

T.C.
BAŞKENT ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
HUKUK ANABİLİM DALI ÖZEL HUKUK
TEZLİ YÜKSEK LİSANS PROGRAMI

BİRLİKTE KEFALET

HAZIRLAYAN:

TUĞÇE DERİN EREL

YÜKSEK LİSANS TEZİ

TEZ DANIŞMANI:

DOÇ. DR. ZEYNEP İPEK YÜCER AKTÜRK

ANKARA-2021

BAŞKENT ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
YÜKSEK LİSANS / DOKTORA TEZ ÇALIŞMASI ORJİNALLİK RAPORU

Tarih: 23 / 08 / 2021

Öğrencinin Adı, Soyadı: Tuğçe Derin EREL.

Öğrencinin Numarası:21720510

Anabilim Dalı: Hukuk

Programı: Özel Hukuk Tezli Yüksek Lisans

Danışmanın Unvanı/Adı, Soyadı: Doç. Dr. Zeynep İpek YÜCER AKTÜRK

Tez Başlığı: Birlikte Kefalet

Yukarıda başlığı belirtilen Yüksek Lisans/Doktora tez çalışmamın; Giriş, Ana Bölümler ve Sonuç Bölümünden oluşan, toplam 91 sayfalık kısmına ilişkin, 17 / 12 / 2020 tarihinde şahsım/tez danışmanım tarafından Turnitin adlı intihal tespit programından aşağıda belirtilen filtrelemeler uygulanarak alınmış olan orijinallik raporuna göre, tezimin benzerlik oranı % 13'dir. Uygulanan filtrelemeler:

1. Kaynakça hariç
2. Alıntılar hariç
3. Beş (5) kelimedenden daha az örtüşme içeren metin kısımları hariç

“Başkent Üniversitesi Enstitüleri Tez Çalışması Orijinallik Raporu Alınması ve Kullanılması Usul ve Esaslarını” inceledim ve bu uygulama esaslarında belirtilen azami benzerlik oranlarına tez çalışmamın herhangi bir intihal içermediğini; aksinin tespit edileceği muhtemel durumda doğabilecek her türlü hukuki sorumluluğu kabul ettiğimi ve yukarıda vermiş olduğum bilgilerin doğru olduğunu beyan ederim.

Öğrenci İmzası:

ONAY

Tarih: 23 / 08 / 2021

Öğrenci Danışmanı Unvan, Ad, Soyad, İmza:

Doç. Dr. Zeynep İpek YÜCER AKTÜRK

ÖZET

6098 sayılı Türk Borçlar Kanununun on beşinci bölümünde 581 ile 603üncü maddeler arasında düzenlenen kefalet sözleşmesi bir kimsenin borcunu ödememesi veya temerrüdü neticesinde bir kefilin borcun alacaklısına ödemeyi tazmin yükümlülüğü altına girdiği teminat sözleşmesidir. Bu çalışmamızda kefaletin türlerinden olan birlikte kefalet incelenecek olup, öncelikle kefalet tanımlanmış, daha sonra kefaletin geçerlilik şartları, kefaletin türleri, kefil ve alacaklı arasındaki ilişkiler, kefil ile borçlu arasındaki ilişkiler genel olarak açıklanmıştır. Son olarak asıl konumuz olan birlikte kefalet incelenmiş, birlikte kefaletin türleri açıklanmış ve birlikte kefile borçtan kurtulma hakkı tanıyan TBK m.587/3 anlatılmıştır.

Anahtar kelimeler: Birlikte kefalet, kefil, kefalet türleri.

ABSTRACT

Contracts of guarantee held between articles 581 and 603 in the fifteenth section of the Turkish Law of Obligations numbered 6098 is a surety contract in which a guarantee is obliged to compensate the creditor of the debt as a result of a person's failure to pay or default. In this study, co-guarantee which is type of guarantee will be examined, first the guarantee is defined, then the validity conditions of the guarantee, the types of guarantee, the relations between the guarantee and the creditor, the relations between the guarantee and the debtor are explained in general. Finally, our main issue is that the co-guarantee was examined together, the types of co-guarantee were explained, and Turkish Obligation Code Art.587/3, which gives the guarantee the right to get rid of the debt, have been described.

Keywords: Co-guarantee, guarantee, types of guarantee.

İÇİNDEKİLER

ÖZET	I
ABSTRACT.....	II
İÇİNDEKİLER	III
KISALTMALAR CETVELİ.....	VIII
GİRİŞ.....	1
I. KEFALET HAKKINDA GENEL BİLGİLER	2
1.KEFALETİN TANIMI.....	2
2. KEFALETİN ÖZELLİKLERİ.....	3
2.1. Kefalet Borcunun Fer'iliği.....	3
2.2. Kefalet Borcunun Tali (İkincil) Niteliği	4
2.3. Kefalet Sözleşmesinin Tek Tarafa Borç Yükleyen bir Sözleşme Olması ve İvazsızlığı	5
3. KEFALET SORUMLULUĞUNUN KAPSAMI	5
4. KEFALET SÖZLEŞMESİNİN GEÇERLİLİK KOŞULLARI	7
4.1. Mevcut ve geçerli bir borca kefalet	7
4.2. Gelecekte doğacak veya koşula bağlı borca kefaletin mümkün olması	8
4.3. Asıl Borçlunun Sorumlu Olmadığı Borca İlişkin Taahhüt Vermenin Sonuçları.....	8
4.4. Kefalet hükümlerinin emrediciliği	9
4.5. Kefalet sözleşmesinde şekil	10
4.5.1. Yazılı şeklin geçerlik koşulu olması	11
4.5.2. Kefalet sözleşmesinin güvenli elektronik imza ile kurulamaması.....	12
4.5.3. Şeklin kapsamı ve unsurları	13
4.5.3.1. Kefile ait el yazısı ile yazılması gerekenler.....	13
4.5.3.2. Kefil olma iradesi	13
4.5.3.3. Kefilin sorumluluğunda olan azami miktar (kefalet limiti) ve asıl borç	14
4.5.3.4. Özel Yetkili Kefillik ve Kefil Olma Taahhüdü	15
4.5.3.5. Kefalet sözleşmesinin akdedildikten sonra yapılan ve kefilin aleyhine olarak sorumluluğunu artıran değişiklikler	15
4.6. Şekle aykırılığın yaptırımı	16
4.7. Şekle aykırı olarak akdedilmiş bir kefalet sözleşmesinin kefil tarafından ifası	18
4.8. İcra dairesinde alınan kefaletler	18

4.9. TBK'nın 583/1 hükmü karşısında diğer kanunlarda adi ve müteselsil kefaletle ilişkin hükümlerin incelenmesi	19
4.10. Kefil olma ehliyeti	20
4.10.1. Gerçek kişiler yönünden	20
4.10.1.1. Küçükler ve kısıtlılar.....	20
4.10.1.2. Eşin rızası ve bu rızanın geçerlilik şartı	21
4.10.2. Tüzel kişiler bakımından.....	23
4.10.2.1. Dernekler ve vakıflar	23
4.10.2.2. Ticaret Şirketleri	24
4.10.2.3. Kooperatifler	24
4.10.2.4. Kamu tüzel kişileri.....	24
5. Kefalet Türleri	25
5.1. Adi Kefalet.....	25
5.1.1. Tanımı.....	25
5.1.2. Tartışma def'i ve ileri sürülememesi halleri.....	26
5.1.3. Rehnin paraya çevrilmesi def'i ve ileri sürülmesinin mümkün olmadığı haller	28
5.2. Müteselsil Kefalet	29
5.2.1. Genel olarak	29
5.2.2. Müteselsil kefalet ve müteselsil borçluluk.....	31
5.2.3. İfada gecikme durumu ile ihtarın neticesiz kalması	32
5.2.3.1. Borcun muaccel hale gelmesi	32
5.2.3.2. İhtar	33
5.2.3.3. İhtarın hukuki niteliği	34
5.2.3.4. İhtar gerekliliğini ortadan kaldıran durumlar	35
5.2.4. Borç için güvence olarak teslimine bağlı taşınır rehni ve alacak rehni verilmiş olması halinde	36
5.2.5. İİK'nın m.45.....	38
5.2.6. Teslime bağlı taşınır rehni ve alacak rehninin paraya çevrilmesi zaruretinin bulunmadığı durumlar	40
5.3. Birlikte Kefalet.....	40
5.4. Kefile Kefalet.....	40
5.5. Rücua Kefalet.....	41
II. BİRLİKTE KEFALET	41
1.TBK. m. 587 Uyarınca Birlikte Kefalet.....	41
2. Gerçek Birlikte Kefalet	43

2.1. Asıl borcun ayniyeti	43
2.2. Birlikte Kefil Olma İradesi	44
3. Gerçek Olmayan Birlikte Kefalet	44
4. Adi Birlikte Kefalet	45
4.1. Unsurları	45
4.2. Adi Birlikte Kefilin İleri Sürebileceği Def'iler	46
4.2.1. Tartışma def'i	46
4.2.2. Rehnin paraya çevrilmesi def'i	46
4.2.3. Bölme def'i	47
4.3. Kefile kefil olarak adi birlikte kefilin sorumluluğu	47
4.4. Adi birlikte kefillerin birbirlerine rücu	47
5. Müteselsil Birlikte Kefalet	48
5.1. Genel olarak	48
5.2. Birlikte Kefillerin Birbirleriyle Müteselsil Olarak Borç Altına Girmeleri	49
5.3. Birlikte Kefillerin Asıl Borçlu ile Beraber Müteselsil Olarak Borç Altına Girmeleri	50
5.4. Müteselsil Birlikte Kefilin Sorumluluğu	51
5.5. Müteselsil Birlikte Kefillerin Birbirlerine Rücu	52
6. Birlikte Kefalette Alacaklı, Birlikte Kefiller ve Asıl Borçlu Arasındaki İlişkiler	56
6.1. Kefil ile Alacaklının Birbirlerine Karşı Hak ve Yükümlülükleri	56
6.1.1. Kefil Bakımından	56
6.1.1.1. Kefilin Ödeme Yükümlülüğü	56
6.1.1.2. Kefalet Borcunun Muaccel Olması	56
6.1.1.3. Depo Edilmesi Talep Edilen Miktar	57
6.1.1.4. Kefilin Alacaklıdan Ödemenin Kabulünü İsteme Hakkı	57
6.1.1.5. Kefilin Borç Senetlerini, Gerekli Bilgileri, Rehinleri ve Diğer Güvenceleri Alacaklıdan İsteme Hakkı	58
6.1.1.6. Kefilin İleri Sürebileceği Def'iler	58
6.1.1.6.1. Genel Olarak	58
6.1.1.6.2. Asıl Borç İlişkisine Ait Def'iler	59
6.1.1.6.2.1. Asıl borcun geçerli olarak doğmaması	60
6.1.1.6.2.2. Asıl borcun tamamen yahut kısmi olarak sona ermesi	60
6.1.1.6.2.3. Asıl borcun vuku bulmasında alacaklının kusuru olması	61
6.1.1.6.2.4. Asıl borç ilişkisine ait dar anlamda def'iler	61

6.1.1.6.2.4.1. Asıl borcun muaccel olmaması	61
6.1.1.6.2.4.2. Asıl borçluya süre verilmesi	61
6.1.1.6.2.4.3. Asıl borcun zamanaşımına uğraması.....	62
6.1.1.6.2.4.4. Asıl borçlunun mirasçılarının alacaklıya karşı sahip olduğu def'iler	63
6.1.1.6.2.4.5. Asıl borçlunun bağışlamadan rücu etmesi	64
6.1.1.6.2.4.6. Kumar ve bahis borcu.....	64
6.1.1.6.2.4.7. Karşılıklı taahhütleri içeren akitlerde alacaklının kendi edimini yerine getirmemesi	65
6.1.1.6.2.5. Asıl borçlunun sahip olduğu kefil tarafından ileri sürülemeyen def'iler ve haklar	65
6.1.1.6.2.5.1. Kefil tarafından ileri sürülemeyen def'iler	65
6.1.1.6.2.5.2. Kefilin ileri süremeyeceği haklar	66
6.1.1.6.3. Kefilin Kendine Ait Def'iler.....	67
6.1.1.6.3.1. Kefaletin geçersizliği	67
6.1.1.6.3.2. Kefaletin sona ermesi halinde def'ilerin akıbeti	67
6.1.1.6.3.3. Kefile ait dar anlamda def'iler	68
6.1.1.6.3.3.1. Kefaletin henüz muaccel olmaması.....	68
6.1.1.6.3.3.2. Kefile süre tanınması.....	68
6.1.1.6.3.3.3. Kefaletin zamanaşımına uğraması	68
6.1.1.6.3.3.4. Adi kefalette kefile tanınan def'i hakları	69
6.1.1.6.3.3.5. Alacaklının teminatları ve ispat vasıtalarını elden çıkarması	69
6.1.1.6.3.3.6. Kefilin borcu mükerrer ödemesi	69
6.2. Alacaklı Bakımından	70
6.2.1. Alacaklının Kefilden Ödemesini İsteme Hakkı.....	70
6.2.2. Kefilin Takibi	70
6.2.3. Alacaklının kefalet hukuku bakımından yükümlülükleri.....	71
6.2.3.1. Kefili asıl borçlunun durumu hakkında bilgilendirme	71
6.2.3.2. Alacaklının ödemeyi kabul yükümlülüğü	72
6.2.3.3. Alacaklının teminatların ve ispat vasıtalarının muhafaza edilmesi ve bunları kefile teslim yükümlülüğü.....	73
7. Kefil ile Asıl Borçlu Arasındaki İlişkiler	74
7.1. Kefilin Borçluya Karşı Kendisinin Yaptığı Ödemeyi İhbar Yükümlülüğü	74
7.2. Kefilin Teminat Verilmesini veya Kefalet Borcundan Kurtarılmasını Talep Hakkı	75
7.3. Kefilin Alacaklıya Ait Haklara ve Rehinlere Halef Olma Hakkı	76
7.4. Kefilin Asıl Borçluya Karşı Sahip Olduğu Rücu Hakkı.....	77
8. Birlikte Kefalette Sona Erme Şekilleri.....	79

8.1. Esas borcun ifası.....	79
8.2. Esas borcun ifa imkansızlığı	79
8.3. Esas Borca İlişkin Koşulun Gerçekleşmemesi	80
8.4. Esas borcun ibrası.....	80
8.5. Yenileme	81
8.6. Zamanaşımı	81
8.7. Taahhüt edilen sürenin sona ermesi.....	82
8.8. Alacaklının ödemeyi reddetmesi	84
8.9. Kefilin sözleşmeden dönmesi.....	85
8.10. Birlikte Kefillerin TBK M. 587/3 Uyarınca Yükümlülükten Kurtulmaları	86
8.10.1. Genel Olarak	86
8.10.2. Yasada Öngörülen Kefaletin Sona Erme Biçimlerinin TBK m. 587/3 Açısından İncelenmesi.....	88
8.10.3. TBK m. 587/3'ün Hüküm ve Sonuçları	88
SONUÇ.....	91
KAYNAKÇA.....	92

KISALTMALAR CETVELİ

AÜEHFD : Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi

Bkz. (bkz.) : Bakınız

BKKKK : 5464 sayılı Banka Kartları ve Kredi Kartları Kanunu

C. : Cilt

E. : Esas

eBK : 818 sayılı eski Borçlar Kanunu

EİK : Elektronik İmza Kanunu

eTTK : 6760 sayılı eski Türk Ticaret Kanunu

f. : Fıkra

H.D. : Hukuk Dairesi

İBK : İsviçre Borçlar Kanununu

İHFM : İstanbul Hukuk Fakültesi Mecmuası

İÜHFM : İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası

K. : Karar

Koop. Kan. : 1163 sayılı Kooperatifler Kanunu

m. : Madde

R.G. : Resmi Gazete

s. : Sayfa

S. : Sayı

TBB : Türkiye Bankalar Birliği

TBK : 6098 sayılı yeni Türk Borçlar Kanunu

TBMM : Türkiye Büyük Millet Meclisi

TKHK : 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun

TMK : Türk Medeni Kanunu

TTK : 6102 sayılı yeni Türk Ticaret Kanunu

v.b. : ve benzeri

v.d. : ve devamı

YHGK : Yargıtay Hukuk Genel Kurulu

GİRİŞ

Kefalet sözleşmesi bir teminat sözleşmesi olup, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nda özel olarak düzenlenmiş sözleşmelerdendir. TBK'nın yine aynı başlıklı yani "kefalet sözleşmesi" başlıklı, on beşinci bölümünde 581'inci ile 603'üncü maddeler arasında düzenlenmiştir. Bu maddelerin kaynağı mehz İsviçre Borçlar Kanunu olup, 818 sayılı Eski Türk Borçlar Kanunu'nun 2011 yılında değişmesiyle birçok yenilik getirilmiştir. Çalışmamızın ilk kısmında asıl inceleme konumuzu teşkil eden birlikte kefaleti daha açık ve anlaşılır bir biçimde incelemek adına kefalet hükümleri genel bağlamda açıklanmış, ikinci kısımda ise asıl konumuz birlikte kefalet tanımlanmış ve türleri derinlemesine incelenmiştir.

Kefalet bir başkasının borcunu ödememesi durumunda taahhüt altına girmeyi ifade edip, kefalet; adi kefalet, müteselsil kefalet, birlikte kefalet, rücu kefalet şeklinde türlere ayrılmaktadır. Birlikte kefalet ile müteselsil kefalet sıklıkla karıştırılmakla beraber; birlikte kefaletin müteselsil yahut adi olarak kurulması mümkün olup, müteselsil kefalet kefil ile asıl borçlu arasındaki teselsül ilişkisini ifade ederken, birlikte kefalet birden fazla kefilin aynı borç için kefalet taahhüdünde bulunması olup, bu kefillerin arasında teselsül ilişkisi içinde olması, yani müteselsil birlikte kefalet şeklinde kurulması mümkündür.

Çalışmamızda çokça karıştırılan birlikte kefalet konusu alt türleri ve sona erme şekilleri ile derinlemesine incelenmiş, kefaleti genel olarak sona erdiren sebeplerin yanı sıra birlikte kefalete özgü TBK m.587/3'te açıklanmıştır.

I. KEFALET HAKKINDA GENEL BİLGİLER

1.KEFALETİN TANIMI

6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu' nun(TBK)¹ 581. maddesine göre “*Kefalet sözleşmesi, kefilin alacaklıya karşı, borçlunun borcunu ifa etmemesinin sonuçlarından kişisel olarak sorumlu olmayı üstlendiği sözleşmedir*”.

Kefalet sözleşmesi alacaklı ile kefalet taahhüdü altına giren kefil arasında akdedilip, kefil ile borçlu arasında herhangi bir borç ilişkisi meydana getirmemekle birlikte, kefilin borç altına girebilmek için borçlunun rızasına ya da bu konuda bilgi sahibi olmasına da ihtiyaç duyulmayan bir sözleşmedir².

Sözleşmeden doğan bir borç için kefalet taahhüdü altına girilmesinin geçerli olduğuna bir şüphe olmadığı gibi; sebepsiz zenginleşme yahut kanundan doğan borçlar için ve yahut haksız fiilden doğan borçlar için kefalet verilmesine de bir engel bulunmamaktadır³.

818 sayılı Eski Borçlar Kanunu(Eski BK)⁴ 483. maddede kefalet için yapılan tanımda kefaletin borçlunun akdettiği borç ve borçlunun edasını temin amacıyla kefalet taahhüdü altına girilen bir sözleşme tanımlanmaktaydı; ancak bu tanım “borçlunun akdettiği borç” ve “borcun edasını temin” ibareleri yönünden kefaleti yansıtmamaktaydı; zira, kefalet yalnızca akdi ifadeler için söz konusu olmadığı gibi; kefalet borcu da, kefilin edanın temin edilememesi hususunda hiçbir kusuru olmadığını ispat ettiği takdirde kefalet borcundan kurtulması gibi bir durum söz konusu olmadığından, bir kişinin edasını temin etme yükümlülüğü teşkil etmez⁵.

6098 sayılı TBK’ daki tanımda bu yanlış ibareler çıkarılmış, tanım kefaletle örtüşür hale getirilmiştir.

¹ RG 4/2/2011, sayı: 27836.

² Aral, Fahrettin/ Ayrancı, Hasan; Borçlar Hukuku – Özel Borç İlişkileri, Ankara 2014, s.437.

³ Olgaç, Senai, Kefalet, Olgaç Matbaası, Ankara 1978, s.11.

⁴ RG 29/4/1926, sayı: 359.

⁵ Reisoğlu, Seza; Türk Kefalet Hukuku, Ankara 2013, s.21.

2. KEFALETİN ÖZELLİKLERİ

2.1. Kefalet Borcunun Fer'iliği

Kefilin yükümlülüğü, esas borcun yükümlülüğü ile bağlantılı olduğundan; kefalet sözleşmesinin en önemli unsurlardan birisi, mevcut ve geçerli bir esas borç için kefalet yükümlülüğü altına girilmesidir⁶.

Fer'ilik niteliğiyle birlikte esas borcun akıbeti kefalete de tesir ettiğinden, kefaletle teminat altına alınan alacağın başkasına devredilmesi durumunda, kefaletten doğan haklar yeni alacaklıya geçmekte, bu alacağın son bulması da kefaletten doğan hakların da son bulmasına vesile olmaktadır⁷.

Asıl borcun borçlusunun değişmesi durumunda ise, kefil borcun nakline rıza gösterirse kefil, TBK m.198/2'ye göre; borcun güvencesi olarak rehin veren üçüncü kişinin ve kefilin sorumluluklarının devam etmesinin tek yolu, onların borcun üstlenilmesine yazılı olarak rıza göstermeleri olduğundan, alacaklıya karşı sorumlu olmakta; kefilin rıza göstermesi ile yeni bir kefalet sözleşmesi meydana gelmemekte, mevcut sözleşme ve bundan doğan borç devam etmektedir⁸.

Kefil; borçluya ait; borçlunun aczi ile ilgili olanlar dışında def'ileri, itirazları ve alacağın muaccel olmadığını alacaklıya karşı ileri sürebilmektedir⁹.

Kefilin asıl borçtan daha hafif bir yükümlülük yüklenmesi kefaletin fer'ilik niteliğine hanel getirmezen, daha ağır ve daha fazla bir yükümlülük yüklenmesi geçerli değildir¹⁰.

Alacak asıl borçlu için muaccel olmadan kefil için muaccel olması ve asıl borçlunun sadece ağır kusurundan sorumluluğu söz konusuysen, her türlü kusur için kefilin sorumluluk altında tutulması mümkün değildir¹¹.

Fer'ilik prensibinin istisnaları da bulunmaktadır; şöyle ki, alacaklının konkordatoya muvafakat etmemesi durumunda, konkordato tasdik edilmesi durumunda dahi alacaklının kefile karşı alacağın tamamını talep etmesine bir engel bulunmamakta, bu durumda borçlu

⁶ Özen, Burak; Kefalet Sözleşmesi, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2012, s.67.

⁷ Özen, s.68.

⁸ Aral/Ayrancı, s.439.

⁹ Zevkliiler, Aydın/Gökyayla, Emre, Kefalet Sözleşmesi, Turhan Kitabevi, Ankara 2019, s.663.

¹⁰ Reisoğlu, s.22.

¹¹ Tandoğan, Haluk, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Cilt II, Vedat Yayıncılık, İstanbul 2011, s.695.

konkordatoda tespit edilen oranda yükümlü olduğu halde, kefil borçlunun yükümlü olduğu miktarı aşar şekilde borcun tamamından yükümlü olmaktadır¹².

Türk Medeni Kanunu'nun(TMK)¹³ m.630'a göre, miras bırakanın kefaletten doğan borçlarının defterde yazıldığı yer diğerlerinden ayrı olmakla beraber, miras mirasçılar tarafından kayıtsız ve şartsız kabul edilse dahi, mirasçılarının sorumluluğu terekenin iflas hükümlerince tasfiyesi durumunda kefalet alacaklılarına düşecek payla sınırlıdır.

Asıl borçlunun ölümü halinde mirasçıları, mirası tutulan defter gereğince kabul ettiklerinde, mirastan kendilerine düşen pay kadar alacaklılara karşı sorumlu tutulmaktayken, kefil yine borcun tamamından sorumlu tutulmaktadır¹⁴.

TBK m.582/2'de düzenlenen kefilin yanılma veya ehliyetsizlik sebebiyle borçlunun sorumlu olmadığı bir borç için taahhüt altına girmesi yahut taahhüt altına sözleşmeyi sakatlayan eksikliği bilerek girmesi ve yahut borçlunun zamanaşımına uğramış bir borcu için bu durumu bilerek kefil olunması halleri kefaletin fer'iliğinin kanuni istisnalarını değil, kefalet hükümlerine tabi tutulmuş garanti sözleşmesini teşkil eder¹⁵.

2.2. Kefalet Borcunun Tali (İkincil) Niteliği

Kefalet sözleşmesi edimler açısından müteselsil kefalet niteliğinde dahi tali(ikinci derecede) bir borç ilişkisine vücut verir¹⁶.

Tali nitelik kefalette alacaklının doğrudan kefile başvuramamasından gelir ve sözleşme ile bertaraf edilmesi mümkündür; adi kefalet de bu nitelik daha baskın iken müteselsil kefalet de daha az kendini göstermektedir¹⁷.

Doktrinde müteselsil kefaletin tali nitelik taşımadığına ilişkin bir görüş de yer almakta, bu görüşe göre tali nitelik olduğu öne sürülen müteselsil kefilin borcunun asıl borç muaccel olmadan muaccel olmaması ve paradan başka borçların söz konusu olduğu durumlarda asıl borcun yerine getirilmediğinin tespitinden sonra müteselsil kefilin borcunun gerçekleşebilmesinin tali nitelikten değil fer'i nitelikten kaynaklandığı savunulmaktadır¹⁸.

¹² Reisoğlu, s.24.

¹³ RG: 8/12/2001, sayı : 24607

¹⁴ Tandoğan, s.696.

¹⁵ Reisoğlu, s.24.

¹⁶ Gümüş, Mustafa Alper; Borçlar Hukuku Özel Hükümler, C. II, İstanbul 2012, s.323.

¹⁷ Zevkliler/Gökyayla, s.664.

¹⁸ Aral/Ayrancı, s.440.

2.3. Kefalet Sözleşmesinin Tek Tarafa Borç Yükleyen bir Sözleşme Olması ve İvazsızlığı

Kefalet kural olarak sadece kefile mükellefiyet yüklemesine karşılık, bir ivazın ya da başka bir edimin kararlaştırılmasına da bir engel yoktur¹⁹.

Başka bir edim yahut ivazın kararlaştırıldığı durumlarda karşılıklı sözleşmelere ilişkin sözleşmeler uygulanabilmekte, buna karşılık alacaklının üstlendiği her yükümlülük, örneğin alacaklının kefile asıl borçlu hakkında belirli zamanlarda bilgi vermesi yahut kefile karşı belirli koşullar gerçekleşince asıl borçlunun kredisini kesmeyi üstlenmesi, bir ‘‘karşı edim’’ anlamına gelmemektedir²⁰.

Borçlunun kendisine kefil olan kişiye komisyon vermesi gibi kefilin kefaletini almak için ona bir fayda sağlamak gerekse dahi kefalet sözleşmesi ivazsız kabul edilmekle birlikte, alacaklının asıl borçlunun durumu hakkında kefile bilgi vermek gibi yükümlülüklerinin olması da bir ivaz teşkil etmemektedir²¹.

3. KEFALET SORUMLULUĞUNUN KAPSAMI

TBK m.583’e göre kefalet sözleşmesinin geçerliliği yazılı olarak yapılmasının yanı sıra kefilin sorumlu olduğu azami miktarın, kefalet tarihinin ve müteselsil kefaletin söz konusu olduğu durumlarda bu sığata ilişkin ifadenin kefilin el yazısıyla sözleşmede yer alması gerekmektedir.

Yine anılan madde hükmüne göre kefil adına kefil olma hususunda özel yetki verilmesi ve alacaklıya yahut üçüncü kişiye kefil olma hususunda taahhütte bulunmakta bu şekil şartlarına tabi olmakta, bununla birlikte kefilin sorumluluğu borcun belli bir kısmıyla sınırlanmak isteniyorsa bu hususunda yazılı olarak belirtilmesi gerekmekte, tüm bunlara ek olarak kefalet sözleşmesi sonrasında yapılan değişiklikler kefilin durumunu ağırlaştıracak nitelikte ise kefalet sözleşmesinin şekil şartlarına uyma zarureti bulunmaktadır.

Dolayısıyla kefalet sözleşmesinde asıl borç miktarı değil kefilin sorumlu olduğu miktar önemli olup borcun bir kısmına kefil olmak mümkün olduğu gibi, sözleşmeye

¹⁹ Reisoğlu, s. 25.

²⁰ Özen, s.91.

²¹ Zevkliler/Gökyayla, s.664.

anapara borcu dışında doğmuş ve doğacak faiz, komisyon ve her türlü masraf dahil edilebilir ancak bunlar sözleşmedeki azami miktar içinde olacaktır²².

TBK m.589'a göre, kefilin sorumluluğu herhalde kefalet sözleşmesinde belirtilen azamî miktar kadar olup; sözleşmede aksinin kararlaştırılması mümkün olmakla birlikte azami miktarın içine; asıl borçlunun kusur veya temerrüdünün yasal sonuçları, alacaklının, kefile, onun borcu ödeyerek yapılmalarını önleyebileceği uygun bir zaman önce bildirmesi halinde borçluya karşı açılan takip ve davaların masrafları ile rehinlerin kefile tesliminin ve rehin haklarının devrinin sebep olduğu masraflar, işlemiş bir yıllık ve işlemekte olan yıla ait akdî faizler ile tahvil karşılığında ödünç verilen anaparanın işlemiş bir yıllık ve işlemekte olan yıla ait faizleri dahildir.

Aynı madde hükmünce, sözleşmede kefilin borçlunun hangi borçlarından sorumlu olduğu kararlaştırılmamışsa kefilin sorumlu olduğu borçlar kefalet sözleşmesinin akdedilmesinden sonraki borçlarla sınırlı olup, kefilin sözleşme ile ceza koşulundan yahut asıl borç ilişkisinin hükümsüz olması neticesinde ortaya çıkan zarardan sorumlu olacağına kararlaştırılması kesin hükümsüzlük yaptırımına tabidir.

Kefil öncelikle asıl borçtan sorumlu olup, bu asıl borçta meydana gelen lehe değişiklikler kefilin borcuna da sirayet edecektir, alacaklının başvurusu sırasında asıl borçlunun sorumlu olduğu tutar sözleşmede belirtilen azami tutarı geçmediği ölçüde kefilin sorumluluğunda olup kefil yalnızca sözleşmedeki borçtan sorumludur, taahhüt etmediği bir hukuki ilişki için sorumlu tutulamaz²³.

TBK m.589/3'te; sözleşmede kefilin borçlunun hangi borçlarından sorumlu olduğu kararlaştırılmamışsa, kefilin sorumlu olduğu borçların kefalet sözleşmesinin akdedilmesinden sonraki borçlarla sınırlı olması hususundaki düzenlemesi ile kefilin kefalet sözleşmesiyle asıl borçlunun tüm borçları için taahhütte bulunmadığı bu şekilde bir borcun taahhüt kapsamına alınması istendiği takdirde sözleşmede açıkça belirtilmesi gerektiği hükme bağlanarak kefilin lehine bir düzenleme yapılmış ve asıl borç sözleşmesinin hükümsüz hale gelmesinden doğacak zararların, kefaletin fer'i niteliğine aykırı düştüğünden, kefaletle temin edilemeyeceği belirtilmiştir²⁴.

²² Reisoğlu, s.207.

²³ Zevkililer/Gökyayla, s.691.

²⁴ Reisoğlu, s. 205.

Kefilin sorumluluğunun kapsamı sözleşmede belirli hukuki işlem ya da eylemlerle sınırlandırılmışsa, ancak bu hukuki işlem ve eylemler dolayısıyla sorumlu tutulabilir; bunun yanı sıra sözleşmede kefilin ödemesi kararlaştırılan azami tutar en erken asıl borcun vadesi dolduğunda istenebilir²⁵.

Kira sözleşmesinde olduğu gibi sözleşmenin yenilenmesinden kaynaklanan borçlardan kefil sorumlu değildir, ancak aksinin kararlaştırılması mümkündür²⁶.

TBK m.589/2 gereğince kefil asıl borçlunun kusur ve temerrüdünden de sorumludur. Ancak bu sorumluluk sözleşmedeki azami miktar ile sınırlıyken, kefil kendisinin temerrüdünden azami miktarı aşmış olduğuna bakılmaksızın sorumludur²⁷.

4. KEFALET SÖZLEŞMESİNİN GEÇERLİLİK KOŞULLARI

4.1. Mevcut ve geçerli bir borca kefalet

Kefalet sözleşmesinin geçerli bir şekilde kurulabilmesi için, mevcut ve geçerli bir borç için taahhüt altına girilmesinin gerektirdiğinden söz etmiştik. TBK m.582/1'e göre; gelecekte doğacak veya koşula bağlı bir borç için de, bu borç doğduğunda veya koşul gerçekleştiğinde hüküm ifade edecek şekilde kefilin taahhüt altına girmesi ve kefalet akdinin kurulması mümkündür.

Asıl borç ilişkisi hukuken mevcut değilse kefalet sözleşmesi de fer'ilik ilkesine binaen geçersiz olmakta, ancak kefilin asıl borcun mutlak butlanla geçersiz olduğunu bilmeksizin ödeme yapması durumunda sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre bu ödemeyi geri alabilmesi mümkün olabilmektedir²⁸.

Ahlaka ve adaba aykırı bir borcu teminen kefalet verilmesi mümkün değildir, bu minvalde verilmiş bir kefalet geçerli olmaz; kumar ve bahis borcu için verilen kefalette ise TBK m.591 uyarınca, kefaletle bir engel olmamakla beraber kefilin bilerek kefil olması durumunda dahi asıl borçluya ait def'ileri ileri sürme olanağı bulunmaktadır²⁹.

²⁵ Zevkliler/Gökyayla, s.689.

²⁶ Zevkliler/Gökyayla, s.691.

²⁷ Zevkliler/Gökyayla, s.692.

²⁸ Aral/Ayrancı, s.445.

²⁹ Reisoğlu, s.48.

Fer'ilik ilkesinin bir sonucu olarak borcun yalnızca geçerli olması yetmemekte belirli de olması gerekmektedir, aksi halde sözleşme geçersiz olmaktadır³⁰.

4.2. Gelecekte doğacak veya koşula bağlı borca kefaletin mümkün olması

Gelecekte doğacak borç ifadesinden anlaşılması gereken kefalet sözleşmesinin kurulduğu anda mevcut olan veya ileride kurulacak borç ilişkilerinden doğacak borçlar olup; gelecekte doğacak borçlar ile geciktirici şarta bağlı borçlar için kefalet hükümlerini borcun doğduğu veya geciktirici şartın gerçekleştiği andan itibaren doğurmakta; bozucu şarta bağlı borca kefalette ise şartın gerçekleşmesi kefalet borcunu da son erdirmektedir³¹.

4.3. Asıl Borçlunun Sorumlu Olmadığı Borca İlişkin Taahhüt Vermenin Sonuçları

TBK m.582'nin ikinci fıkrası uyarınca; yanılma yahut ehliyetsizlik ve yahut borcun zamanaşımına uğraması durumlarında şahsi teminat veren bu durumdan haberdar olarak bu taahhütte bulunduysa kefalet hükümleri uyarınca sorumluluğu söz konusu olmakta yani asıl borçlu ehliyetsizlik, hata ve zamanaşımı nedeniyle sorumlu tutulamazken, şahsi teminat verenin sorumluluğu bu durumları bilerek taahhüt altına girmesi durumunda kefalet hükümlerine tabii olarak devam etmektedir.

Asıl borç ilişkisinin dayandığı sözleşmenin, yanılma, ehliyetsizlik ile geçersiz olduğunu bildiği halde kefilin asıl borçlunun sorumlu olmadığı veya zamanaşımına uğramış borca kefil olması halinde, asıl borçlunun zamanaşımı def'ini ileri sürmesi durumunda dahi kefilin sorumluluğunun devam edeceği kararlaştırılmışsa, kefalet sözleşmenin fer'ilik niteliği burada kendini göstermediğinden buna ilişkin sözleşme kefalet sözleşmesi teşkil etmemekte, kefalet sözleşmesi şekil ve hükümlerine bağlı garanti sözleşmesi söz konusu olmaktadır³².

Yanılma veya ehliyetsizlik sebebiyle borçlunun sorumlu olmadığı bir borç için taahhüt altına giren kefil, yükümlülük altına girdiği sırada, sözleşmeyi sakatlayan eksikliği bilmesi durumunda, kefalet hükümlerinden yararlanabilmekte ancak alacaklıya karşı def'i ileri sürememekte ve asıl borçluya rücu edememektedir, zira TBK m.582/2'ye göre bu

³⁰ Zevkliler/Gökyayla, s.671.

³¹ Aral/Ayrancı, s.446.

³² Elçin, Gülçin, Bankaların Genel Kredi Sözleşmelerinde Yer Alan Kefalet Hükümlerinin Türk Borçlar Kanunu Kefalet Hükümleri Çerçevesinde Değerlendirilmesi, *İstanbul Barosu Dergisi*, Cilt: 87, Sayı: 3, Yıl: 2013, s.17.

durumda kefalet sözleşmesi söz konusu olmazken, bu sözleşme yalnızca kefalet hükümleri uygulanan bir garanti sözleşmesi teşkil etmektedir³³.

4.4. Kefalet hükümlerinin emrediciliği

Eski Borçlar Kanunu'nda kefilin kendisine tanınan haklardan kefalet sözleşmesi kurulurken feragat etmesine bir engel yokken, 6098 sayılı TBK m.582'nin son fıkrası ile bu durum değiştirilerek; yeni düzenleme ile kanunda mevcut duruma ilişkin tersinin anlaşılabilceği bir hüküm bulunmuyorsa, kefilin bu bölümde bahsi geçen sahibi bulunduğu haklardan önceden vazgeçmesi mümkün değildir.

Bahsi geçen hüküm ile kefil kendisine tanınan haklardan kefaletin kurulması sırasında ya da daha sonra kefil olunan borçta yeni bir durum ortaya çıkmaksızın vazgeçemezken; alacaklının kendisine başvurması, asıl borçlunun iflası, konkordato talebi gibi durumlarda vazgeçmesine bir engel bulunmamakta; bununla birlikte TBK'nın 590. maddesinin ikinci fıkrasında kendisine tanınan aynı teminat karşılığında takibin durdurulması hakkında aleyhine takibe geçildikten sonra geçerli olarak vazgeçebilmektedir, yine alacaklının asıl borçlunun temerrüde uğradığını kendisine bildirmemesinden veya alacağını iflas masasına yazdırmamasından kaynaklanan zarar ziyan talebinden de vazgeçmesi geçerlidir³⁴.

Bunların yanı sıra; TBK m.583/3'e göre; kefalet akdi kurulduktan sonra yapılan değişikliklerin kefilin yükünü ağırlaştırarak nitelikte yani aleyhine olduğu durumlarda bu değişikliklerin yine kefalet sözleşmesinin şekil şartlarına uyularak yapılması gerekmekte, aksi halde bu değişiklikler hükümsüzlük yaptırımına tabi olmaktadır. Dolayısıyla feragatin de şekil şartına uyması zaruridir.

Kefilin feragat etmesinin mümkün olduğu hakların maddelerini sıralamak gerekirse, şöyle ki³⁵;

TBK m.587/2'e göre, aksinin kararlaştırılması mümkün olmakla birlikte, kefilin borcu ödemesi durumunda kendi paylarını henüz ödemiş olan diğer kefillere rücu hakkı bulunmaktadır. Burada aksinin kararlaştırılabileceği ifade edilerek bu rücu hakkından feragatin önünde bir engel olmadığı belirtilmiştir.

³³ Reisoğlu, s.52.

³⁴ Reisoğlu, s.29.

³⁵ Reisoğlu, s.30.

TBK m.587/4'e göre, yine kefilin borcu ödemesi halinde aksinin kararlaştırılması mümkün olmakla birlikte, diğer kefillere payları oranında rücu edebileceği düzenlenmiştir.

TBK m.589/2'de daha önce de bahsettiğimiz üzere azami miktarın içine dahil edilecek alacak kalemleri sıralanmış, ancak bunların ödenmeyeceği hususunun kararlaştırılabileceği düzenlenmiş, yani bunlardan feragatin mümkün olduğu belirtilmek istenmiştir.

TBK m.589/3'te de yine daha önce bahsettiğimiz üzere sözleşmede başka anlama gelecek bir hüküm yoksa yani borçlunun hangi borçlarına kefil olduğu düzenlenmemişse, kefil olunan borçların kefalet akdinin kurulmasından sonraki borçlarla sınırlı olduğu ifade edilerek, bu haktan da feragatin mümkün olduğu ve buna muhalif bir düzenlemenin sözleşmede yapılabileceği öngörülmüştür.

TBK m.596/2'de ise, aksinin kararlaştırılması mümkün olmakla birlikte, kefilin halefiyet hakkının yalnızca rehin hakları ve aynı alacak için kefalet anında var olan yahut asıl borçlu tarafından sırf bu alacak için verilmiş diğer güvencelerle sınırlı olduğu ifade edilerek, bu haktan da feragat edilerek halefiyet hakkının kapsamının genişletilmesinin mümkün olduğuna değinilmek istenmiştir.

TBK m.596/4'te, alacak için verilen rehlin paraya çevrilmesi yahut borcun rehin veren mülkiyet sahibi tarafından ödenmesi durumlarında, rehin veren mülkiyet sahibinin kefile karşı rücu hakkını ileri sürebilmesi için kefile arasında buna yönelik bir anlaşma aranacağı yahut rehlin üçüncü kişice sonradan verilmiş olması gerektiği düzenlenerek, buna yönelik bir anlaşmayla kefile rücu hakkının rehin veren malike sağlanmasının yani kefilin kendisine tanınan rücu edilememe hakkından sözleşmede kararlaştırarak feragat etmesinin mümkün olduğu belirtilmiştir.

4.5. Kefalet sözleşmesinde şekil

TBK m.583/1'e göre; kefalet sözleşmesinin geçerliliği yazılı şekilde yapılmasının yanı sıra, kefilin sorumlu olacağı azami miktar, kefalet tarihi ve müteselsil kefaletin söz konusu olması durumunda bu sıfat yahut bu sıfatın anlaşılacağı bir başka ifadenin el yazısı ile yazılmasına da bağlıdır.

Kefil evli ise eşinin rızası; borçlunun değişmesi durumunda ise, kefilin sorumluluğunun devamı için ise kefilin eşinin rızasının yanı sıra bu değişikliğin de

kefalettaki şekil şartlarına uyması gerekmekte, fakat kefalet sözleşmesinde hiçbir durumda “kefalet” kelimesini kullanma zorunluluğu bulunmamaktadır³⁶.

Asıl borçlu ile kefilin eş olmaları durumunda, kefil zaten halihazırda borçlu eşi için kefil olduğundan ve bu sebebe binaen borçlu eşin kefil olacak diğer eşe rıza göstermemesi mantıkla bağdaşmadığından, mehzaz İsviçre Borçlar Kanunu md.494/son fıkrasına göre, eşlerin birbirlerinin borcu için kefil olmaları durumunda, üçüncü kişiye yani alacaklıya karşı üstlenilen kefalet sözleşmesi İsv. MK m.177/3 ve 494/4 gereği eşin rızasının yanı sıra bir de vesayet makamının onayını gerektirmekte, ancak ne TBK’ da ne de TMK’da buna ilişkin bir düzenleme ve böyle bir zaruret bulunmamaktadır³⁷.

4.5.1. Yazılı şeklin geçerlik koşulu olması

TBK m.583/1’in ilk cümlesi uyarınca; “ *Kefalet sözleşmesi, yazılı şekilde yapılmadıkça ve kefilin sorumlu olacağı azamî miktar ile kefalet tarihi belirtilmedikçe geçerli olmaz.*”

Yazılılık sözleşmenin ispat değil geçerlilik koşulu olup esasen kefilin koruma amacına hizmeten düzenlenmiştir³⁸.

Eski BK m.484’e göre kefilin sorumlu olduğu miktarın adi yazılı biçimde sözleşmede yer alması geçerli sayılırken, bu hüküm TBK m. 583 ile değiştirilerek kefilin sorumlu olacağı azamî miktarın, kefalet tarihinin ve müteselsil kefalet söz konusu ise buna ilişkin sıfatın yahut bu sıfatın yerine kullanılacak bir ifadenin kefilin el yazısıyla yazılması düzenlenmiştir³⁹. Dolayısıyla bu hükümle kefalet sözleşmesinin geçerli kurulabilmesi için gereken şekil “gerçek nitelikli adi yazılı şekle” dönüşmüştür⁴⁰.

Nitekim Ankara BAM 15 HD. E. 2016/139, K. 2016/136, T. 28.12.2016 sayı ve tarihli kararında da 2012 değişikliğinden sonra yapılmış bir kefalet sözleşmesinin mevcut TBK hükmü uyarınca müteselsil kefil olduğuna dair kefile ait el yazısını ihtiva etmesi gerektiği müşterek ve müteselsil borçlu ifadesinin yeterli olmadığı yönünde karar verilmiştir⁴¹.

³⁶ Reisoğlu, s.73.

³⁷ Elçin, s.21.

³⁸ Zevkliler/Gökyayla, s.673.

³⁹ Zevkliler/Gökyayla, s.674.

⁴⁰ Gümüş, s.352.

⁴¹ Ankara BAM 15 HD. E. 2016/139, K. 2016/136, T. 28.12.2016 “ 01/07/2012 tarihinde yürürlüğe giren 6098 sayılı TBK.nun 583/1. Maddesinde " kefalet sözleşmesi yazılı şekilde yapılmadıkça ve kefilin sorumlu olacağı

Kefilin sorumlu olduğu azami miktara ve kefalet tarihine ilişkin ifadelerin eksik olması kesin geçersizlik yaptırımına tabiyken, müteselsil kefalet söz konusu olmasına rağmen bu hususa ilişkin bir ifadenin yazılmaması eksikliği ise kefalete adi kefalet niteliği vermektedir⁴².

4.5.2. Kefalet sözleşmesinin güvenli elektronik imza ile kurulamaması

5070 sayılı Elektronik İmza Kanununun(EİK)⁴³ m.5'e göre, Kanunla özel şartta tabi tutulan hukuki işlemlerin ve teminat sözleşmelerinin banka teminat mektupları hariç, güvenli elektronik imza ile gerçekleştirilmesi söz konusu değildir.

EİK'nın 5.madde hükmünde de açıkça belirtildiği üzere kefalet sözleşmesi şahsi teminat sözleşmesi olduğundan ve olmasaydı dahi nitelikli yazılı şekil kefalet sözleşmesi için geçerlilik şartı olduğundan elektronik imza ile kurulması mümkün değildir.

Bunun yanı sıra 2000/31/EC sayılı Elektronik Ticaret Direktifi'nin 9.maddesi birinci fıkrasına göre, üye devletlerin hukukun geçerliliğine yahut etkinliğine engel teşkil etmesi durumunda sözleşmelerin elektronik vasıtalarla akdedilmemesini sağlaması gerekmekte; aynı madde hükmünün ikinci fıkrasının c bendine göre ise garanti (kefalet) sözleşmelerinin ve kendi ticari, iş veya mesleki amaçları dışında hareket eden kişilerce verilen munzam teminat sözleşmelerinin elektronik vasıtalarla akdedilmesine üye devletler hukukunca müsaade edilmeyeceğinin kararlaştırılabileceği öngörülmüştür.

Dolayısıyla bu yönerge doğrultusunda elektronik imza geçerliliğinin uygulanmamasının kararlaştırılabileceği sözleşmeler arasında kefalet sözleşmeleri de yer almıştır⁴⁴.

azami miktar ile kefalet tarihi belirtilmedikçe geçerli olmaz. Kefilin sorumlu olduğu azami miktara kefalet tarihini ve müteselsil kefil olması durumunda bu sıfatla veya bu anlama gelen herhangi bir ifadeyle yükümlülük altına girdiğini kefalet sözleşmesinde kendi el yazısı ile belirtmesi şarttır" hükmüne yer verilmiştir. Taraflar arasında yapılan kira sözleşmesinin TBK.nun yürürlüğe girdiği tarihten sonra 17/11/2013 tarihinde düzenlenmiştir. Sözleşmenin incelenmesinde müşterek borçlu ve müteselsil kefil olarak imzalayan A.K.'nın kendi el yazısı ile kira sözleşmesinin müteselsil kefil olduğunu belirtir el yazısı bulunmadığından yapılan kefalet sözleşmesi geçersizdir. O nedenle davanın reddi gerekirken kefalet süresinin bir yıl olduğundan bahisle davanın reddi doğru değilse de; bu yanlışlığın duruşma açılarak düzeltilmesinde usul ekonomisi açısından yarar görülmediğinden gerekçesinin düzeltilmesine, davacı vekilinin istinaf kanun yolu isteminin reddine karar vermek gerekmiş ve sonuç itibarıyla doğru olan karar düzeltilerek aşağıdaki şekilde yeniden hüküm kurulmuştur."(<http://lib.kazanci.com.tr>)

⁴² Zevkliler/Gökyayla, s.673.

⁴³ RG 23/1/2004, sayı :25355.

⁴⁴ Camcı, Sinem, İnternet Üzerinden Kurulan Sözleşmelerde Elektronik İmzanın Hukuki Niteliği, *Terazi Hukuk Dergisi*, Cilt: 15, Sayı: 165, Mayıs 2020, s.1025.

4.5.3. Şeklin kapsamı ve unsurları

Geçerli bir kefalet borcunun söz konusu olması için, kefil olunan asıl borç yeteri miktarda ferdileştirilmeli, bu ise kefalet sözleşmesinde asıl borcun türü, müteselsil ise el yazısıyla belirtilmesi, yükümlülüğün sebebi, kapsamı, asıl borçlu ve alacaklının isimlerinin belirtilmesi yoluyla mümkün olabilmekte; ancak bunlardan alacaklının isminin belirtilmesi zaruri olmamakla birlikte asıl borçlunun isminin belirtilmesi geçerlilik açısından zorunludur⁴⁵.

4.5.3.1. Kefile ait el yazısı ile yazılması gerekenler

Kefilin sorumluluğunda olan azami miktar, kefalet tarihi ve müteselsil kefil olma iradesine ilişkin ifadenin kefalet sözleşmesinde kefilin el yazısıyla yazılması zaruri olmakla beraber, sorumlu olunan miktar ile kefalet tarihinin bu şekilde belirtilmemesi sözleşmeyi hükümsüz hale getirirken, müteselsil kefalet kaydının bu şekilde yer almaması ise kefaleti adi kefaletle dönüştürmektedir⁴⁶.

Kefilin tüzel kişi olması durumunda el yazısı ile yazılması gereken hususlar yetkili temsilcilerden herhangi biri tarafından yazılabilmekte, ancak imza hususunda herhangi bir yetkili temsilcinin imzası yeterli olmamakta tüm yetkili temsilcilerin imzası bulunması gerekmektedir⁴⁷.

4.5.3.2. Kefil olma iradesi

Kefilin kefil olma iradesi hem sözleşmenin geçerli şekilde kurulması hem de diğer sözleşmelerden ayırt edilebilmesi açısından zaruridir, ancak bu iradenin sözleşmede ‘kefil’ yahut ‘kefalet’ gibi sözcüklerle ifade edilme zorunluluğu yoktur⁴⁸.

Kefil olma iradesinin ifadesi için tek gereken, taahhüt altına giren kimsenin asıl borçlunun borcunu ifa etmemesi durumunda fer’i olarak sorumlu olacağını taahhüt etmesidir⁴⁹.

Objektif esaslı unsurları içeren kefalet sözleşmesinde kefaletle ilişkin herhangi bir ifade içermeksizin yalnızca imzanın üzerine, altına ve ya yanına yazılan ‘kefil’ ifadesi dahi

⁴⁵ Reisoğlu, s.80.

⁴⁶ Gümüş, s.353.

⁴⁷ Uyumaz, Alper, Kefalet Sözleşmesine İlişkin Şekil Kuralları Açısından Kefilin Sorumluluğunun Sınırı ve Kapsamı, *Çukurova Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt: 1, Sayı: 1, Kasım 2014, s.45.

⁴⁸ Gümüş, s.354.

⁴⁹ Elçin Grassinger, Gülçin, Borçlar Kanunu’na Göre Kefilin Alacaklıya Karşı Sahip Olduğu Savunma İmkanları, İstanbul 1996, s.104.

yeterli kabul edilmektedir; ancak sözleşmedeki teminat sağlama iradesinin kefil olmaya mı, garanti vermeye mi yahut borca katılmaya mı yönelik olduğunun anlaşılabilmesi durumunda “kefil olma iradesinin varlığı” karinesi söz konusu olmaktadır⁵⁰.

4.5.3.3. Kefilin sorumluluğunda olan azami miktar (kefalet limiti) ve asıl borç

TBK m.589 gereğince; kefilin sorumluluğu, her halde kefalet sözleşmesinde belirtilen azamî miktarla sınırlıdır.

TBK m.589/2’ e göre daha önce de bahsettiğimiz üzere; aksinin kararlaştırılabilmesi mümkün olmakla birlikte, azami miktarın içine dahil edilmek suretiyle kefilin sorumlu tutulabileceği durumlar üç kalemde sayılmış, bunların asıl borçlunun kusur veya temerrüdünden doğan kanuni neticeler, alacaklının, kefile, kefilin borcu ödeyerek yapılmalarını engelleyebileceği uygun bir zaman önce bildirmesi halinde, borçluya karşı açılan takiplerin ve davaların masrafları ile rehinlerin kefile tesliminin ve rehin haklarının devrinin doğurduğu masraflar, işlemiş bir yıllık ve işlemekte olan yıla ait akdî faizler ile tahvil karşılığında ödünç verilen anaparanın işlemiş bir yıllık ve işlemekte olan yıla ait faizleri olduğu ifade edilmiştir.

Madde hükmünde belirtilen alacakların toplamının kefalet sözleşmesinde kararlaştırılan azami miktarı aştığı ölçüde kefil bu azami miktarın üstünde kalan kısmın sorumluluğundan kurtulmakta; sorumluluğu daha önce de belirtildiği üzere azami miktarla sınırlı kalmaktadır⁵¹.

Kefalet senedinde azami miktarın belirtilmesi zarureti kefile üstlendiği riskin miktarı hakkında yani ne oranda sorumlu olduğuna ilişkin bilgi sahibi olması esasına dayanan bir olgudur⁵².

TBK m.589/3’ e göre; sözleşmenin kurulmasından sonraki borçların yanı sıra başka borçlar da kefalet kapsamına alınmak isteniyorsa bu borçlardan da kefilin sorumlu olacağını sözleşmede açık bir biçimde belirtilmesi gerekmektedir. Dolayısıyla madde hükmünden de anlaşılacağı üzere sözleşmenin kurulmasından evvelki borçların da sözleşme kapsamına sözleşmede kararlaştırılarak dahil edilmesi mümkündür.

⁵⁰ Gümüş, s.354.

⁵¹ Ayrancı/Aral, s.459.

⁵² Özen, s.228.

Kefil öncelikle asıl borcun ifasından yani asıl borçlunun borcunu hiçbir surette ifa etmesinin veya gereği gibi yerine getirmemesinin veyahut temerrüdünün kanuni neticelerinden sorumlu olmakla birlikte; burada bahsi geçen sorumluluk alacaklının dönme veya iptal sonucu doğan menfi zararını değil, yalnızca müspet zararını kapsamaktadır⁵³.

Nitekim TBK m.589/3'te de kefilin asıl borcun hükümsüz olması halinde ortaya çıkan zarardan ve/veya cezai şarttan sorumlu tutulmasının kesin hükümsüzlük yaptırımına tabi olacağı belirtilmiştir.

Kefilin sorumluluğu asıl borçlunun temerrüdünün kanuni sonuçlarından olan temerrüt faizini de kapsamaktadır⁵⁴.

4.5.3.4. Özel Yetkili Kefillik ve Kefil Olma Taahhüdü

TBK m.583/2'ye göre; kefilin kendi adına kefil olma hususunda bir başkasına özel yetki vermesi veya bir kimseye örneğin alacaklıya yahut bir üçüncü kişiye kefil olacağı hususunda vaatte bulunmasının kefaletin tabi bulunduğu şekil şartlarına uygun olması gerekmekte; kefilin sorumluluğundaki azami miktarın, kefalet tarihinin ve müteselsil kefalet söz konusuysa müteselsil kefil sıfatına ilişkin bir ifadenin el yazısı ile vekaletnamede yahut vaat verilmesi durumunda buna ilişkin belgede belirtilmesi gerekmektedir⁵⁵.

TBK m.583/2'nin ikinci cümlesine göre, yazılı şekle uyulduğu takdirde borcun belirli bir miktarının ifasını kefil olarak taahhüt etmekte bir beis yoktur.

4.5.3.5. Kefalet sözleşmesinin akdedildikten sonra yapılan ve kefilin aleyhine olarak sorumluluğunu artıran değişiklikler

TBK m.583/3'e göre kefalet sözleşmesinin inikadından sonra kefilin yükümlülüğünü ağırlaştıran yani kefilin aleyhine olarak yükümlülüğünü artıran değişiklikler kefalete ilişkin düzenlenmiş bulunan şekil şartlarına tabi olup, bu değişikliklerin bu şekil şartlarına uyulmaksızın yapılması değişikliklerin hüküm doğurmaması yaptırımına tabi olmasına yol açmaktadır.

Madde hükmünden de anlaşılacağı üzere adi kefaletin müteselsil kefalete çevrilmesi yahut kefalet türü fark etmeksizin azami miktarın artırılması gibi kefilin aleyhine olan yani sorumluluğunu artıran değişiklikler kefaletin şekli için öngörülen şartlara tabi olmakta, yani

⁵³ Ayrancı/Aral, s.460.

⁵⁴ Ayrancı/Aral, s.460.

⁵⁵ Buluş, K., 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanununa Göre Birlikte Kefaletin Türleri ve Hükümleri, Seçkin, Mart 2017, Ankara, s.54.

tüm bu değişiklikler yazılı yapılmasının yanı sıra, adi kefaletin müteselsil kefalete çevrilmesinde müteselsil kefaletle ilişkin ifade el yazısı ile yazılması, azami miktar artırımında yine kefilin el yazısı ile yazımı söz konusu olması ve evli kişilerde eşin muvafakati alınması gerekmektedir⁵⁶.

4.6. Şekle aykırılığın yaptırımı

Kefalet sözleşmesi, kefilin beyanının yazılı olmadığı ya da bu beyanda kefilin sorumluluğundaki azami miktarın, kefalet tarihinin ve müteselsil kefalet durumunda müteselsil kefil sıfatının yahut bu sığfata ilişkin bir başka ibarenin eksik olduğu, imza unsurunun gereği gibi yerine getirilmediği durumlarda yani TBK md 583/1’de yer alan şekil şartlarının yahut başkaca herhangi bir esaslı unsurun eksik olması durumunda şekle aykırıdır⁵⁷.

TBK m.12/2’nin ikinci cümlesine göre, kefalet sözleşmesi için düzenlenmiş bulunan şekil şartına uyulmaksızın yapılan sözleşmeler hüküm doğurmamakta, bu hüküm doğurmamanın kesin hükümsüzlük olduğu kabul edilmektedir⁵⁸.

Şekle aykırılık kısmi ise ve esaslı değil ise yani bu eksikliğin olması kefalet sözleşmesinin kurulmasına etki etmiyorsa yalnızca şekle aykırı kısım hükümsüz olmakta, aksi halde hükümsüzlük sözleşmenin tamamına sirayet etmekte, hakim şekle aykırılığı re’sen gözetmekte, esaslı bir şekle aykırılığın söz konusu olduğu kefalet sözleşmesinde tarafların sonradan açık yahut zımnî icazetleri ile sözleşmeyi geçerli kılma imkanları bulunmamaktadır⁵⁹.

Şekle aykırılık daha sonra ayrıntılı olarak anlatılacağı üzere birlikte kefaletle de birtakım etkilerde bulunmaktadır. Şöyle ki, TBK m.587/3’e göre kefilin başka kefillerin de olacağı zannıyla kefil olması durumunda alacaklının bu vaziyeti bilmesi yahut bilmesi gerekmesi halinde, bu öngörülen kefilin yahut kefillerin kefalet taahhüdü altına girmemesi, alacaklı tarafından borçtan kurtarılması ya da kefalet yükümlülüğünün hükümsüz olması durumunda öngörüsü gerçekleşmeyen kefile kefaletten kurtulma imkanı tanınmıştır.

⁵⁶ Buluş, s.56.

⁵⁷ Gündüz, Ş. Deren, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu’na Göre Kefalet Sözleşmesinin Şekli, On iki Levha Yayıncılık, Eylül 2015, İstanbul, s.185.

⁵⁸ Reisoğlu, s.93.

⁵⁹ Reisoğlu, s.94.

Dolayısıyla şekle aykırılığın birlikte kefillerden birinin taahhüdünde vücut bulması diğer birlikte kefilleri de sorumluluktan kurtaracaktır⁶⁰.

Kefilin kefaleti geçerli sanarak ödeme yapması durumunda yani şekil noksanlığından habersiz olması durumunda ödediği miktarı sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre isteyebilmesi mümkündür ve bu yönde bir talebin iyi niyetle bağdaşmadığı da öne sürülemez⁶¹.

Elbette kefilin şekil noksanlığını bilmesi, uzun süre kefalet geçerliymiş gibi davranarak sonradan şekil noksanlığı öne sürmesi gibi durumlar hakkın kötüye kullanılmasını teşkil ettiği gibi, alacaklının kural dışı olarak borç altına girdiği ve kefil borcunu ifa etmek istese de şekle aykırılığı öne sürerek borcunu ifadan kaçınması gibi bir durum yine hakkın kötüye kullanılması sayılacaktır⁶².

Kefilin mahkeme huzurunda kefalet borcunu ikrar etmesi kefaleti taahhüt yerine geçmediği gibi, kefil olup olunmadığı hususunda yemin teklifi de mümkün değildir; geçerli bir şekilde kurulmuş olan kefalet sözleşmesinin kaybolması yahut tahrip edilmesi durumunda, ikrar da yemin de geçerlidir⁶³.

Kefilin kasten yani şekil noksanlığının farkında olarak kefalet sözleşmesini kurması durumunda ise, şekil noksanlığı iddiası göz önüne alınmadığı gibi, TBK m.49/2 gereğince alacaklının zararını tazmin etmesi gerekebilir⁶⁴

Nitekim Yargıtay 23. Hukuk Dairesi'nin E. 2018/1047, K. 2020/4272 sayılı ve 14.12.2020 tarihli kararında da kefalet tarihi ve taahhüt edilen miktar gibi şekil noksanlarının hukuka aykırı olarak sonradan tamamlandığı tespit edildiğinden kefalet borcu olmadığı yönünde karar verilmiştir⁶⁵.

⁶⁰ Gündüz, s.188.

⁶¹ Reisoğlu, s.94-97.

⁶² Gündüz, s.190.

⁶³ Reisoğlu, s.96.

⁶⁴ Reisoğlu, s.96.

⁶⁵ Y 23 HD. E. 2018/1047, K. 2020/4272, T. 14.12.2020; “ 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu 583/1. maddesi “Kefalet sözleşmesi, yazılı şekilde yapılmadıkça ve kefilin sorumlu olacağı azamî miktar ile kefalet tarihi belirtilmedikçe geçerli olmaz. 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.” hükmünü içermektedir. Yine mülga 818 sayılı Borçlar Kanunu'nun 484. maddesi, “Kefaletin sıhhati, tahriri şekle riayet etmeğe ve kefilin mes'ul olacağı muayyen bir miktar iraesine mütevakkıftır.” hükmünü içermekte ve buna göre, kefaletin geçerli olması için yazılı şekilde yapılması ve kefilin sorumlu olacağı miktarın belirtilmesi gerekmektedir. Yazılı şekil şartının sebebi kefilin sorumlu olduğu miktarı bilerek kefalet senedini imzalamasıdır...kredi sözleşmelerinde kefalet miktarının yazılı

4.7. Şekle aykırı olarak akdedilmiş bir kefalet sözleşmesinin kefil tarafından ifası

Daha önce de açıkladığımız üzere, kefilin kefaleti geçerli sanarak ödeme yapması durumunda yani şekil noksanlığından habersiz olması durumunda ödediği miktarı sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre isteyebilmesi mümkündür.

Kefilin şekil noksanlığına rağmen, icra marifetiyle yapmak zorunda kaldığı ödemeler için de iade davası açması mümkündür⁶⁶.

Kefilin iade için sebepsiz zenginleşme davasını alacaklıya mı yoksa borçluya mı açacağı ise tartışmalıdır zira İsviçre Federal Mahkemesi'nin bir kararında⁶⁷, kefilin ödemede bulunması durumunda kefilin borcu sen bulurken, asıl borçlunun borcu devam etmekte, kefalet geçerli olarak kurulmuşsa kefile rücu hakkı şeklinde geçmekte, aksi takdirde alacaklıya sebepsiz zenginleşme davası açılması gerekmekte olduğuna ilişkin gerekçesiyle davalının alacaklı olması gerektiğini belirtmiş; Yargıtay ise bir kararında⁶⁸; geçersiz bir kefalet için kefilin ödeme yapması durumunda borç ödendiğinden borçlu borcu ödemekten kurtulacağından borçlu sebepsiz zenginleşmekte gerekçesiyle davanın borçluya açılması gerektiğini ifade etmiştir⁶⁹.

4.8. İcra dairesinde alınan kefaletler

İcra ve İflas Kanunu(İİK)⁷⁰ m.38'e göre; istinaf ve temyiz kefaletnamelerine ve icra dairesindeki kefaletlere ilamların icrasına ilişkin hükümlerin uygulanması gerektiği, buna ek olarak bahsi geçen icra kefaletlerinin müteselsil kefalet hükmünde olduğu düzenlenmiştir.

İcra dairesinde alınan kefaletlerin ilam niteliğinde olduğu kabul edildiğinden kanun gereği müteselsil kefalet sayılmakta ve Yargıtay 12. HD'nin 26.11.2013 tarihli 2013/31202 Esas 2013/37362 Karar sayılı kararına göre de; icra takibine esas borcun o anda ödenememesi durumunda bir üçüncü kişi bu borcu ödeme taahhüdü altına girmekte, icra kefaletinin de genel kefalet hükümleri çerçevesindeki şekil şartlarına uygun olarak

olması geçerlilik şartı olması nedeniyle davacıların terditli taleplerinden ilki olan bahse konu kredi sözleşmesi nedeniyle borçlarının bulunmadığının tespitine yönünde davanın kabulüne karar verilmesi gerekirken yazılı şekilde karar verilmesi doğru görülmemiş, kararın bu nedenle bozulması gerekmektedir." (<https://lib.kazanci.com.tr>)

⁶⁶ Reisoğlu, s.97

⁶⁷ BGE 70 II 271.

⁶⁸ 3.HD, 06.04.1989, 9431/3528.

⁶⁹ Reisoğlu, s.98.

⁷⁰ RG 19/6/1932, sayı : 2128.

kurulması gerekmekte, icra kefaleti için ayrı bir merasim Kanunca düzenlenmemiş bulunmakta, dolayısıyla icra kefaletleri de kefalet şekil şartlarına tabi kabul edilmektedir⁷¹.

4.9. TBK'nın 583/1 hükmü karşısında diğer kanunlarda adi ve müteselsil kefalete ilişkin hükümlerin incelenmesi

TBK m.583/1'in ikinci cümlesine göre kefilin sorumluluğundaki azami miktarın, kefalet tarihinin ve müteselsil kefaletin söz konusu olması durumunda bu sıfatın yahut bu sığata ilişkin bir başka ifadenin kefilin el yazısıyla yazılması zarureti bulunmaktadır.

Daha evvel açıklandığı gibi kefalet sözleşmesinde kefilin sorumluluğunda olan azami miktarın, kefalet tarihinin ve müteselsil kefalet durumunda bu sıfatın yahut bu sığata ilişkin bir başka ifadenin el yazısıyla yazılması halleri sözleşmenin geçerliliği için zorunlu unsurlar olup müteselsil kefalete ilişkin ifade dışında kalan unsurların eksikliği kesin hükümsüzlük yaptırımına tabi olurken, müteselsil kefil olduğuna ilişkin ifadenin eksikliği sözleşmeyi adi kefalet haline getirmektedir; ancak TTK m.7'de ticari borçlara kefalet halinde ve İİK m.38'de icra kefaletleri için farklı bir düzenleme yapılarak bunlar müteselsil kefalete ilişkin ifade olmaksızın da müteselsil kefalet olarak kabul edilmelidirler⁷².

Zira TTK m.7'nin birinci fıkrasına göre ticari bir iş için iki veya daha fazla kişinin borçlanması halinde, kanunda ve sözleşmede aksi düzenlenebilmekle birlikte müteselsil sorumluluk söz konusu olmakta, ikinci fıkraya göre ticari borçlara kefalette de birinci fıkra hükmü uygulanacağından kefiller arasında da asıl borçlu ile kefil arasında da müteselsil kefalet söz konusu olmaktadır.

Yine İİK m.38e göre ise, istinaf ve temyiz kefaletnamelerine ve icra dairesindeki kefaletlere ilamların icrasına ilişkin hükümlerin uygulanması gerektiği, buna ek olarak bahsi geçen icra kefaletlerinin müteselsil kefalet teşkil ettiği düzenlenmiştir.

6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun(TKHK)⁷³ m.4/6'ya göre; tüketici işlemlerinin söz konusu olduğu durumlarda tüketici için şahsi teminat alınmıyorsa bu teminatlar her halde adi kefalet olarak kabul edilmekte, tüketicinin alacaklı olduğu durumlarda şahsi teminat verilmesinin söz konusu olduğu durumlarda ise kanunda aksine bir düzenleme bulunmuyorsa müteselsil kefalet söz konusu olmaktadır.

⁷¹ Buluş, s.61.

⁷² Buluş, s.63.

⁷³ RG 28/11/2013, sayı: 28835.

5464 sayılı Banka Kartları ve Kredi Kartları Kanunu(BKKKK)⁷⁴ m.24/5'e göre ise, kredi kartı kullanımlarında kefaletin söz konusu olması durumunda, yine kefalet sözleşmesinin adi kefalet hükümlerine tabi olacağı düzenlenmiştir.

4.10. Kefil olma ehliyeti

Kefaletin geçerli bir biçimde kurulması için kefilin hukuki eylem ehliyetine sahip olması yani ergin, ayırt etme gücünü haiz, kısıtlanmamış olması, bir diğer deyişle tam ehliyetli olması zaruridir⁷⁵.

4.10.1. Gerçek kişiler yönünden

Tam ehliyetli gerçek kişilerin TBK m.583'te ve m.584'de düzenlenen geçerlilik koşullarını yerine getirmeleri durumunda kefil olmalarında bir beis yoktur⁷⁶.

Fiil ehliyeti sahibi olmayan bir kimse geçerlilik koşullarına uygun olarak kefil olsa dahi kefalet geçerli olmamakla birlikte fiil ehliyeti kazandıktan sonra onay vermesi de öncesinde verdiği kefaleti geçerli hale getirmez⁷⁷.

4.10.1.1. Küçükler ve kısıtlılar

Vesayet altındaki küçük ve kısıtlıların kefalet taahhüdünde bulunmalarının kendileri açısından bağlayıcılığı olmadığı gibi, sulh ve asliye mahkemelerinin bu hususta muvafakat vermesi yahut vasilerinin onlar adına kefil olması da mümkün değildir, ancak temyiz kudretini haiz küçük ve kısıtlıların kendilerinin kefil olması durumunda ise, medeni haklarını kazandıktan sonra, kefalet sözleşmesine icazet vermeleri mümkündür⁷⁸.

Velayet altındaki çocuk da tek başına kefalet yükümlülüğü altına giremeyeceği gibi, ehliyet bakımından vesayet altındaki kimseden farkı olmadığından velisinin onun adına kefil olabilmesi de söz konusu değildir, bununla birlikte bu yasağın uygulaması dışında kalınabilmesi için, küçüğün bir karz akdi ile ödünç alması ve velinin ona kefil olması şeklinde bir yol düşünülmüştür, ancak eğer para velinin menfaatine kullanılacaksa bu muamelenin de iptali mümkündür⁷⁹.

⁷⁴ RG 1/3/2006, sayı : 26095.

⁷⁵ Zevkliler/Gökyayla, s.671.

⁷⁶ Reisoğlu, s.52.

⁷⁷BGE 54 II 83: Reisoğlu, s.53.

⁷⁸ Reisoğlu, s.59.

⁷⁹ Reisoğlu, s.60.

4.10.1.2. Eşin rızası ve bu rızanın geçerlilik şartı

TBK m.584 uyarınca; eşler arasında mahkeme tarafından ayrılık kararı yahut ayrı yaşama hakkı verilmemişse, evli kişilerin kefaleti diğer eşin sözleşmenin akdinden evvel yahut en geç akdedilmesi esnasında yazılı rızasına ihtiyaç duymaktadır.

Aynı madde hükmünün ikinci fıkrasına göre, eşin rızasına gerek olmayan değişiklik halleri düzenlenmiş, kefalet sözleşmesinin inikadından sonra yapılan kefilin sorumluluğu artıracak yahut adi kefaleti müteselsile çevirecek ve yahut kefilin faydasına olan güvencelerin ciddi miktarda azalmasını sağlayacak bir değişiklik söz konusu değil ise eşin rızasının zaruret olmaktan çıkacağı ifade edilmiştir.

2013 yılında 6455 sayılı Gümrük Kanunu ile Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un⁸⁰ 77.maddesiyle TBK m.584e getirilen ek fıkra ile eşin rızasının gerekmediği kefaletler düzenlenmek suretiyle, bunların Ticaret siciline kayıtlı ticari işletmenin sahibi veya ticaret şirketinin ortak ya da yöneticisi tarafından işletme veya şirketle ilgili olarak verilecek kefaletler, mesleki faaliyetleri ile ilgili olarak esnaf ve sanatkârlar siciline kayıtlı esnaf veya sanatkârlar tarafından verilecek kefaletler, 27/12/2006 tarihli ve 5570 sayılı Kamu Sermayeli Bankalar Tarafından Yürütülen Faiz Destekli Kredi Kullandırılmasına Dair Kanun⁸¹ kapsamında kullanılacak kredilerde verilecek kefaletler ile tarım kredi, tarım satış ve esnaf ve sanatkârlar kredi ve kefalet kooperatifleri ile kamu kurum ve kuruluşlarınca kooperatif ortaklarına kullanılacak kredilerde verilecek kefaletler olduğu ifade edilmiştir.

Dolayısıyla ailenin korunmasını ve aile mal varlığının riske atılmamasını sağlamak amacına binaen evli kişiler için kefil olmak diğer eşin rızasına tabi tutulmuştur⁸².

Eşin rızasının kefalet sözleşmesinde verilmesi zarureti bulunmamakta, ancak yazılı olması gerekmekte, Kanunda rıza beyanının neyi ihtiva edeceğine dair bir düzenleme olmadığından eşin diğer eşin aldığı rizikonun bilincinde olması ve adi yazılı şekilde yapılması yeterli olup eş rıza verip vermekte serbest olup; rızanın olmaması ise kesin geçersizlik yaptırımına tabi olmaktadır⁸³.

⁸⁰ RG: 28/03/2013, S.: 28615.

⁸¹ RG: 30/12/2006, S.: 26392

⁸² Özen, s. 174.

⁸³ Zevkliler/Gökyayla, s.678.

Eşlere mahkemece ayrılık kararı verilmesi durumunda yahut ayrı yaşama hakkına yasal olarak sahip olmaları halinde de diğer eşin rızası aranmamaktadır⁸⁴.

Burada ayrı yaşama hakkının varlığı söz konusu ise kefalet sözleşmesine diğer eşin rızasına ihtiyaç duyulmamasının temel nedenlerinden biri de rıza alınacak eşe ulaşmanın ve bu hususa ilişkin izninin alınmasının zor olmasıdır⁸⁵.

Yazılı rızanın en geç kefalet sözleşmesinin kurulması anında verilmiş olması gerekmektedir⁸⁶.

Nitekim Yargıtay 19.HD. E. 2016/1518, K. 2016/10723 sayılı ve 15.6.2016 tarihli kararında da sözleşmenin yapıldığı tarihte her ne kadar 2013 değişikliğiyle birtakım istisnalar getirilse de sözleşme tarihi bu tarihten önce olduğundan ve somut olayda sözleşme tarihinde evli olan kefilin eşinin rızası alınmadığından kefalet sözleşmesinin şekil şartı eksikliği nedenine binaen geçersiz olduğu şeklinde hüküm kurulmuştur⁸⁷.

Kefalet miktarını artırmak suretiyle kefilin sorumluluğunu fazlaştıran, adi kefaleti müteselsile çeviren kefilin aleyhine değişiklikler de eşin rızasına ihtiyaç duymakta, aksi halde geçersiz olmakta ve sözleşme eski haliyle kalmakta, yine birlikte kefile sorumluluktan kurtulma imkanı veren TBK m.587/2 kapsamında diğer birlikte kefilin alacaklı tarafından ibrasını uygun bulma iradesi de anılan madde hükmüyle tanınan kefilin sorumluluktan kurtulma hakkını bertaraf ettiği için eşin rızasına muhtaçtır⁸⁸.

Kefalet sözleşmesi yapmak üzere kefilin bir başkasına yetki vermesi veya alacaklı yahut üçüncü bir kişiye kefalet sözleşmesi yapma vaadinde bulunulması durumunda da eşin yazılı rızası gerekmekte; fakat kendileri adlarına bir taahhüde girmediklerinden,

⁸⁴ Gümüş, s.343.

⁸⁵ Baş, Ece, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'nda Kefalet Sözleşmesinin Geçerlilik Şartlarına İlişkin Bazı Yenilikler, *İÜHF*, C. S. 2, 2012, s.119.

⁸⁶ Gümüş, s.343.

⁸⁷ Y. 19.HD. E. 2016/1518, K. 2016/10723, T. 15.6.2016 “Mahkemece toplanan delillere ve tüm dosya kapsamına göre, BK'nın 581. vd. maddelerinde kefalet sözleşmesinin geçerlilik şartlarının düzenlendiğini, ilgili yasal düzenlemelere göre, kefilin sorumlu olduğu miktarın ve kefalet tarihinin el yazısı ile yazılması gerektiği, ayrıca eş rızasının da alınmasının zorunlu olduğu, davaya konu kefalet sözleşmesinde kefalet tarihi bulunmadığı gibi, davalı sözleşme tarihinde evli olup eş rızasının da alınmadığı, her ne kadar eş rızasının aranmasına dair hüküm 28.3.2013 tarihinde değiştirilmiş ise de, sözleşmenin kurulduğu dönemdeki yasal düzenlemenin geçerli olduğu, bu itibarla, eş rızası alınmaksızın ve TBK'da aranan şekil şartlarına uyulmaksızın yapılan kefalet sözleşmesinin geçerliliğinin bulunmadığı gerekçeleriyle davanın reddine karar verilmiş, hüküm davacı vekilince temyiz edilmiştir.”

⁸⁸ Gümüş, s.349.

temsilcilerin yahut tüzel kişinin organı sıfatıyla hareket eden kimselerin eşlerinin rızası aranmamaktadır⁸⁹.

Borçlunun değişmesi durumunda da, yeni bir borçluya kefil olunması, yeni borçlunun mal varlığıyla ilişkisi olmaksızın, kefilin rızasına bağlı olduğundan, eşin rızasına da bağlı olması, eşin rızasının eksikliği durumunda TBK m.198/2 gereği kefilin rızasının eksikliği söz konusuymuş gibi sonuç doğurması isabetli olacaktır⁹⁰.

4.10.2. Tüzel kişiler bakımından

Özel hukuk tüzel kişileri olan şirketler, dernekler ve vakıflar ehliyet bakımından TMK ve TTK'ya tabi olmakta, kamu hukuku tüzel tüzel kişileri kendisine tüzel kişilik veren yasalara tabi bulunmaktadır⁹¹.

4.10.2.1. Dernekler ve vakıflar

Kanunlarımızda ne derneklerin ne de vakıfların kefil olma ehliyetine ilişkin bir düzenleme bulunmaktadır.

5253 sayılı Dernek Kanunu⁹² m. 30/1-a gereğince; derneklerin tüzüklerinde belirtilen amaç ve bu amaç için sürdürülen çalışma konuları dışında herhangi bir faaliyette bulunması mümkün değildir.

Yine 5737 sayılı Vakıflar Kanunu⁹³ m. 10/1-a uyarınca; vakıf yöneticilerinin vakfın amacına aykırı şekilde hareket etmesi meclis kararına göre denetim makamının başvurusuyla vakfın yerleşim yeri Asliye Hukuk Mahkemesinin vereceği karar nihayetinde görevden alınma yaptırımına tabi tutulmuştur.⁴

Derneklerin ve vakıfların, şayet dernek tüzüğünde yahut vakıf senedinde aksine bir hüküm bulunmuyorsa, kanunlarca belirlenen bu kapsamın dışına çıkmadan kefalet taahhüdü altında bulunmalarına bir engel görülmemektedir⁹⁴.

⁸⁹ Demir, Şamil, Kefalet Sözleşmesinin Uygulama Alanı, *TBB Dergisi*, 2013 (108), s.96.

⁹⁰ Baş, s.120.

⁹¹ Reisoğlu, s.53.

⁹² RG: 23/11/2004, s.: 25649

⁹³ RG: 27/2/2008, s.: 26800

⁹⁴ Reisoğlu s.54.

4.10.2.2. Ticaret Şirketleri

TMK m.48 gereğince; tüzel kişilerin de tüm hak ve borçlara ehliyeti bulunmasına rağmen insana özgü cinsiyet, yaş, akrabalık gibi birtakım insana özgülenmiş olan hak ve borçlara ehil olma imkanları bulunmamaktadır.

TTK m.125/2'ye göre de; ticari şirketlerin kanuni istisnalar dışında TMK m.48 kapsamındaki bütün hak ve borçlara ehliyeti olduğu ifade edilmiştir.

TTK'da, Eski TTK m.137'de yer alan '*ultra vires*' ilkesi artık uygulanmamaktadır; ancak TTK m.371/2 gereğince anonim şirketlerde şirketin ehliyeti '*işletme konusu ile sınırlı*' tutulduğundan anonim şirketlerin ehliyeti istisna teşkil etmektedir.

TTK m.371/2 uyarınca; şayet üçüncü kişinin bildiği veya bilebilecek halde olduğu ispatlanırsa, temsile yetkili kişilerin işletme konusuyla bağdaşmayan işlemlerinin de şirket için bağlayıcılığı bulunmakta, tek başına şirketin esas sözleşmesinin ilanının öne sürülmesi ispata yetmemektedir.

Burada asıl olan kefil olmanın şirketin işletme konusu içerisinde kalan mutata iş ve muamelelerden kabul edilmesidir, bu durumda TTK m.371/2'nin uygulanmasına yer olmayacak doğrudan TTK m.125/2 esas alınarak geçerli bir kefalet söz konusu olacaktır⁹⁵.

4.10.2.3. Kooperatifler

1163 sayılı Kooperatifler Kanunu'nda⁹⁶ kefil olma ehliyetine ilişkin hüküm bulunmadığından, anılan Kanununun 98. maddesi uyarınca; kooperatifler de Kooperatif Kanununda aksine hüküm bulunmuyorsa, TTK'da anonim şirketler için düzenlenmiş bulunan hükümlere tabi olup buna istinaden kooperatifin kefil olma ehliyetine ilişkin TTK m.125/2, TMK m.48 ve TTK m.371/2 uygulanır.

4.10.2.4. Kamu tüzel kişileri

Kamu tüzel kişilerinin yetki ve görevleri, onlara tüzel kişilik veren yasalarla düzenlendiğinden kamu tüzel kişileri yalnızca bu kanunlarla açıkça kefil olma ehliyeti verildiği durumda kefalet taahhüdü altına girebilirler⁹⁷.

⁹⁵ Reisoğlu, s.55.

⁹⁶ RG 10/5/1969, Sayı : 13195.

⁹⁷ Reisoğlu, s.57.

5. Kefalet Türleri

5.1. Adi Kefalet

5.1.1. Tanımı

Adi kefalet, kefilin müteselsil kefalet altına girmediği her durumda ortaya çıkan kefalet türü olmakla birlikte; bu kefalet türünde kefilin borcunun taliliği ön plana çıkmakta, alacaklı asıl borçluya başvurmadan kefile karşı talepte bulunamamakta, ancak borcun asıl borçludan tahsil edilemediği yahut tahsil edilme imkanı bulunmadığı durumlarda kefile başvurabilmekte; aksi takdirde kefil, tartışma veya rehnin nakde çevrilmesi def'ini öne sürebilmektedir⁹⁸. Bu iki çeşit def'i birlikte ileri sürülebileceği gibi, bu def'ilerden başlangıçta feragat etmesi geçersiz, sonradan feragat etmesi ise mümkündür⁹⁹.

Adi kefalet her ne kadar hukukumuzda müteselsil kefaletin el yazısıyla belirtilmediği yahut kanunlarda açıkça müteselsil kefaletin var olduğunun düzenlenmediği hallerde esas itibariyle kabul edilen kefalet türü olsa da; uygulamada özellikle de alacaklı, banka ise; bu türde daha korunaklı olacağından, müteselsil kefalet türü tercih edilmektedir¹⁰⁰.

Adi kefaleti müteselsil kefaletten ayıran temel özellik, ödeme gücünü haiz asıl borçluya ulaşılması ve hakkında takip başlatılabilmesi olanaklı olduğu sürece kefile başvurulmadan evvel asıl borçluya başvurma zorunluluğu olup, adi kefalette asıl borçluyu takip edip bu takip semeresiz kalmadıkça alacaklının kefile başvurması mümkün olmamaktadır¹⁰¹.

Kefilin sahip olduğu def'iler birbirinden bağımsız olduğundan, birinden vazgeçilmesi diğerinden de vazgeçilmesi zarureti oluşturmamakla birlikte, kefalet sözleşmesinin yapılması sırasında kefilin mevcut rehinlerin paraya çevrilmesi def'inden yararlanabileceği ancak tartışma def'ini ileri süremeyeceği yani alacaklının asıl borçluya başvurmaksızın doğrudan kefile başvurabileceği kararlaştırılmışsa, bu durum adi kefalet değil, önce rehnin paraya çevrilmesi def'i ile güçlendirilmiş bir müteselsil kefalet teşkil etmektedir¹⁰².

⁹⁸ Aral/Ayrancı, s.450.

⁹⁹ Reisoğlu, s.160.

¹⁰⁰ Reisoğlu, s.160.

¹⁰¹ Özen, s. 260.

¹⁰² Özen, s. 261.

5.1.2. Tartışma def'i ve ileri sürülememesi halleri

Alacaklının asıl borçluya başvurmadan kefil takip etmesi mümkün değildir; aksi durumda kefil, tartışma/peşin dava def'ini ileri sürebilmekte yani öncelikle asıl borçluya başvurulmasını isteyebilmektedir¹⁰³.

TBK m.585/1'de adi kefaletin söz konusu olması durumunda kefilin asıl borçluya başvurmaksızın kefil takip imkanı bulunan istisnai haller düzenlenmiş, bu durumlar asıl borçlunun takibi neticesinde kesin aciz belgesi elde edilmesi, asıl borçluya karşı Türkiye'de yapılacak takibin imkan dahilinde olmaması yahut hatırı sayılır nispette güç hale gelmesi, asıl borçlu için iflas kararının söz konusu olması ve asıl borçluya konkordato süresi tanınması olarak belirtilmiştir.

Nitekim Yargıtay 13. HD. E. 2017/585, K. 2020/1774, T. 10.2.2020 sayı ve tarihli kararında da hükümdeki durumlar sağlanamadığından doğrudan kefil takip etme imkanı olmadığı yönünde karar verilmiştir¹⁰⁴.

Her ne kadar; kefaletin yalnızca açığın kapatılması hasebiyle verilmesi durumunda takibin neticesinde kesin aciz belgesi elde edilmesi, icra takibinin ülkede gerçekleştirilme imkanının olmaması veya konkordato için süre tanınarak kesinleşmesi hallerinde kefile direkt başvurma olanağı mevcut olsa da, bu hallerde de öncelikle asıl borçluya başvurulacağını sözleşme ile kararlaştırmak mümkündür¹⁰⁵.

Kefilin tartışma def'ini ileri sürmeksizin yaptığı ödeme geçerli olup sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre geri alınamamakta, ancak kısmi ödeme söz konusuysa ödenmeyen kısım için tartışma def'i ileri sürülebilmektedir¹⁰⁶.

¹⁰³ Aral/Ayrancı, s. 450.

¹⁰⁴ Yargıtay 13. HD. E. 2017/585, K. 2020/1774, T. 10.2.2020; "...kefaletin de adi kefalet niteliğine haiz olduğu anlaşılmaktadır. 6098 Sayılı Borçlar Kanunu'nun 585. maddesi adi kefaletle ilişkin hükümleri düzenlemiş olup, bu madde hükmüne göre adi kefalette alacaklı, borçluya başvurmadıkça, kefil takip edemez denilmiştir. Doğrudan kefile başvurulacak haller olarak ise borçlu aleyhine 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 olmasıdır. Her ne kadar davacı tarafından davalı kefil ile birlikte asıl borçlu davalı ... aleyhine ... İcra Dairesi'nin 2013/28 Sayılı dosyasında icra takibi başlatılmışsa da, icra dosyası kapsamında davalı asıl borçlunun Borçlar Kanunu'nun az yukarıda bahsedilen hükmünde belirtilen durumlardan biri içerisinde bulunduğu dair dosyada bilgi veya belgeye rastlanılamamıştır. Hal böyle iken, davalı kefil ... hakkındaki davanın reddi gerekirken, yazılı şekilde davanın kabulüne karar verilmiş olması usul ve yasaya aykırı olup, kararın bu nedenle de bozulması gerekmektedir."

¹⁰⁵ Aral/Ayrancı, s. 451.

¹⁰⁶ Zevkliler/Gökyayla, s. 680.

Asıl borçlu karşı yapılan takibin semeresiz kaldığının kabulü ve adi kefile başvurulabilmesi adına kesin aciz belgesi alınması gerekmekte, geçici aciz belgesi aynı işlevi görmemekte; asıl borçlu için kesin aciz belgesi alınmasının ardından asıl borçlu başkaca mal varlığı unsurları edinse bile, kefil bu gerekçeye dayanarak alacaklının talebini geri çevirememektedir¹⁰⁷.

Asıl borçlu için iflas kararı verilmesi veya asıl borçluya konkordato süresi tanınmış olması halinde, alacaklı borçlu hakkında iflas kararı verildiğinde kefile başvurmaya hak kazanmakta; iflas prosedürünün sonuçlanmasının beklenilmesine yahut kesin bir borç ödmeden aciz belgesinin verilmesine lüzum kalmamaktadır¹⁰⁸. TBK m. 590/2 gereğince; asıl borçlunun borcu iflas kararı hasebiyle muacceliyet kazansa da kefile karşı borca ilişkin kararlaştırılan vadeden evvel takip başlatılması mümkün değildir

Bunların yanı sıra; TBK m. 594/2-3 gereğince; alacaklının, asıl borçlunun konkordato talebinde bulunması yahut hakkında iflas kararı verilmesi durumlarında, alacağını kaydettirmesi ve haklarını korumak için yapılması gerekenleri gerçekleştirmesi zarureti bulunmakta ve asıl borçluya ilişkin bu hususları haberdar olduğu anda kefile bildirme yükümlülüğü doğmakta; alacaklı, bunu yerine getirmemesinden dolayı kefilin maruz kaldığı zarar nispetinde kefile karşı sahibi bulunduğu hakları kaybetmektedir.

Gerek tartışma def'i gerekse rehlin paraya çevrilmesi def'inin kefil tarafından ileri sürülmesi gerekirken; asıl borçlunun iflası, takibin semeresiz kalması vakıalarının ispat yükü alacaklıdadır¹⁰⁹.

Borçlu hakkındaki takibin semeresiz kalması halinde; alacaklı takibin semeresiz kaldığını İİK m.105/1 veya İİK m.143 uyarınca verilen kesin aciz vesikasıyla ispat edebilecektir¹¹⁰.

Her ne kadar alacaklının asıl borçlu hakkındaki takibi gerekli özeni göstererek yürütme yükümlülüğü olsa da, takibin asıl borç muaccel olur olmaz yapılması gerekmemekte, adi kefil de gecikmeksizin takibe başlansaydı semeresiz kalmayacağı yönünde bir savunmada bulunamamakta; yalnızca TBK m.600 gereği, süreli kefaletlerde sürenin bitiminden evvel asıl borçlu hakkında takip sonuçlandırılıp adi kefilin takibe

¹⁰⁷ Özen, s. 266.

¹⁰⁸ Aral/Ayrancı, s. 451.

¹⁰⁹ Reisoğlu, s. 162.

¹¹⁰ Aral/Ayrancı, s. 452.

geçilmemişse ve TBK m.601 gereği süreli olmayan kefaletlerde adi kefil, asıl borcun muacceliyetinden itibaren bir ay içinde alacaklının borçlu hakkında takibe geçmesini yahut rehinleri paraya çevirmek için gerekenlerin yapılmasını alacaklıdan istediği halde alacaklı bu isteğe uymamışsa, kefil borcundan kurtulabilmektedir¹¹¹.

Asıl borçlunun kefalet sözleşmesinin kurulmasından sonra ikametgahını yurtdışına nakletmesi dolayısıyla Türkiye’de takibinin mümkün olmaması veya ülkede takip yapılmasının önemli ölçüde güçleşmesi durumlarında da tartışma def’inin ileri sürülmesi olanağı ortadan kalkmaktadır¹¹².

5.1.3. Rehinin paraya çevrilmesi def’i ve ileri sürülmesinin mümkün olmadığı haller

TBK m.585/2 uyarınca; kefalet sözleşmesi akdedilmeden evvel yahut akdedilirken alacak için rehne dayalı bir güvence söz konusuysa, adi kefilin alacaklıdan öncelikle alacağın rehinin nakde çevrilmesi suretiyle tatmin edilmesi talep edilebilmekte, ancak bu durum asıl borçlu için iflas yahut konkordato süresi tanınması kararı söz konusuysa mümkün olmamaktadır.

Madde hükmünde bahsi geçen ‘rehin’ kapsamına yalnızca sözleşmeden kaynaklanan rehin hakları değil, hapis gibi kanuni rehin hakları da girdiği gibi; rehinin kefalet sözleşmesinin kurulmasından önce veya kurulduğu esnada tesis edilmiş olması şartı da yalnızca rehni veren üçüncü kişi ise söz konusu olmakta rehin asıl borçlu tarafından verilmişse rehin verilme zamanının ehemmiyeti kalmamaktadır; bunun yanı sıra asıl borçlunun iflas etmemiş olması şartı ise yalnızca asıl borçlunun rehin verdiği durumda rehinin paraya çevrilmesi def’inin ileri sürülmesini engellemekte, rehin üçüncü kişi tarafından verildiğinde def’inin ileri sürülmesine herhangi bir engel teşkil etmemektedir¹¹³.

Rehinin paraya çevrilmesi def’i ve tartışma def’inden her zaman feragatin mümkün olması söz konusu olduğu gibi, kefilin bunları ileri sürmeden yaptığı ödemeler ileri sürebileceğini bilmesede sebepsiz zenginleşme teşkil etmez yani geçerlidir¹¹⁴.

Daha önce bahsedildiği üzere, alacaklının borçluya karşı gerçekleştirdiği takip neticesinde kesin aciz belgesi alması, borçlu karşı Türkiye’de takip yapılmasının mümkün

¹¹¹ Özen, s. 269.

¹¹² Aral/Ayrancı, s.452.

¹¹³ Aral/Ayrancı, s.453.

¹¹⁴ Zevkliler/Gökyayla, s.680.

olmaması veya önemli nispette güç hale gelmesi, borçlu için iflas ve konkordato süresi tanınması kararı verilmesi hallerinde kefile direkt olarak başvurulması mümkün olmakla birlikte; şayet adi kefil iflas etmişse, İİK m.202 gereğince, müflisin vadesi henüz gelmemiş borçlara kefil olmasında dahi bu borçların masaya zimmet teşkil ederek kaydedilmesi, masanın ödemesi oranında asıl ve müşterek borçluların yerini alması söz konusu olmaktadır¹¹⁵.

TBK m.590/2 uyarınca; kefalet türünden bağımsız olarak kefilin aynı teminat göstermesi durumunda hakimden var olan rehinlerin paraya çevrilmesine ve borçluya karşı yapılan takip neticesinde kesin aciz belgesi alınmasına yahut konkordato kararı verilmesine kadar tarafına karşı yapılan takibin durdurulmasına kararını talep hakkı bulunmaktadır.

TBK m.585/3'te adi kefaletin bir alt türü kabul edilen ‘‘açığa kefalet’’ için; kefilin yalnızca açığın kapatılmasına ilişkin kefalet taahhüdü altına girmesi durumunda sözleşmede aksinin kararlaştırılması mümkün olmakla birlikte borçluya karşı yapılan takip neticesinde kesin aciz belgesine sahip olunması yahut borçluya karşı Türkiye’de takip yapma imkanı bulunmaması ve yahut konkordatonun kesin nitelik kazanması hallerinde borçluya direkt olarak başvurmanın mümkün olduğu belirtilmekte; açığa kefalet tali niteliğin en çok kendini gösterdiği kefalet türü olarak kabul görmektedir¹¹⁶.

5.2. Müteselsil Kefalet

5.2.1. Genel olarak

TBK m. 586'ya göre, kefilin müteselsil kefil sıfatı yahut bu sıfatın anlaşılabilceği bir başka ifade ile yükümlülük altına girmeyi uygun bulması durumunda, alacaklının taşınmaz rehnini nakde çevirmeksizin yahut asıl borçluya takip yapmasının kefile takip yapması mümkün olmakta, buna karşılık bu durumun gerçekleşebilmesi için asıl borçlunun ifasının gecikmiş olması yahut borçluya karşı yapılan ihtarin netice vermemesi gerekmektedir. Aynı madde hükmüne göre, alacağın teslimine bağlı taşınır rehni yahut alacak rehni ile teminat altına alınmasının söz konusu olması durumunda doğrudan kefile başvurusu mümkün olmayıp, yalnızca rehinler nakde çevrilse dahi alacağı tam anlamıyla karşılamayacağını evvelce hakim tespit etmesi yahut borçlu için iflasına ve ya konkordato

¹¹⁵ Zevkliler/Gökyayla, s.681.

¹¹⁶ Zevkliler/Gökyayla, s. 682.

süresi tanınmasına ilişkin karar verilmesi durumlarında rehin paraya çevrilmeksizin kefile başvurulması mümkün hale gelmektedir.

Alacaklının alacağını teminat altına alması; müteselsil kefalette, adi kefaletle karşılaştırıldığında, daha etkili bir şekilde gerçekleşmektedir¹¹⁷.

TTK m. 7’de ‘*Ticari işlerde teselsül karinesi*’ başlıklı düzenlemeye göre, ticari bir iş için iki veya daha fazla kişinin borçlanması halinde, kanunda ve sözleşmede aksi düzenlenebilmekle birlikte müteselsil sorumluluk söz konusu olmakta, ikinci fıkraya göre ticari borçlara kefalette de birinci fıkra hükmü uygulanacağından kefiller arasında da asıl borçlu ile kefil arasında da müteselsil kefalet söz konusu olmaktadır.

Bu sebeple ticari borçlara kefalette kanunda yahut sözleşmede aksi öngörülmemişse, müteselsil kefalet söz konusu olacaktır.

Ancak anılan karinenin uygulanabilmesi için, kefalet sözleşmesinin hukuken geçerli bir biçimde kurulmuş olması, yani sözleşmenin kefilin sorumluluğundaki azami miktarın ve kefalet tarihinin kefilin el yazısıyla yazılmış halini ihtiva ederek yazılı şekilde kurulması ve kefilin evli olduğu durumda mahkeme tarafından ayrılığa ya da yasal olarak ayrı yaşama hakkı verilmesine karar verilmiş olması ve yahut TBK md 584/3’de yer alan istisnai durumlar yoksa eşin yazılı rızasının da olması gerekmektedir¹¹⁸.

Tüketici işlemlerinde ise TKHK m.4/6 gereğince; tüketici işlemlerinin söz konusu olduğu durumlarda tüketici için şahsi teminat alınıyorsa bu teminatlar her halde adi kefalet olarak kabul edilmekte, tüketicinin alacaklı olduğu durumlarda şahsi teminat verilmesinin söz konusu olduğu durumlarda ise kanunda aksine bir düzenleme bulunmuyorsa müteselsil kefalet söz konusu olmaktadır.

Kefaletin şekline uygun olarak başta adi kefalet olarak kurulan bir sözleşmenin müteselsil kefalete çevrilmesinde bir sakınca yoktur¹¹⁹.

¹¹⁷ Çakır, Ayтуğ Ceyhun, Müteselsil Kefaletin Hükümleri ve Sonuçları, *Terazi Hukuk Dergisi*, Cilt: 9, Sayı: 96, Ağustos 2014, s.16.

¹¹⁸ Altop, Atilla, Kefalet Sözleşmesine İlişkin Olarak Türk Borçlar Kanununda ve Türk Ticaret Kanununda Yer Alan ve Birbiri İle Çeliştikleri Düşünülen Bazı Hükümlere İlişkin Bir Değerlendirme, *İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt: 16, Sayı: 2, Temmuz 2017, Sayfa: 55.

¹¹⁹ Zevkliler/Gökyayla, s. 685.

5.2.2. Müteselsil kefalet ve müteselsil borçluluk

Eski BK'da m. 487 düzenlenirken yapılan bir çeviri hatası üzerine müteselsil borçluluk ile karışıklığa neden olmakta, ancak bu iki kurumun alacaklının dilediği borçluya başvurabilmesi dışında ortak hiçbir yönü bulunmamaktadır¹²⁰. Anılan kanunun bu maddesine göre; ‘*kefil, borçlu ile beraber müteselsil kefil veya müşterek müteselsil borçlu sıfatı ile veya bu gibi diğer bir sıfatla borcun ifasını deruhte etmiş ise*’ şeklindeki ifade sebebiyle, müteselsil kefil olma iradesinin anlaşılabilmesi için müteselsil kefil veya müşterek müteselsil borçlu veya benzer sıfatla sorumluluk üstlenmesi gerekmekte, ancak müşterek müteselsil borçlu ifadesi kefil değil müteselsil borçlu anlamına geldiğinden doğru bir seçim olmamakta zira müteselsil kefalette TBK m.162 anlamında bir müteselsil borçluluk söz konusu olmamaktadır¹²¹. Eski tarihli Yargıtay kararlarına bakıldığında da, ‘müteselsil kefil ve müşterek müteselsil borçlu’ ifadesinin müteselsil kefil olma iradesini belirtmek amacına binaen kullanıldığının kabul edildiği görülmektedir.

6098 sayılı TBK ile bu ifade değiştirilmiş ve müteselsil kefaletle ilişkin TBK m. 586/1 hükmüne göre; kefilin müteselsil kefil sıfatı yahut bu sıfatın anlaşılabilceği bir başka ifade ile yükümlülük altına girmeyi uygun bulması durumunda, alacaklının taşınmaz rehnini nakde çevirmeksizin yahut asıl borçluya takip yapmaksızın kefile takip yapması mümkün olmaktadır.

Müteselsil borçlulukta borcun fer'i olma durumu borcun doğum anında dahi söz konusu değildir¹²².

Müteselsil borçlulukta borçlulardan birinin borcunun geçersizliği diğer borçlulara etki etmezken, müteselsil kefalette asıl borçlunun borcunun geçersizliği kefalet borcunu da geçersiz kılmaktadır, bunun yanı sıra müteselsil kefil asıl borçlunun alacaklıya karşı öne sürmesi gereken bütün def'i ve itirazları öne sürmeye yetkili ve yükümlü iken, müteselsil borçlulukta yalnızca ortak def'iler ileri sürülebilir¹²³.

Kefil ödediği miktarın tamamı için alacaklının haklarına halef olurken, müteselsil borçlulukta borçlu payının fazlası için halef olmakta ve bununla birlikte kefil halefiyet

¹²⁰ Tandoğan, s.703.

¹²¹ Özen, s.286.

¹²² Yavuz, Nihat, Türk Kefalet Hukuku, Adalet Yayınevi, Ankara 2009, s.30.

¹²³ Tandoğan, s.703.

kurallarından önceden feragat edemezken müteselsil borçlulukta buna engel bir durum yoktur¹²⁴.

Müteselsil borçlulukta zamanaşımı borçlulardan birine kesilirse tamamına karşı kesilirken, kefile karşı zamanaşımının kesilmesi hali asıl borçluya karşı da zamanaşımının kesilmesini sağlamaz¹²⁵.

5.2.3. İfade gecikme durumu ile ihtarın neticesiz kalması

TBK m. 586/1 uyarınca; kefilin müteselsil kefil sıfatı yahut bu sıfatın anlaşılacağı bir başka ifade ile yükümlülük altına girmeyi uygun bulması durumunda, alacaklının taşınmaz rehnini nakde çevirmeksizin yahut asıl borçluya takip yapmaksızın kefile takip yapması mümkün olmakta, buna karşılık bu durumun gerçekleşebilmesi için asıl borçlunun ifasının gecikmiş olması yahut borçluya karşı yapılan ihtarın netice vermemesi gerekmektedir.

İhtarın sonuçsuz kalması durumunun gerçekleşebilmesi için Yasada herhangi bir süre belirtilmemekte, ancak asıl borçluya ihtar göndererek makul bir ödeme süresi tanınması gerektiği kabul edilmekte, bu süreden sonra alacaklının kefile başvurusu üzerine borç kefil için de muaccel hale geleceğinden(kefilin ödeme yapmaması durumunda temerrüt söz konusu olacak), alacaklı kefile ihtar gönderebileceği direkt kefilini takip yoluna da gidebilmektedir¹²⁶.

5.2.3.1. Borcun muaccel hale gelmesi

TBK m. 586/1 uyarınca asıl borçlunun müteselsil kefile başvurulabilmesi için ihtar edilmesi gerekmekte, ancak bu ihtar bir temerrüt ihtar niteliği taşımamakla birlikte, yalnızca asıl borç muaccel olduktan sonra yapılması mümkün olmaktadır¹²⁷.

Asıl borçlunun ifade gecikmesinin gerçekleşmesi asıl borcun muaccel olmasına bağlı olmakla birlikte, TBK md 590/3 uyarınca, asıl borcun muacceliyetinin vukuu bulması için alacaklının yahut borçlunun süre ihtiva eden bir bildirimde bulunma zarureti söz konusuysa, kefalet borcunun muacceliyeti için de kefile yapılan bildirimle bu süre başlamakta, yani süre, kefil için bildirim asıl borçluya değil kendisine yapıldığı tarihte başlamaktadır¹²⁸.

¹²⁴ Tandoğan, s.705.

¹²⁵ Yavuz, s.31.

¹²⁶ Reisoğlu, s. 170; aksi görüş için bkz Özen, s. 297.

¹²⁷ Özen, s. 297.

¹²⁸ Özen, s. 297.

Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 10.10.2012 tarihli, 2012/7502 Esas, 2012/707 sayılı kararında¹²⁹ muacceliyet ödeme vaktinin gelmesi olarak tanımlanmış, vadenin söz konusu olduğu durumlarda ise vadenin gelmesiyle ortaya çıkacağı, borcun yalnızca muacceliyet kazanmasının ise borçlunun temerrüde düşürülmesini sağlamaya yetmeyeceği bunun için alacaklının borçluya karşı yapacağı ihtarın devreye gireceği belirtilmiş, ihtar ise alacaklının borçluya borcunu ödemesi isteğine ilişkin iradeyi ulaştırması olarak tanımlanarak, kanun yahut sözleşmede yer alan düzenleme neticesinde vadesinde ödeme yapılmamasının ihtar söz konusu olmaksızın borçluyu temerrüde düşüreceği açıklanmıştır¹³⁰.

Banka uygulamasında alacağın muacceliyet kazanması ve ödeme süresinin belirlenmesi; krediler çoğunlukla cari hesap olarak çalıştığından ve cari hesaplar vadeli olmadığından, cari hesabın kat edilmesiyle gerçekleşecektir¹³¹.

5.2.3.2. İhtar

TBK m.586/1'e göre alacaklının müteselsil borçluya başvurması için asıl borçlunun borcun ifasında gecikmesi, asıl borçluya karşı ihtarda bulunması ve ihtarın da neticesiz kalması gerekmektedir.

Alacaklı borç muaccel olmaksızın ihtar göndererek, ihtar gönderme gerekliliğini yerine getirmiş olmamakta, böyle bir durumda müteselsil kefil asıl borçluya ihtar gönderilmediğini ileri sürerek ifadan kaçınabilmektedir¹³².

İfada geciken asıl borçluya yapılan ihtarda bir şekil şartı ve ihtarın sonuçsuz kalması bakımından bir süre Yasada öngörülmemekle birlikte, ispat açısından ihtar çekilirken yazılı şekle uyulmakta, borçluya da makul bir süre tanınması gerektiği ileri sürülmektedir¹³³.

Daha önce de bahsedildiği üzere ihtarda süre tanınması zaruri olmayıp, sürenin gerekliliği alacaklı ile borçlu arasındaki hukuki ilişkiyle bağlantılı bulunmakta, fakat ihtarda

¹²⁹ “... Muacceliyet en yalın anlatımıyla, ödeme zamanının gelmiş olmasıdır. Borcun ifası için bir vade öngörülmüşse kural olarak bu vadenin gelmesiyle muacceliyet oluşur. Muacceliyet tek başına temerrüdü sağlamaya yeterli değildir; ayrıca alacaklı tarafından borçluya bir ihtarda bulunulması da gerekir (818 Sayılı B.K. m. 101/f. 1- TBK m. 117/1-). İhtar, alacaklının ödeme talebinden ibaret iradesini borçluya iletmesidir. İstisnaen sözleşme veya kanunla getirilen düzenlemeyle zamanında ödemedede bulunulmaması halinde ihtar gerek kalmaksızın temerrüt oluşur...”

¹³⁰ Buluş, s. 89.

¹³¹ Reisoğlu, s. 171.

¹³² Acar Ünal, Özlem, Müteselsil Kefalette Def'iler, *Fasikül Hukuk Dergisi*, Cilt: 10, Sayı: 100, Mart 2018, s. 181-200.

¹³³ Reisoğlu, s. 170.

derhal ya da belirlenen makul sürede ödeme talebinin yer alması gerekmekte ve bunlara ek olarak ihtara uyulmaması halinde gerçekleşecek sonuçların ihtarda belirtilmesi zaruret teşkil etmemektedir¹³⁴.

Alacaklının ihtar göndermesi neticesinde asıl borçlunun kısmi ifada bulunması durumunda, alacaklı kısmi ifayı reddederek müteselsil kefile başvurabilmekle beraber, kısmi ifayı kabul ederek kısmi ifanın dışında kalan tutar bakımından ihtar sonuçsuz kalacağından bu tutar için müteselsil kefile başvurması mümkündür¹³⁵.

Bankacılık uygulamasında kredi borçlarının vadesinde ödenmemesi durumunda borçluya hesap kat ihtarnamesi gönderilerek borç muaccel hale getirilmekte ve müteselsil borçluya başvurulmakta, ancak hesap kat ihtarnamesinin TBK m. 590/3 kapsamında değerlendirildiğinde borcun muacceliyeti alacaklı ya da borçlunun süre içeren bir bildirim yapmasına bağlı olduğu durumlarda bu bildirim kefile de yapılması gerekmekte, hesap kat ihtarnamesiyle asıl borçluya ve kefile yapılan bildirim muacceliyet şartını sağlamakta, hesap kat ihtarnamesinde belirtilen süre geçtikten sonra ödeme yapmayan borçlu ifada gecikmiş olmakta, bunun üzerine asıl borçluya ihtar gönderilmekte ve bu ihtarın sonuçsuz kalması üzerine müteselsil kefile başvurulması gerekmektedir¹³⁶.

5.2.3.3. İhtarın hukuki niteliği

Yargıtay kararlarında asıl borçlu ile kefile ayrı ihtarlar gönderilmesinin zorunlu olmadığı, aynı anda gönderilen ihtarnameler neticesinde borcun ödenmemesi durumunda, alacağın teslimine bağlı taşınır rehni yahut alacak rehni ile de teminat altına alınmaması söz konusu ise müteselsil kefile karşı yasal yollara başvurulabileceği kabul edilmekte; nitekim Yargıtay 19. HD'nin 13.10.2014 tarihli, 2014/9172 Esas, 2014/14988 Karar sayılı kararında¹³⁷, yerel mahkemenin müteselsil kefile ihtar yapılmadığından müteselsil kefil için

¹³⁴ Reisoğlu, s. 170-171.

¹³⁵ Acar Ünal, s. 181-200.

¹³⁶ Acar Ünal, s. 181-200.

¹³⁷ "... ihtar tebliğ edilemediğinden ihtarın sonuçsuz kalması koşulu gerçekleşmediği gibi borçlunun açıkça ödeme güçsüzlüğü için de olduğuna dair de davacı tarafça herhangi bir delil ve belge sunulmadığı, hem borçluya hem de kefile ihtarname tebliğ edilmemesi sebebiyle borcun muacceliyet kazanmadığı, bir başka ifade ile borç henüz müteselsil kefil yönünden istenebilir durumda olmadan takip erken başlatıldığından itirazın iptali talebinin usulden reddine karar verilmesi gerektiği gerekçeleri ile B.K.nun 586/1.maddesi gereğince müteselsil kefil borçluya takipten önce ihtar yapılmamış olması sebebiyle itirazın iptali davasının usulden reddine, tazminat taleplerinin reddine karar verilmiş, hüküm davacı vekilince temyiz edilmiştir. Müteselsil kefalet başlıklı 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 586.maddesine göre 'kefil, müteselsil kefil sıfatıyla veya bu anlama gelen herhangi bir ifadeyle yükümlülük altına girmeyi kabul etmişse alacaklı, borçluyu takip etmeden veya taşınmaz rehniyi paraya çevirmeden kefilin takibi edebilir. Ancak, bunun için borçlunun, ifade gecikmesi ve ihtarın sonuçsuz kalması veya açıkça ödeme güçsüzlüğü içinde olması gerekir'. Görüldüğü üzere Kanunda, müteselsil kefile ihtar çekilmesi şartı aranmamaktadır. Müteselsil kefile ihtar çekilmesi, sadece onun

borcun henüz talep edilebilirlik niteliği kazanmaması hasebiyle takibin erken yapıldığı gerekçesine dayanarak itirazın iptali talebinin usulden reddi kararının; talep edilebilirlik yönünden kanunda yalnızca borçlunun, ifada gecikmesi ve ihtarın sonuçsuz kalması veya açıkça ödeme güçsüzlüğü içinde olması durumlarının belirtildiği ve müteselsil kefile karşı ihtarda bulunmasının bu durumlardan birini teşkil etmemesi bu nitelikte bir ihtarın yalnızca temerrüt kurumunu harekete geçirebileceği gerekçesiyle bozulması gerektiğine hükmedilmiştir¹³⁸.

İfada gecikme durumunda gönderilen ihtar temerrüt ihtarı değildir, asıl borçlunun temerrüde düşmesi amacına binaen gönderilmediği gibi, asıl borcun muaccel olması ve ifada gecikilmesi kafi olup asıl borçlunun temerrüde düşmüş olması da gerekmemektedir¹³⁹.

İhtar herhangi bir şekilde tabi olmayıp, alacaklının borçludan ifada bulunmasını istemesi yeterli olmakta, bununla birlikte bu ihtar temerrüt ihtarı teşkil etmediğinden tacirler arasında yapılsa da TTK m.18/3 kapsamında olmamakta, dolayısıyla yine herhangi bir şekilde tabi olmamaktadır¹⁴⁰.

5.2.3.4. İhtar gerekliliğini ortadan kaldıran durumlar

Asıl borçlu iflas etmesi yahut kendisine konkordato mehli verilmesi ve yahut asıl borçluya ilişkin kesin aciz belgesi alınmış olması gibi açık emarelerle ödeme güçsüzlüğü içindeyse, asıl borcun ifasının gecikmesi durumunda ayrıca ihtara gerek olmaksızın müteselsil kefile başvurmak mümkündür ve borç ödemediği aciz belgesinin özellikle müteselsil kefile başvurmak isteyen alacaklı tarafından alınmasına gerek olmadığı gibi asıl borçlunun konkordato mehli verilmesi için talepte bulunması dahi yeterli olabilmektedir¹⁴¹.

Borçlu ihtar neticesinde açıkça ödemede bulunmayacağını beyan etmişse, ihtarın sonuçsuz kalmasının gerçekleşmesi için makul sürenin beklenmesine lüzum kalmamaktadır¹⁴².

takipten önce temerrüde düşürülmesi ile ilgili bir sorundur. Hal böyle olunca, yazılı gerekçe ile red kararı verilmesi doğru görülmemiştir.”

¹³⁸ Buluş, s. 92.

¹³⁹ Özen, s. 296.

¹⁴⁰ Acar Ünal, s. 181-200.

¹⁴¹ Özen, s. 299.

¹⁴² Acar Ünal, s. 181-200.

Asıl borçlunun yerleşim yerini yurtdışına taşımış olması ve Türkiye’de takip edilemiyor olması yahut takip edilmesinin çok zor olması durumunda da alacaklı asıl borçluya ihtarda bulunmaksızın müteselsil kefilî takip edebilir¹⁴³.

Alacaklının borçluya temerrüt ihtarında bulunması durumunda, müteselsil kefile başvurabilmek için borçluya ayrıca ihtar göndermesine gerek yoktur¹⁴⁴.

5.2.4. Borç için güvence olarak teslimî bağı taşınır rehni ve alacak rehni verilmiş olması halinde

818 sayılı Eski BK zamanında müteselsil kefilin alacaklıya önce rehinlerin paraya çevrilmesini def’ini ileri sürme gibi bir hakkı bulunmamakta, bu hak müteselsil kefil için alacaklıya karşı teslimî bağı taşınır yahut alacak rehniyle borcun teminat altına alınması halinde önce bunların paraya çevrilmesini ileri sürme def’i olarak 6098 sayılı TBK ile tanınmıştır¹⁴⁵.

TBK m. 586/2 uyarınca; alacağın teslimî bağı taşınır rehni yahut alacak rehni ile teminat altına alınmasının söz konusu olması durumunda doğrudan kefile başvurması mümkün olmayıp, yalnızca rehinler nakde çevrilse dahi alacağı tam anlamıyla karşılamayacağına evvelce hakimî tespit etmesi yahut borçlu için iflasına ve ya konkordato süresi tanınmasına ilişkin karar verilmesi durumlarında rehin paraya çevrilmeksizin kefile başvurulması mümkün hale gelmektedir.

Teslimî bağı taşınır rehni kıymetli evrak rehni de kapsamakta, ipotekli borç senedi ve irat senedinin de taşınmaz rehni türleri arasında sayılsalar da kıymetli evrak nitelikleri sebebiyle müteselsil kefile başvurmadan evvel paraya çevrilmeleri gerekmektedir¹⁴⁶.

Bir görüşe göre, taşıtlar üzerinde taşınır rehni kurulabilmesi için Karayolları Trafik Sicili’ne rehni tescil olması gerektiğinden, bu tür taşıt rehinleri de teslimî bağı taşınır rehni kapsamında kabul edilmektedir¹⁴⁷.

Doktrinde aksi bir görüş de bulunmakta, buna göre taşıtlar üzerinde zilyetlik devredilmeksizin Karayolları Trafik Sicili’ne tescil vasıtasıyla taşınır rehni kurulabilmesi mümkün olduğundan, bu tür taşıt rehinlerinin teslimî bağı taşınır rehni kapsamında kabul

¹⁴³ Reisoğlu, s. 170.

¹⁴⁴ Acar Ünal, s. 181-200.

¹⁴⁵ Acar Ünal, s. 181-200.

¹⁴⁶ Özen, s. 301.

¹⁴⁷ Reisoğlu, s. 171.

edilmemesi gerektiği savunulmakta; bu görüş Yargıtay 11. HD 9.1.2014 tarih, 2013/17403 Esas, 2014/386 Karar sayılı kararıyla¹⁴⁸ da desteklenmektedir¹⁴⁹.

Doktrinde kefil olunan alacağın güvencesini oluşturan teslim bağı taşınır rehinleri ve alacak rehinlerinden hangilerinin TBK m.586/2 kapsamında olacağına ilişkin farklı görüşler bulunmakta; bir görüşe göre bu kapsama kefil olunan alacağın güvencesini oluşturan hangi teslim bağı taşınır rehinleri ve alacak rehinlerinin gireceği TBK m. 596/2'deki halefiyet kurallarına göre belirlenecektir; buna göre aksinin kararlaştırılması mümkün olmakla birlikte, kefilin halefiyet hakkının yalnızca rehin hakları ve aynı alacak için kefalet anında var olan yahut asıl borçlu tarafından sırf bu alacak için verilmiş diğer güvencelerle sınırlı olduğu ifade edilerek, bu haktan da feragat edilerek halefiyet hakkının kapsamının genişletilmesinin mümkün olduğu belirtilmekte; yani aksine bir anlaşma söz konusu değilse yalnızca teslim bağı taşınır rehinlerinden ve alacak rehinlerinden asıl borçlu tarafından bizzat bu alacak için verilmiş bulunanlar bu kapsama dahil olmaktadır¹⁵⁰.

Bir başka görüşe göre ise teslim bağı taşınır rehinleri ve alacak rehinlerinin kim tarafından verildiği önem taşımamakta, asıl borçlu tarafından verilmiş olabileceği gibi üçüncü kişi tarafından da verilmiş olması mümkün olmakta, müteselsil kefil kendisinden talepte bulunduğu zaman mevcut olan tüm teslim bağı taşınır rehinlerinden ve alacak rehinlerinden yararlanarak buna ilişkin def'i sürebilmesi mümkündür¹⁵¹.

Müteselsil kefil kendisine münhasır bu rehlin paraya çevrilmesi hakkını kullanırken, teslim bağı taşınır ve alacak rehinlerinin kuruluş zamanı bir önem taşımamakta, kefalet sözleşmesinin inikadından evvel ya da daha sonra kurulmuş olmasında bir beis bulunmamaktadır¹⁵².

Ticari işletme rehni de 1447 sayılı Ticari İşletme Rehni Kanunu(TİRK)¹⁵³ m. 20'ye göre ticari işletme rehnine ilişkin mezkur kanunda özel bir düzenleme olmadığı durumlarda,

¹⁴⁸ .‘ Kanun gereğince bir sicile tescili zorunlu olan taşınır mallar bakımından, teslim bağı rehin yanında, zilyetliğin alacaklıya devrine gerek olmaksızın, taşınır malın kayıtlı bulunduğu sicile kaydedilmek üzere taşınır mal üzerinde rehin kurulabilir. Böyle bir rehin teslim bağı taşınır rehni olmadığından, TBK'nın 586. maddesinin 1. fıkrasının 2. cümlesine göre müteselsil kefilin takibine engel teşkil etmez. Dosya içeriğinde rehin sözleşmesi ve sicil kaydı kaydı olup kurulan TMK'nın 940. maddesine göre oluşturulan sicilli taşınır rehni olduğu anlaşılmaktadır. Mahkemece bu yön üzerinde durulmadan alacağın taşınır rehniyle güvence altına alınmış olduğu gerekçesiyle ihtiyati haciz işleminin reddine karar verilmesi doğru olmamıştır.’

¹⁴⁹ Acar Ünal, s. 181-200.

¹⁵⁰ Reisoğlu, s. 171.

¹⁵¹ Acar Ünal, s. 181-200.

¹⁵² Özen, s. 302.

¹⁵³ RG: 28/7/1971, s.: 13909.

ticari işletme rehni mezkur kanun hükümlerine aykırı olmayan taşınmaz rehni hükümlerinin tabiiyetinde olup, TBK m. 586/2 kapsamında değildir¹⁵⁴.

Teslime bağlı taşınır rehninin ve alacak rehninin öncelikle paraya çevrilmesi hakkı anılan madde hükmünden de anlaşılacağı üzere, rehinler nakde çevrilse dahi alacağı tam anlamıyla karşılamayacağını evvelce hakimın tespit etmesi yahut borçlu için iflasına ve ya konkordato süresi tanınmasına ilişkin karar verilmesi durumlarında istisnai olarak işlevini yitirmektedir.

Taşınır rehni ve alacak rehninin paraya çevrilmesi def'inin ileri sürülmemesinin kararlaştırılması, anılan istisnai durumların yanı sıra üçüncü istisna olarak İBK m. 496/2de düzenlenmiş, ancak bu istisna TBK kapsamına alınmamıştır¹⁵⁵.

TBK m.586/2, TBK m.582/3 hükmü kapsamında emredici niteliği haiz olduğundan, kefilin TBK m. 586/2'deki haklardan önceden feragat etmesi geçersiz sayılmakta, ancak kefilin lehine bir durum oluşturacağından rehinlerin kapsamı genişletilerek taşınmaz rehninin de bu kapsama gireceğinin kararlaştırılmasına bir engel olmamakla birlikte bu kapsam genişletmenin kefalet sözleşmesinin şekil şartlarına uygun olarak yapılması da gerekmemektedir¹⁵⁶.

5.2.5. İİK'nın m.45

İİK m.45 uyarınca; alacaklının rehinle teminat altına alınmış bir borç için borçlu iflasa tabi olsa dahi, sadece rehnin paraya çevrilmesi yoluyla takip gerçekleştirebilmektedir.

İİK m. 23/3 uyarınca ise; rehin ifadesi ipotek ve taşınır rehninin içinde yer alan tüm taşınır ve de taşınmaz rehinlerini kapsamaktadır.

Dolayısıyla İİK 45. madde hükmündeki rehin tabirinden ipotek ve taşınır deyimlerine içine dahil olan tüm taşınır ve taşınmaz rehinlerini anlamak gerekmekte; TBK m. 586/1 gereğince; kefilin müteselsil kefil sıfatı yahut bu sıfatın anlaşılabilceği bir başka ifade ile yükümlülük altına girmeyi uygun bulması durumunda, alacaklının taşınmaz rehnini nakde çevirmeksizin yahut asıl borçluya takip yapmaksızın kefile takip yapması mümkün olduğundan, asıl borç için taşınmaz rehni mevcutsa müteselsil kefil takip edilebilmektedir.

¹⁵⁴ Acar Ünal, s. 181-200; Reisoğlu, s. 171.

¹⁵⁵ Gümüş, s. 397.

¹⁵⁶ Acar Ünal, s. 181-200.

Ancak doktrinde taşınmaz rehninin kefalet borcu için alınması durumunda farklı görüşler söz konusudur. Bir görüşe göre; İİK m.45 gereğince, önce taşınmaz rehine başvurulacak, borcun karşılanmadığı mahkeme kararı ile tespit edilirse karşılanmadığı ölçüde müteselsil kefile doğrudan başvurulacak; TBK m.586/2 uyarınca; alacağın teslimine bağlı taşınır rehni yahut alacak rehni ile teminat altına alınmasının söz konusu olması durumunda doğrudan kefile başvurması mümkün olmayıp, yalnızca rehinler nakde çevrilse dahi alacağı tam anlamıyla karşılamayacağını evvelce hakim tespit etmesi yahut borçlu için iflasına ve ya konkordato süresi tanınmasına ilişkin karar verilmesi durumlarında rehin paraya çevrilmeksizin kefile başvurulması mümkün hale gelmesi ise İİK m.45 açısından da geçerlilik arz etmekte olup, yine karşılanamayan kısım için müteselsil kefile doğrudan başvurulabilecektir¹⁵⁷. Buna ek olarak kefil asıl borcu ödediğinde ancak alacağın haklarına halef olacağından, İİK m.45 gereğince borçluya rücuudan evvel ipoteğin paraya çevrilmesini talep etmesi gerekecektir¹⁵⁸.

Yargıtay 11. HD'nin 27.03.2013 tarihli, 2013/931 Esas 2013/3611 Karar sayılı kararıyla¹⁵⁹ da desteklenmiş bir başka görüşte ise; kefaletin fer'i niteliği gereğince, İİK m.45'e müteselsil kefilin dayanmasında da bir beis olmadığı, zira önceki görüşün dayanağı olan eBK m.487 ile müteselsil kefilin hiçbir koşulda rehnin paraya çevrilmesi def'inden yararlanmasının mümkün olmaması durumunun TBK m.586'da müteselsil kefile teslimine bağlı taşınır rehninin ve alacak rehninin paraya çevrilmesi def'inin tanınmasıyla son bulduğu savunulmuştur¹⁶⁰.

Müteselsil kefilin borç ilişkisinden kaynaklanan yahut asıl borçluya ait kişisel def'ileri ileri sürmesine kefaletin fer'i niteliği gereği bir engel yoktur¹⁶¹.

¹⁵⁷ Reisoğlu, s.145.

¹⁵⁸ Reisoğlu, s.172.

¹⁵⁹ “... İİK'in 45. maddesine göre, asıl alacağın borçlusuna tarafından alacağı temin etmek üzere rehin verilmiş olması halinde bu alacağa ilişkin olarak rehne başvurulmadan, ihtiyati haciz kararı verilmesi mümkün olmamakla birlikte TBK'nın 586. (Mülga BK'nın 487. maddesi) maddesi uyarınca, müşterek borçlu müteselsil kefiller yönünden kefil oldukları miktar için ayrıca kefaletin rehinle teminatı söz konusu değilse bu kişiler hakkında ihtiyati haciz kararı verilmesi mümkün olup, somut olayda dosya içinde aleyhine ihtiyati haciz istenen müteselsil kefillerin yükledikleri edime ilişkin olarak herhangi bir rehin bulunup bulunmadığı mahkemece araştırılmış değildir. Bu durumda ipotek resmi senedi getirilmek suretiyle müteselsil kefiller tarafından yüklenen edimlerin teminatı olmak üzere alacaklı taraf lehine rehin tesis edilip edilmediği üzerinde durulması gerekir...”

¹⁶⁰ Buluş, s.102.

¹⁶¹ Reisoğlu, s. 173.

5.2.6. Teslime bağı taşınır rehni ve alacak rehninin paraya çevrilmesi zaruretinin bulunmadığı durumlar

TBK m.586/2 gereğince; alacağın teslime bağı taşınır rehni yahut alacak rehni ile teminat altına alınmasının söz konusu olması durumunda doğrudan kefile başvurması mümkün olmayıp, buna karşılık rehinler nakde çevrilse dahi alacağı tam anlamıyla karşılamayacağıının evvelce hakimin tespit etmesi yahut borçlu için iflasına ve ya konkordato süresi tanınmasına ilişkin karar verilmesi durumlarında rehin paraya çevrilmeksizin kefile başvurulması mümkün hale gelmektedir.

Dolayısıyla alacağın rehnin paraya çevrilmesiyle elde edilen tutarın alacağı tamamen karşılamayacağıının evvelce hâkim tarafından tespit edilmesi ve asıl borçlunun iflas etmesi veya asıl borçluya konkordato mehli verilmesi durumlarında rehnin paraya çevrilmesi zorunluluğu olmaksızın müteselsil kefile doğrudan başvurmak mümkündür.

Buna karşılık TBK m.590/1 gereğince asıl borç borçlu için iflas kararı verilmesi hasebiyle vadeden evvel muaccel hale gelse de, vade tarihini beklemeksizin alacaklının müteselsil kefile doğrudan başvurması mümkün değildir¹⁶².

5.3. Birlikte Kefalet

TBK m.587'ye göre birlikte kefalet; ‘ ‘ *Birden çok kişi, aynı borca birlikte kefil oldukları takdirde, her biri kendi payı için adi kefil gibi, diğerlerinin payı için de kefile kefil gibi sorumlu olur.*’ ’ şeklinde açıklanmıştır.

Birlikte kefalet türü ikinci bölümde ayrıca detaylı olarak incelenecektir.

5.4. Kefile Kefalet

Kefile kefalette asıl kefilin borcuna karşılık kefalet verme durumu söz konusudur; yani kefil asıl borçlunun borcunu ifasından sorumlu olmayı taahhüt ederken; kefile kefil, asıl kefilin kefalet borcunu ifasından sorumlu olmayı taahhüt etmektedir¹⁶³.

TBK m.588/1 gereğince; kefile kefil alacaklıya asıl kefilin kefalet borcu için teminat verdiğiinden asıl kefile beraber adi kefil sorumluluğu yüklenmiş olmaktadır.

Bu sözleşme de yazılı biçimde kurulmakta, taraflarını alacaklı ve kefile kefil teşkil etmekte, kefile kefil tartışma def'i ileri sürme hakkına sahip olmaktadır; bunun yanı sıra

¹⁶² Acar Ünal, s. 181-200.

¹⁶³ Ayrancı/Aral, s.457.

kefile kefil ile asıl kefilin müteselsil sorumlu olacağı kararlaştırılabilirken, bu durumda müteselsil kefaletin aksine asıl kefil borcu önce öderse kefile kefile rücuu hakkı bulunmamaktadır¹⁶⁴.

5.5. Rücua Kefalet

TBK m.588/2 uyarınca; rücua kefil, asıl kefilin asıl borçluya karşı sahip olduğu rücu hakkını teminat altına alan kefil teşkil etmektedir. Rücua kefalet sözleşmesinin tarafları asıl kefil ile rücua kefildir¹⁶⁵.

Rücua kefilin tartışma def'i ileri sürmesi mümkündür¹⁶⁶.

II. BİRLİKTE KEFALET

1.TBK. m. 587 Uyarınca Birlikte Kefalet

Birlikte kefalet aynı başlıkla TBK m.587'de düzenlenmiştir. Şöyle ki; birden fazla kişinin bir borca beraber kefil olmaları durumunda kefiller kendi hisseleri için adi kefil olarak sorumlu olurken, diğer birlikte kefillerin hisseleri için kefile kefil olarak sorumlulukları söz konusudur.

Birden fazla kefilin asıl borcun her bir payına ayrı olarak kefalet taahhüdünde bulunması mümkün olduğu gibi, birden fazla kefil tarafından aynı pay üzerinde yahut külli olarak borç üzerinde kefalet taahhüdünde bulunulması mümkündür¹⁶⁷.

Aynı madde hükmünce, asıl borçluyla beraber yahut birlikte kefillerin birbirleriyle müteselsil kefil sıfatıyla kefalet taahhüdü altına girmesi durumunda bu kefillerin tek başlarına borcunun tamamından sorumluluğu söz konusu olmakta, buna karşılık kendisinden evvel yahut aynı anda müteselsil kefalet altına giren ve Türkiye'de takip edilebilmesi mümkün olan birlikte kefillerin hepsine karşı takip başlatılmamışsa, kendi hissesini aşan miktarı ödemeyi reddetme hakkı bulunmakta, bunun yanı sıra aksinin kararlaştırılması mümkün olmakla birlikte, kefilin borcu ödemesi durumunda kendi paylarını henüz

¹⁶⁴ Zevkliler/Gökyayla, s.688.

¹⁶⁵ Ayrancı/Aral, s.457.

¹⁶⁶ Zevkliler/Gökyayla, s.688.

¹⁶⁷ Becker, Herman; İsviçre Borçlar Kanunu Şerhi, (Çeviren: Dura, A. Suat), Yargıtay Yayınları No:24, 1993, s.1062.

ödememiş olan diğer birlikte kefillere rücu hakkı bulunmakta olup, bu rücu hakkı asıl borçluya rücu edilmeden evvel de kullanılabilir.

Yine anılan maddeye göre, kefilin başka kefillerin de olacağı zannıyla kefil olması durumunda alacaklının bu vaziyeti bilmesi yahut bilmesi gerekmesi halinde, bu öngörülen kefilin yahut kefillerin kefalet taahhüdü altına girmemesi, alacaklı tarafından borçtan kurtarılması ya da kefalet yükümlülüğünün hükümsüz olması durumunda öngörüsü gerçekleşmeyen kefile kefaletten kurtulma imkanı bulunmaktadır.

Madde hükmünün son fıkrasına göre, bağımsız birlikte kefaletin söz konusu olması durumunda kefiller tek başlarına borcun tamamının sorumluluğunu yüklenmekte, buna karşılık kefilin borcu ödemesi halinde aksinin kararlaştırılması mümkün olmakla birlikte, kefil diğer kefillere payları oranında rücu edebilme hakkını haizdir.

Birlikte kefaleti kefiller arasında birbirinden haberdar olma bakımından subjektif anlamda gerçek olmayan birlikte kefalet ve gerçek birlikte kefalet şeklinde; kefalet sözleşmesinin kuruluş şekli göz önüne alınarak da adi birlikte kefalet ve müteselsil birlikte kefalet olarak tasnif etmek mümkündür¹⁶⁸.

Doktrinde birlikte kefaletin geniş anlamda birlikte kefalet alt kolları olarak dar anlamda yani gerçek birlikte kefalet, bağımsız toplu kefalet(yan kefalet) yani gerçek olmayan birlikte kefalet ve kısmi kefalet şeklinde bir tasnifi de yer almaktadır¹⁶⁹.

Mehaz İsviçre BK m.497 kaynak alınarak TBK m.587 düzenlenmiş, maddenin ilk fıkrasında adi birlikte kefalet, ikinci fıkrasında ise müteselsil birlikte kefalet düzenlenmekte, TBK m.587 ile getirilen yeniliklerle adi birlikte kefile ait olan bölme def'iden belli nispette müteselsil birlikte kefil de yararlanmaktadır¹⁷⁰.

Hukukumuzda, birlikte kefalette taahhüt edilen borcun bölünebilir olması zarureti bulunmamakta olup; mehaz İsviçre Kanunu'nda bölünebilirlik ifadesine yer vermiş, ancak İsviçre öğretisinde bölünebilirliğin aranacağı yerin yalnızca adi birlikte kefalette söz konusu olduğu, hatta taahhüt edilen borcun bölünemeyeceği durumlarda birlikte kefalet kurulması durumunun müteselsil nitelikte olduğuna delalet ettiği, adiyeye çevrilebilmesi için adi olduğunun belirtilebileceği kabul edilmekte, eskiBK zamanında da hakim olan bir başka

¹⁶⁸ Buluş, s. 111.

¹⁶⁹ Gümüş, s. 398.

¹⁷⁰ Özen, s. 310.

görüŖe göre ise borcun bölünebilir olmamasının teselsüle delalet etmediği adi birlikte kefalet olarak düşünülmesinde bir beis olmadığı kabul edilmekte; 818 sayılı EskiBK m.488’de ise borcun ‘‘mütecezzi’’ yani bölünebilir olacağını belirtmiŖ ancak 6098 sayılı TBK’da buna iliŖkin bir ifade kullanılmayarak bölünebilirlik aranılması zaruretinin önüne geçilmiŖtir¹⁷¹.

2. Gerçek Birlikte Kefalet

2.1. Asıl borcun ayniyeti

Gerçek birlikte kefaletten söz edebilmek için aynı borçlu ve aynı alacaklı arasındaki aynı borca birlikte kefaletin söz konusu olması gerekmekte, aynı borçlunun aynı alacaklıya karşı çeŖitli borçları söz konusu olduğunda bu Ŗart sađlanamamaktadır¹⁷².

Aynı borç için taahhüt altına giren kefillerin hepsinin birlikte kefil olması gerekmemekte, yalnızca kendisinden baŖka kefil olduğunu bilerek kefil olanlar birlikte kefil hükümlerine tabi olmakta, bunun yanı sıra birlikte kefil olduğunu iddia eden kefillerin baŖka kefillerin olduğunu göz önünde tuttuğunu ispat etmesi gerekmekte, ancak bu durumda alacaklının da bu kefillerin göz önünde tutularak kefil olduğunu bilmesi yahut bilebilecek durumda olması gerekmektedir¹⁷³.

Gerçek birlikte kefillerin aynı anda taahhüt altına girme zorunlulukları olmadığı gibi; taahhütlerinin yükümlülükleri de farklı olabilmekte, yani bir kısmı adi, bir kısmı müteselsil kefil olabilmekte; bunların yanı sıra tek bir alacağın farklı kısımlarını üstlenmelerinde de bir beis bulunmamaktadır¹⁷⁴.

Gerçek birlikte kefaletle konu olan borcun bölünebilir olma zarureti olmamakla birlikte, 818 sayılı Eski BK ve mehz İsviçre BK’unda bölünebilir olma ifadesi bulunmakta, İsviçre doktrininde en azından adi birlikte kefalet bakımından adi kefiller bölme def’ini kullanabileceklerinden bölünebilir olma zarureti olduğunu savunanlar olmakla birlikte; bir diğer görüşü savunan Beck’in de içinde olduğu yazarlara göre ise, bölünemez bir borca birlikte kefil olunmasının müteselsil kefaletle delalet ettiği, ancak borç bölünebilir olmamasına rağmen adi birlikte kefil olduğunun belirtilmesi durumunda, ya asıl borç bölünemediği halde kefalet borcu tazminat durumunda olduğu gibi bölünebilir bir borç

¹⁷¹ Özen, s. 356.

¹⁷² Reisoğlu, S. 178.

¹⁷³ Özen, s. 314.

¹⁷⁴ Zevkliler/Gökyayla, s. 685.

olmakta ya da bölünemeyen borca adi kefil olduklarını belirten kimseler tartışma definin devam ettiği bir kefalet ilişkisi kurmuş olmaktadır¹⁷⁵.

818 sayılı Kanun'a da etki eden bir diğer görüşe göre ise, kefilin borcu para borcu olduğundan bölünebilir niteliği haiz olup, bölünemeyen bir borca kefil olunması durumunda dahi kefil gerçekte bölünebilir bir para edimini üstlenmekte, burada esas olanın asıl borcun değil kefilin borcunun bölünebilir olması savunulmakta, bu durumda asıl borcun bölünebilir olması adi kefalette de aranmamakta, bölünemeyen borca kefil olan kişiler arasında da zorunlu bir teselsül söz konusu olmamaktadır¹⁷⁶.

Tüm bu görüşler ışığında, gerçek anlamda birlikte kefalette zorunlu unsurlar yalnızca birden çok kişinin bir borç için ortak olarak kefil olması olmakta, borcun bölünebilir olması aranmamaktadır¹⁷⁷.

Birlikte kefalette yalnızca aynı borçlunun aynı alacaklıya aynı borcu için kefalet gerekmede, ancak birlikte kefillerden yalnızca birisinin taahhüdü için de rehin gösterilebilmekte, bu durumda rehne kendisi için rehin verilen kefilin yükümlülüğünü yerine getirmemesi üzerine başvurulabilmektedir¹⁷⁸.

2.2. Birlikte Kefil Olma İradesi

Gerçek birlikte kefalette muhakkak bu hususta bir anlaşma yapılması ve kefalet sözleşmesinde birlikte kefil olunduğunun belirtilmesi zarureti olmamakla birlikte, kefillerin en azından birbirlerinden haberdar olmaları beklenmekte; taahhütlerin aynı yahut farklı zamanlarda yapılması, azami kefalet miktarlarının farklı olması ve yükümlülüklerin farklı olması da önem arz etmemektedir¹⁷⁹.

3. Gerçek Olmayan Birlikte Kefalet

Bu kefalet türü doktrinde bağımsız toplu kefalet yahut yan kefalet olarak da ifade edilmektedir¹⁸⁰.

¹⁷⁵ Özen, s.312; Oser/Schönenberger, İsviçre Borçlar Kanunu Şerhi(Çeviren: İsmet Sungurbey), Gürsoy Basımevi, Ankara 1964, s.208.

¹⁷⁶ Özen, s.312.

¹⁷⁷ Özen, s.313, Becker, s.1063.

¹⁷⁸ Özen, s.313.

¹⁷⁹ Reisoğlu, s.177.

¹⁸⁰ Gümüş, s.398.

Birlikte kefalet ile borcu yüklenen birden fazla kimse birbirinden bağımsız, habersiz olarak her biri borcun tamamından sorumlu olacak şekilde alacaklıya karşı kefalet taahhüdü altına girmişse gerçek olmayan birlikte kefalet söz konusudur¹⁸¹.

TBK m.587/4 uyarınca; bağımsız birlikte kefaletin söz konusu olması durumunda kefiller tek başlarına borcun tamamının sorumluluğunu yüklenmekte, buna karşılık kefilin borcu ödemesi halinde aksinin kararlaştırılması mümkün olmakla birlikte, kefil diğer kefillere payları oranında rücu edebilme hakkını haiz bulunmaktadır. Maddenin gerekçesinde bir örneğe de yer verilmiştir. Şöyle ki; ‘‘ Mesela, kefil olunan asıl borç 150 lira ise ve bu borca da birbirinden bağımsız olarak, (K1) 200 lira için, (K2) 50 lira için ve (K3) de 50 lira için kefil olmuşsa, toplam kefalet miktarı 300 lira olmaktadır. (K1) 150 liranın tamamını ödediğinde, diğer kefillere olan rücu hakkının hesaplanmasında, önce kefil olduğu miktarın toplam kefalet miktarına oranı 2/3 olarak bulunacak ve (K1) ’in asıl borçtan sorumluluğu, bu orana denk düşen 100 lira olacaktır. Bu durumda, (K1) fazladan ödediği 50 lira için, yine aynı hesaplama ile bulunacak 1/6 oranında yani 25’er lira için diğer kefillerin her birine (K2 ve K3) rücu edebilecektir.’’

4. Adi Birlikte Kefalet

4.1.Unsurları

Diğer kefalet çeşitlerinde de söz konusu olduğu üzere birlikte kefalette de asıl olan adi birlikte kefalettir¹⁸².

TBK m.587/1 uyarınca; birden fazla kişinin bir borca beraber kefil olmaları durumunda kefiller kendi hisseleri için adi kefil olarak sorumlu olurken, diğer birlikte kefillerin hisseleri için kefile kefil olarak sorumlulukları söz konusudur.

Birlikte kefilin bu kendi payına ilişkin adi kefil olarak sorumlu olması durumu, adi kefalet müstesna savunmaların birlikte kefilin kendi payı için öne sürülmesine de olanak sağlamakta; birlikte kefil tartışma, öncelikle rehinlerin paraya çevrilmesi ve bölme def’ini kendi payı için öne sürebilmektedir¹⁸³.

¹⁸¹ Reisoğlu, s.175.

¹⁸² Özen, s. 360.

¹⁸³ Özen, s. 361.

Her ne kadar bahsi geçen hüküm emredici nitelikte olsa da kefilin aleyhine olmadığından ve dolayısıyla kefalet yükünü ağırlaştırmadığından kefilin sadece kendi hissesi nispetinde sorumlu olacağını sözleşmede kararlaştırmak mümkün olduğu gibi; sözleşmede ‘’adi birlikte kefil’’ ifadesine de tıpkı adi kefalette olduğu gibi yer verme zarureti yoktur¹⁸⁴.

Asıl borçtan kendisine düşen pay tutarınca sorumlu olan adi birlikte kefil; iflas eden, kendisine konkordato mehli verilen, hakkındaki takip semeresiz kalan veya Türkiye’de takibi çok güçleşen diğer kefillerin payından da sorumlu tutulabilmekte; bununla birlikte diğer birlikte kefiller alacaklı tarafından elde edilemeyen bu nitelikteki bir paydan sorumluluğun aralarında bölünmesini talep edebilmektedirler¹⁸⁵.

4.2. Adi Birlikte Kefilin İleri Sürebileceği Def’iler

4.2.1. Tartışma def’i

TBK m. 585/1’de düzenlenen dört istisna olan asıl borçlunun takibi neticesinde kesin aciz belgesi elde edilmesi, asıl borçluya karşı Türkiye’de yapılacak takibin imkan dahilinde olmaması yahut hatırı sayılır nispette güç hale gelmesi, asıl borçlu için iflas kararının söz konusu olması ve asıl borçluya konkordato süresi tanınması hallerinden biri gerçekleşmeden asıl borçlu hakkında takip yapılmaksızın doğrudan kefile başvurulması mümkün değildir, aksi durumda kefil tartışma def’ini ileri sürerek önce asıl borçluya başvurulmasını sağlamakta, adi birlikte kefil de bu def’i ile asıl borçluya başvurulmasını talep edebilmektedir.¹⁸⁶

4.2.2. Rehnin paraya çevrilmesi def’i

TBK m.585/2 uyarınca, kefalet sözleşmesi akdedilmeden evvel yahut akdedilirken alacak için rehne dayalı bir güvence söz konusuysa, adi kefilin alacaklıdan öncelikle alacağın rehnin nakde çevrilmesi suretiyle tatmin edilmesi talep edilebileceğinden, alacak kefaletten önce veya kefalet sırasında rehin altına alınmışsa kefil öncelikle rehnin paraya çevrilmesini ‘’*rehnin paraya çevrilmesi def’i*’’ni ileri sürerek isteyebilmekte; adi birlikte kefil de bu def’iden yararlanarak taşınır, taşınmaz, alacak hakkı, hapis hakkı fark etmeksizin tüm rehinlerin paraya çevrilmesini talep hakkını haiz olmakta, ancak tıpkı adi kefalette olduğu

¹⁸⁴ Reisoğlu, s. 179.

¹⁸⁵ Özen, s.316.

¹⁸⁶ Buluş, s.123.

gibi borçlunun iflası yahut borçluya konkordato mehli verilmesi durumlarında adi birlikte kefilin bu def'i kullanabilme imkanı kalmamaktadır¹⁸⁷.

4.2.3. Bölme def'i

Adi birlikte kefaletle ilişkin daha önce açıklanan adi kefaletin de haiz olduğu def'ilerin yanı sıra bir de bölme def'i vardır. Bölme def'inde adi birlikte kefil yalnızca kendi payından sorumlu olduğunu payının fazlası için diğer kefillere başvurulmasını talep edebilmekte; buna karşılık, hakkında iflas kararı, konkordato süresi verilen, hakkındaki takip neticesiz kalan ya da Türkiye'de takip edilmesi güçleşen veya imkan dahilinde olmayacak duruma gelen diğer kefillerin paylarından kefile kefil gibi sorumlu tutulmaktadır¹⁸⁸.

Bölme def'i(das beneficium divisionis) adi birlikte kefilin haiz olduğu bir hak olmakla beraber; bu durumda diğer birlikte kefiller için kefile kefil gibi sorumlu olduğundan, ilk kefil asıl borçlu teşkil etmektedir¹⁸⁹.

4.3. Kefile kefil olarak adi birlikte kefilin sorumluluğu

Adi birlikte kefalette kefilin hissesinden ötürü takip edilebilmesi için TBK m. 585'te yer alan koşullardan birinin ortaya çıkması gerekmekte; adi birlikte kefilin bu hisse oranında şahsi olarak, diğer kefillerin hissesi oranında ise kefile kefil olarak sorumluluğu söz konusu olup, adi birlikte kefil hissesi nispetinde alacaklıya karşı tartışma def'ine sahip olmaktadır¹⁹⁰.

Adi birlikte kefilin taksim def'ini ileri sürerek hissesi oranında takip edilmesi hakkına sahip olmakla birlikte; hissesinin fazlası için adi birlikte kefil diğer kefillerin borcuna karşı kefile kefil olarak sorumlu olduğundan öncelikle kefillere başvurulması gerekmekte ve adi birlikte kefil, kefil olduğu kefilin sunabileceği tüm def'i ve itirazları sunabilmektedir¹⁹¹.

4.4. Adi birlikte kefillerin birbirlerine rücu

Bir başka birlikte kefilin payını ödememesinden yahut kendi isteği ile veyahut farkına varmaksızın payından fazlasını ödeyen adi birlikte kefil; bu borcu kefile kefil gibi sorumlu olarak ödediğinden her ne kadar kanunda müteselsil birlikte kefaletinki gibi rücuu

¹⁸⁷ Buluş, s.124.

¹⁸⁸ Buluş, s.124.

¹⁸⁹ Becker, s.1063.

¹⁹⁰ Reisoglu, s.180.

¹⁹¹ Reisoglu, s.180.

ayrı olarak düzenlenmese de fazla ödediği miktar için hakkaniyet gereği alacaklının haklarına halef olarak rücu hakkına sahip olacaktır¹⁹².

Adi birlikte kefillerin arasında teselsül durumu olmadığından borçlunun hissesinden fazla ifade bulunması halinde, fazla ödeme yapan borçlunun fazlaya ilişkin kısmı diğer borçlulardan talep edebilme hakkı ve bu halde diğer borçlulara hisseleri nispetinde rücu edebilme imkanı tanıyan TBK m.167'den yararlanılması mümkün olmamakta; ancak TBK m.596/1'e dayanılarak kendi hissesini aşacak nispette ödeme yapan adi birlikte kefil alacaklının kalan birlikte kefillere karşı sahip olduğu haklara halef olabilmekte; buna karşılık kendisine bu yolla rücu edilen adi birlikte kefil de bölme def'inden yararlanarak kendi payından fazlasını ödemeyi reddedebilmektedir¹⁹³.

5. Müteselsil Birlikte Kefalet

5.1. Genel olarak

TBK m.587/2'nin ilk cümlesi uyarınca; asıl borçluyla beraber yahut birlikte kefillerin birbirleriyle müteselsil kefil sıfatıyla kefalet taahhüdü altına girmesi durumunda bu kefillerin tek başlarına borcunun tamamından sorumluluğu söz konusu olmaktadır.

Teselsül Borçlar Hukukunda ve Kefalet Hukukunda farklı şekillerde vukuu bulunmaktadır; şöyle ki; kefillerle asıl borçlu arasındaki teselsül TBK m.162 anlamında asli borç olan teselsül olmayıp, kefillerin tartışma def'inden feragati olarak ortaya çıkmakta ve kefillerin yükümlülükleri fer'i nitelik taşımakta; ancak kefillerin kendi aralarında müteselsil olarak taahhüt altına girmeleri durumunda TBK m.162 devreye girmekte, müteselsil kefillerden birinin fiili ile diğer müteselsil kefillerin durumu ağırlaştırılamamakta, sorumluluğu arttırılamamakta, yalnızca TBK m.165 gereğince müteselsil bir borçlu aleyhine zamanaşımı kesildiğinde hepsine zamanaşımı kesilmektedir¹⁹⁴.

Müteselsil birlikte kefil olma şartı müteselsil kefalette olduğu gibi, bu hususun açıkça kefilin el yazısı ile kefalet senedinde belirtilmesidir, aksi durumda adi birlikte kefaletin söz konusu olduğu kabul olunur¹⁹⁵.

¹⁹² Reisoğlu, s.181.

¹⁹³ Özen, s.318.

¹⁹⁴ Reisoğlu, s.185.

¹⁹⁵ Reisoğlu, s.184.

TBK m.587/2 gereğince; kendisinden evvel yahut aynı anda müteselsil kefalet altına giren ve Türkiye’de takip edilebilmesi mümkün olan birlikte kefillerin hepsine karşı takip başlatılmamışsa, kendi hissesini aşan miktarı ödemeyi reddetme hakkı bulunmakta, bunun yanı sıra aksinin kararlaştırılması mümkün olmakla birlikte, kefilin borcu ödemesi durumunda kendi paylarını henüz ödememiş olan diğer birlikte kefillere rücu hakkı bulunmakta olup, bu rücu hakkı asıl borçluya rücu edilmeden evvel de kullanılabilir.

Teselsül birlikte kefillerin kendi aralarında olabildiği gibi, asıl borçluya birlikte kefiller arasında da olabilmekte, hangisinin söz konusu olduğu yorum yoluyla ortaya çıkmakta, ancak açıkça da belirtilebilmekte; bunların yanı sıra müteselsil birlikte kefalette adi birlikte kefalette olduğu gibi payla sınırlı sorumluluk söz konusu olmamaktadır¹⁹⁶.

Birlikte kefillerin birbirleri ile teselsül ilişkisinde olması tartışma ve rehinleri paraya çevirme def’ilerini haiz olma imkanı taşıırken, asıl borçlu ile teselsül ilişkisi söz konusu olduğunda bu def’ileri kullanma imkanı bulunmamaktadır¹⁹⁷.

5.2. Birlikte Kefillerin Birbirleriyle Müteselsil Olarak Borç Altına Girmeleri

Birlikte kefillerin asıl borçlu ile değil fakat kendi aralarında müteselsilen borcu taahhüt etmeleri durumunda taksim(bölme) def’inden feragat söz konusu olmakta; bu durumda alacaklı öncelikle asıl borçluyu takip etme zarureti doğmakta yahut takibin semeresiz kalması neticesinde kesin aciz belgesi elde edilmesi, asıl borçlunun iflas etmesi, asıl borçluya konkordato için süre verilmesi veya Türkiye’de takibinin mümkün olmaması durumlarından biri gerçekleşirse rehinleri de paraya çevirdikten sonra birlikte kefilleri takip edebilmektedir¹⁹⁸.

Birlikte kefillerin müteselsil olarak taahhüt altına girdiğinin anlaşıldığı ama hangi anlamda bir teselsülün söz konusu olduğunun anlaşılamadığı durumda, aksinin ispatı mümkün olmakla birlikte bütün kapsamıyla teselsülün söz konusu olduğu kabul edilmektedir.

¹⁹⁶ Özen, s.319.

¹⁹⁷ Becker, s.1064.

¹⁹⁸ Reisoğlu, s.185.

Birlikte kefillerin yalnızca kendi aralarında teselsül bulunduğunu açıkça kararlaştırmaları gerekmekte, ancak kefillerin bu sınırlandırması kefil lehine bir uygulama olduğundan kefalet geçerlilik şartına uyulması gerekmeksizin gerçekleştirilebilmektedir¹⁹⁹.

5.3. Birlikte Kefillerin Asıl Borçlu ile Beraber Müteselsil Olarak Borç Altına Girmeleri

Birlikte kefillerin asıl borçlu ile beraber müteselsil olarak borç altına girmeleri durumunda taksim(bölme) def'inin yanı sıra tartışma def'inden de feragatleri söz konusu olmakta, ancak kefil aleyhine bir durum oluşturmadığından tartışma def'inin ileri sürülebileceği sözleşme ile kararlaştırılabilmektedir²⁰⁰.

TBK m. 587/2'nin ilk cümlesi gereğince; asıl borçluyla beraber yahut birlikte kefillerin birbirleriyle müteselsil kefil sıfatıyla kefalet taahhüdü altına girmesi durumunda bu kefillerin tek başlarına borcunun tamamından sorumluluğu söz konusu olmaktadır.

Bununla birlikte, birlikte kefillerden bir kısmının tartışma def'ini ileri sürebileceği gibi birtakım birbirinden farklı mükellefiyetlerle kefilleri yükümlü kılmanın sözleşmede kararlaştırılmasında da bir beis yoktur²⁰¹.

Asıl borçlu ile birlikte yahut birbirleriyle müteselsil kefil olarak kefalet taahhüdünde bulunan kefiller esas olarak borçtan tamamıyla sorumludur ve alacaklı borcun tamamı için istediği kefil yahut birlikte kefillerin hepsini takip ve dava edebilmektedir; ancak TBK m. 587/2 uyarınca, kefilin kendisinden evvel yahut aynı anda müteselsil kefalet altına giren ve Türkiye'de takip edilebilmesi mümkün olan birlikte kefillerin hepsine karşı takip başlatılmamışsa, kendi hissesini aşan miktarı ödemeyi reddetme hakkı bulunmakta, kefilin bu hakkı diğer birlikte kefiller kendi hisseleri oranında ödeme yapmış yahut aynı güvence temin etmiş olmaları halinde de kullanabilmesi mümkün olmaktadır.²⁰²

Asıl borçlu ile müteselsil olarak taahhüt altına giren birlikte kefiller bölme def'inden belli ölçüde vazgeçtiklerinden kendi aralarında da teselsül söz konusu olmakta, bu husus Yargıtay 3. HD'nin 22.02.1999 tarih, 1999/1445 Esas ve 1999/1605 Karar tarihli bir kararında, 818 sayılı Eski Borçlar Kanunu'nun 488. maddesinin ikinci fıkrasına (TBK. m. 587/2ye) göre, asıl borçlu ile kefiller arasında müteselsilen borç altına girme söz konusu ise,

¹⁹⁹ Özen, s.320.

²⁰⁰ Reisoglu, s.185.

²⁰¹ Reisoglu, s.185.

²⁰² Reisoglu, s.186.

kefiller arasında da müteselsilen borç altına girmenin söz konusu olduğu, bu nitelikteki teselsülün Yasadan kaynaklandığı, Eski BK 146. maddesinde (TBK. m. 167de) düzenlenmiş bulunan müteselsil borçluluktaki rücu ilişkisi burada spesifik bir uygulama alanı bulmakta olduğu, anılan madde hükmü uyarınca, kefillerin hem asıl borçlu ile hem de birbirleriyle müteselsilen borç altına girmeyi uygun bulmaları halinde kefillerin tek başlarına borcun tamamından sorumluluklarının bulunmakta olduğu, buna karşılık diğer birlikte kefillerin payları için onlara karşı rücu hakkına sahip olduğu belirtilmektedir²⁰³.

5.4. Müteselsil Birlikte Kefilin Sorumluluğu

Hem asıl borçluyla kefil arasında hem de kefillerin kendi aralarında teselsül bulunması durumunda, 818 sayılı Eski BK m. 488'e göre asıl borcun ödenmemesinden doğan sorumluluğun kefiller arasında paylaşılmasını sağlayan bölme def'inden yararlanılabilmesi söz konusu değildi, ancak 6098 sayılı TBK ile mehz İsviçre Hukuku'nda 1941 yılında getirilen müteselsil birlikte kefaletle ilişkin yenilikler Türk Hukukuna da tatbik edilmiş ve mehz kanuna(OR Art.497 Abs.2) uyularak bütün müteselsil kefillerin aynı anda takibi ilkesi getirilmiştir²⁰⁴.

Buna göre, Türkiye'de takip edilebilen müteselsil birlikte kefillerin tamamı için takibe başlanmadıkça kefillerin her biri bölme def'ini ileri sürebilmekte, bununla birlikte kefillerin tümünün aynı mahkemenin ve icra müdürlüğünün yetki çevresinde olması da gerekmemektedir²⁰⁵. Diğer bir ifadeyle müteselsil birlikte kefillerin bölme def'ini ileri sürme hakkı Türkiye'de takibi mümkün olan diğer tüm müteselsil birlikte kefillere ödeme emri gönderilinceye kadar sürmektedir²⁰⁶.

Öğretide bu bölme def'i sınırlı bölme def'i olarak da geçmekte, mehz İBK'da 497'nci maddenin ikinci fıkrasının ikinci cümlesinde düzenlenmektedir²⁰⁷.

Kefillerden birinin Türkiye'de takibinin mümkün olmadığı durumda, diğerleri onun payı bakımından sorumlu tutulabilmekte, ancak yine Türkiye'de takibi mümkün olan tüm kefillere karşı takibe başlanmadığı durumda, yalnızca kendisine takip başlatılan kefil

²⁰³ Özen, s.319.

²⁰⁴ Özen, s.321.

²⁰⁵ Özen, s.322.

²⁰⁶ Çelik, Ali, Müteselsil Kefaletin Kurulması ve Geçerlilik Şartları, Adalet Yayınevi, Ankara 2016, s.105.

²⁰⁷ Oser/Schönenberger, s. 216.

Türkiye’de takip edilebilecekleri halde edilmeyen diğer kefillerin payı düşürülerek kendisine sorumluluk yüklenebileceğini ileri sürebilmektedir²⁰⁸.

Talepte bulunulan kefil kendisinden daha sonra taahhüt altına giren bir kefilin takip edilmediği gerekçesiyle tüm kefiller hakkında takibe başlanmadığı iddiasıyla bölme def’ini kullanamamakta; ancak tüm kefiller hakkında takibin sonuna kadar götürülmesi ve hepsi hakkında borç ödemededen aciz belgesi alınması zaruri olmamakta, kefillerin tümüne ödeme emrinin tebliğ edilmesi yeterli kabul edilmektedir²⁰⁹.

Müteselsil birlikte kefilin bölme def’ini ileri sürme hakkının bulunduğu durumlarda TBK m.593/1’e göre asıl borçlunun iflasıyla borcun muaccel olması durumunda dahi, kefilin yapmak istediği ödemenin kabulünün alacaklı tarafından gerçekleştirilmesini her zaman talep hakkı bulunmakta ve birlikte kefaletin söz konusu olması durumunda da birlikte kefil payından az olmayacak miktarda kısmi ödeme yapmak istediğinden alacaklının bu ödemeyi kabul etme zarureti bulunmakta olduğundan; alacaklının da bu öneriyi yapan kefilin payından az olmamak üzere yaptığı kısmi ifayı kabul yükümlülüğü doğmakta, haklı bir sebep olmaksızın alacaklının kısmi ifayı reddetmesi durumunda TBK m.593/2’ye göre, alacaklının haklı nedene dayanmaksızın ödemeyi reddi kefilin kefalet borcundan kurtarırken, birlikte müteselsil kefalette söz konusu olduğunda ise bu durum birlikte kefillerin payları oranınca sorumluluklarının azalmasını sağlamakta olduğundan kefilin sorumluluğu ortadan kalkmakta, diğer kefillerin sorumluluğu da sorumluluğu ortadan kalkan kefilin payı oranında azalmaktadır²¹⁰.

5.5. Müteselsil Birlikte Kefillerin Birbirlerine Rücuu

Müteselsil birlikte kefillerin rücuu hakkı TBK m.587/2’de düzenlenmiştir; şöyle ki, aksinin kararlaştırılması mümkün olmakla birlikte, kefilin borcu ödemesi durumunda kendi paylarını henüz ödememiş olan diğer birlikte kefillere rücu hakkı bulunmakta olup, bu rücu hakkı asıl borçluya rücu edilmeden evvel de kullanılabilir.

Müteselsil birlikte kefiller arasında pay ve rücu oranlarının önceden kararlaştırılması mümkün olmakla birlikte; buna ilişkin bir anlaşma yoksa TBK m.167’ye göre aksinin kararlaştırılması ve borçlular arası hukuki ilişkinin niteliğinden payların eşit olmadığından anlaşılabilmesi mümkün olmakla birlikte, bu durumlar söz konusu değilse borçluların

²⁰⁸ Özen, s.323.

²⁰⁹ Özen, s.323.

²¹⁰ Özen, s.324.

alacaklıya karşı gerçekleştirilen ifadan sorumluluklarında payları eşittir. Bu hükümde düzenlenen karine esas alınacak, müteselsil birlikte kefillerin payları eşit kabul edilecektir²¹¹.

Müteselsil birlikte kefillerin sorumluluk paylarının eşit olması payları eşit olmayan bir şirketin ortaklarının kefaleti gibi bir durum söz konusu olduğunda uygun düşmemekte, bu durumda ortaklık payına göre sorumluluk paylarının paylaşılması daha uygun olmakta, kefiller arası bir ilişkide bu şekilde sorumluluk paylarının eşit olmaması gerektiğini iddia eden bu iddiasını ispatla yükümlü olmakta, ancak bunun için açık bir anlaşma gerekmemekte, durumun özelliklerinden yararlanılabilmektedir²¹².

Ödeme yapan kefil alacaklının haklarına halef olduğundan, diğer birlikte kefillere de başvurabilmekte, bunun yanı sıra asıl borçlu ile müteselsil birlikte kefillerin arasındaki TBK m.162 anlamında teselsül ilişkisi teşkil etmezken, müteselsil birlikte kefillerin kendi aralarındaki ilişki TBK m.162 anlamında bir teselsül ilişkisi niteliğinde kabul edilmektedir²¹³.

Her ne kadar müteselsil birlikte kefalette müteselsil birlikte kefillerin kendi aralarındaki ilişki TBK m.162 anlamında yani gerçek anlamda teselsül ilişkisi kabul edilse de, müteselsil birlikte kefillerden birinin ibra edilmesi durumunda TBK m.166'nın son fıkrası uygulanarak diğer müteselsil birlikte kefiller ibra edilen kefilin iç ilişkideki payı oranında yani kısmen değil TBK m. 587/3 gereğince, tamamen borçtan kurtulmaktadır²¹⁴.

Şayet müteselsil birlikte kefil borcun tamamını ödemişse, kendi payı oranında diğer birlikte kefillere rücu edebilmekte; bunun yanı sıra, birlikte kefillerden bir kısmının aczi söz konusu olduğunda ise ödenmesi gereken tutar diğer birlikte kefillere payları oranında bölüştürülmektedir²¹⁵.

Nitekim Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun E. 2017/19-3020; K. 2018/1361, T. 27.9.2018 tarih ve sayılı kararında da müteselsil birlikte kefilin borcun tamamını ödemesiyle tam anlamıyla kefalet borcundan kurtulup, diğer müteselsil birlikte kefillere rücu hakkını

²¹¹ Reisoğlu, s.189.

²¹² Özen, s.327.

²¹³ Özen, s.325.

²¹⁴ Özen, s.328.

²¹⁵ Reisoğlu, s.188.

haiz olmakta bu durumun müteselsil kefilin borcun tamamından sorumlu olması anlamında bir çelişki teşkil etmediği rücu hakkının iç ilişkiye dayandığı belirtilmiştir²¹⁶.

Alacaklıya ödeme yapan müteselsil birlikte kefil, payını aşip aşmadığına bakılmaksızın, sorumluluğunu diğer birlikte kefillerle paylaşma yoluna gidebilmekte, meğerki diğer birlikte kefiller kendi payına denk düşen ödemeyi yapmamış olsun; bunun yanı sıra, alacaklıya halefiyetinin sonucu olarak, ödediği miktarın tümü için asıl borçluya yahut iç ilişkide kendisine düşen pay için diğer bir birlikte kefile başvurmayı seçebilmektedir²¹⁷.

Ödeme yapan kefil, alacaklının haklarına halef olduğundan, teminatlar üzerinde de hak kazanmakta ve bu teminatları değerlendirme olanağına sahip olmakta; burada ödeme yapan vekil rücuya muhatap olabilecek kefillere karşı vekaletsiz iş gören konumunda olmakta dolayısıyla TBK m.526'ya gören vekaletle sahip olmadan bir başkasının hesabına iş gören kimsenin, işini gördüğü kişinin çıkarına ve varsayılan iradesi doğrultusunda hareket etmekle yükümlü bulunmakta olduğundan, üzerinde hak kazandığı teminatları diğer kefillerin de çıkarı doğrultusunda koruma yükümlülüğü doğmakta, bunun yanı sıra kendisine rücu edilen birlikte kefil, iç ilişkide aksi kararlaştırılmamışsa, bu teminatlar üzerinde kendi payıyla orantılı olarak hak tanınmasını talep edebilmekte, ödeme yapan müteselsil birlikte kefil rücudan önce teminatları paraya çevirirse de bu tutarı göz önünde bulundurarak diğer kefillerin rücu sırasında ödeyecekleri tutarı belirlemektedir²¹⁸.

²¹⁶ HGK E. 2017/19-3020; K. 2018/1361, T. 27.9.2018; “Birlikte kefalette teselsül iradesi ister sadece kefiller arasında olsun, ister asıl borçlu ile kefiller arasında olsun, kefilin, BK'nın açıklanan 488. maddesi gereğince “borcun tamamından” sorumlu olmasından ötürü alacaklıya, payımı aşan bir ifade bulunduğu takdirde diğer müteselsil birlikte kefillere rücu etmesi mümkündür. Esasında bu rücu imkânı, müteselsil birlikte kefalette her bir kefilin borcun tamamından sorumlu olması ilkesi ile çelişki yaratıyor gibi görünse de, borcun tamamından sorumlu olma asıl borçlu ile her bir kefil arasındaki dış ilişki bakımından önemli olup, rücu meselesi, kefillerin kendi aralarındaki iç ilişkiye ilişkindir. Dolayısıyla her bir müteselsil birlikte kefil için borcun tamamından sorumlu olması söz konusu ise, bu, borcu ifa eden herhangi bir müteselsil birlikte kefilin diğer kefillere karşı kullanabileceği bir rücu imkânının bulunmadığı anlamına gelmez. Çünkü, müteselsil sorumluluk, dış ilişki, yani alacaklı ile olan ilişki bakımından geçerli iken, kefillerin kendi aralarındaki iç ilişkide teselsül söz konusu değildir (İpek, M.: Birlikte Kefalet, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Erden Kuntalp'e Armağan, Y:2004/I, C:1, S:1, İstanbul-atıf yapan; Demirbaş, F.: Birlikte Kefalet, Yüksek Lisans Tezi, Konya 2012 <http://acikerisim.selcuk.edu.tr:8080/xmlui/bitstream/handle/123456789/5602/325908.pdf?sequence=1>, erişim: 24.09.2018, s.163),”(https://lib.kazanci.com.tr, e.t.:14.05.2021)

²¹⁷ Özen, s.326.

²¹⁸ Özen, s.332.

Ödeme yapan kefil alacaklıya halef olduğundan, teminatları kefil çıkarlarına uygun olarak korumakta gereken özeni gösterme bakımından TBK m.592 hükümleri de uygulama alanı bulacaktır²¹⁹.

TBK m.592 uyarınca; ; alacaklının kefaletin akdedilmesi esnasında mevcut olan yahut sonrasında asıl borçlu tarafından alacağa ilişkin özel teminat olarak kazandığı rehin haklarının, güvencenin ve de rüçhan haklarının kefilin aleyhine olacak kefile zarar verecek şekilde azaltması durumunda kefilin yükümlülüğü de bu oranda azalmaktadır, meğerki alacaklı zararın daha az miktarda olduğunu ispata muktedir olsun. Bu durumda kefilin fazladan ödeme yapmış olması halinde ödemenin fazla olan kısmının iadesini talep hakkı bulunmaktadır.

TBK m.592/2'ye göre; çalışanlara kefalet söz konusu olduğunda, alacaklının çalışanların gözetimi sorumluluğunda ihmalkarlık göstermesi yahut beklenen özeni göstermemesi ve asıl borcun da bunun neticesinde ortaya çıkmış ve ya özenin gösterilmesi halinde erişemeyeceği bir hadde erişmiş olması durumunda, bu borcun yahut fazlaya ilişkin kısmın kefileden talep edilebilmesi mümkün değildir.

Alacaklının kefile borcu ödemesi durumunda haklarını kullanabilmesi için borç senetlerini, gerekli bilgileri verme yükümlülüğünün yanı sıra, kefalet akdi esnasında bulunan yahut sonrasında asıl borçluca temin edilen rehin ve başkaca güvenceleri verme ya da bunların devri için gerekli işlemleri yapma yükümlülüğü de söz konusudur.

TBK m.592/4'e göre ise; kefile kefalet borcundan kurtulması için bir hak tanınmış, buna göre alacaklının haklı nedene dayanmaksızın yükümlülüklerini üstlenmemesi yahut ağır kusuru vasıtasıyla mevcut belge ya da rehinleri ve ya sorumluluğundaki diğer güvenceleri elinden çıkarmasının söz konusu olması durumunda kefil borçtan kurtulma hakkı sahibi olmakta, hal böyleyken kefilin ödemesinin iadesini ve zararı söz konusuysa bu zararın tazminini talep etme hakkı da bulunmaktadır.

²¹⁹ Özen, s. 333.

6. Birlikte Kefalette Alacaklı, Birlikte Kefiller ve Asıl Borçlu Arasındaki İlişkiler

6.1. Kefil ile Alacaklının Birbirlerine Karşı Hak ve Yükümlülükleri

6.1.1. Kefil Bakımından

6.1.1.1. Kefilin Ödeme Yükümlülüğü

Kefilin kefalet sözleşmesi ile taahhüdünde bulunduğu kefalet borcunu, muaccel olma anından itibaren ödeme yükümlülüğü doğmaktadır²²⁰.

Kefalet sözleşmesi ile alacaklının alacağı teminat altına alınmakta, kefil kefalet türüne göre alacaklıya karşı ödemede bulunma yükümlülüğü altına girmekte, kefilin bu yükümlülüğünü ifa zamanı, adi kefil, birlikte kefil, müteselsil kefil, rücu kefil, kefile kefil olmasına göre değişmekte; bununla birlikte, kefilin, borcu aynen ifa etmesi gerekmekte, yalnızca alacaklının asıl borcun ödenmemesinden doğan zararını nakit ödeme ile tazminat sorumluluğu altına girmektedir²²¹.

6.1.1.2. Kefalet Borcunun Muaccel Olması

Adi kefalette, kefilin borcunun muaccel olması için, TBK m.585'teki koşulların gerçekleşmesi, yani genel itibarla rehinleri paraya çevirmek, asıl borçlunun takibi sonrası kesin aciz belgesinin alınması gerekmekte; müteselsil kefalet söz konusu olduğunda ise TBK m.586daki koşulların gerçekleşmesi yani onda da genel itibarla, taşınır rehni ve/veya alacak rehni varsa bunların paraya çevrilmesi, rehin olup olmadığına bakılmaksızın alacaklının asıl borçluya ödeme ihtarında bulunması ve ihtarın sonuçsuz kalması gerekmektedir²²².

TBK m.590/1 gereğince asıl borçlunun iflası sebebiyle asıl borç muaccel olsa da kefalet borcunun vadesi gelmemişse bu vadeden evvel kefile başvurulması mümkün değildir²²³.

TBK m.590/3'e göre; asıl borcun muacceliyetinin vukuu bulması için alacaklının yahut borçlunun süre ihtiva eden bir bildirimde bulunma zarureti söz konusuysa, kefalet borcunun muacceliyeti için de kefile yapılan bildirimle bu süre başlamaktadır.

²²⁰ Gümüş, s.464.

²²¹ Reisoglu, s.218.

²²² Reisoglu, s.219.

²²³ Zapata, s.297.

6.1.1.3. Depo Edilmesi Talep Edilen Miktar

Bankacılık uygulamasında müşterilere imzalatılan kontrgarantilerde, müşteri talep edildiğinde bankaca verilmiş teminat mektubu meblağlarını bankaya depo etme taahhüdü altına girmekte, kotrgarantilere kefil olunması durumunda ise, kefil asıl borçlu mektup lehdarlarının bankaya karşı tüm yükümlülüklerini taahhüt etmemekte, ancak bankanın mektup bedelini muhataba tazmin etmesi halinde bu meblağı ödemeyi taahhüt etmekte; buna karşılık kefaletin kendisi de depo gibi bir teminat teşkil ettiğinden kefil açıkça mektup bedelini garanti etmesinin yanı sıra asıl borçlunun depo borcunu da garanti etmedikçe depo borcu TBK m. 582/3 kapsamında da olmadığından kefilin iradesinin dar yorumlanması yalnızca mektup bedeli bakımından taahhüt altına girdiğinin kabul edilmesi isabetli olmaktadır²²⁴.

6.1.1.4. Kefilin Alacaklıdan Ödemenin Kabulünü İsteme Hakkı

TBK m.593/1 gereğince, asıl borçlunun iflasıyla borcun muaccel olması durumunda dahi, kefilin yapmak istediği ödemenin kabulünün alacaklı tarafından gerçekleştirilmesini her zaman talep hakkı bulunmaktadır. Yine aynı fıkra göre birlikte kefaletin söz konusu olması durumunda da birlikte kefil payından az olmayacak miktarda kısmi ödeme yapmak istediğinden alacaklının bu ödemeyi kabul etme zarureti bulunmaktadır.

Alacaklının ödemeyi objektif bir haklı sebep dahilinde reddetmesi söz konusu değilse, kefil borcundan kurtulabilmektedir²²⁵.

TBK m.593/2'de ise mehz Kanununun 504. maddesinden hatalı bir aktarım sonucu müteselsil birlikte kefaletin söz konusu olması durumunda müteselsil birlikte kefilin ödemesinin alacaklı tarafından kabul edilmediği durumda müteselsil birlikte kefilin sorumluluğu kendisine hasredilen pay tutarında azalacak şekilde yanlış bir anlam çıkmakta, mehz Kanunda ise söz konusu kefil kefalet borcundan kurtulmakla birlikte diğer kefillerin sorumluluklarında da kurtulmuş olan müteselsil birlikte kefilin payı oranında azalma meydana gelmekte bu hükmün mehz Kanun uyarınca yorumlanması gerekmektedir²²⁶.

²²⁴ Reisoğlu, s. 219.

²²⁵ Reisoğlu, s. 220.

²²⁶ Özen, s. 426.

6.1.1.5. Kefilin Borç Senetlerini, Gerekli Bilgileri, Rehinleri ve Diğer Güvenceleri Alacaklıdan İsteme Hakkı

TBK m.592/3 uyarınca; alacaklının kefile borcu ödemesi durumunda haklarını kullanabilmesi için borç senetlerini, gerekli bilgileri verme yükümlülüğünün yanı sıra, kefalet akdi esnasında bulunan yahut sonrasında asıl borçluca temin edilen rehin ve başkaca güvenceleri verme ya da bunların devri için gerekli işlemleri yapma yükümlülüğü de söz konusudur.

TBK m. 592/4'e göre ise; kefile kefalet borcundan kurtulması için bir hak tanınmış, buna göre alacaklının haklı nedene dayanmaksızın yükümlülüklerini üstlenmemesi yahut ağır kusuru vasıtasıyla mevcut belge ya da rehinleri ve ya sorumluluğundaki diğer güvenceleri elinden çıkarmasının söz konusu olması durumunda kefil borçtan kurtulma hakkı sahibi olmakta, hal böyleyken kefilin ödemesinin iadesini ve zararı söz konusuysa bu zararın tazminini talep etme hakkı da bulunmaktadır.

Madde hükmüyle alacaklıya yüklenen mezkur sorumluluk genel niteliği haiz olmayıp daha spesifik belirli durumlara ilişkin bir özen yükümlülüğü olup; EskiBK m.500'de TBK m.592'deki şekliyle "rehin hakları ve güvenceler" şeklinde değil "alacaklının elinde bulunan teminatlar" ifadesi kullanılmış olup, temelde aynı olgulara işaret etmekte ve bunlar her iki düzenlemede de yalnızca aynı değil şahsi teminatları da kapsamaktadır²²⁷.

6.1.1.6. Kefilin İleri Sürebileceği Def'iler

6.1.1.6.1. Genel Olarak

TBK m.591/1 gereğince; kefilin asıl borçlunun aczinden kaynaklanmamak koşuluyla ve mirasçılarının sahip olduğu tüm def'ileri alacaklıya karşı ileri sürebilmekte, bu def'ilerin ileri sürülmesi yalnızca bir hak değil yükümlülük de teşkil etmektedir.

Madde hükmünde de belirtildiği üzere kural olarak kefil asıl borçluya ait def'ileri alacaklıya karşı ileri sürebilmekte, bu durum kefil için hem bir yetki hem de bir borç teşkil etmektedir²²⁸.

Madde hükmünde geçen "def'i" deyimini geniş anlamda def'iyi ifade etmek için kullanılmakta, yani dar anlamda def'i haklarının yanı sıra tüm itirazları da kapsamakta; dar anlamda def'i ise "borçlu bulunulan edimi geçici veya daimi olarak yerine getirmekten

²²⁷ Özen, s.440.

²²⁸ Gümüş, s. 465.

kaçınma hakkı'' olarak tanımlanmakta ve ancak davalı tarafından mahkemede ileri sürüldüklerinde göz önünde tutulabilmekte; itirazlar ise kural olarak def'i gibi davalı tarafından ileri sürülebilmekte ancak hakim tarafından başka bir vasıta ile öğrenildiklerinde de re'sen göz önünde tutulmaktadır²²⁹.

Kefil doğrudan kefalet sözleşmesinden kaynaklanan def'ileri ileri sürebileceği gibi, kefalet sözleşmesinin kurulmasını engelleyen ehliyetsizlik, geçersizlik, irade sakatlığı gibi savunmalarda bulunabileceği gibi, kefalet senedinin mesnedi olan hukuki ilişkiye ilişkin ve alacaklı ile arasındaki şahsi ilişki sonucu ortaya çıkan def'ilere dayanmasında da bir beis yoktur²³⁰.

Borçlunun ödemede aceze düşmesi, asıl borçlunun yenilik doğuran hakları, kefilin kendisine ait kefaletten doğan def'ileri TBK m. 591 kapsamında değildir²³¹.

TBK m.582/3 uyarınca; Kanunda aksine anlaşılabilir bir hüküm olmaması durumunda kefaletin TBK'nın bu bölümünde kefile ait olduğu düzenlenen haklardan önceden vazgeçmesi(feragat etmesi) söz konusu olamaz. Ancak kefilin kendisine tanınmış hakları olan def'ileri bilinçli olarak ileri sürmemesi mümkün olup, kefil bunun sonuçlarına katlanmakta; buna karşılık bu hakları kendisini borçlu zannederek kullanmayıp ödeme yaptığında ise alacaklıya sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre rücu edebilmektedir²³².

6.1.1.6.2. Asıl Borç İlişisine Ait Def'iler

Kefaletin fer'iliğinin doğrudan doğruya ve zorunlu neticesiyle asıl borçlunun sahip olduğu dar anlamda def'iler ve itirazlar kefil tarafından da ileri sürülebilmekte, kefilin asıl borçluya rücu edemeyeceği bir borç altına girmesinin önlenmesi adına kefilin borçludan fazla bir yükümlülük altına girmesi mümkün olmamaktadır²³³.

TBK m.591/2'ye göre asıl borçlunun sahibi olduğu def'i ve itirazlardan feragat edip etmemesi kefil için bir anlam ifade etmemekte, kefilin yine de bu def'iyi alacaklıya karşı öne sürme hakkı baki kalmaktadır. Dolayısıyla asıl borçlunun geçerli olmayan bir borcu

²²⁹ Reisoğlu, s. 221.

²³⁰ Özen, s.418.

²³¹ Reisoğlu, s. 221.

²³² Reisoğlu, s. 222.

²³³ Reisoğlu, s. 222.

ikrarı yahut alacaklıya karşı ileri sürebileceği def'i ve itirazlardan feragati söz konusu olsa dahi, kefilin bu def'i ve itirazları ileri sürmesine bir engel yoktur²³⁴.

TBK m. 591/1 uyarınca; kefilin asıl borçlunun ödeme aczinden kaynaklanmadığı sürece asıl borçlunun yahut mirasçılarının sahip olduğu def'ileri ileri sürme hak ve yükümlülüğü olduğundan bahsetmiştik. Anılan madde hükmüne göre yanılma, sözleşme yapmaya ehil olmama yahut borcun zamanaşımına uğraması durumlarında da kefilin bu durumların bilincinde olması halinde bu imkan ortadan kalkmaktadır. Dolayısıyla bu üç halin söz konusu olması ve kefilin bunları bilerek kefil olması durumunda, kefilin bunlara ilişkin def'ileri ileri sürme imkanı kalmamaktadır.

Asıl borçluya ait def'i haklarının kefalet taahhüdü altına girilmesinden önce yahut girildikten sonra ortaya çıkması herhangi bir önem arz etmemektedir²³⁵.

6.1.1.6.2.1. Asıl borcun geçerli olarak doğmaması

Kefaletin fer'ilik niteliği gereği, asıl borcun herhangi bir sebepten ötürü geçerli olmaması durumunda, kefilin sorumlu tutma imkanı da kalmamaktadır²³⁶.

Ehliyetsizlik, asıl borcu doğuran borç ilişkisinin kuruluşundaki imkansızlık, hukuka ve genel ahlak ve adaba aykırılık, muvazaa, irade sakatlıkları veya şekle aykırılık durumlarının geçersizlik sebebi olarak gösterilmesi mümkündür²³⁷.

6.1.1.6.2.2. Asıl borcun tamamen yahut kısmi olarak sona ermesi

TBK m.598/1 gereğince; asıl borcun sona ermesi bu neticeyi oluşturacak nedenden bağımsız olarak kefilin de kefalet borcundan kurtulmasını sağlar.

TBK m.131 uyarınca da; asıl borcun ifa yahut başkaca bir sebeple sona ermesi rehlin, kefaletin, faizin ve ceza koşulunun da sona ermesini sağlamaktadır

Asıl borcun ifası, yenilenmesi, ibrası, alacaklı ve borçlu sıfatlarının tek kişide birleşmesi, asıl borcun sözleşme akdedildikten sonra imkansız hale gelmesi asıl borcu temel bağlamda sona erdiren hallerdendir²³⁸.

²³⁴ Reisoğlu, s. 222, Eren, Fikret; Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Yetkin Yayınları, Ankara 2020, s.797.

²³⁵ Reisoğlu, s. 223.

²³⁶ Reisoğlu, s. 224.

²³⁷ Gümüş, s. 467.

²³⁸ Reisoğlu, s.224.

Kefil asıl borcun imkansızlaşmasına kendisi sebep olmuşsa, asıl borcun sona erdiği itirazında bulunması TMK m.2 uyarınca hakkın kötüye kullanılmasını teşkil edeceğinden, asıl borç sona erse bile, kefilin borcu sona ermez²³⁹.

6.1.1.6.2.3. Asıl borcun vuku bulmasında alacaklının kusuru olması

TBK 52/1 gereğince, zarar söz konusu olduğunda bu zararı görenin zararın gerçekleşmesini sağlayan eyleme rıza göstermesi durumunda yahut zararın ortaya çıkmasında ve yahut artmasında etkisinin bulunması yahut tazmin yükümlülüğü bulunanın sorumluluğunun artmasına neden olması durumunda, hakimin tazminatı indirme yahut tamamıyla kaldırma yetkisi bulunmaktadır.

TBK m. 114/2'ye göre sözleşmeye aykırılığın söz konusu olduğu durumlar haksız fiil sorumluluğu için düzenlenen hükümlere tabi olduğundan; TBK m.52/1 kıyasen sözleşmelere de uygulanacak ve kefalet sorumluluğu alacaklının kusuru nedeniyle doğduğu ve ya arttığı takdirde, kefil def'i hakkına sahip olacaktır.

6.1.1.6.2.4. Asıl borç ilişkisine ait dar anlamda def'iler

6.1.1.6.2.4.1. Asıl borcun muaccel olmaması

Kefalet türü ne olursa olsun kefalet borcunun asıl borçtan önce muaccel olması mümkün olmamakta, bu sözleşmede kararlaştırılsa dahi kefil buna ilişkin def'i ileri sürebilmekte, buna karşılık kefaletin asıl borçtan sonra muaccel olacağını kararlaştırmak mümkün olmakta; bununla birlikte kefilin borcun muaccel olmadığını ileri sürmeksizin ödeme yapması durumunda ediminin iadesi talep hakkı kalmamaktadır²⁴⁰.

Esas borcun esas borçlunun iflası gibi bir sebeple vadesinden evvel muaccel olması durumunda dahi kefilin vade gelene kadar ödemeyi reddetme hakkı bulunmakta, kefilin iflası söz konusu olduğunda ise esas borçlu için borç muaccel olmadığından esas borçluya başvurulamazken kefile başvurulması mümkün hale gelmektedir²⁴¹.

6.1.1.6.2.4.2. Asıl borçluya süre verilmesi

Asıl borcun vadesi gelmesine rağmen icra-iflas hükümlerine göre edim ertelenmişse, adi kefil bu durumdan yararlanabilmekte, müteselsil kefil ise yararlanamamakta; buna karşılık sürenin bir hukuki işlem sonucu asıl borçluya tanınması durumunda hem adi kefil

²³⁹ Gümüş, s.467.

²⁴⁰ Reisoglu, s.225.

²⁴¹ Özen, s.402.

hem müteselsil kefil bu durumdan yararlanmak suretiyle sürenin sonuna kadar edimden kaçınabilmekte, verilen süreye kefil muvafakat vermemişse ve ödemede bulunmak isterse TBK m.593 gereğince ödemeyi kabule mecbur olmakta aksi takdirde kefil sorumluluktan kurtulmaktadır²⁴².

Sürelili kefalette sürenin uzatılmak istenmesi durumunda kefaletin geçerlilik koşullarına uyulması, süresiz kefalette sürenin uzatılması durumunda ise hem kefaletin şekil şartlarına uyularak kefilin muvafakati alınması gerekmekte, aksi takdirde sürelili kefalet sona erebilmekte, süresiz kefalette ise TBK m.601'deki şartların sağlanması halinde kefil sorumluluktan kurtulabilmektedir²⁴³.

6.1.1.6.2.4.3. Asıl borcun zamanaşımına uğraması

Her ne kadar kefaletin fer'iliği sebebiyle asıl borcun son bulması söz konusu olduğunda kefalet de son bulmakta ise de, kefaletin sona ermesinin asıl borcu sona erdirmesi mümkün olmamakta, kefalet asıl borçtan bağımsız olarak sona erebilmekte; dolayısıyla kefalet borcu zamanaşımına uğrayarak sona erse bile asıl borç devam edebilmekte, kefalete karşı zamanaşımının kesilmesi de yine asıl borca karşı da zamanaşımının kesilmesi neticesini meydana getirmemekte; dolayısıyla kefil asıl borca ilişkin zamanaşımı def'ini kefalet borcu için zamanaşımı kesilse de ileri sürebilmektedir²⁴⁴.

TBK m. 160'ta "zamanaşımından feragat" başlığı altında dördüncü fıkra gereği asıl borçlunun zamanaşımından feragati söz konusu olduğunda kefile karşı bu durumun ileri sürülmesi imkanı bulunmadığından, asıl borçlu zamanaşımı def'inden feragat etse de, bu zamanaşımı def'inin kefil tarafından öne sürülmesine bir engel yoktur.

Taşınmaz rehni ile teminat altına alınan bir asıl borcun söz konusu olması durumunda ise, TMK m.864 gereğince asıl borcun zamanaşımına uğraması mümkün değildir²⁴⁵.

TBK m. 591/1'in ikinci cümlesi uyarınca; yanılma yahut sözleşme ehliyetini haiz olmama ve yahut borcun zamanaşımına uğraması durumunda bunu bilerek kefil olunması halinde zamanaşımı def'inden bunlara ilişkin def'ilerden yararlanma imkanı kalmamaktadır. Dolayısıyla zamanaşımına uğramış bir borç için bilerek kefalet yükümlülüğü altına giren

²⁴² Reisoğlu, s.226.

²⁴³ Reisoğlu, s.226.

²⁴⁴ Reisoğlu, s.227.

²⁴⁵ Gümüş, s. 468.

kefil zamanaşımı def'ini ileri süremeyecektir. Ancak kefilin asıl borcun zamanaşımına uğradığı bilmeksizin ödeme yapması halinde, asıl borçluya rücu etmesi mümkündür²⁴⁶.

6.1.1.6.2.4.4. Asıl borçlunun mirasçılarının alacaklıya karşı sahip olduğu def'iler

TBK m. 591/1 gereğince; kefilin asıl borçlunun(asıl borçlunun aczi dışında) yahut mirasçının sahip olduğu tüm def'ileri öne sürme hak ve yükümlülüğü olduğundan söz etmiştik.

Asıl borçlunun ölmesi durumunda mirasçıları mirasın reddi, terekeye ilişkin resmi defter tutma ve resmi tasfiye def'ilerini ileri sürebilmekte, mirasçılar tarafından miras reddinin veya terekenin resmi olarak tasfiyesinin istenmesi halinde, mirasçılar terekenin borçlarından sorumlu olmamakta; bunların yanı sıra miras reddetme hakkını haiz olan mirasçılardan her biri terekeye ilişkin resmi defter tutulmasını isteyebilmekte, defteri inceleme süresi bittikten sonra her mirasçı bir ay içinde miras reddettiğini yahut resmi tasfiye istediğini ve yahut defter doğrultusunda veya herhangi bir kayıt ya da şart olmaksızın miras kabul ettiğini beyan edebilmekte, mirasçının beyanda bulunmaması durumunda miras tutulan deftere göre kabulünün söz konusu olduğu kabul edilmektedir²⁴⁷.

TMK m.630'a göre; miras bırakanın kefaletten doğan borçlarının bulunması durumunda, bu borçların defterde yazılacağı yer ayrı olmakla birlikte, mirasçıların herhangi bir kayıt ve şart olmaksızın miras kabul etmeleri durumunda dahi, terekenin iflas hükümleri uyarınca tasfiyesi söz konusu olduğunda kefaletten doğan borçlara ilişkin sorumlulukları kefalet alacaklılarına düşen payla sınırlıdır.

TBK m.599 uyarınca, gelecekte doğacak bir borç söz konusu olduğunda asıl borçlunun ekonomik durumu sözleşmenin evvelinde olduğu hale göre sözleşmenin akdedilmesi sonrasında kötüye gitmiş yahut kefilin iyi niyetine dayanarak sandığından hatırı sayılır derecede daha kötü bir duruma gelmiş olduğu meydana çıkarsa, kefilin alacaklıya yazılı bildiriyle borç henüz doğmadan herhangi bir zamanda kefalet sözleşmesinden dönme imkanı bulunmaktadır.

Aynı madde hükmünün ikinci fıkrasına göre, alacaklının kefalete duyduğu güven hasebiyle maruz kaldığı zararı giderme yükümlülüğü de kefile aittir. Doğmuş veya doğacak

²⁴⁶ Reisoglu, s.227.

²⁴⁷ Reisoglu, s. 228.

borçlara kefil olma halinde kefilin mirasçılarının durumunu da bu kapsama almak gerekmekte, mirasçıların alacaklıya kefilin öldüğünü bundan böyle kefilin borçlarından sorumluluk kabul etmediklerini ihtar etmelerini geçerli saymak gerekmektedir²⁴⁸.

6.1.1.6.2.4.5. Asıl borçlunun bağışlamadan rücu etmesi

TBK m. 296 gereğince; bazı durumlarda bağışlama vaadinde bulunanın buna ilişkin vaadi geri alması ve bağışlama borcunu ifadan kaçınması mümkündür. Bu durumları şöyle açıklanmıştır; bağışlama sözü verenin elden bağışladığı malı geri istemesini mümkün kılacak bir sebep varsa ve ya bağışlama vaadinde bulunanın ekonomik durumu vaadin yerine getirilmesi durumunda olağanüstü ağır bir yüke maruz kalacak minvalde değişikliğe uğramışsa ve yahut bağışlama vaadinden sonra bağışlama sözü verenin aile yükümlülükleri ortaya çıkmış yahut ağırlaşmışsa bağışlama sözü verenin vaadini geri alma ve bu vaadi gerçekleştirmekten kaçınma imkanı doğmaktadır. Bunların yanı sıra bağışlama sözü verenin ödeme güçsüzlüğü içinde olduğu tespit edilmesi yahut iflas etmesi söz konusuysa da ifaya ilişkin yükümlülüğü kalmamaktadır.

Bu nitelikte bir bağışlama taahhüdünün kefaletle temin edilmiş olması halinde, bağışta bulunanın TBK m.296'da düzenlenen bu rücu hakkı yenilik doğuran bir hak olması ve yenilik doğuran bir hakkı kullanıp kullanmama yetkisinin de yalnızca borçluya ait olması hasebiyle, TBK m.296'daki şartlar gerçekleşse de rücu hakkını kullanamamakta, ancak asıl borçlu rücu hakkını kullandıktan sonra TBK m.589/4 uyarınca kefilin asıl borcun hükümsüz duruma gelmesinden kaynaklanan zarar ve ceza koşulundan sorumlu tutulması kesin hükümsüzlük yaptırımına tabi olduğundan, def'i ileri sürebilmektedir²⁴⁹.

6.1.1.6.2.4.6. Kumar ve bahis borcu

TBK m. 604/1 gereğince; kumar ve bahisten kaynaklanan bir alacağa ilişkin takip yahut dava açılması mümkün değildir

TBK m. 591/4'e göre ise kumar ve bahisten kaynaklanan bir borç için kefalet taahhüdü altına giren kefil bu borcun kaynağını bilse dahi asıl borçluya ait def'ileri ileri sürebilmesi mümkündür.

Kumar ve bahisten kaynaklanan borç eksik borç hükmünde olduğundan ödenmeleri durumunda geçerli olarak hüküm ve sonuç doğurmaları mümkün olmakta; nitekim kefilin

²⁴⁸ Reisoglu, s. 229.

²⁴⁹ Reisoglu, s. 230.

kumar ve bahis def'ini ileri sürmeksizin ödemede bulunması geçerli sayılmakta, ancak kefil bu durumda borçluya karşı rücu imkanı kalmamaktadır²⁵⁰.

Bu hususta öğretideki bir başka görüşe göre ise kumar ve bahisten geçerli bir borç doğmamakta, geçersiz bir borcun bilinerek ve istenerek ifası ise yasal bir kazandırma sebebi oluşturmakta ve alacaklıdan sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre geri istenememekte; fakat alacaklıya karşı TBK m.591/4'te asıl borcun geçersizliğini kefilin ileri sürebileceğinin düzenlenmesiyle geçersiz olan bir borcu taahhüt için kurulan kefalet sözleşmesini fer'ilik ilkesinden müstesna olarak geçerli kılmakta, bunların yanı sıra kefilin kumar ve bahis borcunun söz konusu olması durumunda asıl borçlu gibi TBK m.605'ten yararlanmasına bir engel bulunmamaktadır²⁵¹.

6.1.1.6.2.4.7. Karşılıklı taahhütleri içeren akitlerde alacaklının kendi edimini yerine getirmemesi

TBK m. 97 gereğince; sözleşmenin haiz olduğu koşul ve özellikler gereğince daha sonra ifasına olanak verilmesi durumu hariç olmak üzere, ivazlı sözleşmelerde ifa talep eden tarafın talepten evvel kendine düşen borcun ifasını gerçekleştirilmesi yahut ifayı önermesi gerekmektedir.

6.1.1.6.2.5. Asıl borçlunun sahip olduğu kefil tarafından ileri sürülemeyen def'iler ve haklar

6.1.1.6.2.5.1. Kefil tarafından ileri sürülemeyen def'iler

Kefaletin amacı borçlunun aczi yani ödeyecek gücü olmaması ihtimaline karşı teminat verilmesi olduğundan, kural olarak asıl borçlunun aczine ilişkin def'i ve haklardan kefilin yararlanması mümkün olmamakta, yani asıl borçlunun iflas etmesi ve yeni mal edinmesi halinde ödeme yükümlülüğü ortaya çıksa da kefil bunu ileri sürememekte, ha keza mirasta resmi tasfiye istendiğinde, karşılanmayan borçlardan mirasçılardan sorumluluğu bulunmamasına karşılık kefilin sorumluluğu devam etmekte, dolayısıyla bu örnek olaylar ve benzer durumlarda kefilin asıl borçlunun aczine dayanan def'i ve hakları ileri sürmesi mümkün olmamaktadır²⁵².

TBK m.582/2'ye göre daha önce de bahsettiğimiz üzere yanılma yahut ehliyetsizlik ve yahut borcun zamanaşımına uğraması durumlarında şahsi teminat veren bu durumdan

²⁵⁰ Reisoğlu, s. 230.

²⁵¹ Gümüüş, s.469; Özen s.360-361.

²⁵² Reisoğlu, s. 231.

haberdar olarak bu taahhütte bulunduysa kefalet hükümleri uyarınca sorumluluğu söz konusu olmakta yani asıl borçlu ehliyetsizlik, hata ve zamanaşımı nedeniyle sorumlu tutulamazken, şahsi teminat verenin sorumluluğu bu durumları bilerek taahhüt altına girmesi durumunda devam etmekte ve bunlara ilişkin def'ileri ileri sürememektedir.

Kefilin asıl borçlunun kişiliğiyle bağlantılı olan def'ileri ileri sürme hakkı da bulunmamaktadır²⁵³.

Kefil mirasçılara ait def'ilerin, yalnızca kefaletle teminat altına alınmış borca ilişkin olanlarını ileri sürme hakkına sahiptir²⁵⁴.

6.1.1.6.2.5.2. Kefilin ileri süremeyeceği haklar

Asıl borçlunun hata, hile ve benzeri durumları bilmesine karşılık borcu için kefilin kefalet taahhüdü altına girmesini sağlamasının, o vakte kadar bağlayıcılık arz etmeyen sözleşmeye zımnen icazet vermesi olarak kabul edilmesi mümkündür²⁵⁵.

TBK m.140 gereğince; asıl borçlu alacaklıya karşı takas hakkına sahipse bu hak kefil tarafından da alacaklıya karşı ileri sürülerek ifadan kaçınılması mümkündür. Takas hakkı bir def'i olmamakla birlikte, kefilin asıl borçlunun bir takas hakkı olduğunu bilip bilmemesi fark etmeksizin ödeme yapması durumunda, verdiğini geri alması mümkün olmamakla birlikte, takasın ileri sürülme imkanı da kalmamaktadır²⁵⁶.

Kefilin yenilik doğuran hakları alacaklıya karşı ileri sürmesi mümkün olmamakla beraber, kefil asıl borçlunun yenilik doğuran bir hak sahibi olması durumunda alacaklıya karşı geçici def'i hakkı ile korunmakta, her ne kadar TBK m.140 takas hakkı için düzenlenmiş bulunmakta ise de takas hakkı da yenilik doğuran bir hak olduğundan, asıl borçlunun diğer yenilik doğuran haklarına kıyasen uygulanmasında da bir sakınca bulunmamaktadır²⁵⁷.

Seçimlik borçlar da yenilik doğuran hak teşkil ettiğinden, asıl borçluya bir seçim hakkı tanınması durumunda, kefil için asıl borçlunun seçimlik hakkını kullanmasının ardından yükümlülük ortaya çıkmakta, ancak kefilin başlangıçta seçimlik borçlardan biri için kefil olması mümkün olmakla beraber; seçim hakkının alacaklıya ait olması durumunda ise,

²⁵³ Özen, s.215.

²⁵⁴ Gümüş, s.470.

²⁵⁵ Reisoğlu, s.232.

²⁵⁶ Reisoğlu, s.232.

²⁵⁷ Grassinger, s.36.

alacaklının kefile başvurmadan evvel asıl borçluya seçtiği edimi bildirmesi gerekmektedir²⁵⁸.

TBK m.582/3'e göre; Kanunda aksi şekilde anlaşılabilir bir düzenleme bulunmaması durumunda kefilin on beşinci bölümde sahip olduğu düzenlenen haklardan önceden feragati mümkün değildir. Dolayısıyla TBK m.591'deki def'ilerden de önceden feragat mümkün değildir²⁵⁹.

6.1.1.6.3. Kefilin Kendine Ait Def'iler

Kefilin şahsi def'ileri olarak da anılan kefilin kendisine ait def'iler, yalnızca kefilin sahip olduğu def'iler olup kefalet sözleşmesinden doğmakta, asıl borç ilişkisine etki etmemekte, kefil tarafından bunların ileri sürülmemesi asıl borçlunun durumunu ağırlaştırmamakta, kefalet sözleşmesinin geçersizliğine ilişkin itirazlar hariç bu def'ileri ileri sürmemesi ve kefalet yükümlülüğü dolayısıyla ödeme yapması durumunda asıl borçluya rücu edebilmekte; bunların yanı sıra, kefil kendisinin acze düşmesi sebebiyle elde ettiği def'ileri alacaklıya karşı ileri sürmesinde bir sakınca bulunmamakta, ancak kefilin asıl borçluya karşı ileri sürebileceği def'ileri alacaklıya karşı da ileri sürme imkanı bulunmamaktadır²⁶⁰.

Kefilin ileri sürmesi kendisi için bir yükümlülük olmayan kendisine ait def'ilerden önceden feragati geçerli olduğu gibi, bu def'ileri ileri sürmemesi asıl borçluya karşı rücu hakkının sona ermesine sebep olmaz²⁶¹.

6.1.1.6.3.1. Kefaletin geçersizliği

Kefaletin geçersizliği sonucunu doğuran; iradelerin uyuşmaması, fiil ehliyetinin eksikliği, kefilin imzasının sahteliği, azami miktarın el yazısı ile yazılmaması, irade sakatlığı ve bu gibi hallerde asıl borcun geçerli olup olmadığı göz önüne alınmaksızın kefil sorumluluktan kurtulmaktadır²⁶².

6.1.1.6.3.2. Kefaletin sona ermesi halinde def'ilerin akıbeti

Asıl borç devam ederken; kefalet borcu belli süreli kefaletlerde sürenin sona ermesi, süresi kefaletlerde kefilin talebine rağmen alacaklının asıl borçluyu bir ay içinde takip

²⁵⁸ Reisoğlu, s. 233.

²⁵⁹ Reisoğlu, s. 235.

²⁶⁰ Reisoğlu, s. 235.

²⁶¹ Gümüş, s. 472.

²⁶² Reisoğlu, s. 236.

etmemesi, alacaklının kefile ibra etmesi, kefaletten dönme, kefalet borcunun tecdidı gibi sona erme sebeplerine binaen kefaletin son bulması halinde, alacaklı kefile başvurduğunda kefil buna ilişkin def'i ileri sürebilmektedir²⁶³.

6.1.1.6.3.3. Kefile ait dar anlamda def'iler

6.1.1.6.3.3.1. Kefaletin henüz muaccel olmaması

Kefalet en erken asıl borcun muaccel olması anında muaccel olmakta, bunun aksine sözleşmeler TBK m.582/3 gereğince, geçersiz sayılmakta, ancak asıl borcun muaccel olmasından daha sonra kefaletin muaccel olacağına kararlaştırılmasında bir sakınca bulunmamakta; nitekim asıl borçlunun iflas etmesi halinde asıl borcun vadesinden evvel muacceliyeti söz konusu olsa da, bu vadeden önce kefil ödemeye zorlanamamakta; bunların yanı sıra, kefilin kendisine ihbarda bulunulmasından önceden feragat etmesi de geçerli olmamaktadır²⁶⁴.

Dolayısıyla asıl borçlunun iflası nedeniyle dahi kefile karşı vadesinden evvel takibe başvurulması imkanı bulunmamaktadır²⁶⁵.

6.1.1.6.3.3.2 Kefile süre tanınması

Kefil alacaklı tarafından asıl borçluya süre tanınmasında, bu süreden yararlanabilmekte, ancak alacaklının asıl borç ilişkisinden müstesna olarak süre tanındığında, asıl borçlu bu süreden yararlanamamakta, alacaklı her tür kefalette öncelikle asıl borçluyu takip edebilmektedir²⁶⁶.

6.1.1.6.3.3.3 Kefaletin zamanaşımına uğraması

Kefalet borcu TBK m.146 gereğince diğer sözleşmeden doğan borçlar gibi on yıllık zamanaşımına tabi olmakta, zamanaşımının süresi alacaklının kefile başvurabileceği andan itibaren başlamakta, yani her halükarda asıl borcun muacceliyetinden önce zamanaşımı süresinin başlaması mümkün olmamaktadır²⁶⁷.

Kefaletin zamanaşımının süresinin başlaması için kefalete başvurulabilecek anın gelmesi bunun için de öncelikle asıl borcun muaccel olması gerekmekte; adi kefalette muacceliyetin gerçekleşmesi için TBK m.585/1'deki koşulların gerçekleşmesi gerekmekte,

²⁶³ Reisoğlu, s. 236.

²⁶⁴ Reisoğlu, s. 236.

²⁶⁵ Eren, s.797.

²⁶⁶ Reisoğlu, s. 237.

²⁶⁷ Reisoğlu, s. 237.

müteselsil kefalette kefile başvuruda bulunulabilmesi için ise asıl borçlunun ifada gecikmesi, alacaklının asıl borçluya karşı yaptığı ihtarının sonuç vermemesi, alacak için teslimine bağlı taşınır ve/veya alacak rehni verilmiş olması söz konusu ise öncelikle bunların paraya çevrilmesi gerekmektedir; buna karşılık kefaletin asıl borçluya başvuru imkanı sürerken zamanaşımına uğradığı, örneğin zamanaşımına tabi olmayan asıl borçlarda kefaletin zamanaşımının dolması söz konusu olduğunda da kefil kendine ait zamanaşımı def'ini ileri sürerek sorumluluktan kurtulabilmektedir²⁶⁸.

6.1.1.6.3.3.4. Adi kefalette kefile tanınan def'i hakları

Adi kefalette kefilin tartışma def'i ile varsa öncelikle rehnin paraya çevrilmesi def'ini öne sürebilmesi mümkün olmakta, bu def'iler kefilin şahsi def'ilerinden olduklarından, asıl borç ilişkisine ve kefilin rücu hakkına etkisi bulunmamaktadır²⁶⁹.

6.1.1.6.3.3.5 Alacaklının teminatları ve ispat vasıtalarını elden çıkarması

TBK m.592/1 gereğince; alacaklının kefaletin akdedilmesi esnasında mevcut olan yahut sonrasında asıl borçlu tarafından alacağa ilişkin özel teminat olarak kazandığı rehin haklarının, güvencenin ve de rüçhan haklarının kefilin aleyhine olacak kefile zarar verecek şekilde azaltması durumunda kefilin yükümlülüğü de bu oranda azalmaktadır, meğerki alacaklı zararın daha az miktarda olduğunu ispata muktedir olsun. Bu durumda kefilin fazladan ödeme yapmış olması halinde ödemenin fazla olan kısmının iadesini talep hakkı bulunmaktadır.

Kefalet sırasında var olan teminatların özel teminat kaydı yahut genel teminat kaydı ile verilip verilmediği yahut kim tarafından sağlandığı herhangi bir önem arz etmemektedir²⁷⁰.

6.1.1.6.3.3.6 Kefilin borcu mükerrer ödemesi

Kefilin asıl borçlu tarafından ödenmiş borcu, bundan haberdar olmaması hasebiyle ikinci defa ödemesi durumunda alacaklıdan sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre geri isteyebilmesi mümkün olmakla birlikte, kefilin kendisine karşı başlatılan icra takibinin kesinleşmesi nedeniyle ikinci defa asıl borcu ödemek mecburiyetinde kalması durumunda alacaklıya İİK m.72 gereğince istirdat davası açması mümkündür²⁷¹.

²⁶⁸ Reisoğlu, s. 237.

²⁶⁹ Reisoğlu, s. 238.

²⁷⁰ Gümüş, s. 474.

²⁷¹ Reisoğlu, s. 238.

6.2. Alacaklı Bakımından

6.2.1. Alacaklının Kefilden Ödemesini İsteme Hakkı

Alacaklının kefil tarafından ödemenin gerçekleştirilmesini talep hakkı, asıl borçlunun borcunu ifa etmemesi yahut edememesi neticesinde temini taahhüt edilen borca ilişkin tazminat yükümlülüğünün yerine getirilmesini talep etmek olup, alacaklının bu talep hakkıyla kefilin aynen ifaya sözleşmede kararlaştırılsa dahi zorlaması mümkün olmamakta bu durumda dahi kefilin nakden ödeme yapmasında bir sakınca bulunmamaktadır²⁷².

6.2.2. Kefilin Takibi

Adi kefalette kefilin takibi için öncelikle asıl borçlu takip edilip aczi tespit edilmekte, müteselsil kefalette ise alacaklı borç muaccel olduktan ve asıl borçlu ifada geciktikten sonra asıl borçluya ihtar gönderip ihtarın sonuçsuz kalması neticesinde varsa teslimine bağlı taşınır rehni ve alacak rehnini paraya çevirmektedir²⁷³.

TBK m. 590/2 uyarınca; ‘‘ Bütün kefalet türlerinde kefil, aynı güvence karşılığında hâkimden, mevcut rehinler paraya çevrilmeye ve borçlu aleyhine yapılan takip sonucunda kesin aciz belgesi alınıncaya veya konkordato kararına kadar kendisine karşı yöneltilen takibin durdurulmasına karar verilmesini isteyebilir.’’

Madde hükmünde geçen aynı güvence kişisel teminat, kefalet ve banka teminatı olamamakta; ancak her türlü rehin olabilmekte; kefilin sorumluluğundaki azami miktar aşmaksızın, ana para, faiz ve masrafları karşılaması gerekmekte ve yeterli olup olmadığını hakim belirlemektedir²⁷⁴.

Esas borcun muacceliyetinin alacaklının bildirimine bağlı olduğu durumlarda, mezkur süre kefile bildirim söz konusu olduğu tarihte başlamakta, asıl borçlunun yerleşim yerinin yabancı ülkede bulunması durumunda, asıl borçlu yerleşim yeri ülkesi mevzuatı yahut döviz işlemleri ve yahut havale yasakları nedenlerine binaen ödeme yapamıyorsa kefilin buna ilişkin takibe itiraz hakkı da bulunmaktadır²⁷⁵.

²⁷² Reisoğlu, s.239.

²⁷³ Reisoğlu, s.239.

²⁷⁴ Reisoğlu, s.239.

²⁷⁵ Eren, s.796.

6.2.3. Alacaklının kefalet hukuku bakımından yükümlülükleri

6.2.3.1. Kefili asıl borçlunun durumu hakkında bilgilendirme

Eski BK'da alacaklının yükümlülüğü kefilin asıl borçluya karşı sahip olduğu rücu hakkını kullanmaya ve alacaklı nezdinde bulunan rehinleri paraya çevirmesine imkan verecek senetleri kefile teslim ile sınırlı tutulmuşken, 6098 sayılı TBK ile alacaklıya kefilin belli konularda bilgilendirme yükümlülüğü getirilmiştir²⁷⁶.

TBK m.594/1'in ikinci cümlesine göre; kefilin talep etmesi halinde alacaklı zaman sınırlaması olmaksızın asıl borcun kapsamına ilişkin bilgi verme yükümlülüğü altındadır. Bu durum bankaların sır saklama yükümlülüğüne istisna niteliğindedir²⁷⁷.

TBK m.594/1'in ilk cümlesi gereğince; asıl borçlunun altı ay kadar, anaparanın veya yarım yıllık döneme ait faizin ödenmesinde ya da yıldan yıla yapılması öngörülen anapara ödemelerinde gecikilmesi durumlarında, yine alacaklının kefile karşı bildirim yükümlülüğü ortaya çıkmaktadır. Madde hükmündeki bu yükümlülük dışında alacaklının asıl borçlunun ekonomik durumunun kötüye gittiğinden veya ödeme imkanlarını kaybettiğinden haberdar olsa dahi bu hususu kefile bildirme yükümlülüğü bulunmamaktadır²⁷⁸.

TBK m.594/3'e göre alacaklı, bunu yerine getirmemesinden dolayı kefilin maruz kaldığı zarar nispetinde kefile karşı sahibi olduğu hakları kaybetmektedir.

TBK m.594/3, TBK m.112'nin bir uygulaması niteliğinde olup, alacaklının bunda kusurlu olması gerekmekte, aksini alacaklının kusursuzluğunu ispat ederek haklarını kaybetmekten kurtulması mümkün olmaktadır²⁷⁹.

Alacaklının kefalet sözleşmesinin kuruluşu aşamasında esnasında asıl borçlunun mali durumunu kefile yükümlülüğü olmamasına karşılık, özen yükümlülüğünden bağımsız olarak asıl borçlunun mali durumunu olduğundan farklı olarak iyi olduğu izlenimini vermesi, kefilin bu konuda bilgi istemesine rağmen saklaması yahut yanlış bilgiler vermesi alacaklının hilesi dolayısıyla kendisini sorumluluk altına sokmaktadır²⁸⁰.

TBK m. 594/2'ye göre; alacaklının, asıl borçlunun konkordato talebinde bulunması yahut hakkında iflas kararı verilmesi durumlarında, alacağını kaydettirmesi ve haklarını

²⁷⁶ Reisoğlu, s.240.

²⁷⁷ Gümüş, s.481.

²⁷⁸ Reisoğlu, s.242.

²⁷⁹ Özen, s. 391.

²⁸⁰ Reisoğlu, s. 241.

korumak için yapılması gerekenleri gerçekleştirmesi zarureti bulunmakta ve asıl borçluya ilişkin bu hususları haberdar olduğu anda kefile bildirme yükümlülüğü doğmaktadır. Bu durum, TBK m.594/1'in istisnasını teşkil etmekte; alacaklının borç muaccel olmasına karşılık takipte bulunmaması durumunda ödeme gücünün azalması veya tamamen ortadan kalkması durumunda ise yine alacaklının asıl borçluyu takip etmesi yahut TBK m.594/1deki yükümlülük hariç kefile bildirimde bulunması gerekmekte, ancak kefil bu durumda kendisi borçlunun durumunu izleyerek, alacaklıyı TBK m.601 gereğince takibe zorlaması yahut alacaklıya ödemede bulunup asıl borçluya başvurması gerekmektedir²⁸¹.

İİK m.204/2'nin '*İflas masasına kaydolmak alacaklının ve müşterek borçlunundur.*' hükmünün genişletici yorumuyla kefilin de sahip olduğu alacakları iflas masasına yazdırmaya yetkisi bulunmaktadır²⁸².

TBK m.592/3 gereğince; kefilin borcu ödemesi durumunda, alacaklının haklarını kullanabilmesini sağlayacak borç senetleri ile gerekli bilgileri verme yükümlülüğü doğmaktadır.

6.2.3.2. Alacaklının ödemeyi kabul yükümlülüğü

TBK m.593/1-2 uyarınca; asıl borçlunun iflasıyla borcun muaccel olması durumunda dahi, kefilin yapmak istediği ödemenin kabulünün alacaklı tarafından gerçekleştirilmesini her zaman talep hakkı bulunmakta, birlikte kefaletin söz konusu olması durumunda ise birlikte kefil payından az olmayacak miktarda kısmi ödeme yapmak istediğinden alacaklının bu ödemeyi kabul etme zarureti bulunmakta; bunların yanı sıra alacaklının haklı nedene dayanmaksızın ödemeyi reddi kefil kefalet borcundan kurtarıırken, birlikte müteselsil kefalette söz konusu olduğunda ise bu durum birlikte kefillerin payları oranınca sorumluluklarının azalmasını sağlamaktadır.

Kefilin ödeme yapabilmesi için asıl borcun muaccel olması gerekmekte, kefalet borcunun ise muaccel olması zarureti bulunmamaktadır²⁸³.

Ancak asıl borcun muaccel olmasından önce alacaklının rızası bulunması durumunda kefilin ödeme yapması mümkün olmakta; buna karşılık TBK m. 593/3'e göre, bu durumda

²⁸¹ Reisoğlu, s. 242.

²⁸² Gümüş, s.484.

²⁸³ Reisoğlu, s.244.

kefilin rücu hakkını asıl borçluya karşı ileri sürebilmesi için borcun muacceliyet kesbetmesini beklemesi gerekmektedir.

Kefilin kısmi ödeme yapmak istemesi durumunda, alacaklı TBK m.84'e göre bunu reddedebilmekte, fakat asıl borçluya ait kısmi ödeme hakkı bulunması yahut kefilin borç için kısmi olarak taahhüt altına girmesi ve yahut kalan kısmın ihtilafı olması hallerinde kefilin kısmi ödeme yapması reddedilirse kefil sorumluluktan kurtulmakta; birlikte kefalette ise kefillerden biri kendisine düşen paydan az olmamak koşuluyla kısmi ödeme yapmak isterse alacaklının kabul yükümlülüğü doğmakta, alacaklının bunu reddetmesi durumunda kefil borcundan kurtulmakta, müteselsil birlikte kefalette ise kalan müteselsil birlikte kefillerin sorumluluğu da o oranda azalmaktadır²⁸⁴.

6.2.3.3. Alacaklının teminatların ve ispat vasıtalarının muhafaza edilmesi ve bunları kefile teslim yükümlülüğü

Kefil kefalet borcunu ödeyerek alacaklının haklarına halef olduğunda, asıl alacağı talep hakkının yanı sıra teminatlar da kefile geçmekte, dolayısıyla alacağı dayalı rücu hakkını kullanabilmesi için alacak hakkının ispatına yarayan belgelerin ve teminatların kendisine teslimi gerekmektedir²⁸⁵.

TBK m.592/3 uyarınca; alacaklının kefile borcu ödemesi durumunda haklarını kullanabilmesi için borç senetlerini, gerekli bilgileri verme yükümlülüğünün yanı sıra, kefalet akdi esnasında bulunan yahut sonrasında asıl borçluca temin edilen rehin ve başkaca güvenceleri verme ya da bunların devri için gerekli işlemleri yapma yükümlülüğü de söz konusudur. Alacaklıya ait başkaca alacaklardan kaynaklanan rehin ve hapis haklarının söz konusu olması durumunda, bu haklar ne ölçüde kefilin haklarına sıracıca üstün geldiği değerlendirilerek bu oranda alacaklı nezdinde kalacaktır. Dolayısıyla bu düzenlemeyle alacaklıya ispat araçlarını teslim yükümü, bilgi verme yükümü ve rehin ve diğer teminatları teslim yükümü yüklenmiştir²⁸⁶.

Bu yükümlülüklerin yerine getirilmemesi durumu da TBK m.592/4'te düzenlenmiş, buna göre; kefile kefalet borcundan kurtulması için bir hak tanınmış, buna göre alacaklının haklı nedene dayanmaksızın yükümlülüklerini üstlenmemesi yahut ağır kusuru neticesinde mevcut belge ya da rehinleri ve ya sorumluluğundaki diğer güvenceleri elinden çıkarmasının

²⁸⁴ Reisoğlu, s. 245.

²⁸⁵ Gümüş, s. 476.

²⁸⁶ Gümüş, s. 477.

söz konusu olması durumunda kefil borçtan kurtulma hakkı sahibi olmakta, hal böyleyken kefilin ödemesinin iadesini ve zararı söz konusuysa bu ek olarak maruz kaldığı zararın tazminini talep etme hakkı da bulunmaktadır.

7. Kefil ile Asıl Borçlu Arasındaki İlişkiler

7.1. Kefilin Borçluya Karşı Kendisinin Yaptığı Ödemeyi İhbar Yükümlülüğü

TBK m.597 gereğince; borcun kısmi olarak yahut tamamen kefil tarafından ödenmesi halinde kefilin bu hususu asıl borçluya bildirmesi zarureti doğmakta, aksi takdirde asıl borçlunun bu ödemeden haberdar olması yahut olmasının gerekmesi söz konusu değil ise alacaklıya karşı borcu ifa etmesi durumunda, kefilin rücu hakkını kullanma imkanı ortadan kalkmakta; ancak kefil sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre dava açarak alacaklıdan ödemenin iadesini talep edebilmektedir

Rücu hakkını bu şekilde kaybeden kefilin her ne kadar madde hükmünde yer verilme de hakkaniyet ve Kanun koyucunun amacına ters düşülmemesi gereği teminatlara da başvurusu kabul edilmemektedir²⁸⁷.

Asıl borçlu mükerrer ödeme yapması durumunda, mal varlığında bir zarar söz konusu olmamakta, bilakis kefilin bu mükerrer ödeme nedeniyle asıl borçluya rücu hakkını kaybettiği nispette zarara uğramakta, dolayısıyla kefilin zararına zenginleşen alacaklıya sebepsiz zenginleşme davası açma hakkı da kefile ait olmaktadır²⁸⁸.

Asıl borçlunun rücu talebini kaybeden kefilin rücu talebini karşılaması durumunda, alacaklıya karşı sebepsiz zenginleşme talebi kefileden asıl borçluya geçmektedir²⁸⁹.

Doktrinde bir görüşe göre, aslında TBK m.597/1 yalnızca ödemenin bildirimini zaruri kılmışsa da, alacaklının tatminini oluşturan ve ifa yerine edim yahut takas gibi yasal rücu hakkını doğuran her halin borçluya bildirilmesi gerekmektedir²⁹⁰. Biz de bu görüşe katılmaktayız.

²⁸⁷ Reisoğlu, s.262.

²⁸⁸ Reisoğlu, s.263.

²⁸⁹ Gümüş, s.498.

²⁹⁰ Gümüş, s.497.

7.2. Kefilin Teminat Verilmesini veya Kefalet Borcundan Kurtarılmasını

Talep Hakkı

TBK m.595 gereğince; kefilin üç durumda; yani asıl borçlunun kefile karşı olan yükümlülüklerine bilhassa belirli bir süre zarfında kefil borçtan kurtarma sözüne etmemesi, asıl borçlunun temerrüdü yahut yerleşim yerini bir başka ülkeye taşıması münasebetiyle takibinin hatırı sayılır ölçüde güç hale gelmesi ve asıl borçlunun ekonomik durumunun kötüye gitmesi, güvencelerinde değer kaybının söz konusu olması yahut kefaletin kurulduğu tarihe nazaran kefil için var olan tehlikenin hatırı sayılır oranda artması durumlarında; asıl borçluya karşı teminat verilmesini ve borcun muaccel olması halinde kendisinin kefalet borcundan kurtarılması talep hakkı bulunmaktadır.

Kefil lehine emredici hüküm teşkil ettiğinden kefilin teminat talebi TBK m.595'teki hallerle sınırlı olmakta, ancak tarafların başkaca hallerde de teminat verileceğini kararlaştırmalarına bir engel bulunmamakta; bunların yanı sıra, bankacılık uygulamasında ise kefil banka kredi sözleşmelerinde belli hallerle sınırlı olmaksızın her istediğinde asıl borçludan teminat talep edebilmesi mümkün olmaktadır²⁹¹.

Borçlu bir kimseye kefil olması talebinde bulunurken, borcu ödeyeceği, başka kefiller temin edeceği, aynı teminat vererek alacaklının kefilini ibra etmesini sağlayacağı gibi borçtan kurtarma şekillerinden herhangi birine ilişkin yahut kumar oynamayacağı, taşınmazını rehinlerle kısıtlamayacağı, kendisinin kefalet taahhüdü altına girmeyeceği gibi birtakım hareketlerden kaçınacağını taahhüt etmesi geçerli olmakta, bu vaatlerden herhangi birini yerine getirmemesi durumunda kefil teminat talebi elde etmekte, bu vaade aykırılık için asıl borçlunun kusurlu olup olmaması önem teşkil etmemektedir²⁹².

Asıl borçlu tarafından temerrüdün söz konusu olması yahut asıl borçlunun yerleşim yerini başka bir ülkeye taşıması sebebiyle takibin hatırı sayılır nispette güçleşmesi de yine kefile teminat hakkı vermekte, bununla birlikte asıl borçlunun ekonomik durumunun kötüye gitmesi, güvencelerin değer kaybı veya borçlunun kusuru neticesinde kefil için var olan tehlikenin, kefaletin yapıldığı tarihe nazaran hatırı sayılır nispette artması da kefile teminat talep olanağı sağlamakta; asıl borçlunun mal varlığının kötüleşmesi halinde asıl borçlunun kusuru aranmamaktadır²⁹³.

²⁹¹ Reisoğlu, s.264.

²⁹² Reisoğlu, s.264.

²⁹³ Reisoğlu, s.265.

Asıl borçlunun yerleşim yerini Türkiye sınırları içinde başka bir yere taşıması sebebiyle takibatın önemli ölçüde güçleşmesi kefilin teminat yahut borçtan kurtulmasına imkan vermemektedir²⁹⁴.

TBK m.595'te teminat türüne ilişkin bir düzenleme yapılmadığından, teminat türü halin şartlarına göre değişkenlik göstermekte; asıl borçlunun teminat vermemesi durumunda ise kefil mahkemeye başvurabilmekte ancak hakimin kefilin rücu hakkını güvence altına almak şartıyla teminat türünü belirlemede takdir hakkı bulunmaktadır²⁹⁵.

Kefilin kendi çıkarına kefalet altına girmesi durumunda, yasal rücu hakkından faydalanamadığı gibi, TBK m.595'teki hakları kullanması da mümkün değildir²⁹⁶.

7.3. Kefilin Alacaklıya Ait Haklara ve Rehinlere Halef Olma Hakkı

TBK m.596/1 gereğince; kefilin alacaklıya yaptığı ödeme nispetinde alacaklının haklarına halefiyet hakkı var olmakla birlikte, bu hakların kefil tarafından kullanılabilmesi için asıl borcun muaccel olması gerekmektedir.

Kefilin kefalet borcunu ödeyerek yahut diğer şekilde alacaklıyı tatmin ettiği ölçüde, alacaklının asıl borçluya karşı alacak hakkı kefile geçmektedir²⁹⁷.

TBK m.596/2 uyarınca ise; aksinin kararlaştırılması mümkün olmakla beraber, kefilin, rehin haklarına ve aynı alacak için verilmiş başkaca teminatlardan yalnızca kefalet sırasında mevcut olan yahut sözleşmenin inikadından sonra asıl borçlunun mezkur alacağa ilişkin verdiklerine halefiyeti söz konusudur.

Kefaletin kurulması sırasında asıl borçlu ya da üçüncü kişi tarafından kefil olunan alacak için verilmiş tüm rehinler kefilin rehinler üzerindeki halefiyeti kapsamına girerken, kefaletten sonra üçüncü kişilerin verdiği ve asıl borçluca kefil olunan alacağı da içine alacak şekilde genel olarak verilen rehinler kapsam dışında kalmakta; buna karşılık alacaklıya ödeme yapan kefile intikal edilen rehinlerin ve diğer güvencelerin kefil ile alacaklı arasında genişletilmesi kararlaştırılabilmektedir²⁹⁸.

TBK m.596/4 uyarınca; alacak için verilen rehinin paraya çevrilmesi yahut borcun rehin veren mülkiyet sahibi tarafından ödenmesi durumlarında, rehin veren mülkiyet

²⁹⁴ Gümüş, s.500.

²⁹⁵ Reisoğlu, s.266.

²⁹⁶ Gümüş, s.499.

²⁹⁷ Gümüş, s. 487.

²⁹⁸ Reisoğlu, s. 267.

sahibinin kefile karşı rücu hakkını ileri sürebilmesi için kefile arasında buna yönelik bir anlaşma aranması yahut rehnin üçüncü kişice sonradan verilmiş olması gerekmektedir.

7.4. Kefilin Asıl Borçluya Karşı Sahip Olduğu Rücu Hakkı

Kefilin alacaklıya ödeme yapması ile alacak sona ermemekte ve kefilin rücu hakkı doğmakta; fakat kefil asıl borçlu ile yapılan bir anlaşma söz konusu değilse ilk alacağı aynen talep edememekte, ilk alacağı tazmin niteliğindeki alacağı yani ilk alacak şahsi edim olsa bile onu tazmin niteliğindeki para alacağını talep edebilmekte; bununla birlikte kefilin borçluya rücu hakkını kullanabilmesi için öncelikle asıl borcu kefil olarak ödediğini ispat etmesi gerekmektedir; aksi takdirde TBK m. 83 maddeye göre ödeme söz konusu olduğundan ödeme ile borç sona ermektedir²⁹⁹.

Kefile rücu TBK m. 596'da düzenlenmiştir. TBK m.596/3³⁰⁰ gereğince; asıl borçlu da kendisine rücu etmek isteyen kefile karşı aralarındaki hukuki ilişkiye dayanarak def'i ileri sürebilmektedir³⁰¹.

Kefaletin geçerlilik şartlarına uyulmaması halinde, kefalet geçersiz olduğundan, kefil olan kişinin asıl borçluya rücu etmesi mümkün olmamakta, asıl borçluya kefalet sözleşmesine yani halefiyete göre değil, aralarındaki hukuki ilişkiye göre başvurabilmekte; bununla birlikte kefil tevkil edilmediği halde kefalet taahhüdü altına girmişse bu durum vekaletsiz iş görme teşkil edebilmekte, şartları da mevcutsa kefil TBK m.529'a göre alacaklıya yaptığı ödemeyi asıl borçludan talep edebilmektedir³⁰².

Kefil asıl borçluyu aralarındaki iç ilişkiye dayanarak takip edebileceği gibi TBK m. 596'ya dayanarak asıl borçluya rücu edebilmesi imkanı da bulunmakta, ancak bu iki yol birbirinden tamamen bağımsız olduğundan (iç ilişkiye nedeniyle asıl borçluya tanınan bir hakkın kefaletten doğan rücuuda ileri sürülebilmesi dışında) her iki yola birden başvurulması imkanı bulunmamakta; bunların yanı sıra rücu hakkında iç ilişkinin ispatı gerekmediğinden yalnızca ödemenin ispatı yeterli olmaktadır, iç ilişki yolunun seçilmesi durumunda da sadece alacaklıya yapılan ödeme değil, ödeme dolayısıyla yapılan masraflar ve yapılan masraflar için faiz de talep edilebilmektedir³⁰³.

²⁹⁹ Reisoğlu, s. 269.

³⁰⁰ “ Kefil ile asıl borçlu arasındaki hukuki ilişkiden doğan istem ve def'iler saklıdır.”

³⁰¹ Reisoğlu, s.270.

³⁰² Reisoğlu, s.271.

³⁰³ Reisoğlu, s.272-273.

TBK m.596/6 uyarınca; kefilin dava hakkı vermesi mümkün olmayan yahut yanılma ve ya ehliyet eksikliği hasebiyle asıl borçlu için bağlayıcılığı bulunmayan bir borcun ödemesini gerçekleştirmişse, asıl borçluya rücu ileri sürme imkanı kalmamakta; buna karşılık kefilin borçlunun vekili sıfatıyla ödeme yükümlülüğü altına girdiği borcun zamanaşımına uğraması durumunda ise asıl borçlunun kefile karşı sorumluluğu söz konusu olup bu sorumluluk vekalet sözleşmesine ilişkin hükümlere tabi olmaktadır. Kefilin bu fıkraya göre asıl borçlunun isteği dahilinde alacaklıya yaptığı ödemeleri ve masrafları TBK m. 510'a göre vekalet akdine dayanarak asıl borçludan isteyebilmesi mümkündür³⁰⁴.

TBK m.582/2 anlamında kefalet şekil ve hükümlerine tabi olan garanti sözleşmelerinde, kefilin asıl borçluya rücu hakkından yararlanması mümkün değildir³⁰⁵.

Kefilin rücu hakkına sahip olabilmesi için ödemeyi rücu kastıyla yapması gerekmekte, kefilin ödemeyi rücu kastıyla değil örneğin bağışlama kastı gibi başka bir kastla yaptığını ispat asıl borçluya düşmekte, kefil alacaklıya ödemedede bulunduğu nispette halef olmakta, yani rücu hakkının söz konusu olabilmesi için kefilin mal varlığından bir ödeme yapması gerekmekte, alacaklının ibrası gibi bir durumda rücu söz konusu olmamaktadır³⁰⁶.

Kefilin rücu hakkından önceden feragat etmemesi mümkün olmamakta, ancak rücu hakkını kullanmamak suretiyle zımmen bu hakkı kullanmaktan vazgeçebilmektedir³⁰⁷.

TBK m. 596/5 uyarınca; kefilin rücu hakkının zamanaşımı süresi alacaklıya yaptığı ödemeye başlamaktadır.

Alacaklının asıl borçludan tazmin talebinin zamanaşımına uğraması durumunda, kefilin zamanaşımı def'ini ileri sürmesi gerekmekte; aksi takdirde yaptığı ödeme için asıl borçluya rücu hakkını kaybetmektedir³⁰⁸.

Yasal rücu hakkı on yıllık genel zamanaşımına tabi olmakla beraber, kefilin iç ilişkiye dayalı olarak rücu hakkını kullanması durumunda iç ilişkideki zamanaşımı süresi geçerli olmaktadır³⁰⁹.

³⁰⁴ Reisoğlu, s.275.

³⁰⁵ Gümüş, s.494

³⁰⁶ Reisoğlu, s.275.

³⁰⁷ Reisoğlu, s.278.

³⁰⁸ Reisoğlu, s.279.

³⁰⁹ Gümüş, s.496, Yavuz, s.857.

8. Birlikte Kefalette Sona Erme Şekilleri

TBK m.598 gereğince; “ *Hangi sebeple olursa olsun, asıl borç sona erince, kefil de borcundan kurtulur.*”

Borçlu ve kefil sıfatı aynı kişide birleşmiş olursa, alacaklı için kefaletten doğan özel yararlar saklı kalır.” Yani kefalet borcunun akıbeti esas borcun akıbetine tabi olmakta, borçlu ve alacaklı sıfatlarının tek bir kişide birleşmiş olması durumunda ise kefil kefalet hükümlerinden yararlanmaya devam etmektedir.

TBK m.131’de ise; “ *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.*” Mezkur maddede ise daha genel bir kapsamda borcun sona ermesinin borca bağlı olan kefalete de etki edeceği düzenlenmiştir.

Esas borcun bir kısmına ilişkin bir ibra sözleşmesi gibi esas borcun kısmen sona ermesinin söz konusu olduğu bir durumda, kefil de bu kısım oranınca taahhüdünden kurtulmakta; TBK m.589/2 gereğince, işlemiş bir yıllık ve işlemekte olan yıla ait akdî faizler ile gerektiğinde tahvil karşılığında ödünç verilen anaparanın işlemiş bir yıllık ve işlemekte olan yıla ait faizlerine ilişkin sorumluluğu da devam etmektedir³¹⁰.

8.1. Esas borcun ifası

Esas borcun en doğrudan sona eriş biçimi şüphesiz ifa olmakla birlikte, ifa yerine edimin ve takasın da aynı şekilde sonuç doğuracağı açıktır³¹¹.

8.2. Esas borcun ifa imkansızlığı

Esas borçlunun sorumluluğu söz konusu olmaksızın borcun ifası imkansız hale gelmişse, esas borç ile birlikte kefile ilişkin borcun da sona ereceği şüphesizdir³¹².

Esas borcun başlangıcından itibaren imkansız olması kefalet borcuna da sirayet etmekle beraber, şayet imkansızlık sonradan kefilin kusuruna binaen oluşmuşsa kefilin

³¹⁰ Özen, s.566.

³¹¹ Özen, s.569; Aydoğdu/Kahveci, Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Adalet Yayınevi, Ankara 2019, s.834.

³¹² Özen, s.569.

fer'ilik ilkesine binaen borcunun sona erdiğini iddia etmesi hakkın kötüye kullanılmasını teşkil eder³¹³.

Her ne kadar doktrinde TBK m.136 kapsamında kefilin kusurundan doğan imkansızlık söz konusu olduğunda dahi kefalet borcunun da sona ermesi gerektiğinden ve pratikte taahhüt edilen çoğunlukla para borçları olduğundan bu durumun herhangi bir önemi haiz olmadığından bahsedilen bir görüş daha olsa da kanaatimizce de kefilin bu hakkı ileri sürmesi halinde hakkın kötüye kullanılması söz konusu olabilmektedir.

TBK m.590/3'e göre, “ *Yerleşim yeri yabancı bir ülkede olan borçlunun borcunu ödemesi, döviz işlemleri veya havale ile ilgili yasaklar gibi sebeplerle, o yabancı ülkenin yasal düzenlemeleri gereği imkânsız hâle gelmiş veya sınırlandırılmışsa, yerleşim yeri Türkiye’de olan kefil, takibe bu sebeple itiraz edebilir.*” Bu düzenlemeye göre fer'ilik ilkesine belirtilen durumlarda istisnai olarak hareket edilebildiğinden hem garanti hem de kefalet sözleşmesinin unsurlarını barındıran karma bir sözleşmenin söz konusu olduğunu kabul etmek mümkündür³¹⁴.

8.3. Esas Borca İlişkin Koşulun Gerçekleşmemesi

Esas borca ilişkin geciktirici bir koşulun varlığı söz konusuysa, esas borç bu koşulun gerçekleşmesiyle doğacağından, mezkur koşulun imkansız hale gelmesi yani gerçekleşmesine olanak bulunmaması durumunda esas borç da imkansız hale geleceğinden kefalet borcu da koşulun ve esas borcun akıbetine tabi olacaktır³¹⁵.

8.4. Esas borcun ibrası

Her ne kadar bağışlama amacıyla yahut bir edime bağlı şekilde yapılan ibra sözleşmesi esas borcu ve dolayısıyla fer'iliği gereği kefalet borcunu sona erdirse de esas borçlunun birden fazla müteselsil borçlular olması durumunda müteselsil borçlulardan ibra edilenin borcunun sona ermesi diğer müteselsil esas borçluların sorumluluğunu

³¹³ Özen, s.569; Aksi görüş için bkz Yavuz/Acar/Özen, Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Beta Yayınları, İstanbul 2019, s.1467.

³¹⁴ Özen, s.570.

³¹⁵ Özen, s.570.

etkilemeyeceğinden kefalet borcu da bu borçlulardan ibra edilene ilişkin kefalet taahhüdünde bulunulmuşsa sona erecektir³¹⁶.

Kefilin bağışlama saikiyle alacaklı tarafından ibra edilmesi durumunda ise esas borçluya rücu hakkı bulunmamaktadır³¹⁷.

Her ne kadar ibra soyut nitelikte yani sebebe bağlanmamışsa kefalet borcunu da sona erdirse de, ibranın sebebe bağlandığı durumlarda sebep geçerli değilse esas borç devam edeceğinden kefalet borcunun da sona ermesi mümkün değildir³¹⁸.

8.5. Yenileme

TBK m.134 uyarınca, “*Çeşitli kalemlerin bir cari hesaba sadece kaydedilmiş olması, borcun yenilenmiş olduğu anlamına gelmez.*

Ancak, hesabın kesilmiş ve hesap sonucu diğer tarafça kabul edilmiş olması durumunda, borç yenilenmiş olur.

Kalemlerden birinin güvencesi varsa, aksi kararlaştırılmadıkça, hesap kesilip sonucun kabul edilmiş olması, güvenceyi sona erdirmez.”

Her ne kadar yenileme esas borcun sona ermesine vesile olsa da; cari hesaplar hususunda madde hükmünde de belirtildiği üzere hesabın kesilmesi ve karşı tarafça kabulü şartlarının sağlanması durumunda yenileme söz konusu olmakta ise de aynı yahut şahsi teminat altına alınan borç kalemleri sona ermeleri durumunda dahi hesap sonucu sıfırlanana değin teminatlara ilişkin sorumluluğun devamı söz konusu olmakta, buna karşılık teminat borç kalemleri için değil de cari hesap ilişkisi için külli olarak verilmişse hesap sonucu sıfırlansa dahi ilişki sona ermedikçe sorumluluk sona ermemektedir³¹⁹.

8.6. Zamanaşımı

Kefilin esas borca ilişkin zamanaşımını ileri sürme yükümlülüğünden bahsetmiştik. Bu külfetin yerine getirilmemesi zamanaşımının kefil tarafından bilindiğine yahut bilinmesi gerektiğine yeter delil olması durumunda kefil için esas borçluya rücu hakkının

³¹⁶ Özen, s.570-571.

³¹⁷ Aydoğdu/Kahveci, s.834.

³¹⁸ Zapata, Tan Tahsin; Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Savaş Yayınevi, Ankara 2012, s.305.

³¹⁹ Özen, s.572.

kaybedilmesi yaptırımına yol açmakta, zamanaşımını bilerek taahhüt altına girmesi durumunda ise zamanaşımı def'inden yararlanma hakkını da kaybetmektedir³²⁰.

Bu durum özel rücu hakkının iç ilişkide vukuu bulmuş halidir³²¹.

8.7. Taahhüt edilen sürenin sona ermesi

Sürelili kefaletlerde kefalet taahhüdünün geçerliliği bir süreyle sınırlanmış olup, sürenin sona ermesiyle TBK m.600'ün açık hükmünde de belirtildiği üzere kefalet borcu da sona ermekte, her ne kadar bu sürenin kararlaştırılmasında serbesti söz konusu ise de TBK m.598/3'ün belirlediği azami süre olan on yıllık sürenin geçirilmemesi gerekmektedir³²².

818 sayılı EskiBK'da ise m.493'te ise farklı bir düzenleme vardı. Şöyle ki; madde lafzında, “ *Bir kimse mahdut bir zaman için kefil olupta bu zamanın inkızasını takip eden bir ay zarfında alacaklı bu bapta icraya veya mahkemeye müracaatla hakkını takip etmezse yahut takibatına uzun müddet fasıla verirse kefil kefaletten beri olur.*” şeklindeki düzenlemesiyle sürelili kefalette süre bitiminde kefalet borcundan sorumlu olmamak; süre bitiminden bir ay içinde takip yahut dava yoluna başvurulmaması yahut bu başvurulduğu takdirde mezkur yollara uzun bir süre ara verilmesi şartlarına bağlı kılınmıştı.

TBK'nın getirdiği mezkur yenilik kefilin daha faydasına bir sonuca vesile olmakta, kefaletin süresi olup olmadığına ilişkin muallakta kalınması durumunda ise aslolan süresiz kefalet olduğundan süresiz olduğu kabul edilmektedir³²³.

Kaynak İsviçre Borçlar Kanununda da EskiBK ile aynı tutum benimsenmiş, sürelili kefalette kefalet borcun süre bitiminde sona erebilmesi için, süre dolmasından itibaren dört hafta içinde dava ve takipte bulunmamak yahut başvuru yollara uzun süre ara vermek davranışlarının gerçekleşmesi beklenmektedir³²⁴.

Buna ek olarak, TBK'dan farklı olarak, mehz İsviçre BK m.510/5'te kefalet borcu için aynı teminat gösterilmemişse, geçerlilik tarihinin asıl borcun muaccel olmasına değin süreceği düzenlenmiş bulunmaktadır³²⁵.

³²⁰ Özen, s.573.

³²¹ Aydoğdu/Kahveci, s.834.

³²² Özen, s.580-581.

³²³ Aydoğdu/Kahveci, s.836.

³²⁴ Özen, s.582.

³²⁵ Yavuz/Acar/Özen, s.1469.

Sürelî olmayan kefaletle ilişkin durum ise TBK m.601’de, “ *Sürelî olmayan kefalette kefil, asıl borç muaccel olunca, adi kefalette her zaman ve müteselsil kefalette ise, kanunun öngördüğü hâllerde, 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.*

Borç, alacaklının borçluya yapacağı bildirim sonucunda muaccel olacaksa kefil, kefalet sözleşmesinin kurulduğu tarihten bir yıl sonra alacaklıdan, bu bildirim yapmasını ve borç bu suretle muaccel olunca, yukarıdaki fıkra hükümleri uyarınca takip ve dava haklarını kullanmasını isteyebilir.

Alacaklı, kefilin bu istemlerini yerine getirmese, kefil borcundan kurtulur.” şeklinde düzenlenmiştir.

Madde hükmünde müteselsil kefalet durumunda kanunun öngördüğü haller lafzından müteselsil kefaleti düzenleyen TBK m.586/2’ye göre, teslimine bağlı taşınır rehni veya alacak rehni ile güvence altına alınması durumunda öncelikli olarak kefile başvurulmaması durumu kastedilmekte ancak bu duruma bir istisna getirilerek alacağın rehnin paraya çevrilmesi yoluyla tam anlamıyla karşılanamayacağını önceden hâkim tarafından belirlenmesi veya borçlunun iflas etmesi ya da konkordato mehli verilmesi durumlarında rehnin paraya çevrilmesinden önce kefile başvurma imkanının baki olduğu belirtilmiştir³²⁶.

EskiBK m.494/1’de ise, adi ve müteselsil kefil ayrımı yapılmamasına karşılık, müteselsil kefilin tartışma ve paraya çevirme def’ilerinden yoksunluğunun vücut verdiği bir karmaşa söz konusu olmakta, zira bu hüküm müteselsil kefil için uygulama alanı bulamamaktaydı³²⁷.

Borcun muacceliyetinin alacaklının bildirimine bağlı olduğu TBK m.601/2 hükmünde de belirtildiği üzere kefil, kefalet senedinin itikadından bir yıl sonra alacaklıdan borcun muacceliyeti için elzem olan bildirim yapması ve dava yahut takip hukuki yollarından birini kullanması talep hakkını haizdir³²⁸.

Müteselsil kefile başvurulabilmesi için teslimine bağlı taşınır rehnini yahut alacak rehnini paraya çevirmek gerekmekte, buna ilişkin eylemin yapılmasını müteselsil kefil 1 ay

³²⁶ Özen, s.593.

³²⁷ Özen, s.588.

³²⁸ Aydoğdu/Kahveci, s.836.

içinde alacaklıdan isteyebilmekte, bu talebi alacak muaccel olduktan sonra herhangi bir süreye tabi olmaksızın yapabilmekte; alacaklının rehinleri paraya çevirmemesi yahut rehinin paraya çevrilmesi adına başlatılan takibe uzunca bir süre ara vermesi durumunda müteselsil kefil kefalet borcu sona ermekte; şayet alacaklının bu minvalde bir rehni yoksa yahut evvelce bu rehinler zaten paraya çevrilmiş ise müteselsil kefilin TBK m. 601'den faydalanma olanağı kalmamaktadır³²⁹.

Nitekim Yargıtay 6. Hukuk Dairesi'nin E.2016/2757, K. 2016/2320, T. 23.3.2016 tarih ve sayılı kararında da başlatılan takibe dört sene ara verildiğinden kefalet borcunun sona erdiği yönünde karar verilmiştir³³⁰.

TBK m. 598'in son üç fıkrası gereğince kefalet sorumluluğunun azami olarak süresi de belirlenmiş ancak bu süre gerçek kişiler için düzenlenmiştir. Azami süre olan 10 yıllık süreden kefalet sözleşmesinde daha uzun bir süre belirlenmesi kefilin 10 yıllık sorumluluğunu etkilememekte, ancak uzatma yapılmak isteniyorsa en erken sürenin bitiminden bir yıl evvel yapılmak kaydıyla kefalet sözleşmesinin şekil şartına uyulmak suretiyle bir on yıl daha sorumluluk süresinin uzatılması mümkündür.

Bu uzatma için de eşin rızası gerekmekte, şayet ilk kefalet döneminde kefil evli olmadığı halde ikinci dönemde evlenmiş ise yine eşin rızası aranması zarureti bulunacaktır³³¹.

8.8. Alacaklının ödemeyi reddetmesi

Kefil zamanla kısıtlı olmaksızın borç muaccel olduğu vakit alacaklıdan ödemenin kabulünü talep edebileceği gibi, iflas gibi bir sebeple borcun erken muaccel olması durumunda dahi talep hakkı baki kalmakta, birlikte kefalette birlikte kefillerden herhangi

³²⁹ Özen, s.593.

³³⁰ Y. 6. HD. E. 2016/2757, K. 2016/2320, T. 23.3.2016; "Dosya kapsamından, davalı kiralayan ile dava dışı kiracı ... arasında 1.6.2004 başlangıç tarihli, 1+3 yıl süreli, aylık 1.000 TL bedelli kira sözleşmesinin imzalandığı, davacının bu sözleşmeye müteselsil kefil sıfatıyla imza attığı hususunda uyuşmazlık bulunmamaktadır. "Mahdut zaman için kefalet" başlıklı Mülga 818 Sayılı Borçlar Kanunu 493.maddesine göre, (TBK 601.maddesi) "Bir kimse mahdut bir zaman için kefil olupta bu zamanın inkızasını takip eden bir ay zarfında alacaklı bu bapta icraya veya mankemeye müracaatla hakkını takip etmezse yahut takibatına uzun müddet fasıla verirse kefil kefaletten beri olur." düzenlemesi bulunmaktadır. Davalı, davacı kefil hakkındaki icra takibini 26.6.2007 tarihinde başlatmış, 13.12.2007 den sonra işlem yapılmayarak dosya takipsiz bırakılmış, 7.11.2013 de ise uzun süre ara verildikten sonra yenilenmiştir. Davalı tarafından uzun süre takibe ara verildiğinden kefilin kefaleti sona erdiğinden davacı tarafından açılan menfi tespit davasının kabulüne karar verilmesi gerekirken yazılı şekilde reddine karar verilmesi doğru değildir. Hüküm bu sebeple bozulmalıdır."(<https://lib.kazanci.com.tr>)

³³¹ Aydoğdu/Kahveci, s.838.

birinin kısmi ödeme yapmak istemesi durumunda bu arzudaki birlikte kefilin payından az olmayacak şekilde alacaklının kabul mükellefiyeti bulunmaktadır³³².

TBK m.593/1 gereğince; “*Borçlunun iflası sebebiyle olsa bile, borç muaccel olduğu takdirde kefil, alacaklıdan yapacağı ödemeyi kabul etmesini her zaman isteyebilir. Bir borca birden çok kişinin kefil olması durumunda alacaklı, kefillerden biri tarafından yapılacak kısmi ödemeyi, bunu öneren kefile düşen paydan az olmamak koşuluyla, kabul etmek zorundadır.*” Bu zaruretin haklı bir sebep olmaksızın yerine getirilmemesinin yaptırımını ikinci fıkrada düzenlenmiş olup, sona erme olmakla beraber; birlikte müteselsil kefaletin söz konusu olmasında durumunda, birlikte müteselsil kefillerin sorumluluğu kendilerine düşen pay oranında azalmaya tabi olmaktadır.

8.9. Kefilin sözleşmeden dönmesi

TBK m.599 uyarınca; “*Gelecekte doğacak bir borca kefalette, borçlunun borcun doğumundan önceki mali durumu, kefalet sözleşmesinin yapılmasından sonra önemli ölçüde bozulmuşsa veya mali durumunun, kefalet sırasında kefilin iyiniyetle varsaydığından çok daha kötü olduğu ortaya çıkmışsa, kefil alacaklıya yazılı bir bildirimde bulunarak, borç doğmadığı sürece her zaman kefalet sözleşmesinden dönebilir. Kefil, alacaklının kefalete güvenmesi sebebiyle uğradığı zararı gidermekle yükümlüdür.*”

Doktrinde cayma hakkı olarak da nitelendirildiği olmuştur³³³.

Her ne kadar esas borçlunun ödeme güçsüzlüğüne düşmesi kefalet borçlusu için öngörülebilir bir risk olup, kefil bu risk altında taahhüt altına girse de; mezkur madde hükmünde de belirtildiği üzere esas borçlunun borcun doğumundan evvelki mali durumu hatırı sayılır ölçüde kötüleşmişse hakkaniyet gereği kefile dönme hakkı tanınmakta, yine kefilin iyiniyetli olarak esas borçlunun mali durumu hakkında yanılığa düşmesi durumlarında kefile dönme hakkı kanunca tanınmakta, ancak bu dönme hakkı yalnızca gelecekte doğacak borçlar için kullanılabilen olup, borç muaccel olmadan dönme hakkının kullanılması gerekmektedir³³⁴.

Kefil, anılan dönme hakkının kullanımı sebebiyle alacaklının uğradığı menfi zararı karşılamakla yükümlü olup, bu zararın esas borçlunun kusuruna dayanması zarureti

³³² Aydoğdu/Kahveci, s.838.

³³³ Aydoğdu/Kahveci, s.838.

³³⁴ Özen, s.615-617.

bulunmamakta; buna karşılık kefilin de bu sebeplerle zarara uğraması durumunda tazminat alacaklısı konumuna geçip esas borçludan zararını tazmin etme gibi bir olanağı bulunmamaktadır³³⁵.

Tüm bunlara ek olarak birlikte kefillerden birinin bu hakkı kullanması söz konusu olduğunda diğer birlikte kefillerin bundan sonra açıklanacak olan TBK m.587/3 uyarınca sorumluluktan kurtulduklarını öne sürmeleri mümkündür³³⁶.

8.10. Birlikte Kefillerin TBK M. 587/3 Uyarınca Yükümlülüğünden Kurtulmaları

8.10.1. Genel Olarak

TBK m. 587/3 uyarınca; kefilin başka kefillerin de olacağı zannıyla kefil olması durumunda alacaklının bu vaziyeti bilmesi yahut bilmesi gerekmesi halinde, bu öngörülen kefilin yahut kefillerin kefalet taahhüdü altına girmemesi, alacaklı tarafından borçtan kurtarılması ya da kefalet yükümlülüğünün hükümsüz olması durumunda öngörüsü gerçekleşmeyen kefile kefaletten kurtulma imkanı tanınmıştır.

Bu hüküm alacaklının kefilini ibra etmeksizin onu takip etmeyerek alacağını diğer birlikte kefillerden yasal yollarla alması durumunda ibra edilmeyen kefilin yahut birlikte müteselsil kefilin kendi payına düşen borcu ödemesi ve ibra edilmesi durumlarında diğer kefilleri sorumluluktan kurtarmayacaktır³³⁷.

Kefalet sözleşmesinin kurulması esnasında başka kefillerin de aynı borç için taahhüt altına girmesi, alacağın kefile başvurulması gerekmeyen riskli bir alacak olmadığı, sorumluluğun birden fazla kişi arasında paylaşılacağı gibi düşüncelerle kefalet yükümlülüğü altına girmek kolaylaşacağından; bunun gerçekleşmemesi saikte yanılma olarak kabul edilmekte ancak saikte yanılma esaslı yanılma teşkil etmediğinden sözleşmenin iptali mümkün olmamakta; sözleşmenin iptali ancak alacaklı bilinçli olarak gerçek dışı açıklamalarla başka kefillerin de olduğu sanrısını yarattıysa aldatmaya dayalı olarak mümkün olmaktadır³³⁸.

TBK m.587/3 müteselsil yahut adi fark etmeksizin tüm birlikte kefalet türlerinde uygulama alanı bulmaktadır³³⁹.

³³⁵ Özen, s.617-619.

³³⁶ Özen, s.618.

³³⁷ Reisoğlu, s. 190.

³³⁸ Özen, s.333.

³³⁹ Reisoğlu, s.190.

Başka kefillerin olduğunu varsayarak kefalet altına girildiğinin öne sürülmesi belli bir şekil kuralına tabi değildir; ancak alacaklının öngörülen kefil taahhüt altına girmese de öngören kefilin taahhüt altına gireceğini ve ya kefilin bütün kefillerden ziyade belli bir kefil göz önünde bulundurduğunu ispat etmesi mümkündür³⁴⁰.

TBK m. 587/3'ün uygulanmasıyla kefaletten kurtulma esasen geçmişe etkili olarak kesin hükümsüzlüğü ifade etmekte, bu husus İsviçre öğretisinde ve yargı uygulamasında da kabul görmekte, ancak halin şartlarına göre birlikte kefillerden öngörülen dışında kalan diğer tüm birlikte kefiller öngörülen birlikte kefilin taahhüt altına gireceği düşüncesiyle kefil olmuşsa kefalet sözleşmesi kesin hükümsüzlük yaptırımına tabi olacak, ancak diğer birlikte kefillerden bu saikle taahhüt altına girmemiş olan da varsa kefalet borcu bu birlikte kefiller üzerinde devam ederek kısmi hükümsüzlük söz konusu olacaktır³⁴¹.

Alacaklının öngörüldüğü halde taahhüt altına girmeyen kefil yerine ödeme gücü daha fazla olan bir kefil bulması halinde TBK m. 587/3'ün ileri sürülmesi hakkın kötüye kullanılması teşkil etmekte ancak alacaklı öngörülen kefilin taahhüt altına girmemesi durumunda o kefil payı kadar taahhütte bulunan kefil borçtan kurtarmaya rıza gösterse dahi TBK md 587/3 kefil tarafından ileri sürülmek suretiyle kefilin borcun tamamından kurtulmasına bir engel bulunmamaktadır³⁴².

Öngörülen kefilin borcundan kurtulmasına kusuru ile sebep olan birlikte kefilin TBK m. 587/3ü ileri sürerek borçtan kurtulmasına imkan yoktur³⁴³.

TBK m. 587/3 emredici nitelik taşımadığının, aksinin sözleşmede kararlaştırılması mümkünse de TBK m. 583/1'in öngördüğü şekle tabi olmakta, aksi yöndeki anlaşma kefalet sözleşmesi kurulduktan sonra yapılacaksa, kefilin aleyhine bir durum oluşturacağından yani TBK m. 583/3 gereğince kefilin sorumluluğunu artıran bir değişiklik teşkil ettiğinden kefalet için öngörülen şekle uyulması gerekmektedir³⁴⁴

³⁴⁰ Reisoğlu, s.194.

³⁴¹ Gümüş, s.461-462.

³⁴² Reisoğlu, s.194.

³⁴³ Reisoğlu, s.197.

³⁴⁴ Gümüş, s.458.

8.10.2. Yasada Öngörülen Kefaletin Sona Erme Biçimlerinin TBK m. 587/3 Açısından İncelenmesi

TBK m.598/3 uyarınca; gerçek kişice verilmiş kefaletler türünden bağımsız olarak on yıl geçmekle re'sen ortadan kalkmaktadır. Bu şekilde bir kefilin kefaletinin sona ermesi diğer birlikte kefillerin borçtan kurtulmasını sağlamaz³⁴⁵.

TBK m.599/1 gereğince; gelecekte doğacak bir borç söz konusu olduğunda asıl borçlunun ekonomik durumu sözleşmenin evvelinde olduğu hale göre sözleşmenin akdedilmesi sonrasında kötüye gitmiş yahut kefilin iyi niyetine dayanarak sandığından hatırı sayılır derecede daha kötü bir duruma gelmiş olduğu meydana çıkarsa, kefilin alacaklıya yazılı bildiriyle borç henüz doğmadan herhangi bir zamanda kefalet sözleşmesinden dönme imkanı bulunmaktadır. Dolayısıyla anılan maddede belirtilen bu koşulların gerçekleşmesi durumunda TBK m. 587/3'ün ileri sürülebilmesi söz konusu değildir, ancak alacaklının kefilin dönme beyanını kabul etmesi durumunda diğer birlikte kefiller TBK m.599/1'deki koşulların oluşmadığını ve kefaletin alacaklının beyanına binaen sona erdiğini ve dolayısıyla kendi kefaletlerinin de sona erdiğini ileri sürebilirler³⁴⁶.

TBK m.600 uyarınca; kefaletin süreli olması durumunda sürenin geçmesiyle kefil kefalet borcundan kurtulabilmektedir. Dolayısıyla TBK m.600'deki kefaletin sona erme biçimi Yasadan ötürü ve kendiliğinden olduğundan TBK m.587/3'ün ileri sürülmesine elverişli değilken; TBK m.601 gereğince, kefaletin süreye tabi olmaması durumunda borcun muacceliyet kazanmasıyla adi kefaletin söz konusu olduğu durumlarda zaman sınırlaması olmaksızın, müteselsil kefaletin söz konusu olması durumunda ise Kanunca belirlenen durumlarda alacaklı tarafından bir ay içerisinde borçluya karşı dava ve takip açmasını, mevcutsa rehnin paraya çevrilmesi yoluyla icra takibinde bulunmasını ve fasılasız takibi sürdürmesini talep edebilmesi mümkün olmakta, borcun muacceliyetinin alacaklının bildirimine bağlı olması halinde ise, kefalet akdinin inikadından bir yıl sonra alacaklı tarafından bu bildirim yapılmasını ve borç buna binaen muacceliyet kazandığında TBK m.601'in ilk fıkrası gereğince takip ve dava açılmasını talep edebilmesi mümkün olmakta; burada alacaklı hükmün gereğine uygun hareket etmediği takdirde kefil bu eyleme binaen borçtan kurtulacağından TBK m. 587/3'ün ileri sürülmesinde bir beis bulunmamaktadır³⁴⁷.

8.10.3. TBK m. 587/3'ün Hüküm ve Sonuçları

³⁴⁵ Reisoğlu, s.197.

³⁴⁶ Reisoğlu, s.197.

³⁴⁷ Reisoğlu, s.197-198.

Eski İsviçre Borçlar Kanununda, tıpkı şu an TBK m.587/3’de olduğu şekliyle, 497. maddenin son fıkrası ile kefilin tamamen borçtan kurtulduğu kabul olunmuş, ancak Yeni İsviçre Borçlar Kanunu’nda bu madde hükmü yumuşatılarak bazı hallerde hakime kefilin yükümlülüğünü indirme yetkisi verilmiş, TBK m.587/3’te ise kefil doğrudan tamamen borçtan kurtulduğu gibi, öngördüğü kefilin taahhüt altına girmemesinden herhangi bir zarara uğraması şartı da söz konusu olmamıştır³⁴⁸.

Birlikte kefilin, aynı alacak için başka kişilerin de kefil olduğu veya olacağı düşüncesinin/varsayımının sonradan gerçekleşmemesi sebebiyle borçtan kurtulabilmesi için alacaklının da birlikte kefilin bu düşüncesini/varsayımını bilmeli yahut bilmesi gerekmektedir³⁴⁹.

TBK m. 587/3 her türlü kefalette uygulanabilmekte, bu maddenin sağladığı haktan feragat etmek ancak şartlara uygun yeni bir kefalet sözleşmesi ile mümkün olabilmekte; TBK m. 587/3’ün ileri sürülebilmesi için öngörülen kefilin şart koşulması yahut öngörülen kefil ilişkin birlikte kefilin esaslı hataya düşmesi gerekmemekte, ancak kefilin daha sonra öngörülen kefilin kefil olmadığını, imzasının geçersiz olduğunu, daha sonra kefaletten ibra edildiğini öğrenmesi zarureti bulunmakta, yalnızca öngörülen kefilin ödeme gücü yahut itibarı gibi bir konuda hataya düştüğünü beyan etmesi yeterli olmamaktadır³⁵⁰.

Birlikte kefaletin farklı zamanlarda gerçekleşmesine bir engel olmadığından, sırf diğer kefillerin kefalet sözleşmesini imzalamamasına yahut dayanarak borçtan kurtulma durumu söz konusu olmadığı gibi; matbu kefalet sözleşmesinde kefillerin imzası için birden fazla yer açılması da TBK m. 587/3’ün uygulanmasına zemin oluşturmamakta ve yine öngörülen kefilin ölmesi yahut mirasçılarının mirası reddetmesi de kefaleti hükümsüz kılmamaktadır; ancak öngörülen kefilin/kefillerin ibra edilmesi yahut kefaletin hükümsüz olduğuna karar verilmesi gibi bir durumda kefaletin TBK m.587/3’e dayanılarak son bulması mümkündür³⁵¹.

Yargıtay’a göre, bankalarla yapılan müteselsil kefalet sözleşmelerinde, sözleşmenin altında başka kişilerin adının yazması ancak imzasının bulunmaması durumunda, sözleşmeyi imzalayan kefilin sözleşmede diğer adı yazan kefillere güvenerek sözleşmeyi imzaladığı yönündeki iddialarının kabulü mümkün olmamakta; nitekim Yargıtay 11. HD’nin

³⁴⁸ Reisoğlu, s.197.

³⁴⁹ Gümüş, s.459.

³⁵⁰ Reisoğlu, s.198-199.

³⁵¹ Reisoğlu, s.199.

14.06.1985 tarihli, 1985/2643 Esas ve 1985/3880 Karar numaralı kararına göre; her ne kadar kefillerin aynı anda yükümlülük altına girmesi zarureti bulunmasa da , en azından birbirlerinin kefaletinden haberdar olmaları ve bunu göz önünde tutarak kefalet taahhüdü altına girmeleri gerekmekte, kefilin aynı borca kendisiyle birlikte başka kişilerin de kefalet edeceğini öngörerek kefalet verdiğini, alacaklının da bu hususu bildiğini yahut bilmesi gerektiğini ispat etmesi gerekmekte, davalıdan başka kişilerin ad ve soyadlarının yazılması ve bu ad ve soyadların karşılarında imza bulunmaması hali, davalının savunmasını ispata yeter olmadığından davanın reddi kararı bu gerekçelerle davalının aleyhine olarak bozulmuş bulunmaktadır³⁵².

Yine diğer birlikte kefilin miras yolu gibi herhangi bir sebepten aynı zamanda asıl borçlu sıfatına sahip olması da kefaleti sona erdirmemektedir³⁵³.

³⁵² Çınar, Ömer, Türk Borçlar Kanununa Göre Kefilin Sorumluluğunun Sona Ermesi, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2013, s.155.

³⁵³ Reisoglu, s.200.

SONUÇ

Kefalet sözleşmesi 6098 sayılı Türk Borçlar Kanununda düzenlenmiştir. Kefalet fer'i nitelikte bir borç olduğundan, akıbeti asıl borcun akıbetine bağlıdır. Kefalet borcu tali niteliğe de sahip bir borç olmakla beraber, bu talilik vasfı en çok adi birlikte kefaletin bir alt türü olan açığa kefalet de kendini gösterirken en az müteselsil kefalet de ortaya çıkmaktadır. Kefalet adi kefalet, müteselsil kefalet, birlikte kefalet, kefile kefalet ve rücu kefalet olarak bir tasnife tabi tutulmaktadır. Kefalet sözleşmesi tek tarafa borç yükleyen ve kural olarak ivazsız bir sözleşmedir. Mevcut ve geçerli bir borca ilişkin kefalet taahhüdünde bulunulabileceği gibi, gelecekte doğacak ve koşula bağlı bir borca kefil olunabilmesi de mümkün olup kefaletin hüküm ifade etmesi borcun ortaya çıkması ve koşulun sağlanmasına söz konusu olmaktadır. Kefalet borcunun asıl borç muaccel olmadan muaccel olması mümkün değildir. Kefilin her halde kefalet sözleşmesinde el yazısıyla yazılmış olan azami tutara kadar sorumluluğu söz konusudur. Kefilin borcun muaccel olmasından sonra kendisine karşı başlatılan takibi aynı güvence göstererek durdurulmasını talep etmesi mümkündür. Kefil ödeme yaptığı nispette alacaklının haklarına halef olmaktadır. Birlikte kefaleti kefiller arasında birbirinden haberdar olma bakımından sübjektif anlamda gerçek olmayan birlikte kefalet ve gerçek birlikte kefalet şeklinde; kefalet sözleşmesinin kuruluş şekli göz önüne alınarak da adi birlikte kefalet ve müteselsil birlikte kefalet olarak tasnif edilebilir. Kefilin asıl borçluya rücu edebilmesi için geçerli bir kefalet sözleşmesine dayanarak ödeme yaptığını ispat etmesi gerekmektedir. Kefil başka kişilerin aynı borç için kefalet taahhüdü altına girdiğini varsayarak kefaletle yükümleniyorsa ve alacaklı bu durumu biliyor yahut bilmesi gerekiyorsa taahhüt altına gireceğini varsaydığı kefiller kefaletle yükümlenmezse, kefil borcundan kurtulabilmektedir.

KAYNAKÇA

Acar Ünal, Özlem, Müteselsil Kefalette Def'iler, *Fasikül Hukuk Dergisi*, Cilt: 10, Sayı: 100, Mart 2018.

Altop, Atilla, Kefalet Sözleşmesine İlişkin Olarak Türk Borçlar Kanununda ve Türk Ticaret Kanununda Yer Alan ve Birbiri İle Çeliştikleri Düşünülen Bazı Hükümlere İlişkin Bir Değerlendirme, *İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt: 16, Sayı: 2, Temmuz 2017.

Aral, Fahrettin/ Ayrancı, Hasan; Borçlar Hukuku – Özel Borç İlişkileri, Ankara 2014.

Aydoğdu, Murat/Kahveci, Nalan; Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Adalet Yayınevi, Ankara 2019.

Baş, Ece, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'nda Kefalet Sözleşmesinin Geçerlilik Şartlarına İlişkin Bazı Yenilikler, *İÜHFİM*, C. S. 2,2012.

Becker, Herman; İsviçre Borçlar Kanunu Şerhi(Çeviri: Dura, A. Suat), Yargıtay Yayınları No:24, 1993.

Buluş, Kasım, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanununa Göre Birlikte Kefaletin Türleri ve Hükümleri, Seçkin, Mart 2017, Ankara.

Camcı, Sinem; İnternet Üzerinden Kurulan Sözleşmelerde Elektronik İmzanın Hukuki Niteliği, *Terazi Hukuk Dergisi*, Cilt: 15, Sayı: 165, Mayıs 2020.

Çakır, Aytuğ Ceyhun, Müteselsil Kefaletin Hükümleri ve Sonuçları, *Terazi Hukuk Dergisi*, Cilt: 9, Sayı: 96, Ağustos 2014.

Çelik, Ali, Müteselsil Kefaletin Kurulması ve Geçerlilik Şartları, Adalet Yayınevi, Ankara 2016.

Çınar, Ömer, Türk Borçlar Kanununa Göre Kefilin Sorumluluğunun Sona Ermesi, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2013.

Demir, Şamil, Kefalet Sözleşmesinin Uygulama Alanı, *TBB Dergisi*, 2013 (108).

Elçin Grassinger, Borçlar Kanunu'na Göre Kefilin Alacaklıya Karşı Sahip Olduğu Savunma İmkânları, İstanbul 1996.

Elçin, Gülçin; Bankaların Genel Kredi Sözleşmelerinde Yer Alan Kefalet Hükümlerinin Türk Borçlar Kanunu Kefalet Hükümleri Çerçevesinde Değerlendirilmesi, *İstanbul Barosu Dergisi*, Cilt: 87, Sayı: 3, Yıl: 2013.

Eren, Fikret; Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Yetkin Yayınları, Ankara 2020.

Erzurumluoğlu, Erzan; Sözleşmeler Hukuku(Özel Borç İlişkileri), Yetkin Yayınları, Ankara 2019.

Gümüş, Mustafa Alper; Borçlar Hukuku Özel Hükümler, C. II, İstanbul 2012.

Gündüz, Ş. Deren, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'na Göre Kefalet Sözleşmesinin Şekli, On iki Levha Yayıncılık, Eylül 2015, İstanbul.

Olgaç, Senai, Kefalet, Olgaç Matbaası, Ankara 1978.

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

Özen, Burak; Kefalet Sözleşmesi, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2017.

Reisoğlu, Seza; Türk Kefalet Hukuku, Ankara 2013.

Tandoğan, Haluk, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Cilt II, Vedat Yayıncılık, İstanbul 2011.

Uyumaz, Alper, Kefalet Sözleşmesine İlişkin Şekil Kuralları Açısından Kefilin Sorumluluğunun Sınırı ve Kapsamı, *Çukurova Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt: 1, Sayı: 1, Kasım 2014.

Yavuz, Cevdet/Acar, Faruk/ Özen, Burak; Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Beta Yayınevi, İstanbul 2019.

Yavuz, Nihat, Türk Kefalet Hukuku, Adalet Yayınevi, Ankara 2009.

Zapata, Tan Tahsin; Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Savaş Yayınevi, Ankara 2021.

Zevkliler, Aydın/Gökyayla, Emre; Kefalet Sözleşmesi, Turhan Kitabevi, Ankara 2019.