

I. GENEL OLARAK

Kefalet sözleşmesi en eski şahsi teminat sözleşmelerindendir. Teminat sözleşmelerinde borçlu, başkasının karşı karşıya bulunduğu bir zarar tehlikesini üzerine almaktadır. Tehlike yahut riziko, ortaya çıkması şüpheli fakat çekinilen ve ekonomik bakımdan zararlı bir olayın gerçekleşmesi veya beklenen ve ekonomik bakımdan yararlı bir olayın gerçekleşmemesi olasılığıdır. Tehlikenin üzerine alınması ile kastedilen, tehlike konusu olayın gerçekleşmesi halinde, tehlikenin yöneldiği kişinin uğrayacağı zarar ya da yoksun kalınan kârın tazmin edilmesinin yüklenilmesidir¹.

Şahsi teminat sözleşmeleriyle alacaklıya sadece şahsi nitelikte teminat sağlanır. Şahsi teminat veren, borçlunun borcunun karşılığını teşkil etmek üzere haczi mümkün olan bütün malvarlığı ile birlikte yükümlülük altına girmektedir. Şahsi bir teminat elde eden alacaklı, asıl borçlunun malvarlığının yanısıra, teminat borçlusunun malvarlığına da başvurabilmektedir².

Kefalet sözleşmesi, hukukumuzda iktisadi ihtiyaçlar nedeniyle sıklıkla kullanılmaktadır. Temelleri Roma hukukuna dayanan kefalet sözleşmesine dair Borçlar Kanunumuzda yer alan hükümler, İsviçre Borçlar Kanunu'ndan hukukumuza aktarılmıştır. Bu nedenle çalışmamızda Türk- İsviçre hukuku esas alınarak bir

¹ **Tandoğan, Haluk:** Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Ankara 1987, C. II, 3. B, s. 684- 685.

² **Tandoğan,** s. 689; **Arpacı, Abdülkadir/ Hatemi, Hüseyin/ Serozan, Rona:** Borçlar Hukuku Özel Bölüm, İstanbul 1992, s. 519- 520; **Yavuz, Cevdet:** Borçlar Hukuku Dersleri (Özel Hükümler), İstanbul 2004, s. 493; **Aral, Fahrettin:** Borçlar Hukuku (Özel Borç İlişkileri), Ankara 2003, 5. B., s. 437.

inceleme yapılacaktır. Birinci bölümde kefalet sözleşmesi genel olarak değerlendirilirken, ikinci bölümde çalışmamızın ana konusu olan kefalet sözleşmesinin geçerlilik şartları ayrıntılı olarak incelenecektir.

BİRİNCİ BÖLÜM

GENEL OLARAK KEFALET SÖZLEŞMESİ

II. KEFALET SÖZLEŞMESİ KAVRAMI

A) Tarihsel Gelişimi

Borçlunun taahhüt ettiği borcunu ödeyememesi ihtimalini dikkate alarak, esas borçlunun yanı sıra fer'i bir borçlunun da borçtan sorumlu tutulmasını sağlayan düzenlemelere, en eski hukuk sistemlerinde dahi rastlanmaktadır. Borçlunun sorumlu olduğu borç miktarı eğer aktifinden fazla ise, alacaklı alacağını alamamak tehlikesi ile karşı karşıya kalabilir. Bu durumu önlemek için kendisine bir teminat verilmesini ister. Bu teminat da bir ya da birkaç kişinin kefil gösterilmesi, borçlunun ya da üçüncü bir kişinin malları üzerinde aynı hak tesisi şeklinde olabilir.

Kefalet sözleşmesi, Roma hukukunun eski devirlerinden itibaren uygulanmaktadır. Roma hukukunda kefalet sözleşmesi, alacaklı ile esas borçlunun borcunu taahhüt eden fer'i borçlu, yani kefil arasında şekle bağlı bir sözlü akitle, *stipulatio* ile yapılırdı. Sözlü akit olan *stipulatio* yapılırken, alacaklının “*bana vermeyi taahhüt ediyor musun?*” şeklindeki sorusuna, borçlu “*taahhüt ediyorum*”, cevabını vermekteydi³.

³ **Tahiroğlu, Bülent:** “Roma Hukukunda Borcun Teminatlarından Kefalet”, İÜHFD, 1977, C. 42, S. 1- 4, s. 324; **Gürten, Kadir:** “Roma Hukukunda Kefalet Akdi”, Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2000, s. 71.

Alman hukukunda olduğu gibi, Roma hukukunda da kefilin başlangıçta, bir rehin çeşidinde olduğu gibi, kişisel sorumluluğu bulunmaktaydı. Başka bir deyişle, kefil gösterme ve rehin verme sonuçları bakımından eşit sayılmaktaydı. Kefil borçlunun yanında değil, onun yerine sorumlu oluyordu. İlerleyen yıllarda yapılan yeni düzenlemeler ile kefilin borcunun taliliği ilkesi benimsenmiş, kefilin yalnız başına değil, asıl borçlunun yanında sorumlu olduğu sonucuna varılmıştır. Başka bir deyişle, kefil ikincil olarak sorumlu tutulmuş, kefile ancak asıl borçlu borcunu ödemezse gidilebileceğine dair düzenlemeler getirilmiştir⁴.

Tarihi gelişim ilk önce müteselsil kefaletin ortaya çıktığını göstermektedir. Roma'da Jüstinyan zamanında, himaye gayesi ile kefile bazı def'iler tanınmıştır. Örneğin ilk önce asıl borçlunun takip edilmesi def'i bunlardan bir tanesidir. Daha sonra, ilk önce rehnin paraya çevrilmesi def'i tanınmıştır⁵.

Eski Türk hukuk sistemleri incelendiğinde de Roma ve Alman hukuk sistemlerinde olduğu gibi ilk önce müteselsil kefalet anlayışının benimsendiği görülmektedir. Mecelle hükümlerine göre alacaklı asıl borçluya ya da kefile gitmekte serbesttir. Alacaklının kefileden isteyeceği şey ile asıl borçludan isteyeceği şey aynı olmak zorundadır⁶.

⁴ **Oser/ Schöenberger (Çev. Sungurbey, İsmet):** İsviçre Borçlar Kanunu Şerhi, Ankara 1964, s. 62; **Becker, Herman (Çev. Dura, Suat):** İsviçre Borçlar Kanunu Şerhi, İkinci Bölüm, Çeşitli Sözleşme İlişkileri, Madde 184- 551, Ankara 1993, s. 1033- 1034.

⁵ **Reisoğlu, Seza:** Türk Hukukunda ve Bankacılık Uygulamasında Kefalet, Ankara 1992, s. 114.

⁶ **Olgaç, Senai:** Kefalet, Ankara 1978, s. 11.

Temelleri Roma hukukuna dayanan İsviçre Borçlar Kanunu'nda, kefillik kurumundan doğan tehlikeleri önlemek, alacaklının sözleşme özgürlüğü ilkesini aşırı olarak sömürmesine karşı çıkmak adına çeşitli değişikliklere gidilmiştir. Kanunumuzun kaynağı olan İsviçre Borçlar Kanunu'nun 1911 tarihli şeklinde, kefalet dair hükümlerin kefilin korunması açısından yeterli görülmemesi ve kefalet sözleşmesinin sosyal hayatta büyük ölçüde sorun yaratması üzerine yeni düzenlemeler getirilmiştir⁷. Bu yeni düzenlemeler kefalet sözleşmesinin geçerlilik şartları ve kefilin istismarının önlenmesi bakımından önemli değişikliklerdir. Kefili himaye eden hükümlerden feragatin geçerli olmayacağı hükmü eklenmiş (İBK md. 492/ 2), kefalet sözleşmesinin şekil şartları ağırlaştırılmış, resmi şekil şart koşulmuştur (İBK md. 493). Kefilin sorumlu olacağı miktarın kefalet senedinde rakamla gösterilmesi zorunluluğu (İBK md. 493) ve bu meblağın kefilin azami sorumluluğunu ifade edeceği (İBK md. 499) gibi düzenlemeler, 1942 tarihinde yürürlüğe giren bu değişikliklerle İsviçre Borçlar Kanunu'na girmiştir⁸.

B) Tanımı ve Özellikleri

Kefalet ile ilgili hükümler, Borçlar Kanunumuzda 20. bapta, md 483-503. maddeler arasında yer almaktadır. BK md. 483'de kefalet sözleşmesinin tanımı, md.

⁷ Oser/ Schöenberger (Çev. Sungurbey İsmet), s. 63; Karatay, Ata: "İsviçre Borçlar Kanununun Değişen Kefalet Hükümleri Üzerinde Mukayeseli Bir İnceleme", İBD, 1952, C. 26, S. 11- 12, s. 617- 618; Grassinger, Gülçin Elçin: "Borçlar Kanununa Göre Kefilin Alacaklıya Karşı Sahip Olduğu Savunma İmkanları", Doktora Tezi, İstanbul, 1995, s. 3; Göktürk, Hüseyin Avni: "Kefalet Hukukumuzun Kifayetsizliği ve Yeni İsviçre Kefalet Hukuku", AÜHFD, 1950, C. 7, S. 3-4, s. 324 vd.

⁸ Oser/ Schöenberger (Çev. Sungurbey İsmet), s. 83 vd.; Reisoğlu, Seza: "Kefalet Kavramı ve Muteberlik Şartları", AÜHFD, 1962, C. 19, S. 1-4, s. 328; Göktürk, s. 328.

484 ve md. 485’de kefalet sözleşmesinin kurulması için gerekli şartlar, md. 486- md. 489’da kefalet sözleşmesinin türleri, md. 490 ve md. 491’de kefilin mesuliyeti, md. 492- md. 495’de kefalet sözleşmesinin sona erme sebepleri ve md. 496- md. 503’de ise kefilin hak ve yükümlülükleri düzenlenmektedir. Bu hükümler, İsviçre Borçlar Kanunu’nun 492-512. maddelerine tekabül etmektedir.

Şahsi teminat sözleşmelerinden olan kefalet sözleşmesi BK. md. 483’de; “*Kefalet bir akittir ki onunla bir kimse, borçlunun akdettiği borcun edasını temin etmeği alacaklıya karşı taahhüt eder.*” şeklinde tanımlanmıştır. Bu tanım sözleşmenin özelliklerini tam anlamıyla belirtmemektedir. Tanımdaki, “*borçlunun akdettiği borç*” ifadesi, sadece sözleşmede belirtilen yükümlülükler için kefil olunabileceği şeklinde anlaşılmaktadır. Oysa ki kefalet aktinin geçerli bir şekilde meydana gelebilmesi için, borçlunun borcunun sözleşmeden doğmasına gerek yoktur. Kefalet, sözleşmeden doğan bir borç için verilebileceği gibi, haksız fiil, sebepsiz zenginleşme, kanundan doğan borçlar için de verilebilir. Bu nedenle, maddedeki borç kelimesinden sonra kullanılmış bulunan “akdettiği” ifadesi yersizdir⁹. Aynı ifade İsviçre Borçlar Kanunu’nun Fransızca metninde de yer almaktadır. İsviçre Borçlar Kanunu’nun değişik 492. maddesi, “*kefalet bir sözleşmedir ki onunla bir kimse borçlunun akdettiği borcun ödenmesini alacaklıya*

⁹ **Reisoğlu**, Bankacılık Uygulamasında Kefalet, s. 2; **Karahasan, Mustafa Reşit**: Türk Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, İstanbul 2002, C. II, s. 1203; **Bilge, Necip**: Borçlar Hukuku Özel Borç Münasebetleri, Ankara 1971, s. 364; **Bilge, Necip**: “Kefilin Mesuliyetinin Şumulu”, AÜHFD, C. 13, S. 1-2, 1956, s. 91-92; **Erman, Eyüp Sabri**: “Teminat Mektubu, Kefalet Akdi, Garanti Akdi”, AD, 1969, Y. 60, S. 7, s. 411; **Berki, Şakir**: Borçlar Hukuku Özel hükümler, Ankara 1973, s. 217; **Akıntürk, Turgut**: Borçlar Hukuku Genel Hükümler ve Özel Borç İlişkileri, İstanbul 2004, s. 297; **Zevkliler, Aydın**: Zevkliler Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Ankara 2004, s. 395; **Olgaç**, s. 11; **Aral**, s. 437; **Hatemi/ Serozan /Arpacı**, s. 521.

karşı sağlamak borcuna girer” denmektedir. Oysa bu tabir Almanca metinde yer almamaktadır. İBK md. 492’nin değişik Almanca metninde “*Kefalet akdi ile kefil, asıl borçlunun alacaklısına karşı, borcun yerine getirilmesi için sorumlu tutulmayı yükümlenir*” şeklinde bir ifade yer almaktadır¹⁰.

BK md. 492’ de yer alan “*temin etmeyi taahhüt*” tabirinin kanunumuzda yer almasının nedeni, kanunun tercümesi sırasında İBK’nun Fransızca metninin esas alınmış olmasıdır. Fransızca metinde “*garantir le payement*” ifadesi yer aldığı halde, Almanca metinde bu ifadenin karşılığı bir düzenlemeye rastlanmamaktadır. Orada “*kefil borcun edasından mesul olmayı taahhüt eder*” denilmektedir¹¹.

Mehaz kanundaki, “borcun edası” ifadesi, kanunumuza yanıltıcı bir şekilde, “*borcun edasını temin*” şeklinde geçmiştir. Oysa kefalet sözleşmesinin amacı hiçbir zaman, borçlunun borcunu ödemeyi temin etmeyi taahhüt değil, borçlunun borcunu ödememesi halinde bundan şahsen sorumlu olmayı taahhüttür. Aksi takdirde, kefilin edanın temini için elinden gelen gayreti gösterdiğini, kendisine bu hususta hiçbir kusur isnat edilemeyeceğini ispat etmesi halinde, borcundan kurtulacağını kabul etmek gerekecektir. Bu bakımdan, kanunda verilen tanımın, kefalet kurumunu tam ifade edemediği kanısındayız.¹²

¹⁰ Oser/ Schönerberger (Çev. Sungurbey İsmet), s. 4; Tandoğan, s. 693; Göktürk, s. 326 vd.

¹¹ Bilge, Kefilin Mesuliyetinin Şumülü, s. 92.

¹² Uygur, Turgut: Açıklamalı-İçtihatlı Borçlar Kanunu Sorumluluk ve Tazminat Hukuku, Ankara 2003, C. 8, s. 9279; Reisoğlu, Bankacılık Uygulamasında Kefalet, s. 2; Karahasan, s. 1204- 1205; Bilge, s. 365; Nitekim Türk Borçlar Kanunu Tasarısında, kefalet sözleşmesi, “Kefilin alacaklıya karşı, borçlunun borcunu ifa etmemesinin sonuçlarından kişisel olarak sorumlu olmayı üstlendiği sözleşmedir” şeklinde tanımlanmaktadır. Bu düzenleme ile kefilin alacaklıya karşı asıl borçlunun borcunu üstlendiği yolundaki yanlış anlama ortadan kalmakta, kefilin, kefalet sözleşmesinden

Kefalet sözleşmesi, başka bir kişinin borcunun tekeffülü dolayısıyla daima üçlü bir ilişkiyi zorunlu kılmaktadır. Ancak kefalet ilişkisinde asıl borçlu ne kadar önemli olursa olsun, hiçbir zaman sözleşmede taraf değildir. Kefalet sözleşmesi, alacaklı ile kefil arasında kurulur. Alacaklı ile kefil arasındaki ilişki doğrudan doğruya kefalet sözleşmesinin konusunu oluşturan ilişkidir¹³.

Kefil ile asıl borçlu arasındaki ilişki, ödemede bulunan kefilin rücu haklarında ve yaptığı ödeme oranında alacaklıya kanunen halef olmasında kendini gösterir. Kefilin ödeme yapması ile birlikte alacaklının hakları kefile intikal eder. Başka bir deyişle, kefilin yaptığı ödeme sadece kefilin borcunu sona erdirir, asıl borç sona ermiş değildir. Kefil yaptığı ödeme oranında alacaklının haklarına halef olur. Asıl borçlu bu durumda kefilin borçlusu durumuna girmiş olur¹⁴. Kefil, asıl borçlunun rızasını almaya mecbur olmaksızın yükümlülük altına girebilir. Çünkü kefalet sözleşmesi asıl borçlunun durumunu kötüleştirmemekte, tersine asıl borçlunun yararına bir nitelik taşımaktadır¹⁵. Kefil asıl borçlunun ücretli veya ücretsiz vekili ya da vekaletsiz iş gören sıfatları ile hareket edebilir. Bu durumda, kefil asıl borçluya

kaynaklanan kendi borcunu üstlendiği sonucuna ulaşılabilir. Tasarının son şekli için bkz. <<http://www.kgm.adalet.gov.tr/borclarkanunu.htm>> (23. 03. 2006); Ayrıca, **Kuntalp, Erden/ Barlas, Nami**: Türk Borçlar Kanunu Tasarısı'na İlişkin Değerlendirmeler, Galatasaray Üniversitesi Yayınları, İstanbul 2005, s. 265 ve 433.

¹³ **Oser/ Schönerberger** (Çev. Sungurbey İsmet), s. 85; **Becker Herman** (Çev. Dura Suat), s. 1036; **Yavuz**, s. 494; **Berki**, s. 217; **Franko, Nisim**: “ Kefalet”, TNBHD, 1983, S. 40, s. 17; **Uygur**, s. 9279.

¹⁴ **Bilge**, s. 364; **Bilge**, Kefilin Mesuliyetinin Şumulü, s. 96; **Yavuz**, s. 495.

¹⁵ **Tandoğan**, s. 693- 694; **Yavuz**, s. 494; **Bilge**, Kefilin Mesuliyetinin Şumulü, s. 93.

karşı, kefalet hükümlerinin tanıdığı haklar dışındaki vekalet hükümlerine göre de harekete geçebilir¹⁶.

Alacaklı ve asıl borçlu arasındaki ilişki ise, kefalet sözleşmesinden bağımsızdır. Alacaklı ile asıl borçlu arasındaki ilişki, genellikle karz sözleşmesi gibi, herhangi bir hukuki temele dayanabilir. Kefalet sözleşmesinde asıl borçlu taraf değildir¹⁷. Bununla birlikte asıl borçlunun kefilin veya alacaklının habercisi ya da temsilcisi olarak sözleşmenin kuruluşuna katılmasında herhangi bir engel yoktur¹⁸.

Kefalet sözleşmesinin yapılmasının nedeni, asıl borçlunun ödeme gücünün bulunmaması veya borcunu ödememesi durumunda alacaklıya bir teminat sağlamaktır. Alacaklının elde ettiği teminat, asıl borçlunun borcunu ödememesi halinde, tazminat ödeyecek başka bir borçlu elde etmesi şeklinde kendini göstermektedir¹⁹.

¹⁶ **Reisoğlu**, Bankacılık Uygulamasında Kefalet, s. 1; **Daeppen, Oscar** (Çev. Bayrav, Osman): “Kefalet”, İBD, C. 25, S. 6, 1951, s. 346; **Aral**, s. 438; **Tandoğan**, s. 694.

¹⁷ **Tandoğan**, s. 694; **Yavuz**, s. 495; **Karahasan**, s. 1420; **Zevkliler**, s. 395.

¹⁸ **Becker Herman** (Çev. Dura Suat), s. 1036; **Aral**, s. 438.

¹⁹ İsviçre Borçlar Kanunu’nda bu husus “Kefilin sağlama ereği” şeklinde ifade edilmektedir. “Kefilin borcunun ereği, baş borcun sağlanmasıdır. Sağlama kefilin borcunun hukuki nedenidir” denilmektedir. **Bkz. Oser/ Schönenberger** (Çev. Sungurbey İsmet), s. 85; **Tandoğan**, s. 694; **Yavuz**, s. 495; **Bilge**, Kefilin Mesuliyetinin Şumulu, s. 94- 95; **Becker Herman** (Çev. Dura Suat), s. 1039 -1040; **Akipek, Şebnem/ Küçükgüngör, Erkan**: Sözleşmeler Rehberi, Ankara 2000, s. 372.

Kefalet sözleşmesinin özelliklerini şu şekilde sıralamak mümkündür;

1) Kefalet Sözleşmesinin Fer'i Nitelikte Bir Sözleşme Olması

Kefalet sözleşmesinin en bariz ve vazgeçilmez özelliği fer'i bir sözleşme olmasıdır. Kefalet geçerli bir asıl borca bağlı olarak hüküm ifade eder. Asıl borcun sona ermesi ile birlikte kefalet de sona erer²⁰. Kefaletin sona ermesi onun fer'i niteliğini etkilemez. Taraflar arzu etseler dahi, kısmen veya tamamen kefaletin fer'ilik niteliğini ortadan kaldıramazlar²¹.

Kefalet sözleşmesinin fer'i bir nitelik taşımasının doğurduğu diğer sonuçlar ise şu şekilde belirtilebilir²²:

²⁰ Kefalet sözleşmesinin asıl borcun sona ermesi ile birlikte sona ereceği hususu BK md. 133'de umumi hükümlerde de yer almaktadır. BK md. 133/ I'de, " Asıl borç tediye ile veya sair bir suretle sakıt olduğu takdirde kefalet ve rehin ve sair fer'i haklar dahi sakıt olur" denmektedir.; Yargıtay kararlarında kefalet sözleşmesinin fer'ilik niteliğine rastlamak mümkündür. Yargıtaya göre, "Kefaletin hüküm ifade etmesi için geçerli bir asıl borca ihtiyaç vardır. Asıl borcun herhangi bir şekilde hükümsüz olması halinde kefalet akdi de hüküm ifade etmez. Çünkü kefalet, asıl borca bağlı fer'i nitelikte bir borçtur".: Yarg. 13. HD., 20. 03. 1984 T., 458 E., 2118 K. (**Karahasan**, s. 1211); Aynı şekilde Yarg. 13. HD., 18. 5. 1992 T., 3606 E., 4611 K. (**Uygur**, s. 9303); **Zevkliler**, s. 396.

²¹ **Tuğsavul, Muhsin**: "Kefalet Akdinin Hukuki Mahiyeti ve İtibarı", AD, 1949, S. 11, s. 1624; **Oser/ Schönerberger (Çev. Sungurbey İsmet)**, s. 93; **Tandoğan**, s. 695; **Reisoğlu**, Bankacılık Uygulamasında Kefalet, s. 2- 4; **Bilge**, Kefilin Mesuliyetinin Şumülü, s. 98; **Von Tuhr (Çev. S. Ş. Ansay)**: "Kefalet Hukuku Hakkından Mülahazalar", Adliye Ceridesi, 1937, Y. 28, s. 150; **Arık, Fikret**: "Kefalete Dair Mahkeme İçtihatlarına Bir Bakış", Adliye Ceridesi, Y. 1943, s. 497; **Akkanat, Halil**: "Kefaletin Fer'iliği İlkesi ve Banka Ticari Kredi Sözleşmeleri", Prof Dr. Necip Kocayusufpaşaoğlu İçin Armağan, Ankara 2004, s. 280; **Akıntürk**, s. 297; **Bilge**, s. 364- 365; **Olgaç**, s. 12; **Yavuz**, s. 496; **Karatay**, s. 620; **Franko**, s. 17; **Uygur**, s. 9302.

²² Ayrıntılı bilgi için bkz.: **Tandoğan**, s. 695- 696; **Reisoğlu**, Bankacılık Uygulamasında Kefalet, s. 3; **Reisoğlu**, Muteberlik Şartları, s. 330- 331; **Bilge**, Kefilin Mesuliyetinin Şumülü, s. 96- 100; **Von**

a) Kefile asıl borçludan fazla bir mükellefiyet yüklenemez. Başka bir deyişle, kefilin sorumluluğu asıl borçlunun sorumluluğundan daha ağır olamaz. Kefaletin asıl borcu aşan kısmı geçerli sayılmaz. Ancak şunu da belirtmek gerekir ki kefilin mutlaka asıl borç oranında sorumlu olması gerekmez. Kefilin asıl borçludan daha hafif bir yükümlülük altına girmesi kefaletin fer'iliği prensibine aykırı değildir.

b) Alacak asıl borçluya karşı muaccel olmadan kefile karşı da muaccel olamaz. BK md. 491 uyarınca asıl borçluya ihbar yapılmadan sadece kefile ihbarda bulunulması halinde asıl borç muaccellik kazanamayacağından kefilin borcu da muaccel olmayacaktır. Diğer yandan bir ihtilaf halinde alacaklı sadece kefaletin değil asıl borcun da varlığını ispat etmek zorundadır. Kefalet alacağı asıl alacaktan bağımsız olarak temlik edilemez.

c) Asıl borç şarta bağlı ise kefil kayıtsız şartsız taahhüt altına giremez. Ayrıca asıl borçlu sadece ağır kusurundan sorumlu ise, kefil de her türlü kusurundan sorumlu tutulamayacaktır.

d) Kefil asıl borçluya ait örneğin, kefalet sözleşmesinin geçerli olarak doğmadığı veya sona erdiği itirazlarını, kefalet sözleşmesinin muaccel olmadığı ya da zamanaşımına uğradığı def'ilerini alacaklıya karşı ileri sürme imkânına sahiptir (BK md. 497).

Tuhr, s. 151- 160; **Karahasan**, s. 1204- 1205; **Becker Herman (Çev. Dura Suat)**, s. 1045; **Akkanat**, s. 287; **Aral**,s. 438- 440; **Zevkliler**, s. 396; **Uygur**, s. 9280- 9281.

2) Kefalet Sözleşmesinin Bağımsız Nitelikte Bir Sözleşme Olması

Kefalet sözleşmesinin fer'i niteliğinden kefilin borcunun geçerli bir asıl borcun varlığına bağlı olduğu anlaşılmaktadır. Ancak bunun yanı sıra kefalet sözleşmesi, asıl borcu doğuran sözleşmeden ayrı bir hukuki nedene dayanan ve içeriği olan tamamen bağımsız bir sözleşmedir²³.

Geçerliliği bakımından bir asıl borca tâbi olan kefalet borcu, asıl borçtan bağımsız olarak şarta bağlanabilir ya da belli bir süre sonra muaccel olacak şekilde kararlaştırılabilir. Kefilin borcunun asıl borçtan daha sınırlı olması mümkündür. Kefilin alacaklıya ödemede bulunmasıyla asıl borç değil, kefalet borcu sona erer; kefilin bu durumda alacaklıya halef olması, asıl borcun sona ermediği anlamına gelir. Diğer yandan, kefil hakkında yapılan icra takibinin ve açılan davanın, kefilin ikametgahının bulunduğu adli mercilerde gerçekleşmesi de kefalet sözleşmesinin asıl sözleşmeden bağımsız bir sözleşme olduğunun başka bir göstergesidir²⁴.

3) Kefalet Sözleşmesinin Tali Nitelikte Bir Sözleşme Olması

Kefalet sözleşmesi fer'i karakterinin yanı sıra tali nitelik de taşır. Kefalet sözleşmesinin bu özelliğine âdi kefalette açıkça rastlamak mümkündür. Zira âdi

²³ **Tandoğan**, s. 700; **Reisoğlu**, Bankacılık Uygulamasında Kefalet, s. 4- 5; **Yavuz**, s. 497- 498; **Karahasan**, s. 1205- 1206; **Zevkliler**, s. 396; **Uygur**, s. 9282; Bir Yargıtay kararında da: “Kefalet sözleşmesi bağımsız nitelikte olduğu için, kefilin kendi borcunu ifa etmesiyle asıl borç ortadan kalkmaz” denilmektedir.: Yarg 13. HD., 23. 5. 1996 T., 4049 E., 5036 K. (**Akıpek/ Küçükgüngör**, s. 379).

²⁴ **Tandoğan**, s. 701; **Reisoğlu**, Bankacılık Uygulamasında Kefalet, s. 5.

kefalette, borçluya karşı takip yapıp bu takip semeresiz kalmadan âdi kefile yönelinemez²⁵. Diğer yandan, görünüşte müteselsil kefalette, alacaklının borç muaccel olunca doğrudan doğruya kefile gitme hakkının bulunması, müteselsil kefalette kefaletin tali niteliğinin yer almaması gibi bir sonuç doğurmaktadır. Ancak İsviçre Borçlar Kanunu’nda da belirtildiği gibi, bu durumda dahi kefalet borcunun asıl borcun muaccel olmasından sonra muaccel olması ya da zaman bakımından asıl borcun ödenmemesi durumunda takip edilebilir hale gelmesi, kefilin her türlü kefillikte daima ikinci borçlu olduğunun göstergesidir²⁶.

4) Kefalet Sözleşmesinin İvazsız (Tek Tarafa Borç Yükleyen) Nitelikte Bir Sözleşme Olması

Kefalet sözleşmesi tek tarafa borç yükleyen bir sözleşmedir ve sadece kefile mükellefiyet yükler²⁷. Borçlu, kefilin kefaletini elde edebilmek için ona bir yarar

²⁵ Konuya ilişkin bir Yargıtay kararında da belirtildiği gibi, “Borçlar Yasasının 486. maddesi hükmüne göre, âdi kefilin borcu hem tali hem fer’idir. Talidir; çünkü alacaklı asıl borçluyu kovuşturup aczi gerçekleştirmedikçe yahut iflâs etmedikçe, Türkiye’de kovuşturma yapılamayacak bir durum meydana gelmedikçe, kefalet konusu olan borç kefilden istenemez”: Yarg. 4. HD., 8. 10. 1968 T., 548 E., 7447 K. (Uygur, s. 9303); Tandoğan, s. 697; Yavuz, s. 497; Bilge, Kefilin Mesuliyetinin Şumülü, s. 96- 97, Karahasan, s. 1206; Akıntürk, s. 297; Franko, s. 17; Zevkliler, s. 396.

²⁶ Oser/ Schönerberger (Çev. Sungurbey İsmet), s. 91; Bilge, Kefilin Mesuliyetinin Şumülü, s. 97; 98; Aral, s. 441; Reisoğlu, Bankacılık Uygulamasında Kefalet, s. 5; Reisoğlu, Muteberlik Şartları, s. 332- 333; Karahasan, s. 1205.

²⁷ Şunu da belirtmek gerekir ki kefalet sözleşmesinin bu şekilde ivazsız olması, alacaklıya bir bağış olduğu anlamına gelmez. Kefalet sözleşmesi sonucunda alacaklının malvarlığında bir zenginleşme meydana gelmemektedir. Kefil sadece yaptığı ödeme oranında bir alacak hakkı elde etmektedir. Kefalet sözleşmesi tarafların mamelekinde bir değişikliğe sebep olmaz.

sağlasa bile, kefalet sözleşmesi yine de ivazsız sayılır. Kefalet sözleşmesinde alacaklının kefile karşı bir taahhüt ve sorumluluğu yoktur²⁸.

Kefalet sözleşmesinin, sadece kefile mükellefiyet yüklemesi ve bu nedenle ivazsız olması, fer’ilik gibi zorunlu bir unsur değildir. Kefalet sözleşmesinin ivazlı olması, ancak karşı taraf olan alacaklının bir borç altına girmesi halinde söz konusu olacaktır. Asıl borçlunun, kefile menfaat temin etmesi, ivaz olarak değerlendirilmeyecektir. Kanun tarafından alacaklıya yüklenilen mükellefiyetler (BK md. 499- md. 500), kefile karşı bir karşı edim olarak kabul edilemezler. Alacaklının BK md. 500’de bildirilen, “*alacak için verilmiş olan teminatları elden çıkarmama*” ya da “*ispat vasıtalarını muhafaza etme*” gibi yükümlülükleri sadece alacaklının kefile karşı haklarını ileri sürebilme şartlarıdır. Bu yükümlülükler bakarak kefalet sözleşmesinin iki tarafa borç yükleyen bir sözleşme olduğu söylenemez. Alacaklının bu yükümlülüklerini ihlal etmesi, karşılıklı taahhütler içeren sözleşmelerin sonuçlarını doğurmaz. Bu durumda BK md. 81-82, md. 106-107, md. 117 uygulanmayacaktır. Bu yükümlülükler uyulmaması, alacaklı için sadece haklarının azalması veya ortadan kalkması ya da zararın giderilmesi talebine sebep olur²⁹.

²⁸ Oser/ Schöenberger (Çev. Sungurbey İsmet), s. 89; Tandoğan, s. 694; Tuğsavul, s. 1625; Reisoğlu, Bankacılık Uygulamasında Kefalet, s. 6 ;Yavuz, s. 497; Akıntürk, s. 297; Bilge, s. 365; Aral, s. 441; Zevkliler, s. 392.

²⁹ Oser/ Schöenberger (Çev. Sungurbey İsmet), s. 89; Tandoğan, s. 694- 695; Reisoğlu, Bankacılık Uygulamasında Kefalet, s. 7; Yavuz, s. 497; Aral, s. 441; Karahasan, s. 1250; Zevkliler, s. 396; Yargıtay da kefalet sözleşmesinin tek tarafa borç yükleyen bir sözleşme olmasından hareketle, kefaletin geçerliliği için asıl borçlunun, kefalet senedinde imzasının olmasını şart koşmamakta, kefilin imzasını yeterli bulmaktadır.: Yarg. 11. HD., 16. 10. 1984 T., 3999 E., 4771 K. (Uygur, s. 9301).

5) Kefalet Sözleşmesinin Konusu Olan Borcun Bir Tazminat Yükümlülüğü Niteliğinde Olması

Kefalet sözleşmesinde kefilin yükümlülüğü, başkasına ait bir borcun yerine getirilmemesi halinde bir edimde bulunmaktır. Kefil asıl borcun yerine getirilmemesinden doğan müspet zararı tazmin eder. Bu zarar ya da menfaat kaybı, para ile tayin edilebilen bir tazminatın ödenmesi ile giderilebilmektedir. Kefil ayrıca kararlaştırılmadıkça, sözleşmenin ortadan kalkmasından veya sözleşmeden doğan menfi zararının tazmininden sorumlu değildir. Ancak kefilin sözleşme ile menfi zararı yüklenmesi de mümkündür. Bu durum kefalet sözleşmesini fer’ilik ilkesine aykırı değildir³⁰.

BK md. 67’deki hüküm şu şekildedir; “*Borcun bizzat borçlu tarafından ifa edilmesinde alacaklının menfaati bulunmadıkça; borçlu borcunu şahsen ifaya mecbur değildir*”. Başka bir deyişle üçüncü bir şahıs borçlunun rızası hilafına dahi bu borcu yerine getirebilir. Üçüncü kişiye tanınan bu imkândan kefilin de yararlanması mümkün olmalıdır. Borçlunun kişiliğinin önemi olmayan borçlarda, kefil de herhangi bir üçüncü kişi gibi asıl borcu yerine getirebilir. Bu hükümden hareketle, başkası tarafından edası mümkün olan bir borca kefil olunması halinde, kefil isterse uğranılan zararı tazmin ya da borcu aynen ifa edebilecektir. Bu durumda kefilin

³⁰ **Tandoğan**, s. 697; **Reisoğlu**, Bankacılık Uygulamasında Kefalet, s. 7; **Bilge**, Kefilin Mesuliyetinin Şumulü, s. 96.

yerine getirmek zorunda olduğu borcun seçimlik bir borç olduğunu söylemek mümkündür³¹.

III. KEFALET SÖZLEŞMESİNİN KONUSU

A) Asıl Borca Yabancı Bir Borç

Kefilin kendi borcunu yerine getirmesiyle asıl borç ortadan kalkmamakta, alacaklının alacağı kefile geçmektedir. Yani borçlunun alacaklısı değışmekte, borçlu artık eski alacaklının değil, kefilin alacaklısı durumuna gelmektedir. Bunun sonucu olarak da kefilin borcunun bir tazminat borcu olduğunu, asıl borçla ayniyet taşımadığını, asıl borca yabancı bir borç (Fremdschuld) olarak ortaya çıktığını söylemek mümkündür³². Geçerli kefalet sözleşmesinin kurulabilmesi için mutlaka başkasına ait bir borcun varlığı gerekmektedir, bu nedenle bir kimsenin kendi borcuna kefil olması mümkün değildir³³. Ancak sonradan, kefalet borcu ile asıl borç aynı kişide birleşebilir. Örneğin, kefilin miras gibi bir sebeple asıl borçlu durumuna girmesi mümkündür. Bu durumda alacaklının kefalet sözleşmesinden sağlayacağı yararlar saklı kalacaktır (BK md. 509/ II). Diğer yandan, alacaklının kendi alacağı

³¹ Kefalet sözleşmesine kefilin yalnızca asıl borcu aynen ifa ile yükümlü olduğu şeklinde bir kayıt konulması durumunda kefalet sözleşmesi değil, birlikte borç üstlenme söz konusu olur, **Bkz. Oser/ Schönerberger (Çev. Sungurbey İsmet)**, s. 90; **Reisoğlu**, Bankacılık Uygulamasında Kefalet, s. 8; **Reisoğlu**, Muteberlik Şartları, s. 344; **Tandoğan**, s. 698; **Yavuz**, s. 495- 496.

³² “Yabancı borç” kavramı İsviçre Borçlar Kanunu’nda yer alan bir kavramdır. Kefilin borcu “yabancı borç”, kefil de “yabancı borçlu” olarak adlandırılmaktadır. **Bkz. Oser/ Schönerberger (Çev. Sungurbey İsmet)**, s. 87; **Tandoğan**, s. 699; **Bilge**, s. 365; **Bilge**, Kefilin Mesuliyetinin Şumülü, s. 95; **Yavuz**, s. 496; **Uygur**, s. 9282; **Karahasan**, s. 1204.

³³ **Oser/ Schönerberger (Çev. Sungurbey İsmet)**, s. 87; **Tandoğan**, s. 699; **Bilge**, s. 365; **Bilge**, Kefilin Mesuliyetinin Şumülü, s. 96; **Reisoğlu**, Bankacılık Uygulamasında Kefalet, s. 9; **Yavuz**, s. 496; **Uygur**, s. 9282; **Karahasan**, s. 1204.

için kefil olması, alacaklı bulunduğu müddetçe bir değer taşımaz. Ayrıca alacaklı ile kefil sıfatlarının sonradan birleşmesi halinde kefalet borcu sona ermektedir (BK md. 116)³⁴.

B) Para İle Belirlenebilen Bir Borç

Kefalet sözleşmesi ile kefil, asıl borcun yerine getirilmemesi halinde, alacaklının müspet zararını giderme edimini yüklenir ki, bu edim para olarak yerine getirilir. Başka bir deyişle kefil, para ile ölçülebilen bütün borçlara, bu nitelikteki bütün verme, yapma veya yapmama borçlarına kefil olabilir. Kefalet hükümleri para ile tazmini mümkün olan her türlü borç hakkında uygulanabilir³⁵.

C) Ferdileştirilmiş Bir Borç

Kefalet borcunun fer'i niteliği, ferdileştirilmiş belli bir borç için kefil olmayı zorunlu kılmaktadır. Soyut bir şekilde kefil olmak yasaklanmıştır. Kefil olunan asıl borç, “ *taraflar, borcun kapsamı, ifa zamanı, ifa mahallı*” gibi hususlarda şüpheye mahal vermeyecek şekilde belirlenmelidir³⁶.

³⁴ Tandoğan, s. 700; Bilge, s. 365; Reisoğlu, Bankacılık Uygulamasında Kefalet, s. 9; Yavuz, s. 496

³⁵ Bkz, s. 12; Tandoğan, s. 698; Karahasan, s. 1204; Reisoğlu, Bankacılık Uygulamasında Kefalet, s. 11.

³⁶ Konuya ilişkin bir Yargıtay kararına göre: “Kefaletin şekle bağlı kılınması ön planda kefilî korumak gayesine yöneliktir. Bu nedenle asıl borcun sözleşmede yeteri kadar tanımlanmış ve belli edilebilir olması gereklidir. Herhangi bir borç için verilmiş soyut bir kefalet geçerli olamaz. Asıl borcun çeşitli yükümlülüklerinden hangisi için verildiği saptanamayan kefalet hüküm taşımaz (BK md. 484).” (Yarg. 13 HD. 3. 12. 1991 T., 7229 E., 10997 K.) (YKD, 1992, C. XVIII, S. 3, s. 396);

IV. KEFALETİN ÇEŞİTLERİ

Kefalet, gerek alacaklının kefilini takip edebilmesi için gereken şartlar bakımından, gerekse kefillerin birbirleri ile olan ilişkileri bakımından çeşitli türlere ayrılmaktadır. Borçlar Kanunumuzun 486 ve 489. maddeleri arasında kefaletin çeşitleri âdi kefalet, müteselsil kefalet, birlikte kefalet, kefile kefalet, rücu kefalet olarak düzenlenmiştir.

A) Âdi Kefalet

Âdi kefalet, Borçlar Kanunu sistemimize göre asıl olan kefalet çeşididir. Kefilin müteselsil olarak borç altına girdiğinin belirtilmediği ya da kanunlarda açıkça müteselsil kefaletin varlığının kabul edilmediği hallerde âdi kefaletin varlığından söz edilmektedir³⁷.

Âdi kefalette, alacaklı önce asıl borçluya başvurur. Eğer alacaklının alacağını asıl borçludan alması mümkün değilse, asıl borçluya yapılacak takipler çok masraflı

Oser/ Schönerberger (Çev. Sungurbey İsmet), s. 96- 97; **Reisoğlu**, Bankacılık Uygulamasında Kefalet, s. 11.

³⁷ **Oser/ Schönerberger** (Çev. Sungurbey İsmet), s. 172- 175; **Becker Herman** (Çev. Dura Suat), s. 1055; **Tandoğan**, s. 762; **Reisoğlu**, Bankacılık Uygulamasında Kefalet, s. 113; **Bilge**, s. 374; **Hatemi/ Serozan/ Arpacı**, s. 525; **Yavuz**, s. 504; **Berki**, s. 225; **Karahasan**, s. 1225; **Daeppen Oscar** (Çev. Bayrav Osman), s. 351; **Göktürk**, s. 344; **Aral**, s. 457; **Zevkliler**, s. 401; **Uygur**, s. 9342 vd.

ve zor ise kefile gidilebilir (BK md. 486/ I). Bu durum, âdi kefalet ilişkisinde, kefilin borcunun sadece fer'i değil, aynı zamanda tali olduğunun da bir göstergesidir³⁸.

Alacaklının kefile başvurusu üzerine, kefilin önce asıl borçluya başvurulmasını istemeye, bu şekilde başvuruyu geri çevirmeye hakkı vardır. Buna “*tartışma def'i*” ya da “*peşin dava def'i*” denir³⁹. Bazı hallerde tartışma def'inin ileri sürülemeyeceği dolaylı da olsa BK md. 486/ I'de ifade edilmiştir. Anılan hüküm uyarınca, borçlu kefalet sözleşmesinin yapılmasından sonra iflâs etmişse veya borçlu hakkında yapılan haciz yoluyla takip, alacaklının kusuru olmaksızın semeresiz kalmışsa ya da borçlu aleyhine Türkiye’de takip yapılması imkânsız hale gelmişse, alacaklının kefile başvurusu mümkün olmayacaktır⁴⁰.

³⁸ **Tandoğan**, s. 762; **Karahasan**, s. 1225; **Bilge**, s. 374; **Hatemi/ Serozan/ Arpacı**, s. 526; **Daeppen Oscar (Çev. Bayrav Osman)**, s. 351; Türk Borçlar Kanunu Tasarısının md. 585/ III hükmünde, doğrudan doğruya kefile başvurulabilecek haller; sadece açığın kapatılması için kefil olunmuşsa, borçlu aleyhine yapılan takip semeresiz kalırsa veya imkansız hale gelirse, konkordato kesinleşirse, şeklinde sıralanmaktadır. Bkz. **Kuntalp/ Barlas**, s. 435.

³⁹ Tartışma def'i kavramı “ön dava def'i” ya da “önceden dava def'i” olarak da adlandırılmaktadır. Bkz. **Oser/ Schönenberger (Çev. Sungurbey İsmet)**, s. 176; **Becker Herman (Çev. Dura Suat)**, s. 1055. Ancak Türk hukukundan yaygın kullanımı “tartışma def'i” şeklindedir. Bkz. **Tandoğan**, s. 762- 763; **Reisoğlu**, Bankacılık Uygulamasında Kefalet, s. 114; **Bilge**, s. 374; **Hatemi/ Serozan/ Arpacı**, s. 526; **Yavuz**, s. 504; **Karahasan**, s. 1226.

⁴⁰ **Becker Herman (Çev. Dura Suat)**, s. 1056- 1057; **Oser/ Schönenberger (Çev. Sungurbey İsmet)**, s. 179- 184; **Reisoğlu Seza**, “Kefilin Def'i Hakları”, BATİDER, 1961- 1962, C. 1, s. 206- 207; **Reisoğlu**, Bankacılık Uygulamasında Kefalet, s. 115- 118; **Hatemi/ Serozan/ Arpacı**, s. 526; **Yavuz**, s. 504; **Karahasan**, s. 1226- 1227; **Tandoğan**, s. 763- 766; **Bilge**, s. 374- 375; **Franko**, s. 20; **Karatay**, s. 625; **Olgaç**, s. 20; Konuya ilişkin bir Yargıtay kararında da belirtildiği gibi, “Âdi kefalet fer'i ve tali mahiyet taşır. O nedenle, alacaklı, ancak asıl borçlunun borcunu ödemekte aczi veya onun aleyhinde yapılacakların çok masraflı ve zor olması durumlarına âdi kefile başvurulabilir. Bu gibi haller dışında kendisine başvurulanan kefil, önce asıl borçluya karşı takibe geçilmesi şeklinde “peşin dava def'ini” ileri sürebilir”.: Yarg. 13. HD., 18. 5. 1992 T., 3606 E., 4611 K. (**Uygur**, s. 9303).

Âdi kefalette kefilin sahip olduğu bir diğerk def'i "*rehnin paraya çevrilmesi def'i*"dir. BK md. 486/ II hükmü gereğince, alacak, kefaletten önce veya aynı zamanda, rehinle teminat altına alınmış ise, âdi kefalette, kefilin, alacağın önce rehinli maldan elde edilmesini istemeye hakkı vardır. Ancak rehin kefaletten önce veya aynı zamanda verilmiş olmalıdır. Rehnin paraya çevrilmesi def'i, borçlunun iflâs etmiş olması halinde ileri sürülemez. Başka bir deyişle, kefilin, ilk önce rehnin paraya çevrilmesini talep hakkı BK md 486/ II'ye göre, borçlunun iflâs etmemiş olmasına veya iflâs açılmadan rehnin paraya çevrilmesinin mümkün olmasına bağlıdır⁴¹.

B) Müteselsil (Dayanışmalı)Kefalet

Kefalet hukukunda âdi kefaletin kural, müteselsil kefaletin istisna olmasına rağmen, uygulamada en çok rastlanılan kefalet türü müteselsil kefalettir. BK md. 487/ I hükmü uyarınca, "*Kefil, borçlu ile beraber müteselsil kefil ve müşterek müteselsil borçlu sıfatı ile veya bu gibi diğerk bir sıfatla borcun ifasını deruhde etmiş ise alacaklı asıl borçluya müracaat ve rehinleri nakde tahvil ettirmeden evvel kefil aleyhine takibat icra edebilir*".

BK md. 487 anlamında müteselsil kefalet, kefilin sorumluluğunun tali olmadığı bir kefalettir. Bu tür kefalette alacaklı doğrudan doğruya, asıl borçluya

⁴¹Becker Herman (Çev. Dura Suat), s. 1058; Oser/ Schönerberger (Çev. Sungurbey İsmet), s. 184- 186; Reisoğlu, Kefilin Def'i Hakları, s. 207; Reisoğlu, Bankacılık Uygulamasında Kefalet, s. 120- 121; Karahasan, s. 1228; Bilge, s. 376; Tandoğan, s. 766- 767; Yavuz, s. 505- 506; Hatemi/ Serozan/ Arpacı, s. 526; Karatay, s. 625; Aral, s. 459- 460.

başvurmaksızın, kefil aleyhine takibe geçebilir. Müteselsil kefalette kefil, tartışma def'inden ve önce rehnin paraya çevrilmesi def'inden yararlanamaz⁴².

Müteselsil kefaletin varlığı için, kefilin bu yönde açıkça irade beyanında bulunması gerekir. Bu konuda, BK md. 487, “*müteselsil kefil*” ifadesinin yanısıra, “*müşterek müteselsil borçlu sıfatı ile*” ifadesini ya da buna benzer başka ifade tarzlarını yeterli görmüştür. Bu nedenle uygulamada bir terim karmaşası hüküm sürmektedir. Kanun koyucu tarafından, kefaletin bir türü için müteselsil tabirinin kullanılmasının, uygulamada bazı yanlış anlamalara yol açtığından hatalı ve yanıltıcı olduğu kanaatindeyiz⁴³. Şunu belirtmek gerekir ki “*müteselsil kefalet*” ile “*müşterek müteselsil borçluluk*” aynı şey değildir. Müteselsil kefalet fer'i, müteselsil borçluluk ise asli niteliktedir. Bir kimsenin aynı borç için hem müteselsil kefil hem de müteselsil borçlu olması mümkün değildir. BK md. 487'de müteselsil kefil ile asıl borçlu arasında, BK md. 141 anlamında bir teselsül ilişkisi bulunmamaktadır⁴⁴. Müteselsil kefalette alacaklının, borçluya gitmeden önce kefilden talepte bulunabilmesi, müteselsil kefaleti müteselsil borçluluğa yaklaştırıyor ise de, her iki müessese arasında pek çok farklılık vardır.

⁴² Oser/ Schönerberger (Çev. Sungurbey İsmet), s. 189; Becker Herman (Çev. Dura Suat), s. 1059; Tandoğan, s. 769; Yavuz, s. 506; Reisoğlu, Bankacılık Uygulamasında Kefalet, s. 120- 121; Reisoğlu, Kefilin Def'i Hakları, s. 209; Karahasan, s. 1228; Olgaç, s. 22; Bilge, s. 378; Göktürk, s. 345; Aral, s. 460; Zevkliler, s. 402; Tekinay, s. 742- 743.

⁴³ Türk Borçlar Kanunu Tasarısında da bu terim karmaşasına son vermek adına, müteselsil kefaleti tanımlayan md. 586'de “müşterek müteselsil borçluluk” ifadesine yer verilmemiş, “kefil, müteselsil kefil sıfatıyla veya bu anlama gelen herhangi bir ifadeyle yükümlülük altına girmeyi kabul etmişse...” demekle yetinilmiştir. Bkz. Kuntalp/ Barlas, s. 435.

⁴⁴ Hatemi/ Serozan/ Arpacı, s. 527; Reisoğlu, Bankacılık Uygulamasında Kefalet, s. 121-122; Tandoğan, s. 770; Franko, s. 20; Karahasan, s. 1234- 1235.

1) Müteselsil Kefaletin Müteselsil Borçluluktan Ayırılması

a) Farklı Hüküm ve Sonuçlar

Müteselsil kefalet ile müteselsil borçluluk arasındaki bazı önemli farklılıkları şu şekilde sıralamak mümkündür:

1) BK md. 492 hükmü gereğince, kefalette asıl borç herhangi bir sebeple ortadan kalkarsa kefilin sorumluluğu da sona erecektir. Bu durum, kefaletin fer'i bir borç olmasından kaynaklanır. Oysa ki BK md 145/ II'de de belirtildiği gibi, müteselsil borçlulukta, borcun borçlulardan biri için sona ermesi halinde, diğer borçluların da borçtan kurtulması söz konusu olmaz⁴⁵.

2) Kefil ifade bulunduğu oranda alacaklının haklarına halef olduğu halde, müteselsil borçlulukta borçlulardan biri ancak kendi hissesinden fazla bir ödemede bulunduğu takdirde ve sadece bu fazlalık oranında alacaklının haklarına halef olabilir⁴⁶.

3) Müteselsil kefil asıl borçluya ait bütün def'ileri, alacaklıya karşı ileri sürmek hakkına sahiptir (BK md. 497/ I). Oysa ki, müteselsil borçlulardan biri, diğer

⁴⁵ **Reisoğlu**, Bankacılık Uygulamasında Kefalet, s. 71; **Akıntürk, Turgut**: Müteselsil Borçluluk, Ankara 1971, s. 86; **Tekinay, Selahattin Sulhi**: “Müteselsil Borç İle Kefalet Arasında Bir Mukayese”, AD, 1956, C. 47, S. 7, s. 746- 747; **Canyürek, Murat**: “Müteselsil Borç Ve Kefalet Müesseselerinin Temel Farklılıkları Üzerine”, Argumentum, 1993, Y. 3, S. 33, s. 593; **Erlüle, Fulya**: “Müteselsil Kefalet ve Müteselsil Borçluluk Kavramlarının Karşılaştırılması”, AÜEHFD, 2003, C. 7, S. 1- 2, s. 635 vd. ; **Ekinci, Neslihan**: “Müteselsil Kefalet ve Hükümleri”, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 1996, s. 58 vd.; **Aral**, s. 443; **Tekinay**, s. 746.

⁴⁶ **Akıntürk**, Müteselsil Borçluluk, s. 86; **Reisoğlu**, Bankacılık Uygulamasında Kefalet, s. 72; **Olgaç** s. 85; **Tekinay**, s. 750- 751; **Erlüle**, s. 643; **Tandoğan**, s. 705.

borçlulara ait şahsi def'ileri ileri süremez. Sadece kendi şahsi def'ilerini ve müteselsil borcun sebep ve konusundan doğmuş olan ortak def'ileri sürebilir (BK md. 143)⁴⁷.

4) Müteselsil kefaletin geçerliliği yazılı şekil şartına ve kefilin sorumlu olacağı en yüksek miktarın gösterilmesine bağlı iken, müteselsil borç ilişkisinin doğumu herhangi bir şekil şartına bağlanmamıştır⁴⁸.

5) Kefil, asıl borçlunun kusur ve temerrüdünün yasal sonuçlarından sorumlu olduğu halde (BK md. 490), müteselsil borçlu, diğer müteselsil borçlunun temerrüdünden sorumlu tutulamaz (BK md. 144). Başka bir deyişle, müteselsil borçlulukta, borçlulardan her birinin kusur ve temerrüdünden doğan sonuçlar şahsidir, diğer borçluları etkilemez⁴⁹.

6) Zamanaşımı kefile karşı kesilince asıl borçluya karşı kesilmiş olmayacağı halde (BK md. 134/ III), müteselsil borçlulardan birine karşı kesilmiş olan zamanaşımı diğer borçlulara karşı da kesilmiş olmaktadır⁵⁰.

⁴⁷ Tekinay, s. 747; Akıntürk, Müteselsil Borçluluk, s. 85; Reisoğlu, Bankacılık Uygulamasında Kefalet, s. 71; Canyürek, s. 593; Olgaç, s. 23; Erlüle, s. 639.

⁴⁸ Ekinci, s. 71; Reisoğlu, Bankacılık Uygulamasında Kefalet, s. 71; Olgaç, s. 85; Tandoğan, s. 705; Akıntürk, Müteselsil Borçluluk, s. 86; Erlüle, s. 643; Tekinay, s. 749.

⁴⁹ Becker Herman (Çev. Dura Suat), s. 1059; Erlüle, s. 641; Akıntürk, Müteselsil Borçluluk, s. 85; Reisoğlu, Bankacılık Uygulamasında Kefalet, s. 72; Tekinay, s. 747; Canyürek, s. 593.

⁵⁰ Akıntürk, Müteselsil Borçluluk, s. 85; Reisoğlu, Bankacılık Uygulamasında Kefalet, s. 72; Tandoğan, s. 705- 706; Tekinay, s. 748.

7) Kefalet borcu, kural olarak asıl borç ile birlikte muaccel olur, oysa borç, müteselsil borçlulardan her biri için ayrı ayrı zamanlarda muaccel olabilir. Zira, müteselsil borçlulukta borçlulardan her birinin borcu diğerinden az çok bağımsızdır. Kefilin borcu ise asıl borca bağlı olduğundan, kefalet borcu asıl borçtan önce muaccel hale gelmez⁵¹.

Müteselsil kefaletin, alacaklıya sağladığı en büyük fayda, borç muaccel hale gelir gelmez, kefalet için ayrı bir vade mevcut değilse, kefile başvurarak alacağını talep edebilmesidir. Uygulamada, alacaklı genellikle asıl borçludan önce, daha iyi durumda olan kefile gitmektedir. Mevcut rehinler borcun tamamını karşılayacak değerde olsa dahi alacaklı takip masraf ve zahmetinden kaçınmak için daha rahat yolu seçmekte ve kefile başvurmaktadır⁵².

b) Ayrım İçin Yararlanılabilecek Kıstaslar

aa) Aslîlik- Fer'ilik Kıstası

Yukarıda belirtilen farklılıklarda açıkça görüldüğü gibi, müteselsil kefalet, hatta geniş anlamda kefalet sözleşmesi ile müteselsil borçluluk arasındaki en bariz fark, kefalet sözleşmesinin fer'i, müteselsil borçluluğun aslî nitelikte olmasıdır.

⁵¹ Tekinay, Sulhi/ Akman, Sermet/ Burcuoğlu, Haluk/ Altop, Atilla: Tekinay Borçlar Hukuku, İstanbul 1993, s. 289; Akıntürk, Müteselsil Borçluluk, s. 86; Reisoğlu, Bankacılık Uygulamasında Kefalet, s. 72; Ertüle, s. 641.

⁵² Konuya ilişkin bir Yargıtay kararına göre: “BK’nun 487. maddesine göre alacaklı, asıl borçluya müracaat etmeden ve rehinleri nakde tahvil ettirmeden kefiller hakkında icra takibi yapabilir...” (Yarg. 12. HD. 16. 03. 2001 T., 3224 E., 4520 K.) (Karahasan, s. 1235); Reisoğlu, Bankacılık Uygulamasında Kefalet, s. 124.

Borcun doğumu ve varlığı, asıl borca bağlı ise müteselsil kefaletten, asıl borçtan tamamen bağımsız olarak varlık kazanmışsa ve asıl borç sona ermesine rağmen devam edebiliyorsa müteselsil borçluluktan söz edilir⁵³.

bb) Menfaat Kıtası

Eğer yükümlülük altına girenin yapılan sözleşmenin ifasında şahsen menfaati varsa müteselsil borçluluk, onun borç altına girmesi sadece alacaklıya daha iyi bir teminat sağlamak suretiyle borçlunun kredisini sağlamlaştırmaya yönelikse, kefalet sözleşmesi söz konusudur⁵⁴.

cc) Tarafların Kullandıkları Terimlerin Değerlendirilmesi Kıtası

BK md. 487/ I hükmü uyarınca, çeşitli sözleşmelerde müteselsil kefil ve müşterek müteselsil borçlu deyimleri birlikte kullanılmaktadır. Doktrine göre, bu terimlerin birlikte kullanılması halinde, bu durumun kefalet sözleşmesini ifade ettiği

⁵³ **Eren, Fikret:** Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 2001, s. 1188, **Oğuzman, Kemal/ Öz, Turgut:** Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 2005, s. 799- 800; **Tekinay/ Akman/ Burcuoğlu/ Altop,** s. 285; **Oser/ Schönerberger (Çev. Sungurbey İsmet),** s. 191- 192; **Ekinci,** s. 60- 61; **Tandoğan,** s. 706; **Akıntürk,** Müteselsil Borçluluk, s. 88; **Reisoğlu,** Bankacılık Uygulamasında Kefalet, s. 72; **Erlüle,** s. 632; **Aral,** s. 443; **Tekinay,** s. 746; **Canyürek,** s. 593.

⁵⁴ **Ekinci,** s. 61- 62; **Tandoğan,** s. 706; **Akıntürk,** Müteselsil Borçluluk, s. 89; **Erlüle,** s. 633; Ancak İsviçre Federal Mahkemesinin de bir kararında belirttiği gibi, kefilin de bir menfaat karşılığı yükümlülük altına girebileceği, bankaların aldıkları komisyonlar karşılığında kefil oldukları, ivazın kefalet niteliğini ortadan kaldırmayacağı düşünülürse, bu kıtasın çok da güvenli olmadığı söylenebilir.: BGE 101 II 323 (Naklen **Reisoğlu,** Bankacılık Uygulamasında Kefalet, s. 75).

kabul edilmektedir⁵⁵. Yargıtay da bir çok kararında, kefalet senetlerindeki “*müşterek borçlu ve müteselsil kefil*” ifadelerini yalnızca âdi ya da müteselsil kefaletin göstergesi olarak kabul etmiş, bu deyimlerden yola çıkarak, BK md. 141 anlamında bir müteselsil borçluluğun varolduğu sonucuna varmamıştır⁵⁶.

dd) Borcun Aynen Yerine Getirilmesi- Tazminat Ödeme Kıstası

Kefil, kefil olduğu kişinin edimini yerine getirmezse, kendisi o edimi ifa etmeyi değil, asıl borçlunun ifada bulunmaması halinde tazminat ödemeyi yükümlenir. Oysa ki müteselsil borçlu sözleşmenin gerektirdiği edimi kendisi aynen yerine getirmek borcu altına girer⁵⁷.

2) Müteselsil Kefaletin Birlikte Borç Üstlenmeden Ayırteılması

Birlikte borç üstlenme (borca katılma), mevcut bir borcu eskisinin yanında, yeni bir borçlunun da kendi borcu olarak üzerine alması, ilk borçlu ile birlikte sorumluluğu kabul etmesidir. Birlikte borç üstlenmede mevcut borçlu ile borca

⁵⁵ İsviçre’deki genel düşünce bu yöndedir. Bkz. **Oser/ Schönerberger (Çev. Sungurbey İsmet)**, s. 193- 194; **Becker Herman (Çev. Dura Suat)**, s. 1061.

⁵⁶ Yarg. HGK, 30. 9. 1987 T., 11- 617 E., 684 K. (**Uygur**, s. 9355); Yarg. 11. HD., 8. 5. 1986 T., 2636 E., 2772 K.; Yarg. 11 HD., 15. 5. 1986 T., 1715 E., 3508 K (**Reisoğlu**, Bankacılık Uygulamasında Kefalet, s. 75); **Erlüle**, s. 633- 634; **Ekinci**, s. 63; **Tekinay**, s. 744.

⁵⁷ **Tandoğan**, s. 708; Yargıtayın eski bir kararında belirtildiği gibi, devlet hesabına öğrenim yapanların yükümlülüklerini yerine getirmemeleri halinde, onlar için “müşterek borçlu, müteselsil kefil” sıfatıyla taahhütte bulunan, onların yerine okuyamayacağına göre, bu taahhüt müteselsil borçluluk değil, müteselsil kefalet kabul edilir.: Yarg. 3. HD., 6. 12. 1955 T., 9031 E., 6504 K. (**Akıntürk**, Müteselsil Borçluluk, s. 90); **Reisoğlu**, Bankacılık Uygulamasında Kefalet, s. 77; **Ekinci**, s. 64; **Erlüle**, s. 634; **Eren**, s. 1190.

katılan yeni borçlu arasında bir teselsül ilişkisi bulunmaktadır⁵⁸. Birlikte borç üstlenme doğuş itibariyle geçerli bir asıl borcun varlığına bağlı ise de, devamı bakımından asıl borcun varlığına bağlı değildir ve bu yönüyle fer'i bir borç olan kefaletten ayrılır. Kefalet sözleşmesinin aksine, borca katılma sözleşmesi, geçerlilik bakımından özel bir şekle bağlı değildir. Ayrıca, birlikte borç üstlenen (borca katılan), ilk borçlunun sonradan ortaya çıkan defilerini alacaklıya karşı ileri süremez; kefaletin fer'i olma niteliği buna olanak tanımaktadır. Kefalet sözleşmesinde kefilin amacı sadece, teminat sağlamak suretiyle asıl borçlunun kredisini sağlamlaştırmak iken, birlikte borç üstlenmede, yükümlülük altına girenin sözleşmenin ifasında şahsi bir menfaati bulunmaktadır⁵⁹.

C) Birlikte Kefalet

Birlikte kefalet uygulamada sık rastlanılan bir kefalet türüdür. BK md. 488 hükmü uyarınca, birden fazla kişiler bölünebilen bir borca birlikte kefil olurlarsa, bunlardan her biri, kendi payları tutarında âdi kefil gibi, diğerlerinin payları için de kefile kefil sıfatıyla sorumlu olurlar.

⁵⁸ **Aral**, s. 443; **Reisoğlu**, Bankacılık Uygulamasında Kefalet, s. 68; **Ekinci**, s. 75; **Tandoğan**, s. 702; **Uygur**, s. 9285.

⁵⁹ **Oser/ Schönenberger** (Çev. **Sungurbey İsmet**), s. 104; **Becker Herman** (Çev. **Dura Suat**), s. 1045; **Tandoğan**, s. 702; **Aral**, s. 443; **Uygur**, s. 9285; Aksi görüş sahibi Federal Mahkemeye göre ise, borcun ifasında menfaati olma durumu, birlikte borç üstlenmenin kaçınılmaz bir unsuru olmadığı gibi, böyle bir menfaatin bulunması da daima bir birlikte borç üstlenmenin varlığı anlamına gelmez.: BGE 42 II 264 (Naklen **Tandoğan**, s. 708).

1) Gerçek Olmayan Birlikte Kefalet

Aynı borca birden fazla kimse kefil olsa dahi, eğer kefiller birbirlerinden bağımsız olarak taahhüt altına girmişlerse, bunlardan herbiri alacaklıya karşı, bağımsız olarak borcun tamamından sorumlu olur. Kefalet senedinin imzalanmasından sonra başka kefillerin de bulunduğu öğrenilmesi, gerçek olmayan birlikte kefillerin durumlarında bir değişiklik yaratmaz. Bu tür kefaletle “*gerçek olmayan birlikte kefalet*” ya da “*bağımsız kefalet*” denir⁶⁰.

Gerçek olmayan birlikte kefalette, borcu ödeyen kefilin diğer kefillere karşı rücu hakkını düzenleyen bir hüküm kanunumuzda yer almamaktadır. Bu durum doktrinde hakkaniyete aykırı kabul edilmektedir⁶¹. Oysa ki İsviçre Borçlar Kanunu’nda bu hakkaniyet görüşünden hareket edilerek, ödemede bulunan kefile, diğer kefillere kısmen rücu etme hakkı tanınmıştır⁶².

⁶⁰ **Tandoğan**, s. 771; **Reisoğlu**, Bankacılık Uygulamasında Kefalet, s. 125; **Bilge**, s. 379; **Hatemi/Serozan/ Arpacı**, s. 529; **Franko**, s. 21; **Akıntürk**, Müteselsil Borçluluk, s. 92; **Arık**, s. 502; **Göktürk**, s. 345.

⁶¹ **Reisoğlu**, Bankacılık Uygulamasında Kefalet, s. 125; **Tandoğan**, s. 771; **Göktürk**, s. 345.

⁶² 1941 yılında yapılan değişiklikte, İsviçre Borçlar Kanunu md. 497’ye son bir fıkra eklenmiştir. Bu hükme göre; “Birçok kefiller birbirinden bağımsız olarak aynı borç için kefil olmuşlarsa, her biri kefil olduğu tutarın bütünü için sorumlu olur. Bununla birlikte, ödeyenin, başka türlü anlaşma bulunmadıkça, ötekilere paylarına göre başvurma (rücu) hakkı vardır”. Bkz. **Oser/ Schönenberger** (Çev. **Sungurbey İsmet**), s. 201; **Akıntürk**, Müteselsil Borçluluk, s. 92.

2) Gerçek Birlikte Kefalet

Gerçek birlikte kefalette, birden fazla kimse, aynı borca, diğerinin ya da diğerlerinin de kefil olduğunu veya olacağını gözönünde tutarak kefil olmaktadır. Buradaki kefiller arasındaki subjektif ilişki, gerçek birlikte kefaleti, gerçek olmayan birlikte kefaletten ayırmaktadır. BK md. 488’de yer alan kefalet çeşidi, gerçek birlikte kefalettir. Bu durumda, kefillerin birlikte kefil olma konusunda anlaşmalarına ya da bir sözleşme yapmalarına gerek yoktur. Fakat en azından, birbirlerinin kefilliğinden haberdar olmaları ve bunu hesaba katmaları gerekir⁶³. Gerçek birlikte kefalet âdi birlikte kefalet ya da müteselsil birlikte kefalet şeklinde karşımıza çıkabilir.

a) Âdi Birlikte Kefalet

BK md. 488’in birinci cümlesinde de belirtildiği gibi, birden fazla kimse birlikte, bölünebilir bir borca kefil olurlarsa, bunlardan herbiri kendi hisseleri miktarınca âdi kefil gibi ve diğerlerinin hisseleri hakkında kefile kefil gibi sorumlu

⁶³ Konuya ilişkin bir Yargıtay kararına göre: “Birlikte kefalet, birden çok kimsenin aynı borca kefil olmasıdır. Kefillerin aynı anda yükümlülük altına girmeleri zorunlu değildir. Fakat en azından birbirlerinin kefaletinden bilgileri olması ve bu yönü göz önüne alarak kefil olmaları gerekir...” (Yarg. 11. HD., 14. 06. 1985 T., 2643 E., 3880 K.) (Karahasan, s. 1236); Oser/ Schönerberger (Çev. Sungurbey İsmet), s. 206; Reisoğlu, Bankacılık Uygulamasında Kefalet, s. 126- 127; Tandoğan, s. 771; Yavuz, s. 507; Franko, s. 22; Hatemi/ Serozan/ Arpacı, s. 529- 530; Zevkliler, s. 403; Uygur, s. 9374.

olurlar. Başka bir deyişle, âdi kefil olunabilmesi için, aynı borca birlikte kefil olmanın yanı sıra, borcun bölünebilir bir borç olması şartı aranır⁶⁴.

Her kefil alacaklının kendisinden ancak payı oranında talepte bulunmasını isteyebilir. Her kefilin payına düşecek sorumluluk önceden açıkça belirtilmemişse, kefillerden her biri eşit paylarla sorumlu olurlar. Hissesinde fazlası için âdi kefilin sorumluluğu bir kefile kefil sorumluluğu olduğundan alacaklının önce diğer kefil ya da kefillere başvurması gerekir. Kefile kefil tıpkı asıl borçlunun borcunu garanti eden kefil durumunda olduğundan, birinci kefile ait def'i ve itirazları ileri sürmek hakkına haizdir. Bunlar tartışma def'i, rehnin paraya çevrilmesi def'i ya da bölme (taksim) def'i gibi def'ilerdir⁶⁵.

Kefillerden biri payını ödemekten aciz ise, diğer kefiller onun payını kefile kefil sıfatı ile ve payları ile orantılı olarak ödemek zorundadırlar. Kendi payından çok ödemede bulunan âdi birlikte kefil, öteki kefillere payları oranında dönebilir⁶⁶.

⁶⁴ Oser/ Schönerberger (Çev. Sungurbey İsmet), s. 207; Reisoğlu, Bankacılık Uygulamasında Kefalet, s. 129; Tandoğan, s. 771; Yavuz, s. 507; Aral, s. 463; Uygur, s. 9374.

⁶⁵ Becker Herman (Çev. Dura Suat), s. 1064; Oser/ Schönerberger (Çev. Sungurbey İsmet), s. 207; Karahasan, s. 1237; Tandoğan, s. 773; Reisoğlu, Bankacılık Uygulamasında Kefalet, s. 131; Bilge, s. 379- 380; Yavuz, s. 508; Aral, s. 463; Zevkliler, s. 403; Uygur, s. 9375.

⁶⁶ Yarg. 13. HD., 30. 9. 1976 T., 1159 E., 6240 K. (Uygur, s. 9381- 9382); Tandoğan, s. 773; Karahasan, s. 1237; Yavuz, s. 508.

b) Müteselsil (Dayanışmalı) Birlikte Kefalet

Müteselsil birlikte kefalet, her kefilin alacaklıya karşı bütün borç için sorumlu olduğu ortaklaşa kefalet türüdür. Âdi birlikte kefillikten farklı olarak, burada bölünebilen bir borç bulunmamaktadır. Müteselsil birlikte kefalet iki şekilde olur, müteselsil birlikte kefiller ya sadece kendi aralarında müteselsilen sorumluluk yüklenirler ya da hem kendi aralarında hem de borçlu ile birlikte müteselsilen sorumluluk altına girerler. İlk durumda, kefiller yalnızca bölme def'inden vazgeçmişlerdir, tartışma def'i hakları saklıdır. İkinci durumda ise hem bölme hem de tartışma def'i haklarından vazgeçmişlerdir⁶⁷.

BK md. 488 hükmünün ikinci cümlesinde de açıkça belirtildiği gibi, payına düşenden çok ödemedede bulunan birlikte müteselsil kefilin diğerlerine rücu hakkı vardır. Bu rücu hakkı asıl borçludan önce diğer kefillere karşı kullanılabilir. Müteselsil birlikte kefalette de kefillerin herbirine iç ilişkide düşen sorumluluk, başka türlü kararlaştırılmadıkça, eşit oranda dağıtılmış sayılmaktadır⁶⁸.

⁶⁷ Oser/ Schönenberger (Çev. Sungurbey İsmet), s. 213; Tandoğan, s. 774; Karahasan, s. 1237; Becker Herman (Çev. Dura Suat), s 1064- 1065; Reisoğlu, Bankacılık Uygulamasında Kefalet, s. 135- 136; Aral, s. 463; Zevkliler, s. 404; Uygur, s. 9375.

⁶⁸ Yargıtaya göre, “Rücu kuralında, BK md. 69 hükmünce eşit payın esas tutulması zorunludur. Müteselsil kefaletle ilişkin özel hükümlerde de, bu ana kurala aykırı bir hüküm sevk edilmiş değildir”.: Yarg. 4. HD., 17. 6. 1966 T., 7163 E., 6881 K. (Uygur, s. 9382); Konuya ilişkin başka bir Yargıtay kararında da belirtildiği gibi, “Dava konusu uyuşmazlık, Borçlar Kanunu’nun 488. maddesinde düzenlenen birlikte kefillerin, birbirlerine rücuundan doğmaktadır. Davacı ve davalı 3. kişi için, banka tarafından verilen krediye müteselsilen kefil olmuşlardır. Davacı, bu kefalet sebebi ile bankaya ödediği borcun yarısını diğer müteselsil kefil davalıdan, birlikte kefillerin birbirlerine rücu hakkına dayanarak istemektedir...”: Yarg. 3. HD., 22. 02. 1999 T., 1445 E., 1605 K. (Karahasan, s. 1239); Tandoğan, s. 774; Yavuz, s. 508.

D) Kefile Kefalet ve Rücua Kefalet (Başvurma Kefaleti)

BK md. 489’da kefile kefalet ve rücua kefalet ayrı birer kefalet türü olarak gösterilmiştir. Oysa ki gerek kefile kefalet gerekse rücua kefalet, taahhüt şekline göre âdi veya müteselsil kefaletin bir türüdür. Başka bir deyişle, kanunumuzda bu konu ile ilgili herhangi bir düzenleme yer almamış olsaydı dahi, her iki kefalet türü de geçerli olabilecekti⁶⁹.

Kanunumuzda yer alan tanımıyla (BK md. 489) kefile kefil, alacaklıya karşı kefilin taahhüdünü temin eden kimsedir ve kefil ile birlikte sorumluluğu, borçlunun taahhüdünü temin eden âdi kefilin borçlu ile beraber olan sorumluluğu derecesindedir.

Kefile kefalet sözleşmesinin tarafları, alacaklı ile kefile kefildir. İlk kefil ise asıl borçlu durumundadır. Burada dikkat edilmesi gereken husus, ilk kefaletteki asıl borçlu ile, kefile kefaletteki asıl borçlunun farklı kimseler olduğudur. Ancak her iki durumda da alacaklı aynı kişidir.

BK md. 489 hükmünde de açıkça belirtildiği gibi, kefile kefil ilk kefilin yanında asıl borçlu yanındaki âdi kefil durumundadır. Alacaklı, önce asıl borçlu ya da asıl kefile başvurmadan, onların aczi ya da Türkiye’de aleyhlerine takip imkânı

⁶⁹ **Reisoğlu**, Bankacılık Uygulamasında Kefalet, s. 149; **Reisoğlu, Seza**: “ Kefilin Rücua ile İlgili Meseleler”, BATİDER, 1961- 1962, C. 1, s. 490- 491; **Von Tuhr (Çev. S. Ş. Ansay)**: “Kefilin Rücua”, Adliye Ceridesi, 1938, S. 8, s. 1156- 1166; **Daepfen Oscar (Çev. Bayrav Osman)**, s. 354; **Hatemi/ Serozan/ Arpacı**, s. 550- 531; **Bilge**, s. 377; **Tandoğan**, s. 767- 768; **Franko**, s. 21; **Zevkliler**, s. 404.

bulunmadığı sabit olmadan (BK md. 486) kefile kefileden talepte bulunursa, kefile kefil tartışma def'ini ileri sürebilecektir. Bununla beraber, kefile kefil müteselsil olarak taahhüt altına giriyorsa, bu durumun açıkça kefalet senedinde belirtilmesi gerekir. Bu durumda alacaklının, borç muaccel olur olmaz derhal kefile kefile başvurması mümkündür⁷⁰.

Rücua kefil, kanumuzda yer alan tanımıyla (BK md. 489/ II), borçludan alacağını alamayan kefile kefil olan kimsedir. Kefile kefaletten farklı olarak bu sözleşmenin tarafları, ilk kefil ile rücua kefiledir, ilk kefil ise alacaklı durumunda kalır. Başka bir deyişle, rücua kefil, ilk kefil asıl alacaklıya ödeme yaptıktan sonra, asıl borçluya ileri süreceği rücu alacağını tekeffül eder.

Rücua kefalet aksi kararlaştırılmadıkça âdi kefalettir. Ödemede bulunan ilk kefil, önce asıl borçluya gider. BK md 486'da sayılan hallerin varlığı halinde (iflâs, semeresiz takip, Türkiye'de takip imkânsızlığı) rücua kefile başvurabilir. Rücua kefil müteselsil olarak borç altına girmişse, kefil ödemede bulunur bulunmaz rücua kefile gidebilir. Banka teminat mektupları kefalet niteliği taşıdıkları takdirde banka bu çeşit bir taahhüt altına girmektedir⁷¹. Bu nedenle, banka uygulamasında, banka kefil olmak için, asıl borçludan başka rücu edebileceği bir kimsenin imzasını arar⁷².

⁷⁰ **Tandoğan**, s. 768- 769; **Oser/ Schönerberger (Çev. Sungurbey İsmet)**, s. 203; **Reisoğlu**, Bankacılık Uygulamasında Kefalet, s. 150; **Hatemi/ Serozan/ Arpacı**, s. 530; **Karahasan**, s. 1240; **Becker Herman (Çev. Dura Suat)**, s 1067; **Aral**,s. 464; **Zevkliler**, s. 404; **Uygur**, s. 9389.

⁷¹ **Tandoğan**, s. 768- 769; **Becker Herman (Çev. Dura Suat)**, s 1067; **Reisoğlu**, Bankacılık Uygulamasında Kefalet, s. 151; **Hatemi/ Serozan/ Arpacı**, s. 531; **Karahasan**, s. 1240- 1241; **Aral**, s. 464; **Zevkliler**, s. 404; **Uygur** , s. 9389.

⁷² **Güven, Ünay**: “ Teminat Mektuplarının Mahiyeti ve Garanti Mukavelesi”, İBD, 1967, C. 41, S. 1- 2, s. 20- 21; **Tekinalp, Ünal**: “Bankaca Kabul Edilen Kefaletlerin ve Satın Alınan Tahvillerin

V. KEFİLİN MESULİYETİNİN KAPSAMI

BK md. 484 hükmünde de açıkça belirtildiği gibi, kefalet sözleşmesinin geçerliliği, kefalet senedinde kefilin sorumlu olacağı azami miktarın belirtilmesine bağlıdır. Fakat diğer yandan BK md. 490'da kefilin, kefalet senedinde açıklanmamış dahi olsa, faiz ve takip masrafları ile borçlunun kusurunun kanuni sonuçlarından ne oranda sorumlu tutulacağı tespit edilmiştir. Burada tartışılması gereken konu, kefalet senedinde belirtilen miktarın sadece asıl borcu mu kapsadığı, yoksa gecikme faizi, mahkeme masrafları da dahil olmak üzere kefilin sorumlu olacağı azami sınırı mı gösterdiği⁷³.

Bu konuda doktrinde farklı görüşler bulunmaktadır. *Tandoğan ve Bilge*'ye göre, kefilin sorumluluğu BK md. 484'de açıkça belirtildiği gibi, kefalet senedinde yer alan azami miktar oranında kabul edilmelidir. Zira belirli miktar şartı, kefilin önceden sorumluluğunun sınırını belirleyebilmek içindir. Bu nedenle, asıl borç ile diğer faiz ve kanuni borçların toplamı kefalet senedinde gösterilen azami sorumluluk sınırını aşmamalıdır⁷⁴. *Reisoğlu*'na göre ise kefil, azami sorumluluk

Bankalar Kanunu Açısından Tabi Olduğu Hükümler", İktisat ve Maliye, 1980, C. 27, S. 9, s. 323; **Erman**, s. 413, **Reisoğlu**, Bankacılık Uygulamasında Kefalet, s. 151.

⁷³ **Tandoğan**, s. 775; **Reisoğlu**, Bankacılık Uygulamasında Kefalet, s. 153.

⁷⁴ **Tandoğan, Haluk**: "Devlet Hesabına Okuyanların Taahhütleri İçin Kefalet" (Karar İncelemesi) ABD, 1953, S. 3, s. 211- 214; **Tandoğan**, s. 780; **Bilge**, s. 381; **Bilge**, Kefilin Mesuliyetinin Şumülü, s. 145 vd.; Aynı şekilde, **Oser/ Schöenberger (Çev. Sungurbey İsmet)**, s. 238- 239; **Hatemi/ Serozan/ Arpacı**, s. 533; **Franko**, s. 23; **Karatay**, s. 630; Yargıtay da aynı görüştedir: "BK md. 484 ve 490. maddeleri hükümlerine göre kefil, borcun aslı ile borçlunun kusur veya temerrüdünün yasal sonuçlarından ancak kefalet limiti dahilinde sorumludur. Kefilin kefalet limitini aşan meblağa sorumlu tutulabilmesi ancak kendi temerrüdünden kaynaklanan borçlar için olanaklıdır. Davalıların kefil olduğu kredi açma sözleşmesinin limiti (30.000.000) lira olduğundan

miktarını ancak BK md. 490'da belirtilen kanuni sorumluluk kalemleri oranında aşabilir⁷⁵.

BK. md. 490'da kefilin sorumluluğuna giren borçlar dört kalemde toplanmaktadır:

A) Kefil Olunan Borcun Aslı

Kefalet sebebiyle kefilin sorumlu olmasının ilk şartı, geçerli bir asıl borcun bulunmasıdır. Eğer, kefilin temin etmiş olduğu borç, BK md. 19 ve 20 anlamında mutlak butlan ile batıl ise, burada geçerli bir kefalet söz konusu olmaz. Diğer yandan borç nisbi butlana tabi ise, buradaki butlan hata ve ehliyetsizlikten kaynaklanıyorsa ve kefil bunu biliyorsa, borcun butlanı ileri sürülemez ve kefil sorumlu olmaya devam eder. Borç doğuran sözleşme hile ve tehdit dolayısıyla iptal edilmiş ise, kefilin borçtan dolayı sorumlu olmadığı kabul edilmektedir⁷⁶. Kefil olunan borcun hangi borç olduğu kefalet sözleşmesi ve bunun yorumundan anlaşılmaktadır. Asıl borç, tarafların bildirilmesi, sebep, borcun kapsamı, ifa zamanı, ifa mahalli gibi hususlar yorumlanarak tespit olunmalıdır. Kefil olunan asıl borcun geçerli olmaması

dolayı asıl borçtan herbiri (30.000.000) lirayı aşan kısmından sorumlu tutulamazlar" (Yarg. 3. HD, 18. 12. 2000 T., 10864 E., 11738 K.) (**Karahasan**, s. 1247); Yarg. 14. HD., 24. 12. 1986 T., 6310 E., 7083 K. (**Uygur**, s. 9391).

⁷⁵ **Reisoğlu**, Bankacılık Uygulamasında Kefalet, s. 153.

⁷⁶ **Franko**, s. 22; **Aral**, s. 465; **Zevkliler**, s. 405- 406.

ya da sona ermesi kefilin sorumluluğunu tamamen ortadan kaldırmaz. Diğer yandan asıl borcun azalması aynı oranda kefilin sorumluluğunu da azaltır⁷⁷.

B) Borçlunun Kusur Veya Temerrüdünün Kanuni Sonuçları

BK md. 490/ I hükmü uyarınca, “*Kefil borcun aslı ile beraber borçlunun kusur veya temerrüdüniin kanuni neticelerinden mes’uldür*”.

Borçlunun kusurunun kanuni sonuçlarından, onun BK md. 96 hükmü gereğince, asıl borcu hiç veya gereği gibi ifa etmemesinden doğan müspet zararın tazmini yükümlülüğü anlaşılır. Aynı şekilde kefil, borçlunun temerrüde düşmüş olmasının kanuni sonuçlarından, yani geç ifadan dolayı zarar ziyan, beklenmedik halden sorumluluk ve para borçlarında gecikme faizi ile aşkın zararlardan da sorumludur⁷⁸.

BK md. 490/ I’ de “*kanuni sonuçlar*” denildiğine göre, kefilin “*akdi sonuçlar*”dan dolayı sorumluluğu yoktur. Bu demektir ki kefil, açıkça kabul etmiş olmadıkça cezai şarttan sorumlu tutulamamalıdır⁷⁹. Bir görüşe göre eğer seçimlik cezai şart söz konusu ve alacaklı da cezai şartı seçmişse, bu durumda kefil cezai şartı

⁷⁷ **Becker Herman (Çev. Dura Suat)**, s. 1069; **Bilge**, Kefilin Mesuliyetinin Şumülü, s. 101; **Reisoğlu**, Bankacılık Uygulamasında Kefalet, s. 156; **Franko**, s. 23; **Uygur**, s. 9390; **Hatemi/ Serozan/ Arpacı**, s. 532.

⁷⁸ **Akıntürk**, s. 306; **Karahasan**, s. 1241; **Reisoğlu**, Bankacılık Uygulamasında Kefalet, s. 161; **Tandoğan**, s. 775; **Yavuz**, s. 510; **Olgaç**, s. 110; **Oser/ Schönerberger (Çev. Sungurbey İsmet)**, s. 246; **Bilge**, s. 382; **Uygur**, s. 9390; **Aral**, s. 466; **Franko**, s. 23.

⁷⁹ **Akıntürk**, s. 306; **Reisoğlu**, Bankacılık Uygulamasında Kefalet, s. 161; **Bilge**, s. 382; **Bilge**, Kefilin Mesuliyetinin Şumülü, s. 119- 120; **Göktürk**, s. 338; **Aral**, s. 466; **Zevkliler**, s. 405.

ödemekle yükümlüdür; yeter ki cezai şart, kefalet senedinde gösterilen miktarı aşmasın. Buna karşılık, ifaya eklenen cezai şart söz konusu ise, kefil ancak açıkça taahhüt ettiği takdirde asıl borç yanında cezai şartı da öder. Taraflar arasında böyle bir anlaşma yoksa, kefilin borcu, yalnız asıl borcu ödemekten ibarettir⁸⁰. Bizim katıldığımız görüşe göre, kanunda kefilin, asıl borçlunun kusur ve temerrüdünün sadece kanuni sonuçlarından sorumlu olacağı belirtildiğinden, cezai şartı da ifa etme yükümlülüğünün olmadığını kabul etmek gerekir. Bunun yanında kefilin asıl borçlunun kusurunun kanuni sonuçlarından dolayı sorumluluğu, asıl borçlunun, sözleşmenin kurulma öncesi ya da kuruluşu sırasındaki kusurunu (culpa in contrahendo) kapsamaz⁸¹.

C) Dava ve Takip Masrafları

BK md. 490/ II' de belirtildiği üzere, “*Kefil, alacaklının metalibini ifa ederek dava ikamesini bertaraf etmek için kendisine vakit ve zamaniyle ihtar vuku bulmuş olmadıkça asıl borçlu aleyhinde ikame olunan dava masrafını edaya mecbur değildir.*”.

Kefil, asıl borçlu hakkında açılan dava ile yapılan icra takip masraflarından da sorumludur. Ancak kanunda da belirtildiği gibi, kefilin bu masraflardan sorumlu olabilmesi için, kendisine “*vakit ve zamanında*” ihtarda bulunulması gerekir. Başka

⁸⁰ **Tunçomağ, Kenan:** Türk Hukukunda Cezai Şart, İstanbul 1963, s. 72; **Kocağa, Köksal:** Türk Özel Hukukunda Cezai Şart (BK md. 158- 161), Ankara 2003, s. 141.

⁸¹ **Oser/ Schönenberger (Çev. Sungurbey İsmet),** s. 247; **Tandoğan,** s. 776; **Reisoğlu,** Bankacılık Uygulamasında Kefalet, s. 162; **Karahasan,** s. 1242.

bir deyişle, kefil, alacaklının istemlerini yerine getirerek dava açılmasını önlemek için kendisine uyarı yapılmış olmadıkça, asıl borçluya yöneltilen dava ve takip masraflarını ödemek zorunda değildir. Bu nedenle alacaklı, önceden kefile ihtarda bulunmadan borçluya karşı dava açmış veya takibe başlamışsa, kefil bunların giderlerinden sorumlu olmaz. Bu kural hem adi kefalet hem de müteselsil kefalet için geçerlidir. Avukatlık ücreti de dava ve takip giderleri arasında yer alır⁸².

D) İşlenmiş Bir Yıllık ve İşlenmekte Olan Akdi Faiz

BK md. 490'nın son fıkrasına göre, *“Faiz verilmesi şart edilmiş ise kefil ancak işlemekte olan faiz ile beraber işlemiş faizden bir seneliğini vermekle mükelleftir”*.

Bu hüküm emredici nitelikte olmadığından, kefilin bir yıldan fazla da olsa işlemiş ve işleyecek olan bütün faizlerden sorumlu olacağının kefalet senedinde açıkça belirtilmesine engel olmaz⁸³.

⁸² Oser/ Schöenberger (Çev. Sungurbey İsmet), s. 248; Bilge, s. 382; Bilge, Kefilin Mesuliyetinin Şumülü, s. 145- 148; Akıntürk, s. 306; Reisoğlu, Bankacılık Uygulamasında Kefalet, s. 163; Tandoğan, s. 775- 776; Yavuz, s. 510; Uygur, s. 9391; Becker Herman (Çev. Dura Suat),s. 1071; Eskin, Semih: “Kefalet”, ABD, 1952, C. 8, S. 97- 98, s. 20; Göktürk, s. 338; Aral,s. 466; Franko, s. 24; Zevkliler, s. 406.

⁸³ Bu konuda Yargıtayın pek çok kökleşmiş içtihatlarına rastlamak mümkündür: “Kefilin mesuliyeti ve şumülü BK’nun 490. maddesinde açıklanmış bulunmaktadır. Kefil borcun aslı ile beraber borçlunun kusur ve temerrüdünün kanuni sonuçlarından sorumludur. Faiz verilmesi şart edilmişse, kefil işlemekte olan faiz ile birlikte işlemiş faizi ödemekle mükelleftir. BK’nun 490/son maddesi hükmü emredici nitelikte olmadığından, aksinin sözleşme ile kararlaştırılması mümkün bulunmaktadır. Bu nedenle alacaklı, kefillerden bir seneden fazla geçmiş meşruf faizleri de isteyebilir”: Yarg. 15. HD., 5. 3. 1982 T., 409 E., 507 K. (YKD, 1982, C.8, S. 6, s. 841); Yarg. 15.

Kefilin bu fıkra da sayılan faizlerden ötürü sorumluluğu ancak sözleşme ile kararlaştırılmış olan faizler için söz konusudur. Bu nedenle, gecikme faizleri kanuni olduğundan buraya girmez. BK 490. maddenin son fıkrasında göz önünde tutulan faiz, asıl borçlunun temerrüdüne kadar işlemiş olan akdi faizlerdir. Akdi faizler, borçlunun temerrüdü tarihinden itibaren temerrüt faizine dönüşür. Akdi faizin, temerrüt faizine çevrildiği andan geriye doğru ilk vadeye kadarki faizler işlemekte olan faizler, vadeden önceki bir senelik faizler de işlemiş faizlerdir ⁸⁴.

VI. KEFALET SÖZLEŞMESİNİN BENZERİ SÖZLEŞMELERDEN AYIRTEDİLMESİ

A) Kefalet Sözleşmesi ve Garanti Sözleşmesi

1) Genel Olarak Garanti Sözleşmesi

Garanti sözleşmesi de kefalet sözleşmesi gibi başkasının maruz olduğu tehlikeyi üstlenmeyi gerektirir. Bu anlamda garanti sözleşmesi de şahsi teminat sözleşmelerindendir. Garanti sözleşmesi ile taraflardan biri (garanti veren), üçüncü bir kişinin belli bir davranışını veya bir teşebbüsün sonucunu temin ve üçüncü kişinin temin edilen eylemi yapmaması veya sonucun meydana gelmemesi halinde

HD., 16. 6. 1980 T., 1509 E., 1522 K. (YKD, 1980, C. 6, S. 12, s. 1631); Yarg. 15. HD., 22. 5. 1979 T., 1092 E., 1217 K. (YKD, 1980, C.6, S.1, s. 94); **Tandoğan**, s. 778; **Oser/ Schönenberger (Çev. Sungurbey İsmet)**, s. 250; **Bilge**, Kefilin Mesuliyetinin Şumülü, s. 148 vd.; **Zevkliler**, s. 406.

⁸⁴ **Oser/ Schönenberger (Çev. Sungurbey İsmet)**, s. 250; **Reisoğlu**, Bankacılık Uygulamasında Kefalet, s. 164- 165; **Tandoğan**, s. 778; **Uygur**, s. 9391; **Bilge**, s. 383; **Bilge**, Kefilin Mesuliyetinin Şumülü, s. 149; **Karahasan**,s. 1243; **Akıntürk**, s. 307; **Aral**,s. 467; **Franko**, s. 24.

diğer tarafa (garanti alana) tazminat ödemeyi taahhüt etmektedir⁸⁵. Yargıtay ise garanti sözleşmesini, “*fer’i nitelikte olmayan öyle bir sözleşmedir ki garanti veren, garanti alandan bir ivaz elde etmek için değil, fakat onu bir teşebbüs veya iş yapmaya yöneltmek amacıyla bağımsız olarak söz konusu teşebbüs veya işin tehlikelerini kısmen veya tamamen üzerine almaktır.*”, şeklinde tanımlamaktadır⁸⁶.

Borçlar Kanununda, sadece belli bir garanti sözleşmesi türü olan başkasının fiilini taahhüt, BK md. 110’da hükme bağlanmıştır. Anılan hükme göre, “*Bir üçüncü şahsın fiilini başkasına taahhüt eden kimse bu üçüncü şahıs tarafından taahhüdün ifa edilmemesi halinde zarar ve ziyan tediyesine mecburdur*”. Garanti sözleşmesi ile kefalet sözleşmelerinin birbirlerinden ayırtilmesinde karşılaşılan güçlük, başkasının fiilini taahhüt şeklindeki garanti sözleşmelerinde ortaya çıkmaktadır. Garanti verenin, teminat sağlamak amacıyla, temel ilişkideki alacaklıya karşı, temel ilişkideki borçtan bağımsız olarak, borçlunun edimi için taahhüt ettiği garanti sözleşmesi, “*teminatı amaçlayan (kefalet benzeri)*” garanti sözleşmesidir. Kefalet yanında böyle bir sözleşmeye ihtiyaç duyulmasının nedeni, kefaletin fer’i, garanti verenin yükümlülüğünün asıl borçtan bağımsız aslî nitelik taşımasındandır⁸⁷.

⁸⁵ **Tandoğan, Haluk:** Garanti Mukavelesi (Mahiyeti ve Benzeri Hukuki Münasebetlerden Tefriki), Ankara 1959, s. 19; **Tandoğan**, s. 818; **Reisoğlu**, Bankacılık Uygulamasında Kefalet, s. 78; **Yavuz**, s. 521.

⁸⁶ Yarg 11. HD, 15. 10. 1985 T., 4169 E., 5613 K. (**Reisoğlu, Seza:** Banka Teminat Mektupları ve Kontgarantiler, Ankara 1990, s. 11).

⁸⁷ **Kocaman, Arif:** “Yargıtay Hukuk Genel Kurulu’nun 4. 7. 2001 Tarih ve E. 2001/19- 534, K. 2001/ 583 Sayılı Kararı Üzerine Bir Değerlendirme- Kredi Kartı İlişkisinde Bankaya Karşı verilen Kişisel (Şahsi) Teminatın Hukuki Niteliği: Garanti mi; Kefalet mi?”, Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu XIX, Ankara 2003, s. 71- 72; **Barlas, Nami:** “Kredi Kartı İlişkisinde Bankaya Verilen Kişisel Teminatın Niteliğinin Belirlenmesi”, Prof. Dr. Ömer Teoman’a 55. Yaş Günü Armağanı, İstanbul 2002, s. 949; **Tandoğan**, s. 804; **Yavuz**, s. 523; **Aral**, s. 442; ; Yargıtaya göre,

Garanti sözleşmesinin ikinci şekli ise, “*saf (yöneltmeyi amaçlayan)*” garanti sözleşmesidir. Bununla garanti veren, garanti alana, belirli bir borç ilişkisinden bağımsız olarak bir sonucu garanti eder. Oysa ki kefalet sözleşmesi, daima üçlü bir ilişkiyi zorunlu kılar. Garanti sözleşmesi bakımından ise önemli olan bir sonucun elde edilmesidir. Bu sonucun elde edilmesinde üçüncü bir şahsın yükümlülük altına girmesine gerek yoktur. Örneğin, bir banka veya belediye, bir teşebbüsün sonuçlarını, onun kayıplarını karşılamayı veya belirli bir kârını garanti edebilir; bu durumda üçüncü şahıslar, garanti alana karşı herhangi bir borç altına girmemektedir. Bu nedenle burada kefalet sözleşmesinin değil, garanti sözleşmesinin varlığı kabul edilir⁸⁸.

Kefalet sözleşmesi ile kefalet benzeri garanti sözleşmesi⁸⁹ arasındaki bazı önemli farklılıkları şu şekilde sıralamak mümkündür:

1) BK md. 484 hükmü uyarınca, kefalet sözleşmesinin geçerliliği yazılı şekilde yapılması ve sözleşmede kefilin sorumlu tutulacağı miktarın belirtilmiş

“...sözleşme, hukuki mahiyeti itibarıyla BK md. 110’da sözü edilen üçüncü şahsın fiilini taahhüt niteliğinde bir garanti akdidir. Gerçekten de anılan maddede anlatılan başkasının fiilini taahhüt üçüncü kişinin olumlu veya olumsuz, hukuki veya fiili belli bir davranışının taahhüt edilmesidir ki, bu davranışın gerçekleşmemesi ve beklenen sonucun çıkmaması tehlikesini garanti verenin üstlenmesi şeklinde gerçekleşir”. Yarg. 13. HD., 27. 4. 1992 T., 305 E., 3896 K. (Uygur, s. 9305-9309).

⁸⁸ Erman, s. 417; Aral, s. 441- 442; Reisoğlu, Garanti Mukavelesi, s. 62; Oser/ Schönenberger (Çev. Sungurbey İsmet), s. 107; Reisoğlu, Seza: “Garanti Sözleşmesi ve Uygulamada Ortaya Çıkan Sorunlar”, 50. Yıl Armağanı 1925- 1975, C. I, AÜHFD, 1977, s. 344.

⁸⁹ Çalışmamızda kefalet sözleşmesi ile farkları bakımından incelenecek garanti sözleşmesi, kefalet benzeri garanti sözleşmesi olacaktır. Zira uygulamada kefalet sözleşmesi ile en sık karıştırılan garanti sözleşmesi türü budur.

olmasına bağılı iken, garanti sözleşmesi herhangi bir şekilde tabi tutulmadığı gibi, verilen garantinin belli bir limite bağlanmış olması da öngörülmemiştir⁹⁰.

2) Kefalet sözleşmesinde, BK md. 497 uyarınca kefil, borçluya ait def'ileri alacaklıya karşı ileri sürebilme hakkına sahip iken, garanti sözleşmesinde üçüncü kişi sözleşme ilişkisine tamamen yabancı olduğundan garanti verenin üçüncü kişiye ait def'ileri ileri sürme hakkı yoktur⁹¹.

3) BK md. 496 gereğince, kefil kefalet sözleşmesinden doğan borcunu ödedikten sonra asıl borçluya rücu hakkı bulunmaktadır; üstelik bu halde alacaklı BK md. 499'da belirtildiği gibi, kefilin rücu hakkını kullanabilmesi ve elindeki rehinleri paraya çevirebilmesi için gerekli belgeleri kefile devretmeye mecburdur. Garanti sözleşmesinde garanti verene bu hak tanınmış değildir. Başka bir deyişle, kefil ödeme yaptığı oranda alacaklının haklarına halef olur. Oysa garanti sözleşmesinde garanti veren kanuni halefiyetten yararlanamaz⁹².

⁹⁰ Yarg. 11. HD., 28. 1. 2002 T., 10654 E., 506 K. (YKD, 2002, C. 28, S.8, s. 1190- 1194); Aynı şekilde, Yarg. HGK, 4. 7. 2001 T., 19- 534 E., 583 K. (**Karahasan**, s. 1206); **Tandoğan**, s. 818; **Reisoğlu**, Bankacılık Uygulamasında Kefalet, s. 79; **Reisoğlu**, Sorunlar, s. 344; **Reisoğlu**, Garanti ve Kefalet, s. 153; **Aral**, s. 443; **Barlas**, Kredi Kartı, s. 950.

⁹¹ Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun bir kararında belirtildiği gibi, "Banka, garanti akdi nedeniyle, garanti alana karşı, fiilini taahhüt ettiği borçlunun def'ilerini ileri süremez. Ancak teminat mektubunun zamanaşımına uğraması, sahte olması gibi, sırf kendisine ait def'iler ileri sürülebilir. Bunlar dışında itiraz ve dava hakkı düşünülemez." Yarg. HGK, 21. 7. 1981 T., 11- 1941 E., 560 K. (**Tandoğan**, s. 819); **Barlas**, Kredi Kartı, s. 950; **Kocaman**, Kredi Kartı, s. 76- 77; **Karahasan**, s. 1206; **Reisoğlu**, Garanti ve Kefalet, s. 153; Ayrıntılı bilgi için bkz., **Reisoğlu**, Def'i Hakları, s. 177 vd.

⁹² **Tandoğan**, s. 819; **Yavuz**, s. 526; **Aral**, s. 443; **Karahasan**, s. 1206; **Reisoğlu**, Garanti ve Kefalet, s. 153; **Barlas**, Kredi Kartı, s. 950; **Kocaman**, Kredi Kartı, s. 77.

4) Gerek belirli süreli gerekse belirsiz süreli kefalet sözleşmeleri için kanunda (BK md. 493 ve 494), kefilin kefaletten kurtulmasını öngören veya ona bu yolu açan koruyucu düzenlemeler mevcut olduğu halde, garanti veren açısından böyle bir koruma söz konusu değildir. Diğer yandan, belli süreli garanti sözleşmelerinin sona ermesini düzenleyen bir hüküm BK md. 110'na 1981 yılında 2486 sayılı Kanunla eklenmiş bulunmaktadır⁹³. Anılan hükme göre, *“Muayyen bir müddet için yapılan taahhütlerde, müddetin bitimine kadar taahhüt edene yazılı başvurulmaması halinde taahhüdün hükümsüz olacağına dair sözleşme muteberdir”*⁹⁴.

2) Ayrım İçin Yaralanılabilecek Kıstaslar

a) Fer'i Yükümlülük- Aslî Yükümlülük Kıstası

Kefalet sözleşmesini garanti sözleşmesinden ayıran en önemli kıstas, kefilin yükümlüğünün fer'i, garanti verenin yükümlülüğünün fer'i olmayan bağımsız nitelik taşımasıdır. Başka bir deyişle, kefalet sözleşmesi, bir başka temin edilmiş yükümlülüğün varlığını şart koşar. Kefalet sözleşmesinin geçerliliği, alacaklı ile borçlu arasındaki temel borç ilişkisinin geçerliliğine bağlıdır. Temel borç ilişkisi geçersizse kefalet de geçersiz demektir. Oysa, garanti temel borç ilişkisinden

⁹³ Tandoğan, s. 819- 820; Reisoğlu, Garanti ve Kefalet, s. 154; Reisoğlu, Bankacılık Uygulamasında Kefalet, s. 81.

⁹⁴ Barlas ise, 1981 yılında getirilen BK md. 110/ II hükmünün belirli süreli garanti sözleşmelerinin sona ermesini düzenleyen bir hüküm olarak adlandırılmasını yerinde bulmamaktadır. BK md. 493'de belirli süreli kefaletin kanun gereği, kendiliğinden sona ermesi söz konusu iken, belirli süreli garanti sözleşmeleri için bu sonuç ancak taraflarca sözleşmede kararlaştırılmış olması halinde ortaya çıkabilmektedir. Kaldı ki bu sonuca, kanuna bu fıkranın eklenmesinden önce de, sözleşme özgürlüğü çerçevesinde ulaşılabilmekteydi. Bu nedenle Barlas' a göre, bu hususun ayrıca kanunda yer almasına gerek olmamaktadır.: Ayrıntılı bilgi için bkz., Barlas, Kredi Kartı, s. 951, dn. 25 vd.

tamamiyle bağımsız olduğundan, asıl borç geçersiz olsa bile bu durum garanti verenin sorumluluğunu ortadan kaldırmaz⁹⁵.

b) Teminat Verenın Özel Menfaati Kısıtı

Teminat verenin yapılan hukuki işlemde herhangi bir menfaati olup olmamasına göre de bir ayırım yapılmaktadır. Bu kısıta göre, garanti sözleşmesinde garanti veren, garanti alanı belli bir hareket tarzına, bir teşebbüse sevk etmekte çoğu zaman özel bir menfaat sahibidir. Oysa kefalet sözleşmesinde kefil, hatır için borçluya kefil olur, özel bir menfaat söz konusu değildir. Kısaca, teminat verenin işlemin genelinde özel bir menfaat varsa garanti sözleşmesi, böyle bir menfaat söz konusu değilse, taahhüdün kefalet sözleşmesi niteliğinde olduğunu kabul etmek gerekir⁹⁶.

⁹⁵ **Oser/ Schönerberger (Çev. Sungurbey İsmet)**, s. 107- 108; **Arık, Fikret**: “Mahkeme Kararları Kroniği- Başkasının Fiilini Taahhüt veya Garanti Mukavelesi”, AÜSBFD, 1955, C. X, S. 2, s. 49; **Esin, İsmail Gökhan**: “İsviçre Federal Mahkemesinin 17 Kasım 1987 Tarihli Kararı (BGE 114 II 434) Kefalet mi, Garanti Sözleşmesi mi?”, Argumentum, 1993, C. 3, S. 33, s. 595; **Kocaman**, Kredi Kartı, s. 73 ve 78; **Tandoğan**, s. 820; **Tandoğan**, Garanti Mukavelesi, s. 19; **Reisoğlu**, Garanti ve Kefalet, s. 159- 160; **Reisoğlu**, Bankacılık Uygulamasında Kefalet, s. 85; **Reisoğlu**, Garanti Mukavelesi, s. 76- 77; **Aral**, s. 442- 443; **Karahasan**, s. 1207; **Barlas**, s. 950- 951 ve 955 vd.; **Güven**, s. 17; Konuya ilişkin bir Yargıtay kararında da belirtildiği gibi, “Kefalette kefilin borcu fer’i nitelikte bulunmasına karşın garanti veren kimsenin borcu fer’i olmayıp bağımsızdır. O nedenle kefalet akdinden kaynaklanan sorumluluk, alacaklı ile üçüncü kişi arasındaki borç ilişkisi hukuken geçerli olduğu sürece devam eder. Asıl borç herhangi bir nedenle sakıt olunca kefil borçtan kurtulur (BK md. 492). Oysa, garanti sözleşmesinde ise üçüncü kişinin yükümü sona ermez.” Yarg. 13. HD., 18. 4. 1995 T., 2878 E., 3954 K. (**Akipek/ Küçükgüngör**, s. 250- 253); Aynı şekilde Yarg. 11. HD., 28. 1. 2002 T., 10654 E., 506 K. (YKD, 2002, C. 28, S.8, s. 1192).

⁹⁶ Federal Mahkemeye göre, “Garanti verenin şahsi menfaati daima garanti sözleşmesinin kabulü için önemli bir emaredir. Tipik olan durumda, kefil borçluya yardımcı olur, genellikle karşılıksız (ivazsız) olarak bir risk üstlenir. Buna karşılık, garanti veren bakımından menfaatler durumu

Arkan'a göre, bankalar da müşterilerine kefil olmakta ve garanti vermektedirler, oysa, hiçbir zaman teminat altına alınan konuyla ilgili bir menfaatleri bulunmamaktadır. Teminat sağlamaya yönelik sözleşmenin tarafları, menfaat unsurundan tamamen bağımsız olarak, verilecek güvencenin garanti ya da kefalet olmasını kararlaştırabilirler. Bu nedenle, kişisel menfaatin olup olmaması, tek başına belirleyici bir kıstas olarak kabul edilemez⁹⁷. Diğer yandan, kefilin de işlemin genelinde özel bir mafaatinin bulunması söz konusu olabilir. Bu sebeple, bizim de taraftar olduğumuz fikre göre, menfaat kıstası garanti sözleşmesi lehine bir delil teşkil eder, fakat her zaman sonuç vermez ve tek başına etkili olmaz. Buradan hareketle, menfaat kıstasından, diğer özelliklerle birlikte bulunursa yardımcı bir kıstas olarak yararlanılabilir⁹⁸.

farklıdır. O aynı riski şahsi menfaatini korumak amacıyla üstlenmektedir. Bununla beraber, teminat sözleşmesinin açık lafzından fer'i bir yükümlülük üstlenme arzusu çıkarılabildiği ölçüde, "kefalet" kefilin şahsi menfaatini yasaklamaz. BGE 101 II 323 (Naklen **Kocaman**, Kredi Kartı, s. 77); **Tandoğan**, Garanti Mukavelesi, s. 26; **Tandoğan**, s. 828; **Oser/ Schönenberger (Çev. Sungurbey İsmet)**, s. 108; **Kocaman**, Kredi Kartı, s. 82; Yarg. HGK, 4. 7. 2001 T., 19- 534 E., 583 K. (**Karahasan**, s. 1207).

⁹⁷ **Arkan, Sabih**: "Kredi Kartıyla İlgili Olarak Verilen Güvencenin Hukuki Niteliği (HGK'nın 4. 7. 2001 Tarihli Kararının Eleştirisi)", Bilgi Toplumunda Hukuk, Ünal Tekinalp'a Armağan, C. I, s. 988.

⁹⁸ **Barlas**, Kredi Kartı, s. 962- 963; **Reisoğlu**, Garanti ve Kefalet, s. 163- 164; **Reisoğlu**, Bankacılık Uygulamasında Kefalet, s. 86; **Reisoğlu**, Garanti Mukavelesi, s. 82; İsviçre Federal Mahkemesinin yeni tarihli kararlarında da, teminat sağlayanın menfaat sahibi olup olmamasının, teminatın hukuki niteliğini belirlemede kesin bir kıstas olmadığı belirtilmektedir.: BGE 113 II 441 (Naklen **Arkan**, s. 988).

c) Kişiyeye Yönelik İlgı- Sonuca Yönelik İlgı Kıstası

Teminat veren sorumluluk altına girerken asıl borçlunun kişiliğini göz önüne alarak ve bunu esas tutarak hareket ediyorsa, bu durum onun iradesinin kefalet sözleşmesi yapma yönünde olduğunun bir göstergesidir. Buna karşılık, teminat veren asıl borçlunun kişilik özellikleriyle ilgilenmeyip, doğrudan doğruya belirli bir sonucu göz önünde tutarak ve onu hedefleyerek hareket etmişse onun bu tutumu garanti taahhüdünün varlığına işaret eder⁹⁹. Başka bir deyişle kefalet sözleşmesi, belli bir borcun ifasını teminat altına aldığından “*borçluya*” yöneliktir. Diğer yandan, garanti sözleşmesi, garanti veren, garanti alanın (alacaklının) belli bir edayı elde etmesini taahhüt ettiğinden alacaklıya ve sonuca yöneliktir¹⁰⁰.

d) Aynen İfa Yükümlülüğü- Tazminat Ödeme Yükümlülüğü Kıstası

Bu kıstasta kişisel teminat taahhüdünün nitelendirilmesinde, teminat verenin neyi üstlendiğine bakılmaktadır. Buna göre, kefalet sözleşmesinde kefil, asıl borçlunun borcunu ifa etmemesi durumunda ifayı onun yerine üstlenirken, garanti sözleşmesinde garanti verenin yükümlülüğü sadece ifanın gerçekleşmemesi halinde

⁹⁹ Yargıtay da kişiyeye yönelik teminat verme kıstasını kabuk etmekte ve teminatın kişi göz önünde tutularak verilmesi halinde kefalet, belli bir sonucun gerçekleşmesi amacıyla yönelik olarak verilmesi halinde ise garanti sözleşmesinin amaçlandığını kabul etmektedir.: Yarg. 11. HD., 28. 1. 2002 T., 10654 E., 506 K. (YKD, 2002, C. 28, S.8, s. 1190- 1194); Yarg. HGK, 4. 7. 2001 T., 19- 534 E., 583 K. (Karahasan, s. 1207); Barlas, Kredi Kartı, s. 963; Tandoğan, s. 831; Erman, s. 417; Becker Herman (Çev. Dura Suat), s. 1043.

¹⁰⁰ Arkan, s. 989; Kocaman, Kredi Kartı, s. 76 ve 82; Reisoğlu, Garanti ve Kefalet, s. 165- 168; Reisoğlu, Bankacılık Uygulamasında Kefalet, s. 87- 88; Reisoğlu, Garanti Mukavelesi, s. 82- 86.

tazminat ödemekten ibarettir. Özetle, teminat veren borcun ifasını üstlenmişse ortada bir kefalet; tazminat ödemeyi üstlenmişse bir garanti taahhüdü var demektir¹⁰¹.

Borçlar Kanunu Tasarısı'nın 603. maddesine göre, “*Kefaletin şekline, kefil olma ehliyetine ve eşin rızasına ilişkin hükümler, gerçek kişilerce, kişisel güvence verilmesine ilişkin olarak başka ad altında yapılan diğer sözleşmelere de uygulanır*”.

Bu hükümle kefalet sözleşmesinin geçerlilik şartları, kanunda özel düzenlemesi bulunmayan garanti sözleşmesi için de geçerli kılınmaktadır¹⁰².

B) Kefalet Sözleşmesi ve Üçüncü Kişinin Fiilini Taahhüt

Bir sözleşmede borçlunun alacaklıya karşı üçüncü bir kişinin belli bir davranışta bulunacağını taahhüt etmesine, üçüncü kişinin fiilini taahhüt denir. BK md. 110/ I'de belirtiltiği gibi, “*Bir üçüncü şahsın fiilini başkasına taahhüt eden kimse bu üçüncü şahıs tarafından taahhüdün ifa edilmemesi halinde zarar ve ziyan tediyesine mecburdur*”.

Üçüncü kişinin fiilini taahhüt kurumu hukukumuzda en çok “*Banka Teminat Mektupları*” ile ilgili olarak incelenmiştir. Bir banka, müşterisinin talebi üzerine, müşterisinin doğmuş veya doğacak bir borcunu ihlal etmesi karşısında zarara

¹⁰¹ Yarg. HGK, 4. 7. 2001 T., 19- 534 E., 583 K. (**Karahasan**, s. 1208- 1209); Federal Mahkemenin de bu yönde kararları bulunmaktadır: BGE 37 II 185; BGE 42 II 155 (Naklen **Barlas**, Kredi Kartı, s. 964); **Becker Herman** (Çev. **Dura Suat**), s. 1044- 1045; **Tandoğan**, Garanti Mukavelesi, s. 27- 28; **Tandoğan**, s. 829.

¹⁰² **Barlas, Nami**: “Kefalet Hukukuna İlişkin Bazı Sorunlar ve Yargıtay Uygulaması”, Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu XXI, Ankara 2005, s. 64.

uğrayacak bir başka kişiye, bu zararı gidereceğini taahhüt etmektedir. Banka teminat mektuplarının kefalet sözleşmesi mi, müteselsil borç altına girme mi, yoksa üçüncü kişinin fiilini taahhüt şeklinde bir garanti sözleşmesi mi olduğu uzun süre tartışılmıştır. Bugün hakim olan görüş, kesin bir niteleme yapılamayacağı ve teminat mektubunda geçen ifadelerin yorumuyla farklı sonuçlara ulaşılabileceği şeklindedir¹⁰³.

Üçüncü kişinin fiilini taahhüt bir sözleşmedir. Bu sözleşmenin, garanti sözleşmesinden farklı bir sözleşme olup olmadığı, BK md. 110'un garanti sözleşmesine ilişkin genel bir hüküm veya garanti sözleşmesinin özel bir tipini düzenleyen bir hüküm olup olmadığı çok tartışmalı bir konudur. Garanti sözleşmesi ile bir taraf diğerine onun için gerçekleştirecek, kendisinin sorumlu olmadığı bir riskten doğacak zararın tamamını veya bir kısmını gidermeyi taahhüt eder. Üçüncü kişinin fiilini taahhütte de, üçüncü bir kişinin garanti verilene bir edimi yerine getirmesinin söz konusu olduğu hallerle sınırlı olan bir garanti etme söz konusudur. Bu sebeple, bizim de katıldığımız hakim görüşüne göre¹⁰⁴, üçüncü kişinin fiilini

¹⁰³ **Barlas, Nami:**Türk Hukuk Sisteminde Banka Teminat Mektupları, İstanbul 1986, s. 44 vd.; **Tekinay, Selahattin Sulhi:** “Kefalet mi, Borcun Dış Yüklenilmesi mi, Mevcut Borca İltihak mı, Üçüncü Şahsın Fiilini Taahhüt mü?”, İBD, 1958, C. 32, S. 11- 12, s. 233- 238; **Doğan, Vahit:** Banka Teminat Mektupları, Ankara 2005, s. 36; **Oğuzman/ Öz,** s. 763; **Reisoğlu,** Teminat Mektupları, s. 8; **Tandoğan,** s. 822; **Tekinay/ Akman/ Burcuoğlu/ Altop,** s. 236; **Güven,** s. 23; **Eren,** s. 1142- 1143.

¹⁰⁴ BK md. 110 hükmündeki üçüncü kişinin fiilini taahhüdün daha geniş bir kavram olan garanti sözleşmesinin özel bir türü olduğu görüşünde: **Eren,** s. 1142; **Arık,** Başkasının Fiilini Taahhüt, s. 45 vd.; **Reisoğlu,** Garanti Mukavelesi, s. 178 vd.; **Reisoğlu,** Sorunlar, s. 338- 339; **Tekinay/ Akman/ Burcuoğlu/ Altop,** s. 228- 229; **Oğuzman/ Öz,** s. 762- 763; **Tandoğan'a** göre ise, BK md. 110'daki üçüncü kişinin fiilini taahhüt ile garanti sözleşmeleri farklı iki kurumdur. Ortak uygulama alanları bulunmakla birlikte; üçüncü kişinin fiilini taahhüt dışında garanti sözleşmesine

taahhüdü, garanti sözleşmesinin özel bir türü olarak kabul etmek yerinde olacaktır. Garanti sözleşmesi, kanunda özel olarak düzenlenmediği için, BK md. 110, üçüncü kişinin fiilini taahhüt dışındaki garanti sözleşmelerine de kıyasen uygulanabilir.

Üçüncü kişinin fiilini taahhüt ile kefalet sözleşmesi arasındaki bazı farklılıkları şu şekilde sıralamak mümkündür¹⁰⁵:

1) Kefalet sözleşmesinde de üçüncü bir kişi hakkında teminat verilmektedir. Ancak buradaki teminatı veren kefil, üçüncü kişinin herhangi bir fiilini değil, borçlu üçüncü kişi borcunu ifa etmediği takdirde, para bocunu veya tazminatı kendisinin ifa edeceğini alacaklıya taahhüt etmektedir. BK md. 110'a göre ise, üçüncü kişinin fiilini taahhüt eden, üçüncü kişi fiili icra etmezse, alacaklıya kendi taahhüdünü yerine getirmek yükümlülüğü altındadır. Başka bir deyişle, üçüncü kişinin fiilini taahhüt, taahhütte bulunana, lehine taahhütte bulunulana karşı bağımsız bir borç altına sokar. Oysa ki kefilin yükümlülüğü asıl borcun varlığına bağlıdır ve bu anlamda fer'i niteliktedir¹⁰⁶.

rastlanabileceği gibi, garanti sözleşmesi olmayan üçüncü kişinin fiilini taahhüt durumlarına da rastlanabilir. Ayrıntılı bilgi için bkz. **Tandoğan**, s. 848- 849; **Schönenberger** ise, üçüncü kişinin fiilini taahhüt ile garanti sözleşmelerinin aynı kavramlar olduğunu savunmaktadır. Ayrıntılı bilgi için bkz. **Oser/ Schönenberger (Çev. Sungurbey İsmet)**, s. 107; Yargıtaya göre de garanti sözleşmesi ile üçüncü kişinin fiilini taahhüt tam anlamıyla birbiriyle çakışır; "Teminat mektupları, BK md. 110'da sözü edilen üçüncü şahsın fiilini taahhüt niteliğinde bir garanti akdidir".: Yarg 11. HD., 17. 5. 1983 T., 2462 E., 2617 K. (YKD, 1983, C. IX, S. 9, s. 1338- 1341).

¹⁰⁵ Bizim de katıldığımız, üçüncü kişinin fiilini taahhütün garanti sözleşmesinin özel bir türü olduğu görüşünden hareketle, yukarıda belirtilen garanti ve kefalet sözleşmesi arasındaki farklılıklar burada da esas alınmaktadır.

¹⁰⁶ Yarg. 13. HD., 27. 4. 1992 T., 305 E., 3896 K. (YKD, 1992, C. VI, s. 898); **Aşulla, Mustafa**: "Başkasının Fiilini Taahhüt", AD, 1958, Y. 49, S. 3- 4, s. 242- 243; **Barlas**, Banka Teminat

2) Kefalet sözleşmesi yazılı şekle bağlı (BK md. 484) iken üçüncü kişinin fiilini taahhüt sözleşmesi herhangi bir şekle bağlı olmadığı gibi, taahhütte önceden belli bir miktarın belirlenmesi de şart değildir¹⁰⁷.

3) Fer'iliğin bir sonucu olarak, (BK md. 497) kefil kendisinden ödeme yapmasını isteyen alacaklıya, borçlunun ileri sürebileceği bütün savunmaları (def'ileri) yapabilir. Oysa ki üçüncü kişinin fiilini taahhüt eden, hiçbir savunma ve itirazda bulunma hakkına sahip olmaksızın, gerçekleşmeyen fiilin yol açtığı zararı tazminle yükümlüdür¹⁰⁸.

4) Kefil ödeme yaptığı oranda alacaklının haklarına halef olur (BK md. 496). Böylece kefil, ödeme yaptığı oranda borçluya rücu edebilecektir. Üçüncü kişinin fiilini taahhüt eden ise, alacaklıya ödeme yapmakla onun hiçbir hakkına halef olmaz ve halefîyet sebebiyle üçüncü kişiye rücu edemez¹⁰⁹.

C) Kefalet Sözleşmesi ve İtibar Emri

BK md. 400 hükmü uyarınca, *“Bir kimse, kendi nam ve hesabına ve amirin mesuliyeti altında bir üçüncü şahsa itibar vermek veya itibari tecdit etmek için emir*

Mektupları, s. 28 vd.; Tekinay/ Akman/ Burcuoğlu/ Altop, s. 233 vd.; Eren, s. 1143; Reisoğlu, Garanti ve Kefalet, s. 149- 150; Tandoğan, s. 818 vd.; Arık, Başkasının Fiilini Taahhüt, s. 55 vd.

¹⁰⁷ Oğuzman/ Öz, s. 765; Aşulla, s. 243; Arık, Başkasının Fiilini Taahhüt, s. 52; Eren, s. 1144.

¹⁰⁸ Aşulla, s. 244; Oğuzman/ Öz, s. 764; Karahasan, s. 1206; Reisoğlu, Garanti ve Kefalet, s. 153.

¹⁰⁹ Tandoğan, s. 819; Yavuz, s. 526; Aral, s. 443; Karahasan, s. 1206; Reisoğlu, Garanti ve Kefalet, s. 153; Aşulla, s. 244; Oğuzman/ Öz, s. 765; Eren, s. 1144; Tekinay/ Akman/ Burcuoplu/ Altop, s. 238.

almış ve kabul etmiş ise, memur vekâletini tecavüz etmedikçe amir, itibar edilen borçtan dolayı kefil gibi mesul olur”. Maddede geçen “*kefil gibi mesuliyet*” ifadesinden anlaşılması gereken, müvekkilin kefil sıfatıyla hareket ettiği değil, kendi borcu için kefil gibi sorumlu olduğudur. Aradaki hukuki ilişki bir vekâlet ilişkisi olduğundan, amire müvekkil, memura da vekil demek mümkündür. Başka bir deyişle, itibar emri, üçüncü bir kişiye kredi verilmesi şeklindeki vekâlet sözleşmesidir ki, bununla müvekkilin (amir, itibar emrini veren) talimatına uygun olarak vekil (memur, krediyi açacak olan kişi), kendi adına ve hesabına bir üçüncü kişiye kredi verme veya bir krediyi yenileme borcu altına girmeyi ve müvekkil de verilen krediden kefil gibi sorumlu olmayı üstlenir. Vekâlet sözleşmesi niteliğindeki bu ilişki, memur tarafından ödeme yapılınca kadar devam eder. Ödemediğinden itibaren emri veren ile alan arasında bir kefalet ilişkisi doğar. Kefaletle ilişkin hükümler ancak kıyas yoluyla, itibar emrine, niteliğine uygun olduğu ölçüde uygulanırlar¹¹⁰. BK md. 403’ de de, amir ile üçüncü şahıs arasındaki ilişkide, kefil ile asıl borçlu arasındaki ilişkiye uygulanan hükümlerin geçerli olacağı bildirilmektedir¹¹¹.

¹¹⁰ **Tandoğan**, s. 709- 710; **Yavuz**, s. 436; **Reisoğlu**, Bankacılık Uygulamasında Kefalet, s. 93; **Bilge**, s. 308- 309; **Olgaç** s. 135; Yargıtayın bir kararına göre, “Benim kalfaya bin TL’ye kadar kereste ve kiremit kredisi açınız” şeklindeki bir yazı itibar emri niteliğindedir; itibar emri ilişkisinde emri verenin sorumluluğu kefil gibi olduğundan, emri verene itibar emrinde belirtilenden daha fazla sorumluluk yüklenemez.: Yarg. 4. HD., 17. 6. 1957 T. (**Tepeci**, s. 727); İtibar emri kavramı İsviçre Borçlar Kanununda “kredi vekilliği” şeklinde yer almaktadır. Bkz. **Oser/ Schönenberger (Çev. Sungurbey İsmet)**, s. 109; **Becker Herman (Çev. Dura Suat)**, s. 1045.

¹¹¹ Yargıtaya göre de, “Kanun koyucu, Borçlar Kanununun 403. maddesini, amirin ve kendisine itibar emri verilen kimsenin hak ve borçlarında kefalet akdine ilişkin hükümlerden, ancak itibar emrinin özelliklerine aykırı olmayan 496 ve müteakip hükümlerinin kıyasen uygulanması gayesi ile koymuştur”.: Yarg. TD., 7. 2. 1966 T., 814 E., 486 K. (**Uygur**, s. 9318).

Kefalet sözleşmesi ile itibar emri arasındaki belli başlı farklılıklar şu şekilde sıralanabilir¹¹²:

1) Kefalet sözleşmesinin konusu çok çeşitli ve geniş olduğu halde, itibar emrinin konusu kredi verilmesi ile sınırlı bir vekalet sözleşmesi türüdür.

2) Kefalet sözleşmesinin fer'i niteliğine karşılık, itibar emri bağımsız bir yükümlülüktür¹¹³.

3) Amir, kefilin aksine, üçüncü bir kişinin borcunu taahhüt etmez, birlikte borçlu değildir. Amir sadece memurun uğradığı zararı ve masrafları tekeffül eder. Bunun sonucu olarak, kredi alan üçüncü kişiye ait def'i ve itirazlar amir tarafından vekile karşı ileri sürülemez. Amir sadece, vekaletin iyi bir şekilde yerine getirilmediği def'ine sahiptir¹¹⁴.

4) Amir yani itibar emrini veren, borçlunun borç yüklenmeye ehil olmadığını ileri sürerek, memura karşı sorumluluktan kurtulamaz. Oysa ki kefil, ancak BK md.

¹¹² İtibar emri sadece konusu kredi tahsis olan kefalet sözleşmesi ile benzerlik gösterir. Kefaletin konusu kredi ile ilgili değilse, bu kefalet sözleşmesi ile itibar emri ayrımında bir güçlük karşılaşılmaz.

¹¹³ Bu farklılığa Yargıtay kararlarında da değinilmektedir: “İtibar emri verenin (amirin) borcu, fer'i değil, aslî bir borç niteliğindedir. İtibar emri veren ile arasındaki hukukî münasebet kefalet akdi değildir...”: Yarg. TD., 7. 2. 1966 T., 814 E., 486 K. (Uygur, s. 9318); Aynı şekilde, bkz. **Becker Herman (Çev. Dura Suat)**, s. 1045.

¹¹⁴ **Oser/ Schönerberger (Çev. Sungurbey İsmet)**, s. 109; **Reisoğlu**, Bankacılık Uygulamasında Kefalet, s. 93; **Tandoğan**, s. 711; **Bilge**, s. 309.

485/ III hükmüne göre, borçlunun ehliyetsizliğini taahhüt anında biliyorsa sorumlu olarak kabul edilir¹¹⁵.

5) İtibar emri veren her zaman verdiği vekâletten dönebilir, kefalet sözleşmesinde ise kefalet gelecekteki bir borç için verilmiş olsa bile kefilin kefaletten dönme yetkisi bulunmamaktadır¹¹⁶.

D) Kefalet Sözleşmesi ve Aval

Aval, poliçe ve bonolardan doğan bir borcun, ticaret senedi üzerindeki bir beyanla, ticari senetler hukukuna göre tekeffül edilmesidir. Başka bir deyişle aval, ticari senetlerden yani poliçe, emre muharrer senet veya çekten doğan borçların temini amacıyla verilen şahsi bir teminattır¹¹⁷. Doktrinde birçok yazar avalı, “poliçe nedeniyle sorumluluk taşıyan kişiler lehine verilen bir tür kefalet” olarak tanımlamaktadır¹¹⁸. Aval, Türk Ticaret Kanununda 612- 614. maddeler arasında düzenlenmektedir.

¹¹⁵ **Oser/ Schönerberger (Çev. Sungurbey İsmet)**, s. 109; **Reisoğlu**, Bankacılık Uygulamasında Kefalet, s. 93; **Yavuz**, s. 437.

¹¹⁶ **Tandoğan**, s. 711; **Reisoğlu**, Bankacılık Uygulamasında Kefalet, s. 93; **Schönerberger**’e göre ise, amir ancak vekâlet ifa edilinceye yani kredi verilinceye kadar sözleşmeden dönebilir. Bkz. **Oser/ Schönerberger (Çev. Sungurbey İsmet)**, s. 109.

¹¹⁷ **Karayalçın, Yaşar**: Ticari Senetler, Ankara 1970, s. 220; **Güral, Jale**: “Kefalet Akdiyle Aval Arasındaki Fark ve Benzerlikler” AÜHFD, 1951, C. 8, S. 3- 4, s. 437; İsviçre Borçlar Kanununda “aval” terimi yerine “poliçe kefilliği” terimi kullanılmaktadır. Bkz. **Oser/ Schönerberger (Çev. Sungurbey İsmet)**, s. 110; Türk hukunda da yaygın olmasa da “poliçe kefaleti” terimine yer verilmektedir. Bkz. **Öztan, Fırat**: Kıymetli Evrak Hukuku, Ankara 2004, s. 166.

¹¹⁸ **Sengir**’e göre aval, bir senet veya poliçe borçlusu tarafından senet veya poliçedeki bedelin vadesinde ödenmemesi halinde aval verenin bu miktari tediye mecbur tutulduğu bir taahhüt veya

Aval ve kefalet, teminat niteliği taşıma ve üçüncü kişinin şahsi sorumluluğunu oluşturma gibi ortak özelliklere sahip iki kurumdur. Karşılaştırıldıklarında, aval ile kefalet sözleşmesi arasındaki bağın diğer teminat kurumlarına göre daha yoğun olduğu görülür. Aval ticari hayatın çabukluk ve güven ihtiyaçlarına cevap veren bir teminattır. Avale ilişkin hükümler, hamilin menfaatlerini koruyor iken, kefalette kefilin korunması ön plana çıkmaktadır¹¹⁹.

Kambiyo senetlerini “*kefil*” kaydı koyarak imzalayan kişinin, gerçekte aval verme iradesiyle hareket ettiği kabul edilmektedir. Bu kişinin kefalet hükümlerine göre sorumlu olmayı istemesi halinde, senet üzerindeki iradenin daha açık olarak görünmesi gerekir¹²⁰.

Ekonomik ihtiyaçların çeşitliliğinden de kaynaklanan, kefalet sözleşmesi ile aval arasındaki bazı önemli farklılıkları şu şekilde sıralamak mümkündür:

1) Kefalet ile aval arasındaki en bariz fark, tanımdan da anlaşılabilceği gibi, aval sadece ticari senetlerden doğan borçlar için verilebildiği halde, kefaletin ticari

kefalet şeklidir. Bkz. **Sengir, Turgut**: Aval Hukuku, Ankara 1967, s. 6; Aynı şekilde, **Battal, Ahmet**: Kıymetli Evrak Hukuku, Ankara 2005, s. 122; **Poroy, Reha/ Tekinalp, Ünal**: Kıymetli Evrak Hukuku, İstanbul 2001, s. 169; **Bozer, Ali/ Göle, Celal**: Kıymetli Evrak Hukuku, Ankara 2004, s. 101; **Kaçak, Nazif**: İçtihatlarla Bono, Ankara 2001, s. 407; **Öztan**, s. 166; **Zevkliler**, s. 397.

¹¹⁹ **Demirkapı, Ertan**: Kambiyo Senetlerinin Aval Yoluyla Temini, İzmir 2005, s. 132- 133.

¹²⁰ **Karayalçın**, Ticari Senetler, s. 224; **Tandoğan**, s. 715; **Demirkapı**, s. 63; **Poroy/ Tekinalp**, s. 172; Yargıtay bir kararında, bono üzerine “âdi kefil” sıfatıyla imza atan kişinin kefalet hükümlerine göre sorumlu olacağını kabul etmiştir. Zira bu kişi, sadece teminat iradesini göstermekle kalmamış, bu teminatın hangi hükümlere tâbi olmasını istediğini de açıklamıştır.: Yarg. 12 HD., 8. 6. 1978 T., 5235 E., 5344 K. (**Kaçak**, s. 411).

nitelikteki borçlar dahil her türlü borç için mümkün olmasıdır¹²¹. Başka bir deyişle, ticari bir senet borcu aval ile temin edilebileceği gibi, kefalet sözleşmesi ile de temin edilebilir; ancak bunun geçerliliği, yazılı şekle ve en yüksek meblağın gösterilmesine bağlıdır¹²².

2) Kefalet sözleşmesindeki kefaletin fer'i niteliğine karşılık, aval verenin yükümlülüğü maddi hukuk bakımından temin edilen borcun geçerliliğine bağlı olmadığından bağımsız, aslî bir nitelik taşır. Avalin temin ettiği borcun herhangi bir nedenle hükümsüzlüğü, aval verenin borcunun geçerliliğine etki etmez. Zira bu durum TTK md. 614/ II hükmünde, "*Aval veren kimsenin temin ettiği borç, şekle ait noksandan başka bir sebepten dolayı bâtil olsa dahi aval verenin taahhüdü muteberdir*" şeklinde düzenlenmektedir. Şekil şartları dışında aval, lehine aval verilen kimsenin geçerli bir borcu bulunmasa, garanti edilen imza sahte olsa veya o isimde hiç kimse mevcut olmasa dahi geçerlidir¹²³.

¹²¹ **Demirkapı**, s. 133; **Reisoğlu**, s. 87; **Reisoğlu**, Bankacılık Uygulamasında Kefalet, s. 89; **Güral**, s. 443; **Aral**, s. 444.

¹²² Yargıtay da bir kararında bononun âdi kefalete konu olabileceğini ve bu uyumsuzluğun, avale ilişkin hükümlere göre değil, BK md. 486 hükmüne göre, çözümleneceğini belirtmiştir.: Yarg. 12 HD., 8. 6. 1978 T., 5235 E., 5344 K. (YD, 1978, s. 1253); **Öztan**, s. 167; **Poroy/ Tekinalp**, s. 169.

¹²³ **Reisoğlu**, Bankacılık Uygulamasında Kefalet, s. 89; **Güral**, s. 443- 445; **Demirkapı**, s. 134; **Poroy/ Tekinalp**, s.169; Yargıtay da kefalet ile aval arasındaki farkları bazı kararlarında belirtmektedir: "Her ne kadar kefalet ve aval ilk bakışta birbirlerine benzer iki müessese gibi görünmekte iseler de, hukukî esasları yönünden aralarında önemli farklılıklar bulunmaktadır. Bunları kısaca ifade etmek gerekirse, aval şekil bakımından asıl borca bağlı olmamakla beraber, kefaletten farklı olarak maddî açıdan tamamen bağımsız bir kambyo taahhüdüdür ve aval verenin sorumluluğu asıl borcun varlığına ve geçerliliğine bağlı değildir".: Yarg. 11. HD., 4. 7. 1986 T., 3269 E., 4220 K. (**Uygur**, s. 9319); **Schönenberger**'e göre, geçerli olmayan aval taahhüdü, bağımsız bir borcu hedef tuttuğundan, kefalet olarak değil, ancak garanti sözleşmesi olarak ayakta tutulabilir. Bkz. **Oser/ Schönenberger (Çev. Sungurbey İsmet)**, s. 110; **Becker Herman (Çev. Dura Suat)**, s. 1045; **Olgaç**, s. 79; **Aral**, s. 444; **Uygur**, s. 9287; **Kaçak**, s. 417.

3) Avalde aranan şekil şartı ile kefalet sözleşmesinde aranan şekil şartı da birbirinden farklıdır. TTK md. 613/ I’de belirtildiği gibi, “*Aval şerhi, poliçe ve alonj üzerinde yazılır*”. Oysa ki kefalette yazılılık şartı yeterlidir, kefaletin mutlaka asıl borç senedi üzerinde gösterilmesi zorunlu değildir. Diğer yandan, TTK md. 613/ III uyarınca, “*Muhatap ve keşidecinin imzaları müstesna olmak üzere poliçenin yüzüne konan her imza, aval şerhi sayılır*”. Kefalet sözleşmesinde ise, bir adî senedi borçlu ile birlikte imzalamak, kefaletten çok müteselsil veya müşterek borçluluğu ifade eder¹²⁴.

4) Kefile tanınmış def’i hakları, aval veren için söz konusu olamaz. Kefil, asıl borcun geçerliliği ile ilgili def’ilerin yanısıra, asıl borçluya ait şahsi def’ileri de ileri sürme hakkına sahiptir. Oysa ki, aval veren, lehine aval verilenin ileri sürebileceği, senedin şekline ilişkin olanlardan başka geçersizlik sebeplerini (lehine aval verilenin irade bozukluğu, ehliyetsizliği gibi), def’i veya itiraz olarak alacaklıya karşı ileri süremez¹²⁵.

¹²⁴ **Eriş, Gönen:** Türk Ticaret Kanunu Kıymetli Evrak ve Taşıma, Ankara 1988, s. 378; **Güral**, s. 448; **Tandoğan**, s. 714- 715; **Poroy/ Tekinalp**, s. 169- 170; **Bozer/ Göle**, s. 103; Yargıtaya göre, ticari senetlerin ister ön yüzüne ister arka yüzüne, kefil olarak atılan tüm imzalar aval sayılmaktadır.: Yarg. 12 HD., 26. 3. 1987 T., 8472 E., 4141 K. (**Eriş**, Kıymetli Evrak, s. 365; Yargıtaya göre, “Türk Ticaret Kanunu avalin ne şekilde verileceğini ve şeklini 613. madde ile belirlemiştir. Bu şekil haricinde kambiyo senetlerini temin eden kimseler hakkında aval hükümleri değil, kambiyo hukuku haricinde kefalet ve sair ilgili hükümlerin uygulanması icap eder”.: Yarg. TD., 26. 4. 1961 T., 429 E., 2940 K. (BATİDER, 1963, s. 124); **Aral**, s. 444.

¹²⁵ Yargıtay Ticaret Dairesinin bir kararında belirttiği gibi, “Kefil borçluya ait def’ileri dermeyeran edebilir. Kendi aralarında Borçlar Kanununun hükümlerine dayanarak gereken def’ilerde bulunabildiği halde, aval veren kimse şekil haricinde ve bu şekildeki def’i hakkından mahrumdur”.: Yarg. TD., 18. 4. 1961 T., 1960/ 3516 E., 1961/ 1258 K. (BATİDER, 1963, s. 125); Aynı şekilde, Yarg. 11. HD., 4. 7. 1986 T., 3269 E., 4220 K. (**Uygur**, s. 9319); **Reisoğlu**, Bankacılık

5) Kefalette alacaklının haklarına halefiyet söz konusu olduğu halde, aval veren ödemede bulunmakla, aval verdiği kişi veya ona karşı sorumlu olanlar aleyhine bağımsız bir rücu hakkı kazanır ve halefiyetten yararlanamaz¹²⁶.

6) Bir borca kefil olunursa ticari borçlar hariç, kefaletin türü açık olarak belirtilmemişse, bu bir adî kefalettir. Ticari olmayan borca kefalette müteselsil borçluluk, ancak tarafların iradesiyle oluşmaktadır. Aval veren ise diğer poliçe borçluları ile birlikte müteselsil borçlu olarak kabul edilir. Müteselsil sorumluluğun kabul edilmediğine dair bir beyan, avali geçersiz kılacaktır¹²⁷.

Uygulamasında Kefalet, s. 90; **Reisoğlu**, s. 87- 88; **Tandoğan**, s. 714; **Güral**, s. 461 vd.; **Poroy/ Tekinalp**, s. 169- 170; **Uygur**, s. 9287; **Kaçak**, s. 417.

¹²⁶ **Demirkapı**, s. 138; **Öztan**, s. 167; **Poroy/ Tekinalp**, s. 170- 171; **Tandoğan**, s. 715; **Aral**, s. 444; **Uygur**, s. 9287; **Kaçak**, s. 418.

¹²⁷ Türk Ticaret Hukukunda “teselsül karinesi” geçerlidir. TTK md. 7’ye göre, ticari borçlara kefalette müteselsil borçluluk asıldır. Bu husus, bir Yargıtay kararında da, “...taraflardan biri, veya hepsi için ticari olan bir borca kefalette gerek asıl borçlu ile kefil, gerekse kefiller kendi aralarında müteselsilen sorumlu sayılırlar.” şeklinde belirtilmektedir.: Yarg. 11. HD., 13. 10. 2003 T., 2815 K., 9200 E. (BATİDER, 2003- 2004, C: XXII, S. 4, s. 228); **Demirkapı**, s. 137; **Poroy/ Tekinalp**, s. 170; **Reisoğlu**, Bankacılık Uygulamasında Kefalet, s.90; **Tandoğan**, s. 715; **Güral**, s. 443- 445; **Öztan**, s. 167.

İKİNCİ BÖLÜM

KEFALET SÖZLEŞMESİNİN GEÇERLİLİK ŞARTLARI

I. ESASA İLİŞKİN GEÇERLİLİK ŞARTLARI

A) Geçerli Bir Asıl Borcun Bulunması

1) Genel Olarak

BK md. 485/ I hükmü gereğince, “*Kefalet, ancak muteber bir borç hakkında cereyan eder*”. İsviçre Borçlar Kanununun 494. maddesinde de bu durum, “*Her kefalet, yasaya göre var olan bir asıl borcu gerektirir*”, şeklinde ifade edilmektedir¹²⁸. Bu hükümden de açıkça anlaşılacağı üzere, geçerli bir kefalet sözleşmesinin varlığı için, geçerli bir asıl borca ihtiyaç duyulmaktadır. Bu durum kefalet sözleşmesinin fer’i nitelikte olmasının bir sonucudur¹²⁹. Kefalet borcu fer’i ise de, bu borç ile asıl borç arasında ayniyet yoktur. Başka bir deyişle, kefilin borcu, asıl borç karşısında ona yabancı bir borçtur. Kefilin kefaletten doğan borcunu yerine getirmesiyle asıl borç ortadan kalkmamakta, asıl borç halefiyet yoluyla kefile geçmektedir (BK md. 496)¹³⁰.

Asıl borcun, kanuna, ahlâka ve âdaba aykırılık, irade uyumsuzluğu ya da medeni hakları kullanma ehliyetsizliği gibi nedenlerle geçersiz olması durumunda,

¹²⁸ **Becker Herman (Çev. Dura Suat)**, s. 1051; **Oser/ Schönenberger (Çev. Sungurbey İsmet)**, s. 83

¹²⁹ Ayrıntılı bilgi için bkz., yuk., s. 10 vd.

¹³⁰ **Tandoğan**, s. 699; **Hatemi/ Serozan/ Arpacı**, s. 523 **Oser/ Schönenberger (Çev. Sungurbey İsmet)**, s. 87; **Bilge**, s. 365; **Bilge**, Kefilin Mesuliyetinin Şumulü, s. 95; **Yavuz**, s. 496; **Uygur**, s. 9282; **Karahasan**, s. 1204.

kefalet de bir hüküm ifade etmemektedir¹³¹. Geçerli bir asıl borcun varlığı, kefalet sözleşmesinin kurulma anında değil, kefilin takip edildiği anda aranmaktadır¹³².

Kefil olunduğu zaman geçersiz olan bir borç sonradan asıl borçlu tarafından geçerli hale getirilse bile, kefalet sorumluluğu doğmaz. Ancak geçersiz bir borca kefaleti, irade fesadıyla sakat olduğu için, asıl borçlu tarafından iptal edilebilir bir borca kefaletten de ayırmak gerekir. Belirtilen son halde, asıl borçlu irade fesadını ileri sürmezse, BK md. 31'deki süre sonunda (bir sene) asıl borç tam olarak geçerli olur, kefilin de sorumluluğu doğar. Diğer durumda ise kefilin herhangi bir sorumluluğu bulunmamaktadır¹³³.

2) Müstakbel (Gelecekteki) ve Şarta Bağlı Borç

BK md. 485'in ikinci cümlesi gereğince, *“Müstakbel zamana muzaf yahut şarta muallak bir borç, hüküm ifade edeceği zamanın hulûlu va şartın tahakkuku halinde muteber olmak üzere kefalete raptolunabilir”*.

¹³¹ Bu husus çeşitli Yargıtay kararlarında da açıkça yer almaktadır: “MK'nun 634 ve BK'nun 213. maddeleri gereğince tapulu taşınmazın satımına ilişkin sözleşmenin resmi şekilde yapılması bir geçerlilik koşuludur. Davada dayanan satım sözleşmesi âdi yazılı şekilde kurulmuş olduğundan hukuken geçerli bulunmamaktadır. BK'nun 485. maddesi gereğince, kefalet ancak muteber bir borç hakkında cereyan eder. O halde kefaletin hüküm ifade etmesi için geçerli bir asıl borca ihtiyaç vardır. Asıl borcun herhangi bir şekilde hükümsüz olması halinde kefalet akdi de hüküm ifade etmez. Çünkü kefalet, asıl borca bağlı fer'i nitelikte bir borçtur. Tetkik konusu olayda asıl borç şekil noksanı nedeniyle muteber olmadığından, arsa sahibi davalının kefaleti de geçerli değildir ve borç doğurmaz”: Yarg. 13. HD., 20. 03. 1984 T., 458 E., 2118 K.(**Karahasan**, s. 1211); **Zevkililer**, s. 397; **Reisoğlu**, Def'i Hakları, s. 180.

¹³² **Hatemi/ Serozan/ Arpacı**, s. 522; **Reisoğlu**, Muteberlik Şartları, s. 345; **Oser/ Schönenberger** (Çev. Sungurbey İsmet), s. 95; **Ekinci**, s. 9.

¹³³ **Reisoğlu**, Bankacılık Uygulamasında Kefalet, s. 156; **Uygur**, s. 9337.

Görülüyor ki, kefalet sözleşmesi, gelecekte doğacak veya şarta bağlı bir borç için de geçerli olarak yapılabilir. Anılan hükümde yer alan, “*müstakbel zamana muzaaf... borç*” deyimini vadeye bağlı bir borç şeklinde anlamamak gerekir. Asıl borç henüz hiç doğmamış bulunsa bile kefalet, kefil için bağlayıcıdır, borcun ileride doğacağını bilen kefilin kefaletten rücu imkânı yoktur. Ancak kefaletin kefil yükümlü kılması, asıl borcun geçerli olarak doğması şartına bağlıdır. Kefil, kefaleti imzaladığı sırada borcun gelecekte doğacağını gözönünde tutmalıdır. Aksi takdirde, kefilin kefalet altına girdiği anda yanılarak var olduğunu zannettiği bir borç sonradan doğacak olursa kefalet geçerli olmaz¹³⁴.

Kefilin, borçlunun var olan borçlarına mı, yoksa doğacak borçlarına mı kefalet ettiği konusunda bir tereddüt ortaya çıkarsa, kefaletin doğacak borçlar için verildiği yorumu tercih edilmelidir. Zira kefil genellikle alacaklının var olan alacağını sağlamlaştırmak değil, borçluya yeni kredi sağlamak amacını gütmektedir¹³⁵.

Çoğunlukla bir “*ödünç*” ya da “*kredi*”, kefalet sözleşmesinin imzalanmasından sonra verilir. Bazen de bir kredi açma ya da câri hesap sözleşmesinin taraflarından birine, memur ve çalışanlara kefillikte olduğu gibi,

¹³⁴ **Tandoğan, Haluk:** “Kefaletin Geçerlilik Şartları”, BATİDER, 1977, C. 9, S. 1, s. 19- 20; **Tandoğan**, s. 720; **Uygur**, s. 9338; **Bilge**, s. 369; **Akıntürk**, s. 298; **Yavuz**, s. 498; **Reisoğlu**, Bankacılık Uygulamasında Kefalet, s. 17; **Oser/ Schönerberger (Çev. Sungurbey İsmet)**, s. 95-96; **Aral**, s. 447; **Ekinci**, s. 9.

¹³⁵ İBK md. 499’un son fıkrasında bu yorum kuralı açıkça ifade edilmektedir: “*Kefillik sözleşmesinden ya da durumlardan başka bir nesne anlaşılmazsa, kefil ancak kefilliği imzaladıktan sonra baş borçlunun girdiği borçlardan sorumlu olur*”. (**Oser/ Schönerberger (Çev. Sungurbey İsmet)**, s. 237; **Tandoğan**, Geçerlilik Şartları, s. 20; **Zevkliler**, s. 397.

sürekli borç ilişkisinden doğacak borçlara kefillik olanaklıdır. Bir memur ya da müstahdemin görevini ifa ederken neden olabileceği zararlar da kefaletle bağlanabilir. Başka bir deyişle, haksız fiilden doğan borçlar hakkındaki kefalet de geçerlidir. Ancak memurların neden olabileceği bu tür zararlardan doğan alacakların kefaletle bağlanması kamu hukuku hükümlerine tabidir. Kefaletle tabî memur ve müstahdemler için müteselsil kefalet usulü uygulanmaktadır¹³⁶.

Gelecekteki borçlara kefil olunması durumunda, borcun ya da borç ilişkisinin uzun süre ortaya çıkmaması halinde, kefilin sınırsız olarak asıl borçluya bağlı kalması sakıncası vardır. Kefilin borcu için asıl borç doğmadıkça muacceliyet ve zamanaşımının işlemeye başlaması da söz konusu olmayacağından (BK md. 128), bu sakıncayı zamanaşımı hükümlerine giderek çözmek de mümkün değildir. Bu nedenle İBK md. 510'da kefile bir imkân tanınmıştır. Anılan hükme göre, *“Gelecekteki bir alacağa kefil olunmuşsa, baş borçlunun varlık ilişkileri kefilliğin imzalanmasından beri belli başlı kötüleşmiş olunca ya da baş borçlunun varlık durumunun, kefilin dürüstlüğüle kabul etmiş olduğundan belli balı daha kötü olduğu ancak sonradan anlaşılınca, kefil, alacak doğmamış oldukça, kefilliği her çağ alacaklıya yazılı bir açıklama ile geri alabilir”*. Bu madde gelecekteki bir borca kefil olan kimseye, asıl borçlunun parasal durumunun kefalet sözleşmesinin imzalanmasından sonra esaslı bir şekilde bozulması veya önceden bozuk olup da sonradan bunun farkına varılması halinde, sözleşmeden dönme yetkisi tanımıştır¹³⁷.

¹³⁶ Bilge, s. 369; Karahasan, s. 1213; Tandoğan, s. 720.

¹³⁷ Oser/ Schöenberger (Çev. Sungurbey İsmet), s. 354; Acar, Mahmut Bedri: “Kefalet Akdinin Zaman Bakımından Tahdidi”, ABD 1952, C. 8, S. 95- 96, s. 12; Tandoğan, s. 720; Reisoğlu, Bankacılık Uygulamasında Kefalet, s. 17.

Taraflar bir sözleşmenin sonuçlarını doğurmasını veya ortadan kalkmasını gelecekteki belirsiz bir olayın gerçekleşmesine bağlayabilirler. Sonuçlarının doğması veya ortadan kalkması gelecekteki belirsiz bir olayın gerçekleşmesine bağlı borca, “*şarta bağlı borç*” denir¹³⁸. Şarta bağlı bir borç için de kefil olmak mümkündür. Geciktirici şarta bağlı bir borç için kefil olununca, kefalet borcu kefalet sözleşmesinin kurulmasıyla doğar, ancak şartın gerçekleşmesiyle hüküm ifade eder (BK md. 485/2.c.). Kefil, kendisine daha önce başvurulursa, şartın gerçekleşmediğini ileri sürmek yetkisine sahiptir. Bozucu şarta bağlı borca kefalette ise kefil, kefalet sözleşmesinin kurulması anından itibaren, şartın gerçekleşip asıl borcun sona ermesine kadar alacaklıya karşı sorumlu olacaktır. Şartın gerçekleşmesi ile kefilin borcu da ortadan kalkar¹³⁹.

Türk Borçlar Kanunu Tasarısı’nın 582. maddesinde, “*Kefalet sözleşmesi, mevcut ve geçerli bir borç için kurulabilir. Ancak, gelecekte doğacak veya koşula bağlı bir borç için de, bu borcun hüküm doğuracağı an gelince veya koşul gerçekleşince geçerli olmak üzere kefalet sözleşmesi kurulabilir*”, şeklinde bir düzenleme yer almaktadır. Bu hüküm esas bakımından yerinde bir düzenleme getirmekte ise de ifadede açık bir çelişki mevcuttur. İkinci cümlede yer alan, “*...borcun hüküm doğuracağı an gelince veya koşul gerçekleşince geçerli olmak*

¹³⁸ **Sirmen, A. Lâle:** Türk Özel Hukukunda Şart, Ankara 1992, s. 30; **Pulaşlı, Hasan:** Şarta Bağlı İşlemler ve Hukuki Sonuçları, Ankara 1989, s. 8; **Eren,** s. 1149; **Tekinay/ Akman / Burcuoğlu/ Altop,** s. 328; **Oğuzman/ Öz,** s. 840.

¹³⁹ Yargıtayın da belirttiği gibi, “Şarta bağlı bir borca (şartın gerçekleşip edası gerekli durum belirlediğinde geçerli olmak üzere) kefalet edilmesi mümkündür. Buna mani bir hüküm yoktur”.: Yarg. 4. HD., 4.11.1968 T., 11267 E., 8477 K. (**Olgaç,** s. 52); **Tandoğan,** Geçerlilik Şartları, s. 20; **Tandoğan,** s. 721; **Uygur,** s. 9338; **Karahasan,** s. 1213; **Grassinger,** s. 53; **Aral,** s. 448; **Zevkililer,** s. 397.

üzere...”ifadesindeki “...geçerli olmak üzere...” ifadesi ileride yanlış anlamalara yol açabilir. Zira, şart gerçekleşmeden önce de kefalet sözleşmesi geçerlidir; sadece henüz hüküm ifade etmemektedir. Bir sözleşmenin geçerli olup olmaması ile hüküm doğurup doğurmaması birbirinden farklı konulardır. Bu nedenle ifadenin “...borç doğduğunda veya şart gerçekleştiğinde hüküm ifade etmek üzere...” şeklinde düzeltilmesi yerinde olacaktır¹⁴⁰.

3) Hukuka, Ahlâka ve Adaba Aykırı Borç

BK md. 19 uyarınca, kefalet sözleşmesinin konusu hukuka, ahlâka ve adaba aykırı olmamalıdır. Asıl borç ahlâka ve adaba aykırı ise, bu borcu temin etmek için yapılan kefalet sözleşmesi kuşkusuz geçersiz olacaktır (BK md. 20).

Sözleşmenin konusunun hukuka aykırı olmaması ile kastedilen, konunun emredici hukuk kurallarına, kamu düzenine, kişilik haklarına aykırı olmamasıdır. Ahlâka aykırı olmamakla ifade edilmek istenen ise, sözleşmenin ahlâka aykırı bir sonuca yönelmemesi ya da sözleşme ile güdülen amacın ahlâka aykırı olmamasıdır. Kefilin, kefalet sözleşmesi ile üstlendiği yükümlülüğün ahlâka aykırı olmaması prensibi, MK md. 23/ II’de hiç kimsenin özgürlüğünü ahlâka aykırı olarak kısıtlayamayacağı ve BK md. 20’deki sözleşmenin konusunun ahlâka aykırı olamayacağı hükümlerinin bir sonucudur. Kefalet sözleşmesinin konusunun ahlâka aykırılığı, kefilin üstlendiği yükümlülüğün süresi, ağırlığı gibi nedenlerle, kefilin şahsi ve iktisadi özgürlüğünü aşırı derecede kısıtlaması halinde söz konusu

¹⁴⁰ Kuntalp/ Barlas, s. 265- 266.

olmaktadır. Kefilin yükümlülüğünün MK md. 23/ II anlamında, kefilin şahsi ve iktisadi özgürlüğünü aşırı derecede kısıtladığından söz etmek için, kefilin kendi mal varlığı ile üstlenmiş olduğu yükümlülüğü, mali durumunda esaslı değişiklik olmadığı sürece yerine getiremeyecek olması gerekir. Diğer yandan, alacaklının, kefil ile asıl borçlu arasındaki ilişkiyi istismar ederek, kefil çok ağır yükümlülük altına sokması halinde de ahlâka aykırılık söz konusu olmaktadır¹⁴¹.

Yargıtay da bir kararında, “*Ahlâka ve adaba aykırı bir gayenin gerçekleşmesi için verilen paranın gayenin gerçekleşmemesi halinde iadesi hususunda, Borçlar Kanunun 65. maddesi hükmünce bir iade borcunun geçerli bir surette doğduğundan söz edilemez, bunun sonucu olarak esas sözleşmenin geçersizliği, bu sözleşme zımında verilen paranın iadesine de şamildir*”, diyerek konusu ahlâka ve adaba aykırı olan bir kefalet sözleşmesinde, kefilin sorumlu tutulamayacağı sonucuna varmıştır¹⁴².

4) Bir Taraf İçin Bağlayıcı Olmayan Borç

Gabin (BK md. 21) ve irade fesadı (BK md. 31) gibi hallerde, gabine maruz kalan veya iradesi kanunda belirtilen sebeplerle (hata, hile, ikrah) ¹⁴³ sakatlanmış

¹⁴¹ **Hatemi, Hüseyin:** Türk Hukukunda Hukuka ve Ahlâka Aykırı Amaçla Verilenin Geri Alınmaması Kuralı, BK md. 65, İstanbul, 1973, s. 154; **Kocaman, Arif:** “Kefalet Hukukunda İrade Özgürlüğünün Sınırları”, Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu XV, Ankara, 1998, s. 105- 107; **Tuğsavul,** s. 1634; **Grassinger,** s. 56- 59; **Oser/ Schönenberger (Çev. Sungurbey İsmet),** s. 97; **Tandoğan,** Geçerlilik Şartları, s. 20; **Tandoğan,** s. 721; **Ekinci,** s. 9.

¹⁴² Yarg. HGK, 9. 3. 1977 T., 22 E., 216 K. (YKD, 1978, C. 4, s. 494).

¹⁴³ Borçlar Kanununda “hata, hile, ikrah” olarak adlandırılan irade sakatlığı hallerinin, değişen Medeni Kanunumuzdaki karşılığı “yanılma, aldatma ve korkutma” kavramlarıdır.

olan taraf, belli bir süre içinde sözleşme ile bağı kalmak istemediğini karşı tarafa bildirebilir. Kanunda belirtilen süre zarfında böyle bir sözleşme ancak bir taraf için bağlayıcı olma niteliğini taşır. BK md. 31 hükmünden hareketle, kefilin kefalet sözleşmesi kurma konusundaki iradesinin de, hata, hile veya ikrah sebeplerinden birisi ile sakatlanması halinde, hatada ve hilede durumu öğrenmesinden itibaren, ikrahta ise korkunun geçmesinden itibaren bir yıl içinde kefalet sözleşmesini iptal edebilecektir. Gabin halinde de bu süre sözleşmenin kurulmasından itibaren bir yıl olarak belirlenmiştir (BK md. 21)¹⁴⁴.

Sözleşme ile bağı kalmak istenmediğinin karşı tarafa bildirilmesi yenilik doğuran (inşai) bir haktır. Böyle bir borca kefil olan kimse, karşı tarafa yapılan bildirime kadar arada geçen süre zarfında da sözleşme ile bağıdır. Kefil asıl borçluya ait yenilik doğuran bir hakkı kullanma yetkisine sahip olmadığından, kendisinin bu borç için yükümlü olmadığını ileri süremez. Sadece asıl borçlu bu hakkını kullanıncaya kadar kefil de alacaklıya ödemedi kaçınabilir. Asıl borçlu ya da kanuni temsilcisi, sözleşmeyi onaylar (icazet) veya süresi içinde tek taraflı bağlamazlık veya iptal konusundaki yenilik doğurucu hakkı kullanmazsa, kefil artık geçerli hale gelen asıl borç için sorumlu tutulur. Diğer yandan, asıl borçlu tek taraflı bağlamazlık beyanında bulunur ya da kanuni temsilcinin sözleşmeyi onaylamayacağı kesin olarak anlaşılır veya asıl borçlu sözleşmeyi iptal etme konusundaki yenilik

¹⁴⁴ **Reisoğlu**, Bankacılık Uygulamasında Kefalet, s. 18; **Oser/ Schönerberger** (Çev. **Sungurbey İsmet**), s. 98; **Becker Herman** (Çev. **Dura Suat**), s. 1046; **Tandoğan**, Geçerlilik Şartları, s. 21; **Reisoğlu**, Muteberlik Şartları, s. 317.

doğurucu hakkını kullanırsa, asıl borç geçersiz hale gelir ve kefilin borcu da artık bir hüküm ifade etmez¹⁴⁵.

5) Eksik Borç

Eksik borçlar, bir borç ilişkisinde alacaklının borçluya karşı sahip olduğu talep, dava veya cebri icraya başvurma yetkilerinden tamamen ya da kısmen yoksun olduğu borçlardır. Borçlu eksik borcu kendi iradesine göre yerine getirebilir, fakat ifaya zorlanamaz. Eksik borçların başında, kumar ve bahis borcu ile zamanaşımına uğramış borçlar gelir¹⁴⁶.

Zamanaşımına uğramış borçların kefalet sözleşmesi ile teminat altına alınıp alınmayacağı tartışmalı bir konudur. 1942 yılında yapılan değişiklikle İBK md. 492'ye eklenen bir hükümle, zamanaşımına uğramış olduğunu bildiği bir borcun ifasını temin eden kimse de kefalet hukuku şartları ve hükümlerine göre sorumlu tutulur. *Bilge*'ye göre, yeni İBK'daki bu düzenlemenin Türk hukukunda da benimsenmesi adalete uygun düşmektedir¹⁴⁷. *Tandoğan*'a göre ise, kanunda bu durum açıkça belirtilmedikçe, zamanaşımına uğradığı bilinen borcun yerine getirilmemesinden doğan sorumluluğu kabul etmek ancak garanti sözleşmesi olarak

¹⁴⁵ **Oser/ Schöenberger** (Çev. Sungurbey İsmet), s. 98; **Reisoğlu**, Bankacılık Uygulamasında Kefalet, s. 18; **Reisoğlu**, Def'i Hakları, s. 199; **Reisoğlu**, Muteberlik Şartları, s. 317; **Tandoğan**, Geçerlilik Şartları, s. 21; **Karahasan**, s. 1212.

¹⁴⁶ **Oğuzman/ Öz**, s. 15; **Eren**, s. 85; **Tekinay/ Akman/ Burcuoğlu/ Altop**, s. 23.

¹⁴⁷ **Bilge**, s. 369; Aynı görüş, **Eren**, s. 91.

nitelendirilebilir ve kefaletle ilişkin hükümler özellikle şekle ilişkin olanlar, kıyas yoluyla dahi bu sözleşmeye uygulanamazlar¹⁴⁸.

Asıl borcun zamanaşımına uğramış olduğunu bilerek teminat borcu altına giren taraf, sonradan alacaklıya karşı asıl borcun zamanaşımına uğramış olduğu def'ini ileri süremez. Zira teminat borcu altına giren taraf, bu durumu bilerek taahhütte bulunmaktadır, bu durumda zamanaşımı def'ine gitmek taahhütün mahiyetine ters düşer. İBK md. 502/ f. 1'e konulan hükümle de açıkça asıl borcun zamanaşımına uğramış olduğunu bilerek teminat borcu altına giren kimsenin sonradan zamanaşımı def'ini ileri süremeyeceği kabul edilmiştir. Diğer yandan, kefil asıl borcun zamanaşımına uğradığını bilmeden kefalet altına girmiş ise, durumu öğrenmesi halinde zamanaşımı def'ini ileri sürebilir¹⁴⁹.

Kumar ve bahis borcu da eksik borçlardandır. BK md. 504 gereğince ödendikleri takdirde geçerli bir edimin bütün hüküm ve sonuçlarını doğururlar, ancak dava edilemezler¹⁵⁰.

Kumar ve bahis borcuna kefil olmanın mümkün olup olmayacağı durumu da doktrinde tartışmalı bir konudur. Kumar ve bahis alacakları ile evlenme tellâlinin

¹⁴⁸ **Tandoğan**, s. 724; Aynı görüş, **Reisoğlu**, Bankacılık Uygulamasında Kefalet, s. 19; **Reisoğlu**, Def'i Hakları, s. 189.

¹⁴⁹ **Aybay, Aydın**: "Kefilin Önce Dava Def'ini İleri Sürmesi Sorunu", Selim Kaneti'ye Armağan, İstanbul 1996, s. 87- 88; **Grassinger**, s. 21; **Oser/ Schönenberger (Çev. Sungurbey İsmet)**, s. 98; **Becker Herman (Çev. Dura Suat)**, s. 1053; **Reisoğlu**, s. 19; **Uygur**, s. 9337.

¹⁵⁰ Türk Borçlar Kanunu Tasarısında da bu durum md. 604'de, "Kumar ve bahisten doğan alacak hakkında dava açılmaz ve takip yapılamaz." şeklinde ifade edilmektedir.

ücret alacağı için geçerli bir kefalet sözleşmesi yapılamayacağı görüşü İBK’nda 1942 yapılan değişiklikten önce yaygın bir görüştü. Ancak değişiklikten sonra İBK’nun 502. maddesinin son fıkrası kumar ve bahis alacakları için yapılan kefalet sözleşmesini geçerli saymış, ayrıca kefil alacağın bu niteliğini bilerek taahhüt altına girse bile, kefilin asıl borçlu gibi alacağın dava ve takip edilemeyeceği itirazını ileri sürebileceği kabul edilmiştir¹⁵¹.

Türk hukukunda da İBK’ndaki yeni düzenlemeye benzer şekilde kumar ve bahis alacakları için de kefalet sözleşmesinin kurulabileceği, ayrıca kefilin, dava edilmezlik itirazını ileri sürebileceği savunulmaktadır. Kefilin dava edilmezlik itirazından feragati geçerli olmayacaktır. Kefilin, asıl borçludan daha ağır bir şekilde sorumlu olması hem kefaletin fer’iliğine hem de hakkaniyet fikrine aykırıdır. Kefil, dava edilmezlik itirazında bulunmadan ödemede bulunursa bu ödeme geçerli olur, ancak kefilin asıl borçluya karşı BK md. 497’de düzenlenen rücu hakkı ortadan kalkacaktır¹⁵².

Kanaatimizce kumar ve bahis borcu ile evlenme tellâllığından doğan borç için kefalet sözleşmesi yapılmasının herhangi bir sakıncası yoktur. Ancak bu borçlara kefil olmadan önce kefilin kendi durumunu gözden geçirmesi gerekmektedir. Zira daha önce de belirtildiği gibi kumar ve bahis borcunu bilerek ödeyen kefil, dava edilmezlik savunmasında bulunmadığından, BK md. 497/ II’de düzenlenen asıl

¹⁵¹ Oser/ Schönenberger (Çev. Sungurbey İsmet), s. 99.

¹⁵² Reisoğlu, Bankacılık Uygulamasında Kefalet, s. 175- 176; Reisoğlu, Def’i Hakları, s. 192; Tandoğan, s. 724- 725 ve 782; Yavuz, s. 499; Grassinger, s. 54; Aral, s. 448; Uygur, s. 9338.

borçluya rücu hakkını kaybetmektedir. Aynı durumda, kefil alacaklıdan ifasının iadesini de talep edememektedir.

6) Borçlar Kanunu md. 485/ III’de Düzenlenen Haller

BK md. 485/ III hükmü gereğince, *“Hata yahut ehliyetsizlik sebebiyle borçlunun mesuliyetini icap etmiyen bir akitten mütevellit borca kefalet, eğer kefil akdin borçlu yüzünden olan bu fesadına taahhüt esnasında vakıf ise muteber olur”*.

Bu hükümde söz konusu olan irade sakatlıkları hata ve ehliyetsizlik ile sınırlıdır. Diğer irade sakatlığı hallerinden olan hile ve ikrah bu düzenlemeye dahil değildir. Çünkü bu durumlarda haksız eylem söz konusudur ve haksız eylem sonucunun, haksız eylemi işleyen ya da onun ortağının gerçekte de eline geçeceğine dair bir garanti, Borçlar Kanunu’nun ana prensiplerine aykırı olacaktır. Hile, ikrah, gabin (aşırı yararlanma) gibi haller, genellikle kanun koyucu tarafından kınanan hallerdir. Bu nedenle bunları bilerek yapılan kefalet sözleşmesinin hukuka ve ahlâka aykırılık nedeniyle geçerli olmayacağı ileri sürülmektedir¹⁵³.

Borçlunun hatası ve ehliyetsizliği kavramlarını ayrı ayrı incelemek yerindedir. Zira borçlunun hatası halinde, itiraz edilinceye kadar geçerli bir borç vardır. Diğer yandan medeni hakları kullanma ehliyetine sahip olmayan bir kişinin yaptığı sözleşme başlangıçtan itibaren bağlayıcı olmayacaktır. Ancak bu iki halde de kefil olunabilmesi mümkündür. Hata halinde, iptal beyanında bulununcaya kadar

¹⁵³ **Becker Herman (Çev. Dura Suat)**, s 1054; **Uygur**, s. 9338; **Bilge**, .s 370; **Tandoğan**, s. 723; **Karahasan**, s. 1212; **Göktürk**, s. 343.

geçerli bir borcun varlığı kabul edilirse, bu durumda geçerli bir borç için kefalet söz konusudur. Diğer yandan, asıl borç BK md. 31 uyarınca, bir yıl içinde itiraz etmeme ya da yapılan işleme sonradan onay verme şeklinde doğuyorsa, ileride doğması muhtemel, başka bir deyişle gelecekteki (müstakbel) bir borç için kefil olunacaktır. Ehliyetsizlik yüzünden bağlayıcı olmayan bir borca da ileride geçerli bir borcun doğması şartıyla kefil olmak mümkündür. Kefalet asıl borç geçerli olduğu takdirde hüküm ifade edecektir. Buradan hareketle denilebilir ki, asıl borçlunun hataya düşmesi ya da ehliyetsizliği halinde, kefalet için BK md. 485/ II'deki "*Müstakbel zamana muzaif yahut şarta muallak bir borç, hüküm ifade edeceği zamanın hulûlu ve şartın tahakkuku halinde muteber olmak üzere kefalete raptolunabilir*" şeklindeki hüküm uygulanabilir. Bu durum için ayrıca BK md. 485/ III'ün kanunda yer almasına gerek yoktur¹⁵⁴.

Kanunun burada kastettiği ehliyetsizlik tam ehliyetsizlik değil, ayırt etme gücüne sahip küçük ve kısıtlıların durumunun oluşturduğu sınırlı ehliyetsizlik halidir. Ayırt etme gücüne sahip küçük ve kısıtlılar, kendilerini borç altına sokabilecek bütün işlemleri, ya yasal temsilcilerinin rızasıyla ya da onların katılımlarıyla yapabilirler¹⁵⁵. Ayırt etme gücü bulunan küçüğün yasal temsilcisinin izni olmadan bir sözleşme yapması halinde, küçüğün ehliyetsizliğini bilen bir kişi (örneğin kardeşi) küçüğün borçlarına kefil olmuş ise, bu kefalet BK md. 485/ III uyarınca geçerli

¹⁵⁴ **Reisoğlu**, Bankacılık Uygulamasında Kefalet, s. 20; **Yavuz**, s. 498- 499; **Tandoğan**, s. 722.

¹⁵⁵ **İnan, Ali Naim**: Medeni Hukuk, Ankara 2005, s. 105; **Akipek, Jale Güral/ Akıntürk, Turgut**: Yeni Medeni Kanuna Uyarlanmış Başlangıç Hükümleri- Kişiler Hukuku, İstanbul 2004, C. I, s. 345- 351; **Dural, Mustafa/ Öğüz, Tufan**: Türk Özel Hukuku- Kişiler Hukuku, C. II, İstanbul 2004, s. 78 vd.

sayılmaktadır¹⁵⁶. Ehliyetsizlik halinde yasal temsilci, sözleşmeye onay verir veya süresi içinde bağlamazlık veya iptal konularındaki yenilik doğurucu hakkı kullanmazsa, kefil artık geçerli hale gelen asıl borç için sorumlu tutulacaktır. Yasal temsilci, buradaki yenilik doğurucu hakkını kullanıp kullanmamak konusunda karar verinceye ya da bu konudaki süre geçinceye kadar kefil de geçici olarak edimde bulunmaktan kaçınabilir. Ancak söz konusu yenilik doğurucu hakları kendisi kullanamaz¹⁵⁷.

Reisoğlu'na göre BK md 485/ III hatalı bir şekilde kaleme alınmıştır. Anılan hükümden, asıl borçlunun ya da yasal temsilcinin itiraz etmemesi veya onay vermemesi durumunda geçerli bir borcun bulunmaması halinde dahi, kefil eğer taahhüt esnasında asıl borçlunun hata ve ehliyetsizliğini biliyorsa, kefilin yükümlü olmaya devam edeceği sonucu çıkarılmaktadır. Kefalet sözleşmesinin asıl geçerli bir borç bulunmasa dahi geçerli olacağını belirten bu fıkranın, kefalet sözleşmesinin karakteristik niteliği olan fer'iliği ile uyuşmadığı, bu nedenle de burada kefalet sözleşmesinin değil, bir garanti sözleşmesinin düzenlendiği kabul edilmektedir¹⁵⁸. Zira kefalet sözleşmesinde kefilin sorumluluğu, alacaklı ile üçüncü kişi arasında geçerli bir borç ilişkisi var olduğu sürece devam eder. Garanti sözleşmesindeki

¹⁵⁶ **Olgaç**, s. 70- 71; **Bilge**, s. 370; Yargıtayın da görüşü bu yöndedir; “Kefil, kefil olduğu sırada borçlunun küçük olduğunu bilerek bu kefaletnameyi verdiği cihette BK md. 485 maddesi gereğince akdin bu yönden fesadını ileri sürerek borçtan kurtulamaz”.: Yarg. 4. HD., 21.04. 1953 T., 2587 E., 1917 K. (**Reisoğlu**, Muteberlik Şartları, s. 349).

¹⁵⁷ **Tandoğan**, s. 721- 722; **Yavuz**, s. 500; **Zevkliler**, s. 400.

¹⁵⁸ **Reisoğlu**, Def'i Hakları, s. 197; **Reisoğlu**, Bankacılık Uygulamasında Kefalet, s. 20.

sorumlulukta ise, taahhüt asıl borçtan tamamen bağımsızdır. Asıl borç sona erse bile, bu durum garanti verenin sorumluluğuna etki etmez¹⁵⁹.

İsviçre Borçlar Kanunu md. 497/ III'de de böyle bir taahhüdün kefalet olmadığı, ancak kefalet hükümlerine tabi kılındığı açıkça belirtilmektedir. Anılan hükümde, “ *Hata veya ehliyetsizlik dolayısıyla asıl borçluyu ilzam etmeyen bir akdi, taahhüt esnasında akdin bu sakatlığını bilerek tekeffül eden kimse, kefalet hukukunun şartlarına ve prensiplerine göre sorumlu olur*” denilmektedir. Ayrıca İBK md. 507/ II gereğince, böyle bir taahhütte bulunan, alacaklıya ödeme yapınca, borcu geçerli olmayan asıl borçluya rücu edemeyecektir¹⁶⁰.

BK md. 497/ I hükmü gereğince, “*Kefil, asıl borçluya ait bütün defileri alacaklıya karşı dermeyer etmek hakkını haiz ve bununla mükelleftir fakat kefilin taahhüdüünün mahiyetine nazaran hariç kalması lazım gelen defiler, müstesnadır*”. Bu hükme göre, kefil borçluya ait bütün def’ileri kullanabilir, ancak “*taahhüdüünün mahiyetine nazaran hariç kalması lazım gelen def’ileri*” kullanamayacaktır. Bu ifade pek tatmin edici olmasa da, BK md. 485/ III hükmünü işaret ettiği kabul edilmektedir. Kefil, taahhüt esnasında asıl borçlunun hataya düştüğünü ya da ehliyetsiz olduğunu biliyorsa, sonradan bu konu ile ilgili def’ileri ileri süremeyecek

¹⁵⁹ **Reisoğlu, Seza:** “Garanti Mukavelesi ve Kefalet Münasebeti”, II. Ticaret ve Banka Hukuku Haftası, Ankara 1961, s. 153; **Reisoğlu, Seza:** Garanti Mukavelesi, Ankara 1963, s. 67; **Güven,** s. 17; **Uygur,** s. 9338; Ayrıntılı bilgi için bakınız, s. 39 vd.

¹⁶⁰ **Reisoğlu,** Kefilin Rücuu, s. 472; **Oser/ Schönerberger (Çev. Sungurbey İsmet),** s. 99- 101; **Tandoğan,** s. 722- 723.

ve sorumlu olmaya devam edecektir.¹⁶¹. İBK md. 502’de bu durum, “*Kefil, asıl borçluya ya da mirasçılara ait olan ve borçlunun aczinden doğmayan bütün defileri alacaklıya karşı dermeyeran etmek hak ve vecibesini haizdir. Hata veya medeni hakları kullanma ehliyetsizliği sebebiyle asıl borçluyu ilzam etmeyen veya zaman aşımına uğramı olan borçlara kefalet halleri mahfuzdur*”, şeklinde açıkça ifade edilmektedir¹⁶².

Türk Borçlar Kanunu Tasarısı’nın “*asıl borç*” başlıklı 582. maddesinde şöyle denmektedir: “*Yanılma veya ehliyetsizlik sonucunda yapılmış bir sözleşmeden doğan borca kefalet ettiğini açıklayan kişi, yükümlülük altına girdiği sırada, sözleşmeyi sakatlayan eksikliği biliyorsa, kefalet konusunda uygulanabilecek ilke ve koşullara göre sorumlu olur. Aynı kural, borçlu yönünden zamanaşımına uğramış bir borca kefalet ettiğini açıklayan kişi hakkında da uygulanır*”. Kuntalp ve Barlas’ a göre tasarıda mevcut düzenlemedeki eksiklik giderilmemiş, “*ehliyetsizlik*” kavramının tam olarak neyi karşıladığı açıklığa kavuşturulmamıştır. Ayırt etme gücü bulunmayan (tam ehliyetsiz) bir kimse sözleşmenin tarafı ise, yapılan sözleşme kesin hükümsüz durumdadır ve borç doğmamaktadır. Geçerli bir borcun bulunmaması, kefalet sözleşmesi ile temin edilecek bir borcun da bulunmadığı anlamına gelir. Bu durumda fer’ilik ilkesi gereği kefalet de geçersiz olur. Bu nedenle bu düzenlemede yer alan

¹⁶¹ **Bilge, Necip:** “Borçlu Hakkında Kesin Hükümün Kefile Tefsiri”, AD 1954, Y. 45, S. 5, s. 594; **Reisoğlu,** Def’i Hakları, s. 197; **Uygur,** s. 9436; **Von Tuhr,** s. 154; **Bilge,** s. 386; **Olgaç,** s. 43.

¹⁶² **Bilge,** Kesin Hüküm, s. 595; **Oser/ Schönerberger (Çev. Sungurbey İsmet),** s. 269; **Göktürk,** s. 347.

ehliyetsizlik “*sınırlı ehliyetsizlik*” olarak kabul edilmelidir ve maddede bu şekilde yer almalıdır¹⁶³.

Tasarıda yer alan bu düzenlemenin, kefalet sözleşmesinin fer’ilik kuralına istisna mı getirdiği konusunda da bir açıklık bulunmamaktadır. Böyle bir borca kefil olan kimsenin kefaletinin geçerli olacağı değil, kefalet hükümleri çerçevesinde sorumlu olacağı belirtildiğine göre, sözleşmenin kefalet sözleşmesi değil de garanti sözleşmesi olarak kabul edilmesi pek tabi mümkündür. Kanaatimizce hazırlanan tasarı, mevcut düzenlememizde yer alan tartışmalı noktaları aydınlatmamaktadır. *Kuntalp* ve *Barlas*’a göre kefil, sözleşmenin sonradan onayla geçerli hale gelebileceğini dikkate almışsa, bu durumda şarta bağlı veya gelecekteki bir borca kefalet söz konusu olmaktadır ve bu konular zaten kanunumuzda yer aldığından ayrıca bir düzenleme yapılmasına gerek duyulmamaktadır. Kefil, sözleşmeye onay verilmemesi ihtimalini göz önüne alarak sözleşme yapmışsa ortada kefalet değil, garanti sözleşmesinin varlığından söz edilebilir. Tasarıdaki bu hükmün yeniden kaleme alınması gerektiği yolunda doktrinde savunulan görüşe¹⁶⁴ biz de katılıyoruz.

B) Esas Bakımından Geçerli Bir Kefalet Sözleşmesi Yapılması

Kefalet sözleşmesi esas bakımından, Borçlar Kanunu’nun genel hükümlerinde öngörülen geçerlilik şartlarına tâbidir. Bu nedenle kefalet sözleşmesi, BK md. 19 ve 20 hükümleri çerçevesinde sözleşme özgürlüğünün sınırları içerisinde yapılabilir. Bu düzenlemeler uyarınca, kefalet sözleşmesi hukuka, ahlâka ve adaba

¹⁶³ *Kuntalp/ Barlas*, s. 266 ve 433- 434.

¹⁶⁴ *Kuntalp/ Barlas*, s. 266.

aykırı olmamalı, kefil, kefalet sözleşmesi için aranan ehliyet şartlarına sahip olmalı ve kefilin iradesinde sakatlık bulunmamalıdır. Diğer yandan, kefilin sorumlu olması için geçerli bir asıl borcun yanı sıra, kefalet sözleşmesinin geçerli olarak kurulması şartı aranmaktadır. Geçerli bir icap ve kabulün varlığı, iradelerin karşılıklı ve birbirine uygun olarak birleşmesi konuları da göz önünde tutulmalıdır¹⁶⁵.

1) Kefil Olma Ehliyeti

a) Gerçek Kişilerin Kefil Olma Ehliyeti

aa) Tam Ehliyetli Kişilerin Kefil Olma Ehliyeti

Medeni Kanunu'nun 10. maddesine göre “*ayırt etme gücüne sahip ve kısıtlı olmayan her ergin kişinin fiil ehliyeti vardır*”. Kısıtlı olmamak şartı ile ergin olan ve ayırt etme gücüne sahip kişiler tam ehliyetli kişilerdir. Bu kişiler bütün hukuki işlemleri bizzat yapabilecekleri gibi, bütün hakları da bizzat kullanabilirler. Fiil ehliyetine sahip tam ehliyetler, kefalet sözleşmesi yapma konusunda da yetki sahibidirler ve geçerli olarak kefalet sözleşmesi kurabilirler¹⁶⁶.

bb) Tam Ehliyetsiz Kişilerin Kefil Olma Ehliyeti

Ayırt etme gücüne sahip olmayan kişiler fiil ehliyeti yönünden tam ehliyetsiz kişilerdir (MK md. 13 ve md. 15). Tam ehliyetsiz bir kişi ne hukuki sonuç doğuracak bir irade beyanında bulunabilir ne de kendisine karşı yapılan irade açıklamaları bir

¹⁶⁵ Tandoğan, s. 725; Tandoğan, Geçerlilik Şartları, s. 25; Uygur, s. 9282; Reisoğlu, Bankacılık Uygulamasında Kefalet, s. 21; Karahasan, s. 1213; Ekinci, s. 10; Aral, s. 448; Zevkliler, s. 397.

¹⁶⁶ Akipek/ Akıntürk, s. 319; Dural/ Ögüz, s. 59; İnan, s. 101; Zevkliler, s. 398.

hukuki sonuç doğurur. Tam ehliyetsiz kişi tarafından yapılan herhangi bir hukuki işlem kesin hükümsüzdür. Tam ehliyetsiz ayırt etme gücüne sahip olmadığı için, tüm işlemleri onun adına yasal temsilcisi yapar. Ancak Medeni Kanun bazı işlemlerin yasal temsilci tarafından dahi yapılmasını yasaklamıştır. MK md. 449’da sayılan bu işlemlerin başında kefalet sözleşmesi yapmak gelmektedir. Tam ehliyetsiz bir kişi kefalet sözleşmesi yapamayacağı gibi, yasal temsilcisi de onun adına kefalet sözleşmesine taraf olamayacaktır¹⁶⁷.

cc) Sınırlı Ehliyetli Kişilerin Kefil Olma Ehliyeti

Sınırlı ehliyetliler, ergin ve ayırt etme gücüne sahip bulunan ve aynı zamanda da kısıtlı olmayan kişilerdir. Bu anlamda bu kişiler fiil ehliyetine tam olarak sahiplerdir ve tam ehliyetli kişilere uygulanan işlemlere tâbilerdir. Ancak özel durumları gereği, kendilerinin veya rızası gereken kişinin korunması düşüncesiyle kanundan ötürü belli sayıdaki işlemleri ancak başka bir kişinin o işleme rıza göstermesi sonucunda yapabilirler¹⁶⁸. Sınırlı ehliyetlileri tek bir kategoride toplamak zor olacağından, bu grubu “*kendilerine yasal temsilci atanmış olanlar*” ve “*evli kişiler*”¹⁶⁹ olarak iki grupta inceleyeceğiz.

¹⁶⁷ Dural/ Ögüz, s. 63- 73; Akipek/ Akıntürk, s. 319 vd.; İnan, s. 102- 103; Zevkliler, s. 398.

¹⁶⁸ Akipek/ Akıntürk, s. 352; İnan, s. 101- 102; EMK md. 379’un “mahdut ehliyet” şeklindeki kenar başlığı, YMK md. 429 ile “yasal danışmanlık” şeklinde değiştirilmiştir.

¹⁶⁹ Çalışmamızda evli kişiler başlığı altında evli kadının kefil olma ehliyeti eski ve yeni Medeni Kanundaki düzenlemelere göre incelenecektir. Yeni Medeni Kanun’daki düzenlemelerde cinsiyet ayrımı yapılmaksızın “eşlerden her biri” şeklindeki ifadeler yer verilmiştir.

aaa) Kendilerine Yasal Temsilci Atanan Kişilerin Kefil Olma Ehliyeti

MK md. 429 uyarınca, kısıtlanmaları için yeterli sebep bulunmamakla beraber, korunmaları bakımından fiil ehliyetlerinin sınırlanması gerekli görülen ergin kişilere hakim tarafından bir yasal danışman atanır. Bu kişiler, esas olarak medeni hakları kullanma yetkisine sahip olmakla beraber MK md. 429'da (EMK md. 379) sayılan hallerde yasal temsilcilerinin iznini almak zorundadırlar. İzin gerektiren durumlar arasında “*kefil olma*” da yer almaktadır. Kendisine yasal temsilci atanan kişiler bizzat kefalet sözleşmesi yapamamakta, ancak yasal temsilcilerinin izni ile kefalet sözleşmesi kurabilmektedirler. Yasal temsilcinin izni olmadan imzalanan kefalet senedi, tek taraflı olarak bağlayıcı olmayacaktır¹⁷⁰.

Yasal temsilcinin izni olmadığı için geçerli olmayan kefalet sözleşmesi, yasal temsilcinin sonradan vereceği ya da kefalet sözleşmesi yapan kişinin kendisine yasal temsilci atanmasını gerektiren durumun ortadan kalkması üzerine bizzat vereceği izin (onay, icazet) ile geçerlilik kazanabilecektir. Yasal temsilcinin vereceği izin şekil şartına bağlı değil iken, kefalet altına giren kişinin vereceği izin kefalet sözleşmesinin şekil şartına uygun olarak gerçekleşmelidir¹⁷¹.

¹⁷⁰ Oser/ Schönerberger (Çev. Sungurbey İsmet), s. 115; Reisoğlu, Bankacılık Uygulamasında Kefalet, s. 28; Reisoğlu, Muteberlik Şartları, s. 353; Akipek/ Akıntürk, s. 355- 356; Hatemi/ Serozan/ Arpacı, s. 523; Yavuz, s. 500; Karahasan, s. 1214; Franko, s. 19; Tuğsavul, s. 1630; Uygur, s. 9283; Aral, s. 449; Bilge, s. 370; Zevkililer, s. 398.

¹⁷¹ İsviçre Federal Mahkemesinin de bu yönde kararları bulunmaktadır. BGE 54 II 77 numaralı kararında, sonradan medeni hakları kullanma ehliyetini kazanan tarafın ancak kefalet sözleşmesi için aranan şekil şartlarına uygun olarak onay verebileceğini belirtmiştir. (Naklen Grassinger, s. 60); Tandoğan, s. 727; Reisoğlu, Bankacılık Uygulamasında Kefalet, s. 29.

Kendisine MK. md. 426¹⁷² gereği kayyım tayin edilen kişinin kefil olma ehliyeti herhangi bir sınırlamaya tâbi kılınmamıştır¹⁷³.

bbb) Evli Kişilerin Kefil Olma Ehliyeti

Eski Medeni Kanunu’nun 169/ II hükmü uyarınca, kocanın yararına uygun olarak, karı tarafından üçüncü şahsa karşı girilen borçlar, sulh hakimi tarafından onaylanmadıkça geçerli olmamaktaydı. Başka bir deyişle, evli kadının kocanın yararına kefil olabilmesi ancak sulh hakiminin vereceği izin ile mümkün olabilmekteydi. Anılan hükümde kastedilen yarar, mâli temele dayanan bir yarardır. Bu anlamda kadının, kocasının borcu için âdi ya da müteselsil kefil olması, kocasının borcuna kefil olana kefil olması (kefile kefil) ya da asıl borçlu durumundaki kocası için rücu kefil olması halinde EMK md. 169/ II anlamında kocanın yararı söz konusudur. Bu anlamda kocanın yararı için yapılan kefalet sözleşmesi için mutlaka sulh hakiminin izin vermesi gerekmektedir¹⁷⁴.

¹⁷² Medeni Kanunumuzda, vesayet makamının temsil kayyımı atadığı haller; “1) Ergin bir kişi, hastalığı, başka bir yerde bulunması veya benzeri bir sebeple ivedi bir işini kendisi görebilecek veya bir temsilci atayabilecek bir durumda değilse. 2) Bir işte yasal temsilcinin menfaati ile küçüğün veya kısıtlının menfaati çatışyorsa. 3) Yasal temsilcinin görevini yerine getirmesine bir engel varsa.” şeklinde sıralanmaktadır.

¹⁷³ **Oser/ Schöenberger (Çev. Sungurbey İsmet)**, s. 115; **Tandoğan**, s. 727; **Reisoğlu**, Bankacılık Uygulamasında Kefalet, s. 29; **Zevkliler**, s. 398.

¹⁷⁴ **Mimaroglu, Sait**: Evli Kadının Kocasını Menfaatine Üçüncü Kişilerle Yaptığı İltizam Muameleleri, Ankara 1961, s. 106- 107; **Bilge, Necip**: “Eşler Arasında veya Koca Menfaatine Karı ile 3. Kişiler Arasında Yapılan Hukuki Muamelelerin Yargıç Tarafından Tasvibi”, AÜHFD, 1951, C. VIII, S. 1- 2, s. 575- 584; **Ardıç, Oğuzhan**: Medeni Hukuk, Ankara 2002, s. 201; **Reisoğlu**, Bankacılık Uygulamasında Kefalet, s. 26; **Reisoğlu**, Muteberlik Şartları, s. 351; **Tandoğan**, s. 727; **Tandoğan**, Geçerlilik Şartları, s. 26; **Göktürk**, s. 336; **Bilge**, s. 370; **Ekinci**, s. 11.

İsviçre Federal Mahkemesi bir kararında, kadın kocası yararına ödünç para almış ve bu işlem sulh hakimi tarafından onanmamışsa, karısının geçersiz olan bu borcu için kefalet veren kocanın bağımsız olarak borç altına girebilmesi için, karısının ödünç olarak aldığı paraların kendi yararına harcanacağını bilmesinin yeterli olmadığı; aynı zamanda kadının yaptığı işlemin geçerliliğinin sulh hakiminin onayını gerektirdiğini de bilmesine bağlı olduğunu hükme bağlamıştır¹⁷⁵. Alman Federal Anayasa Mahkemesinin de bu doğrultuda kararları bulunmakta, ahlâka aykırı biçimde birlikte sorumluluk yüklenen eşin, finansal bakımdan aşırı yük altına girmesi engellenmeye çalışılmaktadır¹⁷⁶.

Eski düzenleme gereğince, koca yararına bir kefalet sözleşmesinin varlığı için, taahhüdün mutlaka kocanın doğrudan doğruya bir borcu ile ilgili olması şart koşulmamaktaydı. Bir kadının kocasının ortaklık borcundan şahsen sorumlu olduğu ortaklık tiplerinde, kocanın ortağı bulunduğu bir kollektif şirketin veya komandite ortağı bulunduğu bir komandit şirketin borcu için kefil olması halinde de, kocanın şirketin borçlarından bizzat ve sınırsız olarak sorumlu olduğu göz önünde tutularak koca yararına bir taahhüdün varlığı kabul edilmekteydi. Zira kadının kefil olması, kocanın durumunu kuvvetlendirmektedir¹⁷⁷.

¹⁷⁵ BGE 81 II 9 (Naklen, **Kaneti, Selim**: İsviçre Federal Mahkemesinin Borçlar Hukuku Kararları (1955- 1964), C. II, Özel Borç İlişkileri, Borç İlişkilerinde Yasaların Çatışması, Ankara 1968, s. 194- 195).

¹⁷⁶ **Kocaman**, İrade Özgürlüğü, s. 117 vd.; **Kocaman, Arif**: “Gelirden ve Malvarlığından Yoksun Aile Fertlerinin, Kredi Alan Eş veya Ebeveyn Lehine Akdettikleri Kefalet Sözleşmelerinin Ahlâka Aykırılığı Sorunu”, Ali Bozer’e Armağan, Ankara 1998, s. 377- 378.

¹⁷⁷ **Mimaroglu**, s. 103- 104; **Grassinger**, s. 61- 62; **Oser/ Schönerberger** (Çev. Sungurbey İsmet), s. 115; **Tandoğan**, s. 728.

EMK md. 169’da yer alan, karının kocası yararına, üçüncü kişilere karşı borç altına girmesini sulh hakiminin onayına bağlayan hüküm, her ne kadar evli kadını koruma amacını taşıyor idiyse de, eşitlik ilkesi gereği olarak yeni kanunda terk edilmiştir¹⁷⁸. Yeni Medeni Kanun’un 193. maddesi uyarınca, “*Kanunda aksine hüküm bulunmadıkça, eşlerden her biri diğeri ve üçüncü kişilerle her türlü hukuki işlemi yapabilir*”. Yeni Medeni Kanun, eşler arasında kabul edilen eşitlik prensibi gereğince, kadının bazı hukuki işlemler için hakimden izin almasına gerek görmemektedir. Zira günümüzde kadınlar da erkekler kadar ekonomik hayatın içinde yer almakta ve yaptıkları hukuki işlemlerin sonuçlarını düşünerek hareket edebilmektedirler. Bu yeni düzenleme ile eşlerin gerek birbirleriyle gerekse üçüncü kişilerle hukuksal işlem yapabilme konusunda özgür oldukları ifade edilmektedir.

Eski düzenlemenin geçerli olduğu dönemde bankadan kredi almak isteyen koca, karısını kefil göstermek istediğinde, karısıyla birlikte mahkemeye başvurmak zorunda kalmakta, yargılama giderlerini ödemekte ve günlerce izin çıkmasını beklemekteydi. Koca tarafından alınan kredi çoğunlukla ailenin ihtiyacını gidermeye yönelik olduğundan, mahkemenin böyle bir talebi reddetmesi, hem gereksiz zaman kaybına neden olmakta hem de aile bütünlüğünü de tehlikeye sokmaktaydı. Kadın-erkek eşitliğine dayalı yeni bir yasa yapılırken, evli kadını hukuksal işlem bakımından kocaya nazaran, sulh hukuk mahkemesinin denetim ve vesayatine tâbi tutmak çelişkili bir durum yaratmaktaydı. Tüm bu gerekçeler göz önünde tutularak, Medeni Kanun’da eşlerin birbirleriyle yapacakları bazı işlemlerle, kadının koca

¹⁷⁸ **Büyüktanır, Tahir:** “Türk Medeni Kanunu Değişiklikler ve Yeni Düzenlemelere İlişkin Açıklamalar”, ABD, 2002/I, C. 60, s. 74; **Zevkliler, Aydın/ Havutçu, Ayşe:** Yeni Medeni Kanuna Göre Medeni Hukuk (Temel Bilgiler), Ankara 2003, s. 119.

lehine olmak üzere üçüncü kişilerle (alacaklı banka ile kocanın alacağı kredi için kefalet ya da ipotek sözleşmesi gibi) yapacağı hukuksal işlemlerin sulh hukuk mahkemesinin iznine tâbi olacağına dair düzenleme yasadan çıkarılmıştır¹⁷⁹. Bunun sonucunda evli kadının eşi lehine kefil olması için sulh hakiminin iznine gerek kalmamıştır.

Ancak yeni Medeni Kanun’da, eski Medeni Kanun’da yer almamış olan bazı yeni kısıtlamalar da bulunmaktadır. Bu kısıtlamalar arasında eşlerden birinin diğerinin borcu için kefil olmasını yasaklayan veya kısıtlayan, kefaletle ilişkin herhangi bir hüküm yoktur. Fakat, “*tasarruf yetkisinin sınırlanması*” başlıklı YMK md. 199/ I ve II hükümleri uyarınca, “*Ailenin ekonomik varlığının korunması veya evlilik birliğinden doğan malî bir yükümlülüğün yerine getirilmesi gerektirdiği ölçüde, eşlerden birinin istemi üzerine hakim, belirleyeceği malvarlığı değerleriyle ilgili tasarrufların ancak onun rızasıyla yapılabileceğine karar verir. Hakim bu konuda gerekli önlemleri alır*”. Bu hükmün sadece tasarruf işlemlerini kapsamadığı, borçlandırııcı işlemleri de içerdiği kabul edilirse ve eşlerden birinin başvurusu üzerine hakim böyle bir karar almışsa, eşin kefalet sözleşmesi ile yükümlülük altına girmesi diğer eşin rızasına bağlanabilir ve bu şekilde, evlilik bağı yüzünden kefaletle ilgili bir sınırlama bu kapsamda gündeme gelebilir¹⁸⁰.

¹⁷⁹ **Kılıçoğlu, Ahmet:** Medeni Kanun’umuzun Aile- Miras- Eşya Hukukuna Getirdiği Yenilikler, Ankara 2004, s. 37- 38; **Bilge,** Eşlerin Muamelelerinin Tasvibi, s. 591.

¹⁸⁰ **Barlas, Nami:** “Yeni Türk Medeni Kanunu Hükümleri Çerçevesinde Eşler Arası Hukuki İşlem Özgürlüğü ve Sınırları”, Prof. Dr. Necip Kocayusufpaşaoğlu İçin Armağan, Ankara 2004, s. 132 vd.; **Barlas,** Kefalet Hukuku, s. 55.

İsviçre’de kefalet hukuku 1942 yılında değiştirilirken kanuna yeni bir hüküm eklenmiştir. İsviçre Borçlar Kanunu md. 494’de belirtildiği gibi, evli kimsenin kefil olabilmesi için, ortada mahkeme tarafından verilmiş bir ayrılık kararı bulunmadığı takdirde, eşin yazılı izni (muvafakati) gerekir¹⁸¹.

İsviçre Borçlar Kanunu’da yer alan bu düzenleme aynen Türk Borçlar Kanunu Tasarısı’nda yer almaktadır. Tasarının 584. maddesinde, “*Eşlerden biri mahkemece verilmiş bir ayrılık kararı olmadıkça veya yasal olarak ayrı yaşama hakkı doğmadıkça, ancak diğerinin yazılı rızası ile kefil olabilir; bu rızanın sözleşmenin kurulmasından önce ya da en geç kurulması anında verilmiş olması şarttır*” denilmektedir. Diğer fıkra, “*Kefalet, ticaret siciline kayıtlı bir işletmenin sahibi; bir kollektif ortaklığın ortağı, bir komandit ortaklığın sınırsız sorumlu ortağı; bir anonim ortaklığın yöneticisi veya müdürü, bir sermayesi paylara bölünmüş komandit ortaklığın müdürü veya bir limited ortaklığı yönetici ortağı tarafından işletmeyle ilgili olarak verilmişse, eşin rızası aranmaz*” şeklindedir¹⁸². Ancak, tasarının 584. maddesinin istisnalarla ilgili ikinci fıkrasının kaynağı olan İBK’nun 494. maddesinin ikinci fıkrası, 1 Aralık 2005’te yürürlüğe girmek üzere 17 Haziran 2005 tarihinde kaldırılmış bulunmaktadır. İsviçre’de yaşanan bu gelişme göz önüne alınarak, tasarının bu hükmünün yeniden gözden geçirilmesi kanaatindeyiz.

¹⁸¹ **Cavin, Pierre (Çev. Artus, Amil):** “İsviçre’de Yeni Kefalet Hukuku”, Adliye Ceridesi 1942, Y. 33, s. 996; **Oser/ Schönenberger (Çev. Sungurbey İsmet),** s. 159; **Göktürk,** s. 336; Yavuz, s. 500; **Tandoğan,** s. 730; **Akipek/ Akıntürk,** s. 354; **Karatay,** s. 623- 624; **Ekinci,** s. 11.

¹⁸² **Kuntalp/ Barlas,** s. 434; **Kurdoğlu, Bülent Nuri:** “Türk Borçlar Kanunu Tasarısı İncelemesi”, ABD, 2005, Y. 63, S. 2005/ 3, s. 79- 80.

Bu düzenleme tamamiyle yeni bir düzenlemedir ve yeni Medeni Kanun ile getirilen eşler arasındaki hukuki işlem rejiminin sistematığına uygundur (YMK md. 199/I- II). Tasarı bu şekilde kanunlaşır, kefalet sözleşmesinin geçerliliği için diğer eşin yazılı izni gerekecektir. Eşin izni alınmaksızın imzalanan kefalet sözleşmesine diğer eşin sonradan icazet vermesi yolu kapalı tutulduğundan, bu iznin alınmaması kefalet sözleşmesini hükümsüz kılacaktır¹⁸³.

Tasarıda, yeni Medeni Kanun'da yer alan tasarruf yetkisinin sınırlandırılmasına dair 199. maddeden hareketle böyle bir düzenlemeye yer verilmesinin, başka bir deyişle kefalet sözleşmesinin geçerliliği için diğer eşin rızasının aranması zorunluluğunun, hukukumuzun temelini oluşturan “*sözleşme serbestisi*” ve “*irade özgürlüğü*” ilkelerine ters bir durum oluşturup oluşturmadığı tartışmalı bir konudur. Tasarının 584. maddesinin ikinci fıkrasında bu hükmün istisnaları ayrıntılı bir şekilde düzenlenmiştir. Buna göre, ticari hayatta kurulan kefalet sözleşmelerinin geçerli olabilmesi için diğer eşin rızası aranmamaktadır. Diğer eşin yazılı izni günlük hayatta yapılan kefalet sözleşmelerinde söz konusudur. Bu nedenle, tasarıdaki düzenleme ticari hayatta her hangi bir sıkıntı yaratmayacaktır. Kanaatimizce tasarıdaki bu hüküm her ne kadar sözleşme serbestisi ilkesine ters gibi görünse de, ülkemizin şartları göz önüne alındığında, ailenin ekonomik varlığının korunması ve evlilik birliğinin gerekleri dikkate alındığında, yerinde bir düzenlemedir.

¹⁸³ Barlas'a göre, kefalet sözleşmesini eşin rızasına tâbi tutma yolundaki tasarı hükmünün, yaşadığımız ülkemizdeki durum göz önünde bulundurularak, bir takım istisnalarla birlikte, korunması gerekmektedir, bkz. **Barlas**, Kefalet Hukuku, s. 55; **Barlas**, Yeni Türk Medeni Kanunu, s. 137- 138.

dd) Sınırlı Ehliyetsiz Kişilerin Kefil Olma Ehliyeti

MK md. 16 anlamında, “*ayırt etme gücüne sahip küçükler ve kısıtlılar*” olmak üzere iki grup sınırlı ehliyetsiz kişiler bulunmaktadır. MK md. 16/ I’e göre “*Ayırt etme gücüne sahip küçükler ve kısıtlılar, yasal temsilcilerinin rızası olmadıkça, kendi işlemleri ile borç altına giremezler*”. Sınırlı ehliyetsiz olan kişi vesayet altında ise, rızayı gösterecek kişi vasidir.

EMK md. 392’de yer alan hüküm, YMK md. 449’da da aynen yer almaktadır. Bu hüküm uyarınca, “*Vesayet altındaki kişi adına kefil olmak, vakıf kurmak ve önemli bağışlarda bulunmak yasaktır*”. Bu düzenlemede de açıkça belirtildiği gibi, vesayet altındaki küçük ve kısıtlıların kefalet yükümlülüğü altına girmeleri kendileri için bağlayıcı değildir. Bu kişilerin yaptıkları taahhütler sonradan velinin ya da vasinin onayı ile dahi geçerlilik kazanamaz. Velinin ya da vasinin kendisi bile küçük veya kısıtlı kişi adına kefil olamamaktadır. Sınırlı ehliyetsizlerin kefalet sözleşmesini ne bizzat ne de yasal temsilcileri aracılığıyla yapamayacaklarına dair bu yasağa rağmen yapılan kefalet sözleşmesi, gerekli ehliyet şartını taşınamaması sebebiyle geçersiz olacaktır. Hukukumuzdaki bu kefalet yasağı son derece kesindir, sulh hakiminin bu konuda onay verme yetkisi bulunmamaktadır¹⁸⁴.

¹⁸⁴ **Zevkliler/ Havutçu**, s. 121; **Grassinger**, s. 60; **Reisoğlu**, Bankacılık Uygulamasında Kefalet, s. 29; **Tandoğan**, s. 726; **Aral**, s. 449; **Franko**, s. 19; **Uygur**, s. 9283; **Tuğsavul**, s. 1631; **Yavuz**, s. 499; **İnan**, s. 88; **Akipek/ Akıntürk**, s. 351; **Akıntürk**, s. 299; **Hatemi/ Serozan/ Arpacı**, s. 523; **Bilge**, s. 370; Yargıtayın da vasilerin, sınırlı ehliyetsiz kişiler adına kefalet sözleşmesi yapamayacağına dair kararları bulunmaktadır. : Yarg. 2. HD., 14. 5. 1990 T., 12983 E., 4759 K. (**Akipek/ Küçük güngör**, s. 375- 376); Yargıtay başka bir kararında, hacir altına alınan kişinin vesayeti sona ermeden imzaladığı kefalet akdinin geçersiz olacağını ve geçerlilik kazanabilmesi için

YMK md. 343’de (EMK md. 269), “*Velâyet altındaki çocuğun fill ehliyeti, vesayet altındaki kişinin ehliyeti gibidir*” denilmektedir. YMK md. 449’da yer alan bu yasak, md. 343’de belirtilen atıf nedeniyle velayet altındaki küçükler için de geçerlidir. Anne, baba da hiçbir şekilde çocukları adına kefil olamamaktadırlar¹⁸⁵.

Vesayet veya velayet altındaki kişinin, kendisine vesayet makamı tarafından bir meslek ya da sanatın yürütülmesi için izin verilmiş ise, bununla ilgili her türlü olağan işleri yapmaya yetkili ve bu tür işlemlerden dolayı bütün malvarlığı ile sorumlu olduğu YMK md. 453’de (EMK md. 396) açıkça düzenlenmektedir. Bu hükümden hareketle doktrinde, böyle bir durumda, sanat ve mesleğin icrası ile ilgili olduğu oranda, vesayet veya velayet altındaki kişilerin yaptığı kefalet taahhütlerinin, bir onaya gerek duyulmaksızın geçerli olacağı kabul edilmektedir¹⁸⁶. Diğer yandan *Akıntürk*’e göre, sınırlı ehliyetsiz kişiler, kendilerine hukuki yarar sağlayan işlemleri bizzat, yasal temsilcilerinin onayına gerek duymadan yapabildiklerinden, alacaklı sıfatı ile kefalet sözleşmesi kurabileceklerdir¹⁸⁷.

de vesayet sona erdikten sonra akdi benimsemenin de yazılı şekilde yapılması gerektiğini bildirmektedir.: Yarg. 19. HD., 2. 10. 2001 T., 2053 E., 6100 K. (YKD, 2003, C. 29, S. 1, s. 80- 81)

¹⁸⁵ İsviçre’deki 1942 tarihli değişiklik sırasında velinin çocukları adına kefil olmasını yasaklayan bir hükmün ayrıca kanuna alınması düşünülmüş, ancak bu teklif, mevcut uygulamadan da aynı sonucun çıkabileceği düşüncesi ile reddedilmiştir. (Grassinger, s. 60); Oser/ Schönenberger (Çev. Sungurbey İsmet), s. 115; Aral, s. 449; Reisoğlu, Bankacılık Uygulamasında Kefalet, s. 30; Uygur, s. 9283.

¹⁸⁶ Oser/ Schönenberger (Çev. Sungurbey İsmet), s. 115; Aral, s. 449; Reisoğlu, Bankacılık Uygulamasında Kefalet, s. 29- 30; Reisoğlu, Muteberlik Şartları, s. 355; Yavuz, s. 499- 500; Tandoğan, s. 726; Ekinci, s. 10.

¹⁸⁷ Akipek/ Akıntürk, s. 341.

BK md. 485/ III'de belirtildiği üzere, bir kimse, kefil olduğu kişinin sınırlı ehliyetsiz olduğunu bilerek kefil olmuşsa, yapılan kefalet sözleşmesi geçerli olacaktır. Kefil bu durumu ileri sürerek sorumluluktan kurtulamayacaktır¹⁸⁸.

ee) İflâs Edenin (Müflisin) ve Kendisine Konkordato Mehli Verilmiş Olan Borçlunun Kefil Olma Ehliyeti

BK md. 502 uyarınca alacaklı borçlunun iflâsı üzerine alacağını iflâs masasına kaydettirmek ve iflâsın açılışından kefili haberdar etmek zorundadır. İcra ve İflâs Kanunu md. 204'e göre, alacaklı alacağının bir kısmını kefileden alsa bile, alacağının tamamını masaya kaydettirmeye yetkilidir. Bu durumda, kefilin ayrıca borçluya rücu edeceği kısım için masaya başvurma yükümlülüğü bulunmamaktadır. Zira bir alacak iki defa masaya kaydettirilemez. Kefil alacaklıyı tatmin edince, onun hissesine düşen kısmı, herhangi bir ek işleme gerek olmadan, talep etme hakkına sahip olacaktır¹⁸⁹.

İcra ve İflas Kanunu md. 191 gereğince, iflâsın açılması ile birlikte iflâs edenin (müflisin) malları üzerinde tasarruf yetkisinin kalkması, onun kefil olabilmesine engel değildir. Ancak her ne kadar böyle bir kefalet iflâs eden kişi için

¹⁸⁸ Ayrıntılı bilgi için bkz. s. 69 vd.

¹⁸⁹ **Pekcanitez, Hakan/ Atalay, Oğuz/ Özkes, Muhammed:** İcra ve İflâs Hukuku, Ankara 2002, s. 174; **Kuru Baki,** İflas ve Konkordato Hukuku, Ankara 1971, s. 230; **Kuru, Baki/ Arslan, Ramazan/ Yılmaz, Ejder:** İcra ve İflâs Hukuku, Ders Kitabı, Ankara 1999, s. 461; **Reisoğlu,** Bankacılık Uygulamasında Kefalet, s. 109.

bağlayıcı olsa da, alacaklı tarafından iflâs masasına karşı ileri sürülemez. İflasın kalkması ile birlikte kefalet alacaklıları kefile başvurabileceklerdir¹⁹⁰.

İİK md. 202’de belirtildiği üzere, iflâs edenin kefil olduğu borçlar vadeleri gelmese bile alacak olarak masaya kaydedilir. Bu kural, iflâsın açılmasıyla iflâs edenin bütün borçlarının muaccel hale gelmesinin bir sonucudur. İflas masası, kefalet borcu sebebiyle ödediği para oranında asıl borçlu ve müteselsil borçluların alacakları yerine geçer ve parayı bu kişilerden tahsile çalışır¹⁹¹.

Kendisine mahkeme tarafından konkordato süresi verilmiş olan kişinin kefil olması İİK md. 290 gereğince yasaktır. Bu süre içinde borçlunun kefil olma ehliyeti yoktur. Buna rağmen kefil olunması halinde, yapılan kefalet sözleşmesi kanun gereği hükümsüzdür. Bu hükümsüzlüğü ancak kefalet sözleşmesi yapan borçlu, onun alacaklıları ve üçüncü kişiler ileri sürebilirler. Konkordato komiseri izin verse, alacaklılar razı olsa veya konkordato reddedilse bile bu hükme aykırı olarak kurulmuş kefalet sözleşmesinin hükümsüzlüğü ortadan kalkmaz¹⁹².

¹⁹⁰ **Kuru**, s. 180- 181; **Üstündağ, Saim**: İflas Hukuku, İstanbul 1991, s. 67 vd.; **Oser/ Schönerberger** (Çev. Sungurbey İsmet), s. 116; **Tandoğan**, s. 730; **Tandoğan**, Geçerlilik Şartları, s. 29; **Reisoğlu**, Bankacılık Uygulamasında Kefalet, s. 28; **Karahasan**, s. 1214; **Uygur**, s. 9282- 9283, **Aral**, s. 449.

¹⁹¹ **Pekcanitez / Atalay / Özekes**, s. 173- 174; **Kuru/ Arslan/ Yılmaz**, s. 459; **Ekinci**, s. 13.

¹⁹² **Postacıoğlu, İlhan**: Konkordato, Ankara 1965, s. 58; **Pekcanitez/ Atalay/ Özekes**, s. 194; **Tandoğan**, s. 730; **Kuru/ Arslan/ Yılmaz**, s. 547; **Oser/ Schönerberger** (Çev. Sungurbey İsmet), s. 116; **Tandoğan**, Geçerlilik Şartları, s. 29; **Kuru**, s. 434- 435; **Üstündağ**, s. 213; **Karahasan**, s. 1214; **Uygur**, s. 9283; **Bilge**, s. 371; **Franko**, s. 19; **Yavuz**, s. 500; **Zevkliler**, s. 398; **Aral**, s. 449.

ee) Noterlerin Kefil Olma Ehliyeti

1512 sayılı Noterlik Kanunu md. 50/ III hükmünde, noterlere kefil olma yasağı getirilmektedir¹⁹³. Bu yasağa uymayan noterler Noterlik Kanunu md. 157/ I uyarınca para cezasına çarptırılırlar.

Tandoğan'a göre, buradaki yasak sadece kefalet sözleşmesinin taraflarından biri olan notere yöneldiğinden, sözleşmenin konusunda bir hukuka aykırılık bulunmaması halinde, ilgili maddede belirtilen yasağa uymayarak kefalet altına giren noterin bu kefaleti geçersiz sayılmamalıdır¹⁹⁴. Biz de, esas ve şekil bakımından aranan şartların sağlanması durumunda noterlerin de kefil olabileceğine dair bu görüşe katılıyoruz.

b) Tüzel Kişilerin Kefil Olma Ehliyeti

Türk hukuk düzeni, gerçek kişilerin dışındaki bir takım varlıklara da kişilik sıfatı tanımıştır. Tüzel kişiler, gerçek kişilerin yanısıra, hak kazanma ve borç altına girme yeteneğine sahip olan varlıklardır. Tüzel kişiler, kuruluşları, çalışma esasları ve sona ermeleri açısından kamu hukuku veya özel hukuk prensiplerine tâbi olmaları

¹⁹³ Anılan hükme göre, “Noterler borsa oyunu oynamak, 657 sayılı Devlet Memurları Kanununun 28 inci maddesinin 1 inci fıkrasındaki anlamda ticaret yapmak, kefil olmak, kendilerine ait ücretlerden herhangi bir şekilde indirim yapmak, aracı kullanmak, reklam ve rekabet niteliğinde bir eylemde bulunmak ve her ne suretle olursa olsun noterlik ücreti hususunda kendi aralarında sözlü veya yazılı anlaşma yapmaktan yasaklıdır”.

¹⁹⁴ **Tandoğan, Haluk:** “Noterlerin Kefil Olma Yasağının Müeyyidesi”, TNBHD 1974, S. 4, s. 6- 7; **Tandoğan**, s. 730; **Tandoğan**, Geçerlilik Şartları, s. 29; **Zevkliler**, s. 398.

dikkate alınarak “*kamu hukuku tüzel kişileri*” ve “*özel hukuk tüzel kişileri*” olmak üzere ikiye ayrılmaktadırlar. Özel hukuk tüzel kişileri şirketler, dernekler ve vakıflardan oluşmakta, bunların ehliyetleri Medeni Kanun ve Ticaret Kanunu hükümlerine tâbi tutulmaktadır. Kamu hukuku tüzel kişilerinin ehliyetleri ise, bunlara tüzel kişilik tanıyan yasalara göre belirlenmektedir¹⁹⁵.

Özel hukuk tüzel kişileri ile ilgili genel hükümler YMK md. 47 ile 55 arasında yer almaktadır. YMK md. 48 (EMK md. 46) uyarınca. “*Tüzel kişiler, cins, yaş, hısımlık gibi yaradılış gereği insana özgü niteliklere bağlı olanlar dışındaki bütünü haklara ve borçlara ehildirler*”. Yine YMK md. 49’a göre (EMK md. 47), “*Tüzel kişiler, kanuna ve kuruluş belgelerine göre gerekli organlara sahip olmakla, fiil ehliyetini kazanırlar*”.

aa) Dernek ve Vakıfların Kefil Olma Ehliyeti

Medeni Kanun’un genel hükümleri dernekler ve vakıflar için de geçerlidir. Ancak organları aracılığıyla hukuki işlemler, sözleşmeler yapan tüzel kişilerin, organlarının bu faaliyetlerinden dolayı borç altına girmesi için, bunların tüzel kişinin amacı çerçevesinde yapılması gereklidir¹⁹⁶. Dernekler Kanunu md. 4/ b bendinde,

¹⁹⁵ **Özsunay, Ergun:** Medeni Hukukumuzda Tüzel Kişiler, İstanbul 1982, s. 34 vd.; **Köprülü, Bülent:** Medeni Hukuk, Genel Prensipler, Kişinin Hukuku (Gerçek Kişiler- Tüzel Kişiler), İstanbul 1984, s. 400 vd.; **Özay, İlhan:** Günışığında Yönetim, İstanbul 1996, s. 129- 133; **Duran, Lütfi:** İdare Hukuku Ders Notları, İstanbul 1982, s. 63- 72; **Özgenç, İzzet:** “Tüzel Kişinin Sorumluluk Ehliyeti”, Reha Poroy’a Armağan, İstanbul 1995, s. 324 vd.; **Dural/ Ögüz,** s. 193 vd.; **Akipek/ Akıntürk,** s. 535- 545.

¹⁹⁶ **Özkan, Işıl:** “Tüzel Kişilerin Ehliyetlerinin Gaye İle Sınırlandırılması”, AD, 1975, Y. 66, S. 3- 4, s. 362- 363; **Kuntalp, Erden:** “Ticaret Ortaklıklarının Ehliyeti”, Ticaret Hukuku ve Yargıtay

derneğin amacı ve bu amacı gerçekleştirmek için derneğin yapacağı faaliyet konularının, dernek tüzüğünde yer alacağı kabul edilmiştir. Aynı şekilde, YMK md. 106'da (EMK md. 75) vakıf senedinde, vakfın amacının belirtilmesi gerektiği bildirilmektedir. Özel hukuk tüzel kişilerinin hak ve fiil ehliyetleri, kuruluş işleminde gösterilen (dernek tüzüğü, vakıf senedi) amaçları ile sınırlı olduğundan, bu tüzel kişiler ancak bu amaçların gerçekleştirilmesi ile ilgili olarak kefil olabilirler. Dernek ve vakıfların tüzükleri ya da ana sözleşmelerinde açıkça kefalet sözleşmesinin kurulabileceği belirtilmişse, bu tüzel kişinin kefalet ehliyetinin varlığı kabul edilecektir¹⁹⁷.

bb) Ticari Şirketlerin ve Kooperatiflerin Kefil Olma Ehliyeti

Ticari şirketlerin ehliyeti TTK md. 137'de düzenlenmektedir. Bu hükme göre, *“Ticaret şirketleri hükmi şahsiyeti haiz olup, şirket mukavelesinde yazılı işletme mevzuunun çevresi içinde kalmak şartıyla bütün hakları iktisap ve borçları iltizam edebilirler. Bu husustaki kanuni istisnalar mahfuzdur”*. Aynı ilke Kooperatifler Kanunu md. 4/b. 2'de , kooperatif ana sözleşmesinde kooperatifin amacı ve çalışma koşullarının belirtilmesi gerektiği bildirilmiştir. Bu nedenle, kooperatiflerin faaliyeti, kooperatifin amacı ve çalışma konusu ile sınırlıdır. Bunun yanında ticari şirketler YMK md. 48'e (EMK md. 46) göre, nitelikleri itibariyle sadece gerçek kişilere ait

Kararları Sempozyumu II 1985, s. 7; **İmregün, Oğuz**: “Türk Ticaret Kanununa Göre Ticaret Şirketlerinin Ehliyet ve Temsili”, II. Ticaret ve Banka Hukuku Haftası, Ankara 1962, s. 276- 277; **Özsunay**, s. 76; **Köprülü**, s. 413.

¹⁹⁷ **Oser/ Schönerberger** (Çev. Sungurbey İsmet), s. 115; **Tandoğan**, s. 730- 731; **Aral**, s. 449; **Karahasan**, s. 1214; **Uygur**, s. 9283; **Reisoğlu**, Bankacılık Uygulamasında Kefalet, s. 22- 23; **Yavuz**, s. 500; **Zevkliler**, s. 398; **Özsunay**, s. 147 vd. ve 386 vd.; **Ekinci**, s. 14.

olan bazı haklar dışında bütün hakları iktisap eder ve borçları üstlenirler. Tek fark ticari şirketlerin hak ehliyetinin “*işletme konusu*” ile sınırlı olmasıdır.

TTK’ndaki bu kısıtlama batı literatüründe “*ultra vires teorisi*” ile açıklanmaktadır. Ultra-vires teorisi iki şekilde anlaşılabilir. Bu prensip ya doğrudan doğruya ehliyet ile ilgilidir (ultra vires of corporation) ya da tüzel kişinin organının yaptığı işlem, şirket sözleşmesinde yazılı işletme konusuna girmekte, şirketin bu işlemi yapmaya ehliyeti olmakta fakat işlemi yapan organın yetkisi bulunmamaktadır (ultra vires of director). Birinci halde karar hükümsüzken, ikinci halde karar sonradan ortaklar tarafından onanarak geçerli hale gelebilir¹⁹⁸. TTK md. 137’deki durum birinci hale girmektedir. Ultra vires teorisine göre, ticari şirketlerin ehliyetleri ana sözleşmelerinde belirlenen konu ve amaç ile sınırlıdır. Bu sınırlar dışında şirketin ehliyeti bulunmadığından yapılan işlemler batıldır. Bu işlemlerin sonradan genel kurul kararı ile onaylanarak geçerli hale gelmeleri mümkün değildir¹⁹⁹.

¹⁹⁸ İngiliz hukukunda benimsenen “özellik ilkesi” uyarınca, tüzel kişinin hak ehliyeti, tüzükte belirtilen konu ile sınırlıdır ve bu konu dahilinde yapılan işlemler tüzel kişiyi bağlar. Konuyu aşan işlemler ise ehliyet dışı (ultra- vires) sayılırlar. Ayrıntılı bilgi için bkz. **Arslanlı, Halil**: “İngiliz Şirketlerinde Ultra Vires Nazariyesi”, Adliye Ceridesi, 1942, S. 1- 6, s. 501; **Özsunay**, s. 62; **Özkan**, s. 369.

¹⁹⁹ **Ansay, Tuğrul**: “Anonim Şirketlerin Kefil Olabilme Ehliyeti”, Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu II, Ankara 1985, s. 363; **Ansay, Tuğrul**: “Anonim Şirketlerde Ehliyet Meselesi”, Ticaret ve Banka Hukuku Haftası, Ankara 1960, s. 81; **Domaniç, Hayri**: Anonim Şirketler, İstanbul 1978, s. 124; **Franko, Nisim**: “Ticaret Şirketlerinin Kefalet Ehliyeti”, Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu II, Ankara 1985, s. 44; **Sengir, Turgut**: “Ticaret Ortaklıklarında Kefalet”, BATİDER 1964, C. II, S. 3, s. 416; **Karayalçın, Yaşar**: Ticaret Hukuku, II. Şirketler Hukuku, Ankara 1973, s. 96; **Kuntalp**, s. 10, dn. 12; **Franko**, s. 19; **Tandoğan**, s. 731; **Tandoğan**, Geçerlilik Şartları, s. 30; **Özkan**, s. 368; **Özsunay**, s. 62.

Ticari şirketlerin ana sözleşmelerinde, şirketin kefalet sözleşmesi kurabileceği açıkça belirtilmişse, bu tüzel kişinin kefalet sözleşmesi kurma ehliyetinin var olduğu kabul edilecektir. Ana sözleşmeye bu kaydın konulmuş olması, şirketin o alandaki ehliyetini belirleme açısından yeterlidir²⁰⁰. Bazı durumlarda da ticari şirketin mahiyeti bizzat kefalet sözleşmesinin kurulmasını öngürmüş olabilir. Örneğin kredi (kefalet) kooperatifleri gibi konusu zaten ortaklarına kefil olma olan tüzel kişilerin kefalet ehliyetleri mahiyetleri gereği vardır. Hatta ana sözleşmesinde özel bir hüküm bulunmasa dahi, şirketin kredi kooperatifi olduğuna dair bir ifadenin bulunması, kefalet ehliyetinin var olduğuna dair karine teşkil eder²⁰¹.

Şirket ana sözleşmelerinde kefaletle ilgili bir hükmün yer almaması halinde, *Franko*'ya göre, yapılan kefalet sözleşmesinin geçerli olabilmesi için tarafların menfaatleri ile yakından ilgili olması şartı aranmalıdır. Diğer yandan, konuları bakımından hiç ilgili bulunmayan bir şirketin diğeri lehine kefalet vermesi kefalet kurumunun ticari hayattaki gerekliliği ile açıklanamaz. Bir şirketin, başka bir şirket lehine kefalet sözleşmesi kurabilmesi için, diğer şirketin amacının da aynı olması gerekmektedir. Bu nedenle, inşaat amacıyla kurulmuş bir şirketin, nakliye amacı ile kurulmuş bir şirketin borçlarına kefil olması hukuken geçerli olmamaktadır²⁰².

Kefalet sözleşmesinin geçerli olabilmesi için aranan en önemli şart, daha önce de belirtildiği gibi, şirketin ana sözleşmesinde yer alan işletme konusu ile yapılan

²⁰⁰ **Ansay**, s. 366- 367; **Franko**, Ticari Şirketler, s. 48- 50; **Reisoğlu**, Bankacılık Uygulamasında Kefalet, s. 24.

²⁰¹ **Franko**, Ticari Şirketler, s. 50; **Tandoğan**, s. 732; **Tandoğan**, Geçerlilik Şartları, s. 31; **İmregün**, s. 287; **Karayalçın**, s. 408.

²⁰² **Franko**, s. 19; **Franko**, Ticari Şirketler, s. 52.

kefalet sözleşmesi arasında ilginin bulunması zorunluluğudur. Anonim şirketlerin de işletme konusuna girmeyen işlemler için kefalet ehliyeti bulunmamaktadır. İşletme konusuna girmeyen konularda yönetim kurulu üyesinin ortaklığı temsil etmesinin mümkün olmadığı gibi, ortaklık konusu dışında bir alanda faaliyet göstermesi yoklukla sakat bir işlem olarak belirtilmektedir²⁰³. Yargıtay da eski bir kararında, kefil olma, şirketin amacı ve işletme konusu ile ilgili görülebilirse, şirketin mutad işlemlerinden sayılacağı görüşünü benimsemiştir. Aynı kararda trikotaj ve tuhafiyeciliğin birbiriyle ilgili iki işletme konusu olduğuna karar veren Yüksek Mahkeme, iplik alım satımı için şirketçe verilen kefaletin geçerli olacağını hükme bağlamıştır. Aynı şirket tütün alım satımı için kefil olmuş olsa idi, tüzel kişinin ehliyeti dışındaki bu kefalet hükümsüz sayılacaktı.²⁰⁴ Ancak sonraki dönemlerdeki Yargıtay kararlarında, herhangi bir ayırım ya da kıstasa gerek duyulmadan, ticari hayatın normal seyrine göre, kefil olmanın, bir şirketin işletme konusu içinde kalan ve şirketin devamlı olarak yaptığı ticari işlemlerden olduğu ve amaçları aynı olmasa da farklı şirketlerin birbirlerine kefil olabileceği kabul edilmektedir²⁰⁵. Bu durumda

²⁰³ **Tekil, Fahiman:** Anonim Şirketler, İstanbul 1998, s. 118; **Helvacı, Mehmet:** Anonim Ortaklıkta Yönetim Kurulu Üyesinin Hukuki Sorumluluğu, İstanbul 2001, s. 82- 83; Federal Mahkemenin verdiği bir karara göre; “Mevcut ticari münasebetleri kaybetmemek, zor duruma düşmüş müşterilere konkordato yapma imkanını sağlamak veya himaye edilen borçlunun ticari münasebetlerini iktisap için kefalet verilmesi “işletme mevzuunun” şumulünde addedilir”.: BGE 39 II 297 (Naklen **İmregün**, s. 286, dn. 22); **Ansay**, s. 366 vd.

²⁰⁴ Yarg. TD 10. 12. 1960 T., 3282 E., 3381 K. (**Reisoğlu Seza**, Türk Kefalet Hukuku, Ankara 1964, s. 24 -25).

²⁰⁵ Bir Yargıtay kararına göre, “...Bir şirketin işletme konusu demek, o şirketin devamlı olarak yapacağı işlemler demektir. Bunlar da o şirketin ana sözleşmesinde belirtilen, şirketin amaç ve konusu ile ilgili işlemlerdir. Bununla birlikte bir ticari işletmenin, kendi ana sözleşmesinde belirtilen işletme mevzuuna doğrudan doğruya girmemekle beraber, o işletmenin ticari faaliyetlerini kolaylaştıran ticari iş ve ticari sözleşmelerin de o işletmenin mevzuu içinde bulunduğu kabulü zorunludur. Ticari amaç güden işletmelerin kredi temini konusunda bankalara karşı müştereken

ana sözleşmesinde (işletme konusu) kefalet konusu yer almayan bir iplik sanayi A.Ş.'nin, konserve üreten bir başka şirkete, bankadan aldığı kredi için kefil olması mümkün hale gelmektedir²⁰⁶. *Franko*’ ya göre ise, iplik sanayii ile uğraşan bir şirket ile konserve üreten bir firmanın menfaat birliği içinde olması düşünülemez. Bu iki şirketin birbirlerine kefil olması, tüzel kişilerin ehliyeti ve ultra vires teorileri göz önüne alındığında mümkün olmamaktadır²⁰⁷. *Ansay* da Yargıtayın, ticaret hayatının güven içinde yürümesi esasına ağırlık vererek, her türlü kefaleti, işletme konusu ile ilgisi olmasa dahi geçerli saymasını yerinde bulmamakta; kefalet sözleşmesinin geçerli olabilmesi için mutlaka şirket ana sözleşmesinde yer alan işletme konusu ile kefaletin ilgili olması şartının aranması gerektiğini vurgulamaktadır²⁰⁸.

Kanaatimizce günümüz ticari hayatının şartları göz önünde tutulduğunda, farklı ticari şirketlerin amaçları aynı olmasa da, birbirlerine kredi temin etmek amacıyla kefil olarak destek vermelerinde bir sakınca bulunmamaktadır. Biz de

sorumluluk yüklenmeleri suretiyle birbirlerine destek olmaları ve ticari faaliyetlerini bu suretle sürdürebilmeleri halini ticari hayatın normal ve mutad işlemleri arasında kabul etmek gerektiğinden, bu davada söz konusu olan kefalet akdinin de davacı şirket yönünden kendi işletme mevzuu çerçevesi içinde kalan bir muameleden ibaret olduğunun göz önünde tutulması zorunludur...”: Yarg. 11. HD., 7. 2. 1978 T., 7 E., 354 K. (**Reisoğlu**, Bankacılık Uygulamasında Kefalet, s. 24- 25); Aynı şekilde başka bir Yargıtay kararına göre, “Ticaret ortaklıklarının işletme konuları içinde “kefalet etmek” gibi işlemler yer almaz. Bir ticaret işletmesinin belli konudaki faaliyetini sürdürebilmesi için gerektiğinde kredi temini yoluna gitmesi ve bu nedenle başkasının kefaletini temin etmesi iktiza ettiği gibi aynı surette başkasına kefil olma olanağı vardır”: Yarg. 11. HD., 4. 3. 1979 T., 392 E., 981 K. (**Karahasan**, s. 1215); bu doğrultuda : Yarg. 11. HD., 8. 2. 1985 T., 6019 E., 574 K. (**Uygur**, s. 9284).

²⁰⁶ **Reisoğlu**, Bankacılık Uygulamasında Kefalet, s. 24; **Karahasan**, s. 1215, dn. 26/ b; **Tandoğan**, s. 734; **Ansay**, s. 368- 369.

²⁰⁷ **Franko**, s. 19; **Franko**, Ticari Şirketler, s. 52.

²⁰⁸ **Ansay**, s. 370.

Yargıtayın, kefil olmanın genel anlamda işletme konusu içinde yer alan bir ticari işlem olduğu ve bu nedenle işletme konuları bakımından hiç ilgili olmayan şirketlerin bile birbirleri lehine kefalet sözleşmesi yapabilecekleri görüşüne katılmaktayız.

cc) Kamu Tüzel Kişilerinin Kefil Olma Ehliyeti

Kamu tüzel kişileri kamu hukukuna tâbi olan tüzel kişilerdir. Bu tüzel kişiler, özel hukuk tüzel kişilerinden farklı olarak gerçek kişilerin serbest iradeleri ile değil, devlet tarafından kanunla kurulurlar ve özel hukuk gerçek ve tüzel kişilerinden, kamu gücü ayrıcalıkları ve yükümlülüklerine bağlı olduklarından üstün konumdadırlar. Ayrıca özel yararlar için değil, kamu yararının gerçekleşmesi amacıyla faaliyette bulunurlar²⁰⁹.

Kamu tüzel kişileri, nitelik ve özellikleriyle bağdaştığı ve statülerinin elverdiği ölçüde, özel hukuk tüzel kişilerinin genel hükümlere göre haiz olduğu hakları da kullanabilir, borçları da yüklenebilir. Nitekim kamu tüzel kişisi bazı yönleriyle (örneğin üçüncü kişilerle ilişkilerinde) kamu hukukuna değil, özel hukuka tâbi tutulmuştur. Ancak kamu iktisadi teşebbüsleri gibi kamu tüzel kişilerinin üçüncü kişilerle olan ilişkilerinin özel hukuka tâbi olması, bu kuruluşları özel hukuk tüzel kişisi yapmayacaktır²¹⁰.

²⁰⁹ **Günday, Metin:** İdare Hukuku, Ankara 2004, s. 67- 68; **Gözler, Kemal:** İdare Hukuku, C. I, Bursa 2003, s. 133; **Gözübüyük, Şeref/ Tan, Turgut:** İdare Hukuku Genel Esaslar, C. I, Ankara 1998, s. 136- 140; **Özay,** s. 133- 134; **Duran,** s. 69- 71.

²¹⁰ **Gözler,** s. 146; **Duran,** s. 72; **Özay,** s. 133; **Günday,** s. 69; **Gözübüyük/ Tan,** s. 136.

Kamu tüzel kişilerinin yetki ve görevleri özel kanunlarla tanınmaktadır. Örneğin 4759 sayılı İller Bankası Kanunu'nun 7/ a maddesine göre, İller Bankası belediyelere kredi sağlama (kefalet kredisi dahil) ehliyetine sahiptir. Diğer yandan, belediyelere kamu tüzel kişiliği kazandıran 5215 sayılı Belediyeler Kanunu'nun, belediyelerin yetki ve imtiyazlarını detaylı bir şekilde düzenleyen 15. maddesinde, belediyelerin kefil olabileceklerine dair bir hüküm yer almamaktadır. Kamu tüzel kişilerinin hak ve yetkilerinin kanunlarda detaylı olarak sayılması, kanun koyucunun dilediği ve uygun gördüğü takdirde kamu tüzel kişilerine kefil olma yetkisi vereceği şeklinde yorumlanabilir. Zira özel hukuk tüzel kişilerinden farklı olarak, kamu tüzel kişilerinin ehliyeti kuruluş kanunlarında açıkça bu konuda yetki verilmişse söz konusu olmaktadır. Bu nedenle, kamu tüzel kişilerinin kuruluş kanunlarında, kefalet ehliyetinin varlığı da ancak kanunla yetkili kılınması halinde söz konusu olmaktadır²¹¹. Diğer yandan *Tandoğan*'a göre, Kamu İktisadi Kuruluşları, kanunlarında açık bir hüküm bulunmasa bile iştiraklerinin alacakları kredilere kefil olabilmelidirler²¹².

2) Kefil Olma İradesi

Kefalet sözleşmesinin geçerlilik şartlarından bir diğeri de kefilin iradesinin iradeyi bozan sebeplerden biri ile sakatlanmamış olmasıdır. BK md. 31 kıyasen kefil, kefalet sözleşmesinde iradesinin hata (yanılma), hile (aldatma) ya da ikrah (korkutma) sebeplerinden biri ile sakatlanmış olması halinde, hatada ve hilede

²¹¹ **Karayalçın**, s. 99- 100; **Reisoğlu**, Bankacılık Uygulamasında Kefalet, s. 25- 26; **Grassinger**, s. 67; **Özsunay**, s. 65- 66; **Ekinci**, s. 15.

²¹² **Tandoğan**, s. 735; **Tandoğan**, Geçerlilik Şartları, s. 32.

durumu öğrenmesinden, ikrahda ise korkuyu yaratan olayın son bulmasından itibaren bir yıl içinde kefalet sözleşmesini iptal edebilecektir.

a) Kefilin İradesinin Hata ile Sakatlanmış Olması

BK md. 23 ve 24’de düzenlenen hata ile ilgili hükümler genel olarak kefalet sözleşmesi açısından da uygulanmaktadır. Bir hatanın esaslı olması, yapılan hatanın hukuki işlemin geçerliliği üzerinde etkili olması anlamına gelmektedir. Kefalet sözleşmesinde esaslı hata, asıl borçlunun şahsına, asıl borca veya yapılan sözleşmenin niteliğine ya da sözleşmenin esaslı unsurlarına ilişkin olabilir²¹³.

Kefalet yükümlülüğü niteliği bakımından herhangi bir kimse için değil, belli bir asıl borçlu için gerçekleştiğinden, asıl borçlunun şahsında hataya düşülmesi kural olarak esaslı hata sayılmaktadır (BK md. 24/ II). Zira asıl borçlunun şahsı, kefilin borç altına girmesinde en önemli rolü oynamaktadır. Bu nedenle, kefil asıl borçlunun şahsında hataya düşmesi halinde, kefalet sözleşmesi ile bağlı olmadığını ileri sürebilecektir²¹⁴. Diğer taraftan, Federal Mahkemenin de belirttiği gibi alacaklının şahsı kural olarak kefil için fazla önem taşımadığından, alacaklının şahsında hataya düşülmesi, kefalet sözleşmesinin iptaline imkân vermemekte; böyle bir yanlışlık ancak

²¹³ **Kocayusufpaşaoğlu, Necip:** Güven Nazariyesi Karşısında Borç Sözleşmelerinde Hata Kavramı, İstanbul 1968, s. 133 vd.; **Oğuzman/ Öz,** s. 77 vd.; **Eren,** s. 354 vd.; **Akıntürk,** s. 49; **Aral,** s. 449; **Tandoğan,** s. 735; **Uygur,** s. 9284; **Bilge,** s. 373; **Arık,** s. 498.

²¹⁴ **Oser/ Schönenberger (Çev. Sungurbey İsmet),** s. 119; **Reisoğlu,** Bankacılık Uygulamasında Kefalet, s. 34- 35; **Reisoğlu,** Muteberlik Şartları, s. 362; **Grassinger,** s. 70- 71; **Karahasan,** s. 1216

kefaletin belli bir alacaklının menfaatine verilmek istendiği veya onun karşı ediminin göz önünde tutulduğu hallerde esaslı olabilmektedir²¹⁵.

Asıl borçta hata da esaslı hata kabul edilmektedir. Örneğin kefil, satım sözleşmesinden doğan satış bedeline kefil olduğunu zannederken, aslında ödünç sözleşmesinden doğan borca kefil olmuş ise, ortada esaslı bir hatanın var olduğu kabul edilmektedir. Kefil bu hataya dayanarak sözleşmeyi iptal edebilir²¹⁶.

Kefil, kefalet sözleşmesini kurmak için irade beyanında bulunduğu, bilmeyerek gerçek iradesinden farklı bir beyanda bulursa “*beyan hatası*” söz konusu iken, kendisini kefalet sözleşmesini yapmaya sevk eden düşüncede yanılırsa “*saik hatası*” söz konusu olmaktadır. BK md. 24/ II uyarınca. “*Akdin yalnız saiklerinde taalluk eden hata, esaslı değildir*”. BK md. 24/ b. 4’e göre, saik hatası esaslı hata halini almışsa sözleşmenin iptaline imkân verebilir. Saikte hatanın esaslı hata olabilmesi için ilk şart, kefilin kefalet sözleşmesi kurmaya iten düşüncenin sözleşmenin kurulması açısından esaslı unsur olmasıdır. Diğer şart ise, iş hayatındaki dürüstlük kurallarının, hata edilen konunun, sözleşmenin geçerliliğini etkilemesini haklı göstermesidir²¹⁷. Bu hükümden hareketle denilebilir ki, kefilin saikte hataya düşmesi kural olarak kefalet sözleşmesinin geçerliliğini etkilemeyecektir. Kefalet sözleşmesinin alacaklıya teminat sağlama fonksiyonu nedeniyle, kefilin mâli gücü ve krediye lâyık olup olmadığı, birlikte kefillerin ödeme gücü, rücu kefil olunacağı

²¹⁵ BGE 33 II 402 (Naklen **Tandoğan**, s. 735- 736).

²¹⁶ **Grassinger**, s. 71; **Reisoğlu**, Bankacılık Uygulamasında Kefalet, s. 35; **Reisoğlu**, Muteberlik Şartları, s. 362.

²¹⁷ Ayrıntılı bilgi için bkz. **Tekinay/ Akman/ Burcuoğlu/ Altop**, s. 428 vd.; **Oğuzman/ Öz**, s. 82- 86; **Kocayusufpaşaoğlu**, s. 160- 162; **Eren**, s. 351- 354.

düşüncesi veya kefil olunan kredinin kullanılma yönü, satış bedeli ve kefil olunan malın değeri gibi konularda kefilin yanılması saik hatası niteliği taşır ve ancak yukarıdaki şartların varlığı halinde, esaslı hata sayılarak, sözleşmenin iptaline imkân verir²¹⁸.

Borçlar Kanunu'nun genel hükümleri, kefalet sözleşmesi için de geçerli olduğundan, BK md. 25 uyarınca, alacaklı kefilin gerçek arzusuna göre sözleşmenin hüküm ifade etmesini kabul etmişse, kefil artık hataya dayanamayacaktır. Bundan sonra kefil, alacaklıya karşı, gerçek niyeti doğrultusunda sorumlu olacaktır²¹⁹.

b) Kefilin İradesinin Hile ile Sakatlanmış Olması

Bir kimseyi bir irade beyanında bulunmaya, özellikle sözleşme yapmaya sevk etmek için, onda kasten hatalı bir kanaat uyandırmaya veya esasen mevcut hatalı bir kanaati koruma veya sürdürme fiiline “*hile*” denir²²⁰. BK md. 28’de düzenlenen hile ilgili genel hükümler, kefalet sözleşmesi hakkında da uygulanmaktadır. Bu hükümlerden kıyasla, hile sonucunda hatalı hareket eden kefil, hatası esaslı olmasa dahi buna dayanabilir. Hilenin üçüncü bir kişi tarafından yapılması halinde ise sözleşmenin geçerliliği sözleşmenin karşı tarafının bu durumdan haberdar olup olmamasına bağlıdır. Başka bir deyişle, alacaklının, kefil kefalet sözleşmesi kurması için aldatma kastıyla hareket ederek, onu hataya düşürmesi durumunda hile söz

²¹⁸ Aral, s. 449- 450; Tandoğan, s. 736; Reisoğlu, Bankacılık Uygulamasında Kefalet, s. 36; Reisoğlu, Muteberlik Şartları, s. 363- 364; Yavuz, s. 500.

²¹⁹ Oser/ Schönenberger (Çev. Sungurbey İsmet), s. 119- 120.

²²⁰ Ayrıntılı bilgi için bkz. Tekinay/ Akman/ Burcuoğlu/ Altop, s. 444 vd.; Oğuzman/ Öz, s. 89 vd.; Eren, s. 368 vd.

konusu olmaktadır. Alacaklının veya temsilcisinin kefil hile ile kefalet sözleşmesi yapmaya sevketmesi ya da alacaklının, üçüncü kişinin (örneğin asıl borçlunun) hilesini bilmesi veya bilmesinin gerekmesi halinde kefil sözleşme ile bağlı olmadığını ileri sürebilir. Ancak alacaklının asıl borçlunun hilesinden haberdar olmadığı ve olamayacağı hallerde, kefilin iradesi sakatlanmış olmasına rağmen kefalet sözleşmesi geçerli olacaktır²²¹. Ayrıca BK md. 31'den hareketle, kefilin, alacaklının veya onun bildiği veya bilmesi gereken hallerde üçüncü bir şahsın (asıl borçlu veya başkaları) hilesi sonucu kefalet sözleşmesi kurması halinde, bu durumu öğrendiği tarihten itibaren bir yıl içinde sözleşmeyi iptal etmesi mümkündür²²².

Kefalet sözleşmesi, kefilin karşılıksız olarak bir risk altına soktuğundan burada alacaklının ve onun temsilcisinin ya da sözleşmenin kurulmasındaki yardımcısının iyi niyet kurallarından ve güven ilkesinden doğan gerçeği söylemek yükümlülüğü diğer sözleşmelerden daha katı hükümlere tâbi tutulmuştur. Alacaklı, asıl borçlunun durumu veya borç ilişkisinin türü hakkında kefile gerçeğe aykırı beyanda bulunmuşsa ve kefil de bu beyanlara dayanarak taahhüt altına girmişse hile söz konusu demektir. Zira İsviçre Federal Mahkemesi de kefil olunan bir borç ile ilgili olarak bir banka tarafından verilen yanlış bilgiyi hileli bir davranış olarak kabul etmiştir²²³.

²²¹ Oser/ Schöenberger (Çev. Sungurbey İsmet), s. 120; Tandoğan, s. 737; Reisoğlu, Bankacılık Uygulamasında Kefalet, s. 37- 38; Reisoğlu, Muteberlik Şartları, s. 365; Arık, s. 498- 499.

²²² Aral, s. 450; Grassinger, s. 74; Bilge, s. 373; Olgaç, s. 18.

²²³ BGE II 613 numaralı kararda, “Bu ve diğer gerçeğe uymayan beyanlar kefilde hatalı düşüncelerin doğmasına yol açmıştır. Mevcut kefalet senedinde bazı hususlar sükûtle geçirilmemiş, fakat asıl borç, teminatlar, bunların hukuki niteliği, mâli kapsamı hakkında gerçeğe aykırı beyanlarda bulunulmuştur. Alacaklının burada satış vs. akitlerinden çok daha fazla gerçeği bildirme mükellefiyeti, bu tür ilişkilerdeki itimat unsurunun bir sonucudur. Kefalet özel durumu dolayısıyla

Bu konudaki temel sorun, alacaklının dürüstlük kuralı gereğince kefil ne ölçüde, özellikle borçlunun mâli durumu ve ödeme gücü hakkında aydınlatmak zorunda olduğudur. Kefalet sözleşmesinde, kural olarak alacaklının kendiliğinden asıl borçlu veya onun mâli durumu hakkında kefil aydınlatma konusunda genel bir yükümlülüğü bulunmamaktadır. Bunları bizzat kefil araştırmakla yükümlüdür²²⁴. Ancak Federal Mahkeme bazı kararlarında, alacaklının, kefilin hatalı bilgiye sahip olduğunu ve gerçeği bilmiş olsaydı kefalet sözleşmesini kurmayacağını bilmesi ya da bilebilecek durumda olması halinde, kefile gerçeği açıklama yükümlülüğünün olduğunu kabul etmektedir²²⁵. Hatta Federal Mahkeme, daha da ileri giderek, alacaklının, kefilin gerçeği bilseydi sözleşmeyi kurmayacağını bildiği halde susmasını da hile olarak kabul etmektedir²²⁶.

c) Kefilin İradesinin İkra ile Sakatlanmış Olması

İkra, hukuka aykırı şekilde yapılan tehdit ile, istenilen irade beyanında bulunulmadığı takdirde, bir kimsede kötülüğe maruz kalacağı kanaatinin uyandırılması, o kimsenin korkutulmasıdır. Yaratılan bu korku yüzünden sözleşme yapma konusunda irade beyanında bulunan kişinin iradesi sakatlanır ve bu sakatlık sözleşmenin geçerliliğini etkiler. Hileden farklı olarak, üçüncü kişinin yaptığı

geniş miktarda iyiniyet kurallarının koruması altındadır.” denilmektedir. (Naklen **Reisoğlu**, Bankacılık Uygulamasında Kefalet, s. 37).

²²⁴ **Oser/ Schönenberger (Çev. Sungurbey İsmet)**, s. 120.

²²⁵ BGE 64 II 209 (Naklen **Grassinger**, s. 76, dn. 104); **Tandoğan**, s 738; **Aral**, s. 450.

²²⁶ Federal Mahkeme bir kararında, alacaklının asıl borçlunun umutsuz durumunun gizlemesini, kefilin üzerine aldığı rizikonun aşırı derecede yüksek olduğunun kefilden saklanması (susmasını) hile olarak kabul etmiştir. (BGE 59 II 242) (Naklen **Tandoğan**, s. 738, dn. 88).

tehdidi, bundan yararlanan bilmesi, hatta bilmesi gerekmesi bile, ikraha maruz kalan işlemin hükümsüzlüğü ileri sürülebilecektir²²⁷.

Borçlar Kanunu'nun 29, 30 ve 31. maddelerinde düzenlenen ikraha dair hükümler kıyasen kefalet sözleşmesi için de uygulanmaktadır. Eğer kefil kendisi veya yakınlarından birisinin hayatı, şahsı, namusu ve malları için ağır ve derhal gerçekleşebilecek bir tehdide maruz kalmışsa ve bu korkunun etkisi ile kefalet sözleşmesi kurmuşsa, bu sözleşme kendisi hakkında hüküm ifade etmez (BK md. 30). BK md. 29/ I uyarınca ikrahın, kefalet sözleşmesinin iptaline imkân vermesi için alacaklı ya da üçüncü kişi tarafından yapılmasının bir önemi olmadığı gibi, alacaklının üçüncü kişi tarafından yapılmış olan tehditten haberdar olması da gerekli değildir. Ancak son durumda BK md. 29/ II'ye göre kefilin, alacaklının sözleşmenin iptal edilmesi yüzünden uğradığı zararı tazmin etmesi gerekmektedir. Kefil, korkunun etkisinin geçmesinden itibaren bir yıl içinde kefalet sözleşmesi ile bağlı olmadığını ileri sürebilir (BK md. 31)²²⁸.

3) Kefalet Sözleşmesinin Temsil Yoluyla Yapılması

Kefalet sözleşmesinde hem kefilin hem de alacaklının temsilci kullanmasında herhangi bir sakınca bulunmamaktadır²²⁹. Hatta kefalet sözleşmesi yapmak, BK md.

²²⁷ Ayrıntılı bilgi için bkz. **Oğuzman/ Öz**, s. 93 vd.; **Tekinay/ Akman/ Burcuoğlu/ Altop**, s. 449 vd.; **Eren**, s. 373 vd.; **Akıntürk**, s. 50- 51.

²²⁸ **Grassinger**, s. 81; **Reisoğlu**, Bankacılık Uygulamasında Kefalet, s. 38- 39.

²²⁹ **Oser/ Schönenberger (Çev. Sungurbey İsmet)**, s. 116- 117; Federal Mahkemenin de bu yönde kararlarına rastlanmaktadır. İsviçre Federal Mahkemesine göre, “Kefalet de diğer akitler gibi temsil suretiyle inikat ettirebilir. Asıl borçlunun kefilin vekili sıfatı ile, onun irade beyanını alacaklıya

388/ III’de sayılan özel yetki gerektiren haller arasında sayılmadığından, her türlü sözleşmeyi yapmaya yetkili kılınan bir vekil, müvekkili adına geçerli olarak kefalet sözleşmesi de yapabilmektedir²³⁰. Yargıtay da kefil olmak için özel yetkiye gerek olmadığı görüşündedir. Yüksek Mahkemeye göre, genel vekaletnamesi olan bir kişinin, ayrıca yetki verilme dahi vekil edenin adına kefalet altına girmesi mümkündür²³¹. Ancak bazı yazarlara göre, her somut olayda kefalet sözleşmesinin genel temsil yetkisi olan kişi tarafından yapılmasının onun için olağanüstü bir işlem olup olmadığı üzerinde durulmalı ve bunun olağan dışı olduğu görüşüne varılırsa özel yetki aranmalıdır. Nitekim İBK md. 493/ VI’ya göre, kefalet yükümlülüğü altına girmek için özel temsil yetkisi verme işlemi, kefalet sözleşmesinin geçerlilik şekline uygun olarak yapılmalıdır²³².

Kanaatimizce kefil olmak, temsilci için özel yetki gerektiren hallerden sayılmalıdır. Zira kefalet, kişiyi ağır yükümlülükler altına sokabilen, büyük miktarda paralar için söz konusu olabilen bir sözleşme türüdür.

bildirmesinde ve ekseriya zımni olarak tezahür eden alacaklının kabulünü kefil adına tebellüğ etmesinde hiçbir sakınca yoktur”. (BGE 33 II 402) (Naklen **Reisoğlu**, Bankacılık Uygulamasında Kefalet, s. 40).

²³⁰ **Karahasan**, s. 1216; **Tandoğan**, s. 739; **Tandoğan**, Geçerlilik Şartları, s. 36; **Reisoğlu**, Bankacılık Uygulamasında Kefalet, s. 42; **Reisoğlu**, Muteberlik Şartları, s. 372.

²³¹ Yarg. TD. 31.3.1971 T., 840 E., 2594 K. (ABD, Y. 1972, s. 148); İsviçre Federal Mahkemesinin de genel bir vekaletnamenin varlığı halinde, kanunun aradığı özel şekle gerek olmadığı yönünde kararları bulunmaktadır. : BGE 81 II 458 (Naklen **Reisoğlu**, Bankacılık Uygulamasında Kefalet, s. 43).

²³² **Karahasan**, s. 1216; **Tandoğan**, s. 740; **Yavuz**, s. 501; Türk Borçlar Kanunu Tasarısı md. 583/ II’de de, kefilin borçlu adına kefil olmasının özel yetki gerektirdiği yönünde düzenlemeye yer verilmiştir. (**Kuntalp/ Barlas**, s. 434).

II. ŞEKLE İLİŞKİN GEÇERLİLİK ŞARTLARI

A) Kefalet Sözleşmesinde Şeklin Amacı ve Geçerlilik Şartı Olması

Hukuk düzeni, bir sözleşmesinin geçerli olarak doğumunu şekle bağlamışsa, o şekle uymak zorunluluğu vardır. Hukuki uygulama bakımından, zorunlu şekil şartları iki değişik amaca hizmet etmektedir. Amaçlardan birincisi hakkın doğumunu doğrudan etkileyen geçerlilik şartlarına ilişkindir. Buna göre öngörülen şekle uyulmadan yapılan bir sözleşme, doğrudan bir hak veya borç ilişkisi doğurmamaktadır. İkinci amaç ise ispata yöneliktir. Şekil şartı hakkın esasını veya doğumunu etkilemek yerine, taraflar için hakkın varlığını ispat etmek amacına hizmet ediyorsa “*ispat şekli*” söz konusu olmaktadır²³³.

Şekil şartları, irade açıklamalarının ciddi bir kararlılığa dayanma olasılığını artırmaktadır. Zira tarafları sözleşmeyi yapıp yapmama konusunda, şekil süreci boyunca, düşünceye sevk etmektedir. Şekil genellikle, önemi taraflarca idrak edilmesi gereken sözleşmelerde zorunlu tutulmuştur. Çünkü ekonomik değeri yüksek olan şeylerin kaybı durumlarında, bu kayıpların telafisi çok güç olmaktadır. Şekil sözleşme yapan taraflara haklarını, yükümlülüklerini, en önemlisi girdikleri rizikoları gösteren en önemli araçtır²³⁴.

²³³ **Yıldız, Hüseyin:** Akitlerde Şekilciliğin Geçirdiği Tarihi Evreler ve Türk-İsviçre Hukukunda ve Anglo-Amerikan Hukuk Sistemlerinde Şekilcilik, Bursa 1980, s. 91- 95; **Sirmen,** s. 44; **Oğuzman/Öz,** s. 113; **Akıntürk,** s. 36; **Eren,** s. 244.

²³⁴ **Altaş, Hüseyin:** Şekle Aykırılığın Olumsuz Sonuçlarının Düzeltilmesi, Ankara 1998, s. 65- 66; **Yıldız,** s. 91- 95; **Eren,** s. 245.

BK md. 11’de belirtildiği gibi, Borçlar Hukukunda kural olarak şekil serbestisi ilkesi benimsenmektedir. BK md. 11/ II’de ise, “*Kanunun emrettiği şeklin şumul ve tesiri derecesi hakkında başkaca bir hüküm tayin olunmamış ise akit, bu şekle riayet olunmadıkça sahih olmaz*” denilmektedir. Bu düzenlemeye göre, başkaca bir hüküm öngörülmezsizin bir sözleşmenin yapılması kanun tarafından şekle bağlanmışsa, bu şekil geçerlilik şartıdır²³⁵. BK md. 12’ye göre ise, kanunda mutlaka yazılı olarak yapılması gerektiği belirtilen sözleşmeler, yazılı olarak kurulmalıdır. Kefalet sözleşmesi de bunlardan biridir. Kefalet sözleşmesi, hukukumuzdaki şekil serbestisi ilkesinin kanuni bir istisnasını oluşturmaktadır²³⁶.

BK md. 484 hükmü uyarınca, “*Kefaletin sıhhati, tahriri şekle riayet etmeğe ve kefilin mes’ul olacağı muayyen bir miktar iraesine mütevakkıftır*”. Başka bir deyişle, kefalet sözleşmesinin geçerliliği, adî yazılı şekilde²³⁷ yapılması ve kefilin sorumlu olacağı tutarın gösterilmiş olmasına bağlıdır²³⁸. Kefalet sözleşmesine dair md. 484’de yazılı şekil şartı, isbatı kolaylaştırmak, alacaklıyı korumak veya kamu düzenini sağlamak amacıyla konulmuş değildir. Genellikle karşılıksız olarak yükümlülük altına giren ve nasıl olsa asıl borçlunun borcunu ödeyeceği düşüncesiyle

²³⁵ **Tunçomağ, Kenan:** Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 1976, s. 219; **Altaş,** s. 137; **Eren,** s. 246- 247.

²³⁶ **Yıldız,** s. 110; **Franko,** s. 18; **Eskin,** s. 17; **Bilge,** s. 372.

²³⁷ Adî yazılı şekil, sözleşmeyi oluşturan irade beyanlarının veya beyanlardan birinin yazılı bir metinde açıklanması ve beyanda bulunan tarafın imzalanması suretiyle gerçekleşir. (Ayrıntılı bilgi için bkz. **Tunçomağ,** s. 221; **Tekinay/ Akman/ Burcuoğlu/ Altop,** s. 113; **Oğuzman/ Öz,** s. 114; **Sirmen,** s. 45; **Eren,** s. 252).

²³⁸ Yargıtayın da BK md. 484’deki şekil şartlarına uygun olarak, taraflar arasındaki kefalet ilişkisi yazılı olarak yapılmamışsa ve kefilin sorumlu olduğu miktar başlangıçta belirlenmemişse, geçerli bir kefalet sözleşmesinin kurulmadığı yönünde kararları bulunmaktadır. : Yarg. 19. HD., 27. 1. 1994 T., 2574 E., 573 K. (**Akipek/ Küçükgüngör,** s. 376).

üstlendiği tehlikenin önemini çoğu zaman gereği gibi farketmeyen kefil daha iyi düşünmeye sevk etmek ve yüklendiği tehlikenin kapsamı konusunda onu uyarmak amacıyla böyle bir düzenlemeye kanunda yer verilmiştir²³⁹.

Denilebilir ki, BK md. 484’de öngörülen şekil şartı, bir ispat şartı değil, geçerlilik şartı olup, kefilin düşünmeden ağır riskler altına girmesini önlemek ve onu korumak amacıyla konulmuştur. Bu maddede belirtilen şekil şartı, sadece kefilin irade beyanı için gereklidir. Alacaklının irade beyanında bulunması herhangi bir şekil şartına bağlanmamıştır. Kefalet sözleşmesinde kefil, özellikle korunması gereken taraftır. Bu koruma da, kefalet sözleşmesinde şekil şartının aranması ile bir ölçüde sağlanmış olur. Zaten İBK’nda 1941 yılında yapılan değişikliklerle, kefalet sözleşmesinin şekil şartlarının ağırlaştırılmasıyla amaçlanan da budur²⁴⁰.

Kefalet sözleşmesinde aranan şekil şartının bir ispat şartı değil, geçerlilik şartı olmasının diğer bir sonucu, BK md. 484’de belirtilen şekilde yapılmamış olan kefalet sözleşmesinin ikrar, yemin veya tanık dinlenmesi suretiyle geçerlilik kazanabilmesinin mümkün olmamasıdır²⁴¹.

²³⁹ **Becker Herman** (Çev. Dura Suat), s. 1047; **Tandoğan**, s. 740; **Yavuz**, s. 501; **Reisoğlu**, Muteberlik Şartları, s. 373; **Reisoğlu**, Bankacılık Uygulamasında Kefalet, s. 43; **Karatay**, s. 421; **Sirmen**, s. 44.

²⁴⁰ **Oser/ Schönerberger** (Çev. Sungurbey İsmet), s. 125; **Aral**, s. 451; **Grassinger**, s. 83; **Hatemi/ Serozan/ Arpacı**, s. 524; **Olgaç**, s. 16; **Reisoğlu**, Bankacılık Uygulamasında Kefalet, s. 43- 44; **Karahasan**, s. 1216; **Tuğsavul**, s. 1626; **Cavin Pierre** (Çev. Artus Amil), s. 991 vd.

²⁴¹ **Tandoğan**, s. 742; **Franko**, s. 18; **Reisoğlu**, Bankacılık Uygulamasında Kefalet, s. 46, dn. 197; **Arık**, s. 499; **Yavuz**, s. 501- 502; **Uygur**, s. 9321; Şekil şartının geçerlilik şartı olmasının usul hukuku bakımından doğurduğu sonuç, kefilin mahkemede kefalet borcunu ikrar etmesinin kefalet borcunun doğmasına imkan vermeyeceğidir.: Yarg. 4. HD., 10.11. 1933 T., 2403 E., 1515 K. (**Tepeci Kamil**, Notlu ve İzahlı Borçlar Kanunu, Ankara 1959, s. 774); Yargıtayın bir başka

Kefalette şeklin geçerlilik şartı olmasının bir sonucu da, kanunun aradığı şekilde düzenlenmiş bir kefalet senedinin kaybolmasına veya imha edilmesine rağmen, kefalet sözleşmesinin geçerli olarak devam edeceğidir. Geçerli bir şekilde hazırlanmış kefalet senedinin kaybolması veya yok olması hallerinde kefilin ikrarı veya kefile bu hususta yemin verdirilmesi ya da tanıkların beyanları geçerli olacaktır²⁴².

Türk Borçlar Kanunu Tasarısının “şekil” başlıklı 583. maddesinin birinci fıkrasına göre, “*Kefalet sözleşmesi yazılı şekilde yapılmadıkça ve kefilin sorumlu olacağı azami miktar belirtilmedikçe geçerli olmaz. Ancak, kefilin, sorumlu olduğu azami miktarı, kefalet tarihini ve müteselsil kefil sıfatıyla veya bu anlama gelen herhangi bir ifadeyle yükümlülük altına girdiğini kefalet sözleşmesinde kendi el yazısıyla belirtmesi şarttır*”. Kuntalp ve Barlas’a göre, kefalet sözleşmesinin şekil şartlarını ağırlaştıran ve kefalet limitinin, tarihinin ve müteselsillik olgusunun bizzat kefilin el yazısı ile yazılmasını arayan birinci fıkra hükmü yeni ve isabetli bir düzenlemedir. Büyük olasılıkla bu düzenleme ile amaçlanan, uygulamada kefalet kurumunun özellikle bankalar tarafından kötüye kullanılmasını engellemektir²⁴³.

kararına göre ise, kefil olup olunmadığı hakkında yemin teklif edilemez.: Yarg. 4. HD., 31. 12. 1964 T., 863 E., 6342 K. (Olgaç, Senai: Kazai ve İlmi İçtihatlarla Türk Borçlar Kanunu ve İlgili Özel Kanunlar, C. III, Ankara 1969, s. 435); Aynı şekilde: Yarg. 4. HD., 19. 10. 1965 T., 9871 E., 3004 K. (Olgaç, s. 72); Kefalet borcu tanık dinlenmesi suretiyle de ispat edilemez.: Yarg. TD., 27. 8. 1954 T., 6672 E., 6021 K. (Olgaç, Borçlar Kanunu, s. 433); Yarg. 3. HD., 6. 4. 1989 T., 9431 E., 3528 K. (Uygur, s. 9323).

²⁴² Oser/ Schönerberger (Çev. Sungurbey İsmet), s. 142; Reisoğlu, Bankacılık Uygulamasında Kefalet, s. 45- 46; Tandoğan, s. 742; Tandoğan, Geçerlilik Şartları, s. 39.

²⁴³ Barlas, Kefalet Hukuku, s. 48; Kuntalp/ Barlas, s. 267 ve 434; Aynı görüşte Kurdoğlu, s. 79.

Anılan maddenin ikinci fıkrasında ise, “*Kendi adına kefil olma konusunda özel yetki verilmesi ve diğer tarafa veya bir üçüncü kişiye kefil olma vaadinde bulunulması da aynı şekil koşullarına bağlıdır. Taraflar, yazılı şekle uyarak kefilin sorumluluğunu borcun belirli bir miktarıyla sınırlandırmayı kararlaştırabilirler.*” denilmektedir²⁴⁴. Kefalet sözleşmesinin temsil yoluyla yapılmasının herhangi bir sakıncası yoktur. Hatta temsilci, kefalet sözleşmesi yapmak BK md. 388/ III’de özel yetki gerektiren haller arasında yer almadığından, ayrıca bir düzenleme gerekmeden kefalet sözleşmesi yapabilmektedir. Ancak tasarıda, kendi adına kefil olunabilmesi için özel yetki gerektiği yönünde yeni bir düzenlemeye gidildiği görülmektedir. Kanaatimizce bu da yerinde bir düzenlemedir. Zira kefalet kişiyi büyük yükümlülük altına sokmaktadır. Bu nedenle kişinin, kendi adına hukuki işlemler yapan temsilciye bu yönde özel yetki vermesi, bunu yanında bu yetkinin kefalet sözleşmesi için aranan şekil koşullarına bağlanması yerinde bir uygulamadır²⁴⁵.

B) Kefalet Senedinin Şekli

Kefalet sözleşmesinin geçerli olabilmesi için bazı şekil şartları zorunlu kılınmış olsa da, kefalet senedi hiçbir zaman ticari senetler gibi belli kelimeleri içeren, önceden hazırlanmış bir metni gerektiren sıkı bir şekilciliğe tâbi değildir²⁴⁶. Hatta kefalet senedinde mutlaka “*kefalet*” yada “*kefil*” terimlerinin kullanılmasının, “*kefaletname*” başlığı altında sözleşmenin kurulmuş olmasının bir önemi yoktur.

²⁴⁴ Kuntalp/ Barlas, s. 434.

²⁴⁵ Ayrıntılı bilgi için bkz. yuk., s. 101 vd.

²⁴⁶ Oser/ Schöenberger (Çev. Sungurbey İsmet), s. 131; Reisoğlu, Bankacılık Uygulamasında Kefalet, s. 47.

Önemli olan yükümlölük altına giren kişinin, kefalet sözleşmesinin niteliğine uygun olarak, asıl borçlunun borcunu ifa etmemesi halinde, fer'i surette sorumlu tutulacağının tespit edilebilmesidir²⁴⁷.

Kefalet senedinde kullanılacak dil bakımından Borçlar Kanununda herhangi bir sınırlamaya gidilmemiştir. Ancak 805 sayılı “İktisadi Müesseselerde Mecburi Türkçe Kullanılması Hakkında Kanun” md. 1, Türk uyuğundaki her çeşit ortaklık ve müesseselerin yaptıkları sözleşmeleri Türkçe olarak düzenlemelerini emretmekte, md. 7 buna uymayanların para ve tekrarı halinde ticaretten men cezasına çarptırılmasını öngörmekte, md. 4 ise, bu kanuna aykırı olarak yabancı dilde düzenlenmiş evrak ve belgelerin şirket ve müesseseler lehine dikkate alınmayacağını belirtmektedir²⁴⁸.

Tandoğan'a göre ise, yabancı dil kullanma sözleşmenin geçerliliği bakımından değil, sözleşmenin nasıl yorumlanacağı ve belki de ispatı bakımından

²⁴⁷ Yargıtayın bu yönde verdiği bir kararında, “Genel kredi sözleşmesinin altında kredi borçlusu şirketi temsil eden kişilerin imzalarından ayrı olarak davalıların isimleri yazılıp imzaları da alınmış olduğundan bunların kefil olduğunun kabulü gerekir” demek suretiyle bu kişilerin açıkça kefil oldukları belirtilmese bile, kefil oldukları kabul edilerek hüküm verilebileceği belirtilmektedir. : Yarg. 11 HD., 5. 4. 1990 T., 2922 E., 3050 K. (**Eriş, Gönen:** Açıklamalı İçtihatlı Türk Ticaret Kanunu Ticari İşletme ve Şirketler, Ankara 1992, s. 110); Hukuk Genel Kurulunun bir kararında, “Noter senedindeki... liraya kadar tazminatı ödemeyi müteselsil borçlu sıfatı ile taahhüt ve tekeffül ederim” ifadeleri kullanılarak da kefalet sözleşmesinin kurulabileceği bildirilmiştir.: Yarg. HGK 1. 7. 1953 T., 3- 258- 88 E., 87 K. (**Olgaç,** Borçlar Kanunu, s. 435); **Tandoğan**, s. 746- 747; **Oser/Schönenberger** (Çev. Sungurbey İsmet), s. 132; **Reisoğlu**, Muteberlik Şartları, s. 377; **Reisoğlu**, s. 48; **Yavuz**, s. 500; **Bilge**, s. 371; **Karahasan**, s. 1217; **Zevkliler**, s. 399.

²⁴⁸ RG 22. 4. 1926 T., S. 353.

önem taşımaktadır²⁴⁹. Yargıtayın ise bu konuda bazı çelişkili kararları bulunmaktadır. Yargıtay, sözleşmelerin Türkçe düzenlenmesini geçerlilik şartı saymakta ve sadece uluslararası terim ve deyimlerin yabancı dilde kullanılabileceğini kabul etmektedir²⁵⁰. Ancak diğer yandan Yargıtay, taraflardan birinin ya da ikisinin Türk tabiiyetinde olmaması halinde, yabancı dilde düzenlenmiş olan kefalet sözleşmesini geçerli saymakta, Türk şirket ve müesseselerinin yabancı şirket ve müesseselerle Türkçe dışındaki bir dil ile yaptıkları sözleşmeleri geçerli kabul etmektedir²⁵¹.

Kefalet senedi kefilin el yazısı ile olabileceği gibi, alacaklı veya üçüncü bir kişi tarafından da hazırlanabilir. Senedin daktilo ile de yazılması, bankacılık uygulamasında olduğu gibi basılı formüllerin kullanılması da mümkündür²⁵². Kefil, kanunun aradığı koşulları içermek kaydıyla, irade beyanını mektupla, telgrafla,

²⁴⁹ **Tandoğan**, s., 743- 746; **Tandoğan**, Geçerlilik Şartları, s. 40; Aynı görüş için bkz. **Oğuzman/ Öz**, s.114; **Tekinay/ Akman/ Burcuoğlu/ Altop**, s. 149.

²⁵⁰ Yargıtayın ilgili kararında, “Her ne kadar, kökleşmiş Yargıtay içtihatlarına göre, aslında Türkçe olarak düzenlenen bir sözleşmeye tarafların beynelminel terim ve tabirleri özel şart olarak yazmaları mümkün ise de, işin niteliği ve özelliği bu tür yabancı terim ve tabirlerin aynen kullanılmasını zorunlu kılması gerekir. Bu halde, 805 sayılı kanuna aykırılık teşkil edecek bir işlemin varlığından söz edilemez” denilmektedir.: Yarg. 11. HD., 30.11.1979 T., 3309 E., 5469 K. (YKD 1980, C. VI, S. 3, s. 388 vd.).

²⁵¹ Yüksek Mahkemeye göre, “805 sayılı Kanunun 2. maddesinde yabancı şirket ve müesseseler için Türk müesseseleri ve Türk tebeasından olan fertlerle mukavele hariç sadece muhabere, muamele ve temaslar ile Devlet dairelerine ibraz mecburiyetinde bulundukları evrak ve defterlere hasredilmiş olmasına ve bu durumda Türk şirketleri ile müesseselerin yabancı şirket ve müesseselerle Türkçe dışında bir dil ile yapılan sözleşmelerin geçerliliğinin yasaklanmamış bulunmasına göre yerel mahkeme kararının onanması gerekmiştir”. : 11. HD. 7. 10. 1986 T., 4231 E., 5032 K. (**Eriş**, s. 138).

²⁵² **Oser/ Schönenberger (Çev. Sungurbey İsmet)**, s. 140; **Karahasan**, s. 1217; **Tandoğan**, s. 747; **Reisoğlu**, Muteberlik Şartları, s. 377; **Reisoğlu**, Bankacılık Uygulamasında Kefalet, s. 48; **Grassinger**, s. 96; **Bilge**, s. 371.

mahkeme veya icra tutanağına²⁵³ (İİK md. 38) geçirilmek ve imzalanmak yoluyla da yapılabilir²⁵⁴.

Kefalet sözleşmesi tek tarafa borç yükleyen bir sözleşmedir ve BK md 13/ I uyarınca, yazılı metnin o sözleşme ile borç altına giren tarafından imzalanması gerekir²⁵⁵. Diğer yandan, kefalet sözleşmesinde şekil şartı, kefilin korumak gerekçesiyle konulduğundan yalnızca onun beyanının ve imzasının kefalet senedinde bulunması yeterlidir. Alacaklı kefile karşı bazı borçlar²⁵⁶ altına girse bile, bu borçların kefalet senedinde gösterilmesine ve senedin alacaklı tarafından imzalanmasına gerek yoktur²⁵⁷.

²⁵³ Yargıtaya göre, icra kefaletinin şekli hakkında İİK’nda özel bir hüküm bulunmadığından, BK’nun 483 ve takip eden maddeleri hükümleri gözetildiğinde, yazılı şekilde olması ve kefalet taahhüdünün altında kefilin imzasının bulunması yeterlidir. : Yarg. 19. HD., 15. 12. 1197 T., 5792 E., 10677 K. (**Akipek/ Küçükgüngör**, s. 374- 375).

²⁵⁴ **Karahasan**, s. 1217; **Tandoğan**, s. 747; **Reisoğlu**, Bankacılık Uygulamasında Kefalet, s. 48; **Zevkliler**, s. 399.

²⁵⁵ Ayrıntılı bilgi için bkz. **Altaş**, s. 74- 77; **Oğuzman/ Öz**, s. 115; **Tekinay/ Akman/ Burcuoğlu/ Altop**, s. 116.

²⁵⁶ Kefalet sözleşmesi tek tarafa borç yükleyen bir sözleşmedir. Bu anlamda alacaklılığının kefile karşı olan borçlarından kastedilen alacaklılığının BK md. 499 ve 500’de belirtilen bazı yükümlülükleridir. BK md. 500’de bildirilen, “*alacak için verilmiş olan teminatları elden çıkarmama*” ya da “*ispat vasıtalarını muhafaza etme*” gibi yükümlülükleri sadece alacaklılığının kefile karşı haklarını ileri sürebilme şartlarıdır.

²⁵⁷ **Oser/ Schönenberger** (Çev. Sungurbey İsmet), s. 130; **Becker Herman** (Çev. Dura Suat), s. 1048; **Tandoğan**, s. 748; **Reisoğlu**, Bankacılık Uygulamasında Kefalet, s. 50; **Uygur**, s. 9321; **Karahasan**, s. 1217; **Yavuz**, s. 501.

Asıl borçlu ile kefilin aynı belgeyi birlikte imzalamaları gerekli değildir. Kefil, ayrı bir belgede kefalet borcunu üstlenebilir²⁵⁸. Diğer yandan kefalet yükümlülüğü ayrı bir senette düzenlenmeyip, asıl borç senedinin imzalanması ile de gerçekleşebilir. Ancak bu takdirde, asıl borç miktarının senette mutlaka yazılı olması gerekmektedir. Kefilin asıl borçlunun yanında, “kefil”, “müteselsil kefil” olarak imzalaması geçerli olacağı gibi, kefil olduğundan bahsedilmeden sadece asıl borç senedinin imzalanması da yeterlidir. Bu durumun yanlış bir şekilde “müteselsil borçluluk” ile karıştırılmasını önlemek için kefilin fer’i olarak borç altına girdiğinin kuşkuyla gerektirmeyecek şekilde senetten anlaşılması gerekir²⁵⁹.

Boş bir kağıda atılan imza genel olarak geçerli kabul edilmektedir. Bu şekilde metnin tamamı veya bir kısmı sonradan doldurulabilir. Boşa atılan imza taraflar arasında güven ilişkisine dayandığından, sonradan doldurulan bir metnin taraflar arasındaki anlaşmaya uygun olup olmadığı önemli değildir²⁶⁰. Kefilin boş bir kağıda

²⁵⁸ Yargıtayın bir kararında bu konu şu şekilde ifade edilmektedir: “...Borçlu ile kefilin aynı belgeyi birlikte imzalamaları gerekli olmadığı gibi kefalet yükümlülüğünü ayrı bir belgede yapabileceğine göre bu kefaletle dayanılarak...”: Yarg. 4. HD., 27. 11. 1970 T., 8640 E., 8810 K. (**Karahasan**, s. 1217, dn. 33).

²⁵⁹ **Erlüle**, s. 642- 643; **Akıntürk**, Müteselsil Borçluluk, s. 84- 87; **Oser/ Schönenberger (Çev. Sungurbey İsmet)**, s. 132- 133; Yargıtay verdiği bir kararda, “...imzanın üzerinde borçlu mu yoksa kefil mi olduğunun belirtilmemesi davalıyı sorumluluktan kurtarmaz. Zira bir kredi sözleşmesine borçlu dışında imza atan kişi TTK md. 7 uyarınca asıl borçlu gibi müteselsilen borçlu sayılır. Ticari borçlara kefalet halinde gerek asıl borçlu ile kefil ve gerek kefiller arasındaki münasebetlerde de durum böyledir” demiş ve davalının davacı bankaya karşı asıl borçlu gibi sorumlu olacağı gerekçesiyle hükmü bozmuştur. Yargıtayın bu kararı, kredi sözleşmesini imzalayanın müteselsil kefil mi yoksa müteselsil borçlu mu olduğunun araştırmadan vermesi eleştirilmektedir. : Yarg. 11. HD., 13. 5. 1986 T., 2417 E., 2891 K. (**Reisoğlu**, Bankacılık Uygulamasında Kefalet, s. 49).

²⁶⁰ **Altaş**, s. 77; **Tekinay/ Akman/ Burcuoğlu/ Altop**, s. 154; **Oğuzman/ Öz**, s. 116; **Eren**, s. 256; Boşa imza atan kişinin gerçek iradesi, sonradan ilave olunan metinden farklı yönde ise, boşa atılan

imza atarak, kefalet taahhüdünün yazılmasını alacaklıya bırakması, aksine bir kanuni düzenleme bulunmadığından ve pratik ihtiyaçları karşıladığından, geçerli kabul edilmektedir. Ancak sonradan doldurulan metnin kefilin iradesine uygun olması gerekir. Aksi halde, kefilin bu durumu ispatı ile kefalet taahhüdü geçersiz hale gelir²⁶¹. Kanundaki şekil şartının amacı kefilin korumak, kefilin daha dikkatli ve özenli davranmasını sağlamaktır. Boş kağıda imza atan kefil mevcut rizikoları da göze almış demektir. Kefilin boş kağıda imza atması ile kurulabilecek bir kefalet sözleşmesinin geçerli olması kaatimizce uygundur. Zira kanun üzerine düşeni yapmıştır. Böyle bir durumda kefil, dikkatli davranmalı ve doğabilecek tatsız sonuçlara katlanmalıdır.

Adî yazılı şekilde imza, BK md. 14 uyarınca, mutlaka borçlunun el yazısı ile atılmalıdır. Kefalet senedinde imzanın kefil tarafından beyanın tamamını kapsayacak şekilde senedin altına atılması gerekir²⁶². Kefilin kefalet senedini imzalaması sözleşmenin kurulması için tek başına yeterli olmaz. Senedin alacaklıya gönderilmesi ve alacaklının tasarruf alanına girmesi sağlanmalıdır. Alacaklının ön şart ileri sürmeden senedi alması, kefalet sözleşmesini örtülü olarak kabul ettiğini gösterir²⁶³.

imzaya dayanarak, hata hükümlerine göre sözleşme iptal edilebilir. Ayrıntılı bilgi için bkz. **Kocayusufpaşaoğlu**, s. 35 vd.

²⁶¹ **Oser/ Schönenberger (Çev. Sungurbey İsmet)**, s. 96; **Tandoğan**, s. 748; **Reisoğlu**, Bankacılık Uygulamasında Kefalet, s.50.

²⁶² **Bilge**, s. 371; **Tuğsavul**, s. 1626; **Arık**, s. 409; **Eskin**, s. 18; **Tandoğan**, s. 749; **Tandoğan**, Geçerlilik Şartları, s. 42.

²⁶³ **Oser/ Schönenberger (Çev. Sungurbey İsmet)**, s. 130- 131.

C) Kefalet Senedinin İçeriği

1) Kefalet Senedinde Ferdileştirilmiş Asıl Borcun Gösterilmesi

Kefalet senedinde özellikle ferdileştirilmiş asıl borcun gösterilmesi gereklidir. Geçerli bir kefalet sözleşmesinin kurulabilmesi için, kefilin ferdileştirilmiş bir asıl borcu tekeffül etmesi şarttır. Asıl borcun ferdileştirilmesi, kural olarak, alacaklının²⁶⁴ ve asıl borçlunun²⁶⁵ isimlerinin, borcun niteliğinin, borçlanma nedeninin kefalet senedinde gösterilmesi biçiminde gerçekleşebilir²⁶⁶. Asıl borç belli olmaksızın, sadece kefilin sorumlu olacağı en yüksek miktarın gösterilmesi suretiyle yapılmış olan kefalet sözleşmesi geçerli olmaz. Örneğin, kefilin “borçlunun doğmuş veya doğacak herhangi bir borcuna yüz milyon liraya kadar kefil oluyorum” şeklindeki bir taahhüdü geçersizdir. Asıl borç, borcun kapsamı, ifa yeri, ifa zamanı gibi konularda şüpheye yer vermeyecek şekilde belirlenmelidir²⁶⁷. Ancak bu unsurlardan bazılarının eksikliği, kefalet sözleşmesinde belirtilen diğer unsurlar aracılığı ile giderilebiliyorsa veya olayın koşulları göz önünde tutularak yorum yoluyla asıl borç tanımlanabiliyorsa, kefaletin geçerliliğini etkilemez²⁶⁸. Diğer yandan kefilin, asıl

²⁶⁴ İsviçre Federal Mahkemesi bir kararında kefalet senedinde alacaklının isminin belirtilmesinin zorunlu olmadığını bildiriyorken (BGE 45 II 172), bir başka kararında ise bir borcun ferdileştirilmiş sayılabilmesi için mutlaka alacaklının belirtilmesini gerekli kılmıştır.: BGE 46 II 96 (Naklen **Reisoğlu**, Bankacılık Uygulamasında Kefalet, s. 51, dn. 222).

²⁶⁵ Asıl borçlunun mutlaka kefalet senedinde bildirilmesi gerekir, asıl borçlunun senetten belirlenebilir olması yeterli değildir. Çünkü asıl borçlunun varlığı ve ödeme gücü kefil için büyük önem taşımaktadır.

²⁶⁶ **Oser/ Schöenberger** (Çev. Sungurbey İsmet), s. 132; **Becker Herman** (Çev. Dura Suat), s. 1047; **Tandoğan**, s. 751; **Yavuz**, s. 502; **Reisoğlu**, Muteberlik Şartları, s. 381.

²⁶⁷ **Uygur**, s. 9321; **Reisoğlu**, s. 13- 14; **Zevkliler**, s. 400.

²⁶⁸ Yargıtay da aynı görüştedir, “...asıl borcun sözleşmede yeteri kadar tanımlanmış veya belli edilebilir olması gereklidir. Herhangi bir borç için verilmiş soyut kefalet geçerli olmaz...” : Yarg.

borçlunun herhangi bir borcu için kefalet altına girmesi, asıl borç belirlenmiş olmayacağı için geçerli değildir. Alacaklı ile asıl borçlu arasındaki her türlü ilişkiden doğan borç için her zaman kefalet sözleşmesi yapılması söz konusu olmayabilir²⁶⁹. Diğer yandan, kredi borcu ya da carî hesap borcuna kefalette, belirli bir sınır içinde çeşitli zamanlarda doğacak değişik miktarlardaki alacaklara kefil olunabilmesi mümkündür. Bu tür kefalet sözleşmelerinde, kefilin “*alacaklı bankanın, asıl borçluya karşı doğmuş ve doğacak bütün alacaklarının ödenmesinden*” sorumlu olma taahhüdü geçerli sayılmaktadır²⁷⁰.

Asıl borcun ferdileştirilmesi bakımından, asıl borcun kefalet senedinde mutlaka belirtilmesi gerekmemektedir. Bildirilmesi gereken tutar, asıl borçlunun, borçlu olduğu borç tutarı değil, kefilin sorumlu olması gereken miktardır. Kefilin yükümlülüğünün azami sınırının kefalet senedinde belirtilmesi halinde, asıl borcun borç senedinde gösterilmesi zorunlu değildir²⁷¹.

13. HD., 3. 12. 1991 T., 7229 E., 10997 K. (YKD 1992, C: XVIII ;S: 3, s. 398); **Oser/ Schönerberger** (Çev. Sungurbey İsmet), s. 133; **Becker Herman** (Çev. Dura Suat), s. 1048; **Karahasan**, s. 1218; **Yavuz**, s. 502.

²⁶⁹ BGH WM 1990 tarihli kararda, “Kefilin asıl borçlunun alacaklıya karşı bankacılık işlemlerinde doğmuş ve doğacak her türlü borcunu va aynı zamanda alacağın temliki gibi diğer başka işlemlerden doğan alacakları üstlenmiş olması, asıl borcun belirlenememiş olması sebebi ile geçersiz sayılmıştır”. (Naklen **Grassinger**, s. 86, dn. 143); **Aral**, s. 454.

²⁷⁰ Bir Yargıtay kararına göre, “Öğeleri belli olmak kaydıyla devamlı, değişik içerikli, birden çok yükümlülükleri içeren bir borç ilişkisi için kefil olmak mümkün olup bir kredi borcuna ya da cari hesaba kefil olunduğu takdirde kural olarak tek bu borca değil, belirli sınırlar içerisinde çeşitli zamanlarda ve değişik miktarlarda açılan krediler de tek bir kefalet yükümlülüğünün kapsamına girer”. : Yarg. 11. HD., 11. 3. 1988 T., 1489 E., 1500 K. (YD 1988, C. 11, S. 5, s. 748); **Becker Herman** (Çev. Dura Suat), s. 1047 -1048; **Grassinger**, s. 87; **Aral**, s. 454.

²⁷¹ **Oser/ Schönerberger** (Çev. Sungurbey İsmet), s. 133- 134; **Becker Herman** (Çev. Dura Suat), s 1049; **Reisoğlu**, Bankacılık Uygulamasında Kefalet, s. 52.

2) Kefilin Sorumlu Olacağı En Yüksek Tutarın Gösterilmesi

Kefalet sözleşmesinin diğer bir geçerlilik şartı, kefalet senedinde kefilin ödeyeceği “*belirli bir miktarın*” gösterilmiş olmasıdır (BK md. 484). Kefalet senedinden, böyle belirli bir miktarın gösterildiği anlaşılabilirse, maddedeki koşulun gerçekleştiğini kabul etmek gerekir.²⁷² Sorumluluk tutarını bildirme, kefaletin önemini kefile hatırlatır ve bu nedenle kefalet senedinde mutlaka yer almalıdır. Her iki tutarın kesinlikle birbirine uygun olması şart değildir. Kefilin sorumlu olacağı miktar asıl borçtan daha az da olabilmektedir²⁷³.

Kefalet sözleşmesinin, kefilin sorumlu tutulacağı en yüksek miktarın kefalet senedinde gösterilmesi gibi sıkı şekil şartlarına bağlanmasının sebebi, kefilin önceden üstlendiği yükümlülük hakkında bilgi sahibi yapmak ve düşüncesizce ağır riskler altına girmesini önlemektir. Kefilin sorumlu olacağı esas tutarı bilmeden sözleşmeyi imzalaması onun ileride beklemediği veya düşünemediği miktarla sorumlu olmasına neden olur ki, bu durum kefilin korumak düşüncesinde olan kanun koyucunun amacı ile bağdaşmaz. *Tandoğan*’a göre kefilin korunması amacından yola çıkarak, İsviçre Borçlar Kanununda olduğu gibi, bu belirli miktarın senette rakamla gösterilmesi

²⁷² **Arık, Fikret:** “Kefalet Azami Miktarın Gösterilmesi Şartı ve Bu Şarta Riayetsizliğin Neticesi”, AD 1944, Y. 35, s. 618; **Tekinay, Selahattin Sulhi:** “Temyiz Mahkemesi Kararları- Kefalet Muayyen Miktar İraesi Meselesi”, İBD, 1958, C. 31, S. 9, s. 284; **Arık**, s. 500 vd.; **Tuğsavul**, s. 1627; **Eskin**, s. 18; **Zevkliler**, s. 400; **Akkanat**, s. 288; **Franko**, s. 18; Yargıtaya göre de “Kefil, kefalet limiti ve kendi temerrüdünün hukuki sonuçlarından sorumludur. Sözleşmede kefalet limiti belli edilmemiş veya sözleşme içeriğinden borçlunun kullandığı ve kefilin sorumlu olacağı kredi miktarı anlaşılamiyorsa söz konusu kefalet geçersizdir”.: Yarg. 19. HD., 14. 2. 2002 T., 3399 E., 3344 K. (İBD 2005, C. 79, S. 2005/ 1, s. 275); TBKT md. 589’da da, kefilin her durumda kefalet sözleşmesinde belirtilen azami miktara kadar sorumlu olacağı belirtilmektedir.

²⁷³ **Becker Herman (Çev. Dura Suat)**, s. 1049; **Karahasan**, s. 1219; **Uygur**, s. 9322.

zorunluluğu bizim Borçlar Kanunumuzda da yer almalıdır²⁷⁴. Ancak md. 484’de belirtilen, kefalet senedinde kefilin sorumluluğunun üst sınırı anlamına gelen belirli miktarın gösterilmesi zorunluluğunun da aynı anlama geldiğini ve kefilin koruma amacına hizmet ettiğini savunan hukukçular da vardır²⁷⁵. Asıl borç para borcundan farklı bir borç olsa dahi kefilin yükümlülüğü para ile belirlenebilmelidir²⁷⁶. Yargıtay eski bazı kararlarında kefilin sorumlu olacağı miktarın belirli olmasa bile belirlenebilir olmasını yeterli görmüştür²⁷⁷. Yargıtaya göre, kefilin sorumlu olacağı tutar, kefalet senedinde açıkça ya da matematiksel hesaplama ile yer almalıdır, bu şartı taşımayan kefalet sözleşmeleri geçersiz sayılmaktadır²⁷⁸. Nitekim Yargıtay, kefalet senedi dışında ve kapsamı önceden belli olmayan konulara bağlı olarak sorumluluk tutarının belirlenemeyeceğini bildirmektedir²⁷⁹.

²⁷⁴ **Tandoğan, Haluk**: “Yürürlüğe girişinin 50. yılında Türk Borçlar Kanunu Hakkında Genel Bir Değerlendirme”, BATİDER 1976, C: VIII, S. 4, s. 58.

²⁷⁵ **Olgaç**, s. 17 vd.; **Bilge**, s. 381; **Bilge**, Kefilin Mesuliyetinin Şumulu, s. 160 vd.; **Reisoğlu**, Bankacılık Uygulamasında Kefalet, s. 153; **Yavuz**, s. 502; **Franko**, s. 18.

²⁷⁶ **Oser/ Schönenberger (Çev. Sungurbey İsmet)**, s. 138; İsviçre Federal Mahkemesine göre, kefilin sorumlu olacağı belirli bir miktarın gösterilmiş sayılabilmesi için, kefilin, tutarın kapsamını, kendi bilgisi bakımından büyük bir zahmet olmaksızın, basit bir hesap yapmak suretiyle hesap edebilmesi yeterlidir. Örneğin, kira süresi ve kira bedelinin miktarı bildirildiği takdirde, bir kira alacağına kefalette ya da mal sayısı ve birim fiyatı bildirilmişse bir satış borcuna kefalette durum böyledir. : BGE 42 II 149- 153 (Naklen **Becker Herman (Çev. Dura Suat)**, s. 1050).

²⁷⁷ “Kefalet senedinde kefilin ödeyeceği muayyen bir miktarın gösterilmiş olup olmadığı ve senetten böyle muayyen bir miktarın anlaşılması kabil olup olmadığı hususunun hakim tarafından re’sen nazarı itibara alınması lazımdır”: İct. Bir. K. 12. 4. 1944 T., 14 E., 13 K. (**Tepeci**, s. 617- 618).

²⁷⁸ Konu ile pek çok Yargıtay kararına rastlamak mümkündür: Yarg. 11. HD., 7. 10. 1991 T., 3178 E., 5162 K. (**Eriş**, s. 116); Yarg. 11. HD., 30. 4. 1991 T., 1096 E., 2766 K. (YD 1991, C. XVI, S. 7, s. 1003); Yarg. 11. HD., 17. 3. 1987 T., 7830 E., 1577 K. (**Karahasan**, s. 1221); **Aral**, s. 455- 456.

²⁷⁹ Özellikle “yatılı bir öğrenciye ne kadar masraf yapılacağını, hastalık giderleri vs. gibi beklenmeyen giderler de girebileceğinden, önceden kesitirilmesi mümkün olmadığı” gerekçesiyle sorumluluğun en yüksek tutarı sayı ile gösterilmemiş öğrenim masrafları için kefalet geçerli sayılmamaktadır.: Yarg. HGK 29. 11. 1972 T., 968- 750 E., 966 K. (ABD 1973, s. 746 -747);

İBK md. 493 ve md. 499/ I uyarınca, kefilin sorumlu tutulacağı en yüksek tutarın kapsamına yalnız ana para değil, borçlunun kusur ve temerrüdünün kanuni sonuçları ile dava ve takip masrafları, yasal faizler de girer. Başka bir deyimle, ana para ve öteki yan borçların toplamı söz konusu tutarı aşmamalıdır. Aynı kural bizim hukuk sistemimiz için de geçerlidir²⁸⁰.

Kefalet senedinde kefilin sorumlu olacağı miktarın en az tutarı yer alıyorsa, kefalet sözleşmesi geçerli olmayacaktır²⁸¹. BK md. 484'ün amacı kefilin sınırı önceden belli olmayan bir borç ile sorumlu tutmamaktır. Bu nedenle kefalet senedinde kefilin sorumlu olacağı en az tutarın belirtilmiş olması, kefilin sorumlu olduğu tutarın gösterilmesi ile amaçlanan sonucu sağlamayacaktır.

Tandoğan, Devlet Hesabına Okuyanlar İçin Kefalet, s. 210- 211; **Tandoğan**, Geçerlilik Şartları, s. 49- 50; **Tandoğan**, s. 757; **Reisoğlu**, Bankacılık Uygulamasında Kefalet, s. 54; **Bilge**, Kefilin Mesuliyetinin Şumülü, s. 165 **Barlas**, Kefalet Hukuku, s. 49.

²⁸⁰ **Becker Herman** (Çev. **Dura Suat**), s. 1051; **Oser/ Schönerberger** (Çev. **Sungurbey İsmet**), s. 138- 139; **Bilge**, Kefilin Mesuliyetinin Şumülü, s. 160- 170; **Tandoğan**, s. 759; **Tandoğan**, Devlet Hesabına Okuyanlar İçin Kefalet, s. 211- 214; **Aral**, s. 458; **Karahasan**, s. 1219; **Yavuz**, s. 502; Bir Yargıtay kararına göre, kefil, her ne kadar BK md. 484 hükmünce kefalet senedinde açıklanan belli bir tutarla sorumlu olsa da, bu sorumluluk BK md. 490'nın son fıkrasında belirtildiği gibi kefalet konusu paranın bir yıllık temerrüd faizini de kapsar.: Yarg. 4. HD., 5. 3. 1970 T., 3 E., 1798 K. (**Akipek/ Küçükgüngör**, s. 383); Aynı şekilde başka bir kararda, "BK md. 490, kefilin borcun aslı ile beraber borçlunun kusur veya temerrüdünün kanuni neticelerinden sorumlu olacağını göstermiş ise de, bu sorumluluğun 484. maddede kefaletin sıhhat şekli olduğundan bahsedilen ve sözleşmede gösterilen azami meblağa kadar olan sınır içinde değerlendirilmesi gerektiği kabul edilmelidir": Yarg. 11. HD., 8. 5. 1986 T., 2111 E., 2772 K. (**Karahasan**, s. 1220- 1221); **Zevkliler**, s. 400.

²⁸¹ İsviçre Federal Mahkemesinin verdiği bir karara göre de, "Kefilin sorumlu olacağı en üst tutar gösterilmemiş olduğu için kefalet akdi şekil açısından geçersizdir. Zira kefilin sorumluluğunun sınırını bilmesine olanak yoktur. Kanun koyucu, kefilin sorumlu olacağı en üst tutarın belirtilmesini ararken, aşgari miktar ile ilgilenmemiştir.: BGE 66 II 26 (Naklen **Grassinger**, s. 93, dn. 177).

BK md. 484’de kefalet sözleşmesinin Türk Lirası üzerinden kurulma zorunluluğu bulunmamaktadır. Burada dikkat edilmesi gereken konu, döviz üzerinden kefil olmada, kefilin sorumlu tutulacağı en üst sınırın hesaplanıp hesaplanamayacağıdır. Enflasyon hızı yüksek olsa da, bu hız hesaplanabiliyorsa, kefalet senedinde kefilin sorumlu olacağı en üst tutarın yabancı para olarak gösterilmesi mümkün olabilecektir²⁸². Kural olarak kefilin yabancı paranın Türk Lirası karşısındaki değer kazanma oranını ve böylece en üst sorumluluk tutarını tahmin etmesi mümkündür. Türk Lirasının beklentinin çok üstünde değer kaybetmesi halinde ise kefil aradaki farkın güvencesi dışında kaldığını iddia edebilecektir²⁸³.

Kefilin sorumlu olacağı en üst tutarın yabancı para olarak gösterilmesi durumunda, kefil dilerse BK md. 83/ II’deki seçimlik hakkı kullanarak Türk Lirası ile ödemede bulunabilir. Ancak bu durumda yabancı paranın Türk Lirasına tahvili konusu gündeme gelmektedir. Taraflar aralarında hangi kurun geçerli olacağını kararlaştırabilirler. Eğer kararlaştırmamışlarsa, yer bakımından ödeme yerindeki kur, zaman bakımından ise vade gününde geçerli olan kur esas alınır²⁸⁴.

²⁸² **Reisoğlu, Seza:** “Yabancı Para Üzerinden Taahhüt Altına Girilebilmesi ve Hukuki Sonuçları”, BATİDER 1985- 1986, C. XIII, S. 3- 4, s. 150; **Reisoğlu,** Bankacılık Uygulamasında Kefalet, s. 58; **Barlas,** Kefalet Hukuku, s. 53.

²⁸³ **Reisoğlu Seza,** Bankalar Kanunu Şerhi, Ankara 1988, s. 381.

²⁸⁴ Ayrıntılı bilgi için bkz. **Barlas, Nami:** Para Borçlarının İfasında Borçlunun Temerrüdü ve Bu Temerrüt Açısından Düzenlenen Genel Sonuçlar, Doktora Tezi, İstanbul 1992, s. 92 vd.; **Baygın, Cem:** Yabancı Para Üzerinden Borçlanmalar ve Hukuki Sonuçları, İstanbul 1997, s. 60 vd.; **Serozan, Rona:** “Medeni Kanun ve Borçlar Kanunu Değişikliklerinin, Özellikle Yabancı Para Borçlarına ve Bunların Teminat Altına Alınmalarına İlişkin Değişikliklerin Eleştirilmesi”, İBD, 1991, S. 1- 4, s. 205- 222.

D) Kefaletle İlişkin Bazı Hukuki İşlemlerin, Kefaletin Bazı Şartlarının ve Kefalet Sözleşmesinde Yapılacak Değişikliklerin Şekli

Kefalet sözleşmesinin kurulmasından sonra, kefalet sözleşmesinde ve senedinde yapılacak değişikliklerin de, BK md. 12 ve md. 484'de belirtildiği üzere, kefalet sözleşmesinin tâbi olduğu şekil şartlarına uygun olarak yapılması gerekmektedir. Asıl amaç, kefilin korumak olduğundan, kefilin sorumluluğunu artıran ek anlaşmalar BK md. 12 gereği yazılı şekilde yapılmalıdır. İBK md. 493/ V hükmünde belirtildiği gibi, kefalet sözleşmesinde, sorumluluk tutarının yükseltilmesi ve âdi kefaletin müteselsil kefaletle çevrilmesi hariç, yapılacak sonraki değişiklikler yazılı şekilde yapılacaktır. Âdi kefaletin müteselsil kefaletle çevrilmesi ve kefilin sorumlu olacağı tutarın yükseltilmesi durumları ise kefalet sözleşmesinin tâbi olduğu şekil şartlarına uygun olarak yapılmalıdır²⁸⁵. Diğer yandan, kefilin sorumluluğunu hafifletici değişikliklerde ise şekil şartının aranmasına gerek yoktur. Kefilin hukuki durumunu güçlendiren anlaşmalar yazılı şekil şartına bağlı olmadan yapılabilmektedir²⁸⁶. *Tandoğan*'a göre, Türk Borçlar Kanununda, bu durumları düzenleyen bir hüküm olmamasına rağmen, kefilin korumak düşüncesine uygun olarak, İsviçre Borçlar Kanunundaki uygulamalar bizim sistemimiz için de geçerli olabilmektedir²⁸⁷. *Bilge* ve *Olgaç* ise, Türk Borçlar Kanununda, İsviçre Borçlar Kanunundaki gibi bir hüküm yer almadığından, kefalet sözleşmesinde sonradan değişiklik yaparak kefilin sorumluluğunu hafifleten sözleşmelerin dahi yazılı şekilde

²⁸⁵ **Oser/ Schöenberger** (Çev. **Sungurbey İsmet**), s. 156- 157; **Becker Herman** (Çev. **Dura Suat**), s 1048; **Eren**, s. 265- 266.

²⁸⁶ BGE 44 II 62 vd. (Naklen **Becker Herman** (Çev. **Dura Suat**), s 1048); **Oser/ Schöenberger** (Çev. **Sungurbey İsmet**), s. 156- 157.

²⁸⁷ **Tandoğan**, Geçerlilik Şartları, s. 53; **Tandoğan**, s. 761.

yapılmaları gerekmektedir²⁸⁸. Kaanatimizce, kefilin sorumluluğunu hafifleten değişikliklerin yazılı şekilde yapılmasına gerek olmamaktadır. Şekil şartı kefilî korumak amacına hizmet eder. Bu bakımdan kefilin yararına olan bir durum için şekil şartı öngörmek kanunun ruhuna aykırı olacaktır.

BK md. 22/ II uyarınca, “*Kanun iki tarafın menfaatleri için bu akdin sıhhatini bir nevi şekle riayet etmeğe tabi kıldığı takdirde, bu şekil o akdin yapılması taahhüdüne de tatbik olunur.*”. Bu düzenlemeye göre kefil olma vaadi de kefalet sözleşmesinin bağlı olduğu şekil şartlarına tâbidir²⁸⁹. Bu husus Türk Borçlar Kanunu Tasarısında da ayrı bir düzenleme konusu olmuştur. TBKT md. 583/ II’ye göre, “*Kendi adına kefil olma konusunda özel yetki verilmesi ve diğer tarafa veya bir üçüncü kişiye kefil olma vaadinde bulunulması da aynı şekil koşullarına bağlıdır*”²⁹⁰. Bizce de uygun olan, kefil olmak için özel yetki verilmesinin ve kefil olma vaadinde bulunulmasının kefalet sözleşmesi ile aynı şekil şartlarına tâbi tutulmasıdır. Zira bu şekil şartlarıyla, kefilin sorumlu olacağı miktar belirlenmekte, yazılı olarak yapılması zorunluluğu ile de ileride doğması muhtemel uyuşmazlıklar engellenebilmektedir²⁹¹.

²⁸⁸ **Bilge**, s. 372; **Olgaç**, s. 17.

²⁸⁹ İsviçre Borçlar Kanununa göre de kefil olma vaadi, kefalet sözleşmesi ile şekil şartlarına tâbidir. Ancak borçlu ya da alacaklıya karşı kefil bulma yükümlülüğü altına girmeye ilişkin sözleşmelerde, kefalet sözleşmesindeki gibi bir risk durumu söz konusu olmadığından, kefaletle dair şekil şartları aranmamaktadır. (**Oser/ Schöenberger (Çev. Sungurbey İsmet)**, s. 154- 155); **Tandoğan**, s. 760; **Tandoğan**, Geçerlilik Şartları, s. 52- 53; **Yavuz**, s. 503.

²⁹⁰, **Kuntalp/ Barlas**, s. 434.

²⁹¹ Ayrıntılı bilgi için bkz. s. 106.

E) Şekil Noksanlığının Hüküm ve Sonuçları

Kanunun öngördüğü şekle uygun olarak yapılmayan sözleşme, geçerli değildir. BK md. 11/ II'de de belirtildiği üzere, kanunun öngördüğü bir şeklin kapsam ve sonuçları hakkında başka bir hüküm konulmamışsa, bu şekle uyulmadan yapılan sözleşme “*sahih olmaz*”. Burada geçen “*sahih*” kelimesini, “*geçerlilik*” anlamında kabul etmek gerekir. Şu halde öngörülen şekil, geçerlilik şartı olarak düzenlenmekte ve buna uyulmadan yapılan sözleşmeler “*geçersizlik*” yaptırımına bağlanmaktadır. Klasik görüşe göre, bu geçersizlikten kural olarak “*butlan*” yaptırımını anlamak gerekir. Şekil eksikliği nedeniyle geçersiz bir işlem başlangıçtan itibaren hüküm ve sonuçlarını doğurmaz²⁹². Özellikle son yıllarda doktrinde kabul edilen yeni görüş “*kendine özgü geçersizlik görüşüdür*”. Bu görüşe göre, buradaki yaptırım butlan değil, kendine özgü bir geçersizliktir. Şekle aykırılık halinde, başlangıçtan itibaren geçersiz olan sözleşme, sanki geçerli bir sözleşmeymiş gibi taraflardan her birisince geçersizliği ileri sürülene kadar, hüküm ve sonuçlarını doğurur. Butlan görüşünden farklı olarak geçersizlik, taraflarca ileri sürülmedikçe hakim tarafından re’sen göz önünde tutulmamakta, taraflardan birisinin ileri sürmesine bağlanmaktadır. Taraflardan biri şekil eksikliğini ileri sürerse, sözleşme başlangıçtan itibaren geçersiz hale gelir. Şekle aykırılık ileri sürülmezse sözleşme hüküm ve sonuçlarını doğurur²⁹³. Bizim kanaatimizce bu görüş, şekil şartlarının tarafları koruma amacına ters düşmesi açısından eleştirilebilir. Bu görüşe göre

²⁹² Butlan görüşü ile ilgili geniş bilgi için bkz. **Altaş**, s. 102 vd.; **Tekinay/ Akman/ Burcuoğlu/ Altop**, s. 102; **Oğuzman/ Öz**, s. 120 vd.; **Eren**, s. 267 vd.

²⁹³ Türk hukukunda bu görüşü savunan başlıca hukukçuların görüşleri için bkz. **Altaş**, s. 143- 153; **Eren**, s. 269- 272.

tarafklar, Şekle aykırı s  zleŐ menin varlığından haberdar oldukları halde edimlerini yerine getirebilir ve kanunun kendilerine sağladığı bu korumadan vazgeçebilirler. Şekle uyulmaması halini butlan gibi kesin bir yaptırma bağmak elbette ki bazı durumlarda sakıncalar doğurabilmektedir. Ancak, aleniyet, güvenlik ve yorum kolaylığı sağlayan Şekle bağlılığı sağlaması açısından “*butlan görüşü*” kanaatimizce daha yerinde bir uygulamadır.

 BK md. 11/ II’ye göre de kefalet s  zleŐ mesinin Şekil Şartına uyulmaması halinde s  zleŐ me mutlak surette hükümsüz olacaktır²⁹⁴. Bu durumda alacaklı, Şekil eksikliğine rağmen s  zleŐ menin yerine getirilmesini veya Şekle uygun bir s  zleŐ me yapılmasını talep edemez²⁹⁵. H kim, kefalet s  zleŐ mesinin geçerli bir Şekilde kurulup kurulmadığını tespit etmek için Şekil Şartına uyulup uyulmadığını resen araŐtıracaktır. Taraflardan birinin Şekil eksikliğini ileri sürmesine gerek yoktur²⁹⁶.

Kefalet s  zleŐ mesinde Şekil Şartlarına uygun olarak yer alması gereken kayıtların tümünün değil de, bir kısmının Şekil Şartlarına uygun olmaması halinde, örneğin kefalet senedinde müteselsil kefalet ifadesinin yer almaması ya da kefilin sorumlu tutulacağı miktarın bir kısmının belirtilmiŐ  olması gibi, BK md. 20/ II gereği, s  zleŐ menin tümü değil, sadece Şekil Şartına uymayan kayıtlar hükümsüz

²⁹⁴ BGE 42 II 152 (Naklen **Reisoğlu**, Bankacılık Uygulamasında Kefalet, s. 44); **Oser/ Schönenberger** ( ev. **Sungurbey  smet**), s. 141; **Becker Herman** ( ev. **Dura Suat**), s. 1049.

²⁹⁵ Federal Mahkeme kanuni Şeklin yerine getirilmesi için herhangi bir dava hakkının olmadığını belirtmiŐ tir.: BGE 50 II 253 (Naklen **Oser/ Schönenberger** ( ev. **Sungurbey  smet**), s. 141).

²⁹⁶ Yargıtayın bir   ttihadı BirleŐ tirme Kararında, “Kefalet senedinde kefilin ödeyeceği muayyen bir miktarın g sterilmiŐ  olup olmadığı ve senetten böyle muayyen miktarın anlaŐılmasının kabil olup olmadığı hususunun hakim tarafından resen nazara alınması l zımdır.” denilmektedir.:   t. Bir. K. 12. 4. 1944 T., 14 E., 13 K. (**Tepeci**, s. 773).

sayılacaktır. Ancak bu kayıtlar olmaksızın kefalet sözleşmesi kurulamıyorsa, sözleşmenin tümü geçersiz sayılacaktır²⁹⁷.

Şekil şartına uyulmadığı için geçersiz olan kefalet sözleşmesine, kefilin sonradan açık veya örtülü bir şekilde onay vermesi sözleşmeye geçerlilik kazandırmak için yeterli değildir. Verilecek onay da kefalet sözleşmesi için aranan şekil şartlarına uygun olmalı veya sözleşme yeniden gerekli şekil şartlarına uygun olarak kurulmalıdır²⁹⁸.

İsviçre Federal Mahkemesine göre, kefil şekil eksikliğinin farkına varmaksızın, sözleşmeyi geçerli sanarak borcunu ifa ettiği takdirde, ödediğini açacağı sebepsiz zenginleşme davası ile alacaklıdan talep edebilir²⁹⁹. Yargıtayın da aynı yönde kararları bulunmaktadır³⁰⁰. Kefil icra yoluyla ödemeye mecbur bırakılmışsa, İİK md. 72/ f. 7-8'e göre istirdat (iade) davası açacaktır³⁰¹.

²⁹⁷ **Tandoğan**, s. 742; **Becker Herman (Çev. Dura Suat)**, s 1051; **Oser/ Schönerberger (Çev. Sungurbey İsmet)**, s. 142; **Reisoğlu**, Bankacılık Uygulamasında Kefalet, s. 45; **Grassinger**, s. 84-85.

²⁹⁸ BGE 40 II 611 numaralı kararında Federal Mahkeme, işlem ehliyeti olmayan kefilin, irade beyanının kanunda aranılan şekil şartına uygun olması halinde, onun bu işleme sonradan işlem ehliyeti kazanınca, şekle bağlı olmaksızın icazet vermesini geçerli görmemiştir. (Naklen **Grassinger**, s. 84, dn. 132).

²⁹⁹ BGE 70 II 271 (Naklen **Tandoğan**, s. 741, dn. 104); **Becker Herman (Çev. Dura Suat)**, s 1049; **Oser/ Schönerberger (Çev. Sungurbey İsmet)**, s. 143; **Aral**, s. 452; **Reisoğlu**, s. 61.

³⁰⁰ Yargıtaya göre, “Şekil noksanı veya yokluğu nedeniyle geçerli bulunmayan bir kefaletle dayanılarak ödemede bulunan kefilin nedensiz zenginleşme iddiasında bulunabileceğine hiçbir yasal engel bulunmamaktadır. Zira ödeme sonucunda alacak sona ermiş ise, haksız olarak borçlunun zenginleştiğinin kabulü gerekir. Öyle ki alacağın sona ermesi ile, alacaklı hakkı olan bir edayı kabul etmiş olacak, buna karşı borçlu nedensiz olarak borcundan kurtulmuş, mal varlığında haklı olmayan bir artış meydana gelmiş bulunacaktır”. : Yarg. 3. HD., 6. 4. 1989 T., 9431 E., 3528 K. (**Reisoğlu**, Bankacılık Uygulamasında Kefalet, s. 60).

³⁰¹ **Tandoğan**, s. 741; **Grassinger**, s. 84; Borç olmayan bir paranın ödenmiş olması, istirdat davasının maddi hukuk bakımından aranan tek şartıdır. BK md. 62'nin aksine, burada borçlu sadece borçlu

BK md. 62/ c. I uyarınca, “*Borçlu olmadığı şeyi ihtiyariyle veren kimse hataen kendisini borçlu zan ederek verdiği ispat etmedikçe onu istirdat edemez*”.

Diğer yandan kefil sözleşmenin şekil eksikliği sebebiyle geçersiz olduğunu bilerek ve kendi isteği ile borcunu ifa ettikten sonra geçersizlik iddiası ile iade talebinde bulunursa, bu durum MK md. 2 anlamında hakkın kötüye kullanılması anlamına gelecektir³⁰². Bu nedenle kefaletin geçersizliğini bilerek ödemede bulunma bir elden bağışlama oluşturur ve verilen şey geri alınamaz³⁰³. Aynı şekilde kefil, şekil eksikliğine, karşı tarafı aldatarak veya sonradan şekil eksikliğine dayanarak geçersizlik iddiasında bulunmak amacıyla sebebiyet vermiş, alacaklıyı kredi açmaya sevk etmiş ise, bu durumda da geçersizliğin ileri sürülmesi hakkın kötüye kullanılması sayılmaktadır. Bu durumda, şekil eksikliği artık ileri sürülemez. Hakim, somut olayda, şekle aykırılığı ileri sürmenin, hakkın kötüye kullanılması olup olmadığını re’sen göz önünde tutmak zorundadır.³⁰⁴ Ancak doktrinde farklı görüşlere rastlamak mümkündür. Bizim de katıldığımız diğer bir görüşe göre, hakkın kötüye kullanılması hali, her zaman ifadan sonra geçersizlik iddiasında bulunulması ile doğmayabilir. Nitekim *Oğuzman*’ a göre, hakkın kötüye kullanıldığı sonucuna

olmadığı bir parayı ödemek zorunda kaldığını ispat etmekle yükümlü olup, bu parayı yanılarak kendisini borçlu sanıp ödemiş olduğunu ispat etmek zorunda değildir. (**Kuru/ Arslan/ Yılmaz**, s. 191).

³⁰² Yargıtaya göre, taraflar şekle aykırı bir sözleşmeden doğan edimlerini, bilerek ve isteyerek her türlü yanıldan uzak bir biçimde ifa etmişlerse, sözleşmenin geçersiz olduğunu ileri sürmeleri, hakkın kötüye kullanılması yasağına aykırı olacaktır.: Yarg. 13. HD., 2. 12. 1991 T., 7217 E., 10901 K. (YKD 1992, S. 5, s. 237 vd.).

³⁰³ **Tandoğan**, s. 741; **Tandoğan**, Geçerlilik Şartları, s. 37; **Reisoğlu**, s. 61; **Reisoğlu**, Bankacılık Uygulamasında Kefalet, s. 45; **Yavuz**, s. 501.

³⁰⁴ BGE 65 II 237 (Naklen **Aral**, s. 452, dn. 36); **Feyzioğlu**, **Feyzi**: Medeni Kanun 50. Yıl Sempozyumu, Hakların Kötüye Kullanılması, İstanbul 1978, s. 187; **Oser/ Schönenberger (Çev. Sungurbey İsmet)**, s. 142; **Tandoğan**, Geçerlilik Şartları, s. 38; **Altaş**, s. 136 ve 156 vd.

ulaşmak için her somut olayın şartlarını incelemek gerekir. şekle aykırı bir sözleşmeden doğan edimlerin taraflarca hiç ifa edilmemesinden önce geçersizliğin ileri sürülmesi hakkın kötüye kullanılması olabileceği gibi, edimlerin tamamen ifasından sonra, şekil eksikliği nedeniyle geçersizliğin ileri sürülmesi hakkın kötüye kullanılmasını oluřturmayabilir³⁰⁵. Yargıtay da şekle aykırılığın ileri sürülmesi halinde, hakkın kötüye kullanılması yasağının oluşup oluşmadığı belirlenirken, somut olayın bütün özelliklerinin göz önüne alınması görüşüne katılmaktadır³⁰⁶.

³⁰⁵ **Oğuzman, Kemal:** “şekil Noksanı Sebebi ile Butlan Dermeyanı Hakkının Suiistimali”, İBD, 1955, C. 29, S. 6, s. 255 vd.

³⁰⁶ Yargıtayın bir içtihadı birleştirme kararında belirtildiği üzere, yüksek mahkeme, tapuda kayıtlı bir taşınmazın mülkiyetini devir borcunu doğuran ve ancak yasanın öngördüğü biçim koşullarına uygun olarak yapılmadığından geçersiz bulunan sözleşmeye açılan bir cebri tescil davasını MK’nun 2. maddesini gözeterek kabul etmemiştir. Somut olayın şartlarını değerlendirerek sonradan şekil eksikliğinin ileri sürülmesini, hakkın kötüye kullanılması yasağına aykırı bulunmuştur.: İçt. Bir. K. 30. 9. 1988 T., 2 E., 2 K. (YKD 1989, S. 2, s. 149 vd.).

SONUÇ

Kefalet sözleşmesi asıl borcun alacaklısı ve kefil arasında kurulur. Kefalet ilişkisinde asıl borçlu ne kadar önemli olursa olsun sözleşmede taraf değildir. Alacaklı ile kefil arasındaki ilişki doğrudan doğruya kefalet sözleşmesinin konusunu oluşturan ilişkidir. Kefalet sözleşmesinin yapılmasının nedeni, asıl borçlunun ödeme gücünün bulunmaması veya borcunu ödememesi durumunda alacaklıya bir teminat sağlamaktır. Alacaklının elde ettiği teminat, asıl borçlunun borcunu ödememesi halinde, bir anlamda başka bir borçlu elde etmesi şeklinde kendini göstermektedir.

Kefalet sözleşmesinin en önemli özelliği fer'i bir sözleşme olmasıdır. Kefalet geçerli bir asıl borca bağlı olarak hüküm ifade eder. Asıl borcun sona ermesi ile birlikte kefalet de sona erer. Bunun yanı sıra kefalet sözleşmesi, asıl borcu doğuran sözleşmeden ayrı bir hukuki nedene dayanan, ayrı bir içeriği olan, tamamen bağımsız ve tek tarafa borç yükleyen bir sözleşmedir.

Geçerli bir kefalet sözleşmesi için, geçerli bir asıl borca ihtiyaç duyulmaktadır. Bu durum kefalet sözleşmesinin fer'i nitelikte olmasının bir sonucudur. Asıl borcun, kanuna, ahlâka ve âdaba aykırılık, irade uyuşmazlığı ya da medeni hakları kullanma ehliyetsizliği gibi nedenlerle geçersiz olması durumunda, kefalet de bir hüküm ifade etmemektedir.

Esas bakımından da geçerli bir kefalet sözleşmesinin varlığından söz edebilmek için, sözleşme hukuka, ahlâka ve adaba aykırı olmamalı, kefil, kefalet

sözleşmesi için aranan ehliyet şartlarına sahip olmalı ve kefilin iradesinde sakatlık bulunmamalıdır.

Özellikle evli kişilerin kefil olmaları konusunda günümüzde farklı düzenlemelere gidildiği görülmektedir. Yeni Medeni Kanun'un "*tasarruf yetkisinin sınırlanması*" başlıklı YMK md. 199/ I ve II hükümlerinden hareketle, eşlerden birinin başvurusu üzerine, eşin kefalet sözleşmesi ile yükümlülük altına girmesi diğer eşin rızasına bağlanabilir ve bu şekilde, evlilik bağı yüzünden kefaletle ilgili bir sınırlama bu kapsamda gündeme gelebilir. İsviçre'de ise, İsviçre Borçlar Kanunu md. 494'e göre, evli kimsenin kefil olabilmesi için, ortada mahkeme tarafından verilmiş bir ayrılık kararı bulunmadığı takdirde, eşin yazılı izni (muvafakati) gerekir. Böyle bir düzenleme mevcut hukuk sistemimizde bulunmamakla birlikte Borçlar Kanunu tasarısında en çok tartışılan konular arasında yer almaktadır. Kanaatimizce tasarıdaki bu hüküm her ne kadar sözleşme serbestisi ilkesine ters gibi görünse de, ülkemizin şartları göz önüne alındığında, ailenin ekonomik varlığının korunması ve evlilik birliğinin gerekleri dikkate alındığında, yerinde bir düzenlemedir.

Diğer yandan belli şartların varlığı halinde iflas eden kişiler kefil olabilirken, kendisine mahkeme tarafından konkordato süresi verilmiş olan kişiler ile noterlerin kefil olması yasaktır.

Dernek ve vakıfların tüzükleri ya da ana sözleşmelerinde açıkça kefalet sözleşmesinin kurulabileceği belirtilmişse, bu tüzel kişinin kefalet ehliyetinin varlığı kabul edilecektir. Ticari şirketlerde ise ana sözleşmede, şirketin kefalet sözleşmesi

kurabileceğinin açıkça belirtilmesi, şirketin kefalet sözleşmesi kurma ehliyetinin var olduğu anlamına gelmektedir.

Kefalet sözleşmesinin geçerlilik şartlarından bir diğeri de kefilin iradesinin iradeyi bozan sebeplerden biri ile sakatlanmamış olmasıdır. BK md. 31 kıyasen kefil, kefalet sözleşmesinde iradesinin hata (yanılma), hile (aldatma) ya da ikrah (korkutma) sebeplerinden biri ile sakatlanmış olması halinde, hatada ve hilede durumu öğrenmesinden, ikrahda ise korkuyu yaratan olayın son bulmasından itibaren bir yıl içinde kefalet sözleşmesini iptal edebilecektir.

Hukuk düzeni, bir sözleşmesinin geçerli olarak doğumunu şekle bağlamışsa, o şekle uymak zorunluluğu vardır. Kefalet sözleşmesinin geçerliliği de, adî yazılı şekilde yapılması ve kefilin sorumlu olacağı tutarın gösterilmiş olmasına bağlıdır. Kefalet sözleşmesinin, kefilin sorumlu tutulacağı en yüksek miktarın kefalet senedinde gösterilmesi gibi sıkı şekil şartlarına bağlanmasının sebebi, kefilin önceden üstlendiği yükümlülük hakkında bilgi sahibi yapmak ve düşüncesizce ağır riskler altına girmesini önlemektir. Başka bir deyişle, BK md. 484'de öngörülen şekil şartı, bir ispat şartı değil, geçerlilik şartı olup, karşılıksız olarak yükümlülük altına giren ve nasıl olsa asıl borçlunun borcunu ödeyeceği düşüncesiyle üstlendiği tehlikenin önemini çoğu zaman gereği gibi farketmeyen kefilin daha iyi düşünmeye sevk etmek ve yüklendiği tehlikenin kapsamı konusunda onu uyarmak amacıyla konulmuştur.

Kanunun öngördüğü şekle uygun olarak yapılmayan sözleşme, geçerli değildir. BK md. 11/ II'de de belirtildiği üzere, kanunun öngördüğü bir şeklin

kapsam ve sonuçları hakkında başka bir hüküm konulmamışsa, bu şekle uyulmadan yapılan sözleşme geçerli olarak kurulmamış sayılacaktır.

Kefil şekil eksikliğinin farkına varmaksızın, sözleşmeyi geçerli sanarak borcunu ifa ettiği takdirde, ödediğini açacağı sebepsiz zenginleşme davası ile alacaklıdan talep edebilir. Diğer yandan kefil sözleşmenin şekil eksikliği sebebiyle geçersiz olduğunu bilerek ve kendi isteği ile borcunu ifa ettikten sonra geçersizlik iddiası ile iade talebinde bulunursa, bu durum MK md. 2 anlamında hakkın kötüye kullanılması anlamına gelecektir. Ancak bizim de katıldığımız diğer bir görüşe göre, hakkın kötüye kullanılması hali, her zaman ifadan sonra geçersizlik iddiasında bulunulması ile doğmayabilir. Hakkın kötüye kullanıldığı sonucuna ulaşmak için her somut olayın şartlarını incelemek gerekir. Şekle aykırı bir sözleşmeden doğan edimlerin taraflarca hiç ifa edilmemesinden önce geçersizliğin ileri sürülmesi hakkın kötüye kullanılması olabileceği gibi, edimlerin tamamen ifasından sonra, şekil eksikliği nedeniyle geçersizliğin ileri sürülmesi hakkın kötüye kullanılmasını oluşturmayabilir.

Kefalet sözleşmesi geçerlilik şartları bakımından incelendiğinde, esas ve şekil açısından aranan bu şartların ne denli sıkı olduğu görülmektedir. Ancak bu şartlar, kefil korumak ve uygulamada doğabilecek sıkıntılara engel olmak için gereklidirler. Asıl üzerinde durulması gereken konu, bu şartlarda yapılmak istenen değişikliklerin günümüz ihtiyaçlarını karşılayıp karşılamayacağı olmalıdır. Borçlar Kanunu tasarısının bu anlamda pek çok tartışmaya son vereceği kanaatindeyiz.

YARARLANILAN KAYNAKLAR*

- Acar, Mahmut Bedri:** “Kefalet Akdinin Zaman Bakımından Tahdidi”, ABD, 1952, C. 8, S. 95- 96, s. 11- 12.
- Akıntürk, Turgut:** Borçlar Hukuku Genel Hükümler ve Özel Borç İlişkileri, İstanbul 2004.
- Akıntürk, Turgut:** Müteselsil Borçluluk, Ankara 1971 (Müteselsil Borçluluk).
- Akipek, Jale Güral/ Akıntürk, Turgut:** Yeni Medeni Kanuna Uyarlanmış Başlangıç Hükümleri- Kişiler Hukuku, C. I, 5. B., İstanbul 2004.
- Akipek, Şebnem/ Küçükgüngör, Erkan:** Sözleşmeler Rehberi, Ankara 2000.
- Akkanat, Halil:** “Kefaletin Fer’iliği İlkesi ve Banka Ticari Kredi Sözleşmeleri”, Prof Dr. Necip Kocayusufpaşaoğlu İçin Armağan, Ankara 2004, s. 274- 289.
- Altaş, Hüseyin:** Şekle Aykırılığın Olumsuz Sonuçlarının Düzeltilmesi, Ankara 1998.
- Ansay, Tuğrul:** “Anonim Şirketlerin Kefil Olabilme Ehliyeti”, Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu II, Ankara, 1985, s. 363- 371.
- Ansay, Tuğrul:** “Anonim Şirketlerde Ehliyet Meselesi”, Ticaret ve Banka Hukuku Haftası, Ankara, 1960, s. 81- 97 (Anonim Şirketlerde Ehliyet).
- Aral, Fahrettin:** Borçlar Hukuku (Özel Borç İlişkileri), 5. B, Ankara 2003.
- Ardıç, Oğuzhan:** Medeni Hukuk, Ankara 2002.
- Arık, Fikret:** “Kefalet Dair Mahkeme İçtihatlarına Bir Bakış”, Adliye Ceridesi, 1943, s. 496- 512.
- Arık, Fikret:** “Kefalette Azami Miktarın Gösterilmesi Şartı ve Bu Şarta Riayetsizliğin Neticesi”, AD, 1944, Y. 35, s. 618- 629 (Azami Miktar).
- Arık, Fikret:** “Mahkeme Kararları Kroniği- Başkasının Fiilini Taahhüt veya Garanti Mukavelesi”, AÜSBFD, 1955, C. X, S. 2, s. 45- 75 (Başkasının Fiilini Taahhüt).

* Birden çok eserinden yararlanılan yazarlara yapılan atıflarda kullanılan kısaltmalar parantez içinde gösterilmiştir.

- Arkan, Sabih:** “Kredi Kartıyla İlgili Olarak Verilen Güvencenin Hukuki Niteliği (HGK’nın 4. 7. 2001 Tarihli Kararının Eleştirisi)”, Bilgi Toplumunda Hukuk, Ünal Tekinalp’a Armağan, C. I, s. 983- 991.
- Arslanlı, Halil:** “İngiliz Şirketlerinde Ultra Vires Nazariyesi”, Adliye Ceridesi, 1942, S. 1- 6.
- Arpacı, Abdülkadir/ Hatemi, Hüseyin/ Serozan, Rona:** Borçlar Hukuku Özel Bölüm, İstanbul 1992.
- Aşulla, Mustafa:** “Başkasının Fiilini Taahhüt”, AD, 1958, Y. 49, S. 3- 4, s. 230- 259.
- Aybay, Aydın:** “Kefilin Önce Dava Def’ini İleri Sürmesi Sorunu”, Selim Kaneti’ye Armağan, İstanbul 1996, s. 83- 89.
- Barlas, Nami:** “Kefalet Hukukuna İlişkin Bazı Sorunlar ve Yargıtay Uygulaması”, Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu XXI, Ankara, 2005, s. 41- 67 (Kefalet Hukuku).
- Barlas, Nami,** “Kredi Kartı İlişkisinde Bankaya Verilen Kişisel Teminatın Niteliğinin Belirlenmesi”, Prof. Dr. Ömer Teoman’a 55. Yaş Günü Armağanı, İstanbul 2002, s. 937- 989 (Kredi Kartı).
- Barlas, Nami:** Para Borçlarının İfasında Borçlunun Temerrüdü ve Bu Temerrüt Açısından Düzenlenen Genel Sonuçlar, Doktora Tezi, İstanbul 1992.
- Barlas, Nami:**Türk Hukuk Sisteminde Banka Teminat Mektupları, İstanbul 1986 (Banka Teminat Mektupları).
- Barlas, Nami:** “Yeni Türk Medeni Kanunu Hükümleri Çerçevesinde Eşler Arası Hukuki İşlem Özgürlüğü ve Sınırları”, Prof. Dr. Necip Kocayusufpaşaoğlu İçin Armağan, Ankara 2004, s. 115- 143 (Yeni Türk Medeni Kanunu).
- Battal, Ahmet :** Kıymetli Evrak Hukuku, Ankara 2005.
- Baygın, Cem:** Yabancı Para Üzerinden Borçlanmalar ve Hukuki Sonuçları, İstanbul 1997.
- Becker, Herman (Çev. Dura, Suat):** İsviçre Borçlar Kanunu Şerhi, İkinci Bölüm, Çeşitli Sözleşme İlişkileri, Madde 184- 551, Ankara 1993.
- Berki, Şakir:** Borçlar Hukuku Özel hükümler, Ankara 1973.
- Bilge, Necip:** Borçlar Hukuku Özel Borç Münasebetleri, Ankara 1971.

- Bilge, Necip:** “Borçlu Hakkında Kesin Hükümün Kefile Tefsiri”, AD, 1954, Y. 45, S. 5, s. 592- 611 (Kesin Hüküm).
- Bilge, Necip:** “Eşler Arasında veya Koca Menfaatine Karı ile 3. Kişiler Arasında Yapılan Hukuki Muamelelerin Yargıç Tarafından Tasvibi”, AÜHFD, 1951, C. VIII, S. 1- 2, s. 575- 605 (Eşlerin Muamelelerinin Tasvibi).
- Bilge, Necip:** “ Kefilin Mesuliyetinin Şumülü”, AÜHFD, 1956, C. XIII, S. 1-2, s. 86- 171 (Kefilin Mesuliyetinin Şumülü).
- Bozer, Ali/ Göle, Celal:** Kıymetli Evrak Hukuku, Ankara 2004.
- Büyüktanır, Tahir:** “Türk Medeni Kanunu Değişiklikler ve Yeni Düzenlemelere İlişkin Açıklamalar”, ABD, 2002/ I, C. 60, s. 55- 109.
- Canyürek, Murat:** “Müteselsil Borç Ve Kefalet Müesseselerinin Temel Farklılıkları Üzerine”, Argumentum, 1993, Y. 3, S. 33, s. 593- 594.
- Cavin, Pierre (Çev. Artus, Amil):** “İsviçre’de Yeni Kefalet Hukuku”, Adliye Ceridesi, 1942, Y. 33, s. 989- 1011.
- Daeppen, Oscar (Çev. Bayrav, Osman):** “Kefalet”, İBD, 1951, C. 25, S. 6, s. 345- 364.
- Demirkapı, Ertan:** Kambiyo Senetlerinin Aval Yoluyla Temini, İzmir 2005.
- Doğan, Vahit:** Banka Teminat Mektupları, Ankara 2005.
- Domaniç, Hayri:** Anonim Şirketler, İstanbul 1978.
- Dural, Mustafa/ Ögüz, Tufan:** Türk Özel Hukuku- Kişiler Hukuku, C. II, 7. B., İstanbul 2004.
- Duran, Lütfi:** İdare Hukuku Ders Notları, İstanbul 1982.
- Ekinci, Neslihan:** “Müteselsil Kefalet ve Hükümleri”, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 1996.
- Eren, Fikret:** Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 7. B., İstanbul 2001.
- Eriş, Gönen:** Açıklamalı İctihatlı Türk Ticaret Kanunu Ticari İşletme ve Şirketler, Ankara 1992.
- Eriş, Gönen:** Türk Ticaret Kanunu Kıymetli Evrak ve Taşıma, Ankara 1988 (Kıymetli Evrak).
- Erlüle, Fulya:** “Müteselsil Kefalet ve Müteselsil Borçluluk Kavramlarının Karşılaştırılması”, AÜEHFD, 2003, C. VII, S. 1- 2, s. 629- 644.

- Erman, Eyüp Sabri:** “Teminat Mektubu, Kefalet Akdi, Garanti Akdi”, AD, 1969, Y. 60, S. 7, s. 411- 419.
- Esin, İsmail Gökhan:** “İsviçre Federal Mahkemesinin 17 Kasım 1987 Tarihli Kararı (BGE 114 II 434) Kefalet mi, Garanti Sözleşmesi mi?”, Argumentum, 1993, C. 3, S. 33, s. 594- 596.
- Eskin, Semih:** “Kefalet”, ABD, 1952, C. 8, S. 97- 98, s. 16- 28.
- Feyzioğlu, Feyzi:** Medeni Kanun 50. Yıl Sempozyumu Hakların Kötüye Kullanılması, İstanbul 1978.
- Franko, Nisim:** “ Kefalet”, TNBHD, 1983, S. 40, s. 15- 30.
- Franko, Nisim:** “Ticaret Şirketlerinin Kefalet Ehliyeti”, Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu II, Ankara 1985 (Ticari Şirketler).
- Göktürk, Hüseyin Avni:** “Kefalet Hukukumuzun Kifayetsizliği ve Yeni İsviçre Kefalet Hukuku”, AÜHFD, 1950, C. VII, S. 3-4, s. 324- 352.
- Gözler, Kemal:** İdare Hukuku, C. I, Bursa 2003.
- Gözübüyük, Şeref/ Tan, Turgut:** İdare Hukuku Genel Esaslar, C. I, Ankara 1998.
- Grassinger, Gülçin Elçin:** “Borçlar Kanununa Göre Kefilin Alacaklıya Karşı Sahip Olduğu Savunma İmkanları”, Doktora Tezi, İstanbul 1995.
- Günday, Metin:** İdare Hukuku, 9. B., Ankara 2004.
- Güral, Jale:** “Kefalet Akdiyle Aval Arasındaki Fark ve Benzerlikler” AÜHFD, 1951, C. VIII, S. 3- 4, s. 435- 467.
- Gürten, Kadir:** “Roma Hukukunda Kefalet Akdi”, Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2000.
- Güven, Ünay:** “Teminat Mektuplarının Mahiyeti ve Garanti Mukavelesi”, İBD 1967, C. 41, S. 1- 2, s. 16- 24.
- Hatemi, Hüseyin:** Türk Hukukunda Hukuka ve Ahlâka Aykırı Amaçla Verilenin Geri Alınamaması Kuralı, BK md. 65, İstanbul 1973.
- Helvacı, Mehmet:** Anonim Ortaklıkta Yönetim Kurulu Üyesinin Hukuki Sorumluluğu, İstanbul 2001.
- İmregün, Oğuz:** “Türk Ticaret Kanununa Göre Ticaret Şirketlerinin Ehliyet ve Temsili”, II. Ticaret ve Banka Hukuku Haftası, Ankara 1962, s. 275- 305.
- İnan, Ali Naim:** Medeni Hukuk, Ankara 2005.

- Kaçak, Nazif:** İctihatlarla Bono, Ankara 2001
- Kaneti, Selim:** İsviçre Federal Mahkemesinin Borçlar Hukuku Kararları (1955-1964), C. II, Özel Borç İlişkileri, Borç İlişkilerinde Yasaların Çatışması, Ankara 1968.
- Karahasan, Mustafa Reşit:** Türk Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, İstanbul 2002, C. II, s. 31- 1259.
- Karatay, Ata:** “İsviçre Borçlar Kanununun Değişen Kefalet Hükümleri Üzerinde Mukayeseli Bir İnceleme”, İBD, 1952, C. 26, S. 11- 12, s. 617- 640.
- Karayalçın, Yaşar:** Ticaret Hukuku, II. Şirketler Hukuku, Ankara 1973.
- Karayalçın, Yaşar:** Ticari Senetler, Ankara 1970 (Ticari Senetler).
- Kılıçoğlu, Ahmet:** Medeni Kanun’umuzun Aile- Miras- Eşya Hukukuna Getirdiği Yenilikler, Ankara 2004.
- Kocağa, Köksal:** Türk Özel Hukukunda Cezai Şart (BK md. 158- 161), Ankara 2003.
- Kocaman, Arif:** “Gelirden ve Malvarlığından Yoksun Aile Fertlerinin, Kredi Alan Eş veya Ebeveyn Lehine Akdettikleri Kefalet Sözleşmelerinin Ahlâka Aykırılığı Sorunu”, Ali Bozer’e Armağan, Ankara 1998, s. 371- 387.
- Kocaman, Arif:** “Kefalet Hukukunda İrade Özgürlüğünün Sınırları”, Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu XV, Ankara, 1998, s. 105- 133 (İrade Özgürlüğü).
- Kocaman, Arif:** “Yargıtay Hukuk Genel Kurulu’nun 4. 7. 2001 Tarih ve E. 2001/19- 534, K. 2001/ 583 Sayılı Kararı Üzerine Bir Değerlendirme- Kredi Kartı İlişkisinde Bankaya Karşı verilen Kişisel (Şahsi) Teminatın Hukuki Niteliği: Garanti mi; Kefalet mi?”, Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu XIX, Ankara 2003, s. 67- 93 (Kredi Kartı).
- Kocayusufpaşaoğlu, Necip:** Güven Nazariyesi Karşısında Borç Sözleşmelerinde Hata Kavramı, İstanbul 1968.
- Köprülü, Bülent:** Medeni Hukuk, Genel Prensipler, Kişinin Hukuku (Gerçek Kişiler- Tüzel Kişiler), 2. B., İstanbul 1984.
- Kuntalp, Erden/ Barlas, Nami:** Türk Borçlar Kanunu Tasarısı’na İlişkin Değerlendirmeler, Galatasaray Üniversitesi Yayınları, İstanbul 2005.

- Kuntalp, Erden:** “Ticaret Ortaklıklarının Ehliyeti”, Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu II, Ankara, 1985, s. 5- 31.
- Kurdoğlu, Bülent Nuri:** “Türk Borçlar Kanunu Tasarısı İncelemesi”, ABD, 2005, Y. 63, S. 2005/ 3, s. 53- 84.
- Kuru, Baki:** İflas ve Konkordato Hukuku, Ankara 1971.
- Kuru, Baki/ Arslan, Ramazan/ Yılmaz, Ejder:** İcra ve İflâs Hukuku, Ders Kitabı, Ankara 1999.
- Mimaroğlu, Sait:** Evli Kadının Kocasını Menfaatine Üçüncü Kişilerle Yaptığı İltizam Muameleleri, Ankara 1961.
- Oğuzman, Kemal,** “Şekil Noksanı Sebebi ile Butlan Dermeyanı Hakkının Suiistimali”, İBD, 1955, C. 29, S. 6, s. 249- 258.
- Oğuzman, Kemal/ Öz, Turgut:** Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 2005.
- Olgaç, Senai:** Kazai ve İlmi İçtihatlarla Borçlar Kanunu, C. III, Ankara 1969 (Borçlar Kanunu).
- Olgaç, Senai:** Kefalet, Ankara 1978.
- Oser/ Schöenberger (Çev. Sungurbey, İsmet):** İsviçre Borçlar Kanunu Şerhi, Ankara 1964.
- Özay, İlhan:** Günışığında Yönetim, İstanbul 1996.
- Özgenç, İzzet:** “Tüzel Kişinin Sorumluluk Ehliyeti”, Reha Poroy’a Armağan, İstanbul 1995, s. 319- 344.
- Özkan, Işıl:** “Tüzel Kişilerin Ehliyetlerinin Gaye İle Sınırlandırılması”, AD 1975, Y. 66, S. 3- 4, s. 359- 371.
- Özsunay, Ergun:** Medeni Hukukumuzda Tüzel Kişiler, İstanbul 1982.
- Öztan, Fırat:** Kıymetli Evrak Hukuku, 8. B., Ankara 2004.
- Pekcanitez, Hakan/ Atalay, Oğuz/ Özekes, Muhammed:** İcra ve İflâs Hukuku, Ankara 2002.
- Poroy, Reha/ Tekinalp, Ünal:** Kıymetli Evrak Hukuku, İstanbul 2001.
- Postacıoğlu, İlhan:** Konkordato, Ankara 1965.
- Pulaşlı, Hasan:** Şarta Bağlı İşlemler ve Hukuki Sonuçları, Ankara 1989.
- Reisoğlu, Seza:** Banka Teminat Mektupları ve Kontgarantiler, Ankara 1990 (Teminat Mektupları).
- Reisoğlu, Seza:** Bankalar Kanunu Şerhi, Ankara 1988 (Şerh).

- Reisoğlu, Seza:** “Garanti Mukavelesi ve Kefalet Münasebeti”, II. Ticaret ve Banka Hukuku Haftası, Ankara, 1961, s. 149- 177 (Garanti ve Kefalet).
- Reisoğlu, Seza:** Garanti Mukavelesi, Ankara 1963 (Garanti Mukavelesi).
- Reisoğlu, Seza:** “Garanti Sözleşmesi ve Uygulamada Ortaya Çıkan Sorunlar”, 50. Yıl Armağanı 1925- 1975, C. I, AÜHFD, 1977, s. 335- 357 (Sorunlar).
- Reisoğlu, Seza:** “Kefalet Kavramı ve Muteberlik Şartları”, AÜHFD, 1962, C. 19, S. 1-4, s. 327- 392 (Muteberlik Şartları).
- Reisoğlu, Seza:** “Kefilin Def’i Hakları”, BATİDER, 1961- 1962, C. 1, s. 177- 210 (Def’i Hakları).
- Reisoğlu, Seza:** “ Kefilin Rücuu ile İlgili Meseleler”, BATİDER, 1961- 1962, C. 1, s. 465- 509 (Kefilin Rücuu).
- Reisoğlu, Seza:** Türk Kefalet Hukuku, Ankara 1964.
- Reisoğlu, Seza:** Türk Hukukunda ve Bankacılık Uygulamasında Kefalet, Ankara 1992 (Bankacılık Uygulamasında Kefalet).
- Reisoğlu, Seza:** “Yabancı Para Üzerinden Taahhüt Altına Girilebilmesi ve Hukuki Sonuçları”, BATİDER, 1985- 1986, C. XIII, S. 3- 4, s. 143- 156 (Yabancı Para).
- Sengir, Turgut:** Aval Hukuku, Ankara 1967 (Aval).
- Sengir, Turgut:** “Ticaret Ortaklıklarında Kefalet”, BATİDER, 1964, C. II, S. 3, s. 415- 416.
- Serozan, Rona:** Medeni Kanun ve Borçlar Kanunu Değişikliklerinin, Özellikle Yabancı Para Borçlarına ve Bunların Teminat Altına Alınmalarına İlişkin Değişikliklerin Eleştirilmesi, İBD, 1991, S. 1- 4, s. 194- 222.
- Sirmen, A. Lâle:** Türk Özel Hukukunda Şart, Ankara 1992.
- Tahiroğlu, Bülent:** “Roma Hukukunda Borcun Teminatlarından Kefalet”, İÜHFD, 1977, C. 42, S. 1- 4, s. 323- 340.
- Tandoğan, Haluk:** Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, C. II, 3. B., Ankara 1987.
- Tandoğan, Haluk:** “Devlet Hesabına Okuyanların Taahhütleri İçin Kefalet” (Karar İncelemesi) ABD, 1953, S. 3, s. 208- 216 (Devlet Hesabına Okuyanlar İçin Kefalet).
- Tandoğan, Haluk,** Garanti Mukavelesi (Mahiyeti ve Benzeri Hukuki Münasebetlerden Tefriki), Ankara 1959 (Garanti Mukevelesi).

- Tandoğan, Haluk:** “Kefaletin Geçerlilik Şartları”, BATİDER, 1977, C. 9, S. 1, s. 19- 54 (Geçerlilik Şartları).
- Tandoğan, Haluk:** “Noterlerin Kefil Olma Yasağının Müeyyidesi”, TNBHD, 1974, S. 4, s. 6- 7 (Noterler).
- Tandoğan, Haluk:** “Yürürlüğe Girişinin 50. Yılında Türk Borçlar Kanunu Hakkında Genel Bir Değerlendirme”, BATİDER, 1976, C: VIII, S. 4, s. 1- 60 (Borçlar Kanunu).
- Tekil, Fahiman:** Anonim Şirketler, İstanbul 1998, s. 118.
- Tekinalp, Ünal:** “Bankaca Kabul Edilen Kefaletlerin ve Satın Alınan Tahvillerin Bankalar Kanunu Açısından Tabi Olduğu Hükümler”, İktisat ve Maliye, 1980, C. 27, S. 9, s. 322- 327.
- Tekinay, Selahattin Sulhi:** “Kefalet mi, Borcun Dış Yüklenilmesi mi, Mevcut Borca İltihak mi, Üçüncü Şahsın Fiilini Taahhüt mü?”, İBD, 1958, C. 32, S. 11- 12, s. 233- 238 (Üçüncü Şahsın Fiilini Taahhüt).
- Tekinay, Selahattin Sulhi:** “Müteselsil Borç İle Kefalet Arasında Bir Mukayese”, AD, 1956, C. 47, S. 7, s. 743- 752.
- Tekinay, Selahattin Sulhi:** “Temyiz Mahkemesi Kararları- Kefalette Muayyen Miktar İraesi Meselesi”, İBD, 1958, C. 31, S. 9, s. 280- 286 (Muayyen Miktar).
- Tekinay, Selahattin Sulhi/ Akman, Sermet/ Burcuoğlu, Haluk/ Altop, Atilla:** Tekinay Borçlar Hukuku, 7. B., İstanbul 1993.
- Tepeci, Kamil:** Notlu ve İzahlı Borçlar Kanunu, 3. B., Ankara 1959.
- Tuğsavul, Muhsin:** “Kefalet Akdinin Hukuki Mahiyeti ve İtibarı”, AD, 1949, S. 11, s. 1622- 1635.
- Tunçomağ, Kenan:** Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. I, 6. B., İstanbul 1976.
- Tunçomağ, Kenan:** Türk Hukukunda Cezai Şart, İstanbul 1963 (Cezai Şart).
- Uygur, Turgut:** Açıklamalı-İçtihatlı Borçlar Kanunu Sorumluluk ve Tazminat Hukuku, C. VIII, Ankara 2003.
- Üstündağ, Saim:** İflas Hukuku, İstanbul 1991.
- Von Tuhr (Çev. S. Ş. Ansay):** “Kefalet Hukuku Hakkından Mülahazalar”, Adliye Ceridesi, 1937, Y. 28, s. 148- 166.

Von Tuhr (Çev. S. Ş. Ansay): “Kefilin Rücuu”, Adliye Ceridesi, 1938, S. 8, s. 1156- 1166 (Kefilin Rücuu).

Yavuz, Cevdet: Borçlar Hukuku Dersleri (Özel Hükümler), İstanbul 2004.

Yıldız, Hüseyin: Akitlerde Şekilciliğin Geçirdiği Tarihi Evreler ve Türk-İsviçre Hukukunda ve Anglo-Amerikan Hukuk Sistemlerinde Şekilcilik, Bursa 1980.

Zevkliler, Aydın: Zevkliler Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, 8. B., Ankara 2004.

Zevkliler, Aydın/ Havutçu, Ayşe: Yeni Medeni Kanuna Göre Medeni Hukuk (Temel Bilgiler), 2. B., Ankara 2003.

ÖZET

Tezin konusu “Kefalet Sözleşmesi ve Kefalet Sözleşmesinin Geçerlilik Şartları”dır. Tez giriş ve sonuç bölümleri dışında iki bölümden oluşmaktadır.

Birinci bölümde kefalet sözleşmesi kavramı ana hatları ile incelenmiştir. Kefalet sözleşmesi, tanımı, özellikleri, konusu, çeşitleri ve benzer müesseselerden farkları açısından ele alınmıştır.

İkinci bölümde ise çalışmamızın ana konusunu teşkil eden “Kefalet Sözleşmesinin Geçerlilik Şartları”, detaylı bir şekilde kaleme alınmıştır. Öncelikle kefalet sözleşmesinin esas bakımından geçerlilik şartları belirlenerek, geçerli bir asıl borç, kefil olma ehliyeti ve iradesi konularında açıklamalarda bulunulmuştur. Şekle ilişkin geçerlilik şartları bakımından ise, kefalet sözleşmesinde şeklin amacı, kefalet senedinin şekli ve içeriği ve son olarak da şekil noksanlığının hüküm ve sonuçlarına değinilmiştir.

Çalışmamızın genelinde ele alınan konular Türk- İsviçre hukuku temel alınarak incelenmiş, konuya ilişkin Borçlar Kanunu hükümleri ayrıntılı olarak aktarılmıştır. Diğer yandan tasarı halinde bulunan Borçlar Kanunu düzenlemelerine de yer verilerek bazı açıklamalar ve örnekler verilmeye çalışılmıştır.

ABSTRACT

Subject of the thesis is “Suretyship Contract and The Validity Requirements of The Suretyship Contract ”. It contains two sections excluding introduction and conclusion.

Concept of suretyship contract along with its main features is analyzed in the first section. Suretyship contracts are examined therein in terms of definition, features, subject, types and differences from similar instruments.

Second section includes a detailed examination on “The Validity Requirements of Suretyship Contract” which is the main subject of our study. Before all else, the fundamental validity requirements of the suretyship contract is determined therein and certain explanations are given with respect to main obligation, and capacity and will to act as surety. As the form requirement in suretyship contracts, the form and content of the suretyship agreement, and finally, the legal outcomes of formlessness are discussed.

Subjects forming the main part of our study are examined by taking Turkish- Swiss law as basis, with the provisions of the Code of Obligation reflected in detail. Provisions of the Draft Code of Obligations are mentioned and certain explanations and examples are given.