

KEFİLİN SAVUNMA İMKÂNLARININ BORÇLAR KANUNU'NDA DÜZENLENİŞ ŞEKLİ VE BORÇLAR KANUNU TASARISINDA GETİRİLEN YENİLİKLER

*Dr. Ferhat CANBOLAT**

I-GENEL OLARAK

Ticarî hayatın hızlı bir şekilde geliştiği günümüzde özel hukuk alanındaki ekonomik faaliyetlerde taahhüt edilen bir edimin, zamanında ve istenilen kalitede yerine getirilmesinin sağlanması büyük önem taşımaktadır. Bu da, taahhütlerin güvence altına alınması ihtiyacını doğurmaktadır. Taahhütlerin güvence altına alınmasını sağlayan ve en geniş uygulama alanı bulan şahsî teminat sözleşmesi, kefalettir.

Kefalet, Borçlar Kanunu'nun (BK) m. 483 hükmünde; “*Kefalet, bir akit-tir ki onunla bir kimse, borçlunun akdettiği borcun edasını temin etmeği alacaklıya karşı taahhüt eder*” şeklinde tanımlanmıştır. Ancak kanundaki bu tanım doktrinde eleştirilmektedir¹. İlk olarak kefil, temel ilişkiden doğan borcun ödenmesini temin etmeyi taahhüt etmemekte, aksine bu borcun ödenmemesi halinde bundan şahsen sorumlu olmayı taahhüt etmektedir. İkinci olarak kefalet ile teminat altına alınan borcun, sözleşme ilişkisinden doğması şart olmadığından² kanunî tanımda “...*borçlunun akdettiği borcun edasını...*” ifadesinin kullanılması da yerinde değildir. Bu eleştiriler çerçevesinde kefaleti, “bir kimsenin, asıl borçlunun borcunu ödememesi halinde bu borçtan şahsen sorumlu olmayı alacaklıya taahhüt ettiği bir sözleşme” şek-

* Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Araştırma Görevlisi.

1 Bkz. **Tandoğan** Haluk, Borçlar Hukuku-Özel Borç İlişkileri, C.II, Ankara 1987, s. 693; **Aral** Fahrettin, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, 7. Baskı Ankara 2007, s. 421; **Yavuz** Cevdet, Borçlar Hukuku Dersleri, Özel Hükümler, Yenilenmiş 5. Baskı İstanbul 2007, s. 544; **Barlas** Nami, Kefalet Hukukuna İlişkin Bazı Sorunlar ve Yargıtay Uygulaması, Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu XXI, 9-10 Aralık 2005, s. 42-43; **Özen** Burak, Kefalet Sözleşmesi, (Özellikleri- Kuruluşu- Türleri) İstanbul 2008, s. 45 vd.

2 Haksız fiilden, sebepsiz zenginleşmeden veya nafaka borcunda olduğu gibi kanundan doğan ve para ile belirlenebilen herhangi bir borç için kefalet sözleşmesi akdedilmesi mümkündür.

linde tanımlamak mümkündür³. Nitekim Borçlar Kanunu Tasarısı (aşağıda “Tasarı” olarak anılacaktır) m. 581’de kefalet sözleşmesi, “*Kefalet sözleşmesi, kefilin alacaklıya karşı, borçlunun borcunu ifa etmemesinin sonuçlarından kişisel olarak sorumlu olmayı üstlendiği sözleşmedir*” şeklinde tanımlanmıştır.

Kefalet, üçlü bir ilişkiyi bünyesinde barındırmaktadır. Bunlar, kefil ile alacaklı arasındaki; alacaklı ile asıl borçlu ve kefil ile asıl borçlu arasındaki ilişkilerdir. Kefil ile alacaklı arasındaki ilişki kefalet sözleşmesini, alacaklı ile asıl borçlu arasındaki ilişki ise temel borç ilişkisini oluşturur. Kefalet sözleşmesi, kefil ile alacaklı arasında kurulan bir sözleşmedir⁴. Bu sözleşme ile kefil, alacaklı ile asıl borçlu arasındaki ilişkiden doğan borcun ödenmesi halinde bundan şahsen sorumlu olmayı taahhüt etmektedir. Dolayısıyla kefaletten söz edilebilmesi için, haksız fiilden, sebepsiz zenginleşmeden, sözleşmeden veya kanundan doğan “asıl borcun” var olması gerekir. Bunun yanısıra kefil, bu borçtan şahsen sorumlu olmayı istemeli ve kefil ile alacaklı bu konuda anlaşmalıdır⁵.

Kefalet, hukukî niteliği itibariyle talî, fer’î ve tek tarafa borç yükleyen bir sözleşmedir. Kefaletin talî nitelikte olması, kendini adi kefalette göstermektedir⁶. Buna göre alacaklı, asıl borçluya karşı takip yapıp, bu takip semeresiz kalmadığı sürece kefile başvuramayacaktır. Bunun yanısıra kefalet de sadece kefil borç altına girdiğinden, kefalet, kural olarak tek tarafa borç yükler⁷. Kefaletin fer’îliği ise, kefaletin, asıl borca bağımlı bir sözleşme olmasını ifade eder⁸. Bu sebeple kefilin borcunun doğumu, varlığını devam ettir-

³ Bkz. **Bucher** Eugen, Schweizerisches Obligationenrecht, Besonderer Teil. 3. Aufl., Zürich 1988, s. 285 vd.; **Reisoğlu** Seza, Türk Hukukunda ve Bankacılık Uygulamasında Kefalet, Ankara 1992, s. 2; **Grassinger** Gülçin. E., Borçlar Kanuna Göre Kefilin Alacaklıya Karşı Sahip Olduğu Savunma İmkânları, İstanbul 1996, s. 13; **Hatemî** Hüseyin/ **Serozan** Rona/ **Arpacı** Abdülkadir, Borçlar Hukuku Özel Bölüm, İstanbul 1992, s. 520-521; **Zevkliler** Aydın/ **Havutçu** Ayşe, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, 9. Baskı, İzmir 2007, s. 367; **Tandoğan**, s. 693; **Aral**, s. 421-422; **Yavuz**, s. 544.

⁴ **Bucher**, s. 287; **Tandoğan**, s. 693-694; **Aral**, s. 421; **Yavuz**, s. 544; **Özen**, s. 47 vd.

⁵ **Hatemî/ Serozan/ Arpacı**, s. 521; **Tandoğan**, s. 694 vd.; **Aral**, s. 422 vd.; **Zevkliler/ Havutçu**, s. 369 vd.; **Yavuz**, s. 545 vd.

⁶ **Reisoğlu**, s. 2 vd.; **Aral**, s. 424-425; **Tandoğan**, s. 696-697; **Hatemî/ Serozan/ Arpacı**, s. 522 vd.; **Zevkliler/ Havutçu**, s. 368; **Yavuz**, s. 547; **Özen**, s. 58 vd.

⁷ **Zevkliler/ Havutçu**, s. 368; **Aral**, s. 425; **Tandoğan**, s. 694-695; **Yavuz**, s. 547-548.

⁸ **Bucher**, s. 287-288; **Barlas**, s. 44; **Hatemî/ Serozan/ Arpacı**, s. 521; **Aral**, s. 422; **Tandoğan**, s. 695; **Özen**, s. 67.

mesi ve sona ermesi temel ilişkiden doğan borcun varlığına bağlıdır. Kefaletin fer'îliği ilkesi gereğince de kefil, gerek kefalet sözleşmesinden kendi lehine doğan gerekse temel borç ilişkisinden asıl borçlu lehine doğan ve asıl borçlu tarafından alacaklıya karşı ileri sürülebilecek def'i ve itirazları ileri sürmek suretiyle kefaletten doğan bedeli ödemekten kaçınabilecektir⁹. Bizde bu çalışmamızda kefilin sahip olduğu savunma imkânlarının Borçlar Kanunu'nda düzenleniş şeklini genel olarak ele aldıktan sonra özel olarak kefilin savunma imkânlarına ilişkin olarak Tasarı'da getirilen yenilikleri inceleyeceğiz.

II- KEFİLİN SAVUNMA İMKÂNLARININ BORÇLAR KANUNU'NDA DÜZENLENİŞ ŞEKLİ

Kefilin savunma imkânları, “kefilin defileri” kenar başlığını taşıyan BK. m. 497 hükmünde düzenlenmiş bulunmaktadır. Bu maddeye göre;

“Kefil, asıl borçluya ait bütün defileri alacaklıya karşı dermeyan etmek hakkını haiz ve bununla mükelleftir fakat kefilin taahhüdünün mahiyetine nazaran hariç kalması lazım gelen defiler, müstesnadır.

Kefil, kendi kusuru olmaksızın bu defilere vakıf olduğunu ispat etmediği surette kendisini borcunu edadan vareste edecek bu defileri dermeyan etmesinden naşi, alacaklıya rücu etmek hakkından mahrum olur”.

Öncelikle vurgulamak gerekir ki, maddede kullanılan def'i ifadesi, sadece teknik anlamdaki def'ileri değil, bunun yanısıra itirazları da kapsayacak şekilde geniş anlamda kullanılmıştır¹⁰. Ayrıca madde hükmü, sistematik açıdan, kefilin asıl borçluya karşı sahip olduğu hakların yer aldığı kısımda

⁹ **Özen**, s. 71-72.

¹⁰ **Beck** Emil, Das neu Bürgschaftrecht, Zürich 1942, Art. 502, N.9; **Becker** Hermann, Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch, Bd. IV, Obligationenrecht, II. Abteilung, Art. 184-551 OR., Bern 1934, Art. 506, N.21; **Schönenberger** Wilhelm, Kommentar zum Obligationenrecht, Bd.V, 3.Teil, Art.419-529, 2. Auf., Zürich 1945, Art. 502, N.9; **Pestalozzi** Christoph M., Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Obligationen Recht I, Art 1-529, Herausgeber von Honsell Heinrich/ Vogt Nedim Peter/ Wiegand Wolfgang, Basel 1992, Art. 502, N.8; **Grassinger**, s. 17-18; **Aral**, s. 451; **Hatemi/ Serozan/ Arpacı**, s. 535-536; **Reisoğlu**, s. 169. Def'i ve itirazların düzenlediği diğer bazı maddelerde de, teknik bakımdan itirazın da bulunduğu durumlarda sadece “def'i” kavramı kullanılmakta ve itirazdan bahsedilmediği konusunda bkz. **Eren** Fikret, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 10. Bası İstanbul 2008, s. 1158-1159; **Oğuzman** M. Kemal/ **Öz** M.Turgut, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 4. Bası İstanbul 2006, s. 849; **Tekinay** Selahattin Sulhi / **Akman** Sermet / **Burcuoğlu** Haluk / **Altop** Atilla, Tekinay Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 1993, s. 297 vd.

düzenlenmiş bulunmaktadır. Bu sebeple de sadece temel borç ilişkisinden doğan def'iler dikkate alınmak suretiyle bir düzenleme yapılmıştır. Kefalet ilişkisinden doğan def'iler ise, diğer borç ilişkilerinde olduğu gibi, herhangi özel bir düzenlemeye ihtiyaç olmaksızın her zaman borçlu durumundaki kefil tarafından ileri sürülebilir. Ayrıca kefil, kefalet sözleşmesinin düzenlendiği kısımdaki kefaletle özgü def'ileri de ileri sürebilir. Bu durumda kefilin savunma imkânlarını, temel borç ilişkisinden doğan savunma imkânları ve kefalet ilişkisinden doğan savunma imkânları şeklinde ikili bir ayırımla inceleyeceğiz.

A-Temel Borç İlişkisinden Doğan Savunma İmkânları

Kefalet sözleşmesi, kefilin fer'i nitelikteki bir ödeme yükümlülüğünü oluşturduğundan, alacaklının ödeme talebine karşı kefil, temel borç ilişkisinden doğan def'i ve itirazları ileri sürmek suretiyle ödeme yapmaktan kaçınabilir¹¹. Temel borç ilişkisinden doğan def'i ve itirazları ileri sürmek, kefil bakımından bir hak olduğu kadar, bir külfettir¹². Bu külfetleri yerine getirmekten kaçınan kefil, BK. m. 497/2'de ifade edildiği üzere, kusuru olmadan bunlar konusunda bilgisi olmadığını ispat etmedikçe, asıl borçluya rücu etme hakkını kaybeder.

Kefilin temel borç ilişkisinden doğan savunma imkânlarını, temel borç ilişkisinden doğan itirazlar ve temel borç ilişkisinden doğan def'iler şeklinde ikili bir ayırımla inceleyeceğiz. Temel borç ilişkisinden doğan itirazları ise, itirazlara ilişkin yapılan genel ayırıma uygun olarak "hakkın doğumuna engel olan itirazlar" ve "hakkı sona erdiren itirazlar" şeklinde incelemek mümkündür¹³.

¹¹ Oser Hugo / Schönerberger Wilhelm, (Çeviren: Sungurbey İsmet) İsviçre Borçlar Kanunu Şerhi: Eski Kefillik, Yeni Kefillik, Kumar, Bahis, Sağlıgınca Gelir, Sağlıgınca Bakma Sözleşmeleri, Ankara 1964, s. 272 vd.; Bucher, s. 300.

¹² Scyboz Georges, Garantievertrag und Bürgschaft, in: Schweizerisches Privatrecht, Obligationenrecht besondere Vertragsverhältnisse Art 1-529, Herausgeber von Frank Vischer, Zweiter Halbband, Basel-Stuttgart 1979, s. 354; Tandoğan, s. 783; Aral, s. 451; Hatemî/ Serozan/ Arpacı, s. 534; Yavuz, s. 566-567; Zevkliler/ Havuççu, s. 378; Grassinger, s. 18-19.

¹³ Doktrinde itiraz, "hakkın doğumuna engel olan itiraz" (rechtshindernde Einwendungen) ve "hakkı sona erdiren itiraz" (rechtsvernichtende Einwendungen) şeklinde ikili bir ayırımla incelenmektedir. Hakkın doğumuna engel olan itirazda, davacı veya alacaklı tarafından iddia edilen hakkın hiç doğmadığı ileri sürülmektedir. Hakkı sona erdiren itirazda, davacı veya alacaklı tarafından iddia edilen hak, geçerli bir şekilde doğmuştur, fakat davalı veya borçlu tarafından ileri sürülen bir olay nedeniyle hak sona ermektedir. Bkz. von

Temel borç ilişkisinden doğan ve hakkın doğumuna engel olan itirazlar arasında, temel borç ilişkisinin tarafı durumundaki alacaklı ve asıl borçlunun fiil ehliyetine sahip bulunmaması, temel ilişkideki borcun konusunun hukuka ve ahlâka aykırı olması, konunun başlangıçtan itibaren imkânsız olması, irade beyanlarının sıhhatli olmaması, muvazaa veya gabinin bulunması, geçerliliği şekil şartına bağlanmış bir sözleşmenin bulunması durumunda bu şekil şartına uyulmamış olması sayılabilir¹⁴.

Temel borç ilişkisinden doğan ve hakkı sona erdiren itirazlar arasında ise, teminat altına alınan temel ilişkiden doğan borcun ifa edilmiş olması, alacaklı ve asıl borçlunun borcu yenileme konusunda anlaşmaları¹⁵, asıl borçlunun alacağı ile kefalet ile teminat altına alınan alacağın takas edilmesi ve ibra sözleşmesi yapılması sayılabilir¹⁶. Bu sonuçlar özellikle BK. m. 492 hükmünde, “*asıl borç, her hangi bir sebeple sakıt olunca kefil beri olur*” şeklinde ifade edilmiştir. Bu durum aynı şekilde BK. m. 113/1 hükmünde de, “*asıl borç tediye ile veya sair bir suretle sakıt olduğu takdirde kefalet ve rehin ve sair fer'i haklar dahi sakıt olur*” şeklinde düzenlenmiştir.

Temel borç ilişkisinden doğan def'iler arasında ise, temel ilişkiden doğan borcun muaccel olmadığı def'i ile zamanaşımı def'i sayılabilir¹⁷. Kefaletin fer'iliği ilkesi gereğince alacaklı, temel ilişkiden doğan borç muaccel olmadığı sürece kefile karşı takibe geçemez. Bu sebeple temel ilişkiden doğan borç henüz muaccel olmadan alacaklının kefaletten doğan alacağı talep etmesi halinde kefil, asıl borçlunun def'ini ileri sürerek ödeme yapmaktan

Tuhr Andreas/ **Peter** Hans, Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, Bd. I, 3. Aufl., Zürich 1979, s. 27; **Eren**, s. 71; **Kuru** Baki/ **Arslan** Ramazan/ **Yılmaz** Ejder, Medeni Usul Hukuku, Ders Kitabı, Ankara 2006, s. 372-373; **Pekcanitez** Hakan/ **Atalay** Oğuz/ **Özekes** Muhammet, Medeni Usul Hukuku, Ankara 2006, s. 308.

¹⁴ Bkz. **Schönenberger**, Art. 502, N.15; **Beck**, Art. 502, N.12; **Pestalozzi**, Art. 502, N.10; **Tandoğan**, s. 781; **Reisoğlu**, s. 171; **Aral**, s. 452; **Grassinger**, s. 19-20; **Hatemî/ Serozan/ Arpacı**, s. 534-535; **Yavuz**, s. 566.

¹⁵ Yenileme bakımından cari hesaba ilişkin olarak kefaletin devam edeceği konusunda istisnai düzenleme BK. m. 115/3 hükmünde “Eğer kalemlerden biri mukabilinde teminat varsa hesap kesilip tasdik edilmiş olsa bile hilafı şart edilmedikçe bu teminata halel gelmez” şeklinde ifade edilmiştir.

¹⁶ **Tandoğan**, s.781; **Aral**, s. 452; **Hatemî/ Serozan/ Arpacı**, s. 534; **Grassinger**, s. 21-22; **Yavuz**, s. 566.

¹⁷ Bkz. **Beck**, Art. 502, N.15-17; **Tandoğan**, s. 781; **Reisoğlu**, s. 172-173; **Aral**, s. 452; **Grassinger**, s. 29 vd.; **Hatemî/ Serozan/ Arpacı**, s. 534; **Yavuz**, s. 566; **Zevkililer/ Havutçu**, s. 378.

kaçınabilir¹⁸. Aynı şekilde temel ilişkiden doğan borcun zamanaşımına uğramasına rağmen, alacaklının ödeme talebinde bulunması durumunda da kefil, zamanaşımı def'i savunmasında bulunarak ödeme yapmaktan kaçınabilir¹⁹. BK. m. 134/2 hükmüne göre asıl borçluya karşı kesilen zamanaşımı, kefile karşı da kesilmiş kabul edilir. Buna karşılık BK. m. 134/3 hükmüne göre ise, kefile karşı zamanaşımının kesilmiş olması, asıl borçluya karşı da zamanaşımın kesildiği anlamına gelmez. BK. m. 139/3'de asıl borçlunun zamanaşımından feragat etmesinin kefilin temel ilişkiden doğan borcun zamanaşımına uğradığına ilişkin def'i ileri sürmesine engel oluşturmayacağı hükme bağlanmıştır. Bu son düzenleme, alacaklı ile asıl borçlunun, aralarında yapacakları bir sözleşme ile bu sözleşmeye taraf olmayan ve üçüncü kişi durumundaki kefilin durumunu ağırlaştıramayacaklarına ilişkin genel kuralın bir tezahürüdür²⁰.

Temel borç ilişkisinden doğan öyle savunma imkânları vardır ki, bunların kefil tarafından ileri sürülmesi işin niteliği gereği mümkün değildir. Bu durum özel olarak BK. m. 497/1'de "*fakat kefilin taahhüdünün mahiyetine nazaran hariç kalması lazım gelen defiler, müstesnadır*" şeklinde açıkça hükme bağlanmıştır. Doktrinde bir görüş²¹, getirilen bu düzenlemenin, BK. m. 485 hükmünün son cümlesini kapsadığını savunmaktadır. Bu sebeple de kefilin, hata veya ehliyetsizlik sebebiyle borçlunun sorumlu tutulamayacağı bir sözleşmeden doğan borca kefalet vermesi ve sözleşmenin yapıldığı sırada bu durum hakkında bilgi sahibi olması durumunda, bu durumun varlığını def'i olarak ileri süremeyeceğinin düzenlendiğini ileri sürülmektedir. Buna karşılık diğer bir görüş²², maddenin bu şekilde dar yorumlandığını, bu maddenin hem BK. m. 485 hükmünün son cümlesini hem de kefaletin bünyesinde bulunan alacaklıya teminat sağlama amacı gereğince kefilin ileri sürmemesi gereken savunma imkânlarını kapsadığını kabul etmektedir. Biz, BK. m. 497/1 hükmünün geniş olarak yorumlanması ve bu sebeple de ikinci görüşe üstünlük tanınması gerektiğini kabul etmekteyiz.

¹⁸ Beck, Art. 502, N.17; Reisoğlu, s. 172; Aral, s. 452; Grassinger, s. 29; Hatemî/ Serozan/ Arpacı, s. 534.

¹⁹ Schönerberger, Art. 502, N.15; Beck, Art. 502, N.15; Pestalozzi, Art. 502, N.14; Reisoğlu, s. 173; Aral, s. 452-453; Grassinger, s. 34; Hatemî/ Serozan/ Arpacı, s. 534.

²⁰ Schönerberger, Art. 502, N.26; Beck, Art. 502, N.15; Reisoğlu, s. 173; Grassinger, s. 34.

²¹ Reisoğlu, s. 170.

²² Tandoğan, s. 782; Hatemî/ Serozan/ Arpacı, s. 534-535; Yavuz, s. 566; Grassinger, s. 51.

Kabul ettiğimiz görüş uyarınca ilk olarak kefil, BK. m. 485 hükmünün son cümlesindeki durumu, bir savunma vasıtası olarak ileri süremez. Buna göre kefil, hata veya ehliyetsizlik sebebiyle asıl borçlunun sorumlu olmadığı bir borca ilişkin olarak ve bu durumun varlığını bilerek kefalet verdiği bir olayda, bunların varlığını alacaklıya karşı ileri süremez²³. İkinci olarak kefil, asıl borçlunun ifa gücünün bulunmadığını da ileri süremez. Zaten kefaletin amacı da asıl borçlunun ödeme güçsüzlüğüne karşı teminat sağlamak ve alacaklının menfaatini korumaktır²⁴. Benzer bir durum da İcra ve İflâs Kanunu (İİK) m. 295 hükmü bakımından söz konusudur²⁵. Buna durumda alacaklının, konkordatoya muvafakat edip etmemiş olmasına göre ikili bir ayırma gidilmelidir.

İİK. m. 295/1'e göre alacaklı, yapılan konkordatoya muvafakat etmemiş ise, kefile karşı sahip olduğu haklarını korur. Buna göre konkordatoya muvafakat etmemiş alacaklıya karşı asıl borçlu, borcun belli bir kısmını ifa ile borcun tamamından kurtulacak olsa bile kefil, sanki konkordato hiç yapılmamış kefaletten kararlaştırılan miktar üzerinden sorumlu olmaya devam eder²⁶. Buna bağlı olarak da kefilin ödemede bulunması durumunda alacaklının haklarına halef olması ve alacaklıya rücu etmesi, konkordato şartları çerçevesinde olacak, yani asıl borçlu konkordatoya göre ne kadar miktarlık bir borçtan sorumlu ise, o miktara kadar rücu imkânı bulunur²⁷.

İİK. m. 295/2'ye göre alacaklı, yapılan konkordatoya muvafakat etmiş ise, kefileden alacağını talep etmesi, sadece konkordato şartları çerçevesinde

²³ Bkz. **Oser / Schönerberger**, s. 279; **Aral**, s. 453.

²⁴ Bkz. **Oser / Schönerberger**, s. 277; **Scyboz**, s. 384; **Schönerberger**, Art. 502, N.19; **Beck**, Art. 502, N.24; **Tandoğan**, s. 782; **Reisoğlu**, s. 176; **Aral**, s. 453; **Grassinger**, s. 52 vd.

²⁵ “Müşterek borçlulara karşı haklar” başlığını taşıyan İİK. m. 295 hükmü şu şekildedir; “Konkordatoya muvafakat etmeyen alacaklı müşterek borçlulara ve borçlunun kefillerine ve borcu tekeffül edenlere karşı bütün haklarını muhafaza eder.

Konkordatoya muvafakat etmiş olan alacaklı dahi kendi haklarını yukarıdaki kimselere ödeme mukabilinde temlik teklif etmek ve onlara toplanmanın günü ile yerinden en aşağı on gün evvel haber vermek şartıyla bu hükümden istifade eder.

Alacaklı müracaat hakkına hanel gelmeksizin yukarıdaki kimselere konkordato müzakeresine iştirak etmek yetkisini verebilir ve onların kararını kabul taahhüdünde bulunabilir”.

²⁶ **Kuru Baki/ Arslan Ramazan/ Yılmaz Ejder**, İcra ve İflas Hukuku, 21. Bası, Ankara 2007, s. 647.

²⁷ **Grassinger**, s. 55.

mümkün olabilir²⁸. Bu son durumda alacaklının, kefile karşı sahip olduğu hakları tam olarak koruyabilmesi için, ödeme karşılığında konkordato gereğince sahip olduğu haklarını temlik etmeyi önermiş ve alacaklılar toplantısının yeri ve gününü toplantıdan en az on gün önce bildirmiş olması gerekir. Alacaklı, bu şartları yerine getirmesine karşın kefil teklifi kabul etmez ise, bu durumda alacaklı, konkordatoya muvafakat etmesine rağmen diğer kefile karşı sahip olduğu haklarını tam olarak korur²⁹. Son ihtimalde İİK. m. 295/3'e göre ise, alacaklı, müracaat hakkına hanel gelmeksizin, kefile konkordato görüşmesine katılma yetkisi verebilir ve onun kararını kabul taahhüdünde bulunabilir. Bu durumda alacaklının, kefile karşı alacak hakkını tam olarak koruyacağı doktrinde kabul edilmektedir³⁰.

Temel borç ilişkisinden doğan savunma imkânları bakımından değinilmesi gereken diğer bir nokta da, bu ilişkinin tarafı olan asıl borçlunun alacaklıya karşı sahip olduğu yenilik doğuran hak niteliği taşıyan bir durumun varlığının alacaklı tarafından ileri sürülüp sürülemeyeceği sorunudur. Yenilik doğuran hak, kullanıldıklarında yeni bir hukukî ilişki meydana getiren, mevcut hukuki ilişkiyi değiştiren veya bu ilişkiyi tamamen ortadan kaldıran haklardır³¹. Yenilik doğuran haklar, ancak bu hakka sahip olan kişilerce kullanılabilirliğinden, temel borç ilişkisi bakımından üçüncü kişi durumundaki kefil, asıl borçluya ait yenilik doğuran hakları kullanamaz. Bu sebeple de asıl borçlunun sahip olduğu yenilik doğuran haklar, BK. m. 497 hükmünün kapsamı dışında kalır³². Bu tür yenilik doğuran haklara, asıl borçluya ait takas hakkının kullanılması, irade sakatlığı veya gabin sebebiyle sözleşmeyi iptal etme hakkı sayılabilir³³. Takas hakkı bakımından istisnai bir düzenleme ile kefile, asıl borçlunun takası ileri sürme hakkı oldukça, ödeme yapmaktan kaçınma (def'i) hakkı BK. m. 119'da açıkça tanınmıştır³⁴.

B-Kefalet İlişkisinden Doğan Savunma İmkânları

Kefil, temel borç ilişkisinden doğan savunma imkânlarının yanısıra, ke-

²⁸ Kuru/ Arslan/ Yılmaz, İcra, s. 647.

²⁹ Reisoğlu, s. 106; Kuru/ Arslan/ Yılmaz, İcra, s. 647.

³⁰ Reisoğlu, s. 106-107; Kuru/ Arslan/ Yılmaz, İcra, s. 647.

³¹ Yenilik doğuran hakların tanımı ve özellikleri konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. Buz Vedat, Medeni Hukukta Yenilik Doğuran Haklar, Ankara 2005, s. 57 vd.

³² Bkz. Tandoğan, s. 782; Reisoğlu, s. 177; Aral, s. 453; Grassinger, s. 35-36. İsviçre hukuku bakımından da benzer değerlendirmeler için bkz. Oser / Schönenberger, s. 273.

³³ Ayrıntılı bilgi için bkz. Tandoğan, s. 782; Grassinger, s. 37 vd.

³⁴ Ayrıntılı bilgi için bkz. Aral Fahrettin, Türk Borçlar Hukukunda Takas, Ankara 1994, s. 84 vd.

falet ilişkisinden doğan savunma imkânlarını da ileri sürerek ödeme yapmaktan kaçınabilir. Kefilin, kefalet ilişkisinden doğan savunma imkânlarını, yukarıda yapmış olduğumuz ayırmada olduğu gibi, kefalet ilişkisinden doğan itirazlar ve kefalet ilişkisinden doğan def'iler; kefalet ilişkisinden doğan itirazları ise, "hakkın doğumuna engel olan itirazlar" ve "hakkı sona erdiren itirazlar" şeklinde ayırımlara tabi tutarak inceleyeceğiz.

Kefalet ilişkisinden doğan ve hakkın doğumuna engel olan itirazlar arasında, kefalet ile teminat altına alınan ve temel ilişkiden doğan borcun geçerli olmaması, tarafların fiil ehliyetine sahip bulunmaması, kefalet sözleşmesinin konusunun hukuka ve ahlaka aykırı olması, irade beyanlarının sıhhatli olmaması, muvazaa veya gabinin bulunması, kefalet sözleşmesinin geçerlilik şartına uygun olarak yapılmaması sayılabilir³⁵.

Kefaleti, diğer kişisel teminatlardan ayıran en önemli özellik fer'i nitelikte olmasıdır. Bunun sonucu olarak da kefilin borcunun doğumu, varlığını devam ettirmesi ve sona ermesi temel ilişkiden doğan borcun varlığına bağlıdır. Kefaletin fer'iliği ilkesi gereğince de kefalet sözleşmesinin kurulabilmesi için de kefalet ile teminat altına alınan geçerli bir borcun bulunması gerekir³⁶. Bu durum özellikle BK. m. 485 hükmünün ilk cümlesinde "*kefalet, ancak muteber bir borç hakkında cereyan eder*" şeklinde ifade edilmiştir. Bu sebeple kefil, teminat altına alınan ve temel ilişkiden doğan borcun geçerli olmadığını, kefalet ilişkisinden doğan bir itiraz olarak ileri sürebilecektir.

Kefalet sözleşmesinin geçerliliği, yazılı şekil şartına bağlandığından, şekil şartına uyulmaksızın bir kefalet sözleşmesinin yapılması durumunda kefil, hakkın doğumuna engel olan bir itirazın var olduğunu ileri sürerek ödeme yapmaktan kaçınabilir. BK. m. 484 hükmüne göre kefaletin geçerliliği, yazılı şekil şartına uyulmasına ve kefilin sorumlu tutulacağı belirli bir miktarın sözleşmede gösterilmesine bağlıdır³⁷.

Kefalet ilişkisinden doğan ve hakkı sona erdiren itirazlar arasında ise, kefalet ile teminat altına alınan temel ilişkiden doğan borcun herhangi bir

³⁵ Bkz. **Bucher**, s. 300; **Tandoğan**, s. 783-784; **Grassinger**, s. 65 vd.; **Zevkliler/ Havutçu**, s. 378.

³⁶ **Ayrancı** Hasan, Şekil Şartına Uyulmadan Yapılan Kefalet Sözleşmesinde İfanın Sonuçları, AÜHFD 2004, C.53, S. 2, s. 97.

³⁷ **Weber** Von Rolf H., Berner Kommentar Band VI, 1. Abteilung, 6. Teilband. Allgemeine Bestimmungen. Artikel 110-113 OR., Bern 2002, s. 57; **Barlas**, s. 45; **Ayrancı**, s. 98 ve s. 102; **Aral**, s. 429 vd.; **Özen**, s. 164 vd.

sebeple sona ermesi³⁸; kefaletten doğan borcun ifa edilmiş olması; kefilin, kefaletten doğan borcunu alacaklıya karşı sahip olduğu bir alacağı ile takas etmiş olması, kefaletten doğan borç konusunda kefil ile alacaklı arasında bir yenileme veya ibra anlaşmasının yapılmış olması ve bunların yanısıra kefalet sözleşmesinin, kendine özgü sebeplerle sona ermesi sayılabilir³⁹. Sona erme sebepleri içinde yer almaması dolayısıyla dikkati çeken diğer bir nokta, BK. m. 117 uyarınca ifanın imkânsızlaşması suretiyle sona ermenin, kefalet bakımından söz konusu olmamasıdır. Zira kefalet sözleşmesinin konusunu belirli bir miktar para oluşturmaktadır. Para borcu, bir cins borcu meydana getirdiği ve cins borçlarında da “cinsin yok olmayacağı” (genus non perit) kuralı⁴⁰ kabul edildiği için, kefilin borcunun kural olarak sonradan ve objektif bakımdan fiilen imkânsız olması mümkün değildir.

Kefalet sözleşmesinin, kendine özgü sebeplerle sona ermesi, çeşitli şekillerde ortaya çıkmaktadır. İlk olarak, temel ilişkiden doğan borcun naklinin yapılmasına kefilin muvafakat etmemesi halinde kefalet sözleşmesinin sona ermesi ve bu sebeple de alacaklı tarafından yapılacak ödeme talebine karşı kefaletin sona erdiği savunmasının yapılabilmesi mümkündür⁴¹. Bu durum, BK. m. 176/2’de “kefilin mesuliyetleri ancak borcun nakline razı oldukları halde devam eder” şeklinde açıkça ifade edilmektedir.

Kefalet sözleşmesi bakımından kendine özgü diğer bir sona erme sebebi, birlikte kefalet bakımından öngörülen BK. m. 488 son cümle hükmüdür. Bu madde hükmüne göre kefil, kefalet sözleşmesini yaptığı sırada, başka kimse-lerinde aynı borç için kefil olacağını düşünmüş ve bu düşüncenin sonucu olarak kefil olmuşsa ve ayrıca alacaklı, kefilin bu saik ile kefalet altına girdiğini biliyor veya bilebilecek durumda ise, kefilin kefaletten doğan sorumluluktan kurtulma imkânı vardır⁴². Bu tür bir durumun varlığına rağmen alacaklının ödeme talebinde bulunması halinde kefil, BK. m. 488 son cümle hükmünden doğan savunma imkânını ileri sürebilecektir.

Kefalet sözleşmesinin, kendine özgü sebeplerle sona ermesine ilişkin diğer bir durumda belirli süreli veya belirsiz süreli kefaletlere ilişkindir. Belirli

38 Asıl borcun herhangi bir nedenle sona ermesi durumunda kefilin borcunun da sona ereceği BK. m. 492 hükmünde, “asıl borç, her hangi bir sebeple sakat olunca kefil beri olur” şeklinde açıkça ifade edilmektedir.

39 Bkz. **Bucher**, s. 300; **Grassinger**, s. 123 vd.

40 Bkz. **Serozan** Rona, Borçlar Hukuku Genel Bölüm, İfa, İfa Engelleri, C.III, Haksız Zenginleşme, 4. Bası, İstanbul 2006, s. 162-163; **Eren**, s. 1251.

41 **Hatemi/Serozan/ Arpacı**, s. 539; **Yavuz**, s. 573-574.

42 **Aral**, s. 445-446.

sürelî kefaletler⁴³ bakımından BK. m. 493 hükmünde alacaklının, kefalet sözleşmesinde kararlaştırılan sürenin dolmasından itibaren bir ay içinde alacağını takip etmek için gerekli hukukî yollara başvurmaması veya başlamış olduğu takibe uzun süre ara vermesi durumunda kefilin, kefalet borcundan kendiliğinden kurtulacağı düzenlenmiştir. Bu durumun varlığına rağmen alacaklının ödeme talebinde bulunması halinde kefil, BK. m. 493 hükmünden doğan savunma imkânını ileri sürebilir.

Belirsiz sürelî kefaletler⁴⁴ bakımından ise, BK. m. 494 hükmü bulunmaktadır. Bu düzenlemeye göre, temel ilişkiden doğan borcun muaccel olması halinde kefil, bu muaccel olma anından itibaren alacaklıya başvurarak, onun bir ay içinde icra marifetiyle veya mahkemeye başvurmak suretiyle alacağını takip etmesini ve uzun süre ara vermeksizin takibi devam etmesini isteyebilir. Kefilin bu ihbarına rağmen alacaklının takibe başlamaması veya başlamış olduğu takibi uzun süre ara vermesi durumunda kefil, kefalet borcundan kendiliğinden kurtulabilir (BK. m. 494/1). Temel ilişkiden doğan borcun muaccel olması, alacaklının borçluya yapacağı ihbara bağlı ise kefil, kefalet sözleşmesinin kurulmasından bir yıl sonra alacaklıdan, muacceliyet ihbarında bulunmasını ve borç muaccel olunca da bir ay içinde icra marifetiyle veya mahkemeye başvurmak suretiyle alacağını takip etmesini ve uzun süre ara vermeksizin takibi devam etmesini isteyebilir. Kefilin bu bildirimine rağmen alacaklının, muacceliyet ihbarında bulunmaması, asıl borç muacceliyet kazandıktan sonra bir ay içinde takibe başlamaması veya başlamış olduğu takibi uzun süre ara vermesi durumunda kefil, kefalet borcundan kendiliğinden kurtulabilir (BK. m. 494/2 c.1). Her iki durumun varlığına rağmen alacaklının ödeme talebinde bulunması halinde kefil, BK. m. 494 hükmünden doğan savunma imkânını ileri sürebilir (BK. m. 494/2 c. 2).

Kefalet sözleşmesi bakımından kendine özgü diğer bir sona erme sebebi, resmî memurlara ve resmî sıfat taşımayan müstahdemlere kefaletle ilişkin olarak BK. m. 495 hükmüdür. Bu maddeye göre resmî memura süresiz kefil olan kimse, her üç yılda bir sonraki yılın sonunda geçerli olmak üzere kefalet sözleşmesinin feshini ihbar edebilecektir. Aynı şekilde müstahdemlere kefalette de, kefaletin üç yıl süre ile devam etmesi durumunda kefil, kefalet sözleşmesinin feshini ihbar edebilir⁴⁵.

⁴³ Bkz. **Hatemî/ Serozan/ Arpacı**, s. 539-540; **Yavuz**, s. 575; **Aral**, s. 460; **Zevkliler/ Havutçu**, s. 380-381.

⁴⁴ Bkz. **Aral**, s. 460; **Hatemî/ Serozan/ Arpacı**, s. 540; **Yavuz**, s. 575-576; **Zevkliler/ Havutçu**, s. 381.

⁴⁵ **Zevkliler/ Havutçu**, s. 381.

Kefalet sözleşmesinin, kendine özgü sebeplerle sona ermesine ilişkin diğer bir durum BK. m. 501'deki düzenlemedir. Bu maddede, savunma imkânı oluşturacak iki durum yer almaktadır. İlk durum, temel ilişkiden doğan borcun muacceliyet kazanmasından sonra kefilin alacaklıya yapmış olduğu teklifin, alacaklı tarafından kabul edilmemesidir(BK. m. 501/c. 1). Kefil, kendi borcu muaccel olmamasına rağmen, temel ilişkiden doğan borcun muaccel olması halinde alacaklıya, kefaletten doğan bedeli ödemeyi teklif edebilir. Alacaklının, yapılan bu teklifi kabul etmemesi durumunda kefil, kefalet borcundan kendiliğinden kurtulur. BK. m. 501'deki ikinci durum ise, alacaklının, teslim etmesi gereken elinde bulundurduğu teminat vasıtalarını, kefile teslim etmekten kaçınması halidir(BK. m. 501/c. 2). Kefil, alacaklıya yapmış olduğu ödeme oranında alacaklının haklarına halef olacağından alacaklının, BK. m. 499 hükmü uyarınca elinde bulunan teminatları kefile vermesi gerekir. Alacaklının bundan kaçınması halinde kefil, kefalet borcundan kendiliğinden kurtulur⁴⁶.

Kefalet ilişkisinden doğan def'iler arasında ise, kefalet ilişkisinden doğan borcun muaccel olmadığı def'i ile zamanaşımı def'i sayılabilir⁴⁷. Kefaletten doğan borcun muacceliyet kazanması, kefalet sözleşmesinde muacceliyete ilişkin farklı bir tarihin kararlaştırılmadığı durumlarda, temel ilişkiden doğan borcun muacceliyet kazanması ile birlikte gerçekleşir. Alacaklının, kefaletten doğan borcun muacceliyet kazanmadığı bir dönemde ödeme talebinde bulunması halinde kefil, gerekli savunmayı yaparak ödeme yapmaktan kaçınabilir. Bunun gibi de muacceliyet tarihinden itibaren on yıllık zamanaşımı süresinin(BK. m. 125) dolması durumunda kefil, zamanaşımı def'ini ileri sürebilir. Bu def'ilerin yanısıra kefil, adi kefalette, peşin dava def'i ve rehlin paraya çevrilmesi def'ini; adi birlikte kefalette ise bölme def'ini ileri sürebilir⁴⁸.

Peşin dava (tartışma) def'i, BK. m. 486/1'e göre adi kefalette kefilin, kendisine müracaat eden alacaklıya karşı, önce asıl borçlunun takip edilmesini talep etme yetkisidir⁴⁹. Bu def'iyi ileri sürmeksizin ödemede bulunan kefil, alacaklıdan alacağını talep edemeyecek, ancak kefilin asıl borçluya

⁴⁶ Hatemî/ Serozan/ Arpacı, s. 539; Aral, s. 460.

⁴⁷ Bucher, s. 300; Tandoğan, s. 784; Zevkliler/ Havutçu, s. 378.

⁴⁸ Aral, s. 453-454; Hatemî/ Serozan/ Arpacı, s. 535; Yavuz, s. 567; Zevkliler/ Havutçu, s. 378.

⁴⁹ Bucher, s. 294; Hatemî/ Serozan/ Arpacı, s. 526; Yavuz, s. 555; Zevkliler/ Havutçu, s. 372; Özen, s. 217 vd.

rücu hakkı varlığını sürdürecektir⁵⁰. Peşin dava def'inin ileri sürülemeyeceği haller BK. m. 486/1'de sayılmıştır. Bunlar, kefalet sözleşmesinin kurulmasından sonra borçlunun iflas etmiş olması, asıl borçlu hakkındaki takibin alacaklının kusuru olmaksızın semeresiz kalması ve asıl borçluya Türkiye'de takibin imkânsız olmasıdır⁵¹.

Rehnin paraya çevrilmesi def'i ise, BK. m. 486/2'ye göre adi kefalette alacaklının, alacağının kefaletten önce veya aynı zamanda taşınır veya taşınmaz rehni ile teminat altına alınmış olması durumunda kefilin, öncelikle rehnin paraya çevrilmesi suretiyle tatmin edilmesi yoluna başvurulmasını talep etme yetkisidir⁵². Rehnin paraya çevrilmesi def'inin ileri sürülmesinin istisnasını, asıl borçlunun iflâs etmiş olması veya asıl borçlu iflâs etmeden önce rehnin paraya çevrilmesinin mümkün olmaması durumları oluşturur⁵³.

Bölme def'i, adi birlikte kefalet bakımından geçerlidir. Adi birlikte kefalette kefillerden her biri alacaklıya karşı asıl borcun, sadece belli bir kısmından sorumludur. Dolayısıyla alacaklı, her bir kefile, asıl borçtan sorumlu olduğu oran nispetinde başvurabilir. Alacaklı kefillerin sorumlu olduğu bu oranı dikkate almaksızın başvurursa kefiller, bölme defini ileri sürebilir⁵⁴.

III-KEFİLİN SAVUNMA İMKÂNLARINA İLİŞKİN BORÇLAR KANUNU TASARISI'NDA GETİRİLEN YENİLİKLER

A-Genel Olarak

Kefalet sözleşmesine ilişkin hükümler, Borçlar Kanunu Tasarısı'nın "onbeşinci bölüm"de 581-603. maddeleri arasında düzenlenmiştir. Tasarı m. 581'de kefalet sözleşmesinin tanımı, m. 582-584'de kefalet sözleşmesinin kurulmasının koşulları, m. 585-588'de kefaletin türleri, m. 589-594'de kefil ile alacaklı arasındaki ilişki, m. 595-597'de kefil ile borçlu arasındaki ilişki, m. 598-602'de kefalet sözleşmesinin sona ermesi ve m. 603'de kefalet sözleşmesinin uygulama alanı düzenlenmiştir. Bu maddeler, 1911 tarihli İsviçre

⁵⁰ Reisoğlu, s. 183; Yavuz, s. 555.

⁵¹ Bkz. Tandoğan, s. 764-765; Aral, s. 441-442; Hatemî/ Serozan/ Arpacı, s. 526; Yavuz, s. 556; Özen, s. 220 vd.

⁵² Bucher, s. 294; Tandoğan, s. 762; Hatemî/ Serozan/ Arpacı, s. 526; Aral, s. 442; Yavuz, s. 556; Zevkliler/ Havutçu, s. 373; Özen, s. 224-225.

⁵³ Beck, Art. 502, N.39; Tandoğan, s. 767; Reisoğlu, s. 120; Grassinger, s. 217 vd.; Hatemî/ Serozan/ Arpacı, s. 526.

⁵⁴ Schönerberger, Art. 497, N.27; Beck, Art. 497, N.16; Pestalozzi, Art. 497, N.4; Reisoğlu, s. 131; Grassinger, s. 220; Hatemî/ Serozan/ Arpacı, s. 528; Yavuz, s. 561; Zevkliler/ Havutçu, s. 375.

Borçlar Kanunu'nun (İBK.) 1942 yılında yapılan değişiklik sonrasındaki 492-512. maddeleri esas alınmak suretiyle düzenlenmiştir⁵⁵.

Kefilin savunma imkânlarına ilişkin düzenleme, İsviçre Borçlar Kanunu'ndaki düzenlemeye uygun olarak "Kefil İle Alacaklı Arasındaki İlişkiler" kısmında Tasarı m. 591'de düzenlenmiştir. Kanaatimizce def'ilerin alacaklıya karşı kullanılacak bir hak olması sebebiyle bu şekilde bir düzenleme yapılmış olması yerindedir. Borçlar Kanunu'ndaki düzenleme ise, kefilin asıl borçluya karşı sahip olduğu hakların yer aldığı kısımdaydı. Bu sebeple de sadece temel borç ilişkisinden doğan def'iler dikkate alınmak suretiyle bir düzenleme yapılmıştı. Kanaatimizce kefilin, alacaklıya karşı sahip olduğu haklardan birini oluşturan def'ilerin arasında, temel borç ilişkisinden doğan def'ilerin yanısıra kefaletle ilişkin hükümlerin düzenlendiği bölümdeki def'i ve itirazlarında ileri sürülebileceği bir fıkra hükmü ile düzenlenebilirdi. Diğer borç ilişkilerinde olduğu gibi, kefalet ilişkisinden doğan genel nitelikteki def'iler bakımından herhangi özel bir düzenlemeye ihtiyaç bulunmamaktadır. Ancak kefaletle özgü savunma imkânları bakımından Tasarı'nın 591. maddesine genel nitelikte bir fıkra hükmünün eklenmesi yerinde olurdu⁵⁶.

Değnilmesi gereken diğer bir nokta, maddenin kenar başlığıdır. Borçlar Kanununun 497. maddesinin kenar başlığında kullanılan "Kefilin defileri" şeklindeki ibare, Tasarıda, "Defiler" şeklinde değiştirilmiştir. "Defiler" madde kenar başlığı, temel borç ilişkisinden doğan teknik anlamdaki def'i ve itirazları kapsamaktadır. Dolayısıyla maddenin kenar başlığının "def'i ve itirazlar" şeklinde olması yerinde olurdu. Buna rağmen maddedeki defiler ifadesinin, temel borç ilişkisinden doğan def'i ve itirazları içine alacak şekilde geniş anlamda kullanıldığı kabul edilmelidir⁵⁷.

Kefilin savunma imkânlarının mevcut Borçlar Kanunu'ndaki düzenleniş şeklini incelerken yapmış olduğumuz ayırma uygun olarak, Borçlar Kanunu Tasarısı'nda kefilin savunma imkânları bakımından getirilen yenilikleri de, temel borç ilişkisinden doğan savunma imkânları bakımından ve kefalet ilişkisinden doğan savunma imkânları bakımından şeklinde ikili bir ayırımla inceleyeceğiz.

⁵⁵ Bkz. Adalet Bakanlığı, Borçlar Kanunu Tasarısı, Ankara 2007, s. 324 vd.

⁵⁶ Bkz. **Kuntalp** Erden/ **Barlas** Nami/ **Ayanoğlu** Morali Ahi/ **Çavuşoğlu** Işıntan Pelin/ **İpek** Mehtap/ **Yaşar** Mert/ **Koç** Sedef, Türk Borçlar Kanunu Tasarısına İlişkin Değerlendirmeler, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayını, İstanbul 2005, s. 270.

⁵⁷ Bkz. **Beck**, Art. 506, N.21; **Schönenberger**, Art. 502, N.9; **Pestalozzi**, Art. 502, N.8; **Grassinger**, s. 17-18; **Aral**, s. 451; **Hatemî/ Serozan/ Arpacı**, s. 535-536; **Reisoğlu**, s. 169.

B-Temel Borç İlişkisinden Doğan Savunma İmkânları Bakımından

Kefilin temel borç ilişkisinden doğan savunma imkânları konusundaki düzenleme Tasarı m. 591'de yer almaktadır. Madde şu şekildedir;

“Kefil, asıl borçluya veya mirasçılara ait olan ve asıl borçlunun 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 zamanaşımına 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 ödemede bulunursa, rücu hakkına sahip olur. Buna karşılık asıl borçlu, kefilin bu def'ileri bildiğini veya bilmesi gerektiğini ispat ederse kefil, bunlar ileri sürülmüş olsaydı ödemededen 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”.

Tasarı m. 591 hükmü, BK. m. 497'den farklı olarak dört fıkradan oluşmaktadır. Maddenin hazırlanmasında doğrudan doğruya İBK. m. 502'den yararlanılmıştır⁵⁸.

Tasarı m. 591/1'de kefilin asıl borçluya ait def'ileri ileri sürme hakkı düzenlenmiştir. Maddede İBK. m. 502/1'e paralel, fakat BK. m. 497'den farklı olarak kefilin, asıl borçlunun mirasçılara ait olan def'ileri alacaklıya karşı ileri sürebileceği hükme bağlanmıştır. Ayrıca birinci fıkra, asıl borçluya ait savunma imkânlarını kefilin ileri sürmesinin bir hak olduğu kadar zorunluluk olduğuna vurgu yapılarak kefile, def'i ve itirazları ileri sürme konusunda bir külfet yüklemiştir. Nitekim BK. m. 497'de de kefil bakımından benzer bir külfet söz konusudur⁵⁹.

Tasarı m. 591/1'de kefilin ileri sürebileceği ve temel ilişkiden doğan savunma imkânlarına bir istisna getirilmekte ve bu durum “*asıl borçlunun ödeme güçsüzlüğünden doğmayan*” şeklinde ifade edilmektedir. BK. m. 497/1'de bu durum “*fakat kefilin taahhüdünün mahiyetine nazaran hariç kalması lazım gelen def'iler, müstesnadır*” şeklinde hükme bağlanmıştır. Bu

⁵⁸ İsviçre Borçlar Kanunu m. 502 hükmü konusundaki değerlendirmeler için bkz. **Oser / Schönenberger**, s. 269 vd.

⁵⁹ **Scyboz**, s. 354; **Tandoğan**, s. 783; **Aral**, s. 451; **Hatemî/ Serozan/ Arpacı**, s. 534; **Yavuz**, s. 566-567; **Zevkililer/ Havutçu**, s. 378; **Grassinger**, s. 18-19.

şekilde açık ifadelerin bulunmadığı düzenleme doktrinde tartışmalara yol açmaktadır⁶⁰. Tasarı m. 591/1’de kullanılan ifade ile doktrindeki hâkim görüşe üstünlük tanınmıştır⁶¹. Maddede kullanılan “*asıl borçlunun ödeme güçsüzlüğünden doğmayan*” ifadesinden, kefaletin bünyesinde bulunan ve alacaklıya teminat sağlama amacı gereğince kefilin ileri sürmemesi gereken savunma imkânları anlaşılmalıdır. Burada getirilen istisna sadece *asıl borçlunun ödeme güçsüzlüğünden doğmayan* def’ilere hasredilmiştir. Dolayısıyla mirasçılardan hepsi tarafından mirasın reddedilmesi halinde, Devlet’in sınırlı sorumluluğu söz konusu olduğunda, bu sınırlı sorumluluğu kefilin savunma vasıtası olarak ileri süremeyeceği bu istisnai hükümden çıkmamaktadır⁶².

Tasarı m. 591/1’e, BK. m. 497/1’den farklı olarak bir cümle eklenmiştir. Burada “*Yanılma veya sözleşme yapma ehliyetsizliği ya da zamanaşımına uğramış bir borç sebebiyle borçlunun yükümlü olmadığı bir borca bilerek kefalet hâli bu hükmün dışındadır*” denilmek suretiyle hata veya ehliyetsizlik yüzünden asıl borçlunun yükümlülüğünün doğmadığı veya temel ilişkiden doğan borcun zamanaşımına uğraması sebebiyle asıl borçlunun herhangi bir yükümlülüğünün kalmadığı bir duruma ilişkin olarak kefalet veren bir kişinin, bu durumların varlığını bir savunma vasıtası olarak ileri süremeyeceği hükme bağlanmıştır. Benzer bir ifade, BK. m. 485 hükmünün son cümlesinde zamanaşımı konusu hariç olmak üzere “*Hata yahut ehliyetsizlik sebebiyle borçlunun mesuliyetini icap etmeyen bir akitten mütevellit borca kefalet, eğer kefil akdın borçlu yüzünden olan bu fesadına taahhüt esnasında vakıf ise muteber olur*” şeklinde yer almaktaydı. BK. m. 485 hükmünün son cümlesine karşılık gelen Tasarı m. 582/2’de zamanaşımı konusu da dâhil edilmek suretiyle konu daha geniş bir şekilde düzenlenmiştir.

Tasarı’nın 591. maddesinin ikinci fıkrası, mevcut Borçlar Kanunu’nun 497.maddesinde bulunmayan bir hükmü ihtiva etmektedir. Gerçekten de, İBK. m. 502/2’den⁶³ alınan bu hüküm, asıl borçlunun kendisine ait olan bir

⁶⁰ Doktrinindeki tartışmalar için bkz. Makale, “A-Temel Borç İlişkisinde Doğan Savunma İmkânları”.

⁶¹ Hâkim görüş için bkz. Makale, “A-Temel Borç İlişkisinde Doğan Savunma İmkânları”.

⁶² Konuya ilişkin olarak Alman Medenî Kanunu’nda asıl borçlunun ölmesi halinde mirasçılardan sınırlı sorumluluğunu kefilin savunma vasıtası olarak ileri süremeyeceği açıkça hükme bağlanmaktadır (BGB § 768/1 ikinci cümle)

⁶³ İBK. m. 502/2 hükmü 1942 yapılan değişiklik sonrası eklenmiştir. Önceki durum bizim mevcut kanunumuzda olduğu gibidir. Bkz. **Oser / Schönerberger**, s. 46 vd. Buna rağmen değişiklik öncesinde de İsviçre doktrinde de asıl borçlunun feragatine rağmen kefi-

def'iden vazgeçmiş olsa bile kefilin, asıl borçluya ait bu def'ileri alacaklıya karşı ileri sürebileceğini düzenlemektedir. Benzer bir düzenlemede Alman Medeni Kanunu'nda yer almaktadır. BGB § 768/2 hükmüne göre asıl borçlu def'ilerden vazgeçmiş olsa bile kefil bu def'ileri ileri sürebilir. BK. m. 497'de bu tür bir hüküm bulunmamasıyla birlikte, asıl borçlunun feragatine rağmen, kefilin asıl borçluya ait savunma imkânlarını kullanabileceği doktrinde kabul edilmektedir⁶⁴. Nitekim bu tür bir düzenleme kabul edilmemiş olsaydı dahi bahsedilen sonuç, alacaklı ile asıl borçlunun, aralarında yapacakları bir sözleşme ile bu sözleşmeye taraf olmayan ve üçüncü kişi durumundaki kefilin durumunu ağırlaştıramayacaklarına ilişkin genel kuraldan da çıkarılabilir⁶⁵. Asıl borçlunun feragatine rağmen, kefilin savunma imkânını ileri sürebileceği konusunda özel bir düzenleme BK. m. 139/3'de yer almaktadır. Bu maddede asıl borçlunun zamanasımından feragat etmesinin, kefilin temel ilişkiden doğan borcun zamanasımına uğradığına ilişkin def'iyi ileri sürmesine engel oluşturmayacağı hükme bağlanmıştır.

Tasarı'nın 591. maddesinin üçüncü fıkrası, mevcut BK. m. 497/2'de öngörülen düzenlemeye benzer bir hüküm içermektedir. Düzenlemede asıl borçluya ait def'ilerin varlığını bilmeden ödemede bulunan kefilin, rücu hakkına sahip olmaya devam edeceği hükme bağlanmaktadır. Düzenlemenin ikinci cümlesinde, kefilin bu def'ilerin varlığını bilmesi veya bilebilecek durumda olması halinde sorumlu tutulacağı ifade edilmektedir. Burada kefilin bu def'ilerin varlığını bilmesi veya bilebilecek durumda olmasına ilişkin ispat külfeti asıl borçluya yüklenmektedir. Asıl borçlunun bu durumun varlığını ispat etmesi durumunda ise, kefilin sorumluluğunun, kefil bu def'ileri ileri sürmüş olsaydı ödemeden kurtulacağı ölçüde olacağı kabul edilmektedir. Tasarı'daki madde hükmü adeta kefilin, asıl borçluya ait def'ileri ileri sürme külfetini yerine getirmemesinin yaptırımını niteliği taşımaktadır.

Mevcut BK. m. 497/2'den farklı olarak Tasarı'nın 591. maddesinin üçüncü fıkrasında, dikkati çeken nokta, ispat külfetinin asıl borçluya yüklenmiş olmasıdır. Zira BK. m. 497/2'de "...kendi kusuru olmaksızın bu defilere vakıf olduğunu ispat etmediği surette..." denilmek suretiyle asıl borçluya ait def'iler konusunda bilgisinin bulunmadığı ispat etme külfeti yüklenmektedir. Bir şeyin var olmadığının ispatının zorluğu ve hatta imkân-

lin bu savunma imkânlarını ileri sürebileceği kabul edilmekteydi. Bkz. **Becker**, Art. 506, N.3; **Oser / Schönerberger**, s. 280

⁶⁴ **Reisoğlu**, s. 169 vd.; **Tandoğan**, s. 782; **Aral**, s. 451; **Hatemî/ Serozan/ Arpacı**, s. 535; **Yavuz**, s. 566-567; **Zevkliler/ Havutçu**, s. 378; **Grassinger**, s. 18 ve özellikle s. 62-63.

⁶⁵ Bkz. **Reisoğlu**, s. 183-184; **Tandoğan**, s. 782; **Yavuz**, s. 566-567; **Grassinger**, s. 34.

sızlığı düşünüldüğünde, getirilen yeni düzenlemenin hukuk mantığı açısından yerinde olduğu sonucuna varılabilir. Bir de kefilin rücu hakkının tamamen değil de, defileri ileri sürmüş olsaydı ödemedden kurtulacağı ölçüde olması da isabetli olmuştur.

Kefilin temel borç ilişkisinden doğan savunma imkânları bakımından yeni sayılabilecek bir düzenleme de Tasarı'nın 591. maddesinin dördüncü fıkrasıdır. Mevcut Borçlar Kanunu'nun 497. maddesinde bulunmayan bu düzenlemede, kumar veya bahisten doğan borca kefalet veren kefilin, borcun bu nitelikte olduğunu bilmesine rağmen, asıl borçlunun ileri sürebileceği savunma imkânlarını ileri sürebileceği hükme bağlanmaktadır. Kumar ve bahisten doğan borçlar geçerli olmakla birlikte, dava edilemez niteliktedir (BK. m. 504). Kumar ve bahisten doğan bir borcun borçlusu, kendisine karşı takibe geçilmesi durumunda dava edilemezlik savunmasında bulunarak takibin yapılmasına engel olabilir. Tasarı'da getirilen bu madde hükmü ile kefile de, kumar ve bahisten doğan borç için takip yapılması durumunda dava edilemezlik savunmasında bulunma imkânı tanınmaktadır. Bu tür bir düzenlemenin kabul edilmiş olması, kefilin korunması amacına yönelik olarak yerindedir. Buna karşılık kumar ve bahisten doğan bir borca yönelik olarak kefalet sözleşmesinin yapılabileceğinin kanunda düzenlenmiş olması isabetli olmamıştır. Nitekim İsviçre'de de söz konusu hükmün kanunlaştığı dönemde benzer eleştiriler yöneltilmişti⁶⁶.

C-Kefalet İlişkisinden Doğan Savunma İmkânları Bakımından

Kefalet ilişkisinden doğan savunma imkânları, daha önce de ifade edildiği üzere, doğrudan doğruya özel bir hükümlerle düzenlenmiştir. Genel nitelikteki savunma imkânları, bir sözleşme ilişkisi olması hasebiyle kefalet ilişkisi bakımından niteliğine uygun düştüğü ölçüde uygulama alanı bulur⁶⁷. Bu konuya ilişkin olarak Tasarı'da getirilen yenilikler, böyle bir çalışmanın konusunu katbekat aşacak niteliktedir. Bu sebeple burada sadece kefalet sözleşmesine özgü savunma imkânları bakımından Tasarı'da getirilen yenilikleri inceleyeceğiz.

Kefaletin fer'iliği ilkesi gereğince kefalet sözleşmesinin kurulabilmesi için, kefalet ile teminat altına alınan geçerli bir borcun bulunması gerekir. BK. m. 485'de ifade edilen bu durum benzer şekilde ve İBK. m. 492/2'de olduğu gibi Tasarı m. 582/1 ilk cümlede, “*kefalet sözleşmesi, mevcut ve ge-*

⁶⁶ 1942 yılında yapılan değişikliklere ilişkin tasarı gerekçesi ve değerlendirmeler için bkz. **Grassinger**, s. 66-67.

⁶⁷ Bu savunma vasıtalarının neler olduğu yukarıda “B-Kefalet İlişkisinden Doğan Savunma İmkânları” başlığı altına incelendi.

çerli bir borç için yapılabilir” şeklinde düzenlenmiştir.

Kefalet sözleşmesinin geçerliliği, şekil şartına bağlandığından, şekil şartına uyulmaksızın yapılan bir kefalet sözleşmesinde kefil, hakkın doğumuna engel olan bir itirazın var olduğunu ileri sürerek ödeme yapmaktan kaçınabilir. BK. m. 484’de yer alan kefaletin şekli, Tasarı m. 583’de düzenlenmiştir. Tasarı’da adi yazılı şekil şartı korunmakla birlikte mevcut düzenlemeden farklı olarak bu yazılı şekil ağırlaştırılmıştır⁶⁸. Buna göre, sözleşmenin yazılı şekilde yapılması, azamî miktarın ve sözleşme tarihinin sözleşmede gösterilmesi ve özellikle de bu hususların (ayrıca da müteselsil kefalet durumunun) kefilin kendi el yazısıyla belirtilmiş olması gerekir. Ayrıca kefil olma konusunda özel yetki verilmesi ile kefalet sözleşmesinde sonradan yapılan ve kefilin sorumluluğunu artıran değişiklikler için de aynı şekil şartına uyulması hükme bağlanmıştır (Tasarı m. 583/2-3). Bu düzenlemelerin tümü kefilin korunmaya yönelik ve yerinde hükümlerdir.

Kefalet ile teminat altına alınan temel ilişkiden doğan borcun herhangi bir sebeple sona ermesi hali de kefilin savunma imkânlarından birini oluşturmaktadır. BK. m. 492 hükmünde, “*asıl borç, her hangi bir sebeple saktı olunca kefil beri olur*” şeklinde ifade edilen temel ilişkiden doğan borcun herhangi bir sebeple sona ermesinin, kefilin borcunu da sona erdireceği Tasarı m. 598’de, “*hangi sebeple olursa olsun, asıl borç sona erince, kefil de borcundan kurtulur*” şeklinde hükme bağlanmıştır. Ancak mevcut düzenlemeden farklı olarak madde hükmü sadece bir fıkradan ibaret değildir. Madenin devam eden fıkralarında İBK. m. 509’da olduğu gibi sona erme durumlarına ilişkin olarak bazı düzenlemeler getirilmiştir. Buna göre ikinci fıkroda, borçlu ve kefil sıfatının aynı kişide birleşmesi halinde, alacaklı için kefaletten doğan özel yararların saklı kalacağı; üçüncü fıkroda, bir gerçek kişi tarafından verilmiş olan her türlü kefaletin, buna ilişkin sözleşmenin kurulmasından itibaren on yılın geçmesiyle⁶⁹ kendiliğinden ortadan kalkacağı; dördüncü fıkroda ise, kefaletin on yıldan fazla bir süre için verilmiş olsa bile, uzatılmış veya yeni bir kefalet verilmiş olmadıkça kefilin ancak on yıllık süre doluncaya kadar takip edilebileceği ve son fıkroda ise, en erken kefaletin sona ermesinden bir yıl önce yapılmak kaydıyla kefalet süresinin, kefilin kefalet sözleşmesinin şekline uygun yazılı açıklamasıyla azamî on

⁶⁸ Bkz. **Özen**, s.167 vd.

⁶⁹ İBK. m. 509’dan farklı olarak bu süre on yıl ile sınırlandırılmıştır. Oysaki İBK’ da bu süre 20 yıl olarak düzenlenmiştir.

yıllık yeni bir dönem için uzatılabileceği hükme bağlanmıştır⁷⁰.

Kefalet sözleşmesinin, kendine özgü sebeplerle sona erme şekilleri konusunda da Tasarı'nın birçok maddesinde yenilikler getirilmiştir. Aşağıda mevcut düzenlemeden farklılıklarına değinerek kefaletin kendine özgü sebeplerle sona erme şekilleri konusunda getirilen yenilikleri inceleyeceğiz.

İlk düzenleme, temel ilişkiden doğan borcun nakline kefilin muvafakat etmemesine ilişkindir. Konuya ilişkin BK. m. 176/2'deki düzenleme Tasarı m. 197/2'de aynen korunarak, kefilin sorumluluğunun, borcun nakline rıza göstermesi halinde devam edeceği, ilâve olarak da bu rızanın yazılı şekilde olması gerektiği hükme bağlanmıştır. İBK. m. 493/5'de yer alan ve kefaletin devamı için borcun nakline kefilin yazılı rıza göstermesini arayan hükmün Tasarı'ya alınmamış olması isabetlidir. Zira bu tür bir hüküm Tasarı m. 197/2'nin tekrarı olurdu.

İkinci düzenleme birlikte kefaletle ilişkin getirilen Tasarı m. 587/3 hükmüdür. BK. m. 488 son cümlede yer alan hüküm biraz da geliştirilerek Tasarı m. 587/3'de yeniden düzenlenmiştir. Buna göre kefil, kefalet sözleşmesini yaptığı sırada, başka kimselerin de aynı borç için kefil olacağını düşünmüş ve bu düşüncenin sonucu olarak kefil olmuşsa ve ayrıca alacaklı, kefilin bu saik ile kefalet altına girdiğini biliyor veya bilmesi gerekiyorsa kefilin, kefalet borcundan kurtulacağı aynen korunmuştur⁷¹. Yeni sayılabilecek nitelikteki ilâve düzenleme, İBK. m. 497'de de yer alan, kefillerden birinin alacaklı tarafından kefalet borcundan kurtarılması veya kefaletin hükümsüz olduğuna karar verilmesi durumunda kefilin, kefalet borcundan kurtulacağına ilişkin düzenlemedir. Fakat İBK. m. 497'de bulunan, kefaletin hükümsüz olduğuna mahkemece karar verilmesi durumunda hâkimin, hakkaniyet gerektiriyorsa, kefilin sorumluluğunun uygun bir tarzda azaltılmak suretiyle devam ettirileceğine ilişkin fıkra hükmü Tasarı'ya alınmamıştır. Kefilin haklarının yanısıra alacaklının da korunması amacıyla bu hükmün alınmış olması yerinde olurdu.

Üçüncü düzenleme belirli süreli veya belirsiz süreli kefaletlere ilişkin Tasarı m. 600 hükmüdür. Belirli süreli kefaletler bakımından, tek fıkradan

⁷⁰ Doktrinde, bir yıllık sürenin uzun bir süre olduğu ve tarafların, borç ilişkisinin alacağı seyri bir yıl öncesinden görebilmesinin mümkün olmayacağı gerekçesiyle bu sürenin altı ay olarak öngörülmesi gerektiği kabul edilmektedir. Bkz. **Kuntalp/ Barlas/ Ayanoglu/ Çavuşoğlu/ İpek/ Yaşar/ Koç**, s. 271-272.

⁷¹ Burada getirilen düzenleme doktrinde eleştirilmekte ve "...varsayarak kefil olmuşsa..." ifadesinden sonra "...ve somut olayın şartları çerçevesinde, dürüstlük kuralı uyarınca bunda haklı ise..." ifadesinin eklenmesi gerektiği savunulmaktadır. Bkz. **Kuntalp/ Barlas/ Ayanoglu/ Çavuşoğlu/ İpek/ Yaşar/ Koç**, s. 268-269

oluşan Tasarı m. 600'de, mevcut kanundan⁷² ve İsviçre Borçlar Kanunu'ndan⁷³ farklı olarak sürenin dolması ile kefilin borçtan kurtulacağı hükme bağlanmıştır. Belirsiz süreli kefaletler bakımından ise, Tasarı m. 601'de yenilikler de içeren bir düzenleme getirilmiştir. Tasarı m. 601'in ilk fıkrası, mevcut kanundan ve İsviçre Borçlar Kanunu'ndan farklı bir düzenlemeyi ihtiva etmektedir. Nitekim bu fıkra da süreli olmayan kefaletin, kefalet türlerine göre sona ermesi düzenlenmekte ve asıl borcun muaccel olması halinde, adi kefalette her zaman, müteselsil kefalette ise Kanun'un öngördüğü hâllerde, kefil, alacaklıyı bir ay içinde dava ve takip haklarını kullanması, varsa rehnin paraya çevrilmesi yoluyla takibe geçmesi ve ara vermeden takibe devam etmesi konusunda istemde bulunabileceği hükme bağlanmaktadır. Diğer iki fıkra hükmü ise, mevcut Kanun'a ve İsviçre Borçlar Kanunu'na benzer düzenlemeler ihtiva etmektedir. Ancak Tasarı m. 601/2'de, daha önce BK. m. 494/2'de yapılan ve doktrinde eleştirilen⁷⁴ çeviri hatası düzeltilerek, "alacaklının borçluya yapacağı bildirim sonucunda muaccel olacaksa" ifadesi kullanılmıştır.

BK. m. 495'de yer alan memur müstahdemlere kefalete ilişkin düzenlemede, "*memur ve müstahdem hakkında kefalet*" ifadesi yerine "*çalışanlara kefalet*" ifadesi getirilerek mevcut hüküm Tasarı m. 602'de korunmuştur.

BK. m. 501'de yer alan, kefilin teklif etmiş olduğu ödemeyi alacaklının kabul etmesine, aksi takdirde kefilin, kefalet borcundan kendiliğinden kurtulacağına ilişkin düzenleme "ödemenin kabulünü isteme" başlığı altında Tasarı m. 593'de genişletilerek ve ayrıntılı bir şekilde hükme bağlanmıştır. Buna göre ilk fıkra da borçlunun iflâsı sebebiyle olsa da, borç muaccel olduğunda, kefil, alacaklıdan yaptığı ifa teklifinin kabul edilmesini isteyebilecektir. Bir borç için birden fazla kefilin bulunması durumunda alacaklının kısmî ifayı kabul etme zorunluluğu, kefilin, en az kendisine düşen payı ifa etmeyi teklif etmiş olmasına bağlanmıştır. İkinci fıkra da, alacaklının haklı bir sebep olmaksızın ifa teklifini kabul etmekten kaçınması yaptırıma tabi kılınmış ve

⁷² BK. m. 493'de alacaklının, kefalet sözleşmesinde kararlaştırılan sürenin dolmasından itibaren bir ay içinde alacağını takip etmek için gerekli hukuki yollara başvurmaması veya başlamış olduğu takibe uzun süre ara vermesi durumunda ancak kefilin sorumluluktan kurtulabileceği düzenlenmektedir.

⁷³ İBK. m. 510/3'de belirli süreli kefalette, belirlenen sürenin sona ermesini izleyen dört hafta içinde gerekli hukuki yollara başvurarak takip yapmazsa veya takiplerini önemli bir ara vermeksizin sürdürmezse kefilin sorumluluktan kurtulabileceği düzenlenmektedir.

⁷⁴ BK. m. 494/2'de kullanılan "mütevakkıf olmadığı" ifadesinin "mütevakkıf olduğu" şeklinde anlaşılması gerektiği konusunda bkz. **Hatemî/ Serozan/ Arpacı**, s. 540.

bu durumda kefilin borcundan kurtulacağı, birlikte müteselsil kefalet bakımından ise, kefillerin sorumluluğunun kendilerine düşen pay miktarınca azalacağı hükme bağlanmıştır. Yeni sayılabilecek bir düzenleme son fıkrada getirilmiştir. Buna göre alacaklının rızasının olması halinde kefil, asıl borcun muaccel olmasından önce de kefalet bedelini ödeyerek sözleşmeyi sona erdirebilecektir. Ancak bu tür bir durumda asıl borçluya karşı rücu hakkını asıl borç muaccel olmadan kullanamaz.

BK. m. 501/c.2'de öngörülen alacaklının, teslim etmesi gereken elinde bulundurduğu teminat vasıtalarını, kefile teslim etmekten kaçınması durumu Tasarı m. 592'de başka hususlar da dâhil edilerek ayrıntılı bir şekilde düzenlenmiştir. Tasarı m. 592/4'e göre alacaklı, haklı bir sebep olmaksızın mevcut belgeleri, rehinleri veya sorumlu olduğu diğer güvenceleri elinden çıkarırsa, kefil, borcundan kurtulur, ödediğinin geri verilmesini ve varsa ek zararının giderilmesini isteyebilir.

Kefilin kefalet sözleşmesine özgü defileri, Tasarı'da korunmuş ve bazı yenilikler getirilmiştir. BK. m. 486/1'de bulunan peşin dava (tartışma) def'i, Tasarı m. 585/1'de korunmuştur. Buna göre âdi kefalette alacaklı, borçluya başvurmadıkça, kefil takip edemez. BK. m. 486/1'de sayılan peşin dava def'inin ileri sürülemeyeceği hallerde "borçluya konkordato mehli verilmiş olması" eklenmiştir. BK. m. 486/2'de yer alan rehnin paraya çevrilmesi def'i de Tasarı m. 585/2'de korunmuştur. Buna göre alacak, kefaletten önce veya kefalet sırasında rehinle de güvence altına alınmışsa, âdi kefalette kefil, alacağın öncelikle rehin konusundan alınmasını isteyebilir. Bu kısım bakımından da yeni sayılabilecek durum, "borçluya konkordato mehli verilmiş olması" halinde bu durumun def'i olarak ileri sürülemeyeceği hususudur.

IV-SONUÇ

Kefilin savunma imkânları, kefilin asıl borçluya karşı sahip olduğu hakların yer aldığı kısımda "kefilin defileri" kenar başlığını taşıyan BK. m. 497 hükmünde, Tasarı'da ise, İsviçre Borçlar Kanunu'ndaki düzenlemeye uygun olarak "Kefil İle Alacaklı Arasındaki İlişkiler" kısmında Tasarı m. 591'de "defiler" madde kenar başlığı ile düzenlenmiştir.

Kefilin savunma imkânları, temel borç ilişkisinden doğan ve kefalet ilişkisinden doğan savunma imkânları şeklinde ikiye ayrılmaktadır. Temel borç ilişkisinden doğan savunma imkânları, BK. m. 497 ve Tasarı m. 591'de düzenlenmiştir. Kefalet ilişkisinden doğan savunma imkânları ise, kefalete özgü olanlar bakımından, kefalete ilişkin hükümlerin yer aldığı kısımda çeşitli hükümlerde düzenlenmiştir.

Kefilin savunma imkânları konusunda Tasarı'da getirilen önemli değişiklikleri şu şekilde sıralamak mümkündür;

Tasarı m. 591 hükmü, BK. m. 497'den farklı olarak dört fıkradan oluşmaktadır. Maddenin hazırlanmasında doğrudan doğruya İBK. m. 502'den yararlanılmıştır. Yeni sayılabilecek hükümler Tasarı m. 591/2. ve 4. fıkra hükümleridir. Tasarı'nın 591/2'deki hüküm, asıl borçlunun kendisine ait olan bir def'iden vazgeçmiş olsa bile kefilin, asıl borçluya ait bu def'ileri alacaklıya karşı ileri sürebileceğini düzenlemektedir. Tasarı'nın 591/4'de ise, kumar veya bahisten doğan borca kefalet veren kefilin, borcun bu nitelikte olduğunu bilmesine rağmen, asıl borçlunun ileri sürebileceği savunma imkânlarını ileri sürebileceği hükme bağlanmaktadır. Yeni sayılabilecek bir başka düzenleme de, BK. m. 497/2'den farklı olarak Tasarı m. 591/3'de getirilen, asıl borçluya ait def'ilerin varlığını bilmeden ödemede bulunan kefilin, bu def'ilerin varlığını bilmesi veya bilebilecek durumda olmasına ilişkin ispat külfeti asıl borçluya yüklendiği hükümdür.

Kefalet ilişkisinden doğan ve kefalete özgü savunma imkânları konusunda Tasarı'da yeni bazı düzenlemeler getirilmiştir. Özellikle dikkati çeken maddelerden biri, kefaletin şekline ilişkin Tasarı m. 583'de adi yazılı şeklin ağırlaştırılmasıdır. Bir başka düzenleme ise, temel ilişkiden doğan borcun herhangi bir sebeple sona ermesinin, kefilin borcunu da sona erdireceğine ilişkin Tasarı m. 598'de, mevcut düzenlemeden farklı olarak, borçlu ve kefil sıfatının aynı kişide birleşmesi halinde, alacaklı için kefaletten doğan özel yararların saklı kalacağı ve bir gerçek kişi tarafından verilmiş olan her türlü kefaletin, buna ilişkin sözleşmenin kurulmasından itibaren on yılın geçmesiyle kendiliğinden ortadan kalkacağı hükme bağlanmıştır. Diğer bir yenilik BK. m. 488 son cümledeki birlikte kefalete ilişkin def'i de yapılmış ve Tasarı m. 587/3'de düzenlenerek kefillerden birinin alacaklı tarafından kefalet borcundan kurtarılması veya kefaletin hükümsüz olduğuna karar verilmesi durumları da kefilin, kefalet borcundan kurtulma nedeni olarak kabul edilmiştir.

Kefaletin sona ermesine ilişkin olarak diğer bir yenilik belirli süreli kefaletler bakımından, Tasarı m. 600'de, mevcut kanundan ve İsviçre Borçlar Kanunu'ndan farklı olarak sürenin dolması ile ilave bir süreye gerek olmaksızın kefilin borçtan kurtulacağı hükme bağlanmıştır. Belirsiz süreli kefaletler bakımından ise, Tasarı m. 601'de süreli olmayan kefaletin, kefalet türlerine göre sona ermesi düzenlenmektedir. BK. m. 501'den farklı olarak Tasarı m. 593'de getirilen bir yenilik, alacaklının rızasının olması halinde kefilin, asıl borcun muaccel olmasından önce de kefalet bedelini ödeyerek sözleşmeyi sona erdirebileceğine ilişkindir.

Kefilin kefalet sözleşmesine özgü defileri konusunda BK. m. 486'da bulunmayan bir yenilik ise, Tasarı m. 585/2'de peşin dava def'inin ve rehnin paraya çevrilmesi def'inin ileri sürülemeyeceği hallere "borçluya iflâs an-

laşması mehli verilmiş olması” da eklenmiştir.

Kefilin savunma imkânları konusunda Tasarı’da getirilen değişiklikler, 1911 tarihli İsviçre Borçlar Kanunu’nun 1942 yılında yapılan değişiklik sonrasındaki 492-512. maddeleri esas alınmak suretiyle yapılmıştır. Getirilen yeni düzenlemeler esas itibariyle yerinde olmakla birlikte bu düzenlemeler hakkında iki noktaya dikkat çekmek istiyoruz. Kefilin savunma imkânlarına ilişkin Tasarı’daki hükmün (m. 591), İsviçre Borçlar Kanunu’ndaki sistematiği uygun olarak “Kefil İle Alacaklı Arasındaki İlişkiler” kısmında düzenlenmiş olması, def’ilerin alacaklıya karşı kullanılacak bir hak olması sebebiyle yerindedir. Ancak kefilin, alacaklıya karşı sahip olduğu haklardan birini oluşturan def’ilerin arasında, temel borç ilişkisinden doğan def’ilerin yanısıra, kefaletle ilişkin hükümlerin düzenlendiği bölümdeki def’i ve itirazlarında ileri sürülebileceğine ilişkin bir fıkra hükmü eklenmesi, maddenin kenar başlığına daha uygun olurdu.

Mevcut Borçlar Kanunu’nun 497. maddesinin kenar başlığında kullanılan “Kefilin def’ileri” şeklindeki ibare Tasarı’da, “Defiler” şeklinde değiştirilmiştir. Tasarı’daki “Defiler” madde kenar başlığının, temel borç ilişkisinden doğan teknik anlamdaki def’i ve itirazları kapsayacak şekilde “def’i ve itirazlar” olarak değiştirilmesi yerinde olur.

BİBLİYOGRAFYA

- ARAL** Fahrettin: Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, 7. Baskı Ankara 2007.
- ARAL** Fahrettin: Türk Borçlar Hukukunda Takas, Ankara 1994.
- AYRANCI** Hasan: Şekil Şartına Uyulmadan Yapılan Kefalet Sözleşmesinde İfanın Sonuçları, AÜHFD 2004, C. 53, S. 2, s. 95 vd.
- BARLAS** Nami: Kefalet Hukukuna İlişkin Bazı Sorunlar ve Yargıtay Uygulaması, Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu XXI, 9-10 Aralık 2005, s. 41 vd.
- BECK** Emil: Das neu Bürgschaftrecht, Zürich 1942.
- BECKER** Hermann: Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch, Bd. IV, Obligationenrecht, II. Abteilung, Art. 184-551 OR., Bern 1934.
- BUCHER** Eugen: Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil ohne Deliktsrecht, 2. Aufl., Zürich 1988.
- BUZ** Vedat: Medeni Hukukta Yenilik Doğuran Haklar, Ankara 2005.
- EREN** Fikret: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 10. Bası İstanbul 2008.

- GRASSINGER** Gülçin. E.: Borçlar Kanuna Göre Kefilin Alacaklıya Karşı Sahip Olduğu Savunma İmkânları, İstanbul 1996.
- HATEMÎ** Hüseyin/ **SEROZAN** Rona/ **ARPACI** Abdülkadir: Borçlar Hukuku Özel Bölüm, İstanbul 1992.
- KUNTALP** Erden/ **BARLAS** Nami/ **AYANOĞLU** Moralı Ahu/ **ÇAVUŞOĞLU** Işıntan Pelin/ **İPEK** Mehtap/ **YAŞAR** Mert/ **KOÇ** Sedef: Türk Borçlar Kanunu Tasarısına İlişkin Değerlendirmeler, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayını, İstanbul 2005.
- KURU** Baki/ **ARSLAN** Ramazan/ **YILMAZ** Ejder: Medeni Usul Hukuku, Ders Kitabı, Ankara 2006.
- KURU** Baki/ **ARSLAN** Ramazan/ **YILMAZ** Ejder: İcra ve İflas Hukuku, 21. Bası, Ankara 2007.
- OĞUZMAN** M. Kemal/ **ÖZ** M.Turgut: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 4. Bası İstanbul 2006.
- OSER** Hugo / **SCHONENBERGER** Wilhelm: (Çev. İsmet SUNGRBEY İsmet) İsviçre Borçlar Kanunu Şerhi: Eski Kefillik, Yeni Kefillik, Kumar, Bahis, Sağlığınca Gelir, Sağlığınca Bakma Sözleşmeleri, Ankara 1964.
- ÖZEN** Burak: Kefalet Sözleşmesi, İstanbul 2008.
- PEKCANİTEZ** Hakan/ **ATALAY** Oğuz/ **ÖZEKES** Muhammet: Medeni Usul Hukuku, Ankara 2006.
- PESTALOZZI** Christoph M.: Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Obligationen Recht I, Art 1–529, Herausgeber von Honsell Heinrich/ Vogt Nedim Peter/ Wiegand Wolfgang, Basel 1992.
- REİSOĞLU** Seza: Türk Hukukunda ve Bankacılık Uygulamasında Kefalet, Ankara 1992.
- SCHÖNENBERGER** Wilhelm: Kommentar zum Obligationenrecht, Bd.V, 3.Teil, Art.419-529, 2. Auf., Zürich 1945.
- SCYBOZ** Georges: Garantievertrag und Bürgschaft, in: Schweizerisches Privatrecht, Obligationenrecht besondere Vertragsverhaeltnisse Art 1–529, Herausgeber von Frank Vischer, Zweiter Halbband, Basel-Stuttgart 1979.
- SEROZAN** Rona: Borçlar Hukuku Genel Bölüm, İfa, İfa Engelleri, C.III, Haksız Zenginleşme, 4. Bası, İstanbul 2006.
- TANDOĞAN** Haluk: Borçlar Hukuku-Özel Borç İlişkileri, C.II, Ankara 1987.
- TEKİNAY** Selahattin Sulhi / **AKMAN** Sermet / **BURCUOĞLU** Haluk /

ALTOP Atilla: Tekinay Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 1993.

Von TUHR Andreas / **PETER** Hans: Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, Bd. I, 3 A., Zürich 1979.

WEBER Von Rolf H.: Berner Kommentar Band VI, 1. Abteilung, 6. Teilband. Allgemeine Bestimmungen. Artikel 110-113 OR., Bern 2002.

YAVUZ Cevdet: Borçlar Hukuku Dersleri, Özel Hükümler, Yenilenmiş 5. Baskı İstanbul 2007.

ZEVKLİLER Aydın/ **HAVUTÇU** Ayşe: Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, 9. Baskı, İzmir 2007.