

**KEFALET SÖZLEŞMESİNDE KEFİLİN SORUMLULUĞUNUN
KAPSAMI VE KEFALET SÖZLEŞMESİNİN BENZER HUKUKİ
İLİŞKİLERDEN FARKLARI**

GÖZDE DOĞAN

ANKARA 2011

**ÇANKAYA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK ANABİLİM DALI
YÜKSEK LİSANS TEZİ**

**KEFALET SÖZLEŞMESİNDE KEFİLİN SORUMLULUĞUNUN
KAPSAMI VE KEFALET SÖZLEŞMESİNİN BENZER HUKUKİ
İLİŞKİLERDEN FARKLARI**

**TEZ DANIŞMANI
PROF. DR. ERZAN ERZURUMLUOĞLU**

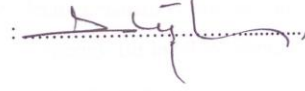
**HAZIRLAYAN
GÖZDE DOĞAN**

ANKARA

2011

Gözde DOĞAN tarafından hazırlanan Kefalet Sözleşmesinde Kefilin Sorumluluğunun Kapsamı ve Kefalet Sözleşmesinin Benzer Hukuki İlişkilerden Farkları adlı bu tez, tarafımdan incelenmiş ve Yüksek Lisans Tezi olarak uygun bulunmuştur.

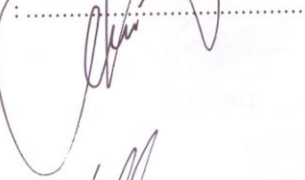
Prof. Dr. Erzan ERZURUMLUOĞLU



Tez Danışmanı

Bu tezin yüksek lisans derecesini elde etmek için gerekli koşulları sağladığımı onaylarım.

Prof. Dr. Hamdi MOLLAMAHMUTOĞLU



Özel Hukuk Anabilim Dalı Başkanı

Sosyal Bilimler Enstitüsü onayı.



Prof. Dr. Mehmet TURHAN

Tez Sınav Tarihi : 02 Eylül 2011

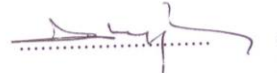
Tez Jüri Üyeleri :

Prof. Dr. Bilge ÖZTAN

(Çankaya Üniv.)



Prof. Dr. Erzan ERZURUMLUOĞLU (Çankaya Üniv)



Doç. Dr. Cemal OĞUZ

(Gazi Üniv.)



**ÇANKAYA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ MÜDÜRLÜĞÜ'NE**

Bu belge ile, bu tezdeki bütün bilgilerin akademik kurallara ve etik davranış ilkelerine uygun olarak toplanıp sunulduğunu beyan ederim. Bu kural ve ilkelerin gereği olarak, çalışmada bana ait olmayan tüm veri, düşünce ve sonuçları andığımı ve kaynağını gösterdiğimi ayrıca beyan ederim.

Adı, Soyadı : GÖZDE DOĞAN

İmzası : 

Tarih : 26.07.2011

ÖZET

KEFALET SÖZLEŞMESİNDE KEFİLİN SORUMLULUĞUNUN KAPSAMI VE
KEFALET SÖZLEŞMESİNİN BENZER HUKUKİ İLİŞKİLERDEN FARKLARI

DOĞAN, Gözde

Sosyal Bilimler Enstitüsü, Özel Hukuk Anabilim Dalı
Tez Danışmanı: Prof. Dr. Erzan ERZURUMLUOĞLU

Temmuz 2011, 107 sayfa

Bu çalışma kefalet sözleşmesinde kefilin sorumluluğunun kapsamı ve kefalet sözleşmesinin benzer hukuki ilişkilerden farkları hakkındadır. Bu bağlamda öncelikle kefilin sorumluluğunun kapsamı Borçlar Kanunu'nun konuyla ilgili 490. ve 484. hükümlerinin ışığı altında incelenmiş ardından kefalet sözleşmesinin benzer hukuki ilişkilerden farkları ele alınmıştır.

Anahtar Kelimeler : Kefil, Kefalet Türleri, Kefilin Sorumluluğu.

ABSTRACT

THE EXTENT OF THE BONDSMAN LIABILITY AND THE MAIN DIFFERENCES BETWEEN THE CONTRACT OF BAILMENT AND SIMILAR LEGAL RELATIONSHIPS

DOĞAN, Gözde

Institute of Social Sciences, Department of Private Law

Advisor: Prof. Dr. Erzan ERZURUMLUOĞLU

July 2011, 107 pages

This thesis examines the extent of the bondsman liability and the main differences between the contract of bailment and similar legal relationships. In this context first of all the bondsman liability was analyzed according to Turkish Code of Obligations. Finally put some basic differences between the contract of bailment and the other legal relationships which are similar to it.

Key Words : Bondsman, Types of Bailment, Bondsman Liability,

GİRİŞ

Kefalet sözleşmesi kişisel teminat sözleşmelerinden olup, 818 sayılı Borçlar Kanunu'nun 483 – 503. maddeleri arasında düzenlenmiştir. Kefalet sözleşmesi BK md. 483'te "*Kefalet, bir akittir ki onunla bir kimse, borçlunun akdettiği borcun edasını temin etmeği alacaklıya karşı taahhüt eder.*" şeklinde tanımlanmıştır. Ancak kanundaki bu tanımın çok da doğru olduğunu söylemek mümkün değildir. Zira kefalet sözleşmesinde kefil hiçbir zaman asıl borçlunun borcunu ödemesini temin etmeyi taahhüt etmez; kefil, asıl borçlu borcunu ödemediği zaman bu borçtan şahsen sorumlu olmayı taahhüt eder. Öte yandan kefalet borcu sadece sözleşmeden değil, haksız fiilden, sebepsiz zenginleşmeden veya kanundan da kaynaklanabilir. Bu nedenle kefalet sözleşmesini kefilin, asıl borçlunun borcunu yerine getirmemesi halinde bu borçtan şahsen sorumlu olmayı alacaklıya karşı taahhüt ettiği bir sözleşme olarak tanımlamak daha uygun olur.

Kefalet sözleşmesi kefil ile alacaklı arasında yapılır. Asıl borçlu hiçbir suretle sözleşmenin tarafı değildir. Hatta kefil, asıl borçlunun rızası olmaksızın dahi yükümlülük altına girebilir. Zira kefalet sözleşmesi asıl borçlunun durumunu kötüleştirmek için değil bilakis onun yararına olması için yapılmaktadır.

Kefalet sözleşmesi fer'i, tali ve ivazsız nitelikte bir sözleşmedir. Fer'ilikten maksat kefalet borcunun, doğum, devam ve sona erme açısından tamamen asıl borca bağlı olmasıdır. Yani asıl borç olmadan kefalet borcu olmaz. Kefalet borcunun tali bir borç olmasının nedeni ise asıl borçluya başvurulmadan kefile

başvurulamamasıdır. Ancak kefalet sözleşmesinin tali niteliği adi kefalette kendini gösterir. Öte yandan kefalet sözleşmesi yukarıdaki tanımdan da anlaşılacağı üzere tek tarafa borç yükleyen bir sözleşmedir. Zira kefil borç altına girerken, alacaklı, asıl borçlunun yanı sıra alacağını kısmen ya da tamamen tahsil edebileceği ikinci bir kişi elde ederek bir menfaat sağlamaktadır. Bu da kefalet sözleşmesinin ivazsız nitelikte olmasının nedenidir. Ancak bu nitelikler kefalet sözleşmesinin asıl borcu doğuran hukuki ilişkiden ayrı hukuki illete ve içeriğe sahip tamamen bağımsız bir sözleşme olduğu gerçeğini değiştirmez.

Kefalet sözleşmesinin geçerlilik şartlarını BK md. 484 ve md. 485'ten çıkarmak mümkündür. Zira BK md. 484'te kefaletin sözleşmesinin geçerliliğinin yazılı şekilde yapılmasına ve kefilin sorumlu olduğu meblağın gösterilmesine bağlı olduğu belirtilirken, BK md. 485'te kefalet sözleşmesinin mevcut ve geçerli bir borç için yapılabileceği yazılıdır. Şu halde kefalet sözleşmesinin geçerlilik şartları kısaca, geçerli bir asıl borcun bulunması, esas bakımından geçerli bir kefalet sözleşmesi yapılması, sözleşmenin yazılı şekilde yapılması ve kefilin sorumlu olduğu meblağın gösterilmesi olarak sıralanabilir.

Kefalet türleri BK'nun 486 – 489. maddeleri arasında adi kefalet, müteselsil kefalet, birlikte kefalet, kefile kefalet ve rücu kefalet şeklinde düzenlenmiştir. Bunlar haricinde bir de kanunda düzenlenmeyen ancak uygulamada sıkça rastlanan zarara (açığa) kefalet vardır. Her kefalet türünün kendine has özellikleri bulunmaktadır.

Kefalet sözleşmesinin en temel sona erme sebebi asıl borcun sona ermesidir. Yani asıl borç herhangi bir nedenle sona erdiği zaman kefalet borcu da sona erer. Zira bu kefaletin fer'iliği ilkesinin başlıca sonucudur. Ancak kefalet sözleşmesi fer'i olmasının yanı sıra bağımsız bir sözleşme olduğu için de kendine özgü sona erme sebepleri vardır.

Kefalet sözleşmesinin sona ermesinin yanı sıra kefilin hakları ve borçları da BK'nun 492 - 503. maddeleri arasında düzenlenmiştir.

Bu çalışmanın amacı kefilin sorumluluğunun kapsamını ve kefalet sözleşmesinin benzer hukuki ilişkilerden farklarını açıklamaktır. Zira kefil imzaladığı sözleşmeden ötürü her zaman sorumlu olmayabilir veya bu sorumluluğu herhangi bir nedenle sona erebilir, azalabilir yahut artabilir. Bazen de kefil, imzaladığı sözleşme ile tam olarak hangi yükümlülükleri üstlendiğini bilmeyebilir. Bu nedenle gerçek anlamda kefilin sorumluluğundan söz edebilmek için sorumluluğun neleri kapsadığının, ne zaman ve ne şekilde ortaya çıktığının ya da sona erdiğinin tam olarak kavranması gerekmektedir.

Kefilin sorumluluğu BK'nun 490. maddesinde düzenlenmiş olup, BK'nun 484. maddesiyle sıkı bir ilişki içerisinde. Bu nedenle kefilin sorumluluğunu ve kapsamını tam olarak tespit edebilmek için iki hükmün bir arada incelenmesi gerekmektedir. Nitekim kefilin seçtiği kefalet türünün de kefilin sorumluluğunda rolü büyüktür.

Öte yandan yukarıda belirtildiği üzere kefalet sözleşmesi en genel anlamda bir kişisel teminat sözleşmesi türüdür. Bu nedenle diğer kişisel teminat

sözleşmelerine benzer özellikler taşımakta ancak hüküm ve sonuç itibarıyla bu sözleşmelerden tamamen ayrılmaktadır. Sözleşmede kullanılan ifadeler ya da tarafların üstlendiği yükümlülükler nedeniyle uygulamada kefalet sözleşmesi ile benzer diğer kişisel teminat sözleşmelerinin karıştırılabildiğine sıklıkla rastlanmaktadır. Ancak belirtildiği üzere bu sözleşmeler her ne kadar benzer özellikler taşıyorsa da hüküm ve sonuç itibarıyla birbirlerinden tamamen farklıdırlar. Bu nedenle tarafların imzaladığı sözleşmenin ya da içerisinde bulunduğu hukuki ilişkinin ne olduğunun tam olarak saptanması, uygulanacak hükümler ve ortaya çıkacak sonuçlar açısından çok büyük önem arz etmektedir. Doğru tespit için de kefalet sözleşmesinin diğer benzer sözleşme ve hukuki ilişkilerden farklarının bilinmesi şarttır.

Yukarıda sözü geçen tüm bu tespitlerin yapılabilmesi ve konunun tam olarak anlaşılabilmesi için bu çalışma üç ayrı bölüm olarak hazırlanmıştır. Birinci bölümde kefalet türleri ve kefalet türlerine göre kefilin sorumluluğu konusu incelenmiştir. İkinci bölümde kefilin sorumluluğu konusu BK'nun 484. ve 490. maddesi tek tek ele alınarak ve birbirleriyle neden bu kadar sıkı bir ilişki içerisinde olduğu anlatılarak incelenmiştir. Üçüncü ve son bölümde ise kefalet sözleşmesinin benzer hukuki ilişkilerden farkları konusu, bu hukuki ilişkiler arasındaki benzerlikler de göz önünde tutularak incelenmiştir.

Bu çalışma halen yürürlükte olan 818 sayılı Borçlar Kanunu esas alınarak hazırlanmıştır. Ancak 818 sayılı Borçlar Kanunu 1 Temmuz 2012 tarihinde tamamen yürürlükten kalkacak ve yerini 6098 sayılı yeni Türk Borçlar Kanunu alacaktır. 6098

sayılı Türk Borçlar Kanunu ile 818 sayılı Borçlar Kanunu'nun kefalet sözleşmesi hükümlerinde değişiklikler yapılmış, kimi hükümler büyük ölçüde yenilenmiş, kimi hükümlerde ise kısmi değişiklikler ya da sadece dil açısından Türkçeleştirilmeye gidilmiştir. Bu nedenle çalışmanın dipnot bölümlerinde gerek kefalet sözleşmesinin konuyla ilgili hükümlerinin gerekse adı geçen diğer BK hükümlerinin, 6098 sayılı yeni Türk Borçlar Kanunu'nda karşılık gelen düzenlemelerine yer verilmiştir.

Her üç bölümde de Yargıtay'ın yerleşik içtihatlarına sıklıkla yer verilerek konuların uygulamadaki somut örnekleriyle birlikte daha iyi anlaşılabilmesi amaçlanmıştır.

İÇİNDEKİLER

İNTİHAL BULUNMADIĞINA İLİŞKİN SAYFA	iii
ÖZET.....	iv
ABSTRACT.....	v
GİRİŞ	vi
İÇİNDEKİLER	xi
KISALTMALAR	xiv

BİRİNCİ BÖLÜM

1. KEFALET TÜRLERİ VE KEFALET TÜRLERİNE GÖRE KEFİLİN

SORUMLULUĞU	1
1.1. Adi Kefalette Kefilin Sorumluluğu.....	1
1.1.1. Tartışma (Peşin Dava) Def'i	4
1.1.2. Tartışma Def'inin İleri Sürülemeyeceği Haller.....	6
1.1.2.1. Borçlunun İflası.....	7
1.1.2.2. Borçlu Hakkındaki Takibin Alacaklının Kusuru Olmaksızın Sonuçsuz Kalması	9
1.1.2.3. Borçlu Hakkında Türkiye'de Takip Yapılmasının İmkansız Olması	12
1.1.3. Rehnin Paraya Çevrilmesi Def'i	13
1.2. Müteselsil Kefalette Kefilin Sorumluluğu	15
1.3. Birlikte Kefalette Kefilin Sorumluluğu.....	25

1.3.1. Adi Birlikte Kefalette Kefilin Sorumluluğu.....	29
1.3.2. Müteselsil Birlikte Kefalette Kefilin Sorumluluğu	33
1.3.3. Birlikte Kefilin BK MD. 488 F. 3 Hükümü Uyarınca Yükümlülükten Kurtulması.....	39
1.4. Kefile Kefalette Kefilin Sorumluluğu	44
1.5. Rücua Kefalette Kefilin Sorumluluğu.....	46
1.6. Zarara (Açığa) Kefalette Kefilin Sorumluluğu	48

İKİNCİ BÖLÜM

2. KEFİLİN SORUMLULUĞU	50
2.1. Kefilin Kanundan (Bk Md. 490 Hükümünden) Kaynaklanan Sorumluluğu ..	51
2.1.1. Kefilin Asıl Borçtan Kaynaklanan Sorumluluğu	52
2.1.2. Kefilin Borçlunun Kusurundan Veya Temerrüdünden Kaynaklanan Sorumluluğu	57
2.1.3. Kefilin Borçlu Hakkındaki Dava ve Takip Masraflarından Ötürü Sorumluluğu	60
2.1.4. Kefilin Faizlerden Ötürü Sorumluluğu	61
2.2. Kefilin Sorumluluğunda Bk Md. 484 Hükümünün Bk Md. 490 Hükümüyle İlişkisi.....	65

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

3. KEFALET SÖZLEŞMESİNİN BENZER HUKUKİ İLİŞKİLERDEN FARKLARI.....	71
3.1. Garanti Sözleşmesinden Farkları	71
3.2. Birlikte Borç Üstlenmeden Farkları	82

3.3. Mütessesil Borçluluktan Farkları	84
3.4. Avalden Farkları.....	90
3.5. İtibar (Kredi) Emrinden Farkları	94
SONUÇ	97
KAYNAKÇA.....	103
EK	
ÖZGEÇMİŞ	107

KISALTMALAR

AD	: Adalet Dergisi
AÜHFD	: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
AÜEHFD	: Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi
BATİDER	: Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Dergisi
BK	: Borçlar Kanunu
bknz	: bakınız
C	: Cilt
c	: cümle
E	: Esas
f	: fıkra
GÜHFD	: Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
HD	: Hukuk Dairesi
HGK	: Hukuk Genel Kurulu
İBD	: İstanbul Barosu Dergisi
İBK	: İsviçre Borçlar Kanunu
İİK	: İcra ve İflas Kanunu
K	: Karar
KÜHFD	: Kocaeli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
md	: madde
S	: Sayı

s	: sayfa
T	: Tarih
TBK	: Türk Borçlar Kanunu
TMK	: Türk Medeni Kanunu
TTK	: Türk Ticaret Kanunu
vb	: ve benzeri
vd	: ve devamı
Y	: Yıl
YHGK	: Yargıtay Hukuk Genel Kurulu
YİBK	: Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararı

BİRİNCİ BÖLÜM

1. KEFALET TÜRLERİ VE KEFALET TÜRLERİNE GÖRE KEFİLİN SORUMLULUĞU

Kefilin sorumluluğunu, rol aldığı kefalet türüne göre değerlendirmek gerekir. Bunun için öncelikle kefalet türlerini incelemekte fayda vardır. Kefalet türleri, 818 sayılı Borçlar Kanunu'nun 486 - 489. maddeleri arasında, adi kefalet, müteselsil kefalet, birlikte kefalet, kefile kefalet ve rücu kefalet olarak düzenlenmiştir¹. Bunların dışında bir de “zarara (açığa) kefalet” vardır. Borçlar Kanunu'nda düzenlenmemesine rağmen bu kefalet türüne de uygulamada sıkça rastlanmaktadır. Bu nedenle bu bölümde zarara (açığa) kefalet dahil tüm kefalet türleri ve kefalet türlerine göre kefilin sorumluluğu bir bütün olarak incelenecektir.

1.1. Adi Kefalette Kefilin Sorumluluğu

Adi kefalet BK md. 486'da “*Adi kefaletten kefilin borç ile mutalep olması ancak kefalet akdinden sonra borçlunun iflas etmesi veya hakkında takibat icra*

¹ 6098 sayılı yeni Türk Borçlar Kanunu'nda ise kefalet türleri 585 - 588. maddeler arasında düzenlenmiştir.

olunupta alacaklının hatası olmaksızın semeresiz kalması yahut borçlu aleyhinde Türkiye’de takibat icrasının imkansız hale gelmesi ile meşruttur. – Alacaklının alacağı kefaletten evvel yahut aynı zamanda rehin ile temin olunmuş olduğu takdirde, adi kefalette kefil borcun evvelemerde merhundan (rehinli maldan) istifa olunmasını talep edebilir. Fakat borçlu müflis ise yahut borçlunun iflası ilan olunmadıkça rehlin nakde tahvili kabil olmazsa bu hüküm cereyan etmez.” şeklinde düzenlenmiş olup, Borçlar Kanunu’na göre asıl olan kefalet türüdür. Kefaletin, müteselsil olduğu hususunda bir açıklık yoksa ya da tereddüt söz konusuysa adi kefalet şeklinde olduğu kabul edilir².

Adi kefalette, kefilin borcu hem fer’i hem tali niteliktedir. Yani alacaklı, kefile ancak asıl borçlu borcunu ödeyemezse başvurabilir. BK md. 486 uyarınca³, borçlunun iflas etmesi, hakkında yapılan icra takibinin alacaklının kusuru olmaksızın

² **BİLGE, N.**, Borçlar Hukuku Özel Borç Münasebetleri, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Yayın No: 86, Ankara 1971, s. 374.

³ **MADDE 585-** *Âdi kefalette alacaklı, borçluya başvurmadıkça, kefilî takip edemez; ancak, aşağıdaki hâllerde doğrudan doğruya kefile başvurabilir: 1. Borçlu aleyhine yapılan takibin sonucunda kesin aciz belgesi alınması, 2. Borçlu aleyhine Türkiye’de takibatın imkânsız hâle gelmesi veya önemli ölçüde güçleşmesi, 3. Borçlunun iflâsına karar verilmesi, 4. Borçluya konkordato mehli verilmiş olması. - Alacak, kefaletten önce veya kefalet sırasında rehinle de güvence altına alınmışsa, âdi kefalette kefil, alacağın öncelikle rehin konusundan alınmasını isteyebilir. Ancak, borçlunun iflâsına veya kendisine konkordato mehli verilmesine karar verilmişse, bu hüküm uygulanmaz. - Sadece açığın kapatılması için kefil olunmuşsa, borçlu aleyhine yapılan takibin kesin aciz belgesi alınmasıyla sonuçlanması veya borçlu aleyhine Türkiye’de takibatın imkânsız hâle gelmesi ya da konkordatonun kesinleşmesi durumlarında, doğrudan doğruya kefile başvurulabilir. Sözleşmede, bu durumlarda alacaklının, önce asıl borçluya başvurmak zorunda olduğu kararlaştırılabilir.”* 6098 sayılı yeni Türk Borçlar Kanunu’nun 585. maddesi 818 sayılı Borçlar Kanunu’nun 486. maddesini kısmen karşılamaktadır. Kanunun üç fıkradan oluşan 585. maddesinde, adi kefaletin içeriği düzenlenmiştir. BK’nun 486. maddesinin kenar başlığında kullanılan “C. Nevileri/I. Adi kefalet” şeklindeki ibare, yeni kanunda, “C. İçeriği/I. Türlerine göre/1. Âdi kefalet” şekline dönüştürülmüştür. Maddenin birinci fıkrasında, BK’nun 486. maddesinin birinci fıkrasından farklı olarak adi kefalette alacaklının asıl borçluya başvurmadan, doğrudan kefilî takip edemeyeceği açıkça belirtilmiştir. Fıkra, BK’nun 486. maddesine benzer bir içeriğe sahip olup, bu fıkraya, “iflâsına karar verilmesi” yanında “borçluya konkordato mehli verilmiş olması” durumu da eklenmiştir. Ayrıca yeni kanunda, BK’nun 486. maddesinin birinci fıkrasından farklı olarak, alacaklının doğrudan kefile başvurabileceği hâller, dört bent hâlinde sayılmıştır.

sonuçsuz kalması ve borçlu hakkında Türkiye’de takip yapılmasının imkansız hale gelmesi durumlarında ise borçlunun borcunu ödeyemeyeceği kabul edilerek kefile başvurulabilir. Nitekim Yargıtay da konuyla ilgili bir kararında⁴, ‘‘Kira sözleşmesinde, kefaletin müteselsil olduğuna dair bir açıklık bulunmamaktadır. Bu nedenle davalı Sefa’nın kefaleti adi kefalet olarak kabul edilmesi gerekir. Adi kefaletle müteselsil kefalet birbirinden farklıdır. Adi kefalet, sadece fer’i değil, aynı zamanda tali (ikincil) bir nitelik taşır. Bu yön adi kefaleti müteselsil kefaletten ayıran unsurdur. Bundan dolayı alacaklı, ancak asıl borçlunun borcunu ödemekten aczi veya onun aleyhinde yapılacak takiplerin çok masraflı ve zor olması ve yine kefaletin akdedilmesinden sonra başka memlekete nakletmiş ve Türkiye’de malları bulunmaması hallerinde adi kefalete müracaat edebilir (BK md. 486). Bu gibi haller dışında kendisine başvuru kefil önce asıl borçluya karşı takibe geçilmesi def’ini ileri sürebilir.’’ diyerek adi kefalette kefile başvurabilmenin koşullarını belirtmiştir. Burada, borçlu aleyhinde yapılacak takiplerin çok masraflı ve zor olmasından kasıt, borçlunun ödeme gücüne sahip olduğu müddetçe kefile başvurulamaması durumudur⁵. Yine, alacaklı alacağının bir kısmını borçludan tahsil edip, diğer kısmını edemezse, bakiye kısım için adi kefile başvurabilir. Ancak kefalet borcun tamamı

⁴ 13. HD. 3.12.1991 T. 7229 E. 10997 K. (REİSOĞLU, S., Türk Hukukunda ve Bankacılık Uygulamasında Kefalet, Ankara 1992, s. 113.)

⁵ KARATAY, A., İsviçre Borçlar Kanununun Değişen Kefalet Hükümleri Üzerinde Mukayeseli Bir İnceleme, İBD, Y: 1952, C: 26, S: 11- 12, s. 625 ; REİSOĞLU, S., Kefilin Def’i Hakları, BATİDER, Y: 1961, C: 1, S: 2, s. 206-207 ; REİSOĞLU, Kefalet, s. 114.

için değil de bir kısmı için verilmişse, alacaklı, kefile sadece kefil olduğu kısım için başvurabilir⁶.

Şu halde, adi kefalette kefilin sorumluluğu fer'i ve tali nitelikte olup, alacaklı ancak alacağını asıl borçludan tahsil edemediği ya da tahsil etmesinin imkansız olduğu hallerde kefile başvurabilir. Aksi takdirde, kefil, alacaklıya karşı *tartışma def'i* ile *rehnin paraya çevrilmesi def'ini* ileri sürebilir⁷.

1.1.1. Tartışma (Peşin Dava) Def'i

Alacaklı, asıl borçluya başvurmadan önce kefile başvurursa, kefil, önce asıl borçluya talepte bulunulması diğer bir deyişle önce asıl borçlu hakkında takip yapılması def'ini ileri sürebilir. Bu def'iyse *tartışma (peşin dava) def'i* denilmektedir⁸.

Kanun koyucu tartışma def'ini kefilin korumak amacıyla koymuştur. Amaç, alacaklının alacağının ifasını öncelikle ve mümkün olduğu kadar asıl borçludan almasını sağlamaktır.

⁶ BERKİ, Ş., Borçlar Hukuku (Özel Hükümler), Ankara Üniversitesi Hukuk Yayınları No: 318, Ankara 1973, s. 225.

⁷ TANDOĞAN, H., Borçlar Hukuku - Özel Borç İlişkileri, C: 2, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 3. bası, Ankara 1987, s. 762.

⁸ ARPACI, A./SEROZAN, R./HATEMİ, H., Borçlar Hukuku Özel Bölüm, Filiz Kitabevi, İstanbul 1992, s. 526 ; ATAOL, H., Kefalet Aktinde Kefilin Alacaklıya Karşı İleri Sürebileceği Def'i ve İtirazlar, KÜHFD, Y: 1998-1999, S: 2, s. 27-28 ; SÜCÜLLÜ, A., Kefalet Sözleşmesi ve Kefalet Sözleşmesinin Geçerlilik Şartları, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara 2006, s. 19.

Adi kefalete tali niteliğini veren tartışma def'idir⁹. Adi kefaletin esasını oluşturan bu def'i sebebiyle, alacaklı, alacağını asıl borçludan tahsil edebilmek için kendisinden beklenen her şeyi tam olarak yapmak zorundadır¹⁰. Adi kefil, bu def'i imkanından başlangıçta veya sonradan feragat edebilir¹¹. Feragat beyanı açık olabileceği gibi, kefilin iradesini yorumlamak suretiyle de tespit edilebilir. Şayet kefil, doğrudan kendisine başvuran alacaklıya ödeme yaparsa, yine fiili olarak tartışma def'inden feragat etmiş sayılır. Kefil ödemeyi, def'i hakkı olduğu bilmeden yapsa dahi, artık tartışma def'ini ileri sürerek paranın iadesini talep edemez. Ancak kısmi ödeme durumunda, geri kalan kısmı ödemediği yine tartışma def'ini kullanarak kaçınabilir¹².

Tartışma def'ini ileri sürmeden alacaklıya ödemede bulunan kefilin asıl borçluya rücu hakkı mevcuttur¹³.

Tartışma def'i bir defaya mahsustur. Yani, kefil sadece bir kez alacaklıdan önce asıl borçluyu takip etmesini isteyebilir. Kefil bu def'i hakkını kullandıktan sonra alacaklı asıl borçluyu takip eder ve takip sonuçsuz kalınca kefile başvurursa, artık kefil asıl borçlunun sonradan yeni mallarının ortaya çıktığını ileri sürerek alacaklının tekrardan asıl borçluyu takip etmesini isteyemez¹⁴.

⁹ **GRASSINGER, G., E.**, Borçlar Kanununa Göre Kefilin Alacaklıya Karşı Sahip Olduğu Savunma İmkanları, Alfa Basım Yayım Dağıtım, Hukuk Dizi No: 85, 1. bası, İstanbul 1996, s. 204.

¹⁰ **ARAL, F.**, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Yetkin Yayınları, 7. bası, Ankara 2007, s. 440.

¹¹ **YAVUZ, C.**, Borçlar Hukuku Dersleri (Özel Hükümler), Beta Yayınları, 2. bası, İstanbul 2001, s. 490.

¹² **GRASSINGER**, Savunma İmkanları, s. 205 ; **REİSOĞLU**, Kefalet, s. 115.

¹³ **GRASSINGER**, Savunma İmkanları, s. 206.

¹⁴ **GRASSINGER**, Savunma İmkanları, s. 206.

Adi kefalette, kefile karşı takibat yapabilmenin şartlarının mevcut olduğunu, diğer bir deyişle, tartışma def'inin şartlarının bulunmadığını ispat yükü alacaklıya aittir¹⁵.

Öte yandan, BK md. 485 uyarınca kefalet sözleşmesi hükümlerine tabi bulunan garanti sözleşmelerinde, garanti verenin tartışma def'i hakkı bulunmamaktadır¹⁶.

Tartışma def'i teknik anlamda bir itiraz olmayıp def'i olduğundan, hakim tarafından resen göz önüne alınmaz¹⁷.

1.1.2. Tartışma Def'inin İleri Sürülemeyeceği Haller

BK md. 486 göz önünde bulundurularak, kefilin tartışma def'ini ileri süremeyeceği haller şunlardır, ancak bu haller, kefalet sözleşmesinin kurulmasından sonra ortaya çıkmalıdır;

¹⁵ **ARAL**, Borçlar Hukuku, s. 441 ; **GRASSINGER**, Savunma İmkanları, s. 206.

¹⁶ **ARAL**, Borçlar Hukuku, s. 441.

¹⁷ **UYGUR, T.**, Açıklamalı – İçtihatlı Borçlar Kanunu Sorumluluk ve Tazminat Hukuku, C: 8, Seçkin Yayınları, Ankara 2003, s. 9343.

1.1.2.1. Borçlunun İflası

Borçlunun iflası halinde, alacaklı kefile başvurabilir. Bu hakkın kullanılması için iflasın, kefalet sözleşmesinin kurulmasından sonra ortaya çıkması şarttır.

Alacaklının kefile başvurabilmesi için asıl borçlunun iflasının açılması yeterli olup, iflas yoluyla tasfiyenin sonucunun, kesin borç ödemedi aciz vesikası verilmesinin beklenmesine gerek yoktur. Yani iflasın açılması anında, asıl borçlu hakkında icra takibi yapılmaktaysa, alacaklı, bu takibin sonucu alınmadan kefile başvurabilir. Zira önemli olan iflasın açılmasıdır. Ancak BK md. 502 gereğince¹⁸, alacaklı, alacağını iflas masasına kaydettirmeye ve iflası öğrenir öğrenmez kefilin haberdar etmeye mecburdur. Kefilin de borçlunun iflas masasına katılma hakkı olduğu için, alacaklı, kefile iflası vaktinde haber vermezse, kefil bundan zarar görebilir. O zaman, alacaklı, kefilin uğradığı zarar oranında, kefile karşı sahip olduğu

¹⁸ **MADDE 594-** *Asıl borçlu, anaparanın veya yarım yıllık döneme ait faizin ödenmesinde ya da yıldan yıla yapılması öngörülen anapara ödemelerinde altı ay gecikirse, alacaklının durumu kefile bildirmesi gerekir. İstek hâlinde alacaklı, her zaman asıl borcun durumu hakkında kefile bilgi vermek zorundadır. - Asıl borçlunun iflâsına karar verilmiş veya borçlu konkordato istemişse alacaklı, alacağını kaydettirmek ve haklarının korunması için gerekeni yapmak zorundadır. Alacaklının, borçlunun iflâs ettiğini veya borçluya konkordato mehli verildiğini öğrendiği anda, durumu kefile bildirmesi gerekir. - Alacaklı, yukarıdaki fıkralarda öngörülen gereklerden birini yerine getirmese, bundan dolayı kefilin uğradığı zarar miktarınca ona karşı haklarını kaybeder.*” TBK’nun 594. maddesi BK’nun 502. maddesini kısmen karşılamaktadır. Kanunun üç fıkradan oluşan 594. maddesinde, alacaklının asıl borçlunun borcu ödemekte gecikmesini kefile bildirmesi ile iflâs ve konkordato halinde alacağını kaydettirme zorunluluğu düzenlenmiştir. BK’nun 502. maddesinin kenar başlığında kullanılan “4. Borçlunun iflâs masasına alacaklının müracaatı” şeklindeki ibare, yeni kanunda, “f. Bildirim, iflâsta ve konkordatoda kayıt” şeklinde değiştirilmiştir.

hakları kaybeder¹⁹. Ancak, alacaklı bu yükümlülüğün yerine getirilmemesinde kusuru olmadığını ispat ederse, kefile karşı haklarını aynen korur²⁰.

Kefil, alacaklının iflas sonucunda alacağının büyük bir kısmını tahsil edeceğini, hatta hiçbir zararı olmayacağını ispat etse dahi artık tartışma def'ini ileri süremez²¹.

Borçlunun iflas etmesi halinde, alacaklının kefile doğrudan başvurması için tek şart, alacağın kefile karşı da muaccel olmasıdır. BK md. 491'e göre²², borçlunun

¹⁹ **BİLGE**, Özel Borç Münasebetleri, s. 374 ; **REİSOĞLU**, Kefalet, s. 116 ; **YAVUZ, F.**, Roma Kefalet Akdinin Günümüze Yansıması, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara 2008, s. 87.

²⁰ **REİSOĞLU**, Kefalet, s. 115-116 ; **TANDOĞAN**, Özel Borç İlişkileri, s. 764.

²¹ **TANDOĞAN**, Özel Borç İlişkileri, s. 763-764.

²² *"MADDE 590- Borçlunun iflâsı sebebiyle asıl borç daha önce muaccel olsa bile, belirlenen vadeden önce kefile karşı takibat yapılamaz. - Bütün kefalet türlerinde kefil, aynı güvence karşılığında hâkimden, mevcut rehinler paraya çevrilinceye ve borçlu aleyhine yapılan takip sonucunda kesin aciz belgesi alınıncaya veya konkordato kararına kadar kendisine karşı yöneltilen takibin durdurulmasına karar verilmesini isteyebilir. - Asıl borcun muaccel olması, alacaklı veya borçlunun önceden süre içeren bildirimde bulunmasına bağlıysa, kefalet borcu için bu süre, bildirim kefile yapıldığı tarihte işlemeye başlar. - 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."* TBK'nun 590. maddesi BK'nun 491. maddesini kısmen karşılamaktadır. Kanunun dört fıkradan oluşan 590. maddesinde, alacaklının kefil takibi düzenlenmiştir. BK'nun 491. maddesinin kenar başlığında kullanılan "II. Muacceliyet" şeklindeki ibare, yeni kanunda "b. Kefilin takibi" şekline dönüştürülmüştür. Maddenin birinci fıkrasında, BK'nun 491. maddesinin birinci fıkrasının birinci cümlesinde olduğu gibi, borçlunun iflâsı nedeniyle asıl borç muaccel hâle gelse bile, kefile karşı, vadeden önce takibat yapılamayacağı belirtilmiştir. BK'nun 491. maddesinin birinci cümlesinde yer alan "icbar olunamaz" şeklindeki ibare, "takibat yapılamaz" şeklinde değiştirilmiştir. Maddenin ikinci fıkrası, BK'nunda yer verilmeyen, yeni bir hükümdür. Buna göre, bütün kefalet türlerinde kefilin aynı güvence karşılığında hâkimden, mevcut rehinler paraya çevrilinceye ve borçlu aleyhine yapılan takip sonucunda kesin aciz belgesi alınıncaya veya konkordato kararına kadar kendisine karşı yöneltilen takibin durdurulmasına karar verilmesini isteyebileceği belirtilmiştir. Maddenin üçüncü fıkrasına göre, BK'nun 491. maddesinin ikinci ve son cümlelerinde öngörüldüğü gibi, asıl borcun muaccel olması, alacaklı veya borçlunun önceden süre içeren bildirimde bulunmasına bağlıysa, kefalet borcu için bu süre, bildirim kefile yapıldığı tarihte işlemeye başlayacaktır. Maddenin son fıkrası da yine BK'nunda yer verilmeyen, yeni bir hükümdür.

iflası sebebiyle, asıl borç vadesinden önce muaccel hale gelse bile, kefil, asıl borcun iflası için belirlenen vadeden önce borcu ödemeye zorlanamaz²³.

Sonradan iflasın kaldırılması alacaklının kefile başvurmasını önlemez²⁴. Ancak doktrinde, alacaklı iflasın kaldırılmasından sonra alacağını almış veya kefilin onayı olmadan iflasın kaldırılmasını onaylamışsa artık kefilin takip edemeyeceği kabul edilmektedir. Alacaklı iflasın kaldırılmasında kefilin onayını almışsa, bu durumda, tartışma def'inden feragatin mi yoksa yeni şartlar altında yeni tartışma def'inin mi kabul edilmiş olduğu her somut olaya göre araştırılmalıdır²⁵.

Her ne kadar BK md. 486'da düzenlenmemiş olsa da, borçluya konkordato süresi verilmesi halinde de alacaklının konkordatonun sonucunu beklemeden, adi kefile başvurabileceğinin kabulü gerekir²⁶.

1.1.2.2. Borçlu Hakkındaki Takibin Alacaklının Kusuru Olmaksızın

Sonuçsuz Kalması

İflastan farklı olarak bu durumda alacaklının haciz talebinde bulunması gerekir. Ayrıca, alacaklı, borçluyu, herhangi bir alacağından ötürü değil, kefil olunan

²³ ARAL, Borçlar Hukuku, s. 441 ; REİSOĞLU, Kefalet, s. 116 ; TANDOĞAN, Özel Borç İlişkileri, s. 764.

²⁴ TANDOĞAN, Özel Borç İlişkileri, s. 764.

²⁵ GRASSINGER, Savunma İmkanları, s. 208.

²⁶ TBK'nun 585. maddesinin ikinci fıkrası, BK'nun 486. maddesinin ikinci fıkrasıyla benzer içeriğe sahiptir. Ancak, maddenin birinci fıkrasında olduğu gibi, bu fıkra da "borçlunun iflâsı" yanında "borçluya konkordato mehli verilmesi" durumu eklenmiştir.

alacağından ötürü takip etmelidir. Yani alacaklı asıl borçluyu, kefil olunan borcundan ötürü haciz yoluyla takip eder ve takip sonucunda paraların paylaşılması aşamasından sonra İİK md. 143 uyarınca veya borçlunun haczedilebilecek hiçbir malı bulunmaması dolayısıyla İİK md. 105 f. 1'e dayanarak kesin borç ödemedi aciz belgesi alırsa derhal kefile başvurabilir. Bu nedenle, borçlunun haczedilebilir mallarının yetersizliği halinde İİK md. 105 f. 2'ye göre düzenlenen geçici aciz vesikası, İİK md. 150'ye göre verilen geçici rehin açığı belgesi veya İİK md. 152 uyarınca düzenlenen rehin açığı belgesi, alacaklıya, kefile başvurma imkanı vermez²⁷. Kesin aciz vesikasının alınmasından sonra ve adi kefile başvurudan önce borçlunun haczedilebilir yeni malları ortaya çıksa dahi, artık kefil, tartışma def'ini ileri süremez. Yani, kefil, tartışma def'ini bir kez ileri sürebilir²⁸.

Borçlu hakkında yapılan takip, alacaklının kusuru yüzünden sonuçsuz kalmışsa, alacaklı, kefile karşı olan haklarını kaybeder. Burada kusurdan kasıt, alacaklının asıl borçlu hakkındaki takibin sonuçlanması için kendisinden beklenen özeni göstermemesidir²⁹. Alacaklının hukuki engelleri ortadan kaldırmak için gerekli çabayı göstermemesi, belgeleri ibraz etmemesi, süreyi kaçırmaması, ihtilafli alacak için dava açmaması, kusurlu davranışa örnek olarak gösterilebilir³⁰. Takibin sonuçsuz kalmasında alacaklının kusurlu olduğunun ispatı kefile aittir³¹.

²⁷ REİSOĞLU, Kefalet, s. 117 ; TANDOĞAN, Özel Borç İlişkileri, s. 764.

²⁸ GRASSINGER, Savunma İmkanları, s. 12 ; REİSOĞLU, Kefalet, s. 117 ; TANDOĞAN, Özel Borç İlişkileri, s. 765 ; UYGUR, Tazminat Hukuku, s. 9344.

²⁹ ARAL, Borçlar Hukuku, s. 442.

³⁰ YAVUZ, Özel Hükümler, s. 490.

³¹ BİLGE, Özel Borç Münasebetleri, s. 375.

BK md. 486 f. 1 hükmünden alacaklının, asıl borç muaccel olur olmaz hemen asıl borçluyu takip etmek zorunda olduğu sonucu çıkarılmamalıdır. Öncelikle verilen kefaletin belli süreli olup olmadığına bakılmalıdır. Zira, alacaklı, sadece süreli kefaletlerde, bu sürenin sona ermesinden itibaren 1 ay içinde (BK md. 493)³², süreli olmayan kefaletlerde ise kefilin uyarması üzerine (BK md. 494)³³ asıl borçluyu takip etmek zorundadır. Burada önemli olan alacaklının başladığı takibi sonuçlandırmaya çalışması, bunun için gerekli özeni göstermesidir³⁴.

³² ‘**MADDE 600-** *Süreli kefalette kefil, sürenin sonunda borcundan kurtulur.*’ TBK’nun 600. maddesi BK’nun 493. maddesini karşılamaktadır. Yeni kanunun tek fıkradan oluşan 600. maddesinde, süreli kefalette kefaletin sona ermesi düzenlenmiştir. BK’nun 493. maddesinin kenar başlığında kullanılan “II. Mahdut zaman için kefalet” şeklindeki ibare, yeni kanunda “III. Süreli kefalette” şekline dönüştürülmüştür. Yeni kanunun bu maddesinde BK’ndan farklı olarak, süreli kefalette, kefilin sürenin sonunda borcundan kurtulacağı belirtilmiştir. Böylece, diğer sözleşmelerde olduğu gibi, sürenin geçmesi kefalet sözleşmesinde de bir sona erme sebebi olarak kabul edilmiştir.

³³ ‘**MADDE 601-** *Süreli olmayan kefalette kefil, asıl borç muaccel olunca, âdi kefalette her zaman, müteselsil kefalette kanunun öngördüğü hâllerde, alacaklıdan, bir ay içinde borçluya karşı dava ve takip haklarını kullanmasını, varsa 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 getirmezse, kefil borcundan kurtulur.*’ TBK’nun 601. maddesi BK’nun 494. maddesini karşılamaktadır. Yeni kanunun üç fıkradan oluşan 601. maddesinde, süreli olmayan kefalette, kefaletin sona ermesi düzenlenmiştir. BK’nun 494. maddesinin kenar başlığında kullanılan “III. Mahdut olmayan zaman için kefalet” şeklindeki ibare, yeni kanunda “IV. Süreli olmayan kefalette” şeklinde değiştirilmiştir. Maddenin birinci fıkrasında, BK’nun 494. maddesinin birinci fıkrasından farklı olarak, süreli olmayan kefaletin, kefalet türlerine göre sona ermesi düzenlenmiştir. Maddenin ilk fıkrasına ayrıca kefilin alacaklıdan varsa rehnin paraya çevrilmesi yolu ile takibe geçmesini isteyebileceği eklenmiştir. Maddede bu düzenlemelerden başka herhangi bir hüküm değişikliği yoktur.

³⁴ **REİSOĞLU**, Kefalet, s. 117 ; **TANDOĞAN**, Özel Borç İlişkileri, s. 765.

1.1.2.3. Borçlu Hakkında Türkiye’de Takip Yapılmasının İmkansız Olması

Asıl borçlu, kefalet sözleşmesinin kurulmasından sonra ikametgahını yurt dışına nakletmiş ve hakkında Türkiye’de takip yapılması imkansız hale gelmişse, alacaklı kefile başvurabilir. Kefil, alacaklının borçluyu yurt dışında da aynı kolaylıkla takip edebileceğini ispat etse bile, ödemeye mecburdur. Ancak, asıl borçlunun Türkiye’de malları bulunması nedeniyle, ikametgahını yurt dışına nakletse bile, kendisinin Türkiye’de takip edilmesi mümkünse, kefil tartışma def’ini ileri sürebilir³⁵. Asıl borçlu Türkiye’den gider ancak yurt dışında ikametgah kurmaz ise, bu durum BK md. 486 f. 1 anlamında ikametgahın yurt dışına nakli anlamına gelmediğinden, alacaklı asıl borçluyu Türkiye’deki en son ikametgahında takip edebilecektir³⁶.

Asıl borçlu kefalet sözleşmesinin kurulduğu anda zaten yurt dışında oturuyor ve alacaklı da bunu biliyorsa, kefil alacaklıya karşı tartışma def’ini ileri sürebilir³⁷.

Asıl borçlunun Türkiye’deki ikametgahını yine Türkiye içinde başka bir yere nakletmesi veya yurt dışındaki ikametgahını Türkiye’ye nakletmesi tartışma def’inin kullanılmasına engel değildir³⁸.

³⁵ REİSOĞLU, Kefalet, s. 118.

³⁶ GRASSINGER, Savunma İmkanları, s. 213.

³⁷ TANDOĞAN, Özel Borç İlişkileri, s. 765.

³⁸ GRASSINGER, Savunma İmkanları, s. 214.

1.1.3. Rehnin Paraya Çevrilmesi Def'i

BK md. 486 f. 2'ye göre, alacaklının alacağı, kefaletten önce veya kefalet sırasında rehinle de güvence altına alınmışsa, adi kefalette kefil, alacağın öncelikle rehin konusundan alınmasını isteyebilir. Bu def'iyeye *rehnin paraya çevrilmesi def'i* denilmektedir³⁹. Buradaki rehin kapsamına, taşınır mal, taşınmaz mal, kanundan ya da sözleşmeden doğan rehin hakları ile hapis hakkı da girer⁴⁰.

Rehnin paraya çevrilmesi def'i tartışma def'inin aksine adi kefaletin tali niteliğinin bir sonucu değildir⁴¹.

Rehnin paraya çevrilmesi def'i ile tartışma def'i beraber veya sırayla ileri sürülebilir. Örneğin, kefil olunan borç için ayrıca rehin de verilmişse, kefil alacaklıya karşı tartışma def'inin yanı sıra rehnin paraya çevrilmesi def'ini de ileri sürebilir. Keza kefil rehnin paraya çevrilmesi def'ini ileri sürdükten sonra varsa bakiye alacak için de tartışma def'inden yararlanabilir⁴².

Rehnin kefalet sözleşmesinin kurulmasından önce veya kefalet sözleşmesiyle aynı anda tesis edilmiş olması şartı, sadece rehnin üçüncü kişiler tarafından verilmesi halinde söz konusu olur⁴³. Zira kefil, mevcut rehinleri göz önüne alarak taahhüt

³⁹ **ARPACI/SEROZAN/HATEMİ**, Borçlar Hukuku, s. 526 ; **ATAOL**, Def'i ve İtirazlar, s. 28 ; **YAVUZ**, Özel Hükümler, s. 591 ; **ZEVKLİLER, A.**, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Seçkin Yayıncılık, 8. bası, Ankara 2004, s. 401.

⁴⁰ **YAVUZ**, Özel Hükümler, s. 491 ; **ZEVKLİLER**, Borçlar Hukuku, s. 401.

⁴¹ **GRASSINGER**, Savunma İmkanları, s. 214.

⁴² **GRASSINGER**, Savunma İmkanları, s. 214.

⁴³ **ARAL**, Borçlar Hukuku, s. 443 ; **BİLGE**, Özel Borç Münasebetleri, s. 376 ; **REİSOĞLU**, Kefalet, s. 119 ; **YAVUZ, F.**, Günümüze Yansıması, s. 88.

altına girdiği için, ilk önce bunlara başvurulmasını talep edebilecektir. Ancak, kefilin taahhüdünden sonra üçüncü kişiler tarafından verilen rehinler için, kefil rehlin paraya çevrilmesi def'ini ileri süremez. Bunun için, kefalet senedinde, kefilin sonradan üçüncü kişiler tarafından verilen rehinlerden de yararlanabileceğinin açıkça yazılmış olması gerekir. Rehin bizzat asıl borçlu tarafından verilmişse, kefalet sözleşmesinden önce veya sonra olmasına bakılmaksızın, ilk önce asıl borçluya başvurulacağına şüphe yoktur⁴⁴.

İİK md. 167'ye göre, '*Alacağı çek, poliçe veya emre muharrer senede müstenit olan alacaklı, alacak rehinle temin edilmiş olsa bile, bu bölümdeki hususi usullere göre haciz yolu ile veya borçlu iflasa tabi şahıslardan ise iflas yolu ile takipte bulunabilir.*' Bu nedenle, kıymetli evraka bağlı alacak için üçüncü kişiler tarafından rehin hakkı kefalet sözleşmesinin kurulmasından sonra verilmiş olsa bile, kefil rehlin paraya çevrilmesi def'ini ileri sürebilir⁴⁵.

Gerek asıl borçlunun gerek üçüncü kişinin rehin vermesi halinde kefil rehlin paraya çevrilmesi def'ini ileri sürebilir. Bu durumda aksine hüküm yoksa öncelikle asıl borçlu tarafından verilen rehin paraya çevrilir, şayet borç yine karşılanmamışsa, üçüncü kişinin verdiği rehin hakkına başvurulur⁴⁶.

⁴⁴ ARAL, Borçlar Hukuku, s. 443 ; BİLGE, Özel Borç Münasebetleri, s. 376 ; REİSOĞLU, Kefalet, s. 119.

⁴⁵ GRASSINGER, Savunma İmkanları, s. 217.

⁴⁶ GRASSINGER, Savunma İmkanları, s. 218.

BK md. 486 f. 2'ye göre, asıl borçlunun iflas etmesi halinde, kefil, önce rehnin paraya çevrilmesi def'ini ileri süremez⁴⁷. Ancak, burada da rehnin kim tarafından verildiği önem arz eder. Şayet, rehin, üçüncü bir kişi tarafından verilmişse, kefil daima, asıl borçlu iflas etsin ya da etmesin, ilk önce rehnin paraya çevrilmesini talep edebilir. Buna karşılık, rehin asıl borçlu tarafından verilmişse, alacaklı, iflasın sonucunu beklemeksizin kefile başvurabilir⁴⁸.

BK md. 486'da yer almamakla beraber, İİK md. 116'ya göre rehnin paraya çevrilmesi ikinci arttırmada da gerçekleşmezse, rehnin paraya çevrilmesi def'i ileri sürülemez⁴⁹.

1.2. Müteselsil Kefalette Kefilin Sorumluluğu

Müteselsil kefalet, kefalet hukukunda istisna olarak kabul edilmesine rağmen, uygulamada en sık rastlanan kefalet türüdür.

Müteselsil kefalet BK md. 487'de şu şekilde düzenlenmiştir: *“Kefil, borçlu ile beraber müteselsil kefil ve müşterek müteselsil borçlu sıfatı ile veya bu gibi diğer bir sıfatla borcun ifasını deruhde etmiş (üstlenmiş) ise alacaklı asıl borçluya*

⁴⁷ BK md. 486 f. 2'de, borçlunun iflasından başka, *“borçlunun iflası ilan olunmadıkça rehnin nakde tahvili kabil olmazsa”* ibaresine de yer verilmiştir. Ancak, İİK md. 45 gereğince, alacaklı asıl borçlunun iflasına bağlı olmadan her zaman rehnin paraya çevrilmesi yoluna başvurabileceğinden, bu ibare gereksizdir. Nitekim TBK'nun 585. maddesinde de bu ibareye yer verilmemiştir.

⁴⁸ **KARATAY**, Mukayeseli Bir İnceleme, s. 625 ; **REİSOĞLU**, Def'i Hakları, s. 207 ; **REİSOĞLU**, Kefalet, s. 120.

⁴⁹ **GRASSINGER**, Savunma İmkanları, s. 218.

müracaat ve rehinleri nakde tahvil ettirmeden evvel kefil aleyhinde takibat icra edebilir. - Bu babın hükümleri, bu nevi kefalete de tatbik olunur.’’

Müteselsil kefaletten söz edebilmek için, müteselsil kefalet altına girmek iradesi sözleşmeden açıkça anlaşılmalıdır⁵⁰. Sözleşme metninde mutlaka ‘‘müteselsil kefil’’ ibaresinin kullanılması şart değildir. Önemli olan, sözleşme metninde kullanılan ibarelerden müteselsilliği çağrıştıran bir iradenin çıkartılabilesidir⁵¹. BK md. 487’de bu husus, ‘‘kefil, borçlu ile beraber müteselsil kefil ve müşterek müteselsil borçlu sıfatı ile veya bu gibi diğer bir sıfatla borcun ifasını deruhde etmiş (üstlenmiş) ise’’ şeklinde ifade edilmiştir. Ancak bu ifade, kaynak kanunun pek isabetli olmayan metninin yanlış çevirisinden kaynaklanmaktadır. Zira, müteselsil kefaletle müşterek müteselsil borçluluk aynı şey değildir ve bunları birbirine karıştırmamak gerekir⁵².

‘‘Türk Borçlar Kanununda müteselsil kefalet konusu 487. maddede düzenlenmiş olup, 1. fıkra ile şu hükümler getirilmiştir : ‘‘Kefil, borçlu ile beraber müteselsil kefil ve müşterek müteselsil borçlu sıfatıyla veya bu gibi diğer bir sıfatla borcun ifasını deruhde etmişse (üstlenmişse), alacaklı asıl borçluya müracaat ve rehinleri nakde tahvil ettirmeden evvel, kefil aleyhinde takibat icra edebilir.’’ Kefalet ile müteselsil borçluluk birbirinden farklı müesseseler olup geçerlilik koşulları, tabi oldukları hükümler birbirinden keza farklıdır. Türk Borçlar Kanununun 487.

⁵⁰ YAVUZ, Özel Hükümler, s. 492.

⁵¹ AKINTÜRK, T., Borçlar Hukuku Genel Hükümler Özel Borç İlişkileri, Beta Yayınları, 10. bası, İstanbul 2004, s. 302 ; ARPACI/SEROZAN/HATEMİ, Borçlar Hukuku, s. 527.

⁵² OLGAC, S., Kefalet, Olgac Matbaası, Ankara 1978, s. 23 ; SÜCÜLLÜ, Geçerlilik Şartları, s. 21 ; TANDOĞAN, Özel Borç İlişkileri, Ankara 1987, s. 770.

maddesinde uygulamada karışıklıklara yol açan bir çeviri yapılmıştır. Mehaz (kaynak) metnin 496. maddesinde (''Si la Cautaino S'oblige avec le debiteur en prenant la qualification de caution solidaire on toute autre equivalente...') ''müteselsil borçlu'' kavramına yer verilmemişken, Türkçe metinde ''müteselsil borçlu'' sözlerine de yer verilmiştir. Ancak Türk Borçlar Kanununun 487. maddesini yorumlarken 20.9.1950 gün ve 4/10 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararında benimsendiği üzere mehaz (kaynak) İsviçre metnine uygun olarak (''müteselsil kefil ve müşterek müteselsil borçlu'') sözlerini müşterek müteselsil olarak anlamak gerekir. 487. maddenin 2. fıkrası kefaletle ilişkin hükümlerin müteselsil kefaletle uygulanacağını hükme bağlamakla, müteselsil borçluluğun öngörülmediğini benimsemek suretiyle yanlışlığı ayrıca meydana koymaktadır. O halde kural BK'nun 487. maddesi açısından (müteselsil kefil ve müşterek müteselsil borçlu) sözleriyle, müteselsil borçluluk halinin öngörülmediği keyfiyettir. Ancak bu hususta şu yön de özellikle belirtmelidir ki; uygulamada müteselsil borçluluk halinin öngörülüp öngörülmediği konusunda değişmez bir esas ve ölçü konulması mümkün değildir. Kullanılan sözlerden ziyade tarafların amacı ve olayların özelliklerine göre bir değerlendirme yapılmalıdır. Müteselsil kefil ve müşterek müteselsil borçlu sözlerinin birlikte kullanıldığı her durumda Yasa metninin yorumunda olduğu gibi mutlaka (müteselsil kefalet)in söz konusu olduğunun kabulü, tarafların amacı ve gerçek durumla çatışır sonuçların doğmasına yol açabilir⁵³.

⁵³ YHGK. 30.9.1987 T. 11- 617 E. 684 K. (UYGUR, Tazminat Hukuku, s. 9354.)

Yargıtay kefalet konusu ile ilgili çeşitli kararlarında, kefalet senedinde kullanılan tabirler üzerinde durarak kefilin sorumluluğunu belirlemiştir. ‘‘Müşterek borçlu ve kefil’’ tabiri önceleri Yargıtay tarafından müteselsil kefalet için yeterli görülürken, sonradan ‘‘BK 487/I. maddede bildirilen örnekten anlaşıldığı üzere müşterek borçlu ve kefil sözleri müteselsil kefaleti anlatmaya kafi değildir’’ gerekçesi ile Yargıtay’ın bu görüşü değişmiş ve sözü geçen tabir müteselsil kefalet için yeterli sayılmamaya başlanmıştır. Buna karşılık yine Yargıtay Hukuk Genel Kurulu’nun bir kararında⁵⁴ ‘‘müteselsil borçlu sıfatı ile taahhüt ve tekeffül ederim şeklindeki bir ibarenin müteselsil kefaleti ifade ettiği’’ sonucuna varılmıştır⁵⁵.

Eğer kefalet sözleşmesi metninden kefaletin müteselsil olduğu açıkça anlaşılmıyorsa, bu halde kefaletin adi kefalet olduğu kabul edilecektir. Buna karşılık ticari borçlara kefalet halinde, sözleşmede aksi kararlaştırılmadıkça, gerek asıl borçlu ile kefil gerekse kefiller arasında müteselsil kefalet söz konusu olur. Bu durum, TTK’nun 7. amir hükmünün⁵⁶ bir sonucudur⁵⁷. Ancak, Yargıtay’ın konu ile ilgili bir kararında⁵⁸ da belirttiği üzere, ‘‘kefil olunurken kefalet miktarı belli edilmişse teselsülün etkisi ancak o miktar ile sınırlıdır.’’

⁵⁴ YHGK. 1.7.1953 T. 3/258-88 E. 87 K. (REİSOĞLU, Kefalet, s. 123)

⁵⁵ REİSOĞLU, Kefalet, s. 123 ; TANDOĞAN, Özel Borç İlişkileri, s. 770.

⁵⁶ TTK’nun ‘‘II - Teselsül karinesi’’ başlıklı 7. maddesinde, ‘‘İki veya daha fazla kimse, içlerinden yalnız biri veya hepsi için ticari mahiyeti haiz bir iş dolayısıyla diğer bir kimseye karşı müştereken borç altına girerlerse mukavelede aksi kararlaştırılmış olmadıkça müteselsilen mesul sayılırlar. – Ticari borçlara kefalet halinde, gerek asıl borçlu ile kefil ve gerek kefiller arasındaki münasebetlerde dahi hüküm böyledir. ’’ denilmektedir.

⁵⁷ AKINTÜRK, Borçlar Hukuku, s. 302 ; EKİNCİ, N., Müteselsil Kefalet ve Hükümleri, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul 1996, s. 38.

⁵⁸ 11. HD. 13.10.2003 T. 2815 E. 9200 K.

“Davacı, maliki bulunduğu otomobili 15.3.1967 tarihli noter senedi ile 19 bin lira bedelle davalı Ergün’e satmıştır. Satış bedeli taksitler halinde, tanzim tarihi bulunmayan bonolarla ödenmek üzere muhtelif vadeli borç senetleri düzenlenmiş ve Davalı Fethi bu borç senetlerini kefil olarak imzalamıştır. Tanzim tarihi bulunmayan bu senetler adi senet niteliğinde olduğundan kefalet de adi kefalettir. BK’nun 486. maddesine göre asıl borçlunun iflas etmesi veya hakkındaki icra takibinin semeresiz kalması halinde alacağın adi kefilden istenmesi mümkün olur. Davalı Fethi’nin adi kefil olduğu ve 486. maddede yazılı şartların gerçekleşmediği göz önünde bulundurulmadan, alacağın müstereken ve müteselsilen davalı Fethi’den de tahsiline karar verilmesi kanuna aykırıdır⁵⁹.”

Nitekim İİK md. 38 uyarınca, icra (haciz) tutanağına geçirilen kefaletler de müteselsil kefalet hükmündedir⁶⁰.

Kanundaki tanımdan da anlaşıldığı üzere müteselsil kefaletin başlıca özelliği, alacaklının asıl borçluya başvurmasına, rehinleri paraya çevirmesine gerek kalmadan doğrudan doğruya kefile başvurabilmesidir. Alacaklı isterse yine asıl borçluyu takip edebilir, hatta borçlunun ödeme gücü tam olsa bile, borç vadesinde ödenmezse derhal kefilden ödeme talep edebilir⁶¹.

⁵⁹ 13. HD. 2.6.1976 T. 8077 E. 4487 K. (UYGUR, Tazminat Hukuku, s. 9361) ; (DALAMANLI, L./KAZANCI, F./KAZANCI, M., İlmî ve Kazai İçtihatlarla Açıklamalı Borçlar Kanunu, C: IV, Kazancı Hukuk Yayınları No: 71, İstanbul 1990, s. 365)

⁶⁰ ARPACI/SEROZAN/HATEMİ, Borçlar Hukuku, s. 527 ; EKİNCİ, Müteselsil Kefalet, s. 38 ; ŞAHAN, G., Kefalet Sözleşmesinin Sona Ermesi, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Erciyes Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kayseri 2007, s. 30; TANDOĞAN, Özel Borç İlişkileri, s. 771.

⁶¹ “MADDE 586- Kefil, müteselsil kefil sıfatıyla veya bu anlama gelen herhangi bir ifadeyle yükümlülük altına girmeyi kabul etmişse alacaklı, borçluyu takip etmeden veya taşınmaz rehnini paraya çevirmeden kefilini takip edebilir. Ancak, bunun için borçlunun açıkça ödeme güçsüzlüğü içinde

Her ne kadar BK md. 487’de müteselsil kefalet denilse de, bu halde, müteselsil kefil ile borçlu arasında BK md. 141’deki⁶² gibi bir teselsül ilişkisi yoktur⁶³. Müteselsil olmadan kasıt, alacaklının doğrudan doğruya asıl borçluya başvurmaksızın kefil aleyhine takibe geçebilmesidir. Zira adi kefalette, kefil, alacaklıya karşı tartışma ve rehnin paraya çevrilmesi def’ini ileri sürebilecekken, müteselsil kefalette bu hakkından feragat etmiştir, yani BK md. 487’deki teselsül

olması veya borçlunun ifada gecikmesi ve ihtarın sonuçsuz kalması gerekir. - Alacak, teslim bağli taşınır rehni veya alacak rehni ile güvenceye alınmışsa, rehnin paraya çevrilmesinden önce kefile başvurulamaz. Ancak, alacağın rehnin paraya çevrilmesi yoluyla tamamen karşılanamayacağını önceden hâkim tarafından belirlenmesi veya borçlunun iflâs etmesi ya da konkordato mehli verilmesi hâllerinde, rehnin paraya çevrilmesinden önce de kefile başvurulabilir.” TBK’nun 586. maddesi BK’nun 487. maddesini karşılamaktadır. BK’nun 487. maddesinin kenar başlığında kullanılan “II. Müteselsil kefalet” şeklindeki ibare, yeni kanunda, “2. Müteselsil kefalet” şekline dönüştürülmüştür. Yeni kanunun iki fıkradan oluşan 586. maddesinde, alacaklının, müteselsil kefile başvurma konusu düzenlenmiştir. Maddenin birinci fıkrası, BK’nun 487. maddesinin birinci fıkrasıyla benzer içeriğe sahip olup, bu maddede kullanılan “müşterek müteselsil borçlu” şeklindeki ibare, müteselsil kefalet ile müteselsil borçlunun farklı hukukî müesseseler olduğu göz önünde tutularak, yeni kanun metnine alınmamıştır. TBK’nun 586. maddesinin ilk fıkrasında yapılan diğer önemli bir değişikliğe göre de, alacaklı borçluyu takip etmeden veya taşınmaz rehnini paraya çevirmeden önce de doğrudan doğruya müteselsil kefile başvurabilecek; ancak, bunun için, BK. md. 487’den farklı olarak, borçlunun açıkça ödeme güçsüzlüğü içinde olması veya ifada gecikmesi ve ihtarın sonuçsuz kalması aranacaktır. Maddenin ikinci fıkrasına göre, alacak, teslim bağli taşınır rehni veya alacak rehni ile güvenceye alınmışsa, alacaklı rehnin paraya çevrilmesinden önce kefile başvuramayacak, ancak alacağın rehnin paraya çevrilmesi yoluyla tamamen karşılanamayacağını önceden hâkim tarafından belirlenmesi veya bunun anlaşmayla öngörülmesi veya borçlunun iflâs etmesi ya da konkordato mehli verilmesi hâllerinde, alacaklı rehnin paraya çevrilmesinden önce de kefile başvurabilecektir. Yeni kanunda getirilen bu yeni düzenleme ile neredeyse müteselsil kefalet ile adi kefalet arasında bir fark kalmadığı söylenebilir. Böylelikle alacaklının derhal kefile başvurmamasının önüne geçilmiştir. Görüldüğü üzere, yeni düzenlemede taşınmaz rehni bakımından esaslı bir farklılık olmayıp, asıl fark taşınır rehni açısındanadır.

⁶² BK md. 141 (TBK md. 162) uyarınca, birden çok borçlulardan her biri, alacaklıya karşı borcun tamamından sorumlu olmayı kabul ettiğini bildirirse, müteselsil borçluluk doğar.

⁶³ Nitekim Yargıtay da konuyla ilgili birçok kararında “*Müteselsil borçluluk ile kefalet birbirinden tamamen bağımsız iki müessese olup yegane benzerlik alacaklının borçlu ile kefinden dilediğine müracaat edebilmesindedir.*” demiştir.

sadece kefaletin tali niteliğinin ortadan kalktığını ifade etmektedir⁶⁴. Şu halde, müteselsil kefalet, kefilin sorumluluğunun tali olmadığı bir kefalet türüdür⁶⁵.

Müteselsil kefalette, kefilin sorumluluğunun taliliğinin ortadan kalkması, bu sorumluluğun fer'i bir sorumluluk olduğu kuralını değiştirmez. Zira asıl borçluya başvurulmadan, rehinler paraya çevrilmeden müteselsil kefile başvurulabilse de, müteselsil kefalette de kefaletin geçerliliği esas bir borcun varlığına ve devamına bağlıdır. Bu nedenle, müteselsil kefil de, adi kefil gibi borçluya ait def'ilerden yararlanabilir⁶⁶. Diğer bir deyişle, müteselsil kefalette kefil tartışma def'inden ve rehinin paraya çevrilmesi def'inden yararlanamazken, bunların dışındaki diğer def'ilerden, örneğin; borç ilişkisinden doğan def'ilerden veya asıl borçlunun şahsi def'ilerinden yararlanabilir⁶⁷.

Nitekim Yargıtay da konuyla ilgili bir kararında⁶⁸, ‘*Müteselsil kefil asıl sözleşmenin geçersiz olduğunu her zaman bildirebilir. Nitekim ahlaka aykırı bir sözleşmeden doğan borca müteselsil kefil olan kişi asıl sözleşmenin geçersiz olduğunu her zaman bildirmek hakkına haizdir. O halde Avukatlık Yasası'nın 128. maddesi hükmünce avukatlık ücret sözleşmesinin geçerliliği yazılı olmasına bağlı kılındığından ve bu sözleşmede asıl iş sahibi Hasan'ın onansız mühürü*

⁶⁴ REİSOĞLU, Def'i Hakları, s. 209 ; REİSOĞLU, Kefalet, s. 121.

⁶⁵ AKINTÜRK, Borçlar Hukuku, s. 302 ; ÖZEN, B., Kefalet Sözleşmesi - Özellikleri Kuruluşu Türleri, Vedat Kitapçılık, 1. bası, İstanbul 2008, s. 233 ; REİSOĞLU, Kefalet, s. 121 ; TANDOĞAN, Özel Borç İlişkileri, s. 769.

⁶⁶ OLGAÇ, Kefalet, s. 22 ; ÖZEN, Kefalet Sözleşmesi, s. 234.

⁶⁷ ARAL, Borçlar Hukuku, s. 443 ; ARPACI/SEROZAN/HATEMİ, Borçlar Hukuku, s. 526-527 ; BİLGE, Özel Borç Münasebetleri, s. 378 ; EKİNCİ, Müteselsil Kefalet, s. 28 ; REİSOĞLU, Kefalet, s. 122 ; TANDOĞAN, Özel Borç İlişkileri, s. 770.

⁶⁸ 4. HD. 28.11.1968 T. 4053 E. 9218 K.. (KARAHASAN, M. R., Türk Borçlar Hukuku – Özel Borç İlişkileri Öğreti Yargıtay Kararları- İlgili Mevzuat 2, C: 2, Beta Yayınları, İstanbul 2002, s. 1229.)

bulduğundan mühür davalı Hasan tarafından inkar edildiğinden asıl borcu Hasan ile yapılmış sözleşmenin, mührün Hasan'a ait olduğu anlaşılmadıkça varlığından ve geçerliliğinden söz edilemez. Sonuç bu olunca hukukça var sayılmayan bir sözleşmeye müteselsil kefalet var ve geçerli sayılamaz. Bu sonuç müteselsil borçlulardan her birinin asıl borçlu olması karşısında müteselsil kefilin borcunun fer'i olmasının bir sonucudur. Bu duruma göre alacağın müteselsil kefileden istenmesi mümkün değildir. Günü belirtilen sözleşmenin yazılış şekline müteselsil kefil durumunda olan davalı Durali'nin asıl borçlu durumunda olan Hasan'ın eylemini yüklediği de ileri sürülemeyeceğinden müteselsil kefile yöneltilen davanın kefaletin açıklanan nedenlerle geçerli olmaması esası benimsenerek reddedilmesi gerekir.” diyerek müteselsil kefilin sorumluluğunun fer'i bir sorumluluk olduğunu belirtmiştir.

Müteselsil kefalette, kefilin asıl borçluya ait def'ileri ileri sürebilmesinde İİK'nun 45. maddesi de istisnai bir özellik taşır. İİK md. 45'e göre, bir borç için ipotek alındığı takdirde, alacaklı, alacağının tahsili için borçluya sadece rehnin paraya çevrilmesi yolu ile takip yapmak suretiyle başvurabilir. Buna karşılık, alacaklı, BK md. 487'ye dayanarak kefile karşı takip yapabilir⁶⁹. Kefil borçluya ait bu def'iyi ileri süremez. Kefil asıl borcu öderse, alacaklının haklarına halef olur, ancak kefil de İİK'nun 45. maddesine göre ilk önce ipoteğin paraya çevrilmesini isteyebilir⁷⁰.

Bu kurala Yargıtay'ın yerleşik içtihatlarında da sıkça değinilmiştir;

⁶⁹ REİSOĞLU, Kefalet, s. 121.

⁷⁰ REİSOĞLU, Kefalet, s. 122.

“İ.İ.K. nun 45. maddesine göre, ipotekle temin edilmiş alacaklar için kural olarak adi takip yoluna gidilemez. Ancak, BK.nun 487/1. maddesinde öngörülen müteselsil kefillere ilişkin özel düzenleme, ipotekle takip yapma zorunluluğunun bir istisnasını teşkil eder. Davalılar 10.4.1997 tarihli genel kredi sözleşmelerini müteselsil borçlu ve müteselsil kefil olarak imzalamışlardır. BK.nun 487/1. maddesi gereğince kefil, borçlu ile beraber müteselsil kefil ve müşterek borçlu sıfatı ile veya bu gibi diğer bir sıfatla borcun ifasını deruhte etmiş ise, alacaklı asıl borçluya müracaat ve rehni nakte tahvil ettirmeden evvel kefil aleyhine takibat yapabilir. O halde mahkemece, aynı kefalet senedinden müteselsil borçlu ve müteselsilen kefil sıfatıyla borçlu kimselerin ayrı ayrı şartlarda sorumlu tutulmasına neden olacak şekilde şirket borcuna karşı ipotek veren davalılar Cemalettin, Fahrettin, Metin ve Cemal'e karşı ipotek limit içinde kalan alacak kesimi için ancak ipoteğin paraya çevrilmesi yoluyla takip yapılması zorunluluğuna yönelik karar verilmesi isabetli görülmediğinden kararın bozulmasını gerektirmiştir⁷¹.”

“Her ne kadar rehinle temin edilmiş bir alacağın tahsili için alacaklının öncelikle sadece rehnin paraya çevrilmesi yolu ile takip yapabileceği hükme bağlanmış ise de bu hükmün, kefiller hakkında uygulanmayacağı yerleşmiş Yargıtay İçtihatları ile benimsenip kabul edilmiş bulunmaktadır (Yargıtay HGK. 14.10.1972 gün 1972/215-841). Yine aynı şekilde bankanın verdiği kredinin teminatı olarak taahhütname hükümlerine göre aldığı bononun keşidecisi olan davalılar aleyhine kıymetli evrak hükümlerine göre takip yapabileceği gibi, bono miktarını aşan alacak

⁷¹ 11. HD. 2.4.2002 T. 2001/10698 E. 2002/3033 K.

için yine taahhütnameye dayanarak aynı kişiler aleyhinde ayrıca müteselsil borçlu sıfatıyla takip yapmasına yasal bir engel bulunmamaktadır. Mahkemece böyle bir durumda yapılacak iş alacağın saptanması halinde tahsilde tekerrüre meydan vermeme kaydını koymak suretiyle itirazın iptaline karar vermekten ibaret olacaktır⁷².’’

‘‘Borçlu muteriz (itiraz eden) Semiha hem ipotek veren, hem de kredi sözleşmesinin müteselsil kefilidir. Kredi sözleşmesinin müteselsil kefil tarafından alacaklı yararına verilen gayrimenkul ipoteginin kefaletin teminatı olarak değil, kredi sözleşmesinin teminatı şeklinde düzenlenmesi durumunda, müteselsil kefilin sorumluluğu ipotek limiti ile sözleşmedeki kefalet limitini kapsadığından hakkında ayrı ayrı takip yapılabilir. Bunun ötesinde tahsilde tekerrüre meydan verilmemek kaydı ile takip yapıldığı da gözden uzak tutulmamalıdır. Hukuk Genel Kurulunun 14.10.1972 tarih ve 215/841 sayılı kararında da benimsendiği gibi İİK.’nun 45. maddesi asıl borçlular için sevk edilmiş olup alacağı rehinle temin edilen bir kimsenin rehni veren hakkında doğrudan doğruya genel haciz yolu ile bir takibe geçmesini önlemektedir. BK’nun 487. maddesinde ise (kefil, borçlu ile beraber müteselsil kefil ve müşterek müteselsil borçlu sıfatı ile veya bu gibi diğer bir sıfatla borcun ifasını deruhte etmiş ise; alacaklı asıl borçluya müracaat ve rehinleri nakte tahvil ettirmeden evvel, kefil aleyhine takibat icra edebilir) denilmektedir. Yasa koyucu anılan madde ile alacaklının haklarını güvence altına almak istemiş ve ona asıl borçluyu takip etmese ve rehin gibi alacağın sağlam teminatına müracaata

⁷² 11. HD. 24.10.1985 T. 5355 E. 5583 K. (REİSOĞLU, Kefalet, s. 122)

bulunmasa dahi, doğrudan kefil takip etmek hakkını vermiştir. Bu durumda kredi sözleşmesine dayanarak genel haciz yolu ile kefil hakkında takip yapılmasında bir usulsüzlük bulunmamıştır. O halde, istemin reddi yerine yazılı şekilde hüküm tesisi isabetsizdir⁷³.’’

1.3. Birlikte Kefalette Kefilin Sorumluluğu

Birlikte kefalet BK md. 488’de düzenlenmiş olup, aynı borç için birden fazla kişinin kefil olması durumudur⁷⁴. Gerçek anlamda birlikte kefaletten söz edebilmek için, kefil olan kişilerin aynı borç için kefil olduklarından haberdar olmaları gerekir. Şayet bu kişiler, aynı borç için kefil olduklarından haberdar değilse o zaman **gerçek olmayan birlikte kefalet** veya **bağımsız kefalet** söz konusu olur⁷⁵.

⁷³ 12. HD. 16.3.2001 T. 3224 E. 4520 K. (**KARAHASAN**, Yargıtay Kararları, s. 1235.)

⁷⁴ ‘‘**MADDE 587-** Birden çok kişi, aynı borca birlikte kefil oldukları takdirde, her biri kendi payı için âdi kefil gibi, diğerlerinin payı için de kefile kefil gibi sorumlu olur. - Borçluya birlikte veya kendi aralarında müteselsil kefil olarak yükümlülük altına giren kefillerden her biri, borcun tamamından sorumlu olur. Ancak, bir kefil, kendisiyle birlikte daha önce veya aynı zamanda müteselsilen yükümlü bulunan ve Türkiye’de takip edilebilen bütün kefillere karşı takibe girişilmiş olmadıkça, kendi payını ödemesi veya payı için aynı güvence sağlaması koşuluyla, payından fazlasını ödemekten kaçınabilir. Aksine anlaşmalar saklı kalmak kaydıyla, borcu ödeyen kefil, kendi paylarını daha önce ödemiş olmaları ölçüsünde, diğer kefillere karşı rücu hakkına sahiptir. Bu hak, borçluya rücutan önce de kullanılabilir. - Alacaklı, kefilin aynı alacak için başka kişilerin de kefil olduğunu veya olacağını varsayarak kefalet ettiğini biliyor veya bilmesi gerekiyorsa, bu varsayımın sonradan gerçekleşmemesi veya kefillerden birinin alacaklı tarafından kefalet borcundan kurtarılması ya da kefaletinin hükümsüz olduğuna karar verilmesi durumunda kefil, kefalet borcundan kurtulur. - Birbirlerinden bağımsız olarak aynı borç için kefil olanlardan her biri, kefalet borcunun tamamından sorumlu olur. Ancak, borcu ödeyen kefil aksine anlaşma olmadıkça, diğerlerine toplam kefalet miktarındaki payı oranında rücu hakkına sahiptir.’’ TBK’nun 587. maddesi BK’nun 488. maddesini karşılamaktadır. Yeni kanunun dört fıkradan oluşan 587. maddesinde, birlikte kefalet konusu düzenlenmiştir.

⁷⁵ **AKINTÜRK**, Borçlar Hukuku, s. 303 ; **KAYAR, İ.**, Borçlar Hukuku - Genel Hükümler – Özel Borç İlişkileri, Detay Yayıncılık, Ankara 2002, s. 277.

Gerçek olmayan birlikte kefalet Borçlar Kanunu'nda düzenlenmemiştir. Ancak İsviçre Borçlar Kanunu md. 497'de gerçek olmayan birlikte kefalet, ‘‘Birden çok kefiller birbirinden bağımsız olarak aynı borç için kefil olmuşlarsa, her biri kefil olduğu tutarın bütünü için sorumlu olur. Bununla birlikte, ödeyenin, başka türlü anlaşma olmadıkça, ötekilere paylarına göre başvurma (rücu) hakkı vardır.’’ şeklinde tanımlanmıştır⁷⁶.

İBK md. 497'deki tanımdan da anlaşılacağı üzere, gerçek olmayan birlikte kefalette, (bağımsız) kefillerden her biri alacaklıya karşı borcun tamamından diğerlerinden bağımsız olarak sorumlu olur. Bir kefil, kefalet sözleşmesini imzaladıktan sonra aynı borç için başkalarının da kefil olduğunu öğrense bile onlarla ilişkisi gerçek olmayan birlikte kefalet mahiyetindedir⁷⁷.

Gerçek olmayan birlikte kefalette, kefillerden hiçbiri borcun kısmen diğer kefil tarafından *tediyesi (ödenmesi) def'ini* ileri süremez. Buna karşılık, kefillerin her biri kural olarak tartışma def'inden yararlanabilir. Doktrinde baskın görüş⁷⁸ kefillerden birinin borcun tamamını ödese dahi diğerlerine karşı hiçbir rücu hakkına sahip olmadığı yönündedir⁷⁹. Diğer bir görüş⁸⁰ ise, borcun tamamını ödeyen kefilin

⁷⁶ GÖKTÜRK, H. A., Kefalet Hukukumuzun Kifayetsizliği ve Yeni İsviçre Kefalet Hukuku, AÜHFD, Y: 1950, C: 7, S: 1-2, s. 345 ; ŞAHAN, Sona Ermesi, s. 31 ; YAVUZ, Özel Hükümler, s. 492.

⁷⁷ TANDOĞAN, Özel Borç İlişkileri, s. 771.

⁷⁸ BİLGE'ye (Özel Borç Münasebetleri, s. 379) göre, gerçek olmayan birlikte kefalette, kefillerden hiçbiri başka kefillerin de olduğu gerekçesiyle sorumluluğunun kendi payı oranında indirilmesini isteyemez ve borcu ödedikten sonra diğer kefillere rücu edemez.

⁷⁹ REİSOĞLU, Kefalet, s. 125 ; TANDOĞAN, Özel Borç İlişkileri, s. 771.

⁸⁰ YAVUZ'A (Özel Hükümler, s. 492) göre ise, ödemede bulunan kefilin borçtan kurtardığı kefillere karşı sebepsiz zenginleşme davası açabilmesi hakkaniyet gereği kabul edilmelidir.

diğer kefillere rücu hakkı olması gerektiğini savunmaktadır⁸¹. Nitekim İBK'nun konuyla ilgili 497. maddesi 1942'den sonra yukarıdaki gibi değiştirilmiş ve gerçek olmayan birlikte kefalette borcun tamamını ödeyen kefile diğerlerine rücu etme hakkını tanıyarak bu görüşü desteklemiştir⁸².

Gerçek birlikte kefalet, BK md. 488'de '*Birden ziyade eşhas birlikte mütecezzi (bölünebilen) bir borca kefil oldukları takdirde bunlardan her biri kendi hisseleri mikdarınca adi kefil gibi ve diğerlerinin hisseleri hakkında kefile kefil sıfatı ile mesul olur. Kefiller, gerek asıl borçlu ile beraber gerek kendi beyinlerinde müteselsil olmaklığı iltizam etmişler ise her biri borcun tamamından mes'ul olup ancak diğerlerinin hissesi için onlara rücu hakkını haizdirler. Kefaletin, aynı borca diğer kimselerinde kefalet etmesi şartıyla vaki olduğuna alacaklının vukufu bulunduğunu kabule mahal olan hallerde bu şart tahakkuk etmezse, kefil mes'uliyetten beri olur.*' şeklinde tanımlanmıştır.

Gerçek birlikte kefalet kanundaki tanımdan da anlaşılacağı üzere, birden fazla kişinin aynı borca başkalarının da kefil olduğunu ya da olabileceğini göz önünde tutarak kefil olmasıdır. Bu nedenle gerçek birlikte kefalette, kefillerin birlikte kefil olma konusunda anlaşmalarına ya da sözleşme yapmalarına gerek yoktur⁸³.

⁸¹ Nitekim TBK'nun 587. maddesinin son fıkrası da, gerçek olmayan birlikte kefile rücu hakkı tanıyarak Türk hukukundaki bu görüş ayrılığını sonlandırmıştır.

⁸² **OLGAÇ**, Kefalet, s. 26 ; **REİSOĞLU**, Kefalet, s. 126 ; **TANDOĞAN**, Özel Borç İlişkileri, s. 771 ; **YAVUZ**, Özel Hükümler, s. 492.

⁸³ **OLGAÇ**, Kefalet, s. 24 ; **REİSOĞLU**, Kefalet, s. 126 ; **TANDOĞAN**, Özel Borç İlişkileri, s. 771 ; **SÜCÜLLÜ**, Geçerlilik Şartları, s. 29 ; **ŞAHAN**, Sona Ermesi, s. 31-32 ; **YAVUZ**, Özel Hükümler, s. 493.

Gerçek birlikte kefalette kefillerin aynı anda taahhüt altına girmesi gerekmez. Ancak kefillerden biri, sonradan kefil olmuş ve önceki kefil yeni kefilden haberdar değilse, önceki kefil bağımsız kefil sıfatıyla borcun tamamından, yeni kefil ise birlikte kefil sıfatıyla sadece kendi payına düşenden sorumlu olur. Birlikte kefalet ayrı senetler üzerinde olabileceği gibi, kefiller değişik yükümlülükler altına da girebilirler. Örneğin, kefillerin bazıları adi kefil, bazıları müteselsil kefil olabilir⁸⁴.

Nitekim Yargıtay da konuyla ilgili bir kararında⁸⁵ ‘‘Birlikte kefalet, birden çok kimsenin aynı borca kefil olmasıdır. Kefillerin aynı anda yükümlülük altına girmeleri zorunlu değildir. Fakat en az birbirlerinin kefaletinden bilgileri olması ve bu yönü göz önüne alarak kefil olmaları gerekir. Kefilin aynı borca kendisiye birlikte diğer kişilerin de kefalet edeceğini düşünerek kefil olduğunu, alacaklının bildiği veya bilmesi gerektiğini ispat etmesi halinde, bu kefalet şarta bağlanmış sayılır. Eğer bu şart gerçekleşmemiş ise, kefil sorumluluktan kurtulur. Bu yönün ispatı da, Usul hükümleri göz önünde tutularak ileri süren tarafından yapılır.’’ diyerek gerçek birlikte kefaleti tanımlamıştır.

Gerçek birlikte kefalette, aynı ve tek bir borca kefil olunur. Aynı borçtan bahsedebilmek için alacaklı ve borçlunun da aynı olması şarttır⁸⁶.

Birden çok kefilin, birden çok müteselsil borçlunun borcuna kefil olmaları halinde de aynı borç söz konusu olur. Ancak müteselsil borçlulardan her biri sadece

⁸⁴ REİSOĞLU, Kefalet, s. 127 ; TANDOĞAN, Özel Borç İlişkileri, s. 772.

⁸⁵ 11. HD. 14.6.1985 T. 2643 E. 3880 K. (REİSOĞLU, Kefalet, s. 127 ; KARAHASAN, Yargıtay Kararları, s. 1236)

⁸⁶ REİSOĞLU, Kefalet, s. 128 ; YAVUZ, Özel Hükümler, s. 493.

kendi payları için kefil göstermişse, birden çok kefil olsa dahi birlikte kefalet söz konusu olmaz⁸⁷.

Gerçek birlikte kefalet adi birlikte kefalet ve müteselsil birlikte kefalet olarak ikiye ayrılır. Bu nedenle birlikte kefalette kefilin sorumluluğunu bu ayrıma göre incelemek gerekir.

1.3.1. Adi Birlikte Kefalette Kefilin Sorumluluğu

BK 488 c. 1'e göre, birden çok kişi bölünebilir bir borca birlikte kefil olursa, kefillerden her biri kendi payları oranında adi kefil gibi ve diğerlerinin payları hakkında kefile kefil gibi sorumlu olur. Bu kefalet türüne *adi birlikte kefalet* denilmektedir.

Kanundaki tanıma bakıldığında, adi birlikte kefalette aynı borca kefil olmanın yanı sıra bölünebilir bir borcun varlığının da arandığı görülmektedir. Ancak bu konuda doktrinde görüş ayrılığı vardır. Baskın görüşe göre, adi birlikte kefaletten söz edebilmek için bölünebilir bir borcun varlığı şart değildir. Zira asıl borç bölünemese bile, kefalet borcu para ile ifade edildiğinden daima bölünebilir. Bu tür borçlarda da adi birlikte kefalet söz konusu olabilir. Böylece birden çok kefilin, bölünemeyen bir borcu veya asıl borçlu tarafından şahsen yapılması gereken bir edimi adi birlikte kefil olarak yüklenmek istedikleri açıksa, kefillerden her birinin edimi karşılayacak

⁸⁷ **GRASSINGER**, Savunma İmkanları, s. 219 ; **REİSOĞLU**, Kefalet, s. 128.

tazminatın bir kısmını yüklediği kabul edilecektir⁸⁸. Diğer görüş⁸⁹ ise, adi birlikte kefaletten söz edebilmek için bölünebilir bir borcun şart olduğunu savunmaktadır⁹⁰.

Birlikte kefalet aynı kefalet senedinde kararlaştırılabileceği gibi, farklı senetlerle de kararlaştırılabilir. Adi birlikte kefaleti ifade edebilmek için mutlaka her kefilin sorumlu olduğu payın ve payından fazlası için de kefile kefil olduğunun kefalet senedinde gösterilmesine gerek yoktur. Eğer kefalet senedinde birlikte kefillerin sorumlu olduğu paylar açıkça gösterilmemişse, her birinin asıl borçtan eşit paylarla sorumlu olacağı kabul edilecektir. Adi birlikte kefil payı oranında sorumlu olmakla beraber, kefil olurken, diğer birlikte kefillerin kefaletlerinin geçersiz olduğunu biliyorsa bu durumda BK md. 485 c. 3 kıyas yoluyla uygulanacak⁹¹ ve adi birlikte kefilin sorumluluğu yoluna gidilecektir⁹².

Kefalet senedinde adi birlikte kefil ibaresinin kullanılması zorunlu değildir. Tıpkı adi kefalette olduğu gibi birlikte kefalette de, kefalet türü açıkça belirtilmemişse, kural olarak kefaletin adi birlikte kefalet olduğu kabul edilir.

⁸⁸ **ARAL**, Borçlar Hukuku, s. 446 ; **EKİNCİ**, Müteselsil Kefalet, s. 24 ; **REİSOĞLU**, Kefalet, s. 129 ; **TANDOĞAN**, Özel Borç İlişkileri, s. 773.

⁸⁹ **BİLGE**'ye (Özel Borç Münasebetleri, s. 379) göre, eğer borç bölünebilir bir borç değilse, birlikte kefil olanlardan her biri borcun tamamından sorumlu olur. Aynı görüşte olan **AKINTÜRK** (Borçlar Hukuku, s. 303) de bölünebilir bir borca kefil olunması halinde adi birlikte kefaletin değil, müteselsil birlikte kefaletin söz konusu olacağını kabul etmektedir.

⁹⁰ BK'nun 488. maddesinin birinci cümlesinde kullanılan "mütecezzi bir borca" şeklindeki ibare, TBK'nun 587. maddesinin birinci fıkrasında "aynı borca" şeklinde değiştirilmiştir. Böylece bu yeni düzenleme, doktrindeki baskın görüşü desteklemiş ve birlikte kefalette borcun bölünebilir veya bölünemez olmasının bir önemi kalmamıştır.

⁹¹ BK md. 485 c. 3'e göre, hata veya ehliyetsizlik sebebiyle borçlunun sorumluluğunu gerektirmeyen bir borca kefil olan kişi yükümlülük altına girdiği sırada, sözleşmeyi sakatlayan eksikliği biliyorsa, kefalet geçerlidir. (Maddenin yeni düzenlemesi için bknz. 6098 sayılı TBK md. 582)

⁹² **REİSOĞLU**, Kefalet, s. 130.

Müteselsil birlikte kefaletten söz edebilmek için bu hususun mutlaka kefalet senedinden açıkça anlaşılması gerekir⁹³.

Adi birlikte kefalette kefilin sorumluluğu BK md. 488 c. 1'de belirtilmiştir. Buna göre, adi birlikte kefalette her kefil önce kendi payı oranında şahsen, diğer kefillerin hisseleri oranında da kefile kefil olarak sorumludur. Şayet her kefilin payına düşen sorumluluk önceden açıkça belirtilmemişse, her biri eşit paylarla sorumlu olur. Alacaklının adi birlikte kefilini kendi payından dolayı takip edebilmesi için tıpkı adi kefalette olduğu gibi, BK md. 486'daki şartların gerçekleşmesi gerekir. Aksi takdirde her adi birlikte kefil, kendi payı oranında alacaklıya karşı tartışma def'ini ve rehlin paraya çevrilmesi def'ini ileri sürebilir⁹⁴. Öte yandan birlikte kefiller aralarında, kefile kefil sıfatıyla sorumluluğu ortadan kaldıracak bir anlaşma yapabilirler⁹⁵.

Adi birlikte kefil tartışma def'inin yanında alacaklıya karşı *taksim (bölme) def'ini* de ileri sürmek suretiyle, ancak payı oranında takip edilebilir. Diğer bir deyişle, alacaklı, adi birlikte kefillerden birine, borçtan sorumlu olduğu oranı dikkate almadan başvurursa, adi birlikte kefil bölme def'ini ileri sürebilir. Bu def'i ile kefil, alacaklının kendisini ancak payı oranında sorumlu tutabileceğini, payını aşan kısım için diğer kefillere başvurması gerektiğini bildirir. Zira adi birlikte kefilin payından fazlası için sorumluluğu, bir kefile kefil sorumluluğu olduğundan, alacaklının önce

⁹³ REİSOĞLU, Kefalet, s. 130.

⁹⁴ AKINTÜRK, Borçlar Hukuku, s. 303 ; BİLGE, Özel Borç Münasebetleri, s. 379 ; REİSOĞLU, Kefalet, s. 131 ; SÜCÜLLÜ, Geçerlilik Şartları, s. 30.

⁹⁵ TANDOĞAN, Özel Borç İlişkileri, s. 772 ; YAVUZ, Özel Hükümler, s. 494.

diğer kefil veya kefillere başvurması gerekir. Bu nedenle kefile kefil, birinci kefile ait def'ileri ve itirazları ileri sürmek hakkına sahiptir⁹⁶.

Eğer kefillerden biri payına düşen borcu ödemekten aciz duruma düşerse, diğer kefillerin onun payını kefile kefil sıfatıyla ve kendi paylarıyla orantılı olarak ödemeleri gerekir⁹⁷. Diğer kefillerden birinin aczi nedeniyle kefile kefil sıfatıyla ya da kendi isteğiyle veya bilmeden payından fazlasını ödeyen kefil, ödeme gücüne sahip diğer kefillere rücu edebilmelidir. Ancak bu rücu, ödeme yapan kefilin ödediği miktarın tamamı için değil, payından fazla ödediği miktar ve diğer kefillerin paylarıyla sınırlıdır. Yani fazla ödeme yapan kefil, ancak payından fazla ödediği kısım için diğer kefillere payları oranında rücu edebilir. Bu konuda Borçlar Kanununda bir açıklık yoktur. Bu nedenle payından fazla ödeme yapan adi birlikte kefilin diğer kefillere rücu hakkı BK md. 496'dan⁹⁸ çıkarılabilir. Ancak payından fazla ödeme yapan adi birlikte kefilin rücu hakkının ancak kendi payından fazlası ve diğer kefillerin payıyla sınırlı olması hususunda BK md 496 değil, BK md. 146 kıyas yolu⁹⁹ ile uygulanmalıdır¹⁰⁰. Nitekim Yargıtay da konuyla ilgili bir kararında¹⁰¹

'488. maddede müteselsil birlikte kefillerin rücu ilişkisi açıkça düzenlendiği halde,

⁹⁶ **GRASSINGER**, Savunma İmkanları, s. 220 ; **KAYAR**, Borçlar Hukuku, s. 277 ; **OLGAÇ**, Kefalet, s. 24 ; **REİSOĞLU**, Kefalet, s. 131 ; **YAVUZ**, Özel Hükümler, s. 494.

⁹⁷ **ARAL**, Borçlar Hukuku, s. 446 ; **OLGAÇ**, Kefalet, s. 24 ; **TANDOĞAN**, Özel Borç İlişkileri, s. 773 ; **YAVUZ**, Özel Hükümler, s. 494.

⁹⁸ BK md. 496 (TBK md. 596) uyarınca, kefil ödediği bedel oranında alacaklının haklarına halef olur.

⁹⁹ BK md. 146 (TBK md. 167) uyarınca, borçlular arasındaki hukuki ilişkinin niteliğinden anlaşılmadıkça, borçlulardan her biri, alacaklıya yapılan ödemeden birbirlerine karşı eşit paylarla sorumludurlar. Payından fazla ödeme yapan borçlu, fazla ödediği kısım için diğer borçlulara rücu edebilir.

¹⁰⁰ **REİSOĞLU**, Kefalet, s. 131 vd ; **TANDOĞAN**, Özel Borç İlişkileri, s. 773 ; **YAVUZ**, Özel Hükümler, s. 494.

¹⁰¹ 13. HD. 30.9.1976 E. 1159 E. 6240 K. (**REİSOĞLU**, Kefalet, s. 134)

adi birlikte kefillerin birbirine rücu ilişkisini, yine kefalet hükümlerinden çıkarmak mümkündür. Payından fazla ödemede bulunan birlikte kefillerin diğerlerine rücuunu halefiyet prensiplerine tabi kılmak gerekir. Ödeme ile birlikte kefil, alacaklının haklarına sahip olmaktadır. Bu haklar arasında alacaklının, diğer birlikte kefillere müracaat hakkı da mevcuttur. Eğer aksi kararlaştırılmamış ise, Borçlar Kanununun 146. maddesi kıyas yolu ile uygulanacak, her kefil, alacaklıya yapılan ödemeden aynı payı üzerinde alacak ve kendi payından fazla olan ödeme oranında, diğer birlikte kefillere rücu edecektir.’’ diyerek aynı görüşte olduğunu belirtmiştir.

Payından fazla ödeyen kefil, diğer kefillerin şahsi def’ilerini alacaklıya karşı ileri sürmezse, alacaklının kendisine rücu edemeyeceği itirazıyla karşılaşır¹⁰².

1.3.2. Müteselsil Birlikte Kefalette Kefilin Sorumluluğu

BK md. 488 f. 2’ye göre, kefiller gerek asıl borçlu ile beraber gerek kendi aralarında müteselsil olarak yükümlülük altına girerse, her biri kefil olunan miktara kadar borcun tamamından sorumlu olur. Bu tür kefalet *müteselsil birlikte kefalet* denilmektedir. Müteselsil birlikte kefaletin, kefalet senedinden açıkça anlaşılması gerekir¹⁰³, aksi takdirde kefaletin adi birlikte kefalet olduğu kabul edilecektir¹⁰⁴.

¹⁰² TANDOĞAN, Özel Borç İlişkileri, s. 773.

¹⁰³ Müteselsil kefalette olduğu gibi, müteselsil birlikte kefalette de kefalet senedinde mutlaka ‘‘müteselsil birlikte kefil’’ ibaresinin yer alması gerekmez, önemli olan kefalet senedinin yorumundan müteselsil birlikte kefillik iradesinin açıkça anlaşılabilmesidir.

¹⁰⁴ AKINTÜRK, Borçlar Hukuku, s. 304 ; REİSOĞLU, Kefalet, s. 134.

Kanundaki tanımdan da anlaşılacağı üzere, müteselsil birlikte kefalet iki şekilde olur. Bunlardan ilki kefillerin sadece kendi aralarında müteselsilen yükümlülük altına girmesidir. Müteselsil birlikte kefaletin bu şekilde alacaklının kefillerin sorumluluğuna gidebilmesi için ilk önce asıl borçluyu takip etmesi şarttır. Alacaklı ancak, asıl borçlu iflas eder, hakkındaki takip semeresiz kalır veya Türkiye’de takibi mümkün olmazsa ya da varsa mevcut rehinler paraya çevrildikten sonra kefilleri takip edebilir. Ancak alacaklı o vakit kefilleri hisseleri oranında takip etmek zorunda değildir; istediği kefinden alacağın tamamını talep edebilir. Bu durumda kefiller sadece bölme def’inden feragat etmiştir¹⁰⁵. Bu nedenle hiçbir kefil, sorumluluğun kefiller arasında paylaştırılmasını, her kefilin sadece kendisine düşen pay oranında sorumlu tutulmasını talep edemez¹⁰⁶.

Müteselsil birlikte kefalettaki teselsül durumunun genel olarak borçlar hukukunda ve özel olarak kefalet hukukunda iki anlamı vardır¹⁰⁷.

Müteselsil birlikte kefalette, kefillerin sadece kendi aralarında yükümlülük altına girmesi halinde BK md. 141 anlamında bir teselsül söz konusu olur. Buna göre BK md. 144 uyarınca¹⁰⁸ da, müteselsil kefillerden birinin fiili diğer müteselsil kefillerin sorumluluğunu arttıramaz. Müteselsil birlikte kefiller, birbirlerinin temerrüt ve kusurlarının sonuçlarından sorumlu olmazlar. Aynı şekilde bir müteselsil kefilin belli def’ilerden feragat etmesi diğer müteselsil kefillerin durumunu ağırlaştıramaz.

¹⁰⁵ ARAL, Borçlar Hukuku, s. 446 ; ARPACI/SEROZAN/HATEMİ, Borçlar Hukuku, s. 528 ; REİSOĞLU, Kefalet, s. 134 vd. ; SÜCÜLLÜ, Geçerlilik Şartları, s. 31 ; ŞAHAN, Sona Ermesi, s. 33 ; TANDOĞAN, Özel Borç İlişkileri, s. 774 ; YAVUZ, Özel Hükümler, s. 494.

¹⁰⁶ ÖZEN, Kefalet Sözleşmesi, s. 256.

¹⁰⁷ REİSOĞLU, Kefalet, s. 134.

¹⁰⁸ Maddenin yeni düzenlemesi için bknz. 6098 sayılı TBK md. 165.

Ancak BK md. 134 bu duruma bir istisnadır. Buna göre, bir müteselsil borçlu aleyhine zamanaşımının kesilmesi bütün müteselsil borçlular hakkında hüküm ifade eder¹⁰⁹.

Müteselsil birlikte kefaletin diğer bir şekli, kefillerin hem kendi aralarında hem de asıl borçlu ile birlikte müteselsilen yükümlülük altına girmesidir. Müteselsil birlikte kefaletin bu şekilde, kefillerle asıl borçlu arasındaki teselsül, kefillerin tartışma def'inden ve rehnin paraya çevrilmesi def'inden feragat ettiğini, yani alacaklının asıl borçluyu takip etmeden kefilleri takip edebileceğini ifade etmektedir. Yoksa bu durumda BK md. 141 anlamında bir asli borç olarak teselsül yoktur. Kefillerle asıl borçlu arasındaki teselsülde, kefillerin yükümlülükleri fer'idir. Öte yandan BK md. 488 f. 2, asıl borçlu ile birlikte teselsül durumunda, kefiller arasında da teselsül olacağını kabul etmiştir. Bu nedenle müteselsil birlikte kefaletin bu şekilde de kefillerin bölme def'inden feragat ettikleri¹¹⁰ kabul edilecektir. Ancak, kefalet senedinde açıkça belirtmek suretiyle sadece tartışma def'inden feragat edip, bölme def'i hakkını saklı tutmak mümkündür¹¹¹. Tereddüt halinde birlikte kefillerin hem bölme def'inden hem de tartışma def'inden feragat ettiği kabul edilmelidir¹¹².

¹⁰⁹ REİSOĞLU, Kefalet, s. 135. (Maddenin yeni düzenlemesi için bknz. 6098 sayılı TBK md. 155)

¹¹⁰ TBK md. 587 f. 2 c. 2, müteselsil birlikte kefile bölme def'inden şartlı olarak yararlanma hakkı tanımıştır. Buna göre, kendisinden talepte bulunulan müteselsil birlikte kefil, kendisinden önce veya kendisiyle aynı anda yükümlülük altına giren ve Türkiye'de takibi mümkün olan diğer birlikte kefillerin hepsine karşı takibe geçilmedikçe, kendi payını ödemesi veya kendi payı bakımından aynı teminat göstermesi şartıyla bölme def'ini ileri sürebilecektir. Bu durumda alacaklı, müteselsil birlikte kefilin kendi payına düşen ödemesini kabul etmek zorunda kalacak ve diğer müteselsil birlikte kefillerden kalan tutarı isteyebilecektir. (ÖZEN, Kefalet Sözleşmesi, s. 257-259)

¹¹¹ ARAL, Borçlar Hukuku, s. 446 ; REİSOĞLU, Kefalet, s. 134-136 ; SÜCÜLLÜ, Geçerlilik Şartları, s. 31 ; ŞAHAN, Sona Ermesi, s. 33 ; TANDOĞAN, Özel Borç İlişkileri, s. 774 ; YAVUZ, Özel Hükümler, s. 494.

¹¹² YAVUZ, Özel Hükümler, s. 494.

Birlikte kefillerin başka bir açıklama olmaksızın sadece müteselsilen kefil olduklarını bildirmeleri halinde, hem kendi aralarında hem de asıl borçlu ile birlikte müteselsilen sorumlu oldukları kabul olunmalıdır¹¹³.

Borcun tamamını veya bir kısmını ödeyen müteselsil birlikte kefil, asıl borçluya borcun tamamı için rücu edebilir¹¹⁴.

BK md. 488, müteselsil birlikte kefillere birbirlerine rücu etme hakkı tanımıştır. Buna göre, borcun tamamını veya payına düşenden fazlasını ödeyen müteselsil birlikte kefil, payları oranında diğer müteselsil birlikte kefillere rücu edebilir. Müteselsil birlikte kefillerin sorumlu olacakları paylar ve birbirlerine rücu oranı önceden kararlaştırılmış olabilir. Ancak bu konuda herhangi bir anlaşma yoksa, kefillerden her biri eşit paylarla sorumlu olur. Sadece payı oranında ödeme yapan müteselsil birlikte kefilin, diğer kefiller hiç ödeme yapmasalar bile onlara rücu hakkı¹¹⁵ yoktur¹¹⁶.

Nitekim Yargıtay da konuyla ilgili bir kararında¹¹⁷ “*Müteselsil birlikte kefalette kefillerden her biri borcun tamamından alacaklıya karşı sorumlu olup, ancak diğer kefillerin paylarına düşen miktar bakımından onlara rücu etme hakkına sahiptir.*” diyerek müteselsil birlikte kefillerin sorumluluğunun ve rücu hakkının kapsamına değinmiştir.

¹¹³ TANDOĞAN, Özel Borç İlişkileri, s. 774.

¹¹⁴ REİSOĞLU, Kefalet, s. 137.

¹¹⁵ ÖZEN, TBK md. 587. f. 2 c. 3 ile müteselsil birlikte kefile payından daha az bir ödeme yapsa bile, diğer müteselsil birlikte kefillere rücu hakkının tanındığını savunmaktadır. (Ayrıntılı bilgi için bkz. ÖZEN, Kefalet Sözleşmesi, s. 262)

¹¹⁶ ARPACI/SEROZAN/HATEMİ, Borçlar Hukuku, s. 529 ; REİSOĞLU, Kefalet, s. 138 vd ; REİSOĞLU, *Seza* : Kefilin Rücu ile İlgili Meseleler, BATİDER, Y: 1962, C:1 S: 4, s. 508-509 ; ŞAHAN, Sona Ermesi, s. 33 ; TANDOĞAN, Özel Borç İlişkileri, s. 774.

¹¹⁷ YGHK 30.05.1990 T. 11 - 208 E. 342 K. (REİSOĞLU, Kefalet, s. 138)

‘‘BK.nun 488/2. maddesi asıl borçlu ile birlikte müteselsil kefil arasında, kefil birden fazla ise kefiller arasında teselsülü kabul etmiştir. Kefillerin sorumluluğu aksi kararlaştırılmadığı takdirde eşit orandadır. Kefiller müşterek borçlu ve müteselsil kefil durumunda olduklarından kefillerden birisi hissesinden fazla ödeme yapmışsa diğer kefilleri hisseleri oranında rücu hakkını haizdir. Adi kefalette de aynı esasların uygulanması gerekir¹¹⁸.’’

Ödeme yapan müteselsil birlikte kefilin rücu konusunda seçim hakkı vardır. Ödemeyi yapan müteselsil birlikte kefil ya halefiyet ilkesine dayanarak ödediği tutarın tümü için asıl borçluya ya da kendisine düşen pay için diğer bir müteselsil birlikte kefile rücu edebilir¹¹⁹. Kefil, diğer kefillere karşı sahip olduğu rücu hakkını asıl borçluya karşı sahip olduğu rücu hakkından önce kullanabilir¹²⁰. Nitekim Yargıtay da konuyla ilgili bir kararında¹²¹ ‘‘Payından fazla ödeme yapan kefil, ödediği fazla miktar için payları oranında diğer kefillere rücu edebilir. Öncelikle asıl borçluya müracaat zorunluluğu yoktur.’’ demiştir. Rücu alacağına zamanaşımına, müteselsil birlikte kefilin alacaklıya yaptığı ödeme esas alınır. Kendisine rücu edilebilecek müteselsil birlikte kefil ihtar edilir ancak ödeme yapmazsa ihtardan itibaren temerrüt faizi işlemeye başlar¹²².

‘‘Davacı davasında kefalet hükümleri çerçevesinde halefiyete dayanarak davalıya rücu etmektedir. Davacı ve davalı müteselsil birlikte kefildirler. Adi birlikte

¹¹⁸ 3. HD. 22.2.1999 T. 1445 E. 1605 K.

¹¹⁹ ÖZEN, Kefalet Sözleşmesi, s. 260.

¹²⁰ GÖKTÜRK, H. A., Borçlar Hukuku İkinci Kısım Aktin Muhtelif Nevileri, Ankara 1951, s. 624.

¹²¹ 13. HD. 16.3.1993 T. 1165 E. 2279 K. (UYGUR, Tazminat Hukuku, s. 9386)

¹²² ÖZEN, Kefalet Sözleşmesi, s. 260.

kefil olsalar bile yukarıda açıklandığı üzere kendi payından fazla ödeyen kefilin diğer birlikte kefile halefiyet yolu ile rücu hakkı vardır. Rücu davalarının zamanaşımı esas alacağıın zamanaşımına tabidir. Esas alacak kefalet sözleşmesinden doğmuştur. Sözleşmelerden doğan bütün alacak davaları, kanunda başka suretle bir hüküm mevcut olmadığı takdirde Borçlar Kanunu'nun 125. maddesi hükmünce on senelik zamanaşımına tabidir. O halde mahkemece uyuşmazlığın bir senelik zamanaşımına tabi olan sebepsiz zenginleşmeden çıktığının kabulü ile davanın zamanaşımından reddine karar verilmesi kanuna aykırıdır. Bozmayı gerektirir¹²³.’’

Müteselsil birlikte kefillerden birinin aczi halinde, ödenmesi gereken kısım, diğer müteselsil birlikte kefillere payları oranında bölüştürülür. Kendisine başvuru olan müteselsil birlikte kefil daha az ödemesi gerektiğini iddia ederse, bunu ispatlamak zorundadır¹²⁴.

Müteselsil birlikte kefiller arasındaki rücu ilişkisi, kefalet sözleşmesinden başka, vekalet, sebepsiz zenginleşme vb. gibi bir iç ilişkiye dayanabilir. Ancak, ödeme yapan kefil, bu iç ilişkiyi ispatlamak zorunda değildir¹²⁵.

¹²³ 13. HD. 2.5.1975 T. 5732 E. 3005 K. (KARAHASAN, Yargıtay Kararları, s. 1239)

¹²⁴ REİSOĞLU, Kefalet, s. 138.

¹²⁵ REİSOĞLU, Kefalet, s. 138.

1.3.3. Birlikte Kefilin BK MD. 488 F. 3 Hükümü Uyarınca Yükümlülükten

Kurtulması

BK md. 488 f. 3'e göre, '*Kefaletin, aynı borca diğer kimselerinde kefalet etmesi şartıyla vaki olduğuna alacaklının vukufu bulunduğunu kabule mahal olan hallerde bu şart tahakkuk etmezse, kefil mes'uliyetten beri olur*¹²⁶.'

Bir kişinin kefalet sözleşmesi yapmasında değişik saikler rol oynayabilir. Örneğin kefil, asıl borçlunun borcu ödeyeceğine güvenebilir, verilen rehinler nedeniyle kendine başvurulmayacağını düşünebilir. Özellikle aynı borç için bir başkasının da kefil olacağını düşünmek o kişinin kefil olma kararında etkili olabilir. Zira bu takdirde kişi, sorumluluğun paylaşılacağını ya da birden çok kefil olduğuna göre borcun pek riskli olmadığını düşünerek daha rahat kefil olabilir. Bu nedenle başkalarının da aynı borç için kefil olduğunu ya da olacağını düşünen kişiler, bu düşünceleri gerçekleşmediği zaman, kefil olmalarına neden olan saik bakımından hataya düşmüş sayılırlar¹²⁷.

Gerçekten de kefilin başkalarının da kefil olacaklarını düşünerek kefil olması aslında kefaletin geçerliliğini etkilemeyen bir saikten ibarettir. Ancak kanun koyucu diğer bazı şartların da varlığı halinde bu saiki göz önünde tutmaktadır¹²⁸.

¹²⁶ TBK'nun 587. maddesinin 3. fıkrası, BK'nun 488. maddesinin 3. fıkrasını karşılamaktadır. Bu fıkrada birlikte kefilin kefalet yükümlülüğünden kurtulması hususu daha ayrıntılı ve anlaşılır bir biçimde düzenlenmiştir.

¹²⁷ ÖZEN, Kefalet Sözleşmesi, s. 264 ; REİSOĞLU, Kefalet, s. 141.

¹²⁸ REİSOĞLU, Kefalet, s. 141.

Birlikte kefilin tek başına diğer bir kefil göz önünde tutarak kefil olması ve bundan alacaklının haberdar olmaması halinde, diğer kefilin yükümlülük altına girmemesi saikte hatadan ibaret olup, hukuki bir değer taşımaz. Bu durumda BK md. 488 f. 3 hükmü uygulanmaz. Ancak alacaklı, birlikte kefilin diğer bir kefil göz önünde tutarak kefil olduğunu ve gerçekte başka bir kefil olmadığını bildiği halde, birlikte kefil hataya düşürmüş ve onun kefil olmasını sağlamışsa, kefil hile durumunu ileri sürerek borcundan kurtulabilir¹²⁹.

Hilenin söz konusu olmadığı hallerde ise kefil BK md. 24 f. 4'deki şartlar¹³⁰ varsa temelde hatayı ileri sürebilir ancak BK md. 488 f. 3, BK md. 24 f. 4'e başvurma gereksinimini tamamen ortadan kaldırmıştır¹³¹.

BK md. 488 f. 3, gerçek birlikte kefalet türlerinde, yani adi birlikte kefalette ve müteselsil birlikte kefalette söz konusu olur. Gerçek olmayan birlikte kefalette BK md. 488 f. 3 hükmü uygulanmaz¹³².

BK md. 488 f. 3 hükmü, sadece birlikte kefilin diğer kefil veya kefilleri öngörmesi halinde uygulama alanı bulur. Fer'i bir yükümlülük içermeyen garanti sözleşmesinde, birden çok kişinin kefil olmaması veya beklenen rehnin verilmemesi ya da mevcut rehnin sona ermesi hallerinde bu hüküm uygulanmaz. Ancak kefil, alacaklının rehin verileceğine ilişkin beyanı üzerine kefil olmuşsa,

¹²⁹ REİSOĞLU, Kefalet, s. 142.

¹³⁰ BK md. 24 f. 4'e göre, sözleşmenin önemli özelliklerinden olan ve ticari hayatta doğru kabul edilen konulara ilişkin hatalar esaslı hatadır. (Maddenin yeni düzenlemesi için bkz. TBK md. 31)

¹³¹ REİSOĞLU, Kefalet, s. 142.

¹³² REİSOĞLU, Kefalet, s. 142.

alacaklı ancak vadedilen rehin paraya çevrildikten sonra, geri kalan alacağı için kefile başvurabilir¹³³.

Şu halde, bir kişi kefalet sözleşmesi yaparken, başka kişilerin de kefil olacağını göz önüne alarak kefil olmuş ve alacaklı da bu durumdan haberdar ise, başka kişilerin de kefil olacağı olgusu sonradan gerçekleşmezse, bu olguyu göz önüne alarak kefil olan kişi, kefalet sözleşmesiyle üstlendiği yükümlülüklerinden kurtulur¹³⁴.

Esasen BK md. 488 f. 3'de yer alan "şart" kelimesi tamamen hatalıdır. Zira aslında bir saik niteliğinde olan "başka kişilerin de kefil olacağı olgusu" BK md. 488 f. 3'de şart olarak değerlendirilmiştir. Bu durumda gerçek anlamda bir şart söz konusu değildir¹³⁵. Alacaklıyla kefil olan kişinin "başkalarının da kefil olacağı" hususunu şart olarak kararlaştırmalarına gerek yoktur¹³⁶.

Ancak Yargıtay konuyla ilgili bir kararında¹³⁷, "BK. 488. maddenin son cümlesi hükmüne göre, aynı borca başka kişi veya kişilerin kefil olması şartı ile kefil olunması halinde bu kişi veya kişilerin kefaletlerinin gerçekleşmemesi durumunda bu şartla kefil olan kişinin kefalet sorumluluğundan kurtulacağı hükme bağlanmış bulunmaktadır. O halde bu açıklamalara göre, her birlikte kefalette, kefillerden biri veya birkaçının imzasının bulunmaması halinde imzası bulunan kefilin kendiliğinden sorumluluktan kurtulması mümkün değildir. Sorumluluktan kurtulma, birlikte

¹³³ REİSOĞLU, Kefalet, s. 143.

¹³⁴ BİLGE, Özel Borç Münasebetleri, s. 380 ; ÖZEN, Kefalet Sözleşmesi, s. 264.

¹³⁵ Nitekim TBK'nun 587. maddesinin 3. fıkrasında da bu durum göz önüne alınarak "şart" ibaresine yer verilmemiştir.

¹³⁶ ÖZEN, Kefalet Sözleşmesi, s. 264 ; REİSOĞLU, Kefalet, s. 141-144.

¹³⁷ YHGK. 30.5.1990 T. 11-208 E. 342 K. (REİSOĞLU, Kefalet, s. 144)

kefaletin diğerk kişi veya kişilerin kefaletinin de kefil tarafından şart koşulması ve alacaklının da kefilin bu koşula kefalet ettiğini bilmesi ile mümkün olur. Bu konuda uyuşmazlık çıktığı takdirde ise, kefalet senedinin bu koşulla imzalandığının ispat yükümlülüğünün de bu hususu ileri süren kefile ait olması gerekecektir.” diyerek, kefilin yükümlülükten kurtulması için BK md. 488 f. 3’deki hususun kefil tarafından şart koşulması ile mümkün olabileceğini kabul etmiştir¹³⁸.

Kefalet senedinin altında birden çok kefil ismi yazılıysa veya birden çok kefil birlikte bir kefalet senedi imzalamışsa, her kefilin diğerk kefilleri göz önüne alarak yükümlülük üstlendiği kabul edilecektir. Eğer kefil matbu (basılı) bir kefalet senedini imzalamış ve bu senette isim verilmeksizin çoğul kefillerden bahsedilmişse, o takdirde alacaklının tek kefil için tesadüfen mi bu matbu senedi kullandığı yoksa gerçekten birden çok kefilin mi söz konusu olduğu araştırılmalıdır. Doktrinde, söz konusu matbu kefalet senedinin başka hiçbir kefilce imzalanmaması halinde bu senedin tek kefil için tesadüfen kullanıldığının alacaklı tarafından ispat edilmesi gerektiği, aksi takdirde kefilin BK md. 488 f. 3’ü ileri sürerek yükümlülükten kurtulabileceği savunulmaktadır¹³⁹.

Diğerk kefil göz önüne alınarak kefil olunduğu hususunun beyan edilmesi şikle bağlı olmayıp kefalet senedinde “birlikte kefil” veya benzer bir ibarenin kullanılması zorunlu değildir. Önemli olan kefilin bu kanıda olduğunun, alacaklı tarafından bilinebilir olmasıdır¹⁴⁰.

¹³⁸ REİSOĞLU, Kefalet, s. 144.

¹³⁹ ÖZEN, Kefalet Sözleşmesi, s. 274 ; REİSOĞLU, Kefalet, s. 145.

¹⁴⁰ ÖZEN, Kefalet Sözleşmesi, s. 275 ; REİSOĞLU, Kefalet, s. 145.

Kefil tarafından öngörülen kefilin ya da birden çok kefil öngörülüşse, bu kefillerden bir tanesinin dahi kefil olmaması halinde kefalet yükümlülüğü sona erer. Aynı şekilde müteselsil kefalet öngörülerek kefil olunmuş, ancak adi kefalet gerçekleşmişse bu durumda da kefalet yükümlülüğü son bulur. Öngörülen kefilin yerine başka bir kefilin geçmesi bu sonucu değiştirmez. Birlikte kefilin borçtan kurtulması için öngördüğü kefilin kefil olmamasından ötürü zarara uğramış olması şart deęildir¹⁴¹.

Öngörülen kefilin sonradan alacaklı tarafından ibra edilmesi durumunda da birlikte kefil, BK md. 488 f. 3'e dayanarak yükümlülüğünden kurtulabilir. Ancak öngörülen kefil, alacaklıya isnat edilemeyecek bir nedenden ötürü borcundan kurtulursa, bu durum birlikte kefilin yükümlülüğünü sona erdirmez. Öngörülen kefilin borcundan kurtulmasına kendi kusuru ile neden olan birlikte kefil ise BK md. 488 f. 3'ü ileri süremez¹⁴².

BK md. 488 f. 3'e dayanarak yükümlülüğünden kurtulmak isteyen birlikte kefil, bu hükmün uygulanmasını mümkün kılan olgunun gerçekleştiğini ispat etmek zorundadır. Diğer bir deyişle bu durumda ispat yükü birlikte kefile ait olup, her türlü delille ispatı mümkündür¹⁴³.

¹⁴¹ ÖZEN, Kefalet Sözleşmesi, s. 269 -270 ; REİSOĞLU, Kefalet, s. 145.

¹⁴² ÖZEN, Kefalet Sözleşmesi, s. 271 vd ; REİSOĞLU, Kefalet, s. 147.

¹⁴³ ÖZEN, Kefalet Sözleşmesi, s. 273.

Kefalet borcu muaccel oluncaya kadar, öngörülen kefalet gerçekleşmezse, birlikte kefil borcundan kurtulur. Borcu ödeyen birlikte kefil sonradan BK md. 488 f. 3'den yararlanarak borcundan kurtulursa sebepsiz zenginleşme davası açabilir¹⁴⁴.

Son olarak BK md. 488 f. 3 hükmü emredici olmayıp, birlikte kefil bu hükümden yararlanma hakkından feragat edebilir¹⁴⁵.

1.4. Kefile Kefalette Kefilin Sorumluluğu

BK md. 489 f. 1'e göre, "*Kefile kefil, alacaklıya karşı kefilin taahhüdünü temin eden kimsedir ve kefil ile birlikte mes'uliyeti borçlunun taahhüdünü temin eden adi kefilin borçlu ile beraber olan mes'uliyeti derecesindedir*¹⁴⁶."

Kanundaki tanımdan da açıkça anlaşılacağı üzere, kefile kefil, alacaklıya karşı asıl kefilin taahhüdünü adi kefil gibi temin eden kişidir.

Kefile kefalet sözleşmesi, kefile kefil ile alacaklı arasında yapılır¹⁴⁷.

Kefile kefil, asıl kefilin taahhüdünü adi kefil gibi temin ettiğinden, alacaklı, asıl borçluya veya asıl kefile başvurmadan veya onların aczi ya da Türkiye'de takip

¹⁴⁴ REİSOĞLU, Kefalet, s. 148.

¹⁴⁵ ÖZEN, Kefalet Sözleşmesi, s. 266 ; REİSOĞLU, Kefalet, s. 148.

¹⁴⁶ "*MADDE 588 f. 1- Alacaklıya, kefilin borcu için güvence veren kefile kefil, kefil ile birlikte, âdi kefil gibi sorumludur.*" TBK'nun 588. maddesi BK'nun 489. maddesini karşılamaktadır. Yeni kanunun iki fıkradan oluşan 588. maddesinde, kefile kefil ve rücu kefil düzenlenmiş olup halen yürürlükteki 489. maddede herhangi bir değişiklik yapılmamıştır.

¹⁴⁷ ARPACI/SEROZAN/HATEMİ, Borçlar Hukuku, s. 530 ; OLGAC, Kefalet, s. 28 ; ŞAHAN, Sona Ermesi, s. 34.

edilmeleri imkanı bulunmadığı sabit olmadan kefile kefile başvurursa kefile kefil tartışma def'ini ileri sürebilir¹⁴⁸.

Kefile kefil kural olarak adi kefil gibi hareket eder ancak taraflar sözleşme ile kefile kefilin asıl kefile birlikte müteselsilen sorumlu olacağını da kararlaştırabilir. Kefile kefilin müteselsilen sorumlu olacağı hususu sözleşmeden açıkça anlaşılmalıdır. Bu takdirde alacaklı istediği kefile başvurabilir, ancak müteselsil birlikte kefaletten farklı olarak, ilk kefil ödeme yaparsa kefile kefile başvuramayacak, kefile kefil ödeme yaparsa ödediği tutarın tamamı için ilk kefile rücu edebilecektir¹⁴⁹.

Kefile kefil, tartışma def'inin yanı sıra asıl kefilin ve asıl borçlunun sahip olduğu diğer tüm def'ileri ileri sürme hakkına sahiptir¹⁵⁰. Yani kefile kefil de asıl borcun geçersizliği halinde ödemedi kaçınabilir ve BK md. 494'de kefile tanınan haklardan yararlanarak, alacaklının takibe geçmesini isteyebilir. Kefile kefil de ödeme ile alacaklının haklarına halef olduğundan asıl borçluya rücu edebilir¹⁵¹.

Kefile kefilin borcu, ilk kefilin taahhüdü ile sınırlıdır¹⁵².

¹⁴⁸ **AKINTÜRK**, Borçlar Hukuku, s. 304 ; **ARAL**, Borçlar Hukuku, s. 447 ; **BERKİ**, Özel Hükümler, s. 227 ; **BİLGE**, Özel Borç Münasebetleri, s. 377 ; **KAYAR**, Borçlar Hukuku, s. 278 ; **OLGAÇ**, Kefalet, s. 28 ; **UYGUR**, Tazminat Hukuku, s. 9389.

¹⁴⁹ **KARAHASAN**, Yargıtay Kararları, s. 1240 ; **ÖZEN**, Kefalet Sözleşmesi, s. 278 ; **TANDOĞAN**, Özel Borç İlişkileri, s. 768 ; **YAVUZ**, Özel Hükümler, s. 494.

¹⁵⁰ **KARAHASAN**, Yargıtay Kararları, s. 1240 ; **KAYAR**, Borçlar Hukuku, s. 278 ; **OLGAÇ**, Kefalet, s. 29 ; **TANDOĞAN**, Özel Borç İlişkileri, s. 768 ; **UYGUR**, Tazminat Hukuku, s. 9389.

¹⁵¹ **OLGAÇ**, Kefalet, s. 29 ; **REİSOĞLU**, Kefalet, s. 151.

¹⁵² **OLGAÇ**, Kefalet, s. 29 ; **REİSOĞLU**, Kefalet, s. 150.

1.5. Rücua Kefalette Kefilin Sorumluluğu

BK md. 489 f. 2'ye göre, ‘‘rücua kefil olan kimse, borçludan alacağını alamayan kefile kefildir¹⁵³.’’

Kanundaki tanımdan da açıkça anlaşılacağı üzere, rücua kefil, borçludan alacağını alamayan kefile, alacaklıya ödediği meblağı ödemeyi taahhüt eden kişidir.

Rücua kefalet sözleşmesi, ilk kefil ile rücua kefil arasında yapılır¹⁵⁴.

Rücua kefalette kural olarak adi kefalet hükümleri uygulanır. Ödeme yapan ilk kefil önce asıl borçluya başvurmadıkça, rücua kefil ona karşı tartışma def'ini ileri sürebilir. Diğer bir deyişle, ilk kefil BK md. 486'daki şartların gerçekleşmesi halinde rücua kefile başvurabilir¹⁵⁵.

Rücua kefilin sorumlu tutulabilmesi, ilk kefaletin geçerliliğine ve ilk kefilin ödemesine bağlıdır. İlk kefilin rücu hakkı herhangi bir nedenden, örneğin asıl borçluya ait def'ileri ileri sürmediği için ortadan kalkmış veya BK md. 485 c. 3'e göre asıl borçlunun sorumluluğu kalmamış ise, artık rücua kefilin sorumluluğundan da söz edilemez¹⁵⁶. Asıl kefil alacaklıya karşı tartışma def'ini ileri sürmemiş olsa bile, rücua kefil bu def'i asıl kefile karşı ileri sürebilir¹⁵⁷.

¹⁵³ MADDE 588 f. 2- Rücua kefil, kefilin borçludan rücu alacağı için güvence veren kefildir.’’

¹⁵⁴ ARPACI/SEROZAN/HATEMİ, Borçlar Hukuku, s. 531 ; ŞAHAN, Sona Ermesi, s. 34.

¹⁵⁵ OLGAC, Kefalet, s. 29 ; REİSOĞLU, Kefalet, s. 151 ; TANDOĞAN, Özel Borç İlişkileri, s. 768 ; YAVUZ, Özel Hükümler, s. 495 ; ZEVKLİLER, s. 405.

¹⁵⁶ ÖZEN, Kefalet Sözleşmesi, s. 279 ; REİSOĞLU, Kefalet, s. 151 ; TANDOĞAN, Özel Borç İlişkileri, s. 768.

¹⁵⁷ BİLGE, Özel Borç Münasebetleri, s. 377 ; TANDOĞAN, Özel Borç İlişkileri, s. 768.

Rücu kefil, asıl borçluya ait bütün def'ileri ileri sürebilir. Öte yandan ödeme yapan rücu kefil, ilk kefilin dolayısıyla alacaklının haklarına halef olacağı için, kural olarak ödediği tutarın tamamı için asıl borçluya başvurabilir¹⁵⁸.

Rücu kefil, ilk kefile ödeme yapınca, onun haklarına halef olacağından, ilk kefile birlikte kefil olan başka kişiler de varsa, asıl borçludan başka bu kişilere de payları oranında rücu edebilir¹⁵⁹.

Rücu kefalet, adi kefalet, müteselsil kefalet veya birlikte kefalet şeklinde yapılabilir ve hangi şekilde yapılmışsa o şeklin hükümlerine tabi olur¹⁶⁰.

Rücu kefil asıl borçlu ile müteselsilen taahhüt altına girerse, alacaklıya ödeme yapan kefil, asıl borçluya rücu etmeden doğrudan doğruya rücu kefile başvurabilir¹⁶¹. Banka teminat mektuplarına ilişkin yapılan kontrgaranti sözleşmeleri rücu kefaletine örnektir¹⁶².

¹⁵⁸ ÖZEN, Kefalet Sözleşmesi, s. 280 ; REİSOĞLU, Kefalet, s. 152.

¹⁵⁹ ARPACI/SEROZAN/HATEMİ, Borçlar Hukuku, s. 531 ; ÖZEN, Kefalet Sözleşmesi, s. 280 ; TANDOĞAN, Özel Borç İlişkileri, Ankara 1987, s. 768.

¹⁶⁰ REİSOĞLU, Kefalet, s. 152 ; ŞAHAN, Sona Ermesi, s. 35.

¹⁶¹ ARPACI/SEROZAN/HATEMİ, Borçlar Hukuku, s. 531 ; KARAHASAN, Yargıtay Kararları, s. 1241 ; OLGAC, Kefalet, s. 29 ; ÖZEN, Kefalet Sözleşmesi, s. 280 ; TANDOĞAN, Özel Borç İlişkileri, s. 769.

¹⁶² AKINTÜRK, Borçlar Hukuku, s. 305 ; REİSOĞLU, Kefalet, s. 769 ; YAVUZ, Özel Hükümler, s. 495.

1.6. Zarara (Açığa) Kefalette Kefilin Sorumluluğu

Zarara (açığa) kefil, alacaklının asıl borçludan tahsil edemediği alacak miktarı için adi kefil gibi sorumlu olmayı taahhüt eden kişidir¹⁶³.

Zarara (açığa) kefalet, 818 sayılı Borçlar Kanunu'nda düzenlenmemiş¹⁶⁴ olsa da bu tür kefaletin geçerli olarak yapılmasını engelleyen bir hüküm de yoktur. Zarara (açığa) kefalet İBK md. 495 f. 3'de düzenlenmiştir¹⁶⁵.

Zarara (açığa) kefalette, kefil sadece açığın, yani alacaklının asıl borçludan tahsil edemediği tutarın kapatılmasını taahhüt eder. Ancak bu açığın bir borç ödmeden kesin aciz belgesiyle ispatlanması gerekmektedir. Diğer bir deyişle, zarara (açığa) kefilen talepte bulunabilmek için, asıl borçlu hakkında alınmış bir "borç ödmeden kesin aciz belgesi" bulunmalıdır. Bu durumun tek istisnası asıl borçlunun Türkiye'de takibinin imkansız hale gelmesidir. Bu takdirde borç ödmeden kesin aciz belgesinin varlığı aranmaz.¹⁶⁶

¹⁶³ ARAL, Borçlar Hukuku, s. 447.

¹⁶⁴ "MADDE 585 f. 3- Sadece açığın kapatılması için kefil olunmuşsa, borçlu aleyhine yapılan takibin kesin aciz belgesi alınmasıyla sonuçlanması veya borçlu aleyhine Türkiye'de takibatın imkânsız hâle gelmesi ya da konkordatonun kesinleşmesi durumlarında, doğrudan doğruya kefile başvurulabilir. Sözleşmede, bu durumlarda alacaklının, önce asıl borçluya başvurmak zorunda olduğu kararlaştırılabilir." Zarara (açığa) kefalet, TBK'nun 585. maddesinin üçüncü fıkrasında kaynak İBK. md. 495 f. 3'e paralel olarak düzenlenmiştir. Bu fıkra ile, sadece zarara (açığa) kefaletle özgü, ayrık bir düzenleme olmak üzere, sözleşmede öngörülmesi koşuluyla, fıkroda belirtilen durumlarda, zarara (açığa) kefile, alacaklıya karşı tartışma def'i ileri sürme imkanı tanınmıştır.

¹⁶⁵ ARAL, Borçlar Hukuku, s. 447 ; GÖKTÜRK, Muhtelif Nevileri, s. 344 ; ŞAHAN, Sona Emesi, s. 35 ; TANDOĞAN, Özel Borç İlişkileri, s. 769 ; YAVUZ, Özel Hükümler, s. 495.

¹⁶⁶ ÖZEN, Kefalet Sözleşmesi, s. 280 ; TANDOĞAN, Özel Borç İlişkileri, s. 769 ; YAVUZ, Özel Hükümler, s. 495.

Asıl borçlunun iflas etmesi zarara (açığa) kefile başvurmak için yeterli değildir. Bunun için de asıl borçlu hakkındaki iflas takibinin sonuna kadar götürülüp, borç ödemededen kesin aciz belgesinin alınması gerekir¹⁶⁷. Eğer borçlu konkordato yapmışsa, konkordato nedeniyle ödenmeyen kısım için derhal zarara (açığa) kefile başvurulabilir¹⁶⁸.

Zarara (açığa) kefaleti adi kefaletten ayıran en önemli fark konkordato durumudur. Zira konkordato durumunda, adi kefilden borcun tamamı talep edilebileceği halde, zarara (açığa) kefilden ancak alacaklının borçlunun konkordatosundan alamadığı borç miktarı talep edilebilir. Keza adi kefilden borçlunun iflası halinde iflasın tasfiyesi tamamlanmadan borcun tamamı talep edilebilirken, zarara (açığa) kefilden ancak borcun iflas tasfiyesi sonunda alınamayan kısmı talep edilebilir¹⁶⁹.

Zarara (açığa) kefalet, kefalet sözleşmesinde açıkça kararlaştırılabileceği gibi, durum ve şartların değerlendirilmesinden de çıkarılabilir. Memur ve müstahdemler hakkında kefalet genelde zarara (açığa) kefalettir¹⁷⁰.

¹⁶⁷ ÖZEN, Kefalet Sözleşmesi, s. 280.

¹⁶⁸ TANDOĞAN, Özel Borç İlişkileri, s. 769 ; YAVUZ, Özel Hükümler, s. 495.

¹⁶⁹ TANDOĞAN, Özel Borç İlişkileri, s. 769 ; YAVUZ, Özel Hükümler, s. 495.

¹⁷⁰ ÖZEN, Kefalet Sözleşmesi, s. 281.

İKİNCİ BÖLÜM

2. KEFİLİN SORUMLULUĞU

Kefilin sorumluluğu denilince akla ilk gelen, asıl borçlunun borcu ödememesi durumunda kefilin bu borcu ödemek zorunda kalmasıdır. Ancak kefilin sorumluluğu sadece asıl borcu ödemekle bitmemekte, kefil, kanundan ve imzaladığı kefalet sözleşmesinden ötürü başkaca sorumluluklar da üstlenebilmektedir. Kefilin sorumluluğu BK md. 490'da düzenlenmiştir. Ancak kefilin sorumlu tutulabilmesi için ortada geçerli bir kefalet sözleşmesi olması gerekir. Kefalet sözleşmesinin geçerliliği de BK md. 484 uyarınca sözleşmenin yazılı şekilde yapılmasına ve kefilin sorumlu olacağı azami miktarın sözleşmede gösterilmesine bağlıdır. Şu halde BK md. 490'ın yanı sıra BK md. 484'ün de kefilin sorumluluğunda rol oynadığını, hatta BK md. 490 hükmünün sorumluluğun kapsamını BK md. 484 hükmünün ise sorumluluğun sınırını belirlediğini söylemek mümkündür.

2.1. Kefilin Kanundan (Bk Md. 490 Hükümünden) Kaynaklanan Sorumluluğu

Kefilin sorumluluğu BK'nun 490. maddesinde “*Kefil borcun aslı ile beraber borçlunun kusur veya temerrüdünün kanuni neticelerinden mes'uldür. – Kefil, alacaklının metalibini (istemini) ifa ederek dava ikamesini bertaraf etmek için kendisine vakit ve zamaniyle ihtar vuku bulmuş olmadıkça asıl borçlu aleyhinde ikame olunan dava masrafını edaya mecbur değildir. – Faiz verilmesi şart edilmiş ise kefil ancak işlemekte olan faiz ile beraber işlemiş faizden bir seneliğini vermekle mükelleftir.*” şeklinde düzenlenmiştir¹.

¹ “**MADDE 589-** Kefil, her durumda kefalet sözleşmesinde belirtilen azamî miktara kadar sorumludur. - Aksi sözleşmede kararlaştırılmamışsa kefil, belirtilen azamî miktarla sınırlı olmak üzere, aşağıdakilerden sorumludur: 1. Asıl borç ile borçlunun kusur veya temerrüdünün yasal sonuçları, 2. Alacaklının, kefile, onun borcu ödeyerek yapılmalarını önleyebileceği uygun bir zaman önce bildirmesi koşuluyla, borçluya karşı yönelttiği takip ve davaların masrafları ile gerektiğinde rehinlerin kefile tesliminin ve rehin haklarının devrinin sebep olduğu masraflar, 3. İşlemiş bir yıllık ve işlemekte olan yıla ait akdî faizler ile gerektiğinde tahvil karşılığında ödünç verilen anaparanın işlemiş bir yıllık ve işlemekte olan yıla ait faizleri. - Sözleşmede açıkça kararlaştırılmamışsa kefil, borçlunun sadece kefalet sözleşmesinin kurulmasından sonraki borçlarından sorumludur. - Kefilin, asıl borç ilişkisinin hükümsüz hâle gelmesinin sebep olduğu zarardan ve ceza koşulundan sorumlu olacağına ilişkin anlaşmalar kesin olarak hükümsüzdür.” TBK'nun 589. maddesi BK'nun 490. maddesini karşılamaktadır. Yeni kanunun dört fıkradan oluşan 589. maddesinde kefilin sorumluluğunun kapsamı düzenlenmiştir. BK'nun 490. maddesinin kenar başlığında kullanılan “D. Kefilin mes'uliyeti / I. Şümulü” şeklindeki ibare, yeni kanunda “II. Ortak hükümler / 1. Kefil ile alacaklı arasındaki ilişki / a. Sorumluluğun kapsamı” şeklinde değiştirilmiştir. Görüldüğü üzere maddenin birinci fıkrası, BK'nda yer verilmeyen, yeni bir hükümdür. Buna göre, kefil her durumda kefalet sözleşmesinde belirtilen azamî miktara kadar sorumlu olacaktır. Maddenin ikinci fıkrasına gelince, BK'nun 490. maddesinde, kefilin sorumluluğunun kapsamı üç fıkra hâlinde düzenlendiği hâlde, bu üç fıkra yeni maddenin ikinci fıkrasında üç bent hâlinde düzenlenmiştir. Bununla birlikte, BK'nun 490. maddesinin ikinci fıkrasından farklı olarak, bu yeni fıkranın (2) numaralı bendine “... ile gerektiğinde rehinlerin kefile tesliminin ve rehin haklarının devrinin sebep olduğu masraflar” ve (3) numaralı bendine ise “... işlemekte olan yıla ait akdî faizler ile gerektiğinde tahvil karşılığında ödünç verilen anaparanın işlemiş bir yıllık ve işlemekte olan yıla ait faizleri.” şeklinde ibareler eklenmiştir. Yeni kanundaki en önemli değişiklik kefilin, 589. maddenin 2. fıkrasında üç bent halinde düzenlenen bu hususlardan emredici olarak sorumlu olmamasıdır. Bunun nedeni maddenin başında yer verilen

Maddeden anlaşılacağı üzere kefil, borcun aslının yanı sıra borçlunun kusur ve temerrüdünün yasal sonuçlarından, duruma göre de dava masrafları ve faizden de sorumlu olabilmektedir.

2.1.1. Kefilin Asıl Borçtan Kaynaklanan Sorumluluğu

Kefilin sorumluluğu, kefalet sözleşmesinin fer'i nitelikte olması nedeniyle asıl borca sıkı sıkıya bağlıdır. Bu nedenle kefilin sorumluluğundan söz edebilmek için kendisinden talepte bulunduğu sırada ortada geçerli bir asıl borcun varlığı gereklidir. Kefil olduğu sırada borç geçersizse, asıl borçlu borcu sonradan geçerli hale getirirse bile, kefilin sorumluluğundan söz edilemez. Kefil olunan asıl borcun geçersiz olması ya da sona ermesi kefilin sorumluluğunu ortadan kaldırırken, asıl borcun azalması da kefilin sorumluluğunu o ölçüde azaltır. Şu halde asıl borçtaki değişikliklerin kefilin sorumluluğunu etkilediği açıktır². Ancak pek tabii bu değişikliklerin kefalet sözleşmesinin geçerlilik şartlarına uygun olması zorunludur³.

Kefil olunan andan kefilin takibine kadarki sürede asıl borçta bir takım değişiklikler meydana gelebilir. Örneğin asıl borç taksitlendirilebilir, azalabilir,

‘aksi sözleşmede kararlaştırılmadıkça’ şeklindeki ibaredir. Yani yeni kanun sayesinde taraflar dilerse sözleşmede açıkça belirtmek şartıyla kefilin, borçlunun kusur ve temerrüdünün yasal sonuçlarından yahut diğer belirtilen hususlardan sorumlu olmayacağını kararlaştırabilir. Ancak BK'nun 490. maddesi ve maddenin hiçbir açık kapı bırakmayan metni nedeniyle kefil, borçlunun kusur ve temerrüdünden emredici olarak sorumludur. TBK'nun 589. maddesinin üçüncü ve dördüncü fıkraları da BK'nda yer verilmeyen yeni hükümleri içermektedir.

² AKINTÜRK, Borçlar Hukuku, s. 305 ; ÖZEN, Kefalet Sözleşmesi, s. 97 ; REİSOĞLU, Kefalet, s. 157.

³ ÖZEN, Kefalet Sözleşmesi, s. 98

artabilir, asıl borçluya süre verilebilir. Asıl borçta meydana gelen değişiklikler tarafların iradelerinin dışında gerçekleşebileceği gibi taraflarca da kararlaştırılabilir⁴.

Daha önce de belirtildiği üzere *asıl borçta azalma meydana gelirse*, bu azalmadan kefil de yararlanır. Zira bu da kefaletin fer'iliğinin bir sonucudur. Asıl borçtaki azalmanın kanundan, borcun niteliğinden ya da tarafların anlaşmasından kaynaklanması fark etmez. Taraflar asıl borcun azalmasına rağmen kefilin sorumluluğunun azalmayacağını kararlaşırsalar bile, bu durum kefaletin fer'iliğine aykırı olduğundan böyle bir şart geçersiz sayılacaktır. Ancak kanundan doğan bazı istisnai durumlarda, örneğin konkordatoda (İİK md. 295) asıl borçlunun sorumluluğunda bir azalma görüldüğü halde, kefil bu azalmadan yararlanamaz⁵.

Asıl borçtaki artmaya gelince, eğer asıl borçta borçlunun kusur ve temerrüdünün kanuni bir sonucu olarak bir artma meydana gelirse kefil bu artmadan BK md. 490 gereği sorumlu olur. Zira BK md. 490 gereğince, kefil borcun aslı ile beraber borçlunun kusur veya temerrüdünün kanuni sonuçlarından sorumludur. Şayet asıl borçta başka bir sebeple artma meydana geldiyse, bu artışın işin niteliği gereği olmasına, kefaletin kurulması sırasında öngörülmesine veya akdi işlemler sonucunda ortaya çıkmasına göre farklı durumlar söz konusu olur⁶. Şöyle ki;

⁴ **AKSOY, R.**, Kefalet Sözleşmesinde Kefil ile Alacaklı Arasındaki İlişki, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Erciyes Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kayseri 2008, s. 10 ; **KARA KILIÇARSLAN, S.**, Kefilin Sorumluluğunun Kapsamı, GÜHFD, C: XIII, Y: 2009, S: 1-2, s. 49 ; **REİSOĞLU**, Kefalet, s. 158.

⁵ **BİLGE, N.**, Kefilin Mesuliyetinin Şumulü, AÜHFD, Y: 1956, C: 13, S: 1-2, s. 112-113 ; **BİLGE**, Özel Borç Münasebetleri, s. 381 ; **REİSOĞLU**, Kefalet, s. 158.

⁶ **KARA KILIÇARSLAN**, Kapsamı, s. 50 ; **REİSOĞLU**, Kefalet, s. 158.

- Asıl borçtaki artma işin niteliği gereği ortaya çıkmış veya taraflarca öngörülmüşse, kefalet meblağını aşmamak kaydıyla kefil bu artıştan sorumlu olur⁷. Memur ve müstahdem hakkında kefalet, asıl borcun niteliği gereği sonradan ortaya çıkmasına ya da artmasına tipik bir örnektir⁸. Burada asıl borç kefalet anında henüz doğmamıştır ancak kefaletin sona ermesine kadar sürekli bir artış göstermesi mümkündür. Bir cari hesap kredisine kefalet de, tarafların artmayı öngörmesine bir örnektir⁹. Cari hesabın niteliği gereği hesap devresi sona erdiğinde veya hesap kat edildiğinde bakiye miktar üzerinden kefalet söz konusu olur¹⁰. Zira burada da kefil, borçtaki artma ve azalmayı kefil olduğu anda göz önünde tutmaktadır. Bu azalma ve artmalar, cari hesap ilişkisinin niteliği sonucu olduğu ve kefil tarafından öngörüldüğü için, kefil, asıl borçta meydana gelen artmadan sorumlu olmayacağını ileri süremez¹¹.

- Asıl borçtaki artma alacaklı ile asıl borçlu arasındaki akdi işlemlerden ötürü ortaya çıkarsa, bu durum kefilin sorumluluğunu etkilemez. Örneğin cezai şart kararlaştırılması, tespit edilen faiz miktarını aşan faiz anlaşmaları, asıl borçlunun şahsi def'ilerinden feragat etmesi, borcun ikrarı, feshi ihbar sürelerinin kısaltılması, taksitlerin kaldırılması ya da miktarlarının yükseltilmesi, muacceliyetin öne alınması gibi hususlar kefile karşı ileri sürülemez. Zira bu tip işlemler kefil açısından üçüncü kişiler arasında yapılan işlem niteliğinde olup, üçüncü kişilerin kendi aralarında

⁷ **ARAL**, Borçlar Hukuku, s. 448 ; **KARA KILIÇARSLAN**, Kapsamı, s. 50 ; **ÖZEN**, Kefalet Sözleşmesi, s. 98 ; **REİSOĞLU**, Kefalet, s. 158.

⁸ **AKSOY**, İlişki, s. 12 ; **ARAL**, Borçlar Hukuku, s. 449 ; **BİLGE**, Şumulu, s. 115 ; **REİSOĞLU**, Kefalet, s. 158.

⁹ **AKSOY**, İlişki, s. 12 ; **ARAL**, Borçlar Hukuku, s. 449 ; **REİSOĞLU**, Kefalet, s. 158

¹⁰ **AYRANCI, H.**, Kefalet Sözleşmesinde Asıl Borcun Belirli Olması İlkesi ve Cari Hesaba Kefalet, GÜHFD, C: IX, Y: 2005, S: 1-2, s. 116 vd.

¹¹ **AKSOY**, İlişki, s. 12-13 ; **REİSOĞLU**, Kefalet, s. 158.

yaptıkları işlemler ile kefil borç altına sokmaları, hukukun genel ilkelerine aykırıdır¹².

Tüm bunların yanı sıra kefil, kefalet sözleşmesi yapılırken, asıl borçtaki olası artmanın nedenine bakmaksızın asıl borçlunun sorumluluğunu arttıran her türlü değişiklikten sorumlu olmayı da peşin olarak üstlenebilir.¹³

Asıl borçluya süre verilmesi de kefilin sorumluluğunu etkiler. Özellikle alacaklı tarafından asıl borçluya süre verilmesi BK md. 493 ve md. 494'de düzenlenen süreli ve süreli olmayan kefaletler bakımından önem arz eder. Süreli kefalette, alacaklının kefaletin sona ermesinden itibaren 1 ay içinde takibe geçmesi zorunlu olduğundan, asıl borçluya süre verilmesi bazı durumlarda bu takibi imkansız hale getirebilir. Süreli olmayan kefalette ise alacaklının asıl borçluyu borç muaccel olduktan sonra derhal takip zorunluluğu bulunmamasına rağmen kefil borç muaccel olunca alacaklıdan borçluyu 1 ay içinde takip etmesini isteyebilir. Bu nedenle eğer süreli olmayan kefalette, alacaklı asıl borçluya süre verir ve bu esnada kefil de takip talebinde bulunursa, ortaya çözümlenmesi zor bir durum çıkacaktır. Şu halde alacaklı asıl borçluya süre vermek istiyorsa, bu tip durumlarla karşılaşmamak için önce kefilin yazılı olarak rızasını almalıdır. Ancak kefilin rızası yoksa, o zaman asıl borçluya verilen sürenin kefilin yararına olup olmasının büyük önemi vardır. Eğer

¹² AKSOY, İlişki, s. 12 ; BİLGE, Şumulü, s. 115 ; REİSOĞLU, Kefalet, s. 159.

¹³ ÖZEN'E (Kefalet Sözleşmesi, s. 97) göre böyle bir durum ancak kefilin üstlendiği sorumluluğu algılayabilmesine bağlıdır.

verilen süre nedeniyle asıl borçlunun sorumluluğu artıyorsa, kefil BK md. 493 – 494’deki şartlara dayanarak kefaletten kurtulduğunu iddia edebilecektir¹⁴.

Kefilden habersiz olarak asıl borçluya verilen sürenin kefilin yararına olması halinde ise artık kefilin BK md. 493 – 494’e dayanarak kefaletten kurtulduğunu iddia etmesi bir hakkın kötüye kullanılmasını oluşturacağından böyle bir durumun kanun tarafından korunmaması gerekmektedir. Bu nedenle alacaklının asıl borçluya süre vermesi asıl borçlunun sorumluluğunu azaltıyorsa kefilin bundan fer’i borçlu olması nedeniyle yararlanabileceği, ancak verilen süre asıl borçlunun sorumluluğunu arttırıyorsa, kefilin bundan sorumlu tutulabilmesinin yazılı rızasına bağlı olduğu kabul edilmelidir¹⁵.

Bir kişi asıl borçlu ile alacaklı arasında devamlılık gösteren bir ilişki nedeniyle kefil olmuşsa, kefilin sorumluluğunun, bu ilişkiden ötürü sadece kefalet sözleşmesinin yapılmasından sonra doğan borçları ve bu borçların gösterebileceği değişiklikleri kapsadığını kabul etmek gerekir¹⁶.

¹⁴ AKSOY, İlişki, s. 15-16 ; REİSOĞLU, Kefalet, s. 159.

¹⁵ AKSOY, İlişki, s. 16-17 ; REİSOĞLU, Kefalet, s. 160-161.

¹⁶ GÖKTÜRK, Muhtelif Nevileri, Ankara 1951, s. 603 ; ÖZEN, Kefalet Sözleşmesi, s. 99. Nitekim TBK md. 589 f. 3’de de kefilin, sözleşmede aksi kararlaştırılmadığı sürece sadece kefalet sözleşmesinin kurulmasından sonraki borçlardan sorumlu olacağı açıkça hükme bağlanmıştır.

2.1.2. Kefilin Borçlunun Kusurundan Veya Temerrüdünden Kaynaklanan Sorumluluğu

BK md. 490 f. 1 uyarınca, kefil borçlunun kusur veya temerrüdünün yasal sonuçlarından sorumludur.

Asıl borçlunun *kusurunun yasal sonuçları*, BK md. 96'ya göre¹⁷ borçlunun borcunu kısmen veya tamamen yerine getirmemesi sonucu ortaya çıkan tazminat borcu yani müspet zarar ziyandır. Ancak kefil asıl borçlunun kusurunun akdi sonuçlarından sorumlu değildir. Bu nedenle asıl borçlunun kusuru sonucunda ifanın kısmen veya tamamen yerine getirilmemesi halinde kararlaştırılan cezai şarttan kefil sorumlu değildir¹⁸.

Borçlunun kusuru sonucunda karşı taraf sözleşmeyi feshederse, kefilinden menfi zarar ziyan talep edilemez. Zira bu durum kefaletin fer'iliği ilkesine aykırıdır. Asıl borç ne sebeple sona ererse ersin kefalet de sona ereceğinden, asıl borcun feshine rağmen kefile başvurmak mümkün değildir. Ancak yine de gerek cezai şarttan gerekse sözleşmenin feshi nedeniyle ortaya çıkan menfi zarar ve ziyandan

¹⁷ BK md. 96 (TBK md. 112) uyarınca, borç hiç veya gereği gibi ifa edilmezse borçlu, kendisine hiçbir kusurun yüklenemeyeceğini ispat etmedikçe, alacaklının bundan doğan zararını gidermekle yükümlüdür.

¹⁸ **AKINTÜRK**, Borçlar Hukuku, İstanbul 2004, s. 306 ; **AKSOY**, İlişki, s. 13 ; **ARAL**, Borçlar Hukuku, s. 449 ; **ARPACI/SEROZAN/HATEMİ**, Borçlar Hukuku, s. 532 ; **BİLGE**, Özel Borç Münasebetleri, s. 382 ; **BİLGE**, Şumulü, s. 119 ; **KARA KILIÇARSLAN**, Kapsamı, s. 51 ; **REİSOĞLU**, Kefalet, s. 161 ; **SÜCÜLLÜ**, Geçerlilik Şartları, s. 37 ; **ŞAHAN**, Sona Ermesi, s. 37 ; **TANDOĞAN**, Özel Borç İlişkileri, s. 775. Nitekim TBK md. 589 f. 4'de de kefilin cezai şarttan (ceza koşulundan) hiçbir surette sorumlu olmayacağı kesin olarak hükme bağlanmıştır.

kefil sorumlu tutulabilir¹⁹. Bunun için kefilin bu hususlardan da sorumlu olduğunu sözleşmede açıkça belirtmesi gerekir²⁰.

Kefilin asıl borçlunun kusurunun kanuni sonuçlarından ötürü sorumluluğu, asıl borçlunun borç sözleşmesinin kurulmasından önce veya kurulduğu andaki kusurunu kapsamaz. Aynı şekilde irade fesadı yüzünden sözleşmenin feshi halinde de ortaya çıkan tazminat talepleri kefile karşı ileri sürülemez²¹.

Borçlunun kusura dayanmayan bir zarardan da sorumlu olacağını sözleşme ile kararlaştırılması halinde veya kanunun borçlunun hiçbir kusuru olmasa dahi sorumlu olacağını hükme bağladığı hallerde bile kefile başvurulamaz. Zira BK'nun 490. maddesini asıl borçlunun kusurunun kanuni sonuçları şeklinde dar yorumlamak lazımdır. Bu nedenle örneğin satış ve eser sözleşmelerinde zabta ve ayıba karşı tekeffül nedeniyle ortaya çıkan tazminat yükümlülüğünden de kefil sorumlu tutulamayacaktır²²

Borçlunun *temerrüdünün yasal sonuçları* ise borcun geç ifasından doğan zarar ziyan, kazadan (beklenmedik durumlar nedeniyle doğan zarardan) sorumluluk

¹⁹ Kefilin sorumluluğunu düzenleyen BK md. 490'da kefilin cezai şarttan ya da sözleşmenin hükümsüz hale gelmesiyle ortaya çıkan zarardan sorumlu tutulmasına engel bir hüküm yoktur. Kefil isterse bu hususlardan sorumlu olabilir. Ancak TBK md. 589 f. 4 bu duruma hiçbir surette imkan tanımamıştır. Zira yeni fıkra, kefilin asıl borç ilişkisinin hükümsüz hale gelmesinin sebep olduğu zarardan ve cezai şarttan sorumlu olacağına ilişkin yapılan tüm anlaşmaların kesin olarak hükümsüz sayılacağı açıkça belirtilmiştir.

²⁰ **ARPACI/SEROZAN/HATEMİ**, Borçlar Hukuku, s. 532 ; ; **BİLGE**, Şumulu, s. 119 ; **KARAHASAN**, Yargıtay Kararları, s. 1241 ; **REİSOĞLU**, Kefalet, s. 162 ; **ŞAHAN**, Sona Ermesi, s. 38 ; **TANDOĞAN**, Özel Borç İlişkileri, s. 775 ; **YAVUZ**, Özel Hükümler, s. 495 ; **ZEVKLİLER**, Borçlar Hukuku, s. 405.

²¹ **AKSOY**, İlişki, s. 18 ; **KARAHASAN**, Yargıtay Kararları, s. 1242 ; **ÖZEN**, Kefalet Sözleşmesi, s. 101 ; **REİSOĞLU**, Kefalet, s. 162 ; **TANDOĞAN**, Özel Borç İlişkileri, s. 776.

²² **AKSOY**, İlişki, s. 18 ; **ÖZEN**, Kefalet Sözleşmesi, s. 101 ; **REİSOĞLU**, Kefalet, s. 162 ; **TANDOĞAN**, Özel Borç İlişkileri, s. 776 ; **ZEVKLİLER**, Borçlar Hukuku, s. 405.

(BK md. 102) ve para borçlarında temerrüt faizi ile BK md. 103 – 105 arasında düzenlenen²³ diğer zararlardır. Ancak BK md. 102 f. 2'ye göre²⁴, kefil borçlunun kusuru olmaksızın gecikmenin ortaya çıktığını veya borç zamanında ifa edilmiş olsa bile kazanın ortaya çıkacağını ispat ederse borcundan kurtulur²⁵. Buna karşılık para borçlarında borçlunun hiçbir kusuru olmasa dahi kefil temerrüt faizinden sorumlu olur²⁶. Temerrüt faizi oranının asıl borçlu ve alacaklı tarafından belirlenmiş olması, temerrüt faizini sözleşme faizi haline getirmez. Bu nedenle BK md. 490 f. 3'teki sözleşme faizi için geçerli olan 1 yıllık sınırlama temerrüt faizini etkilemez. Yani kefilin sorumluluğun üst sınırı olan kefalet senedinde belirtilen tutar aşılmadıkça, alacaklı ve asıl borçlu tarafından oranı belirlenen işlemiş ve birikmiş temerrüt faizinin tümü kefilden talep edilebilir²⁷. Son olarak, sözleşmede birleşik faiz kararlaştırılmışsa, kefil ayrıca kefalet senedinde gösterilmedikçe veya rızası olmadıkça bundan sorumlu tutulamaz²⁸.

²³ BK'nun 103 – 105. maddeleri arasında temerrüt (geçmiş günler) faizi, faizlerde, iratlarda ve başışlamada temerrüt faizi ve aşkın (munzam) zarar düzenlenmiştir. (Maddelerin yeni düzenlemesi için bkz. TBK md. 120 -122)

²⁴ Maddenin yeni düzenlemesi için bkz. TBK md. 119.

²⁵ AKINTÜRK, Borçlar Hukuku, s. 306 ; KARA KILIÇARSLAN, Kapsamı, s. 52 ; ÖZEN, Kefalet Sözleşmesi, s. 101 ; REİSOĞLU, Kefalet, s. 162 ; TANDOĞAN, Özel Borç İlişkileri, s. 776.

²⁶ AKINTÜRK, Borçlar Hukuku, s. 306 ; REİSOĞLU, Kefalet, s. 162 ; TANDOĞAN, Özel Borç İlişkileri, s. 776.

²⁷ ÖZEN, Kefalet Sözleşmesi, s. 100 - 101.

²⁸ TANDOĞAN, Özel Borç İlişkileri, s. 776.

2.1.3. Kefilin Borçlu Hakkındaki Dava ve Takip Masraflarından Ötürü Sorumluluğu

BK md. 490 f. 2 uyarınca kefil, asıl borçlu hakkındaki dava masraflarından sorumludur. Ancak kefilin bundan sorumlu tutulabilmesi için kendisine hem zamanında haber verilmesi ve hem de alacaklıya ödeme yapabilmesi için uygun bir süre verilmesi şarttır. Yine kefilin sorumluluğundan söz edebilmek için kefalet borcunun muaccel olması gerekir. Eğer kefil henüz ödemekle yükümlü değilse kendisine zamanında haber verilse bile asıl borçlu hakkında açılan dava masraflarından sorumlu tutulamaz²⁹.

Kefilin borçlunun durumundan haberdar edilmesi gerek adi kefalette gerekse müteselsil kefalette zorunludur. Zira müteselsil kefalette de alacaklı asıl borçluya başvurabilir ve ödememe durumunda hakkında dava açabilir³⁰.

Kanundaki tanımda sadece dava masraflarından bahsedilmiştir, ancak alacaklı alacağını tahsil etmek için asıl borçlu hakkında dava açmak zorunda değildir; pek tabi icra takibi de yapabilir. Bu nedenle kefil, dava masraflarından olduğu kadar icra takibi masraflarından da sorumludur³¹.

²⁹ **AKINTÜRK**, Borçlar Hukuku, s. 306 ; **ARAL**, Borçlar Hukuku, s. 449 ; **BİLGE**, Özel Borç Münasebetleri, s. 382 ; **BİLGE**, Şumulü, s. 146 ; **ÖZEN**, Kefalet Sözleşmesi, s. 102–103 ; **REİSOĞLU**, Kefalet, s. 163 ; **TANDOĞAN**, Özel Borç İlişkileri, s. 777.

³⁰ **ÖZEN**, Kefalet Sözleşmesi, s. 101 ; **REİSOĞLU**, Kefalet, s. 163 ; **TANDOĞAN**, Özel Borç İlişkileri, s. 777.

³¹ **ÖZEN**'e (Kefalet Sözleşmesi, s. 102) göre, asıl borç için verilmiş olan rehnin paraya çevrilmesinden kaynaklanan giderlerden asıl borçlu sorumlu olduğu takdirde, kefilin de sorumlu olacağı kabul edilmelidir.

Şu halde kefilin sorumluluğuna giren masraflar, dava ve icra takibi açılması ile ilgili bütün masraflar ve bunlara ilişkin vekalet ücreti masrafları olarak sıralanabilir³². Eğer borçlu borcun bir kısmına kefil olmuşsa o halde mahkeme ve icra masraflarından da o oranda sorumlu olur. Buna karşılık kefil, asıl borçlunun açtığı karşılık dava masrafları ile birlikte kefillere karşı yapılan icra takiplerine ilişkin masraflardan sorumlu değildir. Aynı şekilde kefil feshi ihbar masraflarından da sorumlu tutulamaz³³.

Kuşkusuz, kefil kendi hakkındaki dava ve takip giderlerinden sorumludur³⁴.

Yine de BK'nun 490. maddesi emredici hüküm olmadığından sözleşme ile kefilin dava ve takip masraflarından sorumlu olmayacağı kararlaştırılabilir³⁵. Önemli olan sözleşmeye konulacak hükmün kefaletin geçerlilik şekline uygun olmasıdır³⁶.

2.1.4. Kefilin Faizlerden Ötürü Sorumluluğu

BK md. 490 f. 3 uyarınca faiz verilmesi şart edilmiş ise, kefil ancak işlemekte olan faiz ile beraber işlemiş faizden bir yıllığına vermekle yükümlüdür³⁷. Daha önce

³² BK md. 490'dan farklı olarak TBK md. 589 f. 2'de "gerektiğinde rehinlerin kefile tesliminin ve rehin haklarının devrinin sebep olduğu masraflar" da kefilin sorumluluğuna giren masraflar arasında sayılmıştır.

³³ REİSOĞLU, Kefalet, s. 163 ; TANDOĞAN, Özel Borç İlişkileri, s. 777 ; YAVUZ, F, Günümüze Yansıması, s. 96.

³⁴ ÖZEN, Kefalet Sözleşmesi, s. 102.

³⁵ Nitekim kanunkoyucu TBK md. 589 f. 2'de "sözleşmede aksi kararlaştırılmadıkça" diyerek buna imkan tanımıştır.

³⁶ KARA KILIÇARSLAN, Kapsamı, s. 53 ; ÖZEN, Kefalet Sözleşmesi, s. 103.

de belirtildiği üzere, kefilin bu fıkrada sayılan faizlerden ötürü sınırlı sorumluluğu sadece sözleşme faizi için söz konusudur. Temerrüt faizi için kefilin sorumluluğunun böyle bir sınırlaması yoktur. Temerrüt faizi kaç yıl işlemiş olursa olsun kefil bundan sorumludur³⁸. Nitekim Yargıtay da konuyla ilgili bir kararında³⁹ ‘‘Kefiller, asıl borçlunun temerrüdü tarihinden itibaren, borç ödeninceye kadar temerrüt faizin tamamı ile sorumludur. BK md. 490 f. 3 (akdi faizlerle) ilgilidir. Temerrüt faizi buraya girmez.’’ diyerek kefilin temerrüt faizinin tamamından sorumlu olduğuna işaret etmiştir.

Para borçlarında ortaya çıkan sözleşme faizleri, borçlunun temerrüt tarihinden itibaren temerrüt faizine dönüşür⁴⁰ ve BK md. 103’e göre, bir miktar paranın ödemesinde temerrüde düşen borçlu, sözleşme ile daha az bir faiz oranı tespit edilmiş olsa bile geçmiş günler faizi için yıllık %5 oranında (bu oran 2011 yılında kanuni faiz ve temerrüt faizi için %9, avans/ticari temerrüt faizi için %15’tir) faiz ödemeye mecburdur. Ancak sözleşme ile daha yüksek bir faiz oranı belirlenmişse, temerrüt faizi bu miktar üzerinden hesaplanır⁴¹.

Şu halde BK md 490 f. 3’te söz edilen faiz, asıl borçlunun temerrüdüne kadar işlemiş olan sözleşme faizidir⁴².

³⁷ BK md. 490 f. 3’ten farklı olarak TBK md. 589 f. 2’de ‘‘gerektiğinde tahvil karşılığı ödünç verilen anaparanın işlemiş bir yıllık ve işlemekte olan yıla ait faizleri’’ de kefilin sorumluluğu kapsamındaki faizler arasında sayılmıştır.

³⁸ AKSOY, İlişki, s. 23 ; BİLGE, Şumulu, s. 150 ; KAYAR, Borçlar Hukuku, s. 279 ; REİSOĞLU, Kefalet, s. 164 ; TANDOĞAN, Özel Borç İlişkileri, s. 778.

³⁹ YHGK. 14.2.1968 T. 325 E. 75 K. (OLGAÇ, Kefalet, s. 110 ; UYGUR, Tazminat Hukuku, s. 9407)

⁴⁰ ARAL, Borçlar Hukuku, s. 450 ; REİSOĞLU, Kefalet, s. 164.

⁴¹ REİSOĞLU, Kefalet, s. 164.

⁴² REİSOĞLU, Kefalet, s. 164.

Faiz şartı, para borçlarında en çok karz akitlerinde (tüketim ödücü sözleşmelerinde) söz konusu olur. Karz akdinde kararlaştırılmış olan faizin ödeme zamanı, işlemiş ve işlemekte olan faizi ayırt etmekte kıstas olarak kabul edilmelidir. Zira BK'nun 308. maddesine göre⁴³, aksine sözleşme yoksa, tayin edilen faiz yıllık olarak ödenecektir⁴⁴.

İşlemekte olan faizler, sözleşme faizinin temerrüt faizine çevrildiği andan geriye doğru ilk vadeye kadarki faizler, işlemiş faizler ise vadeden önceki bir yıllık faizlerdir⁴⁵. Vade tarihi ile borçlunun temerrüt tarihi aynı günde denk gelirse, kefilden sadece işlemiş olan bir yıllık faiz talep edilebilecektir. Cari hesap sözleşmelerinde ise, kural olarak işlemiş olan faizler asıl borca eklenerek bakiye tespit edileceğinden, artık BK md. 490 f. 3 uygulanamayacak, kefil bakiyeden sorumlu olması nedeniyle işlemiş olan tüm faizleri de ödemek zorunda kalacaktır⁴⁶. Nitekim Yargıtay da konuyla ilgili bir kararında⁴⁷, ‘‘BK'nun 490 ıncı maddesinin son cümlesinde geçen işlemiş bir senelik faizden amacın sözleşme faizi olmasına ve bankaca esas borcun hesaplanmasında esasen temerrüt tarihine kadar bu faizin de hesap edilmiş olmasına göre, temyiz itirazları yerinde değildir.’’ diyerek işlemiş faizden maksadın ne olduğunu açıklamıştır⁴⁸.

⁴³ Maddenin yeni düzenlemesi için bkz. TBK md. 388.

⁴⁴ REİSOĞLU, Kefalet, s. 164.

⁴⁵ BİLGE'ye (Özel Borç Münasebetleri, s. 383) göre ise, son vadeden önce tahakkuk etmiş faizler işlemiş faiz, vadeden sonra tahakkuk eden faizler de işlemekte olan faizlerdir.

⁴⁶ AKSOY, İlişki, s. 24 ; ARAL, Borçlar Hukuku, s. 450 ; ÖZEN, Kefalet Sözleşmesi, s. 104 ; REİSOĞLU, Kefalet, s. 165 ; ŞAHAN, Sona Ermesi, s. 40 ; TANDOĞAN, Özel Borç İlişkileri, s. 778.

⁴⁷ 11. HD. 23.12.1991 T. 4735 E. 6823 K. (REİSOĞLU, Kefalet, s. 165)

⁴⁸ REİSOĞLU, Kefalet, s. 165.

Sözleşme faizinden kefilin ne şekilde sorumlu olacağını belirten BK md. 490 f. 3 hükmü emredici değildir. Bu nedenle sözleşme ile kefilin işlemiş faizden son 1 yıl sınırlaması olmaksızın sorumlu olacağı da kararlaştırılabilir⁴⁹. Genellikle banka uygulamalarında kefil, asıl borç ile birlikte işlemiş ve işleyecek olan faizlerin tamamından sorumlu tutulmaktadır. Şu halde BK md. 490 f. 3 hükmü ancak kefilin sözleşme faizinden ne oranda sorumlu olacağı sözleşme ile açıkça kararlaştırılmamışsa uygulama alanı bulacaktır⁵⁰. Nitekim Yargıtay'ın da yerleşik içtihatları bu yöndedir.

“Kefilin mes’uliyeti ve bu mes’uliyetin şümulu BK’nun 490. maddesinde açıklanmıştır. Kefil borcun aslı ile beraber borçlunun kusur ve temerrüdünün kanuni sonuçlarından mes’uldür. Faiz verilmesi şart edilmişse, kefil işlemekte olan faiz ile beraber işlemiş faizden de bir seneliğini vermekle yükümlüdür.

Ancak, kanunun buradaki düzenleyişi buyurucu nitelikte değildir. Aksini sözleşmede kararlaştırılmış olmasını önleyici bir hüküm yoktur. BK’nun 19. maddesince kanunun kat’i surette emrelediği hukuki kaidelere veya kanuna muhalif bulunmadıkça iki tarafın yaptıkları sözleşmeler geçerlidir. Bu nedenle alacaklı, kefillerden bir seneden fazla geçmiş meşrut (şarta bağlı) faizleri de isteyebilir⁵¹.”

⁴⁹ AKSOY, İlişki, s. 24 ; ARPACI/SEROZAN/HATEMİ, Borçlar Hukuku, s. 533 ; BİLGE, Şumulü, s. 150 ; ÖZEN, Kefalet Sözleşmesi, s. 104 ; REİSOĞLU, Kefalet, s. 165 ; SÜCÜLLÜ, Geçerlilik Şartları, s. 38 ; ŞAHAN, Sona Ermesi, s. 40 ; TANDOĞAN, Özel Borç İlişkileri, s. 778 ; YAVUZ, F, Günümüze Yansıması, s. 97.

⁵⁰ ÖZEN, Kefalet Sözleşmesi, s. 104 ; REİSOĞLU, Kefalet, s. 165.

⁵¹ 15. HD. 16.6.1980 T. 1509 E. 1522 K. (UYGUR, Tazminat Hukuku, s. 9405) Yargıtay’ın bu konuyla ilgili diğer içtihatları için bkz. 15. HD. 28.5.1980 T. 980 E. 1352 K., 15. HD. 5.3.1982 T. 409 E. 507 K., 15. HD. 22.5.1979 T. 1092 E. 1217 K., 15. HD. 29.5.1979 T. 1149 E. 1294 K.

2.2. Kefilin Sorumluluğunda Bk Md. 484 Hükümünün Bk Md. 490

Hükmüyle İlişkisi

BK md. 484 uyarınca⁵² kefalet sözleşmesinin geçerliliği, yazılı şekilde yapılmasına ve kefilin sorumlu olacağı miktarın belirlenmesine bağlıdır. Dolayısıyla kefilin sorumluluğu da ödemekle yükümlü olduğu meblağın kefalet senedinde gösterilmesine bağlıdır.

‘‘Kefilin sorumluluğu, kefalet akdinde ödeyeceği muayyen bir miktarın gösterilmiş bulunması ya da, 12.4.1994 gün ve 14-13 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararı uyarınca kefalet senedinden böyle muayyen bir miktarın anlaşılmasının mümkün olması koşuluna bağlıdır’’⁵³.

⁵² *‘‘MADDE 583- 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. - Kendi adına kefil olma konusunda özel yetki verilmesi ve diğer tarafa veya bir üçüncü kişiye kefil olma vaa-dinde bulunulması da aynı şekil koşullarına bağlıdır. Taraflar, yazılı şekle uyararak kefilin sorumluluğunu borcun belirli bir miktarıyla sınırlandırmayı kararlaştırabilirler. - Kefalet sözleşmesinde sonradan yapılan ve kefilin sorumluluğunu artıran değişiklikler, kefalet için öngörülen şekle uyulmadıkça hüküm doğurmaz.’’* TBK'nun 583. maddesi BK'nun 484. maddesini karşılamaktadır. Yeni yasanın üç fıkradan oluşan 583. maddesinde, kefalet sözleşmesinin şekli düzenlenmiştir. BK'nun 484. maddesinde kullanılan ‘‘muayyen bir miktar’’ şeklindeki ibare, yeni kanunda ‘‘azamî miktar’’ şeklinde değiştirilmiştir. Maddenin birinci fıkrasının ilk cümlesinde, BK'nun 484. maddesinde yapılan düzenlemeden farklı olarak kefalet tarihinin de sözleşmede belirtilmesi, geçerlilik koşulu hâline getirilmiştir. Zira yeni kanunun 589. maddesinin üçüncü fıkrası uyarınca, kefil, sözleşmede aksi açıkça kararlaştırılmadıkça borçlunun sadece kefalet sözleşmesinin kurulmasından sonraki borçlarından sorumludur. Maddenin birinci fıkrasının ikinci cümlesi, BK'nda yer verilmeyen, yeni bir hükümdür. Bu cümlede, kefilin, kendi el yazısıyla belirtmesinin şart olduğu hususlar açıklanmıştır. Maddenin ikinci ve üçüncü fıkrası da BK'nda yer verilmeyen, yeni hükümlerdir. Maddenin üçüncü fıkrasının önemi, kefalet sözleşmesinde sonradan yapılan ve kefilin sorumluluğunu artıran değişikliklerin, kefalet sözleşmesinin şekline uygun olarak yapılmasının geçerlilik koşulu olduğuna işaret edilmiş olmasıdır.

⁵³ 19. HD. 10.2.2000 T. 1999/7123 E. 2000/796 K.

Kanun koyucu tarafından halledilemeyen ve bu yüzden farklı görüşlerin ortaya çıkmasına neden olan sorun, kefalet senedinde gösterilen meblağın sadece asıl borcu mu kapsadığı yoksa BK md. 490'da belirtilen mahkeme masrafları, temerrüt faizi vs. de dahil olmak üzere kefilin sorumluluğunun azami sınırını mı gösterdiği hususudur. Zira kefil olunan borcun asıl borçtan çok daha fazla olması durumunda, kefalet borcunun BK md. 490'da yer alan yükümlülükleri de karşılayabilmesi söz konusu olduğundan burada bir sorun yoktur. Ancak kefil olunan borç asıl borçtan az veya sadece asıl borcu karşılamaya yetiyorsa o zaman BK md. 490'daki yükümlülükler açısından sorun yaşanacaktır. Bu nedenle doktrinde, kanunda bir açıklık olmamasına rağmen, BK md. 484'de sözü geçen azami meblağın, kefilin bütün kanuni yükümlülükler dahil sorumlu olduğu azami meblağ olarak kabul edilmesinin kanun koyucunun amacına en uygun olduğu kabul edilmektedir⁵⁴.

Nitekim Yargıtay da konuyla ilgili bir kararında ‘‘BK. 490. maddesi, kefilin borcun aslı ile beraber kusur veya temerrüdüin kanuni sonuçlarından da sorumlu olduğunu hükme bağlamış olduğundan doktrinde ve uygulamada BK. 484'ncü maddesinde zikredilen azami meblağın, faiz ve fer'ileriyle birlikte aşılabileceği konusunda, tereddütler hasıl olmuş ise de, kanun koyucunun kefalet senedinde azami meblağın gösterilmesini bir ‘‘sıhhat şartı’’ olarak gören 484 ncü maddeden hemen birkaç madde sonra, bu maddenin değerini geniş ölçüde ortadan kaldıracak bir

⁵⁴ **BİLGE, N.**, Borçlar Kanununun 484 ve 490. ıncı Maddeleri Arasındaki Münasebet, AÜHFD, Y: 1955, C: 12, S. 1-2, s. 211-213 ; **KARATAY**, Mukayeseli Bir İnceleme, s. 630 ; **REİSOĞLU**, Kefilin Rücuu, s. 493 ; **REİSOĞLU**, Kefalet, s. 153. Nitekim kanun koyucu TBK md. 589 f. 1'de ‘‘Kefil, her durumda kefalet sözleşmesinde belirtilen azami miktara kadar sorumludur.’’ diyerek BK'ndaki bu belirsizliği tamamen ortadan kaldırmıştır.

hüküm getirilmesi için makul bir sebebin olmadığı; (Bkz. Seza Reisoğlu, Türk Kefalet Hukuku, 1964 Ank. s. 148) bu itibarla, fer'ileriyle birlikte olmak üzere gösterilen azami meblağın aşılamayacağı doktrinde genellikle kabul edilmektedir.” diyerek aynı görüşte olduğunu bildirmiştir⁵⁵.

‘‘Kefilin, sözleşmeden doğan alacaklardan dolayı ancak sözleşmede gösterilen (400.000) liralık azami meblağla sınırlı olarak sorumlu tutulabilmesi kefalet sözleşmesinin asli bir unsuru olarak BK.nun 484. maddesinin gereğidir. Her ne kadar BK.nun 490. Maddesi, kefilin borcun aslı ile beraber borçlunun kusur veya temerrüdünün kanuni neticelerinden sorumlu olacağını göstermiş ise de, bu sorumluluğunun, 484. Maddede kefaletin sıhhat şekli olduğundan bahsedilen ve sözleşmede gösterilen azami meblağa kadar olan sınır içinde değerlendirilmesi gerektiği kabul edilmelidir. Nitekim Mehaz İsviçre Borçlar Kanunu'ndaki benzer hükümden doğan çelişkili uygulamaların 1942 yılında kanunda yapılan bir değişiklikle yukarıda açıklanan yorum tarzında hüküm getirilmek suretiyle sona erdirildiği bilinmektedir. Esasen, mehazda olduğu gibi Borçlar Kanunumuzun kefalete ilişkin genel yapısı ele alındığında, kanun koyucunun daha ziyade kefilin sorumluluğunu sınırlandırma eğiliminde olduğu görüleceğinden, henüz bizim kanunumuzda buna paralel bir değişiklik yapılmamış olmakla birlikte, BK.nun 484. maddesi ile 490. maddesinin birlikte değerlendirilmesi ve sonuçta, kefilin ancak

⁵⁵ 11. HD. 15.5.1986 T. 1715 E. 3508 K. (REİSOĞLU, Kefalet, s. 153 vd)

sözleşmede gösterilen azami meblağ ile sorumlu olduğunun kabul edilmesi, kanun koyucunun amacına da uygun düşmektedir⁵⁶.’’

Şu halde BK md. 484 hükmündeki sınır, BK md. 490 hükmünde kefilin sorumluluğu kapsamında olduğu belirtilen bütün kalemler dahil olmak üzere, kefiliden talep edilebilecek en yüksek meblağın ne olduğunu gösterir. Böylelikle kefil, kefalet senedinde sorumlu olduğu azami meblağı belirterek sorumluluğunun kapsamı hakkında en başından açık bir fikir sahibi olabilmektedir⁵⁷.

Kefalet senedinden gösterilen meblağ, asıl borç meblağından az olabilir. Bu durum kefiliden, kefalet senedinde gösterilen meblağla sınırlı olarak talepte bulunulabileceği sonucunu değiştirmez. Diğer taraftan, asıl borç meblağıyla kefalet senedinde gösterilen meblağ denk olsa bile, asıl borçlunun sorumluluğunun kapsamı, temerrüde düşmesi yüzünden artmış ve asıl borç meblağını aşmış olabilir. Böyle bir durumda da kefiliden sadece kefalet senedinde gösterilen azami meblağ talep edilebilir. Yani asıl borç ve BK md. 490’da belirtilen kalemlerin toplamı, kefilin kefalet senedinden gösterdiği ve sorumlu olduğu azami meblağ içinde kalıyorsa, bu meblağ kefiliden talep edilebilir. Ancak asıl borç ve BK md. 490’da belirtilen kalemlerin toplamı kefilin sorumlu olduğu azami meblağı aşıyorsa, kefil, bu toplamdan sadece kefalet senedinde gösterdiği azami meblağ kadar sorumludur⁵⁸.

‘Taahhütnamedeki (müşterek borçlu ve müteselsil kefil) sözcüklerine rağmen krediyi alan başkası olduğundan ötürü, davalıların sadece (müteselsil kefil)

⁵⁶ 11. HD. 8.5.1986 T. 2111 E. 2772 K. (DALAMANLI/KAZANCI, Borçlar Kanunu, s. 387) (Konuyla ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. GÖKTÜRK, Kefalet Hukuku, s. 338)

⁵⁷ ÖZEN, Kefalet Sözleşmesi, s. 108.

⁵⁸ BİLGE, Münasebet, s. 214 ; BİLGE, Şumulü, s. 168 ; ÖZEN, Kefalet Sözleşmesi, s. 109.

olduklarını kabul etmek gerekir. BK.nun 484 ve 490. maddeleri hükümlerine göre kefil, borcun aslı ile borçlunun kusur veya temerrüdünün yasal sonuçlarından ancak kefalet limiti dahilinde sorumludur. Kefilin kefalet limitini aşan meblağla sorumlu tutulabilmesi ancak kendi temerrüdünden kaynaklanan borçlar için olanaklıdır. Davalıların kefil olduğu kredi açma sözleşmesinin limiti 30.000.000 lira olduğundan dolayı asıl borçtan her biri 30.000.000 lirayı aşan kısımdan sorumlu tutulamazlar.⁵⁹

“Davalılar, davacı bankanın dava dışı Sa-Sa’ya açtığı krediye 1.500.000 TL limitle kefil olmuşlardır. Krediden yararlanan başkası olduğuna göre, davalıların dava dışı Sa-Sa’ya sağlanan kredinin asıl borç ve fer’ilerinden limit dışında müşterek borçlu sayılmalarına olanak yoktur. Gerek TTK 7. ve gerekse BK 484, 490. maddelerine göre davalıların müteselsil kefil olarak sorumluluğu ancak sağlanmış kredinin anapara ve fer’ilerinin ve işleyen faizi ile işlemiş faizin bir yıllığının toplamından, kefalet limiti 1,5 milyon lirayı geçmemek üzere, sorumludur. Bunun dışında kefil ayrıca kendi kusuru ve temerrüdü varsa ondan da limitle bağlı olmaksızın sorumlu olur (BK 490/1). Dairemizin en son içtihadı emsal niteliğindedir (Y. 11. HD., 8.5.1986 T., 2111-2772). Buna göre, taahhütnamede (müşterek borçlu ve müteselsil kefil) sözcüklerini, sözleşmede krediyi alan başkası olduğuna göre, davalılar yönünden sadece (müteselsil kefil) olarak kabul zorunluluğu vardır; taahhütnamenin 26. maddesini de bu ölçüler içinde yorumlamak gerekir.⁶⁰”

⁵⁹ 3. HD. 18.12.2000 T. 10864 E. 11738 K.

⁶⁰ 11. HD. 10.6.1986 T. 3562 E. 3776 K. (UYGUR, Tazminat Hukuku, s. 8394 vd)

Kefil, kendi temerrüdünün kanuni sonuçlarından ise kuşkusuz sınırsız olarak sorumlu olur. Yani kefil, kendi temerrüdünden dolayı işleyen temerrüt faizinin ve hakkında açılan dava veya icra takibi masraflarının tamamından - kefalet senedinde gösterdiği azami meblağla sınırlı olmaksızın- sorumludur⁶¹.

‘‘Davalı kredi sözleşmesinde kefiledir. Dairemizin yerleşmiş içtihatlarına göre kefil kredi sözleşmesindeki limitle ve kendi temerrüdünün sonuçlarından sorumludur. BK.nun 491. maddesi uyarınca kefile de ayrıca ihbar yazılarak temerrüde düşürülmesi gerekmektedir⁶².’’

Birlikte kefalette de birlikte kefillerin tamamı kefalet senedinde gösterilen azami meblağ kadar sorumludur. Yani birlikte kefillerin hepsinden alınabilecek toplam ödeme kefalet senedinde gösterilen azami meblağı aşamaz. Adı birlikte kefalette, birlikte kefillerden her biri, kefalet senedinde gösterilen azami meblağın, kendi payına düşen kısmıyla sınırlı olarak sorumlu tutulabileceğini ileri sürebilir⁶³.

⁶¹ AKSOY, İlişki, s. 26 ; ÖZEN, Kefalet Sözleşmesi, s. 110 ; REİSOĞLU, Kefalet, s. 155.

⁶² 11. HD. 5.12.1988 T. 2597 E. 7405 K.

⁶³ ÖZEN, Kefalet Sözleşmesi, s. 110.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

3. KEFALET SÖZLEŞMESİNİN BENZER HUKUKİ İLİŞKİLERDEN FARKLARI

Kefalet sözleşmesi her ne kadar kefil ile alacaklı arasında yapılsa da kefil, üçüncü kişi durumundaki borçlunun borcunu ödememesi halinde kendisinin sorumlu olacağını taahhüt ettiği için kefalet sözleşmesinde daima üçlü bir ilişki mevcuttur. Kefalet sözleşmesi yine kendisi gibi üçlü ilişkilerin söz konusu olduğu garanti sözleşmesi, birlikte borç üstlenme, müteselsil borçluluk, aval ve itibar emri gibi diğer hukuki ilişkilere benzemekte ancak hüküm ve sonuçları açısından birçok farklılık göstermektedir. Bu nedenle somut olayda taraflar arasındaki hukuki ilişkinin ne olduğunun saptanarak doğru hükümlerin uygulanması ve doğru sonuçlara ulaşılabilmesi için kefalet sözleşmesinin benzer hukuki ilişkilerden farklarının tam olarak kavranması büyük önem arz etmektedir.

3.1. Garanti Sözleşmesinden Farkları

Garanti sözleşmesi ile garanti veren garanti alana, üçüncü bir kişinin belli bir eylemi yapmasını veya bir teşebbüsün sonucunu temin etmekte ve üçüncü kişinin temin

edilen eylemi yapmaması veya sonucun meydana gelmemesi halinde ise tazminat ödemeyi taahhüt etmektedir¹.

Garanti sözleşmesi de kefalet sözleşmesi gibi kişisel teminat sözleşmelerindedir. Ancak hiçbir ülkede garanti sözleşmesine ilişkin yasal düzenleme bulunmamaktadır. Bu nedenle Türk hukukunda garanti sözleşmesinin niteliği ve hükümleri gerek doktrin gerekse yerleşik Yargıtay içtihatlarıyla belirlenmiştir².

Yargıtay konuyla ilgili bir kararında³, ‘‘Tanım vermek gerekirse garanti sözleşmesi, fer’i nitelikte olmayan öyle bir sözleşmedir ki garanti veren, garanti alandan bir ivaz elde etmek için değil, fakat onu bir teşebbüs veya iş yapmaya yöneltmek amacıyla bağımsız olarak söz konusu teşebbüs veya işin tehlikelerini kısmen veya tamamen üzerine almaktadır.’’ diyerek garanti sözleşmesini tanımlamıştır.

Günümüzde garanti sözleşmeleri belli bir işe yöneltmeyi amaçlayan saf garanti sözleşmesi ve teminatı amaçlayan garanti sözleşmesi (kefalet benzeri garanti sözleşmesi) olarak ikiye ayrılmaktadır⁴. Yöneltmeyi amaçlayan saf garanti sözleşmelerinde, garanti veren, garanti alanı bir teşebbüse yöneltmekte ve bunun için de ortaya çıkabilecek riskleri üstüne almaktayken, teminatı amaçlayan (kefalet benzeri) garanti sözleşmelerinde, garanti alanı, bir teşebbüse sevk etmek yerine, bir

¹ TANDOĞAN, H., Garanti Mukavelesi, Mahiyeti ve Benzeri Hukukî Münasebetlerden Tefriki, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara 1959, s. 19.

² REİSOĞLU, S., Banka Teminat Mektupları ve Kontrgarantiler, 4. bası, Ankara 2003, s. 34.

³ 11. HD. 15.10.1985 T. 4169 E. 5613 K. (REİSOĞLU, Teminat Mektupları, s. 37)

⁴ ARAL, Borçlar Hukuku, s. 425 ; REİSOĞLU, Teminat Mektupları, s. 34 ; YAVUZ, Özel Hükümler, s. 508.

riske yani mameleki zarara karşı koruma amacı güdülmektedir⁵. Bu garanti sözleşmesine kefalet benzeri denilmesinin nedeni, garanti verenin tazmin borcunun, temel ilişkide garanti alanın borçlusunu olan üçüncü kişinin davranışına bağlı olmasıdır. Yani burada da kefalette olduğu gibi üçlü bir ilişki bulunmakta ve garanti alanla üçüncü kişi arasındaki temel ilişkiyi garanti altına almak için garanti sözleşmesi yapılmaktadır⁶.

Borçlar Kanunu'nda sadece belli bir garanti sözleşmesi türü olan "başkasının fiilini taahhüt" 110. maddede⁷ düzenlenmiş olup garanti sözleşmesinin unsurları da bu hükme istinaden Yargıtay içtihatlarıyla oluşturulmuştur⁸. Zira kefalet sözleşmesine en çok benzeyen garanti sözleşmesi türü de başkasının fiilini taahhüt şeklindeki garanti sözleşmeleridir⁹.

"Kanunda özel bir akit türü olarak düzenlenmemiş olan garanti sözleşmesi, BK. nun 110. maddesinde hükme bağlanan üçüncü kişinin fiilini (edimini) taahhüt niteliğinde kabul edilmektedir. Fiil tabirinin her türlü edimi karşılayacak şekilde çok geniş bir anlama geldiğinin ve bir para borcunun ifasının da fiil kapsamına girdiğinin kabulü sonucu para borçları yönünden de garanti sözleşmesi yapılabileceği, gerek öğretide gerekse uygulamada çoğunlukla benimsenmiştir.

⁵ REİSOĞLU, Teminat Mektupları, s. 35 ; REİSOĞLU, S., Garanti Mukavelesi, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, No:178, Ankara 1963, s. 62.

⁶ ARAL, Borçlar Hukuku, s. 426.

⁷ Maddenin yeni düzenlemesi için bkz. 6098 sayılı TBK md. 128.

⁸ Nitekim 6098 sayılı yeni TBK'nda da garanti sözleşmesi düzenlenmemiştir.

⁹ REİSOĞLU, Kefalet, s. 78-79.

Kefaletten farklı olarak asıl borç ilişkisinden tamamen bağımsız nitelikteki garanti sözleşmesinde şekil serbestisi hakim olup garantinin sınırının önceden belirlenmesi zorunluluğu bulunmamaktadır.

Ancak, sözleşme serbestisi sınırsız değildir. BK.nun 19. ve 20. maddelerinde sözleşme serbestisine bir takım sınırlamalar getirilmiştir. Gerçekten bir sözleşmenin geçerli olması için, onun taraflara yüklediği hak ve borçların tereddüde yer vermeyecek şekilde açık, başka bir deyimle konusunun gereği ve yeteri kadar belli ve sınırlı olması gerekir. Belirsizliğin garantisi olmaz.

Bu itibarla, limit gösterme şartı bulunmamakla birlikte, garanti sözleşmesinde hangi riskin garanti edildiğinin belli olması ya da garanti edilen riskin boyutlarının tereddüt yaratmayacak biçimde belirlenebilir nitelikte bulunması gerekir.

Hangi riskin garanti edildiği belirlenmeden "doğmuş ve doğacak her türlü borcun" garanti edildiğinden söz etmek, boyutları belli olmayan (belirsiz) bir edimin garantisi anlamına gelir ki, bu da garanti sözleşmesiyle bağdaşmaz.

Hal böyle olunca, garanti sözleşmesi düzenlendiği anda garanti edilen edimin sınırlarının açıkça belirlenmemiş olması ya da belirlenmeye yarayan koşul ve açıklamaların sözleşmede yer almamış bulunması halinde garanti edenin sorumluluğundan söz edilemez.

Sözleşmenin düzenlendiği tarihte asıl borçluya açılan kredi miktarının belli olduğu ya da asıl borçlu yönünden kredi limitinin belirlenmiş bulunduğu kredi sözleşmelerinde garanti eden, garanti ettiği edimin boyutlarını görmekte ve risk

gerçekleştğinde sorumlu olacağı tahmin edebilmektedir. Böyle bir durumda asıl borçluya verilen kredi borcu miktarının ve fer' ilerinin garanti kapsamında kaldığı açıktır. Ancak, özellikle süresiz garanti sözleşmelerinde asıl borçlunun kredi limitinin sonradan yükseltilmesi halinde garanti verenin başlangıçtaki iradesinin yükseltile limit de kayıtsız şartsız kapsamına aldığı söylenemez.

Garanti edenin, limit artışlarından sorumlu tutulabilmesi için sözleşme koşullarındaki değişikliklerin garanti verene bildirilmesi, onun da bu değişikliklere karşı çıkmamak suretiyle muvafakat etmesi gerekir. Garanti edenin muvafakati olmadan akdi ilişkideki koşulların borçlu aleyhine ağırlaştırılması veya borçlunun yeni bir takım yükümlülükler üstlenmesi garanti kapsamı dışında kalır. Zira BK.nun 98. maddesi yollamasıyla akde muhalefet hallerinde de uygulanması gereken aynı yasanın 44/1. maddesi hükmü ve iyiniyet kuralları karşısında garanti alan (banka) kendi kusurlu davranışıyla borcun artmasına sebebiyet vermiş olduğundan böyle bir durumda garanti edenin artan borçtan sorumlu tutulması düşünülemez.

Öte yandan, sözleşmede limit aşımının da garanti edildiği durumlarda limit ne miktara kadar aşıldığı takdirde garanti edenin sorumlu tutulacağı hususu da tartışılması gereken bir konudur. Önceden sınırı belirlenmemiş ise, asıl borçlu yönünden saptanan kredi limitinin makul (kabul edilebilir) ölçülerde aşılması durumunda garanti verenin aşılardan limitten de sorumlu tutulabileceği ancak, makul

ölçüler dışındaki aşırı limit aşımının (garanti verenin açık ya da zımni muvafakati olmadıkça) garanti kapsamı dışında kaldığının kabulü gerekir.¹⁰,

Garanti sözleşmesi ile kefalet sözleşmesi arasındaki benzerlikler, her iki sözleşmede de ‘kefil olmak, tekeffül etmek, doğacak zararı karşılamak’ gibi ibarelerin kullanılabilmesi, tekeffül edilen (kefil olunan/sorumlu olunan) olayın gerçekleşmemesi ihtimali nedeniyle bir riskin söz konusu olması ve sözleşme ile bir para borcunun veya bir fiilin tekeffül edilmesi şeklinde sıralanabilir¹¹. Ancak her ne kadar benzer özelliklere sahip olsalar da iki sözleşmeyi birbirinden ayıran büyük farklar mevcuttur.

‘Dava konusu uyuşmazlığın çözümü, taraflar arasındaki sözleşme ilişkisinin kefalet sözleşmesi mi, yoksa garanti sözleşmesi mi olduğu noktasında toplanmaktadır. Yerel mahkeme bu ilişkiyi kefalet sözleşmesi olarak nitelendirilmiş bulunmaktadır.

Somut olaya girilmeden önce, her iki sözleşmenin nitelikleri ve farkları üzerinde durulmalıdır. Kişisel (şahsi) teminat sözleşmelerinin alt kavramlarını oluşturan kefalet ve garanti sözleşmelerinin temel amaçları, esas itibariyle asıl borç ilişkisinin tarafı olmayan üçüncü kişilerce, alacaklıya şahsi teminat (güvence) verilmesidir. Her iki sözleşme de temel amaçları itibariyle aynı hedefe yönelmekle birlikte gerek doktrin de, gerekse bu konudaki uygulamanın öncüsü niteliğindeki 11.6.1969 gün 1969/4-6 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararındaki belirlemelere göre,

¹⁰ YHGK. 10.4.2002 T. 19-182 E. 217 K.

¹¹ REİSOĞLU, Kefalet, s. 82 vd..

şu ana farkları bulunmaktadır. Öncelikle kefalet sözleşmesi BK.'nun 484. maddesi hükmünden önce geçerliliği yazılı şekle tabi olması ve ayrıca bu sözleşmede kefilin sorumlu olacağı belirli bir miktar gösterilmesi gerektiği halde, BK.'nun 110. maddesindeki "Başkasının fiilini taahhüt" başlığı altında düzenlenmiş olan garanti sözleşmesi herhangi bir şekle tabi tutulmadığı gibi, verilen garantinin belli bir limite bağlı olması da öngörülmemiştir. Öte yandan kefalette BK'nun 497. maddesi hükmü uyarınca kefil borçluya ait def'ileri alacaklıya karşı ileri sürebilme hakkına sahipken, garanti akdinde teminat veren kişiye bu hak tanınmamıştır.

Bunların dışında, kefilin kefaletten doğan borcunu ödedikten sonra BK.'nun 496. maddesi hükmü uyarınca asıl borçluya yasadan ötürü dönme (rücu) hakkı bulunduğu halde, garanti sözleşmesinde teminat verene bu hak tanınmamıştır. Nihayet, BK.'nun 492. maddesi gereğince kefalette kefilin sorumluluğu asıl borcun geçerli oluşuna da devamına bağlı iken, bir tür üçüncü kişinin fiilini taahhüt niteliğini taşıyan garanti sözleşmesindeki bağımsızlık ilkesi gereğince bu koşullara tabi tutulmamıştır.

Bu farklı hüküm ve sonuçlardan anlaşılacağı üzere, garanti veren kişinin sorumluluğu, kefalet veren kimsenin sorumluluğundan çok daha ağır koşullara tabi tutulmuştur. Bu nedenle sözleşmenin niteliğinin tespit ve yorumunda teminat veren kimsenin iradesi de bu yönden titizlikle değerlendirilmelidir. İşte bu nedenlerledir ki, doktrinde uygulamada (11.6.1969 gün ve 1969/4-6 sayılı YİBK.) her iki sözleşmenin birbirinden ayırt edilebilmesi için çeşitli kıstaslar belirlenmiştir.

Bu kıstaslardan ilk grubu yardımcı olarak belirlenen kıstaslardır ki, bunlar ana hatları itibariyle sözleşmede kullanılan deyimler, üstlenilen rizikonun niteliği, borçlu yerine ifa veya tazminat ödeme yükümlülüğü, para borcunun tekeffülü veya bir fiilin tekeffülü gibi kriterlerdir. Bunlar aşağıda belirtilecek ana kıstaslar yanında kullanılan fer'i nitelikteki kriterlerdir.

Yine doktrin ve anılan YİBK.'da belirlenmiş olan ana kıstaslara gelince; bunlardan ilki asli fer'i yükümlülük kriteridir. Buna göre, garanti veren bağımsız bir borç altına girmekte olup, bu yükümlüğün bir başka borç ile ilgisi yoktur. Kefalette ise asıl olan bir başka borcun (temel ilişki) olması ve verilen teminat ile o borcunun ödenmesinin sağlanmasıdır. Doktrine göre de, bir başka borç ilişkisine yollamada bulunulması fer'ilik karinesini teşkil eder. Ana kıstaslardan ikincisi yükümlülüğün kapsam ve niteliğini teşkil eder. Buna göre, asıl borçlu gibi yükümlülük altına girme amacını taşıyan sözleşme kefalet, asıl borçlunun borcunu aşabilecek, bir başka deyimle lehine taahhüt altına girilen alacaklının hiçbir şekilde zarara uğramayacağını sağlamaya yönelik sözleşmede ise garanti sözleşmesi olarak nitelendirilmesi gerekmektedir. Ana kıstaslardan bir diğeri ise menfaat kıstası olup, buna göre kefalet ilişkisinde kefalet verenin bu ilişkide bir yararlanma amacı olmadığı halde, garanti sözleşmesinde ilke olarak böyle bir teminat verenin yararı yoktur.

Nihayet ana kıstaslardan bir diğeri ise kişiye yönelik teminat verme kıstası olup, buna göre teminatın bir kişi göz önünde tutularak verilmesi kefalete işaret olacak böyle değilde objektif olarak belli bir sonucun gerçekleşmesi amacına yönelik

olarak verilmesi halinde garanti sözleşmesinin amaçlandığı kabul edilecektir. (Bütün bu açıklamalar için Bkz. Prof. Dr. S. Reisoğlu, *Türk Hukukunda ve Bankacılık Uygulamasında Kefalet*, Ankara 1992 s. 78 vd., Prof. Dr. H. Tandoğan, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, C.2 3. Bası, Ankara, 1987*, Prof. Dr. K. Tunçomağ, *Türk Borçlar Hukuku, İstanbul, 1997 Cilt 1 s. 980 vd.*, Dr. H. Becker, *İsviçre Medeni Kanunu Şerhi, Borçlar Kanunu Genel Hükümler Md. 11*).¹²,

Yargıtay'ın bu içtihatından da yola çıkarak, kefalet sözleşmesi ile garanti sözleşmesi arasındaki farkları, hüküm ve sonuçlarıyla birlikte şu şekilde sıralamak mümkündür:

- Kefaleti, garanti sözleşmesinden ayıran en önemli fark, kefilin borcunun fer'i, garanti verenin borcunun ise bağımsız olmasıdır¹³.

- Kefil asıl borçluya ait bütün def'ileri alacaklıya karşı ileri sürebilir. Garanti sözleşmesinde ise garanti verenin üçüncü kişiye ait def'ileri ileri sürme hakkı yoktur¹⁴. Garanti veren sadece garanti alanla arasındaki kişisel ilişkiden ve garanti sözleşmesinden kaynaklanan def'ileri ileri sürebilir¹⁵.

- Kefalet sözleşmesinin geçerliliği yazılı şekilde yapılmasına ve kefilin sorumlu olacağı azami meblağın sözleşmede belirtilmesine bağlı iken, garanti

¹² 11. HD. 28.1.2002 T. 2001/10654E. 2002/506 K.

¹³ ARAL, *Borçlar Hukuku*, s. 426 ; AYRANCI, *Cari Hesaba Kefalet*, s. 111 ; BİLGE, *Özel Borç Münasebetleri*, s. 366 ; GÖKTÜRK, *Muhtelif Nevileri*, Ankara 1951, s. 610 ; OLGAÇ, *Kefalet*, s. 14 ; YAVUZ, F, *Günümüze Yansıması*, s. 109.

¹⁴ ARAL, *Borçlar Hukuku*, s. 426 ; REİSOĞLU, *Def'i Hakları*, s. 177 vd ; REİSOĞLU, *Kefalet*, s. 79 ; SÜCÜLLÜ, *Geçerlilik Şartları*, s. 42 ; YAVUZ, F, *Günümüze Yansıması*, s. 109.

¹⁵ ÖZEN, *Kefalet Sözleşmesi*, s. 26.

sözleşmesinde şekil serbestisi hakim olup, garanti verenin borcunun sınırının sözleşmede belirtilmesine gerek yoktur, belirlenebilir olması yeterlidir¹⁶.

- Adi kefalette kefilin sorumlu tutulabilmesi için, asıl borçlu hakkında takip yapılıp, takibin sonuçsuz kalması gerekir. Garanti sözleşmesinde ise üçüncü şahıs muaccel olan borcu yerine getirmediği zaman garanti alan derhal garanti verene başvurabilir¹⁷.

- Kefalet sözleşmesinde asıl borç herhangi bir şekilde sona erdiği zaman, kefil borcundan kurtulur. Garanti sözleşmesinde ise yükümlülük asıl borçtan bağımsız olup, üçüncü kişinin borcunun herhangi bir nedenle geçersiz olması garanti yükümlülüğünü etkilemez¹⁸.

- BK md. 496 uyarınca, kefil ödeme yaptığı oranda alacaklının haklarına halef olur ve borçluya rücu edebilir. Garanti verenin ise kanuni bir halefiyet hakkı yoktur¹⁹.

Doktrinde bu iki sözleşmeyi birbirinden ayırt edebilmek için bir takım kıstaslardan yararlanılmaktadır. Bunlardan en önemlisi ***fer'i yükümlülük - asli yükümlülük kıstasıdır***. Daha önce de belirtildiği üzere kefalet sözleşmesini garanti sözleşmesinden ayıran en önemli fark, kefilin yükümlülüğünün fer'i, garanti verenin yükümlülüğünün ise bağımsız olmasıdır. Kefalet sözleşmesinin geçerliliği alacaklı ile asıl borçlu arasındaki temel borç ilişkisinin geçerliliğine bağlıdır. Yani temel borç

¹⁶ ARAL, Borçlar Hukuku, s. 427 ; SÜCÜLLÜ, Geçerlilik Şartları, s. 41-42.

¹⁷ REİSOĞLU, Kefalet, s. 80.

¹⁸ REİSOĞLU, Kefalet, s. 80.

¹⁹ ARAL, Borçlar Hukuku, s. 427 ; ÖZEN, Kefalet Sözleşmesi, s. 26 ; REİSOĞLU, Kefalet, s. 80 ; SÜCÜLLÜ, Geçerlilik Şartları, s. 42 ; YAVUZ, F, Günümüze Yansıması, s. 109.

ilişkisi geçersizse kefalet de geçersiz sayılır. Ancak garanti sözleşmesi temel borç ilişkisinden bağımsız olduğu için asıl borç ilişkisi geçersiz olsa bile, garanti verenin sorumluluğu devam eder²⁰.

Ayrım için yararlanılan diğer bir kıstas ise *menfaat kıstasıdır*. Bu kıstasa göre garanti sözleşmesinde garanti verenin özel bir menfaati varken, kefalet sözleşmesinde kefilin özel bir menfaati söz konusu değildir. Dolayısıyla teminat verenin işlemin genelinde özel bir menfaati söz konusu ise garanti sözleşmesinin, özel bir menfaat söz konusu değilse kefalet sözleşmesinin varlığı kabul edilmelidir²¹.

Kefalet sözleşmesinde her zaman ön planda bir şahıs vardır. Bu şahıs borçludur. Kefil borç altına girerken alacağın borçlu tarafından ödeneceğini temin eder, yani kefilin ilgisi borçlunun şahsına yöneliktir. Garanti sözleşmesinde ise garanti veren doğrudan belli bir sonuç için riski yüklenmektedir. Yani burada garanti verenin ilgisi sonuca yöneliktir. Doktrinde bu kıstasa *şahsa yönelik ilgi – sonuca yönelik ilgi kıstası* adı verilmektedir. Yani bu kıstasa göre garantinin bir şahıs göz önünde tutularak verilmesi halinde kefaletten, bir sonucun gerçekleşmesi için verilmesi halinde ise garanti sözleşmesinden söz edilecektir²².

²⁰ REİSOĞLU, Kefalet, s. 85 ; REİSOĞLU, Garanti Mukavelesi, s. 76-77 ; SÜCÜLLÜ, Geçerlilik Şartları, s. 43 ; TANDOĞAN, Garanti Mukavelesi, s. 19.

²¹ REİSOĞLU, Kefalet, s. 86 ; REİSOĞLU, Garanti Mukavelesi, s. 82 ; TANDOĞAN, Garanti Mukavelesi, s. 26 ; SÜCÜLLÜ, Geçerlilik Şartları, s. 44.

²² REİSOĞLU, Kefalet, s. 87 ; REİSOĞLU, Garanti Mukavelesi, s. 82-86 ; SÜCÜLLÜ, Geçerlilik Şartları, s. 46.

Son olarak *aynen ifa yükümlülüğü – tazminat ödeme yükümlülüğü* *kıstasına* göre ise, eğer teminat veren borcun ifasını üstlenmişse kefalet sözleşmesi, tazminat ödemeyi yüklenmişse garanti sözleşmesinin varlığı kabul edilecektir²³.

Yukarıda adı geçen kıstaslar kefalet sözleşmesi ile garanti sözleşmesi arasında ayırım yapmak için her zaman yeterli olmayabilir. Bu yüzden somut olayda hakim hukuki ilişkinin niteliği hakkında yeterli bir kanaate varmazsa, kefaletin varlığını kabul etmelidir²⁴.

3.2. Birlikte Borç Üstlenmeden Farkları

Birlikte borç üstlenme bir kişinin daha önceden mevcut bir yabancı borcun edimini kendi borcu olarak yüklenmesidir. Birlikte borç üstlenme, *borca katılma* olarak da tanımlanabilir. Birlikte borç üstlenilmesi ile ilk borç sona ermez, borca katılan kişi de aynı nedenden ötürü alacaklıya karşı ilk borçlu ile birlikte sorumlu olur²⁵.

Birlikte borç üstlenme başlangıçta geçerli bir asıl borca bağlıyken, sonradan ilk borcun sona ermesi borç yüklenenin sorumluluğunu etkilememektedir. Böylece

²³ SÜCÜLLÜ, Geçerlilik Şartları, s. 47. TANDOĞAN, Garanti Mukavelesi, s. 27-28. REİSOĞLU'na (Kefalet, s. 83) göre ise, garanti yükümlülüğünün her zaman tazminat borcu şeklinde ortaya çıkması zorunlu olmadığından bu kıstas ayırım yapmak için yeterli değildir.

²⁴ REİSOĞLU, Kefalet, s. 88.

²⁵ REİSOĞLU, Kefalet, s. 67 ; TANDOĞAN, Özel Borç İlişkileri, s. 702.

doğuş bakımından fer'i olan borç üstlenme, devam bakımından tamamen bağımsız bir niteliğe sahiptir²⁶.

Birlikte borç üstlenme ile kefalet sözleşmesi arasındaki farklar şu şekilde sıralanabilir:

- Kefalet sözleşmesi yazılı şekilde yapılırken, birlikte borç üstlenmede şekil şartı yoktur²⁷.

- Kefil asıl borçlunun yanında bir borç yüklenirken, borç üstlenen, birlikte borçlu konumundadır²⁸.

- Kefil asıl borçtan farklı olarak kendi borç sebebinden ötürü sorumluyken, birlikte borç üstlenen her zaman ve zorunlu olarak ilk borç sebebine istinaden sorumludur²⁹.

- Kefilin borcu fer'iyken, birlikte borç üstlenenin borcu bağımsızdır³⁰.

- Birlikte borç üstlenen ilk borçlunun sonradan ortaya çıkan def'ilerini ileri süremezken, kefaletin fer'iliği kefile bu imkanı verir³¹. Birlikte borç üstlenen sadece alacaklıyla arasındaki kişisel ilişkiden veya katıldığı borç ilişkisinden kaynaklanan def'ileri ileri sürebilir³².

²⁶ ARAL, Borçlar Hukuku, s. 428 ; ÖZEN, Kefalet Sözleşmesi, s. 11 ; REİSOĞLU, Kefalet, s. 67 ; TANDOĞAN, Özel Borç İlişkileri, s. 702.

²⁷ REİSOĞLU, Kefalet, s. 68.

²⁸ REİSOĞLU, Kefalet, s. 68.

²⁹ REİSOĞLU, Kefalet, s. 68.

³⁰ ARAL, Borçlar Hukuku, s. 426 ; ÖZEN, Kefalet Sözleşmesi, s. 10.

³¹ ÖZEN, Kefalet Sözleşmesi, s. 9 ; REİSOĞLU, Kefalet, s. 68 ; TANDOĞAN, Özel Borç İlişkileri, s. 702.

³² ÖZEN, Kefalet Sözleşmesi, s. 12.

- Kefil alacaklıya ödeme yaptığı zaman, ödemenin tamamı için asıl borçluya rücu etme hakkını kazanır. Ödeme yapan borç üstlenen ise, diğer borçluya hissesinden fazlası için rücu edebilir³³.

- Kefil, asıl borçludan kendisini borçtan kurtarmasını talep etme hakkına sahipken, borç üstlenenin böyle bir hakkı yoktur³⁴.

Garanti sözleşmesinde olduğu gibi, birlikte borç üstlenme ile kefaleti birbirinden ayırt edebilmek için de yine *fer'i yükümlülük - asli yükümlülük kıstasından* ve *menfaat kıstasından* yararlanılmaktadır. Ancak burada da bu kıstaslar ayırım için her zaman yeterli olmayıp, somut olayda sözleşmenin doğmasına neden olan her tür olay, ekonomik ve hukuki amaçlar göz önünde bulundurulmalı, şayet ne sözleşme metninden ne de mevcut olaylar ve güdülen amaçlardan bir sonuca varmak mümkün olmazsa, o takdirde kefile tanınan korumayı gerçekleştirebilmek için, kefaletin varlığı kabul edilmelidir³⁵.

3.3. Müteselsil Borçluluktan Farkları

Müteselsil borçlulukta alacaklı, birden çok borçlunun her birinden borcun tamamının ifasını talep edebilir. Borçluların sorumluluğu tek ve aynı hukuki sebebe

³³ REİSOĞLU, Kefalet, s. 68.

³⁴ ÖZEN, Kefalet Sözleşmesi, s. 12 ; REİSOĞLU, Kefalet, s. 68.

³⁵ ÖZEN, Kefalet Sözleşmesi, s. 17 vd ; REİSOĞLU, Kefalet, s. 70.

dayanır. Müteselsil borçlu taahhüt altına girdiği anda, diğer borçtan tamamen bağımsız bir yükümlülük altına girer³⁶.

Müteselsil borçluluk en çok müteselsil kefaletle karıştırılmaktadır. Ancak müteselsil kefalet ile müteselsil borçluluğun tek ortak yönü, alacaklının dilediği borçluya başvurabilmesidir³⁷. Bunun dışında müteselsil borçluluk ile müteselsil kefalet tamamen birbirinden ayrı kurumlar olup, özellikle hüküm ve sonuçları açısından aradaki farklar şu şekilde sıralanabilir:

- Kefalet sözleşmesinin yazılı şekilde yapılması ve kefilin sorumlu olacağı azami meblağın gösterilmesi zorunluysen, müteselsil borçlulukta şekil şartı yoktur³⁸.

- Müteselsil borçlulukta her borçlunun borcu asli ve bağımsız bir nitelik taşıırken, kefalet borcu fer'i ve tali niteliktedir³⁹.

- Müteselsil borçlulukta borçluların sorumluluğu tek ve aynı hukuki sebebe dayanmaktaysen, kefilin borcunun hukuki sebebi teminat vermektir⁴⁰.

- Kefalet sözleşmesinde asıl borç herhangi bir nedenle sona ererse, kefil borcundan kurtulur. Ancak müteselsil borçlulukta böyle bir durum söz konusu

³⁶ **ARAL**, Borçlar Hukuku, s. 427 ; **REİSOĞLU**, Kefalet, s. 70 ; **REİSOĞLU, Safa** : Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Beta Yayınları, 16. bası, İstanbul 2004, s. 376-379.

³⁷ **TANDOĞAN**, Özel Borç İlişkileri, s. 703.

³⁸ **AKINTÜRK, T.**, Müteselsil Borçluluk, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayını, Ankara 1971, s. 86 ; **EKİNCİ**, Müteselsil Kefalet, s. 71 ; **REİSOĞLU**, Kefalet, s. 71 ; **TANDOĞAN**, Özel Borç İlişkileri, s. 705 ; **TEKİNAY, S. S.**, Müteselsil Borç ile Kefalet Arasında Bir Mukayese, AD, Y: 1956, C: 47, S: 7, s. 749.

³⁹ **AKINTÜRK**, Müteselsil Borçluluk, s. 88 ; **ARAL**, Borçlar Hukuku, s. 427.

⁴⁰ **ARAL**, Borçlar Hukuku, s. 427.

değildir. Diğer bir deyişle, müteselsil borçlulukta borcun borçlulardan biri için sona ermesi halinde, diğer borçlular borçtan kurtulmaz⁴¹.

- Kefalet sözleşmesinde asıl borç geçersiz olduğu zaman kural olarak kefalet borcu da geçersiz sayılırken, müteselsil borçlulukta borçlulardan birinin borcunun geçersizliği diğerlerinin borçlarını etkilemeyebilir⁴².

- Müteselsil kefil asıl borçluya ait tüm def'ileri alacaklıya karşı ileri sürme hakkına sahipken, müteselsil borçlu alacaklıya karşı ancak kendi aralarındaki kişisel ilişkiden veya müteselsil borcun sebep ve konusundan doğmuş olan def'ileri ileri sürebilir. Diğer bir deyişle müteselsil borçlu diğer borçlulara ait kişisel def'ileri alacaklıya karşı ileri süremez⁴³.

- BK md. 119 uyarınca⁴⁴ asıl borçlunun takas ileri sürme hakkı oldukça, kefil alacaklıya ödeme yapmaktan kaçınabilir. Müteselsil borçlulukta ise, müteselsil borçlu, diğer müteselsil borçlunun alacaklıda takas edilebilir bir alacağı bulunması nedenine dayanarak, alacaklıya ödeme yapmaktan kaçınamaz, ancak diğer müteselsil borçlu takas ileri sürdüğü takdirde, o da aynı oranda borcundan kurtulur⁴⁵.

⁴¹ **AKINTÜRK**, Müteselsil Borçluluk, s. 86 ; **CANYÜREK, M.**, Müteselsil Borç ve Kefalet Müesseselerinin Temel Farklılıkları Üzerine, Argumentum, 1993, Y: 3, S: 33, s. 593 ; **EKİNCİ**, Müteselsil Kefalet, s. 58 vd. ; **ERLÜLE, F.**, Müteselsil Kefalet ve Müteselsil Borçluluk Kavramlarının Karşılaştırılması, AÜEHFD, 2003, C: 7, S: 1- 2, s. 635 vd. ; **REİSOĞLU**, Kefalet, s. 71 ; **TANDOĞAN**, Özel Borç İlişkileri, s. 705 ; **TEKİNAY**, Mukayese, s. 746- 747.

⁴² **ÖZEN**, Kefalet Sözleşmesi, s. 9 ; **TANDOĞAN**, Özel Borç İlişkileri, s. 704.

⁴³ **AKINTÜRK**, Müteselsil Borçluluk, s. 85 ; **CANYÜREK**, Müteselsil Borç, s. 593 ; **ERLÜLE**, Müteselsil Kefalet, s. 639 ; **REİSOĞLU**, Kefalet, s. 71 ; **REİSOĞLU S.**, Borçlar Hukuku, s. 378 ; **TANDOĞAN**, Özel Borç İlişkileri, s. 704 ; **TEKİNAY**, Mukayese, s. 747 ; **YAVUZ, F.**, Günümüze Yansıması, s. 114.

⁴⁴ Maddenin yeni düzenlemesi için bkz. 6098 sayılı TBK md. 140.

⁴⁵ **REİSOĞLU**, Kefalet, s. 71 ; **REİSOĞLU, S.**, Borçlar Hukuku, s. 377 ; **TANDOĞAN**, Özel Borç İlişkileri, s. 704.

- BK md. 176 uyarınca⁴⁶, kefilin sorumluluğu ancak, borcun nakline razı olduğu takdirde devam eder. Müteselsil borçluluk hakkında ise benzer bir düzenleme olmadığı için, borçlulardan birinin borcunu nakli halinde, diğerleri buna rıza göstermemiş olsalar bile, borçtan kurtulamazlar⁴⁷.

- BK md. 490 uyarınca kefil, borcun aslı ile birlikte borçlunun kusurunun veya temerrüdünün yasal sonuçlarından sorumlu olur. BK. md. 144'e göre ise, müteselsil borçlu diğer bir müteselsil borçlunun temerrüdünden sorumlu tutulamaz⁴⁸.

- BK md. 496'ya göre, kefil ödeme yaptığı oranda alacaklının haklarına halef olurken, BK md. 147 f. 1'e göre⁴⁹ müteselsil borçlu sadece kendi payından fazla ödeme yaptığı miktar oranında alacaklının haklarına halef olur⁵⁰.

- BK md. 496 c. 2 uyarınca kefilin kanundan doğan halefiyetten önceden feragat etmesi mümkün değilken, müteselsil borçlunun feragat etmesine engel bir düzenleme yoktur⁵¹.

- Müteselsil kefalette kefilin borcu asıl borçtan önce muaccel olmaz. Buna karşılık müteselsil borçlulardan her birinin borcu için farklı muacceliyet tarihleri belirlenebilir⁵².

⁴⁶ TBK'nun 198. maddesi BK'nun 176. maddesine karşılık gelmekte ve yeni maddede rızanın yazılı olması şartı aranmaktadır.

⁴⁷ **REİSOĞLU**, Kefalet, s. 72 ; **TANDOĞAN**, Özel Borç İlişkileri, s. 705.

⁴⁸ **AKINTÜRK**, Müteselsil Borçluluk, s. 85 ; **CANYÜREK**, Müteselsil Borç, s. 593 ; **ERLÜLE**, Müteselsil Kefalet, s. 641 ; **REİSOĞLU**, Kefalet, s. 72 ; **TANDOĞAN**, Özel Borç İlişkileri, s. 704 ; **TEKİNAY**, Mukayese, s. 747.

⁴⁹ Maddenin yeni düzenlemesi için bkznz. 6098 sayılı TBK md. 168.

⁵⁰ **AKINTÜRK**, Müteselsil Borçluluk, s. 86 ; **ERLÜLE**, Müteselsil Kefalet, s. 643 ; **REİSOĞLU**, Kefalet, s. 72 ; **REİSOĞLU, S.**, Borçlar Hukuku, s. 379 ; **TANDOĞAN**, Özel Borç İlişkileri, s. 705 ; **TEKİNAY**, Mukayese, s. 750-751 ; **YAVUZ, F**, Günümüze Yansıması, s. 114.

⁵¹ **REİSOĞLU**, Kefalet, s. 72 ; **YAVUZ, F**, Günümüze Yansıması, s. 114.

- BK'nun 493 - 494. maddelerinde belli süreli ve süresiz kefaletlerde kefilin sorumluluğunun sona ermesini düzenleyen özel hükümler mevcutken, müteselsil borçluluk zaman bakımından genel hükümlere tabidir⁵³.

- BK md. 501'e göre⁵⁴, asıl borç muaccel olunca, kefil her zaman alacaklıyı borcun ifasını kabule veya kendisini kefaletten kurtarmaya zorlayabilir. Müteselsil borçlulukta ise alacaklı müteselsil borçlunun edimini kabul etmezse, borç sona ermez⁵⁵.

- BK md. 503'de belirtilen hallerde⁵⁶ kefil asıl borçludan teminat vermesini veya borç muaccel ise kendisini kefaletten kurtarmasını talep edebilir. Müteselsil borçlulukta ise müteselsil borçlunun diğerlerine karşı böyle bir talep hakkı yoktur⁵⁷.

- Kefalet sözleşmesinde zamanaşımı kefile karşı kesilince asıl borçluya karşı kesilmiş olmaz. Ancak müteselsil borçlulardan birine karşı zamanaşımı kesilince diğer borçlulara karşı da kesilmiş sayılır⁵⁸.

Uygulamada özellikle kredi sözleşmelerinde kullanılan 'müşterek borçlu ve müteselsil kefil' ibaresi bu iki farklı kurumun birbirine karıştırılmasına neden

⁵² AKINTÜRK, Müteselsil Borçluluk, s. 86 ; ERLÜLE, Müteselsil Kefalet, s. 641 ; REİSOĞLU, Kefalet, s. 72 ; TANDOĞAN, Özel Borç İlişkileri, s. 704 ; YAVUZ, F, Günümüze Yansıması, s. 114.

⁵³ REİSOĞLU, Kefalet, s. 72 ; TANDOĞAN, Özel Borç İlişkileri, s. 706.

⁵⁴ Maddenin yeni düzenlemesi için bkz. TBK md. 593.

⁵⁵ REİSOĞLU, Kefalet, s. 72 ; TANDOĞAN, Özel Borç İlişkileri, s. 706.

⁵⁶ BK md. 503 uyarınca, borçlunun kefile karşı üstlendiği yükümlülüklerle, özellikle belli bir süre içinde kendisini borçtan kurtarma vaadine aykırı davranması; temerrüde düşmesi veya borçlunun kusuru sonucunda kefil için mevcut tehlike, kefaletin yapıldığı tarihe göre önemli ölçüde artması durumlarında, kefil, asıl borçludan teminat vermesini veya borç muaccel olmuşsa kendisini borçtan kurtarmasını isteyebilir. (Maddenin yeni düzenlemesi için bkz. TBK md. 595)

⁵⁷ REİSOĞLU, Kefalet, s. 72 ; TANDOĞAN, Özel Borç İlişkileri, s. 706.

⁵⁸ AKINTÜRK, Müteselsil Borçluluk, s. 85 ; REİSOĞLU, Kefalet, s. 72 ; REİSOĞLU S., Borçlar Hukuku, s. 378 ; TANDOĞAN, Özel Borç İlişkileri, s. 705-706 ; TEKİNAY, Mukayese, s. 748 ; YAVUZ, F, Günümüze Yansıması, s. 114.

olmaktadır. Teorik olarak müteselsil kefaleti müteselsil borçluluktan ayıran en kesin kıstas *fer'i yükümlülük - asli yükümlülük kıstasıdır*. Zira borcun doğumu ve devamı asıl borca bağlı ise müteselsil kefaletten, bağımsızsa ve hatta asıl borcun sona ermesine rağmen devam ediyorsa müteselsil borçluluktan söz edilecektir. Somut olayda bu kıstası uygulamak her zaman mümkün olmadığından, müteselsil borçluluk - kefalet ayrımında yine *menfaat kıstasının* da rol aldığı görülmektedir. Ancak menfaat kıstası da ayırım yapmak için tek başına yeterli değildir⁵⁹.

Yargıtay ise *aynen ifa yükümlülüğü – tazminat ödeme yükümlülüğü kıstasını* kabul etmiştir. Zira Yargıtay'a göre, müteselsil borçlulukta borçlu bizzat edimi yerine getirmeyi taahhüt ederken, kefilin borcu bir tazminat borcudur. Ancak bu kıstas müteselsil borçluluğun niteliğine uymadığı için kabul edilemez⁶⁰.

Görüldüğü üzere müteselsil borçluluk – kefalet ayrımında adı geçen kıstasların tek başına uygulanması çoğu zaman yeterli olmamaktadır. Bu nedenle somut olayda hakim bütün olayları değerlendirmek suretiyle bir hüküm vermeli ve şüphe halinde, borç altına girenin lehine hükümleri içeren kefaleti kabul etmelidir⁶¹.

⁵⁹ EKİNCİ, Müteselsil Kefalet, s. 60-62 ; ERLÜLE, Müteselsil Kefalet, s. 632-633 ; REİSOĞLU, Kefalet, s. 73 vd.

⁶⁰ REİSOĞLU, Kefalet, s. 77.

⁶¹ REİSOĞLU, Kefalet, s. 73 vd.

3.4. Avalden Farkları

Aval, Türk Ticaret Kanunu'nun 612 - 614. maddeleri arasında düzenlenmiş olup, bir poliçe veya bonodan doğan bir borcun, kıymetli evrak hukukuna göre güvence altına alınmasıdır⁶². Avalin keşideci, muhatap, ciranta, araya giren veya başka bir avalist lehine verilmesi mümkündür, şayet kim için verildiği aval şerhinde açıkça belirtilmemişse keşideci lehine verildiği kabul edilir⁶³.

Aval, kişisel teminat sözleşmelerine benzemektedir. Hatta kefalet sözleşmesine benzemesi nedeniyle, avale "poliçe kefaleti" dendiği de görülmektedir. Ancak aval, kıymetli evrak hukukuna özgü bir teminat kurumu olup, kefalet sözleşmesi olarak nitelendirilemez. Dolayısıyla kefalete ilişkin Borçlar Kanunu hükümlerinin avale uygulanması mümkün değildir⁶⁴.

Avalle kefalet sözleşmesi arasındaki başlıca farklar şunlardır;

- Kefilin yükümlülüğü fer'i iken, aval verenin yükümlülüğü asli ve bağımsızdır⁶⁵.

- Aval, şekil şartları dışında, lehine aval verilen kişinin geçerli bir borcu bulunmasa, garanti edilen imza sahte olsa veya o isimde hiç kimse olmasa dahi

⁶² ÖZTAN, F., Kıymetli Evrak Hukuku, Turhan Kitabevi, 10. bası, Ankara 2005, s. 166 ; TANDOĞAN, Özel Borç İlişkileri, s. 713.

⁶³ TANDOĞAN, Özel Borç İlişkileri, s. 713.

⁶⁴ BİLGE, Özel Borç Münasebetleri, s. 368 ; GÖKTÜRK, Muhtelif Nevileri, s. 612 ; ÖZEN, Kefalet Sözleşmesi, s. 41 ; ÖZTAN, Kıymetli Evrak, s. 167 ; POROY, R./TEKİNALP, Ü., Kıymetli Evrak Hukuku Esasları, Beta Yayınları, 14. bası, İstanbul 1999, s. 213 ; YAVUZ, F., Günümüze Yansıması, s. 117.

⁶⁵ ARAL, Borçlar Hukuku, s. 428 ; ÖZEN, Kefalet Sözleşmesi, s. 41 ; ÖZTAN, Kıymetli Evrak, s. 167 ; POROY/TEKİNALP, Kıymetli Evrak, s. 213 ; REİSOĞLU, Kefalet, s. 89 ; SÜCÜLLÜ, Geçerlilik Şartları, s. 55 ; TANDOĞAN, Özel Borç İlişkileri, s. 713.

geçerlidir (TTK md. 614). Hatta hükümsüzlük, lehine aval verilen kişinin ehliyetsizliğinden veya borcun kanuna veya ahlâk ve adaba aykırı olmasından ileri gelmiş olsa bile durum aynıdır⁶⁶. Buna karşılık şekil şartı yüzünden poliçe veya bono geçersizse ya da imza el yazısı ile atılmamışsa aval de geçersizdir⁶⁷.

- Aval veren, senedin şekline ilişkin olanlar dışında lehine aval verilenin ileri sürebileceği geçersizlik sebeplerini alacaklıya karşı ileri süremezken, kefil asıl borçluya ait kişisel def'ilerden yararlanabilir. Doktrindeki bir görüş, aval verenin kimin için taahhüt altına girmişse onun gibi sorumlu olacağına ilişkin TTK'nun md. 614. f. 1 hükmünden hareketle, aval verenin bizzat aval verilenin alacaklısına karşı ikisi arasındaki ilişkiden doğan geçersizlik sebeplerini ileri sürebileceğini, ancak iyiniyetli diğer senet alacaklılarına karşı ileri süremeyeceğini savunmaktadır. Nitekim Yargıtay'ın da bu paralelde kararları mevcuttur⁶⁸.

- Aval şerhinin poliçe, bono veya alonj üzerine yazılması gerekir (TTK md. 613). Kefaletin ise mutlaka asıl borç senedi üzerinde gösterilmesine gerek yoktur. Muhatap ve keşidecinin imzaları hariç bono üzerindeki her imza aval şerhi sayılır (TTK md. 613)⁶⁹.

- Kefile tanınmış olan def'i hakları, aval veren için söz konusu değildir. Zira aval veren, şeklen geçerli bir poliçede, yalnızca lehine aval verilenin şahsi def'ilerini

⁶⁶ **GÜRAL, J.**, Kefalet Akdiyle Aval Arasındaki Fark ve Benzerlikler, AÜHFD, 1951, C: 8, S: 3-4, s. 444-445 ; **SÜCÜLLÜ**, Geçerlilik Şartları, s. 55.

⁶⁷ **TANDOĞAN**, Özel Borç Münasebetleri, s. 713.

⁶⁸ **GÜRAL**, Benzerlikler, s. 463 ; **REİSOĞLU**, Kefalet, s. 89 ; **TANDOĞAN**, Özel Borç İlişkileri, s. 714.

⁶⁹ **ARAL**, Borçlar Hukuku, s. 428 ; **Güral**, Benzerlikler, s. 447 ; **ÖZTAN**, Kıymetli Evrak, s. 167 ; **POROY/TEKİNALP**, Kıymetli Evrak, s. 213 ; **SÜCÜLLÜ**, Geçerlilik Şartları, s. 56 ; **YAVUZ, F**, Günümüze Yansıması, s. 117.

değil, taahhüt ettiği borcun geçerliliği ile ilgili def'ileri dahi ileri süremez⁷⁰. Aval veren sadece kendi şahsi def'ilerini ileri sürebilir⁷¹.

- Zamanaşımı asıl borçluya karşı kesilince kefilde de karşı kesilmiş sayılırken, aval veren için böyle bir durum söz konusu değildir⁷².

- Ticari borçlar hariç bir borca kefil olunurken kefaletin türü açıkça belirtilmemişse, bu, kural olarak adi kefalettir. Aval veren ise diğer poliçe veya bono borçluları ile birlikte müteselsil borçludur⁷³.

- BK md. 116 uyarınca⁷⁴ alacaklı ve borçlu sıfatları birleştiği zaman kefalet sona erer, ancak aval borcu devam eder⁷⁵.

- Kefil alacaklının haklarına halef olduğu halde aval veren ödeme yapınca, aval verdiği kişi veya ona karşı sorumlu olanlar aleyhine bağımsız bir rücu hakkı kazanır ve halefiyetten yararlanamaz⁷⁶.

- Vasi, vesayet altındaki kişi adına kefil olamaz (TMK md. 449), ancak onun adına sulh hakiminin izni ile aval verebilir (TMK md. 462)⁷⁷.

- Aval veren, kefil gibi BK md. 493'e dayanarak vadeden itibaren bir ay içinde asıl borçlunun takip edilmediğini ileri sürerek borcundan kurtulamaz⁷⁸.

⁷⁰ ÖZTAN, Kıymetli Evrak, s. 167 ; REİSOĞLU, Kefalet, s. 90 ; SÜCÜLLÜ, Geçerlilik Şartları, s. 56.

⁷¹ POROY/TEKİNALP, Kıymetli Evrak, s. 213.

⁷² TANDOĞAN, Özel Borç İlişkileri, s. 716.

⁷³ ÖZTAN, Kıymetli Evrak, s. 167 ; POROY/TEKİNALP, Kıymetli Evrak, s. 213 ; REİSOĞLU, Kefalet, s. 90 ; SÜCÜLLÜ, Geçerlilik Şartları, s. 57 ; TANDOĞAN, Özel Borç İlişkileri, s. 715.

⁷⁴ Maddenin yeni düzenlemesi için bkz. 6098 sayılı TBK md. 135.

⁷⁵ GÜRAL, Benzerlikler, s. 466 ; REİSOĞLU, Kefalet, s. 90.

⁷⁶ ARAL, Borçlar Hukuku, s. 428 ; ÖZTAN, Kıymetli Evrak, s. 167 ; REİSOĞLU, Kefalet, s. 90 ; SÜCÜLLÜ, Geçerlilik Şartları, s. 57 ; TANDOĞAN, Özel Borç İlişkileri, s. 715.

⁷⁷ GÜRAL, Benzerlikler, s. 454 vd ; REİSOĞLU, Kefalet, s. 90 ; TANDOĞAN, Özel Borç İlişkileri, s. 716.

Nitekim Yargıtay'da konuyla ilgili bir kararında⁷⁹, ‘‘Her ne kadar kefalet ve aval ilk bakışta birbirlerine benzer iki müessese gibi görünmekte iseler de, hukuki esasları yönünden aralarında önemli ayrılıklar bulunmaktadır. Bunları kısaca ifade etmek gerekirse, aval şekil bakımından asıl borca bağlı olmakla beraber kefaletten farklı olarak maddi açıdan tamamen bağımsız bir kambiyo taahhüdü olduğu, aval verenin sorumluluğu, asıl borcun varlığına veya geçerliliğine bağlı olmayışı, kefilin asıl borçluya ait bütün def’ileri alacaklıya karşı ileri sürebilmesine karşın aval verenin bu hakka sahip olmayışı, bono bedelini ödeyen avalistin kefaletin aksine, alacaklının tüm haklarına halef olamayışı, onun TTK. nun 614/3. maddesi uyarınca, bonodan dolayı lehine taahhüt altına girmiş olduğu kimseye ve ona karşı kıymetli evrak hükümleri gereğince sorumlu olan kimselere başvurabilmesi gibi özelliklerdir.’’ diyerek avalu kefalet arasındaki farklara değinmiştir.

Kefalet sözleşmesinin avalden ayrımı benzer hukuki ilişkilerden ayrımından daha kolaydır. Bunun nedeni, tekeffülün ticari senet veya alonj üzerinde olmasının aval, diğer bir senet üzerinde olmasının ise (şartları mevcutsa) kefalet hükmünde sayılmasıdır⁸⁰. Diğer bir deyişle bu iki hukuki ilişkiyi birbirinden ayıran en büyük fark ya da kıstas, şekilleridir.

⁷⁸ TANDOĞAN, Özel Borç İlişkileri, s. 716.

⁷⁹ 11. HD. 4.7.1986 T. 3269 E. 4220 K. (REİSOĞLU, Kefalet, s. 90)

⁸⁰ REİSOĞLU, Kefalet, s. 91.

3.5. İtibar (Kredi) Emrinden Farkları

İtibar (kredi) emri BK'nun 400 – 403. maddeleri arasında düzenlenmiş olup, tanımı BK md. 400'de “*Bir kimse, kendi nam ve hesabına ve amirin mesuliyeti altında bir üçüncü şahsa itibar vermek veya itibari tecdit etmek için emir almış ve kabul etmiş ise, memur vekaletini tecavüz etmedikçe amir, itibar edilen borçtan dolayı kefil gibi mesul olur. – Şu kadar ki tahriri emir olmadıkça amir, mesul olmaz.*” şeklinde yapılmıştır. 6098 sayılı yeni TBK'nda “itibar” kelimesi kaldırılmış ve yerine “kredi” ifadesi kullanılarak bu kurumun daha anlaşılır hale gelmesi sağlanmıştır⁸¹.

İtibar (kredi) emri, üçüncü bir kişiye kredi verilmesi şeklindeki vekalet sözleşmesidir. Bununla kredi emri verilen (memur), emri verenin (amirin) talimatına uygun olarak kendi adına ve hesabına üçüncü bir kişiye kredi verme veya bir krediyi yenileme borcu altına girmeyi, emri veren de verilen krediden kefil gibi sorumlu olmayı üstlenir. Kredi emri verilen vekaletini aşmadığı sürece, emri veren itibar edilen borçtan (kredi borcundan) kefil gibi sorumlu olur. Emri verenin kefil gibi sorumluluğu kredinin verilmesinden sonra başlar. O ana kadar vekalet hükümleri

⁸¹ “**MADDE 516-** *Bir kimse kendi adına ve hesabına kredi emri verenin sorumluluğu altında bir üçüncü kişiye kredi açmak veya krediyi yenilemek için emir almış ve kabul etmişse, kredi emri verilen vekaletini aşmadıkça emri veren, kredi borcundan kefil gibi sorumlu olur. – Ancak, kredi emri yazılı olmadıkça emri veren sorumlu olmaz.*” İtibar (kredi) emri TBK'nun 516 - 519 maddeleri arasında düzenlenmiştir. Görüldüğü üzere TBK'nun 516. maddesi BK'nun 400. maddesini karşılamaktadır. Maddede herhangi bir değişiklik yapılmamış, sadece dil Türkçeleştirilmiştir. BK'nun 400. maddesinin kenar başlığında kullanılan “B. İtibar Emri / I. Tarifi ve Şekli” şeklindeki ibare, TBK'nda, “B. Kredi Emri / I. Tanımı ve şekli” şekline dönüştürülmüş, “amir” yerine kredi emri veren, “memur” yerine ise kredi emri verilen ifadeleri kullanılmıştır.

uygulanır. Kefaletle ilişkin hükümler ise itibar (kredi) emrine ancak niteliğine uygun olduğu oranda uygulanabilir⁸².

İtibar (kredi) emri kredi verilmesinden sonraki aşamada kefalet hükümlerine tabidir, ancak yine de kefaletten tamamen farklı hüküm ve sonuçları vardır⁸³;

- Kefalet fer'i bir özelliğe sahipken, itibar (kredi) emri bağımsız bir yükümlülüktür⁸⁴.

- İtibar (kredi) emri bir vekalet sözleşmesi olup, amirin (kredi emri verenin) vekil etmesine karşılık kefil mevcut ya da müstakbel bir borcu taahhüt eder⁸⁵.

- İtibar (kredi) emri de kefalet sözleşmesi gibi yazılı şekilde yapılmak zorundadır, ancak emri verenin sorumluluğunun azami sınırının sözleşmeden belirtilmesi zorunlu değildir; kredi açmak suretiyle doğacak alacağın kapsamı ve çeşidi bakımından belirlenebilir olması yeterlidir⁸⁶.

- Kefaletten tek taraflı olarak rücu mümkün değilken, itibar (kredi) emrinden sözleşmenin icrasına kadar rücu mümkündür⁸⁷.

- Emri veren, kefilin aksine üçüncü bir kişinin borcunu taahhüt etmez, birlikte borçlu değildir. Emri veren sadece kredi emri verilenin uğradığı zararı ve masrafları ödemeyi taahhüt eder. Dolayısıyla emri veren, üçüncü kişiye ait def'ileri kredi emri

⁸² REİSOĞLU Kefalet, s. 93.

⁸³ REİSOĞLU, Kefalet, s. 93 ; TANDOĞAN, Özel Borç İlişkileri, s. 710.

⁸⁴ REİSOĞLU, Kefalet, s. 93 ; SÜCÜLLÜ, Geçerlilik Şartları, s. 52 ; YAVUZ, F, Günümüze Yansıması, s. 115.

⁸⁵ REİSOĞLU, Kefalet, s. 93.

⁸⁶ TANDOĞAN, Özel Borç İlişkileri, s. 711 ; YAVUZ, F, Günümüze Yansıması, s. 116.

⁸⁷ REİSOĞLU, Kefalet, s. 93 ; SÜCÜLLÜ, Geçerlilik Şartları, s. 53.

verilene karşı ileri süremez. Sadece vekaletin iyi bir şekilde (özen borcunun) yerine getirilmediğini ileri sürebilir⁸⁸.

- İtibar (kredi) emrinde kredi emri verilenin kredi açma yükümlülüğü vardır. Kefalet sözleşmesinde ise alacaklının kredi verme konusunda kefaletin doğumundan sonra bile herhangi bir yükümlülüğü yoktur⁸⁹.

- Emri veren borçlunun fiil ehliyetine sahip olmadığını ileri sürerek, kredi emri verilene karşı sorumluluktan kurtulamazken, kefil sadece BK md. 485 f. 3'e göre borçlunun ehliyetsizliğini taahhüt anında biliyorsa sorumlu olur⁹⁰.

- Emri veren itibar (kredi) emrini verdikten sonra da kredi emri verilene talimat verebilirken, kefilin alacaklıya talimat verme yetkisi yoktur. Kredi emri verilen, emri verenin talimatlarına uymazsa, emri veren kullandırılmış kredi için sorumluluktan kurtulur (BK md. 402)⁹¹.

Her ne kadar bu iki hukuki ilişki arasında esaslı farklar olsa da, itibar (kredi) emriyle kefalet sözleşmesi arasında ayırım yapmak mecburiyeti doğarsa, burada *menfaat kıstasından* yararlanılabilir. Zira üçüncü kişiye kredi temin edilmesinde kişisel menfaati olan kişinin, kredinin temini açısından istekte bulunup, kişisel bir sorumluluk üstlenmesi itibar (kredi) emrinin varlığına işaret edebilir. Eğer bir ayırım yapılamıyorsa burada da kefalet sözleşmesinin bulunduğu kabul edilecektir⁹².

⁸⁸ REİSOĞLU, Kefalet, s. 93 ; SÜCÜLLÜ, Geçerlilik Şartları, s. 52 ; TANDOĞAN, Özel Borç İlişkileri, s. 711.

⁸⁹ REİSOĞLU, Kefalet, s. 93 ; TANDOĞAN, Özel Borç İlişkileri, s. 711.

⁹⁰ ÖZEN, Kefalet Sözleşmesi, s. 41 ; REİSOĞLU, Kefalet, s. 94.

⁹¹ TANDOĞAN, Özel Borç İlişkileri, s. 711.

⁹² ÖZEN, Kefalet Sözleşmesi, s. 41.

SONUÇ

Çoğu kefil ilk etapta, kefil olduğu kişinin borcunu yerine getiremeyeceğini ve bu nedenle kendisine başvurulabileceğini düşünmek istemez. Bu nedenle de üstlendiği sorumluluğun kendisine ne gibi sonuçlar doğurabileceğini tam olarak öngöremeyebilir. Bazen de düşündüğünden çok daha büyük sonuçlarla karşı karşıya kalabilir. Özellikle günümüzde kişiler ile bankalar arasında imzalanan kredi ve kredi kartı sözleşmeleri nedeniyle kefalet sözleşmelerinin sayısı ve kefalet hukukunun önemi giderek artmakta, ancak bu sayıya paralel olarak, kişiler arasında çıkan ihtilaf sayısı da hızla artmaktadır. Bu ihtilafın başlıca nedeni kefilin sorumluluğunun ve kapsamının tam olarak kavranamamasıdır. Öte yandan kefalet sözleşmelerine eklenen ufak bir ibare ile bile kefilin sorumluluğu arttırılabilmekte, hatta küçük puntolarla yazılı sayfalar dolusu sözleşmeler okunmadan kimi zaman da okunmasına fırsat bile verilmeden imzalanabilmektedir. Bu nedenle taraflar arasında çıkan ihtilaflarda çoğu zaman mağdur olan kefillerdir. Ancak kefilin sorumluluğu yalnızca kefil için değil alacaklı için de önem arz etmektedir. Zira alacaklı da kefalet sözleşmesi ile alacağını teminat altına almaktadır. Şu halde gerek düşündüğünden daha büyük bir sorumluluk almak istemeyen kefilin gerekse elde ettiği teminatı korumak isteyen alacaklının kefilin sorumluluğu hususunu iyi kavraması ve ona göre hareket etmesi gerekmektedir.

Kefilin sorumluluğu 818 sayılı Borçlar Kanunu'nun 490. maddesinde düzenlenmiştir. Bu maddede kefilin asıl borcun yanı sıra asıl borçlunun kusur ve temerrüdünün yasal sonuçlarından, hatta şartlar mevcutsa dava ve takip masrafları ile faizden de sorumlu olacağı belirtilmiştir. Şu halde BK md. 490 hükmü kefilin sorumluluğunun kapsamını tayin etmektedir. Demek ki kefil, kefalet sözleşmesini imzalarken asıl borcun yanı sıra bu maddede yazılı kalemlerden de sorumlu olabileceğini bilmek zorundadır. Öte yandan kefil, ister asıl borcun tamamı ister bir kısmı için kefil olsun, sorumlu olduğu miktarı kefalet sözleşmesinde göstermek zorundadır. Bu durum kefalet sözleşmesinin geçerlilik şartı olduğu kadar kefilin kafasında somut bir şey oluşturabilmesi açısından da önemlidir. Böylelikle kefil, asıl borçlu borcunu yerine getirmediği zaman alacaklıya karşı sorumlu olduğu miktarı bilecektir. Ancak kefil, BK md. 490'da belirtilen asıl borçlunun kusur ve temerrüdünün yasal sonuçlarının ya da dava ve takip masraflarının ne kadar tutacağını nasıl öngörebilir? Şayet bu meblağlar kefilin sorumlu olduğu miktarın çok üstündeyse ne olacaktır? BK md. 490 hükmü bu konuya bir açıklık getirmemiştir.

İşte böyle bir durumda hemen BK md. 484 hükmü akla gelmelidir. Zira BK md. 484 uyarınca, kefalet sözleşmesinin geçerliliği yazılı şekilde yapılmasına ve kefilin sorumlu olduğu azami miktarın gösterilmesine bağlıdır. Şu halde kefilin sözleşmede gösterdiği miktar sorumlu tutulabileceği azami miktar olup, BK md. 484 hükmü kefilin sorumluluğunun sınırını çizmektedir. Yani kefil ister asıl borcun tamamından ister bir kısmından sorumlu olsun, kefalet sözleşmesinde gösterdiği miktar, onun asıl borçlunun kusur ve temerrüdünün yasal sonuçlarından da, dava ve

takip masraflarından da ve hatta faizden de sorumlu tutulabileceği azami miktarı işaret etmektedir. Ancak BK md. 490'nın emredici hüküm olmadığı, bu nedenle tarafların isterse kefilin dava ve takip masraflarından hiçbir surette sorumlu olmayacağını ya da tamamından sorumlu olacağını kararlaştırabilecekleri de unutulmamalıdır.

Şu halde kefilin sorumluluğu hususunun tam olarak kavranması ve ihtilafların çözümlenebilmesi, BK md. 490 ve BK md. 484 hükmünün bir bütün olarak ele alınmasına ve kefilin seçtiği kefalet türü de göz önünde bulundurularak uygulanmasına bağlıdır. Yine belirtmek gerekir ki, ortada geçerli bir kefalet sözleşmesi olduğu müddetçe tarafların sözleşme hükümlerini serbestçe tayin edebilmeleri mümkün olduğundan, kefalet sözleşmesinin her somut olayda hem uygulanacak genel hükümler hem de özel sözleşme hükümleri çerçevesinde bir bütün olarak değerlendirilmesi zorunludur.

Diğer önemli bir husus ise taraflar arasında akdedilen sözleşmenin gerçekten de kefalet sözleşmesi olup olmadığının tespit edilmesidir. Zira taraflar arasındaki sözleşme kefalet sözleşmesi değilse o halde ne kefalet ilişkisinden ne de kefilin sorumluluğundan söz etme imkanı vardır. Bu tespiti yapmak çoğu zaman basittir. Ancak bazen kefalet sözleşmesinden değil, kefalet sözleşmesine benzer hukuki bir ilişkinin varlığından söz etmek de mümkün olabilir.

Kefalet sözleşmesi görünüş itibariyle garanti sözleşmesi, müteselsil borçluluk, birlikte borç üstlenme, aval ve itibar (kredi) emrine benzemektedir. Ancak kefalet sözleşmesi bu hukuki ilişkilerin hepsinden hüküm ve sonuçları itibariyle

ayrılmaktadır. Şayet ortada kefalet sözleşmesi değil de bu hukuki ilişkilerden herhangi biri mevcutsa bu durumda kefalet hükümlerinin uygulanması söz konusu olmayacak, her hukuki ilişkinin kendisine özgü olan hükümleri uygulanacaktır. Bu hükümler Türk Ticaret Kanunu ve Borçlar Kanunu'nda yer alabileceği gibi, garanti sözleşmesinde olduğu gibi atıf yapılarak da düzenlenmiş olabilir. Önemli olan doğru tespitin yapılarak doğru hükümlerin uygulanmasıdır. Bunun için kefalet sözleşmesinin benzer hukuki ilişkilerden farklarının iyi bilinmesinde fayda vardır. Ancak yine de sözleşmenin kefalet mi yoksa benzer başka bir hukuki ilişki mi olduğu tam olarak saptanamıyorsa o halde kefaletin varlığı kabul edilmelidir.

818 sayılı Borçlar Kanunu iktibas yoluyla 1911 tarihli İsviçre Borçlar Kanunu'ndan alınmıştır. Dolayısıyla 818 sayılı Borçlar Kanunu'nun kefalete ilişkin hükümleri de aynı kanunun Türkçe'ye çevrilmesi ile oluşturulmuştur. İsviçre Borçlar Kanunu'ndaki kefalete ilişkin hükümler ise zamanla yeterli görülmediğinden ve ihtilafların çözümlenmesinde sonuçsuz kaldığından 1942 yılında revizyona uğramıştır. Yapılan yeni düzenlemeler sayesinde kefilin kanunun çok da açık olmayan hükümleri karşısındaki mağduriyeti büyük ölçüde giderilmiş, sorunların daha net ve kolay biçimde çözümlenmesi sağlanmıştır. Ancak İsviçre Borçlar Kanunu'ndaki bu değişikliklere rağmen, 818 sayılı Borçlar Kanunu'nun kefalete ilişkin hükümlerinde günümüze kadar pek fazla bir değişiklik yapılmamış, kanunun yetersiz kaldığı çoğu ihtilafta İsviçre Borçlar Kanunu'nun 1942 revizyonuna başvurulmakla yetinilmiştir. Bu durum gerek doktrinde gerekse Yargıtay'ın yerleşik içtihatlarında açıkça göze çarpmaktadır.

818 sayılı Borçlar Kanunu'nun kefalet sözleşmesinden kaynaklanan sorunların çözümünde tam olarak yeterli olmadığı BK md. 490 ve BK md. 484 hükümlerinin zorunlu olarak bir arada yorumlanması gerektiği gerçeğinden bellidir. Sürekli olarak kaynak kanuna atıf yapmak, ihtilafları çözmek için yeterli değildir. Önemli olan doğru ve açık hükümlerle kafalardaki soru işaretlerini en aza indirgeyebilmektir. Bu nedenle artık Türk hukukunda da yeni düzenlemeler yapma kararı verilmiş, 6098 sayılı yeni Türk Borçlar Kanunu hazırlanmıştır. Yeni kanun 11 Ocak 2011 tarihli Resmi Gazete'de yayınlanmış olup 1 Temmuz 2012 tarihinde yürürlüğe girecektir.

6098 sayılı yeni Türk Borçlar Kanunu 818 sayılı Borçlar Kanunu'ndaki sayısız hükme olduğu gibi kefalet hükümlerine de birçok yenilik getirmektedir. Yapılan değişikliklerin neredeyse tamamında yine İsviçre Borçlar Kanunu esas alınmıştır. Ne kadar etkili ve yeterli olduğu tartışmaya açık olsa da yeni kanun ile 818 sayılı Borçlar Kanunu'ndaki boşlukların ve bazı pek de net olmayan kefalet hükümlerinin aydınlığa kavuşturulması amaçlanmıştır. Buna en somut örnek yeni kanunun BK md. 490'a karşılık gelen 589. maddesidir. TBK md. 589 hükmü ile artık kefilin her durumda kefalet sözleşmesinde gösterdiği azami miktar ile sorumlu olduğu mecburi yorum yolu ile değil açıkça hükme bağlanmıştır. Yeni kanunda yapılan en büyük değişiklik ise müteselsil kefalet konusunda olmuştur. Zira yeni kanunun 586. maddesindeki düzenleme ile artık adi kefalet ile müteselsil kefalet arasında neredeyse fark kalmadığı rahatlıkla söylenebilir. Bunun da kefilin çok daha lehine bir düzenleme olduğu tartışmasızdır. Tabi her kanunun olduğu gibi yeni Türk

Borçlar Kanunu'nun da ne kadar etkili ve yeterli olduğu zaman içerisinde belli olacaktır.

KAYNAKÇA

- [1] **AKINTÜRK, T.** (2004), Borçlar Hukuku Genel Hükümler Özel Borç İlişkileri, Beta Yayınları, 10. bası, İstanbul.
- [2] **AKINTÜRK, T.** (1971), Müteselsil Borçluluk, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayını, Ankara.
- [3] **AKSOY, R.** (2008), Kefalet Sözleşmesinde Kefil ile Alacaklı Arasındaki İlişki, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Erciyes. Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kayseri.
- [4] **ARAL, F.** (2007), Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Yetkin Yayınları, 7. bası, Ankara.
- [5] **ARPACI, A., SEROZAN R., HATEMİ, H.** (1992), Borçlar Hukuku Özel Bölüm, Filiz Kitabevi, İstanbul 1992.
- [6] **ATAOL, H.** (1998-1999), Kefalet Aktinde Kefilin Alacaklıya Karşı İleri Sürebileceği Def'i ve İtirazlar, KÜHFD, S: 2.
- [7] **AYRANCI, H.** (2005), Kefalet Sözleşmesinde Asıl Borcun Belirli Olması İlkesi ve Cari Hesaba Kefalet, GÜHFD, C: IX, S: 1-2.
- [8] **BERKİ, Ş.** (1973), Borçlar Hukuku (Özel Hükümler), Ankara Üniversitesi Hukuk Yayınları No: 318, Ankara.
- [9] **BİLGE, N.** (1971), Borçlar Hukuku Özel Borç Münasebetleri, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Yayın No: 86, Ankara.
- [10] **BİLGE, N.** (1955), Borçlar Kanununun 484 ve 490. ıncı Maddeleri Arasındaki Münasebet, AÜHFD, C: 12, S. 1-2.
- [11] **BİLGE, N.** (1956), Kefilin Mesuliyetinin Şumulü, AÜHFD, C: 13, S: 1-2.
- [12] **CANYÜREK, M.** (1993), Müteselsil Borç ve Kefalet Müesseselerinin Temel Farklılıkları Üzerine, Argumentum, Y: 3, S: 33.
- [13] **DALAMANLI, L., KAZANCI, F., KAZANCI, M.,** (1990), İlmî ve Kazai İctihatlara Açıklamalı Borçlar Kanunu, C: IV, Kazancı Hukuk Yayınları No: 71, İstanbul.

- [14] **EKİNCİ, N.** (1996), Mütessesil Kefalet ve Hükümleri, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul.
- [15] **ERLÜLE, F.** (2003), Mütessesil Kefalet ve Mütessesil Borçluluk Kavramlarının Karşılaştırılması, AÜEHFD, C: 7, S: 1- 2.
- [16] **GÖKTÜRK, H. A.** (1951), Borçlar Hukuku İkinci Kısım Aktin Muhtelif Nevileri, Ankara.
- [17] **GÖKTÜRK, H. A.** (1950), Kefalet Hukukumuzun Kifayetsizliği ve Yeni İsviçre Kefalet Hukuku, AÜHFD, C: 7, S: 1-2.
- [18] **GRASSINGER, G. E.** (1996), Borçlar Kanununa Göre Kefilin Alacaklıya Karşı Sahip Olduğu Savunma İmkanları, Alfa Basım Yayım Dağıtım, Hukuk Dizi No: 85, 1. bası, İstanbul.
- [19] **GÜRAL, J.** (1951), Kefalet Akdiyle Aval Arasındaki Fark ve Benzerlikler, AÜHFD, C: 8, S: 3-4.
- [20] **KARA KILIÇARSLAN, S.** (2009), Kefilin Sorumluluğunun Kapsamı, GÜHFD, C: XIII, S: 1-2.
- [21] **KARAHASAN, M. R.** (2002), Türk Borçlar Hukuku – Özel Borç İlişkileri Öğreti Yargıtay Kararları- İlgili Mevzuat 2, C: 2, Beta Yayınları, İstanbul.
- [22] **KARATAY, A.** (1952), İsviçre Borçlar Kanununun Değişen Kefalet Hükümleri Üzerinde Mukayeseli Bir İnceleme, İBD, C: 26, S: 11- 12.
- [23] **KAYAR, İ.** (2002), Borçlar Hukuku - Genel Hükümler – Özel Borç İlişkileri, Detay Yayıncılık, Ankara.
- [24] **OLGAÇ, S.** (1978), Kefalet, Olgaç Matbaası, Ankara.
- [25] **ÖZEN, B.** (2008), Kefalet Sözleşmesi - Özellikleri Kuruluşu Türleri, Vedat Kitapçılık, 1. bası, İstanbul.
- [26] **ÖZTAN, F.** (2005), Kıymetli Evrak Hukuku, Turhan Kitabevi, 10. bası, Ankara.
- [27] **POROY, R., TEKİNALP, Ü.** (1999), Kıymetli Evrak Hukuku Esasları, Beta Yayınları, 14. bası, İstanbul.

- [28] **REİSOĞLU, S.** (2004), Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Beta Yayınları, 16. bası, İstanbul. (Metin içinde yazarın ad ve soyadına birlikte yer verilmiştir.)
- [29] **REİSOĞLU, S.** (1992), Türk Hukukunda ve Bankacılık Uygulamasında Kefalet, Ankara.
- [30] **REİSOĞLU, S.** (2003), Banka Teminat Mektupları ve Kontrgarantiler, 4. bası, Ankara.
- [31] **REİSOĞLU, S.** (1962), Kefilin Rücuu ile İlgili Meseleler, BATİDER, C:1, S: 4.
- [32] **REİSOĞLU, S.** (1961), Kefilin Def'i Hakları, BATİDER, Y: 1961, C: 1, S: 2.
- [33] **REİSOĞLU, S.** (1963), Garanti Mukavelesi, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, No: 178, Ankara.
- [34] **SÜCÜLLÜ, A.** (2006), Kefalet Sözleşmesi ve Kefalet Sözleşmesinin Geçerlilik Şartları, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara.
- [35] **ŞAHAN, G.** (2007), Kefalet Sözleşmesinin Sona Ermesi, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Erciyes Üniversitesi Sosyal Bilimleri Enstitüsü, Kayseri.
- [36] **TANDOĞAN, H.** (1987), Borçlar Hukuku - Özel Borç İlişkileri, C: 2, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 3. bası, Ankara.
- [37] **TANDOĞAN, H.** (1959), Garanti Mukavelesi, Mahiyeti ve Benzeri Hukukî Münasebetlerden Tefriki, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara.
- [38] **TEKİNAY, S. S.** (1956), Müteselsil Borç ile Kefalet Arasında Bir Mukayese, AD, C: 47, S: 7.
- [39] **UYGUR, T.** (2003), Açıklamalı – İctihatlı Borçlar Kanunu Sorumluluk ve Tazminat Hukuku, C: 8, Seçkin Yayınları, Ankara .
- [40] **YAVUZ, C.** (2001), Borçlar Hukuku Dersleri (Özel Hükümler), Beta Yayınları, 2. bası, İstanbul.

- [41] **YAVUZ, F.** (2008), Roma Kefalet Akdinin Günümüze Yansıması, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara. (Metin içinde yazarın ad ve soyadına birlikte yer verilmiştir.)
- [42] **ZEVKLİLER, A.** (2004), Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Seçkin Yayıncılık, 8. bası, Ankara.

EK

ÖZGEÇMİŞ

KİŞİSEL BİLGİLER

Soyadı, Adı : DOĞAN, Güzde
Uyruđu : Türkiye
Doğum Tarihi ve Yeri : 13.06.1985 / Gümüřhane
Medeni Hali : Bekar
Telefon : (0533) 391 42 13
Email : gozde.doganhukuk@hotmail.com

EĞİTİM

Derece	Enstitü	Mezuniyet Yılı
Yüksek Lisans	Çankaya Üniversitesi, Özel Hukuk, Ankara	2011
Lisans	Çankaya Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Ankara	2007
Lise	Ankara Atatürk Anadolu Lisesi, Ankara	2003

İŞ DENEYİMLERİ

Yıl	Yer	Konumu
2008-Şimdi	Doğan Hukuk ve Danışmanlık Bürosu, Ankara	Avukat
2007-2008	Ankara Adliyesi	Stajyer Avukat

YABANCI DİLLER

İngilizce