

## GENEL OLARAK KEFALET SÖZLEŞMESİ, GEÇERLİLİĞİ VE TÜRLERİ\*

Cevdet YAVUZ\*\*

### Özet\*\*\*

*En geniş anlamda olarak teminat sözleşmesi deyimi, bir kimsenin başkasının karşısında bulunduğu tehlikeyi kendi üzerine almasını öngören bütün sözleşmeler için kullanılmaktadır. Tehlike (riziko) ise, ortaya çıkması şüpheli fakat çekinilen ve ekonomik bakımdan yararlı bir olayın gerçekleşmemesi ihtimalidir. İşte teminat sözleşmelerinde borçlu, başkasının karşısında bulunduğu bir zarar tehlikesini üzerine almaktadır.*

*Teminat sözleşmelerinden (les contrats de sureté: die Sicherungsverträge) bir taşınır, taşınmaz, alacak veya işletme üzerinde rehin tesisi yükümlülüğünü içerenler, alacaklıya aynı bir teminat sağlamağa yönelmektedirler; bunlar teslim, tescil veya alacağın temlikli yahut rehin cirosu gibi bir tasarruf muamelesiyle ifa edilince alacaklı lehine bir aynı hak doğar ve rehinli alacaklı borçluya veya üçüncü bir kişiye ait belli bir mal üzerinden öncelikle alacağını karşılamak imkânına sahip olur.*

*Şahsî teminat sözleşmelerinde, şahsî teminat veren, borçlunun borcunun karşılığını teşkil etmek üzere haczi kabil bütün malvarlığı ile yükümlülük altına girmektedir. Bunların başlıcaları kefalet (le cautionnement: die Bürgschaft), garanti sözleşmesi, birlikte borç üstlenme (borca katılma), sigorta sözleşmesi, teminat sözleşmesi olma niteliği tartışmalı olan itibar emri ve belgeli akreditiftir.*

\* İşbu çalışmamı, merhum meslektaşım, arkadaşım ve komşum Prof. Dr. Aslan Gündüz'ün "kefili" olduğum günlerin anısına sunmaktayım. Bu vesileyle, kendisine rahmet, başta eşi ve çocukları olmak üzere, tüm yakınlarına ve tüm sevenlerine başsağlığı dileklerimi tekrar ederim.

\*\* Prof. Dr., Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Öğretim Üyesi

\* For the summary in English, see the end page of the article.

## GİRİŞ

Bu çalışmanın konusu olan kefalet sözleşmesi, Borçlar Kanununun 20 nci babında "A. Tarifi", "B. Şartları", "C. Nevileri", "D. Kefilin mes'uliyeti", "E. Kefaletin hitamı" ve "F. Kefilin hakları" başlıkları altında m. 483 - m. 503 arasında düzenlenmiş bulunmaktadır. Ancak belirtilmelidir ki kanunumuzun mehazı olan İsviçre Borçlar Kanununun 492-512. maddeleri, 1 Temmuz 1942'de yürürlüğe giren 10 Aralık 1941 tarihli kanunla değiştirilmiştir. Açıklamalarımızda zaman zaman ilgili konuya açıklık getirmek amacıyla bu değişikliklerle getirilen hükümlere de temas edeceğiz. Yine *İsviçre'deki bu değişiklikten yararlanılmak suretiyle, Türk Borçlar Kanunu Tasarısı'nın Onbeşinci Bölüm'ünde, "Kefalet Sözleşmesi"*, m.586-608 arasında, "A.Tanımları" (m.586); "B.Koşulları" olarak, "I.Asıl borç" (m.587), "II.Şekil"(m.588) ve "III. Eşin rızası" (m.589); "I.Türlerine göre" "C. İçeriği" olarak, "1. Adi kefalet"(m.590), "2.Müteselsil kefalet"(m.591), "3.Birlikte kefalet"(m.592)ve "Kefile kefalet ve rücu kefalet" (m.593) konuları; "1. Kefil ile alacaklı arasındaki ilişki"de "II.Ortak hükümler" olarak, "a. Sorumluluğun kapsamı" (m.594), "b. Kefilin takibi" (m.595), "c. Def'iler" (m.596), "d. Özen gösterme, rehin ve borç senetlerinin teslimi"(m.597), "e. Ödemenin kabulünü isteme" (m.598) ve "f. Bildirim, iflasta ve konkordatoda kayıt" (m.599) konuları; "2. Kefil ile borçlu arasındaki ilişki"de ortak hükümler olarak, "Güvence verilmesini ve borçtan kurtarılmasını isteme hakkı" (m.600), "b. Kefilin rücu hakkı" (m.601), "c. Kefilin bildirim yükü" (m.602) konuları; "D. Kefaletin sona ermesi" olarak, "I. Kanun gereğince" (m.603), "II. Kefaletten dönme" (m.604), "III. Belirli süreli kefalette" (m.605), "IV. Belirsiz süreli kefalette" (m.606), "V. Çalışanlara kefalette" (m.607) konuları ile "E. Uygulama alanı" (m.608) olarak, *düzenleme konusu yapılmıştır*. Aşağıda, karşılaştırma amacıyla, Tasarı hükümlerine de yer verilecektir.

Bu çalışmamızda, sadece, genel olarak kefalet sözleşmesi çerçevesinde, "kefalet sözleşmesinin tanımı ve özellikleri", "kefalet sözleşmesinin geçerlilik koşulları" ile "kefaletin çeşitleri" konuları ele alınacaktır.

### I. Kefalet sözleşmesinin tanımı ve özellikleri

BK. m. 483'e göre "*kefalet, bir akittir ki onunla bir kimse, borçlunun akdettiği borcun edasını temin etmeği alacaklıya karşı taahhüt eder*". Aynı hüküm, İsviçre Borçlar Kanununun değişik 492 nci maddesinde "*kefalet bir sözleşmedir ki onunla bir kimse, borçlunun akdettiği borcun ödenmesini alacaklıya karşı sağlamak borcuna girer*" (f. 1) şeklindedir<sup>1</sup>. Halbuki

söz konusu maddenin almanca metninde "kefalet sözleşmesiyle kefil, asıl borçlunun alacaklısına karşı, bir üçüncü kişinin borcunun ödenmesini sağlama borcuna girer" tarzında<sup>2</sup> bir tanım getirilmektedir. Burada almanca metnin üstünlüğü, bir borca kefil olunabilmesi için asıl borcun mutlaka bir sözleşmeden doğmasını aramamasında görülür. Gerçekten para ile belirtilebilen herhangi bir borç için hukuki sebebi ne olursa olsun kefil olunabilir. Diğer taraftan kefalet sözleşmesinde kefil, borçlunun borcunu ödemesini temin etmeyi taahhüt etmez; borçlunun borcunu ödememesi halinde bundan şahsen sorumlu olmayı taahhüt eder. Bu husus da kefalet sözleşmesinin kanunî tanımlarından açıkça anlaşılabilir<sup>3</sup>. O halde bu eleştiriler çerçevesinde kefalet sözleşmesinin tanımı şu şekilde yapılabilir: "Kefalet bir akittir ki onunla bir kimse, asıl borçlunun borcunu ödemesi halinde bu borçtan şahsen sorumlu olmayı alacaklıya karşı taahhüt eder". Nitekim Türk Borçlar Kanunu Tasarısı (BKT.)/m.586'da "tanım", "Kefalet sözleşmesi, kefilin alacaklıya karşı, borçlunun borcunu ifa etmemesinin sonuçlarından kişisel olarak sorumlu olmayı üstlendiği sözleşmedir" şeklinde yapılmıştır<sup>5</sup>.

Bu tanımdan hareket edilerek kefalet sözleşmesinin başlıca özellikleri şu şekilde tesbit olunabilir:

### 1. Kefalet sözleşmesinin kefil ile asıl borcun alacaklısı arasında yapılması

Kefalet sözleşmesi, kefil (la caution: der Bürge) ile asıl borcun alacaklısı arasında yapılır<sup>6</sup>. Kefil, asıl borçlunun rızasını almaya mecbur olmaksızın yükümlülük altına girebilir<sup>7</sup>. Çünkü kefalet, asıl borçlunun durumunu kötüleştirmemekte, aksine çoğu defa onun yararına olmaktadır<sup>8</sup>.

Kefalet, kefil ile alacaklı arasında bir hukukî ilişki olmakla birlikte; kefalet hukukunu düzenleyen kanun hükümlerinde asıl alacaklı ile asıl borçlu ve kefil ile asıl borçlu arasındaki hukukî ilişki bakımından da bazı kurallar getirilmesi söz konusu olmaktadır. O halde, kefaletin, üç tür hukukî ilişkiden oluşan bir kombinezona dayandığı söylenebilecektir. Şöyle ki<sup>9</sup>:

(i) Asıl alacaklı ve asıl borçlu arasındaki hukukî ilişki, -olayların çoğunda karz sözleşmesi olması gibi- herhangi bir hukukî temele dayanabilir. Asıl alacaklı ve asıl borçlu arasındaki bu ilişki, kefalet sözleşmesinden -bu yönüyle- bağımsızdır.

(ii) Alacaklı ve kefil arasındaki ilişki, doğrudan kefalet sözleşmesinden sonuçlanan ve kefalet sözleşmesinin konusu olan hukukî ilişkidir.

(iii) Kefil ve asıl borçlu arasındaki ilişki ise, ödeyen kefilin kullanabileceği rücu haklarında ve ödeyen kefilin ödemesi oranında alacaklıya kanunen halef

olmasında kendini gösterir. Fakat bu ilişki, daha önce kefil ile borçlu arasında yapılmış -örneğin borçlunun alacaklıya kefilini sağlamayı taahhüt ettiği sözleşmeye (pactum de fidejubendo) dayanan- bir özel sözleşmenin konusu da yapılmış olabilir. Kefilin ödemesi ise, kefilin kendi borcunu sona erdirir; yoksa asıl borç sona ermiş değildir; asıl borç, ödemesiyle birlikte, kanunî halefiyet sonucu kefile geçmiştir<sup>10</sup>. Reisoğlu'na göre "habersiz veya rıza hilâfına taahhüt eden kefilin ödeme halinde kanunî halefiyet dışında şartların mevcudiyeti halinde borçluya karşı sebepsiz zenginleşme veya vekâletsiz iş görme hükümlerine göre müracaat hakkı da vardır"<sup>11</sup>. Yargıtay'a göre, kefil ile borçlu arasındaki hukukî bağ, kefil borçlu tarafından gösterilmiş ise vekâlet hükümlerine; aksi takdirde vekâletsiz iş görme hükümlerine dayanır<sup>12</sup>.

### 2. Kefaletin illeti

Kefaletin illeti, asıl borçlunun ödeme gücünün bulunmamasına veya borcu ödemek istememesine karşı alacaklıya bir teminat sağlamaktır. Bu yönüyle kefaletin illeti, asıl borcun illetinden (hukukî sebebinden) bağımsızdır<sup>13</sup>. Ancak kefalet illî bir işlem olup; geçerliliği, dayandığı hukukî sebebin geçerliliğine bağlıdır<sup>14</sup>. Alacaklının teminat elde etmesi, asıl borçlunun yanında, onun ödememesi halinde tazminat ödeyecek bir ikinci borçlu elde etmek şeklinde kendini gösterir<sup>15</sup>.

Kefili kefalet sözleşmesini yapmaya sevk eden etkenleri, kefaletin illeti ile karıştırmamak gerekir. Kefil, kefalet sözleşmesinde asıl borçlunun vekili, vekâletsiz işgöreni ya da bağışlayan sıfatı ile hareket etmiş olabilir. Kefil ile asıl borçlu arasındaki hukuki ilişkiden doğan savunma sebepleri, kural olarak asıl borcun alacaklısına karşı ileri sürülemez; bu ilişki, kefilin asıl borçluya rücu etmesi bakımından önem taşır; örneğin iç ilişkide bağışlama sözkonusu ise kefilin rücu hakkı bulunmayacaktır<sup>16</sup>.

### 3. Kefilin ediminin konusu

Kefilin kefalet sözleşmesi ile asıl borcun alacaklısına karşı taahhüt ettiği edimin konusu, paradır<sup>17</sup>; yoksa asıl borçlunun yerine getirmek zorunda olduğu edim değildir. Böylece kefil, alacaklıya karşı asıl borcun yerine getirilmesinden beklediği menfaati yani alacaklının müspet zararını tazmin borcu altında olmaktadır<sup>18</sup>. Bu husus, yeni İsv. BK. m. 499 f. 2 b. 1'den açıkça anlaşılmaktadır<sup>19</sup>.

Kefilin menfi zararın ödenmesini taahhüt etmesi durumunda bu taahhüdün kefaletin fer'i niteliği ile bağdaşmayacağı ve garanti sözleşmesi olarak nitelendirilmesi gerektiği savunulabilir<sup>20</sup>.

#### 4. Kefilin borcunun asıl borca yabancı bir borç olması

Kefilin borcu, yukarıda verilen tanımdan anlaşılması gerektiği gibi asıl borcun ödenmesini sağlamaya dayanmaktadır<sup>21</sup>. Bu borç, asıl borcun kendisinin ödenmesine ilişkin değildir; bu, asıl borçluya düşer. Bu durumun hususiyeti, özellikle borçlunun para borcu niteliğinde olmayan, yapmama ya da iş görme şeklindeki borçlarında görülür. Asıl borçlunun bu çeşit fakat kefil olunabilen borçlarında kefil, asıl borçlunun edimini hiç yerine getiremez. Bundan başka kefil, zaten asıl borcu yüklenmek amacıyla da değildir<sup>22</sup>. Kefil, başkasının borcu için sorumlu olmayı sonuçlandıracak şekilde, alacaklıya karşı, kendisi borç altına girmektedir<sup>23</sup>.

Böylece kefilin borcu esas ve şekil bakımından özel bir borç olup asıl borçla aynı değildir. Edimde bulunan kefil, asıl borcu değil ondan başka olan kendi kefalet borcunu ödediği için, onun edimi ancak kendi borcunu sona erdir, yoksa asıl borcu değil<sup>24</sup>. Bundan dolayı BK. m. 496'ya göre "kefil eda ettiği şey nispetinde alacaklının haklarında, ona halef olur"<sup>25</sup>.

Kefalet, mahiyeti gereği yabancı bir borçtan şahsen sorumlu olmak şeklinde düşünüldüğüne göre, bir borçlu, kendi borcuna kefil olamaz<sup>26</sup>. Ancak kefilin sonradan miras gibi bir sebeple asıl borçlu durumuna girmesi, gerçek olmayan birleşme olarak nitelendirilmektedir. Bu gibi durumlarda alacaklının kefaletten sağlayacağı yararlar (örneğin kefalet borcu rehin ile temin edilmiş veya kefile kefil var ise) saklı kalır<sup>27</sup>. Bu husus, OR. Art. 509/II'de açıkça belirtilmiştir<sup>28</sup>.

*Reisoğlu'nun* açıkça belirlediği gibi "Kefilin borcu aynen edaya mecbur olmaması, istediği takdirde -aynen edanın kefil tarafından da mümkün olması halinde- para yerine esas borcu edasına engel oluşturmayacaktır. Kefalet akdinin niteliği kefile aynen eda imkânının tanınmasına engel değildir. Zira kefil aynen eda suretiyle de alacaklının borç ilişkisinden doğan menfaatlerini tatmin etmiş olmaktadır. -Kaldı ki, BK. 67. maddeye göre borcun bizzat borçlu tarafından eda edilmesinde alacaklının menfaati bulunmadıkça, borçlu borcunu bizzat edaya mecbur tutulmamaktadır. Üçüncü bir şahıs borçlunun rızası hilafına dahi bu borcu yerine getirebilecektir. Herhangi bir üçüncü şahsa tanınan bir imkânın borcun edasını taahhüt etmiş olsa kefile de ait olacağına şüphe yoktur. Başkası tarafından da edası mümkün olan bir borca kefalet halinde, kefil isterse uğranılan zararı tazmin, isterse asıl borcu aynen eda edebilecektir. -Kefile asıl borcu aynen eda imkânını tanımamak, onu mutlaka tazminat ifasına mecbur etmek kanun koyucunun kefilini himaye amacına aykırı düşecektir. Esasen kefalet hükümlerinde kefilin aynen edada bulunamayacağı hususunda hiçbir açıklık da mevcut değildir. Aksinin kabulü halinde, kanunî bir

mesnede dayanılmaksızın kefilin durumu ağırlaştırılmış olur. Kefil her zaman üçüncü şahıs sıfatı ile alacaklıya asıl borcu aynen ifa edebilirse de kefil sıfatı ile bu edada bulunamadığı takdirde, kefile tanınan kanunî halefiyet hakkından istifade edemeyecek ve bu edasından dolayı asıl borçluya karşı kefalet hukukundan ötürü bir rücu hakkı olmayacaktır. Bu çözüm ise kanun koyucu tarafından arzu edilmiş olamaz. -Kefalet senedine, kefilin asıl borcu bizzat eda edeceği hususunda bir kayıt konabilirse de, bu kayda rağmen kefil isterse aynen edada, isterse tazminat şeklinde bir ödeme bulunabilir. Kefilin münhasıran, mutlak şekilde aynen edada bulunacağını taahhüt etmesi halinde ise, bu bir kefalet değil, diğer bir borçlar hukuku ilişkisi özellikle birlikte borç üstlenme oluşturur"<sup>29</sup>.

Aynı şekilde alacaklının kendi alacağı için kefil olması, alacaklı bulunduğu müddetçe hukukî bir değer taşımayacaktır. Ancak kefalet senedinde alacaklının kefil olarak gözükmesi, alacağın temliki halinde müstakbel alacaklıya yapılan bir icap niteliğindedir"<sup>30</sup>.

### 5. Kefilin borcunun fer'i (yan) borç olması

Kefaletin şahsî teminat sağlama amacına uygun olarak, kefilin borcu, asıl borca özel bir şekilde bağlıdır. Kefalet ancak kefil olunabilen, yani hukukça tanınan bir asıl borcun varlığı durumunda doğabilir, varlığını sürdürebilir, asıl borcun sona ermesi ile birlikte sona erer, kefilin sorumluluğu asıl borçlunun sorumluluğundan daha ağır olamaz, asıl borçtan ayrı olarak kefalet borcu başkasına geçirilemez, kefilin alacaklıya karşı asıl borçlunununkilerle aynı defileri vardır. Bütün bu doğrultularda kefilin borcu, asıl borca bağlıdır, onun fer'i niteliğindedir"<sup>31</sup>. *Karahasan*, kefaletin bu özelliğini şu şekilde özetlemiştir: "Kefilin borcu, *yan (ferî) niteliktedir*; baş borcun *varlığına ve geçerliğine* bağlıdır. Baş borç yoksa kefillik söz konusu olmaz. Baş borç geçersiz (çürük, batıl) ise, kefillik de *geçersizdir*. Kısacası, *kefillik*, baş borcun yazgısını paylaşır. O nedenle, baş borç *sona ererse*, kefillik *son bulur*. Kefilin sorumluluğu, baş borçlunun sorumluluğundan *daha çok olamaz*. Alacak, baş borçluya karşı *ivedili (muaccel) olmadıkça*, kefile karşı da *ivedilik kazanamaz*. Kefillik alacağı, *baş alacaktan bağımsız olarak geçirilmemez*. Kefil baş borçluya değil (*ait*) *tüm savuları ve itirazları* alacaklıya karşı ileri sürebilir. Kefilliğin *yan nitelikte* bir borç olması nedeniyle alacaklı, baş borcun yanı sıra kefilliğin de varlığını *tanıtlaması gerekir*"<sup>32</sup>.

Fer'i (yan) borç olma, kefaletin en belli başlı ayırıcı niteliğidir. Gerçekten müteselsil kefalette dahi kefalet borcu, fer'i (yan) borç olarak kalır. Fer'ilik kaldırıldı mı, kefalet değil, bir garanti sözleşmesi ya da bir müteselsil borç

ilişkisi vardır. Fer'ilik prensibinin az sayıdaki daraltım ya da istisnaları, kefilin gözetilmesi, kefaletin şahsî teminat sağlama amacı ya da hakkaniyet düşüncelerinin gözönünde tutulmasıyla açıklanırlar (MK. m. 639, İİK. m. 196 ve m. 295)<sup>33</sup>.

### **6. Kefilin borcunun ikinci derecede (tâli) borç olması**

Kefilin borcunun ikinci derecede olma niteliği<sup>34</sup> özellikle âdi kefalette kendini gösterir; kural olarak borçluya karşı takip yapıp bu takip semeresiz kalmadan ve kefaletten önce verilmiş rehne başvurmadan âdi kefil takip olunamaz. Ancak müteselsil kefalette de, alacaklı borç muaccel olunca doğrudan doğruya kefile başvurabilse bile, kefilin ikinci derecede borçlu olduğu kabul edilebilir. Örneğin, asıl borç muaccel olmadıkça kefilin borcu da muaccel olmaz; paradan başka borçlara kefalette, ancak asıl borçlunun borcunu yerine getirmedikçe tesbitinden sonra müteselsil kefil takip olunabilir<sup>35</sup>.

### **7. Kefalet sözleşmesinin tek tarafa borç yükleyen sözleşme olması**

Kefalet sözleşmesinin kanunî tanımından, amacından ve sebebinden anlaşıldığı gibi yalnızca kefil asıl borçlu durumundadır; bu sözleşme ile alacaklı kefile karşı bir borç altına girmez. BK. m. 493-494 ile m. 499-502'nin getirdiği kurallar, yalnızca alacaklının kefile karşı haklarını kullanabilmesinin gereklerini öngörmektedirler; bu anlamda külfet olma hukukî niteliğini haizdirler<sup>36</sup>. Kefalet bundan dolayı tek tarafa borç yükleyen bir sözleşmedir<sup>37</sup>.

Kefalet aktinin sadece kefile mükellefiyet yüklemesi ve bu şekilde ivazsız olması, fer'ilik gibi zorunlu bir unsur değildir. Kefaletin tam iki taraflı sözleşme haline gelmesi, niteliğinde bir değişiklik meydana getirmez. Kefalet aktinin ivazlı olması, ancak karşı âkit olan alacaklının bir borç altına girmesi halinde sözkonusu olacaktır. Asıl borçlunun kefile menfaat sağlaması, ivaz olarak değerlendirilemeyecektir. Halbuki bir kefil temin edilmesinde genelde asıl borçlunun büyük menfaati vardır. Alacaklı, kefilin bulunması ile ilgilenmez; sadece geçerli bir kefil gösterildiği takdirde kredi vermeye razı olduğunu bildirir. Kefili kefalet taahhüdü altına sokmak için ona menfaat vaad etmek asıl borçluya düşer. Örneğin bankalar, ancak aldıkları komisyon karşılığı müşterilerine kefil olmayı kabul ederler. Böyle bir komisyon alınması da, kefaleti ivazlı hale getirmez<sup>38</sup>.

Kefaletin bu şekilde ivazsız olması, alacaklıya karşı bir bağışlamanın varlığı anlamına da gelmez. Kefilin verdiği güvence, alacaklının malvarlığında bir zenginleşmenin gerçekleşmesini sonuçlandırmamaktadır. Alacaklı, kefilin ödemesiyle, asıl borçluya müracaat hakkını kaybeder; kefil ise, ödemesi

oranında asıl borçluya karşı bir alacak hakkı elde eder. Böylece kefalet yükümlülüğü, tarafların malvarlığında bir değişikliği sonuçlandırmamış olmaktadır<sup>39</sup>.

### **8. Kefalet sözleşmesinin bağımsız sözleşme olması**

Kefalet sözleşmesi, asıl borcu doğuran hukukî ilişkiden ayrı muhtevası ve hukukî illeti olan tamamıyla bağımsız bir sözleşmedir<sup>40</sup>. Kefaletin temin ettiği asıl borcun sözleşmeden, haksız fiilden ya da sebepsiz zenginleşmeden doğması mümkün olduğu halde; kefaletin hukukî illeti daima alacaklıya teminat sağlamak şeklinde kendini gösterir. Yine asıl borçlu, yapma, yapmama ya da paradan başka bir şeyi verme edimleriyle borçlu olabileceği halde kefilin borcu daima para borcu şeklinde kendini gösterir<sup>41</sup>.

## **II. Kefalet sözleşmesinin geçerlilik koşulları**

Kefalet sözleşmesinin geçerlilik koşulları, geçerli bir asıl borcun bulunması, esas bakımından geçerli bir kefalet sözleşmesinin yapılması ve kefalet sözleşmesinin yazılı şekilde yapılması şeklinde sıralanabilir<sup>42</sup>. Şöyle ki:

### **1. Geçerli bir asıl borcun bulunması**

Kefalet sözleşmesi, yerine getirilmemesi halinde kefilin sorumlu olmayı yükümlendiği geçerli bir asıl borç bulunmadıkça<sup>43</sup> hüküm taşımaz. Bu bakımdan şu hususlar önem taşır:

(i) BK. m. 485 c. 1'e göre "kefalet, ancak muteber bir borç hakkında cereyan eder"<sup>44</sup>. Böylece asıl borç, hukuka ya da ahlâka ve âdaba aykırılık<sup>45</sup>, başlangıçtaki imkânsızlık, şekle aykırılık<sup>46</sup>, muvazaa, ayırt etme gücünün bulunmaması gibi bir nedenle kesin hükümsüz olan bir hukukî işlemde doğmuş ise, kefalet de geçerli olmaz. Kefilin asıl borçla ilgili kesin hükümsüzlük nedenini bilmesi kefaletin geçersizliğini etkilemez.

Diğer hükümsüzlük hallerinden olan iptal kabiliyetinde asıl borçlu tek taraflı bozucu yenilik doğuran hakkını kullanırsa; askıda hükümsüzlük ya da noksanlık durumlarında hükümsüzlüğün sebebine göre asıl borçlunun kanunî temsilcisi muameleye icazet vermezse, alacaklı ya da asıl borçlu muameleyi iptal hususundaki yenilik doğuran hakkını kullanırsa asıl borç geçersiz hale gelir ve kefilin borcu da artık hüküm ifade etmez. Diğer durumlarda asıl borç geçerli olduğundan kefilin borcu da geçerli olarak varlığını sürdürür. Ancak kefil, bizatihi kendisi sözkonusu yenilik doğurucu hakları kullanarak asıl borcu geçersiz hale getiremez<sup>47</sup>.



Fakat BK. m. 485 c. 3'e göre "hatâ yahut ehliyetsizlik sebebiyle borçlunun mes'uliyetini icap etmiyen bir akidden mütevellit borca kefalet, eğer kefil akdin borçlu yüzünden olan bu fesadına taahhüt esnasında vâkıf ise muteber olur"<sup>48</sup>. Burada iki ihtimal sözkonusu olabilir<sup>49</sup>: Kefilin icazet veya iptal hakkının kullanılma süresinin geçmesi üzerine asıl borcun geçerli olması şartıyla kefalet borcu altına girdiği durumda, bu şekilde gelecekteki bir borç için kefalet hakkında böyle bir hüküm konulmasına gerek yoktu; çünkü zaten BK. m. 485 c. 2'ye göre bu çeşit kefil olmalar geçerli kabul edilmektedir. Kefil iptal hakkının kullanılmasını ya da icazetin verilmemesini gözönünde tutarak geçerli olmayan bir borç için kefalet altına girmiş olabilir; bu takdirde artık gerçekte bir kefalet değil, asıl borcun geçerliliğine bağlı olmayan garanti sözleşmesi sözkonusu olur<sup>50</sup>; işte BK. m. 485 c. 3, özellikle bu ihtimal gözönünde tutularak konulmuştur. Ancak madde metninde kefaletin geçerli olduğunun öngörülmesi, bu bakımdan isabetli olmamıştır. Zaten İsv. BK. m. 492 f. 3'e göre bu duruma ilişkin olarak kefilin kefalet hukukunun kurallarına göre sorumlu tutulacağı belirlenmiştir<sup>51</sup>. BK. m. 485 c. 3, asıl borçlunun hatası sebebiyle bağlı olmadığı sözleşmelerden, sınırlı ehliyetsizlerin yaptığı sözleşmelerden doğan borçlara kefalet hakkında uygulanabilir<sup>52</sup>; diğer durumlarda bu hükmün uygulanma kabiliyeti yoktur.

(ii) BK. m. 485 c. 2'ye göre "müstakbel zamana muzaf yahut şarta muallak bir borç, hüküm ifade edeceği zamanın hulûlü ve şartın tahakkuku halinde muteber olmak üzere kefaletle raptolunabilir"<sup>53</sup>. Böylece asıl borcun kefalet sözleşmesinin yapıldığı anda mevcut olmasına gerek yoktur; muaccel olan kefaletin yerine getirilmesi alacaklı tarafından istenildiği zaman asıl borcun mevcut olması yeterlidir. Geciktirici şarta bağlı bir borç için kefil olununca, kefalet borcu sözleşmenin kurulmasıyla doğar, ancak şartın gerçekleşmesiyle hüküm ifade eder. Bozucu şarta bağlı borca kefalette ise, şartın gerçekleşmesiyle kefilin borcu da ortadan kalkar<sup>54</sup>.

(iii) Eksik borçlara kefaletin geçerli olup olmayacağı tartışmalıdır<sup>55</sup>. Ancak İsv. BK. m. 502 f. 1'e göre zamanaşımına uğramış borçlara, f. 4'e göre kumar ve bahisten doğan borçlara kefalet mümkündür<sup>56</sup>. Bununla birlikte kefil zamanaşımı savunmasını ileri sürmek ve kumar ve bahisten doğan borçlarda alacağın takip edilemeyeceği itirazını<sup>57</sup> yapmakla yükümlüdür. Aynı çözümlerin hukukumuzda da geçerli olması gerektiği savunulabilir<sup>58</sup>.

## **2. Esas bakımından geçerli bir kefalet sözleşmesinin yapılması**

Kefalet sözleşmesi, diğer sözleşmeler gibi BK. m. 19 ve m. 20'de öngörülen sınırlamalar içinde geçerli bir tarzda yapılabilir. Ancak tek tarafa

borç yükleyen bir sözleşme olan kefalette kefilin fiil ehliyeti, irade bozuklukları ve kefaletin temsilci eliyle yapılması konuları üzerinde özellikle durulması gerekir. Şöyle ki:

(i) Kefalet sözleşmesinin geçerli olarak yapılabilmesi için kefilin tam fiil ehliyetine sahip olması gerekir<sup>59</sup>. MK. m. 449'a göre vesayet altındaki küçükler ve kısıtlılar, kendileri kefalet sözleşmesi yapamayacakları gibi vasileri de onlar için böyle bir sözleşmeye girişemezler. Bu yasak, MK. m. 342 f.3'ün atfı dolayısıyla velayet altındaki küçükler hakkında da geçerlidir<sup>60</sup>. Ancak MK. m. 453'e göre, sınırlı ehliyetsize, bir meslek veya sanatın yürütülmesi için izin verildiği durumlarda, bununla ilgili her türlü olağan işlemleri yapmaya yetkili olduğundan, meslek ve sanatının yürütülmesi ile ilgili olarak kefaleti yapabileceği kabul olunmalıdır. MK. m. 429 b. 9'a göre yasal danışmanı bulunan kimsenin kefil olabilmesi için danışmanının izni gerekir<sup>61</sup>. EMK. m. 169 f. 2'ye göre evli kadının kocası menfaatine giriştiği kefalet sulh hakimi tarafından tasdik edilmedikçe geçerli olmazdı<sup>62</sup>. Bu maddeyi karşılayan MK. m. 193 "Kanunda aksine hüküm bulunmadıkça, eşlerden her biri diğeri ve üçüncü kişilerle her türlü hukukî işlemi yapabilir" hükmünü içermektedir. Bundan dolayı evli kadının eşi lehine kefil olması için sulh hakiminin iznine lüzum kalmamıştır. İsv. BK. m. 494 f. 1'e göre evli bir kimsenin geçerli olarak kefil olabilmesi için -ortada mahkeme tarafından verilmiş bir ayrılık kararı bulunmadığı takdirde- eşinin yazılı muvafakati gerekir; f. 2'ye göre ise tacirler ve ticaret ortaklıklarının yöneticilerinin kefaleti için bu şart aranmaz<sup>63</sup>.

İİK. m. 290'a göre kendisine konkordato için verilen mühletin ilanından itibaren borçlunun kefil olması yasak ve aksine yaptığı sözleşme mutlak surette batıldır. Ancak müflis kefil olabilir; fakat alacaklı, iflâsın kaldırılması üzerine kefaleti dolayısıyla kefile başvurabilir<sup>64</sup>.

Özel hukuk tüzel kişilerinin hak ve fiil ehliyetleri kuruluş muamelesinde (dernek tüzüğü, vakıf senedi, ortaklık ana sözleşmesi gibi) belirtilen amaçları ile sınırlı olduğundan<sup>65</sup>, bu tüzel kişiler ancak bu amaçların gerçekleştirilmesi ile ilgili olarak kefil olabilirler. Kamu tüzel kişilerinin kefil olma ehliyetini de kuruluş kanun veya kararnamelerindeki hükümlere ve maksatlarına göre tayin etmek gerekir<sup>66</sup>.

(ii) Kefalet sözleşmesinde asıl borçlunun kefil olması dolayısıyla kefilin asıl borçlunun kimliğinde, yaptığı sözleşmenin veya asıl borcun niteliğinde yanılması genellikle BK. m. 24 anlamında esaslı bir hata teşkil edebilir. Aynı şekilde yalnız doğacak borçlar için kefil olduğunu sanan bir kişinin mevcut borçlara da kefil olduğu ileri sürülürse, o da esaslı hata iddiasında bulunabilir.

Ancak İsv. BK. m. 499 f. 3, kefaletin kural olarak ilerideki borçlar için olduğu hususunda bir karine öngörmektedir ve bu hüküm çerçevesinde kefilin bu duruma ilişkin olarak esaslı hataya dayanması imkânsız olmaktadır. Kefilin asıl borçlunun ya da birlikte kefil olduğu kimselerin ödeme gücünde, başka teminatların varlığı konusunda yanılması gibi durumlar, saik hatası niteliği taşıdığı için ancak BK. m. 24 b. 4'deki şartların gerçekleşmesiyle gözönünde tutulabilecektir. BK. m. 488 c. son'a göre <sup>67</sup>"kefaletin, aynı borca diğer kimselerin de kefalet etmesi şartile vaki olduğuna alacaklının vukufu bulunduğunu kabule mahal olan hallerde bu şart tahakkuk etmezse, kefil mes'uliyetten beri olur"<sup>68</sup>.

Diğer taraftan kefilin hataya düştüğünü alacaklıya bildirmesi üzerine, alacaklı BK. m. 25 f. 2 uyarınca, sözleşmenin onun istediği tarzda hüküm ifade etmesini kabul ederse, artık kefil sözleşme ile bağlı olmadığını ileri süremez<sup>69</sup>.

Kefilin iradesinin hile ya da ikrah sebebiyle sakatlandığı durumlar da BK. m. 28-31 hükümleri çerçevesinde<sup>70</sup> değerlendirilmelidir<sup>71</sup>.

(iii) Kefalet sözleşmesi gerek kefil gerekse alacaklı tarafından temsilci vasıtasıyla yapılabilir<sup>72</sup>. Ancak kefalet sözleşmesinde kefilin şahsî niteliklerinin önemi dolayısıyla dolaylı temsilci aracılığı ile bu muameleyi yapamaması gerekir<sup>73</sup>. Alacaklının kefalet sözleşmesinde dolaylı temsilci aracılığı ile hareket etmesinde hukukî bir sakınca yoktur. İsv. BK. m. 493 f. 6'ya göre kefalet altına girmek için özel temsil yetkisi verme muamelesinin kefaletin geçerlilik şeklinde verilmesi gerekir<sup>74</sup>. Hukukumuzda böyle bir hüküm bulunmadığından kefil olmak için özel temsil yetkisinin aranması gerekmediği gibi böyle bir yetki vermenin de herhangi bir geçerlilik şeklinde yapılmasının şart olmadığı savunulabilir<sup>75</sup>.

### **3. Kefalet sözleşmesinin yazılı şekilde yapılması**

BK. m. 484'e göre<sup>76</sup> "kefaletin sıhhati, tahrirî şekle riayet etmeğe ve kefilin mes'ul olacağı muayyen bir miktar iraesine mütevakıftır"<sup>77</sup>. Bu hükmün anlam ve kapsamının belirlenmesi, bazı noktaların açıklanması ile mümkün olabilir. Şöyle ki:

(i) BK. m. 484'ün öngördüğü yazılı şekil şartı, genellikle karşılıksız olarak yükümlülük altına giren ve nasıl olsa asıl borçlunun borcunu ödeyeceği düşüncesiyle üstlendiği tehlikenin önemini çoğu zaman gereği gibi farketmeyen kefilin daha iyi düşünmeğe sevk etmek ve yüklendiği tehlikenin kapsamı hususunda onu uyarmak amacıyla gütmektedir<sup>78</sup>.

Kefalet sözleşmesinin geçerliliği için kefilin beyanının âdi yazılı şekilde<sup>79</sup> yapılmış olması ve onun tarafından, temsilcisi kefil adına beyanda bulunuyorsa temsilci tarafından imzalanması yeterlidir<sup>80</sup>. Alacaklı, kefile karşı bazı borçlar altına girse bile bu borçların kefalet senedinde gösterilmesine ve senedin alacaklı tarafından imzalanmasına gerek yoktur<sup>81</sup>.

BK. m. 484'de aranan şekil, bir ispat şekli olmayıp geçerlilik şeklidir.<sup>82</sup> O halde gerekli şekle uyulmadan yapılan kefalet, uygulamada ve doktrinde hâkim görüş uyarınca, kesin hükümsüzdür. Hâkim, taraflardan birinin şekil noksanını ileri sürmesini beklemeksizin, re'sen kefaletin gerekli şekilde yapılp yapılmadığını araştırmak durumundadır<sup>83</sup>. Kefilin, şekil noksanlığı taşıyan kefalete dayanarak ödemede bulunması, kefaleti geçerli hale sokmaz. Geçerli bir kefaletin var olduğu zannıyla ödemede bulunan kefil, verdiği iadesini, sebepsiz zenginleşme kurallarına göre isteyebilecektir<sup>84</sup>. Kefilin ödemede bulunması, verdiği iadesini istemesinin dürüstlük kuralına aykırı olacağı şeklinde bir iddiayı da haklı kılmaz. Buna karşılık kefilin kefaletin geçersizliğini bilerek ödemede bulunması, bir elden bağışlama oluşturur ve verilen şeyin iadesi istenemez<sup>85</sup>. Kefaletle şeklin bir ispat şekli olmayıp geçerlilik şekli olmasının bir sonucu da, kanunun aradığı şekilde düzenlenmiş bir kefalet senedinin kaybolmasına veya imha edilmesine rağmen, kefaletin geçerli olarak varlığını sürdürmesidir; ancak bu hususun ispatı, HUMK. m. 288 vd. hükümlere göre olacaktır. Kefilin mahkemede kefalet borcunu ikrar etmesi, kefaletin şekle aykırılık sebebiyle geçersizliğini ortadan kaldırmaz; bir kimseye kefil olup olmadığı konusunda yemin teklif edilmeyeceği gibi şekle uygun olarak yapılmamış bir kefalet taahhüdünün varlığı için tanık da dinlenemez<sup>86</sup>.

(ii) Kefalet senedinde kefilin yükümlülüğüne ilişkin objektif ve subjektif bakımdan esaslı noktaların gösterilmesi gerekir. Şöyle ki:

(a) Kefalet senedinde özellikle ferdileştirilmiş yabancı borcun gösterilmesi lâzımdır. Asıl borcun ferdileştirilmesi, kural olarak alacaklının ve borçlunun adlarının, borcun niteliğinin, kapsamının, borçlanma sebebinin (illetinin) kefalet senedinde gösterilmesi tarzında olur. Ancak bu unsurlardan bazılarının eksikliği, kefalet sözleşmesinde belirtilen diğer unsurlar aracılığı ile giderilebiliyorsa veya olayın koşulları gözönünde tutularak yorum yoluyla asıl borcun tanımlanması kabil ise, kefaletin geçerliliğini etkilemez<sup>87</sup>.

Alacaklının adıyla gösterilmesi zorunlu değildir; onun belli edilebilir olması kâfidir. Reisoğlu'na göre, "Kefilin henüz belli olmıyan müstakbel bir alacak için dahi, önceden bir kefalet senedi düzenleyip bunu borçluya vermesi mümkündür. Şüphesiz kefalet akdi de tarafların iradelerinin birleşmesiyle, yani alacaklının kabulü ile inikat eder. Ancak burada alacaklının kabulü çok defa

zımnîdir, senedi kabul etmek suretiyle iradesini açıklamış olur. Kefil için alacaklının şahsından çok, asıl borçlunun ödeme gücü esas olduğundan, alacaklının isminin kefalet senedinde yer almaması kefilin korunmasını zedeler nitelikte değildir<sup>88</sup>. Herhangi bir borç için verilmiş soyut bir kefalet geçerli olmamakla birlikte asıl borcun tayini kabil olması yeterlidir. Asıl borcun tutarının da mutlaka rakamla kefalet senedinde gösterilmesi gerekmez; yorum yoluyla veya asıl borç senedinde yapılan atf aracılığı ile tesbit edilmesi mümkündür. Ancak asıl borçlunun malvarlığı durumu ve ödeme gücü kefil için büyük önem taşıdığından, asıl borçlunun kim olduğunun doğrudan doğruya veya açıkça anlaşılan bir atfıla kefalet senedinde belirtilmesi<sup>89</sup> gerekir<sup>90</sup>; fakat borcun nakli durumunda kefilin borcun nakline razı olması, BK. m. 176 f. 2'ye göre herhangi bir geçerlilik şekline bağlanmamıştır<sup>91</sup>; halbuki sözkonusu rıza, İsv. BK. m. 493 f. 5 c. 2'ye göre yazılı olmalıdır<sup>92</sup>.

(b) BK. m. 484'de kefaletin geçerliliğinin kendisine bağlı tutulduğu kefalet senedinde kefilin sorumlu olacağı belli miktar gösterilmesi şartının nasıl yerine getirileceği konusunda uygulamada çeşitli yorum tarzlarının benimsendiği görülmektedir<sup>93</sup>. İsv. BK. m. 493 f. 1'e göre kefaletin geçerliliği için, kefalet senedinde kefilin sorumlu olacağı en yüksek miktarın kesin rakamla belirtilmesi gereklidir. Aynı sonucun bizde de kabul edilmesi, kefalet hukukunun kefil koruma amacından çıkarılabilir<sup>94</sup>. Kefilin sorumlu olacağı en yüksek tutar kapsamına ana para ile birlikte borçlunun diğer yan borçlarının toplamı da girer. Ancak asıl borç tutarından düşük bir tutar için kefil olan kimse, aksi kararlaştırılmadıkça, borcun tamamı ödeninceye kadar bu düşük tutar sınırı içinde de olsa sorumlu olmakta devam eder<sup>95</sup>.

Reisoğlu'nun belirlediği gibi "Türk Parasının Kıymetini Koruma Kararı hükümlerine göre yabancı para üzerinden nakti ve gayrınakdi kredi verilmesi mümkün bulunmaktadır. Yabancı para üzerinden yapılan sözleşmelere Türk Lirası belirtilerek kefalet alındığı takdirde, kefilin sorumlu olacağı azamî Türk Lirasının, yabancı paranın Türk Lirası karşısında kazanacağı değer tahmin edilerek belirlenmesi gerekir. -Burada tartışılması gerekli olan husus, kefilin sorumlu olacağı azami meblağın yabancı para cinsinden gösterilip gösterilemeyeceğidir. Aynî bir teminat olan ipotekten farklı olarak, kefil olunan meblağın Türk Lirası ile belirlenmesi yasal bir zorunluluk değildir. Kaldı ki; Medeni Kanun'da 3678 s.lı yasa ile yapılan değişikliklerde (MK. md. 766/a) döviz üzerinden ipotek verilmesi dahi kabul edilmiştir. -Azami meblağın yabancı para olarak gösterilmesi Türk hukuku açısından geçerlidir. Kural olarak kefilin yabancı paranın Türk Lirası karşısındaki değer kazanma oranını ve böylece azami sorumluluk sınırını tahmin etmesi mümkündür. Türk Lirasının beklentinin çok üstünde değer kaybetmesi halinde ise kefil aradaki farkın

garantisi dışında kaldığını iddia edebilecektir. Kefaletin yabancı para üzerinden belirlenmesinde en dar ve aleyhte yorum ise; kefilin tekeffül tarihindeki yabancı para karşılığı Türk Lirası ile sorumlu tutulmasıdır. Ancak bu görüşe, yasa koyucunun kefilin koruma amacını aşması nedeniyle katılma olanağı yoktur<sup>96</sup>.

(c) Kefalet sözleşmesinde kefilin sorumlu olacağı en yüksek tutarı artıran veya sorumluluk şartlarını ağırlaştırarak sonraki değişikliklerin BK. m. 484'de öngörülen şekilde yapılması ve sorumluluk tutarının artırılması söz konusuysa yeni tutarın sayı ile gösterilmesi gerekir. Kefilin sorumluluğunu hafifletici değişikliklerde ise şekil şartının aranmasına gerek olmadığı savunulabilir<sup>97</sup>.

(d) Kefil yönünden subjektif bakımdan esaslı olan noktalar da, yani bunlar olmaksızın kefalet sözleşmesinin yapılmayacağı sözleşme hükümleri, kefilin sorumluluğunu ağırlaştırdıkları takdirde, kefalet senedinde yer almalıdırlar. Böyle bir ağırlaştırma, kefilin sorumluluğunun kanunî kapsamını genişletmek veya bu sorumluluğun tabii olduğu kanunî şartların bir kısmından vazgeçmek, bu kanuni şartları kefilin aleyhine değiştirmek ya da kefaletin kapsamına sözleşmenin yapılmasından önce doğmuş borçları da sokmak biçiminde olabilir. Buna karşılık kefilin durumunu hafifleten yan şartlar subjektif bakımdan esaslı olsalar bile, bunların kefalet senedinde gösterilmesi zorunlu değildir<sup>98</sup>. Ancak kefaletin çeşidi, kefilin sorumluluğunu hafifletici nitelikte olsa bile kefalet senedinde gösterilmelidir; aksi halde âdi kefalet olarak nitelendirilmesi gerekir<sup>99</sup>.

(iii) Kefalet yapma vaadi de, BK. m. 22 f. 2 uyarınca, ileride yapılacak kefaletin şekline bürünmelidir<sup>100</sup>; gerçekten BK. m. 484'de kefalet için öngörülen şekil üçüncü kişileri değil, daha çok taraflardan biri olan kefilin korunma amacını gütmektedir. Diğer taraftan madde metninde "iki tarafın menfaatleri" için şekle uyulması gereken hallerden söz edilmesine rağmen; tek tarafın menfaatinin korunması düşünülen hallerde de onun sözleşme yapma vaadi için yine aynı esas uygulanmalıdır. *Kefalet yapma vaadinin pratik önemi*, bu sebeple alacaklıdan başka bir kişiye, örneğin *asıl borçluya yapılması durumunda vardır*<sup>101</sup>. Bir kimsenin örneğin borçlunun alacaklıya karşı bir kefil bulma yükümlülüğü altına girmesine ilişkin sözleşmenin kefalet şeklinde yapılması zorunlu değildir<sup>102</sup>.

### III. Kefaletin çeşitleri

BK. m. 486-489 arasında kefaletin çeşitleri, âdi kefalet, müteselsil kefalet, birlikte kefalet, kefile kefalet ve rücu kefalet olarak düzenlenmiş bulunmaktadır. Bunların dışında İsv. BK. m. 495 f. 3'de düzenlenen "zarara

yahut açığa kefalet" vardır. Şimdi de bu kefalet çeşitleri, kavram olarak incelenecektir. Ancak bu kefalet çeşitlerinin, öncelikle, bireysel kefalet (cautionnement individuel) ve toplu kefalet (cautionnement plural) olmak üzere iki gruba ayrılması lazım gelecektir. Bir kefilin, alacaklıya karşı bir ve aynı borca kefil olması durumunda, bireysel kefalet vardır; âdi kefalet ve âdi kefaletin "özel görünümleri" olan açığa (zarara) kefalet, kefile kefalet ve rücu kefalet ile müteselsil kefalet, bireysel kefalet türleridir. Birden fazla kefilin bir ve aynı borca kefil olmasında ise, toplu kefalet sözkonusudur; toplu kefiller, aynı borca, birbirlerinden bağımsız olarak kefil olabilirler (le cautionnement indépendant: die Nebenbürgschaft) veya her kefil, diğer kefillerden sorumlu olmaksızın borcun bir kısmı için kefil olabilir (le cautionnement par quotes-parts) ya da kefiller bölünebilir bir borca birlikte kefil olabilirler (le cautionnement conjoint). Birlikte kefalet de, âdi birlikte kefalet ve müteselsil birlikte kefalet şeklinde gerçekleştirilebilir<sup>103</sup>. Aşağıda her bir kefalet çeşidi ayrı ayrı ele alınacaktır.

### 1. Âdi kefalet

Kefaletin asıl şekli, âdi kefalettir; taraflar kefaletin müteselsil olduğunu açıkça kararlaştırmamışlarsa veya bu hususta tereddüt bulunduğu takdirde kefaletin âdi kefalet (le cautionnement simple: die einfache Bürgschaft) olarak kabul edilmesi gerekir<sup>104</sup>.

*Âdi kefalette kefilin borcu, aynı zamanda hem fer'i hem de tali niteliktedir. Bu sebeple kefilin, alacaklıya karşı tartışma ya da peşin dava def'i ile asıl borcun kefaletten önce veya kefaletle aynı zamanda rehin ile temin edildiği durumlarda bu def'iden ayrı olarak rehnin paraya çevrilmesi def'inde bulunma imkânı vardır*<sup>105</sup>.

#### a. Âdi kefilin tartışma (peşin dava) def'i<sup>106</sup>

BK. m. 486 f. 1'e göre "*âdi kefalette kefilin borç ile mutalep olması ancak kefalet akdinden sonra borçlunun iflâs etmesi veya hakkında takibat icra olunup ta alacaklının hatası olmaksızın semeresiz kalması yahut borçlu aleyhinde Türkiye'de takibat icrasının imkânsız hale gelmesi ile meşruttur*"<sup>107</sup>. Böylece kanun metninde sayılan haller dışında âdi kefil, kendisine müracaat eden alacaklıya karşı önce asıl borçlunun takip edilmesini talep edebilecektir; aksi halde bu def'i ileri sürmeksizin alacaklıya ödemedede bulunan kefil, alacaklıdan ödediğini geri alamayacaktır; ancak bu durumun asıl borç ilişkisine

herhangi bir etkisi olmayıp kefilin rücu hakkı varlığını sürdürür<sup>108</sup>. Âdi kefilin bu defî imkanından başlangıçta veya sonradan feragat etmesi mümkündür<sup>109</sup>.

BK. m. 486 f. 1'de sayılan tartışma definin (beneficium excussionis personale: le bénéfice de discussion personnelle) ileri sürülemeyeceği haller şu şekilde sıralanabilir<sup>110</sup>:

(i) *Borçlunun iflâsı*: Alacaklının kefile müracaatı için asıl borçlunun iflâsının açılması yeterli olup onun iflâs yoluyla tasfiyenin sonucunu, kesin bir borç ödemededen aciz vesikasının verilmesini beklemesine gerek yoktur. Ancak BK. m. 491 c. 1'e göre<sup>111</sup> "borçlunun iflâsı sebebi ile asıl borç vâdenin hulûlünden evvel muacceliyet kesbetse bile, kefil, asıl borcun ifası için tâyin olunan vadeden evvel borcu ödemeğe icbar olunamaz"<sup>112</sup>.

(ii) *Asıl borçlu hakkındaki takibin alacaklının kusuru olmaksızın semeresiz kalması*: Burada asıl borçlu aleyhinde haciz yoluyla yapılan takip sonucunda paraların paylaşılmasından sonra İİK. m. 143 uyarınca veya haczi kabil hiçbir malı bulunmaması dolayısıyla İİK. m. 105 f. 1'e göre bir kesin borç ödemededen aciz belgesinin alınması sözkonusudur. Takip, alacaklı tarafından kefaletin ilişkin olduğu borç için yapılmalıdır. Takibin semeresiz kalması alacaklının kusuru yüzünden olmuşsa, alacaklı kefile karşı olan haklarını kaybeder. Alacaklının hukuki engelleri aşmak için gerekli uğraşta bulunmaması, özellikle belgeleri sunmaması, süreleri kaçırmaması, çekişmeli alacak için dava açmaması gibi durumlar, kusurlu davranışlara örnek olarak gösterilebilir<sup>113</sup>. Ancak alacaklı, asıl borç muaccel olur olmaz asıl borçluyu takip zorunda değildir. Bu konuda kefaletin belli süreli olup olmadığına bakılmalıdır: Belli süreli kefaletlerde alacaklı, bu sürenin sona ermesinden itibaren bir ay içinde (BK. m. 493)<sup>114</sup> ve belli olmayan süreli kefaletlerde kefilin uyarması üzerine (BK. m. 494)<sup>115</sup> asıl borçluyu takip etmek yükümlülüğü altına girer. Burada önemli olan, alacaklının bir kez takibe başladı mı bunu özenle sonuçlandırmaya çaba göstermesidir<sup>116</sup>.

(iii) *Asıl borçluyu Türkiye'de takibin imkânsız olması*: Asıl borçlu kefaletin akdinden sonra başka memlekete nakletmiş ve Türkiye'de de malları bulunmuyorsa, kefil, alacaklıya karşı tartışma def'ini ileri süremez<sup>117</sup>.

b. Âdi kefilin rehlin paraya çevrilmesi def'i

BK. m. 486 f. 2'ye göre<sup>118</sup> "alacaklının alacağı kefaletten önce yahut aynı zamanda rehlinle temin olunmuş olduğu takdirde, âdi kefalette kefil borcun evvelemerde merhundan istifa olunmasını talep edebilir" (c. 1). Zaten İİK. m. 45'e göre "rehinle temin edilmiş bir alacağın borçlusu iflâsa tâbi şahıslardan



olsa bile alacaklı yalnız rehnin paraya çevrilmesi yolile takip yapabilir" (f. 1 c. 1). Böylece asıl borçlu hakkında cari olan önceden rehne başvurulması gereği, âdi kefil hakkında da vardır. BK. m. 486 f. 2 c. 1'de böyle bir hüküm olmasaydı bile BK. m. 497 f. 1 c. 1'den de bu sonucun çıkarılması bize mümkün görünmektedir. Gerçekten sözkonusu son hükme göre "kefil, asıl borçluya ait bütün defileri alacaklıya karşı dermeyeran etmek hakkını haiz ve bununla mükelleftir"; o halde âdi kefil de, asıl borçlunun İİK. m. 45 f. 1 c. 1 hükmüne göre önce rehnin paraya çevrilmesi gerektiği yolundaki savunmasını alacaklıya karşı başarılı bir şekilde ileri sürmek hakkını haiz ve bununla da yükümlüdür. Rehnin paraya çevrilmesi sonucu asıl borcun karşılanmayan kısmı için kefil, yukarıda açıklanan tartışma defini dermeyeran edebilecektir. Diğer taraftan İİK. m. 45 f. 2'ye göre rehnin kefaletten sonra verilmesi durumunda da âdi kefile rehnin paraya çevrilmesi defî (beneficium excussionis reale: le b n fice de discussion r elle) imkânını tanımaktadır. Hukukumuzda da BK. m. 497 f. 1 c. 1 ve İİK. m. 45 f. 1 c. 1 gereği olarak aynı sonucun kabul edilmesi gerekir. Bu bakımdan BK. m. 486 f. 2 metninde yer alan rehnin "kefaletten önce yahut aynı zamanda" olmasını arayan kaydın hiçbir hukuki değeri yoktur<sup>119</sup>. Buradaki rehin kapsamına, taşınır ya da taşınmaz, kanunî ya da akd  rehin hakları ile hapis hakkı da girer. Rehin konusu mal, borçluya,  c nc  kişiyeye, hatta kefile ait olabilir<sup>120</sup>. Borcu temin eden rehin konusu mal yok olmuşsa; kefil, artık rehnin paraya  vrilmesi definden yararlanamayacaktır. Ancak kefil, rehnin bu şekilde sona ermesinin alacaklıya isnadı kabil bir olay sonucu gerçekleştiğini ispatlayarak sorumluluktan kurtulabilir<sup>121</sup>.

BK. m. 486 f. 2 c. 2'ye göre "fakat borçlu müflis ise yahut borçlunun iflâsı il n olunmadıkça rehnin nakde tahvili kabil olmazsa, bu hüküm cereyan etmez" denilerek  di kefilin rehnin paraya  vrilmesi defini ileri süremeyeceği durumlar belirlenmektedir. Zaten borçlunun iflâsı,  di kefilin tartışma defini ileri sürmesini engelleyen bir durum olarak yukarıda açıklanmıştı. İİK. m. 45'in iflâs yoluna başvurmadan rehnin paraya  vrilmesi yoluyla takibe geçilmesini her zaman caiz gören hükmü karşısında yukarıda anılan "borçlunun iflâsı il n olunmadıkça rehnin nakde tahvili kabil olmazsa" şeklindeki kanun hükmünün de hiçbir hukukî değeri yoktur<sup>122</sup>.

## 2. Müteselsil kefalet

BK. m. 487 f. 1'e göre<sup>123</sup> "kefil borçlu ile beraber müteselsil kefil ve müşterek müteselsil borçlu sıfatile veya bu gibi diğer bir sıfatla borcun ifasını deruhte etmişse alacaklı asıl borçluya müracaat ve rehinleri nakde tahvil ettirmeden evvel kefil aleyhinde takibat icra edebilir"<sup>124</sup>.

Böylece müteselsil kefalette kefil, tartışma definden ve önce rehlin paraya çevrilmesi definden yararlanamamaktadır<sup>125</sup>. Bu çeşit kefalette kefilin sorumluluğunun tali olmadığı ileri sürülebilir, fakat fer'i niteliği saklı kalır. Müteselsil kefaletin sözkonusu olabilmesi için, müteselsil kefalet altına girmek iradesi sözleşmeden açıkça anlaşılmalıdır<sup>126</sup>. Ticarî borçlara kefalet halinde, sözleşmede aksi kararlaştırılmadıkça, gerek asıl borçlu ile kefil, gerek kefiller arasındaki ilişkilerde teselsül hükmü cari olur (TK. m. 7 f. 2)<sup>127</sup>. İcra zaptına geçirilen kefaletler de müteselsil kefalet hükmündedir (İİK. m. 38 c. 2)<sup>128</sup>.

Bunlar dışında Borçlar Kanununun kefalet sözleşmesine ilişkin hükümleri, müteselsil kefalet hakkında da uygulanır (BK. m. 487 f. 2).

### 3. Toplu kefalet

#### a. Bağımsız toplu kefalet

Birden fazla kimsenin birbirinden habersiz olarak aynı borca kefil olmaları durumunda bağımsız toplu kefalet sözkonusudur. Bu tür kefaletle gerçek olmayan anlamda birlikte kefalet de denilmektedir<sup>129</sup>. Bu durum, Borçlar Kanunumuzda düzenlenmiş değildir. Fakat İsv. BK. m. 497 f. son, bu tarz birlikte kefaleti şu şekilde düzenlemektedir: "Birden çok kefiller birbirinden bağımsız olarak aynı borç için kefil olmuşlarsa, herbiri kefil olduğu tutarın bütünü için sorumlu olur. Bununla birlikte, ödeyenin, başka türlü anlaşma olmadıkça, ötekilere paylarına göre başvurma (rücu) hakkı vardır"<sup>130</sup>.

Bağımsız toplu (gerçek olmayan anlamda birlikte) kefalette kefillerden hiçbiri borcun kısmen diğer kefil tarafından tediyesi def'ini ileri süremez<sup>131</sup>. Buna karşılık, her biri kural olarak tartışma definden yararlanır. Ödemede bulunan kefilin borçtan kurtardığı diğer kefillere karşı bir sebepsiz zenginleşme talebinde bulunabilmesi, hakkaniyet gereği kabul edilmelidir<sup>132</sup>.

#### b. Kısmî kefalet

Bu tür kefalette, birden fazla kefilen her biri, diğer kefillerden bağımsız olarak ve diğer kefillerden sorumlu olmaksızın, bir borcun bir kısmı için kefil olmaktadır. Bu kefiller arasında hiçbir hukukî ilişki yoktur; sadece birden fazla kefilin taahhüdünün yanyana ve birarada bulunması sözkonusudur. Bu kefalet türü, ne Borçlar Kanunumuzda ve ne de İsviçre Borçlar Kanununda düzenlenmiş değildir<sup>133</sup>.

#### c. Birlikte kefalet

Birlikte kefalet, birden fazla kefilin, aynı borca, müştereken kefil olmaları halidir. Gerçek birlikte kefalet de denilen<sup>134</sup> bu durum, BK. m. 488'de

düzenlenmiştir. Bu düzenlemeye göre, birlikte kefaletin varlığı için şu üç unsurun gerçekleşmesi gerektiği sonucuna varılabilecektir<sup>135</sup>:

(a) Birden fazla kişi, aynı ve tek bir borca kefil olmalıdır (la garantie d'une seule et même dette). Bu durum, borçlu ya da borçluların ve hukukî sebebin aynı olmasından sonuçlanır. Bir borcun belirli bir kısmı için de birlikte kefil olunabilir. Böyle bir ayniyetin müteselsil borçlulukta sağlanması, kefaletin tüm borçluları kapsamasıyla mümkün olabilecektir; aksi halde bir ayniyetten söz edilemeyecektir. Bu şekilde herhangi bir borca —hatta kefalet yahut rücu kefalet taahhüdüne de— kefil olunabilir. O halde müteselsil borçlulukta her müteselsil borçlu için ayrı ayrı kefil olunmasında yahut aynı borçlunun aynı alacaklıya olan birden fazla borçları için her borca ayrı ayrı kefil olunmasında, birlikte kefalet özelliği yoktur<sup>136</sup>.

(b) Yukarıda açıklanan bağımsız toplu kefaletten farklı olarak, birlikte kefalette, birden fazla kefilin müşterek bir kefalet taahhüdü altına girmeleri gerekir. Ancak burada birden fazla kimsenin aynı borca her biri diğerinin veya diğerlerinin de kefil olduğunu veya olacağını gözönünde tutarak kefil olmaları yeterli olup aralarında bu konuda açık bir anlaşma yapmalarına gerek olmadığı gibi aynı anda kefalet taahhüdü altına girmeleri de aranmaz<sup>137</sup>. İlk şartın, kefiller arasında bir objektif bağın bulunması ve bu şartın da kefiller arasında bir sübjektif bağın bulunması şeklinde ifade edilmesi imkanı vardır<sup>138</sup>.

(c) BK. m. 488 f. 1'in lâfzına göre, birlikte kefalet için, birden fazla kişinin bölünebilir (mütecezzi) bir borca (une dette divisible) kefil olmaları gerekir. Halbuki kefilin borcu, zorunlu olarak bir para borcudur ve her zaman bölünebilir<sup>139</sup>.

Bu şartlar dışında birden fazla kefilin kefalet taahhütlerinin aynı nitelikte ve aynı kapsamda olması şart değildir. Örneğin birlikte kefillerin biri veya birkaçı âdi birlikte kefil ve diğerleri de müteselsil birlikte kefil olabilir. Aynı şekilde kefalet şartları ve süreler de farklı olabilir<sup>140</sup>.

Gerçek birlikte kefalet âdi veya müteselsil olabilir. Şöyle ki:

(i) Âdi birlikte kefalet

BK. m. 488 c. 1'e göre "birden ziyade eşhas birlikte mütecezzi bir borca kefil oldukları takdirde bunlardan herbiri kendi hisseleri miktarınca âdi kefil gibi ve diğerlerinin hisseleri hakkında kefile kefil sıfatile mes'ul olur".<sup>141</sup> Ancak bölünmesi kabil olmayan bir borç için birlikte kefil olanlar hakkında da, kefilin borcu daima para borcu olduğu için BK. m. 488 c. 1 hükmü uygulanır<sup>142</sup>

Birlikte kefil, âdi kefilin sahip olduğu yukarıda belirlenen def'i imkânlarından ayrı olarak alacaklının ancak sorumlu olduğu payı oranında kendisine başvurmasını sağlamak için bölme def'inde (le b n fice de division) bulunabilir. Şekil bakımından her kefilin bütün sorumluluk tutarının senette gösterilmesi gerekir; her kefilin payına düŐecek sorumluluk önceden açıkça tespit edilmemiŐe, her biri eŐit paylarla sorumlu olurlar. Kendi payından fazla ödemede bulunan birlikte kefil, diŐer kefillere payı oranında rücu edebilir. EŐer kefillerden biri kendi payını ödemekten aciz ise, diŐer kefillerin onun payını kefile kefil sıfatıyla ve payları ile orantılı olarak ödemeleri gerekir. Birlikte kefiller, aralarında anlaŐarak kefile kefil sıfatıyla sorumluluŐu kaldıracaklar<sup>143</sup>. Birlikte kefalet, karine olarak  di birlikte kefalet (le cautionnement conjoint simple: die einfache Mitb rgschaft) niteliŐindedir<sup>144</sup>.

#### (ii) Müteselsil birlikte kefalet

Müteselsil birlikte kefalet (le cautionnement conjoint solidaire: de Solidarmitb rgschaft), kefillerin sadece kendi aralarında müteselsilen tekeff lde bulunmaları Şeklinde olabileceği gibi onların hem kendi aralarında hem de borçlu ile birlikte müteselsilen taahhüt altına girmeleri Şeklinde de olabilir. İlk durumda kefiller, aralarında sadece bölme def'inden feragat etmeyi kararlaŐtırmaktadırlar; ikinci durumda ise, hem bölme def'inden hem de tartışma def'inden feragat sözkonusudur. Yine belirtilmelidir ki tarafların aralarında sadece tartışma def'inden feragat edip bölme def'ini saklı tutmaları mümkündür<sup>145</sup>. Tereddüt halinde kefillerin hem bölme hem de tartışma def'inden feragat ettikleri kabul olunmalıdır<sup>146</sup>.

BK. m. 488 c. 2'ye göre<sup>147</sup> "kefiller, gerek asıl borçlu ile beraber gerek kendi beyinlerinde müteselsil olmaklığı iltizam etmiŐlerse herbiri borcun tamamından mes'ul olup ancak diŐerlerinin hissesi için onlara rücu hakkını haizdirler"<sup>148</sup>.

#### 4. Kefile kefalet

BK. m. 489 f. 1'e göre "kefile kefil (le certificateur de caution: der Nachb rge) alacaklıya karşı kefilin taahhüdünü temin eden kimsedir ve kefil ile birlikte mes'uliyeti borçlunun taahhüdünü temin eden  di kefilin borçlu ile beraber olan mes'uliyeti derecesindedir"<sup>149</sup>.

*Kefile kefalet sözleşmesi, alacaklı ile kefile kefil arasında yapılır. Bu sözleşmede kefile kefilin asıl kefile müteselsilen sorumlu olacağı da kararlaŐtırılabilir; ancak bu durumda müteselsil kefaletten farklı olarak önce ödeyen asıl kefilin kefile kefile rücu hakkı yoktur<sup>150</sup>.*

### 5. Rücua kefalet

BK. m. 489 f. 2'ye göre "rücua kefil olan kimse, borçludan alacağını alamayan kefile kefilidir"<sup>151</sup>.

*Rücua kefalet sözleşmesi, ilk kefil ile rücua kefil arasında yapılmaktadır.* Bu sözleşmeyle rücua kefil (l'arrière-caution: der Rückbürge), ilk kefile karşı onun asıl alacaklıya ödemede bulunduktan sonra asıl borçluya karşı ileri süreceği rücu alacağını tekeffül eder. Rücua kefilin sorumluluğu da, kefile kefilinki gibi kural olarak âdi kefalet hükümlerine tâbidir. Ancak rücua kefilin asıl borçlu ile müteselsilen taahhüt altına girmesi de kabildir<sup>152</sup>. Örneğin banka teminat mektupları kefalet niteliği taşıdıkları takdirde bunların kontrgaranları genellikle bu çeşit bir taahhüt altına girerler<sup>153</sup>.

### 6. Zarara (açığa) kefalet

Zararı giderme kefilliği de denilen bu çeşit kefalet, Borçlar Kanunumuzda düzenlenmiş değildir; ancak bu çeşit kefaletin hukukumuzda geçerli bir şekilde yapılmasını engelleyen herhangi bir hüküm mevcut değildir. İsv. BK. m. 495 f. 3, bu çeşit kefaletin yapılabilmesi imkânını açıkça öngörmektedir<sup>154</sup>.

Zarara yahut açığa kefalette (le cautionnement pour le découvert: die Schadlosbürgschaft) kefil, yalnızca açığın, yani alacaklının asıl borçludan elde edemediği tutarın kapatılmasını borçlanır. Konkordato halinde, alacaklının borçlunun konkordatosu dışında kalan alacağı için, zarara kefil, konkordato sonucu beklenmeksizin hemen takip edilebilir; halbuki âdi kefalette böyle bir durumda âdi kefil, alacağın tamamı için takip edilebilmektedir. Asıl borçlunun iflâsı durumunda zarara kefil, iflas takibinin kesinleşmesi ve tasfiyenin gerçekleşmesinden sonra alacaklının alacağının elde edemediği bölümü için takip olunabilecektir<sup>155</sup>.

## SONUÇ

Çalışmamızda, yürürlükteki Borçlar Kanunu'nun **genel olarak kefalet sözleşmesine** ilişkin düzenlemesini, kefalet sözleşmesinin **tanımı ve özellikleri** ile **geçerliliği** ve **türleri** yönünden, yeniden değerlendirme imkanını bulduk. Yine bu konular çerçevesinde, Türk Borçlar Kanunu Tasarısı düzenlemesinin, içerik ve gerekçeleri itibariyle ele alınması ve değerlendirilmesi de söz konusu oldu. Tasarıda, kefalet hukukunun kefil koruyucu amacının tüm yönleriyle gerçekleştirilmesi çabası içinde olduğu hususu gözlemlendi.

Çalışmamızın konusu olmamakla birlikte, Tasarı'nın kefilî koruma düşüncesi ile getirdiği düzenlemenin diğer hükümlerini de, aşağıda kısaca açıklama durumunda olacağım. Şöyle ki:

**1. Kefilin alacaklı karşısında sorumluluğun kapsamı** konusunda, **BKT.m.594**'ün getirdiği hükümler şu şekildedir: “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 direniminin yasal sonuçları, /2- Alacaklının, kefile, onun borcu ödeyerek yapımlarını önleyebileceği uygun bir zaman önce bildirmesi koşuluyla, borçluya karşı yönelttiği takip ve davaların giderleri ile gerektiğinde rehinlerin kefile tesliminin ve rehin haklarının devrinin sebep olduğu giderler,/3- İşlemiş bir yıllık ve işlemekte olan yıla ait akdî faizler ile gerektiğinde tahvil karşılığında ödünç verilen ana paranın 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 batıldır”. Ayrıca, **BKT.m.595**'de, “**kefilin takibi**”, “Borçlunun iflâsı sebebiyle asıl borç daha önce muaccel olsa bile, belirlenen vadeden önce kefile karşı takibat yapılamaz. -Bütün kefalet türlerinde kefil, aynî 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, takas işlemleri veya havale yasağı gibi nedenlerle o yabancı ülkenin yasal düzenlemeleri gereği imkânsız hâle gelmiş veya sınırlandırılmışsa, yerleşim yeri Türkiye'deki kefil, takibe bu sebeple itiraz edebilir” şeklinde; **m.596**'da, “**defiler**”, “Kefil, asıl borçluya veya mirasçılara ait olan ve asıl borçlunun borç ödeme güçsüzlüğünden doğmayan bütün def'ileri alacaklıya karşı ileri sürme hakkına sahip olduğu gibi, bunları ileri sürmek zorundadır. Yanılma veya sözleşme yapma ehliyetsizliği ya da zamanışımına uğramış bir borç sebebiyle borçlunun yükümlü olmadığı bir borca bilerek kefalet hâli bu hükmün dışındadır. -Asıl borçlu kendisine ait olan bir def'iden vazgeçmiş olsa bile kefil, yine de bu def'i alacaklıya karşı ileri sürebilir. -Kefil, asıl borçluya ait def'ilerin varlığını bilmeksizin borcu öderse,

rücu hakkına sahip olur. Buna karşılık asıl borçlu, kefilin bu def'ileri bildiğini veya bilmesi gerektiğini ispat ederse kefil, bunlar ileri sürülmüş olsaydı borcun ödenmesinden kurtulacağı ölçüde rücu hakkını kaybeder. -Kumar veya bahisten doğan bir borca kefalette kefil, borcun bu niteliğini bilmiş olsa bile, asıl borçlunun sahip olduğu def'ileri ileri sürebilir" şeklinde; **m.597'**de, alacaklı yönünden **"özen gösterme, rehin ve borç senetlerinin teslimi"**, "Alacaklı, kefalet sırasında var olan veya daha sonra asıl borçludan alacağın özel güvencesi olmak üzere elde ettiği rehin haklarını, güvenceyi ve rüçhan haklarını kefilin zararına olarak azaltırsa, zararın daha az olduğu alacaklı tarafından ispat edilmedikçe, kefilin sorumluluğu da buna uygun düşen bir miktarda azalır. Kefilin fazladan ödediği miktarın geri verilmesini isteme hakkı saklıdır.-Çalışanlara kefalet hâlinde alacaklı, çalışanlar üzerinde yükümlü olduğu gözetimi savsaklar veya kendisinden beklenebilen özeni göstermezse ve borç da bu sebeple doğmuş ya da bu özeni göstermesi hâlinde ulaşamayacağı ölçüde artmış olursa, bu borcu veya borcun artan kısmını kefilden isteyemez.-Alacaklı, borcu ödeyen kefile haklarını kullanmasına yarayabilecek borç senetlerini teslim etmek ve gerekli bilgileri vermekle yükümlüdür. Alacaklı, kefalet sırasında var olan veya asıl borçlu tarafından alacak için sonradan sağlanan rehinleri ve diğer güvenceleri de kefile teslim etmek veya bunların devri için gerekli işlemleri yapmak zorundadır. Alacaklının, diğer alacakları sebebiyle sahip olduğu rehin ve hapis hakları, kefilin haklarından sıracı önce geldikleri ölçüde saklıdır. -Alacaklı, haklı bir sebep olmaksızın yükümlülüklerini yerine getirmez, iyiniyetli olmaksızın veya ağır ihmaliyle mevcut belgeleri veya rehinleri ya da sorumlu olduğu diğer güvenceleri elinden çıkarırsa, kefil borcundan kurtulur. Bu durumda kefil, ödediğinin geri verilmesini ve varsa ek zararının giderilmesini isteyebilir" şeklinde; **m.598'**de, **"ödememin kabulünü isteme"**, "Borçlunun iflâsı sebebiyle olsa bile, borç muaccel olduğu takdirde kefil, alacaklıdan yapacağı ödemeyi kabul etmesini her zaman isteyebilir. Bir borca birden çok kişinin kefil olması durumunda alacaklı, kefillerden biri tarafından yapılacak kısmî ödemeyi, bunu öneren kefile düşen paydan az olmamak koşuluyla, kabul etmek zorundadır. -Alacaklı haklı bir sebep olmaksızın ödemeyi kabul etmekten kaçınırsa, kefil borcundan kurtulur; müteselsil kefalette ise, kefillerin sorumluluğu kendilerine düşen pay miktarınca azalır.-Alacaklının rızası varsa kefil, asıl borcu muaccel olmasından önce de ödeyebilir. Ancak, bu durumda kefil asıl borçluya karşı rücu hakkını borcun muaccel olmasından önce kullanamaz" ve **m.599'**da, **"bildirim, iflâsta ve konkordatoda kayıt"**, "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” şeklinde düzenlenmiştir.

2. Yine **BKT.m.600**'de, kefilin borçludan “**güvence verilmesini ve borçtan kurtarılmasını isteme hakkı**”, “Kefil, aşağıdaki durumlarda asıl borçludan güvence verilmesini ve borç muaccel olmuşsa, borçtan kurtarılmasını isteyebilir. -1. Asıl borçlu, kefile karşı üstlendiği yükümlülüklerle, özellikle belli bir süre içinde kendisini borçtan kurtarma vaadine aykırı davranmışsa, -2. Asıl borçlu direnime düşmüşse veya yerleşim yerini diğer bir ülkeye nakletmesi yüzünden takibat önemli ölçüde güçleşmişse, -3. Asıl borçlunun malî durumunun kötüleşmesi, güvencelerin değer kaybetmesi veya borçlunun kusuru sonucunda kefiller için mevcut tehlike, kefaletin yapıldığı tarihe göre önemli ölçüde artmışsa” şeklinde; **m.601**'de, “**kefilin rücu hakkı**”, “Kefil, alacaklıya ifada bulunduğu ölçüde, onun haklarına halef olur. Kefil, bu hakları asıl borç muaccel olunca kullanabilir. -Kefil, aksi kararlaştırılmamışsa, rehin hakları ile aynı alacak için sağlanmış diğer güvencelerden sadece kefalet anında var olan veya bizzat asıl borçlu tarafından, sonradan özellikle bu alacak için verilmiş bulunanlara halef olur. Alacaklıya kısmen ifada bulunan kefil, rehin hakkının sadece bunu karşılayan kısmına halef olur. Alacaklının rehin konusu üzerinde geriye kalan alacak hakkı, kefilin rehin hakkından ön sırada gelir. -Kefil ile asıl borçlu arasındaki hukukî ilişkiden doğan istem ve def'iler saklıdır. -Bir alacağın güvencesini oluşturan rehin paraya çevrildiği veya borç rehin veren malik tarafından ödendiği takdirde, malik kefile karşı rücu hakkını ancak kefil ile kendisi arasında böyle bir anlaşma varsa ya da rehin sonradan bir üçüncü kişi tarafından verilmişse kullanabilir. -Kefilin rücu hakkına ilişkin zamanaşımı, kefilin alacaklıya ifada bulunduğu anda işlemeye başlar. -Kefil, dava hakkı vermeyen veya yanılma ya da ehliyetsizlik sebebiyle asıl borçluyu bağlamayan bir borcu ifa ettiği takdirde, asıl borçluya karşı rücu hakkına sahip değildir. Ancak, kefil zamanaşımına uğramış bir asıl borçtan sorumlu olmayı borçlunun vekili sıfatıyla üstlenmişse, asıl borçlu ona karşı vekâlet sözleşmesi hükümleri uyarınca sorumlu olur” şeklinde ve **m.602**'de, “**kefilin bildirim yükü**”, “Borcu tamamen veya kısmen ödeyen kefil, durumu borçluya bildirmek zorundadır. - Kefil bildirimde bulunmazsa ve borcun sona erdiğini bilmeyen veya bilmesi gerekmeyen borçlu ikinci kez öderse, rücu hakkını kaybeder. -Kefilin alacaklıya



karşı sebepsiz zenginleşmeden doğan dava hakkı saklıdır” şeklinde düzenlenmiştir.

**3. Kefaletin sona ermesi ise, BKT.m.603’de, “kanun gereğince sona erme”** olarak, “Hangi sebeple olursa olsun, asıl borç sona erince, kefil de borcundan kurtulur. -Borçlu ve kefil sıfatı aynı kişide birleşmiş olursa, alacaklı için kefaletten doğan özel yararlar saklı kalır. -Bir gerçek kişi tarafından verilmiş olan her türlü kefalet, verilmelerinden başlayarak on yılın geçmesiyle kendiliğinden ortadan kalkar. -Kefalet, on yıldan fazla bir süre için verilmiş olsa bile, uzatılmış veya yeni bir kefalet verilmiş olmadıkça kefil, ancak on yıllık süre doluncaya kadar takip edilebilir. -Kefalet süresi, en erken kefaletin sona ermesinden bir yıl önce yapılmak kaydıyla, kefilin kefalet sözleşmesinin şekline uygun yazılı açıklamasıyla azamî on yıllık yeni bir dönem için uzatılabilir” şeklinde; **m.604’de, “kefaletten dönme”** olarak, “Gelecekte doğacak bir borca kefalette, borçlunun borcun doğumundan önceki malî durumu, kefalet sözleşmesinin yapılmasından sonra önemli ölçüde bozulmuşsa veya malî durumunun kefalet sırasında kefilin iyiniyetle varsaydığından çok daha kötü olduğu ortaya çıkmışsa, kefil alacaklıya yazılı bir bildirimde bulunarak, her zaman kefalet sözleşmesinden dönebilir. -Kefil, alacaklının kefalete güvenmesi sebebiyle uğradığı zararı gidermekle yükümlüdür” şeklinde; **m.605’de, “belirli süreli kefalet”** bakımından, “Belirli süreli kefalette kefil, sürenin sonunda borcundan kurtulur.” şeklinde; **m.606’da, “belirsiz süreli kefalet”** bakımından, “Belirsiz süreli kefalette asıl borç muaccel olunca kefil, âdi kefalette her zaman, müteselsil kefalette kanunun öngördüğü hâllerde, alacaklıyı bir ay içinde dava ve takip haklarını kullanması, varsa rehnin paraya çevrilmesi yoluyla takibe geçmesi ve ara vermeden takibe devam etmesi konusunda uyarabilir. -Borç, alacaklının borçluya yapacağı bildirim sonucunda muaccel olacaksa kefil, kefalet sözleşmesinin kurulduğu tarihten bir yıl sonra alacaklıyı bu bildirim yapması ve borç bu suretle muaccel olunca yukarıdaki fıkra hükümleri uyarınca takip ve dava haklarını kullanması konusunda uyarabilir. - Alacaklı, bu uyarıların gereğini yerine getirmezse, kefil borcundan kurtulur” şeklinde ve **m.607’de, “çalışanlara kefalet”** bakımından, “Çalışanlara belirsiz süreyle kefil olan kimse, her üç yılda bir ertesi yılın sonunda geçerli olmak üzere sözleşmeyi feshettiğini bildirebilir.-Aksine anlaşmalar saklıdır” şeklinde düzenleme getirilmiştir.

### Summary

*The term "guaranty contract", in general, covers all contracts according to which a person takes over a risk faced by another person. A risk is the possibility of an event which is economically detrimental to occur.*

*Some of the guaranty contracts include the obligation to place a pledge upon a movable, an immovable, a credit or an enterprise and thus provide the creditor with a guaranty in kind. When they are fulfilled (implemented) by a delivery, by registration, by transfer of claims or endorsement of pledge, the creditor acquires a real right and the creditor will be able to collect the debt with priority from certain property belonging to the debtor or to a third person.*

*In contracts of personal guaranty, the personal guarantor will be liable with all his distrainable patrimony. Principal kinds of such contracts are cautionment, contract of guaranty, joint debt, insurance contract, documentary letter of credit and order of credit whose legal character is controversial.*

### Sonnotlar

<sup>1</sup> Ayrıca bkz. YAVUZ, C., Türk borçlar hukuku-Özel hükümler, 6.bası, İstanbul 2002, s.762 vd.; OSER/SCHÖNENBERGER, Kommentar, Art. 492 N. 3; BUCHER, Scriptum zum Obligationenrecht, Besonderer Teil, 2. Aufl., Zürich 1983, 3. Aufl, Zürich 1988., s. 215 vd.; TERCIER, La partie spéciale du Code des Obligations, 1. bası, Zürich 1988, n. 4969 (2.baskı: TERCIER/VENTURI, Les contrats spéciaux, Zurich 1995); ENGEL, Contrats de droit suisse-Traité des contrats de la parties spéciale du Code des Obligations, de la vente au contrat de société simple, articles 183 à 551 CO, ainsi que quelques contrats innommés, Berne 1992, s. 590; SCYBOZ, Le contrat de garantie et le cautionnement, in TDP. VII/2, Fribourg 1979, s. 43; MEIER, in THEVENOZ/WERRO, Code des obligations I, Commentaire Romand, Helbing & Lichtenhahn 2003, art.492 n.1.

<sup>2</sup> Ayrıca bkz. YAVUZ, Türk medeni hukuku ve borçlar hukuku mevzuatı, c. 1, Medeni Kanun - Tatbikat Kanunu - Borçlar Kanunu, İstanbul 1988, s. 596, m. 483 n. 4; YAVUZ, MK./BK./Diğer Mevzuat, 8.bası, m. 483 n. 4, s. 1207; MEIER, Code des obligations I, Commentaire Romand, art.492, s.2531.

<sup>3</sup> ARPACI (HATEMİ/SEROZAN), Borçlar hukuku - Özel bölümü, İstanbul 1992, s. 520; KARAHASAN, Türk Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, tümü yeniden işlenmiş ve genişletilerek yenilenmiş baskı, C.1-2, İstanbul 2002, c. 2, 1203.

<sup>4</sup> Bu tanım için bkz. TANDOĞAN, Borçlar hukuku - Özel borç ilişkileri, c. 2, 3. bası, Ankara 1987, s. 693; KARAHASAN, a.g.e., yenilenmiş baskı, c. 2, 1203; ARPACI(HATEMİ/SEROZAN), a.g.e., s. 521; BİLGE, a.g.e., s. 316; REİSOĞLU, Seza,

Türk hukukunda ve bankacılık uygulamasında kefalet, Ankara 1992, s. 2. ELÇİN GRASSINGER'in tanımı ise şu şekildedir: "Kefalet akdi ile taahhüt altına giren kimse, asıl borçlunun borcunu ifa edememesi halinde alacaklıya, onun bu ifadan beklediği menfaati karşılamayı taahhüt eder" (bkz. Borçlar Kanunu'na göre kefilin alacaklıya karşı sahip olduğu savunma imkânları, İstanbul 1996, s. 13). Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, banka kredi kartlarındaki "garanti şerhi"ni kefalet sözleşmesi olarak görmektedir: Yarg. HGK., 04.07.2001, E. 2001/19-534, K. 2001/583: "Uyuşmazlığın kaynağını teşkil eden sözleşme "Kredili Bankomat-Kart Sözleşmesi" başlığını taşımakta olup, bununla kredi kartı hamili olan müşteriye belli limitler çerçevesinde kredi açılarak, bu kredinin ATM ve POS cihazları aracılığı ile müşterisine kullandırma amacı güdülmektedir. Bu sözleşmede birinci maddede kart hamiline tahsis edilen kredi limiti 2.500.000.000 TL olarak belirlenmiştir. Sözleşmenin diğer hükümlerinde ise, teknik açıklamalardan sonra müşterinin kullandığı krediyi geri ödeme koşul ve temerrüdün sonuçlar belirlendikten sonra sözleşmenin taraflarınca imzalandığı ve aynı sözleşmenin hemen altına "Garanti Şerhi" adı altında asıl sözleşmeye yollama yapılarak "Bu sözleşmede yer alan hükümlere göre, Bankomat 724 kart hamili ve ortak kart hamillerinin yükümlülüklerini, doğmuş ve doğacak tüm borçlarını garanti ettiği için, bu kredi sözleşmesinde belirtilen limitlerin, bankaca tek tarafı olarak veya hamilinin talebi üzerine tespiti ve artırılması veya kart türünün değiştirilmesi ve kartın yenilenmesi, Bankomat 724 kartın kaybedilmesi, çalınması, şifrenin deşifre edilmesi hallerinde doğacak borçlar da dahil olmak üzere, bankaca ödenmesi istenecek meblağları herhangi bir limite bağlı olmaksızın, protesto çekmeye, hüküm elde etmeye ve kart hamilinin rızasını almaya gerek olmaksızın ve bu borçlular ile bankanın arasında ortaya çıkacak herhangi bir uyuşmazlık ve bunun akıbet ve kanuni neticelerini dikkate almaksızın, bankanın ilk yazılı talebi ve talep tarihinden ödeme tarihine kadar geçecek günlere ait bankanın uyguladığı akdi kredi faizinin %50 artırılması suretiyle hesaplanacak faizi, komisyon; banka ve sigorta muameleleri vergisi, kaynak kullanım destekleme fonu ve diğer her türlü masrafları birlikte ödemeyi gayrikabili rücu olarak kabul ederim" denilerek, garanti veren sıfatı ile limitle sınırlı olmaksızın bu kartın kullanılmasından doğacak tüm borçların ödenmesi taahhüt altına alındığı ve matbu beyanın altında davalının imzası alınmış bulunmaktadır. "Garanti Şerhi" beyanı ve bu beyanda kullanılan sözcük ve deyimleri ferî kıstaslardan olan "sözleşmede kullanılan deyimler" kıstasına göre ilk bakışta bir garanti akdinin oluştuğu intibai bırakıyor ise de, sadece bu deyim ve sözcüklere dayanılarak sözleşmenin niteliğinin belirlenmesi doğru olmayacağı gibi, mümkün de değildir. Nitekim, yukarıda değinilen 11.6.1969 gün ve 4/6 sayılı İBK'da da Banka Teminat Mektuplarında kullanılan kefalet sözcüğü vurgulamasına rağmen, bu ilişkinin bir kefalet değil, garanti sözleşmesi niteliğinde olduğu açık bir şekilde kabul edilmiştir. Ana kıstasların dava konusu sözleşmeye uygulanmasına gelince; yukarıda da değinildiği üzere Davalının garanti beyanı kredi kartı sözleşmesinin hemen altına alınmış ve bu beyanın başlangıcında da kredi sözleşmesine yollama yapılarak bu sözleşmeden doğan ve doğacak borçlar için davalıdan teminat beyanı alınmış olmakla, garanti beyanı asli unsur olmaktan çıkmış, ferî nitelik yani kefalet amacına yönelik olduğu intibai borçluya verilmiş bulunmaktadır. Keza, bu beyanın genel anlamından teminat verenin bağımsız bir borç değil, kredi kartı müşterisi asıl borçlunun sorumluluğu yüklenilmiş olmakla, ikinci ana kıstas bakımından da bir garanti sözleşmesinin varlığından söz edilemez. Diğer bir ana kıstas olan, teminat veren kimsenin bu sözleşmeyi yapmakta menfaati olduğu belirlenmediği gibi, bu husus davacı bankaca da ileri

sürülüp kanıtlanabilmiş değildir. Nihayet, kişiye yönelik teminat verme amacı gerek sözleşme, gerekse garanti beyanından açıkça anlaşılmaktadır. Zira, verilen teminat, kredi sözleşmesinin müşterisi ve asıl borçlusu Hüseyin isimli kişinin borçlarını karşılamaya yöneliktir. Bağımsız ve objektif bir amaca yönelik teminat verilmiş değildir. O halde, tüm ana kıstasların uygulanması sonucu davalının garanti beyanı adı altındaki beyanlarının bir garanti sözleşmesi amacı ile değil, kefalet amacı ile verildiği sonucu ortaya çıkmaktadır. BK.nun 18. maddesi uyarınca da davalının bu iradesinin bir kefalet amacına yönelik olduğunun kabulü gerekir. Hiçbir menfaati olmayan, ticari bir gaye gütmeyen, sadece dostane ilişkiler nedeniyle tüketime yönelik banka kredi kartı kullanmasına imkan tanımak için verilen teminatın amacına aykırı olarak yorumlanması yasanın yukarıda anılan hükmüne aykırılık teşkil eder. Nitekim İsviçre Federal Mahkemesi de 17 Kasım 1987 de verdiği bir kararda gerçek kişiler tarafından verilen garantilerin daha ziyade kefalet olarak görünmeleri gerektiğini ifade etmiştir (Bkz. Jdt 1988 I 189, Yargıtay Kararları Işığında Kredi Kartları, Prof. Dr. Erden Kuntalp, Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları, Sempozyumu XIII. 1996 sh: 297). Asıl kredi sözleşmesinde limit belli olduğuna ve garanti beyanında da bu sözleşmeye yollama yapıldığına göre, 12.4.1944 gün ve 14/13 sayılı İBK. gereğince, kefaletin asli unsuru olan limit belirlenmesinin de kefalet sözleşmesinde de gerçekleştiğinin kabulü gerektiğinden, davalı Mustafa'nın bu sözleşmedeki taahhüdünün kefalet olması gerektiği yönündeki isabetli olan teşhis ve tesbite dayalı olarak mahkemece verilen direnme kararı yerinde bulunmaktadır" (KAZANCI-BK). Yargıtay 19. HD. garanti şerhi ile garanti sözleşmesinin amaçlandığını kabul etmektedir: "Dava konusu kredi kartı üyelik sözleşmesinde davalının imzasının üst bölümünde yer alan "garanti şerhi" içeriğinden tarafların kefaleti değil garanti sözleşmesini amaçladıkları Sözleşmede yer alan "müşterek ve müteselsil borçlu" ibareleri sözleşmenin niteliğini değiştirmez. Para borçlarında da uygulanabileceği kabul edilen üçüncü kişinin fiilini taahhüt niteliğindeki garanti sözleşmelerinde kefalette olduğu gibi garanti edenin sorumluluk limitinin gösterilmesi zorunlu değil ise de, garanti sözleşmesi belli bir riski garanti etmelidir. Garanti sözleşmesinin düzenlendiği anda garanti edilen edimin belirlenmemiş olması ya da edimi belirlemeye yarayan koşul ve açıklamaların sözleşmede yer almamış bulunması halinde garanti edenin sorumluluğundan söz edilemez. Garanti verenin, sonradan yapılan limit artışlarından sorumlu tutulabilmesi için sözleşme koşullarındaki bu değişikliklerin garanti verene bildirilmesi ve onun da buna ses çıkarmamış olması gerekir. Garanti verenin muvafakati olmadan akdi ilişkideki koşulların borçlu aleyhine ağırlaştırılması veya borçlunun yeni birtakım yükümlülükler üstlenmesi garanti kapsamı dışında kalır. Zira, BK. nun 44/1. maddesi hükmü ve iyiniyet kuralları karşısında, garanti alan (banka) kendi kusurlu davranışlarıyla borcun artmasına ve rizikonun gerçekleşmesine sebebiyet vermiş olduğundan böyle bir durumda garanti edenin artan borçtan sorumlu tutulması düşünülemez" (Yarg. 19. HD., 28.04.2000, E. 2000/14, K. 2000/3252-KAZANCI-BK). Aynı yönde Yarg. 19. HD., 14.12.1999, E. 1999/4793, K. 1999/7676-KAZANCI-BK. -Banka kredi kartları ilişkisinde alınan kişisel teminatın Kefalet sözleşmesi mi, yoksa garanti sözleşmesi mi olduğu konusunda bkz. BARLAS; N., Kredi Kartları İlişkisinde Bankaya Karşı Verilen Kişisel Teminatın Niteliğinin Belirlenmesi, Prof. Dr. Ömer Teoman'a Armağan, c. 2, İstanbul 2002, s.937-989. Bu konuda olabilecek tartışmaları önleme amacıyla, **BKT.m.608** ile, "**uygulama alanı**" başlıklı olarak, "**Kefili koruyan hükümlerden kurtulmak amacıyla, gerçek kişilerle başka ad altında yapılan**

sözleşmeler de kefalet hükümlerine tâbidir” düzenlemesi getirilmiştir. Bu maddenin gerekçesi ise, “818 sayılı Borçlar Kanunu ile kaynak İsviçre Borçlar Kanununda yer verilmeyen, “E. Uygulama alanı” kenar başlıklı yeni bir maddedir.-Tasarının tek fıkradan oluşan 608. maddesinde, kefalet hükümlerinin uygulama alanının genişletilmesi düzenlenmektedir. -Maddede, kefilî koruyucu hükümlerden kurtulmak amacıyla, başka adlar altında yapılan sözleşmelere de kefalet hükümlerinin uygulanacağı belirtilmektedir. Böylece, meselâ kefalet sözleşmesi yerine, üçüncü kişinin fiilini üstlenme sözleşmesi yapılmasında olduğu gibi, alacaklıların kefilî koruyucu hükümlerden kurtulmalarının ve bunları dolanmalarının önlenmesi amaçlanmıştır” şeklindedir.

<sup>5</sup> Maddenin gerekçesi ise şu şekildedir: “818 sayılı Borçlar Kanununun 483. maddesini karşılamaktadır.-Tasarının tek fıkradan oluşan 586. maddesinde, kefalet sözleşmesi tanımlanmaktadır. -818 sayılı Borçlar Kanununun 483. maddesinin kenar başlığında kullanılan “A. Tarifi” şeklindeki ibare, Tasarıda, “A. Tanımı” şeklinde değiştirilmiştir. -818 sayılı Borçlar Kanununun 483. maddesinde kullanılan “... borçlunun akdettiği borcun edasını temin etmeği alacaklıya karşı taahhüt eder.” şeklindeki ibare, Tasarıda “borçlunun borcunu ifa etmemesinin sonuçlarından kişisel olarak sorumlu olmayı üstlendiği sözleşmedir.” şeklinde ifade edilmiştir. Böylece, kefalet sözleşmesinin yasal tanımına ilişkin yanlışlıklar düzeltilmiştir. -Maddenin düzenlenmesinde, kaynak İsviçre Borçlar Kanununun 492. maddesinin birinci fıkrası göz önünde tutulmuştur”. Kefalet sözleşmesinin düzenlendiği bölüm başlığı ile ilgili gerekçe ise, “818 sayılı Borçlar Kanununun 483. maddesiyle başlayan “Yirminci Bap / Kefalet” şeklindeki üst başlık, Tasarıda “Onbeşinci Bölüm / Kefalet Sözleşmesi” şeklinde değiştirilmiştir” şeklindedir.

<sup>6</sup> SCYBOZ, Le contrat de garantie et le cautionnement, in TDP. VII/2, Fribourg 1979, s. 43; KARAHASAN, a.g.e., yenilenmiş baskı, c. 2, 1204; TERCIER, a.g.e., n. 4970.

<sup>7</sup> KARAHASAN, a.g.e., yenilenmiş baskı, c. 2, 1204; Yarg. 11. HD., 16.4.1984, 3999/4771(REİSOĞLU, Uygulamada kefalet, s. 1 dn. 2).

<sup>8</sup> REİSOĞLU, Kefalet hukuku, s. 2; TANDOĞAN, a.g.e., c. 2, s. 693-694; ZEVKİLER, Borçlar hukuku (Özel borç ilişkileri), Genişletilmiş 7. Baskı, Ankara 2002 (8.baskı, Ankara 2004), s. 277.

<sup>9</sup> TERCIER, a.g.e., n. 4971.

<sup>10</sup> TERCIER, 2.bası, n.4984. Ayrıca bkz. KARAHASAN, Türk borçlar hukuku-Özel borç ilişkileri, c. 4, İstanbul 1992, s. 1420.

<sup>11</sup> REİSOĞLU, Uygulamada kefalet, s. 1.

<sup>12</sup> Yarg. 3. HD., 18.1.1963, 234/541 (KARAHASAN, a.g.e., c. 6, s. 956).

<sup>13</sup> KARAHASAN, a.g.e., c. 4, s. 1420.

<sup>14</sup> SCYBOZ, a.g.e., s. 46; HONSELL, : Das schweizerische Obligationenrecht, Besonderer Teil, Zürich 1991, 3. Aufl., Bern 1995, 5. überarbeitete Auflage, Bern 1999, s. 365.

<sup>15</sup> Bu konuda bkz. OSER/SCHÖNENBERGER, Kommentar, Art. 492, N. 10 vd..

<sup>16</sup> TANDOĞAN, a.g.e., c. 2, s. 694.

<sup>17</sup> SCYBOZ, a.g.e., s. 50; TANDOĞAN, a.g.e., c. 2, s. 690; KARAHASAN, a.g.e., c. 4, s. 1420.

<sup>18</sup> OSER/SCHÖNENBERGER, Kommentar, Art. 492 N. 15-17; REİSOĞLU, Uygulamada kefalet, s. 7.

<sup>19</sup> Gerçekten bu hükme göre; "Kefil, başka türlü anlaşma yoksa, bu en yüksek tutara kadar: 1. Asıl borçlunun kusurunun ya da temerrüdünün kanunî sonuçlarıyla birlikte, asıl borcun şimdiki tutarından; bununla birlikte, ancak açıkça uyuşulmuşsa, sözleşmenin ortadan kalkmasından doğan zarardan ya da sözleşme cezasından;...sorumlu olur" denilmektedir (OR. Art. 499/II, 1). Böylece kefilin menfi zarardan sorumluluğunun, sözleşme ile kararlaştırılabilmesi mümkün hale gelmiştir. Bu konuda bkz. OSER/SCHÖNENBERGER, Kommentar, Art. 499 N. 13 vd.; TERCIER, a.g.e., n. 5130 vd.; ENGEL, a.g.e., s. 601.

<sup>20</sup> Karş. SEROZAN, a.g.e., s. 603 vd.; REİSOĞLU, Uygulamada kefalet, s. 7.

<sup>21</sup> OSER/SCHÖNENBERGER, Kommentar, Art. 492 N. 6; TANDOĞAN, a.g.e., c. 2, s. 699; SCYBOZ, a.g.e., s. 49.

<sup>22</sup> OSER/SCHÖNENBERGER, Kommentar, Art. 492 N. 6.

<sup>23</sup> TERCIER, a.g.e., n. 4974 vd.. Kefalet sorumluluğu ile asıl borçtan sorumluluk arasındaki farklar için bkz. DALAMANLI/İZGİ/KOCABAŞOĞLU, İçtihatlı -Örnekli Borçlar Hukuku Davaları, Ankara 1988, s. 443.

<sup>24</sup> OSER/SCHÖNENBERGER, Kommentar, Art. 492 N. 6.

<sup>25</sup> Bu hüküm, BKT.m.601'de, "Kefil, alacakhya ifade bulunduğu ölçüde, onun haklarına halef olur.Kefil, bu hakları asıl borç muaccel olunca kullanılabilir" (f.1) şeklinde ifade edilmiştir.

<sup>26</sup> KARAHASAN, a.g.e., c. 4, s. 1420. REİSOĞLU'na göre "bir kimsenin kendi borcu için kefil olması, örneğin asıl borçlunun borç senedini aynı zamanda kefil olarak imzalaması o an için hüküm ifade etmezse de —bir üçüncü şahsın müstakbel borcu için kefil olma mümkün olacağından— ilerde borcun bir başkası tarafından yüklenilmesi halinde, bu taahhüt geçerli bir kefalet olarak kabul edilecektir" (bkz. Uygulamada kefalet, s. 9).

<sup>27</sup> OSER/SCHÖNENBERGER, Kommentar, Art. 492 N. 8-9.

<sup>28</sup> Nitekim bu hükme göre, "eğer kefillik ve asıl borçluluk niteliği aynı kişide birleşirse, alacaklı, kefaletten kendisi için sonuçlanan özel çıkarları muhafaza eder" (OR. Art. 509/II) denilmektedir. Bu konuda bkz. OSER/SCHÖNENBERGER, Kommentar, Art. 509 N. 25; TERCIER, a.g.e., n. 55302 vd; ENGEL, Contrats de droit suisse-Traité des contrats de la parties spéciale du Code des Obligations, de la vente au contrat de société simple, articles 183 à 551 CO, ainsi que quelques contrats innommés, Berne 1992, s. 610.

<sup>29</sup> REİSOĞLU, Uygulamada kefalet, s. 8-9.

<sup>30</sup> REİSOĞLU, Uygulamada kefalet, s. 9; BGE 38 II 132; BGE 45 II 172.

<sup>31</sup> REİSOĞLU, Kefalet hukuku, s. 3-4; REİSOĞLU, Uygulamada kefalet, s. 2 vd.; SIMLER/DELEBECQUE, a.g.e., s. 36 vd.. -Yarg. 13. HD., 8.12.1998, E. 1998/8536, K. 1998/9756: Davacı bidayette, taahhütte bulunan asıl borçlu ile müteselsil kefilleri hasım göstererek birlikte dava açmış sonrada davanın devamı sırasında asıl borçlunun vefatı üzerine mirasçıların davaya dahil etmeyerek asıl borçlu hakkındaki davasından feragat ederek müteselsil kefiller hakkında yürütmek istemiş, mahkemece de müteselsil kefillerden tahsiline karar verilmiştir.Davacı alacaklının, asıl borçlu Mahmut Özgüner hakkındaki davadan feragat etmek suretiyle hem davadan ve hem de davaya bağlı haktan vazgeçmiş olduğunun kabulü gerekir. Böylece davaya bağlı hakkı talep feragat ile asıl borçlu bakımından istenebilir olma niteliğini yitirmiş, sona ermiştir. Diğer bir ifade ile alacaklının doğrudan doğruya asıl borçluya başvurulmaksızın müteselsil kefiller aleyhine takibe geçebilme hakkını söndürmüştür. Durum böyle olunca, B.K.'nun 492. maddesi hükmüne göre asıl borç her

hangi bir sebeple sakıt olunca kefil beri olur. Zira davacı alacaklının borçlu Mahmut Özgüner hakkındaki davasından feragat etmesi, müteselsil kefil olan diğer davalıları kesin olarak etkileyecek, sonuçta tazminattan tamamen sorumlu olanın davalı Mahmut Özgüner olması gerekirken müteselsil kefillerin davacıya ödemede bulunmalarından sonra davalı Mahmut Özgüner'e iç ilişkiye dayanarak rücu etmesine davacının, davalı Mahmut Özgüner'e yönelik feragatı engel olacak, bir talepte bulunmaları da mümkün olmayacağından müteselsil kefiller yönünden davanın reddine karar verilmesi gerekir. Olaya uygun düşmeyen gerekçelerle yazılı şekilde davanın kısmen kabul edilmiş olması Usul ve Yasa'ya aykırı olup bozma nedenidir (KAZANCI-BK).

<sup>32</sup> KARAHASAN, a.g.e., yenilenmiş baskı, c. 2, 1204-1205 (burada baş borçlu, asıl borçluyu; baş borç da, asıl borcu ifade etmektedir). Aynı anlamda bkz. TERCIER, a.g.e., n. 4979-4980; TERCIER, Le droit des obligations, 3.bası, Geneve-Zurich-Bâle 2004, s.245, n.1247; ARPACI (HATEMİ/SEROZAN), a.g.e., s. 522-523.

<sup>33</sup> OSER/SCHÖNENBERGER, Kommentar, Art. 492 N. 21; REİSOĞLU, Kefalet hukuku, s. 5; TANDOĞAN, a.g.e., c. 2, s. 696-697.

<sup>34</sup> REİSOĞLU, Uygulamada kefalet, s. 5.

<sup>35</sup> OSER/SCHÖNENBERGER, Kommentar, Art. N. 492 19-20; REİSOĞLU, Kefalet hukuku, s. 6; KARAHASAN, a.g.e., yenilenmiş baskı, c. 2, 1205.

<sup>36</sup> TERCIER, a.g.e., n. 4973; SCYBOZ, a.g.e., s. 44; REİSOĞLU, Uygulamada kefalet, s. 7.

<sup>37</sup> OSER/SCHÖNENBERGER, Kommentar, Art. 492 N. 12; KARAHASAN, a.g.e., yenilenmiş baskı, c. 2, 1205; TANDOĞAN, a.g.e., c. 2, s. 694-695.; SIMLER/DELEBECQUE, a.g.e., s. 41-42.

<sup>38</sup> REİSOĞLU, Uygulamada kefalet, s. 5-6.

<sup>39</sup> REİSOĞLU, Uygulamada kefalet, s. 6, n. 26.

<sup>40</sup> Kefalet sözleşmesinin benzeri ilişkilerle karşılaştırılması konusunda bkz. TERCIER, a.g.e., n. 4981 vd.; ENGEL, a.g.e., s. 581 vd.; REİSOĞLU, Uygulamada kefalet, s. 65 vd..

<sup>41</sup> BECKER, Kommentar, Art. 492 N. 24-25; TANDOĞAN, a.g.e., c. 2, s. 700-701; SCYBOZ, a.g.e., s. 49-50; ARPACI (HATEMİ/SEROZAN), a.g.e., s. 529.

<sup>42</sup> Bu konuda bkz. TANDOĞAN, a.g.e., c. 2, s. 719 vd.; BİLGE, a.g.e., s. 368 vd.; ZEVKLİLER, a.g.e., s. 393-397; REİSOĞLU, Kefalet hukuku s. 18 vd.; ALBAYRAK, O., Türk Medeni Hukukunda Kefalet Sözleşmesinin Geçerlilik Şartları, yayımlanmamış ilt., İstanbul 2001.

<sup>43</sup> Sebepsiz zenginleşme alacağına da kefil olunabileceği konusunda bkz. Yarg. HGK., 9.3.1977, 13-22/216 (YKD. 1978, s. 494); KARAHASAN, a.g.e., c. 6, s. 918-920). Ayrıca bkz. ENGEL, a.g.e., s. 590-591; SIMLER/DELEBECQUE, Droit civil : Les sûretés / La publicité foncière, Paris 1989., s. 69 vd..

<sup>44</sup> Bu hüküm, BKT.m.587'de, "Kefalet sözleşmesi, mevcut ve geçerli bir borç için kurulabilir" (f.1 c.1) şeklinde ifade edilmiştir.

<sup>45</sup> Yarg. HGK., 9.3.1977, 13-22/216 (YKD. 1978, s. 494; KARAHASAN, a.g.e., c. 6, s. 918-920).

<sup>46</sup> Yarg. 13. HD., 20.3.1984, 458/2118 (YKD. 1984, s. 1544); Yarg. 13. HD., 26.12.1974, 3454/3656 (KARAHASAN a.g.e., c. 6, s. 920); KARAHASAN, a.g.e., c. 4, s. 1424.

<sup>47</sup> TANDOĞAN, a.g.e., c. 2, s. 721-722; REİSOĞLU, Uygulamada kefalet, s. 18; KARAHASAN, a.g.e., yenilenmiş baskı, c. 2, 1212.

<sup>48</sup> Bu hüküm, BKT.m.587'de; "Yanılma veya ehliyetsizlik sonucunda yapılmış bir sözleşmeden doğan borca kefalet ettiğini açıklayan kişi, yükümlülük altına girdiği sırada, sözleşmeyi sakatlayan eksikliği biliyorsa, kefalet konusunda uygulanabilecek ilke ve koşullara göre sorumlu olur. Aynı kural, borçlu yönünden zamanaşımına uğramış bir borca kefalet ettiğini açıklayan kişi hakkında da uygulanır" (f.2) şeklinde ifade edilmiştir. -Yine BKT.m.587 f.son'a göre, "Kanundan aksi anlaşılmadıkça kefil, bu bölümde kendisine tanınan haklardan önceden feragat edemez" denilmiştir. -Maddenin gerekçesi ise şu şekildedir: "818 sayılı Borçlar Kanununun 485. maddesini karşılamaktadır.Tasarımın üç fıkradan oluşan 587. maddesinde kefalet sözleşmesinin koşullarından asıl borç düzenlenmektedir. -Maddenin son fıkrası, 818 sayılı Borçlar Kanununda yer verilmeyen, yeni bir hükümdür. Bu hükme göre: "Kanundan aksi anlaşılmadıkça kefil, bu bölümde kendisine tanınan haklardan önceden feragat edemez. -Maddenin düzenlenmesinde, kaynak İsviçre Borçlar Kanununun 492. maddesinin ikinci, üçüncü ve son fıkraları göz önünde tutulmuştur".

<sup>49</sup> TANDOĞAN, a.g.e., c. 2, s. 722.

<sup>50</sup> TANDOĞAN, a.g.e., c. 2, s. 722.

<sup>51</sup> Bu konuda bkz. OSER/SCHÖNENBERGER, Kommentar, Art. 492 N. 35-36; REİSOĞLU, Uygulamada kefalet, s. 21; TERCIER, a.g.e., n. 5046 vd.; ENGEL, a.g.e., s. 291.

<sup>52</sup> Yarg. TD., 15.12.1968, 395/210: Kefil, kefil olduğu sırada borçlunun küçük olduğunu bilerek kefaletnameyi verdiği için, BK. m. 485 hükmünce sorumlu tutulur (KARAHASAN, a.g.e., c. 6, s. 920); TANDOĞAN, a.g.e., c. 2, s. 723.

<sup>53</sup> Bu hüküm, BKT.m.587'de, "Ancak, gelecekte doğacak veya koşula bağlı bir borç için de, bu borcun hüküm doğuracağı an gelince veya koşul gerçekleşince geçerli olmak üzere kefalet sözleşmesi kurulabilir" (f.1 c.2) şeklinde ifade edilmiştir.

<sup>54</sup> TANDOĞAN, a.g.e., c. 2, s. 720-721; REİSOĞLU, Uygulamada kefalet, s. 17-18.

<sup>55</sup> REİSOĞLU, Uygulamada kefalet, s. 19; TERCIER, a.g.e., n. 5138 vd..

<sup>56</sup> TANDOĞAN, a.g.e., c. 2, s. 725.

<sup>57</sup> Bkz. YAVUZ, a.g.e., § 38.

<sup>58</sup> Aynı sonuç için bkz. TANDOĞAN, a.g.e., c. 2, s. 725. Karş. REİSOĞLU, Uygulamada kefalet, s. 19.

<sup>59</sup> TERCIER, a.g.e., n. 5018 vd.; KARAHASAN, a.g.e., yenilenmiş baskı, c. 2, s. 1213; SCYBOZ, a.g.e., s. 77 vd.; ENGEL, a.g.e., s. 592-593.

<sup>60</sup> Bu konuda bkz. ZEVKLİLER, Kişiler hukuku, s. 159; REİSOĞLU, Uygulamada kefalet, s. 29-30.

<sup>61</sup> ZEVKLİLER, Kişiler hukuku, s. 100; REİSOĞLU, Uygulamada kefalet, s. 28.

<sup>62</sup> MİMAROĞLU, S.K., Evli kadının kocası menfaatine üçüncü kişilerle yaptığı iltizam mukaveleleri, Ankara 1961, s. 41-42; KÖPRÜLÜ/KANETİ, Aile hukuku, İstanbul 1985-1986, s. 138-139; REİSOĞLU, Uygulamada kefalet, s. 26-28; Yarg. 12. HD., 18.10.1982, 7179/7394 (KARAHASAN, a.g.e., c. 6, s. 908).

<sup>63</sup> Bu konuda bkz. OSER/SCHÖNENBERGER, Kommentar, Art. 394 N. 1 vd.. -Yine BKT.m.589'da, "eşin rızası", başlığı ile, şu düzenleme getirilmiştir: "Eşlerden biri mahkemece verilmiş bir ayrılık kararı olmadıkça veya yasal olarak ayrı yaşama hakkı doğmadıkça, ancak diğerinin yazılı rızasıyla kefil olabilir; bu rızanın sözleşmenin



kurulmasından önce ya da en geç kurulması anında verilmiş olması şarttır. -Kefalet, ticaret siciline kayıtlı bir işletmenin sahibi; bir kolektif ortaklığın ortağı, bir komandit ortaklığın sınırsız sorumlu ortağı; bir anonim ortaklığın yöneticisi veya müdürü, bir sermayesi paylara bölünmüş komandit ortaklığın müdürü veya bir limited ortaklığın yönetici ortağı tarafından işletmeyle ilgili olarak verilmişse, eşin rızası aranmaz. -Kefalet sözleşmesinde sonradan yapılan ve kefilin sorumlu olacağı miktarın artmasına veya âdi kefaletin müteselsil kefalete dönüşmesine ya da kefil yararına olan güvencelerin önemli ölçüde azalmasına neden olmayan değişiklikler için de diğer eşin rızası gerekmez". -Bu maddenin gerekçesi ise, şu şekildedir: "818 sayılı Borçlar Kanununda yer verilmeyen, "III. Eşin rızası" kenar başlıklı yeni bir maddedir.-Tasarının üç fıkradan oluşan 589. maddesinde, kefalette eşin rızası düzenlenmektedir.-Maddenin birinci fıkrasına göre, eşlerden biri kural olarak diğer eşin sözleşmenin kurulmasından önce ya da en geç kurulması anında verilmiş olması şarttır. Ancak, istisnâ bazı durumlarda eşin rızası aranmayacaktır. Bu istisnalardan birine, maddenin birinci fıkrasında yer verilmiştir. Buna göre, mahkemece verilmiş bir ayrılık kararı varsa veya yasal olarak ayrı yaşama hakkı doğmuşsa, kefilin eşinin rızasına gerek yoktur. -Maddenin ikinci fıkrasında, kefil olmada eşin rızasının aranmayacağı diğer bir istisnaya yer verilmiştir. Buna göre, kefalet, ticaret siciline kayıtlı bir işletmenin sahibi; bir kolektif ortaklığın ortağı, bir komandit ortaklığın sınırsız sorumlu ortağı; bir anonim ortaklığın yöneticisi veya müdürü, bir sermayesi paylara bölünmüş komandit ortaklığın müdürü veya bir limited ortaklığın yönetici ortağı tarafından işletmeyle ilgili olarak verilmişse, eşin rızası aranmayacaktır. -Maddenin üçüncü fıkrasında ise, eşin rızasının aranmadığı diğer bir istisnaya yer verilmiştir. Buna göre, kefalet sözleşmesinde sonradan yapılan ve kefilin sorumlu olacağı miktarın artmasına veya âdi kefaletin müteselsil kefalete dönüşmesine ya da kefil yararına olan güvencelerin önemli ölçüde azalmasına neden olmayan değişiklikler için de kefilin eşinin rızası aranmayacaktır. -Maddenin düzenlenmesinde, kaynak İsviçre Borçlar Kanununun 494. maddesi göz önünde tutulmuştur".

<sup>64</sup> TANDOĞAN, a.g.e., c. 2, s. 730; REİSOĞLU, Uygulamada kefalet, s. 28.

<sup>65</sup> Bu konuda bkz. AKÜNAL, T., Türk medeni hukukunda tüzel kişiler, 2. bası, İstanbul 1995, s.26 vd..

<sup>66</sup> TANDOĞAN, a.g.e., c. 2, s. 730 vd.; REİSOĞLU, Kefalet hukuku, s. 22 vd.; KARAHASAN, a.g.e., yenilenmiş baskı, c. 2, s. 1214-1216.

<sup>67</sup> Bu hüküm, BKT. m. 592'de, "Kefil, aynı borç için başkalarının da kefil olduğunu alacaklının bildiğini veya bilmesi gerektiğini varsayarak kefil olmuşsa, bu varsayımın gerçekleşmemesi veya sonradan kefillerden birinin alacaklı tarafından kefalet borcundan kurtarılması ya da kefaletinin hükümsüz olduğuna karar verilmesi durumunda, kefalet borcundan kurtulur" (f.3). -Maddenin gerekçesi ise şu şekildedir: "Maddenin üçüncü fıkrası, 818 sayılı Borçlar Kanununun 488. maddesinin üçüncü cümlesini karşılamaktadır. Buna göre, kefil, aynı borç için başkalarının da kefil olduğunu alacaklının bildiğini veya bilmesi gerektiğini varsayarak kefil olmuşsa, şu durumlarda kefalet borcundan kurtulur: 1. Bu varsayımın gerçekleşmemesi, 2. Sonradan birlikte kefillerden birinin alacaklı tarafından kefalet borcundan kurtarılması, 3. Birlikte kefillerden birinin kefaletinin hükümsüz olduğuna karar verilmesi."

<sup>68</sup> Bu hükümle ilgili olarak bkz. REİSOĞLU, Uygulamada kefalet, s. 141 vd.; Yarg. 11. HD., 14.6.1985, 2643/3880 (KARAHASAN, a.g.e., c. 6, s. 938-939); ayrıca bkz. aşağıda dn. 137. Yarg. TD., 27.12.1963, 2681/4743 (KARAHASAN, a.g.e., c. 6, s. 940); Yarg. HGK., 30.5.1990, 11-208/342 (metni için bkz. aşağıda dn. 148); TERCIER, a.g.e., n. 5210 vd..

<sup>69</sup> REİSOĞLU, Uygulamada kefalet, s. 36.

<sup>70</sup> Bu konuda bkz. EREN, Borçlar Hukuku, 4. bası, s. 456 vd..

<sup>71</sup> SIMLER/DELEBECQUE, a.g.e., s. 54 vd.; REİSOĞLU, Uygulamada kefalet, s. 37-40.

<sup>72</sup> SIMLER/DELEBECQUE, a.g.e., s. 60.

<sup>73</sup> Bu konuda bkz. YAVUZ, a.g.t., s. 90 vd..

<sup>74</sup> Bu konuda bkz. REİSOĞLU, Uygulamada kefalet, s. 40 vd..

<sup>75</sup> Bu konuda bkz. YAVUZ, a.g.e., § 29.

<sup>76</sup> Bu hüküm, BKT. m. 588'de, "Kefalet sözleşmesi yazılı şekilde yapılmadıkça ve kefilin sorumlu olacağı azamî miktar belirtilmedik geçerli olmaz. Ancak, kefilin, sorumlu olduğu azamî miktarı, kefalet tarihini ve müteselsil kefil sıfatıyla veya bu anlama gelen herhangi bir ifadeyle yükümlülük altına girdiğini kefalet sözleşmesinde kendi el yazısıyla belirtmesi şarttır"(f.1) şeklinde ifade edilmiştir. -Maddenin gerekçesi ise şu şekildedir: "818 sayılı Borçlar Kanununun 484. maddesini karşılamaktadır. Tasarının iki fıkradan oluşan 588. maddesinde, kefalet sözleşmesinin şekli düzenlenmektedir. 818 sayılı Borçlar Kanununun 484. maddesinde kullanılan "muayyen bir miktar" şeklindeki ibare, Tasarıda "azamî miktar" şeklinde değiştirilmiştir. Tasarının 588. maddesinin birinci fıkrasının ikinci cümlesi, 818 sayılı Borçlar Kanununda yer verilmeyen, yeni bir hükümdür. Bu cümlede kefilin, kendi el yazısıyla belirtmesinin şart olduğu hususlar açıklanmıştır. Buna göre, kefalet sözleşmesinde, kefilin sorumlu olduğu azamî miktarın, kefalet tarihinin ve müteselsil kefalet söz konusu ise, müteselsil kefil sıfatının veya bu anlama gelen herhangi bir ifadenin yer alması gerekmektedir".

<sup>77</sup> Bu hükmün uygulanmasına ilişkin olarak bkz. Yarg. içt. bir. K., 12.4.1944 t.li ve 14/13 s.lı kararı (RG. n. 5765: YAVUZ, Türk medeni hukuku ve borçlar hukuku, c. 1, s. 597, m. 484 n. 5; YAVUZ, MK./BK./Diğer Mevzuat, s. 1045, m. 484 n. 5) : "Kanunun emrettiği şeklin şümul ve tesiri derecesi hakkında başka bir hüküm tayin olunmamış ise akdin bu şekle riayet olunmadıkça sahih olamayacağına dair Borçlar Kanununun on birinci maddesinde konulmuş bulunan umumî hükmün mahsus şekle tâbi bulunan kefalet akdine de şamil olduğu şüphesizdir. Sureti umumiyede rızaların serbestçe telâhuku ile vücut bulan akitlerde bir tarafı ilzam edici vecibenin doğması için hiçbir şekil aranmadığı halde kefalet akdinde yazılı şekle riayetin mecburî tutulması, borçlunun himayesi maksat ve gayesine dayandığına göre kefilen sâdir olan irade beyanını izhar zımında kullanılan bir vasıta olarak telâkkisi icap eyleyen şekil vücut bulmadıkça kefalet akdinin sahih ve ilzam edici bir mahiyet taşıması mümkün olamayacağı gibi mekfulünbihin miktarı muayyen olmadığı takdirde de kefalet akdi muteber olamaz. Mahkemelerden ancak mevcut ve bir kanun hükmü ile himaye edilen haklar için karar istenebileceği cihetle davanın esaslı şartlarından olan hak vücut bulmamış ve kanun tarafından himaye edilmemiş ise diğer tarafın talebini beklemeksizin hâkimin bu davayı dinlememesi ve reddetmesi icap eder. Aksi takdirde hâkimin dava edileni borçlu olmadığı ve davacının talebe hakkı bulunmadığı bir şey'le mahkûm etmesi gibi bâtul bir netice husule gelir. Bu itibarla kefalet senedinde kefilin ödeyeceği muayyen bir miktarın gösterilmiş olup olmadığı ve senetten böyle muayyen bir miktarın anlaşılması kabul olup

olamayacağı hususunun hâkim tarafından re'sen nazara alınması lâzım geldiğine 12.4.1944 tarihinde çoğunlukla karar verildi". Kefalet sözleşmesinde şekil konusunda bkz. TAŞDELEN, N., Kefalet Sözleşmesinde Şekil, Prof. Dr. Oğuz İmregün'e Armağan, İstanbul 1998, s.731-765.

<sup>78</sup> REİSOĞLU, Kefalet hukuku, s. 44, s. 47; REİSOĞLU, Uygulamada kefalet, s. 43; TANDOĞAN, a.g.e., c. 2, s. 740.

<sup>79</sup> "Kefillığın geçerliliği yazılı olmasına bağlıdır. Kefillik için aranan yazılı biçim, bir yanlıdır. Bu nedenle kefilin iradesini yazılı olarak açıklaması yeterlidir. Ne var ki, kefillik senedi metninin ya da kefilin sorumlu olacağı tutarın ya da dayanışmalı sorumluluğun kefilin el yazısı ile olması gerekli değildir. Kefillik senedi metninin başkasının el yazısı ya da daktilo ile yazılması, üstelik basılı metnin kullanılması olanaklıdır. Öte yandan, kefillik senedinde belirli sözcüklerin kullanılmasına, 'kefillik' deyimine yer verilmesine gerek yoktur; bir borcun yerine getirilmemesi nedeniyle yan (fer'i) olarak sorumluluk üstlenmeyi anlatan sözcüklerin bulunması yeterli sayılır. Üstelik, senette düzenleme yerinin ve tarihinin gösterilmemesi, kefilliği geçersiz kılmaz. —Yasanın aradığı yönleri içermek kaydıyla kefilin açıklaması, mektupla ya da telgrafla ya da mahkeme veya icra tutanağına (İİK.m.38) geçirilmek ve imzalamak yoluyla yapılabilir. Kefillikte sonradan yapılan değişikliklerin başlangıçtaki senede yazılması gerekmez" (KARAHASAN, a.g.e., c. 4, s. 1430-1431).

<sup>80</sup> HONSELL, a.g.e., s. 364; -Yarg. 4. HD., 27.11.1970, 8640/8819: Kefalet yükümlülüğü ayrı bir belge ile de yapılabilir (KARAHASAN, a.g.e., c. 6, s. 916). İsviçre hukukunda tacirler de dahil olmak üzere, gerçek kişilerin 2000 Frankı aşan kefalet beyanlarının resmi şekilde yapılması gerekmektedir. Ana meblağın artırılması ve adi kefaletin müteselsil kefalete dönüştürülmesi halleri dışında, kefalet sözleşmesinin sonradan değiştirilmesi için adi yazılı şekil yeterlidir (İBK. 493/V c. 1). 2000 Frankı aşan bir kefalet sözleşmesinin adi yazılı şekilde yapılmış olması halinde, İBK.m.20 f.2 hükmünün kıyasen uygulanması ile sözleşmenin 2000 Franklık kısmının geçerli sayılması gerektiği ifade edilmektedir (HONSELL, a.g.e., s. 365).

<sup>81</sup> OLGAÇ, S., Kefalet, Ankara 1978, s. 16; OLGAÇ, a.g.e., c. 4, s. 516; REİSOĞLU, Uygulamada kefalet, s. 50; KARAHASAN, a.g.e., c. 4, s. 1431.

<sup>82</sup> Bu hüküm, BKT. m.588'de, "Kendi adına kefil olma konusunda özel yetki verilmesi ve diğer tarafa veya bir üçüncü kişiye kefil olma vaadinde bulunulması da aynı şekil koşullarına bağlıdır. Taraflar, yazılı şekle uyarak kefilin sorumluluğunu borcun belirli bir miktarıyla sınırlandırmayı kararlaştırabilirler" (f.2). -Maddenin ilgili kısmının gerekçesi ise şöyledir: "818 sayılı Borçlar Kanununun 484. maddesini karşılamaktadır.Maddenin ikinci fıkrası, 818 sayılı Borçlar Kanununda yer verilmeyen, yeni bir hükümdür.Buna göre, kefil kendi adına kefil olma konusunda özel yetki verecekse ve diğer tarafa veya bir üçüncü kişiye kefil olma vaadinde bulunacaksa aynı şekil koşullarına uymak zorundadır.Aynı fıkranın son cümlesinde tarafların, yazılı şekle uyarak kefilin sorumluluğunu borcun belirli bir miktarıyla sınırlandırmayı kararlaştırabilecekleri öngörülmüştür".

<sup>83</sup>HONSELL, a.g.e., s. 365. Bu konuda bkz. Yarg. İçt. Bir. K., 12.4.1944, 14/13 (RG. n. 5765; YAVUZ, MK./BK./Diğer mevzuat, s. 1045, m. 484 n. 5).

<sup>84</sup>"İsviçre Federal Mahkemesi de (BGE 70 II 271) şekil noksanı dolayısıyla geçerli olmayan bir kefaletle istinaden ödemedeki kefilin sebepsiz zenginleşme iddiasında bulunabileceğini kabul etmektedir. Yüksek Mahkeme, kararında, sebepsiz zenginleşme

davasının borçlu bulunmayan kefalet edimini kabul eden alacaklıya karşı mı, yoksa asıl borçluya karşı mı açılacağını da tartışmış ve şu gerekçe ile davanın alacaklıya karşı açılacağını kabul etmiştir: 'Ödemede bulunan kefil, asıl borçlunun borcunu değil, fakat kendi borcunu, alacaklı ile kendi arasındaki kefalet akdine istinaden asıl borçlunun ödememesi yüzünden ortaya çıkan tazminat yükümlülüğünü yerine getirmektedir. Bunun sonucu olarak da, ödeme ile alacaklıya karşı olan kendi bağımsız borcu sona ermektedir. Buna karşılık asıl borç sona ermemekte, bilakis kefalet geçerli ise rücu talebi şeklinde kefile intikal etmektedir. Kefalet geçerli değilse, kefil alacaklıya hakkı olmıyan bir ödemede bulunduğundan, alacaklı sebepsiz zenginleşme davasına muhatap olacaktır. Bu düşünüş tarzı —ki Roma ve Müsterek hukuk anlayışı da böyleydi— kefalet ilişkisinin hukukî niteliğine olduğu kadar, adalet ve pratik mantık kurallarına da en uygun olanıdır. Zira ekseriya kefil, asıl borçlu ödemedi aciz olduğundan, teminat vermek zorunda kalmaktadır. Kefili asıl borçluya müracaata mecbur etmek gayri adil, sert bir davranış olacaktır'. —Yargıtay ise, kefilin sebepsiz zenginleşme davasını borçluya karşı açacağı görüşündedir. Yüksek Mahkemeye göre: 'Ancak, şekil noksanı veya yokluğu nedeniyle geçerli bulunmayan bir kefaletle dayanılarak ödemede bulunan kefilin nedensiz zenginleşme iddiasında bulunabileceğine hiç bir yasal engel bulunmamaktadır. Zira ödeme sonucunda alacak sona ermiş ise, haksız olarak borçlu (davalı)nın zenginleştiğinin kabulü gerekir. Öyle ki alacağın sona ermesiyle, alacaklı hakkı olan bir edayı kabul etmiş olacak, buna karşılık borçlu nedensiz olarak borcundan kurtulmuş, mal varlığında haklı olmayan bir artış meydana gelmiş bulunacak' (Yarg. 3. HD., 6.4.1989, 9431/3528)" (bu açıklamalar için bkz. REİSOĞLU, Uygulamada kefalet, s. 59-60).

<sup>85</sup> REİSOĞLU, Uygulamada kefalet, s. 45.

<sup>86</sup> REİSOĞLU, Uygulamada kefalet, s. 45-46.

<sup>87</sup> SCHÖNENBERGER, Kommentar, Art. 493 N. 23; OSER/SCHÖNENBERGER, Kommentar, Art. 493 N. 23-24; REİSOĞLU, Uygulamada kefalet, s. 11 vd.; KARAHASAN, a.g.e., yenilenmiş baskı, c. 2, s. 1218. —Yarg. 13. HD., 3.12.1991, 7229/10997: "Kefaletin şekle bağlı kılınması ön planda kefilin korumak gayesine yöneliktir. Bu nedenle asıl borcun sözleşmede yeteri kadar tanımlanmış veya belli edilebilir olması gereklidir. Herhangi bir borç için verilmiş soyut bir kefalet geçerli olmaz. Asıl borçlunun çeşitli yükümlülüklerinden hangisi için verildiği saptanamayan kefalet hüküm taşımaz (BK. m. 484). Sözleşmede kiralanda yapılacak tadilatların tahliyeden sonra kiracı tarafından giderileceğine dair kiracıya yüklenen edim önceden belli ve kestirilmesi de mümkün olmayan araştırmaya bağlı hususlara ilişkin olduğu gibi senet dışı ve ilerde ortaya çıkacak olaylara bağlı yapılacak hesaplarla belli duruma gelebilir niteliktedir ve kefilin miktarı çıkarmasına da olanaklı bir durum yoktur. Hal böyle olunca kefalet hukuki neticelerini hasıl etmekten yoksun olduğundan geçersizdir" (YKD. 1992, s. 398).

<sup>88</sup> REİSOĞLU, Uygulamada kefalet, s. 51.

<sup>89</sup> REİSOĞLU'na göre "alacaklının isminin kefalet senedinde yer almasına ihtiyaç bulunmamasına karşılık, akitte taraf olmadığı halde asıl borçlunun ismen belirtilmesi gerekir. Aksi takdirde geçerli bir kefalet yükümlülüğünden söz edilemez. Kefaletle şekil şartının kefilin himaye gayesi ile konulmuş olması bu zorunluluğu açıklamaktadır. Asıl borçlunun ödeme gücü, kefilin yüklediği riziko bakımından fevkalâde önemlidir. Kefalet senedinde yükümlülüğün miktarının gösterilmesi yetmez. Kefilin ödemeye mecbur kalmaması, ödediği takdirde ise rücu bakımından asıl borçlunun mamelekî durumunun iyi olması gerekir. Aciz

halinde bir kimseye kefil olunurken çok düşünüleceği kuşkusuzdur" (bkz. Uygulamada kefalet, s. 52).

<sup>90</sup> OSER/SCHÖNENBERGER, Kommentar, Art. 493 N. 24; REİSOĞLU, Kefalet hukuku, s. 53; BİLGE, a.g.e., s. 371; TANDOĞAN, a.g.e., c. 2, s. 752.

<sup>91</sup> TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, Tekinay Borçlar Hukuku, 7. bası, İstanbul 1993, s. 277; EREN, Borçlar Hukuku, 4. bası, s. 448; İNAN, a.g.e., s. 397

<sup>92</sup> Bu konuda bkz. OSER/SCHÖNENBERGER, Kommentar, Art. 493 N. 88.

<sup>93</sup> Yarg. 11. HD., 11.3.1988, 1489/1500: Ögeleri belli olmak kaydıyla devamlı, değişik içerikli, birden çok yükümlülükleri içeren bir borç ilişkisi için kefil olmak mümkün olup bir kredi borcuna ya da cari hesaba kefil olunduğu takdirde, kural olarak tek bu borca değil, belli bir sınır içerisinde çeşitli zamanlarda ve değişik miktarlarda açılan krediler de tek bir kefalet yükümlülüğünün kapsamına girebilir (KARAHASAN, a.g.e., c. 6, s. 912-913).

<sup>94</sup> Bkz. yukarıda dn. 77'de anılan Yarg. içt. bir. K.ı; KARAHASAN, a.g.e., c. 4, s. 1433. Yarg. 21. HD., 20.03.2000, E. 2000/2133, K. 2000/2117: Dava, Noterlikçe tanzim edilen Taahhütname ve şahsi Kefaletnamenin geçersizliğinin tespiti ile iptaline ilişkindir. BK.nun 483. maddesinde tarifini bulan kefalet, borçlunun borcunu ödememesi halinde bu borçtan şahsen sorumlu olmayı alacaklıya karşı taahhüt etmek, alacaklıya bir teminat sağlamaktır. Aynı Kanunun 484. maddesinde kefaletin geçerlilik şartı olarak yazılı şekilde yapılması ve kefilin mesul olacağı muayyen bir miktarın belirtilmesi gerektiği öngörülmüştür. Bir başka ifade ile kefalet senedinde kefilin sorumlu olacağı miktarın gösterilmesi zorunludur. Kefalet akdinin sıhhat şartlarından olan bu hususun hakim tarafından kendiliğinden gözönünde tutulması gerekir. Yargıtay İçtihadı Birleştirme Genel Kurulunun 12.04.1944 gün ve 13 sayılı kararı da bu doğrultudadır. Somut olayda, P... Toplu Temizlik Ltd. Şirketinin borçlarına kefil olan O... Döviz A.Ş.'nin 16 Aralık 1998 tarih ve 18814 sayılı kefalet senedinde, kefil bulunan O... Döviz A.Ş.'nin kefil olduğu miktarın yazılı olmadığı açık- seçiktir. Bu durumda söz konusu kefalet senedinin geçerli olduğundan bahsedilemez. Mahkemece, bu maddi ve hukuki olgular gözönünde tutulmaksızın yazılı şekilde hüküm kurulması usul ve yasa aykırı olup bozma nedenidir (KAZANCI-BK). Yarg., 19. HD., 08.06.2001, E. 2001/4325, K. 2001/4434: Davacı banka vekili, müvekkili ile dava dışı Nazım S. arasında akdedilen kredi kartı üyelik sözleşmesini, davalının müteselsil kefil sıfatıyla imzaladığını, kredi kartının kullanılmasından doğan borcun ödenmemesi sebebiyle girişilen icra takibine haksız olarak itiraz edildiğini, beyanla itirazın iptali ile %40 icra inkar tazminatına hükmedilmesini talep ve dava etmiştir. Davalı duruşmalara gelmemiş davaya cevap da vermemiştir. Mahkemece, yaptırılan bilirkişi incelemesi sonucu düzenlenen rapor çerçevesinde 1.423.768.531.-TL asıl alacak, 552.287.042.-TL faiz olmak üzere toplam 1.986.059.023.-TL.lık kısım üzerinden itirazın iptaline, asıl alacak miktarına takip tarihinden itibaren %210 faiz yürütülmesine, %40 icra inkar tazminatının davalıdan alınıp davacıya verilmesine karar verilmiş, hüküm davalı tarafından temyiz edilmiştir. Kefilin sorumluluğu, kefalet akdinde ödeyeceği muayyen bir miktarın gösterilmiş bulunması ya da 14.4.1994 tarih ve 14/13 sayılı İçtihadı Birleştirme kararı uyarınca kefalet senedinden böyle bir miktarın anlaşılmasının mümkün olması koşuluna bağlıdır. Somut olayda kefalet limiti gösterilmediği gibi sözleşmede aylık harcama limitinin de belli olmadığı anlaşılmaktadır. Borçlar Kanununun 484. maddesinde öngörülen koşullara uyulmaması hali aynı yasanın 11 . maddesi gereğince akdin geçersizliği sonucunu doğurur ise de, davalı temyiz dilekçesinde kefalet limitinin 10.000.000.-TL olduğunu kabul ettiğinden bu yön üzerinde durularak, kefilin kefalet limiti ve kendi temerrüdünün

sonuçlarından sorumluluğu kuralı da gözetilerek bir hüküm kurulması gerekmektedir (KAZANCI-BK). -Yarg. 19. HD., 16.01.2001, E. 2000/6362, K. 2001/234: Borçlar Kanununun 484. maddesi uyarınca kefalet akdinin geçerli olabilmesi için, akdin yazılı ve sorumlu olunacak miktarın açıkça belirtilmiş olması, bir başka deyişle kefalet limitinin sözleşme metninden anlaşılabilir olması gerekir. BK. 487. maddesinde ise, müteselsil kefil olarak borcun ifasının üstlenilmiş olduğu hallerde, alacaklının asıl borçluya müracaat etmeden ve rehinlerin paraya çevrilmesini istemeden kefil aleyhinde takibata geçebileceği öngörülmüştür. Kredi sözleşmesine yukarıda açıklanan hükümler ve özellikle BK. 484. maddesine aykırı olacak ve kefilin sorumluluğunu ağırlaştıracak şekilde, konulacak hükümlerin geçersiz olduğu gözetilip, 12.4.1944 tarih ve 1944/14-13 sayılı YİBK. çerçevesinde yerleşmiş Yargıtay uygulaması da dikkate alınarak asıl borcun ulaştığı miktar ve kefilin kefalet limitine göre borçtan sorumlu tutulacağı meblağ konusunda uzman bilirkişiden ayrıntılı rapor alınıp varılacak uygun sonuç dairesinde bir karar verilmesi gerekirken eksik inceleme ile yazılı şekilde hüküm tesisi doğru görülmemiştir (KAZANCI-BK).

<sup>95</sup> TANDOĞAN, a.g.e., c. 2, s. 759; REİSOĞLU, Uygulamada kefalet, s. 52 vd..

<sup>96</sup> REİSOĞLU, Uygulamada kefalet, s. 58. Ayrıca ilgili düzenleme olarak bkz. 32 sayılı Türk Parasını Koruma Hakkında Karar (RG. n. 20249). Yabancı para üzerinden borçlanma ve sonuçları konusunda bkz. REİSOĞLU, Seza, Yabancı para üzerinden taahhüt altına girilmesi ve hukukî sonuçları, BATİDER, c. XIII (1987), sy. 3-4, s. 144-156; BARLAS, N., Para borçlarının ifasında borçlunun temerrüdü ve bu temerrüt açısından düzenlenen genel sonuçlar, doktora tezi, İstanbul 1992, s. 213 vd.; BAYGIN, C., Yabancı para üzerinden borçlanmalar ve hukukî sonuçları, yayınlanmamış ylt., İstanbul 1994.

<sup>97</sup> SCHÖNENBERGER, Kommentar, Art. 493 N. 82-83; KARAHASAN a.g.e., yenilenmiş baskı, c. 2, s. 1218-1224.

<sup>98</sup> TANDOĞAN, a.g.e., c. 2, s. 761.

<sup>99</sup> OSER/SCHÖNENBERGER, Kommentar, Art. 493 N. 29.

<sup>100</sup> SCYBOZ, a.g.e., s. 88.

<sup>101</sup> SCHÖNENBERGER, Kommentar, art. 493 N. 79; TANDOĞAN, a.g.e., c. 2, s. 760.

<sup>102</sup> SCHÖNENBERGER, Kommentar, Art. 493 N. 79.

<sup>103</sup> Bu konuda bkz. TERCIER, a.g.e., 1. baskı, n. 3664-3682. Kefalet çeşitleri konusunda bkz. SIMLER/DELEBECQUE, a.g.e., s. 44 vd..

<sup>104</sup> BİLGE, a.g.e., s. 374; ZEVKLİLER, a.g.e., s. 397; OLGAÇ, a.g.e., c. 4, s. 533; ENGEL, a.g.e., s. 596; TERCIER, a.g.e., 1. baskı, n. 3666, n. 3749; ARPACI (HATEMİ/SEROZAN), a.g.e., s. 525; TANDOĞAN, a.g.e., c. 2, s. 762; KARAHASAN a.g.e., yenilenmiş baskı, c. 2, s. 1225 vd.; Yarg. 4. HD., 25.10.1966, 9013/2328, (KARAHASAN, a.g.e., c. 4, s. 1437 dn. 40); Yarg. 4. HD., 8.10.1968, 548/7447 (KARAHASAN, a.g.e., c. 4, s. 1438, dn. 41).

<sup>105</sup> TERCIER, a.g.e., 1. baskı, n. 3749 vd.; SCYBOZ, a.g.e., s. 98 vd..

<sup>106</sup> Bu konuda bkz. AYBAY, A., Kefilin önce dava defini ileri sürmesi sorunu, S. Kaneti'ye Armağan, İstanbul 1996, s. 83-89.

<sup>107</sup> Bu hüküm, BKT. m. 590'da, "Âdi kefalette alacaklı, ancak aşağıdaki hâllerde doğrudan doğruya kefile başvurabilir:1. Borçlu aleyhine yapılan takibin sonucunda kesin aciz belgesi alınması,2. Borçlu aleyhine Türkiye'de takibatın olanaksız hâle gelmesi veya önemli ölçüde güçleşmesi,3. Borçlunun iflâs etmesi veya iflâsın

ertelenmesine karar verilmesi,4. Borçluya konkordato mehli verilmiş olması.”(f.1) şeklinde ifade edilmiştir. -Maddenin gerekçesi ise şu şekildedir: “Maddenin birinci fıkrası, 818 sayılı Borçlar Kanununun 486. maddesinin birinci fıkrasıyla benzer içeriğe sahip olmakla birlikte, bu fıkraya, “iflâsın ertelenmesine karar verilmesi” ile “borçluya konkordato mehli verilmiş olması” durumları da eklenmiştir. Ayrıca 818 sayılı Borçlar Kanununun 486. maddesinin birinci fıkrasından farklı olarak, Tasarıda alacaklının doğrudan doğruya kefile başvurabileceği hâller dört bent hâlinde sayılmıştır”.

<sup>108</sup> REİSOĞLU, Uygulamada kefalet, s. 183.

<sup>109</sup> TANDOĞAN, a.g.e., c. 2, c. 762; KARAHASAN, a.g.e., yenilenmiş baskı, c. 2, s. 1226. —Yarg. 13. HD., 3.12.1991, 7229/10997: “Kira sözleşmesinde, kefaletin müteselsil olduğuna dair bir açıklık bulunmamaktadır. Bu nedenle davalı Sefa'nın kefaleti âdi olarak kabul edilmesine gerekir. Âdi kefaletle müteselsil kefalet birbirinden farklıdır. Âdi kefalet, sadece fer'i değil aynı zamanda tali (ikinci) bir nitelik taşır. Bu yön âdi 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 âdi kefile müracaat edilebilir (BK. md. 486). Bu gibi haller dışında kendisine başvuru kefil, önce asıl borçluya karşı takibe geçilmesi def'ini ileri sürebilir. Âdi kefile müracaat için az yukarıda açıklanan yasal şartların varlığı davacı tarafından ileri sürülmediği gibi ispat da edilmemiştir. Öyleyse BK. m. 486'nın koyduğu şartlar gerçekleşmemiş olduğundan davalı âdi kefil Sefa'nın hakkında henüz dava açılmayacağı çok açıktır. Mahkemenin doğrudan gözetmesi gereken yasal durumu düşünmeden kefaletin hukuki nitelendirilmesinde hataya düşülerek kefilin asıl borçlu ile birlikte sorumlu tutması isabetsizdir” (YKD. 1992, s. 397-398).

<sup>110</sup> REİSOĞLU, Uygulamada kefalet, s. 115 vd..

<sup>111</sup> Bu hüküm, BKT. m. 595'te, “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 çevrilmeye ve borçlu aleyhine yapılan takip sonucunda kesin aciz belgesi alınmaya veya konkordato kararına kadar kendisine karşı yöneltilen takibin durdurulmasına karar verilmesini isteyebilir” şeklinde ifade edilmiştir. -Maddenin gerekçesi ise şu şekildedir: “818 sayılı Borçlar Kanununun 491. maddesini karşılamaktadır. Tasarının dört fıkradan oluşan 595. maddesinde, alacaklının kefilin takibi düzenlenmektedir. 818 sayılı Borçlar Kanununun 491. maddesinin kenar başlığında kullanılan “II. Muacceliyet” şeklindeki ibare, Tasarıda “b. Kefilin takibi” şekline dönüştürülmüştür. Maddenin birinci fıkrasında, 818 sayılı Borçlar Kanununun 491. maddesinin birinci fıkrasının birinci cümlesinde olduğu gibi, borçlunun iflâsı nedeniyle asıl borç muaccel hâle gelse bile, kefile karşı, vadeden önce takibat yapılamayacağı belirtilmiştir. 818 sayılı Borçlar Kanununun 491. maddesinin birinci cümlesinde kullanılan “icbar olunamaz” şeklindeki ibare, dava ve icra takibini kapsamak üzere “takibat yapılamaz” şeklinde ifade edilmiştir. Maddenin ikinci fıkrası, 818 sayılı Borçlar Kanununda yer verilmeyen, yeni bir hükümdür. Buna göre, bütün kefalet türlerinde kefilin aynı güvence karşılığında hâkimden, mevcut rehinler paraya çevrilmeye ve borçlu aleyhine yapılan takip sonucunda kesin aciz belgesi alınmaya veya konkordato

kararına kadar kendisine karşı yöneltilen takibin durdurulmasına karar verilmesini isteyebileceği belirtilmiştir.”

<sup>112</sup> Bu konuda bkz. BİLGE, a.g.e., s. 374-375; TERCIER, a.g.e., 1. baskı, n. 3754; SCYBOZ, a.g.e., s. 101; ENGEL, a.g.e., s. 596; ARPACI (HATEMİ/SEROZAN), a.g.e., s. 526; KARAHASAN, a.g.e., yenilenmiş baskı, c. 2, s. 1226-1227.

<sup>113</sup> KARAHASAN, a.g.e., yenilenmiş baskı, c. 2, s. 1227.

<sup>114</sup> Bu hüküm, BKT. m. 605'te, “Belirli süreli kefalette kefil, sürenin sonunda borcundan kurtulur.” şeklinde ifade edilmiştir. -Maddenin gerekçesi ise şu şekildedir: “818 sayılı Borçlar Kanununun 493. maddesini karşılamaktadır.Tasarının tek fıkradan oluşan 605. maddesinde, belirli süreli kefalette kefaletin sona ermesi düzenlenmektedir.818 sayılı Borçlar Kanununun 493. maddesinin kenar başlığında kullanılan “II. Mahdut zaman için kefalet” şeklindeki ibare, Tasarıda “III. Belirli süreli kefalette” şekline dönüştürülmüştür. 818 sayılı Borçlar Kanununun 493. maddesi ile kaynak İsviçre Borçlar Kanunundan farklı olarak, belirli süreli kefaletin, sürenin geçmesiyle kefilin sürenin sonunda borcundan kurtulacağı belirtilmiştir. Böylece diğer sözleşmelerde olduğu gibi, sürenin geçmesi kefalet sözleşmesinde de mutlak bir sona erme sebebi olarak kabul edilmiştir. Kefaletin belirli bir süre için yapılması alacaklı ile kefil arasında gerçekleşmiş bir anlaşma sonucu olduğundan bu şekilde sona ermenin kabulünde alacaklının iradesine aykırı bir durum söz konusu değildir. Üstelik kefalet sözleşmesi, tek tarafa borç yükleyen bir sözleşmedir ve kefil bu sözleşmeyle karşı bir edim elde etmeksizin borç altına girmektedir. Bu durumda karşıt iki menfaatten kefilinkinin korunmasının yeğlenmesi gerektiğinden madde bu şekilde düzenlenmiştir.”

<sup>115</sup> Bu hüküm, BKT. m. 606'da, “Belirsiz süreli kefalette asıl borç muaccel olunca kefil, âdi kefalette her zaman, müteselsil kefalette kanunun öngördüğü hâllerde, alacaklıyı bir ay içinde dava ve takip haklarını kullanması, varsa rehlin paraya çevrilmesi yoluyla takibe geçmesi ve ara vermeden takibe devam etmesi konusunda uyarabilir. Borç, alacaklının borçluya yapacağı bildirim sonucunda muaccel olacaksa kefil, kefalet sözleşmesinin kurulduğu tarihten bir yıl sonra alacaklıyı bu bildirim yapması ve borç bu suretle muaccel olunca yukarıdaki fıkra hükümleri uyarınca takip ve dava haklarını kullanması konusunda uyarabilir. Alacaklı, bu uyarıların gereğini yerine getirmese, kefil borcundan kurtulur.” şeklinde ifade edilmiştir. -Maddenin gerekçesi ise şu şekildedir: “818 sayılı Borçlar Kanununun 494. maddesini karşılamaktadır.Tasarının üç fıkradan oluşan 606. maddesinde, belirsiz süreli kefalette kefaletin sona ermesi düzenlenmektedir.818 sayılı Borçlar Kanununun 494. maddesinin kenar başlığında kullanılan “III. Mahdut olmayan zaman için kefalet” şeklindeki ibare, Tasarıda “IV. Belirsiz süreli kefalette” şeklinde değiştirilmiştir.Maddenin birinci fıkrasında, 818 sayılı Borçlar Kanununun 494. maddesinin birinci fıkrasından farklı olarak, belirsiz süreli kefaletin, kefalet türlerine göre sona ermesi düzenlenmiştir. Buna göre, asıl borcun muaccel olması koşuluyla, âdi kefalette her zaman, müteselsil kefalette ise kanunun öngördüğü hâllerde, kefil, alacaklıyı bir ay içinde dava ve takip haklarını kullanması, varsa rehlin paraya çevrilmesi yoluyla takibe geçmesi ve ara vermeden takibe devam etmesi konusunda uyarabilecektir. Böylece, diğer belirsiz süreli sözleşmelere benzer biçimde, kefilin, açıklanan yolu izleyerek kefalet sözleşmesini sona erdirebileceği kabul



edilmiştir. Maddenin ikinci fıkrasında, 818 sayılı Borçlar Kanununun 494. maddesinin ikinci fıkrasında yapılan çeviri yanlışlığı düzeltilerek, Tasarıda “alacaklının borçluya yapacağı bildirim sonucunda muaccel olacağı” denilmiştir. Maddenin son fıkrası ise, 818 sayılı Borçlar Kanununun 494. maddesinin ikinci fıkrasının son cümlesiyle benzer içeriğe sahiptir. Ancak bu cümle Tasarıda ayrı bir fıkra hâlinde kaleme alınmış ve böylece maddenin birinci ve ikinci fıkralarını kapsayacak şekilde, kefilin, yaptığı uyarıların gereğinin alacaklı tarafından yerine getirilmemesi durumunda borcundan kurtulacağı hükme bağlanmıştır. Sistematik yapısı ile metninde yapılan düzeltme ve arılaştırma dışında, maddede 818 sayılı Borçlar Kanununa göre bir hüküm değişikliği yoktur. Maddenin düzenlenmesinde kaynak İsviçre Borçlar Kanununun 511. maddesi göz önünde tutulmuştur.”

<sup>116</sup> Bu konuda bkz. TANDOĞAN, a.g.e., c. 2, s. 764-765; TERCIER, a.g.e., 1. baskı, n. 3756; ENGEL, a.g.e., s. 597; SCYBOZ, a.g.e., s. 101; KARAHASAN, a.g.e., yenilenmiş baskı, c. 2, s. 1227.

<sup>117</sup> Bu konuda bkz. OLGAC, a.g.e., c. 4, s. 534; TERCIER, a.g.e., 1. baskı, n. 3757; ENGEL, a.g.e., s. 597; SCYBOZ, a.g.e., s. 101; KARAHASAN, a.g.e., yenilenmiş baskı, c. 2, s. 1227.

<sup>118</sup> Bu hüküm BKT m. 590’da: “Alacak, kefaletten önce veya kefalet sırasında rehinle de güvence altına alınmışsa, âdi kefalette kefil, alacağın öncelikle rehin konusundan alınmasını isteyebilir. Ancak, borçlu iflâs etmişse, iflâsın ertelenmesine veya kendisine konkordato mehli verilmesine karar verilmişse bu hüküm uygulanmaz.” (f.2) şeklinde ifade edilmiştir. Maddenin gerekçesi ise şu şekildedir: “Maddenin ikinci fıkrası, 818 sayılı Borçlar Kanununun 486. maddesinin ikinci fıkrasıyla benzer içeriğe sahiptir. Ancak, maddenin birinci fıkrasında olduğu gibi, bu fıkraya da “iflâsın ertelenmesi” ile “borçluya konkordato mehli verilmesi” durumları eklenmiştir. Ayrıca, 818 sayılı Borçlar Kanununun 486. maddesinin ikinci fıkrasının son cümlesinde yer alan “borçlunun iflâsı ilân olunmadıkça rehinin nakde tahvili kabil olmazsa” şeklindeki ibare gereksiz görülerek Tasarıya alınmamıştır.”

<sup>119</sup> Bu konuda bkz. TANDOĞAN, a.g.e., c. 2, s. 766-767; TERCIER, a.g.e., 1. baskı, n. 3760.

<sup>120</sup> TERCIER, a.g.e., 1. baskı, n. 1716; SCYBOZ, a.g.e., s. 102; ENGEL, a.g.e., s. 596; REİSOĞLU, Uygulamada kefalet, s. 119.

<sup>121</sup> TERCIER, a.g.e., 1. baskı, n. 3762.

<sup>122</sup> TANDOĞAN, a.g.e., c. 2, s. 767; KARAHASAN, a.g.e., yenilenmiş baskı, c. 2, s. 1228.

<sup>123</sup> Bu hüküm, BKT. m. 591’de, “Kefil, müteselsil kefil sıfatıyla veya bu anlama gelen herhangi bir ifadeyle yükümlülük altına girmeyi kabul etmişse alacaklı, borçluyu takip etmeden veya taşınmaz rehnini paraya çevirmeden kefilin takip edebilir. Ancak, bunun için borçlunun açıkça borç ödeme güçsüzlüğü içinde olması veya borçlunun ifade gecikmesi ve ihtarın sonuçsuz kalması gerekir.-Alacak, teslimine bağlı taşınır rehni veya alacak rehni ile güvenceye alınmışsa, rehinin paraya çevrilmesinden önce kefile başvurulamaz. Ancak, alacağın rehinin paraya çevrilmesi yoluyla tamamen karşılanamayacağının önceden hâkim tarafından belirlenmesi veya bunun anlaşmayla öngörülmesi ya da borçlunun iflâs etmesi veya konkordato mehli verilmesi hâllerinde, rehinin paraya çevrilmesinden önce de kefile başvurulabilir”. -Bu maddenin gerekçesi ise, “818 sayılı Borçlar Kanununun 487. maddesini karşılamaktadır.-Tasarının iki fıkradan oluşan 591. maddesinde, alacaklının, müteselsil kefile başvurma konusu düzenlenmektedir.-Maddenin birinci fıkrası, 818 sayılı Borçlar Kanununun 487.

maddesinin birinci fıkrasıyla benzer içeriğe sahip olmakla birlikte, bu maddede kullanılan “müşterek müteselsil borçlu” şeklindeki ibare, müteselsil kefalet ile müteselsil borçlunun farklı hukukî müesseseler olduğu göz önünde tutularak, Tasarı metnine alınmamıştır. Fıkra 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, 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 rehni paraya çevrilmesinden önce kefile başvuramaz. Yine aynı fıkraya göre, alacağın rehni paraya çevrilmesi yoluyla tamamen karşılanamayacağının önceden hâkim tarafından belirlenmesi veya bunun anlaşmayla öngörülmesi ya da borçlunun iflâs etmesi veya konkordato mehli verilmesi hâllerinde, alacaklı rehni paraya çevrilmesinden önce de kefile başvurabilecektir. -818 sayılı Borçlar Kanununun 487. maddesinin ikinci fıkrası ise, Tasarının yeni sistematik yapısı karşısında gereksiz görülerek Tasarıya alınmamıştır. -Maddenin düzenlenmesinde, kaynak İsviçre Borçlar Kanununun 496. maddesi göz önünde tutulmuştur” şeklindedir.

<sup>124</sup> Bu konuda bkz. OLGAÇ, a.g.e., c. 4, s. 539 vd.; REİSOĞLU, Uygulamada kefalet, s. 120 vd..

<sup>125</sup> ARPACI (HATEMİ/SEROZAN), a.g.e., s. 526; KARAHASAN, a.g.e., yenilenmiş baskı, c. 2, s. 1228; Yarg. 11. HD., 12.5.1987, 2220/2906 (KARAHASAN, a.g.e., c. 6, s. 927-929). İsviçre’de yeni kefalet hukukundaki farklı özellikler için bkz. TERCIER, a.g.e., 1. baskı, n. 3764-3765; SCYBOZ, a.g.e., s. 104; ENGEL, a.g.e., s. 398-599.

<sup>126</sup> TANDOĞAN, a.g.e., c. 2, s. 770.

<sup>127</sup> DOMANIÇ, Ticaret hukukunun genel esasları, s. 20; KARAHASAN, a.g.e., yenilenmiş baskı, c. 2, s. 1229; ARPACI (HATEMİ/SEROZAN), a.g.e., s. 527.

<sup>128</sup> KURU, İcra ve iflas hukuku, c. 3, s. 2148 vd.; ÜSTÜNDAĞ, İcra hukukunun esasları, s. 384.

<sup>129</sup> Bu konuda bkz. YAVUZ, a.g.e., c. 2, 1. bası, s. 459-460.

<sup>130</sup> Bu konuda bkz. SCHÖNENBERGER, Kommentar, Art. 497 N. 58 vd.; TERCIER, a.g.e., n. 3677; ENGEL, a.g.e., s. 600; SCYBOZ, a.g.e., s. 107. Aynı düzenleme, BKT.m.592 f.son’da, “Birbirlerinden bağımsız olarak aynı borç için kefil olanlardan her biri, kefalet borcunun tamamından sorumlu olur. Ancak, borcu ödeyen kefil aksine anlaşma olmadıkça, diğerlerine toplam kefalet miktarındaki payı oranında rücu hakkına sahiptir” şeklinde ifade edilmiştir. Bu düzenlemenin gerekçesi ise, “Maddenin son fıkrası ise, birbirlerinden bağımsız olarak aynı borç için kefil olanlardan her biri, borcun tamamından sorumlu olur. Ancak, borcu ödeyen kefil aksine anlaşma olmadıkça, diğerlerine toplam kefalet miktarındaki payı oranında rücu hakkına sahiptir. Meselâ, kefil olunan asıl borç 150 Yeni Türk Lirası (YTL) ise ve bu borca da birbirinden bağımsız olarak, K1 200 YTL için, K2 50 YTL için ve K3 de 50 YTL için kefil olmuşsa, toplam kefalet miktarı 300 YTL olmaktadır. K1 150 YTL’nin tamamını ödediğinde, diğer kefillere olan rücu hakkının hesaplanmasında, önce kefil olduğu miktarın toplam kefalet miktarına oranı 2/3 olarak bulunacak ve K1’in asıl borçtan sorumluluğu bu orana denk düşen 100 YTL olacaktır. Bu durumda, K1 fazladan ödediği 50 YTL için, yine aynı hesaplama ile bulunacak 1/6 oranında, yani 25’er YTL için diğer kefillerin

her birine ( K2 ve K3'e) rücu edebilecektir. -Maddenin düzenlenmesinde, kaynak İsviçre Borçlar Kanununun 497. maddesi göz önünde tutulmuştur" şeklindedir.

<sup>131</sup> ENGEL, a.g.e., s. 600; TERCIER, a.g.e., 1. baskı, n. 3677; SCYBOZ, a.g.e., s. 107.

<sup>132</sup> von TUHR/ESCHER, a.g.e., § 90, IX, 2.

<sup>133</sup> TERCIER, a.g.e., 1. baskı, n. 3678.

<sup>134</sup> YAVUZ, a.g.e., c. 2, 1. bası, s. 460.

<sup>135</sup> TERCIER, a.g.e., 1. baskı, n. 3740 vd.; SCYBOZ, a.g.e., s. 107 vd..

<sup>136</sup> TERCIER, a.g.e., 1. baskı, n. 3741; SCYBOZ, a.g.e., s. 107-108.

<sup>137</sup> Yarg. 11. HD., 14.6.1985 t.li ve E. 2643 K. 3880 s.lı k.1 (YKD. 1985, s. 1490): "Birlikte kefalet, birden çok kimsenin aynı borca kefil olmasıdır. Kefillerin aynı anda yükümlülük altına girmeleri zorunlu değildir. Fakat en az birbirlerinin kefaletinden bilgileri olması ve bu yönü gözönüne alarak kefil olmaları gerekir. Kefilin aynı borca kendisiyle birlikte diğer kişilerin de kefalet edeceğini düşünerek kefil olduğunu, alacaklının bildiği veya bilmesi gerektiğini ispat etmesi halinde, bu kefalet şartı bağlanmış sayılır. Eğer bu şart gerçekleşmemiş ise, kefil sorumluluktan kurtulur"; ayrıca bkz. yukarıda dn. 68'de ve aşağıda dn. 148'de anılan Yargıtay kararları; bkz. TERCIER, a.g.e., 1.baskı, n. 3742; SCYBOZ, a.g.e., s. 108.

<sup>138</sup> TERCIER, a.g.e., 1. baskı, n. 3742; SCYBOZ, a.g.e., s. 108. Örneğin birlikte kefillerin aynı sözleşme ile yahut değişik belgelerle, aynı anda yahut birbiri ardı sıra, fakat diğer kefalet taahhütlerine referans yapılarak kefil olmalarında böyle bir sübjektif bağın bulunduğu sonucuna varılabilecektir (bkz. SCYBOZ, a.g.e., s. 108).

<sup>139</sup> SCYBOZ, a.g.e., s. 108; TERCIER, a.g.e., 1. baskı, n. 3744.

<sup>140</sup> SCYBOZ, a.g.e., s. 108; TERCIER, a.g.e., 1. baskı, n. 3743.

<sup>141</sup> Bu hüküm, BKT. m.592' de, "Birden çok kişi, bölünebilir bir borca birlikte kefil oldukları takdirde, her biri kendi payı için âdi kefil gibi, diğerlerinin payı için de kefile kefil gibi sorumlu olur"(f.1) şeklinde ifade edilmiştir. -Maddenin gerekçesi ise şu şekildedir: "Maddenin birinci fıkrası, 818 sayılı Borçlar Kanununun 488. maddesinin birinci cümlesiyle aynı içeriğe sahiptir".

<sup>142</sup> REİSOĞLU, Kefalet hukuku, s. 116-117. Karş. TERCIER, a.g.e., 1. baskı, n. 3745; SCYBOZ, a.g.e., s. 108; BİLGE, Borçlar hukuku (Özel borç münasebetleri), Ankara 1971, s. 329; ARPACI (HATEMİ/SEROZAN), a.g.e., s. 530.

<sup>143</sup> TANDOĞAN, a.g.e., c. 2, s. 772.

<sup>144</sup> TERCIER, a.g.e., 1. baskı, n. 3682; SCYBOZ, a.g.e., s. 110.

<sup>145</sup> Karş. TERCIER, a.g.e., 1. baskı, n. 3682; SCYBOZ, a.g.e., s. 110-111.

<sup>146</sup> REİSOĞLU, Kefalet hukuku, s. 124.

<sup>147</sup> Bu hüküm BKT 592'de, "Borçluyla birlikte veya kendi aralarında müteselsil kefil olarak yükümlülük altına giren kefillerden her biri, borcun tamamından sorumlu olur. Ancak, bir kefil, kendisiyle birlikte müteselsilen yükümlü bulunan ve Türkiye'de takip edilebilen bütün kefillere karşı daha önce veya aynı zamanda takibe girilmiş olmadıkça, kendi payını ödemesi veya payı için aynî güvence sağlaması koşuluyla, payından fazlasını ödemekten kaçınılabilir. Aksine anlaşmalar saklı kalmak kaydıyla, borcu ödeyen kefil, kendi paylarını daha önce ödemiş olmaları ölçüsünde, diğer kefillere karşı rücu hakkına sahiptir. Bu hak, borçluyla rücuda önce de kullanılabilir." (f.2) şeklinde ifade edilmiştir. - Maddenin gerekçesi ise şu şekildedir: "Maddenin ikinci fıkrası, 818 sayılı Borçlar Kanununun

488. maddesinin ikinci cümlesini kısmen karşılamaktadır. Buna göre, borçluya birlikte veya kendi aralarında müteselsil kefil olarak yükümlülük altına giren kefillerden her biri, kural olarak borcun tamamından sorumludur. Ancak, birlikte kefillerden biri, kendisiyle birlikte müteselsilen yükümlü bulunan ve Türkiye’de takip edilebilen bütün kefillere karşı daha önce veya aynı zamanda takibe girilmemişse, kendi payından fazlasını ödemekten kaçınabilir. Bununla birlikte, bu kefillerden birinin kendine düşen payı ödemekten kaçınabilmesi için, kendi payına düşeni ödemiş veya kendi payı için alacaklıya aynı güvence sağlamış olması gerekir. Aksine anlaşmalar saklı kalmak kaydıyla, borcu ödeyen kefil, kendi paylarını daha önce ödemiş olmaları ölçüsünde, diğer kefillere karşı rücu hakkına sahiptir ve bu hakkını, borçluya rücutan önce de kullanabilir.”.

<sup>148</sup> Bu konuda bkz. TANDOĞAN, a.g.e., c. 2, s. 774. — Yarg. HGK., 30.5.1990, 11-208/342: "BK. nun 488. md. hükmü uyarınca, birden fazla kişi bölünebilir bir borca kefil olduklarında birlikte kefalet olgusu gerçekleşmiş olur. Yine aynı madde hükmüne göre, birlikte kefalet, âdi birlikte kefalet şeklinde olabileceği gibi müteselsil birlikte kefalet şeklinde de yapılabilir. Müteselsil birlikte kefalette kefillerden her biri borcun tamamından alacaklıya karşı sorumlu olup, ancak diğer kefillerin paylarına düşen miktar bakımından onlara rücu etme hakkına sahiptirler. Yine, aynı maddenin son cümlesi hükmüne göre de, 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 kefaletin diğer kişi veya kişilerin kefaletinin de kefil tarafından şart koşulması ve alacaklının da bu koşulla kefalet ettiğini bilmesi ile mümkün olur. Bu konuda uyumsuzluk çıktığı takdirde ise, kefalet senedinin bu koşulla imzalandığının ispat yükümlülüğü de bu hususu ileri süren kefile ait olması gerekecektir" (YKD. 1990, s. 1280-1282).

<sup>149</sup> Bu hüküm, BKT. m.593'te, "Alacaklıya karşı kefilin borcu için güvence veren kefile kefil, kefil ile birlikte, âdi kefil gibi sorumludur" (f.1) şeklinde ifade edilmiştir. - Maddenin gerekçesi ise şu şekildedir: "818 sayılı Borçlar Kanununun 489. maddesini karşılamaktadır. Tasarımın iki fıkradan oluşan 593. maddesinde, kefile kefil ve rücu kefil düzenlenmektedir. Metninde yapılan arılaştırma dışında, maddede 818 sayılı Borçlar Kanununa göre bir hüküm değişikliği yoktur. Maddenin düzenlenmesinde, kaynak İsviçre Borçlar Kanununun 498. maddesi göz önünde tutulmuştur."

<sup>150</sup> Bu konuda bkz. REİSOĞLU, Kefalet hukuku, s. 141 vd; TANDOĞAN, a.g.e., c. 2, s. 767-768; KARAHASAN, a.g.e., yenilenmiş baskı, c. 2, s. 1240; ARPACI (HATEMİ/SEROZAN), a.g.e., s. 530; TERCİER, a.g.e., 1. baskı, n. 3672-3673; SCYBOZ, a.g.e., s. 105-106; ENGEL, a.g.e., s. 597; REİSOĞLU, Uygulamada kefalet, s. 149-151.

<sup>151</sup> Bu hüküm, BKT. m.593'te, "Rücu kefil, kefilin borçludan rücu alacağı için güvence veren kefiledir" (f.2) şeklinde ifade edilmiştir.

<sup>152</sup> TERCİER, a.g.e., 1. baskı, n. 3672-3673; SCYBOZ, a.g.e., s. 106; ENGEL, a.g.e., s. 597; BGE 61 II 99; JdT 1935 I 546; BGE 70 II 726; JdT 1945 I 268; KARAHASAN, a.g.e., yenilenmiş baskı, c. 2, s. 1240; ARPACI (HATEMİ/SEROZAN), a.g.e., s. 530-531.

<sup>153</sup> TANDOĞAN, a.g.e., c. 2, s. 768-769; REİSOĞLU, Kefalet hukuku, s. 144-145; REİSOĞLU, Uygulamada kefalet, s. 151-152; BGE 61 II 99:JdT 1935 I 546 (SCYBOZ/GILLIERON, Code Civil Suisse et Code des Obligations annotés, Helbing & Lichtenhahn 2004, CO. art. 498 al., s.363,

<sup>154</sup> Bu konuda bkz. OSER/SCHÖNENBERGER, Kommentar, Art. 495 N. 35; TERCIER, a.g.e., 1. baskı, n. 3670-3671; ENGEL, a.g.e., s. 598; SCYBOZ, a.g.e., s. 102; DUPERREX, E., Cautionnement en cas de perte, FJS. n. 1005, Genève 1947.-Aynı konu, **BKT.m.590 f.3 ve f.son'da**, “Sadece açığın kapatılması için kefil olunmuşsa, borçlu aleyhine yapılan takibin semeresiz kalması veya borçlu aleyhine Türkiye’de takibatın olanaksız hâle gelmesi ya da konkordatonun kesinleşmesi durumlarında, doğrudan doğruya kefile başvurulabilir.-Aksine anlaşmalar saklıdır” şeklinde düzenlenmiştir. Bu düzenlemenin gerekçesi ise, “Maddenin üçüncü fıkrası, 818 sayılı Borçlar Kanununda yer verilmeyen, yeni bir hükümdür. Fıkraya göre, sadece açığın kapatılması için kefil olunmuşsa, borçlu aleyhine yapılan takibin semeresiz kalması veya borçlu aleyhine Türkiye’de takibatın olanaksız hâle gelmesi ya da konkordatonun kesinleşmesi durumlarında, doğrudan doğruya kefile başvurulabilecektir.-Maddenin son fıkrasında ise, “Aksine anlaşmalar saklıdır.” denilmek suretiyle, maddedeki düzenlemenin emredici nitelikte olmadığı kabul edilmiştir. -Maddenin düzenlenmesinde, kaynak İsviçre Borçlar Kanununun 495. maddesi göz önünde tutulmuştur” şeklindedir.

<sup>155</sup> TANDOĞAN, a.g.e., c. 2, s. 769; ARPACI (HATEMİ/SEROZAN), a.g.e., s. 531.