı, üstelik Borçlar Kanunu'nun gerekçesinin gerçek anlamıyla bir gerekçe sayılamayacağı dikkate alınırsa, sözünü ettiğimiz dayanak zayıflayacaktır.

Kefil olmak için öneride bulunan kişi, alacaklı kabul beyanında bulunmadıkça önerisini geri alabilir³⁵.

Kefalet sözleşmesi bir kere kurulduktan sonra alacaklının kefalet belgesi üzerindeki zilyetliğini kaybetmesi sözleşmenin son bulmasını gerektirmez. Alacaklının kefalet belgesi üzerindeki zilyetliğinin devam etmesi, kefalet sözleşmesinin varlığını sürdürmesinin koşulu değildir. Ne var ki, alacaklının kefalet belgesini henüz ifayı gerçekleştirmemiş olan kefile vermesi, kefalet sözleşmesinin ortadan kaldırılması (ikale) anlaşması için yapılmış bir öneri olarak nitelenebilir. Bu öneri kefil tarafından örtülü olarak kabul edilebilir

34 Faks yoluyla gönderilen belgenin teyidinin kim tarafından yapılacağı sorununda öğretilde beliren eğilim maddenin gerekçesiyle uyumludur. Buna göre, teyit, faks yoluyla gönderilen belgeyi alan tarafından yapılmalıdır. Bu eğilime örnek olarak bkz. M. Kemal Oğuzman/M. Turgut Öz, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt I, 9. Baskı, İstanbul 2011, s. 154; O. Gökhan Antalya, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'na Göre Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt J, 2. Baskı, İstanbul 2013, s. 337. Teyidi faksı gönderenin yapmasının amaca uygun düşeceği yolunda Kadir Berk Kapancı, Türk Borçlar Kanunu'nun 14. maddesinin öngördüğü Yeni Şekil Düzenlemesinin Getirdikleri, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Hukuk Araştırmaları Dergisi, C. 18, S. 1, Y. 2012, s. 426.

35 Lerch/fuason, s. 43; Beck, Art. 492, N. 72.

ve kefalet belgesini aldıktan sonra sessiz kalan kefilin kabul iradesi taşıdığı söylenebilir³⁶.

2. Kefalet sözleşmesinin yorumu

Kefalet belgesinden hangi borç (veya borçlar) için kefil olunduğunun çıkarılabilmesi, kefilin sorumlu tutulabilmesi için gereklidir. Kefil hangi borç için sorumluluk üstlenmişse, kendisinden o borç için talepte bulunulabilir. Bu nedenle, öncelikle, (eğer açık değilse) kefalet belgesinde yer alan ifadelerin yorum yoluyla açıklığa kavuşturulması zorunludur. Bir işçinin işverene verebileceği olası zararlar için kefil olan kişinin irade beyanı yorumlanmalı, kefaletin söz konusu işçinin çalıştığı hangi döneme yönelik olduğu saptanmalı, bu dönem dışında kalan bir zaman parçasında işverene verilen zarar için kefil sorumlu tutulamamalıdır. Bunun gibi, yapılan yorum sonucunda işçinin kasa elemanı olarak verebileceği zararlar için kefil olduğu saptanırsa, aynı işçinin bir yönetim işi dolayısıyla işverene verdiği zarardan kefil sorumlu tutulamaz. Bu tür örnekler çoğaltılabilir. Bir yapı kredisinden kaynaklanan borca kefil olan kişiden, aynı borçlunun aynı alacaklıdan aldığı bir diğer krediden kaynaklanan borçtan ötürü talepte bulunulamaz. Bir bankayla müşterisi arasındaki cari hesap biçiminde yürütülen belirli bir kredi ilişkisine kefil olduğu belirlenen kişi, aynı bankayla aynı müşteri arasındaki yine cari hesap biçiminde yürütülen bir diğer kredi ilişkisinden kaynaklanan bir borcun sorumluluğunu üstlenmiş sayılamaz. Kefil olunan borcun, belirli bir cari hesabın kesilmesi ve müşteri tarafından kabul edilmesiyle ortaya çıkan bakiye olduğunu iddia eden banka, bu iddiasını ispat etmeye mecburdur³⁷. Bütün bu örnekler, kefilin irade beyanının yorumlanmasının ve bu yolla hangi borç için kefil olunduğunun ortaya koyulmasının önemini açıkça göstermektedir.

Kefalet sözleşmesiyle genellikle, sadece kefil bir borç altına girmekte, alacaklının bir karşı edim üstlenmesi söz konusu olmamaktadır. Bu nedenle yorum faaliyeti sırasında, kefil, iş hayatında egemen olan (objektif) iyiniyet kurallarının korumasından geniş ölçüde yararlanmalıdır³⁸. İş hayatında egemen olan iyiniyet kuralları, çoğu zaman, kefalet sözleşmesinin kefil lehine yorumlanması sonucunu doğurur. Ne var ki kefilin bir yararı bulunuyorsa, örneğin aldığı komisyon karşılığında profesyonel olarak kefil olan bir işletme durumundaysa veya mal sattığı kişinin mal bedelini ödeyebilmek için

36 Reinickeffiedtke, s. 32-33.

37 Giovanoli, Art. 492, N. 74.

38 Beck, Art. 492, N. 47; Reisoğlu, Kefalet, s. 32, 37.

aldığı krediye ilişkin olarak kefalet sözleşmesini yapmışsa durum değişir. Böyle durumlarda, yapılacak yorumda iş hayatında egemen olan iyiniyet kurallarının uygulanması, "*kefili özel olarak koruyucu*" bir tutum takınılmasını gerektirmez.

Hiçbir yaran olmadan kefil olan kişinin yapılacak yorumda korunup kayınması şu şekilde bir yaklaşımı gerektirir: Kefalet belgesi açıklıktan **yok** sunsa, alacaklının haklarının kapsamı ve nasıl ileri sürüleceği belirlenirken, tarafların sözleşme yapıldığı sırada neyi göz önünde tuttukları saptanmalıdır. Bir yaran bulunmayan kefilin yükümlülüğünün kapsamı, kuşkulu durumlarda, dar olarak belirlenir³⁹.

Bir görüşe göre, kefalet sözleşmesinin yorumlanmasında kefalet belgesi dışında kalan olgulara da başvurulabilir. Sözleşme taraflarının gerçek iradelerinin saptanması bakımından, bu iradeyi gösteren her olgu, kefalet belgesinde bir dayanak olup olmadığına bakılmaksızın dikkate alınabilir. Bu görüş, İsviçre-Türk Hukukunda egemendir⁴⁰. Bir diğer görüş ise, kefalet

39 Beck, Art. 492, N. 47.

40 Beck, Art. 492, N. 48; Reisoğlu, Kefalet, s. 31-32. Türk uygulamasında, kefalet sözleşmesinin yorumu yoluyla teminat altına alınan esas borcun ne olduğunun belirlenmesi bakımından ilginç bir örnek bulunmaktadır. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 09. 03. 1977 tarih ve E. 976/13-22, K. 216 sayılı kararına konu olan olayda, şekle aykırı olduğu için geçersiz olan bir taşınmaz satım sözleşmesinde, alıcı satış bedelinin bir kısmını ödemiştir. Ayrıca satıştan herhangi bir surette cayılması halinde alınan nakit ve tahsil edilen bono bedellerinin alıcıya iade edileceği kararlaştırılmıştır. Bu satış sözleşmesi uyarınca kefil olan kişiler, sözleşmeyle satıcının üstlendiği yükümlülükleri tekeffül etmişlerdir. Hukuk Genel Kurulu, taşınmaz satım sözleşmesinin geçersizliği üzerine satıcının aldığı paranın iadesi borcunun doğduğu, satım sözleşmesi geçersiz olsa da alınan paranın iadesi borcunun geçerli olduğu, bu nedenle kefillerden talepte bulunulabileceği sonucuna varmıştır (Karar için bkz. Mustafa Reşit Karabasan, Türk Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, C. 5, İstanbul 2004, s. 1220-1222). Elçin Grassinger, kararda ulaşılan sonucu isabetsiz bulmakta, taşınmaz satım sözleşmesinden kaynaklanan satıcının borcu için kefil olan kişinin, taşınmaz satım sözleşmesinin geçersiz olması nedeniyle sorumlu tutulamayacağını belirtmektedir. Elçin Grassinger, s. 20-21. Burada Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, Reisoğlu'nun belirttiği gibi, yorum yoluyla teminat altına alınan borcun ne olduğunun belirlemiştir. Reisoğlu, Kefalet, s. 16-17. Kefalet sözleşmesi yapılırken, esas borcun kaynaklandığı hukuki ilişkinin geçersiz olduğu kefil ve alacaklı tarafından biliniyorsa, en azından bilinmesi gerekiyorsa, sebepsiz zenginleşmeye dayanan iade taleplerinin de kefalet güvencesine alınmak istendiği kabul edilebilir. Geçersiz olduğunu bildiği bir borç ilişkisi çerçevesinde kefil olan kişinin, bu ilişki vesilesiyle alınanların iadesine yönelik sebepsiz zenginleşmeye dayalı talebi de güvence altına almak istediği (güven ilkesine dayanan yorumun sonucunda) kabul edilebilir. Reinicke/Tiedtke, s. 1.

belgesinin metnine öncelikli bir rol verir. Buna göre, kefalet sözleşmesinin yorumlanmasında öncelikle kefalet belgesinden yola çıkılmalıdır. Yorumda kefalet belgesinin dışında kalan olgulara başvurulabilmesi olanağı bulunmakla birlikte, bu olguların kefalet belgesinde bir dayanağı olmalıdır. Bir başka deyişle, kefalet belgesinde, sözleşme dışı olgulara başvurarak elde edilen sonuçlar için (eksik ve yetersiz de olsa) bir işaret mutlaka bulunmalıdır. Taraf iradelerinin ne yolda olduğunu saptamak için dayanılan olgular kefalet belgesinde hiçbir dayanak bulmuyorsa, kefalet belgesinde kullanılan ifadeler taraf iradelerine (özellikle alacaklı tarafından) verilen anlamı destekleyecek hiçbir işaret içermiyorsa, kefaletin geçerliliği için aranan "*yazılı şekil*" gerçekleşmiş sayılamaz. Belirtilen bu ikinci yaklaşım biçimi özellikle Alman öğreti ve uygulamasına egemen olmuştur⁴¹.

Yorumda kefalet belgesinin dışında kalan olgulara başvurulabileceğini mutlak olarak kabul eden yaklaşımla, söz konusu belgede bir dayanak olması kaydıyla bu olgulara başvurulabileceğini kabul eden yaklaşım arasında önemli pratik sonuç farkları olabilir. Konuyu birkaç örnek üzerinden tartışmakta yarar vardır. İlk örnek olarak şöyle bir olay düşünölsün. Kefil (A), iş sahibi (B)'yle yaptığı kefalet sözleşmesinde, "*müteahhit (C)'nin eser sözleşmesinden doğan borcunu gereği gibi yerine getireceğini ve eseri ayıpsız olarak teslim edeceğini temin ettiğini ve müteselsil kefil olarak sorumluluk üstlendiğini*" belirtmiştir. Müteahhit eseri ayıpsız olarak ve zamanında teslim etmiş olmakla birlikte, kusuruyla eser bedelinin gerçekte olduğundan daha yüksek olarak saptanmasına yol açmıştır. Bu nedenle hak ettiğinden fazla miktarda bir ödemeyi tahsil etmiştir. İş sahibi, fazla ödediği bedelin iadesini müteahhitten talep etmekte, ayrıca bu iade alacağı dolayısıyla kefil de sorumlu tutmak istemektedir. Bu örnek olayda karşılaşılan sorun, kefilin sorumluluk üstlendiği esas borcun ne olduğunun yorum yoluyla belirlenmesiyle çözülecektir. Acaba kefil, müteahhidin eser sözleşmesinden kaynaklanabilecek herhangi bir yükümlüğünü, bu arada müteahhidin "*hileli davranışları*" sonucunda ortaya çıkacak sözleşmesel sorumluluğunu üzerine almış sayılabilir mi? Yoksa sadece, eser sözleşmesinden doğan "*eseri zamanında ve ayıpsız olarak teslim etme*" borcu için kişisel sorumluluk üstlendiği mi söylenecektir? Bu soruların cevabı kefalet sözleşmesinin yorumuyla ortaya koyulabilir. Kefalet sözleşmesinin yorumunda, kefalet belgesinin dışında kalan olgulara başvurulabileceğini ve bu olguların kefalet belgesinde bir dayanağının olması gerekliliğini aramayan görüşe göre, şu şekilde bir

41 Reinickeffiedtke, s. 26.

faaliyet yürütülebilir: Öncelikle kefil ile alacaklı arasındaki sözleşme görüşmelerine bakılır, bu görüşmelerde kefilin üstlendiği sorumluluğun neye dair olduğuna ilişkin bir işaret bulunup bulunmadığı araştırılır. Daha sonra olayda söz konusu olan türden (benzer durumlar için verilen) kefaletlerde, kefillerin sorumluluk üstlenirken neyi göz önüne aldıkları incelenir ve böylelikle kefilin iradesinin "*güven ilkesi uyarınca*" ne olması gerektiği "*serbestçe*" saptanır. Bu saptamaya göre, kefilin iradesinin müteahhidin hileli davranışlarının sorumluluğunu üstlenmeyi de içerdiği söylenebilir. Pratikte karşılaşılan olayların büyük çoğunluğunda, "*müteahhidin eser sözleşmesinden doğan borcunu gereği gibi ifa edeceğini*" temin eden kefillerin müteahhide yapılan fazla ödemeler için sorumlu tutuluyor olması, yapılacak yorumda etkili olacaktır. Bu pratik yaşam gerçeği karşısında, örnek olayınızdaki kefilin müteahhide yapılacak fazla ödemeler için de sorumluluk üstlenmeyi göze aldığı söylenebilir. Kefalet belgesinin dışında kalan olgulara dayanılabilmesi olanağını söz konusu belgede bir dayanak olması kaydıyla kabul eden görüşün yukarıdaki olayda farklı bir sonuca ulaşması pek muhtemeldir. Kefalet belgesinde müteahhidin eseri gereği gibi ve ayıpsız olarak teslim etmesinden sorumluluk üstlenildiğinin belirtilmesi, müteahhidin herhangi bir borcu için değil de belirli bir borcu için teminat verildiği sonucuna götürebilir. Buna göre, kefilin, müteahhidin eseri zamanında ve ayıpsız olarak teslim etmesinden dolayı sorumluluk üstlendiği, buna karşılık, müteahhidin hileli davranışlarla fazla ödeme tahsil etmesinden sorumlu tutulamayacağı söylenebilecektir. Kefilin sorumluluğunun müteahhidin her türlü hileli davranışına yaygınlaştırılabilmesi için, kefalet belgesi bir dayanak vermemektedir. Bu yaklaşıma göre, çeşitli olgular kefilin gerçek iradesinin ne olduğunu açıkça gösterse bile, bu irade kefalet belgesine yansımakça kefilin sorumlu tutmak mümkün olmaz. Aksi takdirde kefaletin geçerliliğini şekle bağlı kılan kuralın amacı boşa çıkarılmış olur. Bu yaklaşım biçimi çerçevesinde sorun iki aşamada ele alınmalıdır. İlk olarak kefilin sorumluluğunun kapsamı bakımından tarafların gerçek iradeleri ortaya koyulmalı, ikinci olarak bu iradenin uyulması gereken şeklin kapsamında (herhangi bir işaretle) yer alıp almadığı belirlenmelidir⁴². Konuya ilişkin bir diğer örnek olay da şu şekilde

42 Nitekim Alman Federal Mahkemesi örnek olaydakine birebir benzer bir olaya ilişkin kararında bu sonuca varmış, kefilin müteahhide yapılan fazla ödemediği için sorumlu tutulmasını, kefalet belgesinde bu noktaya ilişkin bir dayanak olmadığı gerekçesiyle reddetmiştir. Buna karşılık aynı türden bir olayla ilgili daha eski bir kararında Yüksek Mahkeme, kefalet sözleşmesinin yorumundan kefilin müteahhide yapılan fazla ödeme için sorumlu tutulabileceği sonucunun çıkarılabileceğini belirtmiştir. Bu kararlar

tasarlanabilir. (A), (B)'den satın aldığı bir malın satım bedeli için bir bono düzenlemiş, satıcı (B) ile bir kefalet sözleşmesi yapan (C), kefalet belgesinde, *"(A)'nın bonodan kaynaklanan borcu için müteselsil kefil olduğunu"* belirtmiştir. Neden sonra, düzenlenen bononun şekle aykırılıktan geçersiz olduğu, bu nedenle (A)'nın bonodan kaynaklanan bir borcunun bulunmadığı ortaya çıkmıştır. Satıcı (B), *"geçersiz"* bononun düzenlenmesine esas olan *"geçerli"* satım sözleşmesinden kaynaklanan alacağını alıcı (A)'dan talep etmekte, aynı zamanda müteselsil kefil (C)'yi bu alacaktan dolayı sorumlu tutmak istemektedir. Bunu yaparken, kefil (C)'nin iradesinin, gerçekte, alıcı (A)'nın satış bedeline ilişkin borcunun sorumluluğunu üstlenmek olduğunu iddia etmektedir. Kolayca anlaşılacağı üzere, sorun, kefalet sözleşmesinin yorumu sorunudur. Kefalet belgesinde, her ne kadar *"(A)'nın bonodan kaynaklanan borcuna kefil olduğunu"* dersen de, (C)'nin gerçek iradesinin *"(A)'nın satış bedelinden kaynaklanan borcuna kefil olmak"* olduğu söylenebilecek midir? Sözleşmenin yorumunda, kefalet belgesinin dışında kalan olgulara mutlak olarak başvurulabileceğini söyleyen, bir başka deyişle, yorumda başvuru olguların kefalet belgesinde bir dayanağının bulunmasını aramayan görüş açısından bu soruya olumlu cevap verilebilir. Kefil (C) ile alacaklı (B) arasındaki müzakerelere, benzer kefaletlerde kefillerin *"ne tür bir sorumluluğu"* göze aldıklarına bakılarak, kefil (C)'nin gerçek iradesi ortaya koyulabilir. Böylelikle, kefalet belgesinde hiç değinilmese de, (C)'nin gerçekte satış bedeline ilişkin borca kefil olduğu sonucu çıkarılabilir. Ne var ki, sözleşmenin yorumlanmasına ilişkin diğer yaklaşım bu sonucu reddedecektir. Sözleşme dışı olgulardan kefil (C)'nin gerçekte (A)'nın satış bedelinden kaynaklanan borcuna kefil olmak istediği ve alacaklı (B)'nin bunu böyle kabul ettiği anlaşılabilirse bile, kefalet belgesinde *"bonodan kaynaklanan borca"* kefil olmaktan söz edilmektedir. Bononun düzenlenmesine esas olan satış bedeline ilişkin borçtan, kefalet ilişkin belgede hiç söz açılmamaktadır. O halde, kefilin satış bedeline ilişkin borçtan sorumlu olduğunu kabul etmek, düzenlenen belgeye yansımamış bir iradede otürü kefil sorumlu tutmak anlamına gelir. Bu sonuç, kefaletin geçerliliğini şekle bağlayan kuralın kefil koruma amacına ters düşer⁴³.

için bkz. Reinicke/fiedtke, s. 27. Aynı türden olaylara ilişkin farklı kararlar verilmesi, yorumda başvuru olguların kefalet belgesinde bir dayanağa sahip olup olmadığını belirlerken son derece "sübjektif" bir yargıyla hareket edildiğini de göstermektedir.

- 43 Reinicke/fiedtke, Alman Federal Mahkemesinin kararlarında, örnek olaydakine birebir benzeyen olaylarda farklı sonuçlara ulaşılabildiğini belirtmektedirler. Yazarların ele aldığı kararlarda, Yüksek Mahkeme, önüne gelen olayları, "adalete uygunluk açısından-

Kefilin iradesini ortaya çıkarmak için başvuru olan olguların kefalet belgesinde bir dayanağının olmasını arayan görüş eleştirilmekte ve bu görüşün taraftarlarınca bile değişik açılardan sınırlandırılmaktadır. Yorumda başvuru olan olguların kefalet belgesinde dayanağı olup olmadığı değerlendirilirken son derece "sübjektif" bir yargıyla hareket edilebilmesi, görüşün zayıf noktasını oluşturmaktadır. Benzer olaylarda, kimi zaman kefalet belgesinde bir dayanak bulunduğu kabul edilmekte, kimi zaman bu sonuç reddedilmektedir. Bu konudaki yargı, çoğu zaman, yargıda bulunanın kişisel değerlendirmelerine bağlı olmaktadır. Böylesine bir sübjektifliğin önüne geçmek için, yorumda kefalet belgesi dışında kalan olgulara başvurulabilmesini kayıtsız koşulsuz kabul etmek daha yerinde bir tutum olabilir. Çeşitli olgulara ancak kefalet belgesinde bir dayanak bulmaları kaydıyla başvurulabileceğini kabul eden görüş benimsenecekse, */alsa demonstratio non nocet (yanlış nitelendirme zarar vermez)* ilkesiyle sınırlandırılmalıdır. Kefil ve alacaklı, esas borçlunun kim olduğu ve esas borcun ne olduğu noktalarında uyuşmuşlarsa, kefalet belgesinde bu noktaların yanlış gösterilmiş olmasının önemi yoktur. Tarafların gerçek iradelerinin ortadaki yazılı metinle çeliştiği söylenerek kefaletin geçerlilik şeklinin gerçekleşmediği iddia edilemez. Kefil ve alacaklının esas borcun kapsamı hakkında fikir birliği içinde olmaları ve yazılı belgeyi aralarındaki anlaşmaya uygun olarak kaleme aldıklarına inanmaları yeterlidir. Kefalet belgesinin objektif anlamının tarafların gerçek iradelerine uymaması, şekle aykırılık iddiasının ileri sürülmesine olanak vermez⁴⁴.

Kefalet sözleşmesinin "sıkı şekle bağlı bir hukukî işlem" olmadığı gerçeği de bu noktada önem taşır. Kıymetli evrakta olduğu gibi "sıkı şekle bağlılık,, söz konusu edilemeyeceği içindir ki, kefalet belgesinde belirli ifadelerin kullanılması gerekmez. Kefalet belgesinde belirli ifadelerin kullanılıp kullanılmadığına bakılmaksızın, diğer sözleşmelerde olduğu gibi, taraf iradeleri yorum yoluyla belirlenecektir. TBK m. 19 uyarınca tarafların

dan" ele almaktadır. Böylelikle kefalet belgesinde bono bedelinden ötürü sorumluluk üstlenildiğinin belirtildiği kimi olaylarda, kefilin gerçek iradesinin bononun düzenlenmesine esas olan borçtan sorumluluk üstlenmek olduğunu kabul ederek kefilin sorumlu tutulabilmesini kabul etmekte, kimi olaylarda ise tersi sonuca vannahtır. Böylelikle, benzer olaylarda, yorum için başvuru olan olguların kefalet belgesinde bir dayanak bulup bulmadığı noktasında, belgede kullanılan ifadelerin özdeşliğine rağmen farklı sonuçlara ulaşılmaktadır. Reinicke/Tiedtke, s. 28. Bu görünüm, sözleşmenin yorumunda dayanan olguların kefalet belgesinde bir dayanağının olup olmadığı hakkında verilen yargıların son derece "sübjektif" olabildiğini ortaya koymaktadır.

44 Reinicke/Tiedtke, s. 26, 30.

"gerçek" iradelerinin ne olduğu araştırılacak, yanlışlıkla veya gerçek amaç--larını gizlemek için kullandıkları ifadelerle bakılmayacaktır. O halde, bir kefalet sözleşmesinin varlığını kabul etmek için "*kefil olma*", "*kefalet*", "*kefil olarak*" gibi belirli ifadelerin kefalet belgesinde bulunması gerekmez. Kefil olma iradesini (açık olarak veya yorum yoluyla) ortaya koyan herhangi bir ifade biçiminin kullanılması yeterlidir⁴⁵. Ortadaki yazılı belgenin kefil olma iradesini içerdiği saptandıktan sonra, söz konusu belgenin kefalet sözleşmesinin şekil şartını gerçekleştirip gerçekleştirmediğini de ayrıca araştırmak gerekir. Bir yazılı ifadeden, bağlayıcı biçimde kefil olarak sorumluluk üstlenme iradesinin çıkarılıp çıkarılamayacağı ayrıca kuşku uyandırabilir. Ortadaki belgenin "*kefil olma iradesinin*" göstergesi olmak yerine, bir "*tavsiye*", "*yol gösterme*" veya "*bilgi verme*" amacıyla kaleme alındığını düşündüren durumlar bulunabilir⁴⁶. Beck, böylesine kuşkulu durumlarda kefalet sözleşmesinin varlığının kabul edilemeyeceğini, kefil olma iradesinin açık ve kuşkuya yer vermez bir biçimde ortaya koyulması gerektiğini belirtmektedir. Yazara göre, bir kişisel teminat sözleşmesinin nitelendirilmesinde kesin bir sonuca ulaşılamıyorsa kefalet karinesinden söz edilebilir, ancak bir kişisel teminat sözleşmesi yapılmak istenip istenmediği noktasında kuşku varsa kefalet karinesinden söz edilemez. Bağlayıcı bir biçimde sorumluluk üstlenilmek istendiğini kesin olarak göstermeyen bir belgeden yola çıkılarak, kefalet sözleşmesinin varlığı kabul edilemez⁴⁷. Kefil olma iradesinin saptanması bakımından titiz davranılması gerekliliğini gösteren başka örnekler de verilebilir. Bir kolektif şirket ortağı, kendi el yazısıyla, kolektif şirketin borcundan belirli bir miktara kadar sorumlu olduğunu belirtse, üstelik sorumluluk üstlendiği tarihi gösterse bile, kefil olarak sorumlu olmak istediği hemen kabul edilemez. Kolektif şirket ortağı, kolektif şirketin borçlarından yasa gereğince kişisel olarak sorumludur. Bu sorumluluk ikinci derecede bir sorumluluktur. Ortağın belirli bir miktara kadar şirket borcundan sorumlu olduğunu belirtmesi durumunda, yasadaki kaynaklanan bu ikinci derece sorumluluğu kast etmiş olması asıldır. Ortak, yasadaki kaynaklanan bu ikinci derece sorumluluğun dışında kefil olarak da sorumluluk üstlenmek istiyorsa, bu iradesine açıklık kazandırmalı ve adi kefil olmasının bir anlamı olmayacağına göre, "*müteselsil kefil olmak istediğini*" açıklıkla (ve TBK. m. 583 f.

45 Beck, Art. 492, N. 49; Giovanoli, Art. 492, N. 4; Pestalozzi, Art. 492, N. 3.

46 Giovanoli, Art. 492, N. 4.

47 Beck, Art. 492, N. 49.

1 c. 1 uyarınca el yazısıyla) belirtmelidir⁴⁸. Borç altına girme iradesi kesin olarak saptansa bile, metinde yer alan ifadenin, kefaletten **başka** bir sözleşme ilişkisinden (örneğin garanti sözleşmesinden) kaynaklanan sorumluluğu gösterdiği de ileri sürülebilir. Uygulamada, kuşkuyla yer vermez bir biçimde kefil olma iradesini gösteren ifadeler yerine, genel olarak bir borçtan sorumluluk üstlenildiğini belirten ifadelerin yer aldığı belgelerle sıkça karşılaşılır. Bu ifadeler kefalet sözleşmesine işaret edebileceği gibi, bağımsız sorumluluk üstlenilen bir diğer sözleşmeye de işaret edebilir. Bazen "*garanti sözleşmesi*" derken "*kefalet sözleşmesinin*" kast edilmesi veya "*kefil olmadan*" söz edilirken "*garanti vermenin*" amaçlanması dahi mümkündür. Hatta kefil olma iradesini taşıyan bir kimsenin "*esas borçluyla birlikte borç üstlendiğini*" belirtmesine bile rastlanabilir⁴⁹. Bu tür sorunların yorum yoluyla aşılması gerekir. Yorum sırasında yazılı metinde kullanılan ifadeler öncelik verilir. Somut olaya göre, kullanılan ifadenin "*günlük konuşma dilinde taşıdığı anlam*" veya "*teknik hukuk anlamına*" öncelik verilmesi söz konusu olabilir. Yapılan sözleşmeyle ilgili bilgileri sınırlı ve iş tecrübesi eksik olan kişiler için, kullanılan ifadelerin günlük konuşma dilindeki anlamının önem **kazanacağı** Beck tarafından belirtilmektedir⁵⁰. Şu şekilde bir yaklaşım yerinde olabilir: İş tecrübesi az ve yapılan sözleşme bakımından bilgisiz olan kişiler yönünden kullanılan ifadelerin günlük konuşma dilindeki karşılığı önem taşıırken, tecrübeli ve hukukçuların yardımından yararlanma olanağı bulunan kişiler (örneğin bankalar) bakımından "*teknik hukuk anlam*" öne geçecektir. Bu yaklaşım biçimine göre, "*bir borcu garanti ettiğini*" söyleyen, ne var ki "*garanti etmekle*", "*kefil olmak*" arasındaki ayrımı kavrayamayan, yapılan sözleşmenin beraberinde getirdiği sorumluluk bakımından fazla bilgisi olmayan ve daha çok hatıra için hareket eden kişilerin, "*kefil olma iradesi*" taşıdığı kolaylıkla söylenebilecektir. Çünkü bilgisiz ve tecrübesiz bir kişinin, bir borcun yerine getirilmemesine ilişkin olarak "*bağımsız*" bir sorumluluk üstlenmek istememesi asıldır. O, ancak, esas borçlu sorumlu tutulabildiği takdirde ve esas borçlunun sorumlu tutulabildiği ölçüde sorumluluk üstlenmeyi istemiş olabilir. Esas borçlunun sorumluluğunu aşan bir sorumluluğu üstlenmeyi göze alması hayatın olağan akışına aykırı düşer. Buna karşılık, teminat veren bir bankanın bağımsız sorumluluk üstlenildiği izlenimi yaratan ifadeler kullanması durumunda, gerçekte kefil olma iradesini taşıdığı

48 Giovanoli, Art. 492, N. 4.

49 Giovanoli, Art. 492, N. 4.

50 Beck, Art. 492, N. 50.

kolaylıkla söylenemez. Yazılı metin hazırlanırken birçok hukukçunun hizmetinden yararlanan, yaptığı sözleşmeyle üstlendiği sorumluluğun kapsamı bakımından bilgili ve yeterli iş tecrübesine sahip olduğu söylenebilecek olan bankanın, kullandığı ifadelerin ne anlama gelebileceğini bilmesi kendisinden beklenebilir. Kullanılan ifadelerin "*teknik hukuk anlamına*" ağırlık verilebilir ve bankanın fer'i değil bağımsız bir sorumluluk üstlenme iradesi taşıdığı sonucuna vanlabılır⁵¹.

İsviçre-Türk hukukundaki hakim görüş çerçevesinde, teminat veren kişinin "kefil olma veya bağımsız bir sorumluluk üstlenme iradesi" taşıyıp taşımadığını belirlerken, ortadaki belgenin dışında kalan olgulara da başvurulabilecektir. Yapılacak yorum için dikkate alınan olguların yazılı metinde bir dayanak bulması da aranmaz. Öte yandan, "ikincil (tali) bir sorumluluk üstlenildiğini" belirten ifadelerin kullanılması, kefalet sözleşmesi lehine yorum yapılmasına esas olabilir⁵². "Esas borçlu ödeme yapmadığı takdirde ödeme yapmaya hazır olunduğunun" belirtilmesi gibi. Teminat veren kişinin kefil olma veya bağımsız bir sorumluluk üstlenme iradesi taşıyıp taşımadığı kesin olarak belirlenemezse, bir kefalet sözleşmesinin bulunduğu (son aşamada) kabul edilebilir. Bu sonucun dayanağı, bir görüşe göre, kuşkulu durumlarda daha dar kapsamlı olan sorumluluğun tercih edilmesi gerekliliğidir. Kefilin sorumluluğunun fer 'i olması, ödeme yapan kefilin yasal halefiyet ayrıcalığından yararlanabilmesi ve kefilin koruyucu nitelikte hükümlerin varlığı, kefalet sözleşmesinden kaynaklanan sorumluluk rejiminin daha elverişli kabul edilmesine ve kuşkulu durumlarda kefalet nitelemesinin kabulüne yol açmalıdır⁵³. Bir diğer görüş, kuşku haline kefalet nitelemesinin kabul edilmesini, farklı bir gerekçeyle dayandırır. Kanaatimce daha yerinde olan bu görüşe göre, kefalet sözleşmesiyle ilgili emredici kuralların varlığı ve bu kuralların dolanılabilmesi olanağına kapıları kapatma gereksinimi, kuşkulu durumlarda kefalet nitelemesinin yapılmasını gerekli kılar⁵⁴.

3. Kefalet sözleşmesinin koşula bağlanması

Esas borç koşula bağlı olmasa bile kefilin borcu koşula bağlanabilir.

Kefil yükümlülük altına girerken çeşitli olguları dikkate almış olabilir. Ne var ki, kefilin göz önünde tuttuğu ve yükümlülük altına girmesinde etkili

51 Reisoglu, Kefalet, s. 34, 82.

52 Beck, Art. 492, N. 50.

53 Beck, Art. 492, N. 50.

54 Tandoğan, Borçlar II, s. 709; Barlas, Banka Teminat Mektupları, s. 39. Kefalet sözleşmesinin klasik ve olağan bir teminat sözleşmesi tipi olması nedeniyle, kuşkulu durumlarda kefalet nitelemesinin kabul edilmesi gerektiği de söylenmiştir. Neumayr, s. 492.

olmuş her olgu "*koşul*," katına çıkamamış olabilir. Bir koşuldan söz edilebilmesi için, kefil, yükümlülüğünü geleceğe ilişkin ve gerçekleşip gerçekleşmeyeceği belirsiz bir olaya bağlamayı istemelidir. Alacaklı da kefilin böyle bir istek taşıdığını bilerek hareket etmeli ve bu isteğe uygun sonuçların ortaya çıkmasını kabullenmelidir⁵⁵.

Kefilin yükümlülük üstlenirken göz önünde tuttuğu olgu geleceğe ilişkin değilse bir koşuldan söz edilemez. Böyle durumlarda, kefil tarafından mevcut sayılan bir olgu söz konusu olur ki, bu olgu, kefalet sözleşmesinin bağlandığı bir koşulu değil kefilin saikini oluşturur. Bunun gibi, kefil, yükümlülüğünü geleceğe ilişkin gerçekleşip gerçekleşmeyeceği belirsiz bir olguya bağlamak istediğini alacaklı tarafından anlaşılabilir bir biçimde ortaya koyamamışsa, kefalet sözleşmesi koşula bağlı olarak kurulmuş sayılmaz. Koşul derecesine çıkmamış ve kefilin saiki düzeyinde kalmış bir olgunun, kefalet sözleşmesinin hükümlerini doğurup doğurmaması bakımından bir etkisi olmaz. Kefilin yükümlülük altına girmesinde etkili olan saikin gerçek bir olguya dayanmaması, bazı durumlarda temel hatasına dayanarak sözleşmeyi iptal etme olanağı verir⁵⁶.

B. Kefil olma ehliyeti

1. Gerçek kişilerin kefil olma ehliyeti

Kefil olma ehliyeti derken genel fiil ehliyetinin kefalet sözleşmesi yapabilmek bakımından taşıdığı görünümü ifade etmiş oluyoruz. Bir başka deyişle, fiil ehliyetine kefalet sözleşmesi yapabilmek bakımından getirilen sınırlamalar "*kefil olma ehliyeti*" başlığı altında ele alınabilir.

MK m. 449 hükmüne göre, "*vesayet altındaki kişi adına kefil olmak, vakıf kurmak ve önemli bağışlarda bulunmak yasaktır*". Bu hükme göre, vesayet altındaki küçükler ve kısıtlılar için kefalet sözleşmesi yasak işlemlerdendir. Vesayet altındaki kimseler kefalet sözleşmesi yapamayacağı gibi, "*yasal temsilci*," durumundaki vasi de bunlar adına kefalet sözleşmesi yapamaz. Küçük veya kısıtlının yaptığı kefalet sözleşmesine vasinin izin veya onay vermesi geçersizliği engellemez. "*Vesayet*" ve "*denetim*" makamlarının izniyle de vesayet altındaki kişiler adına kefalet sözleşmesi yapılabilme-

55 Beck, Art. 492, N. 53; Reisoğlu, Kefalet, s. 31.

56 Beck, Art. 492, N. 53.

si mümkün değildir⁵⁷. Belirtilen bu sınırlamalar, kuşkusuz, vesayet altındaki küçük veya kısıtlının "kefil" sıfatını taşıdığı sözleşmeler bakımındandır. Vasinin küçük veya kısıtlı yararına olmak üzere bunlar adına kefalet sözleşmesi yapması geçerlidir. Böyle bir sözleşmenin geçerli olabilmesi için "vesayet" ve "denetim" makamlarının izni de gerekli değildir⁵⁸.

Kefil olma yasağı MK m. 342 f. 3 hükmüyle yapılan atıf dolayısıyla velayet altındaki küçükler için de geçerlidir. Velayet altındaki küçüklerin "kefil" sıfatını taşıdığı bir sözleşmeyi, ne bunların ne de bunlar adına "yasal temsilci" konumundaki velinin yapması mümkündür. Velinin böyle bir sözleşmeye "izin" veya "onay" vermesi de söz konusu olamaz⁵⁹.

Bu açıklamalar göstermektedir ki, vesayet altındaki küçük veya kısıtlının (ya da velayet altındaki küçüğün) kefil olma ehliyetine getirilen sınırlamanın boyutları, fiil ehliyeti açısından getirilen bir sınırlama olmanın ötesine uzanmakta ve "hak ehliyeti" sınırlaması niteliğini kazanmaktadır. Söz konusu kişiler için getirilen "kefil olma yasağı", son soyutlamada, "kefil olmak bakımından hak ehliyetinden yoksunluk" anlamına gelmektedir⁶⁰.

Sınırlı ehliyetsize MK m. 453 hükmü çerçevesinde bir meslek veya sanatı yürütmesi için izin verildiği takdirde, bu meslek ve sanatın yürütülebilmesi için gerekli olan işlemler sınırlı ehliyetsiz tarafından yapılabilir. O halde, izin verilen meslek ve sanatın yürütülmesi kapsamında kalan kefalet sözleşmelerinin sınırlı ehliyetsiz tarafından yapılabileceği de kabul edilmelidir⁶¹.

Yasal temsilci tarafından velayet veya vesayet altındaki kimseler adına kefalet sözleşmesi yapma yasağı bakımından istisnaî durumlar söz konusu olabilir. Vesayet altındaki kişinin kısıtlanmadan önce kefil olduğu bir olasılıkta, yasal temsilci mevcut kefalet sözleşmesini bu kişi adına yenileyebilir. Bunun gibi, küçük veya kısıtlı, mirasçı sıfatıyla, miras bırakanca yapılmış bir

57 Beck, Art. 492, N. 13; Tandoğan, Borçlar II, s. 726; Reisoğlu, Kefalet, s. 29; Yavuz, s. 833-834.

58 Beck, Art. 492, N. 14.

59 Beck, Art. 492, N. 17; Giovanoli, Art. 492, N. 36; Tandoğan, Borçlar II, s.727; Reisoğlu, Kefalet, s. 30; Yavuz, s. 824.

60 Kefil olma bakımından fiil ehliyetine getirilen bu sınırlamaların, içerik olarak, kefil olma bakımından hak ehliyetinden yoksunlukla iç içe geçtiği noktasında bkz. Beck, Art. 492, N. IO.

61 Beck, Art. 492, N. 14, 17; Giovanoli, Art. 492, N. 36 a; Tandoğan, Borçlar II, s. 726; Reisoğlu, Kefalet, s. 29-30; Yavuz, s. 824.

kefalet sözleşmesine taraf olmuş ve "kefil" durumuna gelmişse, ya da temsilci söz konusu kefalet sözleşmesini yenileyebilir. Yasal temsilcinin kefalet Jüz/q-mesini yenilemesi, küçük veya kısıtlının malvarlığına yeni bir yük getiren bir işlem olarak görülemez⁶². Ne var ki, şu olasılık tartışmalıdır: Miras bırakanın bir borcunu, mirasçılardan biri, alacaklıyla yaptığı ve diğer mirasçı/an borçtan kurtarıcı bir borcun nakli sözleşmesiyle üzerine alıyor ve küçük veya kısıtlı durumdaki diğer bir mirasçının yasal temsilcisi, borçtan kurtulan bu mirasçı adına alacaklıyla bir kefalet sözleşmesi yapıyor. Bu olasılıkta da, yapılan kefalet sözleşmesinin küçük veya kısıtlının malvarlığı bakımından yeni bir "yük" anlamına gelmediği ve geçerli olduğu belki savunulabilir. Mirasçı durumundaki küçük veya kısıtlı, diğer bir mirasçı tarafından kurtarılmasaydı, miras bırakanın borcundan ötürü kişisel olarak sorumlu tutulacaktı. Mirasçı sıfatıyla sorumluluk taşıması yerine kefil olarak sorumluluk taşımasının bir şey değiştirmeyeceği ve "kefil olma yasağının" gündeme gelmeyeceği ileri sürülebilir. Ne var ki, bu sonuca, Giovanoli tarafından, kanaatimizce yerinde olarak, karşı çıkmıştır. Yazara göre, küçük veya kısıtlının mirasçı olarak borçtan sorumlu olmak yerine kefil olarak sorumlu olması, sorumluluğunu ağırlaştırıcı bir etki yapar. Küçük veya kısıtlının, mirasçı sıfatıyla, miras bırakanın borçlarından ötürü diğer mirasçılarla müteselsil olarak sorumlu olacağı süre, kefil sıfatıyla taşıyacağı sorumluluğun süresine göre daha kısa olacaktır. Bu nedenle, yasal temsilcinin, küçük veya kısıtlı adına kefil olma yasağı burada da uygulanmalıdır⁶³.

Velayet veya vesayet altındaki kimse açısından söz konusu olan "kefil olma yasağına aykırılık" durumunda, yapılan kefalet sözleşmesi geçersiz olur. Ancak ne tür bir geçersizliğin söz konusu olacağı tartışmalıdır. Bir görüşe göre, yasağa aykırı olarak yapılan kefalet sözleşmesi "kesin hükümsüz" olarak nitelendirilmelidir. Kesin hükümsüzlüğü ilgili herkes ileri sürebilecek, yargıç görevinden ötürü göz önünde tutabilecek ve kefalet sözleşmesinin herhangi bir biçimde geçerlilik kazanması söz konusu olamayacaktır⁶⁴. Bir diğer görüş ise, kefil olma yasağına aykırı düşen kefalet sözleşmesinde "tek taraftı bağlamazlık" türünden bir geçersizliğin bulunduğunu kabul eder. Buna göre, geçersizliği ilgili herkes değil, velayet veya vesayet altındaki kimse (veya onun adına yasal temsilcisi) ileri sürebilir. Ayrıca, vesayet altındaki kimse vesayet kalktıktan sonra, velayet altındaki küçük ise ergin olduktan sonra, söz konusu kefalet sözleşmesine onay verebilecektir⁶⁵. Ne

62 Giovanoli, Art. 492, N. 35; Pestalozzi, Art. 492, N. 5.

63 Giovanoli, Art. 492, N. 35.

64 Beck, Art. 492, N. 14; Giovanoli, Art. 492, N. 38; Tandoğan, Borçlar il, s. 726.

65 Giovanoli, Art. 492, N. 38; Reisoğlu, Kefalet, s. 29.

var ki, "tek taraflı bağlamaz/ık" görüşü bakımından bir aynın yapılması yerinde olur. Bu görüş, ancak, velayet veya vesayet altındaki kimsenin ayırt etme gücüne sahip olduğu ve kefalet sözleşmesini kendisinin yaptığı olasılık için savunulabilir⁶⁶. Ayırt etme gücüne sahip küçük veya kısıtlının, kendisinin yaptığı ve kendisi için bağlayıcı olmayan kefalet sözleşmesine, ergin olmasından veya kısıtlılık durumunun kalkmasından sonra onay verebileceği savunulabilir. Üstelik bu onayın kefalet sözleşmesinin geçerlilik şartlarına uygun olarak verilmesi gereklidir⁶⁷. Kefalet sözleşmesini ayırt etme gücüne sahip olan küçük veya kısıtlı değil de yasal temsilci yapmışsa, küçük veya kısıtlının bu sözleşmeye sonradan (ergin olunca veya kısıtlılık durumu son bulunca) onay vermesi mümkün değildir⁶⁸. Kefalet sözleşmesini yapan küçük veya kısıtlının kendisi olmakla birlikte, sözleşmeyi yaptığı sırada ayırt etme gücünden yoksunsa, tam ehliyetli hale geldikten sonra vereceği onayın sözleşmeyi geçerli kılacağı da söylenemez⁶⁹. Ayırt etme gücüne sahip küçük veya kısıtlının yaptığı kefalet sözleşmesini, kendisinin değil de yasal temsilcinin vereceği bir onayın geçerli kılamayacağı MK m. 449'un açık hükmü gereğince tartışmasıdır. Bu açıklamalardan sonra şu sonuca varabiliriz: Velayet veya vesayet altındaki kimse adına yasal temsilcinin yaptığı kefalet sözleşmesi "*kesin hükümsüz*" olarak nitelenecektir. Bu sözleşmenin herhangi bir biçimde "*geçerli*" kılınması olanağı olmadığı gibi, geçersizliği ilgili herkes ileri sürebilecek, yargıç görevi gereği göz önünde tutabilecektir. Ayırt etme gücüne sahip olmayan küçük veya kısıtlının yaptığı kefalet sözleşmesi için de kaçınılmaz bir biçimde aynı sonuca varılacaktır. Ayırt etme gücüne sahip küçük veya kısıtlının yaptığı kefalet sözleşmesi için, bu sözleşmenin "*tek taraflı bağlamaz/ık*" türünden bir geçersizlikle nitelenebileceği söylenebilirse de, bu olasılıkta da "*kesin hükümsüzlük*" nitelemesinin üstün

66 Nitekim tek taraflı bağlamazlık görüşünü savunan Reisoğlu'nun ifadesi bu olasılığı dikkate aldığını göstermektedir. Reisoğlu, Kefalet, s. 29.

67 Onayın kefaletin geçerlilik şartları gözetilerek verilmesi gerektiği hususunda bkz. Beck, Art. 492, N. 14; Reisoğlu, Kefalet, s. 29. 19 HD'nin 02. 10. 2001 tarih ve E. 2001/2053, K. 2001/6100 sayılı kararında, konuya ilişkin olarak şunlar söylenmektedir: "Mümeyyiz mahcur iken kefalet sözleşmesi imzalayan kişinin, vesayeti sona erdikten sonra bu sözleşmeyi benimseyeceği düşünülebilir. Ancak akdin geçerlilik kazanabilmesi için BK'nun 484. maddesi (TBK. m. 583) hükmü karşısında bu benimsemenin de yazılı şekilde yapılması şarttır. Olayımızda yazılı bir benimseme bulunmamaktadır. O halde imzalandığı anda geçersiz olan sözleşmenin sonradan geçerlilik kazandığı da söylenemez". YKD, C: 29, S: 1, T: Ocak 2003, s. 80-81.

68 Tandoğan, Borçlar II, s. 726.

69 Tandoğan, Borçlar II, s. 726, dpn. 25.

tutulması gerektiğini düşünüyorum⁷⁰. MK m. 449'un kefalet sözleşmesini "yasak işlem" olarak kabul eden "sert" ifadesi bu sonucu haklı kılar⁷¹. Kaldı ki, "tek taraflı bağlamaz/ık" görüşünü savunmanın pratik bir önemi yoktur. Bu görüşün tek pratik sonucu, ayırt etme gücüne sahip küçük veya kısıtlının kendisinin yaptığı kefalet sözleşmesine sonradan onay verebilme olanağıdır. Bu onayı kefaletin geçerlilik şartlarına uyarak vermesi gerektiğine göre, onay vermek yerine geçerlilik şartlarına uygun yeni bir kefalet sözleşmesi yapmasının kendisi açısından dikkate değer bir zorluk yaratmayacağı ortadadır.

Kefaletin "yasak işlem" olarak nitelendirilmesi bakımından, velayet veya vesayet altındaki kimseyle kefalet sözleşmesi yapan kişinin iyiniyeti kural olarak etkili değildir. Ehliyetsizlik karşısında iyiniyetin korunmayacağı ilkesine uygun bir çözümdür bu. Alacaklı kefil olan kişinin ehliyetsiz olduğunu bilmesi bile kefalet sözleşmesi geçersiz olur. Alacaklının iyiniyeti bir tek noktada önem kazanır. Kısıtlama kararı henüz ilan edilmemişse, durumdan haberdar olmayan olması da gerekmeyen alacaklıya karşı ileri sürülemez (MK m. 410 f. 2)⁷².

Velayet veya vesayet altındaki kişilerin "kefil olma yasağını" dolanmak amacıyla bazı yolların denenmesi söz konusu olabilir. Şu örnekle sık olarak karşılaşılır: Yasal temsilci bir kredi almak istemekte ve bu krediden kaynaklanacak borç için (yasal temsil yetkisini kullanarak) küçük veya kısıtlı kefil yapmayı arzulamaktadır. MK m. 449 hükmü uyarınca bu tür bir kefaletin yapılması yasaktır. Bu nedenle yasal temsilci, kredi sözleşmesini küçük veya kısıtlı adına yaparak ve krediyi kendisi değil de küçük veya kısıtlı almış gibi göstererek, söz konusu krediden kaynaklanan borca kefil olma yoluna gidebilir. Bu örnekte küçük veya kısıtlı adına yapılan sözleşme, yasak işlem olan kefalet sözleşmesi olmayıp kredi sözleşmesidir. Yasal temsilci kefalet sözleşmesini küçük veya kısıtlı adına değil kendi adına yapmıştır ve görünüşte buna bir engel de yoktur. Ne var ki, MK m. 449'daki yasağı dolanma amacı açıkça görülmektedir. Böyle durumlarda "kanuna karşı hile" olduğu kabul edilmeli ve do/anılmak istenen hükmün uygulanması sağlanmalıdır. O halde küçük veya kısıtlı adına yapılan kefalet sözleşmesini nasıl "kesin hükümsüz" sayarsak, onun adına yapılan kredi sözleşmesini de aynı şekilde "kesin hükümsüz" saymak gerekir⁷³.

70 Lerch/fuason, s. 41.

71 Aynı düşünce için bkz. Pestalozzi, Art. 492, N. 6.

72 Giovanoli, Art. 492, N. 40.

73 Beck, Reisoğlu ve Beck'in atıf yaptığı İsviçre Federal Mahkemesinin bir karar, kefil olma yasağını dolanmak amacıyla yapılan kredi sözleşmesinin "kesin hükümsüz" değil

Velayet veya vesayet altındaki kişinin veya bu kişi adına yasal temsilcinin yaptığı bir kefalet sözleşmesi ifa edilmişse, alacaklı geçerli olmayan bu kefalet sözleşmesi uyarınca yapılan ödemeyi "*sebepsiz zenginleşme*" kuralları uyarınca iade etmelidir. "*Sınırlı ehliyetsiz*" durumundaki kişinin, kendi başına yaptığı geçersiz kefalet sözleşmesini ehliyetsizliği kalktıktan sonra ifa etmiş olması, bu açıdan fark yaratmaz. Bu olasılıkta "*tek taraflı bağlamazlık*" bulunduğu görüşü kabul edilse bile, ehliyetsizlik hali ortadan kalkan kişinin sözleşmeyi onaylaması kefaletin geçerlik koşullarına uygun olarak gerçekleşmelidir. Bir başka deyişle, onayın yazılı olması ve kefilin sorumluluğunun üst sınırını göstermesi gerekir (ayrıca kefil evliyse eşinin rızası da alınmalıdır). Küçük veya kısıtlıyken yaptığı kefalet sözleşmesini ehliyet sınırlaması kalktıktan sonra ifa eden kişi, bu davranışıyla kefaletin geçerlik koşullarına uygun bir onay vermiş olmadığından "*borç olmayan şeyi ifa etmiş*" durumdadır. O halde, verdiğini sebepsiz zenginleşme kuralları uyarınca geri isteyebilir. Küçük veya kısıtlının yaptığı veya onlar adına kendisinin yaptığı bir kefalet sözleşmesini, küçük veya kısıtlıya ait malvarlığı değerlerini kullanarak ifa eden yasal temsilci, bu davranışıyla MK m. 449 hükmündeki yasağa aykırı davranmış olur. Yasağa aykırı davranışı kendisini küçük veya kısıtlıya karşı sorumlu kılar. Yasal temsilcinin ehliyetsiz olan kişinin malvarlığından yaptığı ödemenin de sebepsiz zenginleşme kuralları uyarınca iadesi istenebilir⁷⁴.

iptal edilebilir olduğunu söylemektedirler. Beck, Art. 492, N. 18 ve burada atıf yapılan İsviçre Federal Mahkemesi kararı için bkz. BGE 45 il 121. Reisoğlu, Kefalet, s. 30. Yazarlar ve Yüksek Mahkeme tarafından bu sonuca varılmasının nedeni, kefil olma yasağına aykırı düşen sözleşmeleri "kesin hükümsüz" değil "tek tarafı bağlamaz" saymalarıdır. Yazarlara göre yasağı aykırı kefalet sözleşmeleri kefil bağlamayacağından, bu yasağı dolanmak için yapılan kredi sözleşmeleri de kefil bağlamayacak, kefil (veya onun adına hareket edecek kişi) tarafından iptal edilebileceklerdir. Nitekim "tek taraflı bağlamazlık" ve "iptal edilebilirlik", konumuzu oluşturan yasağı aykırı kefalet sözleşmelerinin geçersizliği hakkında eş anlamlı olarak kullanılmaktadır. Bkz. Giovanoli, Art. 492, N. 38. Yasağı aykırı kefalet sözleşmesinin "kesin hükümsüz" olduğunu kabul edenler için, bu yasağı dolanmak amacıyla yapılan kredi sözleşmesinin de kesin hükümsüz sayılması gerekir. Kanuna karşı hilenin yaptırımı, dolanılmak istenen hükmün ve bu hükümde var olduğu kabul edilen yaptırımın uygulanmasıdır. O halde, MK m. 492'nin kefil olma yasağına aykırı işlemler için öngördüğünü kabul ettiğimiz kesin hükümsüzlük yaptırımını, bu yasağı dolanmak için yapılan hukuki işleme uygulamamız kaçınılmazdır.

74 Giovanoli, Art. 492, N. 39.

Gelişigüzel bir biçimde, kendi mali olanaklarını aşacak sayıda lcefalet yükümlülüğü altına giren kişinin bu tutumu, ileride tutumunu değiştirme olasılığı görünmüyorsa bir kısıtlama sebebi olarak dikkate alınabilir¹⁵.

Yasal danışmanı bulunan kişi, MK m. 429 b. 9' a göre, yasal danışmanın izni veya onayı olmadıkça kefil olamaz⁷⁶. Yasal danışmanın izni veya onayı olmadan yapılan kefalet sözleşmesi "*tek tarafı bağlamaz*" niteliktedir. Kendisine yasal danışman atanan kişi, yaptığı kefalet sözleşmesinin kendisini bağlamadığını ileri sürebileceği gibi, yasal danışmanlık ortadan kalktıktan sonra kefalet sözleşmesini onaylama yoluna da gidebilir. Bu onayın kefaletin geçerlik koşullarına uygun olarak (yazılı olarak ve kefilin sorumluluğunun üst sınırın teyit edilerek, eşin rızası da alınarak) verilmesi gerekir⁷⁸. Böylece işlemin geçerli olması için yasal danışmanın vereceği onay herhangi bir geçerlilik şekline bağlı değilken, kendisine yasal danışman atanan kişinin yasal danışmanlık kalktıktan sonra vereceği onayın şekle bağlı olması gerekmektedir.

Bir kimseye yasal danışman atandığı henüz ilan edilmemişse, o kişinin kefil olma ehliyeti bakımından ortaya çıkan sınırlama iyiniyetli üçüncü kişiye karşı ileri sürülemez⁷⁹.

Bir kimseye kayyım tayin edilmesinin kefil olma ehliyeti üzerinde bir etkiyi yoktur⁸⁰.

Bir kişiye konkordato için verilen sürenin ilanından itibaren, o kişinin kefil olma ehliyeti sınırlanır. Böyle bir kişi tarafından yapılan kefalet sözleşmesi geçersiz olur⁸¹. Geçersizliğin "*kesin hükümsüzlük*" türünden bir geçersizlik olduğu ve gerek kefil olan kişi gerekse o kişinin diğer alacaklıları tarafından ileri sürülebileceği kabul edilir. Kendisine konkordato için süre verilen kişinin, bu sürenin ilanından itibaren yaptığı kefalet sözleşmelerine komiserin izin vermesi geçerliliği sağlamayacağı gibi, söz konusu kefalet sözleşmeleri konkordatodan reddiyle de geçerli hale gelmez⁸².

75 Beck, Art. 492, N. 15; Pestalozzi, Art. 492, N. 5.

76 Tandoğan, Borçlar II, s. 727; Yavuz, s. 834.

77 Beck, Art. 492, N. 16.

78 Tandoğan, Borçlar il, s. 727; Reisoğlu, Kefalet, s. 28-29.

79 Beck, Art. 492, N. 16.

80 Beck, Art. 492, N. 16; Tandoğan, Borçlar II, s. 727; Reisoğlu, Kefalet, s. 29.

81 Beck, Art. 492, N. 20; Reisoğlu, Kefalet, s. 28.

82 Giovanoli, Art. 492, N. 42; Tandoğan, Borçlar il, s. 730.

Bir kişinin iflas etmesi ve bu nedenle tasarruf yetkisinin ortadan kalkması, o kişinin geçerli bir kefalet sözleşmesi yapmasını engellemez. Kefalet sözleşmesi, bir tasarruf işlemi olmayıp borç doğurucu bir işlem olduğuna göre, iflas nedeniyle tasarruf yetkisinin ortadan kalkmasından etkilenmemesi normaldir. Ne var ki, hakkında iflas açılmış kişiyle kefalet sözleşmesi yapan alacaklı, kefalet sözleşmesinden kaynaklanan alacağını iflas masasına karşı ileri süremez. İflas kaldırıldıktan sonra kefilden talepte bulunabilir⁸³.

2. Tüzel kişilerin kefil olma ehliyeti

Tüzel kişilerin ehliyeti bakımından, "*amaç dışı işlem yapma yasağı (ultra vires kuralı)*" etkili olur. Medeni Hukuk tüzel kişileri olarak adlandırılan demek ve vakıfların kefil olabilmeleri de bu açıdan ele alınmalıdır. O halde, yapılan kefalet sözleşmesinin dernek veya vakfın amacının gerçekleşmesine hizmet etmesi aranacaktır. Kefalet sözleşmesi demek veya vakfın amacının gerçekleşmesine hizmet ediyorsa, bu kefalet sözleşmesi bakımından ehliyetin varlığı kabul edilecek, buna karşılık demek veya vakfın amacının gerçekleşmesine hizmet ettiği söylenemeyecek bir kefalet sözleşmesinin geçersiz olduğu sonucuna varılacaktır⁸⁴. Kefil için tek taraflı bir yükümlülük getiren kefalet sözleşmesinin, demek veya vakfın amacına hizmet etmesi olağan değildir. Kazanç elde etme amacı gütmeyen ve "*ideal*" amaç birlikleri sayılan demek ve vakıfların malvarlığının amaca elverişli olmayan işlemlere karşı korunması gereği, pek çok olayda kefalet sözleşmesi bakımından ehliyetsizliğin kabulünü beraberinde getirir. Bu nedenle, demek veya vakfın kuruluş belgesinde kefalet sözleşmesinin yapılabileceği hususunda bir açıklık bulunması, kuşkulanan ve genelde alınacak olumsuz tavrı engelleyici bir sonuç doğurabilir.

Ultra vires kuralı 6762 sayılı (eski)Ticaret Kanununun 137. maddesinde kapsamı genişletilmiş bir biçimde düzenlenmiş bulunuyordu. Bu madde şu şekildeydi: "*Ticaret şirketleri hükmü şahsiyeti haiz olup, şirket mukavelesinde yazılı işletme mevzuunun çevresi içinde kalmak şartıyla bütün hakları iktisap ve borçları iltizam edebilirler*". Bu düzenlemede ticaret şirketlerinin hukuki işlem ehliyetinin, sadece amaçla değil, işletme konusuyla sınırlandırıldığı hemen dikkati çekmekteydi. Bir başka deyişle, yapılan hukuki işlemin

83 Beck, Art. 492, N. 20; Lerch/fuason, s. 41; Guhl, s. 37; Tandoğan, Borçlar II, s. 730; Reisoğlu, Kefalet, s. 28; Zevkliler/Havutçu, s. 370.

84 Tandoğan, Borçlar il, s. 730-731; Reisoğlu, Kefalet, s. 22-23.

ticaret şirketinin kazanç elde etme ve paylaşma şeklinde ifade edilebilecek amacına doğrudan veya dolaylı olarak hizmet etmesi, o işlem bakımından ehliyetin varlığını kabul etmek için yeterli görülmeyebilirdi. Yapılan **hukuki** işlemin ticaret şirketinin kuruluş belgesinde (ana sözleşmede) işletme konusu olarak gösterilen faaliyetlerle de doğrudan veya dolaylı bir ilgisinin bulunması, söz konusu 137. maddenin lafzından yola çıkarak pekala aranabilirdi. Sonuçta, sadece amaca elverişli olan değil, işletme konusuyla bir biçimde ilgili bulunan hukuki işlemler bakımından ticaret şirketinin ehliyetli olduğunun kabul edilmesine olanak veren bir düzenleme karşısındaydık. Gerçi 6762 sayılı Kanun'un 137 maddesinde dile gelen "ultra vires" kuralı, üstelik bu maddede dile geldiği biçimiyle pek çok itiraza uğramıştı. Bu kuralın, söz konusu hükmün lafzının ima ettiği katılıkta uygulanmasına karşı çıkılmaktaydı. Ne var ki, hükmün lafzı, ana sözleşmede (kuruluş belgesinde) bir açıklık bulunmadıkça ticaret şirketinin kefil olma ehliyetinin reddedilmesi sonucuna götürebilirdi.

Ticaret şirketlerinin kefil olma ehliyeti ve bu açıdan 6726 sayılı Ticaret Kanunu'nun 137. maddesinin yorumlanmasına ilişkin Yargıtay uygulaması da zaman içinde değişmiş bulunuyordu. Bu uygulamada, öğretinin isterlerine uygun olarak 6762 sayılı Kanun'un 137. maddesi giderek daha geniş bir yoruma tabi tutulmuştur. Bu gelişme, söz konusu hükmün ticaret şirketinin kefil olma ehliyeti bakımından engelleyici bir etki göstermesi tehlikesini ortadan kaldırmıştır. Önceleri bir ticaret şirketinin ancak işletme konusu çerçevesi içinde görülebilecek sözleşmelerden kaynaklanan borçlara kefil olabileceğini söyleyen Yargıtay'ın, başlangıçtaki bu tutumu son derece katıdır⁸⁵. Bu tutuma göre, işletme konusu içinde "*trikotaj, tuhafiyecilik ve benzeri işler*" bulunan bir ticari işletmenin, iplik alım satımına ilişkin bir sözleşmeden kaynaklanan borca kefil olması geçerli sayılacak, buna karşılık ilaç alım satımıyla ilgili bir sözleşmeden kaynaklanan borca kefil olması "*ehliyetsizlikten ötürü*" geçersiz kabul edilecektir. Buna karşılık, Yargıtay'ın tutumu sonradan değişiklik göstermiş ve böylece, örnek olarak, iplik sanayii ile uğraşan bir anonim ortaklığın, konservecilik ve sabunculuk konusuyla ilgilenen bir kollektif ortaklığın konusuyla ilgili olarak üstlendiği bir borca kefil olması mümkün hale gelmiştir⁸⁶. Yargıtay yeni tutumu için şu gerekçeyi gösteriyor-

85 Yargıtay'ın bu tutumuna örnek olarak bkz. Yargıtay Ticaret Dairesi'nin 10. 12. 1960 tarihli, E: 3282, K: 3381 sayılı karar (Reisoğlu, Kefalet, s. 24).

86 11 HD'nin 7. 2. 1978 tarih ve E. 1978/7 ve K. 1978/354 sayılı kararında şunları söylemiştir: " (6762 sayılı) TTK.'nın 137. maddesi gereğince ticaret ortaklıkları tüzel kişiliği

du: Ticaret şirketlerinin bazen kredi alma ihtiyaçları söz konusu olabilir ve kredi bulabilmeleri için kefil gösterme zorunluluğu ile karşı karşıya kalabilirler. Bu konuda ticaret şirketlerinin birbirine destek olması olağan karşılanmalıdır. Karşılıklı yardımlaşma anlayışı çerçevesinde, bugün bir başka şirkete kefil olan bir ticaret şirketinin, yarın kendisi ihtiyaç duyduğunda rahatça kefil bulabilmesi mümkün hale gelmektedir. O halde, ticaret şirketleri, uğraşı konuları arasında hiçbir benzerlik bulunmasa bile, birbirlerinin borçlan için kefil olabilmelidirler. Bir ticaret şirketinin kefil olduğu borcun, o şirketin uğraşı alanı içinde görülen bir sözleşmeden kaynaklanması gibi bir gereklilik de aranmamalıdır.

Yukarıda gelişim çizgisi gösterilen Yargıtay uygulaması sonuç olarak şu noktaya ulaşmıştır: *Bir ticaret şirketinin bir başka ticaret şirketinin borcuna kefil olması, şirketlerin uğraşı alanları arasında benzerlik olması ve kefil olunan borcun kefil olan şirketin uğraşı alanı içinde görülebilecek bir sözleşmeden kaynaklanması gibi gereklilikler aranmadan mümkün sayılmalıdır.* Bu uygulama, 6762 sayılı Kanun'un 137. maddesinin lafzında oldukça dar ve sınırlayıcı bir biçimde dile getirilmiş olan ultra vires ilkesini aşmaya olanak vermiştir. Gerçekten de, bir ticaret şirketinin, paralel bir konuda faaliyet göstermesi gerekmeyen bir başka ticaret şirketinin borcuna kayıtsız koşul-

haiz olduğundan şirket ana sözleşmesinde yazılı işletme konusu çevresi içinde kalmak koşulu ile bütün hakları edinebilir ve borçları yüklenebilirler. Ticaret ortaklıklarının işletme konuları içinde (kefalet etmek) gibi işlemler yer almaz. Bir ticaret işletmesinin belli konudaki faaliyetini sürdürebilmesi için gerektiğinde kredi temini yoluna gitmesi ve bu nedenle başkasının kefaletini temin etmesi iktiza ettiği gibi aynı suretle başkasına kefil olması olanağı da vardır. Olayda iki davalının ortağı bulundukları kollektif şirketi her iki ortağın ayn ayn münferiden temsil ve borçlandırmaya yetkisi vardır. Kendilerinin ortaklığın işlerini yürütmeleri (6762 sayılı) TTK.'nın 160. maddesi hükmüne dayanmaktadır. Bu yetkinin kapsamı aynı kanunun 165. maddesi hükmü ile sınırlıdır. Bu hükme göre şirketin idaresine giren hususlar ortaklık amaç ve konusunu gerçekleştirmek için yapılması gereken mutad işlem ve işlerden ibarettir. şirketi idare edenler ortaklık menfaatlerine uygun gördükleri işlerde sulh, kabul ve feragat ile tahkime dahi yetkilidirler. Teberruda bulunmak ve ortaklık konusuna girmiyorsa taşınmazları satmak ve satın almak ve teminat olarak göstermek gibi mutad iş ve muameleler dışında kalan hususlarda ortakların ittifakı şarttır. Uyuşmazlık konusu olan kefalet, mutad iş ve muameleler arasına girer" (www.kazanci.com. tr). Görülüyor ki Yargıtay, ticaret şirketlerinin kefil olmalarını, ticari hayatın olağan gereği olması itibarıyla, ana sözleşmelerinde bu yolda bir hüküm olmasa bile kabul etmektedir. Üstelik kefil olmayı olağan iş saydığı için, idareci ortağın olağan yetkisi kapsamında görmüştür. Yargıtayın yeni tutumunu gösteren bir diğer karar için bkz. 11 HD'nin 23. 3. 1982 tarih, E: 851, K: 1225 sayılı karar (Tandoğan, Borçlar II, s. 734-735; Reisoğlu, Kefalet, s. 24-25).

suz kefil olabilmesi kabul edilirse, ultra vires ilkesi konumuz bakımından etkisini kaybetmiş demektir. Gerçi, *"bugün kefil olan ticaret şirketi yarın kendisine kefil olunmasını isteyebilir"* denilerek, kefil olan ticaret şirketinin amacına dolaylı olarak hizmet edecek bir iş yapıldığı söylenmiş olmaktadır. Amaca dolaylı olarak hizmet eden bir iş yapıldığının söylenmesi, bir bakıma, ultra vires ilkesinin bütünüyle göz ardı edilmediğini gösterir. Ne var ki, bu ilkenin bir *"süs ilke"* durumuna geldiği ve ticaret şirketlerinin kefil olması bakımından hiçbir sınırlayıcı etki yaratmayacağı ortadadır.

6762 sayılı Kanun'un 137. maddesinin 6102 sayılı yeni Türk Ticaret Kanunu'muzdaki karşılığı 125. maddededir denilebilir. 6102 sayılı TTK m. 125'in 2. fıkrasında, *"ticaret şirketleri, Türk Medeni Kanununun 48. maddesi çerçevesinde bütün haklardan yararlanabilir ve borçları üstlenebilirler. Bu husustaki, kanuni istisnalar saklıdır"* denilmektedir. Bu düzenlemede, görüldüğü gibi, ultra vires ilkesinin sözü edilmemektedir. Buradan yola çıkılarak ticaret şirketleri bakımından ultra vires ilkesinin kalktığı söylenebilse bile, bu durum konumuz bakımından bir değişiklik yaratmayacaktır. 6762 sayılı Kanun'un 137. maddesinde ultra vires ilkesinin en sert biçimiyle dile getirilmesine rağmen, bu ilkenin ticaret şirketlerinin kefil olması bakımından hiçbir engelleyici etkisinin kabul edilmediğini yukarıda görmüştük. Yeni Türk Ticaret Kanunu'nun ultra vires ilkesinden hiç söz etmeyen 125. maddesi, ticaret şirketlerine zaten tanınmış bulunan kefil olma serbestisi bakımından bir yenilik getirmeyecek, ne var ki, bu serbestiyi tanıyan uygulamanın devam edeceğinin bir garantisi olacaktır. Gerçekten de 6762 sayılı Kanun'un 137. maddesine lafız olarak denk düşen bir düzenleme 6102 sayılı Kanun'da yer alsaydı, ticaret şirketlerine kefil olma serbest'isi tanıyan uygulamanın her an değişebilmesi ve bu serbestinin kalkması riski bulunurdu.

3. TBK. m. 584'ün evli kişilerin kefalet ehliyeti bakımından getirdiği sınırlama: Eşin yazılı rızası

a. Genel olarak

TBK. m. 584, kefil oldukları sırada evli olan kişiler için bir sınırlama getirmiş, bu kişilerin yaptığı kefalet sözleşmesinin geçerliliğini eşlerinin yazılı rızası olmasına bağlamıştır⁸⁷. TBK. m. 584 şu şekildedir: *"Eşlerden biri mah-*

87 Kırca, rızanın hem izni hem de icazeti kapsadığından söz ederek, eşin rızası değil de eşin izninden söz etmenin daha yerinde olacağını belirtmektedir. Yazar, kefalet sözleşmesi yapıldıktan sonra eşin icazet vermesinin mümkün olmadığından yola çıkarak, icazeti de kapsayan "nza" tabirinin kullanılmasına karşıdır. Kırca, s. 435, dnp. 2.

kemece verilmiş bir ayrılık kararı olmadıkça veya yasal olarak ayrı yaşama hakkı doğmadıkça, ancak diğerinin yazılı rızasıyla kefil olabilir; bu rızanın sözleşmenin kurulmasından önce ya da en geç kurulması anında verilmiş olması şarttı: - Kefalet sözleşmesinde sonradan yapılan ve kefilin sorumlu olacağı miktarın artmasına veya adf kefaletin müteselsil kefalete dönüşmesine ya da kefil yararına olan güvencelerin önemli ölçüde azalmasına sebep olmayan değişiklikler için de eşin rızası gerekmez". Bu hükmün kaynağını oluşturan OR Art. 494 Abs 1 düzenlemesine göre, "Evli olan kişilerin yaptığı kefalet sözleşmesinin geçerli olabilmesi, yargıç ayrılığa karar vermiş olmadıkça, eşlerinin daha önceden veya en geç kefalet sözleşmesinin yapıldığı anda verdikleri yazılı rızaya bağlıdır". Her iki metnin ilk fıkrasında yer alan fark açıktır: İsviçre kaynağında, evli kişinin eşinin rızası bulunmadan kefil olabilmesi için yargıcın ayrılığa karar vermiş olması aranmakta, eşlerin ayn yaşamağa hakkı olmasından söz edilmemektedir. TBK. m. 584 f. 1'de ise, mahkemece verilmiş bir ayrılık kararı bulunduğu veya eşlerin ayrı yaşamağa hakları olduğu takdirde, eşlerden birinin diğerinin yazılı rızası olmadan kefil olabileceği belirtilmektedir. Böylelikle, aynlığa ilişkin bir yargıç karar veya böyle bir karar olmasa bile eşlerin ayn yaşama hakkının bulunması, kefalette eşin rızası gerekliliğini ortadan kaldıracaktır. O halde, kefalet sözleşmesinin geçerli olabilmesi için eşin rızasının aranmasını gerektirmeyen hallerin kapsamı, Türk Hukuku'nda İsviçre Hukuku'na nazaran genişlemiş olmaktadır. Hukukumuz bakımından, sadece MK m. 170 f. 1 uyarınca yargıç tarafından ayrılık karar verilmesi durumunda değil, MK m. 197 uyarınca eşlerin ayn yaşama hakkının ortaya çıktığı olasılıkta da eşlerin birbirinin rızası olmadan kefil olması mümkün kılınmıştır. Bunun gibi, boşanma davasının açılmasıyla birlikte eşlerin ayrı yaşama hakları ortaya çıkacak⁸⁸, her biri, diğerinin rızasına muhtaç olmadan kefil olabilecektir. Diğer taraftan, Resmi Gazete'nin 11.04.2013 tarihli sayısında yayımlanan 6455 sayılı Kanun'un 77. maddesi ile TBK. m. 584'e yeni bir fıkra eklenmiş ve eşin rızasına tabi olunmadan kefil olunabilecek hallerin kapsamı genişletilmiştir. Böylelikle, kaynak İsviçre Hukuku'yla olan farklılık daha da büyümüştür. İsviçre'de eşin rızası gerekliliğinin istisnası olamayacak bir dizi durum, hukukumuz bakımından istisna yaratıcı nitelikte görülmüştür.

88 Boşanma davasının açılmasıyla birlikte eşlerin ayrı yaşama hakkının doğmasıyla ilgili olarak bkz. Mustafa Dural/Tufan Öğüz/Mustafa Alper Gümüş, Türk Özel Hukuku, Cilt 111, Aile Hukuku, 2. bası, İstanbul 2008, s. 128.

TBK. m. 584 'le getirilen yeniliğin ailenin korunması düşüncesine hizmet ettiği ortadadır. Kefil olan eş ister kadın eş olsun isterse erkek e5, kefaletin geçerliliği, kural olarak, diğer eşin rızasına bağlıdır. Böylelikle, **aile** hayatı için sıkıntı yaratabilecek ve ailenin ekonomik geleceği bakımından tehlike kaynağı olacak olan hatır kefaletlerinin olabildiğince engellenmesi amaçlanmıştır⁸⁹. Eşlerden birisinin yaptığı kefalet sözleşmesinin geçerliliğini diğer eşin rızasına bağlayan TBK. m. 584'ün, bir şekil kuralı mı yoksa kefil olma ehliyetini sınırlayan bir kural mı olduğu tartışılabilir. Kanaatimce bu kural bir ehliyet sınırlamasıdır⁹⁰.

b. Eşin rızasının aranacağı ve aranmayacağı durumlar

TBK. m. 584'ün uygulanabilmesi için, öncelikle, kefil olmak isteyen kişinin kefalet sözleşmesini yapacağı sırada evli olması gerekmektedir⁹¹.

89 Beck, Art. 494, N. 1, 2; Giovanoli, Art. 494, N. I; Kırca, s. 437-438. Kırca'nın belirttiğine göre kefalette eşin iznini arayan TBK m. 584, TBK. m. 603'le birlikte düşünüldüğünde, hükmün kaynağı olan İsviçre hukukunda sahip olmadığı bir önem kazanmaktadır. Gerçekten de TBK m. 603 uyarınca, kefalette eşin izninin bulunması gerekliliğine ilişkin düzenleme, gerçek kişilerce kişisel teminat verilmesine ilişkin kefalet dışındaki sözleşmelere de uygulanacaktır. Böylelikle teminat amacıyla garanti sözleşmesi yapan veya borca katılan gerçek kişi, evli olduğu takdirde, eşinin iznini almak zorunda olacaktır. Kefalet sözleşmesinin eşin rızasıyla yapılması zorunluluğu, Barlas'ın bildirdiğine göre, Medeni Kanun bakımından da dolaylı olarak ortaya çıkabilir. MK m. 199 f. 1 uyarınca yargıç, ailenin ekonomik varlığının korunması veya evlilik birliğinden doğan mali bir yükümlülüğün yerine getirilmesi gerekli kıldığı takdirde, eşlerden birinin iste mi üzerine, diğer eşin belirli malvarlığı değerleriyle ilgili tasarruflarını istemde bulunan eşin rızasına bağlayabilir. Yargıç, bu konuda, MK m. 199 f. 2 uyarınca gerekli önlemleri alabilir. Bu hükmün, sadece tasarruf işlemlerini değil, borçlandırıcı işlemleri de kapsamına aldığı kabul edilebilir. O halde, eşlerden birinin başvurusu üzerine, diğer eşin kefalet sözleşmesiyle yükümlülük altına girebilmesi başvuruda bulunan eşin rızasına bağlanabilir. Barlas, Bazı Sorunlar, s. 55. Konuya ilişkin olarak ayrıca bkz. Seda Öktem Çevik, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Uyarınca Kefalet Sözleşmelerinde Eşin Yazılı Rızası BÜHFD - Kazancı, 2012, C. 8, S. 89-90, s. 115 vd.

90 Burada bir şekil kuralının değil, kefil olma ehliyeti açısından getirilen bir sınırlamanın bulunduğu hakkında bkz. Beck, Art. 494, N. 3; Pestalozzi, Art. 494, N. 1. Giovanoli'nin düşüncesine göre de, burada kefil olma ehliyetine getirilen bir sınırlama söz konusudur. Eşin rızası gerekliliğini kefil olma ehliyeti bakımından getirilen bir sınırlama olarak görmenin pratik önemi, rıza eksikliği durumunda yapılacak hukuki değerlendirmede görülür. Eşin rızasının bulunmaması durumunda, kefalet sözleşmesi fiil ehliyeti eksikliği yüzünden geçersiz olur. Diğer taraftan, geçerli bir kefalet sözleşmesi için eşin rızasını arayan hüküm emredici olmakla birlikte, kamu düzeniyle ilgili değildir. Giovanoli, Art. 494, N. 3, 3a.

91 Beck, Art. 494, N. 5.

TBK m. 584'ün eşin rızasının aranmayacağı halleri (kaynak kanuna göre) genişleten tutumu sebebiyle, kefalet sözleşmesinin yapıldığı sırada kefilin (boşanma davasının açılması sebebiyle veya MK m.197 uyarınca) ayrı yaşama hakkının bulunmaması gerekliliği de ayrıca aranacaktır. Nihayet, 6455 sayılı Kanun'un 77. maddesi ile TBK. m. 584'e eklenen fıkradaki hallerden birisi de bulunmamalıdır. Bu hallerden birinin varlığı, örneğin, bir ticaret şirketinin ortak veya yöneticisi tarafından o şirketin borcu için verilen bir kefaletin bulunması, kefilin eşinin rızasının alınması zorunluluğunu ortadan kaldırır. Eşler arasındaki mal rejiminin ne olduğunun konumuz bakımından bir önemi yoktur. Eşler arasında mal ayrılığı rejimi bulunsun bile, kefalet sözleşmesi yaparlarken birbirlerinin rızasına gereksinim duyacaklardır⁹². Ne var ki, evli olan kişilerin, sadece kendi adlarına yaptıkları kefalet sözleşmeleri bakımından birbirlerinin rızasına gerek duyacakları açıktır. 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. Bunun gibi, bir tüzel kişinin organı sıfatıyla kefalet sözleşmesi yapan evli kişi, bu sözleşmeyle kendisini değil tüzel kişiyi kefalet sorumluluğu altına sokmaktadır. Böyle bir durumda, kefalet sözleşmesinin geçerliliği, organ sıfatıyla hareket eden kişinin eşinin rızasına bağlı olmaz⁹³.

Kefil olmak isteyen kişinin eşinin ehliyetsizliği, eşin rızasının alınması gerekliliğini ortadan kaldırmaz. Ehliyetsiz eşin yerine yasal temsilcisi tarafından rızanın verilip verilemeyeceği, söz konusu rızanın verilmesinin kişiye sıkı surette bağlı bir hakkın kullanılması olup olmadığı hakkındaki yargıya bağlıdır⁹⁴. Yasal temsilcinin ehliyetsiz adına kefalet sözleşmesi yapma yasağının, bu konuda uygulama alanı bulmayacağı söylenebilir. Ehliyetsiz eş yerine yasal temsilcisinin kefalet sözleşmesine rıza göstermesi olgusu, ehliyetsiz adına yasal temsilcisi tarafından kefalet sözleşmesi yapılması olgusundan farklıdır. İkinci olgu hakkındaki yasak, ilk olguya taşınmaz⁹⁵.

92 Bede, Art. 494, N. 6; Giovanoli, Art. 494, N. 1; Kırca, s. 439.

93 Beck, Art. 494, N. 7; Kırca, s. 439.

94 Eşin rızasının, kişiye sıkı biçimde bağlı bir hakkın kullanılması olarak değerlendirilemeyeceği hakkında bkz. Giovanoli, Art. 494, N. 15. Giovanoli, eşin rızası bakımından iradi temsilci kullanmanın bile mümkün olduğunu söylemektedir. Kefil için temsilci kullanmak mümkün olduğuna ve kefilin eşinin rızası, kefilin kefalet sözleşmesinin kurulmasına ilişkin beyanından daha önemli olmadığına göre, eşin rızasını iradi temsilcisi aracılığıyla ortaya koyması da pekala mümkün olmalıdır. Giovanoli, Art. 494, N. 14. Aynı şekilde Pestalozzi, Art. 494, N. 3.

95 Beck, Art. 494, N. 8; Giovanoli, Art. 494, N. 15.

Yargıç tarafından ayrılığa karar verilmişse (MK m. 170 f. 1), eşlerin kefil olurken birbirlerinin rızalarını almaları gereği ortadan kalkar. Bu olasılıkta eşin rızasının aranmaması olağan karşılanmalıdır. Yargıcın kararına dayanan ayrılığın devamı sırasında, kefil olan kişinin eşi, genellikle akla uygun ve anlaşılabilir bir sebep olmadan rıza göstermeyi reddedecektir. Bu nedenle, ayrılık devam ederken geçerli bir kefalet sözleşmesi yapılması pratikte olanaksız hale gelecektir. Ayrılığın yargıç kararına dayanmaması durumunda, bir başka deyişle fiili ayrılık sırasında, eşin rızasının alınması gerekliliği ortadan kalkmaz⁹⁶. Kaynak İsviçre hukukunda, bir kimse, yargıç karan bulunmadan ayn yaşadığı eşinin rızasını almadan hiçbir şekilde kefil olamaz. Ne var ki, OR Art. 494 Abs. 1 düzenlemesinden farklılaşan TBK. m. 584 farklı bir sonuca varmayı gerektirebilir. TBK. m. 584'e göre, boşanma davası açıldığı için veya MK m. 197'ye göre ayrı yaşamaya hakkı olan eşler, (ayrılığa ilişkin bir yargıç karan olmasa bile) birbirlerinin rızasını almadan kefil olabilirler⁹⁷.

6455 sayılı Kanun'un 77. maddesi ile TBK. m. 584'e eklenen ve kefalette eşin rızasının aranmayacağı hallerin kapsamını genişleten fıkra ise şu şekildedir: *"Ticaret siciline kayıtlı ticarî işletmenin sahibi veya ticaret şirketinin ortak ya da yöneticisi tarafından işletme veya şirketle ilgili olarak verilecek kefaletler, mesleki faaliyetleri ile ilgili olarak esnaf ve sanatkarlar siciline kayıtlı esnaf ve sanatkarlar tarafından verilecek kefaletler, 27/12/2006*

96 Beck, Art. 494, N. 9; Pestalozzi, Art. 494, N. 4.

97 Eski Medeni Kanun'un 162/2. maddesinde boşanma davasının açılmasıyla birlikte eşlerin ayrı yaşama hakkına sahip olacakları açıkça belirtilmekteydi. Bugün için boşanma davasının açılmasının eşlere ayn yaşama hakkı verip venediğine ilişkin bir yasal düzenleme bulunmamaktadır. Yargıtay, yeni Medeni Kanun zamanında verdiği bir kararda (HGK.'nun 05. 03. 2008 tarihli ve 2-231/235 sayılı kararı), boşanma davası açılmasının eşlere ayn yaşama hakkı vereceğini kabul etmiştir. Boşanma davasının açılmasından sonra, eşlerin birbirinin kefil olmasına ilişkin rızalarını vermeyeceği de açıktır. Bu pratik yaşam gerçeği de göz önünde tutulursa, TBK. m. 584'ün amacının boşanma davası açıldıktan sonra eş rızasının aranmaması sonucuna ulaştıracağı söylenebilir. Reisoğlu'ndan aktardığımız bu düşünceler için bkz. Reisoğlu, Türk Kefalet Hukuku, s. 90. Bu konuda ayrıca bkz. Serkan Ayan, Kefalet Sözleşmesinde Kefilin Sorumluluğu, Ankara 2013, s. 105. Yazar, eşin iznini alma zorunluluğundan kurtulmak için "kanuna karşı hile" teşkil edecek tarzda boşanma davası açılmasının söz konusu olabileceği uyarısını yapmakta, böyle girişimlere cevaz vennemek gerektiğini belirtmektedir. Kefalette eşin rızasının alınması zorunluluğunu ortadan kaldıran ayn yaşama hakkının boşanma davası açılmasıyla ortaya çıkabileceği veya MK. m. 197'ye dayana-bileceği hakkında ayrıca bkz. Bilgen, s. 66.

tarihli ve 5570 sayılı Kamu Sermayeli Bankalar Tarafından Yürütülen Faiz Destekli Kredi Kullandırılmasına Dair Kanun kapsamında kullanılacak kredilerde verilecek kefaletler ile tarım kredi, tarım satış ve esnaf ve sanatkarlar kredi ve kefalet kooperatifleri ile kamu kurum ve kuruluşlarının kooperatif ortaklarına kullandırılacak kredilerde verilecek kefaletler için eşin rızası aranmaz". Bu düzenlemenin kapsamı çeşitli tartışmaları davet edecek niteliktedir. Diğer taraftan, ek fıkra, Borçlar Kanunu gibi temel bir kanuna uymayacak tarzda biçimlendirilmiştir. Eşin rızası gerekliliğine istisna getirilirken, tarihi ve sayısı da gösterilerek özel bir kanunun zikredilmesi yakışık alacak bir davranış mıdır? Kalıcı olacağı düşüncesiyle hazırlanan, ömrü yüzyıllarla ölçülmesi beklenen temel bir kanunda, gelip geçici çıkarları düzenleyen özel bir kanuna, üstelik tam adı, tarihi ve sayısı ile birlikte değinilmesi, kanun yapma tekniğiyle bağdaştırılamayacak bir davranıştır⁹⁸. Bunun gibi, çeşitli kooperatiflerin ortaklarına kullandıracağı kredilere verilen kefaletler gibi son derece özel nitelikteki kefaletlerin, en genel bir ifade tarzı kullanılarak biçimlendirilmesi gereken bir Borçlar Kanunu maddesinde anılması, aynı ölçüde yakışsız bir tutumdur. Görülüyor ki, işin başından beri bir türlü sindirilemeyen eşin rızası gerekliliğinde önemli bir gedik açmak için fazla ince eleyip sık dokunmamıştır. TBK. m. 584'e eklenen bu fıkra ile, eşin rızası gerekliliğinin dışına çıkarılan kefaletlerin ne olduğu da tartışmaya açıktır. Her şeyden önce, bir ticaret şirketine kullandırılan kredilerde, söz konusu şirketin ortak ve yöneticileri, eşlerinin rızasını almaya gereksinim duymadan kefil olabileceklerdir. Zaten, TBK. m. 584'e eklenen fıkra ile hedeflenenler de, bu tür kefaletler olmuştur. Şirket ortaklarının şirket borçları için kefaletinin alınması, uygulamada çokça karşılaşılan bir teminattır. Ortağı (ve yöneticisi) oldukları şirketin borçları için kefil olan kişilerin eşlerinin rızasını almak zorunda bırakılması, ticari hayatın gerekleriyle bağdaştırılamıyordu. TBK. m. 584'e eklenen fıkra ile bu kaygı giderilmiştir. Aslında, sözünü ettiğimiz kaygı, pratik yaşam gerçeğinin çok temel hukuki ilkeleri çarpıtması sonucu ortaya çıkmış bir kaygıydı ve görmezden gelinmesi mümkündü. Bir ticaret şirketi kurulduğunda, şirket ortaklarının sınırsız sorumluluk altında olmadan faaliyette bulunacakları bir yapı oluşturulması

98 Üstelik TBK. m. 584'e eklenen fıkra 5570 sayılı Kanun'a yapılan yollamanın hatalı olduğu belirtilmektedir. Ayan, esnafa veya çiftçiye düşük faizli kredi verilmesinin yasal dayanağının 5570 sayılı Kanun olmayıp, 4603 sayılı Kanun ve bu Kanuna göre çıkarılan Bakanlar Kurulu kararları olduğunu ve eklenen fıkra ile yapılan yollamanın bu yönde anlaşılması gerektiğini söylemektedir. Bkz. Ayan, s. 123.

amaçlanır. Sorumluluğu malvarlığıyla sınırlı bir şirket kurulduktan sonra, kurulan bazı ilişkiler bakımından (örneğin şirkete kullandınlan kredi bakımından) ortakların sınırsız sorumluluğuna kapı açılmak istenmesi (bunun için ortağın kefaleti kurgusundan yararlanılması), sağlıklı bir ekonomik yapının göstergesidir ve normal olmayan bir durumdur. Kanunların ekonomik ve hukuki açıdan bir sapma niteliğindeki görünümüleri sağlıklıymış gibi kabul ederek düzenleme getirmeleri, normale dönme ümidini de ortadan kaldırır. Ne çare ki, TBK. m. 584'e eklenen fıkrayla birlikte, şirket borçları için ortakların kefaletine başvurulması şeklindeki uygulama, bu ortakların eşlerinin rızalarının aranması gibi bir engelle karşılaşılmaksızın, devam edebilecektir. Bu kişiler, sadece ortağı veya yöneticisi oldukları şirketin borçları için değil, söz konusu şirketle ilgili görülebilecek başkaca borçları için de eşlerinin rızası aranmaksızın kefil olabilirler. Sözgelimi, ortağı veya yöneticisi oldukları şirketten başka bir şirketin (veya gerçek kişi tacirin) kredi bulmasını kolaylaştırmak için, eşlerinin rızasına ihtiyaç duymaksızın kefalet güvencesi verebilirler. Böylelikle ilerde ortağı veya yöneticisi oldukları şirketin kredi ihtiyacı doğduğunda kefil bulmayı kolaylaştırmış olurlar. Lehine kefalet güvencesi verilen borcun borçlusu olan şirket (veya gerçek kişi tacir), kefil olan gerçek kişilerin ortağı veya yöneticisi oldukları şirkete mal tedarik etmekte olabilir. Bunun gibi, asıl borçlu konumundaki şirket (veya gerçek kişi tacir), kefalet teminatı verenlerin ortağı veya yöneticisi oldukları şirketin faaliyette bulunduğu mahalli kira sözleşmesiyle kullandıran bir kişi olabilir. Bütün bu durumlarda, kefalet bağlanmış borcun, kefillerin ortak veya yöneticisi oldukları şirketin borcu olmasa bile, söz konusu şirketle ilgili görülebileceği söylenebilir.

TBK. m. 584'e eklenen fıkranın eşin rızası gerekliliğinin dışında bıraktığı başkaca kefaletler nelerdir? Ticaret siciline kayıtlı bir ticari işletmenin sahibi olan gerçek kişi, söz konusu işletmenin olağan uğraşı alanı içinde kaldığı takdirde, eşinin rızasını almadan kefil olabilecektir. Gerçekten de, söz konusu fıkra, *"ticaret siciline kayıtlı ticari işletmenin sahibi tarafından işletme ... (ile) ilgili olarak verilecek kefaletler"* eşin rızasına tabi olmaktan çıkmıştır. Şu halde, gerçek kişi tacir, ticari faaliyetinin bir gereği olarak görülebildiği sürece, bir başka gerçek kişi tacirin veya ticaret şirketinin borcu için eşinin rızasına gereksinim duymadan kefil olabilir. Gerçek kişi tacirlerin ve ticaret şirketlerinin birbirlerinin borcu için kefil olmaları, ticari hayatın bir gereği olarak kabul edilir. Bir gerçek kişi tacir, yarın kendisine kredi açılmasını mümkün kılacak bir kefil rahatlıkla bulabilmek için, bugün bir başkasının alacağı krediden doğan borca kefil olmayı uygun görebilir. İşte böyle bir gerçek kişi tacirin ticari mantığının yapılmasını gerekli gördü-

ğü bir kefalet sözleşmesini, eşin rızasına tabi olmaktan çıkararak kolaylaştırmak, yapılan değişikliğe esas olan amaçlardan birisidir. Bunun gibi, gerçek kişi tacirin, kendisine mal tedarik eden veya ticari faaliyette bulunduğu yeri kendisinden kiralamış bulunduğu kişinin (kiraya vereni konumunda bulunan kişinin) borçlarına kefil olması durumunda da, işletmesi ile ilgili ve eşinfo rızasını gerektirmeyen bir kefalet sözleşmesi yaptığı söylenebilir..

TBK. m. 584'e eklenen fıkrada, *"mesleki faaliyetleri ile ilgili olarak esnaf ve sanatkarlar siciline kayıtlı esnaf ve sanatkarlar tarafından verilecek kefaletler"* için eşin rızasının aranmayacağı da belirtilmiştir. Buna göre, bir esnaf, bir başka esnafın veya gerçek kişi tacirin ya da ticaret şirketinin borcu için, eşinin rızasını almadan kefil olabilecektir. Yeter ki, söz konusu kefalet esnafın mesleki faaliyeti kapsamında görülebilsin. Esnafın bir başka esnaf veya tacir için kefil olması, yarın kendisinin kefil bulmasını kolaylaştıracaktır. Esnaf veya tacirlerin kredi almayı kolaylaştırmak için birbirlerine kefil olmaları, mesleki faaliyet kapsamında görülebilir. Diğer taraftan, esnaf ve sanatkarlar siciline kayıtlı bir gerçek kişi, tedarikçisi konumundaki kişinin veya faaliyette bulunduğu mahalli kendisine kiralamış olan kişinin borçlarına, eşinin iznini almadan kefil olabilmelidir. Bu tür kefaletleri eşin rızasına tabi olmaktan çıkararak kolaylaştırmak da, yapılan değişikle güdülen amaçlardan biri olmuştur. TBK. m. 584'e eklenen fıkraya göre, *"27/12/2006 tarihli ve 5570 sayılı Kamu Sermayeli Bankalar Tarafından Yürütülen Faiz Destekli Kredi Kullandırılmasına Dair Kanun kapsamında kullanılacak kredilerde verilecek kefaletler"*, kefilin eşinin rızası alınmadan geçerli olarak yapılabilecektir. Bu düzenleme, besbelli, kamu sermayeli bankalar lehine olarak tanınmış bir ayrıcalık getirmektedir. Bu tür bankaların kullandıracakları krediler için kefalet teminatına başvurabilmeleri kolaylaştırılmak istenmiştir. Nihayet, tarım kredi, tarım satış, esnaf ve sanatkarlar kredi ve kefalet kooperatifleri için, bu kooperatiflerin ortaklarına kullandırdıkları krediler bakımından kefil bulmaları kolaylaştırılmıştır. TBK. m. 584'e eklenen fıkrayla, sözü geçen kooperatiflerin (veya kamu kurum ve kuruluşlarının) kooperatif ortaklarına kullandırdıkları kredilerde, eşin rızasına gerek duyulmadan kefil olunabileceği belirtilmiştir.

TBK. m. 583 f. 2, kefalet sözleşmesi için aranan geçerlilik şeklinin, kefalet sözleşmesi yapılması hususunda yetki veren işleme veya kefalet sözleşmesi yapılması vaadine (kefalet ön sözleşmesine) de uygulanacağını belirtmektedir. Bu durumda, kendi adına kefalet sözleşmesi yapması için bir başkasına temsil yetkisi vermek isteyen kimse, bunu kefaletin geçerlilik şekline uyarak yapabilecektir. Alacaklıya veya bir başkasına (örneğin esas

borçluya) kefalet sözleşmesi yapma vaadinde bulunmak isteyen de, kefalet sözleşmesinin geçerlilik şekline uygun hareket etmesi gerekir. Ne var ki, kefalet sözleşmesi için bir geçerlilik gereği olan eşin yazılı rızasının, kefalet sözleşmesi yapılması için doğrudan temsil yetkisi verilmesi sırasında aranıp aranmayacağı belirsizdir. Bunun gibi alacaklıya veya üçüncü bir kişiye (esas borçluya) kefalet sözleşmesi yapma vaadinde bulunulurken, vaatte bulunanın eşinin yazılı rızasının aranıp aranmayacağı da belirsizdir. TBK. m. 584 hükmünün dolanılmasını engelleme kaygısı, bu olasılıklarda da eşin yazılı rızasının aranmasını haklı gösterir. Kendi adına kefil olunması için doğrudan temsil yetkisi veren veya kefalet sözleşmesi yapma vaadinde bulunan kişinin eşi bu aşamada rızasını ortaya koymuşsa, sonradan asıl kefalet sözleşmesinin yapılması sırasında tekrar rızasını belirtmesi gerekmez⁹⁹.

Bir kimse eşinin bir borcu için kefil oluyorsa, kefaletin geçerliği (esas borçlu konumundaki) eşin rızasına bağlı olacak mıdır? Bu konu tartışılabilir. Kanaatimce, eş esas borçlu konumunda olsa bile, kefalet sözleşmesinin geçerliliği onun rızasına bağlı olmalıdır. Kendisi aile bütçesine yük getirmiş olan bir kişi, bu sefer de eşinin kefil sıfatıyla bir yük daha getirmesine yanaşmayabilir. Aile bütçesine gelecek bu katmerli (çifte) yük, onun rızası dahilinde gerçekleşmelidir¹⁰⁰.

99 Aynı görüşte, Beck, Art. 494, N. 14; Pestalozzi, Art. 494, N. 3. Farklı düşünce için bk:z. Kırca, s. 439-440. Kırca'nın belirttiğine göre bir ayrımın yapılması gerekir. Kendi adına kefil olunması için doğrudan temsil yetkisi veren kişi, henüz bir borç altına girmiş olmadığından eşinin iznini almasına gerek yoktur. Ne var ki, kefalet ön sözleşmesi (kefil olma vaadi) asıl kefalet sözleşmesini yapma borcu doğuracağına göre, eşin imi alınmadıkça geçerli olmaz. Kefilin eşinin rızasını arayan düzenlemenin, ne doğrudan ne de kıyas yoluyla avale uygulanması mümkün değildir. O halde esas borçluya bir bono düzenletirilir ve gerçekte kefil olması istenilen kişiye aval verdirilirse, eşinin rızasını aramaya gerek olmayacaktır. Pestalozzi'ye göre bu sonuca karşı çıkılmaması gerekir. OR Art. 494 (TBK m. 584) teminat vermeye ilişkin belirli bir yola (kefalet sözleşmesine) ilişkin bir sınırlama getirmektedir. Yoksa evli kişilerin eşlerinin rızası olmadan verdikleri her türlü kişisel teminatı engelleme amacı gütmemektedir. O halde "aval verme", eşin rızası olmadan kefil olma engelini aşmaya yönelik bir kanuna karşı hile sayılmaz. Pestalozzi, Art. 494, N. 2; Staffelbach, Art. 494, N. 1. Ne var ki Kırca, kefalette eşin izninin bulunması gerekliliğine ilişkin kuralın, TBK. m. 603 uyarınca, kişisel teminat verilmesine ilişkin hukuki işlemler arasında yer alan aval vermeye de uygulanacağını düşünmektedir. Kırca, s. 437-438. Yazarın bu yaklaşımı benimsenirse, eşin izni gerekliliğinden kurtulmak için kefil olmak yerine aval verilmesi yoluna gidilemeyecektir.

100 Reisoğlu, eşin borcu için kefil olma halinde eş lehine bir kefaletin söz konusu olduğunu, lehine kefalet verilen eşin ayrıca rızasının gerekmediğini belirtmektedir. Reisoğlu, Türk Kefalet Hukuku, s. 91.

Kefalet güvencesine bağlanacak olan borcun alacaklısı kefil olmak isteyen kişinin eşiye, bu olasılıkta kefalet sözleşmesinin geçerliliği eşin rızasına bağlı olmaktan çıkar. Şöyle bir örnek üzerinden konu daha iyi anlaşılabilir: (A)'nın eşi (B), (A)'nın amcasının oğlu (C)'den alacaklıdır. (A), kendi eşine ait bu alacak için kefalet güvencesi vermek istemektedir. Bu kefaletin geçerliliğini eşin rızasına bağlamak anlamsız ve gereksizdir. (A)'nın eşi (B) alacaklı sıfatıyla kefalet sözleşmesinin tarafını oluşturduğuna göre, onun bu sözleşme bakımından rızası zaten vardır. Sözleşmeyi kuran iradelerden biri (A)'nın eşinin iradesidir. Şimdi bir de TBK. m. 584 uyarınca kefilin eşi sıfatıyla rızasını ortaya koyması gerekmez.

Kefalet sözleşmesinde yapılan değişikliklerden bazılarının geçerli olabilmesi de, kefilin eşinin yazılı rızasının bulunmasına bağlıdır. Bu değişiklikler, kefilin sorumluluk sınırının arttırılması, adı kefaletin müteselsil kefalete dönüştürülmesi ve alacak için mevcut güvencelerin önemli ölçüde azaltılmasıdır. Kefilin eşinin yazılı rızasını gerektiren değişiklikler, bu üç olasılıkla sınırlıdır¹⁰¹. 6455 sayılı Kanun'un 77. maddesi ile TBK. m. 584'e eklenen fıkranın kapsamına giren durumlarda, kefalet sözleşmesinin yapılması eşin rızasını gerektirmediği gibi, kefalet sözleşmesinde değişiklik yapılması da eşin rızasını gerektirmeyecektir. 6455 sayılı Kanun'un 77. maddesi ile TBK. m. 584'e eklenen fıkranın kapsamına giren bir kefalet sözleşmesi, söz konusu fıkranın eklenmesinden (ve yürürlük kazanmasından) önce yapıldığı için kefilin eşinin rızası alınmış olsa bile, ek fıkranın yürürlük kazanmasından sonraki her türlü değişiklik, kefilin eşinin rızası alınmadan yapılabilir. Buna göre, TBK. m. 584 f. 2 uyarınca kefilin eşinin rızasını gerekli kılan değişiklikler dahi, böyle bir rıza alınmadan gerçekleştirilebilir.

Kefalet sözleşmesinde değişiklik yapılarak esas borçluyla kefil arasında teselsül kararlaştırılıyorsa, TBK. m. 584 f. 2 uyarınca bu değişikliğin kefilin eşinin yazılı iznini gerektirdiği tartışmasızdır. Buna karşılık, yapılan değişikliklerle birlikte kefil olan kişiler arasında teselsül kararlaştırılıyorsa, evli olan kefillerin eşlerinin yazılı izninin alınıp alınmayacağı belirsizdir. Adi kefaletin müteselsil kefalet dönüşürülmesi için kefilin eşinin rızasının alınması gerekliliği, bu ikinci olasılığı da kapsar. Kendi aralarında teselsül kararlaştırarak bölme def'inden vazgeçen kefillerin eşleri, bu değişikliğe rıza göstermelidir¹⁰².

101 Beck, Art. 494, N. 15.

102 Beck, bu konuda, her birlikte kefalet ilişkisinin özelliğinin dikkate alınmasıyla bir sonuca varılması gerektiğini belirtir. Beck, Art. 494, N. 17.

Yapılan değişikliğin alacağa bağlı güvenceleri önemli ölçüde azaltıp azaltmadığı, bu nedenle kefilin eşinin rızasının aranıp aranmayacağı değerlendirilirken, "güvence" ve "azalma" tabirleri en geniş anlamıyla ele alınmalıdır. Sözü edilen güvencelerin kapsamına, sadece aynı güvenceler değil, kişisel nitelikteki güvenceler de girer¹⁰³. Alacaklının elindeki rehinlerden bazılarının vazgeçeceğine veya esas borçluyla birlikte sorumlu olan kişilerle ibra edeceğine ilişkin olarak kefilin rızasının alınması yeterli değildir. Ayrıca kefilin eşinin de rızası alınmalıdır. Aksi takdirde bizzat kefilin rızası da alınmamış sayılır. Kefilin eşinin rızası alınmamışsa, alacaklının kefilin rızasını almadan elindeki rehinlerden vazgeçmesinin veya kefillerden bazıları ile ibra etmesinin yaptırımı devreye girer. Bu yaptırım, bu tür değişiklikler bakımından rızası alınmamış kefilin borçtan kurtulmasıdır. Buna karşılık, objektif sebeplere bağlı olarak güvencenin azalması TBK. m. 584'ün dışında kalır. Güvencenin azalmasına yol açan bu türlü objektif sebeplere, piyasa koşullarına bağlı olarak rehinlerin değer kaybetmesi veya esas borçlunun dışında borçtan sorumlu olan kişilerden bazılarının ödeme gücünü yitirmesi gösterilebilir. Alacaklının elinde bulunan rehin konusu malın, aynı değerde olan veya daha fazla değer taşıyan bir başkasıyla değiştirilmesi hususunda kefil rıza göstermişse, ayrıca kefilin eşinin de rızasının alınması gerekmez¹⁰⁴. Güvencede ortaya çıkan azalmanın önemli olup olmadığı, her somut olay için ayrıca ele alınmalıdır. Çok genel olarak şu söylenebilir: Kefil, güvencelerin önemli görülemeyecek derecede azaltılmasına kendi başına rıza gösterebilir. Bu türden önemli olmayan değişikliklerde eşinin de olurunun alınması gerekmez¹⁰⁵. Buna karşılık, esas borcun üstlenilmesi yoluyla esas borçlunun değişmesi hakkında kefilin ortaya koyduğu rızanın geçerli olabilmesi ve kefalet sözleşmesinin devam edebilmesi için, kefilin eşinin de rızasını almanın gerekip gerekmediği belirsizdir¹⁰⁶. Güvence kavramının alabildiğine geniş bir biçimde ele alınması zorunluluğu, esas borçlunun değişmesine ilişkin

103 Beck, Art. 494, N. 18; Pestalozzi, Art. 494, N. 5; Kırca, s. 442.

104 Beck, Art. 494, N. 19; Pestalozzi, Art. 494, N. 5; Kırca, s. 442.

105 Beck, Art. 494, N. 20. Güvencelerdeki azalmanın önemli olup olmadığı, başta kefilin sorumluluk sınırının yüksekliği olmak üzere somut olayın bütün özellikleri dikkate alınarak takdir edilir. Giovanoli, Art. 494, N. 20.

106 Beck, Art. 494, N. 21. Reisoğlu, asıl borçlunun yerine yeni bir borçlunun geçmesi durumunda, kefinden başka kefilin eşinin rızasının da alınması gerektiğini belirtmektedir. Ne var ki, yeni borçlu eskisine nazaran ekonomik bakımdan daha güçlü bir kişiye, eşin muvafakatinin olmadığını ileri sürmesi hakkın kötüye kullanılması sayılmalıdır. Reisoğlu, Türk Kefalet Hukuku, s. 92.

olarak sadece kefilin değil, kefilin eşinin de rızasının alınmasını gerektirir. Ödeme yapan kefilin alacaklıya halef olarak esas borçluya rücu edeceği dikkate alınır, esas borçlunun malvarlığının kapsamı kefil için güvence oluşturur. Esas borcun ödeme gücü zayıf birisince üstlenilmesi durumunda, kefalet sözleşmesinin devam edip etmeyeceğine ilişkin olarak, yalnız kefil değil kefilin eşi de söz sahibi olmalıdır.

c. Eşin rızasının zamanı ve şekli

TBK. m. 584'e göre, eşin rızası kefalet sözleşmesinin kurulmasından önce, en geç kefalet sözleşmesinin kurulduğu anda verilmiş olmalıdır. Söz konusu hükme göre, kefalet sözleşmesinin kurulmasından sonra eşin rızasını göstermesi etkili olmayacaktır. Ne var ki, 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 kefilden sonra imzalaması mümkün olmalıdır. Diğer taraftan, kefilin eşinin rızası bir koşula bağlı olarak da verilebilir. Böyle bir durumda, 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. Bir örnek vermek gerekirse, kefilin eşi rızasını ortaya koyarken, bu rızanın *"başka bir kimsenin de aynı borca kefil olması durumunda hüküm ifade edeceğini"* belirtebilir¹⁰⁷. *"Sözleşmenin kurulduğu an"* ibaresinin, başka bazı durumlarda da dar ve teknik anlamının dışında ele alınması zorunludur. Kefalet sözleşmesi hazır olmayanlar arasında kuruluyorsa (kefilin beyanıyla alacaklının beyanı aynı zamanda gerçekleşmiyorsa), böyle bir zorunlulukla karşılaşabiliriz. Böyle durumlarda kefilin eşinin rızası, kefilin yazılı olarak yapması gereken beyanından önce, 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. Kefalet sözleşmesinin kurulduğu an, duruma göre, alacaklının kabul beyanının kefile ulaştığı veya alacaklının susmasının kabul olarak yorumlandığı andır. İşte böyle durumlarda kefilin eşinin rızası, kefalet sözleşmesinin alacaklının kabulüyle kurulduğu daha sonraki anda değil, kefilin yazılı beyanını (öneriyi) yaptığı anda mevcut olmalıdır. Kefilin eşinin rızasının aranması, niteliği

107 Beck, Art. 494, N. 23.

gereği, kefil olma ehliyetini sınırlayan bir husustur. O halde, kefilin iradesinin kefil tarafından imzalanmış kefalet belgesinde cisimleştiği anda, eşinin rızası da mevcut olmalıdır¹⁰⁸.

Eşin rızası somut ve belli bir kefalet sözleşmesine ilişkin olmalıdır. Bir başka deyişle, eş, somut bir kefalet ilişkisinin beraberinde getireceği rizikolar hakkında bir değerlendirme yapma olanağını bularak rızasını ortaya koymalıdır. O halde, eşin rızasının, gelecekte yapılacak kefalet sözleşmelerini genel olarak kapsar biçimde verilmesine olanak yoktur. Gelecekte yapılacak belirsiz sayıda veya birkaç kefalet sözleşmesi için götürü olarak verilmiş bir rıza geçerli olmaz¹⁰⁹. Ne var ki eşin, koşullarını inceleme ve değerlendirme olanağını bulduğu birden fazla kefalet sözleşmesi için, hepsini kapsar bir biçimde rızasını ortaya koyması mümkündür¹¹⁰.

Eşin rızasının yazılı şekilde verilmesi gerekir. Burada söz konusu olan adi yazılı şekildir. TBK. m. 583 f. 1 uyarınca, kefilin kısmen (kefalet tarihine, sorumluluk sınırına veya müteselsil kefil olma iradesine ilişkin açıklamalar bakımından) el yazısıyla beyanda bulunma zorunluluğu, eşin rızası bakımından söz konusu değildir. Kefilin eşi, herhangi bir biçimde veya herhangi biri tarafından yazılmış beyanı imzalayarak (veya imza yerine geçen bir işaret kullanarak) rızasını ortaya koyabilir. Eşin rızasının kefalet belgesinde yer almasına da gerek olmayıp, ayrı bir belgede yer alması mümkündür. Ne var ki, kefilin eşinin rızasının kefalet belgesinden ayrı bir belge üzerinde cisimleşmesi durumunda, kefalet sözleşmesiyle ilgili önemli verileri içermesi ve bunları kapsar biçimde ortaya konulması yerinde olur. Bu rızanın geçerliliği bakımından aranan bir gereklilik olmayıp, eşin somut kefalet ilişkisinin verilerini (bu arada kefilin üstlendiği rizikonun ağırlığını) bilerek rızasını ortaya koyduğunu ispatlamaya hizmet eder. Eşin kefalet sözleşmesinin kurulduğu sırada hazır bulunmasına gerek olmadığı da açıktır¹¹¹.

108 Giovanoli, Art. 494, N. 8; Pestalozzi, Art. 494, N. 2; Staffelbach, Art. 494, N. 2.

109 Giovanoli, Art. 494, N. 7; Pestalozzi, Art. 494, N. 1.

110 Beck, Art. 494, N. 26, 27; Kırca, s. 444.

111 Eşin rızasının şekli ile ilgili bu açıklamalar için bkz. Beck, Art. 494, N. 28, 29, 30; Giovanoli, Art. 494, N. 4, 5; Pestalozzi, Art. 494, N. 2. Eşin izin vermesinin tek taraflı bir işlem olması ve kendi başına bir teminat niteliği taşınamaması sebebiyle 5070 sayılı Kanun'un 5/11. maddesinin kapsamına girmediği, bu nedenle güvenli elektronik imza yoluyla bu iznin verilebileceği Kırca tarafından ileri sürülmüştür. Kırca, s. 443, dpn. 49.

Kefilin eşinin rızasının mevcudiyetini ve TBK. m. 584 f. 1'in belirttiği zamanda verilmiş olduğunu ispat külfeti alacaklıya aittir¹¹².

d. Eşin rızasının bulunmamasına bağlanan sonuçlar

Kefilin eşi, herhangi bir gerekçe göstermeden somut kefalet sözleşmesine rıza göstermeyi reddedebilir. Böylelikle tamamen kendi serbest takdirine göre kefalet sözleşmesinin geçerli olarak kurulmasını engelleyebilir¹¹³. Eşin rızasının eksik olması durumunda, kefalet sözleşmesi ayrıca iptal beyanında bulunmaya gerek olmaksızın geçersiz olur. Eşin rızasındaki eksiklik nedeniyle birden fazla kefilden biri hakkında geçersizliğin söz konusu olması, TBK. m. 587 f. 3 uyarınca diğer kefillerin de sorumluluğunun ortadan kalkması sonucunu doğurur. Eşin rızasının eksikliği yüzünden ortaya çıkan geçersizliğin giderilmesi isteniyorsa, kefalet sözleşmesinin şekle uygun olarak ve zamanında eşin rızası alınarak yeniden yapılması gerekir¹¹⁴. Eşin rızasının eksikliği yüzünden kefalet sözleşmesinin geçersiz olması durumunda, eşlerin sonradan boşanmış olmaları kefalet sözleşmesini geçerli hale getirmez¹¹⁵. Kefalet sözleşmesinin geçerlilik şekline uyularak yeniden yapılması gerekir. Kefilin boşanmış olduğu eşinin rızasını alması, kuşkusuz, gerekli değildir.

Kefalet sözleşmesinde sonradan değişiklik yapılması söz konusuysa ve bu değişiklik kefilin eşinin rızasını gerektiren hallerden birine ilişkinse, bu rızanın eksikliği, kefilin değişikliğe ilişkin olarak ortaya koyduğu rızanın da geçersiz (bu nedenle etkisiz) olmasına yol açar. Kefilin sorumluluk sınırının arttırılmasına kefilin eşi razı olmamışsa, kefil eski sorumluluk sınırı üzerinden sorumlu kalmaya devam eder. Bunun gibi, adi kefaletin müteselsil kefalete dönüşmesini konu alan değişiklik anlaşmasına kefilin eşi rıza göstermemişse, adi kefil sıfatı korunmuş olur. Teminatların önemli ölçüde azalması söz konusuysa, kefilin eşinin bu konuda rızasının bulunmaması, bizzat kefilin bu hususa ilişkin olarak ortaya koyduğu rızanın geçersiz (ve etkisiz)

112 Giovanoli, Art. 494, N. 11.

113 Giovanoli, Art. 494, N. 12; Pestalozzi, Art. 494, N. 3. Eşin rızasının bulunmamasının, kefalet sözleşmesinin meydana gelmesini engelleyeceğini belirten Beck, böylelikle, eşin rızasının kefalet sözleşmesi bakımından "kurucu unsur" olduğunu da kabul etmiş olmaktadır. Beck, Art. 494, N. 32. Eşin rıza vermeye zorlanamayacağı ve haklı bir sebep olmadan rıza göstermekten kaçındığı gerekçesiyle hakime başvurulamayacağı hakkında ayrıca bkz. Bilgen, s. 70.

114 Beck, Art. 494, N. 32; Giovanoli, Art. 494, N. 9.

115 Beck, Art. 494, N. 32.

olması sonucunu doğurur. Böyle bir durumda da, kefilin rızası olmadan alacaklının mevcut teminatları elden çıkarmasının veya değerini düşürmesinin yaptırımını düzenleyen TBK. m. 592 uygulanır. Kefilin sorumluluğu, teminatlarda ortaya çıkan azalma veya değer düşüklüğü oranında azalır. Hatta alacaklı teminatları ağır kusuruyla elinden çıkarmış sayılırsa, kefil sorumluluktan bütünüyle kurtulur (TBK. m. 592 f. 4). Alacaklı birlikte kefil olan kişilerden birini borcundan kurtarmışsa ve bu duruma diğer kefilin kendisi razı olmakla birlikte eşi razı değilse, TBK m. 587 f. 3 uygulanır. Eşinin rızası alınmamış olan birlikte kefilin sorumluluğu da sona erer¹¹⁶.

Kefilin eşi rızasını ortaya koyarken irade sakatlığına maruz kalmışsa, rızasına ilişkin beyanını iptal edebilir¹¹⁷. Kefalet sözleşmesine taraf olmayan esas borçlunun hilesi, kefil bakımından olduğu gibi, kefilin eşi bakımından da üçüncü kişinin hilesi gibi değerlendirilmelidir. Şu halde, alacaklı bu hileden haberdar değilse (ve olması da gerekmiyorsa) eşin rızasının iptali söz konusu olamamalıdır¹¹⁸.

Konuya ilişkin olarak tartışmaya değer bir sorun da şu şekilde karşımıza çıkabilir. Kefalet sözleşmesi müteselsil kefaletle ilişkin olmakla birlikte, kefilin eşi adi kefaletle yönelik olarak rızasını ortaya koymuştur. Burada iki türlü davranılabilir. Ya kefalet sözleşmesi bütünüyle geçersiz kabul edilir ya da eşin rıza gösterdiği kadarıyla geçerli sayılıp ayakta tutulur. İkinci olasılıkta eş adi kefaletle ilişkin olarak rızasını ortaya koyduğuna göre, müteselsil kefalet verilmesine yönelik sözleşme adi kefalet olarak ayakta tutulabilir. Ne var ki, bu ikinci çözümün kabul edilmemesi, kefalet sözleşmesinin bütünüyle geçersiz sayılması kanaatindeyim. Eşin adi kefaletle ilişkin olarak rızasını ortaya koyması, müteselsil kefaletle ilişkin bir sözleşme yapılmasına razı olmadığını da ortaya koyar. Kefilin müteselsil kefalet sözleşmesi yapmaya ilişkin beyanı da, eşin bu konudaki rızasının eksikliği yüzünden, geçerli bir kefalet sözleşmesinin kurulmasına olanak sağlamaz. Ancak, eş, bir kefalet sözleşmesine ilişkin olarak rıza gösterirken, rızasının adi kefaletle mi yoksa

116 Belirtilen bu sonuçlar için bkz. Beck, Art. 494, N. 33, 34.

117 Pestalozzi, Art. 494, N. 3.

118 Giovanoli, Art. 494, N. 13. Eş yanılarak, adi kefaletle ilişkin bir sözleşmeye razı olduğunu bildirmek isterken müteselsil kefaletle ilişkin bir sözleşmeye razı olduğunu bildirmişse, "beyanda esaslı yanılma" sebebiyle iptal hakkına sahip olur. Ne var ki, alacaklı eşin gerçek iradesine uygun olarak kefalet sözleşmesini ayakta tutmaya hazır olduğunu bildirirse (kefalet sözleşmesini adi kefalet olarak kabul ettiğini açıklarsa), eşin iptal beyanı etkisizleşir (TBK. m. 34 f. 2). Giovanoli, Art. 494, N. 6.

Kefalet sözleşmesinin kefilin yanılması veya aldatılması sebebiyle iptaline geniş ölçüde olanak sağlanmaktadır. Kefile tanınan bu ayrıcalığı açıklamak için ileri sürülen gerekçe şudur: Kefalet sözleşmesi sadece kefil için yükümlülük getirdiğine, alacaklı bir karşı edim üstlenmediğine göre, kefilin yanıldığı veya aldatıldığı iddiasını değerlendirirken fazla titizlik göstermek doğru olmalı.. Ne var ki, bu gerekçe her zaman geçerli olmayabilir. Kefilin, kefalet sözleşmesinden kaynaklanan bir karşı edim alacağı olmasa bile, kefalet sözleşmesinin yapılmasında bir çıkarı söz konusu olabilir. Örneğin, esas borçludan aldığı komisyon karşılığında kefil olan kimselerin, kefalet sözleşmesini yapmakta hiçbir çıkarı olmadığı söylenemez. Mal sattığı kimse, mal bedelini ödemek için aldığı krediden kaynaklanan borca kefil olan bir kimse de, kefalet sözleşmesini yapmakta çıkar sahibidir. Bu sayede malı satan alan kişinin ödeme gücünü aşan bir mal bedeli belirleyebilmekte, elde edeceği kazancı arttırabilmektedir. Böyle olasılıklarda, kefilin yanıldığı veya aldatıldığı iddiasını titizlikle değerlendirmemek gerektiği kolaylıkla söylenebilir. Kefilin yanıldığı veya aldatıldığı iddiasını değerlendirirken, yapılan işlem bakımından ne ölçüde bilgi sahibi olduğu da önem kazanabilir. Kefalet sözleşmesi bakımından yeterli bilgi sahibi olmayan kefilin yanılma riski yükselirken, sözleşme hakkında bilgi sahibi olan alacaklının kefilin yanılığını fark etme ve bu yanılığı ortadan kaldıracak açıklamalarda bulunma olanağı genişler¹²².

2. Yanılma

a. Kefilin göz önünde tuttuğu olgularda yanılması

Kefalet sözleşmesine ilişkin yanılma, daha çok, kefilin sözleşme yaparken göz önünde tuttuğu ve yükümlülük altına girme iradesinin oluşmasında etkili olan olgularda söz konusu olur. Bu tür olgular büyük bir çeşitlilik içerebilir. Kefil, yükümlülük altına girerken, esas borçlunun ödeme gücüne sahip olduğunu, kendisinden başka kefillerin de bulunduğunu ve bu kefillerin ödeme gücünün yüksek olduğunu, halefi.yet yoluyla kendisine geçecek rehin haklarının varlığını ve rehin konusu malların değerinin yüksekliğini göz önünde tutmuş olabilir. Açılan bir krediden kaynaklanan borca kefil oluyorsa, alman kredinin belirli bir doğrultuda kullanılacağına inanabilir.

Aynı borç için başka kişilerin de kefil olacağını düşünerek kefalet sözleşmesi yapan kişinin durumu bir tarafa bırakılırsa¹²³, üzerinde durduğumuz

122 Giovanoli, Art. 492, N. 59, 60.

123 Kefil olurken başka kefillerin de bulunduğuna (veya bulunacağına) inanan kişi, bu inancı boşa çıkarsa, TBK m. 587 f. 3'e dayanarak, kendisinin de sorumlu tutulamayacağını

konuya TBK m. 32 uygulanır. Kefilin yanılması "*sözleşmenin temelinde yanılma*" düzeyine çıkmalıdır ki, iptal beyanında bulunulabilsin. Temelde yanılmanın varlığını kabul etmek için, kefilin göz önünde tuttuğu olgu, iş hayatındaki olağan anlayış (ticari doğruluk) çerçevesinde kefalet sözleşmesinin "*zorunlu temeli*" olarak görülebilmelidir. İş hayatında egemen doğruluk anlayışı, yanılma olmasaydı kefilin kefalet sözleşmesini kesinlikle kurmayacağını kabul etmeye olanak veriyorsa, sözleşmenin temelinde yanılmadan söz edilebilir¹²⁴. Böyle durumlarda, yanılığa düşülen olgunun kefil için taşıdığı önemi alacaklının da bilmesi gerektiği söylenebilir¹²⁵.

Bu değerlendirmeler çerçevesinde denilebilir ki, esas borçlunun ödeme gücü hakkında yanılan kefil, bu yanılığa dayanarak kefalet sözleşmesini iptal edemez. Kefalet sözleşmesi yapan bir alacaklı, kendisini, esas borçlunun ödeme gücünden yoksun olması olasılığı için güvence altına almaktadır. O halde, kefilin esas borçlunun ödeme gücü bakımından yanıldığı iddiasıyla sözleşmeyi iptal etmesini, iş hayatındaki doğruluk anlayışı haklı görmez. Söz konusu yanılıgyı bir "*temel yanılma*" olarak kabul etmeye, iş hayatındaki doğruluk anlayışı müsait değildir¹²⁶.

Hukuki nitelendirmede yanılmanın iptale imkan vermeyeceği genellikle kabul edilir. Buna göre, kefil, kendisince bilinen ve gerçekte var olan bir olguyu hukuki açıdan yanlış nitelendirmişse, iptal hakkına sahip olmaz¹²⁷.

b. Kefilin "esaslı yanılma" niteliğini taşıyan beyan hatasına düşmesi

Kefalet sözleşmesi bakımından "*sözleşmenin temelinde yanılma*,, dışın-da kalan esaslı yanılma hallerine daha sık rastlanabilir. Bir kimse, başka bir sözleşme yapmak isterken kefalet sözleşmesi yapmışsa, sözleşmenin niteli-

ileri sürebilir. Bu hüküm kefilin belirli bir saikine özel önem vermiş, bu saikte hataya düşen kefile TBK m. 32'nin koşulları gerçekleşmiş olmasa bile sözleşmeyle bağlı olmadığını ileri sürme olanağı tanımıştır. Bu konuda bkz. Tandoğan, Borçlar il, s. 736-737.

124 Beck, Art. 492, N. 56; Giovanoli, Art. 492, N. 61.

125 Beck, Art. 492, N. 56; Tandoğan, Borçlar 11, s. 736; Reisoğlu, Kefalet, s. 36.

126 Lerchffuason, s. 46; Beck, Art. 492, N. 58; Giovanoli, Art. 492, N. 60 a. Konuyla ilgili bir çalışma için ayrıca bkz. Tillay Aydın/Birce Arslandoğan Kurşuncu, Borçlunun Mali Durumunun Kefilin Konumuna Etkisi, Prof. Dr. Yavuz Alangoya İçin Armağan, İstanbul 2007, s. 639 vd.

127 Beck, Art. 492, N. 57; Reisoğlu, Kefalet, s. 36.

ğinde yanılığa düşmüş demektir (TBK. m. 31 b. 1). Bu tür bir yanılma esaslı sayılır ve yanılan tarafından sözleşmenin iptal edilmesine olanak verir. Bir malını rehin vermek isterken kefil olan kişinin durumu, sözleşmenin niteliğinde yanılmaya tipik bir örnektir. Kefil olurken esas borçlunun kişiliğinde yanılan kimse de, esaslı bir yanılığa düşmüştür. Burada, yükümlülük altına girilirken göz önünde tutulan kişide yanılma söz konusudur (TBK. m. 31 b. 4). Buna karşılık, kefilin alacaklının kişiliğinde yanılması, esaslı bir yanılma değildir¹²⁸.

128 Lerch/fuason, s. 45; Beck, Art. 492, N. 59; Tandoğan, Borçlar II, s. 735-736; Reisoğlu, Kefalet, s. 34-35. Giovanoli, esas borçlunun kişiliğinde yanılan kefilin bu yanılığının esaslı olduğunu kabul etmekle birlikte, istisnai olarak bu tür bir yanılmanın esaslı sayılmayacağı durumlar olabileceğini de belirtmektedir. Bu istisnai durumlara verdiği örneklerden ilki şudur: Bir borç için kefil sıfatıyla sorumluluk üstlenen birden fazla kişi, esas borçlunun ödeme güçsüzlüğüne düşmesiyle birlikte, alacaklıyı tatmin etmek için bir çözüm geliştiriyorlar. Buna göre borcu kapatmak için bir bankadan kredi alınacak, bu krediden kaynaklanan borcu kefillerden birisi esas borçlu sıfatıyla üstlenecek, buna karşılık diğer kefiller, kredi borcu için kefil olarak banka karşısında sorumluluk alacaklardır. Alınan kredi, birlikte kefaletle konu olan ilk borcu kapatmak için kullanılınca, hem bu borç hem de bu borç için verilen kefaletler sona erecektir. Ortada, sadece, kredi borcu ve bu borç için verilen kefaletler kalmıştır. Geliştirilen bu çözümün, **kredi** alınarak kapatılan borca kefil olan kişiler arasında başlangıçta söz konusu olabilecek rücu ilişkilerini değiştirmemesi gerektiği açıktır. Ulaşılan bu sonuç etkisini, alınan krediden kaynaklanan borcu kapatanın kredi borçlusu veya bu borca kefil olan kişilerden biri olmasına göre farklı biçimde gösterir. Bankaya ödeme yapan kredi borçlusuyorsa, bu kredi borcu için kendisine kefil olan kişilere rücu edebilir. Bu rücunun kaynağı, kredi alınarak kapatılan borca birlikte kefil olmaktan kaynaklanan başlangıçtaki ilişkidir. Kredi alınarak kapatılan borca birlikte kefil olan kişiler, bu borcun ifa edilmemesinden kaynaklanan sorumluluğu aralarında paylaşacaklarına ve aksi kararlaştırılmadıkça her biri sorumluluktan eşit pay alacağına göre, alınan krediden kaynaklanan sorumluluğu da paylaşmalıdırlar. Kredi borcunu kapatan kimsenin, bu borcun esas borçlusu olması bu gerçeği değiştirmez. Elbette olağan bir kredi borçlusunun, bu borcu kapattıktan sonra, kendisine kefil olan kişilere rücu etmesi söz konusu olmaz. Ama ortadaki olağan bir kredi borcu olmayıp, daha önce birlikte kefil olunan bir başka borcu kapatmak için alınan krediden kaynaklanan borçtur. Bu krediden kaynaklanan borcun borçlusu, rastlantısal bir kredi borçlusu olmayıp, alınan kredi yoluyla kapatılan eski borcun kefillerinden biridir. O halde, eski borçtan dolayı kendisiyle birlikte kefil olan kimselere, aralarındaki iç ilişki dolayısıyla ve kendi paylarıyla oranlı olarak rücu etmesi olağan karşılanmalıdır. Bu kurgunun konumuz bakımından önemi şu noktadadır. Alınan krediden kaynaklanan borcun borçlusunun kim olduğu, bu kredi borcuna kefil olan kişiler için önemli değildir. Kredi borçlusu, kredi yoluyla kapatılan eski borcun kefillerinden herhangi biri olabilir. Eski borcun birlikte kefillerinden hangisinin kredi ilişkisinde esas borçlu, hangisinin kefil sıfatını takındığı önemli değildir. Aralarındaki hesaplaşma, nasıl olsa, kredi yoluyla kapatılan eski borçtan kaynaklanan birlikte kefalet ilişkisine ve bundan kaynaklanan

Kefalet güvencesine bağlanan borçta yanılmak da, esaslı bir yanılma olarak kabul edilebilir (TBK. m. 31 b. 2)¹²⁹. Ancak bir noktaya dikkat edilmelidir: Kefil olan kimsenin göz önünde tuttuğu borç kefalet belgesine yansımış olan esas borçtan farklıysa, buna karşılık hangi borç için kefil olunmak istendiği alacaklı tarafından anlaşılmışsa veya anlaşılması gerekiyorsa, yanılmaya ilişkin hükümler uygulanmaz. Böyle bir olasılıkta, kefalet sözleşmesi, gerçekte kefil olunmak istenen borca ilişkin olarak yapılmış sayılır. Kefilin beyanına güven ilkesi uyarınca alacaklının vermesi gereken anlam esas alınır. Alacaklı güven ilkesi çerçevesinde hangi borç için kefil olunmak istendiğim anlayabileceğine göre, kefalet belgesinde belirtilen borç için değil kefilin göz önünde tuttuğu borç için kefalet sözleşmesi kurulmuş sayılır¹³⁰.

Kefilin yanılmaya dayanması durumunda, alacaklının TBK m. 34 f. 2'den yararlanabileceği kabul edilmektedir. Buna göre, alacaklı, kefalet sözleşmesini kefilin iradesine uygun biçimde ayakta tutabilir. Konuya ilişkin olarak verilen örnek şu şekildedir: Başka teminatların olduğu düşüncesiyle kefalet sözleşmesini yapan, ancak bu düşüncesinin doğru olmadığını anlayan kefilin iptal beyanında bulunması üzerine; alacaklı, söz konusu temi-

rücu düzenine dayanacaktır. Kredi borcunu bu borca kefil olanlardan biri kapatırsa, kefilin halefi yeti kuralına dayanarak ödediği tutarın tümü için kredi borçlusuna rücu edemez. Ödeme yapan kefilin kredi borçlusuna rücu etmesi, kredi yoluyla kapatılan eski borç ilişkisine birlikte kefil olmaktan kaynaklanan ilişkiye dayanacak, bu ilişkide kredi borçlusuna düşen sorumluluk payıyla sınırlı olacaktır. Buna benzer bir diğer örnek de şudur: Bir kimse ölmüş ve mirasçıları, ölen kişinin belirli bir kişiye karşı olan borcunu nasıl ifa edeceklerini aralarında kararlaştırmışlardır. Buna göre, mirasçılardan birisi alacaklıyla anlaşarak bu borcun esas borçlusu durumuna gelecek (diğer mirasçılar borçtan kurtaran borç üstlenme), borcu üstlenen mirasçı dışındaki mirasçılar da söz konusu borca kefil olacaklardır. Burada mirasçılar arasındaki iç ilişkiyi etkileyen ve söz konusu borcu mirasçılardan birinin nihai olarak taşımasına yönelik bir miras paylaşma sözleşmesi yapılmayıp, bu borcun nasıl ifa edileceğine yönelik ve sadece alacaklı karşısındaki ilişki bakımından etkili bir düzenleme yapılmıştır. O halde, esas borçlu durumundaki mirasçı, borcu öderse, kefil durumundaki mirasçılara rücu edebilecektir, bu borçtan kaynaklanan sorumluluğun aralarında paylaşılmasını isteyebilecektir. Diğer yandan, kefil olan mirasçılardan biri alacaklıya ödeme yaparsa, kefilin halefi yeti ilkesine dayanarak, esas borçlu durumundaki mirasçıya ödediği tutarın tümü için rücu edemeyecektir. Ödeme yapan kefil, mirasçılar arasındaki iç ilişkide, esas borçlu durumundaki mirasçıya düşen pay oranında rücu hakkını kullanabilecektir. Bu kurguda da, esas borçlu durumundaki mirasçının aralarından hangisi olacağının kefil olan mirasçılar bakımından bir önemi yoktur. Giovanoli, Art. 492, N. 63.

129 Giovanoli, Art. 492, N. 63; Reisoğlu, Kefalet, s. 35.

130 Beck, Art. 492, N. 60; Reisoğlu, Kefalet, s. 35.

natlar varmış gibi kefilin sorumlu tutulacağını söylerse, iptal beyanı etkisiz kalır¹³¹

c. Özel olarak ele alınması gereken bir sorun: Kredi borcuna kefil olan kişinin "bütünsel (global)" sorumluluk üstlenmesi

Kaynak İsviçre Hukukunu takiben hukukumuzda da önemi azalmış bir soruna bu başlık altında değinilmelidir. Bu sorunun karşımıza çıktığı olay örgüsü genellikle şu şekilde gerçekleşir: Bir kefalet belgesinde, "(B) 'nin (A) bankasına karşı olan kredi borcu için kefil olunduğu" belirtilmektedir. Kefil olan kişi, kefalet sözleşmesinin yapılmasından sonra (B)'ye ilk defa kredi verileceğini düşünmektedir. Ne var ki, kefalet sözleşmesinin yapılmasından önce bankanın (B)'ye kullandığı pek çok kredi vardır ve bu kredilerden kaynaklanan borçlar ifa edilmemiş durumdadır. Kefalet belgesinde kefil olan borç tanımlanırken genel bir ifade kullanılmasından yararlanan banka, daha önce kullandığı kredilerden kaynaklanan borçların da kefaletin kapsamında olduğunu iddia eder. Kefil, bankanın bu iddiasına karşı çıkar ve (B)'ye kefalet sözleşmesinin yapılmasından sonra kullanılacak bir kredi için sorumluluk üstlendiğini belirtir. Bankayla kefil arasındaki bu uyumsuzluğun çözümünde, öncelikle kefalet sözleşmesinin yorumlanması ve kefalet güvencesine alınan borcun hangisi veya hangileri olduğunun belirlenmesi gerekir. Yorumlanacak beyan, kefalet belgesinde cisimleşmiş olan beyandır. Kefalet belgesinde (B)'nin bankaya karşı olan kredi borcu için kefil olunduğu belirtilirken, mevcut kredi ilişkilerinden kaynaklanan herhangi bir borç kast edilmiş olabileceği gibi, yeni kullanılacak bir krediden doğacak olan borç da kast edilmiş olabilir. Bankanın kendisince bilinen durum ve koşullar çerçevesinde kefilin beyanını nasıl anlaması gerektiği saptanmalıdır. Kefilin kefalet sözleşmesinin yapılmasından sonra kullanılacak bir kredi için sorumluluk üstlenmek istediğini bankanın anlaması gerekiyorsa, daha önce kullanılan kredilerin kefaletin kapsamı dışında kaldığı sonucuna varmak (güven ilkesi uyarınca yapılan yoruma bağlı olarak) kaçınılmaz olur. TBK. m. 589 f. 3 (ZGB Art. 499 Abs. 3) bir "yorum kuralı" getirmiş ve kuşkulu durumlarda kefilin mevcut borçlar için değil kefalet sözleşmesinin yapılmasından sonra doğacak borçlar için sorumluluk üstlendiğinin kabul edileceğini belirtmiştir. Gerçekten de TBK. m. 589 f. 3 aynen şu şekildedir: "Sözleşmede açıkça kararlaştırılmamışsa kefil, borçlunun sadece kefalet sözleşmesinin kurulmasından sonraki borçlarından sorumludur". Örnek olaya bu

131 Tandoğan, Borçlar il, s. 737; Reisoğlu, Kefalet, s. 36.

kural açısından bakarsak, müşterinin bankaya karşı olan kredi borcu için kefil olduğunu belirten kişinin, kefalet sözleşmesinin yapılmasından sonra doğacak bir kredi borcu için sorumluluk üstlendiğini kabul etmek gerekir. Hukukumuzda böyle bir yorum kuralı bulunmasaydı bile, olayların çoğunluğunda, kefilin beyanının güven ilkesi çerçevesinde yorumlanmasıyla aynı sonuca ulaşılması gerekirdi. Kefil olan kişinin, banka müşterisinin kapsamı belirsiz önceki kredi borçlarını değil, kefalet sözleşmesinin yapılmasıyla birlikte veya daha sonra kullanılacak bir krediyi göz önünde tutması olağandır. Kefalet belgesinde cisimleşen beyanın güven ilkesi çerçevesinde yorumlanması, çok istisnai durumlarda, önceden kullanılmış kredilerden kaynaklanan alacağın da kefaletin kapsamında sayılması sonucunu doğurabilir. Kefalet belgesinde, açıkça, *"banka müşterisinin doğmuş ve doğacak bütün borçlarından ötürü kefilin sorumluluk üstlendiği"* belirtilebilir. Kefalet belgesinde yer alan bu tip beyanlarda bile, güven ilkesi çerçevesinde yapılacak yorum, kefilin kefalet sözleşmesinin yapılmasıyla birlikte veya daha sonra kullanılacak belirli bir krediden ötürü sorumluluk üstlendiği sonucuna götürebilecektir. Kefalet, genellikle, belirli tip bir kredi açılırken söz konusu olmakta, bu belirli kredi bağlamında kefil olma iradesi açıklanmaktadır. O halde, kefilin, bankayla müşterisi arasında öteden beri süre gelen kredi ilişkilerini dikkate alması, bütün bu ilişkilerden kaynaklanan borçlar için sorumluluk üstlenmeyi düşünmesi günlük yaşam gerçeğine uymaz. Belirli bir kredi açılırken kefil olan kişiye, *"bankanın müşterisine karşı doğmuş veya doğacak bütün alacaklarından ötürü kefil olduğu"* ifadesini içeren bir belgenin imzalatılması durumunda, banka söz konusu belgeyi üzerinde yer alan ifadeye uygun anlamakta haklı sayılamaz. Banka, mevcut durum ve koşulları değerlendirerek, müşterisine yeni açılacak olan bir kredi için kefil olunmak istendiğini anlayabilir. Açılacak belirli bir kredinin görüşmelerine tanık olan, banka müşterisinin bu belirli krediyi almasını isteyen ve bunun için çaba gösteren bir kefil, doğal olarak, bu krediden kaynaklanan bir borcun sorumluluğunu üstlenmek isteyecek ve kefil olma iradesinin bu doğrultuda anlaşılmasını beklemekte haklı sayılacaktır. Bankanın kefile dayattığı bir belgede yer alan ifadenin olduğu gibi anlaşılması yolundaki çabası, korunmaya değer bir çaba değildir¹³². Bütün bu açıklamalara rağmen, kefalet belgesinde

132 Reisoğlu, matbu kefalet belgelerinin hepsinde yer alan *"doğmuş veya doğacak bütün borçlar için kefil olma"* ifadesinden, borçluya yeni krediler açılacağı ve bu kredilere kefil olduğu sonucunun çıkarılamayacağını söylemektedir. Reisoğlu, Kefalet, s. 14. Matbu kefalet belgelerinde yer alan bu ifadelerden olmasa da, bu ifadelerin güven ilkesi çerçevesinde yorumlanmasından, açılacak bir krediye kefil olunmak istendiği,

olayların büyük çoğunluğunda çıkarılabilir. Böyle bir sonucun çıkarılmasında da fazla duraksama göstermemek gerekir. Kaldı ki, kefalet belgesinde yer alan "*doğmuş ve doğacak bütün borçlardan ötürü kefil olarak sorumluluk üstlenildiği*" yolundaki ifadeleri kuşkuyla karşılamak, bu tür ifadelerin kefalet sözleşmesini geçersizliğe sürüklemesi olasılığını da dikkate almak gerekir. Barlas'ın bildirdiğine göre, uygulamada banka sözleşmelerinde sık olarak rastlanan "*müşterinin bankaya karşı her ne sebeple olursa olsun borçlandığı ve ileride borçlanacağı tüm borç ve yükümlülükleri için kefil sıfatıyla sorumlu olduğumu taahhüt ederim*" şeklindeki ibareler belirlilik ilkesine aykırıdır. Bu türlü ibarelerin bulunması durumunda, kefalet belgesinin esas borcu yeteri kadar bireyselleştirdiği söylenmez. Buna bağlı olarak, bu türlü ibarelere yer veren bir kefalet belgesinin geçerli bir kefalet sözleşmesinin kurulmasına olanak vereceği ve kefil sorumlu tutmanın mümkün olduğu sonucuna varılamaz. Barlas, Bazı Sorunlar, s. 45-46. Barlas'ın bu açıklamalarına katılıyoruz. Ne var ki, bu türlü ifadelere yer veren bir kefalet belgesinin geçerli bir kefalet sözleşmesinin kurulmasına olanak vereceği kabul edilirse (ki uygulamadaki genel eğilim dikkate alınırsa böylesine bir kabul söz konusu olabilir), kefilin beyanının güven ilkesi uyarınca yorumlanması kaçınılmaz olacaktır. Böylelikle sözleşmenin geçersiz sayılması yoluyla korunamayan kefil, sözleşmenin yorumu yoluyla korunmuş olacaktır. Kefalet belgesinde kullanılan ifadeler güven ilkesi çerçevesinde nasıl anlaşılması gerekiyorsa o şekilde anlamlandırılmalı ve kefilin belirli somut bir kredi ilişkisi çerçevesinde doğabilecek borçlardan sorumluluk üstlendiği sonucuna ulaşmakta duraksama gösterilmemelidir. Kefil, ne de olsa, belirli somut bir kredi ilişkisinin kurulması aşamasında, belirli bir kredi sözleşmesinin görüşmeleri sırasında işin içine girmiştir ve belirli bir kredinin alınmasını sağlamayı amaçlamaktadır. O halde, alacaklı banka, kefilin beyanını belirli somut bir kredi ilişkisinden dolayı sorumluluk üstlenildiği şeklinde anlamlandırırsa güven ilkesine uygun davranmış olur. Kefilin, imzasını taşıyan genel kredi sözleşmesi çerçevesinde kullandırılan kredilerden ötürü sorumlu tutulabileceği, buna karşılık, "*doğmuş ve doğacak bütün borçlardan ötürü sorumluluk üstlendiği*" yolundaki ifadesine dayanılarak başka kredi ilişkilerinden kaynaklanan borçlardan ötürü sorumlu tutulamayacağı hakkında ayrıca bkz. Halil A. kkanat, Kefaletin Fer'iliği İlkesi ve Banka Ticari Kredi Sözleşmeleri, Prof. Dr. Necip Kocayusufpaşaoğlu İçin Armağan, Ankara 2004, s. 288-289. İsviçre Federal Mahkemesinin bir kararında beliren anlayışa göre, kefalet belgesinde "*esas borçlunun gelecekteki bütün borçlarından ötürü sorumluluk üstlenildiğine*" ilişkin bir kayıt bulunursa, böyle bir kayıt ZGB Art. 27 Abs. 2 (MK m. 23 f. 2) hükmünde ifadesini bulan "*özgürlüğün aşırı sınırlandırılması*" yasağına aykırı düşer. Kefil, ekonomik özgürlüğünü (kapsamının ne olacağı şimdiden belirsiz olan borçlar için peşin olarak sorumluluk üstlenmekle) caiz olmayan bir biçimde kayıtlamış olur ve böyle bir kayıtlama, söz konusu sözleşme hükmünün "*kesin hükümsüz*" sayılmasına yol açar. Bir kişinin gelecekteki bütün borçlarından ötürü kefil olarak sorumluluk üstlenme, kişilik hakkına (ekonomik özgürlüğün aşırı bir biçimde sınırlandırılması yasağına) aykırı düştüğü için geçersizdir. Buna karşılık, bir kişinin mevcut (halihazırdaki) borçlarından ötürü kefil olarak sorumluluk üstlenme aynı nitelikte değildir. Bu son durumda, kefilin sorumluluk üstlendiği esas borcun kapsamına ilişkin bir belirsizlik söz konusu değildir. O halde, kefilin ekonomik özgürlüğünü tehlikeye sokan bir durum yoktur. BGE 120 II 35, özellikle 38 vd. İsviçre Hukukunda

kullanılan geniş ifadeler olduğu gibi kabul edilirse, yanılmaya dayanarak iptal hakkını kullanma olanağı kefile açık olmalıdır. Açılacak belirli bir krediyi göz önünde tutarak kefil olan kişi, bir gün, banka müşterisinin doğmuş veya doğacak bütün borçları için kefil olduğunu öğrenirse, yanılmaya dayanarak kefalet sözleşmesini iptal edebilecektir. Burada kefalet sözleşmesinin konusunu oluşturan esas borçta bir yanılma vardır. Böyle bir yanılmanın da **TBK. m. 31 b. 2** kapsamında değerlendirilmesi gerektiği açıktır¹³³.

3. Aldatma

a. Kefalet sözleşmesinde aldatmanın unsurları ve ispat külfeti

Kefil, alacaklı tarafından aldatıldığı için, kefalet sözleşmesinin yapılmasında göz önünde tuttuğu bir olguda yanılmış olabilir. Bu yanılma esaslı olmasa bile, kefil sözleşmeyle bağlı olmadığını ileri sürebilecektir. Aldatmadan kaynaklanan yanılmanın esaslı olması gerekmediği için, yanılma yerine aldatmaya dayanarak iptal hakkını kullanmak kefil için daha elverişli olabilir.

Alacaklı dışında bir kişi tarafından aldatılan kefil, kural olarak, sözleşmeyle bağlı olmadığını ileri süremez. Bu olasılıkta kefilin iptal hakkını kullanması, alacaklının durumdan haberdar olması (veya olmasının gerekmesi) koşuluyla mümkündür (TBK. m. 36 f. 2). Esas borçlu kefalet sözleşmesinde taraf olmayıp, üçüncü kişi durumundadır. Bu nedenle, esas borçlunun aldatmasıyla sözleşme yapan kefil, durumdan haberdar olmayan (ve olması da gerekmeyen) alacaklıya karşı iptal hakkına sahip değildir. Ancak üçüncü kişinin aldatması kefilin esaslı yanılmaya düşmesine yol açmışsa, yanılmaya

(Türk Hukukunda olduğu gibi) kefilin sorumluluğunun üst sınırının kefalet belgesinde gösterilmesi bir geçerlilik gereği olduğundan, esas borçlunun gelecekteki bütün borçları için kefil tarafından sorumluluk üstlenilmesinin sorumluluğun kapsamı bakımından bir belirsizlik yaratmayacağı, bu nedenle kefilin ekonomik geleceğini tehlikeye attığının söylenemeyeceği hakkında bkz. Michael Gruber, Schutz des Bürgen vor globalen Haftungserklärungen - eine rechtsvergleichende Skizze, FS für Heinrich Honsell, Besonderes Vertragsrecht- aktuelle Probleme, Zürich 2002, s. 512-513. Esas borçlunun gelecekteki borçları için kefalette, kefilin sorumluluk sınırı belirtilmiş olsa bile ABGB § 9 hükmüne aykırılığın söz konusu olacağı, bu nedenle kefalet sözleşmesinin geçersiz sayılması gerektiği hakkındaki Alman Yüksek Mahkeme uygulaması için bkz. NJW 1996, 1470. Konunun "belirlilik ilkesi (kefil olunan esas borcun yeterli ölçüde bireyselleştirilmesi gereği)" ve "kefilin üstlendiği sorumluluğun kapsamının önceden görülebilmesi" bakımından ele alınması için bkz. Reinicke/Tiedtke, s. 5 vd, Christian Rikken, Die Globalhaftung des Kreditbürgen, Bertin 2004, s. 18 vd.

133 Giovanoli, Art. 492, N. 64; Tandoğan, Borçlar II, s. 736.

dayanarak iptal hakkı kullanılabilir. Esas borçlu alacaklının temsilcisi olarak hareket ederken kefil aldatmışsa, üçüncü kişinin hilesinden söz edilemez. Bu olasılıkta, alacaklının esas borçlunun davranışından habersiz olması kefilin iptal hakkını kullanmasını engellemez. Alacaklının temsilcisi olarak hareket eden esas borçlunun aldatmaya yönelik davranışları, alacaklıyı bağlar. Alacaklı, temsilcisi sıfatıyla hareket eden kişilerden başka, kefalet sözleşmesinin yapılmasında yardımından yararlandığı kişilerin davranışlarıyla da bağlıdır. Bu kişilerin aldatma sayılan davranışları, alacaklı tarafından yapılmış gibi kabul edilir. Bunun gibi, organ fonksiyonunu gören kişilerin kefil aldatıcı davranışları, alacaklı tüzel kişiye isnat edilecektir¹³⁴.

İptal hakkının bulunduğu ileri süren kefil, aldatmanın unsurlarının gerçekleştiğini ispat külfeti altındadır. Öncelikle, alacaklının davranışları yüzünden bir olguda yanılığa düştüğünü ispatlamalıdır. Yanılığa düşülen olgunun kefalet sözleşmesinin temeli sayılması gerektiğini ispat etmesi gerekmez. Kefilin yanılığı üçüncü bir kişinin davranışından kaynaklanıyorsa, sözleşme kurulurken alacaklının durumu bildiği veya bilmesi gerektiği de kefil tarafından ispatlanmalıdır. Aldatma sayılan davranışı gerçekleştiren kişinin alacaklıyı temsil ettiğini veya alacaklının yardımından yararlandığı bir kişi olduğunu ispat eden kefilin, ayrıca, durumun alacaklı tarafından bilinmesi gerektiğini ispat etmesi gerekmez. Kefil tarafından ispatlanması gereken bir diğer unsur, aldatma kastıdır. Kefili bir olgu hakkında yanıltan veya kefilin mevcut yanılığının devam etmesini sağlayan alacaklı, bu şekilde davranırken kefalet sözleşmesinin kurulmasını amaçlamalıdır. Bu noktada alacaklının ihtimali bir kasta sahip olması da yeterlidir. Alacaklı, kefil olmasını istediği kişiyi yanıltacak beyanlarda bulunurken veya onun mevcut bir yanılığını devam ettirecek şekilde davranırken, bu tür beyan ve davranışlarının kefilin yükümlülük altına girmesi bakımından etkili olacağı ihtimalini göze alıyorsa, ihtimali kastının bulunduğu söylenebilir. Bazı durumlarda, kefil yanıltan davranışların hukuka aykırı olup olmadığının da ayrıca tartışılması gerekebilir. Özellikle kefil yükümlülük altına girmekten alıkoyabilecek bazı olguların gizlenmesinin, aldatma olarak nitelenip nitelenemeyeceği tereddüt uyandırabilir. Böyle durumlarda kefil, alacaklı açısından bir açıklama yükümünün bulunduğunu ve alacaklının susmakla bu yüküme aykırı davrandığını ortaya koymak zorunda kalır. Kefilin ispat külfetinin kapsamında olan son unsur, nedensellik bağıdır. Alacaklının kefil yanıltan davranışlarıyla, kefalet

134 Beck, Art. 492, N. 61; Giovanoli, Art. 492, N. 65-67; Tandoğan, Borçlar il, s. 737; Reisoğlu, Kefalet, s. 38.

sözleşmesinin yapılması arasında nedensellik bağı bulunmalıdır. Alacaklının aldatma kastına dayanan davranışlarına rağmen, bu davranışlar olmasaydı da kefalet sözleşmesinin yapılabileceği söylenebiliyorsa, nedensellik bağı unsuru eksik kalır¹³⁵.

b. Aldatma oluşturan davranışın hukuka aykırı bir nitelik taşıması gereği ve alacaklının açıklama yapma yükümü

Alacaklının kefilin yanltan davranışlarının aldatma olarak nitelendirilebilmesi için, hukuka aykırı olması gerekir. Alacaklının kefilin yükümlülük altına girmesini sağlamak için bilinçli olarak gerçek dışı açıklamalarda bulunması, kuşkusuz, aldatma sayılacaktır. Bu tür davranışların hukuka aykırı olduğu açıktır. Buna karşılık, alacaklının susmasının ne zaman hukuka aykırın sayılacağını ve aldatma olarak nitelendirileceğini söylemek aynı ölçüde kolay değildir. Kendiliğinden veya kefilin talebi üzerine açıklamalarda bulunan alacaklının, gerçek dışı açıklamalardan kaçınması gerektiği gibi, kefilin yükümlülük altına girmekten alıkoyabilecek olguların varlığını da saklamaması gerekir. Alacaklının ne zaman kendiliğinden açıklamada bulunması gerektiği tartışılabilir. Ancak bir kere açıklama yapmaya başlamışsa, doğruluktan şaşmaması ve kefilin yükümlülük altına girme iradesinin ortaya çıkmasında etkili olabilecek olguları saklamaması kendisinden beklenektir¹³⁶. O halde, sorun, alacaklının hangi durumlarda kendiliğinden açıklamada bulunması gerektiği noktasındadır. Alacaklı, kendisinden bilgi istenmese bile, esas borçlunun ödeme güçsüzlüğü içinde bulunduğunu kefil olmak isteyen kişiye söylemeli midir?

Kefalet sözleşmesinin görüşmeleri sırasında, kefil olmayı düşünen kişi esas borçlunun ödeme gücü hakkında bir bilgi istememişse, alacaklının bu konuda bilgi vermesi gerekip gerekmediği MK m. 2' den çıkarılır. Bir başka deyişle, MK m. 2'nin alacaklı için açıklama yapma yükümü getirip getirmediğini saptamak gerekir. Dürüstlük kuralı sözleşme görüşmeleri sırasında alacaklı tarafından bilinen bir olgunun açıklanmasını gerektiriyorsa, alacaklının bu olguyu saklaması hukuka aykırı olur ve aldatma olarak nitelendirilir¹³⁷.

135 Beck, Art. 492, N. 62.

136 Beck, Art. 492, N. 63; Tandoğan, s. 738; Reisoğlu, Kefalet, s. 38.

137 Alacaklının sözleşme görüşmeleri sırasında kefile karşı belirli hususları açıklama yükümlülüğünün bulunduğu kabul edilirse, bu yükümlülüğün ihlal edilmiş olması kefile önemli bir olanak sağlar. Bu olanağın ne olduğuna ilişkin olarak Reinickeffiedtke şu

Alacaklının genel bir açıklama yükümlülüğü yoktur. O halde, esas borçlunun ödeme güçsüzlüğünü bilen alacaklının, kefil olmak isteyen içişiyeye bu bilgiyi vermesi gerektiği peşin olarak söylenemez. Esas borçlunun ödeme gücü hakkında bilgi toplamak, prensip olarak, kefil olmayı düşünen içişiyeye düşer. Alacaklı, kefil olmayı düşünen kişinin esas borçlunun durumunu araştırdığını ve esas borçlunun ödeme gücü hakkında bilgi topladığını varsayabilir¹³⁸.

açıklamayı yapmaktadır: Kefil, yeter derecede aydınlatılmış olsaydı hangi durumda bulunacaksa, o durumun sağlanmasını alacaklıdan talep edebilir. Buna göre, yeter derecede aydınlatılan kefilin kefalet sözleşmesini hiç kurmayacağı söylenebiliyorsa, kefalet sözleşmesiyle bağlı olmadığını ileri sürmesi de mümkün olacaktır. Buna karşı, alacaklı, kefilin yeter derecede aydınlatılmış olsaydı kefalet sözleşmesini yine de yapacağını ispat edebilir. Böyle bir ispatı gerçekleştirirse kefalet sözleşmesine dayanarak talepte bulunması da mümkün hale gelir. Reinicke/Tiedtke, s. 85. Reinicke/Tiedtke'nin bu yaklaşımı, kanaatimce, şu şekilde yorumlanabilir. Açıklama yükümlülüğünün bulunduğu kabul edilen alacaklı, bu yükümlülüğüne aykırı davranırsa, sözleşme görüşmelerinde kusurlu davranmış sayılır ve kefilin bu nedenle uğradığı zararı tazmin etmek zorunda kalır. Kefilin uğradığı zarar da, yeter derecede aydınlatılmış olsaydı yapmayacağı kefalet sözleşmesini yapmak olduğuna göre, bir aynen tazmin biçimi olarak bu sözleşmeyi yapmamış sayılması gerektiğini ve kefil olarak sorumlu tutulamayacağını ileri sürebilecektir. Ne var ki, aynen tazmin yoluna gidilip gidilemeyeceği hakkındaki son değerlendirmeyi yargıcın yapacağı hatırlanmalıdır.

- 138 Tobler, s. 117 vd; Reisoğlu, Kefalet, s. 37. Alman öğreti ve uygulamasındaki hakim olan görüşe göre de, alacaklının kefil karşısında bir özen yükümü altında olmadığı, özel olarak da açıklama yapma yükümlülüğünün bulunmadığı kabul edilir. Buna göre, alacaklı, kefilin üstlendiği rizikonun büyüklüğü hakkında aydınlatmak zorunda değildir. Kefil olacak kişi, kefalet sözleşmesini yapma kararını almasında etkili olabilecek konularda kendi başına araştırma yapmalı ve gerekli bilgileri toplamalıdır. Kefil, kendisinden talepte bulunulması olasılığının ne kadar büyük olduğu hususunda, kendi başına yeterli aydınlığa kavuşmalıdır. Bu hususta alacaklıdan bir açıklama beklemekte haklı değildir. WM 1994, 1064, 1065; Reinickeffiedtke, s. 86. Alacaklının açıklama yapma yükümlülüğü bulunmadığı ilke olarak kabul edilmekle birlikte, bu ilkeye hangi olasılıklarda bir istisna tanınması gerektiği tartışmalıdır. Bir düşünceye göre, üstlendiği rizikonun büyüklüğü hakkında kefilde bir yanılığa yol açan alacaklıdan, bu yanılıgyı gidermesi ve gerekli açıklamalarda bulunması beklenir. Elçin Grassinger, s. 90; Reinicke/Tiedtke, s. 86. Reinickeffiedtke, alacaklının kendisinin yol açtığı yanılıgyı gidermesi gerekliliğini kabul etmek için, açıklama yapma yükümü olmaması ilkesine bir istisna tanınmanın gerekli olmadığını, böyle bir gerekliliğin kendiliğinden anlaşılabileceğini belirtmektedirler. Öğretide son zamanlarda beliren bir eğilime göre, alacaklının kefilin kendisi için önemli noktalarda araştırma yapacağını peşinen kabul etmesi, bazı durumlarda yerinde olmayabilir. Alacaklı, pek çok durumda, kefilin üstlendiği rizikonun büyüklüğü hakkında gerekli araştırmaları kendisinin yapacağını kabul etmekte haklı görülebilir, ancak böyle bir kabul bazı durumlarda somut yaşam gerçeğine uymaz. Hukukî olarak tam ehliyetli statüsünde olsa da, henüz çok genç olup, iş tecrübesi ve

Ne var ki, kefil olmayı düşünen kişinin esas borçlunun ödeme gücü hakkında yanlış bir fikre sahip olduğunu ve gerçek durumu bilseydi kefalet sözleşmesini yapmayacağını anlayan bir alacaklının, açıklama yapma yükümü altında olup olmadığı tartışmalıdır. Bir düşünceye göre, alacaklı, belirtilen bu olasılıkta açıklama yapma yükümlülüğü altındadır. Gerçek durum bilindiği takdirde kefalet sözleşmesinin yapılmayacağı anlaşılabiliyorsa, alacaklının açıklama yapma yükümlülüğü dürüstlük kuralından çıkarılabilir. Alacaklının esas borçlunun ödeme güçsüzlüğünü açıklamak bakımından genel bir yükümlülüğü bulunmasa da, kefil olmak isteyen kişinin bu noktadaki yanlışlığını giderme yükümlülüğü vardır. Diğer bir görüş bu sonuca karşı çıkar ve belirtilen bu olasılıkta alacaklının mevcut yanlışlığı giderme yükümlülüğünü reddeder. Bu görüşe göre, alacaklının, esas borçlunun ödeme gücü hakkında bilgi verme yükümü iki halde söz konusu olabilir. Sözleşme görüşmeleri sırasında kendisinden böyle bir bilgi istenmişse veya konuya ilişkin olarak kendiliğinden açıklama yapmaya başlamışsa. Kefil olmayı düşünen kişi, alacaklıya esas borçlunun ödeme gücü hakkında bilgi sahibi olup, olmadığını sormuşsa, alacaklı bu konudaki bilgisini saklayamaz. Esas borçlunun ödeme gücü hakkında sahip olduğu bilgiyi tam ve doğru olarak aktarması, dürüstlük kuralı uyarınca kendisinden beklenir. Kendisinden bilgi istenmediği halde, esas borçlunun ödeme gücüne ilişkin açıklamaları kendiliğinden yapan bir

geliri bulunmayan kişiler, yakınlarının (genellikle ebeveynlerinin) isteği üzerine, onların son derece kapsamlı borçları için kefil olmaktadır. Bu kişiler, psikolojik bir baskı ortamı içerisinde kefalet sözleşmesi yaparlarken, genellikle, yaptıkları işlemin basit bir formaliteden ibaret olduğunu düşünmektedirler. Öğretide hakim olan eğilim esas alınırsa, bu durumdaki bir kefilin sözleşme yapma kararında etkili olan noktalarda gerekli araştırmayı yaptığını ve üstlendiği rizikonun büyüklüğü hakkında bilgi sahibi olduğunu kabul etmekte alacaklı haklı görülecektir. Böyle bir sonucun somut yaşam gerçeğiyle bağdaşmadığı açıktır. Bu nedenle, kefilin konumu üstlendiği rizikonun büyüklüğünü algılamasına olanak vermiyorsa, alacaklının açıklama yükümlülüğü altında olduğunu kabul etmek yerinde olur. Kefalet sözleşmesinde alacaklının bir karşı edim yükümlülüğünün bulunmaması, davranış (koruma) yükümlülüğünün de bulunmadığı anlamına gelmez. Sözleşme taraflarının birbirlerinin mal ve kişi varlıklarını her türlü zarardan korumalarına ilişkin davranış yükümleri, başka sözleşmeler bakımından olduğu kadar, kefalet sözleşmesi bakımından da söz konusudur. O halde, alacaklı, kefilin üstlendiği rizikonun kapsamı hakkında fikir sahibi olmadığını bilebilecek durumdaysa, gerekli açıklamaları yapmak yükümlülüğü altında olacak, bu yükümlülüğe aykırı davranışı kendisini sorumlu kılacaktır. Kefilin iş tecrübesinden yoksun ve gelir sahibi olmayan biri olması, alacaklı açısından açıklama yapma yükümü doğuracağı gibi, psikolojik bir baskı altında kendi olanaklarını çok aşan bir yükümlülük altına girmesi de, kendisine açıklama yapılması gerekliliğini beraberinde getirecektir. Reinickeffiedtke, s. 86-87.

alacaklının, konuya ilişkin tam ve doğru bilgi vermesi de dürüstlük kuralının bir gereğidir. Alacaklı kendiliğinden yaptığı açıklamalarda, esas borçlunun ödeme gücüyle ilgili önemli bazı olguları saklar ve eksiksiz bir açıklamada bulunduğu izlenimi yaratırsa, kefalet sözleşmesi yapma iradesine haksız bir etkide bulunmuş olur. Esas borçlunun ödeme gücü hakkında tam ve doğru bilgi verme yükümünü doğuran bu iki halden biri bulunmuyorsa, alacaklının açıklama yükümlülüğü soyut bir biçimde dürüstlük kuralından çıkarılamaz. O halde, esas borçlunun durumu hakkında kendisinden bilgi istenmeyen ve bu konuda kendiliğinden bir açıklamaya girişmeyen alacaklı, kefil olmayı düşünen kişinin esas borçlunun ödeme gücü hakkındaki yanılığını düzeltmek zorunda değildir¹³⁹.

Alacaklının esas borçlunun ödeme gücü hakkında açıklama yapma yükümüyle ilgili söylenenler, birlikte kefillerin ödeme gücü hakkında açıklama yapma yükümü bulunup bulunmaması bakımından da geçerlidir. Bir kredi sözleşmesinden kaynaklanan borca kefil olunması durumunda, alınan kredinin kullanılacağı alan hakkında alacaklı tarafından yapılan doğru olmayan veya yetersiz açıklamalar duruma göre aldatma sayılabilir. Ne var ki, bir noktaya dikkat edilmelidir. Bir kimse, belirli bir krediden kaynaklanan borca ilişkin kefil olmak isterken, alacaklı tarafından aldatıldığı için başka bir krediden kaynaklanan borca kefil olduğunu beyan edebilir. Böyle durumlarda, kefilin göz önünde tuttuğu krediden kaynaklanan borca ilişkin bir kefalet sözleşmesinin yapıldığı kabul edilmelidir. Aldatıcı davranışı gerçekleştiren alacaklı, kefilin beyanda bulunurken göz önünde tuttuğu kredi borcunun hangisi olduğunu bildiğine göre, kefilin beyanını gerçek iradesine uygun olarak anlamak zorundadır. İrade beyanların yorumunda güven ilkesi çerçevesinde hareket etme zorunluluğu, bu sonuca varılmasını gerektirir¹⁴⁰.

Alacaklının, kefil olunan borç için verilmiş diğer teminatlar ve bunların değeri hakkında eksik veya gerçek dışı bilgi vermesinin, aldatma olarak nitelendirileceği kuşkusuzdur. Ancak, alacaklının diğer teminatlar hakkındaki açıklamaları, "koşula bağlı" bir kefalet sözleşmesinin yapıldığını kabul etmeye de imkan verebilir. Kefil ve alacaklı arasında yapılan sözleşme görüşmelerinde kullanılan ifadelerden, kefilin başkaca teminatların da verilmesi

139 Belirtilen bu görüşler ve özellikle ilk görüşe uygun bir tavır ortaya koymuş İsviçre Federal Mahkemesi kararlarının (BGE 59 II 242; 49 II 104) yol açtığı tartışmalar için bkz. Tobler, s. 44; Lerch/Tuason, s. 44; Guhl, s. 49; Beck, Art. 492, N. 64; Ayrıca bkz. Tandoğan, Borçlar II, s. 738; Elçin Grassinger, s. 90-95. Reisoğlu'nun konuya ilişkin açıklamaları, belirtilen ikinci görüşten yana olduğu izlenimini uyandırmaktadır. Reisoğlu, Kefalet, s. 37-38.

140 Beck, Art. 492, N. 64.

koşuluyla yitirilmişlik üstlendiği sonucuna ulaşılabilir. Bunun gibi, kefile yapılan gönüllümlerde kullanılan ifadeler, alacaklının esas borcu güvence altına alan rehin hakları sağlamak yükümlülüğü altına girdiğini de gösterebilir¹⁴¹.

Kefil olmak isteyen kişiye esas borçlu tarafından gerçek dışı bilgiler verildiğini bilen veya bilmesi gereken alacaklının, gerçek durum hakkında açıklama yapması gerektiği söylenebilir. Aksi takdirde, üçüncü kişi durumundaki esas borçlunun aldatma teşkil eden davranışları yüzünden kefalet sözleşmesinin iptal edilmesi söz konusu olacaktır¹⁴².

4. Korkutma

Bir kimse, alacaklı veya üçüncü bir kişi tarafından korkutulduğu için kefil olma iradesini açıklamışsa, kefalet sözleşmesiyle bağlı olmadığını ileri sürebilir. Kefil, kendisinin veya bir yakınının, hayata, sağlığa, namusa ve malvarlığına yönelik önemli bir tehlikeyle kısa bir süre içinde karşılaşacağına inandırılmışsa, korkutma söz konusudur (TBK m. 38 f. 1). Bir hakkın veya yetkinin kullanılacağı söylenerek bir kimsenin kefil olması sağlanmışsa, kural olarak, korkutmadan söz edilemez. Bir hakkın veya yetkinin kullanılacağı tehdidinin korkutma sayılması, bu türden bir tehdidi yapan kişinin bu yolla "aşın bir çıkar" elde etmesine bağlıdır (TBK m. 38 f. 2). Üçüncü bir kişi tarafından korkutulduğu için kefil olan kişi, alacaklının bu durumdan haberdar olması gerekmeğe bile, kefalet sözleşmesiyle bağlı olmadığını ileri sürebilir. Ne var ki, hakkaniyet gerektirdiği takdirde, alacaklının kefalet sözleşmesinin iptali nedeniyle uğradığı zararı tazmin etmesi gerekebilir (TBK m. 37 f. 2).

Konuya ilişkin olarak sıklıkla karşılaşılan olay örgüsü şu şekilde gerçekleşir. Alacaklı, esas borçlunun yakınlarından birisini kefil olmaya ikna etmek için, kefil olunmadığı takdirde esas borçluya karşı dava açılacağını veya icra takibi yapılacağını söyler. Bunun gibi, esas borçlu hakkında ceza takibi yapılması için ihbar veya şikayette bulunacağını söyleyerek, esas borçlunun bir yakınının kefil olmaya ikna eden alacaklılarla da karşılaşmaktadır. Bu olasılıklarda, alacaklının korkutma sayılacak bir fiil gerçekleştirdiği söylenebilecek midir? Bu sorunun cevabı, bir hakkı veya yetkiyi kullanacağını söyleyerek kefalet sözleşmesi yapılmasını sağlayan alacaklının aşırı bir yarar sağlayıp sağlamadığında yatar. Bir başka deyişle, esas borçlu hakkında

141 Beck, Art. 492, N. 64. Ayrıca bkz. Reisoğlu, Kefalet, s. 36, dpn. 150'de ele alınan İsviçre Federal Mahkemesi kararı.

142 Beck, Art. 492, N. 65.

dava açacağını, takip yapacağını veya ceza takibi yapılmasını sağlayacağını söyleyerek esas borçlunun bir yakınına kefil olmaya ikna eden atacak. Sırf bu kefalet sözleşmesinin yapılmasıyla "*aşırı yarar elde etmiş*" sayılabir mi? Beck'e göre, bu sorunun olumlu olarak cevaplanabilmesi alacaklının davranışının "*hukuka aykırı*" olarak nitelendirilmesine bağlıdır. Alacaklının borçlusuna karşı dava açacağını veya icra takibi yapacağını söylemesi kendi içinde hukuka aykırı bir davranış değildir. Bir alacak hakkında dava açılması veya icra takibi yapılması, hukuka aykırı bir davranış olmak şöyle dursun, o alacağı elde etmek için kullanılabilecek yegane hukuki araçlardır. O halde, kefil olunmadığı takdirde esas borçlu hakkında dava açılacağını veya takip yapılacağını ileri sürmek korkutma olarak nitelendirilemez. Ancak, bir **borçlusuna** kefil olunmadığı takdirde başka bir borçlusu hakkında dava açacağını veya icra takibi yapacağını söyleyen bir alacaklının tutumu aynı şekilde değerlendirilemez. Hakkında dava açacağını veya takip yapacağını söylediği borçlusunun bir yakınına, bu yolla bir diğer borçlusu için kefil olmaya ikna eden alacaklı, hukuka uygun bir davranış içerisinde değildir. Bu olasılıkta, dava açma veya icra takibi yapma yetkileri amacı dışında kullanılmış, hukuka aykırı bir tehdit unsuru haline getirilmiştir¹⁴³. Beck'in bu formülü Türk öğretisinde de benimsenmiştir. Reisoğlu, bir kimsenin bir borçlusu hakkında kefil olunmadığı takdirde bir diğer borçlusu hakkında dava açacağını veya takip yapacağını söylemesini, korkutma olarak nitelendirmektedir. Reisoğlu açıklamalarında bu formülü daha da geliştirmekte ve benzer olduğunu söylediği bir diğer durumda da korkutma niteliği görmektedir. Yazara göre, alacaklı, kendisine karşı birden fazla borcu bulunan bir kişinin yakınına, bu borçlardan biri için kefil olmazsa bir diğer borç için dava açacağını veya icra takibi yapacağını söylerse, korkutma olarak nitelenebilecek bir davranışta bulunmuş olur. O halde, sadece, kefil olunması istenen borç için dava açacağı veya icra takibi yapılacağını söylenmesi korkutma teşkil etmez. Buna karşılık, kefil olunması istenen borçtan başka bir borç için aynı şeylerin söylenmesi korkutma olarak kabul edilmelidir¹⁴⁴.

Esas borçlu hakkında ceza takibi yapılması için ihbarda bulunacağını söyleyerek, esas borçlunun bir yakınına kefil olmaya ikna eden alacaklının durumu farklıdır. Ceza takibi yapılması için ihbarda bulunma yetkisi, kamusal çıkarların gerçekleşmesi için tanınmış bir yetkidir. Bu yetkinin kişisel

143 Beck, Art. 492, N. 67.

144 Reisoğlu, Kefalet, s. 39. Tandoğan da aynı doğrultuda düşünmektedir. Bkz. Tandoğan, Borçlar II, s. 738-739.

çıkar sağlamak için kullanılması, yetkinin tanınmasındaki amaca aykındır. O halde, esas borçlu veya kefil olmasını istediği kişi hakkında ihbarda bulunacağını söyleyerek kefalet sözleşmesinin yapılmasını sağlayan bir alacaklı, korkutma oluşturan bir davranışta bulunmuş sayılır¹⁴⁵.

Bu noktada bir olasılığın özel olarak ele alınması gerekir. Bir haksız fiili gerçekleştiren kişiye, sebep olduğu zararı tazmin borcu için bir kefil bulması gerektiği, aksi takdirde, aynı zamanda bir suç sayılan fiili yüzünden ihbarda bulunulacağı söylenmiş olsun. Bu kişi bir yakınından kendisine kefil olmasını istediği takdirde, kefalet sözleşmesinin korkutmaya dayandığı her zaman söylenemeyebilir. Haksız fiili işleyen kişi yakınından kefil olmasını isterken, tazminat alacaklısının ceza takibini tahrik etme tehdidinde bulunduğunu belirtmişse ve kefalet sözleşmesi "alacaklının tehdidini bertaraf etme" düşüncesiyle yapılmışsa, bir korkutmadan söz edi/ebi/ir¹⁴⁶.

Korkutma oluşturan bir davranışın varlığı kefalet sözleşmesinin iptal edilebilmesi için yeterli olmayıp, bu davranışla yapılan kefalet sözleşmesi arasında "nedensellik bağı" bulunmalıdır. Kefalet sözleşmesi yapılırken korkutmanın konusunu oluşturan tehlike zaten gerçekleşmişse ve bu durum kefil olan kişi tarafından biliniyorsa, nedensellik bağının bulunduğundan söz edilemez¹⁴⁷.

D. Şekil

1. Kefilin beyanı için aranan "tek taraflı" geçerlilik şekli

Kefalet sözleşmesinin şeklini düzenleyen TBK m. 583 f.1 c.1 'e göre, "kefalet sözleşmesi, yazılı şekilde yapılmadıkça ve kefilin sorumlu olacağı azamî miktar ile kefalet tarihi belirtilmedikçe geçerli olmaz". Hükmün okunuşundan anlaşılabileceği üzere burada bir "geçerlik şekli" söz konusudur. Hükmün, açıkça, kefaletin geçerliliğinin hangi şekle riayet edilmesine bağlı olduğunu düzenlemektedir. Hükmün geçerlik şeklini düzenlediği açıkça belirtilmeseydi bile, TBK m. 12 f.2 c.1 gereğince bir geçerlik şeklinin söz konusu olduğu yine de kabul edilecekti. TBK m. 12 f.2 c. 1'e göre, kanun bir şekil zorunluluğu getirip, bu şeklin türü ve etkilerini ayrıca düzenlememişse, bir geçerlik şekli getirildiğinin kabulü gerekir¹⁴⁸.

145 Beck, Art. 492, N. 68; Tandoğan, Borçlar II, s. 739; Reisoğlu, Kefalet, s. 39-40.

146 Beck, Art. 492, N. 68.

147 Beck, Art. 492, N. 69.

148 Beck, Art. 493, N. 15; Giovanoli, Art. 493, N. 10; Pestalozzi, Art. 493, N. 3; Reisoğlu, Kefalet, s. 44.

TBK m. 583'le kefalet sözleşmesi bakımından getirilen **geçerlilik şekli**nin, "*tek taraflı*" bir geçerlilik şekli olduğu söylenebilir. Buna göre, söz konusu şekil, sadece kefilin irade beyanına ilişkindir¹⁴⁹. Kefil, iradesini yazılı olarak beyan etmeli, bu beyan kefilin sorumluluğunun üst sınırını ve **kefalet** tarihini içermeli, nihayet kefil tarafından imzalanmalıdır. TBK m. 583 f.1 c.2'den, kefilin yazılı beyanındaki belirli bölümlerin doğrudan doğruya kefilin el yazısıyla oluşturulması gereği de çıkmaktadır. Alacaklının iradesinin herhangi bir şekle uygun olarak açıklanmasına gerek olmayıp, bu iradenin sözlü olarak beyan edilmesi veya alacaklının iradesine delalet eden davranışların varlığı yeterlidir. TBK. m. 583 f.1'e uygun olarak düzenlenmiş kefalet belgesini alan alacaklının sessiz kalması bile, kefalet sözleşmesine ilişkin olarak kendisine yapılan öneriyi kabul ettiğini gösterebilir¹⁵⁰. **Kefalet** sözleşmesi kural dışı biçimde alacaklı için bir karşı edim yükümü içerse bile, bu söylenenler değişmeyecektir. TBK m. 583'te belirtilen şeklin sadece kefilin korumak amacına hizmet ettiği düşünülürse, sadece kefilin irade beyanının bu şekle bürünmesi yeterlidir. Kefalet sözleşmesiyle karşı edim üstlenen alacaklının iradesinin herhangi bir şekle bağlı olarak açıklanması gerekmez. Geçerli olması için yazılı olarak yapılması gereken sözleşmelerde, bu sözleşmeyle borç altına girenlerin imzalarının bulunması TBK. m. 14 f. 1 kuralının bir gereğidir. Ne var ki, bu kural, alacaklı için bir karşı edim yükümünün kararlaştırıldığı kefalet sözleşmelerinde uygulama alanı bulmaz. TBK. m. 583, özel hüküm niteliğindedir. Özel olarak kefilin koruma amacıyla getirilmiş ve sırf kefilin beyanını belirli bir şekle bağlayan bu h² genel nitelikteki TBK. m. 14 f.1'de yer alan kuralı dışlar.

2. Kefilin beyanı için aranan yazılı şeklin nitelendirilmesi

a. 818 sayılı (eski) Borçlar Kanunu'nun 484. maddesinde aranan şeklin niteliği

TBK. m. 583'ün kefaletin şekline ilişkin düzenlemesinin layıkıyla ele alınabilmesi için, öncelikle, 818 sayılı (eski) Borçlar Kanunu'nun "*(kefaletin) şekli*" başlığını taşıyan 484. maddesinin değerlendirilmesi gerekir.

149 Bucher, Besonderer Teil, s. 291; Honsell, Besonderer Teil, s. 393; Giovanoli, Art. 493, N.9; Pestalozzi, Art. 493, N. 2; Wiegand, s. 192. Nitekim Taşdelen, hukuki işlemlerin şekle bağlanmasındaki başlıca amaçların kefalet sözleşmesinin şekle bağlanmasında ön planda etkili bulunmadığını, sırf kefilin korumak gayesiyle yazılı şeklin kabul edildiğini belirtmektedir. Taşdelen, s. 733.

150 Beck, Art. 493, N. 13; Reisoğlu, Kefalet, s. 50.

Gerçekten de TBK. m. 583, 818 sayılı Kanun'un 484. maddesindeki şekil kuralından önemli ölçüde ayrılan bir düzenleme getirmiştir. Diğer taraftan, **TBK. m. 583**, İsviçre Borçlar Kanunu'nun kefaletin şekline ilişkin düzenlemesinden de farklılaşmıştır. Türk Borçlar Kanunu'nun kefaletle ilişkin hükümlerinin, İsviçre Borçlar Kanunu'nun kefaletle ilişkin hükümlerinde 1941 yılında yapılan revizyon esas alınarak biçimlendirildiği dikkate alınırsa; kefaletin şekline ilişkin düzenlemenin İsviçre Hukuku'ndan farklılaşması özel bir önem atfetmeye değer görünmektedir. Şu halde, hem 818 sayılı Kanun m. 484'le hem de İsviçre Borçlar Kanunum. 493'le karşılaştırma yapmak, **TBK. m. 583**'ün anlamlandırılmasında iyi bir çıkış noktası olacaktır.

818 sayılı (eski) Borçlar Kanunu'nun 484. maddesi şu şekildeydi: "*Kefaletin sıhhati, tahriri şekle riayet etmeğe ve kefilin mes'ul olacağı muayyen bir miktar iraesine mütevakkıftır*". Bu düzenlemede kefalet sözleşmesi için aranan şekil nasıl nitelendirilmeliydi? *Adi yazılı şekil* mi yoksa *nitelikli yazılı şekil* mi söz konusuydu? Bu sorunun cevabı, kefilin sorumluluğun üst sınırının kefalet belgesinde gösterilmesi gerekliliğinden yola çıkılarak verilebilirdi. Kefil, kefalet belgesinde cisimleşen beyanında üstlendiği sorumluluğun azami miktarını göstermek zorunda olduğuna göre, *nitelikli bir yazılı şekli* gerçekleştireceği söylenebilirdi¹⁵¹. 818 sayılı Kanun'un 484. maddesi, kefilin irade beyanının yazılı olarak yapılması gerektiğini düzenlemekle yetinmemiş, bu beyanın içeriğiyle de belli ölçüde ilgilenmiştir. O halde, adi yazılı şekli aşan bir düzenlemeyle karşı karşıya olduğumuzu kabul etmek gerekliydi. Adi yazılı şekle bağlanmış bir sözleşmede, borç altına giren tarafın (veya tarafların) irade beyanının yazılı olarak yapılması ve söz konusu beyanın (veya beyanların) sözleşmenin esaslı noktalarını açıklığa kavuşturması yeterlidir. Yasa, yazılı olarak yapılması gereken beyanın içeriğini bunun da ötesinde düzenliyor ve bu beyanda mutlaka yer alması gereken kayıtları belirtiyorsa, adi yazılı şeklin değil nitelikli bir yazılı şeklin söz konusu olduğu sonucuna varılmalıdır.

151 Sorumluluğun üst sınırının kefilin beyanı içerisinde (kefalet belgesinde) yer alması gerekliliğinin OR Art. 493, Art. 1 (818 sayılı BK. m. 484) düzenlemesinde aranan şekli nitelikli bir yazılı şekil haline getireceği hususunda bkz. Giovanoli, Art. 493, N. 16; Pestalozzi, Art. 493, N. 6 vd. Ne var ki, kefalet sözleşmesinin şekli bakımından adi yazılı şekilden söz edildiği de olmaktadır. Örneğin bkz. Barlas, Bazı Sorunlar, s. 47; Taşdelen, s. 732. Sağlam da, kefaletin şekli bakımından adi yazılı şekilden nitelikli yazılı şekle geçildiğini belirttiğine göre, EBK. m. 484'te aranan şeklin adi yazılı şekil olduğu kanısındadır. İpek Sağlam, Türk Borçlar Kanunu Tasarısının Kefaletle İlişkin Hükümlerinin Değerlendirilmesi, Türk Borçlar Kanunu Tasarısının Değerlendirilmesi Sempozyumu, Legal Hukuk Dergisi, Ekim 2005, Yıl: 3, Sayı 34, s. 3692.

Kefalet sözleşmesi için 818 sayılı BK. m. 484'te aranan nitelikli yazılı şeklin amacı, kefilin korunma ihtiyacını en üst düzeyde karşılamaktır^{1,2}. Kefilin korunma ihtiyacının en üst düzeyde karşılanması derken, adi yazılı **şeklin** sağlayabileceği korumanın daha ötesinde bir korunma sağlanması kast edilmektedir. Diğer taraftan, kefalet sözleşmesinin bağlandığı şekli *geniş anlamda nitelikli yazılı şekil* olarak ifade etmek yerinde olacaktır. Dar anlamıyla nitelikli yazılı şekil, yapılan beyanın tamamen veya kısmen beyanda bulunanın el yazısına dayanmasını gerektirir. Türk Hukuku'nda el yazılı vasiyetname dar anlamıyla nitelikli yazılı şekle bir örnek olarak gösterilebilir. El yazılı vasiyetnamenin metni, ölüme bağlı tasarruflarda bulunmak isteyen el yazısıyla oluşturulmalıdır (MK. m. 538). İsviçre Hukuku'nda, kefil bir gerçek kişiye ve sorumluluğunun üst sınırı iki bin frankın altındaysa, dar anlamıyla nitelikli yazılı şeklin gerçekleştirilmesi gerekmektedir. Bu olasılıkta, kefalet belgesinde yer alan bazı noktalar kefilin el yazısına dayanmalıdır. İlk olarak, kefil, üstlendiği sorumluluğun üst sınırını el yazısıyla göstermelidir. Bundan başka, müteselsil kefil olma iradesi taşıyan kefilin bu hususu el yazısıyla ifade etmesi gerekir (OR Art. 493 Abs. 2). 818 sayılı (eski) BK. m. 484'ün düzenlemesinde, kefalet belgesinin tamamen veya kısmen kefilin el yazısıyla oluşturulması gerekli değildi. Kefalet belgesinin nasıl oluşturulduğu önemli olmayıp, bu belgede kefilin imzasının bulunması yeterliydi. Ne var ki, bu belgenin içerisinde kefilin sorumluluğunun üst sınırına yer verilmesi gerektiğinden, yasa koyucunun belgenin içeriğine kesin bir müdahalesi söz konusuydu. Herhangi bir yeri el yazısıyla oluşturulması gerekmeyen bir belgenin içeriğine yapılan yasal müdahale, dar anlamıyla olmasa da geniş anlamıyla nitelikli yazılı şekilden söz etmeye imkan verir.

6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu ele aldığımız konuda köklü bir değişiklik yapmış, gerçek (dar) anlamıyla nitelikli yazılı şekli kabul etmiştir. TBK. m. 583 f. 1, birinci cümlesinde, kefalet sözleşmesinin yazılı şekilde yapılması gerektiğini belirtmiş, ayrıca, kefilin sorumlu olacağı azamî miktarın ve kefalet tarihinin belirtilmesi zorunluluğundan söz etmiştir. İkinci cümlesindeyse, kefalet belgesinde kefilin el yazısıyla belirtilmesi gereken noktalar açıklığa kavuşturmuştur. Buna göre, "*kefilin, sorumlu olduğu azamî 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*". TBK. m. 583 f. 1 ile aranan şekil, kefilin sorumluluk miktarına bakılmaksızın geçerli olacaktır. Bun-

152 Reisoğlu, Kefalet, s. 54.

dan başka, kefilin gerçek kişi veya tüzel kişi olması, TBK. m. 583 f. 1'de düzenlenen şeklin uygulanması bakımından fark yaratmayacaktır. 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 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 gerçekleştirebilir¹⁵³.

TBK. m. 583 f. 1, 818 sayılı BK. 484 düzenlemesinden farklılaştığı gibi, İsviçre Borçlar Kanunu m. 493 f. 1 düzenlemesinden de farklılaşmıştır. 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun kefaletle ilişkin düzenlemesinin kaynağı, İsviçre Borçlar Kanunu'nun kefalet hükümlerinde 1941 yılında yapılan revizyondur. Sayılı birkaç noktada kaynak İsviçre Hukuku'nda ayrılan düzenlemeler yapılmıştır. İşte bu sayılı noktalardan birisi de, kefaletin şekliyle ilgili TBK. m. 583 f. 1'dir. ORArt. 493 Abs. 1, kefaletin şeklini düzenlerken, değişik olasılıklar için farklı şekiller öngörmüştür. TBK. m. 583 f. 1'in kefalet için genel olarak aradığı şekil, İsviçre Hukuku'nda belirli bir olasılığa ilişkin aranan şekille örtüşmektedir. İsviçre Hukuku'nda belirli bir olasılık için geçerli olan şekil, genelleştirilerek hukukumuzda aktarılmıştır. Hem OR Art. 493 Abs. 1 düzenlemesinde yer alan şekil kuralları hem de İsviçre kaynağından ayrılmanın yerinde olup olmadığı, hemen aşağıda yer alan başlık altında tartışılacaktır.

Adı yazılı şekle veya geniş anlamda nitelikli yazılı şekle bağlanmış sözleşmelerde, imza, güvenli elektronik imza yoluyla gerçekleştirilebilir (TBK m. 14 f. 1 c. son). Geniş anlamda nitelikli yazılı şekilde, yazılı olarak yapılan beyanın, belirli bir içerik taşıması gerekmele birlikte, beyanda bulunanın el yazısına dayanması gerekmediğinden, elektronik ortamda yapılması mümkün olabilir. Buna karşılık dar anlamıyla nitelikli yazılı şekilde, yazılı şekilde yapılacak beyanın tamamı veya bir kısmının beyanda bulunanın el yazısına dayanması gerektiğinden, söz konusu beyanın elektronik ortamda yapılması ve elektronik imza yoluyla imzalanması mümkün olmayacaktır¹⁵⁴. Nitekim el yazılı vasiyetname, belirtilen nedenlerle, elektronik imza yoluyla gerçekleştirilemez. TBK. m. 583 f. 1, kefalet sözleşmesi için dar anlamda nitelikli bir

153 Benzer bir sonuç için bkz. Reisoğlu, Türk Kefalet Hukuku, s. 101.

154 Kocayusufoğlu, Borçlar, s. 296.

yazılı şekil kabul ettiğinden, güvenli elektronik imza yoluyla kefalet sözleşmesinin gerçekleştirilmesi mümkün olmayacaktır. Kaldı ki kefalet sözleşmesinin güvenli elektronik imzayla gerçekleştirilmesinin yolu çok daha önceden, 5070 sayılı ve 15 Ocak 2004 tarihli Elektronik İmza Kanunu'yla kapatılmıştı. Bu Kanun'un 5. maddesine göre, "*güvenli elektronik imza, elle atılan imza ile aynı hukuki sonuçları doğurur*". Ancak hükmün 2. fıkrası, bu kuralın uygulanmayacağı halleri belirtmekte ve bu hallerden biri olarak, teminat sözleşmelerini de saymaktadır. Demek oluyor ki, teminat sözleşmeleri arasında yer alan kefalet sözleşmesinde, kefilin beyanını elektronik ortamda yapması ve güvenli elektronik imza yoluyla imzalaması mümkün değildir¹⁵⁵.

Kefalet sözleşmesinin resmi şekle uygun olarak gerçekleştirilmesinin yeterli olup olmayacağının üzerinde de durulmalıdır. Bir başka deyişle, noter tarafından gerçekleştirilecek resmi şeklin TBK. m. 583 f. 1'de kefalet için aranan nitelikli yazılı şeklin yerini tutup tutmayacağı sorununun aydınlatılması gerekir. Bu soruya iki ayrı cevap verilebilir. İlk olarak denilebilir ki, kefalet için TBK. m. 583 f. 1'de aranan şekil, kefilin üstlendiği sorumluluğun boyutları hakkında en üst düzeyde uyarılmasını amaçlamaktadır. Müteselsil kefil olma iradesini ve azami sorumluluk miktarını el yazısıyla açıklayan kefil, TBK. m. 583 f. 1'de aranan şeklin uyarıcı işlevinden tam anlamıyla yararlanmış olacaktır. Şu halde, kefalet belgesinin noter tarafından düzenlenmesinin TBK. m. 583 f. 1'de aranan şeklin yerini tuttuğu söylenemez. Kefalet noterde düzenlense bile, TBK. m. 583 f. 1'de belirtilen hususları kefil yine de el yazısıyla belirtmelidir. Sonuç olarak, kefalet tarihini, müteselsil kefil olma iradesini ve kefil olarak üstlenilen azami sorumluluk miktarını el

155 Bu konuda bkz. Oğuzman/Öz, s. 122; Kocayusufpaşaoğlu, Borçlar, s. 296; İpek Sağlam, Elektronik Sözleşmeler, İstanbul 2007, s. 173. Yeri gelmişken, 15.01.2004 tarih ve 5070 sayılı kanunla 818 sayılı (eski) BK m. 14 f. 1'e eklenen cümleye de dikkati çekmek isterim. Bu cümleye göre, "*güvenli elektronik imza elle atılan imza ile aynı ispat gücünü haizdir*". Böylelikle, eski Borçlar Kanunu'nun geçerlilik şekli olarak yazılı şekli düzenleyen hükümleri arasına, sanki bu hükümler ispat şeklini düzenliyormuş gibi, güvenli elektronik imzanın elle atılan imzayla aynı ispat gücünü taşıdığını belirten bir ekleme yapılmıştır. 818 sayılı BK m. 14 f. 1'in ilk cümlesi bir geçerlilik şekli olarak yazılı şeklin nasıl gerçekleştireceğini belirtirken, ikinci cümlesi (şaşılabacak bir biçimde) güvenli elektronik imzanın ispat gücünden söz eder hale gelmişti. Bu aksaklık 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun konuya ilişkin 15. maddesinin ilk fıkrasında düzeltilmiştir. TBK. m. 15 f. 1 şöyledir: "*İmzanın, borç altına girenin el yazısıyla atılması zorunludur. Güvenli elektronik imza da, el yazısıyla atılmış imzanın bütün hukukî sonuçlarını doğurur*". TBK. m. 15 f. 1 c. 2'de kullanılan ifade, 5070 sayılı Elektronik İmza Kanunu'nun 5. maddesindeki ifadeyle uyumludur ve ispat şeklinden söz etmemektedir.

yazısıyla belirtemeyecek kişiler, kefil olamayacaklardır¹⁵⁶. Buna karşılık dJ-ger bir düşünceye göre, noterde re'sen düzenlenen bir kefalet belgesi, **TBK.** m. 583 f. 1'de aranan şekli gerçekleştirmiş sayılmalıdır. Hükmün amacı, kefalet tarihinin, azami sorumluluk miktarının ve kefaletin müteselsil olduğu hususunun, sonradan alacaklı tarafından kefilin beyanına eklenmesini engellemek ve kefilin bilinçli hareket etmesini sağlamaktır. Kefalet taahhüdünün noterce re'sen düzenlenen bir senette yer alması bu amacı gerçekleştirir. Noter tarafından hazırlanan senette yer alan kefalet tarihini, kefaletin müteselsil olduğu hususunu ve kefilin azami sorumluluk miktarını, ayrıca kefilin el yazısıyla bir kere daha göstermeye gerek yoktur¹⁵⁷. Biz söz konusu olabilecek bu iki düşünceden ilkinin bir parça daha isabetli buluyoruz. Bize göre de, kefalet tarihini, müteselsil kefil olma iradesini ve azami sorumluluk miktarlarını el yazısıyla belirtemeyecek kişiler kefil olamamalı, kefalet belgesi noter tarafından re'sen hazırlanmışsa, belirtilen hususlar kefilin el yazısıyla metne eklenmelidir. Kefalet tarihini, kefaletin müteselsil olduğunu ve kefalet limitini düzenleme biçiminde hazırladığı senette noterin belirtmesi, bu noktaların sonradan alacaklı tarafından kefilin iradesine aykırı düşecek surette gösterilmesini engeller. Bu açıdan kefile belirli bir koruma sağlanmış olur. Ne var ki, bu noktaların kefilin el yazısıyla bizzat gösterilmesinin uyarıcı etkisi, senedi sadece noterin düzenlemesinin yaratacağı uyarıcı etkiye oranla daha yüksek düzeyde gerçekleşecektir. **TBK.** m. 583 f. 1 c. 2'de getirilen düzenlemenin amacı, kefilin bazı çok önemli noktalarda el yazısıyla beyanda bulunmasını ve en üst düzeyde uyarılmasını sağlamaktır.

b. TBK. m. 583'ün şekle ilişkin düzenlemesinin değerlendirilmesi

TBK. m. 583 f. 1 c. 1, kefalet sözleşmesinin geçerliğini, yazılı şekilde yapılmasına ve kefilin sorumlu olacağı azami miktar ile kefalet tarihinin be-

156 Reisoğlu, Türk Kefalet Hukuku, s. 89.

157 Nami Barlas, Kefalet Sözleşmesinin Geçerlilik Şartları, Türk Borçlar Kanunu Sempozyumu, Makaleler-Tebliğler (Derleyen: M. Murat İncoğlu), İstanbul 2012, s. 356. Barlas, bu düşüncüyü ortaya koyduktan sonra, ortaya atılabilecek geçersizlik iddialarını baştan engellemek için, noter tarafından hazırlanan metnin altına **TBK.** m. 583 f. 1'de belirtilen hususları kefilin el yazısıyla eklemesinin yararlı olacağını da belirtmektedir. Ayan, resmi şeklin kefilin korunması amacını en üst düzeyde gerçekleştireceğini belirtmekte; resmi senet hazırlanarak yapılan kefalet sözleşmelerinde, kefalet limitinin, müteselsil kefil olduğu hususunun ve kefalet tarihinin kefilin el yazısıyla belirtilmesinin gerekli olmadığını söylemektedir. Bkz. Ayan, s. 170-171. Aynı düşünce için ayrıca bkz. Ece, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu 'nda Kefalet Sözleşmesinin Geçerlilik Şartlarına İlişkin Bazı Yenilikler, İÜHFM, 2012/II, s. 130.

İrtilmesine bağlamıştır. Kefalet sözleşmesi için *dar anlamda nitelikli yazılı şekil* arandığını söylemeye imkan veren düzenleme ise, TBK. m. 583 f. 1 c. 2'de yer almaktadır. Buna göre, "*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*". Bu düzenlemenin, kaynak İsviçre Hukuku'ndaki düzenlemeden ayrıldığını daha önce belirtmiştik. OR Art. 493 Abs.1, Abs. 2 ve Abs. 3 incelenirse, İsviçre Hukukunda kefaletin şekli bakımından çeşitli ayrımlar yapıldığı ve değişik olasılıklar için farklı şekil kuralları getirildiği görülecektir. İsviçre düzenlemesinin ana hatları şu şekildedir: Bir gerçek kişi kefil oluyorsa ve kefil olarak üstlendiği sorumluluğun sınırı iki bin frankı aşıyorsa, kefalet belgesi resmi şekle uygun olarak düzenlenmelidir. Gerçek kişi kefilin sorumluluk sınırı iki bin frankın altındaysa, kefalet belgesinin resmi şekilde düzenlenmesine gerek yoktur. Yazılı şekil yeterlidir. Ancak kefil, sorumluluğunun üst sınırını ve müteselsil kefil olma iradesi taşıdığını kendi el yazısıyla belirtmelidir. Belirtilen bu ikinci olasılıkta, kefalet belgesinin bir kısmı kefilin el yazısını içermek zorunda olduğundan, dar anlamıyla nitelikli yazılı şekil söz konusudur. Bu olasılıkta aranan şeklin TBK. m. 583 f. 1'deki şekil düzenlemesiyle örtüştüğü görülmektedir. Ancak OR Art. 493 Abs 3 düzenlemesi, kamu hukuku kökenli bir borç için kefil olacak gerçek kişilere bir kolaylık sağlamaktadır. Bu kişiler, kefil olarak üstlendikleri sorumluluğun üst sınırını da içeren yazılı bir beyanda bulunmalıdırlar. Ne var ki, bu beyanın el yazısıyla gerçekleştirilmesi gereken herhangi bir kısmı yoktur. Şu halde, üstlenilen sorumluluğun azami miktarının ve müteselsil kefil olma iradesinin el yazısıyla açıklanması gerekmez. Demek oluyor ki, gerçek kişilerin kamu hukukundan kaynaklanan bir borç için kefil olması, 818 sayılı (eski) Borçlar Kanunu'nun 484. maddesindeki düzenlemeye uygun olarak gerçekleşecektir. İsviçre Hukuku'nda tüzel kişilerin kefil olması da aynı şekilde ele alınmıştır. Tüzel kişiler kefil olma iradelerini yazılı bir beyanla ortaya koymak zorundadırlar. Bu beyan sorumluluklarının üst sınırını ve müteselsil kefil olma iradesi taşıyıp taşımadıklarını göstermelidir. Ne var ki, kefalet belgesinde el yazısıyla belirtilmesi gereken herhangi bir nokta yoktur. O halde, İsviçre Hukuku'nda tüzel kişilerin kefil olması da, 818 sayılı (eski) Borçlar Kanunu'nun 484. maddesinde belirtilen şekle uygun olarak gerçekleşecektir. Bu açıklamalar göstermektedir ki, İsviçre Hukuku'nda *dar anlamda nitelikli yazılı şekil* sınırlı bir alanda söz konusu olmaktadır. İki bin frankın altında kefalet sorumluluğu üstlenen gerçek kişilerdir ki, dar anlamıyla nitelikli yazılı şekle uygun bir beyanda bulunmak zorundadırlar. Üstelik gerçek kişilerce iki bin frankın altında bir

sınırla üstlenilen kefalet kamu hukukundan kaynaklanan bir borca ilişkinse dar anlamda yazılı şekil zorunluluğu ortadan kalkmaktadır. Kamu hukukundan doğan borçlara kefalet ve tüzel kişilerce üstlenilen kefalet, geniş anlamda nitelikli yazılı şekle uygun olarak (yani 818 sayılı Borçlar Kanunu m. 484'te aranan şekle uygun olarak) gerçekleşmelidir¹⁵⁸.

TBK. m. 583 f. 1'deki düzenleme, İsviçre Hukuku'nda gördüğümüz ayrımları yapmadan, kefalet sözleşmesi için dar anlamıyla nitelikli yazılı şekil zorunluluğunu getirmiştir. Bir başka deyişle, İsviçre Hukuku'nda belirli bir olasılık için aranan şekil, genelleştirilerek hukukumuza aktarılmıştır. Buna göre, kefilin gerçek kişi veya tüzel kişi olması, TBK. m. 583 f. 1'deki şekle uyulması bakımından fark yaratmayacaktır. Gerçek kişi kefilin sorumluluk sınırının yüksekliği de, TBK. m. 583 f. 1'deki şekil kuralı bakımından önemsizdir. Nihayet kefalet güvencesine bağlanan borcun niteliğinin, bu arada kamu hukukundan kaynaklanan bir borç için kefil olunmasının, TBK. m. 583 f. 1'deki şekil kuralının uygulanmasını engellemeyeceğini belirtelim.

Türk Kanunkoyucusu'nun İsviçre örneğinden ayrılmasının isabetli olduğu kanaatinde değilim. TBK. m. 583 f. 1'deki şekil düzenlemesi, özellikle tüzel kişilerin kefil olması bakımından uygunsuz sonuçlar doğuracak niteliktedir. Kefil olmak isteyen tüzel kişilerin de, gerçek kişilerce verilen kefaletlerde olduğu gibi, sorumluluklarının üst sınırını veya müteselsil kefil olma iradesi taşıdıklarını el yazısıyla belirtmeleri gerekecektir. El yazısına ilişkin zorunluluğunun tüzel kişinin organını oluşturan (tüzel kişiyi temsil yetkisini haiz) kişilerce yerine getirileceği açıktır. Ne var ki, tüzel kişi adına kefil olunması birden fazla kişinin birlikte hareket etmesini gerektirebilir. Böyle durumlarda el yazısıyla yapılması gereken beyanları bu kişilerden hangisinin yapacağı tartışma yaratabilir. El yazılı beyanların sadece biri tarafından yapılacağı ve diğerlerinin kefalet belgesini imzalamakla yetinecekleri söylenebileceği gibi, her birinin ayrı ayrı bu beyanları yapması gerektiği de söylenebilir. Bu son görüşe göre, kefilin azami sorumluluk sınırına ve müteselsil kefil olma iradesine ilişkin açıklamalar, kefalet belgesinde birden fazla yer alacaktır. Bu durumun anlamsız bir şekilciliğe yol açacağı ortadadır. Bu nedenle, birlikte hareket etmesi gereken kişilerden sadece bir tanesinin el yazılı açıklamaları yapması yeterli görülmelidir. El yazılı açıklamalar biri tarafından yapılsa da, kefalet belgesi hepsi tarafından imzalanacaktır. Tüzel kişilerce verilen kefaletlerde, İsviçre düzenlemesinde olduğu gibi, el yazısına ilişkin bir zorunluluk hiç bulunmamalıydı. Tüzel kişilere ilişkin olarak dar anlamda nitelikli yazılı şekle bağlanmış bir hukuki işlem den söz edilme-

158 Giovanoli, Art. 493, N. 4-8. Pestalozzi, Art. 493, N. 7, 11-15.

si, esas bakımından da uygun olmayan bir tutumdur. El yazısı zorunluluğunu getiren TBK. m. 583 f. 1 c. 2'de "*kefilin kendi el yazısından*" söz edilmesinden yola çıkarak cesur bir yorum yapmak ve tüzel kişi kefaletlerinde el yazısı aranmayacağını söylemek belki mümkün olabilir. "*Kendi el yazısı*" ifadesinin gerçek kişi kefilleri hedef aldığı, tüzel kişi kefil için "*kendi el yazısı*" denilmesinin anlamsız olacağı iddia edilebilir. Gerçi, organı oluşturan gerçek kişinin davranışlarının tüzel kişiye isnat edileceğinin, böyle bir gerçek kişinin el yazısının tüzel kişinin kendi el yazısı sayılacağına söylenmesi de ihtimal dahilindedir ve bu söylemi teknik hukuki açıdan isabetsiz bulmak o kadar kolay değildir.

Diğer taraftan, gerçek kişilerin kefil olduğu sözleşmelerin şekli bakımından da İsviçre örneğinin takip edilmesi çok daha isabetli olurdu. Böylelikle, belirli bir sınırın üzerinde kefalet sorumluluğu üstlenmek isteyen gerçek kişiler, bu isteklerini resmi şekle uygun olarak gerçekleştirebileceklerdi. TBK. m. 583 f. 1'deki şekil kuralının 818 sayılı Kanun m. 484'teki şekil kuralından ayrılmasının sebebi kefilin daha çok korunmasıysa, bu koruma yarım kalmıştır. Kefaletle ilişkin hükümlerin İsviçre'de 1941 yılında gerçekleşen revizyonu takip ederek biçimlendirilmesi, söz konusu revizyonun kefilin korunmasında çok ileri bir noktaya gitmiş olduğu gerekçesine dayanır. İsviçre'deki revizyonun en önemli yapı taşlarından birisi de kefaletin şekliyle ilgili düzenlemede yer almaktadı. Belli bir sınırın üzerinde kefalet sorumluluğu üstlenmek isteyen gerçek kişiler, İsviçre'de resmi şekle uymak zorundadırlar. Buna karşılık Türkiye'de böyle bir zorunluluk bulunmayacak, bu isteklerini (nitelikli de olsa) yazılı şekle uyarak gerçekleştirebileceklerdir. Gerçek kişi kefilin korunması amacıyla yakından ilgili böyle bir noktada ödün verilmesi, öte yandan tüzel kişiler için el yazısıyla beyanda bulunma zorunluluğunun getirilmesi, çelişki içeren bir tutumdur. İsviçre örneğinden ayrılmanın kefilin korunması düşüncesiyle bağdaşmayan sonuçlar doğuracağı bir nokta daha vardır. İsviçre'deki 1941 revizyonunun en önemli parçalarından bir diğeri, kefalet belgesinde kefilin azami sorumluluk miktarı belirtilirken kesin bir rakam gösterilmesinin aranmasıdır (OR Art. 493 Abs. 1). Kefilin azami sorumluluk miktarını rakamla göstermesi aranarak, bu konuda uygulamada çıkan (ve kefil için pek de mutluluk verecek biçimde sonuçlanmayan) tartışmaların önüne geçilmek istenmiştir. TBK. m. 583 f. 1, kefalet belgesinde kefilin sorumluluğunun en üst sınırının gösterilmesini aramakla birlikte, bu sınırın rakamla ifade edilmesini aramamıştır. Böylelikle, şekil açısından yapılan yeniliği en önemli parçasından yoksun bırakmıştır. Kefilin azami sorumluluk miktarının kesin bir rakam zikrederek gösterilmesi aranmadığı içindir ki, bu gerekliliğin nasıl yerine getirileceğine ilişkin öteden beri var olan tartışma devam edip gidecektir.

Yukarıdaki açıklamalara bağlı olarak TBK. m. 583 f. 1 hükmüyle ilgili verilecek değer hükmü şudur: İsviçre Hukuku'nda kefaletin şekliyle ilgili düzenlemenin karmaşıklığı giderilip yalınlaştırılmak istenirken, bu düzenlemenin kefilin koruyucu en önemli noktaları atlanmış olmaktadır.

3. Yazılı şeklin kapsamında yer alması gereken noktalar

a. Genel olarak

Kefilin yazılı olarak yaptığı beyanda (kefalet belgesinde), kefalet sözleşmesi bakımından esaslı olan bütün noktalar yer almalıdır. Kefalet sözleşmesi bakımından esaslı olan noktalara yer vermeyen bir kefalet belgesi, TBK m. 583'le aranan şekli gerçekleştirmez.

b. Kefilin sorumluluğunun üst sınırının gösterilmesi

Kefalet belgesinde, öncelikle, kefilin sorumluluğunun üst sınırın belirlenmelidir. Esas borcun yerine getirilmemesi yüzünden alacaklının uğradığı zararı kefilin hangi tutarda karşılamak zorunda olduğu, kefalet belgesinden anlaşılabilir. Böylelikle kefil, işin en başında, üstlendiği rizikonun kapsamı hakkında kesin bir bilgi sahibi olacaktır.

Kefilin sorumlu olacağı azamı miktarın nasıl gösterileceğine ilişkin değişik yorumlar yapılabilir. Bu konuda yapılabilecek en geniş yorum şöyledir: Kefilin sorumluluğunun üst sınırının bizzat kefalet belgesinde (kefilin yazılı beyanının içerisinde) gösterilmesi gerekmez. Kefalet belgesiyle, esas borca ilişkin belgeye yollama yapılabilir. Böyle bir durumda, esas borca ilişkin belgede esas borcun tutarı belirliyse veya bu tutarın belirlenmesine olanak veren veriler bulunuyorsa, kefaletin şekil koşulu yerine getirilmiş demektir. Bu düşünceye göre, yollama yapılan belgeden anlaşılabilen esas borç tutan, kefilin sorumluluğunun üst sınırı olarak dikkate alınacaktır. Kefilin sorumluluğunun üst sınırının gösterilmesi gerekliliğini son derece geniş yorumlayan bu düşünce, bu gerekliliğin amacından yola çıkmaktadır. Bu gerekliliğin amacı, kefilin, kefalet sözleşmesini yaptığı sırada, üstlendiği rizikonun kapsamı hakkında açık bir fikir sahibi olabilmesidir. Kefil, kefalet belgesindeki veya yollama yapılan esas borca ilişkin belgedeki açıklamalardan, üstlendiği rizikonun büyüklüğünü çıkarabilecek durumdaysa, amaca ulaşılmış demektir¹⁵⁹.

159 İsviçre Federal Mahkemesi, kefaletle ilişkin hükümlerin 1941 yılında yenilenmesinden

Kefilin sorumluluğunun üst sınırının belirtilmesi gerekçesini daha dar olarak yorumlayan bir diğer düşünce şu şekildedir: Kefalet sözleşmesinin şekli kefilin koruma amacına dayanır. Yasanın aradığı şekli yerine getiren kefil, bu sayede peşin olarak uyarılacaktır. Bu uyarıyı gerçekleştirecek olan, üstlendiği rizikonun büyüklüğü hakkında kefilin fikir sahibi olmasını sağlamaktır. Kefalet belgesinin kefilin baştan uyarıcı işlevini yerine getirebilmesi için, esas borca ilişkin belgeye yollama yapılması yeterli değildir. Kefilin, üstlendiği sorumluluğun kapsamını kefalet belgesindeki veya yollama yapılan esas borca ilişkin belgedeki açıklamalardan yorum yoluyla çıkarabilmesi yeterli değildir. Üstlendiği sorumluluğun kapsamı, kefilin gözleri önüne açıkça serilmelidir. O halde, kefil, üstlendiği sorumluluğun üst sınırını yaptığı yazılı beyan içerisinde (kefalet belgesinde) doğrudan zikretmelidir. Bu kuralın uygulanmasından ödün verilebilmesi için, kefilin beyanıyla asıl borca ilişkin belge arasında doğal bir bağlantı bulunmalıdır. Kefilin yazılı beyanı asıl borca ilişkin belgenin üzerinde bulunduğu ve bu belge asıl borç tutarını açık olarak gösterdiği takdirde ki, söz konusu beyanın azami sorumluluk miktarını doğrudan göstermemesine göz yumulabilir. Böyle bir durumda, esas borca ilişkin belgede açık olarak gösterilen esas borç tutarı, aynı zamanda kefilin sorumluluğunun üst sınırı olarak kabul edilebilir. Esas borca ilişkin belgeyi kefil olarak imzalayan kişi, sorumluluğunun üst sınırını ayrıca belirtmemişse, söz konusu belgede açıkça belirtilen esas borç tutarına kadar sorumlu olmak istediği söylenebilir¹⁶⁰.

önce, bir süre bu düşünceyi savunmuştu. Daha sonra bu görüşünü tehlikeli bularak değiştirdi. Bu uygulama hakkında bkz. Beck, Art. 493, N. 24; Giovanoli, Art. 493, N. 21. 1941 revizyonundan sonra İsviçre Borçlar Kanunu 'nda yer alan kefalet sözleşmesine ilişkin hükümler, bir bütün olarak Koç tarafından çevrilmiştir. Nevzat Koç, İsviçre Borçlar Kanunu'nun Kefalet Sözleşmesine İlişkin Hükümleri, Prof. Dr. Mahmut Teville Birsell'e Armağan, İzmir 2001, s. 267 vd.

160 İsviçre Federal Mahkemesi, 1941 revizyonundan önceki uygulamasında, geniş yorumu savunan eski görüşünü değiştirdikten sonra, bu görüşü savunmuştu. Bu uygulama hakkında bkz. Beck, Art. 493, N. 24; Giovanoli, Art. 493, N. 21; Reisoğlu, Kefalet, s. 53. Yargıtay uygulaması da temelde bu düşünce üzerine kuruludur. Yargıtay, esas olarak, kefilin sorumluluğunun üst sınırının kefilin beyanında belirtilmesini aramakta, ancak, kefilin esas borç belgesini imzalayarak sorumluluk üstlendiği durumlarda bu esastan fedakarlıkta bulunmaktadır. Yargıtay'ın bu uygulamasına göre, belirli bir limit içeren kredi sözleşmesini kefil olarak imzalayan kişi, sorumluluğunun üst sınırı açıkça belirtmediği takdirde, kredi limitini kendi sorumluluğunun üst sınırı olarak benimsemiş sayılır. Bunun gibi, bir kira sözleşmesini kiracının kefil olarak imzalayan kişi, sorumluluğunun üst sınırı hakkında bir açıklama yapmamışsa, ilk kira dönemi için ve bu dönemdeki kira bedelleriyle sınırlı olarak sorumluluk üstlendiği kabul edilmekte-

dir. 13 HD'nin, 13.6.1974 tarih ve 1640/1443 sayılı, 11 HD'nin, 15. 5. 1986 tarih ve 1715/3508 sayılı kararları için bkz. Reisoğlu, Kefalet, s. 54-55. Yargıtay 11 HD'nin 07.05.2002 tarih ve E. 2002/630, K. 2002/4497 sayılı kararında konuya ilişkin olarak şunlar söylenmektedir: "Kefilin sözleşmeye göre kefalet ettiği miktarı açıkça bilme! ya da 12. 04. 1994 tarihli ve 14-13 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararı uyarınca **kefalet** senedinden böyle muayyen bir miktarın anlaşılmasının mümkün olması gerekmeleci olup, (818 sayılı) BK m. 484. maddesinde öngörülen koşullara uyulmaması hali akdin geçersizliği sonucunu doğurur. Somut olayda kredi limiti kodu (5) olarak gösterilmiştir. Mahkemece davalı bankadan 5 kodunun neye istinaden 250. 000. 000 TL'yi ifade ettiğinin bildirildiği, davacının sözleşme yapıldığında bu rakamın ifade ettiği değeri bilip bilmediği, bu hususun bankaca davacıya tebliğ edilip edilmediği husustan sorularak varsa bu konudaki deliller ibraz edildikten sonra, sonucuna göre hüküm kurulması gerekirken, eksik incelemeye dayanarak yazılı şekilde karar verilmesi bozmayı gerektirmiştir". YKD, C: 28, S: 12, T: Aralık 2002, s. 1813. Yargıtay'ın bu kararındaki ifadeler, kefilin sorumluluk sınırının gösterilmesi bakımından gereğinden fazla geniş düşündüğünü de ortaya koymaktadır. Bu ifadelerle Yargıtay, kefilin sorumluluk sınırının gösterilmesini en geniş şekilde ele alan ilk yaklaşım biçimine dahil olmaktadır. 3 HD'nin 07.06.1999 tarih ve E. 1999/5017, K: 1999/5904 sayılı kararına konu olan olayda, kefalet sözleşmesinde, hem kefilin sorumluluğunun üst sınırının gösterilmesi gereği bakımından hem de esas borcun yeterli ölçüde bireyselleştirilmesi gereği bakımından, örnek olabilecek kadar titiz davranılmıştır: " Taraflar arasında yapılan kira kontratının hususi şartlar kısmının 10. bendine göre, kefil, sözleşmenin devam etmesi halinde azami beş yıl süre ile, kira, elektrik, su, doğalgaz, yönetim gideri, vergileri, tahliye sırasında gayrimenkule verilecek basan, tüm faizlerini, iş bu kira sözleşmesi gereğince doğrudan kiracı aleyhine açılacak dava ve takip giderlerini, vekalet ücretlerini, tüm fer'ilerini karşılamak üzere, azami 100. 000. 000 lira miktana kadar imza koymuştur (sorumluluk üstlenmiştir). Kiralayan kiracı ile birlikte, aynı anda, müşterek ve müteselsil kefil takip edebilir". YKD, C: 25, S: 12, T: Aralık 1999, s. 1655. Yargıtay 13 HD'nin 31.01.2001 tarihli ve E. 2000/11830, K: 2001/827 sayılı kararına konu olan olayda, kefil, asıl borca ilişkin belgenin üzerinde beyanda bulunmuş, üstlendiği sorumluluğun sınırını ayrıca göstermemiştir. Ne var ki, asıl borca ilişkin belgede alınabilecek kredinin limiti de gösterilmemiştir. Bu nedenle, Yüksek Mahkeme, kefilin sorumluluğunun üst sınırının gösterilmesi gereğine uyulmadığı ve kefalet sözleşmesinin geçersiz olduğu sonucuna ulaşmıştır. Bu karar için bkz. YKD, C: 27, S: 9, T: Eylül 2001, s. 1373. Yargıtay 6 HD'nin 26.06.2006 tarih ve E: 2006/5059, K: 26.06.2006 sayılı kararında da şu ifadeler yer almaktadır: "Takibe dayanak yapılan ve karara esas alınan, Ol. 05. 2002 başlangıç tarihli ve bir yıl süreli kira sözleşmesi konusunda taraflar arasında uyuşmazlık bulunmamaktadır. Her ne kadar sözleşmede kefilin sorumluluğu açıkça düzenlenmiş, davalı borçlular Cengiz ve Aytuğ'un müşterek müteselsil kefil oldukları belirtilmiş, ayrıca özel şartlar 4. madde de kefillerin sorumluluğunun kiracının faaliyet gösterdiği sürece geçerli olduğu kararlaştırılmış ise de Yargıtay Hukuk Genel Kumlu'nun 22. 03. 2006 gün ve 2006/6-78 Esas, 2006/88 Karar sayılı kararında da kabul edildiği gibi, Borçlar Kanunu'nun 484. maddesi hükmü gereğince, yazılı şekilde düzenlenmiş, süresi ve ödenecek kira paralannın miktan açıkça gösterilmiş bir kira

Bu konuda yapılabilecek en dar yoruma göre, kefilin sorumluluğunun üst sınırı kefilin yazılı beyanı içerisinde ve açıkça gösterilmelidir. Kefilin yazılı beyanında esas borç belgesine yollama yapılması, bu açıdan yeterli değildir. Yollama yapılan belgede esas borç tutarının açık olarak belirli olması, bu açıdan yeterli değildir. Kefil sorumluluğunun üst sınırını bizzat kendi beyanıyla belirlemeli, esas borca ilişkin belgeyi incelemek zorunda kalmamalıdır. Kefilin yazılı beyanı esas borca ilişkin belgede yer almış ve bu belge esas borç tutarını açık olarak göstermiş olsa bile, kefilin beyanı içerisinde sorumluluğunun üst sınırı ayrıca gösterilmelidir. Kefilin sorumluluk sınırının esas borç tutarıyla aynı olması gerekliliği yoktur. Kefil için esas borç tutarından daha yüksek veya daha düşük bir sorumluluk sınırı belirlenebilir. Kefilin sorumluluğunun üst sınırının bizzat kefilin beyanıyla belirlenmesi gerektiği gibi, bu belirleme açık olarak yapılmalıdır. Kefilin beyanında yapılan açıklamalardan yola çıkılarak kefilin sorumluluk sınırının belirlenebilir olması, kefaletle ilişkin şekil şartının yerine getirildiğini kabul etmek için yeterli değildir. Kefil, sorumluluğunun üst sınırını her türlü şüphe ve hesap yapma gereğinden arındırılmış bir açıklıkta ortaya koymalıdır. Böylelikle bir açıklık da, kefilin sorumluluk sınırını rakamla göstermesi durumunda sağlanabilir¹⁶¹. İsviçre hukukunda kefaletle ilişkin hükümler 1941 yılında

sözleşmesini kiracının kefilı sıfatıyla imzalayan kişi, sözleşmede gösterilen kira süresi boyunca, kiracının ödemekle yükümlü olduğu kira paralarından, kefil sıfatıyla kiralayana karşı sorumludur. Zira böylesi bir durumda kefilin sorumluluğu süre ve miktar itibarıyla belirlidir. Kefil sorumluluğunun kapsam ve sınırlarını bilmektedir. Kira süresinin, 6570 sayılı Gayrimenkul Kiralan Hakkında Kanun'un 11. maddesi gereğince uzadığı hallerde, uzayan kira süresi bakımından kefilin sorumluluğunun devam edebilmesi için, öncelikle bu hususun (kefilin sorumluluğunun uzayan dönem için de devam edeceğinin) sözleşmede açıkça kararlaştırılmış olması gerekir. Bunun yanında, kefilin uzayan dönemdeki sorumluluğunun azami hangi süreyle ve hangi miktarla sınırlı olacağının açıkça gösterilmiş olması da şarttır. Ne kadar uzayacağı belirsiz olan bir kira sözleşmesine ilişkin olan ve kefilı sınırsız bir sorumluluk altına sokan sözleşme hükümleri geçerli değildir" (YKD, C: 32, S: 11, T: Kasım 2006, s. 1754-1755).

- 161 Gut, s. 9; Giovanoli, Art. 493, N. 22; Pestalozzi, Art. 493, N. 10. Barlas'a göre, kefilin üstlendiği sorumluluğun sınırının kefilin yazılı beyanında gösterilmesi gerekir. Ancak, 818 sayılı BK. m. 484 açısından, kefilin sorumluluğunun üst sınırını gösterirken esas borca ilişkin belgeye yollama yapması mümkün sayılabilirdi. Böylelikle, kefil, doğrudan kendi beyanıyla sorumluluğunun üst sınırını göstermiş ve esas borç belgesinde belirlenen esas borç tutarını kendi sorumluluğunun üst sınırı olarak benimsediğini göstermiş olacaktı. Sorumluluk sınırını başka bir belgede yer alan asıl borç tutarına yollama yaparak göstermek, bu tutarı kendiliğinden kefilin sorumluluk sınırı saymaktan farklı (ve caiz) olarak değerlendirilebilirdi. Barlas, Bazı Sorunlar, s. 50.

yenilenirken. ele alınan bu son görüş egemen olmuştur. OR Art. 493 Abs.J, kefilin sorumluluk sınırının kefalet belgesinin içerisinde yer alması ve rakamla gösterilmesi gerektiğini belirtmektedir. 8 J 8 sayılı (eski) BK m. 484'e göre, kefalet belgesi kefilin azami sorumluluk miktarını göstermeliydi. Ne var ki, bu gerekliliğin kesin bir rakam zikredilerek yerine getirilmesinden öz edilmiyordu. Bu düzenlemeyi değerlendiren Reisoğlu, İsviçre hukukundaki gibi bir değişikliğe gerek olmadığını, 818 sayılı BK. m. 484'ün lafzi yorumundan kefilin sorumluluk sınırının kefalet belgesinde gösterilmesi ve rakamla ifade edilmesi gerekliliğinin çıkarılabileceğini ileri sürmüştür¹⁶². Reisoğlu'nun bu düşüncesinin benimsenmesi, kanaatimce, 818 sayılı BK. m. 484 'te yer alan şekil kuralının amacına ulaşması için zorunluydu¹⁶³. İsviçre Kefalet Hukuku 'nda 1941 tarihli revizyonla yapılan değişiklik ve yenilikleri hukukumuzda aktarmayı hedefleyen 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun, kefilin azami sorumluluk sınırının kesin bir rakam zikrederek gösterilmesi gerekliliğinden söz etmesi beklenirdi. Kaynak İsviçre Hukuku'nda gerçekleşen revizyona özellikle bu noktada uyulması, kefilin korunması amacının gerçekleşmesi bakımından son derece önemliydi. Kefilin azami sorumluluk sınırının kefalet belgesinde ve kesin bir rakam zikredilerek gösterilmesi gerekliliğinin kabul edilmesi, konuya ilişkin daha önce aktardığımız çeşitli yo-

162 Reisoğlu, Kefalet, s. 54. Elçin Grassinger'in konuya ilişkin açıklamasına göre, şekil şartının kefilin koruyucu amacının gerçekleşebilmesi için, kefilin sorumlu olacağı en üst tutar kefalet belgesinde açıkça yer almalı ya da kefalet belgesindeki açıklamalardan yola çıkarak basit bir hesaplamayla bu tutar bulunabilmelidir. Elçin Grassinger, s. 108. Demek oluyor ki, Elçin Grassinger, EBK. m. 484 açısından, kefilin sorumluluğunun en üst sınırının kefalet belgesinde rakamla gösterilmiş olmasını zorunlu görmemekteydi. Ancak, yazarın, kefilin yazılı beyanında sorumluluğunun en üst sınırını belirlemeye imkan veren ifadelerle yer vennesini aradığına göre, tartıştığımız sorun bakımından "dar yorum" taraftarı olduğu söylenebilirdi.

163 Reisoğlu'nun 818 sayılı BK. m. 484'e ilişkin olarak yaptığı yorumun benimsenmesi kanaatinde olduğumuzu daha önce de belirtmiştik. Nitekim bkz. Burak Özen, Kefalet Sözleşmesi (Özellikleri-Kuruluşu-Türleri), İstanbul 2008, s. 172-173. Reisoğlu, TBK. m. 583 f. 1'de yer alan kefilin azami sorumluluk miktarının el yazısıyla gösterilmesi gerekliliği bakımından şu değerlendirmeyi yapmaktadır: "Kefilin sorumlu olduğu azami miktarı BK. m. 583/1. maddede 'el yazısı ile' denildiğinden ve rakamlarla oynama imkanı olabileceğinden rakamla değil; el yazısı ile örneğin 1 00. 000 TL'yi rakamla değil "yüzbin TL" olarak belirtmesi uygun olacaktır". Bkz. Reisoğlu, Türk Kefalet Hukuku, s. 88. Demek oluyor ki, Reisoğlu, TBK. m. 583'de yer alan azami sorumluluk miktarının el yazısıyla gösterilmesi gerekliliğinin yerine getirilmiş sayılması için, sorumluluk miktarını kesin bir rakam zikrederek göstermeyi de yeterli görmemekte, sorumluluk tutarının yazı ile ifade edilmesini de aramaktadır.

rumlara ve tartışmalara da son verecekti. Ne var ki, TBK. m. 583 f. 1, OR Art. 493 Abs. 1 düzenlemesinden bu noktada da ayrılmıştır. TBK. m. 583 f. 1, kefalet sözleşmesinin yazılı olarak yapılması ve kefilin sorumlu olacağı azami miktarın gösterilmesi gerekliliğinden söz etmektedir. Ne var ki, kefilin azami sorumluluk miktarının kesin bir rakam zikrederek belirtilmesi gerekliliğinden söz etmemektedir. O halde, kefilin sorumlu olacağı azami miktarın nasıl belirtileceği yoruma açık olacak, bu konudaki tartışmalar Türk Borçlar Kanunu çerçevesinde de devam edecektir. Gerçi, TBK. m. 583 f. I c. 2'ye göre, kefil sorumlu olacağı azamı miktarı el yazısıyla belirtmek zorundadır. Şu halde, bu konudaki açıklama bizzat kefalet belgesinde ve üstelik kefilin el yazısıyla yer alacaktır. Ancak, kefil, kefalet belgesinde el yazısıyla yaptığı açıklamada esas borca ilişkin belgeye yollama yapmakla yetinebilecek midir? Bir başka deyişle, yollama yaptığı belgede belirtilen borç tutarını kendi sorumluluk sınırı olarak benimsediğini ileri sürebilecek midir? TBK. m. 583 f. 1'in İsviçre kaynağından ayrılması, bütün bu soruların kapısını açmıştır. Ne var ki, TBK. m. 583 f. 1'de öngörülen şeklin kefilin koruma (peşin olarak uyarma) işlevi, bütün bu sorulara olumsuz cevap vermeyi gerektirir. Kefalet için aranan şekil, kefilin üstlendiği sorumluluğun kapsamı hakkında işin en başında uyarmalıdır. Bu uyarıyı en iyi bir biçimde gerçekleştirecek olan, kefilin üstlendiği azamı sorumluluk miktarını kesin bir rakam olarak göstermesidir. Sonuç olarak, Reisoğlu'nun 818 sayılı BK. m. 484'le ilgili olarak yaptığı ve yukarıda aktardığımız yorum, bugün TBK. m. 583 f. 1 bakımından da benimsenmelidir.

c. Esas borcun bireyselleştirilmesi

Kefalet belgesinden esas borcun alacaklısının kim olduğunun çıkarılabilmesi gereklidir. Bir başka deyişle, alacaklı, belirli veya belirlenebilir olmalıdır. Alacaklının ismen belirtilmesine gerek olmadığı açıktır. Kefilin iradesinin oluşmasında alacaklının değil de esas borçlunun kişiliğinin önem taşıması, öte yandan alacağın devri yoluyla alacaklının değişmesinin her an için mümkün olması, kefalet belgesinde alacaklının ismen gösterilmesini gereksiz kılar. Kefalet belgesinde esas borcun yeteri kadar tanımlanması, yaygın deyimlerle esas borcun bireyselleştirilmesi yeterlidir¹⁶⁴. Bireyselleştirilen esas borcun alacaklısı her kimse, kefilin talepte bulunabilecek olan da odur. Bu arada, esas borcun gelecekteki alacaklısına yönelik olarak bir ke-

164 Esas borcun bireyselleştirilmesi gereği bakımından bkz. Seza Reisoğlu, Kefalet Kavramı ve Muteberlik şartları, AÜHFD, Y: 1962, C: 19, S: 1-4, s. 339 vd.

falet sözleşmesi önerisinde bulunulabileceği hatırlanmalıdır. Böyle bir önerinin yapılabilmesi için de, kefalet belgesinin alacaklının ismini içermekten düzenlenmesi mümkün olmalıdır. Alacaklının ismini içermeyen bir kefalet belgesi, belirli olmayan bir muhabata yönelik bir öneri oluşturur. Alacaklının ismini içermeyen bir kefalet belgesinde bireyselleştirilen esas borcun alacaklısı olmuş herhangi birisinin, söz konusu belgede cisimleşmiş öneriyi kabul etmesiyle kefalet sözleşmesi kurulur. Kefalet belgesinin, bir kıymetli evrakın hamili olan herhangi bir kişiyi göz önünde tutarak hazırlanması mümkün olduğu gibi, tanımlanmış belirli bir krediyi kullandıracak ve bu krediden dolayı alacaklı durumuna geçecek herhangi bir kişiye yönelik olarak hazırlanması da mümkündür¹⁶⁵.

Esas borcun ne olduğu kefalet senedinde yeterli bir açıklıkta gösterilmelidir. Geçerli bir kefalet sözleşmesinin yapılabilmesi için hangi borç için kefil olduğu belli veya belirlenebilir olmalıdır. Esas borcun bireyselleştirilmiş sayılması için, söz konusu borcu hukuken doğru bir biçimde nitelendirmeye veya borç tutarını rakamla ifade etmeye gerek yoktur. Kefaletin şekil şartının yerine getirilmiş sayılması için kefilin sorumluluk sınırının belirtilmesi gerekli olmakla birlikte, esas borcun tutarının belirtilmesi gerekli değildir¹⁶⁶.

Bir kimsenin belirli bir alacaklıya karşı üstlenmiş olduğu birden fazla borçtan hangisi için kefil olduğu kefalet belgesinden anlaşılamıyorsa, kefalet sözleşmesi geçerli değildir. Meğer ki bu yükümlüklerin hepsi için kefil olduğu sonucu çıkarılmış olsun¹⁶⁷. Bir borçluya ait birden fazla yükümlülüğün, bu arada sürekli bir borç ilişkisinden kaynaklanan ve kapsamı değişebilen çeşitli yükümlülüklerin tek bir kefalet sözleşmesiyle teminat altına

165 Giovanoli, Art. 493, N. 15; Reisoglu, Kefalet, s. 51.

166 Giovanoli, Art. 493, N. 15; Pestalozzi, Art. 493, N. 7; Elçin Grassinger, s. 102-103; Ayrancı, Cari Hesaba Kefalet, s. 110. Taşdelen, esas borç tutarının kefalet belgesinde belirtilmesi gerektiğini, ancak, kesin rakamlarla gösterilmesinin gerekli olmadığını, kefalet belgesinin yorumuyla anlaşılabilmesinin veya asıl borç belgesine yapılan atfa bağlı olarak tespit edilebilmesinin yeterli olduğunu ileri sürmektedir. Taşdelen, s. 743. Bu görüşe katılamıyoruz. Kefaletin şekil şartına uygunluk bakımından, esas borcun ne olduğunun belirlenebilmesi önemli olup esas borcun tutarının ne olduğunun bir önemi yoktur. Kefilin üstlendiği rizikonun kapsamı bakımından önem taşıyan husus, esas borç tutarının büyüklüğü olmayıp kefilin üstlendiği sorumluluğun sınırıdır. Bu sınırın kefalet belgesinde gösterilmesi, şekil şartını gerçekleştirmek için gerekli ve yeterlidir.

167 Giovanoli, Art. 492, N. 4; N. 73.

alınması mümkündür¹⁶⁸. Kefalet belgesinde yer alan "*belirli bir banko miktarının mevcut ve gelecekte doğacak olan bütün borçlarına kefil olduğu*" tarzındaki bir ifade, geçerli bir kefalet sözleşmesinin kurulması için yeterli kabul edilmektedir¹⁶⁹. Bu tür bir ifade kullanılarak imzalanan kefalet belgelerinin, banka tarafından güven ilkesi çerçevesinde yorumlanması **gerektiği** daha önce belirtilmişti. Böyle bir yorumun sonucunda, çok defa, **alınacak** belirli bir krediden kaynaklanan borca kefil olduğu sonucu çıkarılabilmektedir¹⁷⁰.

Esas borçlunun kimliği belirli veya belirlenebilir olmadıkça, esas borcun yeteri kadar bireyselleştirildiği söylenemez. Esas borçlunun kimliğinin kefilin iradesinin oluşmasında taşıdığı büyük önem, esas borçlunun belirlenmesini sağlayacak verilerin kefalet belgesinde bulunmasını gerektirir. Ne var ki, esas borçlunun ismen belirtilmesine gerek yoktur¹⁷¹. Kefalet belgesinde tanımlanmış belirli bir borcun herhangi bir borçlusu için kefil olunamaz. Bu olasılıkta, kefilin göz önünde tuttuğu belirli bir esas borçlu yoktur. Oysa kefalet sözleşmesi, her zaman için, belirli bir esas borçlu göz önünde tutularak yapılmalıdır. Kefilin göz önünde tuttuğu esas borçlunun kimliğini tespiti imkan vermeyen bir kefalet belgesi, TBK m. 583 f. 1'de aranan şekil şartını yerine getirmiş sayılamaz¹⁷². Belirli bir borcun herhangi bir borçlusu için kefil olmak, emredici nitelikteki TBK m. 198 f. 2 düzenlemesine aykırı

168 Scyboz'un belirttiğine göre, kefil, aynı borçlunun birden fazla borcundan ötürü kişisel sorumluluk üstlenmişse, yaptığı ödemenin hangi borca sayılması gerektiğine kendisi karar veremez. Yaptığı ödemenin hangi borca ilişkin olduğunu alacaklı belirleyecektir. Scyboz, s. 362. Bu düşünce kabul edilirse, TBK m. 101, birden fazla borcu olan borçlunun bizzat kendisinin gerçekleştirdiği ifayla ilgili bir hüküm olarak nitelendirilecektir. Bu hükmün, başkasına ait birden fazla borcun sorumluluğunu üstlenen kefil için uygulanması söz konusu olmayacaktır.

169 Reisoğlu, Kefalet, s. 13-14.

170 Bkz. Bu çalışma §2, II, C, 2, c. Ayrıca bkz. Beck, Art. 492, N. 107. Ne var ki, bu türlü ifadelerin esas borcu yeteri ölçüde bireyselleştirmediği için kefalet sözleşmesinin geçersizliğine yol açacağı da ileri sürülebilir. Nitekim bkz. Barlas, Bazı Sorunlar, s. 45-46. O halde, yukarıda metinde belirttiğimiz yaklaşım biçimi, uygulamada bu türlü ifadelerle yer veren kefalet belgelerinin geçerli bir kefalet sözleşmesinin kurulmasına yol açığının kabul edilmesi olgusu karşısında "kötünün iyisi" bir çözüm olarak ele alınmalıdır. Konuya ilişkin olarak ayrıca bkz. Akkanat, s. 288-289.

171 Aynı kanaatte, Pestalozzi, Art. 493, N. 7.

172 Giovanoli, Art. 493, N. 15; Pestalozzi, Art. 493, N. 7. Beck ve Reisoğlu, kefalet belgesinde esas borçlunun ismen belirtilmesini gerekli görmektedirler. Beck, Art. 493, N. 8; Reisoğlu, Kefalet, s. 52.

davranmak anlamına gelir. TBK m. 198 f. 2'ye göre, kefalet güvencesine bağlanan borcun üstlenilmesine kefilin peşin olarak rıza göstermesi **ve esas borçlu** sıfatını kim kazanırsa kazansın sorumluluğunun devam edeceğini belirtn1esi geçerli değildir.

Kefil ve alacaklı, göstermelik bir kefalet belgesi hazırlamış ve kefalet belgesinde belirtilenden başka bir borç için kefaletin hüküm ifade edeceğini kararlaştırmış olabilirler. Bu olasılıkta geçerli bir kefalet sözleşmesi yoktur. Kefalet belgesine yansımış olan kefalet sözleşmesi muvazaalı, gerçekte yapılmak istenen kefalet sözleşmesi ise kefalet belgesine yansımadığı için **şekle aykındır**¹⁷³.

Kefalet belgesinden fer'i bir sorumluluk üstlenme iradesi çıkarılabilmektedir¹⁷⁴. Kefalet sözleşmesi, kıymetli evrak hukukunda olduğu gibi *"sıla şekle bağlı"* bir sözleşme değildir. Bu nedenle, kefalet belgesinde, kefil sıfatıyla sorumluluk üstlenildiğinin adlı adınca belirtilmesi gerekmez. Üstlenilmek istenen sorumluluğun fer'i karakterinin anlaşılabilmesi yeterlidir. Ne var ki, bu noktada, İsviçre-Türk hukukunda ağırlıklı olan bir eğilim hatırlanmalıdır. Bu eğilime göre, fer'i nitelikte bir kişisel teminat verilmek istendiği kefalet belgesi dışında kalan olgulara başvurarak ortaya koyulabilir¹⁷⁵. Tarafların iradesini açıklığa kavuşturmak için başvuru olguların kefalet belgesinde bir dayanağının olması aranmaz. Bu anlayıştan yola çıkılırsa, üstlenilen sorumluluğun, fer'i karakterini gösteren açıklamalara kefalet belgesinde yer verilmesi gerekli görülmeyecektir¹⁷⁶.

Farklı borçlulara ait birden fazla borç tek bir kefalet sözleşmesiyle güvence altına alınabilir¹⁷⁷.

173 Reinicke/fiedtke, s. 39.

174 Lerch/fuason, s. 43; Giovanoli, Art. 493, N. 15. Ayn bir kefalet belgesi düzenlenmemiş ve kefilin beyanı asıl borca ilişkin belge üzerinde yer almışsa, bu beyandan fer'i bir sorumluluk üstlenme iradesinin çıkarılması özel bir önem taşır. Esas borca ilişkin belgede esas borçludan başkasının sorumluluk üstlenmesi, fer'i bir sorumluluk üstlenildiğine ilişkin bir açıklık bulunmuyorsa müsterek-müteselsil borçluluk olarak nitelenebilir. Bkz. Gural, Kefalet Akdiyle Aval, s. 447-448; Reisoğlu, Kefalet, s. 49; Taşdelen, s. 735, 741-742.

175 Kefalet sözleşmesinin yorumunda kefalet belgesinde dayanağı olmayan maddi olgulara başvurulmasıyla ilgili olarak ileri sürülen düşünceler ve İsviçre-Türk hukukundaki eğilim için bkz. Bu çalışma, § 2, II, A, 2.

176 Nitekim bkz. Beck, Art. 493, N. 10.

177 Beck, Art. 492, N. 42; Reisoğlu, Kefalet, s. 48.

d. Kefil açısından (sübjektif olarak) esaslı noktalar

Kefalet belgesi, kefalet sözleşmesi bakımından objektif açıdan esaslı noktaların yanında kefil bakımından (sübjektif açıdan) esaslı olan noktalara da yer vermelidir. Kefalet sözleşmesi bakımından aranan şekil tek taraflı bir şekil olduğuna ve sadece kefilin iradesinin TBK m. 583 f. 1 'de belirtilen şekle uygun olarak beyan edilmesi gerektiğine göre, kefilin iradesinin oluşumunda belirleyici olan noktalar kefalet belgesinde yer almalıdır. Kefalet belgesi kefil açısından (sübjektif olarak) esaslı noktalara yer vermiyorsa, bu noktaların geçerli bir anlaşmanın konusunu oluşturmadığı İsviçreli yazarlarca kabul edilmektedir. Aynı İsviçreli yazarlara göre, kefil, böyle bir durumda, irade sakatlığına dayanarak kefalet sözleşmesini iptal etme yoluna gidebilir¹⁷⁸. Bu yola gitmek isteyen kefilin, irade sakatlığı hallerinden birinin (özellikle yanılmanın) koşullarının gerçekleştiğini ispatlaması gerekecektir. İptal hakkını yanılmaya dayandıran kefilin, kendi açısından esaslı önem taşıyan bir (veya birkaç) noktanın kefalet belgesine yansımadığını ispatlaması yeterlidir. Bu ispatı gerçekleştiren kefil, iradesiyle yaptığı beyan arasında uyumsuzluk olduğunu ve bu uyumsuzluğun "*esaslı bir beyan hatası*" karakteri taşıdığını ortaya koymuş olur¹⁷⁹. İsviçreli hukukçuların bu düşünce biçimini paylaşmadığını ifade etmeliyim. Kefalet belgesinde yer almayan ve üzerinde geçerli bir uyuşmanın gerçekleşmediği kabul edilen nokta, kefil bakımından (sübjektif açıdan) esaslı önem taşıyan bir noktadır. Böyle 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 gerekir. Diğer taraftan, kefilin, kendisi açısından bu kadar önem taşıyan bir nokta üzerinde anlaşma olmadıkça kefalet sözleşmesini yapmaya razı olmayacağı söylenebilir. Şu halde kefalet sözleşmesini bütünüyle geçersiz saymak bu açıdan da kaçınılmazdır (TBK m. 27 f. 2). Burada karşımıza çıkan geçersizlik kesin hükümsüzlük türünden bir geçersizlik olacağına göre, kefilin bir iptal beyanında bulunmasına da gerek yoktur.

e. Kefilin durumunu ağırlaştırıcı nitelikteki anlaşmalar

Kefilin durumunu ağırlaştıran anlaşmaların da kefalet belgesinde yer alması gerekir. Kefilin sorumluluğunu arttırıcı nitelikteki bir anlaşma ke-

178 Giovanoli, Art. 993, N. 17; Pestalozzi, Art. 493, N. 8.

179 Giovanoli, Art. 493, N. 17.

falet belgesine yansımamışsa geçersiz olur. Ne var ki, kefalet sözleşmesi geçerli olarak ayakta kalır. Örneğin, kefilin "*müteselsil kefil*" sıfatıyla sorumlu olacağı kararlaştırılmış olmasına rağmen, bu anlaşma kefalet belgesine yansımamışsa, kefalet sözleşmesi geçerlidir. Ancak kefil için "*adi kefil*" sıfatıyla sorumluluk söz konusu olur. Bunun gibi, kefilin sorumluluğunun üst sının kararlaştırılardan daha düşük olarak kefalet belgesine yansımışsa, kefalet sözleşmesi geçerlidir ve kefil kefalet belgesinde belirtilen sınır içinde sorumlu tutulabilir. Kefilin sahip olduğu savunmalardan vazgeçmesine ilişkin bir anlaşma¹⁸⁰ mutlaka kefalet belgesine yansımalıdır. Aksi takdirde yapılan anlaşma geçersiz olur ve kefil vazgeçtiği bütün savunmalara dayanabilir¹⁸¹. Kefilin durumunu ağırlaştırıcı nitelikteki anlaşmaların kefalet belgesine yansımadığı oranda geçersiz sayılmasına, ne kefil ne de alacaklı itiraz edebilir. Böyle bir durumda "*kısmf hükümsüzlük*" kesin olup, TBK m. 27 f. 2 gereğince bütün kefalet sözleşmesinin geçersiz sayılması gerektiği söylenemez. Kefalet sözleşmesinin kefilin durumunu ağırlaştırıcı nitelikteki anlaşmalar olmadan ayakta tutulması kefilin yararınadır. Şu halde, kefilin, bu türlü anlaşmaların geçerli olmadığını bilseydi kefalet sözleşmesini hiç yapmayacağını ileri sürmesi düşünülemez. Kefilin durumunu ağırlaştırıcı anlaşmaların geçersizliği alacaklı aleyhine olsa bile, alacaklı açısından da "*söz konusu anlaşmaların geçersiz olduğu bilinseydi, kefalet sözleşmesinin hiç yapılmayacağı*" yolunda bir iddianın ileri sürülmesi mümkün değildir. Böyle bir iddiayla kefalet sözleşmesini tümünden geçersiz saydıran alacaklı, elindeki teminatı kesin olarak yitirmiş olurdu. Kefilin sorumluluğunu ağırlaştırıcı anlaşmalar geçersiz olsa bile, kefalet belgesinde belirtilen ölçüde sorumlu tutabileceği bir kefile sahip olmak alacaklı için "*kötünün iyisi*" bir sonuçtur. Bu durumda, alacaklının da, TBK m. 27 f. 2'nin uygulanmasına ve kefalet sözleşmesinin bütünüyle geçersiz sayılmasına olanak verecek bir "*farazf*" iradesi bulunmaz.

180 Böyle bir anlaşmanın caiz olup olmadığı noktasında TBK. m. 582 f. son gözden uzak tutulmamalıdır. Bu düzenleme kefaletle ilişkin hükümleri nisbi emredici hükümler durumuna getirmekte ve açık bir kanuni imkan bulunmadıkça kefilin sahip olduğu savunmalardan vazgeçmesini engellemektedir. TBK. m. 582 f. son şöyledir: "*Kanundan aksi an/aşılmadıkça kefil, bu bölümde kendisine tanınan haklardan önceden feragat edemez*". Kefalet hukukunun emredici yapısı hakkında bkz. Christiana Fountoulakis, İsviçre Hukukunda Kefilin Korunması, (Çeviren: Mine Tan Dehmen), Türk İsviçre Hukuk Günleri, Banka ve Tüketici Hukuku Sorunları Sempozyumu, İstanbul 20 IO, s. 317 vd.

181 Beclc, Art. 493, N. 16; Giovanoli, Art. 493, N. 17; Pestalozzi, Art. 493, N. 8; Reisoğlu, Kefalet, s. 45.

Kefilin lehine olup onun hukuki durumunu hafifleten anlaşmaların kefalet belgesinde yer alması gerekmez. Bu türlü anlaşmalar kefalet belgesinde yer almasa bile geçerlidir. Kefalet sözleşmesi bakımından aranan **geçerlik** şeklinin tek taraflı olması ve kefilin çıkarını koruma amacına hizmet etmesi, bu sonucu haklı kılar. Buna göre, kefalet sözleşmesinin belirli süreli olduğunun kararlaştırılması şekle bağlı olmadığı gibi, kefilin yükümlülüğünün vadeye veya koşula bağlanmasına ilişkin anlaşmalar da şekle bağlı olmadan yapılabilir. Bunun gibi, kefalet belgesindeki açıklamalarla çelişmeyen, bu açıklamaları tamamlayıcı nitelikteki hususların kararlaştırılması şekle bağlı değildir¹⁸². Kefalet sözleşmesinde sonradan yapılacak değişiklikler bakımından da benzer şekilde düşünmek gerekir. Yapılacak değişiklik kefilin için yararlı bir değişiklikse, bu değişiklik şekle bağlı olmadan kararlaştırılabilir. Kefilin sorumluluk sınırının azaltılması, başlangıçta koşula veya vadeye bağlı olmayan kefalet yükümlülüğünün sonradan koşula veya vadeye bağlanması, müteselsil kefaletin adi kefalete dönüştürülmesi, hep kefilin yararına olacak türden değişikliklerdir. Bu türlü değişikliklerin, kefaletin geçerlilik şekline bağlı olarak yapılması gerekmez. Buna karşılık, kefilin durumunu ağırlaştırıran her türlü değişiklik kefaletin geçerlilik şekline uygun olarak yapılmalıdır¹⁸³.

4. Kefilin beyanının tek bir belgede yer alması gerekliliği

Kefilin yazılı beyanının tek bir belgede yer alması gerektiği, birbirini tamamlayan birden fazla belge bulunması durumunda TBK m. 583 f. 1'de belirtilen şeklin gerçekleşmeyeceği de ileri sürülmektedir¹⁸⁴. Kanaatimce, TBK m. 583 f. 1'den bu türlü bir gereklilik çıkarılamaz. Kefilin yazılı beyanının birbirini tamamlayan birden fazla belgede toplanması mümkün olabilir. Yeter ki kefilin imzasının birbirini tamamlayan bu belgelerin hepsini kapsadığı söylenebilsin.

5. Beyaza (açığa) imza sorunu

818 sayılı (eski) Borçlar Kanunu çerçevesinde çeşitli tartışmaların kaynağı olabilecek bir durum, kefil olmak isteyen kişinin boş bir kağıdı imzalamasıydı. 818 sayılı Kanun'un 484. maddesine göre, TBK. m. 683 f. 1'den

182 Giovanoli, Art. 493, N. 17; Pestalozzi, Art. 493, N. 8.

183 Beck, Art. 493, N. 11.

184 Reisoğlu, Kefalet, s. 48; Taşdelen, s. 735.

farklı olarak, kefilin azami sorumluluk miktarını el yazısıyla belirtmesi gerekJi değildi. Zaten EBK. m. 484'te kefilin el yazısıyla belirtilmesi gereken herhangi bir noktadan söz edilmiyordu. Bu durumdan yararlanılarak., uygulamada, kefil olması söz konusu olacak kişilerden açığa (beyaza) imza alılabilmektedir. Bu imzanın üstü sonradan doldurularak bir kefalet belgesine dönüştürülmektedir. Ne var ki, bu uygulama, beyaza imza veren kişiler açısından sürpriz sonuçların ortaya çıkmasına da kapı açmaktaydı. Bu kişiler, kendilerini, akıllarından hayallerinden geçmeyen yükseklikte bir sorumluluk sınırıyla kefil olmuş bulabilmektedir.

Bu türden sürprizlere bağılı olarak ne gibi tartışmaların çıkabileceğini ve bu tartışmalarda nasıl bir tavır takınılması gerektiğini, daha önce oldukça kapsamlı bir biçimde ele almıştım. Kefalet Sözleşmesi (Kuruluşu-Türleri-Özellikleri) İstanbul 2008, s. 178-184. Mey alan açıklama/arı aşağıda {büyük ölçüde) aynen aktarıyorum:

"Kefil olmak isteyen kişinin boş bir kağıdı imzalaması ve bu boş kağıdın esas borçlu tarafından doldurulmasına izin vermesi, pratik gereksinimlere uygun olduğu gerekçesiyle mümkün kabul edilmektedir¹⁸⁵. Böyle bir olasılıkla alacaklının ve esas borç tutarının henüz belli olmadığı durumlarda karşılaşılabılır. Alınacak bir krediden doğacak borç için kefil olmak isteyen kişi, bu kredinin henüz açılmadığı ve kimin tarafından açılacağı henüz belli olmadığı bir sırada, krediyi almak isteyen kişiye imzalı ve boş bir kefalet belgesi verebilir. Kredi açılacağı zaman kefil göstermek gerekince, kredi alan kişi kendisine daha önce verilmiş olan beyaza imzalı kefalet belgesini doldurarak krediyi açan kişiye teslim edebilir. Kredi borçlusu beyaza imzalı kefalet belgesini kefil olmak isteyen kişiyle yaptığı anlaşmaya uygun olarak doldurmuşsa,

185 Reinicke/Tiedtke, s. 41 vd; Tandoğan, Borçlar II, s. 748; Reisoğlu, Kefalet, s. 49-50. Taraftan korumak amacıyla geçerlilik şekline bağlanmış bir işlemin beyaza imza yoluyla yapılamayacağını belirten görüş çerçevesinde, boş olarak verilmiş imzalı kefalet belgesinin sonradan doldurulmasıyla geçerli bir kefalet sözleşmesi kurulamayacaktır. Söz konusu görüşe göre, şekil zorunluluğu taraftan korumak amacına dayanmayıp üçüncü kişileri korumak amacıyla kabul edilmişse, hukuki işlemin beyaza imza yoluyla kurulması mümkündür. Bu görüş için bkz. W. Schöenberger/P. Jaggi, Zürcher Kommentar, Bd. V, Obligationenrecht, Teilband la (Allgemeine Einleitung, Art. 1-17 OR), 3. Auflage, Zürich 1973, Art. 13, N. 45, 47. Medicus, kefalet belgesi olarak doldurulmak üzere kefil olmak isteyen kişi tarafından verilmiş beyaza imzalı belgenin, sonradan alacaklı (veya esas borçlu) tarafından doldurulmasının kefaletle ilişkin geçerlilik şeklini gerçekleştirmeye yetmeyeceğini belirtmektedir. Yazara göre, kefil olmak isteyen kişiyi korumak amacıyla kabul edilmiş yazılı şekil, belgenin kefilin yazılı beyanının yapılmasından sonra imzalanmasını gerektirir. Dieter Medicus, Bürgerliches Recht, 19. neubearbeitete Auflage, Köln-Berlin-Bonn-München 2002, s. 122.

söz konusu belgenin alacaklı tarafından kabulüyle kefalet J6zlıqme.Ji geçerli olarak kurulur. Beyaza imzalanmış kefalet belgesi kredi borçlu tarafından anlaşmaya aykırı doldurulursa ve alacaklı iyiniyetle bu belgeyi icra ederse, kefalet sözleşmesinin geçerli olarak kurulup kurulmayacağı tartışılabilir. Beyaza imzalı kefalet belgesinin anlaşmaya aykırı olarak doldurulduğunu bilen veya bilmesi gereken alacaklı, söz konusu belgeye uygun bir kefalet sözleşmesinin kurulduğunu ileri süremez. Ne var ki, alacaklı iyiniyetle bir başka deyişle, açığa imzalı kefalet belgesinin anlaşmaya aylan olarak doldurulduğunu bilmiyorsa ve bilmesi de gerekmiyorsa durumun farklı olması gerektiği söylenebilir. Açığa imza veren kefilin, yarattığı hukuki görünüşün sonuçlarına bütün kapsamıyla katlanması gerektiği iddia edilebilir. Bu türlü bir iddia kabul edilirse, kredi borçlusu tarafından anlaşmaya aylan olarak doldurulmuş beyaza (açığa) imzalı kefalet belgesi bu belgeyi veren bağlayacak, o, iyiniyetli alacaklı tarafından kefil olarak sorumlu tutulabilecektir¹⁸⁶.

- 186 Konu öğretisi ve uygulamada, beyaza imzalı kefalet belgelerinin anlaşmaya aykırı olarak doldurulması bakımından değil genel olarak tartışılmaktadır. İsviçre Federal Mahkemesinin bir kararında beliren görüşe göre, imza sahibinin iradesine aykırı olarak doldurulmuş beyaza imzalı belgeye dayanan iyiniyetli üçüncü kişiler, iyiniyetleri sayesinde hak kazanabilmeli ve bu hakkı beyaza imzalı belgeyi verene karşı ileri sürebilmelidirler. BGE 88 II 422. Karar anlaşmaya aykırı olarak doldurulan beyaza imzalı belgeye dayanarak, bu belgede cisimleşmiş görünen alacağı devralan iyi niyetli üçüncü kişilere ve bu kişilerin güvenlerinin korunması ilişkindir. Konuyla ilgili olarak ayrıca bkz. Necip Kocayusufpaşaoğlu, Güven Nazariyesi Karşısında Borç Sözleşmelerinde Hata Kavramı, İstanbul 1968, s. 36-37; Hans Merz, Vertrag und Vertragsschluss, Freiburg 1988, s. 189. Alman Yüksek Mahkemesi, anlaşmaya aykırı doldurulan beyaza imzalı belgeye güvenin korunması sorununu, daha da genelleştirerek, konumuza uygulanmaya daha elverişli bir biçimde ele almaktadır. Yüksek Mahkemeye göre, imzasını içeren boş bir belge veren kimse, bu belgenin iradesine aykırı olarak doldurulması durumunda, söz konusu belgeye dayanarak hak kazanan iyiniyetli üçüncü kişilere karşı itiraz edemez. Açığa imzalı belgeyi veren kişi, bu belgeye iyiniyetle dayanan kişiler karşısında, belgede yer alan ve kendi iradesine aykırı bulunan açıklamalarla bağlıdır. Yüksek Mahkeme bu görüşünü temellendirmek için, temsilciye temsil yetkisini içeren bir belge verilmesiyle ilgili düzenlemeye dayanmaktadır. Temsilci, temsil edilen tarafından kendisine verilmiş yetki belgesini iyiniyetli üçüncü kişilere gösterdiği takdirde, söz konusu kişiler bu belgeye güvenmekte haklı olacaklardır. Yetki belgesi verildikten sonra, temsil edilen temsil yetkisini geri almış veya sınırlandırmış olsa bile, bu temsilciyle arasındaki ilişki bakımından etkili olacak, temsil belgesine güvenen kişiler, söz konusu belgeye uygun olarak temsil yetkisinin devam ettiğini kabul etmekte haklı sayılacaklardır. Söz konusu belgeye dayanarak ve yetkinin bu belgede görünen kapsamına uygun olarak temsilciyle işlem yapan kişiler, iyiniyetli olmaları kaydıyla, temsil edilenin yapılan işlemle bağlı olduğunu ileri sürebilirler. Yetki belgesine dayanılarak işlem yapılmasını engellemek isteyen temsil edilen kişi, bu belgeyi geri almalı veya hükümsüzlüğünü yargıç kararıyla tespit ettirmelidir. Temsilciye yetki belgesi verilmesiyle ilgili bu ilke-

Bu konuda bir başka yaklaşım daha söz konusu olabilir ve kefalet sözleşmesi bakımından bu ikinci yaklaşımın ağır bastığı gözlenmektedir. Buna göre, beyaza imza vermiş olan kefil, belgenin esas borçlu tarafından anlaşmaya aykırı olarak doldurulduğunu ispatlayarak¹⁸⁷ kefalet sözleşmesiyle bağlı olmadığı ileri sürebilmeli ve alacaklının iyiniyetli olması bu sonucu değiştirmemelidir¹⁸⁸. Ancak kefalet sözleşmesiyle bağlı olmasa da, yaratılan hukuk

lerden yola çıkan Yüksek Mahkeme, yetkili belgesi veren lcişinin yarattığı hukuki görünüşün sonuçlarına katlanması gerektiği gibi, beyaza imzalı belge veren kişinin de yarattığı hukuki görünüşün sonuçlarına katlanması gerektiğini ileri sürmektedir. Beyaza imza veren lcişi, yarattığı hukuki görünüşün sonuçlarına katlanacak, verdiği belgeye dayanarak işlem yapan lcişilere karşı, belgenin anlaşmaya aykırı olarak belirlenmiş içeriğini kendi irade açıklaması olarak kabullenmek zorunda kalacaktır. BGHZ 40, 65-68. Kararda ortaya koyulan bu düşünce biçiminin onaylanması için ayrıca bkz. Helmut Köhler, BGB-Allgemeiner Teil, 19. Auflage, München 1986, s. 138. Bu kararda ulaşılan sonuç Flume tarafından da olumlu karşılanmaktadır. Yazar, beyaza imzalı bir belge veren kişinin durumuyla temsil yetkisi içeren bir belge veren kişinin durumunu özdeş görmektedir. Werner Flume, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 2. Band, Das Rechtsgeschäft, 3. ergänzte Auflage, Berlin-Heidelberg New York 1979, s. 455-456. Reinickeffiedtke, yetki belgesiyle beyaza imzalı belge arasında yapılan bu benzetmeleri yerinde bulmamaktadırlar. Yazarlara göre, yetki belgesi veren kişi, beyaza imzalı belgeyi veren kişiye oranla daha az korunmaya layıktır. Yetki belgesi veren kişi, yetkiyi geri aldığı zaman, temsilcinin yetkisinin ortadan kalktığını bilmektedir. Oysa beyaza imzalı belgeyi veren kişi, imzalı boş belgenin kendi iradesine aykırı olarak doldurulduğunu bilmediği gibi, böyle bir durumun gerçekleştiğini hesaba katmak zorunda da değildir. Bu nedenle, beyaza imzalı belgeyi veren iradesine aykırı olarak doldurulmuş belgeyle bağlı saymamak, sadece belgeye güvenen iyiniyetli kişilerin zararını tazmine mecbur kılmak daha yerinde bir çözümdür. Reinickeffiedtke, s. 43. Bu konudaki tartışma ve değerlendirmelere ilişkin olarak ayrıca bkz. Burak Özen, Beyaza (Açığa) İmza Sorunu Üzerinde Düşünceler, Legal Hukuk Dergisi, şubat 2008, Y: 6, S: 62, s. 417 vd, özellik.le s. 419-420, dpn. 16.

- 187 19 HD'nin 29. Ol. 2001 tarih ve E. 2000/6924, K. 2001/665 sayılı kararında, kefalet belgesinde boş bırakılan kredi limitinin, sonradan doldurulduğu iddiasının ispatı hakkında şunlar söylenmiştir: "İcra takibinin ve davanın dayanağını teşkil eden sözleşme, davalı tarafından kefil sıfatı ile imzalanmış ve limit 2. 000. 000. 000 TL olarak belirtilmiştir. Limit miktarını gösteren kısmın sonradan doldurulduğu yolundaki davalı iddiasının yazılı delil ile kanıtlanması gerekir. Sözleşmenin doldurulmasında farklı renkte ve tonda kalemlerin kullanılmış olması söz konusu limit miktarının sonradan doldurulduğunun kanıtı olmaz". YKD, C. 27, S: 12, T: Aralık 2001, s. 1857-1858.
- 188 Tandoğan ve Reisoğlu, boş olarak verilen imzalı belgenin anlaşmaya aykırı olarak doldurulduğunu ispat edemeyen kefilin, kefalet sözleşmesiyle bağlı olduğu kanaatindedirler. Demek oluyor ki, kefil, boş olarak verdiği imzalı belgenin anlaşmaya aykırı olarak doldurulduğunu ispatlarsa kefalet sözleşmesiyle bağlı olmadığını ileri sürebilecektir. Tandoğan, Borçlar il, s. 748; Reisoğlu, Kefalet, s. 50. Esas borçlunun, kefil tarafın-

görünüştten sorumluluğun yine de söz konusu olacağını belirten yazarlar bulunmaktadır: Bu yazarlara göre, açığa imzalı belgeyi veren kişi, bu belgeye güvenen iyiniyetli alacaklının geçerli bir kefalet sözleşmesinin kurulduğuna güvenmesinden kaynaklanan zararını tazmin etmelidir¹⁸⁹.

Yukarıda belirtildiği üzere, alacaklı beyaza imzalı kefalet belgesinin, anlaşmaya aykırı olarak doldurulduğunu biliyorsa veya bilmesi gerekiyorsa, kefilin bu belgeyle bağlı olduğu söylenemez¹⁹⁰. Ne var ki, kefilin bu belgeyle bağlı olmamasının ne anlama geleceği tartışmalıdır. Bazı yazarlara göre, bu olasılıkta kefalet taahhüdü hükümsüzdür. Beyaza imzalı belgenin anlaşmaya aykırı olarak doldurulduğunubilen veya bilmesi gereken alacaklı, bu belgeye dayanarak hiçbir talepte bulunamayacak, kefil için hiçbir kapsamda sorumluluk söz konusu olmayacaktır¹⁹¹. Buna karşılık, daha yerinde bulduğumuz bir diğer görüş, kefilin anlaşmaya aykırı olarak doldurulan kefalet belgesi dolayısıyla sorumlu tutulamayacağını, ancak belge anlaşmaya uygun olarak doldurulsaydı ne şekilde sorumlu kılınabilecek idiyse o şekilde sorumlu tutulabileceğini ileri sürmektedir. Bu görüşe göre, beyaza imzalı belgenin anlaşmaya aykırı olarak doldurduğunu ispat eden kefilin, kötünietli alacaklı karşısında söz konusu belgeden ötürü sorumlu tutulmaması doğaldır. Ne var ki, kimse, ihtiyacı olanın ötesinde hukuki koruma elde edemez. Kötünietli alacaklı, beyaza imzalı belge anlaşmaya uygun olarak doldurulsaydı ne şekilde bir sorumluluk söz konusu olacaksa, o şekilde kefil sorumlu tutulabilir. Buna itiraz eden kefil, 'çelişkili davranmış' sayılır¹⁹².

dan kendisine verilmiş açığa imzalı belgeyi kefille arasındaki anlaşmaya aykırı olarak doldurması durumunda, kefilin kefalet sözleşmesinin hükümsüz olduğunu iddia etme olanağı olduğu hakkında ayrıca bkz. Scyboz, s. 365, dpn. 6; Reinicke-Tiedtke, s. 42-43; Haluk Tandoğan, Kefaletin Geçerlilik şartları, Batider, Y: 1979, C: 9, s. 41-42; Taşdelen, s. 736-737.

189 Reinickeffiedtke, s. 42-43.

190 Scyboz, s. 365, dpn, 6; Tandoğan, Borçlar II, s. 748.

191 Reisoğlu, Kefalet, s. 50.

192 Reinickeffiedtke, s. 43-46. Bu düşünce için ayrıca bkz. Özen, Beyaza İmza, s. 421 vd. Konuyla dolaylı olarak ilgili görülebilecek, ancak Yargıtay'ın tutumunu göstermesi bakımından, 19 HD'nin 02. 02. 2001 tarih ve E: 2000/6949, K: 2001/792 sayılı kararı ilgi çekicidir. "Davacı vekili müvekkilinin davalı ile üçüncü kişi arasında düzenlenen kredi sözleşmesinin kefil olduğunu, kefaletin teminatı olarak davalıya boş bir senet verdiğini, davalı bankanın borcun ödenmemesi üzerine elindeki boş senedi doldurup takibe giriştiğini ileri sürerek, senedin kefalet limitini aşan bölümünden borçlu bulunmadığının tespitini talep ve dava etmiştir. Mahkemece davanın reddine karar verilmiş, hüküm davacı vekili tarafından temyiz edilmiştir. Davalı banka, davacının kefil olarak imzaladığı ve kefalet limiti açıkça gösterilen kredi sözleşmesi yanında, davacıdan ayrıca dava konusu senedi almıştır. Dosyadaki delillerin değerlendirilmesi sonucu kefa-

Bir örnek üzerinde konuyu somutlaştıralım. Kefil. beyaza imzalı kefalet belgesini esas borçluya verirken sorumluluk sınırının 600 TL olarak gösterilmesini istemiştir. Ne var ki esas borçlu, belgeyi doldururken kefilin sorumluluk sınırını 6000 TL olarak göstermiş ve belgeyi bu şekilde alacaklıya teslim etmiştir. Alacaklı kefiliden 6000 TL üzerinden talepte bulunmuş, kefilse belgenin esas borçluyla arasındaki anlaşmaya aykırı olarak doldurulduğunu ve alacaklının bu durumu bildiğini ispatlayarak bu talebi reddetmiştir. Alacaklı bu sefer, beyaza imzalı belgeyi verdiği sırada kefilin göz önünde

letin teminatı olduğunda kuşku bulunmayan ve boş olarak verildiği tartışmasız olan senedin, kefalet limiti ve varsa kefilin temerrüdünün hukuki sonuçları gözetilerek doldurulup takibe konulması gerektiği hususu düşünülmezsizin mahkemece, HUMK'nun 275. maddesine aykırı şekilde bilirkişinin hukuki mütalaasına değer verilerek, yanlışlı değerlendirme neticesinde yazılı biçimde hüküm kurulması isabetsiz olup, bozmayı gerektirmiştir". YKD, C: 28, S: 1, T: Ocak 2002, s. 91. Yargıtay 19 HD'nin 12.05.2003 tarih ve E. 2002/7505, K. 2003/4998 sayılı kararında ise şu açıklamalar yer almaktadır: "Davacı vekili, dava dışı Celal Akyol'dan kullandığı kredi için 150.000.000.-TL. limit ile kefil olduğunu, sözleşmenin boş olan diğer sayfalarını da imzaladığını bankanın boş alan bu sayfaları doldurarak müvekkilinden 3.943.880.990.-TL. alacak talep ettiğini iddia ederek 3.793.880.900.-TL. ile borçlu olmadıklarını tespitini talep ve dava etmiştir. Davalı savunmasında, davacının kefalet limitinin 3.500.000.000.-TL. olduğunu beyan ederek davanın reddini istemiştir. Mahkemece, davacının sözleşmeyi 150.000.000.-TL. kefalet için imzaladığı, davalı bankanın boşa atılı imzaları sonradan zeyilname olarak düzenlemesinin kefalet olarak kabulünün mümkün olmadığı gerekçesiyle davanın kabulüne karar verilmiş, hüküm davalı vekilince temyiz edilmiştir. BK'nun 484. maddesine göre kefaletin sıhhati, tahriri şekle riayet etmeğe ve kefilin mes'ul olacağı muayyen bir miktar iradesine mütevakıftır. Davacı tarafından 24.7.1996 tarihli sözleşmenin 150.000.000.-TL. limit ile imzaladığı ve dava dışı Celal Akyol'a bu sözleşmeye dayalı olarak kredi kullandırıldığını ve çeşitli tarihlerde düzenlenen zeyilnameler ile kullandırılan kredi limitinin yükseltildiği anlaşılmaktadır. Ne var ki sözleşmenin 21, 22, 23 sayfalarında davacı kefilin açığa atılmış imzalarının bulunduğu görülmektedir. Bu durumda kredi sözleşmesi düzenlenirken davalı bankanın davacıdan üzerinde miktar belirtilmeden açığa imza aldığı kabulü gerekir. Boş olarak imzalanan kefaletle ilişkin kısımların sonradan doldurulmak suretiyle kefalet limitinin belirlenmesi yukarıda açıklanan yasal maddesi ile bağdaşmaz. Bir başka deyişle açığa imzalı kısma sonradan limit yazılması, imza atanı o miktar ile sınırlı olarak kefil haline getirmez" (kazancı içtihat ve bilgi bankası). Kararda, açığa imza yoluyla kefalet sözleşmesi kurulmasının kefaletle ilişkin geçerlilik şekline aykırı olduğu sonucuna ulaşılmış olabileceği gibi, geçerli bir kefalet sözleşmesinin (irade beyanlarındaki uygunsuzluk yüzünden) kurulmuş sayılamayacağı söylenmek istenmiş de olabilir. Hatta kefalet sözleşmesinin, alacaklı tarafından anlaşmaya aykırı olarak belirlenmiş kefalet limiti üzerinden değil de, kefil tarafından gerçekte istenen (ve alacaklı tarafından bilinen) kefalet limiti üzerinden kurulmuş sayılacağı da belirtilmek istenmiş olabilir. Biz son belirttiğimiz çözümün benimsenmiş olmasından yanayız.

tuttuğu tutara göre, yani 600 TL üzerinden talepte bulunmuş, kefil bu talebi de geçerli bir kefalet sözleşmesinin kurulmuş sayılamayacağını ileri sürerek reddetmiştir. Bu örnek üzerinde, kefilin çelişkili davrandığı açıkça ortaya çıkmaktadır. Kefil, bir yandan kefalet belgesinde yazılı olan 6000 TL üzerinden sorumlu tutulamayacağını, çünkü kefalet belgesinde sorumluluk sınırı olarak 600 TL'nin yazılmasını istediğini belirtirken, diğer taraftan 600 TL üzerinden de sorumlu tutulamayacağını, çünkü kefalet belgesinde iradesine aykırı olarak 6000 TL'nin yazıldığını söylemektedir.

Yukarıda açıklanan ve yerinde bulduğumuz ikinci görüş, BK m. 25 f. 2 (TBK. m. 34 f. 2) hükmüyle de uyumludur ve kanunumuzun bu hükümde ortaya çıkan ruhunu daha iyi yansıtmaktadır. Eğer kefil, beyaza imza vermeyip kefalet belgesini kendisi doldursaydı ve hataya düşerek, sorumluluk sınırını 600 TL olarak yazmak isterken, 6000 TL olarak yazsaydı, iki olasılık söz konusu olabilirdi. İlk olasılıkta, alacaklı, kefilin düştüğü hatayı anlamamıştır ve anlaması da gerekmemektedir. Bu olasılıkta, kefalet sözleşmesi, kefilin sorumluluk sınırı olarak 6000 TL üzerinden kurulur, ne var ki kefil hataya dayanarak sözleşmeyi iptal edebilir. Alacaklı, kefalet sözleşmesini kefilin gerçek iradesine uygun olarak ayakta tutmak istediğini bildirdiği takdirde, kefalet sözleşmesi kefilin sorumluluk sınırı olarak 600 TL üzerinden kurulmuş gibi olur ve kefil bağlar. BK m. 25 f. 2 (TBK. m. 34 f. 2)'nin getirdiği bu çözüm, çıkarlar durumunun özde olduğu beyaza imza olasılığı için de benzer bir sonuca ulaşılmasını gerektirir. Kefilin beyaza imza verdiği ve belgenin esas borçlu tarafından kefilin iradesine aykırı olarak doldurulduğu olasılıkla, belgenin bizzat kefil tarafından kendi iradesine aykırı olarak doldurulduğu olasılık arasında çıkarlar durumu bakımından bir fark yoktur. Her iki olasılıkta da, kefilin gerçek iradesine uygun olarak sorumlu tutulması yeterli korumayı sağlayacaktır. Beyaza imza olasılığında, belgenin anlaşmaya aykırı olarak doldurulduğunu alacaklının bilmesi veya bilmesinin gerekmesi, kısaca alacaklının kötüniyetli olması farklı bir sonuca ulaşılmasını gerektirmez. Beyaza imza veren, imzaladığı belge anlaşmaya uygun olarak doldurulsaydı içinde bulunacağı duruma göre daha iyi bir duruma getirilmesini isteyemez. Aksi takdirde, kötüniyetli alacaklının 'cezalandırılmasını' istemiş olur. Kötüniyetli alacaklıya 'ceza vermek' özel hukukun amacı olmayıp, özel hukuk beyaza imza verenin kötüniyetli alacaklılara karşı korunmasıyla yetinir. Bu koruma, beyaza imza verenin iradesine aykırı düşen bir kapsamda sorumlu tutulmasını engelleyip, onu iradesine uygun olarak sorumlu tutmakla gerçekleşir. Kötüniyetli alacaklıya beyaza imza verenin iradesine aykırı şekilde doldurulmuş belgeye dayanarak talepte bulunma olanağı vermemek ve onu beyaza imza verenin gerçek iradesiyle sınırlı bir talepte bulunmak zorunda bırakmak yeterlidir. Beyaza imza verene bunun da ötesinde bir koruma sağlamak, onu ihtiyacı olanın ötesinde korumak ve kötüniyetli alacaklıyı cezalandırmak anlamını taşır.

Kefalet belgesini düzenlerken sorumluluk sınırını 600 TL değil de 6000 TL olarak gösteren kefil bakımından bir diğer olasılık da şudur. Bizzat /cefil tarafından düzenlenmiş bu belgeyi alan alacaklı, kefilin gerçek iradesini bilmektedir. Bir başka deyişle, belgede 6000 TL yazmasına rağmen onun 600 TL üzerinden sorumlu olmak istediğini bilmektedir (veya bilmesi gerekmektedir). Bu olasılıkta da, irade beyanlarının güven ilkesi çerçevesinde yorumlanması prensibi çerçevesinde, kefilin kefalet belgesinde somutlaşan beyanı alacaklı tarafından kefilin gerçek iradesine uygun olarak yorumlanmalıdır. O halde, kefalet sözleşmesi, kefalet belgesinde yazılı olan 6000 TL üzerinden değil kefilin gerçek iradesine uygun olarak 600 TL üzerinden kurulmuş olur. Kefilin gerçek iradesini alacaklının bilmesi olgusu, kefalet belgesinin bizzat kefil tarafından doldurulmasıyla esas borçlu tarafından doldurulmasına göre farklı sonuçlar vermemelidir. Her iki olasılıkta da uygun olan, kefilin gerçek iradesine uygun bir biçimde sorumlu tutmaktır.

Kötüniyet/i alacaklının, beyaza imza vermiş olan kefilin anlaşmaya aykırı olarak doldurulmuş kefalet belgesine göre değil de gerçek iradesine göre sorumlu tutmasına, kefaletin şekil şartının yerine getirilmiş olmadığı gerekçesiyle de itiraz edilememelidir. Yukarıda ileri sürülen düşünceler bu noktada da etkisini gösterir. BK m. 25 f 2 (TBK. m. 34 f 2) gereğince, kefalet sözleşmesinin kefilin hatalı beyanına değil de gerçek iradesine göre kurulmuş sayılmasını kabul ettiğini bildiren alacaklıya karşı, kefilin gerçek iradesinin kefalet belgesine yansımadağı yolunda bir itirazda bulunulamaz. Bunun gibi, kefil tarafından düzenlenmiş kefalet belgesini alan alacaklı, kefilin gerçek iradesinin kefalet belgesinde yazan tutardan daha düşük bir sorumluluk sınırına yönelik olduğunu biliyorsa, kefalet sözleşmesi kefilin gerçek iradesine göre kurulmuş sayılacak, kefil gerçek iradesinin kefalet belgesine yansımadağını ve bu nedenle şekil şartının gerçekleşmediğini ileri süremeyecektir. Bu olasılıklarda kefil, gerçek iradesine uygun bir kefalet belgesi düzenlediğine inandığından ve sonuçta kefalet belgesindeki tutara göre değil gerçek iradesine göre sorumlu tutulduğundan, şeklin kefilin uyarıcı işlevi kefil bakımından gerçekleşmiş olmaktadır. Beyaza imza veren ve anlaşmaya aykırı olarak doldurulmuş kefalet belgesine göre değil de gerçek iradesine göre sorumlu tutulan kefil için de aynı şey söylenebilir".

Açığa atılan imzaların üzerinin doldurulmasıyla oluşturulan kefalet belgelerinin yol açabileceği sorun ve tartışmalar, TBK. m. 583 f. 1'in getirdiği düzenlemeyle büyük ölçüde sona erecektir. Kefil azamı sorumluluk miktarını el yazısıyla belirtmediği takdirde, kefalet sözleşmesi geçerli olmaz. O halde, kefil olmayı düşünen kişinin açığa imza vermekle yetinmesi ve bu imzanın üzerinin sonradan doldurulması tarzındaki uygulama, kefilin azamı sorumluluk miktarı bakımından sona erecektir.

6. Kefilin borcunun üstlenilmesinin geçerlilik şekline bağlı olup olmadığı sorunu

Şekil bakımından özellik taşıyan ve tartışılması gereken bir diğer nokta, kefalet sözleşmesinden doğan borcun üstlenilmesinin herhangi bir geçerlilik şekline bağlı olup olmadığıdır. Kefalet sözleşmesinden doğan borcu üstlenmek isteyen kişinin kefil ile yapacağı "*borcun iç yüklenilmesi*" anlaşması, kural olarak, şekle bağlı değildir. Buna göre, kefile karşı, onu kefalet sözleşmesinden doğan yükümlülüğünden kurtarmak hususunda yapılan taahhüt herhangi bir şekilde yapılabilir. Kefalet sözleşmesinin geçerliliği bakımından şekle bağlı olması, bu yargıyı değiştirmez. Burada, kefil olarak yükümlülük üstlenme değil, geçerli olarak doğmuş bir kefalet yükümlülüğünün üstlenilmesi taahhüdü söz konusu olmaktadır¹⁹³. Ne var ki, bu türlü bir taahhüt karşılıksız olarak yapılırsa bağışlama vaadi olarak nitelendirilmesinin gerekeceği ve bağışlama sözleşmesinin geçerlilik şeklinin (adi yazılı şeklin) aranacağı söylenebilir¹⁹⁴. Ancak burada da bir noktaya dikkat edilmelidir. Borcun iç yüklenilmesine ilişkin anlaşma bağışlama vaa dinin geçerlilik şekline uymadan yapılsa bile, borcun dış yüklenilmesi gerçekleşince bir elden bağışlama söz konusu olur. Bir başka deyişle, alacaklıyla kefalet sözleşmesinden doğan borcu üstlenecek olan kişi arasında "*borcun dış yüklenilmesine ilişkin anlaşma*" yapılınc a ve bu anlaşmaya bağlı olarak mevcut kefil borçtan kurtulunca, kefile karşı "*ivazsız*" olarak yapılan borcun yüklenilmesi taahhüdünde bağışlama vaa dinin şekline uyulmadığı artık söylenemez¹⁹⁵.

Alacaklıyla yapılması gereken "*borcun dış yüklenilmesine*" ilişkin anlaşmanın geçerlilik şekline bağlı olup olmadığına tereddüt edilebilir. Bu anlaşma da, kural olarak, bir şekle bağlı değildir. Üstlenilen borcun kaynaklandığı sözleşmenin geçerlilik şekline bağlı olmasının bu bakımdan bir önemi olmadığı ve borcun dış yüklenilmesine ilişkin anlaşmayı şekle bağlı saydırmaya yetmeyeceği söylenebilir¹⁹⁶. Ne var ki, taşınmaz satış sözleş-

193 Pestalozzi, Art. 493, N. 5. Nitekim yüklenilen borcu doğuran sözleşmenin geçerlilik şekline bağlanmasının, borcun üstlenilmesi taahhüdünün (borcun iç yüklenilmesi anlaşmasının) aynı şekle bağlı olmasını gerektirmeyeceği Eren tarafından açıklıkla belirtilmektedir. Eren, s. 1197. Diğer taraftan, borcun nakli taahhüdü karşılığında (karşı edim olarak) bir taşınmaz mülkiyetinin devri veya taşınmaz üzerinde sınırlı ayni hak kurulması borcu altına giriliyorsa, resmi şekil bir geçerlilik koşulu olarak aranacaktır. Oğuzman/Öz, s. 956.

194 Oğuzman/Öz, s. 956; Tekinay/Akrnan/Burcuoğlu/Alttop, s. 270; Eren, s. 1197.

195 Oğuzman/Öz, s. 964-965.

196 Eren, s. 1202; Oğuzman/Öz, s. 964.

mesinden doğan borcun üstlenilmesine ilişkin olarak alacaklıyla yapılacak anlaşmanın resmi şekle bağlı olduğunu ileri süren düşünce burada hatırlanmalıdır¹⁹⁷. Bu düşünce, konumuz bakımından farklı bir sonuca varılmasını gerektirebilir. Kefalet sözleşmesinden doğan borcun üstlenilmesine ilişkin olarak alacaklıyla yapılması gereken anlaşmanın TBK. m. 583 f. I 'de aranan şekle uygun olarak yapılması gerektiği ileri sürülebilir. Kefalet sözleşmesi için aranan şekil, bu sözleşmenin yarattığı riziko bakımından kefilin baştan uyarmak içindir. Kefalet borcunu üstlenecek kişi de, bu suretle üstlendiği riziko bakımından uyarılmalıdır. Bu uyarının gerçekleşmesi, borcun üstlenilmesi sırasında TBK. m. 583 f. I'deki şekle uyulmasına bağlıdır¹⁹⁸.

7. Şekle aykırılığa bağlı olarak ortaya çıkan sorunlar

a. Şekle aykırılığın yaptırımı

Geçerlik şekline bağlı hukuki işlemlerin bu şekle uygun olarak yapılmaması durumunda yaptırımın ne olacağı tartışmalıdır. Türk Hukukunda, hakim görüş, şekle aykırılığın yaptırımının kendine özgü bir hükümsüzlük olduğu düşüncesini benimsememiş, yaptırımın kesin hükümsüzlük olduğunu kabul etmiştir¹⁹⁹.

197 Bu düşünceye göre, üstlenilen borcun niteliği gereği şekil zorunluluğu getirilmişse, borcun üstlenilmesi aynı şekle uyulmasını gerekli kılar. Taşınmaz mülkiyetinin devri veya taşınmaz üzerinde sınırlı ayni hakların kurulması borçlan, niteliklerinin beraberinde getirdiği bir zorunluluk olarak resmi şekil şartına bağlanmıştır. Bu borçların niteliği, bunları üstlenenin de resmi şekle riayet etmesini gerekli kılar. Eren, s. 1198; Oğuzman/Öz, s. 965.

198 Develioğlu, kefilin borcuna katılmak için kefaletin geçerlilik şekline uyulması gerektiğini belirtmektedir. Borca katılmanın geçerliliği özel olarak bir geçerlilik şekline bağlanmış olmasa da, kefilin borcunun niteliği ve kefalet sözleşmesinin şekle bağlanmasında güdülen kendine özgü amaçlar göz önünde tutulmalıdır. Söz konusu amaçların dikkate alınması, kefilin borcuna katılmanın kefaletin geçerlilik şekline uyularak gerçekleştirilmesini gerektirir. Develioğlu, Borca Katılma, s. 304. Kefilin borcuna katılmanın şekliyle ilgili bu düşünceler, mevcut kefilin borçtan kurtarıcı borcun üstlenilmesi (borcun dış yüklenilmesi) bakımından da geçerlidir.

199 Şekle aykırılığın kendine özgü bir hükümsüzlüğe yol açacağı düşüncesine göre, bu hükümsüzlük taraflar arasında etkili olur ve sadece taraflarca def'i yoluyla ileri sürülebilir. Bu nedenle, bu hükümsüzlüğü hakim görevi gereği göz önünde tutmayacağı gibi, tarafların hükümsüzlüğü bilerek ifade bulunması şekle aykırılığı düzeltici etki yaratır. Bu düşünce için bkz. Eren, s. 262; Tandoğan, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Cilt: 1/1, 6. basım, İstanbul 1990, s. 233, 234; Jale Akipek, Türk Eşya Hukuku, İkinci Kitap, 2. Baskı, Ankara 1973, s. 107-108; Hüseyin Altaş, Şekle Aykırılığın Olumsuz Sonuç-

Hakim görüş, şekle aykırı kefalet sözleşmesini kesin hükümsüz olarak nitelendirmeyi tercih etmektedir²⁰⁰. Kesin hükümsüzlüğe yol açacak şekle aykırılık, TBK. m. 583 f. 1'de aranan şekle hiç uyulmaması veya kefalet belgesinin (objektif veya sübjektif açıdan) esaslı noktalan yansıtılmaması yüzünden ortaya çıkabilir. Alacaklı kesin hükümsüz bir kefalet sözleşmesine dayanarak kefinden ifa talebinde bulunamayacağı gibi, kefilin yapacağı ifanın hükümsüzlüğü düzeltici etkisi de olmaz. Alacaklı ifa talebini dava yoluyla ileri sürerse, yargıç, kefil tarafından ileri sürülmesine bile şekle aykırılığı görevi gereği göz önünde tutar²⁰¹. *Kefil, kefalet sözleşmesinin şekle aykırılığına dayanmak istemediğini açıkça söylese ve savunmasını esas borcun geçerli olmadığı olgusu üzerine kursa bile, yargıç, kefalet sözleşmesinin şekle aykırılığını yine de dikkate alabilecektir. Öyle ki, şekle aykırılığı tespit ettikten sonra esas borcun geçerli olup olmadığını ayrıca araştırması gerekmez.* Sözü geçen durumda yargıcın şekle aykırılığı göz önünde tutamayacağını ileri sürmek, şekil zorunluluğu getiren kuralın tarafların anlaşmasıyla devre dışı bırakılabileceğini kabul etmek anlamına gelir. Böyle bir sonuç şekil zorunluluğu getiren kuralın emredici niteliğiyle bağdaşmaz. Diğer taraftan, yargıç, tarafların anlaşmasıyla görevi gereği yapması gereken bir denetimi yapmaktan alıkonamaz²⁰². TBK. m. 583 f. 1'in aradığı şekle aykırı bir kefalet sözleşmesi, söz konusu şekle uygun bir kefalet sözleşmesinin yapılmasını talep etme hakkı dahi vermez²⁰³.

larının Düzeltilmesi, Ankara 1998, s. 143 vd. İsviçre Hukukunda Bucher ve Honsell, şekle aykırılıktan ötürü geçersiz olan kefalet sözleşmesinin, bu geçersizliğin bilincinde olarak gerçekleştirilen ifa ile düzeleceğini (geçerli hale geleceğim) belirtirler. Bkz. Bucher, Besonderer Teil, s. 293; Honsell, Besonderer Teil, s. 394. Bu düşünce Türk Hukuku'nda kabul görmemiş, hakim görüş şekle aykırılığın yaptırımının kesin hükümsüzlük olduğu düşüncesinde ısrar etmiştir. Oğuzman/Öz, s. 127; Eren, s. 260-262. Bu konuda ayrıca bkz. Rona Serozan, Die Überwindung der Rechtsfolgen des Formmangels im Rechtsgeschäft nach deutschem, schweizerischem und türkischem Recht, Tübingen 1968, s. 21 vd. Şekle aykırılığın yaptırımıyla ilgili görüşler ve bu görüşlerin sonuçlarının değerlendirilmesi hakkında bkz. Altaş, s. 89 vd.

200 Pestalozzi, Art. 493, N. 3; Zevkliler/Havutçu, s. 371.

201 21 HD'nin 20.03.2000 tarih ve E. 2000/ 2133, K: 2000/2117 sayılı kararından: "Kefalet senedinde kefilin sorumlu olacağı miktarın gösterilmesi zorunludur. Kefalet akdinin sıhhat şartlarından olan bu hususun hakim tarafından kendiliğinden göz önünde tutulması gerekir". YKD, C: 26, S: 6, T: Haziran 2000, s. 933.

202 Reinicke/Tiedtke, s. 40.

203 Beck, Art. 493, N. 17; Reisoğlu, Kefalet, s. 44.

Kefalet sözleşmesi şekle uygun olarak kurulduktan sonra kefalet belgesinin kaybolmuş olması, *"geçerli bir kefalet sözleşmesinin kurulduğu"* olgusunu değiştirmez. Alacaklı kefilden talepte bulunduğu zaman, geçerli bir kefalet sözleşmesinin kurulmuş olduğunu ispatlamak zorunda kalır. Bunun için, *halihazırda kaybolmuş olan ve TBK. m. 583 f J 'de aranan koşulları gerçekleştiren bir kefalet belgesinin düzenlendiğini ispatladıktan sonra, bu belgenin içeriğini de ispatlamalıdır.* İsviçre Hukuku'nda bu ispatın herhangi bir biçimde yapılabilmesinin mümkün olmasına karşılık, Türk Hukuku'nda kesin delil aranması gerektiği düşünülebilir. Bu düşünce kabul edilirse, kefilin ikrarı, alacaklının teklif ettiği yeminden kaçınması veya bir yazılı belgenin bulunmasıyla söz konusu ispatın gerçekleştirilebileceği sonucuna varılacaktır²⁰⁴. Ne var ki, gerekli şekil şartını haiz bir kefalet belgesinin kaybolması olgusunun, bir maddi olgu olarak serbest bir ispat rejimine bağlanmasının daha yerinde olacağı da pekala savunulabilecektir.

Kefilin TBK m. 583 f. 1'in öngördüğü şekle uyulmadığını, bu nedenle kefalet sözleşmesinin kesin hükümsüz olduğunu ileri sürmesi, kural olarak, bir hakkın kötüye kullanılması sayılmaz. Kefilin şekle aykırı kefalet sözleşmesini yaptığı sırada üstlendiği rizikonun bilincinde olması ve samimi olarak kefil olma iradesini taşıması, şekle aykırılığı sonradan ileri sürmesine engel değildir²⁰⁵. Ne var ki, kefilin şekle aykırılığı ileri sürmesini hakkın kötüye kullanılması saydıracak istisnai durumlar söz konusu olabilir. Bu türden istisnai durumların kapsamı olabildiğince dar tutulmalıdır. Aksi takdirde, kefalet sözleşmesinin geçerliliğini şekle bağlayan yasa koyucunun amacı boşa çıkarılmış olur²⁰⁶. Kefil sonradan şekle aykırılığa dayanmak amacıyla şekil eksikliğine bizzat yol açmışsa, şekle aykırılığın kefil tarafından ileri sürülmesi hakkın kötüye kullanılması sayılabilir²⁰⁷. Şekle aykırılığa kasıtlı olarak yol açan kimsenin, kendi yol açtığı şekle aykırılığa dayanarak sorumluluktan sıyrılmaya çalışması, çelişkili bir davranış olur. Bir ticaret şirketinin aldığı kredi için, bu ticaret şirketinin yönetici ortağı veya büyük pay sahibi kefil olursa ve kredinin açılması bu kefalet sayesinde gerçekleşmişse, kefalet sözleşmesinin şekle aykırılığının ileri sürülmesi hakkın kötüye kullanılması olarak nitelendirilebilir. Bu örnekte, kefil olan kişinin esas borçlusuyla

204 Giovanoli, Art. 492, N. 13; Pestalozzi, Art. 493, N4; Reisoğlu, Kefalet, s. 45.

205 Giovanoli, Art. 493, N. 17.

206 Reinicke/fiedtke, s. 39.

207 Beck, Art. 493, N. 18; Giovanoli, Art. 493, N. 12; Pestalozzi, Art. 493, N. 3; Reinicke/Tiedtke, s. 39-40.

arasındaki hukuki ve ekonomik bağlantı göz önünde tutulmalıdır. **Kefalet** sayesinde esas borçluya açılan krediden, esas borçluyla hukuki ve ekonomik bağlantısı olan kefil dolaylı olarak yarar sağlamaktadır. Kefilin alınan **kredi** dolayısıyla ortaya çıkan yararları elde ettikten sonra, kredinin açılmasında kendi kefaletinin etkili olduğunu bildiği halde şekle aykırılığa dayanması uygun görülemez. Burada kefil, kefalet sözleşmesini şekle bağlayan kuraldan bu kuralın amacı dışında yararlanmak istemektedir²⁰⁸. Bir diğer örnek de şu şekilde ortaya çıkabilir: Kural dışı olarak alacaklıya bir karşı edim yükleyen kefalet sözleşmesi şekle aykırı olarak kurulmuştur. Kefil şekle aykırılığa rağmen yükümlülüğünü yerine getirmek istemektedir. Buna karşılığında alacaklı, kefalet sözleşmesiyle üstlendiği karşı edimden sıyrılmak amacıyla şekle aykırılığa dayanmaktadır. Bu örnekte alacaklının şekle aykırılığa dayanması haklı görülemez. Kefaleti şekle bağlayan kural kefilin çıkarını korumayı amaçlamaktadır. Alacaklının bu kuraldan kefilin aleyhine olacak şekilde yararlanmak istemesi ve kefile karşı olan yükümlülüğünden kurtulmak amacıyla şekle aykırılığı ileri sürmesi, söz konusu kuralı amacına aykırı olarak kullanmak istemesi anlamına gelir. Bu türlü bir tutum, hakkın kötüye kullanılması sayılarak engellenmelidir²⁰⁹.

Şekle aykırılığın ileri sürülmesinin hakkın kötüye kullanılması sayıldığı olasılıklarda, kefalet sözleşmesi aranan şekle uygun olarak kurulmuş sayılacak ve alacaklının kefalet sözleşmesine dayanarak talepte bulunabilmesi mümkün hale gelecektir²¹⁰.

b. Şekle aykırılığa kasten yol açan kefilden tazminat istenebilmesi

Şekle aykırılığa kasten yol açan kefile karşı alacaklı tazminat talebinde bulunabilmelidir. Ancak bu tazminatın hukuki dayanağı tartışmaya açıktır. Bazı yazarlara göre, kefilden istenebilecek tazminatın dayanağı TBK m. 49 f. 2'dir. Bu düşünceye göre, kasten şekle aykırılığa yol açan kefilin durumu, ahlaka aykırı bir fiille ve kasıtlı olarak başkasına zarar veren kimse- nin bu zararı tazmin etmek zorunda olduğunu belirten TBK m. 49 f. 2'nin kapsamına girer²¹¹. Kanaatimce bu düşünce paylaşılamaz. TBK m. 49 f.

208 Nitekim Alman Federal Mahkemesinin içtihadı da bu doğrultudadır. WM 1986, 939-940; Reinicke/Tiedtke, s. 38-39.

209 Reinicke/Tiedtke, s. 40.

210 Reinicke/Tiedtke, s. 38.

211 Giovanoli, Art. 492, N. 12; Reisoğlu, Kefalet, s. 58-59.

2'nin üzerinde durduğumuz duruma uygulanabilmesi için, kefilin şekle aykırılığa kasten yol açması yeterli olmayıp, bunu yaparken alacaklıya zarar vermeyi amaçlaması gerekir. Bir başka deyişle, kefilin "*nitelikli bir kastı*" bulunmalıdır. Üstlendiği yükümlülükten sıyrılabilmek için şekle aykırılığa kasten yol açan kefil, bu davranışıyla, alacaklıya zarar vermeyi değil kendini kurtarmayı amaçlamaktadır. Öte yandan, TBK m. 49 f. 2'ye dayanarak kefinden tazminat istemek alacaklının çıkarına da uygun değildir. Bu hükme dayanarak kefinden tazminat isteyen alacaklının, kefilin kusurunu (taşıdığı özel kastı) ispat etmesi ve TBK. m. 72'deki iki yıllık zamanaşımı içerisinde hareket etmesi gerekir. Kanaatimce, *şekle aykırılığa kasten yol açan kefile karşı ileri sürülebilecek tazminat talebinin dayanağı, culpa in contrahendo (sözleşme görüşmelerinde kusur) olarak görülebilir*. Sözleşme görüşmesine başlayan tarafların, yapılması düşünülen hukukî işlemin geçersiz olmasına yol açacak davranışlardan kaçınması, bir başka deyişle, birbirlerinin hukukî işlemin geçerli olarak kurulması yolundaki çıkarlarına aykırı bir davranışta bulunmamaları gerekir. *Kefalet sözleşmesinin şekle aykırı kurulmasına kasten yol açan kefil, alacaklının hukukî işlemin geçerli kurulması çıkarına aykırı hareket etmiştir. Bu özensiz davranışı yüzünden alacaklının uğradığı zararı tazmin etmelidir*. Alacaklının ileri süreceği tazminat talebine sözleşmeye aykırılığa ilişkin kurallar uygulanacağından, alacaklı için TBK m. 49 f. 2'ye dayanmaktan çok daha elverişli bir durum ortaya çıkacaktır. *Kefilin kusurunu ispatlaması gerekmeyen alacaklı (TBK m. 112), genel zamanaşımı süresi içinde tazminat talebini ileri sürebilmelidir*¹².

c. Şekle aykırı kefalet sözleşmesinin ifa edilmesi

TBK m. 583 f. 1'de aranan şekle aykırı olan kefalet sözleşmesi kesin hükümsüz sayılacağı için, kefilin ifasıyla sözleşmenin geçerli hale geleceği söylenemez. İfanın şekle aykırılığın sonuçlarını giderici, kesin hükümsüz bir

212 Sözleşme görüşmeleri sırasında sözleşmenin geçerli olarak kurulmasına engel olacak davranışlardan kaçınmayı emreden ve hukukî işlemin geçerli olarak kurulması çıkarına aykırı davranmayı engelleyen bir kural yoktur. Bu nedenle, kasten şekle aykırılığa yol açan bir kefilin alacaklıya karşı haksız fiil işlediği söylenemez. Kurulması istenen sözleşme geçerli olarak kurulmadığına göre, kefil için sözleşmeye aykırılık oluşturan bir davranış da söz konusu değildir. Dolayısıyla ele alınan konuya ilişkin açık bir yasal boşluk vardır. Bu boşluk, yasa ötesi geliştirilen culpa in contrahendo kurumundan yararlanarak doldurulmaktadır. Bkz. Rona Serozan, "Culpa in Contrahendo", "Akdin Müsbet İhlali" ve "Üçüncü Kişiyi Korumaya Etkili Sözleşme" Kurumlarının Ortak Temeli: Edim Yükümlerinden Bağımsız Borç İlişkisi, MHAD 1968, Yıl: 2, Sayı: 3, s. 110.

işleme sağlık kazandırıcı etkisi olmaz. Kefil, "*borç olmayan şeyi*" ifa etmiş olur. Şekle aykırı kefalet sözleşmesini ifa eden kefil, sebepsiz zenginleşme talebiyle verdiğini geri alacaktır. Kefilin sebepsiz zenginleşme talebinin muhatabı kimdir sorusuna, Yargıtay'ın ve İsviçre Federal Mahkemesi'nin **farklı** cevaplar verdiği görülmektedir. Yargıtay'a göre, geçersiz kefalet sözleşmesine dayanarak ifada bulunan kefil, esas borcu ortadan kaldırarak esas borçluyu zenginleştirmiş olur. Kefil, borçtan kurtararak zenginleştirdiği esas borçludan sebepsiz zenginleşme talebinde bulunabilmelidir²¹³. İsviçre Federal Mahkemesi 'ne göre ise, ifada bulunan kefil, esas borcu değil geçersiz kefalet sözleşmesinden kaynaklanan kendi borcunu sona erdirmeye niyetiyle hareket etmiştir. Şu halde, bu ifayla esas borç sona ermez. Kefil borç olmayan bir şeyi ifa etmiş olur. Bu nedenle de, sebepsiz zenginleşme talebinin muhatabı alacaklı olmalıdır²¹⁴. Kanaatimce, İsviçre Federal Mahkemesi'nin yaklaşım biçimi tercih edilmelidir. *Kefilin yaptığı ifa, esas borç bakımından üçüncü kişinin ifası sayılmayacak ve esas borcu sona erdirmeyecektir*. Üçüncü kişinin ifasından söz edilebilmesi için, ifada bulunan kişinin bir başkasına ait borcu ifa etme amacı taşıdığını alacaklıya açıklaması ve bu amaçla ifada bulunması gerekir²¹⁵. Üçüncü kişi yaptığı ifanın "*hangi borca ilişkin olduğu*" hususunda yeterli açıklığı sağlamazsa, bu ifanın başkasına ait borcu sona erdirici etkisi olmaz. Kefilin ifasında esas borcu sona erdirmeye amacı bulunmayıp, kefil kendi borcunun ifası amacını taşımaktadır. Geçerli olmayan bir kefalet sözleşmesine dayanarak yapılan ifa, belirtilen bu nedenle, esas borç için "*ifa etkisi*" doğurmaz. Kefilin ifasına rağmen esas borç devam eder ve esas borçlu zenginleşmiş olmaz. Bu ifayla sebepsiz olarak zenginleşen kişi alacaklıdır ve sebepsiz zenginleşme talebinin alacaklıya yöneltilmesi gerekir. Borç olmayan şeyin ifasından kaynaklanan sebepsiz zenginleşme talebini düzenleyen TBK m. 78 f. 1, ifanın yanılma sonucu gerçekleşmesini aramaktadır. Bir başka deyişle, ifada bulunanın kendisinin borçlu olduğu inancı-

213 3 HD'nin, 6. 4. 1989 tarihli ve 9431/3528 sayılı kararı için bkz. Reisoğlu, Kefalet, s. 60.

214 BGE 70 II 271 vd. İsviçre Federal Mahkemesi'nin bu kararndaki yaklaşımı İsviçre-Türk öğretisi tarafından da paylaşılmaktadır. Beck, Art. 493, N. 21; Giovanoli, Art. 493, N. 12; Pestalozzi, Art. 493, N. 4; Scyboz, s. 356; Tandoğan, Borçlar il, s. 741; Zevkliler/Havutçu, s. 371.

215 Oğuzman/Öz, s. 202-203; Eren, s. 887. Üçüncü kişinin edimini yerine getirirken başkasına ait bir borcu ifa etme amacı taşıdığını alacaklıya bildirmesi gerekliliği hakkında ayrıca bkz. Rona Serozan, İfa, İfa Engelleri, Haksı zenginleşme, 4. bası, İstanbul 2006, s. 16-17.

la hareket etmiş olması, sebepsiz zenginleşme talebinde bulunabilmesi için gereklidir²¹⁶. Borç olmayan şeyi ifa eden kişinin geçerli bir borcu ifa ettiği hususundaki yanlışlığı, kendi kusurundan kaynaklanabilir. Kusuruyla böyle bir yanlışlığa dUşmUş olması sebepsiz zenginleşme talebinde bulunmasını engellemez²¹⁷. Sebepsiz zenginleşme talebinde bulunulmasını engelleyecek olan, ortada geçerli bir borç olmadığını bilerek ifada bulunmaktır. Bu açıklamalar, şekle aykırılıktan ötürü geçersiz bir kefalet sözleşmesine dayanan ifa için de geçerlidir. *Alacaklıya karşı sebepsiz zenginleşme talebinde bulunan kefil, kefalet sözleşmesinin geçerli olduğu yanlışlığı içinde ifada bulunduğunu ispat etmelidir*²¹⁸. Kefilin bu yanlışlığı, kefalet sözleşmesinin şekle uygun olduğu veya şekle aykırılığa rağmen yine de geçerli olduğu inancına dayanabilir. *Yanlışlığın hukukî bir hatadan kaynaklanması veya kefilin kusuruna dayanması önemli olmayıp, geçerli bir kefalet borcunun ifa edildiği inancıyla hareket edilmiş olması yeterlidir*²¹⁹.

Bu noktada bir soru akla gelebilir. Kefalet sözleşmesinin şekle aykırılıktan ötürü geçersiz olduğunu bilerek ifada bulunan kefilin yararlanabileceği hiçbir olanak yok mudur? Akla gelebilecek bir diğer soru da şudur: Kefil borç olmayan şeyin ifasına dayanan sebepsiz zenginleşme talebini TBK m. 66'daki (iki yıllık) zamanaşımı süresi içinde ileri sürmemişse ne olacaktır? *TBK m. 78 f 1'le sebepsiz zenginleşme talebinin önüne koyulan bilerek ifada bulunma engeli, ifaya dayanan sebepsiz zenginleşme talebine özgüdür. Borçtan kurtulma yoluyla zenginleşme veya müdahale zenginleşmesi gibi diğer sebepsiz zenginleşme türlerine dayanan talepler için, TBK m. 78 f J'in uygulanması söz konusu olmaz. Kefil, geçerli bir kefalet borcu altında olmadığını bilerek ifada bulunmuşsa, alacaklıya borç olmayan şeyin ifasına dayanan bir sebepsiz zenginleşme talebi yöneltemeyecektir. Şu halde, ala-*

216 Kefilin hataya düşerek kendisini borçlu sandığını ve bu hatanın etkisi altında ifada bulunduğunu ispatlaması sebepsiz zenginleşme talebinde bulunabilmesi için gereklidir. Bucher, Besonderer Teil, s. 293.

217 Eren, s. 840; Oğuzman/Öz, s. 756; Serozan, İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme, s. 329; Turgut Öz, Öğreti ve Uygulamada Sebepsiz Zenginleşme, İstanbul 1990, s. 90. İfada bulunanın borçlu olup olmadığı hakkında kuşku duyması olasılığında en iyi çözümün ihtirazı kayıtlı ifada bulunmak olduğu hakkında bkz. Oğuzman/Öz, s. 757. Konuya ilişkin tartışmalar için bkz. Öz, Sebepsiz Zenginleşme, s. 90-91.

218 Beck, Art. 493, N. 21; Pestalozzi, Art. 493, N. 4.

219 Reisoğlu, Kefalet, s. 59; Tandoğan, Borçlar iT, s. 74 l; Hasan Ayrancı, Şekil şartına Uyulmadan Yapılan Kefalet Sözleşmesinde İfanın Sonuçları, AÜHFD, C. 53, S. 2, Y: 2004, s. 109.

caklının kefilin ifasıyla elde ettiği kazanım kesin ve kalıcı olacaktır. Bunun gibi, kefile karşı zamanaşımı def'inde bulunan alacaklı, kefil tarafından yapılan kazandırmayı kesin bir biçimde elde tutabilir. Geçersiz kefalet sözleşmesine dayanarak ifada bulunan kefilin verdiğini geri alamaz hale geldiği bu olasılıklarda, alacaklının esas borçludan bir talepte bulunma olanağı kalmaz. Esas borcun ifa edilmemesi sebebiyle uğradığı zarar için (sözde) kefinden bir ödeme elde eden alacaklı, böyle bir şey hiç olmamış gibi davranarak esas borçlunun karşısına çıkamaz. Alacaklının kefilin yaptığı ödemedan (ve bu ödemeyi kesin bir biçimde elde tutacağı anlaşıldıktan) sonra esas borçluya da yönelebilmesi, bir tek olasılıkta düşünülebilir: Kefilin yaptığı ödeme alacaklının esas borcun yerine getirilmemesi yüzünden uğradığı zararı bütünüyle karşılamamışsa. Bu olasılık gerçekleşmemişse, hem esas borcun yerine getirilmemesi yüzünden uğradığı zararın karşılanmasını sağlayacak bir ödemeyi kefinden talep etmek hem de esas borcun olduğu gibi yerine getirilmesini istemek *"çelişkili bir davranış"* oluşturur. TBK m. 78 f. 1'in getirdiği engel veya zamanaşımı def'i sebebiyle alacaklıya karşı sebepsiz zenginleşme talebinde bulunamayan kefil, esas borçluyu *"borçtan kurtarma yoluyla zenginleştirmiş"* olmaktadır. TBK m. 78 f. 1, borcundan kurtarılmış esas borçluya kefil tarafından yöneltilecek sebepsiz zenginleşme talebine engel oluşturmaz²²⁰. Esas borçluya karşı ortaya çıkan sebepsiz zenginleş-

220 Yargıtay I I HD'nin 15. 12. 2003 tarih ve E. 2003/4923, K. 2003/11833 kararı şu şekildedir: "Mahkemece, iddia, savunma, tanık beyanları ve tüm dosya kapsamından sözleşmede kefalet limitinin 700.000.000.-TL gözükmemesine karşılık, bundan bir ay sonra kredi borçlusuna gönderilen kredi kartı şube teklif formunda önerilen kredi limitinin 10.000.000.-TL olarak belirtilmesi, sözleşme tanzimi sırasında limitin belirlenmediği sonucunu doğurduğu, bu nedenle (eski) BK.nun 484 ncü maddesi hükmüne uyulmaması nedeniyle kefalet aktinin geçersiz olduğu gerekçesiyle davanın kabulü ile 1.550.000.000.-TL'nin dava tarihinden itibaren yasal faizi ile davalıdan tahsiline karar verilmiştir. Kararı, davalı vekili temyiz etmiştir. Dava, kredi sözleşmesine kefalet nedeniyle ödenen paranın bankadan istirdatı istemine ilişkindir. Davacı kefil, asıl borçlunun borcunu ödememesi yüzünden hakkında başlatılmış bir icra takibi ya da açılmış bir dava yokken banka şubesinin telefonla durumu açıklaması sonucu, ihtiyati tedbir karar ile aleyhine icra takibi yapılmasını durdurma, menfi tesbit davası açma gibi haklarını kullanmadan ve ihtirazi kayıt dahi koymadan kendi serbest iradesi ile ödeme yapmıştır. Bu durumda, (eski) BK.nun 62 nci maddesinin (TBK. m. 78) olayda uygulanması koşulu bulunmamaktadır. Ancak, kefilin kefaletten doğan borcunu ödedikten sonra (eski) BK.nun 496 ncı maddesi (TBK. m. 596) hükmü uyarınca asıl borçluya yasadandan ötürü dönme (rücu) hakkı bulunduğundan, malvarlığında hakkı olmayan bir artış meydana gelen asıl borçluya karşı dava açılabilir. Bu itibarla, mahkemece davanın reddine karar vermek gerekirken, yazılı şekilde karar verilmesi doğru görülmemiştir" (kazancı

içtihat ve bilgi bankası). Bu karara beliren düşünceye katılma olanağı, kanaatimce, yoktur. Kefalet sözleşmesi şekle aykırılıktan ötürü geçersizse, geçerli bir kefalet sözleşmesinin bulunmasını gerektiren hükümler, bu arada kefilin halefiyetini düzenleyen 818 sayılı (eski) BK. m. 496 (TBK m. 596) uygulanmaz. O halde, şekle aykırı bir kefalet sözleşmesini ifa eden kefilin hataya düşerek kendisini borçlu sandığı söylenemiyorsa (ki karara konu olan olayda bu söylenememektedir), "*borç olmayan şeyin ifasına dayanan sebepsiz zenginleşme*" talebiyle alacaklının karşısına çıkması mümkün olmayacaktır. Kefalet sözleşmesi geçerli olmadığı için kefilin halefiyetine ilişkin düzenleme de uygulanmaz ve "*sözde*" kefil, halefiyete dayanarak esas borçluya rücu edemez. Halefiyete dayanan rücu olasılığından kurtulmanın esas borçlu açısından bir "*borçtan kurtulma*" anlamına geldiğini söylemek de mümkün değildir. Burada ancak şöyle düşünülebilir. "Sözde" kefilin ödemesini kabul eden ve ödenen tutan "sebepsiz zenginleşme" hükümleri uyarınca iade etmesi gerekmeyen alacaklı, bundan böyle esas borçludan da ifa talebinde bulunmamalı, böyle bir talep "hakkın kötüye kullanılması" sayılmalıdır. Esas borçluya karşı yöneltilecek bir ifa talebi hakkın kötüye kullanılması sayılacağından, esas borçlunun borçtan kurtulduğu da söylenebilecektir. İşte bu nedendir ki, ödeme yapan "sözde" kefilin esas borçluya karşı bir sebepsiz zenginleşme talebi gündeme gelebilir. Sonuç olarak Yargıtay kararında ulaşılan sonuca katılmakta, ancak gerekçesine katılmamaktayım. Nitekim 11 HD'nin 8. 12. 2003 tarihli ve E. 2003/4557, K. 2003/11483 sayılı kararında, 818 sayılı BK m. 496'dan (TBK. m. 596) hiç söz edilmeden, alacaklıya karşı sebepsiz zenginleşme davası açma olanağının bulunmadığı (veya tıklandığı) noktada, esas borçluya karşı sebepsiz zenginleşme talebinde bulunulmasından söz edilmektedir. Bu kararda belirtildiğine göre, "şekil noksanı veya yokluğu nedeniyle geçerli bulunmayan bir kefaletle istinaden ödeme yapsaydı ancak o zaman sebepsiz zenginleşme iddiasıyla banka aleyhine dava açabilirdi. Böyle bir iddia da bulunup ispat edilmediğine göre davacı ancak nedensiz olarak borcundan kurtulmuş olan ve malvarlığında hakkı olmayan bir artış meydana gelmiş bulunan asıl borçluya karşı dava açabilecektir. Mahkemece yukarıda açıklanan hususlar göz önünde tutulmadan davanın reddi yerine yazılı gerekçelerle kısmen kabulüne karar verilmesi doğru görülmemiştir" (kazancı içtihat ve bilgi bankası). Ayrancı, alacaklıdan sebepsiz zenginleşme talebinde bulunamayan kefilin asıl borçluya rücu etmesinin mümkün olduğunu savunmaktadır. Yazara göre, esas borçlu kefalet sözleşmesinin geçersiz olduğunu ve halefiyete dayanan bir rücunun mümkün olmadığını iddia ederse, kefil yaptığı ödeyle birlikte şeklin koruma amacının gerçekleştiğini ve şekle aykırılığa esas borçlu tarafından dayanılmasının hakkın kötüye kullanılması sayılacağını ileri sürebilecektir. Ayrancı, Şekil şartı, s. 111. Şekle aykırı ve bu nedenle kesin hükümsüzlük türünden bir geçersizlik malul bir kefalet sözleşmesinin ifası, kefilin yasal halefiyeti sonucunu doğurmaz. Kefilin halefiyeti sonucunun doğmasının "*olmazsa olmaz*" gereği, geçerli bir kefalet sözleşmesinin bulunmasıdır. Şekle aykırılığın yaptırımını olarak "*kesin hükümsüzlük*" değil de "*kendine özgü geçersizlik*" görüşüne bağlı sonuçlar kabul edilirse, ifayla şekle aykırılık düzelir ve esas borçlunun şekle aykırılığı gündeme getirmesi mümkün olmaz. Kaldı ki, kendine özgü geçersizlik görüşü çerçevesinde, şekle aykırılığa sözleşmenin tarafı olan kişilerin dışında kalanlar (konumuz bakımından esas borçlu) dayanamaz. Şu halde, kendine özgü geçersizlik görüşüne uygun olarak, alacaklıya ifa-

me alacağının zamanaşımı, "esas borçlunun borcundan kurtulması olgusu" gerçekleşmeden işlemeye başlamaz. Esas borçlunun borçtan kurtulması olgusu, ya kefilin alacaklıya ifade bulunduğu sırada (kefilin borçlu olmadığını bilerek ifade bulunması olasılığı) ya da alacaklının zamanaşımı def'ini ileri sürdüğü anda (ifa yoluyla gerçekleşen zenginleşmeden kaynaklanan talebin zamanaşımına uğraması olasılığı) gerçekleşir.

Bütün bu anlatılanlara bağlı olarak şu sonuca varabiliriz: Şekle aykırılıktan ötürü geçersiz bir kefalet sözleşmesine dayanarak ifade bulunan kefilin alacaklıya karşı yönelteceği sebepsiz zenginleşme talebi, bu talebin işlemez hale geldiği olasılıklarda, esas borçluya karşı yöneltilecek borçtan kurtulmaya dayanan sebepsiz zenginleşme talebiyle tamamlanır²²¹.

E. Kefalet sözleşmesinin hukuka veya ahlaka aykırı olması

Kefalet sözleşmesinin "hukuka veya ahlaka aykırı" olduğu gerekçesiyle "kesin hükümsüz" sayılmasına uygulamada rastlanmayacağı ileri sürülmüştür²²². Esas borcun hukuka aykırı olmamasına rağmen kefalet sözleşmesinin hukuka aykırı sayılacağı bir örnek bulmak kolay değildir. Bir para cezasına ilişkin olarak yapılan kefalet sözleşmesinin hukuka aykırı ve bu nedenle kesin hükümsüz olduğu söylenebilir²²³. *Buna karşılık, esas borcun hukuka veya ahlaka aykırı olmamasına rağmen, kefalet sözleşmesinin ahlaka aykırı sayılabileceği durumlar söz konusu olabilir.* Akla gelebilecek ilk örnek, kefilin, mali olanaklarının çok üstünde kalan, bu nedenle ekonomik geleceğini sarsacak bir yükümlülük altına girmesidir. Hakim görüşüne göre, kefalet sözleşmesinin kefilin ödeme gücünü fazlasıyla aşan bir yükümlülük getirmesi, sırf bu nedenle ahlaka aykırı sayılamaz²²⁴. "İrade özerkliği" ilkesinin

da bulunan kefilin yasal halefiyeti zaten gerçekleşecek, esas borçlunun şekle aykırılığı ileri sürmesinin hakkın kötüye kullanılması sayılmasına gerek kalmayacaktır. Bütün bu gerekçelerle, Ayrancı'nın görüşüne katılamıyorum. Ancak sonuç itibarıyla esas borçluya rücu olanağı tanınmasını isabetli bulmaktayım.

221 Pestalozzi, Art. 493, N. 4. Ayrıca bkz ve krş. Scyboz, s. 356-357, dpn. 4.

222 Giovanoli, Art. 492, N. 67 b.

223 Giovanoli, Art. 492, N. 67 b; Pestalozzi, Art. 492, N. 12.

224 Giovanoli, Art. 492, N. 67 b; Pestalozzi, Art. 492, N. 12; BGE 95 II 58. Elçin Grassinger'in bildirdiğine göre, kefilin borcunu yerine getirmesi kendisinin ekonomik açıdan aşın güçlüğüne düşmesine yol açacaksa, kişisel ve ekonomik özgürlüğünün aşın kısıtlanmış olduğu söylenebilir. Böyle bir yargının verilmesi için, kefilin geliri ve meslek durumu dikkate alınacaktır. Elçin Grassinger, s. 70. Demek oluyor ki, kefalet

bir sonucu olarak, herkes dilediği kapsamda borç üstlenmekte serbesttir. Bir kimsenin mali gücünün çok üstünde bir borç üstlenmesi borç ilişkisi için bir geçersizlik sebebi olsaydı, ekonomik düzen ve irade özerkliği ilkesi ayakta kalamazdı²²⁵. Ne var ki, kefalet sözleşmesinin kefile malı gücünü fazlasıyla aşan bir yük yüklemesi olgusu, başka olgularla birleştiği takdirde "*ahlaka aykırılık*" söz konusu olabilir.

Bu noktada bir örnek-olay tasarlamaya çalışalım. Bu örnek olayda, kefil, kendi mali olanaklarına oranla çok yüksek sayılabilecek bir esas borç tutan için sorumluluk üstlenecek, bu olguyla birleşen diğer bir takım olgular "*ahlaka aykırılık*" nitelendirmesine esas olacaktır. Örnek-olay şu şekilde gerçekleşiyor:

Tam ehliyetli olsa da iş ve hayat tecrübesi bulunmayan çok genç yaştaki bir kişi, babasının isteği üzerine, yine babasına ait bir borç için kefil oluyor. Bu kişi, henüz bir geliri olmadığı veya çok az bir gelir sahibi olduğu halde, babasının isteğine karşı çıkamamış, bir bankanın babasına açtığı çok yüksek tutardaki bir krediden kaynaklanan borç için bankayla kefalet sözleşmesi yapmıştır. Banka, söz konusu krediyi, kendisine bir kefil gösterildiği takdirde açacağını, aksi takdirde istenilen kredinin kesinlikle verilmeyeceğini, işin en başında kefil olan kişinin babasına açıkça belirtmiştir. Banka müşterisi de, krediyi her ne olursa olsun alabilmek için, oğlundan veya kızından kendisine kefil olmasını istemiştir. Bu olasılıkta, kefil olma iradesini açıklayan kişi psikolojik bir baskı altındadır. Kredi alan kişinin oğlu veya kızı olan ve henüz çok genç yaşta olan kefil, babasından gelen isteğe karşı çıkabilecek durumda

sözleşmesinin kefilin mali olanaklarını fazlasıyla aşması ve bu sözleşmenin ifasının kefilin aşın ekonomik güçlüğü düşmesine yol açması, ekonomik özgürlüğün aşın kısıtlanması anlamına gelecekse, kefalet sözleşmesinin kişilik hakkına aykırılık sebebiyle geçersiz (kesin hükümsüz) olması gerekir. Bu sonucun tartışılacağı kanaatindeyim. Kefilin aşın ekonomik güçlüğü düşmesine yol açacak bir sözleşme yapmış olması, sırf bu nedenle kişilik hakkına aykırı ve geçersiz sayılamaz. Aksi halde, pek çok olayda, para borcu doğuran sözleşmenin geçersiz olduğu iddiasına rastlanabilir. Ne var ki, kefalet sözleşmesi, kefil için aşın ekonomik güçlük yaratacak olmanın ötesine geçiyor ve kendisini ömür boyunca devam edecek bir ödeme taahhüdü altına sokuyorsa, vanlacak sonuç değişik olabilir. Kocayusufpaşaoğlu'nun belirttiğine göre, bankanın kefil muhtemelen ömrü boyunca devam edecek ödeme taahhütleri altına sokarak kısıkvrak bağlaması, böylece onun zayıf ekonomik varlığının temelini sarsmak suretiyle ekonomik geleceğini tehlikeye atması, MK m. 23/11 anlamında kişilik haklarının ahlaka aykırı biçimde aşırı sınırlandırılması anlamını taşıyabilir. Böyle bir kelepçeleme sözleşmesi, bu maddede belirtilen yaptırıma tabi tutulacaktır. Kocayusufpaşaoğlu, Borçlar, s. 577.

225 Reinickeffiedtke, s. 61.

değildir. O, ya babasına ekonomik açıdan bağımlıdır ya da babasının zor durumda kalmasını istememektedir. Kefil olan kişinin içinde bulunduğu bu "*psikolojik baskı durumu*", kefalet sözleşmesinin diğer tarafı olan banka tarafından bilinmekte olduğu gibi, banka bu durumdan yararlanmaktadır da. Kefil olan gencin sınırlı malı olanaklarıyla karşılayamayacağı büyük bir yük altına girdiğini bilen banka, yine de bu kefalet sözleşmesini yapmakta ve kefilin iktisadi geleceğinin bütünüyle sarsılması olasılığını göze almaktadır. Kefilin sorumluluk üstlendiği kredi borcunun kapsamı o kadar yüksektir ki, esas borçlu borcunu ifa etmezse, kefil sınırlı düzeydeki gelirini hayatının önemli bir kısmında sürekli olarak bankaya aktarmak zorunda kalacaktır. Böylesine bir sorumluluğa babasının isteği üzerine ve psikolojik baskı altında giren kefil, "*iş tecrübesi olmadığı*" ve "*çok genç olduğu*" için karşı karşıya olduğu tehlikenin farkında bile değildir. Buna karşılık banka, bu tehlike bakımından kefilin uyarmadığı gibi, söz konusu tehlikeyi gizleyecek bir tutum takınmıştır. Banka tarafından kefalet sözleşmesi yapılırken, bu işlemin kredinin açılması için "*formalite icabı*" yapıldığı ve çekinilecek bir şey olmadığı kefile söylenmiştir²⁶.

Tasarlanan örnek-olayda, kefilin sınırlı malı olanaklarıyla karşılayamayacağı ağır bir sorumluluk altına girmesi olgusu başka bir takım olgularla birleşmiş, bu olgular bütünü kefalet sözleşmesinin "*ahlaka aykırı*" sayılmasına olanak vermiştir²⁷. Gerçi bu noktada, katışıksız liberal bir tavırla, kefalet sözleşmesinin "*ahlaka aykırı*" sayılmasına itiraz edilebilir. Özellikle, bankanın, tam ehliyetli bir kişiyi kefalet sözleşmesi yapılırken uyarmasının

226 Bu örnek olay, Reinickeffiedtke, s. 61 vd. ele alınan Alman Yüksek Mahkeme kararlarına konu olan olaylardan esinlenerek tasarlanmıştır.

227 Nitekim benzer olaylarda "ahlaka aykırılığı" kabul eden Alman Yüksek Mahkemesi kararları için bkz. WM 1994, 676, 680; WM 1994, 1 022; NJW 1994, 1278 vd. Yine benzer bir temel üzerinde, başkasına ait bir borçtan birlikte sorumluluk üstlenmeyi ahlaka aykırı sayan Alman Yüksek Mahkemesi kararları için bkz. WM 1991, 313; WM 1992, 2129; NJW 1991, 923. Aynca bkz. Reinicke/Tiedtke, s. 60 vd; Stephan Wagner, Die Sittenwidrigkeit von Angehörigenbürgschaften nach Einführung der Restschuldbefreiung und Kodifizierung der c. i. c. , NJW 2005, Heft 41, s. 2956 vd; Martin Tonner, Neues zur Sittenwidrigkeit von Ehegattenbürgschaften-(BGHZ 151, 34, und BGH, NJW 2002, 2230), JuS 2003, Heft 4, s. 325 vd; Arif B. Kocaman, Kefalet Hukukunda İrade Özgürlüğünün Sınırları, Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu, XV-5 Haziran 1998, Ankara 1999, s. 107-108, 113-117; ArifB. Kocaman, Gelirden ve Malvarlığından Yoksun Aile Fertlerinin Kredi Alan Eş veya Ebeveyn Lehine Akdettikleri Kefalet Sözleşmelerinin Ahlaka Aykırılığı Sorunu, Prof. Dr. Ali Bozer'e Armağan, Ankara 1998, s. 371 vd; Elçin Grassinger, s. 68 vd.

beklenemeyeceği söylenebilir. Bu mantığa göre, kefil olan kişi tam ehliyetliyse, bu kişinin üstlendiği rizikonun büyüklüğünden haberdar olarak hareket ettiği kabul edilebilir. Tam ehliyetli olduğunu kabul ettiğimiz bir kişinin, yaptığı işlemin bilincinde olmadığını, bu nedenle aydınlatılması gerektiğini iddia etmeye hukuki açıdan olanak yoktur ve söz konusu kişinin genç veya tecrübesiz olması bu konuda bir fark yaratmaz²²⁸. Aksine bir yaklaşım, tam ehliyetli olduğunu kabul ettiğimiz kişilerin irade özerkliğinin geniş ölçüde kayıtlanmasına yol açar. Ne var ki, bu tür itirazların bir tarafa bırakılması ve tasarladığımız örnek-olaya benzerlik taşıyan bütün olaylarda kefalet sözleşmesinin "*ahlaka aykırı*", bu nedenle de "*kesin hükümsüz*" sayılması gerektiği kanaatindeyim²²⁹. Ulaşılan bu sonucun gerekçesi, Alman Anayasa Mahkemesi'nin bir kararında ortaya çıkan düşüncede bulunabilir. Bu düşünceye göre: "Mahkemeler, özel hukuka ilişkin kararlarında "*dürüstlük kuralına aykırılık*" veya "*ahlaka aykırılık*" bakımından bir yargıya varırken, Anayasada teminat altına alınan (GG Art. 2 Abs 1) irade özerliğinin gerçekleşmesine özel bir önem vermelidirler. Bir sözleşme, taraflardan birisine, olağanın çok ötesinde (aşırı) bir yük yüklüyorsa ve bu durum tarafların sözleşme görüşmeleri sırasında eşit güçte olmamalarından kaynaklanıyorsa, mahkeme bu görüntüye seyirci kalmaz. Bu tür sözleşmelere ilişkin olarak mahkemelerin "*içerik denetimi*" yapma yükümü olduğu söylenebilir. Bir sözleşmenin kurulmasında ve içeriğinin belirlenmesinde, o sözleşmenin taraflarının serbestçe karar verip vermedikleri veya ne ölçüde bir serbestiye sahip oldukları mutlaka araştırılmalıdır. Bir kişi, kendisine aşın ölçüde yük getiren bir sözleşmenin kurulmasında ve içeriğinin belirlenmesinde serbestçe karar alamamışsa, Anayasayla teminat altına alınan irade özerkliği ilkesinden yararlanamamıştır. O halde, ortada taraflardan birisine aşın yük getiren bir sözleşme bulunuyorsa, mahkeme "*sözleşme sözleşmedir*" demek-

228 Nitekim Alman Yüksek Mahkemesinin bu yaklaşımı içeren uygulaması için bkz. WM 1991, 1154, 1157.

229 Belirttiğimiz koşulların birlikte bulunması durumunda, İsviçre-Türk hukuku çerçevesinde de ahlaka aykırılık yargısının verilebileceği, daha önce Kocaman tarafından isabetle belirtilmiştir. Yazara göre, tek tarafa borç yükleyen kefalet sözleşmesinde aşın yararlanmaya (gabine) ilişkin TBK m. 28'in doğrudan uygulanması söz konusu olmaz. Ne var ki, aşırı yararlanmanın subjektif unsurları olabilecek "*iş ve işlem hayatında tecrübesizlik*" veya "*manevi (psikolojik) baskı altında olma*" gibi haller, TBK m. 27 hükmü uyarınca ahlaka aykırılık değerlendirmesine esas olabilir. Belirtilen subjektif nitelikteki unsurlara, kefilin gelir ve malvarlığından yoksunluğu olgusu eklenince, kefalet sözleşmesinin "ahlaka aykırı" olduğunu ileri sürmek olanak dahiline girer. Kocaman, Bildiri, s. 120.

le yetinemez. Sözleşme yapıldığı sırada mevcut olan koşullar, sözleşme görüşmeleri sırasında tarafların eşit pazarlık gücüne sahip olup olmadığını araştırmalıdır. Sözleşmede taraflardan birisi aleyhine ortaya çıkan olumsuz durum bu tarafın pazarlık gücü bulunmamasının bir sonucuysa, **mahkeme** özel hukukun genel nitelikteki kurallarının (dürüstlük kuralına aykırı **hareket** yasağı, ahlaka aykırı hareket yasağı gibi) müdahalesine başvurmalıdır.,,,

Alman Anayasa Mahkemesinin bu yaklaşımı, Alman Federal **Mahkemesinin** geliştirdiği eğilime de uygun düşmektedir. Bu eğilime göre²³⁰, başkasına ait bir borçtan kişisel sorumluluk üstlenmenin (bu durum birlikte borç üstlenme biçiminde ortaya çıkabileceği gibi kefalet sözleşmesi yoluyla da gerçekleşebilir) ahlaka aykırı sayılıp sayılmayacağı, somut olayın koşullarına bağlıdır. Somut olayı çevreleyen subjektif ve objektif nitelikteki olgular, birlikte değerlendirilerek, kişisel teminat verilmesine ilişkin sözleşmenin ahlaka aykırı sayılmasına yol açabilirler. *Ahlaka aykırılığa yol açabilecek objektif olgu, kişisel teminat verilmesine ilişkin sözleşmenin teminat veren için aşırı yük getirmesi, onun malf olanaklarıyla uyuşmayan ve ekonomik geleceğini sarsabilecek bir sorumluluk doğurmasıdır. Bu olgunun yanında bazı subjektif nitelikteki olgular da bulunmalıdır. Teminat verenin, böylelikle bir sorumluluğa "genç ve tecrübesiz" olduğu için ve "psikolojik bir baskı altında" girmiş olması gibi.* Teminat verenin esas borçlunun eşi veya çok yakın akrabası (babası, oğlu veya kızı gibi) olması, sorumluluk üstlenirken psikolojik baskı altında hareket ettiğinin göstergeleridir. Kişisel teminat konusu borcun bir krediden kaynaklanması ve alınan kredinin esas borçludan başka teminat verene de yararlı olması, ahlaka aykırılığın ileri sürülmesinde dikkate alınması gereken bir diğer olgudur. Bir kimsenin, yalnız kredi borçlusuna değil kendisine de yarar getirecek bir krediye ilişkin kişisel teminat vermesi durumunda, mali olanaklarını aşan bir sorumluluk altına girmesi daha soğukkanlılıkla karşılanabilir ve ahlaka aykırılığın kabulünde daha çekingen davranılabilir. Alınan Yüksek Mahkemesi'nin teminat

230 BVerfGE 89, 214; NJW 1994, 36. Kararın önemli kısımlarının çevirisi için bkz. Yeşim M. Atamer, Geliri ve Malvarlığı Olmayan Aile Bireylerinin Kefaleti-Sözleşme İçeriğinin Denetlenmesi, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Prof. Dr. Türkan Rado'ya Armağan, C: LV, S: 3, Y: 1997, s. 419 vd. Karar için ayrıca bkz. Reinickert, s. 64. Alman Federal Anayasa Mahkemesinin bu kararı, Kocaman tarafından da ele alınmıştır. Kocaman, Bildiri, s. 109-113. Kocaman'ın düşüncesine göre, Alman Federal Anayasa Mahkemesi bu kararıyla biçimsel sözleşme özgürlüğü anlayışını aşarak, maddi anlamda sözleşme özgürlüğü anlayışını getirmiştir. Kocaman, Ahlaka Aykırılık, s. 386. Ayrıca bkz. Elçin Grassinger, s. 71.

231 Yüksek Mahkemenin bu eğilimi için bkz. WM 1992, 2129; WM 1991, 313.

amacıyla borca katılmayı konu alan (bu nedenle kefalet sözleşmesi için de geçerli olabilecek ilkeleri içeren) bir kararında, borca katılan kişi borçlunun yirmi yaşındaki karısıdır. Kadın, çok düşük bir aylık geliri olmasına rağmen, kocasının çok yüksek tutardaki bir borcuna katılmıştır. Katılma konusu borcun kaynaklandığı kredi ilişkisi, katılan kadın açısından hiçbir yarar taşımamaktadır. Yüksek Mah.keme'ye göre, bu tür olaylarda, kişisel teminat verenler üstlendikleri rizikonun büyüklüğü ve içeriği hakkında fi. kir sahibi olmadan hareket ederler. Teminat verenin tam ehliyetli olmasına rağmen yaşının küçük ve hayat tecrübesinin düşük olması, verdiği teminatın kendi için getireceği tehlikenin bilincine varmasını engellemektedir. Üstelik teminat alanın (alacaklının), söz konusu teminatın beraberinde getireceği tehlikeler bakımından aydınlatıcı açıklamalarda bulunmadığı, tam aksine, bu tehlikeleri gizleyici bir tarzda davrandığı da gözden uzak tutulmamalıdır. Teminatı alan alacaklı, teminat veren için bir tehlikenin söz konusu olmadığı, sadece bir formalitenin yerine getirildiği izlenimini uyandıracak biçimde davranmaktadır. Üstelik teminat veren psikolojik baskı altında hareket etmekte, teminatın verilmesi hususunda serbestçe bir karar almamaktadır. O, olayların büyük çoğunluğunda, lehine teminat verdiği kişiye ekonomik açıdan bağımlıdır veya bu kişinin manevi nüfuzu altındadır. En azından, lehine teminat verilmezse istediği krediyi alamayacak olan kişiye, bu kişinin zora düşmesini istemeyeceği manevi bir yakınlık duymaktadır. Bu türden etkilerin altında hareket ederek teminat veren kişi, bu sayede, kendi olanaklarıyla altından kalkamayacağı ve gelecekteki bütün kazancının elinden çıkmasına yol açacak ağır bir yük altına girmektedir. Karara konu olan olayda, kocası için teminat veren kadının bu türden olguları ortaya koymakla yetinebileceği ve teminat ilişkisinin "*ahlaka aykırı*" sayılması için başkaca bir hususu ispat külfeti altında olmadığı sonucuna varılmıştır. *Kocası için teminat veren kadının, sorumluluk üstlendiği sırada, tam ehliyetli statüsüne henüz yeni girmiş olduğu ve iş hayatında tecrübe edinmesi sağlayacak yeterli uzunlukta bir çalışma hayatının bulunmadığı sabit olmuşa, bir karine kabul edilebilir. Bu karineye göre, teminat verenin mali olanaklarını fazlasıyla aşan bir sorumluluk üstlenirken içinde bulunduğu zor ve zayıf durumdan, teminatı alan kişinin (alacaklının) yararlandığı kabul edilecektir. O halde, kurulan teminat ilişkisinin, ahlaka aykırı olduğunu kabul etmeye olanak verecek olgular mevcut demektir*¹⁻³.

Bu arada, belirtilen türden bazı teminat ilişkilerinde, bu teminatı meşnı göstermek için bankaların dayandığı bir gerekçeye de değinmek gerekir. Bu

gerekenin bazı Yüce Mahkeme kararlarında dokümanları. Bu, r, h, ep olarak görüldüğüne karşı edilebilir, J-3¹. Buna göre TP tndi için horu J..a lı. J, alacak kişinin eşinin de sorumluluk üstlenmesini tutu 11 r. 7/1, cnczunda A malvarlığı aktarmalarından zarar görmemeyi amaçlarabilir. Burada jmd teminat verilmesine ilişkin bir sözleşmenin /cura/ d1.11 b1, biçimcJ, tullnmlırw-sı ve kredi veren bankanın eşler arasında gerçekleştirecek hileli ba=ı dcl lırunı l-lan önleme amacıyla bu tür bir sözleşmeden yararlanmı sö: h.mwudur Normal bir durumda, alacaklı, kişisel teminat olma yoluna. kenii Jwr, 1.nnda kişisel sorumluluk taşıyacak birden fazla kişi bulunması için vurur Bir başka deyişle, esas borçlunun malvarlığı dışında ba.p-ınabileceği hır dig (örneğin kefile ait) malvarlığının da bulunmasını ister. Bu durum. alacaxlının başvurabileceği malvarlığının kapsamının (kefilin malvarlığını do içine alacak şekilde) genişlemesini ifade eder. Bir kadın kocasının aldığı bir kredi kaynaklanan borçtan ötürü kişisel sorumluluk üstleniyorsa (ömeğin kefil oluyorsa), kredi veren bankanın amacı, alacağını elde edemediği zaman kocanın malvarlığı yanında karısının malvarlığına da başvurabilmektir. Kredi verenin kişisel bir teminat kabul ederken olağan durumlarda güdeceği amaç bu olmakla birlikte, bazen farklı bir amaçla hareket etmesi sö; konusu olabilir Kendisini eşler (veya yakın akrabalar) arasında gerçekleştirecek körü niyete dayalı malvarlığı aktarmalarına karşı korumak isteyebilir. Kredi alan kişi, bu krediden kaynaklanan borcunu ifa etmemeye karar verirse, kendisine ait malvarlığı değerlerini yakınlarına (bu arada eşine) devrederek kredi verenin yapacağı bir takibi boşa çıkarabilir. Kredi alan kişinin yakınlarının (bu arada eşinin) krediden kaynaklanan borç için kişisel sorumluluk üstlenmeleri, kredi veren bankayı bu türden bir tehlikeye karşı korur ve kredi alan tarafından yakınlarına aktarılmış değerlere başvurabilme olanağını yaratır. Kaldı ki, aldığı kredi için yakınlarının kişisel sorumluluk taşıdığını bilen bir kişi, kredi verenin takibini boşa çıkarmak için sahip olduğu malvarlığı değerlerini yakınlarına devretme yoluna gitmeyecektir. İşte, kredi veren bankalar, kredi alanın takipten kaçırarak için malvarlığı değerlerini elinden çıkarma tehlikesini önlemek amacıyla, kredi alanın yakınlarının (başta eşinin) kefil olarak sorumluluk üstlenmesini isterlerse, yapılan kefalet sözleşmelerini "ahlık aykırı" saymamak gerekir. Kredi alanın genç yaşta ve tecrübesiz yakınlarının malf güçleriyle orantılı olmayan yükseklikte bir sorumluluğu psikolojik baskı altında üstlendikleri kefalet sözleşmelerini "ahlık aykırı" saymak için ileri sürülen gerekçeler, kredi verenin kendisi için haklı bir önlem almak istediği olasılıklarda değerini yitirirler. Bu türden kefalet sözleşmelerini "meşrulaştırıcı" bir etken olarak, "kötü niyetli malvarlığı aktarımlarına karşı önlem alma gereği" dikkate alınmalıdır?³⁴.

233 Reinicke/Tiedtke, s. 70-71.

234 NJW 1995, 592, 593. Yüksek Mahkeme'nin söz konusu temel düşünce biçimi şudur. Kredi alan kişinin genç yaşta ve tecrübesiz yakını, mali gücünü aşan bir sorumluluk

Çok genç yaştaki iş ve hayat tecrübesi bulunmayan kişilerin yaptığı, bu kişilerin ekonomik geleceklerini sarsmaya elverişli olan kişisel teminat sözleşmelerini meşru göstermek için bankalarca ileri sürülen (bazı Yüksek Mahkeme kararlarında da benimsendiği gözlenen) bu gerekçeler, reddedilmelidir. Bankaların ileri sürdüğüne göre, alacaklının borçlusunun hileli davranışlarına karşı önlem almaya çalışması haklı görülmesi gereken bir çabadır. Bankalar, kendilerinden kredi alan kişilerin malvarlığı değerlerini yakınlarına aktarmaları tehlikesine karşı, söz konusu yakınları "kefil (veya birlikte borç üstlenen kişi)" olarak sorumlu tutmakla, böylesine bir haklı çaba içinde olduklarını iddia etmektedirler. Bankalar böyle söylemekle, borçlunun hileli davranışlarına karşı alacaklıları koruyan yasal önlemlerin kendileri için yeterli olmadığını da söylemiş olmaktadırlar. Borçlusunun kendisinden mal kaçırma çabalarını engellemek isteyen bir alacaklı, mal kaçırmak amacıyla yapılan devirlerin "muvazaalı" olduğunu iddia edebilir veya İcra ve İflas Hukuku çerçevesinde kendisine tanınmış "iptal davası" olanağından yararlanabilir. Nitekim bankalar dışında kalan alacaklılar, bu genel olanaklardan yararlanarak borçlularının mal kaçırma girişimlerini boşa çıkarmaya çalışmaktadırlar. Bankaların diğer alacaklılara göre kendilerini ayrıcalıklı duruma getiren olanaklara niye sahip olması gerektiği, cevaplandırılması gereken bir sorudur. Üstelik bankaların kredi borçlularının mal kaçırma girişimlerini engellemek amacıyla başvurdukları yol, kendilerine bu amacın haklı göstermeyeceği olanaklar sağlamaktadır. Kredi borçlularının malvarlığı değerlerini yalanlarına aktararak takipten kurtarmak istemesi tehlikesine karşı bankalarca önlem alınması haklı görülebilse bile, bu önlem söz konusu yalanları "kefil (veya borca katılan kişi) olarak" sorumlu kılmak o/mamalıdır. Kefil olarak sorumlu /alman yakınlar, sadece esas borçlu tarafından kendilerine aktarılan değerlerle değil bütün malvarlık/arıyla sorumlu olmaktadırlar. Kendisinden kredi alan kişinin yakınlarına mal aktarmasını önlemek isteyen banka, söz konusu yalanların kefil olmasını sağlamakla, aslında, kredi alankişinin malvarlığı yanında kefil olan yakının malvarlığını da kendi müdahalesine açık hale getirmektedir. Kefil sıfatını taşıyan bir yalan, bankanın yürüteceği bir takipte başvuru malvarlığı değerinin, esas borçlu (kredi alan) tarafından kendisine aktarılmadığını, kendisinin çalışarak kazandığı bir değer olduğunu söyleyemeyecektir. Kredi alanın malvarlığı aktar-

getiren kişisel teminat sözleşmesini psikolojik basla altında yapıyorsa, söz konusu teminat sözleşmesi, kural olarak geçersiz sayılacaktır. Ne var ki, bu kişisel teminat sözleşmesi, kredi alan kişiyle yakınlan arasında gerçekleşecek kötü niyetli malvarlığı aktarmalarını engellemek amacını taşıyorsa, bir başka deyişle, kredi alanın kredi verence kendisine karşı yapılacak bir takibi boşa çıkarmasını engellemeyi amaçlıyorsa ahlaka aylan sayılmayacaktır. Kredi alan kişi, yalanlarının, borca katılan veya kefil olarak kredi veren karşısında sorumlu olduklarını bilirse, sahip olduğu malvarlığı değerlerini onlara aktararak kredi verenin takibinden kaçırma yoluna gitmeyecektir.

nwlorinu set ?C!lchielc ı,ıereu baulul ıı,nJitin ?mi,luırl, , , , , kJi'ı ?ı:ıı.
mı,lriemel bir yalcıuı kefil yapmıhıla. huJt1Jııın , , , , , /, t'lıUıı! '1 ?ı ,
u:ım bir .sllre için el koyabilme l(Ollıue kavu lırnı lıur 8,ı,ı,ırrı r.ııduıllıflıflııı:
banlıaların kefalet sözleşmelerinin meını tO)-ılma,, için t/ayonJılk,ı g,ıwı
çeler kabul edilmemelidi?3s.

Kefalet sözleşmesinin ahlaka aykırı, bu nedenle de kesin hükümlü yapılmasıyla ilgili olarak ulaştığımız sonuçları şu şekilde toparlayabiliriz: temel olgu, kefalet sözleşmesinin kefilin mali olanaklarıyla karşılayamaması kadar ağır bir yükümlülük getirmesidir. Öyle ki, kefil gelecekteki kazancını uzunca bir süre için alacaklıya aktarmak zorunda kalacaktır. Bu temel olguya şu olgular eşlik etmelidir. İlk olarak, kefil, tam ehliyetli statüsünde olsa bile çok genç olmalı, yeterli iş ve hayat tecrübesine sahip olmamalıdır. Bu tecrübesizlik sebebiyle, kefalet sözleşmesinin kendisi için yaratacağı tehlikenin bilincine varması olasılığı düşük olmalıdır. İkinci olarak, kefil, kendisi için çok ağır bir sorumluluk getiren kefalet sözleşmesini "*psikolojik bir baskı ortamı*" içerisinde yapmış olmalıdır. Kefilin esas borçlunun yakını olması, esas borçluya ekonomik veya manevi açıdan bağlılık içinde bulunması söz konusu "*psikolojik baskı ortamı*" için hazırlayıcı etkenlerdir. Üçüncü olarak, alacaklı, kefilin üstlendiği tehlikenin büyüklüğü karşısında aydınlatmamalı, söz konusu tehlikeyi gizleyici bir tutum takınmalıdır. Alacaklının kefalet sözleşmesinin formaliteden ibaret olduğu izlenimini uyandıracak tarzda davranması, bu üçüncü olguyu ortaya çıkarır. Bütün bu olgular bir araya gelmişse, alacaklının kefilin tecrübesizliğinden ve psikolojik baskı altında olmasından yararlandığı kabul edilecek ve kefalet sözleşmesi "*ahlaka aykırı*" sayılacaktır.

Böylelikle bir sözleşmenin ahlaka aykırılığı, o sözleşmenin lwmısu veya sözleşme taraflarının ortak amacı dışında, sözleşmenin yapılma koşullarından da kaynaklanabilecektir²³⁶. Genel bir ilke belirlemek gerekirse şu söy•

235 Bankalar tarafından yapılan kefalet sözleşmelerini "meşrulaştırıcı bir etken" olarak ileri süren bu gerekçeler için bkz. Reinickeffiedtke, s. 69-70.

236Kocayusufpaşaoğlu, Borçlar, s. 557 vd. Kocayusufpaşaoğlu'nun burada **belirttiğine** göre, *"ahlaka aykırılık değerlendirilmesi yapılırken de, içeriğin bu şekilde düzenlenmiş olmasının sebebini oluşturan ve bu içerik ile doğrudan doğruya ve sıkı biçimde bağlantılı olan olguları da mutlaka dikkate almak gerekir"*. Bir sözleşmenin kurulma tarzının ahlaka aykırılık değerlendirmesine esas olabileceğini açıklıkla belirten Kocayusufpaşaoğlu, incelememiz sırasında belirttiğimiz koşullar altında kurulan kefalet sözleşmeleriyle ilgili olarak şunları söylemektedir: *"Bu tip kefalet sözleşme/erinde gerek konu, gerekse taraflarca güdülen ortak amaç ahlôka aykırı değildir. Kefalet sözleşmesinin diğer tarafı olan alacaklı bankanın üstün konumundan yararlanarak kefile kabul ettir-*

lenebi/ir: Bir sözleşmenin taraftardan yalnız biri için ağır bir yükümlülük getirmesi veya sadece bir tarafın aleyhine olacak düzenlemeler içermesi, o tarafın sözleşme görüşmeleri sırasındaki güçsüzlüğünden, diğer tarafta eşit durumda o/mamasından kaynaklanıyorsa, sözleşme (veya elverişsiz düzenleme getiren hükümleri) ahlaka aykırı sayılacaktır. Sözleşme görüşmeleri sırasında bir tarafın diğer taraf karşısındaki güçsüzlüğü, ekonomik veya entelektüel açılardan söz konusu olabilir. Bir tarafın diğer taraf karşısındaki elverişsiz durumu ve pazarlık yapma gücündeki eksikliği, o tarafın aleyhine olacak sözleşme hükümlerinin kabul edilmesine yol açmışsa, bu hükümler (yerine göre bütün sözleşme) ahlaka aykırı olur²³⁷.

diği ağır şartlarla aşırı veya büyük çıkar sağladığı da söylenemez. Zira ödeme gücü sınırlı bir kimsenin kefil olmasını sağlamak suretiyle bankanın aşırı (büyük) çıkar elde ettiğini ileri sürmek kolay değildir". Belirttiği bu nedenlerle, incelediğimiz türden kefalet sözleşmelerinin kurulma koşulları bakımından ahlaka aykırı olduğu noktasında kuşkuyla davranan yazar, bazı durumlarda bu sözleşmelerin kişilik hakkına aykırılık yüzünden geçersiz sayılabileceğini belirtmektedir. Kefili ömrü boyunca devam edecek bir ödeme yükümlülüğü altına soktuğu ve kefilin zaten son derece sınırlı olan ekonomik olanaklarını büsbütün tahrip edip, ekonomik geleceğini tehlikeye attığı takdirde, kefalet sözleşmesi MK m. 23 II'ye aykırı düşer. Böyle bir kelepçeleme sözleşmesi, belirtilen hükümdeki yaptırıma tabi olur. Kocayusufpaşaoğlu, Borçlar, s. 576-577.

- 237 Elçin Grassinger'in belirttiğine göre, yargıç, kefalet sözleşmesinin bütünüyle mi yoksa belirli sınırları aştığı için mi ahlaka aykırı sayılması gerektiğini saptamalıdır. Yargıç yaptığı değerlendirmenin sonucunda kefilin aşırı ölçüde sorumluluk üstlendiğini ve sorumluluğun bu kapsamıyla ahlaka aykırı olacağını saptarsa, sorumluluğun kapsamını ahlaka aykırılık teşkil etmeyecek bir düzeye indirgeyecektir. Elçin Grassinger, s. 72. Yazarın bu düşüncesi, dayanağını, Hatemi tarafından ahlaka aykırılığın yaptırımına ilişkin olarak savunulan görüşte bulmaktadır. Bkz. Hüseyin Hatemi, Hukuka ve Ahlaka Aykırılık Kavramı ve Sonuçları, İstanbul 1976, s. 220 vd. Bu görüşe göre, ahlaka aykırılık edimin kapsamından kaynaklanıyorsa, yargıç, sözleşmeyi tümünden geçersiz saymak yerine, edimi ahlaka uygun sınırlara çekmekle yetinebilecektir. Belirtilen bu çözümün, tartıştığımız ve benimsediğimiz anlamıyla ahlaka aykırı olduğu kabul edilen kefalet sözleşmeleri bakımından uygulanmasının mümkün olmadığı kanaatindeyiz. Konuyu tartışırken belirttiğimiz gibi, ahlaka aykırılık kefilin edimin kapsamından ileri gelmemektedir. Bir başka deyişle, kefil mali olanaklarının çok ötesine geçen ve ifası halinde aşırı ekonomik güçlüğü düşeceği bir sözleşme yaptığı için ahlaka aykırılık ortaya çıkmamaktadır. Bu olguya başka olgular eklendiği için, kefalet sözleşmesi yapılış koşulları itibarıyla ahlaka aykırı sayılmaktadır. Sorun kefilin ediminin kapsamının kendi açısından aşırılığında olmayıp sözleşmenin yapılış koşullarında bulunduğu göre, çözüm bu koşularda yapılan kefalet sözleşmesini bütünüyle geçersiz (kesin hükümsüz) saymakta yatmaktadır.

Bir kefalet sözleşmesinin ahlaka aykırı sayılmasını gerektirecek olguların varlığını iddia eden kefil, bir hakkın doğmasını engelleyen btr takrım olguların varlığını ileri sürüyor, bir başka deyişle bir itirazda bulunuyor demektir. Bir hakkın doğmadığı itirazında bulunan kişinin de. hakkın doğmasını engelleyen olguların varlığını ispat etmesi gerekir. Kefalet sözleşme inin. ahlaka aykırı sayılmasını gerektirecek olguların varlığını iddia eden kefil. bir karineden yararlanacaktır. Şöyle ki: *Kefil, sadece, psikolojik bir baskı olundayken kendi ma/f olanaklarının çok üstünde sorumluluk getiren bir kefalet sözleşmesi yaptığını ispatlamakla yetinecektir. Kefil bu ispatı gerçekleştirebilir, alacaklının kefilin içinde bulunduğu durumdan yararlanarak Zörlüğünün yapılmasını sağladığı kabul edilecektir.*

R Temsil

Kefalet sözleşmesinin, temsilci kullanarak yapılması mümkündür. Alacaklının, kefilin veya her ikisinin birden temsil edilmesi yoluyla **kefalet sözleşmesi** kurulabilir. Alacaklının temsilinin bir özelliği bulunmasa da, **kefilin** temsil edilmesi bakımından bazı soruların cevaplanması gerekebilir.

İsviçre Federal Mahkemesinin eski ve ünlü bir kararına göre, **kefalet** belgesinin kefil tarafından imzalanması gerekir. Kefilin temsilcisi olarak hareket eden kişinin, temsilci sıfatını belirterek kefalet belgesini imzaması mümkün değildir. Kefalet sözleşmesinin geçerliliği bakımından temsilcinin imzasını yeterli görmek, şeklin kefil koruma amacının gerçekleşmesine engel olur²³⁸. Bu karar, bazı yazarlar tarafından, kefilin temsil edilebilmesinin yolunu büyük ölçüde kapatan bir karar olarak nitelendirilmiştir²³⁹. Oysa söz konusu karar, kefilin bir başkası tarafından temsil edilmesini engellemeyi değil, temsil yetkisinin nasıl verilmesi gerektiğini düzenlemeyi amaçlamaktadır. Nitekim aynı kararda, kefalet belgesinde temsilcinin değil kefilin imzasının bulunması gerektiği kuralının istisnası da belirtilmektedir. Buna göre, temsil yetkisi kefalet sözleşmesinin geçerlik şekline uygun olarak verilmişse, kefalet belgesinde temsilcinin imzası bulunabilir. Temsil yoluyla kefil olmak isteyen kişi, temsil yetkisini verirken yazılı bir belge düzenlemeli ve bu belgede kefil olarak üstleneceği sorumluluğun sınırını açıkça belirtmelidir. Bu belgeyi alan temsilcinin de, temsil edilen adına kefalet sözleşmesini ya-

238 İsviçre Federal Mahkemesinin, 1941 revizyonundan önce verdiği bu karar için bkz. BGE 65 il 236.

239 Giovanoli, Art. 493, N. 51; Reisoğlu, Kefalet, s. 41.

parken kefalet sözleşmesinin geçerlilik şekline uyması gerekir. *Temsil yetkisinin kefaletin geçerlik şekline uygun olarak verilmesi, şeklin kefil koruyucu (uyarıcı) işlevini yerine getirmesini sağlar. Temsil yetkisi verilirken kefaletin geçerlik şekline uyulmazsa, temsilci aracılığıyla kefil olmak isteyen kişi üstleneceği rizikonun kapsamı hakkında fikir sahibi olmaz.*

Bu yaklaşım biçimi, başka bazı alanlarda da karşımıza çıkmaktadır. Taşınmaz satış sözleşmesinin temsilci yoluyla yapılabilmesi için, temsil yetkisinin resmi şekilde verilmesi gerektiğini savunanlar olmuştur. Bu düşünceyi savunanlara göre, taşınmaz satış sözleşmesini resmi şekle bağlayan kuralın amacının gerçekleşmesi ve şeklin koruyucu (uyarıcı) işlevini yerine getirmesi için, bu sözleşmenin yapılması için verilen temsil yetkisinde de aynı şekle uyulması gerekir. Taşınmaz satış sözleşmesi yapılması için verilen temsil yetkisini geçerlilik şekline bağlayan bir maddi hukuk kuralının bulunmaması, bu sonucu değiştirmei²⁴⁰.

Hakim görüş, bu noktada farklı bir yaklaşım içindedir. Hakim görüşe göre, şekil serbestisi asıl olup, geçerlilik şekli getiren herhangi bir maddi hukuk kuralı bulunmadıkça, hukuki işlemlerin bir geçerlilik şekline bağlı olduğunu iddia etmek mümkün olmaz (BK m. 11). Temsil yetkisinin verilmesini geçerlilik şekline bağlayan bir maddi hukuk kuralı bulunmadıkça, bir şekil zorunluluğundan söz edilemez. Temsilci yoluyla yapılacak işlemin bir geçerlilik şekline bağlı olması, bu işlemin yapılması için verilen temsil yetkisinin de şekle bağlı olması sonucunu doğurmai²⁴¹. Hakim görüşün bu yaklaşımının kaçınılmaz sonucu, taşınmaz satış sözleşmesi ve (818 sayılı -eski- Borçlar Kanunu'nun yürürlüğü sırasında) kefalet sözleşmesinin yapılması için verilen temsil yetkisinin, herhangi bir geçerlilik şekline bağlı olmadığıdır²⁴².

240 Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 299-300. Tapuda yapılacak işlemler için temsil yetkisi verilmesinin noter tarafından düzenleme şekline uygun bir belgeyle yapılacağını söyleyen Noterlik Kanunum. 89, bir maddi hukuk kuralı değildir. Bu nedenle de maddi hukuk açısından etkili bir geçerlik şekli getirmesi söz konusu olamaz. Ancak taşınmaz satışını resmi şekle bağlayan MK m. 706 f. 1 kuralının amacından yola çıkarak, bu konuda verilen temsil yetkisinin de resmi şekli gerektirdiğini ileri sürmek, maddi hukuk açısından etkili olacak bir yargıya varmak anlamına gelir.

241 Necip Kocayusufpaşaoğlu, Türk Medeni Hukukunda Gayrimenkul Satış Vaadi, İstanbul 1959, s. 106; Tandoğan, Borçlar 1/1, s. 255; Yavuz, s. 188.

242 Yavuz, s. 835; Reisoğlu, Kefalet, s. 42. Tandoğan'a göre, kefilin korunması gayesini boşa çıkarmamak için, 818 sayılı BK m. 484'te belirtilen şeklin temsil yetkisi verilmesinde de aranması gerekliydi. Kanunda açık hüküm olmaması, böyle bir uygulamaya engel olmamalıydı. Tandoğan, Borçlar il, s. 760. Konuya ilişkin tartışmalar için ayrıca bkz. Elçin Grassinger, s. 118 vd; Taşdelen, s. 754 vd.

Kefilin temsilcisi (bu kişi esas borçlu da olabilir) temsil **yetkisini kötüye** kullanmışsa ve bu durumun alacaklı tarafından bilinmesi mümkünse, temsil yoluyla kurulan kefalet sözleşmesi geçersiz olur. Temsilcinin **açıkça kefilin** zararına olacak bir kefalet sözleşmesi yapması, üstelik bunu **yaparken alacaklıyla işbirliği** içerisinde bulunması, kötüye kullanılan temsil yetkisinin sonuç doğurmasını engeller²⁴³.

243 Reinicke/fiedlke, s. 22. Temsilciyle işlem yapan kişi tarafından **algılanacak biçimde** temsil yetkisinin kötüye kullanılması durumunda, temsil yetkisinin **sonuçlarını doğurmayacağı** ve yapılan işlemin geçersiz olacağı hakkında bkz. Ayfer Kutlu Sungurbey, Yetkisiz Temsil, İstanbul 1988, s. 15 vd. Ne var ki, temsil yetkisinin kötüye kullanılması durumunda da yetkisiz temsile ilişkin kuralları (TBK. m. 46-47) kıyas yoluyla uygulanacağı ve temsil edilenin kendi adına yapılan sözleşmenin geçerli olmasına karar verebileceği (sözleşmeyi onayabileceği), Kutlu Sungurbey tarafından isabetle belirtilmektedir. Temsilcinin kendi kendisiyle işlem yapmasına getirilen sınırlamalar da, temsil yetkisinin kötüye kullanılması olgusunun paralelinde ele alınmalıdır. Temsilcinin işlem yaptığı kişiyle hileli olarak anlaşması ve bu suretle temsil yetkisini **kötüye** kullanması durumunda yetkisiz temsile ilişkin hükümlerin uygulanması Türle öğretisinde konuyla ilgilenen yazarlar tarafından kabul edilmektedir. Nitekim blcz. **M. Murat İnceoğlu**, Borçlar Hukukunda Doğrudan Temsil, İstanbul 2009, s. 337; Hulki Cihan, Temsil Yetkisinin Verilmesi ve Kapsamının Belirlenmesi, İstanbul 2011, s. 72-73. Temsilcinin işlem yaptığı üçüncü kişiyle hileli anlaşma yapması durumunda temsil olunanın hile def'ine sahip olacağı hakkında bkz. Şener Akyol, Türk Medeni **Hukukunda Temsil**, İstanbul 2009, s. 323, s. 404-405. Temsilcinin kendi borcu için temsil edileni kefil yapması, bu konuda açıkça yetkili kılınmış olmadıkça mümkün olamaz ve **temsil** edilen için bağlayıcı bir kefalet sözleşmesinin kurulduğu söylenememelidir. **TBK. m. 504 f. son 'un** kefalet için özel yetki arayan kuralı karşısında, temsilcinin **kendi kendisiyle** veya kendi borcu için kefalet sözleşmesi yapabilmesinin yetkilendirme **beyanında** bu konuda açıklık olmasına bağlı olduğu rahatlıkla söylenebilecektir.11 HD'nin 14. 5. 2004 tarih ve E. 2004/2206, K. 2004/5413 sayılı kararı, avale ilişkin olmakla birlikte, konumuza ilişkin olarak da dikkate alınabilir. Bu kararda şunlar söylenmektedir. "Mahkemece, borcun varlığı saptandığı takdirde ise, temsilcinin kendisiyle sözleşme yapma yasağına aykırı davranıp, davranmadığı konusunun tartışılması gerekmektedir. Dava konusu olayda, uyuşmazlık konusu bonoların keşidecisi, müflis şirketi münferit temsile yetkili temsilcisi olup, kendisini borçlu gösterip, şirketi bonoya avalist (kendisine kefil) yapmıştır. Temsilcinin kendi kendisiyle sözleşme yapma yasağı uzun zamandan beri tartışılan bir konudur. Türk-İsviçre Hukukunda bu konuya temas eden herhangi bir hükme rastlanmamaktadır. Bu hukuk sistemlerinde, kural temsilcinin akti kendisiyle yapmaması tarzındadır. Fakat, istisnaen eğer temsil edilen bu hususta mümessile açıkça izin vermiş ise; eğer mümessilin akti kendisiyle yapmasında temsil edilen için maddi bir tehlike, bir zarar doğmuyorsa yani bir menfaat çatışması olmuyorsa o zaman bunu geçerli saymıştır. (Bkz. Dr. Feyzi Necmettin Feyzioğlu, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C.1, İstanbul 1976, sh.417 vd.) Somut dava yönünden düşünüldüğünde, bir temsilcinin, temsil sıfatından istifade ile kendi borcu için temsil ettiği kimseyi kefalet

İsviçre Federal Mahkemesinin yukarıda sözünü ettiğimiz kararında beliren düşünce, kanaatimce, 818 sayılı (eski) Borçlar Kanunu uygulamasında da kabul edilmeliydi. 818 sayılı BK m. 484'te getirilen şekil zorunluluğunun amacına ulaşması, temsil yetkisinin aynı şekle uyularak verilmesini kaçınılmaz kılmaktaydı. Mevzu Kanun bakımından ortaya çıkan gelişme, bu sonucun haklılığını gösteren bir diğer dayanak noktası olarak görülebilirdi. Gerçekten de, 1941 revizyonunun bir ürünü olan OR Art. 493 Abs. 6, konuya açıklık getirmekte, kefalet sözleşmesi için aranan şekle bu sözleşmenin yapılması için temsil yetkisi verilirken de uyulması gerektiğini belirtmektedir. Ancak, bu hüküm, İsviçre Hukuku bakımından yeni bir düzenleme getirmiş olmayıp, 1941 revizyonundan önce İsviçre Federal Mahkemesi tarafından benimsenen yaklaşımı yasalaştırmıştır. Şu halde, 1941 revizyonundan önceki İsviçre Kefalet Hukuku'na paralel bir düzenleme içeren 818 sayılı (eski) Borçlar Kanunu çerçevesinde aynı sonucun kabul edilmesine bir engel bulunmamaktaydı. 818 sayılı Kanun'un kefaletin şekline ilişkin 484. maddesinin amacından, bu sözleşmenin yapılması için verilecek temsil yetkisinin de aynı şekle bağlandığı çıkarılabilir²⁴⁴. Şekil serbestisinin asıl olduğu ve şekil zorunluluğunun ancak bir yasa hükmüyle getirilebileceği doğrudur. Ne var ki, şekil zorunluluğu bir yasa hükmüyle açıkça getirilebileceği gibi, söz konusu hükmün yorumundan da çıkarılabilir²⁴⁵. İşte, 818 sayılı Kanun m.

altına sokması, temsilcinin kendi kendisiyle sözleşme yapması ile eşdeğerli bir hukuki işlem olması itibarıyla bu savunmanın değerlendirilmesi gerekirken, temsilcinin kendisiyle sözleşme yapma yasağına aykırı davranmadığı ve (eski) TTK. nun 137 nci maddesi hükmü uyarınca temsil yetkisini aşmadığı yönündeki mahkemenin gerekçesi yeterli değildir. Bu bağlamda, aval işlemi senet üzerinde gerçekleştiğine göre, bu savunma senet lehtarına karşı da, ileri sürülebilecektir" (kazancı içtihat ve bilgi bankası).

244 Aynı düşünce için bkz. Tandoğan, Borçlar II, s. 760.

245 818 sayılı BK. m. 11 f. 1, kanunda sarahat olmadıkça sözleşmenin herhangi bir şekle tabi olmadığını belirtmekteydi. Kullanılan ifadeden, şekil zorunluluğunun kanunda açıkça dile getirilmesi gerektiğini çıkarmak mümkündür. Böyle bir gereklilik kabul edilirse, şekil zorunluluğunun bir kanun hükmünün yorumuna dayandırılmayacağı da söylenmiş olacaktı. 818 sayılı Kanun m. 11 f. 1'in kaynağı olan OR Art. 11 Abs 1, "*bir sözleşmenin geçerliliğinin özel bir şekle bağlı olması, bunun yasayla öngörülmesine bağlıdır*" demektedir. Kaynak kanun, 818 sayılı BK m. 11 f. 1'deki "*sarahat olmadıkça*" ifadesine yer vermemekte, şekil zorunluluğunun yasayla öngörülmesi gerektiğini belirtmektedir. Yasanın şekil zorunluluğunu öngörmesi açıkça olabileceği gibi, yasanın yorumu da şekil zorunluluğunun bulunduğu sonucuna götürebilecektir. Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp'un, OR Art. 11 Abs. 1 hükmünün 818 sayılı Kanun m. 11 f. 1'e göre daha yerinde bir ifade kullandığı şeklindeki açıklaması, şekil zorunluluğunun açıkça getirilmesi gerektiği düşüncesinde olmadıklarının -belki de- göstergesi olarak

484, böyle bir yoruma esas olabilecek bir düzenleme içermektedir. TBK. m. 583 f. 2, konuyu İsviçre örneğine uygun olarak açıklığa kavuşturmuştur. Buna göre, *"kendi adına kefil olma lwnusunda özel yetki verilmesi aynı şekil koşullarına bağlıdır"*. Bu düzenleme, yukanda belirtilen **gerekçelerle**. 818 sayılı Kanun bakımından da ulaşılması gereken bir sonucu teyit **etmektedir**. Ne var ki, temsil yetkisinin kefaletin şekil koşullarına bağlı olması, 818 sayılı Kanun bakımından ortaya çıkacak sonuçların daha da ötesine **geçecektir**. 818 sayılı Kanun zamanında kefalet için verilecek temsil yetkisinin yazılı şekle uygun olması yeterli görülebilirdi. Ne var ki, yetkilendirme beyanında kefil olarak üstlenilecek sorumluluğun azami sınırının gösterilmesi de ayrıca aranacaktı. Buna karşılık, yetkilendirme beyanının cisimleştiren yazılı belgede, beyanda bulunanın el yazısına dayanması gereken herhangi bir bölüm bulunmuyordu. TBK. m. 583 f. 2, kefaletin geçerliliği için gerçekleştirilmesi gereken şekli, aynen, temsil yetkisi verilirken de aramaktadır. TBK. m. 583 f. 2 aracılığıyla uygulanması gereken TBK. m. 583 f. 1, kefalet sözleşmesinin nitelikli yazılı şekle tabi olduğunu ve bazı hususların kefilin el yazısıyla gösterilmesinin gerekli olduğunu belirtmektedir. Şu halde, temsil yetkisi yazılı bir beyanla verilmeli, bu beyanı cisimleştiren belgede yetkiyi verenin el yazısıyla oluşturulmuş bölümler bulunmalıdır. *Temsil yetkisi veren, kendi adına yapılacak kefalet sözleşmesinin müteselsil nitelik taşıyabileceğini ve kefil olarak üstleneceği azamî sorumluluğun ne kadar olacağını el yazısıyla belirtmelidir*. Temsil yetkisinin verildiği tarihin el yazısıyla gösterilmesi gerekliliği de, TBK. m. 582 f. 2 aracılığıyla uygulanan TBK. m. 583 f. 1'in bir sonucu olarak düşünülebilir. Ne var ki, bu nokta kesin olmayıp aksi yönde bir düşünce de geliştirilebilir. Bir başka deyişle, yetkilendirme beyanında el yazısıyla gösterilmesi gereken herhangi bir tarihin bulunmadığı sonucuna da varılabilir.

Yetki belgesi noterde düzenlenmişse, TBK. m. 583 f. 1'de belirtilen hususların yine de kefilin el yazısıyla belirtilmesi gerekecek midir? Amaç

kabul edilebilir. Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altın, s. s. 99. Oğuzman/Öz, şekil zorunluluğunun açıkça öngörülmüş olmasını aramaktaydılar. Oğuzman/Öz, s. 116-117. Altaş ise, şekil zorunluluğunun ancak kanun veya taraflarca öngörülebileceğini, örf ve adet veya hakimın hukuk yaratma faaliyetinin şekil zorunluluğunun kabulüne götüremeyeceğini belirtmekteydi. Altaş, s. 48. Kanunun bazı işlemleri şekle bağlı tuttuğunu bizzat kanunun ifadesinden anlamının mümkün olduğunu belirten Tuğ, kanunun ifadesinden şekil zorunluluğu getirildiğinin anlaşılamadığı hallerde, kanunun yorumundan böyle bir zorunluluğun çıkıp çıkarılamayacağı noktasında bir açıklama yapmamıştır. Adnan Tuğ, Türk Özel Hukukunda Şekil, 2. baskı, Konya 1994, s. 31.

yetki belgesinde boş bırakılan çok önemli bazı noktaların sonradan kefilin iradesine aykırı olarak doldurulmasını önlemekse, noterce re'sen düzenlenen ve yetkilendirme tarihini, kefaletin müteselsil olabileceği hususunu, kefilin azami sorumluluk miktarını gösteren bir yetki belgesi bu amacı gerçekleştirecektir. Belirtilen bu noktaların bir kere de kefilin el yazısıyla belirtilmesini aramaya gerek duyulmayacaktır²⁴⁶. Buna karşılık, amaç yetkilendirme beyanında bulunanın verdiği yetkinin boyutları hakkında en üst düzeyde uyarılmasıysa, bu uyarıyı kendi el yazısından daha üst düzeyde ve daha kesin olarak gerçekleştirecek bir şey olamayacağı söylenebilecektir. Bu durumda, noter tarafından re'sen düzenlenen yetkilendirme beyanında TBK. m. 583 f. 1'de sayılan hususların yetkiyi verenin el yazısıyla da ayrıca belirtilmesi aranmalıdır. El yazılı açıklamada bulunmaya muktedir olmayan kişilerin de, kendi adlarına kefalet sözleşmesi yapılabilmesi için bir başkasını yetkilendirmeleri söz konusu olamayacaktır²⁴⁷. Biz de bu ikinci düşüncenin daha isabetli olduğu kanaatindeyiz.

Temsil yetkisinin, kefaletin geçerlilik şekline uygun olarak verilmesi zorunluluğu, özel olarak verilen temsil yetkisi için söz konusudur. Bir kişiye sırf belirli bir (veya birkaç) kefalet sözleşmesini yapabilmesi için temsil yetkisi veriliyorsa, bu yetkinin kefaletin şekline uygun olarak verilmesi gerekir. Buna karşılık, kefalet sözleşmesi yapılmasını da içeren genel bir temsil yetkisinin (böyle bir yetki TBK. m. 504 f. son'daki kefalet için özel yetki arayan kuralın getirdiği engele çarpmadan söz konusu edilebildiği sürece) herhangi bir şekilde verilmesi mümkündür. Kefalet sözleşmesinin yapılabilmesini de mümkün kılan bir genel yetkinin kefaletin şekline uyularak verilmesi zorunluluğu yoktur. Örnek olarak, uğraşı alanı içerisine kefalet sözleşmesi yapılması giren bir ticari işletmeye ticari temsilci olarak tayin edilen kişilerin durumuna bakılabilir. Bu kişiler, ticari işletme sahibi adına kefil olabilirler. Söz konusu ticari temsilciye kefalet sözleşmesi yapabilsin diye özel yetki verilmesine ve bu yetki verilirken kefaletin geçerlilik şekline uyulmasına gerek yoktur. İsv. BK. m. 493 f. 6'da temsil yetkisinin verilmesi kefaletin şekline bağlanmış olsa da, İsviçre uygulama ve öğretisi genel temsil yetkisi söz konusu olduğunda bu hükmün uygulanmayacağını büyük bir açıklıkla

246 Nitekim bkz. Barlas, Kefaletin Geçerlilik Şartları, s. 356. Ne var ki, yazar, belirtilen noktaların bir kere de kefilin el yazısıyla gösterilmesini geçersizlik iddialarını baştan engelleyecek tedbirli bir davranış olarak görmektedir. Ayan da, temsil yetkisinin noterce düzenleme biçiminde verildiği durumlarda, TBK. m. 583 f. 1 c. 2'de sayılan hususların kefilin el yazısıyla belirtilmesinin gerekmediği düşüncesindedir. Bkz. Ayan, s. 207.

247 Bu yönde bkz. Reisoğlu, Türk Kefalet Hukuku, s. 89.

belirtmiştir²⁴⁸. Aynı çözümün TBK. m. 583 f. 2 düzenlemesi bakımından da kabul edilmesi gerekir. Hukukumuz çerçevesinde de, genel temsil yetkisine sahip olan kişi, kefaletin şekline uyularak özel olarak yetkilendirilmiş olmasa bile kefalet sözleşmesi yapabilmelidir. Yeter ki, somut olaydaki genel temsil yetkisi, temsil edilen adına kefalet sözleşmesi yapabilmeyi de içersin ve TBK. m. 504 f. son' da kefalet için özel yetki arayan kural bu sonuca ulaşılmasına engel olmasın. TBK. m. 504 f. son, özel yetki verilmesini gerektiren haller arasında kefalet sözleşmesini de saymıştır. Söz konusu hükümle getirilen düzenlemeye göre, bir kimsenin genel yetkisi temsilcisi, ayrıca özel olarak yetkilendirilmedikçe, o kişi adına kefalet sözleşmesi yapamayacaktır. *Kefalet sözleşmesi için özel yetki verilmesini arayan kural, ayrıca yetkilendirmenin somut (belirli) bir veya birkaç kefalet sözleşmesi için yapılabilmelerini gerekli lalar. Şu halde, yetkilendirme beyanında, gerek hangi borç için kefil olunacağı gerekse yapılacak kefalet sözleşmesinin özellikleri (kefilin azami sorumluluk sınırının ne olacağı, müteselsil kefil olup olunamayacağı) yeterli açıklıkta gösterilmelidir.* Yetkilendirme beyanında yapılacak **kefalet** sözleşmesinin özelliklerinin belirtilmesi TBK. m. 504 f. son'un bir gereği olarak ortaya çıkmakla birlikte, bu özelliklerden bazılarının yetkilendirme beyanında bulunanın el yazısıyla belirtilmesi TBK. m. 583 f. 2 yoluyla uygulanan TBK. m. 583 f. 1'in gereği olarak ortaya çıkar. *Buna göre, yapılacak kefalet sözleşmesinin müteselsil nitelik taşıyabileceği ve kefilin azami sorumluluk sınırının ne olacağı, yetkilendirmeyi yapanın el yazısıyla belirtilmelidir. Bu arada, yetkilendirmenin yapıldığı tarihin de, yetkilendirmeyi yapan kişinin el yazısıyla belirtilmesi gerektiği söylenebilecektir.* TBK. m. 583 f 2 aracılığıyla uygulanan TBK. m. 583 f 1, her ne kadar kefalet tarihinin el yazısıyla belirtilmesinden söz ediyorsa da, yetkilendirme beyanında ilerde yapılacak kefalet sözleşmesinin tarihinin el yazısıyla gösterilmesi çok defa mümkün olmayacaktır. Bu noktada iki türlü düşünülebilir. Ya yetkilendirme beyanında kefilin el yazısıyla herhangi bir tarihin gösterilmesine **gerek duyulmayacaktır** ya da ilerde yapılacak kefalet sözleşmesinin değil yetkilendirmenin yapıldığı tarihin (el yazısıyla) gösterilmesi gerekecektir. Biz ilk düşünce biçiminin daha isabetli olduğu, ne ileride kurulacak kefalet sözleşmesinin tarihinin ne de yetkilendirme beyanının yapıldığı tarihin kefilin el yazısıyla belirtilmesi gerekmediği kanaatindeyiz²⁴⁹. Ne var ki, kefalet ehliye-

248 BGE 81 II 60 vd, 62 vd; Giovanoli, Art. 493, N. 48; Pestalozzi, Art. 493, N. 20; Tandoğan, Borçlar il, s. 739; Reisoğlu, Kefalet, s. 42; Elçin Grassinger, s. 119.

249 Aynı düşünce için bkz. Gümüş, Borçlar, 2. Baskı, s. 324, dpn. 1815; Ayan, s. 207.

tine ilişkin sınırlamalann (bu arada eşin rızasının alınmasının) daha yetkilendirmenin yapıldığı tarihte gözetilmesi gerektiği kabul edilirse, yetkilendirme beyanında yetkilendirme tarihinin el yazısıyla gösterilmesini aramak kaçınılmaz olur. Sözü toparlayarak bir kere daha önemle vurgulayalım: *Kefalet sözleşmesi için özel yetki aranması, genel yetkili temsilcinin özel olarak yetkilendirilmedikçe yetki veren adına kefalet sözleşmesi yapamayacağını gösterdiği gibi, bundan başka, özel yetki verilirken hem kefalet güvencesine bağlanacak borcun hem de yapılacak kefalet sözleşmesinin özelliklerinin somutlaştırılmasını gerekli hde getirir. Bu söylenen/ere bağlı olarak, kefalet sözleşmesi yapılabilmesi için götürü bir yetki verilemeyeceği, somutlaştırılmış (bireysel özellikleri açıkça ortaya koyulmuş) belirli bir veya birkaç kefalet sözleşmesi için yetki verilmesi gerektiği de kendiliğinden anlaşılacaktır.* Ne var ki, kefalet için özel yetki arayan TBK. m. 504 f. son'daki kuralın da istisnaları olabilir. Bir başka deyişle, bir kişiye verilen genel temsil yetkisinin kefalet sözleşmesi yapma yetkisini de içerdiği istisnai durumlarla (bu konuda pozitif bir dayanak olması koşuluyla) karşılaşılabılır⁵⁰. Ticari temsilcinin yetkisinin kapsamını düzenleyen TBK. m. 548, bu tür bir istisnai durumu karşımıza çıkarmaktadır. TBK. m. 548 f. 1'e göre, *"ticari temsilci, iyiniyetli üçüncü kişilere karşı, işletme sahibi adına kambiyo taahhüdünde bulunmaya ve onun adına işletmenin amacına giren her türlü işlemleri yapmaya yetkili sayılır"*. TBK. m. 548 f. 2, ticari temsilcinin sahip olduğu genel temsil yetkisinin sınırlarından söz etmekte, belirli işlemler bakımından ticari temsilcinin ayrıca ve açıkça yetkili kılınmasını aramaktadır. TBK. m. 548 f. 2 şu şekildedir: *"Ticari temsilci, açıkça yetkili kılınmadıkça, taşınmazları devredemez veya bir hak ile sınırlayamaz"*. Şu halde, ticari temsilcinin yetkisi, kural olarak, işletmenin amacı kapsamına giren her türlü işlemleri kapsayacaktır. Öyle ki, işletmenin amacına girdiği sürece, işletme sahibi adına kambiyo taahhütlerinde bulunmak da ticari temsilcinin yetkisinin kapsamına dahildir. İşletme sahibi adına kefalet sözleşmesi yapılması da, işletme amacının bir gereği olarak ortaya çıkmışsa, ticari temsilci tarafından gerçekleştirilebilmelidir. Ticari temsilciye özel yetki verilmesini gerektiren halleri ayrıca ve açıkça düzenleyen TBK. m. 548 f. 2'de de, kefalet sözleşmesinden söz edilmemiştir. Diğer taraftan, ticari hayatta yer alan aktörlerin kredi almayı

250 Ayan, konuyu "kefalet sözleşmesi yapmanın temsil yetkisinin yasal kapsamı içerisinde olması" olarak ifade etmekte; kefalet sözleşmesi yapmak konusunda yasal temsil yetkisine sahip olan bir kişinin, özel olarak yetkilendirmiş olmasa bile bu sözleşmeyi yapabileceğini belirtmekte ve bu tarz bir yasal temsil yetkisinin bulunduğu halleri ayrıntılı olarak incelemektedir. Bkz. Ayan, s. 191 vd.

kolaylaştırmak için birbirlerine kefil olmaları uygulamada sık olarak rastlanan bir durumdur. *"Bugün sen bana kefil olarak benim kredi almamı kolaylaştır yarın aynı şeyi bensenin içinyapayım"* anlayışı uygulamaya hakimdir. Bu anlayışa göre, ticari işletme sahiplerinin birbirlerinin kredi borçları için kefil olmaları, işletme amacı içinde kalan bir davranış olarak görülmelidir. Sonuç olarak, bir işletmenin ticari temsilcisi, işletmenin amacı çerçevesinde kalan bir işlem olarak, işletme sahibi adına kefalet sözleşmesi yapabilecek. bu yolla, bir başka işletme sahibinin kredi almasını kolaylaştırabilecektir. Bunun için, kefalet şekline uygun olarak gerçekleşen bir yetkilendirme beyanıyla özel bir yetki elde etmesi gerekmeyecektir. Özellik taşıyan kimi durumlarda, ticari vekil açısından da, ayrıca özel yetki elde etmeksizin işletme sahibi adına kefalet sözleşmesi yapabilmek mümkün olabilir. TBK. m. 551 f. 2 c. 1, ticari vekilin yetkisinin kapsamını ele almaktadır. Buna göre, *"bu yetkili işletmenin alışılmış bütün işlemlerini kapsar"*. Şu halde, işletmenin alışılmış işlemleri arasında kefalet sözleşmesi yapmak yer alıyorsa, ticari **vekil**, işletme sahibi adına kefalet sözleşmesi de yapabilecektir. *Ticari vekilin, işletmenin alışılmış işlemleri arasında yer alan kefalet sözleşmesini yapabilmek için, kefaletin geçerlilik şekline uygun özel bir yetki elde etmesi gerekmeyecektir.* Ticari vekile ayrıca özel yetki verilmesini gerektiren halleri düzenleyen TBK. m. 551 f. 2 c. 2, ulaştığımız bu sonuca engel olmayacaktır. Bu düzenlemeye göre, *"ticari vekil açıkça yetkili kılınmadıkça, ödünç olarak para veya benzerlerini alamaz, kambiyo taahhüdünde bulunamaz, dava açamaz ve açılmış davayı takip edemez"*. Görülüyor ki, ticari vekile özel yetkili verilmesini gerektiren haller arasında kefalet sözleşmesi sayılmamıştır. Şu halde, ticari vekilin genel temsil yetkisi kapsamında işletme sahibi adına kefalet sözleşmesi yapabilmesi, bu konuda kefalet sözleşmesinin geçerlilik şekline uygun özel yetki almasına bağlı değildir sonucunu bir kere daha güvenle tekrarlayabiliriz. Yeter ki, kefalet sözleşmesi işletmenin alışılmış işlemleri arasında yer alsın. Buna karşılık, işletmenin alışılmış işlemleri arasında sayılamayacak bir kefalet sözleşmesi bakımından, hem TBK. m. 504 f. son, hem de TBK. m. 583 f. 2 aracılığıyla TBK. m. 583 f. 1 etkili olacaktır. *İşletmenin alışılmış işlemleri arasında yer almayan bir kefalet sözleşmesini ticari vekilin yapabilmesi, bu konuda kefaletin geçerlilik şekline uygun olarak özel bir yetki elde etmesine bağlı olacaktır.* Genel temsil yetkisi çerçevesinde yapılabilecek alışılmış işlemler arasına kefalet sözleşmesinin genellikle girmeyeceği de gözden kaçırılmamalıdır. Kefalet sözleşmesi kefil sadece yükümlülük altına soktuğu, ona herhangi bir çıkar sağlamadığı için, genel yetki veren kişi, kendi adına kefalet sözleşmesi yapılacağını pek aklına

getirmez. Şu halde, ticari vekil tarafından işletme sahibi adına yapılmış kefalet sözleşmesinin geçerliliğini kuşkuyla karşılamak gerekir-25'.

Kefaletin geçerlilik şekline uygun olarak özel temsil yetkisi verildikten sonra, temsilci tarafından kefalet sözleşmesi yapılırken TBK. m. 583 f. 1'deki şekil kuralının gerekleri yerine getirilecek midir? Buna göre, temsilcinin kefalet tarihini, kefilin azami sorumluluk miktarını ve kefaletin müteselsil olduğu hususunu el yazısıyla belirtmesi gerekecek midir? Bu konuda, TBK. m. 583 f. 2'de açıklık yoktur. İleri sürülen bir görüşe göre, kefil, temsilcisini özel olarak yetkilendirirken TBK. m. 583 f. 1'de belirtilen hususları el yazısıyla gösterdiği için yeteri kadar korunmuştur. Diğer taraftan, alacaklının da, özel yetkide belirtilen hususlara kefalet sözleşmesi yapılırken uyulup uyulmadığını araştırması ve bilmesi gerekir. Özel yetki verilirken el yazısıyla belirtilen hususlara uyulmaması kefaletin geçersizliği sonucunu doğuracaktır. Yeteri kadar korunan kefil için, kefalet sözleşmesindeki belirli hususların temsilcinin el yazısıyla belirtilip belirtilmediğinin önemi yoktur. Şu halde, temsilcinin, kefalet sözleşmesi yapılırken, kefalet tarihini, kefaletin müteselsil olduğu hususunu ve kefilin azami sorumlu olduğu *miktarı* el yazısıyla belirtmesi aranmamalıdır²⁵². Biz de bu düşüncenin isabetli olduğu kanaatindeyiz. Buna karşılık, bir diğer görüş, geçerli olarak verilmiş bir temsil yetkisine dayanarak kefalet sözleşmesi yapılırken, bu sefer de temsilci yönünden gerekli şekil koşullarına uyulacağını ileri sürmekte, böylelikle, TBK. m. 583 f. 1 c. 2 uyarınca kefalet belgesinde kefilin el yazısıyla belirtilmesi gereken hususların temsilcinin el yazısıyla belirtileceğini söylemiş olmaktadır²⁵³.

Bu arada, 818 sayılı (eski) Borçlar Kanunu yürürlükteyken çıkabilecek bir soruna da değinilmelidir. Açılacak bir kredi için kefalet güvencesi vermemeyi düşünen kişi, boş bir kefalet belgesini imzalayarak krediyi alacak kişiye vermektedir. Beyaza (açığa) imza içeren kefalet belgesi verildiği sırada, krediyi kimin kullandıracağı ve ne tutarda kullandıracağı henüz belli değildir. Söz konusu kefalet belgesi sonradan doldurularak, kredi kullandırmayı kabul eden kişiye verilecektir. Bu tür olaylarda, beyaza imzalı kefalet belgesini veren kişinin durumu tehlikelidir. Boş belge, kefil olacak kişiyle bu belgeyi alan kişinin arasındaki anlaşmaya ayları olarak doldurulabilir. Örneğin, karar-

251 Reisoğlu, verilen genel yetkinin kapsamına, kefalet sözleşmesinin girip girmediğini araştırırken kuşkuyla davranılması gerektiğini ve kural olarak olumsuz sonuca varılacağını belirtmektedir. Reisoğlu, Kefalet, s. 42.

252 Reisoğlu, Türk Kefalet Hukuku, s. 101.

253 Gümü, Borçlar, 2. Baskı, s. 324; Ayan, s. 208.

la,urulan miktardan daha ylcsek bir miktar kefilin sorumluluk sınırı olarak gösterilebilir. Bunun gibi, kararla.ştırılardanfarklı bir kredideri doğan borca kefalet için söz konusu belge doldurulabilir. Boş kefalet belgesinin belgeyi verenle alan arasındaki anlaşmaya aykırı olarak doldurulduğu bütün bu olasılıklarda durum ne olacaktır? Bu sorunun cevabı. anla.şmaya aylcırı olarak doldurulmuş kefalet belgesini alan alacaklının iyiniyetine bağlı kalmalıdır.

Açığa imzalı kefalet belgesi anlaşmaya uygun olarak doldurulup alacaklıya takdim edilirse, alacaklının belgeyi kabulüyle birlikte kefalet sözleşmesi geçerli olarak kurulacaktır. İmzalı boş belgeyi alan ve bu belgeyi sonradan (anlaşmaya uygun biçimde) doldurarak alacaklıya teslim eden esas borçlu, kefilin temsilcisi olarak mı kabul edilmelidir? Bir gr.1 bu sonucu kabul etmektedir. İmzalı boş belge esas borçluya teslim edildiği sırada henüz alacaklının (krediyi açacak kişinin) kimliğinin belli olmadığı ve bu kişiyi esas borçlunun (krediyi alacak kişinin) seçeceği düşünülürse, alacaldryı seçme yetkisi verilmiş esas borçlunun kefilin temsilcisi sıfatını ta.şıyacağı söylenebilir. Belgeyi alan esas borçlu, önce alacaklının kim olduğunu belirleme, sonra imzalı boş belgeyi doldurarak tamamlama ve kendi seçtiği alacalcıya teslim etme yetkilerine sahiptir. Kefalet sözleşmesinin kurulmasında, esas borçlu bu derece geniş yetkiye sahip olduğuna göre, kefalet sözleşmesinin kurulmasına olanak veren iradenin esas borçluya ait olduğu kabul edilebilir. Esas borçlu temsil yetkisine sahip kabul edildiğine göre, alacaklının kefalet belgesini alarak örtülü bir biçimde açıkladığı kabul iradesinin muhatabı da esas borçlu olmaktadır. Bu görüş yandaşlarına göre, kefil tarafından doldunılarak imzalanmış kefalet belgesini alacaklıya ulaştıran esas borçlunun rolü bir haberciden ibaretken, alacaklıyı seçerek boş kefalet belgesini dolduran ve kendi seçtiği alacaklıya teslim eden esas borçlu temsilci sıfatını ta.şır254. Bu dşn-

254 Nitekim Reisoğlu'nun açıklamaları bu doğrultudadır. Reisoğlu, Kefalet, s. 40. Beyaza imza yoluyla verilmiş belgeyi doldurma yetkisinin bir temsil yetkisi olarak değerlendirilmesi gerektiğini ileri süren düşünce, imzalı boş belgenin sonradan doldurulmasının aranan çek.il koşulunu gerçekleştirmiş sayılıp sayılmayacağı sorunuyla, söz konusu belgede cisimleşen işlem iradesinin kime ait olduğu sorununun ayrılması gerektiğini savunur. Yasanın geçerlilik şekline bağladığı bir işlem söz konusuysa, beyaza imzalı belgenin imza sahibinden başkası tarafından doldurulması şekil koşulunu gerçekleştirir. Ancak bu sonuç, sonradan doldurulan belgede açıklanan iradenin imza sahibine ait olduğunu kabul etmeyi gerektirmez. Bu irade, belgeyi dolduran kişinin temsilci sıfatıyla açıkladığı bir irade olarak kabul edilmelidir. Bir kimsenin, bir başkasına, tamamlanmak üzere imzasını içeren boş bir belge vennesi, kendi adına bir hukuki işlem yapılması için temsil yetkisini içeren bir belge vermesiyle aynı niteliğe sahiptir. Bir kimseye temsil yetkisi verilmesi, o kimsenin temsil edilen adına irade açıklamasında bulunmasını mümkün kılar. Bir kimseye sonradan doldurulmak üzere beyaza imzalı bir belge verilmesi de, o kimsenin belgeyi tamamlamak suretiyle belgeyi veren adına irade açıklamasında bulunmasını mümkün kılar. Bir kimseden sonradan doldurmak üzere im-

ce kabul edilirse, kefalet sözleşmesinin yapılması için temsil yetkisi vermenin iki yolu olduğu söylenebilecektir. Bu temsil yetkisi, ya kefaletin şekline uygun olarak düzenlenmiş bir yetki belgesiyle verilecek ya da kefilin imzaladığı boş kefalet belgesinin temsilciye (temsilci durumundaki esas borçluya) teslim edilmesiyle verilecektir.

Benim de katıldığım diğer bir görüş, açığa imzalı kefalet belgesini sonradan doldurarak alacaklıya takdim eden esas borçluyu temsilci olarak görmemektir. Bir temsilden söz edilebilmesi için, sözleşmeyi kuran irade beyanının temsilciye ait olması gerekir. Temsil yoluyla kurulacak olan sözleşme yazılı şekle bağlıysa, yazılı şekle bürünmesi gereken irade temsilcinin olmalıdır. Esas borçlunun kefilin temsilcisi olarak hareket ettiğini kabul edebilmemiz için, kefalet sözleşmesine ilişkin yazılı beyanın esas borçlu tarafından yapılması gerekir. Bu da, kefalet belgesinde temsilci sıfatıyla hareket eden esas borçlunun imzasının bulunmasını gerektirir. Kefalet sözleşmesinin geçerlilik şekline uygun olarak bir temsil yetkisi elde etmiş olan esas borçlu, temsil ettiği kişi adına kefalet belgesini hazırlamalı ve bu belgeyi temsilci sıfatıyla imzalamalıdır. Oysa açığa imza durumunda, yazılı şekil içerisinde açıklanmış irade, boş belgeyi sonradan dolduran esas borçlunun iradesi olarak kabul edilemez. Belge üzerindeki imza kefilin olduğuna göre, belgede cisimleşen iradenin de onun olduğu kabul edilecektir. Esas borçlu kefil adına kendi iradesini açıklamamakta, kefilin imzalı boş belgede cisimleşmiş olan iradesini tamamlamaktadır. O halde, esas borçlunun durumu, kefilin iradesini alacaklıya ileten bir haberci olarak nitelenemeyeceği gibi, kefil adına kendisi beyanda bulunan bir temsilci olarak da nitelendirilemez. Esas borçlu, bu ikisinin arasında bir yerde, kefilin irade beyanının tamamlayıcısı durumundadır. Beyaza imzalı bir belgeyi dolduran kişinin bir temsilciden farklı olan durumu, yasa tarafından doğrudan doğruya ele alınmamıştır. Beyaza imza ve boş belgenin doldurulması için birisine yetki verilmesi olanağı, öğreti ve uygulama tarafından yasa ötesi kabul edilmiş bir olanaktır. Ne var ki, beyaza

zalı boş bir belge alan kişi, bu belgeyi aradaki anlaşmaya aykırı olarak doldurabilir. Bu durum ispatlanmadığı takdirde, belgeyi veren açısından bağlayıcılık söz konusu olur. Temsilcinin temsil yetkisini gösteren belgeden anlaşılamayacak bir biçimde yetkisinin sınırlarını aşması durumunda da, temsil edilen belgeyi görerek temsilciyle işlem yapan üçüncü kişilere karşı bağlı olur. Temsil yetkisine ilişkin belgeden anlaşılamayacak şekilde temsil yetkisinin sınırlarının aşılması veya temsilci tarafından yetkinin kötüye kullanılması, beyaza imzalı belgenin anlaşmaya aykırı doldurulmasıyla benzer hukuki sonuçlar doğurur. Beyaza imzalı belgeyi imza sahibinden teslim almayıp hukuka aykırı olarak ele geçiren kişi, bu belgeyi doldurduğu takdirde, yetkisiz temsilci olarak başkası adına irade açıklamasında bulunan bir kişi durumuna düşer. Beyaza imzalı belgenin sonradan tamamlanması yetkisinin bir temsil yetkisi olarak kabul edilmesi gerektiğini ileri süren bu düşünce için bkz. Flume, s. 253. Bu düşünce biçimini tanıtıcı mahiyetteki açıklamalar için ayrıca bkz. Özen, Beyaza İmza, s. 414.

İmzalı belgeyi sonradan doldurma yetkisi bir temsil yetkisi olarak kabul edilmez. Bu belgeyi imzalı olarak doldurmak, borçlu veya alacaklı (esas borçlu veya alacaklı) tarafından doldurulabilmesi olanağı doğurur. Bu belgenin ufil olmak istenmesi, borçlunun iradeyi uygun olarak doldurduğu takdirde geçerli bir ufalet sözleşmesinin kurulmasına esas olacağı ileri sürülebilir. (Y>_

6098 sayılı TBK. m. 583 f 1 ve f 2 bütün bu irade, smolorin önt-mını azaltacak halla ortadan kalkmasına yol açacaktır. Bu düzenleme, l, lce-

- 255 Reinicke/fiedtke, s. 41-42. Açıklamaya çalıştığımız ve bizim de utıldığımız bu düzeninceye göre, beyaza imzalı belgeyi sonradan tamamlama yetkisi bir temsil yetki, olmadığı için, temsil yetkisiyle ilgili bazı ilkelerin uygulanması söz konusu olma7. Örneğin beyaza imzalı belgeyi (anlaşmaya uygun olarak) doldurma yetkisinin. ? geri alınması veya sınırlanması mümkün değildir. Kendi imzasını içeren boş bir belgeyi veren kişi, belgeyi tamamlayacak kişiyle yapmış olduğu anlaşma çerçevesinde söz konusu belgenin tamamlanmasını engelleyemez. Beyaza imzalı belge verilirken belirlenmiş olan ve söz konusu belge doldurulurken uyulması gereken sınırlar. belgeyi veren tarafından sonradan daraltılamaz. O halde, temsil yetkisinin her zaman geri alınabileceğine veya sınırlanabileceğine ilişkin temel ilke, beyaza imzalı belgenin tamamlanması yetkisi bakımından geçerli değildir. Beyaza imza içeren belgeyi veren kişinin ölümü veya ehliyetini kaybetmesi, bu belgeyi tamamlayarak yürürlük kazandıran yedrisim son bulmasına yol açmaz. Beyaza imzalı belgeyi sonradan doldurma yetkisiyle temsil yetkisi arasındaki bu farklar için bkz. Merz, s. 188; Özen, Beyaza imza, s. 416-417.
- 256 Tandoğan, Borçlar II, s. 748; Reisoğlu, Kefalet, s. 49-50. Ne var ki, Medicus. bu sonuca karşı çıkmakta, kefalet belgesi olarak doldurulmak üzere kefil olmak isteyen kişi tarafından verilen imzalı boş belgenin, sonradan alacaklı (veya esas borçlu) tarafından doldurulmasının kefaletin geçerlilik şeklini gerçekleştirmeye yetmeyeceğini iter sürmektedir. Yazara göre, kefil olmak isteyen kişiyi korumak için getirilmiş şekil şartı. belgenin kefilin yazılı beyanının yapılmasından sonra imzalanmasını gerektirir. Medicus, s. 122. Bu konuda alınacak: tavır, kuşkusuz, beyaza imzalı bir belgenin sonradan doldurulması olgusunun, tarafları (veya sadece beyaza imza veren tarafı) korumak için aranan bir şekil şartını yerine getirip getirineyeceğiyle ilgilidir. Bu konuda ileri sürülen bir görüşe göre, taraftan (veya beyaza imza veren tarafı) korumak için aranan bir geçerlilik şekli söz konusuysa, beyaza imzalı belgenin sonradan doldurulmasıyla bu geçerlilik şekli gerçekleşmiş sayılmaz. Merz, s. 188; Schöenberger/Jaggi. Art. 13, N. 45-47 (yazarlara göre şekil zorunluluğu tarafları korumak amacına dayanmayıp üçüncü kişileri korumak amacıyla getirilmişse, hukuki işlemin beyaza imza yoluyla kurulması şekle aykırılığa yol açmaz). Buna karşılık, bizim de katıldığımız bir diğer görüşe göre, geçerlilik şekli taraflar (özellikle beyaza imza veren tarafı) korumak amacıyla kabul edilmiş olsa bile, beyaza imzalı belgenin sonradan doldurulması, geçerlilik şeklini gerçekleştirmeye yeter. Bu görüş için bkz. Flurne, s. 253; Köhler, s. 213; Bruno Schmidlin, Bemer Kom.mentar, Bd. VI, Das Obligationenrecht, 1. Abteilung, Allgemeine Bestimmungen 1. Teilband, Allgemeine Einleitung in das schweizerische Obligationenrecht und Kom.mentar zu Art. 1-18, Bern 1986, Art. 12-15, N. 29; Kocayusufpaşaoğlu, Gilven Nazariyesi, s. 33; Eren, s. 248; Oğuzman/Öz, s. 123; Altaş, s. 77.

fil, kefalet tarihini, sorumluluğunun azami miktarını ve müteselsil kefil olma iradesi taşıdığı el yazısıyla ortaya koymalıdır. Şu halde, açığa imzalı kefalet belgesi verilmesi sorununa 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun yürürlüğü sırasında rastlanmayacaktır. Diğer taraftan, kefil, temsil yetkisi verirken de kefalet için aranan şekle uymalıdır. Bütün bu düzenlemeler, kefilin düşüncesinin ötesine geçen bir sorumluluk sınırıyla karşılaşmasını engelleyici niteliktedir.

G. Kefalet sözleşmesinde işlem temelinin çökmesi

Kefilin kefalet sözleşmesi bakımından işlem temelinin çöktüğünü ileri sürmesi mümkün müdür? Kefil tarafından ileri sürülebilecek bu türlü bir iddia, çok istisnai bazı durumlar dışında, dikkate alınamaz. Aksi takdirde, kefalet sözleşmesinin alacaklıya teminat verme işlevine gölge düşer. Kefilin alacaklı tarafından bilinebilir bir biçimde esas borçlunun borcu ifa edeceğine inanması ve bu inançla kefalet sözleşmesini yapması, bu inancı gerçekleşmediği takdirde *"işlem temelinin çöktüğü"* iddiasını ileri sürmesine olanak vermez. Bunun gibi, kefil, alacaklı tarafından bilinebilir bir biçimde, diğer teminatların yeterli olduğu ve kendisine başvurulmasına gerek kalmayacağı beklentisi içinde hareket etmiş olabilir. Bu beklentisi boşa çıktığı takdirde de, işlem temelinin çöktüğünü ileri süremez. Yine, kefilin, kefalet sözleşmesi yapılırken esas borcun yenileneceği düşüncesi içerisinde hareket etmiş olması, söz konusu yenileme gerçekleşmediği takdirde işlem temelinin çöktüğünü ileri sürmek için gerekçe oluşturmaz. Kefilin bu türlü bir düşünceyle hareket ettiğini alacaklının biliyor olması da bu sonucu değiştirmez. Esas borcun ifa edilmemesi, mevcut diğer teminatların alacaklıyı tatmin etmekte yeterli olmaması veya esas borcun yenilenmemesi olguları, kefalet sözleşmesine bağlı olağan rizikolardır. Bu türlü olguların kefalet sözleşmesi bakımından işlem temeli katına yükseltilesi, işin niteliğine uygun düşmez.

Buna karşılık, kefalet sözleşmesi bakımından olağan riziko olarak görülemeyecek olgular, işlem temeli düzeyine yükselebilir. Örneğin, bir kimse ileride devralmayı düşündüğü işletmenin borçları için kefil olur ve alacaklı da böyle bir düşünce altında kefil olduğunu bilirse, işletme devrinin gerçekleşmemesi işlem temelinin çöktüğü iddiasına olanak verir²⁵⁷. Buna karşılık, eşlerden birinin diğerinin borcu için kefil olması durumunda, evliliğin sona ermiş olması işlem temelinin çöktüğünü ileri sürme olanağı vermez²⁵⁸.

257 Reinicke/fiedtke, s. 74.

258 Reinicke/fiedtke, s. 74.

İşlem temelinin çökmesi kurumunun kefalet sözleşmesi bakımından uygulanmasına, Alman Yüksek Mahkemesinin bazı kararlarında rastlanmalcdır²⁵⁹. Bilindiği gibi, Yüksek Mahkeme, düzenli bir geliri olmayan ve iş tecrübesine de sahip olmayan kişilerin, eşinin nüfuzu altında kalarak, yine eşinin aldığı yüksek tutardaki bir kredi için kefil olmasını, iktisadi geleceğin ahlaka aykırı bir biçimde kayıtlanması olarak nilelendirmektedir. Ne var ki, aynı Yüksek Mahkeme, bu değerlendirmesi açısından istisnai olarak kabul edilebilecek durumların varlığını da kabul etmektedir. Örneğin. kredi kurumu, eşler arasında gerçekleşen malvarlığı kaymalarından zarar gömmek için. kredi verdiği kişinin eşinin kefil olmasını istemiş ve kefalet söz/e.şmesi kredi kurumunu bu tür bir zarardan korumak için yapılmışsa, böyle istisnai bir durum ortaya çıkar. Bu türden durumlarda, kefil olan kişinin tecrübesizliğine ve düzenli bir gelirinin o/mamasına rağmen, eşinin nüfuzu altında kalarak iktisadi geleceğini sarsacak bir yükümlülük üstlenmesinin "ahlaka aykır • sayılmayabileceği; kredi kurumunun kendini koruma amacının ahlaka aykırılık iddiasının önüne geçeceği söylenebi/i,:U,0. Ne de olsa, kredi kurumu, lcre-di verdiği kişinin malvarlığını eşine devretmesinden ve bu kişiye karşı yapacağı takibin bu nedenle boşa çıkmasından endişe ederek makul görülebilecek bir tedbir almaktadır. Somut olayın taşıdığı bu özellik nedeniyle ahlaka aylan sayılamayan kefalet sözleşmesi bakımından, bazı koşullann gerçekleşmesi durumunda işlem temelinin çökmesi olgusu gerçekleşebilir. Kredi kurumu kefil sorumlu tutmak istediği sırada, endişe edilen biçimdeki malvarlığı kayması henüz gerçekleşmemişse ve kefil eşinden boşanmış olduğu için ileride de gerçekleşme olasılığı bulunmuyorsa, kefalet sözleşmesi bakımından işlem temelinin çöktüğü ileri sürülebilecekti?⁶¹.

Kefalet sözleşmesi bakımından işlem temelinin çöktüğü iddiası, kefilin sorumluluğunun üst sınırının yabancı para olarak belirlenmesi durumunda söz konusu olabilir. Kefilin sorumluluğunun üst sınırını yabancı para olarak göstermeye hukuki bir engel yoktur. Ne var ki, Türk parası, kefilin sorumluluğunun üst sınırını belirlemek için kullanılan yabancı para birimi karşısında aşın ölçüde değer kaybedebilir. Böyle bir gelişmenin ortaya çıkacağı, kefalet sözleşmesinin yapıldığı sırada öngörülmüyorsa ve bu gelişme nedeniyle kefilden edimini aynen yerine getirmesini beklemek dürüstlük kuralına ay-

259 NJW 1995, 592.

260 Düşüncemize göre, eşler arası malvarlığı kaymalarını önlemek için kredi kurumunun başvurduğu bu yol amacı aşan sonuçlar doğunnaktadır ve bu nedenle caiz görülmemelidir. Buna bağlı olarak da ahlaka aykırılık yönünde verilecek bir yargıyı engelleyici etkisi de olmamalıdır. Bkz. Bu çalışma, § 2, 11, E.

261 Alman Yüksek Mahkemesinin bu uygulamasının değerlendirilmesi ve eleştirilmesi için bkz. Reinickeffiedtke, s. 80-81.

kın düşecekse, kefil işlem temelinin çöktüğünü iddia edebilir. Kefilin işlem temelinin çöktüğü iddiası, sözünü ettiğimiz olasılıkta, kefalet sözleşmesinin sona ermesini değil, değişen koşullara uyarlanmasını haklı gösterecektir. Kefilin sorumluluğunun üst sınırı olarak gösterilen yabancı paranın olağan koşullarda ne kadar değer kazanacağı saptanmalı, buna göre kefilin sorumlu tutulabileceği tutar belirlenmelidir²⁶².

262 Reisoğlu, Kefalet, s. 58; Seza Reisoğlu, Yabancı Para Üzerinden Taahhüt Altına Girilmesi ve Hukuki Sonuçları, Batider, C: XHI, Y: 1987, S: 3-4, s. 143 vd.

§ 4. Kefalet Sözleşmesinin Çeşitleri

L Adi kefalet

A. Adi kefaletin özellikleri

Adi kefaletle ilişkin TBK m. 585 f. 1 aynen şu şekildedir: *"Adi kefaletle alacaklı, borçluya başvurmamakça, kefil takip edemez; ancak, aşağıdaki hallerde doğrudan doğruya kefile başvurabilir: 1. Borçlu aleyhine yapılan takibin sonucunda kesin aciz belgesi alınması. 2. Borçlu aleyhine Türkiye'de takibatın imkansız hale gelmesi veya önemli ölçüde güçleşmesi. 3. Borçlunun iflasına karar verilmesi. 4. Borçluya konkordato mehli verilmiş olması"*. Adi kefile tanınmış önce rehnin paraya çevrilmesi savunması da TBK. m. 585 f. 2'de düzenlenmiştir. Buna göre, *"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"*.

TBK. m. 585'de düzenlenen adi kefalet, yasal sistematikte asıl olan kefalet türünü oluşturmaktadır. Borçlar Kanunu'muzun yer verdiği diğer bir kefalet türü olan müteselsil kefalet, istisnai bir kefalet türü olarak kabul edilmiştir. O halde, müteselsil kefalet olarak nitelendirilmeyen her kefalet ilişkisi, zorunlu olarak adi kefalet olarak nitelendirilecektir¹. Adi kefalet için yapılan bu tersinden (negatif) tanımlama, kuşkusuz, yeterli değildir. Kefaletin ana türünü oluşturan adi kefaleti, istisnai kefalet türü olan müteselsil kefaletten ayıran özelliğin ne olduğu ortaya koyulmalıdır. Bu açıdan bakılırsa, adi kefaletin ayırıcı özelliğini, kefilden talepte bulunulmadan önce esas borçlunun takip edilmesi zorunluluğu oluşturur. Ödeme gücüne sahip olan esas borçluya ulaşılabilir ve hakkında takip yapılabilir olduğu sürece, alacaklı

Pestalozzi, Art. 495, N. 1; Tandoğan, Borçlar il, s. 762.

önce esas borçluyu takip etmelidir. Kefil, müteselsil kefalette olduğu gibi esas borçlunun yanında değil arkasında sorumludur. Alacaklı, esas borçluyu takip edip bu takip semeresiz kalmadıkça kefilen talepte bulunamaz. Alacaklının önce esas borçluyu takip zorunluluğundan kurtulabilmesi için, esas borçlunun iflas etmesi veya esas borçluya konkordato mehli verilmesine karar verilmiş olması gerekir. Bunun gibi, esas borçlunun Türkiye'de takip edilebilmesinde imkansızlık veya aşırı zorluk³ ortaya çıkmışsa, adi kefilen doğrudan talepte bulunulması mümkün hale gelir. Alacaklının önce esas borçluyu takip zorunluluğu dışında, mevcut rehinleri paraya çevirme zorunluluğunun bulunduğu da dikkate alınır, adi kefilin sorumluluğunun üst düzeyde ikincil bir sorumluluk olduğu olgusu iyice netlik kazanır. Gerçekten de, TBK m. 585 f. 2'ye göre, kefaletten önce veya en geç kefaletle aynı zamanda verilmiş rehinler paraya çevrilmedikçe alacaklının adi kefile başvurusu engellenebilmektedir. Önce esas borçlunun takip edilmesi ve rehinlerin paraya çevrilmesine ilişkin zorunluluklar, alacaklının adi kefile başvurabilmesini mümkün kılan yığılık (kümülatif) nitelikte zorunluluklardır. Bu zorunlulukların her ikisinin birden gerçekleştirilmesi gerekir\ Kefilin sorumluluğunun doğasından kaynaklanan fer'ilik niteliğine, adi kefilin sorumluluğunun üst düzeydeki taliliği (ikincilliği) eklenmektedir. Adi kefilin sorumluluğunun yüksek dozdaki taliliği, adi kefaleti müteselsil kefaletten ayırdığı gibi, birlikte borç üstlenmeden ve garanti sözleşmesinden de ayırır. Bir borcun ifa edileceğine ilişkin garanti veren kişinin sorumluluğu, gerek adi gerekse müteselsil kefaletle oranla ikincillik dozu çok düşük bir sorumluluktur. Teminat amacıyla borca katılanın sorumluluğu ise, tali bir sorumluluk olmayıp ilk borçluyla aynı derecede bir sorumluluktur⁵.

Kefaletin müteselsil olduğu kararlaştırılmadıkça veya yasayla öngörülmedikçe (TTK m. 7)⁶, adi kefaletin varlığı asıdır. Demek oluyor ki yasal

2 Beck, Art. 495, N. 9; Pestalozzi, Art. 495, N. 1.

3 Tandoğan, Borçlar il, s. 762.

4 Staffelbach, Art. 495, N. 1; Huguenin, Besonderer Teil, s. 183-184. Adi kefil, her iki def'iyi birlikte ileri sürebilir. Bkz. Scyboz, s. 414; Aral, Borçlar, s. 440.

5 Beck, Art. 495, N. 9.

6 Ne var ki TTK. m. 7'deki teselsül karinesinin kefaletin şekline ilişkin TBK. m. 583 karşısında uygulanma kabiliyeti kalmadığı söylenebilir. TBK. m. 583'e göre, kefil, müteselsil kefil olma iradesi taşıdığını gösteren bir ifadeyi el yazısıyla kefalet belgesine eklemelidir. Bu gereklilik bakımından kefilin gerçek kişi veya tüzel kişi olması bir fark yaratmaz. Kefaletle konu borcun ticari bir işten kaynaklanması durumunda dahi aynı şekilde zorunluluğunun geçerli olacağı söylenebilir. Şu halde, kefalet belgesinde müteselsil

sistematikte ana kefalet türü adi kefalet olarak ele alınmıştır. O halde, bir kefalet sözleşmesinin adi kefalet olduğu yolunda bir karineden söz edilebilir. Bu karine, adi kefalet yasanın bağladığı bütün sonuçlarla birlikte etkisini gösterir. Bir başka deyişle, kefaletin müteselsil olduğuna dair bir sözleşme veya yasa hükmü bulunmadıkça, kefil kendisine başvurulmadan önce esas borçlunun takip edilmesini ve (kefaletten önce veya kefaletle birlikte tesis edilmiş) her türlü rehnin değerlendirilmesini isteyebilir⁷.

kefaletle ilişkin el yazısıyla yazılmış bir ibare bulunmadan TTK. m. 7'de yer alan karine sayesinde müteselsil kefaletin bulunduğu iddia edilebilmesi lcuşkaladur. **Öğretideki** eğilim de, TTK. m. 7'deki teselsül karinesine rağmen TBK. m. 583'teki **şekil** kuralının etkili olacağı ve ticari borçlara kefaletin müteselsil olduğu kefilin el yazısıyla belirtilmedikçe bu yönde bir nitelendinne yapılamayacağı yönündedir. Bu görüşlere göre. Tılrk Ticaret Kanunu ticari işler bakımından özel nitelik taşıya bile, TTK. m. 7 f. •1 de teselsül karinesinin uygulanacağı haller belirlenirken, "kanunda veya sözleşmede aksi öngörülmedikçe" denilmiştir. Bu saklı tutma sonucunda ticari işlerde de TBK m. 583 f. 1'deki emredici düzenlemenin göz önünde tutulması gerekir. Şu halde, ticari borca ke-fi1 olan kişi el yazısıyla müteselsil kefil olacağını belirtmezse, adi kefil olarak kabul edilecektir. Bkz. Reisoğlu, Tılrk Kefalet Hukuku, s. 35; Mahmut Bilgen, 6098 sayılı Türle Borçlar Kanunu Işığında Öğreti ve Uygulamada Kefalet ve Yargılama Hulrulruna ili,ş,-kin Uyuşmazlıklar, Ankara 2013, s. 324. Ne var ki, uygulamanın aksi yönde gelişeceği düşüncesindeyim. Böyle bir gelişme olursa, müteselsil kefil olına iradesi kefilin el yazısıyla ortaya koyulmasa bile, ticari bir borca kefaletin TTK. m. 7'deki karine **sayesinde** müteselsil kefalet olduğu sonucuna varılmış olacaktır. Böyle bir sonuca varılması da. TTK. m. 7'deki teselsül karinesinin şekle ilişkin TBK. m. 583'ün bu noktada istisnasını oluşturduğu anlamına gelecektir.

- 7 Yasal sistematikte adi kefalet asıl kefalet tipini oluştursa da, uygulama gerçekleri bu durumu değiştirmiş ve pratikte müteselsil kefalet asıl tercih edilen kefalet tipini oluşturmuştur. Hal böyleyken bazı yasal düzenlemelerle adi kefaletin zorunlu kefalet tipi haline getirildiği gözlenmiştir. Tüketici işlemlerini konu alan yasal düzenlemelerle getirilen bu tip zorunluluğu, kişisel teminat sözleşmeleri alanında adi kefaletin hukuk uygulamasında daha önce sahip olmadığı bir önem kazanmasına yol açmıştır. Tüketici kredisi sözleşmelerinden, konut :finansmanı sözleşmelerinden ve tüzel kişi tacirler dışındaki kişilerle yapılacak olan kredi kartı sözleşmelerinden doğan borçlara verilecek kişisel teminatın adi kefalet olması zorunluluğunu getiren düzenlemeler, ilk ol- 4077 sayılı (eski) Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanun'un 10. maddesinin 3. fıkrasının son cümlesi, aynı kanunun 10/8 maddesinin 8. fıkrası ve Banka Kartları ve Kredi Kartları Kanunu'nun 24. maddesinin 5. fıkrası ve 43. maddesi ile karşımıza çıkmışlardır. Bu hükümlere aykırılık edilmesi ve belirtilen nitelikteki sözleşmelerden doğan borçlarla ilgili olarak müteselsil kefalet sözleşmesi yapılması durumunda. söz konusu kefalet sözleşmelerinin "kesin hükümsüz" sayılması gerektiği ileri sürölmüştür. Bu konuda bkz. İlhan Helvacı, Banka Kredi Sözleşmeleri Çerçevesinde Adi **Kefalet** Sözleşmesine İlişkin Gelişmeler, İÜHFM, C: LXV, S: 1, Y: 2002, s. 263 vd. Helvacı, bu incelemesinde (s. 272), belirtilen emredici düzenlemelere aykırı olarak yapılan müte--

selsil kefalet sözleşmelerinin kesin hükümsüz olduğunu tespit ettikten sonra, şartları gerçekleştiği takdirde tahvil yoluna gidilebileceğini ileri sürmüştür. Bu görüşün benimsenmesiyle, müteselsil kefalet olarak kesin hükümsüz sayılan sözleşmelerin adi kefalet olarak ayakta tutulabilmesi imkan dahiline girmektedir. Ne var ki, alacaklının önce esas borçludan talepte bulunması zorunluluğunun kabul edildiği bir müteselsil kefaletin, 4077 sayılı (eski) TKHK. m. 10 f. 3 c. son vcm. 10/B f. 8'e aykırı düşmeyeceğini -özellikle banka çevrelerinde- iddia edenler çıkmıştı. Gerçekten de, söz konusu düzenlemeler, adi kefalet türünün seçilmesinin zorunlu olduğunu açıkça belirtmemektedirler. 4077 sayılı (eski) TKHK. m. 10 f. 3 c. son'da, "tüketici kredisinin teminatı olarak şahsi teminat verildiği hallerde, kredi veren, asıl borçluya başvurmadan, kefinden borcun ifasını isteyemez" denilmektedir. Aynı Kanun m. 10/B f. 8'de ise, "kurulan finansmanın teminatı olarak şahsi teminat verildiği hallerde, konut finansman kuruluşu, asıl borçluya ve diğer teminatlara başvurmadan, kefinden borcun ifasını isteyemez" ifadelerine yer verilmiştir. Bu düzenlemelerde neden açıkça adi kefalet zorunluluğu dile getirilmemiştir de asıl borçluya (ve diğer teminatlara) başvurmadan kefinden borcun ifası istenemez gibi dolaylı (ve üstelik daha uzun) bir anlatım biçimi seçilmiştir diye sorulması yadırganacak bir durum değildir. Ne de olsa, kefinden borcun ifası istenmeden önce asıl borçluya başvurma gerekliliği, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun ele aldığı biçimiyle müteselsil kefalette de karşımıza çıkmaktaydı. Gerçekten de, TBK. m. 586, ifade geciken asıl borçlu sonuçsuz kalacak bir biçimde ihtar edilmeden müteselsil kefile başvurulamayacağını belirtmektedir. Bundan başka, alacaklının müteselsil kefile başvurmadan önce, teslim bağli taşınır rehni ve alacak rehni türünden güvenceleri paraya çevirmesi gereklidir. Şu halde, kefinden borcun ifasını istemeden önce asıl borçluya ve başkaca teminatlara başvurulması zorunluluğu, kaçınılmaz bir biçimde adi kefaleti çağrıştıran bir özellik değildir. Hal böyle olunca 4077 sayılı (eski) TKHK. m. 10 f. 3 vcm. 10/B f. 8'de yer alan "asıl borçluya başvurmadan kefinden borcun ifası istenemez" şeklindeki ifadelerden yola çıkarak adi kefalet zorunluluğu getirildiğinin iddia edilmesi kuşkuyla karşılanmıştır. Nitekim, aynı dönemde yürürlükte olan Banka Kartları ve Kredi Kartları Kanunu m. 24 f. 5'te, kredi kartı kullanımlarındaki kefaletin adi kefalet olacağı açıkça belirtilmiş, asıl borçluya başvurmadan kefinden ifa talep edilemez türünden ifadelerle yer verilmemiştir. Aynı alanda etkili düzenlemelerden birisinde açıkça adi kefalet zorunluluğundan söz edilirken, diğerlerinde böyle bir zorunluluktan hiç söz edilmeden "asıl borçluya başvurulmadan kefinden ifa istenemez" denilmekle yetinilmesi de manidar bir tutum olarak değerlendirilebilirdi. Bütün bu gerekçelerle, 4077 sayılı Kanun'da yer alan düzenlemelerle amaçlananın adi kefalet zorunluluğu getirmek olmayıp önce asıl borçluya başvurnayı zorunlu kılmak olduğu, bu zorunluluğa uyulmak kaydıyla müteselsil kefalet yoluna gidilmesinin de mümkün olduğu pekala ileri sürülebilmektedir. Önce asıl borçluya başvurulması zorunluluğu, bu yaklaşım biçimine göre, asıl borçlunun sonuçsuz kalacak bir biçimde takip edilmesi değil sonuçsuz kalacak bir biçimde ihtar edilmesi olarak anlaşılmıştır. 4077 sayılı (eski) TKHK m. 10 f. 3'ün yorumlanması ile ilgili olarak çıkabilecek tereddütler hakkında ayrıca bkz. Reisoglu, Türk Kefalet Hukuku, s. 33-34. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu isabetli bulduğumuz bir kararıyla tereddütleri gidennişti ve 4077 sayılı (eski) TKHK. m. 10 f. 3 c. son'da(bizce aynı Kanun'un 108 maddesinin 8. fıkrası için de geçerli olacak bir biçim-

de) adi kefalet zorunluluğunun getirildiği sonucuna vannaşu. YHGK.'mm, 22 06. 2011 tarih ve E: 2011/13-303, K: 2011/437 sayılı kararında konuyla ilgili olarak şu ifadelnc yer verilmiş bulunuyordu: "4077 sayılı TUKticinin Korunma,ı **HıUında Kanun'un 10** maddesinin 3. fıkrnsının son cUmlesi, 'tüketici kredisinin teminatı **olarak şah"** teminat verildiği hallerde, kredi veren, asıl borçluya başvurmada, kefilden borcun tfasını iste-yemez' hOkmOnU içermektedir. Yukanda madde metninden de anlaşılacağı Ozcre, kredi verenin, şahsi teminat veren kefilden borcun ödenmesini isteycibilmcsı için, uıl borçlu hakkında IIK.'nun 105 ve 143. maddeleri kapsamında kesin aciz vesikası alınması ge-rekir. Dolayısıyla, asıl borçlu hak.kında kesin aciz vesikası alınmadan, 351) borcun öden-mesi için şahsi teminat veren kefile başvurma olanağından söz edilemez. Şu bale **göre**. borçlunun yapılan tüm araştırmalara rağmen herhangi bir malvarlığı tespit edilememiş-se, bağıını koparmadığı anlaşılan adresinde yapılan hacizde, haczi kabil bir malına rast-lanmadığına ilişkin düzenlenen tutanak, kesin aciz vesikasının sonuçlarını doğurmaya elverişli sayılır. Belirtilen iki şartın gerçekleşmesi durumunda, yasal anlamda asıl borç-luya başvuru şartı gerçekleşir ve kredi veren alacaklı, şahsi teminat veren kefilden bor-cun ödenmesini isteyebilir". Söz konusu karar ve bu kararlar birlikte 4077 sayılı (**eski**) TKHK. m. 10 f. 3 c. son ve m. 10/8 f. 8 ile ilgili değerlendirmeler için bkz. Burak Özen, Tüketici Kredilerinde Kefaletin Geçerlilik Koşullan, 2. Tüketici Hukuku Sempozyumu Ses Çözümleri ve Makaleleri, Ankara 2013, s. 365-366. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu kararından alıntıladığımız yukarıdaki satırlar, açıkça, "asıl borçluya başvurulması" ifa-desinin "asıl borçlu hakkında aciz vesikası alınması" anlamında yorumlanması gerekti-ğini, kefile başvurmadan önce asıl borçlunun sonuçsuz kalacak bir biçimde ihtar edil-mesiyle yetinilemeyeceğini göstermektedir. Şu halde, 4077 sayılı Kanun'un yürürlüğü zamanında da tüketici kredileri ve konut finansmanı sözleşmeleri bağlamında verilen kefaletlerin zorunlu olarak "adi kefalet" olması gerektiği söylenmeliydi. 4077 sayılı Kanun döneminde Gümüş'ün konuya bütünüyle farklı bir açık.lama getirmeye çalıştığı-nı da hatırlatmak isterim. Yazara göre, 4077 sayılı (eski) TKHK. m. 10 f. 3, m. 10/B f. 8 ve Banka Kartları ve Kredi Kartları Kanunum. 24 f. 5'te yer alan düzenlemelerde bir tür değiştirilmiş kısmi butlan kuralına yer verilmekteydi. Buna göre, tüketici kredisin-den kaynaklanan borca ilişkin olarak müteselsil kefil olunması mümkündü. Ne var ki, kefalet müteselsil niteliğini korusa bile, sözü geçen düzenlemeler sayesinde, kefil tar-tışma def'ine, önce rehnin paraya çevrilmesi def'ine ve kefalete yabancı diğer teminat-lara başvurulması def'ine sahip sayılmalıydı. Bir başka deyişle, tüketici kredisinden kaynaklanan bir borç için müteselsil kefil olan kişi, müteselsil kefil sıfatını koruduğu kabul edilse bile, adi kefilin bütün savunma olanaklarına sahip kabul edilmeliydi. Bu görüşe karşı, adi kefilin bütün savunma olanaklarına sahip saydığımız bir kefilin müte-selsil kefil sıfatını koruduğunu söylemenin ne anlamı olacaktır diye sorulması **pek** mümkündü. Yazar, bu görüşü savunurken, herhalde, yapılan kefalet sözleşmesini tahvilin koşullarının gerçekleşip gerçekleşmediğini araştırmaksızın ayakta tutmayı amaçla-maktaydı. Gerçekten de, tüketici kredilerine kefaletin sadece adi kefalet olabileceği, müteselsil kefil olmanın emredici kurallarla engellendiği peşin olarak kabul edilirse, müteselsil kefaletle ilişkin sözleşmeyi ilk etapta kesin hükümsüz saymak kaçınılmaz olacaktır. Daha sonra, ek bir değerlendirme yapılacak, tahvilin koşullarının gerçekleşip gerçekleşmediği araştırılacak, bu koşullar mevcutsa sözleşme adi kefalet olarak ayakta

tutulacaktır. Oysa, Gümüş tarafından savunulan değiştirilmiş kısmı butlan görüşü, bu tür ek değerlendirmelere yer bırakmamaktaydı. Gerçekten de, bu görüşe göre, müteselsil kefaletle ilişkin olarak yapılan sözleşme kesin hükümsüz sayılmadan, kefile adi kefile özgü savunmaların tanınmasıyla yetinilmekteydi. Üstelik, değiştirilmiş kısmı butlan mantığı, verilen teminatın sadece kefalet olması olasılığında değil, kişisel teminat verilmesini konu alan diğer sözleşmelerde de gündeme getirilebilirdi. Söz gelimi, tüketici kredisi için garanti türünden bir teminat verilmişse, garanti veren, tıpkı bir adi kefil gibi, tali nitelikte bir sorumluluk altında sayılacaktı. Gerçi, o, garanti verdiği için bağımsız bir sorumluluk altında olup asıl borca ilişkin geçersizlik sebeplerinden bir savunma olarak yararlanamazdı. Ne var ki, bir adi kefilmişçesine tali (ikinci planda) bir sorumluluk altında olduğunu ileri sürebilirdi. Değiştirilmiş kısmı butlan görüşü, ayrıca, "bölümsel" nitelikte bir geçersizliğin "tümel" nitelikte bir geçersizliğe dönüştürülmesine (bir başka deyişle TBK. m. 27 f. 2'nin uygulanmasına) de engel oluşturacaktı. Gümüş'ün konuya ilişkin değerlendirmeleri için bkz. Gümüş, Borçlar (2. baskı), s. 346. Biz 4077 sayılı Kanun m. 10 f. 3 c. son vem. 10/B f. 8 ile ilgili olarak yaptığımız açıklamalarda değiştirilmiş kısmı butlan görüşünü benimsememekteydik. Kredi sözleşmeleri bağlamında verilen kişisel teminatların ne denli kötüye kullanıldığı ve kanayan bir yaraya dönüştüğü ortadayken, bu olumsuz tecrübeleri göz önünde tutan kanun koyucunun amacı, belirli bazı kredi ilişkilerinde kefaletle ilişkin bir tür zorunluluğunu kesin olarak dayatmak olmalıydı. Hukuk politikası açısından, tüketici kredileri çerçevesine alınabilecek kişisel teminatın adlı adınca "adi kefalet" olmasını, başkaca kişisel teminatlara kapıların kesin olarak kapatılması gerektiğini sadece yararlı değil aynı zamanda zorunlu görmekteydik. Tüketici kredisi bağlamında kişisel teminat vermek isteyen kişiyi adi kefileden başka bir şey yapmak isteyen bir bankanın, bu kişisel teminattan bütünüyle mahrum bırakılmasında "yürek sızlatıcı bir taraf" bulunmamaktaydı. Söz gelimi, teminat vereni kefil değil de garanti veren sıfatına sahip kılmak isteyen bir bankanın bu davranışının yaptırımsız kalması söz konusu olmamalıydı. Değiştirilmiş kısmı butlan görüşünü benimsemek, bu olasılık için belirli ölçüde bir yaptırımsızlığı beraberinde getirmekteydi. Gerçi, Gümüş tarafından o zamanlar ileri sürüldüğü şekliyle, "değiştirilmiş kısmı butlan" görüşüne göre, garanti verenin 4077 sayılı Kanun m. 10 f. 3 sayesinde adi kefilin sahip olduğu tartışma def'i veya önce rehlin paraya çevrilmesi def'i gibi savunmalara sahip sayıldığı söylenebilecekti. Bir başka deyişle, garanti veren, tıpkı bir adi kefil gibi sorumluluğunun tali olduğunu ileri sürebilmekteydi. Peki ama sorumluluğunun sadece "ta)j" olduğunu değil "fer'i" olduğunu da söyleyebilecek miydi? Kefil olmayıp garanti verdiği kabul edildiğine göre böyle bir savunmayı herhalde yapamazdı. Kişisel teminat verenin sorumluluğunun tali olduğunu söylemek, yani asıl borçlu hakkında sonuçsuz kalacak bir takip yapılmadıkça teminat verenin de sorumlu tutulamayacağını iddia etmek, bu teminat fer'i nitelikteyse anlam taşıyacaktır. "Fer'i olmayan bir teminatta, asıl borç geçersizse, asıl borçluyu sonuçsuz kalacak bir biçimde takip etme zorunluluğu neden olsun" diye haklı olarak sorulabilir. Şu halde, 4077 sayılı (eski) TKHK. m. 10 f. 3, m. 10/B f. 8, Banka Kartları ve Kredi Kartları Kanunu m. 24 f. 5 ile, tüketicinin borçları için verilecek kişisel teminata ilişkin bir tür zorunluluğu getirildiğini kabul etmek, bizce amaca en elverişli çözümdü. Söz konusu yasal düzenlemelerin, sorumluluğunun taliliği adi kefile oranla daha zayıflamış olan müteselsil kefile bile reddet-

6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun m. 4 f. 6 c. 1 ile ilkcıcı işlemlerinde verilen kişisel teminatlar bakımından getirilen tür zorunluluğuna da burada değinilmelidir. Söz konusu zorunluluk adi kefaletin pratik önemini arttırıcı mahiyettedir. 6502 sayılı TKHK. m. 4 f. 6 c. 1 şu şekildedir: "Tüketici işlemlerinde, tüketicinin edimlerine karşılık olarak alınan şahsi teminatlar, her ne isim altında olursa olsun adi kefalet sayılır. Bu düzenlemeyle, tüketicinin borcu için karşı tarafa verilen kişisel teminatlarda bir tür sınırlaması olarak "adi kefalet" zorunluluğu getirilmiştir. Bu zorunluluğa uyulmamasının yaptırımını ikili bir ayırım altında ele almak gerekmektedir. Buna göre, tüketicinin borcu için verilen kişisel teminat müteselsil kefalet ise, "değiştirilmiş kısmi butlan" türünden bir hükümsüzlük gündeme gelecektir. Yapılan sözleşme kesin hükümsüz sayılmayacak, sadece kefaletin müteselsil nitelik taşıdığına ilişkin sözleşme hükmü geçersiz olacaktır. Taraflar "adi kefalet" sözleşmesi kurulduğu yönünde anlaşmış sayılacaktır. Değiştirilmiş kısmi butlan dediğimiz hükümsüzlüğün bir özelliği olarak TBK. m. 27 f. 2'nin uygulanması da söz konusu olmayacaktır. Şu halde, hükümsüz olan kısım (kefaletin müteselsil olduğuna ilişkin sözleşme hükmü) olmasaydı bu sözleşmenin hiç yapılmayacak olduğu iddia edilemeyecekti. Kefalet sözleşmesinin bütünüyle geçersiz sayılması yoluna gidilemeyecektir⁹.

tiği dikkate alınır, taliliğin büsbütün zayıfladığı fer'iliğin ise hepten ortadan kaldırıldığı bir kişisel teminata asla cevaz vermeyeceği öncelikle kabul edilmeliydi. Bu durumda, tüketicinin borçları için, müteselsil kefil olunması durumunda da garanti verilmesi durumunda da, kişisel teminat sözleşmesinin "kesin hükümsüz" olduğu sonucuna varılmasıyla yetinilmeliydi. Tahvil yoluna gidilmesi veya değiştirilmiş kısmi butlan görüşünün savunulması, kişisel teminatın ayakta kalması sonucunu beraberinde getireceği için, zikredilen yasal düzenlemelerin amacına aykırı düşecekti.

- 8 Değiştirilmiş kısmi butlan yaptırımının özellikleri için bkz. Veysel Başpınar, Borç Sözleşmelerinin Kısmi Butlanı, Ankara 1998, s. 154 vd.
- 9 Gümüş, bu olasılığı da kapsar şekilde yasal tahvilden söz etmektedir. Bkz. Mustafa Alper Gümüş, 6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Şerhi, Cilt: I (Madde: 1-46), İstanbul 2014, s. 46. Kanaatimce tüketicinin borcu için verilen müteselsil kefaletin adi kefalete dönüşümünü açıklamak için değiştirilmiş kısmi butlan yaptırımından söz etmek daha uygun olacaktır. Burada zaten mevcut olan bir kefalet sözleşmesindeki belirli bir hüküm -sözleşmenin müteselsil kefalet olduğuna ilişkin hüküm-geçersiz sayılmakta ve geçersiz olan bu hüküm yerine tarafların sözleşmenin adi kefalet olduğu yönünde tarafların anlaştığını kabul eden yasa hükmü geçmektedir. Taraflarca yapılan ve geçersiz sayılan işlemin yerine yine yasa tarafından başka nitelikte bir işlem geçirilseydi, tarafların farazi iradeleri dikkate alınmaksızın gerçekleşen bu değişiklik yasal tahvil olarak isimlendirilebilirdi. Nitekim tüketicinin borcunu teminat altına almak için yapılan ve yasa tarafından geçersiz sayılan garanti sözleşmesi yerine adi kefalet sözleşmesinin geçirilmesi yasal tahvile örnek olarak verilebilir.

Müteselsil kefaleti adi kefalet sayarak ayakta tutan bu düzenleme kanaatimizce amaca uygun değildir. Tüketicilerle işlem yapanların geçerli bir teminata sahip olma yönündeki çıkarına, kefalet güvencesi veren kişinin çikarma oranla öncelik tanındığı ortadadır. Müteselsil kefalet verilmesine ilişkin sözleşmeye "kesin hükümsüzlük" türünden bir yaptırımın uygulanması kanaatimizce amaca daha uygun olurdu. Yasanın adi kefalet yönünde bir tip sınırlaması getinnesine rağmen tüketici lehine kefil olan kişiyi "müteselsil kefil" yapmaya çalışan kişiye karşı da, daha etkili daha sarsıcı bir cevap verilmiş olurdu. Düzenleme mevcut haliyle kötüniyetli girişimleri teşvik edecek niteliktedir. Tüketicinin edimi için alınan kişisel teminatın adi kefalet olarak ayakta tutulacağını bilen tüketiciyle işlem yapan kişiler, şanslarını denemek ve kefaletin müteselsil nitelik taşıdığına ilişkin bir beyan almak yoluna gidebilirler. Böylelikle, müteselsil kefil olduğuna ilişkin (üstelik el yazısıyla) beyanda bulunan kişi, kendisinin gerçekten de müteselsil kefil olduğuna inanarak asıl borçlu hakkında sonuçsuz kalan bir takip yapılmadan önce ödeme yapmaya yeltenebilir. Adi kefil tarafından yapılabilecek "önce asıl borçlunun takip edilmesi gerektiğine" ilişkin savunma def'i niteliğindedir. Kefil tarafından ileri sürülmediği takdirde bu savunma dikkate alınmayacaktır. Şu halde, kefilin, kendisinin gerçekten "müteselsil kefil" olduğuna inanarak tüketiciden alacaklı olan kişiye derhal ödemede bulunması riski vardır. Kefil, TKHK. m. 4 f. 6'da getirilen tür zorunluluğunu gündeme getirip, "müteselsil kefil" olduğu yönündeki beyanına rağmen "adi kefil" olmuş sayılacağını ileri sürse ve tartışma def'ine dayansa bile, alacaklının bir kaybı olmayacaktır. Alacaklı tür zorunluluğuna başta uyulmuş olsaydı içinde bulunacağı durumdan daha kötü bir duruma düşmeyecek, teminatın "kesin hükümsüz" sayılması gibi bir sorunla karşılaşmayacaktır. Oysa "müteselsil kefalet" olarak alınan teminat kesin hükümsüz sayılsaydı ve "adi kefalet" olarak ayakta tutulmasaydı, alacaklı böylesine kötüniyetli bir girişimde bulunmaktan kaçınacaktı. Gerçi alacaklının bu türden kötüniyetli girişimlerini engelleyecek bir uygulamanın varlığını gözlemek mümkündür. Bu uygulamaya göre, "adi kefalet" zorunluluğunun bulunmasına rağmen, tüketici ve kefil hakkında aynı anda takibe geçen alacaklı, tüketici mevzuatına muhalefetten ötürü idari ceza almaktadır. Üstelik icra dairesinin tüketiciyle kefil hakkında aynı anda takibe geçilemeyeceğini re'sen dikkate alması gerektiği, bu tarz bir takibin süresiz şikayete konu olabileceği sonucuna varılmaktadır. Bu uygulama, tüketici lehine kefalet güvencesi verenleri kötüniyetli girişimlere karşı korusa da, aslında hukuka aykırı bir nitelik taşımaktadır. Adi kefilin aslında def'i niteliğinde olan ve re'sen göz önünde tutulamayacak olan savunması, re'sen göz önünde tutulacak bir savunma katına çıkartılmaktadır.

Tüketicinin borcu için verilen kişisel teminat kefalet olmadığı takdirde, sözgelimi garanti türünden bir teminat verilmek istenirse veya tüketicinin borcuna katılma yoluyla alacaklı teminata kavuşturulursa ne olacaktır? Burada da "zorunlu yasal tahvil yaptırımı" devreye girecektir. Şu halde, verilen teminat garanti veya borca katılma olarak geçerli olmayacak, ne var ki, tarafların farazi iradesine bakılmaksızın kendiliğinden adi kefalet dönüşümü sayılacaktır¹⁰. Bu sorun bakımından da "zorunlu yasal tahvil" yaptırımı yerine "kesin hükümsüzlük" yaptırımının benimsenmesi amaca daha elverişli olurdu. Verilen teminatın müteselsil kefalet olmasıyla da yetinmeyen ve tüketici lehine teminat vermek isteyen kişiyi bağımsız bir sorumluluk altına sokmak isteyen bir alacaklının, teminat çıkarını hepten yitirmesi tüketici lehine hatır teminatı vermek isteyen kişileri çok daha etkili bir biçimde koruyacaktır. Tüketicinin borcunu teminat altına alan garanti sözleşmesini yasal tahvil yaptırımıyla adi kefalet dönüştürürken, ayrıca adi kefalet özgü şekil ve ehliyet koşullarının yerine gelmesi de aranacak mıdır diye bir soru sorulabilir. Garanti veren bir gerçek kişiye, bu soruya olumlu cevap verilmesi zaten TBK m. 603'ün bir gereği olmaktadır. Buna karşılık, teminatı veren bir tüzel kişiye iki türlü düşünülebilir. Tahvil kurumunun devreye girmesinin yasa tarafından geçersiz sayılan işlem yerine yapıldığını (yine yasa uyarınca) kabul ettiğimiz işleme özgü geçerlilik koşullarının gerçekleşmiş olmasını gerektirdiği ileri sürülebilir. Bu takdirde tüketicinin borcunu teminat altına almak için garanti veren tüzel kişinin de kefaletin şekil koşuluna uygun beyanda bulunmuş olmasını, söz konusu garantiyi adi kefalet tahvil edebilmek için zorunlu saymak kaçınılmaz olur. Böylelikle TBK. m. 603'ün uygulama alanı dışında kalan bu olasılıkta da, garanti verilirken kefalet özgü şeklin gerçekleştirmiş olup olmadığı araştırılmak gerekir. Buna karşılık, yasal tahvil kurumunun, tarafların farazi iradelerine bakmayı gereksiz kıldığı gibi, geçersiz sayılacak işlemin yerine geçirilecek işleme özgü geçerlilik koşullarının gerçekleşip gerçekleşmediğinin araştırılmasını da gereksiz kıldığı iddia edilebilir. Bu takdirde tüketicinin borcunu teminat altına almak için garanti veren tüzel kişi, kefalet özgü şekil kuralına uygun beyanda bulunmasa bile adi kefil olmuş sayılır. Bu son çözüm benimsenirse, adi kefil olduğunu yasal tahvil sonucu kabul ettiğimiz tüzel kişinin sorumluluk sınırının belirtilmemişse durumun ne olacağı da ayn bir sorun olarak ortaya çıkar. Hem bu sorunun ortaya çıkmasını engellemek hem de tüketici lehine kefil olan kişinin korunması amacına daha uygun düşeceği için, ilk yaklaşım biçiminin tercih

10 Aynı düşünce için bkz. Gümü, Tüketici, s. 46.

edilmesinin daha uygun olacağı düşünülebilir. Bir başka deyişle, yasal tahvil kurumunun uygulanması için, tüketicinin borcunu teminat altına almak amacıyla garanti veren tüzel kişinin kefalete özgü şekil kuralını gözeterek beyanda bulunmasını aramak tercihe değer bir çözüm olarak değerlendirilebilir¹¹.

Tüketici işleminden kaynaklanan bir borç için icra kefaleti söz konusu olmuşsa, İİK. m. 38'in mi yoksa 6502 sayılı TKHK. m. 4 f. 6 c. 1'in mi öncelik taşıyacağı sorusunun da cevaplanması gerekir. Biz öncelik taşıması gereken hükmün TKHK. m. 4 f. 6 c. 1 olması gerektiği kanaatindeyiz. Şu halde, tüketicinin borcu için verilen icra kefaletinin İİK. m. 38 uyarınca müteselsil kefalet sayılması gerektiği söylenemeyecek, daha sonradan yürürlük kazanmış TKHK. m. 4 f. 6 c. 1'in amacı doğrultusunda adi kefaletin mevcudiyeti kabul edilecektir¹².

11 Gümüş, TKHK. m. 4. f. 6 c. 2 ile ilgili olarak yaptığı düşünülebilecek açıklamasında (çünkü yazar yasal tahvil sonucu müteselsil kefalete dönüşen kişisel teminattan söz etmektedir), tahvil sonucu kefalete dönüşen kişisel teminat sözleşmesi bakımından kefalet sözleşmesinin şekline ilişkin hükümlerin uygulanmayacağını belirtmektedir. Bkz. Gümüş, Tüketici, s. 47. Yazarın aynı yaklaşımı tüketicinin borcu için verilen kefaletten başka kişisel teminatlar bakımından da benimsediği belki düşünülebilir. Bizce, tüketiciyle işlem yapan tarafın borcunu teminat altına almak için verilen kefaletten başka kişisel teminatlarda yasal tahvil sorunu ortaya çıkmaz. TKHK. m. 4 f. 6 c. 2'nin amaca göre yorumlanması sonucunda, tüketiciyle işlem yapan tarafın borcunu teminat altına almak için yapılan bir garanti sözleşmesinin (veya tüketiciyle işlem yapan tarafın borcuna katılmaya matuf işlemin) müteselsil kefalete dönüşeceği kabul edilemez. Bağımsız bir teminat elde etmiş tüketicinin elinden bu teminat alınarak, yerine fer'i nitelikte daha zayıf bir teminat geçirilemez (Nitekim Gümüş de aynı yerde TKHK. m. 4 f. 6 c. 2'de bir örtülü boşluk bulunduğunu, buna göre müteselsil kefalete dönüşümün sadece daha hafif sorumluluk doğuran kişisel teminatlarda söz konusu olacağını haklı olarak belirtmektedir). TKHK. m. 4 f. 6 c. 2 bakımından, karşı tarafın borcu için tüketiciye verilen adi kefaletin müteselsil kefalet olarak kabul edilmesi söz konusu olacaktır ki, burada da bizce yasal bir tahvil değil değiştirilmiş kısmi butlan yaptırımının uygulanması söz konusu olacak ve kefalete özgü şekil (ve ehliyet) kurallarının gözetilmiş olması zaten aranacaktır. Tüketicinin borcu için karşı tarafa verilen kişisel teminat kefaletten başka nitelikteyse ve yasal tahvil sonucu adi kefalete dönüştürülecekse, metinde belirttiğimiz üzere, bu teminat TBK. m. 603 kapsamına girmese (bir tüzel kişi tarafından verilse) bile kefaletin şekline uyulması bizce aranmalıdır.

12 Aksi görüş için bkz. Ayan, s. 58. Yazar, tüketicinin borcu için yapılan icra takibinde, üçüncü kişi icra kefaleti vermişse, bunun müteselsil kefalet sayılmasının amaca daha uygun olduğunu söylemektedir.

Bu arada 6502 sayılı TKHK. m. 4 f. 5 ile ilgili bir soruna da değinilmelidir. Bu düzenlemeye göre, "Tüketicinin yapmış olduğu işlemle nedeniyle kıymetli evrak niteliğinde sadece nama yazılı ve her bir tarafta birer adet olan için ayn ayn olacak şekilde senet düzenlenebilir. Bu fıkra hükümlerine riya olarak düzenlenen senetler tüketici yönünden geçerli değildir.. Bu düzenleme şu sorulan akla getirecektir: Tüketicinin yapacağı her bir tahvil ödemesi için kıymetli evrak niteliğinde nama yazılı bir senet düzenlendiği takdirde, tüketici lehine aval verilebilmesi mümkün olacak mıdır? Yoksa tüketicinin borcu için verilen kişisel teminatlarla ilgili altıncı fıkra ile getirilen sınırlamanın dikkate alınması ve tüketicinin kıymetli evraktan doğan borcu için aval verilmesi reddedilmek mi gerekir? Nihayet verilen aval yasal tahvil kurumu yoluyla adi kefalet olarak mı nitelendirilmelidir?

Burada iki türlü düşünülebilir. Denilebilir ki, doğası gereği ticari iş niteliğini taşıyan kıymetli evrak, kendi kurallarını da beraberinde getirir. Tüketicinin taksit borcu için düzenlenen senetten dolayı, tüketici lehine aval yoluyla teminat vermek mümkündür. Böyle bir teminata, olsa olsa TBK. m. 603 uyarınca eşin iznini alma gerekliliği ortaya çıkabilir . Yargıtay böyle bir gerekliliği de aramayacak gibi görünmektedir . Biz diğer bir düşünceyi benimsemekte, tüketicinin borcu için düzenlenen kıymetli evrakta tüketici lehine aval verilemeyeceğini kabul etmekteyiz. 6502 sayılı Kanun, tüketici işlemlerini o kadar geniş tanımlamaktadır ki, tüketici tarafından düzenlenen kıymetli evrakı dahi tüketici işlemi saymak mümkündür. Böyle olunca da, tüketicinin düzenlenen kıymetli evraktan doğan borcu için aval vermek, tüketici işlemi çerçevesinde tüketicinin borcu için şahsi teminat vermek anlamına gelecektir. Buna bağlı olarak, 6502 sayılı K. m. 4 f. 6'daki düzenleme bu olasılığı da kapsayacak, tüketicinin borcu için aval verilemeyeceğini, sadece adi kefil olunmasının mümkün olduğunu söylemek gerekecektir . Şu halde, avalist tarafından verilen teminat, adi kefaletle ilişkin geçerlilik koşullarını taşıyorsa "adi kefalet" olarak ayakta tutulacak, aksi takdirde geçersiz sayılacaktır. Ne var ki, aval vereni adi kefil olmuş sayma yoluna gidilecekse, önemli bir teorik engel karşısında bulunduğumuzu itiraf etmek de kaçınılmaz olacaktır. Kefaletin bir sözleşme olmasına karşılık, aval bir sözleşme değildir. Aval veren kişi, sadece kendi beyanıyla borç altına girer. "Zorunlu tahvil" kurumuna, tek taraflı bir hukuki işlemi bir sözleşme olarak kabul etmeye götürecek denli geniş bir uygulama alanı tanınmasını kuşkuyla karşılamak gerekir. Bu kuşkuya ağırlık verilecekse, verilen avalı geçersiz saymakla yetinilecektir.

Adi kefile başvurulmadan önce esas borçlunun takip edilmesi ve rehinlerin paraya çevrilmesi gerektiği yolundaki savunmalar¹³, teknik anlamıyla def'i niteliğindedir. Adi kefil bu savunmalara dayandığı takdirde ki söz konusu savunmalar etkili olurlar ve yargıç tarafından görevinden ötürü göz önünde tutulmazlar¹⁴. TBK m. 585 f. 1 'in metni, önce esas borçlunun takip edilmesi gerektiği savunmasının bir def'i olmayıp, dava temelinin yetmezliği savunması olduğu izlenimi uyandırmaktadır. Gerçekten de bu düzenleme, metni esas alınır, adi kefilen talepte bulunulmasını borçlunun iflas etmesine veya borçluya konkordato mehli verilmesine, borçlu aleyhinde kesin aciz belgesi alınmasına veya borçlu hakkında takip yapılmasının imkansızlaşması veya çok güçleşmesine bağlamıştır. Belirtilen bu olgular gerçekleşmedikçe kefilin takip edilemeyeceği TBK. m. 585 f. 1'de açıkça dile getirilmektedir. TBK m. 585 f. 2'de *"alacağın önce rehin konusundan alınmasını kefilin isteyebileceği"* belirtilmiş ve böylelikle açıkça bir def'i hakkı düzenlenmiştir. Ne var ki, TBK m. 585 f. 1'deki ifade, kefilin ileri sürmesi gereken bir savunmadan değil adi kefilin takip edilebilmesi için gerçekleşmesi gereken olgulardan söz etmektedir¹⁵. Ne var ki, bu ifade biçimine rağmen, önce esas borçlunun takibi gerektiği savunmasının da teknik anlamıyla bir def'i olduğu kabul edilmelidir¹⁶. Ancak diğer def'ilerle

13 Bu savunmalara adi birlikte kefilin sahip olduğu bölme def'i de eklenebilir.

14 Beck, Art. 495, N. 14; Pestalozzi, Art. 495, N. 11.

15 Buradan yola çıkılarak, TBK m. 585 f. 1'deki olguların gerçekleşmemesi durumunda adi kefil açısından dava temelinin yetmezliği savunmasının söz konusu olabileceği ve adi kefilen talepte bulunan alacaklının öncelikle bu olguların gerçekleşmesi gerektiğini ispat külfeti altında olduğu ileri sürülebilir. Bu hususta bkz. Giovanoli, Art. 495, N. 9; Pestalozzi, Art. 495, N. 2.

16 Scyboz, s. 414. Kefilin alacaklı tarafından kendisine karşı açılmış davanın reddedilmesini talep etmesi durumunda, "çoğun içinde azı da vardır" mantığıyla tartışma def'ini de ileri sürmüş sayılması kabul edilebilecek midir? Aybay, böyle bir sonucun def'ilerin ileri sürülmesiyle ilgili temel sisteme aykırı düşeceğini belirtmektedir. Aydın Aybay, Kefilin Önce Dava Der ini İleri Sürmesi Sorunu, Prof. Dr. Selim Kaneti'ye Armağan, İstanbul 1996, s. 83 vd, s. 89. Yargıtay 3. HD.'nin 10. 2. 2000 tarih, 833/1087 sayılı kararında şunlar söylenmektedir: "Def'i davalının borçlu bulunduğu bir borcu özel bir nedenden dolayı yerine getirmekten kaçınmasına olanak veren bir haktır. Tartışma def'i ise bağımsız ve taliki nitelikte bir def'idir. Bunun hukuksal sonucu def'ide davalının bunu açık bir şekilde ileri sürmesinde görülmektedir. Zira davalı def'i dermeyer etmemişse, hakim iki tarafın ileri sürdüğü olaylardan derin mevcut olduğunu öğrense bile, bunu kendiliğinden dikkate alamaz. O kadar ki, hakim, kendisine sunulan dava malzemesinden (örneğin olayımızda olduğu gibi icra dosyasından) bir def'inin mevcut olduğunu öğrense bile, bunu re'sen dikkate alamaz. Davalı kefil, asıl borçlu ile birlikte

karşılaştığında "önce esas borçlunun takibi gerektiği" savunmasının bir özelliğinin bulunduğunu da kabul etmek gerekir. Adi kefil **bu deriyi it** sürdüğü takdirde, esas borçlu hakkında takip yapıldığını ve bu rakibin se- meresiz kaldığını alacaklı ispat edecektir. Bunun gibi, esas **borçlunun** ifa ettiğ i veya esas borçlu hakkında takip yapılmasının imkân ,z (veya çok :tol') olduğu şeklindeki (TBK. m. 585 f. 1'de dört bent halinde belirtilen) olgular da alacaklı tarafından ispat edilmelidir. Adi kefilin talepte bulunulmasını mümkün kılan bütün bu olguların gerçekleşmediğini defi hakkını kullanan adi kefilin ispat edeceğini söylemek, onu "menfi olguları i,pol külfeti olunn sokmak" demek olur¹⁷.

Adi kefil, önce esas borçlunun takip edilmesi gerektiğini veya rehın- ler paraya çevrilmedikçe kendisinin takip edilemeyeceğini ileri sürmeden ödeme yaparsa, ödediğ i tutan geri isteyemez. Burada kefil bir borcunu ifa etmiş olup, alacaklı bu ifayla sebepsiz olarak zenginleşmemiştir. Kefil sahip olduğu def'ileri kullanmaktan herhangi bir şekle bağli olmadan vazgeçebi- lir. Alacaklıya yaptığ i ödeme, kefilin sahip olduğu def ileri kullanmaktan vazgeçme iradesine delalet eden bir davranıştır. Defi ileri sürmeden **alacak-** lıya kısmi ödeme yapan kefil, geri kalan kısım için defi hakkını kullarıp ödemedenden kaçınabilir¹⁸. Yeter ki, yaptığ i kısmi ödeme başka bazı olguların eklenmesiyle def'i hakkını kullanmaktan kesin olarak vazgeçtiğ i **şeklinde** yorumlanmasın.

Adi kefaletin ayırıcı (kavramsal olarak vazgeçilmez) özelliğ i, alacaklı- nın önce esas borçluyu takip etme zorunluluğ unda yatar. Kefilin önce rehnin paraya çevrilmesi def'inden feragat etmesi, kefaletin adi kefalet olarak nite- lendirilmesini engellemez. Önce rehnin paraya çevrilmesi def'inden kefalet sözleşmesi yapılırken veya daha sonra vazgeçmiş olan kefil, tartışma def'ine hala sahipse adi kefil durumundadır. Kefilin sahip olduğu defiler birbirin- den bağımsız olup, birisinden vazgeçilmiş olması zorunlu olarak diğ erinden de vazgeçilmiş olmasını gerektirmez. O halde, önce rehnin paraya çevrilme- si def'inden vazgeçen bir adi kefilin, buna rağmen önce esas borçlunun takip

hakkında başlatılan icrai takibe itiraz etmişse de alacaklı tarafından açılan itirazın ıptali davasının duruşmalarına katılmamış ve usulüne uygun herhangi bir itirazda ya da def'ide bulunmamıştır". Bu karar için bkz. (Nihat) Yavuz, s. 813-814.

17 Giovanoli, Art. 495, N. 9; Pestalozzi, Art. 495, N. 2; Staffelbach, Art. 495, N. 1: Elçin Grassinger, s. 206.

18 Beck, Art. 493, N. 15; Reisoğ lu, Kefalet, s. 115; Kenan Tunçomağ , Borçlar **Hukuku** Dersleri I, İstanbul 1961, s. 362.

Adi kefaletin müteselsil kefalete dönüştürülmesi için yapılacak değişiklik kefaletin şekline uyulmasını gerektirmekle birlikte, adi kefilin önce esas borçlunun takibi gerektiği definden vazgeçmesi herhangi bir şekle bağlı değildir²⁰. Adi kefil bu def'iyi ileri sürmeden ödeme yaptığı takdirde, zamanında kullanmadığı def'i hakkına dayanarak ödediği tutan geri isteyemez²¹.

Tek bir kişinin adi kefil olması mümkün olduğu gibi, birden fazla kişinin birlikte adi kefil olması da mümkündür. Birlikte adi kefil olanlar, önce esas borçlunun takibi gerektiği ve mevcut rehinlerin paraya çevrilmesi def'ilerinden başka, bölme def'ine de sahiptir/er. Bölme def'ine dayanarak sorumluluğun kefiller arasında paylaştırılması gerektiğini ve kendilerinden sorumluluk payları çerçevesinde talepte bulunulabileceğini ileri sürebilirler²².

B. Adi kefile özgü savunmalar

1. Tartışma (önce esas borçlunun takip edilmesi gerektiği) def'i

a. Kural

TBK m. 585 f. 1 uyarınca, alacaklının adi kefilinden talepte bulunabilmesi, önce esas borçluyu takip etmesine, bu takibi gerekli özeni göstererek yürütmesine ve gerekli özenin gösterilmesine rağmen takibin semeresiz kalmasına bağlıdır. Bu olgunun gerçekleştiğini, adi kefilin tartışma def'ini ileri sürmesi üzerine alacaklı ispat edecektir. Alacaklının önce esas borçluyu takip etme zorunluluğu, TBK m. 585 f. 1 'de dört bent halinde belirtilen olguların gerçekleşmesiyle ortadan kalkar. Bu olguları şöyle sıralayabiliriz: Borçlu aleyhinde yapılan takibin sonucunda kesin aciz belgesi alınması, borçlu aleyhine Türkiye'de takibatın imkansız hale gelmesi veya önemli ölçüde güçleşmesi, borçlunun iflasına karar verilmesi ve borçluya konkordato mehli verilmiş olması.

Adi kefile başvurulmasını mümkün kılan ilk olgu, asıl borçlu hakkında özenli olarak yürütülen bir takibin sonunda "*borç ödemedен kesin aciz belgesi*" alınmasıdır. Geçici aciz belgesi, esas borçlu hakkındaki takibin semeresiz kaldığını kabul etmek ve adi kefile başvurabilmek için yeterli

20 Bu vazgeçme delalet edici davranışla da yapılabilir. Scyboz, s. 414.

21 Beck, Art. 495, N. N. 11; Tandoğan, Borçlar il, s. 762; Reisoğlu, Kefalet, s. 115.

22 Beck, Art. 495, N. 13; Giovanoli, Art. 495, N. 5; Pestalozzi, Art. 495, N. 1.

deAıldır'. Elinde kefin aci1 belgcei bulunmayan alacaklının. esa borçlu tınlı.:mda ginılccck bir takibin semeresiz kalmaının kaçınılmaz olduğu.- nu ıspat etmesi bir anlam taşımaz. Takibin 'Jemereçiz kalacağı \e k.e.,in oci;; he.lg, inin alınmasıyla son bulacağı baştan belli olsa bile. alacaklı rine ? raiibt, başlamalı ve bu takibi sonuna kadar yürütmelidir. HalcJcndo ke.,111 aci= belgesinin alınmasından sonra esas borçlu yeni mafrarlığı unsurları edinmiş olsa bile, bu gerekçeyle kefil alacaklının talebini geri çevireme. Kefilin önce esas borçlunun takibi gerektiği savunması bir kere için kullanılabilir. Esas borçlu hakkında kesin aciz belgesinin alınmasıyla bu savunma (temelli bir biçimde) ortadan kalkar◀.

Esas borçlu hakkında yapılan ve semeresiz kalan takibin. kefaletle güvence altına alınan alacak için yapılmış olması gereklidir. Herhangi bir alacaklının yaptığı bir takibin sonunda esas borçlu hakkında kesin aciz belge i alınmış olması yeterli olmadığı gibi, kefaletle güvence altına alınan alacağın alacaklısının başka bir alacağına ilişkin olarak yaptığı takibin semeresiz kalması da yeterli değildir²⁵.

Esas borçlu hakkındaki semeresiz kalan takibin kefalet sözleşmesi yapıldıktan sonra gerçekleşmesi gerekir. Ne var ki. alacaklı. kefalet sözleşmesi yapıldığı sırada asıl borçlu hakkında borç ödemedi kesin aciz belgesine sahip olabilir. Alacaklının elinde böyle bir belge olduğunu bilerek kefil olan kişinin. tipik bir adi kefil durumunda bulunduğu söylenemez. Böyle bir durumda müteselsil kefaletin varlığı kabul edilebilecek midir? 818 sayılı (eski) Borçlar Kanunu çerçevesinde bu sonıya olumlu bir cevap verilebilirdi. Alacaklının esas borçlu hakkında semeresiz kalan bir takip yapmış olduğunu bilerek le-efil olan kişinin, kefalet sözleşmesi taraflarca "adi kefalet" olarak nitelen-

23 Adi kefilin sorumluluğunun taliliğine (ikincilliğine) uygun düşen esas borçlu **hakkı** da kesin aciz belgesi aJmana kadar takibin yürütülmesidir. Nitekim bu husus iş, içre Borçlar Kanununda açıkça belirtilir (OR Art. 495 Abs. I). Giovanoli, Art. 495. . 17; Pestalozzi, An. 495, N. 6. Türk Borçlar Kanunu da aynı yolu tutmuş ve m. 585 f. 1 b. 1'dc, borçlu aleyhine yapılan takibin sonucunda kesin aciz belgesi alınmasının adi kefile başvurulmasını m0mk0n kılacağı açıklıkla belirtilmiştir. Oysa 818 sayılı (eski) Borçlar Kanunu'nda, konuya ilişkin 486. maddede borçlu hakkında kesin aciz belgesi alınmasından söz edilmiyordu. Bu düzenleme, borçlu hakkında takibat icra olunup da alacaklının hatası olmaksızın semeresiz kalması durumunda adi kefile başvurulabilğinden söz ediyordu. Ne var ki, asıl borçlu hakkında ki takibatın semeresiz kalmasının kesin aciz belgesinin alınması durumunda kabul edilebileceği herkesçe benimsenen bir düşüneydi.

24 Beck, Art. 495, N. J6, 17, 23; Scyboz, s. 414; Reisoğlu, Kefalet, s. 116-117.

25 Beck, Art. 495, N. 18; Giovanoli, Art. 495, N. 17; Reisoğlu, Kefalet, s. 116.

dirilmiş olmasına rağmen, müteselsil kefil olduğu savunulabilirdi. Gerekçe olarak da, 818 sayılı Kanun m. 18'deki, "yanlış nitelendirme zarar vermez ilkesi" gösterilebilirdi²⁶. Bu ilkeye göre, taraftarın adi kefalet sözleşmesinden söz etmeleri, gerçek iradeleri doğrultusunda müteselsil kefaletin varlığını kabule bir engel oluşturmuyacaktı²⁷. Ne var ki, müteselsil kefil olma iradesinin kefalet belgesine mutlaka yansımaları gerektiğini ileri süren düşünce açısından farklı bir sonuca ulaşılması mümkündü. Bu düşünceye göre, müteselsil kefil olma iradesinin kefalet belgesinde bir dayanağı olması mutlaka aranacaktı. Öyle ki verilen teminatın kefalet olup olmadığını tayinde kefalet belgesinde bir dayanağı olmayan çeşitli olgulara başvurulabilecekken, kefalet olduğu belirlenen bir teminatın müteselsil nitelik taşıyıp taşımadığını tayinde kefalet belgesinde ifadesini bulmayan olgulara dayanılmazdı. Bu düşüncenin doğal bir sonucu olarak, alacaklının elinde borçlu hakkında alınmış bir kesin aciz belgesi olduğunu bilerek kefil olan kişi de, sırf bu nedenle müteselsil kefil olarak kabul edilemeyecekti. Bu kişinin, somut durumda her ne kadar tartışma def'inden yoksun olduğu söylenebilse de, bunun da ötesinde müteselsil kefaletle bağlı tüm sonuçlara tabi olduğu ileri sürülemezdi. Bugün için, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu bu tartışmada daha rahat tavır alınmasını sağlayacak gibidir. Alacaklının elinde asıl borçlu hakkında alınmış kesin aciz belgesi olduğunu bilerek kefil olan kişinin, sırf bu nedenle müteselsil kefil sayılması gerektiği bugün için kolaylıkla söylenemez. Böyle bir kişi, elbette ki tartışma def'inden yoksun sayılabilecek, daha işin en başında bu def'iyi ileri sürmekten örtülü olarak vazgeçtiği söylenebilecektir. Ne var ki bunun da ötesinde müteselsil kefalet niteliğinin beraberinde getireceği tüm sonuçlara da katlanması gerektiği söylenemez. Örneğin, elinde taşınmaz rehni türünden teminatlar bulunuyorsa, bunların öncelikle paraya çevrilmesini isteyemeyeceği söylenemez. 6098 sayılı TBK. açısından, müteselsil kefil olarak sorumluluk üstlenilebilmesi, bu hususun kefalet belgesinde el yazısıyla belirtilmesine bağlıdır. Kefil, müteselsil kefil sıfatıyla veya bu anlama gelen bir başka ifadeyle sorumluluk üstlendiğini el yazısıyla belirtmedikçe, müteselsil kefaletle bağlı sonuçlara maruz kalmaz. Gerçi "yanlış nitelendirme zarar vermez" ilkesinin geçerlilik şekline bağlı sözleşmelerde de uygulanabileceği bugün için genel de kabul edilmektedir. Ne var ki, el yazılı şeklin arandığı durumlar-

26 Aynı ilke, TBK. m. 19 f. 1'de de yer almaktadır. Buna göre, "bir sözleşmenin türünün ve içeriğinin belirlenmesinde ve yorumlanmasında, tarafların yanlışlıkla ve gerçek amaçlarını gizlemek için kullandıkları sözcüklere bakılmaksızın, gerçek ve ortak iradeleri esas alınır".

27 Giovanoli, Art. 495, N. 19. Beck, sözü edilen olasılıkta, müteselsil kefaletin olacağını değil, adi kefilin önce esas borçlunun takip edilmesi gerektiği def'inden vazgeçmiş sayılması gerektiğini belirtiyor. Beck, Art. 495, N.21. Beck'in ulaştığı bu sonuç, kanaatimce, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu bakımından da ulaşılması gereken sonuçtur.

da. htı ırlıJr d\1.1/,,,"""1, ,,ıclt.·l,rın hı, ilh nınluu,o/u ck,,rn-,rotul
 ,mnınlın, ,r l« -: •lıı uuA.ılınk ,•/ uu=ılı S Alı aromanın h., 1\$kvı
 >IR lrrrneı,ı c>lır Soıu,,,,, t'l ,ıldı,,,,, : wnında iar,p hır tomı cı • ırl
 ,, h'II(ınılma: old.:cıJ.ur. Ahual/ının elinde borçlu lwılında '1lınm,ı k:lı
 " i: N"l:-ıi, c>ldatıJnu bilerek kefil olMıq olan lc. el Jtrı.tı ·la m elul
 J..ilil ,/ılu mu ortaya koymadığı sürece adı lcefil sayılacak. ancak. ıonıs""
 de f'ından yobun lcabul edileceleir. Bu sonuç gariptir. çünkü adı kefilin up,ı-
 ,lnunnuısı olan tartılma def'ini kullanamayan bir adi kefil örneğini hırf ımı-
 =a ılcarmaitadır Adi kefile özgü tipilc savunmadan yoksun olan sü:. A:omi.su
 lrfil. müteJelsil kefil olduğunu el yazısıyla belirtmediği (,e aynca=grçmq
 olmadığı) sürece, tınmaz rehni de dahil olmak üzere her türlü rehni önct'-
 lıkla paraya çevrilmesini alacalclıdan isteyebileceleir: O halde. "aiipik •• bir
 adı kefalet sözleşmesiyle lcarşı lcarşıya bulunduğumuz söylenebilir:

Alacaklı, esas borçlu hakkında yaptığı takibi "gerekli özeni göstererek .. yürütmelidir. Bu gerekliliği ifade etmek için, 818 sayılı (eski) BK m. 486 (1'de, esas borçlu hak.kında yürütülen takibin "alacaklının hatası" olmaksızın semeresiz kalmasından söz edilmekteydi. Burada kullanılan "alacalclının hatası" tabiri, kaynak kanunun eski (1941 revizyonundan önceki) metnindeki "alacaklının kusuru" tabirinin yanlış çevirisine dayanmaktaydı?¹¹.

e var ki, Kaynak kanunun (eski) metnindeki ifade, 818 sayılı Kanun·cta kullanılan alacaklının hatası tabirinin anlamlandırılmasında dikkate alınmıyordu. Şu halde, alacaklının esas borçlu hakkında yaptığı takip kendi kusuruna dayanmaksızın semeresiz kaldığı takdirdedir ki, adi kefile başvurusu söz konusu olabilirdi. Kaynak kanunun eski metninde kullanılan "alacaklının kusuru" tabiri 1941 revizyonu sırasında değiştirilmiş, yapılan değişiklikle alacaklının gerekli özeni göstererek takibi yürütmesinden söz edilmiştir (OR Art. 495 Abs. 1). Kaynak kanunda kullanılan yeni ifade biçimi amaca daha elverişli olup, üzerinde durduğumuz gerekliliği daha iyi anlatmaktadır. Esas borçlu hakkmda takip yaparken kendisinden beklenen özeni gösteren alacaklıdır ki, takibin semeresiz kalması üzerine adi kefile başvurabilir. Alacaklının göstermesi gereken özen, somut olaya göre değişir. Genel olarak. alacaklının, elindeki belgeleri zamanında ibraz etmesi, süreleri kaçırmamak için dikkat etmesi, esas borçlu itiraz etmişse bu itirazın kaldırılması veya iptali için çaba göstermesi gerektiği söylenebilir²⁹. Kaynak Kanun'da dile

28 Reisoğlu, Kefalet, s. 117, dpn. 23; Tandoğan, Borçlar il, s. 764.

29 Beck, Art. 495, N. 19; Giovanoli, Art. 495, N. 17; Pestalozzi, Art. 495, N. 6; Reisoğlu, Kefalet, s. 117-118. 12 HD'nin 28.11.2000 tarih ve E. 2000/17895, K. 2000/18595 sayılı kararında, şunlar söylenmektedir:"İcra takibinin dayanağı olan kira sözleşmesin-

getirilen alacaklının gerekli özeni göstererek esas borçlu hakkındaki takibi yürütmesi zorunluluğu, TBK. m. 585 düzenlemesinde anılmamaktadır. Gerçekten de TBK. m. 585 f. 1, "*adi kefaletle alacaklı borçluya başvurmadıkça, kefile takip edemez; ancak, aşağıdaki hallerde doğrudan doğruya kefile başvurulabilir*" dedikten sonra, dört bent halinde doğrudan kefile başvurulabilecek halleri saymıştır. Bu sayımda ilk bent olarak ele alınan olasılık aynen şu şekilde dile getirilmiştir: "*Borçlu aleyhine yapılan takibin sonucunda kesin aciz belgesi alınması*". Görüldüğü gibi borçlu aleyhine yapılan **takibin** alacaklı tarafından özenle yürütülmesinden söz edilmemektedir. Ne var ki, bu durum, Kaynak Kanun'dakinden farklı bir sonuca ulaşılmasını gerektirmez. Alacaklının adi kefile başvurma olanağını elde etmesi için asıl borçlu hakkındaki takibi özenli bir biçimde yürütmesi gerekliliği, işin niteliğinden ve düzenlemenin amacından çıkarılabilir. Ancak özenli bir takip sonucunda elde edilen borç ödemediği kesin aciz belgesidir ki, adi kefilin tartışma def'ini bertaraf edebilecektir.

Alacaklının esas borçlu hakkındaki takibi gerekli özeni göstererek yürütmesi ve sonuçlandırması zorunluluğu, söz konusu takibin esas borç muaccel olunca derhal yapılması zorunluluğunu beraberinde getirmez. Alacaklı, borç muaccel olunca gecikmeksizin esas borçluyu takip zorunda olmadığı gibi, adi kefilin alacaklı gecikmeksizin takibe başlasaydı takibin semereli olacağını iddia etmesine de olanak verilmez. Eğer kefalet süreliyse ve sürenin bitiminden önce alacaklı esas borçlu hakkındaki takibi sonuçlandırıp adi kefil hakkında takibe geçmemişse, kefil borçtan kurtulur (TBK m. 600)³⁰.

de borçlu Tuncay adi kefildir. Borçlar Kanununun 486/1. maddesi (TBK. m. 585 f. 1) gereğince adi kefilin borçtan sorumlu olabilmesi için, kefalet akdinden sonra borçlunun iflas etmesi veya hakkında icra takibi yapıp, alacaklının hatası olmaksızın semeresiz kalması yahut borçlu aleyhinde Türkiye'de takip yapılmasının imkansız hale gelmesi gereklidir. Somut olayda borçlu hakkında icra takibi başlatılmış, ödeme emri tebliğ edilememesi nedeniyle takibe devam edilememiş, örneğin adres araştırması yapılamamış, ilan tebligat yoluna gidilmeyerek adı geçen hakkındaki takibin semeresiz kaldığı belirlenmemiştir. Ayrıca Borçlar Kanununun 493. maddesi gereğince kira akdinin sona erdiği 20. 05. 1999 tarihinden itibaren bir aylık süre içinde takibe başlanmadığı için kefil, borçtan kurtulmuştur (TBK. m. 600'e göre kefalet süresinin geçmesiyle kefil kendiliğinden borçtan kurtulmaktadır)". YKD, C: 27, S: 4, T: Nisan 2001, s. 546-547.

- 30 818 sayılı (eski) Borçlar Kanunu'nun süreli kefaletle ilişkin 493. maddesi farklı bir düzenleme getirmekteydi. Buna göre, "*bir kimse mahdud bir zaman için kefil olup da bu zamanın inkızasını takip eden bir ay zarfında alacaklı bu bapta icraya veya mahkemeye müracaatla hakkını takip etmezse yahut takibatına uzun müddet fasıla verirse kefil kefaletten beri olur*". Hükmün okunmasından açıkça anlaşılmaktadır ki, kefaletin bağ-

Buna karşılık, kefalet Orclı değilse, asıl borcun muacceliyetini takiben, kefil, bir ay içinde borçlu hakkında takibe geçme, ini veya rehincileri paraya çevirmek için gerekenleri yapmasını alacaklıdan isteyebilir. Alacaklının kefilin bu i teğine uymaması, kefilin borcundan kurtaracaktır (TBK. m 601) SOrclı olan ve olmayan kefaletle ilişkin bu dOzcnlcmclcrin dışında, alacaklı açısından asıl borçlu hakkında takibe geçme zorunluluğu yoktur. O. borcun muaccel hale gelmesinden sonra takibi istediği kadar geciktirebilir. Takibin geç yapılması ve zamanında yapılsaydı semereli olacak bir takibin gecik- yüzünden semeresiz kalması, alacaklının adi kefilinden talepte bulunmasını engellemez³¹.

Alacaklının, esas borçlu hakkında takip yaptığını ve bu takibin semeresiz kaldığını ispat etmesi yeterli olup, alacaklının gerekli özeni göstermesi yüzünden takibin semeresiz kaldığını adi kefil ispat edecektir³². Kefilin ispat külfetini yerine getirmiş sayılması için, alacaklının takip sırasındaki özensizliğini ve bu özensizliğe bağlı olarak takibin hangi oranda semeresiz kaldığını ortaya koyması gerekir. *Alacaklının özensizliği yüzünden esas borçlu hakkındaki takip hangi oranda semeresiz kalmışsa, kefil o oranda sorumluluktan kurtulur*³³.

İstendiği silrenin dolması kefilin derhal sorumluluktan kurtarmamakta ve bu silre dolana kadar asıl borçlunun takip edilmesi gerekmemektedir. Kefalet süresinin dolmasından sonra alacaklı asıl borçlu hakkında takibe geçmek için bir aylık munzam bir süreden yararlanmakta, bu bir aylık silre içinde de asıl borçlu hakkında takibin başlatılması yeterli olup tamamlanması gerekmemektedir. Bir aylık süre içinde başlatılan takip, alacaklı tarafından sürüncemeye uğratılmaksızın ve önemli bir ara verilmeksizin ne kadar devam ederse etsin, kefil sorumluluktan kurtulamamaktadır. Şu halde, TBK. m. 600 düzenlemesi konuya ilişkin olarak önemli değişiklikler getirmiştir. Yeni düzenlemeye göre, kefalet süresinin dolması kendiliğinden kefilin sorumluluktan kurtarıcı etki yapmamaktadır. Adi kefile başvurulabilmesi için esas borçlu hakkında borç ödemedi kesin aciz belgesi alınması gerekeceğine göre, söz konusu aciz belgesinin kefalet süresi dolmadan alınması aynı süre içinde adi kefilinden talepte bulunulabilmesinin ön koşulu olmaktadır.

31 Beck, Art. 495, N. 19; Reisoğlu, Kefalet, s. 117.

32 Lerch/fuason, s. 63; Tobler, s. 93; Beck, Art. 495, N. 20; Reisoğlu, Kefalet, s. 118.

33 Beck. Art. 495, N. 19. Reisoğlu, kusuru yüzünden takibin semeresiz kalmasına yol açan alacaklının, kefile karşı haklarını kaybedeceğini belirtmektedir. Reisoğlu, Kefalet, s. 118. Alacaklının özensizliğiyle takibin semeresiz kalmasına yol açtığı oranda kefile başvurma hakkını kaybedeceğini söylemek, kanaatimce, daha yerindedir.

b. Tartışma def'inin ortadan kalktığı holler**ha. Esas borçlunun iflası ve esas borçluya konkordato mehli verilmiş olması**

Esas borçlu kefalet sözleşmesinin yapılmasından sonra iflas ederse, alacaklının adi kefile başvurması mümkün hale gelir. Esas borçlunun iflasıyla birlikte adi kefile ait tartışma (önce esas borçlunun takibi gerektiği) def'i ortadan kalkar³⁴. Adi kefile başvurulabilmesi için, esas borçlu hakkında iflasın açılması yeterli olup, iflas yoluyla takibin sonuçlanmasına gerek yoktur³⁵. Bu kural o kadar kesindir ki, kefile, iflas yoluyla takip sonuçlandığı zaman alacaklının bütünüyle tatmin olacağını iddia etme olanağı verilmez³⁶.

Alacaklı- esas borçlu hakkında. iflasın açılmasıyla birlikte adi kefile başvurabilir hale gelse de, TBK m. 594 f. 2' de belirtilen külfetleri yerine getirmek zorundadır. Buna göre, *asıl borçlunun ifloisına karar verilmişse, alacaklı alacağını iflas masasına kaydettirmeli ve durumdan kefile haberdar etmelidir. Alacaklı, bundan başka, iflds süreci devam ettiği sürece haklarının korunması için gerekenleri yapmalıdır.* Konuyu ele alan 818 sayılı (eski) Borçlar Kanunu'nun 502. maddesi, alacaklının esas borçlunun iflası durumunda söz konusu olacak külfetlerini bu kadar ileri götürmemekteydi. 818 sayılı Kanun'un düzenlemesine göre, alacaklının esas borçlunun iflasını kefile bildirmesi ve alacağını iflas masasına yazdırması yeterliydi. TBK. m. 594 f. 2, İsviçre kaynağını izleyerek³⁷, alacaklının alacağını asıl borçlunun iflas. m. s. na yazdırmakla yetinem- eceğini, iflas sırasında hakkını korumak için kendisinden beklenebilecek bütün tedbirleri alması gerektiğini açıklıkla belirtmiştir. Alacaklının söz konusu külfetleri yerine getirmemesi, adi kefile başvurma olanağını bütünüyle kaybetmesine yol açmayabilir. *Alacaklı, asıl borçlunun iflasına bağlı olarak ortaya çıkan külfetlerin yerine*

34 Beck, esas borçlunun iflas etmiş olmasını tartışma def'inin ortadan kalktığı hallerden biri olarak nitelendirmektedir. Beck, Art. 495, N. 25. Buna karşılık, Giovanoli bir ayırım yapmakta, esas borçlu hakkında iflasın açılmasını hangi alacaklının sağladığına bakarak bir sonuca ulaşmaktadır. İflasın açılması kefalet güvencesine bağlanan alacağın alacaklısının talebiyle gerçekleşmişse, önce esas borçluyu takip gereği yerine getirilmiş olacaktır. Buna karşılık, iflas bir başka-alacaklının veya esas borçlunun bizzat kendisinin talebi üzerine gerçekleşmişse, alacaklı önce esas borçluyu takip etmiş olmamasına rağmen kefilin tartışma def'i ortadan kalkacaktır. Giovanoli, Art. 495, N. 10.

35 Beck, Art. 495, N. 27; Giovanoli, Art. 495, N. 11; Pestalozzi, Art. 495, N. 3.

36 Reisoğlu, Kefalet, s. 116.

37 OR Art. 505 Abs. 2.

getirilmemesi sebebiyle kefilin uğradığı zarar miktarınca ona karşı **hak.lor** kaybeder (TBK. m. 594 f 3). O halde. külfetlerini yerine getirmeyen al lanın, adi kefile başvunna hakkını tamamen değil kısmen **kaybctmiş** ol³⁸ da m0mk0ndir³⁹.

E as borçlu hakkındaki iflasın kimin talebiyle gerçekleştiği öncmlı de ğildir. Kefalet güvencesine bağlanan alacağın alacaklısının talcbıyle **gerçek**leşmiş olabileceği gibi, bir başka alacaklının, hatta esas borçlunun bır.;...1 kendi inin talebiyle de gerçekleşmiş olabilir. Kimin talebiyle olursa ol un. esas borçlu hakkında iflas açıldığı anda alacaklı adi kefile başvuru hakkını kazanır. Bu sonuç olağandır. İflas genel bir tasfiye süreci olduğuna göre. kefil olunan alacak da bu tasfiye sırasında dikkate alınacaktır³⁹.

*Esas borçlu hakkındaki iflasın kaldırılması, iflasla birlikte adi kefile başvurma olanağı ortaya çıkmış olan alacaklının bu olanağını ortadan lcol dırmaz. Ancak, kefilin muvafakati olmadan iflasın kaldırılmasına muvafakat eden alacaklının, adi kefile başvuru olanağını yitirmesi yerinde bir sonuç olur'⁴⁰. O halde, esas borçlunun iflasıyla birlikte adi kefile başvurma olanağı ortaya çıkan alacaklı, bu olanağı yitirmek istemiyorsa, kefilin muvafakatını almadan iflasın kaldırılmasına muvafakat etmemelidir. Alacaklı, iflasın kaJdınlmasına muvafakat etmeden önce kefilin muvafakatini almışsa, kefilin muvafakatinin ne anlama geldiği araştırılmalıdır. Kefilin muvafakatı. kuraJ ol⁴¹ iflasın kaldırılmasına rağmen tartışma def'ini kullanmayacağı. bu defiyi kullanmaktan vazgeçtiği anlamını taşır⁴¹. *İflasın ertelenmesinin. iftasla birlikte ortaya çıkmış olan adi kefile başvuru olanağı üzerinde herhangi bir etki doğurmayacağı kabul edi/i*⁴².*

*Esas borçlunun iflası kefalet sözleşmesinin yapılmasından sonra **gerçek**leştiği takdirde ki, adi kefile başvurulabilir. Esas borçlu kefalet sözleşm.e sinin yapılmasından önce iflôs etmiş ve kefil bu durumu bilerek yükümlülük altına girmişse. tartışma def'ine hiç sahip olmayacaktır. Böyle bir durumda. tipik savunmasından yoksun olan atipik bir adi kefile karşı karşıyayız **demek**.- tir. Bu kefil, müteselsil kefil olma iradesini el yazısıyla ortaya koymadığıM göre yine de adi bir kefiledir. Ne var ki, adi kefile adi kefil yapan savunmayı yapma olanağından mahrumdur.*

38 Giovanoli, Art. 495, N. 11; Pestalozzi, Art. 495, N. 3.

39 Bede, Art. 495, N. 27; Giovanoli, Art. Art. 495, N. 10; Reisoğlu, Kefalet, s. 115-116.

40 Reisoğlu, Kefalet, s. 116; Elçin Grassinger, s. 208.

41 Giovanoli, Art. 495, N. 12; Pestalozzi, Art. 495, N. 3.

42 Pestalozzi, Art.. 495, N. 4a.

Esas borçluya konkordato mehli verilmesinin iflasa denk etkiler doğuracağı⁴³, bu nedenle adi kefile başvurma olanağı yaratacağı öteden beri kabul edilmekteydi⁴⁴. Nitekim TBK. m. 585 f. 1 b. 4'te, kaynak İsviçre Borçlar Kanununda 1941 yılında yapılan değişikliğe uygun olarak (OR Art. 495 Abs. 1), borçluya konkordato mehli verilmesinin adi kefile doğrudan başvurma olanağını yaratacağı açıkça belirtilmiştir. Şu halde, esas borçluya konkordato mehli verilmesi adi kefilin tartışma def'ini ortadan kaldıran bir diğer haldir. *Adi kefile başvuru olanağının ortaya çıkması için konkordato mehlinin verilmesi yeterli olup, konkordato sürecinin tamamlanmasına gerek yoktur*⁴⁵. Asıl borçluya konkordato mehli verilince alacaklının yerine getirmesi gereken külfetler TBK. m. 594 f. 2'de ele alınmıştır. Buna göre, *borçlu konkordato istemişse alacaklı alacağını kaydettirmek ve haklanmn korunması için gerekeni yapmak zorundadır. Alacaklı, bundan başka, borçluya konkordato mehli verildiğini öğrendiği anda durumu kefile bildirmelidir. Bu külfetleri yerine getirmeyen alacaklı, kefilin uğradığı zarar miktannca ona karşı haklarını kaybeder* (TBK. m. 594 f son).

bb. Borçlu hakkında Türkiye'de takip yapmanın imkansız/aşması veya önemli ölçüde güçleşmesi

Esas borçlu hakkında takip yapılması kefalet sözleşmesinin yapılmasından sonra imkansızlaşırsa, alacaklı doğrudan doğruya adi kefile başvurabilir. Takibin yapılması imkansız olmamakla birlikte aşın masraflı ve çok güç hale gelmişse, alacaklı yine adi kefile doğrudan başvurabilecektir⁴⁶. TBK m. 585

43 Konkordato mehli verilmesinin iflasa denk etkiler doğuracağı, İsviçre'de kefaletle ilişkin hükümlerin revizyonundan önce kabul edilmekteydi. Bu nedenle, ORArt. 495 Abs. 1 hükmünde borçluya konkordato mehli verilince alacaklının adi kefile başvurabileceğinin açıkça belirtilmesi, uygulamada benimsenen bir sonucun yasalaştırılması olarak görülebilirdi. Bkz. Beck, Art. 495, N. 28.

44 Konuya ilişkin açıklık taşımayan 818 sayılı (eski) Borçlar Kanunu zamanında ileri sürülen bu düşünce için bkz. Reisoğlu, Kefalet, s. 116.

45 Beck, Art. 495, N. 28; Giovanoli, Art. 495, N. 14; Pestalozzi, Art. 495, N. 5.

46 Yargıtay İİD' nin 21. 5. 1968 tarihli, 5534/5386 sayılı karar için bkz. Tandoğan, Borçlar II, s. 762; Reisoğlu, Kefalet, s. 114. Ayan, TBK. m. 585 f. 1 b. 2'nin mehaza uygun olarak anlaşılması gerektiğini ileri sürmekte; buna göre, asıl borçlunun yerleşim yerini, kefalet sözleşmesinin akdinden sonra yurt dışına taşınması nedeniyle Türkiye'de takibinin imkansız hale gelmesi veya zaten yurt dışında bulunan yerleşim yerini, takibatın önemli ölçüde zorlaşmasına neden olacak şekilde başka bir ülkeye taşınması durumlarındadır ki adi kefilin tartışma def'ine başvuramayacağı sonucuna varmaktadır. Buna

f. 1 h. 2 bu noktaya açıklık getirmiştir.

18 sayılı (eski) Borçlar Kanunu'nun konuya ilişkin 486. maddesinde esas borçlu hakkındaki takibin imkansız/aşmasından söz ediliyor. önemli ölçüde güçleşmesine değinilmiyordu. Ne var ki, esas borçlu hakkındaki takibin imkansızlaşması kavramının geniş yorumlanması gerektiği. takibin önemi, ölçüde güçleşmesinin de imkansızlık kavramı içine ithal edilebileceği kabul ediliyordu. Şu halde, TBK. m. 585 f. 1 b. 2'de bu genel kabul yasalaştırılmış olmaktadır.

Esas borçlu hakkında Türkiye'de takip yapmanın imkansızlaşması, esas borçlunun Türkiye'deki yerleşim yerini terk ederek yabancı ülkede yeni bir yerleşim yeri edinmesi üzerine gerçekleşebilir. Yerleşim yerinin Türkiye'den yabancı ülkeye aktarıldığı bu olasılıkta, Türkiye'de malları da bulunmayan⁴⁷ esas borçlu hakkında takip yapılabilmesi imkansız hale gelmekte ve alacaklı doğrudan adi kefile başvurabilmektedir. Esas borçlu hakkında yabancı ülkede de takip yapılabilir olması, hatta böyle bir takibin alacaklı için fazla bir zorluk yaratmaması, varılan bu sonucu değiştirmez. Türkiye 'de takip yapılması bakımından hukukî bir imkansızlığın ortaya çıkması yeterli olup, borçluya karşı takip yapılmasında .fiilî bir imkansızlığın bulunması gerekli değildir. Diğer taraftan, esas borçlu Türkiye'deki yerleşim yerini bırakmakla birlikte yabancı ülkede henüz yerleşim yeri edinmemişse, kendisi hakkında Türkiye'de takip yapılması hukukî olarak mümkündür. O halde, alacaklı için doğrudan adi kefile başvurma olanağı doğmaz. MK m. 20 f. 1'e göre, yerleşim yerinin değişmesi yeni bir yerleşim yerinin edinilmesiyle gerçekleşeceğinden⁴⁸, Türkiye'deki yerleşim yerinin ortadan kalkmış sayılması için yabancı ülkede yeni bir yerleşim yerinin edinilmesi gereklidir. Esas borçlu yabancı ülkede yeni bir Y❖!!l y❖ri edininceye kadar, Türkiye'de terk etti-

göre, TBK. m. 585 f. 1 b. 2'nin lafzına uygun anlam verilmesi ve asıl borçlu hakkında Türkiye'de takibata geçilmesi hukuken mümkün olmakla birlikte aşırı masraflı veya çok güç olacaksa adi kefilin tartışma def'inin ortadan kalktığı ileri sürülmesi, amaca uygun olmayacaktır. Bkz. Ayan, s. 252-253, özellikJe dpn. 876.

47 Ayan'a göre TBK. m. 585 f. 1 b. 2'deki şartın gerçekleşmesinin asıl borçlunun Türkiye'de haczi kabil malının bulunup bulunmamasıyla bir ilgisi yoktur. Asıl borçlunun Türkiye'de haczedilebilir malı bulursa bile, ona karşı Türkiye'de takibe geçilmesi yer bakımından yetkiyi düzenleyen kurallara göre olanaksız hale gelmişse adi kefile doğrudan başvuru mümkün olacaktır. Bkz. Ayan, s. 253-254❖

48 Bu durumun yerleşim yerinin sürekliliği ilkesinin bir uzantısı olduğu söylenebilir. Bu ilke için bkz. Mustafa Dural/fufan Ögüz, Türk Özel Hukuku, Cilt il, Kişiler Hukuku, İstanbul 2004, s. 178. Helvacı, aynı ilkeyi yerleşim yerinin zorunluluğu ilkesi olarak adlandırmaktadır. Serap Helvacı, Gerçek Kişiler, 2. bası, İstanbul 2007, s. 64.

ği yerleşim yerinde kendi hakkında takip yapılabilir⁴⁹. Bu olasılıkta **alacaklı**, esas borçlu hakkında (sonuç getirileneceği baştan belli olsa da) takip yapması, bu takip semeresiz kaldıktan sonra adi kefile başvurusu **gerekir**. *Esas borçlunun yerleşim yerini yabancı ülkeye taşımış olmasına rağmen Türkiye 'de mallarının bulunması, takip açısından hukuki imlân.sızlık yaratmaz*. Bu durumda da, adi kefilin tartışma def ini ileri sünnesine bir **engel** yoktur⁵⁰.

Esas borçlu hakkında Türkiye'de takip yapılmasının imkansızlaşması kefalet sözleşmesi yapıldıktan sonra ortaya çıkmalıdır. Ancak bu takdirde doğrudan adi kefile başvurulması mümkün hale gelir. Esas borçlunun yerleşim yeri kefalet sözleşmesinin yapıldığı sırada zaten yabancı ülkede bulunuyorsa kefil tartışma def'ini başarıyla kullanabilir. Bir başka deyişle, kefalet sözleşmesinin yapıldığı sırada yerleşim yeri yabancı ülkede bulunan esas borçlunun öncelikle takip edilmesi gerektiğini ileri sürebilir⁵¹. Ne var **ki**, kefalet sözleşmesinin yapıldığı sırada yerleşim yeri yabancı ülkede bulunan esas borçlu, kefalet sözleşmesinin yapılmasından sonra yerleşim yerini takibin aşırı güç olduğu bir başka ülkeye taşımış olabilir. Bu olasılıkta da adi kefile doğrudan başvurulabilmelidir. TBK m. 585 f. 1 b. 2'deki ifade bu olasılığı kapsamıyor gibi görünse de, çıkarlar durumunun özdeşliği bu sonuca varılmasını gerektirir. Esas borçlunun yerleşim yerini bir yabancı ülkeden diğerine aktarması olgusu, hakkında yürütülecek bir takibi güçleştirdiği takdirde, esas borçlunun yerleşim yerinin Türkiye'den yabancı ülkeye *aktarılması* olgusuyla ortak özelliğe sahiptir. O halde aynı hukuki etkinin doğması amaca uygun olur⁵². Nitekim kaynak kanunda yapılan değişikliklerle, esas borçlunun yerleşim yerini bir yabancı ülkeden diğerine aktarması olgusu ayrıca ele alınmıştır. Böyle bir değişiklik asıl borçlu hakkındaki takibi önemli ölçüde güçleştiriyorsa, adi kefile doğrudan başvurulabilmesi mümkün kabul edilmiştir (OR Art. 495 Abs. 1). Bu sonucun hukukumuz bakımında da kabul edilmesi gereklidir.

Bu söylediklerimize uygun olarak şu sonuca ulaşabiliriz: Esas borçlu hakkında Türkiye'de takip yapılması hukuki (esas borçlunun yerleşim yerini Türkiye'den yabancı ülkeye taşınması örneğinde olduğu gibi) veya fiili (esas

49 Beck, Art. 495, N. 33.

50 Beck, Art. 495, N. 33; Giovanoli, Art. 495, N. 18; Pestalozzi, Art. 495, N. 7; Reisoğlu, Kefalet, s. 118.

51 Reisoğlu, Kefalet, s. 118.

52 Tandoğan, Borçlar il, s. 766; Reisoğlu, Kefalet, s. 118; Elçin Grassinger, s. 213.

de de rehin hakları kurulmuş olabilir. Bunun gibi, alacaklı, hapis hakkı gibi yasadan kaynaklanan bir rehin hakkına da sahip olabilir. Alacaklının **sahip** olduğu bütün bu rehin hakları, önce rehnin paraya çevrilmesi derinin ileri sürülmesine esas olurlar⁵³. Yeter ki, TBK m. 585 f. 2 hükmünde aranan diğer şartların da gerçekleştiği kabul edilebilsin.

TBK m. 585 f. 2, kefilin def'i hakkına konu olan rehnin türü açısından olmasa bile, kurulma zamanı açısından bir sınırlama getirmektedir. Söz konusu hükmün ifadesine göre, rehnin kefaletten evvel veya kefaletle aynı zamanda temin edilmiş olması gereklidir. *Rehnin kefaletten evvel veya aynı zamanda temin edilmiş sayılması için, rehin kurma taahhüdünün kefalet sözleşmesinden önce (veya kefalet sözleşmesiyle aynı anda) yapılmış olması yeterli olup, rehin hakkının doğmuş olması gerekli görülmez.* Buna göre, rehin kurma taahhüdü (borçlandırıcı işlem) kefalet sözleşmesinden önce (veya kefalet sözleşmesiyle aynı zamanda) yapılmışsa, tasamıf işleminin ve buna bağlı olarak rehin hakkının doğumunun kefalet sözleşmesinden sonra gerçekleşmesi mümkündür. Tasarruf işleminin kefalet sözleşmesinden sonra yapıldığına bakılarak, kefilin def'i hakkını kullanamayacağı söylenemeyecektir⁵⁴.

Kefilin def'i hakkını rehin güvencesinin zamanına bağlayan TBK. m. 585 f. 2 düzenlemesi, daraltıcı yoruma tabi tutulmaktadır. Bir görüşe göre, ancak üçüncü kişiler tarafından verilen rehinler açısından, rehnin kefalet sözleşmesinden önce veya kefalet sözleşmesiyle aynı anda temin edilmesi önem taşır. Üçüncü kişi tarafından kefalet sözleşmesinin yapılmasından sonra bir rehin temin edilmişse, bu rehnin öncelikle paraya çevrilmesinin kefil tarafından istenememesi doğaldır. Bu tür bir rehin sorumluluk üstlendi-

53 Hapis hakla gibi yasadan kaynaklanan rehin haklarının TBK m. 585 f. 2 (OR Art. 495 Abs. 2) düzenlemesinin kapsamına girdiği konusunda İsviçre Hukukunda görüş birliği bulunduğu gibi, bu sonuç Türk hukukunda da (yasanın aksini düşünmeye imkan veren ifadesine rağmen) kabul edilmektedir. TBK m. 585 f. 2, alacağın *rehinle temin olunmasından* söz ettiği için, sadece sözleşmeye dayanan rehin haklarını göz önünde tuttuğu ve yasadan kaynaklanan rehinler için önce rehnin paraya çevrilmesi def'inden yararlanılamayacağı izlenimini yarattığı söylenebilir. Ancak öğretisi, yasanın yarattığı bu izlenimi haklı olarak görmezden gelmekte, yasadan kaynaklanan rehin haklarının **da kefilin** deri hakkını kullanmasına esas olabileceğini kabul etmektedir. Bu konuda bkz. Tandoğan, Borçlar il, s. 766; Reisoğlu, Kefalet, s. 119; Zevkliler/Havutçu, s. 373. İsviçre hukuku için bkz. Beck, Art. 495, N. 38; Giovanoli, Art. 495, N. 22; Pestalozzi, Art. 495, N. 8.

54 BGE 64 il 218. Giovanoli, Art. 495, N. 23; Elçin Grassinger, s. 216.

ği sırada kefil tarafından göz önünde tutulmadığına göre, kefilin rehin veren üçüncü kişiye tercih edilmesine gerek yoktur. Ne var ki, esas borçlu tarafından verilen rehnin kefalet sözleşmesinden önce veya sonra temin edilmiş olması önemli değildir. Esas borçlunun kefalet sözleşmesinin yapılmasından sonra verdiği rehnin öncelikle paraya çevrilmesi, adi kefil tarafından istenebilmelidir. Esas borçlunun öncelikle takip edilmesi gereği, esas borçlu tarafından verilmiş bütün rehinlerin öncelikle paraya çevrilmesi zorunluluğunu içerir. Bu rehinlerden bazılarının kefalet sözleşmesinden sonra temin edilmiş olması, herhangi bir fark yaratmamalıdır⁵⁵.

Benim de katılmakta olduğum bir diğer görüş, İİK m. 45 hükmü sayesinde rehnin temin edildiği zamanın kefil açısından önemini kaybettiğini ileri sürmüştür⁵⁶. İİK m. 45'e göre, alacaklı esas borçluyu takip etmeden önce elindeki bütün rehinleri paraya çevirmek zorundadır. Alacaklı tarafından kendisine başvuru olan esas borçlu, bir savunma olarak, önce rehinlerin paraya çevrilmesini isteyebilir. Kefil, esas borçlunun yapabileceği bütün savunmaları yapabileceğinden, hatta yapmak zorunda olduğundan⁵⁷, İİK m. 45 uyarınca eldeki rehinler paraya çevrilmeden kendisine başvurulamayacağını ileri sürebilir. İİK m. 45'e dayanarak alacaklının elindeki rehinleri öncelikle paraya çevirmesi istendiğinde, bu rehinlerin ne zaman verildiğinin de bir önemi kalmaz. Söz konusu rehinler kefalet sözleşmesinin yapılmasından önce verilmiş olabileceği gibi, sonra da verilmiş olabilir. Kefil burada TBK m. 585 f. 2'nin kendisine verdiği savunmayı kullanmamakta, İİK m. 45 tarafından esas borçluya verilmiş bir savunma sebebine dayanmaktadır. Esas borçlu açısından rehnin ne zaman verildiği nasıl önemli değilse, ona ait bir savunmayı kullanan kefil bakımından da bu husus önem taşımaz. Adi kefilin İİK m. 45'e dayanan savunmayı yapamayacağı ve kefalet sözleşmesinin yapılmasından sonra verilmiş bir rehnin öncelikle paraya çevrilmesini isteyemeden alacaklıya ödeme yapmak zorunda kalacağı kabul edilirse, esas borçluya rücu ederken güçlüklerle karşılaşır. Alacaklıya halef olarak esas borçluya rücu eden kefil, yine halefiyet yoluyla kendisine geçmiş rehinleri paraya çevirmeden esas borçluya rücu edemeyeceği iddiasıyla karşılaşabilir. *Sonuç olarak, TBK m. 585 f 2'de kefilin def'i hakkının kefaletten sonra verilmiş rehinlerle sınırlı olduğunun belirtilmesine rağmen, İİK m. 45 yürürlükte kal-*

55 Necip Bilge, Borçlar Hukuku - Hususi Borç Münasebetleri, Ankara 1962, s. 275; Reisoglu, Kefalet, s. 119; Aral, Borçlar, s. 442-443; Zevkliler/Havutçu, s. 373.

56 Yavuz, s. 843-844.

57 TBK. m. 591 f I c. 1.

*dıkça kefil herhangi bir sınırlamayla karşılaşmaksızın def'i hakkını kullanabilecektir. O, tıpkı esas borçlu gibi, ne zaman verilmiş olursa olsun her türlü rehnin öncelikle paraya çevrilmesini isteyebilir*⁵⁸.

Alacaklının esas borçluyla arasındaki genel rehin anlaşmasına dayanarak elinde bulundurduğu rehinler açısından, adi kefilin önce rehnin paraya çevrilmesi def'ini kullanıp kullanamayacağı tartışılabilir. Böyle bir durumda, alacaklıya, esas borçluya karşı sahip olduğu birden fazla alacağı güvence altına almak için rehin hakkı sağlanmıştır. Rehin hakkıyla güvenceye alınan alacaklar arasında, kefalet güvencesine bağlanan alacak dışında, esas borçluya karşı sahip olunan başka alacaklar da vardır. Bu olasılıkta adi kefil, kendisine başvuran alacaklıdan, sadece kefil olunan alacağı değil başka alacakları da güvence altına alan rehnin öncelikle paraya çevrilmesini isteyebilecek midir? Yoksa adi kefil, önce rehnin paraya çevrilmesi def'ini, münhasıran kefil olunan alacak için verilen rehinler için mi kullanacaktır? Adi kefilin, önce rehnin paraya çevrilmesi def'ini, münhasıran kefil olunan alacak için verilmiş rehinler bakımından kullanabileceğini ileri sürenler vardır. Buna göre, alacaklının elindeki rehin kefalet güvencesine bağlanan alacaktan başka alacakları da kapsıyorsa, adi kefil tarafından öncelikle paraya çevrilmesi istenemez⁵⁹.

İsviçre Hukuku'nda, kefaletle ilişkin hükümlerin revizyonuyla birlikte önce rehnin paraya çevrilmesi def'i bakımından getirilen sınırlamalar kalkmıştır. Böylelikle, adi kefil, aynı borç için rehin veren üçüncü kişilere göre

58 Bu çözüme göre, İİK m. 45 hükmünün emredici olup olmadığı,-eğer emredici olarak kabul edilmezse somut olayda esas borçlunun İİK m. 45 hükmünün kendisine tanıdığı haktan vazgeçmiş olup olmadığı önem taşır. Esas borçlu alacaklıyla yaphğı sözleşmede İİK m. 45 hükmünün kendisine sunduğu olanaktan vazgeçmişse, bu türlü bir sözleşme hükmünün geçerlilik taşıdığı kabul edilirse, kefilin de İİK m. 45 hükmünden yararlanabilme olanağı kalmaz. Bu takdirde TBK m. 585 f. 2 hükmü etkisini gösterir ve kefil kefalet sözleşmesinin yapılmasından sonra verilmiş rehinlerin öncelikle paraya çevrilmesini isteyemez. Öğretide Ayan, İİK. m. 45'in asıl borçlunun ileri sürebileceği bir savunmayı düzenlediğini, adi kefilin ileri sürebileceği savunmaların TBK hükümlerinde ele alındığını belirtmiştir. Yazara göre, TBK. m. 585 kefile sadece kefalet anında var olan rehinlerin öncelikle paraya çevrilmesini isteme yetkisini venniş görünmekle birlikte, kefaletten sonra asıl borçlu tarafından özel olarak kefaletle konu alacak için verilmiş rehinlerin paraya çevrilmesi de kefil tarafından istenebilmelidir. Bkz. Ayan, s. 266.

59 Giovanoli, Art. 495, N. 23. Beck, kefil olunan alacaktan başka alacakları da güvence altına alan rehin bakımından, adi kefilin önce rehnin paraya çevrilmesi def'ini kullanabileceği hususunda tereddütlü görünmektedir. Beck, Art. 495, N. 38.

imtiyazlı bir konum kazanmıştır. OR Arı. 495 Abs. 2 hükmünün getirdiği düzenlemeye göre, adi kefil, ister kefalet sözleşmesinden önce isler sonra verilmiş olsun, her rürlü rehnin öncelikle paraya çevrilmesini isteyebilir. Kefalet sözleşmesinin yapılmasından sonra temin edilen rehinlerin, esas borçlu veya üçüncü bir k4i tarafından verilmiş olması da bu konuda fark yaramaz⁶⁰. Adi kefilin kefalet sözleşmesi yapılırken göz önünde tutmadığı ve sonradan üçüncü kişilerce temin edilm4 olan rehinlerin öncelikle paraya çevrilmesini isteyebilmesi, yasa koyucunun kefil koruma politikasının açık bir göstergesidir. Türk Borçlar Kanunu bu noktada İsviçre örneğini izlememiştir. İsviçre'de 1941 yılında gerçekleşen revizyon Türk Borçlar Kanunu'nun kefaletle ilişkin hükümlerinin biçimlendirilmesinde genelde etkili olmuşsa da, bazı noktalarda farklı bir çözüm yolunun benimsendiği de olmuştur. Üzerinde durduğumuz konu da bu noktalardan biridir. Şu halde, yeni kefalet hukukumuz egemen olan kefil daha fazla koruma politikası, önce rehnin paraya çevrilmesi def'i bakımından mevcut sınırlamaların kaldırılmasında etkili olmamıştır. Bu durumda, adi kefilin önce rehnin paraya çevrilmesi def'ine getirilen zaman sınırlamasını aşmak için getirilen öneriler, TBK. m. 585 f 2'nin yorumlanması bakımından da etkisini sürdürmektedir.

Kefilin önce rehnin paraya çevrilmesi def'ini ileri sürmesi, esas borçlunun iflas etmiş olmamasına bağlıdır. Esas borçlu iflas etmişse, söz konusu def'i ortadan kalkar. Ne var ki, bu sınırlamanın esas borçlu tarafından verilmiş olan rehinlere ilişkin olduğu, üçüncü kişiler tarafından verilmiş rehinlerin öncelikle paraya çevrilmesinin esas borçlunun iflasına rağmen istenebileceği ileri sürülmektedir⁶¹. Üçüncü kişiler tarafından verilmiş rehinlerin paraya çevrilmesinin esas borçlu hakkında açılmış iflasın sonucunun beklenmesini gerektirmediği düşünülürse, bu yaklaşım haklı görülebilir. Yasa koyucu, esas borçlunun iflasının önce rehnin paraya çevrilmesi def'ini engelleyici etkisini kabul ederken, alacaklının iflasın sonuna kadar beklemek zorunda kalmasının önüne geçmek istemiştir. Üçüncü kişiler tarafından verilmiş rehinler bakımından alacaklı böyle bir tehlikeyle karşı karşıya değildir. O halde, 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.

Konkordato mehli verilmesinin iflasa denk etkiler doğurması, önce rehnin paraya çevrilmesi bakımından da ortaya çıkar. Esas borçluya konkordato mehli verilmesi adi kefilin tartışma def'ini ortadan kaldırdığı gibi, önce

60 Beck, Art. 495, N. 38; Giovanoli, Art. 495, N. 23; Pestalozzi, Art. 495, N. 8.

61 Reisoğlu, Kefalet, s. 120. Aynı görüşte, Ayan, s. 268.

rehnin paraya çevrilmesini isteyebilmesine de engel olur. Bu sonuç kaynak kanunun kefaletle ilişkin hükümlerinin revizyonu sırasında açıkça belirtildiği gibi, Türk Borçlar Kanunu'nda da açıklığa kavuşturulmuştur (OR Art. 495, Abs. 2/TBK. m. 585 f. 2)⁶².

818 sayılı (eski) BK m. 486 f. 2 c. son'da, borçlunun iflası ilan olunmadan rehnin paraya çevrilmesi mümkün değilse, adi kefilin önce rehnin paraya çevrilmesi def'inden yararlanamayacağı belirtilmekteydi. Bu ifadenin bir anlamı olmadığı haklı olarak belirtilmekteydi. Sistemimizde rehnin paraya çevrilmesi hiçbir zaman için esas borçlunun iflası sonucunu doğurmayacağına göre, 818 sayılı Kanun m. 486 f. 2 c. son'da sözü edilen hususun gerçikleşme olasılığı bulunmuyordu⁶³. Kaynak İsviçre Hukuku'nun bu konuda da tainip edilmesi ve sözü geçen ifadenin 818 sayılı Kanun'dan çıkarılması öneriliyordu⁶⁴. TBK. m. 585 f. 2, bu bakımdan İsviçre-örneğine uygun olarak biçimiendirilmiştir:

Önce rehnin paraya çevrilmesi yoluna giden alacaklı, bu yolun sonucunda alacağını tamamen elde edemezse kendisine "*rehin açığı belgesi*" verilir. Bu belgeyi alan alacaklı, kalan alacağı için adi kefilin önce esas borçluya başvurmahdır. *Adi kefil def'ileri kümülatif olarak ileri sürülebileceğine göre, rehin açığı belgesini alan alacaklı esas borçluyu takip etmeden önce adi kefilin, talepte bulunursa, adi kefilin tartışma def'ine muhatap olabilir. Demek oluyor ki alacaklının, rehin açığı belgesi' alana kadar rehnin paraya çevrilmesi yoluyla takibi yürüttükten sonra esas borçluyu takip etmesi ve bu takibi borç ödemedi kesin aciz belgesi alana kadar yürütmesi gerekir*⁶⁵.

62 Ayan, rehin veren üçüncü kişi hakkında iflas erteleme kararı verilmesi durumunda rehnin paraya çevrilmesi def'inin ortadan kalkması gerektiğini belirtmektedir. Asıl borçlu hakkında iflas erteleme kararı verilmesi, asıl borçlunun verdiği rehinler bakımından adi kefilin rehnin paraya çevrilmesi def'ini kaldırır. Buna karşılık, asıl borçlunun iflası üçüncü kişinin verdiği rehinler bakımından adi kefilin söz konusu def'i hakkını kullanmasını engellemez. İflas erteleme talebi üzerine mahkemenin tedbir olarak takiplerin durdurulmasına karar vermesi, henüz iflas erteleme kararı verilmemiş olduğundan adi kefilin önce rehinlerin paraya çevrilmesini istemesine engel değildir. Bkz. Ayan, s. 269-270.

63 Aral, Borçlar, s. 443.

64 Kaynak İsviçre hukukunda, sözü geçen ifade, yanlışlığı yol açabileceği gerekçesiyle 1941 revizyonu sırasında kanundan çıkartılmıştır. Beck, Art. 495, N. 39.

65 Lerchffuason, s. 62; Guhl, s. 53; Beck, Art. 495, N. 40; Pestalozzi, Art. 495, N. 8. Ayan, kanunda belirtilmemekle birlikte, önce rehnin paraya çevrilmesi def'inden adi kefilin yararlanmasını engelleyecek hallere de değinmektedir. Bunlar, asıl borcun rehin

I/. Mütese/sil kefalet

A. Müteselsil kefaletin ö1.ellikleri, müteselsil borçluluktan farkı ve müteselsil kefilin savunmaları

1. Müte, el il kefaleti, ö1.ellik/eri

TBK. m. 586, müteselsil kefaleti şu şekilde ele almıştır: *"Kefil. müteselsil kefil sıfatıyla veya bu anlama gelen herhangi bir ifadeyle yükümlülük altına girmeyi kabul etmişse alacaklı, borçluyu takip etmeden veya taşınmazı elmini paraya çevirmeden kefilin takip edebilir. Ancak, bunun için borçlunun, ifada gecikmesi ve ihtarin sonuçsuz kalması veya açıkça ödeme güçsüzlüğü içinde olması gerekir. -Alacak, teslim bağli taşınır rehni veya alacak rehni ile güvence altına alınmışsa, rehnin paraya çevrilmesinden önce kefile başvurulamaz. Ancak, alacağın rehnin paraya çevrilmesi yoluyla karşılanamayacağının önceden hakim tarafından belirlenmesi veya borçlunun iflâs etmesi ya da konkordato mehli verilmesi hallerinde, rehnin paraya çevrilmesinden önce de kefile başvurulabilir".*

TBK. m. 586'nın müteselsil kefaleti ele alış biçiminden çıkarılabilecek ilk sonuç, adi kefile tanınan bazı savunmaların müteselsil kefile tanınmamış olmasıdır. Müteselsil kefil, adi kefilin tipile savunması olan tartışma def'inden mahrumdur. Bundan başka, önce rehnin paraya çevrilmesi def'inden adi kefile oranla çok daha sınırlı bir kapsamda yararlanılır.⁶⁶ Şu halde, müteselsil ke-

tutarını aşan kısmı için adi kefile doğrudan başvurulması, rehin veren üçüncü kişinin iflasına karar verilmiş olması veya ona konkordato mehli verilmiş olması ya da onun hakkında iflas erteleme kararı alınmış olması, alacağın rehnin paraya çevrilmesi yoluyla tamamen karşılanmayacağının önceden hakim kararıyla belirlenmiş olması olarak gruplandırılmıştır. Ayrıntılı bilgi için bkz. Ayan, s. 268 vd.

- 66 Müteselsil kefilin, adi kefile özgü savunmalardan mahrum olması, özellikle önce esas borçlunun takip edilmesini isteyememesi, belirsiz süreli kefaletin sona ermesine ilişkin düzenlemeden müteselsil kefilin yararlanıp yararlanamayacağı sorununun çözümünde de önem kazanmaktadır. Bu sorun, 818 sayılı (eski) Borçlar Kanunu'nun 494. maddesiyle ilgili olarak tartışılmaktaydı. Bu konuda bir inceleme için bkz. Nami Barlas, Belirsiz Süreli Kefalet Sözleşmelerinde Asıl Borcun Muaccel Olması Halinde Müteselsil Kefilin BK m. 494 f. 1 Hükmünden Yararlanmasının Mümkün Olup Olmadığı Sorunu, Prof. Dr. M. Kemal Oğuzman'ın Anısına Armağan, İstanbul 2000, s. 169 vd. 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun belirsiz süreli kefaletin nasıl sona erdirilebileceğini düzenleyen 601. maddesi, müteselsil kefilin de belirli durumlarda bu düzenlemeden yararlanabileceğini belirtmektedir. Müteselsil kefil, kendisine belirli kapsamda tanınmış önce rehnin paraya çevrilmesi savunması aracılığıyla belirsiz süreli kefaletin sona ermesini sağlayabilecektir. Gerçekten de, esas borç muaccel olduktan sonra, alacaklının

faletin vazgeçilmez özelliği, esas borçludan önce kefile başvurulabilmesi olmaktadır. Kefalet sözleşmesinde kefile başvurulmadan esas borçlunun **takip** edilmesi gerektiğinin kararlaştırılması, zorunlu olarak adi kefaletin varlığını kabule götürür. Tarafların müteselsil kefalet olarak yaptığı nitelendirme de bu durumda önem taşımaz. Tarafların nitelendirmesi bir tarafa bırakılarda gerçek iradeleri doğrultusunda "*adi kefalet sözleşmesi*" yapıldığı kabul edilir (TBK m. 19). Buna karşılık, "*önce rehnin paraya çevrilmesi*" savunması bütün kapsamıyla müteselsil kefile tanınabilir. Bir başka deyişle, TBK. m. 586 f 2 'nin belirli bir kapsamda müteselsil kefile tanıdığı önce rehnin paraya çevrilmesi savunması, kefalet sözleşmesi yapılırken genişletilebilir. TBK. m. 586 f 1'e göre, alacaklı taşınmaz rehnini paraya çevirmeden müteselsil kefile başvurulabilecektir. Bu hükmün aksinin kararlaştırılmasına ve alacaklı açısından önce taşınmaz rehnini paraya çevirme zorunluluğunun getirilmesine bir engel yoktur. Kefaletle ilişkin düzenlemelerin nisbî emredici yapısı dikkate alınırsa, müteselsil kefilin yasa gereği sahip olduğu savunmaların kapsamı daraltılamayacak ve fakat genişletilebilecektir. Buna göre, TBK. m. 586 f. 2 uyarınca sahip olduğu teslim bağli taşınır rehni veya alacak rehni- nin öncelikle paraya çevrilmesini isteme olanağı müteselsil kefilin elinden alınamayacak, TBK. m. 586 f 1 uyarınca sahip olmadığı taşınmaz rehninin öncelikle paraya çevrilmesini isteme olanağı müteselsil kefile tanınabilecektir. Kefilin önce rehnin paraya çevrilmesi savunmasından bütün kapsamıyla yararlanabilmesi, kefaletin müteselsil olma niteliğini ortadan kaldırmaz. Kefilin sorumluluğunun ikincilliğinin (taliliğinin) arttırıldığı bir müteselsil kefalet pekala mevcut olabilir⁶⁷.

bir ay içinde rehnin paraya çevrilmesi yoluyla takibe geçmesi ve ara vermeden takibi yürütmesi müteselsil kefil tarafından istenebilir. Alacaklı bu isteğe uymadığı takdirde belirsiz süre için yapılmış müteselsil kefalet sözleşmesi sona erer.

- 67 İsviçre öğretisindeki yaklaşıma göre, müteselsil kefaletin yegane ayırıcı özelliği, kefilin önce esas borçlunun takip edilmesi (tartışma) def'inden yoksun bulunmasıdır. İsv. BK. m. 496'nın müteselsil kefaletle ilişkin olarak getirdiği düzenlemeye göre, müteselsil kefil belirli ölçüde önce rehnin paraya çevrilmesi def'inden yararlanabilmektedir. Böylelikle önce rehnin paraya çevrilmesi def'inin varlığı veya yokluğu, adi kefaletle müteselsil kefaleti birbirinden ayıran bir ölçü olma niteliğini kaybetmiştir. Bkz. Giovanoli, Art. 495, N. 2. İsv. BK. m. 496'ya göre, müteselsil kefil kural olarak taşınmaz rehninin öncelikle paraya çevrilmesini isteyememekte, buna karşılık, teslim bağli taşınır rehni veya alacak rehninin paraya çevrilmesinden önce kendisine başvurulamayacağını ileri sürebilmektedir. Yine İsv. BK. m. 496'nın uygulanması bakımından, kefalet sözleşmesiyle müteselsil kefilin önce taşınmaz rehninin paraya çevrilmesini isteyebileceği bile kararlaştırılabilmekte, böyle bir durumda kefaletin "müteselsil" olma niteliği ortadan

Esas borçlu hakkında kesin aciz belgesi alınmadan ve taşınmaz rehni paraya çevrilmeden müteselsil kefile başvurulabilmesi, kefaletin ikincillik (talilik) özelliğinin büyük ölçüde kalktığını göstermektedir. Kefilin sorumluluğu her zaman ikincil bir sorumluluktur ve müteselsil kefalet bu kuralın istisna-

kalkmamaktadır. Beck, Art. 496, N. 6. Türk hukuku bakımından konuya yaklaşıldığında, 818 sayılı (eski) Borçlar Kanunu çerçevesinde farklı bir yorumun yapılması söz konusu olabilirdi. 818 sayılı Kanun'un 487. maddesi, önce rehnin paraya çevrilmesi def'ini bütün kapsamıyla müteselsil kefilin elinden almış görünüyordu. Bu nedenle, müteselsil kefaleti adi kefaletten ayıran özellik, adi kefilin sahip olduğu her iki def'idan müteselsil kefilin yoksun olmasında aranabilirdi. Ne var ki, başka bir açıdan İsviçre hukukuyla benzer bir sonuca ulaşılabilirdi. İİK m. 45'e göre, esas borçlunun, alacaklının elindeki rehinler öncelikle paraya çevrilmeden kendisine başvurulamayacağını ileri sürmesi mümkündür. Fer'ilik ilkesi uyarınca, hem adi kefil hem de müteselsil kefil, esas borçlunun yapabileceği bütün savunmaları alacaklıya karşı ileri sürebilirler (818 sayılı Kanun m. 497 f. IffBK. m. 591 f. 1). O halde, esas borçlunun İİK m. 45 gereğince sahip olduğu önce rehnin paraya çevrilmesi savunmasını müteselsil kefilin de başarıyla yapabileceği düşünülebilirdi. Bu olasılıkta, müteselsil kefil, önce rehnin paraya çevrilmesi savunmasına kefalet sözleşmesinden kaynaklanan bir savunma olarak değil, esas borçludan gelen bir savunma olarak dayanmış olacaktı. Esas borçlunun sahip olduğu bu savunmaya müteselsil kefilin dayanamayacağı söylenir ve 818 sayılı Kanun rn. 487'nin lafzına öncelik verilirse, alacaklıya ödeme yapmak zorunda kalan kefil, halefiyet yoluyla kendisine geçen rehinleri paraya çevirmeden esas borçluya gidemeyecekti. Bir diğer deyişle, halefiyete dayanarak esas borçluya rücu eden kefil, İİK m. 45 engeliyle karşılaşacaktı. Kefili konuma düşüncesine bütünüyle aykırı düşen bu sonuç, 818 sayılı Kanun zamanındaki uygulamanın EBK m. 487'nin lafzına ağırlık veren yaklaşımı doğrultusunda kaçınılmaz olmaktaydı. 818 sayılı Kanun'un yürürlüğü zamanında uygulamaya hakim olan bu yaklaşım için bkz. Reisoğlu, Kefalet, s. 121-122 ve orada anılan Yargıtay kararları. TBK. m. 586'nın getirdiği düzenleme, İsv. BK. m. 496'ya uygun bir yolda, teslim bağli taşınır rehninin ve alacak rehninin öncelikle paraya çevrilmesini müteselsil kefilin isteyebileceğini belirtmektedir. Üstelik İsv. BK. m. 496'dan bir adım daha ileri gitmekte, belirtilen türden rehinlerin öncelikle paraya çevrilmesini isteme olanağının müteselsil kefilin elinden alınabilmesini önlemektedir. İsv. BK. m. 496 f. 2, teslim bağli taşınır rehninin ve alacak rehninin öncelikle paraya çevrilmesi gerekliliğinin sözleşme ile ortadan kaldırılabilceğini belirtmektedir. Buna karşılık, TBK m. 586 f. 2 bu konuda sessiz kalmaktadır. Bu sessizliği bir menfi çözümler olarak değerlendirmek mümkündür. Teslim bağli taşınır rehni ve alacak rehninin öncelikle paraya çevrilmesi savunmasının müteselsil kefilin elinden alınabileceği açıkça belirtilmediğinden, TBK. m. 582 f. son devreye girecektir. Buna göre, *"kanundan aksi anlaşılmadıkça kefil, bu bölümde kendisine tanınan haklardan önceden feragat edemez"*. Şu halde, kanundan aksi anlaşılmadığına göre, müteselsil kefil kısmen sahip olduğu önce rehnin paraya çevrilmesini isteme hakkından da feragat edemeyecektir. Bu söylenenler çerçevesinde, İsviçreli hukukçuların yukarıda aktarılan değerlendirmeleri, hukukumuz bakımından da geçerlilik kazanmıştır.

sı değildir. Hal böyle olmakla birlikte, müteselsil kefilin tartışma def'inden yoksun olduğu gibi önce rehnin paraya çevrilmesi def'inden de yoksun olduğunu belirten 818 sayılı Kanun m. 487, bu açıdan yerinde olmayan sonuçların çıkarılmasına elverişliydi. Eski Borçlar Kanunu'muz çerçevesinde, müteselsil kefalette kefilin sorumluluğunun taliliği ilkesinin kalktığı ancak fer'iliği ilkesinin devam ettiği gibi bir söylemle sıklıkla karşılaşılmaktaydı. Ne var ki, bu söylemin yerinde olmadığı ve 818 sayılı Kanun'un müteselsil kefalette bakış açısında bile belirli ölçüde taliliğin gözlenebileceği ileri sürülebilirdi. Esas borç muaccel olmadan müteselsil kefile başvurulamayacağı ve para dışında bir konusu olan esas borcun yerine getirilmediği açıklığa kavuşmadan müteselsil kefilin sorumlu tutulamayacağı dikkate alınır, müteselsil kefalette de en alt düzeyde bir ikincilliğin bulunduğu söylenebilirdi⁶⁸. Yukarıda belirtildiği gibi, tartışma def'ine sahip olmayan müteselsil kefil, önce rehnin paraya çevrilmesi def'ine sahip kılındığında müteselsil kefaletin ikincillik dozu artmaktadır. Müteselsil kefilin önce rehnin paraya çevrilmesi def'ine kısmen veya tamamen sahip olmasına göre ikincilliğin dozu değişmektedir. TBK. m. 586 f. 2, bu def'iyi kısmen müteselsil kefile tanımıştır. Ne var ki, kefalet sözleşmesiyle önce rehnin paraya çevrilmesini isteyebilme olanağı bütün kapsamıyla (taşınmaz rehinleri açısından da) müteselsil kefile tanınabilir. Bu son durumda sorumluluğun ikincilliği iyice belirginleşmiş olur. Adi kefalette ise yüksek düzeyde bir ikincillik söz konusu olup, kefil hem tartışma hem de önce rehnin paraya çevrilmesi def'ine sahiptir. İkincillik bakımından bir ara tür olarak adi kefilin elinden önce rehnin paraya çevrilmesi savunmasının alınması düşünülebilir. İkincilliğin en üst düzeye çıktığı bir kefalet türü ise, TBK. m. 585 f. son'da açığın kapatılmasına kefalet olarak ele alınmıştır. Açığın kapatılmasına kefil olan kişi, adi kefilin tartışma def'inden yoksun olduğu durumlarda bile bu def'iyi başarıyla ileri sürebilir.

Müteselsil kefilin, sadece, esas borçlu aleyhine yapılan takibin tamamen veya kısmen sonuçsuz kalması olasılığında sorumlu olacağı kararlaştırılabilir. Bir başka deyişle, müteselsil kefilin sorumluluğunun, esas borçlu hakkında yapılan takibin sonunda açıkta kalan, karşılanamayan alacak kısmıyla sınırlı olduğunun kararlaştırılması ve borç ödemedenden kesin aciz belgesinin

68 Reisoglu, Kefalet, s. 5; Yavuz, s. 830. Buna karşılık aynı yazarlar, eserlerinin başka yerlerinde, kefalette taliliğin fer'ilik gibi zorunlu bir unsur olmadığını, müteselsil kefilin sorumluluğunun fer'i nitelik taşısa da talilik niteliğinin kalktığını belirtmektedirler. Reisoglu, Kefalet, s. 121; Yavuz, s. 845. Tandoğan da, müteselsil kefaletin, kefilin sorumluluğunun tali olmadığı bir kefalet türü olduğunu belirtmektedir. Tandoğan, Borçlar il, s. 769.

alınmasına bağlanması mümkündür. Bu söylenenler, kefaletin mütēja/Ji/ olma niteliğiyle bağdaştırılabilir. Şöyle ki: Belirtilen türden bir anlama rağmen müteselsil kefilin esas borçludan önce takip edilmesi mümkündür. Ne var ki, müteselsil kefile başvurarak elde edilen tutarın akıbeti henüz belli değildir. Müteselsil kefile başvurulup ifa elde edildikten sonra, esas borçlunun da takip edilmesi gerekir. İşte bu takibin sonunda esas borçludan elde edilemeyen, açıkta kalan alacak tutarı, müteselsil kefilin sorumlu olacağı nihai tutarı belirleyecektir. Esas borçlunun takibi sonucunda elde edilen alacak tutarı oranında, müteselsil kefilin daha önceden yaptığı ödemenin kendisine iade edilmesi gerekecektir⁶⁹.

Kefalet sözleşmesinden müteselsil kefil olma iradesi anlaşılmadığı takdirde veya yasayla müteselsil kefaletin varlığı kabul edilmedikçe, adi kefaletin bulunduğu sonucuna varılacaktır. Bir başka deyişle, yasal sistematiğe adi kefalet asıl kefalet tipi olarak kabul edilmiştir. Ne var ki, uygulama gerçekleri bu görüntüyü tersine çevirmiş, alacaklı için çok daha elverişli olan müteselsil kefalet uygulamada en çok başvurulanan kefalet tipi olmuştur. Sosyal, entelektüel ve ekonomik açıdan daha güçlü durumda bulunan alacaklılar, kendileri için çok daha elverişli olan müteselsil kefaleti konumlarının avantajını kullanarak kabul ettirebilmektedirler.

Müteselsil kefalet niteliği baştan kararlaştırılabileceği gibi, başlangıçta adi kefalet olarak nitelendirilmesi gereken kefaletin sonradan müteselsil kefalet dönüştürülmesi de mümkündür. Ancak sonradan yapılan bu değişiklik, kefilin sorumluluğunu arttırıcı nitelikte olduğuna göre, kefaletin geçerlilik şekline uygun olarak gerçekleştirilmelidir (TBK. m. 583 f. son)⁷⁰. Adi kefilin tartışma define dayanmaması durumunda kendisine esas borçludan önce başvurulabilir. Ancak bu durum, müteselsil kefaletin adi kefalet dönüştüğü anlamına gelmez. Şu halde, adi kefilin tartışma define dayanmaktan vazgeçme iradesinin, kefaletin geçerlilik şekline uygun olarak ortaya korunması aranmaz⁷¹.

69 Bede, Art. 496, N. 8; Burak Özen, Borçlar Kanunu Tasarısı m. 586 Hıkmilnün Müteselsil Kefalet İlişkin Getirdiği Düzenleme, Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: X, Sayı: 3-4, Aralık 2006, s. 482-483.

70 Beck, Art. 496, N. 14.

71 Tobler, s. 115 vd; Beck, Art. 496, N. 15.

2. Müteselsil kefalet ve müteselsil borçluluk arasında aynm yapılması zorunluluğu

818 sayılı (eski) Borçlar Kanunu'nun 487. maddesinin 1. fıkrası, adi kefaletin asıl olduğunu ve müteselsil kefil olma iradesinin çıkarılamadığı bir kefalet sözleşmesinin adi kefalet olarak nitelendirilmesi gerektiğini belirtmek isterken, son derece hatalı bir ifade kullanmıştı. Bu düzenlemeye göre, *"kefil, borçlu ile beraber müteselsil kefil veya müşterek müteselsil borçlu sıfatı ile veya bu gibi diğer bir sıfatla borcun ifasını deruhte etmiş ise"*, müteselsil kefaletin varlığı kabul edilmeliydi. 818 sayılı Kanun m. 487'nin ifadesinden yola çıkılırsa, müteselsil kefil olma iradesinin anlaşılabilmesi için, kefilin müşterek müteselsil borçlu sıfatıyla veya benzer bir sıfatla sorumluluk üstlenmesi gerekirdi. Böyle bir sonucun ne kadar yersiz olacağı ortadaydı: Bir kimse *"müşterek müteselsil borçlu"* sıfatıyla sorumluluk üstlenirse, müteselsil kefil olmayıp müteselsil borçlu olur. Müteselsil borçlulukla müteselsil kefalet, birbiriyle karıştırılmaması gereken farklı kurumlardır. Alacaklının seçimine göre dilerse esas borçluya dilerse müteselsil kefile başvurma imkanı bulunduğu için müteselsil borçlulukla bir benzerlik olsa da⁷², yüzeydeki bu benzerliğe takılarak müteselsil kefalet ve müteselsil borçluluğun aynı şey olduğu yanılgısına düşmemek gerekir. Ortada EBK. m. 141 (TBK. m. 162) anlamında bir müteselsil borçluluk yoktur⁷³. EBK m. 141 (TBK. m. 162) anlamında müteselsil borçlu olarak kabul edilen kimseler, alacaklı karşısında birbirinden bağımsız olarak sorumluluk altına girmişlerdir. Buna karşılık, müteselsil kefilin sorumluluğu her zaman için fer'i, bir başka deyişle, esas borcun geçerli olarak var olmasını ve devam etmesini gerektiren bir sorumluluktur⁷⁴. Bu nedenle, müteselsil kefil ve esas borçlunun, alacaklı karşısında EBK m. 141 (TBK. m. 162) anlamında müteselsil borçlu olduklarını değil, yaşan bir borçluluk durumu altında olduklarını söylemek daha yerinde olur. Müteselsil borçluluğa ilişkin hükümler müteselsil

72 Alacaklı, esas borçlu yerine müteselsil kefilen alacağının tümü için talepte bulunabilmekle birlikte, bu talebin kefilin sorumluluğunun üst sınırı olarak belirlenen tutan aşmaması gerekir. Keza müteselsil kısmi kefalette de, müteselsil kefilen alacağın tümü için değil güvence altına alınan kısım için talepte bulunulabilir. Beck, Art. 497, N. 7.

73 Selahattin Sulhi Tekinay, Müteselsil Borç ile Kefalet Arasında Bir Mukayese, Adalet Dergisi 1956, Y: 47, S: 7, s. 745; Akıntürk, Müteselsil Borçluluk, s. 80-81.

74 Bir kimsenin aynı anda hem müteselsil borçlu hem de müteselsil kefil sayılması, kavramsal açıdan düşünülemez. Bir borçluluk durumunun hem asli hem de fer'i bir borçluluk durumu olduğunu kabul etmenin kavramsal açıdan olanaksızlığı açıktır. Tekinay, Müteselsil Borç, s. 746.

kefalete doğrudan uygulanamaz, ancak kıyas yoluyla uygulanabilir. **Kefalet** hukukunda yer alan ve müteselsil kefaletle öncelikle uygulanması gereken bir hüküm veya kefaletle ilişkin genel ilkeler, müteselsil borçlulukla ilgili hükümlerin uygulanma olanağını kaldırır. Bu noktada karşımıza çıkacak hüküm farkına şöyle bir örnek verilebilir: Ödeme yapan müteselsil kefilin ödediği tutarın tümü için esas borçluya rücu edebilmesine karşılık, müteselsil borçlulardan biri alacaklıya ödeme yaparsa, ödediği tutarın tümü için değil, iç ilişkide kendisine düşen payı aşan kısım itibarıyla diğer müteselsil borçlulara rücu edebilir. Gerçek anlamıyla bir müteselsil borçluluk durumuyla, ancak, kıymetli evrak hukukunda yer alan aval kurumunda karşılaşılabılır⁷⁵. Türk Borçlar Kanunu, 818 sayılı Kanun'un 487. maddesinde yer alan hatalı ifadeyi kullanmamaktadır. TBK. m. 586 f. I 'de kefilin borçlu ile beraber ve müşterek müteselsil borçlu sıfatıyla sorumluluk üstlenmesinden söz edilmemekte ve şöyle denilmektedir: "*Kefil, müteselsil kefil sıfatıyla veya bu anlama gelen herhangi bir ifadeyle yükümlülük altına girmeyi kabul etmişse alacaklı, borçluyu takip etmeden veya taşınmaz rehnini paraya çevirmeden kefilini takip edebilir*".

3. Müteselsil kefalette fer'ilik ilkesine bağlı sonuçlar

Müteselsil kefalette talilik ilkesi zayıflamış olsa da, fer'ilik ilkesi bütün kapsamıyla yürürlüktedir. Esas borçlu hakkında kesin aciz belgesi almadan

75 Bede, Art. 496, N. 7; Pestalozzi, Art. 496, N. 3. Bu yazarlar, açıklamalarında, müteselsil borçlunun kendi borcunu ifa ederken müteselsil kefilin maddi açıdan yabancı bir borcu ifa ettiğini belirtmektedirler. Yazarlara göre, ödeme yapan müteselsil kefilin alacaklıya ödediği tutarın tümü için esas borçluya rücu edebilmesi, kendi borcunu değil de maddi açıdan yabancı bir borcu ifa etmesinin bir sonucudur. Bu yaklaşım yerinde değildir. Kefilin yaptığı ödemenin tümü için esas borçluya rücu edebilmesinin sebebi, maddi açıdan yabancı bir borcu ifa etmesinde görülemez. Alacaklıya ödeme yapan kefil, kefalet sözleşmesinden kaynaklanan kendi borcunu ifa etmiştir. Bu yüzdendir ki, yaptığı ödemeyle esas borçlunun borcu sona ermemekte, halefiyet yoluyla kefile geçerek devam etmektedir. Kefil maddi açıdan yabancı bir borcu ifa etmiş sayılıyorsa, bu ifa, üçüncü şahsın ifasıyla borcun sona erdiğinin kabul edilmesine yol açardı. Oysa kefilin ifası, sadece kefalet sözleşmesinden doğan borcu sona erdirmektedir. Bu konuda bkz. Tandoğan, Borçlar II, s. 699; Reisoğlu, Kefalet, s. 5; Yavuz, s. 828; Özen, Müteselsil Kefalet, s. 481-482. Müteselsil kefalet ve müteselsil borçluluk arasındaki farklılıkların topluca ele alınması için bkz. Fulya Erlüle, Müteselsil Kefalet ve Müteselsil Borçluluk Kavramlarının Karşılaştırılması, AÜEHFD, C: VII, S: 1-2, Y: 2003, s. 635 vd. Ayrıca bkz. Özlem Acar, Türk Borçlar Hukukunda Müteselsil Kefalet Sözleşmesi, İstanbul 2015, s. 26 vd.

ve taşınmaz rehni paraya çevrilmeden müteselsil kefile başvurulabilmesi. taliliğin zayıfladığının göstergesidir. Ne var ki, müteselsil kefilin sorumluluğundan söz edebilmek için, geçerli bir asıl borcun varlığı ve devamı aranacaktır. Asıl borcun takip edilebilir olması da, aynı şekilde, müteselsil kefilin sorumlu tutulabilmesinin ön koşuludur. Sonuç olarak, kefilin asıl borçludan daha fazla bir sorumluluk altında olamayacağına ilişkin temel ilke müteselsil kefalet bakımından da göz önünde tutulacaktır. Bu durumda, müteselsil kefil, tıpkı adi kefil gibi, esas borçluya ait bütün savunmaları yapabilmelidir⁷⁶. Esas borçluya ait savunmaları yapmadan alacaklıya ifada bulunan müteselsil kefil, rücu hakkını kaybedebilir. Asıl borçlu, kendisine ait savunmaları kefilin de bildiğini veya bilmesi gerektiğini ispat ederek, kefilin rücu hakkını (tamamen veya kısmen) kullanmasını engelleyebilir (TBK m. 591 f. son).

Müteselsil kefilin esas borçluya ilişkin savunmaları yapabilmesi bakımından İİK m. 45 özel bir önem taşır. Bu hükme göre, alacaklı, esas borçluya başvurmadan önce esas borç için verilmiş rehinleri değerlendirmek zorundadır. Doğrudan kendisine başvuran alacaklıya karşı, esas borçlu, öncelikle mevcut rehinlerin değerlendirilmesi gerektiği savunmasını yapabilir. Müteselsil kefilin İİK m. 45'in esas borçluya tanıdığı bu savunma olanağından yararlamp yararlanmayacağı önemli bir sorundur. TBK m. 586, adi kefile tanınmış olan "*önce rehnin paraya çevrilmesi*" defin müteselsil kefilin elinden kısmen almış görünmektedir. Müteselsil kefil, taşınmaz rehni bakımından söz konusu def'i hakkından yararlanamayacaktır. Ne var ki, esas borçludan gelen bir savunma sebebi olarak İİK m. 45'e dayanması ve taşınmaz rehninin öncelikle paraya çevrilmesini istemesi müteselsil kefil için mümkün olabilir. Bu sorun, uygulamada, 818 sayılı (eski) Borçlar Kanunu'ndaki müteselsil kefalet düzenlemesi çerçevesinde tamşılmıştır. EBK. m. 487'ye göre, müteselsil kefil, önce rehnin paraya çevrilmesi definen bütünüyle yoksundu. Bu düzenlemeye bakılarak, müteselsil kefilin İİK m. 45'e dayanamayacağı sonucuna varılmaktaydı⁷⁷. Böylelikle, esas borçlunun mev-

76 Guhl, s. 28; de Biasio, s. 3; Tobler, 13 vd; Tandoğan, Borçlar II, s. 770; Yavuz, s. 845.

77 Budak'ın konuya ilişkin düşünceleri şu şekildedir: EBK. m. 487 f. 1'in gereği olarak rehnin paraya çevrilmesi def'ini alacağın kendisinden talep edilmesi halinde ileri sürmeyecek olan müteselsil kefil, kendi aleyhinde yapılan icra takiplerinde de İİK. m. 45'te yer alan önce rehne başvurma kuralından yararlanamamalıdır. Aksi takdirde, müteselsil kefilin önce rehnin paraya çevrilmesi def'inden yararlanamayacağını belirten EBK. m. 487 büyük ölçüde etkisiz kalırdı. Ne var ki, kefalet borcunun teminatı olarak kefil veya bir üçüncü kişi tarafından rehin verilmesi durumunda, kefil önce rehne başvurma kuralından yararlanabilir. Ali Cem Budak, İpoteğin Paraya Çevrilmesi Yoluyla

cut rchinlcnn öncelikle paraya çevrilmesini istcycbilmcsinc karşılık, müteselsil kefil rehinler paraya çevrilmeden önce takip edilebilmekteydi. Ne var ki, müteselsil kefil alacaklıya halef olarak esas borçluya rücu ettiği zaman, kendisinin yararlanamadığı İİK m. 45'in yarattığı engelle karşılaşmaktaydı". Bu sonucun kefilin korunması düşüncesiyle ne kadar uyumlu olduğu tartışmaya açıktı. Uygulamada hakim olan bu düşünce, müteselsil kefilin

Twp. fstanbul 2008, s. 29-30. Yargıtay 19. HD.'nin 16.12.2003 tarihli ve 9612/12766 sayılı karar şöyledir: "Kefil, kefalet limiti ve kendi temerrüdünün sonuçlarından sorumludur. Eğer kefiller kefaletlerinin teminatını teşkil etmek üzere yine kendileri tarafından **ipotek** tesis etmemişlerse üçüncü kişi olan kredi borçlusunca kullanılan kredinin teminatı olarak tesis edilen ipotekten İİK'nun 45. maddesine göre yararlanamazlar. Bir başka deyişle ipotek kefaletinin teminatı olmadığından, kefiller hakkında kefalet sorumluluğuna dayaJı olarak icra takibi yapılmasında bir engel bulunmamaktadır". Bu karar için bkz. (Nihat) Yavuz, s. 769. I I HD'nin 12.5.1987 tarih ve 2220/2906 sayılı kararında şu açıklamalar bulunmaktadır:"Davalıların kefaleti İTK'nun 7'nci maddesi hükmü uyarınca adi kefalet değil, müteselsil kefalettir. (Eski) BK'nun 487'nci maddesinin açık hükmüne göre kefil, borçlu ile beraber müteselsil kefil ve müşterek müteselsil borçlu sıfatıyla borcun ifasını üstlenmiş olduğu takdirde alacaklı, asıl borçluya müracaat ve rehinleri nakde tahvil ettirmeden önce kefil aleyhinde takibat yapmak yetkisine sahip olur. Yasa koyucu, anılan maddeye koyduğu bu hükümle alacaklının haklarını güvenceye almak istemiş ve ona asıl borçluyu takip etmese ve rehin gibi alacağın sağlam teminatını teşkil eden şeylere müracaat etmese dahi doğrudan doğruya kefilleri takip etmek hak ve yetkisini bahşetmiştir" (Mustafa Reşit Karabasan, Türk Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, C: 2, İstanbul 2002, s. 1232-1233). Yargıtay 12 HD'nin, 18. 12. 2000 tarih ve E: 2000/19303, K: 2000/20135 sayılı kararında, konuya ilişkin olarak şunlar söylenmektedir: "Hukuk Genel Kurulunun 14. 10. 1972 tarih ve 215-841 sayılı kararında da benimsendiği gibi, İİK'nun 45. maddesi asıl borçlular için sevk edilmiş olup, alacağı rehinle temin edilmiş kimsenin rehin veren hakkında doğrudan doğruya genel haciz yoluyla takibe geçmesini önlemektedir. BK'nun 487. maddesinde ise, (kefil borçlu ile beraber müteselsil kefil ve müşterek borçlu sıfatıyla veya bu gibi diğer bir sıfatla borcun ifasını deruhte etmiş ise, alacaklı asıl borçluya müracaat ve rehinleri nakde tahvil ettirmeden evvel kefil aleyhinde takibat icra edebilir) denilmektedir. Yasa koyucu anılan madde ile alacaklının haklarını güvence altına almak istemiş ve ona asıl borçluyu takip etmese ve rehin gibi alacağın sağlam teminatına müracaatta bulunmasa dahi, doğrudan doğruya kefilin takip etmek hakkını vermiştir". YKD, C: 28, S: 7, T: Temmuz 2002, s. 1055-156. Yargıtay 12 HD'nin 24.03.2000 tarihli ve E. 2000/3484, K. 2000/4549 sayılı kararında, asıl borçlunun borcu rehinle temin edilmiş olduğundan, asıl borçlu hakkında İİK m. 45 uyarınca takibin iptaline karar verilmesinin doğru olduğu, buna karşılık müteselsil kefillerin İİK m. 45 hükmünden yararlanamayacakları ve mevcut rehinler paraya çevrilmeden onlar hakkında haciz yoluyla takip yapılabileceği, açıklıkla belirtilmiştir. YKD, C: 27, S: 9, T: Eylül 2000, s. 1384-1385.

- 78 Reisoğlu, Kefalet, s. 120-121 ve orada anılan Yargıtay kararları; Tandoğan, Borçlar II, s. 769, dpn. 24.

rehnin paraya çevrilmesini isteme hakkından vazgeçmiş sayılmasıyla **açıklanmaktaydı**. Müteselsil kefil olmayı kabul eden kişi, bu türden bir kefaletin niteliği gereği, önce rehnin paraya çevrilmesini istemeyeceğini ve bu arada İİK m. 45'te esas borçluya tanınan bu doğrultudaki savunmayı **kullanmayacağı**nı taahhüt etmiş sayılmaktaydı. Hukukumuzda İİK m. 45'in emredici olduğu düşüncesinin ağır bastığı göz önünde tutulursa, bu hükmün verdiği bir savunmaya dayanılmayacağının taahhüt edilmesi (bu taahhütte bulunan esas borçlu olmayıp kefil olsa bile), en azından duraksamayla karşılanmamıydı⁷⁹. Ne var ki, bu duraksamanın aşılması mümkündür. İİK m. 45'in amacın-

79 Müteselsil kefilin İİK m. 45 hükmüne dayanamayacağı yönünde gelişmiş bu anlayışın, İİK m. 45'in emredici olup olmadığına ilişkin tartışmalardan bağımsız olarak değerlendirilemeyeceğini düşünmekteyim. İİK m. 45'in maddi hukuk alanında kalan ve borçluya maddi hukuka ilişkin bir def'i hakkı veren bir hüküm olduğunu **savunanlar**, borçlunun bu def'i hakkını ileri sürmekten vazgeçmesinin ve tamamlayıcı **nitelikte** bir hüküm olan İİK m. 45'in aksine anlaşma yapılmasının mümkün olduğunu ileri **sürerler**. Böylelikle, borçlu ve alacaklının anlaşarak, alacaklının önce rehne başvurma zorunluluğunu kaldırmaları olanağı açık olacaktır. Bu görüş için bkz. Burhan Gürdoğan, *Türk-İsviçre İcra ve İflas Hukukunda Rehnin Paraya Çevrilmesi*, Ankara 1967, s. 14 vd; E. İlhan Postacıoğlu, *İcra Hukuku Esasları*, İstanbul 1982, s. 550 vd; A. Ahmet Eryılmaz, *Öncelikli Rehnin Paraya Çevrilmesi Emredici midir?* (İİK 45/1, c. 1), İBD, 1984/10-11-12, s. 648 vd. Buna karşılık İcra İflas Hukuku alanındaki hakim görüş, İİK m. 45 hükmünün maddi hukuka ilişkin bir düzenleme getirmediği, bir icra hukuku nonnu olup kamu düzenine ilişkin olduğu, bu nedenle de bu kuralın aksine anlaşma yapılamayacağını ileri sürmektedir. Hakim görüşün bu yaklaşımının gerekçesi şudur: Belirli bir mal üzerinde imtiyazlı bir konuma sahip olan ve bu maldan öncelikle tatmin edilme olanağı bulunan rehinli alacaklı, rehin konusu malı bir tarafa bırakarak, alacaklıların ortak güvencesi durumunda olan borçluya ait diğer mallara öncelikle el atamamalıdır. Böyle bir duruma olanak verilirse, borçlunun diğer alacaklıları, rehinli alacaklıya nispetle çok olumsuz bir duruma düşerler. İİK m. 45, rehinli alacaklının, borçlunun diğer alacaklıları aleyhine ölçsüz bir şekilde kayırılmasını engellemeyi amaçlar. Hakim görüş için bkz. Baki Kuru, *İcra ve İflas Hukuku*, C. 3, İstanbul 1993, s. 2391; Saim Üstündağ, *İcra Hukukunun Esasları*, 8. bası, İstanbul 2004, s. 6 vd, 310. Yargıtay kararları da bu açıdan farklılık içermektedir. Bazı kararlarda İİK m. 45'in emredici olmadığı kabul edilirken (örneğin bkz. 11 HD, 29. 11. 2002, E: 7191, K: 11047, Batıder, Y: 2003, C: XXII, S: 1, s. 294 vd), bazı kararlarda, emredicilik yönünde değerlendirme yapılmaktadır (örneğin bkz. 12 HD, 30. Ol. 2004, E: 2003/24329, K: 2038, Talih Uyar, *İcra ve İflas Kanunu Şerhi*, C. 3, 2. baskı, Ankara 2004, s. 3546). İİK m. 45'in bir icra hukuku normu olduğunu kabul etmekle birlikte, bu kuralı amacına göre değerlendirerek, kısmen emredici olduğunu ileri süren bir düşünce için bkz. Evren Kılıçoğlu, *İcra Sözleşmeleri*, İstanbul 2005, s. 138 vd. Kılıçoğlu'nun ileri sürdüğüne göre, üçüncü kişilerin verdiği rehinler bakımından İİK m. 45'in aksine anlaşma yapılabilirken, bizzat borçlu tarafından veriler rehinler bakımından, İİK m. 45'in emrediciliği kabul edilmelidir. İİK m. 45'in maddi

dan yola çıkılsa, bu hükmün emredici kabul edildiği olasılıkta bile, müteselsil kefilin İİK m. 45'e dayanmayacağını taahhüt etmesi her hangi bir engelle karşılaşmaz. İİK m. 45, emredici karakterini esas borçluyla alacaklı arasındaki ilişkide gösteren bir düzenlemedir. Rehinli alacaklı, rehin konusu malın değerinden yararlanma bakımından diğer alacaklılara göre önceliklidir. Bu nedenle, rehinli alacaklının rehin konusu malı bir tarafa bırakması ve bütün alacaklıların ortak teminatını oluşturan borçlunun diğer mallarına el atması uygun değildir. İİK. m. 45, bu uygunsuzluğu engellemeyi amaçlamaktadır⁸⁰. Kefilin İİK m. 45'e dayanmayacağını belirtmesi, bu hükmün engellemek istediği sonucun ortaya çıkmasına yol açmaz. Müteselsil kefilinden böyle bir taahhüt alan rehinli alacaklı, elindeki rehini değerlendirmeden borçlunun diğer mallarına başvurma olanağını elde etmemektedir. O, böyle bir yola gider ve bütün alacaklıların ortak teminatını oluşturan borçluya ait diğer mallara el atmaya kalkarsa, İİK m. 45 engeline çarpmaktan kurtulamayacaktır. Kefilin esas borçluya ait bir savunma olarak İİK m. 45'e dayanmaktan vazgeçmesi, sadece kendisini alacaklının doğrudan takibine açık hale getirecektir. Bunun da esas borçlunun (rehinli alacaklı dışındaki) diğer alacaklılarına zarar veren bir tarafı olmadığı açıktır. Şu halde, 818 sayılı (eski) Borçlar Kanunu çerçevesinde, müteselsil kefilin İİK m. 45'e dayanmaktan vazgeçmiş sayılmasına, bu hükmün emrediciliği ileri sürülerek karşı çıkılamazdı. Müteselsil kefilin, İİK m. 45'e dayanmayacağını, böylelikle esas borçlunun sahip olduğu bir savunma imkanından yararlanmayacağını belirtmesi, fer'ilik ilkesinden bu noktada taviz vermesi anlamına gelirdi. Böylelikle, kefil, İİK. m. 45'in uygulanması rizikosuna karşı bağımsız nitelikte bir teminat vermeye olacaktı. Sonuç olarak, esas borçluya ait belirli bir savunma bakımından garanti özelliğini gösteren, ancak esas borçlunun sahip olduğu diğer bütün savunmalar bakımından fer'ilik ilkesinin işlediği karma nitelikte bir teminat ortaya çıkacaktı. Ancak müteselsil kefil esas borçluya ait belirli bir savunma sebebine dayanmayacağını açıkça belirtmedikçe (bu savunma İİK m. 45 hükmünden kaynaklanan savunma olsa bile), böyle bir iradesinin bulunduğu sırf kefaletin müteselsil olma niteliğinden yola çıkarak söylenemeliydi. Yukarıda belirtilen ve uygulamaya da yansımış olan yaklaşımdan tam bu noktada ayrılmaktayım. Öte yandan, İİK m. 45'e esas borçlu tarafından dayanılabilmesine rağmen müteselsil kefil tarafından dayanılamaması,

hukuka mı yoksa şekli hukuka mı ait olduğu sorunu hakkında bkz. Budak, s. 17 vd; Müjgan Tunç Yücel, Banka Alacaklarının İpoteğin Paraya Çevrilmesi Yoluyla Takibi, İstanbul 2010, s. 106 vd.

80 Kılıçoğlu E., İcra Sözleşmeleri, s. 138 vd.

"kefilin esas borçludan daha fazla bir sorumluluk üstlenemeyeceği" yolundaki ilkeye de açıkça aykırı düşmekteydi. Oysa bu ilke fer'iliğin z.orunJu btr sonucuydu. Müteselsil kefalette talilik ilkesinin zayıflamasına rağmen fer'ilik ilkesinin bütün kapsamıyla uygulanacağını da bu noktada hatırlamak gerekir. EBK m. 487'nin müteselsil kefilin önce rehnin paraya **çevrilmesi** gerektiği savunmasını yapamayacağını belirtmesi, adi kefilin sahip olduğu bir savunmadan müteselsil kefilin yoksun olduğunu belirtmek amacını taşıyordu. Bir başka deyişle, müteselsil kefalet, kefalet sözleşmesinden **kaynak-**lanan bir savunma sebebi olarak önce rehnin paraya çevrilmesi savunmasının bulunmadığı bir kefalet türü olarak tasarlanmıştı. EBK m. 487'den bunun da ötesinde bir sonuç çıkarmak ve belirli noktalarda fer'ilik ilkesini devre dışı bırakmak, amacı aşan bir durum yaratmaktaydı. Esas borç ilişkisinden kaynaklanan ve esas borçlu tarafından yapılabilecek bütün savunmaları müteselsil kefilin yapabilmesi, fer'ilik ilkesi çerçevesinde tereddütsiz kabul edilebilmeliydi. Buna göre, müteselsil kefil kefalet sözleşmesinden kaynaklanan bir savunma sebebi olarak *"önce rehnin paraya çevrilmesi gerektiğini"* ileri süremese bile, esas borçlunun yapabileceği bir savunmayı yapmak durumunda olan bir kişi olarak *"önce rehnin paraya çevrilmesini"* isteyebilmeliydi. İİK m. 45'in emredici olmadığı kabul edilir ve aksine anlaşmanın mümkün olduğu ileri sürülürse, esas borçlu İİK m. 45'e dayanma olanağından sözleşmeyle vazgeçmediği sürece müteselsil kefilin de bu olaktan yararlanma şansı devam edecekti. İİK m. 45'in emredici olmadığının benimsenmesi, esas borçluyla alacaklının anlaşarak bu hükmün **aksini karar-**laştıracabileceklerini gösterir. Yoksa esas borçluya alacaklı arasında böyle bir anlaşma olmasa bile, müteselsil kefilin (bu hususu açıkça belirtmediği sürece⁸¹) **İİK m. 45'e** dayanmaktan vazgeçmiş sayılmasını kabul etmeyi değil. 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun müteselsil kefaleti ele alış biçimi, ilzerinde durduğumuz sorun bakımından uygulamada hakim olan anlayışın yeniden gözden geçirilmesini gerektirecektir. Söz konusu anlayışın en önemli gerekçesi, müteselsil kefil olmanın işin niteliği gereği önce rehnin paraya çevrilmesi savunmasından vazgeçmeyi içermesiydi. Oysa, TBK. m. 586 f. 2, önce rehnin paraya çevrilmesi savunmasını belirli ölçüde müteselsil kefile tanımıştır. Buna göre, müteselsil kefil, teslim bağı taşınır rehni ve alacak

81 Müteselsil kefil, kefil olarak sorumluluk üstlenirken İİK m. 45'e dayanmayacağını açıkça belirtirse, kefalet sözleşmesinden gelen edimle garanti ediminin birbirine eklendiği karma bir sözleşmenin ortaya çıkacağı kanaatindeyim. Müteselsil kefil, böyle bir sözleşmede, kefil olarak sorumluluk üstlenmesinin yanında, İİK m. 45 hükmünün uygulanması rizikosuna karşı garanti vermiş sayılır.

rehni türünden rehinlerin öncelikli paraya çevrilmesini isteyebilir. Şu halde, müteselsil kefaletin zorunlu olarak "*önce rehnin paraya çevrilmesi*" savunmasından vazgeçmiş olmayı içerdiği bundan böyle söylenemeyecektir. Buna bağlı olarak, İİK m. 45'in esas borçluya tanıdığı savunma olanağının müteselsil kefil tarafından kullanılamayacağı *apriori* ileri sürülemeyecektir. Müteselsil kefil, esas borçludan gelen bir savunma olarak, alacaklının elindeki bütün rehinlerin öncelikle paraya çevrilmesini isteyebilir. Alacağı güvence altına alan taşınmaz rehni de bu çerçeveye girer. Müteselsil kefil, teslim bağli taşınır rehni ve alacak rehminin öncelikle paraya çevrilmesini isteme olanağına TBK. m. 586 f. 2 uyarınca zaten sahiptir. TBK. m. 586 f. 1 taşınmaz rehni paraya çevrilmeden müteselsil kefile başvurulabileceğini belirtmişse de, İİK m. 45'in esas borçluya tanıdığı olanaktan müteselsil kefil de yararlanabilmelidir. Tıpkı esas borçlu gibi müteselsil kefil de taşınmaz rehminin öncelikle paraya çevrilmesini alacaklıdan isteyebilmelidir. TBK. m. 586 f. 1, müteselsil kefilin kefalet sözleşmesine özgü bir savunma olarak taşınmaz rehminin öncelikle paraya çevrilmesini isteyemeyeceğini söylemektedir. Esas borçluya ait bu türden bir savunmayı fer'ilik ilkesi çerçevesinde müteselsil kefilin ileri sürmesine engel oluşturmaz⁸². Müteselsil kefaletin, zorunlu olarak, rehinlerin paraya çevrilmesini isteme hakkını dışta bıraktığı bundan böyle söylenemeyecek ve ulaşılan sonuca bu gerekçeyle karşı çıkılamayacaktır. Sonuç olarak, 818 sayılı (eski) Borçlar Kanunu çerçevesinde de savunulabilecek bu düşüncenin, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu çerçevesinde savunulması çok daha kolay olacaktır diyebiliriz. Ne var ki, uygulamanın bu düşünce doğrultusunda gelişmeyeceği ve müteselsil kefile İİK. m. 45'ten yararlanma olanağının verilmeyeceğine verilmeyeceği kanaatinde olduğumu da belirtmeliyim. Müteselsil kefilin İİK. m. 45'ten yararlanmama şeklindeki düşünce uygulamaya o kadar kök salmıştır ki, aksi yönde bir gelişmeyi ummak dayanaksız bir iyimserlik anlamına gelir.

Müteselsil kefilin, esas borçluya ait savunmalardan başka, kefalet sözleşmesinden kaynaklanan savunmalara da dayanabileceği açıktır. Esas borcun muaccel olmasına rağmen müteselsil kefilin sorumluluğu için kararlaştırılan vadenin gelmemiş olması⁸³ veya kefalet sözleşmesi için kararlaştırılan geciktirici koşulun henüz gerçekleşmemesi mümkündür. Bu olasılıklarda, müteselsil kefil, esas borçlunun takip edilebilir olmasına rağmen kendisinden bir talepte bulunulamayacağını ileri sürebilir.

82 Konuya ilişkin tartışmalar ve aynı düşüncenin savunulması için bkz. Acar, s. 229-232.

83 Beck, Art. 496, N. 11-12; Reisoğlu, Kefalet, s. 124.

B. Müteselsil kefil olma iradesinin belirlenmesi

Müteselsil kefil olma iradesinin kefalet belgesinden anlaşılması gerektiği, kefalet belgesinin dışında kalan unsurlara dayanan bir yorumla böyle bir iradenin varlığının kabul edilemeyeceği öteden beri kabul edilmekteydi⁸⁴. Böylelikle, Türk öğretisinde hakim olan görüş bakımından ilginç bir **ikilik** ortaya çıkmıştı. Buna göre, verilen teminatın türünün saptanmasında, teminata ilişkin olarak düzenlenen belgenin dışında kalan unsurlara başvurulabileceği kabul edilmekteydi. Öyle ki, belgenin dışındaki unsurlara dayanarak yapılan yorumun belgede bir dayanağının bulunması bile aranmamaktaydı⁸⁵. Ne var ki, teminatın türü kefalet olarak belirlendikten sonra, kefaletin müteselsil olup olmadığını belirlerken belgeyle sınırlı kalan bir yorum yapılabilecekti. Kefaletin şekline ilişkin TBK. m. 583, bu anlayışı pekiştirecek bir düzenleme getirmiştir. *TBK. m. 583 f 1 c. 2 ye göre, müteselsil kefil olma iradesi kefilin el yazısıyla ortaya koyulmalıdır. Şu halde, böyle bir iradenin varlığını kefalet belgesinin dışında kalan ve kefalet belgesinde bir dayanağı bulunmayan olgulara dayanarak ispatlamak mümkün değildir*⁸⁶.

84 Tandoğan, Borçlar II, s. 770; Reisoğlu, Kefalet, s. 123; Yavuz, s. 845.

85 Bu konudaki tartışmalar ve İsviçre-Türk öğretisindeki yaklaşım biçimi için bkz. § 2, II, A, 2.

86 Müteselsil kefil olma iradesinin kefilin el yazısıyla ortaya konması gerekliliği uygulamamızda sıkça karşılaşılan bir sorunun da önüne geçecektir. Banka tarafından kullanılan bir krediden kaynaklanan borcu teminat altına almak üzere, kredi borçlusuna ait bir taşınmaz üzerinde ipotek kurulmasıyla yetinilmeyip, üçüncü bir kişiye ait taşınmaz üzerinde de ipotek tesisi yoluna gidilmektedir. Üçüncü kişiye ait taşınmaz üzerinde ipotek tesis edilirken, ipotek kurma sözleşmesinde taşınmaz sahibinin kredi borcu için müteselsil kefil olduğuna ilişkin bir hükme de yer verilmektedir. İpotek kuran taşınmaz sahibinin aynı zamanda müteselsil kefil yapılmasının sebebi, kredi borçlusuna ait taşınmazla üçüncü kişiye ait taşınmaz üzerinde toplu rehin kurabilmeyi sağlamaktır. İpotekli taşınmazlardan her birinin borcun tamamı bakımından teminat teşkil etmesi, bir başka deyişle, rehin yükünün taşınmazlar arasında paylaştırılmaması için, ipotekli taşınmaz maliklerinin teminat altına alınan borçtan müteselsil olarak sorumlu olmaları gerekmektedir. Başkasının kredi borcu için taşınmazı üzerinde ipotek kuran kişiyi aynı zamanda müteselsil kefil yapmakla, bu yasal gereklilik yerine getirilmiş olmaktadır. Aslında taşınmaz sahibini müteselsil kefil haline getiren hükümler ipotek kurma sözleşmesinde yer alan diğer hükümlerin arasına gizlenmekte, taşınmaz sahibi çok defa durumun farkına varmadan ipotek kurma sözleşmesine ait resmi senedi imzalamaktadır. İşte TBK. m. 583 f. 1 c. 2'de getirilen düzenleme tam bu noktada önem kazanmaktadır. Bu hüküm uyarınca, müteselsil kefil olma iradesinin el yazısıyla ortaya koyulması gerektiğinden, taşınmaz sahiplerinin farkında olmadan müteselsil kefil sıfatıyla sorumluluk üstlenmelerinin önü alınmış olmaktadır. Ne var ki, 6098 sayılı TBK.'nın

yürürlüğe girmesinden önce yapılan kefalet sözleşmelerinde TBK. m. 583 uygulanmayacağı için, daha önceden yapılmış ipotek kurma sözleşmelerinde yer alan müteselsil kefil olma taahhütlerinin etkisini koruyacağı hala söylenebilecektir. Gerçekten de, Yargıtay, 818 sayılı (eski) BK. zamanında yapılan ipotek kurma sözleşmelerinde yer alan müteselsil kefil olma taahhütlerine 6098 sayılı TBK.'nın 583. maddesinin uygulanmayacağını belirtmektedir. İpotek kurma sözleşmelerinde yer alan taşınmaz sahibinin müteselsil kefil sıfatıyla sorumluluk üstlendiğini belirten hükümlerin genel işlem koşulu olduğu ve bu tür koşullara özgü denetime tabi tutulabileceği akla gelebilirse de; Yargıtay, 6098 sayılı TBK.'nın genel işlem koşullarının denetimine dair hükümlerinin de eski Kanun zamanında kurulan ilişkilerde uygulanmayacağıı kabul etmektedir (Bu konularda örnek olarak bkz. 19. HD.'nin 02. 12. 2015 tarih ve E: 2015/6276, K: 2015/6034 sayılı karar). Kefaletin şekliyle ilgili TBK. m. 583 f. 1 c. 1'in eski kanun zamanında kurulan ilişkilerde uygulanmaması doğrudur. Her sözleşme kurulduğu sırada yürürlükte olan geçerlilik koşullarına tabidir. Ne var ki, TBK.'da yer alan genel işlem koşullarının denetimine dair hükümlerin eski Kanun zamanında kurulan ilişkilerde uygulanmayacağı yolundaki düşünceye katılma imkanı göremiyorum. Bir kere TBK.'nın genel işlem koşullarının yürürlük denetimine dair hükümlerinin yeni bir kurum ihdas ettiği söylenemez. Bu türden bir denetimin eski BK.'nın yürürlüğü zamanında da (konuya ilişkin açık bir düzenleme olmasa da) yapılması gerekirdi, Yürürlük denetiminde söz konusu olan sorun, genel işlem koşullarının (veya bu koşullar arasında yer alan şaşırtıcı nitelikteki kayıtların) taraflar arasındaki irade uyuşmasının kapsamına girip girmediğidir. Banka müşterisine sözleşmenin kurulduğu sırada genel işlem koşullarından söz etmemiş veya söz etse bile bu koşulları öğrenme fırsatını vermemişse, söz konusu koşulların sözleşmenin parçası haline geldiğini ileri süremez. Bu sonuca varılabilmesi için 6098 sayılı TBK.'da olduğu gibi açık bir hükmün varlığı gerekir mi? Müşteriye genel işlem koşullarının içeriğini öğrenme şansı verilse bile, müşteri bunları okumadan (global olarak) kabul ettiğini beyan etmişse; banka, güven ilkesi uyarınca, işlemin niteliğine yabancı (şaşırtıcı nitelikte) genel işlem koşullarının sözleşmenin bir parçası haline geldiğini iddia edememelidir. Bu sonuca varılabilmesi için de 6098 sayılı TBK.'da olduğu gibi açık bir düzenlemenin bulunmasına gerek yoktur. İrade beyanlarının TMK. m. 2 f. 1'den çıkan güven ilkesi doğrultusunda yorumlanması gerekliliğinin beraberinde getirdiği olağan bir sonuçtur bu. Şu halde, EBK. zamanında yapılan ipotek kurma sözleşmelerinde yer alan taşınmaz malikinin müteselsil kefil olmasına ilişkin hükümlerin "şaşırtıcı nitelikte" genel işlem koşulu sayılması ve taşınmaz malikinin iradesinin bu koşulları kapsamadığının söylenmesi (bu konuda açık bir yasal düzenleme bulunmasa da) pekala mümkündür. Banka, genel işlem koşullarını global olarak kabul eden taşınmaz malikinin ipotek kurma sözleşmesine özünden yabancı bir hükmü benimsemiş olduğu sonucuna güven ilkesi uyarınca varamaz. Gerçekten de, aynı bir teminat veren ve sorumluluğunun üzerinde ipotek tesis edilen taşınmazla sınırlı olduğunu düşünen taşınmaz sahibi, global olarak kabul ettiği genel işlem koşulları arasında yer alan bir hükümle müteselsil kefil sıfatıyla tüm malvarlığı ile sorumlu hale geldiğini öğrenince şaşırmasa da ne yapar? Resmi memur tarafından düzenlenen bir senette genel işlem koşulu niteliğinde hükümlerin bulunmayacağı ve bu tür koşullara özgü denetimin yapılamayacağını iddia edenler olsa da, bu iddia somut gerçeğe aykırı-

dır. Bankaların önceden ve tek taraflı olarak hazırladıkları ve kurulacak çok 53Y1da ipotek kurma sözleşmesinin bünyesine dahil etmeyi tasarladıkları sözleşme koşulları. yine bankalar tarafından tapu memurunun önüne koyulmuş ve bunlara göre **ipotek** kurulmasının hazırlaması istenmişse, tapu memuru da bu isteğe uymuşsa, genel işlem koşullarının varlığından söz edilemeyecek midir? Bir kere daha vurgulayalım ki, genel işlem koşullarına ilişkin yürürlük denetimi, EBK. zamanında açık bir yasal düzenleme bulunmasa dahi yapılması gereken bir denetimdir. 6098 sayılı TBK. bu konuda açık bir yasal düzenleme getirdi diye eski Kanun zamanında kurulan ilişkilerde bu denetimi bundan böyle yapmamak, ne hukuka ne de mantığa uyar. Genel işlem koşullarının içerik denetimini düzenleyen TBK. m. 25 için ise aynı kesinlikte konuşulamayabilir. Böyle bir denetimin yapılabilmesi için açık bir yasal dayanak bulunması gerektiği savlanabilir. Ne var ki, TBK. m. 25'in Yargıtay'ın yukarıda zikredilen kararında belirtildiğinin aksine kamu düzenine ilişkin bir hüküm olduğu da su götürmez. Bu nedenledir ki, 6101 sayılı TBK.'nin Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun'un 2. maddesi uyarınca eski Kanun zamanında kurulan ilişkiler bakımından da uygulanabileceğinde kuşku duymamak gerekir. Diğer taraftan, bu hükmün öngördüğü denetimin, EBK. m. 20'de yer alan ve sözleşme özgürlüğünün genel sınırlarından birini oluşturan "kamu düzeni" üzerinden de yapılabileceği pekala savunulabilir. Şu halde, EBK. zamanında kurulan ipotek kurma sözleşmelerinde yer alan taşınmaz malikinın müteselsil kefil olduğuna ilişkin hüküm, o dönemde yürürlükte olan kefaletin şekline ilişkin kurala uygun olsa da, global olarak kabul edilen genel işlem koşulları arasında yer alan "şaşırtıcı" bir hüküm olarak değerlendirilmek gerektiğinden tarafların irade uyuşmasının kapsamına girmediği söylenmelidir. Taşınmaz maliki bu hükmün farkında olarak ipotek kurma sözleşmesini imzalamış olsa bile, kamu düzeninden olan TBK. m. 25 hükmünden yola çıkarak veya 818 sayılı (eski) BK. m. 20'de sözleşme özgürlüğünün genel sınırları içerisinde zikredilen kamu düzenine aykırılığı ileri sürülerek yine de geçersiz sayılmalıdır. Bugün için, ipotek kurma sözleşmelerinde yer alan benzer hükümlerin taşınmaz maliki tarafından fark edilmemesi riski yoktur. Kefaletin şekline ilişkin TBK m. 583 f. 1 c. 2 uyarınca, malik, müteselsil kefil olma iradesini el yazısıyla ortaya koymalıdır. Malik el yazısıyla beyanda bulunduğu bir konunun kendisi için "şaşırtıcı" olduğunu ileri sürerek, kefaletle ilişkin beyanın sözleşmenin bir parçası haline gelmediğini savlayamaz (Gerçi ipotek kurma sözleşmesini senede bağlayan tapu memurunun, bu sözleşmenin içerisinde yer alan kefaletle ilişkin beyanı da senede bağlamış olacağı, resmi şeklin gerçekleştiği bir durumda TBK. m. 583 f. 1 c. 2'de sayılan hususların kefilin el yazısıyla belirtilmemiş olmasının şekle aykırılıktan ötürü geçersizliğe yol açmayacağı düşünülebilir. Nitekim bkz. Ayan, s. 174. Bu konuda farklı düşündüğümüzü ve resmi senet düzenlenmesinin kefilin el yazısıyla beyanda bulunma zorunluluğunu ortadan kaldırmadığı görüşüne yakın durduğumuzu hatırlatmak isterim. Kaldı ki resmi şeklin el yazısı gerekliliğini ortadan kaldıracağını bir an için kabul etsek bile, kefalet sözleşmesi bakımından resmi şekli gerçekleştirecek olan makam tapu memuru olmayıp noterdir. Tapu memuru ancak yasa tarafından yetkili kılındığı sözleşmeler bakımından resmi şekli gerçekleştirebilir. Kefalet sözleşmesi bu sözleşmelerden biri değildir. Şu halde, tapuda düzenlenen ipotek kurma sözleşmelerinde yer alan kefaletle ilişkin beyanda, TBK. m. 583 f. 1 c. 2 'de belirtilen hususların kefilin el yazısıyla gösterilmesi gerekli-

ği ortadan kalkma)acaktır). e var kı. malığın müteselsil kefil olma beyanı. genel '1km koşulu sayılabıldığı takdirde, bu tür koşullara OzgO yOrOrlOk deneyiminden salimen geç.- se bile. TBK. m. 25 U)annca yapılacak içerik denetimine takılması ihtimali t,oytiktOr ipotek kuran taşınmaz malikinin aynı zamanda müteselsil kefil olmasına ilişkin sözleşme hOkum- me h0l1lmleriyle ilgili bir başka sorun daha vardır. 818 sayılı (eski) BK.'nın yürürlüğe zamamnda kurulan **ipotek** kurma sözleşmelerinde yer alan ve şeklen geçerli bir m selsil kefaletle yol açtığı Yargıtay tarafından kabul edilen söz konusu sözleşme hOkum- leri, taşınmazı sonradan kazanan yeni malikler üzerinde nasıl bir etki doğuracaktır? Yeni malik bakımından da müteselsil kefil olma durumu gerçekleşebilecek midir? Yargıtay'ın şaşılacak biçimde bu soruya olumlu cevap verdiği izlenimini ediniyoruz (Örnek olarak yukarıda anılan Yargıtay)9. HD.'nin 02. 12. 2015 tarih ve E: 2015/6276, K: 2015/6034 sayılı karar anılabilir). Yüksek Mahkeme'nin konuya bakışı kanaatimiz- ce şu şekildedir. Taşınmazı sonradan iktisap eden kişi, bu taşınmaz üzerinde **ipotek** kaydı olduğunu tapu sicilinden görmektedir. Şu halde, yeni malik, zahmet edip, tapuda gördüğü ipotek kaydının dayanağı olan sözleşmeyi (ipotek kurma sözleşmesini) incele- seydi. Bu incelemeyi yapmış olsaydı ipotek hakkını kurmuş olan selefinin (taşınmazı kendisine devreden eski malikin) aynı zamanda müteselsil kefil olduğunu görecekti. İpotek kurma sözleşmesinde yer alan müteselsil kefaletle ilişkin kaydın ipotek hakkının aynı etkili içeriğine dahil olduğu, bir başka deyişle, ipoteğin taşınmaza getirdiği bir yük olarak yeni maliki de bağlayacağı kabul edilmelidir. Bu şekilde düşündüğünü sandığı- mız, Yüksek Mahkeme, yeni malikin müteselsil kefil sıfatıyla sorumluluğuna gidilebi- leceği sonucuna varmaktadır. Yüksek Mahkeme'nin bu düşünce biçiminin benimsene- bilmesi olanağı yoktur. İpotek kurma sözleşmesinin içerisinde yer alan müteselsil kefaletle ilişkin kayıtlar, ipotek hakkının aynı etkili içeriğine dahil olmayan, ipotek hak- kının taşınmaza getirdiği yükün içerisinde görülemeyecek, aynı bir sözleşme ilişkisine vücut veren kayıtlardır. Bir başka deyişle, ipotek kurma sözleşmesiyle birlikte mütesel- sil kefaletle ilişkin aynı bir sözleşme yapılmış sayılmalıdır. Birbirinden aynı düşünülme- si gereken ilci sözleşmenin tek bir belgede (ipotek senedinde) cisimleştiği bir durum söz konusudur. İpotek hakkının aynı etkili içeriği, Medeni Kanun'da yer alan taşınmaz reh- ninin genel hükümleri ve ipotek hakkına ilişkin hükümlerle düzenlenmiştir. Bu hüküm- ler taşınmaz maliki ile ipotek hakkı sahibi arasındaki yasal yükümlükleri açığa kavuş- turmuştur. Söz konusu yasal yükümlülükler, taşınmazı veya ipotekle teminat altına alınan alacağı devralanlar bakımından da etkili olmaya devam eder. İpotek hakkının aynı etkili içeriğini ilişkin söz konusu hükümlerin getirdiği düzende, ipotek kurma söz- leşmesiyle değişiklik yapılması da ancak yasanın cevaz verdiği sınırlar içerisinde düşü- nülebilir. Aynı haklardaki "sınırlı sayı ve tipe bağlılık" ilkesi bunu gerektirir. İpotek senedinde yer alan müteselsil kefaletle ilişkin kayıtlar da, ipotek hakkının aynı etkili içeriğinde değişiklik yapılması anlamına gelmeyen, aynı bir sözleşme ilişkisinin kurul- masına yol açan kayıtlardır. Buna göre, ipoteği kuran taşınmaz maliki aynı zamanda yapılan müteselsil kefaletle ilişkin sözleşmeyle de bağlı olacak, taşınmazı devretmesine rağmen müteselsil kefil sıfatı kendi üzerinde kalmaya devam edecektir. Alacaklıyla mü- teselsil kefaletten doğan borcun kendi tarafından üstlenilmesine ilişkin ayrıca bir söz- leşme yapmayan yeni malik, bu borçtan ötürü sorumlu tutulamayacaktır.

Müteselsil kefil olma iradesinin kefilin el yazısıyla ortaya koyulması c- rekliyse de, açık olarak ortaya koyulması gerekli değildir. Kefilin kullandığı ifadenin yorumlanmasıyla böyle bir iradenin var olduğu sonucuna ulaşılabilir⁸⁷. Bu yorumlama, somut olaya eşlik eden bütün koşullar dikkate alınarak: kefilin el yazılı ifadesinin anlamlandırılmasıyla yapılacaktır. Kefilin el yazılı beyanında esas borçludan önce kendisine başvurulabileceğini belirtmiş veya tartışma dışında vazgeçmesi, müteselsil kefil olarak sorumlu olmaya ilişkin iradeyi yeterli açıklıkta gösterir. Ne var ki kefilin beyanında, her türlü rehnin paraya çevrilmesinden önce kendisine başvurulabileceğinin belirtilmiş olması, tartışma dışında de vazgeçildiğinin ve müteselsil kefil olarak sorumluluk üstlenilmek istendiğinin göstergesi değildir⁸⁸. Nihayet el yazılı beyanda müteselsil kefalet ifadesinin bulunmasına rağmen, beyanın güven ilkesine göre yapılacak yorumu farklı bir sonuca götürebilir. Gerçekten de, böyle bir yorumla, önce esas borçluya başvurulmasının istendiği ve adi kefalet yönünde bir nitelendirmenin yerinde olacağı sonucuna varılabilir⁸⁹.

87 Staffelbach, Art. 496, N. 3; Beck, Art. 496, N. IO. Müteselsil kefil olma iradesinin kefalet belgesinden çıkarılabilmesi gerekliliği hakkında bkz. 3 HD'nin 07. 06. 1999 tarih ve E. 1999/5017, K. 1999/5904 sayılı kararı. YKD, C: 25, S: 12, T: Aralık 1999, s. 1655.

88 Beck, Art. 496, N. 10.

89 Beck, Art. 496, N. 11. İsviçre hukukunda OR Art. 493, Abs. 2, gerçek kişilerin, sorumluluk sınırı 2000 Frankı geçmemek üzere kefil olmaları durumunda yazılı şeklin yeterli olduğunu, ancak müteselsil kefil olma iradesinin (ve azami sorumluluk sınırının) kefilin el yazısıyla ortaya koyulması gerektiğini belirtmektedir. Bu olasılıkta İsviçre Hukuku'nda kabul edilen şekil kuralı TBK. m. 586 f. 1'deki düzenlemeyle örtüşmektedir. Nitelikli yazılı şekil Türk Hukuku'nda genel olarak kabul edildiği halde, İsviçre Hukuku'nda sınırlı bir olasılık için aranmaktadır. Müteselsil kefil olma iradesini kendi el yazısıyla ortaya koymayan gerçek kişinin, adi kefil olarak sorumlu olacağı kabul edilir. Ne var ki, kefilin el yazısıyla ortaya koyulması gereken müteselsil kefil olma iradesinin açık olması gerekmeyip, kefilin el yazısına dayanan beyanın yorumlanmasından da bu sonuç çıkarılabilir. Buna bağlı olarak, müteselsil kefil tabirinin kullanılması da gerekli olmayıp, aynı anlama gelen bir diğer tabir seçilebilir. Bkz. Becl, Art 496, N. 10; Pestalozzi, Art. 496, N. 5. İsviçre Hukuku'nda, gerçek kişilerin kefil olarak üstlendikleri sorumluluğun sınırı 2000 Frankı aşıyorsa, kefalet belgesinin resmi şekilde düzenlenmesi gerekecektir (OR Art. 493 Abs. 1). Bu olasılıkta, müteselsil kefil olma iradesi düzenlenen resmi belgenin içerisinde yer alacaktır. Yine İsviçre Hukuku'nda, tüzel kişilerin kefil olması için, yazılı şekilde düzenlenmiş ve sorumluluğun üst sınırını göstermekte olan bir kefalet belgesinin bulunması yeterlidir. Bu belgede müteselsil kefil olma iradesinin el yazılı olması gibi bir zorunluluk (işin niteliğine uygun ve Türk Hukuku'ndan farklı olarak) aranmamıştır. İsviçre hukukunda konuya ilişkin olarak yapılan ayrımların Türk Borçlar Kanunu'na yansıtılmaması, özellikle tüzel kişilerin müteselsil kefil olma iradesini el yazısıyla açıklamalarının gerekli görülmesi, uygun

Bu arada TBK. m. 583 f. 1 c. 2'de yer alan şekil kuralının TTK. m. 7 karşısındaki durumuna da değinilmesi gerekir. TBK. m. 583 f. 2'ye göre, kefil, müteselsil kefil olma iradesi taşıdığını kefalet belgesinde el yazısıyla belirtmelidir. Kefalet belgesinde yer alan el yazılı ifadede açıkça müteselsil kefalet zikredilmese bile bu anlama gelen sözler kullanılmalıdır. Bu zorunluluk bakımından kefilin gerçek veya tüzel kişi olması fark yaratmadığı gibi, kefaletle konu borcun bir ticari işten kaynaklanıp kaynaklanmadığı da fark yaratmaz. Bir başka deyişle, TBK. m. 583 f. 1 c. 2'de yer alan gereklilik bakımından ticari işlere kefaletin hariç tutulduğunu gösteren bir açıklık bulunmamaktadır. Bu durumda, TTK. m. 7' den yola çıkılarak, ticari işten kaynaklanan bir borca kefaletin kefalet belgesinde bu konuda el yazılı bir açıklama olmasa bile müteselsil kefalet sayılması gerektiği söylenebilecektir midir? TBK. m. 583 f. 1 c. 2'deki şekil zorunluluğunun istisnasız her türlü kefalet için geçerli olduğu, ticari işten kaynaklanan bir borca müteselsil kefil olmak isteyen kişinin bu yöndeki iradesini el yazısıyla ortaya koyması gerektiği pekala söylenebilir. Nitekim öğretilde bu yönde bir eğilim belirmiştir. Bu eğilime göre, ticari işlerde teselsül karinesinden söz eden TTK. m. 7, bu karinenin uygulama alanını belirlerken "kanunda ve sözleşmede aksi öngörülmemişse" demiştir. Böylelikle, kanunda belirtilen ve karinenin uygulanmasını engelleyecek haller saklı tutulmuştur. TBK. m. 583 f. 1'deki emredici kuralda yer alan müteselsil kefil olma iradesini el yazısıyla belirtme zorunluluğu, TTK. m. 7'deki teselsül karinesinin devreye girmesini engelleyecek saklı tutulan hallerden biri olarak görülmelidir⁹⁰. TTK. m. 7' de yer alan düzenleme öne çıkılırsa, bu düzenlemenin TBK. m. 583 f. 1 c. 2'de yeralan şekil kuralının istisnası olduğu söylenmiş olacaktır. Böyle istisnai bir durum kabul edilirse, ticari işten kaynaklanan borca kefil olan kişinin, bu yöndeki iradesini el yazısıyla ortaya koymasa bile, müteselsil kefil olduğu karine olarak kabul edilebilecektir. Uygulamanın bu ikinci düşünce doğrultusunda gelişeceği ve ticari işlere kefaletin müteselsil kefil olma iradesinin el yazısıyla gösterilmesi gerekliliği bakımından bir istisna oluşturacağı kanaatindeyim. Soruna salt kuramsal açıdan bakılırsa şunlar söylenebilir: TTK. m. 7 salt bir karineden söz eden ve şekle ilişkin düzenlemenin istinasını oluşturma iddiası taşımayan bir kuraldır. Böyle bir kuralın TBK. m. 583 f. 1 c. 2'de yeralan ve ticari işler ile adi işler arasında ayırım yapmayan şekil kuralını uygulanmaz

olmamıştır. Tüzel kişilerin yaptığı kefalet sözleşmesi bakımından el yazısı, ne sorumluluk sınırının gösterilmesi bakımından ne de müteselsil kefil olma iradesinin ortaya koyulması bakımından aranmamalıydı.

90 Reisoğlu, Türk Kefalet Hukuku, s. 35; Bilgen, s. 324.

hale getirmesi mümkün olmamalıdır. Yasa koyucu elbette ki ticari işleri esas alarak "özel nitelikte" bir şekil kuralı öngörebilir ve bu tür işlerde müteselsil kefil olma iradesinin el yazısıyla ortaya koyulması gerekliliğini aramayabilir. Bu nihayet bir hukuk politikası tercihidir. Bu türden özel bir şekil kuralı mevcut olsaydı, söz konusu kuralın TTK. m. 7' de yer alan teselsül karinesi getiren kuralla birlikte ele alınması zorunluluğu ortaya çıkar ve aksi yönde bir irade ortaya koyulmadıkça müteselsil kefaletin mevcudiyetine hükmedilebilirdi. Bunun gibi, yine TTK.'nda yer alan bir kuralla, bir karineden söz edilmeksizin, ticari işlere kefaletin müteselsil nitelik taşıdığı belirtilebilirdi. Yasanın kefaletin müteselsil nitelik taşıdığını belirttiği bir yerde, müteselsil kefil olma iradesinin ayrıca ve el yazısıyla ortaya koyulması gerekliliğinden söz edilemezdi. Böylelikle (söylem bakımından) İİK. m. 38'deki düzenlemeyle koşutluk sağlanmış ve TBK. m. 583 f. 1 c. 2'deki şekil kuralının etkisiz kalmasını sağlayan özel bir hüküm getirilmiş olurdu. Ticari işlere kefaletin müteselsil nitelik taşıdığını söyleyen özel bir hüküm bulunsa da, sözleşme özgürlüğü çerçevesinde adi kefalet sözleşmesinin yapılması da kuşkusuz mümkün olurdu. TTK.'nda kefaletin şekline ilişkin TBK. m. 583 f. 1 c. 2'ye göre özel nitelik taşıyan hükümlere yer verilmedikçe, TTK. m. 7'deki salt bir karineden söz açan kuraldan yola çıkarak, müteselsil kefil olma iradesinin el yazısıyla açıklanması gerekmediği sonucuna varmak ve şekle ilişkin düzenleme getiren emredici bir kuralı uygulamadan kovmak kolay görünmemektedir⁹¹.

İcra kefaletine ilişkin İİK. m. 38 daha farklı bir değerlendirme yapılmasını gerektirebilir. Gerçekten de, bu düzenlemede, icra kefaletinin müteselsil nitelikte olduğu söylenmekte, salt bir teselsül karinesi getirilmesiyle yetinilmemektedir. Gerçekten de İİK. m. 38 şu şekilde kaleme alınmıştır: "**Mahkeme** huzurunda yapılan sulhlar, kabuller ve para borcu ikrarını havi re'sen tanzim edilen noter senetleri, istinaf ve temyiz kefaletnameleri ile icra daireesindeki kefaletler, ilamların icrası hakkındaki hükümlere tabidir. Bu madde-deki icra kefaletleri müteselsil kefalet hükmündedir". Bu düzenlemede icra kefaletinin müteselsil nitelik taşıdığına ilişkin bir karineden söz edilmemekte, doğrudan doğruya bu tür bir kefaletin müteselsil nitelik taşıdığı söylen-

91 Aynı düşünce için bkz. Acar, s. 171-172. Buna karşılık, Ayan, TBK. m. 583'te getirilen müteselsil kefil olma iradesinin el yazısıyla belirtilmesi zorunluluğunun, müteselsil kefaletin taraf iradesine dayanmayıp yasadaki kaynaklandığı durumlarda uygulanmayacağını belirtmekte ve ticari borca kefaletin TTK. m. 7 uyarınca müteselsil kefalet sayılacağını, bu hususun kefilin el yazısıyla belirtilmesinin gerekmediği sonucuna varmaktadır. Bkz. Ayan, s. 52.

mektedir. Şu halde, yasanın kefaletin müteselsil nitelik taşıdığını yasanın açıkça belirttiği bir yerde, müteselsil kefil olma iradesinin ayrıca ve el yazısıyla ortaya koyulması gerekmediğini ileri sürmek mümkündür. Bu düzenlemenin re'sen tanzim edilen icra kefaletinden söz etmesinden yola çıkılarak, icra kefaletinin resmi memur tarafından düzenlenmesinin yeterli olduğunu, TBK. m. 583 f. 1 c. 2'de belirtilen diğer hususlarda da kefilin el yazısına gerek olmadığını iddia etmek de mümkün olabilir. Gerçi icra kefaleti de sonuç itibarıyla bir kefalet sözleşmesi olduğuna göre, şekil bakımından TBK- m. 583 'ün eşin rızası bakımından TBK. m. 584'ün uygulanması kaçınılmazdır. Şu halde, icra memurunca düzenlenen kefaletle ilişkin tutanakta hem kefilin sorumluluk sınırının hem de kefalet tarihinin gösterilmesi gerekecektir. Ne var ki, bu hususların kefilin el yazısıyla gösterilmesi gerekip gerekmediğinde tereddüt edilebilir ve İİK. m. 38'in re'sen tanzim edilen kefalet tutanağından söz eden ifadesi ile birlikte TBK. m. 583'te aranan şeklin yetkili memur tarafından düzenlenen resmi bir senetle ikame edilebileceği düşüncesinin genel olarak benimsenmesi, el yazısı aranmayacağı savına dayanak oluşturabilir. Ne var ki, TBK. m. 583 f. 1 c. 2'de getirilen el yazısı zorunluluğunun kefilin en üst düzeyde uyarılmasını amaçladığı, kefalet senedinin re'sen tanzim edilmesinin aynı düzeyde bir uyarıyı gerçekleştirmeyeceği, bu nedenle icra kefaletine ilişkin tutanakta kefalet limiti ve tarihinin yine de kefilin el yazısıyla gösterilmesi gerektiği de ileri sürülebilir kanaatindeyiz⁹².

92 Aynı düşünce için bkz. Acar, s. 172-173. Yargıtay 12 HD.'nin 2.3.2016 tarih ve E: 2015/29146, K: 2016/6027 sayılı kararında şu ifadeler yer almaktadır: "İcra kefaletinin geçersizliği sebebiyle iptal istemi, yargılamayı gerektirmesi sebebiyle genel mahkemede ileri sürülebilecek bir husus olup, şikayet yoluyla icra mahkemesine başvuru olarak icra kefaletinin iptali talep edilemez. Ancak, İİK.nun 38. maddesi uyarınca icra dairesindeki kefaletler, müteselsil kefalet niteliğinde olup, ilamların icrası hakkındaki hükümlere tabidir. Buna göre, ilamlı icra takibine konu edilebilmesi, bir diğer ifade ile icra kefiline icra emri tebliğ edilebilmesi için icra kefaletinin yasada öngörülen şekil şartlarına uygun olarak yapılmış olması gerekir. Somut olayda, 18. 05. 2015 tarihli icra kefalet tutanağında görüleceği üzere, icra kefilinin eşinin haciz sırasında hazır olduğu, eşinin kefaletine rıza gösterdiği, tutanağa kefilin sorumlu olacağı borç miktarının yazıldığı, ancak bu hususların kefilin kendi el yazısı ile yazılmadığı için kefalet tutanağının Türk Borçlar Kanunu'nun 583 ve 584. Maddelerinde belirtilen şartlara uygun olarak düzenlenmediği anlaşılmaktadır. O halde mahkemece, şikayetçiye gönderilen icra emrinin iptali yerine icra kefaletinin iptali yönünde hüküm tesisi isabetsiz olup, hükmün bu sebeple bozulması gerekir ise de, anılan yanlışlığın giderilmesi yeniden yargılama yapılmasını zorunlu kılmadığından, kararın düzeltilerek onanması gerekmiştir". Görüldüğü üzere, Yüksek Mahkeme, resmi memurca düzenlenen tutanakta kefilin sorumlu olacağı borç miktarının yazılı olmasını yeterli saymamış, kefilin sorumluluk limitinin

Kişisel teminat veren kişinin iradesi dikkate alınmaksızın müteselsil kefaletin kabul edildiği bir durumla 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun m. 4 f. 6 c. 2'de karşılaşırız. TKHK. m. 4 f. 6 c. 2 şu şekilde bir düzenleme getirmektedir: "Tüketicinin alacaklarına ilişkin karşı tarafça verilen şahsı teminatlar diğer kanunlarda aksine hüküm bulunmadıkça müteselsil kefalet sayılır". Bu konuda karşılaşılabilecek ilk ihtimal tüketiciye adi kefalet türünde bir teminat verilmesidir. Böyle bir durumda, "değiştirilmiş kısmı butlan" yaptırımını gündeme gelecek, kefalet sözleşmesi bütünüyle geçersiz sayılmayacak, sadece adi kefaletle ilişkin anlaşma geçersiz sayılıp, bu anlaşmaya rağmen kefaletin müteselsil niteliği kabul edilecektir. Burada "değiştirilmiş kısmı kesin hükümsüzlük" yaptırımını amaca uygundur. "Kesin hükümsüzlük" veya "olağan kısmı kesin hükümsüzlük" türünden bir yaptırım benimsenseydi, tüketicinin aleyhine bir sonuç ortaya çıkardı. Teminat kesin hükümsüz sayılıyorsa tüketici kendisine verilen teminatı hepten yitirmiş olurdu. Olağan kısmı kesin hükümsüzlük yaptırımını benimsenseydi, teminat veren, yaptığı adi kefalet sözleşmesinin geçersiz olduğunu bilseydi kefalet sözleşmesini hiç yapmayacağını belirterek "tümel bir geçersizlik" iddiasında bulunurdu. Bir başka deyişle, TBK. m. 27 f. 2'ye dayanabilirdi. Bu olasılıkta da, tüketici teminatını tümünden yitirmiş olurdu. Tüketicinin verilen teminatı yitirmemesini sağlamak, üstelik bu teminatı "müteselsil kefalet" olarak kabul edip daha da güçlendirmek isabetli bir tercih olmuştur .

TBK. m. 583 f. 1 c. 2 uyarınca bizzat kefilin el yazısıyla gösterilmesini gerekli görmüş, bu gerekliliğe uyulmadığı için de kefaleti şeklen geçersiz olarak kabul etmiştir. Şu halde, Yüksek Mahkeme'ye göre, icra kefaletlerindede TBK. m. 583 f. 1 bütün kapsamıyla uygulanacak, icra memuru tarafından düzenlenen kefalet tutanağında, gerek kefalet tarihi gerekse kefalet limiti bizzat kefilin el yazısıyla gösterilecektir. Ne var ki, icra kefaleti yasa gereği müteselsil nitelik taşıdığından, bu hususun ayrıca kefilin el yazısıyla belirtilmesi herhalde aranmayacaktır. Nitekim Yüksek Mahkeme, kefaletin müteselsil nitelikte olduğunun kefilin el yazısıyla belirtilmemiş olmasını bir geçersizlik sebebi olarak zikretmemiştir. Kararda kefilin eşinin hazır bulunduğu ve kefaletle rıza göstermiş olduğundan söz edilmesine rağmen yine de TBK. m. 584'e aykırılık olduğundan söz edilmesi ilgi çekicidir. Acaba eşin rızasını el yazısıyla açıklamamış olması mı bir geçersizlik sebebi olarak değerlendirmiştir. Eğer böyleyse karara bu yönüyle katılma olanağı yoktur. Eşin rızasını ortaya koyması nitelikli bir yazılı şekli gerektirmez, adi yazılı şeklin gereklerine uygun olarak rızanın açıklanması yeterlidir. İcra memuru kefilin eşinin kefaletle rıza gösterdiğini icra tutanağında belirtmiş ve eş tutanağı imzalamışsa, TBK. m. 584'ün gereğinin yerine getirildiğini kabul etmek pekala mümkündür. Sonuç itibarıyla, söz konusu Yargıtay kararı, gerek eşin rızası gerekse kefaletin şekli bakımından **TBK.** m. 584 ve m. 583'te yer alan kuralların icra kefaletlerinde de uygulanmasını zorunlu görmesi bakımından ilginçtir ve kanaatimce amaca uygundur.

Ne var ki, tüketiciye verilen teminat kefalet olmayıp da bir başka türden kişisel teminatısa, TKHK. m. 4 f. 6 c. 2'deki düzenleme amaca aykırı bir sonuç doğuracaktır. Sözgelimi tüketiciye garanti türünden bir kişisel teminat verilmiş olabilir. Düzenlemenin lafzı esas alınır, bu türden bir "şahsi" teminat da "müteselsil kefalet" sayılacaktır. Bir başka deyişle, verilen teminat garanti olarak geçerli olmayacak, zorunlu bir yasal tahvile maruz kalarak müteselsil kefalet dönüşecektir. Bunun gibi, satıcı veya sağlayıcının borcuna katılma yoluyla tüketiciye verilebilir. Bu olasılıkta da aynı sonuç gerçekleşecek, tüketici, satıcı veya sağlayıcının borcuna katılmış ve söz konusu borcun müteselsil borçlusu haline gelmiş bir kişiye başvurabileceğine inanırken, yasal tahvil sonucunda, satıcı ve sağlayıcı için müteselsil kefil olmuş biriyle karşı karşıya kalacaktır. TKHK. m. 4 f. 6 c. 2'nin lafzına göre anlaşılması durumunda ortaya çıkacak çarpıcı sonucu başka ifadelerle de ortaya koyabiliriz. Tüketici bağımsız bir teminata sahip olduğuna inanırken, söz konusu teminat yasal tahvil yoluyla fer'i bir teminata dönüşmektedir. Bir başka deyişle, tüketiciye karşı asıl borca ilişkin savunma sebeplerini gündeme getirmeyeceğini taahhüt ederek teminat vermiş kişi, yasal tahvilin sonucunda, söz konusu savunmaları yapabilir hale gelmektedir. Amaç tüketicinin teminatını güçlü kılmak olmalıyken, yasal tahvil yoluyla bu teminat zayıflatılmaktadır. Bu sorunun pratik bir anlam ifade ettiği de gözlenebilir. Kentsel dönüşüm çerçevesinde mevcut yapılan yıkıp yeni bir yapı inşa etmeyi taahhüt eden yükleniciler, yıkılacak yapıda bulunan kat maliklerine banka teminat mektubu vermektedirler. Kat maliklerinin yükleniciyle yaptığı sözleşme tüketici işlemi olduğuna göre, yüklenicinin borcu için verilen kişisel teminat TKHK. m. 4 f. 6'nın uygulama alanına girmektedir. Banka teminat mektubu verilmesiyle kurulan sözleşme bir garanti sözleşmesiyken, bankanın TKHK. m. 4 f. 6 c. 2'ye dayanarak "garanti veren" sıfatıyla değil de "müteselsil kefil" sıfatıyla sorumlu tutulabileceğini iddia etmesi mümkün olacak mıdır? Bu soruya herhalde olumlu cevap verilememesi gerekir. Gerçi Yargıtay 20 HD.'nin 6.4.2016 tarihli, E: 2016/1742, K: 2016/4089 sayılı kararında kat malikleriyle yüklenici arasında yapılan eser sözleşmesinin tüketici işlemi olarak kabul edilmediğini üzümlerle belirtmek isterim. Kararda, ulaşılan bu sonucun gerekçesi olarak, kentsel dönüşüm çerçevesinde binalarının yıkılıp yeniden yapılması için yükleniciyle anlaşılan kat maliklerinin arsalarına değer kazandırma amacını güttükleri, bu amacın kendilerinin tüketici olarak kabul edilmelerini engellediği söylenmiştir. Hal böyle olunca yüklenicinin borcunu teminat altına almak için verilen banka teminat mektubunun TKHK. m. 4 f. 6 c. 2'nin kapsamına girdiği zaten söylenemeyecektir.

Karşılaşılan bu sorunu aşmak için şöyle bir mütalaa ileri sürülebilir: 6502 sayılı K. m. 4. f. 6'nın 1. cümlesindeki şahsi teminatlar ifadesi her türden şahsi teminatı kapsarken, ikinci cümlesindeki şahsi teminatlar ifadesi

sırf kefaletle ilişkindir. Aynı hükmün aynı fıkrasının iki ayrı cümlesindeki "şahsi teminat" ifadesine aynı anlamlar verilmesini kamın **yapma tekmgılnc** uygun olmayacağı açıktır. Ne var ki, hükmün amacına uygun **olarak** yorumlanması böyle bir sonucu kaçınılmaz kılmaktadır.

Sonuç itibarıyla, 6502 sayılı K. m. 4 f. 6 c. 2'yi **amaca bağılı bir sınırlamaya** tabi tutmak gereklidir. Tüketicie verilen **kişisel teminat kefalet** olaksa, "müteselsil kefalet" niteliğini taşıması zorunludur. **Buna karşılık** tüketiciye bağımsız nitelikte teminat verilebilmesinin yolu **kapatılmış dı**ğildir⁹³. Tüketicie verilen bağımsız nitelikteki temina**ı** bir **gerçek kişi** tarafından verilmişse, TBK. m. 603 düzenlemesinin beraberinde getireceğı kayıtlamalara da dikkat edilmelidir. Şu halde, kefaletle ilişkin şekil ve ehliyet sınırlamaları, bu tür teminatlar bakımından da gündeme gelecektir. Ne var ki, bağımsız nitelikte teminat verenin asıl borçluya ait savunma sebeplerinden yararlanması mümkün olmayacaktır.

C. Türk Borçlar Kanunu çerçevesinde müteselsil kefilin sorumluluğı: Ta/ilik (ikincillik) unsurunun belirginleşmesi

1. Müteselsil kefile başvurulmasını mümkün kılan temel olgu: İfada geciken esas borçlunun ihtar edilmesi

İsviçre hukuku'nda, 1941 yılında yapılan revizyonla, müteselsil kefaletin ikincilliğı büyük ölçüde arttırılmıştır. 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'mm müteselsil kefaletle ilişkin düzenlemesi, İsviçre Hukuku'nda müteselsil **kefaletle** ilişkin olarak yapılan değışiklikleri kaynak olarak almıştır. Aşağıda İsv. BK. m. 496'da getirilen düzenlemeden esinlenen TBK. m. 586 düzenlemesi ele alınacaktır. Bu düzenleme, müteselsil kefile başvurulabilmesi için alacaklı tarafından yerine getirilmesi gerekenleri göstermektedir.

OR Art. 496 Abs. 1, şu şekildedir: "*Müteselsil tabiriyle veya bu anlama gelen herhangi bir ifadeyle kefil olarak yükümlölük altına giren kişiye karşı, esas borçlu hakkında takip yapılmadan veya taşınmaz rehni paraya çevrilmeden önce takip yapılabilir. Ancak bunun için, esas borçlunun, ödemede gecikmesi ve kendisine yapılan ihtarın sonuçsuz kalması veya açıkça ödeme güçsüzlüğü içinde olması gerekir*". Bu hükme göre, ifada geciken esas borçlunun alacaklı tarafından ihtar edilmesi ve bu ihtarın sonuçsuz kalması durumundadır ki, alacaklı müteselsil kefile başvurabilir. Müteselsil kefile başvurulabilmesi için, esas borçlunun ihtar edilmesi gereğinin orta-

93 Aynı düşünce için bkz. Gümüş, Tüketicie, s. 46-47. Yazar örtülü bir kanun boşluğu bulunduğunu kabul etmekte ve müteselsil kefaletle dönüştürülmüş sadece daha hafif sorumluluk doğuran kişisel teminatlar için söz konusu olacağını belirtmektedir.

dan kalktığı istisnai durum, yine aynı hükümde gösterilmiştir. Bu **itina**1 durum, ifada gecikmiş olan esas borçlunun açıkça ödeme güçsüzlüğü **içinde** olmasıdır⁴⁴. Bu düzenlemede alacaklının müteselsil kefile başvurabilmesinin temel koşulu olarak ele alınan olgu, aynen, TBK. m. 586 f. I'e aktarılmıştır. Şöyle ki: "*Kefil, müteselsil kefil sıfatıyla veya bu anlama gelen herhangi bir ifadeyle yükümlülük altına girmeyi kabul etmişse alacaklı, borçluyu takip etmeden veya taşınmaz rehnini paraya çevirmeden kefilini takip edebilir. Ancak, bunun için borçlunun, ifada gecikmesi ve ihtarın sonuçsuz kalması veya açıkça ödeme güçsüzlüğü içinde olması gerekir*". Şu halde, hukukumuz bakımından da, müteselsil kefile başvurulmasını mümkün kılan temel olgunun *uifada geciken esas borçlunun sonuçsuz kalacak bir biçimde ihtar edilmesi*" olduğunu söyleyebiliriz. İfade geciken esas borçlunun ihtar edilmesi gerekliliğini ortadan kaldıran ve böyle bir ihtar yapılmasa bile müteselsil kefile başvurulmasını mümkün kılan olgu ise, "*borçlunun açıkça ödeme güçsüzlüğü içinde olması*" olarak ifade edilebilir⁹⁵.

Türk Borçlar Kanunu'nun kabul ettiği sisteme göre, ifade geciken esas borçlu ihtar edilmeden müteselsil kefile başvurulamayacaktır. İfade geciken esas borçlunun ihtar edilmesi gerekliliğini anlamlandırırken, borçlu temerrüdüne ilişkin düzenlemeden (TBK m. 117 vd) farklı bir değerlendirilme yapılmalıdır. *Esas borçlunun ifade gecikmesi temerrüde düşmesi anlamına gelmediği gibi, yapılması gereken ihtar da bir temerrüt ihtarı değildir*. Esas borçlu edimini yerine getirmede temerrüde düşmüş değil, sadece gecikmiş olmalıdır. Bir başka deyişle, esas borçlunun gecikmesinin temerrüt niteliğini kazanması gerekli değildir. Esas borçlunun gecikmesinden söz edilebilmesi için, kuşkusuz, esas borcun muaccel olması gerekir. *Muaccel olmasına rağmen esas borç ifa edilmemişse, esas borçlu ifade gecikmiş sayılır*⁹⁶. *Esas borcun muaccel olmasından sonra bir sürenin geçmesi, gecikmenin kabulü için gerekli değildir*⁹⁷. Esas borcun muaccel olması alacaklı tarafından süre içeren bildirimde bulunulmasını gerektiriyorsa, bu bildirimin esas borçludan başka müteselsil kefile de yapılması gerekir (TBK. m. 590 f. 3). Kefile bildirim yapılmadığı sürece, esas borçluya yapılan bildirimde belirlenen süre kefil için işlemeye başlamaz. Şu halde, muacceliyet bildiriminden habersiz

94 de Biasio, s. 8.

95 Özen, Müteselsil Kefalet, s. 477,478.

96 Gut, s. 78.

97 Bede, Art. 496, N. 20; Acar, s. 222. Guhl'e göre, esas borç muaccel olduktan sonra işlerde yaygın anlayışa göre makul bir bekleme süresinin geçmiş olması, gecikmenin varlığını kabul için zorunludur. Guhl, s. 58.

olan müteselsil kefil için esas borcun ifasında bir gecikme olduğu kabul edilemeyecektir⁹⁸.

Müteselsil kefile başvurulabilmesi için esas borçluya yapılması gereken ihtarın, esas borç muaccel olduktan sonra yapılması zorunludur. *Muacceliyetten önce yapılan bir ihtarın, muacceliyet gerçekleştikten sonra ayrıca ihtar yapılmaksızın müteselsil kefile başvurulmasını sağlayıcı etkisi olmaz*⁹⁹.

Bu arada bir yanılmanın önüne geçilmesi gerekir. Türk Borçlar Kanunu, müteselsil kefaleti adi kefaletle dönüştürmüş değildir. Müteselsil kefilden talepte bulunulabilmesi için, adi kefalette olduğu gibi, esas borçlu hakkında sonuçsuz kalacak bir takibin yapılması gerekmez. Yapılması gereken, sadece, esas borçlunun ihtar edilmesidir. Bu ihtarın esas borçluya karşı takibe geçerek gerçekleştirilmesi gerekli olmadığı gibi, başlatılan bir takibin sonuna kadar yürütülmesi de gerekli değildir.

Müteselsil kefile başvurulabilmesi için esas borçlunun sonuçsuz kalacak biçimde ihtar edilmesi gerekliliğini arayan TBK. m. 586 f. 1, bu yönüyle emredicidir¹⁰⁰. Şu halde müteselsil kefil, esas borçlunun ihtar edilmesi gerekliliğinden peşin olarak vazgeçemez. TBK. m. 586 f. 1 uyarınca yapılacak ihtarın bir temerrüt ihtar olmadığı buradan da bellidir. Borçlu temerrüdünü kural olarak ihtarın yapılmasına bağlayan TBK. m. 117 emredici değildir. Borçlu temerrüdünün ihtarsız gerçekleşeceğini belirten bir sözleşme hükmü geçerli olur. Böyle bir sözleşme hükmü sayesinde borçlu temerrüdünün gerçekleşmesi için ihtar aranmayacak, ne var ki, müteselsil kefile başvurulabilmesi için esas borçlunun ihtar edilmesi gerekli görülecektir¹⁰¹.

Alacaklının sözleşmede kararlaştırılan yetkisine dayanarak esas borçluya muacceliyet bildiriminde bulunması durumunda, bu bildirimde belirtilen süre geçince ihtarsız temerrüt gerçekleşir¹⁰². Bu olasılıkta da temerrüt için

98 Özen, Müteselsil Kefalet, s. 487.

99 Staffebach, Art. 496, N. 4.

100 Beck, Art. 496, N. 18; Pestalozzi, Art. 496, N. 7.

101 Beck, Art. 496, N. 20; Pestalozzi, Art. 496, N. 7.

102 Alacaklının sözleşmeden değil de yasadaki kaynaklanan muacceliyet bildiriminde bulunma yetkisi kullanılırsa, temerrüt için ihtarla bulunma zorunluluğu ortadan kalkmaz. Bir başka deyişle, temerrüdün ihtarla gerçekleşmesi kuralı etkisini sürdünneye devam eder. Bu söylenenle ilgili olarak, tüketim ödücü (karz) sözleşmesinin sona ermesine ilişkin TBK. m. 392 düzenlemesi iyi bir örnek oluşturur. Bu düzenlemeye göre, ödücün geri verilmesi bakımından belirli bir gün veya bildirim süresi kararlaştırılmamışsa ya da ödücün iadesinin istendiği anda iade borcunun muaccel olacağı hususunda anlaşılmamışsa, ilk iade talebinden itibaren altı hafta geçince iade borcu muaccel olacak-

ihhtar aranmayacak olmakla birlikte, müteselsil kefile başvurulabilmesi eıw borçlunun ihhtar edilmesine bağılı olacaktır. Borç için belirli vadenin **karar-**laştırılması da bu bağlamda ele alınmalıdır. Belirli vadenin gelmesi ihtarsız temenildü gerçekleştirir, ancak, müteselsil kefile başvurulabilmesi için esas borçlunun ihhtar edilmesi gerekliliğini ortadan kaldırmaz¹⁰³.

*İfada geciken esas borçluya yapılması gereken ihtarda, ifanın gerçekleştirelmesinin istenmesi yeterlidir. Borçluya ifa için süre vermek veya ihtara uyulmamasının sonuçlarını bildirmek gerekli değildir*¹⁰⁴.

Es◆s borçluya yapılması gereken ihhtar bir geçerlilik şekline bağılı değildir. İspat kolaylığı sağlamak bakımından yazılı şekilde yapılması yararlıdır¹⁰⁵. Kendisine karşı açılan bir davanın dilekçesinin esas borçluya tebliğı edilmesi, en mükemmel bir biçimde ihhtar gereğini yerine getirir. Kendisine karşı başlatılan bir takipten esas borçlunun haberdar olması da, kuşkusuz, ihhtar gereğini yerine getirmiş olacaktır¹⁰⁶.

İhtarın etkisini göstermesi ve müteselsil kefile başvurulmasını mümkün kılması için, esas borçluya ulaşması gerekir. *İhtarın kendisine ulaşmasına*

tır. Burada ödünç veren, yasanın kendisine tanıdığı muacceliyet bildiriminde bu!_unma yetkisini kullanarak iade borcunun muaccel olacağı zamanı belirlemektedir. Ödüoç alınan iade borcu, ödünç sözleşmesinde başka bir düzenleme getirilmediğı takdirde, iadeye yönelik talebin yapıldığı anda değil, talebin üzerinden altı hafta geçince muaccel olmaktadır. Ödünç alanın borcunu güvence altına alan müteselsil kefile başvurulabilmesi için, ödünç alana yönelik ilk talepten sonra altı hafta geçip iade borcunun muaccel olmasının beklenmesi ve ödünç alanın yeniden sonuçsuz kalacak bir biçimde ihhtar edilmesi gerekir (Nitekim bkz. Pestalozzi, Art. 496, N. 7; Giovanoli, Art. 496, N. 18). Ödünç alana yeniden yapılması gereken ihhtar, hem iade borcunda temerrüdün gerçekleşmesini sağlamak hem de müteselsil kefile başvurabilmek için gereklidir. Muacceliyet bildiriminde bulunma yetkisi sözleşmeyle değil de yasa hükmüyle tanınmış olduğu için, temerrüdün ihhtarla gerçekleşeceği kuralı etkisini sürdürmektedir (Sözleşmeyle tanınan muacceliyet ihbarında bulunma yetkisi kullanılmışsa temerrüt için ayrıca ihhtar gerekmeceğı, buna karşılık yasayla tanınan muacceliyet ihbarında bulunma yetkisinin kullanılmasının temerrüdün ihhtarla gerçekleşeceği kuralını ortadan kaldırmayacağı hakkında bkz. Nami Barlas, Para Borçlarının İfasında Borçlunun Temerrüdü ve Bu Temerrüt Açısından Düzenlenen Genel Sonuçlar, İstanbul 1992, s. 59). Şu halde, iadeye yönelik ilk talepten itibaren altı hafta geçtikten ve iade borcu muaccel olduktan sonra ödünç alana yapılacak ihhtar, hem iade borcunun ifasında temerrüde düşölmesini sağlayacak hem de müteselsil kefile başvurulabilmesinin zeminini hazırlayacaktır.

103 Beck, Art. 496, N. 20; Giovanoli, Art. 496, N. 18; Pestalozzi, Art. 496, N. 7; Özen, Müteselsil Kefalet, s. 487; Acar, s. 221.

104 Becl, Art. 496, N. 20; Özen, Müteselsil Kefalet, s. 487-488.

105 Beck, Art. 496, N. 21.

106 Beck, Art. 496, N. 22; Giovanoli, Art. 496, N. 20.

rağmen esas borçlu uygun bir süre içerisinde ihtarın içeriğine uygun davranışı gerçekleştirmezse, ihtarın sonuçsuz kaldığı kabul edilir. İhtara rağmen borcun gereği gibi ifa edilmemesi, tıpkı hiç ifa edilmemesi gibi ihtarın sonuçsuz kaldığını gösterir¹⁰⁷.

2. Esas borçlunun ihtar edilmesi gerekliliğini ortadan kaldıran hfiJler

Esas borçlu açıkça ödeme güçsüzlüğü içindeyse, kendisinin ayrıca ihtar edilmesine gerek olmaksızın müteselsil kefile başvurulabilir. Yeter ki esas

107 Gut, s. 78 vd; Beck, Art. 496, N. 20; Giovanoli, Art. 496, N. 21; Pestalozzi, Art. 496, N. 7. İflasın ertelenmesinin de asıl borçlunun açıkça ödeme güçsüzlüğü içinde bulunduğunu göstereceği, bu nedenle asıl borçlunun sonuçsuz kalacak bir biçimde ihtar edilmesi zorunluluğunu ortadan kaldıracağı görüşü için bkz. Ayan, s. 283, dpn. 97. Esas borçlu ve kefile ihtarın aynı anda gönderilmesinin konumuz bakımından nasıl bir etkide bulunacağına ilişkin 11. Hukuk Dairesi'nin 12.02.2014 tarih ve E: 2013/17403; K. 2014/486 sayılı kararında şunlar söylenmektedir: "Hesabın kat edilmesi, genel kredi sözleşmesinden kaynaklanan alacağın muacceliyeti için yeterlidir. Asıl borçluya gönderilen ihtar borçlunun temerrüdünün yanı sıra TBK'nun 586'ncı maddesinde öngörülen müteselsil kefilin takfii koşullarının gerçekleşmesi bakımından gerekli bir unsurdur. Ne var ki, müteselsil kefilin takibi için ona ihtar gönderilmesi zorunluluğu bulunmaktadır. Bu nedenle, asıl borçlu ve kefile aynı anda ihtar gönderilmiş olması nedeniyle (kefil hakkında) ihtiyati haciz isteminin reddedilmesi isabetsizdir". Asıl borçlu ile müteselsil kefile aynı anda ihtar gönderildikten ve söz konusu ihtarlar tebliğ edildikten sonraki aşamada müteselsil kefil hakkında takibe geçilerek ihtiyati haciz istendiğine göre, kararda ulaşılan sonucun isabeti tartışma götürmeyecektir. Gerçekten de, müteselsil kefil hakkında takibe geçilebilmesinin koşulu asıl borçluya sonuçsuz kalan bir ihtarın yapılmış olmasıdır. Bu koşulun kefile karşı (dava veya icra yoluyla) takibin başladığı anda gerçekleşmiş olması gerekli ve yeterlidir. Ne var ki, asıl borçlu daha önce ihtar edilmeden asıl borçlu ve müteselsil kefil hakkında aynı anda (dava veya icra takibi yoluyla) takibe geçilmiş olsaydı, farklı bir sonuca varılması gerektiği söylenebilirdi. Müteselsil kefil hakkındaki takibin başladığı anda, asıl borçlunun sonuçsuz kalacak biçimde ihtar edilmesi gereği gerçekleşmiş olmalıdır. Oysa asıl borçlu daha önce ihtar edilmiş olmaksızın kendisine ve müteselsil kefile karşı aynı anda dava açılır veya icra takibine geçilirse, kefil hakkındaki takibin koşulu olan olgunun (asıl borçlu hakkında sonuçsuz kalan bir ihtarın varlığı olgusunun) bu takibin başladığı an itibarıyla mevcut olduğu söylenemeyecektir (Aynı düşünce için bkz. Ayan, s. 279-280). Asıl borçluya dava dilekçesinin veya ödeme emrinin tebliğ edilmiş olması en mükemmel biçimde ihtar gereğini yerine getirir, ne var ki, müteselsil kefil hakkındaki takibin başladığı an itibarıyla asıl borçluya henüz ihtar yapılmamış olduğu gerçeğini değiştirmez. Müteselsil kefil bu konudaki (def'i niteliğindeki) savunmasını davaya cevap verirken veya ödeme emrine itiraz ederken ortaya koymalıdır. Müteselsil kefilin def'i niteliğini taşıyan bu savunmayı yapmaması durumunda, (söz konusu savunma re'sen dikkate alınmayacağına göre) dava veya icra yoluyla yapılan takibin kendi aleyhine sonuçlanmasına katlanması gerekecektir.

borcun ifası gecikmiş olsun. Asıl borçlunun iflas etmesi ve kendisine konkordato mehli verilmesi, ödeme güçsüzlüğünün açık göstergeleridir. Bu olasılıklarda, müteselsil kefile başvurmadan önce ifada geciken asıl borçlunun ihtar edilmesi gerekli değildir. Asıl borçlunun konkordato mehli verilmesi için talepte bulunmuş olmasının dahi ödeme güçsüzlüğünün göstergesi olarak değerlendirilmesi mümkündür. Asıl borçlu hakkında alınmış borç ödemedi kesin aciz belgesi de, ödeme güçsüzlüğü içinde bulunduğu anlamını taşır. Borç ödemedi kesin aciz belgesinin herhangi bir alacaklı tarafından alınmış olması yeterli olup, müteselsil kefile başvurmak isteyen alacaklı tarafından alınmış olması gerekmez. Asıl olan ifada geciken esas borçlunun ödeme güçsüzlüğü içinde bulunması olduğuna göre, herhangi bir alacaklı tarafından alınmış aciz belgesi bunu göstermeye yetecektir¹⁰⁸. Buna karşılık, esas borçlu hakkındaki iflasın ertelenmesinin ödeme güçsüzlüğünün açık bir göstergesi olmadığı ve müteselsil kefile başvurmak için esas borçlunun ihtar edilmesi gerekliliğini ortadan kaldırmadığı söylenebilir¹⁰⁹.

Türk Borçlar Kanunu'nun 586. maddesinde zikredilmemiş olsa da, esas borçlunun Türkiye'de takibinin imkansızlaşması veya çok güçleşmesi olasılığını da ele almak gerekir. Bu olasılığın gerçekleşmesi, müteselsil kefile başvurmadan önce esas borçlunun ihtar edilmesi zorunluluğunu ortadan kaldırır. *Esas borçlu hakkında Türkiye'de takibin imkansızlaşması veya çok güçleşmesi, esas borçlu hakkında takip yapılmaksızın adi kefile başvurulabilmesini sağladığına göre, ihtar söz konusu olmaksızın müteselsil kefile başvurulabilmesini evleviyetle sağlamalıdır.* Alacaklı, sorumluluğunun ikincilliği daha ön planda olan adi kefile başvurulabilmesini mümkün kılan bir olguya dayanarak, sorumluluğunun ikincilliği daha geri planda olan müteselsil kefile de başvurabilmelidir¹¹⁰.

108 Becl, Art. 496, N. 22; Giovanoli, Art. 496, N. 22; Pestalozzi, Art. 496, N. 8; Staffebach, Art. 496, N. 4.

109 Pestalozzi, Art. 496, N. 8 a. Asıl borçlu hakkındaki iflasın ertelenmesi esas borçlu ihtar edilmeksizin müteselsil kefile başvurulmasını mümkün kılmazsa da, esas borçlu hakkında takip yapıp bu takibin semeresiz kalmasını beklemeden adi kefile başvurulmasını mümkün kılar. Bu konuda bkz. Pestalozzi, Art. 495, N. 4 a; Özen, Müteselsil Kefalet, s. 489.

110 Beck, Art. 496, N. 22; Giovanoli, Art. 496, N. 22a; Pestalozzi, Art. 496, N. 9; Acar, s. 225. Reisoğlu, bu soruna, esas borçlu hakkında takip yapılmadan adi kefile başvurulabilmesi açısından değinmektedir. Reisoğlu, Kefalet, s. 118. Ayrıca bkz. Tandoğan, Borçlar il, s. 766; Özen, Müteselsil Kefalet, s. 489-490.

3. *Teslime bağlı taşınır rehni ve alacak rehninin öncelikle paraya çevrilmesi gerekliliği*

Alacaklının müteselsil kefile başvurmadan önce taşınmaz rehnini paraya çevirmesi gerekmez (TBK. m. 586 f. 1). Yeter ki ifade geciken esas borçlu sonuçsuz kalacak bir biçimde ihtar edilmiş veya ihtar gereksiz kılacak biçimde ödeme güçsüzlüğüne düşmüş olsun. Ne var ki, bu kuralın aksi kararlaştırılarak müteselsil kefile önce taşınmaz rehninin paraya çevrilmesini isteme olanağı (deri) tanınabilir. Böyle bir anlaşmanın kefaletin geçerlilik şekline bağlı olmadan yapılabilmesi mümkündür¹¹¹.

Müteselsil kefaletle güvence altına alınan alacak için, ayrıca, teslime bağlı taşınır rehni veya alacak rehni türünden teminatlar bulunabilir. Bu tür teminatlar paraya çevrilmeden önce müteselsil kefile başvurulamaz. TBK. m. 586 f. 2, teslime bağlı taşınır rehni ve alacak rehninin öncelikle paraya çevrilmesi derini müteselsil kefile tanımıştır. Demek oluyor ki, müteselsil kefil önce rehnin paraya çevrilmesi def'ine belirli bir oranda sahip kılınmıştır. Bu açıdan, müteselsil kefilin durumu, kendisine önce rehnin paraya çevrilmesi derini hiç tanımamış olan 818 sayılı (eski) Borçlar Kanunu'ndaki durumuna göre oldukça değişmiştir.

Teslime bağlı taşınır rehninin kapsamına kıymetli evrakta cisimleşen hakların rehni de girer. Kıymetli evrak niteliği taşıyan ipotekli borç senedi ve irat senedi, her ne kadar taşınmaz rehninin türleri arasında yer alsalar da, müteselsil kefile başvurmadan önce paraya çevrilmelidirler. Bu tür değerlerin kıymetli evrak niteliği, taşınmaz rehninden çok teslime bağlı taşınır rehniyle paralellik kurulmasını gerektirir. Nitekim ipotekli borç senedi ve irat senedi, taşınırlara özgü kurallar uygulanarak paraya çevrilecektir¹¹².

Müteselsil kefil, alacaklının üzerinde hapis hakkına sahip olduğu taşınır/arın da kendisine başvurulmadan önce paraya çevrilmesini isteyebilir. Burada da teslime bağlı taşınır rehniyle paralellik kurulması yerinde olur¹¹³. Ne var ki, bu noktada tereddüt edenler de vardır. Bu tereddüdün sebebi, müteselsil kefile başvuruyu güçleştiren ve bazı rehinleri öncelikle paraya çevirme zorunluluğu getiren TBK. m. 586 f. 2'nin dar yorumlanması gereğine duyulan inançtır¹¹⁴. Kanaatimce, bu yaklaşım yerinde değildir. Türk Borçlar

I11 Beck, Art. 496, N. 23; Pestalozzi, Art. 496, N. 10; Özen, Müteselsil Kefalet, s. 490.

I12 Beck, Art. 496, N. 25; Pestalozzi, Art. 496, N. 11. Aksi görüş için bkz. Acar, s. 227.

I13 Pestalozzi, Art. 496, N. 11; Giovanoli, Art. 496, N. 24; Staffebach, Art. 496, N. 5.

I14 Beck, Art. 496, N. 27. Karayollar trafik siciline tescille kurulan taşıtlar üzerindeki re-

hin hakları bakımından TBK. m. 586 f. 2 çerçevesinde öncelikle paraya çevirme zorunluluğu söz konusu olacak mıdır? Soruyu genelleştirirsek, bir sicile tescilli zorunlu olan taşınır mallarda, bu sicile tescil yoluyla kurulan rehin hakları bakımından öncelikle paraya çevirme zorunluluğunu kabul edecek miyiz? Reisoğlu'nun açıklamaları bu sorulara olumlu cevap verilmesini sağlayacak bir doğrultudadır. Yazarın konuya ilişkin değerlendirmeleri şu şekildedir: "Alacak, teslim bağli taşınır rehni veya alacak rehni ile güvence altına alınmış ise, alacaklı öncelikle bu rehinlerin paraya çevrilmesini istemek zorundadır. Teslime bağli olmadan da -zilyetlik devredilmeden de- karayolları trafik siciline tescil ile de taşıtlar üzerinde taşınır rehni kurulabildiğinden ve bu husus Medeni Kanunun 'A. Teslime bağli rehin' başlığı altında teslimsiz taşınır rehni ile ilgili 940/2. maddesinde yer aldığından, bu tür taşıt rehinleri de teslim bağli taşıt rehni sayılabilecektir". Bkz. Reisoğlu, Türk Kefalet Hukuku, s. 171. Yazarın bu açıklamasında, karayolları trafik siciline tescille kurulan taşıt rehni ve teslim bağli taşınır rehin arasında paralellik kurulmakta, taşıt rehni bakımından da öncelikle paraya çevirme zorunluluğu kabul edilmektedir. Bu sonuca ulaşılmasında temel dayanak noktası şudur: Bir sicile tescilli zorunlu taşınırlar üzerinde bu sicile tescille rehin hakkı kurulabilmesi, teslim bağli taşının rehniyle ilgili (ve bu başlık altında toplanan) hükümler arasında düzenlenmektedir. Şu halde, bir sicile tescille kurulan taşınır rehinlerini, teslim bağli taşınır rehniyle aynı hükme (TBK. m. 586 f. 2 hükmüne) tabi tutmak gerekmektedir. Bu konuda farklı bir düşünce taşıdığımızı belirtmek isteriz. Bir sicile tescil edilmesi zorunlu olan taşınırlar üzerinde bu sicile tescille rehin hakkı kurulabilmesi, gerçekten de, "A. Teslime bağli rehin" başlığının altında yer alan hükümlerden biri olan TMK. m. 940 f. 2'de düzenlenmektedir. Ne var ki, bizzat TMK. m. 940'ın kenar başlığı "ayrık durumlar" olarak ifade edilmiştir. TMK. m. 940'ta düzenlenen ve bizzat bu hükmün kenar başlığında belirtilen ayrık durumlar, taşınırlar üzerinde rehin hakkının teslim bağli olarak kurulması zorunluluğunun kapsamına girmeyen hallere ilişkindir. Bir başka deyişle, TMK. m. 940'ta teslim bağli taşınır rehni oluşturmaya, bu tür rehinin dışında kalan haller ele alınmıştır. Alacaklının müteselsil kefile başvurmadan önce paraya çevirmesi gereken rehinler, TBK. m. 586 f. 2'de teslim bağli taşınır rehni ve alacak rehni olarak gösterilmiştir. TBK. m. 586 f. 2'nin bu ifadesinden ve bizzat TMK. m. 940 f. 2'nin kenar başlığından yola çıkarak, teslim bağli taşınır rehinin ayrık durumlarını oluşturan hallerin alacaklının öncelikle paraya çevirme zorunluluğunun dışında kaldığı savunulabilir diye düşünmekteyiz. Sonuç olarak, teslim bağli taşınır rehni sayılmayan, bu tür rehinin kapsamı dışında kalan, teslim bağli taşınır rehinin "ayrık durumlar"ını oluşturan rehinlerin, bu arada, karayolları trafik siciline tescille kurulan taşıt rehinin, müteselsil kefile başvurmadan önce paraya çevrilmesi gerekmediği kanaatindeyiz. Nitekim Yargıtay'ın bir kararında taşıt rehinin öncelikle paraya çevrilmesi zorunluluğu olmadan müteselsil kefile başvurulabileceği sonucuna varılmıştır. Kararda yer alan şu satırları aynen aktarıyoruz: "TMK.'nın 940. Maddesinin II. fıkrasında "gerçek veya tüzel kişilerin alacaklarının güvence altına alınması için, kanun gereğince bir sicile tescilli zorunlu olan taşınır mallar üzerinde, zilyetlik devredilmeden de, taşınır malın kayıtlı bulunduğu sicile yazılmak suretiyle rehin kurulabilir. Rehin kurulmasına ilişkin diğer hususlar tüzükle belirlenir" hükmüne yer verilmiştir. Bu düzenlemeden hareketle kanun gereğince bir sicile tescilli zorunlu olan taşınır mallar bakımından, teslim bağli tehin

Kanunu'nda, temel eğilim olarak, müteselsil kefilin sorumluluğunun taliliği belirginleştirilmiştir. Şu halde, kuşku halinde talilik lehine yorum yapmak ve teslim bağli taşınır rehni tabirinin alacaklının hapis hakkına konu olan değerleri de kapsadığını kabul etmek mümkündür¹¹⁵.

Alacak hakkı dışında kalan hakların rehni söz konusuysa, müteselsil kefilin bunların da öncelikle paraya çevrilmesini isteyip isteyemeyeceği tartışılabilir. Kıymetli evraka bağlanmış hakların rehniyle teslim bağli taşınır rehni arasında konumuz bakımından benzerlik olduğunu kolayca kabul etmiş, buna bağli olarak, kıymetli evrakta cisimleşen hakların rehniinde de öncelikle paraya çevirme zorunluluğunun bulunduğu sonucuna varmıştık. Ne var ki, alacak rehniyle alacak dışında kalan hakların rehni arasında bir benzerlik görüp, öncelikle paraya çevirme zorunluluğunu her türlü hakkın rehniinde genel olarak kabul etmek aynı ölçüde kolay değildir. Gerçekten de, teslim bağli taşınır rehni ve alacak rehninin öncelikle paraya çevrilmesini isteme olanağını müteselsil kefile tanıyan TBK. m. 586/f. 2'nin istisnai niteliğinden yola çıkılarak, her türlü hakkın rehnini bu düzenlemenin kapsamına alamayacağımız söylenebilir. Diğer taraftan, müteselsil kefile önce rehnin paraya çevrilmesini isteme olanağı sınırlı olarak tanınırken, paraya çevrilmesi kolay olan rehinlerin bir tarafa bırakılarak müteselsil kefile başvurulabilmesi engellenmek istenmiştir. TBK. m. 586'nın biçimlendirilmesine esas olan

yanında, zilyetliğin alacaklıya devrine gerek olmaksızın, taşınır malın kayıtlı bulunduğu sicile kaydedilmek suretiyle taşınır mal üzerinde rehin kurulabilir. Böyle bir rehin teslim bağli taşınır rehni olmadığından, TBK.'nın 586. maddesinin 2'nci fıkrasının 1'inci cümlesine göre müteselsil kefilin takibine engel teşkil etmez" (1 l. HD.'nin E: 2013/17403, K: 2014/386 sayılı bozma karar). Ayan tarafından da, taşınırların (özellikle motorlu araçların) teslim edilmeksizin tescil yoluyla rehnedildiği durumlarda, rehnin önceden paraya çevrilmesi gerekmeksizin müteselsil kefile doğrudan doğruya başvurulabileceği belirtilmiştir. Yazar ticari işletme rehniinde de, müteselsil kefilin doğrudan (önce rehnin paraya çevrilmesi define başvurma olanağı müteselsil kefile verilmeden) takip edilebileceği açıklamasını yapmıştır. Bkz. Ayan, s. 287. Ayrıca bkz. Acar, s. 228-229. Reisoğlu, ticari işletme rehniyle ilgili olarak ise şunları söylemektedir: "Ticari işletme rehni teslim şartlı bir rehin oluşturmadığından ve 1447 sayılı Yasanın 20. maddesinde "Ticari işletme rehni hakkında bu kanunda özel hüküm bulunmayan hallerde gayrimenkul rehni hükümlerinden bu kanun hükümlerine aykırı olmayanlar uygulanır" denildiğinden; müteselsil kefil ticari işletme rehninin olması halinde de doğrudan takip edilebilecektir". Bkz. Reisoğlu, Türk Kefalet Hukuku, s. 171. 6570 sayılı ve 20.10.106 tarihli "Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Kanunu" uyarınca teslim bağli olmadan kurulan taşınır rehinleri bakımından da, müteselsil kefile başvurmadan önce bu türden rehinleri öncelikle paraya çevirme zorunluluğu bulunmayacaktır.

115 Özen, Müteselsil Kefalet, s. 491.

anlayışa göre, taşınmaz rehninin paraya çevrilmesi, teslimine bağlı taşınır rehninin ve alacak rehninin paraya çevrilmesinden daha zahmetlidir. **Nitekim** taşınmaz rehninin paraya çevrilmesi ayrı bir usule bağlıdır. İşte, bu zahmetli yola başvurusu ve kendisine rehnedilen taşınmazları paraya çevirmesi gerekmeden müteselsil kefile başvurabilen alacaklı, teslimine bağlı taşınır rehni ve alacak rehni gibi daha kolay paraya çevirebileceği rehinler bakımından aynı olanaktan yararlanamamalıdır. Şu halde, paraya çevirmenin kolay olup olmaması noktasında alacak rehninden daha çok taşınmaz rehnini hatırlatan hak rehinleri bakımından, müteselsil kefile başvurmadan önce paraya çevirme zorunluluğu getirmek, TBK. m. 586 f. 2'nin amacına uygun düşmeyebilir. Söz gelimi, bir marka rehni veya patent rehni söz konusu olduğunda, bu rehinlerin her herhangi bir alacağın rehninde olduğu gibi kolay yoldan paraya çevrilebileceği söylenebilecek midir? Eğer öyleyse, bu tür hakların rehniyle alacak rehni arasında paralellik kurmak ve hepsi bakımından müteselsil kefile başvurmadan önce paraya çevirme zorunluluğunu kabul etmek düşünülebilir. Buna karşılık, bir markanın (veya patentin) paraya çevrilmesinin herhangi bir alacağın paraya çevrilmesiyle bir tutulamayacağı sonucuna varılırsa, öncelikle paraya çevirme zorunluluğu bakımından sözü geçen rehin haklarını aynı kefeye koymak kuşkuyla hale gelecektir. Sonuçta, alacak hakkı dışındaki hakların rehni söz konusu olduğunda öncelikle paraya çevirme zorunluluğun kabul etmek, ancak, sözü geçen rehinlerin alacak rehni kadar kolaylıkla paraya çevrilmeleri söz konusuysa mümkün görülebilecektir. Ne var ki, hukukumuzda hakları genel ve soyut olarak düzenleyen kuralların bulunmadığı bu noktada hatırlanmalıdır. Haklarla ilgili çeşitli sorunlarda karşımıza çıkabilecek düzenleme boşluğunu bir biçimde doldurmak gerekecektir. Bu boşluğu doldurmak amacıyla, alacak hakkını konu alan bazı kuralların, kıyas yoluyla, diğer haklarla ilgili sorunlara da uygulanabileceği savunulabilir. Böyle bir kıyas mantığı sonuna kadar götürülürse, müteselsil kefile alacak rehninin öncelikle paraya çevrilmesini isteme olanağının verilmesinden yola çıkılarak, diğer haklar bakımından da öncelikle paraya çevirme zorunluluğu kabul edilebilecektir. Buna göre, alacaklının elinde rehin olarak bulunan ortaklık paylarının öncelikle paraya çevrilmesi, müteselsil kefil tarafından talep edilebilecektir. Gerçi alacaklıya rehnedilmiş olan ortaklık payları, kıymetli evrak niteliğindeki pay senetlerine bağlanmış olabilir. Bu olasılıkta pay senetleriyle teslimine bağlı taşınır rehni arasında benzerlik kurulabilecek, alacaklının öncelikle paraya çevirme zorunluluğu bu benzerlikten çıkarılabilecektir. Ortaklık payları kıymetli evrak niteliğindeki pay senetlerine bağlanmayıp çıplak pay olarak bırakılmışsa, bu sefer de alacak rehniyle kurulan benzerlikten yola çıkılarak öncelikle paraya çevirme

zorunluluğu kabul edilebilecektir. Rehnedilmiş çıplak (veya kaydi) payla-
rın paraya çevrilmesinin herhangi bir rehinli alacağın paraya çevrilmesinden
daha zor olmadığı söylenebiliyorsa, bu sonuca itiraz edilmesinin esaslı bir
gerekçesi de olmayacaktır.

*Müteselsil kefile sınırlı olarak tanınmış önce rehnin paraya çevrilmesi
def'i bakımından, teslim bağli taşınır rehni ve alacak rehninin ne zaman
kurulduğu önemli değildir. Bu tür rehinler kefaletten önce de sonra da ku-
rulmuş olabilir. Müteselsil kefile başvurulduğu sırada alacaklının elinde tes-
lime bağli taşınır rehni ve alacak rehni olarak neler bulunuyorsa, kuruluş
zamanlarına bakılmaksızın bunların öncelikle paraya çevrilmesi istenebilir.
Diğer taraftan, teslim bağli taşınır rehni ve alacak rehninin esas borçlu
ve alacaklı tarafından sağlanmış olması da kefilin def'i hakkını kullanması
bakımından önemli değildir¹¹⁶.*

4. Teslime bağli taşınır rehni ve alacak rehninin öncelikle paraya çevrilmesi zorunluluğunun ortadan kalkması

Alacaklı için teslim bağli taşınır rehni veya alacak rehnini öncelikle
paraya çevirme zorunluluğu, TBK. m. 586 f. 2'de belirtilen durumlardan
birinin bulunması halinde ortadan kalkar. Şimdi bu durumları sırasıyla in-
celeyelim:

116 TBK. m. 592 f. 1'de alacaklının rehinlere (ve diğer teminatlara) ilişkin özen yükümüyle ilgili olarak yapılan ayırım konumuz bakımından söz konusu değildir. Bu aynına göre, alacaklının özenle koruması gereken rehinler, kefaletin kurulduğu sırada mevcut olan ve sonradan esas borçlu tarafından özel olarak kefalete konu alacak için sağlanan rehinlerdir. Kefilin halefiyetinin kapsamına giren rehinler bakımından TBK. m. 596 f. 2'de benzer bir ayırım yapılmıştır. İşte bu tür ayrımlar, TBK. m. 586 f. 2'nin uygulanmasında göz önünde tutulmayacaktır. Bu konuda bkz. Özen, Müteselsil Kefalet, s. 491-492. Aynı düşüncede, Gümüş, Borçlar (2. bası), s. 349. Reisoğlu bu konuda farklı düşünmektedir. Yazara göre, TBK. m. 596 f. 2'de hangi güvenceler için kefile kamını halefiyet tanınmışsa, TBK. m. 586 f. 2'nin uygulanması bakımından da aynı güvenceler dikkate alınmalıdır. Şu halde, kefilin halefiyetinin kapsamına giren rehinler ile alacaklı tarafından müteselsil kefile başvurmadan önce paraya çevrilmesi gereken rehinler örtüşmektedir. Bkz. Reisoğlu, Türk Kefalet Hukuku, s. 171. Ayan'a göre de, müteselsil kefilin rehin sebebiyle ileri sürebileceği savunmalar, TBK. hükümleri esas alınarak belirlenmelidir. Buna göre, üçüncü kişi tarafından kefaletten sonra verilmiş bir rehin söz konusuysa, müteselsil kefil bu rehnin öncelikle paraya çevrilmesini isteyememelidir. Bkz. Ayan, 287-288.

Teslime bağlı taşınır rehni ve alacak rehninin paraya çevrilmesiyle alacağın karşılanmayacağı hakim tarafından tespit edilirse, bu tür rehinler paraya çevrilmeden müteselsil kefile başvurulabilir. Yargıç takdirine göre, ama mümkün olduğu ölçüde objektif bir değerlendirme yaparak bu tespiti gerçekleştirecektir. Teslime bağlı taşınır rehni ve/veya alacak rehninin icra aracılığıyla paraya çevrilmesinin büyük bir olasılıkla alacağı karşılamayacağına tespiti yeterlidir¹¹⁷. *Yapılan tespit, rehnin paraya çevrilmesiyle alacağın ne kadarının karşılanmayacağına ne kadarının karşılanamayacağına belirtilmesi gerekir*¹¹⁸. Böyle bir tespit hükmü elde eden alacaklı derhal müteselsil kefile başvurabilir. *Müteselsil kefile yapılacak başvuru, alacağın rehnin paraya çevrilmesiyle karşılanamayacak bölümüne inhisar edecektir*. Alacağın açıkta kalacak bölümü için müteselsil kefile başvurulabilmesi, ifada geciken esas borçlunun sonuçsuz kalacak bir biçimde ihtar edilmesine bağlıdır¹¹⁹.

Teslime bağlı taşınır rehni ve/veya alacak rehni paraya çevrilmeden müteselsil kefile başvurulabilecek diğer olasılık, esas borçlunun iflas etmiş olmasıdır. Esas borçlunun iflası, rehinler paraya çevrilmeden adi kefile başvurulabilmesini de mümkün kılmaktadır. Adi kefil hakkında doğrudan takibe geçilebilen bir olasılıkta, müteselsil kefil hakkında da doğrudan takibe geçilebilmesi olağan karşılanmalıdır. Neticede, talilik ilkesi müteselsil kefalette daha zayıftır. Ancak, esas borçlunun iflasının esas borcun vadesinden önce muaccel olmasına yol açması müteselsil kefilini etkilemez. Müteselsil kefil, borç için kararlaştırılan vadenin gelmesinden önce kendisine başvurulamayacağını ileri sürebilir¹²⁰. Alacaklının rehinleri paraya çevirmeden müteselsil

117 Teslime bağlı taşınır rehninin ve/veya alacak rehninin paraya çevrilmesiyle alacağın büyük ölçüde karşılanmayacağına tespiti gerekli olmayıp, ne kadar olursa olsun, bir kısmının karşılanmayacağına tespiti yeterlidir. Beck, Art. 496, N. 30. Ne var ki, TBK m. 586 f. 2'de kullanılan ifade biçimi İsv. BK. m. 496 f. 2'de kullanılan ifade biçiminden farklılaşmakta, taşınır ve/veya alacak rehninin alacağı karşılamama olasılığı bulunduğu değil, alacağı karşılamayacağına hakim tarafından belirlenmesini aramaktadır. Buna göre, teslime bağlı taşınır rehni ve/veya alacak rehni paraya çevrilmeden müteselsil kefile başvurulabilmesinin, *"alacağın rehnin paraya çevrilmesi yoluyla tamamen karşılanmayacağına önceden hakim tarafından belirlenmesi"* halinde mümkün olacağı ileri sürülebilecektir. Bu farklılığın bilinçli yaratıldığını sanmıyoruz. Durum bizde de İsviçre Hukuku'ndaki gibi değerlendirilmeli ve alacağın bir kısmının karşılanmayacağına tespitiyle yetinilebilmelidir.

118 Pestalozzi, Art. 496, N. 12. İsviçre'de bu tespit nasıl yapılacağına düzenlenmesi kantonlara bırakılmıştır. Bkz. Beck, Art. 496, N. 31.

119 Özen, Müteselsil Kefalet, s. 492.

120 Beck, Art. 496, N. 33; Özen, Müteselsil Kefalet, s. 493.

kefile başvuramayacağının kararlaştırılmış olması, bu anlaşmanın kapsamı hakkında bir açıklık bulunmadığı takdirde, yasal kuralın teyit edilmesi anlamını taşır. Şu halde, böyle bir anlaşmaya rağmen, esas borçlunun iflasında teslimine bağlı taşınır rehni ve/veya alacak rehni paraya çevrilmeden müteselsil kefile başvurulabilir¹²¹.

TBK. m. 586 f. 2 düzenlemesine göre, esas borçluya konkordato mehli verilmesi durumunda teslimine bağlı taşınır rehni ve/veya alacak **rehni** paraya çevrilmeden müteselsil kefile başvurulabilecektir. Demek oluyor ki, esas borçluya konkordato mehli verilmesi, önce rehnin paraya çevrilmesi zorunluluğunun ortadan kalkması bakımından esas borçlunun iflasına denk bir etki yaratmaktadır. Esas borçluya konkordato mehli verilmesi esas **borçlu** tarafından verilmiş rehinlerin paraya çevrilmesine engel oluşturacağına göre, esas borçlunun iflasıyla paralellik kurulması yerindedir¹²². Bu paralelliğin daha da ileri götürülmesi mümkündür. Esas borçlunun iflasında ve esas borçluya konkordato mehli verilmesinde, üçüncü kişiler tarafından verilmiş teslimine bağlı taşınır rehni ve/veya alacak rehninin öncelikle paraya çevirme zorunluluğunun devam edeceği ileri sürülebilir. Esas borçlunun iflası veya esas borçluya konkordato mehli verilmesi, sadece esas borçlu tarafından kurulmuş rehinlerin paraya çevrilmesini engelleyecek, üçüncü kişilerce verilmiş rehinlerin öncelikle paraya çevrilmesini engellemeyecektir. Şu halde, önce rehnin paraya çevrilmesi zorunluluğunun ortadan kalkması da, sadece esas borçlu tarafından verilmiş (teslimine bağlı taşınır rehni ve alacak rehni türünden) rehinlere inhisar etmelidir.

Esas borçlu hakkındaki iflasın ertelenmesinin de, teslimine bağlı taşınır rehni ve/veya alacak rehnini paraya çevirmeden müteselsil kefile başvuru olanağını yaratacağı kabul edilmektedir¹²³.

Esas borçlunun yerleşim yerini yabancı bir ülkeye taşıması ve ülke içinde takibinin olanaksızlaşması, konumuz bakımından bir fark yaratmaz. TBK. m. 586 f. 2, bu durumu, teslimine bağlı taşınır rehni ve/veya alacak reh-

121 Pestalozzi, Art. 496, N. 14; Özen, Müteselsil Kefalet, s. 493.

122 Beck, Art. 496, N. 33; Özen, Müteselsil Kefalet, s. 493.

123 Pestalozzi, Art. 496, N. 14; Özen, Müteselsil Kefalet, s. 493. Ayan, asıl borçlu hakkında verilen iflas erteleme kararının önce rehnin paraya çevrilmesi savunmasına etkisini belirlemek için bir ayırım yapmaktadır. Asıl borçlu hakkında iflas erteleme kararının verilmesi, müteselsil kefil önce rehnin paraya çevrilmesini isteyemez. Buna karşılık, böyle bir karar, üçüncü kişi tarafından verilen rehinler bakımından kefilin söz konusu def'iye dayanmasını engellemez. Bkz. Ayan, s. 295.

nini öncelikle paraya çevirme zorunluluğunu ortadan kaldıran bir hal olarak zikretmemiştir. Şu halde, ana kuralın uygulanması ve söz konusu rehinler paraya çevrilmeden müteselsil kefile başvurulamayacağının kabulü gerekecektir¹²⁴.

Kaynak İsviçre Hukuku'nda (OR Art. 496 Abs 2), alacaklının teslimine bağlı taşınır rehni veya alacak rehnini paraya çevirmeden müteselsil kefile başvurabileceği kararlaştırılabilmektedir. Ne var ki, bu konuda TBK. m. 586 sessiz kalmıştır. Bunun bilinçli bir susma olduğunu ve konuya ilişkin olarak menfi bir çözüm getirildiğini düşünüyorum. Türk Borçlar Kanunu'nun bu tavn isabetlidir. Müteselsil kefile başvurmadan önce teslimine bağlı taşınır rehni ve alacak rehnini paraya çevirme zorunluluğu kaldırılabilseydi, uygulamada her zaman bu yönde anlaşmalar yapılırdı. Özellikle bankalarla yapılan kefalet sözleşmelerinde, müteselsil kefillerin önce rehnin paraya çevrilmesini isteme olanağından pratikte yoksun kalmaları sonucu ortaya çıkardı. TBK. m. 586 f. 2, müteselsil kefile sınırlı olarak tanınmış önce rehnin paraya çevrilmesi savunmasından vazgeçilebilmesi bakımından herhangi bir açıklık taşımadığına göre, kefaletle ilişkin hükümlerin nisbı emredici yapısı (TBK. m. 582 f. son) dikkate alınarak bu olanağın reddedilmesi gerekir¹²⁵.

5. Müteselsil kefilin savunmalarının niteliği

Müteselsil kefilin TBK. m. 586'dan kaynaklanan savunmaları def'i niteliğini taşır. Bu durumda, müteselsil kefilin, ödemede geciken esas borçlu ihtar edilmeden kendisine başvurulamayacağını veya teslimine bağlı taşınır rehni ve alacak rehni türünden rehinlerin öncelikle paraya çevrilmesi gerektiğini ileri sürmesi gerekir. Bu hususları hakim görevinden ötürü göz önünde tutmaz. Müteselsil kefilin gerçekte sahip olmadığı (adi kefile özgü) tartışma def'ini ileri sürmesi durumunda, TBK. m. 586'da yer alan savunmaları yaptığı kabul edilir. Çünkü tartışma define yönelik irade, TBK. m. 586'da müteselsil kefile tanınmış savunmaları da içerir¹²⁶.

124 Beck, Art. 496, N. 33; Özen, Müteselsil Kefalet, s. 493.

125 Özen, Müteselsil Kefalet, s. 493-494.

126 Pestalozzi, Art. 496, N. 15; Özen, Müteselsil Kefalet, s. 494. TBK. m. 586'da müteselsil kefile tanınan savunmaların, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun yürürlüğünden önce kurulmuş kefalet sözleşmeleri bakımından da kullanılıp kullanılamayacağı tartışılabilir. Bu konuda, Yargıtay 11 HD.nin E: 2013/4479, K: 2013/6097 sayılı ve 27. 03. 2013 tarihli kararında olumsuz bir tutum takılmıştır. Kararda konuya ilişkin olarak şunlar söylenmiştir: "Mahkemece, TBK. m. 586/2. maddesi gereği alacak tes-

ili. Toplu kefalet

A. Bağımsız toplu kefalet ve kısmi kefalet

Birden fazla kişi aynı borç için birbirinden habersiz olarak kefil olursa, ortaya çıkan hukuki görüntü "*bağımsız toplu kefalet*" olarak isimlendirilir¹²⁷. Burada, gerçek anlamda birlikte kefaletin varlığını mümkün kılan "*birden fazla kişinin ortaklaşa kefil olması*" olgusu söz konusu değildir. Bağımsız toplu kefalet TBK. m. 587 f. son'da ele alınmıştır. Birbirinden habersiz olarak kefil olan kişilerin durumunu ifade etmek için "*yan kefalet*" tabirinin kullanıldığı da olmaktadır¹²⁸. Bağımsız toplu kefalette her bir kefil borcun

lime bağlı taşınır rehini veya alacak rehini ile güvence altına alınmışsa rehinin paraya çevrilmesinden önce kefile başvurulamayacağı gerekçesiyle ihtiyati haczin bu aşamada koşullan oluşmadığından ihtiyati haciz talebinin reddine karar verilmiştir. 61OI sayılı Türk Borçlar Kanununun Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun'un 1. maddesi uyarınca Türk Borçlar Kanunu'nun yürürlüğe girdiği tarihten önceki fiil ve işlemlere, bunların bağlayıcı olup ve sonuçlarına, bu fiil ve işlemler hangi kanun yürürlükte iken gerçekleşmişse, kural olarak o kanun hükümleri uygulanır. Anılan kanun hükmü ve Dairemizin yerleşmiş uygulamasına göre, taraflar arasında Türk Borçlar Kanunu'nun yürürlüğünden önce akdedilmiş sözleşmeler söz konusu olmakla, sonuçlarına da sözleşmenin akdedildiği tarihte yürürlükte bulunan 818 sayılı Borçlar Kanunu'nun uygulanması gerekir. Bu husus nazara alınmaksızın yazılı gerekçe ile müteselsil kefiller ile ilgili ihtiyati haciz talebinin reddi karar verilmesi doğru görülmemiş olup, kararın alacaklı yararına bozulması gerekmiştir". Konunun, Yüksek Mahkeme'nin de yaptığı gibi, Yürürlük Kanunu m. 1 kapsamında mı ele alınacağı, yoksa kamu düzenine ilişkin kuralların gerçekleştikleri tarihe bakılmaksızın bütün işlemlere uygulanması gerektiğini belirten Yürürlük Kanunu m. 2 kapsamında mı ele alınması gerektiği tartışılabilir. Müteselsil kefilin savunmalarını düzenleyen TBK. m. 586, bir kamu düzeni kuralı olarak düşünülebilir mi? Bu soruya olumlu cevap verilebileceği kanaatindeyim. Kamu düzeni kurallarının en başında, güçsüz olduğu için korunmaya layık görülen sözleşme tarafına bu korumayı sağlayan kurallar gelir. Konut ve çatılı iş yeri kiralarında kiracıyı, hizmet sözleşmesinde işçiyi koruyan kurallar gibi, kefalet sözleşmesinde kefil koruyan kurallar da kamu düzenine ilişkin kurallar olarak görülebilir. Nitekim güçsüz olduğu varsayılan sözleşme tarafını koruyan kurallarda gözlenen "nisbi emredicilik" niteliği, kefil koruyan kurallar bakımından da karşımıza çıkar. Hal böyle olunca, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun müteselsil kefil koruyan ve ona 818 sayılı Kanun'da tanınmayan savunmaları da tanıyan 586. maddesinin, ne zaman kurulduğuna bakılmaksızın her türlü kefalet sözleşmesinde uygulanacağı söylenebilir.

127 Kefillerin birbirinden sonradan haberdar olmaları durumda bir değişiklik yaratmaz ve bağımsız toplu kefaleti TBK m. 587 anlamında birlikte kefaletle dönüştürmez. Asıl olan, kefalet yükümlülüğü altına girildiği sırada başka kefillerin varlığından haberdar olmak veya olmamaktır. Tandoğan, Borçlar II, s. 771; Reisoğlu, Kefalet, s. 125.

128 Nitekim bkz. Pestalozzi, Art. 497, N. 15. Ayrıca bkz. Sonja Meier, Gesamtschulden, Tübingen 2010, s. 1025.

tamamından sorumludur. Bir başka deyişle, sorumluluğun kefiller arasında paylaşılması söz konusu değildir. Birbirinden bağımsız olarak birden fazla kişinin "*adi kefil*" veya "*müteselsil kefil*" olması mümkündür. Kimisinin adi kefil kimisinin müteselsil kefil olması da söz konusu olabilir. Bu son durumda, kefillerden her biri kendi üstlendiği kefaletin türüne ilişkin hükümlere tabi olacak, ne var ki, her birinin borcun tamamından sorumlu olması olgusu geçerliliğini koruyacaktır¹²⁹. Diğer taraftan, bağımsız toplu kefalette kefiller arasında "*teselsül*" bulunduğu söylenemez. Kefillerin birbirinden habersiz olması olgusu, kefiller arasında teselsülün varlığını kabul etmeye engeldir. Alacaklının bağımsız toplu kefiller karşısında "*yarışan*" taleplere sahip olduğunu söylemek yerinde bir ifade biçimi olur¹³⁰.

Bağımsız toplu kefalette adi birlikte kefalete özgü "*bölme def'i*" söz konusu değildir. Birbirinden bağımsız olarak hareket eden kişiler adi kefil olmuş olsalar bile, gerçek anlamıyla birlikte kefalete özgü olan ve adi birlikte kefillere tanınmış bulunan TBK. m. 587 f. 1'deki olanaktan yararlanamayacaklardır¹³¹. Konuyu bir örnekle somutlaştıralım: (A) ve (B), birbirinden bağımsız olarak 12. 000 TL tutarında kredi borcu için kefil oluyorlar. Her birinin azami sorumluluk sınırı 6. 000 TL olarak belirlenmiştir. Bu olasılıkta, her kefil sadece 6. 000 TL için takip edilebilecek, ne var ki, her ikisinden alınabilen miktarın tamamı 12. 000 TL'nı bulabilecektir. Böylelikle kredi borcunun tamamını karşılayan bir ödeme elde edilmiş olacaktır. (A) ve (B), 6. 000 TL azami sorumluluk sınırıyla gerçek anlamda birlikte kefalet üstlenselerdi, farklı bir sonuca ulaşılacaktı. Bu olasılıkta, her iki kefinden elde edilebilecek toplamın tutarı 6000 TL'nı aşamayacaktı¹³².

Alacaklı bağımsız toplu kefillerden birisini borcun tamamı için sorumlu tutarsa, bu kefil diğerlerine rücu edebilecek midir? Bu sorunun cevabı, gerçek anlamıyla birlikte kefaleti düzenlemekle yetinen ve bağımsız toplu kefa-

129 Bağımsız toplu kefalette, adi kefil konumunda bulunanlar, TBK. m. 587 f. 1'de adi birlikte kefile tanınan bölme definden yararlanamazlar. Müteselsil kefil konumunda bulunanlar ise, TBK. m. 587 f. 2'de müteselsil birlikte kefile tanınan sınırlı bölme def'inden yararlanamazlar. Pestalozzi, Art. 497, N. 15.

130 Beck, Art. 497, N. 67.

131 Beck, Art. 497, N. 68; Pestalozzi, Art. 497, N. 15; Tandoğan, Borçlar II, s. 771; Yavuz, s. 846. Ne var ki, tarihsel açıdan, bağımsız toplu kefillerin (yan kefillerin) adi birlikte kefiller gibi bölme definden yararlanmaları mümkün görülmekteydi. Bu konuda bkz. Meier, s. 1030, s. 1037.

132 Örnek için bkz. Beck, Art. 498, N. 68.

lete hiç yer vermeyen 818 sayılı (eski) BK m. 488'de bulunmuyordu **Kaynak** İsviçre Hukuku'nda ilk defa 1941 yılında yapılan **revizyonda bağımsız** toplu kefalet ele alındı (İsv. BK. m. 497 f. son). İsviçre Borçlar Kanunu'nun daha önceki durumu 818 sayılı (eski) Borçlar Kanunu'ndaki duruma benzemektedir ve sadece gerçek anlamda birlikte kefaletin düzenlenmesiyle yetinilmişti. İsviçre'de revizyon öncesindeki hakim görüş, bağımsız toplu kefillerden birinin alacaklıyı tatmin etmesi durumunda diğerlerine rücu edemeyeceğini kabul etmekteydi¹³³. İsv. BK. m. 497 f. son, bu görüşün aksine bir çözümü tercih etti. Bu düzenlemeye göre, bağımsız toplu kefillerden birisi alacaklıyı tatmin ettiği takdirde, diğerlerine sorumluJuJukta taşımaları gereken pay ölçüsünde rücu edebilmelidir. Demek oluyor ki, bağımsız toplu kefalet, dış ilişkide sorumluluğun paylaşılmadığı ve her bir kefilin borcun tamamından sorumlu olduğu, buna karşılık, iç ilişkide sorumluluğun paylaşıldığı bir yapıdır. TBK. m. 587 f. son, İsv. BK. m. 497 f. son'a paralel bir düzenleme getirmiştir. Böylece, hukukumuzda da bağımsız toplu kefalet pozitif bir mesnede kavuşmuş ve kefillerden birinin alacaklıyı tatmin etmesinin diğerlerine rücu olanağı vereceği açıkça kabul edilmiştir.

İsv. BK. m. 497 f son'a benzer bir düzenleme içermeyen 818 sayılı Kanun zamanında, bağımsız toplu kefalette rücu sorunun nasıl ele alınması gerektiği tartışılabilir. 818 sayılı Kanun'un 488. maddesinin sadece gerçek anlamıyla birlikte kefaletle ilişkin olmasına ve bağımsız toplu kefaletle uygulanma kabiliyetinin bulunmamasına rağmen, öğreti rücu sorunda olumlu bir tutum takınmıştı. Şöyle ki: Bağımsız toplu kefillerden birisi alacaklıyı tek başına tatmin ederse, hakkaniyet gereği diğerlerine rücu edebilmeliydi. Alacaklının seçip takibe uğrattığı kefilin sorumluluğu tek başına taşınması ve diğer kefillere rücu olanağından yoksun olması, hakkaniyete aykırı ve acelecii. Rüccunun dayanağı sebepsiz zenginleşme olarak görülebilirdi. Böylelikle, bağımsız toplu kefillerden her biri, borcun yerine getirilmemesinin sonuçlarını belirli bir oranda üstlenmiş olacaktı¹³⁴. Bağımsız toplu kefillerin paylarının

133 Beck, Art. 497, N. 69.

134 Tandoğan, Borçlar II, s. 771; Reisoğlu, Kefalet, s. 126; Yavuz, s. 846; Ahmet M. Kılıçoğlu, Türk Borçlar Hukukunda Kanunı Halefiyet, Ankara 1979, s. 104. Bilge, borcun tamamı için sorumlu tutulan kefilin diğer kefillere rücu edebilmesinin bağımsız toplu kefalette mümkün olmadığı kanısındaydı. Bilge, Borçlar, s. 379. İsviçre hukukunda 1941 yılında yapılan revizyondan önceki dönemde de, ödeme yapan kefilin diğer kefillere paylarıyla orantılı olarak rücu edebilmesinin hakkaniyetin bir gereği olarak görülebileceği hakkında bkz. Pestalozzi, Art. 497, N. 15. Buna karşılık, 1941 değişikliğinden önce farklı bir sonuca ulaşan İsviçreli hukukçular da vardı. Bunlara göre, bağımsız toplu kefalette, alacaklıyı tatmin eden kefil ancak esas borçluya rücu edebilmeli, diğer

eşit bir biçimde belirlenmesi düşünülebileceği gibi, her birinin üstlendiği sorumluluğun sınırı dikkate alınarak paylaşım yapılması da söz konusu olabildi¹³⁵. Kanaatimce, rücu sorunu bakımından hakkaniyete sığınmaya ve sebepsiz zenginleşme hükümlerine başvurmaya gerek bulunmuyordu. Alacaklıya ödeme yapan kefilin alacaklının haklarına halef olacağını belirten 818 sayılı Kanun'un 496. maddesi (TBK. m. 596 f 1), alacaklının diğer kefillere karşı olan haklarına halef olmayı da beraberinde getirecekti. Söz konusu halefiyet, alacaklıya ödeme yapan kefilin diğer kefillere rücu edebilmesi için gerekli temeli sağlayacaktı. Kendilerine rücu edilebilecek kefillerin birbirinden haberdar olmadan kefil olmuş olması, bir başka deyişle, gerçek anlamda birlikte kefaletin bulunmaması, farklı bir sonuca ulaşılmasını gerektirmezdi. Bağımsız toplu kefillerden borcun tümü için sorumlu tutulmanın, diğer kefillere rücu edebilmesi için olmasa da, bu rücunun sınırlanması bakımından hakkaniyet düşüncesi etkili olabilecekti. Şöyle ki: Ödeme yapan kefilin ödediği tutarın tümü için diğer kefillere rücu edebilmesi haklı görülemez. Hakkaniyet, sorumluluğun bağımsız toplu kefiller arasında paylaşılmasını gerektirir. Ödeme yapan kefil, kendi payını aşan kısım için, sorumlulukta taşımaları gereken payla sınırlı olarak diğer kefillere rücu edebilmelidir.

TBK. m. 587 f. son'da getirilen düzenleme şöyledir: "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". Bu düzenlemede İsviçre kaynağına göre bir farklılık hemen göze çarpmaktadır. İsv. BK. m. 497 f. son'da diğer kefillere paylan oranında rücudan söz edilmektedir. TBK. m. 587 f. son'da kullanılan "toplam kefalet miktarındaki payı oranında rücu" ifadesiyle, diğer kefillere paylan oranında rücudan farklı bir anlam mı kast edilmiştir? İki hüküm arasında bilinçli yaratılmış bir farklılık bulunduğu kanaatinde değilim. Şu halde, İsv. BK. m. 497 f. son nasıl anlamlandırılıyorsa, hukukumuzdaki düzenleme de aynı şekilde anlamlandırılmalıdır: Bağımsız toplu kefillerden her biri alacaklı karşısında borcun tamamından sorumlu olacağı, bir başka deyişle, dış ilişkide sorumluluğun paylaşılmasını isteyemeyeceği halde, iç ilişkide sorumluluğun paylaşılmasını isteyebilir. İç ilişkideki paylaşma, kural olarak, eşit bir

kefillere rücu edebilmesi mümkün olmamabydı. Şu halde, alacaklı tarafından kendisine başvuru ve ödeme gücü yüksek olan kefil sorumluluğu tek başına üstlenecek, diğer kefillerle kendi arasında sorumluluğun paylaşılması yoluna gidemeyecekti. Nitekim bkz. de Biasio, s. 78.

135 Beck, Art. 497, N. 69.

biçimde gerçekleşecektir¹³⁶. O halde, her bir kefil, sorumluluğun eşit bir payını üzerine alacak, alacaklıya payından fazla ödeyen kefil **diğerlmne** rücu edebilecektir. Bu rücu, alacaklıyı tatmin eden kefilin payını **aşan kısım** için olacaktır. Diğer taraftan, rücu edilen kefil de ancak kendi payıyla sınırlı olarak sorumlu tutulabilecektir.

TBK. m. 587 f. son, rücuyla ilişkin olarak aksine anlaşma olanağını açık tutmaktadır. Şu halde, bağımsız toplu kefillerden her birinin rücu **hakkından** önceden vazgeçmesi mümkündür¹³⁷.

Kısmi kefalette, birden fazla kefilten her biri esas borcun farklı bir kısmı için kefil olur. Esas borcun farklı kısımları için kefil olunması, aynı borç için birden fazla kişinin kefil olmasını gerektiren gerçek anlamıyla birlikte kefaletten söz etmeyi olanaksız kılar. Borçlar Kanunumuzda ve kaynak İsviçre Borçlar Kanunu'nda dilzenlenmemiş¹³⁸, esasen düzenlenmesine de gerek olmayan bir kefalet türüdür.

Kefilin sorumluluğunun üst sınırı olarak gösterilen tutar esas borç tutarının altında kalıyorsa, bir ayırım yapılmalıdır: Alacaklının kefilin azami sorumluluk sınırına uygun bir miktarda tatmin edilmiş olması kefilin borçtan kurtaracaksa, bir kısmi kefalet söz konusu **olur**. Alacak tutarıyla kefilin sorumluluğunun sınırı olarak gösterilen tutar arasındaki farkın alacaklı tarafından henüz elde edilmemiş olması, kefilin sorumluluğunun devam etmesini gerektirmez. Buna karşılık, kefilin sorumluluğu, bu sorumluluğun sınırı olarak gösterilen tutarın kapsamını aşmamak kaydıyla alacaklı tamamen tatmin edilene kadar devam edecekse, kısmi kefaletten söz edilemez. Böyle durumlarda *"limit (azami sınır) kefaleti"* söz konusu olur¹³⁹. Kural bu ikincisidir ve kısmi kefaletin kararlaştırıldığı sabit olmadıkça bir limit kefaletinin varlığı kabul edilir.

136 Kefillerden her birinin sorumluluğun eşit bir payını üzerine alması, sorumluluğun paylaşımında kefalet tarihlerinin (zaman içindeki sıralamanın) dikkate alınmaması hakkında bkz. Guhl, s. 60. Beck, iç ilişkide sorumluluğun eşit olarak paylaşılması fikrinde olmakla birlikte, kefillerin üslendiği azami sorumluluk miktarlarının **da paylaşma**da göz önünde tutulabileceğini belirtmektedir. Beck, Art. 498, N. 69.

137 Giovanoli, Art. 497, N. 30.

138 Yavuz, s. 846.

139 Beck, Art. 492, N. 103.

B. Birlikte kefalet

1. Birlikte kefaletin ayırıcı özellikleri

Gerçek anlamda birlikte kefalet TBK. m. 587'nin ilk üç fıkrasında ele alınmıştır. İlk iki fıkra, birlikte kefaletin iki türüne özgülenmiştir. İlk fıkroda adi birlikte kefalet düzenlenmişken, ikinci fıkranın konusu müteselsil birlikte kefalettir. TBK. m. 587, İsv. BK. m. 497 örnek alınarak biçimlendirmiştir ve özellikle müteselsil birlikte kefaletle ilişkin önemli yenilikler içermektedir. Bu yenilikler kefil koruma düşüncesi doğrultusunda olmuştur ve adi birlikte kefile özgü bölme def'inden belirli bir ölçüde müteselsil kefil de yararlandırılmıştır.

Gerçek anlamda birlikte kefaleti, gerçek olmayan birlikte kefaletten (bağımsız toplu kefaletten) ayırmak büyük önem taşır. *Gerçek anlamda birlikte kefaletten söz edilebilmesi için, birden fazla kişinin aynı borca ortaklaşa kefil olmaları gerekir.* O halde, gerçek anlamda birlikte kefaletin ayırıcı unsuru olarak nitelendirilecek özelliklerin incelenmesi gereklidir. Bu özellikler, birden fazla kefilin varlığı, aynı borç için kefil olunması ve aynı borca ortaklaşa kefil olunmasıdır¹⁴⁰.

Birlikte kefaletle konu olan borcun bölünebilir bir borç olması gerekli değildir. Borcun bölünebilmesinin gerekip gerekmediği 818 sayılı (eski) Borçlar Kanunu çerçevesinde bir sorun olarak ortaya çıkıyordu. Gerçekten de 818 sayılı EBK m. 488, *"birden ziyade eşhas (kişi) birlikte mütecezzi (bölünebilir) bir borca kefil oldukları takdirde"* demektedir. Ne var ki, bu ifadeye rağmen, birlikte kefaletle konu olan borcun bölünebilir nitelikte olması zorunlu bir unsur olarak aranmayabilirdi¹⁴¹. TBK. m. 587 f. 1, *"birden çok kişi, aynı borca birlikte kefil oldukları takdirde"* demekle yetinmiş, asıl borcun bölünebilir olmasından hiç söz etmemiştir. Gerek 818 sayılı Kanun'dan gerekse İsviçre kaynağından (OR Art. 497 Abs. I) farklılaşan bu ifadenin, bilinçli bir tercih olduğu açıktır. Yeni Borçlar Kanunu, birlikte kefaletle konu olan borcun bölünebilir olmasının gerekip gerekmediği yolundaki bir tartışmanın önünü kesmek istemiştir.

Kaynak İsv. BK. m. 497 f. 1'de de bölünebilir bir asıl borca birlikte kefil olunmasından söz edilmektedir. Şu halde, İsviçre Hukuku bakımından da

140 Giovanoli, Art. 497, N. 2, 3; de Biasio, s. 68.

141 de Biasio, s. 68. Lerch/fuason, birlikte kefaletle konu olan borcun bölünebilir nitelikte olmasını, birlikte kefaletin zorunlu unsurlarından biri olarak ele almaktadırlar. Lerch/Tuason, s. 30.

birlikte kefaletle konu olan borcun bölünebilir bir nitelikte olması. Yalnız **gerekli** gerekmediği tartışılabilir. Nitekim, İsviçre öğretisinde, bölünebilir borcun varlığını hiç olmazsa adi birlikte kefalet bakımından zorunlu **görmek** rastlanmaktadır. Bu yaklaşımın temelinde şu düşünce yatar: **Adi birlikli borç** filler borcun bir kısmından sorumlu olduklarını ileri sürebileceğine **her borç** ka deyişle bölme def'i adı verilen savunmayı ilgilendirebileceğine göre. **Esas borcun bölünebilir olması gereklidir.** Ne var ki, müteselsil birlikte **kefalet** kefiller için bölme def'inden yararlanma olanağı olmadığına ve her bir borcun tamamından sorumlu olduğuna göre, esas borcun bölünebilir olması do- gereklidir. Demek oluyor ki, esas borcun bölünebilirliği, bütün birlikli kefalet hallerini kapsayan ortak bir özellik olarak görülemeyecek ve sadece adi birlikte kefalet bakımından aranacaktır. Bu yaklaşımı savunanlara göre, birden fazla kimse bölünemeyen bir esas borca birlikte kefil olmuşsa müte- selsil birlikte kefaletin varlığı kabul edilmelidir. Müteselsil birlikte kefaletin kabulü için, bu doğrultuda bir iradenin var olup olmadığı (kefalet belgesin- den böylesine bir iradenin anlaşılıp anlaşılmadığı) ayrıca araştırılmayacak.. bölünemez bir borca birlikte kefil olanların işin niteliği gereği kendi araki- rında teselsülü kabul ettikleri sonucuna varılacaktır. Bir başka deyişle, esas borcun bölünebilir olmaması, bu borca birlikte kefil olan kişilerin müteselsil kefil olma iradesi taşıdıklarının açık bir göstergesidir¹⁴². Bu görüşü savunan- lardan Beck'e göre, birden fazla kişinin bölünemeyen bir esas borç için kefil olmaları durumunda, müteselsil birlikte kefil olma iradesi taşıdıkları asıldır. Ne var ki, bu kişiler açıkça adi birlikte kefil oldukları da belirtebilirler. Böyle bir durumda şu iki sonuçtan birinin kabul edilmesi gerekir: Söz ko- nusu kişiler, esas borcun hiç veya gereği gibi yerine getirilmemesi üzerine doğacak tazminat borcu için adi birlikte kefil olmuş olabilirler. Esas borç bölünemediği halde adi birlikte kefil olduklarını ileri süren kişilerin, esas borcun yerine getirilmemesi üzerine doğacak (bölünebilir nitelikli) ta- mi- nat borcu için birlikte kefil oldukları kabul edilebilir. Beck'e göre söz konusu olabilecek diğer olasılık şudur: Bölünemeyen bir esas borç için adi birlikte kefil olduklarını açıkça belirten kişiler, bölme def'inin ortadan kalkışı (sorumluluğun kefiller arasında paylaştırılmasının istenemeyeceği), ne var ki, tartışma def'inin devam ettiği (önce esas borcunun takip edilmesinin istene- bileceği) bir kefalet ilişkisi kurmuş sayılabilirler. Bu iki olasılıktan hangisinin söz konusu olduğunu yorum yoluyla belirlemek gerekir¹⁴³.

142 Beck, Art. 497, N. 6 ve N. 14; Pestalozzi, Art. 497, N. 1; de Biasio, s. 69; Guhl, s. 60. Bu düşünce doğrultusunda açık bir tavır koymamakla birlikte ayrıca bkz. Giovanoli, Art. 497, N. 2; Bilge, Borçlar, s. 379. (Hatemi/Serozan)/Arpacı, s. 530'da bu düşünceye değinilmekte, ancak açık bir tavır alınmamaktadır.

143 Beck, Art. 496, N. 14. de Biasio, bu düşünce bakımından Beck'e katılmaktadır. de Biasio, s. 70.

Buna karşılık diğer bir görüş, bölünemeyen bir borç için adi birlikte kefaletin mümkün olduğunu, bu türlü bir borca birlikte kefil olanların teselsüle yönelik bir irade taşıdıklarının zorunlu olarak söylenemeyeceğini kabul eder. 818 sayılı Kanun zamanında Türk öğretisinde hakim olan anlayış bu olmuştur. Bu görüşü savunanlara göre, kefilin borcu esas borcun aynen yerine getirilmesi olmayıp, esas borcun yerine getirilmemesi yüzünden alacaklının uğradığı zararı karşılamaktır. Kefilin borcu bir para borcu olduğuna göre, her zaman için bölünebilir niteliktedir. Şu halde, bölünemeyen bir borca adi birlikte kefil olan kişiler, gerçekte bölünebilir nitelikteki para ödeme edimini üstlenmişlerdir. Önemli olan esas borcun değil, birlikte kefi/lerce üstlenilen para borcunun bölünebilir olmasıdır. Bu durumda, bölme definden (sorumluluğun adi birlikte kefiller arasında paylaştırılması savunmasından) adi birlikte kefillerin her zaman için yararlanabilecek/eri de açıktır. Bu anlatılanlara bağlı olarak, esas borcun bölünebilir olması gibi bir gereklilikten, adi birlikte kefalet için bile söz edilmesi yerinde olmaz. Bölünemeyen bir borca kefil olan kişilerin teselsüle yönelik irade taşıdığı da zorunlu olarak söylenemez. Bilakis, kuşku halinde, adi birlikle kefaletin varlığı kabul edilmelidir¹⁴⁴. TBK m. 587 biçimlendirilirken, Türk öğretisinde hakim olan bu anlayış biçiminin etkili olduğu söylenebilir.

Yukarıda ele alınan hangi yaklaşım biçimi benimsenirse benimsensin, esas borcun bölünebilir olmasının, gerçek anlamda birlikte kefalet için zorunlu bir unsur olmadığı açıktır. O halde, zorunlu unsurlar olarak, birden fazla kişinin, aynı borç için, ortaklaşa kefil olması ortaya çıkmaktadır.

Birlikte kefalet, sadece esas borçlunun kişiliğinde özdeşliği değil esas borcun da özdeş olmastm gerektirir. O halde, aynı borçlunun aynı alacaklı karşısındaki birbirinden farklı borçları için kefil olan kişiler TBK m. 587 anlamında birlikte kefil değildirler¹⁴⁵. Her biri aynı borcun farklı kısımları için kefil olmuş kişiler de gerçek anlamda birlikte kefil sayılmazlar¹⁴⁶. Birden fazla kişinin müteselsil olarak esas borçlu durumunda bulundukları bir borç için ortaklaşa kefil olan kişiler, gerçek anlamda birlikte kefil sayılabilirler. Bu olasılıkta, birlikte kefalet konu borcun özdeş olması gereği gerçekleş-

144 Tandoğan, Borçlar IJ, s. 772-773; Reisoğlu, Kefalet, s. 129; Yavuz, s. 847; Aral, Borçlar, s. 446.

145 Beck, Art. 497, N. 7; Giovanoli, Art. 497, N. 2; Pestalozzi, Art. 497, N. 1.

146 Lerchffuason, s. 31; de Biasio, s. 68; Reisoğlu, Kefalet, s. 128. Tandoğan, Borçlar TI, s. 772. Kefillerden birisinin borcun tamamı için diğerinin de belirli bir kısmı için kefil olduğu olasılıkta, ortaklaşa kefil olma unsuru varsa gerçek anlamda birlikte kefaletin olduğu kabul edilebilir. Beclc, Art. 496, N. 8. Esas borcun farklı kısımları için kefil olunmuşsa, bu kısımlar örtüştüğü ölçüde birlikte kefaletin söz konusu olacağı de Biasio tarafından da belirtilmektedir. de Biasio, s. 69.

miştir. Buna karşılık, müteselsil borçlulardan her birinin birbirinden bağımsız olarak sırf kendisi için kefil gösterdiği ve böylelikle her bir kefilin farklı müteselsil borçlular için yükümlülük üstlendiği olasılıkta, gerçek anlamda birlikte kefaletin bulunduğu şüpheli hale gelmektedir¹⁴⁷.

Birlikte kefillerden sadece birisinin yükümlülüğünü güvence altına almak için rehin gösterilmesi mümkündür. Böyle bir durumda söz konusu rehne, hangi birlikte kefil için verilmişse onun yükümlülüğünü yerine getirmemesi üzerine başvurulabilir. Rehlin paraya çevrilmesiyle elde edileri tutar, lehine rehin gösterilen kefil ödeme yapma yükümlülüğüne etki gösterir¹⁴⁸.

Birden fazla kefilin ortaklaşa yükümlülük üstlendiklerini söyleyebilmek için, birbirlerinin varlığından haberdar olarak yükümlülük altına girmeleri gerekir. Kefil olan kişi, 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. O halde, aynı borç için kefil olan birden fazla kişiden bazıları birlikte kefil niteliğini taşıırken, bazılarının bu niteliği taşımaması pekala mümkündür. Kendisinden başka kefillerin bulunduğunu bilerek kefil olanlar birlikte kefaletle ilişkin hükümlerden yararlanabilecek, başka kefillerin varlığının farkında olmadan kefil olanlar birlikte kefil olmaya bağlanan hükümlere tabi olmayacaktır. Birlikte kefaletin varlığı için aranan ortaklaşa hareket, birbirinden haberdar olarak kefalet yükümlülüğü atına girmeyi gerektirmekle beraber, kefilin anlaşılarak hareket etmiş olmasını gerektirmez¹⁴⁹. Kefillerin birbirinin farkında olarak yükümlülük üstlendiği (ortaklaşa hareket edildiği) hususunun kefalet belgesinde yer alması gerekmeyip, durum ve koşulların değerlendirilmesinden çıkarılabilir. Ortaklaşa hareket iradesinin kefaletin geçerlilik şekline uyularak açıklanması zorunluluğu yoktur¹⁵⁰. Bu çerçevede, birlik-

147 Beck, Art. 497, N. 8. Tandoğan, Reisoğlu, Aral ve Yavuz, bu olasılıkta gerçek anlamda birlikte kefaletin varlığını kesin olarak reddetmektedirler. Tandoğan, Borçlar il, s. 772; Reisoğlu, Kefalet, s. 128; Aral, Borçlar, s. 445; Yavuz, s. 847. Ayrıca bkz. Giovanoli, Art. 497, N. 2; Pestalozzi, Art. 497, N. 1.

148 Beck, Art. 497, N. 8.

149 Beck, Art. 496, N. 9; Giovanoli, Art. 497, N. 3; Lerchffuason, s. 31; de Biasio, s. 69; Tandoğan, Borçlar il, s. 772; Reisoğlu, Kefalet, s. 126-127; Zevkliler/Havutçu, s. 374; Yavuz, s. 847; Aral, Borçlar, s. 445; Mehtap İpek, Birlikte Kefalet, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Erden Kuntalp'e Annağan, 2004/1, C: 1, Y: 3, S: 1, s. 534-535.

150 Beck, Art. 497, N. 10; de Biasio, s. 69; Pestalozzi, Art. 497, N. 1; Barlas, Bazı Sorunlar, s. 65.

te kefil olan kişilerin aynı anda yükümlülük üstlenmelerine gerek olmadığı gibi, aynı kefalet belgesini imzalamaları gerekliliğinden de söz edilemez¹⁵¹. Birlikte kefil olduğunu iddia eden kişinin, yükümlülük altına girerken başka kefillerin varlığını göz önünde tuttuğunu ispat etmesi yeterlidir. Bu ispatı gerçekleştirirse, göz önünde tuttuğu diğer kefillerle birlikte kefil olduğu sonucuna varılacaktır. Yeter ki, başka kefillerin varlığının göz önünde tutulduğu alacaklı tarafından da biliniyor olsun, en azından bilinmesi gereksin.

Diğer taraftan, birlikte kefil olduğu kabul edilen kişilerin yükümlülüklerinin aynı türden olması zorunlu olmayıp, kimisinin adi birlikte kefil kimisinin müteselsil birlikte kefil olması mümkündür. Bunun gibi, her birinin sorumluluğunun üst sınırı farklı olarak belirlenmiş olabilir, bazılarının yükümlülüğü koşula veya vadeye bağlanmış bulunabilir¹⁵².

2. Adi Birlikte kefalet

a. Adi birlikte kefaletin özellikleri

Yasal sistematikte adi kefaletin asıl olması birlikte kefalet açısından da aynı sonuca varmayı gerekli kılar. Kefalet belgesinin (birden fazla kefalet belgesi söz konusuysa kefalet belgelerinin) yorumlanmasından "*müteselsil birlikte kefaletin istendiği*" sonucu çıkanlamıyorsa, adi birlikte kefaletin varlığı kabul edilecektir¹⁵³.

Adi birlikte kefalete ilişkin olarak TBK m. 587 f. 1 şu düzenlemeyi getirmiştir: "*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*". Demek oluyor ki, adi birlikte kefaletin başta gelen özelliği, borcun yerine getirilmemesinden doğan sorumluluğun kefiller arasında

151 Giovanoli, Art. 497, N. 3; Reisoğlu, Kefalet, s. 127; Barlas, Bazı Sorunlar, s. 65.

152 Tandoğan, Borçlar 11, s. 772; Reisoğlu, Kefalet, s. 127; Zevkliler/Havutçu, s. 374.

153 Beck, Art. 497, N. 13; Pestalozzi, Art. 497, N. 2; Reisoğlu, Kefalet, s. 130. Adi birlikte kefaletin asıl müteselsil birlikte kefaletin istisna olması bütün hukuk sistemlerinde geçerli olan bir ilke değildir. Nitekim Alman Hukukunda birden fazla kişi birlikte kefil olmuşsa her birinin borcun tamamından sorumlu olması asıldır (BGB § 769). Gerçi, Alman Hukuku'nda, teselsül karinesi, bölünebilir bir edimin borçlusu olarak birden fazla kişinin bulunduğu her durumda yürürlüktedir (BGB § 427). Şu halde, birlikte kefalet üstlenilmesindeki "teselsül karinesi" genel kuralın *bir* teyidi olmaktadır. Birlikte kefil olanlar teselsül karinesinin devreye girmesini engelleyecek bir biçimde kendi paylarıyla sınırlı olarak sorumlu olacaklarını kuşkusuz kararlaştırabilirler. Bkz. Meier, s. 1042.

paylaşılmasıdır¹⁵⁴. Adi birlikte kefalette, kefillerden her biri kendisine düşen pay bakımından "*adi kefil*", diğer birlikte kefillere düşen paylar bakımından "*kefile kefir*" sıfatıyla sorumludur. O halde, adi birlikte kefilin sorumluluğu çok katmanlı bir sorumluluktur¹⁵⁵. Kendi sorumluluk payı bakımından "*adi kefil*" sıfatını taşıyan birlikte kefil, adi kefalete özgü savunmalara sahiptir. Kendisine başvuran alacaklıdan önce esas borçlunun takip edilmesini (tartışma def'i) ve mevcut rehinlerin öncelikle paraya çevrilmesini isteyebilir. Adi birlikte kefil, adi kefalete özgü savunmalardan başka, bölme def'i adı verilen bir savunmaya da sahiptir. Buna göre, esas borcun tamamı için kendisinden talepte bulunulamayacağını, kendi payını aşan kısım bakımından öncelikle diğer birlikte kefillerin takip edilmesi gerektiğini ileri sürebilir¹⁵⁶. TBK m. 585 f. 1 'de tartışma def'ini kaldırdığı belirtilen durumlar, bölme definin de ortadan kaldır¹⁵⁷. Esas borçtan kendisine düşen payla sınırlı olarak sorumlu olan adi birlikte kefil; iflas eden, kendisine konkordato mehli verilen, hakkındaki takip semeresiz kalan veya Türkiye'de takibi çok güçleşen diğer birlikte kefilin (veya kefillerin) payından da sorumlu tutulabilir. Adi birlikte kefillerden biri payını ödemediği takdirde, diğerleri bu pay bakımından "*kefile kefil*" sıfatıyla sorumludur. Kefile kefil sıfatıyla sorumlulukta, kendisine düşen paya ilişkin sorumluluğunu yerine getirmeyen birlikte kefil "*esas borçlu*" konumundadır. Buna karşılık, diğer birlikte kefillerin söz konusu pay bakımından konumu "*adi (birlikte) kefil*" gibi değerlendirilmelidir. Şu halde, kendi sorumluluk payı bakımından ifade bulunmayan adi birlikte kefil, iflas etmişse, konkordato mehli almışsa, semeresiz kalan bir takibe muhatap olmuşsa veya Türkiye'de takibini imkansız kılacak şekilde yerleşim yerini yabancı ülkeye taşımışsa, onun payını diğer birlikte kefillerden istemek mümkün hale gelmiş demektir¹⁵⁸. Diğer birlikte kefiller, alacaklı tarafından elde edilemeyen bu paydan doğan sorumluluğun aralannda bölünmesini talep edebilirler. Bir başka deyişle, adi birlikte kefillerden herhangi birisinden elde edilemeyen paydan, diğer birlikte kefiller "*kendilerine düşen payla sınırlı olarak*" sorumlu tutulabilirler¹⁵⁹.

154 Bu paylaşım aksi belirtilmedikçe eşit olarak yapılacaktır. Reisoğlu, Kefalet, s. 129-130.

155 de Biasio, s. 70. Ayrıca bkz. Guhl, s. 61.

156 Giovanoli, Art. 497, N. 4; İpek, s. 536.

157 Beck, Art. 497, N. 17; de Biasio, s. 70; Pestalozzi, Art. 497, N. 2.

158 Beck, Art. 496, N. 17; de Biasio, s. 70-71; Giovanoli, Art. 497, N. 4.

159 Beck, Art. 496, N. 18; de Biasio, s. 71-72; Reisoğlu, Kefalet, s. 131-132. Elçin Grassinger aksi düşüncede görünmektedir. Yazarın yaptığı açıklamalardan, birlikte kefillerden

Adi birlikte kefilin yasa tarafından belirlenmiş sorumluluğunun hafifletilmesi mümkündür. Buna göre, adi birlikte kefillerin esas borçtan kendi paylarıyla sınırlı olarak sorumlu olacakları, buna karşılık birbirlerinin payından "*kefile kefil*" sıfatıyla sorumlu olmayacakları kararlaştırılabilir¹⁶⁰. Bu türlü bir anlaşma için kefaletle ilişkin geçerlilik şekline uyulması da gerekmez. Kefalet için kabul edilen şeklin tek taraflı olduğu ve sadece kefilin koruma amacını taşıdığı hatırlatırsa, kefilin sorumluluğunu hafifleten bu türlü bir anlaşmanın şekle bağlı olmadan yapılabileceği de kendiliğinden anlaşılır¹⁶¹.

b. Adi birlikte kefalette rücu

Alacaklıya ifada bulunan adi birlikte kefilin, bu ifayla birlikte gerçekleşen halefiyet sonucu esas borçluya rücu edebileceği açıktır. Açık olmayan ve tartışılması gereken nokta, esas borçtan kendisine düşen payı aşan bir ödeme yapan adi birlikte kefilin diğer birlikte kefillere rücu edip edemeyeceğidir. TBK m. 587 f. 2, müteselsil birlikte kefalette alacaklıya ifada bulunan kefilin diğerlerine rücu edebileceğini belirtmektedir. Ne var ki, TBK m. 587 f. 1, adi birlikte kefilin rücu hakkı bakımından herhangi bir açıklık taşımamaktadır¹⁶². Adi birlikte kefillerin kendi aralarında bir teselsül durumu bulunmadığına göre, müteselsil borçluların birbirine rücu edebileceğini belirten TBK m. 167 f. 2'den bu konuda istifade edilemez. Ne var ki, ifada bulunan kefilin alacaklının haklarına halef olacağını belirten TBK m. 596

herhangi birisine düşen sorumluluk payının elde edilememesi durumunda, bu payın "*kefile kefil*" sıfatıyla sorumlu olan diğer bir birlikte kefinden olduğu gibi talep edilebileceği sonucu çıkarılabilir. Konuya ilişkin İsviçre öğretisindeki tartışmalar ve yazarın kendi fikri için bkz. Elçin Grassinger, s. 221-222.

160 Giovanoli, böyle bir anlaşmanın yapılması durumunda artık adi birlikte kefaletten söz edilemeyeceğini belirtmektedir. Yazara göre, adi birlikte kefil, kendi payı bakımından adi kefil, diğer birlikte kefillerin payı bakımından kefile kefil sıfatıyla sorumlu olmalıdır. Bu sonuç, yasanın adi kefalet tanımından zorunlu olarak çıkarılabilecektir. Kefile kefil sıfatıyla sorumluluğun ortadan kaldırıldığı birlikte kefalet, yasanın tanımladığı anlamda adi birlikte kefalet değildir. Bkz. Giovanoli, Art. 497, N. 5. Kefile kefil sıfatıyla sorumluluğun anlaşma yoluyla kaldırılabilmesi hususundaki aksi fikir için bkz. de Biasio, s. 70, dpn. 2.

161 Pestalozzi, Art. 497, N. 2.

162 Yasanın bu konuda sessiz kalmasının sebebi, adi birlikte kefilin bölme def'ine sahip olması ve kendi sorumluluk payından fazla bir ödeme yapmayı reddedebilecek olmasıdır. Ne var ki, kendi isteğiyle payını aşan bir ödemede bulunduğu takdirde diğer birlikte kefillere rücu edip edemeyeceği sorusunun da cevaplanması gerekir. Bkz. Beck, Art. 497, N. 20.

f. l'in yardımıyla bu konuya bir çözüm getirilebilir. Bu hükme dayanarak, kendi payından fazla ödeme yapan adi birlikte kefilin alacaklının diğer birlikte kefillere karşı olan haklarına da halef olacağı söylenebilir. Böylelikle, kendi payından fazla ödeme yapan adi birlikte kefilin diğer kefillere rücu edebilmesi mümkün hale gelir¹⁶³. Ancak, kendisine rücu edilen adi birlikte kefilin bölme def'ine sahip olduğu hatırlanmalıdır. Adi birlikte kefil bu def'i rücu sırasında da kullanabilecek ve kendi payından fazla ödemede bulunmayı reddedebilecektir. Rücu edilen birlikte kefil kendisine alacaklı tarafından başvurusaydı nasıl bölme def'ini kullanabilecekse, alacaklının haklarına halef olan birlikte kefile karşı da kullanabilmelidir. O halde, kendi payından fazla ödemede bulunan birlikte kefil, diğer bir birlikte kefile rücu ederken ödediği tutarın tümünü isteyemeyecek, rücu ettiği kefilin payı oranında bir talepte bulunabilecektir¹⁶⁴.

163 Kendi payıyla sınırlı bir ödeme yapan adi birlikte kefilin diğer birlikte kefillere karşı kullanabileceği bir rücu hakkı yoktur. de Biasio, s. 72. Ayrıca bkz. Pestalozzi, Art. 497, N. 8. Konu 3 HD'nin 22. 02. 1999 tarih ve E. 1999/1445, K. 1999/1605 sayılı kararında şu şekilde ele alınmıştır: "488. maddede (TBK. m. 587) müteselsil birlikte kefalette rücu ilişkisi açıkça düzenlendiği halde, adi birlikte kefillerin rücu durumu açıklanmamıştır. Ancak adi birlikte kefillerin rücu ilişkisini yine kefalet hükümlerinden çıkarmak mümkündür. Payından fazla ödemede bulunan birlikte kefilin, diğerlerine rücuunu halefiyet prensiplerine tabi kılmak gerekir. Borçlar Kanununun 146. maddesi (TBK. m. 167 f. 2) uyarınca kefil eda ettiği şey nisbetinde alacaklının haklarına halef olur. Bu haklar arasında alacaklının diğer birlikte kefillere müracaat hakkı da mevcuttur. Eğer aksi kararlaştırılmamış ise, Borçlar Kanununun 146. maddesi kıyas yoluyla uygulanacak, her kefil alacaklıya yapılan ödemeden aynı payı üzerine alacak ve kendi payından fazla ödeme oranında diğer birlikte kefillere rücu edebilecektir. Şu hususta açıklanmalıdır ki, müteselsil birlikte kefalette de kefillerin her birine iç ilişkide düşen sorumluluk payı başka türlü kararlaştırılmadıkça, bunların eşit paylarla sorumlu tutulmaları gerekir". YKD, C: 28, S: 10, T: Ekim 2002, s. 1493. Bu kararda, müteselsil borçlulukta halefiyete ilişkin düzenlemeye (818 sayılı Kanun'un 146. maddesi) atıf yapılması yerine kefilin halefiyetine ilişkin düzenlemeye (818 sayılı Kanun'un 496. maddesi) atıf yapılmalıydı. Adi birlikte kefillerin kendi aralarında teselsül olmadığına göre, müteselsil borçluların birbirlerine rücu etmesini düzenleyen hükümden yararlanılması mümkün değildir. Ne var ki, adi birlikte kefil, kefilin halefiyetine ilişkin düzenlemeden (818 sayılı BK. m. 496-TBK. m. 596) yararlanarak diğer kefillere rücu edebilir.

164 Beck, Art. 497, N. 20. Reisoğlu, Kefalet, s. 133-134. Beck ve Reisoğlu'nun aynı yerde bildirdiklerine göre, kendi payından fazla ödemede bulunan adi birlikte kefilin diğer birlikte kefile (veya kefillere) rücu ederken "*vekaletsiz iş görme*" hükümlerinden yararlanması da düşünülebilir. Tandoğan, payından fazla ödeyen adi birlikte kefilin diğerlerine rücu bakımından EBK m. 496 (TBK. m. 596)'nın değil, EBK m. 146 (TBK. m. 167 f. 2)'nın kıyas yoluyla uygulanacağını; payından fazla ödeyen kefilin, diğer kefillerin

3. Müteselsil birlikte kefalet

a. Değişik teselsül görünüşleri

Müteselsil birlikte kefalet TBK m. 587 f. 2'de ele alınmaktadır. Bu hükmün ilk cümlesine göre, *"borçluyla birlikte veya kendi aralarında müteselsil kefil olarak yükümlülük altına giren kefillerden her biri, borcun tamamından sorumlu olur"*. Aynı hükmün ikinci cümlesi, müteselsil birlikte kefillere belirli ölçüde bölme def'inden yararlanma olanağı tanımaktadır. Üçüncü ve dördüncü cümlelerde ise, müteselsil birlikte kefillerin rücu hakkı ele alınmıştır.

Müteselsil kefaletin varlığı asıl olmadığına ve adi kefaletin varlığı doğrultusunda bir karine bulunduğuna göre, kuşku halinde müteselsil kefaletin varlığı kabul edilemez. Bu ilke birlikte kefalet açısından da geçerli olup, birlikte kefaletin müteselsil olduğunun kefalet belgesinden (veya belgelerinden) çıkarılabilmesi gerekir. Birlikte kefaletin müteselsil olduğunun, kefalet belgesinde açıkça belirtilmesi gerekli olmayıp, belgede (veya belgelerde) yer alan ifadelerin yorumundan da bu sonuç çıkarılabilir¹⁶⁵. TBK. m. 583 f. 1 c. 2'ye göre, teselsüle ilişkin iradenin kefilin el yazısıyla açıklanması gerekir. Kefilin el yazısıyla yaptığı açıklamada "teselsül" kelimesinin aynen kullanılması gerekineyip, teselsül iradesini ortaya koyabilecek herhangi bir ifadenin kullanılması yeterlidir¹⁶⁶.

Teselsül birlikte kefil olan kişiler arasında olabileceği gibi, esas borçluyla kefiller arasında da olabilir. Hangi açıdan teselsülün kararlaştırıldığı yorum yoluyla ortaya koyulmalıdır. Hangi türden teselsül kararlaştırılmış olursa olsun, birlikte kefillerin sorumluluğu esas borcun tamamına yönelik olacaktır¹⁶⁷. Bir başka deyişle, adi birlikte kefalette gördüğümüz payla sınırlı sorumluluk burada söz konusu değildir. TBK m. 587 f. 2'ye göre, esas borçluyla kendi aralarında teselsül bulunmasını kabul eden kefiller, bölme

kişisel def'ilerini alacaklıya karşı ileri sürmemişse, rücu hakkını kullanmakta akamete uğrayabileceğini belirtmektedir. Tandoğan, Borçlar II, s. 773. Bu konuda ayrıca bkz ve krş. Lerch/fuason, s. 76.

165 Pestalozzi, Art. 497, N. 3; Reisoğlu, Kefalet, s. 135.

166 Gümüş'ün belirttiğine göre, esas borçluyla kefiller arasında teselsül bulunmadıkça {yani müteselsil kefalet tesisi mevcut değilse}, kefillerin kendi aralarında teselsül bulunduğu hususunun kefalet senedine yansıtılmasında el yazısı zorunluluğu aranmamalıdır. Bkz. Gümüş, Borçlar (2. Baskı), s. 357.

167 Guhl, s. 61; de Biasio, s. 73.

definden belirli ölçüde vazgeçmiş sayılırlar. O halde, esas borçluyla **kefiller** arasında teselsülün kararlaştırılması, kefillerin kendi aralarında da teselsülün kararlaştırıldığı anlamına gelir¹⁶⁸. Öte yandan, birlikte kefillerin *"müteselsil"* olarak sorumlu olduğunun belirtildiği ancak hangi anlamda bir teselsülün bulunduğu açıklığa kavuşturulmadığı olasılıkta, aksi ispat edilmedikçe. bütün kapsamıyla teselsülün istendiği sonucuna varılır. Bir başka deyişle. hem esas borçluyla kefiller arasında, hem de kefillerin kendi arasında teselsülün istenmiş olduğu kabul edilir¹⁶⁹. *Demek oluyor ki, müteselsil birlikte kefalet alanında iki karinenin işlerliğinden söz edilebilir. Esas borçluyla kefiller arasında teselsülün kararlaştırılması durumunda kefillerin kendi aralarında da teselsülün istendiği karinesi ve sadece teselsülden söz edilmişse bütün kapsamıyla teselsülün istendiği karinesi*¹⁷⁰. Duruma bu karinelerin etkisiz kalmasını sağlayacak tarzda açıklık getirilmesi, elbette ki mümkündür. Esas borçluyla kefiller arasından teselsülün bulunacağı, buna karşılık kefillerin kendi aralarında teselsülün bulunmayacağı kararlaştırılabilir¹⁷¹. Böyle bir anlaşmanın sonucu, kefillerin tartışma definden tamamen, önce rehnin paraya çevrilmesi definden belirli ölçüde yoksun olmalarına karşılık, bölme def'ine sahip sayılmalarıdır.

168 Beck, Art. 497, N. 22; Pestalozzi, Art. 497, N. 6; Reisoğlu, Kefalet, s. 136. 3 HD'nin 22. 02. 1999 tarih ve E. 1999/1445, K. 1999/1605 sayılı kararında, bu konu şu şekilde ele alınmaktadır: "Borçlar Kanunu'nun 488. maddesinin ikinci fıkrası {TBK. m. 587 f. 2), asıl borçlu ile birlikte teselsül halinde, kefiller arasında da teselsülü kabul etmiştir. Burada kanuni teselsülün varlığı söz konusudur. Maddede bu husus, (kefiller, gerek asıl borçlu ile beraber gerek kendi beyinlerinde müteselsil olmaklığı iltizam etmişlerse her biri borcun tamamından mesul olup, ancak, diğerlerinin hissesi için onlara rücu hakkını haizdirler) şeklinde ifade olunmuştur. Borçlar Kanununun 488/2. maddesindeki büküm, aynı Kanunun 146. maddesinde (TBK. m. 167) düzenlenen, müteselsil borçlular arasındaki rücu ilişkisinin özel bir uygulama yerinden ibarettir. Maddeye göre, kefiller, gerek asıl borçlu ile beraber ve gerekse kendi aralarında müteselsil olmaklığı kabul etmişlerse, her biri borcun tamamından sorumlu olup, ancak diğerlerinin hisseleri için onlara rücu hakkını haizdirler". YKD, C: 28, S: 10, T: Ekim 2002, s. 1493.

169 Beck, Art. 497, N. 23; Giovanoli, Art. 497, N. 8; de Biasio, s. 74; Meier, s. 1048; Tandoğan, Borçlar II, s. 774; Reisoğlu, Kefalet, s. 137; BGE 33 il 339.

170 Pestalozzi, Art. 497, N. 6.

171 Beck, Art. 497, N. 25; de Biasio, s. 74. Esas borçluyla kefiller arasında teselsül bulunmasına rağmen kefillerin kendi arasında teselsülün bulunmayacağının kararlaştırılmasına sıcak bakmayanlar da vardır. Nitekim bkz. Scyboz, s. 426. irade özgürlüğüne böylesine bir müdahalenin yerindeliğinin kuşkulu olduğu hakkında bkz. Meier, s. 1048.

Sadece birlikte kefillerin kendi arasında teselsül bulunduğu kararlaştırılmışsa, sadece bölme def'inden feragat edildiği, buna karşılık, tartışma def'i ve önce rehnin paraya çevrilmesi def'ilerinden kefillerin yararlanabileceği kabul edilir. Buna göre, esas borçlu takip edildikten ve rehinler paraya çevrildikten sonra birlikte kefillerden talepte bulunulabilecek, ne var ki, kendi aralarında "*müteselsilen*" sorumlu olan birlikte kefiller bölme def'ini kullanamayacaktır. Şu halde, belirttiğimiz konumdaki kefiller borcun tamamından sorumlu olacaklardır¹⁷². Teselsülün bu şekilde sınırlanması ve sadece birlikte kefillerin kendi aralarındaki ilişkiye hasredilmesi, daha önce de belirtildiği gibi, kural değildir. Bu nedenle böyle bir sınırlandırmanın açıkça kararlaştırılması gerekir. Ne var ki, söz konusu sınırlandırma birlikte kefillerin lehine bir durum yarattığı göz önünde tutulmalıdır. Kefillerin lehine olan böylesine bir sınırlandırmaya ilişkin anlaşmanın, kefaletin geçerlilik şekline uygun olarak yapılması gerekmez. Kefalet belgesinden (veya belgelerinden) müteselsil olarak sorumluluk üstlendikleri anlaşılan birlikte kefiller (bu husus anlaşılmasıydı adi birlikte kefaletin varlığı kabul edilirdi), teselsülün kendi aralarındaki ilişkiye hasredildiğini ve esas borçluyla kendi aralarında bir teselsülün bulunmadığını iddia ediyorsa, bu sınırlamanın kefalet belgesine yansımadağı ileri sürülerek kendilerine itiraz edilemez¹⁷³.

Esas borçluyla kefiller arasında kefalet hukuku anlamında var olan teselsül, TBK m. 162 vd hükümlerde belirtilen anlamda bir teselsül ilişkisi değildir. Buna karşılık, kefillerin kendi aralarında söz konusu olan teselsülün TBK m. 162 vd anlamında bir teselsül ilişkisi olduğu söylenebilir¹⁷⁴.

b. Müteselsil birlikte kefilin sorumluluğuna ilişkin esaslar

Bütün kapsamıyla teselsülün kararlaştırıldığı birlikte kefalette, esas borçluyla kefiller arasında teselsül söz konusudur. Bir başka deyişle, bu tarz birlikte kefalet, müteselsil kefaletle ilgili olarak TBK. m. 586'da belirtilen

172 Giovanoli, Art. 497, N. 6, 7; Pestalozzi, Art. 497, N. 7; Reisoğlu, Kefalet, s. 135.

173 Beck, Art. 497, N. 24; de Biasio, s. 74.

174 Beck, Art. 497, N. 26; Giovanoli, Art. 497, N. 25; Guhl, s. 61; de Biasio, s. 74; Lerch/Tuason, s. 79; Reisoğlu, Kefalet, s. 134-135. Alman Hukuku'nda birlikte kefiller bölme def'inden yoksun olduğuna göre müteselsil birlikte kefaletle denk düşen bir durum var demektir. Alman Hukuku'nda {müteselsil} birlikte kefillerin müteselsil borçluluğa ilişkin hükümlere tabi olduklarına ilişkin pozitif bir kural da bulunmaktadır. Nitekim bkz. 8GB § 769. Birlikte kefiller arasındaki iç ilişki bakımından da müteselsil borçlular arasındaki iç ilişkiyi dilzenJeyen kurallar uygulanacaktır. Bkz. BGB § 774 Abs. 2.

esasların uygulanmasını gerektirir. Şu halde, kefillerden birinden talepte bulunulabilmesi için öncelikle esas borçlunun takip edilmesi ve taşınmaz rebninin paraya çevrilmesi gerekli değildir. Buna karşılık, teslimine bağlı taşınır rehni ve alacak rehninin öncelikle paraya çevrilmesi gerekecektir¹⁷⁵. Kefillerin bölme def'inden yararlanıp yararlanamayacağı sorunu ise, 818 sayılı Borçlar Kanunu ve 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu tarafından farklı biçimlerde çözülmüştür.

818 sayılı EBK. m. 488'in kurduğu düzende, hem esas borçluyla kefiller arasında hem de kefillerin kendi arasında teselsül kararlaştırılmışsa, bundan bölme def'inden yararlanılamayacağı sonucu çıkardı. Bölme def'inden yararlanılamayacak olması, esas borcun yerine getirilmemesinden doğan sorumluluğun kefiller arasında paylaştırılmasının istenememesi demektir. Sorumluluğun kefiller arasında paylaştırılmasını isteyebilme olanağı, adi birlikte kefillere özgülenmişti. İşte 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu tam bu noktada önemli bir farklılık içermekte ve müteselsil birlikte kefillere belirli ölçüde bölme def'inden yararlanabilme olanağı sunmaktadır¹⁷⁶. Böylelikle, kaynak İsviçre Hukuku'nda 1941 yılında gerçekleştirilen revizyonda müteselsil birlikte kefaletle ilişkin getirilen yenilikler, hukukumuzda ithal edilmiş olmaktadır. *Kaynak kanuna (OR Art. 497 Abs. 2) uyularak gerçekleştirilen bu değişiklikle, bütün müteselsil birlikte kefillerin aynı anda takibi ilkesi getirilmiştir.*

TBK. m. 587 f. 2, bütün müteselsil birlikte kefillerin aynı anda takibi ilkesini şu şekilde somutlaştırmıştır: Bir müteselsil birlikte kefil, kendisinden önce veya en geç kendisiyle birlikte yükümlülük altına giren ve Türkiye' de takibi mümkün olan diğer kefillerin hepsine birden takibe geçilmiş olmadıkça, kendi payından fazlasını ödemekten kaçınabilir. Bir başka deyişle, sorumluluğun kendisi ve sözü geçen kefiller arasında paylaştırılmasını isteyebilir ve kendi payından fazla bir ödeme yapmayı reddedebilir. Demek oluyor ki, Türkiye'de takibi mümkün müteselsil birlikte kefillerin hepsi hakkında takibe geçilmedikçe, kefillerin her biri bölme definden yararlanabilmektedir. Bu sonucun ortaya çıkması için, kefillerin hepsinin aynı mahkemenin ve aynı icra müdürlüğünün yetki çevresi içinde bulunmalarına gerek yoktur.

175 Giovanoli, Art. 497, N. 9; Pestalozzi, Art. 497, N. 4.

176 Böylelikle, müteselsil birlikte kefaletin belirli ölçüde adi birlikte kefalete yaklaştığı söylenebilir. Müteselsil birlikte kefalet adi birlikte kefaletle yaklaştığı ölçüde, kefillerin TBK. m. 162 vd. anlamında müteselsil borçlu kabul edilmeleri de mümkün olmaktan çıkar. Krş. Guhl, s. 62; de Biasio, s. 74.

TBK. m. 587 f. 2'ye göre, müteselsil birlikte kefillerin bölme def'inden yararlanabileceği bir diğer hal şu şekildedir: Kendisinden talepte bulunulan müteselsil birlikte kefil, diğer birlikte kefiller kendi paylarını ödemişlerse veya kendi paylan bakımından aynı teminat göstermişlerse, payını aşan bir ödeme yapmayı reddedebilecektir¹⁷⁷. TBK. m. 587 f. 2'de belirtilen bütün halleri göz önünde tutarak, müteselsil birlikte kefillerden birisinden esas borcun tamamına yönelik bir talepte bulunulabilmesi için aranacak koşullar şu şekilde formüle bağlayabiliriz: *Müteselsil birlikte kefillerden birinin esas borcun tamamından sorumlu tutulabilmesi için kümülatif (yığılık) olarak iki koşulun gerçekleşmesi gerekir: İlk olarak, kendisiyle birlikte veya kendisinden daha önce kefil olup Türkiye'de takibi mümkün olanların hepsi hakkında takibe geçilmelidir. İkinci olarak da, diğer kefillerin kendi paylarını ödemiş veya kendi paylarına ilişkin ayrıf teminat göstermemiş olmaları gerekir*¹⁷⁸. Kefillerden birinin kendi payıyla ilgili olarak göstereceği teminatın aynı bir teminat olması gerekir. Teminatın yeterli olup olmadığını hakim takdir eder¹⁷⁹.

Müteselsil birlikte kefillerin belirli şartlar altında bölme def'inden yararlanmalarını mümkün kılan TBK. m. 587 f. 2, nisbî emredici nitelikte bir düzenleme getirmektedir¹⁸⁰. Şu halde, bu düzenlemede belirlenen ölçüde bölme def'inden yararlanabilme olanağı müteselsil birlikte kefilin elinden alınamaz.

Müteselsil birlikte kefiller hakkında aynı anda takibe geçilmesi zorunluluğunun bulunması, Türkiye'de takip edilebilmelerinin mümkün olması koşuluna bağlıdır. Türkiye'de takibi mümkün müteselsil birlikte kefillerin hepsi hakkında takibe geçilmediği takdirde ki, her biri bölme def'inden yararlanabilir. Kefillerden birisinin Türkiye'de takibi mümkün değilse, diğerleri onun payı bakımından da sorumlu kılınabilirler. Ne var ki, bir noktaya dikkat edilmesi gerekir. Türkiye'de takibi mümkün olmayan kefilin payından doğan sorumluluk, Türkiye'de takibi mümkün diğer kefillerin hepsi hakkında takibe başlanmamışsa, sadece kendisine karşı takip yürütülen kefile yüklenemez. Sadece kendisine karşı takip yürütülen kefil, Türkiye'de takibi mümkün olmayan kefilin payından, Türkiye'de takip edilebilecekleri

177 de Biasio, s. 75.

178 Guhl, s. 63; Becl, Art. 497, N. 34; Pestalozzi, Art. 497, N. 6; Scyboz, s. 427.

179 Giovanoli, Art. 497, N. 16.

180 Beck, Art. 497, N. 28.

halde edilmeyen diğer kefillerin payı düşülerek sorumlu tutulması **gerektiği**-ni ileri sürebilir. Bir diğer deyişle, Türkiye'de takibi mümkün bütün **kefiller** hakkında takibe geçilmedikçe, takibi mümkün olmayan kefile düşen pay bakımından da bölme def'i kullanılabilir¹⁸¹.

Türkiye'de takibi mümkün olan birlikte kefillerden biri iflas etmişse veya kendisine konkordato mehli verilmişse, alacaklı, Türkiye'de takibi mümkün diğer kefillerin hepsi hakkında takibe geçmek kaydıyla, her birinden borcun tamamı hakkında talepte bulunulabilir¹⁸².

Müteselsil birlikte kefillerinden birisinden borcun tamamının talep edilebilmesi için, haklarında takibe geçilmiş olması gereken birlikte kefiller, kendisinden talepte bulunulan kefile aynı anda veya daha önce yükümlülük altına giren kefillerdir. Talepte bulunulan kefil, kendisinden daha sonra yükümlülük altına giren bir kefile karşı takibe geçilmediği gerekçesiyle kendi payını aşan miktarda ödeme yapmayacağını ileri süremez. Yeter ki, kendisiyle aynı anda veya kendisinden daha önce kefil olarak sorumluluk üstlenen kefillerin hepsi hakkında takip başlatılmış olsun¹⁸³.

Müteselsil birlikte kefillerden birisinin esas borcun tamamından sorumlu tutulabilmesi için, Türkiye'de takibi mümkün diğer kefiller hakkında takibe başlanması yeterlidir. Müteselsil birlikte kefil kendisine sınırlı olarak tanınmış bölme def'ini kullandığı takdirde, alacaklının talebi geçici olarak engellenecektir. Alacaklının Türkiye'de takibi mümkün bütün kefiller hakkında takibe geçmesiyle birlikte, daha önce kullanılmış olan bölme def'i etkisizleşecektir. Tüm kefiller hakkında takibe geçildiği andan itibaren, kefillerin her biri borcun yerine getirilmemesinin sorumluluğunu bütünüyle taşır. Sorumluluğun kefiller arasında paylaştırılmasını isteme olanağını yitirir. Müteselsil birlikte kefilin bölme def'inden mahrum kalması için bütün kefillere karşı takibe geçilmesi gerekmekle birlikte, takibin sonuna kadar götürülmesi ve hepsi hakkında borç ödemededen kesin aciz belgesi alınması zorunlu değildir. Kefillerin hepsine ödeme emrinin tebliğ edilmiş olması yeterlidir. Birlikte kefillerin hepsine birden gönderilen ödeme emri sonuçsuz kaldığı takdirde, alacaklı alacağının tamamını istediği birlikte kefilden talep edebilir. Daha yerinde bir söyleyişle, istediği birlikte kefil hakkındaki takibi sonuna kadar götürüp, alacağının tamamını istediği birlikte kefilden tahsil

181 Beck, Art. 497, N. 30; Giovanoli, Art. 497, N. 15.

182 Giovanoli, Art. 497, N. 21.

183 Giovanoli, Art. 497, N. 12.

etmeye çalışabilir¹⁸⁴. Müteselsil kefillerden birinin esas borcun tamamından sorumlu tutulabilmesi için, diğerlerinden biri veya bir kaçının kendi payı için ödeme yapmamış veya aynı teminat göstermemiş olmaları gerektiğini de hatırlatalım. Şu halde, kefillerden bir kısmı hakkındaki takip sonuna kadar götürülüp belirli bir miktarda ödeme elde edilmişse, diğer kefillerin sorumluluğu aynı oranda ortadan kalkacaktır.

Müteselsil birlikte kefil bölme def'inden yararlanabileceği durumlarda, kısmi ifada bulunma ayrıcalığından da yararlanır. Bir başka deyişle, kefilin bölme def'ini ileri sürme hakkının karşısında alacaklının kısmi ödemeyi kabul külfeti yer alır. Alacaklı, kefillerden birisi tarafından yapılmak istenen kısmi ödemeyi, bunu öneren kefile düşen paydan az olmamak kaydıyla kabul etmek zorundadır (TBK. m. 593 f. 1). Böylesine bir kısmi ifa önerisine, kefillerin esas borcun tamamından sorumlu olduğunu ileri sürerek karşı çıkamaz. Kendi payına ilişkin ödeme yapmak isteyen müteselsil birlikte kefilin bu girişimi alacaklı tarafından boşa çıkarılırsa, kefil borcundan kurtulur. Kısmi ifa önerisi reddedilen kefilin borcundan kurtulabilmesi için, alacaklının davranışı haklı bir sebebe dayanmamalıdır. Kefillerden biri bu yolla borçtan kurtulunca, diğer kefillerin sorumluluğu da borcundan kurtulan kefilin payı oranında azalır. Bu sonuç, TBK. m. 593 f. 2'de hatalı ve yanıltıcı olabilecek bir tercümeyle ifade edilmeye çalışılmıştır. Bu düzenlemenin, kaynak İsv. BK. m. 504 f. 2'ye uygun olarak anlaşılması gerekir. Diğer taraftan, alacaklı kendi payını ödemek isteyen kefilin önerisini kabul ederse, diğer kefillerin sorumluluğu da yapılan ödeme tutarında azalır¹⁸⁵. Daha genel olarak şu söylenebilir: Kendisinden ödeme talebinde bulunulan müteselsil birlikte kefil, diğer kefiller kendi paylarını ödemişler veya hiç olmazsa paylarına ilişkin aynı teminat göstermişlerse, sırf kendi payıyla sınırlı olarak ödeme yapacağını belirtebilir. Diğer kefillerin önceden paylarını ödemeleri, TBK. m. 593 f. 1'de yer alan kısmi ifada bulunma ayrıcalıklarını kullanmaları sayesinde gerçekleşmiş olabilir.

184 Beck, ödeme emri gönderilmesini yeterli görmeyip, ödeme emrine itiraz süresinin geçmiş olmasını aramaktadır. Beck, Art. 497, N. 32, 33. Buna karşılık, Giovanoli ve Pestalozzi, ödeme emri gönderilmesini yeterli kabul etmektedirler. Yazarlara göre, daha önce veya aynı anda sorumluluk üstlenen ve İsviçre'de takibi mümkün bulunan bütün kefillere karşı takibe geçilip ödeme emri gönderilmiş olmak kaydıyla, müteselsil birlikte kefillerden birisinden borcun tamamı için talepte bulunulabilir. Giovanoli, Art. 497, N. 18a; Pestalozzi, Art. 497, N. 5. Ayrıca bkz. de Biasio, s. 75; Staffelbach, Art. 497, N. 4.

185 Beck, Art. 497, N. 36.

c. Müteselsil birlikte kefalette rücu

Alacaklıya ödeme yapan müteselsil birlikte kefilin diğer kefillere rücu hakkı TBK m. 587 f. 2 c. 3'te açıklığa kavuşturulmaktadır. Buna göre, müteselsil birlikte kefillerden biri alacaklıyı tatmin ederse, *"kendi paylarını daha önce ödememiş olmaları ölçüsünde, diğer kefillere karşı rücu hakkına sahiptir"*. Bu hüküm mevcut olmasaydı da, ödeme yapan müteselsil birlikte kefilin diğerlerine rücu hakkı olduğu sonucuna ulaşılabilirdi. Nitekim ödeme yapan adi birlikte kefilin diğer kefillere rücu hakkını düzenleyen bir hüküm bulunmadığı halde, böyle bir rücu hakkını haiz olduğu sonucuna ulaşmış ve bu rücunun kapsamının ne olacağını açıklamıştık¹⁸⁶. Kefilin alacaklıyı tatmin ettiği ölçüde alacaklıya halef olacağını bildiren TBK m. 596 f. 1, diğer kefillere rücu hakkını dayandırabileceğimiz temeli vermektedir¹⁸⁷. Ödeme yapan kefilin halefiyetinin kapsamına, alacaklının diğer kefillere karşı sahip olduğu haklar da girer. Alacaklı nasıl birlikte kefil olan kişilere başvurabilecekse, alacaklıya halef olan kefillerden biri de diğerlerine başvurabilir. Diğer taraftan, esas borçluyla müteselsil birlikte kefiller arasındaki ilişkinin TBK m. 162 vd anlamında teselsül ilişkisi olmamasına karşılık, müteselsil birlikte kefillerin kendi aralarındaki ilişkinin gerçek anlamda (TBK m. 162 vd anlamında) teselsül ilişkisi olduğu kabul edilmektedir. Müteselsil birlikte kefillerin birbirine rücu etmesini düzenleyen özel bir hüküm olmasaydı, rücu sorununu TBK. m. 167 f. 2 çerçevesinde ele almak gerekecekti. Bu hükme göre, kendi payından fazla ödemede bulunan müteselsil borçlu, payım aşan kısım için diğerlerine rücu hakkını haizdir. Bu hüküm esas alınsaydı, diğer kefillerle arasındaki ilişkiye göre kendisine düşen paydan fazlasını ödeyen kefil, payını aşan kısım için rücu hakkını kullanabilecekti¹⁸⁸. Diğer kefillere

186 Bkz. Yukarıda§ 3, III, B, 2, a.

187 Lerch/Tuason, s. 78-79; de Biasio, s. 75-76; Pestalozzi, Art. 497, N. 9.

188 Beck, Art. 497, N. 40; Lerch/Tuason, s. 78-79; Guhl, s. 108; Reisoğlu, Kefalet, s. 137; Kılıçoğlu, Kanuni Halefiyet, s. 105. Ödemeyi yapan birlikte kefilin, diğer birlikte kefillere rücu edebilmesi için, rücu hakkının doğduğunu gösteren koşulların gerçekleştiğini ispatlaması gerekir. Bunun için de alacaklıya ödeme yapmış olduğu olgusundan ve bu ödemenin miktarından başka, esas borcun doğmadığı itirazıyla karşılaşmışsa, esas borcun doğmuş olduğunu da ispat etmelidir. Bu husus 11 HD'nin 21. 10. 1999 tarih ve E. 1999/3540, K. 1999/8205 sayılı kararında büyük bir açıklıkla vurgulanmıştır: "Ancak, dava, BK.nun 488'nci ve müteakip maddelerinde (TBK. m. 587 vd) düzenlenen birlikte kefalet hükümleri gereğince asıl borçlunun borcunu ödediğini ileri süren kefilin, hissesi oranında diğer kefile rücu isteminden kaynaklanmaktadır. Anılan yasanın 496. maddesi hükmü (TBK. m. 596 f. 1) gereğince kefil eda ettiği şey nispetinde alacaklının haklarında, ona halef olur. Bir başka deyişle, kefil böyle bir dava ve talepte bulunabilmesi

karşı kullanılacak rücu hakkı da, kuşkusuz, her birinin payıyla sınırlı olacaktır. Ne var ki, müteselsil birlikte kefillerin birbirine rücu etmesi özel olarak düzenlenmiş, TBK. m. 167 f. 2'nin uygulanmasına imkan kalmamıştır. Aralarında TBK. m. 162 vd anlamında teselsül bulunan müteselsil birlikte kefillerin birbirine rücu etme imkanı, TBK. m. 587 f. 2 c. 3'de hem teyit edilmiş hem de TBK. m. 167 f. 2'ye oranla genişletilmiştir. TBK. m. 587 f. 2. c. 3'e göre, alacaklıya ödeme yapan kefil, ödediği tutar kendi payını aşmasa bile diğer kefillere rücu edebilir. Bir başka deyişle, müteselsil birlikte kefil, sadece kendi payını aşan ödemelerde rücu hakkını kazanmayacaktır. O, kendi payından düşük bir ödeme yapmış olsa bile diğer kefillere rücu edebilecektir. Şu halde, kefiller arasındaki iç ilişkide, sorumluluğun her adımda paylaşılması esas geçerlidir. Alacaklıya ödeme yapan kefil, bu ödeme ister kendi payını geçsin ister geçmesin, ödemenin mali yükünü diğer kefillerle paylaşma yoluna gidebilir. Diğer kefillere rücu edilmesini engelleyecek yegane durum, onların kendi paylarına denk düşen bir ödemeyi zaten yapmış olmalarıdır. Şu halde, iç ilişkide, hiçbir kefinden kendi payını aşan bir miktarda sorumluluk üstlenmesi istenemeyecektir.

Ödeme yapan müteselsil birlikte kefil, bir seçim hakkına sahiptir. Alacaklıya yaptığı ödemeyeyle gerçekleşen halefi.yete dayanarak, dilerse ödediği tutarın tümü için esas borçluya, dilerse iç ilişkide kendisine düşen pay için diğer bir birlikte kefile rücu edebilir. Rücu alacağı için zamanaşımı, müteselsil kefilin alacaklıya yaptığı ödeme ile başlar. Kendisine rücu edilebilecek birlikte kefilin ihtar edilmesiyle birlikte, rücu alacağı bakımından temerrüt gerçekleşir ve temerrüt faizi işlemeye başlar¹⁸⁹.

Müteselsil birlikte kefiller, borçtan sorumlu olacakları payları ve birbirlerine hangi oranda rücu edebileceklerini, serbestçe kararlaştırabilirler. Bu türden bir anlaşma olmadığı takdirde, her birinin sorumluluğun eşit bir payını üzerine aldığı sonucuna varılır (TBK m. 167 f. 1). Müteselsil birlikte kefillerin birbirine rücu etmesi sırasında, her birinin sorumlu olduğu pay esas alınır. Buna göre, borcun tamamını ödeyen müteselsil birlikte kefil, diğer kefile kendi payı oranında rücu edebilir. Birlikte kefillerden aciz halinde

için öncelikle birlikte kefil olunan borcun eda edildiğini kanıtlamak zorundadır. Somut olayda, her ne kadar, asıl borcu doğuran ve tarafların kefaletine ilişkin sözleşmeleri ve alacaklı bankanın devir-temlik belgesini ibraz etmiş ise de davalı taraf, esasen böyle bir kredinin kullanılmadığını yani asıl borcun doğmadığını savunmuştur. Artık bu durumda davacı, asıl borçluya kredinin kullandırıldığını, bu nedenle kefil olarak borcu ödemek durumunda kaldığını kanıtlamak zorundadır" (kazancı bilgi ve içtihat bankası).

189 Pestalozzi, Art. 497, N. 9.

olanların payı, diğer birlikte kefiller arasında -kural olarak- eşit bir biçimde paylaşılır¹⁹⁰.

Müteselsil birlikte kefillerin sorumluluk paylarının eşit olması **kimi** özellikli durumlarda yerinde görülmeyebilir. Bir şirketin borcu için müteselsil birlikte kefalet üstlenenlerin o şirketin ortakları olduğu düşünülün. **Kefiller** arası ilişkide sorumluluğun eşit olarak paylaşılması bu olasılıkta uygun olmayacaktır. Her bir kefilin ortaklıktaki payının sorumluluk payı olarak dikkate alınması amaca daha uygun düşecektir. Kefiller arası ilişkide sorumluluk paylarının eşit olmaması gerektiğini iddia eden, bu iddiasını ispat etmelidir. Sorumluluk paylaşımının eşit olmaması için kefiller arasında açık bir anlaşma bulunması zorunlu değildir. Paylaşımın nasıl olması gerektiği durumun özelliklerinden de çıkarılabilir. Yukarıda ele alınan şirket ortaklarınca birlikte kefalet üstlenilmesi olasılığında, kefiller sorumluluğun nasıl paylaşılacağına ilişkin aralarında anlaşmış değildirler. Ne var ki, durumun gerekleri, şirket ana sözleşmesinde belirlenen payların kefillerin sorumluluk payı olarak kabul edilmesine elverişlidir. Birlikte kefalet üstlenen şirket ortaklarından biri sonradan ortaklıktan ayrılırsa ne olacaktır? Ortaklıktan ayrılanın kefiller arasındaki sorumluluk paylaşımına nasıl yansıtacağı ayrıca kararlaştırılabilir. Bu konuda bir anlaşma bulunmuyorsa, ayrılan ortağın iç ilişki bakımından sorumluluktan kurtulmuş sayılacağı kabul edilebilir. Bir başka deyişle, diğer ortakların iradelerinin ayrılan ortağın iç ilişkideki sorumluluğunun kaldırılması yönünde olduğu sonucuna varılabilir. Bunun gibi, kefillerden birinin ortaklıktaki payının sonradan değişmesi, kefalet sorumluluğundaki payının da sonradan değişmesi anlamına gelecektir¹⁹¹.

Şirket ortaklarının şirketin bir borcu için kefil olmalarıyla ilgili ilginç bir olasılık da şöyledir. Kefil sıfatını taşıyan ortaklardan biri alacaklının inançlı vekili durumundadır. Bir başka deyişle, kefil sıfatını taşıyan ortaklardan biri, ortaklıktaki payını alacaklı hesabına kul/anmaktadır ve bu payı günü gelince alacaklıya devredecektir. Bu olasılıkta, alacaklı tarafından sorumlu tutulmak istenen diğer kefiller, alacaklının inançlı vekili durumundaki kefilin iç ilişkideki payı oranında düşük ödeme yapabilir/er. Diğer kefiller bu olanaktan yoksun bırakılıp borcun tamamından sorumlu tutulurlarsa, alacaklının inançlı vekili konumundaki kefile iç ilişkide rücu edebilirler. Rücu edilen kefil de aralarındaki iç ilişkiye dayanarak alacaklıya başvurabilir. Şu halde, böylesine dolambaçlı bir mekanizmayı ortadan kaldıracak bir çözüme gidilmesi en iyisidir. Bu çözüm, diğer kefillerin sorumluluğu takdir edilirken alacaklıyla inançlı vekalet ilişkisi içindeki kefilin payının düşü/mesidir¹⁹².

190 Guhl, s. 108; de Biasio, s. 76; Tandoğan, Borçlar II, s. 774; Reisoğlu, Kefalet, s. 138.

191 Reinicke/Tiedtke, s. 128-129.

192 Reinicke/Tiedtke, s. 129-130.

Birlikte kefalette, kefillerden birinin ibrası diğerlerini de borçtan kurtarır. TBK. m. 587 f. 3 bu konuda son derece açıktır. Bu sonuç, müteselsil borçlulardan birinin ibra edilmesinin diğerlerine etkisini düzenleyen TBK. 166 f. son'da öngörülen sonuçtan farklıdır. TBK. m. 166 f. son'a göre, "*alacaklının borçlulardan biriyle yaptığı ibra sözleşmesi, diğer borçluları da ibra edilen borçlunun iç ilişkideki borca katılma payı oranında borçtan kurtarır*". Demek oluyor ki, müteselsil borçlulardan birinin ibrasının diğerleri üzerindeki borçtan kurtarıcı etkisi tamamen değil kısmendir. Diğer müteselsil borçlular, ibra edilen borçluya iç ilişkide düşen pay kadar borçtan kurtulmaktadırlar. Müteselsil birlikte kefiller arasındaki ilişki gerçek anlamıyla müteselsil borç ilişkisi sayılsa da, bu konuda TBK. m. 166 f. son uygulanmayacaktır. Müteselsil birlikte kefillerden birinin ibrasıyla diğerleri kısmen değil tamamen borçtan kurtulacaklardır.

Alacaklının birlikte kefillerden birisini ibra etmesinin diğerlerine etkisinin ne olacağı, 8/8 sayılı (eski) Borçlar Kanunu çerçevesinde farklı bir değerlendirmeye tabi hitulmak gerekirdi. Kefillerden birinin ibrasının diğerlerini de borçlan Jt.11rtarıp Alırtarmayacağı. 818 sayılı Kanun'un 488. maddesinin 3. cümlesinin bu olasılığa A?yasen uygulanıp uygulanmayacağı tartışmalıydı. 8/8 sayılı Kanun'un 488. maddesinin 3. cümlesi, "kefaletin, aynı borca diğer kimselerinde kefalet etmesi şartıyla vöki olduğuna alacaklının vukufu bulunduğunu kabule mahal olan hallerde bu şart iahakkuk etmezse, kefil mes'uliyetien beri olur" demektedir. Görülüyor ki, bu düzenleme, kefilin başkalarının da kefil olacağı beklentisiyle sorumluluk üstlenmesi durumunda bu beklentinin boşa çıkmasını ele almaktadır. Mevcut kefillerden birinin alacaklı tarafından borçtan kurtarılmasının diğer kefiller üzerindeki etkisine hiç değinmemektedir. Ne var ki, başkalarının da kefil olacağı beklentisinin boşa çıkmasının kefiline içine sokacağı durumla, varlığına güvendiği bir kefilin sorumluluktan kurtarılmasının kefiline içine sokacağı durumun birbiriyle benzerliği çok açıktır. Şu halde, 818 sayılı Kanun m. 488 c. 3, kefillerden birinin sorumluluktan ibra yoluyla kurtarılmasının diğer kefiller üzerindeki etkisi bakımından kıyas yoluyla uygulanabilirdi. Böyle bir kıyas kabul edilmediği takdirde, alacaklıya ödeme yapan kefilin alacaklı tarafından ibra edilen kefile rücu hakkını koruyacağı sonucuna varmak gerekirdi. Birlikte kefiller arasında müteselsil borçluluğa ilişkin hükümler uygulanacağına göre, 818 sayılı Kanun'un 147. maddesinin de bu noktada etkili olacağı söylenebilirdi. Bu düzenlemeye göre, müteselsil borçlulardan biri kendi davranışıyla diğerlerinin durumunu ağırlaştıramaz(J'BK. m. 165'de aynı konuya ilişkin bir düzenleme getirmektedir). Şu halde, müteselsil borçlulardan birinin alacaklıyla ibra anlaşması yaparak diğerlerinin durumunu ağırlaştırması söz konusu olamazdı (Ne var ki, TBK. m. 166 f son, müteselsil borçlulardan birinin ibrasının diğerleri üzerindeki etkisini ayrıca ve özel olarak düzenlemiştir. Buna

göre, ibra edilen müteselsil borçlunun iç ilişkideki payı oranında diğerleri de borçtan kurtulacaklardır. Böylelikle ibra edilen borçluya rücu edilme.ti olasılığı da ortadan kalkacaktır). Sonuç olarak, alacaklı tarafından lcejişler-den birinin ibra edilmesi, alacaklıya ödeme yapan kefilin iç ilişki gereğince ibra edilen kefile başvurmaları engellemeyecekti. Burada, alacaklınm lcefil-lerden birini ibra etmesinin kendisini EBK. m. 500 f 1 uyanınca sonmılu kılıp kılmayacağı da sorulabilirdi. Bu hükme göre. "alacaklı kefaletten do-layı tahakkuk eden borcun temini için, kefaletin akdi esnasında tesis yahut sonradan istihsal olunan teminatı kefilin zaranna olarak tenkis eder veya elinde bulunan de/dili elden çıkarırsa kefile karşı mes'uf olur"¹⁹³. Söz **konusu** hükme dayanarak, birlikte kefillerden birini ibra eden alacaklının diğerlerine karşı sorumlu olacağı ileri sürülebilirdi¹⁹⁴. Ne var ki, böyle bir iddia yerin-de olmazdı. Diğer kefillerin iç ilişki gereğince ibra edilen kefile rücu hak/a-nın devam ettiği söylendikten sonra, kefillerden birinin ibrasının diğerlerine zarar vereceği kabul edilemezdi. Bu durumda, kefillerden birisini ibra eden alacaklının, sırf bu nedenle diğer kefillerce sorumlu tutulması söz konusu ol-mamalıydı. Ne var ki ibra edilen kefil için verilmiş teminatlar varsa, örneğin ibra edilen birlikte kefil için "kefile kefil" olunmuş veya rehin verilmişse, alacaklının söz konusu kefilin ibrası bu teminatların ortadan kalkmasına yol açacaktı. İbra edilen kefilin borcu için verilmiş teminatların düşmesi, bu ke-filin ödeme güçsüzlüğü içinde olması durumunda, diğer kefiller için önemli bir sonuç doğurabilirdi. Zira bu olasılıkta, diğer kefillerin ibra edilen kefile karşı rücu hakkını kullanması pratikte mümkün olmayacaktı. İşte bu olası-lıkta, birlikte kefillerden birisinin ibrasının diğerlerinin zarara uğramasına yol açtığı söylenebilirdi. Kefilin sorumluluğunun uğradığı zarar **miktarın-ca** azalacağını 818 sayılı Kanun m. 500 f 1'e dayanarak savunmak **imkan** dahiline girerdi¹⁹⁵. Alacaklının birlikte kefillerden birisini ibra etmesine 818 sayılı Kanun m. 488 c. 3'ün kıyas yoluyla uygulanması, bütün bu tartışma/an gereksiz hale getirecekti. Birlikte kefillerden birinin ibrasının diğerlerini de borçtan kurtaracağı İsviçre'de 1941 yılında yapılan revizyonda kabul edildi (OR Art. 497 Abs. 3). Ne var ki, değişiklikten önceki dönemde de aynı sonuç

193 Bu hükümdekine denk düşen bir düzenleme TBK. m. 592 f. son'da yer almaktadır. Bu düzenlemeye göre, "alacaklı, haklı bir sebep olmaksızın yükümlülüklerini yerine getirmez, ağır kusuruyla mevcut belgeleri veya rehinleri ya da sorumlu olduğu diğer güvenceleri elden çıkarırsa, kefil borcundan kurtulur. Bu durumda kefil, ödediğinin geri verilmesini ve varsa ek zararının giderilmesini isteyebilir".

194 Daha önce de belirttiğimiz gibi, bu düşünce, alacaklının kefillerden birisini ibra et-mesinin diğer kefillerin sorumluluğunu ortadan kaldırmayacağını kabul edilmediği olasılıkta geçerli olacaktı. Bu konuda bkz. aşağıda § 3,İN,B, 4.

195 Reinicke/fiedtke, s. 82-83.

İsviçre uygulamasında kabul ediliyordu¹⁹⁶. TBK. m. 587 f 31e de İsviçre örneği takip edilmiştir.

Kaynak İsviçre Hukuku'nda, 1941 revizyonu ile, müteselsil birlikte kefillerin birbirine rücu etmesine ilişkin olarak önemli bir yenilik getirilmiştir. Revizyondan önce, alacaklıya ödeme yapan kefilin ancak payını aşan kısım için diğerlerine rücu edebileceği kabul ediliyordu. Payını aşmayan bir ödeme yapan kefil, rücu hakkına sahip sayılmıyordu. Demek oluyor ki, revizyondan önce İsviçre hukukundaki durum, 818 sayılı Kanun zamanında hukukumuzda mevcut olan duruma benziyordu. isv. BK. m. 497 f 2'nin yeni metnine göre, alacaklıya ödeme yapan kefil, ödediği tutar ne olursa olsun diğer kefillere rücu edebilecektir. O halde, kendi payından düşük ödeme yapan kefil bile rücu hakkına sahip sayılacak, diğer kefillerden kendi payları oranında yapılan ödemenin yükünü paylaşmalarını isteyebilecektir. Bu yenilikle, kefaletin mali yükünün her adımda kefiller arasında paylaşılabilmesi amaçlanmıştır¹⁹⁷. Bu yenilik, TBK. m. 587 f. 2 c. 3 kanalıyla hukukumuzda aktarılmıştır. Bu düzenlemeye göre, "*aksine anlaşmalar saklı kalmak kaydıyla, borcu ödeyen kefil, kendi paylarını daha önce ödememiş olmaları ölçüsünde, diğer kefillere karşı rücu hakkına sahiptir*". Bizdeki metin İsviçre metninden biraz farklıdır ve kısmi ödeme yapan kefilin, kendi payından az ödeme yaptığı durumlarda diğer kefillere rücu hakkı bulunduğunu açıkça belirtmemiştir. Bunun bilinçli yaratılmış bir farklılık olmadığı açıktır ve kaynak Kanun'a göre yorum yapılması gerekir. Şu halde, hukukumuzda da, kefillerden biri tarafından yapılan ödemenin miktarı ne olursa olsun rücu hakkının kullanılabilmesi mümkün olmalıdır. Kefil ister payından fazla isterse az ödeme yapsın, yapılan ödemenin mali yüküne diğer kefillerin payları oranında katılmasını isteyebilecektir. Kendisine rücu edilen kefilin henüz kendi payını tamamen ödememiş olması da gereklidir. Kendi payına denk düşen bir ödeme yapmış olan kefile karşı rücu hakkı kullanılamaz.

Birlikte kefillerin kendi aralarındaki ilişkiye müteselsil borçlulukta iç ilişkiyi düzenleyen kuralların uygulanması Alman Hukuku'nda da kabul edilmektedir (Nitekim bkz. BGB § 774 Abs. 2). Ne var ki, yine Alman Hukuku'nda, birlikte kefillerden birinin diğerine rücu ederken herhangi bir müteselsil borçluya oranla daha elverişli bir konumda olduğu kabul edilmektedir. Olağan bir müteselsil borçlunun bir diğerine rücu edebilmesi için, alacaklıya iç

196 Beck, Art. 497, N. 47.

197 Beck, Art. 497, N. 41-43; de Biasio, s. 77; Giovanoli, Art. 497, N. 24; Pestalozzi, Art. 497, N. 9.

ilişkide kendisine düşen paydan daha/az/asını ödemiş olması gerekir. Şu halde, müteselsil borçlulardan biri, diğerleriyle arasındaki iç ilişkiye göre kendisine düşenden daha az bir ödeme yapmışsa, rücu hakkına sahip değildir. Ne var ki, birlikte kefillerden biri, alacaklıya ne kadar ödeme yapmış olursa olsun diğerlerine rücu edebilir. Kefillerden birinin kendisine düşen paydan az ödeme yapması diğerlerine rücu etmesine engel değildir. Demek oluyor ki, birlikte kefillerin attıkları her adımda sorumluluğu paylaşmaları gerektiğine ilişkin ilke, Alman Hukuku'nda da İsviçre (ve Türk) Hukuku'ndaki gibidir. Bu görüntü, bizi TBK. m. 587 f 2 c. 3'ün mehaza göre yorumlanması bakımından cesaretlendirir. Gerçi Alman öğretisi ve uygulamasında, kimi özellikli durumlarda rücu bakımından birlikte kefilin sahip olduğu avantajlı durumunun kalkması gerektiği ve olağan müteselsil borçlularla aynı rejime tabi olacakları da söylenmektedir. Ne var ki, bu özellikli durumların ne olduğuna ilişkin fikir birliği yoktur. Örneğin, esas borçlunun ödeme güçsüzlüğü sabit olunca ve alacaklının sadece kefiller aracılığıyla tatmin bulabileceği kesin olarak ortaya çıkınca, payından fazlasını ödememiş olan birlikte kefilin diğerlerine rücu hakkını kullanamayacağı söylenebilmektedir. Birlikte kefillerden biri ödeme güçsüzlüğü içindeyse, bu kefilin payından düşük olarak yaptığı ödemeler için diğerlerine rücu edemeyeceğini söyleyenler de bulunmaktadır¹⁹⁸.

TBK. m. 587 f. 2 c. son, esas borçluya rücudan önce diğer kefillere rücu edilebileceğini açıkça belirtmektedir. Kaynak Kanun'a uygun olarak getirilen bu açıklık kanaatimce yerinde olmuştur.

Ödeme yapan ve kendisine rücu edilen kefillerin, kefil olunan alacağa ilişkin teminatlar bakımından hangi durumda olduklarının da açıklığa kavuşturulması gerekir. Alacaklıya ödeme yapan birlikte kefil, yaptığı ödeme oranında alacaklıya halef olacağından, halefiyetin bir sonucu olarak alacaklının elindeki teminatlar üzerinde hak kazanacaktır. Kefillerden biri alacaklıyı tamamen tatmin etmişse, teminatları değerlendirme olanağı da kendisine geçecektir. Alacaklıya ödeme yapan kefil diğer bir kefile rücu ettiği zaman, rücu edilen kefilin de teminatlar üzerinde hak kazanması söz konusu olur. Alacaklıya ödeme yapan kefilin, rücu hakkına muhatap olabilecek kefillere karşı, teminatlara ilişkin özen yükümü altında olacağı da açıktır. Alacaklıyı tatmin eden kefilin, bu konuda kendisini yetkilendirmeyen diğer kefiller açısından vekaletsiz iş gören konumunda olduğu söylenebilir. Şu halde, kefillerden birinin alacaklıyı tatmin ederken, diğer kefillerin çıkarına ve tahmin olunan iradelerine uygun bir doğrultuda hareket etmesi beklenir (TBK m.

198 Alman Hukuku'nda birlikte kefilin rücu bakımından sahip olduğu ayrıcalıklı durumun ortadan kalkacağı hallerle ilgili tartışmalar için bkz. Reinicke/Tiedtke, s. 126-128.

526). Diğer kefillerin çıkarına ve tahmin olunan iradelerine uygun davranma yükümlülüğünün kapsamına, alacaklıya halefiyetin bir sonucu olarak teminatlar üzerinde kazanılan hakların korunması da girer. Kendisine rücu edilen birlikte kefil, kefiller arasındaki iç ilişkide aksi kararlaştırılmış olmadıkça, ödeme yapan kefilin halefiyet yoluyla elde ettiği teminatlar üzerinde kendi payıyla orantılı olarak hakkının tanınmasını isteyebilir. Diğer taraftan alacaklıyı tatmin eden birlikte kefil, diğer kefillere rücu etmeden önce teminatları değerlendirme yolunu seçerse, teminatların paraya çevrilmesiyle elde edilen tutarı dikkate alarak diğer kefillerin rücu sırasında ödemeleri gereken tutan belirlemelidir. O halde, alacaklıya ödeme yapan birlikte kefil, kusurlu olarak teminatlar üzerindeki hakkını kaybederse veya teminatların değerinin düşmesine yol açarsa, TBK m. 527 f. 1 hükmü uyarınca diğer kefillere karşı sorumlu olur¹⁹⁹. Diğer taraftan ödeme yapan kefil alacaklıya halef olacağından ve diğer kefillerle ilişkisinde alacaklının yerini alacağından, alacaklının kefil karşısında teminatlara ilişkin özen yükümü altında olduğunu belirten TBK. m. 592'nin de uygulanması söz konusu olacaktır.

4. Kefilin TBK m. 587 f. 3 uyarınca borçtan kurtulması

Bir kimse kefalet sözleşmesi yapmaya karar verirken, aynı borç için başka kişilerin de kefil olacağı düşüncesi kararında etkili olabilir. Aynı borç için başka kişilerin de kefil olacağını bilmek, sorumluluğun birden fazla kefil arasında paylaşılacağı düşüncesine yol açar ve kefalet yükümlülüğü altına girmeyi kolaylaştırır. Diğer taraftan, bir borca başka kişilerin de kefil olması, o borcun riskli bir borç olmadığı, bu nedenle kefillere başvurulmasına gerek kalmayacağı inancını pekiştirir. Nihayet, bir borç için kefil olan kişiler

199 Beck, Art. 497, N. 44. İsviçre Federal Mahkemesinin bu doğrultuda açıklama içeren kararları için bkz. BGE 66 II 123 vd, özellikle 127; 94 II 1 vd. Anılan son kararda, kefalet sözleşmesinde yer alan alacaklının mevcut rehinleri değerlendirmeden önce kefile başvurabileceğine ilişkin kaydın, ödeme yapan kefilin diğerlerine rücu etmesi sırasında dikkate alınması gerekip gerekmediği sorunu açık bırakılmıştır. Gerçekten de, yaptığı ödemeye alacaklıya halef olan kefil, diğer kefillere rücu ederken alacaklının yerini almaktadır ve sözleşmede yer alan bu türlü kayıtlara dayanabileceği söylenebilir. Alacaklıya ödeme yapan kefilin rücu hakkına muhatap olabilecek kefiller karşısındaki (özellikle teminatlara ilişkin) yükümlülükleri, birlikte kefil olan kişiler arasındaki temel ilişkiden de çıkarılabilir. Bu konuda bkz. Giovanoli, Art 497, N. 24, 24 a. Bir ortaklığın borcu için birlikte kefalet altına girenlerden birisi söz konusu ortaklığın büyük pay sahibiyse ve alacaklıya ödemeyi bu kişi yapmışsa, diğer kefillere rücu hakkının bulunmadığı sonucuna ulaşılabilir. Bkz. BGE 81 II 459 vd; BGE 53 II 31.

arasında ödeme gücü yüksek veya iş tecrübesi sağlam kişilerin bulunması, aynı borç için kefil olmayı düşünen başkalarının daha rahat karar vermelerini sağlar. Bütün bu nedenlerle, başkalarının da aynı borç için kefil olduğunu (veya olacağını) düşünerek kefil olan kişiler, bu düşünceleri boşa çıktığı takdirde saikte yanılmaya düşmüş sayılabilirler. Bu yanılmaya dayanarak genel hükümler uyarınca sözleşmeyi iptal etmek, pek çok olayda mümkün olmayacaktır. Saikte yanılma kural olarak esaslı bir yanılma değildir ve sözleşmeyi iptal olanağı vermez (TBK m. 32 c. 1). İş hayatında geçerli dürüstlük anlayışı, başka kefillerin de bulunduğuna (veya bulunacağına) ilişkin güveni genellikle kefalet sözleşmesinin zorunlu temeli olarak değerlendirmez²⁰⁰. Böyle bir güvenin boşa çıkması da²⁰¹, saikte esaslı bir yanılma olarak nitelendirilemeyecektir. Bu güveni bizzat alacaklı yaratmış ve başka kefillerin varlığına ilişkin gerçek dışı açıklamalarla bir kimsenin kefil olmasını sağlamışsa, aldatmaya dayanarak kefalet sözleşmesinin iptali söz konusu olabilir. Ne var ki, TBK m. 587 f. 3 konuyu ayrıca düzenlemekte ve başka kefillerin de varlığına güvenerek kefil olan kişinin bu saikine, alacaklı tarafından bilinebilir olduğu sürece özel bir önem atfetmektedir.

TBK m. 587 f. 3 şu şekildedir: *"Alacaklı, kefilin aynı alacak için başka kişilerin de kefil olduğunu veya olacağını varsayarak hareket ettiğini biliyor veya bilmesi gerekiyorsa, bu varsayımın sonradan gerçekleşmemesi veya kefillerden birinin alacaklı tarafından kefalet borcundan kurtarılması ya da kefaletinin hükümsüz olduğuna karar verilmesi durumunda kefil, kefalet borcundan kurtulur"*. Bir kimse başka kefillerin de bulunduğuna (veya bulunacağına) güvenerek kefil olmuşsa ve alacaklının da bu durumdan haberdar olması gerekiyorsa; aslında bir *"saik"* niteliğinde olan *"başka kefillerin mevcudiyetine güven"* olgusu, TBK m. 587 f. 3 gereğince bir *"koşul"* gibi değerlendirilecektir. Burada gerçekte bir koşul söz konusu değildir. Kefil olan kişiyle alacaklının, *"başka kefillerin bulunması veya mevcut kefaletlerin devam etmesi"* olgusunu bir *"koşul"* olarak kararlaştırmış olmalarına gerek de yoktur. TBK m. 587 f. 3, kefilin alacaklı tarafından bilinebilir du-

200 Beck, Art. 497, N. 47.

201 Burada geleceğe ilişkin bir olgunun gerçekleşmemesi değil, kefalet sözleşmesinin yapıldığı sırada kefil olacağı düşünülen kimselerin bu düşüncüyü boşa çıkarması söz konusudur. Bu nedenle, gelecekteki olgulara ilişkin yanılmadan söz edilemeyeceği ve yanılmanın sözleşme yapıldığı sırada mevcut olgular bakımından veya sözleşmenin yapıldığı sıradaki koşulların değerlendirilmesi açısından söz konusu olabileceği ilkesiyle bir çelişme yoktur.

rumda olan saikine bir "koşul" etkisi tanımaktadır²⁰². Aynı borç için başka

202 Beck, Art. 497, N. 47, 52; Reisoğlu, Kefalet, s. 141; Elçin Grassinger, s. 174-175. Başka kefillerin de bulunduğu veya bulunacağına ilişkin saike koşul etkisi tanıyan TBK m. 587 f. 3'le ulaşılan sonuç, Alman öğretisinde "*işlem temelinin çökmesi*" kurumundan yararlanılarak elde edilmeye çalışmaktadır. Alman Federal Mahkemesi'ne bir karar ve bu karara konu olan olayla ilgili olarak öğretinin değerlendirmeleri şu şekildedir: Bir banka, bir limitet şirkete kredi temin etmek için, söz konusu limitet şirketin yöneticisinin kefil olarak sorumluluk üstlenmesini istemiştir. Şirket yöneticisi, şirketin büyük pay sahibinin de kefil olması durumunda kefalet yükümlülüğü altına gireceğini açıklamıştır. Banka şirketin büyük pay sahibine bir kefalet belgesi göndermiş ve söz konusu pay sahibi de belgeyi imzalamıştır. Banka şirket yöneticisine pay sahibinin kefil olduğunu bildirmiş ve bu durumu öğrenen yönetici de kefil olarak yükümlülük üstlenmiştir. Daha sonra, banka kefil olan pay sahibine dava açmış, ne var ki, bu dava kefalet sözleşmesinin geçerlik şekline uygun olmadığı ve pay sahibinin kefil olarak sorumluluğunun doğmadığı gerekçesiyle reddedilmiştir (pay sahibi kefalet belgesini henüz boşken imzalamış, banka daha sonra kefalet belgesini doldururken pay sahibiyle aralarında kararlaştırılan en yüksek sorumluluk sınırını doğru olarak yansıtmamıştır). Banka daha sonra şirket yöneticisine başvurmuş ve kefil olarak üstlendiği sorumluluğun gereğini yerine getirmesini istemiştir. Şirket yöneticisiyse, yaptığı kefalet sözleşmesi dolayısıyla sorumlu tutulamayacağını, çünkü söz konusu kefalet sözleşmesi bakımından "*işlem temelinin çöktüğünü*" belirtmiştir. Şirket yöneticisinin iddiasına göre, şirket pay sahibinin kefalet yükümlülüğü altına girmesi kendi yaptığı kefalet sözleşmesi bakımından "*işlem temelinin*" oluşturmaktadır. Pay sahibinin kefaleti gerçekleşmeyince, kendi kefaletinin temeli de ortadan kalkmıştır. Görülüyor ki olay, bizim hukukumuzda TBK m. 587 f. 3'ün uygulama alanına girmektedir. Şirket pay sahibinin de kefil olacağını göz önünde tutarak kefalet yükümlülüğü altına giren yönetici, bu saikine bir koşul etkisi bağlayan TBK m. 587 f. 3 sayesinde, pay sahibinin kefaletinin gerçekleşmemesi üzerine kendisinin de sorumlu tutulamayacağını ileri sürebilir. Şirket yöneticisinin kefalet sözleşmesi için işlem temelinin çöktüğü yolundaki iddiası, Alman Federal Mahkemesi tarafından yerinde bulunmamıştır. Yüksek Mahkemeye göre, kefillerden birisiyle yapılan kefalet sözleşmesi geçersiz olduğu için diğer kefillerin kendisine rücu edemeyecek olması, alacaklının riziko alanında değildir. Tam tersine, kendisiyle birlikte kefil olan kişiye rücu edememek, diğer kefilin riziko alanına dahil sayılır. Alacaklı, başkasının kefil olacağı beklentisiyle kefil olan kişide, beklentisinin gerçekleştiği ve kefil olması umulan kişiyle geçerli bir kefalet sözleşmesinin yapıldığı yolunda bir izlenim uyandırmamalıdır kuşkusuz. Ne var ki, somut olayda olduğu gibi, kefil olması umulan kişiyle bir kefalet sözleşmesi yapıldığını bildiren alacaklının, sırf bu bildirimle kefalet sözleşmesinin geçerli olarak kurulduğu yolunda bir izlenim uyandırdığı kabul edilemez. Alacaklı, şirketin pay sahibiyle yapılan kefalet sözleşmesinin geçersiz olmasının sonuçlarını diğer kefile karşı üstlenmiş sayılamaz. Kaldı ki, şirket yöneticisiyle yapılan kefalet sözleşmesinde, alacaklının elindeki bütün teminatlardan vazgeçebileceği de yazılıdır. Demek oluyor ki, alacaklı, kefil olan şirket yöneticisinin algılayabileceği bir biçimde, elindeki diğer teminatların durumunun, bu arada söz konusu teminatların geçerli olup olmamasının, üstlenilen kefalet yükümlülüğünü etkilemeyeceğini ortaya koymuş bu-

kişilerin de kefil olacağı beklentisi sonradan gerçekleşmezse veya **başka ke-**fillerin varlığına duyulan güven boşa çıkarsa, beklentisi veya güveni boşa çıkan kişi kefalet borcundan kurtulmalıdır.

TBK m. 587 f. 3'ün emredici olup olmadığı üzerinde de durulması gere❖kir. TBK. m. 582 f. son'un kefaletle ilişkin hükümleri nisbi emredici bir nite-

lunmaktadır. Bütün bu gerekçelerle Alman Federal Mahkemesi, şirket pay sahibinin kefalet yükümlülüğünün geçerli olmamasını, şirket yöneticisiyle yapılan kefalet sözleşmesi bakımından *"işlem temelinin çökmesi"* olarak kabul etmemiştir. Bkz. WM 1994. 1064-1068. Yüksek Mahkemenin bu karar öğretide isabetli bulunmamıştır. Öğretiye göre, olaydaki şirket yöneticisi, şirket pay sahibi kefil olduğu takdirde kefalet yükümlülüğünü üstleneceğini açıkça bildirmiştir. Alacaklı banka, şirket yöneticisinin şirket pay sahibinin de kefil olduğu inancı içinde kefalet yükümlülüğünü üstlendiğini bilmektedir. Şirket pay sahibiyile bir kefalet sözleşmesinin yapıldığı, bizzat banka tarafından kefil olması istenilen yöneticiye bildirilmiş ve yöneticinin zihninde büyük pay sahibi olan kişinin de kendisiyle birlikte kefil olduğu inancı banka tarafından yaratılmıştır. Bu bildirimle birlikte, yönetici, bankaya ödeme yaptığı takdirde kendisiyle birlikte kefil olan pay sahibine rücu edebileceği inancına kapılmıştır. Birlikte kefillerin kendi aralarında müteselsil borçlulukla ilgili hükümler uygulanacağından, ödeme yapan birlikte kefil iç ilişkideki payı oranında diğerine rücu edebilecektir. Birlikte kefillerin iç ilişkide taşıyacağı sorumluluk payı, aksi kararlaştırılmadıkça ve işin niteliğinden aksi anlaşılmadıkça, eşittir. Ne var ki, somut olaydaki birlikte kefillerden birisinin şirketin büyük pay sahibi olduğu dikkate alınrsa, esas borçlu konumundaki şirketin kefalet sayesinde elde ettiği krediden dolayı olarak yararlanacağı da ortaya çıkar. O halde, esas borcun kaynaklandığı ilişkiden büyük yarar elde eden kefilin, diğer kefile arasında ilişkide sorumluluğu tamamen taşıması olağan karşılanmalıdır. Somut olayın özelliği, alacaklıya kefil sıfatıyla ödeme yapacak olan şirket yöneticisinin, ödediği tutarın tümü için şirketin büyük pay sahibi niteliğindeki diğer kefile rücu edebilmesini gerektirir. O halde, **şirketin** büyük pay sahibinin de kefil olduğu inancıyla kefalet yükümlülüğü altına giren yönetici, alacaklıya yapabileceği ödemenin tümü için rücu edebileceği kefilin mevcudiyetini kendi yükümlülüğünün temeli yapmış durumundadır. Bu nokta kefil olan yönetici için o kadar önemlidir ki, alacaklıya yapmak zorunda kalacağı ödeme için büyük pay sahibine rücu edemeyeceğini, sadece esas borçlu konumundaki şirkete rücu etmekle yetineceğini bilse, kefalet sözleşmesini yapmazdı. Çünkü esas borçlu konumundaki şirkete rücu etmek, bu (sınırlı sorumlu) şirketin ödeme güçsüzlüğü içinde kalmasının pek muhtemel olduğu dikkate alınrsa, kendisi için asla yeterli değildir. O halde, yönetici, alacaklı tarafından bilinebilir bir biçimde kendi kefalet yükümlülüğünün temeli yaptığı bu olgu gerçekleşmez ve pay sahibinin kefaletinin geçerli olmadığı anlaşılırsa *"işlem temelinin çöktüğünü"* iddia edebilmelidir. Alacaklının elindeki teminatlardan vazgeçme yetkisinin bulunması bu sonucu değiştirmez. Birlikte kefil olan yöneticiyle pay sahibi arasında müteselsil borçluluğa ilişkin hükümler uygulanacağından, alacaklının pay sahibini ibra etmesi yöneticinin iç ilişki gereğince yapacağı rücuya engel oluşturmamalıdır. Ne de olsa, alacaklı, müteselsil borçlulardan birisiyle anlaşarak diğer müteselsil borçlunun durumunu ağırlaştıramaz. Bu değerlendirmeler için bkz. Reinickeffiedtke, s. 77-80.

liğe büründürdüğünü biliyoruz. Ne var ki, TBK. m. 587 f. 3'ün bu bakımdan özel olarak ele alınması gerekebilir. Başka kefillerin de bulunduğu veya bulunacağına güvenerek kefil olan kişi, kefalet sözleşmesi sırasında, kendi yükümlülüğünün diğer kefillerden bağımsız olduğunu belirtebilir. Bir başka deyişle, başka kefillerin varlığına ilişkin güveni boşa çıksa bile sorumluluğunun devam edeceğini, TBK m. 587 f. 3'ün uygulanmasını istemeyeceğini taahhüt edebilir. Diğer kefillerin varlığına güvence bile bu güveni kendi yükümlülüğünün bir "gereği" olarak kabul etmeyen kefilin, bu durumu açıklamasına ve TBK m. 587 f. 3'ün uygulanmayacağını belirtmesine bir engel düşünülemez. Yeter ki, yaptığı bu açıklamanın ne anlama geldiğinin ve neyi ileri sürmekten vazgeçmiş olduğunun tam olarak farkında olsun. Demek oluyor ki, TBK m. 587 f. 3 bu açıdan emredici değildir.

Beck, başka kefillerin de varlığına güvenerek yükümlülük altına giren kefilin, kefalet sözleşmesi yapılırken İsv. BK. m. 497 f 3 (TBK m. 587 f 3)'ün uygulanmasından vazgeçmiş olmadığı holde, bu hükmün sağladığı korumadan sonradan vazgeçmesinin mümkün olup olmadığını tartışmaktadır. Yazara göre, söz konusu hükmün emrediciliği, kefalet sözleşmesi yapılırken değil de değiştirilirken bir sonun olarak ortaya çıkar. Başka kefillerin de bulunacağını göz önünde tutarak kefil olan kişinin, bu güveninin boşa çıkmasına rağmen yükümlü kalmaya devam etmek istemesi ve İsv. BK. m. 497 f 3 (TBK m. 587 f 3)'e dayanmayacağını ileri sürmesi, kefalet sözleşmesinin değiştirilmesi anlamına gelir. Söz konusu hükmün emredici olmadığı kabul edilirse, kefilin durumunu ağırlaştıran bu türden bir değişik/iğin kefaletin geçerlilik şekline uygun olarak gerçekleştirilmesi gerekir. Buna karşılık, İsv. BK. m. 497 f 3 (TBK m. 587 f 3)'ün emredici olduğu kabul edilir ve başka kefillerin varlığına güvenin boşa çıkmasının kefalet yükümlülüğünden kurtarıcı etkisi zorunlu olarak ortaya çıkarsa, yükümlülüğün devamını sağlamak için geçerlilik şekline uygun yeni bir kefalet sözleşmesi yapmak kaçınılmaz olacaktır. Görülüyor ki, İsv. BK. m. 497 f 3 (TBK m. 587 f 3)'ün kefalet sözleşmesinde sonradan değişiklik yapılması bakımından emredici olduğunu kabul edip etmemek, pratik açıdan bir fark yaratmamaktadır. Her durumda, kefaletin geçerlilik şekline uyularak beyanda bulunulması gerekmektedir?²⁰³. Kanaa-

203 Beck, Art. 497, N. 48; TBK. m. 587 f. 3'e denk düşen EBK m. 488 c. 3'ün hiçbir şekilde emredici olmadığıdoğrultusunda bkz. Reisoğlu, Kefalet, s. 148. Pestalozzi, kefalet sözleşmesi yapılırken OR Art. 497 Abs 3 düzenlemesinin uygulanmayacağı kararlaştırılıyorsa, kefaletin geçerlilik şekline uyulmasının gerekmediğinin belki kabul edilebileceği, ne var ki, sonradan kefalet sözleşmesinde değişiklik yapılması yoluyla OR Art. 497 Abs. 3 düzenlemesinin uygulanmayacağı kararlaştırılıyorsa, kefilin yükümlülüğünü ağırlaştırıcı bu değişikliğin kefaletin geçerlilik şekline uyularak yapılması gerektiğini belirtmektedir. Pestalozzi, Art. 497, N. 12.

383

olacağına ilişkin beklentinin boşa çıkmasına ilişkin düzenlemenin kıyas yoluyla uygulanması, böyle bir sonucu kabul etmeye olanak verecektir²⁰⁴. Bu uygulama İsviçre kefalet hukukunda 1941 yılında yapılan revizyondan sonra yasalaşmış ve OR Art. 497 Abs. 3 düzenlemesinde yer almıştır. Buna göre, kefillerden birisinin alacaklı tarafından borçtan kurtarılması veya kefaletinin hükümsüz olduğuna karar verilmesi durumunda diğer kefiller de borcundan kurtulacaktır. İsviçre hukukunda yapılan değişiklik bir yenilik anlamını taşımadığına ve öteden beri devam eden uygulamanın yasalaştırılması anlamına geldiğine göre, 818 sayılı Borçlar Kanunu çerçevesinde de aynı sonuca ulaşılabilirdi. Şu halde, 818 sayılı EBK m. 488 c. 3'ün ya doğrudan ya da kıyasen uygulanmasıyla isv. BK. m. 497 f. 3'te ele alınan bütün olasılıklarda aynı çözüme ulaşılması mümkün olacaktı. EBK m. 488 c. 3, sonradan başka kişilerin de kefil olacağını göz önünde tutarak kefil olanlardan söz etmesine rağmen, halihazırda başka kefillerin varlığına güvenerek kefil olanların da bu hükmün kapsamına girdiği kabul edilebilirdi²⁰⁵. Sonuç olarak, sadece başka kişilerin de kefil olacağını öngörerek kefalet yükümlülüğü altına girenler değil, halihazırda başka kefillerin bulunduğu kanaatiyle kefil olarak sorumluluk üstlenenler de, kendi yükümlülüklerinin bir "*gereği*" saydıkları bu olgu gerçekleşmediği takdirde kefalet borcundan kurtulacaklardır. 6098 sayılı TBK m. 587 f. 3, bu düşünceye uygun bir düzenleme getirmiş ve isviçre'de 1941 revizyonunda kabul edilen formülü hukukumuzda ithal etmiştir.

Kefil olacağı öngörülen kişilerden sadece bir tanesinin kefil olmaması durumunda bile, TBK m. 587 f. 3 uygulanır. Kefil olacağı beklentisi boşa çıkan kişinin yerini bir başkasının alması, bu kişiyi göz önünde tutarak kefil olanların sorumluluktan kurtulmasını engellemez. Kefaleti gerçekleşmeyen

204 Bu uygulama için bkz **Bcck**. Art. 497. N. 47; BGE 63 11 168; BGE 60 il 232; BGE 59 il 31.

205 Burada hOkmOn doğrudan anmadığı bir durumu da kapsamına aldığı sonucuna hükmün yorumu yoluyla ulaşıldığına göre. sOz konusu hOkmOn kıyas yoluyla uygulanması, kanaatimizce, sOz konusu değildir. Birlikte kefillerden birisinin yOkümlUIUğünün geçerli olmadığı anlaşıldığında veya kefillerden birisinin alacaklı tarafından borçtan kurtarılması durumunda diğer kefillerin de yOkOmIOIOklerinin sona erdiğinin ileri sürülebileceği, Oteden beri TOrk öğretisinde de kabul edilmekteydi. Reisoğlu, Kefalet, s. 147; Elçin Grassinger, s. 177-178; Barlas, Bazı Sorunlar, s. 66. Konuya ilişkin olarak ayrıca bkz. Haluk Burcuoğlu, Yargıtay 11. Hukuk Dairesinin Birden Çok Kefilin Yer Aldığı Bir Genel Kredi Sözleşmesine ilişkin 25. 06. 1986 T. Ve E. 1986/3148, 1986/3868 Sayılı Karan Üstüne, IBD, C. 60, S. 10-11-12, s. 651 vd; Gülçin Elçin Grassinger, Kefalet Sözleşmesinden Doğan Bazı Hukuki Sorunlar, TOrk İsviçre Hukuk Günleri Banka ve TOketici Hukuku Sorunları Sempozyumu, İstanbul 2010, s. 305 vd.

kişinin yerine geçen kefilin ödeme gücünün daha yüksek olması bu sonucun gerçekleşmesini engellemez. Bu son olasılıkta bile TBK m. 587 f. 3'un uygulanmasının alacaklı için ne kadar sert bir sonuç olduğu açıktır²⁰⁶.

Birlikte kefil olan kişilerden birinin kefaletinin geçersizliği hangi sebebe dayanırsa dayansın, diğerlerinin sorumluluğu TBK. m. 587 f. 3 uyarınca ortadan kalkar. Şu halde, geçersizlik, ehliyetsizlikten, irade sakatlığından veya şekle aykırılıktan kaynaklanabilir. Ne var ki, birlikte kefillerden birinin kefaletinin geçersizliği diğer bir kefile yüklenebiliyorsa, bu kefil kendi sebep olduğu geçersizliği ileri sürerek TBK m. 587 f. 3'e dayanamaz. Böyle bir davranışın dürüstlük kuralına aykırı düşeceği açıktır²⁰⁷. Birlikte kefillerden birisinin konkordato sonucunda yükümlülüğünün bir kısmından kurtulması, kendisini göz önünde tutarak yükümlülük üstlenen diğer kefilleri etkilemez. Böyle bir durumda, diğer kefiller, kendi sorumluluklarının da aynı oranda ortadan kalktığını ileri süremezler²⁰⁸. Bunun gibi birlikte kefillerden birinin sonradan alacaklı sıfatını kazanması ve bu nedenle kefil olarak sorumlu olmaktan çıkması, diğer kefillerin sorumluluğunun TBK m. 587 f. 3 gereğince son bulmasına yol açmaz. Gerçekten de, birlikte kefillerden birisinin **alacaklıya** mirasçı olması veya alacağı satın alması yüzünden böyle bir durumun ortaya çıkması mümkündür. Bu olasılıkta, alacaklı sıfatını da kazandığı için kefil olarak sorumluluğu son bulan kişi, diğer kefillerden talepte bulunurken kendi payı oranında düşük talepte bulunmalıdır. Bir başka deyişle, diğer kefillerin sorumluluğu alacaklı sıfatını kazanan kefilin payı oranında azalmalıdır²⁰⁹.

Bir kefilin TBK. m. 587 f. 3'e dayanarak sorumluluktan kurtulduğunu ileri sürebilmesi için, diğer bir kefilin yükümlülüğünün gerçekleşmemesi yüzünden zarara uğramış olması gerekli değildir. Kefaletinin geçersiz olduğu anlaşılan kişi kendi payını alacaklıya ödemiş olduğu takdirde, diğer kefiller bu geçersizlik nedeniyle bir zarara uğramış değildirler. Ne var ki, yine de, TBK. m. 587 f. 3'e dayanarak sorumluluktan kurtulduklarını ileri sürebilirler²¹⁰. Bunun gibi, geçersiz bir şekilde yükümlülük altına giren kefil,

206 BGE 63 II 168; Beck, Art. 497, N. 58; Giovanoli, Art. 497, N. 29; Pestalozzi, Art. 497, N. 12; Reisoğlu, Kefalet, s. 145-146.

207 Beck, Art. 497, N. 60.

208 Beck, Art. 497, N. 59.

209 Beck, Art. 497, N. 61; Reisoğlu, Kefalet, s. 147, dpn 141.

210 Beck, Art. 497, N. 62.

bu geçersizliği ileri sürmeyeceğini ve alacaklıya ifada bulunacağını açıklayabilir. Ne var ki, kendisini göz önünde tutarak sorumluluk altına giren diğer kefiller, bu açıklamaya rağmen borçtan kurtulduklarını ileri sürebileceklerdir. Bütün bu sonuçların alacaklı için oldukça sert olduğu ortadadır.

TBK m. 587 f. 3'ün öngördüğü hukuki sonuç, başkalarının kefaletini göz önünde tutarak kefil olan kişinin sorumluluktan bütünüyle kurtulmasıdır. Bu sonucun, yukarıda gözlendiği gibi, kimi özel durumlarda alacaklı açısından oldukça sertlik taşıdığı söylenebilecektir. Bu yüzden, hakkaniyetin gerektirdiği durumlarda, kefilin sorumluluktan bütünüyle kurtulması yerine sorumluluğunun azaltılması yoluna gidilmesi akla gelebilir. Böyle durumlarda, **TBK.** m. 587 f. 3'e dayanan kefillerin, yükümlülüğü gerçekleşmeyen kefilin iç ilişkideki payı oranında sorumluluktan kurtulduklarını söylemek amaca daha uygun düşebilir. Ne var ki, TBK m. 587 f. 3'ün lafzı, kefilin kısmen sorumluluktan kurtulduğunu ileri sürmeye engel görünmekte, "*ya hep ya hiç*" doğrultusundaki bir çözümü benimsemiş görünmektedir. İsviçre kanun koyucusu, kefalet hükümlerinin 1941 yılındaki revizyonunda bu soruna da el atmış, birlikte kefillerden birisinin kefaletinin geçersizliği durumunda diğerlerinin sorumluluktan kısmen kurtulduğunu hakimın kabul edebileceğini belirtmiştir (OR Art. 497, Abs. 3). TBK. m. 587 f. 3, bu olanağı hakime tanımamış görünmektedir²¹¹.

211 19 HD'nin 28. 3. 2003 tarih ve E. 2001/6979, K. 2002/2287 sayılı kararında, "*ya hep ya hiç*" şeklinde bir çözüme gidilmemiş, bir başka kefilin varlığına güvenerek kefil olan kişinin, bu güveninin boşa çıkması ve diğer kefilin kefaletinin geçersiz olduğunun anlaşılması olasılığında sorumluluktan kısmen kurtulacağı sonucuna varılmıştır. "Davacı vekili, mOvek.k.ilinin dava dışı Mehmet Yaşar K.'nın davalı bankadan aldığı krediye kefil olduğun sözleşmeyi imzalarken diğer kefil Naci A.'ın kefaletine de güvendiğini, ancak daha sonra adı geçen kefalet imzasının sahte olduğunun yargılama sonucu saptandığını, davalı bankanın Naci A.'ı kefil göstererek müvekkilinin yanılmasına yol açtığını, bu nedenle sözleşmeden dolayı müvekkilinin sorumlu tutulamayacağını ileri sürerek 1.276.400.000.-TL'nin istirdatına, 1.353.400.000.-TL. borçlu olmadığının tespitine karar verilmesini talep ve dava etmiştir. Davalı cevap vermemiş ve duruşmalara katılmamıştır. Mahkemece kredi sözleşmesindeki imzanın davacıya ait olduğu, diğer kefil Naci A.'ın imzasının sahte olmasının davacı kefilin borçtan kurtulması sonucunu doğurmayacağı gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiş, hilküm davacı vekiline temyiz edilmiştir. Davalı banka ile dava dışı Mehmet Yaşar K. arasında akdedilen 5.3.1998 tarihli kredi sözleşmesinde Naci A. ve Halil İbrahim A. kefil olarak yer almışlardır. Davacı kendinden önceki kefil Naci A.'ın imzaya itirazı üzerine bu kefilin sözleşme konusu borçtan sorumlu tutulmadığını, bu kefaletle güvenerek kefil olduğu için kefaleten dolayı sorumluluğu bulunmadığını ileri sürerek menfi tespit davası açmıştır. BanJca kredi sözleşmesine kefil Naci A.'ın imzasını alırken, gerekli dikkat ve özeni

TBK m. 587 f. 3'in neyi düzenlediğine ilişkin olarak sonuç itibarıyla şunu söylemek mümkündür: Başka kişilerin de kefil olarak sorumluluk üstleneceği veya üstlenmiş olduğu saikiyle sorumluluk altına giren kefil, bu saike yasa tarafından "koşul" etkisi bağlandığını ileri sürebilecektir. Kefil olması söz konusu olan kişiler yükümlülük altına girmemişse "gecilciinci koşulun gerçekleşmediği", mevcut kefillerden biri borçtan ırurtanlırsa veya kefaletinin geçersizliğine karar verilirse "bozucu koşulun gerçekleştiği .." söylenecektir. Alacaklının kefillerden birisini ibra etmesi olasılığın TBK. m. 587 f. 3 uyarınca bu ibra diğer kefiller bakımından da sonuç doğurur2L?.

göstermeyerek, diğer kefil Halil İbrahim A.'ın bu kefile 1/2 oranında rücu etmesini önlemiştir. Bu nedenle, rücu edebileceği nispetten davacı kefilin borçtan dolayı sorumlu tutulmaması gerekir. Mahkemece bu yön gözetilmeden davanın reddinde **isabet** görülmemiştir". Ne var ki karşı oy yazısında, başka bir kefilin varlığını göz önünde tutarak kefil olan kişinin, bu beklentisinin boşa çıkması durumunda, sorumluluktan bütünüyle kurtulmuş sayılması gerekliliğinin, bir başka deyişle EBK m. 488 c. 3 (TBK. m. 587 f. 3)'e egemen olan "ya hep ya hiç" anlayışının üzerinde durulmuştur. Karardaki karşı oy yazısı şu şekildedir: "Kefaletin aynı borca diğer kimselerin de kefalet etmesi şartıyla vaki olduğuna alacaklının vukufu bulunduğunu kabule mahal olan hallerde, bu şart gerçekleşmezse kefil sorumluluktan kurtulur (EBK m. 488/111-TBK. m. 587 f. 3). Sorumluluktan kurtulma, birlikte kefaletin diğer kişi veya kişilerin kefaletinin de kefil tarafından şart koşulması ve alacaklının kefilin bu koşulla kefalet ettiğini bilmesi ile mümkün olur. Bu konuda uyuşmazlık çıktığı takdirde ise kefalet senedinin bu koşulla imzalandığının ispat yükümlülüğü de bu hususu ileri süren kefile aittir. Somut olayda dava konusu Genel Kredi Sözleşmesinin müteselsil kefiller bölümünde ilk sırada Naci A.'ın ikinci sırada davacının isim ve imzası bulunmaktadır. Başka bir deyimle davacının isim ve imzası aynı bölümde değil, müteselsil kefiller bölümü içerisinde ve Naci A.'ın isim ve imzasından sonra yer almaktadır. Sözleşmenin 12. maddesinde ise birlikte kefaletten de söz edilmiştir. Bu haller, davacının kefaletinin aynı borca Naci A.'ın da kefalet etmesi şartıyla vaki olduğuna alacaklının vukufu bulunduğunu kabule mahal olan hallerdendir. Kefillerden Naci A.'ın imzasının sahte olduğu saptanmış ve böylece birlikte kefalet şartı gerçekleşmemiştir. O halde B.K.nun 488/3.maddesi (TBK. m. 587 f. 3) gereğince kanun koyucunun gayesi de gözönünde tutulduğunda davacı kefilin sorumluluktan tamamen kurtulduğunun kabulü gerekir. Hükmün bu gerekçeyle bozulması gerektiği kanaatinde olduğumdan sayın çoğunluğun bozma gerekçesine katılmıyorum".

- 212 Beck'e göre, OR Art. 497 Abs. 3 {TBK m. 587 f. 3} düzenlemesinde belirtilen olgunun gerçekleşmesi, kefalet sözleşmesinin yasa gereğince "kesin hükümsüz" olması sonucunu doğurur. O halde, kefil olacağı düşünülen kimselerden birinin sorumluluk altına girmesi söz konusu olmaz veya birlikte kefillerden birisinin kefaleti iptal edilebilirlik dışında bir sebeple hükümsüz olursa, OR Art. 497 Abs. 3 düzenlemesine dayanan kefilin yaptığı kefalet sözleşmesi kesin hükümsüz sayılır. Bu kesin hükümsüzlüğün ilgili herkes tarafından ileri sürülebilmesi de kuşkusuz mümkündür. Birlikte kefillerden birisi

TBK m. 587 f. 3, birlikte kefaletin bütün türleri için uygulanma yeteneğine sahiptir. Müteselsil birlikte kefalet kadar adi birlikte kefalet için de uygulanabilir. Başka kişilerin müteselsil kefil olarak sorumluluk üstleneceğini göz önünde tutarak kefil olan kişi de, adi kefil sıfatını taşıyan başka kişilerin varlığına güvenerek kefil olan kişi de, bu düşünceleri gerçekleşmediği takdirde TBK. m. 587 f. 3'e dayanabilirler. Ne var ki, bir "*saik*" açısından "*koşul*" kurumunun etkilerini kabul eden bu istisnai hüküm, kefaletten başka ilişkilerde uygulama alanı bulamaz. Bu nedenle kendisinden başka kişilerin de garanti vereceğini göz önünde tutarak garanti veren, bu düşüncesi boşa çıkarsa TBK. m. 587 f. 3'e dayanamaz²¹³.

TBK. m. 587 f. 3'ün uygulanabilmesi için, *başka kefillerin* bulunduğu veya bulunacağına ilişkin bir güven duyulması gerekir. Kefil olan kişinin *rehin türünden teminatların bulunduğu veya bulunacağına* güvenmesi ve bu güveninin boşa çıkması, TBK. m. 587 f. 3'e dayanabilmesini sağlamaz Aynı şekilde, bir kimsenin rücu kefil olacağını göz önünde tutarak kefil olan kişinin bu beklentisinin boşa çıkması, TBK. m. 587 f. 3'ün uygulanmasını sağlamaz²¹⁴. Aynı borcu güvence altına alan bir rehin hakkının bulunduğu veya rücu kefil olacak birisinin bulunması beklentileriyle kefil olan kişi, bu beklentilerinin gerçekleşmemesinden endişe ediyor ve sorumluluktan kurtulmanın kapısını açmak istiyorsa, gerçek anlamıyla koşul kurumuna başvurmalıdır. "*Rehin türünden bir güvencenin sağlanamaması*" veya "*rücu kefil olan birisinin bulunmaması*" olguları kefalet sözleşmesi bakımından bozucu koşul olarak kararlaştırılırsa, bu olguların gerçekleşmemesi üzerine kefilin sorumluluğu sona erer. Bu olgular *koşul* katına çıkarılmadığı tak-

alacaklı tarafından ibra edilirse, bu ibra diğer kefiller açısından da sonuç doğurur. Birlikte kefillerden birisinin kefaletinin hükümsüzlüğü mahkeme tarafından tespit edilirse, mahkemenin verdiği karar, OR Art. 497 Abs. 3 düzenlemesine dayanması mümkün olan kefilin kefaletinin hükümsüzlüğünü de tespit etmiş sayılır. İsviçre'de 1941 yılında yapılan revizyondan sonra, birlikte kefillerden birisinin kefaletinin hükümsüzlüğünün tespiti, her zaman, diğer kefaletlerin de hilkilmsilz olduğu anlamına gelmeyecektir. Hakim, hakkaniyet gerektiriyorsa, OR Art. 497 Abs. 3 düzenlemesine dayanması mümkün olan kefilin sorumluluğunun indirilmesine karar verebilecektir. Pestalozzi'ye göre, kefilin yükümlülüğü muaccel olana kadar göz önünde tuttuğu kişilerin kefaleti gerçekleşmezse, OR Art. 497 Abs. 3 etkisini gösterecek ve kefil sorumluluktan kurtulacaktır Demek oluyor ki, Pestalozzi, göz önünde tutulan diğer kimselerin kefaletinin gerçekleşmemesi olgusuna bir "*bozucu koşul*" etkisi tanımaktadır. Pestalozzi, Art. 497, N. 13.

213 Beck, Art. 497, N. 49-50; Reisoğlu, Kefalet, s. 142.

214 Beck, art. 497, N. 51; Reisoğlu, Kefalet, s. 142-143.

dirde, kefil için "temel yanılması (TBK m. 32)" veya *waldaimo* {TBK m 36)" hükümlerine dayanarak iptal beyanında bulunmak d14>ında bu olanak söz konusu olmaz. Bu hükümlerin uygulanmasını mümkün **kılan koşullann** gerçekleştiğini ispat etmek de kefile düşer²¹⁵.

Alacaklının bir rehin kurma sözleşmesinin kendisine ıerdığı haöo ılLr yanacağını ve rehin hakkının kurulmasını sağlayacağını göz= önünde tutarak kefil olan kişinin, alacaklının gerekli çabayı göstermemesi ve rehin hakkının kurulmasını sağlamaması durumunda korunması gerektiği açıktır. BöylL bir kişinin durumu, genel olarak bir rehin haklunun kurulacağına manaralc kefil olan kişinin durumundan farklıdır. Ortada bir rehin kurma sözleşmesi..Jı vardır ve alacaklının bu sözleşmeye dayanarak rehin hakkının kurulmasını sağlaması mümkündür. Rehin hakkının kurulacağına güvenerek kefil olan kişiyi, rehin kurma sözleşmesinden kaynaklanan hafckının yerine getirilmesini ve rehin hak/anın kurulmasını sağlamayan alacaklının bütün kupsamı_v-la sorumlu tutabilmesi dürüstlük kuralıyla bağdaşmaz. Bu olasılı.Jcia. kefil. alacaklı karşısındaki sorumluluğunun indirilmesini isteyebilmelidir. Alacaklı rehin kurma sözleşmesinin ifasını ve rehin hakkının kurulmasını sağlasaydı. rehnin paraya çevrilmesi sonucunda hangi tutan elde edebilecekse. kefiliden bu tutarda düşük ödeme yapmasını isteyebilmelidir. Rehnin paraya çevrilmesiyle alacağın bütünü karşılanabilecekse, kefil de bütünüyle sorumlu/ukıan kurtulmalıdı?16.

TBK m. 587 f. 3'e dayanmak isteyen kefilin, bu hükmün uygulanmasını mümkün kılan hukuki olgunun gerçekleştiğini ispat etmesi gerekir (MK m. 6). Bu ispat külfeti, birbirine bağlı iki hususun ispat edilmesini gerektirir. Kefil, "başka kefillerin de bulunduğunu (veya bulunacağım) göz önünde tutarak yükümlülük altına girdiğini" ve "bu durumun alacaklı tarafından bilinebilir olduğunu" ispat edecektir. İspatı gereken husus "maddi olgu,, niteliğini taşıdığından, her türlü başvurulması mümkündür. Kefalet yükümlülüğü üstlenilirken başka kefillerin varlığına (veya var olacağına) güvenildiği, durum ve koşulların değerlendirilmesinden çıkarılabilir. Böyle bir güvenin kefalet belgesine yansması gerekli değildi-217. Kefalet belgesinde birden fazla kefilin isminin bulunması, bu belgeyi imzalayan kefilin ismi yazılı olan diğer kefillerin de yükümlülük altına gireceğini göz önünde tuttuğunu kabul etmeye imkan verir. Kefalet metninde birden fazla kefiliden söz ediliyor olması, bu kefiller ismen belirtilmiş olmasa bile, söz konusu metni imzalayarak kefil

215 Beck, Art. 497, N. 51; Elçin Grassinger, s. 180.

216 Beck, Art. 497, N. 51; Reisoğlu, Kefalet, s. 143.

217 Reisoğlu, Kefalet, s. 145.

olan kişinin başka kişilerin de kefil olacağı kanaatiyle hareket ettiğini kabule elverişlidir. Bütün bu durumlarda, başka kefillerin bulunduğu (veya bulunacağına) güven duyarak sorumluluk üstlenildiğini alacaklının da bilmesi gerektiği söylenebilir²¹⁸. Alacaklı görünüşün yol açtığı fiili karinenin aksini ispat edebilir kuşkusuz. Bir başka deyişle, alacaklı, başka hiç kimsenin kefil olmayacağı bilinseydi yine de kefil olunacağını ispatlayabilir²¹⁹. İlk derece mahkemesi tarafından ispat edilmiş olduğu kabul edilen bu maddi olguya ilişkin deliller, hukuki denetim yapmakla yetinmesi gereken Yüksek Mahkeme tarafından bir daha kontrol edilmez²²⁰.

- 218 Beck, Art. 497, N. 56; Pestalozzi, Art. 497, N. 12; Reisoğlu, Kefalet, s. 144-145. 11 HD'nin 14. 6. 1985 tarih ve E. 1985/2643, K. 1985/3880 sayılı kararında, başka kefillerin de bulunacağı kanaatiyle kefil olunduğunun ispatı bakımından oldukça titiz davranılmıştır. Kefil olan kişinin imzaladığı belgede, başka kişilerin de kefil olarak adları geçmektedir. Ne var ki, adı geçen bu kişilerin imzalan bulunmamaktadır. Bu durum, başka kefillerin varlığına güvenilerek hareket edildiği olgusunun ispatı bakımından yeterli görülmemiştir. Bu kararda konuya ilişkin olarak şu açıklamalar yer almaktadır: "Mahkemece, taahhütnamede birden çok kefilin ismi bulunduğu halde sadece davalının imzasının olduğu, davalının birlikte kefil olacağı şahısların varlığı karşısında birlikte sorumluluk yOklenecek.leri düşüncesi ile kefalet sözleşmesini imzalamış olduğu, buna göre BK.nuo 488/III. maddesi (TBK. m. 587 f. 3) uyarınca davalının kefaletten sorumlu tutulamayacağı gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiştir. Kararı davalı vekili temyiz etmiştir. Birlikte kefalet, birden çok kimsenin aynı borca kefil olmasıdır. Kefillerin aynı anda yükümlülük altına girmeleri zorunlu değildir. Fakat"en az birbirlerinin kefaletinden bilgileri olması ve bu yönü gözönüne alarak kefil olmaları gerekir. Kefilin aynı borca kendisiye birlikte diğer kişilerin de kefalet edeceğini düşünerek kefil olduğunu, alacaklının bildiği veya bilmesi gerektiğini ispat etmesi halinde, bu kefalet şarta bağlanmış sayılır. Eğer bu şart gerçekleşmemiş ise, kefil sorumluluktan kurtulur. Bu yönün isbatı da, Usul hükümleri gözönünde tutularak ileri süren tarafından yapılır. Davalı vekili cevap dilekçesinde vekil edenin davalının alacağına birlikte kefil olduğunu ve bu kefaletin şartlarının oluşmadığını açıklamıştır. Bu savunmanın isbatı davalıya aittir. Davalının ibraz ettiği deliller biraz önce açıklanan savunmayı isbat edecek güçte değildir. Umumi taahhütnamede birlikte kefaletle ilişkin hiçbir açıklama yoktur. Aksine müşterek borçluluk ve müteselsil kefalet öngörülmüştür. Bu nedenle umumi taahhütnamede, davalıdan başka kişileri ad ve soyadlarının yazılması ve bu ad ve soyadların karşılarında imza bulunmaması hali, davalının savunmasını ispata yeterli değildir. AçıkJanan bu duruma göre, davalının birlikte kefil değil müşterek borçlu ve müteselsil kefil olduğu, başka bir deyişle "ak.it firma" gibi borcun tamamından sorumlu olduğu kabulü gerekir. Mahkemece bu yönlerin gözden uzak tutulması doğru görülmemiş ve hükmün belirtilen nedenlerle bozulması gerekmiştir" (kazancı bilgi ve içtihat bankası).

219 Beck, Art. 497, N. 56.

220 Beck, Art. 497, N. 52.

TBK. m. 587 f. 3'ün uygulanabilmesi için, *"başka le.afil/erin varlığına güvenilerek kefalet yükümlülüğü altına girildiği"* olgusu alacaklı tarafından bilinebilir olmalıdır. Alacaklı dışındaki kişilerin, bu arada esas borçlunun söz konusu olgunun farkında olması yeterli değildir. Kefil olan kişi, başka kefillerin varlığına ilişkin olarak esas borçlu tarafından yanıltılmış olabilir. Bu takdirde üçüncü kişinin aldatması söz konusu olur ve alacaklının bu durumu bilmesi gerekiyorsa kefalet sözleşmesinin iptali mümkün olur (TBK. m. 36 f. 2). Başka kefillerin varlığına güvenilerek hareket edildiği olgusunu alacaklının müspet vukufla bilmesi aranmaz. Gerekli özeni gösteren alacaklı kefilin bu türden bir saik altında hareket ettiğinin farkına **varacaksa**, TBK. m. 587 f. 3'e dayanılması mümkün olm.²²¹

IV. Kefile, rücu ve zarara kefalet

A. Kefile kefalet

Kefile kefil TBK m. 588 f. 1'de ele alınmaktadır: *"Alacaklıya, kefilin borcu için güvence veren kefile kefil, kefil ile birlikte, adi kefil gibi sorumludur"*. Kefile kefilin ne olduğunu tanımlayan bu düzenleme olmasaydı, hükümde tanımlanan türden bir kefalet sözleşmesinin kurulması kuşkusuz mümkün olurdu. Esas borcun türü bakımından bir sınırlama söz konusu olmadığına göre, kefilin alacaklı karşısında üstlendiği yükümlülüğü esas borç olarak kabul eden bir kefalet sözleşmesinin yapılmasına hiçbir engel düşünülemezdi. O halde, kefile kefil olmak, TBK m. 581'de tanımlanan olağan bir kefalet sözleşmesi yapmak anlamına gelir. Özelliği esas borç bakımından ortaya çıkar. 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. Böylelikle bir kefalet sözleşmesindeki kefilin ödeme gücünün bulunmamasına karşı, aynı kefalet sözleşmesinin alacaklısına karşı teminat verilmiş olur. Kefile kefalet de, kefalet sözleşmesini düzenleyen TBK m. 581 vd hükümlerin uygulanacağı kuşkusuzdur²²².

Lehine kefalet güvencesi verilmiş kefil esas borçlu konumundadır. Esas borçlu konumundaki bu kefile bundan böyle asıl kefil olarak isimlendirebiliriz. Asıl kefilin borcundan ötürü kişisel sorumluluk üstlenen kefilese, ku-

221 Beck, Art. 497, N. 53; Giovanoli, Art. 497, N. 29; Elçin Grassinger, s. 175-176; İpek, s. 548.

222 Beck, Art. 498, N. 2.

ral olarak, adi kefil olarak nitelendirilecektir. Bu kuralın aksinin kararlaştırılması ve kefile kefilin "*müteselsil kefil*" sıfatıyla sorumluluk üstlenmesi mümkündür. Asıl kefil ile kefile kefil, TBK m. 587 anlamında birlikte kefil değildirler. Kefile kefil olan kişi, asıl kefilin borcunu ifa etmemesi üzerine alacaklıya ödemede bulunursa, asıl kefile ödediği tutarın tümü için rücu edebilir. TBK m. 587'de düzenlenen birlikte kefalette karşımıza çıkan "*ödeme yapan kefilin diğerlerine payları oranında rücu etmesi*" ilkesi, burada söz konusu değildir²³.

Alacaklı karşısında birden fazla kefil varsa, bunlardan birisinin kefile kefil sıfatını taşıdığı kural olarak kabul edilemez. Birden fazla kefinden birisinin esas borç için değil de diğer bir kefilin borcu için kişisel sorumluluk üstlendiği, ya bu kişinin yaptığı kefalet sözleşmesine ilişkin belgeden anlaşılmalı ya da durum ve koşulların değerlendirilmesinden kuşkuya yer bırakmayacak bir şekilde ortaya çıkmalıdır. "*Kefile kefil*" olan kişi adi kefil sıfatını taşıyacaksa, bu durum, kefil olarak üstlenilen sorumluluğun en hafif görünümünü ifade eder. Bu olasılıkta, kefile kefil olma iradesinin varlığının düzenlenen kefalet belgesinin kapsamında yer alması gerekli değildir. Kefalet belgesi dışında kalan hususların değerlendirilmesiyle, kefil olan kişinin esas borçlu için değil de kefillerden biri için ve adi kefil sıfatıyla yükümlülük üstlenmek istediği ortaya koyulabilir. Buna karşılık, kefile kefil olmak isteyen kişinin müteselsil kefil sıfatını taşıması söz konusuysa, hem kefile kefil olma iradesi hem de "*müteselsil kefil*" sıfatıyla "*kefile kefil*" olunacağı kefalet belgesinden anlaşılabilirdir²⁴. Nitekim müteselsil kefil olma iradesinin kefalet belgesinde el yazısıyla yer alması bir şekil koşuludur (TBK. m. 583 f. 1 c. 2). Yasa gereği ortaya çıkan kefile kefil statüsü sadece tek bir olasılıkta söz konusu olur. Adi birlikte kefillerden birisinin esas borçtan diğerlerine düşen pay için kefile kefil sıfatıyla sorumlu olacağı TBK m. 587 f. 1'de belirtilmektedir. Bu olasılık dışında yasa gereği gerçekleşen kefile kefaletten söz edilemez.

Kefile kefaleti içeren sözleşmenin tarafları, esas kefalet ilişkisindeki alacaklıyla kefile kefil olan kişidir. Demek oluyor ki, asıl kefalet sözleşmesinin alacaklısıyla kefile kefalet ilişkisi sözleşmenin alacaklısı aynı kişidir. Kefile kefaleti içeren sözleşmede (bu sözleşmenin tarafı olmayan) esas borçlu konumundaki kişi asıl kefalet sözleşmesindeki kefildir. Görülüyor ki, asıl

223 Beck, Art. 498, N. 3.

224 Beck, Art. 498, N. 4; Pestalozzi, Art. 498, N. 1.

kefalet sözleşmesindeki esas borçluyla kefile kefaletle ilişkin sözleşmedeki esas borçlu aynı kişi değildir-225. Bir kefil, asıl kefalet sözleşmesindeki kefile değil de asıl kefalet sözleşmesinin esas borçlusunun borcundan ötürü kişisel sorumluluk üstlenirse, kefile kefil olarak nitelendirilemez. Olağan bir kefalet sözleşmesi yapmış sayılır. Örneğin, bir kimsenin borcundan ötürü sorumluluk üstlenen bir müteselsil kefil varken bir başka kişi de aynı borçtan ötürü kefil sıfatıyla sorumluluk üstlenirse, kefile kefaletle söz edilemez. Daha önce kefil olan kişiden haberdar olarak sorumluluk üstlenilmişse birlikte kefalet, önceki kefileden haberdar olunmadan sorumluluk üstlenilmişse bağımsız toplu kefalet söz konusu olur.

Olağan bir kefalet sözleşmesinde bu sözleşmenin geçerliliğinin esas borcun geçerli olarak doğması veya devam etmesine bağlı olması gibi, **kefile** kefaletle ilişkin sözleşmenin geçerliliği de geçerli bir esas **kefalet ilişkisinin** varlığını gerektirir. O halde, kefile kefil, esas kefilin **sorumlu tutulabilmesi** durumunda ve sorumlu tutulabildiği ölçüde sorumlu olur²²⁶. Esas **kefalet sözleşmesi** yanılma veya ehliyetsizlik yüzünden asıl kefil için bağlayıcı değilse, kefile kefil olan kişi bu durumu bilerek yükümlülük altına girdiği takdirde²²⁷ TBK m. 582 f. 2 gereğince sorumlu tutulabilir²²⁷. TBK. m. 582 f. 2'deki bu özel durum bir tarafa bırakılırsa, kefile kefil, esas kefilin sahip olduğu (devlet veya itiraz niteliğindeki) bütün savunma sebeplerine dayanabilir. Böylelikle, kefile kefil, asıl kefil tarafından güvence altına alınan borç ilişkisinden kaynaklanan savunmaları da yapma olanağına sahiptir. Asıl kefil esas borç ilişkisinden kaynaklanan bütün savunmalara dayanabildiğine ve kefile kefil esas kefilin yapabileceği bütün savunmaları yapabildiğine göre, kefile kefilin de esas borç ilişkisinden kaynaklanan savunmaları ileri sürmesi pekfil mümkün olacaktır. Asıl kefilin esas borç ilişkisinden kaynaklanan savunma sebeplerine dayanmaktan vazgeçmesi, esas kefilin bunları ileri sürmesine engel değildir. Kefile kefilin esas borçlu konumundaki asıl kefileden daha fazla bir ölçüde sorumlu tutulamayacağı açıktır. Ne var ki, kefile kefilin sorumluluğunun kapsamına asıl kefil hakkında yürütülen dava ve takip giderlerinin gireceği de aynı ölçüde açıktır. Kefile kefilin sorumluluğu esas borcun ortadan kalkması üzerine (asıl kefilin sorumluluğuyla birlikte) ortadan kalkacağı gibi, esas borç ortadan kalkmadan salt asıl kefalet ilişkisinin son bulduğu

225 Beck, Art. 498, N. 5; Pestalozzi, Art. 498, N. 1; Reisoğlu, Kefalet, s. 149.

226 Pestalozzi, Art. 498, N. 3.

227 Bu olasılıkta, dar anlamda kefalet sözleşmesinin değil, esas kefilin borcuna ilişkin kefalet benzeri bir garanti sözleşmesinin varlığından söz edilebilir.

olasılıkta da ortadan kalkar²²⁸. Kefile kefilin sorumluluğunun üst sınırının asıl kefilin sorumluluk sınırından daha düşük olarak belirlenmesi mümkün olduğu gibi, birden fazla kişinin birlikte hareket ederek kefile kefil sıfatıyla yükümlülük üstlenmesi TBK m. 587'nin kapsamına girer.

Aksi kararlaştırılmadığı sürece, kefile kefil olan kişinin asıl kefil yanındaki sorumluluğu, adi kefilin esas borçlu yanındaki sorumluluğu gibi ele alınmalıdır. O halde, kefile kefiliden talepte bulunulabilmesi, kural olarak, TBK. m. 585 f. 1'de sayılan hallerden birinin gerçekleşmesiyle mümkündür. Kefile kefiliden talepte bulunacak kişi, esas kefil olmayıp esas borç ilişkisindeki alacaklıdır. Esas borç ilişkisinde, asıl kefalet sözleşmesinde ve kefile kefalet ilişkisi sözleşmede alacaklı sıfatı aynı kişidedir. Hem esas kefalet sözleşmesinin hem de kefile kefalet ilişkisi sözleşmesinin "*adi kefalet*" niteliğini taşıdığı olasılıkta, kefile kefil olan kişiye başvurmak isteyen alacaklının birçok aşamalardan geçtikten sonra bu amacına ulaşacağı bellidir. Önce esas borçlu takip edilip hakkında borç ödemedenden kesin aciz belgesi alınacak, sonra da asıl kefil hakkında takip yapıp borç ödemedenden kesin aciz belgesi alınması gerekecektir. Asıl kefil "*müteselsil kefil sıfatıyla*" yükümlülük altına girmiş, buna karşılık kefile kefil TBK. m. 588 f. 1'deki karinenin uygulanması sonucunda adi kefil sıfatını taşıyorsa, kefile kefiliden talepte bulunulabilmesi için sadece asıl kefil hakkında borç ödemedenden kesin aciz belgesinin alınması yeterlidir²²⁹. Ne var ki, kefile kefilin de "*müteselsil kefil*" sıfatıyla sorumluluk üstlenmesi ve TBK m. 588 f. 1'deki karinenin aksinin kararlaştırılması pekala mümkündür. Bu olasılıkta, kefile kefiliden talepte bulunulabilmesi için asıl kefil hakkında kesin aciz belgesi alınması gerekmez. Alacaklıyı tatmin eden kefile kefil, ödediği tutarın tümü için asıl kefile rücu edebilir. Kefile kefil ve asıl kefil arasında birlikte kefalet ilişkisi bulunmadığına göre, rücu belirli bir payla sınırlı olarak yapılmayacaktır. Ödeme yapan kefile kefilin alacaklıya halef olması sonucunda, alacaklının asıl kefil karşısında sahip olduğu bütün haklar kefile kefil olan kişiye geçer²³⁰. Alacaklıya

228 Pestalozzi, Art. 498, N. 3.

229 Beck, Art. 498, N. 7; Pestalozzi, Art. 498, N. 4; Tandoğan, Borçlar II, s. 767-768; Reisoğlu, Kefalet, s. 150.

230 Beck, Art. 498, N. 9. Pestalozzi, ödeme yapan kefile kefilin, sadece asıl kefile değil esas borçluya da doğrudan doğruya rücu edebileceğini belirtmektedir. Çünkü kefile kefilin yaptığı ödeme, dolaylı olarak, esas borçlunun borcunun sona ermesine yol açmaktadır. O halde, kefile kefilin, asıl kefile rücu etmeden doğrudan doğruya esas borçluya rücu edebilmesi mümkün olmalıdır. Pestalozzi, Art. 498, N. 5. Giovanoli, kefile kefilin rücu hakkı bakımından en önemli özelliğin, hem esas kefile hem de esas borçluya rücu

ödeme yapan kişi asıl kefil olduğu takdirde, kendi kefiline (**kefile kefil** olan kişiye) rücu hakkı olmayacağı açıktır²³¹.

B. Rücua kefalet

Rücua kefil olan kişinin kim olduğu TBK m. 588 f. 2'de belirtilmiştir. *"Rücua kefil, kefilin borçludan rücu alacağı için güvence veren kefiledir"*. Rücua kefalet de olağan bir kefalet ilişkisi olup, özelliği güvence altına alınan esas borç bakımından ortaya çıkar. Rücua 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, rücua kefil, esas borç için kefil olmuş olan kişinin esas borçluya karşı ileri süreceği rücu alacağı için sorumluluk üstlenmiştir. Rücua kefalet de kefalet sözleşmesine ilişkin TBK m. 581 vd hükümlerin uygulanacağı kuşkusuzdur²³².

Rücua kefaletle ilişkin sözleşmenin taraftan, rücua kefil olan kişiyle esas borç için kefil olan ve esas borçluya karşı rücu alacağına sahip olması söz konusu olan kişidir. Esas borçluya rücu etmesi söz konusu olan kefile birincil kefil, bu kefilin yaptığı kefalet sözleşmesine de birincil kefalet sözleşmesi denilebilir. Esas borç için kefil olan kişi, rücua kefaletle ilişkin sözleşmede alacaklı konumundadır. Rücua kefaletle ilişkin sözleşmenin esas borçlusu, birincil kefalet sözleşmesinin esas borçluyla özdeştir. Rücua kefaletle ilişkin sözleşmeyle güvence altına alınan alacak, ödeme yapan birincil kefilin sahip olacağı rücu alacağıdır. Birincil kefalet sözleşmesindeki alacaklı, rücua **kefil** olan kişiyle sözleşme ilişkisi içerisinde değildir. Rücua kefil olan kişi, adi kefil sıfatıyla sorumluluk üstlenebileceği gibi müteselsil kefil sıfatını taşımayı da kabullenebilir²³³.

Rücua kefaletin bulunup bulunmadığı, kefalet belgesinden çıkarılabilir veya durum ve koşulların değerlendirilmesinden anlaşılabılır. Rücua kefalet kural olmadığı içindir ki, bir kefalet sözleşmesinin bu niteliği taşıdığından anlaşılamaması halinde, esas borç için yapılmış bir adi kefalet sözleşmesinin bulunduğu kabul edilir. Kefil olmak isteyen kişinin irade beyanı alacaklıya

edilebilmesi olduğunu belirtmektedir. Giovanoli, Art. 498, N. 5. Aynı düşünce içi bkz. Reisoğlu, Kefalet, s. 151.

231 Tandoğan, Borçlar II, s. 768; Kılıçoğlu, Halefiyet, s. 106; (Hatemi/Serozan) Arpacı, s. 530; Yavuz, s. 849.

232 Giovanoli, Art. 498, N. 6; Pestalozzi, Art. 498, N. 6.

233 Beck, Art. 498, N. 11; Pestalozzi, Art. 498, N. 6.

değil de mevcut kefile yöneltilmişse, rücu alacağı için kefil olunmak istendiği sonucu çıkarılabilir²³⁴.

Rücu kefaletin geçerliliği, fer'ilik ilkesinin bir sonucu olarak, geçerli bir rücu alacağının doğmasına ve devam etmesine bağlıdır. Rücu kefil, birincil kefilin esas borçlu karşısında bir rücu alacağı olduğu sürece sorumlu tutulabilir. O halde, birincil kefalet sözleşmesinin geçerli olması ve birincil kefilin alacaklıya ödeme yaparak esas borçluya rücu etme hakkını kazanması gereklidir. Dava edilemez nitelikteki bir borca kefil olan kişinin esas borçluya rücu etmesi engellenebileceğinden, bu durumdan rücu kefil olan kişi de yararlanır²³⁵.

Rücu kefalet adi kefalet türündense (ki kural budur), birincil kefilin rücu alacağı doğduktan sonra esas borçluyu takip etmesi ve bu takibin semeresiz kalması rücu kefile başvurabilmesi için gereklidir. Esas borçlu hakkında TBK. m. 585 f. 1'de sayılan hallerden biri mevcutsa, rücu alacağı doğduktan sonra doğrudan rücu kefile başvurulabilir. Rücu kefaletin müteselsil olduğu kararlaştırılmışsa, rücu alacağı doğduktan sonra doğrudan doğruya rücu kefile başvurulması mümkündür²³⁶.

Kendisine rücu edilen esas borçlu hangi savunmaları yapabilecekse, rücu kefil de aynı savunmaları yapabilir. Birincil kefil (rücu kefalet ilişkisinin alacaklı tarafı), esas borçluya ait bir savunma sebebini kullanmadığı (ve bu konuda kusurlu olduğu asıl borçlu tarafından ispatlandığı için) rücu hakkını kaybetmiş olabilir (TBK. m. 591 f. 3). Bu olasılıkta rücu kefil de sorumluluktan kurtulur²³⁷.

Birincil kefil alacaklıya ödeme yapmadığı sürece, rücu kefile karşı olan alacağı "*geciktirici koşula bağlı bir alacak hakkı*" niteliğindedir²³⁸. Ödeme yapan rücu kefil, halefiyet yoluyla birincil kefilin esas borçluya karşı olan rücu alacağını elde edeceği gibi, birincil kefilin kendisiyle birlikte kefil olan kişilere karşı olan rücu alacağını da elde eder²³⁹. "*Halefiyet alacaklının birlikte kefillere karşı olan haklarını da kapsar*" ilkesinin bir sonucudur bu.

234 Beck, Art. 498, N. 12; Pestalozzi, Art. 498, N. 6; Reisoğlu, Kefalet, s. 152.

235 Beck, Art. 498, N. 13; Pestalozzi, Art. 498, N. 6.

236 Beck, Art. 498, N. 14; Pestalozzi, Art. 498, N. 6; Reisoğlu, Kefalet, s. 151.

237 Beck, Art. 498, N. 15; Pestalozzi, Art. 498, N. 7; Tandoğan, Borçlar II, s. 768; Reisoğlu, Kefalet, s. 151.

238 Beck, Art. 498, N. 16; Pestalozzi, Art. 498, N. 7.

239 Giovanoli, Art. 498, N. 9; Pestalozzi, Art. 498, N. 7; Tandoğan, Borçlar II, s. 768; Reisoğlu, Kefalet, s. 152.

C. Açığın kapatılmasına (Zarara) kefalet

Bu kefalet türü, İsviçre Borçlar Kanunu'nun **kefalet** ilkesi, kanun hükmünün revizyonu sırasında pozitif düzenlemeye kavuşmuştur. İsv. B. m. 495 f. 4'te ele alınan açığın kapatılmasına kefalet, İsviçre bakımından bir yenilik anJamına gelmeyip, uygulamada bu kefalet türüne ilişkin olarak kabul edilen esaslar açıkJamakJa yetinen bir düzenlemedir. TBK. m. 585 f. so. İsviçre düzenlemesinden esinlenerek biçimlendirilmiştir. Buna göre. *"Jadece açığı kapatılması için kefil olunmuşsa, borçlu aleyhine yapılan takibin kDırı aci= belgesi alınmasıyla sonuçlanması veya borçlu aleyhine Türkiye'de ıalcibatin imkansız hale gelmesi ya da konkordatonun kesinleşmesi durumlarında. doğrudan doğruya kefile başvurulabilir. Sözleşmede, bu durumlarda alacaklının, önce asıl borçluya başvurmak zorunda olduğu kararlınabilir..*

Açığın kapatılmasına (zarara) kefalet, adi kefaletin bir türüdür. Ne var ki, açığın kapatılması için kefil olan kişinin sorumluluğunun taliliği (ikincilliği) adi kefile oranla daha da artmıştır. Adi kefilin tipik savunmaları olan tartışma def'i ve önce rehnin paraya çevrilmesi def'i bazı durumlarda kullanılamaz. İşte adi kefile özgü bu savunmaların yapılamazlığı geldiği durumlarda da, açığın kapatılmasına kefil olan kişi söz konusu **savunmaları** başarıyla yapabilir.

Açığın kapatılmasına kefil olan kişiden alacaklının talepte bulunabilmesi, borç ödemededen kesin aciz belgesi almış olmasına bağlıdır. Bu zorunluluk, sadece, esas borçlunun ülke içinde takibinin imkansızlaşması **veya esas borçlu** hakkındaki konkordatonun kesinleşmesi olasılığında kalkar. e var ki, esas borçlunun iflas etmiş olması, açığın kapatılmasına kefil olan kişiye başvurabilmek için yeterli değildir. Esas borçlu hakkındaki iflas yoluyla takip sona erdirilmeden önce alacaklının alacağının ne kadannın açıkta kalacağı henüz belli değildir. İflas yoluyla takibin sonuna kadar götürülüp esas borçlu hakkında borç ödemededen kesin aciz belgesinin alınması gerekir. Bu noktada açığın kapatılmasına kefil olan kişinin adi kefilden daha elverişli bir konumda olduğu da ortaya çıkmaktadır. Adi kefilin sahip olduğu tartışma def'i esas borçlunun iflasıyla birlikte ortadan kalkmakta, iflas yoluyla takibin sonuçlanmasını beklemek gerekmemektedir. Diğer taraftan, esas borçlunun iflasına rağmen, alacaklı elindeki rehinleri paraya çevirmeden açığın kapatılmasına kefil olan kişiye başvuramaz. Oysa esas borçlunun iflası, adi kefilin önce rehnin paraya çevrilmesi def'ini kullanmasına engeldir.

Konkordatonun kesinleşmesi durumunda, esas borcun konkordato kapsamında kalan kısmı itibarıyla alacaklının zarara uğradığı sabit olmuş olur.

Şu halde, bu kısım itibarıyla açığın kapatılmasına kefil olan kişiden derhal talepte bulunulabilmesi mümkündür. Buna karşılık, alacağın konkordatonun kapsamı dışında kalan kısmı için açığın kapatılmasına kefil olan kişiye başvurulabilmesi, esas borçlu hakkında borç ödemededen kesin aciz belgesi alınmasını gerektirir.

Esas borçlu hakkında TUrkiyc'de takip yapılması imkansızlaşır, derhal açığın kapatılmasına kefil olan kişiye başvurulabilir. Ne var ki, aksinin kararlaştırılması milmkündOr. Böylelikle. TUrkiyc'de takibi imkansızlaşan esas borçlunun her neredcy e orada takip edilmesi gerektiği, bu takip sonuçlanmadan açığın kapntllmnsına kefil olan kişiye başvurulamayacağı kararlaştıninbilecektir.

Zarara kefaletin söz konusu olduğu. kefalet sözleşmesinde açıkça kararlaştırılmış olabileceği gibi, durum ve koşullann değerlendirilmesinden de çıkarılabilir. Çalışanlara kefalet. zorunlu olmamakla birlikte, çoğunlukla zarara kefalettir.,_

240 Zarara kcfaJct için bkı.. Beck. An. 495, N. 42-46; Giovanoli, Art. 495, N. 24-26; Pestalozzi, Art. 495, N. 9; Tandoğan, Borçlar II. s. 769; (Hatemi/Scrozan) Arpacı, s. 53; Yavuz. s. 84850.

§ 5. Kefil ve Alacaklı Arasındaki İlişkiler

L Kefilin alacaklı karşısındaki savunmaları

A. Genel olarak

Kefilin alacaklı karşısındaki savun.malan, 818 sayılı Borçlar Kanunu 'mm "kefilin defileri" kenar başlığını taşıyan 497. maddesinde ele alınmaktaydı. Bu düzenleme şu şekildeydi: "*Kefil, asıl borçluya ait bütün defi/eri alacaklıya karşı dermeyeran etmek hakkını haiz ve bununla mükelleftir. Fakat kefilin taahhüdünün mahiyetine nazaran hariç kalması liizım gelen defiler, müstesnadır. -Kefil, kendi kusuru olmaksızın bu defi/ere vakıf olduğunu ispat ettiği surette kendisini borcunu edadan vareste edecek bu defi/eri dermeyeran etmemesinden naşi, alacaklıya rücu etmek hakkından mahrum olur*". 818 sayılı Kanun'un bu düzenlemesinde iki nokta hemen dikkati çekmektedir. İlk olarak, kenar başlığın ima ettiğinin aksine, kefilin sahip olduğu bütün savunmalardan söz edilmemektedir. Sadece, esas borçluya ait savunma sebeplerinden kefilin yararlanma hakkı ve bu savun.malan ileri sürme külfeti ele alınmaktadır. Oysa kefilin savunmaları denildiği zaman, esas borçluya ait savunma sebeplerinin kefil tarafından ileri sürülmesi akla geleceği gibi, bizzat kefile ait olan ve alacaklıyla kefil arasındaki ilişkiden kaynaklanan savunma sebepleri de akla gelir. İşte bu ikinci türden savunma sebepleri hükmün ilgi alanının dışında bırakılmıştır. Dikkati çeken ikinci nokta, hükmün açık yazım yanlışları içermesidir. İkinci fıkrada, kefilin "*kendi kusuru olmaksızın bu defi/ere vdkıf olduğunu*" ispat etmesinden söz edilmektedir. Hükmün neyi düzenlediğine bakılırsa, ispata konu olacak hususun yanlış ifade edildiği hemen anlaşılır. Hükümde esas borçluya ait savunma sebeplerini ileri sürmeden alacaklıya ödeme yapan kefilin rücu hakkını yitirmemek için neyi ispat etmesi gerektiği ele alınmaktadır. Şu halde, ispat edilmesi gereken nokta, "*kefilin kendi kusuru olmadan esas borçluya ait savunma sebeplerine vakıf olmamasıdır*". Bu nedenle, hükümdeki "*vakıf olduğunu*" şeklindeki ibare, "*vakıf olmadığını*" olarak anlaşılmalıdır. Bunun gibi esas

borçluya ait savunmaları ileri sürmeyen kefilin rücu hakkını kaybedeceği kişi esas borçludur. Hükümde *"alacaklıya rücu etmek hakkından mahrum"* kalınacağına bildirilmesi açık bir yanlıştır.

818 sayılı Borçlar Kanunu'nun yukarıda ele aldığımız 497. maddesi, kaynak İsviçre Borçlar Kanunu'nun 1941 revizyonundan önceki düzenlemesine dayanmaktaydı (eski İsv. BK. m. 506). 1941 revizyonundan sonra kefilin savunmaları konusu İsv. BK. m. 502'de yer almakta ve eski düzenlemeye nazaran bazı değişiklikler içermektedir. Söz konusu değişiklikler esasa ilişkin değildir. *"Kefilin defi/eri"* kenar başlığını taşıyan İsv. BK. m. 502 şu şekildedir: *"Kefil, esas borçluya veya mirasçılarına ait olan ve esas borçlunun ödeme güçsüzlüğüne ilişkin olmayan defi/eri, alacaklıya karşı ileri sürmek hakkına sahip ve bımımla yükümlüdür. Esas borçlu açısından yanılma veya ehliyetsizlik sebebiyle bağlayıcı olmayan bir borca kefaletten veya zamanaşımına uğramış bir borca kefaletten kaynaklanan özellikler saklıdır. -Esas borçlunun kendisine ait bir defiyi ileri sürmekten vazgeçmiş olmasına rağmen, kefil söz konusu defiyi ileri sürebilir: -Esas borçluya ait olup da kendisini ifada bulunmal l an kurtaracak defi/eri ileri sürmemiş olan kefil, rücu hakkını kaybeder. Meğerki bu defi/eri bilmediğini ve bunda kusuru olmadığını ispat etsin. -Kumar veya bahisten doğan bir borç için kefil olan kişi, borcun bu niteliğini bilerek kefil olmuş olsa bile, esas borçluyula aynı de.fi/eri ileri sürebilir".* Türk Borçlar Kanunu konuyu 591. maddesinde düzenlemiş ve bu düzenlemede İsv. BK. m. 502'yi esas almıştır. TBK. m. 591 şu şekildedir: *"Kefil, asıl borçluya veya mirasçılarına ait olan ve asıl borçlunun ödeme güçsüzlüğünden doğmayan bütün def'ileri alacaklıya karşı ileri sürmek hakkına sahip olduğu gibi, bunları ileri sürmek zorundadır. Yanılma veya sözleşme yapma ehliyetsizliği ya da zamanaşımına uğramış bir borç sebebiyle borçlunun yükümlü olmadığı bir borca bilerek kefalet hali bu hükmün dışındadır. -Asıl borçlu kendisine ait olan bir def'den vazgeçmiş olsa bile kefil, yine de bu defi alacaklıya karşı ileri sürebilir. -Kefil, asıl borçluya ait def'ilerin varlığını bilmeksizin ödemede bulunursa, rücu hakkına sahip olur. Buna karşılık asıl borçlu, kefilin bu defi/eri bildiğini veya bilmesi gerektiğini ispat ederse kefil, bunlar ileri sürülmüş olsaydı ödemeden kurtulacağı ölçüde rücu hakkını kaybeder. -Kumar veya bahisten doğan bir borca kefalette kefil, borcun bu niteliğini bilmiş olsa bile, asıl borçlunun sahip olduğu defi/eri ileri sürebilir".*

818 sayılı EBK. m. 497 ile İsv. BK. m 502 'den esinlenen TBK. m. 591'in karşılaştırılmasından sonra şu tespit yapılabilir. Gerek İsv. BK. m. 502 gerekse TBK. m. 591, EBK. m. 497'den esasta önemli bir değişiklik içermemektedirler. EBK.m. 497'den çıkarılabilecek kimi sonuçlar bakı-

mından açıklık getirdikleri söylenebilir. EBK. m. 497, temelde, **ce borç** ilişkisinden kaynaklanan savunmaların kefil tarafından ileri sürülebilceğini belirtmektedir. Esas borç ilişkisinden kaynaklanan her türlü savunmanın. bu savunma ister def'i isterse itiraz türünden olsun, fer'i bir sorumluluk altındaki kefil tarafından kullanılabilmesi gerekir'. Esas borçlu tarafından alacaklıya karşı ileri sürülebilecek her türlü savunma değil, sadece **esas borç** ilişkisinden kaynaklanan savunmalar kefil tarafından kullanılabilir. Esas borçlunun savunmaları esas borç ilişkisinden kaynaklanmıyorsa, örneğin esas borçluya konkordato için mehil verilmesinden kaynaklanan bir savunma söz konusuysa, kefilin bu savunmadan yararlanamayacağı açıktır. Esas borç ilişkisinden kaynaklanan savunmaları kullanmak, kefil için hem bir hak hem de bir yükümlülüktür. Alacaklıyla kendi arasındaki kişisel ilişkiden kaynaklanan savunmaları kullanmak bakımından sadece hak sahibi olan, bir yükümlülük altında bulunmayan kefil², esas borçluya ait savunmaları kullanmak bakımından yükümlülük altındadır. Aslında burada bir yükümlülüğün değil de bir külfetten söz etmek daha yerinde olacaktır. Esas borçluya ait savunmaları kullanmadan alacaklıyı tatmin eden kefil, esas borçluya rücu hakkını tamamen veya kısmen yitirebilir. Bu olasılıkta kefile rücu hakkı kayıtsız bir biçimde tanınsaydı, esas borçlu sahip olduğu savunma sebeplerini kullanmaya fırsat bulamadan edimde bulunmak zorunluluğu altına girmiş olurdu³. Bir başka deyişle, esas borçlu, alacaklının talebini çeşitli savunma sebeplerini ileri sürerek geri çevirebilecekken, alacaklıya halef olan kefilin talebini geri çevirme olanağından yoksun olurdu.

B. Esas borç ilişkisinden kaynaklanan savunmalar

1. Esas borcun doğumu ve geçerliliğine ilişkin savunmalar

Kefalet güvencesine alınan esas borç bir sözleşmeden kaynaklanıyorsa, kefil bu sözleşmenin geçersiz olduğu veya kurulmamış olduğu yolunda bir savunma yapabilir⁴. Bu çerçevede, esas borcun kaynaklandığı sözleşmenin ehliyetsizlik veya şekle aykırılık yüzünden geçersiz olduğu kefil tarafından iddia edilebilecektir. Bunun gibi, kefil, esas borcun konusunu oluşturan edimin imkansız olduğunu, hukuka veya ahlaka aykırı bulunduğunu ileri süre-

1 Gut, s. 67 vd; Beck, Art. 502, N. 8; Giovanoli, Art. 502, N. 4; Pestalozzi, Art. 502, **N. 4**.

2 Pestalozzi, Art. 502, N. 3.

3 Beck, Art. 502, N. 8.

4 Beck, Art. 502, N. 12; Giovanoli, Art. 502, N. 4.

bilir. Esas borcun kaynaklandığı sözleşmenin karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanlarının eksikliği yüzünden kurulmamış olması da, kefil tarafından kullanılabilir bir savunma sebebidir. Nihayet, esas borçlu açısından söz konusu olan (tek taraflı) bağlamazlık hali, kefilin alacaklının ifa talebini geri çevirmesine esas olabilir. Esas borcu doğuran sözleşme esas borçlunun iradesini sakatlayan bir sebep yüzünden bağlayıcı değilse veya sınırlı ehliyetsiz konumdaki esas borçlunun yaptığı sözleşmenin geçerliliği yasal temsilcisinin onayına bağlıysa, kefil alacaklının ifa talebini yerine getirmekten kaçınabilir. İradesi sakatlanan esas borçlu iptal hakkını kullanabileceği süreyi kaçırmışsa veya sözleşmeyi onamışsa, kefil için ifadan kaçınma şansının bulunmayacağı açıktır. Esas borçlunun iptal hakkını kullanmasından sonra ise, kefil esas borcun geçerli olarak doğmadığına ilişkin savunmayı başarıyla yapabilir. Sınırlı ehliyetsiz konumundaki esas borçlunun yaptığı sözleşmeye yasaJ temsilcisinin onay vcm1esi, kefilin alacaklının talebini geri çevirme şansını ortadan knldınr. Ne var ki, yasal temsilci onay vermeyi reddederse, kefil için esas borcun geçerli olmadığını ileri sürmek mümkün hale gelir. Esas borçlu açısından söz konusu olan tek taraflı bağlamazlık durumunda, kefil aJacaklının ifa ulebini reddederken herhangi bir yenilik doğuran hak kullanacak değildir. Kefil, esas borçlu veya yasal temsilcisine tanınmış bir hakkı (iptaJ eya onay vcm1cmc hakkı) kullanmayacak, esas borcun kaynaklandığı sözleşmenin geçerliliği veya geçersizliği konusunda nihai karar vermeyecek. belirsizlik durumu ortadan kalkana kadar geciktirici bir defi hakkından yararlanmakla yetinecektir.

2. Esas borcun kapsam ve hükümlerine ilişkin savunmalar

a. Muacce/iyet eksikliği

Esas borcun muaccel olmadığı yolunda bir savunmanın kefil tarafından yapılabileceğinde kuşku yoktur. Esas borç için belirlenen vadenin henüz gelmemiş olması durumunda, kefil muacceliyet eksikliğini ileri sürebilir. Yasadan veya sözleşmeden kaynaklanan muacccliyet bildiriminde bulunma hakkının kullanılmamış olması da, kefile muacceliyet eksikliğine dayanma hakkını verir. Muacceliyet bildiriminin esas borçludan başka kefile de yapılması gerektiğini, aksi takdirde kefil için muacceliyetin gerçekleşmeyeceğini burada hatırlatmak yerinde olur (TBK. m. 590 f. 3)6. Esas borçlunun iflası

5 Guhl, s. 72; Bec Art. 502, N. 12, 14; Giovanoli, Art. 502, N. 4; Pestalozzi, Art. 502, N. 6. Aynca bkz. Gut, s. 71; Tobler, s. 21, 74; Lerch-Tuason, s. 58.

6 Gut, s. 68; Guhl, s. 73; Beclc., Art. 502, N. 17; de Biasio, s. 104.

henüz vadesi gelmemiş esas borcun muaccel hale gelmesine yol **açarsa da**, bu sonuç kefil balamından etkili olmaz. Kefil, borç için kararlaştırılan vade gelene kadar alacaklının ifa talebini geri çevirebilir (**TBK. m. 590 f. 1**). **Ne** var ki, esas borcun vadesi henüz gelmeden kefilin iflas etmiş olması tam aksine bir sonucun doğmasına yol açar. Bu olasılıkta, esas borç henüz muaccel olmadığı için esas borçludan talepte bulunulamaz. Buna rağmen, iflas etmiş kefil için muacceliyet gerçekleşmiş sayılır. Bir başka deyişle, kefilin iflas masası henüz vadesi gelmemiş esas borç için ifada bulunmak zorunda kalır⁷.

b. Ödemezlik def'i

Esas borçlunun ödemezlik def'inde bulunma hakkı varsa, kefil de bu defiden yararlanarak alacaklının ifa talebini geri çevirebilir.

c. Esas borçluya süre tanınması

Esas borçluya süre tanınması durumunda, bu süreden kefilin de yararlanabileceği açıktır⁹. İcra-İflas hukuku kapsamında söz konusu olan sürelerden esas borçlunun yararlanması, kefil için bir savunma olanağı vermez¹⁰.

d. Esas borcun zamanaşımına uğraması

Esas borcun zamanaşımına uğradığını ileri süren kefil, alacaklının kendisine yönelttiği talebi geri çevirebilir. Esas borçlunun zamanaşımına dayanmayacağını belirtmiş olması bir fark yaratmaz, kefil yine de zamanaşımı savunmasını başarıyla yapabilir. Nitekim TBK. m. 160 f. son'a göre, asıl borçlu tarafından zamanaşımından vazgeçilmiş olması kefile karşı ileri sürülemeyecektir¹¹. Kefilin kefalet sözleşmesinden kaynaklanan borcu zamana-

7 Lerch-Tuason, s. 108; Beck, Art. 502, N. 17; de Biasio, s. 104-105.

8 Gut, s. 69; Lerch-Tuason, s. 55; Guhl, s. 74; Beck, Art. 502, N. 15-16; Pestalozzi, Art. 502, N. 6, 8; de Biasio, s. 105.

9 Lerch-Tuason, s. 55; Gut, s. 68 vd, 73 vd; Guhl, s. 73; Beck, Art. 502, N. 17; de Biasio, s. 105.

10 Beck, Art. 502, N. 17; Giovanoli, Art. 502, N. 16; Pestalozzi, Art. 502, N. 9.

11 Bu düzenleme, 1941 revizyonunda genelleştirilerek esas borçlu tarafından yapılabilecek bütün savunmaları kapsamına alacak şekilde ifade edilmiş ve OR Art. 503 Abs. 2 olarak kefaletle ilişkin hükümler arasına ithal edilmiştir. Bundan böyle, esas borçlunun yapabileceği savunmalardan vazgeçmesinin kefil açısından olumsuz sonuç doğurmayacağı ve kefilin bu savunmaları başarıyla yapabileceği hususu açık yasa hükmü haline

şımına uğramamış olsa bile, esas borç zamanaşımına uğramışsa kefil zamanaşımını savunmasında bulunabilir. Bunun gibi, kefilin kendisinin borcu için zamanaşımının kesilmesi esas borca ilişkin zamanaşımının da kesilmesine yol açmaz (TBK. m. 155 f. son) ve esas borç için zamanaşımını gerçekleştikten sonra kefil alacaklının talebini yerine getirmekten kaçınabilir. Bu durum, kefilin sorumluluğunun fer'iliğinin bir sonucudur. Fer'ilik ilkesi gereğince, kefil, kendisine ait borcun zamanaşımına uğramış olup olmadığına bakılmaksızın esas borca ilişkin zamanaşımına dayanabilir. Diğer taraftan, esas borç için zamanaşımının kesilmesi kefilin borcu üzerinde de etkisini gösterir (TBK. m. 155 f. 2). O halde, alacaklı için, zamanaşımının kesilmesine yol açacak olan eylemleri esas borçluya karşı gerçekleştirmek daha akılcı bir tutum olacaktır¹².

Esas borç zamanaşımına uğramayacaksa, kefilin durumunun ne olacağı üzerinde durmak gerekir. Esas borç taşınmaz rehni ile güvence altına alınmış bir borçsa, zamanaşımına uğraması söz konusu olmaz (**MK.** m. 864). Bunun gibi, alacaklının elinde esas borçluya karşı yürütülen bir takip sonucunda alınmış borç ödemededen kesin aciz belgesi bulunabilir. Bu olasılıkta da esas borç için zamanaşımı işlemez. Esas borç için zamanaşımının işlemediği olasılıklarda, kefilin borcu zamanaşımına tabi olmaya devam edecektir. Bu nedenle, kefilin borcu için işleyecek zamanaşımını kesmeye ihtiyaç olabilir. Zamanaşımını kesen olguların kefilin borcuyla ilgili olarak gerçekleşmesinin söz konusu ihtiyacı karşılayacağı kuşkusuzdur. Ne var ki, alacaklı için bir olanak daha vardır. Zamanaşımını kesen olgular esas borç açısından gerçekleşse bile, alacaklı kefile karşı zamanaşımının kesildiğini iddia edebilir. Şöyle ki: Esas borç zamanaşımına tabi olsaydı esas borç için zamanaşımının kesilmesi sonucunu doğuracak olan olgular gerçekleşirse, kefilin borcunun tabi olduğu zamanaşımı kesilmiş sayılır. Zamanaşımına uğramayan esas borç için borç ikrarında bulunulması veya faizlere ilişkin ödeme yapılması bu konuda örnek olarak verilebilir. Gerek borç ikrarı gerekse faizlere ilişkin ödeme, kefile karşı zamanaşımının kesilmiş sayılmasına yol açar¹³.

gelmiştir. TBK m. 591 f. 2'de aynı doğrultuda bir düzenleme getirmiştir. Bu düzenlemeler mevcut durumu açıklamak amacını gütmekte ve kefil için daha önce mevcut olmayan yeni bir olanak getirmemektedir. O yüzden, konuya ilişkin açık hüküm içermeyen 818 sayılı EBK. m. 497 çerçevesinde de, esas borçlunun yapabileceği savunmalardan vazgeçmesinin kefilin etkilemeyeceği sonucuna rahatlıkla varılabilir.

12 Beck, Art. 502, N. 15.

13 İsviçre Federal Mahkemesi bu yolda karar verdiği gibi (BGE 50 II 405), İsviçre öğretisinde Beck de bu sonucu benimsemiştir (Beck, Art. 502, N. 16).

e. Esas borcun kumar veya bahse dayanması

Kefil, esas borcun kumar veya bahse dayandığını ileri sürerek ifadan kaçınabilir. İsviçre hukukuna 1941 revizyonu ile girmiş olan İsv. BK. m. 502 f. 4'e göre, kefilin sorumluluk üstlenirken esas borcun kumar veya bahse dayandığını biliyor olması, alacaklının ifa talebini geri çevirebilmesine engel olmaz. Böylelikle, kumardan, bahisten veya vade farkına dayanan işlemlerden doğan borçlar için kefalet sözleşmesi yapılabilmesi mümkün görülmekte, bu konudaki tartışmalar sonlandırılmış bulunmaktadır¹⁴. 818 sayılı Borçlar Kanunu'nda böyle bir hüküm olmamakla birlikte, 6098 sayılı Türlü Borçlar Kanunu İsviçre kaynağına uygun yolda bir hüküm içermektedir (TBK.. m. 591 f. son). TBK. m. 591 f. son şöyledir: "*Kumar veya bahisten doğan bir borca kefalette kefil, borcun bu niteliğini bilmiş olsa bile, asıl borçlunun sahip olduğu def 'ileri ileri sürebilir'*". O halde, 818 sayılı Borçlar Kanunu çerçevesinde kumar veya bahse dayanan borçlar için kefalet güvencesi verilip verilemeyeceği ve böyle bir borç için kefil olan kişinin alacaklının ifa talebine karşı ne tür bir savunma yapabileceği tartışılabilirse bile, bu tartışmalar Türk Borçlar Kanunu'yla son bulmuş olacaktır.

"*Bir kimsenin esas borcun kumar veya bahse dayandığını bilerek kefil olması, alacaklıya ödeme yapmaktan kaçınabilmesine engel olmaz*" yolunda bir hükmün (İsv. BK. m. 502 f. 4) İsviçre hukukunda kabul edilmesini yerinde bulmayanlar da olmuştur¹⁵. Bu şekilde düşünenlere göre, 1941 revizyonunda getirilen bu düzenlemenin sebebi, kumar veya bahisten doğan borçların niteliğine ilişkin İsv. BK. m. 513 f. 1'in yanlış yorumlanmasıdır. İsv. BK. m. 513 f. 1'den yola çıkılarak kumar veya bahisten eksik bir borcun doğduğu söylenmektedir. Oysa bu sonuç doğru değildir. İsv. BK. m. 513 f. 1'te kumar veya bahisten geçerli bir alacak hakkının doğmayacağı açıkça belirtilmektedir¹⁶. O halde, böyle bir alacağı güvence altına almak için geçerli bir kefalet sözleşmesinin yapılamayacağı sonucuna varmak gerekirdi¹⁷. 1941 revizyonunda tam aksi doğrultuda bir yol tutulmuş ve kumar veya ba-

14 Beck, Art. 502, N. 23; Giovanoli, Art. 502, N. 8; de Biasio, s. 105.

15 Nitekim bkz. Guhl, s. 74, 103.

16 818 sayılı BK. m. 504 f. 1, "kumar ve bahis, bir alacak hakkı tevhit etmez" demekte ve OR Art. 513 Abs. 1 hükmüyle uyumlu bir söylem taşımaktaydı. Şu halde, bu hükmün anlamlandırılması bakımından İsviçre'de karşımıza çıkan yaklaşımlar, 818 sayılı Kanun'un konuyu ifade ediş biçimi yüzünden Türkiye'de de karşımıza çıkabilirdi.

17 Nitekim 194 I revizyonundan önce, açık bir hükümle "kumar veya bahisten doğan borçlar için kefil olunamayacağı" hususunun belirtilmesini gerekli görenler olmuştur. Bkz. de Biasio, s. 105, dpn. 4 ve s. 106.

his borcu için kefil olunabilmesi için pozitif bir dayanak yaratılmıştır. İsv. BK. m. 502 f. 4, kumar ve bahisten eksik bir borç doğacağı yolundaki anlayışa dayanmaktadır. Bu hatalı anlayışa göre, kumar ve bahisten eksik de olsa bir borç doğar ve böyle bir borca ilişkin olarak yapılan ödeme "*ifa*" olarak kabul edilir. Bu şekildeki bir kabul, yapılan ödemenin "*borç olmayan bir şeyin ifası*" sayılarak geri istenebilmesini engeller. Kumar ve bahisten doğan eksile borçlar için, yine eksik bir borç doğuracak şekilde kefil olunabilmesi de mümkün görülmelidir. Bir başka deyişle, esas borcun "*eksik*" karakteri sebebiyle, kefaletten doğan borç da "*dava edilemez*" nitelik taşıyacaktır¹⁸.

İsviçre'de söz konusu olan bu farklı yaklaşımlar, Türk Borçlar Kanunu çerçevesinde söz konusu olmayacak gibi görünmektedir. TBK. m. 604 f. 1'de "*kumar ve bahisten doğan alacak hakkında dava açılmaz ve takip yapılamaz*" denilmektedir. Bu söylem, kumar ve bahisten eksik bir borç doğacağının kabul edildiği izlenimini uyandırmaktadır. Bu eksik borç karakterinin kefilin borcuna da yansıtacağını ifade eden TBK. m. 591 f.son, TBK. m. 604 f. 1 ile uyumlu bir sonucu açıklığa kavuşturmaktadır.

Kumar veya bahisten doğan bir borç için kefil olan kişi, "*dava edilmezlik*" savunmasından peşin olarak vazgeçemez. Bu yoldaki bir beyan hükümsüz sayılır. Ne var ki, kefil, kendisine başvuran alacaklıya "*dava edilmezlik*" savunmasını ileri sürmeden ödeme yapabilir. Böylelikle, peşin olarak vazgeçemediği savunmayı sonradan ileri sürmekten vazgeçebilir. Alacaklıya ödeme yapan kefil, "*borç olmayan şeyi ifa ettiği*" gerekçesiyle ödediğini geri isteyemeyeceği gibi, esas borçluya rücu da edemez¹⁹. Kefilin alacaklıya yönelik bir "*geri verme talebi*" sınırlı olasılıklarda söz konusu olabilir. Esas borcun kumar veya bahisten kaynaklandığını bilmeden alacaklıya ödeme yapan kefil, bu ödeme serbest iradesine dayansa bile, ödediği tutarı geri alabilir. Bir diğer olasılık da TBK. m. 605 f. 2'da yer almaktadır. Bu hükme göre, kumar ve bahsin usulüne göre cereyanına beklenmedik olaylar veya karşı tarafın bir fiili engel olursa veya karşı tarafın hile yaptığı anlaşılırsa, kumar veya bahis çerçevesinde verilenler geri alınabilir. Bu olasılıkta, kumar veya bahis oynayan kişi verdiğini geri alabileceğine göre, onun borcu için kefil olup kumar veya bahis alacaklısına ödeme yapan kişi de verdiğini geri alabilmelidir. Ne de olsa, kefil, esas borçludan daha fazla veya daha ağır şartlarla bir sorumluluk altına girmiş sayılamaz²⁰.

18 Beck, Art. 502, N. 23.

19 Reisoğlu, Kefalet, s. 176.

20 Beck, Art. 507, N. 25; de Biasio, s. 106-107.

f. Esas borçlunun takas hakkı bulunması

TBK. m. 140'a göre, "*asıl borçlunun takası ileri sürme hakkı bulun-dukça, kefil de alacaklıya ifada bulunmaktan kaçınabilir*". Kefilin, esas borçluya ait olan takas hakkını kullanamayacağı ve takas beyanında bulunamayacağı açıktır. O, sadece, geciktirici bir defiden yararlanmakta **ve esas borçlunun takas hakkını kullanma olanağı** oldukça ifada bulunmaktan **kaçınabilmektedir**²¹.

Kefilin TBK. m. 140'la kendisine tanınmış olan geciktirici defiden yararlanabilmesi için, esas borçlunun takas hakkına sahip olması yeterlidir. Alacaklının esas borçlunun rızası olmadıkça takas hakkını kullanamayacak olması, kefilin geciktirici defi hakkını kullanması bakımından önemsizdir. Esas borçlunun alacaklı karşısında sahip olduğu alacak hakkı TBK. m. 144 kapsamında kalabilir. Bir örnek olarak, esas borçlunun alacaklıya karşı ileri sürebileceği nafaka veya iş ücreti türünden bir alacağı olduğu düşünölsün. Esas borçlunun veya ailesinin bakımı için hayatı öneme sahip olan bu türden alacaklar, esas borçlunun onayı olmadıkça alacaklı tarafından esas borçla takas edilemez (TBK. m. 144 b. 3). Ne var ki, söz konusu alacaklar için, esas borçlunun takas beyanında bulunma olanağı mevcuttur. İşte esas borçlu için böyle bir olanağın varlığı, kefilin TBK. m. 140'a dayanarak alacaklının talebini geri çevirebilmesi için yeterlidir. Ne var ki, esas borçlu alacaklıya karşı sahip olduğu nafaka veya iş ücreti türünden alacağın esas borçla takas edilmesine razı olmamışsa, kefil için TBK. m. 140'a dayanma şansı kalmaz. Bu olasılıkta, esas borçlu, nafaka veya iş ücreti türünden alacağının nakit olarak ödenmesine ilişkin isteğini ortaya koymakla, esas borcu aynen ifa etmeyi göze aldığını ve kendisinin de takas beyanında bulunmayacağını ortaya koymuş olur. TBK. m. 140 hükmünün alacaklının talebini geri çevirme olanağın kefile tanınmasının sebebi, esas borçlunun alacaklıya karşı takas beyanında bulunma hakkının olmasıdır. Esas borçlunun takas hakkının kalmadığı yerde, kefilin ifadan kaçınabilmesinin gerekçesi kalmaz²².

Kefilin TBK. m. 140 hükmü uyarınca sahip olduğu defi hakkı, TBK. m. 591 hükmündeki def'ilerle ortak bir karaktere sahiptir. Esas borçlunun takas hakkı olduğunu ileri sürerek alacaklıya ödeme yapmaktan kaçınmak, kefil için sadece bir hak değil bir külfettir. Bu nedenle, TBK. m. 140'ın kendisine tanıdığı hakkı kullanmayan kefil esas borçluya rücu hakkını kaybedebilir²³.

21 Beck, Art. 502, N. 19; Giovanoli, Art. 502, N. 5; Pestalozzi, Art. 502, N. 7.

22 Beck, Art. 502, N. 20.

23 Beck, Art. 502, N. 21.

g. Esas borçlu ve alacaklı arasındaki davada verilmiş kesin hüküm

Esas borçlu ve alacaklı arasındaki davada esas borcun mevcut olmadığına ilişkin bir hüküm verilmiş ve bu hüküm kesinleşmişse, kefilin söz konusu hükme dayanıp dayanamayacağı tartışılabilir. Bir davada verilen hükmün etkisi, o davanın tarafları arasındadır. Ne var ki, kefilin sorumluluğunun fer'i karakter taşıdığı bu noktada hatırlanmalıdır. Kefilin sorumluluğu esas borçlununkinden daha fazla olamayacağına göre, esas borçlunun herhangi bir sorumluluk altında olmadığını gösteren bir hükümden kefilin yararlanabilmesi olağan karşılanmalıdır. O halde, kefil, esas borcun tamamen veya kısmen mevcut olmadığına ilişkin bir hükme, bu hükmün verildiği davada taraf olmasa bile, dayanabilmelidir. Buna karşılık, alacaklı ve esas borçlu arasındaki davada esas borcun mevcudiyetine ilişkin olarak verilmiş ve kesinleşmiş hüküm kefilin bağlamaz. Bu sonuç da yadırganmamalıdır. Kefil, esas borçlu ya ait savunma sebeplerinden başka, alacaklıyla arasındaki kişisel ilişkiden kaynaklanan savunma sebeplerine de dayanabilir. Bu nedenle, alacaklının esas borçlu aleyhine kesinleşmiş bir hüküm elde etmesi, kefilin ödeme yapması gerekliliğine ilişkin mutlak bir gösterge değildir. Diğer taraftan, esas borçlu kendi lehine mevcut olan bazı savunmaları yapmaktan vazgeçmiş olabilir. Esas borçlunun kendisine ait olan savunmalardan vazgeçmesi kefilin etkilemeyeceğine ve kefil bu savunmaları yine de yapabileceğine göre, esas borçlu aleyhindeki kesinleşmiş bir hükmün kefilin kayıtsız şartsız etkileyeceğinden söz edilemez²⁴.

3. Esas borcun sona ermesine ilişkin savunmalar

Esas borcun tamamen veya kısmen ortadan kalkmasına ilişkin savunmalardan esas borçlu gibi kefil de yararlanabilir. O halde, kefil, esas borcun ifa yoluyla son bulduğunu, esas borçlunun ibra edildiğini, esas borçlu sıfatıyla alacaklı sıfatının aynı kişide birleştiğini ileri sürerek alacaklının ödeme talebini geri çevirebilir²⁵.

24 Tobler, 67; Lerch-Tuason, s. 56 vd; Beck, Art. 502, N. 22. Bu konuda ayrıntılı açıklamalar için bkz. Elçin Grassinger, s. 48-50.

25 Beck, Art. 507, N. 13; Giovanoli, Art. 502, N. 4; Pestalozzi, Art. 502, N. 6.

4. Esas borçluya ait olan ve kefil tarafından yapılamayacak savunmalar

a. TBK. m. 582 f. 2 çerçevesinde kefil olan kişinin durumu

Açık bir yasa hükmü gereğince salt esas borçlunun yapabileceği. buna karşılık kefilin yapamayacağı savunmalar olabilir. Esas borçlu için yanılma ve ehliyetsizlik sebebiyle bağlayıcı olmayan bir borca, bu durumu **bilerek** kefil olan kişinin durumu düşünölsün. Böyle bir kefilin, esas borçlunun yanılmasından veya ehliyetsizliğinden kaynaklanan bir geçersizliğe dayanarak savunma yapabilmesi mümkün değildir. Esas borcun zamanaşımına uğradığını bilerek kefil olan kişinin durumu için de aynı değeriendinne yapılabilir (TBK. m. 582 f. 2; TBK. m. 591 f. I c. son). Esas borçlu yanılmaya dayanan bir iptal beyanında bulunmuş olsa da, alacaklı, bu olasılık için garanti venniş sayılan kefile başvurabilecektir. Bunun gibi, sınırlı ehliyetsiz **konumunda.ki** esas borçlunun yasal temsilcisinin onay vermeyeceği yolunda **açıklamada** bulunması, alacaklının (yine bu olasılık için garanti vermiş sayılan) **kefile** başvurmasını engellemez²⁶.

b. Esas borçlunun ödeme güçsüzlüğüne dayanan savunmalar

Esas borçlunun ödeme güçsüzlüğünden kaynaklanan savunmalar sadece kendisi tarafından yapılabilir. Esas borçluya ait bu tür savunmaların kefil tarafından kullanılabilmesi, kefalet sözleşmesinin amacıyla bağdaşmaz²⁷. Kefalet sözleşmesi esas borçlunun ödeme güçsüzlüğünün sonuçlarından alacaklıyı korumak için yapıldığına göre, esas borçlunun ödeme güçsüzlüğüne düşmesi kefilin alacaklının talebinden kaçması için bir gerekçe olamaz. Tam aksine, alacaklının kefile başvurmasını anlamlı ve haklı kılan bir olgu olarak kabul edilir. Örnekleme gerekirse, iflas etmiş esas borçlunun yeni bir malvarlığı unsuru edinmediği yolundaki savunma, bizzat esas borçlu tarafından yapılabilir. Esas borçlunun böyle bir savunmayla alacaklının talebini geri çevirebilmesine rağmen, kefil bu olanaktan yoksun olacaktır. İflas etmiş esas borçlu yeni bir malvarlığı unsuru edinmemiş olsa da, kefil alacaklı tarafından hiçbir engelle karşılaşmadan takip edilebilir. Esas borçlunun iflası ise, kefilin takip edilmesini engelleyecek bir sebep olmak şöyle dursun, adi **kefilin** tartışma definden yararlanma olanağını ortadan kaldırır²⁸.

26 Beck, Art. 502, N. 42; Giovanoli, Art. 502, N. 18; de Biasio, s. 66; Reisoğlu, **Kefalet**, s. 170.

27 Lerch-Tuason, s. 54; Beck, Art. 502, N. 24.

28 Beck, Art. 502, N. 25; de Biasio, s. 66. Hakkında aciz vesikası alınan asıl borçlunun

Bunun gibi, hakkında konkordato kararı verilen esas borçlu borcun bir kısmını ifa etmekten kurtulur. Ne var ki, belirli şartlar altında alacaklının borcun tamamı için kefilden talepte bulunması mümkün olur²⁹. Kefilin borcun tamamından sorumlu olmaya devam etmesi için İİK. m. 295 hükmünde aranan koşulların yerine gelmesi gerekir. Alacaklı, konkordatoya onay vermemişse, kefil borcun tamamı için sorumlu tutabilir (İİK. m. 295 f. 1). Alacaklı, kendi haklarını ödeme karşılığında kefile devretmeyi önermiş ve alacaklılar toplantısının yerini ve zamanını on gün öncesinden kefile bildirmişse, konkordatoya onay vermesine rağmen kefil borcun tamamı için sorumlu tutma olanağına sahip olur (İİK. m. 295 f. 2). Alacaklı, konkordatoya ilişkin olarak karar verme yetkisini kefile vermesi durumunda da, kefil borcun tamamı bakımından sorumlu tutabilecektir. Buna karşılık, alacaklı İİK. m. 295 f. 2'de öngörülen tedbirleri almadan konkordatoya onay vermişse, kefil de esas borçluyla beraber kısmen borcundan kurtulmuş olur. Bu olasılıkta, alacaklı, konkordato kabul edilen oran üzerinden kefilin talepte bulunabilir. Kefilin borçtan kısmen kurtulması İİK. m. 295 hükmündeki gerekliliklerin yerine getirilmemesi üzerine kendiliğinden gerçekleşir. Kefil bir zarara uğramış olduğunu ispat etmek zorunda değildir¹. Kısmi kefalet söz konusuysa, alacaklı, İİK. m. 295 hükmünde öngörülen külfetleri kefalet kapsamına giren alacak kısmı için yerine getirecektir. Şöyle ki, kefalet güvencesine bağlanmayan alacak kısmı için, herhangi bir riziko söz konusu olmaksızın konkordatoya onay verebilir. Buna karşılık, kefalet güvencesine bağlanan alacak kısmıyla ilgili olarak, ödeme karşılığında haklarını kefile devretmeyi önermesi ve alacaklılar toplantısının yerini ve zamanını on gün öncesinden kefile bildirmesi gerekir¹. Alacaklılar toplantısının yeri ve zamanının on gün öncesinden kefile bildirilmemiş olması, kefil bu bilgiye zaten sahip bulunuyorsa alacaklı açısından olumsuz bir sonuç doğurmaz³². Diğer taraftan, İİK.

bundan böyle faizden sorumlu tutulamayacağı, kefilinse böyle bir savunmadan yararlanamayacağı ve asıl borç için işleyecek faizden sorumlu olmaya devam edeceği ve ödemek zorunda kaldığı faiz için esas borçluya rücu edemeyeceği hakkında bkz. Reisoğlu, Kefalet, s. 170; Tandoğan, Borçlar IT, s. 782; Elçin Grassinger, s. 57.

29 Beck, Art. 502, N. 26; Pestalozzi, Art. 502, N. 9; de Biasio, s. 66; Elçin Grassinger, s. 56-57.

30 Lerch- Tuason, s. 117; Beck, Art. 502, N. 28. Bu konuda ayrıca bkz. Elçin Grassinger, s. 55.

31 Beck: Art. 502, N. 27; Sümer Altay, Konkordato ve Yeniden Yapılanma Hukuku, 2. Cilt, İstanbul 2006, s. 948-949.

32 Beck, Art. 502, N. 27.

m. 295 emredici bir hüküm değildir. Kefil ve alacaklı, bu hükümde getirilen düzenlemeden ayrılan bir düzenleme yapabilirler³³.

Esas borçluya konkordato için mehil verilmesi durumunda da, kefil tarafından kullanılabilecek bir savunma sebebi ortaya çıkmaz. Tam aksine, kendisine konkordato için mehil verilen esas borçlu, iflas etmiş bir esas borçluya eş durumda kabul edilir ve adi kefile başvurulması mümkün hale gelir. Bir başka deyişle, esas borçlu hakkında konkordato mehli verilmiş olması, adi kefilin tartışma def'ine dayanabilme olanağını ortadan kaldırı³⁴. Bu husus, 1941 yılında yapılan revizyonla birlikte İsv. BK. m. 495'te açıkça belirtilmiştir. Hukukumuz bakımından da İsviçre örneği takip edilmiş ve TBK. m. 585 f. 1 ve f. 2'de konkordato için mehil verilmesi kefil üzerindeki etkisi bakımından iflasa eş sayılmıştır.

c. Esas borçluya kişisel olarak tanınmış savunmalar

Esas borçlu tamamen kişisel nitelikte bazı savunma sebeplerine sahip olabilir. Bu türden kişisel savunmalara dayanıp dayanmayacağını serbest takdirine göre bizzat borçlu belirleyecektir³⁵. İcra hukuku çerçevesinde kalan ve esas borçluya mehil verilmesine ilişkin olan savunmalar buraya dahildir³⁶. Esas borçluya süre tanınması alacaklı ve esas borçlu arasında yapılan bir sözleşme yoluyla gerçekleşmişse, kefilin bu süreden yararlanacağı kuşkusuzdur. Esas borçluya hukuki işlem yoluyla verilen süre, TBK. m. 591 f. 1 uyarınca kefilin de yararlanabileceği bir savunmanın ortaya çıkmasını sağlar. Buna karşılık, İcra-İflas hukuku çerçevesinde esas borçluya verilen sürenin sağlayacağı savunma kişiseldir ve bu savunmadan sadece esas borçlu yararlanabilir. Bu nedenledir ki, esas borçluya verilen süreye rağmen müteselsil kefilden talepte bulunulabilmesi mümkün olur. Meğerki müteselsil kefil de kişisel olarak kendisine süre tanınmasını isteyebilecek konumda bulunsun. İcra-İflas hukuku çerçevesinde esas borçluya verilen süreden adi kefil dolaylı olarak yararlanır. Tartışma def'ine sahip olan adi kefil, önce esas borçlunun takip edilmesini isteyebilecektir. Bu nedenle, verilen süre tamamlanıp da esas borçlu hakkındaki takip bir sonuca ulaştırılmadan adi kefilden talepte bulunulamaz. Esas borçluya verilen sürenin sağladığı savunmadan

33 Lerch- Tuason, s. 117; Beck, Art. 502, N. 28.

34 Beck, Art. 502, N. 32.

35 Beck, Art. 502, N. 33; Giovanoli, Art. 502, N. 15.

36 Beck, Art. 502, N. 33-41; Giovanoli, Art. 502, N. 15-17; de Biasio, s. 66-67.

yararlanamayacak olan adi kefil, bizzat kendisine ait olan tartışma def'iyle kendisine yönelik bir talebi geri çevirebilir. Ne var ki, bu söylenenler, esas borçluya konkordato mehli verilmesi olasılığında geçerli olmaz. Esas borçluya konkordato mehli verilmesi iflasa denk bir durum sayılacak ve TBK. m. 585 f. 1 b. 4 uyarınca adi kefilin tartışma def'i bulunmayacaktır³⁷.

TBK. m. 296'da bağışlayana tanınan geri alma hakkından, bağışlayanın borcu için kefil olan kişinin yararlanıp yararlanamayacağı tartışılabilir. Bu hükme göre, bağışlama sözleşmesi yapıldıktan sonra malı durumu bozulan ve sözleşmenin ifası kendi açısından önemli ölçüde zorlaşan bağışlayan, bağışlamayı geri alma hakkına sahiptir. Bunun gibi, bağışlama sözleşmesinin yapılmasından sonra bağışlayan için aile hukukundan kaynaklanan yeni yükümlülükler ortaya çıkarsa, geri alma hakkının kullanılması söz konusu olabilir. Bağışlayana tanınan bu geri alma hakkının kefil için bir savunma sebebi sağlayacağını söyleyen yazarlar bulunmaktadır³⁸. Bu yazarlara göre, bağışlayan için geri alına hakkının doğumunu mümkün kılan bir durum ortaya çıkarsa, kefil de bu duruma dayanarak ifadan kaçınabilmelidir. Kendisine böyle bir ifadan kaçınma hakkı tanınmayan kefil, bağışlama alacaklısını tatmin ettikten sonra bağışlayana rücu edecek ve bağışlayanın TBK. m. 296'da kendisine tanınan geri alma olanağından yararlanma şansı olmayacaktır. Bu konuda Beck tarafından ileri sürülen düşünce şu şekildedir: Bağışlayanın geri alma hakkını kullanması, kendisinin borcunu sona erdireceği gibi fer'i bir sorumluluk altındaki kefilin borcunu da sona erdirir. Bağışlayan tarafından geri alma hakkının henüz kullanılmadığı aşamada, esas borçlunun yapabileceği bir savunmadan değil de esas borçlu tarafından kullanılabilecek bir yenilik doğuran haktan söz edilmesi daha yerinde olur. Esas borçlu durumundaki bağışlayan, kendisine tanınan yenilik doğuran hakkı kullanmadığı sürece, geçerli bir esas borçtan söz edilmesi ve (müteselsil) kefilden talepte bulunulması mümkün olacaktır. Kefilin alacaklıya yaptığı ödemeye birlikte esas borçluya tanınan yenilik doğuran hak ortadan kalkacak ve bağışlama sözleşmesi geri alınamaz hale gelecektir³⁹. Giovanoli ise, sorunun genel olarak çözümlenmesinin doğru olmadığını, her somut durumun ayrıca ele alınarak kefilin TBK. m. 296'dan kaynaklanan savunmadan yararlanıp yararlanmayacağını saptanması gerektiğini belirtir⁴⁰. Kanaatimce, bağışlayanın

37 Beck, Art. 502, N. 35.

38 Nitekim bkz. Tobler, s. 66 vd; Lerch-Tuason, s. 56.

39 Beck, Art. 502, N. 34.

40 Giovanoli, Art. 502, N. 15.

geri alma hakkını kullanma olanağı bulunduğu sürece, kefil için alacaklının ifa talebini geri çevirebilme olanağı mevcut kabul edilmelidir. **Durum, esas borçlunun irade sakatlığı sebebiyle iptal hakkına sahip olmasından veya esas borçlu tarafından takas beyanında bulunulması olasılığı bulunmasından daha farklı değildir.** Orada kefil için bir geçici def'i hakkı nasıl kabul ediliyorsa, burada da kabul edilmelidir. Kefil böyle bir def'i hakkından yararlanmadan (bağışlayanın geri alma hakkını kullanabileceğini belirterek kendisine yöneltile talebi geri çevirmeden) bağışlama lehtanna ödemede bulunursa, bağışlayanın geri alma hakkını kullanması üzerine rücu hakkını kaybetmelidir.

5. Esas borçlunun kendisine ait savunmalardan vazgeçmesinin kefile etkisi

Esas borçlunun kendisine ait savunma sebeplerini kullanmaktan vazgeçebileceği kuşkusuzdur. Ne var ki, böyle bir vazgeçme kefil üzerinde olumsuz etki doğurmamalıdır. Kefilin esas borçtan sorumluluğunun dozu, kefalet sözleşmesi yapılırken kefil tarafından göz önünde tutulan dozdan fazla olamaz. Bu nedenledir ki, esas borçlu esas borcun kapsamını arttıran veya esas borçtan doğan sorumluluğu ağırlaştıran anlaşmalar yaparsa, kefilin konumu bu tür anlaşmalardan etkilenmez. Esas borçlunun kendisine ait savunmaları kullanmaktan vazgeçmesinin kefile olumsuz yönde etkilemeyeceği ilkesi de, aynı anlayışın uzantısıdır. Bu ilkenin yürürlük kazanması, bir pozitif hukuk kuralında açıkça belirtilmesini de gerekli kılmaz. Buna rağmen, 1941 revizyonunda biçimlendirilen İsv. BK. m. 502 f. 2'de söz konusu ilke açıkça dile getirilmektedir. Türk Borçlar Kanunu'nun 591. maddesinin 2. fıkrası da, İsviçre örneğini hukukumuzda ithal etme amacı gütmekte ve "*asıl borçlu kendisine ait olan bir def'iden vazgeçmiş olsa bile kefil, yine de bu def'i alacaklıya karşı ileri sürebilir*" demektedir. 818 sayılı (eski) Borçlar Kanunu 'nda böylesine açıklık taşıyan bir hüküm bulunmasa da, bu durum, aynı ilkenin geçerliliğini kabul etmeye engel oluşturmazdı. Aslında TBK. m. 591 f. 2, 818 sayılı Kanun'da zamanaşımı savunması bakımından açıkça kabul edilmiş bir hususu genelleştirmekten ve esas borçluya ait bütün savunmalara teşmil etmekten başka bir şey yapıyor değildir⁴¹. Gerçekten de zamanaşımı savunmasından vazgeçilmesiyle ilgili EBK. m. 139 f. son c. son, "*asıl borçlu tarafından vukubulan feragat, kefilin kefile karşı dermeyan olunamaz*" demektedir. Bu kural, TBK. m. 160 f. son'da "*asıl borçlunun feragati de kefile karşı ileri sürülmez*" şeklinde varlığını korumaktadır.

41 Beck, Art. 502, N. 44.

"Esas borçlunun kendisine ait savunmalardan vazgeçmesi kefil etkilmez" ilkesinin sınırları belirlenmelidir. Esas borçlunun kendisine ait savunmalardan vazgeçmesi hukuki işlem yoluyla gerçekleşiyorsa, kefilin bundan etkilenmeyeceğini kabul etmek bir güçlük yaratmaz. Buna karşılık, esas borçlunun belirli bir süre hareketsiz kalması sebebiyle bazı savunmaları kaybetmesinin kefil etkileneceği peşin olarak söylenemez. İsviçre Federal Mahkemesi, 1941 revizyonundan önceki İsviçre hukuku çerçevesinde konuya ilişkin tavrını ortaya koymuştur. Esas borçlunun yapabileceği bazı savunmalar belirli bir süreye bağlıysa ve bu süre içerisinde esas borçlu hareketsiz kalmışsa, söz konusu savunmalar ne esas borçlu tarafından ne de kefil tarafından yapılabilir⁴². Bu yaklaşım biçimini haklı göstermek için gösterilen gerekçe şudur: Esas borçlunun belirli bir süre hareketsiz kalması sebebiyle kullanamaz hale geldiği savunmaları kefilin kullanabilmesi, tahammül edilmesi beklenemeyecek bir hukuki güvensizlik yaratır. Söz konusu yaklaşım biçimi 1941 revizyonundan sonra yazılan eserlerde de karşımıza çıkmaktadır⁴³. Daha ileri giderek şu da söylenebilir: Esas borçlu, belirli bir süre içerisinde kullanması gereken savunma sebeplerini, sadece süresinde kullanmamakla değil, kullanmayacağını açıklamakla da kefil bağlayıcı bir tavır almış olur. O halde, bu tür savunma sebepleri bakımından, esas borçlunun hareketsiz kalması gibi vazgeçme beyanında bulunması da kefil üzerinde etkisini gösterir. Böylelikle, esas borçlunun kendisine ait savunmalardan vazgeçmesinin kefil etkileneceği yolundaki ilke, belirli bir süre içerisinde ileri sürülmesi gerekmeyen savunma sebepleriyle sınırlanmış olacaktır⁴⁴.

Yukarıdaki açıklamalara bağlı olarak şu saptamalar yapılabilir: Esas borcun kaynaklandığı sözleşmenin geçerli olarak kurulmadığına ilişkin savunmalar, esas borçlu bu savunmaları yapmaktan vazgeçmiş olsa bile kefil tarafından başarıyla yapılabilir. Esas borçlunun ehliyetsizliği, esas borcun kaynaklandığı sözleşmenin geçerlilik şekline aykırı yapılması, esas borcun konusunu oluşturan edimin imkansız, hukuka veya ahlaka aykırı olması, kefil tarafından her zaman yapılabilecek savunmalara örnek olarak gösterilebilir. Esas borçlunun bu savunmaları yapmaması veya bu savunmaları yapmayacağına ilişkin beyanda bulunması, kefilin üzerinde hiçbir etki gös-

42 BGE 45 II 571 vd; Pestalozzi, Art. 502, N. 11.

43 Gut, s. 73; Guhl, s. 75; Becl, Art. 502, N. 45. Aynı yaklaşım Türk öğretisinde de karşımıza çıkmaktadır. Nitekim bk.z. Tandoğan, Borçlar 11, s. 782; Reisoğlu, Kefalet, s. 179; Elçin Grassinger, s. 63-64.

44 Gut, s. 74; Beck, Art. 502, N. 45; Pestalozzi, Art. 502, N. t t.

termez. Esas borcun kaynaklandığı sözleşmenin kurulmamış olmasından kaynaklanan savunma için de aynı şeysoylenebilir. Esas borcun son bulunduğu veya zamanaşımına uğramış olduğuna ilişkin savunmalar da, esas borçlunun olumsuz tavrından etkilenmeksizin kefil tarafından her zaman yapılabilecek savunmalardır. Buna karşılık, yanılmasına, aldatılmasına veya korkutulmasına dayanan geçersizliği ileri sürme hakkını esas borçlu kaybetmişse, kefil için de bu tür bir geçersizliği gündeme getirme şansı kalmaz. Satış bedelini ödeme borcu için kefil olan kişi, satılan malın ayıplı olduğu olgusuna alıcının ayıptan doğan haklarını kaybetmesinden sonraki aşamada dayanamaz. Alıcının ayıptan doğan haklarını kaybetmesinden önceki aşamada ise, satış bedeli için kefil olan kişi bir geciktirici def'iye sahiptir. Alıcının bu haklardan birini kullanma olanağı ve bu olanağın yarattığı belirsizlik devam ettikçe, kefil alıcının talebini geri çevirebilir⁴⁵.

6. Kefilin esas borçluya ait savunmalardan vav,geçmesi

Kefil, alacaklı ve kendi arasındaki kişisel ilişkilerden kaynaklanan savunma sebeplerini ileri sürmekten vazgeçebilir. Bu tür savunma sebepleri kefilin tasarrufunda olduğuna göre, bu sonuç olağan karşılanmalıdır. **Kefalete** ilişkin hükümlerin kendisine tanıdığı savunma olanaklarından kefil vazgeçebilecek midir? 818 sayılı (eski) Borçlar Kanunu çerçevesinde bu soruya olumlu cevap verilebilirdi. 818 sayılı Kanun'un kefaletle ilişkin hükümleri emredici nitelikte değildi. İsviçre Hukuku'nda 1941 yılında gerçekleşen revizyon kefaletle ilişkin hükümleri nisbı emredici hükümler durumuna getirmiş ve bu hükümlerin kefile tanıdığı hakların kapsamının daraltılması engellenmiştir (İsv. BK. m. 492 f. 4). İsviçre örneğini takip eden Türk Borçlar Kanunu'nda da aynı yaklaşım görölmektedir. TBK. m. 582 f. son'a göre, "*kanundan aksi anlaşılmadıkça kefil, bu bölümde kendisine tanınan haklardan önceden feragat edemez*". Şu halde, kefaletle ilişkin hükümlerin kefile tanıdığı haklardan kefilin önceden vazgeçmesi bundan böyle mümkün değildir. Ne var ki, bu kuralın istisnaları olabilir. Kefile belirli bir hak tanıyan düzenleme, bu hakkın kapsamının daraltılabilmesine ayrıca ve açıkça cevaz vermiş olabilir. TBK. m. 589 f. 2'de böyle bir düzenleme yer almaktadır. Bu düzenleme, kefilin sorumluluğunun kapsamını belirlemiş ve belirlenen bu kapsamın dışında kalan talepleri reddetme hakkını kefile tanımıştır. Ne

45 Tobler, s. 73 vd; Beck, Art. 502, N. 46. Beck'in aynı yerde bildirdiğine göre, sınırlı ehliyetsiz bir kimsenin borcu için kefil olan kişinin, yasal temsilcinin işleme onay vermesine rağmen ehliyetsizlik savunmasında bulunabilip bulunamayacağı tartışılabilir.

var ki, yine aynı düzenlemede belirtildiği gibi, aksinin kararlaştırılması ve kefilin sorumluluğunun kapsamının genişletilmesi mümkündür.

Kefilin esas borçluya ait savunmaları ileri sürmekten baştan vazgeçmesi, fer'ilik ilkesinden kaynaklanan sınırlan aşmadan mümkün değildir. Kefil esas borçludan daha fazla bir sorumluluk altına girmiş olamayacağına göre, esas borçluya ait savunma sebeplerine dayanmaktan peşin olarak vazgeçemez. Böyle bir vazgeçme, kefaletten başka bir sözleşmenin yapılmak istendiği anlamına gelebilir⁴⁶. Esas borçluya ait belirli bir savunma sebebini ileri sünnekten peşin olarak vazgeçen kefilin, sırf bu savunma bakımından garanti taahhüdünde bulunduğu söylenebilir. Ne var ki, esas borçluya ait diğer savunmalar bakımından fer'ilik ilkesi yürürlüğünü koruyacaktır. Şu halde, belirttiğimiz olasılıkta, garanti ve kefalet sözleşmelerine ait edimlerin yan yana geldiği isimsiz bir sözleşmenin bulunduğu söylenebilir⁴⁷.

7. Kefilin esas borçluya ait savunmaları kullanabilmesi veya kullanmamasının sonuçları

Esas borçluya ait savunmaları kullanabilecek olan kefil, bu sayede, esas borçlunun yükümlülüğünü aşan bir edimi yerine getirmekten kaçınabilir. Diğer taraftan, kefil, ancak esas borçluya rOcu edebileceği miktar için alacaklıya edimde bulunmak zorunda kalmış olur. Esas borçluya ait savunmalardan kefilin yararlandılması işlevi de burada biter. Demek oluyor ki, esas borçluya ait savunma olanaklarını kullanmak, kefilin kendi yükümlülüğün-

46 Tobler, s. 78; Lerch-Tuason, s. 59 vd; Pesı.alozzi, Art. 502, N. 12; Tandoğan, Borçlar il, s. 783.

47 Bu olasılıkta. esas borçluya aiı belirli bir savunmaya dayanmaktan vazgeçilmesinin verilen teminatı kefalet olmaktan çıkaracağını ve garantiye dOnUştUreceği de söylenebilir. Nitekim bkz. Tandoğan, Borçlar il, s. 783. Ne var ki. bu çözüm amaca elverişli değildir... Ya hepten kefalet ya da hepten garanti" şeklinde toptancı bir çözüm teminat verenin aleyhine sonuçlar doğurur. Belirli bir noktada bağımsız bir sorumluluk Ostlenen kişinin. geri kalan noktalarda fcr'i bir teminat vennek istediği neden kabul edilmesin? Teminat sözleşmeleri alanında da. geniş anlamıyla karma sözleşmeler pekala yapılabilir. Geniş anlamda karma sözleşme diyoruz, çOnkO dar anlamda karma sözleşmeyi oluşturan edimler yasada düzenlenmiş olan sözleşme tiplerinden gelir. Yasada yer alan sözleşme tiplerine özgü edimler, yasanın öngörmediği bir biçimde bir araya getirilerek dar anlamda karma sözleşmeler oluşturulur. Teminat verenin üstlendiği edimlerden birisi kefalet sözleşmesinden gelirken diğeri garanti sözleşmesinden geliyo? olsa olsa geniş anlamda karma sözleşmeden söz edilebilir. ÇOnkO edimlerden birinin geldiği garanti sözleşmesi yasada düzenlenmiş bir sözleşme tipi değildir.

den (tamamen veya kısmen) kurtulması veya kendi edimini yerine getirmekten kaçınması için bir araç olmaktadır. Özel *bir* yetkisi olmayan kefil, esas borçlu ve alacaklı arasındaki hukuki ilişkiye etki etmek gücünden yoksundur. O, esas borçlunun alacaklı karşısındaki hak ve yükümlüklerini değiştirip biçimlendirecek bir davranışta bulunamaz. Esas borçlu ve alacaklı arasındaki hukuki ilişki üzerinde tasarruf etme yetkisi, bu ilişkinin taraflarına aittir⁴⁸.

Kefilin esas borçluya ait savunmaları kullanmadan alacaklıya ödeme yapmasının sonucu TBK. m. 591 f. 3'de düzenlenmiştir. Buna göre, esas borçluya ait savunmaları kullanmadan alacaklıyı tatmin eden kefil, esas borçluya rücu hakkını kaybeder. Ne var ki, esas borçluya ait savunmalar kefil tarafından bilinmiyorsa ve kefil bu bilgisizlikte kusurlu değilse, esas borçluya rücu edebilme olanağı ortadan kalkmaz. Kefilin esas borçluya ait savunmaları kullanmamakta kusurlu olduğunu esas borçlu ispat edecektir. Bu noktada TBK. m. 591 f. 3 önemli bir yenilik getirmiş olmaktadır. EBK. m. 497 f. 2'ye göre, kefil, esas borçluya ait savunma sebeplerini bilmediğini ve bu bilgisizlikte kusursuz olduğunu ispatladığı takdirde, esas borçluya rücu hakkını kaybetmeyecektir. Şu halde, eski Kanun'un kurduğu düzende, kefil kusursuzluğunu ispat külfeti altındadır. Esas borçluya ait savunma sebeplerini kullanmadan alacaklıya ödeme yapan kefil, söz konusu ispat külfetini yerine getirirse, esas borçluya rücu hakkını başarıyla kullanabilir. Buna karşılık, Türk Borçlar Kanunu, ispat külfetini esas borçluya yüklemiştir. Esas borçluya ait savunma sebeplerini kullanmadan alacaklıyı tatmin eden kefil, karene olarak kusursuz sayılacak ve esas borçluya rücu edebilecektir. Ne var ki, esas borçlu, kefilin kusurunu ispatlayarak rücu hakkının kullanılmasını engelleyebilir.

C. Kefil ve alacaklı arasındaki kişisel ilişkilere dayanan savunmalar

TBK. m. 591, "*def'iler*" kenar başlığı altında, kefilin alacaklı karşısında yapabileceği savunmaları ele almaktadır. Ne var ki, söz konusu hükümde, kefilin alacaklı karşısında sahip olduğu bütün savunmalar ele alınmamakta, bu savunmalardan bir kısmına değinilmektedir. Gerçekten de, TBK. m. 591, esas borçluya ait savunma sebeplerinden kefilin ne dereceye kadar yararlanabileceğini ve yararlanmak zorunda olduğunu ele almaktadır. Bu hüküm, kefil ve alacaklı arasındaki kişisel ilişkiden kaynaklanan savunma sebeple-

48 Beck, Art. 502, N. 48.

rini düzenlemiş değildir. Oysa kefil ve alacaklı arasındaki kişisel ilişkiden gerek itiraz gerekse def'i şeklinde çeşitli savunma sebepleri doğabilir. Kefil, kuşkusuz, bu savunmalara da dayanabilecektir⁴⁹. Ne var ki, kefilin, esas borçluya ait savunma sebeplerinden yararlanarak, doğrudan kendisine ait savunma sebeplerini ileri sürmesi arasında önemli bir fark bulunmaktadır. Esas borçluya ait savunma sebeplerini kullanmak kefil için bir hak olduğu kadar bir külfettir de. Buna karşılık, doğrudan kendisine ait savunma sebeplerini kullanmak kefil için sadece bir hak oluşturur. Bu konuda kefilin külfet altında olduğundan söz edilemez⁵⁰.

Kefilin kendisine ait savunmaların en başında, doğrudan kefalet sözleşmesinden kaynaklanan savunmalar gelmektedir. Bu tür savunmalar, kefalet sözleşmesi içerisinde yer alan hükümlerden kaynaklanabileceği gibi, kefalet sözleşmesine yasanın bağladığı hükümlerden de kaynaklanabilir. Geçerli bir kefalet sözleşmesinin kurulmasını engelleyen olgulara da, kefil tarafından bir savunma olarak dayanılabileceği kuşkusuzdur. Bu tür olgular arasında, sözleşme taraflarının ehliyetsizliği, kefalet için aranan geçerlilik şekline uyulmamış olması, irade sakatlıkları sayılabilir. Karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanlarının bulunmaması sebebiyle kefalet sözleşmesinin yokluğunu ileri sürmek de, kefile ait bir savunma olarak karşımıza çıkabilir. Kefil, kendisinden talepte bulunan alacaklıya, kefalet sözleşmesinden kaynaklanan hukuki ilişkinin sona erdiğini ileri sürebilir. Kefalet sözleşmesine dayanan borç ilişkisini sona erdirecek sebepler, sözleşmeyle düzenlenmiş olabileceği gibi yasa tarafından da düzenlenmiş olabilir. Kefil, alacaklıya karşı, kefalet borcundan kurtulduğu savunmasını yapabilir. Bunun gibi, kefil, alacaklının kendisine karşı olan bazı yükümlülüklerini ihlal ettiğini bir savunma olarak gündeme getirebilir. Nihayet, kefilin yükümlülüğünün içeriğine veya etkilerine ilişkin bir takım savunmalardan söz edilebilir. Adi kefilin sahip olduğu peşin dava (tartışma) def'i, önce rehnin paraya çevrilmesi def'i, birlikte kefilin sahip olduğu bölme def'i, bu tür savunmalara örnek olarak gösterilebilir. Kefilin borcunun henüz muaccel olmadığı veya kefile süre verilmiş olduğu şeklinde savunmalar da, kefilin yükümlülüğünün içeriğine dahil olan savunmalardır⁵¹.

49 Lerch-Tuason, s. 60; Beck, Art. 502, N. 5.

50 Beck, Art. 502, N. 5.

51 Guhl, s. 75; Beck, Art. 502, N. 6.

Kefil ve alacaklı arasındaki kişisel ilişkiye dayanan, ne var ki, kefalet sözleşmesinden kaynaklanmayan savunmalar da olabilir. Örneğin, kefil, kefalet sözleşmesinden doğan borcuyla alacaklı karşısında sahip olduğu bir alacak hakkını takas ettiğine ilişkin beyanda bulunabilir. Kefilin bizzat kendisinin ödeme güçsüzlüğüne dayanan savunmaları da olabilir. Kefile konkordato mehli verilmiş olması veya kefil tarafından konkordato akdedilmiş olması bu türden savunmalardır⁵². Kefilin esas borçluya karşı olan bir alacağını kefalet borcuyla takas edemeyeceği kuşkusuzdur. Ne var ki, esas borçlunun alacaklıya karşı takas beyanında bulunma hakkının bulunması, kefile bir def'i hakkı sağlamaktadır. Esas borçlunun takas beyanında bulunma hakkı oldukça, kefil alacaklının ödeme talebini geri çevirebilecektir. Ne var ki, burada kefilin kendisine ait bir savunma sebebinin varlığından söz edilemez. Kefilin bizzat kendisine ait savunma sebepleri, kuşkusuz, kefilin mirasçıları tarafından da kullanılabilir. Ne var ki, sadece kefilin mirasçılarına ait bir savunma olanağı da vardır. Kefilin mirasçıları, terekenin resmen defterinin tutulmasını talep etmişlerse, sorumluluklarını sınırlama şansına sahiptirler. Böyle bir durumda, terekenin iflas hükümleri uyarınca tasfiyesi gerçekleşseydi kefalet borçları için hangi oranda ödeme yapılacak idiyse, bu oranda ödeme yapacaklarını ileri sürebilirler (MK. m. 630)⁵³.

İL Alacaklının ödevleri

A. Borçlunun iflası veya konkordato istemesi halinde söz konusu olan ödevler

1. Genel olarak

Esas borçlunun iflası halinde alacaklının ne yapması gerektiği EBK. m. 502 ile düzenlenmiş bulunuyordu. Buna göre, *"borçlu iflas ederse alacaklı alacağını iflas masasına kaydettirmeye mecburdur. -Alacaklı, borçlunun iflasına muttali olur olmaz ondan kefil haberdar etmekle mükelleftir. Böyle yapmadığı takdirde bu tekasülünden dolayı kefile terettüp eden zarar nispetinde kefile karşı haiz olduğu haklarını kaybeder"*. Konu Türk Borçlar Kanunu'nun 594. maddesinde alacaklının yükümlülüklerinin çevresi daha da genişletilerek düzenlenmiştir. TBK. m. 594 f. 2'ye göre, *"asıl borçlunun iflasına karar verilmiş veya borçlu konkordato istemişse alacaklı, alacağı-*

52 Beck, Art. 502, N. 7.

53 Beck, Art. 502, N. 7.

nı kaydettirmek ve haklarının korunması için gerekeni yapmak zorundadır. Alacaklının, borçlunun iflas ettiğini veya borçluya konkordato mehli verildiğini öğrendiği anda, durumu kefile bildirmesi gerekir". TBK. m. 594 f. 3'te ise, TBK. m. 594 f. 2'de belirtilen yükümlere aykırılık edilmesinin yaptırımını belirtilmektedir. Şöyle ki: "Alacaklı, yukarıdaki fıkralarda öngörülen gereklerden birini yerine getirmezse, bundan dolayı kefilin uğradığı zarar miktarınca ona karşı haklarını kaybeder". Türk Borçlar Kanunu'nun düzenlemesinde yer alan farklılıklara genel olarak değinmek gerekirse, şunlar söylenebilir: EBK. m. 502 sadece esas borçlunun iflasından söz ederken, TBK. m. 594 f. 2'de esas borçlunun konkordato istemesinden ve kendisine konkordato mehli verilmesinden de söz edilmektedir⁵⁴. TBK. m. 594 f. 2'ye göre, esas borçlunun iflasına karar verilirse veya esas borçlu konkordato istemişse, alacaklı, alacağını kaydettirmekten başka, haklarının korunması için gerekeni yapmak yükümlülüğü altındadır. 818 sayılı Kanun'un sadece alacağın kaydettirilmesinden söz ettiği hatırlanırsa, bununla yetinmeyip alacağın korunması için gerekli başkaca tedbirleri almakla da alacaklıyı yükümlü kılan TBK düzenlemesi, alacaklının yükümlerinin çevresini genişletmiş görünmektedir.

Birden fazla kefil bulunduğu takdirde, alacaklı, TBK. m. 594 f. 2' de belirtilen yükümlülükleri kefillerin hepsine karşı yerine getirmelidir⁵⁵. Diğer taraftan, TBK. m. 594 f. 2, sadece esas borçlunun iflasından söz etmekte, birlikte kefil olanlardan birisinin iflası durumunda alacaklının ne yapması gerektiğine değinmemektedir. İsviçre'de 1941 revizyonundan önce, esas borçlunun iflası halinde alacaklının ne yapması gerektiğini düzenleyen hükmün birlikte kefillerin iflası olasılığında -kıyas yoluyla dahi olsa- uygulanmayacağı kabul edilmekteydi. 1941 revizyonunda bu konuya değinilmediği dikkate alınır, İsv. BK. m. 505 f. 2 ve f. 3 (TBK. m. 594 f. 2 ve f. 3)'teki düzenlemenin birden fazla kefilden birinin iflası halinde uygulanamayacağı bugün de savunulabilir⁵⁶. Ne var ki, birden fazla kefalet güvencesine sahip olan alacaklının durumuyla ilgili olarak TBK. m. 592 f. 1'in göz önünde

54 818 sayılı Borçlar Kanunu'nun uygulanmasında, bu kanunun borçlunun iflasıyla ilgili 502. maddesinin borçlunun konkordato istemesi ve kendisine konkordato mehli verilmesi olasılığında kıyas yoluyla uygulanıp uygulanmayacağı tartışılabilir. 1941 yılındaki revizyondan önceki dönemde, İsviçre öğretisi, bu türden bir kıyası reddetmekteydi. Konuya ilişkin olarak bkz. Giovanoli, Art. 505, N. 7.

55 Beck, Art. 505, N. 14.

56 Bu konuda bkz. Beck, Art. 505, N. 15; Giovanoli, Art. 505, N. 20; Pestalozzi, Art. 505, N. 2. Ne var ki Gut farklı düşüncededir. Gut, s. 179.

tutulması gereklidir. Bu hükme göre, alacaklı, elindeki teminatları kefilin zararına olarak azaltmamak yükümlülüğü altındadır. Bu hükümde sözü geçen teminatların kapsamına, aynı teminatlar kadar kişisel (şahsi) teminatlar da girer. O halde, alacaklı, kefillerden her birine karşı, diğer kefillere karşı sahip olduğu hakları kaybetmemekle yükümlüdür. Birlikte kefillerden birinin iflas etmesi durumunda, alacaklı, söz konusu kefile karşı sahip olduğu **hakkı** kaybetmemek için elinden geleni yapmalıdır. Aksi takdirde, TBK. m. 592 f. 1 uyarınca diğer kefiller karşısında sorumlu olur⁵⁷.

2. *İflası bildirme yükümü*

TBK. m. 594 f. 2 c. 2 uyarınca, alacaklı, esas borçlunun iflas ettiğini öğrenir öğrenmez durumu kefile bildirmelidir. Bu bildirimle, kefil, esas borçlunun iflas masasına (ileride doğması muhtemel olan) rücu alacağını yazdırma fırsatını bulmuş olacaktır. Gerçi alacaklı alacağını esas borçlunun iflas masasına yazdırırsa, kefilin de müstakbel rücu alacağını ayrıca yazdırmasına gerek kalmaz. Alacaklıya halef olarak esas borçluya rücu edebilecek olan kefil, alacaklının iflas masasına yaptığı başvurudan da yararlanacaktır. Buna rağmen, kefile gerektiği takdirde müstakbel rücu alacağını bizzat yazdırabilme olanağı da tanınmalıdır. O halde, esas borçlunun iflas ettiği kefile öyle bir zamanda bildirilmelidir ki, kefil esas borçlunun iflas masasına başvurabilecek zamanı bulabilsin⁵⁸. Alacaklı, kefilin kendisince bilinen adresine bildirimini göndermekle yükümlülüğünü yerine getirmiş olur⁵⁹. Ne var ki, bildirimin geçerliliğinin şekle bağlı olmadığı da belirtilmelidir⁶⁰. Kefil, esas borçlunun iflasından başka bir şekilde ve zamanında bilgi sahibi olmuşsa, alacaklıyı bildirim yükümünü yerine getirmediği gerekçesiyle sorumlu tutamaz⁶¹.

3. *Alacağı yazdırma yükümü*

Esas borçlunun iflas masasına alacağın yazdırılması bakımından hem alacaklı hem de kefil yetkilidirler. Ne var ki, alacağı yazdırmakla yükümlü olan kefil olmayıp alacaklıdır. 818 sayılı (eski) Borçlar Kanunu'nun konuyu

57 Beck, Art. 505, N. 15.

58 Gut, s. 138; Guhl, s. 89; Beck, Art. 505, N. 18; Giovanoli, Art. 505, N. 19; Pestalozzi, Art. 505, N. 12.

59 Beck, Art. 505, N. 18.

60 Pestalozzi, Art. 505, N. 12.

61 Gut, s. 139; Beck, Art. 505, N. 18.

düzenleyen 502. maddesi emredici değildi. Bu nedenle, kefalet sözleşmesi yapılırken, esas borçlunun iflasından haberdar olmak ve alacağı iflas masasına yazdırmak yükümünün kefile aktarılması mümkün görülebilirdi. Türk Borçlar Kanunu'nun kefalete ilişkin hükümleri nisbî emredici nitelik taşıdığından (TBK. m. 582 f. son), aynı olanak söz konusu olmayacaktır⁶².

Esas borçlunun iflasının yabancı ülkede açılmış olması, alacaklının TBK. m. 594'de yer alan yükümlülükleri üzerinde etkili olmaz. Alacaklının alacağını esas borçlunun iflas masasına yazdırma yükümü bu olasılıkta da devam eder. Alacaklının esas borçludan önce (müteselsil) kefile başvurmuş olması, esas borçlunun iflasıyla birlikte alacağı masaya yazdırma yükümünün doğmasını engellemez⁶³.

İİK. m. 204 f. 1'e göre, "*alacaklı, müflisle birlikte borçlu olandan alacağının bir kısmını almış ise müşterek borçlunun müflise rücu hakkı olsun olmasın borcun tamamı masaya kaydolunur*". Bu hükümdeki müşterek borçlu tabiri, kefil de kapsamına alacak biçimde geniş olarak anlaşılmalıdır. Üstelik yalnız müteselsil kefil değil, adi kefil de bu hükümdeki anlamda müşterek borçlu sayılmalıdır. Buna göre, esas borçlu iflas ettiği zaman, kefil tarafından yapılan kısmi ifa dikkate alınmaksızın esas borç başlangıçtaki kapsamıyla iflas masasına yazılacaktır. Esas borcun dışında, kısmi ödeme yapan kefilin rücu alacağının masaya yazdırılması söz konusu olmayacaktır⁶⁴. Kısmi ifayı esas borçlunun gerçekleştirdiği durumlarda, esas borcun başlangıçtaki miktarıyla yazdırılması olanak dışıdır. Esas borçlunun ifası anında esas borç hangi kapsamda devam ediyorsa, o kapsamda masaya yazdırılacaktır⁶⁵.

Kefil tarafından herhangi bir ödeme yapılmış değilse, alacaklı alacağının tamamını esas borçlunun iflas masasına yazdırmakla yükümlüdür. Böyle durumlarda kefilin de alacağı yazdırma yetkisine sahip olup olmadığı tartışılabilir. Kefilin esas alacağı masaya yazdıramayacağını, ancak, kendisine ait muhtemel rücu alacağını şarta bağlı bir alacak olarak masaya yazdırabileceğini söyleyenler bulunmaktadır⁶⁶. Kefil kısmi ödemelerde bulunmuşsa, bu ödemeler göz önünde tutulmaksızın alacağın tamamı masaya yazdırılabilir. Alacağın tamamının yazdırılması hususunda alacaklı yetkili olduğu gibi,

62 Pestalozzi, Art. 505, N. 2.

63 Beck, Art. 505, N. 20.

64 Lerch-Tuason, s. 98; Beck, Ark. 505, N. 21.

65 Beck, Art. 505, N. 21.

66 Lerch-Tuason, s. 96.

kısmi ödemede bulunan kefil de yetkilidir. Alacağın tamamını yazdırmak bakımından yetkili olan alacaklı, alacağın henüz ifa edilmemiş bölümünü yazdırmakla yükümlüdür de. Alacaklının kefilin muhtemel rücu alacağını masaya yazdırmak hususunda bir yükümlülüğü ise, doğal olarak, yoktur⁶⁷. Esas borçlunun iflas etmesinden daha önceki bir zamanda alacaklı kefil tarafından tamamen tatmin edilmiş olabilir. Böyle durumlarda, sadece kefilin rücu alacağının masaya yazdırılması söz konusu olacaktır. Kendisine ait rücu alacağını masaya yazdırması gereken kişi de, kuşkusuz, kefiledir⁶⁸. Alacaklı, alacağının masaya yazdırılması dışında, alacağa ilişkin güvenceleri, bu arada rehin haklarını ve hapis haklarını masaya bildirmelidir. Esas borçlunun iflas yoluyla takibi devam ederken kefil tarafından ödeme yapılırsa, alacaklının hakları ödeme yaptığı oranda kefile geçecektir. Kefilin halefiyet yoluyla elde ettiği rücu alacağını ayrıca masaya bildirmesine de gerek bulunmayacaktır⁶⁹.

4. Esas Borçlunun iflasında söz konusu olacak diğer yükümlülük/er

Alacaklının, esas borçlunun iflasında söz konusu olabilecek diğer yükümlülüklerine 818 sayılı (eski) Borçlar Kanunu değinmiyordu. Buna karşılık, TBK. m. 594 f. 2, alacaklının alacağını masaya yazdırmaktan başka haklarını korumak için gerekeni yapmak zorunda olduğunu belirtmektedir⁷⁰. Alacaklının haklarını korumak için neler yapması gerektiğini somut olayın özellikleri gösterecektir. Yargıç, iş hayatında hakim olan anlayışı ve dürüstlük kuralını gözeterek takdir yetkisini kullanacak ve alacaklının yükümlülüklerinin çevresini belirleyecektir⁷¹.

Alacaklının yükümlülükleri, sonuç olarak, iflas eden esas borçluya karşı sahip olduğu alacak hakkına ilişkindir. İflas idaresinin alacağı tamamen veya kısmen reddettiğini kefile bildirmekle yükümlü olan alacaklı, bundan başka, talep ettiği dereceyi elde edemediğini de kefile bildirmelidir⁷². İflas

67 Gut, s. 141; Guhl, s. 89; Beck, Art. 505, N. 22; Pestalozzi, Art. 505, N. 6.

68 Lerch-Tuason, s. 160; Beck, Art. 505, N. 22.

69 Lerch-Tuason, s. 99; Beck, Art. 505, N. 24.

70 1941 revizyonundan önce İsviçre hukukundaki duruma ilişkin olarak bkz. Lerch-Tuason, s. 70 vd.

71 Beck, Art. 505, N. 26; Giovanoli, Art. 505, N. 9, 11; Pestalozzi, Art. 505, N. 8.

72 Beck, Art. 505, N. 27. Alacaklı, masraflar için kendisine avans verilirse iflas yoluyla takibi yürüteceğini veya takibin yürütülmesi için gerekli fırsatı kefile vereceğini bildirebilir. Guhl, s. 90; Giovanoli, Art. 505, N. 12.

yoluyla takibin yürütülmesi önemli ölçüde gider yapılmasını gerektiriyorsa veya takibin sonucunda önemli bir şey elde edilmeyeceği söylenebiliyorsa, alacaklıdan kendi hesabına takibi yürütmesi beklenemez⁷³. Alacağın varlığının tartışmalı olduğu durumlarda, alacaklının iflas yoluyla takibi yürütmek zorunda olup olmadığı tartışmalıdır⁷⁴. İflas yoluyla takibin yürütülmesi için hazırlanan tasfiye planına riayet edilip edilmediği alacaklı tarafından denetlenmelidir. Böylelikle, üçüncü kişilere haksız olarak öncelik tanınmasını engelleyebilir. Alacaklı, üçüncü kişilere haksız yere öncelik tanınarak kendi hakkının veya teminatlardan yararlanma olanağının haleldar edilmesini engellemelidir⁷⁵.

Alacaklının, korumakla yükümlü olduğu rehinlerin gerçek değerinin altında bir bedelle paraya çevrilmesini engellemeye çalışması gerekmez. Ne var ki, söz konusu rehinlerin paraya çevrilmesi için yapılacak arttırmadan kefilî haberdar etmelidir⁷⁶. Alacaklı, ayrıca, kendisine düşen garame payını almak için çaba göstermelidir. Alacağının tamamını elde edemeyen alacaklının borç ödemedenden aciz belgesini alması gereklidir⁷⁷.

5. Esas borçlunun konkordato istemesi ve kendisine konkordato mehli verilmesi durumunda söz konusu olan yükümler

TBK. m. 594 f. 2, esas borçlunun iflasından başka, esas borçlunun konkordato istemesi ve kendisine konkordato mehli verilmesini de ele almaktadır. Buna göre, alacaklı, esas borçlu konkordato istemişse alacağım kaydettirmek ve esas borçlu karşısındaki haklarının korunması için gerekeni yapmak zorundadır. Esas borçluya konkordato mehli verildiğini öğrendiği anda, durumu gecikmeksizin kefile bildirmelidir. Alacaklının bu yükümleri, sadece İcra ve İflas Kanunu kapsamındaki konkordatoya ilişkin olmayıp, özel kanunlar uyarınca gerçekleşecek konkordato hallerinde de söz konusu olacaktır⁷⁸.

73 Gut, s. 150; Beck, Art. 505, N. 27; Giovanoli, Art. 505, N. 12; Pestalozzi, Art. 505, N. 9.

74 Alacağın tartışmalı olmasına rağmen alacaklının iflas yoluyla takibi yürütmek zorunda olduğunu söyleyenler olduğu gibi (Gut, s. 149; Guhl, s. 90), böyle bir zorunluluğun bulunmadığını söyleyenler de bulunmaktadır (Giovanoli, Art. 505, N. 12).

75 Gut, s. 151; Guhl, s. 90; Beck, Art. 505, N. 27.

76 Gut, s. 158; Guhl, s. 91; Beck, Art. 505, N. 28.

77 Gut, s. 158; Beck, Art. 505, N. 28; Giovanoli, Art. 505, N. 12.

78 Giovanoli, Art. 505, N. 7; Pestalozzi, Art. 505, N. 7.

6. Alacaklının yükümlülüklerine aykırı hareket etmesinin sonuçları

Alacaklının TBK. m. 594 f. 2'de belirtilen yükümlülüklerini yerine getirmemesine bağlanacak olan sonuç, TBK. m. 594 f. 3 ile belirlenmiştir: Alacaklı yükümlülüklerini yerine getirmemesi yüzünden kefilin uğradığı zarar miktarınca ona karşı olan haklarını kaybedecektir. O halde, TBK. m. 592 f. 3 ile öngörülen sonuç, kefilin borçtan kurtulması olmayıp, alacaklının kefilin zararını tazmin borcudur⁷⁹. TBK. m. 594 f. 3, ispat külfetine yer değiştiren bir hüküm de değildir. Kefilin, alacaklının TBK. m. 594 f. 2'de belirtilen yükümlülüklerine aykırı hareket ettiğini ispatlaması gerektiği gibi, bundan dolayı bir zarara uğradığını da ispatlaması gerekmektedir⁸⁰. Alacaklının sorumlu tutulabilmesi için kusurlu olması gerekir. Alacaklı, kusurlu olmadığını ispat ederek sorumlu tutulmaktan kurtulabilir (TBK. m. 112)⁸¹. Alacaklının, esas borçlunun iflasından habersiz olduğunu ispat etmesi, kusursuzluğunu ispat etmek için yeterli değildir. Alacaklı kendisinden beklenen özeni göstermediği için esas borçlunun iflasını öğrenmemişse, TBK. m. 594 f. 2'de yer alan yükümlülüklerini yerine getirmemekte kusurlu kabul edilecektir⁸². Alacaklının göstereceği özenin ölçüsü kişisel özelliklerine göre belirlenir. Bir bankadan, ticaret hayatından uzak bir gerçek kişiye oranla çok daha fazla özen göstermesi beklenebilir⁸³. Kefilin de kusuru olduğu söylenebiliyorsa, TBK. m. 114 f. 2 delaletiyle TBK. m. 52 f. 1 uygulanabilecek ve alacaklının tazmin yükümlülüğünün kapsamının azaldığı veya büsbütün ortadan kalktığı söylenebilecektir. TBK. m. 594 f. 2'de yer alan yükümlülüklerin ihlal edilmesi nedeniyle kefilin uğradığı zarar, kefalet sözleşmesinden kaynaklanan

79 Alacaklının yükümlülüklerine aykırı davranmasına bağlanan sonucun, kefilin bu nedenle uğradığı zararı tazmin borcu olduğu İsviçre öğretisinde kabul edilmektedir. Bkz. Tobler, s. 146 vd; Beck, Art. 505, N. 32; Giovanoli, Art. 505, N. 19; Pestalozzi, N. 13.

80 Lerch-Tuason, s. 70; Gut, s. 170; Guhl, s. 88; Beck, Art. 505, N. 32; Pestalozzi, Art. 505, N. 13.

81 Gut, s. 170; Beck, Art. 505, N. 33.

82 Gut, s. 170; Beck, Art. 505, N. 33.

83 Alacaklının borçlunun iflası ve konkordato istemesi ile ilgili yükümlülüklerinin kendisine bir özen ödevi yüklediği açıktır. Alacaklı, bu özen ödevine bağlı olarak esas borçluyla ilgili aleniyet kazanan gelişmeleri takip etmeli, alacağını süresinde ve usulüne uygun bir biçimde bildirmeli, ayrıca bir kira alacağı söz konusuysa kiracının eşyaları üzerinde kullanabileceği hapis hakkına ilişkin bilgi vermelidir. Alacaklının bu gerekliliklere uymaması kendisini kefil karşısında sorumlu kılar. Nitekim bkz. Giovanoli, Art. 505, N. 8.

borcunun tutarını aşabilir. Bu durumda kefil, borcunu yerine getirirmedikten başka, borcunu aşan tutardaki zararını da ayrıca talep edebilir⁸⁴. Kefilin zararı kefalet sözleşmesinden doğan borcunun altındaysa, zararı miktarınca az ödeme yapmakla yetinecektir. Bu olasılıkta, kefilin ayrı bir tazminat talebinde bulunmasına yer ve gerek yoktur.

B. Ödemeyi kabul külfeti

1. Genel olarak

Alacaklının ödemeyi kabul külfeti EBK. m. 501'de ele alınmaktaydı. Bu düzenleme şu şekildeydi: *"Borç muacceliyet iktisap edince, kefil her zaman alacaklıyı borcun ifasını kabule veya kendisini kefaletten tahlise icbar edebilir. Alacaklı edayı kabul etmez yahut haiz olduğu teminatı ita ve nakilden imtina eylerse kefil kendiliğinden kurtulur"*. Aynı konu, Türk Borçlar Kanunu'nun 593. maddesiyle düzenlenmiştir. Bu düzenleme şu şekildedir: *"Borçlunun ifidsı sebebiyle olsa bile, borç muaccel olduğu takdirde kefil, alacaklıdan yapacağı ödemeyi kabul etmesini her zaman isteyebilir. Bir borca birden çok kişinin kefil olması durumunda alacaklı, kefillerden biri tarafından yapılacak kısmi ödemeyi, bunu öneren kefile düşen paydan az olmak koşuluyla, kabul etmek zorundadır. -Alacaklı haklı bir sebep olmaksızın ödemeyi kabulden kaçınırsa, kefil borcundan kurtulur; birlikte müteselsil kefalette ise, kefillerin sorumluluğu kendilerine düşen pay miktarınca azalır. - Alacaklının rızası varsa kefil, asıl borcu muaccel olmasından önce de ödeyebilir. Ancak, bu durumda kefil, asıl borçluya karşı rücu hakkını borcun muaccel olmasından önce kullanamaz"*.

TBK. m. 593 f. 2, kaynak İsviçre Borçlar Kanunu 'nun 504. maddesinin ikinci fıkrasından hatalı olarak aktarılmıştır. Kaynak Kanun'un 504. maddesinin ikinci fıkrası, alacaklının haklı bir sebep olmaksızın ödemeyi kabulden kaçınması durumunda kefilin borçtan kurtulacağını belirtmekte, daha sonra, müteselsil birlikte kefalet olasılığını ele almaktadır. TBK. düzenlemesinde buraya kadar bir sorun yoktur. Sorun bundan sonra başlamaktadır. İsviçre Borçlar Kanunu 'na göre, alacaklı müteselsil birlikte kefil konumundaki kişilerden birisinin yapmak istediği ödemeyi haklı sebep olmadan kabul etmezse, söz konusu kefil borçtan kurtulur. Ne var ki, diğer kefillerin sorumluluğunun kapsamında da bir azalma ortaya çıkar. Diğer kefillerin sorumluluğu, yapmak istediği ödeme alacaklı tarafından kabul edilmeyen

84 Beck, Art. 505, N. 33-34.

kefilin iç ilişkideki payı oranında azalır. Kaynak Kanun'un bu düzenlemesi, anlamı büsbütün karacak, hatta yanlış anlamaya sebep olacak biçimde TBK.'na aktarılmıştır. TBK. düzenlemesinden çıkan anlama göre, **yapmak** istediği ödeme alacaklı tarafından kabul edilmeyen müteselsil birlikte **kefil**, kendisine düşen pay nisbetinde sorumluluktan kurtulacaktır. Aslında bu söylediğimiz bile zorlama yoluyla çıkarılmış bir anlam olacaktır. Esasen TBK. m. 593 f. 2'nun son bölümü hiçbir anlam taşımamaktadır. Gerçekten de, *"birlikte müteselsil kefalette ise, kefillerin sorumluluğu kendilerine düşen pay miktarınca azalır"* ifadesinin hiçbir anlamı yoktur. Sorumluluktan kurtulan kefil veya kefiller kimdir? Ödeme girişimi haklı bir sebep olmaksızın alacaklı tarafından engellenen kefil midir? Bu kefilin sorumluluktan kurtulacağı kesindir. Ne var ki, bu sonuç TBK. m. 593 f. 2'nun ilk bölümünden zaten çıkarılabilmektedir. Üstelik ödeme girişimi alacaklı tarafından engellenen birlikte kefil, sorumluluktan kendi payı oranında değil tamamen kurtulacak, alacaklı artık kendisinden hiçbir talepte bulunamayacaktır. Belirsiz olan ve açıklığa kavuşturulması gereken nokta, sorumluluktan kurtulan kefil dışındaki kefillerin durumunun ne olacağıdır. Kaynak İsviçre Borçlar Kanunu'nun 504. maddesinin ikinci fıkrasında işte bu sorun ele alınmaktadır. Buna göre, sorumluluktan kurtulan kefilin iç ilişkideki payı oranında diğer kefiller de sorumluluktan kurtulacaktır. TBK. m. 593 f. 2'ye farklı bir anlam vermek, bu arada lafzına birebir uyan bir yorum yapmak hiç düşünülemez. Gerçekten de, TBK. m. 593 f. 2'nin lafzına bakılırsa, ödeme girişimi reddedilen kefilin sorumluluktan hepten kurtulacağı, diğer kefillerinse iç ilişkideki payları oranında sorumluluktan kurtulacağı söylenebilir. Bu sonuç hepten kabul edilemez niteliktedir. Diğer kefiller iç ilişkideki payları oranında sorumluluktan kurtulacaklar da, kendilerinin dışındaki kefillerin payı için takip edilebilecekler midir? Elbette böyle bir şey söylenemez. Sonuç olarak, anlamdan yoksun TBK. düzenlemesinin, Kaynak Kanun'a uygun olarak yorumlanması kaçınılmazdır.

2. Alacaklının ödemeyi kabul külfetinin yerine getirilmemesi ve buna bağlanan sonuçlar

a. Ödemeyi kabul külfetinin kapsamı

Alacaklı, kefilin yapmak istediği ödemeyi kabul etmediği takdirde alacaklı temerrüdüne düşer. Alacaklı temerrüdü TBK. m. 106 ve devamında ele alınmıştır. TBK. m. 593, konuyu alacaklı temerrüdüne ilişkin genel hükümlerden daha farklı bir biçimde ele almıştır. Gerçekleştirmek istediği ifa alacaklı tarafından reddedilen kefil borçtan kurtulur. Kefilin alacaklıyı bir an

önce tatmin ederek gecikmeksizin esas borçluya rücu edebilmekteki çıkarı gözetilmiş ve alacaklının bu çıkarı göz ardı eden tutum ve davranışlarına kapılar kapanmıştır⁸⁵. Alacaklı temerrüdünü genel olarak düzenleyen hükümler, kefalet sözleşmesi açısından konuyu ele alan TBK. m. 593'e aykırı düştüğü ölçüde uygulanmayacaktır⁸⁶.

Esas borcun muaccel olduğu andan itibaren, alacaklı, kefilin ödeme girişimini boşa çıkarmamak durumundadır. Esas borcun hangi sebeple muaccel olduğu önemli değildir. Muacceliyet esas borçlunun iflasına dayansa bile, alacaklı kefil tarafından yapılmak istenen ödemeyi kabul külfeti altındadır. Böyle bir olasılıkta, alacaklı, esas borçluyla kararlaştırdıkları vadeden önce kefilin ifaya zorlayamaz (TBK. m. 590 f. 1). Ne var ki, kefil ifada bulunmak isterse alacaklı bu isteğe karşı çıkamayacaktır. Esas borçlunun iflasıyla birlikte gerçekleşen muacceliyet, alacaklının kefilin ifasını kabul külfetinin doğumu için yeterlidir⁸⁷.

Esas borcun henüz muaccel olmadığı aşamada durum nasıl değerlendirilmelidir? Muacceliyet öncesinde kefilin ödeme girişimi alacaklı tarafından boşa çıkarılırsa, kefil borcundan kurtulacak mıdır? EBK. m. 501 bu soruyu cevapsız bırakıyordu. Buna karşılık, TBK. m. 593 f. 3'de bu soru cevaplanmaktadır. Buna göre, asıl borcun muaccel olmasından önce kefilin ödeme yapması alacaklının rızasıyla mümkündür. Ödemeyi alacaklının rızasıyla gerçekleştiren kefil, muacceliyet gerçekleşene kadar esas borçluya rücu edemez. Demek oluyor ki, esas borcun muaccel olmasından önceki aşamada alacaklının kefilin ödemesini kabul külfeti yoktur. Ne var ki, bu sonucun çıkarılmasında acele edilmemesi ve alacaklının esas borçlunun yapacağı ifayı kabul külfeti bulunup bulunmadığı noktasından da konuya yaklaşılmaması gerekir. Borçlunun süresinden önce ifada bulunması, TBK. m. 96' da ele alınmıştır. Bu hükme göre, *"sözleşmenin hükümlerinden veya özelliğinden ya da durumun gereğinden tarafların aksini kast ettikleri anlaşılmadıkça borçlu, edimini sürenin sona ermesinden önce ifa edebilir"*. Ancak istisnai durumlarda vade yalnız borçlunun değil alacaklının da yararı gözetilerek kararlaştırılmış olabilir. Böyle durumlarda, vaktinden önce gerçekleştirilmek istenen bir ifayı alacaklı reddedebilecektir. Alacaklı, esas borçlunun vaktinden önce yapmak istediği ifayı reddetme olanağına sahipse, kefilin esas borcun muac-

85 Giovanoli, Art. 504, N. 2; Pestalozzi, Art. 504, N. 1.

86 Beck, Art. 504, N. 4; Pestalozzi, Art. 504, N. 1.

87 Beck, Art. 504, N. 5; Giovanoli, Art. 504, N. 2; Pestalozzi, Art. 504, N. 2.

celiyetinden önce yapmak istediği ifayı da reddedebilir. Ne var ki, alacaklı, esas borçlunun vaktinden önce yapacağı ifayı kabul külfetj altındaysa. esas borcun muacceliyetinden önce kefilin yapmak istediği ifayı da reddedemez. Reddederse TBK. m. 593 uygulanır ve kefil borcundan kurtulur. Bu sonuca varılması, 818 sayılı (eski) Borçlar Kanunu çerçevesinde gayet kolaydı. TBK. m. 593 f. son'un varlığı da farklı bir sonuca ulaşmayı gerektirmez. TBK.'nun anılan düzenlemesinde, asıl borcun muaccel olmasından önce kefilin ödeme yapması alacaklının rızasına bağlanmış görünmektedir. Ne var ki, bu rıza, esas borç için kararlaştırılan vadenin yalnız esas borçlunun değil alacaklının da çıkarına hizmet ettiği olasılıklar için aranacaktır. Vade alacaklının da çıkarına hizmet ediyorsa, alacaklı, yalnız esas borçlu tarafından değil kefil tarafından yapılmak istenen bir ifayı da reddedebilecektir. örneğin yüksek faiz oranına bağlanmış bir ödünçte, alacaklı, vadenin gelip faiz alacağının muaccel olacağı andan önceki bir ifayı, bu ifa ister ödünç alan kişi tarafından isterse kefil tarafından yapılmak istensin, kabul etmek zorunda değildir. Vadenin alacaklının çıkarına hizmet etmediği olasılıklardadır ki, kefilin borçtan bir an önce kurtulmak konusundaki çıkarını gözetmek kaçınılmaz olur. Böyle durumlarda, esas borcun vadesi henüz gelmeden önce alacaklıya ödeme yapmak isteyen kefil alacaklı geri çevirememelidir⁸⁸.

Kefil tarafından kısmi ifa yapılmak isteniyorsa alacaklının durumunun ne olacağı da ayrıca ele alınmalıdır. Kısmi ifa TBK. m. 84'te ele alınmaktadır. Söz konusu hüküm, borcun tamamı belirli ve muaccel olduğu takdirde alacaklının kısmi ifayı reddedebileceğini söylemektedir. Aynı sonuca varılması, kefilin borcu açısından da kaçınılmazdır. Kefilin borcu belirli ve muaccel durumdaysa, alacaklı kefilin kısmi ifa önerisini kabul etmek zorunda değildir. TBK. m. 593 konuyu özel olarak ele almış değildir. Ne var ki, esas borçlunun kısmi ifada bulunabileceği olasılıklarda kefilin de aynı olanaktan yararlanabileceği söylenebilir. Esas borcun bir kısmı için kefil olan kişinin ifasının kısmi ifa olarak nitelenmesi mümkün değildir. O, esas borç açısından bakıldığında kısmi ifada bulunuyor gibi görünse de, kendi borcunun tamamını ifa etmektedir⁸⁹.

Türk Borçlar Kanunu'nun 593. maddesinin 1. fıkrasının son cümlesi, birlikte kefil olan kişiler için kısmi ifada bulunmanın yolunu açmıştır. Bu dü-

88 Konuya ilişkin açıklamalar için bkz. Beck, Art. 504, N. 6, 7. Ayrıca bkz. Giovanoli, Art. 504, N. 1; Pestalozzi, Art. 504, N. 3; Tandoğan, Borçlar II, s. 787, Reisoğlu, Kefalet, s. 188.

89 Beck, Art. 504, N. 8; Pestalozzi, Art. 504, N. 4.

zenlemeye göre, *"bir borca birden fazla kişinin kefil olması durumunda, alacaklı, kefillerden biri tarafından yapılacak kısmî ödemeyi, bunu öneren kefile düşen paydan az olmamak koşuluyla, kabul etmek zorundadır"*. Demek oluyor ki, birlikte kefil olan kişilerden biri, kefiller arası (iç) ilişkide kendisine düşen paydan az olmayacak bir kısmî ifa önerisinde bulunursa, alacaklı bu öneriyi kabul etmelidir. Aksi takdirde kısmî ifa önerisinde bulunan kefil borcundan kurtulur. Diğer birlikte kefillerin sorumluluğu ise, borcundan kurtulan kefilin iç ilişkideki payı miktarınca azalır (TBK. m. 593 f. 2). Bu düzenleme, TBK. m. 587 f. 2'deki düzenlemeyi tamamlamaktadır. TBK. m. 587 f. 2'de belirtilen koşullar gerçekleşmeden kendi payından fazla ödeme yapmayı reddedebilen müteselsil birlikte kefil, bu koşullar gerçekleşmediği sürece alacaklıyı kendi payıyla sınırlı bir ifayı kabule de zorlayabilmektedir.

b. Alacaklının ödemeyi kabul külfetine aykırılıkta bulunması

Alacaklının ödemeyi kabul külfetine aykırı davranmış sayılması için, kefilin ifa önerisini haksız olarak reddetmesi gerekir. Bu nokta, EBK. m. 501 hükmünde açık olarak belirtilmiş değildi. Ne var ki, Türk Borçlar Kanunu'nun 593. maddesi, alacaklının *haklı bir sebep olmaksızın* hareket etmiş olmasını aramaktadır. Gerçi 818 sayılı Kanun m. 501 çerçevesinde de *"haksızlık"* unsurunun aranması gerektiği ileri sürülebilirdi. Böyle bir iddia dayanağını alacaklı temerrüdünü genel olarak düzenleyen EBK. m. 90'da bulacaktı. EBK. m. 90, alacaklının temerrüde düşmesi için borçlunun eylemli ifa önerisini *"muhik bir sebep olmadan"* reddetmesini aramaktaydı (nitekim aynı gereklilik TBK. m. 106 f. 1'de de aranmaktadır). Şu halde, alacaklı temerrüdünün özel bir görünümünü ele alan EBK. m. 501'in uygulanması bakımından da, alacaklının ifa önerisini *"muhik bir sebep olmadan"* reddetmesi aranmalıydı⁹⁰. Alacaklının *"haklı bir sebep olmadan"* hareket etmesi, *"kusurlu"* olarak hareket etmesi anlamına gelmez. Bu nedenle, alacaklının ödemeyi kabul külfetine aykırı davrandığı iddia edildiği zaman *"kusur"* ispatına gerek olmayacaktır⁹¹.

c. Alacaklının ödemeyi kabul külfetine aykırılıkta bulunmasının sonuçları

Kefilin borcuna uygun bir biçimde (gereği gibi) yaptığı eylemli ifa önerisini haklı bir sebep olmaksızın reddeden alacaklı, alacaklı temerrüdüne dü-

90 Nitekim bu yönde bkz. Reisoğlu, Kefalet, s. 189.

91 Becl, Art. 504, N. 10; Giovanoli, Art. 504, N. 5; Pestalozzi, Art. 504, N. 4.

şer. Böyle bir durumda kefilin kendisini borçtan kurtarması hususunda alacaklıyı zorlayabileceği EBK. m. 501'in birinci cümlesinde ifade edilmekteydi. Bu ifadeye bakılırsa, kefilin kendisini ibra etmesi hususunda alacaklıdan talepte bulunacağı, ibraya ilişkin iradesini beyan etmeyen alacaklının kefil tarafından açılacak "*irade beyanına mahkumiyet*" davasına muhatap olabileceği söylenebilirdi. Böylesine dolambaçlı bir yola gidilmesinin amaca aykırı düşeceği açıktır. Alacaklının ödemeyi kabul külfetini yerine getirmemesi üzerine kefilin borçtan kurtulacağını kabul etmek çok daha sade ve **pratik** bir çözümdü. Nitekim EBK. m. 501 hükmünün ikinci cümlesi de bu sonucu teyit etmekteydi. Bu düzenleme esas alınır, alacaklı edayı kabul etmediği takdirde kefilin kendiliğinden borcundan kurtulacağı söylenebilirdi. TBK. m. 593 f. 2, alacaklının haklı bir sebep olmaksızın ödemeyi kabul etmekten kaçınması üzerine kefilin borcundan kurtulacağını büyük bir açıklıkla ifade etmektedir. Kefil borcundan kurtulacağına göre, bundan böyle alacaklıya ödeme yapmasına gerek kalmayacak, ödemek istediği tutan tevdi etmesi de söz konusu olmayacaktır. Ne var ki, kefilin halihazırda yapmış olduğu ödemeler varsa, bunlara ilişkin bir iade talebinin söz konusu olamayacağı söylenebilir. Bir başka deyişle, kefilin borcunun sona ermesi daha önceden gerçekleştirmiş olduğu kısmı ifayı kapsamına almayacak, henüz yerine getirilmemiş borç kısmı için geçerli olacaktır⁹².

Müteselsil birlikte kefalet altına giren kişilerden biri ödeme girişiminde bulunmuş ve alacaklı bu girişimi boşa çıkarmışsa, bu kişi TBK. m. 593 f. 2 uyarınca kefalet borcundan kurtulacaktır. Müteselsil birlikte kefil, borcun tamamına yönelik olarak ifa önerisinde bulunabileceği gibi, TBK. m. 593 f. 1 uyarınca iç ilişkide kendi payına düşenle sınırlı bir ifa önerisinde bulunmuş da olabilir. Her iki olasılıkta da, alacaklının ifa önerisini haklı sebep olmadan reddetmesi kefilin borçtan kurtarır. Kefillerden birinin bu şekilde borçtan kurtulmasının diğerleri üzerindeki etkisi de, yine TBK. m. 593 f. 2 ile düzenlenmektedir. Müteselsil olarak birlikte kefalet altına giren kişilerden birinin borcundan kurtulması, diğerlerini olumsuz olarak etkilememelidir. Bu sonuç, kefiller arasında bulunduğu kabul edilen gerçek anlamda teselsül ilişkisine de uygundur. Borcundan kurtulduğu söylenen kefile, bundan böyle kefiller arasındaki iç ilişki çerçevesinde rücu edilememesi gerekir. Aksi takdirde, yani diğer kefillerin rücu talebine muhatap olacaksa, ödeme girişimi alacaklı tarafından boşa çıkarılan kefilin borcundan kurtulacağını ileri sürmenin bir anlamı olmayacaktır. O halde, borcundan kurtulan kefilin

92 Beck, Art. 504, N. 11.

diğer kefillerin rücu talebine muhatap olmasını engelleyecek bir çözümün geliştirilmesi gerekir. Bu çözümün de ne olacağı bellidir. Diğer kefillerin alacaklı karşısındaki sorumluluğu, borcundan kurtulan kefilin iç ilişkideki payı kadar azalmalıdır. Bir başka deyişle, alacaklı, diğer kefillerden, ifa önerisini reddederek borcundan kurtulmasına yol açtığı kefilin iç ilişkideki payı oranında düşük talepte bulunmalıdır. Sonuç olarak, borcundan kurtulan kefilin iç ilişkideki payının mali yükünü bundan böyle alacaklı taşıyacaktır. Ancak bir noktaya dikkat edilmelidir. Diğer kefillerin sorumluluklarındaki azalma, bu kişilerin en üst sorumluluk sınırı olarak belirlenen tutar esas alınarak hesaplanmayacaktır. Bir örnek üzerinden açıklamaya çalışalım: Bir borç için dört kişinin birlikte müteselsil kefil olduğu ve her birinin sorumluluğunun üst sınırının 40.000 TL olarak kararlaştırıldığı düşünölsün. Kefillerden biri borçtan kurtulunca, diğerlerinin sorumluluk sınırı 30. 000 TL'ye düşmeyecektir. Alacaklı, alacağının bir kısmını esas borçludan elde etmiş ve alacağının kapsamı 12.000 TL'ye düşmüşse, borçtan kurtulan kefil dışındaki kefillerden 12.000 TL. için talepte bulunacaktır. Ne var ki, kalan üç kefilin iç ilişkideki sorumluluk payının 4000 TL olduğu söylenemeyecek, paylaşım borcundan kurtulan kefil hala işin içindeymiş gibi yapılacaktır. O halde, borcundan kurtulan kefil hala işin içinde olsaydı her bir kefil sorumluluğun 3000 TL tutarındaki kesimini taşıyacağına göre, bu sorumluluk payı değişmeden devam etmelidir. Demek oluyor ki alacaklı, bundan böyle müteselsil kefillerin her birinden kalan alacağı olan 12.000 TL'nin tamamını isteyemez. En fazla 9000 TL için talepte bulunabilir. 9000 TL tutarında ödeme yapan birlikte kefil de, 3000 TL tutarındaki sorumluluk payları için diğer kefillere rücu edebilir. Borçtan kurtulan kefilin rücu talebine muhatap olması ise, doğal olarak, söz konusu olmaz⁹³.

Yapmak istediğı ödeme alacaklı tarafından reddedilen müteselsil birlikte kefilin borçtan kurtulması ve bu durumun kefillerin sorumluluğı üzerindeki etkisine ilişkin yukarıda yapılan açıklamalar, TBK. m. 593 f. 2'nin getirdiğı düzenlemeye uygundur. Gerçi TBK. m. 593 f. 2 konuyu çok kötü bir ifade ile ele almıştır. Bu kötü ifade, İsv. BK. m. 504 f. 2'nin hatalı çevirisinden kaynaklanmaktadır. Ne var ki, "*mehaza göre yorum*" yapılmalı ve TBK. m. 593 f. 2'nin müteselsil kefillerden birinin borcundan kurtulmasının diğerleri üzerindeki etkisini düzenlediğı kabul edilmelidir. Bu etki, yine mehaza göre

93 Birlikte kefillerden birisinin borçtan kurtulmasının diğer birlikte kefillere etkisine ilişkin yapılan açıklamalar ve verilen örnek, Beck'in yaptığı açıklamalara ve verdiği örneğe uygundur. Bkz. Beck, Art. 504, N. 12.

yoruma bağlı olarak, borcundan kurtulan kefilin iç ilişkideki payı oranında diğerlerinin de borçtan kurtulması şeklinde ifade edilebilir.

Alacaklının ödemeyi kabul külfetini ve bu külfete aykırılığın etkisini düzenleyen EBK. m. 501 emredici bir nitelik taşıymıyordu. O halde, kefalet sözleşmesi yapılırken, alacaklı temerrüdü gerçekleşirse EBK. m. 501 **hük-****münün uygulanmayacağı** ve durumun alacaklı temerrüdüne ilişkin genel hükümler uyarınca çözüme kavuşturulacağı geçerli olarak kararlaştırılabilirdi. Ne var ki, Türk Borçlar Kanunu'nun kurduğu düzende **kefalet hükümleri** için kabul edilen nisbî emredicilik⁹⁴ (TBK. m. 582 f. son) bu **noktada da** etkisini gösterecek ve kefilin TBK. m. 593'le kendisine sağlanan **elverişli** konumdan önceden vazgeçmesi geçerli olmayacaktır.

C. Bilgi vermeye, teminatlara ve ispat araçlarına ilişkin ödevler

1. Bilgi verme ödevi

818 sayılı (eski) Borçlar Kanunu alacaklının kefile bilgi verme ödeviyle ilgili genel bir düzenleme içermiyordu. Ne var ki, kefilin halefiyetine alacağın temlik ile ilgili hükümlerin kıyas yoluyla uygulanacağı hatırlanır⁹⁵ alacaklının bilgi verme yükümüyle ilgili pozitif bir dayanak elde edilebilirdi. Alacağın temlik.ine ilişkin hükümler arasında yer alan EBK. m. 168 f. 2'de, *"temlik eden kimse, temellük edene alacak senedini teslim ve mevcut esbabı sübutiye ve haklarını izhar için lüzumlu olan malumatı ita ile mükelleftir"* denilmekteydi⁹⁵. Alacaklıyı tatmin ederek ona halef olan kefil, alacağı temellük eden kişi olarak kabul edilebilir ve temellük ettiği alacağı ileri sürmesine olanak verecek her türlü bilgi ve belgenin kendisine verilmesini EBK. m. 168 f. 2'ye dayanarak talep edebilirdi⁹⁶. Türk Borçlar Kanunu'nun 592. maddesinin 3. fıkrasının birinci cümlesi, alacaklının bilgi verme ödevine ilişkin olarak açıklık taşıyan bir düzenleme getirmiş ve kaynak İsviçre Borçlar Kanunu 'nda 1941 yılında yapılan revizyonla uyum sağlanmıştır. TBK. m. 592 f. 3 c. 1'de, İsv. BK. m. 503 f.2 ile uyumlu olarak, *"alacaklı*

94 Giovanoli, Art. 504, N. 4; Pestalozzi, Art. 504, N. 6.

95 Türk Borçlar Kanunu'nun aynı konuya ilişkin 190. maddesi şu şekildedir: "Devreden, devralana alacak senedi ile elinde bulunan ispatla ilgili diğer belgeleri teslim etmek ve alacağını ileri sürebilmesi için gerekli bilgileri vermekle yükümlüdür".

96 Krş. Andreas Von Tuhr, Zum Regress des Bürge, ZSR, NF 42, s. 111; Beck, Art. 503, N. 50; Giovanoli, Art. 503, N. 27; de Biasio, s. 79, 81; Pestalozzi, Art. 503, N. 19.

borcu ödeyen kefile haklarını kullanmasına yarayabilecek borç senetlerini teslim etmek ve gerekli bilgileri vermekle yükümlüdür" denilmektedir. TBK. m. 592 f. son, bilgi verme ödevinin yerine getirilmemesine, alacaklının diğer ödevlerini yerine getirmemesiyle aynı sonucu bağlamıştır. Buna göre, alacaklı kefilin haklarını kullanmasına yarayabilecek bilgi ve belgeleri vermediği takdirde kefalet borcu sona erecektir. Alacaklı, ayrıca, varsa kefilin ek zararlarını gidermekle de yükümlü olacaktır.

TBK. m. 592 f. 3 ve f. 4'ten başka, TBK. m. 594 f. 1 'yi de anmak gerekir. TBK. m. 594 f. 1, alacaklının bilgi verme yükümünü somutlaştıran bir hüküm olarak dikkati çekmekte ve kefalet hukukuna ilişkin önemli yeniliklerden biri olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu hükme göre, *"asıl borçlu, anaparanın veya yarım yıllık döneme ait faizin ödenmesinde ya da yıldan yıla yapılması öngörülen anapara ödemelerinde altı ay gecikirse, alacaklının durumu kefile bildirmesi gerekir. İstek halinde alacaklı, her zaman asıl borcun kapsamı hakkında kefile bilgi vermek zorundadır"*. Esas borçlunun anapara ve faize ilişkin olarak yapması gereken ödemelerde gecikmesini kefile bildirme ödevi, 818 sayılı (eski) Borçlar Kanunu'nda ele alınmamıştı. Ne var ki, alacaklının esas borcun ifasındaki gecikmeyi kefile bildirmesi, kimi durumlarda dürüstlük kuralının bir gereği olarak ortaya çıkabilirdi. Dürüstlük kuralının bu tür bir bildirim gerekliliğini ortaya çıkarması, istisnai durumlarda söz konusu olabilirdi. İşte bu yüzden, anapara ve faize ilişkin ödemelerdeki gecikmeyi belirli şartlarla kefile bildirme ödevi getiren TBK. m. 594 f. 1, bir yenilik olarak görülebilir.

TBK. m. 594 f. 1'e göre alacaklının bildirim ödevinin doğması için, esas borçlu anaparanın veya yarım yıllık döneme ait faizin ödenmesinde gecikmelidir. Esas borçlunun anaparanın belli bir kısmına ilişkin olarak yıldan yıla yapması gereken ödemelerde gecikmesi durumunda da alacaklının bildirim ödevi ortaya çıkar. Gecikmeyle kastedilen, muacceliyete rağmen ödenmenin gerçekleşmemiş olmasıdır. Esas borçlunun ihtar edilerek temerrüde düşürülmüş olması gerekli değildir. Bir başka deyişle, alacaklının bildirim ödevinin doğması için yalın bir gecikme yeterli olup, bu gecikmenin temerrüde dönüşmesi gerekli değildir⁹⁷. Ne var ki, gecikmenin en az altı ay devam etmiş olması alacaklının bildirim ödevinden söz edebilmek için gereklidir. O halde, esas borçlunun anaparaya veya yarım yıllık faize ilişkin ödemeleri yapmakta gecikmesi (muacceliyete rağmen ödemeyi gerçekleştirmemesi) altı ayı bulana dek alacaklı durumu kefile bildirmeyebilir. Bildirim ödevi-

97 Gut, s. 130; Guhl, s. 87; Beck. Art. 505, N. 8.

nin doğumu için gecikme süresinin altı ayı bulması gerekli olmakla birlikte, alacaklının daha önceden bildirimde bulunmasına bir engel yoktur. **Alacaklı** anapara veya faize ilişkin ödemelerdeki gecikme altı ayı bulmadan durumu kefile bildirmişse, altı aylık gecikme süresinin tamamlanmasından sonra yeni bir bildirimde bulunmak zorunda değildir⁹⁸. Buna karşılık, bildirilmesi gereken bir gecikmeye bir yenisi eklenirse, her iki gecikmeye ilişkin ayn bildirimler yapılmalıdır. Örneğin yarım yıllık faize ilişkin altı aylık bir gecikme gerçekleşmiş ve bu gecikmenin bildirilmesi yükümü ortaya çıkmışken, yarım yıllık süre için daha faiz işlemiş ve bu faize ilişkin ödemede de altı **aylık** gecikme olmuşsa, her iki gecikmenin de bildirilmesi gerekir⁹⁹. Kefile yapılacak bildirim, esas borçlunun yerine getireceği edimlerde gecikme olduğuna ilişkin açıklamaları içermelidir. Yerine getirilmesinde gecikilen edimin neye ilişkin olduğuna açıklık getirilmesi de yerinde olur. Buna göre, gecikmenin anaparaya mı, faize mi veya anaparadan yıllık olarak yapılması gereken ödemeye mi ilişkin olduğu belirtilmelidir. Kefile yapılan bildirimde gecikilen sürenin belirtilmesi de amaca uygun olur¹⁰⁰. Alacaklının esas borçlu hakkındaki takibe geçip geçmediğini kefile bildirmesi gerekmez¹⁰¹. Bildirimin belirli bir şekle uygun olarak yapılması gerekli değildir¹⁰².

TBK. m. 594 f. 1, alacaklıya kefilin talep etmesi durumunda esas borcun kapsamıyla ilgili bilgi verme ödevini de yüklemektedir. Buna göre, kefil esas borcun durumuyla ilgili bilgi vermesini alacaklıdan her zaman isteyebilir. Alacaklı da bu isteği yerine getirmek zorundadır. TBK. m. 594 f. 1'in lafzının sadece esas borcun kapsamına ilişkin bilgi verme yükümünden söz etmesine rağmen, alacaklının, anaparadan başka işlemiş faizlere ilişkin olarak da bilgi vermesi gerekir. Esas borçlunun alacaklıya karşı kefalet güvencesine bağlanan borcundan başka borçları da bulunabilir. Alacaklı bu borçlar hakkında kefile bilgi vermek zorunda değildir¹⁰³. Alacaklının bir banka olması durumunda, esas borca ilişkin bilgilerin banka sım olduğunu ileri sürmesi ve bu gerekçeyle bilgi vermekten kaçınması mümkün olmayacaktır. TBK. m. 594

98 Gut, s. 130; Beck, Art. 505, N. 10.

99 Beck, Art. 505, N. 10.

100 Kefile yapılması gereken bildirimin içeriğiyle ilgili olarak bkz. Gut, s. 134; Guhl, s. 87; Beck, Art. 505, N. 11.

101 Gut, s. 136; Beck, Art. 505, N. 11.

102 Guhl, s. 88; Beck, Art. 505, N. 12.

103 Gut, s. 136; Beck, Art. 505, N. 13.

f. 1'deki düzenleme, banka sırlarının açıklanmasına ilişkin engelleri bertaraf etmeye yeterlidir¹⁰⁴.

2. Teminatların ve rüçhan haklarının korunmasına ilişkin ödevler

u. Genel olarak

Alacaklının teminatları koruma yükümü EBK. m. 500 f. 1'de düzenlenmiş bulunuyordu. Buna göre, *"alacaklı kefaletten dolayı tahakkuk eden borcun temini için kefaletin akdi esnasında tesis yahut sonradan istihsal olunan teminatı kefilin zararına olarak tenkis eder veya elinde bulunan de/dili elden çıkarırsa kefile karşı mes'ul olur"*. Konu, İsviçre'de 1941 revizyonuyla birlikte ele alınmış ve İsv. BK. m. 503 f. 1'de şu şekilde düzenlenmiştir: *"Alacaklı, kefalet sözleşmesinin yapıldığı sırada mevcut olan veya sonradan esas borçlu tarafından kefalet konusu alacak için özel olarak verilen rehinleri veya diğer teminatları veya öncelik haklarını kefilin zararına olarak azaltırsa, kefilin sorumluluğu da aynı oranda azalır; yeter ki alacaklı kefilin zararının kapsamının (teminatlardaki veya öncelik haklarındaki azalmaya oranla) daha düşük olduğunu ispat edemesin. Kefilin (sorumluluğundaki azalma dikkate alınmaksızın) fazladan ödediği tutar için geri alma talebi saklıdır"*. Bu düzenleme, Türk Borçlar Kanunu'nun 592. maddesinin 1. fıkrasıyla hukukumuzda ithal edilmeye çalışılmıştır. TBK. m. 592 f. 1 şu şekilde: *"Alacaklı, kefalet sırasında var olan veya daha sonra asıl borçludan alacağın özel güvencesi olmak üzere elde ettiği rehin haklarını, güvenceyi ve rüçhan haklarını kefilin zararına olarak azaltırsa, zararın daha az olduğu alacaklı tarafından ispat edilmedikçe, kefilin sorumluluğu da buna uygun düşen bir miktarda azalır. Kefilin fazladan ödediği miktarın geri verilmesini isteme hakkı saklıdır"*.

İsv. BK. m. 503 f. 4'den esinlenen TBK. m. 592 f. son'da da konuyla yakından ilgili bir düzenleme yer almaktadır. Gerçekten de, bu düzenlemede, alacaklının teminatları ve ispat araçlarını kasıtlı olarak veya ağır ihmaliyle elden çıkarması durumunda söz konusu olacak yaptırımlar ele alınmıştır. Şöyle ki: Teminatları veya ispat araçlarını kasıtlı olarak veya ağır ihmaliyle elinden çıkaran alacaklı, kefilin sorumluluktan kurtulması sonucuyla karşılaşacaktır. Bu durumda, kefil, alacaklıya daha önceden ödemiş olduğu tutarı geri alabilecek, eğer varsa başkaca zararlarını da tazmin ettirebilecektir. Alacaklının elindeki teminatları kefilin zararına olarak azaltması durumunda

104 Beck, Art. 505, N. 13.

kefilin sorumluluğunun da aynı oranda azalacağını söyleyen TBK. m. 592 f. I'le, alacaklının teminatları (azaltmayıp) elden çıkarması durumunda kefilin sorumluluktan kurtulacağını belirten TBK. m. 592 f. son'un karşılıklı olarak ele alınması ve uygulama alanlarının tespit edilmesi zorunludur. Bu iki hüküm teminatları koruma yükümünün iki yönünü oluşturmaktadır.

Alacaklının teminatları koruma yükümüyle ilgili olarak EBK. m. 500 f. I 'de yer alan düzenleme emredici nitelikte değildi. Kefalet sözleşmesi yapılırken bu düzenlemenin aksi kararlaştırılabilirdi. Böylelikle, alacaklı teminatları koruma yükümünden tamamen veya kısmen kurtarılabilir, mevcut teminatları elden çıkardığı veya azalttığı takdirde kefile karşı sorumlu olmayacağı yolunda bir düzenleme getirilebilirdi. 1941 yılında İsviçre Hukuku 'nda yapılan revizyonla birlikte kefaletle ilişkin hükümler nisb'i emredici bir niteliğe bürünmüştür. Aynı durum, kefaletle ilişkin hükümlerinde, İsviçre'de söz konusu revizyonla getirilen düzenlemelerden esinlenen Türk Borçlar Kanunu açısından da söz konusudur. TBK. m. 582 f. son (İsv. BK. m. 492 f. 4), yasada aksi belirtilmedikçe kefilin kendisine tanınan haklardan peşin olarak vazgeçemeyeceğini belirttiğine göre, teminatların korunmasını talep etme hakkından da kefilin peşin olarak vazgeçmesi söz konusu olamayacaktır. TBK. m. 592 f. son (İsv. BK. m. 503 f. 4)'un kefile sunduğu diğer olanaklar (teminatların ağır kusurla elden çıkarılması durumunda kefaletten kurtulma, alacaklıya ödenen tutarın iadesine ve tazminata ilişkin talepler) bakımından da, peşin olarak vazgeçilmezlik ilkesinin yürürlükte olduğunu söyleyebiliriz.

Yeni kefalet hukukumuzda teminatların korunmasını isteme hakkından peşin olarak vazgeçmesi engellenmiş olan kefil, bu haktan sonradan vazgeçebilir. Bir başka deyişle, kefalet sözleşmesi yapıldıktan sonraki aşamada, alacaklı teminatları ve ispat araçlarını koruma yükümünden tamamen veya kısmen kurtarılabilir. Kefilin bu yöndeki iradesini adf yazılı şekilde beyan etmesi yeterli sayılmaktadır. Ne var ki, teminatlarda önemli ölçüde azalmaya yol açacak değişiklikler için kefilin eşinin de rızasının alınması gerektiği hatırlanmalıdır (TBK. m. 584 f 2)¹⁰⁵.

Alacaklının kefil karşısında teminatları korumakla yükümlü olduğu yasa tarafından açıkça belirtilmekle birlikte, alacaklıyı tatmin eden kefilin rücu edebileceği diğer (birlikte) kefillere karşı böyle bir yükümlülük altında olup olmadığı belirsizdir. Alacaklıyı bütünüyle tatmin eden kefilin kendisiyle birlikte kefil olanlar karşısındaki durumu, münferit bir kefil karşısında alacak-

105 Beck, Art. 503, N. 9.

/mm içerisinde bulunduğu durumla özdeştir. Özellikle müteselsil birlikte kefalette bu özdeşlik iyice göze batmaktadır. Bu sebeple, birlikte kefiller arasındaki ilişkide de, teminatları ve ispat araçlarını koruma yükümlülüğüne ilişkin TBK. m. 592 f 1 ve f son'un kıyas yoluyla uygulanması düşünülebilir¹⁰⁶.

TBK. m. 592'deki düzenlemeden yola çıkılarak, alacaklının kefil karşısında genel bir özen yükümlülüğü altında olduğu söylenemez. Bu düzenlemede, özen yükümü münferit bazı konular açısından düzenlenmiştir. Bir başka deyişle, alacaklı kefilin herhangi bir nedenle zarar görmemesi için genel olarak özen göstermekle yükümlü olmayıp, belirli zararların ortaya çıkmasını engellemek için özen göstermekle yükümlü kılınmıştır. Alacaklıyı genel bir özen yükümlülüğü altına almak, kefalet sözleşmesini alacaklı açısından son derece elverişsiz bir teminata dönüştürür¹⁰⁷. İsviçre'de 1941 revizyonu bu konuda bir değışiklik getirmiş değıildir. Kefaletle ilişkin hükümlerinde İsviçre'deki revizyonla getirilen düzenlemeleri esas alan Türk Borçlar Kanunu açısından da aynı şey söylenebilir. TBK. m. 592 f. 1 ve f. 2 (İsv. BK. m. 503 f. 1 ve f. 2)'de sadece iki konuda alacaklının özen yükümlülüğü altında olduğu belirtilmiş, alacaklı açısından genel bir özen yükümü getirilmemiştir. Alacaklı, TBK. m. 592 f. 1 gereğince, teminatlara ve ispat araçlarına özen gösterme yükümlülüğü altındadır. TBK. m. 592 f. 2 gereğince de, çalışanlara kefalette, çalıştırdığı kişinin zarar vermemesi için sürekli ve özenli bir gözetimi gerçekleştirmekle yükümlü kılınmıştır. Sonuç olarak, alacaklının kefil karşısındaki özen yükümünün kapsamı genişletilmemiştir.

106 Beck, Art. 503, N. 11; Giovanoli, Art. 503, N. 17; Pestalozzi, Art. 503, N. 12. İsviçre Federal Mahkemesi bu çözümü reddederek, alacaklıyı bütünüyle tatmin eden kefilin teminatlara ve ispat araçlarına ilişkin olarak diğerk kefiller karşısındaki yükümlülüklerini, vekaletsiz iş görmeye ilişkin hükümlerin kıyas yoluyla uygulanmasından çıkarmaktadır. O halde, alacaklıyı tatmin eden kefil, diğerk kefillerin vekaletsiz iş göreni olarak onların çıkarlarını gözetmek zorunda olacak, mevcut teminatların ve ispat araçlarının elden çıkmamasına gayret gösterecektir. Konuya ilişkin Federal Mahkeme uygulamasına ilişkin olarak bkz. BGE 66 il 126; BGE 45 III 10; BGE 56 II 139.

107 Gut, s. 96; Beck, Art. 503, N. 12. İsviçre'de gerçekleştirilen 1941 revizyonu bu konuda bir değışiklik getirmiş değıildir. OR Art. 503 düzenlemesiyle alacaklı açısından genel bir özen yükümü getirilmiş olmayıp, ispat araçlarına ve teminatlara ilişkin bir özen gösterme yükümlülüğüyle yetinilmiştir. OR Art. 503 Abs. 2 düzenlemesinde ele alınan durumda da, yine münferit bir konuda alacaklının özen yükümlülüğü altında olduğu söylenebilir. Buna göre, çalışan kişilerin verebileceğı zarar için kefil olunmuşsa, alacaklı çalıştırdığı kişi üzerinde özenli bir gözetimi gerçekleştirmek durumundadır. Bu konuda kefile karşı ödev altına alınmıştır. Guhl, s. 80; Giovanoli, Art. 503, N. 2; Pestalozzi, Art. 503, N. 1.

*Alacaklının kefile karşı genel bir özen yükümlülüğü altında bulunmadığını söylerken kastedilenin ne olduğuna bir açıklık getiri/me.,i yararlı olur: Alacaklı, esas borçlunun mali durumundaki değişiklik/eri Jürekli olarak gözlemek ve esas borçlunun mali durumunun kötüleştiğini te.,pit ederse **bunu** derhal kefile bildirmek zorunda değildir¹⁰⁸. Bunun gibi, alacaJclı, esas borç muaccel olur olmaz takibe geçmek durumunda da değildir. Esas borcun muacceliyetinden sonra takibi geciktirdiği için veya e.,as borcun muaccel olması için gerekli bildirim geç yaptığı için, alacaklı kefil tarafından sorumlu tutulamaz. Esas borçlunun malf durumunun kötü olması da, alacaklı için derhal takibe geçme veya muacce/iyet bildiriminde bulunma zorunluluğunu ortaya çıkarmaz¹⁰⁹. Esas borçlunun malf durumundaki kötüleşme/eri takip **ederek** gerekli tedbirleri almak, alacaklıya değil kefile düşer. Bu tip durumlarda alacaklıyı bir an önce harekete geçmesi için zorlaması gereken kişi kefiledir. Şu halde, alacaklının durumu kötüleşen esas borçlu hakkında takibe geçmesi veya muacceliyet bildiriminde bulunması için gerekli yönlendirmeyi kefil yapacaktır. Kefil, bu konuda, TBK. m. 601'in kendisine verdiği olanaklardan yararlanabilir¹¹⁰.*

Alacaklının kefil karşısında genel bir özen (koruma) yükümlülüğü bulunmasa da, dürüstlük kuralından kaynaklanan bazı davranış (veya bildirim) yükümlülükleri bulunabilir¹¹¹. Alacaklı, kefilin ilerde verilecek bir rehin hakkını göz önünde tutarak sorumluluk üstlendiğini biliyorsa, bu rehin hakkının geçerli olarak kurulması için üzerine düşenleri yapmalıdır. Dürüstlük kuralı alacaklı için böylesine bir davranış yükümünün kabul edilmesini gerektirir. Bir diğer örnek de şöyle tasarlanabilir: Alacaklının esas borçlu karşısında birden fazla alacağı bulunuyorsa, esas borçlu tarafından yapılan bir ödemeyi kefaletle güvence altına alınan alacağına saymak durumunda değildir. O, yapılan ödemeye, kefalet güvencesine bağlanmamış bir alacağının kapabildiğini ileri sürebilir (TBK. m. 102). Ne var ki, alacaklı yapılan ödeme için gerekli paranın kefil tarafından sağlandığını biliyorsa durum değişir. Böyle bir durumda, dürüstlük kuralı, yapılan ödemenin kefaletle güvence altına alınmış borca sayılmasını gerektirebilir. Benzer düşüncelerle, şu olasılıkta da dürüstlük kuralından kaynaklanan bir davranış yükümlülüğünün bulun-

108 Pestalozzi, Art. 503, N. 3; Reisoğlu, Kefalet, s. 186.

109 Pestalozzi, Art. 503, N. 3.

110 Aynı yönde açıklamalar için bkz. Reisoğlu, Kefalet, s. 186-187.

111 Guhl, s. 80; Beck, Art. 503, N. 14; Giovanoli, Art. 503, N. 4. Alacaklının genel bir özen yükümlülüğünün bulunmadığı, objektif iyiniyet kuralları açısından dahi böyle bir yükümlülüğünün bulunmayacağı hakkında bkz. Reisoğlu, Kefalet, s. 185-186.

duğu söylenebilecektir: Bir inşaat kredisi açan kişi, bu krediden kaynaklanan borç kefaletle güvence altına alınmışsa, kredinin amaca uygun olarak kullanılıp kullanılmadığını denetlemeli, gerekirse kredi sözleşmesini sona erdirmelidir¹¹².

b. Teminatları koruma yükümünün kapsamının belirlenmesi

TBK. m. 592 f. 1'e göre, alacaklı, *"kefalet sırasında var olan veya daha sonra asıl borçludan alacağın özel güvencesi olmak üzere elde ettiği rehin haklarını, güvenceyi ve rüçhan haklarını"* koruma yükümlülüğü altındadır. Alacaklının teminatlara ilişkin koruma yükümünün kefilin çok önemli bir çıkarını karşıladığı açıktır. TBK. m. 596 f. 1 uyarınca gerçekleşecek halefiyet, alacaklının koruma yükümlülüğü altında bulunan teminatların kefile geçmesini sağlayacaktır. Alacaklıyı tatmin ederek halefiyeti gerçekleştiren kefil, teminatların kendisine devri için gerekenlerin yapılmasını TBK. m. 592 f. 3 uyarınca talep edebilecek, bu talebi haklı bir sebep olmadan reddedilirse borçtan kurtulduğunu aynı hükmün son fıkrası uyarınca iddia edebilecektir.

EBK. m. 500 f. 1, alacaklının elinde bulunan teminatlardan söz etmekteydi. Buna karşılık, Türk Borçlar Kanunu m. 592 f. 1'de rehin hakları ve güvencelerden söz edilmektedir. Kaynak İsv. BK. m. 503 f. 1'de de, alacaklının koruma yükümlülüğü altındaki rehin hakları ve diğer güvencelerden söz edilmiştir. 818 sayılı Kanun'da sözü geçen teminatlar tabiriyle, TBK.'nin kullandığı *"rehin hakları ve güvenceler"* ifadesi arasında sırf şekli bir fark olup, esasta bir fark bulunmamaktadır. Nitekim EBK. m. 500 f. 1'de kullanılan teminat tabirinin olabildiğince geniş yorumlanması gerektiği söylenebilir. Alacaklının tatmin olmak için başvurabileceği ve kişisel olarak kendisine özgülenmiş olmayan her türlü hukukî olanak bu tabirin kapsamı içinde görülebilecekti¹¹³.

Alacaklının korumakla yükümlü olduğu teminatların çevresine, öncelikle, her türlü rehin hakkı dahildir. O halde, alacaklı, elinde bulunan taşınmaz ve taşınır rehni türünden teminatları korumakla yükümlü olduğu gibi, hak ve alacak rehni türünden teminatları da korumakla yükümlüdür. Alacak-

112 Konuya ilişkin örneklerle ilgili olarak bkz. Gut, s. 103, 128 vd; Guhl, s. 83 vd; Beck, Art. 503, N. 14; BGE 48 il 382; 56 II 107; 59 il 243; 64 II 217.

113 Nitekim 1941 revizyonundan önce, 818 sayılı (eski) Borçlar Kanunu metniyle özdeş olan eski İsviçre metni açısından da aynı geniş yorum yapılmaktaydı. Tobler, s. 123; Beck, Art. 503, N. 16.

lının elindeki rehin haklarının yasadan veya sözleşmeden kaynaklanması, koruma yükümlülüğünün varlığı açısından bir fark yaratmaz¹¹⁴. Alacaklı tarafından başvurulabilecek hapis haklarının da, korunması gerekli teminatlar arasında bulunduğu kuşkusuzdur. O halde, kira bedeli borcu için kefil olan kişi, kira konusu taşınmazda bulunan eşyalar üzerinde kiraya verenin sanıp olduğu hapis hakkının korunmasını isteyebilecektir. MK. m. 950- 953 arasında düzenlenen hapis hakkının da, TBK. m. 592 f. 1 çerçevesinde alacaklı tarafından korunması gereken teminatlara dahil olduğu söylenebilir. Eşya hukukundaki hapis hakkının exceptio dolinin özel bir görünüm biçimi olduğunu, bu nedenle gerçek anlamda bir teminat sayılamayacağını ileri sürerek bu düşünceye karşı çıkanlar olmuştur. Ne var *ki*, eşya hukuku anlamındaki hapis hakkının alacaklıya paraya çevirme yetkisi verdiği de düşünülürse, teminat karakterinin ağır bastığı ve TBK. m. 592 f. 1 çerçevesinde ele alınması gerektiği kabul edilmelidir¹¹⁵. Alacaklının mülkiyeti saklı tutma anlaşmasından kaynaklanan hakkının da TBK. m. 592'nin kapsamına girdiğini ve alacaklının koruma yükümlüğü altında olduğunu söyleyenler vardır¹¹⁶.

TBK. m. 592 f. 1'de öngörülen koruma yükümü sadece aynı teminatlara ilişkin değildir, kişisel teminatlardan doğan haklar da bu yükümün kapsamına girer. Alacaklı başka kefillere karşı sahip olduğu hakları da TBK. m. 592 f. 1 uyarınca korumakla yükümlüdür. Bunun gibi, teminat amacıyla borca katılan kişilere karşı alacaklının sahip olduğu haklar da koruma yükümlülüğünün kapsamındadır¹¹⁷. Alacaklıyı tatmin eden kefil, TBK. m. 596 f. 1'de yer alan halefiyet ilkesi çerçevesinde diğer kefillere veya borca katılan kişilere karşı sahip olunan haklardan da yararlanacağına göre, TBK. m. 592 f. 1'e dayanarak bu tür hakların korunmasını isteyebilmelidir. Alacaklıya teminat amacıyla verilmiş kıymetli evraktan doğan hakların da TBK. m. 592 f. 1'in kapsamına girdiği kuşkusuzdur¹¹⁸.

114 Tobler, s. 125; Lerch-Tuason, s. 65; Beck, Art. 503, N. 17; Pestalozzi, Art. 503, N. 4.

115 Bu konudaki tartışmalar için bkz. Gut, s. 109; Beck, Art. 503, N. 17; Reisoğlu, Kefalet, s. 190. Ayrıca bkz. BGE 61 II 264.

116 Lerch-Tuason, s. 66; Gut, s. 111; Beck, Art. 503, N. 17; Giovanoli, Art. 503, N. 10; Pestalozzi, Art. 503, N. 5; Mülkiyeti saklı tutma sözleşmesinden doğan hakları da kefile devredilecek teminatlar arasında sayan Reisoğlu'nun da aynı düşüncede olduğu söylenebilir. Bkz. Reisoğlu, Kefalet, s. 191.

117 Gut, s. 116; Beck, Art. 503, N. 18. Ayrıca bkz. BGE 26 II 251.

118 Tobler, s. 127; Lerch-Tuason, s. 66; Gut, s. 116; Beck, Art. 503, N. 18; Giovanoli, Art. 503, N. 10; Pestalozzi, Art. 503, N. 5. Ayrıca bkz. BGE 33 II 148.

TBK. m. 592 f. 1'de alacaklının koruma yükümlülüğü ele alınırken, aynı konuya ilişkin EBK. m. 500 f. 1'in metninden farklı olarak, rüçhan haklarından da söz edilmiştir. Ne var ki, bu değişiklik de şekli bir nitelik taşır. EBK. m. 500 f. 1'de kullanılan teminatlar tabirinin geniş olarak yorumlanmasıyla, rüçhan haklarının da bu tabire dahil olduğu ve alacaklının koruma yükümlülüğünün rüçhan haklarını da kapsadığı sonucuna varılabilirdi. Rüçhan hakkı, icra veya iflas yoluyla takip sırasında bir alacağın öncelikli bir dereceye sahip olduğunu ileri sürebilme hakkıdır. Alacaklı alacağının öncelikli bir konumda bulunmasını sağlayan ayrıcalığından vazgeçmemek bakımından kefile karşı yükümlüdür¹¹⁹.

EBK. m. 500 f. 1, alacaklının koruma yükümlülüğü altında olduğu teminatlardan söz ederken, *"kefaletin akdi esnasında tesis yahut sonradan istihsal olunan teminat"* ifadesini kullanmaktaydı. Bu ifadeden yola çıkılırsa, kefalet sözleşmesinin yapıldığı sırada mevcut olan teminatlarla kefalet sözleşmesinin yapılmasından sonra elde edilen teminatlar arasında bir fark gözetilmediği sonucuna varılabilirdi. Bunun gibi, teminatın esas borçlu veya üçüncü bir kişi tarafından verilmiş olması da herhangi bir fark yaratmayacaktı. Sonuç olarak, teminatlar ister kefalet sözleşmesinden önce ister sonra verilmiş olsunlar, ister esas borçlu isterse üçüncü bir kişi tarafından verilsinler, alacaklının koruma yükümlülüğü altında olacaklardı.

Alacaklının koruma yükümlülüğü altındaki teminatlara ilişkin olarak 818 sayılı Kanun'un yapmadığı ayırım, Türk Borçlar Kanunum. 592 f. 1'de yapılmıştır. TBK. m. 592 f. 1, İsv. BK. m. 503 f. 1 örnek alınarak biçimlendirilmiştir. Buna göre, kefalet sözleşmesinin yapılmasından önce verilen teminatlarla sonra verilen teminatlar farklı bir rejime tabi tutulacaktır.

Kefalet sözleşmesinin yapıldığı sırada mevcut olan teminatlar, ister esas borçlu isterse üçüncü bir kişi tarafından verilmiş olsunlar alacaklının koruma yükümlülüğünün kapsamına girerler. Söz konusu teminatların kefalet konusu alacak için özel olarak verilmiş olmaları durumunda alacaklının koruma yükümünün kapsamına girecekleri kuşkusuzdur. Ne var ki, kefaletten önce verilmekle birlikte kefalet konusu alacak için değerlendirilebilmeleri *"genel teminat kaydı"* sayesinde mümkün olan teminatlar bakımından durum tartışılabilir. TBK. m. 592 f. 1'in lafzı, bu türden teminatların da alacaklının koruma yükümünün kapsamına gireceğini kabule elverişlidir. Gerçekten de, TBK. m. 592 f. 1, teminatların özel olarak kefalet konusu alacak için ve-

119 Lerch-Tuason, s. 66; Gut, s. 111; Beck. Art. 503, N. 19; Pestalozzi, Art. 503, N. 5.

rilmiş olup olmaması tarzında bir ayrımı kefalet anında mevcut teminatlar için yapmamıştır. Böyle bir ayrım, kefalet sözleşmesi yapıldıktan sonra esas borçludan elde edilen teminatlar bakımından yapılmıştır. Ne var ki, kanunun lafzından çıkan bu sonucun yerindeliğini tartışanlar da vardır. Böyle bir tartışma açanlara göre, gerek kefaletten önce gerekse kefaletten sonra verilen teminatlar bakımından, bunların kefalet konusu alacağın özel teminatı olup olmadığına bakılmalıdır. Kefalet konusu alacak için özel olarak verilmemiş olup da "*genel teminat kaydı*" sayesinde başvurulabilecek olan teminatlar, ne zaman verilmiş olursa olsunlar, alacaklının koruma yükümünün dışında kalmalıdır. Zaten kefilin bu türden teminatlara ilişkin bilgisi genellikle yoktur. Alacaklı açısından mevcut olan "*sır saklama yükümü*" nedeniyle kefilin bilgi talep edebilmesi de çokluk mümkün olmayacaktır. Şu halde, bilgisi olmayan bir takım teminatlara ilişkin olarak kefile talep hakkı tanımanın anlamı yoktur. Diğer taraftan, alacaklı, aynı borçlu karşısındaki birden fazla alacağının hepsine "*genel teminat kaydı*" sayesinde hizmet eden teminatları, her bir alacak için kefil olmuş birbirinden farklı kişilerden hangisine karşı korumakla yükümlü olacaktır? Yoksa hepsine birden mi? Böyle bir olasılıkta, söz konusu teminatları kefillerden birine (halefiyet çerçevesinde) teslim etmesinin, kendisini diğer kefillere karşı sorumlu kılacağı gözden uzak tutulmamalıdır. Bütün bu söylenenler göz önünde tutulursa, alacaklı, her bir kefile karşı, kefalet konusu alacak hangisiyse o alacak için özel olarak verilmiş teminatlardan sorumlu olmalıdır. Yasanın lafzı aksi sonucu gösterse de, kefil, kefaletten önce elde edilen teminatların hepsinin değil, kefaletle konu alacağın "*özel teminatı*" niteliğinde olanların korunmasını ve halefiyet çerçevesinde kendisine aktarılmasını isteyebilmelidir¹²⁰.

Kefalet sözleşmesinin yapılmasından sonra alacaklının eline geçen teminatlar, TBK. m. 592 f. 1'de açıkça belirtilen sınırlar çerçevesinde alacaklının koruma yükümlülüğünün kapsamına girecektir. Böyle bir teminatı esas borçlu değil de üçüncü kişi vermişse, alacaklının koruma yükümlülüğü yoktur. Bir başka deyişle, kefalet sözleşmesinin yapılmasından sonra üçüncü kişi tarafından verilen teminatı azaltan veya elden çıkaran alacaklı, kefil karşısında sorumlu olmaz. Alacaklının koruma yükümlülüğünün bulunması için, kefalet sözleşmesinin yapılmasından sonra esas borçlu tarafından veril-

120 Bu yöndeki değerlendirmeler için bkz. Giovanoli, Art. 503, N. 9; Pestalozzi, Art. 503, N. 9. Bir diğer bakış açısıyla, kefalet sözleşmesi kurulurken kefilin göz önünde tuttuğu bütün teminatların alacaklının koruma yükümlülüğü altında olduğu söylenebilir. Giovanoli, Art. 503, N. 6; Pestalozzi, Art. 503, N. 7.

miş bir teminat bulunmalıdır. Ancak esas borçlu tarafından verilmiş, üstelik kefalet konusu alacak için özel olarak verilmiş bir teminattır ki, alacaklının koruma yükümlülüğünün kapsamına girer. Esas borçlu tarafından sonradan verilen teminat özel olarak kefalet konusu alacakla ilişkilendirilmemişse, başka bir alacak için verilen teminata kefalet konusu alacak için başvurulabilmesi "*genel teminat kaydı*" sayesinde gerçekleşiyorsa, alacaklının koruma yükümlülüğünün kapsamına girmez.

c. Teminatlara ilişkin koruma yükümü bakımından TBK. m. 592 f. 1'in yaptığı ayırım

ca. Kefalet anında mevcut teminatlar

Yukarıdaki açıklamalar, teminatların kefalet sırasında var olup olmamasının alacaklının koruma yükümü bakımından taşıdığı önemi göstermektedir.

TBK m. 592 f. 1'e göre, alacaklı, kefalet sırasında var olan rehin haklarını, diğer teminatı ve rüçhan haklarını, kefilin zararına olarak azaltmamalıdır. Kefalet sırasında mevcut olan rehin haklarının ve diğer güvencelerin, esas borçlu veya üçüncü bir kişi tarafından verilmiş olması alacaklının koruma yükümü bakımından fark yaratmaz. Teminatın birlikte kefil olan kişilerden biri tarafından verilmesi de mümkündür. Burada da nihayet üçüncü bir kişi tarafından verilmiş bir teminatın bulunduğu kabul edilebilir¹²¹. Bundan başka, kanunun lafzına göre, kefalet sırasında mevcut teminatların özel olarak kefalete konu alacak için verilmiş olmaları gerekli değildir. Başka bir alacak için verilmiş olmakla birlikte genel teminat kaydı sayesinde kefalet konusu alacak için başvurulması mümkün olan teminatlar da, alacaklının koruma yükümünün kapsamında sayılmaktadırlar¹²². Birlikte kefil olan kişilerden birisinin borcu için verilen teminatı alacaklı her zaman geri verebilir. Söz konusu teminat TBK. m. 592 f. 1 kapsamında düşünülemeyeceği için, alacaklının diğer birlikte kefiller karşısında sorumluluğu söz konusu olmaz¹²³.

121 Lerch-Tuason, s. 66; Gut, s. 121 vd; Guhl, s. 82; Beck, Art. 503, N. 20; Giovanoli, Art. 503, N. 6; Pestalozzi, Art. 503, N. 7.

122 Tobler, s. 129 vd; Lerch-Tuason, s. 66; Gut, s. 121; Guhl, s. 82; Beck, Art. 503, N. 20. Karşı görüş için bkz. Giovanoli, Art. 503, N. 9; Pestalozzi, Art. 503, N. 9. Bu yazarların ele aldığı karşı görüş, kefaletten önce ve en geç kefalet anında mevcut teminatların da özel olarak kefil olunan alacak için verilmiş olmasını aramaktadır. Kefalet anında mevcut teminata alacaklı tarafından başvurulması genel teminat kaydı sayesinde mümkün olacaksa, söz konusu teminatlar alacaklının koruma yükümünün kapsamına girmez.

123 Beck, Art. 503, N. 20.

Bir teminatın kefalet anında mevcut olduğunun kabul edilmesi, kefalet sözleşmesinin yapıldığı sırada aynı hak olarak doğmuş olmasını gerektirir. O halde, kefalet sözleşmesinin yapıldığı sırada alacaklıya rehin hakkını kazandıran tasarruf işlemi tamamlanmış olmalıdır. Buna göre, taşınır rehni türünden teminatlarda, alacaklı rehin konusu taşının zilyetliğini kefalet sözleşmesinin yapıldığı andan daha önce kazanmış olmalıdır. Taşınmaz rehni türünden teminatlardaysa, kefalet sözleşmesinin yapılmasından önce rehin hakkına ilişkin tescil yapılmış olmalıdır. Taşınmaz veya taşınır üzerinde alacaklı lehine rehin hakkının doğmasını sağlayan tasarruf işlemiyle kefalet sözleşmesi aynı anda yapılmışsa, yine kefalet anında mevcut teminatların varlığından söz edilebilir. TBK. m. 592 f. 1'in amacından yola Ç1kılara hükmün geniş yorumlanması yerinde olur. Bu durumda, kefilin sorumJuluk üstlenirken göz önünde tuttuğu bütün teminatların kefalet anında mevcut teminatlar olarak kabul edilmesi mümkündür¹²⁴.

cb. Kefalet anından sonra verilen teminatlar

Kefalet anından sonra verilen teminatlar bakımından alacaklının koruma yükümlülüğünü bir ayırım yaparak ele almak gerekir. Söz konusu teminatlar esas borçlu tarafından verilmiş olduğu takdirde ki, alacaklının koruma yükümlülüğünün kapsamına girerler. Teminatların esas borçlu tarafından verilmiş sayılması için, esas borçlunun malvarlığından kaynaklanmış olmaları gerekir. Esas borçlu dışında bir kişi tarafından verilmiş teminatlarda, alacaklının koruma yükümlülüğünden söz edilemez¹²⁵.

Esas borçlu tarafından verilen teminatların alacaklının koruma yükümlülüğünün kapsamına girmeleri için, ayrıca, kefalet konusu alacağın "*özel teminatı*" niteliğinde olmaları gerekir. Bu nitelik, teminatın "*münhasıran*" kefalet konu olacak için verilmiş olmasını gerektirmez. Başka alacaklar için kendisine başvurulabilecek bir teminat da, "*özel olarak*" kefalet konusu olacak için verilmiş bir teminat sayılabilir. Yeter ki, teminatın kurulmasına ilişkin sözleşmede, başka alacaklarla birlikte kefalet konusu alacaktan da özel olarak söz edilmiş olsun. Bu olasılıkta, teminat, sözleşmede dile getirilen (yeterli ölçüde bireyselleştirilen) bütün alacakların "*özel nitelikte*" teminatı sayılabilir¹²⁶.

124 Beck, Art. 503, N. 21.

125 Gut, s. 119-120; Beck, Art. 503, N. 23; Giovanoli, Art. 503, N. 7; Pestalozzi, Art. 503, N. 8.

126 Gut, s. 120; Beck, Art. 503, N. 24; Giovanoli, Art. 503, N. 7; Pestalozzi, Art. 503, N.8.

Esas borçlu tarafından sonradan verilen teminatlara kefil olunan borç için başvurulması "*genel teminat kaydı*" sayesinde gerçekleşiyorsa, özel olarak verilmiş bir teminattan söz edilemez. Alacaklı koruma yükümlülüğünün kapsamı dışında kalan bu tür teminatları elden çıkarabilir veya azaltabilir. Genel teminat kaydıyla, genellikle, bankalara kredi alacakları için verilen teminatlarda karşılaşılr. Bu tip teminatlar, özel olarak güvence altına aldıkları kredi alacağından başka, bankanın kredi borçlusuna karşı sahip olduğu diğer bütün alacaklara da hizmet ederler. O halde, başka bir alacak için verilen teminata genel teminat kaydı sayesinde kefil olunan alacak için de başvurabilecek olan banka, söz konusu teminatın azalmasına yol açtığı için kefile karşı sorumlu olmaz. Ne var ki, başlangıçta genel teminat kaydına tabi olan bir teminat, sonradan teminat verme sözleşmesinde yapılan bir değişiklikle "*özel nitelikte*" bir teminata dönüştürülebilir¹²⁷.

d. Koruma yükümlülüğünün kapsamındaki teminatların azaltılmasından doğan sorumluluk

Alacaklı, elindeki teminatları, kefilin zararına olarak azaltmamalı (TBK. m. 592 f. 1) veya elden çıkarmamalıdır (TBK. m. 592 f. son). Teminatları azaltmamak veya elden çıkarmamak koruma yükümünün iki veçhesini oluşturur ve TBK. m. 592'nin iki ayrı fıkrasında düzenlenmiştir. Alacaklı, koruma yükümlülüğünün kapsamına giren teminatları hiçbir azalmaya uğramaksızın kendisini tatmin eden kefile devredebilmeli ve böyle bir devri engelleyecek davranışlardan kaçınmalıdır. Koruma yükümünün kapsamındaki rehin haklarından yola çıkarak alacaklının kaçınması gereken davranışları şu şekilde belirleyebiliriz: Alacaklı elindeki rehin haklarının bir kısmından vazgeçmemelidir. Rehin konusu malları sahiplerine iade etmemeli veya kefil olunan alacak dışındaki bir alacağı için paraya çevirmemelidir¹²⁸. Bunun gibi, rehin konusu malların veya rehin haklarının değerinin düşmesine yol açacak davranışlardan da alacaklının kaçınması gerekir. Alacaklı rehin konusu malı tahrip ederse, bu malın değer kaybına uğramasına yol açmış olur. Buna karşılık, rehin konusu malın alacağın tamamı için değil de bir kısmı için güvence teşkil edeceği hususunda mal sahibiyle anlaşırca, rehin hakkının değerinin düşmesine yol açmış olur. Alacaklının yukarıda sözü edilen davranışları, ya teminatları azaltma ya da teminatları elden çıkarma yoluyla

127 Konuya ilişkin olarak bkz. Gut, s. 121; Beck, Art. 503, N. 22, 25.

128 Pestalozzi, Art. 503, N. 13.

koruma yükümünün ihlali sayılacak ve TBK. m. 592 f. 1 veya f. son **daki** yaptırımlardan birini davet edecektir. Rüçhan haklarının azaltılmasından söz edilebilecek durumlar da söz konusu olabilir. Alacaklı mevcut bir taşınmaz rehnini paraya çevirdikten sonra rehin açığı belgesini elinden çıkarırsa, yeni bir ödeme emri tebliğ ettirmeden takip yürütebilme olanağını kaybeder¹²⁹. Alacaklı, kimi durumlarda, kaçınma türünden bir davranışın ötesinde, olumlu bir davranış gerçekleştirmek durumunda da kalabilir. Teminatların korunması olumlu bir davranışta bulunmayı gerektiriyorsa ve böyle bir davranışta bulunmak dürüstlük kuralı uyarınca alacaklıdan beklenebiliyorsa, söz konusu davranışın yerine getirilmemesi koruma yükümlülüğünü ihlal anlamına gelir. Alacaklının, teminatların korunması açısından vekil benzeri bir **konu**mu olduğu dikkate alınır, koruma amacının gerekli kıldığı kimi durumlarda olumlu bir davranış gerçekleştirmesinin kendisinden beklenebileceğinde kuşku edilmez¹³⁰.

Alacaklıya yüklenemeyen bir takım sebeplerle teminat değersizleşmişse, bu teminattan vazgeçen alacaklı koruma yükümüne aykırı davranmış sayılmaz. Kendiliğinden değersizleşen bir teminatı elden çıkaran alacaklı kefile zarar vermiş olmadığına göre, kefil tarafından sorumlu tutulamaz¹³¹. Rehin konusu taşınmazın değeri birinci dereceden rehin hakkı sahibi olanların alacağını bile karşılamayacaksa, ikinci dereceden rehin hakkına sahip olan bir alacaklı kefile karşı sorumlu olmadan bu rehin hakkından vazgeçebilir. Alacaklının elindeki bir rehnin, aynı değerde veya daha yüksek değerde başka bir rehinle değiştirilmesi durumunda da alacaklının sorumluluğu söz konusu olmaz¹³². Teminatları iade eden alacaklı bu teminatların değerine denk düşecek bir ödeme elde etmişse, koruma yükümlülüğüne aykırı davranmış sayılmayabilir¹³³.

129 Pestalozzi, Art. 503, N. 14.

130 Gut, s. 123 vd; Guhl, s. 83; Beck, Art. 503, N. 26; Giovanoli, Art. 503, N. 12; BGE 48 II 210; BGE 64 II 28; BGE 64 III 156.

131 Gut, s. 123; BGE 64 II 28; BGE 64 II 147.

132 Beck, Art. 503, N. 27; Reisoğlu, Kefalet, s. 201.

133 Gut, s. 123; Guhl, s. 83. Beck' e göre, alacaklının birlikte kefillerden birisini ibra etmesi veya birlikte kefillerden birinin bir başkasıyla değişmesini kabul etmesi durumunda farklı düşünülmelidir. Böyle bir durumda, alacaklı koruma yükümlülüğüne aykırı davranmış sayılacak ve kendi aleyhinde sonuçların doğmasını engelleyemeyecektir. Beck, Art. 503, N. 27. Bu olasılıkta, TBK. m. 587 f. 2 uyanncakefilin borcundan kurtulduğunu ileri sürmesi yeterlidir.

*Alacaklının elindeki bazı rehin haklarını göz önünde tutarak kefil olan kişi, alacaklı bu rehin haklarından(ağır kusuruyla) vazgeçtiği takdirde TBK. m. 592 f son uyarınca sorumluluktan kurtulduğunu ileri sürebilecektir. Bu düzenleme olmasaydı başkaca hukukf kurgulardan yararlanarak aynı sonuca ulaşabilecekti. Örneğin TBK. m. 587 f 3 'ün kıyas yoluyla uygulanması düşü- nülebilirdi. TBK. m. 587 f 3'e göre, başka kefillerin varlığını göz önünde tutarak kefil olan kişi, söz konusu saik bakımından yanılma ya düşmüşse sorum- lu olmadığını ileri sürebilir¹³⁴. Yeter ki, alacaklı kefalet sözleşmesi yapılırken kefilin ne düşündüğünün farkında olsun. İşte bu hüküm kıyasen uygulanarak, bazı rehin haklarının mevcudiyetine ilişkin güveni boşa çıkan kefilin sorum- luluktan kurtulabileceği belki de savunulabilecekti. **Kimi** özellikli durumlar- da da, bazı rehin haklarının sona ermesinin kefalet sözleşmesi bakımından bir bozucu koşul oluşturacağı söylenebilirdi. Kefil ve alacaklı arasında böyle bir bozucu koşul anlaşmasının varlığı kabul edilebilirse, rehin hakkının orta- dan kalkmasının kefilinin sorumluluktan kurtarıcı etkisi olurdu¹³⁵.*

Teminatların azaltılmasının alacaklıyı sorumlu kılması için, söz konusu azalma yüzünden kefilin zarara uğramış olması gereklidir¹³⁶. TBK. m. 592 f. 1 bu noktayı açıklıkla belirtmektedir. Kefil ve rehin veren kişi arasındaki anlaşmaya göre, rehin veren kişi alacaklıyı tatmin ettiği takdirde kefile rücu edebilecekken, kefil alacaklıyı tatmin ederse rehni paraya çevirme olanağın- dan yoksun kılınmış olabilir. Böyle bir anlaşmanın varlığı durumunda, söz konusu rehin teminatının azalmasına yol açan alacaklı kefile karşı sorumlu olmaz. Örneğin, alacaklı, rehin konusu malın bundan böyle alacağın bir kıs- mı için teminat teşkil edeceğine muvafakat etse, kefile karşı sorumlu olmaz. Bunun gibi, söz konusu rehlin konusu olan malın değerinin korunması için gerekli önlemleri almayan alacaklının kefil karşısında sorumluluğu bulun- maz. Böyle bir rehlin alacaklı tarafından elden çıkarılmasının TBK. m. 592 f. son'un uygulanmasına imkan vermeyeceği de söylenebilir. Gerçekten de, alacaklıyı tatmin eden kefil rehni paraya çeviremeyeceğine göre, bu rehin hakkının elden çıkarılmasının kendisini borçtan kurtardığını ileri sürmesi inandırıcı olmaz. Demek oluyor ki, teminatların korunması yükünün di- ğer veçhesi (teminatın elden çıkarılmaması yükümü) bakımından da alacak- lıya bir yaptırım uygulanması kefilin zarara uğraması koşuluyla söz konusu olabilir¹³⁷.

134 Bu hüküm, kefil için söz konusu olan saik yanılmasına, bu yanılmanın esaslı olup olma- dığıyla ilgilenmeksizin sonuç bağlayan bir hükümdür.

135 Gut, s. 127; Beck, Art. 503, N. 28.

136 Reisoğlu, Kefalet, s. 202.

137 Beck, Art. 503, N. 29.

Teminatların korunması bakımından alacaklıyla kefil arasındaki **ilişki vekdet benzeri** bir ilişki olarak nitelendirilebilir. Bu nitelendirmeye **göre**, alacaklı, ancak kusurlu olduğu takdirde sorumlu kılınabilecektir. **Alacaklının** sorumlu kılınabilmesi için kusurun herhangi bir derecesi yeterlidir. Kefil, teminatların alacaklı tarafından azaltıldığını ve bu nedenle zarara **uğradığını** ileri sürmekle yetinecek; alacaklı ise, sorumluluktan kurtulmak istiyorsa kefilin bir zarara uğramadığını veya kendi kusursuzluğunu ispatlamak durumunda olacaktır¹³⁸.

Türk Borçlar Kanunu'nun getirdiği düzende, alacaklının kusurunun derecesi ve kusurlu davranışının neye ilişkin olduğu önemli bir rol oynamaktadır. Teminatları kasten veya ağır ihmal düzeyinde bir kusurla elden çıkaran alacaklı, kefilin borcundan kurtulmasına yol açar (TBK. m. 592 f. son). Alacaklının kusurlu davranışı rehin konusu malların değerinin düşmemesi için gerekli önlemleri almamak şeklindeyse TBK. m. 592 f. son uygulanmaz. Böyle bir durumda, teminatların elden çıkarılması değil azaltılması (rehin konusu malın değer kaybına uğramasına yol açılması) söz konusudur ve uygulanacak hüküm TBK. m. 592 f. son'da bulunmayıp f. 1'de bulunmaktadır. TBK. m. 592 f. 1'e göre, kefilin sorumluluğu rehin konusu maldaki değer düşüklüğü miktarınca ortadan kalkacaktır. Teminatların elden çıkarılmamasına rağmen azaldığından söz edilebilecek hallere bir diğer örnek, alacaklının teminat değerinin düşürülmesine muvafakat etmesidir. Alacaklı ipotekli taşınmazın tapuda gösterilen ipotek değerinin azaltılmasına razı olursa, **TBK.** m. 592 f. 1'in kapsamına giren bir durum var demektir. Kefilin sorumluluğu ipotek değerinde düşme miktarınca azalır. Alacaklının teminatların azalmasına ve TBK. m. 592 f. 1'deki yaptırımın uygulanmasına yol açacak davranışlarına başkaca örnekler olarak şunlar gösterilebilir: Alacaklının kendisine rehnedilmiş malın haczedilmesine karşı koyabilecekken bunu yapmaması, birlikte kefillerden birinin iflas masasına katılmaması, rehnedilen alacağın faizlerini ve vadesinde kendisini tahsil etmemesi¹³⁹. Teminatın bundan böyle alacağın tamamını değil de bir kısmını karşılayacağına alacaklının muvafakat etmesi de, teminatın (elden çıkarılmadan) azaltılmasına bir diğer örnek oluşturur. Bütün bu olasılıklarda, kefil, ortaya çıkan kayıp miktarınca sorumluluğunun azaldığını ileri sürebilecektir. Alacaklı teminatların bir kısmı-

138 Guhl, s. 85; Beck, Art. 503, N. 30; Giovanoli, Art. 503, N. 13; Pestalozzi, Art. 503, N. 11; BGE 64 II 28.

139 Alacaklının teminatların azalmasına yol açan bu türden kusurlu davranışları için bkz. Tandoğan, Borçlar il, s. 785.

nı elden çıkarmış olmakla birlikte hafif ihmal düzeyinde bir kusurla hareket etmiş sayılıyorsa, yine TBK. m. 592 f. 1 uygulanacak ve kefilin sorumluluğu elden çıkarılan teminat miktarınca azalacaktır. O halde, somut olayda TBK. m. 592 f. 1'in mi yoksa TBK. m. 592 f. son'un mu uygulanacağı son derece önemlidir. Sadece TBK. m. 592 f. 1'in unsurları gerçekleşmişse, kefil, TBK. m. 592 f. son'da olduğu gibi sorumluluktan kurtulmayacak, sorumluluğunun kapsamının daraldığını ileri sürmekle yetinecektir.

EBK. m. 500 f. 1, elindeki teminatları kefilin zararına azaltan alacaklının sorumlu olacağını söylemekle yetinmekte, TBK. m. 592 f. 1'de olduğu gibi kefilin sorumluluğunun teminatlardaki azalma miktarınca azalacağını belirtmemektedir. Alacaklının sorumlu olması demek, kefilin zararını tazminle yükümlü olması demektir. Alacaklıyı sorumlu tutmak isteyen kefil, teminatların azaltılmasıyla uğradığı zararın kapsamını ispat etmeliydi⁴⁰. Ne var ki, kefil, olayların büyük çoğunluğunda bu ispatı yerine getirebilecek durumda değildir. Türk Borçlar Kanunu m. 592 f. 1'in düzenlemesi, kefil için ispat zorluğuna düşmeksizin zararının giderilmesini sağlama olanağını yaratmaktadır. Bu düzenlemeye göre, teminatlardaki azalmaya uygun bir miktarda kefilin sorumluluğunun azaldığı kabul edilir. Ne var ki, alacaklıya, kefilin zararının teminatlardaki azalma miktarından daha dar kapsamda gerçekleştiğini ispat etme olanağı da açık tutulur. Böyle bir ispatı gerçekleştiren alacaklının sorumluluğu, teminatların azalmasından dolayı kefilin uğradığı gerçek zarara ilişkin olacaktır. Şu halde, kefilin sorumluluğu, teminatlardaki azalma miktarınca değil de teminatların azalmasından ötürü kefilin uğradığı gerçek zarar miktarınca daralacaktır. Sonuç olarak, Türk Borçlar Kanu-

140 Beck, Art. 503, N. 31; BGE 33 II 148; BGE 64 II 28. Ayrıca bkz. Reisoğlu, Kefalet, s. 201. Kefilin zarara uğradığını ispat etmesi de, dolambaçlı bir takım yollardan gidilmesini gerekli kılabilirdi. Buna göre, kefil, öncelikle teminatları azaltan alacaklıya ödemede bulunacak, sonra esas borçluya rücu edecek, bu rücutan sonuç alamadığı takdirde ki teminatların azaltılması yüzünden zarara uğradığını ve bu zararın alacaklı tarafından karşılanması gerektiğini ileri sürebilecektir. Ne var ki, teminatları azaltan alacaklıdan kefile başvurmada önce esas borçluyu takip etmesinin beklenebileceği, ancak bu takdirde esas borçlunun ödeme gücünün bulunup bulunmadığının ve teminatların azaltılması yüzünden kefilin bir zarara uğrayıp uğramadığının anlaşılabilmesi de söylenebilecektir. Böyle bir yaklaşım kabul edilirse, teminatları azaltan alacaklı tarafından kendisine başvurulmuş müteselsil kefilin bile bir geçici def'i hakkına sahip olduğu ve alacaklıyı önce esas borçluyu takip etmeye zorlayabileceği sonucu ortaya çıkacaktır. Bu olasılıkta, önce esas borçlunun takip edilmesi gerekliliğinin ileri sürülmesi, exemptio dolini özel bir görünümü olup tartışma def'inden farklıdır. Bütün bu tartışmalarla ilgili olarak bkz. Giovanoli, Art. 503, N. 14.

nu'ndaki düzenlemenin ispat külfetine yer değiştiren bir düzenleme olduğu söylenebilir¹⁴¹. Bu düzenlemede de, esas itibarıyla, teminatların azaltılması yüzünden kefile bir tazminat talebi tanınmaktadır. Ne var ki, bu yapılırken, EBK.'ndaki sisteme göre farklı bir kurgu üzerinden gidilmektedir. Kefil, teminatların azaltılması dolayısıyla tazminat alacağına sahip olmakta, ne var ki, bu alacak bağımsız olarak ileri sürülememektedir. Söz konusu alacak kendiliğinden, kefilin alacaklı karşısındaki sorumluluğunu daraltıcı etli yapmaktadır. Bir bakıma kefilin teminatlardaki azalma miktarınca zarara uğradığı karine olarak kabul edilmektedir. Bir karine söz konusu olduğuna göre, aksinin ispat edilmesi olanağının alacaklıya açık tutulması da olağandır. Alacaklı, karinenin aksini ispat ederek, kefilin zararının teminatlardaki azalmandan daha düşük miktarda olduğunu ortaya koyabilir. Alacaklının gerçekleştirdiği bu (karşı) ispata bağlanan sonuç, kefilin sorumluluğunda yasa gereği ortaya çıkacak daralmanın, teminatlardaki azalma miktarına uygun olarak değil de uğradığı gerçek zararın miktarına uygun olarak gerçekleşmesidir. O halde, kefilin ispat külfeti, alacaklının elindeki teminatları azalttığı ve bu azalmanın hangi miktarda gerçekleştiği noktasına inhisar etmektedir¹⁴².

141 Beck, Art. 503, N. 31; Giovanoli, Art. 503, N. 13.

142 Gut, s. 107; Guhl, s. 85; Beck, Art. 503, N. 32. Yargıtay 19. HD.'nin 02.12.2015 tarih ve E: 2015/5459, K: 2015/15943 sayılı kararında şu ifadeler yer almaktadır: "Mahkemece yapılan yargılama, toplanan delillere göre, davacının kredi sözleşmesine kefil olduğu tarihte, dava dışı M. Ö. tarafından taşınmazı üzerinde kredi borcunun teminatını teşkil etmek ilzere davalı banka lehine 80. 000 TL bedelli ipotek tesis edildiği, M. Ö. nin eşinin rızasını içeren belgedeki imzanın sahte olarak oluşturulduğu iddiasıyla açılan dava sonucunda Karabük 2. Asliye Hukuk Mahkemesi'nin 08/12/2011 günlü 20 IO/367 Esas 2011/1055 Karar sayılı ilamı ile ipoteğin kaldırılmasına karar verildiği ve bu kararın Yargıtay incelemesinden geçerek kesinleşmiş olduğu, davalı bankanın ağır kusuru ile sebebiyet verdiği bu durumun davacının zarara uğramasına yol açtığı, BK'nın 500/1. maddesi uyarınca davacının ipotek limiti dahilinde borcundan kurtulacağı, davacının kefalet limitinin 85. 000 TL olduğu gözetildiğinde davalıya karşı sadece 5. 000 TL yönünden sorumlu olacağı gerekçesiyle davanın kısmen kabulüne, Safranbolu İcra Müdürlüğü'nün 2010/246 esas numaralı dosyasının 80. 000 TL asıl alacak, 23.111,12 TL faiz ve 1.115,55 TL BSMV ücreti bakımından iptali ile 5. 000 TL asıl alacak, 1.444, 44 TL faiz ve 72,22 TL BSMV üzerinden devamına karar verilmiş hüküm davalı vekilince temyiz edilmiştir. Dava, genel kredi sözleşmesine kefaletten dolayı kefaletin kaldırılması ve icra takibinin iptali istemine ilişkindir. Genel kredi sözleşmesi gereğince davalı kefil dışında dava dışı 3. kişinin taşınmazının ipotek edilerek kredi sözleşmesinin güvence altına alındığı ancak kredi kullandırıldıktan sonra ipotek veren tarafından ipoteğin kaldırılması amacıyla açılan davada yapılan yargılama sonucunda Karabük Asliye Hukuk Mahkemesi'nin 08/12/2011 günlü 2010/367 Esas, 2011/10055 Karar sayılı ilamı ile ipoteğin kaldırılmasına karar verildiği ve kararın ke-

sinleştigi anlaşılmıştır. Her ne kadar ipoteğin kaldırılmasında bankanın kusurlu olduğu belirtilmişse de ipoteğin kaldırılmasının mahkeme karar nedeniyle olduğu, davalı bankanın ipoteği kendi iradesi ile kaldırmadığı, bu nedenle bir kusur izafe edilemeyeceği düşünülmeksizin, ayrıca 6098 sayılı TBK'nın 592. maddesinin olayımızda uygulanma imkanı bulunmadığı da gözetilerek, davanın reddi gerekirken yazılı şekilde karar verilmesi bozmayı gerektirmiştir". Karara konu olayda, kredi sözleşmesinden doğan borcu güvence altına almak üzere kefalet sözleşmesi yapılırken, aynı borcu güvence altına almak amacıyla tesis edilmiş bir de ipotek hakkı bulunmaktadır. Ne var ki, söz konusu ipotek, aile konutu niteliğindeki bir taşınmaz üzerinde eşin rızası olmadan kurulmuş bulunmaktadır. Esin rızasını içeren belgedeki imzanın sahte olduğu anlaşıldığına göre, gerçekte eşin rızası mevcut değildir. Bu durumda, taşınmaz sahibinin ister tasamif yetkisinin bulunmadığı isterse fiil ehliyetinin olmadığı kabul edilsin ipotek tescili yolsuz olacak ve banka lehine ipotek hakkı hiç doğmayacaktır. İpotek hakkı tesis edilirken banka iyiniyetli olsaydı bile, kanaatimizce, ipotek hakkının geçerli olarak kazanılması yine de söz konusu olmazdı. Taşınmazın aile konutu olduğunun şerh edilmemiş olması da bu bakımdan bir farklılık yaratmazdı. Üzerinde ipotek kurulan taşınmazın aile konutu olmasının taşınmaz malikinin tasarruf yetkisi eksikliğine yol açtığı kabul edilirse, tapuda yolsuz bir tescil bulunmadığından ve tapuda malik görünen eş gerçekten malik olduğundan, **TMK. m. 1023**'ün uygulama alanına giren bir durum söz konusu değildir. Bankanın iyiniyetli olması olasılığında bile ipotek hakkını kazanamayacak olması, iyiniyetinin tapu sicili dışında kaJan bir unsura yönelik olması yüzündendir. Tapu sicilinde mevcut bir tescilin yolsuz olmadığına değil de tapu sicili dışında kalan bir unsurun mevcudiyetine güvenin söz konusu olduğu durumlarda **TMK. m. 1023** uygulanmaz. Taşınmazın aile konutu niteliğinde olmasının malikin ipotek hakkı kurması bakımından fiil ehliyetsizliğine yol açtığı kabul edilse dahi, aynı sonuca varılacaktır. Bu bakış açısından dahi, bankanın iyiniyetinin tapu sicili dışında kalan bir unsura (malikin fiil ehliyeti bulunduğuna) yönelik olması, olayı **TMK. m. 1023** çerçevesinde ele almayı olanaksız kılacaktır. Nitekim ehliyetsizlik karşısında güvenin korunmadığı ilkesinin uygulanması da aynı sonuca getirecektir. Kaldı ki, eş rızasını içeren belgedeki imzanın sahteliği bakımından bankanın iyiniyetli olmadığı da (herhalde **TMK. m. 3** uyarınca kendisinden beklenen bütün özeni göstermeyen bankanın iyiniyet iddiasında bulunamayacağı gerekçesiyle) ipotek hakkının yolsuz olduğunu tespit eden mahkeme kararında vurgulanmıştır. ipotek hakkının yolsuz olarak tescil edildiğine karar verilirken bankanın iyiniyetli olmadığının belirlenmesi, belki de Yargıtay'ın karar verildiği sırada mevcut uygulaması dikkate alındığında kaçınılmaz görülmüştür. Taşınmazın aile konutu olmasının malikin tasarruf yetkisi eksikliğine yol açtığı dOşOncesini kararın verildiği dönemde benimsemiş görünen Yargıtay, yine aynı dönemde, aile konutu niteliğinin şerh edilmemiş olmasını da iyiniyet iddiasında bulunmaya ve **TMK. m. 1023**'e dayanmaya olanak veren bir durum olarak nitelendirmekteydi. Yargıtay'ın o dönemki uygulamasına göre, taşınmazın aile konutu niteliğinde olduğu şerh edilmemişse ve iyiniyetin varlığını reddetmeye olanak veren başkaca veriler de somut olayda mevcut değilse, banka **TMK. m. 1023**'e dayanarak ipotek hakkını kazandığı iddiasında bulunabilirdi. Ne var ki, ipotek hakkını tescil ettiren malikin eş ortada olmadan, sırf bu eş tarafından imzalanmış görünen belgeyle yetinen ve belgedeki imz.anın gerçekliğini ayrıca araştır-

TBK.'nun kurduğu düzende, kefil, teminatların azalmasıyla uğradığı 7.a'JaT arasında nedensellik bağının bulunduğunu ispat etmek zorunda değildir¹⁴¹.

Türk Borçlar Kanunu'ndaki düzenleme açısından olası bir yanlış anlamının önüne geçilmesi yararlı olur. Kefilin sorumluluğu, teminatlardaki azalma *oranında* değil teminatlardaki azalma *miktarınca* daralacaktır. Diğer taraftan, teminatlardaki azalma miktarı, kefilin sorumluluğunun en üst sınırını gösteren miktardan değil, kefilin sorumluluğunda bir azalma olmasaydı alacaklıya ödemek zorunda kalacağı miktardan düşülecektir¹⁴⁴.

Alacaklı teminatların azalması yüzünden kefilin hiçbir zarara uğramadığını ispat ederse, kefilin sorumluluğunda herhangi bir azalma olmayacaktır. Esas borçlunun malvarlığı kefilin rücu talebinin karşılanması için yeterli-

mayan bankanın, yeterli özeni göstermediği gerekçesiyle TMK. m. 3 uyarınca iyiniyet iddiasında bulunamayacağı sonucuna varılmıştır. İpotek hakkının yolsuzluğunu tespit eden mahkeme kararına dayanan kefil de, bu ipotek hakkının varlığına güvenerek kefil olduğunu, iyiniyetli olmayan banka yüzünden ipotek hakkının yolsuzluğuna **karar ver**rilmesinin TBK. m. 592'nin uygulama alanına giren bir durumu ortaya çıkaracağını ileri sürmektedir. Kefilin iddiasına göre, banka, TBK. m. 592 uyarınca teminatların korunmasına ilişkin kefil karşısındaki yükümlülüğünü yerine getirmemiştir. Şu halde, TBK. m. 592 f. 1 uyarınca, ipotek teminatının ortadan kalkmasına koşut olarak, kefilin sorumluluğu da ipoteğin değeri kadar azalmalıdır. Ne var ki, kefilin bu iddiasının yerinde olmadığı ortadadır. Kefilin iddiasının yerinde olmamasının sebebi, Yargıtay kararında belirtildiği gibi, ipotek hakkının banka tarafından kaldırılmış olmayıp mahkeme kararıyla kaldırılması değildir. Mahkeme, ipoteği kaldırmış olmayıp, sadece ipotek hakkını yolsuz olarak tescil edildiğini tespit etmiştir. Şu halde, kefalet sözleşmesi kurulduğu sırada ipotek maddi bakımdan zaten mevcut değildi. Olmayan bir ipotek teminatının TBK. m. 592 uyarınca alacaklı banka tarafından korunmasına ilişkin bir yükümlülük de mevcut değildir. Banka olmayan bir ipotek teminahna ilişkin yine olmayan bir koruma yükümlülüğünü ihlal edemeyeceğine göre, kefilin sorumluluğunun TBK. m. 592 f. 1'e göre ipotek değeri kadar azaldığı (veya bu sorumluluğun TBK. m. 592 f. son'a göre hepten ortadan kalktığı) sonucuna varılamaz. Yargıtay'm andığımız kararında vardığı sonuç doğru olmakla birlikte, dayandığı gerekçe isabetsiz olmuştur. Bankanın yolsuz olarak tescil edilmiş ipotek hakkını göz önünde tutan kefile karşı, belki de, "sözleşme müzakerelerinde kusurlu davrandığı" gerekçesiyle sorumlu olacağı söylenebilir. İpotek hakkı göz önünde tutularak kefil olunduğunu bilen bankanın, eş rızasına ilişkin belgedeki imzanın sahte olması olasılığını da bilmesi gerektiği düşünülürse, bu olasılık hakkında kefile bilgi vermesi gerektiği belki iddia edilebilir. Bankanın bu bilgiyi kefile vermemesinin sözleşme müzakerelerinde kusurlu davranış olarak nitelendirilebilip nitelendirilemeyeceği ayrıca tartışılabilir.

143 Beck, Art. 503, N. 34; karşı görüş için bkz. Gut, s. 108.

144 Beck, Art. 503, N. 33.

se, teminatların azalması kefil için zarar doğurmamış demektir. Bunun gibi, teminatı veren kişi teminatın paraya çevrilmesinden sonraki aşamada kefile başvurabilecekken kefil söz konusu teminattan yararlanamayacaksa, bu teminatın azaltılması veya elden çıkarılmasının kefile zarar verdiği söylenemez¹⁴⁵.

Kefil, yukarıdaki açıklamalar çerçevesinde ödemesi gerekmeyen bir tutarda ödeme yapmışsa, sebepsiz zenginleşmeye dayanan bir iade talebinde bulunabilir¹⁴⁶.

3. Teminatların ve ispat araçlarının kefile devrine ilişkin ödevler

Alacaklının teminatları ve ispat araçlarını devir yükümü, kefalete ilişkin hükümler arasında özel bir düzenleme olmasaydı alacağın devrine ilişkin hükümlerden çıkarılabilecekti¹⁴⁷. Kefilin alacaklıya halef olması, alacağın yasa gereği kefile geçmesi anlamına gelir. Şu halde, alacağın devrine ilişkin hükümlerden kefilin yararlanması pekala mümkündür. Ne var ki, konu özel olarak düzenlenerek, gerek teminatların ve ispat araçlarının kefile devri yükümü gerekse bu yüküme aykırılığın sonuçları kesin bir biçimde ortaya konmuştur.

Teminatları ve ispat araçlarını kefile devir yükümlülüğünün ortaya çıkması, alacaklının kefil tarafından tatmin edilmiş olmasına bağlıdır. Alacaklının kefil tarafından tatmin edilmesi denilince, kefilin yerine getireceği ve alacaklının haklarının kefile geçmesini sağlayacak her türlü edim anlaşılır. Teminatların ve ispat araçlarının kefile devri yükümü, kefilin halefiyete dayanan rücu hakkının gerçekleşmesini sağlamak için kabul edilmiştir¹⁴⁸.

Kefilden ödeme talebinde bulunan alacaklı, elindeki ispat araçlarını¹⁴⁹ ve teminatları kefile devretmeye hazır olduğunu bildirmek zorunda mıdır?

145 Beck, Art. 503, N. 33; BGE 66 II 129.

146 Pestalozzi, Art. 503, N. 12.

147 Beck, Art. 503, N. 42.

148 Beck, Art. 503, N. 43.

149 İspat araçları deyimi, halefiyete dayanan rücu hakkını kullanması için kefile yardımcı olacak her türlü belgeyi kapsamına alır. O halde, esas borcun varlığının ve geçerliliğinin ispatına yarayan belgeler gibi, fer'i hakların varlığına ve geçerliliğine ilişkin belgeler de ispat araçları olarak isimlendirilebilecektir. Bu çerçevede, esas borca ilişkin yazılı borç ikrarı, alacağı güvence altına alan rehin haklarının ve kefalet sözleşmesinden doğan hakların ispatına yarayan belgeler de zikredilmelidir. Yon Tuhr, s. 112; Guhl, s. 85; Beck, Art. 503, N. 51; Giovanoli, Art. 503, N. 26; de Biasio, s. 81-82; Pestalozzi, Art. 503, N. 19.

Bir başka deyişle, alacaklı, elindeki ispat araçlarını ve teminatları ödeme yapmasını istediği kefile devretmeye hazır değilse, kefil kendisine yöneltilen ödeme talebini reddedebilecek midir? Bu konuda 818 sayılı (eski) Borçlar Kanunu bir hüküm taşımamaktadır. 1941 revizyonundan önceki dönemde, İsviçre Borçlar Kanunu'nda konuya ilişkin bir hüküm bulunmamasına rağmen, İsviçre öğretisi bu sorulara olumlu cevap vermektedir. Belirtilen dönemde İsviçre öğretisinde hakim olan anlayışa göre, alacaklı elindeki ispat araçlarını ve teminatları kefile devretmeye hazır olduğunu açıklamadıkça, kefil alacaklının ödeme talebini reddedebilecekti¹⁵⁰. İsviçre Borçlar Kanunu'na bu konuda açıklık getiren bir hüküm ithal etme yolundaki çabalara ve bu çabalara uygun doğrultuda hazırlanmış ön tasarıya rağmen, Uzmanlar Komisyonu aksi doğrultuda bir tutum takındı. Uzmanlar Komisyonu'na göre, bu konuda açıklık getiren bir hükme ihtiyaç bulunmayıp, ödemezlik def'ine ilişkin genel hükmün (İsv. BK. m. 82, TBK. m. 97) kıyas yoluyla uygulanması yeterliydi¹⁵¹. 1941 revizyonundan sonraki dönemde de, kefilin teminatların devredilmesine, gerekli bilgi ve ispat araçlarının verilmesine ilişkin talebini def'i yoluyla ileri sürebileceği kabul edilmektedir¹⁵². Ödemezlik def'ini ileri sürmeden alacaklıya ödeme yapan kefilin, ispat araçlarının ve teminatların kendisine verilmesini bağımsız bir taleple alacaklıdan isteyebileceği kuşkusuzdur¹⁵³.

Konu Türk Borçlar Kanunu'nun 592. maddesinin 3. fıkrasında ele alınmıştır. Bu düzenlemeye göre, *"alacaklı, borcu ödeyen kefile haklarını kullanmasına yarayacak borç senetlerini teslim etmek ve gerekli bilgileri vermekle yükümlüdür. Alacaklı, kefalet sırasında var olan veya asıl borçlu tarafından alacak için sonradan sağlanan rehinleri ve diğer güvenceleri de kefile teslim etmek veya bunların devri için gerekli işlemleri yapmak zorun-*

150 İsviçre öğretisinin belirtilen tutumu hakkında bkz. de Biasio, s. 79. Ayrıca bkz. Von Tuhr, s. 112. Bu noktada daha da ileri gidilmesinin belki de mümkün olabileceği, alacaklı teminatları devretmeye hazır olduğunu bildirmezse, kefilin, ödeme yaptıktan kaçınılabilmenin ötesinde, borcundan temelli kurtulmuş sayılabileceği Beck tarafından belirtilmektedir. Beck, Art. 503, N. 58.

151 Bu gelişmeyle ilgili olarak bkz. Beck, Art. 503, N. 44; de Biasio, s. 80.

152 Nitekim bkz. Giovanoli, Art. 503, N. 35.

153 Kefilin yaptığı ödemeye birlikte alacaklıya halef olması olgusu gerçekleşeceğinden, rehin türünden teminatların kefile geçeceğini belirten Von Tuhr, kefilin aynı bir taleple rehin konusu malları alacaklıdan isteyebileceğini ileri sürmektedir. Bkz. Von Tuhr, s. 113. Ayrıca bkz. Beck, Art. 503, N. 44; Giovanoli, Art. 503, N. 33; de Biasio, s. 80; Pestalozzi, Art. 503, N. 22.

dadır. Alacaklının, diğer alacakları sebebiyle sahip olduğu rehin veya hapis hakları, kefilin haklarından sıracı önce geldikleri ölçüde saklıdır". Alacaklının TBK. m. 592 f. 3'ten kaynaklanan yükümlerini haklı bir sebep olmadan yerine getirmekten kaçınması durumunda uygulanacak yaptırım, aynı hükmün 4. fıkrasında ele alınmıştır. Buna göre, kefil borcundan kurtulacak, varsa ek zararlarının giderilmesini isteyecektir. Kefil, daha önceden ödeme yapmışsa, iade talebinde de bulunabilecektir.

Diğer taraftan, kısmi ödeme varsa veya ispat araçları halefiyet yoluyla kefile geçen alaktan başka alacaklara dair kayıtlar da içeriyorsa, söz konusu ispat araçlarını kefile verme yükümlülüğü yoktur. Böyle durumlarda, kefil, kendisine onaylı bir suretin verilmesiyle yetinecektir¹⁵⁴.

Teminatları ve ispat araçlarını devrini talep edebilecek olan kişi kefildir. Devirle yükümlü olan kişiye alacaklıdır. Ne var ki, diğer bir kefile rücu eden kefil açısından da, teminatları devir yükümü ortaya çıkabilir¹⁵⁵.

Alacaklı kısmen tatmin edilirse, kefilin halefiyeti de kısmen gerçekleşir. Böyle bir durumda alacaklının elindeki teminatlar bütünüyle kefile geçmez. Alacaklı da, elde edemediği alacak kısmı bakımından söz konusu teminatlardan yararlanacaktır. Teminatlardan yararlanma bakımından alacaklının bir önceliği olup olmadığı 818 sayılı (eski) Borçlar Kanunu açısından belirsizdi. Buna karşılık, Türk Borçlar Kanunu m. 596 f. 2 c. son'da alacaklının henüz elde edemediği alacak kısmının teminatlardan yararlanma bakımından öncelikli olduğu açıklığa kavuşturulmuştur. Buna göre, teminatların paraya çevrilmesiyle elde edilen tutar öncelikle alacaklının kefilinden elde edemediği alacak kısmının karşılanmasına özgülenecektir. Söz konusu alacak kısmı karşılandıktan sonra geriye bir miktar para arttığı takdirde, bu fazlalık alacaklıya halef olan kefile bırakılacaktır. O halde, alacaklıyı kısmen tatmin eden kefil, alacaklının elindeki ispat araçları ve teminatların derhal kendisine verilmesini isteyemez. Kefilin ispat araçlarının ve teminatların kendisine verilmesine ilişkin talebi, alacaklının öncelik hakkına hâlel getirmemek şartıyla ileri sürülebilir¹⁵⁶. Alacaklıya halef olan kefilin üzerinde hak kazandığı teminatlar alacaklının başka alacaklarına da hizmet ediyorlarsa ve bu alacaklar teminatlardan yararlanma bakımından öncelikliyse, benzer bir durumla

154 Beck, Art. 503, N. 53; Pestalozzi, Art. 503, N. 19.

155 Beck, Art. 503, N. 45.

156 Yon Tuhr, s. 112; Guhl, s. 86; Beck, Art. 503, N. 43, 49; Giovanoli, Art. 503, N. 31-32; de Biasio, s. 80.

karşılaşınz. Böyle bir olasılıkta kefilin teminatların kendisine bınabılmasma ilişkin talebi, alacaklının (diğer alacaklar bakımından sahip olduğu) **öncelikli** konumunun halel görmemesi şartıyla ileri sürülebilir¹⁵⁷.

Kefilin kendisine devrini isteyebileceği teminatlar, halefiyet sonucu kefile geçen teminatlardır. Diğer taraftan, halefiyet sonucu kefile geçen teminatların çevresiyle, alacaklının koruma yükümü altında olduğu teminatların çevresi örtüşür¹⁵⁸. Gerçekten de, TBK. m. 592 f. 1'de alacaklının koruma yükümlülüğu altındaki teminatları belirlemek bakımından, TBK. m. 592 f. 3'te alacaklının kefile devretme yükümü altında bulunduğu teminatları belirlemek bakımından, TBK. m. 596 f. 2'de de kefilin halefiyetinin kapsamına giren teminatları belirlemek bakımından hep aynı ifadeler kullanılmıştır.

Burada bir noktaya açıklık kazandırılmalıdır. Alacaklıya halef olan kefilin teminatların kendisine devredilmesini isteyebileceğinden söz edilirken *"dar ve teknik anlamıyla bir devir"* kast edilmemektedir. Teminatların kefile devri, *"teminat haklarının kefile kazandırılması"* anlamında *"kurucu"* nitelikte bir devir değildir¹⁵⁹. Kefil, zaten, alacaklıya halef olduğu anda alacağı güvence altına alan fer'i nitelikteki teminat haklarının da sahibi durumuna gelmiştir. Kefilin teminatlar üzerindeki hakları kazanması bakımından *"kurucu"* etkisi olan, *"alacaklının tatmin edilmesiyle gerçekleşen halefiyet"* olgusudur. O halde, teminatların kendisine devrine ilişkin olarak talepte bulunan kefil, halefiyet olgusu sayesinde (yasa gereği) kazandığı teminat haklarından yararlanabilmesi için gerekli olan konuma kavuşturulmayı istemektedir. Bir başka deyişle, alacaklı, kefilin rücu hakkını kullanabilmesi için rehinlerden ve diğer teminatlardan yararlanabilmesini pratikte mümkün kılacak her şeyi yapmalıdır¹⁶⁰. Bu bağlamda, kefil, alacaklının elinde bulunan rehin konusu taşınırılar üzerinde *"zilyetliğinin"* sağlanmasını talep edebilir. Taşınmaz rehni türünden teminat hakları söz konusuysa, bu hakların artık kendisine geçmiş olduğunun tapuda gösterilmesini isteyebilir. Nitekim EBK. m. 499 f. 2'de, *"borç bir gayrimenkul rehni ile temin olunmuş ise alacaklı rehin hakkının kefile devri için ifası lazım gelen merasimi icra ile mükelleftir"* denilmektedir. Türk Borçlar Kanunu, daha genel bir ifa-

157 Yon Tuhr, s. 107; Lerch-Tuason, s. 71; Guhl, s. 86; Beck, Art. 503, N. 49; de Biasio, s. 81; Pestalozzi, Art. 503, N. 22.

158 Beck, Art. 503, N. 46; Pestalozzi, Art. 503, N. 21.

159 Teminatların devri için yapılacak işlemlerin kurucu nitelikte olmadığı hakkında bkz. Reisöğlu, Kefalet, s. 191.

160 Beck, Art. 503, N. 47.

de kullanarak, *"rehinlerin ve diğer güvencelerin kefile teslim edilmesinden veya bunların devri için gerekli işlemlerin yapılmasından"* söz etmektedir (TBK. m. 592 f. 3 c. 2)¹⁶¹. Bir kere daha önemle vurgulayalım, alacaklının elindeki rehin konusu taşınırın zilyetliğinin kefile geçirilmesi veya taşınmaz rehinlerinin kefile geçtiğinin tapuda gösterilmesi *"kurucu etkiye"* sahip değildir. Ne var ki, kefilin halefiyete dayanan rücu hakkını kullanırken rehnin paraya çevrilmesi yoluna gidebilmesi için zorunlu bir ön aşama oluştururlar¹⁶². Diğer taraftan, rehin konusu taşınırın zilyetliğinin alacaklıyı tatmin eden kefile geçirilmesi, rehin haklarının korunması bakımından da önem taşır. Söz konusu taşınırın üzerindeki rehin haklarının alacaklıya halef olan kefile geçmesi, alacaklının devam eden zilyetliğine güvenerek iyi niyetle taşının devralan üçüncü kişiler karşısında bir etkiye sahip değildir. Alacaklı, zilyetliğinde bulunan taşınırın *"üzerinde tasarruf yetkisine sahip"*

161 Beck, Art. 503, N. 47.

162 Yon Tuhr, s. 112; Giovanoli, Art. 503, N. 6 vd; de Biasio, s. 83; Pestalozzi, Art. 503, N. 21. Taşınmaz rehnin alacaklıyı tatmin eden kefile halefiyet sonucu kendiliğinden geçtiği, bu konuda tapuda yapılacak itikal işlemlerinin (kefilin yeni ipotekli alacaklı olarak tapuda gösterilmesinin "kurucu" değil de "açıklayıcı" mahiyette olduğu Yargıtay'ın 23. Hukuk Dairesi'nin 2015/284 E., 2015/6456 K. sayılı ve 12.10.2015 tarihli kararında Prof. Dr. Seza Reisoğlu'na da yollama yapılarak şu şekilde dile getirilmiştir: "TBK'nın 592/3. maddenin 2. cümlesinde yer alan 'alacaklı, kefalet sırasında var olan veya asıl borçlu tarafından alacak için sonradan sağlanan rehinleri ve diğer güvenceleri de kefile teslim etmek veya bunların devri için gerekli işlemleri yapmak zorundadır' hükmü, esasen ödeme ile birlikte kefile geçmiş olan taşınmaz rehnin, tapu sicilineki devir işlemlerini ifade etmektedir; yoksa kurucu nitelikte teminatların devri işlemleri söz konusu değildir. Örneğin, kefil ödemede bulunduktan sonra, alacaklı tapuya durumu bildirmeden önce ipotekli taşınmaz üzerinde yeni ipotekler kurulsun veya haciz konulsun dahi bu gibi kısıtlamalar kanunen kefile geçmiş bulunan ipotekten soru gelecektir; ipotek alacaklısı durumunda olan kefil, ipotegin paraya çevrilmesini talep ile alacağını öncelikle tahsil edecektir. İpotekli alacaklı, ödeme ile birlikte yasadın ötürü, hiçbir işleme gerek olmaksızın kefiledir. Mahkemesine göre de, rehin haklarının geçmesi için, alacaklı değişikliğinin tapu siciline kaydı şart değildir (İMK 835, TMK 891). Halefiyet sonucu alacağı elde eden için de durum aynıdır. TBK'nın 592. maddesinde, alacağın taşınmaz rehni ile temini hali ayrıca düzenlenmemiş; genel olarak 'alacaklı, kefalet sırasında var olan veya asıl borçlu tarafından alacak için sonradan sağlanan rehinleri ve diğer güvenceleri de kefile teslim etmek veya bunların devri için gerekli işlemleri yapmak zorundadır' demekle yetinilmiştir. Taşınmazlarda alacaklının Tapu Müdürlüğüne başvurarak kefilin ödeme borcunu yerine getirdiğini; kendisine kanunen halef olduğunu ve ipotekli alacaklı durumuna geçtiğini bildirmesi gerekir. Ödemede bulunan kefil de, kanuni halefiyeti ispat ederek, aynı işlemin yapılmasını isteyebilir (Prof. Dr. Seza Reisoğlu, Türk Kefalet Hukuku, Ankara, 2013, sayfa 252,267)".

olduğu mallar" olarak gösterip, iyiniyetli üçüncü kişilere devretmeye **kal-**kabilir. Unutulmasın ki, alacaklı, rehin konusu taşınırları kendisine bırakan malike nispetle emin sıfatıyla zilyet konumundadır Alacaklının zilyetliğinin yarattığı hukuki görünüşe güvenen üçüncü kişiler, söz konusu taşınırlar üzerindeki mülkiyet hakkını haberdar olmadıkları (halefiyet sonucu kefile geçmiş olan) rehin hakkından arınmış olarak kazanırlar. Bu sonucu önlemek için kefil, rehin konusu taşınırların alacaklının elinde kalmasını önlemeli ve kendi zilyetliğine geçirilmesini sağlamalıdır¹⁶³.

Rehin konusu taşınırların zilyetliğinin alacaklıya halef olan kefile devredilmesi gerekliliği bakımından, bir üçüncü kişinin (veya bizzat alacaklının) art rehin hakkına sahip olması farklılık yaratmaz. Bu olasılıkta da kefil zilyetliğin devri talebinde bulunabilir¹⁶⁴.

Kefil tarafından tatmin edilmiş olan alacaklının elinde "*alacak rehni*" türünden teminatlar da bulunabilir. Bu olasılıkta, kefil, alacak rehni kendisine devredildiğine ilişkin yazılı bir sözleşme yapılmasını ve rehin konusu alacakla ilgili belgelerin kendisine verilmesini isteyebilir. Bir başka deyişle, kefil, MK. m.955'e uygun bir merasimin yapılmasını isteyebilecektir. **MK.** m. 955 düzenlemesi, aslında, alacaklar üzerinde rehin hakkının kurulmasına ilişkindir. Buna göre, "*senede bağlanmış olan veya olmayan alacakların rehni için rehin sözleşmesinin yazılı şekilde yapılması ve senede bağlı alacaklarda senedin teslim edilmesi gerekir*". Konumuz bakımından MK. m. 955'in öngördüğü merasimin yapılması, ne alacak rehni kurulması ne de bu rehni kefile kazandırılması içindir. Söz konusu rehin hakları zaten daha önce geçerli olarak kurulmuş ve halefiyet sayesinde alacaklıyı tatmin eden kefile geçmiştir. Burada MK. m. 955'teki merasimin gerçekleştirilmesi, halefiyet sonucu gerçekleşen intikalin açıklığa kavuşturulması amacına dayanmaktadır. Kefil tarafından tatmin edilen alacaklı, esas borçluya karşı olan alacak hakkıyla birlikte, bu hakkı teminat altına alan alacak rehni kefile geçtiğini bildiren yazılı bir beyanda bulunacak ve rehin konusu alacakla ilgili senedi kefile teslim edecektir. Bu sayede kefil rehni paraya çevrilmesi yoluyla takipte herhangi bir güçlükle karşılaşmayacaktır¹⁶⁵. Esas borcu güvence altına almak üzere kıymetli evraka bağlı alacaklar da rehne-

163 Giovanoli, Art. 503, N. 30; de Biasio, s. 83.

164 de Biasio, s. 83. Üçüncü kişi lehine kurulan art rehin alacaklıya yazılı olarak bildirilmişse, alacaklı da halefiyet sonucu rehin hakkını kazanan kefile üçüncü kişiye ait art rehne ilişkin yazılı bildirimde bulunmalıdır. Beck, Art. 503, N. 47.

165 Krş. Beck, Art. 503, N. 47; Giovanoli, Art. 503, N. 30; de Biasio, s. 83.

dilmiş olabilir. Bu takdirde, alacaklıya halef olan kefil, MK. m. 956'daki merasimin (yine açıklayıcı nitelikte olmak üzere) uygulanmasını isteyebilir. Rehin konusu alacak hamile yazılı bir senette cisimleşmişse, söz konusu senedin kefile teslimi gerekecektir. Rehin konusu alacak emre yazılı bir senette cisimleşmişse, söz konusu senet alacaklıyı tatmin eden kefile ciro edilerek teslim edilecektir. Nihayet, rehin konusu alacağa ilişkin senet nama yazılı olabilir ki, bu durumda yazılı bir devir beyanıyla birlikte senedin kefile teslim edilmesi gerekir. MK. m. 956'daki bu merasimin yapılması, kıymetli evraka bağlı alacak rehinlerinin kefile geçtiğini açıklığa kavuşturmak ve rehinin paraya çevrilmesi yoluyla takibi kefil için sorunsuz hale getirmek amacını taşımaktadır¹⁶⁶.

Teminatların devriyle ilgili giderler kefil tarafından karşılanmalıdır. Kefil bu giderler için esas borçludan talepte bulunabilecektir¹⁶⁷.

Alacaklının teminatları kefile devir yükümünü yerine getirmemesinin yaptırımını EBK. m. 501 c. son'da düzenlenmekteydi. Bu düzenleme şu şekildeydi: *"Alacaklı edayı kabul etmez yahut haiz olduğu teminatı ona ita ve nakilden imtina eylerse kefil kendiliğinden kurtulur"*. Konu Türk Borçlar Kanunu'nun 592. maddesinin son fıkrasında daha kapsamlı bir biçimde düzenlenmiştir. Bu düzenlemede, alacaklının haklı bir sebep olmaksızın yükümlülüklerini yerine getirmemesi durumunda kefilin borcundan kurtulacağı belirtilmektedir. Yerine getirilmemesi kefilin borçtan kurtulmasına yol açacak yükümlülükler, 592. maddenin üçüncü fıkrasında belirtilen yükümlülüklerdir¹⁶⁸. Alacaklının üçüncü fıkrada belirtilen yükümlülükleri, borcu ödeyen kefile haklarını kullanması için gerekli bilgilerin ve ispat araçlarının verilmesi, bundan başka, kefile karşı korumakla yükümlü olduğu teminatların devredilmesidir. Bu yükümlülüklerin *"haklı bir sebep olmadan"* yerine getirilmemesi kefilin borcundan kurtaracaktır. TBK. m. 592 f. son'da kefilin borcundan kurtulacağı bir diğer hal daha belirtilmiştir ki, o da alacaklının *"ağır kusuruyla"* mevcut belgeleri ve sorumlu olduğu teminatları elden çıkarmasıdır. Bu yönüyle TBK. m. 592 f. son alacaklının teminatları koruma yükümünü ihlalinin özel bir görünümüne de yer vermekte, teminatları koruma yükümünün *"teminatların ağır kusurla elden çıkarılması"* biçiminde ihlal edilmesi durumunda kefilin borcundan kurtulacağını belirtmektedir.

166 Krş. Guhl, s. 85; Beck, Art. 503, N. 47; de Biasio, s. 83.

167 Beck, Art. 503, N. 48.

168 Giovanoli, Art. 503, N. 35; Pestalozzi, Art. 503, N. 23.

Bu yaptırım, teminatları koruma yükümünün diğer görünümünü oluşturan teminatları azaltmama yükümünün ihlal edilmesinin TBK. m. 592 f. 1'de düzenlenen yaptırımından farklıdır. Teminatların azaltılmasına TBK. m. 592 f. 1'de kefilin borçtan kurtulması sonucu bağlanmamış, kefilin sorumluluğunun teminatlardaki azalma miktarınca azalacağına belirtilmesiyle **yetinilmiştir**. Teminatların ağır kusur olmadan elden çıkarılması durumunda da TBK. m. 592 f. 1 uygulanacaktır. Alacaklının teminatları koruma yükümünün bu farklı görünümünün nasıl anlaşılması gerektiğini ve teminatların elden çıkarılmadığı halde azaltılmasına ne gibi örnekler verilebileceğini bir önceki başlık altında ele almıştım. Tekrara, kanaatimce, gerek yoktur. Ne var ki, bir noktaya dikkati çekmekte yarar görmekteyim. TBK. m. 592 f. 4'te yer alan düzenlemenin, ayrı bir fıkra da yer almak yerine TBK. m. 592 f. 3'te yer alması daha yerinde olurdu. Bu düzenleme 592. maddenin son fıkrası **olarak** ayrıca ele alındığı ve *"alacaklı haklı bir sebep olmaksızın yükümlülüklerini yerine getirmese"* diye başladığı için bir yanılgıya yol açabilir. Gerçekten de, bu son fıkra da sözü edilen ve ihlali halinde uygulanacak yaptırım belirtilen yükümlülüklerin, TBK. m. 592'nin ilk üç fıkrasında belirtilen yükümlülükler olduğu düşünülebilir. Oysa TBK. m. 592'nin ilk iki fıkrasında sözü edilen yükümlülüklerin yaptırımı yine aynı fıkralarda belirtilmiştir. Buna göre, birinci fıkra da belirtilen teminatları azaltmama yükümünün (teminatları koruma yükümünün bu özel görünümünün) ihlaline bağlanacak yaptırım, teminatlardaki azalma miktarınca kefilin sorumluluğunun azalmasıdır. Çalışanlara kefaletle ilgili ikinci fıkra da belirtilen alacaklının çalışanlar üzerinde özenli bir gözetim yürütmesi yükümünün ihlaline bağlanan yaptırımsa, bu ihlal yüzünden ortaya çıkan zararın karşılanmasını kefilden isteyememesidir. Şu halde, son fıkra da yerine getirilmemesi durumunda kefilin borcundan kurtulacağı belirtilen yükümlülükler, üçüncü fıkra da dile getirilen yükümlülüklerden ibarettir. Bu yükümlülükler de, a) kefile hakkını kullanmaya yarayacak bilgi ve ispat araçlarının verilmesi, b) alacaklının sorumluluğu altındaki teminatların kefile devredilmesidir. Ne var ki, TBK, m. 592 f. son, kefilin borcundan kurtulmasına yol açacak bir diğer yüküm ihlalini de ayrıca ve açıkça düzenlemiştir. Alacaklı, üçüncü fıkradaki yükümlülükleri yerine getirmemesi dışında, sorumlu olduğu ispat araçları ve teminatları ağır kusurla elden çıkarması durumunda da kefilin borcundan kurtulmasına yol açacaktır. TBK. m. 592 f. son'a göre, borcundan kurtulan kefil, daha önceden yaptığı ödemenin iadesini ve varsa ek zararının giderilmesini de isteyebilir. Kefil, yaptığı ödemenin iadesine ve ek zararlarının giderilmesine ilişkin talebi, TBK. m. 592 f. son'da belirtilen ve borçtan kurtulmasına yol açan bütün durumlarda ileri sürebilir.

Gerek EBK. m. 501 c. son gerekse TBK. m. 592 f. son, alacaklıya ödeme yaptığı halde teminatları elde edemeyen kefilin borcundan kurtulacağını belirtmektedir. Alacaklı, haklı bir sebep olmaksızın elinde bulunan teminatların kefile nakli için üzerine düşenleri yapmazsa, kefalet sözleşmesinden doğan haklarını kaybeder. Bir başka deyişle, kendisini tatmin eden kefilin talebine rağmen alacaklı uygun bir süre içerisinde teminatların kefile devri için gerekenleri yapmıyorsa, kefil borcundan kurtulacaktır¹⁶⁹. Kefilin borçtan kurtulması için alacaklının teminatları devretmemesi (veya gerekli bilgi ve ispat araçlarını vermemesi) "*haklı bir sebebe*" dayanmamalıdır. "*Haklı bir sebebe dayanmaması*" demek "*kusurlu bir davranış sayılması*" demek değildir¹⁷⁰. Alacaklıya ödeme yaptığı halde teminatları elde edemeyen kefilin borcundan kurtulmasının neye yarayacağı sorulabilir. Böyle bir durumda, kefil, yaptığı ödemeyi geri isteyebilecektir. Ödediğini geri alabilmek kefilin borcundan kurtulmuş sayılmasının mantıki sonucudur. Nitekim 818 sayılı (eski) Borçlar Kanunu'nda açıkça belirtilmeyen bu sonuç, TBK. m. 592 f. son c. son'da açıkça belirtilmiştir¹⁷¹. Üstelik TBK.'nun belirtilen hükmü, kefile ek zararının giderilmesini isteyebilmek hakkını da tanımaktadır. Bu dü-

169 Beck, Art. 503, N. 56; Alacaklı temerrüdüne ilişkin kurallar kıyas yoluyla uygulanabilecek, özellikle teminatların ve ispat araçlarının kefile devredilmesinin haksız olarak reddinin ne anlama geldiği konusunda böyle bir kıyastan yararlanılabilecektir. BGE 78 II 258; Giovanoli, Art. 503, N. 35; Pestalozzi, Art. 503, N. 23.

170 Beck, Art. 503, N. 57; de Biasio, s. 84; Giovanoli, Art. 503, N. 35.

171 Yargıtay 19. Hukuk Dairesi'nin 4.4.2016 tarihli ve 2015/17002 E., 2016/5677 K. Sayılı kararında şu ifadeler yer almaktadır: "6098 Sayılı TBK.'nun 592/3. maddesi 'alacaklı, borcu ödeyen kefile haklarını kullanmasına yarayabilecek borç senetlerini teslim etmek ve gerekli bilgileri vermekle yükümlüdür. Alacaklı, kefalet sırasında var olan veya asıl borçlu tarafından alacak için sonradan sağlanan rehinleri ve diğer güvenceleri de kefile teslim etmek veya bunların devri için gerekli işlemleri yapmak zorundadır. Alacaklının, diğer alacakları sebebiyle sahip olduğu rehin ve hapis hakları, kefilin haklarından sıracı önce geldikleri ölçüde saklıdır' ve TBK 592/4. maddesi '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' hükümlerini içermektedir. Somut olayda davacı kefil, kredi borçlusunun borcunu ödemiş ve davalı banka lehine tesis edilen ipoteğin kendi üzerine temlikini talep etmiş ise de, banka bu edimini yerine getirmemiştir. Bu durumda yukarıda açıklanan yasa maddeleri uyarınca davacının borçtan kurtulduğu ve davalı bankaya ödediği miktarı geri alma imkanına sahip olduğu dikkate alınmadan yazılı şekilde hüküm kurulması doğru görülmemiştir".

zenleme, ödeme yapan kefile teminatları nakletmenin, alacaklı için bir **külfet** olmanın ötesinde bir yükümlülük olduğunu da göstermektedir.

Kefilin borcundan kurtulması, ödediğini geri alabilmesi, ek zararların tazminini isteyebilmesi gibi sonuçlar, EBK.'nundaki düzenlemeye göre daha ileri giden bir biçimde ele alınmıştır. Alacaklı, sadece teminatları kefile nakletmek için üzerine düşeni yapmadığı takdirde değil, kefile istediği bilgileri ve ispat araçlarını aktarmadığı takdirde de aynı sonuçlarla karşılaşır. Bu, EBK. m. 501'deki düzenlemeyi aşan bir sonuçtur¹⁷².

172 Giovanoli, Art. 503, N. 36; Pestalozzi, Art. 503, N. 23.

§ 6. Kefil ve Esas Borçlu Arasındaki İlişkiler

L Kefilin ödemeyi ihbar külfeti

TBK. m. 597'ye göre, kefilin yaptığı ödemeyi esas borçluya ihbar külfeti bulunmaktadır. Bu külfeti yerine getirmemesi durumunda rücu hakkını kaybedebilecektir. Bu konu, § 6, III, G, 2, b, bb başlığı altında ele alınmıştır.

iL Kefilin esas borçludan güvence verilmesini veya borçtan kurtarılmasını isteme hakkı

A. Genel olarak

TBK. m. 593'te belirtilen koşulların gerçekleşmesi durumunda, kefil, esas borçludan, teminat göstermesini isteyebileceği gibi, esas borç muaccel ise kendisini kefalet borcundan kurtarmasını da isteyebilir. Kefile tanınmış bu hak, ileride doğması olasılığı olan rücu hakkının kullanılmasını kolaylaştırmak içindir. Bir diğer deyişle, ileride doğabilecek rücu hakkının önceden etkili olmasıyla açıklanabilir¹. Söz konusu hakkın geçmişi eskidir, Roma Hukukuna dayanır². Kefilin, kefalet sözleşmesine taraf olmayan esas borçluya karşı ileri sürebileceği bazı hakların düzenlenmiş olması ilgi çeki-

Giovanoli, Art. 506, N. 1; Pestalozzi, Art. 506, N. 1.

2 Roma hukukunda kefilin teminat gösterilmesini veya borçtan kurtarılmasını esas borçludan talep edebilmesi, üç olasılıktan birisinin gerçekleşmesine bağlıydı: Bu olasılıklardan ilki, kefilin alacaklıya ödeme yapmasına ilişkin bir mahkeme kararı bulunmasıydı. Diğer olasılık, esas borçlu ve kefil arasında vekalet ilişkisinin (esas borçlu ve kefil arasındaki iç ilişki Roma hukukunda vekalet olarak nitelendirilirdi) kurulmasından sonra esas borçlunun malı durumunun kötüleşmesiydi. Son olasılık ise, esas borçlunun alacaklı tarafından temerrüde düşürülmüş olmasıydı. Bu açıklamalar için bkz. de Biasio, s. 120.

cidir. Böyle bir düzenlemenin gerekçesi, olayların büyük çoğunluğunda kefilin bir fedakarlık yapmış sayılmasıdır. Başkasının borcu için hiçbir karşılık gözetmeksizin sorumluluk üstlenmek, yasa koyucu nezdinde, bir fedakarlık olarak görülmüştür. Arada kural dışı durumlar olabilir ve kefil olarak sorumluluk üstlenen kişi bundan bazı çıkarlar elde edebilir. Bu tür durumlar yasa koyucunun kural olanı göz önünde tutmasına engel olmamış; esas borçlu için fedakarlık yapmış sayılan kefil, esas borçluya karşı bir takım haklara kavuşturulmuştur.

Kefil alacaklıyı tatmin ettikten sonra esas borçluya rücu edebileceksen, henüz rücu hakkı doğmadan önceki aşamada, teminat göstermesini veya kendisini borçtan kurtarmasını esas borçludan istemesi söz konusu olabilir. Buna karşılık, aralarındaki iç ilişki bakımından esas borçluya rücu edemeyecek olan bir kefilin, henüz alacaklıya ödeme yapmadığı bir aşamada, teminat göstermesini veya kendisini borçtan kurtarmasını esas borçludan istemesi amaca aykırı olur³. Kefil, esas borçluya bağışlama yapma kastıyla hareket etmişse veya ekonomik açıdan kendisine ait sayılması gereken bir borç için kefil olmuşsa, esas borçluyla arasındaki iç ilişki, alacaklıyı tatmin ettikten sonraki aşamada rücu hakkı kullanmasına olanak vermez. Böyle bir kefil, alacaklıyı tatmin etmesinden önceki aşamada da, kendisine teminat göstermesini veya borçtan kurtarılmasını esas borçludan talep edememelidir. O halde, şöyle bir sonuca varılabilir: Kefaletin adi veya müteselsil olması, TBK. m. 595'te ele alınan hakkın kullanılması bakımından fark yaratmaz. Buna karşılık, kefaletin esas borçlunun veya kefilin çıkan gözetilerek üstlenilmiş olması, konuya ilişkin olarak önemli bir fark yaratır. Kendi çıkarına olarak sorumluluk üstlenmiş kefil TBK. m. 595'ten doğan hakları kullanamaz⁴.

Kefilin BK. m. 595'te belirtilen haklarını kullanabilmesi için, esas borçluyla kefil arasında (vekalet veya vekaletsiz iş görme gibi) bir iç ilişkinin bulunması zorunlu değildir⁵. Böyle bir zorunluluğun bulunmaması olağan karşılanmalıdır. Ne kefalet sözleşmesinin geçerli olarak kurulabilmesi ne de kefilin rücu hakkını kullanabilmesi için esas borçluyla kefil arasında bir iç ilişkinin bulunması aranmadığına göre, TBK. m. 595'in kendisine verdiği hakları kullanmak isteyen kefilin de böyle bir iç ilişkinin varlığını ispat et-

3 Beck, Art. 506, N. 3; Giovanoli, Art. 506, N. 1; de Biasio, s. 120-121.

4 Beck, Art. 505, N. 5.

5 Beck, Art. 506, N. 3.

mesi aranmamalıdır. Kefilin teminat gösterilmesini veya borçtan kurtanlmasını isteme hakkı rücu hakkının bir ön etkisi olduğuna göre, rücu hakkının kullanılması için aranmayan bir gerekliliğe tabi tutulamaz. Ne var ki, olayların büyük çoğunluğunda esas borçlu ve kefil arasında bir iç ilişkinin bulunduğu söylenebilecektir ve TBK. m. 595'te sözü geçen ilk olasılık böyle bir iç ilişkinin bulunduğu düşüncesine dayanır⁶. TBK. m. 595 bent 1'e göre, esas borçlu kefile karşı olan yükümlülüklerini yerine getirmez, özellikle **belirli** bir süre içerisinde kendisini borçtan kurtaracağına ilişkin taahhüdüne **aykırı** davranırsa, kefil teminat gösterilmesini veya kefalet borcundan kurtanlmasını esas borçludan isteyebilecektir. Sözü geçen bent, görüldüğü üzere, aralarındaki iç ilişki gereğince esas borçlunun kefile karşı olan yükümlülüklerine aykırılık etmesinden söz etmektedir.

B. Teminat gösterilmesini ve kefalet borcundan kurtanlmayı isteme hakkının koşulları

1. Genel olarak

Teminat gösterilmesini ve kefalet borcundan kurtarılmayı isteme hakkı, daha önce de belirtildiği gibi, alacaklıyı tatmin ettikten sonra esas borçluya rücu edebilecek her kefile tanınmıştır. Adi kefil veya müteselsil kefil sıfatını taşımak bu açıdan fark yaratmaz. Bu ön koşulun gerçekleşmesinin dışında, TBK. m. 595'te üç bent halinde sayılan koşullardan herhangi birisinin de gerçekleşmesi gerekir⁷. Bu koşulların incelenmesinden anlaşılabileceği ki, esas borçlu kendi davranışlarıyla kefilin durumunu kötüleştirdiği takdirde, kefil teminat gösterilmesini ve kefalet borcundan kurtarılmasını isteme hakkına kavuşmaktadır!. TBK. m. 595'te belirtilen koşullar genişletilmeye elverişli değildir. Bir başka deyişle, BK. m. 595'te belirtilen hakkını kullanmak isteyen kefilin, aynı hükümde sınırlı sayıda gösterilen koşullardan birisinin gerçekleştiğini ispatlaması gerekir⁹.

⁶ de Biasio, s. 121.

⁷ Beck, Art. 506, N. 7. Hükümün kaynağını oluşturan ORArt. 506 hükmünün emrediciliği hakkında bkz. Giovanoli, Art. 506, N. 3; Pestalozzi, Art. 506, N. 2.

⁸ Guhl, s. 93; Beck, Art. 506, N. 7; Giovanoli, Art. 506, N. 3; Pestalozzi, Art. 506, N. 3.

⁹ de Biasio, s. 122.

2. Esas borçlunun yükümlülüklerine aykırılık etmiş olması

TBK. m. 595 bent 1'de belirtilen koşulun gerçekleşmesi için, esas borçlu ve kefil arasında bir iç ilişkinin bulunması gereklidir. Böyle bir iç ilişki olayların büyük çoğunluğunda mevcuttur. Kefil, genellikle esas borçlu tarafından aranıp bulunmuş bir kişidir ve esas borçluya yaptığı anlaşma çerçevesinde sorumluluk üstlenmiştir. Ne var ki, kefilin sorumluluk üstlenmesi için esas borçlu da kefile karşı bazı taahhütlerde bulunabilir. Esas borçlu tarafından kefile karşı yapılan bu taahhütlerin, kefile aralarındaki iç ilişki çerçevesinde kendi açısından bağlayıcı olacağı açıktır¹⁰. Esas borçluyu bağlayıcı nitelikteki bu taahhütlere bir örnek, TBK. m. 595 bent 1'de gösterilmektedir. Buna göre, esas borçlu belirli bir süre içerisinde kefil borçtan kurtarma vaadinde bulunmuş olabilir. Esas borçlu bu vaadini herhangi bir biçimde yerine getirebilir. Genellikle esas borcu ifa ederek kefil (söz verdiği süre içerisinde) borçtan kurtarma yoluna gidecektir. Esas borç ifa edilince fer'i bir sorumluluk altındaki kefil borçtan kurtulmuş olacaktır. Esas borçlunun kefile karşı başkaca taahhütlerde bulunması, örneğin, başka kefiller bulacağını veya aynı teminatlar göstereceğini taahhüt etmesi pekala mümkündür'¹¹. Bunun gibi, esas borçlu, kefilinin sorumluluğu devam ettikçe spekülative faaliyetlere girişmeyeceği, taşınmazlarını rehin hakkıyla kayıtlamayacağı, kendi adına kefalet sözleşmesi yapmayacağı, kendisine ait ticari defterleri kefilinin incelemesine izin vereceği yolunda taahhütlerde bulunabilir¹². Esas borçlunun kefile karşı olan taahhütlerine aykırılığı, kusurdan tamamen bağımsız olarak TBK. m. 595'in uygulanmasına olanak verir¹³.

10 Esas borçlu ve kefil arasındaki sözleşme ilişkisinin hukuka veya ahlaka aykırılıktan veya imkansızlıktan ötürü kesin hükümsüz olmaması gerektiği de açıktır. Aksi takdirde geçerli olmayan sözleşme ilişkisinden doğan yükümlülükler aykırı davranıldığı için TBK. m. 595'te yer alan hakların kullanılması söz konusu olur ki, bunun mümkün olmadığı söylenebilir. Mamafih bu konu tartışmaya açıktır. Bkz. Beck, Art. 506, N. 8. Ayrıca bkz. Giovanoli, Art. 506, N. 7; de Biasio, s. 122.

11 Beck, Art. 506, N. 8; de Biasio, s. 122. Çeşitli örnekler için bkz. Giovanoli, Art. 506, N. 7.

12 Guhl, s. 94. Esas borçlunun kefile karşı yükümlülüklerine aykırı davranması o şekilde gerçekleşmelidir ki, kefilin TBK. m. 595'ten kaynaklanan talepleri ileri sürmesi dürüstlük kuralı uyarınca haklı görülebilsin. Bkz. Beck, Art. 506, N. 8.

13 Beck, Art. 506, N. 8.

3. Esas borçlunun temerrüde düşmesi

Esas borçlunun temerrüde düşmesiyle birlikte, kefil için teminat gösterilmesini veya borçtan kurtarılmasını isteme hakkı doğar". Esas borçlunun temerrüde düşmesi yeterli olup, temerrüdün gerçekleşmesinden sonra esas borçluya alacaklı tarafından süre verilmiş olması kefilin doğmuş olan **hakkı**-nı ortadan kaldırmaz. Bir başka deyişle, temerrüdün gerçekleşmesinden sonra esas borçluya süre verilmiş olmasına rağmen, kefil teminat gösterilmesini veya borçtan kurtarılmasını esas borçludan isteyebilir. Buna karşılığ¹⁴ henüz temerrüt gerçekleşmeden esas borçluya süre verilirse, sürenin dolmasından önce esas borçlunun temerrüde düşmesi söz konusu olmaz. Bu nedenle, verilen süre dolmadan önce, kefilin borçtan kurtarılmasını isteyebilme olanağı da bulunmaz¹⁵.

4. Kefilin riskinin sonradan büyük ölçüde artması

Kefalet sözleşmesinin yapılmasından sonra riski büyük ölçüde artan kefil, teminat gösterilmesini veya borçtan kurtarılmasını esas borçludan isteyebilir. Kefilin riskinin büyük ölçüde artıp artmadığı, somut olayın özelliklerine göre yargıç tarafından takdir edilecektir¹⁶.

Kefalet sözleşmesinin yapılmasından sonra esas borçlunun malvarlığı durumu kötüleşirse, kefilin riski artmış olur. Esas borçlunun kusurlu olup olmaması önemli değildir. Malvarlığı durumu objektif olarak kötüleşen esas borçlu, bu konuda kusurlu olmasa bile, kefilin TBK. m. 595'ten kaynaklanan talebine muhatap olabilir¹⁷. Alacaklının elinde bulunan ve halefiyete bağlı olarak kefile geçecek teminatların değer kaybına uğraması da, kuşkusuz, kefilin riskinin artmasına yol açar. Burada da objektif olarak değer kaybından söz edilebilmesi yeterlidir¹⁸. Diğer taraftan, alacaklının elinde bulunan teminatlardan söz edilirken geniş bir yorum yapılmalı, sadece aynı teminatlar değil kişisel teminatlar da bu kapsamda düşünülmelidir. Bir başka deyişle,

14 Esas borçlunun temerrüde düşmesi için, muacceliyete rağmen ifayı gerçekleştirmemesi ve ihtar edilmesi gereklidir. İhtarın gerekmediği durumlara, özellikle kesin vade kararlaştırılmasının söz konusu olduğu olasılıklara da dikkat edilmelidir. Guhl, s. 95; Becl, Art. 506, N. 9.

15 Lerch-Tuason, s. 76; de Biasio, s. 123-124; Beck, Art. 506, N. 9.

16 Guhl, s. 95; Beck, Art. 506, N. 11; de Biasio, s. 125.

17 Beck, Art. 506, N. 12; de Biasio, s. 125.

18 Beck, Art. 506, N. 13; Giovanoli, Art. 506, N. 9; Pestalozzi, Art. 506, N. 4.

kişisel teminatların da değer kaybına uğrayarak kefilin riskinin artmasına yol açması mümkün görülmelidir. Birlikte kefillerden birisinin malvarlığının önemli ölçüde kötüleşmesi diğer birlikte kefiller için riski arttırıcı etki yapar¹⁹_

Esas borçlunun alacaklıya karşı olan yükümlülüklerine aykırı davranışları bulunuyorsa, bu durum kefilin TBK. m. 595'ten doğan hakkını kullanabilmesi için yeterlidir. Böyle durumlarda, esas borçlunun malvarlığının kötüleşmesi veya mevcut teminatların değer kaybetmesi gibi olguların gerçekleşmesine ihtiyaç yoktur. Örnek olarak, çalışan bir kişinin ileride verebileceği zararlar için kefil olan kişinin durumu düşünülebilir. Bu olasılıkta, lehine kefalet verilen kişi yanında çalıştığı kişiye zarar verebilecek davranışlar içerisine girerse, bu kefilin başlangıçta üstlendiği risk artmış sayılır²⁰.

Esas borçlunun yerleşim yerini farklı bir ülkeye taşıması kendisi hakkında yürütülecek bir takibi önemli ölçüde zorlaştırabilir. Böyle bir olasılık gerçekleşirse kefilin durumu kötüleşmiş olur. Buna bağlı olarak kefil TBK. m. 595'in kendisine tanıdığı hakkı kullanabilir. Bu husus TBK. m. 595 b. 2' de açıkça belirtilmiştir²¹. Söz konusu hükme göre, esas borçlu hakkındaki takibin herhangi bir nedenle güçleşmiş olması kefilin durumunun kötüleşmiş sayılması için yeterli değildir. Takibin güçleşmesi esas borçlunun yerleşim yerini içinde bulunduğu ülkeden başka bir ülkeye taşıması sebebiyle ortaya çıkmalıdır. Ancak bu takdirdedir ki, kefil için TBK. m. 595'e dayanmak söz konusu olabilir. Esas borçlunun yerleşim yeri aynı ülkenin sınırları içerisinde değişikliğe uğruyorsa, kefil teminat gösterilmesini veya borçtan kurtarılmasını isteyemez²².

TBK. m. 595'in uygulanabilmesi için, kefilin riskinin kefalet sözleşmesinin yapılmasından sonra artmış olması gereklidir. Kefilin riski kefalet sözleşmesinin yapıldığı sırada kendisinin öngördüğünden çok daha büyükse, TBK. m. 595'in kıyas yoluyla uygulanması mümkündür. Böyle durumlarda, kefil, kendisinin öngördüğünden (ve güven ilkesi uyarınca öngörmekte haklı

19 de Biasio, s. 125.

20 Beck, Art. 506, N. 14; Giovanoli, Art. 506, N. 9; de Biasio, s. 125.

21 İsviçre hukukunda konu açıkça düzenlenmeden (ORArt. 506 Ziff2) önce, esas borçlunun yerleşim yerini başka bir ülkeye taşıması kefilin riskini arttıran bir hal sayılmakta ve yine OR Art. 506 düzenlemesinden doğan hakların kullanılmasına izin verilmekteydi. Bkz. Becl, Art. 506, N. 10.

22 de Biasio, s. 124.

olduğundan) daha yüksek bir riskle karşı karşıya olduğunu öğrenince teminat gösterilmesini veya borçtan kurtarılmasını isteyebilecektir²³.

C. Kefilin ileri sürebileceği talepler

Yukarıda ele aldığımız koşullar gerçekleşmişse, kefil, ya teminat **göstermesini** ya da kendisini kefalet sorumluluğundan kurtarmasını esas borçludan isteyebilecektir. Kefilin kefalet borcundan kurtarılmasını isteyebilmesi için esas borcun muaccel olması gerekmektedir.

Kefilin teminata ilişkin talebinin nasıl yerine getirileceği yasa tarafından gösterilmemiştir. Burada somut olayın özelliklerinin dikkate alınarak bir belirleme yapılması gerekecektir. Esas borçlunun olanakları ölçüsünde aynı teminat göstermesi tercih edilebilir. Ne var ki, olayların büyük çoğunluğunda, kişisel teminatlarla, özellikle rücuyla kefalet türünden teminatlarla yetinmek gerekecektir. Gösterilecek teminatın değeri bakımından kefilin müstakbel rücu alacağının kapsamı belirleyici olacaktır. Teminat gösterilmesinin istendiği sırada rücu alacağı henüz doğmamış olsa da kapsamı yaklaşık olarak tahmin edilebilir²⁴.

Esas borç muaccel olmuşsa ve kefil borçtan kurtarılmasını talep etmişse, esas borçlu alacaklının katılımı olmaksızın bu talebi yerine getiremez. Esas borçlunun kefalet sözleşmesine taraf olmadığı hatırlanırsa bu sonuç yadırganmaz. Onun yapabileceği şeylerin başında, esas borcu ifa etmek ve böylelikle fer'i nitelikteki kefilin sorumluluğunun son bulmasını sağlamak gelir. Bundan başka, esas borçlu alacaklıyı kefili ibra etmesi için teşvik etmek yoluna gidebilir. Bu amaçla, esas borçlu başka kefiller bulabilir veya alacaklıya aynı teminatlar sunabilir. Esas borçlu tarafından sunulan kişisel ve aynı teminatlar sayesinde, alacaklı mevcut kefiliyle bir ibra sözleşmesi yapmaya razı olabilir²⁵.

Kefilin teminat gösterilmesine veya kefalet borcundan kurtarılmaya ilişkin talepleri esas borçlu tarafından yerine getirilmezse ne olacağına ilişkin yasada bir açıklık yoktur. Kesin olan bir şey varsa o da kefilin sorumlulu-

23 Beck, Art. 506, N. 11.

24 Guhl, s. 96; Beck, Art. 506, N. 17; de Biasio, s. 126. Kefilin talebinin muhtemel rücu alacağının kapsamına göre belirlenmesi gerektiği, kefilin uğrayacağı zarar miktarının esas alınamayacağı hakkında bkz. Pestalozzi, Art. 506, N. 3.

25 Guhl, s. 96; Beck, Art. 506, N. 18; de Biasio, s. 126.

ğunun ortadan kalkmayacağıdır. Esas borçlu yasa gereğince kefilin talebini yerine getirmek zorundadır. Ne var ki, esas borçlunun söz konusu yasal yükümlülüğüne aykırı davranması, tarafı olmadığı kefalet sözleşmesi üzerinde doğrudan bir etkiye bulunmaz. Esas borçlu kefile teminat göstermezse veya kefilin sorumluluğunun son bulması için üzerine düşeni yapmazsa, cebri icra yoluyla söz konusu yükümlülüğünü yerine getirmeye zorlanabilecektir²⁶.

/iL Kefilin rücu hakkı

A. Halefiyete dayanan (genel) ve temel ilişkiye dayanan (özel) rücu taleplerine toplu bakış

1. Ha/e.fiyete dayanan (genel) rücu hakkının amacı

Olayların büyük çoğunluğunda kefil ve esas borçlu arasında bir hukuki ilişki bulunur²⁷. Temel ilişki veya iç ilişki olarak adlandıracağımız bu hukuki ilişki çoğunlukla vekalet sözleşmesi olarak karşımıza çıkar. Kefilin genellikle esas borçlunun isteği üzerine ve onun bir işini görmek için (örneğin kredi almasını kolaylaştırmak için) sorumluluk üstlendiği dikkate alınırsa, kefil ve esas borçlu arasındaki temel ilişkinin vekalet olarak nitelenmesi anlaşılır hale gelir. Temel ilişkinin vekalet olarak nitelenemediği olasılıklarda, vekaletsiz iş görmenin koşulları gerçekleşmiş olabilir. Temel ilişki ne vekalet ne de vekaletsiz iş görme olarak nitelenemiyorsa, kefilin alacaklıya ödeme yapmasıyla birlikte esas borçlu açısından bir "*sebepsiz zenginleşme*" ortaya çıkabilir²⁸. Esas borçlu ve kefil arasındaki ilişkinin hukuki niteliği

26 de Biasio, s. 127.

27 Kefil ve esas borçlu arasındaki hukuki ilişki kefalet sözleşmesinden kaynaklanmaz. Kefalet sözleşmesi kefil ve alacaklı arasında kurulmaktadır ve esas borçlu bu sözleşmeye taraf değildir. O halde, esas borçlu ve kefil arasındaki hukuki ilişkinin kefalet sözleşmesinden bağımsız olarak ele alınması kaçınılmazdır. Esas borçlu ve kefil arasındaki -temel ilişki veya iç ilişki denilen- hukuki ilişki kefalet sözleşmesinden bağımsız olmakla birlikte, bu sözleşmenin kurulmasına vesile olan bir ilişkidir. Bkz. Guhl, s. 91.

28 Temel ilişkinin çeşitli görünüm biçimleri için bkz. Von Tuhr, Regress, s. 102; Beck, Art. 507, N. 8; de Biasio, s. 9-10; Reisoğlu, Kefalet, s. 1, 210; Tandoğan, Borçlar II, s. 587; Elçin Grassinger, s. 400; A. Özge Yenice, Teminat Sözleşmelerinde Rücu İlişkileri, İstanbul 2009, s. 67-68. Kefille esas borçlu arasındaki sözleşmenin vekalet sözleşmesi olması mümkün olduğu gibi, vekalet sözleşmesinden unsurlar taşıyan isimsiz bir iş görme sözleşmesi olması da mümkündür. Krş. Reinicke/fiedtke, s. 110. Kihçoğlu, halefiyetin olduğu yerde sebepsiz zenginleşmeden söz edilemeyeceğini ileri sürmektedir. Yazara göre, halefiyet, vekalet ve vekaletsiz iş görme ile yarışabilecekken se-

kefilin rücu hakkını kullanabilmesi bakımından büyük bir pratik önem taşır. Kefilin rücu hakkının bulunup bulunmadığı, bulunuyorsa kapsamının ne olacağı belirlenirken bu ilişki etkili olacaktır. Ne var ki, esas borçlu ve kefil arasında hiçbir ilişki bulunmasa bile, kefilin esas borçluya rücu hakkı TBK. m. 596'yla -üstelik kefile tanınan halefiyet ayrıcalığı ile pekiştirilerek- garanti altına alınmıştır. Diğer taraftan, kefalet sözleşmesinin geçerliliği bakımından esas borçlu ve kefil arasında bir iç ilişkinin bulunması gerekli değildir. Unutulmasın ki, kefil, esas borçlunun rızası olmadan hatta rızasına aykırı olarak sorumluluk üstlenmiş olabilir. Alacaklıya ödeme yapan kefilin halefiyeti bu tür olasılıklarda da gerçekleşir ve esas borçluya rücu hakkını kullanması mümkün olur²⁹.

Bir borç için kefalet güvencesi veren kişi, esas borçlunun ödeme gücüne ve süresinde ifayı gerçekleştireceğine güvenerek hareket etmiştir. Kefil, kendisinin alacaklı tarafından sorumlu tutulacağını düşünmemekte, esas borçluya rücu etmek durumunda kalabileceğini hesaba katmamaktadır. Bu nedenle rücu hakkının nasıl kullanılabileceğine ilişkin olarak kefil ve esas borçlu arasında bir anlaşma bulunmasına pek rastlanmaz. Kefil alacaklı karşısında sorumluluk üstlenirken ne başkasına ait bir borcu ifa etmek istemekte ne de esas borcun malı yükünün nihai olarak kendi üzerinde kalmasını arzuJarmaktadır³⁰. O halde, esas borçluya ödeme yapmak zorunda kalan kefil bütün beklentilerinin dışında bir sonuçla karşılaşmış demektir ve kendisini böyle bir zorunlulukla karşı karşıya bırakan esas borçluya olan güvenini bütünüyle kaybetmiştir. Bu durumda, yasanın kefilin yanında yer almasını ve esas borçluya karşı kullanacağı rücu hakkını garanti altına almakla yetinmeyip bu hakkı alabildiğine kolaylaştırmasını olağan karşılamak gerekir³¹.

bepsiz zenginleşme ile yarışamaz. Halefiyetin gerçekleştiği olasılıkta borçlu borçtan kurtulmadığına ve alacaklıya halef olan kişi karşısında sorumlu olmaya devam ettiğine göre, borçlu açısından bir zenginleşmenin gerçekleştiğini söylemek mümkün değildir. Kılıçoğlu, Kanunı Halefiyet, s. 17.

29 Reisoğlu, s. 1. Asıl borçlu ile kefil arasında hiçbir ilişki olmadan, batta asıl borçlunun isteğine aykırı olarak yapılan kefalet sözleşmesi bile rücu hakkı sağlayacağına göre, rücu hakkını kullanan kefilden esas borçluyla arasında ne tür bir ilişki olduğunu ispat etmesi beklenmez. Ne var ki, esas borçlu kefile arasında bir temel ilişki bulunduğunu ve bu ilişkinin rücu hakkının kullanmasına engel olacağını ispatlayabilir. Reisoğlu, Kefalet, s. 212.

30 Guhl, s. 10; Beck, Art. 507, N. 8; de Biasio, s. 12-13; Seza Reisoğlu, Kefilin Rücu İle İlgili Meseleler, Batider, Y: 1961, C: 1; S: 4, s. 466.

31 de Biasio, s. 13.

Esas borçluya rücu hakkını kullanmak isteyen kefil iki olanağa sahiptir. Bu olanaklardan ilki esas borçluyla arasında mevcut olan temel (iç) ilişkiden kaynaklanmaktadır. Kefil (vekalet, vekaletsiz iş görme veya sebepsiz zenginleşme olarak nitelenebilecek) iç ilişkiye dayanarak alacaklıya yaptığı ödemenin karşılanması esas borçludan talep edebilir. Bu olasılıkta kefilin "*özel rücu talebi*" söz konusu olmaktadır. Ne var ki, kefilin esas borçluyla arasındaki iç ilişkiye dayanarak rücu hakkını kullanması pratikte mümkün olmayabilir. İç ilişkinin varlığı ve bu ilişki kapsamında kullanılabilecek rücu hakkının kapsamı bakımından ispat güçlüğü yaşayan kefil, TBK. m. 596'da kendisine sunulan diğer olanaktan yararlanacaktır. Buna göre, kefil, alacaklıya ifade bulunduğu ölçüde onun haklarına halef olur ve halefiyete dayanarak esas borçluya rücu edebilir. Kefilin yaptığı ödemenin esas borcu sona erdirici etki yapmaması doğal bir sonuçtur. Kefil üçüncü kişi olarak esas borca ilişkin bir ifade bulunmamakta, kefalet sözleşmesinden kaynaklanan kendi borcunu ifa etmektedir³². Kefilin kendi borcunu ifa etmesi TBK. m. 596'daki düzenleme sayesinde sıra dışı bir etki yaratmakta ve esas borçluya karşı mevcut olan alacak hakkı kefile geçmektedir (*cessio legis*). Halefiyet yoluyla kendisine geçmiş olan alacak hakkına dayanan kefil, esas borçluyla arasındaki temel ilişki bakımından yaşadığı ispat güçlüklerinden etkilenmeksizin rücu hakkını başarıyla kullanabilir. Halefiyete dayanan rücu talebine de "*genel rücu talebi*" denilmesi uygun olur³³.

32 Kefil kendi borcunu yerine getirmeyip üçüncü kişi olarak esas borca ilişkin ifade bulunsa, bu ifa esas borcu sona erdirici etki doğururdu. Reinicke/Tiedtke, s. 109.

33 Genel rücu talebi ve özel rücu talebi tabirlerini de Biasio'dan ödünç almış bulunmaktayım. Bkz. de Biasio, s. 13-14. Reisoğlu, iç ilişkiye dayanan rücu ve kefaletle dayanan rücu ayrımını yapmaktadır. Reisoğlu, Kefalet, s. 210. Tandoğan ise kanuni halefiyetten doğan haklar ve iç ilişkiden doğan haklardan söz etmektedir. Tandoğan, Borçlar il, s. 790. Reinicke/Tiedtke, kefilin halefiyete dayanarak ileri sürdüğü (kendisine alacaklıdan geçmiş olan) talebe dış talep, esas borçluyla arasındaki ilişkiden kaynaklanan talebe ise iç talep demektedirler. Reinicke/Tiedtke, s. 110. Roma Hukuku'nda kefil rücu hakkına sahip kılınmıştır. Bu rücu hakkının kaynağı kefil ve esas borçlu arasındaki temel ilişkide görülmüştür. Ne var ki böyle bir temel ilişkinin ispatında bir güçlük yaşanması söz konusu değildir. Esas borçluyla kefil arasında, kefil olarak sorumluluk üstlenmeye ilişkin bir vekalet sözleşmesi bulunduğu karine olarak kabul edilir. Vekalet sözleşmesinin şekle bağlı olmaması ve örtülü irade beyanlarıyla kurulabilecek olması, böyle bir karinenin kabulünü kolaylaştırmıştır. Böyle bir vekalet karinesini devre dışı bırakabilecek yegane hal, kefilin esas borçlunun rızasına aykırı olarak sorumluluk üstlenmiş olmasıdır. Bu söylenenlere bağlı olarak kefil, "*actio mandati*" veya "*negotiorum gestorum contraria*" aracılığıyla esas borçluya rücu edebilirdi. Kefilin bu olanaklardan yararlanabilmesi için kendi malvarlığından alacaklıyı tatmin etmiş olması ve bunu bağışlama

Bütün bu anlatılanlara bağlı olarak, TBK. 596'da yer alan halefiyet **ilke**sinin, kefilin her türlü ispat güçlüğünden kurtularak rücu hakkını kullanabilmesini ve bu sırada alacaklının elindeki fer'i nitelikli teminatlara başvurabilmesini amaçladığını söyleyebiliriz.

2. Esas borçlu ve kefil arasındaki (temel) ilişkinin halefiyet üzerindeki engelleyici etkisi

Halefi.yete dayanan rücu hakkının kullanılması bakımından esas borçlu ve kefil arasındaki ilişkiyi gündeme getirmek gerekli olmasa **❖** bu ilişki halefi.yete dayanan rücuyu engelleyici etki yaratabilir. Böyle bir etki, alacaklıya ödeme yapan kefilin (hukuki açıdan olmasa bile) ekonomik açıdan esas borçlu gibi görülmesi gereken olasılıklarda karşımıza çıkar. Öme **❖** alınan bir krediden doğan borç için kefil olan kişi aynı zamanda bu krediyi fiilen kullanan kişi olabilir. Alınan krediyi fiilen kullanan kefil, çoğunluk! **❖** kredi tutarını kendisinin karşılayacağını da taahhüt edecektir. Böyle bir kefil kendisine başvuran alacaklıyı tatmin ettiği takdirde, kredi borçlusuyla arasındaki iç ilişki çerçevesinde yapması gerekeni yapmış demektir. Şu halde, esas borçluyla arasındaki iç ilişki rücuya imkan vermez. Bir diğer örnek de şöyledir: Bir şirketin aldığı krediden kaynaklanan borç için, o şirketin tamamen yakın paylarına sahip olan ve ayni zamanda yönetici sıfatını taşıyan ortağı kefil olmuştur. Böyle bir ortağın şirket için alınan kredinin yararlarını büyük

kastıyla yapmamış olması yeterli görülmekteydi. Diğer taraftan klasik hukukta kefil "*beneficium cedendarum actionum*" olarak adlandırılan bir savunına olanağına kavuşturulmuştur. Buna göre alacaklı tarafından dava edilen kefil, alacaklı esas borçlu karşısındaki haklarını kendisine devretmedikçe ödeme yapmaktan kaçınabilirdi. Kefil bu savunmayı bir def'i hakkı aracılığıyla gündeme getirebilirdi. İşte Roma Hukuku'ndaki bu *beneficium cedendarum actionum* Ortak Hukuk'ta önemli bir gelişme kaydetti ve kefilin gerçek bir sübjektif hakkına dönüştü. Bu gelişmede Cermen Hukuku'nun esaslı bir etkisi gözlenebilir. Cermen Hukuk geleneğinde kefilin ödeme yapması kendiliğinden alacaklının haklarının kefile geçmesi sonucunu doğururdu. Bu geleneğin bir uzantısı olarak Ortak Hukuk'taki kefil kendisi ile esas borçlu arasındaki her türlü hukuki ilişkiden soyutlanmış bağımsız bir rücu hakkı elde etti. Bu gelişmelerle ilgili olarak bkz. de Biasio, s. 15 vd. Ayrıca bkz. Beck, Art. 507, N. 8. Beck'in bildirdiğine göre, Roma hukukunda kefil, önceleri yaptığı giderlerin karşılanması talebiyle (*actio depensi* ve *actio mandati contraria*) esas borçluya rücu ediyordu. Sonraları, alacaklı tarafından kendisinden talepte bulunulan kefil, alacaklı haklarını kendisine devretmedikçe ödeme yapmayacağı yolunda bir def'i ileri sürme olanağına kavuşturuldu. Bu açıklamalar ışığında kefilin özel rücu talebinin Roma Hukuku genel rücu talebinin ise Cermen Hukuku kökenli olduğunu söylemek yersiz olmayacaktır.

ölçüde elde edeceği açıktır. O halde, kredinin mali yükünü de büyük ölçüde kendisinin taşıması gerektiği söylenebilir. Söz konusu ortak, kefil sıfatıyla ödeme yapmak durumunda kalırsa, alacaklıya ödediği tutarın tümünü halefiyete dayanarak esas borçlu konumundaki şirkete yansıtamamalıdır. Alınan kredinin yararlarını elde ettiği oranda bu kredinin mali yükünü taşımaları ve bu oranda halefiyete dayanan rücu engellenmelidir. Burada esas borçluyla kefil arasındaki iç ilişki, büyük pay sahipliği ve yöneticilik ilişkisidir³⁴.

Kefilin esas borçluya "bağışlama kastıyla" hareket ettiği durumlarda da halefiyete dayanan rücu akamete uğrar. Kefil alacaklıya ödemede bulunmak zorunda kalırsa rücu hakkını kullanmayacağı hususunda esas borçluya taahhütte bulunmuş olabilir. *"Kefil olacağı ve alacaklıya ödemede bulunursa rücu hakkını kullanmayacağı"* yolunda esas borçluya taahhütte bulunan kişi, bu taahhüdü yaparken karşılıksız kazandırmada bulunma kastıyla hareket etmişse, bir bağışlama vaadinin varlığından söz edilebilir. Bağışlama vaadinin geçerli olabilmesi için adi yazılı şekilde yapılması gereklidir (TBK. m. 288). Ne var ki geçerlilik şekline aykırı bir bağışlama vaadinin yerine getirilmesi durumunda elden bağışlamaya ilişkin hüküm uygulanır (TBK. m. 289)³⁵. Kefalet sözleşmesinin yapılması ve alacaklının tatmin edilmesiyle birlikte elden bağışlamanın varlığı kabul edilecek ve bağışlama vaadinin şekle aykırılığından söz edilemeyecektir. Esas borçluyla kefil arasındaki elden bağışlama ilişkisi, halefiyete dayanan (genel) rücu hakkının kullanılmasına engel olacaktır³⁶.

Esas borçluyla kefil arasındaki iç ilişki gereğince rücu hakkının kullanılamayacağı bir diğer olay da şu şekilde tasarlanabilir: Bankayla yapılan bir kredi sözleşmesinden doğan borca kefil olunmuştur. Alınan kredinin bir dolandırıcılık eylemini finanse etmek için kullanılacağı kefil tarafından bi-

34 Kefilin ekonomik açıdan esas borçlu gibi algılanması durumuna ilişkin olarak ayrıca bkz. Burak Özen, Kefilin Özel Rücu Talebi ve Bu Talebin Halefiyete Dayanan Genel Rücu Talebiyle İlişkisi, Prof. Dr. Rona Serozan'a Armağan, Cilt II, İstanbul 2010, s. 1464-1465.

35 Elden bağışlamanın niteliği tartışmalıdır. Bir görüşe göre, elden bağışlamada (elden satışta olduğu gibi) borçlandırıcı işlem ve tasarruf işlemi aynı anda gerçekleşmektedir. Diğer bir görüşe göreyse, elden bağışlamada borçlandırıcı işlem bulunmayıp, causa donandi yapılmış bir tasarruf işlemi söz konusu olur. Bu görüş ayrılığı için bkz. Yavuz, s. 245.

36 Kefilin ekonomik açıdan kendisine ait sayılması gereken bir borç için sorumluluk üstlenmesi hakkında bkz. Guhl, s. 92; ayrıca bkz. de Biasio, s. 10; Reinickeffiedtke, s. 110-111.

!inmektedir. Bu olayda banka kefile başvurduğu ve kefil tarafından tatmin edildiği takdirde, kefile esas borçluya rücu hakkı tanınmaz. Bir dolandırıcılık eylemine kaynak sağlamak için kredi alınmasına yardımcı olan **kefil**le kredi borçlusu arasında hukuka aykırı bir vekalet ilişkisi bulunmaktadır. Kefil ve esas borçlu arasındaki hukuki ilişki hukuka aykırı olduğuna göre, bu ilişkiden kefil için geçerli bir alacak hakkı doğmaz. Esas borçluyla arasındaki iç ilişki çerçevesinde rücu hakkını kullanması mümkün olmayan kefilin, sırtını halefiyet ayrıcalığına dayayarak halefiyete dayanan rücu hakkını kullanmasına da olanak tanınmaz³⁷.

Yukarıda verilen örneklerde olduğu gibi, kefil ve esas borçlu arasındaki ilişkinin halefiyete dayanan rücu hakkını engellemesi istisnaidir. Türk Borçlar Kanunu'nun kefilin rücu hakkına ilişkin düzenlemesinde (**TBK. m. 596**) olağan durumdan yola çıkılmıştır. Kefilin hatır için başkasına ait bir borcun sorumluluğunu üzerine aldığı ve bütünüyle esas borçlunun çıkarını gözettiği düşüncesi merkez alınmıştır³⁸. O halde, kefilin esas borçluyla arasındaki iç ilişkiyi ispat güçlüklerine maruz kalmadan rücu hakkını kullanabilmesi için gereken hukuki araca (halefiyet ayrıcalığına) sahip kılınması, olayların büyük çoğunluğunda amaca uygun bir sonuç olarak görülebilir.

Kefilin rücu hakkına ilişkin TBK. m. 596'nın incelenmesinden ilk elde yapılacak tespit şudur: TBK. m. 596 f. 3'de "*kefil ile asıl borçlu arasındaki hukuki ilişkiden doğan istem ve def'iler saklıdır*" denilmekte, böylelikle TBK m. 596 f. 1'de ele alınan kefilin halefiyete dayanan rücu hakkı ikincil bir düzeye indirgenmektedir. Öyle ki, ödeme yapan kefilin halefiyete dayanarak rücu hakkını kullanması, ancak esas borçlu ve kefil arasındaki temel ilişkinin böyle bir rücu hakkının varlığına engel olmaması durumunda söz konusu olabilecektir. Esas borçluyla arasındaki temel ilişkiden kaynaklanan sebeplerin ileri sürülmesiyle kefilin halefiyete dayanan rücu hakkını kullanması engellenebilir veya sınırlanabilir³⁹. Diğer taraftan, kefil ve esas borçlu

37 Bu örnek olay, Stuttgart İstinaf Mahkemesi'nin Reinickeffiedtke tarafından aktarılan bir kararından esinlenmiştir. Bu karar için bkz. Reinickeffiedtke, s. 110-111. Bu kararda, kefil ve esas borçlu arasındaki vekalet ilişkisinin ahlaka aykırılıktan ötürü geçersizliğine değinildikten sonra, kefilin vekaletsiz iş görmeye dayanarak talepte bulunabileceği de söylenmektedir. Reinicke/Tiedtke, haklı olarak, bu yaklaşım biçimine karşı durmuşlardır. Yazarlara göre ahlaka (veya hukuka) aykırı bir vekalet ilişkisinin bulunduğu yerde, hiçbir ilişki yokmuş gibi davranılamaz. Geçersiz bir vekaletle dayanarak iş görme, vekaletsiz iş görme değildir. Reinicke/Tiedtke, s. 111.

38 Guhl, s. 92; de Biasio, s. 10-11.

39 Guhl, s. 92 vd; Beck, Art. 507, N. 9, 31; de Biasio, s. 18-19.

arasındaki temel ilişki dikkate alınır, kefilin halefiyete dayanan rücu hakkını ileri sürmesinin hakkın kötüye kullanılması sayılması da söz konusu olabilir⁴⁰. Kefile halefiyete dayanan rücu hakkının tanınması, alacaklının elindeki güvencelerden ve alacağa bağlı öncelik haklarından kefilin yararlanmasını mümkün kılmak içindir. Esas borçluyula arasındaki iç ilişki gereğince sahip olmadığı bir olanağı ona tanımak için değildir⁴¹.

Esas borçlu ile kefil arasındaki iç ilişkide rücu hakkının kullanılmasını engelleyen bir sebep bulunmaktaysa, kefalet borcunun ifa edilip alacaklının tatmin edilmesine rağmen halefiyet gerçekleşmez. Bu olasılıkta halefiyetin gerçekleşmesine gerek de yoktur. Kefilin halefiyeti ne olursa olsun esas borçluya rücu edilebilmesini mümkün kılmak için değil, aralarındaki iç ilişkiden kaynaklanan bir rücu hakkını güvence altına almak için kabul edilmiştir. Söz konusu iç ilişkinin haklı göstermediği bir halefiyet reddedilecektir.

Esas borçlu ve kefil arasındaki ilişkilerin halefiyete dayanan rücu talebi üzerinde etkili olacağı başkaca haller de vardır. Esas borçlunun kefile karşı bir alacağı mevcut olduğu takdirde, bu alacağını kefilin rücu alacağıyla takas etmesi kuşkusuz mümkündür. Temel ilişkinin vekalet olduğu olasılıkta, vekaleti özenle ifa etmeyen kefilin esas borçlunun uğradığı zararı tazmin etmesi gerekir. İşte esas borçlu bu tazminat alacağıyla, kefilin rücu alacağını takas etme yoluna gidebilir⁴². Esas borçlunun, kefil ile arasındaki temel ilişki çerçevesinde bir vadeden yararlanması söz konusu olabilir. Bu durumda, söz konusu vade gelmeden önce, kefil halefiyete dayanan rücu talebinde de bulunamamalıdır⁴³.

3. Rücu hakkına ilişkin olarak esas borçlu ve kefil arasında yapılan anlaşmalar

Rücu hakkına ilişkin olarak esas borçlu ve kefil arasındaki anlaşmaların TBK. m. 582 f. son açısından değerlendirilmesi gerekip gerekmediği tartışılabilir. Bu hükme göre, *"kanundan aksi anlaşılmadıkça kefil, bu bölümde kendisine tanınan haklardan önceden feragat edemez"*. Kefilin esas borçluyula anlaşarak rücu hakkını kullanmayacağı yolunda taahhütte bulunmasının, kefalete ilişkin hükümlerin tanıdığı diğer haklarda olduğu gibi halefiyete

40 Beck, Art. 507, N. 32.

41 Reinickeffiedtke, s. 112.

42 Beck, Art. 507, N. 32.

43 Beck, Art. 507, N. 32.

ilişkin hak bakımından da önceden feragatin mümkün olmadığı gerekçesiyle geçersiz sayılması mümkün olacak mıdır? Nitekim EBK. m. 496 c. 2'de de, *"bu halefiyet kaidesinden evvelce feragat etmek caiz değildir"* denilmektedir. Şu halde, rücu hakkının kullanılmasına ilişkin olarak esas borçlu ve kefil arasında yapılan anlaşmalara mesafeli bir tutum takınmak ve bu tür anlaşmaları halefiyetten önceden feragat anlamına geldiği ölçüde geçersiz saymak gerektiği düşünülebilir⁴⁴. Kanaatimce bu yaklaşım yerinde değildir. **Kefilin** halefiyetten feragat etme yasağı, kefil ve alacaklı arasındaki ilişkide söz konusudur. Bir başka deyişle, kefalet sözleşmesi yapılırken, kefalet sözleşmesinin bir hükmü olarak *"alacaklıyı tatmin eden kefilin halefiyetten yararlanmayacağı"* kararlaştırılamaz. Sadece kefalet sözleşmesi yapılırken değil, kefalet sözleşmesinde sonradan değişiklik yapmak suretiyle de halefiyet tamamen veya kısmen ortadan kaldırılamaz. Halefiyetten önceden vazgeçme yasağı, alacaklı tatmin edilip halefiyet gerçekleşene kadar söz konusu olur⁴⁵. Alacaklı ve kefil arasındaki ilişkide halefiyetin kaldırılamamasına karşılık, esas borçlu ve kefil arasındaki iç ilişkide rücu hakkının kullanılmayacağı pekala kararlaştırılabilir⁴⁶. Esas borçlunun kefile yaptığı böyle bir anlaşmaya dayanarak kefilin rücu talebine karşı durması, TBK. m. 596 f. 3'ün deyişiyle *"kefil ile asıl borçlu arasındaki hukukî ilişkiden kaynaklanan bir def'i ileri sürülmesi"* demektir⁴⁷.

Kefilin halefiyetten önceden feragat etmesinin geçersiz olduğunu belirten EBK. m. 496 c. 2 ye ilişkin olarak yapılan açıklamalarda, hükmün kapsamının sınırlandırılmaya çalışıldığı gözlenmektedir. Gerçekten de, kefilin rücu hakkından önceden vazgeçmesinin caiz görülmemesine karşılık, rücu hakkının kullanılmasının bir takım koşullara bağlanmasına hoşgörüyle yaklaşmıştır⁴⁸. Ne var ki, alacaklının esas borçluya karşı sahip olduğu bütün alacakları tahsil edilmedikçe kefilin rücu hakkını kullanamayacağına ilişkin anlaşmanın geçerli olamayacağı da belirtilmiştir⁴⁹. Burada önemli gördü-

44 Beck, Art. 507, N. 9; de Biasio, s. 11.

45 Reisoğlu, Kefalet, s. 216; Gülçin Elçin Grassinger, Kefalet Sözleşmesinde Kefil İle Asıl Borçlu Arasındaki Hukukî İlişki, İHFM, C: LV, Y: 1996, S. 1-2, s. 405.

46 Ne var ki, EBK. m. 496 c. 2'de getirilen halefiyetten önceden vazgeçme yasağını, esas borçlu ve kefil arasında yapılan anlaşmalarla rücu hakkının kaldırılması veya sınırlandırılmasına engel kabul eden, bu tür anlaşmaları geçersiz sayan yazarlar da bulunmaktadır. Nitekim bkz. Elçin Grassinger, Hukukî İlişki, s. 401.

47 Özen, Halefiyet, s. 1466-1467.

48 Reisoğlu, Rücu, s. 499; Reisoğlu, Kefalet, s. 216.

49 Elçin Grassinger, Hukukî İlişki, s. 405.

ğüm bir noktaya dikkati çekmek isterim. EBK. m. 496 'da belirtilen yasağın "hale.fiyetten önceden vazgeçme yasağı" olmasına karşılık, bu yasağın "rücu hakkından vazgeçilmesi yasağı" olarak ifade edildiğine rastlanmaktadır⁵⁰. Hale.fiyet ve rücunun farklı kavramlar olduğu dikkate alınırca, halefiyetten önceden vazgeçmeye ilişkin getirilmiş bir yasağı, rücu hakkından önceden vazgeçme yasağı olarak nitelendirmek kanaatimce yerinde değildir. Hale.fiyet kefil ve alacaklı arasındaki ilişkide söz konusu olurken, rücunun kefil ve esas borçlu arasındaki ilişkide söz konusu olacağı öğretilen öteden beri belirtilir⁵¹. Kefalet sözleşmesi yapılırken, alacaklıya ödeme yapan kefilin alacaklının hale.fi olmayacağı, hale.fiyet söz konusu olmadan esas borçluya rücu edeceği kararlaştırılmış olabilir. Burada vazgeçme rücu hakkına ilişkin olmayıp, halefiyet ayrıcalığından yararlanmaya ilişkindir. Bu tür bir anlaşma EBK. m. 496 c. 2 ve TBK. m. 582 f son'a aykırı düşer ve geçersizdir. Kefalet sözleşmesi yapılırken, hale.fiyetten hiç söz edilmeksizin ödeme yapan kefilin esas borçluya rücu etmeyeceği kararlaştırılmışsa, bu anlaşmanın da EBK. m. 496 c. 2 ve TBK. m. 582 f son'a aykırı düşeceği söylenebilir: Böyle bir anlaşma, halefiyete ilişkin olmayıp rücu hakkına ilişkinmiş gibi görünse de, zorunlu olarak hale.fiyetten önceden vazgeçmeyi de içermektedir: Halefiyeti engellenmediğine göre, ödeme yapan kefilin alacaklının elindeki güvencelere başvurabileceği, sadece esas borçluya rücu edemeyeceği, bu nedenle EBK. m. 496 c. 2 ve TBK. m. 582f son'a aykırı bir durum olmadığı düşünülebilir. Ancak bu düşünüş de kanaatimce yerinde olmaz. Kefilin alacaklının elindeki güvencelerden başka esas borçluya da başvurabilmesi halefiyetin bir gereğidir. Esas borçluya rücu edilemeyeceği kararlaştırılmak/o halefiyellen hiç olmazsa kısmen vazgeçilmiş olmaktadır ki, peşin olarak yapılan bu kısmi vazgeçmenin de EBK. m. 496 c. 2 ve TBK. m. 582f son karşısında geçersiz olacağı açıktır⁵². Esas borçluya rücu edilemeyeceği hususunda alacaklıyla yapılan anlaşmayı üçüncü kişi lehine sözleşme olarak da ayakta tutmak mümkün değildir. Böyle bir nitelendirme, halefiyet ilkesinden vazgeçilemeyeceğine ilişkin emredici bir kuralı dolanmak anlamına gelirdi.

Esas borçlu ve kefil arasında yapılan anlaşmada halefiyete dayanan rücu hakkına oranla daha geniş kapsamlı bir rücu hakkı tanınmışsa, bu anlaşmanın esas borçlu açısından bağlayıcı olacağı açıktır.

50 Örneğin bkz. Reisoğlu, Kefalet, s. 216.

51 Nitekim bkz. Reisoğlu, Kefalet, s. 209; Bilge, Meseleler, s. 281 vd. Halefiyet ve rücu kavramları arasındaki farklılıklar için ayrıca bkz. Kılıçoğlu, s. 5 vd.

52 Özen, Halefiyet, s. 1467, dpn. 43.

4. TBK. m. 596'daki halefiyet ilkesinin sağladığı ispat ve teminat avantajları

TBK. m. 596'nın ispat külfeti açısından taşıdığı önemin açıklığa kavuşturulması yararlı olacaktır. Esas borçluya rücu eden **kefilin, esas borçlu** ile kendi arasında ne tür bir ilişki bulunduğunu ispat etmesi **gerekli değildir**. Kefil, alacaklıya bir ödemede bulunduğunu ve bu ödemeyi **kendi malvarlığımdan** yaptığını ispat ederek rücu hakkını başarıyla kullanabilir⁵³. **Halefiyete** dayanan rücu hakkının kullanılamayacağını ileri süren esas borçlu, **bunun** gerekçesini kefil ve kendi arasındaki iç ilişkide yer alan olgulara **dayanarak** ortaya koymalıdır⁵⁴. Buna karşılık, kefil, TBK. m. 596'nın kendisine tanıdığından daha kapsamlı bir rücu hakkına sahip olduğunu iddia ediyorsa bu iddiasını ispat etmelidir. Bu çerçevede, kefilin, esas borçluyla arasındaki temel ilişkinin ne olduğunu ve ne kapsamda rücu hakkı sağladığını ispat etmesi kaçınılmaz olur. Esas borçluyla arasında bir vekalet ilişkisinin bulunduğunu ispat eden kefil, alacaklıya yaptığı ödeme için, masraf yapan vekil sıfatıyla faiz yürütülmesini talep edebilir. Kefalet güvencesine bağlanan esas borç için faiz yürütülmesi söz konusu olmasa bile, vekil sıfatıyla hareket eden kefil ödediği tutar için faiz alma olanağını böylelikle elde etmiş olur⁵⁵.

53 Kılıçoğlu, s. 18.

54 Reinicke/Tiedtke, s. 114-115; de Biasio, s. 24-25; Reisoğlu, Kefalet, s. 212; Mustafa Alper Gümüş, Borçlar Hukuku, Özel Hükümler, Cilt 2, İstanbul 2010, s. 640.

55 Beck, Art. 507, N. 31; de Biasio, s. 11, 24; Reinicke/Tiedtke, s. 112. Kefile, esas borçluyla arasındaki temel ilişkiden kaynaklanan özel rücu talebinin yanında, halefiyete dayanan genel bir rücu talebi tanınmasının yerinde olmadığını ileri sürenler de çıkmıştır. Bu düşünce biçimine göre, kefilin esas borçluya başarıyla rücu edebilmesi aralarındaki ilişki çerçevesinde zaten mümkündür. Kefil ve esas borçlu arasındaki vekalet veya vekaletsiz iş görme ilişkisi, olayların büyük çoğunluğunda rücu hakkının kullanılmasını mümkün kılacaktır. İstisnai kimi durumlarda vekalet veya vekaletsiz iş görmeye dayanan bir rücu talebi söz konusu olamayacaksa da, sebepsiz zenginleşmeye dayalı bir hesaplaşma yürüterek kefilin sonuç alması mümkün olacaktır. Sonuçta kefilin rücu hakkından bütünüyle mahrum olması pek karşılaşılabilecek bir durum değildir. Kefilin halefiyetini kabul eden ve halefiyete dayanan bir rücu hakkını mümkün kılan (TBK. m. 596 gibi) düzenlemeler, daha çok pratik amaçlara dayanır. Halefiyetin kabulüyle, kefilin, esas borçluyla arasındaki temel ilişkiyi ve bu ilişkiden hangi kapsamda bir rücu hakkı doğduğunu ispat zorunluluğu ortadan kaldırılır. Bundan başka kefilin esas borçlunun elindeki güvencelerden yararlanması sağlanır. Alacaklıya ödeme yapan kefil, bu ödemeye birlikte alacaklıya halef olacaksa, alacağa bağlı güvencelerden de yararlanma şansına kavuşacaktır. Ne var ki böylesine pratik düşüncelerle kefile halefiyete dayanan bir rücu hakkı tanınması ve bu rücu hakkının esas borçluyla arasındaki temel ilişkiye dayanan rücu hakkıyla yarıştığının kabul edilmesi, son derece yapay bir kurguya yol

Kefile getirdiği ispat avantajı yanında teminat avantajı da halefiyet ilkesinin kabulünde etkili olmuştur. Alacaklıya halef olan kefil, bu sayede, alacağa bağlı teminatlardan da yararlanma şansını elde edecektir. Kefile sağlanan ispat ve teminat avantajları, kural dışı durumlar göz ardı edilirse haklı görülebilir. Olayların büyük çoğunluğunda, kefil, hiçbir karşılık almadan esas borçlunun çıkarına hareket etmekte, esas borçlunun işinin görülmesi için sorumluluk üstlenmektedir. O halde olabildiğince rahat ve güvenceli bir rücu olanağına kavuşturulması da haklı görülmelidir. Kefil ve esas borçlu arasında rücuya imkan verecek bir temel ilişkinin bulunduğu yolunda bir karinenin kabul edilmesi bu hakkın kullanılmasını rahat bir zemine oturturken, kefilin alacaklıya halef olduğunun kabul edilmesi de gerekli teminatı sağlayacaktır. TBK. m. 596 bu iki noktada kefilin yararına sonuç doğururken, esas borçlunun çıkarını da ihmal etmiş değildir. Öyle ki, esas borçlu, kefil ve kendisi arasındaki temel ilişkiden kaynaklanan talepleri ve savunmaları ileri sürerek kefilin rücu hakkını tamamen veya kısmen boşa çıkarma şansına her zaman sahiptir⁵⁶.

5. Kefilin özel (temel ilişkiye dayanan) ve genel (halefiyete dayanan) rücu haklarının birbiriyle ilişkisi

Kefilin (halefiyete dayanan) genel ve (esas borçluyla arasındaki temel ilişkiye dayanan) özel rücu talepleri, aynı amaca hizmet eden iki araçtır. Bu amaç, kefilin katlanmak zorunda kaldığı malı yükün esas borçluya aktarılmasıdır. Kefil her iki rücu olanağını kullanarak esas borçluya iki kere rücu edemez. Şu halde, genel ve özel rücu talepleri kapsam itibarıyla örtüşmekteyse birbirini dışta bırakırlar. Bu taleplerden biri yoluyla tatmin olan kefil diğer talepten yoksun kalır⁵⁷. Buna karşılık, genel ve özel rücu taleplerinin kapsamı birbirinden farklıysa, kefil her iki talebi birbirini bütünleyecek tarzda ileri sürebilir. Öyle ki, kefil kısmen halefiyete dayanarak kısmen de esas borçluyla arasındaki temel ilişkiye dayanarak rücu hakkını kullanabi-

açacaktır. Bu yapay kurgu yüzünden, ilişkiler karmaşıklaşacak ve istenmeyen sonuçlar doğabilecektir. Bu karmaşıklığı göze almak için bir zorunluluk yoktur ve alışılmışın baskısından kurtulan bir yasa koyucu, kefilin rücu hakkına ilişkin olarak olabildiğince yalın bir çözüm getirmelidir. Bu yalınlık da, rücu hakkının kullanılması için yegane temeli kefil ve esas borçlu arasındaki temel ilişkide görerek elde edilecektir. Bkz. Yon Tuhr, s. 103 vd; de Biasio, s. 25.

56 de Biasio, s. 26-27.

57 Yon Tuhr, s. 106; de Biasio, s. 19; Gümüş, s. 641.

lir. Temel ilişkiye dayanan rücu hakkının kapsamı halefiyete dayanan rücu hakkının kapsamına göre daha büyük olarsa, kefil bu türlü bir olanaktan yararlanabilir. Halefiyete dayanan rücu hakkı, kefile, ispat avantajı sağladığı gibi, alacaklının elindeki güvencelerden yararlanma olanağı da sağlar. O halde, temel ilişkiye dayanan rücu talebinin halefiyete dayanan rücu talebiyle örtüşen kısmını halefiyete dayanarak ileri sürmesi kefil için önemli yararlan birlikte getirir. Ne var ki, temel ilişkiye dayanan {özel} rücu talebinin geri kalan kısmını (halefiyete dayanan rücu talebiyle karşılanamayan kısmını) ileri sürme olanağı kefil için saklı kalır. Böylelikle, halefiyete dayanarak ileri sürebileceği tutarda rücu alacağı için alacaklının elindeki güvencelerden yararlanırken, halefiyete dayanarak ileri sürebileceği talebin kapsamını aşan giderlerini veya zararını da özel rücu talebi üzerinden esas borçluya yansıtmış olur⁵⁸.

Bütün bu anlatılanlar gösteriyor ki, kefilin genel ve özel rücu haklarının kapsamının birbirinden farklı olması, kendisine değişik olanaklar sunmaktadır. Kefil, söz konusu rücu haklarından birini seçebileceği gibi, bu hakları birbirini tamamlayacak biçimde de ileri sürebilir. Somut olayı değerlendirerek kendisi için en elverişli seçeneğin ne olduğuna kefil karar vermelidir⁵⁹.

Olayların pek çoğunda, özel rücu talebinin kapsamı genel rücu talebinin kapsamından daha geniş olur. Kefilin alacaklıya ifa yerine edim olarak bir mal verdiğini ve bu malın değerinin kefil sıfatıyla ödemesi söz konusu olacak tutardan daha yüksek olduğunu düşünelim. Kefil, özel rücu talebi çerçevesinde, ifa yerine edim olarak verdiği malın değerini esas borçludan isteyebilir. Aynı kefil, genel rücu talebini ileri sürseydi, sadece, kefil sıfatıyla ödemek durumunda olacağı tutarı isteyebilirdi. Çünkü ancak bu tutarla sınırlı olarak halefiyet ayrıcalığından yararlanması mümkün olurdu. Ne var ki, özel rücu talebini ileri sürerek vermiş olduğu malın değerini isteyebilmesi, bu talebin koşullarının gerçekleşmiş olmasına bağlıdır. Özel rücu talebinin esası, vekil veya vekaletsiz iş gören sıfatıyla yapılan giderin karşılanmasıdır. Vekil, ancak, vekaleti özenle ifa çerçevesinde yapmış olduğu gideri vekalet verene yansıtabilir (TBK. m. 510). Vekaletsiz iş gören ise, somut olaya göre, zorunlu veya yararlı olarak görülebilecek bir giderin karşılanmasını işini gördüğü kişiden isteyebilir (TBK. m. 529). O halde ifa yerine

58 de Biasio, s. 20. Rücu talebinin kısmen halefiyete, kısmen de temel ilişkiye dayanan (özel) rücu sebebine dayandırılabilmesi Türk öğretisinde de kabul edilmektedir. Bkz. Kılıçoğlu, s. 19; Reisoğlu, Kefalet, s. 211-212; GUmUş, s. 641.

59 Özen, Halefiyet, s. 1453-1454.

eda olarak alacaklıya bir mal veren kefil, her zaman bu malın değerini esas borçludan isteyemez. Esas borçluyla kefil arasındaki ilişki vekalet olarak nitelendirilecekse, kefilin bir mal vererek alacaklıyı tatmin etmesi özenli bir vekilin davranışı olarak görülebilmelidir. Esas borçluyla kefil arasında vekaletsiz iş görmenin gerçekleştiği söylenebiliyorsa, alacaklıya bir malın verilmesi durumun özellikleri gereği zorunlu veya yararlı bir gider olarak nitelendirilebilmelidir⁶⁰. Temel ilişkiye dayanarak rücu eden kefil için, alacaklıya yaptığı kazandırmanın değeriyle birlikte, bu değer üzerinden yürütülecek faizi isteme olanağı da ayrıca vardır. Kefil esas borçlunun vekili olarak hareket etmişse TBK. m. 510 f. 1, vekaletsiz iş gören olarak hareket etmişse TBK. m. 529 f. 1, alacaklıya yapılan kazandırmanın değeri üzerinden faiz yürütülmesini mümkün kılar. Alacaklıya alacağının tutarından daha yüksek değerdeki bir malı (ifa yerine edim olarak) kazandıran kefilin, gerek malın değerini gerekse bu değer üzerinden yürütülecek faizi özel rücu talebiyle istemesi durumunda, alacak tutarıyla sınırlı bir talepte bulunabilme olanağı veren halefiyete dayanan rücu hakkını kullanmasından daha elverişli durumda olacağı açıktır. Ne var ki, alacaklının elinde bulunan güvencelerden de yararlanmak isteyen kefil için, halefiyete dayanan rücu talebiyle temel ilişkiye dayanan rücu taleplerini birbirini tamamlayacak şekilde ileri sürmenin en avantajlı seçenek olacağı da aynı ölçüde açıktır. Böyle bir durumda, kefil, alacak tutarıyla sınırlı olarak alacaklıya halef olduğunu ileri sürer ve halefiyet çerçevesinde alacaklının elindeki güvencelerden yararlanır. Buna karşılık, gerek alacaklıya verdiği malın değerinin alacak tutarını aşan kısmını, gerekse malın değeri üzerinden yürütülecek faizi, esas borçluyla arasındaki temel ilişkiye dayanan rücu talebiyle ister⁶¹. Yürütülecek faiz yasal faiz oranına göre belirlenecektir.

Özel rücu talebinin kapsamının halefiyete dayanan (genel) rücu talebini aşabilmesine karşılık, bu olasılığın tersi söz konusu olamaz. Bir başka deyişle, halefiyete dayanan rücu talebinin kapsamı, hiçbir zaman özel rücu talebinin kapsamını geçemez. Bir başkasının borcu için sorumluluk üstlenen kefilin, bu sorumluluğun mali yükünü esas borçluya aktarabilmesi nasıl

60 de Biasio, s. 23-24. Durumun tersi olan bir olasılık şu şekilde canlandırılabilir. Kefil, alacaklıyı esas borcun tutarından daha düşük tutarda bir gider yaparak tatmin edebilir. Bu takdirde kefilin özel rücu talebinin kapsamı yapmış olduğu gidere göre belirlenir. Özel rücu talebinin halefiyete dayanan rücu talebini sınırlayıcı etkisi de bu olasılıkta kendisini gösterecek, kefil, özel rücu talebinin miktarını aşacak şekilde genel rücu talebinden yararlanamayacaktır. Bkz. ve krş. Von Tuhr, s. 103.

61 Bkz. ve krş. de Biasio, s. 24; Özen, Halefiyet, s. 1454-1455.

hakkaniyetin bir gereğiye, uğradığı mali kaybın ötesinde bir rücu talebine sahip olamaması da aynı hakkaniyet düşüncesinin yansımasıdır. Kefil için kefalet sürecinde uğradığı kaybı gidermek önemli olmalıdır. Bu süreci baha-ne ederek esas borçlu aleyhine zenginleşmek isteyen kefile fırsat verilemez. O halde, TBK. m. 596'da ele alınan kefilin halefiyeti, esas borçluyla kefil arasındaki temel ilişkiden kaynaklanan rücu hakkının kapsamını genişletici bir etki yaratmayacaktır. Kefile halefiyete dayanan rücu hakkının tanınması alacaklının elindeki güvencelerden veya alacağa bağlı öncelik haklarından yararlanmasını sağlamak içindir. Esas borçluyla arasındaki temel ilişki çerçevesinde sahip olmadığı olanakları kefile sağlamak için değildir⁶².

Alacak hakkından başka alacak için işleyecek faize ilişki hakkın da halefiyet kapsamında kefile geçip geçmeyeceğini tartışmak gereklidir. Bir başka deyişle, alacaklı ve esas borçlu arasındaki ilişkide kararlaştırılan faize ilişkin hükümlerden, alacaklıya halef olan kefilin yararlanıp yararlanamayacağı bir sorun olarak ele alınmalıdır. Burada bir ayırım yapılması gerektiği açıktır. Kefil sözleşme ile kararlaştırılan faizden belirli sınırlar içerisinde sorumludur (TBK. m. 589 f. 2 b. 3). Bunun gibi, esas borçlunun temerrüdünün yasal bir sonucu olan temerrüt faizi kefilin sorumluluğunun kapsamındadır (TBK. m. 589 f. 2 b. 1). Kefilin esas borca ilişkin olarak yaptığı ödemeden başka, işlemiş sözleşmesel faize veya temerrüt faizine ilişkin olarak yaptığı ödemeler de, iki ayrı rücu kanalından esas borçluya yansıtılabilir. Kefil, alacaklıya yaptığı ödeme tutan için (ki bu tutar esas borca ilişkin ödemeyle sözleşmesel faize veya temerrüt faizine ilişkin ödemelerin toplamından oluşur), dilerse TBK. m. 596'da ifadesini bulan halefiyete dayanarak, dilerse esas borçluyla arasındaki temel ilişkiye dayanarak esas borçluya rücu edebilir. Kefilin temel ilişkiden kaynaklanan rücu talebi, alacaklıya yaptığı toplam ödemeyi bu ilişki çerçevesinde yapılan bir gider olarak esas borçluya yansıtmayı amaçlamakta ve TBK. m. 510'a veya TBK. m. 529'a dayanmaktadır. Bu gider için yapıldığı andan itibaren yürütülecek faizin dayanağı da aynı hükümler olacaktır. Kefilin alacaklıya yaptığı toplam ödeme tutan için faiz işleyip işlemeyeceğinin, işleyecekse faiz oranının ne olacağının esas borçluyla kefil arasındaki iç ilişkide kararlaştırılmış olması mümkündür. Gerçekten de, kefil ve esas borçlu arasındaki iç ilişkinin vekalet olduğu olasılıkta, vekilin yaptığı gidere ne oranda faiz yürütüleceğinin serbestçe kararlaştırılması mümkündür. Bu durumda kefilin esas borçluya yöneltebileceği fajz tutarı, aralarındaki ilişkide kararlaştırılan orana göre belli olacaktır. Yoksa

62 Reinicke/Tiedtke, s. 112.

alacaklı ve esas borçlu arasındaki sözleşmede yer alan faize ilişkin hükümlere göre değil. Kefil ve esas borçlu arasındaki ilişkide faize ilişkin herhangi bir mutabakat yer almıyorsa, bu ilişkiyi düzenleyen yasal hükümlere göre faiz sorunu çözümlenecektir (vekalette TBK. m. 510, vekaletsiz iş görmede TBK. m. 529). Oran olarak da yasal faiz oranı esas alınacaktır⁶³. Halefi.yet ödeme anında ödenen tutarla sınırlı olarak gerçekleşmiş olup, bu andan sonra işleyecek faizler bakımından halefi.yetin bir etkisi olamaz. Şu halde, kefilin alacaklıya halef olduğunu ileri sürerek alacaklıyla esas borçlu arasındaki sözleşmede yer alan faiz hükümlerinden yararlanmasına olanak verilemez. Esas borçlu ve kefil arasındaki temel ilişkiye dayanan rücu talebinin, halefiyete dayanan rücu talebi üzerindeki sınırlayıcı etkisi de bu bağlamda hatırlanmalıdır. Buna göre, halefiyete dayanan rücunun kapsamı temel ilişkiye dayanan rücunun kapsamını geçemez. Bu temel ilişkinin hak kazandırdığı faiz tutan, alacaklıya yapılan ödemenin tümü üzerinden ve ödeme anından itibaren yasal faiz oranına (veya temel ilişki çerçevesinde ayrıca kararlaştırılmış olan faiz oranına) uygun olarak işleyecek faiz tutarıdır. Yoksa alacaklı ve esas borçlu arasındaki ilişkide alacaklı lehine kabul edilen faiz oranı üzerinden hesaplanacak faiz tutan değil. Halefiyet alacaklıya ödeme yapan kefilin esas borçlu karşısında mağdur olmasını engellemek için vardır. Bu kurum, amacına aykırı olarak, kefilin esas borçlunun sırtından zenginleşmesine hizmet etmemelidir⁶⁴.

63 Bu konuda bkz. Reinicke/fiedtke, s. 112-113.

64 Ayrıntılı bilgi için bkz. Özen, Halefi.yet, s. 1454-1455. Aşağıda aktarılabilecek olan Yargıtay uygulamasında, kefilin alacaklıya yaptığı ödeme tutarına faiz yürütmesi ve faizi de içerecek biçimde rücu talebinde bulunması, kefil ve esas borçlu arasındaki temel ilişkiye değil, kefilin alacaklıya halef olması olgusuna dayandırılmıştır. Yargıtay'ın bu uygulamasında ortaya çıkan anlayışa göre, alacaklıya halef olan ve halefi.yete dayanarak esas borçluya rücu eden kefil, halefi.yet gerçekleşmeseydi alacaklı esas borçludan faiz olarak ne isteyebilecekse aynı şeyi talep edebilecektir. Bu anlayışın kaçınılmaz sonucu, alacaklının esas borçludan talep etme hakkına sahip olduğu faiz oranından kefilin de yararlanabilmesidir. Ne var ki, alacaklıya özgü kişisel ayrıcalıklardan kefilin yararlanabilmesi mümkün görülmemektedir. Alacaklının sıfatı dolayısıyla ticari işlere özgü temerrüt faizi isteyebilmesine karşılık, tacir olmayan kefilin yasal temerrüt faizi oranında talepte bulunabileceği kabul edilmektedir. Bu uygulamaya örnek olarak 13 HD'nin 20. 02. 2006 tarihli, 2005/4902-2006/2026 sayılı kararı zikredilebilir. Bu kararda şu ifadeler yer almaktadır: "Yasa koyucu kefilin korumak, haklarının zayıf olmasına engel olmak için kanuni halefi.yet esasını getirmiştir. Bunun sonucu olarak kefil alacaklının halefi olarak alacağını ve fer'ilerini isteyebilir. Çünkü halefi.yet asıl borçla birlikte fer'ilerini de intikal ettirir. İşlemekte olan faiz de alacağın fer'idir. Başkasına ait bir borcu yerine getiren kişi alacak hakkına değil alacaklının haklarına halef olur. İşlemekte olan faizler

Kefil ve esas borçlu arasındaki temel ilişkiden kaynaklanan rücu hakkı zamanaşımına uğramışsa, halefiyete dayanan (genel) rücu talebi **bakımından** da zamanaşımı def'inde bulunulabilir⁶⁵.

de alacaklının haklarındandır. Kefilin, borcu ödemesi nedeniyle işlemekte olan faizlerden sorumlu olmayacağını kabul etmek, borcunu ödemeyen esas borçlu için iyileştirme sonucunu doğurur. Borçlu alacaklıya karşı ne şekilde sorumlu ise halef olan kefil karşısında da aynı şekilde sorumlu olmaya devam eder. Bu nedenle kefil alacaklıya ödeme yaptığı tarihten itibaren asıl borçludan faiz isteyebilir". Bu karar için bkz. Nihat Yavuz, Öğretide ve Uygulamada Türk Kefalet Hukuku, Ankara 2010, s. 584). HGK.'nın 15. 02. 2004 tarih ve 761/708 sayılı kararında ise şunlar söylenmektedir: "Davacı kefil, dava dışı kredi alacaklısı Banka tarafından yapılan icra takibi sonucunda, davalıya ait borcun bir kısmını, muhtelif kurumlardaki ilaç bedeli alacaklarından yapılan kesintilerle ödediğine göre, Borçlar Kanunu'nun 496. maddesi hükmü uyarınca (TBK. m. 596), ödeme miktarıyla sınırlı olarak, alacaklı Bankanın davalıya karşı sahip olduğu haklar bakımından, onun halefi durumuna gelmiş; eş söyleyişle, eğer davacı kefil bu şekilde bir ödeme yapmamış olsaydı, alacaklı banka, borçlusu durumundaki davalıya karşı hangi haklara sahip olacak, ondan hangi koşullarla neyi isteyecek idiyse, davacı da davalıdan aynısını isteyebilme hakkına sahip olmuştur. Yargıtay uygulamasında, somut olay bakımından bu kurala getirilen tek istisna, alacaklının sıfatından (tacir olmasından) kaynaklanan hakların kefile tanınmamasıdır" (Bu karar için bkz. Yavuz (Nihat), s. 610-611). Sözü geçen kararlarda, kefilin alacaklıya ödediği tutara faiz yürütülmesi ve bu faizin rücu talebinin kapsamına girmesi, kefilin alacaklıya halef olması olgusuna bağlanmıştır. Alacaklının esas borçludan faiz isteyebilecek olmasına rağmen, alacaklıya ödeme yapan kefilin faiz isteyememesinin, borcunu ödemeyen esas borçlunun durumunu haksız biçimde ağırlaştıracağı vurgulanmıştır. Burada söz konusu olan kefilin rücu alacağı için işleyecek temerrüt faizi değil, esas borç ilişkisi çerçevesinde alacaklı lehine doğmuş ve doğacak olan faiz alacağının halefiyet yoluyla kefile geçmiş sayılmasıdır (Gümüş, bu noktada farklı düşünmekte ve Yargıtay kararlarında değinilen faize ilişkin talebi, rücu alacağı için söz konusu olan faiz talebi olarak ele almaktadır. Bkz. Gümüş, s. 645). Kanaatimce, Yargıtay'ın bakış açısı yerinde değildir. Kefilin alacaklıya yaptığı ödeme tutan üzerinden (yasal faiz oranına göre ve ödeme anından itibaren) işletilecek faiz "*kefilin halefiyeti*" olgusuna değil "*kefil ve esas borçlu arasındaki temel ilişkiye*" dayanır. Alacaklıya ödeme yapan kefil, esas borçluyla arasındaki temel ilişki çerçevesinde gider yapmış durumdadır. Yapmış olduğu bu gideri de, yine temel ilişki çerçevesinde faiziyle birlikte isteme olanağına sahiptir. O halde, kefilin faiz talebinin dayanağı TBK. m. 596 olmayıp, TBK. m. 510 f. 1 ve TBK. m. 529 f. 1'dir. Kefil ve esas borçlu arasındaki temel ilişkiden doğan özel rücu talebinin, halefiyete dayanan genel rücu talebini sınırlayıcı etkisi de bu sonucu haklı kılmaktadır. Halefiyete dayanan rücu talebinin kapsamı, temel ilişkiye dayanan rücu talebinin kapsamını geçemeyeceğine göre, kefilin esas borçlu ve alacaklı arasında yapılmış faize ilişkin anlaşmadan yararlanarak (esas borçluyla arasındaki temel ilişkinin olanak vermediği bir biçimde) zenginleşmesi haklı görülemez. Yukarıdaki kararlar ve bunlara ilişkin değerlendirme için bkz. Özen, Halefiyet, s. 1455-1456, dpn. 19.

65 Beck, Art. 507, N. 32.

6. *Halefiyete dayanan (genel) rücu talebiyle temel ilişkiye dayanan (özel) rücu talebinin karşılaştırılması*

Genel ve özel rücu taleplerini ileri sürebilmenin koşulları birbirinden farklıdır. Genel rücu talebini ileri sürmek isteyen kefilin, geçerli bir kefalet sözleşmesi çerçevesinde alacaklıyı tatmin ettiğini⁶⁶ ispat etmesi gerekir (TBK. m. 596). Buna karşılık, özel rücu talebinin ileri sürülmesi, kefil ve esas borçlu arasındaki temel ilişki çerçevesinde bir gider yapılmasını gerektirir. Kefil, vekil veya vekaletsiz iş gören sıfatıyla yaptığı giderleri özel rücu talebi yoluyla esas borçluya yansıtabilir. Diğer taraftan, özel rücu talebinin ileri sürülebilmesi için, alacaklının tatmini sonucunun gerçekleşmesine gerek de yoktur. Örneğin, kefil alacaklının tam ehliyetsiz olduğunu bilmeden (ve bilmesi de gerekmeden) ödeme yapmış olabilir. Böyle bir durumda alacaklının tatmininden söz edilemeyeceği açıktır. Ödeme alacaklıya değil de alacaklının yasal temsilcisine yapılsaydı, kefalet sözleşmesi bakımından bir ifa etkisi ortaya çıkardı. Ne var ki, kefil, kefalet borcu bakımından ifa etkisi doğurmasa da vekil sıfatıyla bir gider yapmış sayılır. Kendisinden beklenen özeni göstererek yapmış olduğu bu gideri, temel ilişkiye dayanan özel rücu talebi aracılığıyla esas borçluya yansıtabilir⁶⁷.

Genel ve özel rücu taleplerinin hukuki temelleri de birbirinden farklıdır. Özel rücu talebinde bulunan kefil, vekil veya vekaletsiz iş gören sıfatıyla yapmış olduğu giderler için talepte bulunur veya sebepsiz zenginleşen konumundaki borçludan bu zenginleşmenin tasfiyesini ister. Genel rücu talebinde bulunan kefilse, alacaklının esas borçluya karşı sahip olduğu alacak hakkını ileri sürer⁶⁸.

66 Alacaklının tatmin edilmesi ifa veya ifa ikamesi yollarından biriyle gerçekleşebilir. Kefilin alacaklıya ödeme yapması, ifa yerine edada bulunması, alacaklıya karşı sahip olduğu bir alacak hakkıyla kefaletten doğan borcunu takas etmesi, tecdit yoluna gitmesi rücu hakkının doğumunu sağlayabilir. Beck, Art. 507, N. 20; Giovanoli, Art. 507, N. 4; Pestalozzi, Art. 507, N. 5, Reisoğlu, Kefalet, s.213; Reisoğlu, Rücu, s. 473; Gümüş, s. 642. Kefilin ibra edilmesinin rücu hakkı üzerindeki etkisi tartışmalıdır. Alacaklının kefilin ibra ederken esas borçluyu borcundan kurtarmak amacını gütmesi durumunda rücu hakkının söz konusu olmayacağı fikri ağır basar görünmektedir. Bu konu için bkz. Beck, Art. 507, N. 20; Giovanoli, Art. 507, N. 4; Reisoğlu, Kefalet, s. 215-216; Elçin Grassinger, Hukuki İlişki, 392; Gümüş, s. 642.

67 de Biasio, s. 20; Reisoğlu, Kefalet, s. 212.

68 Parayla ifade edilmesi mümkün her türlü borç için kefalet güvencesi verilebileceği hatırlanırsa, kefilin borcunun ve esas borcun içerik olarak birbirinden farklılaşabileceği kolaylıkla anlaşılır. Örneğin esas borcun bir yapma veya yapmama borcu olmasına kar-

şılık, kefil alacaklıya bir miktar para ödeyecektir. Bu türden bir olasılıkta, halefiyete dayanan rücu hakkı kullanılırsa esas borçludan ne talep edilebilir? Alacaklıya halef olan kefilin, alacaklının esas borçluya karşı sahip olduğu alacak hakkını ileri sürmesi gerektiği söylenebilecek midir? Böyle bir kabulün olağan sonucu, halefiyete dayanan kefilin, yapma veya yapmama borcunun yerine getirilmesini esas borçludan talep etmesi olacaktır. Bu sonuç, kuşkusuz, kefilin çıkarına ters düşer. Plastikten bir model yapma borcu için kefil sıfatıyla sorumluluk üstlenen kişi, alacaklıya 10.000 TL. ödeme yapmak zorunda kaldığı takdirde, alacaklının esas borçlu karşısındaki talep hakkını olduğu gibi ileri sürmek istemez. Söz konusu kefil, esas borçlunun yapacağı plastik modele sahip olmakla değil, yaptığı ödemenin karşılanması ve kendisine 10.000 TL. verilmesiyle ilgilenmektedir. O halde, halefiyete dayanan rücu talebinin parasal bir talep olmasında kayda değer bir çıkar sahibidir. Kefil, rücu hakkı çerçevesinde, alacaklıya ödeme yapmadan önceki malvarlığı durumunun yeniden kurulmasını amaçlar. Halefiyete dayanan kefilin esas borcun aynen ifasını istemesi gerektiğini ileri sürenler, bu düşüncelerini haklı göstermek için şu türden bir akıl yürütme yapmışlardır: Esas borçlunun hukuki konumu, bir icimsenin kefil sıfatıyla alacaklıya ödeme yapmasıyla birlikte kötüleşmemelidir.

Kefalet sözleşmesinin geçerliliği esas borçlunun rızasını gerektirmediğine, hatta esas borçlunun karşı çıkmasına rağmen kefil olunabileceğine göre, kendi rızasının dışında gerçekleşen bir müdahaleden esas borçlunun zarar görmesi söz konusu olmamalıdır. Alacaklının halefi sıfatını taşıyan kefil, alacaklının ileri sürebileceğinden ne nitelik olarak ne de nicelik olarak farklı bir talepte bulunamamalıdır. O halde esas borcun konusu bir yapma veya yapmama edimi olduğunda, halefiyete dayanarak rücu hakkını kullanan kefil, söz konusu yapma veya yapmama ediminin yerine getirilmesini isteyebilir. Ne var ki bu düşünce biçimi bugün için -haklı olarak- reddedilir. Halefiyete dayanarak rücu hakkını kullanan kefil, esas borcun aynen ifa edilmesini talep etmeye zorlanmamalı, parasal bir talepte bulunabilmelidir. Bir verme, yapma veya yapmama ediminin borçlusu olan kişinin, rücu hakkını kullanan kefile karşı bir miktar para ödemek zorunda kalması hakkaniyete aykırı değildir. Kefilin ödeme yapması söz konusu olmasaydı, alacaklının, belirli koşullar altında aynen ifa talebinden vazgeçip esas borçludan tazminat istemesi söz konusu olabilirdi. Böyle bir olasılıkta esas borçlunun, başta kararlaştırılan (verme, yapma veya yapmamaya ilişkin) edimi aynen ifa etme şansı ortadan kalkar, söz konusu edimin yerine bir para ödeme edimi geçerdi. O halde başta kararlaştırılan edimin yerine bir miktar para ödemek zorunda kalmak, her borçlunun karşılaşılabileceği bir durumdur. Halefiyete dayanarak rücu eden kefilin başta kararlaştırılan edim yerine bir miktar para ödenmesini talep etmesi, esas borçlu için asla öngörülemeyecek ve onun durumunu iradesine bütünüyle aykırı biçimde kötüleştiren bir gelişme olarak nitelendirilemez. Kaldı ki esas borçlu, kefile başvurulmasını engelleyecek şekilde ödeme yapmakta ve kefilin rücu talebinin ortaya çıkmasına meydan vermemekte özgürdür. Bu konudaki tartışmalar ve düşünce ayrılıkları için bkz. de Biasio, s. 21-23. Gilmüş'ün konuya ilişkin yaptığı açıklama ilgi çekicidir. Yazara göre, alacaklının kefil tarafından tatmini asıl borçlunun borcunu bir para borcu olarak yenilemekte, yenileme sonrası ortaya çıkan alacakken-diliğinden kefile intikal etmektedir. Buradaki yenileme kendisine özgü bir yenileme olduğundan, yenilemeye rağmen fer'i haklar ve rüçhan hakları varlığını korur. Gümüş, s. 640.

Özel ve genel rücu taleplerinin birbirinden bağımsızlığı ve **hukuki temellerinin farklı olması**, bu talepler için farklı zamanaşımı sürelerinin **yOrOr**lükte olması sonucunu doğurabilir. Nitekim 818 sayılı (eski) Borçlar **Kanunu** çerçevesinde böyle bir durumun ortaya çıkması kaçınılmazdı. **Alacaklıya** halef olan kefilin, esas borcun tabi olduğu zamanaşımı süresine **uymak ve** bu zamanaşımı süresi dolmadan halefiyete dayanan rücu hakkını kullanmak zorunda olduğu söylenebilirdi. Kefilin yaptığı ödemenin esas borç için yürümekte olan zamanaşımını kesen bir etkisi olamayacağına göre, halefiyetin gerçekleştiği anda zamanaşımının tamamlanmasına ne kadar bir süre kalmışsa, kefilin bu süre içerisinde harekete geçmek zorunda olması normal sonuçtur. Kalan sürede harekete geçmeyen kefilin zamanaşımı defiiyle karşılaşmasında şaşılacak bir yön yoktur⁶⁹. Bu durumda, kefilin, esas borçluyla arasındaki temel ilişkiye dayanan (özel) rücu talebinde bulunmak dışında bir seçeneği kalmazdı. Kefilin özel rücu talebinin zamanaşımı, vekil veya vekaletsiz iş gören sıfatıyla gider yapmasıyla birlikte işlemeye başlayacak, alacaklıya yapılan ödeme anı söz konusu zamanaşımının başlangıcını belirleyecektir⁷⁰.

Ne var ki, Türk Borçlar Kanunu, 596. maddesinin 5. fıkrasında konuyu özel olarak ele almaktadır. Buna göre, "*kefilin rücu hakkına ilişkin zamanaşımı, kefilin alacaklıya ifade bulunduğu anda işlemeye başlar*". Bu düzenleme kaynak İsviçre Borçlar Kanunu'mm konuyu ele alış biçimine uy-

69 Guhl, s. 104; Beck, Art. 507, N. 44; Giovanoli, Art. 507, N. 16. Reisoğlu'nun açıklaması, rücu hakkının tabi olduğu zamanaşımının kefilin alacaklıya yaptığı ödemeyle başlayacağını EBK. m. 496 çerçevesinde de kabul ettiğini göstermektedir. Reisoğlu, Kefalet, s. 217-218. Gümüş'ün EBK. m. 496 hakkındaki düşüncesine göre, kefilin alacaklıyı tatmin etmesi yenileme benzeri bir durum yaratır. Bu nedenle, alacaklının tatminiyle birlikte yeni bir zamanaşımı başlar. Gümüş, s. 644.

70 de Biasio, s. 23. Kılıçoğlu'nun yaptığı değerlendirmeler de, kanaatimce, aynı sonuca götürecektir. Özel rücu hakkıyla halefiyet arasındaki ilişkiyi ele alan Kılıçoğlu, halefiyete konu olan alacak için daha önceden zamanaşımı işlemeye başlamış bulunuyorsa, halefiyetin gerçekleşmesiyle zamanaşımının kesilmeyeceğini, bulunduğu noktadan işlemeye devam edeceğini belirtmektedir. Halefiyetin temelinde özel bir rücu hakkının bulunmadığı hallerde, alacak hakkı, daha önceden işlemeye başlamış zamanaşımıyla birlikte intikal edecektir. Ne var ki halefiyetin temelinde özel bir rücu hakkı bulunuyorsa, söz konusu rücu hakkının alacaklının hakkından bağımsız olarak ortaya çıktığı söylenebilir. Bu durumda özel rücu hakkının doğumuyla birlikte bu hakka özgü olan zamanaşımının işlemeye başlaması söz konusu olacaktır. Kılıçoğlu, s. 13-15. Bu değerlendirmenin olağan sonucu, halefiyete dayanan rücu hakkının zamanaşımına uğraması ve esas borçlunun zamanaşımı definde bulunması olasılığında, kefil için temel ilişkiye dayanan rücu hakkının (kendine özgü zamanaşımı süresi içerisinde) kullanılmasının mümkün olduğudur.

gun düşmektedir. İsv. BK. m. 507 f. 5 rücu hakkının zamanaşımının kefilin alacaklıyı tatmin etmesiyle birlikte işlemeye başlayacağını belirtmektedir. Böylelikle kefilin hukukî durumu çok daha elverişli bir çizgiye çekilmiş olmaktadır. Kefilin genci rücu talebinin tabi olduğu zamanaşımı bakımından özel düzenleme eksikliğinin 818 sayılı Kanun çerçevesinde yarattığı risk böylelikle ortadan kalkmaktadır. Kefilin alacaklıyı tatmin ettiği sırada, halefiyete konu alacak hakkının zamanaşımı hangi noktada bulunursa bulunsun, zamanaşımının kesilmesi etkisi ortaya çıkacaktır. Böylelikle halefiyete konu alacak için, alacaklının tatmininden itibaren yeni bir zamanaşımı süresi işlemeye başlayacaktır⁷¹.

7. Esas borçlunun ödeme gliçs/Jzlüğünden kaynaklanan savunmalar

Esas borçlunun ödeme gUçsUzlUğünden kaynaklanan savunmaların halefiyete dayanan (genel) rücu talebine karşı ileri sürülmesi de mümkündür. Esas borçlu kendisine konkordato mchli verildiğini veya konkordatonun tasdik edildiğini, rücu talebinde bulunan kefile karşı ileri sürebilir. Bunun gibi, esas borçlunun iflas ettiği veya iflastan sonra yeni bir malvarlığı unsuru edinmediği yolundaki savunmalar da kefile karşı kullanılabilecektir.

B. Kefilin özel (temel ilişkiye dayanan) rücu hakkı

1. Genel Bakış

Kefil ve esas borçlu arasındaki temel ilişkinin vekalet, vekaletsiz iş görme veya sebepsiz zenginleşme olarak ortaya çıkabileceğini daha önce belirtmiştik. Esas borçlunun isteği üzerine ve onun bir işini görmek için kefil olan kişi, genellikle esas borçlunun vekili konumundadır. Vekaletsiz iş görme ilişkisi, esas borçlunun bilgisi dışında bir kefalet sözleşmesinin kurulmasıyla ortaya çıkar. Yeter ki bu kefalet sözleşmesinin kurulmasını vekaletsiz iş görme olarak nitelendirmeye olanak veren koşullar somut olayda bulunsun. Esas borçluyla kefil arasında ne vekalet ne de vekaletsiz iş görme türünden bir iç ilişki bulunuyorsa, duruma göre bir sebepsiz zenginleşme ilişkisinden söz edilebilir. Bu olasılıkta sebepsiz zenginleşme, kefilin alacaklıya ifada bulunmasının bir sonucu olarak ortaya çıkar⁷².

71 Guhl, s. 104; **Beck, Art.** 507, N. 44; Giovanoli, Art. 507, N. 16.

72 Özel rOcu talebinin dayanağı olabilecek hukuki ilişkiler hakkında bkz. de Biasio, s. 27 **vd**; **Rcisoğlu, Kefalet**, s. 1, 21O; Tandoğan, Borçlar il, s. 587; Yavuz, s. 862; Elçin Grassinger, Hukuki ilişki, s. 400; Yenice, s. 67-68.

Kcfilın ôn:I rOcu ıalcıı. duruma göre, birlıktc kefil durumundaki **kişilere lan.ı da** ılcıı ün1ıcbılır. Birlıktc kefillerden biri alacaklıya ödeme yapmak ,çın dıjcrı}le anlaşırs,a c ödemeyi bu anlaşma çerçevesinde gerçekleştir-
 ◆., el-.ıl ıfınuyla ödeme yapmış kabul edilebilir. Birlikte kefillerden bınsinin ahraldı)a ödeme yapması, somut olayın özellikleri çerçevesinde, vekaletsiz iş gönne olarak da nitelendirilebilir. Ödeme yapan kefil (bu konuda yetki-kndinlmediğı halde) diğcr bir kefilin çıkarına veya varsayılan iradesine göre **hareket** etmişse, vekaletsiz iş gönne olasılığından söz edilebilir'.

2. Ö.;, ÷I rücu talebinin dayanakları

a. Öz.el rücu talebinin dayanağı olarak vekalet ilişkisi

Bir kimse esas borçlunun isteğı üzerine kefil olmayı kabul edebilir. Böyle bir durumda, esas borçluyla kefil olmayı kabul eden kişi arasında bir vekalet sözleşmesinin kurulduğı söylenebilecektir. Bu sözleşmede, vekilin borcu, vekalet verene ait bir borç için kefil olmaktır. İş görme sözleşmeleri alanındaki genel sözleşme tipinin, bir başka deyişle, taşıyıcı nitelikteki iş görme sözleşmesinin vekalet sözleşmesi olduğı (TBK. m. 502 f. 2) hatırlanırsa, esas borçlunun işinin görülmesini (ve bu iş görme çerçevesinde kefil olunmasını) amaçlayan bu sözleşmenin vekalet olarak nitelenmesi yadırganmaz. Tarafların karşılıklı yükümlölüklerinin çerçevesi TBK. m. 505-509'a göre belirlenecektir. Esas borçlunun işini görmek için kefil olacak kişi, sadakat ve özenle hareket etmek zorundadır (TBK. m. 506 f. 2). Gösterilecek özenin ölçüsü, benzer iş ve hizmetleri yürüten basiretli bir vekilin göstermesi gereken davranışa göre belirlenir (TBK. m. 506 f. 3). Vekaleti ifa kapsamında bir kefalet sözleşmesinin yapılmış olması, özel rücu talebinin ileri sürölmesi için yeterli değıldir. Vekil sıfatını taşıyan kefil, alacaklıya bir ödeme yapmalı veya bir zarara uğramalıdır ki, vekalet ilişkisine dayanarak esas borçludan bir talepte bulunabilsin. TBK. m. 510'a dayanarak kefalet borcundan kurtarılmasını istemesi söz konusu olamaz. Gerçi bu hüküm gereğince vekalet veren vekilini yüklediğı borçlardan kurtarmak zorundadır. Ne var ki, kefilin hangi şartlarla borçtan kurtarılmayı isteyebileceğini belirten TBK. m. 595, özel hüküm olarak TBK. m. 510'un önüne geçecektir⁷⁴.

Esas borçluyla arasında vekalet ilişkisi olan kefil, alacaklıya yaptığı ödemenin esas borçlu üzerindeki etkilerinden bağımsız olarak rücu hakkı-

73 Guhl, s. 63-64; de Biasio, s. 27-28.

74 Beck, Art. 492, N. 74; de Biasio, s. 34; Reisoğlu, Kefalet, s. 212, dpn. 33.

nı kullanabilir. Ne var ki, özenli bir vekil gibi hareket etmiş olması rücu talebinin başarıya ulaşabilmesi için gereklidir. Özenli bir vekil olarak hareket etmesi gereken kefilin, alacaklıya ödeme yapmadan önce esas borçluya başvurması ve bilgi edinmesi beklenir. Böyle bir kefil, ister def'i ister itiraz türünden olsun, esas borçlunun alacaklı karşısında sahip olduğu savunmaları öğrenmelidir. Bunun gibi esas borçlunun takas hakkına sahip olup olmadığını araştırmalıdır.

Kefilin vekil sıfatına bağlı özenli iş görme yükümü, TBK. m. 591 f. 1 c. 1'in kefil için getirdiği külfetle örtüşmektedir. TBK. m. 591 f. 1'e göre, kefil, esas borçlunun sahip olduğu savunmaları (bu savunmaların def'i veya itiraz olması bakımından fark gözetilmeksizin) alacaklıya karşı ileri sürmelidir. Bu savunmaları ileri sürmeden alacaklıya ödeme yapan kefil esas borçluya rücu hakkını kaybeder. Esas borçluya ait bir savunmayı ileri sürmeden alacaklıya ödeme yapan kefilin buna rağmen rücu hakkını kullanabilmesi, söz konusu savunmayı bilmemesine ve bu bilgisizlikte kusursuz olmasına bağlıdır. Ne var ki, kefilin kusursuzluğu karine olarak kabul edilecek, kefilin ileri sürülmemiş savunmayı bildiğini veya bilmesi gerektiğini esas borçlu ispat edecektir (TBK. m. 591 f. 3)⁷⁵. Demek oluyor ki, kefil, esas borçlunun sahip olduğu savunma sebeplerini öğrenmek için üzerine düşeni yapmadığı takdirde, özenli bir vekil olarak hareket etmediği için özel rücu talebinden mahrum olacağı gibi, TBK. m. 591 f. 3'ün uygulanmasıyla halefiyete dayanan (genel) rücu talebinden de mahrum olacaktır. Bu durumda esas borcun kaynaklandığı sözleşmenin iptal edilmiş olmasına veya esas borcun ifayla sona ermiş olmasına rağmen, bu durumu bilmeden ifada bulunan kefil, ne vekaletе dayanan özel rücu talebinde bulunabilir ne de halefiyete dayanan genel rücu talebinde bulunabilir. Bunun gibi, esas borcun vadesi gelmediği

75 818 sayılı (eski) Borçlar Kanunum. 497 f. 2'ye göre, esas borçluya ait savunmaları kullanmadan alacaklıya ödeme yapan kefil, bu konuda kusursuz olduğunu ispatlamadıkça rücu hakkını kullanamazdı. Şu halde, ispat külfeti TBK. m. 591 f. 3'tekinden farklı bulunmaktaydı. TBK. m. 591 f. 3'e göre, kefilin esas borçluya ait savunmaları bildiği veya bilmesi gerektiği halde kullanmadığını ispat etmesi gereken kişi bizzat esas borçludur. Oysa eski Borçlar Kanunu, m. 497 f. 2, genel ilkeye de uygun olarak, esas borçluya ait savunmaları kullanmamakta kusursuz olduğunu kefilin ispatlamasını aramakta, aksi takdirde rücu hakkını kullanamayacağını belirtmekteydi. Bu konuda bkz. Reisoğlu, Kefalet, s. 218-219. Konuyu EBK. çerçevesinde ele alan Elçin Grassinger'e göre, kefil, esas borçluya ait savunma imkanlarını öğrenmek için elinden geleni yaptığını, özellikle bilgi almak için esas borçluya başvurduğunu ispatlarsa rücu hakkını kullanabilir. Zira bu durumda esas borçluya ait savunma imkanlarının kullanılmaması kefilin kusuruna dayanmaz. Elçin Grassinger, Hukuki İlişki, s. 409.

halde alacaklıya ödeme yapan kefil, vade gelmedikçe herhangi bir yolla rücu talebinde bulunamaz⁷⁶.

Esas borçluyla kefil arasında vekalet ilişkisinin bulunması, kefil için, esas borçlunun talimatlarına uyma yükümünü de beraberinde getirir (TBK. m. 505 f. 1). Kefilin alacaklıya ödeme yaparken esas borçlunun talimatlarının çerçevesinde hareket etmiş olması, vekalet dayanan özel rücu talebinin kullanılabilmesi için gereklidir. Kefilin esas borçlunun talimatlarının dışına çıkmasına rağmen vekalet dayanan özel rücu talebini kullanabilmesi, TBK. m. 505 f. 1 c. 2'de belirtilen koşulların gerçekleşmesine bağlıdır. **TBK.** m. 505 f. 1, vekilin talimatlara uyma yükümünü dile getirdikten sonra, vekilin talimatın dışına çıkmasının caiz olduğu halleri de belirtmektedir. Buna göre, vekilin talimatın dışına çıkabilmek için vekalet verenin iznini alması mümkün olmamalı, eğer mümkün olsaydı, somut olayın koşullarına göre vekalet verenin bu izni vereceği kesin olarak söylenebilir⁷⁷.

Esas borçluyla arasında vekalet ilişkisi bulunan kefil, TBK. m. 508 uyarınca hesap verme yükümü altındadır. TBK. m. 597'nin kefil için getirdiği ödemeyi bildirim yükü (kulfeti), söz konusu hesap verme yükümünü teyit etmektedir. EBK. m. 498'e göre, kefil, alacaklıya yaptığı ödemeyi esas borçluya ihbar kulfeti altındadır. Bu bildirim yükünün yerine getirilmemesi (ki

76 de Biasio, s. 29; Özen, Halefi.yet, s. 1471-1473.

77 de Biasio, s. 30; Özen, Halefi.yet, s. 1473. Kefilin TBK. m. 501 f. 1 c. 2'ye göre vekalet veren konumundaki esas borçlunun talimatlarından ayrılabilmesi, bu talimatların "yol gösterici" nitelik taşıması halinde mümkündür. Yol gösterici türden talimatlarda, vekile belirli bir hal göz önünde tutularak talimat verilmiştir. Sonradan şartların değişmesiyle veya talimat zamanında yeteri kadar değerlendirilmeyen bir durumun aydınlık kazanmasıyla, vekilin yol gösterici talimatlardan ayrılma hakkı saklı tutulmuştur. Talimat verildiği anda söz konusu olan şartlar değişir veya belirsiz durum aydınlık kazanırsa ve bu gelişmeler talimattan ayrılmayı vekalet verenin çıkarına uygun hale getirirse, vekil yine de vekalet verenin iznini alarak talimattan ayrılmayı denemelidir. Ne var ki vekalet verenle temasa geçmeye imkan bulunamıyorsa ve temas gerçekleşseydi vekalet verenin talimattan ayrılmak için gerekli izni vereceği söylenebiliyorsa, vekilin talimattan ayrılmayı vekalet verenin çıkarına uygun hareket neyi gerektiriyorsa onu yapması mümkündür. İhtiyari türden talimatlarda, vekilin vekalet verenin çıkarı gerektirdikçe talimattan ayrılma yetkisi zaten vardır. TBK. m. 501 f. 1 c. 1'deki şartların gerçekleştiğine bakılmaksızın vekil bu talimatlardan (vekalet verenin çıkarı gerektiriyorsa) ayrılabilir. Emredici talimatlarda ise, vekil istifa etmedikçe bu talimatları yerine getirmek zorundadır. Emredici, ihtiyari veya yol gösterici talimatlar ve TBK. m. 505 f. 1 c. 2'de ele alınan talimatlardan ayrılabilme olanağı hakkında bkz. Tandoğan, Borçlar II, s. 445-446; Yavuz, s. 649.

aynı zamanda vekil sıfatını taşıyan kefilin hesap verme yükümüyle örtüşür) halefiyete dayanan rücu hakkının kaybına yol açabilir. Bildirim yükünün yerine getirilmemesiyle nedensellik bağı kurulabilecek bir biçimde alacaklıya ifada bulunan esas borçlu, kefilin rücu talebini başarıyla geri çevirebilir⁷⁸.

b. Özel rücu talebinin dayanağı olarak vekaletsiz iş görme

Kefalet sözleşmesi esas borçlunun bilgisi dışında gerçekleşmişse, kefil ve esas borçlu arasında vekaletsiz iş görme ilişkisi bulunabilir. Ne var ki vekaletsiz iş görmeden söz edilebilmesini mümkün kılan koşulların somut olayda bulunması gereklidir⁷⁹.

Vekaletsiz iş görmenin unsurlarından ilki, bir başkasının hukuk alanına müdahale etmiş olmaktır. Başkasına ait bir işin görülmesi gerektiğine göre, işi görülen kişinin hukuk alanına müdahale kaçınılmaz bir biçimde ortaya çıkacaktır. Yabancı bir hukuk alanına müdahale unsuru, bir başkasının borcu için kefil olunmasıyla birlikte gerçekleşmiş sayılabilir. Vekaletsiz iş gören konumundaki kefil, TBK. m. 526 uyarınca, esas borçlunun çıkarına ve var-sayılan iradesine uygun davranmış olmalıdır. Ne var ki, kefil, sorumluluk üstlenirken esas borçlunun çıkarının yanında kendi çıkarını da gözetmiş olabilir. Bu durum, vekaletsiz iş görmenin varlığına engel olmaz⁸⁰.

Vekaletsiz iş görme için aranacak diğer unsur, başkasının hukuk alanına müdahale edilmesinin bir yetkiye dayanmamasıdır. Kefilin, esas borçlunun bilgisi dışında, esas borçlunun işlerine karışmak bakımından herhangi bir izin almaksızın hareket etmiş olması, bu unsurun gerçekleşmesini sağlar⁸¹.

78 v. Tuhr, s. 105-106; de Biasio, s. 30; Beck, Art. 508, N. 6; Giovanoli, Art. 508, N. 3. Kefilin yaptığı ödemeyi esas borçluya bildinme külfeti ve bu külfete aykırılığın sonucu olarak ortaya çıkacak rücu hakkının kaybı hakkında bkz. Reisoğlu, Kefalet, s. 204-205; Elçin Grassinger, s. 389-393.

79 Vekaletsiz iş görmeye ilişkin unsurların, başkasının borcu için kefil olmaya uyarlanması hakkında bkz. de Biasio, s. 30-32. Vekaletsiz iş gönnenin, iş görme, başkasının hukuk alanına girme, yetkisiz olma (vekaleti olmama) ve iş gönne iradesi olarak ele alınabilecek unsurları hakkında bkz. Tandoğan, Borçlar II, s. 678-680. Bu sayılanlardan başka; iş görmenin iş sahibinin yasaklamasına aykırı olarak gerçekleşmemesini ve iş sahibinin varsayılan iradesine uygun olmasını da, vekaletsiz iş görmenin unsuru olarak arayanlar bulunmaktadır. Nitekim bkz. Yavuz, s. 793-794.

80 de Biasio, s. 30; Reisoğlu, Kefalet, s. 210; Özen, Halefiyet, s. 1474.

81 de Biasio, s. 31; Özen, Halefiyet, s. 1474.

İş gören kişinin başkasının işini görme iradesini taşıması da, vekaletsiz iş görmenin son unsuru olarak karşımıza çıkmaktadır. O halde, kefilin başkasının işini bu işe yabancı olan biri sıfatıyla görmesi gerekir. Kefilin sorumluluk üstlenirken esas borçlunun çıkarını göz önünde tutması, başkasının işini görme bilinciyle hareket ettiğinin de göstergesidir⁸².

Burada bir noktaya daha değinmekte yarar vardır. Kefilin vekaletsiz iş görmeye dayanarak rücu edebilmesi için, esas borçluyu yükümlülük altına sokma niyetiyle hareket etmiş olması gerekir. O, kefil olarak sorumluluk üstlenirken de, alacaklıya kefil sıfatıyla ödeme yaparken de, bu sürecin mali yükünü esas borçluya aktarma düşüncesini taşımış olmalıdır. Kefil olarak sorumluluk üstlenirken ve sonrasında alacaklıya ödeme yaparken esas borçluya karşılıksız kazandırma yapmak niyetiyle hareket eden kişinin, esas borçluya yöneltebileceği bir rücu talebi olamaz. Bunun gibi, esas borçluya yönelik ahlaki bir ödevin yerine getirilmesi kaygısıyla kefil olmuş ve alacaklıya ödeme yapmış olan kişi, rücu hakkından yoksundur. Bu olasılıklarda yalnız özel rücu talebi değil, genel rücu talebi de söz konusu olmaz. Ne var ki, kefil olan ve sonrasında alacaklıya ödeme yapan kişinin, bütün bu sürecin mali yükünü esas borçluya aktarabilme niyetiyle hareket ettiği asıldır. Kefilin esas borçluyu yükümlendirme niyetini taşıdığı karine olarak kabul edildiğine göre, bu karinenin aksini ispat edecek olan kişi esas borçludur. O, kefilin karşılıksız kazandırma niyetiyle hareket ettiğini veya ahlaki bir görevin yerine getirilmesi kaygısıyla edimde bulunduğunu ispat ederek kefilin rücu talebini boşa çıkarabilecektir⁸³.

TBK. m. 526'ya göre, vekaletsiz iş gören kişi, iş sahibinin çıkarını ve varsayılan iradesini gözeterek hareket etmelidir. Bu gereklilik vekaletsiz iş gören konumundaki kefil için de söz konusudur. Esas borçlunun vekili konumundaki kefilin de, sadakat ve özen borcunun bir gereği olarak esas borçlunun çıkarını ve iradesini göz önünde tutarak hareket etmesi gerektiği hatırlanırsa, şu şekilde bir tespit yapılabilir: Vekil konumundaki kefil esas borçludan herhangi bir talimat almadığı sürece ne şekilde davranmalıysa, vekaletsiz iş gören konumundaki kefil de aynı şekilde davranmalıdır. Vekil için sadakat ve özen borcu çerçevesinde çizilecek davranış standardı,

82 de Biasio, s. 31; Özen, Halefîyet, s. 1474.

83 de Biasio, s. 31. Alacaklıyı tatmin ederek ona halef olacak kişinin, esas borçluyu borçtan kurtarma niyetini taşıması gerektiği, bilakis, esas borçluya karşı bir alacak hakkı kazanma niyetiyle hareket etmesinin zorunlu olduğu Kılıçoğlu tarafından da belirtilmektedir. Kılıçoğlu, s. 29. Ayrıca bkz. Özen, Halefîyet, s. 1475.

vekaletsiz iş gören kişinin iş sahibinin çıkarını ve tahmin olunabilen iradesini gözeterek belirleyeceği davranış standardına büyük ölçüde uyumludur⁸⁴.

Vekaletsiz iş görmeye dayanarak esas borçludan talepte bulunulabilmesi için, kefalet sözleşmesinin yapılması yeterli olmayıp alacaklıya ödeme yapılması gereklidir. Alacaklıya ödeme yapılmasıyla birlikte vekaletsiz iş gören sıfatıyla gider yapıldığı söylenebilir. Bu giderin, alacaklıya ödeme yapılmasıyla birlikte işleyecek faizle birlikte esas borçludan istenebilmesi mümkündür (TBK. m. 529 f. 1)⁸⁵.

c. Özel rücu talebinin dayanağı olarak sebepsiz zenginleşme

Esas borçluyla kefil arasında vekalet veya vekaletsiz iş görme gibi bir ilişkinin bulunduğu söylenemiyorsa, kefilin alacaklıya yaptığı ödemenin esas borçlunun sebepsiz olarak zenginleşmesine yol açması söz konusu olabilir⁸⁶. Böylelikle özel rücu talebinin dayanağı olarak sebepsiz zenginleşme de gündeme gelmiş olur. Bu olasılıkta, kefilin esas borçluya yönelteceği rücu talebinin kapsamı, alacaklıya yapılan ödemenin kefile getirdiği mali yüke göre belirlenmez. Önemli olan kefilin katlandığı mali fedakarlığın boyutları olmayıp, esas borçlunun elde ettiği mali yararın büyüklüğüdür. Sebepsiz zenginleşme talebinin dayanağı esas borçlunun elde ettiği mali yarar olduğuna göre, bu mali yararın kapsamı rücu talebinin yöneltildiği ana göre saptanmalıdır. Bir başka deyişle, kefilin rücu talebinde bulunduğu sırada etkisi hala devam eden bir mali çıkara sahip olan esas borçludur ki, bu talebi yerine getirmek zorunda kalır⁸⁷. Bu sonuç, esas borçlunun iyiniyetli sebepsiz zen-

84 de Biasio, s. 31-32; Özen, Halefiyet, s. 1475.

85 Yapılan giderin işi görülen kimse (esas borçlu) açısından "zorunlu" veya "yararlı" bir gider olarak görülmesi, vekaletsiz iş görmeye dayanan bir talepte bulunmak bakımından kaçınılmazdır. Giderin zorunlu ve yararlı olarak nitelendirilmesi bakımından, işi görülen kişinin (esas borçlunun) iradesine bakılacaktır. Ne var ki, işi görülen kişinin iradesini saptarken sübjektif planda kalınmaz. Bu iradenin objektifleştirilmiş bir biçimde ele alınması gerekir. Somut olayın şartları ve dürüstlük kuralı çerçevesinde, makul (rasyonel) değerlendirme yapan bir iş sahibinin yapılan gideri "zorunlu" veya "yararlı" görüp görmeyeceğine bakılır. Gidere ilişkin talep yapıldığı anda muaccel olur. G0mOş, s. 454. Gümüş, aynı yerde, giderin yapıldığı anda faizin işlemeye başlayacağını, ayrıca bir temerrüt ihtarına gerek olmadığını da belirtmektedir. Söz konusu faiz bir temerrüt faizi olmadığına göre, temerrüt ihtarına gerek olmadığı açıktır.

86 de Biasio, s. 27.

87 de Biasio, s. 35-36.

ginleşen olarak, zenginleşmenin eksildiği savunmasından **yararlanabilmesi** gerekliliğinin bir uzantısıdır⁸⁸.

3. Özel rücu talebinin kapsam ve içeriği

a. Yapılan giderin karşılanması talebi

Kefil ve esas borçlu arasında vekalet ilişkisi bulunuyorsa, kefilin özel rücu talebinin kapsam ve içeriğinin belirlenmesinde TBK. m. 510'un belirleyici olacağı açıktır. Bu hükme göre, esas borçlu kefilin usulü dairesinde yaptığı gideri karşılamak zorundadır. O halde, kefil, esas borçlunun işini sadakat ve özenle görmesine bağlı olarak hangi giderleri yapmışsa, bu giderlerin karşılanmasını esas borçludan isteyebilecektir.

TBK. m. 510 f. 1'e dayanan kefil, her şeyden önce, alacaklıya yaptığı ödemenin karşılanmasını esas borçludan talep edebilecektir. Ne var ki kefil sıfatıyla alacaklıya yapılan ödemeden başka giderler de söz konusu olabilir ve bu giderlerin de TBK. m. 510 f. 1'e dayanarak esas borçludan istenmesi mümkündür. Bu çerçevede, kefalet sözleşmesinin yapılması için yapılan giderler veya alacaklı tarafından açılan davada yapılan yargılama giderleri özel rücu talebinin konusu olarak karşımıza çıkabilir⁸⁹. Ne var ki bu tür giderlerin özenli iş görmenin sonucu olarak ortaya çıkıp çıkmadıkları noktasında titiz bir denetim yapmak gereklidir. TBK. m. 583 f. 1 uyarınca, kefalet sözleşmesinin geçerliliği için resmî bir senet düzenlenmesine gerek yoktur. Ne var ki, alacaklı, kefalet belgesinin resmî şekilde düzenlenmesi hususunda diretebilir ve esas borçlunun vekili sıfatıyla kefil olacak olan kişi bu direktmeyi kabul etmek zorunda kalabilir. Böyle bir durumda TBK. m. 583 f. 1 uyarınca kefilin el yazısıyla yapılmak gereken açıklamalar düzenlenen resmî senedin üzerinde mutlaka yer almalıdır. Kefilin el yazısıyla yaptığı açıklamaları da içeren resmî kefalet belgesinin hazırlanması için gider yapmak gerekeceği açıktır. Bu giderin TBK. m. 510 f. 1'e göre esas borçludan talep edilmesi mümkündür. Diğer taraftan, kefilin alacaklı tarafından dava açılmasına yol

88 İyiniyetli sebepsiz zenginleşenin "zenginleşmenin eksildiği (veya kalmadığı)" savunması hakkında bkz. Öz, Sebepsiz Zenginleşme, s. 150 vd; Serozan, İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme, s. 369. Baskın görüşe göre, sebepsiz zenginleşenin iade borcunun sınırlanması fark kuramı uyarınca değerlendirme yapılmasını gerektirecektir. Böyle bir değerlendirme, ister istemez, zenginleşmenin kapsamının iade anı dikkate alınarak hesaplanmasına yol açar. Sebepsiz zenginleşenin iade borcunun geleneksel baskın öğretiye göre sınırlanması hakkında bkz. İlhan Ulusan, İyiniyetli Sebepsiz Zenginleşenin İade Borcunun Sınırlanması Sorunu, İstanbul 1984, s. 129.

89 v. Tuhr, s. 32; de Biasio, s. 32.

açması, kimi durumlarda, esas borçlunun çıkarını gözetmesinin bir gereği olabilir. Esas borçlunun çıkarını gözetmek adına alacaklının dava açmasına yol açan kefil, bu dava çerçevesinde yapmış olduğu yargılama giderlerini TBK. m. 510 f. 1 uyarınca esas borçluya fatura edebilir. Esas borçlunun çıkarının gözetilmesi bakımından gereği olmadığı halde kendisine dava açılmasına yol açan kefilin, yargılama giderlerini özel rücu talebi çerçevesinde esas borçluya yansıtamayacağı da açıktır⁹⁰.

Kefil ve esas borçlu arasında vekaletsiz iş görme ilişkisi bulunuyorsa, özel rücu talebinin dayanağı TBK. m. 529 olacaktır. Buna göre, kefil, durumun gereğine uygun olarak yaptığı zorunlu ve yararlı giderlerin karşılanması esas borçludan isteyebilecektir. Vekaletsiz iş görmeye dayanan özel rücu talebi bakımından esas borçlunun konumu, vekalet dayanan özel rücu talebi karşısında içinde bulunacağı konuma göre daha elverişsizdir. Vekalet dayanan özel rücu talebinde, özenli bir iş görme faaliyetinin yapılmasını zorunlu kıldığı giderlerin karşılanması istenebilir. Buna karşılık, vekaletsiz iş görmeye dayanan özel rücu talebinde, sadece zorunlu giderler değil durumun gereğine uygun olmak koşuluyla yararlı giderler de gündeme getirilebilir. Bir giderin durumun gereğine uygun ve yararlı olarak nitelendirilmesinde objektif bir ölçütün kullanılması gerektiği genellikle kabul edilir⁹¹.

Kefilin vekalet veya vekaletsiz iş görme ilişkisi çerçevesinde özel rücu talebinde bulunduğu hallere ilişkin şu şekilde bir tespit yapılabilir: Böyle bir rücu talebinde çıkış noktası esas borçlu olmayacak, kefilin esas borçlu için gerçekleştirdiği iş görmesinin yine esas borçluya ne gibi bir malvarlığı katkısı yaptığına bakılmayacaktır. Özel rücu talebi bakımından çıkış noktası olarak alınması gereken kişi bizzat kefiledir. Esas borçlu için iş gören kefilin bu nedenle uğradığı mali kaybın miktarı özel rücu talebinin belirlenmesinde esas olacaktır⁹².

Kefil ve esas borçlu arasında vekalet veya vekaletsiz iş görme ilişkisi yer almıyorsa, kefilin yapmış olduğu giderlerin karşılanması talebi gerçek olmayan vekaletsiz iş görmeye ilişkin TBK. m. 530'a dayandırılabilir. Böyle bir durumda, kefilin, sebepsiz zenginleşme kökenli bir taleple esas borçluya rücu etmesi de düşünülebilir.

90 de Biasio, s. 32; Özen, Halefiyet, s. 1476.

91 de Biasio, s. 32. Vekaletsiz iş görenin zorunlu giderler yanında yararlı giderleri de isteyebileceği ve yapılan giderin zorunlu veya yararlı olarak nitelendirilmesinde objektif ölçütlere başvurabileceği hakkında ayrıca bkz. Tandoğan, Borçlar il, s. 682; Yavuz, s. 797-798; Gümüş, s. 454.

92 de Biasio, s. 33; Özen, Halefiyet, s. 1477.

Başkasına ait bir borç için kefil olan kişinin, yabancı (esas borçluya ait) bir hukuk alanına müdahalede bulunmuş sayılacağını görmüştük. Esas borçluya ait hukuk alanına yetkisiz olarak müdahalede bulunan kefil, bu müdahalesi sırasında esas borçlunun çıkarını ve varsayılan iradesini gözetmeden hareket etmişse, gerçek anlamıyla bir vekaletsiz iş görme ilişkisinden söz edilemez. Böyle bir durumda, özel rücu talebinin kapsamı belirlenirken, kefilin uğradığı mali kaybın miktarı esas alınmamalı, kefilin müdahalesiyle esas borçlunun ne miktarda zenginleştiğine bakılmalıdır. Esas borçlunun zenginleşmesini belirlemek bakımından da, kefilin alacaklıya ödeme yaptığı tarihe değil, özel rücu talebinin yapıldığı tarihe bakılması gerekir. Bir başka deyişle, kefilin alacaklıya yaptığı ödeme esas borçlu için mali bir katkı anlamını taşıyorsa ve bu mali katkı özel rücu talebinde bulunulduğu sırada hala devam ediyorsa, özel rücu talebinin başarıya ulaşması söz konusu olur. Özel rücu talebinin bu şekilde biçimlenmesi, TBK. m. 51O f. 1 veya TBK. m. 529'a göre yöneltilecek özel rücu talebine oranla iki noktada elverişsizdir. TBK. m. 51O f. 1 veya TBK. m. 529'a göre yöneltilecek özel rücu talebinde, kefilin alacaklıya ödeme yapması sebebiyle veya başka bir biçimde mali kayba uğraması yeterlidir. Kefilin mali kaybının esas borçlu açısından yarar taşıyıp taşımadığı önemli değildir. Oysa kefil TBK. m. 51O f. 1 veya TBK. m. 529'a dayanma olanağından yoksunsa, alacaklıya yapılan ödemenin esas borçluya malı bir getirisinin bulunması özel rücu talebinin başarıya ulaşması bakımından gereklidir. Üstelik kefilin alacaklıya ödeme yaptığı anda esas borçlu açısından ortaya çıkar yararın özel rücu talebinin yöneltildiği anda da devam ediyor olması aranacağı için, durum hepten elverişsiz bir mecraya dökülebilir.

b. Faize ilişkin talep

TBK. m. 51O f. 1 ve TBK. m. 529 uyarınca ileri sürülecek giderlerin karşılanması talebine, aynı hükümler uyarınca, faize ilişkin talep de eşlik edecektir. TBK. m. 51O f. 1'e dayanan kefil, usulü dairesinde yaptığı gideri faiziyle birlikte esas borçludan talep edebilir. Kefil TBK. m. 529'a dayandığı takdirde de, durumun gereğine uygun olarak yaptığı zorunlu veya yararlı gideri faiziyle birlikte isteme olanağına sahiptir. Kefilin faize ilişkin talebinin kapsamı yasal faiz oranına göre belirlenir⁹³.

93 Alacaklının tatmini için harcanan paranın yasal faiz oranını aşan bir faiz geliri getirecek şekilde işletileceğinin ispatlanması durumunda, faize ilişkin talebin bu yüksek oran üzerinden yapılabileceği Kılıçoğlu tarafından kabul edilmektedir. Kılıçoğlu, s. 18-19.

Kefil, alacaklıya ödeme yapabilmek için yüksek faizle kredi kullanmak zorunda kalmış olabilir. Bu durumda kefil, yasal faiz oranını aşan bir oran üzerinden işleyen söz konusu kredi faizi için yaptığı ödemeyi TBK. 510 f. 1 veya TBK. m. 529'a dayanan gider talebi çerçevesinde esas borçluya yansıtabilir⁹⁴.

Kefilin faize ilişkin talebi bakımından altı çizilmesi gereken bir nokta da şudur: Kefil, kefalet sürecinde yapmış olduğu giderin bütününe ilişkin olarak faiz talebinde bulunmak şansına sahiptir. Kefilin alacaklıya ödemek zorunda kaldığı esas borç için işlemiş ve birikmiş faizler de, söz konusu gider bütünü içinde bir kalem olarak yer alır. Bir başka deyişle esas borç için işlemiş (ve birikmiş) olan faizlerin de bir kalem olarak yer aldığı gider bütünü için esas borçludan faiz talebinde bulunmak mümkün olacak, böyle bir talep faize faiz yürütülmesi anlamına gelmeyecektir⁹⁵.

c. Üstlenilen borçlardan kurtarılmaya ilişkin talep

Esas borçlunun vekili (veya vekaletsiz iş göreni) olarak hareket eden kefil için, yaptığı giderlerin karşılanması talebinden başka, üstlendiği borçlardan kurtarılmaya ilişkin bir talebin de söz konusu olabileceği TBK. m. 510 f. 1 'de belirtilmektedir. Bu hükme göre, vekalet veren, usulü dairesinde yüklendiği borçlardan vekili kurtarmalıdır. Ne var ki, esas borçlu ve kefil arasındaki vekalet ilişkisinde, TBK. m. 510 f. 1'in bu yönüyle uygulanma olanağı yoktur. Kefil, bu hükme dayanarak kendisini borçtan kurtarmasını esas borçludan isteyemez. Böyle bir talebe olanak verilmesi kefalet sözleşmesinin amacına ve alacaklının teminat çıkarına aykırı düşerdi. TBK. m. 595, kefilin kefalet yükümlülüğünden kurtarılmasını esas borçludan hangi durumlarda isteyebileceğini belirtmektedir. Bu hüküm, kefil ve esas borçlu arasındaki özel rücu talebi bakımından da etkili olur. Böylelikle kefil, TBK. m. 595'te belirtilen durumlardan biri olmadıkça, TBK. 510 f. 1'e dayanarak kefalet yükümlülüğünden kurtarılmasını esas borçludan isteyemez⁹⁶.

d. Zararın tazmini talebi

TBK. m. 510 f. 2, vekilin iş görme borcunun ifası sırasında uğradığı zararın tazmin edilmesini vekalet verendeh isteyebileceğini belirtmektedir. Ne

94 de Biasio, s. 33; Özen, Halefiyet, s. 1477-1478.

95 de Biasio, s. 33; Özen, Halefiyet, s. 1478.

96 Bec♦Art. 492, N. 74; de Biasio, s. 34.

var ki, vekalet veren, söz konusu zararın kendi kusuru olmadan ortaya çıktığını ispat ederse sorumluluktan kurtulur. O halde, vekalet veren açısından bir kusur sorumluluğu söz konusudur. TBK. m. 529 ise, vekaletsiz iş görme ilişkisi bakımından farklı bir düzenleme getirmektedir. Bu farklı düzenleme çerçevesinde, vekaletsiz iş gören kişinin uğradığı zararın tazmin edilip edilmeyeceğini hakim takdir eder. Bir başka deyişle, vekaletsiz iş gören kişinin zararı iş sahibinin kusuruna dayanmasa bile, hakimın takdiri zararın tazmin edilmesi yönünde olabilir.

Söz konusu düzenlemeler bakılarak şöyle bir tespit yapılabilir: Kefil ve esas borçlu arasında vekaletsiz iş görme ilişkisinin bulunması, vekalet ilişkisinin bulunmasına nispetle, kefilin uğradığı zararın tazmin edilmesi talebi bakımından daha elverişli bir sonuç doğurabilir. Vekaletsiz iş gören konumundaki kefilin uğradığı zararın tazmini bakımından aranacak yegane gereklilik, böyle bir tazminin hakkaniyete uygun düşmesidir. Hakkaniyete uygunluk değerlendirmesini son aşamada yargıç yapacaktır. Yargıcın değerlendirmesine bağlı olarak, iş sahibi konumundaki esas borçlu, kendi kusuruna dayanmayan zararları tazmin yükümlüğü altına girebilecektir⁹⁷.

4. Rücu talebinin sınırlanmasına, genişletilmesine ve kaldırılmasına ilişkin anlaşmalar

Kefilin özel rücu talebine ilişkin düzenlemeler emredici nitelikte değildir. Esas borçlu ve kefil, TBK. m. 510 ve TBK. m. 529'un getirdiği düzenlemelerden sapan anlaşmalar yapabilirler. Bu çerçevede, özel rücu talebinin en üst sınırını belirleyen bir anlaşma yapılabileceği gibi, bu talebin belirli bir zamandan önce ileri sürülemeyeceğine ilişkin bir anlaşma da yapılabilir. Daha öteye, özel rücu talebini bütünüyle ortadan kaldıran bir anlaşmanın yapılabilmesi bile düşünülebilir. Buna karşılık özel rücu talebinin önceden

97 de Biasio, s. 34-35. Vekaletsiz iş görenin uğradığı zararın tazmininin vekilin uğradığı zararın tazmininden farklı koşullara bağlanması, kimi durumlarda uygunsuz sonuçlar doğurur. Ücretsiz vekalette vekilin uğradığı zararın tazminini vekalet verenin kusuruna bağlamak, buna karşılık vekaletsiz iş gören kişiyi iş sahibinin kusuru olmasa bile tazminat talebine sahip saymak anlaşılabilir. Böyle bir yaklaşım, sonuç olarak, yetkisiz hareket eden kişiyi yetkili olarak (ve üstelik başkasının hayrı için) hareket eden kişiye oranla daha elverişli bir duruma getirmek anlamını taşır. Bu uygunsuzluğu aşmak için önerilen çözümlerden ilki, ücretsiz olarak iş gören vekilin tazminat talebine karşı vekalet verenin kusursuzluğunu ispat etmesini çok güç koşullara bağlamaktır. Diğer bir çözüm ise vekalet görenin tazminat talebiyle ilgili hükmü (TBK. m. 529), kıyas yoluyla, ücretsiz olarak iş gören vekilin tazminat talebine uygulamaktır.

kesin bir tutar olarak belirlenmesi, esas borçlu ve kefil arasındaki temel ilişkinin niteliğini değiştirmeden mümkün değildir. Kefilin esas borçludan önceden belirlenmiş kesin bir tutara göre talepte bulunacak olması, aralarındaki ilişkinin bir iş görme ilişkisi olmaktan çıkarak spekülative amaç taşıyan bir işleme dönüşmesine yol açar⁹⁸.

Kefil ve esas borçlu arasında bir vekalet ilişkisi bulunuyorsa esas borçlu, iş görme borcunu gereği gibi yerine getirmemiş olan kefileden tazminat talebinde bulunabilir. Esas borçlunun ileri sürebileceği bu tazminat talebi, kefilin özel rücu talebinin karşısına da çıkarılabilecektir⁹⁹.

Kefil ve esas borçlu arasında yapılan özel rücu talebine ilişkin anlaşmalar bir tarafa bırakılsa bile, esas borçlunun kendisine rücu eden kefile karşı bir takım savunmaları olabilir. Nitekim esas borçlu, kendisinden alacaklı olan herhangi bir kişiye karşı ileri sürebileceği savunmaları, rücu hakkını kullanmak isteyen kefile karşı da ileri sürebilir. Bu çerçevede, kendisine konkordato süresi tanındığını, konkordato ilan edildiğini, iflas etmiş olduğunu ve iflastan sonra yeni bir malvarlığı unsuru elde etmediğini ileri sürebilir¹⁰⁰.

98 de Biasio, s. 36. Kefil ve esas borçlu arasında yapılan ve özel rücu talebini sınırlandıran veya ortadan kaldıran anlaşmaJann TBK. m. 582 f. son'a aykırı düşeceği kaygısına yer yoktur. TBK. m. 582 f. son'a göre, kefilin kendisine tanınan haklardan peşin olarak vazgeçmesi geçerli değildir. Buna göre, kefilin halefiyet ilkesinin kendisine sağlayacağı avantajlardan da önceden vazgeçmesi mümkün olmayacaktır. Ne var ki, bu engel, kefil ve alacaklı arasındaki ilişkide genel rücu talebinden vazgeçilmesine ilişkindir. Gerçekten de, kefalet sözleşmesine konulacak bir hükümle ve kefalet sözleşmesinde sonradan değiştirilerek yapılarak kefilin halefiyet ayrıcalığından yararlanması engellenemez. Buna karşılık, esas borçlu ve kefil arasındaki temel ilişki çerçevesinde kefilin haklarını sınırlandıran anlaşmaJar bakımından bir sınırlama yoktur. Kefilin halefiyet ayrıcalığından ve halefiyete dayanarak esas borçluya derhal rücu edebilme olanağından peşin olarak vazgeçemeyeceğini belirten emredici ilkenin, esas borçlu ve kefil arasındaki bir anlaşmayla ihlal edilmesine olanak yoktur. Esas borçlu ve kefil arasındaki ilişkinin, halefiyete dayanan genel rücu talebini sınırlandırıcı, hatta büsbütün ortadan kaldırıcı etkisi olabileceği bilinen bir gerçektir. Nitekim esas borçluya bağışlama kastıyla hareket eden kefil gibi, asıl borcun kaynaklandığı hukuki ilişkinin ekonomik yararlarını bizzat elde eden kefil de, halefiyete dayanan genel rücu talebinde bulunamaz. Bu tip olasılıklarda nasıl halefiyete dayanan rücu talebi söz konusu olamazsa, esas borçlu ve kefil arasındaki ilişkide rücu talebinin kullanılabileceği ilişkin bir anlaşmanın bulunması da halefiyete dayanan rücu talebinin söz konusu edilmesini engeller. Krş. Beck, Art. 507, N. 33; Giovanoli, Art. 507, N. 8; Guhl, s. 92; de Biasio, s. 36.

99 Beck, Art. 507, N. 32; Giovanoli, Art. 507, N. 10-11; de Biasio, s. 37.

100 Beck, Art. 507, N. 32; Giovanoli, Art. 507, N. 11; de Biasio, s. 36-37.

C. Kefilin genel (halefiyete dayanan) rücu hakkı

1. Genel rücu hakkının koşulları

a. Geçerli bir kefalet sözleşmesinin bulunması

Genel rücu talebinde bulunan kişinin *geçerli bir kefalet sözleşmesine dayanarak* alacaklıyı tatmin etmiş olması gerekir. Kefalet sözleşmesinin geçerli olarak kurulabilmesi, esas borçlunun rızasına veya bilgi sahibi olmasına bağlı değildir. Bunun gibi, kefilin rücu hakkını kullanması da esas borçlunun rızasına uygun olarak (veya esas borçlunun bilgisi dahilinde) kefalet sözleşmesi yapılmış olmasını gerektirmez. Geçerli bir kefalet sözleşmesiyle yükümlülük altına girdiğini düşünerek alacaklıya ödeme yapan kefil, sonradan bu düşüncesinin gerçeğe uymadığını ve kefalet sözleşmesinin geçersiz olduğunu öğrenebilir. Böyle bir kefilin genel rücu talebinde bulunması mümkün değildir. Kefilin genel rücu talebinin doğumu, kefalet sözleşmesinin geçerli olduğuna iyi niyetle inanmasına bağlı olmayıp gerçekten geçerli bir kefalet sözleşmesi çerçevesinde alacaklıyı tatmin etmiş olmasına bağlıdır¹⁰¹. Ödeme yapan kefil, kefalet sözleşmesinin geçersiz olduğu ortaya çıkınca çeşitli hukuki dayanaklarla alacaklıya veya esas borçluya başvurabilir. Kefilin halefiyete dayanan bir rücu hakkından yoksun olmasına rağmen, vekalet veya vekaletsiz iş görmeye dayanan bir taleple esas borçlunun karşısına çıkması mümkün olabileceği gibi, sebepsiz zenginleşmeye dayanan bir taleple alacaklıyla hesaplaşması da söz konusu olabilir¹⁰².

Tarafların yaptıkları sözleşmeyi kefalet olarak nitelendirmelerine rağmen, ortak iradeleri doğrultusunda farklı bir nitelendirmeye gitmek gerekebilir. Kefalet olarak adlandırılan sözleşme, gerçekte, kefalet benzeri garanti sözleşmesi veya başkaca bir teminat sözleşmesi olabilir. Böyle bir sözleşme çerçevesinde alacaklı tatmin edilmişse, TBK. m. 596'nın uygulanması ve halefiyete dayanan bir rücu talebi söz konusu olmaz¹⁰³.

101 Becl, Art. 507, N. 16; de Biasio, s. 46. Kılıçoğlu, kefalet sözleşmesinin geçerliliğinin alacaklının tatmin edildiği ana kadar devam etmiş olması gerektiğini belirtmektedir. Kılıçoğlu, s. 25. Ayrıca bkz. Giovanoli, Art. 507, N. 16. Diğer taraftan alacaklının tatmin edilmiş olmasından söz edilebilmesi için, kefilin alacaklıya karşı yerine getirdiği edim kalıcı olmalıdır. Reinicke/Tiedtke, s. 109.

102 Lerch-Tuason, s. 74; Beck, Art. 507, N. 16; de Biasio, s. 46.

103 Beck, Art. 507, N. 17; de Biasio, s. 47.

b. Alacaklının tatmin edilmiş olması

Halefiyete dayanan rücu hakkının doğumu için, geçerli bir kefalet sözleşmesinin bulunması yeterli olmayıp, bu sözleşme çerçevesinde alacaklının tatmin edilmiş olması da gereklidir. Bu gerekliliğin yerine getirilmiş sayılması için, kefil, kefalet sözleşmesinden doğan yükümlülüğünün ifası **olarak** görülebilecek bir edimde bulunmalıdır. Kefil, alacaklıya edimde bulunurken bağışlama kastıyla hareket etmişse veya ödünç vermeyi amaçlamışsa, halefiyete dayanan rücu hakkını kullanması söz konusu olamaz¹⁰⁴.

Kefalet sözleşmesinin ifası çerçevesinde alacaklının tatmin edilmesi çeşitli biçimlerde ortaya çıkabilir. Kefil, bir miktar para ödeyerek hem kefalet sözleşmesinden doğan borcunu ifa etmiş hem de alacaklıyı tatmin etmiş olur¹⁰⁵. Ne var ki, kefilin ifa yerine edimde bulunması da mümkündür. Böylelikle kefil, bir miktar para ödeyerek değil, bir mal teslimi yoluyla alacaklıyı tatmin etme olanağına kavuşmuş olur. Yenileme ve takas gibi yollarla da kefilin alacaklıyı tatmin etmesi mümkündür¹⁰⁶. Kefilin alacaklıya bir mal veya kıymetli evrak vermesi, ifa uğruna edim olarak da gerçekleşebilir. Bu durumda alacaklının tatmin edilmiş olduğu henüz söylenemez. İfa uğruna edim olarak verilen mal veya kıymetli evrakın paraya çevrilebildiği ölçüde, alacaklının tatmin edildiğinden ve kefilin halefiyetinin gerçekleştiğinden söz edilebilir¹⁰⁷.

Kefil, edimini yerine getirmesi alacaklı tarafından engelleniyorsa, tevdi yoluna giderek halefiyet sonucunu gerçekleştirebilecek midir? TBK. m. 593 bu konuda kuşku yaratacak niteliktedir. Bu hükme göre, alacaklı kefilin edimini kabulden kaçınırsa kefalet borcu ortadan kalkar. Alacaklının edimin yerine getirilmesini engellemesiyle kefalet borcundan kurtulacak olan kefilin, buna rağmen tevdi yoluna gitmesinin mümkün olamayacağı düşünülebilir. Ne var ki bu düşünce yerinde değildir. Kılıçoğlu'nun belirttiği gibi, TBK.

104 Beck, Art. 507, N. 18.

105 Kefilin esas borcun vadesi gelmeden önce ifada bulunmuş olması durumunda, alacaklı için indirim yapma yükümü yoktur. Ne var ki esas borçlu vaktinden önce ifada bulunduğu takdirde indirim yapabilecekse, aynı olanaktan kefilin de yararlanabilmesi gerekir. Fer'i bir sorumluluk doğuran kefalet sözleşmesi gereğince kefilin esas borçludan daha ağır bir sorumluluk altına giremeyecek olması, bu sonucun kabulünü zorunlu kılar. Nitekim bkz. Kılıçoğlu, s. 27.

106 Beck, Art. 507, N. 20; Giovanoli, Art. 507, N. 4; Pestalozzi, Art. 507, N. 5; de Biasio, s. 47; Reisoğlu, Rücu, s. 473; Reisoğlu, Kefalet, s. 213; Kılıçoğlu, s. 6-7, Gümüş, s. 642.

107 de Biasio, s. 47; Kılıçoğlu, s. 29.

m. 593'ün kabul ettiği borçtan kurtulma sonucu, kefilin çıkan na olarak öngörülmüş bir sonuçtur. Kefilin çıkarı TBK. m. 593'ün uygulanması yönünde olmayabilir. Alacaklının haklarına halef olmayı kendisi için uygun gören kefil, tevdi yoluna giderek halefiyetin doğumunu sağlayabilmelidir. **Kimi** özellikli durumlarda, kefil, esas borçluyla arasındaki iç ilişki gereği alacaklıya mutlaka ifade bulunmak zorunda olabilir. Böyle durumlarda kefilin ifade bulunması alacaklı tarafından engellenirse, tevdi yoluna giderek halefiyeti gerçekleştirme olanağı kefile verilmelidir¹⁰⁸.

Alacaklının tatmin edilmiş olduğunun söylenebilmesi için, kefilin yerine getirdiği edim, hukuki açıdan geçerli bir ifaya yol açmalıdır. Diğer taraftan kefil, kendisine ait malvarlığı unsurlarını kullanarak alacaklıyı tatmin etmelidir ki, halefiyet gerçekleşebilsin¹⁰⁹.

1. Halefiyetin doğurduğu etkiler

a. Genel olarak

Kefilin alacaklıya halef olması, alacaklının esas borçlu karşısında sahip olduğu hakların kefile geçmesi anlamına gelir. Alacaklının haklarının kefile geçişi yasa gereğince (kendiliğinden) gerçekleşir. Halefiyetin alacaklının rızasına dayanması gerekmediği gibi, alacaklının rızasına aykırı olarak gerçekleşmesi de mümkündür. Halefiyet sonucunun ortaya çıkması için esas borçlu tarafından TBK. m. 127 f. 1 b. 2'de sözü geçen bildirimin yapılması da gerekmez. Alacaklının haklarına halef olduğunu ileri süren kefilen beklenen, sadece, alacaklıyı tatmin etmiş olduğunu ispat etmesidir¹¹⁰. Kefilin halefiyeti esas borçlunun hukuki durumunu kötüleştiren bir etki doğurmaz. Borçlunun rızası alınmadan alacağın devrinin genel olarak mümkün olduğu da burada hatırlanmalıdır. Alacaklıya halef olan kefil esas borçludan yükümlülüğünü aşan bir talepte bulunamayacaktır.

Halefiyet sebebiyle esas borçlunun durumu fiilen kötüleşebilirse de, bu hukukî açıdan önemsizdir. Gerçekten de kefilin halefiyeti gerçekleşmeden önce alacaklının esas borçluya süre tanıma olasılığı bulunabilir. Halefiyetin bu olasılığı ortadan kaldırması esas borçlunun durumunun fiilen kötüleşmesi anlamına gelir. Diğer taraftan bizzat alacaklının elde edemeyeceği alacağın, halefiyeti gerçekleştiren kefil tarafından elde edilmesi mümkün olabilir. Bu

108 Kılıçoğlu, s. 30.

109 BecArt. 507, N. 19; de Biasio, s. 47.

110 Beck, Art. 507, N. 27.

*tür durumlar esas borçluyu olumsuz olarak etkilerse de, halefîyetin gerçekleşmesini engelleyici sebepler olarak ileri sürülemezler*¹¹¹.

b. Genel rücu talebinin içeriği

Genel rücu talebinin kapsam ve içeriğinin belirlenmesi bakımından, esas borçlu karşısında sahip olunan alacak hakkı ölçüt olarak alınacaktır. Bir başka deyişle, alacaklıya halef olan kefil, alacaklı esas borçludan neyi talep edebilecekse onu talep edecektir. Alacaklının esas borçluya karşı ileri sürebileceği hakların kefile geçişi, kefilin alacaklıyı tatmin ettiği ölçüde gerçekleşir. Alacaklının esas borçlu karşısında sahip olduğu ve halefîyet sayesinde kefile geçecek hakların kapsamı, kefilin alacaklıyı tatmin ettiği an esas alınarak belirlenir¹¹². "*Alacaklı esas borçludan neyi isteyebilecekse alacaklıya halef olan kefil de aynı şeyi isteyebilir*" kuralı hiç istisnasız uygulanamaz. Halefîyetin temel amacı, alacaklının tatmin edilmesiyle kefilin malvarlığında ortaya çıkarı olumsuz etkiyi en kolay ve çabuk yoldan denkleştirmektir. Kefil rücu hakkını kullanırken halefîyet ayrıcalığından yararlanırsa, hem esas borçluya arasındaki temel ilişkiyi ispat külfetinden kurtulacak hem de alacaklının elindeki teminatlardan yararlanma şansına kavuşacaktır. Halefîyetin dayandığı temel amaç kefilin malvarlığındaki olumsuz etkiyi denkleştirmek olduğuna göre, esas borcun konusu olan edimin aynen yerine getirilmesinin kefilin çıkarına aykırı düşüp düşmediğine bakmak gerekir. Öyle ki, alacaklıya halef olan kefil esas borç konusu edimin aynen yerine getirilmesini istemek zorunda bırakılmamalı, bu edimin değerine denk düşecek parasal bir talepte bulunabilmelidir. Şu halde, alacaklıya yaptığı ödemenin karşılanmasını talep etmekle yetinebilmelidir. Böylelikle halefîyetin gerçekleşmesiyle birlikte esas borcun konusunu oluşturan edime ilişkin bir değişiklik gerçekleşecek; verme, yapma veya yapmama edimleri, bir miktar para ödeme edimine dönüşecektir. Böyle bir dönüşüm olağan karşılanmalıdır. Alacaklıyı bir miktar para ödeyerek tatmin eden kefil açısından, malvarlığında ortaya çıkan olumsuz etkinin giderilmesi esastır. Bu olumsuz etkinin giderilmesi (denkleştirmenin sağlanması) için, kefile malvarlığından çıkan paraya denk düşecek bir paranın verilmesi gerekir. Esas borcun konusunu oluşturan venne, yapma veya yapmama ediminin aynen yerine getirilmesi kefilin denkleştirme çıkarına aykırı düşecekse (ki çoğunlukla böyle olacaktır), para ödeme yoluyla gerçekleştirilecek bir denkleştirmeye kapılan açmak gerekir¹¹³.

¹¹¹ de Biasio, s. 48.

¹¹² Beck, Art. 507, N. 28.

¹¹³ Guhl, s. 98; de Biasio, s. 48-49.

Halefiyetin kefilin malvarlığındaki olumsuz etkiyi denkleştirme amacına hizmet etmesi, bu yolla kefilin zenginleşmesine yol açmamak gerekliliğini de ortaya koyar. Alacaklıya halef olan kefil, alacaklıyı tatmin etmek için yaptığı mali fedakarlığın karşılanması isteyebilmelidir. Halefiyete dayanan genel rücu talebinin kapsamı, kefilin alacaklıyı tatmin etmek için yaptığı harcamayla sınırlı kalmalı, esas borçlunun malvarlığından kefilin zenginleşmesine yol açacak bir tutara ulaşmamalıdır¹¹⁴. Esas borcun tutarından daha düşük miktarda bir harcama yaparak alacaklıyı bütünüyle tatmin eden kefil, alacaklıya halef olduğunu ileri sürerek esas borcun tamamına ilişkin bir ödeme isteyecek değildir. Kefilin rücu hakkı, esas borcun tutan esas alınarak değil kefilin fiilen yaptığı harcama esas alınarak belirlenir¹¹⁵. Ne var ki, esas borcun konusunu oluşturan edimin değeri yine de önemsiz değildir. Öyle ki, bu değer, halefiyete dayanan (genel) rücu talebinin en üst sınırını oluşturacaktır. Bu durumda, halefiyete dayanan rücu talebinin kapsamını belirlemek bakımından şu şekilde bir fonnül önerilebilir: *Kefilin alacaklıyı tatmin etmek için yaptığı harcamanın tutarıyla esas borcun konusunu oluşturan edimin değerinden hangisi daha düşükse, halefiyete dayanan rücu talebinin kapsamı ona göre belirlenir*¹¹⁶.

"Esas borcun konusunu oluşturan edimin değeri halefiyete dayanan rücu talebinin en üst sınırını çizer" şeklinde ifade ettiğimiz ilke biraz açıklanmaya muhtaçtır. Bu ilkeyle kastedilen, *"halefiyete dayanan rücu talebinin en üst sınırını çizmek için alacaklının kefiliden talepte bulunduğu sırada mevcudiyetini devam ettiren esas borç tutarının esas alınması"* değildir. Yalnız esas borç tutan değil, *esas borçla bağlantılı olan ve kefilin (yasa veya sözleşme gereğince) sorumlu tutulabildiği bütün yan sonuçlar da halefiyete dayanan rücu talebinin üst sınırının belirlenmesinde dikkate alınabilecektir*.

114 Halefiyete dayanan rücu talebinin kefilin yaptığı mali fedakarlığı denkleştirme amacına hizmet etmesinden şu sonuçlar da çıkarılabilir: Kefil alacaklı tarafından ibra edilmişse, esas borçluya rücu etmesini mümkün kılan bir mali fedakarlıkta bulunmuş sayılamaz. Kefil kısmen ibra edilmiş ve esas borcun yerine getirilmemesinin sonuçlarını kısmen üstlenmek durumunda kalmışsa, alacaklının haklarına bütünüyle halef olacağı söylenemez. Nihayet alacaklıyla sulh yapmış olan kefil, sulh anlaşması çerçevesinde yerine getireceği edimin maddi değerini aşan bir rücu hakkı kullanamaz ve alacaklının tatmin edilmiş olduğunu ileri sürerek alacaklının haklarına bütün kapsamıyla halef olduğunu ileri süremez. Böylelikle halefiyete dayanarak esas borç tutarının bütününe yönelik bir talepte de bulunamaz. Nitekim bkz. de Biasio, s. 56-58.

115 Beck, Art. 507, N. 29.

116 de Biasio, s. 49-50.

Yeter ki, kefil, yasa ve sözleşme gereği sorumlu olduğu kalemler için fiilen ödeme yapmış bulunsun. TBK. m. 589, kefilin sorumluluğunun yasal çerçevesini çizmektedir. Söz konusu hükme göre, kefil, esas borçla beraber esas borçlunun kusur ve temerrüdünün yasal sonuçlarından sorumludur. Bunun gibi, kefil, belirli koşullar altında esas borca ilişkin yargılama ve takip giderlerinden de sorumlu tutulabilecektir. Kefilin belirli sınırlar dahilinde esas borç için kararlaştırılan sözleşme faizinden de sorumlu tutulabilmesi aynı hükme göre mümkündür¹¹⁷. Kefil, TBK. m. 589'da belirtilen bu kalemlere ilişkin olarak fiilen ne tutarda ödeme yapmışsa o tutarda halefiyetten yararlanabilecektir¹¹⁸.

c. Teminatların kefile geçişi

ca. Kefile geçecek teminatların kapsamı

Halefiyetin dayandığı temel amaç kefilin rücu hakkını başarıyla kullanabilmesidir. Rücu hakkının başarıyla kullanılabilmesi için alacağa bağlı fer'i haklardan (bu arada teminatlardan) kefilin yararlanması sağlanmalıdır. Esasen halefi.yete ilişkin düzenlemede (TBK. m. 596), alacaklının elindeki teminatların kefile geçmesi amaçlanmış, halefiyet bu amacı gerçekleştiren bir kurgu olarak düşünülmüştür. Kefilin alacaklıya halef olacağından değil de alacaklının haklarına halef olacağından söz edilmesi, düzenlemenin temel vurgusunun alacaklının elindeki teminatlardan kefilin yararlandırmak olduğunu ortaya koyar¹¹⁹.

117 Kefil için söz konusu olabilecek bütün bu sorumluluk kalemlerinin toplamı, kefilin sorumluluğunun en üst sınırı olarak kefalet belgesinde gösterilmiş tutarı geçemeyecektir. Bir başka deyişle, kefilin sorumluluğunun en üst sınırı olarak TBK. m. 583 f. 1 uyarınca kefalet belgesinde gösterilmesi gereken tutar, sadece esas borca ilişkin bir sınırlama getirmeyip TBK. m. 589'da belirtilen bütün kalemler için etkili olacak bir sınırlama getirmektedir. Bu husus, TBK. m. 589'da da teyit edilmiştir.

118 Beck, Art. 507, N. 30; de Biasio, s. 50-51.

119 Von Tuhr'un düşüncesine göre, yasada kefilin alacaklıya halef olacağından değil de alacaklının haklarına halef olacağından söz edilmesi, temel amacın alacaklının elindeki teminatlardan kefilin yararlandırmak olduğunu ortaya koyar. Von Tuhr, s. 103; Giovanoli, Art. 507, N. 2; Guhl, s. 97; Beck, Art. 507, N. 10. Alacağın temlikinde, alacağa bağlı (fer'i nitelikteki) teminatların da yeni alacaklıya geçeceğini öngören düzenlemenin (TBK. m. 189 f. 1) kefilin halefiyetine de kıyasen uygulanabileceği belirtilmektedir. Söz konusu düzenleme kıyasen uygulanacağından, kefaletle ilişkin hükümlerin ayn bir çözüme gitmeyi gerekli kıldığı hallerde bu düzenlemeden sapılabilecektir. Bkz. de Biasio, s. 59. Alacaklıyı tatmin eden müteselsil borçlunun diğer müteselsil borçlu-

Halefiyetin sonucu olarak kefile geçecek olan teminatlar, **TBK. m. 592 f. 1** uyarınca alacaklının korumakla yükümlü olduğu teminatlardır. **TBK. m. 592 f. 1'e** göre, alacaklı, *"kefalet sırasında var olan veya daha sonra asıl borçludan alacağın özel güvencesi olmak üzer elde ettiği rehin haklarını, güvenceyi ve rüçhan haklarını"* koruma yükümlülüğü altındadır. Söz konusu teminatları azaltan veya elden çıkaran alacaklı, kefilin bu nedenle uğradığı zarardan sorumlu olacaktır (kefilin sorumluluğu teminatlardaki azalmaya uygun olarak azalacaktır). İşte alacaklının korumakla yükümlü olduğu teminatlarla, halefiyet sonucu kefile geçecek teminatların çerçevesi örtüşür. Gerçekten de, **TBK. m. 596 f. 2'ye** göre, *"kefil, aksi kararlaştırılmamışsa, rehin hakları ile aynı alacak için sağlanmış diğer güvencelerden sadece kefalet anında var olan veya bizzat asıl borçlu tarafından, sonradan özellikle bu alacak için verilmiş bulunanlara halef olur"*. Görülüyor ki, alacaklının koruma yükümlülüğü altındaki teminatların çevresiyle halefiyet sonucu kefile geçecek teminatların çevresini belirlemek için aynı formül kullanılmıştır¹²⁰.

Alacaklıya halef olan kefile geçecek olan teminatlara, her şeyden önce, yasaya veya sözleşmeye dayanan rehin hakları dahildir¹²¹. Bu bağlamda, eşya ve alacaklar üzerinde kurulmuş rehin hakları alacaklıya halef olan kefile geçecektir. Esas borcun tamamını veya bir kısmını teminat altına alan hapis hakkı türünden teminatlar da halefiyetin kapsamına girer¹²². Kira bedeline ilişkin borç için kefil olan kişi, halefiyetin bir sonucu olarak kiraya verene ait hapis hakkından yararlanabilir. Mülkiyeti saklı tutma anlaşması sayesinde alacaklıda kalan mülkiyetin de halefiyet çerçevesinde kefile geçtiği kabul edilmektedir¹²³. Saklı tutulan mülkiyet hakkının fer'i nitelikte bir teminat oluşturduğu ve halefiyetin kapsamına gireceği hususunda kuşku duyulması gerektiğini düşünüyorum.

lara rücu ederken halefiyet ayrıcalığından yararlanması da, alacaklının elindeki teminatları değerlendirebilmesini mümkün kılar. Kefile halefiyete dayanan rücu hakkının tanınmasındaki amaç, iç ilişkide payına düşenden fazla ödeme yapmış olan müteselsil borçlunun diğer müteselsil borçlulara rücu ederken halefiyet ayrıcalığından yararlandırılmasındaki amaçla aynıdır. Her iki durumda da rücu hakkını kullananın alacaklının elindeki teminatlardan ve alacağına bağlı öncelik haklarından yararlanabilmesi amaçlanır. Reinickeffiedtke, s. 110.

120 Giovanoli, Art. 507, N. 5; de Biasio, s. 59.

121 Konuya ilişkin olarak bkz. Gut, s. 108 vd; Guhl, s. 82; de Biasio, s. 60; Beck, Art. 503, N. 16 vd; Giovanoli, Art. 503, N. 10, 11.

122 Beck, Art. 503, N. 17, Art. 507, N. 36; de Biasio, s. 60.

123 Gut, s. 109; Beck, Art. 503, N. 17, Art. 507, N. 36; Giovanoli, Art. 507, N. 6; de Biasio, s. 60.

Alacaklıya halef olan kefile kendiliğinden geçecek güvenceler, fer'i nitelikteki güvencelerdir. Fer'i nitelik taşımayan güvencelerde kendiliğinden geçiş söz konusu olmaz. Ne var ki, halefiyete ilişkin kuralın geniş yorumlanmasıyla, alacaklının kendisini tatmin eden kefile fer'i nitelik taşımayan teminatları devretmekle yükümlü olduğu söylenebilir. Örneğin, alacaklıya teminat vermek amacıyla devredilmiş bir mal, alacaklıyı tatmin eden kefile kendiliğinden geçmez. Teminat amacıyla devir, rehin hakkında olduğu gibi fer'i bir teminat sağlamaz. Böyle bir malın mülkiyeti, kefil tarafından tatmin edilmiş olmasına rağmen alacaklıda kalmaya devam eder. Ne var ki, alacaklı bu türden teminatları kefile devretmek için gerekli tasarruf işlemi ni yapmakla yükümlüdür. Alacaklının kendisine teminat olarak devredilmiş malları kefile aktarma borcu, kefilin halefiyetine ilişkin kuralın yorumundan çıkarılan yasal bir borç olarak nitelendirilebilir¹²⁴. Kefil bu borcun ifasına ilişkin dava açabilir. Alacaklıya teminat olarak devredilen malın bir taşınmaz olması durumunda, alacaklıyı tatmin eden kefil tescile zorlama davası açarak taşınmazın mülkiyetinin kendisine geçirilmesini isteyebilir (MK. m. 716). Mülkiyeti saklı tutma anlaşmasının sağladığı teminat da fer'i nitelikte bir teminat değildir. Mülkiyeti saklı tutma kaydıyla mal satmış olan satıcı, zilyetliğini alıcıya devretmiş olduğu mal üzerindeki mülkiyet hakkını korumaktadır. Satıcıyla alıcı arasında (kanaatimce) geciktirici şarta bağlı olarak yapılan tasarruf işlemi hükümlerini doğurmadan önceki aşamada henüz alıcı malik değildir ve satıcı malik kalmaya devam etmektedir. Bu aşamada, satış bedeli borcu için kefil olmuş kişi satıcıya ödeme yapmak durumunda kalırsa, halefiyetin satılan malın (hala satıcıda kalmaya devam eden) mülkiyeti üzerinde aynı bir etkisi olmaz. Bir başka deyişle, satış bedeline ilişkin alacak hakkı alacaklıya halef olan kefile geçtiği halde, satıcının saklı tutmuş olduğu mülkiyet hakkı kendiliğinden kefile geçmez. Ne var ki, kefilin halefiyetine ilişkin kuralın yorumu, satıcının saklı tuttuğu mülkiyet hakkının kefile devredilmesini gerektirir¹²⁵. Satıcı mülkiyeti kefile devir borcunu ifa etmek için zilyetliğin havalesi yoluna başvuracaktır.

Alacaklıyı tatmin eden kefil, başka kefillere karşı alacaklının sahip olduğu haklardan da halefiyet çerçevesinde yararlanabilir. Bunun gibi, alacaklıyı tatmin eden kefil, teminat amacıyla esas borçluyla birlikte müteselsil borçlu olmuş kişilere başvurabilir. Demek oluyor ki, esas borç için verilmiş aynı

124 ReinickeTiedtke, s. 115-116.

125 Reinickeffiedtke, s. 116.

teminatlardan doğan haklar kadar kişisel teminatlardan doğan **hakların da** halefiyet kapsamında kefile geçmesi söz konusu olacaktır¹²⁶.

Aynf teminatların gibi kişisel teminatların da halefiyetin icap.tamına gireceğini tespit ettikten sonra, müteselsil borçlulardan birinin veya tamamının borcu için kefil olan kişinin durumunu ayrıca ele almakta yarar vardır.

Kefalet müteselsil borçların tamamı gözetilerek üstlenilmiş olabilir. Bu olasılıkta, alacaklıyı tatmin eden kefil mevcut müteselsil borçluluk ilişkisinde alacaklının yerini alacaktır. Bir başka deyişle, alacaklının bütün mü/ese/sil borçlular karşısında sahip olduğu haklar halefiyet kapsamında kefile geçecektir.

Ne var ki, müteselsil borçların tamamı için kefil olunabileceği gibi bir tanesi için de kefil olunabilir. Müteselsil borçlulukta birbirinden bağımsız birden/azla borç olduğunu kabul eden anlayış çerçevesinde, bu borçlardan birinin kefalet güvencesine bağ/anabilmesi olağan karşılanır. İşte, müteselsil borçlardan bir tanesi için kefil olan kişi alacaklıyı tatmin etmişse, halefiyet mevcut müteselsil borçluluk durumunu nasıl etkileyecektir? Lehine kefalet güvencesi verilen müteselsil borçluya karşı alacaklının sahip olduğu hakkın halefiyetin kapsamına gireceğine kuşku yoktur. Kuşkulu olan, alacaklının diğer müteselsil borçlu (veya borçlulara) karşı sahip olduğu hakkın (veya hakların) akıbetinin ne olacağıdır. Burada da değişik olasılıklar söz konusu olabilir. Bir örnek olarak şöyle bir olay düşünölsün: İki müteselsil borçlu arasındaki iç ilişkide, borçlulardan her birinin alacaklıya yapılan ifadan eşit paylarla sorumlu olmadığı, alacaklıya yapılan ifanın yükünü bir tanesinin taşıyacağı kararlaştırılmıştır. Bu iç ilişkiye göre ifanın yükünü hiçbir şekilde taşıyamaması gereken müteselsil borçlu, gerçekleştirdiği ifanın bütünü için diğer müteselsil borçluya rücu edebilecektir. İşte böyle bir müteselsil borçlu için kefil olan kişi alacaklıyı tatmin ettiği takdirde, aynı borçluya karşı alacaklının sahip olduğu hak (ve bu hakkın fer'ileri, bir başka deyişle, bu hak için verilen kefalet ve rehin güvenceleri) halefiyet kapsamında kefile geçer. Peki, alacaklının diğer müteselsil borçluya karşı sahip olduğu hakkın akıbeti ne olur? Bu hak alacaklıda kalmaz, çünkü alacaklı bütünüyle tatmin edilmiş durumdadır. İç ilişkide sorumluluğun yükünü bütünüyle taşımak zorunda olan müteselsil borçlunun borcundan kurtulduğu da söylenemez. Bu kişi sorumluluğun bütün yükünü taşıması gerektiği halde hiç ödeme yapmadan borcundan nasıl kurtulabilsin? İç ilişkide sorumluluğu taşıması gereken müteselsil borçluya karşı alacaklının sahip olduğu hak ayakta kalmalı ve lehine kefalet güvencesi verilen müteselsil borçlu halefiyeti gerçekleştiren kefilini tatmin ettiği anda bu hakkı ele geçirebilmelidir. Bir başka açıdan bakarsak şunu da söyleyebiliriz. Lehine kefalet güvencesi verilen ve iç ilişkide sorum-

126 Gut, s. 116; Guhl, s. 82; Beck, Art. 503, N. 18, Art. 507, N. 36; de Biasio, s. 61.

luluğun bütün yükünü üzerinden atabilecek olan müteselsil borçlu, kendi kefilinin gerçekleştirdiği ifa nedeniyle, alacaklıyı bizzat kendisi tatmin etseydi içinde bulunacağı durumdan daha kötü bir duruma düşmemelidir. Gerçekten de, söz konusu müteselsil borçlu alacaklıyı bizzat tatmin etseydi, alacaklının diğer müteselsil borçlu karşısında sahip olduğu hak halefiyet kapsamında kendisine geçerdi (TBK. m. 168). Alacaklıyı kendisi değil de kendisine kefil olan kişi tatmin ettiği için söz konusu hakka şimdiden sahip olamaz. Ne var ki, kendisine başvuran kefil tatmin ettikten sonra diğer müteselsil borçlu karşısındaki alacak hakkını ele geçirebilmelidir. Bunu sağlayacak yegane çözüm de şudur: İç ilişkide sorumluluğu taşımayacağı kararlaştırılan müteselsil borçlunun kefil alacaklıyı tatmin ettikten sonra, hem söz konusu müteselsil borçluya karşı alacaklının sahip olduğu hakkı hem de diğer müteselsil borçluya karşı alacaklının sahip olduğu hakkı halefiyet yoluyla kazanmalıdır. Kefil, mevcut müteselsil borç ilişkisinde alacaklının yerine geçmiş sayılacak ve müteselsil borçlulardan dilerse birisine dilerse ikisine başvurabilecektir. İç ilişkide sorumluluğu bütünüyle taşıması gereken müteselsil borçluya başvurur ve onun tarafından tatmin edilirse, bu diğer müteselsil borçluya da yarar. Şöyle ki, müteselsil borç ilişkisinden doğan bütün borçlar ortadan kalkmış olur. Kefil tarafından başvuru müteselsil borçlunun diğer (zamanında lehine kefalet güvencesi verilmiş) müteselsil borçluya rücu etme olanağı yoktur, çünkü aralarındaki iç ilişki çerçevesinde sorumluluğu kendisi taşımalıdır. Şu halde diğer müteselsil borçlunun borcundan kurtulduğu kabul edilmelidir. Kefil, iç ilişkide sorumluluğu hiçbir şekilde taşımayacağı kararlaştırılmış olan müteselsil borçluya (ki kefalet güvencesi de bu borçlunun borcu için verilmişti) başvurur ve onun tarafından tatmin edilirse, söz konusu müteselsil borçlu (alacaklının yerine geçmiş olan) kefile halef olur. Bu halefiyet kapsamında, diğer müteselsil borçluya karşı sahip olunan hakkı da kazanır. Bu hak zamanında alacaklıdan alacaklıyı tatmin eden kefile geçmişti, şimdi de kefilen kefil tatmin eden müteselsil borçluya geçecektir. Aynı müteselsil borçlu aynı hakkı kefil hiç araya girmeyip alacaklıyı doğrudan kendisi tatmin etmiş olsaydı da kazanacaktı. Kendisinin değil de kendi lehine kefil olan kişinin alacaklıyı tatmin etmesi mevcut dengeyi bozmamakta, diğer müteselsil borçluya karşı alacaklının sahip olduğu hakkı halefiyet yoluyla en son aşamada kazanabilmesi mümkün olmaktadır. Bu hakkı ilk önce kefile kazandırmak, gerçekleştirdiği ifanın bütünü için rücu yetkili olan müteselsil borçluya kazandırmak için zorunlu bir ön aşama oluşturmaktadır. Alacaklıya yaptığı kazandırmanın bütünü için rücu edebilecek olan müteselsil borçluyu, bu rücu muhatap olacak müteselsil borçluya karşı başlangıçta alacaklının sahip olduğu haktan halefiyet yoluyla yararlandırmak amaca da uygundur. Çünkü halefiyet ayrıcalığı rücu hakkının teminatı, bir tür yan hakkıdır¹²¹.

127 Ayrıntılı bilgi için bkz. Reinickerriedtke, s. 133-134.

Örneği değiştirerek şöyle bir kurgu oluşturalım: Yukarıdaki **kurguda** olduğu gibi, iki müteselsil borçlu. alacaklıya yapılan ifadan e/İI paylarla sonumlu olmayacak/arını. alacaklıya yapılan ifanın yükünü aralarından hir tanesinin taşıyacağını, diğerinin ise gerçekteştirdiği ifanın bütünü için rücu edebileceğini kararlaştırmışlardır. iç ilişkide ifanın bütünü yükünü taşıyacağı kararlaştırılan müteselsil borçlu için kefalet güvencesi veriliyor. Kefil alacaklıyı tatmin ettiği takdirde, kimin lehine kefil olmuşsa ona karşı alacaklının sahip olduğu hakkı halefiyet yoluyla kazanacaktır. Kefalet güvencesi iç **ili.şki** gereğince ifanın bütünü yükünü taşıyacak müteselsil borçlu için verildiğine göre, kefilin alacaklıyı tatmin etmesiyle gerçekteşecek halefiyetin konusu saz konusu müteselsil borçluya karşı alacaklının sahip olduğu haktır. Bu olasılıkta, alacaklının diğer müteselsil borçluya karşı sahip olduğu hak halefiyetin kapsamına girmez. Lehine kefalet güvencesi verilen müteselsil borçlu alacaklıyı tatmin etse diğer müteselsil borçluya karşı alacaklının sahip olduğu hakkı nasıl kazanamayacaksa, ona kefil olan kişi için de söz konusu hakla kazanmak mümkün değildir. İç ilişkide sorumluluğun yükünü taşıyacağı kararlaştırılan müteselsil borçluya, alacaklının diğer müteselsil borçluya karşı sahip olduğu hakkı halefiyet yoluyla kazandırmaya gerek de yoktur. Ha/efiyet rücu hakkının teminatı, bir tür yan hakkı olduğuna göre, rücu hakkının bulunmadığı yerde halefiyet ayrıcalığından söz edilmesi yersizdir. Ne rücu hakkına sahip olmayan müteselsil borçlu ne de onun kefil halefiyet ayrıcalığına sahip kı/ınamazlar¹²⁸.

Üçüncü bir olasılık olarak, lehine kefalet güvencesi verilen müteselsil borçlu ve diğer müteselsil borçlunun iç ilişkide sorumluluğu paylaşma/arı söz konusu olabilir. Bu olasılıkta, ana kural gereği her iki müteselsil borçlu alacaklıya yapılacak ifanın yükünü yarı yarıya paylaşacak/ardır. Müteselsil borçlulardan biri için kefil olan kişi alacaklıyı tatmin ettiği takdirde, söz konusu müteselsil borçlunun rücu hakkına sahip olduğu oranda yukarıda ilk olasılık için yapılan açıklamalar dikkate alınacaktır. Buna göre, alacaklının diğer müteselsil borçluya karşı sahip olduğu hakkın tamamı değil de yarısı ha/e.fiyeti gerçekteştiren kefile geçecek, diğer yarısı halefiyetin dışında kalacaktır (halefiyetin dışında kalan kısım sona erecektir). Lehine kefalet güvencesi verilen müteselsil borçlu, halefiyet yoluyla alacaklının yerine geçen kefil tatmin ettiği takdirde de, önceden halefiyet yoluyla kefile geçmiş hakka (veya haklara) yine halefiyet yoluyla sahip olacaktır¹²⁹.

Hem kefaletle güvence altına alınmış hem de katılmaya konu olmuş bir borçla ilgili olarak ortaya çıkan rücu ilişkileri de anılmaya değer. Bu olasılıkta, yukarıda ulaşılan çözümler aynen uygulanırsa şunlar söylene-

128 Ayrıntılı bilgi için bkz. Reinickeffiedtke, s. 135.

129 Reinickeffiedtke, s. 136.

bilecektir: Katılmaya konu olan (ilk) borca kefil olan kişi alacaklıyı tatmin ederse, alacaklının eski (ilk) borçlu karşısındaki hakkı kefile geçecektir. Buna karşılık, alacaklının borca katılan kişi karşısında elde ettiği hak halefiyetin kapsamı dışında kalacak ve sona erecektir. Eski (ilk) borçlu aralarındaki iç **ilişki** çerçevesinde borca katılana rücu edemeyeceğine, buna karşılık, borca katılan alacaklıya yapacağı kazandırmanın bütünü için eski (ilk) borçluya rücu edebileceğine göre, bu sonuç yukarıda tespit ettiğimiz ilkelere uygundur. Tersi olasılık gerçekleşir de alacaklı borca katılan tarafından tatmin edilirse, alacaklının hem eski (ilk) borçlu karşısındaki hakkının hem de ilk borçlunun kefil karşısındaki hakkının halefiyet yoluyla borca katılana geçmesi gerektiği söylenebilir. Mademki borca katılan alacaklıya yaptığı kazandırmanın bütünü için eski (ilk) borçluya rücu edebilecektir, bu n'icu alacağını sağlamlaştıran ha/efiyet ayrıcalığına sahip olması da normaldir. Ne var ki, bütün bu sonuçların taraf iradelerine çoğu olayda uygun düşmeyeceği gözlenebilir. Pratik yaşam gerçeğinde çokça karşı/aşılabilircek şöyle bir olay düşünölsün: (A), bir kredi borçlusudur. Kendisine kredi kullandıran alacaklı (B). birden fazla **kişi** tarafından kişisel teminat verilmediği takdirde kredi sözleşmesini feshedeceğini ve şu ana kadar kullandırılan kredilerin geri ödenmesinin talep edileceğini bildirmiştir. Kredi borçlusı (A). bu sonucu önlemek için, (C) ve (D) isimli iki arkadaşımdan **kendi** lehiue kişisel teminat vermelerini istemiştir. (C). söz konusu krediden kaynaklanan borç için kefil olurken, {D} söz konusu borca katılmıştır. imdi..nıkarıda belirtildiği şekilde bir çözüme gidilirse. kefil (C) alacaklıyı taimin elliği iakdirde borca katılan (D) ye başvurama: lidle gelmelciedir. (C) 'uin lehine lcefalet gfl'encesi verdiği kredi borçlusı (A). (D) ile arasmdaki iç **ilişki** gereğince {D}. -Erücu olanağından yoksundur. Kredi borçlusı (A) gibi. (A)'nın kefil (C)'nin de (D) '.)-e rücu edemeyeceği söylenirse, kredi alacaklısı (B)'nin (D))-e karşı salıp olduğu alacak hakkı kefilin halefiyetini dışında lcalacalcıtır. ROcunun olmadığı yerde bu rücu-yu pelcişliren luulefiyel de yoktur. ❖l'a bu sonuç ne lcadar doğnıdır? Kredi borçlusı (A) 'nın arkadaşları olan ,-e (A))•ayardım etmek için seferber olan **ilci lcişi**. bir rcısıluuuu somıcu taşıdıkları sıfatlara bakılarak rücu bakımından nü-e farklı muameleye iabi tutulsunlar. Taşıdıkları sıfatlara bakılarak farklı muamele yapmak cai: gön1lflne. alacaklıyı iaimin edenin borca katılan (D) olması olasılığında)ıkarıdalcinden farldı bir sonuca ulaşılacaktır. Şöyle ki: Alacaklıyı iaimin eden (D). a/acalcıya yaptığı kazandırmanın tamamı için **eski (ille)** borçlu (A))-a riicu edebileceğine göre, alacaklının hem (A) ya lcarşı olan halc.kma hem de alacaklının kefil (C) ye karşı olan hakkına halefiyet yoluyla sahip o/mu.ş soyılacaktır¹x, _Yardımsıver iki arlcadaştan birini diğetine nlcu hak.kına sahip sayıp, bu rücu olanağını ha/ejiyet ayrıcalığıyla pekqırırken: diğlerini biiün bu o/analclardan yoksun bırakıyoruz. Şu halde,

130 BütOn bu hususlarda bkz. ve krş. Reinicke/Tiedtke, s. 136.

/aşı..sel teminat \'eren lrer ilci arkadaşın alacaklıya yapılacak ifanın yfiklinu paylaşacakları bir düzen bulmak gereklidir. Bunun için de, aralarından biri alacaklıyı tatmin ederse. alacaklıya yaptığı kazandırmanın yarısı için diğerrine nicu edebilmeli ve bu rücuıyü sağlama bağlayacak ölçüde halefiyetten yararlanabilmelidir. Alacaklıyı tatmin eden, ayrıca, yaptığı kazandırmanın bütünü için kredi borçlusu (A)'ya rücu olanağına da sahiptir ve alacaklının (A) karşısındaki hakkını halefiyet yoluyla kazanacaktır.

Kefilin alacaklıya halef olması, teminatların kefile geçmesinden baş❖ alacağa bağlı öncelik haklarından da kefilin yararlanmasını sağlar. Alacağa bağlı öncelik haklarıyla kast edilen icra veya iflas yoluyla takipte söz konusu olabilecek sıra avantajlarıdır. Bu avantajlardan yararlanma olanağı, alacaklının tatminiyle birlikte kefile ait olur¹³¹. Alacaklıya halef olan kefil alacaklının başlatmış olduğu icra takibini devam ettirebilir. Yeni baştan bir takip başlatmak zorunda değildir¹³². Alacaklıya halef olan kefilin, esas borçlu tarafından alacaklıya karşı yapılmış borç ikrarına dayanarak itirazın kaldırılmasını istemesi mümkündür. Kefil, esas borçlu ve alacaklı arasında yapılan yetki sözleşmesiyle yetkili kılınan mahkemede rücu davasını açabilir. Kefil iflas ettiği takdirde halefiyet çerçevesinde geçmiş olan bütün haklar kefilin iflas masası tarafından kullanılır¹³³.

Alacağa bağlı öncelik hakları denilince kamu alacakları için verilen kefaletlerin özel olarak anılması gerekir. Kamu alacakları için kefil olunabileceği kabul edilirse¹³⁴, kefilin halefiyetinin nasıl gerçekleşeceği bir sorun olarak ortaya çıkacaktır. Hiç kuşkusuz kefilin halefiyeti, bu olasılıkta da gerçekleşir. Ne var ki, halefiyete bağlı olarak kefile geçecek olan alacağın kamusal niteliğini kaybedeceği söylenebilir. Alacak kamusal niteliğini kaybetmekle birlikte, icra-iflas hukuku çerçevesindeki öncelikli durumunu koruyacaktır¹³⁵.

Halefiyet için aranan şartlar gerçekleşince alacaklının hakları kendiliğinden (yasa gereğince) kefile geçer. Tarafların alacaklının haklarının kefile geçtiğine ilişkin irade açıklamasında bulunmalarına gerek yoktur. Alacaklının kefil tarafından tatmin edildiği anla alacaklının haklarının kefile geçtiği

131 Gut, s. 111 vd; Guhl, s. 82; Beck, Art. 503, N. 19; Art. 507, N. 35; de Biasio, s. 61.

132 Beck, Art. 507, N. 35.

133 Beck, Art. 507, N. 35.

134 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun bu konudaki tutumu nedeniyle, bu türden kefaletlere cevaz vennek istenilmediği sonucu çıkarılabilir. Kaynak İsviçre Borçlar Kanunu'nda açıkça kamu borçlarına kefaletten söz eden düzenlemelerin Türk Borçlar Kanunu'na alınmaması bilinçli bir tavır gibi görünmektedir.

135 Reinicke-Tiedtke, s. 116.

an örtüşür. Halefiyetin gerçekleşmesi kefilin bu konuda bilgi sahibi olmasına bağlı değildir. Kefil alacaklıyı tatmin ederken alacaklıya halef olacağını bilmeden hareket etmiş olsa bile, halefiyet yine de gerçekleşir. Alacaklının aksi yönde ortaya koyduğu iradesi de halefiyetin gerçekleşmesini engellemez¹³⁶.

Alacağa bağlı fer'i nitelikte teminatların halefiyete bağlı olarak kefile geçmesi, alacağın devrine ilişkin hükümler arasında yer alan TBK. m. 189 f. 1'in öngördüğü sonucu teyit eder niteliktedir. TBK. m. 189 f. 1'e göre, alacağın devrinde, devredene kişisel olarak ait olanlar dışındaki bütün öncelik hakları ve fer'i haklar devralana geçer. Esas borçlu karşısındaki alacağın yasa gereğince kefile devrini ifade eden kefilin halefiyeti, fer'i nitelikteki teminatlarla birlikte alacağa bağlı öncelik haklarından da kefilin yararlanmasını sonuçlandıracaktır¹³⁷.

Kefilin halefiyete dayanarak esas borçluya rücu edebilmesi için, alacaklıyı kısmen tatmin etmiş olması yeterlidir. Kısmi ifadan sonra esas borçluya rücu edebilmenin yegane koşulu esas borcun muaccel hale gelmesidir¹³⁸.

Halefiyete dayanan (genel) rücu talebinin ileri sürülmesi bakımından esas borcun muaccel olacağı zamanı bekleme zorunluluğu, alacaklıyı kısmen tatmin eden kefil kadar alacaklıyı tamamen tatmin eden kefil için de geçerlidir. Esas borçluya ait bütün savunmaları yapmak durumunda olan ve bu savunmaları yapmadığı takdirde rücu hakkını tamamen veya kısmen kaybedebilecek olan kefil, esas borca ilişkin "muacceliyet eksikliği" savunmasını da yapmalıdır. Bu savunmayı yapmadığı takdirde rücu hakkını bütünüyle kaybetmez. Esas borcun muacceliyet anını beklemek zorunda kalır ve bu andan sonra rücu hakkını kullanır¹³⁹.

136 de Biasio, s. 63-64. Kefilin alacaklıyı tatmin etmesiyle birlikte teminatların geçişinin (yasa gereği) gerçekleşeceği, rehin konusu taşınırlarda teslimin veya taşınmazlarda tescilin henüz gerçekleşmemesinin bu sonucun ortaya çıkmasını engellemeyeceği, ne var **ki, kefilin** söz konusu taşınırlarda teslimi ve taşınmazlarda tescili talep edebileceği hakkında bkz. Beck, Art. 507, N. 39.

137 Beck, Art. 507, N. 35.

138 Guhl, s. 101; Beck, Art. 507, N. 21; de Biasio, s. 64.

139 Beck, Art. 507, N. 22.

**cb. Kefile geçecek teminatların kapsamına ilişkin olarak
TBK. m. 596 f. 2'nin getirdiği yenilikler**

Halefiyet_yoluyla kefile geçecek teminatlara ilişkin olarak Türk Borçlar Kanunu (İsviçre'de 1941 yılında gerçekleşen değişikliğe uygun bir biçimde) önemli yenilikler getirmiştir. TBK. m. 596 f. 2 (OR Art. 507 Abs. 2), halefiyet yoluyla kefile geçecek teminatları sınırlamıştır. Bu sınırlamada, alacaklının teminatlara ilişkin koruma yükümünü ele alan TBK. m. 592 (OR Art. 503 Abs. 1)'deki düzenlemeyle uyumlu olma çabası gösterilmiştir. TBK. m. 596 f. 2'ye göre, *"kefil, aksi kararlaştırılmamışsa, rehin hakları ile aynı alacak için sağlanmış diğer güvencelerden sadece kefalet anında var olan veya bizzat asıl borçlu tarafından, sonradan özellikle bu alacak için verilmiş bulunanlara halef olur. Alacaklıya kısmen ifada bulunan kefil, rehin hakkının sadece bunu karşılayan kısmına halef olur. Alacaklının rehin konusu üzerinde geriye kalan alacak hakkı, kefilin rehin hakkından önce gelir"*. Alacaklının göstereceği özene ilişkin olan TBK. m. 592 f. 1 ise şu şekildedir: *"Alacaklı, kefalet sırasında var olan veya daha sonra asıl borçludan alacağın özel güvencesi olmak üzere elde ettiği rehin haklarını, güvenceyi ve rüçhan haklarını kefilin zararına olarak azaltırsa, zararın daha az olduğu alacaklı tarafından ispat edilmedikçe, kefilin sorumluluğu da buna uygun düşen miktarda azalır. Kefilin fazladan ödediği miktarın geri verilmesini isteme hakkı saklıdır"*.

TBK. m. 596 f. 2'deki düzenleme çerçevesinde şu tespitler yapılabilir: Kefalet sözleşmesinin yapıldığı anda mevcut olan teminatlar, ister esas borçlu isterse üçüncü bir kişi tarafından verilmiş olsunlar, alacaklıyı tatmin eden kefile geçerler¹⁴⁰. Başka bir alacak için verilmiş olmakla birlikte genel teminat kaydı sayesinde kefaletle konu alacak için de başvurulabilecek olan bir teminat, kefalet anında mevcut olmak kaydıyla halefiyetin kapsamına girer¹⁴¹. "Genel teminat kaydı" eşliğinde verilen teminat, özel olarak verildiği alacaktan başka, aynı alacaklının aynı borçlu karşısındaki diğer alacaklarına da hizmet eder. Bu çerçevede, kefaletle konu alacak için de bu teminata başvurulabilmesi mümkün olabilir¹⁴².

140 Gut, s. 118 vd; Guhl, s. 82; Beck, Art. 503, N. 20-21; Giovanoli, Art. 503, N. 6; de Biasio, s. 61.

141 Gut, s. 121; Guhl, s. 82; Beck, Art. 503, N. 20; de Biasio, s. 61. Karşı görüş için bkz. Giovanoli, Art. 503, N. 6.

142 Guhl, s. 83; de Biasio, s. 62.

TBK. m. 596 f. 2'deki *kefalet anında mevcut olan teminatlar* deyimiyle, kefalet sözleşmesinin yapıldığı sırada aynı hak olarak ortaya çıkmış bulunan teminat hakları kast olunmaktadır. Bunun için de teminat kurma borcu doğuran borçlandırıcı işlemlerin kefalet anında mevcut olması yeterli olmayıp, bu borçlandırıcı işlemlerin ifasına yönelik tasarruf işlemlerinin de yapılmış olması gerekir. O halde, taşınır üzerindeki bir rehin hakkının kefalet anında mevcut olduğundan söz edilebilmesi için, kefalet sözleşmesi yapıldığı sırada taşınır alacaklıya teslim edilmiş olmalıdır. Bunun gibi, kefalet sözleşmesi yapıldığı sırada tapuda tescil edilmiş olan ipotek haklarıdır ki, kefalet anında mevcut teminat olarak görülebilir¹⁴³.

Kefalet sözleşmesinin yapıldığı sırada mevcut olmakla birlikte, esas borç için verilmiş olmayıp bir diğer kefilin borcu için verilmiş olan teminatlar halefiyetin kapsamına girmez¹⁴⁴. Alacaklıyı tatmin eden kefil, kendisiyle birlikte sorumluluk üstlenen diğer bir kefile başvuru hakkını halefiyet çerçevesinde elde eder. Daha önce de belirttiğimiz gibi aynı teminatlar kadar kişisel teminatlar da halefiyetin kapsamı içerisindedir. Ne var ki, alacaklıyı tatmin eden kefil, kendisiyle birlikte kefil olan kişiye başvurmakla yetinecek, bu kefilin borcu için verilmiş teminatlara el atamayacaktır.

Kefalet sözleşmesi yapıldıktan sonra elde edilen teminatların halefiyet kapsamında kefile geçmesi için iki sınırlandırma söz konusudur. Öncelikle, söz konusu teminatlar esas borçlu tarafından verilmiş olmalıdır. O halde, üçüncü kişi tarafından verilen bütün teminatlar, kefalet sözleşmesinden sonra verildikleri takdirde halefiyetin kapsamı dışında kalırlar. Esas borçlu tarafından kefalet anından sonra verilen teminatlar, özel olarak kefalet konusu borç için verilmiş oldukları takdirdedir ki halefiyet kapsamında kefile geçerler. Sonradan başka bir borç için verilen teminata "*genel teminat kaydı*" sayesinde kefalet konu borç için de başvurulabiliyorsa, bu teminat halefiyetin kapsamına girmez. Esas borçlu tarafından sonradan verilen teminatın özel olarak kefalet konu borçla ilişkilendirilmesi gerekir. Ne var ki, teminatın özel olarak kefalet konu borç için verilmiş sayılması, sadece bu borç için verilmiş olmasını gerektirmez. Teminat verilirken başka bir takım borçlarla birlikte kefalet konu borç için de verildiğinin açıklığa kavuşturulması, "*özel olarak verilmiş sayılma*" için yeterlidir¹⁴⁵.

143 Beck, Art. 503, N. 21; de Biasio, s. 62.

144 Beck, Art. 503, N. 20; Giovanoli, Art. 503, N. 16; de Biasio, s. 62.

145 Gut, s. 120; Beck, Art. 503, N. 24, Art. 507, N. 37; Giovanoli, Art. 503, N. 7; de Biasio, s. 63.

Söz konusu kural aksi kararlaştırılmadığı takdirde yürürlük **kazanacak**. Kefilin halefiyeti çok daha geniş kapsamlı olacak şekilde düzenlenebilir. Bu çerçevede, kefalet anından sonra üçüncü kişilerce verilen teminatların da halefiyetin kapsamında olacağı kararlaştırılabilir¹⁴⁶. Ne var ki, halefiyetin yasa gereğince söz konusu olacak kapsamını kefilin aleyhine olacak **şekilde** daraltan anlaşmaların geçerli olmadığı sonucuna varılabilir. Böylelikle halefiyete ilişkin düzenleme "nisbi" emredici" nitelikte bir düzenleme olarak kabul edilecek ve kefil lehine değiştirilmesi mümkün olup kefil aleyhine bir değişikliğe gidilemeyecektir¹⁴⁷. Halefiyete konu olacak teminatların kapsa-

146 Beck, Art. 503, N. 38, Art. 507, N. 38; de Biasio, s. 63. Yargıtay 23. Hukuk Dairesi'nin 2015/284 E., 2015/6456 K. Sayılı ve 12.10.2015 tarihli kararında da, halefiyetin kapsamına giren teminatlara ilişkin olarak alacaklı ile kefil arasında anlaşma yapılmasının mümkün olduğuna ve böyle bir anlaşma yoluyla halefiyetin kapsamına giren teminatların kapsamının TBK. m. 596 f. 2'de gösterilenlerden daha geniş tutulabileceğine değiştirilmiştir. Buna göre, kefaletten sonra üçüncü kişiler tarafından verilen rehinlerin halefiyetin kapsamına alınması mümkün olduğu gibi, kefaletten sonra asıl borçlu tarafından verilmiş olan ve (özel olarak kefaletle konu olacak için verilmiş olmamakla birlikte) genel teminat kaydı sayesinde kefaletle konu olacak için başvurulabilecek rehinlerin de halefiyetin kapsamına girdiği de kararlaştırılabilecektir. Kararda şunlar söylenmektedir: "Kefil, TBK'nın 596/1 maddesine göre, alacaklıya ifada bulunduğu ölçüde alacaklının haklarına halef olduğundan, alacakla ilgili bütün fer'i haklar, teminatlar ödeme ile birlikte kendiliğinden kefile geçerler. TBK'nın 596/2. maddesine göre "Kefil, aksi kararlaştırılmamışsa, rehin hakları ile aynı alacak için sağlanmış diğer güvencelerden sadece kefalet anında varolan veya bizzat asıl borçlu tarafından, sonradan özellikle bu alacak için verilmiş bulunanlara halef olur". Bu madde hükmü tamamen yeni olup; kefilin kanuni halefiyeti açısından sınırlamalar getirmiştir. Eski Borçlar Kanunun aksine, kefilin rehinler üzerindeki halefiyeti kefaletin bağitlanması anındaki kefil olunan kişiler tarafından verilmiş tüm rehinleri kapsamakta; buna karşılık kefaletten sonra üçüncü kişiler tarafından verilen rehinler üzerinde kefilin halefiyeti olmadığı gibi, asıl borçlu tarafından genel olarak verilen ve kefil olunan alacağı da kapsayan rehinler de kefilin halefiyeti dışında kalmıştır (TBK md. 596/2). Asıl borçlu özellikle bu alacak için yeni rehinler vermiş ise, kefil alacaklıya ödeme yaptığı ölçüde bu rehinlere de başvuru hakkına sahip olmaktadır. TBK'nın 596/2. madde hükmünde "aksi kararlaştırılmadıkça" denilmektedir. Bununla kastedilen alacaklıya ödemedede bulunan kefile intikal eden rehinlerin ve diğer güvencelerin kefil ile alacaklı arasındaki bir anlaşma ile genişletilmesidir. Örneğin kefaletin verilmesinden sonra üçüncü kişiler tarafından verilecek rehinlerin ve borçlu tarafından kefil olunan alacağı da kapsayacak şekilde verilecek genel nitelikteki rehinlerin de kefile intikali kararlaştırılabilir. Rehin veren açısından alacaklının değişmesi-alacaklı yerine kefil-bir farklılık oluşturmayaacağından; borçlunun bu yasal düzenlemeye itirazı söz konusu olmayacaktır".

147 Kefalet sözleşmesinin yapıldığı anda mevcut olan veya sonradan esas borçlu tarafından özel olarak kefaletle konu olacak için verilen teminatların halefiyetin dışında kalacağına ilişkin anlaşma yapılabileceğini ileri sürenler de bulunmaktadır. Nitekim bkz. Giovanoli, Art. 507, N. 8.

minı kefil aleyhine daraltan anlaşmaların geçersiz olmasından başka, kefilin halefiyete dayanan rücu hakkını derhal kullanmasını engelleyen anlaşmalar da geçersiz sayılmalıdır. O halde, kısmi ödeme yapan kefilin alacaklı tamamen tatmin olana kadar rücu hakkını kullanmayacağını taahhüt etmesi, herhangi bir sonuç doğurmamalıdır. Bunun gibi, alacaklının başka alacakJan bakımından da tatmin edilmiş olmasını kefilin rücu hakkını kullanmasının ön şartı olarak ele alan anlaşmaların geçersiz sayılması gerekir. Ne var ki, kefil ve rehin veren kişi arasında rehnin halefiyetin kapsamı dışında kalacağına ilişkin anlaşma yapılması caizdir¹⁴⁸.

D. Alacaklı zararına halefiyet olmaz ilkesi

Alacaklı zararına halefiyet olmaz ilkesinin Türk Hukuku bakımından yürürlükte olup olmadığı, eğer yürürlükteyse bu ilkenin kapsamına giren durumların ne olacağı açıklığa kavuşturulmalıdır¹⁴⁹. Bu ilkeyi açıkça kabul

148 Bkz. Beck, Art. 507, N. 13.

149 "*Alacaklı zararına halefiyet olmaz*" ilkesi gibi, bir de "*kefil zararına halefiyet olmaz*" ilkesinden söz edilebilir. Alacaklıyı tatmin eden kefilin alacaklıya halef olacağının kabul edilmesi, kefile sadece yarar sağlamak içindir. Böylelikle kefilin esas borçluyla arasındaki ilişkiyi ve bu ilişkiden hangi kapsamda rücu hakkı doğduğunu ispat külfeti ortadan kalkmıştı. Üstelik kefil, halefiyet kurgusu sayesinde esas borçlunun elindeki güvencelerden de yararlanma şansına sahip olacaktı. Ne var ki, halefiyete bağlı sonuçların halefiyetin tanınmasındaki amaca bağlı olarak sınılanması da kaçınılmaz olacaktır. Bir kere halefiyet, hiçbir zaman, kefil ve esas borçlu arasındaki iç ilişkiye dayanan rücunun sağlayabileceğinden daha fazla olanak sağlayamaz. Kefilin halefiyeti bahane ederek esas borçlunun sırtından zenginleşmesi onaylanamaz. Alacaklıyı tatmin etmek uğruna fiilen yaptığı giderlerin ötesinde bir talep hakkını esas borçluya karşı ileri sürmesine cevaz verilemez. Halefiyet kefilin esas borçlunun sırtından zenginleşmesine yarayan bir araç olamayacağı gibi, kefilin zarar görmesine de yol açmamalıdır. Buna göre, esas borçlu, halefiyetin gerçekleşmesinden önce alacaklıya karşı sahip olduğu takas hakkını, Borçlar Kanunu'ndaki elverişli düzenlemeye rağmen (TBK. m. 188 f. 2), halefiyetin gerçekleşmesinden sonra kefile karşı kullanamaz. Gerçekten de esas borçlu, takas edilebilir nitelikte bir karşı alacağa sahip olabilir. İşte esas borçlu alacaklıya karşı sahip olduğu alacağı, bu alacak halefiyetin gerçekleştiğini esas borçlunun öğrenmesinden sonra muaccel olsa bile, halefiyet sonucu kefile geçen alacakla takas edemeyecektir. Aksi takdirde kefil, alacaklıya yaptığı ödemeye esas borcun sona ermesi olasılığında içinde bulunacağı duruma göre daha kötü bir durumda bulunur. Kefilin alacaklıyı tatmin etmesiyle birlikte halefiyet gerçekleşmeseydi ve esas borç sona ermiş kabul edilseydi, kefil esas borçluyla arasındaki iç ilişkiye dayanarak rücu hakkını kullanacaktı. Böyle bir durumda da, esas borçlu için, alacaklısına karşı sahip olduğu karşı alacağı, aralarındaki iç ilişki uyarınca kefilin kendisine karşı sahip olduğu alacak hakkıyla takas etme olanağı bulunmayacaktı. "*Kefil zararına halefiyet olmaz*" ilkesi için bkz. Reinicke-Tiedtke, s. 116-117.

eden Alman Hukuku'nda bile bir belirsizliğin bulunduğu söylenebilir. Cıncı olarak kabul edilen şudur: Kefil tarafından tatmin edilen alacaklı¹⁵⁰ halefiyet söz konusu olmasaydı ve alacağın sona erdiği kabul edilseydi içinde bulunacağı durumdan daha kötü bir duruma halefiyet sayesinde düşmemelelidir¹⁵¹ Ne var ki, değişik olasılıklara göre daha yakından bazı değerlendirmeler yapmak gerekebilir. Türk Hukuku'nda TBK. m. 596 f. 2 c. 2 ve c. 3 konumuzla ilgilidir. Bu düzenlemelere göre, *"alacaklıya kısmen ifada bulunan kefil, rehin hakkının sadece bunu karşılayan kısmına halef olur. Alacaklının rehin konusu üzerinde geriye kalan alacak hakkı, kefilin rehin hakkından ön sırada gelir"*. Bu düzenlemeler, "alacaklı zararına halefiyet olmaz" ilkesine dayanan düzenlemelerdir. Şu halde, bu ilkenin boyutlarının nereye kadar uzanacağı değişik olasılıklara göre tartışılmalıdır.

Konuya ilişkin ilk olasılık, kefilin alacaklıya kısmi ifada bulunması ve alacağı güvence altına alan bir rehin hakkının bulunmasıdır. Böyle bir durumda kısmi halefiyet gerçekleşir. Alacağın tamamı değil de kefil tarafından karşılanan bölümü halefiyete konu olur. Alacaklının elindeki rehin hakkı da kısmen kefile geçer. Ne var ki, kefil, kısmen kendisine geçen rehin hakkını alacaklının zararına olarak ileri süremez. Rehnin paraya çevrilmesiyle elde edilen tutar, öncelikle kefil tarafından karşılanmayan alacak kısmının karşılanmasına özgülünecektir. Geriye bir şey kaldığı takdirde ki, alacaklıya kısmen halef olan kefilin rücu talebinin karşılanması için kullanılacaktır. O halde, kefil, kısmi halefiyete dayanarak alacaklının tamamen tatmin edilmesini engelleyemez¹⁵¹. Bütün bu söylenenler, TBK. m. 596 f. 2 c. 2 ve 3'ün lafzına da uygundur.

Alacaklının elinde birden fazla güvence bulunuyorsa ve kefil kısmi ifada bulunmuşsa, benzer sonuçlar gerçekleşir. Alacaklıya kısmen halef olan kefil, alacaklının elindeki güvenceler üzerinde de kısmi hak sahibi olur. Söz konusu güvencelerin paraya çevrilmesiyle elde edilen tutar, öncelikle alacaklının elde edemediği alacak bölümünün karşılanmasına özgülünecektir. Alacaklının tamamen tatmin olmasından sonra geriye bir şey kalırsa, bu kalan tutar, kefil tarafından kullanılabilir.

Ortada aynı alacaklının aynı borçluya karşı sahip olduğu birden fazla alacak bulunduğu, bu alacaklardan her birisinin aynı taşınmaz üzerinde farklı derecelerde kurulan rehin haklarıyla güvence altına alındığı ve yine bu

150 Reinicke-Tiedtke, s. 117.

151 Reinicke-Tiedtke, s. 118.

alacaklardan sadece birisi için kefalet güvencesine başvurulduğu olasılıkta, sorunun çözümü biraz daha karmaşık hale gelecektir. Bir örnek üzerinde konuyu somutlaştıralım. Aynı alacaklı, aynı borçlu karşısında, (X) ve (Y) olarak ifade edilen iki alacak hakkına sahip olsun. Aynı taşınmaz üzerinde (X) alacağı için birinci derecede, (Y) alacağı için ikinci derecede ipotek hakkı kurulmuş bulunsun. Sadece (X) alacağı için ayrıca kefalet güvencesi de alınmıştır. (X) alacağı için kefile başvurulur ve kefil alacaklıyı tatmin ederse, alacak ve alacak için birinci derecede kurulmuş rehin hakkı kefile geçer. Bunlar halefiyete bağlı olağan sonuçlardır. Kuşku uyandıracak nokta, (X) ve (Y) alacaklarını güvence altına alan ipotek haklarının dereceleri bakımından bir farklılığın ortaya çıkıp çıkmayacağıdır. Alacaklı, kendisinin zararına halefi.yet olmayacağını ileri sürerek, kefil değil de esas borçlu tarafından ifada bulunulsaydı hangi durumda olacak idiyse o durumun sağlanmasını isteyebilir. Alacaklı esas borçlu tarafından tatmin edilseydi (X) alacağı ve bu alacakla birlikte birinci derecede bulunan ipotek hakkı sona ererdi. Boşalan birinci derece henüz dolmadan önce, alacaklı, ikinci derecede bulunan ipotek hakkının paraya çevrilmesi yoluyla (Y) alacağının karşılanması için uğraşabilirdi. Paraya çevirme sırasında hala boş olan birinci derece hesaba katılmayacağından, alacaklı ikinci derecede bulunan ipotek hakkının birinci derecedeymiş gibi işlem görmesini sağlayabilirdi. Bir başka deyişle, ipotekli taşınmazın paraya çevrilmesinden sonra, birinci derece için herhangi bir tutar ayrılmadan, doğrudan ikinci derece için ödeme yapılmasını sağlayabilirdi. Alacaklı, sonuç itibarıyla, alacağın halefi.yet yoluyla kefile geçmiş sayılmamasını, bilakis, esas borçlu tarafından ifa edilerek sona ermiş sayılmasını isteyebilecektir. Buna bağlı olarak, halefi.yet sonucu kefile geçen (X) alacağını güvence altına alan ipotek hakkı derece avantajını yitirecek, hala alacaklıda kalan (Y) alacağını güvence altına alan ipotek hakkının derece bakımından arkasına düşecektir. Böylelikle alacaklının kefilin halefi.yetinden zarar görmemesi sağlanmış olacaktır.

Alacaklının ileri sürebileceği bu türden iddialara karşı nasıl bir tavır takınılması gerektiği *"alacaklı zararına halefiyet olmaz"* ilkesine verilecek anlama göre belirlenecektir. Bu ilke, alacaklıyı, sadece kefalet güvencesine bağlanan alacak hakkının sahibi sıfatıyla koruyan bir ilke olarak kabul edilebilir. Bu yaklaşım kabul edilirse, yukarıda ele alınan örnek olayda şu sonuca varılacaktır: Alacaklı, kefalet güvencesine bağlanan (X) alacağı bakımından tatmin edilmiştir. O halde (X) alacağının son bulmayıp bütün fer'ileriyle birlikte halefi.yet yoluyla kefile geçmesi, bu alacak bakımından kendisine bir zarar vermeyecektir. (X) alacağı bakımından tamamen tatmin edilmiş alacaklının, aynı alacak bakımından zarar görmesi muhaldir. Bu alacağı gü-

vence altına alan ipotek hakkının birinci derecede kalmaya devam etmesi alacaklı açısından zararlı sonuç doğurabilccccksc de, bu zarar, (X) alacağıyla ilgili değildir. Ne var ki, "*alacaklı zararına halefiyeti olmaz*" ilkesinin daha geniş yorumlanması da mümkündür. Öyle ki, kefilin halefiyetinin alacaklıya sadece (X) alacağı bakımından değil herhangi bir bakımdan zarar vennemesi gerektiği savunulabilir. Bu yaklaşımın doğal sonucu şudur: Kefile geçmiş (X) alacağını güvence altına alan ipoteğin derece avantajını koruması, hala alacaklıda kalan (Y) alacağının karşılanması bakımından alacaklının zarar görmesine yol açabilir. Gerçekten de alacaklı ikinci derecede bir ipotek hakkından yararlanabileceğinden, (Y) alacağı bakımından hiç veya tamamen tatmin olmayabilir. Oysa (Y) alacağını güvence altına alan rehin haklı, artık kefile geçmiş (X) alacağını güvence altına alan rehin hakkının derece bakımından önüne geçirilirse, alacaklının (Y) alacağı bakımından zarara uğramasının önüne geçilmiş olur.

Alınan Hukuku'nda yukarıda ele alınan yaklaşım biçimlerinden ilki ağır basıyor görünmektedir. Gerçekten de alacaklının, aynı borçlu karşısındaki herhangi bir alacağın sahibi sıfatıyla değil, kefalet güvencesine bağlanan alacağın sahibi sıfatıyla korunacağı fikri amaca daha elverişli görünmektedir. Kısmi ödeme yapan ve böylelikle kısmi halefiyeti gerçekleştiren kefil, kendisine kısmen geçen rehin hakkını ileri sürerek alacaklının kalan alacağını elde etmesine mani olursa, bu durum kefaletle güdülen teminat verme amacına aykırı düşer. Buna karşılık, kefilin halefiyet sonucu kendisine geçmiş birinci dereceden ipotek hakkını kullanarak alacaklının başka bir alacak bakımından durumunu kötüleştirilmesi, kefaletle güdülen teminat amacına aykırı düşmez. Kefil kefalet güvencesine bağlanan alacak bakımından teminat vermiştir, başka alacaklar bakımından değil. O halde, sadece kefalet güvencesine bağlanan alacak bakımından alacaklıya zarar vermemesi kendisinden beklenir. Başka bir alacak bakımından alacaklının tatmin edilmesi veya başka bir alacak için verilmiş teminattan alacaklının en üst düzeyde yarar sağlaması kefilin ilgi alanının dışındadır¹⁵². O halde, kefile halefiyet sonucu geçen alacağı güvence altına alan ipotek hakkının, derece bakımından bir başka alacağı güvence altına alan ipotek hakkının arkasına geçeceği de savunulamaz.

152 Alacaklının iki alacağından birisinin kefalet güvencesine bağlanması, buna karşılık, her iki alacağın aynı taşınmazda farklı derecelerde bulunan ipotek haklarıyla güvence altına alınmasıyla ilgili sorunlarla ilgili olarak yapılan açıklamalar için bkz. Reinicke-Tiedtke, s. 119-121.

Benzer bir durum da şöyle ortaya çıkar: Aynı alacaklının aynı borçlu karşısındaki sahip olduğu (X) ve (Y) alacaklarından sadece (X) alacağı kefalet güvencesine bağlanmıştır. Buna karşılık her iki alacak için aynı derecede rehin hakları kurulmuştur. Kefil alacaklıyı (X) alacağı bakımından tatmin ederse, bu alacak bakımından halefiyet gerçekleşir. (X) alacağı ve bu alacağı güvence altına alan rehin hakkı kefile geçer. Şimdi sorun şuradadır: (X) ve (Y) alacakları aynı derecede bulunan rehin haklarıyla güvence altına alındığına göre, halefiyet yoluyla (X) alacağını elde eden kefil, rehinin paraya çevrilmesinde önceliği (Y) alacağının sahibi olarak kalan alacaklısına tanımak zorunda mıdır? Bir başka deyişle, rehinin paraya çevrilmesinden elde edilen tutar, öncelikle hala alacaklıda kalan (Y) alacağının karşılanması için özgülenmeli midir? Eğer öyleyse rehinin paraya çevrilmesinden elde edilen tutardan kefilin yararlanabilmesi için, alacaklıya (Y) alacağını karşılayacak bir ödeme yapıldıktan sonra geriye bir şey kalması gerekir. Bu sorun bakımından alınacak tavır da, "*alacaklı zararına halefiyet olmaz*" ilkesine verilecek anlamla ilgilidir. Yukarıda belirtildiği gibi, bu ilke, kefalet güvencesine bağlanan alacakla ilgili olarak alacaklının zarara uğramaması anlamına gelmektedir. Kefil, halefiyet gereği kendisine geçen rehin hakkını kullanırken, kefalet güvencesine bağlanan alacak bakımından alacaklının tamamen tatmin olmasını engellememelidir. Aksi takdirde vermek istediği güvenceyle çelişen bir davranışta bulunmuş olur. Tartıştığımız sorun bakımından durum farklıdır. Kefil olunan alacak dışında kalan bir alacak bakımından alacaklının tatmin olamaması rizikosunu ortaya çıkarmaktadır. Kefil, halefiyet sonucu kendisine geçen (X) alacağının karşılanması için, hem (X) alacağını hem de alacaklıda kalan (Y) alacağını aynı derecede kurulan rehinlerle güvence altına alan malı paraya çevirmeye kalktığında, sıra bakımından alacaklının arkasında yer almayacaktır. Bir başka deyişle (Y) alacağının karşılanmasından sonra kalan tutarla yetinmek zorunda kalmayacaktır. Böyle bir durumda alacaklının (Y) alacağın bakımından tamamen tatmin olması tehlikeye düşerse de bu tehlike göze alınacaktır. Kefil, kefil olunan alacak dışında bir başka alacak için alacaklının zarara uğramamasını sağlamak durumunda değildir. Her iki alacak aynı derecede kurulan rehinlerle güvence altına alındığına göre, rehinin paraya çevrilmesiyle elde edilen tutar, (X) alacağını halefiyet yoluyla elde etmiş kefile (Y) alacağının sahibi durumundaki alacaklı arasında (alacakları oranında) paylaşılacaktır¹⁵³.

153 Reinicke-Tiedtke, s. 123-126.

E. Kısmi ödeme yapan kefilin rücu hakkı

1. Genel olarak

Borcun kapsamı tartışmalı değilse ve borcun tamamı muaccel olmuşsa, alacaklı kısmi ifayı kabule zorlanamaz (TBK. m. 84 f. 1). Alacaklı kabul etmediği sürece kısmi ifada bulunma olanağı esas borçlu bakımından kapalı olduğu gibi kefil bakımından da kapalıdır. Kısmi ifa, TBK. m. 112'de kullanılan anlamda "gereği gibi ifa" olarak nitelenemez. Ne var ki, alacaklı, kısmi ifayı kabule zorlanamayacak olsa da böyle bir ifayı kabul edebilir. Ne de olsa alacağını kısmen elde etmek, hiç elde edememeye göre daha elverişli bir durum olarak görülebilecektir. Kısmi ifayı elde etmek belirli şartlar altında alacaklı açısından bir zorunluluk da olabilir. Alacağın tamamı değil de belirli bir kısmı muaccel ise, muaccel olan kısmın ifasını kabule alacaklı zorlanabilir. Sözgelimi, alacaklının, muaccel olmuş faiz alacaklarına yönelik ödemeyi kabul etmesi istenebilir. Kıymetli evraktan doğan bir borcun kısmen ifası bakımından da, gerek esas borçlu gerekse bu borç için kefil olan kişi yetkilidir. Esas borçlu veya kefilin iflas etmesine bağlı olarak ortaya çıkan kısmi ifa olanakları da burada hatırlanmalıdır. Kefil için söz konusu olabilecek bir kısmi ifa olanağı da, esas borcun tamamı değil de bir kısmı için kefalet sözleşmesi yapılmışsa mevcut olacaktır¹⁵⁴.

TBK. m. 596 f. 1'e göre, kefil alacaklıyı tatmin ettiği ölçüde alacaklının hakları kefile geçer. Buna göre, alacaklıyı kısmen tatmin eden kefil kısmi halefiyetten yararlanır. Nitekim TBK. m. 596 f. 2 c. 2'de "*alacaklıya kısmen ifada bulunan kefil, rehin hakkının bunu karşılayan kısmına halef olur*" denmekte ve kısmi halefiyet ilkesi teyit edilmektedir. Kefil tarafından yapılan ödemeye denk düşen alacak kısmı halefiyet yoluyla kefile geçerken, geri kalan alacak kısmı alacaklıda kalır. O halde, alacaklının kısmen tatmin edilmesinden sonra, esas borçluya karşı ileri sürülebilecek *yan yana iki alacak hakkı* bulunacaktır. Bu alacaklardan biri tatmin edilmediği oranda alacaklıda kalan alacak hakkıdır. Diğeri ise, kefile halefiyet yoluyla geçen alacak kısmıdır (rücu alacağıdır)¹⁵⁵.

Halefiyetle ilgili eski öğretiyeye göre bu iki alacak hakkı aynı yoğunlukta değildir. Alacaklıda kalan alacak kısmı, halefiyet yoluyla kefile geçen alacak kısmına göre daha yoğun ve önceliklidir. Alacaklıya kısmen halef olan kişi, halefiyete dayanan rücu hakkını alacaklıya zarar verecek biçimde kullan-

154 Guhl, s. 76; Beck, Art. 504, N. 8; Giovanoli, Art. 504, N. 3; de Biasio, s. 85-86.

155 de Biasio, s. 86.

maz¹⁵⁶. Bu düşünce biçimine uygun olarak iki önemli sonuç çıkar. ilk olarak, esas borçludan talepte bulunmak bakımından alacaklı öncelikli konumda olacaktır. Halefiyet yoluyla kefile geçen alacak kısmının esas borçluya karşı ileri sürülebilmesi için, alacaklının kendisinde kalan alacak kısmını esas borçludan elde etmiş olması gerekir. İkinci olarak teminatlardan yararlanma bakımından alacaklının öncelikli konumda olmasıdır. Teminatların paraya çevrilmesiyle elde edilen tutar, öncelikle, alacaklıda kalan alacak **kısımının** karşılanması için kullanılacaktır. Alacaklının bütünüyle tatmininden sonra geriye bir şey arttığı takdirdedir ki, halefiyet yoluyla kefile geçen alacak kısmının karşılanmasına yarayacaktır. Gerek teminatlar bakımından gerekse esas borçludan talepte bulunma bakımından alacaklıyı kefile oranla öncelikli konumda tutan eski öğretinin, yürürlükteki hukukumuz bakımından ne derece etkili olduğu ayrıca araştırılmalıdır. TBK. m. 596 f 2 c. son, teminatlardan yararlanma bakımından alacaklının öncelikli konumda olduğunu açıkça belirtmiş, "alacaklı zararına halefiyet olmaz" ilkesinin en azından bu kısmını hukukumuzda ithal etmiştir. Ne var ki, esas borçludan talepte bulunmak bakımından alacaklının öncelikli konumda olması, bir başka deyişle, "alacaklı zararına halefiyet olmaz" ilkesinin diğer yönü bakımından olumsuz bir **tutum** takınılmıştır.

Kısmen tatmin edilmiş alacaklının, kendisine kısmen halef olan kefile nispetle öncelikli konumda bulunmasını uygun bulmayanlar da vardır. Bu düşünce biçimine göre, kısmf halefiyete dayanan rücu nedeniyle zarar görebileceği gerekçesiyle alacaklıya öncelik hakkı verilmemelidir. Çünkü alacaklı açısından böylesine bir zarar hiçbir zaman söz konusu edilemez. Kısmf halefiyeti gerçekleştiren kefil teminatlardan yararlanmak bakımından alacaklıyla aynı konumda kabul edilse bile, alacaklı bundan zarar görecektir. Teminatların paraya çevrilmesiyle elde edilen tutarın alacaklı ve alacaklıya kısmen halef olan kefil arasında paylaşılması olasılığında, alacaklı her zaman için kefilin kısmf ifada bulunmadığı olasılığa göre daha fazlasını elde etmiş olur. Bir örnekle durum açıklığa kavuşturulabilir: (A)'nın (B) ye **karşı** 1000 TL tutarında alacağı vardır ve (C) bu alacak için kefil olmuştur. Alacaklı (A)'nın elinde, ayrıca, paraya çevirme sonucunda 500 TL getirecek olan bir rehin hakkı bulunmaktadır. Kefil (C), alacaklıyı kısmen tatmin edecek şekilde, 500 TL tutarında ödeme yapar. Kefil (C) bundan böyle alacaklının elindeki rehnin üzerinde alacaklıyla aynı derecede hakka sahip olacaktır denilirse, rehnin paraya çevrilmesiyle elde edilen tutar alacaklı ve kefil arasında yarı yarıya paylaşılır. Böylelikle rehnin paraya çevrilmesiyle elde edilen 500 TL ikiye bölünerek, 250 TL kefile verilir, 250 TL ise alacak/ıda bulunulur. Rehin hakkından yararlanma bakımından öncelik hakkı tanımadığımız ala-

156 "Creditor non videtur cessisse contra se" deyişine irca edilebilecek eski öğretiyle ilgili olarak bkz. de Biasio, s. 86-87.

caklı, bu olasılıkta kefilin kısmı ödeme yapmaması olasılığına göre zarara uğramış değildir. Eğer kefil kısmı ödeme yapmasaydı, elindeki rehni paraya çeviren alacaklı 500 TL elde edecekti. Ele aldığımız olası/ıktaysa, kefilin yaptığı kısmı ödeme ve rehnin paraya çevrilmesiyle elde edilen tutardan alacaklının payına düşen kısım toplanırsa alacaklı 750 TL elde elmiş o/maktadır. Bu örnek göstermektedir ki, kısmı ödeme yapan ve bu nedenle kısmı halef olan kefilin zarar verebileceğinden söz ederek alacaklıya öncelik hakkı tanımak yerinde bir tutum değildir¹⁵⁷.

"Halefi.yetin alacaklıya zarar verecek şekilde ileri sürülemeyeceği" ilkesi, Fransız ve Alman hukuklarında tanındığı gibi, 1941 revizyonundan önceki İsviçre hukukunda da, açık bir hüküm bulunmamasına rağmen, genel kabul görmüştür¹⁵⁸. İsviçre hukukunda 1941 revizyonu ile birlikte söz konusu ilkeyi belirli oranda yansıtan bir hüküm getirilmiştir. OR Art. 507 Abs. 2 düzenlemesine göre, "kefilin borcu kısmen ödemesine bağlı olarak rehin hakkı kefile kısmen geçerse, kısmen alacaklıda kalan rehin hakkı kısmen kefile geçen rehin hakkına göre öncelikli olacaktır". Aynı düzenleme TBK. m. 596 f. 2 c. 2 ve 3'de de yer almaktadır. Buna göre, "alacaklıya kısmen ifada bulunan kefil, rehin hakkının sadece bunu karşılayan kısmına halef olur. Alacaklının rehin konusu üzerinde geriye kalan alacak hakkı, kefilin rehin hakkından ön sırada gelir". Böylelikle alacaklıyı kısmen tatmin eden kefilin halefiyeti kabul edildiği gibi, kefil söz konusu halefiyete derhal yürürlük kazandırabilecektir. Bir başka deyişle, kefil, alacaklı henüz tamamen tatmin edilmeden önce, gerçekleşen kısmı halefiyete dayanarak rücu hakkını kullanabilecektir¹⁵⁹. Kefilin gerçekleşen kısmı halefiyeti derhal ileri sürebilecek olmasına karşılık, alacaklıya mevcut teminatlardan yararlanma bakımından öncelik tanınmıştır. Mevcut teminatlar üzerinde kefilin halefiyet yoluyla kazandığı hak, elde edemediği alacak kısmı bakımından alacaklının sahip olduğu haktan sıra bakımından sonra gelecektir¹⁶⁰.

157 Kısmi halefi.yet olasılığında alacaklıya öncelik hakla tanınması yönündeki düşünce ve kısmi halefi.yete dayanan rücu hakkının alacaklıyı zarara uğratmayacağı hakkındaki örnek için bkz. de Biasio, s. 88.

158 Fransız, Alman ve 1941 revizyonundan önceki İsviçre hukuklarındaki durum için bkz. de Biasio, s. 87-89. Beck'in bildirdiğine göre, alacaklıyı kısmen tatmin eden kefilin halefi.yeti 1941 revizyonundan önceki dönemde kabul edilmemektedir. Beck, Art. 507, N. 21.

159 Beck, Art. 507, N. 21.

160 Beck, Art. 507, N. 21.

2. Kısmi ödeme yapan kefilin esas borçludan talepte bulunması

a. Rehin hakkıyla güvence altına alınmamış alacaklarda durum

Alacaklıya kısmen ödeme yapan kefilin, esas borçluya rücu ederken, kısmen tatmin edilmiş alacaklının yanında mı yoksa arkasında mı yer alacağı tartışılmıştır. Bir düşünceye göre, kısmi ödeme yapan kefilin esas borçluya rücu ederken alacaklının arkasında kalması sadece bir olasılıkta söz konusu olur. Bu olasılık gerçekleşirse, alacaklı bütünüyle tatmin olmadan önce kefil kısmi halefiyete dayanarak rücu hakkını kullanamaz. Sözü edilen olasılık, kefilin yaptığı kısmi ödemeye rağmen hala sorumlu tutulabilecek olması, bir başka deyişle, esas borcun bütünü için kefil olmuş bulunmasıdır. Esas borcun bütünü için kefil olan kişi, alacaklıyı kısmen tatmin ettikten sonra esas borçluya rücu etmeye kalkar ve bu rücutan sonuç alırsa, alacaklı tarafından takibe uğrayabilir ve elde ettiği tutarı alacaklıya aktarmaya zorlanabilir. Alacaklı bütünüyle tatmin olana kadar kefilin rücu hakkını kullanması ve esas borçludan bir şey elde etmesi engellenirse, bu dolambaçlı yolun önüne geçilmiş olur. Kefilin alacaklıya aktarmak zorunda olduğu tutan esas borçludan istemesi hakkaniyete aykırı düşer. Buna karşılık, esas borcun bir kısmı için kefil olan kişi, kefil olduğu kısma ilişkin olarak alacaklıya ödeme yaptıktan sonra derhal esas borçluya rücu edebilmelidir. Böyle bir kefil için "*alacaklı zararına halefiyet olmaz*" ilkesi hiçbir biçimde yürürlük kazanmamalıdır¹⁶¹.

Yukarıda aktardığımız düşünce biçimi önemli itirazlara uğramıştır. Rücu hakkını alacaklının arkasında kullanmak bakımından, esas borcun bütünü için kefil olan kişiyle kısmi kefil arasında ayırım yapmanın hiçbir pozitif dayanağı olmadığı söylenmiştir. Gerek kısmi kefil gerekse esas borcun bütünü için kefil olan kişi, esas borçluyla birlikte "*borç ortaklığı*" oluştururlar. Kefilin halefiyetinin alacaklıya zarar veremeyeceği ilkesi, kefil ve esas borçlu arasındaki borç ortaklığının bir sonucudur. Kısmi kefil de böyle bir ortaklık içerisinde olduğuna göre, alacaklı bütünüyle tatmin olmadan önce rücu hakkını kullanamamalıdır. Esas borçludan talepte bulunmak bakımından alacaklının öncelikli konumda bulunmasının sebebi, alacağını bütünüyle elde edememiş olmasıdır. Yoksa alacaklıya kısmen halef olan kişinin borcunu tamamen yerine getirmiş olup olmadığı değil. Kısmi kefil, kendi açısından

161 Özellikle Vischer tarafından temsil edilen bu düşünce için bkz. de Biasio, s. 89-90. İsviçre hukuk çevresinde, Lerch-Tuason, Vischer'in temsil ettiği düşünceye katılmaktadırlar. Lerch-Tuason, s. 75.

borcunu tamamen ifa etmiş olsa da, henüz bütünüyle tatmin olmamış alacaklının önüne geçerek esas borçluya rücu edememelidir¹⁶².

"Alacaklı zararına halefiyet olmaz" ilkesine dayanan bir hüküm 818 sayılı (eski) Borçlar Kanunu'nda bulunmamaktaydı. Bu nedenle, "alacaklı zararına halefiyet olmaz" ilkesi bakımından benimsenecek tutuma göre farklı tavırlar alınması mümkündü. Alacaklıyı kısmen tatmin eden kefilin, ister kısmi kefil olsun ister olmasın, derhal esas borçluya rücu edebileceği düşüncesi savunulabileceği gibi, rücu hakkını alacaklı bütünüyle tatmin olduktan sonra kullanabileceği de söylenebilirdi. Yukarıda aktarılan düşüncelere uygun olarak, kısmi kefil ile esas borcun tamamı için kefil olan kişi arasında ayırım yapılması da bir diğer olasılıktı. Buna göre, "alacaklı zararına halefiyet olmaz" ilkesinin kısmi kefil bakımından etkili olmayacağı iddia edilebilirdi.

İsviçre hukukunda 1941 yılında yapılan revizyonda, alacaklıyı kısmen tatmin eden kefilin rücu hakkını derhal kullanabileceği, esas borçluya rücu etmek bakımından alacaklının arkasında yer almayacağı ve kısmi kefil olup olmamasının bu noktada önem taşımadığı düşüncesi esas alınmıştır (İsv. BK. m. 507 f. 1 c. 2). Türk Borçlar Kanunu'nda da aynı yol tutulmuştur. TBK. m. 596 f. 1, kefilin alacaklıya ifada bulunduğu ölçüde onun haklarına halef olacağını birinci cümlede belirttikten sonra, ikinci cümlede, kefilin söz konusu hakları asıl borç muaccel olunca kullanabileceği belirtilmektedir. O halde, kısmi ifada bulunan kefil, gerçekleşen kısmi halefiyete dayanarak derhal rücu hakkını kullanabilir. Rücu hakkının derhal kullanılmasını engelleyecek yegane husus, esas borcun henüz muaccel olmaması, bir başka deyişle, kefilin kısmi ifayı vaktinden önce yapmış olmasıdır. Bu olasılıkta, rücu hakkını kullanmak isteyen kefil esas borç için kararlaştırılan vadenin gelmesini bekleyecektir. Demek oluyor ki, kısmi ifada bulunan kefilin alacaklının bütünüyle tatmin olmasını beklemek gibi bir zorunluluğu olmayıp, (varsa) esas borç için kararlaştırılan vadenin gelmesini beklemesi yeterlidir. Bu noktada, kefaletin kısmi olup olmamasına da bir önem atfedilmemiştir. TBK. m. 596 f. 1 c. 2'nin getirdiği bu çözüm, alacaklıya kefilin yaptığı kısmi ödemeyi kabul zorunluluğunu getiren TBK. m. 593 (İsv. BK. m. 504) düzenlemesiyle de uyumludur¹⁶³.

TBK.'nda yer alan kefalete ilişkin hükümlerin nispi emredici yapısı dikkate alınırsa, TBK. m. 596 f. 1 c. 2'nin aksinin kararlaştırılması müm-

162 Schulz ve Seiler tarafından yapılan bu itirazlar için bkz. de Biasio, s. 89-90, özellikle s. 90, dpn. 3-4.

163 Beck, Art. 507, N. 21; de Biasio, s. 90-91.

kün olmayacaktır. Şu halde, kefilin elinden kısmi ifayla birlikte derhal esas borçluya rücu edebilme olanağı alınamayacaktır. Alacaklıya (kısmen veya tamamen) halef olan kefilin, aynı alacaklının esas borçlu karşısındalci bütün alacakları (bu arada kefalet güvencesine bağlanmamış alacakları) karşılanana kadar rücu hakkını kullanamayacağına ilişkin anlaşmalar da geçersiz olacaktır.

EBK. m. 496 c. 2, kefilin halefiyet ilkesinden önceden vazgeçmesinin mümkün olmadığını belirtmekteydi. Buna göre, kefalet sözleşmesi yapılırken, kefilin alacaklıyı tatmin ettiği ölçüde onun haklarına halef olacağı kuralının aksi kararlaştırılamayacaktı. Ne var ki, kefilin halefiyete dayanan rücu hakları derhal kullanamayacağının kararlaştırılması ve bu konuda zamansal bir sınırlama getirilmesi pek dld mümkündü. Bu durumda, kefil, aynı alacaklının esas borçlu karşısındaki bütün alacakları (kefalet güvencesine bağlanmış alacağın henüz elde edilmemiş kısmıyla birlikte kefalet güvencesine bağlanmamış diğer alacaklar) tahsil edilinceye kadar rücu hakkını kullanmamayı taahhüt edebilirdi¹⁶⁴.

b. Rehin hakkıyla güvence altına alınmış alacaklarda durum

Kefalet güvencesine bağlanmış olan alacak için, ayrıca, rehin hakları da kurulmuş olabilir. Alacaklıyı tatmin ettiği ölçüde onun haklarına halef olacak olan kefil, kısmi ifada bulunursa, alacaklının elindelci rehinler üzerinde kısmen hak kazanır. Elde edemediği alacak kısmı bakımından alacaklının rehinler üzerinde sahip olduğu hakkın, kısmi ifada bulunan kefilin aynı rehinler üzerinde halefi.yet yoluyla kazandığı hakka göre öncelikli olup olma-

164 Yon Tuhr, İsviçre Borçlar Kanunu'nun eski 502. maddesinin 2. fıkrasını (EBK. m. 496 c. 2) olması gereken hukuk bakımından haksız görmekteydi. Yazara göre, kefil olan kişi, halefiyete dayanan rücu hakkını kullanmayı geciktirmeyi ve aynı alacaklının esas borçlu karşısındaki diğer bir alacağını elde etmesini beklemeyi taahhüt edebilmeliydi. Böylelikle bir alacak için kefil olunurken, diğer bir alacak için daha mütevazı bir te-minat verilmiş olurdu. Taraflar istediği takdirde bu türden anlaşmaları engellemek için haklı bir gerekçe gösterilemezdi. Von Tuhr, s. 109-110. de Biasio, haklı olarak, Yon Tuhr'un eski İBK m. 502 f 2 (EBK. m. 496 c. 2) düzenlemesini yanlış anladığından söz etmektedir. Gerçekten de, eski İBK m. 502 f. 2 (EBK. m. 496 c. 2), kefilin alacak-lıyı tatmin etmesiyle gerçekleşecek halefiyetten önceden vazgeçilmesini engellemekte, yoksa gerçekleşecek halefi.yete dayanan rücu hakkının kullanılma zamanı bakımından düzenlemeler yapılmasını engellememekteydi. Buna göre, alacaklıyla kefalet sözleş-mesi yapan kişi, alacaklının diğer bir alacağını elde etmesine kadar halefi.yete dayanan rücu hakkını kullanmayacağı taahhüdünde bulunabilirdi. Bu türden bir taahhüt, İsviç-re hukukunda 1941 yılında gerçekleşen revizyonda kabul edilen OR Art. 507 Abs. 1 (TBK. m. 596 f. 1 c. 2) düzenlemesiyle engellenmiştir.

<lğı, eski Borçlar Kanunu bakımından belirsizdi. Bu nedenle, rehin konusu eşyalar üzerinde kefilin elde ettiği hakkın, alacaklının hakkıyla aynı derecede olup olmadığı tartışılabilirdi. Alacaklının elde edemediği alacak kısmı bakımından rehinlerden yararlanmada öncelik taşıyacağı savunulabileceği gibi, böyle bir önceliğinin bulunmadığı ve kısmi ödeme yapan kefile aynı derecede rehin hakkına sahip olduğu da söylenebilirdi. Ne var ki, TBK. m. 596 f. 2 c. son, kaynak İBK m. 507 f. 2 c. 2'ye uygun olarak, alacaklının rehinler üzerindeki hakkının kefilin kazandığı hakka nispetle öncelikli olduğunu belirtmektedir. O halde, kefil, rehinler üzerinde alacaklıyla aynı derecede bir hak sahibi olmayacak, alacaklının hakkından derece olarak sonra gelen bir hak kazanacaktır. Demek oluyor ki, rehinlerin paraya çevrilmesiyle elde edilecek tutardan, öncelikle alacaklının henüz elde etmediği alacak kısmı karşılanacak, geriye bir şey kalırsa halefiyet yoluyla kefile geçen alacak kısmının karşılanmasına özgülenecektir¹⁶⁵. Taşınmaz rehni bakımından, alacaklının kefile nazaran öncelikli bir konuma sahip olması, bu önceliğin tapu kütüğünde gösterilmesine bağlı değildir¹⁶⁶.

c. Esas borçlunun iflas ettiği olasılıkta kısmi ifada bulunan kefilin durumu

Alacaklının kefil tarafından kısmen tatmin edilmesinden önce veya sonra esas borçlu iflas etmiş olabilir. Böyle bir durumda ne yapılacağı, İİK m. 204 (SchKG Art. 217)'de düzenlenmiştir. Buna göre, esas borç tutan kefil tarafından yapılan kısmi ifa dikkate alınmaksızın bütün kapsamıyla esas borçlunun iflas masasına yazılır. Esas borç tutarının iflas masasına yazılması için gerekli bildirim alacaklı veya kefil tarafından yapılabilir. Söz konusu bildirim yapılırken kefil tarafından yapılan kısmi ödeme de zikredilir. Kısmi ifada bulunan kefilin halefiyete dayanan rücu hakkının ayrıca bildirimi ve iflas masasına yazılması söz konusu değildir¹⁶⁷. Kefil tarafından yapılan kısmi ifa dikkate alınmaksızın alacağın tamamını iflas masasına yazdırabilecek olan

165 Guhl, s. 102; Beck, Art. 507, N. 40; Giovanoli, Art. 507, N. 7; de Biasio, s. 92-93.

166 Beck, Art. 507, N. 40.

167 Lerch-Tuason, s. 98; Beck, Art. 505, N. 21, 35; de Biasio, s. 93-94. Kısmi ifada bulunan kişi kefil değil de esas borçlu olursa, alacağın ifa edilmemiş kısmı iflas masasına yazılacaktır. Bu olasılıkta, alacağın başlangıçtaki miktarıyla (esas borçlunun kısmi ifası hiç gerçekleşmemiş gibi) yazılması söz konusu olamaz. İşlemiş ve fakat henüz ödenmemiş faizler varsa, esas borcun ifa yoluyla sona ermemiş kısmından başka, söz konusu faizler de iflas masasına yazılacaktır.

alacaklı, bu olanağı kullanmayıp kefil tarafından ifa edilmemiş alacak kısmını yazdırmakla yetinebilir. Bu olasılıkta, kefilin yaptığı kısmı ifa nedeniyle ortaya çıkan rücu alacağının ayrıca yazdırılması gerekir. Şunu da belirtelim ki, alacağın tümünü masaya yazdırmak alacaklı açısından bir yetkidir. Buna karşılık, kefil tarafından ifa edilmemiş alacak kısmını yazdırmak alacaklının yükümlülüğüdür. Bu yükümlülüğü yerine getirmezse TBK. m. 594 f. 2 uyarınca kefil karşısında sorumlu olur¹⁶⁸.

Garamaten paylaşmada, kefilin kısmı ifası dikkate alınmaksızın bütünüyle yazılan alacak hakkına düşen hisse, alacaklının henüz elde etmediği alacak kısmının karşılanmasına özgülenir. Alacaklı bütünüyle tatmin edildikten sonra geriye bir şey artarsa, bu fazlalık, kısmı ifada bulunan kefilin rücu hakkının karşılanması için kullanılacaktır. Ne var ki, kefilin rücu hakkının karşılanması için kefile verilecek tutar, kefilin rücu alacağının bağımsız olarak ileri sürülmesi durumunda verilecek tutarı aşamaz. Geriye hala bir şey artarsa, bu fazlalığın iflas masasına kalması söz konusu olacaktır¹⁶⁹.

Değişik örneklerle konuyu somutlaştırmaya çalışalım: 1000 TL tutarındaki alacak kefalet güvencesine alınmıştır. Kefil 100 TL tutarında ödeme yapmış ve esas borçlu iflas etmiştir. Esas borçlunun iflas masası %30 vermektedir. Bu durumda, 1000 TL tutarındaki alacak kefil tarafından yapılan ödeme dikkate alınmaksızın bütün kapsamıyla iflas masasına yazılacaktır. Alacağın iflas masasına yazılması için gerekli bildirim kefil veya alacaklı tarafından yapılabilecek ve bu bildirim yapılırken kefil tarafından yapılan ödeme zikredilecektir. 1000 TL tutarındaki alacak üzerinden hesaplanacak %30'luk pay 300 TL olacak ve bu 300 TL alacaklının elde edemediği alacak kısmının karşılanmasına özgülenecektir. Alacaklı böylece, kefil tarafından yapılan 100 TL tutarındaki ödeme ve iflas masasından elde ettiği 300 TL ile birlikte, toplam 400 TL elde etmiş olacak, alacağının elde edemediği 600 TL tutarındaki kısmı için kefilden talepte bulunabilecektir. Kefilin rücu alacağı için iflas masasından bir şey elde edemeyeceği ortadadır. Örneği biraz değiştirelim: Kefalet güvencesine alınan alacak tutarı 1000 TL, kefil tarafından yapılan ödeme 900 TL olsun ve iflas masası ise %30 versin. 1000 TL tutarındaki alacak, kefil tarafından yapılan ödeme dikkate alınmaksızın iflas masasına yazılacaktır. Alacağın bütünü için iflas masasının yapacağı ödeme 300 TL olacaktır. İflas masasının yapacağı ödemenin 100 TL tutarındaki kıs-

¹⁶⁸ Beck, Art. 505, N. 21.

¹⁶⁹ Lerch-Tuason, s. 98 vd; Beck, Art. 505, N. 35; de Biasio, s. 94.

mı, alacaklının henüz elde edemediği alacak tutarının karşılanmasına özgtı. lenecek ve alacaklı bütünüyle tatmin olmuş olacaktır. Masanın yapacağı 300 TL tutarındaki ödemenin, alacaklıya 100 TL verildikten sonra geriye kalan 200 TL tutarındaki kısmı, 900 TL tutarındaki rücu alacağının kısmen **karşı-**lanması için kefile verilecektir. Kefil esas borçlunun iflasında rücu alacağını bağımsız olarak ileri sürebilseydi, en fazla, 900 TL üzerinden hesaplanacak %30'luk kısmı elde edebilecekti. Masanın kefile 200 TL ödeme yapması, 900 TL üzerinden hesaplanacak %30'un içerisinde kalacağı (bu tutan geçmeyeceği) içindir ki bir sorunla karşılaşılmayacaktır. Kefil iflas paylaşımının sonucunda rücu alacağının 700 TL tutarındaki kısmını elde edememiş olacaktır¹⁷⁰

Kefilin kısmi ifada bulunmadığı olasılıkta, alacağın bütün (başlangıçtaki) kapsamıyla iflas masasına yazılacağı açıktır. Böyle bir durumda, alacağın tamamını iflas masasına yazdırmak alacaklı açısından hem bir hak hem de (kefile karşı) bir yükümlülüktür. Ne var ki, kısmen ifada dahi bulunmamış bir kefilin alacağı yazdırma hakkına sahip olup olmadığı tartışılabilir. Nitekim kefilin kısmen dahi olsa ifa etmediği alacağı masaya yazdıramayacağı, ancak, ileride doğması muhtemel olan rücu alacağını (şarta bağlı bir alacak olarak) masaya yazdırmasına bir engel olmadığı düşüncesinde olanlar vardır¹⁷¹.

Yukarıda yapılan açıklamalar, kefilin esas borcun tamamı için sorumluluk üstlendiği durumlara ilişkindir. Bir başka deyişle, esas borcun tamamı için kefil olan kişinin kısmi ifada bulunması olasılığıyla ilgili değerlendirmeler yapılmıştır. "*Kısmf kefalet*" olasılığı ayrıca ele alınmalı, özellikle kısmi kefil olan kişinin borcunu kısmen ifa etmesi üzerinde durulmalıdır.

Kefil, esas borcun tamamı değil de bir kısmı için sorumluluk üstlenmişse (kısmi kefalet), iflas hukuku bakımından iki alacak hakkının bulunduğu kabul edilebilir. Bu alacaklardan biri kefalet güvencesine bağlanmışken, diğeri böyle bir güvenceden yoksundur. Kısmi kefil borcunu tamamen yerine getirirse, rücu alacağını bağımsız olarak ileri sürebilir ve esas borçlunun iflas masasına yazdırabilir. Alacaklı ise kefalet güvencesinin dışında kalan ve henüz elde etmemiş olduğu alacak kısmını kendi başına ileri sürebilecek ve iflas masasına yazdırabilecektir¹⁷². Bir örnek üzerinde somutlaştıralım: 10.

¹⁷⁰ Metinde verilen örnekler için bkz. de Biasio, s. 94-95.

¹⁷¹ Bu düşünce için bkz. Lerch-Tuason, s. 96.

¹⁷² Beck, Art. 505, N. 38; de Biasio, s. 96.

000 TL tutarındaki esas borç için "kısmi kefil" olunmuş ve kefil borcun 5000 TL tutarındaki kısmı için sorumluluk üstlenmiştir. Kefil borcunu tamamen yerine getirerek 5000 TL tutarında ödeme yaptıktan sonra, esas borçlu iflas etmiştir. İflas masası %30 vermektedir. Alacaklı ve kefil birbirinden bağımsız alacak haklarına sahip sayılacak ve her biri kendi alacağını iflas masasına yazdıracaktır. Bu durumda, alacaklı, kefalet güvencesi dışında kalan ve henüz elde etmemiş olduğu 5000 TL tutarındaki alacağı iflas masasına yazdırarak, %30'luk dağıtım sonunda 1500 TL alacaktır. Borcunu tamamen yerine getirmiş kefil ise, 5000 TL tutarındaki rücu alacağını iflas masasına yazdırarak 1500 TL alacaktır¹⁷³.

Kısmi kefil borcunu tamamen değil de kısmen yerine getirmişse ne olacaktır? Kısmi kefalette alacak hakkını ikiye ayırarak kefalet güvencesine bağlanmış olan ve olmayan alacakların varlığını kabul ettiğimize göre, her iki alacağın iflas masasına ayrıca yazdırılması gerekecektir. Kefalet güvencesine bağlanmamış alacak kısmına düşen garame payı bütünüyle alacaklıya verilecektir. Kefalet güvencesine bağlanmış alacak kısmına düşen garame payının alacaklı ve kefil arasında nasıl paylaşılacağı ise, İİK m. 204 (Sch KG Art. 217)'e göre belirlenecektir. Örnek üzerinde konuyu netleştirelim: Esas borç 10.000 TL olup, 6000 TL tutarındaki kısmı için kefil olunmuştur. Kefil 5000 TL tutarında ödeme yapmıştır. İflas masası %50'lik ödeme yapacaktır. İflas masasına alacaklı tarafından iki alacak bildirilecek ve 6000 TL tutarındaki kefalet güvencesine bağlanmış alacak ile 4000 TL tutarındaki böyle bir güvenceden yoksun alacak, her biri bağımsız alacaklar olarak iflas masasına yazılacaktır. Alacaklı 4000 TL tutarındaki alacak için verilen garame payını, ki 2000 TL tutarında ödemeye denk düşmektedir, tek başına alacaktır. 6000 TL tutarındaki alacak için verilen 3000 TL tutarındaki garame payının, sadece 1000 TL'lık kısmı alacaklı tarafından alınacak, geriye kalan 2000 TL'lık kısmı ise 5000 TL tutarındaki rücu alacağına karşılık kefile bırakılacaktır. Kefilin 5000 TL'lık rücu alacağı bağımsız olarak ileri sürülebilseydi, kefile 2500 TL ödenecekti. Kefile bırakılan tutar (2000 TL), kefile yapılabilecek en yüksek ödemenin (2500 TL) sınırını aşmamıştır¹⁷⁴.

Kefalet güvencesine alınan esas borç için esas borçlu tarafından verilmiş taşınır veya alacak rehni türünden teminatlar mevcut olabilir. Esas borçlunun iflasında söz konusu taşınır veya alacak rehinlerinin paraya çev-

173 Örnek için bkz. de Biasio, s. 96.

174 Örnek için bkz. de Biasio, s. 95, dpn. 1.

rileceği açıktır. Rehinlerin paraya çevrilmesiyle elde edilen tutar öncelikle alacaklıya özgülenecektir. Alacaklı bütünüyle tatmin olduktan sonra geriye bir şey artarsa, kefilin rücu alacağının karşılanması için kullanılacaktır. Esas borçlu tarafından verilmiş rehinlerin paraya çevrilmesiyle elde edilen tutar alacağı karşılamaya yetmiyorsa, rehin açığı ortaya çıkmış olur. Alacaklının elde edeceği garame payı hesaplanırken, alacak tutarının tümü değil, alacağın rehinlerin paraya çevrilmesiyle karşılanamayan (açıkta kalan) bölümü dikkate alınacaktır¹⁷⁵.

Alacaklı esas borçlu tarafından gösterilen bir taşınmaz rehnine sahipse, yukarıda söylenenler aynen geçerli olacaktır. Yeter ki esas borçlunun iflas ettiği sırada esas borç muaccel olsun¹⁷⁶. Esas borçlunun iflasıyla birlikte bütün borçlarının muaccel hale geleceği kuralının istisnası, esas borçlu tarafından gösterilen taşınmaz rehniyle güvence altına alınan alacaklardır. Eğer böyle bir alacağın vadesi henüz gelmemişse, sırf esas borçlu iflas etti diye muaccel hale gelmez. Böyle bir durumda, rehinli taşınmazın iflas idaresi tarafından paraya çevrilmesi mümkündür. Bu taşınmazla güvence altına alınan esas borcun henüz muaccel olmaması, paraya çevirmeye engel değildir. Paraya çevirme sonucunda taşınmazı alan kişi, bu taşınmazla güvence altına alınan esas borcun da borçlusu konumuna gelir. Taşınmazı alan kişi, hem borçtan kişisel olarak sorumlu olacak hem de, taşınmaz üzerindeki rehin hakkının devamına katlanacaktır. Paraya çevirme sonucunda taşınmazın ihale edil-

175 Beck, Art. 505, N. 36; de Biasio, s. 96-97. de Biasio tarafından aynı yerde belirtilen örneklerden yola çıkılarak şunlar söylenebilir: Esas borç tutarı 1000 TL, kefil tarafından yapılan ödeme 200 TL, garame payı %30 olsun. Rehnin paraya çevrilmesinden de 500 TL elde edilsin. Rehnin paraya çevrilmesinden elde edilen 500 TL tümüyle alacaklıya verilecektir. Alacaklı, ayrıca, rehin açığını oluşturan 500 TL üzerinden %30'luk garame payı olarak 150 TL alacaktır. Böylelikle, alacaklının eline, kefilin yaptığı ödemeyle birlikte 850 TL geçecektir. Kefilse, iflas yoluyla tasfiyeden herhangi bir şey elde edemeyecektir. Kefil, 900 TL tutarında ödemede bulunsaydı, iflas paylaşımının kaderi de bütünüyle farklı olurdu. Şöyle ki: Rehnin paraya çevrilmesiyle elde edilen 500 TL, öncelikle alacaklının açıkta kalan alacağı için kullanılır ve bu paradan alacaklıya 100 TL verilirdi. Böylelikle, alacaklı bütünüyle tatmin olmuş olurdu. Rehinlerin değerlendirilmesiyle elde edilen tutarın geri kalan kısmı, yani 400 TL, rücu alacağının karşılanması için kefile verilirdi. Böylelikle kefilin 900 TL tutarındaki rücu alacağının 400 TL tutarındaki kısmı karşılanmış olurdu. Kefil ayrıca rehin açığını oluşturan 500 TL tutarındaki esas borç kısmına verilecek %30'luk garame payını da alacaktır ki, bu da, 150 TL etmektedir. İflas yoluyla tasfiyede rücu alacağının karşılanması için kefilin eline geçen toplam para böylelikle 550 TL olacaktır.

176 Beck, Art. 505, N. 37; de Biasio, s. 97.

diği anda, müflis esas borçtan kişisel olarak sorumlu olmaktan çıkacaktır. Söz konusu borcun nakli olgusu yasa gereği gerçekleştiği, alacaklı ve müflis durumundaki esas borçlunun rızasına dayanmadığı içindir ki, kefilin sorumluluğu esas borçlunun değişiminden etkilenmeyecektir. Bir başka deyişle, borcun başkası tarafından üstlenilmesinde kefilin sorumluluğunun devamını onun rızasına bağlayan TBK. m. 198 f. 2'nin uygulanması söz konusu olmayacaktır¹⁷⁷. Ne var ki, Türk uygulamasının gerçekleri bu konuda farklı bir sonuca varılmasını gerektirir. Türk öğreti ve uygulamasında, müflisin muaccel olmayan bir borcunu güvence altına alan ve müflis tarafından gösterilen bir taşınmaz rehni bulunuyorsa, ortaya çıkacak sonuçlar farklı algılanmaktadır. Bu olasılıkta, müflisin borcunun muaccel hale gelmeyeceği ve bu borç için rehnedilmiş bulunan taşınmazın paraya çevrilebileceği kabul edilmekte, ne var ki, bu paraya çevirme sonucunda olacaklar bakımından İsviçre hukukundan farklı bir düşünce geliştirilmektedir. Bu farklı düşünceye göre, taşınmazın paraya çevirme sonucunda alıcıya geçtiği anda, bu taşınmazla güvence altına alınan borç müflis tarafından ödenmiş kabul edilecek ve iflas paylaşımının dışında kalacaktır. Taşınmaz kendisine geçen alıcı ise, taşınmaz üzerinde mevcut olan rehin hakkının devamına katlanacak, ne var ki, rehinle güvence altına alınan borcun borçlusu olmayacaktır. Esasen bu olasılıkta borçtan kişisel olarak sorumlu olan kimse kalmamıştır. Müflis, borçlu olmaktan çıkmış, taşınmazın alıcısı ise borçlu durumuna gelmemiştir. Söz konusu borçtan, sadece, devam eden rehin hakkı sebebiyle taşınmazın değeriyle sınırlı bir sorumluluk vardır¹⁷⁸. Peki, bu borç için kefil olan kişinin durumu ne olacaktır? *Bir borçtan kişisel olarak sorumlu olan kişi bulunmuyorsa, o borç için kefil olunamaz ilkesi*¹⁷⁹ uygulanırsa (ki uygulanması gerektiği kanaatini taşımaktayım), kefilin sorumluluğu ortadan kalkacaktır¹⁸⁰.

Esas borç, esas borçlunun değil de üçüncü bir kişinin gösterdiği rehinlerle teminat altına alınmışsa, rehinlerin paraya çevrilmesi yoluyla takip iflas yoluyla takibin dışında yürütülecektir. Söz konusu rehinlerin paraya çevrilmesiyle elde edilen tutar, bütünüyle paraya çevirmeyi gerçekleştiren alacaklı tarafından kullanılabilir¹⁸¹.

177 Lerch-Tuason, s. 101-102; Beck, Art. 505, N. 37; de Biasio, s. 97-98.

178 Türk öğreti ve uygulamasındaki anlayış için bkz. Üstündağ, İflas, s. 147. Ayrıca bkz. Özen, Kefalet, s. 77-80.

179 Bu ilke için bkz. Beck, Art. 492, N. 110.

180 Nitekim bkz. Özen, Kefalet, s. 79.

181 de Biasio, s. 98. de Biasio'nun aynı yerde verdiği örnekten yola çıkılarak şöyle bir

Esas borçlu ve kefil (veya birden fazla kefil) aynı anda iflas ederse, alacaklı alacağının tamamını her birinin iflas masasına yazdırabilir. Konuya ilişkin İİK. m. 203 (SchKG Art. 216)'ün lafzına bakılırsa, aynı borçtan sorumlu olan birden fazla kişinin aynı anda iflas etmesi durumunun ele alındığı söylenebilir. Bu hükümdeki anlamıyla aynı borçtan sorumlu olan birden fazla kişi, bir borcun müteselsil borçluları olabileceği gibi, esas borçlu ve kefil (veya kefiller) de olabilir. Müteselsil kefiliden başka adi kefil de esas borçluyla birlikte aynı borçtan sorumlu sayılarak İİK.m 203 (SchKG Art. 216)' ün kapsamına girer.

Alacaklı alacağının tamamını esas borçlu ve kefillerin iflas masalarına yazdırabileceksen de, iflas masalarının tamamından alacağını aşacak surette ödeme elde edemez. Alacaklının alacağını aşan kısım, kefillerin birbirine rücu olanağı göz önünde tutularak, kefillerin masalarına bırakılır. Diğer taraftan, iflas masalarından elde edilecek tutarların toplamı alacağın miktarını aşmıyorsa, kefillerin iflas masalarının birbirlerine rücu hakkı bulunmaz. Buna karşılık, iflas etmiş kefillerin iflas masalarından yapılan (ve toplamı alacağın tamamını karşılamayan) ödemeler için, iflas etmemiş birlikte kefillere rücu olanağı mevcuttur¹⁸².

Esas borçlu hakkında konkordato karan alınacaksa durum iflasta olduğu gibidir. Alacaklı, daha önce kefil tarafından yapılmış ödemeler dikkate alınmaksızın alacağının tamamını ileri sürebilir. Konkordatoda kabul edilen oranda yapılacak ödeme, öncelikle alacaklıya özgülenecektir. Bir başka deyişle, alacağın tamamı karşılanana kadar yapılacak ödemeyi talep etme yetkisi alacaklıdadır. Yapılacak ödemeyle alacaklının bütünüyle tatmin edilmesinden sonra artan miktar, alacaklıyı kısmen tatmin etmiş olan kefilin rücu hakkının karşılanmasına özgülenecektir. Konkordatoya kabul edilen oranda yapılan ödemeyle, alacaklının alacağının karşılanmasına rağmen kefilin rücu

kurgu yapılabilir: Esas borç tutarı 1 000 TL olup, kefil 500 TL tutarında bir ödeme yapmıştır. Üçüncü kişilerin verdiği rehinlerin paraya çevrilmesinden elde edilen para 700 TL'dir ve esas borçlunun iflas masası %10'luk garame payı vermektedir. Burada alacaklının, üçüncü kişi tarafından gösterilen rehinlerin paraya çevrilmesi yoluyla takibi, esas borçlunun iflas yoluyla takibinden ayrı yürüteceği gözden kaçmamalıdır. Esas borçlunun iflas yoluyla takibine alacaklı, bütün alacak tutarı üzerinden katılacak ve 100 TL elde edecektir. Rehnin paraya çevrilmesi yoluyla elde edilen tutarın 400 TL'lık kısmı da alacaklıya verilecek, böylelikle alacaklı, kefilin yaptığı ödeme de dikkate alınır, bütünüyle tatmin edilmiş olacaktır. Rehnin paraya çevrilmesiyle elde edilen tutardan geriye kalan 300 TL ise, rücu alacağının karşılanması için kefile bırakılacaktır.

182 Beck, Art. 505, N. 41-4l. Ayrıca bkz. Lerch-Tuason, s. 113 vd.

hakkı tamamen yerine getirilemeyebilir. Böyle bir durumda, birlikte kefillere yapılabilecek rücu bir tarafa, alacaklıyı kısmen tatmin eden kefil zararı nihai olarak taşıyacaktır¹⁸³.

R Halefiyetle ilgili özel durumlar

1. Açığın kapatılmasına kefil olan kişinin halefiyeti

Adi (veya müteselsil) kefil alacaklıyı tatmin ettiği takdirde açığın kapatılmasına kefil olan kişinin borcu sona erer. Buna karşılık, açığın kapatılmasına kefil olan kişinin alacaklıyı tatmin etmesi durumunda farklı bir sonuç doğar. Açığın kapatılmasına kefil olan kişinin alacaklıyı tatmin etmesi, adi (veya müteselsil) kefaletten habersiz olması durumunda gerçekleşebileceği gibi, adi (veya müteselsil) kefilin ödeme güçsüzlüğü içinde olması durumunda da gerçekleşebilir. Bu olasılıkta, halefi.yet, asıl alacakla birlikte adi (veya müteselsil) kefile karşı olan hakkı da kapsayacaktır¹⁸⁴.

2. Kefile kefil olan kişinin rücu hakkı

Kefile kefil alacaklıyı tatmin etmişse, hangi alacak için kefil olmuşsa o alacağı halefiyet yoluyla kazanır. Şu halde, halefi.yetin konusu, alacaklının asıl kefile (veya ilk kefile) karşı sahip olduğu haktır. Ne var ki, bu hak (kefaletin fer'iliği ilkesi uyarınca) bağımsız varlığı olan bir hak değildir. Bu hakkın bir anlam ifade edebilmesi için asıl alacak hakkına da sahip olmak gerekir. Alacaklı kefile kefil olan kişi tarafından tatmin edilince, asıl alacak hakkı kendisinde kalmaya devam edemez. Alacaklı tatmin edilmiş durumdadır ve alacak hakkının sahibi kalabilmesi için ne bir gerek ne de olanak vardır. Bu alacak hakkının sona erdiği de kabul edilemez, çünkü esas borçlu tarafından gerçekleştirilmiş bir ifa yoktur. Alacaklıyı tatmin eden asıl (ilk) kefil olmadığına göre, alacak hakkını halefi.yet yoluyla onun kazandığı da düşünülemez. Geriye bir tek çözüm kalmıştır. Buna göre, alacak hakkının halefi.yet yoluyla kefile kefil olan kişiye geçtiği kabul edilecektir. Böylesine bir çifte halefi.yeti gerçekleştiren kefile kefilin çifte olanağa sahip olduğu hemen görülecektir. O, asıl (ilk) kefilden talepte bulunabilir. Asıl (ilk) kefil, müteselsil kefil sıfatını taşıyorsa tartışma define de sahip değildir. Asıl kefil tarafından ödeme yapıldığı takdirde, daha önce kefile kefilin halefi.yet yolu-

183 Beck, Art. 505, N. 43.

184 Reinickeffiedtke, s. 130.

la kazandığı alacak asıl kefile geçer. Buna karşılık, kefile kefil esas borçluya başvurmayı tercih eder de esas borçludan ifayı elde ederse, hem asıl alacak hakkı hem de asıl kefil karşısındaki hak sona ermiş olur¹⁸⁵.

Kural yukandaki gibi olmakla birlikte kural dışı durumlarla karşılaşılmaması da mümkündür. Örneğin, esas borçlu ve asıl kefil arasındaki iç **ilişki** rücu hakkının kullanılmasına imkan vermeyebilir. Bir başka deyişle, asıl kefil esas borçluya arasındaki iç ilişki gereğince rücu hakkını kullanmamak, alacaklıyı tatmin etmenin mali yükünü nihai olarak taşımak zorunda olabilir. İç ilişki gereğince esas borçluya rücu edemeyecek asıl kefil, alacaklıyı tatmin ederek halefiyeti gerçekleştiremez. Asıl kefilin yaptığı ödemeye birlikte gerek asıl alacak hakkı gerekse kefile kefil olan kişiye karşı alacaklının sahip olduğu hak son bulur. Ne var ki, alacaklı kefile kefil tarafından tatmin edilirse ne olacağı tartışılabilir. Bu olasılıkta da, kefile kefilin gerek asıl alacak hakkını gerek asıl kefile karşı olan hakkı halefiyet yoluyla kazandığı söylenebilir. Esas borçluya arasındaki iç ilişki gereğince rücu hakkını kullanamayacak olanın asıl kefil olduğu, kefile kefilin alacaklının tatmin edilmesinin mali yükünü nihai olarak taşımak zorunda olmadığı söylenerek bu görüş haklı gösterilebilir. Buna karşılık, asıl kefilin ifasının esas borçlu üzerinde ne gibi bir etkisi olaksa kefile kefilin ifasının da aynı etkiyi göstermesi gerektiği söylenerek, yukarıdaki yaklaşıma karşı da çıkılabilir. Kefile kefilin herhangi bir üçüncü kişi olmadığı ve asıl kefilin borcundan kaynaklanan sorumluluğu üstlendiği dikkate alınırsa, bu ikinci yaklaşım biçimi haklı görülebilir. Kefile kefil asıl kefilin borcundan ötürü sorumluluk üstlendiğine göre, asıl kefilin ifası gibi kefile kefilin ifası da esas borçluya yaramalıdır. Gerçi yalnız esas borçlu değil başkaca teminat veren kişiler de esas borcun sona ermesinden yararlanacaktır. Örneğin, esas borçla birlikte rehin türünden teminatlar da son bulacaktır. Kefile kefilin ifasının asıl borçluyu kurtarıcı etkisi, kuşkusuz, asıl kefil üzerinde de etkili olacak onu da borcundan kurtaracaktır. Esas borcun ortadan kalkmasına rağmen fer'i nitelikteki asıl kefilin borcunun devam etmesi düşünülemez. Alacaklıyı tatmin eden ve halefiyete dayanan rücu talebinde bulunamayan kefile kefil, aralarındaki iç ilişkiye dayanarak asıl kefile başvurmak dışında bir olanağa sahip değildir¹⁸⁶.

¹⁸⁵ Reinicke/Tiedtke, s. 130-131.

¹⁸⁶ Reinicke/Tiedtke, s. 131-132.

3. *Rücua kefilin rücu hakkı*

Rücua kefil, asıl borçluyla kefil arasındaki iç ilişkiden doğan rücu talebi için teminat vermiştir. Kefil rücu alacağı bakımından rücua kefile başvurup da onun tarafından tatmin edilirse, halefiyet neye ilişkin olacaktır? Rücua kefil hangi alacağa ilişkin olarak teminat vermişse halefiyetin konusu da o alacak olacaktır. Şu halde, halefiyet yoluyla rücua kefile geçecek alacak, kefil ve esas borçlu arasındaki iç ilişkiden kaynaklanan rücu alacağıdır. Burada esas alacağın durumunun ne olacağına ilişkin bir soru sorulabilir? Alacaklı kefil tarafından tatmin edilince, asıl alacak kefile geçmiş bulunuyordu. Kefil esas borçluya rücu ederken halefiyet yoluyla kendisine geçmiş sayılan asıl alacağı da ileri sürebilecek konumdaydı. Ne var ki, kefilin rücua kefil olan kişi tarafından tatmin edilmesinden sonra, asıl alacak kefilde kalmaya devam edemez. Bu alacağın son bulduğu da söylenemez, çünkü rücua kefilin araya girmesi esas borçlunun ifada bulunmasını engellemiştir. En iyi çözüm, esas alacağın da iç ilişkiden kaynaklanan rücu alacağıyla birlikte rücua kefile geçmiş sayılmasıdır. Asıl alacağın halefiyet yoluyla geçişi iç ilişkiden doğan rücu alacağının elde edilmesini kolaylaştırmak için olduğuna göre, her iki alacağın aynı kişide toplanması amaca uygundur.

4. *Poliçeden (veya bonodan) doğan bir borç için kefil olan kişinin rücu hakkı*

Poliçeden doğan bir borcun, kıymetli evrak hukukuna ilişkin bir teminat kurumu olan aval yoluyla teminat altına alınması mümkün olduğu gibi, kefaletle teminat altına alınması da mümkündür. Poliçe borçlularından biri için kefil olan kişi, poliçenin yetkili hamilini tatmin ettiği takdirde halefiyet nasıl gerçekleşecektir? Böyle bir durumda, kefil, poliçenin yetkili hamilinin lehine kefalet güvencesi verilen poliçe borçlusuna karşı sahip olduğu hakkı halefiyet yoluyla kazanır. Üstelik söz konusu poliçe borçlusuna karşı kıymetli evrak hukuku ilkelerine göre sorumlu olanlara (örneğin önceki cirantalara, keşideci ve kabul eden muhataba) karşı sahip olunan haklar da halefiyetin kapsamına girer. Bir örnek üzerinden açıklama yaparsak, keşideci için kefil olan **kişi**, yaptığı ödemeye birlikte, hem keşideciye hem de poliçeyi kabul eden muhataba karşı olan hakları halefiyet yoluyla kazanır¹⁸⁷. Sırf kabul

187 Keşidecinin poliçeyi kabul eden muhataba rücu edebileceği, bir başka deyişle, kıymetli evrak hukuku ilkelerine göre en son aşamada sorumlu olan poliçe borçlusunun kabul eden muhatap olduğu hakkında bkz. Fırat Öztan, Kıymetli Evrak Hukuku, 15. bası, Ankara 2008, s. 143; Hüseyin Ülgen (Hüseyin Ülgen/Mehmet Helvacı/Abuzer Kendi-

eden muhatap için kefil olunmuşsa. bu **kişi** halcfiyet kapsamında kefilin başvurabileceği yegane kişidir. Örneği biraz geliştirelim: Kefalet ölleşme❖. aynı zamanda dördüncü ciranta konumunda olan (C. 3) ile yapılmıştır. Şu halde, kefalet sözleşmesinin alacaklı tarafı (C. 4)'tür. Lehine kefalet güvencesi verilen poliçe borçlusunu ise (C. 1)'dir. Kefil kendisine başvuran (C. 4fe ödeme yaptığı takdirde, halefiyetin kapsamına hangi haklar girecektir? (C. 4)'ün lehine kefalet güvencesi verilen (C. 1)'e karşı sahip olduğu **hakkın** halefiyetin kapsamına gireceği kuşkusuzdur. (C. 1) esas borçlu konumunda olduğuna göre, kefilin rücu talebine muhatap olacağı kendiliğinden anlaşılan bir şeydir. Bu rücu talebini pekiştirecek biçimde, (C. 1)'e karşı kıymetli evrak hukuku çerçevesinde ileri sürülebilecek hakkın halefiyete konu olacağını rahatlıkla söyleyebiliriz. (C. 1)'in kefilinin halefiyet çerçevesinde başvurabileceği kişi sadece (C. 1) olmayacaktır. (C. 1)'e karşı kıymetli evrak hukuku kuralları uyarınca borçlu olan kişiler de (keşideci, poliçeyi kabul eden muhatap) kefilin halefiyete dayanan rücu talebine muhatap olabileceklerdir. Şu halde, lehine kefalet güvencesi verilen poliçe borçlusunu ifade bulunsaydı müracaat borçlusunu her kim olacaksa, ifade bulunan kefilin halefiyet kapsamında müracaat edebileceği kişiler de aynı olacaktır. Böylelikle aval verenin müracaat edebileceği kişilerle kefalet verenin müracaat edebileceği kişiler arasında bir paralellik olduğu da gözlenebilecektir. Lehine kefalet güvencesi verilen poliçe borçlusundan {örnekte C. 1'den) sonra gelen poliçe borçlularının (örneğe göre C. 2 ve C. 3'ün), kefilin yaptığı ödemeye birlikte borcundan kurtulacaklarını söyleyebiliriz. Sonuç olarak, şu tespit vurgulanmalıdır: Ödeme yapan kefilin halefiyet kapsamında müracaat edebileceği kişiler, kefalet alacaklısına kıymetli evrak hukuku kuralları uyarınca borçlu olan kişiler {örnekte C. 2 veya C. 3) değil, lehine kefalet güvencesi verilen (asıl borçlu konumunda bulunan) kişiye kıymetli evrak hukuku kuralları uyarınca borçlu olan kişilerdir {örnekte keşideci veya kabul eden muhatap)¹⁸⁸.

gelen/Arslan Kaya), Kıymetli Evrak Hukuku, 6. Tıpkıbası, İstanbul 2009, s. 81; Reha Poroy Ünal Tekinalp, Kıymetli Evrak Hukuku Esasları, 19. bası, İstanbul 2010, s. 190. Ayrıca bkz. TTK. m. 698 f. 2.

188 Reinicke/fiedtke, s. 136-137. Konunun tartışmalı olduğuna da değinmek isterim. Kefilin müracaat edebileceği yegane kişinin lehine kefalet güvencesi verilen (asıl borçlu konumundaki) poliçe borçlusunu olduğunu söyleyenler olmuştur. Sadece lehine kefalet güvencesi verilen poliçe borçlusuna değil, kıymetli evrak hukuku kuralları uyarınca ona karşı sorumlu olanlara da kefilin halefiyet kapsamında başvurabileceği düşüncesini savunanlar olduğu gibi, kefalet alacaklısına kıymetli evrak hukuku kuralları uyarınca sorumlu olan herkese karşı kefilin başvurabileceğini savunanlar da bulunmaktadır. Bütün bu tartışmaları aktaran Demirkapı, asıl borçlu konumundaki poliçe borçlusuna ve

G. Rücu hakkından vazgeçme ve rücu hakkının kaybı

1. Rücu hakkından vazgeçme

Kefil halefiyet ayrıcalığından peşin olarak vazgeçemez (TBK. m. 582 f. son). Şu halde, kefalet sözleşmesi yapılırken alacaklıyı tatmin eden kefilin halefiyetten yararlanmayacağı kararlaştırılmaz. Kefalet sözleşmesinde değişiklik yapmak yoluyla da kefilin halefiyetten yararlanması engellenemez. Halefiyete dayanan rücu hakkının esas borç muaccel olunca derhal kullanılabilmesini engelleyen anlaşmalar da geçersizdir. Buna göre, alacaklı tamamen veya başka alacakları bakımından tatmin oluncaya kadar rücu hakkını kullanmaktan vazgeçtiği yolunda bir sözleşme hükmü kefilin bağlamaz. Kefil ve alacaklı arasındaki ilişkide rücu hakkının kullanılmasını engelleyen ve sınırlayan anlaşmaların geçersizliğine rağmen, kefil ve esas borçlu arasındaki ilişkide rücu hakkının kullanılmasını engelleyen anlaşmalar geçerli olarak yapı tabi iir.

1. Rücu hakkının kaybı

a. Genel olarak

Roma hukukunun bakış açısıyla rücu konusunu ele alsaydık, alacaklıyı tatmin eden kefilin esas borçluya rücu edebilmesi için bir sebep göstermesi gerekir derdik. Bir başka deyişle, kefil esas borçluya kendi arasında rücu hakkının kullanılmasını mümkün kılacak bir ilişki olduğunu ispatlamak durumunda kalırdı. Gilmümlz hukuklarından pek çoğu gibi, İsviçre-Türk Hukuku bu konuda farklı bir yol tutmuş, alacaklıyı tatmin eden kefilin rücu hakkını genel olarak kabul etmiştir. Kefil, üstelik halefiyet ayrıcalığıyla da pekiştirilerek, esas borçluya rücu hakkına genel olarak sahip sayılmıştır. Rücu hakkının kullanılmasını engelleyecek bir sebep varsa, bu sebebi ileri OrOp ispat etmesi gereken kişi esas borçludur¹⁸⁹.

Rücu hakkının kullanılmasını sınırlandıracak veya büsbütün engelleyecek sebeplerden bir kısmı, kefil ve esas borçlu arasındaki iç ilişkiden kaynaklanır. Bu türden rücu engellerini zaten incelemiş bulunuyoruz. Bu konuda daha önce söylenenler tekrarlanacak değildir. Burada rücu hakkının kaybı

ona ht\$ı sorumlu olanlara kefilin halefiyet kapsamında başvurabileceği düşüncesini
bt-nımsemclı.ıcdır Enan Demirbı, Kambiyo Senetlerinin Aval Yoluyla Temini, İzmir
_00\$, . 13 140. öıclhklc bkz. . 139.

1, Q Guhl. ' > . de Bia.no.. 101.

sonucunu doğuran bazı olguları özel olarak gösteren yasa hükümleri ele alınacaktır (TBK. m. 591 f. 3¹⁹⁰ TBK. m. 597 f. 2). Bu tür hükümler rücu **hak**kının esas borçlunun durumunu kötüleştirecek şekilde kötüye kullanılmasını engelleme düşüncesine dayanırlar¹⁹⁰.

Kefilin esas borçluya rücu hakkını herhangi bir sebeple kaybetmesi, bu rücu hakkının bir uzantısı olan halefiyetin bütün hüküm ve sonuçlarıyla birlikte ortadan kalkmasına sebep olur. Kefilin rücu hakkını kaybetmesine bir örnek olarak TBK. m. 597 f. 2'de ele alınan olgu gösterilebilir. Buna göre, kefil, alacaklıya yaptığı ödemededen esas borçluyu haberdar etmediği için esas borçlunun da ödemede bulunmasına yol açarsa, rücu hakkını kaybeder. Bir diğer örnek olarak şu olgu üzerinde durulabilir: Esas borçlu hakkındaki konkordato tasdik edilmişse, esas borçlunun sorumluluğu konkordatoda kabul edilen oranda olur. Kefil için de konkordatoda kabul edilen oranın ötesinde bir rücu talebinde bulunma olanağı yoktur. Kefilin rücu hakkı söz konusu oranı aşan miktarıyla ortadan kalkmış sayılacaktır. Esas borçlu **hak**kında borç ödemededen aciz belgesi alınmış olması da bazı bakımlardan rücu hakkının kaybı sonucunu doğurabilir. Hakkında borç ödemededen aciz belgesi alınmış olan esas borçlu, bu andan sonra işleyecek faizden ötürü sorumlu değildir. Bu noktadan sonra alacaklının faiz talebinde bulunması mümkün olmayacağı gibi, alacaklıya halef olan kefilin de faiz talebinde bulunabilmesi söz konusu olmaz. Kefilin kendisinin faizleri ödemiş olması da bu duruma etki etmez¹⁹¹.

Halefiyetin rücu hakkının bir uzantısı (fer'i) olduğunu ve rücu hakkının bulunmadığı yerde halefiyetten söz edilmesine gerek kalmayacağını belirten Kılıçoğlu'nun düşüncesini de burada aktarmış olalım¹⁹².

b. Yasanın özel olarak ele aldığı rücu hakkının kaybı sonucunu doğuran olgular

ha. Esas borçluya ait savunmaların kefil tarafından ileri sürülmemesi

Kefil, esas borçlu veya mirasçılar tarafından yapılabilecek savunmaları alacaklıya karşı ileri sürmelidir (TBK. m. 591 f. 1 c. 1)¹⁹³. Bu kefil için sade-

190 Beck, Art. 507, N. 41; de Biasio, s. 102.

191 Beck, Art. 507, N. 43.

192 Kılıçoğlu, s. 34.

193 Esas borçlunun mirasçılar tarafından yapılabilecek savunmalar denilince, öncelikle, esas borçluya ait terekenin resmen defterinin tutulması ve bazı alacaklıların alacakla-

ce bir hak olmayıp, esas borçluya arasındaki ilişki açısından bir yükümlülüktür¹⁹⁴. Kefili esas borçlu veya mirasçıları tarafından yapılabilecek savunmaları yapmak sorunda bırakmak, kefilin sorumluluğunun fer'i bir karakter taşımasının mantıklı sonucudur. Her zaman hatırlanmalıdır ki, kefil esas borçlu sorumlu olduğu takdirde ve esas borçlunun sorumluluğuyla sınırlı olarak sorumludur¹⁹⁵. Kefilin fer'ilik ilkesinin sağladığı olanaklardan yararlanmaması olasılığında rücu hakkını kaybetmesi olağan karşılanmalıdır.

Kefilin esas borçluya ait savunmaları yapması gerekliliğinden söz edilirken, yalnız itiraz türünden savunmalar değil defi türünden savunmalar da kast edilmektedir¹⁹⁶. Esas borçluya ait savunma sebeplerini ileri sürerek alacaklıyı geri çevirme olanağının kefile tanınması boşuna değildir, belirli bir amaca dayanır. Öyle ki, kefil, esas borçluya rücu edebilmesine olanak vermeyecek bir ödemeye alacaklı tarafından zorlanamamalıdır. Ne var ki, kefilin esas borçlu tarafından yapılabilecek her türlü savunmayı tıpkı esas borçlu gibi yapabileceği sanısına kapılmamalıdır. Esas borçluya ait yenilik doğuran hakların kefil tarafından kullanılması mümkün değildir. Esas borcun kaynaklandığı sözleşme ilişkisi, irade sakatlığı sebebiyle esas borçlu tarafından iptal edilebilir. Kefil esas borçlunun kullanabileceği iptal hakkını onun yerine geçerek kullanamaz. Bunun gibi, esas borcun kaynaklandığı sözleşmeden dönme olanağı esas borçluya aittir. Sözleşmeden dönme hakkının kefil tarafından kullanılabilmesi düşünülemez bile. Esas borçlunun ayıplı ifadan

rını bildirmemiş olmaları durumu akla gelir. Böyle bir durumda defter kapsamında yer almayan alacaklardan ötürü mirasçıların sorumluluğu olmayacak ve mirasçılar tarafından yapılabilecek bu savunmanın alacaklının talebiyle karşılaşan kefil tarafından da yapılması gerekecektir. Bu savunmayı yapmadan alacaklıya ödeme yapan kefil, esas borçlunun deftere kaydedilmemiş borçtan ötürü sorumlu olmayan mirasçılarına rücu edemez. Lerch-Tuason, s. 57; Guhl, s. 74; Beck, Art. 502, N. 10; de Biasio, s. 102-103, dpn. 3.

194 de Biasio, s. 102.

195 Guhl, s. 71; Beck, Art. 502, N. 48; Giovanoli, Art. 502, N. 4; de Biasio, s. 102-103.

196 Kefilin esas borçluya ait savunmaları yapması gerekliliği anlatılırken, bazen, "*kefil esas borçluya ait defi/eri ileri sürmelidir*" şeklinde bir ifade kullanılmaktadır. Böyle durumlarda, dar ve teknik anlamda def'ilerden değil, geniş anlamda def'ilerden söz edildiği açıktır. Dar ve teknik anlamıyla defi, borçlanılmış bir edimi ifa etmekten geçici veya sürekli olarak kaçınabilme hakkını ifade eder. Geniş anlamıyla defi denildiği zaman, dar ve teknik anlamıyla def'iler yanında, (ister hakkın doğmasını engelleyici olgulara ilişkin olsun, isterse hakkı ortadan kaldıran olgulara ilişkin bulunsun) itirazlar da bu kavramın kapsamına girer. Lerch-Tuason, s. 54 vd; Gut, s. 67 vd; Beck, Art. 502, N. 9; Giovanoli, Art. 502, N. 1; de Biasio, s. 103, dpn. 2.

dolay, sahip olduğu seçimlik haklar, yine esas borçlu tarafından kullanılacaktır. Yoksa kefil tarafından değil. Esas borçlu bağışlayan konumundayla ve bağışlama lchtannın değer bilmezliği nedeniyle bağışlamayı geri alacaksa, gerekli beyanı kendisi yapmalıdır. Bağışlayanın borcuna kefil olan kıl, tarafından yapılacak geri alma beyanı etkisiz kalmaya mahkumdur. Kısaca, bir sözleşmenin tarafı olmaya bağlı yenilik doğuran haklar, sadece o sözleşmenin tarafı olan kişi tarafından kullanılabilir. O sözleşmeye taraf olmayan kefil tarafından değil. Esas borçlunun kullanabileceği yenilik doğuran haklar varsa, kefil, geciktirici bir def'i ileri sürebilir. Bu geciktirici def'i yoluyla kefil, esas borçlunun yenilik doğuran bir hakkı kullanarak esas borcu etkileyebilme olasılığı bulunduğu sürece, alacaklının ifa talebini yerine getirmekten kaçınılabilir. Esas borçlunun alacaklıya karşı takas beyanında bulunarak esas borcun varlığını veya kapsamını etkileyebilme olanağı varsa, kefil benzer bir geciktirici def'iye sahiptir. Kefil, esas borçlu yerine geçerek takas beyanında bulunamazsa da, esas borçlunun takas hakkını kullanıp kullanmayacağı belli olana kadar alacaklının ifa talebini reddedebilir.

Esas borçluya ait savunmaları ileri sürmeden alacaklıya ödeme yapan kefil, söz konusu savunmaları bildiği veya bilmesi gerektiği esas borçlu tarafından ispat edildiği takdirde rücu hakkını kaybeder (TBK. m. 591 f. 3 c. son). Rücu hakkının kaybı kısmen de olabilir. Esas borçluya ait savunma sebebinin kullanılması kefilin ödeme yükümünden bütünüyle kurtaracaksa, rücu hakkı tamamen kaybedilir. Buna karşılık, esas borçluya ait savunma sebebine dayanan kefil ödeme yükümünden kısmen kurtulacaksa, rücu hakkının kaybı da kısmen olur¹⁹⁷. O halde, esas borçluya ait olup kefil tarafından ileri sürülmemiş savunma sebepleri arasında doğuracağı etkiler bakımından bir ayrımın yapılması zorunludur. Bir örnek olarak, esas borcun "*muaccel olmadiğı*" savunmasıyla "*ifa edilmiş olduğu*" savunması karşılaştırılsın. "*Muacceliyet eksikliği*" savunmasını ileri sürmeden alacaklıya ödeme yapan kefil rücu hakkını bütünüyle kaybetmez. Bu olasılıkta kefilin karşılaştacağı yegane olumsuz sonuç, rücu hakkını derhal kullanamamaktır. O, rücu hakkını kullanabilmek için esas borcun muaccel olacağı zamanın gelmesini bekleyecektir. Buna karşılık, esas borcun ifa edilmiş olduğu savunmasını yapmayan kefil rücu hakkını bütünüyle kaybedebilir¹⁹⁸.

197 Becl, Art. 502, N. 50; de Biasio, s. 107.

198 Beck, Art. 502, N. 50; de Biasio, s. 107.

Esas borçluya ait bir savunma sebebini ileri sünmeden alacaklıya ödeme yapan kefil, her zaman değil, bu hususta kusurlu olduğu takdirde rücu hakkını kaybeder. Bu noktada, "*halefiyete dayanan rücu*" anlayışından önemli bir sapma ortaya çıkmaktadır. Halefiyete dayanan rücu anlayışında, alacaklıyı tatmin eden kefile alacaklıya ait haklar geçer. Bir başka deyişle, yasaya dayanan bir alacak devri gerçekleşir. Yasa gereği kefile geçen alacak, daha önce hangi durumdaysa aynı durumda geçmiş sayılmalıdır. O halde, alacaklı karşısında bir takım savunmalar yapabilecek esas borçlu, aynı savunmaları, alacak hakkını yasal olarak devralmış sayılan kefil karşısında da yapabilmelidir. Kefilin kusurlu hareket etmiş olup olmaması bu noktada bir fark yaratmamalıdır¹⁹⁹. Ne var ki, Türk Borçlar Kanunu'nun sisteminde kefilin rücu hakkını kaybetmesi kusurlu davranışının bir sonucu sayılabilir. EBK.'nin kurduğu düzende de kefilin rücu hakkını kaybetmesi bakımından kusur esas geçerliydi. Bu açıdan eski ve yeni Kanun'lar arasında bir fark yoktur. Ne var ki, kusuru ispat külfeti bakımından eski ve yeni Kanun'lar arasında bir fark gözlenmektedir. EBK. m. 497 f. 2'ye göre, esas borçluya ait savunmaları ileri sürmeden alacaklıyı tatmin eden kefil, söz konusu savunmalardan haberdar olmadığını ve bu konuda kendisine bir kusur yüklenemeyeceğini ispat ettiği takdirde rücu hakkını kullanabilirdi. Kusursuzluğu ispat külfetini kefile yükleyen bu düzenleme, kaynak İsv. BK. m. 502 f. 3'e uygundur. Bu noktada kaynak Kanun'dan farklılaşan TBK. m. 591 f. 3'e göre ise, esas borçluya ait savunmaları kullanmadan alacaklıyı tatmin eden kefil buna rağmen rücu hakkını kullanabilmekte, ancak, esas borçlu kefilin söz konusu savunmaları bildiğini veya bilmesi gerektiğini ispat ederek rücuyu engelleyebilmektedir. Eski ve yeni düzenlemelerde ortak olan yan, rücu hakkının kaybını kefilin kusurlu davranışına bağlanan bir yaptırım olarak görmektir²⁰⁰.

Yukarıdaki açıklamalardan çıkarılacak önemli sonuç şudur: EBK. m. 497'ye göre, kefil, alacaklıyı tatmin etmeden önce esas borçluyla temasa geçmeli, ne gibi savunma sebeplerine sahip olduğu hususunda esas borçludan bilgi edinmeye çalışmalıdır. Ancak böyle bir bilgi edinme çabasına giren kefile ki, esas borçluya ait savunma sebeplerini bilmemekte (ve bu nedenle kullanmamakta) kusursuz olduğunu ispatlayabilirdi. TBK. m. 591 f. 3'ün kurduğu sistemde ise, kefilin bilgi edinme çabasına girmesi gerekli olmayıp, esas borçlunun kefile bilgi verme çabası içine girmesi gereklidir. Esas borçlu kefile temasa geçip sahip olduğu savunmalar bakımından ke-

199 Beck, Art. 502, N. 53.

200 Von Tuhr, s. 105; de Biasio, s. 107-108.

file açıtı;lama  apmalıdır. Şu halde, kefilin "*hi/gi edinme* .. kOlfetin o yerim  , hor\'lunun "*aydıulaıma kii/feti*" almıştır. Ancak bu aydınlatma kOlfctin, . cnnc getiren c a_ borçludur ki, kendisine ait savunmaları kefilin bildiğini (' c a bilmcsı gerektiğini) ispatlayabilir. TBK.'nun kaynak kanundan !\pat kOlfcti bakımından farklılaşması bilinçli bir tercih gibi görünmektedir. Sahip olduğu savunma sebepleriyle ilgili olarak kendiliğinden veya kefilin talebi üzerine gereği gibi açıklama yapmayan esas borçlu, sonradan kefilin rücu talebiyle karşılaşırsa hakkaniyete aykırı bir durumun ortaya çıktığını **söyle**-yemez. Demek oluyor ki, kefilin rücu hakkını kullanabilmesinin engellenmesi bakımından belirleyici olan alacaklının açıklama yapma ödevini yerine getirip getirmemesidir²⁰¹. Esas borçlunun gerektiği gibi açıklama yapmaktan kaçınması ihmale veya kötüniyete dayanıyor olabilir. Her iki olasılıkta da alacaklıya yapılan ödemenin mali yükünü kefil değil açıklama yapma ödevine aykırılık eden esas borçlu  ekmelidir²⁰². Diğer taraftan, kefil alacaklı tarafından kendisine karşı açılan davayı esas borçluya ihbar ettiği takdirde, esas borçluyu kendisine bilgi vermeye davet etmiş sayılabilir. Böyle bir ihbara karşılık vermeyen esas borçlu, kendisine ait savunma sebeplerini **kefi**-lin bilmesi gerektiğini artık söyleyemez. Kefile böyle bir ihbar yapmasının  ğ tlenebilmesi usul hükümlerinin elverişli olmasına bađlıdır²⁰³.

Konuyu ispat yükünün dağılımı açısından toplarsak, şunları söylemek mümkündür: Kefil, alacaklıya ödeme yaptığını ispat ederek rücu hakkını kullanabilecektir. Bu rücuyu engellemek isteyen esas borçlu, kendisine ait bir takım savunma sebeplerinin bulunduğunu ve bunların kefil tarafından kullanılmadığını ispat etmelidir²⁰⁴. Ne var ki, TBK. m. 591 f. 3 sayesinde esas borçlu söz konusu savunmaları kefilin bildiğini veya bilmesi gerektiğini de ispatlamalıdır. Bu ispatı gerçekleştirebilmek için de gerekli açıklamaları yaptığını (aydınlatma külfetini gereği gibi yerine getirdiğini) ispatlamalıdır. Esas borçlu açıklama yapma külfetini yerine getirmese bile, kefilin söz konusu savunmaları zaten bildiğini de ispat edebilir. Bunun gibi, alacaklıya ödeme yapmayı engelleyecek çeşitli savunmaların bir başka vesileyle kefil tarafından öğrenilmesi gerektiğini de ispatlayabilir.

201 Giovanoli, Art. 502, N. 19; Pestalozzi, Art. 502, N. 14.

202 Beck, Art. 502, N. 53; de Biasio, s. 108; Giovanoli, Art. 502, N. 19; Pestalozzi, Art. 502, N. 13.

203 Bek, Art. 502, N. 50; de Biasio, s. 107.

204 Beck, Art. 502, N. 51; de Biasio, s. 108, dpn. 3.

Rücu hakkının ortadan kalkmasını engelleyecek olan olgu, kefilin, esas borçluya ait savunma sebeplerini bilmemesi ve bu bilgisizlikte kusursuz olmasıdır. Ne var ki, EBK.'nda kefilin kusuru karine olarak kabul edilmekteyken TBK.'nda kefilin kusursuzluğu karine olarak kabul edilmektedir. Şu halde, TBK.'nın sisteminde kefilin kusurunu esas borçlu ispat edecek olup, bu ispatı kolaylaştıracak olgu esas borçlunun açıklama yapma külfetini yerine getirmiş olmasıdır. EBK.'nın sisteminde kusursuzluğunu ispat etmek zorunda olan kefil, esas borçluya ait savunma sebeplerini öğrenmek için kendisinden beklenen her türlü özeni gösterdiğini, özellikle bu konuda bilgi edinmek için esas borçluyla temasa geçmiş olduğunu ispat etmeliydi²⁰⁶. Bu açıdan kefilin konumu, EBK. m. 96 (TBK. m.112) uyarınca kusursuzluğunu ispat külfeti altındaki borçlunun konumuyla örtüşmekteydi.

Kefilin alacaklıyla arasındaki kişisel ilişkiden kaynaklanan savunma sebeplerini kullanmaması rücu hakkının kaybına yol açmaz. Ne var ki, geçerli bir kefalet sözleşmesi bulunmamasına rağmen alacaklıya ödeme yapan (sözde) kefil, halefiyete dayanan bir rücu talebinde bulunamaz. Halefiyete dayanan rücunun ön şartı, geçerli bir kefalet sözleşmesi çerçevesinde alacaklının tatmin edilmiş olmasıdır.

Esas borcun geçerli olarak doğmadığı savunmasını yapmadan alacaklıya ödeme yapan kefil, esas borçluya rücu edemese bile alacaklıya karşı sebepsiz zenginleşme talebinde bulunabilir. Geçerli bir esas borcun bulun-

205 Beck, Art. 502, N. 49. EBK. çerçevesinde de, kefil, önce esas borçluya ait savunma sebeplerini "bilmediğini" sonra da bu bilgisizlikte "kusursuz" olduğunu ispat edecek değildi. Bu yüzden kefil için "çifte ispat" külfetinden söz edilemezdi. Ne var ki kefilin çifte ispat külfeti altında olduğunu ileri sürenler de olmuştur. Bu konuda bkz. Beck, Art. 502, N. 52. Esas borçluya ait savunma sebeplerini bilmemek menfi bir olgu olduğuna ve menfi olguların ispatından söz edilemeyeceğine göre, kefil bu tür bir ispat külfeti altına sokulamazdı. Esas borçluya ait savunma sebeplerini kefilin bilmediği karine olarak kabul edilmeliydi. Kefil, varlığı karine olarak kabul edilen bu bilgisizlikte kusurlu olmadığını ispat etmeliydi. Kefil, kusursuzluğunu ispat etmek için, esas borçluya ait savunma sebeplerini öğrenmek bakımından kendisinden beklenenleri yaptığını, yani müspet bir olguyu ispat etmek zorunda kalacaktı. Kefilin esas borçluya ait savunma sebeplerini bilmediği yolundaki karinenin aksi, kefilin rücu talebini boşa çıkarmak isteyen esas borçlu tarafından kuşkusuz ispat edilebilirdi. Benzer bir düşünce için bkz. de Biasio, s. 109. Kefilin kusursuzluğu durumunda esas borçluya rücu hakkını kaybetmemesini hakkaniyetin bir gereği olarak görenler de vardır. Pestalozzi, Art. 502, N. 13. TBK. m. 591 f. 3, kefilin esas borçluya ait savunma sebeplerini bilmediği karinesine, bu bilgisizlikte kusursuz olduğu karinesini de eklemiştir.

206 Beck, Art. 502, N. 53; Giovanoli, Art. 502, N. 19; de Biasio, s. 109.

maması geçerli bir kefalet sözleşmesinin ortaya çıkmasını engeller ve kefil alacaklıya borçlu olmadığı bir şeyi ifa etmiş olur. Bu ifayı "*kendisini h<,rçlu zaunederek .. gerçekleştinmişse, sebepsiz zenginleşmeye dayanan bır ıade talebini alacaklıya yöneltebilir. Alacaklıya yapılan ifa icra tehdidi altında gerçekleşmişse, kefilin kendisini borçlu zannettiğini ispatlamasına da gerek olmaz. Bir istirdat davası açarak verdiği geri alması mümkün olurff*".

bb. Alacaklıyı tatmin eden kefilin esas borçluya bildirimde bulunmaması

"Kefilin bildirim yükü" kenar başlığını taşıyan TBK. m. 597 şu şekildedir: "Borcu tamamen veya kısmen ödeyen kefil, durumu borçluya bildirmek zorundadır. -Kefil, bu bildirimde bulunmazsa ve ödemeyi bilmeyen veya bilmesi gerekmeyen borçlu da alacaklıya ifada bulunursa, rücu hakkını kaybeder. -Kefilin, alacaklıya karşı sebepsiz zenginleşmeden doğan dava hakkı saklıdır".

Rücu hakkını kaybetmek istemeyen kefil, alacaklıya yaptığı ödemeyi esas borçluya bildirmelidir. Kefil, yaptığı kısmi ödemeleri de alacaklıya bildirmelidir. Kefile bildirim yükü getirilmesi çifte ödemeyi önleme amacına dayanır. Alacaklıya yaptığı ödemeyi bildirmediği için esas borçlunun ikinci bir ödeme yapmasına yol açan kefilin rücu hakkını kaybetmesi olağan karşılanmalıdır. Kefilin bildirim yükü rücu hakkının doğmasına yol açacak her türlü ödeme için mevcuttur. Ödemenin kefilin isteğine uygun olarak veya isteği dışında gerçekleşmesi bu bakımdan fark yaratmaz. İcra tehdidi altında ödeme yapan kefil de, rücu hakkını kaybetmek istemiyorsa esas borçluya bildirimde bulunmalıdır. Esas borç için yapılan ödemeler gibi faize ilişkin yapılan ödemeler de rücu hakkının kullanılmasına yol açar²⁰⁸. O halde, kefil, ödediği faiz tutarını da esas borçluya bildirmelidir. Çifte ödeme olgusu kefilin bildirim yüküne aykırı davranmasına değil de esas borçlunun tutumuna dayanıyorsa, rücu hakkı ortadan kalkmaz. Esas borçlu kefilin alacaklıyı tatmin ettiğini bildiği veya bilmesi gerektiği halde ikinci bir ödeme yapmışsa, bildirim yüküne aykırı davranıldığını ileri sürerek rücu hakkının kullanılmasını engelleyemez²⁰⁹.

207 Beck, Art. 502, N. 54.

208 Pestalozzi, Art. 508, N. 1.

209 Guhl, s. 99; Beck, Art. 508, N. 2; de Biasio, s. 109-110. TBK. m. 597 sadece kefiliden söz etmekle birlikte, müteselsil borçlunun kendi payını aşan miktarda ödeme yapması

Bildirim yüküne aykırılığın rücu hakkının kaybına yol açması Roma kökenli bir anlayışın uzantısıdır. Bu anlayışa göre, esas borçlu ve kefil arasında vekalet ilişkisi bulunmaktadır ve alacaklıya ödeme yaptığı halde bunu esas borçluya bildirmeyen kefil söz konusu ilişkiyi ihlal etmiş sayılır. Böyle bir ihlalin kaçınılmaz sonucu aradaki iç ilişkiye (vekalete) dayanan rücu **hakkı**nın kaybıdır. Diğer taraftan, alacağın devrinden haberdar olmayan borçlunun iyiniyetle eski alacaklıya ödeme yaparak borçtan kurtulmasını öngören TBK. m. 186 düzenlemesi de hatırlanmalıdır. Alacaklıyı tatmin ederek ona halef olan kefil, alacak hakkını yasa gereği devralmış kişi konumundadır. Halefiyet sonucu alacağın kefile geçtiğini bilmeden ve bilmesi de gerekmeden alacaklısına ödeme yapan esas borçluyu borcundan kurtulmuş saymak ve kefilin rücu talebine maruz bırakmamak TBK. m. 186'yla uyumlu bir sonuçtur. Bu sonucun gerçekleşmesini engellemek isteyen kefile yaptığı ödemeyi esas borçluya bildirme yükü getiren düzenleme, yeni bir şey söylüyor değildir.

Kefil ödemeye ilişkin bildirimini gecikmeksizin esas borçluya göndermiş, ne var ki, söz konusu bildirimin esas borçluya ulaşması kefile yüklenemeyen sebeplerle gecikmiş olabilir. Bu gecikme sırasında esas borçlu ikinci bir ödeme yapmışsa, kefile rücu hakkı tanınacak mıdır? Bu soruya, kanaatimce, olumsuz cevap verilmesi gerekir. Bildirimin gecikmesinin rizikosunu kefile yüklemek ve kefilin yaptığı ödemedan habersiz olarak iyiniyetle ikinci bir ödeme yapan esas borçluyu borçtan temelli kurtarmak yerinde olacaktır. Bu sonucun TBK. m. 186'daki düzenlemeyle doğrulandığı da söylenebilir. Esas borçlunun borçtan temelli kurtulmuş sayılması, kuşkusuz, kefilin rücu talebinde bulunmasını engellemekle mümkündür²¹⁰. Burada kefilin talebine mu-

olasılığında da kıyas yoluyla uygulanabilecektir. İç ilişkide üzerine düşenden fazlasını ödeyen müteselsil borçlu, bu durumu diğer müteselsil borçlulara bildinmediği için ikinci bir ödeme yapılmasına yol açarsa, rücu hakkını kaybetmelidir. Nitekim bkz. Beck, Art. 508, N. 3.

210 Farklı bir düşünce için bkz. de Biasio, s. 110. Yazara göre, rücu hakkının kaybı sonucunu doğuran olgu kefilin bildirim yüküne aykırılık etmesidir. Kefil tarafından gecikmeksizin yapılan bildirimin öğrenilememesi esas borçluya yüklenebilir sebeplerden kaynaklanıyorsa, kefilin rücu hak.ları kullanmasına engel olunamaz. Bunun gibi, kefil tarafından zamanında gönderilen bildirim, kefile yüklenemeyen sebeplerle (örneğin postadaki gecikme yüzünden) esas borçluya geç ulaşır ve esas borçlu bu arada ikinci bir ödeme yaparsa, rücu hak.la ortadan kalkmamalıdır. Beck'in düşüncesi de benzer şekilde ortaya çıkmıştır. Yazara göre, kefilin zamanında yaptığı bildirimin esas borçluya geç ulaşması rücu hakkının kaybına yol açmaz. Kefil kendisine yüklenemeyen sebeplerle ortaya çıkan bir gecikmenin rizikosunuyüklenemez. Bkz. Beck, Art. 508, N.

hatap olması gereken kişi, iyiniyetli olarak ödeme yapmış esas borçlu değil, kefil tarafından tatmin edilmiş olduğunu gizleyerek esas borçludan **ikinci bir** ödeme elde etmiş olan alacaklı olmalıdır. Alacaklı, halefiyet yoluyla **kefile** geçmiş alacak üzerinde artık tasarruf yetkisi kalmadığı halde, esas borçlunun iyiniyetli olarak yaptığı ödemeyi kabul ederek rücu hakkının düşmesine yol açmıştır. Bu nedenle, haksız müdahale yoluyla kefilin aleyhine zenginleşmiş sayılmalıdır²¹¹.

Demek oluyor ki, kefilin bildirim yükünü yerine getirmesi rücu hakkını kullanılmasının "*olmazsa olmaz*" koşulu değildir. Rücu hakkının kaybına yol açacak olan olgu, bildirim yüküne aykırılık değil, esas borçlunun iyiniyetle ikinci bir ödeme yapmasıdır²¹². Alacaklıya yapılan ödemeden esas borçlunun haberdar olduğunu kabul etmekte haklı görülebilecek olan kefil, artık anlamsız bir seremoni olarak görülebilecek bir bildirim yapmadı diye rücu hakkını yitirmez²¹³.

Kefilin yaptığı ödemeyi bildirmemesiyle esas borçlu tarafından ikinci bir ödeme yapılması arasında nedensellik bağı bulunduğu takdirdedir ki, rücu hakkı ortadan kalkar. O halde, rücu hakkının ortadan kalktığını ileri süren esas borçluya çifte ispat külfeti yüklenmiştir. O, öncelikle, alacaklıya ikinci bir ödeme yaptığını ispat edecek, daha sonra, kefilin bildirim yüküne uygun davranmasının bu ikinci ödemeyi engelleyeceğini ortaya koyacaktır²¹⁴. Ne var ki kefil için de bir karşı ispat şansı olabilir. Esas borçlunun ödeme hakkında zamanında bilgilendirilmiş olmasına rağmen ikinci kez ödeme yapacağını ispat eden kefil, rücu hakkını kaybetmiş sayılmaz. Esas borçlunun haciz tehdidi altında kaldığını ve bu tehdidi ortadan kaldırmak için ödeme yaptığını ispat eden kefil, bu türden bir ispatı gerçekleştirmiş sa-

5. Pestalozzi'nin düşüncesine göre de, posta idaresinin bir hatası yüzünden bildirimin geç ulaşması veya esas borçlunun adresinin belli olmaması yüzünden bildirimin hiç ya-pılamaması, kefilin rücu hakkının kaybına yol açmaz. Bu gibi durumlarda kefil kusurlu değildir. Pestalozzi, Art. 508, N. 3. Ayrıca bkz. ve krş. Yon Tuhr, s. 105.

211 Bkz. ve krş. Yon Tuhr, s. 106; de Biasio, s. 112.

212 Beck, Art. 508, N. 1.

213 Benzer şekilde bir düşünce için bkz. de Biasio, s. 111. Ayrıca bkz. Beck, Art. 508, N. 5. Yazarın bildirdiğine göre, yaptığı ödemeyi esas borçluya bildirmeyen kefilin TBK. m. 597 (OR Art. 508) düzenlemesinden haberi olmadığını ispatlaması, rücu hakkının düşmesine engel olmaz.

214 Giovanoli, Art. 508, N. 3; Pestalozzi, Art. 508, N. 3.

yılabilir²¹⁵. Alacaklıya yapılan ödemeye ilişkin esas borçluya bilgi verilmiş olduğunu ispat etmesi gereken kişi, hiç kuşkusuz, kefildir¹⁶.

Kefil, alacaklıyı tatmin ettikten sonra mümkün olan en kısa zamanda bildirim yükünü yerine getirmelidir. Kefilin bildirim yükünü zamanında yerine getirip getirmediğini saptarken, iş hayatındaki alışkanlıklar dik.kate alınmalıdır. İş hayatındaki alışkanlıklar kefilin bildirim yükünü nasıl yerine getireceğine karar verirken de belirleyici olacaktır. Bildirim yükünün yerine getirilmesinde gözetilecek bir geçerlilik şekli yoktur²ⁿ.

c. Rücu hakkını kaybeden kefilin olanakları

Kefilin esas borçluya rücu hakkının bulunmaması, alacaklıya yaptığı ödemenin malı yükünü kesin olarak taşıyacağı anlamına gelmez. Kefil için sebepsiz zenginleşmeye dayanan bir talepte bulunma olanağı pek.ala açık olabilir¹⁸.

Esas borcun geçerli olmadığına veya ortadan kalkmış bulunduğu ilişkin bir savunma sebebini kullanmadan alacaklıya ödeme yapan kefil, sebepsiz zenginleşme talebiyle ödediği tutarın iadesini isteyebilir. Bu olasılıkta, esas borç geçerli olmadığı veya sona ermiş bulunduğu için fer'i bir sorumluluk altındaki kefilin ifada bulunması zorunluluğu yoktur. Esas borca ilişkin sorumluluğun olmadığı yerde kefalet sözleşmesinden doğan bir sorumluluk da bulunmaz. Buna rağmen alacaklıya ödeme yapan kefil borç olmayan şeyi ifa etmiş sayılır. Sonuç olarak, kefil, borç olmayan şeyin ifasına dayanan bir sebepsiz zenginleşme talebiyle alacaklıya ödediği tutarın iadesini isteyecektir. Bu talebin sonuç getirmesi için, TBK. m. 78 f. 1'in aradığı koşulların gerçekleşmesi gerekir. O halde, kefil kendisini borçlu zannederek ifada bulunmuş olmalıdır¹⁹.

Alacaklıya ödeme yaptığını esas borçluya bildirmediği için esas borçlu tarafından ikinci bir ödeme yapılmasına yol açan ve rücu hakkını kaybeden kefil için de, sebepsiz zenginleşmeye dayanan bir talepte bulunma olanağı vardır. Bu olasılıkta da, sebepsiz zenginleşme talebinin muhatabı alacaklıdır.

215 Beck. Art. 508, N. 6; de Biasio, s. 111.

216 Beck, Art. 508, N. 4; de Biasio, s. 111.

217 **Beck**, Art. 508, N. 4.

218 Guhl, s. 100; Beck, Art. 508, N. 7, Art. 502, N. 54; de Biasio, s. 111-112.

219 de Biasio, s. 112.

Kefilin alacaklıyı tatmin etmesiyle birlikte halefiyet gerçekleşir. alacak **hak-**kı on bulmayıp kefile geçer. Bu noktadan sonra alacaklının kefile geçmiş alacak üzerinde tasarruf yetkisi kalmaz. Alacaklı buna rağmen esas borçluya başvurur ve ikinci bir ödeme yapılmasına yol açarsa, kefilin hukuk alanına haksız bir müdahalede bulunmuş olur. Alacak hakkının kefile geçtiğini bilmeden iyiniyetle ödeme yapan esas borçlu TBK. m. 186'nın uygulanması²²⁰, sonucunda borçtan kurtulacaktır. Alacaklıya yaptığı ödeme hususunda esas borçluyu bilgilendirmeyen kefil, esas borçluya rücu hakkını kaybeder. Sonuç olarak, artık alacaklı olmayan bir kimseye (eski alacaklıya) yapılan ödeme borcu sona erdirmiş olmaktadır. Artık kefile geçmiş alacak üzerinde, hiçbir yetkisi olmadığı halde tasarruf etmiş olan kişi (eski alacaklı), kefilin hukuk alanına haksız bir biçimde müdahale etmiş olur. Bu haksız müdahale sonucu gerçekleşen zenginleşmenin tasfiye edilmesi ve esas borçlu tarafından ödenen tutarın kefile aktarılması gereklidir. Kefil tarafından alacaklıya yöneltilecek haksız müdahaleden ötürü zenginleşmeye dayanan talebin TBK. m. 82'de belirtilen zamanaşımı süresi içinde ileri sürülmesi gerektiği açıktır²²¹.

220 Pandekt anlayışında, kefil tarafından tatmin edilen alacaklıya esas borçlunun ikinci bir ödeme yapması durumunda, sebepsiz zenginleşme talebinin sahibi esas borçlu olurdu. Bu anlayışa göre, kefilin ifasıyla ortadan kalkan borcun bir kere de esas borçlu tarafından ifa edilmesi, borç olmayan şeyin ifası anlamına gelirdi. Borç olmayan şeyi ifa etmiş olan esas borçlu, alacaklıya karşı sebepsiz zenginleşme talebinde bulunabilecektir. Böyle bir borçlu, kendisine rücu eden kefilin talebini kefil bildirim yüküne aykırılık ettiği için reddederse, alacaklıya karşı sahip olduğu sebepsiz zenginleşmeye dayanan hakkını kefile temlik etmek durumundaydı. Günümüz hukukunda kefilin halefiyetinin kabul edilmesi, Pandekt hukukundaki bu anlayış biçimini etkisiz bırakmıştır. Halefiyet sonucu kefile geçmiş alacak hakkı üzerinde tasarruf yetkisi de kefile geçmekte, kefil tarafından tatmin edilmiş alacaklının bu alacak üzerinde tasarruf yetkisi kalmamaktadır. Buna rağmen eski alacaklı esas borçlunun iyiniyetle yaptığı ödemeyi kabul eder ve esas borçlunun borçtan kurtulmasına yol açarsa, kefilin aleyhine haksız müdahale yoluyla zenginleşmiş olur. Bkz. Yon Tuhr, s. 106. Beck, kefilin alacaklıya yönelteceği sebepsiz zenginleşme talebini incelerken, İsv. BK. m. 63 vd koşulların gerçekleşmesi gerektiğini ileri sürmektedir. Buna göre, kefil, hataya düştüğünü ve kendisini borçlu zannederek ifada bulunduğunu ispat etmelidir. Diğer taraftan alacaklının "zenginleşmenin eksildiği savunması" yapmasına da olanak verilmelidir. Bkz. Beck, Art. 508, N. 7. Beck'in bu düşüncelerine katılma olanağı yoktur. "*Kendisini borçlu zannederek ifada bulunma*" gerekliliği, borç olmayan şeyin ifasına dayanan sebepsiz zenginleşme talebi için söz konusudur. Borç olmayan şeyin ifasına dayanan zenginleşme ise, edime dayanan sebepsiz zenginleşmenin bir görünümüdür. Diğer taraftan, "*zenginleşmenin kalmadığı (eksildiği)*" savunması, edime dayanan sebepsiz zenginleşme talebini sınırlayan bir savunma olup müdahaleye dayanan sebepsiz zenginleşme talebine karşı ileri sürülemez. Ele aldığımız konu bakımından edime dayanan sebepsiz zenginleşme tale-

H. Rücu hakkının tabi olduğu zamanaşımı

Kefilin rücu hakkını kullanma olanağına kavuştuğu anda esas borç hakkında zamanaşımının gerçekleşmesi yakın olabilir. Böyle bir durumda kefil için önemli bir tehlike söz konusu olacaktır. O, zamanaşımının kesilmesine yol açacak bir fiili gerçekleştirmeden önce, zamanaşımı gerçekleşebilir.

Yukarıda belirtilen olasılıklarda, kefil, esas borçluyla arasındaki temel ilişkiye (vekalet veya vekaletsiz iş görme ilişkisine) dayanarak rücu hakkını kullanabilirdi. Halefiyete dayanan rücu hakkı bakımından söz konusu olabilecek zamanaşımı engeli, temel ilişkiye dayanan rücu hakkı bakımından söz konusu olmaz. Temel ilişkiye dayanan rücu talebine ilişkin zamanaşımı alacaklı kefil tarafından tatmin edilmeden önce işlemeye başlamaz. Çünkü bu andan önce muacceliyet gerçekleşmez.

TBK. m. 596 f. 5, bu noktada kefilin rahatlatan bir düzenleme getirmektedir. Buna göre, *"kefilin rücu hakkına ilişkin zamanaşımı, kefilin alacaklıya ifada bulunduğu anda işlemeye başlar"*. Bu hüküm şu şekilde anlaşılmalıdır: Esas borç (ve esas borca bağlı yan yükümlülükler) hakkında işlemekte olan zamanaşımı, kefilin yaptığı ödemeye birlikte kesilmiş olur. Bir başka deyişle, kefil tarafından yapılan ödemenin ve bu ödemeye birlikte gerçekleşen halefiyetin zamanaşımını kesen bir etkisi vardır. Kefil kısmı ifada bulunmuşsa alacaklının elde edemediği alacak kısmı bakımından zamanaşımı işlemeye devam eder. Söz konusu alacak kısmı bakımından zamanaşımı gerçekleşirse, kefilin (esas borçlunun sahip olduğu bir savunma olarak) zamanaşımı definde bulunabileceği kuşkusuzdur²¹.

bi değil müdahaleye dayanan sebepsiz zenginleşme talebi söz konusu olacaktır. Kefil alacaklıya ifada bulunurken borç olmayan şeyi ifa etmiş değildir. Alacaklının zenginleşmesi de, kefilin yaptığı ifanın bir sonucu olarak ortaya çıkmamıştır. Alacaklıyı zenginleştiren, kefilin yaptığı ifaya rağmen esas borçlunun ödemesini kabul etmiş olmasıdır. Alacaklı, böylelikle halefiyet yoluyla kefile geçmiş alacak üzerinde herhangi bir yetkisi olmadan tasarruf etmekte, kefilin hukuk alanına haksız bir müdahalede bulunmaktadır. Kefil, bu haksız müdahaleden ötürü alacaklının elde ettiği zenginleşmesinin tasfiyesi amacıyla talepte bulunmaktadır. Edim zenginleşmesine dayanan bir talep söz konusu olmadığına göre de, ne *"kendisini borçlu zannederek ifada bulunma"* gerekliliği ne de *"zenginleşmenin eksildiği"* savunması söz konusu olmayacaktır. Haksız müdahaleden doğan sebepsiz zenginleşme talebi için bkz. Öz, Sebepsiz Zenginleşme, s. 123 vd; Serrozan, İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme, s. 344 vd.

221 Beck, Art. 507, N. 44; Giovanoli, Art. 507, N. 16; Pestalozzi, Art. 507, N. 12.

§ 7. Kefil ve Ayni Teminat Veren Kişiler Arasındaki İlişkiler

I. Sorunun ortaya koyulması

Aynı borç hem kefaletle hem de esas borçlu dışında bir kişi tarafından verilen rehinle teminat altına alınmışsa önemli bir sorunla karşılaşırız. Bu sorun, esas borçlunun ödeme güçsüzlüğünden kaynaklanan zararı nihai olarak kimin taşıyacağıyla ilgilidir. Alacaklıyı tatmin eden kefil, üçüncü kişi tarafından verilmiş olan ve halen alacaklının elinde bulunan rehnin paraya çevrilmesi yoluna gidebilecek midir? Bunun gibi, rehin veren üçüncü kişi, rehnin paraya çevrilmesini engellemek için alacaklıyı tatmin ettiği takdirde, alacaklıya verilmiş kefalet güvencesinden yararlanabilecek midir? Alacaklı üçüncü kişi tarafından verilen rehni paraya çevirmişse, söz konusu üçüncü kişinin alacaklıya kefalet güvencesi vermiş olan kişiye başvurabilip başvuramayacağı da açıklığa kavuşturulmalıdır.

Kefalet güvencesine bağlanan borç için rehin vermiş olan kişi, üçüncü bir kişi olmayıp esas borçlu olduğu takdirde konumuz açısından bir güçlük ortaya çıkmaz. Bu olasılıkta, alacaklı önce rehnin paraya çevrilmesi yoluna giderse, bu yolun sonunda alacaklının eline geçen tutar kadar kefilin sorumluluğu azalır. Buna karşılık, alacaklı rehnin paraya çevrilmesi yoluna gitmeden kefil ödeme yaparsa, alacaklıya halef olan kefil alacaklının elindeki rehinden yararlanma şansına kavuşur. Aynı sonuçlar, esas borçlu tarafından rehin olarak verilen eşyanın sonradan üçüncü bir kişiye devredilmesi olasılığında da ortaya çıkar. Şöyle ki: Kefalet sözleşmesi yapıldığı sırada alacaklının elinde esas borçlu tarafından rehin olarak verilmiş bir mal bulunmaktaysa, bu malın sonradan başkasına devredilmesi alacaklıyı tatmin eden kefilin rehnin paraya çevrilmesi yoluna gitmesine engel olmaz. Rehlinli malı devralan **kişi**, alacaklıya halef olan kefilin bu malı paraya çevirmesine karşı çıkamaz. Diğer taraftan, rehlinli malı devralan üçüncü kişinin yaptığı ödeme bizzat esas borçlu tarafından yapılan ödemeye aynı sonuçları doğurur.

O halde, esas borç 0ç0ncU kişinin ifasıyla sona eder, yoksa ifada bulunan 0ç0nc0 kişi alacaklıya halef olarak kefile başvurabilme hakkını kazanmaz. Rehinli malı devralan 0çUncU kişinin ifası esas borcu sona erdireceğinden, fer'i nitelikteki kefilin sorumluluğu da son bulur'.

Bundan sonraki açıklamalar, kefalet güvencesine bağlanan borç için rehin venniş olan kişinin, esas borçlu değil de üçüncü bir **kişi** olduğu **kurgusu**-na dayanılarak yapılacaktır.

il. Sorunun 818 sayılı (eski) Borçlar Kanunu çerçevesinde ele alınması

Kefil alacaklıyı tatmin ederse EBK. m. 496 uyanınca alacaklının haklarına halef olmaktadır. Bu bakımdan TBK. m. 596 f. I 'de yer alan halefiyet ilkesi, EBK. sisteminde de var olan bir kurguyu devam ettirmektedir. Şu halde, EBK.'nun da kabul ettiği halefiyet ilkesi gereğince, hem alacak hakkı ve hem de alacağı güvence altına alan fer'i nitelikteki rehin hakkı kefile geçmekteydi. Böylelikle kefil mevcut rehinin paraya çevrilmesi yoluna gidebilecek ve esas borçlunun malı durumundaki bozukluğun sonuçlarını esas borç için rehin veren kişiye aktarabilecekti. Buna karşılık, EBK. m. 109 (MK. m. 884 f. 2 ile birlikte) başkasının borcu için rehin veren kişinin halefiyetini düzenlemekteydi². EBK. m. 109'a göre, başkasının borcu için rehin veren kişi, rehinin paraya çevrilmesini engellemek için alacaklıyı tatmin ederse, alacaklıya halef olacaktır. Alacakla birlikte bütün fer'i haklar, bu arada kefile karşı olan haklar kendisine geçecektir. Bu olasılıkta, malını rehinden kurtarmak için alacaklıyı tatmin eden kişi, esas borçlunun ödeme gücünden yoksun olmasının yarattığı sonuçları kefile aktarabilme şansına sahip olmaktadır³.

818 sayılı (eski) Borçlar Kanunu'nun yukarıda aktarılan hükümlerinin incelenmesinden çıkan sonuç şudur: Başkasının borcu için rehin veren ve kefil olan iki kişiden hangisinin halefiyet ayrıcalığından yararlanacağını alacaklı belirleyecektir⁴. Alacaklı tarafından hangisi sorumlu tutulursa, o,

1 Aynı yönde açıklamalar için bkz. de Biasio, s. 128-129.

2 EBK. m. 109'daki düzenleme TBK. m. 127'de yer almaktadır.

3 Bede, Art. 507, N. 45; de Biasio, s. 130.

4 Bir başka açıdan konuya bakılırsa, halefiyet sorununun çözümü için rehin veren veya kefinden hangisinin alacaklıyı tatmin etmiş olduğu dik.kate alınmalıydı. Buna göre, alacaklıyı önce tatmin etmiş olan halefiyet ayrıcalığından yararlanarak diğerine rücu edecektir. Beck, Art. 507, N. 45; Pestalozzi, Art. 507, N. 10.

halefiyete dayanarak diğerine rücu edebilecektir. Rehin veren kişi ve kefil, bu hukuki gerçeğin farkına vardıkları takdirde, alacaklıyı tatmin etmek için kendi aralarında yarışa girebilirlerdi. Bu yarıştan yararlanacak olan **kişi** ise, kuşkusuz alacaklı olacaktı. Diğer taraftan, adi kefilin öncelikle rehlin paraya çevrilmesini isteyebileceğini öngören EBK. m. 486 f. 2'de büyük ölçüde anlamsız hale gelecekti. Bu hükme dayanan adi kefil, kendisine başvuran alacaklıyı elindeki rehni paraya çevirmeye zorlayabilir, ne var ki, paraya çevirme tamamlandıktan sonraki aşamada rehin veren kişinin kendisine rücu etmesini engelleyemezdi. Böylelikle esas borcun yerine getirilmemesinin faturası son aşamada yine kendisine çıkarılmış olurdu⁵.

EBK. m. 496; EBK. m. 109 ve MK. m. 884 f 2'nin lôfzi değerlendirmesinden çıkan bu sonuçlar, 1941 yılındaki revizyondan önce benzer pozitif düzenlemelerle karşı karşıya bulunan İsviçre öğretisi tarafından genellikle kabul edilmemiştir. Bir başka deyişle, "başkasının borcu için rehin veren kişiyle kefil olan kişiden hangisi önce davranır ve alacaklıyı tatmin ederse, halefiyete dayanarak diğerine başvurabilir" tarzında bir yargıya varmak yerinde görülmemiştir. Diğer taraftan, karşıt bir çözüme gidilmesi ve "başkasının borcu için rehin veren kişiyle kefil olan kişiden hangisi önce davranıp alacaklıyı tatmin ederse diğerine başvurma şansına sahip değildir" denilmesi de olumlu karşılanmamıştır. Konuya ilişkin olarak öğreti tarafından ileri sürülen görüşler de Biasio tarafından üç grupta toplanmıştır-/>.

İlk grupta yer alan görüşlere göre, esas borçlunun mali gücünün bulunmamasına bağlı olumsuz sonuçların paylaşılması bakımından alacaklının tatmin edildiği an esas alınmalıdır. Alacaklının tatmin edildiği anı çıkış noktası almak bakımından birbiriyle uyum içerisindeki görüşler, ulaşılan sonuç bakımından kendi içinde iki alt gruba ayrılmaktadır. Alt gruplardan ilkinde göre, başkasının borcu için rehin veren kişiyle kefil olan kişiden hangisi alacaklıyı önce tatmin ederse, halefiyete dayanarak diğerine başvurabilecektir. Alt gruplardan ikincisine göreyse, başkasının borcu için rehin veren kişiyle kefil olan kişiden hangisi alacaklıyı tatmin ederse, esas borçlunun malf gücünün bulunmamasından kaynaklanan zararlı sonuçları nihaf olarak üstlenecek ve diğerine rücu edemeyecektir. Yukarıda da belirtildiği gibi, bu düşünce azınlıkta kalmıştır.

İkinci grupta yer alan görüşler, esas borçlunun malf gücünün bulunmamasından kaynaklanan zararlı sonuçları, başkasının borcu için rehin veren kişiyle kefil olan kişiden sadece birisinin taşıması gerektiğini kabul etmekte-

5 Yon Tuhr, s. 119; Guhl, s. 105-106; de Biasio, s. 130-131.

6 Bu konuda, Fransız, Alman ve 1941 revizyonundan önceki İsviçre öğretisinde ileri sürülen görüşler hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. de Biasio, s. 132-135.

dir. N, e•ar ki, nilıaiyüki kimin taşıyacağı üzerinde karar verilirken alac•nın hangisi tarajından tatmin edilmiş olduğuna bakılmayacaktır. ikinci grup kapsamında yer alan alt gııplardan ilkinē göre, başkasının borcu için lc.endı malını rehin veren kişi alacaklıyı tatmin ederse aynı borç için kefil o/mıq Jc4iye başvurabilir. Ne var ki, bu önermenin tersi geçerli değildir. Alacalc1j1 tatmin eden kişi kefilse, alacaklının elinde bulunan ve esas borçlu dışında bir /.. "işi tarafından verilmiş olan rehnin paraya çevrilmesi yoluna gidemez. Bu yaklaşım biçiminin Roma hukukunun klıcisik devresinden sonrasına ait olduğuda burada zikredilmelidir. İkinci alt grubun yaklaşım biçimine göre, başkasının borcu için kefil olan kişi rehin veren kişiye göre öncelikli konumdadır ve alacaklıyı tatmin ettikten sonra rehnin paraya çevrilmesi yoluna gidebilir. Buna karşılık, alacaklı rehin veren tarafından tatmin edilmişse veya alacaklı rehnin paraya çevrilmesi yoluyla tatmin bulmuşsa, halefi,yet çerçevesinde kefile başvurulması mümkün olmayacaktır. Roma hukukunun klıcisik dönemine ait olan bu yaklaşım, bugün için hcıkim görüşü oluşturmaktadır ve İsviçre hukukunda 1941 yılında yapılan revizyonla birlikte pozitif hukuk htiline gelmiştir.

Üçüncü grupta yer alan düşüncelere göre, alacaklının tatminiyle birlikte ortaya çıkabilecek zararlı sonuçlar, başkasının borcu için rehin veren kişiyle kefil olan kişi arasında paylaşılacaktır. Paylaşımında her birine düşecek hisseler belirlenirken, rehin konusu malın değeriyle kefilin üstlendiği sorumluluk miktarı arasındaki orana bakılacaktır.

de Biasio tarafından aktarılan görüşleri bu şekilde sıraladıktan sonra, İsviçre hukukunda 1941 revizyonundan önce konunun ilk defa Von Tuhr tarafından derinlemesine ele alındığını belirtmek isteriz. Von Tuhr'un görüşlerini ileri sürdüğü dönemde İsviçre hukuku, EBK. çerçevesinde var olan duruma birebir benzemekteydi. Şu halde, Von Tuhr'un görüşleri, EBK. çerçevesinde mevcut durumun ne olduğuna ilişkin bir yargıya ulaşılrken yol gösterici olacaktır. Von Tuhr, esas borçlunun mali gücünün bulunmamasından kaynaklanan zararı, son aşamada başkasının borcu için rehin veren kişinin taşınması gerektiğini söylemektedir. Adi kefalet için bu sonuca varılması çok daha kolay olacaktı. Adi kefilin sorumluluğunun ikincil niteliği ve alacaklıyı öncelikle rehnin paraya çevrilmesine yönlendirebilmesi olanağı, sorumluluğun nihaf yükünün rehin veren üzerinde olduğunun kabulünü gerektirir. Adi kefilin önce rehnin paraya çevrilmesini isteyebilme olanağı, rehin veren tarafından kefile rücu edilebilecek olsaydı değerini büyük ölçüde yitirirdi. Diğer taraftan, (eski) OR Art. 509 (EBK. m. 500 f 1) düzenlemesini de gözden kaçırmamak gerekliydi. Bu düzenlemeye göre, alacaklı kefalet sözleşmesinin yapıldığı sırada mevcut olan veya sonradan elde edilen rehinleri kefilin zararına olacak şekilde elden çıkarırsa kefile karşı sorumlu olacaktır. Bir başka deyişle, alacaklının elindeki rehinleri elden çıkararak kefilin rücu hakkını kullanmasını zorlaştırması, kendi açısından sorumluluk doğurucu etki taşır. Alacaklının elindeki rehinleri kefilin zararına azaltmasına izin verilmemesi, alacaklıyı tatmin eden kefilin bu rehin/ere başvurabilme olanağının kabul

edilmesi demektir. Buna benzer bir düzenleme Medeni Kanun'un rehin halesine ilişkin hükümleri arasında bulunmamaktadır. Demek oluyor ki, başkasının borcu için rehin veren kişi, kefile ibra ederek sorumlulukları kurıaran alacaklıyı sorumlu tutamayacaktır. Kefalet güvencesinin ortadan kalkmasına sebep olan alacaklının rehin verene karşı sorumluluğunun kabul edilmemesi, rehin verenin zarara uğramasına yol açacak bir olgunun bulunmadığının kabul edilmesi demektir. O halde, alacaklıyı tatmin eden rehin veren, sonradan kefile rücu edememelidir. Rehlin veren kişi hiçbir şekilde kefile rücu edemeyeceği içindir ki, kefalet güvencesinin ortadan kalkmasına yol açan alacaklının rehin verene karşı bir sorumluluğu yoktur. Başkasının borcu için kefil olan kişinin başkasının borcu için rehin veren kişiye tercih edilmesine yol açacak önemli bir sebep daha vardır. Kefil, bütün malvarlığıyla sorumlu tutulabilecekken başkasının borcu için rehin veren kişinin sorumluluğu sınırlıdır. O, sadece rehin olarak vermiş olduğu malın paraya çevrilmesine katlanmak zorunda kalacaktır. Kefilin geniş kapsamlı bir sorumluluk altında olması, rehin veren karşısında korunmasına yol açmalıdır. Bütün bu değerlendirmelerin sonucu şudur: Başkasının borcu için rehin veren kişinin alacaklıyı **tatmin** ederek ona halef olması, sadece esas alacak için söz konusu olacak, kefile karşı olan haklar halefiyetin kapsamına girmeyecektir⁷.

1941 revizyonundan önceki dönemde İsviçre Federal Mahkemesinin tutumu da, sonuç itibarıyla Von Tuhr 'un görüşüyle aynı doğrultudadır. Yüksek Mahkemeye göre, alacaklının önce kefilin edimiyle mi rehnin paraya çevrilmesi yoluyla mı tatmin edilmiş olduğuna bakılarak halefiyet sorununun çözümüne gidilemez. Rehlin veren veya kefileden hangisi alacaklıyı önce tatmin etmişse diğerine rücu edebilir şeklinde bir sonuca varılamaz. Kefalet hukunun halefiyete ilişkin hükümleri OR Art. 110 (EBK. m. 109-TBK. m. 127) düzenlemesine göre özel hüküm niteliğini taşır. Buna bağlı olarak da, alacaklıyı tatmin eden kefil alacaklının elindeki rehinleri paraya çevirebilecekken, rehin veren alacaklıyı tatmin ettikten sonra kefile rücu edemez⁸.

III. Türk Borçlar Kanunu'nun konuya ilişkin düzenlemesi

1941 revizyonu çerçevesinde İsviçre Borçlar Kanunu'ndaki yerini alan OR Art. 507 Abs. 4 düzenlemesi şu şekildedir: "Kefil olunan borç için verilmiş olan rehin paraya çevrilirse veya alacaklı rehin veren kişi tarafından tatmin edilirse, rehin veren tarafından kefile başvurulabilmesi için, ya kefil ve rehin verenin bu konuda anlaşmış olmaları ya da rehnin kefaletten

7 Von Tuhr, s. 117 vd.

8 BGE6211120.

sonra verilmiş olması gerekir". Söz konusu düzenleme TBK. m. 596 f. 4'c şu şekilde aktarılmıştır: "*Bir alacağın güvencesini oluşturan rehin paraya çevrildiği veya borç rehin veren malik tarafından ödendiği takdirde **malik**. kefile karşı rücu hakkını, ancak kefil ile kendisi arasında böyle bir anlaşma varsa ya da rehin sonradan üçüncü bir kişi tarafından verilmişse kullanabilir*". Bu düzenleme konuya ilişkin olarak uygulanacak kuralı belirlemiştir. Kefalet sözleşmesinin yapıldığı sırada veya daha önceden rehin vermiş olan kişi, halefiyet kapsamında kefile başvurma olanağına sahip değildir. Rehin paraya çevrilmiş olması veya alacaklının rehin verence tatmin edilmiş olması bir fark yaratmayacak, her iki olasılıkta da rehin veren kişi kefile başvuramayacaktır. Buna karşılık, alacaklı kefil tarafından tatmin edilirse, kefil halefiyet kapsamında kendisine geçmiş olan rehin hakkından da yararlanabilecek, rücu hakkının kullanılmasında rehin paraya çevrilmesi yoluna gidebilecektir⁹.

Yukarıda açıklanan kuralın istisnaları bulunmaktadır. Bu istisnalardan ilki, başkasının borcu için rehin veren kişiyle kefil arasında, yasa tarafından kabul edilen kuralın dışına çıkan ve karşılıklı rücu ilişkilerini düzenleyen bir anlaşmanın bulunmasıdır. Bu anlaşma çok çeşitli görünümler içerebilir. Örneğin rehin veren kişinin kefile rücu olanağı, rehin kefaletten sonra verildiği olasılık için de kaldırılabilir. Yasada öngörülen kuralın tamamen aksi yönde bir anlaşma yapmak da mümkündür. Buna göre, rehin veren kişinin kefile rücu hakkı bulunduğu, kefilin ise rehin verene hiçbir şekilde rücu edemeyeceği geçerli olarak kararlaştırılabilir. Kefilin ve rehin verenin birbirlerine karşı rücu hakkına hiçbir şekilde sahip olmayacaklarına ilişkin bir anlaşma yapılması da mümkündür. Nihayet, esas borçlunun mali gücünün bulunmamasından kaynaklanan zararın, kefil ve rehin veren arasında belirli oranlarda paylaştırılacağı hususunda bir anlaşmayla da karşılaşılabılır. Bütün bu anlaşmaların geçerli olabilmesi için herhangi bir geçerlilik şekline uyulmasına gerek yoktur¹⁰.

Yasal kuralın ikinci istisnası, rehin hakkının kefalet sözleşmesinin yapılmasından daha sonra kurulmuş olmasıdır. Bu olasılıkta, alacaklı rehin

9 Konuya ilişkin olarak bkz. Guhl, s. 110; Beck, Art. 507, N. 46; de Biasio, s. 135-136; Giovanoli, Art. 507, N. 13; Pestalozzi, Art. 507, N. 11.

10 de Biasio, s. 136; Beck, Art. 507, N. 46-47. Beck'in düşüncesine göre, kefil ve rehin veren malik arasında rehin verenin rücu hakkına sahip olduğunun kararlaştırılmasına karşılık kefilin rücu hakkı konusunda sessiz kalınmışsa, kefilin rücu hakkının bulunmadığı sonucuna varılmalıdır.

paraya çevrilmesi yoluna giderse veya rehin veren alacaklıyı tatmin ederek rehnin paraya çevrilmesini engellerse, kefil rehin verenin rücu talebine muhatap olabilecektir. Buna karşılık, kefil için rehin verene karşı kullanılabilecek bir rücu hakkı yoktur. Söz konusu istisnanın ratio legisi (teşrii hikmeti) kendiliğinden anlaşılabilir. Ele alınan olasılıkta kefil, henüz mevcut olmayan ve sonradan verilecek olan bir rehinden haberdar olmadan sorumluluk üstlenmiştir. Bu nedenle hiç hesaba katmadığı bir rehin hakkından yararlanma ayrıcalığına kavuşturulmamalıdır. Buna karşılık, rehin veren kişi ortadaki kefalet güvencesini hesaba katarak hareket etmiş olabilir¹¹. Kefalet sözleşmesinin yapılmasından sonra verilen rehinlerle ilgili olarak ortaya çıkacak önemli bir sonuca da bu bağlamda işaret edilmelidir. Alacaklı, kefil karşısında, söz konusu rehinlerle ilgili olarak bir özen yükümü altında değildir. Bu sonuç olağan karşılanmalıdır. Kefil, sonradan verilen rehinlerden yararlanma şansına sahip olmadığına göre, söz konusu rehinleri elden çıkardığı için alacaklıyı sorumlu tutması mümkün değildir¹². Nitekim alacaklının elindeki güvenceler bakımından özen yükümü altında olduğunu belirten TBK. m. 592 f. 1, belirttiğimiz hususu dikkate alan bir sınırlama getirmektedir. Bu sınırlamaya göre, alacaklı, kefaletten sonra üçüncü kişi tarafından verilen güvencelere ilişkin olarak özen yükümü altında değildir¹³.

Kefalet sözleşmesinin yapılmasından sonra rehin veren kişinin durumu, çok önemli bir noktada rehin verildikten sonra kefil olan kişinin durumuna göre daha zayıftır. Şöyle ki: Alacaklı, kefile karşı, kefaletten önce (en geç *kefalet* anında) verilmiş rehinlere ilişkin olarak özen yükümlülüğü altındadır. Bu türden rehinleri azaltan alacaklı kefile karşı sorumlu olur (TBK. m. 592 f. I). Alacaklı söz konusu rehinleri ağır kusurla elden çıkarırsa kefilin borçtan kurtulmasına yol açar (TBK. m. 592 f. 4). Ne var ki, alacaklı, rehin hakkı sahibi karşısında benzer bir özen yükümlülüğü altında değildir. Alacaklı rehinden önce verilmiş olan kefalet güvencesinin ortadan kalkmasına sebep oldu diye rehinli alacaklı karşısında sorumlu olmaz. Bunun gibi, alacaklı rehin hakkının sona ermesine yol açacağı kaygısını taşımaksızın kefil i bra edebilir. Demek oluyor ki, kefaletten sonra rehin veren kişinin kefile rücu hakkı bulunmakla birlikte, bu rücu hakkını kullanması engellenebilir. Alacaklı rehnin paraya çevrilmesi yoluyla tatmin olduktan sonra, ancak henüz rehin veren kişi kefile rücu etmeden önce, kefil i bra edebilir. Rehlin verenin

11 de Biasio, s. 137.

12 Guhl, s. 111.

13 Giovanoli, Art. 507, N. 10; Pestalozzi, Art. 507, N. II.

kefile rücu etine olanağı ortadan kalktığı gibi, alacaklıyı bu davranışından ötürü sorumlu tutlma olanağı da olmayacaktır. Böyle bir durumda rehin veren için söz konusu olabilecek yegane olanak, alacaklının davranışı dürüstlük kuralına aykırı düştüğü ölçüde alacaklıdan tazminat istemektir¹⁴. Her sözleşmede olduğu gibi, rehin sözleşmesinde de tarafların birbirini kişi ve mal varlığı zararlarından koruma (davranış) yükümlülüğünün varlığı kabul edilirse, alacaklıdan istenebilecek tazminata hukuki bir temel bulunmuş olur.

14 deBiasio,s.137.

§ 8. Kefilin Sorumluluğunun Sona Ermesi

I. Kefilin sorumluluğunun esas borca bağlı olarak sona ermesi

A. Genel olarak

TBK. m. 598 f. 1'e göre, "*hangi sebeple olursa olsun, asıl borç sona erince, kefil de borcundan kurtulur*". TBK. m. 598 f. 2 ise şu düzenlemeyi getirmektedir: "*Borçlu ve kefil sıfatı aym kişide birleşmiş olursa, alacaklı için kefaletten doğan özel yararlar saklı kalır*". TBK. m. 598 f. 1'de yer alan düzenleme "*kefaletin fer 'iliği'*" ilkesinin onaylanmasından ibarettir. Herkefalet geçerli bir esas borcun varlığını gerektirdiğine göre, esas borç ortadan kalkar kalkmaz kefaletin son bulması kaçınılmazdır. Bu sonuç, TBK. m. 131 f. 1'de de belirtilmektedir: "*Asıl borç ifa ya da diğer bir sebeple sona erdiği takdirde, rehin, kefalet, faiz ve ceza koşulu gibi buna bağlı hak ve borçlar da sona ermiş olur*". Esas borcun son bulmasıyla birlikte kefilin sorumluluktan kurtulması kendiliğinden (yasa uyarınca) gerçekleşir. Kefil, esas borcun son bulduğu savunmasına dayanmaktan peşin olarak vazgeçmiş olsa bile bu sonuç değişmez; esas borcun son bulmasıyla birlikte sorumluluktan kurtulduğunu ileri sürebilir¹. Esas borcun sona ermesi kefile yüklenemeyen bir sebeple ortaya çıkmışsa, özellikle alacaklının bir eyleminden kaynaklanmışsa, sorumluluktan kurtulduğunu ileri süren kefil hakkını kötüye kullanmış sayılamaz².

Esas borcun kısmen son bulması olasılığında kefilin sorumluluktan kurtulması kısmen gerçekleşir. Esas borç kısmen ifa edilmişse veya esas borcun bir kısmı için ibra sözleşmesi yapılmışsa böyle bir durumla karşılaşırız. Asıl borcun ifa edilmiş olması, ifa edilmemiş durumdaki faizlerden ötürü kefi-

Beck, Art. 509, N. 7.

2 Beck, Art. 509, N. 8.

lin sorumluluğunu ortadan kaldırırsınız. Kefilin borcun aslından sorumluluğu kadar, faizlerden sorumluluğu da yasaya dayanmaktadır (TBK. m. 589 f. 2 b. 3). Borcun aslının ifasının işlemiş faize etkisine ilişkin TBK. m. 131 f. 2 şu şekildedir: *"İşlemiş faizin ve ceza koşulunun ifasını isteme hakkı sözleşmeyle veya ifa anına kadar yapılacak bir bildirimle saklı tutulmuş ise ya da durum ve koşullardan saklı tutulduğu anlaşılmaktaysa, bu faizler ve ceza koşulu istenebilir"*. Beck, bu hükmün bir karine kabul ettiğini belirtmektedir. Bu karineye göre, işlemiş faizler, borcun aslının ifasından önce, en geç borcun aslıyla birlikte ifa edilmiş sayılacaktır. Nitekim olayların büyük çoğunluğunda da böyle olmaktadır. Borcun aslının ifa edilmesine rağmen işlemiş faizlerin henüz ifa edilmediğini ileri süren, bu hususu ispat etmelidir. O halde, esas borçlunun bizzat kendisi henüz ifa edilmemiş olduğu ispatlanan faizlerden sorumlu tutulabilir. Borcun aslının ifası, işlemiş ve ödenmemiş faizlerden ötürü esas borçlunun sorumluluğunu ortadan kaldırmadığına göre, kefilin faizlere ilişkin sorumluluğunu da ortadan kaldırmaz³.

Esas borcun sonradan canlanmasıyla birlikte kefaletin de canlanıp canlanmayacağı tartışılabilir. Borçlar Kanunu, iki durumda, esas borçla birlikte fer'i hakların da canlanacağını öngörmüştür. Bu hallerden ilki alacaklı temerrüdüyle ilgili olarak karşımıza çıkar. TBK. m. 107 f. 1'e göre, *"alacaklının temerrüde düşmesi durumunda borçlu, hasar ve giderleri alacaklıya ait olmak üzere, teslim edeceği şeyi tevdi ederek borcundan kurtulabilir"*. TBK. m. 109 ise şu şekildedir: *"Alacaklı, tevdi edilen şeyi kabul ettiğini açıklamış veya tevdi bir rehnin ortadan kaldırılması sonucunu doğurmuş olmadıkça borçlu, tevdi edilen şeyi geri alabilir. - Tevdi edilen şey geri alındığı anda alacak, bütün yan haklarıyla birlikte varlığını sürdürür"*. Borcun canlanmasının fer'i hakları da canlandıracağına ilişkin ikinci durum da, borcun üstlenilmesine ilişkin hükümler arasında yer almaktadır. TBK. m. 200 f. 1'e göre, borcun (dış) üstlenilmesine ilişkin sözleşme hükümsüz hale gelirse, eski borç bütün bağlı haklarıyla birlikte canlanır.

Esas borcun sonradan canlanmasıyla ilgili diğer hükümlerde bağlı hakların da canlanıp canlanmayacağı hakkında bir açıklık yoktur. Alacaklı ve borçlu sıfatlarının aynı kişide birleşmesiyle borç sona erer (TBK. m. 135 f. 1). TBK. m. 135 f. 2'de, birleşmenin geçmişe etkili olarak ortadan kaldırılması durumunda borcun varlığını sürdüreceği belirtilmekte, ne var ki, bağlı (fer'i) hakların durumuna ilişkin bir şey söylenmemektedir. Konuya ilişkin olarak İsviçre Federal Mahkemesinin yaklaşımı anılmaya değer. Bir kimse- nin iflasında, o kişinin bir borcunun ifasına ilişkin hukuki işlemi iptal edi-

3 Beck, Art. 509, N. 9.

lebilir. İşte böyle bir durumda, Federal Mahkeme, esas borçla birlikte kefaletten doğan yükümlülüğün de canlanacağına hükmetmiştir. Üstelik sadece kefilin kötünietli olduğu olasılıkta değil, iyi niyetli olduğu olasılıkta da aynı sonucun gerçekleşeceğini kabul etmiştir. İstisnalar bir tarafa bırakılırsa, alacağa bağlı fer'i haklar alacağın kaderini takip eder. Bir edimin yerine getirilmesine ilişkin hukuki işlemin icra-iflas hukuku çerçevesinde iptal edilmesi olasılığında da bu temel ilkedden ayrılmak için sebep bulunmamaktadır. Borcun ifasına ilişkin hukuki işlem iptal edilince, ifa ile birlikte son bulmuş olan borç yeniden canlanmaktadır. Borcun ifasına ilişkin olarak alacaklıya yapılan kazandırmanın iade edilmesi gerekeceği için, alacaklı tatmin edilmemiş duruma düşecektir. Alacaklıya güvence vermeyi amaçlayan kefaletin bu olasılıkta canlanması olağan karşılanmalıdır⁴. Federal Mahkemenin bu yaklaşımının, benzer bütün durumlarda uygulanabilir bir ilke getirdiği açıktır. Borçlu ve alacaklı sıfatlarının birleşmesi yüzünden son bulmuş borç, birleşmenin geçmişe etkili olarak kalkmasıyla birlikte canlanacağına göre, bu borcu güvence altına alan kefalet de canlanmalıdır. Kefaletle güvence altına alınan borcun ibrası bakımından da aynı şekilde düşünülebilir. İbraya ilişkin hukuki işlemin icra-iflas hukuku çerçevesinde iptal edilmesi, bu ibrayı hiç gerçekleşmemiş saymamıza yol açacak, esas borçla birlikte kefalet de devam ediyor kabul edilecektir⁵.

B. Esas borca ilişkin olarak gerçekleşen sona erme sebepleri

1. Genel bakış

Esas borcun herhangi bir sebeple son bulması kefilin sorumluluktan kurtulmasına yol açan objektif bir olgudur. Öyle ki, bu objektif olguya bağlı olarak ortaya çıkan kefaletin sona ermesi sonucu, taraf iradelerinden tamamen bağımsız bir biçimde gerçekleşir. Alacaklı tatmin edilmeden esas borcun son bulmasına yol açan sebepler dahi bu noktada farklılık taşımaz. Bu türlü sebeplerin ortaya çıkması da kefaletin sona ermesi sonucunu doğurur⁶.

4 Konuya ilişkin olarak bkz. BGE 63 III 149; BGE 61 III 49. Ayrıca bkz. Beck, Art. 509, N. 11; Guhl, s. 118 vd.

5 Beck, ibranın irade sakatlığına dayanarak iptal edilmesinden söz etmektedir. Beck, Art. 509, N. 12. Guhl, ibraya ilişkin işlemi soyut bir işlem olarak görmekte ve ibranın iptaliyle birlikte kefaletin yeniden canlanmasının söz konusu olmayacağını belirtmektedir. Guhl, s. 119.

6 Guhl, s. 111 vd; Beck, Art. 509, N. 12.

Asıl borcun sona ennesinin kefilî borçtan kurtancî etkisi bakımından TBK. m. 598 f. 1'in lafzı herhangi bir istisna göstermez. Ne var ki. TBK. m. 598 f. 1'in mutlak ifadesine rağmen bazı istisnalardan söz etmek mümkündür. Bu istisnalardan en önemlisi esas borçlu hakkındaki konkordatonun onaylanmasıyla ortaya çıkar. Böyle bir durumda esas borçlu esas borcun tamamından sorumlu olmaktan kurtulur. Esas borçlu açısından, bundan böyle, konkordatoda belirlenen oranda sorumluluk söz konusu olur. Ne var ki. alacaklı İİK. m. 295 hükmünde belirtilen külfetleri yerine getirmişse. kefilin borcun tamamından sorumluluğu devam eder⁷.

Kefilin sorumluluğunun fer'iliğine istisna oluşturan bir başka durum, İsviçre hukuku çerçevesinde mevcut olmasına rağmen, yürürlükteki Türk hukuku bakımından artık mevcut değildir. İsviçre hukukunda kabul edildiğine göre, iflas eden esas borçlunun borç için işlemeye devam edecek faizlerden sorumluluğu artık söz konusu olmaz. Buna karşılık, kefil, esas borçlunun iflası anından sonra işleyecek faizlerden de sorumludur!. Böylelikle, kefilin sorumluluğunun esas borçlunun sorumluluğundan daha fazla olamayacağı şeklindeki ilkeye gerçek anlamda bir istisna getirilmiş olmaktadır. Esas borçlunun iflasından sonra işlemeye devam eden faizlerden sorumlu tutulabilecek olan kefil, bu konuda esas borçluya rücu olanağından da yoksun olacaktır. Ne var ki, sırf faizlerden kaynaklanan borca kefil olan kişinin durumu farklı bir gözle değerlendirilmelidir. Böyle bir kefil esas borçlu sorumlu olduğu ölçüde faizlerden sorumludur. O halde, esas borçlunun iflasından sonra işleyecek faizden sorumlu tutulamaz⁹. Türk Hukuku'nda, 25. 11. 1988 tarihinde yürürlüğe giren 3494 sayılı yasa ile İİK m. 196'da yapılan değişiklikten sonra, İsviçre Hukuku'ndan farklı bir çözüm geçerlidir. Değiştirilen İİK. m. 196 f. 1 hükmünde, *"iflasın açılması ile birlikte iflas masasına giren alacaklarda faiz işlemeye devam edeceği"* öngörülmüştür. Ancak İİK. m. 196/3'e, faizlerin, iflas alacaklılarına yapılması gereken tüm anapara ödemeleri gerçekleştikten sonra masada para kalması halinde, münhasıran faiz için düzenlenecek pay cetveli doğrultusunda ödenmesi söz konusu olacaktır¹⁰.

7 Zorunlu bir ibra hali oluşturan konkordatoda karşımıza çıkan bu sonuç, esas borçlunun alacaklıyla yaptığı sözleşmeye dayanarak kısmen ibra edilmesinde söz konusu olmaz. Bu son durumda, fer'ilik ilkesi bütün etkisini gösterir. Tobler, s. 36 vd; Lerch-Tuason, s. 81; Beck, Art. 509, N. 14.

8 SchKG Art. 209, Art. 265 Abs. 2, Art. 149 Abs. 4.

9 Beck, Art. 509, N. 14; Giovanoli, Art. 509, N. 14.

10 Bu konularda bkz. Altay, İflas, il, s. 941-942.

2. Esas borcun ifa edilmesi

Esas borcu en doğal biçimde sona erdiren olgu, kuşkusuz, ifa edilmesidir. İfa yerine edimin de, esas borcun sona ermesi bakımından ifa ile aynı etkiyi doğuracağı açıktır. Esas borçlunun takas hakkını kullanarak esas borcu sona erdirmesi de mümkündür. Bütün bu durumlarda, esas borçla birlikte kefilin sorumluluğu da son bulur¹¹.

3. Esas borcun ifasının imkansızlaşması

Esas borçluya yüklenemeyen sebeplerle esas borcun imkansızlaşması durumunda, esas borç sona erer. Böyle bir durumda kefilin sorumluluğu da ortadan kalkar¹². Ne var ki, esas borç için baştan imkansızlık söz konusuysa, kefalet sözleşmesi de baştan geçerli değildir. Burada tartışılması gereken sorun, esas borç için sonradan ortaya çıkan imkansızlığa kefilin kusurlu olarak yol açmasıdır. Böyle bir durumda, kefilin fer'ilik ilkesine dayanarak sorumluluktan kurtulduğunu ileri sürmesi kabul edilebilecek midir? Genellikle bu soruya olumlu cevap verilmekte, ancak, alacaklı da *hile def'ini ileri sürme veya kefinden haksız.fîil tazminatı talebinde bulunabilme* olanağına kavuşturulmaktadır¹³. Böylesine dolambaçlı bir yoldan alacaklıya sahip çıkmak yerine, esas borcun kendi kusuru yüzünden imkansızlaşmasına yol açan kefilin fer'ilik ilkesine dayanmasını (ve sorumluluktan kurtulduğunu ileri sürmesini) hakkın kötüye kullanılması saymak daha yalın bir çözümdür.

Kefilin ülke sınırları içerisinde yerleşik olmasına rağmen esas borçlunun yabancı bir ülkede yerleşik olması durumunda da ilginç sorunlar ortaya çıkabilir. Bu olasılıkta esas borçlunun yerleşik olduğu ülkenin mevzuatı esas borcun yerine getirilmesini engellerse veya sınırlarsa ne olacaktır? Bu soruya TBK. m. 590 f. 3 cevap vermektedir: "*Yerleşim yeri yabancı bir ülkede olan borçlunun borcunu ödemesi, döviz işlemleri veya havale ile ilgili yasaklar gibi sebeplerle, o yabancı ülkenin yasal düzenlemeleri gereği imkindsız htile gelmiş veya sınırlandırılmışsa, yerleşim yeri Türkiye'de olan kefil, takibe bu sebeple itiraz edebilir*". Kefil, bu hükmün kendisine verdiği savunmadan vazgeçerek yabancı ülkedeki kanun koyucunun esas borcun ifasını engelleyici nitelikteki düzenlemelerinin riskini üzerine alabilir. Böyle bir durumda fer'itik ilkesinden belirli oranda bir fedakarlığın söz konusu olacağı açıktır.

11 Lerch-Tuason, s. 83; Beck, Art. 509, N. 17; Giovanoli, Art. 509, N. 5.

12 Lerch-Tuason, s. 82; Beck, Art. 509, N. 18; Giovanoli, Art. 509, N. 7.

13 Lerch-Tuason, s. 82; Tobler, s. 38; Beck, Art. 509, N. 19; Giovanoli, Art. 509, N. 7.

Ne var ki, belirli bir noktada fer'ilik ilkesinin bir tarafa bırakılma❓. diit:r noktalarda da aynı sonucun istendiği anlamına gelmez. Yabancı **Olkcdeki** kanun koyucunun esas borca ilişkin yaptığı düzenlemelerin riskini teminat altına almak isteyen taraflann, sırf bu noktada fer'iliği kaldınnaan, buna karşılık diğer bütün noktalarda fer'i nitelik taşıyan bir teminat **ilişkisi kın-**mak istemeleri pekala mürnkündür¹⁴. Böyle bir durumda garanti **ve kefalet** sözleşmesine ilişkin edimlerden oluşan (geniş anlamda) karma nitelikte bir isimsiz sözleşmenin bulunacağı söylenebilir.

4. Esas borcun bağlandığı koşulla ilgili gelişmeler

Esas borcun bağlandığı geciktirici koşulun gerçekleşmesi imkansızlaşır❓ esas borcun hiçbir zaman doğmayacağı açıklığa kavuşmuş olur. Böyle bir durumda esas borç için verilmiş olan kefaletten de hiçbir sorumluluk doğmayacağı kesinlik kazanmış olur. Esas borç bozucu koşula bağlanmış ve bu koşul gerçekleşmişse, esas borçla birlikte kefaletin de hükümsüz hale geleceği açıktır¹⁵.

5. Esas borca ilişkin olarak gerçekleşen ibra

Alacaklının esas borçluyla ibra sözleşmesi yapması, esas borcun sona ermesine yol açar. İbranın bağışlama kastıyla veya bir karşı edime bağlı olarak yapılmış olması, esas borcun sona ermesi açısından bir fark yaratmaz. Esas borçlunun ibrasının esas borçla birlikte kefaleti de sona erdirmesi, fer'ilik ilkesinin kaçınılmaz bir sonucudur.

Müteselsil borçlulardan birisinin ibra edilmesi, diğerlerinin borçtan kurtulmasına yol açmaz. İbra edilen müteselsil borçlu için kefil olan kişi de, diğer müteselsil borçluların sorumluluğunun devam etmesine rağmen, sorumluluktan kurtulur. Burada borcun üstlenilmesindekine benzer bir durum vardır. İbra edilen müteselsil borçlunun kefilinin, diğer müteselsil borçlularla birlikte sorumluluğunun devamına rıza göstermemesi durumunda sorumluluktan kurtulması TBK. m. 198 f. 2'nin bir sonucudur¹⁶. Ne var ki mirasçılarının mirası reddetmesi veya terekenin resmen tasfiyesine gidilmesi durumunda, borcun üstlenilmesindekine benzer bir durum bulunmamakta-

14 Bkz. ve krş. Beck, Art. 509, N. 20.

15 Beclc, Art. 509, N. 21.

16 Beck, Art. 509, N. 22.

dır. Bu nedenle TBK. m. 198 f. 2 çerçevesinde kefilin sorumluluktan kurtulacağı da söylenemez¹⁷.

6. Tereke için defter tutulurken alacağın bildirilmemesi

Mirasçılar mirası tutulan defter uyarınca kabul etmişlerse, defter tutulurken alacağını bildirmeyen alacaklı mirasçılara başvurma şansını **kaybeder**. Bu durum bildirilmeyen alacak açısından bir sona erme sebebidir. Esas borca ilişkin sorumluluğun ortadan kalktığı böyle bir durumda, kefilin sorumluluğunun son bulması olağan karşılanmalıdır. Alacağın bildirilmemesi alacaklının kusuruna dayanmıyorsa, alacaklının mirasçılara başvurma hakkı saklı kalır. Bu durumda kefile başvurma hakkı da ortadan kalkmaz¹⁸. Ne var ki mirasçıların sorumluluğu terekeden kendilerine düşen tutarla sınırlı bir sorumluluk olmasına karşılık (TMK. m. 629 f. 2), kefil borcun tamamından sorumlu kalmaya devam eder. Burada da fer'ilik ilkesine önemli bir istisna getirildiği açıktır. Fer'ilik ilkesi gereğince kefilin esas borçludan daha kapsamlı bir sorumluluk altında olmaması gerekirken, ele aldığımız olasılıkta, kefilin sorumluluğunun kapsamı mirasçıların sorumluluğunun kapsamını geçebilmektedir.

7. Yenileme

Esas borcun yenileme yoluyla son bulması da mümkündür. Yenilemenin esas borçla birlikte kefalete de son vereceği genellikle kabul edilir¹⁹.

Bu konuya ilişkin olarak cari hesabın taşıdığı özelliğe değinmek gerekir. Belirli bir borç kaleminin cari hesaba yazılması yenileme anlamına gelmez (TBK. m. 134 f. 1). Yenilemenin gerçekleşmesi için, hesabın kesilmesi ve hesap sonucunun diğer tarafça kabul edilmesi gerekir (TBK. m. 134 f. 2). Hesap sonucunun kabul edilmesi yenileme etkisi yaratacağından, daha önceden hesaba yazılmış borç kalemlerinin de artık son bulduğu sonucuna varılacaktır. Sona eren borç kalemlerine ilişkin fer'i hakların da son bulması olağan bir sonuç olurdu. Ne var ki böyle bir çözüm amaca aykırı olacağı için, sona eren borç kalemleri için verilen ayni ve kişisel teminatların sona ermeyeceği ve bundan böyle hesap sonucunun kabulüyle birlikte ortaya çı-

17 Becl, Art. 509, N. 22.

18 Beck, Art. 509, N. 23; Giovanoli, Art. 509, N. 9.

19 Lerch-Tuason, s. 83; Guhl, s. 113; Beck, Art. 509, N. 25; Giovanoli, Art. 502, N. 6.

kan yeni borcu teminat altına alacakları kabul edilmiştir (TBK. m. 134 f. 3)²⁰. Hesap sonucunun miktarını azaltan bir ödeme yapılması, teminatların da aynı oranda azalması sonucunu doğurmaz. Yapılan ödeme hesap sonucunun teminatlarla karşılanmayan kısmına ilişkin sayılabilecektir. O halde, kefil, aksi kararlaştırılmadıkça veya hal ve koşullardan aksi çıkarılmadıkça hesap sonucunun tamamen kapatılmasına kadar sorumluluktan kurtulamayacaktır. Hesap sonucunun tutarı kefil için belirlenen sorumluluk sınırının altına düşerse, kefilin sorumluluğu bu tutara indirgenir. Öyle ki, hesap sonucunun sonradan tekrar artış göstermesi kefilin bir kere daralmış olan sorumluluğunu arttırmaz. Kefil, daha önceki düşük tutarlı hesap sonucu üzerinden sorumlu kalmaya devam eder. Cari hesaba geçen borç kalemleri için üstlenilmiş olan kefaletler, hesabın kesilmesi ve hesap sonucunun kabulünden sonra gerçekleşen yenilemeye rağmen devam ederlerse de, hesap sonucunun sıfırlanmasıyla birlikte son bulurlar. Bu son bulma kesindir. Sıfırlanan hesap sonucunun sonradan artışa geçmesi, son bulmuş kefaletlerin canlanmasını sağlamaz. Cari hesaba geçen borç kalemleri için kefil olunabileceği gibi, cari hesap ilişkisinin bütünü için de kefil olunabilir. Bu son olasılıkta, cari hesap ilişkisinin belirli bir aşamasında hesap sonucunun sıfırlanması kefaletin sona ermesine yol açmaz. Cari hesap ilişkisi devam ettiği sürece kefalet de devam eder²¹.

İpotekli borç senedi veya irat senedi verilmesi, bunların düzenlenmesine esas olan borç ilişkisinden doğan borcun yenilenmesi sonucunu doğurur. O halde, bir borç için sonradan ipotekli borç senedi veya irat senedi düzenlenirse, o borç için verilmiş kefalet sona erer. Bir ipotekli borç senedi, bir başka ipotekli borç senedinin yerine geçmek üzere düzenlenmiş olsa bile, yenileme etkisi ortaya çıkar. Eski ipotekli borç senediyle aynı içeriğe sahip olan ve aynı taşınmaza ilişkin bulunan, ne var ki, eskisine göre farklı derecede ipotek hakkı içeren bir ipotekli borç senedi düzenlenmişse de yenileme gerçekleşir. Eski ipotekli borç senedinden doğan borç da, bu borcu güvence altına alan kefalet de son bulmuş olur²².

20 Guhl, s. 114; Beck, Art. 509, N. 26; Giovanoli, Art. 509, N.11.

21 Beck, Art. 509, N. 26.

22 Beck, Art. 509, N. 27-28.

8. Zamanaşımı

Kefil, esas borç için gerçekleşen zamanaşımını ileri sürerek ifadan kaçınabilir. Kefilin esas borca ilişkin zamanaşımına dayanarak ifadan kaçınma külfeti altında olduğu da söylenabilir. Bu külfeti yerine getinmeyen kefil, zamanaşımı savunmasını bildiği veya bilmesi gerektiği ispat ettiği **takdirde** esas borçluya rücu hakkını kaybeder. Kefil esas borç için zamanaşımının gerçekleştiğini bilerek sorumluluk üstlenmişse, zamanaşımı savunmasından yararlanamaz. Böyle durumlarda esas borca ilişkin zamanaşımının ileri sürülemediği, diğer bütün noktalarda fer'ilik ilkesinin yürürlükte olduğu bir sözleşmeden söz edilebilecektir. Böyle bir sözleşmenin kefalet sözleşmesinden unsurlarla garanti sözleşmesinden unsurların birlikte yer aldığı "isimsiz" bir sözleşme olacağı açıktır²³.

9. Borç/u ve alacaklı sıfatlarının birleşmesi

Borçlu ve alacaklı sıfatlarının birleşmesi, esas borcu sona erdiren bir olgu olarak kefaleti de sona erdirir. Böyle bir etki kefaletin fer'iliğinin kaçınılmaz sonucudur.

Borçlu ve alacaklı sıfatlarının birleşmesine yol açan olgu *geriye etkili olarak ortadan kalkarsa*, son bulmuş alacak hakkı yeniden canlanır. Bu olasılıkta alacağın fer'i nitelikteki güvenceleri de yeniden canlanacak, kefile yeniden başvurulabilir hale gelecektir. Alacaklı ve borçlu sıfatlarının birleşmesi bir hukuki işleme bağlı olarak gerçekleşmişse ve bu hukuki işlem geriye etkili olarak ortadan kalkarsa, belirttiğimiz türden bir durum gerçekleşir. O halde birleşmeyle son bulmuş olan alacak hakkı ve kefalet yeniden işlerlik **kazanır**²⁴.

Alacaklı ve borçlu sıfatlarının birleşmesine yol açan olgunun geriye etkili olarak ortadan kalkmadığı, bu sıfatların yeni bir hukuki işlemle birbirinden ayrıldığı durumlarda farklı bir sonuca varmak gerekir. Bu tip durumlarda kefaletin yeniden canlanması söz konusu olmaz²⁵.

Konuya ilişkin olarak kıymetli evrak hukukunun taşıdığı özelliklerin gözden kaçırılmaması gerekir. İpotekli borç senedi veya irat senedinden doğan bir borç için kefil olduğu takdirde ilginç durumlarla karşılaşılabilir.

23 Beck. Art. 509, N. 31.

24 Lerch-Tuason, s. 83; Beck, Art. 509, N. 32.

25 Beck, Art. 509, N. 32.

İpotekli borç senedi veya irat senedi, aynı zamanda bu senetlerin borçlu, u konumundaki taşınmaz sahibinin eline geçerse, alacaklı ve borçlu sıfatları birleşmiş olur. Bu senetleri yetkili hamil olarak elinde bulunduran taşınmaz sahibinden başka bir alacaklı bulunmadığına göre, birleşme olgusuyla **karşı** karşıyayız demektir. Ne var ki senetler taşınmaz sahibi tarafından yeniden tedavüle çıkarılabilecek, taşınmaz sahibinin şahsında birleşen "*alacaklı ve borçlu sıfatları*" yeniden ayrılabilecektir. İpotekli borç senedi veya irat **?** nedinin kıymetli evrak niteliği taşıması, alacaklı ve borçlu sıfatlarındaki birleşmeye rağmen bu senetlerde cisimleşen alacak hakkının son bulmamasına yol açmıştır. Bu senetlerde cisimleşen alacak hakkı şeklen son bulmadığına göre, bu alacak hakkını güvence altına alan fer'i nitelikteki teminatlar da son bulmaz. O halde ipotekli borç senedi veya irat senedinin, bu senetleri eline geçirmiş olan senet borçlusu tarafından tekrar tedavüle sokulmasıyla birlikte, senetlerin yetkili hamili olan kişi fer'i nitelikteki teminatlardan (bu arada kefaletten) da yararlanacaktır. Benzer sonuçlar her türlü kıymetli evrak açısından ortaya çıkar. Bir kıymetli evrakta cisimleşen borcun borçlusu, söz konusu kıymetli evrakı iktisap ettiği takdirde, alacaklı ve borçlu sıfatlarındaki birleşmeye rağmen ne bu evrakta cisimleşen alacak hakkı ne de fer'i nitelikteki teminatlar son bulur. Kıymetli evrakın yeniden tedavüle çıkarılması hem alacak hakkının hem de teminatların yeniden güncellik kazanmasına yol açar²⁶.

İL Kefalet sözleşmesinin kendisine ilişkin sebeplerle sona ermesi

A. Genel olarak

Esas borcun sona ermesi kefalet borcunun da son bulmasına yol açar. Ne var ki, esas borcu etkilemeyip sırf kefalet sözleşmesini etkileyen sona erme sebepleri de mevcuttur. O halde, esas borcun devam etmesine rağmen kefilin borcunun son bulduğu hallerle karşılaşılabılır. Kefaletin fer'iliği ilkesi böyle bir sonucu kabul etmeye engel değildir. Kefalet sözleşmesinin esas borcun kaynaklandığı hukuki ilişkiden ayrı bir hukuki ilişkiyi ifade ettiği hatırlanırsa bu sonuç yadırganmaz. Ayrı bir hukuki ilişki olarak kendine özgü sona erme sebeplerine sahip olması olağan karşılanır. Fer'ilik ilkesi geçerli bir esas borcun varlığını gerektirir ve kefilin esas borçludan daha kapsamlı bir

26 Beck, Art. 509, N. 33.

sorumluluk altında bulunamayacağını ifade eder. Geçerli bir kefalet sözleşmesi bulunmadığı halde geçerli bir esas borcun bulunmasına engel olmaz.

Kefalet sözleşmesi bir borç sözleşmesi olduğuna göre, herhangi bir borcu sona erdiren sebepler kefilin borcunun da son bulmasına yol açar. Gerçi yasada sırf kefilin borcunu sona erdiren haller de düzenlenmiştir. **Örnek** vermek gerekirse: Yasa kefilin sorumluluğunu azami bir süreye bağlamıştır (TBK. m. 598 f. 3). Kefile özgü bir dönme hakkı bulunmaktadır (**TBK.** m. 599). Diğer taraftan bizzat taraflarca kefalet sözleşmesi süreye bağlanmış olabilir (TBK. m. 600). Süresiz olarak üstlenilen kefalette yasanın kefile tanıdığı sözleşmeyi sona erdirmeye hakkını da burada zikretmek gerekir (TBK. m. 601). İşte bütün bu belirtilen haller yasanın kefilin borcu için özel olarak ele aldığı sona erme sebepleridir. Bunların dışında, bir borcun sona ermesine ilişkin genel hükümler kefilin borcu için de söz konusu olacaktır.

B. Borca ilişkin genel sona erme sebeplerinin kefilin borcu bakımından etkili olması

Borcun olağan sona erme sebebi ifadır. Kefilin borcu da ifayla birlikte sona erer. Ne var ki, kefilin ifası kefalet borcunu sona erdirmekle beraber esas borcu sona erdirmez. Alacaklıya halef olan kefil esas borcun yerine getirilmesini talep edebilir²⁸.

Kefil, alacaklıya karşı ileri sürebileceği bir alacak hakkına sahip olabilir. Böyle durumlarda kefalet sözleşmesindendoğan borcuyla söz konusu alacak hakkını takas edebilecektir. Böyle bir durumda, takas, tıpkı ifa gibi kefilin borcunu sona erdirici etki yapar²⁹.

Kefilin borcu kendine özgü bir zamanaşımına tabidir ve bu zamanaşımı esas borcun tabi olduğu zamanaşımından ayrı olarak düşünülmelidir. Kefalet sözleşmesiyle ortaya çıkan borç ilişkisinin esas borcun kaynaklandığı hukuki ilişkiden ayrılığının bir sonucudur bu. Esas borca ilişkin zamanaşımı ne olursa olsun, TBK. m. 146 gereğince kefilin borcu on yıllık zamanaşımına tabidir³⁰. Kefilin borcu muaccel olunca bu borca ilişkin zamanaşımı da işlemeye başlayacaktır. Kefilin borcunun muacceliyeti bir bildirime bağlan-

27 Beck, Art. 509, N. 35.

28 Beck, Art. 509, N. 37.

29 Beck, Art. 509, N. 38.

30 Guhl, s. 120; Beck, Art. 509, N. 39.

mıssa, bu bildirimin yapılabileceği gün zamanaşımının başlangıcını belirler (BK. m. 149 f. 2). Ne var ki, kefilin borcu en erken esas borcun muaccel olduğu gün muaccel hale gelir. Bir başka deyişle, esas borç muaccel olmadan kefilin borcu da muaccel olamaz. Fer'iliğin kaçınılmaz bir sonucudur bu. Kefilin borcunun muacceliyeti kefile bir bildirimde bulunulmasına bağlanmamışsa ve kefalet borcu için esas borcun muacceliyetinden daha ilerideki bir gün vade olarak belirlenmemişse, esas borç muaccel olunca kefilin borcu da muaccel olacaktır. Bu son durumda, kefilin borcuna ilişkin zamanaşımı esas borcun muacceliyeti ile birlikte işlemeye başlar³¹.

Her ne kadar kefilin borcunun bağlı olduğu zamanaşımı esas borcun bağlı bulunduğu zamanaşımından ayrı olarak düşünölmek gerekse de, TBK. m. 155 f. 2 her iki zamanaşımı arasında ilginç bir bağlantı kurmaktadır. Buna göre, esas borçluya karşı zamanaşımı kesilince kefile karşı da kesilmiş sayılır. O halde, esas borçlunun borcunu ikrar etmesi, faize ilişkin ödeme yapması, kısmi ifade bulunması, sadece esas borç için değil kefilin borcu için de zamanaşımını kesen bir etki yaratır. Bunun gibi, rehin veren veya kefil gösteren esas borçlu, daha önceden kefil olmuş bir kişiye karşı işlemekte olan zamanaşımının kesilmesine yol açmış olur. Alacaklının dava veya def'i yoluyla mahkemeye veya hakeme başvurusu, icra takibinde bulunması veya iflas masasına başvurusu, sadece esas borca ilişkin zamanaşımını kesmekle kalmayıp kefilin borcuna ilişkin zamanaşımını da keser (TBK. m. 154).

Esas borçluya karşı kesilen zamanaşımı kefile karşı da kesilmiş sayılmakla birlikte, bu önermenin tersi geçerli değildir. O halde, kefile karşı kesilen zamanaşımı esas borçluya karşı kesilmiş sayılmaz (BK. m. 155 f. son).

Esas borç için zamanaşımının işlemediği hallerde kefilin borcu için zamanaşımı işler. Tersinden ifade edecek olursak, esas borç için zamanaşımının işlemediğini engelleyen olguların varlığı kefilin borcu için zamanaşımının işlemediğini engellemez. Örneğin taşınmaz rehniyle teminat altına alınan esas borç için zamanaşımı işlemez. Ne var ki kefilin borcu için zamanaşımı yine de işleyecektir. Esas borçlu hakkında borç ödemededen kesin aciz belgesi alınmış olması, diğer bir örnek olarak gösterilebilir. Borç ödemededen kesin aciz belgesinin alınmasıyla birlikte esas borç zamanaşımına tabi olmaktan çıkacak, buna karşılık kefilin borcu zamanaşımına tabi olmaya devam edecektir³².

31 Guhl, s. 120; Beck, Art. 509, N. 39.

32 Lerch-Tuason, s. 86; Beck, Art. 509, N. 41; Giovanoli, Art. 509, N. 16.

Kefilin borcu için söz konusu olabilecek bir diğer sona erme sebebi yenilemedir. Esas borca ilişkin bir yenileme söz konusu olmadan sırf kefilin borcu yenilenebilir. Yenileme iradesiyle ve kefaletin geçerlilik şartları yerine getirilerek yeni bir kefalet sözleşmesi oluşturulursa, eski kefalet sözleşmesinden doğan borç yenileme yoluyla sona erdirilmiş olur³³.

Kefilin borcu ibra yoluyla sona erdirilebilir. İbra edilen borcun geçerlilik şekline bağlanmış bir sözleşmeden kaynaklanması, ibranın da geçerlilik şekline bağlı olduğunu göstermez. Geçerlilik şekline bağlı bir sözleşmeden kaynaklanan borç, herhangi bir geçerlilik şekli söz konusu olmadan ibra edilebilir (TBK. m. 132). Aynı ilke kefalet açısından da geçerlidir. Nitelikli yazılı şekil şartına bağlanmış kefalet sözleşmesinden doğan borcun ibrası, bir geçerlilik şekli gözetilmeden gerçekleşebilir. Kefil hakkındaki konkordatonun onaylanması da kefilin kısmen borçtan kurtarıcı bir etki yaratabilir. Bu olasılıkta, kefil için konkordatoda belirlenen oranda sorumluluk söz konusu olur³⁴.

Kefilin ölümü kefalet sözleşmesinden doğan borcun sona erme sebebi değildir. Bu borcun kaderi kefilin mirasçılarının tutumuna göre belli olur. Mirasçılar mirası kabul ederlerse, mirasbırakanın kefaletten doğan borçlarının mirasçılarının kişisel borcuna dönüşür. Miras en yakın yasal mirasçılarının tamamı tarafından reddedilirse, sulh mahkemesince iflas hükümlerine göre tasfiye gerçekleşir (MK. m. 612 f. 1). Bu olasılıkta kefaletten doğan borçlar terekede yer alan değerlerden karşılanır. Karşılanamadığı takdirde mirasçılarının kişisel sorumluluğu söz konusu olmaz. Terekenin resmi defteri tutulursa MK. m. 630 uygulanır. Bu hükme göre, *"mirasbırakanın kefaletten doğan borçları defterde ayrı bir yere yazılır ve mirasçılar, mirası kayıtsız ve şartsız kabul etmiş olsalar bile, bu borçlardan terekenin iflas hükümlerine göre tasfiyesi halinde kefalet sebebiyle alacaklı olanlara ne düşecek idiyse ancak o miktarla sorumlu olurlar"*. Bu hüküm, sadece, terekenin resmi defteri tutulursa uygulanabilir³⁵.

Kefil ve esas borçlu sıfatlarının aynı kişide birleşmesi de pekala mümkündür. Esas borçlu ölmüşse ve kefil tek mirasçıysa bu olasılık gerçekleşir. Kefilin ölmesi ve esas borçlunun tek mirasçı olması durumunda da sözünü ettiğimiz türden bir sıfat birleşmesiyle karşılaşırız.

33 Beck, Art. 509, N. 43.

34 Guhl, s. 120; Beck, Art. 509, N. 44, 45.

35 Krş. Guhl, s. 122; Beck, Art. 509, N. 47.

Kefil ve esas borçlu sıfatlarının aynı kişide toplanması, **TBK. m. 115**'in ele aldığı alacaklı ve borçlu sıfatlarının birleşmesi olgusundan **farklıdır**. **TBK. m. 135**'in uygulanabilmesi için kefalet sözleşmesinin alacaklıya **safa**yla kefil sıfatının aynı kişide toplanması gerekir. Esas borçlu **kefalet** ,<,-, .leşmesince taraf değildir. Alacaklı ve borçlu sıfatlarının aynı kişide toplanması borcun sona ermesine yol açar. Esas borçlu ve kefil sıfatlarının aynı kişide birleşmesi durumundaysa, söz konusu kişi birbirine paralel içerikte iki yükümlülüğün yükümlüsü konumuna gelir. Bu durumun "*yükümlülüklerin yarışması*" olarak adlandırıldığı da olmaktadır³⁶. Esas borçlu **ve kefil** sıfatıyla yükümlülüklerin kapsamı birbiriyle örtüştüğü takdirde, bu yükümlülüklerden birinin diğerinin içinde eridiği söylenebilir. "*Esas borçlu*" ve "*kefil*" sıfatlarını taşıyan kişi, birbiriyle yansıyan ve örtüşen bir içeriğe sahip olan yükümlülüklerine uygun bir davranış gerçekleştirirse, esas borcu yerine getirmiş sayılır. Kefaletin fer'iliği dikkate alınırsa bu sonuç yadırganmamalıdır. Mademki asıl olan esas borçtur, o halde gerçekleşen ifa esas borca ilişkin sayılmalıdır³⁷.

"*Kefil*" ve "*esas borçlu*" sıfatlarının aynı kişide toplanması, esasen, "*bir kimsenin kendi borcuyla ilgili olarak kefil sıfatıyla sorumluluk üstlenmesi mümkün değildir*" ilkesine aykırı bir görünüm ortaya çıkanı. Kişisel teminat verilmesine ilişkin sözleşmelerin amacı, alacaklıya borçlusunun malvarlığı yanında başka bir kişiye ait malvarlığına da başvurabilme olanağı vermektir. Kefil ve esas borçlu sıfatları aynı kişide birleşirse bu amaç ortadan kalkar. Alacaklının başvurabileceği tek bir kişiye ait malvarlığı kalır. Bu durumda kefil sıfatıyla yükümlülüğün devam ettiğini söylemenin de bir anlamı kalmamıştır. Ne var ki, alacaklının kefile karşı sahip olduğu hakka bağlı olan bir takım *fer'i haklar* bulunabilir. Kefilin borcu için rehin verilmiş olması veya kefile kefil olunması durumunda, alacaklı kefaletle bağlı *fer'i haklar* elde etmiş demektir. Kefil ve esas borçlu sıfatlarının aynı kişide toplanması durumunda kefil sıfatıyla yükümlülüğün ortadan kalktığı kabul edilirse, alacaklı kefaletle bağlı *fer'i nitelikteki haklarını* da kaybeder. İşte bu sonucu önlemek için, aynı kişide toplanan esas borçlu ve kefil sıfatıyla yükümlülüklerin yansıyan yükümlülükler haline geleceği kabul edilmiştir. Bu yükümlülüklerin yükümlüsü ifada bulunursa esas borçlu sıfatıyla hareket etmiş sayılır. Kefil sıfatıyla yükümlülük *fer'i karakter taşıdığı için* bu sonuç yadırganmamalı, yükümlünün davranışı taşıdığı asli sifata, yani esas borçlu

36 Lerch-Tuason, s. 84; Tobler, s. 42; Beck, Art. 509, N. 48.

37 Lerch-Tuason, s. 84; Guhl, s. 117; Beck, Art. 509, N. 48.

sıfatına ilişkin kabul edilmelidir. Ne var ki, alacaklı açısından da kefile kefil olan kişiye başvurmak veya kefilin borcu için verilmiş rehni paraya çevirmek olanağı varlığını korumaktadır. Esas borçlunun kişiliğinde devam eden kefil sıfatıyla yükümlülük son bulmuş sayılmadığı, yarışan bir yükümlülük olarak varlığını koruduğu kabul edildiği içindir ki, kefaletle bağlı fer'i haklara başvurma olanağı alacaklının istifadesinde kalmaya devam etmektedir.

Esas borçlu ve kefil sıfatıyla yükümlülüklerin aynı kişide birleşmesi durumunda alacaklının kefaletle bağlı fer'i haklara başvurma olanağını koruması için yukarıda gösterilen bütün kuramsal çabalar, TBK. m. 598 f. 2 karşısında gereksizleşmektedir. Gerçekten de bu hüküm şöyledir: "*Borçlu ve kefil sıfatı aynı kişide birleşmiş olursa, alacaklı için kefaletten doğan özel yararlar saklı kalır*". Demek oluyor ki, esas borçlunun kişiliğinde kefil sıfatıyla yükümlülüğün yarışan bir yükümlülük olarak devam edip etmediği tartışmasından tamamen bağımsız bir biçimde, alacaklının kefaletle bağlı fer'i haklarını koruyacağı pozitif bir hükümle ifade edilmiş olmaktadır.

C. Kefilin borcunun kefalet sözleşmesine özgü sebeplerle sona ermesi³⁸

1. Kefilin sorumluluğu için kararlaştırılan sürenin dolması

a. Genel olarak

TBK. m. 600'ün getirdiği düzenleme şu şekildedir: "*Sürelî kefalette kefil, sürenin sonunda borcundan kurtulur*". Bu düzenlemenin uygulanma alanına adi kefalet gibi müteselsil kefalet de girer³⁹.

Kefilin sorumluluğunun süreye bağlandığı kefalet ilişkilerine, TBK. m. 600'ün kenar başlığına uygun olarak "*sürelî kefalet*" denildiği gibi "*vadeli kefalet*" denildiği de olmaktadır⁴⁰. "*Vadeli kefalet*" deyiminin uygun olmadığı açıktır. Vadeli kefaletten, kefilin borcunun kefalet sözleşmesinin kurulmasıyla birlikte muaccel olmadığı, kefalet sözleşmesinin yapılmasından

38 Konuya ilişkin ayrıntılı bir inceleme için bkz. Burak Özen, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu Çerçevesinde Kefilin Sorumluluğunun Kefalet Sözleşmesine Özgü Sebeplerle Sona Ermesi, İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Temmuz 2011, Y: 10, C. 10, S. 2, s. 53-77.

39 Lerch-Tuason, s. 88; Beck, Art. 510, N. 25; Giovanoli, Art. 510, N. 14; Pestalozzi, Art. 510, N. 9.

40 Beck, Art. 510, N. 28.

itibaren geçecek bir sürenin sonunda muaccel olacağı kefalet sözleşmelerini anlamak gerekir. Kefilin borcunun vadeye bağlı olması, fer'ilik ilkesinin bir sonucu olarak, esas borcun vadeye bağlı olmasından kaynaklanabilir. Unutulmasın ki, esas borcun vadesi gelmeden önce kefilden talepte bulunulması mümkün değildir. Kefil esas borçluya ait "*muacceliyet eksikliği*," savunmasını yaparak alacaklının talebini geri çevirebilir. Esas borç vadeye bağlı olmadığı halde kefilin borcu için bir vadenin kararlaştırılmış olması da mümkündür. Kefalet sözleşmesinin esas borcun kaynaklandığı hukuki ilişkiden ayrı bir hukuki ilişki oluşturmaması, kefilin borcu için esas borçtan bağımsız olarak vade kararlaştırılmasına imkan verir⁴¹. Sonuç olarak, vadeli kefalet, kefilin borcunun esas borca uygun olarak veya esas borçtan bağımsız olarak vadeye bağlanmış olduğu durumlarda karşımıza çıkar ve süreli kefaletten farklı bir kavramdır. Süreli kefalette, kefilin borcunun muacceliyetinin kefalet sözleşmesinin yapılmasından bir süre sonra gerçekleşmesi olgusuyla değil, kefilin sorumluluğunun kefalet sözleşmesinin yapılmasından bir süre sonra sona ermesi olgusuyla karşılarız.

Süreli kefalet, kefilin sorumluluğunun bir süreye bağlanmış olduğu kefalet ilişkilerine denir. Belirlenen sürenin sonuna kadar kendisinden talepte bulunulmayan kefilin sorumluluğu son bulur. *Kefilin sorumluluğunun bağlandığı süre sözleşmeye dayanan bir hak düşümü süresi olarak nitelendirilebilir*⁴².

TBK. m. 600, kefalet sözleşmesinin esas borcun kaynaklandığı hukuki ilişkiden ayrı bir hukuki ilişki olarak düşünülmesi gereğinin bir uzantısıdır. Kefilin sorumluluğunun süreye bağlanmasından başka esas borçtan kaynaklanan sorumluluğun da süreye bağlanmış olması gerekli değildir. Esas borçtan kaynaklanan sorumluluğun süreye bağlanmış olmasına rağmen kefilin

41 Kefilin borcunun vadesi esas borcun vadesinden daha önce olamaz. Kefilin borcunun vadesi esas borcun vadesinden önceyse, tipik bir kefalet sözleşmesinin bulunduğu söylenemez. Tipik bir kefalet sözleşmesinin belirleyici özelliği fer'ilik olduğuna ve fer'iliğe göre kefilin esas borçludan daha ağır koşullarla sorumlu tutulması mümkün olmayacağına göre, varılan bu sonuç yadırgatıcı değildir. Konuya ilişkin olarak bkz. Özen, Kefalet Sözleşmesi, s. 60.

42 Hak düşümü süresi nitelendirmesi için bkz. Beck, Art. 510, N. 28; BGE 6 I 11 I54. Sürenin geçmesi ve alacaklının İsv. BK. m. 510 f. 3'de belirtilen tarzda harekete geçmemesinin hak düşürücü etkisine ilişkin olarak bkz. Giovanoli, Art. 510, N. 15; Pestalozzi, Art. 510, N. 12. Ayrıca bkz. Gökhan Şahan, Kefalet Sözleşmesinin Sona Ennesi, Ankara 2009, s. 74. Ömer Çınar, Türk Borçlar Kanununa Göre Kefilin Sorumluluğunun Sona Ermesi, İstanbul 2013, s. 59. Gümüş, "süreye bağlı kefalet alacağı" tarzında bir nitelendirme yapılmasını tercih etmektedir. Bkz. Gümüş, Kefalet (2. baskı), s. 388.

sorumluluğunun süreye bağlanmadığı durumlarda süreli kefaletten söz **edilemez**⁴³.

Kefalet süresi serbestçe kararlaştırılabilir. Ne var ki, TBK. m. 598 f. 3'ün kefilin sorumluluğu için getirdiği azami süre göz önünde tutulmalıdır. O halde, taraflarca kararlaştırılan kefalet süresi on yıllık azamı süreyi geçemeyecektir. Kefaletin süreye bağlanıp bağlanmadığı, bağlanmışsa sürenin ne kadar olduğu kefalet sözleşmesinin yorumundan çıkarılabilir. Yapılacak yorumda kefalet sözleşmesini çevreleyen bütün koşullar dikkate alınmalıdır. Kefalet belgesinde bir dayanağı bulunmayan unsurlardan da yorumda yararlanılması mümkündür⁴⁴. Kefalet sözleşmesinin (kıymetli evrakta olduğu gibi) *sıkı şekle bağlı bir hukukî işlem* oluşturmaması, yorumda kefalet belgesine bağlılığın kabul edilmesine engeldir.

Kefalet süresinin tamamlanmasıyla kefilin sorumluluğu sona erer. Sürenin dolmasının kefilin sorumluluktan kurtarıcı etkisi kendiliğinden ortaya çıkar. Kefilin bir beyanda bulunmasına veya yargıçtan karar alınmasına gerek yoktur.

43 Beck, Art. 510, N. 29; Giovanoli, Art. 510, N. 10.

44 Beck, Art. 510, N. 30; Giovanoli, Art. 510, N. 10; Pestalozzi, Art. 510, N. 11. Diğer taraftan bu sorunun kefaletin şekliyle ilintisi de göz önünde tutulmalıdır. Hakim görüş, kefilin sorumluluğunu süreye bağlayan anlaşmanın herhangi bir geçerlilik şekline bağlı olmadığını, bu anlaşmanın kefilin sorumluluğunu hafiflettiği gerekçesiyle kabul eder. Nitekim bkz. Lerch-Tuason, s. 87; Giovanoli, Art. 510, N. 10; Pestalozzi, Art. 510, N. 11. Buna karşılık, kefaletin süreye bağlanmasının kefil için süreli olmayan kefalete ilişkin TBK. m. 601'in uygulanmasıyla söz konusu olacak süreden daha uzun süreli bir bağlılık yaratabileceğini belirten yazarlar da vardır. Süreli olmayan kefalete ilişkin TBK. m. 601'e göre, esas borç muaccel olunca adi kefil alacaklıdan bir ay içinde esas borçluya karşı dava ve takip haklarını kullanmasını isteyebilir. Müteselsil kefil ise, yine esas borç muaccel olunca, bir ay içinde teslimine bağlı taşınır rehni veya alacak rehnini paraya çevirmesini alacaklıdan isteyebilir. Görülüyor ki, bu hükmün uygulanması, esas borcun muaccel olması anına kadar geçen süreye ilaveten, kefilin alacaklıdan talepte bulunulmasından itibaren işleyecek bir aylık süre boyunca bağlılık yaratacaktır. Söz konusu bir aylık süre içinde alacaklı harekete geçmezse, kefilin bağlılığı son bulur. TBK. m. 600'e göre taraflarca belirlenecek süre TBK. m. 601'e göre belirlenen süreye oranla daha uzun süreli bir bağlılık yaratıyorsa, kefil lehine bir durumun olduğu söylenemez. O halde, kefalet süresine ilişkin anlaşmanın geçerlilik şekline bağlı olmadığı bütün olasılıklar için geçerli bir yargı oluşturmaz. Kefaletin bağlandığı sürenin uzatılması ise her zaman için kefilin sorumluluğunu ağırlaştıran bir değişikliktir. Bu değişikliğin TBK. m. 583 f. son uyarınca kefaletin şekline uyularak gerçekleştirilebileceği açıktır. Nitekim bkz. Beck, Art. 510, N. 36, 37. Kefalet süresinin sonradan uzatılması için yapılan anlaşmanın şekliyle ilgili olarak ayrıca bkz. Giovanoli, Art. 510, N. 10 a.

TBK. m. 60Cre göre kefalet süresinin dolma ının kendiliğinden ıti olması. 818 sayılı (eski) Borçlar Kanunu'nun kabul ettiği ıi temden aynı anlamına gelmektedir. EBK. m. 493·c göre, "*bir /cimse mahdut bir zaman için kefil olup da hu zamanın inkızasını ta/cip eden bir ay zarfında ala<. Jı bu hafta icraya veya mahkemeye müracaatla hakkını takip etmezse >ahın takibatına uzun müddet fasıla verirse kefil kefare/len beri olur*". EBK. m. 493'tc sözü edilen ..mahdut bir zaman" için kefalette, kefalet süresinin dolması kendiliğinden kefilin sorumluluğunu sona erdirici etki doğurmamaktadır. Kefaletin sona ermesi, alacaklının dava ve takip hakJannı bir ay içinde kullanmaması veya başvurduğu hukuki yolun devamına uzun bir süre ara vermesine bağlanmaktadır⁴⁵. Konuyu İsviçre Hukuku'nda ele alan İsv. BK. m. 51O f. 3, bu açıdan, EBK. m. 493'ün kabul ettiği sisteme uymaktadır. İsviçre kaynağına göre de, kefalet süresinin dolması kendiliğinden kefilin ıurnJuhıktan kurtarmaz. Kefilin sorumluluktan kurtulabilmesi için, kefalet süresinin dolmasından itibaren dört hafta içerisinde alacaklının dava ve takip ha.kJannı kullanmaması veya başvurduğu hukuki yolun devamına uzun bir süre ara vermesi gerekir. O halde, kefalet süresinin dolmasıyla birlikte kefilin kendiliğinden sorumluluktan kurtulması, Türk Borçlar Kanunu'nun bir yeniliğı olmaktadır⁴⁶.

Kefalet süresinin dolmasından önce, TBK. m. 599'la kendisine tanınan dönme hakkı bir tarafa bırakılırsa, kefil tek taraflı bir beyanla sorumluluktan kurtulamaz. Ne var ki, kefil için, sürenin tamamlanmasından önce kefalet sözleşmesini ortadan kaldırma hakkı saklı tutulabilir. Örnek olı "kefil tarafından altı ay öncesinden haber verilerek sona erdirilmediğı takdirde kefalet sözleşmesi yapılmasından itibaren beş yılın geçmesiyle sona erer" tarzında bir düzenleme taraflarca kabul edilebilir. Taraflarca getirilen böyle

45 EBK.. m. 493'le ilgili olarak bkz. Tandoğan, Borçlar il, s. 799; Reisoğlu, Kefalet, s. 231; Yavuz, s. 867; Elçin Grassinger, s. 143.

46 İsv. BK. m. 51O f. 3 (EBK. m. 493)'de yer alan süreli kefaletle ilişkin düzenleme, süreye bağlı haklarla ilgili genel kuralın bir istisnasını oluşturur. Süreli bağlı haklarda genel kural sürenin dolmasının hakkı sona erdirici etkisidir. Oysa İsviçre Hukuk.u'nda kefaletin bağlandığı sürenin dolması kefalet sözleşmesinden doğan hakkı derhal sona erdirmemekte, alacaklı sürenin tamamlanmasından sonra belirli davranışları gerçekleştirelse kefile karşı olan haklarını korumaktadır. Bu konuda bk.z. Giovanoli, Art. 510, N. 10; Pestalozzi, Art. 51O, N. 8. O halde, TBK. m. 600 düzenlemesiyle birlikte süreye bağlı haklara ilişkin genel kurala bir dönüş yapılmıştır. Bu konuda ayrıca bk.z. Özen. Sona Erme, s. 56-57, özellikJe dpn. 9.

bir düzenleme, süreli kefaletin kabulüne ve TBK. m. 600'Un uygulanmasına engel değildir⁴⁷.

Kefalet sözleşmesinin "*süreli*" olduğu karine olarak kabul edilemez. Süreli bir kefaletin bulunduğunu iddia eden kefil bu iddiasını ispatlamak durumundadır⁴⁸.

Hakim görüş kefilin sorumluluğunu süreye bağlayan anlaşmanın herhangi bir geçerlilik şekline bağlı olmadığını, çünkü böyle bir anlaşmanın kefilin yükümlülüğünü hafiflettiğini kabul etmektedir⁴⁹. Buna karşılık, kefaletin süreye bağlanmasının, kefil için, süreli olmayan kefalete ilişkin TBK. m. 601 hükmünün uygulanması durumunda söz konusu olacak olandan daha uzun süreli bir bağlılık yaratabileceğini belirten yazarlar da vardır⁵⁰. TBK. m. 601'e göre, "*süreli olmayan kefalette kefil, asıl borç muaccel olunca, adi kefalette her zaman ve müteselsil kefalette ise, kanunun öngördüğü hallerde, alacaklıdan, bir ay içinde borçluya karşı dava ve takip haklarını kullanmasını, varsa rehnin paraya çevrilmesi yoluyla takibe geçmesini ve ara vermeden takibe devam etmesini*" isteyebilecektir. Görülüyor ki, bu hükmün uygulanması, esas borcun muaccel olması anına kadar geçecek süreye ilaveten, alacaklıdan talepte bulunmasından itibaren işleyecek bir aylık bir süre boyunca kefil için bağlılık yaratmaktadır. Kefalet süresi TBK. m. 601'e göre belirlenecek süreden fazla olarsa kefilin lehine bir durumun ortaya çıktığı söylenemez. O halde, kefaletin süresine ilişkin anlaşmanın geçerlilik şekline bağlı olmadığı da iddia edilemez. Böyle istisnai durumlarda, kefilin TBK. m. 583'te belirtilen şekle uygun olarak yapması gereken beyanında kefalet süresine ilişkin bir açıklığın bulunması gerekir.

Kefalet süresinin uzatılması kefilin sorumluluğunu arttıran bir değişikliktir. Bu değişikliğin, TBK. m. 583 f. son uyarınca, kefaletin şekline bağlı olarak yapılması gerekir⁵¹.

47 Beck, Art. 510, N. 34.

48 Beck, Art. 510, N. 35; Pestalozzi, Art. 510, N. 11; Tandoğan, Borçlar II, s. 800; Yavuz, s. 867.

49 Lerch-Tuason, s. 87; Giovanoli, Art. 510, N. 10, Pestalozzi, Art. 510, N. 11.

50 Nitekim bkz. Beck, Art. 510, N. 36.

51 Beck, Art. 510, N. 37; Giovanoli, Art. 510, N. 10 a.

b. Süreli kefaletin çeşitli görünümleri

Kefil belirli bir süreyle sınırlı olarak sorumluluk üstlendiği takdirde süreli kefaletten söz edileceği açıktır. Kefilin üç yıl süre için veya belirli bir tarihe kadar sorumluluk üstlenmesi bu tarz süreli kefaletle örnek olarak gösterilebilir. Kefilin sorumluluğunun devam edeceği sürenin objektif olarak belirlenebilir bir biçimde kararlaştırılması da mümkündür. Sorumluluk süresinin objektif olarak belirlenebilir olması demek, süreyi taraf iradelerinden bağımsız bir biçimde belirlemeye olanak verecek objektif verilerin açıklığa kavuşturulması demektir. Sorumluluk süresinin belirlenmesini mümkün kılacak objektif verilerden yola çıkarak, daha kefalet sözleşmesinin yapıldığı sırada sorumluluk süresinin çıkarılabilmesi mümkün olmalıdır. *"Kefilin yaşamı boyunca sorumluluk taşıyacağı"* veya *"kefilin ölümüyle birlikte kefalet sözleşmesinden doğan sorumluluğun son bulacağı"* kararlaştırılmışsa, yine bir süreli kefalet görünümü karşısındayız demektir. Bu türden bir süreli kefalette, kefilin ölümü üzerine mirasçılarının sorumluluğu gündeme gelmez. Diğer taraftan, kefalet sözleşmesinin yapılmasından itibaren on yıl geçmiştise, kefil ölmemiş olsa bile sorumluluğu TBK. m. 598 f. 3 uyarınca son bulur⁵². Olağandışı ekonomik koşulların hüküm sürdüğü sırada yapılan kefalet sözleşmesinin, olağan ekonomik koşullara dönülmesiyle birlikte son bulacağı kararlaştırılmışsa, süreli bir kefaletle karşı karşıya olduğumuz söylenebilir. Zira kefalet sözleşmesinin yapıldığı sırada kefilin sorumluluk süresinin kestirilebilmesini mümkün kılacak objektif veriler büyük bir açıklıkla ortaya konmamıştır. Olağan ekonomik koşullardan ne kast edildiği net olarak belirli değildir ve sorumluluk süresinin boyutlarının ne olacağının zihinde canlandırılmasına olanak vermemektedir⁵³.

Kefilin sorumluluğu beş yıllık süreye bağlanmış olmakla birlikte, kendisine ayrıca sözleşmeyi sona erdirici bir beyanda bulunma hakkı tanınabilir. Örneğin üç yıllık süreye bağlanmış bir kefalet sözleşmesinin, kefil tarafından altı ay önce bildirilmek kaydıyla her zaman sona erdirilebileceği kararlaştırılmış olabilir. Böyle durumlarda da süreli bir kefalet mevcuttur. Kefil sözleşmeyi sona erdirici bir beyanda bulunmasa bile, belirlenen sürenin dolmasıyla borcundan kurtulacaktır. Esas borcun muaccel olacağı zaman beliyse ve esas borcun muaccel olduğu gün (veya muacceliyetten itibaren bir hafta içinde) alacaklı harekete geçmediği takdirde kefilin sorumluluğunun son bulacağı kararlaştırılmışsa, bir diğer süreli kefalet örneğiyle karşılaşırız.

52 Beck, Art. 51O, N. 31; Özen, Sona Erme, s. 57.

53 Beck, Art. 51O, N. 31.

Bu olasılıkta da, kefilin sorumluluğunun ne kadar devam edeceğinin kestirilebilmesini sağlayacak objektif bir veri bulunmaktadır. Esas borcun muacceliyet anının belirli olması ve bu an gelir gelmez alacaklı harekete geçmediği takdirde kefilin sorumluluktan kurtulacağını öngörölmüş bulunması, kefilin ne zamana kadar sorumlu tutulabileceğini kesin olarak söylenebilir hale getirmektedir⁵⁴.

Kefilin sorumluluğu belirli bir süreyle sınırlanmamakla birlikte, kendisine kefalet sözleşmesini ortadan kaldıracak bozucu yenilik doğuran bir beyanda bulunma hakkı tanınmış olabilir. Bu olasılıkta süreli bir kefaletin varlığı kabul edilmemektedir. Örnek olarak, kefile altı ay öncesinden haber vermek kaydıyla sözleşmeye son verme olanağının tanınması, ayrıca kefalet sözleşmesi için bir süre sınırı getirilmediği takdirde TBK. m. 600'ün uygulanmasını mümkün kılmaz. Bunun gibi, asgari bir süre geçtikten sonra kefile bir önele uyararak sözleşmeyi sona erdirmeye hakkı verilmesi, TBK. m. 600'ün uygulama alanı dışındadır. O halde, *"kefalet sözleşmesinin yapılmasından itibaren iki yıl geçtikten sonra kefilin altı ay öncesinden haber vererek kefalet sözleşmesini sona erdirebi/eceğinin"* kararlaştırılması süreli bir kefalet sözleşmesinden söz edilebilmesi için yeterli değildir. Oysa kefalet sözleşmesi iki yıllık azami bir süreye bağlanmış olup, bu süre içerisinde kefile altı ay öncesinden haber vererek sözleşmeyi sona erdirmeye hakkı tanınsaydı, süreli bir kefaletten söz etmek pekala mümkün olurdu. Kefalet sözleşmesinin bozucu bir koşula bağlandığı haller de süreli kefaletle karıştırılmamalıdır⁵⁵. Kefaletle konu alacak için rehin güvencesi sağlanabildiği takdirde kefilin sorumluluğunun ortadan kalkacağı kararlaştırılmışsa, kefalet sözleşmesi bozucu koşula bağlanmış demektir. Bir diğer örnek, kefalet sözleşmesinin yapılmasından itibaren bir yıl içinde iki kefilin daha bulunması gerektiği,

54 Beck, Art. 51O, N. 31.

55 Beck, Art. 51O, N. 32; Giovanoli, Art. 51O, N. 1O. Süreli kefaletle bozucu koşula bağlanmış kefalet arasındaki fark. koşulun gerçekleşmesindeki belirsizliğe karşılık sürenin geçmesindeki kesinlikte ortaya çıkar. Buna karşılık, sürenin geçmesiyle bozucu koşulun gerçekleşmesinin sözleşmeyi kendiliğinden sona erdirici etkisi arasında bir fark yoktur. 818 sayılı (eski) Borçlar Kanunu m. 493'teki düzenlemede, süreli kefalet ve bozucu koşula bağlı kefaletin sonuçları bakımından da bir fark bulunmaktadır. Bozucu koşulun gerçekleşmesi kefalet sözleşmesine kendiliğinden son verirken, kararlaştırılan sürenin dolması kendiliğinden sona erdirici etki yaratmayacak, alacaklının bir ay içerisinde dava ve takip hakkını kullanmaması da (veya kullanmakla birlikte başvurduğu yolun devamına uzunca bir süre ara vermesi de) aranacaktır. Bu konuda bkz. Özen, Sona Erme, s. 58, özellikle bkz. dñn. 14.

aksi takdirde kefalet sözleşmesinin hükümlerinin sona ereceğinin kararlaştırılmasıdır. Burada da bozucu bir koşulun kararlaştırıldığı rahatlıkla söylenebilir. Gelecekteki bir borca ilişkin kefalet sözleşmesi yapılırken, *"esas borcun belirli bir süre içerisinde doğması koşuluyla kefilin sorumlu tutulabileceğinin"* kararlaştırılması mümkündür. Böyle bir durumda da süreli bir kefalet sözleşmesi yapılmış değildir. Yapılan, sadece, kefalet güvencesine bağlanmak istenen esas borca ilişkin bir sınırlama getirmektir. Sözünü ettiğimiz olasılığa çalışanlara kefaletten bir örnek bulmak mümkündür. *"Kefilin çalışan kişinin üç yıl içerisinde vereceği zararlar için sorumluluk üstlendiği, üç yıllık çalışma süresinin sonunda herhangi bir zarar doğmamışsa kefilin sorumluluktan kurtulacağı"* kararlaştırılmışsa, süreli bir kefalet değil esas borca ilişkin sınırlama getirilen bir kefalet vardır. Alınacak bir krediden kaynaklanan borca kefalette de, *"kredi bir yıl içinde alınmadığı takdirde kefilin sorumluluğunun son bulacağına"* kararlaştırılması benzer bir örnek oluşturur. Sınırlama kefalete değil esas borca ilişkindir. Bu türden örnekler de TBK. m. 600'ün uygulama alanı dışındadır⁵⁶.

Esas borcun vadeye bağlanması veya esas borçtan doğan sorumluluğun bir süreyle sınırlanması, esas borcun kaynaklandığı hukuki ilişkiden ayrı bir hukuki ilişki olarak düşünülmesi gereken kefalet için bir süre sınırı getirildiği anlamına gelmez. Ne var ki esas borçla ilgili gibi görünen bir sürenin, taraf iradelerinin yorumlanması sonucunda, aslında kefaletle ilişkin bir sınırlama getirdiği sonucuna varılabilir. Bir krediden doğan borca kefil olan kişi, *"kreditinin belli bir süre (diyelim bir yıl) içerisinde geri ödenmemesi ve kredi alacaklısının hareketsiz kalması olasılığında sorumluluktan kurtulacağını"* belirtmiş olabilir. Bunun gibi, bir taksitle satış ilişkisinde alıcının satış bedeli borcu için kefil olan kişi, *"alıcının belirli taksit tarihlerinde ödeme yapmaması ve satıcının da hareketsiz kalması olasılığında kefaletten doğan sorumluluğunun son bulacağını"* açıklığa kavuşturabilir. Bu olasılıklarda süreyle ilgili sınırlamalar esasen kefalet sözleşmesiyle ilgilidir. Nitekim esas borçla ilgili süre kayıtlarına kefalet belgesinde yer verilmiş olması ve kefilin sorumluluğunun ortadan kalkmasıyla bağlantılı olarak zikredilmesi, kefaletle ilişkin bir sınırlama getirilmek istendiğinin göstergesidir. Bu tür durumlarda, süreli bir kefaletin bulunduğu söylenebilir.⁵⁷

56 Becl, Art. 510, N. 32; Giovanoli, Art. 510, N. 10. Süreye bağlı kefaletin çeşitli görünüm biçimleriyle ilgili olarak ayrıca bkz. Reisoğlu, Kefalet, s. 234 vd; Elçin Grassinger, s. 144 vd; Özen, Sona Erme, s. 57-58.

57 Nitekim bkz. Beck, Art. 510, N. 33; Giovanoli, Art. 510, N. 10.

Burada bir noktaya değinmek isterim. EBK. m. 493'ün düzenlemesine göre, alacaklı kefalet için belirlenen sürenin tamamlanmasından itibaren bir ay (İsviçre Hukuku'nda dört hafta) içerisinde harekete geçmezse kefilin sorumluluğu son bulmaktadır. Kefilin borcundan kurtulması alacaklının bir aylık süre içindeki hareketsizliğine bağlanan bir sonuç olarak öngörülmüştür. Alacaklı ve kefilin anlaşarak söz konusu bir aylık süreyi Jasaltmalan veya uzatmaları mümkündür. Hatta bir aylık sürenin hepten kaldırılarak, TBK. m. 600'de olduğu gibi, sürenin tamamlanmasına kefaleti derhal sona erdirici etki tanınabilirdi. EBK.'nın yedek nitelikte kurallardan oluşan kefaletle ilişkin düzenlenmesi bu tür anlaşmalar yapılmasına imkan veriyordu⁵⁸. EBK. m. 493'le TBK. m. 600'ün getirdikleri düzenin ve süreli kefaletle ilişkin anlayışlarının farklılığı bu noktada da açığa çıkmaktadır. TBK. m. 600'e göre, kefaletin bağlandığı sürenin tamamlanmasından sonra kefilin sorumluluğu derhal ortadan kalkmaktadır. Harekete geçmesi için alacaklıya tanınmış bir süre yoktur. Kefaletin bağlandığı sürenin tamamlanmasına rağmen kefilin sorumluluğunun hemen ortadan kalkmayacağını, alacaklı derhal (veya belirli bir süre içerisinde) harekete geçmediği takdirde kefilin sorumluluktan kurtulacağını kararlaştırılması ise, TBK. m. 582 f. son uyarınca geçersizdir. Bu hükme göre, kefil, kendisine tanınan haklardan peşin olarak feragat edemez. Bu durumda, TBK. m. 600'de yer alan *"kefalet süresi tamamlanınca sorumluluktan kurtulduğunu ileri sürme hakkı"* da kefil açısından feragat edilemez bir hak derecesine yükselmektedir⁵⁹.

2. Kefilin süresiz olarak sorumluluk altına girmesi

a. Genel olarak

Süreli olmayan kefaletle ilişkin TBK. m. 601 şu şekildedir: *"Süreli olmayan kefalette kefil, asıl borç muaccel olunca, adi kefalette her zaman ve müteselsil kefalette ise, kanunun öngördüğü hallerde, alacaklıdan, bir ay*

58 Reisoğlu, Kefalet, s. 241. Ne var ki OR. Art. 51O Abs. 3 düzenlemesinde alacaklıya verilen dört haftalık sürenin kefil lehine kısaltılması mümkün olmakla birlikte, kefil aleyhine uzatılması mümkün değildir. OR Art. 492 Abs. 4 kefilin kendisine tanınan haklardan önceden vazgeçmesinin mümkün olmadığını belirterek, kefaletle ilişkin hükümleri nispi emredici hükümler durumuna getirmiştir. Bkz. Pestalozzi, Art. 51O, N. 9. TBK. m. 582 f. son hükmünde de, "kanundan aksi anlaşılmadıkça kefil, bu bölümde kendisine tanınan haklardan önceden feragat edemez" denilerek aynı yol tutulmuş, kefalet hukuku nispi emredici hükümlerle donatılmıştır.

59 Özen, Sona Erme, s. 58-59.

içinde borçluya karşı dava ve takip haklarını kullanmasını, varsa rehnin paraya çevrilmesi yoluyla takibe geçmesini ve ara vermeden takibe devam etmesini isteyebilir. -Borç, alacaklının borçluya yapacağı bildirim sonucunda muaccel olacaksa kefil, kefalet sözleşmesinin kurulduğu tarihten bir yıl sonra alacaklıdan, bu bildirimi yapmasını ve borç bu suretle muaccel olunca, yukarıdaki fıkra hükümleri uyarınca takip veya dava haklarını kullanmasını isteyebilir. -Alacaklı, kefilin bu istemlerini yerine getirmezse, kefil borcundan kurtulur". Bu hükmün 818 sayılı (eski) Borçlar Kanunu 'ndaki karşılığı olan 494. maddenin birinci fıkrası ise şu şekildedir: "Kefalet gayri mahdut bir zaman için akdolmuş ise asıl borç muacceliyet kesbettikten sonra kefil alacaklıdan bir ay zarfında icra veya mahkemeye müracaatla hakkını takip etmesini ve uzun müddet fasıla vermeksizin takibata devam etmesini talep edebilir".

Her iki düzenlemenin karşılaştırılmasından bazı sonuçlar çıkarılabilecektir. EBK. m. 494 f. 1, adi ve müteselsil kefalet ayrımı yapmamaktadır. Bu nedenle söz konusu düzenlemenin müteselsil kefalet uygulanıp uygulanmayacağı noktasında bir belirsizlik bulunmaktadır. Öğretide hakim olan düşünceye göre EBK. m. 494 f. 1 müteselsil kefalet uygulanamazdı. EBK.'nın müteselsil kefaleti ele alış biçimine göre, müteselsil kefil önce esas borçlunun takip edilmesini isteyemeyeceği gibi önce rehnin paraya çevrilmesini de isteyemezdi. Bir başka deyişle, tartışma ve önce rehnin paraya çevrilmesi def'ilerinden yoksundu. Müteselsil kefil sıfatı gereği yoksun olduğu bu olanaklardan, EBK. m. 494 f. 1'i devreye sokmak yoluyla da yararlanamazdı. EBK. m. 494 f. 1'e göre, esas borç muaccel olduktan sonra kefil alacaklıdan bir ay içinde "icra veya mahkemeyi müracaatla hakkını takip etmesini" isteyebilir. Müteselsil kefil alacaklıdan bir ay içinde icra veya mahkemeye başvurarak ne yapmasını isteyecektir? Esas borçlu hakkında dava veya takip yoluna gitmesini isteyemez, çünkü tartışma def'inden yoksundur. Elindeki rehinleri paraya çevirmek için icraya başvurmasını isteyemez, çünkü önce rehnin paraya çevrilmesi def'inden yoksundur. Şu halde, EBK. m. 494 f. 1 müteselsil kefilin sıfatı gereği yararlanamayacağı bir düzenlemedir⁵⁰.

60 Türk öğreti ve uygulamasının yukarıdaki biçimde özetlenen tavrıyla ilgili olarak bkz. Reisoğlu, Kefalet, s. 241; Tandoğan, Borçlar II, s. 802; Barlas, Belirsiz Süreli Kefalet, s. 187 vd; Şahan, s. 87-88. Buna karşılık, EBK. m. 494 düzenlemesinden (birinci fıkra da dahil olmak üzere) bütün kapsamıyla müteselsil kefilin de yararlanabileceği düşüncesini taşıyan yazarlar da bulunmaktaydı. Nitekim bu doğrultuda bkz. Elçin Grassinger, s. 154-155; Gülçin Elçin Grassinger, Belirsiz Süreli Kefalette Kefilin Hakları, Prof. Dr. Necip Kocayusufpaşaoğlu İçin Armağan, Ankara 2004, s. 229 vd. Ayrıca bkz. Elçin Grassinger, Bazı Hukuki Sorunlar, 299-302.

Türk öğretisinde hakim olan bu tavra karşılık, İsviçre uygulamasında EBK. m. 494'ün karşılığı olan eski İsv. BK. m. 503 bakımından farlı bir düşünce benimsenmiştir. Buna göre, müteselsil kefil de eski İsv. BK. m. 503'deki olanaktan yararlanabilmeli ve esas borç muaccel olur olmaz alacaklının dört hafta içinde harekete geçmesini talep edebilmelidir. Kefilin böyle bir talebine muhatap olan alacaklı, dilerse esas borçluya dilerse müteselsil kefile karşı dava ve takip haklarını kullanabilmelidir. Alacaklı dört haftalık süre içinde hareketsiz kalır, ne esas borçluya ne de müteselsil kefile karşı dava ve takip haklarını kullanmazsa, müteselsil kefil sorumluluktan kurtulmalıdır. Alacaklı dört haftalık süre içinde harekete geçmiş olmakla birlikte, esas borçlu veya müteselsil kefil aleyhinde başvurduğu hukuki yola uzun bir süre ara verdiği takdirde de müteselsil kefil sorumluluktan kurtulmalıdır. Eski İsv. BK. m. 503'e ilişkin olarak İsviçre uygulamasında yer eden bu düşünce biçimine dönemin İsviçre öğretisi itiraz etmiştir. Dönemin İsviçre öğretisi, müteselsil kefilin eski İsv. BK. m. 503'den yararlanabilmesini mantıksız bulmaktaydı. Uygulamadaki yaklaşım biçimi benimsenirse, esas borç muaccel olunca müteselsil kefil alacaklıya gidebilecek ve *"dört hafta içerisinde beni veya esas borçluyu takip et"* diyebilecektir. Bir kimsenin alacaklısına giderek, *"benim hakkımda takibe geçmezsen borcumdan kurtulurum"* anlamına gelecek bir beyanda bulunması sağduyuya aykırıdır. O, alacaklısına böyle bir beyanda bulunacağına borcunu ifa etme yoluna gitmelidir. Sonuç olarak, müteselsil kefil eski İsv. BK. m. 503'ten yararlanarak süreye bağlı olmayan kefalet sözleşmesini sona erdirememelidir⁶¹.

İsviçre Borçlar Kanunu'nun kefaletle ilişkin hükümlerinde 1941 yılında kapsamlı bir değişiklik yapılırken, İsviçre uygulamasında eski İsv. BK. m. 503'e ilişkin olarak yapılan yorumun ve konuya ilişkin tartışmaların önüne geçilmek istenmiştir⁶². İsv. BK. m. 511 f. 1'de, müteselsil kefilin belirli koşullarda süresiz bir kefalet sözleşmesini sona erdirebilmesine olanak verilmiştir.

İsv. BK. m. 511'den esinlenen TBK. m. 601, süresiz kefalet sözleşmesine müteselsil kefilin son verebilmesini belirli koşullarla mümkün görmektedir. Müteselsil kefilin EBK. m. 494 f. 1'e dayanarak sorumluluktan kurtulma olanağı genellikle kabul edilmediğine göre, konuya ilişkin önemli bir yenilik

61 Dönemin İsviçre uygulamasına ilişkin olarak bkz. BGE 54 il 292; 54 111 157. Revizyon öncesindeki yerleşik uygulamanın değerlendirilme ve eleştirisine ilişkin olarak bkz. Lerch-Tuason, s. 91.

62 Beck, Art. 511, N. 2.

gerçekleşmiş olmaktadır. Süresiz kefaletin uygulamada asıl kefalet görünümü olduğu, süreli kefalet ilişkileriyle seyrek olarak karşılaşıldığı dikkate alınır, TBK. m. 601'de getirilen yeniliğin önemi artmaktadır. Süresiz bir kefalet sözleşmesinden doğan sorumluluğunu sona erdirmeye olanağını kefile veren TBK. m. 601, bu olanağın kullanılabilmesinin ön koşulu olarak esas borcun muacceliyetini aramaktadır. Esas borcun muacceliyetinin alacaklının yapacağı bir bildirimle bağlandığı olasılık TBK. m. 601 f. 2'de ele alınmıştır. TBK. m. 601 f. 2'ye göre, kefil, kefalet sözleşmesinin yapılmasından itibaren bir yıl geçince muacceliyet bildiriminde bulunmasını alacaklıdan isteyebilir. Esas borç muaccel hale geldikten sonra, kefil TBK. m. 601 f. 1'de belirtilen hakkını kullanabilecektir.

TBK. m. 601'in kenar başlığında "*süreli olmayan*" kefaletten söz edilmektedir. Aynı anlamda olarak "*süresiz kefalet*" veya "*belirsiz süreli kefalet*" ifadeleri de kullanılabilir. Yukarıda yapılan "*süreli*" kefaletle ilişkin açıklamalar dikkate alınarak, süreli kefalet olarak nitelendirilemeyecek hallerde süreli olmayan kefaletin bulunduğu sonucuna varılabilir. Diğer taraftan, süreli olmayan kefaletin asıl süreli kefaletin istisna olduğu da gözetilmelidir. Buna göre, süreli bir kefalet bulunduğunu iddia eden bu iddiasını ispat etmelidir⁶³.

Kefil, TBK. m. 601'in kendisine tanıdığı haklardan önceden vazgeçemez (TBK. m. 582 f. son). Alacaklının esas borçluya süre tanınması kefil bakımından olumsuz sonuç doğurmaz. Kefil esas borcun eski vadesini esas alarak TBK. m. 601'den yararlanabilir. Alacaklının esas borcun vadesini ileriye almasının kefil bakımından da etkili olması, kefilin bu değişikliği onaylamasına bağlıdır. Ne var ki, bu noktada şöyle bir sorun ortaya çıkacaktır: Kefil, kefalet sözleşmesi yapılırken, alacaklının esas borcun vadesinde değişiklik yapma yetkisini peşin olarak kabul edebilecek midir? Kefilin bu türden bir kabulü, TBK. m. 582 f. son'da sözü edilen biçimde kendisine tanınan haklardan önceden vazgeçmesi anlamına gelecek midir? Alacaklıya esas borcun vadesinde değişiklik yapabilme yetkisinin kefil tarafından peşin olarak verilebileceği kabul edilirse, kefaletin geçerlilik şekline uygun olarak yapılmış bir irade açıklamasına gerek duyulacağı kuşkusuzdur. Kefilin durumunu ağırlaştıran (TBK. m. 601'den kaynaklanan hakların kullanılmasını zorlaştıran) böyle bir anlaşma, kefaletin geçerlilik şekline uyulmasını gerektirir⁶⁴.

63 Pestalozzi, Art. 510, N. 11; Tandoğan, Borçlar il, s. 800; Yavuz, s. 867.

64 Nitekim bkz. Beck, Art. 511, N. 15.

b. Müteselsil kefilin TBK. m. 601'den yarar/anabilmesi

Süreli olmayan kefaletle ilişkin TBK. m. 601 'den adi kefil yararlanabileceği gibi, belirli koşullar altında müteselsil kefil de yararlanabilecektir. TBK. m. 601 f. 1 şöyledir: *"Süreli olmayan kefaletle kefil, asıl borç muaccel olunca, adi kefalette her zaman ve müteselsil kefaletle ise kanunun öngördüğü hallerde, alacaklıdan, bir ay içinde borçluya karşı dava ve takip haklarını kullanmasını, varsa rehnin paraya çevrilmesi yoluyla takibe geçmesini ve ara vermeden takibe devam etmesini isteyebilir"*. Görülüyor ki, müteselsil kefilin TBK. m. 601 'den yararlanabilmesi *"her zaman"* değil *"kanunun öngördüğü hallerde"* söz konusu olacaktır. *"Kanunun öngördüğü hallerde"* denilmekle neyin kast edildiği belirsizdir. Bu belirsizliğin aşılması için kaynak Kanun'un 511. maddesinin göz önünde tutulması kaçınılmaz olmaktadır.

İsv. BK. m. 511 f. 1'de *"kanunun öngördüğü hallerde"* gibi bir ifade kullanılmaz. Bu düzenleme mealen şu şekildedir: *"Kefalet belirsiz bir süre için üstlenilmişse, kefil, esas borcun muaccel olmasından itibaren dört hafta içerisinde alacaklıdan hakkını esas borçluya karşı ileri sürmesini, elindeki rehinleri paraya çevirmesini ve başvurduğu hukuki yola önemli bir ara vermeden devam etmesini isteyebilir; yeter ki kefilin alacaklıdan yerine getirmesini istediği davranış kendisinden talepte bulunabilmesinin bir gereği olsun"*. Görülüyor ki kefilin adi veya müteselsil kefil olmasından hiç söz edilmemektedir. Bu düzenleme uyarınca kefilin alacaklıdan yerine getirmesini isteyeceği davranış, kendisinden talepte bulunulabilmesi için yerine getirilmesi zorunlu olan davranıştır. Kefil, esas borç muaccel olunca, kendisinden talepte bulunulmasının gereği olan davranışı dört hafta içerisinde gerçekleştirmesini alacaklıdan isteyebilecektir. Kefil, ayrıca, alacaklının dört hafta içerisinde harekete geçmemesi halinde sorumluluktan kurtulacağı uyarısını da yapmalıdır. Alacaklının kefile başvurmasının gereği olan ve kefilin talebi üzerine dört hafta içerisinde yerine getirme külfeti altında olduğu davranış, *"hakkını esas borçluya karşı dava veya takip yoluyla ileri sürmek"* olabileceği gibi, *"elindeki rehinleri paraya çevirmek"* de olabilir. Kimi durumlarda alacaklı, kefilin talebi üzerine, hem esas borçluya karşı dava veya takip yoluna başvurup sonuçlandırmak hem de elindeki rehinleri paraya çevirmek zorunda kalabilir. İşte kefil, esas borç muaccel olunca, kendisinden talepte bulunmadan önce alacaklının hangi yola başvurması gerekiyorsa o yola başvurmasını ve önemli bir ara vermeden bu yolu takip etmesini isteme olanağına kavuşturulmuştur⁶⁵.

65 Özen, Sona Erme, s. 61.

Yukarıdaki açıklamalar göstermektedir ki, müteselsil kefilin İsv. BK. m. 511 f. 1'den yararlanabilmesi için, alacaklının elinde "*teslime bağlı taşınır rehni*" veya "*alacak rehni*" türünden teminatların bulunması gerekir. Teslime bağlı taşınır rehni veya alacak rehninin paraya çevrilmesi, İsv. BK. m. 496 uyarınca alacaklının müteselsil kefilden talepte bulunabilmesi için gereklidir. O halde, süresiz olarak müteselsil kefil olan kişi, esas borcun muaccel olmasından sonra, dört hafta içerisinde teslim bağli taşınır rehnini veya alacak rehnini paraya çevirmek için gerekli hukuki süreci başlatmasını alacaklıdan isteyebilir. Buna karşılık, esas borcun muaccel olmasından sonra, esas borçlu hakkında dava veya takip yoluna başvurmasını alacaklıdan isteyemez. Alacaklıdan bu tür bir talepte bulunabilecek olan müteselsil kefil olmayıp adi kefildir. Alacaklının elinde teslim bağli taşınır rehni ve alacak rehni türünden teminatlar bulunmuyorsa veya alacaklının müteselsil kefile başvurmadan önce bu türden rehinleri paraya çevirme zorunluluğu kaldırılmışsa⁶⁶, müteselsil kefil İsv. BK. m. 511'den yararlanamaz. Alacaklı zaten teslim bağli taşınır rehni ve alacak rehnini paraya çevirmiş durumdaysa, müteselsil kefilin İsv. BK. m. 511'e dayanma olanağı ortadan kalkmıştır⁶⁷.

66 İsv. BK. m. 496 f. 2, alacaklının müteselsil kefile başvurmadan önce teslim bağli taşınır rehni veya alacak rehnini paraya çevirme zorunluluğunun kaldırılabilceğini kabul etmektedir. Ne var ki, aynı olanak, Türk Hukuku çerçevesinde bulunmamaktadır. TBK. m.586 f. 2, İsv. BK. m. 496 f. 2'nin getirdiği düzenlemeden (kanaatimce bilinçli bir biçimde) ayrılarak, alacaklının teslim bağli taşınır rehni veya alacak rehnini öncelikle paraya çevirme zorunluluğunun kaldırılabilceğinden söz etmemiştir. Bu imkan açık olarak tanınmadığı sürece, kefalet hukukunun nisbi emredici yapısı {TBK. m. 582 f. son) gereğince bu yönde bir anlaşma yapılamaz.

67 Guhl, s. 127; Beck, Art. 511, N. 8, 27; Elçin Grassinger, s. 155. İsviçre Hukuku'nda 1941 yılında yapılan değişikliğin sınırları ile ilgili olarak bkz. Barlas, Belirsiz Süreli Kefalet, s. 189. Barlas'ın belirttiği gibi, İsviçre'de yapılan revizyon sonrasında, müteselsil kefile belirsiz süreli kefaletle ilişkin İsv. BK. m. 511 f. 1'den yararlanma olanağı sınırlı bir çerçevede tanınmıştır. Alacaklının elinde teslim bağli taşınır rehni veya alacak rehni türünden teminatlar varsa, müteselsil kefil bunların dört hafta içerisinde paraya çevrilmesini isteyebilecektir, yoksa esas borçlunun dört hafta içerisinde takip edilmesini isteyebilmesi söz konusu değildir. Buna karşılık, Pestalozzi'nin yaptığı açıklamaya göre, İsv. BK. m. 511'in müteselsil kefalet için ne anlam taşıdığı belirlenirken, alacaklının hem esas borçlu hem de müteselsil kefile karşı aynı anda harekete geçebileceği gibi sadece müteselsil kefile karşı harekete geçebileceği de dikkate alınmalıdır. Sonuç olarak, müteselsil kefil de İsv. BK. m. 511 f. 1'den yararlanabilecek, alacaklıdan kefalet güvencesine bağlanan alacağı için harekete geçmesini isteyebilecektir. Ne var ki, alacaklının, esas borçlu yerine müteselsil kefil hakkında dava veya takip yoluna gitme olanağı mevcuttur. Yeter ki bu takip için gerekli koşullar (esas borçlunun ifada gecikmesi ve alacaklı tarafından sonuçsuz kalacak bir biçimde ihtar edilmesi gibi) gerçekleşmiş olsun. Bkz. Pestalozzi, Art. 511, N. 2. Ayrıca bkz. Giovanoli, Art. 511, N. 8.

TBK. m. 601'in yorumlanmasında ve bu hükümde geçen "*kanunun öngördüğü hallerde*" ibaresinin anlamlandırılmasında, isv. BK. m. 5 J 1'e ilişkin yukarıdaki açıklamalarla paralel sonuçlara ulaşılması gerekir. Buna göre, "*kanunun öngördüğü hallerde*" ifadesi, "*alacaklının müteselsil kefile başvurabilmesi için yerine getirmesi kanun gereğince zorunlu olan davranış*" olarak anlaşılmalıdır. Müteselsil kefil, esas borç muaccel olduktan sonra, kendisine başvurulabilmesi için gerekli olan davranışı bir ay içerisinde yerine getirmesini alacaklıdan isteyebilecektir. Alacaklının müteselsil kefile başvurabilmesi için gerçekleştirmesi gereken davranış, TBK. m. 586 f. 2'ye göre, teslim bağli taşınır rehni ve alacak rehnini paraya çevirmektir. O halde, müteselsil kefil, teslim bağli taşınır rehni ve alacak rehnini paraya çevrilmesine ilişkin hukuki sürecin bir ay içerisinde başlatılmasını alacaklıdan isteyebilecektir. Alacaklı bir ay içerisinde söz konusu süreci başlatmazsa veya başlatmakla birlikte önemli ölçüde ara verirse, müteselsil kefil sorumluluktan kurtulur. Alacaklı teslim bağli taşınır rehni ve alacak rehni türünden güvencelere sahip değilse veya bu türden güvenceleri zaten paraya çevirmiş durumdaysa, müteselsil kefil TBK. m. 601'den yararlanamaz. Alacaklının teslim bağli taşınır rehni veya alacak rehnini paraya çevirmeden müteselsil kefile başvurabileceğinin kararlaştırılması, hukukumuz bakımından mümkün değildir⁶⁸.

Kefil iflas ettiğ i takdirde, kefalet sözleşmesinden doğ an borcu muaccel hale gelir. Esas borç henüz muaccel olmasa bile bu sonuç değ işmez. Kefilin borcu için "çifte" vadeden söz edilebileceğ i bu noktada hatırlanmalıdır. Esas borcun vadeye bağ li olup olmamasından tamamen bağ ımsız bir biçimde kefilin borcu vadeye bağ lanabilir. Kefalet sözleşmesinin esas borcun kaynaklandığı hukuki ilişkiden ayrılığ ının bir sonucudur bu. Diğ er taraftan, esas borç için kararlaştırılan vade aynı zamanda kefilin borcunun vadesi olarak görülebilir. Bu da/er 'ilik ilkesinin bir sonucudur. Esas borç ludan daha ağır bir sorumluluk altına girmiş sayılamayacak olan kefil, esas borç için kararlaştırılan vadeden de yararlanabilecek, bu vade gelmeden önce sorumlu tutulamayacağını bildirebilecektir. O halde, esas borcun vadesi kefilin borcu için de bir vadeye dönüşebilmektedir. iş te her iki tür vade bakımından da kefilin iflası etkili olacak, kefilin borcunun derhal muaccel hale gelmesini sağlayacaktır. Ş u halde iflds eden kefiliden bizzat kendi borcu için kararlaştırılan

68 Bu konuda TBK. m. 586 f. 2, İsv. BK. m. 511 f. 2'den bilinçli bir biçimde ayrılarak, teslim bağli taşınır rehni ve alacak rehninin öncelikle paraya çevrilmesi zorunluluğunun ortadan kaldırılmasından söz etmemiştir. TBK. m. 601 f. 1'deki "*kanunun öngördüğü haller*" ifadesinin kaynak kanundan da yararlanarak nasıl anlaşılması gerektiğ i hakkında ayrıca bkz. Bilgen, s. 648-649; Çınar, s. 89-91.

vadeden önce talepte bulunulması mümkün olduğu gibi, esas borç için kararlaştırılan vadeden önce talepte bulunulabilmesi de mümkün hôle gelmektedir. Bu söylenenlere bağlı olarak, ifids eden kefilin TBK. m. 601 hükmünden yararlanma olanağının kalmadığı da ortaya çıkmaktadır. Kefil esas borcun vadesi gelmeden önce iftis etmişse, iftis masası alacaklıdan TBK. m. 601'e dayanan bir talepte bulunamaz. Şu halde, iflôs masası, esas borcun muaccel olmasından önce, alacaklının esas borçluya karşı dava veya takip yoluna başvurmak ya da elindeki. rehinleri paraya çevirmek için bir ay içerisinde harekete geçmesini isteyemez. Bu söylenenler sadece müteselsil kefilin iftisi olasılığında değil adi kefilin iftisi olasılığında da geçerlidir^{P9}.

c. Sürekli borç ilişkilerine kefalette TBK. m. 601'e dayanılması

Belirli bir borç için değil de sürekli borç ilişkisinden kaynaklanan çeşitli borçlar için kefalet güvencesi verilmişse, TBK. m. 601'in uygulanıp uygulanmayacağı kuşku yaratabilir. Sürekli bir borç ilişkisinden kaynaklanan periyodik edimleri konu alan borçların veya cari hesap ilişkisinden doğacak borçların kefalet sözleşmesine konu yapıldığı durumlarda bu kuşku daha da artar⁷⁰. Bu konuda Beck tarafından ele alınan bir örnekte ileri sürülen düşünceler kanaatimce, hala savunulabilir niteliktedir⁷¹. Bu örnek, kira sözleşmesinden doğan kira bedeli borcu için belirsiz süreyle kefil olan kişinin durumuna ilişkindir. Bu kişi, muaccel olmuş ve ödenmemiş durumdaki kira bedelleriyle ilgili olarak TBK. m. 601'e dayanabilir. Şu halde, belirtilen durumda bulunan kira bedelleriyle ilgili olarak bir ay içinde dava ve takip haklarını kullanmasını veya elindeki rehinleri paraya çevirmesini alacaklıdan isteyebilir. Alacaklı bir ay içerisinde harekete geçmediği veya geçmekle birlikte başvurduğu hukuki yolu önemli bir kesintiye uğrattığı takdirde, kefil sorumluluktan kurtulur. Bu olasılıkta, kefil sadece işlemiş ve ödenmemiş

69 Beck, Art. 511, N. 9; Giovanoli, Art. 511, N. 11.

70 Bu tartışmalı durumda süreli olmayan kefalete ilişkin düzenlemenin (kıyasen veya doğrudan) uygulanma kabiliyetini kabul edenler olduğu gibi, reddedenler de bulunmaktadır. İsviçre Hukuku 'nda 1941 revizyonundan önce ileri sürülen görüşler için bkz. Beck, Art. 511, N. 10. Yürürlükteki İsviçre Hukuku bakımından, İsv. BK. m. 511'in prensip olarak uygulanması gerektiğini, ne var ki, somut olaydaki karşılıklı çıkarların değerlendirilmesiyle farklı bir sonuca ulaşılabileceğini düşünenler de vardır. Nitekim bkz. Giovanoli, Art. 511, N. 2.

71 Beck, Art. 511, N. 11. Sürekli bir borç ilişkisinden doğacak çeşitli borçlar için süreye bağlı olmadan kefil olan kişinin TBK. m. 601'den yararlanması tartışmalı olacağından, bu tür ilişkiler çerçevesinde verilen kefaletin süreye bağlanması amaca uygun olacaktır. Nitekim bkz. Lerch-Tuason, s. 91.

durumdaki kira bedellerine ilişkin sorumluluktan kurtulur. Henüz doğmamış olan kira bedeli borçları bakımından kefilin sorumluluğu devam eder. **Kira-**cının bütün borçları için, bu arada sözleşme sona erince kiralananın iadesine ilişkin borcu için kefil olan kişinin durumu hakkında da şunlar söylenebilir: Alacaklının kira sözleşmesini feshetme (veya tahliye davası açma) hakkı bulunuyorsa ve belirsiz süreli kefalet sözleşmesinin yapılmasından itibaren bir yıl geçmişse, kefil alacaklının fesih hakkını kullanmasını (tahliye davası açmasını), kira sözleşmesi sona erdikten sonra da TBK. m. 601 f. 1 uyarınca harekete geçmesini talep edebilir. Bir başka deyişle, alacaklının kira sözleşmesini fesih hakkı, TBK. m. 601 f. 2'de sözü edilen muacceliyet bildiriminde bulunma hakkına benzetilebilir⁷². Gerçekten de, kira sözleşmesi (fesih veya tahliye davası yoluyla) sona erince kiracının kira konusunu iade borcu doğacak ve derhal muaccel olacaktır. Bu nedenle, kira sözleşmesinin sona erdirilmesi için gerekeni yapmak, kiracının iade borcunun muacceliyeti için bildirimde bulunmak gibidir. Kefilin talebi üzerine alacaklının fesih hakkını kullanmaması (veya tahliye davasını açmaması), kefalet sözleşmesinden doğan sorumluluğun son bulmasına yol açar.

d. TBK. m. 601'den yararlanmak isteyen kefilin talepte bulunması gerekliliği

Kefil, süreye bağlanmamış kefalet sözleşmesinin sona erdirilmesini TBK. m. 601'e dayanan bir talepte bulunarak sağlayacaktır. Şu halde, süreye bağlı olmayan kefalette süreli kefaletten farklı olarak kendiliğinden sona erme söz konusu olmaz. Kefil, alacaklının bir ay içerisinde "*esas borçluya karşı dava ve takip haklarını kullanmasını*" veya "*rehinleri paraya çevirmek için gerekli süreci başlatmasını*" talep edecektir. Söz konusu talep, alacaklıya yöneltilmesi ve varması gereken bir irade beyanı yoluyla ileri sürülecektir⁷³. Bu beyan, alacaklının TBK. m. 601'in öngördüğü biçimde hareket etmesinin istendiğini yeteri kadar açıklıkla ortaya koymalıdır. O halde, alacaklının esas borçlu karşısındaki dava ve takip haklarını kullanması veya rehinleri paraya çevirmek için harekete geçmesi isteği, yapılan beyanın içeriğinden kuşkuyla yer bırakmaz bir biçimde çıkarılabilmelidir. Kefilin "*sorumluktan kurtulmak istediğini*" veya "*kefalet sözleşmesini feshettiğini*" bildirmesi yeterli değildir. Kefil yalın bir fesih beyanında bulunmakla TBK. m. 601'in öngördüğü

⁷² Aksi görüş için bkz. Ayan, s. 636-639.

⁷³ Bede, Art. 511, N. 18; Giovanoli, Art. 511, N. 1.

biçimde talepte bulunmuş sayılamaz. Kefil, beyanında, *"alacaklının hangi süre içerisinde ne yapması gerektiğine açıklık getirmek"* zorundadır. Bunun gibi, *"alacaklı isteneni yapmadığı takdirde sorumluluktan kurtulacağını"* vurgulamak durumundadır. Alacaklıya *"yapılması gerekenleri yap"* şeklinde belirsiz bir ifadeyle çağrıda bulunmanın da herhangi bir sonuç doğurmayacağı ortadadır. Ne var ki, alacaklıya, *"TBK. m. 601 hükmüne uygun olarak harekete geç"* biçiminde beyanda bulunması yeterli görülebilir. İçinde bulunulan durum ve koşulların güven ilkesine göre değerlendirilmesiyle, kefilin TBK. m. 601 hükmüyle bağlantılı bir talepte bulunmak istediği sonucuna varılabilmesi de yeterlidir⁷⁴. Kefilin beyanının herhangi bir geçerlik şekline bağlı olmadığını da belirtelim⁷⁵.

Kefilin TBK. m. 601'e dayanan talebi *"asıl borç muaccel olunca"* her zaman yapılabilir. Esas borç muaccel olduktan sonra belirli bir süre içerisinde yapılması gerekmez. Ne var ki, kefilin talebini esas borç henüz muaccel olmadan önce yapabilip yapamayacağı kuşkuludur. Bu olanak kabul edilirse, kefil, esas borç muaccel olmadan önce, muacceliyeti takiben bir ay içerisinde esas borçlu hakkında dava veya takip yoluna gitmesini alacaklıdan isteyebilecektir. Kefilin bu talebi esas borcun muacceliyetinden kısa bir süre önce yapılmışsa, TBK. m. 601'e uygun bir talep olarak değerlendirilebilir. Ne var ki, kefil esas borcun muacceliyetinden hatırı sayılır bir süre öncesinde talepte bulunmuşsa, bu talebin TBK. m. 601 açısından herhangi bir etkisi kabul edilemez⁷⁶.

Kefalet sözleşmesi yapılırken, bu sözleşmenin bir hükmü olarak, *"alacaklının esas borcun muacceliyetini takip eden bir ay içerisinde esas borca ilişkin dava ve takip haklarını kullanmaması durumunda kefalet sözleşmesinin son bulacağı"* kararlaştırılabilir⁷⁷. Böyle bir durumda esas borcun mu-

74 Tobler, s. 105; Lerch-Tuason, s. 89; Guhl, s. 128; Beck, Art. 511, N. 20-22; Giovanoli, Art. 511, N. 4. Kefilin beyanından alacaklının İsv. BK: m. 511 (TBK. m. 601)'in belirttiği şekilde harekete geçmesinin istendiği sonucunun çıkarılması için fazla sert ölçüler kullanılmamalıdır. Aksi takdirde kefilin korunması düşüncesine aykırı bir tutum takınılmış olur. Bu konuda bkz. Pestalozzi, Art. 511, N. 4. Kefilin beyanının taşıması gereken içerikle ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. Elçin Grassinger, Belirsiz Süreli Kefalet, s. 214 vd.

75 Lerch-Tuason, s. 89; Beck, Art. 511, N. 23; Giovanoli, Art. 511, N. 4.

76 Nitekim bu şekilde bkz. Beck, Art. 511, N. 19. Kefilin esas borcun muacceliyetinden önce talepte bulunabilmesi olanağının genel olarak kabul edilmesi yönünde bkz. Pestalozzi, Art. 511, N. 5.

77 Beck, Art. 511, N. 19; Pestalozzi, Art. 511, N. 5. Kefaletle ilişkin hükümlerin nisbi emredici niteliği gereğince, kefilin TBK. m. 601'den yararlanma hakkından önceden

muacceliyetini takiben kefilin herhangi bir talepte bulunması gerekmektedir. **Kefalet sözleşmesine** böyle bir hüküm konulması, TBK. m. 601 hükmünün niyeti emredici yapısı dikkate alınırsa, arzu edilen sonucu doğurur. Söz konusu hükümle, TBK. m. 601'in getirdiği düzen kefilin lehine değiştirilmektedir.

e. Kefilin talebine muhatap olan alacaklının yapması gerekenler ve kefilin sorumluluktan kurtulması

Kefilin TBK. m. 601'e dayanan talebine muhatap olan alacaklı, bir ay içerisinde esas borçlu karşısında dava ve takip haklarını kullanmak **veya** elindeki rehinleri paraya çevirmek için gerekli hukuki süreci başlatmalıdır. Alacaklı, ayrıca, başvurduğu hukuki yolu önemli bir ara vermeksizin sürdürmelidir.

Alacaklının hangi hukuki yolu tercih edeceğini belirlemede kefaletin türü önemlidir. TBK. m. 601'e dayanan adi kefilse, esas borçlu hakkında dava ve takip yoluna başvurmasını alacaklıdan isteyebileceği gibi, rehinleri paraya çevirmesini de alacaklıdan isteyebilir. Adi kefilin hem tartışma def'ine hem de önce rehnin paraya çevrilmesi def'ine sahip olması, **TBK. m. 601'e** dayanarak ileri süreceği talepler bakımından çeşitlilik yaratır. Şöyle ki. Esas borcun muaccel olmasından sonra alacaklıya başvuran adi kefil, bir ay içerisinde esas borçlu hakkındaki dava ve takip haklarını kullanmasını alacaklıdan isteyebilir. Alacaklı esas borçluyu sonuçsuz kalacak bir biçimde takip ettikten sonra, adi kefil, bu defa, elindeki rehinleri paraya çevirmek için bir ay içerisinde harekete geçmesini alacaklıdan isteyebilir. Alacaklı bu ikinci talebe uymayıp bir ay içerisinde elindeki rehinleri paraya çevirmek için gerekli süreci başlatmazsa, adi kefil borcundan kurtulur⁷⁹.

Buna karşılık TBK. m. 601 hükmüne dayanarak talepte bulunan müteselsil kefil, alacaklıdan, teslim bağli taşınır rehni veya alacak rehnini paraya çevirmek için bir ay içerisinde takibe geçmesini isteyebilir!⁸⁰

vazgeçmesi geçerli olmaz. Esas borcun muacceliyet tarihinin ileri alınmasına ilişkin esas borçlu ve alacaklı arasındaki anlaşma kefil tarafından onaylanmadıkça kendisini bağlamaz. Kefilin bu yöndeki onayı kendi aleyhine bir değişiklik anlamına geleceğinden kefaletin geçerlilik şekline uygun olarak gerçekleşmelidir. Pestalozzi, Art. 51 I, N. 3.

78 Özen, Sona Erme, s. 64.

79 Özen, Sona Erme, s. 65.

80 İsviçre Hukuku 'yla ilgili olarak yaptığı, ancak hukukumuz bakımından da dikkate alınabilecek benzer yöndeki açıklama için bkz. Barlas, Belirsiz Süreli Kefalet, s. 189. Ayrıca bkz. Özen, Sona Erme, s. 65.

Bir aylık sürenin başlangıcı, kefilin TBK. m. 601'e dayanan talebinin alacaklıya ulaştığı andır. Kefil söz konusu talebi en erken esas borcun muaccel olması üzerine yapabileceğine göre, bir aylık sürenin esas borç muaccel olmadan başlaması söz konusu olmaz⁸¹. Kefil alacaklıdan talepte bulunurken veya talepte bulunduktan sonra bir süre verirse, bu süre tamamlanmadan TBK. m. 601'de sözü edilen bir aylık süre başlamaz. Bir başka deyişle, TBK. m. 601'in öngördüğü bir aylık süre kefilin alacaklıya tanıdığı süreye eklenmelidir⁸².

Bir aylık süre tamamlanmadan önce alacaklının yapması gereken, esas borçluya karşı dava açmak veya esas borçluya karşı yürüteceği takibi başlatmaktır. Alacaklıdan rehinleri paraya çevirmesi istenmişse, alacaklı, bir aylık süre tamamlanmadan önce rehnin paraya çevrilmesi yoluyla takibi başlatmalıdır. Bir aylık süre içerisinde dava açan veya takibe başlayan alacaklının, dava veya takibi sonuçlandırmasının da bir aylık süre içinde gerçekleşmesi gerekmez. Bir aylık sürenin tamamlanmasından sonra da dava veya takibin devam etmesi mümkündür, yeter ki alacaklı dava veya takip süreci devam ederken önemli bir kesinti yaratmasın. Böyle bir kesintinin ortaya çıkmasıyla birlikte, kefilin sorumluluğu da ortadan kalkar⁸³.

TBK. m. 601'e göre alacaklının kullanacağı dava ve takip hakları, esas borçlu karşısında sahip olduğu dava ve takip haklarıdır. O halde kefil, alacaklıdan, esas borçluya karşı değil de kendisine karşı dava açmasını veya takibe girişmesini isteyemez⁸⁴.

Kefilin TBK. m. 601 uyarınca yönelteceği talep üzerine gerekli adımları atmayan veya gerekli adımları atmakla birlikte başvurduğu hukuki yolda önemli bir kesintinin ortaya çıkmasına yol açan alacaklı, kefile karşı sahip olduğu haklarını kaybeder. Kefilin sorumluluktan kurtulması kendiliğinden

81 Alacaklıdan talepte bulunan kefil muacceliyetin ileri alınmasına ilişkin olarak alacaklı ve esas borçlu arasında yapılan anlaşmayı onaylamışsa, bir aylık süre muacceliyetin ötelendiği tarihten itibaren başlayacaktır. Pestalozzi, Art. 511, N. 7. Kefilin esas borcun muaccel olmasından kısa bir süre önce TBK. m. 601'e dayanan bir talepte bulunabileceği kabul edilirse, bu olasılıkta da, esas borcun muacceliyetinden önce bir aylık süre başlamaz. Çünkü kefil, yapacağı talepte, esas borçluya karşı dava ve takip haklarını muacceliyetten itibaren bir ay içerisinde kullanmasını alacaklıdan isteyecektir. Özen, Sona Erme, s. 65, dpn. 30.

82 Beck, Art. 511, N. 25.

83 Özen, Sona Erme, s. 65.

84 Özen, Sona Erme, s. 66.

(ipso iure-yasa gereğince) gerçekleşir. Herhangi bir beyanda bu]unulmasına gerek yoktur. Kefilin bir zarara uğraması da gerekli değildir. TBK. m. 601 uyarınca sorumluluktan kurtulan kefil, herhangi bir edimi yerine getirmeye zorlanamayacağı gibi, daha önce yerine getirdiği edimin iadesini de isteyebilir⁸⁵.

f. Esas borcun muacceliyetinin alacaklının yapacağı bildirime bağlı olması

Kefilin TBK. m. 601 f. 1'de sözü edilen haklarını kullanabilmesi için esas borcun muaccel olması gereklidir. Esas borcun muacceliyeti alacaklının yapacağı bir muacceliyet bildirimine bağlanmışsa, alacaklı bu bildirim yapımayı geciktirerek belirsiz süre için kefil olan kişinin TBK. m. 601 f. 1 uyarınca sorumluluktan kurtulmasını önleyebilir. Ne var ki, bu sorunu aşmak için kefilin TBK. m. 601 f. 2'de kendisine sunduğu olanaktan yararlanması mümkündür. Böylelikle kefil, kefalet sözleşmesinin yapılmasından itibaren bir yıl geçince alacaklının muacceliyet bildiriminde bulunmasını ve muacceliyet gerçekleşince bir ay içinde esas borçluya karşı dava ve takip haklarını kullanmasını (veya elindeki rehinleri paraya çevirmek için gerekli süreci başlatmasını) alacaklıdan isteyebilecektir⁸⁶. Ne var ki, kefilin alacaklı yerine geçerek muacceliyet bildiriminde bulunma olanağı yoktur. O, sadece, alacaklıyı muacceliyet bildiriminde bulunmaya zorlayabilir⁸⁷.

TBK. m. 601 f. 2'nin uygulanabilmesi için esas borcun muacceliyetinin alacaklının yapacağı bildirime bağlı olması gerekmektedir birlikte, bu gerekliliğin yasadan veya sözleşmeden kaynaklanması önemsizdir. Buna karşılık, alacaklının muacceliyet bildiriminde bulunabilmesini yasa belirli koşulların gerçekleşmesine bağlamışsa ve bu koşullar henüz gerçekleşmemişse, kefil TBK. m. 601 f. 2'den yararlanamaz⁸⁸.

85 Beck, Art 511, N. 32; Özen, Sona Erme, s. 66.

86 Hem TBK. m. 601 f. 2 hem de bu düzenlemenin karşılığını oluşturan EBK. m. 494 f. 2, adi kefalette olduğu gibi müteselsil kefalette de etkilidir. EBK. m. 494 f. 1'den müteselsil kefilin yararlanabilip yararlanamayacağına ilişkin tartışma, EBK. m. 494 f. 2 bakımından hiç söz konusu olmamıştır. Bu konuda bkz. Barlas, Belirsiz Süreli Kefalet, s. 174-176.

87 Tobler, s. 104; Beck, Art. 511, N. 33; Pestalozzi, Art. 512, N. 10.

88 Beck, Art. 511, N. 34; Pestalozzi, Art. 512, N. 10.

Kefilin TBK. m. 601 f. 2 uyarınca talepte bulunabilmesi için, kefalet sözleşmesinin yapılmasından itibaren bir yılın geçmesi gerekir. Ne var ki, alacaklının muacceliyet bildiriminde bulunma olanağına, kefalet sözleşmesinin yapılmasından bir yıl geçtikten sonra kavuşması mümkündür. Örneğin, esas borcun kaynaklandığı sözleşmede alacaklının üç yıl geçmeden muacceliyet bildiriminde bulunamayacağı kararlaştırılmış olabilir. Böyle bir durumda, kefalet sözleşmesinin yapılmasından itibaren bir yıl geçmiş olmasına rağmen üç yıllık süre henüz tamamlanmamışsa, kefil TBK. m. 601 f. 2'ye dayanamaz⁸⁹.

Kefilin TBK. m. 601 f. 2'ye dayanan talebi alacaklıya ulaşınca, alacaklı derhal muacceliyet bildiriminde bulunmalıdır. Alacaklının TBK. m. 601 f. 1'deki bir aylık süreden yararlanması söz konusu olmaz⁹⁰. Alacaklının yapacağı muacceliyet bildiriminin muhatabı kuşkusuz esas borçlu olacaktır. Ne var ki, esas borçluya yapılan muacceliyet bildirimi kefilin bilgisine de sunulmalıdır. Aksi takdirde esas borç kefil açısından muaccel olmuş sayılmaz. TBK. m. 590 f. 3'te bu nokta açıkça belirtilmiştir. Bu hükme göre, *"asıl borcun muaccel olması, alacaklı veya borçlunun önceden süre içeren bildirimde bulunmasına bağlıysa, kefalet borcu için bu süre, bildirimin kefile yapıldığı tarihte işlemeye başlar"*. Alacaklının süre içeren bildirimde bulunması kefilin TBK. m. 601 f. 2'ye dayanan talebi üzerine gerçekleşmişse, bu bildirimin ayrıca kefilin bilgisine sunulması gerekip gerekmediği tartışılabilir. Böyle bir gerekliliğin bulunduğunu kabul edenler varsa da⁹¹, böyle bir sonucun tatmin edici olmadığını ve anlamsız bir şekilciliğe götüreceğini düşünüyorum.

Kefilin talebi üzerine muacceliyet bildiriminde bulunan alacaklı, muacceliyet gerçekleştikten sonra bir ay içerisinde esas borçlu hakkında dava veya takip yoluna başvurmalıdır (veya elindeki rehinleri paraya çevirmek için gerekli süreci başlatmalıdır). Alacaklının bir ay içerisinde başlattığı hukuki süreci önemli bir kesinti yaratmadan devam ettirmesi de gereklidir⁹².

Alacaklı kefilin talebi üzerine derhal muacceliyet bildiriminde bulunmazsa kefilin sorumluluğu ortadan kalkar. Muacceliyet bildiriminde bulunan alacaklı, muacceliyet gerçekleştikten sonra bir ay içerisinde gerekli hukuki adımı atmazsa veya başvurduğu hukuki yola önemli bir ara vermeye kalkar-

89 Beck, Art. 511, N. 35.

90 Lerch-Tuason, s. 89; Pestalozzi, Art. 512, N. 11.

91 Nitekim bkz. Lerch-Tuason, s. 90.

92 Özen, Sona Erme, s. 67.

sa, kefilin sorumluluğu yine ortadan kalkar. Kefilin sorumluluğunun ortadan kalkması için, alacaklının hareketsizliğinden zarar görmesi **gerekli değildir**❖

3. Alacaklının kefilin ödeme teklifini kabul etmemesi

TBK. m. 593 f. 1 c. 1'e göre, "*borçlunun iflası sebebiyle bile ol.sa. borç muaccel olduğu takdirde kefil, alacaklıdan yaptığı ödemeyi kabul etme3ini her zaman isteyebilir*". TBK. m. 593 f. 2'ye göre ise, alacaklı **haklı birse-**bep olmaksızın ödemeyi kabulden kaçınırsa kefil borcundan kurtulur. Kefalet sözleşmesi bakımından alacaklı temerrüdünü özel olarak ele alan bu düzenlemenin de, kefaletle özgü bir sona erme sebebi getirdiği söylenebilir. Kılıçoğlu'nun belirttiği düşünceye göre, edimi yerine getirmesi alacaklı tarafından engellenen kefilin kefalet borcundan kurtulacak olması, bizzat kefilin çıkarına öngörülmüş bir sonuçtur. O halde, kefil, alacaklının haklarına halef olmayı kendisi açısından daha yararlı görüyorsa veya borçluyla olan iç ilişkisi gereğince alacaklıya mutlaka ifada bulunmak durumundaysa, alacaklının kabul etmediği edimi tevdi yoluna giderek halefiyetin doğumunu sağlayabilmelidir⁹⁴.

4. Yasanın öngördüğü azami sorumluluk süresinin dolması

a. Genel olarak

TBK. m. 598 f. 3'e göre, "*bir gerçek kişi tarafından verilmiş olan her türlü kefalet, buna ilişkin sözleşmenin kurulmasından başlayarak on yılın geçmesiyle kendiliğinden ortadan kalkar*". TBK. m. 598 f. 4 ise şu şekildedir: "*Kefalet, on yıldan fazla bir süre için verilmiş olsa bile, uzatılmış veya yeni bir kefalet verilmiş olmadıkça kefil, ancak on yıllık süre doluncaya kadar takip edilebilir*". Kefalet süresinin uzatılmasıyla ilgili olarak TBK. m. 598 f. son şunları söylemektedir: "*Kefalet süresi, en erken kefaletin sona ermesinden bir yıl önce yapılmak kaydıyla, kefilin kefalet sözleşmesinin şekline uygun yazılı açıklamasıyla, azamf on yıllık yeni bir dönem için uzatılabilir*". Bu düzenleme kaynak İsviçre Borçlar Kanunu'ndan önemli farklılıklar içermektedir. İsv. BK. m. 509 f. 3 uyarınca kefilin azami sorumluluk süresi on yıl olmayıp yirmi yıldır. Diğer taraftan, kefilin sorumluluk süresi bakımından getirilen yirmi yıllık sınır kamu makamlarına karşı üstlenilen

93 Giovanoli, Art. 512, N. 7; Pestalozzi, Art. 512, N. 12.

94 Kılıçoğlu, s. 30.

kefaletlerde söz konusu olmayacaktır. Bunun gibi, çalışanlara kefalet varsa veya periyodik edimleri içeren bir borç kefalet güvencesine bağlanmışsa, yirmi yıllık süre sınırı bulunmaz. İsv. BK. m. 509 f. 6 ise, her tür kefalet ilişkisinde esas borçlu takip edilmeden ve rehinler paraya çevrilmeden önce kefil hakkında takibata geçilebilecek bir durumu ele almaktadır. İsv. BK. m. 509 f. 6'da ele alınan bu duruma bağlı olarak, kefil için esas borç muaccel olmadan rücu olanağı da getirilmiştir. İsv. BK. m. 509 f. 6' daki bu düzenleme TBK. m. 598'e alınmamıştır. Yirmi yıllık azami süre dolunca kefaletin sona ermesi, alacaklının esas borçludan talepte bulunma olanağı henüz ortaya çıkmasa, söz gelimi esas borç muaccel olmasa bile gerçekleşecektir. İşte böyle durumlar için, İsv. BK. m. 509 f. 6 düzenlemesiyle, esas borçludan önce (esas borcun muacceliyetini beklemeden) kefile başvurma olanağı alacaklıya tanınmıştır. Esas borcun muacceliyetinden önce ödeme yapmak durumunda kalabilecek kefile de, yine muacceliyetten önce kullanabileceği bir rücu hakkı tanımak kaçınılmaz olmuştur⁹⁵.

TBK. m. 598 f. 3'ün getirdiği düzenleme, kefilin kişilik hakkına aykırı düşecek kadar uzun bir süreyle sorumluluk altına girmesini engellemeyi amaçlamaktadır⁹⁶. Bu yönüyle kişiyi kendisine karşı ve kendisine rağmen koruyan düzenlemelere bir örnektir. Kefilin kişilik hakkını genel olarak koruyan düzenlemenin yardımıyla uzun süreli bir bağlılıktan korunabileceği düşünülebilirse de, TBK. m. 598 f. 3 duruma açıklık getirmekte, çıkabilecek tartışmaların önüne geçmektedir. Gerçekten de, böyle bir düzenleme olmasaydı, kefilin sorumluluk süresinin uzamasının hangi noktadan itibaren kişilik hakkına aykırılık oluşturacağı tartışmalara yol açabilirdi. Benzer kaygılar içeren bir düzenlemeyi TBK. m. 430 f. 3'te de görüyoruz. Burada da on yıldan fazla bir süre için veya ömür boyu devam edecek bir hizmet sözleşmesi yapan işçinin, on yıl geçtikten sonra altı ay öncesinden haber vererek sözleşmeyi feshedebilme hakkı tanınmıştır. Bu düzenleme nasıl işçiyi kişilik

95 Bu konuda bkz. Pestalozzi, Art. 509, N. 13-14.

96 Kefilin sorumluluk süresine azami sınır getirilmesi İsviçre Hukuku'nda 1941 revizyonu ile gerçekleşmiştir (OR Art. 509 Abs. 3, 4, 5, 6). Böylesine bir düzenleme 1941 revizyonundan önceki İsviçre Hukuku'na yabancı olduğu gibi, İsviçre dışındaki ülkelerin hukukuna da yabancıdır. Bu düzenleme, gerekçesini, kefilin genellikle hatır için ve hiçbir karşılık almaksızın sorumluluk üstlenen bir kişi olmasında bulur. Özgecil (altruist) bir kaygıyla hareket eden kefil, sorumluluk üstlenirken, bu sorumluluğun kendisi için ne kadar ağır ve içinden çıkılmaz bir bale bürüneceğini düşünmeden hareket etmiştir. O halde, hukuk düzeni bu kişiye yardımcı olmalı, sorumluluk süresini kişilik hakkını ihlal etmeyecek bir boyutta tutmalıdır. Bkz. Beck, Art. 509, N. 51.

hakkına aykırı düşecek kadar uzun süreli bir bağlılıktan korumak istiyorsa. TBK. m. 598 f. 3'te kefilî kişilik hakkına aykırı düşecek kadar uzun süreli bir bağlılıktan korumak istemektedir⁹⁷. Böylelikle kuşaklar boyu devam eden bir hastalıkmişçasına etkili olan çok uzun süreli kefalet ilişkileri engellenmek istenmektedir. TBK. m. 598 f. 3'ün getirdiği sınırlama olmasaydı, uzun süre varlığını koruyacak bir borç için belirsiz süreyle kefil olan kişinin durumu çok zorlaşır. Böyle bir kişi, kişilik hakkıyla bağdaşmayacak denli uzun bir süre boyunca kefalet sözleşmesiyle bağlı tutulabilirdi. Gerçi böyle bir durumda kefilin TBK. m. 601 'den yararlanma şansı olduğu söylenebilirdi. Bu hükümden yararlanan kefil, esas borç muaccel olduktan itibaren, alacaklıdan bir ay içerisinde esas borçluya karşı harekete geçmesini isteyebilir ve alacaklı bu isteğe uymazsa kefalet borcundan kurtulacağı uyarısında bulunabilirdi. Esas borcun muacceliyeti alacaklının yapacağı bir ihbara bağlı olduğu takdirde de kefil için benzer bir olanak vardır. Böyle bir durumda, kefil, kefalet sözleşmesinin yapılmasından itibaren bir yıl geçtikten sonra muacceliyet ihbarında bulunmasını ve muacceliyet gerçekleştikten sonra alacağını elde etmek için harekete geçmesini alacaklıdan isteyebilir. Ne var ki, TBK. m. 601'in karşılığı olan İsv. BK. m 511'den kefilin yararlanmasını pratikte mümkün olmayacağına İsviçre öğretisi işaret etmektedir. Bir kere esas borca ilişkin olarak muacceliyet ihbarında bulunulması uzun bir süre için engellenmiş olabilir. Böyle bir durumda kefilin muacceliyet ihbarında bulunması için alacaklıya tazyikte bulunma şansı kalmaz. Kefil kefalet sözleşmesinin yapılmasından itibaren bir yıl içerisinde muacceliyet ihbarında bulunabilecek olsa bile, bu olanağı kullanacağı yine de kuşkuludur. Çünkü alacaklıyı muacceliyet ihbarında bulunması için teşvik ve tazyik eden kefil, böylelikle, kendisinin de takip edilmesinin kapısını açmış olur. Müteselsil kefalet söz konusuysa kefilin durumu hepten kötüleşir. Müteselsil kefil, esas borcun muaccel hale gelmesiyle birlikte (alacaklının elinde teslim bağli taşınır rehni veya alacak rehni bulunmuyorsa) derhal takip edilebilir hale gelecektir. O halde, böyle bir kefilin alacaklıyı muacceliyet ihbarında bulunmaya yöneltebileceğini düşünmek pek gerçekçi olmaz⁹⁸.

97 Beck, Art. 509, N. 52.

98 Uzun bir süreyle kefalet sorumluluğu üstlenmiş olan kişinin İsv. BK. m. 511'den yararlanmasının pratikte mümkün olmayacağına ilişkin düşünceler için bkz. Beck, Art. 509, N. 50. Kefilin sorumluluğu için azami süre sınırı getiren düzenlemenin gerekçeleri hakkında ayrıca bkz. Giovanoli, Art. 509, N. 22; Pestalozzi, Art. 509, N. 11; Özen, Sona Erme, s. 668.

TBK. m. 598 f. 3 ile getirilen azamı sorumluluk süresi emredici niteliktedir. Kefil, kefalet sözleşmesi yapılırken, bu hükümle getirilen sınırın aşacak bir süreyle sorumluluk altına giremez. Kefilin on seneyi aşan bir süre boyunca sorumluluk üstlenmesi durumunda, kefalet sözleşmesi kesin hükümsüz olmaz. Burada değiştirilmiş kısmı hükümsüzlük türünden bir hükümsüzlük vardır. Kefilin sorumluluk süresinin on seneyi aşan kısmı hükümsüz olup, kefil on seneye sınırlı olarak sorumluluk üstlenmiş sayılır⁹⁹.

b. Kefilin sorumluluğunun ortadan kalkması

ba. TBK. m. 598/3 hükmünün uygulama alanı

TBK. m. 598 f. 3, sadece gerçek kişi kefiller hakkında uygulanır. Tüzel kişi kefillerin sorumlulukları azamı bir süreyle sınırlanmamıştır. Şu halde, tüzel kişilerin yaptığı kefalet sözleşmeleri on yılı aşan bir süreye bağlanabilir.

TBK m. 598 f. 3'ün kaynağı olan İsv. BK. m. 509 f. 3, gerçek kişilerin kefil olarak sorumluluk üstlendiği bazı sözleşmeleri uygulama alanının dışında tutmuştur. Buna göre kamu kurumlarına karşı üstlenilen ve kamu hukukundan kaynaklanan bir borcu teminat altına alan kefaletlerde, gerçek kişi kefilin sorumluluk süresinin bir sınırı yoktur. İsv. BK. m. 509 f. 3'ün getirdiği bu istisnanın TBK. m. 598 f. 3'e alınmamasını, kamu hukuku kökenli borçlar için gerçek anlamda kefalet sözleşmesi yapılmasını yasa koyucunun onaylamadığı biçiminde yorumlamak mümkündür. Nitekim İsv. BK. m. 493 f. 3 kamu kökenli borçlara kefalette şekil zorunluluğunun dozunu hafifletirken, bu hükmün karşılığını oluşturan TBK. m. 583 benzer bir düzenlemeye yer vermemiştir. TBK. m. 583 ve TBK. m. 598 f. 3'ün kamu kökenli borçlara kefaletten hiç söz etmemeleri ve bu noktada İsviçre karşılıklarından farklılaşmaları, bilinçli bir tavır gibi görünmektedir. Kamu kökenli borçlara kefalet hakkındaki bu suskunluk, kanaatimce, konuya menfi bir çözüm getirmektedir¹⁰⁰.

99 Beck, Art. 509, N. 53; Giovanoli, Art. 509, N. 24; Pestalozzi, Art. 509, N. 12.

100 Kamu hukuku kökenli borçların teminat altına alınması bakımından kefalet benzeri garanti sözleşmelerinin kefalet sözleşmesinden daha uygun bir yapı oluşturduğunu düşünüyorum. Bu konuda bkz. Özen, Kefalet Sözleşmesi, s. 45, dpn. 108. Bu nedenle Türk Borçlar Kanunu'nun kamu hukukundan kaynaklanan borçlara kefaletten hiç söz etmemesini yerinde buluyorum.

İsv. BK. m. 509 f. 3, ayrıca, periyodik olarak tekrarlanan edimleri içeren borçlara kefaleti ve çalışanlara kefaleti uygulama alanının dışında tutmuştur. Bu tür kefalet sözleşmelerinde, kefil gerçek kişi olsa bile (**İsviçre Hukuku** bakımından) yirmi yılı aşan bir süreyle sorumluluk üstelenebilecektir. Periyodik edimleri içeren borçlara kefalette veya çalışanlara kefalette, **kefilin** sorumluluk süresini sınırlamanın amaca aykırı olacağı söylenebilir. **Ne var** ki, kuramsal tartışmalar bir yana, sözü geçen türden kefaletlerin TBK. m. 598 f. 3'ün dışında tutulmamasını ve süre sınırının bu tür kefaletler içinde geçerli olmasını yerinde buluyorum. Özellikle çalışanlara kefalette, bu tutumun belirli bir sosyal duyarlılığı yansıttığı düşüncesindeyim. Unutulmasın ki çalışan kesimdeki insanlara kefil olan kişiler de aynı sosyal sınıfa dâhil olacaktır. İsviçre örneğini takip etmek adına bu sosyal sınıfa ters düşecek bir hukuk politikası, herhalde övgüye değer bir politika olmayacaktır¹⁰¹.

TBK. m. 598 f. 3'te belirlenen azami süre dolunca kefilin sorumluluğunun ortadan kalkması, bütün kefalet türleri bakımından söz konusu olur. Adi kefalette olduğu gibi müteselsil kefalette de kefilin sorumluluğu on yıllık süreyle sınırlıdır¹⁰². Gelecekte doğacak borçlara kefil olan kişi bakımından da, on yıllık süre sınırlamasının etkili olacağı kuşkusuzdur. Böyle bir kefil, kefalet sözleşmesinin yapılmasından itibaren on yıl geçtikten sonra, esas borç henüz doğmamış olsa bile sorumluluktan kurtulduğunu ileri sürebilir¹⁰³. Kefaletin azami süresi tamamlanınca, esas borç henüz doğmamış veya muaccel olmamış olsa bile, kefaletin sona ermesini engellemek için alacaklının yapabileceği bir şey yoktur. Ne var ki, İsv. BK. m. 509 f. 6'nın alacaklıya sunduğu bir olanağa dikkat çekmek isterim. Buna göre, esas borç kefaletin azami süresinin tamamlanmasına iki yıldan daha az bir zaman kala muaccel olacaksa ve alacaklının (bir muacceliyet bildirimi yoluyla) daha önce muacceliyeti sağlama olanağı bulunmuyorsa, esas borcun muacceliyeti beklenmeden kefile başvurulabilir. Bu olasılıkta, kefil, tartışma def'i veya önce rehnin paraya çevrilmesi def'i gibi olanaklardan yararlanamaz. Gerçi alacaklının esas borcun muacceliyetini bekleyip daha sonra kefile başvurmaya bir engel yoktur. Yeter ki kefilin azami sorumluluk süresi henüz dolmamış olsun. O halde, kefaletin azami süresinin son yılında, esas borç muaccel olduktan hemen sonra kefile başvurulabilir¹⁰⁴. Alacaklının esas borcun muacceliyetini

101 Özen, Sona Erme, s. 69.

102 Pestalozzi, Art. 509, N. 12.

103 Beck, Art. 509, N. 56.

104 Giovanoli, Art. 509, N. 36; Pestalozzi, Art. 509, N. 14.

beklemeksizin kefile başvurma olanağını kullandığı durumlarda, kefile de esas borcun muacceliyetini beklemeksizin rücu edebilme şansı verilmiştir. Kefil, İsv. BK. m. 509 f. 6 kapsamına giren durumlarda, alacaklının bir talebi olmaksızın serbest iradesiyle ödeme yapmış olsa bile, esas borç muaccel olmadan rücu hakkını kullanabilir¹⁰⁵. İsv. BK. m. 509 f. 6'nın kısaca açıklamaya çalıştığımız bu düzenlemesi Türk Borçlar Kanunu'na alınmamıştır.

bb. Kefilin sorumluluk süresinin başlangıcı

Kefilin sorumlu tutulabileceği on yıllık süre, kefalet sözleşmesinin meydana geldiği andan itibaren işlemeye başlar. Kefalet sözleşmesinin meydana geldiği an, her zaman, kefalet belgesinin kefil tarafından imzalandığı anla örtüşmez. Kefil olmak için hazır olmayan bir alacaklıya öneride bulunmak isteyen kişi, bu önerisini, imzasını taşıyan yazılı bir beyanla yapacaktır. Bu öneri alacaklı tarafından kabul edilmedikçe kefalet sözleşmesi kurulmaz. O halde, kefilin yazılı olarak yapacağı beyanla birlikte on yıllık süre işlemeye başlamaz. Alacaklının kabulüyle kurulan kefalet sözleşmesinin hükümlerini doğurmaya başladığı an, on yıllık sürenin başlangıcına esas olacaktır¹⁰⁶.

On yıllık sürenin işlemeye başlaması bakımından esas borcun doğduğu anın da önemi yoktur¹⁰⁷. On yıllık süre bir zamanaşırını süresi olmadığına göre kesilme ve durma da söz konusu olmaz. Bu süre bakımından, sadece, geçerlilik koşullarına uygun olarak sürenin uzatılması anlaşması yapılmasının etkisi olur. Böyle bir anlaşmaya dayanan süre uzaması da, en fazla on yıl için söz konusu olabilir¹⁰⁸.

Burada bir noktaya daha değinmekte yarar görüyoruz. On yıllık azami sorumluluk süresinin dolanılması için, kefalet sözleşmesi yerine kefalet ön sözleşmesi yapılması yoluna gidilebilir. Kefalet ön sözleşmesiyle asıl kefalet sözleşmesinin yapılması vaadinde bulunan kişi için alacaklı karşısında bağlılık ortaya çıkmıştır. Alacaklı kefil olma vaadinde bulundandan asıl kefalet sözleşmesinin kurulmasını isteyebilecek, hatta duruma göre asıl kefalet sözleşmesi kurulmuşçasına talepte bulunabilecektir. On yıllık sürenin asıl kefalet sözleşmesiyle başlayacağı kabul edilirse, asıl kefalet sözleşmesi yeri-

105 Beck, Art. 509, N. 66; Giovanoli, Art. 509, N. 38; Pestalozzi, Art. 509, N. 14.

106 Krş. Beck, Art. 509, N. 57; Giovanoli, Art. 509, N. 23; Pestalozzi, Art. 509, N. 12.

107 On yıllık süre tamamlandığında esas borç henüz doğmasa veya muaccel olmasa bile, kefilin sorumluluğu yine de ortadan kalkar.

108 Beck, Art. 509, N. 57.

ne kefalet ön sözleşmesi yapılmasıyla yetinilecek ve aradan ne kadar zaman geçerse geçsin kefil olma vaadinde bulunanı sorumlu tutmak mümkün olacaktır. Bu olasılığın önüne geçilmesi için, on yıllık azamı sürenin kefalet ön sözleşmesiyle (kefil olma vaadiyle) başladığı kabul edilmeli, sonradan asıl kefalet sözleşmesinin yapılması da işlemiş süreyi kesen ve yeni bir on yıllık sürenin başlamasına yol açan bir etki yaratmamalıdır.

be. Sorumluluk süresinin tamamlanmasının etkisi

On yılın tamamlanmasıyla birlikte kefilin yükümlülüğü kendiliğinden (yasa gereği) ortadan kalkar. Bu sonucun ortaya çıkması için herhangi bir beyanda bulunmaya veya yargıçtan karar almaya gerek yoktur. Sürenin dolduğu yargıç tarafından görevinden ötürü göz önünde tutulur¹⁰⁹. On yılın tamamlanmasıyla kefilin sorumluluğu ortadan kalktıktan sonra, artık kendisinden talepte bulunulamaz. Kefilin borcu eksik borç haline gelmemekte, ortadan kalkmaktadır. Bu nedenle, sorumluluk süresinin dolmasından sonra kefilin yapacağı ifa, borç olmayan şeyin ifası niteliğini taşır¹¹⁰.

On yıllık sürenin tamamlanmasının kefilin sorumluluğunu ortadan kaldıracı etkisi ileriye dönüktür (ex nunc). O halde, on yıllık sürenin tamamlanmasından önce kefil tarafından yapılan ödemelerin iadesi söz konusu değildir. On yıllık sorumluluk süresi içinde kefilin yaptığı ödemeler geçerli bir borcun ifası olarak kalmaya devam edecektir. Üstelik kefil bu ödemeler nedeniyle halefi.yete dayanarak esas borçluya rücu edebilir¹¹¹. Sorumluluk süresi henüz dolmamışken alacaklı kefile karşı ifa davası açmışsa, sorumluluk süresinin dolması bu davayı olumsuz etkilemez. Alacaklının davayı yürütüp sonuçlandırması hala mümkündür. Ne var ki alacaklının söz konusu ifa davasını sürüncemeye bırakmadan kesintisiz bir biçimde devam ettirmesi gerekir. Yargılama alacaklıya yüklenebilir sebeplerle kesintiye uğramışsa ve bu kesinti sırasında sorumluluk süresi dolmuşsa, artık davanın reddi gerekecektir¹¹².

TBK. m. 598 f. 3, kefilin sorumluluk süresinin dolmasının birlikte kefiller üzerindeki etkisine ilişkin bir açıklık taşımaz. O halde, kefillerden birisinin sorumluluk süresinin dolmasının onunla birlikte kefil olan kişileri so-

109 Becl, Art. 509, N. 58; Giovanoli, Art. 509, N. 23; Pestalozzi, Art. 509, N. 12.

110 Pestalozzi, Art. 509, N. 12.

111 Beck, Art. 509, N. 59.

112 Krş. Beck, Art. 509, N. 59; Giovanoli, Art. 509, N. 33; Pestalozzi, Art. 509, N. 13.

rumluluktan kurtarıcı etkisi kabul edilemez. Adi birlikte kefalette diğer birlikte kefillerin durumu hiçbir değişikliğe uğramaz. Sorumluluk süresi dolan kefil, artık kendi payından ötürü sorumlu tutulamayacağı gibi, sorumluluğu devam eden diğer kefilin payından da kefile kefil sıfatıyla sorumlu tutulamaz. Müteselsil birlikte kefillerden birisinin sorumluluk süresinin dolmasının diğerleri üzerindeki etkisi daha çetrefil bir değerlendirmeyi gerektirir. Diğer kefillerin borcun tamamından sorumlu olduğu ileri sürülebileceği gibi, sorumluluk süresi dolan kefilin payı oranında sorumluluklarının eksildiği de ileri sürülebilir¹¹³.

bd. Sorumluluk süresinin uzatılması veya yeni bir kefalet verilmesi

TBK. m. 598 f. son, kefilin kefalet sözleşmesinin şekline uygun olarak yapacağı yazılı açıklamayla sorumluluk süresini uzatmasını ele almaktadır. Söz konusu açıklama kefil tarafından yazılıp gönderilmiş bir mektupta da yer alabilir¹¹⁴. Kefalet süresinin uzatılması için, duruma göre, kefilin eşinin rızasının alınması da gerekli olabilir. TBK. m. 584 f. 2'ye göre, kefalet sözleşmesinde yapılan değişiklik kefil yararına mevcut olan güvencelerin önemli ölçüde azalmasına yol açacaksa, kefilin eşinin bu değişikliğe rıza göstermesi gerekir. Uzatılan sorumluluk süresi içinde kefilin yararlanabileceği aynı teminatlar son bulacaksa veya kefilin rücu edebileceği birlikte kefillerin sorumluluk süresi dolacaksa, kefilin eşinin rızasını gerektiren bir değişikliğin bulunduğu söylenebilir¹¹⁵.

Sorumluluk süresinin uzatılabilmesi, zaman bakımından iki sınırlamaya tabidir. İlk olarak, kefilin sorumluluk süresinin son yılına gelmeden sürenin uzatılması mümkün değildir. O halde, kefalet sözleşmesinin yapılmasından itibaren dokuz yıl geçtikten sonra süre uzatılabilecektir. Böylelikle kefilin sürenin uzamasını en baştan (peşin olarak) kabullenmesi ve on yıllık sürenin etkisiz kılınması engellenmiş olmaktadır. Kefil zamanı gelince sorumluluk süresinin uzatılmasını kabul edeceğine ilişkin peşin bir taahhütte de bulunamaz¹¹⁶. Böyle bir taahhüt kefilin bağlamaz. Öte yandan, kefil, on yıllık azami

113 Beck, Art. 509, N. 60.

114 Beck, Art. 509, N. 67.

115 Krş. Beck, Art. 509, N. 68. Kefaletin azami süresinin uzatılmasında kefilin eşinin rızasının aranmayacağını genel olarak söyleyenler, sözünü ettiğimiz ihtimali tartışmayanlar da vardır. Nitekim bkz. Pestalozzi, Art. 509, N. 16.

116 Giovanoli, Art. 509, N. 25; Pestalozzi, Art. 509, N. 16.

süre dolmadan sorumluluk süresinin uzamasına ilişkin yazılı beyanını yapmalıdır. Aksi takdirde on yılın tamamlanmasıyla kefalet sözleşmesi **kendiliğinden** sona erer ve yeni bir kefalet sözleşmesinin yapılması **gerekir. Demek** oluyor ki kefil, kefalet sözleşmesinin yapılmasından itibaren dokuzuncu yılın tamamlanmasından onuncu yılın tamamlanmasına kadarki zaman **dili**minde sorumluluk süresinin uzatılmasını kabul etmelidir¹¹⁷.

Sorumluluk süresinin uzatılmasına ilişkin ikinci sınırlama da, bu uzamanın süresine ilişkindir. Kefilin sorumluluğu en fazla on yıllık bir dönem için uzatılabilir. En fazla on yıl için süreyi uzatma imkanı, bir kere için söz konusu olabilir¹¹⁸. On yıldan daha fazla bir süre için kefalet süresinin uzatılması, on yıllık bir süre için etkili olur. Değiştirilmiş kısmı butlanın bir görünümüdür bu. Kefilin sorumluluk süresi on yıl için uzatıldıktan sonra, bir daha uzatılamaz. Bir başka deyişle, on yıllık uzama sadece bir kere söz konusu olabilir. Bu durumda, gerçek kişilerin toplam olarak yirmi yılı aşkın bir süreyle kefalet sorumluluğu altına girmeleri kesin olarak engellenmiştir. On yıllık uzama süresinin tamamlanmasıyla kefalet kendiliğinden sona erecektir¹¹⁹.

TBK. m. 598 f. 4, kefilin sorumluluk süresinin uzatılmasından başka, yeni bir kefalet verilmesi olanağından söz etmektedir. O halde, kefilin sorumluluğunun azamı on yıl devam edeceği kuralının bir diğer istisnası, on yıllık süre dolmadan yeni bir kefalet sözleşmesi yapılmasıdır. Şekle, ehliyeteye ve eşin rızasına ilişkin geçerlilik koşulları yerine getirilerek yeni bir kefalet sözleşmesinin yapılmasıyla birlikte, on yıllık yeni bir süre işlemeye başlar. Bu yeni on yıllık süre, önceki kefalet sözleşmesinin işlemiş süresine eklenince, toplam olarak on yılı aşkın bir süreyle sorumluluk söz konusu olmaktadır. Yeni kefalet sözleşmesi, önceki kefalet sözleşmesinin on yıllık süresi dolmadan önce herhangi bir zamanda yapılabilir. Bir başka deyişle, burada, kefalet süresinin uzatılması bakımından getirilen zaman kayıtlamaları söz konusu değildir. O halde, on yıllık sürenin son yılını bekleme gerekliliği yoktur. Üstelik yeni yapılan kefalet sözleşmesiyle işlemeye başlayan on yıllık sürenin son yılında, on yıllık bir dönem için uzatma da yapılabilir¹²⁰.

117 Beck, Art. 509, N. 68.

118 Beck, Art. 509, N. 69; Giovanoli, Art. 509, N. 25; Pestalozzi, Art. 509, N. 15.

119 Beck, Art. 509, N. 69; Giovanoli, Art. 509, N. 25; Pestalozzi, Art. 509, N. 15.

120 Beck, Art. 509, N. 70; Giovanoli, Art. 509, N. 27; Pestalozzi, Art. 509, N. 16; Bilgen, s. 616; Çınar, s. 70-71.

5. Kefilin kefalet söz/eşmesinden dönmesi

a. Genel olarak

TBK. m. 599, "kefaletten dönme" kenar başlığıyla şu düzenlemeyi getirmiştir: *"Gelecekte doğacak bir borca kefalette, borçlunun borcun doğumundan önce malf durumu, kefalet sözleşmesinin yapılmasından sonra önemli ölçüde bozulmuşsa veya malf durumunun, kefalet sırasında kefilin iyiniyetle varsaydığından çok daha kötü olduğu ortaya çıkmışsa, kefil alacaklıya yazılı bir bildirimde bulunarak, borç doğmadığı sürece her zaman kefalet sözleşmesinden dönebilir. - Kefil, alacaklının kefalete güvenmesi sebebiyle uğradığı zararı gidermekle yükümlüdür"*. Bu düzenlemede ele alınan kefilin dönme hakkı, süreye bağlı kefalet ilişkilerinde söz konusu olabileceği gibi, süreye bağlı olmayan kefalet ilişkilerinde de söz konusu olabilir¹²¹.

Esas borçlunun ödeme güçsüzlüğüne düşmesi rizikosunu kefil taşır. Kefil, kefalet sözleşmesini yaparken, esas borçlunun ödeme güçsüzlüğüne düşmesi rizikosunu bilinçli olarak üzerine almıştır. Bu riziko kefalet sözleşmesinin içeriğine dahildir. O halde, kefilin esas borçlunun ödeme güçsüzlüğünü gerekçe göstererek kefalet sözleşmesinin yarattığı bağıllıktan sıyrılabilmesi mümkün olmamalıdır. İki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde, taraflardan birisinin ödeme güçsüzlüğü içerisine düşmesi durumunda, diğer taraf teminat gösterilmesini isteyebilir ve bu teminat gösterilmediği takdirde sözleşmeden dönebilir. TBK. m. 98'de düzenlenen bu olanaktan yola çıkılarak, esas borçlunun ödeme güçsüzlüğü ile karşılaşan kefile kefalet sözleşmesinden dönme hakkı tanınmaz. Bir kere, kefalet sözleşmesi kural olarak karşılıklı borç doğurmak, bu nedenle karşılıklı borç doğuran sözleşmelere ilişkin TBK. m. 98'in uygulama alanı dışında kalır. Kefalet sözleşmesinin iki tarafa borç yükleyen bir sözleşme yapısı içinde olduğu (alacaklının karşı edim borcu altına girdiği) istisnai durumlarda bile, esas borçlunun ödeme güçsüzlüğü içine düşmesi TBK. m. 98'nin uygulanmasına imkan vermez. Söz geçen hükmün uygulanabilmesi, kefalet sözleşmesinin tarafı olmayan esas borçlunun ödeme güçsüzlüğü içerisine düşmesi durumunda değil, kefalet sözleşmesinin tarafı olup kefile karşı edim yükümü altına giren alacaklının ödeme güçsüzlüğüne düşmesi durumunda söz konusu olurdu.

Diğer taraftan, kefilin olayların büyük çoğunluğunda herhangi bir karşılık söz konusu olmaksızın sorumluluk üstlendiği de göz önünde tutulmalıdır. Karşılıksız sorumluluk altına giren kefilin, kefalet sözleşmesini yaptığı

121 Beck, Art. 510, N. 1; Giovanoli, Art. 510, N. 9; Pestalozzi, Art. 510, N. 3.

sırada göz önünde tuttuğu rizikonun aşın ölçüde arttığı durumlarda dönme hakkına kavuşturulması hakkaniyetin bir gereği olarak görülebilir. Ne var ki, üstlendiği riziko öngördüğünün çok ötesinde artan kefil kendisine dönme hakkı tanıyarak korurken, alacaklının çıkarını bütünüyle bir tarafa atmak da doğru olmaz. Kefilin dönme hakkı, alacaklının kefaletle güvenerek esas borçlu karşısında yükümlülük altına girdiği ana kadar kullanılmalıdır¹²².

b. Dönme hakkının kullanılabilmesinin koşulları

ba. Kefalet güvencesine bağlanan alacağın henüz doğmamış olması

Dönme hakkının kullanılabilmesi aynı anda gerçekleşmesi gereken (alternatif nitelikte olmayan) iki koşula bağlıdır. Bu koşullardan ilki kefalet güvencesine bağlanan alacakla ilgiliyken diğeri esas borçlunun malvarlığı durumu ile ilgilidir.

Kefilin dönme hakkını kullanabilmesi için, kefaletle güvence altına alınan alacağın henüz doğmamış (geleceğe ilişkin) bir alacak olması gerekir. Halihazırda mevcut olan alacaklardan başka müstakbel alacakların da kefalet güvencesine bağlanabileceğini biliyoruz. İşte TBK. m. 599 hükmüyle kefile tanınan dönme hakkı, sadece müstakbel alacaklara ilişkin kefalet sözleşmelerinde söz konusu olabilir. Kefilin dönme hakkından yararlanabilmesi için, kefalet güvencesine bağlanan alacağın dönme hakkının kullanıldığı sırada da henüz doğmamış olması gerekir¹²³. O halde, TBK. m. 599 hükmünün uygulanabilmesi için, alacağın hangi anda doğduğunun belirlenmesi büyük önem taşır. Gelecekte alınacak bir kredi nedeniyle doğacak borca kefil olunmuşsa, kredinin açılıp kullandırılmasından sonraki aşamada kefilin dönme hakkı söz konusu edilemez. Bunun gibi, gelecekte yapılacak bir satış sözleşmesinden doğacak olan satış bedelini ödeme borcuna kefil olunmuşsa, satış sözleşmesinin yapılmış olması kefilin dönme hakkını ortadan kaldırır. Satılan malın alıcıya teslim edilmiş olması satış sözleşmesinin kurulduğuna ilişkin güçlü bir belirtidir. Şu halde, satılan mal alıcıya teslim edildikten sonraki aşamada kefilin dönme hakkını kullanması pratikte engellenebilecektir¹²⁴.

Alacaklının gelecekte doğabilecek bir borç için verilen kefaletle güvenerek kendisini yükümlülük altına sokmasıyla birlikte kefilin dönme hakkı

122 Beck, Art. 510, N. 4; Pestalozzi, Art. 510, N. 4.

123 Pestalozzi, Art. 510, N. 4.

124 Özen, Sona Enne, s. 73.

sona erer. Kefalet konusu müstakbel borcun doğmasına yol açan sözleşmeyi yapan ve üstelik bu sözleşmeyle kendisi de yükümlülük altına giren alacaklı, bundan böyle, kefilin dönme beyanına muhatap olmamalıdır. Kefilin açılacak kredi için şimdiden verdiği teminata güvenerek krediyi kullandıran veya kullandırma yükümü altına giren bir banka için de, kefilin dönme beyanıyla karşılaşma olasılığı ortadan kalkmıştır¹²⁵.

125 Guhl, s. 130. Ayrıca bkz. ve karşılaştırarak Beck, Art. 510, N. 9; Giovanoli, Art. 510, N. 2, 5; Pestalozzi, Art. 510, N. 4. Konu kredi açma sözleşmeleri çerçevesinde verilen kefaletler bakımından pratik önem taşımaktadır. Kredi açma sözleşmesinin yapılması uygulamada bankayı kredi kullandırma borcu altına sokmamaktadır. Çünkü bu tür sözleşmelerde bankalar kredi kullandırıp kullandırmama yetkilerini saklı tutmaktadırlar. Şu halde, müşteriyle böyle bir sözleşmenin imzalanması bankayı henüz kesin bir bağlılık altına sokmuş sayılamaz. Banka için müşterinin sonradan yapacağı kredi talebini mutlaka karşılamak gibi bir zorunluluk ortaya çıkmamaktadır. Müşterinin yaptığı her kredi talebinde, banka, müşterinin o anki durumunu yeniden değerlendirmekte, kullanılacak kredinin koşulları hakkında müşteriyle müzakereler girişmekte, bütün bunların sonucunda müşteriye krediyi ya kullandırmakta ya da kullandırmamaktadır. Kredi açma sözleşmesi çerçevesinde kefil olan kişi de, henüz kredi kullandırılmamışsa, TBK. m. 599'da belirtilen diğer koşul da gerçekleştiği takdirde kefaletten dönebilecektir. Buna göre, kefil, kredi açma sözleşmesi imzalayan müşterinin mali durumunun sonradan önemli ölçüde kötüleştiği veya söz konusu müşterinin mali durumunun kendisinin varsaydığı durumdan önemli ölçüde kötü olduğunun ortaya çıktığı gerekçelerinden birini ileri sürerek kefaletinden dönebilecektir. Banka da bu kefalete güvenerek geri dönülemez bir adım attığı ileri sürme olanağından mahrum olacaktır. Kefili kaybetmenin ortaya çıkardığı riski göze alamayan bankanın yapacağı şey, kredi açma sözleşmesinde saklı tuttuğu yetkiye dayanarak müşterinin kredi kullandırılmasına ilişkin talebini karşılamaktan kaçınmak olacaktır. Kefil için kısmi dönme olanağının da mevcut olabileceğini ileri süren Ayan'ın bu görüşünün isabetli olduğunu düşünmekteyiz. Şöyle ki, kredi açma sözleşmelerinde belirli bir limit dahilinde kredi tahsis edilir. Kredi müşterisi kendisine tahsis edilen kredi limitinin henüz bir kısmını kullanmış olabilir. Kredi açma sözleşmesi çerçevesinde kefil olan kişi, kredi limitinin müşteri tarafından kullanılmış kısmından sorumludur. Ne var ki, limitin henüz kullanılmamış kısmından ötürü sorumluluktan TBK. m. 599'a dayanarak kurtulabilir. Kredi müşterisinin mali durumunun sonradan önemli ölçüde kötüleştiğini ileri sürerek kefaletinden dönebilir. Banka, kredi kullandırmama yetkisini kredi açma sözleşmesinde saklı tutmuş olduğundan, kefil kaybetmenin beraberinde getirdiği riski önemsiyorsa, limitin kullanılmamış kısmını müşterisine kullandırmaktan kaçınabilir. Limitin kullanılan kısmından kefil sorumlu kalmaya devam edeceğinden, o kısım bakımından bankanın riski artmış değildir. Yalnız şu hususa dikkat edilmesi gerekir. Kredi limitinin müşteriye kullandırılmamış kısmının bundan sonra da kullandırılmaması, kullandırılması durumunda kendisinin sorumlu tutulamayacağını ileri süren kefil, TBK. m. 599'da düzenlenen kefaletten dönme hakkını kullanmaktadır. Bu maddede kredi müşterisiyle ilgili olarak aranan subjektif unsur gerçekleşmemişse, bir başka deyişle, kredi müşterisinin mali durumunda sonradan önemli

Kefaletle güvence altına alınan alacak hakkı doğmuş olmakla birlikte, alacaklı TBK. m. 98'e dayanarak kendi edimini yerine getirmekten kaçınabilecek ve sözleşmeden dönebilecek durumda olabilir. Bunun gibi alacaklının TBK. m. 125'e dayanarak sözleşmeden dönme hakkı bulunabilir. Bu olasılıklarda, kefalet güvencesine bağlanan alacak hakkı doğmuştur. Ne var ki, alacaklının kesin ve dönülemez bir biçimde yükümlülük altında olduğu söylenemez. TBK. m. 599'un kefilin dönme hakkını sınırlamaktaki amacı göz önünde tutulursa, belirtilen olasılıklarda kefilin dönme hakkını kullanmasına imkan verilebilir. TBK. m. 599'un dayandığı düşünceye göre, alacaklı kefilin verdiği teminata güvenerek kendisini kesin olarak bağlamış ve dönülemez bir biçimde yükümlülük altına girmişse, kefil dönme hakkını kullanamaz. Alacaklı esas borçlunun ödeme güçsüzlüğüne dayanarak kendi edimini yerine getirmekten kaçınabiliyor ve munzam bir teminat gösterilmedikçe esas borcun kaynaklandığı sözleşmeden dönebiliyorsa, kesin bir bağlılık altında değil demektir. O halde, kefilin de dönme hakkının bulunduğu kabul edilmesi amaca uygun olacaktır¹²⁶.

TBK. m. 599 f. 1'de yer almayan bir istisna, bu hükmün kaynağı olan İsv. BK. m. 510 f. 1'de yer almaktadır. Buna göre, çalışanlara kefalette hizmet ilişkisinin kurulmasından sonra kefilin dönme hakkı bulunmayacaktır. Çalışanlara kefalette hizmet ilişkisi devam ederken verilebilecek muhtemel zararlara karşı güvence verilmek istenir. Kefaletin yapıldığı sırada çalışan kişi henüz bir zarar vermediğine göre, müstakbel bir alacağa ilişkin kefalet güvencesi söz konusudur¹²⁷. Ne var ki, zarar henüz ortaya çıkmaya bile hizmet ilişkisi kurulmuş bulunuyorsa, kefilin dönme hakkı da ortadan kalka-

bir kötüleşme ortaya çıkmamışsa veya kredi müşterisinin mali durumunun kefilin iyiniyetle varsaydığından önemli ölçüde kötü olduğunun anlaşıldığı söylenemiyorsa, kefilin yaptığı dönme beyanına sonuç bağlanmayacaktır. Ayan'ın bu konudaki düşünceleri için bkz. Ayan, s. 569-570. Ayrıca bkz. Reisoğlu, Türk Kefalet Hukuku, s. 292-293.

126 Beck, alacaklının İsv. BK. m. 83 (TBK. m. 98)'e dayanarak sözleşmeden dönebileceği durumlarda kefilin de İsv. BK. m. 510 (TBK. m. 599)'a dayanarak sözleşmeden dönebileceğini, ne var ki alacaklının İsv. BK. m. 107 (TBK. m. 125)'ye dayanarak sözleşmeden dönebileceği olasılıklarda kefilin aynı olanaktan yoksun olacağını düşünmektedir. Beck, Art. 510, N. 10. Pestalozzi'nin açıklamaları da aynı doğrultudadır. Yazara göre, İsv. BK. m. 83 veya İsv. BK. m. 316 dilzenlemelerine dayanarak alacaklı sözleşmeden dönebiliyorsa, kefil için de İsv. BK. m. 510'a dayanmanın yolu açılır. Ne var ki, alacaklının İsv. BK. m. 125'e dayanarak dönme hakkı bulunuyorsa, kefil için İsv. BK. m. 510'dan yararlanma olanağı bulunmaz. Pestalozzi, Art. 510, N. 4.

127 Beck, burada genel kuralın gerçek bir istisnasının bulunmadığı kanısındadır. Beck, Art. 510, N. il.

caktır. TBK. m. 599 f. 1 sözünü ettiğimiz istisnaya yer vermemiştir. O halde, çalışanJara kefalette kefilin dönme TBK. m. 599 f. 1 'de belirtilen zamana kadar kullanılabilecektir. Bu durumda, kefilin dönme hakkı, hizmet ilişkisinin kurulduğu ana kadar değil, hizmet ilişkisi çerçevesinde çalışan kişinin tazmin etmesi gereken bir zarar ortaya çıkana kadar kullanılabilecektir¹²⁸.

TBK. m. 599'un uygulanabilmesi bakımından kefilin dönme beyanında bulunduğu an değil bu beyanın alacaklıya ulaştığı an önem taşır. Dönme beyanının alacaklıya ulaştığı ana, kefalet konusu müstakbel alacak henüz doğmamış olmalıdır¹²⁹.

bb. Esas borçlunun mali durumunun bozulmuş veya kefil tarafından gerçeğe aykırı olarak değerlendirilmiş olması

Kefilin dönme hakkını kullanabilmesi için gerçekleşmesi gereken diğer koşul esas borçlunun malvarlığı durumuyla ilgilidir. Esas borçlunun mali durumu, kefalet sözleşmesinin kurulması için kefilin beyanda bulunduğu andan sonra önemli ölçüde kötüleşmiş olmalıdır. Esas borçlunun mali durumunda bir kötüleşme olmasa bile, kefilin hatalı bir değerlendirme yaptığı sonradan ortaya çıkmalıdır. Kefil sorumluluk üstlenirken esas borçlunun mali durumunu gerçekte olduğundan çok daha iyi zannetmiş ve gerçek durumun sonradan farkına varmışsa, dönme hakkının kullanılabılme koşulu gerçekleşmiş sayılır. Yeter ki kefilin esas borçlunun mali durumuna ilişkin değerlendirmesi iyiniyetle yapılmış olsun. Sözünü ettiğimiz olasılıklarda ortak olan yön şudur: Kefilin sorumluluk üstlenirken göz önünde tuttuğu riziko, sonradan önemli ölçüde artmıştır. Esas borçlunun mali durumu sonradan kötüleşse de, esas borçlunun mali durumunun kefilin zannettiğinden çok daha kötü olduğu anlaşılrsa da, kefil göze aldığı çok daha ötesinde bir rizikoyla karşılaşmış demektir¹³⁰. Göze aldığı rizikonun sözü edilen biçimlerde arttığını ispat külfeti kefile aittir¹³¹.

Esas borçlunun mali durumunun kötüleşmesi, kefilin kefalet sözleşmesinin kurulmasına ilişkin olarak beyanda bulunmasından sonra gerçekleşmelidir. Esas borçlunun mali durumunun kötüleşmesinin sebebi önemli olmadığı gibi, esas borçlunun kusuruna dayanıp dayanmaması da önemsizdir.

128 Özen, Sona Erme, s. 74.

129 Beck, Art. 510, N.

130 Guhl, s. 131; Beck, Art. 510, N. 14.

131 Özen, Sona Erme, s. 75.

Esas borçlunun kefilin irade beyanında bulunduğu sıradaki mali durumuyla, kefilin dönme hakkını kullandığı sıradaki mali durumu karşılaştırılırken objektif verilere dayanılması gerekir. Dikkat edilirse, esas borçlunun mali durumunun sonradan kötüleşip kötüleşmediğini tespit ederken esas aldığı-mız an kefalet sözleşmesinin kurulduğu an değildir. Kefilin kefalet sözleşmesinin yapılmasına ilişkin olarak beyanda bulunduğu an tespit edilecek ve esas borçlunun mali durumundaki kötüleşmenin bu andan sonra gerçekleşip gerçekleşmediğine bakılacaktır¹³². Gerçekten de, kefilin beyanda bulunduğu anla kefalet sözleşmesinin kurulduğu an birbirine denk düşmeyebilir. Kefalet sözleşmesi için aranan şekle uygun olarak öneride bulunan kefilin bu önerisi alacaklı tarafından kabul edilmedikçe kefalet sözleşmesi kurulmaz. Bu olasılıkta, ele aldığımız konu bakımından dikkate alacağımız an, **kefilin** gerekli şekle uygun öneride bulunduğu andır, yoksa alacaklının kabulüyle kefalet sözleşmesinin kurulduğu daha sonraki an değildir.

Kefilin dönme hakkını kullanabilmesi için esas borçlunun mali durumu önemli ölçüde kötüleşmiş olmalıdır. Esas borçlunun mali durumundaki kötüleşmenin ölçüsünü ve kefilin dönme hakkını kullanmasını haklı gösterip göstermediğini yargıç takdir edecektir. İflas eden, hakkındaki icra takibi semeresiz kalan veya kendisine konkordato mehli verilen esas borçlunun mali durumunun önemli ölçüde kötüleştiği kabul edilebilir. Esas borçlunun mali durumunun somut olayda gerçekleşen biçimde kötüleşeceğini kefil önceden bilseydi kefalet sözleşmesini hiç yapmazdı denilebiliyorsa, bu kötüleşme kefilin dönme hakkını kullanmasını haklı gösterecek önemdedir¹³³.

Daha önce değinildiği gibi, kefilin esas borçlunun mali durumunu değerlendirmede hataya düştüğünü ileri sürerek dönme hakkını kullanması da mümkündür. Yeter ki kefil esas borçlunun malvarlığı durumunu değerlendirirken iyiniyetle hareket etmiş olsun. Bu olasılıkta esas borçlunun malvarlığının şimdiki ve önceki durumu arasında bir karşılaştırma yapılmayacak, esas borçlunun malvarlığının gerçek durumuyla kefilin iyiniyetle kabul ettiği durumu arasında bir karşılaştırma yapılacaktır¹³⁴. Ele aldığımız olasılıkta kefilin dönme hakkının temelinde saikte yanılmanın bulunduğu gözlenebilir. Gerçekten de, kefil, esas borçlunun mali durumunun iyi olduğu saikiyle ha-

132 Becl, Art. 510, N. 15; Giovanoli, Art. 510, N. 3; Pestalozzi, Art. 510, N. 6.

133 Beck, Art. 510, N. 16; Pestalozzi, Art. 510, N. 6. Giovanoli'ye göre, esas borçlunun durumunun sonradan kötüleşmesi yüzünden kefilin rizikosunun artması *clausula rebus sic stantibus* ilkesinin özel bir görünüm biçimidir. Giovanoli, Art. 510, N. 3.

134 Beck, Art. 510, N. 17.

reket etmiş, ne var ki, bu saikin yanılgıya dayandığı sonradan ortaya çıkmıştır. Kefil söz konusu saiki koşul düzeyine çıkarmış değildir. Bu nedenle koşulun gerçekleşmediğini ileri sürerek sorumluluktan kurtulma şansı yoktur. Diğer taraftan, kefilin yanılmaya dayanarak genel hükümler uyarınca kefalet sözleşmesini iptal etmeye kalkması da mümkün değildir. TBK. m. 32 'de belirtilen koşullar gerçekleşmedikçe saikte yanılma iptal hakkı vermez. İşte bu noktada TBK. m. 599 f. 1 'in getirdiği düzenleme devreye girmekte ve saikte yanılan kefile (iptal hakkı olmasa bile) dönme hakkı bahsetmektedir¹³⁵.

c. Kefilin dönme hakkını kullanması

Koşullar mevcut olduğu sürece dönme hakkı her zaman kullanılabilir. TBK. m. 599 f. 1'in kendi içinde taşıdığı sınırlamalar bir tarafa bırakılırsa, herhangi bir süre sınırlaması söz konusu değildir. İrade sakatlığına dayanan iptal beyanının tabi olduğu hak düşümü süresine benzer bir süre kayıtlaması kefilin dönme hakkını kullanması bakımından getirilmemiştir. Dönme beyanının geçerliliği yazılı olarak yapılmasına bağlıdır. Dönme beyanının alacaklıya yöneltilmesi ve ulaşması gerekli bir beyan olduğu da belirtilmelidir. Kefilin dönme beyanında kullandığı kelimeler önemli olmayıp, sorumluluktan kurtulma iradesini kuşkuya yer bırakmaz bir biçimde ortaya koyması yeterlidir¹³⁶.

135 Yukarıda metinde ifade edilen düşüncelere karşılık, burada temel yanılması düzeyine çıkmış saikte yanılmanın yol açtığı bir geçersizlik bulunduğunu kabul eden yazarlar da vardır. Bu düşünceye göre, İsv. BK. m. 510 f. 1 (TBK. m. 599 f. 1) düzenlemesi, sadece temel yanılmasına dayanan geçersizliğin sonucunu değiştirmiş, iptal hakkı yerine dönme hakkı tanımıştır. Giovanoli, Art. 510, N. 4. Benzer düşünce Gümüş tarafından da savunulmuştur. Bkz. Gümüş, Borçlar (2. baskı), s. 397, dpn.2197.

136 Beck, Art. 510, N. 19. Bu arada uygulamada ortaya çıkan bir duruma da değinmek isteriz. Kredi açma sözleşmesi çerçevesinde kredi müşterisi lehine kefil olan kişi öldüğü zaman, kefilin mirasçıları bankaya bildirimde bulunmaktadırlar. Bu bildirimde, mirasçılar, mirasbırakanın ölümü olgusundan bankayı haberdar etmekte, mirasbırakanın kefaleti altında kurulan kredi açma sözleşmesi uyarınca bundan böyle kredi kullandırılmamasını bankadan istemekte, o ana kadar kullandırılan kredilerden sorumluluklarının baki olduğunu kabullenmekle birlikte, bundan böyle kullandırılan kredilerden ötürü sorumluluk taşımayacakları uyarısını bankaya yapmaktadırlar. Mirasçılar tarafından yapılan bu türlü bir bildirim nasıl değerlendirmek gerekir. Kefil sıfatını taşıyan mirasbırakanın ölümüyle kefalet sözleşmesi son bulmayacağına göre, yapılan bildirim mirasçıların kefalet sözleşmesinden döndüğü anlamına gelecektir. Aslında burada Ayan'ın tabiriyle kısmi dönmeden söz etmek daha doğru olur (Bkz. Ayan, s. 569-570). Ne de olsa mirasçılar, kefil sıfatını taşıyan mirasbırakanın ölümü anına kadar asıl borçluya

d. Dönme hakkının kullanılmasının etkileri

Dönme hakkını kullanan kefil, kefalet sözleşmesinden **doğan yOkOmlü-lüğünü** sona erdirmiş olur¹³⁷. Bu hakkı kullanan kefilden **kefalet sözleşme-**

kullandırılan kredilerden doğan sorumluluğun bundan böyle kendileri tarafından la.ır nacağını inkar etmemektedirler. Onların istediği kredi müşterisine bundan **böyle kredi** kullandırılmaması, kullandılacaksa da bundan kendilerinin sorumlu **olmarnalandır**. Şu halde, mirasçılar, mirasbırakanın ölümü anında tarafı durumuna geldikleri **kefalet** sözleşmesinden bundan sonrası için dönmek istemektedirler. Reisoğlu'na göre, **ölen** kefilin mirasçılarının bu yöndeki isteğine değer verilmesi ve kefilin ölümünden sonraki aşamada asıl borçluya kullandırılan kredilerden nedeniyle mirasçılara sorumluluktan kurtulma olanağının verilmesi gerekir. Yeter ki, kefilin ölümünü ve bundan sonra **kul-**landırılan kredilerden ötürü sorumluluk taşımayacaklarını bankaya zamanında bildir-miş olsunlar. Bu konuda mirasçıların TBK. m. 599'dan yararlanabileceklerini **belirten** Reisoğlu, bunu belirtmekle birlikte, mirasçıların beyanına sonuç bağlanabilmesi için TBK. m. 599'da aranan koşulların oluşması gerekmediğini de söylemektedir (**Bkz.** Reisoğlu, Türk Kefalet Hukuku, s. 228-229). Yazarın bu düşüncesine **katılamıyoruz**. Ayan'ın da isabetle belirttiği gibi, mirasçılar külli halef sıfatıyla mirasbırakanları ta.ra-fından akdedilen kefalet sözleşmesine taraf durumuna gelmişlerdir. Kefalet sözleşmesi son bulmadığına ve hala devam ettiğine göre, bundan böyle kefil sıfatını taşıyan miras-çıların kredi sözleşmesi kapsamında mirasbırakanlarının ölümü anından sonra kulan-dırılan kredilerden de sorumlu olmaya devam etmeleri gerekir (Bkz. Ayan, s. 645-646). Gerçi mirasçılarının da TBK. m. 599'dan yararlanmaları mümkündür. Ne var ki, bunun böyle olduğunu kabul ettikten sonra, TBK. m. 599'un koşullarının gerçekleşmesinin neden dolayı aranmayacağı anlaşılamaz. Ancak söz konusu maddedeki koşullar gerçek-leştiği takdirde ki, mirasçılarının mirasbırakanın ölümü anından sonraki aşamada ke-faletten sorumlu olmayacaklarına ilişkin yaptıkları beyana değer tanınabilir. Şu halde, bundan böyle mirasçılarının kefil sıfatıyla sorumluluklarının kalktığına söylenebilmesi için, asıl kredi borçlusunun mali durumunun kefalet sözleşmesi yapıldıktan sonraki aşamada önemli ölçüde bozulmuş olması aranacaktır. Mirasbırakan asıl borçlunun mali durumunun zaten bozuk olduğunu bilmeden kefil olmuşsa ve bu durumu öğrenmeden ölmüşse; asıl borçlunun mali durumunun mirasbırakanın kefil olduğu sırada varsay-dığından önemli ölçüde kötü olduğunu ortaya çıkaran mirasçılar, yine TBK. m. 599'a dayanarak (henüz kullandırılmamış krediler bakımından) kefalet sözleşmesinden döne-bilirler.

- 137 Kefilin dönme beyanında bulunmasının bozucu yenilik doğuran bir hakkın kullanılması anlamına geldiğini belirten yazarlar (Giovanoli, Art. 51O, N. 7; Pestalozzi, Art. 51O, N. 4) varsa da, bu şekilde bir nitelendirme klasik dönme kuramının benimsenmiş olmasını gerektirir. Dönme hakkına ilişkin klasik ve modern kuramlar arasında bir karşılaştırma ve tercih yapmak, bu çalışmanın amacının dışında kalır. Bu nedenle dönme hak.kının kullanılmasıyla kefalet sözleşmesinin ortadan kalktığından ve dönme hakkının bozucu yenilik doğuran bir hak olduğundan söz etmeksizin, dönme hakkının kullanılmasıyla kefilin yükümlülüğünün son bulduğunu söylemekle yetiniyorum. Bunun gibi, dönme hakkının kullanılmasından önce tamamen veya kısmen ödeme yapan kefilin sebepsiz

ne dayanarak talepte bulunulamaz. Edimini önceden tamamen veya kısmen yerine getiren kefil iade talebinde bulunabilir¹³⁸.

Dönme hakkını kullanan kefile birlikte kefil olan kişiler varsa, bu kişiler, TBK. m. 587 f. 3'e dayanarak sorumluluktan kurtulduklarını ileri sürebilirler¹³⁹.

TBK. m. 599 f. 2'ye göre, "*kefil, alacaklının kefaletle güvenmesi sebebiyle uğradığı zararı gidermekle yükümlüdür*". Söz konusu zarar, hükümden açıkça anlaşılacağı gibi, menfi zarardır¹⁴⁰. Alacaklının malvarlığının şimdiki durumuyla kefalet sözleşmesine güvenmeseydi içinde bulunacağı durum karşılaştırılarak, aradaki fark tazmin edilecektir¹⁴¹. Alacaklı tarafından kefaletle güvenerek iyiniyetle yapılan giderler, kefil tarafından tazmin edilmesi gereken zarar kalemlerinin en başında gelir¹⁴².

TBK. m. 125 f. 3'in dönme hakkının kullanılmasına ilişkin genel hüküm niteliğinde olduğu, bu hükmün bizzat dönme hakkını kullanan kişiye menfi zararın tazminini isteme olanağını verdiği ve bu hükme dayanarak dönme beyanında bulunan kefilin de menfi zararın tazminini isteyebileceği söylenemez. TBK. m. 599 f. 2'nin dönme beyanında bulunan kefilin tazminat alacaklısı değil tazminat borçlusu yapan düzenlemesi, TBK. m. 125 f. 3'ün uygulanma olanağını dışlayacaktır¹⁴³.

zenginleşme kurallarına göre iade isteyeceğini belirtmek klasik dönme kuramının benimsendiğini gösteren bir ifade olacağından (nitekim bu yönde bir ifade için bkz. Beck, Art. 51O, N. 20), dönme hakkını kullanan kefilin ödediğinin iadesini isteyeceğini belirtiyor, bu iade talebinin hukuki temeline değinmiyorum. Gümüş'ün düşüncesine göre, kefilin dönme hakkı, daha çok irade sakatlığı hallerinde sahip olunan iptal hakkına benzer bozucu yenilik doğuran bir baktır. TBK. m. 599'un lafzı gereğince bir bozulabilir geçerlilik halinden söz edilebilecektir. Hal böyle olunca da, dönme hakkı kullanılana kadar kefalet sözleşmesi varlığını devam ettirecektir. Diğer taraftan, dürüstlük kuralı, dönme hakkının uygun bir süre içerisinde kullanılmasını gerekli kılacaktır. Bkz. Gümüş, Borçlar (2. baskı), s. 397, dpn. 2197.

138 TBK. rn. 599'da düzenlenen hakkın, TBK. m. 125 anlamında bir dönme hakkı olmayıp bir geri alma hakkı olduğunu kabul edenler de vardır. Beck, Art. 51O, N. 20.

139 Pestalozzi, Art. 51O, N. 7.

140 Guhl, s. 131; Beck, Art. 51O, N. 22; Gümüş, Borçlar (2. baskı), s. 401; Çınar, s. 119-120; Bilgen, s. 618-619.

141 Beck, Art. 51O, N. 22; Giovanoli, Art. 51O, N. 8; Pestalozzi, Art. 51O, N. 7.

142 Beck, Art. 51O, N. 22.

143 Beck, Art. 51O, N. 22.

Kefilin TBK. m. 599 f. 1'e dayanarak dönme hakkını kullanmasından esas borçlu da zarara uğrayabilir. Kefaletin ortadan kalkması sebebiyle istediği krediyi alamayan, en azından istediği tutarda kredi elde edemeyen esas borçlunun durumu böyledir. Ne var ki, kefil açısından esas borçluya tazminat ödeme yükümü, kefalet hükümleri çerçevesinde söz konusu olamaz. Yasanın kendisine verdiği dönme hakkını kullanan kefilin esas borçluya karşı hukuka aykırı bir davranışta bulunduğu söylenemez. Hukuka aykırılığın olmadığı yerde, kural olarak, sorumluluk da olmaz¹⁴⁴. Buna karşılık, kefil ve esas borçlu arasındaki iç ilişki bakımından bir sorumluluk doğup doğmadığının ayrıca değerlendirilmesi gerekir*¹⁴⁵.

144 Guhl, s. 131; Beclc, Art. 51O, N. 23.

145 Özen, Sona Enne, s. 77.

§ 9. Çalışanlara Kefalet

A. Özellikleri

Çalışanlara kefalette, çalışan kişinin hizmet ilişkisi devam ederken bu ilişkiden kaynaklanan yükümlerini ihlal etmesi üzerine doğacak tazminat talebi teminat altına alınır¹. Şu halde, henüz doğmamış müstakbel bir borca ilişkin bir teminat niteliğindedir². Kamu hukuku kurallarına tabi bir çalışanın verebileceği muhtemel zararlardan doğacak tazminat talebi bu tarz kefaletle konu olabileceği gibi, özel hukuk kapsamında kalan bir hizmet ilişkisinden kaynaklanabilecek bir tazminat talebi de bu tarz kefaletle teminat altına alınabilir. Dikkat edilmesi gereken nokta şudur: Çalışana kefil olan kişi, hizmet ilişkisinden doğan bütün alacaklarla ilgili olarak teminat vermiş değildir. O, çalışan kişinin yükümlüklerinden birini ihlal etmesi üzerine doğacak tazminat alacağıyla ilgili bir teminat vermiştir. Söz konusu tazminat alacağının hangi koşullar altında doğacağı, hizmet ilişkisinin tabi olduğu kamu hukuku veya özel hukuk kurallarınca belirlenir³. Çalışanlara kefalet, adi kefalet olabileceği gibi müteselsil kefalet de olabilir. Çalışana kefil olan kişiye kefil olunması (kefile kefalet) da mümkündür. Çalışana kefil olan kişinin rücu hakkını teminat altına almak üzere rücu kefalet de söz konusu olabilir⁴. Ne var ki, sözünü ettiğimiz kefile kefalet veya rücu kefalet olasılıklarında TBK. m. 602 anlamında bir çalışanlara kefaletten söz edilemez. Belki çalışanlara kefaletle ilgili düzenlemenin kıyasen uygulanması düşünülebilir.

1 Beck, Art. 512, N. 3.

2 Çalışanlara kefalet gelecekte doğacak bir borca ilişkin olsa da, hizmet ilişkisi ~~ce~~vesinde zaten doğmuş olan bir tazminat alacağının kefaletle konu olmasına bir **engel** yoktur. Ne var ki, kural bu olmadığından bu tarz bir kefaletin varlığını iddia eden ispat etmelidir. Krş. Beck, Art. 512, N. 7; Pestalozzi, Art. 512, N. 1.

3 Beck, Art. 512, N. 6; Pestalozzi, Art. 512, N. 1.

4 Beck, Art. 512, N. 10; Pestalozzi, Art. 512, N. 2.

Bir görüşe göre, çalışanlara kefalette, çalışan kişinin mali güçsüzlüğü yüzünden yerine getiremeyeceği tazminat talebi teminat altına alınır. Şu halde, bu türden bir teminatla çalışanın mali güçsüzlüğünden kaynaklanan riziko işverenin üzerinden alınmak istenmektedir. Bu amaçtan yola çıkılırsa, bir tür "*açığın kapatılmasına kefalet*" karşısında bulunulduğu söylenebilir. Ne var ki çalışan kişi için müteselsil kefil olunmasına da bir engel yoktur⁵. Bir başka deyişle, açığın kapatılmasına kefalet yoluna giödülmesi zorunlu değildir⁶.

Çalışanlara kefalete TBK. m. 581 vd hükümlerin uygulanacağı açıktır. Şu halde, TBK. m. 583'te aranan şekle riayet edilecek, TBK. m. 584 uyarınca eşin rızası alınacaktır. Kamu hukukuna tabi olarak çalışan bir kişiyle ilgili olarak bu tarz bir kefalet verilmiş olsa bile, kefaletin kendisi özel hukuka tabi bir ilişki niteliğinde olacaktır⁷. Şu halde, kefalet sözleşmesinden doğan alacak bir kamu alacağı olarak görülemez⁸.

Çalışanla kefalette, ne tür bir çalışmaya ilişkin olarak teminat verildiği önemlidir. Oyle ki, kefil çalışanın hangi görevi ifa edeceğini göz önünde tutmuşsa, sadece o görevin yerine getirilmesinden kaynaklanan zararlar ilgili olarak kefile başvurulabilir. Bunun gibi, hangi zaman periyodu içerisindeki çalışmayla ilgili teminat verildiğine bakılmalı, bu periyodun dışında ortaya çıkan zararlar ilgili olarak kefile başvurulmamalıdır⁹.

5 Giovanoli, Art. 503, N. 18; Pestalozzi, Art. 503, N. 15; BGE 54 II 389.

6 Lerch-Tuason, s. 26; Beck, Art. 512, N. 10.

7 Nitekim bkz. Beck, Art. 512, N. 11.

8 Pestalozzi, bir memurun verebileceği zarardan doğacak tazminat alacağı için verilen kefaletin, kamu hukukundan kaynaklansa da özel hukuka dahil bir alacak hakkında verilmiş kefalet olduğunu söylemektedir. Pestalozzi, Art. 512, N. 1. Kamu hukukundan kaynaklanan borçlar için kefalet güvencesi verilebileceği kabul edilirse, kefalet borcunun kendisinin kamusal nitelik taşımayacağı söylenebilir. Kefalet sözleşmesi özel hukuk kapsamında kalan bir hukuki ilişki olduğuna göre, bu ilişkiden kaynaklanan borçlar da özel hukuk karakteri taşımalıdır. Şu halde, kamu alacaklarının tahsiliyle ilgili özel usullerin kefalet borcunun tahsili bakımından uygulanamaması gerekir. Ne var ki, HGK'nun 4. 10. 2006 tarihli, E: 2006/19-593, K: 2006/613 sayılı kararında, 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun'un 57. maddesine değinilerek, kamu alacağı için kefil olanların kamu alacağının tahsil usullerine göre takip edileceği sonucuna varılmıştır (kazancı içtihat ve bilgi bankası). Gerçekten de sözü geçen 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun'un 57. maddesinde, "*kefil ve yabancı şahıs veya kurumların mümessilleri bu kanun hükümlerine göre ve aynen asıl borçluların tabi tutuldukları usullerle takip olunur*" denmektedir.

9 Giovanoli, Art. 503, N. 23; Pestalozzi, Art. 503, N. 17.

B. Sona ermesi

Çalışanlara kefaletle ilişkin TBK. m. 602 şu şekildedir: "*Çalışanlara süreli olmayan kefalette kefil, her üç yılda bir, ertesi yılın sonunda geçerli olmak üzere sözleşmeyi feshettiğini bildirebilir*". Görüldüğü üzere bu düzenleme, çalışanlara süreye bağlı kefil olunmasını dışta bırakmaktadır. Şu halde, süreli kefalet olasılığında TBK. m. 600'ün uygulanması gerekecektir. Buna göre, sürenin dolmasıyla kefil kendiliğinden sorumluluktan kurtulacak, ayrıca bir fesih beyanında bulunması gerekmeyecektir. Çalışanlara süreli olmayan kefalette TBK. m. 601'in uygulanması yetersiz olacağı için, kefilin borcundan kurtulabilme olanağı ayrıca ele alınmıştır. Gerçekten de çalışan kişinin zarar verici davranışının ne zaman gerçekleşeceği ve iş sahibinin tazminat alacağının ne zaman muaccel olacağı belirsizdir. Şu halde, kefilin TBK. m. 601 f. 1'e dayanması ve muacceliyet gerçekleşikten sonra alacaklıyı harekete geçmeye yöneltmesi pratikte mümkün olmayabilir. Muacceliyetin gerçekleşmesi alacaklının ihbarına bağlı olmadığından TBK. m. 601 f. 2'nin uygulanma kabiliyeti de yoktur. Kefilin borcundan kurtulması için azami kefalet süresi olan on yılın (TBK. m. 598 f. 3) tamamlanmasını beklemesi de uygun görülmeyle, kefalet ilişkisini daha önce feshedebilme olanağı kefile tanınmak istenmiştir. Gerçi çalışan kişinin mali durumu sonradan önemli ölçüde bozulursa TBK. m. 599'a göre kefaletten dönme yoluna gidilebilir. İsviçre aslından farklı olarak (İsv. BK. m. 51O f. 1 c. son) hizmet ilişkisinin kurulup hükümlerini doğurmaya başlaması çalışana kefil olan kişinin dönme hakkını kullanmasına engel sayılmamıştır. Yeter ki çalışan kişinin yüküme aykırı davranışına bağlı olarak işverenin tazminat alacağı henüz doğmamış olsun. Ne var ki, çalışan kişinin mali durumunun kefaletten sonra önemli ölçüde bozulması koşulu pratikte hiçbir zaman gerçekleşmeyebilir. Çalışan kişi ne de olsa dar gelirli olarak tanımlanan türden bir kişidir ve bu kişinin zaten bozuk olan mali durumunun daha da bozulması pek düşünülemez. Bütün bu gerekçelerle, çalışana süreye bağlı olmadan kefil olan kişiye ayrıca kullanabileceği bir fesih hakkı tanınması isabetli olmuştur.

Kefilin fesih hakkını kullanması şekle bağlı değildir¹⁰. Fesih hakkı, üç yılda bir, ertesi yılın sonunda hüküm ifade etmek üzere kullanılabilecektir. Şu halde, kefil çalışma süresinin ikinci yılında fesih hakkını kullanmaya karar verirse, bir yıl beklemek zorunda kalacak ve üç yıl tamamlanınca fesih hakkını kullanacaktır. Ne var ki, fesih beyanı bir yıl sonra hükümlerini

10 Beck, Art. 512, N. 16.

doğuracak, dördüncü çalışma yılının sonu itibarıyla kefil borcundan kurtulacaktır. Kefil, çalışma süresinin yedinci yılında fesih hakkını kullanmaya karar verirse, iki yıl beklemek zorunda kalacaktır. Çünkü çalışma süresinin başlangıcından itibaren her üç yılda bir fesih hakkının kullanılması mümkündür. Bu durumda, kefil, dokuzuncu çalışma yılının sonunu bekleyerek, onuncu çalışma yılının sonu itibarıyla hüküm ifade etmek üzere fesih hakkını kullanabilecektir. Çalışma süresinin on ikinci yılı içinde fesih hakkını kullanmaya karar veren kefil, on ikinci yılın tamamlanmasını bekleyecek, on üçüncü çalışma yılının sonu itibarıyla hüküm ifade etmek üzere fesih hakkını kullanabilecektir.

C. Çalışan kişi üzerinde alacaklının özen ve gözetim ödevi

Çalışanların fiillerinden doğabilecek zararın tazmini borcu için kefil olan kişi, bu zararın doğmaması için alacaklının gerekli özeni göstermesini beklemekte haklıdır. Buna göre, alacaklı, çalıştırdığı kişinin zarar verici bir davranışta bulunmaması için gerekli önlemleri almak zorundadır. Alacaklı çalıştırdığı kişi üzerinde yükümlü olduğu gözetimi gerçekleştirmez veya kendisinden beklenebilen özeni göstermezse, kefile karşı ileri süreceği talebin kapsamı daralır, duruma göre hiç talepte bulunamaz hale gelebilir (TBK. m. 592 f. 2). Çalışanın fiili nedeniyle ortaya çıkan zarar, alacaklının gözetim ve özen ödevini ihlal etmesine dayandığı ölçüde, alacaklının kefile karşı ileri sürebileceği talebin kapsamı azalır. Böyle durumlarda alacaklı zararın bütününe esas alarak kefilden talepte bulunamaz. Alacaklı gözetim ve özen ödevini ihlal etmesi nedeniyle ortaya çıkmış zarar miktarını kefile karşı yönelteceği talepten düşmek zorundadır.

Somut olayın özel koşulları ağırlaştırılmış bir özeni gerekli kılıyorsa, alacaklının hafif ihmalinden ötürü sorumlu kılınması da mümkün olabilir¹¹. Çalışanların denetlenmesine veya gözetilmesine ilişkin olarak özel normlar mevcut olup da alacaklı bu normlara uygun olarak davranmamışsa, alacaklının özen yükümünü ihlal ettiği sonucuna varılabilir¹². Bu tip özel normların bulunmaması durumunda, alacaklının kendisinden beklenen özeni yerine getirmiş olup olmadığına bakılacaktır. Alacaklıdan beklenen özenin ne olduğu belirlenirken, genel olarak iş hayatındaki alışkanlıklara bakılacak, özel olarak da somut olayı çevreleyen koşullar göz önünde tutulacaktır. Alacak-

11 Beck, Art. 503, N. 35; Giovanoli, Art. 503, N. 20.

12 Giovanoli, Art. 512, N. 24.

lının sorumlu tutulabilmesi için, ortaya çıkan zarar, alacaklının özen yükümünü (çalışan kişiyi kontrol ve denetleme yükümünü) kusurlu olarak yerine getirmemesinden kaynaklanmalıdır. Zararın ortaya çıkması olağanın ötesinde bir özenin gösterilmesiyle önlenilecekse, olağan bir özen göstermekle yetinen alacaklı açısından sorumluluk söz konusu olmaz¹³. Kefil, alacaklının gözetim ödevini yerine getirmediğini veya gerekli özeni göstermediğini ve zararın bu nedenle ortaya çıktığını ispat külfeti altındadır. Kefil ispat külfetini yerine getirirse İsv. BK.m. 503 f. 2'ye dayanarak alacaklıdan zararının tazmin edilmesini isteyebilir¹⁴. TBK. m. 592 f. 2, kaynak kanunun düzenlemesinden ayrılmakta ve alacaklının gözetim ve özen ödevini ihlalinin yaptırımını olarak kefilin borcunun azalacağını veya büsbütün ortadan kalkacağını belirtmektedir. Gerçekten de TBK. m. 592 f. 2 şu şekildedir: *"Çalışanlara kefalet hdlinde alacaklı, çalışanlar üzerinde yükümlü olduğu gözetimi ihmal eder veya kendisinden beklenebilen özeni göstermezse ve borç bu sebeple doğmuş ya da bu özeni göstermesi hdlinde ulaşamayacağı ölçüde artmış olursa, bu borcu veya borcun artan kısmını kefilten isteyemez"*. Şöyle de söylenebilir: Alacaklının kasten veya ağır ihmali yüzünden çalışanın verdiği zarara sebep olduğu ölçüde, kefil sorumluluktan kurtulacaktır¹⁵.

13 Beck, Art. 503, N. 36.

14 Beck, Art. 503, N. 39, 40.

15 Giovanoli, Art. 503, N. 20; Pestalozzi, Art. 503, N. 15; BGE 48 il 95; 54 il 391.

KAYNAKÇA

Acar Özlem, Türk Borçlar Hukukunda Müteselsil Kefalet Sözleşmesi, İstanbul 2015.

Akıntürk Turgut, Müteselsil Borçluluk, Ankara 1971.

Akipek Jale, Türk Eşya Hukuku, İkinci Kitap, 2. Baskı, Ankara 1973.

Akkanat Halil, Kefaletin Fer'iliği İlkesi ve Banka Ticari Kredi Sözleşmeleri, Prof. Dr. Necip Kocayusufpaşaoğlu İçin Armağan, Ankara 2004, s. 275 vd.

Akman Sermet, Garantör Sıfatıyla Girişilen Taahhüdün Mahiyeti ve Bu Bağlamda Garanti ve Kefalet Sözleşmelerini Birbirlerinden Ayıran Temel Kriterler, Prof. Dr. Hüseyin Ülgen'e Armağan, Cilt: il, İstanbul 2007, s. 1669 vd.

Akyol Şener, Türk Medeni Hukukunda Temsil, İstanbul 2009.

Altaş Hüseyin, Şekle Aykırılığın Olumsuz Sonuçlarının Düzeltilmesi, Ankara 1998.

Altay Sümer, Konkordato ve Yeniden Yapılanma Hukuku 2. Cilt, İstanbul 2006.

Altay Sümer, Türk İflas Hukuku, 2. Cilt, İstanbul 2004.

Altop Atilla, Türk Borçlar Kanunu Tasarısı'nda Genel İşlem Koşulları ve Kefalet Sözleşmesi, İsviçre Medeni Kanunu ve Borçlar Kanunu'nun Alınışının 80. Yılı (Editör: Ali Çivi), İstanbul 2007, s. 141 vd.

Antalya O. Gökhan, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'na Göre Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt I, 2. Baskı, İstanbul 2013.

Aral Fahrettin, Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, 7. Baskı, Ankara 2007. (Aral, Borçlar)

Aral Fahrettin, Teminat Mektuplarında Lehdar ile Muhatap ve Lehdar ile Banka Arasındaki Hukuki İlişki, Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, Aralık 2007, C: XXIV, S: 2, s. 189 vd.

- Aral** Fahrettin, Banka Teminat Mektuplarının Hukuki Niteliği ve Kefaletten Farkları, Prof. Dr. Fikret Eren'e Armağan, Ankara 2006, s. 131 vd.
- Arkan** Sabih, Kredi Kartıyla İlgili Olarak Verilen Güvencenin Hukukî Niteliği, Bilgi Toplumunda Hukuk, Ünal Tekinalp'e Armağan, Cilt: 1, İstanbul 2003, s. 983 vd. (Arkan, Hukukî Nitelik)
- Arkan** Sabih, Marka Hukuku, Cilt il, Ankara 1998.
- Atamer** Yeşim M., Geliri ve Malvarlığı Olmayan Aile Bireylerinin Kefalet Sözleşme İçeriğinin Denetlenmesi, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Prof. Dr. Türkan Rado'ya Armağan, C: LV, S: 3, Y: 1997, s. 419 vd.
- Ayan** Serkan, Kefalet Sözleşmesinde Kefilin Sorumluluğu, Ankara 2013.
- Aybay** Aydın, Kefilin Önce Dava Def'ini İleri Sürmesi Sorunu, Prof. Dr. Selim Kaneti'ye Armağan, İstanbul 1996, s. 83 vd.
- Aydın Tülay/Kurşuncu Birce Arslandoğan, Borçlunun Mali Durumunun Kefilin Konumuna Etkisi, Prof. Dr. Yavuz Alangoya İçin Armağan, İstanbul 2007, s. 639 vd.
- Aydoğdu** Murat/Ayan Serkan, Türk Borçlar ve Türk Ticaret Hukuku'nda Yer Alan Faiz ile İlgili Düzenlemeler, Ankara 2013.
- Ayrancı** Hasan, Kefalet Sözleşmesinde Asıl Borcun Belirli Olması İlkesi ve Cari Hesaba Kefalet, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. IX, S: 12, Y: 2005, s. 107 vd. (Ayrancı, Cari Hesaba Kefalet)
- Ayrancı** Hasan, Şekil Şartına Uyulmadan Yapılan Kefalet Sözleşmesinde İfanın Sonuçları, AÜHFD, C. 53, S. 2, Y: 2004, s.95 vd. (Ayrancı, Şekil Şartı)
- Bar**Thomas, Zum Rechtsbegriff der Garantie, insbesondere im Bankgeschäft, Zürich 1963.
- Barlas** Nami, Belirsiz Süreli Kefalet Sözleşmelerinde Asıl Borcun Mucel Olması Halinde Müteselsil Kefilin BK m. 494/f. 1 Hükmünden Yararlanmasının Mümkün Olup Olmadığı Sorunu, Prof. Dr. M. Kemal Oğuzman'ın Anısına Armağan, İstanbul 2000, s. 169 vd. (Barlas, Belirsiz Süreli Kefalet)
- Barlas** Nami, Kefalet Hukukuna İlişkin Bazı Sorunlar ve Yargıtay Uygulaması, Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu, XXI (910 Aralık 2005), Ankara 2006, s. 41 vd. (Barlas, Bazı Sorunlar)

- Barlas Nami, Kredi Kartı İlişkisinde Bankaya Karşı Verilen **Kıllise** Tennatın Niteliğinin Belirlenmesi, Prof. Dr. Ömer Teornan'a 55. Ya, **Günü** Armağanı, İkinci Cilt, İstanbul 2002, s. 937 vd. (Barlas, **Kredi Kartı**.)
- Barlas Nami, Para Borçlarının İfasında Borçlunun Temerrüdü ve Bu Temerrüt Açısından Düzenlenen Genel Sonuçlar, İstanbul 1992.
- Barlas Nami, Türk Hukuk Sisteminde Banka Teminat Mektupları, İstanbul 1986. (Barlas, Banka Teminat Mektupları)
- Barlas Nami, Yeni Medeni Kanunun Ayni Teminatlara İlişkin Düzenlemeleri, Bilgi Toplumunda Hukuk, Ünal Tekinalp'e Armağan, Cilt: II, İstanbul 2003, s. 569 vd. (Barlas, Ayni Teminatlar,)
- Barlas** Nami, Kefalet Sözleşmesinin Geçerlilik Şartları, Türk **Borçlar Kanunu** Sempozyumu, Makaleler Tebliğleri (Derleyen: **M. Murat İnceoğlu**), İstanbul 2012, s. 349 vd.
- Başoğlu** Başak, Türk Hukukunda ve Mukayeseli Hukukta Aynen İfa Talebi, İstanbul 2012.
- Başpınar** Veysel, Borç Sözleşmelerinin Kısmi Butlanı, **Ankara 1998**.
- Beck** Emil, Das neue Bürgschaftsrecht, Kommentar, Zürich 1942.
- Becker** Hermann, Berner Kommentar zum ZGB, Obligationenrecht, 1. Abteilung, Art. 1183, 2.A, Bern 1941.
- de Biasio Albino, Der Übergang der Glaubigerrechte auf den Bürgen und dessen Regressrechte, Bern 1944.
- Bilge Necip, Borçlar Hukuku Hususi Borç Münasebetleri, Ankara 1962. (Bilge, Borçlar,)
- Bilge Necip, Kefilin Alacaklıya Halef Olmasından Doğan Bazı Meseleler, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Y: 1954, C: 11, S: 12, s. 281 vd. (Bilge, Meseleler)
- Bilge** Necip, Kefilin Mesuliyetinin Şümulü, AHFD 1956, S: 12, C.13, s. 86 vd. (Bilge, Mesuliyet,)
- Bilgen** Mahmut, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu Işığında Öğreti ve Uygulamada Kefalet ve Yargılama Hukukuna İlişkin Uyuşmazlıklar, Ankara 2013.
- Bucher** Eugen, Obligationenrecht, Besonderer Teil, 3. Auflage, Zürich 1988.

Bursalı Osman Safa, Osmanlı Hukuku'nda Kefalet Sözleşmesi: İstanbul ve Galata Mahkemeleri Şer'iyye Sicillerine Göre Mala Kefalet, 17911795/12061210, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2010.

Budak Ali Cem, İpoteğin Paraya Çevrilmesi Yoluyla Takip, İstanbul 2008.

Burcuoğlu Haluk, Yargıtay 11. Hukuk Dairesinin Birden Çok Kefilin Yer Aldığı Bir Genel Kredi Sözleşmesine İlişkin 25.06.1986 T. Ve E. 1986/3148, 1986/3868 Sayılı Kararı Üstüne, İBD, C.60, S. 101112, s.651 vd.

Burcuoğlu Haluk, Türk Borçlar Kanunu Tasarısında Yeni Kefalet Düzenlemesi İle İlgili Bazı Gözlemler, Türk İsviçre Hukuk Günleri, Banka ve Tüketici Hukuku Sorunları Sempozyumu, İstanbul 2010, s. 275 vd.

Buz Vedat, Borçlunun Temerrüdünde Sözleşmeden Dönme, Ankara 1998.

v. Büren Bruno, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Zürich 1964.

Cihan Hulki, Temsil Yetkisinin Verilmesi ve Kapsamının Belirlenmesi, İstanbul 2011.

Çınar Ömer, Türk Borçlar Kanununa Göre Kefilin Sorumluluğunun Sona Ermesi, İstanbul 2013.

Demirkapı Ertan, Gerçek Kişilerin Aval Verme Ehliyeti, Bilgi Toplumunda Hukuk, Ünal Tekinalp'e Armağan, Cilt: I, İstanbul 2003, s. 753 vd.

Demirkapı Ertan, Kambiyo Senetlerinin Aval Yoluyla Temini, İzmir 2005.

Develioğlu Hüseyin Murat, İsviçre Federal Mahkemesi'nin 23 Eylül 2003 Tarihli Kararı Işığında Kefalet Sözleşmesi Borca Katılma Aynını, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Erden Kuntalp'e Armağan, C: I, Y: 3, S: 1, 2004/1, s. 293 vd. (Develioğlu, Borca Katılma)

Develioğlu Hüseyin Murat, Kefalet Sözleşmesini Düzenleyen Hükümler Işığında Bağımsız Garanti Sözleşmeleri, İstanbul 2009. (Develioğlu, Garanti)

Doğan Gül, Ön Sözleşme (Sözleşme Yapma Vaadi), İstanbul 2006.

Dural Mustafa / **Öğüz** Tufan / **Gümüş** Mustafa Alper, Türk Özel Hukuku, Cilt 111, Aile Hukuku, 2. bası, İstanbul 2008.

Dural Mustafa / **Öğüz** Tufan, Türk Özel Hukuku, Cilt 11, Kişiler Hukuku, İstanbul 2004.

Elçin Grassinger Gülçin, Belirsiz Süreli **Kefalette Kefilin Hakları**, Prof. Dr. Necip Kocayusufpaşaoğlu İçin Armağan, Ankara 2004, s. 209 vd. (Elçin Grassinger, Belirsiz Süreli Kefalet)

Elçin Grassinger Gülçin, Borçlar Kanunu'na Göre **Kefilin Alacaklıya Karşı Sahip Olduğu Savunma İmkanları**, İstanbul 1996 (Elçin Grassinger şeklindeki atıflar bu eseredir).

Elçin Grassinger Gülçin, Kefalet Sözleşmesinde Kefil İle Asıl Borçlu Arasındaki Hukuki İlişki, İHFM, C: LV, Y: 1996, S. 12, s. 389 vd. (Elçin Grassinger, Hukuki İlişki)

Elçin Grassinger Gülçin, Kefalet Sözleşmesinden Doğan Bazı Hukuki Sorunlar, Türk İsviçre Hukuk Günleri, Banka ve Tüketici **Hukuku Sorunları** Sempozyumu, İstanbul 2010, s. 293 vd. (Elçin Grassinger, **Hukuki Sorunlar**)

Erdoğan Belgin, Roma Hukukunda Borcun Ayni Teminatına Genel Bakış, Prof. Dr. Ümit Doğanay'ın Anısına Armağan, Cilt 1, İstanbul 1982, s. 255 vd.

Eren Fikret, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 9. bası, İstanbul 2006.

Ergüne Mehmet Serkan, Hukukumuzda Taşınır Rehninin, Özellikle **Teslime** Bağlı Taşınır Rehninin Kuruluşu, İstanbul 2002.

Erlüle Fulya, Müteselsil Kefalet ve Müteselsil Borçluluk **Kavramlarının** Karşılaştırılması, AÜEHFD, C: VII, S: 12, Y: 2003, s.629 vd.

Eryılmaz A. Ahmet, Öncelikle Rehnin Paraya Çevrilmesi Emredici midir? (İİK45/I,c. 1), İBD, 1984/101112,s.648vd.

Flume Werner, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 2. **Band**, Das Rechtsgeschäft, 3. ergänzte Auflage, BerlinHeidelbergNew York 1979.

Fountoulakis Christiana, İsviçre Hukukunda Kefilin Korunması (Çeviren: Mine Tan Dehmen), Türk İsviçre Hukuk Günleri, Banka ve Tüketici Hukuku Sorunları Sempozyumu, İstanbul 2010, s. 309 vd.

Giovanoli Silvio, Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Band IV, II. Abteilung, 7. Teilband, Bern 1978.

Gut Gottlieb, Die Wirkungen der Solidarbürgschaft im Verhältnis des Glaubigers zum Bürgen, Bern 1941.

Gruber Michael, Schutz des Bürgen vor globalen Haftungserklärungen eine rechtsvergleichende Skizze, FS für Heinrich Honsell, Besonderes Vertragsrecht aktuelle Probleme, Zürich 2002, s. 503 vd.

- Guggenheim** Daniel, Die Verträge der schweizerischen Bankpraxis, 3. Auflage, Zürich 1986.
- Guhl** Theo, Das neue Bürgschaftsrecht der Schweiz, Zürich 1942.
- Gültekin** Galip, Kefalet, İBMY:1938, S: 1, s. 36 vd, Y:1938, S:2, s. 102 vd.
- Gümüş** Mustafa Alper, Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Cilt 2, İstanbul 2010.
- Gümüş** Mustafa Alper Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Cilt: il, 2. Bası, İstanbul 2012 (Gümüş, Borçlar, 2. Baskı).
- Gümüş** Mustafa Alper, 6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Şerhi, Cilt: 1 (Madde: 1-46), İstanbul 2014 (Gümüş, Tüketici).
- Günay** Cevdet İlhan, Cezai Şart (BK. m. 158161), Ankara 2002.
- Güral** Jale, Kefalet Akdiyle Aval Arasındaki Fark ve Benzerlikler (1), AHFD Y:1951 C:8, S: 34, s. 435 vd.
- Gürdoğan** Burhan, Türkişviçre İcra ve İflas Hukukunda Rehnin Paraya Çevrilmesi, Ankara 1967.
- Harrer** Friedrich, Einreden des Bürgen, FS für Heinrich Honsell, Besonderes Vertragsrecht aktuelle Probleme, Zürich 2002, s. 515 vd.
- Hasler** Georg, Die Schuldübhahme in der Theorie und im schweizerischen Recht, Zürich 1911.
- Hatemi** Hüseyin, Hukuka ve Ahlaka Aykırılık Kavramı ve Sonuçları, İstanbul 1976.
- Hatemi** Hüseyin, Serozan Rona, Arpacı Abdülkadir, Borçlar Hukuku Özel Bölüm, İstanbul 1992.
- Helvacı** İlhan, Banka Kredi Sözleşmeleri Çerçevesinde Adi Kefalet Sözleşmesine İlişkin Gelişmeler, İÜHFM, C. LXV, S: 1, Y: 2007, s. 263 vd.
- Helvacı** İlhan, Türk Medeni Kanuna Göre Lex Commisoria (Mürtehinin Merhunu Temlik) Yasağı, İstanbul 1997.
- Helvacı** Serap, Gerçek Kişiler, 2. bası, İstanbul 2007.
- Honsell** Heinrich, Schweizerisches Obligationenrecht, Besonderer Teil, 7. Auflage, Bem 2003.
- Huguenin** Claire, Obligationenrecht, Besonderer Teil, 2. Auflage, Zürich-BaselGenf 2004.

İnceoğlu M. Murat, Borçlar Hukukunda Doğrudan Temsil, İstanbul 2009.

İpek Mehtap, Birlikte Kefalet, Galatasaray Üniversitesi **Hukuk Fakültesi** Dergisi, Prof. Dr. Erden Kuntalp'e Armağan, 2004/1, C: 1, Y: 1, S: 1, 531 vd.

Kahyaoğlu Emin Cem, Banka Garantileri, İstanbul 1996.

Kapancı Kadir Berk, Türk Borçlar Kanunu'nun 14. maddesinin öngördüğü Yeni Şekil Düzenlemesinin Getirdikleri, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi C. 18, S. 1, Y. 2012, s. 403 vd

Kapancı Kadir Berk, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Açısından Satış Hukukunda Ayıptan Doğan Sorumluluk ve Sözleşme! Garanti Taahhütleri, İstanbul 2012.

Kapancı Kadir Berk, Birlikte Borçlulukta Borçlular Arası İlişkiler., İstanbul 2014 (Kapancı, Birlikte Borçluluk).

Karabasan Mustafa Reşit, Türk Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, C. 2 İstanbul 2002.

Karabasan Mustafa Reşit, Türk Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri C. 5 İstanbul 2004.

Kılıçoğlu Ahmet M., Türk Borçlar Hukukunda Kanuni Halefiyet, Ankara 1979 (Kılıçoğlu, Kanuni Halefiyet).

Kılıçoğlu Evren, İcra Sözleşmeleri, İstanbul 2005.

Kırca İsmail, Türk Borçlar Kanunu Tasarısı Kefalet Eşin İzni, **Prof. Dr.** Tuğrul Ansay'a Armağan, Ankara 2006, s. 435 vd.

Kleiner Beat, Bankgarantie, 4. Auflage, Zürich 1990.

Kocağa Köksal, Türk Özel Hukukunda Cezai Şart (BK. m. 15816), Ankara 2003.

Kocaman Arif B., Gelirden ve Malvarlığından Yoksun Aile Fertlerinin Kredi Alan Eş veya Ebeveyn Lehine Akdettikleri Kefalet Sözleşmelerinin Ahlaka Aykırılığı Sorunu, Prof. Dr. Ali Bozer'e Armağan, Ankara 1998, s. 371 vd. (Kocaman, Ahlaka Aykırılık)

Kocaman Arif B., Kefalet Hukukunda İrade Özgürlüğünün Sınırları, Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu, XV5 Haziran 1998, Ankara 1999. (Kocaman, Bildiri)

- Kocaman** Arif, Banka Teminat Mektuplarının Hukuki Niteliği Üzerine, Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, Haziran 1990, C: **XV**, **S:** 3, s. 49 vd.
- Kocaman** Arif, Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 4. 7. 2001 Tarih ve E. 2001/19534, K. 2001/583 Sayılı Kararı Üzerine Bir DeğerlendirmeKredi Kartı İlişkisinde Bankaya Karşı Verilen Kişisel (Şahsi) Teminatın Hukuki Niteliği: Garanti mi Kefalet mi, Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu, XIX, 10 Mayıs 2003, Ankara 2003. (Kocaman, Karar İncelemesi)
- Kocayusufpaşaoğlu** Necip, Borçlar Hukukuna Giriş, Hukuki İşlem, Sözleşme, 4. bası, İstanbul 2008. (Kocayusufpaşaoğlu, Borçlar)
- Kocayusufpaşaoğlu** Necip, Güven Nazariyesi Karşısında Borç Sözleşmelerinde Hata Kavramı, İstanbul 1968. (Kocayusufpaşaoğlu, Güven Nazariyesi)
- Kocayusufpaşaoğlu** Necip, Türk Medeni Hukukunda Gayrimenkul Satış Vaadi, İstanbul 1959.
- Koç** Nevzat, İsviçre Borçlar Kanunu'nun Kefalet Sözleşmesine İlişkin Hükmüleri, Prof. Dr. Mahmut Tevfik Birsell'e Armağan, İzmir 2001, s. 267 vd.
- Köhler** Helmut, BGBAllgemeiner Teil, 19. Auflage, München 1986.
- Kuntalp** Erden, Lex Commisoria Yasağı Kavramı, Koşullar ve Uygulama Alanı, İnan Kıraç'a Armağan, İstanbul 1994, s. 151 vd.
- Kuntalp** Erden, Teminat Kavramı, Teminat Türleri ve Bunlardan Doğan Sorumluluk, Prof. Dr. Reha Poroy'a Armağan, İstanbul 1995, s. 263 vd. (Kuntalp, Teminat Kavramı)
- Kuntalp** Erden, Yargıtay Kararları Açısından Kredi Kartı, Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları SempozyumuXIII, Ankara 1996; s. 273 vd.
- Kuru** Baki, İcra ve İflas Hukuku, C. 3, İstanbul 1993.
- Lerch** Emil/ **Tuason** Vincente, Die Bürgschaft im schweizerischen Recht, Zürich 1936.
- Medicus** Dieter, Bürgerliches Recht, 19. neubearbeitete Auflage, KölnBerlinBonnMünchen 2002.
- Meier** Sonja, Gesamtschulden, Tübingen 2010.
- Merz** Hans, Vertrag und Vertragsschluss, Freiburg 1988.

- Neumayr** Matthias, Persönliche Sicherungsgeschäfte Abgrenzungs und Formfragen, FS für Heinrich Honsell, Besonderes Vertragsrecht aktuelle Probleme, Zürich 2002, s. 481 vd.
- Nielsen** Jens, Bankgarantien bei Aussenhandelsgeschäften, Köln 1986.
- Oğuzman** M. Kemal/ Öz M. Turgut, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 2005.
- Oğuzman** M. Kemal/Öz M. Turgut, Borçlar Hukuku Genel HükümJer, Cilt I, 9. Baskı, İstanbul 2011
- Oğuzman** M. Kemal / Seliçi Özer / OktayÖzdemir Saibe, Eşya H? İstanbul 2006.
- OktayÖzdemir** Saibe, Teminat Amaçlı Mülkiyet Devri Sözleşmele? Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, Prof. Dr. Aysel Çelikel'e Armağan, Yıl: 1920 (19992000), Sayı: 12, s. 657 vd.
- Öktem Çevik** Seda, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Uyarınca **Kefalet** Sözleşmelerinde Eşin Yazılı Rızası, BÜHFD, Kazancı 2012, C. 8, s. 8990, s. 115 vd.
- Öz Turgut, Öğreti ve Uygulamada Sebepsiz Zenginleşme, İstanbulJ 1990.
- Özdemir** Türkay, İnançlı Olarak Yapılan Teminat Amaçlı Alacak Devirleri, Bilgi Toplumunda Hukuk, Ünal Tekinalp'e Armağan, Cilt: il, İstanbul 2003, s. 689 vd.
- Özen** Burak, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu Çerçevesinde Kefilin Sorumluluğunun Kefalet Sözleşmesine Özgü Sebeplerle Sona Ermesi, İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Temmuz 2011, Y: 10, C. 10, S. 2, s. 53 vd (Özen, Sona Erme).
- Özen** Burak, Kefalet Sözleşmesi (ÖzellikleriKuruluşuTürleri), İstanbul 2008 (Özen, Kefalet).
- Özen** Burak, Kefilin Özel Rücu Talebi ve Bu Talebin HaJefiyete Dayanan Genel Rücu Talebiyle İlişkisi, Prof. Dr. Rona Serozan'a Armağan, Cilt II, İstanbul 2010, s. 1445 vd (Özen, Halefiyet).
- Özen** Burak, Beyaza (Açığa) İmza Sorunu Üzerinde Düşünceler, Legal Hukuk Dergisi, Şubat 2008, Y: 6, S: 62, s. 409 vd. (Özen, Beyaza İmza,)
- Özen** Burak, Borçlar Kanunu Tasarısı m. 586 Hükümünün Müteselsil Kefalete İlişkin Getirdiği Düzenleme, Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: X, Sayı: 34, Aralık 2006, s. 477 vd. (Özen, Müteselsil Kefalet,)

- Özen** Burak, Tüketici Kredilerinde Kefaletin Geçerlilik Koşulları, 2. Tüketici Hukuku Sempozyumu Ses Çözümleri ve Makaleleri, Ankara 2013, s. 354 vd.
- Özmen** E. Saba, Telefaks cihazları (facsimilie) ile gönderilen irade beyanlarının Medeni Hukuk ve Usul Hukuku açısından sonuçları, ABD 47 (1990/1), s. 72 vd.
- Özsunay** Ergun, İnançlı Muameleler, İstanbul 1968.
- Öztan** Fırat, Kıymetli Evrak Hukuku, 15. bası, Ankara 2008.
- Pestalozzi** Christoph M., Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht I, Art. 1529 OR, 3. Auflage, BaselGenfMünchen 2002.
- Postacioğlu** İlhan, İcra Hukuku Esasları, İstanbul 1982.
- Poroy** Reha/ Tekinalp Ünal, Kıymetli Evrak Hukuku Esasları, 19. bası, İstanbul 2010.
- Reichel** Hans, Die Schuldmitübernahme (Kumulative Schuldübernahme), München 1909.
- Reichwein** Heinz, Bankgarantie und Bürgschaft, SJZ 52/1956, s. 374 vd.
- Reinicke** Dietrich / **Tiedtke** Klaus, Bürgschaftsrecht, NeuwiedKriftelBerlin 1995.
- Reisoğlu** Seza, Banka Teminat Mektupları ve Kontrgarantiler, Ankara 2003.
- Reisoğlu** Seza, Garanti Mukavelesi, Ankara 1963.
- Reisoğlu** Seza, Garanti Sözleşmesi ve Uygulamada Ortaya Çıkan Sorunlar, Ankara Hukuk Fakültesi 50. Yıl Armağanı, Cilt: I, Ankara 1977, s. 335 vd.
- Reisoğlu** Seza, Kefalet Kavramı ve Muteberlik Şartları, AÜHFD, Y: 1962, C: 19, S: 14, s. 327 vd.
- Reisoğlu** Seza, Kefilin Rücu İle İlgili Meseleler, Batider, Y: 1961, C: 1; S: 4, s. 465 vd (Reisoğlu, Rücu).
- Reisoğlu** Seza, Türk Hukukunda ve Bankacılık Uygulamasında Kefalet, Ankara 1992. (Reisoğlu, Kefalet)
- Reisoğlu** Seza, Türk Kefalet Hukuku, Ankara 201J. (Reisoğlu, Türk Kefalet Hukuku)

Reisoğlu Seza, Yabancı Para Üzerinden Taahhüt Altına Girilmesi ve **Hukuki** Sonuçları, Batider, C: XIII, Y: 1987, S: 34, s. 143 vd.

Rikken Christian, Die Globalhaftung des Kreditbürgen, Berlin 2004.

Sağlam İpek, Türk Borçlar Kanunu Tasarısının Kefaletle İlişkin Hükümlerinin Değerlendirilmesi, Legal Hukuk Dergisi, Ekim 2005, **Yıl:** 3, **Sayı:** 34, s. 3691 vd.

Sağlam İpek, Elektronik Sözleşmeler, İstanbul 2007.

Schmidlin Bruno, Bemer Kommentar, Bd. VI, Das Obligationenrecht, 1. Abteilung, Allgemeine Bestimmungen 1. Teilband, Allgemeine Einleitung in das schweizerische Obligationenrecht und Kommentar zu Art. 118, Bern 1986.

Schönenberger W. / Jaggi P., Zürcher Kommentar, Bd. V, Obligationenrecht, Teilband Ia (Allgemeine Einleitung, Art. 117 OR), 3. Auflage, Zürich 1973.

Scyboz Georges, Garantievertrag und Bürgschaft, Schweizerisches Privatrecht, Bd. VII, Obligationenrecht, Besondere Vertragsverhältnisse, 2. Halbband, BaselStuttgart 1979, s. 315 vd.

Seliçi Özer, Borçlar Kanununa Göre Sözleşmeden Doğan Sürekli Borç ilişkilerinin Sona Ermesi, İstanbul 1977.

Serozan Rona, "Culpa in Contrahendo", "Akdin Müsbet İhlali" ve "Üçüncü Kişiyi Koruyucu Etkili Sözleşme" Kurumlarının Ortak Temeli: Edim Yükümlerinden Bağımsız Borç İlişkisi, MHAD 1968, s. 108 vd.

Serozan Rona, Die Überwindung der Rechtsfolgen des Fonnmangels im Rechtsgeschäft nach deutschem, schweizerischem und türkischem Recht, Tübingen 1968.

Serozan Rona, İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme, 4. bası, İstanbul 2006. (Serozan, İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme)

Serozan Rona, Mülkiyeti Saklı Tutma Anlaşması ve Teminaten Temlik, Prof. Dr. Erdoğan Moroğlu'na 65. Yaş Günü Armağanı, İstanbul 1999, s. 987 vd.

Serozan Rona, Mülkiyeti Saklı Tutma Anlaşması, MHAD Yeni Seri, Y:1, N. 2'den ayrı bası, İstanbul 1968.

Serozan Rona, Sözleşmeden Dönme, 2. bası, İstanbul 2007.

Sirmen Lale, Alacak Rehni, Ankara 1990.

StafTelbach Daniel, Handkommentar zum Schweizerischen Obligationenrecht, Zürich 2002.

Sungurbey Ayfer Kutlu, Yetkisiz Temsil, İstanbul 1988.

Sungurbey İsmet, Borç İkrarı ve Borç Vaadi, İstanbul 1957.

Şaban Gökhan, Kefalet Sözleşmesinin Sona Ermesi, Ankara 2009.

Şener Oruç Hami, Sözleşmeyle Yapılan Teminat Amaçlı Borca Katılma, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 11, Özel S.: 2009 (Basım Yılı: 2010). s. 1279 vd.

Tandoğan Hahlk, Bankaların Verdikleri Teminat Mektuplarının Hukuki Mahiyeti, il. Banka ve Ticaret Hukuku Haftası, Ankara 1962, s. 791 vd. (Tandoğan, Hukuki Mahiyet)

Tandoğan Haluk, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, c. 2, 3. bası, Ankara 1987. (Tandoğan, Borçlar il)

Tandoğan Haluk, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Cilt: 1/1, 6. basım, İstanbul 1990.

Tandoğan Haluk, Garanti Mukavelesi, Ankara 1959.

Tandoğan Haluk, Kefaletin Geçerlilik Şartları, Batider, Y: 1977, C: 9, s. 19 vd.

Taşdelen Nihat, Kefalet Sözleşmesinde Şekil, Prof. Dr. Oğuz İmregün'e Armağan, İstanbul 1998, s. 731 vd.

Tekinalp Ünal, Banka Hukukunun Esasları, İstanbul 1988. (Tekinalp, Banka)

Tekinalp Ünal, Fikri Mülkiyet Hukuku, 3. bası, İstanbul 2004.

Tekinay Selahattin Sulhi / **Akman** Sermet / **Burcuoğlu** Haluk/ **Altop** Atilla, Tekinay Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, 7. baskı, İstanbul 1993.

Tekinay Selahattin Sulhi, Kefalet mi, Borcun Dış Yüklenilmesi (Borcun Nakli) mi, Mevcut Borca İltihak Mı, Üçüncü Şahsın Fiilini Taahhüt mü?, İBD XXXII, N. 1112, s. 233 vd. (Tekinay, Kefalet,)

Tekinay Selahattin Sulhi, Müteselsil Borç ile Kefalet Arasında Bir Mukayese, Adalet Dergisi 1956, Y: 47, S: 7, s. 742 vd. (Tekinay, Müteselsil Borç,)

- Tobler** Hans, Der Schutz des Bürgen gegenüber dem Glaubiger nach dem schweizerischen Obligationenrecht, Bem 1926.
- Tonner** Martin, Neues zur Sittenwidrigkeit von Ehegattenbürgschaften (BGHZ 151, 34, und BGH, NJW 2002, 2230), JuS 2003, Heft 4, s. 325 vd.
- "· **Tuhr** Andreas, Zum Regress des Bürgen, ZSR, NF 42, 101 vd.
- Tuğ** Adnan, Türk Özel Hukukunda Şekil, 2. baskı, Konya 1994.
- Tunç** Yücel Müjgan, Banka Alacaklarının İpoteğin Paraya Çevrilmesi Yoluyla Takibi, İstanbul 2010.
- Tunçomağ** Kenan, Türk Hukukunda Cezai Şart, İstanbul 1963.
- Tunçomağ** Kenan, Borçlar Hukuku Dersleri I, İstanbul 1961.
- Tüzüner** Özlem, Marka Rehni Sözleşmesi ve Uygulanacak Hukuk, İstanbul 2007.
- Uluslan** İlhan, İyiniyetli Sebepsiz Zenginleşenin İade Borcunun Sınırlanması Sorunu, İstanbul 1984.
- Uyar** Talih, İcra ve İflas Kanunu Şerhi, C. 3, 2. baskı, Ankara 2004.
- Ülgen** Hüseyin / Helvacı Mehmet / Kendigelen Abuzer/ Kaya Arslan), Kıymetli Evrak Hukuku, 6. Tıpkıbası, İstanbul 2009.
- Üstündağ** Saim, İcra Hukukunun Esasları, 8. bası, İstanbul 2004.
- Üstündağ** Saim, İflas Hukuku, 5. bası, İstanbul 1998.
- Wagner** Stephan, Die Sittenwidrigkeit von Angehörigenbürgschaften nach Einführung der Restschuldbefreiung und Kodifizierung der c. i. c. , NJW 2005, Heft 41, s. 2956 vd.
- Wiegand** Wolfgang, Die Bürgschaft im Bankgeschäft, Bemer Bankrechtstag, Band 4, Personalsicherheiten, Herausgeber Wolfgang Wiegand, Bem 1997, s. 175 vd.
- Yavuz** Cevdet, Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Yenilenmiş 7. baskıyı hazırlayanlar: Cevdet Yavuz Burak Özen Faruk Acar, İstanbul 2007.
- Yavuz** Nihat, Öğretide ve Uygulamada Türk Kefalet Hukuku, Ankara 2010.
- Yenice** A. Özge, Teminat Sözleşmelerinde Rücu İlişkileri, İstanbul 2009.
- Yüce** Melek Bilgin, Garanti Sözleşmesinin Bir Türü Olarak Üçüncü Kişinin Fiilini Taahhüt Sözleşmesi, İstanbul 2007.

Zevkliler Aydın / **Havutçu** Ayşe, Zevkliler Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, 9. Baskı, Ankara 2007.

Zevkliler Aydın / **Gökyayla**, K. Emre, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri 13. Bası, Ankara 2013.

Zobl Dieter, Die Bankgarantie im schweizerischen Recht, Bemer Bankrechtstag, Band 4, Personalsichereiten (Herausgeber Wolfgang Wiegand), Bern 1997, s. 23 vd.