

KEFALET SÖZLEŞMESİNE İLİŞKİN DÜZENLEMELER IŞIĞINDA TBK M. 582/2 HÜKMÜNÜN DEĞERLENDİRİLMESİ

EVALUATION OF THE ARTICLE 582/2 OF THE TURKISH CODE OF OBLIGATIONS IN THE LIGHT OF THE PROVISIONS PERTAINING TO SURETY CONTRACT

Araştırma Makalesi

Gizem ÖZKAN ŞAHİN*

ÖZ

Kefalet sözleşmesi, Türk Borçlar Kanunu m. 581 hükmünde, kefilin alacaklıya karşı, borçlunun borcunu ifa etmemesinin sonuçlarından kişisel olarak sorumlu olmayı üstlendiği bir sözleşme olarak tanımlanmaktadır. Kefilin kefalet sözleşmesinden doğan bu borcu fer'i nitelikte bir borçtur. Bunun anlamı, kefilin kefalet sözleşmesinden kaynaklanan yükümlülüğünün her zaman geçerli bir esas borcun varlığını gerektirmesidir. Buna karşılık, TBK m. 582/2 hükmü ile, ilk bakışta fer'ilik ilkesinin istisnası gibi görünen, borçlunun sorumlu olmadığı veya zamanaşımına uğramış bir borç için kefil olunması durumu ele alınmıştır. Bununla birlikte, TBK m. 582/2 hükmünün belirli noktalarda fer'ilik ilkesinin uygulanmayacağı bir sözleşme tipini esas almakta olduğu da öğretileri sürülmektedir. Çalışmamızda, genel olarak kefalet sözleşmesinin fer'ilik niteliği ele alındıktan sonra, TBK m. 582/2 hükmünün getirdiği düzenleme, uygulanma şartları ve uygulanmasının doğuracağı sonuçlarla birlikte, öğretileri sürülen görüşlere de değinilerek değerlendirilmeye çalışılacaktır.

Anahtar Kelimeler: kefalet sözleşmesi, fer'ilik ilkesi, yanılma, ehliyetsizlik, zamanaşımı

ABSTRACT

A surety contract is defined in the Turkish Code of Obligations Art. 581 as a contract in which the surety undertakes to be personally liable for the consequences of the debtor's failure to fulfill his obligation to the creditor. This debt of the surety arising from the surety contract is a secondary debt. This means that the surety's obligation arising from the surety contract always requires the existence of a valid underlying obligation. On the other hand, with the provision of Art. 582/2 of the Turkish Code of Obligations, which seems to be an exception to the principle of secondaryness at first glance, the situation of being a surety for a debt for which the debtor is not responsible or

DOI: 10.32957/hacettepehdf.1175503

Makalenin Geliş Tarihi: 14.09.2022

Makalenin Kabul Tarihi : 22.12.2022

* Arş. Gör. Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı.

E-posta: gizemozkan@hacettepe.edu.tr

ORCID: 0000-0003-1557-6881

Bu makale Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Araştırma ve Yayın Etiği kurallarına uygun olarak hazırlanmıştır.

that has expired, is discussed. However, it is also claimed in the doctrine that the provision of Art. 582/2 is based on a contract type in which the principle of secondaryness will not be applied at certain points. In our study, after considering the secondary nature of the surety contract in general, the regulation brought by the provision of Art. 582/2 of the Turkish Code of Obligations will be evaluated by referring to the views put forward in the doctrine, along with the conditions and the consequences of its implementation.

Keywords: surety contract, secondaryness, lapse, incompetence, statute of limitations

GİRİŞ

Temelleri Roma Hukukuna kadar dayanan ve şahsi teminat sözleşmelerinden biri olan kefalet sözleşmesi¹, günümüzde yaygın olarak kullanılan ve özellikle ticaretin, bankacılık ve kredi kartı kullanımı gibi işlemlerin gün geçtikçe artmasıyla daha yoğun biçimde başvurulmuş bir sözleşme haline gelmiştir.

Kefalet sözleşmesinin geçerli bir şekilde kurulabilmesinin ilk koşulu, kefalet ile teminat altına alınacak geçerli bir asıl borcun varlığıdır. Bu, kefalet sözleşmesinin fer'i nitelikte olmasından kaynaklanmaktadır. Zira kefalet sözleşmesi, bir asıl borcun alacaklısına teminat vermek amacıyla yapılmaktadır. Bununla birlikte, ilk bakışta kefalet sözleşmesinde fer'ilik ilkesine getirilmiş bir istisna gibi görünen TBK m. 582/2 hükmü, asıl borcu doğuran sözleşmenin ehliyetsizlik ya da yanılma sebebiyle geçersiz olması halinde dahi bu geçersizliği bilerek yine de bu borca kefil olunmasının mümkün olduğu çıkarımına yol açmaktadır. Hükmün devamında bu kuralın borçlu bakımından zamanaşımına uğramış olan borçlar için de uygulanacağı belirtilmektedir.

Amacı TBK m. 582/2 hükmünün tipik bir kefalet sözleşmesine ilişkin bir düzenleme olup olmadığını incelemek olan çalışmamız iki bölümden oluşmaktadır. İlk bölümünde kefalet sözleşmesinin kısa bir tanımına yer verildikten sonra, kefalet sözleşmesinin çalışmanın esas konusunu oluşturan TBK m. 582/2 hükmü bakımından önem arz eden fer'ilik niteliğine, bu niteliğin ortaya çıkardığı sonuçlara ve bu kapsamda kefalet sözleşmesinin asıl borcu doğuran sözleşmeden ayrı bir sözleşme olmasına ve ikinci derecede bir sorumluluk doğurmasına vurgu yapılacaktır. İkinci bölümde ise çalışmanın özünü oluşturan, asıl borçlunun yanılması veya ehliyetsizliği sebebiyle geçersiz olan yahut zamanaşımına uğramış bir asıl borç için şahsi teminat gösterilmesi durumunda uygulama alanı bulacak olan TBK m. 582/2 hükmü detaylı

¹ Kefalet sözleşmesinin Roma Hukuku temelleri hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. TAHİROĞLU, Bülent, "Roma Hukukundan Borcun Teminatlarından Kefalet", *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, Yıl: 1977, Cilt: 42, Sayı: 1-4, (s. 323-340).

olarak incelenecek olup bu çerçevede ilk olarak söz konusu hükmün 818 sayılı eBK'daki karşılığı olan m. 485/3 hükmü ele alınacak, ardından TBK m. 582/2 hükmünün nasıl yorumlanması gerektiği araştırılacak, bu hükmün uygulanması için gerekli olan koşullar ve uygulanmasının sonuçları incelenerek çalışma sonlandırılacaktır.

I. KEFALET SÖZLEŞMESİNİN TANIMI VE GENEL OLARAK KEFALET SÖZLEŞMESİNİN FER'İ BİR SORUMLULUK DOĞURMASI

A. Kefalet Sözleşmesinin Tanımı

Kefalet sözleşmesi, 818 sayılı Borçlar Kanununun 483. maddesinde, “*Kefalet bir akittir ki onunla bir kimse, borçlunun akdettiği borcun edasını temin etmeği alacaklıya karşı taahhüt eder.*” biçiminde tanımlanmıştır. Bu tanıma yönelik eleştirilerden ilki, maddenin, “... *borçlunun akdettiği borcun ifasına...*” ifadesiyle yalnızca sözleşmeden kaynaklanan borçlara kefil olunabileceği izlenimini uyandırması olmuştur. Oysa öğretilerde de ifade edildiği üzere, yalnızca sözleşmeden doğan borçlara değil, haksız fiilden, sebepsiz zenginleşmeden veya kanun tarafından tanınmış herhangi bir olgudan kaynaklanan borçlar için (nafaka borcu gibi)² verilecek kefaletler de geçerlidir³.

818 sayılı BK m. 483 tarafından getirilen kefalet tanımına yönelik bir başka eleştiri ise, kefilin ediminin “*borçlunun akdettiği borcun edasını temin etmek*” olarak ifade edilmiş olması noktasındadır. Zira bu ifadeden, kefilin, asıl borçlunun borcunu ifa etmesi için gerekli tüm özeni göstereceği ve buna rağmen borç ifa edilmezse bundan sorumlu tutulmayacağı gibi bir sonuç çıkarılabilmektedir⁴. Oysa kefalet sözleşmesinde kefil, asıl borcun ifa edilmesini temin etmeyi

² ÖZEN, Burak, **6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Çerçevesinde Kefalet Sözleşmesi**, Genişletilip Güncelleştirilmiş 3. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2014, s. 57.

³ ARAL, Fahrettin, **Borçlar Hukuku – Özel Borç İlişkileri**, Genişletilmiş 8. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara, 2010, s. 423; ARPACI, Abdülkadir / SEROZAN, Rona / HATEMİ, Hüseyin, **Borçlar Hukuku Özel Bölüm**, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1992, s. 521; BİLGE, Necip, **Borçlar Hukuku – Özel Borç Münasebetleri**, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, Ankara, 1971, s. 364; OLGAÇ, Senai, **Kefalet**, Olgaç Matbaası, Ankara, 1987, s. 11; ÖZEN, 2014, s. 57; REİSOĞLU, Seza, **Türk Kefalet Hukuku**, Ankara, 2013, s. 32; ŞAHAN, Gökhan, **Kefalet Sözleşmesinin Sona Ermesi**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2009, s. 18; TANDOĞAN, Haluk, **Borçlar Hukuku – Özel Borç İlişkileri**, Cilt: II, 1989 Yılı 4. Tıpkı Basımdan 5. Tıpkı Bası, Vedat Yayıncılık, İstanbul, 2010, s. 693.

⁴ OLGAÇ, 1987, s. 11; ÖZEN, 2014, s. 58; REİSOĞLU, 2013, s. 21.

değil, asıl borç ifa edilmediği veya kötü ifa edildiği takdirde bundan kişisel olarak sorumlu olmayı üstlenir⁵. Bu bakımdan kefalet sözleşmesi, üç köşeli bir hukuki ilişkiyi ifade eder⁶.

Kefalet sözleşmesi, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu m. 581’de tanımlanmıştır. Buna göre, “Kefalet sözleşmesi, kefilin alacaklıya karşı, borçlunun borcunu ifa etmemesinin sonuçlarından kişisel olarak sorumlu olmayı üstlendiği sözleşmedir.” TBK m. 581 ile getirilen tanım, kefalet sözleşmesinin taraflarının kefil ve alacaklı olduğunun altını çizerek kefilin bir başkasına ait bir borcun hiç veya gereği gibi yerine getirilmemesinden dolayı kişisel olarak sorumlu olmayı üstlendiğini, kaynak İsviçre Borçlar Kanunu’nda yer alan aslına uygun olarak⁷, açıkça belirtmektedir⁸. Şu halde kefil, borçlunun borcunu bizzat ifa etmeyi yahut borçlunun borcu ifa etmesini sağlamak üzere çaba sarf etmeyi değil, borçlunun borcunu hiç veya gereği gibi yerine getirmemesinden alacaklının uğradığı zararı⁹ bir miktar para ödeyerek karşılamayı üstlenmektedir¹⁰. Bu bakımdan TBK m. 581 ile getirilen tanım doktrinde olumlu karşılanmıştır¹¹.

⁵ ARAL, 2010, s. 423; BİLGE, 1971, s. 364; CANBOLAT, Ferhat, **Banka Garantisinde Savunma İmkanları ve İhtiyati Tedbirler**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2009, s. 103; GRASSINGER ELÇİN, Gülçin, **Borçlar Kanunu’na Göre Kefilin Alacaklıya Karşı Sahip Olduğu Savunma İmkanları**, Alfa Basım Yayım Dağıtım, İstanbul, 1996, s. 13; OLGAC, 1987, s. 11; ÖZEN, 2014, s. 58; TANDOĞAN, 2010, s. 693; TAŞDELEN, Nihat, “Kefalet Sözleşmesinde Şekil”, Prof. Dr. Oğuz İmregün’e Armağan, İstanbul, 1998, (s. 731-763), s. 731; YAVUZ, Cevdet, **Türk Borçlar Hukuku – Özel Hükümler**, Güncellenmiş ve Yenilenmiş 9. Bası, Beta Yayınları, İstanbul, 2014, s. 1359.

⁶ CANBOLAT, 2009, s. 104; CANBOLAT, Ferhat / TOPUZ, Seçkin, “Kefalet ile Garanti Ayırımının Önemi ve Ayırımında Uygulanacak Kıstaslar”, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, Yıl: 2008, Sayı: 78, (s. 53-76), s. 53.

⁷ Le Code des Obligations Art. 492/1: “Le cautionnement est un contrat par lequel une personne s’engage envers le créancier à garantir le paiement de la dette contractée par le débiteur.” Bkz. **Le Code des Obligations Art**, https://www.fedlex.admin.ch/eli/cc/27/317_321_377/fr, (erişim tarihi 08.02.2022).

⁸ BECKER, Hermann, **İsviçre Borçlar Kanunu Şerhi – İkinci Bölüm: Çeşitli Sözleşme İlişkileri Madde: 184-551**, (çev. A. Suat, Dura), Yargıtay Yayınları No:24, Ankara, 1993, Mad. 492, N. 20.

⁹ Bu, TBK m. 589/II’de belirtildiği üzere müspet zarardır. Kefilin menfi zararı ödemeyi taahhüt etmesi halinde, bu taahhüdün kefaletin fer’i niteliği ile bağdaşmayacağı ve dolayısıyla bir garanti sözleşmesi olarak kabul edilebileceği savunulmaktadır. Zira TBK m. 589/son, kefilin menfi zararı üstlenmesini açıkça engellemektedir. Bkz. BİLGE, Necip, “Kefilin Mesuliyetinin Şümülü”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Yıl: 1956, Cilt: 13, Sayı: 1-2, (s. 86-171), s. 119; YAVUZ, 2014, s. 1363-1364. Ayrıca bkz. REİSOĞLU, 2013, s. 27-28; TANDOĞAN, 2010, s. 696-697.

¹⁰ AYRANCI, Hasan, “Şekil Şartına Uyulmadan Yapılan Kefalet Sözleşmesinde İfanın Sonuçları”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Yıl: 2004, Cilt: 53, Sayı: 2, (s. 95-120), s. 96; YAVUZ, 2014, s. 1363; TANDOĞAN, 2010, s. 690.

¹¹ Bkz. ÖZEN, 2014, s. 59; YAVUZ, 2014, s. 1361.

B. Kefalet Sözleşmesinin TBK m. 582/2 Hükümünü Doğrudan İlgilendiren Nitelikleri

1. Kefalet Sözleşmesinin Asıl Borcu Doğuran Hukuki İlişkiden Ayrı Bir Sözleşme Olması

Kefalet sözleşmesi, asıl borca bağlı olarak sorumluluk doğurmasına rağmen, asıl borcu doğuran hukuki ilişkiden ayrı bir sözleşmedir. Belirtildiği üzere asıl borç bir sözleşmeden ya da kanunda öngörülen diğer bir hukuki ilişkiden kaynaklanabilir. Buna karşılık kefilin hak ve borçları daima kefalet sözleşmesi hükümlerine göre belirlenir. Bu anlamda kefaletin amacı esas borcun alacaklısını güvence altına almaktır¹². Bu nedenle, geçerli bir asıl borcun varlığının yanında, kefalet sözleşmesinin geçerlilik şartları da kefilin sorumlu tutulabilmesi için gözetilmesi gereken şartlardandır¹³.

Asıl borcu doğuran hukuki ilişki ile kefalet sözleşmesinin ayrı borç ilişkileri olması, asıl borç bir koşula yahut vadeye bağlı olmasa bile, kefilin borcunun bir koşul veya vadeye bağlanabilmesini olanaklı kılar. Benzer şekilde, asıl borcu doğuran sözleşme geçerli şekilde kurulmuş olmasına karşın, kefalet sözleşmesi bakımından irade sakatlığı halleri veya bir geçersizlik sebebi söz konusu olabilir¹⁴.

Kefaletin ayrı bir borç ilişkisi olmasının bir başka sonucu, kefilin asıl borç muaccel olmadan talepte bulunulamamasına karşın, kefalet sözleşmesi bakımından esas borçtan farklı bir muacceliyet anı belirlenebilmesidir¹⁵. Yine kefalet sözleşmesinin asıl borcu doğuran hukuki ilişkiden ayrı bir sözleşme olması nedeniyle, ödemede bulunan kefil, asıl borcu değil, kendi borcunu yerine getirir¹⁶ ve kefilin yaptığı ödeme, asıl borcu değil, kefalet borcunu sona erdirir¹⁷.

¹² REİSOĞLU, 2013, s. 24; TANDOĞAN, 2010, s. 701.

¹³ BECKER, 1993, Mad. 492, N. 24; ÖZEN, 2014, s. 73; ÖZKAN ŞAHİN, Gizem, "Kefalet Sözleşmesinin Sona Ermesi", *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, Yıl: 2019, Cilt: 25, Sayı: 2, (s. 1288-1336), s. 1289-1290.

¹⁴ ÖZEN, 2014, s. 73; ÖZKAN ŞAHİN, 2019, s. 1290; REİSOĞLU, 2013, s. 25; TANDOĞAN, 2010, s. 701.

¹⁵ Bununla birlikte kefaletin fer'iliği, kefilin borcunun, asıl borçtan önce muaccel olmasına engeldir. Bkz. ÖZEN, 2014, s. 75. Kefilin borcunun muacceliyet kazanacağı anı esas borcun muacceliyet anından sonraki bir an olarak belirleyen anlaşmanın, kefaletin geçerlilik şekline bağımsız olarak yapılması mümkündür. Zira şeklin sözleşmenin taraflarından yalnızca birini koruduğu hallerde, bir tarafın borcunu hafifleten ya da ortadan kaldıran değişikliklerin şekle bağlı olmaksızın yapılabilmesi gerekir. Bu hususta bkz. TEKİNAY, Selahattin Sulhi/ AKMAN, Sermet/ BURCUOĞLU, Haluk/ ALTOP, Atilla, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 6. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul 1988, s. 170; YAVUZ, 2014, s. 1388.

¹⁶ ÖZKAN ŞAHİN, 2019, s. 1290.

¹⁷ ÖZKAN ŞAHİN, 2019, s. 1290; REİSOĞLU, 2013, s. 25.

Benzer şekilde, kefil hakkında açılacak davalarda veya başlatılacak icra takiplerinde yetki, asıl borçluya göre değil, kefile göre belirlenir¹⁸.

2. Kefalet Sözleşmesinin İkinci Derecede (Tali) Bir Sorumluluk Doğurması (Subsidiarität)

Kefalet sözleşmesi ile kefilden başka bir kimseye ait borç için kişisel sorumluluk üstlenilmektedir. Kişisel teminat sözleşmelerinin en önemli özelliği, alacaklı bakımından, borçlunun dışında kalan bir başka kişinin malvarlığına başvurabilme olanağının yaratılmasıdır. Bu sebeple kural olarak, bir borca alacaklı ya da asıl borçlu tarafından değil, bunların dışında kalan bir üçüncü kişi tarafından kefil olunabilir¹⁹.

Kefalet borcu ile asıl borcun sonradan aynı kişide birleşmesi durumunda da bir gerçek olmayan birleşme söz konusu olur. Bu durumda alacaklının kefaletten sağlayacağı yararlar (örneğin rehinle temin edilmiş kefalet borcu yahut kefile kefil gibi) saklı kalır (TBK m. 598/II). Zira bu halde kefaletin sona erdiğinin kabul edilmesi, alacaklıyı, daha sonra diğer teminat imkanlarına başvurma olanağından yoksun bırakacaktır²⁰. Alacaklı ve kefil sıfatlarının sonradan aynı kişide birleşmesi halinde ise kefalet borcu sona erer (TBK m. 135).

Kefalet sözleşmesi, kefilden başka bir kimseye ait borç için kişisel sorumluluk yüklenilmesi esasına dayandığından, aynı zamanda tali (ikinci derecede)²¹ sorumluluk doğuran bir sözleşmedir²². Geniş anlamıyla bu ikincil nitelik, kefalet sözleşmesinin alacaklıya teminat verme amacı taşıyan bir sözleşme olması sebebiyle, alacaklının kefile başvurabilmesi için, asıl borçlunun borcunun muaccel olması ve asıl borçlunun bu borcun tam ve gereği gibi ifasında gecikmesini ifade eder²³. Muaccel bir esas borcun ifasında gecikilmeden önce kefile

¹⁸ ÖZEN, 2014, s. 74; ÖZKAN ŞAHİN, 2019, s. 1290; REİSOĞLU, 2013, s. 25.

¹⁹ REİSOĞLU, 2013, s. 32; TANDOĞAN, 2010, s. 699; YAVUZ, 2014, s. 1365. Buna karşılık asıl borçlu ile alacaklı arasında, asıl borcun bir başkası tarafından üstlenilmesi durumunda hüküm ifade etmek üzere kefalet sözleşmesi yapılması mümkündür. Ancak böyle bir sözleşme yapıldığı an için hüküm ifade etmez; bu durum bir üçüncü kişinin müstakbel borcu için yapılmış geciktirici koşula bağlı bir kefalet sözleşmesi olarak değerlendirilir. Bkz. ÖZEN, 2014, s. 124-125; REİSOĞLU, 2013, s. 32.

²⁰ ÖZKAN ŞAHİN, 2019, s. 1294-1295; REİSOĞLU, 2013, s. 32-33; YAVUZ, 2014, s. 1365.

²¹ Bazı yazarlara göre talilik, müteselsil kefalette borç muaccel olduğu anda doğrudan doğruya kefile de başvurulabileceğinden müteselsil kefalet bakımından söz konusu değildir. Bkz. TANDOĞAN, s. 696. Buna karşılık bir diğer görüşe göre ise, müteselsil kefalette de talilik söz konusudur; zira asıl borç muaccel olmadan müteselsil kefilin borcu da muaccel olamayacaktır ve ayrıca müteselsil kefil de -varsa- alacak ve taşınır rehininin paraya çevrilmesi def'ine başvurması mümkündür. Bkz. ÖZEN, 2014, s. 117; YAVUZ, 2014, s. 1367-1368. Eren, müteselsil kefaletin kural olarak asli, istisnaen tali bir borç doğurduğunu belirtmektedir. Bkz. EREN, Fikret, **Borçlar Hukuku Özel Hükümler**, 5 Bası, Yetkin Yayınları, Ankara, 2017, s. 788.

²² DEVELİOĞLU, Hüseyin Murat, **Kefalet Sözleşmesini Düzenleyen Hükümler Işığında Bağımsız Garanti Sözleşmesi**, Vedat Yayıncılık, İstanbul 2009, s. 97 vd.

²³ ÖZKAN ŞAHİN, 2019, s. 1292.

başvurulamaması “geniş anlamda talilik” olarak nitelendirilir²⁴. “Dar anlamda talilik” ise, kefile başvurmak isteyen alacaklının, öncelikle asıl borçluya başvurması ve varsa rehinleri paraya çevirmesi gerekliliğini ifade eder. Dar anlamıyla talilik “tartışma def’i” olarak adlandırılır²⁵. Bunun anlamı, asıl borçluya karşı takip yapılıp da bu takip semeresiz kalmadan veya kefaletten önce alacağı teminat altına almak üzere rehin verilmişse, bu rehinler paraya çevrilmeden önce kefile karşı takip yapılamayacağıdır²⁶. Kefalet sözleşmesinin talilik niteliği ise esas itibarıyla onun, geçerli olarak kurulmuş bir asıl borcun varlığına bağlı olmasından, yani aşağıda incelenecek olan fer’ilik niteliğinden ileri gelmektedir.

Adi kefalet bakımından mutlak olarak kabul edilen talilik ilkesi (TBK m. 585/1, OR Art. 495/1), müteselsil kefalet açısından (TBK m. 586/1, OR Art. 496/1) farklı ele alınmakla birlikte, her iki tür kefalet için de ortak olan nokta, teminat altına alınan geçerli bir alacağın mevcudiyetidir. Bu husus, kanunda yer verilen birlikte kefalet, kefile kefalet ve rücu kefalet için de geçerlidir²⁷.

3. Kefalet Sözleşmesinin Fer’i Bir Sorumluluk Doğurması (Akzessorietät) ve Bunun Sonuçları

Fer’i haklar, asıl alacak hakkının amacına hizmet eden ve onun bir parçası olmadığı halde varlığı ve geçerliliği asıl alacağa bağımlı özel nitelikte haklardır²⁸. Bu haklar alacak hakkını teminat altına alan ve alacak hakkının kapsamını genişleten fer’i haklar olarak iki grupta incelenmektedir²⁹. Alacaklının kefalet sözleşmesinden kaynaklanan kefile başvuru hakkı, alacak hakkını teminat altına alan fer’i haklardandır³⁰.

Kefilin kefalet sözleşmesinden kaynaklanan borcu, geçerli bir asıl borcun varlığını gerektirir. Bu husus kefalet sözleşmesinin fer’i bir sorumluluk doğurması olarak ifade edilir (TBK m. 582/1-2, OR Art. 492/2-3). Bu durumun hukuki dayanağı, kefalet sözleşmesinin esas

²⁴ ÖZEN, 2014, s. 117; REİSOĞLU, 2013, s. 25.

²⁵ ŞAHAN, 2009, s. 45.

²⁶ ARPACI / SEROZAN / HATEMİ, s. 526; AYBAY, Aydın, “Kefilin Önce Dava Def’ini İleri Sürmesi Sorunu”, Prof. Dr. Selim Kaneti’ye Armağan, Aybay Yayınları, İstanbul 1996, (s. 83-89), s. 83 vd.; BİLGE, 1971, s. 375-376; ELÇİN GRASSINGER, 1996, s. 214-215; ÖZKAN ŞAHİN, 2019, s. 1293; ŞAHAN, 2009, s. 22, s. 46.

²⁷ TAŞATAN, Caner, “Kefalet Sözleşmesinin Geçerliliği ve Sona Ermesi Bakımından Asıl Borç”, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Yıl: 2021, Cilt: 25, Sayı: 2, (s. 341-369), s. 342-343.

²⁸ GÜNSAY, Töre, “Kefalet Sözleşmesinin Fer’iliği İlkesi”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Şeref Ertaş’a Armağan, Yıl: 2017, Cilt: 19, Özel Sayı, (s. 1079-1101), s. 1087-1088.

²⁹ GÜNSAY, 2017, s. 1088.

³⁰ AYAN, Serkan, Kefalet Sözleşmesinde Kefilin Sorumluluğu, Adalet Yayınları, Ankara, 2013, s. 21.

olarak alacaklıya teminat vermek amacıyla yapılmasıdır³¹. Kefalet sözleşmesinden doğan bu fer'i sorumluluğun asıl alacağın varlık ve geçerliliğine bağlı olması, Alman hukukçu *Medicus* tarafından beş farklı açıdan ele alınmıştır³². Buna göre, kefilin kefalet sözleşmesinden doğan borcu, geçerliliği, kapsamı, tarafları, savunma sebepleri ve sona erme yönlerinden asıl borca bağımlıdır³³.

Her şeyden önce kefalet sözleşmesinin varlık ve geçerliliği, güvence oluşturduğu bir asli borcun varlık ve geçerliliğine bağlıdır³⁴. Şu halde her şeyden önce ortada bir asli borcun bulunması gerekir. Buna karşılık, daha önce de belirtildiği gibi, asli borcun kefalet sözleşmesinin yapıldığı anda mevcut olması gerekmez. Asli borcun, kefile karşı ödeme talebinde bulunulacağı anda mevcut olması yeterlidir³⁵.

Gelecekte doğacak bir borca veya geciktirici koşula bağlı bir borca kefil olunması mümkündür (TBK m. 582/1). Bu durum, kefaletin fer'iliğine aykırı değildir³⁶. Gelecekte doğacak veya geciktirici koşula bağlı bir borca kefil olan kişi, her ne kadar kefalet sözleşmesi ile bağlı olsa da bu aşamada kendisinden bu sözleşmeye dayanılarak talepte bulunulması mümkün değildir. Kefilden talepte bulunulabilmesi için, öncelikle kefalet sözleşmesinin yapıldığı sırada henüz doğmamış olan borcun doğması veya geciktirici şartın gerçekleşmiş olması gerekir. Şu halde, müstakbel veya geciktirici koşula bağlı borçlar bakımından da öncelikle bir asli borcun varlığı aranmaktadır³⁷.

Asıl borç, tarafların irade beyanları birbirine uygun olacak surette kurulmuş olmalı, içeriği hukuka ve ahlaka aykırı ya da imkansız olmamalı, muvazaa yahut ehliyet veya şekil noksanlığı sebebiyle geçersiz olmamalıdır. Aksi takdirde böyle bir borcu teminat altına almak

³¹ ARPACI / SEROZAN / HATEMİ, s. 522; BECKER, 1993, Mad. 492, N. 22; OLGAÇ, 1987, s. 12; ÖZEN, 2014, s. 86-87; TANDOĞAN, 2010, s. 695; YAVUZ, 2014, s. 1366-1367.

³² MEDICUS, Dieter, "Die Akzessorietät im Zivilrecht", *JuS* 1971/10, (s. 497-504), s. 498, (AYAN, 2013, s. 21'den naklen).

³³ MEDICUS, 1971, s. 498, (AYAN, 2013, s. 21'den naklen).

³⁴ EREN, 2017, s. 781.

³⁵ BARLAS, Nami, "Kefalet Sözleşmesinin Geçerlilik Şartları", *Türk Borçlar Kanunu Sempozyumu, Makaleler-Tebliğler*, (der. M. M. İnceoğlu), İstanbul, 2012, (s. 349-362), s. 351; EREN, 2017, s. 781; ZEVLİLİLER, Aydın/ GÖKYAYLA, Emre, *Borçlar Hukuku – Özel Borç İlişkileri*, 13. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2013, s. 661.

³⁶ AYRANCI, Hasan, "Kefalet Sözleşmesinde Asıl Borcun Belirli Olması İlkesi ve Cari Hesaba Kefalet", *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Yıl: 2005, Cilt: 9, Sayı: 1-2, (s. 107-126), s. 113-114; TANDOĞAN, 2010, s. 720; GUHL, Theo / KOLLER, Alfred / SCHNYDER, Anton K. / DRUEY, Jean Nicolas, *Das Schweizerische Obligationenrecht*, 9. Auflage, Schulthess Verlag, Zürich, 2000, § 57, N. 17; OSER, Hugo / SCHÖNENBERGER, Wilhelm, *Kommentar zum Obligationenrecht 3. Teil: 419-529*, Zweite umgearbeitete Auflage, Schulthess & Co., Zürich, 1945, Art. 492, N. 27.

³⁷ Detaylı açıklama için bkz. ÖZEN, 2014, s. 87.

üzere kurulan kefalet sözleşmesi de geçersiz olur³⁸. Kefil, asıl borçluya ait def'ileri de alacaklıya karşı ileri sürme imkanına sahip bulunduğundan, asıl borcu doğuran sözleşmenin geçersizliği kefil tarafından alacaklıya karşı ileri sürülebilir. Aynı şekilde, asıl sözleşme geçersizse, kefilin alacaklıya ödemedede bulunması durumunda, bu ödemenin sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre geri istenmesi mümkündür³⁹. Asıl borcun kaynağı olan sözleşme sonradan geçerli bir biçimde kurulsu bile, daha önce geçersiz olan asıl borç için kurulan kefalet sözleşmesi geçersiz olarak kalır⁴⁰. Ayrıca, kefalet sözleşmesinin kendisinin de esas bakımından sözleşmelerin genel geçerlilik koşullarına uygun olması gerekir⁴¹.

Fer'iliğin bir diğer önemli sonucu olarak kefil, asıl borçludan daha ağır bir sorumluluk altına giremez, yani sorumluluğun kapsamı yönünden asıl borçla bağlıdır⁴². Bu bakımdan asıl borçluya sağlanan faiz indirimi gibi hakların kefile de tanınması gerekir⁴³. Buna karşılık, kefaletin fer'iliği, kefilin mutlaka asıl borç miktarı ile sorumlu olmasını gerektirmez. Kefilin asıl borçludan daha hafif bir yükümlülük altına girmesi de mümkündür⁴⁴.

Kefil, asıl borcun alacaklı ve borçlusunun değişmesinden kural olarak etkilenmez. Bu ise kefaletin tarafları yönünden asıl borç ilişkisine bağımlılığını ifade eder. Bu husus, TBK m. 181 hükmünde, alacak devredildiğinde alacaklının kişiliğine bağlı olanlar hariç, fer'i hakların da alacağı devralana geçeceği şeklinde ifade edilmiştir. Bu sonuç kefalet sözleşmesi bakımından aynen geçerlidir⁴⁵. Bununla birlikte kefalet sözleşmesinde, ana kuraldan farklı olarak borçlu tarafın değişmesi, TBK m. 198 hükmü kapsamında, asıl alacağın borçlusunun değişmesinden fer'i hakların etkilenmeyeceği kuralına istisna getirmektedir⁴⁶. Benzer şekilde kefalet alacağı, asıl alaktan bağımsız olarak temlik edilemez⁴⁷.

Genel olarak tüm fer'i borçlarda olduğu gibi kefalet sözleşmesi söz konusu olduğunda da kefilden borcunun ifası talep edildiğinde, kefilin, niteliği gereği kefilin yararlanması

³⁸ EREN, 2017, s. 781.

³⁹ ZEVKLİLER/GÖKYAYLA, s. 663.

⁴⁰ ÖZEN, 2014, s. 126; ZEVKLİLER/GÖKYAYLA, 2013, s. 663.

⁴¹ REİSOĞLU, 1962, s. 350; TANDOĞAN, s. 725.

⁴² AYAN, 2013 s. 22.

⁴³ Yargıtay 19. HD, E. 2007/5216, K. 2008/483, 18.10.2008 tarihli karar için bkz. REİSOĞLU, s. 22, dn. 18.

⁴⁴ REİSOĞLU, 1962, s. 331; REİSOĞLU, s. 23, dn. 20.

⁴⁵ AYAN, 2013 s. 22-23.

⁴⁶ AYAN, 2013 s. 23.

⁴⁷ TANDOĞAN, 2010, s. 695.

mümkün olmayan savunma araçları hariç olmak üzere, asıl borca ilişkin bütün savunma imkanlarını ileri sürmesi mümkün olacaktır⁴⁸.

Fer'ilik ilkesinin bir sonucu olarak, kefalet asıl borcun kaderine tabi olur⁴⁹. Asıl borç muaccel olmadan kefilin borcunun muaccel olması söz konusu değildir⁵⁰. Asıl borç ortadan kalkarsa kefalet de sona erer⁵¹. Bunun bir sonucu olarak, kefilin asıl borcun ortadan kalktığını ispat ederek kendisine karşı açılmış bir davanın reddedilmesini ya da yürütülen bir takibin sonuçsuz kalmasını sağlaması mümkündür⁵². Ayrıca, kefalete ilişkin bir uyuşmazlıkta, alacaklının yalnızca kefalet sözleşmesinin varlığını değil, aynı zamanda asıl borcu doğuran hukuki ilişkinin de varlığını ispatlaması gerekir⁵³.

Aynı şekilde, fer'iliğin bir sonucu olarak, alacaklı asıl borçluyu kısmen veya tamamen ibra ederken kefilin bu ibradan yararlanamayacağını kararlaştıramaz, kefil ibranın kendi borcu için geçerli olmadığını kabul etse dahi bu sonuç değişmez. Zira fer'ilik kefalet sözleşmesinin taraflarca değiştirilemeyen bir niteliğidir⁵⁴.

Kefalet sözleşmesinin asıl inceleme konumuz olan TBK m. 582/2 hükmü çerçevesinde önem taşıyan temel özelliklerine kısaca değindikten sonra, aşağıda TBK m. 582/2 hükmünün kefalet sözleşmesi bakımından uygulama alanını, fer'ilik niteliği yönünden istisna teşkil edip etmediğini ve bu hükmün uygulanmasının koşulları ile doğurduğu sonuçları incelemeye çalışacağız.

II. KEFALET SÖZLEŞMESİNDE TBK. m. 582/2 HÜKMÜNÜN UYGULAMA ALANI

A. TBK m. 582/2 Hükmünün 818 Sayılı Borçlar Kanunundaki Düzenlemesi

TBK m. 582/2 hükmünün 818 sayılı Borçlar Kanunundaki karşılığı olan m. 485/3 hükmü, "*Hata yahut ehliyetsizlik sebebiyle borçlunun mes'uliyetini icap etmeyen bir akitten mütevellit borca kefalet, eğer kefil akdin borçlu yüzünden olan bu fesadına taahhüt esnasında*

⁴⁸ Kefilin savunma imkanları hakkında detaylı bilgi için bkz. AYAN, 2013 s. 355 vd.; ELÇİN GRASSINGER, Gülçin, "Yeni Borçlar Kanunu Hükümleri Çerçevesinde Kefilin Def'i – İtirazları ve Kefalet Sözleşmesinin Sona Ermesi", 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Hükümlerinin Değerlendirilmesi Sempozyumu (3-4 Haziran 2011), Prof. Dr. Cevdet Yavuz'a Armağan, İstanbul, 2011, (s. 121-132).

⁴⁹ YAVUZ, 2014, s. 1367.

⁵⁰ OLGAÇ, 1987, s. 12; REİSOĞLU, Seza, "Kefalet Kavramı ve Muteberlik Şartları", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Yıl: 1962, Cilt: 19, Sayı: 1-4, 1962, (s. 327-392), s. 331; TANDOĞAN, 2010, s. 695.

⁵¹ AYAN, 2013, s. 23; AYRANCI, 2004, s. 97; CANBOLAT, 2009, s. 104.

⁵² ÖZEN, 2014, s. 87-88.

⁵³ OLGAÇ, 1987, s. 13; REİSOĞLU, 1962, s. 331; TANDOĞAN, 2010, s. 696.

⁵⁴ ÖZEN, 2014, s. 89.

vakıf ise muteber olur.” şeklindedir. Bu hüküm, öğretideki hakim görüşe göre, kefalet sözleşmesini değil, kefalet hükümlerine tabi tutulan garanti sözleşmesini⁵⁵ düzenlemektedir⁵⁶.

Aslında eBK m. 485/3 hükmü mevcut olmasaydı dahi, yanılma ve ehliyetsizlik sebebiyle geçersiz olan bir borca ilişkin şahsi teminat gösterilmesi mümkün olabilecekti. Bununla birlikte, bu amaçla yapılacak bir sözleşme kefalet sözleşmesi hükümlerine tabi olmayan bir garanti sözleşmesi olacaktır⁵⁷. Esas itibarıyla eBK m. 485/3 hükmünün önemi de bu noktada ortaya çıkmakta ve bu hükümle, bahsedilen türden bir garanti sözleşmesi yapılması durumunda garanti veren, kefaletle ilişkin özel ehliyet ve şekil korumasından garanti sözleşmesinin niteliğine uygun düştüğü ölçüde yararlanabilmektedir. Zira yanılma veya ehliyetsizlik sebebiyle geçersiz olan bir borca garanti veren kişi de genellikle kefile benzer bir konumda olduğu kanaatiyle hareket etmektedir⁵⁸. Dolayısıyla eBK m. 485/3 hükmüyle amaçlananın, yanılma ya da ehliyetsizlik nedeniyle geçersiz olan bir borcun yerine getirileceği hususunda bir garanti sözleşmesi yapan kimseye özel bir koruma sağlamak ve onu kefalet sözleşmesi için geçerli olan ehliyet ve şekil kurallarının kapsamına dahil etmek olduğu, bunun ise kefile benzer bir konumda olduğu düşüncesi ile hareket etmekte olan kimseye, bu kanaati ile uyumlu bir korunma imkanı tanımak olduğu söylenebilir.

Bununla birlikte, eBK m. 485/3 hükmünün amacına ilişkin bu düşüncenin, aşağıda detaylı olarak ele alınacak olan 6098 sayılı TBK m. 582/2 hükmü bakımından dikkate alınamayacağı da burada ifade edilmelidir. Zira TBK m. 603 hükmü, kefaletle ilişkin şekil ve ehliyet sınırlamalarının gerçek kişilerce verilecek tüm şahsi teminatlarda uygulanacağını ifade etmektedir. Şu halde, gerçek kişilerin teminat veren konumunda olduğu tüm sözleşmeler bakımından kefalette ehliyet ve şekle ilişkin kurallar zaten uygulama alanı bulacağından, TBK

⁵⁵ Diğer bir deyişle “kefalet benzeri garanti sözleşmesi”, saf garanti sözleşmesinden farklı olarak, bir asıl borcun konusunu oluşturan edimin ifa edilmesinin, bu borcun varlığı ve geçerliliği, dava edilmesinin mümkün olup olmadığı gibi hususlardan bağımsız biçimde güvence altına alan bir sözleşme olup tıpkı kefalet sözleşmesi gibi bir kişisel teminattır. Esasen kefalet sözleşmesi ile karşılaştırılan garanti sözleşmesi türü de “teminat amaçlı garanti”, yani “kefalet benzeri garanti”dir. ÇINAR, Gökhan, “Garanti ve Kefalet Sözleşmeleri Arasındaki Ayrım”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Yıl: 2020, Cilt: 69, Sayı: 2, (s. 419-442), s. 421 vd.; KLEINER, Beat, **Die Abgrenzung der Garantie von der Bürgschaft und anderen Vertragstypen (mit besonderer Berücksichtigung des Bankgarantieggeschäfts)**, Schulthess Verlag, Zürich, 1974, s. 31. Ayrıca kefalet sözleşmesi ve garanti sözleşmesi arasındaki farklar konusunda detaylı bilgi için bkz. DEVELİOĞLU, Hüseyin Murat, **(ICC'nin URDG 758 Hükümleri ile İlgili Açıklamalarla Beraber) Bağımsız Garanti Sözleşmeleri**, On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2021, s. 110 vd.; KLEINER, 1974, s. 30 vd.

⁵⁶ DEVELİOĞLU, 2009, s. 114; ELÇİN GRASSINGER, 1996, s. 32-33; GÜMÜŞ, Mustafa Alper, **Borçlar Hukuku Özel Hükümler**, Cilt: II, 3. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2014, s. 337; ÖZEN, 2014, s. 106, dn. 129; TANDOĞAN, Haluk, **Garanti Mukavelesi**, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, Ankara, 1959, s. 24 vd.; TANDOĞAN, 2010, s. 722 vd.

⁵⁷ ÖZEN, 2014, s. 106.

⁵⁸ ÖZEN, 2014, s. 106; REİSOĞLU, Seza, **Türk Hukukunda ve Bankacılık Uygulamasında Kefalet**, Ankara 1992, s. 20; REİSOĞLU, 2013, s. 49.

m. 582/2 hükmünün amacı açıklanırken eBK m. 485/3 hükmünün amacına ilişkin ileri sürülen düşüncelerin dikkate alınması isabetli olmayacak ve bu hükmün amacının başka bir şekilde tayin edilmesi gerekecektir.

İsviçre’de 1942 yılında yapılan bir değişiklik ile zamanaşımına uğramış borçların da İBK m. 492/3 hükmüne dahil edilmesi üzerine Türk doktrininde de eBK m. 485/3 hükmüne benzer bir ekleme yapılması gerektiği görüşü ileri sürülmüş ve hatta açık hükmün yokluğuna karşın zamanaşımına uğramış bir borç için de bu durumu bilerek kefil olunması halinde kefalet hükümlerine tabi tutulmuş garanti sözleşmesi nitelendirmesi yapılmasının isabetli olacağı vurgulanmıştır⁵⁹. Bu bakımdan, aşağıda incelenecek olan TBK m. 582/2 hükmüne zamanaşımına uğramış borçların eklenmiş olması bu husustaki tartışmaları sona erdirmiştir⁶⁰.

B. TBK m. 582/2 Hükmünün Genel Olarak İncelenmesi

TBK m. 582/2 hükmü, “*Yanılma veya ehliyetsizlik sebebiyle borçlunun sorumlu olmadığı bir borç için kişisel güvence veren kişi, yükümlülük altına girdiği sırada, sözleşmeyi sakatlayan eksikliği biliyorsa, kefaletle ilgili kanun hükümlerine göre sorumlu olur. Aynı kural, borçlu yönünden zamanaşımına uğramış bir borca kefil olan kişi hakkında da uygulanır.*” düzenlemesini getirmektedir. Bu düzenlemenin ifadesinden, ilk etapta, asıl borcu doğuran hukuki ilişkinin yanılma veya ehliyetsizlik sebebiyle geçersiz olması durumunda bile, bu geçersizliğin bilincinde olarak kefil olan bir kimsenin yaptığı kefalet sözleşmesinin de tipik bir kefalet sözleşmesi olduğu anlamı çıkmaktadır. Oysa fark edilebileceği üzere, geçersiz olan bir asıl borç ilişkisine ilişkin olarak yapılacak kefalet sözleşmesi, bu sözleşme türü bakımından emredici nitelik taşıyan⁶¹ fer’ilik ilkesini dışlamaktadır.

TBK m. 582/2 hükmünün “*...kefaletle ilgili kanun hükümlerine göre sorumlu olur...*” ifadesi karşısında öğretide ileri sürülen bir görüş, borçlunun sorumlu olmadığı bir borç için bilinçli olarak şahsi teminat veren kimsenin artık asıl borcun geçersizliğinden bahisle kefalet sözleşmesini geçersiz kılamayacağı ve dolayısıyla bu hükmün taraflar arasındaki kefalet sözleşmesini geçerli hale getirdiği yönündedir⁶². Buna karşılık öğretideki çoğunluk görüşüne göre, kefaletin fer’iliği ilkesinin bertaraf edildiği böyle bir halde kefalet sözleşmesinin değil, garanti sözleşmesinin varlığı kabul edilmelidir⁶³.

⁵⁹ ELÇİN GRASSINGER, 1996, s. 61.

⁶⁰ GÜMÜŞ, 2014, s. 340.

⁶¹ GÜNSAY, 2017, s. 1095-1096; REİSOĞLU, 2013, s. 22.

⁶² KILIÇOĞLU, Ahmet M., *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, Turhan Kitabevi, Ankara, 2019, s. 648; ZEVKLİLER / GÖKYAYLA, 2013, s. 662.

⁶³ AYAN, 2013, s. 32; BARLAS, 2012, s. 352-353; BECK, Emil, *Das Neue Bürgerschaftsrecht: Kommentar*, Schultess & Co., Zürich, 1942, Art. 507, N. 17; BECKER, 1993, Mad. 494, N. 3; BİLGE, 1971, s. 267; GUHL /

Ne var ki, TBK m. 582/2 hükmünün temel amacının, fer'ilik ilkesinin belirli noktalarda bertaraf edilerek bağımsız bir şahsi sorumluluk doğuracak kefalet sözleşmelerinin yapılabileceğini düzenlemek olduğu Özen tarafından ifade edilmektedir⁶⁴. Bununla birlikte Özen böyle bir sözleşmenin tipik bir kefalet sözleşmesi olmaktan uzak olacağını da vurgulamaktadır. Zira fer'ilik, kefalet sözleşmesinde istisnasız şekilde uygulanması gereken bir ilkedir ve geçerli bir asıl borç ilişkisi mevcut olmadan, bu ilişkiden doğan borca teminat teşkil etmek amacıyla kefil olan kişinin sorumlu tutulması söz konusu olamaz⁶⁵.

Şu halde, sözleşmenin bazı unsurları bakımından bilinçli olarak bağımsız bir yükümlülük üstlenmiş olan kimsenin, sözleşmenin diğer tüm noktalarında da fer'ilikten vazgeçmiş kabul edilmesi ve bu suretle sözleşmenin tamamen bir garanti sözleşmesi sayılması isabetli bir yaklaşım olmayacaktır. Öyle ki, bazı hususlarda bağımsız bir sorumluluk üstlenmek isteyen bir kimsenin, sözleşmenin belirli bazı noktaları bakımından kefalet sözleşmesine ait sonuçların doğmasını istemesi mümkündür. Ehliyetsizlik yahut yanılma nedeniyle geçersiz olan bir borca, geçersizliği bildiği halde kefil olan kimse, esas itibariyle, alacaklıya karşı ehliyetsizlik veya yanılma sebebiyle geçersizlik olgularına dayanmayacağını taahhüt etmektedir⁶⁶. Asıl borcun ehliyetsizlik yahut yanılma sebebiyle geçersiz olduğunu bilerek yine de bu borca kefil olmuş kimseyi garanti sözleşmesi akdetmiş olarak kabul etmek, asıl borcun sayılanlardan başka sebeplerle geçersiz olduğu veya ibra gibi bir sebeple ortada bir asıl borcun kalmadığı durumlarda da alacaklıya karşı bu olguyu ileri sürmekten peşinen vazgeçtiğini kabul etmek anlamına gelecektir. Zira bu durumda bu kimsenin, asıl borçtan bağımsız olarak kişisel teminat verdiği kabul edilmiş olacaktır. Oysa böyle bir kimsenin verdiği şahsi teminat için “kefalet” nitelendirmesi yapılmış olması, fer'i bir sorumluluğun doğmasının taraflarca istendiğine işaret etmektedir⁶⁷.

KOLLER / SCHNYDER / DRUEY, 2000, s. 31; REİSOĞLU, 2013, s. 49; TANDOĞAN, 2010, s. 722. Aynı yönde İsviçre Federal Mahkemesi kararları için bkz. BGE 101 II 323, BGE 56 II 381, BGE 64 II 346, BGE 72 II 24, BGE 75 II 53, BGE 81 II 526, https://www.bger.ch/ext/eurospider/live/de/php/clir/http/index.php?lang=de&type=simple_query&query_words=56+II+381&lang=de&top_subcollection_clir=all&from_year=1954&to_year=2022, (erişim tarihi 08.12.2022)

⁶⁴ ÖZEN, 2014, s. 107.

⁶⁵ GÜMÜŞ, 2014, s. 337.

⁶⁶ AKTÜRK, Emrah, **Kefalet Sözleşmesinin Geçerlilik Koşulları ve Sonuçları**, Adalet Yayınları, Ankara, 2020, s. 222-223; ÖZEN, 2014, s. 107.

⁶⁷ BECK, 1942, Art. 493, N. 120. TBK m. 19 hükmü uyarınca, tarafların sözleşmeyi nitelendirmek için seçtikleri sözcüklere bakılmaksızın tarafların gerçek ve ortak iradeleri esas alınır. Açıkça ki taraflar çoğunlukla böyle bir nitelendirmeyi gerekli hukuk bilgisinden yoksun olarak yapmaktadırlar. Buna karşın, girdiği teminat sorumluluğunu “kefalet” olarak nitelendiren kimsenin esas itibariyle fer'i ve ikincil bir sorumluluk üstlendiği düşüncesi taşıdığı da rahatlıkla söylenebilir. Bu sebeple, yalnızca belirli bazı hususlarda bağımsız bir sorumluluk altına girmiş olan kimsenin, geri kalan tüm noktalar bakımından fer'i bir sorumluluk altına girdiğinin; yalnızca özellikle belirtilen noktalarda bağımsız bir sorumluluk üstlendiğinin kabul edilmesi gerekir. Zira şahsi teminat

Bu noktada belirtilmelidir ki, asıl borcun iptal edilebilirliğine ilişkin bilgi sahibi olduğu ve buna rağmen bilinçli olarak şahsi teminat verildiği hususunda ispat yükü, bu durumdan yararlanan alacaklının üzerindedir⁶⁸. Esasen TBK m. 582/2 hükmü, iptal edilebilir durumdaki bir asıl borcun asıl borçlu tarafından iptal edilmesi halinde ortaya çıkacak geçersizlik rizikosunun şahsi teminat veren tarafından üstlenilmesini düzenleyen bir hükümdür. Asıl borcun borçlu tarafından halihazırda geçersiz kılındığı durumlarda, yapılan kefalet sözleşmesi de geçersiz olacak ve TBK m. 582/2 hükmü de uygulama alanı bulmayacaktır⁶⁹.

Bu açıklamalar karşısında denilebilir ki, asıl borçlunun ehliyetsizliği veya yanılması durumlarına özel olarak garanti veren gibi sorumlu olmayı üstlenen teminat verenin, diğer tüm noktalarda kefil gibi fer'i bir sorumluluk altına girmeyi arzu etmesi ve alacaklı tatmin edildikten sonra kefalet sözleşmesine özgü halefiyet olanağından (TBK m. 596) istifade etmek istemesi kanaatimizce de kuvvetle muhtemeldir. Zira yanılma nedeniyle iptal hakkını kullanmaktan imtina eden asıl borçlu, bu borcun kaynağı olan asıl sözleşmeyi baştan itibaren geçerli hale getirmiş olacağı gibi, sınırlı ehliyetsiz asıl borçlunun da yasal temsilcisinin onayı ile asıl sözleşme baştan itibaren geçerli biçimde doğmuş kabul edilecektir. Şu halde, şahsi teminat veren kimse, asıl borcun böylece geçerlilik kazanması üzerine, asıl borcun askıda olduğu esnada söz konusu olan “garanti veren” sıfatından sıyrılarak asıl borcun geçerliliğine ilişkin engelin ortadan kalktığı noktada “kefil sıfatıyla” sorumlu hale gelecek ve halefiyet olanağından yararlanmasında da mümkün olacaktır⁷⁰. Şu durumda, bizim de katıldığımız görüş çerçevesinde, TBK m. 582/2 hükmünde bahsedilen koşulları taşıyan bir sözleşmenin, bazı unsurları garanti sözleşmesinden alınmış, diğer unsurları ise kefalet sözleşmesine ait olan geniş anlamda⁷¹ karma nitelikli bir sözleşme olduğu söylenebilir. Özetle TBK m. 582/2 hükmünün kısmen garanti

veren bir kimsenin tamamıyla bağımsız bir sorumluluk üstlenmek istemeyeceğini kabul etmek hayatın olağan akışına daha uygundur. Eğer fer'ilik ilkesinden tamamen vazgeçilen bir teminat sözleşmesinin yapılması isteniyorsa bu husustaki taraf iradelerinin şüpheye mahal vermeyecek biçimde ortaya konulması gerekir. Bkz. ÖZEN, 2014, s. 108-109. Buna ek olarak TBK m. 582/2 hükmünde “kefil” ifadesi açıkça yer almazken TBK m. 596/6 açıkça “yanılma ya da ehliyetsizlik sebebiyle asıl borçluyu bağlamayan bir borç için” “kefil”in ödemede bulunabileceğini söylemekte; bu ise kanun koyucunun bu halde kural olarak bir kefaletin mevcut olduğunu kabul ettiğini göstermektedir.

⁶⁸ GÜMÜŞ, 2014, s. 337; TAŞATAN, 2021, s. 358.

⁶⁹ TAŞATAN, 2021, s. 358.

⁷⁰ GÜMÜŞ, 2014, s. 339; REINICKE, Dietrich / TIEDTKE, Klaus, **Kreditsicherung**, 3. Auflage, Hermann Luchterhand Verlag, Berlin, 1994, s. 26. Asıl borçlunun yasal temsilcisinin onayının bulunmadığı yahut yanılma sebebiyle iptal hakkının kullanıldığı durumda teminat veren garanti veren sıfatıyla sorumlu tutulacak ve halefiyet imkanından yoksun kalacaktır. Bkz. ÖZEN, 2014, s. 108. Karş. BECKER, 1993, Mad. 494, N. 3.

⁷¹ Teknik ve dar anlamıyla karma nitelikli sözleşmeleri oluşturan edimler, unsurlarını kanunda düzenlenmiş tipik sözleşmelerden alan sözleşmelerdir. Buna karşılık, bazı unsurları tipik bir sözleşmeden geldiği halde bazı unsurlarını atipik bir sözleşmeden almış olan sözleşmeler geniş anlamda karma sözleşme olarak nitelendirilebilir. Bkz. ÖZEN, 2014, s. 109.

kısmen ise kefalet sözleşmesi olarak nitelendirilebilecek geniş anlamda karma bir sözleşmeyi ele almakta olduğu ifade edilebilir⁷².

TBK m. 582/2 hükmünde ele alınan bir diğer durum ise zamanaşımına uğramış bir borç için kişisel teminat verilmesidir. Asıl borcun zamanaşımına uğradığını bilerek şahsi teminat veren kimse, asıl borçlunun alacaklıya karşı zamanaşımı def'ini ileri sürmeyeceği hususunda garanti veren sıfatıyla sorumlu olacak, diğer tüm noktalarda ise kefil sıfatını koruyacaktır⁷³.

C. TBK m. 582/2 Hükümünün Uygulanmasının Şartları

Yukarıda da detaylı biçimde açıklanmaya çalışıldığı üzere TBK m. 582/2 hükmü, asıl borçlunun yanılması yahut ehliyetsizliği sebepleriyle geçersiz olan bir asıl borç için şahsi teminat verilmesini konu alan bir düzenlemedir. Hükümün ikinci cümlesi ise zamanaşımına uğramış borçlar bakımından uygulama alanını genişletmektedir.

TBK m. 582/2 hükmünün uygulama alanı bulması bakımından taraflar arasındaki şahsi teminat sözleşmesinin kefalet ya da garanti sözleşmesi olarak isimlendirilmiş olması arasında bir fark bulunmamaktadır⁷⁴. Şayet şahsi teminat veren, alacaklı karşısında, asıl borcun yanılma veya ehliyetsizlik sebepleriyle geçersiz olması yahut asıl borcun zamanaşımına uğramış olması rizikosunu üstlenme iradesine sahipse, bir başka deyişle teminat veren söz konusu noktalarda asıl borçtan bağımsız bir sorumluluk altına girme iradesinde olduğu halde diğer tüm yönlerden fer'i bir sorumluluk üstlenme iradesindeyse, bu takdirde TBK m. 582/2 uygulanabilecektir⁷⁵. Bu durumda teminat veren, sözleşmenin belirtilen sebeplerle geçersiz olması durumunda garanti vermek; geçerli kalması durumundaysa kefil gibi sorumlu olmak iradesi taşıyor demektir.

TBK m. 582/2 hükmünün uygulanabilmesi için her şeyden önce, şahsi teminat veren kişinin teminat sorumluluğunu üstlendiği esnada asıl borcun yanılma veya ehliyetsizlik sebebiyle geçersiz olduğunu yahut zamanaşımına uğramış bir borç olduğunu bilmesi gerekmektedir ki, ancak böylelikle geçersizlik sebebinden ya da zamanaşımı def'inin ileri sürülmesinden etkilenmeyecek biçimde sorumluluk üstlenmiş olacaktır⁷⁶. Asıl borcun

⁷² TBK m. 582/2 hükmünde olduğu gibi, karma sözleşmeyi oluşturan sözleşme türlerinden biri, özel şekil ve ehliyet kurallarına tabi tutulan bir sözleşme ise, bu kurallar karma sözleşmenin tamamına uygulanır. Esasen TBK m. 603 hükmünün uygulanması ile de bu sonuca ulaşılabilecektir. Ayrıca, şahsi teminat veren kimsenin bağımsız bir sorumluluk üstlenmeyi kabul etmiş olduğu noktalarda alacaklı kimsenin tatmin edilmiş olması halefiyete dayanan rücu imkânı vermez. ÖZEN, 2014, s. 108-109.

⁷³ AYAN, 2013, s. 223; ELÇİN GRASSINGER, 1996, s. 32-33; GÜMÜŞ, 2014, s. 340.

⁷⁴ ÖZEN, 2014, s. 111.

⁷⁵ ÖZEN, 2014, s. 111.

⁷⁶ AYAN, 2013, s. 233; GÜMÜŞ, 2014, s. 339-340. Şahsi teminat veren kişinin, kefalet sözleşmesi nitelendirmesi ile teminat borcu altına girdiği sırada asıl borcun geçersizliğinden ya da zamanaşımına uğradığından haberdar

geçersizliğinden veya zamanaşımına uğramış olmasından şahsi teminat veren kişinin kefalet sözleşmesinin yapılmasından sonra haberdar olması, bu kefalet sözleşmesinin sonradan asıl borçtan bağımsızlaşarak bir garanti sözleşmesine dönüşmesine sebep olmayacaktır. Ayrıca, asıl borçlunun yanılmasından veya ehliyetsizliğinden yahut asıl borcun zamanaşımına uğrayıp uğramadığının bilincinde olup olmamasından alacaklının haberdar olup olmamasının TBK m. 582/2 hükmünün uygulanması açısından bir etkisi bulunmamaktadır⁷⁷.

TBK m. 582/2 hükmü kapsamında, asıl borcu doğuran sözleşme yanılma sebebiyle geçersizse, asıl borçlunun yanılma sebebine dayanarak iptal beyanında bulunmasına rağmen, başlangıçta yanılmayı bilerek bu borç için teminat vermiş olan kişinin teminat sorumluluğu, asıl borçtan bağımsız olarak devam eder. Buna karşılık, asıl borçlunun vaktinde iptal beyanında bulunmaması ya da sözleşmeye onay vermesi durumunda asıl borç geçerli hale geleceğinden, teminat veren kefil sıfatıyla sorumlu olmaya devam edecektir. Dolayısıyla denilebilir ki, TBK m. 582/2 kapsamında teminat verenin sorumluluğunun bağımsız yönü, ancak asıl borçlu tarafından iptal hakkının kullanılmasıyla ortaya çıkar⁷⁸. Bu bakımdan, yanılmanın mevcudiyetinden haberdar olunmaksızın ya da yanılma sebebiyle iptal hakkının kullanılmaması koşuluyla kefil olunması halinde TBK m. 582/2 hükmünün uygulanması mümkün değildir⁷⁹. Zira bu takdirde gerçek anlamda bir kefalet sözleşmesi söz konusu olur⁸⁰.

Asıl borçlunun ehliyetsizliği sebebiyle asıl borcun geçersizliği durumunda da benzer bir yol izlenerek bu geçersizliğin bilincinde olmasına rağmen asıl borca kefil olan kimse, yasal temsilcinin asıl borca onay vermemesi halinde dahi sorumlu tutulabilecektir. Buradaki ehliyetsizlikten kasıt sınırlı ehliyetsizliktir⁸¹. Asıl borçlunun tam ehliyetsiz olduğu hallerde, asıl borcun geçersizliği sebebiyle geçersiz olan gerçek anlamda bir kefalet sözleşmesi söz konusu

değilse, bu kişinin asıl borçtan bağımsız bir sorumluluk yüklenme iradesinde olduğunda söz edilmesi mümkün değildir. Bkz. ÖZEN, 2014, s. 111.

⁷⁷ ÖZEN, 2014, s. 111.

⁷⁸ ÖZEN, 2014, s. 112.

⁷⁹ OSER / SCHÖNENBERGER, 1945, Art. 492, N. 31.

⁸⁰ İptal sebebi bilinmeksizin kefil olunması durumunda iptal hakkının kullanılmasıyla fer'ilik ilkesi uyarınca, iptal hakkının kullanılmaması koşuluna bağlı olarak kefil olunmuş olması halinde ise koşul gerçekleşmediğinden kefilin sorumluluğuna gidilmesi mümkün olmayacaktır. Bkz. ÖZEN, 2014, s. 112.

⁸¹ Bu husus, kaynak İsviçre Borçlar Kanunu m. 492/3 hükmünün Fransızca metninde kullanılan "...un contrat qui n'oblige pas..." ve Almanca metninde kullanılan "...unverbindlichen Vertrag..." ifadelerinden de açıkça anlaşılmaktadır. Ancak bu haldedir ki, yasal temsilcinin asıl borca onay vermemesi rizikosunu teminat veren tarafından üstlenilebilir. Tam ehliyetsiz bir kimse tarafından akdedilen bir sözleşmeye ilişkin kefalet sözleşmesinde gerçekleşeceği belirsiz, dolayısıyla teminat altına alınabilecek bir riziko da söz konusu değildir. Bkz. TANDOĞAN, 2010, s. 723, dn. 8. Ayrıca bkz. AYAN, 2013, s. 234; GÜMÜŞ, 2014, s. 338-339; ÖZEN, 2014, s. 112, dn. 137.

olur⁸². Oysa TBK m. 582/2 hükmünün uygulama alanı bulabilmesi, asıl borca ilişkin bir askıda geçersizliğin bulunmasına bağlıdır. Burada batıl bir sözleşmeden değil; asıl borçluyu tek taraflı olarak bağlamayan bir sözleşmeden söz edilmektedir. TBK m. 582/2 hükmünün kapsamına bu durum girmekte ve teminat veren burada alacaklıya karşı, yasal temsilcinin asıl borca onay vermemesi rizikosunu üstlenmektedir⁸³. Buna karşılık, asıl borçlunun sınırlı ehliyetsizliği nedeniyle asıl borcun geçersiz olduğunu bilmeyen kefilin, asıl borçtan bu noktada bağımsız bir sorumluluk üstlenmek istediği söylenemeyeceğinden fer'ilik ilkesi gereğince bu halde kefilin sorumluluğuna gidilemez. Yasal temsilcinin bu borca onay vermesi koşuluyla kefil olunması halinde ise yasal temsilci asıl borca onay vermediği takdirde, koşul gerçekleşmediğinden kefilin sorumlu tutulması mümkün olmayacaktır⁸⁴.

Ehliyetsizlik veya yanılma sebebiyle asıl borcun geçersiz olduğunu bilerek kefil olduğunu ispat yükü TMK m. 6 hükmü çerçevesinde alacaklının üzerindedir.

Asıl borçlunun aldatılması yahut korkutulması da tek taraflı bağlamazlık halleri olmakla birlikte, bu hallerin varlığını bilerek kefil olan kimsenin durumu, bu geçersizlik halleri aynı zamanda kanun koyucu tarafından kınanan hallerle ilgili olduğundan TBK m. 582/2 hükmünün kapsamına kıyas yoluyla dahi girmez⁸⁵. Böyle bir borca teminat gösterilmesi ahlaka aykırılık sebebiyle geçersiz kabul edilmektedir⁸⁶. Zira hukuka ve ahlaka aykırı bir borcun garanti edilmesi de hukuka ve ahlaka aykırı kabul edilir⁸⁷.

TBK m. 582/2 hükmünde ele alınan bir diğer durum ise, yukarıda da bahsedildiği gibi, zamanaşımına uğramış bir borca bu hususu bilerek şahsi teminat verilmesidir. Zamanaşımına uğramış borçlar geçersiz değil, eksik borç niteliği taşıdıklarından esasen tipik bir kefalet sözleşmesiyle teminat altına alınmalarında fer'ilik ilkesi yönünden bir sakınca bulunmamaktadır. Kefilin kefalet sözleşmesinin yapıldığı sırada asıl borcun zamanaşımına uğradığını bilmemesi durumunda, fer'ilik ilkesinin bir sonucu olarak, asıl borçlunun ileri sürebileceği tüm savunma imkanlarından yararlanabileceği gibi, zamanaşımı def'ini ileri sürmesi de olanaklıdır. Buna karşılık, asıl borcun zamanaşımına uğradığının bilincinde olarak kefil olan kimse, asıl borcun zamanaşımı sebebiyle elde edilememesi rizikosunu garanti etmiş

⁸² OSER / SCHÖNENBERGER, **1945**, Art. 31, N. 15. Karş. Yargıtay 11. HD, E. 2020/3829, K. 2021/3037, 29.03.2021 tarihli karar için bkz. <https://www.lexpera.com.tr/ictihat/yargitay/11-hukuk-dairesi-e-2020-3829-k-2021-3037-t-29-3-2021>, (erişim tarihi 07.12.2022).

⁸³ GÜMÜŞ, **2014**, s. 338; ÖZEN, **2014**, s. 114.

⁸⁴ BECK, **1942**, Art. 492, N. 127.

⁸⁵ BECKER, **1993**, Mad. 494, N. 3; GÜMÜŞ, **2014**, s. 338; ÖZEN, **2014**, s. 113; TANDOĞAN, **2010**, s. 723.

⁸⁶ BİLGE, **1971**, s. 370; ÖZEN, **2014**, s. 113; TANDOĞAN, **2010**, s. 723.

⁸⁷ BECK, **1942**, Art. 492, N. 130; ÖZEN, **2014**, s. 114.

kabul edilebilir ve bununla zamanaşımı def'ini alacaklıya karşı kullanmayacağını da taahhüt etmiş demektir (TBK m. 591/1, c. 2). Bununla birlikte kanaatimizce burada hala, kefilin diğer tüm noktalarda fer'i bir sorumluluk üstlenmiş olarak kefil sıfatıyla sorumlu olmaya devam edeceği karma nitelikli bir sözleşme söz konusudur⁸⁸.

Öğretide ağırlıklı olan görüşe göre, TBK m. 582/2 hükmünün asıl borcun askıda geçersiz olduğu haller dışında uygulama alanı bulması olanaklı değildir⁸⁹. Bunun da ötesinde, söz konusu hükmün yalnızca hükümde belirtilen askıda geçersizlik halleri olan asıl borçlunun sınırlı ehliyetsizliği veya yanılması hallerinde uygulanmasının mümkün olduğu kabul edilmektedir. Bu hallerin yanında asıl borcun zamanaşımına uğramış olması durumu da söz konusu hükümde belirtilen bir diğer durum olduğundan, sınırlı olarak sayılmış olan asıl borçlunun yanılması veya sınırlı ehliyetsizliği ve asıl borcun zamanaşımına uğramış olması halleri dışında, kıyas yoluyla hükmün uygulama alanı genişletilemeyecektir.

Benzer şekilde Yargıtay da TBK m. 582/2 hükmünün yalnızca hükümde zikredilmiş olan yanılma ve ehliyetsizlik halleriyle sınırlı olarak uygulanacağını, sözleşmedeki sakatlığın yanılma veya ehliyetsizlik sebebine dayalı olmayıp sözleşmenin geçerliliği için şart olarak aranan eş rızasının yokluğu hali için uygulanmayacağını ifade etmiştir⁹⁰.

Buna karşılık Özen, TBK m. 582/2 hükmünü esasen, bir kimsenin kısmen garanti veren, kısmen kefil sıfatıyla şahsi teminat verebilme olanağına ilişkin genel bir düzenleme olarak değerlendirmektedir. Özen'e göre, TBK m. 582/2 hükmünün yalnızca ehliyetsizlik ve yanılma sebepleri ile sınırlı olarak düşünülmemesi gerekmekte ve söz konusu düzenlemenin genel bir imkana işaret ettiği kabul edilmelidir⁹¹. Zira, asıl borcun mevcut ve geçerli olduğu dönem bakımından kefalet sözleşmesi olarak düzenlendiği halde, asıl borcun sonradan sona ermesi durumunda teminat verenin sorumluluğunun yine de devam edeceği düzenlemesini içeren başkaca karma nitelikli sözleşmeler yapmak mümkündür. Bu halde de teminat veren, asıl borcun geçerli bir biçimde varlığını sürdürdüğü dönem için kefil sıfatıyla sorumlu olacak ve buna bağlı olarak alacaklıyı tatmin ettiği oranda halefiyet olanağından yararlanacak, buna

⁸⁸ Belirtilmelidir ki, asıl borçlunun kefil göstermesi zamanaşımını kesici etkiye sahiptir (TBK m. 154). Dolayısıyla burada sözü edilen durum, zamanaşımı gerçekleştiikten sonra kefil gösterilmesi durumudur. Bkz. ÖZEN, 2014, s. 114.

⁸⁹ GÜMÜŞ, 2014, s. 338; TANDOĞAN, 2010, s. 722-723, dn. 6.

⁹⁰ Yargıtay 11. HD, E. 2020/2885, K. 2020/5214, 19.11.2020 tarihli karar için bkz. <https://www.lexpera.com.tr/ictihat/yargitay/11-hukuk-dairesi-e-2020-2885-k-2020-5214-t-19-11-2020>, (erişim tarihi 08.12.2022).

⁹¹ ÖZEN, 2014, s. 109-110. Karş. AYAN, 2013, s. 235; TANDOĞAN, 2010, s. 723.

karşılık asıl borcun bir sebeple geçersiz olduğu veya sona erdiği aşama için ise sıfatı garanti verene dönüşecek ve halefiyet olanağından yoksun olarak teminat borçlusu olacaktır⁹².

Ayan ise yanılma ve sınırlı ehliyetsizlik durumlarındaki koruma ihtiyacının temsil yetkisinin yokluğu ya da bir işlemin geçerliliğinin bir kimsenin izin veya icazetine bağlandığı diğer durumlarda da aynı şekilde mevcut olduğunu ifade etmekte ve TBK m. 582/2 hükmünün temsil yetkisinin yokluğu yahut eşin rızasının bulunmaması hallerine de uygulanabileceği değerlendirmesini yapmaktadır⁹³. Yazara göre, zaten oldukça sınırlı bir uygulama alanı olan TBK m. 582/2 hükmü bu haliyle TBK m. 603 hükmü çerçevesinde önemini yitirmiş ve neredeyse yalnızca tüzel kişilerce verilen teminatlar bakımından uygulama alanı bulabilecek bir hüküm haline gelmiştir⁹⁴.

Von Tuhr da kefalet hukuku hakkında düşüncelerini kaleme aldığı eserinde, bir kimsenin hata ile malul bir borca bu hususu bilerek kefil olmasının belki de Borçlar Kanunu yürürlüğe girdiğinden beri hiç vukua gelmemiş bir olay olduğunu belirterek bunun çok nadir olarak ortaya çıkabilecek bir durum olduğunu ve dolayısıyla kanun koyucu tarafından nazara alınmasının yersiz olduğunu ifade etmiş ve hükmün bu haliyle gereksiz olduğu görüşünü savunmuştur⁹⁵.

Kanaatimizce de gerçek kişiler tarafından verilen tüm kişisel teminatlar bakımından kefalet sözleşmesine ilişkin şekil ve ehliyet kurallarının geçerli olacağı kuralını getiren TBK m. 603 hükmü karşısında, TBK m. 582/2 hükmünün, esasen geçerli olmayan bir taahhüdün ifa edilmesini tekeffül ederek kefaletten daha ağır bir sorumluluk altına giren kişiler bakımından kayda değer bir koruma getiremeyeceği ve yalnızca bu iki hale ilişkin olarak yapılan sözleşmelerin diğer tüm garanti sözleşmelerinden ayrı kabul edilerek kefalet hükümlerine tabi tutulmasının bu bakımdan çok anlamlı olmayacağı açıktır. Bu anlamda söz konusu düzenlemenin, teminat verenin, asıl borcun geçerli olarak varlığını sürdürdüğü dönemde kefil sıfatıyla sorumlu olacağı; buna karşılık asıl borcun geçersiz hale geldiği dönem için garanti veren olarak rücu imkanından yararlanması mümkün olmayan kişisel teminat borçlusu olarak değerlendirilebileceği genel bir olanağı düzenlediğinin ve eşin rızasının yahut temsil yetkisinin eksikliği hallerinde de uygulanabileceğinin kabulü isabetli olacaktır.

⁹² Zira kanun bu kişinin kefil olarak değil, kefil gibi sorumlu olacağını vurgulamıştır. Bkz. AYAN, 2013, s. 233.

⁹³ AYAN, 2013, s. 235.

⁹⁴ AYAN, 2013, s. 235-236.

⁹⁵ VON TUHR, Andreas, "Kefalet Hukuku Hakkında Mülâhazalar", (çev. Sabri Şakir Ansay), **Adliye Ceridesi**, Yıl: 1937, Sayı: 2, (s. 148-165), s. 151. Aksi yönde bkz. TANDOĞAN, 2010, s. 722-723, dn. 6.

D. TBK m. 582/2 Hükümünün Uygulanmasının Doğuracağı Sonuçlar

TBK m. 582/2 hükmünün birtakım sonuçları bulunmaktadır. Bunlardan ilki, hükümde sözü edilen türden teminat sözleşmelerinin, kişisel teminat verilmesine ilişkin tüm sözleşmelerde olduğu gibi, kefalet sözleşmesi için öngörülen şekil ve ehliyet kurallarına tabi olmasıdır. Böyle karma nitelikteki bir teminat sözleşmesi, fer'i nitelikte sorumluluğa yol açtığı oranda ve niteliği elverdiği ölçüde kefalet sözleşmesine ilişkin hükümlere tabi tutulacaktır⁹⁶. Örneğin, TBK m. 582/1 hükmünün aksine, bazı durumlarda geçerli bir borç mevcut olmasa dahi verilen kişisel teminatın geçerli olduğu durumlar söz konusu olabilir. Teminat veren, asıl borçlunun sahip olduğu bazı savunma imkanlarını kullanmadan alacaklıya ödemede bulunmak mecburiyetinde kalabilir ve asıl borçluya rücu edemez. Zira asıl borcun geçerli olmadığı durumlarda, ifade bulunan kefilin alacaklıya halef olacağına ve buna dayanarak asıl borçluya rücu imkanına sahip olacağına ilişkin TBK m. 596 hükmü uygulama alanı bulamayacaktır⁹⁷. Aksi takdirde ehliyetsizlik yahut yanılma nedeniyle borcun geçersiz sayılması suretiyle borçlunun korunması amacını güden geçersizlik müessesesi işlevsiz kalacaktır⁹⁸.

TBK m. 582/2 hükmünün bir diğer sonucu, asıl borcun yanılma veya ehliyetsizlik sebeplerinden biriyle geçersiz olduğunu bilerek bir borca adi kefil olan kişinin TBK m. 585'te yer verilen def'ileri ileri süremeyecek olmasıdır⁹⁹. Bu halde adi kefil, alacaklının, asıl borçluya başvurmadan kendisine başvurmayacağını ileri süremeyeceği gibi, alacağın -varsa- öncelikle rehinden alınmasını da talep edemez. Zira bu halde kefil, asıl borcun yanılma veya ehliyetsizlik sebeplerinden biriyle geçersiz olması durumu için garanti veren sıfatıyla sorumlu olacağından kefilin sahip olduğu ve asıl borç ilişkisinden kaynaklanan bu def'ileri kullanma imkanına sahip olmayacaktır.

Zamanaşımına uğramış bir borca bu durumu bilerek kefil olan kimse, alacaklıya ödeme yaptıktan sonra asıl borçluya halefiyet esasına dayanarak rücu edebilecektir. Buna karşılık, asıl borçlu ise zamanaşımı def'ini ileri sürerek rücu talebini reddedebilir¹⁰⁰.

⁹⁶ ÖZEN, 2014, s. 116.

⁹⁷ ÖZEN, 2014, s. 116; REİSOĞLU, 1992, s. 21.

⁹⁸ ÖZEN, 2014, s. 116.

⁹⁹ ÖZEN, 2014, s. 116.

¹⁰⁰ Ancak kefilin asıl borçlunun vekili olarak hareket ettiği durumlarda, vekalet hükümlerine dayanılarak alacaklıya rücu edilmesi mümkündür. Bkz. ÖZEN, 2014, s. 116; TANDOĞAN, 2010, s. 722 vd.

SONUÇ

Çalışmamızın konusunu oluşturan TBK m. 582/2 hükmü, asıl borçlunun yanılması veya ehliyetsizliği sebebiyle geçersiz olan yahut zamanaşımına uğramış bir asıl borç için şahsi teminat gösterilmesi durumunu ele alan bir düzenlemedir. Bu hüküm ilk bakışta, kefalet sözleşmesine hakim olan temel ilkelerden fer’ilik ilkesine istisna getiren ve yanılma veya ehliyetsizlik sebebiyle geçersiz olan asıl borcu teminat altına alan bir kefalet sözleşmesinin geçersiz olacağını bildiği halde bu borca şahsi teminat gösteren bir kimsenin “garanti veren” olarak değerlendirilmesi gerektiğini düzenleyen bir hüküm gibi görünmektedir.

818 sayılı Borçlar Kanununda, TBK m. 582/2 hükmünün karşılığı olan m. 485/3 hükmü, esas itibariyle kefalet sözleşmesine ilişkin olmayıp garanti sözleşmesine ilişkin bir düzenleme getirmekteydi. eBK m. 485/3 hükmü uyarınca, asıl borçlunun yanılma yahut ehliyetsizliğini bilerek şahsi teminat veren kimsenin, geçersizlik sebebine rağmen ifade bulunması, sözleşmeyi “muteber” hale getirmekteydi. Bu bakımdan eBK m. 485/3 hükmüyle amaçlananın, yanılma ya da ehliyetsizlik sebebiyle geçersiz olan bir asıl borcun yerine getirileceğine ilişkin garanti sözleşmesi yapan kimseye özel bir korunma imkanı tanımak ve onu kefalet sözleşmesi bakımından geçerli olan ehliyet ve şekil kurallarının kapsamına dahil etmek olduğu söylenebilmekteydi. Böylece, kefile benzer bir konumda olduğu düşüncesi ile hareket eden kimseye, bu kanaati ile uyumlu bir koruma sağlanmaktaydı.

Buna karşılık, TBK m. 582/2 hükmünü, garanti sözleşmeleri için kefalete ilişkin geçerlilik koşullarının uygulanmasını sağlayan bir hüküm olarak değerlendirmek, gerçek kişiler tarafından verilecek her türlü şahsi teminatın kefalet sözleşmesinin geçerlilik koşullarına tabi olacağı düzenlemesini getiren TBK m. 603 hükmü karşısında anlamlı ve isabetli bir değerlendirme olmamaktadır. Zira bu hükümle, daha evvel Yargıtay kararları yoluyla desteklenen kefalete ilişkin koruyucu hükümlerin uygulama alanının genişletilmesi fikri, yasal bir dayanak kazanmıştır¹⁰¹. Bu bakımdan TBK m. 582/2 hükmü değerlendirilirken ehliyetsizlik ve yanılma noktalarında bağımsız olarak şahsi teminat sorumluluğu üstlenen kişi bakımından sorumluluğun bağımsız yönünün asıl borcun geçersizliğinin ileri sürülmesiyle ortaya çıkacağını, asıl borçlunun geçersizliği ileri sürmediği durumda ise teminat gösteren kişinin kefil sıfatıyla sorumlu olacağını ve böylece halefiyet imkanından da yararlanacağını kabulü isabetli olacaktır. Bu bakımdan TBK m. 582/2, eBK m. 485/3’ten ayrılarak asıl borçtaki yanılma veya ehliyetsizlik durumunda kefalet sözleşmesinin “muteber” olup olmadığından bahsetmemiş, bu halde de kefalet sözleşmesine ilişkin kuralların uygulanacağını hüküm altına

¹⁰¹ ÇINAR, 2020, s. 423.

almıştır. Ayrıca eBK m. 485/3 hükmünden farklı biçimde, TBK m. 582/2 hükmü zamanaşımı hususunu da hükmün kapsamına dahil etmiştir.

Burada önem arz eden husus, TBK m. 582/2 hükmünün getiriliş amacının esasen bazı yönlerden garanti, bazı yönlerden ise kefalet sözleşmesi biçiminde ortaya çıkan karma tipli sözleşmelerin temelinde şahsi teminat veren kişinin “kefil olma niyetinin” olduğunun unutulmaması ve bu sebeple bu sözleşmelerin kefalet sözleşmesine ilişkin hükümler çerçevesinde ele alınması gerektiğidir. Böylelikle TBK m. 582/2 hükmü ile kefilin veya garanti verenin bağımsız şahsi teminat sorumluluğunun da sınırları TBK m. 603 hükmü aşılmadan çizilmiş olacaktır.

Fikrimizce, öğretideki genel eğilimin ve Yargıtay’ın görüşünün aksine, TBK m. 603 hükmü ile birlikte değerlendirildiğinde TBK m. 582/2 hükmünün, geçerli olmayan bir asıl borcun ifa edilmesini tekeffül ederek kefaletten daha ağır bir sorumluluk üstlenen kişiler bakımından önemli bir koruma getirmediği açıkça görülmektedir. Bu anlamda TBK m. 582/2 hükmünün, kişisel teminat veren kimsenin, asıl borcun geçerli olarak varlığını sürdürdüğü dönemde kefil sıfatıyla sorumlu olacağı; buna karşılık asıl borcun geçersiz hale geldiği dönemde ise garanti veren olarak halefiyet imkanından yararlanması mümkün olmayan bir kişisel teminat borçlusu olarak değerlendirilebileceği genel bir duruma işaret ettiğinin kabul edilmesi isabetli olacaktır.

TBK m. 582/2 hükmü uygulanırken, şahsi teminat veren kişinin teminat sorumluluğunu üstlendiği esnada, asıl borç ile ilgili geçersizlik sebebinin farkında olduğu gözden kaçırılmamalıdır. Zaten baştan itibaren tipik bir kefalet sözleşmesi olarak yapılmış olan bir kefalet sözleşmesinde, bu sözleşmenin dayandığı asıl borç ilişkisinde borçlunun yanılma ya da ehliyetsizliğinin sonradan öğrenilmesi, sözleşmenin garanti sözleşmesine dönüşmesine sebep olmayacaktır; zira bu halde fer’ilik ilkesi gereğince kefilin sorumluluğu da ortadan kalkar.

Teminat veren, asıl borçlunun yanılmasını veya ehliyetsizliğini bilmeden yahut bilmesine rağmen iptal hakkının kullanılması bozucu koşuluna veya yasal temsilcinin onay vermesi geciktirici koşuluna bağlı olarak kefil olmuşsa, bu halde TBK m. 582/2 hükmünün uygulama alanı bulması söz konusu değildir. Zira bu takdirde gerçek bir kefalet sözleşmesi akdedilmiş olacak ve iptal hakkının kullanılması yahut yasal temsilcinin onay vermemesi üzerine fer’ilik ilkesi gereğince zaten kefilin sorumlu tutulması mümkün olmayacaktır.

KAYNAKÇA

AKTÜRK, Emrah, **Kefalet Sözleşmesinin Geçerlilik Koşulları ve Sonuçları**, Adalet Yayınları, Ankara, 2020.

ARAL, Fahrettin, **Borçlar Hukuku – Özel Borç İlişkileri**, Genişletilmiş 8. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara, 2010.

ARPACI, Abdülkadir / **SEROZAN**, Rona / **HATEMİ**, Hüseyin, **Borçlar Hukuku Özel Bölüm**, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1992.

AYAN, Serkan, **Kefalet Sözleşmesinde Kefilin Sorumluluğu**, Adalet Yayınları, Ankara, 2013.

AYBAY, Aydın, “Kefilin Önce Dava Def’ini İleri Sürmesi Sorunu”, **Prof. Dr. Selim Kaneti’ye Armağan**, Aybay Yayınları, İstanbul, 1996, (s. 83-89).

AYRANCI, Hasan, “Kefalet Sözleşmesinde Asıl Borcun Belirli Olması İlkesi ve Cari Hesaba Kefalet”, **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Yıl: 2005, Cilt: 9, Sayı: 1-2, (s. 107-126).

AYRANCI, Hasan, “Şekil Şartına Uyulmadan Yapılan Kefalet Sözleşmesinde İfanın Sonuçları”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Yıl: 2004, Cilt: 53, Sayı: 2, (s. 95-120).

BARLAS, Nami, “*Kefalet Sözleşmesinin Geçerlilik Şartları*”, **Türk Borçlar Kanunu Sempozyumu, Makaleler-Tebliğler**, (der. M. M. Inceoğlu), İstanbul, 2012, (s. 349-362).

BECK, Emil, **Das Neue Bürgerschaftsrecht: Kommentar**, Schultess & Co., Zürich, 1942.

BECKER, Hermann, **İsviçre Borçlar Kanunu Şerhi – İkinci Bölüm: Çeşitli Sözleşme İlişkileri Madde: 184-551**, (çev. A. Suat, Dura), Yargıtay Yayınları No:24, Ankara, 1993.

BİLGE, Necip, “Kefilin Mesuliyetinin Şümulü”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Yıl: 1956, Cilt: 13, Sayı: 1-2, (s. 86-171).

BİLGE, Necip, **Borçlar Hukuku – Özel Borç Münasebetleri**, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, Ankara, 1971.

CANBOLAT, Ferhat, **Banka Garantisinde Savunma İmkanları ve İhtiyati Tedbirler**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2009.

CANBOLAT, Ferhat / **TOPUZ**, Seçkin, “Kefalet ile Garanti Ayırımının Önemi ve Ayırımda Uygulanacak Kıstaslar”, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, Yıl: 2008, Sayı: 78, (s. 53-76).

ÇINAR, Gökhan, “Garanti ve Kefalet Sözleşmeleri Arasındaki Ayrım”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Yıl: 2020, Cilt: 69 Sayı: 2, (s. 419-442).

DEVELİOĞLU, Hüseyin Murat, **Kefalet Sözleşmesini Düzenleyen Hükümler Işığında Bağımsız Garanti Sözleşmesi**, Vedat Yayıncılık, İstanbul, 2009.

DEVELİOĞLU, Hüseyin Murat, **(ICC’nin URDG 758 Hükümleri ile İlgili Açıklamalarla Beraber) Bağımsız Garanti Sözleşmeleri**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2021.

ELÇİN GRASSINGER, Gülçin, **Borçlar Kanunu’na Göre Kefilin Alacaklıya Karşı Sahip Olduğu Savunma İmkanları**, Alfa Basım Yayım Dağıtım, İstanbul, 1996.

ELÇİN GRASSINGER, Gülçin, “*Yeni Borçlar Kanunu Hükümleri Çerçevesinde Kefilin Def’i – İtirazları ve Kefalet Sözleşmesinin Sona Ermesi*”, **6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Hükümlerinin Değerlendirilmesi Sempozyumu (3-4 Haziran 2011)**, Prof. Dr. Cevdet Yavuz’a Armağan, 2011, (s. 121-132).

EREN, Fikret, **Borçlar Hukuku Özel Hükümler**, 5. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara, 2017.

GUHL, Theo / **KOLLER**, Alfred / **SCHNYDER**, Anton K. / **DRUEY**, Jean Nicolas, **Das Schweizerische Obligationenrecht**, 9. Auflage, Schulthess Verlag, Zürich, 2000.

GÜMÜŞ, Mustafa Alper, **Borçlar Hukuku Özel Hükümler**, Cilt: II, 3. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2014.

GÜNSAY, Töre, “Kefalet Sözleşmesinin Fer’iliği İlkesi”, **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Prof. Dr. Şeref Ertaş’a Armağan, Yıl: 2017, Cilt: 19, Özel Sayı, (s. 1079-1101).

KILIÇOĞLU, Ahmet M., **Borçlar Hukuku Özel Hükümler**, Turhan Kitabevi, Ankara, 2019.

KLEINER, Beat, **Die Abgrenzung der Garantie von der Bürgschaft und anderen Vertragstypen (mit besonderer Berücksichtigung des Bankgarantiegeschäftes)**, Schulthess Verlag, Zürich, 1974.

MEDICUS, Dieter, “*Die Akzessorietät im Zivilrecht*”, **JuS 1971/10**, (s. 497-504).

OLGAÇ, Senai, **Kefalet**, Olgaç Matbaası, Ankara, 1987.

OSER, Hugo / **SCHÖNENBERGER**, Wilhelm, **Kommentar zum Obligationenrecht 3. Teil: Art. 419-529**, Zweite umgearbeitete Auflage, Schulthess & Co., Zürich, 1945.

ÖZEN, Burak, **6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Çerçevesinde Kefalet Sözleşmesi**, Genişletilip Güncelleştirilmiş 3. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2014.

ÖZKAN ŞAHİN, Gizem, "Kefalet Sözleşmesinin Sona Ermesi", **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi**, Yıl: 2019, Cilt: 25, Sayı: 2, (s. 1288-1336).

REINICKE, Dietrich / **TIEDTKE**, Klaus, **Kreditsicherung**, 3. Auflage, Hermann Luchterhand Verlag, Berlin, 1994

REİSOĞLU, Seza, "Kefalet Kavramı ve Muteberlik Şartları", **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Yıl: 1962, Cilt: 19, Sayı: 1-4, (s. 327-392).

REİSOĞLU, Seza, **Türk Hukukunda ve Bankacılık Uygulamasında Kefalet**, Ankara, 1992.

REİSOĞLU, Seza, **Türk Kefalet Hukuku**, Ankara, 2013.

ŞAHAN, Gökhan, **Kefalet Sözleşmesinin Sona Ermesi**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2009.

TAHİROĞLU, Bülent, "Roma Hukukundan Borcun Teminatlarından Kefalet", **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, Yıl: 1977, Cilt: 42, Sayı: 1-4, (s. 323-340).

TANDOĞAN, Haluk, **Garanti Mukavelesi**, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, Ankara, 1959.

TANDOĞAN, Haluk, **Borçlar Hukuku – Özel Borç İlişkileri**, Cilt: II, 1989 Yılı 4. Tıpkı Basımdan 5. Tıpkı Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2010.

TAŞATAN, Caner, "Kefalet Sözleşmesinin Geçerliliği ve Sona Ermesi Bakımından Asıl Borç", **Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Yıl: 2021, Cilt: 25, Sayı: 2, (s. 341-369).

TAŞDELEN, Nihat, "Kefalet Sözleşmesinde Şekil", **Prof. Dr. Oğuz İmregün'e Armağan**, İstanbul, 1998, (s. 731-763).

TEKİNAY, Selahattin Sulhi/ **AKMAN**, Sermet/ **BURCUOĞLU**, Haluk/ **ALTOP**, Atilla, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 6. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1988.

VON TUHR, Andreas, "Kefalet Hukuku Hakkında Mülahazalar", (çev. Sabri Şakir Ansay), **Adliye Ceridesi**, Yıl: 1937, Sayı: 2, (s. 148-165).

YAVUZ, Cevdet, **Türk Borçlar Hukuku – Özel Hükümler**, Güncellenmiş ve Yenilenmiş 9. Bası, Beta Yayınları, İstanbul, 2014.

ZEVKLİLER, Aydın/ GÖKYAYLA, Emre, **Borçlar Hukuku – Özel Borç İlişkileri**, 13. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2013.

<https://www.bger.ch/index.htm>, (erişim tarihi 08.12.2022).

https://www.fedlex.admin.ch/eli/cc/27/317_321_377/fr, (erişim tarihi 08.02.2022).

<https://www.lexpera.com.tr/>, (erişim tarihi 08.12.2022).