

Marmara Üniversitesi
Sosyal Bilimler Enstitüsü Müdürlüğü

Tez Onay Belgesi

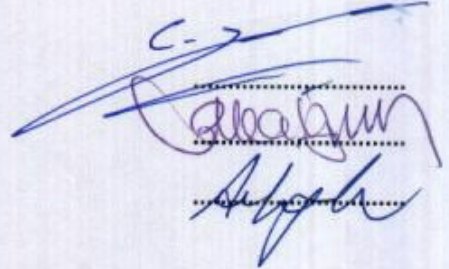
HUKUK Anabilim Dalı ÖZEL HUKUK Bilim Dalı Yüksek Lisans öğrencisi
MÜSLÜM KARATAŞ'ın ÖDEMEDE BULUNAN KEFİLİN ALACAKLIYA HALEF
OLMASI VE HUKUKİ SONUÇLARI adlı tez çalışması, Enstitümüz Yönetim Kurulunun
22.06.2006 tarih ve 2006-6/13 sayılı kararı ile oluşturulan jüri tarafından Yüksek Lisans
Tezi olarak kabul edilmiştir.

Öğretim Üyesi Adı Soyadı

İmzası

Tez Savunma Tarihi : 12.10.2006

- 1) Tez Danışmanı : PROF. DR. CEVDET YAVUZ
2) Jüri Üyesi : YRD. DOÇ. DR. BURAK ÖZEN
3) Jüri Üyesi : DOÇ. DR. AYŞE NUHOĞLU


.....
.....

Konu: Ödemede Bulunan Kefilin Alacaklıya Halef Olması ve Hukuki Sonuçları

Yazar: Müslüm Karataş

Özet: Kefilin asıl borçluya karşı rücu hakkına sahip bulunması, ödeme yaptığı nispette alacaklının haklarına halef olmasının bir sonucudur. TBK 496 hükmünde düzenlenen halefiyet, rücu hakkının bir fer'i olup, kefilin rücu hakkını gerçekleştirmeye ve güçlendirmeye yönelik bir araçtır; zira burada esas olan kefilin rücu hakkıdır. Ödemede bulunan kefil "alacak hakkının" değil, "alacaklının haklarına" halef olur. Alacaklı hakları kavramına ise, alacağa bağlı bulunan teminatlar ve diğer fer'i haklar girer. Kefile kanundan doğan halefiyet sebebiyle rücu hakkının tanınmasındaki amaç, özellikle asıl borçlu ile arasında hiçbir hukuki ilişki olmayan kefile asıl borçluya karşı savunmasız bırakmamak ve kefilin, kefalet altına alınmış borç için verilmiş diğer teminatlardan yararlanmasını sağlamaktır. Kefilin himayesi maksadıyla konulmuş olan halefiyet kuralı emredici niteliktedir ve önceden bu hükmün kefile tanıdığı himayeden feragat etmek mümkün değildir. Kefilin ödemede bulunması ile asıl borç sona ermediği gibi, tarafların herhangi bir müdahalesi olmaksızın alacaklıya ait haklar kanun gereği kendiliğinden kefile intikal etmektedir. Kefil alacaklıya halef olmak istiyorsa, asıl borçluya ait def'i ve itirazları alacaklıya karşı ileri sürmekle yükümlü olduğu gibi, yaptığı ödemeden de borçluyu haberdar etmek zorundadır. Aksi takdirde rücu hakkını kaybeder.

Subject : The Subrogation of the Guarantor Who Made a Payment to The Creditor
and Its Legal Consequences

Writer : Muslum Karatas

Summary: The guarantor's recourse against the main debtor is the result of the subrogation of the creditor's right as much as the guarantor's payment to the creditor. The subrogation according to Art. 496 of Turkish Law of Obligations is accessory right. It is also an instrument to implement the recourse of the guarantor and to strengthen this right. Since the main factor in this Art. is guarantor's recourse. The guarantor who made the payment is not the subrogee of "right of credit" but he is subrogee of "creditor's rights". Under the concept of the "creditor's rights" we can deem the *guaranties of the credit* and *the other secondary rights*. The main purpose of the recourse arising from legal subrogation right of the guarantor is not to leave the guarantor defenseless against the main debtor because there is not any legal relationship between them, and is to provide the guarantor to benefit from the other guarantees given for the debt. The subrogation rule which is put for the benefit of the guarantor is statutory and it is not possible to renounce this protection right beforehand. The main debt does not cease upon the payment of the guarantor and the rights belonging to the creditor pass to the guarantor without needing any intervention of the parties. If the guarantor wants to be subrogee of the creditor, he must allege the pleas and objections against to the creditor and he must inform the debtor concerning the payments made to the creditor. Otherwise, the rights of recourse is forfeited"

T.C.
MARMARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
HUKUK ANABİLİM DALI
ÖZEL HUKUK BİLİM DALI

**ÖDEMEDE BULUNAN KEFİLİN ALACAKLIYA HALEF OLMASI
VE HUKUKİ SONUÇLARI**

Yüksek Lisans Tezi

Müslüm KARATAŞ

Danışman
Prof. Dr. Cevdet YAVUZ

İstanbul - 2006

İ Ç İ N D E K İ L E R

	Sayfa
KISALTMALAR	VI
BİBLİYOGRAFYA	VIII
GİRİŞ	1

BİRİNCİ BÖLÜM KEFALET SÖZLEŞMESİNDE HALEFİYETİN OLUŞUMU

§ 1- HALEFİYET KAVRAMI HAKKINDA GENEL BİLGİLER

I. GENEL OLARAK HALEFİYET KAVRAMI.....	3
II. HALEFİYETİN BENZER HUKUKİ İLİŞKİLERLERLE KARŞILAŞTIRILMASI	
1- Halefiyet ve Rücu	
a) Halefiyet İle Rücu Arasındaki İlişki	5
b) Halefiyete Dayanan Rücu İle İç İlişkiye Dayanan Rücu Arasındaki İlişki	11
2- Halefiyet İle Temlik Arasındaki İlişki	13
3- Halefiyet İle İkame Arasındaki İlişki.....	15
4- Borçlar Hukuku'ndaki Halefiyet İle Miras Hukuku'ndaki Halefiyet Arasındaki İlişki	16

§ 2- KEFİLİN ALACAKLIYA HALEF OLMASININ HUKUKSAL NİTELİĞİ

17

§ 3- KEFİLİN ALACAKLIYA HALEF OLMASININ ŞARTLARI

I. ASIL BORÇLUYA AİT GEÇERLİ BİR BORCUN VARLIĞI	
1- Geçerli Bir Borcun Varlığı	20
2- Borcun Başkasına Ait Olması	25

II. ALACAKLININ TATMİN EDİLMİŞ OLMASI

1- Genel Olarak	27
2- Alacaklının Tatmin Şekilleri	
a) İfa	27
b) Takas	31
c) İbra	31
d) Tevdi	32
e) Yenileme ve Sulh	34

III. KEFİLİN ALACAKLIYA HALEF OLMASI HALİNDE ASIL

BORÇUYA RÜCU HAKKINA SAHİP BULUNMASI.....	34
---	----

IV. HALEFİYETİN KANUN TARAFINDAN ÖNGÖRÜLMÜŞ OLMASI

35

İKİNCİ BÖLÜM

KEFİLİN ALACAKLIYA HALEF OLMASININ HUKUKİ SONUÇLARI

§ 4- KEFİLİN ASIL BORÇLUYA RÜCU HAKKI

I. GENEL OLARAK	36
-----------------------	----

II. RÜCU HAKKININ ŞARTLARI

1- Geçerli Bir Kefalet Sözleşmesinin Varlığı	38
a) Kefalet Sözleşmesi Konusunun Hukuka ve Ahlaka Aykırı Olmaması	42
b) Kefilin Kefalet Sözleşmesini Kurma Konusunda Gerekli Ehliyet Şartına Sahip Olması	43
c) Kefilin İradesinin Sakatlanmamış Olması	45
aa) Hata.....	46
bb) Hile	49
cc) İkraah	52

2- Kefalet Sözleşmesinin Geçerliliği İçin Gerekli Olan Şekil Şartına Uyulmuş Olması ve Kefilin Sorumlu Olduğu Meblağın Gösterilmiş Olması	
a) Kefalet Sözleşmesinin Geçerliliği İçin Gerekli Olan Şekil Şartı....	54
b) Kefilin Sorumlu Olduğu Miktarın Gösterilmiş Olması	62
3- Kefilin Alacaklıya Ödemede Bulunmuş Olması	72
4- Kefilin Asıl Borçluya Karşı Rücu Hakkına Sahip Ve Bu Hakkını Kaybetmemiş Olması	75
a) Kefilin Asıl Borçluya Ait Savunmaları İleri Sürmemesi Nedeniyle Rücu Hakkının Kaybı	75
aa)Kefalet Sözleşmesi Kurulduğu Sırada Kefilin Asıl Borçluya Ait Savunma İtirazlarından Feragat Etmesinin Rücu Hakkın Etkisi.....	79
bb) Kefilin Kendisine Ait Savunma İtirazlarını Alacaklıya Karşı İleri Sürmemesinin Rücu Hakkına Etkisi	83
b) Kefilin Ödemede Bulunduğunu Borçluya İhbar Etmemesi Nedeniyle Asıl Borçlunun İkinci Defa Ödemede Bulunması Halinde Rücu Hakkının Kaybı.....	84
III. RÜCU HAKKININ KAPSAMI	87
1- Kefil Olunan Borcun Aslı	89
2- Asıl Borçlunun Kusur ve Temerrüdünün Kanuni Sonuçları Dolayısıyla Kefilin Ödemede Bulunduğu Alacaklar	89
3- Kefilin Ödediği Akdi Faiz Miktarı	91
4- Dava Ve Takip Masrafları	91
IV. RÜCU HAKKINDAN FERAGAT	92
V. RÜCU HAKKININ ZAMANAŞIMINA UĞRAMASI	93

§ 5- KEFİLE İNTİKAL EDEN ALACAĞA BAĞLI DİĞER HAKLAR

I. GENEL OLARAK	94
II. FER'İ HAKLARIN İNTİKALİ	
1- Rücu Halinde Kefilin İstifade Edebileceği Teminatlar	95
2- Hapis Hakkının Kefile İntikali	99
3- Kefaletin Kefile İntikali.....	100
a) Birlikte Kefalette :	
aa) Gerçek Olmayan (=Bağımsız Toplu) Birlikte Kefalette.....	100
bb) Gerçek Birlikte Kefalette	101
b) Kefile Kefalette.....	102
c) Rücu Kefalette.....	103
4- Faiz ve Cezai Şartın İntikali	103
5- Rüçhan, Dava ve Takip Haklarının İntikali.....	104

§ 6- AYNI ALACAĞIN KEFALET VE REHİNLE TEMİN EDİLMESİ HALİNDE KEFİL İLE REHİN VEREN ARASINDAKİ RÜCU İLİŞKİSİ

.....	105
I- Asıl Borçlunun Rehin Maliki Olması Halinde Kefilin Rücu Hakkı...	106
II- Müteselsil Kefillerden Birinin Rehin Maliki Olması Halinde Diğer Kefillere Rücu Hakkı	106
III- Rehin Malikinin Üçüncü Şahıs Olması Halinde Kefilin Rücu Hakkı..	107
SONUÇ	111

KISALTMALAR

AÜHFD	: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
Art.	: Artikel
b.	: bend
BATİDER	: Banka ve Ticaret Dergisi
BGE	: Entscheidungen des schweizerischen Bundesgerichts
c.	: cümle
C.	: Cilt
dn.	: Dip not
f.	: fıkra
E.	: Esas
HD.	: Hukuk Dairesi
İBD.	: İstanbul Barosu Dergisi
İİK	: İcra ve İflas Kanunu
İsv. BK	: İsviçre Borçlar Kanunu
İÜHFM	: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası
K.	: Karar
MTÜHFD	: Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
m.	: madde
N.	: Nummer (Randnummer)
Örn.	: Örnek
RG.	: Resmi Gazete

sh.	: sayfa
S.	: Sayı
T.	: Tarih
TBK	: Türk Borçlar Kanunu
TBKT	: Türk Borçlar Kanunu Tasarısı
TMK	: Türk Medeni Kanunu
TTK	: Türk Ticaret Kanunu
vb.	: Ve benzeri
vd.	: Ve devamı
YHGK	: Yargıtay Hukuk Genel Kurulu
YİBK	: Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararı
YKD	: Yargıtay Kararları Dergisi

B İ B L İ Y O G R A F Y A (*)

- AKINTÜRK, Turgut Müteselsil Borçluluk, Ankara, 1971
- AKKANAT, Halil Kefaletin Fer'iliği İlkesi ve Banka Ticari Kredi Sözleşmeleri, Prof. Dr. Necip Kocayusufpaşaoğlu İçin Armağan, Ankara, 2004, sh. 275-289
- ALTOP, Atilla Türk Borçlar Kanunu Tasarısı Paneli, Türkiye'de Hukuk Reformu Toplantıları 3, Hukuki Perspektifler Dergisi S. 4, İstanbul, 2005, sh. 98-99
- ARAL, Fahrettin Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, 3.Bası Ankara, 2000
- ARPACI, Abdülkadir;
HATEMİ, Hüseyin;
ACAR, Faruk;
SAĞLAM, İpek Kira ve Kefalet, Legal Hukuk Dergisi, Yıl 3, S. 34 Ekim 2005, sh. 3677-3702
- BADUR, Emel Kefil ile Borçlu Arasındaki Hukuki İlişki, MTÜHFD, Yayın No: 1, İstanbul, 2002, sh. 145-163
- BARLAS, Nami Kredi Kartı İlişkisinde Bankaya Karşı Verilen Kişisel Teminatın Niteliğinin Belirlenmesi, Prof. Dr. Ömer Teoman'a 55.Yaş Günü Armağanı, C. II, İstanbul, 2002, sh. 937-989 (Kredi Kartı)
- BARLAS, Nami Kefalet Hukukuna İlişkin Bazı Sorunlar ve Yargıtay Uygulaması, Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu, S. XXI (9-10 Aralık 2005), Ankara, 2006, sh. 39-84 (Kefalet)
- BARLAS, Nami Para Borçlarının İfasında Borçlunun Temerrüdü ve Bu Temerrüt Açısından Düzenlenen Genel Sonuçlar, İstanbul, 1992 (Temerrüt)

BAŞYİĞİT, Özgür	Borçlar Kanunu Tasarısı İle Karşılaştırılmalı Olarak Kefalet Sözleşmesinin Sona Ermesi, Legal Hukuk Dergisi, Yıl 3, S. 33, İstanbul, 2005, sh. 3317-3338
BECKER, Herman	İsviçre Borçlar Kanunu Şerhi, İkinci Bölüm, Çeşitli Borç İlişkileri, (Çeviren Dr. A. Suat Dura), Bern, 1934
BİLGE, Necip	Borçlar Hukuku, Özel Borç Münasebetleri, Ankara, 1962 (Borçlar)
BİLGE, Necip	Kefilin Alacaklıya Halef Olmasından Doğan Bazı Meseleler, AÜHFD, C. XI, S. 1-2, 1954, sh. 281-295, (Halefiyet)
BİLGE, Necip	Kefilin Mesuliyetinin Şümulü, AÜHFD, C. XIII, S. 1-2, 1956, sh. 86-171 (Mesuliyet)
CANYÜREK, Murat	Müteselsil Borçlulukta İç ve Dış İlişkiler, İstanbul, 2003
DEVELİOĞLU, Hüseyin Murat	İsviçre Federal Mahkemesi'nin 23 Eylül 2003 Tarihli Kararı Işığında Kefalet Sözleşmesi-Borca Katılma Ayrımı, Prof. Dr. Erden Kuntalp'e Armağan, Özel Hukuk, C. 1, İstanbul, 2004, sh. 293- 322
GRASSİNGER, Gülçin Elçin	Borçlar Kanunu'na Göre Kefilin Alacaklıya Karşı Sahip Olduğu Savunma İmkanları, İstanbul, 1996 (Savunma)
GRASSİNGER, Gülçin Elçin	Kefalet Sözleşmesinde Kefil İle Asıl Borçlu Arasındaki Hukuki İlişki, İÜHFM, C. LV, S. 1-2, 1995-1996 sh. 389-412 (Hukuki İlişki)
GRASSİNGER, Gülçin Elçin	Belirsiz Süreli Kefalette Kefilin Hakları, Prof. Dr. Necip Kocayusufpaşaoğlu İçin Armağan, sh. 209-236, Ankara, 2004 (Kefilin Hakları)

HATEMİ, Hüseyin; SEROZAN, Rona; ARPACI, Abdulkadir	Borçlar Hukuku, Özel Bölüm, İstanbul, 1992
HATEMİ, Hüseyin	Hukuka ve Ahlâka Aykırılık Kavramı ve Sonuçları (Özellikle B.K 65 Kuralı), İstanbul, 1976
KANETİ, Selim	İsviçre Federal Mahkemesinin Borçlar Hukuku Kararları (1955-1964), Özel Borç İlişkileri, Borç İlişkilerinde Yasaların Çatışması, Ankara, 1968
KARAHASAN, Mustafa Reşit	Türk Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri C. 2, İstanbul, 2002
KILIÇOĞLU, Ahmet M.	Türk Borçlar Hukukunda Kanunî Halefiyet, Ankara, 1979
KUNTALP, Erden; BARLAS, Nami; MORALI AYANOĞLU, Ahu; İŞINTAN ÇAVUŞOĞLU, Pelin; İPEK, Mehtap; YAŞAR, Mert; KOÇ, Sedef;	Türk Borçlar Kanunu Tasarısı'na İlişkin Değerlendirmeler, Galatasaray Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2005
NOMER, Haluk N.	Halefiyet İle Rücû Hakkı Arasındaki İlişki, Özellikle Sosyal Sigortalar ile Özel Sigortaların Rücü Hakları Bakımından Halefiyetin Rolü, Prof. Dr. Türkan Rado'ya Armağan Sayısı, İÜHFM, C. LV, S. 3, İstanbul, 1997, sh. 243-260,
OLGAÇ, Senai	Kefâlet, Ankara, 1978
ÖRGEEVREN, Ayhan	Kanuni Halefiyet, ABD, C. 8, S. 97-98, Ankara, 1952, sh. 33-38

ÖZAY, Merter	İfa İlkeleri, Legal Hukuk Dergisi, Yıl 2, S. 18, İstanbul, 2004, sh. 1573-1590,
RADO, Türkân	Roma Hukuku Dersleri, Borçlar Hukuku, İstanbul, 2001
REİSOĞLU, Seza	Türk Hukukunda ve Bankacılık Uygulamasında Kefalet Ankara, 1992 (Kefalet)
REİSOĞLU, Seza	Kefilin Rücu İle İlgili Meseleler, BATİDER, 1962, C.1, S.4, sh. 465-509 (Rücu)
REİSOĞLU, Seza	Garanti Mukavelesi, Ankara, 1963 (Garanti)
REİSOĞLU, Seza	Yabancı Para Üzerinden Taahhüt Altına Girilmesi ve Hukuki Sonuçları, BATİDER, 1986, C. XIII, S. 3-4, sh. 143-156 (Yabancı Para)
ŞENYÜZ, Doğan	Borçlar Hukuku Genel ve Özel Hükümler, Bursa, 2002
TAHİROĞLU, Bülent	Roma Hukukunda Borcun Teminatlarından Kefalet, İÜHFM S. 1-4, C. XLII, İstanbul, 1977, sh. 323-340
TANDOĞAN, Haluk	Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri 2. Bası, C. 2, Ankara, 1982 (Borç İlişkileri)
TANDOĞAN, Haluk	Kefaletin Geçerlilik Şartları, BATİDER, C. IX, S. 1, Ankara, 1977, sh. 19-54 (Kefalet)
TANDOĞAN, Haluk	Yürürlüğe Girişinin Ellinci Yılında Türk Borçlar Kanunu Hakkında Genel Bir Değerlendirme, BATİDER, C. VIII, S. 4'den Ayrı Bası, Ankara, 1976, sh. 1-60 (Değerlendirme)

- TEKİNAY, Selâhattin
Sulhi; AKMAN, Sermet;
BURCUOĞLU, Halûk;
ALTOP, Atilla
- Tekinay Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, 7. Bası
İstanbul, 1993
- UYGUR, Turgut
- Açıklamalı-İçtihatlı Borçlar Kanunu Sorumluluk ve
Tazminat Hukuku, C. 8, Ankara, 2003
- YAVUZ, Cevdet
- Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Yenilenmiş 6.
Baskı, İstanbul, 2002 (Borçlar)
- YAVUZ, Cevdet
- Genel Olarak Kefalet Sözleşmesi, Geçerliliği ve Türleri,
Marmara Üniversitesi Avrupa Araştırmaları Dergisi,
C. 12, S. 1-2. 2004, sh. 17-61, In memory of Prof. Dr.
Aslan Gündüz anısına (Kefalet)
- YAVUZ, Cevdet
- Borçlar Kanunu (BK), Türk Borçlar Kanunu Tasarısı
(BKT) Ve Gerekçesi, Karşılaştırmalı Liste İle Birlikte,
5.Bası, İstanbul, 2006 (BK)
- YÖRDEM, Yılmaz
- Kefalet Sözleşmesi İçinde Kefilin Hakları ve
Sorumlulukları, , Yayınlanmamış, Yüksek Lisans Tezi,
Diyarbakır, 2002
- ZEVLİLİLER, Aydın
- Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, 8. Bası, Ankara,
2004

(*) Birden fazla eseri kullanılan yazarların eserlerinin kısaltması parantez
içerisinde verilmiştir.

G İ R İ Ő

Kefilin asıl borçluya karşı rücu hakkı TBK 496.m'de düzenlenmiştir. Buna göre "kefil eda ettiği Şey nisbetinde alacaklının haklarında, ona halef olur".

TBK 496.m'de açıkça rücutan bahsetmemekle birlikte, kefilin asıl borçluya rücu etmesi, ödemede bulunduğu oranda alacaklının haklarına halef olmasının doğal bir sonucu olarak ortaya çıkmaktadır. Esasen, TBK 496'da düzenlenen halefiyet, kefilin rücu hakkını düzenlemeye yönelik bir araçtır, zira burada esas olan kefilin rücu hakkıdır. Nitekim TBK 496.m'sinin karşılığı olan TBKT'nun 601.m'sinin kenar başlığı "kefilin rücu hakkı" olarak düzenlenmiştir.

Kefilin alacaklının haklarına halef olması ile rücu hakkına sahip bulunması, biri diğerinin sonucu şeklinde ortaya çıkan farklı hukuki kavramlardır. Kanuni halefiyet kefil ile alacaklı arasında, rücu ise kefil ile asıl borçlu arasında söz konusu olmaktadır. Bu nedenle çalışmamızda kefilin alacaklının haklarına halef olması ile kefilin asıl borçluya rücu hakkı birbirinden ayrı iki bölüm olarak ele alınmıştır.

Kefalet çoğunlukla herhangi bir ivaz karşılığı olmaksızın, hatır için asıl borçlunun borcunu ödeyeceği düşüncesiyle kabul edildiğinden, kefil ile asıl borçlu arasındaki rücu konusu önceden düzenlenmemektedir. Kanun koyucu kefillik sözleşmesinden hiçbir hukuki menfaati bulunmayan kefilı korumak, haklarının kaybolmasına engel olmak, asıl borçluya karşı müracaatını hızlandırmak amacıyla ödemede bulunan kefilin alacaklıya halef olmasını kabul etmiştir. Böylece ödemede bulunan kefil, kanundan dolayı herhangi bir hukuki işleme veya şeikle gerek bulunmaksızın kendiliğinden alacaklının haklarını kazanmakta ve bu hakkına dayanarak rücu imkanına sahip olmaktadır. Burada rücu hakkından

yoksun bir halefiyet, kefilin koruma adına anlam ifade etmeyecektir. Bu açıdan ödemede bulunan kefilin alacaklının haklarına halefiyeti ve rücu hakkına sahip bulunması birbirini tamamlayıcı haklardır. Kefilin sahip olduğu rücu hakkının önemi dolayısıyla bu haktan önceden feragatin mümkün olmadığı kabul edilmiştir.

Uygulamada ödemede bulunan kefilin alacaklıya halef olması ve bunun hukuki sonuçları ile sık sık karşılaşıldığı halde, bu konu genel eserler dışında yeterince incelenmemiştir. Bu husus konumuzun önemini artırmakta ve çalışmamızın esas sebeplerinden birini oluşturmaktadır.

Çalışmamız esas itibarıyla Türk Hukuku ile ilgilidir. Mukayeseli hukuk çalışmamız dışında tutulmuştur. Ancak konunun tarihi gelişimi itibarıyla Roma Hukuku'na kısaca değinildiği gibi, yeri geldikçe mehz İsv.BK hakkında da bilgi verilmiştir. Ayrıca biran önce yasallaşmasını umut ettiğimiz TBKT ile de zaman zaman karşılaştırmalar yapılmıştır. Sınırlarını bu şekilde tespit ettiğimiz çalışmamız iki ana bölümden oluşmaktadır.

Birinci bölümde kefalet sözleşmesinde halefiyetin oluşumu ana başlığı altında halefiyet kavramı hakkında genel bilgiler verilmiş, daha sonra halefiyetin benzer hukuk ilişkilerle karşılaştırılması yapılmıştır. Ayrıca halefiyetin hukuksal niteliği ile kefilin alacaklıya halef olmasının şartları incelenmiştir.

İkinci bölümde ise kefilin alacaklıya halef olmasının hukuki sonuçları kapsamında kefilin rücu hakkı ayrıntılı bir şekilde ele alınmıştır. Aynı bölümde kefile intikal eden rücu dışındaki diğer alacağa bağlı haklara değinilmiştir. Ayrıca alacağın kefalet ve rehinle temin edilmiş olması halinde, kefil ile rehin veren arasındaki rücu ilişkisi çeşitli olasılıklara göre değerlendirilmiştir.

BİRİNCİ BÖLÜM

KEFALET SÖZLEŞMESİNDE HALEFİYETİN OLUŞUMU

§ 1- HALEFİYET KAVRAMI HAKKINDA GENEL BİLGİLER

I. GENEL OLARAK HALEFİYET KAVRAMI

Halefiyet kavramı, Türk literatüründe Fransız hukukundaki "subrogation" karşılığı kullanıldığı halde, Alman literatüründe daha geniş anlamda kullanılmaktadır (1). Bu sebeple halefiyet kavramının geniş anlamda halefiyet ve dar anlamda halefiyet olarak incelenmesi gerekir.

Geniş anlamda halefiyet (=Rechtsnachfolge), hak sahibi bir kimsenin yerine geçmeyi ifade etmektedir. Daha açık bir ifade ile bir başkasının hakkına (veya bütün olarak malvarlığına) sahip olmak suretiyle o kimsenin yerine geçmektir. Halefiyet, bir hak sujesinin (hak sahibinin) değişmesini ifade eder (2). Bu anlamda halefiyet, kişilerin bir hukuksal ilişkide birbirlerinin yerini alma halleri için kullanılan genel bir kavramdır. Miras hukukunda mirasçıların murisin yerini almaları, alacağın temliki hallerinde yeni alacaklının eskisinin yerine geçmesi hep genel anlamda halefiyet hallerinin örnekleridir (3). Bu anlamda halefiyet, mevcut bir hakkın bir kimseden diğerine intikali ile gerçekleşir. İntikal eden bir alacak hakkı olabileceği gibi, bir mülkiyet hakkı da olabilir.

Dar anlamda halefiyet ise başta TBK'nun 109.m'de yer alan düzenleme olmak üzere, genel olarak kanuni halefiyet hallerini ifade etmektedir (4). Borçlar Kanunumuz mehz İsv.BK'nun Fransızca metnindeki "Subrogation"un karşılığı olarak ilgili maddelerinde (TBK 69, 109, 147, 496) "halefiyet" sözcüğünü kullanmıştır (5). Bu sebeple kanunumuz açısından halefiyet denince akla dar anlamda kullanılan halefiyet anlaşılmalıdır.

1) Nomer, sh. 243

2) von Tuhr, Andreas: Der Allgemeine Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts, Zweiter Band, Erste Hälfte, München und Leipzig, 1915, sh. 35 (Nomer, sh. 243'den nakil)

3) Kılıçoğlu, sh. 3

4) Canyürek, sh. 131; Nomer, sh. 246

5) Kılıçoğlu, sh. 4; Örguevren, sh. 35

İsviçre-Türk Borçlar Kanunlarında halefiyet, Alman Hukukunda olduğu gibi ayrı bir bölümde bir arada düzenlenmiş değildir (6). Halefiyetle ilgili hükümler, kanunun çeşitli hükümlerinde dağınık bir şekilde yer almıştır. Kefilin alacaklıya halef olmasını düzenleyen TBK 496.m hükmü de bunlardan biridir. Aynı şekilde İsviçre-Türk Borçlar Hukukunda sözleşmeye dayanan bir halefiyet haline yer verilmediğinden, halefiyet denilince, bundan kanuni halefiyetin anlaşılması gerekir.

Borçlar Kanunumuzun çeşitli maddelerinde halefiyetle ilgili hükümler bulunmasına rağmen, halefiyetin tanımı yer almamaktadır. Bu nedenle halefiyetin tanımının ne olduğu konusunda öğretide çeşitli görüşler ileri sürülmüştür.

Bir görüşe göre (7) halefiyet, başkasına ait bir borcu ödeyen kimsenin, bir kanun hükmüne dayanarak alacaklının yerine geçmesine denir. Diğer bir söyleyişle halefiyet, alacağın, sözleşme ile değil, fakat bir kanun hükmü gereğince, borcu ifa eden kişiye geçmesini ifade eder. Kanımızca halefiyet sadece ödeme ile değil, ifa veya ifa yerini tutan edim, takas gibi alacaklının başka şekillerde tatmin edilmesiyle de meydana geldiği için bu tanım yeterli değildir.

Başka bir görüşe (8) göre halefiyet, alacaklının tatmin edilmesinin bir sonucu olarak, alacağın son bulmayıp, kendiliğinden başkasına intikal etmesidir. Bu tanım doğru, fakat eksiktir. Çünkü tanımda, halefiyetin kanundan doğduğu, alacakla birlikte diğer haklarında halefe intikal ettiği ve halefiyetin alacaklının tatmin edildiği oranda meydana geldiği belirtilmemiştir.

Bu konudaki son görüşe göre ise (9), başkasına ait bir borç dolayısıyla alacaklıyı tatmin eden kişinin, onun haklarını, kanunda belirtilen hallerde ve tatmin ettiği oranda kendiliğinden elde etmesine halefiyet denilir.

6) Kılıçoğlu, sh. 5

7) Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altın, sh. 208

8) Vischer, Wilhelm: Der Rückgriff des Bürgen nach Titel 20. Abschnitt IV des Schweizerischen, Obligationenrecht, R. ZSR 1888, N. F. 7, sh. 1-67, sh. 13 (Kılıçoğlu, sh. 6'dan naklen)

9) Kılıçoğlu, sh. 7

Kanımızca bu son görüş daha isabetlidir. Zira bu tanımda halefiyetin kanuna dayandığı belirtilerek, hukukumuzda mevcut kanuni halefiyet kavramına uymaktadır. Keza bu tanım, alacaklının tatminini sadece ödemeye değil, ifa veya yerini tutan edim, takas gibi alacaklının tatmini sonucunu doğuran diğer hallerde de dayandırmaktadır. Ayrıca bu tanımda alacaklının tatmin edildiği nispete halefiyet hakkının doğduğu kabul edilmektedir.

II. HALEFİYETİN BENZER HUKUKİ İLİŞKİLERLE KARŞILAŞTIRILMASI

1-Halefiyet ve Rücu

a) Halefiyet İle Rücu Arasındaki İlişki

Halefiyet (Subrogation) ve rücu (Regress) aynı amaca yönelik birbiri ile yakından ilgili iki hukuksal kurumdur (10). Zira kefilin alacaklının haklarına halef olması ile rücu hakkına sahip bulunması, biri diğerinin sonucu şeklinde ortaya çıkan hukuki kavramlardır. TBK m.496 f.1'e göre kefilin asıl borçluya karşı rücu hakkına sahip bulunması, ödeme yaptığı nispete alacaklının haklarına halef olmasının tabi bir sonucu olarak ortaya çıkmaktadır. Diğer bir ifade ile buradaki düzenlemede amaç halefiyet değil, kefilin rücu hakkını güçlendirmektir (11).

Bununla birlikte halefiyet ile rücu hakkı arasında bazı farklar vardır:

İlk olarak halefiyet kefil ile alacaklı arasında, buna mukabil rücu ise kefil ile asıl borçlu arasında söz konusu olmaktadır (12). Gerçekten de ödemede bulunan kefil alacaklıya halef olduğunda bu ilişki, kefil ile alacaklı arasında cereyan etmektedir. Kefil, rücu hakkına sahip olmakla bu rücu ilişkisi kefil ile asıl borçlu arasında meydana gelmektedir.

İkinci olarak halefiyet, alacak hakkının ona bağlı bulunan haklarla birlikte kendiliğinden intikal etmesi sonucunu doğurur. Rücu hakkında ise alacağa bağlı

10) Kılıçoğlu, sh. 13; Nomer, sh. 248

11) Reisoğlu, Kefalet, sh. 209; Becker, sh. 1086

12) Reisoğlu, Kefalet, sh. 209

bulunan hakların intikal etmesi söz konusu değildir (13). Böylece TBK 496.m'de halefiyetle birlikte rücu'un kabul edilmesindeki başlıca sebeplerden biri de alacak için verilmiş olan teminatların (ipotek, menkul rehni vb.) kefile intikalini sağlama amacı olmuştur (14)

Üçüncü olarak rücu hakkı başkasına ait bir borcu yerine getiren kişinin malvarlığında meydana gelen kaybı gidermeye yönelik tazminat niteliğinde (15) bir talep hakkıdır. Diğer bir ifade ile başkası için malvarlığında bir kayba uğrayan kişiye, diğerine rücu etme hususunda bir talep hakkı tanınmıştır. Bu açıdan rücu hakkı, hak sahibinin şahsında doğan bağımsız ve yeni bir haktır. Bunun sonucu olarak rücu hakkı, bu hakka sahip olan kişinin şahsında doğduğu anda muaccel olur. Bu nedenle rücu hakkı için hakkın doğduğu andan itibaren yeni bir zamanaşımı süresi işlemeye başlayacaktır. Halefiyette ise durum farklıdır. Burada halef olan kişi, alacaklıyı tatmin anda yeni bir hak elde etmemekte, alacaklıya ait olan bu hakkı kanundan dolayı olduğu gibi devralmaktadır. Bu nedenle, böyle bir alacak için daha önceden bir zamanaşımı işlemiş bulunuyorsa, alacak halef olan kişiye intikal etmesine rağmen, işlemeye devam eder. Çünkü daha önceden muaccel olmuş bir alacağın halefiyet doğduğu anda yeniden muaccel olması ve yeni bir zamanaşımı işlemeye başlaması mümkün değildir (16).

Son olarak kefilin alacaklının haklarına halef olması ile birlikte ilk alacak aynı değerde başka bir alacağa dönüşmektedir. Para borçlarında önem taşımayan bu farklılık, şahsi veya ayni bir edimin garantisinde kendini hissettirmektedir. Bu nedenle asıl borcun konusu (Örn: takas, mahsup, sulh, ayın teslimi vb.) ne olursa olsun, rücu hakkının konusu daima para borcudur (17). Örn. olarak bir ressamın beli bir tarihte bir tablo yapacağına kefil olunduğu takdirde, ressamın

13) Kılıçoğlu, Kefalet, sh. 14; Akıntürk, sh. 224; Tandoğan, Borç İlişkileri, sh. 583

14) Reisoğlu, Rücu, sh. 468; Nomer, sh. 249

15) Becker, sh. 1086

16) Kılıçoğlu, sh. 13; Nomer, sh. 250-251; Canyürek, sh. 121

17) Bilge, Borçlar, sh. 340; Grassinger, Hukuki İlişki, sh. 399; Olgaç, sh. 40; Arpacı/Hatemi/Acar/Sağlam, sh. 3692; Badur, sh. 154

temerrüdü halinde, kefil ödemede bulunuyorsa, ressama rücu ederken tabloyu değil, ödediği parayı talep edecek, ressam o müddet içinde tabloyu hazır etse dahi, bunu kefile teslim suretiyle borcundan kurtulamayacaktır (18). Yani kefilin halefiyeti, borçlu tarafından alacaklıya yapılacak olan taahhüdün aynen ifasına değil, onun para olarak ifade ettiği iktisadi değere, yani belirli bir para miktarına taallûk etmesi gerekir (19).

Halefiyet ile rücu arasındaki farkları bu şekilde belirttikten sonra bunlar arasındaki ilişkiyi şu şekilde tespit edebiliriz.

Yung'a göre (20) başkasına ait bir borcu yerine getiren kişi için kanunda iki imkan tanınmıştır. Bunlar halefiyet ve rücudur. Bu görüşe göre kanundaki istisnalar dışında rücu hakkı olan her yerde halefiyet yoktur. Kanun bazı hallerde rücu hakkını, halefiyetle takviye etmek suretiyle rücu hakkı sahibini daha fazla korumak istemiştir. Çünkü bu hallerde alacağa bağlı bulunan teminatlar da kendiliğinden kefile geçmektedir.

Buna göre hukukumuzda halefiyetle rücu arasında ikili bir ayırım yapmak gerekecektir (21).

Kanun koyucu bazı hallerde genel olarak başkasına ait bir borcu yerine getiren kişi lehine sadece bir halefiyet öngörmüştür. Örn. TBK 109.m'sinde üçüncü kişiler ve TTK 1301 ve 1361.m.lerinde sigortacı lehine tanınan halefiyet hallerinde durum böyledir. Bu gibi hallerde başkasına ait bir borcu yerine getiren kimse, alacaklıya ait mevcut bir hakkı olduğu gibi devralmaktadır. Yani burada halef olan kişinin şahsında yeni bir hak doğmamakta, ona alacaklıya ait olan bir hak olduğu gibi geçmektedir. Kanun koyucu başkasına ait bir borcu yerine

18) Reisoğlu, Kefalet, sh. 209-210

19) Olgaç, sh. 40; Yavuz, Kefalet, sh. 20

20) Yung, Walter: Le recours de l'assureur contre le tiers responsable du dommage en vertu d'un contrat, Genève, 1952, Etudes et Articles, Genève, 1971, sh. 328-375, sh. 331-332 (Kılıçoğlu, sh. 14'den nakil)

21) Kılıçoğlu, sh. 14-15

getiren kişiyi korumak amacıyla, onu alacaklının haklarına halef yaparak, onu alacaklının hukuksal durumuna sokmak istemiştir. Burada halef olan kişinin asıl borçluya rücu etmesi, halefiyetin temelinde yatan bir rücu hakkının değil, halefiyetin bir sonucudur.

Buna karşılık bazı hallerde ise, başkasına ait bir borcu yerine getiren kişi lehine, asıl borçluya karşı rücu hakkı tanınmıştır. Burada rücu hakkı sahibi, tatmin ettiği alacaklıya ait olan bir hakkı devralmamakta, onun şahsında yeni bir hak doğmaktadır. Ancak kanun koyucu bu rücu hakkı sahibini, salt halefiyet hallerinde (TBK 109.m, TTK 1301.m) olduğu gibi, daha fazla korumak amacıyla alacaklının haklarına halef yapmıştır. Borçtan şahsen sorumlu olan kişiler lehine tanınmış olan halefiyet hallerinde (TBK 69, 147, 496.m.ler) durum böyledir. Rücu hakkı sahibi lehine halefiyetin öngörülmesiyle, onun halefiyetin bazı yararlarını (Örn.alacağa bağlı hakların, özellikle teminatların olduğu gibi intikal etmesi, ispat vasıtalarının rücu hakkı sahibine teslim edilmesi gibi) sağlamak istenmiştir.

Halefiyet temelde bir rücu hakkının varlığını mutlaka gerektirmeyip, başkasına ait bir borcu yerine getiren kişinin, bazen salt bir halefiyeti ileri sürmek hakkına sahip olduğu, bazen de bu hakkın rücu ile takviye ettiği görülmektedir. Halefiyet temelde bir rücu hakkının varlığını gerektiriyorsa, rücu hakkının bir fer'i olup, onun gerçekleşmesini sağlayan bir vasıta niteliği taşır (22). Yani böyle hallerde halefiyetle takviye edilmiş bir rücu hakkı söz konusudur. Salt halefiyet (Örn.TBK 109.m) hallerinde alacaklıya ait bir hakkın intikal etmesi söz konusu iken, temelde bir rücu hakkının varlığını gerektiren halefiyet (Örn. 496.m) hallerinde ise rücu hakkı sahibinin şahsında yeni bir hak doğmaktadır. Bu her iki halefiyet hali arasındaki farkın en önemli sonucu zamanaşımını konusunda kendini gösterir. Halefiyet temelde bir rücu hakkına dayanmadığı hallerde alacak hakkı daha önceden başlamış olan zamanaşımıyla birlikte intikal eder. Rücu

22) Grassinger, Hukuki İlişki, sh. 399; Reisoğlu, Kefalet, sh. 211; Aral, sh. 474; Karahasan, sh. 1254

hakkının varlığını gerektiren halefiyet hallerinde ise rücu hakkı sahibi lehine, alacaklının hakkından bağımsız olan yeni bir hak meydana geldiğinden, bu andan itibaren yeni bir zamanaşımı süresi işlemeye başlar.

Kanun koyucunun kefile kanundan doğan halefiyet sebebiyle rücu hakkını tanımasındaki amaç, özellikle asıl borçlu ile arasında hiçbir hukuki ilişki olmayan kefilin, kefalet altına alınmış borç için verilmiş diğer teminatlardan da yararlanmasını sağlamaktır (23).

Acaba rücu hakkının olduğu her yerde halefiyet var mıdır? Bu husus tartışmalıdır.

Bir görüşe göre (24), bir rücu hakkının bulunması mutlaka halefiyetin de bulunduğu anlama gelmez. Kanun koyucu bir rücu hakkını halefiyet yoluyla güçlendirmek istiyorsa bunu açıkça kanunda belirtmelidir. Kanunun belirtmediği hallerde rücu hakkı vardır, ancak halefiyet yoktur. Örn. TBK 51.m'de birlikte sorumlu olanların birbirlerine rücu etmek hakları vardır, ancak bu rücu hakları halefiyetle güçlendirilmemiştir, yani rücu hakkı vardır, fakat halefiyet yoktur. Buradaki rücu hakkının tam teselsülden farklı olarak TBK 147.m'deki halefiyet sonucunu doğurmadığı kabul edilecek olursa, hukukumuzda halefiyete dayanmayan salt rücu hakkının olduğunu da kabul etmek gerekecektir.

Diğer bir görüşe göre ise (25) halefiyet, ister temelde rücu hakkına dayansın, ister dayanmasın daima asıl borçluya rücu sonucu doğurur. Buna göre hukukumuzda halefiyete dayanmayan bir rücu hakkının bulunmadığı ileri sürülmektedir.

Kanımızca halefiyet ile rücu hakkının bir arada olmasını şart görmeyen müelliflerin temel dayanağı Örn. olarak verdikleri TBK 51.m'deki eksik teselsül

23) Kılıçoğlu, sh. 14; Nomer, sh. 250; Reisoğlu, Rücu, sh. 465

24) Nomer, sh. 249; Akıntürk, sh. 124

25) Kılıçoğlu, sh. 16

halidir. Halbuki müteselsil borçluluk bir bütündür. Bir borca dış ilişki bakımından müteselsil, iç ilişki bakımından ise müteselsil olmayan bir borç mümkün değildir. Kaldı ki eksik teselsül halinde halefiyetin olmadığı kabul edilse bile hukukumuzda istisnalar hiçbir zaman kaideyi bozmaz. Bu nedenle bizce konumuz sınırları içerisinde ikinci görüş daha isabetlidir. Zira tüm kefalet türlerinde kefilin rücu hakkı halefiyete dayalıdır.

Ödemede bulunan kefilin asıl borçluya rücu edebilmesi için acaba TBK 496.m'sine ihtiyaç var mıdır? Diğer bir ifade ile TBK 496.m olmasaydı bile ödemede bulunan kefil asıl borçluya rücu imkanına sahip olacak mıydı?

von Tuhr (26) ödemede bulunan kefilin alacaklının haklarına halef olarak asıl borçluya rücu etmesini yerinde bulmayarak, bu düzenleme ile bir yandan alacağın temliki hükümlerinin, öte yandan da ifa ile borcun sona ermesi prensibinin ihlal edildiğini ileri sürmektedir. Yazara göre, kefile sun'î bir müessese olan halefiyet hakkı tanınmadan, onun rücu hakkı daha basit düzenlenebilirdi. Bunun için kefilin iç ilişkiden doğan rücu hakkına, alacağı temin eden rehin haklarının da dahil olacağı kabul edilebilirdi. Gerçi burada bir alacak için verilmiş olan rehnin, bir başka alacağa intikal etmesi fer'îlik prensibinden önemli bir sapma teşkil eder. Ancak modern hukuklarda bu şekildeki anormalliklere rastlanmaktadır. Ancak bu görüş İsv.BK'nun kefaletle ilişkin hükümlerinin 10 Aralık 1941 tarihinde kabul edilip, 1 Temmuz 1942'de yürürlüğe giren kanunlarla değiştirilmesi esnasında kabul edilmemiş, kefalette halefiyete ilişkin hüküm değişiklik sırasında 507.m'de varlığını aynen korumuştur.

TBK 496.m'si olmasaydı bile ödemede bulunan kefil, asıl borçlu ile aralarındaki iç ilişkiye dayanarak (vekalet, vekaletsiz iş görme, sebepsiz zenginleşme) müracaat hakkına sahip olacaktı (27). Kefalet sözleşmelerinin

26) von Tuhr, Andreas: Zum Regress des Bürgen, ZSR 1923, N.F. 42, sh. 101-120, sh. 115-116 (Kılıçoğlu, sh. 78'den nakil); Becker, sh. 1086

27) Yavuz, Borçlar, sh. 795; Bilge, Borçlar, sh. 341; Tandoğan, Borç ilişkileri, sh.587; Karahasan, sh. 1255; Reisoğlu, Kefalet, sh. 211

büyük kısmında kefil, asıl borçlunun vekili sıfatı ile hareket eder. Bu doğrultuda vekilin, vekaleti dolayısıyla yapmış olduğu masraflardan ötürü müvekkile müracaatı ise TBK 394’de tanzim edilmiş bulunmaktadır. Keza kefil, vekil tayin edilmediği halde kefil olmuş olabilir. Bu durumda vekaletsiz işgörme şartlarının varlığı halinde TBK 410.m’ne göre asıl borçluya rücu edebilecektir. Ayrıca da kefilin ödemesi ile de asıl borçlu haklı bir sebep olmaksızın kurtulduğu takdirde sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre (TBK 61-66) asıl borçluya müracaatı mümkün olabilecektir. Görülüyor ki kefil, asıl borçludan aralarındaki iç ilişkiye istinaden, alacaklıya ödemedede bulunduğu miktarı talep edebilmektedir.

O halde kanun koyucu TBK 496.m’yi çoğunlukla hatır için kefil olan ve kefalet sözleşmesinden hiçbir çıkarı bulunmayan zayıf ve mağdur durumdaki kefilin korumak amacıyla düzenlendiği söylenebilir. Esasen TBKT ile kefilin koruma düşüncesiyle başka düzenlemeler getirmiştir (28).

b) Halefiyete Dayanan Rücu ile İç İlişkiye Dayanan Rücu Arasındaki İlişki

Kefil, alacaklıya ödemedede bulunduğu takdirde iki farklı rücu hakkına sahip olmaktadır (29). Kefilin iç ilişkiden doğan rücu hakkının mahfuz olduğu, TBK 496/son f’da “Şu kadar ki kefil ile borçlu beynindeki hukukî münasebetlerden mütevellit dava ve defî hakları mahfuzdur” şeklinde ifade edilmiştir. Böylece kefil isterse iç ilişkiye istinaden, isterse kefalet hukukundaki rücu hakkına istinaden asıl borçluyu takip edebilecektir.

Kefil bu iki rücu hakkından hangisine dayanmalıdır?

28) Yavuz, Kefalet, sh. 38 vd.

29) Tahiroğlu, sh. 340’da “Kefilin asıl borçluya sahip olduğu iki rücu hakkı da, Roma hukuku menşelidir. Bunlardan birisi, iç münasebetten doğan rücu, diğeri, Roma hukukunun *beneficium actionum cedendarum* (davaların devri imtiyazı) prensibine dayanarak meydana gelmiş olan, kanuni halefiyetten doğan rücudur” denilmektedir.

Bu sorunun cevabı, her iki rücu talebinin kefil için daha faydalı olan yönlerini tespit etmeye bağlıdır. Bunun için TBK m.496'a dayanan rücu ile iç ilişkiye dayanan rücu hakkı arasındaki farkları kısaca belirtmekte fayda vardır.

Kefilin halefiyete dayalı rücu hakkında şu faydalar vardır. Kefilin TBK 496.m dayanarak asıl borçluya rücu edebilmesi için kefilin bu sözleşmeye dayanarak alacaklıya ödemedede bulunmuş olması yeterlidir; kefilin ayrıca rücu sebebini ispatlaması gerekmez. Halbuki iç ilişkiye dayanan rücu halinde kefil, alacaklıya yaptığı ödemededen başka, rücu sebebini (vekalet, vekaletsiz iş görme, sebepsiz zenginleşme) kaynağını da ispat etmek zorundadır.

Keza halefiyete dayalı rücu hakkında ödemedede bulunan kefil sadece alacak hakkını değil, ona bağlı bulunan hakları da intikal ettirir. Bu intikal herhangi bir işleme gerek olmaksızın kanundan dolayı gerçekleşir. Böylece kefilin TBK 496.m'ye dayanan rücu hakkı kuvvetlenmiş olur. Oysaki kefilin iç ilişki sebebiyle rücu hakkında alacağa bağlı hakların kefile intikal etmesi mümkün değildir (30).

Buna mukabil kefilin asıl borçluya iç ilişki gereğince başvurmasının en önemli faydası ise kefilin asıl borcun ifası dışında kefalet sözleşmesi sebebiyle yaptığı yan masrafları da isteyebilmesidir. Kefil, kefalet sözleşmesi sebebiyle alacaklıya karşı dava açması, takipte bulunması sebebiyle bir takım yan masraflarda bulunması halinde asıl borçludan bu masraflarının tümünü ve hatta masrafların faizlerini isteme hakkını haiz olacaktır. Oysa kefilin, halefiyete dayalı rücu hakkında, sadece alacaklıyı tatmin ettiği oranda rücu hakkı kazanır. Burada alacak hakkı için faiz ödenmesi kararlaştırılmış ise, feri bir hak olarak kefile intikal eder. Bunun yanında kefilin alacaklıyı tatmin etmek için yaptığı dava ve takip masrafları talebinde bulunması mümkün değildir (31). Ayrıca zamanaşımı açısından da iç ilişkiye dayanan rücu taleplerinin daha avantajlı olduğu söylenebilir. Zira iç ilişkiye dayanan rücu hallerinde zamanaşımı alacaklının

30) Grassinger, Hukuki İlişki, sh. 400; Reisoğlu, Kefalet, sh. 212; Kılıçoğlu, sh. 18

31) Grassinger, Hukuki İlişki, sh. 401; Reisoğlu, Kefalet, sh. 212; Kılıçoğlu, sh.19

tatmin edildiği andan işlemeye başlar; buna karşılık halefiyete dayalı rücu halinde ise daha önce işlemiş olan zamanaşımı, alacağın halefe geçmesine rağmen işlemeye devam eder (32).

Talebin kapsamı bakımından, iç ilişkiye dayanarak rücu etmenin kefil için daha elverişli olduğu söylenebilir. Örn. kefil alacaklıya ödeme yerine geçmek üzere bir şey verse ve bu şeyin değeri asıl alacaktan fazla olsa, kefil verdiği şeyin değerinin tamamını asıl borçludan isteyebilir (33).

Kefil her iki rücu imkanın fayda ve sakıncalarını göz önüne alarak kısmen birinci, kısmen ikinci rücu sebebine dayanabilecektir. Taleplerden birisi halefiyet nedeniyle ve daha kolay ispat edilebilir niteliktedir, diğeri ise daha kapsamlı olması itibarıyla kefilin daha çok yararınadır. Rücu talebinin kısmen halefiyete kısmen iç ilişkiye dayanması mümkündür, ancak böyle bir talep tek alacağa yöneldiğinden iki defa kullanılamaz (34), zira taleplerden birisi kabul edildiği nisbette diğeri talebe dayanan talep hakkı sona erer.

2-Halefiyet İle Temlik Arasındaki İlişki

Halefiyetin temlik ile olan ilişkisini, kanuni ve sözleşmeye dayanan temlik şekillerine göre incelemesi gerekir.

Kanuni temlik, alacağın taraflar arasında herhangi bir işleme gerek olmaksızın, kendiliğinden üçüncü bir şahsa intikal etmesidir. Halefiyet hallerinde de alacak herhangi bir işleme gerek olmasızın doğudan kefile intikal etmektedir. Bu açıdan bakıldığında halefiyet, bir kanuni temlik şeklidir. Fakat belirtmek gerekir ki, halefiyet alacağın kanuni temlik şeklinin yegâne şekli değildir; kanunumuzda buna benzer kanuni temlik şekilleri vardır. Örn. TBK m.393 1.f.'e

32) Kılıçoğlu, sh. 19; Yavuz, Borçlar, sh. 795; Nomer, sh. 250-251

33) Biasio de Albino: Der Übergang der Gläubigersrechte auf den Bürgen und dessen Regressrechte, Bern, 1944, sh. 23 (Reisoğlu, sh. 213'den nakil)

34) Reisoğlu, Kefalet, sh. 213; Kılıçoğlu, sh. 19; Badur, sh. 156; Grassinger, Hukuki İlişki, sh. 400

göre vekilin kendi adına müvekkili hesabına iktisap etmiş olduğu alacakları, müvekkilin vekile olan bütün borçlarını ifa edince iktisap etmesi halefiyet niteliğinde olmayan bir kanuni temlik şeklidir. Bundan başka alacak haklarının mirasçılara intikal etmesi de dar ve gerçek anlamada kanuni temlik şeklidir. Bu nedenle halefiyet, kanuni temlikin tam karşılığı değil, sadece bir şeklidir (35).

Halefiyet ile alacağın sözleşmeye dayanan temliki arasında farklar vardır. Bu farklar sözleşmeye dayanan temliki, kanuni temlikten ayırır. Fakat halefiyet de bir kanuni temlik şekli olduğundan aynı farklar, halefiyet için de geçerlidir. Söz konusu farklar şunlardır;

a) Temlik yazılı şekil şartına bağlı olduğu halde (TBK 163.m), diğer kanuni halefiyet hallerinde olduğu gibi halefiyette alacak herhangi bir yazılı şekil şartına tabi olmaksızın kefile intikal etmektedir. Bu açıdan halefiyet, alacağın sözleşmeye dayanan temlikinden daha elverişlidir. Şekil şartı emredici olduğundan, resen nazara alınır (36). Böylece kanuni halefiyette, gerekli olan şekil masraflarından ve zaman kaybından tasarruf edilmiş olmaktadır.

b) Alacağın temliki alacaklının iradesine bağlı olduğu halde, halefiyet onun iradesinden bağımsız olarak hatta onun iradesi aksine (37) de meydana gelebilir.

c) Alacağın temliki ivazlı ise temlik eden, temellik edene karşı alacağın varlığından ve taahhüt etmiş ise borçlunun ödeme kabiliyetinden sorumludur (TBK 169/I-II). Halefiyette ise böyle bir sorumluluk kabul edilmemiştir. Zira kefil borçlunun taahhüdünü yerine getirmemesi halinde kefalet sözleşmesi ile üstlendiği belirli bir miktar parayı alacaklıya ödemeyi kabul ve taahhüt etmiştir.

d) Alacağın temliki ile halefiyet arasında bir başka fark alacağın kısmen geçmesinde görülür. Alacağın kısmen temlik edilmesi halinde temlik eden kişinin

35) Kılıçoğlu, sh. 20

36) Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, sh. 242

37) Grassinger, Hukuki İlişki, sh. 400

geri kalan alacağı, temellük eden kişinin elde etmiş olduğu alacağa nazaran imtiyazlı değildir; her iki alacaklı da borçludan alacaklarının tahsil etme bakımından eşit hakka sahiptirler. Örn. borçlu iflas ederse, her iki alacaklı da alacaklarını masaya yazdırabilir ve garameden alacak hakları oranında hisse alırlar. Halefiyette ise alacaklı kısmen tatmin edilmiş ise, eski alacaklı, borçludan alacağını tahsil etme bakımından, halef olan kefile nazaran rüçhan hakkına sahiptir. Bu nedenle borçlu iflas eder veya rehnin paraya çevrilmesi yoluna gidilirse, eski alacaklı, halef olarak kefile intikal eden alacağa nazaran kendi alacağını öncelikle tahsil eder. Örn. borçlu iflas eder veya rehnin paraya çevrilmesi yoluna gidilirse, eski alacaklı, halef olarak kefile nazaran kendi alacağını öncelikle tahsil edebilir.

Alacağın sözleşmeye dayanan temlik ile kanuni temlik arasındaki farklara rağmen, temlikin sonuçları ile ilgili bazı hükümlerin, kıyasen kanuni temlik hallerine de uygulanabileceği kabul edilmektedir (38). Aynı görüşün bir kanuni temlik şekli olan halefiyet halleri için de kabul edilmesi gerekir (39).

3-Halefiyet İle İkame Arasındaki İlişki

Halefiyet (Subrogation) ile ikameyi (Surrogation) birbirinden ayırmak gerekir. İkame, bir kimsenin bir başkasının veya bir şeyin bir başka şeyin yerini almasını ifade eden genel bir kavramdır. Yer değiştirme şeyler arasında olursa aynı ikameden, kişiler arasında olursa şahsi ikameden söz edilir.

Halefiyet kişiler arasında bir değiştirme hali olduğundan, şahsi bir ikame halidir. Zira ödemede bulunan kefil, hukuken alacaklı yerine geçmektedir.

Ancak halefiyet şahsi ikame halidir, ancak şahsi ikamenin yegâne şekli değildir; halefiyetten başka şahsi ikame halleri de vardır. Örn. TBK'nun m. 390/f.III ile 391.m'de düzenlenmiş olan ikame vekaleti halefiyet şeklinde olmayan

38) Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, sh. 266

39) Kılıçoğlu, sh. 21

şahsi ikame halidir (40). Böylece halefiyetin şahsi ikame hali olduğunu tespit etmiş bulunuyoruz.

4-Borçlar Hukuku'ndaki Halefiyet İle Miras Hukuku'ndaki Halefiyet Arasındaki İlişki:

Miras hukukunda mirasçıların murisin haklarını iktisap etmesi halefiyet olarak nitelendirilmesine rağmen, burada dar anlamda değil, genel anlamda halefiyet söz konusudur. Çünkü Miras hukukundaki halefiyet çoğu bakımdan, Borçlar hukukundaki halefiyeten farklıdır. Başlıca farklar şu şekilde sıralanabilir (41):

a) Miras Hukuku'nda halef olan kişiye sadece alacak hakları değil, borçlar da intikal eder. Borçlar Hukuku'nda ise halefiyet halef olan kişiye sadece alacak ve ona bağlı olan hakları geçirir.

b) Miras Hukuku'ndaki halefiyetin sebebi ölüm olduğu halde, Borçlar Hukuku'nda bunun sebebi başkasına ait bir borcun yerine getirilmesidir.

c) Miras Hukuku'nda halefiyet, halefe sadece alacak haklarını değil, murise ait olan mülkiyet haklarını da intikal ettirir. Borçlar Hukuku'ndaki halefiyetin konusu ise sadece alacak olup, mülkiyet hakkının geçmesi mümkün değildir.

d) Miras Hukuku'ndaki halefiyet tek taraflı bir hukuki işlemde de doğabilir. Örn. muris vasiyetname ile mirasçı tayin edebilir; fakat böyle bir tasarruf murisin ölümünden itibaren hükümlerini doğurur. Borçlar Hukuku'nda ise halefiyet daima kanundan doğar. Bununla birlikte halefiyetin doğumu için kefilin alacaklıya ödemedede bulunması şarttır.

40) Kılıçoğlu, sh. 12

41) Kılıçoğlu, sh. 22; Örgüevren, sh. 38

§ 2- KEFİLİN ALACAKLIYA HALEF OLMASININ HUKUKSAL NİTELİĞİ

TBK. m.496'ya göre "kefil eda ettiği şey nisbetinde alacaklının haklarına, ona halef olur. Bu halefiyet kaidesinden evvelce feragat etmek caiz değildir" (c.1 ve 2). Burada bu hükümle bir kanuni halefiyet hali düzenlenmiştir (1). Böylece borç, asıl borç borçlu dışında bir başka kişi tarafından ifa edilmesine rağmen, borçlu borcundan kurtulamamakta, alacak ve ona bağlı haklar ifada bulunan kişiye intikal etmektedir. Böylece burada borcun ifa ile son bulmasına ilişkin TBK m.113 f.1'deki kuralın bir istisnasıyla karşılaşmaktayız (2). Bu özelliği nedeniyle, halefiyetin hukuksal niteliğinin ne olduğu tartışma konusu olmuştur.

Kefillikte halefiyetin hukuksal niteliğinin açıklayan en eski görüş tarzı Roma hukukçularına aittir. Buna göre ödemede bulunan kefil, alacaklıdan, esas borçluya karşı olan alacak hakkını, kendisine devretmesini ister. Rücu hakkının temelini, esas borçlu ile kefil arasındaki iç ilişkide aranılıyordu. Kefil genellikle, esas borçlunun verdiği vekâlete göre hareket ediyordu. Alacaklıya ödediğini geri alabilmek için, esas borçluya karşı "actio mandati contraria"yı açıyordu. Kefile tanınmış olan bu imtiyaza, "davaların naklini istemek imtiyazı", "beneficium cedendarum actionum" deniliyordu (3). Alacaklı, asıl borçluya karşı olan davaları kefile devrettiği takdirde, kefilin alacaklıyı tatmini zorunlu tutuluyordu. Alacaklı temlik etmezse, kefil ödemeyi reddedebilirdi. Zira dava devredilmediği takdirde, hileli hareket olduğu kabul ediliyordu. Ancak bu devir hukuken bazı güçlükler ihtiva etmekteydi. Zira asıl borcun ödemesiyle, alacaklının alacağı sona

1) Bilge, Borçlar, sh. 340; Hatemi/Serozan/Arpacı, sh. 537; Grassinger, Hukuki İlişki, sh. 399; Karahasan, 1254; Kılıçoğlu, sh. 5; Olgaç, sh. 40; Reisoğlu, Kefalet, sh. 209; Tandoğan, Borç İlişkileri, sh.587; Yavuz, sh. 794

2) Kılıçoğlu, sh. 7; Reisoğlu, Kefalet, sh. 209; Aksi görüşte Grassinger, Hukuki İlişki, sh. 399'de "gerçekte TBK m.496'da kanun istisna getirmiş değildir. Bilakis kefalet sözleşmesi için halefiyeti düzenlemiştir. Kefalet borcu sona erecek olsa da asıl borç devam ettiğinden, alacaklının haklarına halef olan kefil, asıl borçluya karşı onun daha sona ermemiş borcunun ifasını (kendisine tanınmış rücu hakkı ile) isteyecektir" denilmektedir.

3) Rado, sh. 108; Tahiroğlu, sh. 336

erdiğinden ortada temlik edilecek bir borç kalmıyordu. Bu zorluktan kaçınmak için Roma hukukunda kefilin ödemesini "alacağın itibari kıymetine göre satımı" şeklinde kabul etmişlerdi. Modern hukukçular bu fikri sadeleştirmiş ve bunu kefilin borcu ödemesine bağlamışlardır (4). Bu durumda kefil alacaklının açabileceği actio'ları kendi kullanır ve bunları esas borçluya karşı açar. Alacaklının haklarına halef olan kefil, aynı borç için alacaklıya gösterilmiş diğer teminatlardan, mesela varsa rehinlerden de istifade etmek durumundadır. Yani kısaca Roma hukukunda ödemede bulunan kefilin alacaklının haklarına halefiyeti, "alacağın satışı" şeklinde mütalaa olunmuştur.

Halefiyetin hukuksal niteliğini açıklayan başka bir görüşe göre (5), halefiyet kanundan doğan bir temlik değil, bir kanuni yenilmedir. Alacağın ödenmesi ile birlikte alacaklının hakkı sona erdiğinden (6), artık başkasına temlik edilemez; alacaklıya ödemede bulunan kişi, bu andan itibaren, kapsamı eskisinin aynı olan yeni bir alacak hakkı kazanır. Böylece burada alacaklının değişmesi şeklinde kanundan doğan bir yenileme söz konusudur. Bu görüş tarzı da kabul edilemez. Çünkü halefiyet halinde, kefil için yeni bir alacak doğmamakta, eski alacak bütün fer'ileri ile birlikte intikal etmektedir. Bu açıdan "kanuni yenileme görüşü" halefiyetin amacı olan, alacağa bağlı hakların da alacakla birlikte kendiliğinden kefile intikal etmesi ve varlığını devam ettirmesini açıklayamamaktadır (7).

Halefiyetin hukuksal niteliğini açıklayan son görüşe göre ise halefiyet ifa ve alacağın temlikinin karışımı olan bir hukuksal kurum olduğudur. Buna göre halefiyet hallerinde bir yanda ifa, diğer yandan temlik şeklinde iki hukuksal işlem bir arada bulunmaktadır. Alacaklı tatmin edilmekle alacaklı olma sıfatını kaybeder ve aradan çıkar. Bu durum halef ile alacaklı arasındaki ilişkidir. Halef olan kişi ile

4) Tahiroğlu, sh. 337

5) Wolff, Max G.H.: Wesen und Voraussetzungen der Zession, Diss, Zürich 1917, sh. 9 (Kılıçoğlu, sh. 8'den naklen)

6) Rado, sh. 110; Tahiroğlu, sh. 337

7) Pfister, Walter: Der gesetzliche Eintritt eines Dritten in die Rechte des Gläubigers nach OR 110, Dissh., Basel 1946, sh. 10 (Kılıçoğlu, sh. 8'den naklen)

borçlu arasındaki ilişki ise, ilk alacaklının haklarının halefe intikaline yol açan kanuni temlikten doğmaktadır (8).

von Tuhr (9) kefile kanuni halefiyetin tanınmış olmasını şiddetle eleştirmekte, bu hükmün bir taraftan borcun ifa ile sona ermesi prensibine, diğer yandan alacağın temliki hükümlerine aykırı olduğuna işaret etmektedir. Yazara göre, kefile sun'î bir müessese olan halefiyet hakkı tanınmadan, onun rücu hakkı daha basit olarak düzenlenebilirdi. Bunun için kefilin iç ilişkiden doğan rücu hakkına, alacağı temin eden rehin haklarının da dahil olacağı kabul edilebilirdi.

Şüphesiz kefilin ödemesi ile hem alacağın sona erdiği, hem de alacağın kefile intikal ettiği ileri sürülemeyecektir. Ancak TBK'nun (496.m) açık hükmü karşısında alacak ödemede bulunan kefile intikal ettiğine göre demek ki borç devam etmektedir. Burada ödeme ile borcun sona ermesi kuralına istisna getirilmiştir (10). Böylece alacaklı tatmin edilmekle borç ilişkisinin dışına çıkartılmakta, fakat ona ait alacak hakkı TBK 113.m'sine rağmen sona ermemekte, kefile geçmektedir. Bu intikal taraf iradelerine göre değil, bir kanun hükmüne dayandığı için, bir kanuni temlik niteliği taşımaktadır. Bu durumda ödemede bulunan kefilin alacaklıya halef olmasının hukuksal niteliği ifa ve temlik işlemi karışımı karma bir hukuki nitelik taşımaktadır. Zira alacaklı tatmin edilmekle alacaklı olma sıfatını kaybeder. Bu durum kefil ile alacaklı arasındaki ilişkidir. Kefil ile borçlu arasındaki ilişkisi ise, ilk alacaklının haklarının intikaline yol açan kanuni temlikten doğmaktadır. Bu nedenle ifa ve kanuni temlik karışımı hukuki bir işlem söz konusudur.

Kefili himayesi maksadıyla konmuş olan halefiyet kuralı emredici niteliktedir (11) ve önceden, bu hükmün kefile tanıdığı himayeden feragat etmek

8) Kılıçoğlu, sh. 9

9) von Tuhr, Andreas: Zum Regress des Bürgen, ZSR 1923, N.F. 42, sh. 101-120, sh. 115-116 (Reisoğlu, Rücu, sh. 466'den nakil)

10) Reisoğlu, Rücu, sh. 466; Kılıçoğlu, sh. 9; Aksi görüşte Grassinger, Hukuki İlişki, sh. 399

11) Olgaç, sh. 40; Reisoğlu, Kefalet, sh. 216; Kılıçoğlu, sh. 11

mümkün değildir. Bu şekilde sözleşme serbestisinin kötüye kullanılması önlenmek ve kefilin koruma amacı güdülmüştür. Bunun sonucu olarak, alacaklıyı tatmin eden kefilin tamamen veya kısmen onun haklarına halef olamayacağına ilişkin kayıtlar geçerli olmayacaktır, bu şekildeki kayıtlar kefil için bağlayıcı olmazlar. Böylece kanun koyucu burada önceden yapılacak açık feragat beyanlarının hüküm ifade etmeyeceğini kabul etmiştir. Bununla birlikte kefil alacaklının haklarına halef olduktan sonra bu hakkını kullanarak borçluya rücu edip etmemekte serbesttir (12).

§ 3- KEFİLİN ALACAKLIYA HALEF OLMASININ ŞARTLARI

I. ASIL BORÇLUYA AİT GEÇERLİ BİR BORCUN VARLIĞI

1-Geçerli Bir Asıl Borcun Varlığı

Kefalet, kefil ile alacaklı arasında bir hukuki işlem olmakla birlikte; kefalet hukukunu düzenleyen kanun hükümlerinde alacaklı ile asıl borçlu ve kefil ile asıl borçlu arasındaki hukuki ilişki bakımından da bazı kurallar getirilmesi söz konusu olmaktadır. O halde kefaletin, üç tür hukuki ilişkiden oluşan bir kombinezyona dayandığı söylenebilecektir (1). İşte bu üçlü kombinezyon ilişkisi içerisinde, ödemede bulunan kefilin, alacaklıya halef olması bakımından alacaklı ile asıl borçlu arasındaki hukuki ilişki önem taşımaktadır.

Ödemede bulunan kefilin alacaklıya halef olabilmesi için her şeyden evvel alacaklı ile asıl borçlu arasında geçerli bir borç ilişkisinin varlığı şarttır. Bu yolla kefalet aynı teminattan (rehin hakkı, mülkiyet, intifa hakkı vb) ayrılır (2). Taraflar arasındaki bu borç ilişkisi bir para borcu olabileceği gibi, bir yapma veya verme borcu da olabilir. Bu konuda borcun kefil tarafından ifasının mümkün olması

12) Kılıçoğlu, sh. 11; Reisoğlu, Kefalet, sh. 217; Karahasan, sh. 1255

1) Yavuz, Kefalet, sh. 19

2) Becker, sh. 1042

yeterlidir. Halefiyetin varlığı için gerekli olan asıl borcun doğuş sebebi önemli değildir. Bu borcun kaynağı bir hukuki işlem olabileceği gibi, bir haksız fiil veya sebepsiz zenginleşme de olabilir. Bunlardan başka, bu borç Borçlar Hukuku ile ilgili bir ilişkiden doğabileceği gibi, Miras ya da Ticaret Hukuku ile ilgili bir ticari ilişkiden doğabilir.

Geçerli bir asıl borç yoksa kefaletin geçerliliğinden bahsetmek mümkün değildir. Bu bağlılık kendini asıl borcun doğumunda, varlığı süresince ve kanunen takip edilmesinde gösterir. Asıl borç herhangi bir sebeple hükümsüzse, kefalet sözleşmesi de geçerli değildir. Bu gerçek TBK 485.m'de "Kefalet ancak muteber bir borç hakkında cereyan eder" şeklinde ifade edilmiştir. Asıl borcun geçersiz olması durumunda, fer'ilik ilkesi gereğince kefil alacaklıya halef olamayacaktır.

Geçerli bir asıl borca dayalı olarak kefilin alacaklının haklarına halef olması ile kefil için asıl borçtan bağımsız yeni bir borç doğmaktadır. Bu sebeple asıl borcun konusu ne olursa olsun kefilin rücu hakkının konusu daima para borcu olacaktır (3). Para borçlarında farklılık arz etmeyen bu durum, asıl borçlunun aynı bir edim borçlanması hallerinde önem taşımaktadır.

Asıl borcun kaynağı bir hukuksal işlem ise, hukuksal işlemin geçerli olarak doğmuş bulunması gerekir. Eğer bir hukuksal işlem geçerli olarak doğmamış ise, halefiyet bunu geçerli hale getirmez. Çünkü geçerli olmayan bir hukuksal işlemde alacaklı için herhangi bir alacak doğmamıştır ki, bunun halef olan kişiye (kefile) intikal etmesi söz konusu olsun (4)! Asıl borç ilişkisinin geçersiz olması halinde kefilde alacaklıya karşı sorumlu olmayacaktır. Kefilin asıl borç ilişkisinin geçersiz olmasına rağmen alacaklıya karşı sorumlu olduğunu kabul etmek, kefalet akdinin fer'iilik niteliği ile bağdaşmaz. Fer'i borç olma, kefaletin en belli

3) Grassinger, Hukuki İlişki, sh. 399; Hatemi/Serozan/Arpacı, sh. 537;

Arpacı/Hatemi/Acar/Sağlam, sh. 3692; Yavuz, Kefalet, sh. 20; Bilge, Borçlar, sh. 340

4) Kılıçoğlu, sh. 24-25

başı ayırıcı niteliğidir (5). Fer'ilik ilkesi kaldırıldığı takdirde kefalet değil, bir garanti sözleşmesi ya da müteselsil bir borç ortaya çıkar. YHGK bir kararında (6), asıl borçlu ile alacaklı arasındaki satım ilişkisinin geçersizliğine rağmen kefilin sorumlu olacağı sonucuna varmıştır. Karara konu olay şu şekilde gerçekleşmiştir: Kefalet sözleşmesine konu taşınmaz satım sözleşmesi resmi şekil şartına göre uyulmadığından geçersiz sayılmıştır. Yargıtay olayda satım sözleşmesinin geçersizliğine rağmen, TBK 485.m gereğince "kefalet ancak muteber bir borç hakkında cereyan eder" hükmü gereğince kefalet sözleşmesinin geçerli olup olmadığını tartışmıştır. Sonuçta satım sözleşmesinin geçersiz olmasına rağmen, kefalet sözleşmesinin geçerli olduğunu, bu nedenle satım bedelinin kefilin iadesine ilişkin talebin yerinde olduğuna karar vermiştir. Yargıtay söz konusu kararda, asıl borcun geçersizliğinin, iadeye ilişkin borcun da geçersizliği sonucunu doğuracak olaylarda kefaletin geçerli olmayacağını, hâlbuki iade borcunun sebepsiz zenginleşmeye kurallarına göre geçerli bir borç olarak doğduğunu, bu nedenlerle kefillerin satım parasının iadesinden sorumlu olduklarına karar vermiştir. Kanımızca bu karar, hakkaniyet kuralları nazara alınarak verilmiş olup, kefaletin fer'i bir borç olduğu kuralları ihlal edilmiştir. Zira kefillik fer'i bir borçtur, bu kural kefaletin en önemli ayırt edici özelliğidir, kefaletin geçerliliği asıl bir borcun varlığına bağlıdır. Zaten geçersiz olan bir asıl borç nedeniyle kefilin, alacaklıya halef olması da düşünülemez. Her ne kadar alacaklının, satım akdinin geçersiz olması nedeniyle verdiği paranın iadesi hakkı doğacak ise de, bu alacak hakkı, kefalet akdinin konusunu oluşturmaz. Çünkü kefalet sözleşmesinin konusuna menfi zararlar girmez. Satım akdinin geçersiz olması nedeniyle kefil artık bu akitten doğan bir yükümlülük altında değildir. Bu nedenle Yargıtay'ın görüşüne katılmak mümkün değildir.

5) Yavuz, Borçlar, sh. 767; Karahasan, sh. 120-1211; Grassinger, Savunma, sh. 13; Başyigit, sh. 3317; Becker, sh. 1045; Bilge, Mesuliyet, sh. 98; Akkanat, sh. 287; Develioğlu, sh. 317

6) YHGK 09.03.1977 T., 13-22 E., 216 K. (YKD, S. 4, sh. 494 vd.)

Halefiyetin doğumu için geçerli bir borcun varlığının tek istinası TBK m.18, f.2 teşkil eder (7). Bu hükme göre, borçlu, yazılı bir borç ikrarına güvenerek mevcut olmayan bir alacağı iktisap eden iyi niyetli üçüncü kişilere karşı, alacağın muvazaalı olduğunu ileri süremez. Bunun sonucu olarak, yazılı bir borç ikrarına güvenerek mevcut olmayan bir borç için alacaklıyı tatmin eden iyi niyetli kefil, diğer şartların varlığı halinde alacaklının haklarına halef olabilir. Böylece burada muvazaa karşısında iyiniyetli üçüncü kişiler korunmuş olmaktadır.

Ayrıca halefiyetin doğumu için, geçerli bir borç ilişkisinin varlığından başka, bu borç ilişkisinin temlike elverişli olması gerekir. Zira halefiyet bir kanuni temlik şekli olduğundan, asıl borç ilişkisinden doğan alacağın, temlike elverişli olması şarttır (8).

Kefaletin geçerli olması için asıl borcun kefalet sözleşmesinin yapıldığı anda mevcut olmasına gerek yoktur; muaccel olan kefaletin yerine getirilmesi alacaklı tarafından istenildiği zaman asıl borcun muaccel olması yeterlidir (9). Bunun için gelecekte doğacak veya şarta bağlı bir borç geçerli olarak kefalete bağlanabilir (TBK 485.m. 2.f). Geciktirici şarta bağlı bir borç için kefil olununca, kefalet borcu sözleşmenin kurulmasıyla doğar, ancak şartın gerçekleşmesiyle kefilin borcu da ortadan kalkar.

Kefilin, borçlunun mevcut veya doğacak borçlarından hangisine kefil olduğu konusunda tereddüt edilirse, kefaletin doğacak borçlar için verildiği yorumu tercih edilmelidir; zira kefil alacaklının mevcut alacağını sağlamlaştırmak için değil, fakat borçluya yeni kredi sağlamak amacını taşımaktadır (10).

Gelecekteki borçlara kefalet halinde bu asıl borç ilişkisi uzun süre ortaya çıkmazsa kefilin uzun süre bununla bağlı kalması sakıncası söz konusu vardır.

7) Kılıçoğlu, sh. 25

8) Kılıçoğlu, sh. 25

9) Bilge, Borçlar, sh. 320; Tandoğan, Kefalet, sh. 19; Yavuz, Kefalet, sh. 25; Karahasan, sh. 1212

10) Bilge, Borçlar, sh. 320; Tandoğan, Kefalet, sh. 20; Zevkliler, sh. 397

Kefilin borcu için asıl borç doğmadıkça muacceliyet ve zamanaşımı süresinin de işlemesi söz konusu olmayacağından, bu sakıncayı zamanaşımına başvurarak gidermek mümkün değildir. Bu sakınca TBKT'nın 604.m'si ile giderilebilir. Zira TBKT'nın 604.m'ne göre "Gelecekte doğacak bir borca kefalette, borçlunun borcun doğumundan önceki mali durumu, kefalet sözleşmesinin yapılmasından sonra önemli ölçüde bozulmuşsa veya mali durumunun kefalet sırasında kefilin iyi niyetle varsaydığından daha kötü olduğu ortaya çıkmışsa, kefil alacaklıya yazılı bildirimde bulunarak, her zaman kefalet sözleşmesinden dönebilir" denilmektedir. Keza TBKT'nın 603.m'de "Bir gerçek kişi tarafından verilmiş olan her türlü kefalet, verilmelerinden başlayarak on yılın geçmesiyle kendiliğinden ortadan kalkar" şeklinde düzenlenmiştir. Böylece TBKT, bu konuda İsv.BK 510.m'dekine paralel olarak kefil koruyucu düzenleme yapmıştır (11).

Eksik borçlara kefaletin geçerli olup olmayacağı tartışmalıdır. Ancak İsv.BK'nun 502 f.1 göre zamanaşımına uğramış borçlara, f.4'e göre kumar ve bahisten doğan borçlara kefalet mümkündür. Bununla birlikte kefil zamanaşımı savunmasını ileri sürmek ve kumar ve bahisten doğan borçlara da alacağın takip edilemeyeceği itirazını yapmakla yükümlüdür. Aynı çözümlerin hukukumuzda da olması gerektiği savulmaktadır (12).

TBK'nun 485 m. 3.f'na göre "Hata yahut ehliyetsizlik sebebiyle borçlunun mesuliyetini icap etmeyen bir akitten mütevellit borca kefalet, eğer kefil akdin borçlu yüzünden olan bu fesadına taahhüt esnasında vakıf ise muteber olur." Kanunun burada kastettiği ehliyetsizlik tam ehliyetsizlik olmayıp, mümeyyiz küçük veya kısıtlıların durumlarına ilişkin ehliyetsizliktir. Kanun sadece hata ve ehliyetsizlikten bahsettiğine göre, hile veya ikrah ile malul olan bir kefaletin geçerli olmadığı sonucu ortaya çıkmaktadır.

11) Yavuz, Kefalet, sh. 38 vd.

12) Yavuz, Borçlar, sh. 771; Bilge, Borçlar, sh. 320

Böylece asıl borç, hukuka ya da ahlaka veya adaba aykırılık, imkânsızlık, şekle aykırılık, muvazaa, ayırt etme günün bulunmaması gibi sebeplerle kesin hükümsüz olan bir hukuki işlemde doğmuş ise, kefalet de geçerli olmaz. Kefilin asıl borçla ilgili kesin hükümsüzlük nedenini bilmesi kefaletin geçersizliğini etkilemez.

2- Borcun Başkasına Ait Olması

Halefiyet başkasına ait bir borcun ödenmesi esasına dayanır. Borç asıl borçlu tarafından yerine getirilirse TBK'nun 113.m'si gereğince bütün fer'ileri ile birlikte sona erer. Bu nedenle esasen kendisine ait olan bir borcu ifa eden kimsenin alacaklının haklarına halef olması düşünülemez. Burada borcun başkasına ait olması ile, borcun asıl borçlu ve halef olan kişi arasındaki iç ilişki bakımından kime ait olduğu anlatılmak istenmiştir. Yoksa kefil kendi borcu için kefil olamayacağından (13) bu durumda halefiyet de söz konusu olmaz. Kefalette kefil şahsen kendilerine ait bir borcu yerine getirmelerine rağmen, bu aslında nihai olarak başkasının katlanması gereken bir borçtur. Bu durumun özelliği özellikle borçlunun para borcu niteliğinde olmayan, yapmama ya da iş görme şeklindeki borçlarda görülür.

Böylece kefilin borcu esas ve şekil bakımından özel bir borç olup, asıl borçla aynı değildir. Edimde bulunan kefil, asıl borcu değil ondan başka olan kendi kefalet borcunu ödediği için, onun edimi ancak kendi borcunu sona erdirir, yoksa asıl borcu değil! (14). Bundan dolayı TBK 496.m'ye göre "kefil eda ettiği şey nispetinde alacaklının haklarında, ona halef olur." Bu hüküm TBKT 601.m 1.f'da "Kefil, alacaklıya ifada bulunduğu ölçüde, onun haklarına halef olur. Kefil, bu hakları asıl borç muaccel olunca kullanabilir" şeklinde ifade edilmiştir.

13) Becker, sh. 1043; Kılıçoğlu, sh. 26

14) Yavuz, Kefalet, sh. 21; Grassinger, Hukuki İlişki, sh. 399; Bilge, Mesuliyet, sh. 96

Kefalet mahiyeti gereği yabancı bir borçtan şahsen sorumlu olmak şeklinde düşünüldüğüne göre, bir borçlu, kendi borcuna kefil olamaz. Ancak bir kimsenin kendi borcu için kefil olması, Örn. asıl borçlunun borç senedini aynı zamanda kefil olarak imzalaması o an için hüküm ifade etmese de bir üçüncü şahsın müstakbel borcu için kefil olma mümkün olacağından ileride borcun bir başkası tarafından yüklenilmesi halinde, bu taahhüt geçerli bir kefalet olarak kabul edilecektir (15).

Kefilin borcu aynen edaya mecbur olmaması, istediği takdirde para yerine esas borcun aynen edasına engel teşkil etmeyecektir. Kefalet sözleşmesinin niteliği kefile aynen eda imkânının tanınmasına engel değildir. Zira kefil aynen eda suretiyle de alacaklının borç ilişkisinden doğan menfaatlerini tatmin etmiş olmaktadır. Kefile asıl borcu aynen ifa imkânı tanımamak, onu mutlaka tazminat ifasına mecbur etmek kanun koyucunun kefilini himaye edici amacına aykırı düşecektir. Esasen kefalet hükümlerinde kefilin aynen edada bulunamayacağı hususunda hiçbir açıklık da mevcut değildir. Aksinin kabulü halinde, kanuni bir mesnede dayanılmaksızın kefilin durumu ağırlaştırılmış olur (16). TBK'nun 67.m'sine göre "Borcun, bizzat borçlu tarafından ifa edilmesinde alacaklının menfaati bulunmadıkça; borçlu borcunu şahsen ifaya mecbur değildir". Kefilin münhasıran, mutlak şekilde aynen ifada bulunacağını taahhüt etmesi halinde ise, bu bir kefalet değil, diğer bir borçlar hukuku ilişkisi olan "birlikte borç üstlenilme" oluşturur. Kefalet ve borca üstlenilme (veya borca katılma) tamamen farklı iki hukuki kurumdur. Borç üstlenilmede, katılanın menfaati en belirleyici özellik iken, kefalette kefilin çoğunlukla herhangi bir menfaati yoktur. Keza borca katılma birinci derecede ve asli bir borç doğururken, kefalet ikinci derecede ve fer'i bir borç doğurur. Ayrıca borca katılmada, katılan lehine herhangi bir koruyucu hüküm ve şekil şartı öngörülmemişken, kefalette kefilini himaye maksadı daima ön plandadır ve bu doğrultuda sıkı şartlar bulunmaktadır (17). Kefil her zaman üçüncü şahıs sıfatıyla veya borca katılan sıfatı ile borcu aynen ifa edebilir ise de, kefillik sıfatı ile bu edada bulunmadığı takdirde, kefile

15) Reisoğlu, Kefalet, sh. 9

16) Reisoğlu, Kefalet, sh. 9

17) Reisoğlu, Kefalet, sh. 8-9; Barlas, Kredi Kartı, sh. 964; Develioğlu, sh. 317

tanınan kanuni halefiyet hakkından istifade edemeyecek ve bu edasından dolayı asıl borçluya karşı kefalet hukukundan ötürü bir rücu hakkı olmayacaktır.

Aynı şekilde alacaklının kendi alacağı için kefil olması, alacaklı bulunduğu sürece hukuki bir değer taşımayacaktır. Ancak kefalet senedinde alacaklının kefil olarak gözükmesi, alacağın temlik halinde müstakbel alacaklıya yapılan icap niteliğindedir (18).

II. ALACAKLININ TATMİN EDİLMİŞ OLMASI

1- Genel Olarak

Halefiyeti düzenleyen kanun maddelerinin hiçbirinde "alacaklının tatmini" diye bir kavrama yer verilmemiştir. Bu kavramın yerine "tediyede bulunmak" (TBK m. 109, m.147, f.1), "eda etmek" (TBK m.496), "borcu itfa etmek" (TBK m.799), "vermek" (TBK m.69) gibi kavramlar kullanılmıştır. Halbuki İsviçre Medeni ve Borçlar Kanunu'nun Almanca metinleri sözü geçen maddelerde daha isabetli olarak "tatmin etmek" (befriedigen) terimi kullanılmıştır. Aynı kanunların Fransızca metinleri ise bunun yerine "ödemek" (paiement) terimine yer vermiştir. Alman Medeni Kanunun almanca metninde de "alacaklının tatmin edilmesi"nden söz edilmiştir. Bu nedenle "tediye etmek", "edada bulunmak", "ödemek" gibi dar anlamlı kavramlar yerine, geniş anlamlı ifa şeklini kapsayan "tatmin etmek" kavramını kullanmak daha yerindedir (19).

2- Alacaklının Tatmin Şekilleri

a) İfa: Alacaklıyı tatmin edilmesinin en çok görülen şekli ifadır. Ödemede bulunduğunu iddia eden kefil, borcuna uygun olarak ve ifa amacıyla yerine getirdiğini ispat etme zorunluluğu vardır. Bu zorunluluk TMK'nun 6.m'de

18) Develioğlu, sh. 307 vd.

19) Kılıçoğlu, sh. 26-27

“kanunda aksine hüküm bulunmadıkça, taraflardan her biri, hakkını dayandırdığı olguların varlığını ispat etmekle mükelleftir” şeklindeki genel kuraldan kaynaklanmaktadır. Bu şekildeki ifa genel olarak borçlunun ifasına nazaran farklı bir özellik göstermez (20). Yani borçlu hangi şartlar altında ifada bulunacak ise, halef olacak kişi de aynı şartlar altında ifada bulunabilir. Alacaklıyı tatmin eden kişi için de asıl borcun ifa zamanı ve ifa yerine ilişkin esaslar uygulanır.

İfanın geçerli olabilmesi için alacaklıya veya yetkili temsilcisine yapılması gereklidir. İfa asıl alacaklıdan başkasına yapılmış ise ya da alacaklıya yapılmış bulunmakla beraber, o, ehliyetsizlik veya tasarruf yetkisizliği dolayısıyla ifayı kabule mezun değil ise, ifa geçerli değildir (21). Örn. müflise borçlanılan para miktarı, iflas masasına ödenecek yerde müflisin şahsına ödenirse bu geçerli bir ödeme değildir.

Alacaklı vaktinden evvel tatmin edilmişse, halef olan kişi borçluya karşı, ancak borcun muaccel olduğu anda rücu edebilir. Yoksa halefiyet henüz muaccel olmayan bir borcu muaccel hale getirmez. Bundan başka vaktinden önce ifa alacaktan bir indirim yapmayı gerektirmez. Fakat borçlu vaktinden önce ifada bulunsaydı alacaktan nasıl bir indirim yapılacak idiyse, aynı hak onun yerine alacaklıya ifada bulunan halef içinde vardır (22).

Üzerinde durulması gereken diğer bir husus, kefilin halef olabilmesi için fiilen ödemede bulunmasının zorunlu olup olmadığıdır. Diğer bir ifade ile kefilin halef olabilmesi için kefilin malvarlığında fiili bir azalmaya ihtiyaç var mıdır? TBK m.496’nın lafzından kefilin malvarlığından bir ödemede bulunması gerektiği sonucu ortaya çıkmaktadır. Zira madde metninde “kefilin tediye ettiği şey nispetinde” halef olacağı yazılıdır. Demek ki kefil herhangi bir ödemede bulunmadan alacaklının alacağından vazgeçmesi, kanuni halefiyeti ortaya

20) Kılıçoğlu, sh. 27; Özay, 1574

21) Canyürek, sh. 116; Reisoğlu, Rücu, sh. 475;

22) Kılıçoğlu, sh. 27; Tandoğan, Borç İlişkileri, sh. 584

çıkarmayacaktır. Buna göre kefil hiçbir ödemede bulunmadan, bir varlığın kaybına uğramadan alacaklıya halef olursa, asıl borçlu aleyhine sebepsiz zenginleşmiş olur. Örn. alacaklı, kefile takipten feragat ettiğini bildirirse, kefil kendisinin asıl borçluyu borcundan kurtardığını iddia ederek rücu edebilecek midir? Alacaklının kefil tarafından tatmin edilmesi halinde mutlaka fiili bir ödemenin gerekip gerekmediği İsviçre hukukunda tartışmalıdır. Borçlar hukukumuzda göre alacaklının tatmini için mutlaka fiili ödeme şartı aranmadığı söylenebilir (23). Bu nedenle kanun metnini geniş yorumlamak gerekir.

Kefil kısmen veya tamamen ifada bulunabilir. Kural olarak alacaklı kendisine yapılan kısmi ifayı kabul etmek zorundadır. Ancak TBK m.68'e göre, alacağın tamamı muaccel ve miktarı belirli ise alacaklının kısmi ödemeyi kabul zorunluluğu yoktur. Böylece alacaklının kısmi ifayı kabul ettiği hallerde, kısmi ifada bulunan kişi onun haklarına bu oranda halef olur. Zaten bu husus TBK m.496'da "eda ettiği şey nispetinde ... halef olur" şeklinde ifade edilmiştir.

Alacaklının tatmini ifa yerini tutan bir edimle de olabilir. Fakat böyle bir tatmin ancak alacaklının rızası ile mümkün olabilir. Gerek ifada, gerekse ifa yerini tutan edimde önemli olan, alacaklının tatmin edilerek borç ilişkisi ile olan ilgisini kesmektir (24). Alacaklıya bono, poliçe gibi kambiyo senedi verilmesi ödeme sayılmaz (25). Zira TBK m.114 f.2'ye göre, aksi belirtilmedikçe bir borç için kambiyo senedi verilmesi ödemeyi değil, sadece ödeme şeklini gösterir. Bu nedenle kambiyo senetlerinin ödeme sayılmaması yerindedir.

İfa veya ifa yerini tutan bir edimle alacaklıyı tatmin eden kişinin kural olarak kastı önemli değildir. Kefil böyle bir tatmin ile alacaklının haklarının kendisine intikal edeceğini bilmesee bile bu sonuç kanundan dolayı kendiliğinden

23) Reisoğlu, Kefalet, sh. 215; Kılıçoğlu, sh. 29; Olgaç, sh. 40; Grassinger, Hukuki İlişki, sh. 404

24) Kılıçoğlu, sh. 29

25) Reisoğlu, Kefalet, sh. 213; Grassinger, Hukuki İlişki, sh. 404; Kılıçoğlu, sh. 81; Badur, sh. 158

doğar. Fakat alacaklı, borçluya bir bağışta bulunmak amacıyla tatmin edilmiş ise halefiyet meydana gelmez. Çünkü bu nedenle borçlunun borcu sona ermektedir. Ancak bağışlama kastının bulunduğunu ispat külfeti borçluya aittir (26).

Asıl borcun ifasının imkânsızlaşmasına üçüncü şahıs durumundaki kefilin sebep olması, asıl borcun sona ermesi bakımından hiçbir önemi haiz değildir. Kefilin alacaklıya karşı kefalet akdinden doğan ve asıl borcun ifa edilebilirliğini sağlama şeklinde bir yükümlülüğü bulunmadığı için, asıl borcun ifasının sonradan imkânsızlaşması halinde asıl borçlu ile birlikte borcundan kurtulacaktır (27). Fakat kefil, TBK m.41 f.2 gereğince alacaklıya zarar verme kastı ile hareket etmişse, bu savunmayı ileri sürmesi dürüstlük kurallarına aykırı olacağından cihetle alacalının zararlarını gidermek zorundadır.

Asıl borçlu ile alacaklı arasındaki akdin kurulmasından sonra, önceden öngörülemeyen şartların ortaya çıkması veya mevcut şartların esaslı şekilde ağırlaşması sebebi ile asıl borçlunun borcunu ifa etmesi aşırı derecede güçleşir veya asıl borçlunun borcunu ifa etmesi kendisinden beklenilmeyecek hale gelirse kefil bu durumdan nasıl etkilenecektir? Değişen koşullar nedeniyle borcun ifa etmesinin aşırı derecede güçleşmesinin, kefalet akdine ne gibi etkilerde bulunacağına dair TBK’nda genel bir hüküm yoktur. Konu tartışmalı olmakla birlikte İsviçre-Türk Hukuku’nda kabul edilen görüşe göre ifanın aşırı derecede güçleşmesi durumunda ya akdin değişen şartlara uydurulması ya da akdin sona erdirilmesinin TMK m.2 f.1’deki dürüstlük kuralına uygun olduğu yönündedir (28). Buna göre asıl borçlunun kendi kusuru olmaksızın, önceden öngörülemeyen şartların ortaya çıkması sonucu ifa güçlüğüne düşmesi halinde hakimin akde müdahalesi sonucu akit değişen koşullara uydurulmuş ise kefil kefalet akdinden belirtilmiş miktarla sınırlı kalarak asıl borçtan sorumlu olmaya devam edecektir. Buna karşılık asıl borç ilişkisi fesih ya da dönme suretiyle sona erdirilmiş ise, fer’i olarak sorumlu olan kefilin de sorumluluğu sona erecektir.

26) Kılıçoğlu, sh. 29; Aral, sh. 475

27) Grassinger, Savunma, sh. 22

28) Grassinger, Savunma, sh. 23-24

b) Takas : Karşılıklı, aynı cins ve muaccel iki alacak takas ile sona erdirilir. Bu şekilde alacaklı takas ile de tatmin edilir (29). Borçtan şahsen sorumlu olan kişiler lehine halefiyette, kefil alacaklıdan olan aynı cinsten bir alacağıyla, alacaklının kendisinden olan alacağı ile takas edebilir. Zira burada takas için gerekli tüm yasal koşullar oluşmuştur. Fakat aynı kişiler, asıl borçlunun alacaklıdan olan alacağıyla, alacaklıya ifası gereken borçlarını takas edemezler. Çünkü bu halde takas için gerekli olan karşılıklı olma şartı yoktur (30). Ancak kefil, asıl borçluya ait takas hakkını bizzat kullanamayacak ise de, asıl borçlunun takası ileri sürme hakkı olduğu sürece de, alacaklıya ifada bulunmaktan kaçınabilecektir. Bu hak TBK m.119'da "asıl borçlunun takası dermeyan etmeğe hakkı oldukça, kefil alacaklıya tediye de bulunmaktan imtina edebilir" denilmek suretiyle açıkça belirtilmiştir. Kefilin asıl borçluya ait geçici takas definden yararlanması halinde, kanımızca alacaklı tatmin edilmiş olmaz. Çünkü bu halde kefilin malvarlığında herhangi bir azalma meydana gelmemiştir.

c) İbra: Alacaklının alacak hakkından vazgeçmesine ve bu suretle borçlunun borçtan kurtarılmasına ilişkin bulunan akde ibra denilir (31).

Alacaklının, kefil ibra etmesi halinde, alacaklının tatmin edilmiş olup olmadığı tartışmalıdır. Kefilin alacaklıyı tatmin sayılabilmesi için alacaklıya fiilen tediye de bulunmayı şart koşanlar, ibranın onun tatmini sayılmayacağını görüşündedirler (32). Bu görüşü savunanlar kefalette halefiyete ilişkin maddenin fransızca aslında kullanılan "ödemek" (paiement) sözcüğünden hareket etmektedir. Buna göre alacaklının tatmini ancak ona yapılan fiili ödemeyle mümkün olabilir.

29) Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, sh. 1012 vd.; Başığit, sh. 3323

30) Olgaç, sh. 40; Reisoğlu, Kefalet, sh. 213; Kılıçoğlu, sh. 31

31) Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, sh. 985 vd.; Başığit, sh. 3323

32) Nussbaumer, Lucien: Subrogation et recours de la caution lors du concours des sûretés personnelles et réelles dans le nouveau droit de cautionnement, Thèse, Lausanne, 1945, sh. 39; Giovanoli, S : Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch Obligationenrecht, Band VI, Kommentar zum revidierten Bürgschaftsrecht, Art. 492-512, Bern 1942, sh. 507 (Kılıçoğlu, sh. 32'den nakil)

Aksi görüşte olan yazarlara (33) göre ise kefalette halefiyete ilişkin maddelerin almanca aslında kullanılan “tatmin etme” (Befriedigen) kavramından hareket etmek gerekir. Alacaklının tatmin kavramına ibra da girer. Fakat ibranın alacaklının tatmini sayılabilmesi için onun bu konudaki iradesini yorumlamak gerekir. Alacaklı asıl borçlu lehine bir ibrada bulunmuş ise, borçlu borcundan kurtulduğundan, kefil ona rücu edemez. İbra kefil lehine bir bağışlamada bulunmak amacıyla yapılmış ise, kefil kendisine bağışlanan bu alacağı rücu yoluyla borçludan talep edebilir. Bu rücu hakkı, kefilin alacaklının haklarına halef olmasına dayanır.

Kanımızca ikinci görüş daha isabetlidir. Zira alacaklının tatmini onun mal varlığının aktifinde bir artmaya veya pasifinde bir çoğalmayı önleme sonucunu doğurması gerekir. İbrada bu özellik yoktur. Fakat ibrada alacaklı, kefil lehine bağışlamada bulunmak suretiyle, bu oranda malvarlığının aktifinde meydana gelecek muhtemel bir azalmayı önlemektedir. Bir başka ifadeyle, burada alacaklı, kefil lehine yapmak istediği bağışlamayla, malvarlığının aktifinden başka bir mal tesis etmek suretiyle vukubulması muhtemel bir azalmayı önlemektedir. Bu açıdan alacaklının kefil lehine bağışlamada bulunmak amacıyla yaptığı ibra da onun tatmini kavramına girmelidir. Bunun sonucu olarak, alacaklı, borçtan kişisel olarak sorumlu olan kefil borçtan ibra ederse, onun lehine bir halefiyetin doğumunu sağlamış olur. Ancak ibra halinde alacaklının kendisine bir bağışlamada bulunmak kastıyla hareket ettiğini ispat külfeti kefile düşmektedir.

d) Tevdi : TBK m.501 gereğince, asıl borç muacceliyet kazanınca, kefil her zaman alacaklıyı borcun ifasını kabule veya kendisini kefaletten kurtarmaya zorlayabilir; alacaklı edimi kabul etmez ise kefil kendiliğinden kurtulur.

33) Oser/Schönenberger: Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, V. Band, Das Obligationenrecht, Erster Halbbond, Art. 1-183, Zweite Auflage, Zürich, 1929, Nr. 23 (Kılıçoğlu, sh. 33’den nakil); Reisoğlu, Kefalet, sh. 225; Badur, sh. 158

Alacaklının temerrüdü genel hükümlere göre (TBK m. 91-95) doğrudan doğruya borçtan kurtulması sonucunu doğurmadığı halde, kefaletin kefil koruyucu niteliği gereği böyle bir sonuç kabul edilmiştir. Kefilin edim önerisinde bulunması asıl borçlunun mali durumunun bozulmaya başlaması halinde, kefile hemen alacaklıya ödeme yapıp borçlunun durumu daha da kötüleşmeden rücu edebilmek bakımından yararlıdır (34).

Kefilin bu TBK 501.m'den yararlanabilmesi için borcun tamamını ödemeyi teklif etmesi gereklidir. Çünkü alacaklının kısmen vukuu bulan ödemeyi reddetmesi TBK 68.m uyarınca hakkıdır.

Asıl borç muaccel ise, kefil kendi borcu muacceliyet kazanmamış olsa dahi edimi teklif edebilir. Buna karşılık, asıl borç henüz muaccel değil ise, kefil ancak alacaklı razı olduğu takdirde kendisine ödemedede bulunabilir ve asıl borçluya, ancak borç ödenmeseydi hangi tarihte muacceliyet kazanacak idiye o tarihten sonra, rücu edebilir. Bu husus TBKT'nın 598.m'de "Alacaklının rızası varsa kefil, asıl borcu muaccel olmasından önce de ödeyebilir. Ancak, durumda kefil asıl borçluya karşı rücu hakkını borcun muaccel olmasından önce kullanamaz" denilmek suretiyle ifade edilmiştir. Bu düzenleme alacaklının haklarına halef olmayı kendisi için yararlı gören kefil daha fazla korumak amacıyla getirilmiştir.

TBK 501.m'de belirtilmemesine rağmen, kefilin borçtan kurtulması, onun edim önerisini alacaklının haklı bir sebep olmaksızın reddetmesi halinde mümkündür. Ancak alacaklının reddi, haklı bir sebebe dayanıyorsa kefil borçtan kurtulmamalıdır.

TBK düzenlemesinde yorum yolu ile ulaşılabilen çoğu husus TBKT'nın kefil koruyucu amacı göz önüne alınarak 598.m'de açıkça ifade edilmiştir (35).

34) Tandoğan, Borç İlişkileri, sh. 584; Olgaç, sh. 47; Bilge, Borçlar, sh. 336; Kılıçoğlu, sh. 30

35) Yavuz, Kefalet, sh. 38-39; Kuntalp/Barlas, sh. 270

e) Yenileme ve Sulh: Alacaklının tatmin kavramına, kefil ile alacaklı arasında yapılan bir yenileme de (tecdit: Novation) girer. Fakat burada sadece eski borçlunun yerini kefilin alması şeklinde bir yenileme söz konusu olabilir (36). Yenileme ile birlikte eski borç ortadan kalkarken, onun yerine geçecek yeni bir borç doğar. Bu durumda halefiyet, eski borcun yerini alan ve alacak hakkını alacaklı bakımından sona erdiren yenileme sözleşmesinin yapıldığı anda doğar.

Ayrıca kefil sulh sureti ile de alacaklıyı tatmin edip, ona halef olabilir (37).

III. KEFİLİN ALACAKLIYA HALEF OLMASI HALİNDE ASIL BORÇUYA RÜCU HAKKINA SAHİP BULUNMASI

Bu halde halefiyet, rücu hakkının bir teminatı ve fer'idir. Bir başka ifade ile halefiyet, rücunun gerçekleşmesine hizmet eden bir vasıta olup halefiyetin doğumu için, alacaklıyı tatmin eden kişinin, borçluya rücu hakkına sahip olması şarttır (38). Böyle bir rücu hakkı mevcut olmadıkça, alacaklıyı tatmin eden kişi, onun haklarına halef olamaz.

Kanunda açıkça öngörülmediği sürece, bir halefiyetin doğması mümkün değildir. Kefilin alacaklıya halef olması bir kanuni halefiyet halidir. Ancak burada kefilin koruma gayesiyle halefiyetin tabi sonucu olarak rücu hakkı amaçlanmıştır. Böylece amaç rücu olduğunda, halefiyet rücu hakkının bir fer'i olarak karşımıza çıkmaktadır. O halde kefilin, alacaklıya halef olması halinde rücu hakkına sahip bulunması kefilin korunması açısından çok önemli bir unsurdur. Aksinin kabulü yani rücu hakkından yoksun bir halefiyet, kefile pek bir anlam ifade etmeyecektir.

36) Roos, Gottfried: Über die Subrogation nach schweizerischem Recht, Dissh., Bern, 1928, sh. 83 (Kılıçoğlu, sh. 32'den nakil); Reisoğlu, Kefalet, sh. 213

37) Olgaç, sh. 40;

38) Kılıçoğlu, sh. 34; Akıntürk, sh. 223; Grassinger, Hukuki İlişki, sh. 399; Reisoğlu, Rücu, sh. 465; Becker, sh. 1086

Halefiyetin rücu hakkının bir fer'i olduğu hallerde, alacaklıyı tatmin eden kişi asıl borçluya rücu hakkını sonradan herhangi bir şekilde kaybetmişse, onun lehine de doğmuş bulunan halefiyet ortadan kalkar. Örn. kefil alacaklıya yapmış olduğu ödemeden borçluyu haberdar etmez ve bu nedenle borçlu da ikinci kez ödemek durumunda kalırsa kefil, borçluya rücu hakkını kaybeder (TBK m.498); dolayısıyla bu durumda kefil lehine doğmuş bulunan halefiyet bütün hüküm ve sonuçları ile ortadan kalkar. Çünkü burada halefiyet rücu hakkının fer'idir ve onun mevcut olduğu sürece geçerlidir. Bununla birlikte Reisoğlu (39) bu konuda değişik bir görüşe sahiptir. Yazara göre, kefil, asıl borçluya karşı rücu hakkını sonradan kaybetmesine rağmen, alacaklının haklarına halef olmakta devam eder. Hâlbuki kefalette halefiyet, rücu hakkının fer'i olup, bu hakkın sona ermesi ile birlikte o da sona erer. Bu nedenle bu görüşün aksine, kefilin asıl borçluya karşı rücu hakkını kaybetmesi ile birlikte halefiyet de bütün hüküm ve sonuçları ile birlikte sona erer.

Bu konu ikinci bölümde ayrıntılı olarak ele alınacaktır.

IV. HALEFİYETİN KANUN TARAFINDAN ÖNGÖRÜLMÜŞ OLMASI

Halefiyet kanuni bir temlik şeklidir ve bu nedenle mutlaka kanuna dayanması gereklidir. Kanunda açıkça öngörülmediği sürece, bir halefiyetin doğması mümkün değildir. Kanundaki halefiyet halleri sınırlı sayı (numerus clausus) prensibine tabidir. Halefiyet halleri sınırlı sayıda öngörüldüğünden, bunların kıyas yoluyla çoğaltılması mümkün değildir (40). Çünkü halefiyet, ifa ile borcu sona erdirmeyip alacağın ona bağlı olan haklarla birlikte kendiliğinden halefe geçmesi sonucunu doğurduğundan, ifa ile borcun sona ermesi ve alacağın devrinin bir sözleşmeye dayanması hakkındaki genel kurallardan ayrılan istisnai bir durumdur. Böyle istisnai bir durumun, kıyas yoluyla benzer başka hallerde de kabul edilmesi mümkün olmamalıdır.

39) Reisoğlu, Rücu, sh. 494

40) Pfister, sh. 11 (Kılıçoğlu, sh. 34-35'den nakil)

İKİNCİ BÖLÜM

KEFİLİN ALACAKLIYA HALEF OLMASININ HUKUKİ SONUÇLARI

§ 4- KEFİLİN ASIL BORÇLUYA RÜCU HAKKI

I. GENEL OLARAK

TBK. m.496 göre "kefil eda ettiği şey nisbetinde alacaklının haklarında, ona halef olur. Bu halefiyet kaidesinden evvelce feragat etmek caiz değildir. Şu kadar ki, kefil ile borçlu beynindeki hukuki münasebetlerden mütevellit dâva ve def'i hakları mahfuzdur" denilmektedir. İsv.BK'nun 505.m'sinde benzer düzenleme vardır.

TBK'nun 496.m. gereğince kefilin asıl borçluya rücu hakkı tanınmış olması, alacaklıyı tatmin eden kefilin alacaklının haklarına halef olmasının hukuki bir sonucudur. Alacaklıyı tatmin eden kefil, alacaklının asıl borçluya karşı sahip olduğu hakları da kazanır. Kefilin ifası ile birlikte sadece kefillik borcu sona erdiğinden, kefil alacaklıya halef olarak asıl borçludan alacaklıyı tatmin ettiği oranda kendisine ifada bulunmasını ister. Asıl borçlu kefile ifada bulunduğu oranda borcu sona erer. İşte ifada bulunan kefilin, alacaklının asıl borçluya karşı olan haklarına halef olmak suretiyle, asıl borçluya ödeme talebi ile başvurmasına kefilin rücu hakkı denir (1).

von Tuhr (2) kefilin alacaklıyı tatmin edince onun haklarına halef olarak asıl borçluya rücu etmesini yerinde bulmayarak, bu düzenleme ile bir yandan alacağın temliki hükümlerinin, öte yandan ifa ile borcun sona erme prensibinin ihlal edildiğini ileri sürmektedir. Yazara göre, kefile sun'î bir müessese olan halefiyet hakkı tanınmadan, onun rücu hakkı daha basit olarak düzenlenebilirdi. Bunun için kefilin iç ilişkiden doğan rücu haklarına, alacağı temin eden rehin haklarının da dahil olacağı kabul edilebilirdi.

1) Grassinger, Hukuki İlişki, sh. 398; Nomer, sh. 248; Şenyüz, sh. 273

2) von Tuhr (Regress), sh. 115-116 (Kılıçoğlu, sh. 78'den naklen); Becker, sh. 1086

Hukukumuzda kefile tanınmış olan halefiyet hakkı emredici olduğundan kanımızca von Tuhr'un görüşlerine katılma olanağı yoktur. Zira kefil alacaklıyı tatmin ettiği zaman borç sona ermemektedir. Bu nedenle halefiyeti ödemenin bir istinası olarak görmek mümkün değildir. Zaten borç sona ermediği için, alacaklıyı tatmin eden kefil, alacaklının haklarına halef olarak asıl borçluya karşı rücu hakkını kazanmaktadır. Bu anlamda rücu hakkı, asıl borçluya karşı artık bağımsız bir borç olarak ileri sürülebilecektir. Bununla birlikte kefilin alacaklının haklarına halefiyeti bir kanuni temlik şeklidir ve bunun sonucu olarak da kefilin asıl borçluya rücu hakkı doğmaktadır. Bu nedenle kanun koyucunun kefil ile asıl borçlu arasındaki iç ilişkinin yanı sıra ayrıca kanundan doğan halefiyet suretiyle rücu hakkı tanınması, kefillik ilişkisinden çıkarı olmayan ve zayıf durumda olan kefilin korumak amacıyla olduğundan, yerinde bir düzenlemedir.

Bu arada doktrinde ödemede bulunan kefilin alacaklıya halef olması sonucu asıl borçluya karşı sahip olduğu hakka "kefilin dönme hakkı" (3) denilmesine rağmen, çoğunluk "kefilin rücu hakkı" (4) terimini kullanmaktadır. Kanımızca ödemede bulunan kefilin alacaklıya halef olmasının sonucu olarak asıl borçluya karşı sahip olduğu hakka "rücu hakkı" denilmesi daha isabetlidir. Nitekim yürürlükteki TBK'nun 496.m başlığındaki "Alacaklının haklarına halefiyet" terimi TBKT'nın 601.m ile "Kefilin rücu hakkı" olarak değiştirilmiştir. Bizce hukuken doğru olan ifade budur. Zira esas olan kefilin rücu hakkıdır, halefiyet rücu hakkını güçlendirmek için getirilmiş bir düzenlemedir.

Kefilin rücu hakkı tüm kefalet türlerinde mevcuttur. Örn: Kefile kefalette alacaklı kefile kefil tarafından tatmin edildiğinde, kefile kefil, asıl borçluya rücu edecektir (5).

3) Karahasan, sh. 1254

4) Yavuz, Borçlar, sh. 794-795; Kılıçoğlu, sh. 77; Hatemi/Serozan/Arpacı, sh.537; Olgaç, sh. 40; Tandoğan, Borç İlişkileri, sh. 586; Reisoğlu, Kefalet, sh. 213; Zevkliler, sh. 409; Şenyüz, sh. 273; Grassinger, Hukuki İlişki, sh. 398; Bilge, Borçlar, sh. 340

5) Grassinger, Hukuki İlişki, sh. 399; Kılıçoğlu, sh.79

II. RÜCU HAKKININ ŞARTLARI

1-Geçerli Bir Kefalet Sözleşmesinin Varlığı

Burada kefalet akdinin geçerliliğinin diğer borçlar hukuku akitlerinden farklı bir özelliği yoktur. Tarafların kefalet aktini kurma hususunda gerekli ehliyeti taşımaları, kefalet aktinin konusunun hukuka ve ahlaka aykırı olmaması, irade beyanlarının sıhhatli olması, aktin gerekli şekil şartına uygun olarak yapılması genel geçerlilik sebepleri olarak sayılabilir.

Kefilin alacaklıyı tatmine ederek onun haklarına halef olabilmesi için alacaklı ile kefil arasında geçerli bir kefalet sözleşmesinin varlığı şarttır (6).

Kanımızca aynı şart rücu için de geçerlidir. Ortada geçerli bir kefalet sözleşmesi yoksa alacaklıyı tatmin eden kefilin, alacaklının haklarına halef olması ve asıl borçluya rücu etmesi mümkün değildir.

Bu çerçevede kefalet akti fer'i bir borç olduğundan kefalet akti ile teminat altına alınmış asıl borcun geçerli olması gerekir. Zira kefalet aktinin geçerliliği bir asıl borcun varlığına bağlıdır. Bu husus TBK m. 485 c.1'de "kefalet ancak muteber bir borç hakkında cereyan eder" şeklinde ifade edilmiştir. Çünkü kefalet sözleşmesi fer'i bir alacaktır ve geçerliliği asıl bir borcun varlığına bağlıdır. Kefaletin bu fer'ilik ilkesi çoğu zaman onu benzer sözleşmelerden (Örn. garanti sözleşmesi) ayırt etmeye yarar. Bu nedenle kefalet akti ile teminat altına alınmış asıl borcun, herhangi bir sebeple geçersiz olması halinde kefalet akti de geçersiz olur. Kefalet sözleşmesi geçerli olarak doğması halinde, belirli bir sürenin geçmesi nedeniyle geçerliliğini kaybetmişse, alacaklıyı tatmin eden kefil, onun haklarına halef olarak asıl borçluya rücu edemez (7). Örn. kefil iki yıl için borcu taahhüt eder de, bu iki yılın bitiminden itibaren bir ay içerisinde alacaklı icraya

6) Vischer, sh. 32 (Kılıçoğlu, sh. 80'den nakil)

7) Reisoğlu, Rücu, sh. 497

veya mahkemeye müracaatla borçluyu takip etmezse veya takibine uzun süre ara verirse (TBK 393) kefalet sona erer. Eğer kefil kendisine üç yıl sonra müracaat eden alacaklıya ödemede bulunursa, artık kefil sıfatı ile hareket etmediğinden asıl borçluya karşı ancak iç ilişkiye göre müracaat edebilir, yoksa TBK 496.m'deki rücu imkanından faydalanamaz. Çünkü rücu için aranan şartlar alacaklının tatmin anına kadar devam etmelidir (8).

TBK m.485 c.2 gereğince şarta bağlı borçların da kefalet akti gereğince teminat altına alınması mümkündür. Geciktirici şarta bağlı kefalette, kefalet borcu sözleşmenin kurulması ile doğar, ancak şartın doğması ile hüküm ifade eder. Bu arada yani kefalet sözleşmesinin kurulması ile şartın gerçekleşmesi arasındaki dönemde kefalet sözleşmesi askıda kalır. Bozucu şarta bağlı kefalette ise, şartın gerçekleşmesiyle kefilin borcu da ortadan kalkar (9).

Asıl borcun eksik (=tabi) borç olması halinde ise bu borcun geçerli olarak kefalet altına alınıp alınmayacağı konusunu incelemek gerekir.

Zamanaşımına uğramış borçların kefalet sözleşmesi ile teminat alınmaları mümkündür (10). Asıl borç kefalet akti kurulduğu sırada zamanaşımına uğramış olabileceği gibi, kefalet aktinin kurulmasından sonra da zamanaşımına uğramış olabilir. Bu nedenle konuyu asıl borcun kefalet akti kurulmadan önce zamanaşımına uğraması ile ve kefalet akti kurulduktan sonra zamanaşımına uğraması olarak ikiye ayırmak gerekir.

Kefil asıl borcun zamanaşımına uğradığını bildiği halde, kefalet borcunu alacaklıya karşı yerine getireceğini kabul etmiş ise, aslında bu durumda kefalet akti değil, kefaletin şekil ve hükümlerine bağlı garanti akti var olacaktır. Zira aksinin kabulü kefalet akdinin fer'iliği ilkesine aykırı düşer. Bu durumda alacaklı ile kefil, kefalet sözleşmesini kurmayı istemekte ve bu düşünce ile hareket

8) Kılıçoğlu, sh. 80

9) Olgaç, sh. 16; Akkanat, sh. 280; Yavuz, Borçlar, sh. 770; Reisoğlu, Kefalet, sh. 17-28

10) Reisoğlu, Kefalet, sh. 19; Yavuz, Borçlar, sh. 771; Bilge, Borçlar, sh. 320

etmektedirler. Ancak teminat borcu altına girenin asıl borç zamanaşımına uğramış olsa bile yine alacaklıya karşı sorumlu kalacağı şeklindeki taahhüdü kefalet sözleşmesinin fer'ilik niteliği ile bağdaşmayacağından, TBK m.485/son c. anlamında kefalet sözleşmesi hükümlerine tabi garanti sözleşmesinin varlığı kabul edilmelidir (11). Bu konuda Reisoğlu (12), gerçek anlamda bir garanti sözleşmesinin varlığını kabul etmektedir. Kanımızca bu sonuç dürüstlük kurallarına uygundur. Bu nedenle hukukumuzda bir borcun zamanaşımına uğradığını bilerek kefil olan kişi, kefaletle ilişkin hükümler, özellikle şekle ve rücu ilişkin olanlar kıyas yoluyla dahi bu sözleşmeye uygulanamazlar. Bunun yanında mehz İsv.BK'nun m.502/I'e göre de, asıl borcun zamanaşımına uğramış olduğunu bilerek teminat borcu altına giren kimsenin sonradan zamanaşımı def'ini ileri süremeyeceği kabul edilmiştir. Zira teminat borcu altına giren bu durumu bilerek taahhütte bulunduğu, sonradan taahhüdünün mahiyetine aykırı düşecek şekilde zamanaşımı def'ine dayanamayacaktır (13). Dolayısıyla İsv.BK ile hukukumuzun paralel bir düzenleme gösterdiğini söylemek mümkündür.

Kefil asıl borcun zamanaşımına uğradığını bilmeden kefalet altına girmiş ise veya kefalet sözleşmesi kurulduktan sonra asıl borç zamanaşımına uğrarsa, zamanaşımı def'inde bulunabilir (14). Bu durumda halefiyet söz konusu olamayacağından, rücu imkanı da olmayacaktır. TBK m.62 c.2 zamanaşımına uğramış borcun ifası halinde iadesinin istenemeyeceğini belirtmektedir. Zamanaşımına uğramış borç mevcut bir borç olarak kalmakta devam edeceğinden bunun ifası alacaklı açısından sebepsiz zenginleşme olmayacaktır. Aynı düşünce ile zamanaşımı def'ini ileri sürmeden ifade bulunan kefil, alacaklıya karşı iade talebinde bulunamayacaktır. Bu halde kefilin asıl borçluya rücu hakkı TBK m.497/son gereği def'i hakkının varlığından kendi kusuru olmaksızın haberdar olmamasına bağlıdır (15).

11) Grassinger, Savunma, sh. 33; Tandoğan, Kefalet, sh. 23; Bilge, Borçlar, sh. 369

12) Reisoğlu, Kefalet, sh. 19

13) Grassinger, Savunma, sh. 33

14) Tandoğan, Borç İlişkileri, sh. 724; Reisoğlu, Kefalet, sh. 174

15) Grassinger, Savunma, sh. 35; Reisoğlu, Kefalet, sh. 174

Kumar, bahis borcu ve evlenme tellallığında ücret borcunun kefalet akti ile teminat altına alınıp alınamayacağı doktrinde tartışmalı olmakla birlikte çoğunluk görüşü tarafından bu tür borçların kefaletle teminat altına alınabileceği kabul edilmektedir (16). Ancak alacaklı kefile başvurduğunda kefil, fer'ilik prensibi gereği asıl borçludan daha ağır koşullarla sorumlu olamayacağından dava edilmezlik itirazını ileri sürecektir. Kefilin asıl borcun eksik borç olduğunu bilerek kefalet altına girmiş olması itiraz hakkından feragat ettiği anlamına gelmeyecektir. Üstelik böyle bir feragat geçersiz olacağından bu durumda garanti sözleşmesinin varlığı da düşünölemeyecektir. Zira alacaklı, alacağını teminat altına almak suretiyle TBK 504.m hükmünü dolanamayacaktır. İsv.BK'daki değişiklik sonucu kumar ve bahis borcunu tekeffül etmiş kefile, bu noksanlığı bilerek kefalet altına girmiş olsa bile asıl borçluya tanınmış savunma imkanını kullanma hakkı verilmiştir. Böylece neticede kumar ve bahis borcu için kefalet akdinin geçerli olduğu kabul edilmiş olmaktadır. Türk hukukunda ise İsv.BK'daki düzenlemeye benzer şekilde kumar ve evlenme tellallığı alacağına kefaletin geçerli olduğu, ancak kefilin dava edilmezlik itirazını alacaklıya karşı ileri sürebileceği savunulmaktadır. Kefilin dava edilmezlik itirazından feragati geçerli olmayacağı gibi, kefil, dava edilmezlik itirazında bulunmadan ifa edecek olursa, asıl borçluya karşı TBK 497.m gereğince rücu hakkını kaybedecektir (17). Kanaatimizce kumar, bahis ve evlenme tellallığı kefalet sözleşmesi ile teminat altına alınabilir. Ancak kefil ifade bulunduktan sonra alacaklıya halef olup, hiçbir halde borçluya rücu edemeyecektir. Zira kumar ve bahis borcunu bilerek ifade bulunan kefilin, asıl borçluya ait dava edilmezlik savunmasında bulunmaması rücu hakkının kaybına yol açacaktır. Keza kefilin kumar, bahis ve evlenme tellallığı ücretinin eksik borç olduğunu bilmeden ödemesi halinde bile asıl borçluya karşı rücu imkanı olmayacaktır; bu halde ancak koşulları varsa sebepsiz zenginleşmeye dayalı olarak iade istenebilecektir. Bu nedenle kumar, bahis ve evlenme tellallığı borcuna kefil olunabilir, ancak TBK 496.m'deki rücu imkânı bulunmamaktadır.

16) Tandoğan, Borç İlişkileri, sh. 725; Benkler, Max: Der Schutz des Bürgen nach schweizerischem Recht im vergleich zum deutschen und französischen Recht, Dissh., Basel, 1934, sh. 25; Schönerberger, Wilhelm: Kommentar zum Obligationenrecht, Bd. V. 3 Teil, Art. 419-529, 2.Aufl., Zürich, 1945, sh. 33-34 (Grassinger, sh. 66'dan nakil)

17) Grassinger, Savunma, sh. 67; Reisoğlu, Kefalet, sh. 175-175; Tandoğan, Borç İlişkileri, sh. 724-725

a) Kefalet Sözleşmesi Konusunun Hukuka ve Ahlaka Aykırı Olmaması:

Kefalet sözleşmesi konusunun hukuka ve ahlaka aykırı olması halinde sözleşme geçersizlik sebebidir. (TBK m.19 ve 20).

Kefalet sözleşmesi konusunun hukuka aykırı olması ile ifade edilmek istenen sözleşme konusunun emredici hukuk kurallarına aykırı olmaması, kamu düzenine, şahsiyet haklarına aykırı olmamasıdır. Ahlaka aykırı olmaması ise sözleşmenin ahlaka aykırı bir amaca yönelmemesi ve sözleşme ile hedeflenen amacın ahlaka aykırı olmaması gerekir.

Kefilin, kefalet akti ile üstlendiği yükümlüğün, kendi iktisadi ve şahsi özgürlüğünü kısıtlayamaması bir yandan hiç kimsenin özgürlüğünü ahlaka aykırı olarak kısıtlamayacağı prensibinden, diğer yandan TBK 20.m'deki akdin konusunun ahlaka aykırı olmaması prensibinden kaynaklanmaktadır (18).

Kefilin üstlenmiş olduğu yükümlülüğü, mali olanaklarının elvermemesi sebebi ile yerine getiremeyecek olması ahlaka aykırılık için tek başına yeterli sebep değildir (19). Alacaklının, asıl borçlunun bu alacağa olan ihtiyacını ve kefil ile asıl borçlu arasındaki ilişkiyi istismar ederek, kefil çok ağır bir yükümlülük altına sokması halinde ahlaka aykırılık söz konusu olacaktır. Maddi imkânı olmadığı halde, asıl borçlunun zor durumda olduğunu ve kurtuluş yolunun da ancak alacaklının vereceği kredi alacağına olduğunu görerek kefalet altına giren kefilin, kendi gücünün çok üzerinde sorumluluk altına girerek kefalet sözleşmesini imzalaması alacaklının kefilin bu durumundan faydalandığını gösterir (20). Bu konudaki kriter, alacaklının önceden kefilin kazancı ve gelir durumu sebebi ile kefalet yükümlüğünü yerine getiremeyecek olmasını açıkça öngörebileceği halde,

18) Hatemi, sh. 154

19) Medicus, Dieter: Grenzen der Haftung für culpa in contrahendo JuS 1965, 209 vd. (Grassinger, sh. 69'dan nakil)

20) Reinicke Dietrich/Tiedke Klaus: Die Haftung des Blankettgebers aus dem abredewidrig ausgefüllten Blankett im Bürgerlichen Recht, JZ 1984, 550 vd. (Grassinger, sh. 70'den nakil)

makul bir sebep olmaksızın kefalet sözleşmesini kurması halinde ahlaka aykırılık söz konusu olacaktır.

Kefalet sözleşmesinin kanuna ve ahlaka aykırı olması sebebiyle sözleşme kendiliğinden geçersiz olur ve rücu imkanı doğmaz. Buna karşılık doktrinde Hatemi (21), TBK 20.m gereğince kesin hükümsüzlük yaptırımını her zaman, her şart altında uygulanmasını kabul etmez, ahlaka aykırı kaydın belli bir oranda indirilmesini öngörür.

b) Kefilin Kefalet Sözleşmesini Kurma Konusunda Gerekli Ehliyet Şartına Sahip Olması:

Kefalet sözleşmesinin geçerli olabilmesi için kanunun aradığı ehliyet şartını taşıması gereklidir. Aksi takdirde geçersiz olur.

Tam ehliyetliler diğer sözleşmeler gibi kefalet sözleşmesini akdedebilirler.

Sınırlı ehliyetsizler (ayırım gücüne sahip küçük ve kısıtlılar), ne bizzat ne de kanuni temsilcileri vasıtasıyla kefalet sözleşmesi kuramazlar. Bu yasağa rağmen şayet kefalet sözleşmesi kurulmuş ise yapılan kefalet sözleşmesi gerekli ehliyet şartını taşımaması sebebiyle geçersizdir. Ancak TMK m.453'e göre sınırlı ehliyetsiz, bir meslek veya sanatın yürütülmesi için izin verildiği durumlarda, bununla ilgili her türlü olağan işleri yapmaya yetkili olduğundan, meslek veya sanatın yürütülmesi ile ilgili olarak kefaleti yapabileceği kabul edilmelidir (22).

TMK m.429 b.9'a göre yasal danışmanı bulunan sınırlı ehliyetliler kefalet sözleşmesini bizzat yapamayacaklarsa da, yasal danışmanın onayı ile kefalet sözleşmesini kurabilirler. Yasal danışmanın izni olmaksızın yapılan hukuki işlemin akıbeti, sınırlı ehliyetsizin kanuni temsilcisinin iznini almadan borçlandırıcı işlem

21) Hatemi, sh. 218

22) Yavuz, Borçlar, sh. 771; Reisoğlu, Kefalet, sh. 30; Olgaç, sh. 127

yapmasında olduğu gibidir. Bu sebeple yasal temsilcinin izni olmadığı için geçerli olmayan kefalet akti, yasal temsilcinin sonradan vereceği ya da kefalet altına girenin kısıtlılık halinin kalkması üzerine bizzat vereceği icazet ile geçerlilik kazanır.

Eski TMK 169.m gereğince evli bir kadının kocası lehine kefil olabilmesi için mutlaka sulh hâkiminin onayına/iznine ihtiyaç vardı. Aksi takdirde kefalet akdi geçersiz olurdu. Ancak yeni TMK 193.m'sine göre "kanunda aksine hüküm bulunmadıkça, eşlerden her biri diğeri veya üçüncü kişilerle her türlü hukuki işlemi yapabilir" denilmektedir. Bu nedenle eşler açısından tam bir hukuki işlem serbestisi egemendir ve bu esas, eşlerden birinin diğeriyle ve üçüncü kişilerle her türlü hukuki işlemi yapabileceğini ifade eder. Yani bugün için artık kadın, kocasının bir borcu için kefil olurken, kefaletin geçerliliği için mahkemeden izin veya onay almasına gerek bulunmamaktadır. Halbuki İsviçre hukukunda eşlerden birinin kefaleti OR Art. 494'de getirilen özel bir düzenleme ile diğeri eşin yazılı iznine tabi kılınmıştır. İsviçre'deki bu düzenleme lâfzındaki bazı küçük farklılıklar bir tarafa, temelde hemen hemen aynen TBKT'na alınmıştır (TBKT 589). Buna göre, eşlerden biri Mahkemece verilmiş ayrılık kararı olmadıkça veya yasal olarak ayrı yaşama hakkı doğmadıkça, ancak diğeri eşin en geç kefaletin kuruluşu esnasında vereceği yazılı izinle kefil olabilir. Eşin izni alınmaksızın imzalanan kefalet sözleşmesine diğeri eşin sonradan icazet vermesi yolu kapalı tutulduğundan, bu iznin alınmaması kefalet sözleşmesinin "noksan" değil, "kesin hükümsüz" sayılmasına yol açacaktır (23). Tasarıdaki bu düzenleme yenidir ve TMK'la getirilen eşler arası yeni hukuki işlem rejiminin ruhuna ve temel felsefesine uygundur.

Kendisine konkordato mehli verilmiş borçlu, bu sürenin ilanından itibaren kefalet sözleşmesi ile yükümlölük altına giremez (İİK 290.m). Bu süre içinde borçlunun kefalet sözleşmesi kurma ehliyeti yoktur. Buna rağmen kefalet sözleşmesinin kurulması sözleşmeyi geçersiz kılar. Konkordato talebinin

23) Altop, sh. 98; Kaneti, sh. 194; Arpacı/Hatemi/Acar/Sağlam, sh. 3692; Barlas, Kefalet, sh. 54

reddolunması halinde bile bu hükme aykırı olarak kurulmuş fakat geçersiz olan kefalet sözleşmesine geçerlilik kazandırmayacaktır (24).

Özel hukuk tüzel kişileri nitelikleri itibarıyla sadece özel hukuk gerçek kişilerine ait olan bazı haklar dışında tüm hakları iktisap edip, borç altına girebilirler. TMK'nun fiil ehliyetine ilişkin hükümleri sadece medeni hukuk tüzel kişilerine değil, ticaret hukukunun tüzel kişi sıfatına haiz ticaret ortaklarına da uygulanır. Ancak gerek medeni hukuk tüzel kişilerinin gerekse ticaret ortaklarının, kuruluş senedi, tüzükleri ya da ana sözleşmelerinde açıkça kefalet sözleşmesinin kurulabileceği belirtilmiş ise bu tüzel kişilerin kefalet sözleşmesini kurabileceği kabul edilmelidir. Burada ticaret ortaklıkları bakımından akla gelen soru kefaletin ana sözleşmede bulunması yanında, acaba işletme konusuna girmesi gerekir mi? Doktrinde ticari ortaklığın faaliyet konusu ile ilgili muamelelerde ve tüzel kişiliğin amacını gerçekleştirmek üzere kefalet sözleşmesini kurabileceği kabul edilmektedir (25). Kanımızca ticaret ortaklıklarında ultra vires kuralı geçerli olduğundan, sadece iştigal alanlarına giren konularda faaliyet gösterebilirler. İştigal alanı ise şirket amaç ve mevzuunu gerçekleştirmek için oluşturulmuş ana sözleşmedir. Bu nedenle ana sözleşmelerinde kefillikle ilgili hüküm varsa kefalet sözleşmesi kefalet kurulabilir.

c) Kefilin İradesinin Sakatlanmamış Olması:

Kefalet sözleşmesinin geçerlilik şartlarından birisi de kefilin iradesinin iradesini bozan sebeplerden biri ile sakatlanmamış olmasıdır. Kefilin kefalet sözleşmesini kurma konusundaki iradesinin, hata, hile ya da ikrah sebeplerinden birisi ile sakatlanmış olması halinde, hatada ve hile de durumu öğrenmesinden itibaren, ikrahta korkunun geçmesinden itibaren bir yıl içinde kefalet sözleşmesini iptal edebilecektir (TBK 31.m).

24) Reisoğlu, Kefalet, sh. 28; Grassinger, Savunma, sh. 77; Tandoğan, Kefalet, sh. 29

25) Yavuz, Borçlar, sh. 772; Reisoğlu, Kefalet, sh. 22-23

aa) Hata: Kefilin saikte hataya düşmesi kural olarak kefalet sözleşmesinin geçerliliğini etkilemeyecektir (TBK m.24/II). Saik hatası ancak esaslı bir hal almış ise ancak sözleşmenin iptaline karar verilebilecektir (TBK m.24/1 b.4). Bunun için ilk şart kefil kefalet sözleşmesini kurmaya sevk eden düşüncesinin, sözleşmesinin kurulması açısından belirleyici, esaslı unsur olmasıdır. Öyle ki kefil, sözleşme yapılırken gerçeği bilmiş olsaydı kefalet sözleşmesini hiç veya bu şartlarla kurmayacak olması gereklidir. Bu esaslı hatanın sübjektif unsurudur. İkinci şart ise iş hayatındaki dürüstlük kuralları hataya düşülen hususun kefalet sözleşmesinin geçerliliğini etkilemesini haklı göstermesi ve alacaklı tarafından da kefilin bu düşüncesinin etkisi altında kefalet sözleşmesini yaptığını bilinmesi veya bilinebilecek olmasıdır. Diğer ifade ile dürüstlük kurallarına göre alacaklı tarafından bilinmesi gerekmektedir. İyi niyet prensibine dayanan bu durum esaslı hatanın objektif unsurudur. Üçüncü şart ise hata edilen saikin, esaslı bir önem taşıdığı sözleşme kurulurken diğer tarafça bilinmeli veya bilinmesi gerekmektedir. Diğer bir ifade ile yanlışlıkla "mevcut sayılan" fiili durum, taraflarca sözleşmenin temeli olarak kabul edilmelidir (26).

Kefalet sözleşmelerinde kefilin, asıl borçlunun kimliğinde, yaptığı sözleşmenin veya asıl borcun niteliğinde yanılması genellikle TBK m.24 anlamında esaslı bir hata teşkil edebilir. Aynı şekilde yalnız doğacak borçlar için kefil olduğunu sanan bir kişinin mevcut borçlara da kefil olduğu ileri sürülürse, o da esaslı hata iddiasında bulunabilir. Ancak İsv. BK m.499 f.3, kefaletin kural olarak ileri ki borçlar için olduğu hususunda bir karine öngörmektedir ve bu hüküm çerçevesinde kefilin bu duruma ilişkin olarak esaslı hataya dayanması imkânsız olmaktadır (27).

Türk hukuku açısından asıl borçlunun ya da birlikte olduğu kimselerin ödeme gücünde, başka teminatların varlığı konusunda yanılması gibi durumlar, saik hatası niteliği taşıdığı için ancak TBK m.24, f.4'deki şartların gerçekleşmesi

26) Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, sh. 430 vd.; Grassinger, Savunma, sh. 82

27) Yavuz, Borçlar, sh. 772

ile göz önünde tutulabilecektir. Ancak İsv.BK m.510/I'e getirilen hüküm ile kefile bu sebebe dayanak kefalet sözleşmesinden dönme hakkı tanınmıştır. Buna göre ileride doğması beklenen bir alacağın kefalet altına alınması halinde, bu alacak henüz doğmadan evvel, eğer asıl borçlunun malvarlığı, kefalet sözleşmesinin kurulmasından sonra önemli ölçüde kötüleşmiş ise ya da kefil, kefalet sözleşmesi kurulduktan sonra, asıl borçlunun kefalet sözleşmesi kurulduğu sıradaki mali durumunun, düşündüğünden daha kötü olduğunu anlarsa her zaman, alacaklıya yapacağı yazılı bildirim ile kefalet sözleşmesinden dönebilecektir (28). Kanımızca İsv. BK'daki düzenlemenin benzer düzenlemesi TBK m.503 b.3'da bulunmaktadır. Buradaki düzenlemeye göre asıl borçlunun mali durumu bozulur veya kefil, kefaleti kabul ettiği zamana göre daha çok tehlike ile karşı karşıya kalırsa kefil, borçludan güvence kendisine verilmesini veya borçtan kurtarılmasını talep edebilir. Kanun kefilin kefaletten ne şekilde kurtarılacağını tayin etmemiştir. O halde duruma göre bu hususun tayin ve tespiti işi asıl borçluya aittir. Mesela borçlu borcu ödemek veya alacaklının kefilini ibra etmesini sağlamak gibi yollara başvurabilir.

Kefil açısından asıl borçlunun şahsı büyük önem taşıdığından, onun şahsında hataya düşülmesi halinde kefalet sözleşmesi ile bağlı olmadığını ileri sürebilecektir. Buna karşın alacaklının şahsı kural olarak kefil için fazla önem taşımadığından (29), alacaklının şahsında hataya düşülmesi kural olarak kefalet sözleşmesinin geçersizliğine yol açmayacaktır (30).

Kefil kefalet ile teminat altına almış olduğu asıl borcun kapsamında da hataya düşebilir. Özellikle cari hesap ya da kredi ilişkisinden doğan borçlara kefalette, kefalet senedinde kullanılmış ibarelerden açıkça anlaşılmadığı takdirde kefilin mevcut borç için mi, yoksa müstakbel bir borç için tekeffül altına girdiği sorunu ortaya çıkacaktır.

28) Guhl, Theo: Die Schutzmittel des Bürgen gegenüber im Rahmen des Bürgschaftsvertrages, NJW 1988, 3187 vd. (Grassinger, sh. 83'den nakil); Bilge, Borçlar, sh. 340

29) Reisoğlu, sh. 35'de "bu kuralın istisnası alacaklının mukabil edimi karşılığı kefalet altına girdiği ivazlı kefaletler ile alacaklının menfaati dikkate alınarak üstlenilmiş kefaletlerdir" demektedir.

30) Reisoğlu, Kefalet, sh. 35; Yavuz, Kefalet, sh. 26

Kefil, ne sözleşmenin kuruluş aşamasındaki görüşmelerden, ne de kefalet senedindeki ibareden asıl borçlunun alacaklıya karşı daha evvelden de mevcut borcu olduğunu ve bu borcunu da tekeffül ettiğini bilmiyorsa TBK m.24/1 b.4 gereği esaslı hataya dayanabilir. Keza alacaklının kefilin hatalı düşüncede olduğunu bilmesi ve gerçeği bilse idi kefalet sözleşmesini kurmayacak olduğunu anlamasına ve anlayabilecek olmasına rağmen gerçeği açıklamaması halinde, kefil hile hükümlerine de başvurabilecektir (31).

Buna karşılık kefalet senedinde açıkça kefilin o anda doğmuş olan ya da "açılmış ve açılacak krediler için" tekeffül altına girmiş olduğu belirtiliyorsa ve alacaklı kefilde, sadece doğacak borçları tekeffül altına aldığı yolunda hatalı kanaatin uyanmasına sebep olmamış ise, kefilin hem kefalet sözleşmesinden evvel mevcut, hem de kefalet sözleşmesinin kurulmasından sonra doğacak borçlar için kefalet altına girdiği kabul edilecektir (32). Bunun dışında taraflar kefalet sözleşmesinde hem mevcut hem de doğacak borçlar için kefilin sorumlu olacağını kararlaştırabilirler. Burada önemli olan kefilin mevcut veya gelecekteki borcun varlığını bilmesi ve bu borç altına girmeyi istemesidir.

Kefilin asıl borçlunun mevcut borcu için mi, yoksa ileride doğacak borcu için mi kefalet altına girildiği konusunda tereddüt edilirse, kefilin ileride doğacak borç için kefalet altına girdiği kabul edilmelidir (33). Bu duruma göre kefilin esaslı hataya düşmesi imkansız görünmektedir. Zira İsv. BK 499.m 3.f'da kefaletin kural olarak ilerideki borçlar için olduğu konusunda karine öngördüğü gibi, kefalet alacaklının asıl borçluya sağlayacağı krediyi teminat altına almak istemesinden kaynaklanmaktadır.

31) Gut, Gottlieb: Die Wirkungen der Solidarbürgschaft im Verhältnis des Gläubigers zum Bürgen nach neuem Recht, Dissh., Bern, 1941, Nr. 41-41 (Grassinger, sh. 84-84'den nakil)

32) Reisoğlu, Kefalet, sh. 14; Grassinger, Savunma, sh. 85; Yavuz, Kefalet, sh. 27

33) Yavuz, Kefalet, sh. 27

Kefil alacağı temin eden rehinlerin varlığını göz önünde tutarak kefil olursa ve ancak sonradan bu rehinlerin geçerli olarak kurulmadıkları ortaya çıkarsa, acaba kefil hataya düştüğünü iddia ederek borcundan kurtulabilecek midir? TBK 488.m son f.de "kefaletin, aynı borca diğer kimselerin de kefalet etmesi şartıyla vaki olduğuna alacaklının vukufu bulunduğu kabule mahal olan hallerde, bu şart tahakkuk etmezse kefil mesuliyetten ber'i olur" denilmektedir. Bu f'da kanun koyucu açık olarak kefilin saikini itibar ermiş ve ona hukuki sonuçlar bağlamıştır.

Kefilin hataya düştüğünü alacaklıya bildirmesi üzerine, alacaklı TBK m.25 f.2 uyarınca, sözleşmenin onun istediği tarzda hüküm ifade etmesini kabul ederse, artık kefil sözleşme ile bağlı olmadığını ileri süremez (34). Böylece kefil sözleşmeyle bağlı hale gelir. TBK m.26 gereği kefil kendi kusuru ile hataya düşmüş ise sözleşmenin iptal edilmesinden dolayı alacaklının zararının tazmin edecektir. Eğer alacaklı kefilin hataya düştüğünü biliyor veya bilmesi gerekiyor ise, kefilin tazminat yükümlülüğü olmaz.

bb) Hile: Alacaklının, kefil, kefalet sözleşmesinin yapılmasını sağlamak için onu kasten (bilerek) yanıltmasıdır. Hile ne tarza olursa olsun, kasta dayanmalıdır (35). Sözlerinin veya davranışlarının kefilde yanlış bir kanaat uyandırabileceğini bilmeyen veya fark etmeyen alacaklı, hile yapılmış sayılmaz.

Kefil hileye düşürülme dahi yine aynı şartlarla kefalet sözleşmesini kuracağı kabul edildiğinde artık hileden söz edilemeyecektir.

Alacaklının veya onun bildiği veya bilmesi gereken hallerde üçüncü şahsın hilesi sonucu kefalet sözleşmesini kuran kefil, bu durumu öğrendiği tarihten itibaren bir yıl içinde sözleşmeyi iptal edebilir (TBK m.31). Bu konudaki temel sorun, alacaklının dürüstlük kuralı gereğince ne ölçüde kefil, özellikle de borçlunun mali durumu ve ödeme gücü hakkında aydınlatmak zorunda

34) Reisoğlu, Kefalet, sh. 36; Yavuz, Kefalet, sh. 27; Grassinger, Savunma, sh. 87

35) Tekinay/Akman/Borcuoğlu/Altop, sh. 447

olduğudur. Kefalet sözleşmesinde kural olarak alacaklının kendiliğinden asıl borçlu veya onun mali durumu hakkında kefil aydınlatma hususunda genel bir yükümü bulunmamaktadır. Bunları bizzat kefil araştırmakla yükümlüdür (36). Bununla beraber, alacaklının kefilin sorması üzerine veya kendiliğinden açıklamada bulunması yahut kefilin gerçeği bilmiş olsaydı kefalet sözleşmesini yapmayacağını bildiği hallerde açıklamada bulunması zorunludur (37).

Kefilin hatalı düşünceye sahip olması, onun kefalet sözleşmesi ya da genel olarak iş hayatındaki tecrübesizliğinden kaynaklanıyorsa alacaklının hiçbir şekilde açıklama yapma yükümlüğü yoktur. Alacaklının, kefilin gerçeği bilmiş olsaydı kefalet sözleşmesini yapmayacak olduğunu bilmesi veya bilebilecek durumda olması ancak "hile" kasdı var ise bu sonucu değiştirecektir. Buna karşılık kefilin hatalı düşünceye sahip olması, kefalet sözleşmesi ile üstlendiği yükümlülüğün mahiyetini kavrayamamasından değil de, mevcut durum hakkındaki yanlış tasavvurundan kaynaklanıyorsa, örneğin adi kredi ilişkisi için tekeffül ettiğini sanarken, inşaat kredisi için kefil oluyor ve alacaklı kefilin gerçek durumu bilmediğini, gerçeği bilmiş olsa idi kefalet sözleşmesini kurmayacağını biliyor veya bilmesi gerekiyorsa, açıklama yapma yükümlülüğü var olacaktır (38). Diğer bir ifade ile kefile bu durum hakkında açıklamada bulunmadığı taktirde hilesi söz konusu olacaktır. Zira dürüstlük kuralına göre kefile açıklamada bulunma yükümlülüğünün amacı, kefilin hataya düşürmekten korumaktır. Alacaklının, kefilin hatalı düşüncede olup, onun gerçeği bilmiş olsaydı, onun kefalet sözleşmesini kurmayacağını anlayabildiği halde açıklamada bulunmaması hile kastının varlığına delildir. Zira o bu davranışı ile kefilin hatalı düşüncesini kendi menfaatine kullanmış ve onun hileye düşürme kastı ile hareket etmiştir.

Ancak alacaklının banka, müşterinin ise kefil olarak olduğu borç ilişkilerinde; alacaklının açıklama yükümlülüğü daha hassaslaşır ve ağırlaşır. Bu

36) Reisoğlu, Kefalet, sh. 36; Grassinger, Savunma, sh. 88

37) Scyboz, G: Le contrat de garantie et le cautionnement, Fribourg, 1979 (Aral, sh. 450'den nakil)

38) Grassinger, Savunma, sh. 91

durumda kefilin aydınlatılma hakkı, bankanın sır saklama prensibinden önce gelir (39). Zira burada menfaatler dengesi ve güven prensibi bunu gerektirir. Bu sebeple alacaklı eğer asıl borçlunun ödeme imkânı ve düşebileceği ekonomik sıkıntılardan haberi var ise bunları kefile bildirmelidir.

Asıl borçlu da kefil, kefalet sözleşmesinin kurulması için yanıltmış olabilir. Asıl borçlunun hilesinin kefalet sözleşmesinin iptaline yol açabilmesi için, alacaklının, asıl borçlunun hilesini bilmesi ya da bilebilecek durumda olması gereklidir. Zira her ne kadar asıl borçlu alacaklının arzusu ile kefil bulmuş ise de ve alacaklı ile asıl borçlunun menfaatleri kefalet sözleşmesinin kurulması yönünde olmalarına rağmen alacaklı asıl borçluyu bu konuda yetkilendirmiş olmadıkça o alacaklının temsilcisi durumunda değildir. Asıl borçlu alacaklı açısından üçüncü şahıs sayılır (40). Aksi durumda yani asıl borçlu, kefalet sözleşmesinin kurulmasında alacaklının temsilcisi olarak hareket etmiş ise artık üçüncü şahıs sayılmayacaktır (41). Demek ki kefalet sözleşmesi gerek kefil, gerekse alacaklı tarafından temsilci vasıtasıyla yapılabilir. Ancak kefalet sözleşmesinde kefilin şahsi niteliklerinin önemi dolayısıyla dolaylı temsilci aracılığı ile bu muameleyi yapmaması gerekir. Gerçi bunda sakınca yoktur, zira hukukumuzda kefalet sözleşmesinin yapılması için özel yetki arayan normatif bir hüküm olmadığı gibi, TBK m. 388’de sayılan özel yetkiyi gerektiren haller arasında kefalet yer almamaktadır. Bu itibarla her somut olayda kefalet sözleşmesinin genel vekâletname ile yapılmasının vekalet veren için olağanüstü bir işlem olup olmadığına bakılmalı ve bunun mutad dışı bir işlem olduğu sonucuna varılırsa özel yetki aranmalıdır (42). Zira genel vekâletname veren kişilerin çoğu defa kendi adlarına kefil olunacağını düşünemedikleri için, böyle bir kefalet onlar için büyük bir sürpriz teşkil etmemelidir.

39) Canaris Claus Wilhelm: HGB §§352-372, 3.Bd., 2.Halbbd., 3.Aufl., Berlin-New York, 1978, N.113 (Grassinger, sh. 93’den nakil)

40) Giovanoli, Silvio: Obligationenrecht, Bd. VI, 2.Abt., 7. Teilbd. Art. 492-515, 2. Aufl., Bern, 1978, N.66 (Grassinger, sh. 94’den nakil)

41) Reisoğlu, Kefalet, sh. 38

42) Yavuz, Kefalet, sh. 27; Reisoğlu, Kefalet, sh. 42

cc) İkraha: Burada kefilin korkutularak kefalet sözleşmesi yapılması söz konusudur. Kefilin, kefalet sözleşmesi kurulması için, bizzat kendisi ya da yakınlarından birinin hayatı, şahsı, namusu, malvarlığına karşı ağır ve derhal gerçekleşecek tehdide maruz kalması ve korkunun etkisi altında kefalet sözleşmesini kurması halinde, korkunun etkisinin geçmesinden itibaren 1 yıl içinde kefalet sözleşmesi ile bağlı olmadığını ileri sürebilecektir (TBK 29.m ve 31.m).

İkraha, kefalet sözleşmesinin iptaline yol açabilmesi için alacaklı ya da üçüncü şahıs tarafından yapılmasının bir önemi olmadığı gibi, alacaklının üçüncü şahıs tarafından yapılmış tehditten haberdar olmasının önemi yoktur (TBK 29.m)

İkraha'nın hükümsüzlük sebebi olabilmesi için ilkin kefilin tehdit eden bir fiil veya ihmal olmalıdır. İkinci olarak kefil kendisinin veya yakınlarından birinin kötü bir akıbetle uğrayacağından korkmuş olmalıdır. Üçüncü olarak korku esaslı ve haksız olmalıdır. Dördüncü olarak korku eylemi ile kefilin kefalet sözleşmesini yapması arasında uygun illiyet bağı bulunmalıdır (43). Burada maddi zorlamalar ikraha'nın dışında kalır. Zira ikrahtaki zorlama maddi değil, manevidir. Neticede ikrahta sakat da olsa kefilin iradesi vardır, ancak baskı altında olduğundan sağlıklı değildir. Bu nedenle kefalet sözleşmesi geçersizdir.

Alacaklının kefilin kefalet altına girmeye zorlaması, onu ya da yakınlarını hukuka aykırı eylemde bulunacağı tehdidi ile korkutması şeklinde olacağı gibi, bu kimselere karşı kanunen sahip olduğu hakkı kullanacağı tehdidi ile de gerçekleşebilir (44). Ancak bu tür, hukuki yetkinin kullanılmasının ikraha oluşturabilmesi için TBK m.30 f.2'deki şartların gerçekleşmesi gerekir. Buna göre TBK m.30 f.2'ye göre "bir hakkın veya kanuni selahiyetin isteneceği ve kullanılacağı tehdidi ile müzayakaya düşen kimsenin yaptığı akit, tehdit eden için fahiş menfaatler temin etmiyorsa; bu tehdit, ikraha muteber addolunmaz.

43) Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, sh. 449 vd.

44) Grassinger, Savunma, sh. 95

Fakat fahiş menfaatler istihsalı için tehdit olunan tarafın müzayaka halinde bulunmasından istifade olunmuş olursa bu korku nazara alınır” denilmektedir.

Söz konusu madde hükmü gereğince alacaklının, asıl borçlunun yakını durumundaki kimseye, asıl borçlu için kefil olmadığı takdirde, borçlunun istediği krediyi alamayacağını belirtmesi, kefilin asıl borçlu ile olan yakın ilişkisini istismar ederek, bu şekilde kefil psikolojik baskı altına sokacak ise ikrah oluşturmaktadır. Buna karşılık alacaklının kefile, kefil olmadığı takdirde asıl borçluya karşı hukuki takibe geçeceğini diğer bir ifade ile yasal işlemler yapacağını belirtmesi veya ihtar etmesi ikrah değildir (45). Zira bu durum hakkın icrası kapsamında değerlendirilmelidir. Alacaklı yasal yolla müracaat etmekle hakkı olandan fazlasını almış olmayacaktır.

Alacaklının kefil olmasını istediği kimseyi ya da bu kimsenin yakınlarının, kefalet sözleşmesi kurulmadığı takdirde, kendisine olan borçları için kanuni yollara başvurarak takip edeceğini bildirmesi ikrah olacaktır. Zira artık alacaklı sahip olduğu hukuki imkânı kendi menfaatleri için ve hukuken caiz olmayacak şekilde baskı aracı olarak kullanmaktadır (46). Bunun da hukuka uygunluk sebebi olması mümkün değildir.

Alacaklının asıl borçlunun kendisine karşı haksız fiil sebebi ile zarar vermesi halinde, asıl borçluya, verdiği zararın tazmini için kefil bulmadığı takdirde hakkında cezai ihbarda bulunacağını bildirmesi ikrah sayılmaz. Buna mukabil alacaklının, asıl borçlunun yakınına asıl borçlu için kefil olmazsa cezai ihbarda bulunacağını bildirmesi ikrah sayılacaktır (47). Çünkü birinci halde alacaklının alacağını teminat altına alma amacı vardır, hâlbuki ikinci durumda alacaklının alacağını teminat altına alma amacı hukuka aykırı olarak kefil baskı altına almaya yönelmiştir. Baskı altına alınmış bir irade sakatlanmış olacağından, buna

45) Grassinger, Savunma, sh. 96; Reisoğlu, Kefalet, sh. 39

46) Grassinger, Savunma, sh. 96

47) Reichel, Hans, Zum Bürgschaftsrecht, Betrügliche, Erschleichung der Bürgschaft, SJZ 17, 178 vd. (Grassinger, sh. 97'den nakil)

dayalı kurulan kefalet sözleşmesinin geçerli olduğu zaten kabul edilemez. Neticede ikraha dayalı olarak yapılan bir kefalet sözleşmesi geçersiz olacağından, buna dayalı olarak ödemede bulunan kefilin asıl borçluya rücu etme imkânı yoktur.

2- Kefalet Sözleşmesinin Geçerliliği İçin Gerekli Olan Şekil Şartına Uyulmuş Olması ve Kefilin Sorumlu Olduğu Meblağın Gösterilmiş Olması

a) Kefalet Sözleşmesinin Geçerliliği İçin Gerekli Olan Şekil Şartı

TBK m.484'e göre "kefaletin sıhhati, tahriri şekle riayet etmeğe ve kefilin mes'ul olacağı muayyen bir miktar iraesine mütevakıftır" denilmektedir. Demek ki kefalet sözleşmesinin geçerliliği yazılı şekilde yapılmış olması ve kefilin sorumlu olacağı meblağın sözleşmede gösterilmiş olmasına bağlıdır.

Kanunun öngördüğü bu şekil şartı, genelde karşılıksız, çoğunlukla hatır için yükümlülük altına giren ve nasıl olsa borçlunun borcunu ödeyeceği düşüncesiyle üstlendiği tehlikenin önemini çoğu kez fark etmeyen kefil daha iyi düşünmeye sevk etmek ve yüklendiği tehlikenin kapsamı hususunda onu uyarmak amacı gütmektedir (48). Esasen hukukumuzdaki bütün şekil şartlarının amacı ilgisini daha iyi düşünmeye sevk etmek ve bu şekilde onu korumaktır. Bu nedenle kefalet sözleşmesinde kefil korumak amacıyla getirilmiş olan bu düzenleme son derece normaldir.

Burada söz konusu olan şekil, ispat şekli olmayıp sıhhat şeklidir. Zira kefalet sözleşmesi için yazılı şekli düzenleyen TBK m.484 hükmü emredici olduğu gibi, aynı zamanda TBK m.11, f.2 gereğince de bu yazılı şekle uyulmadan yapılan kefalet sözleşmesi geçersizdir. O halde bu şekle uyulmadan yapılan kefalet sözleşmesi kesin hükümsüzdür. Hakim, taraflardan birinin şekil noksanını ileri

48) Reisoğlu, Kefalet, sh. 43; Yavuz, Kefalet, sh. 27; Tandoğan, Kefalet, sh. 37; Bilge, Borçlar, sh. 322; Karahasan, sh. 1216; Barlas, Kefalet, sh. 45; Yördem, sh. 80, Grassinger, Savunma, sh. 98

sürmesini beklemeksizin, re'sen kefaletin yapıp yapılmadığını araştırmak durumundadır (49). Kefilin şekil noksanlığı taşıyan kefalette dayanarak ödemede bulunması, kefaleti geçerli hale sokmaz. Geçerli bir kefaletin var olduğu zannıyla ödemede bulunan kefil, verdiği iadesini, sebepsiz zenginleşme kurallarına göre isteyebilecektir. Kefilin ödemede bulunması, verdiği iadesini istemesinin dürüstlük kuralına aykırı olacağı şeklinde bir iddiayı da haklı kılmaz. Buna karşılık kefilin, kefaletin geçersizliğini bilerek ödemede bulunması, bir elden bağışlama oluşturur ve verilen şeyin iadesi istenemez (50). Kefalette şeklin bir ispat şekli olmayıp geçerlilik şekli olmasının bir sonucu da, kanunun aradığı şekilde düzenlenmiş bir kefalet senedinin kaybolmasına veya imha edilmesine rağmen, kefaletin geçerli olarak varlığını sürdürmesidir; bu hususun ispatı usul hükümlerine göre olacaktır. Kefilin mahkemede kefalet borcunu ikrar etmesi, kefaletin şekle aykırılık sebebiyle geçersizliğini ortadan kaldırmaz; bir kimseyle kefil olup olmadığı konusunda yemin teklif edilmeyeceği gibi şekle uygun olarak yapılmamış bir kefalet taahhüdünün varlığı için de tanık dinlenemez (51).

Kefaletin yazılı şekli konusunda Borçlar Kanunu Tasarısı köklü değişiklikler getirmektedir. TBKT'nın 583. m. 1.c'de adi yazılı şekil şartı ve kefalet limitinin gösterilmesi zorunluluğu aynen korunmuş; fakat 2.c'de bugünkü metinde yer almayan ek bir özellik getirilmiştir (52). Bu konudaki çalışmalar esnasında kefil korumak için kefalet sözleşmesinin noterden düzenlenmesi düşünülmüş ancak bu yol çok masraflı olduğu için tercih edilmemiştir. Bu nedenle Tasarının 583.m 2.c ile "Kefilin, sorumlu olduğu azami miktarı, kefalet tarihini ve müteselsil kefil olması durumunda, bu sıfatla veya bu anlama gelen herhangi bir ifadeyle yükümlülük altına girdiğini kefalet sözleşmesinde kendi el yazısıyla belirtmesi şarttır" kuralı getirilmiştir. Bu düzenleme ile özellikle matbu metin kullanan finans kuruluşlarının kötü niyetli davranışlarını (matbu sözleşme metninde boş bırakılan kefalet limiti ve/veya tarih kısımlarının sonradan dava aşamasında alacaklı tarafından doldurulması gibi) önleme bakımından isabetli olmuştur.

49) Yavuz, Borçlar, sh. 774; Tandoğan, Kefalet, sh. 37; Zevkliler, sh. 339; Olgaç, sh. 55

50) Reisoğlu, Kefalet, sh. 61; Tandoğan, Kefalet, sh. 38; Grassinger, Savunma, sh. 101

51) Reisoğlu, Kefalet, sh. 45-46; Yavuz, Kefalet, sh. 28; Zevkliler, sh. 399

52) Altop, sh. 98; Barlas, Kefalet, sh. 47

Yazılı şekil şartı mehz İsv.BK'nun m.493'te açıkça ifade edildiği gibi sadece kefilin irade beyanı için geçerlidir. Alacaklının karşı beyanı açısından böyle bir zorunluluk bulunmamaktadır (53). Alacaklı, kefile karşı bazı borçlar altına girse bile bu borçların kefalet senedinde gösterilmesine ve senedin alacaklı tarafından imzalanmasına gerek yoktur. Zira şekil şartı sadece kefilin korumak vardır.

Yazılı şekil şartının kapsamına kefalet sözleşmesinin esaslı unsurları dâhildir. Bu sebeple kefilin kefil olma iradesinin, tekeffül edilmiş asıl borcun, alacaklı ve borçlu sıfatlarının, kefilin sorumlu olacağı en üst tutarla kefilin sorumluluğunu genişleten kayıtların yazılı şekil şartına uygun olarak kefalet senedinde yer almaları gereklidir (54).

Asıl borcun veya alacaklının kefalet senedinde açıkça belirtilmiş ya da kefalet senedinde yer alan bilgilerin yorumlanması sonucu belirlenebilir olması gerekli ve yeterlidir. Bu nedenle kefalet senedinde asıl borcun veya alacaklının kesin ve net olmamakla birlikte, belirlenebilir olması halinde geçerliliği kabul edilecektir.

Kefilin asıl borçlunun birden fazla borcundan herhangi birisine kefil olması, asıl borç belli olmadığından geçerli değildir. Aynı sebeple alacaklı ile asıl borçlu arasında doğacak her türlü borcun kefalet altına alınması da mümkün değildir (55). Nitekim Yargıtay 13.HD'nin 03.12.1991 tarih, 1991/7229 E. 10997 K. sayılı ilamında (56), "asıl borçlunun çeşitli yükümlülüklerinden hangisi için verildiği saptanamayan kefalet hüküm taşımaz" denilmek suretiyle bu husus belirtilmiştir. Bununla beraber sınırları belli olmak kaydıyla devamlı ve değişik içerikli, birden fazla yükümlülükleri içeren bir borç ilişkisi için kefil olmak mümkün olup, Örn. kredi borcuna ya da cari hesaba kefil olduğu takdirde kural olarak tek bir borca değil, belirli sınırlar içerisinde çeşitli zamanlarda ve değişik miktarlarda açılan

53) Aral, sh. 451-452; Yavuz, Kefalet, sh. 28; Karahasan, sh. 1217; Bilge, Borçlar, sh. 322

54) Reisoğlu, Kefalet, sh. 48; Grassinger, Savunma, sh. 101

55) Akkanat, sh. 288

56) YKD, 1992, S. 3, sh. 366 vd.

krediler için de tek bir kefalet yükümlüğü söz konusu olur. Bu tür kefalet sözleşmelerinde genellikle kefilin, alacaklı bankanın asıl borçluya karşı doğmuş ve doğacak bütün alacaklarını tekeffül edeceği belirtilir. Söz konusu bu halde kefil, kefalettaki sınırlamalar içerisinde, alacaklı ile asıl borçlu arasındaki sürekli borç ilişkisi tamamen sona erinceye kadar, zaman içerisinde doğacak borçlardan sorumlu olacaktır (57).

Kefil şekil noksanlığını bilmeden alacaklıya ödemede bulunduğu takdirde TBK m.62 gereğince ödediğini geri alabilecektir. Cebri icra tehdidi altında ödemede bulunan kefil ise İİK m.72 gereğince istirdat davası açabilecektir.

Ödemede bulunan kefilin TBK m.62 gereğince sebepsiz zenginleşme davasını alacaklıya karşı mı, yoksa asıl borçluya karşı mı açacağı konusunda doktrinde görüş birliği yoktur. Zira kefalet sözleşmesi şekil eksikliği sebebiyle geçersiz hale geldiğinde, ödemede bulunan kefil, asıl borçluya rücu edemeyeceğinden elinde sadece ödediği şeyin iadesini isteme imkanı kalmaktadır. Ancak bu davada kimi hasım gösterecektir?

İsviçre Federal Mahkemesi (BGE 70 II 271) davanın öncelikle alacaklıya karşı açılması gerektiğini belirtir. Kararda şöyle denilmiştir; "Ödemede bulunan kefil, asıl borçlunun borcunu değil, fakat kendi borcunu, alacaklı ile kendi arasındaki kefalet akdine istinaden asıl borçlunun ödememesi yüzünden ortaya çıkan tazminat yükümlülüğünü yerine getirmektedir. Bunun sonucu olarak da, ödeme ile alacaklıya karşı olan kendi bağımsız borcu sona ermektedir. Buna karşılık asıl borç sona ermemekte, bilakis kefalet geçerli ise rücu talebi şeklinde kefile intikal etmektedir. Kefalet geçerli değilse, kefil alacaklıya hakkı olmayan bir ödemede bulunduğundan, alacaklı sebepsiz zenginleşme davasına muhatap olacaktır. Bu düşünüş tarzı kefalet ilişkisinin hukuki niteliğine olduğu kadar, adalet ve pratik mantık kurallarına da en uygun olanıdır. Zira ekseriya kefil, asıl

57) Reisoğlu, Kefalet, sh. 11 vd.; Barlas, Kefalet, sh. 46; Akkanat, sh. 280

borçlu ödemeden aciz olduğundan, teminat vermek zorunda kalmaktadır. Kefili asıl borçluya müracaat mecbur etmek gayri adil, sert bir davranış olacaktır.” Yargıtay ise, kefilin sebepsiz zenginleşme davasını asıl borçluya karşı açacağı görüşündedir. Yargıtay 3. HD’nin, 06.04.1989 tarih, 9431 E. 3528 K. sayılı kararına göre, kefilin asıl borçluya karşı sebepsiz zenginleşme davası açacağını bildirmektedir. Karara göre “şekil noksanı veya yokluğu nedeniyle geçerli bulunmayan bir kefalette dayanılarak ödemede bulunan kefilin nedensiz zenginleşme iddiasında bulunabileceğine hiçbir yasal engel bulunmamaktadır. Zira ödeme sonucu alacak sona ermişse, asıl borçlu(davalı)nın haksız olarak zenginleştiğinin kabulü gerekir. Öyle ki alacağın sona ermesiyle, alacaklı hakkı olan bir edayı kabul etmiş olacak, buna karşılık borçlu nedensiz olarak borcundan kurtulmuş, malvarlığında haklı olmayan bir artış meydana gelmiş bulunacaktır. haksız olarak borçlu (davalı)nın zenginleştiğinin kabulü gerekir. Alacaklı hakkı olan edayı kabul etmiş olacak, buna karşılık borçlu nedensiz olarak borcundan kurtulmuş, malvarlığında haklı olmayan bir artış meydana gelmiş bulunacaktır” (58).

Kanımızca Yargıtay kararı isabetli değildir. Zira kefilin alacaklıya karşı yükümlülüğü kefalet sözleşmesine dayanmaktadır. Kefalet sözleşmesinde şekil eksikliği veya yokluğu halinde ise kefalet sözleşmesi geçersiz olur. Geçersiz olan bir kefalet sözleşmesinden kefilin alacaklıya karşı borcu doğmaz. Şayet bu kefil bu iyi niyetle ödemede bulunmuş ise, alacaklı sebepsiz olarak zenginleşmiş, kefil ise sebepsiz olarak yoksullaşmıştır. Bu nedenle kefalet sözleşmesinin tarafları kefil ile alacaklı olduğundan sebepsiz zenginleşme davasının da alacaklıya karşı açılması gerekir. Fakat kefil, bir şekilde alacaklıdan yaptığı ödemeyi geri alamazsa veya talep edilemezse o zaman ikincil derecede asıl borçludan talep edecektir. Kefilin asıl borçluya karşı olan bu istemi teknik anlamda, ödemede bulunan kefilin alacaklıya halef olması ve asıl borçluya rücu değildir. Nitekim doktrindeki görüşler de bu doğrultudadır (59).

58) Reisoğlu, Kefalet, sh. 60; Yavuz, Borçlar, sh. 774; Grassinger, Savunma, sh. 100

59) Grassinger, Savunma, sh. 100; Aral, sh. 452; Reisoğlu, Kefalet, sh. 59;

Kefil şekil eksikliği sebebiyle geçersiz olduğunu bilerek ve kendi istediği ile ödemede bulunduktan sonra geçersizlik sebebiyle iade talebinde bulunursa, bu hakkın kötüye kullanılması sayılır (TBK m.62, c.1). Ancak bu halde acaba kefil ödemede bulunduğu için alacaklının haklarına halef olup, asıl borçluya rücu edebilecek midir? Kanımızca bu mümkün değildir. Çünkü şekil eksikliği sebebiyle geçersiz bir kefalet sözleşmesi bulunduğundan, ödemede bulunan kefilin alacaklıya halef olup, borçluya rücu'da imkânı bulunmamaktadır. Her ne kadar kefil, ödediğini hakkın kötüye kullanma yasağı nedeniyle alacaklıdan talep hakkına sahip değil ise de, asıl borçluya karşı sebepsiz zenginleşme nedeniyle iade isteminde bulunabilecektir.

Asıl borcun ferdileştirilmiş olması bakımından asıl borç miktarının kefalet senedinde gösterilmesi şart mıdır?

İsv.BK'nun 493 f.1'e göre, kefilin sorumlu olacağı tutarın sayı ile gösterilmesi gerekeceğinden, İsviçre doktrindeki hakim görüş asıl borç tutarının kefalet senedinde yer almasının pek fazla önemli olmayacağını belirtir (60).

Hukukumuzda ise borç tutarının mutlaka rakamla gösterilmesinin gerekmediği, yorum yoluyla veya asıl borç senedine yapılan atıf aracılığı ile tespit edilebilmesi halinde kefalet sözleşmesinin geçerli olduğu kabul edilmektedir (61). Ancak asıl borç tutarı, bu borcun ferdileştirilmesine katkısı bakımından ve borcun kefilin sorumlu tutulduğu zaman ki tutarı, kefalet senedindeki en yüksek sorumluluk tutarı altında ise sorumluluk kapsamının tayini bakımından önem taşıyabilir. Fakat tutarın mutlaka rakamla gösterilmesi gerekmez, yorum yoluyla veya asıl borç senedine atıfla gösterilebilir.

60) Honsell, Heinrich/Vogt, Nedim Peter/Wiegand, Wolfgang: Kommentar zum schweizerischen Privatrecht OR I, Art. 1-529, Basel, 1992 N. 17; Schönenberger, Wilhelm: Kommentar zum Obligationenrecht, Bd. V. 3.Teil, Art. 419-529, 2. Aufl., Zürich, 1945, N.24 (Grassinger, sh. 102'den nakil); Becker, sh. 1050

61) Reisoğlu, Kefalet, sh. 52; Grassinger, Savunma, sh. 103; Aral, sh. 454; Yavuz, Borçlar, sh. 775

Kefillik sözleşmesinde alacaklının adıyla gösterilmesi şart değildir; onun beli edilebilir olması kâfidir. Buna mukabil asıl borçlunun malvarlığı durumu ve ödeme gücü kefil için büyük önem taşıdığından, asıl borçlunun kim olduğunun doğrudan doğruya veya açıkça kefalet senedine yapılan bir atıfla belirtilmesi gereklidir (62). Zira kefilin ödemeye mecbur kalması halinde rücu bakımından asıl borçlunun malvarlığının iyi olması gerekir. Aciz halindeki bir kimseye kefil olunurken çok düşünüleceği kuşkusuzdur.

Kefilin kefil olma iradesi bizzat kefalet senedinde yer alması gerektiğinden kefalet senedi dışındaki belgelerden bu iradenin çıkarılması TBK m.483 anlamında şekil şartını yerine getirmiş olmaz (63). Bu nedenle kefilin bu yöndeki iradesi belirtilmeden, borçlunun imzasının yanında başka bir imza varsa açıkça kefalet altına girme niyeti anlaşılmadıkça imzalayanın, borçlu ile birlikte borç üstlenilmeyi kabul ettiği anlaşılabacaktır (64). Kefilin borcu üstlenmesi kefalet sözleşmesinden tamamen farklı bir kavramdır.

Kefalet sözleşmesinin yazılı şekilde kurulması gerekli ise de, bu şart herhangi bir şekilde yerine getirilebilir. Bankacılık uygulamasında görülen basılı formların kullanılması geçerli olduğu gibi, el yazısı ile de düzenlenebilir (65). Kefilin kefil olma iradesi ile icra zaptını imzalaması geçerli olduğu gibi, kefalet sözleşmesinin mektupla da kurulması mümkündür Ancak kefalet senedinin tek bir senet üzerinde yer alması gerektiğinden, alacaklının yazdığı mektuba sadece cevap olarak sadece kabul beyanının yer aldığı mektup, şekil açısından geçerli olmayacaktır. Keza kefalet sözleşmesi telefaksla veya telgrafla kurulması mümkündür (66).

62) Yavuz, Borçlar, sh. 775; Reisoğlu, Kefalet, sh. 52; Zevkliler, sh. 400

63) Münchener, Komm/Pecher, Hans Peter: Schuldrecht Besonderer Teil §§652-853, Bd. 3, 2.Halbd, 2.Aufl, München, 1986 N.5; Schulthess, Friedrich: Die Verpflichtung des Bürgen nach schweizerischem Recht, ZSR, NF 44, 1925, 65 vd. (Grassinger, sh. 104'den nakil)

64) Reisoğlu, Kefalet, sh. 49; Develioğlu, sh. 300 vd.

65) Reisoğlu, Kefalet, sh. 48; Barlas, Kefalet, sh. 45

66) Gauch Peter/Schlupe Walter R.: Schweizerisches Obligationenrecht, All. T., Bd I, 4. Aufl., Zürich, 1987, Art 13, N.6; Honsell, Heinrich/Vogt, Nedim Peter/Wiegand, Wolfgang: N.16 (Grassinger, sh. 113'den nakil); Karahasan, sh. 1217; Tandoğan, Kefalet, sh. 41

Kefilin basılı banka formlarında olduğu gibi içeriği tamamlanmamış ya da tamamen boş kefalet senedini, sonradan bu senedin kendi iradesine uygun doldurulacağını düşünerek önceden imzalanmasına uygulamada rastlanılmaktadır. Bu şekilde düzenlenen kefalet sözleşmesi geçerlidir. Kefil önceden imzaladığı kefalet senedinin doldurulmasını alacaklıya bırakabileceği gibi, asıl borçluya da bırakabilir. Ancak her iki halde de kefilin verdiği “tamamlama” yetkisinin içeriği yeterli ölçüde somutlaşmış olmalıdır. Herhangi bir alacaklının her türlü alacağı için kefalet altına gireceğini belirtmiş olması geçerli değildir (67). Bu durum kefil açısından son derece riskli olup, kötü niyetle kullanıma müsait bir görünüm yaratmaktadır.

Kefalet sözleşmesi temsilci aracılığı ile de yapılabilir. Kefilin şahsı alacaklı açısından önem taşıdığından ancak doğrudan temsil yoluyla kurulabilir. TBK sisteminde, İsv.BK.nun farklı olarak temsilcinin kefalet sözleşmesini yapabilmesi için hukukumuzda özel temsil yetkisi aramadığı gibi, temsil yetkisinin verilmesi de şekle bağlı değildir (68). Ancak TBKT’nın 588.m, 2. f ile vekilin özel yetki almadıkça kefil olamayacağı açıkça belirtilmiştir. Özel yetki gerektiren hallere bakıldığı zaman bunun böyle yapılması gerektiği anlaşılmaktadır (69).

Temsilcinin kendi borcu için temsil olunan adıyla kefil olması eğer temsil olunan açıkça izin vermiş ise ya da sonradan icazet verilirse geçerli olacağı ileri sürülmekte ise de, kanımızca bu durum temsilci ile temsil olunan kişilerin farklı kişiler (Örn. temsilci gerçek kişi ise temsil olunanın tüzel kişi olması veya tam tersi durum) halinde kabul edilebilir. Aksi durum temsilcinin kendi borcunun kefil olma borcunu doğurur ki bunun kabulü mümkün değildir. Zira temsilci ile temsil olunan kişilerin aynı kişiler olması halinde TBK m.496 uyarınca rücu imkanı da ortadan kalkacaktır.

67) Palant, Otto/Thomas, Heinz: Bürgerliches Gesetzbuch, 54. Aufl., München, 1995, §765 N.2 (Grassinger, sh. 116’dan nakil); Reisoğlu, Kefalet, sh. 49

68) Yavuz, Borçlar, sh. 772-773; Yördem, sh. 81

69) Altop, sh. 99; Kuntalp/Barlas, sh. 267

Kefilin alacaklıya karşı kefalet sözleşmesini kurma vaadi TBK m. 22, f.2 gereğince yine kefalet sözleşmesinin tabi olduğu şekilde yapılacaktır. TBK m.484 gereğince kefalet için öngörülen şekil üçüncü kişileri değil, daha çok taraflardan biri olan kefil korumak amacıyla getirilmiştir. Kefilin asıl borçluya karşı yapacağı kefalet sözleşmesini kurma vaadi, TBK m.22, f.2 anlamında ön sözleşme olmayacağından kefalet sözleşmesinin tabi olduğu şekilde yapılması gerekmez ise de, hâkim görüş kefalet sözleşmesinin tabi olduğu şekilde yapılmasını kabul eder (70). Buna karşılık asıl borçlunun ya da üçüncü şahsın alacaklıya veya üçüncü şahsın asıl borçluya kefalet sözleşmesinin kurulacağı yolundaki vaadi herhangi bir şekil şartına bağlı değildir. Kefilin, kendisini korumak için konulmuş şekil şartına uyulmadığını ileri sürmesi kural olarak (hakkın kötüye kullanılmadığı haller hariç olmak üzere) dürüstlük kurallarına aykırılık oluşturmaz. Zira kefil kendisine tanınmış olan yasal hakkını kullanmaktadır.

Kefil kefalet sözleşmesi geçerli olmayacağı için ödemede bulunmayacaksa, kefalet sözleşmesini tahvil başka bir sözleşmeye dönüştürülüp, kefile ödeme zorunluluğu getirilebilir mi? Böyle bir halde kefalet sözleşmesine amaçları bakımından en yakın sözleşme tipi olan garanti sözleşmesi akla gelmektedir. Ancak bu halde ödemede bulmak zorunda kalan kefilin alacaklıya halef olması ve borçluya rücu imkanı bulunmadığı gibi, garanti sözleşmesi daha ağır yükümlülükler içerdiğinden burada tahvil söz konusu olmaz.

b) Kefilin Sorumlu Olduğu Miktarın Gösterilmiş Olması

TBK m.484'de kefilin sorumlu olacağı belirli bir miktarın kefalet sözleşmesinde gösterilmesi geçerlilik şartı olarak ifade edilmiştir. Ancak bu şartın nasıl yerine getirilmiş sayılacağı konusunda değişik yorumlar bulunmaktadır.

70) Stauffer, Walter: Die Revision des Bürgschaftsrecht, Bern, ZSR, 1935, NF 54, 1a vd. (Grassinger, sh. 120'den nakil); Yavuz, Borçlar, sh. 778

İsviçre Federal Mahkemesi önceleri, kefilin sorumlu olduğu miktarın mutlaka sayı ile kefalet sözleşmesinde gösterilmesini gerekli görmemekte idi. Söz konusu tutarın kefalet sözleşmesi veya onun atıfta bulunduğu asıl borç senedindeki belgelere dayanılarak, mantıklı bir muhakeme ve basit bir hesap işlemi ile kefilin taahhüt altına girdiği anda, kuşkuya yer vermeyecek tarzda tayin edilebilir olması yeterli sayılmaktaydı. Ancak eleştiriler doğrultusunda Federal Mahkeme 1938 yılında içtihadını değiştirerek, kefilin sorumlu olacağı en üst limitin ile onu teşkil eden unsurların mutlaka rakamla gösterilmesi gerektiği sonucuna varmıştır (71). İsv.BK'nda 1942 yılında yapılan değişiklikle İsv.BK'nun m.493, f.1 getirilen hükümle kefilin sorumlu olacağı en üst tutarın mutlaka sayı ile kefalet senedinde belirtilmiş olmasını şart koşmuştur. Böylelikle matematiksel hesaplama ile sorumluluk tutarının tespiti geçerli olmayacağı gibi, asıl borcun belirli yüzdesinin belirtilmesi de yeterli olmayacaktır. Kefalet limitinin, kefalet senedine veya asıl borç senedine atıf suretiyle belirlenmesi yolu kapanmıştır. (72).

Türk hukukunda ise 1944 tarihli YİBK (73) ile kefilin sorumlu olduğu belirli miktarın kefalet sözleşmesinde sayı ile gösterilmiş olması veya kefalet sözleşmesinden bunun anlaşılabilir olması hallerinde kefaletin geçerli olduğu sonucuna varmıştır. Demek ki kefilin korunması amacıyla yola çıkılarak kefilin sorumlu olacağı tutarın sayı ile kefillik senedinde gösterilmesi gerekir. Bu tutarın kapsamına anaparanın yanı sıra kusur ve temerrüdün yasal sonuçları ile dava ve kovuşturma giderleri ve sözleşme faizleri de girer; eş değişle ana para ve yan borçların toplamı söz konusu tutarı aşmamalıdır (74). Nitekim TBKT 589. m'sine göre kefil, her durumda kefalet sözleşmesinde belirtilen azami miktara kadar sorumludur. Kefilin asıl borcun yanı sıra borçlunun kusur veya temerrüdünün kanuni sonuçlarından, dava ve takip masraflarından ve işlemiş 1 yıllık ve

71) BGE 64 II 351 (Aral, sh. 455'den nakil)

72) Giovanoli, N. 21; Honsell, Heinrich/Vogt, Nedim, Peter/Wiegand, Wolfgang: N.24 (Grassinger, sh. 106'dan nakil)

73) YİBK 12.04.1944, 14 E. 13 K. (RG. 25.07.1944 T. S. 5765)

74) Yavuz, Borçlar, sh. 776-777; Karahasan, sh. 1219; Bilge, Borçlar, sh. 323; Grassinger, Savunma, sh. 108

işlemekte olan kapital faizlerden sorumlu olduğu kabul edilmekte; fakat bunlardan sorumluluğunun dahi azami miktarla sınırlı olduğu tekraren ve özellikle vurgulanmaktadır.

Asıl asıl borç tutarından daha düşük bir tutar için kefil olan kimse, aksi kararlaştırılmadıkça, borcun tamamı ödeninceye kadar bu düşük tutar sınırları içinde sorumlu olmakta devam eder (75).

Konuya ilişkin Yargıtay uygulamasından aşağıdaki kararlar emsal olarak gösterilebilir.

Yargıtay 11.HD'nin, 28.05.2002 T., 2649 E., 5315 K. sayılı ilamında (76), "davaya konu kredi kartı sözleşmesinde, kefilin sorumluluğunu düzenleyen özel bir hüküm bulunmadığına göre, her aylık ekstre dönemi için belirtilen miktar kadar değil, sözleşme süresince belirlenen azami asıl borç ve kefilin temerrüde düşürüldüğü tarihten itibaren tahakkuk edecek faiz ve borcun diğer ferileri ile sınırlıdır. Aksinin kabulü, kefaletin sınırını belirsiz hale getireceğinden hukuken olanaklı değildir" denilmek suretiyle kefilin sorumluluğunun sınırını belirlemiştir.

Yine Yargıtay 19.HD'nin 02.10.2001 T., 6508 E., 6109 K. sayılı ilamında (77), "kefaletin geçerli olabilmesi için akdin yazılı, kefalet limitinin sözleşme metninden anlaşılabilir olması gerekir. Kefil, kefalet limiti ve kendi temerrüdünün hukuki sonuçlarından sorumludur" denilmektedir. Söz konusu kararda TBK 484.m uyarınca 12.4.1944 tarih, 1944-14-13 sayılı YİBK çerçevesinde ve yerleşmiş Yargıtay uygulaması da dikkate alınarak kefilin sorumluluğunun kefillik limiti ve kefilin temerrüdünün hukuki sonuçları ile sorumlu olduğu kabul edilmiştir.

75) Reisoğlu, Kefalet, sh. 52; Tandoğan, Kefalet, sh. 52

76) YKD, 2003, S. 2, sh. 212

77) YKD, 2002, S. 11, sh. 1701

Keza Yargıtay 19.HD'nin 10.02.2000 T., 1999/7123 E., 2000/796 K. sayılı ilamına göre (78), "kefilin sorumluluğu, kefalet akdinde ödeyeceği muayyen bir miktarın gösterilmiş bulunması ya da 12.4.1944 gün ve 14-13 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararı uyarınca kefalet senedinde böyle muayyen bir miktarın anlaşılmasının mümkün olması koşuluna bağlıdır" denilmiştir.

Böylece Yargıtay'ın kefalette sorumluluk limitini tereddütsüz uyguladığı söylenebilir.

Bununla birlikte TBKT'nda bu konuda net bir çözüm getirmiştir. Buna göre kefil, sorumlu olduğu azami miktarı kefalet sözleşmesinde kendi el yazısı ile belirtmek zorundadır (588.m c.2). Şu halde, Tasarı bu haliyle yasalaştığı takdirde, artık limitin başka belgeye atıfla veya dolaylı hesaplanabilirlikle gösterilmesi yolu kapanacaktır (79).

Kefalet sözleşmesinin sıkı şekil şartına bağlı tutulması, bu arada kefilin sorumlu olacağı en üst tutarın sözleşmede gösterilmesinin anlamı, kefilin üstlendiği edimi hakkında bilgi sahibi yapmak, düşüncesizce ağır risklerin altına girmesini önlemektir. Kefil sözleşme kurulurken sorumlu olacağı miktarı net olarak bilmeyebilir. Zira alacaklı ile asıl borçlu arasında olan görüşmelerde çoğu zaman asıl borç tutarı konu edilir. Kefilin, asıl borcun yanı sıra sorumlu olacağı yan borçlar çoğunlukla bilinmez ve neticede kefil sorumlu olacağı rakamı kesin olarak bilmez. Kefilin sorumlu olacağı esas tutarı bilmeden sözleşmeyi imzalaması onun ileride beklemediği veya düşünemediği miktarla sorumlu olmasına yol açar ki bu da kanun koyucunun kefilin korumak konusundaki amacına aykırı düşer. Bu nedenle kefalet sözleşmelerinde yan borçlar dâhil kefilin sorumlu olacağı üst limitinin mutlaka rakamla gösterilmesi kefilin korumak açısından yerinde olur.

78) YKD, 2000, S. 8, sh. 1268

79) Kuntalp/Barlas, sh. 267; Arpacı/Hatemi/Acar/Sağlam, sh. 3692; Altop, sh.98

Kefalet sözleşmesinde kefilin sorumlu olacağı miktarın en az tutarı yer alıyorsa kefalet sözleşmesi geçerli olmayacaktır (80). Zira TBK 484.m'de, kefilin sorumlu olacağı tutarın kefalet senedinde gösterilmesi ile amaçlanan onun sorumlu olacağı en üst tutarı belirleyerek, kefilin önceden sorumluluğunun miktarı hakkında bilgi sahibi olmasını sağlamaktır. Diğer bir ifade ile kefilin, sınırı önceden belirli olmayan borçla sorumlu kılmamaktır. Kefilin sorumlu olacağı en az tutarın belirtilmiş olması, kefilin sorumlu olduğu tutarın gösterilmesi ile amaçlanan sonucu sağlamayacaktır. Bu nedenle kanun koyucu, kefilin sorumlu olacağı en üst tutarın belirtilmesini ararken, asgari miktar ile ilgilenmemiştir

Bankacılık uygulamasında özellikle de kredi kartı ilişkisinde kefilin sorumlu olacağın limitin belirlenmesinde çeşitli problemlerle karşılaşilmektedir. Şöyle ki (81);

Kredi kartı sisteminde başlangıçta sözleşme imzalanırken kefalet limiti, kredi limitine paralel olarak saptanmaktadır. Daha sonra kredi limiti artırıldığında, kefalet limiti sabit kalmaktadır. Çünkü kefalet limitindeki her artış, kefalet sözleşmesinin tadili anlamına geleceğinden, bunu gerçekleştirebilmek için TBK m.12 karşısında (her limit artışında) kefilin imzasının alınması zorunludur; bu ise pratik güçlükler nedeni ile hiçbir zaman mümkün olmamaktadır. Asıl borçlunun kredi kartı limiti zaman içinde periyodik olarak artırılınca, en son limit üzerinden yapılan harcamalar veya çekilen krediler sebebiyle bankaya karşı doğan asıl borç tutarı ve buna sözleşme gereği eklenen kredi faizi, harç, resim ve fon payları ile yargılama giderleri gibi fer'i unsurlar nedeniyle ortaya kefalet limitini kat kat aşan bir nihai meblağ ortaya çıkmaktadır. Bu halde ise alacaklı banka kefalet limitine kadar kefinden tahsilat isteyebilmekte, limiti aşan kısım içinse talepte bulunamamaktadırlar. Bu yüzden bankalar genellikle, kullandıkları matbu metinlerde kefalet limitini kefilin sözleşmeyi imzaladığı esnada rakamsal olarak

80) BGE 66 II 26 (Grassinger, sh. 109'dan nakil)

81) Barlas, Kredi Kartı, sh. 942 vd.; Akkanat, sh. 275

belirleme ve bunu sözleşmeye yazma yoluna pek gitmezler. Ama öte taraftan TBK m.484 karşısında kefaletin geçerliliğinin, kefilin sorumluluk limitinin sözleşmede gösterilmiş olmasına bağlıdır. Bu sorunu aşmak için kefalet limiti kısmının boş bırakılmaya başlanılmıştır. Ancak bu husus kefaletin geçersizliğine yol açabildiğinden sakıncalı bulunmuştur. Bu yol sakıncalı bulununca, bu kez akla kefalet limitini dolaylı olarak belirleme yöntemi gelmiştir. Örn. kullanılan kredi limitinin üç katı tutarı kadar kefilin sorumludur gibi. Böylece anılan problem önemli ölçüde çözülmüştür. Zira hukukumuzda kefalet limitinin hiçbir duraksayamaya yer bırakmasızın basit bir zihinle belirlenmesinin mümkün olması şartıyla bu tür kefalet sözleşmeleri geçerli kabul edilmektedir. Fakat bu tip temel ve teknik sorunlar bankaları garanti sözleşmesine yönelmiştir.

Böylece karşımıza çıkan bir hukuki işlemin kefalet sözleşmesi mi yoksa garanti sözleşmesi mi olduğu sorunu ile karşı karşıya kalmaktayız. Kefalet ile garanti sözleşmesinin ayırımı, kefil lehine mevcut kanuni hükümler dolayısıyla önem kazanmaktadır. Bir yandan garanti verenin, kefile tanınan haklardan istifade etmek, hatta taahhüdünün şekil eksikliği yüzünden geçersiz olduğunu iddia etmek için fer'i olarak borç yüklendiğini iddia etmesi mümkündür. Diğer yandan geçerli olmayan bir kefalet taahhüdünü, garanti sözleşmesi olarak ileri sürmek akla gelecektir (82). Bir taahhüdün kefalet veya garanti olarak nitelendirilmesi, çeşitli açılardan farklılıklar yaratmaktadır. Bu farklar (83);

a) Kefalet sözleşmesinin geçerliliği, yazılı şekilde yapılmasına ve kefilin sorumlu olduğu azami meblağın sözleşmede gösterilmesine bağlı olduğu halde (TBK m.484), garanti sözleşmesi için böyle bir farklılık söz konusu değildir. Bu yüzden limit içermeyen bir kişisel teminat taahhüdü yapılan niteleme sonucunda "garanti" sayılırsa geçerli olacak ve teminat veren alacaklıya karşı sorumlu tutulacak; buna karşılık "kefalet" sayılır ise sırf limit içermediği için geçersiz sayılacaktır.

82) Reisoğlu, Garanti, sh. 66

83) Reisoğlu, Garanti, sh. 66 vd.; Barlas, Kefalet, sh. 56

- b) Kefil kendi kefaletinden doğan def'ilerin yanı sıra, temel borç ilişkisinden doğan ve asıl borçluya ait olan def'ilerden yararlanabildiği halde (TBK m.497,f.1) , garanti veren için böyle bir imkân bulunmamaktadır.
- c) Kefil alacaklıya yaptığı ödeme oranında onun haklarına halef olur ve buna dayanarak asıl borçluya rücu edebilir (TBK 496.m). Oysa garanti verene bu tarz bir kanuni halefiyet ve böylesine avantajlı bir rücu imkanı tanınmamıştır.
- d) Kefaletin geçerliliği, alacaklı ile borçlu arasındaki temel bir borç ilişkisinin geçerliliğine bağlıdır. Hâlbuki garanti temel borç ilişkisinden tamamen bağımsızdır.
- e) Kefilin kefaletten kurtarılmasını öngören kanun yolları (TBK m.493, 494) mevcut olduğu halde, garanti açısından böyle bir koruma söz konusu değildir.

Bir somut olayda karşılaşılan bir kişisel teminat taahhüdünün niteliğinin kefalet mi yoksa garanti mi olduğu yıllardır gerek doktrini gerekse yargı kararlarını meşgul etmiştir. Bu konudaki yoğun çabalara rağmen sorun henüz çözülmüş değildir. Doktrinde iki tip sözleşmedeki ince sınır çizgisini belirginleştirme yolunda bir dizi kıtas ortaya atılmış, fakat bunların hiçbirinde görüş birliği sağlanamamıştır. Bu nedenle mes'eleye yaklaşımda ilk adım, taahhüt metninin genel yorum kurallarına göre yorumlanması olmalıdır. Klasik yorum kurallarının kullanılmasına rağmen bir sonuç çıkarılamıyorsa, bu konuda ortaya atılan kriterlerden sağlıklı olanına başvurulmalı; o da sonuç vermediği takdirde kefalet karinesine dayanılarak hükme varılmalıdır (84). Bu durum teminat taahhüdünde bulunan açısından, kefaletin garantiye nazaran daha hafif yükümlülük içermesi ve kanundaki kefil koruyucu hükümlerin devre dışı bırakılmasına engel olunarak, bu hükümlere daha geniş uygulama alanı tanıma çabasıyla izah edilmekte ve özellikle gerçek kişilerin teminat taahhütleri bakımından bu karineye mutlak bir uygulama alanı tanımaktadır.

84) Barlas, Kredi Kartı, sh. 952; Reisoğlu, Garanti, sh. 87-88; Kaneti, sh. 115

Bu konuda YHGK 04.07.2001 T., 2001/19-534 E., 2001/583 K. sayılı ilamına göre (85), "hiçbir menfaati olmayan, ticari bir gaye gütmeyen, sadece dostane ilişkiler nedeniyle tüketime yönelik banka kredi kartı kullanmasına imkan tanımak için verilen teminatın, garanti beyanı altında da olsa bir garanti sözleşmesi amacı ile değil, kefalet amacı ile verildiğinin kabulü gerekir." Bu karar doktrinde eleştirilmiştir (86).

Yine Yargıtay 11.HD'nin 28.01.2002 T., 2001/10654 E., 2002/506 K. sayılı ilamına göre (87), "tüm ana kıstasların uygulanması sonucu, davacının imzaladığı ve asıl sözleşmeye yollama yapılarak düzenlenen garanti sözleşmesi adı altındaki sözleşmenin amacı, kefalete yönelik olup TBK 18.m uyarınca davacının iradesinin kefalet amacına yönelik olduğunun kabulü gerekir. Hiçbir menfaati olmayan, ticari bir gaye gütmeyen, sadece dostane ilişkiler nedeniyle, tüketime yönelik banka kredi kartı kullanılmasına yönelik verilen teminatın amacına aykırı olarak yorumlanması, yasanın yukarıda açıklanan hükmüne aykırılık teşkil eder."

Karara konu olayda garanti veren sıfatı ile limitle sınırlı olmaksızın kredi kartının kullanılmasından doğacak tüm borçların ödenmesi taahhüt edilmiştir. Yargıtay burada sözleşmede kullanılan sözcüklere göre değil, başka ayırıcı özelliklere göre yorum yapmıştır. Buna göre garanti sözleşmesi adı altındaki sözleşmede kredi kartı sözleşmesine atıf yapılmakla, garanti unsuru asli olmaktan çıkmış, fer'ilik niteliği ön plana çıkmıştır. Keza garanti beyanın genel anlamından bağımsız bir borç değil, kredi kartı müşterisi asıl borçlunun sorumluluğu yüklenilmiş olmakla ikinci ana kıstas bakımından bir garanti sözleşmesinin varlığından söz edilemeyeceği belirtilmiştir. Bundan başka garanti verenin bu sözleşmeyi yapmasında hukuki menfaatinin olmaması sözleşmesi kefillik olarak nitelenmesinde etkili olmuştur. Bu kıstaslar çerçevesinde sözleşmenin kefillik sözleşmesi olduğunu, ancak limit belirtilmediğinden kefalet sözleşmesinin de geçersiz olduğu sonucuna ulaşılmıştır. Dolayısıyla kefalet

85) YKD, 2001, S. 12, sh. 1807

86) Barlas, Kredi Kartı, sh. 978 vd.

87) YKD, 2002, S. 8, sh. 1190

sözleşmesi geçersiz olduğundan, kefilin ödemede bulunma yükümlülüğü olmayacağı gibi, halefiyet veya rücu imkanı söz konusu olmayacaktır.

TBKT bir sözleşmenin kefalet mi yoksa garanti mi olduğu konusunda bir düzenleme getirmektedir. Buna göre Tasarının 603.m'sine 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, kefaletin geçerlilik şartları, kanunda özel düzenlemesi bulunmayan garanti sözleşmesi içinde geçerli sayılmaktadır.

1567 sayılı Türk Parasını Koruma Hakkında Kanun uyarınca çıkarılan 32 sayılı Tebliğ'in 18.m. 4.b. de yabancı para borçları için kefalet kabul edilmiştir. Yabancı para üzerinden yapılan sözleşmelere (Yeni) Türk Lirası belirtilerek kefalet alındığı taktirde, kefilin sorumlu olacağı azami (Yeni) Türk Lirasının, yabancı paranın (Yeni) Türk Lirası karşısında kazanacağı değer tahmin edilerek belirlenmesi gerekir. Burada tartışılması gerekli husus, kefilin sorumlu olacağı azami meblağın yabancı para cinsinden gösterilip gösterilemeyeceğidir. Aynı bir teminat olan ipotekten farklı olarak, kefil olunan meblağın (Yeni) Türk Lirası ile belirlenmesi yasal zorunluluk değildir. Kaldı ki 3678 sayılı yasa ile yapılan değişikliklerde (TMK 766/a) döviz üzerinden ipotek verilmesi dahi kabul edilmiştir. Bu nedenle azami meblağın yabancı para olarak gösterilmesi Türk hukuku açısından geçerlidir (88).

Bu takdirde kefil, TBK m.83, f.2'deki seçimlik hakları gereğince ister yabancı parayla isterse ülke parasıyla ödeme teklifinde bulunabilir. Kefilin yabancı ülke parasıyla ödemede bulunmak istemesi halinde bunun, ülke parasına tahvili gerekecektir. Taraflarca hangi kurun esas alınacağı kararlaştırılmamış ise yer bakımından ödeme yerinde geçerli olan kur esas alınacaktır. Buna göre ödeme yeri ödemenin fiilen yapıldığı yer değil, borçlunun yükümlülüğüne göre

88) Reisoğlu, Yabancı Para, sh. 150; Yavuz, Borçlar, sh. 777; Grassinger, Savunma, sh. 109

ödemede bulunması gereken yerdir. Zaman bakımından ise vade gününde geçerli olan kur esas alınacaktır. Ancak kefilin vadede ödemede bulunmaması halinde alacaklı dilerse vade gününde, dilerse fiili ödeme günündeki rayici esas alabilecektir (89).

Burada kur tipi bakımından TBK 83.m bir düzenleme getirmemektedir. Ancak tahvil (=çevirme) kuru tipi için saptanmış bulunan resmi fiyatlardan (ülkemiz açısından Türkiye Cumhuriyeti Merkez Bankası) alış değil, satış fiyatına göre borcun ülke parası karşılığının hesaplanacağı kabul edilmektedir (90).

Kural olarak kefilin yabancı paranın Türk Lirası karşısındaki değer kazanma oranını ve böylece azami sorumluluk sınırını tahmin etmesi mümkündür. Ancak Türk Lirasının beklentinin çok üstünde değer kaybetmesi halinde ise aradaki farkın garantisi dışında kaldığını iddia edebilecektir (91). Ancak burada beklenilmeyen hal şartlarının varlığını aramak gerekir. Çünkü her sözleşme gibi kefalet sözleşmesinde de ahde vefa ilkesi geçerlidir.

Kefalet sözleşmesinde kefilin sorumlu olacağı en yüksek tutarı artıran veya sorumluluk şartlarını ağırlaştıran sonraki değişikliklerin TBK m.484'de öngörülen şekilde yapılması ve sorumluluk tutarının artırılması söz konusu ise yeni tutarın sayı ile gösterilmesi gerekir. Kefilin sorumluluğunu hafifletici değişiklikler ise şekil şartının aranmasına gerek olmadığı kabul edilebilir (92).

Kefalet sözleşmesinin kurulmasından sonra kefalet sözleşmesindeki değişiklikler de TBK m.12 gereğince kefalet sözleşmesinin tabi olduğu şekilde yapılacaktır. Ancak TBK m.484'deki kural kefilin korumak amacıyla konulmuş olduğundan onun sorumluluğunu artıran ek anlaşmalar TBK m.12 gereği yazılı şekilde yapılmalıdır. Buna mukabil kefilin sorumluluk kapsamının sınırlandırılması,

89) Barlas, Temerrüt, sh. 93-94

90) Barlas, Temerrüt, sh. 101

91) Yavuz, Borçlar, sh. 777; Reisoğlu, Yabancı Para, sh. 150

92) Schönerberger, N. 82-83 (Yavuz, sh. 777'den nakil)

kefalet sözleşmesinin belirli bir süre ile sınırlandırılması gibi kefilin sorumluluğunu azaltan, kefilin hukuki durumunu kuvvetlendiren anlaşmalar yazılı şekil şartına bağlı olmadan yapılabilecektir (93). Ancak Türk hukukunda İsv.BK'daki gibi bir hüküm olmadığı için, kefilin sorumluluğunu hafifleten değişikliklerin bile yazılı şekil şartına bağlı yapılmasını öngören, hiç olmazsa bunun kefalet senedinde yer almasını arayan görüşler de mevcuttur (94).

Esasen İsv.BK'nun kefalete ilişkin yirminci bâbındaki hükümler 1 Temmuz 1942 tarihinde yürürlüğe giren 10 Aralık 1941 tarihli Federal Kanunla geniş ölçüde değiştirilmiş, madde sayısı artırılmadan pek çok yeni hüküm mevcut maddelere eklenmiştir. Kefili koruyucu nitelikte olan bu değişikliklerin tümünün TBK'na aktarılmasında büyük fayda vardı; zira mahkeme içtihatlarına bırakılacak hususları seçmek kolay olmayacaktı (95). İşte bu sebeple İsv.BK kaynak alınarak düzenlenen TBKT'daki kefalete ilişkin değişiklikler, kefil koruyucu açık hükümler içermesi itibarıyla kanunlaşması hukukumuz açısından çok önemlidir.

3- Kefilin Alacaklıya Ödemede Bulunmuş Olması

TBK'nun 496.m'de kefilin "eda" etmesinden söz etmektedir. Ancak asıl borçlunun borcu ne olursa olsun, kefilin borcu daima para borcudur. Bu nedenle kefil alacaklıya ödemede bulunarak rücu hakkı kazanmaktadır. Buna göre kefil borcun tamamını veya bir kısmını ödemişse alacaklıya halef olarak, asıl borçluya rücu hakkına sahip bulunacaktır. Kefilin borcu ödemesi parayla olabileceği gibi, kendi alacaklısına takas veya mahsupta bulunmasıyla da olabilir; bu haller dahi aynı sonucu doğurur (96). Kefil, alacaklıya ödemeyi kefalet hukuki nedeninden dolayı yapılmalıdır. Örn. kefil bağışlama amacıyla alacaklıya ödemede bulunmuş ise o zaman rücu hakkı doğmaz (97). Paradan başka bir şey verme veya yapma

93) Grassinger, Savunma, sh. 111; Reisoğlu, Kefalet, sh. 159;

94) Olgaç, sh.17; Yavuz, Borçlar, sh. 778

95) Tandoğan, Değerlendirme, sh. 58

96) Olgaç, sh. 40; Başyiğit, sh. 3323;

97) Becker, sh. 1087; Grassinger, Hukuki İlişki, sh. 402; Kılıçoğlu, sh. 81

borcu için kefil olunmuşsa, kefil, alacaklıya borcun değeri kadar nakdi ödemede bulunmalıdır. Zira, kefilin borcu, nitelik itibarıyla bir para borcudur. Eğer kefilin alacaklıya aynen ifada bulunabileceği kabul edilirse, aynen ifa gerçekleştikten sonra alacaklının haklarına halef ve rücu hakkını kazanır. Burada söz konusu olan rücu hakkı konusu değeri kadar paraya çevrilmesi suretiyle gerçekleşecektir (98). Diğer bir ifade ile rücu hakkının konusu daima para olacaktır. Ancak kefilin borcunun mutlaka aynen ifa (Örn. mal teslimi) şeklinde kararlaştırılması halinde o zaman kefalet değil, borcun üstlenilmesi söz konusu olur (99).

Bankacılık uygulamasında cari şekilde işleyen kredi ilişkilerinde, alınan kredinin tamamen ödenmesi (yani belirli bir zaman diliminde hesabın sıfırlanmış olması) bu kredi ilişkisine kefil olmuş bulunan şahısların kefaletini sona erdirmez (100). Zira mevcut kredi sözleşmesi ile müşteriye tanınmış bulunan kredi kullanma imkânı halen devam etmekte ve müşteri heran kredi kullanma imkanına sahip olmaktadır. O halde kredinin ödenmiş olmasının, kefillerin sorumluluğunu bütünüyle ortadan kaldırıp kaldırmayacağının belirlenmesi bakımından, kefaletle temin edilen asıl borç ilişkisi niteliği büyük önem taşımaktadır. Eğer söz konusu borç ilişkisi cari hesap şeklinde işleyen bir kredi ilişkisinin kurulmasına yönelik ise, bu ilişkide alınan kredilerin ödenmesi ve hesabın sıfırlanması kural olarak kefillerin kefaletinin sona ermesine sebebiyet vermeyecek; tam aksine banka ile borçlu arasındaki kredi ilişkisi belirli bir borç ilişkisi için kurulmuş ise kefalet söz konusu kredinin ödenmesi ile son bulacaktır. Çünkü kefil, kefalet sözleşmesi uyarınca doğrudan kredi işlemine değil, bu mevcut çerçeve anlaşmasına yönelik kefil olmuştur. Dolayısıyla kefil, söz konusu kredi işleminin ödenmesiyle değil, ancak bu kredi anlaşmasının dayandığı çerçeve anlaşmasının son bulmasıyla sorumluluktan kurtulabilecektir.

98) Hatemi/Serozan/Arpacı, sh. 537-538; Grassinger, Hukuki İlişki, sh. 399

99) Develioğlu, sh. 300 vd.; Barlas, Kefalet, sh. 84

100) Başyigit, sh.3319; Barlas, Kefalet, sh. 46; Reisoğlu, Kefalet, sh. 12; Akkanat, sh. 281

Konuya ilişkin Yargıtay kararları şu şekildedir.

Yargıtay 19.HD'nin 03.05.2001 T. 2000/7962 E. 2001/3384 K. sayılı ilamında (101) "kefil, eda ettiği şey nisbetinde alacaklının haklarında ona halef olur, ödediği miktar yönünden alacağı değil, alacaklının haklarına sahip olur" denilmektedir. Gerçekten de TBK m.496'a göre kefil, eda ettiği şey nispetinde alacaklının haklarında ona halef olacağı öngörülmüş, diğer bir anlatımla kefilin ödediği miktar yönünden alacağı değil, alacaklının haklarına sahip olacağı belirtilmiş bulunmaktadır.

Nitekim başka bir kararda (102), "alacaklıya ödeme yapan kefil, onun haklarına halef olur, alacakla birlikte onun fer'i olan rehin hakkını da kazanır. Rehin konusu malın satışı halinde rüçhan hakkı devam eder, ayrıca takip yapılması gerekmez" denilmektedir. Demek ki, ödemede bulunan kefil alacağı değil, alacaklıya halef olmasının tabi bir sonucu olarak asıl borçluya karşı rücu kazanmaktadır. Böylece alacaklının sahip bulunduğu tüm haklara sahip olur. Öyle ki kararda bahsedildiği gibi rehin konusu mal alacaklıya aittir. Ancak kefil ödemede bulunduğu için, alacaklının haklarına halef olmuştur. Bu halefiyete dayanılarak rehin konusu malın satışı yapılmıştır. Daha evvel alacaklının bu mal üzerinde rehin dolayısıyla rüçhan hakkı bulunduğundan, bu rüçhan hakkı ona halef olan kefile geçmiştir. Böylece kefil alacaklının sahip olduğu hakları kullanarak asıl borçludan parasının öncelikli olarak tahsil edecektir.

Böylece ödemede bulunan kefilin alacaklıya halef olup, asıl borçluya rücu etmesi kefilin korumak amacıyla düzenlenmiş olan mutlak bir haktır. Yargıtay'ın içtihatları da TBK m.496 hükmündeki düzenleme doğrultusundadır.

101) YKD, 2002, S. 6, sh. 905

102) Yargıtay 19.HD 02.04.1998 T., 1670 E., 2470 K. (YKD, 1999, S. 1, sh. 78)

4- Kefilin Asıl Borçluya Karşı Rücu Hakkına Sahip Ve Bu Hakkını Kaybetmemiş Olması

Kefil lehine rücu hakkını öngören TBK 496.m'de böyle bir şarttan bahsedilmemiştir. Fakat kefaletle ilgili diğer hükümlerden (Örn. TBK. m. 497, f.2 veya 498.m'de olduğu gibi), kefilin asıl borçluya rücu hakkına sahip olması ve bu hakkını kaybetmemiş olması gerektiği sonucu çıkartılmaktadır. Buna göre kefil, asıl borçluya karşı aşağıdaki sebeplerle rücu hakkını kaybedebilir.

a)Kefilin Asıl Borçluya Ait Savunmaları İleri Sürmemesi Nedeniyle Rücu Hakkının Kaybı:

Kefil, asıl borçluya ait bütün def'ileri alacaklıya karşı ileri sürmek hakkına sahip, hata bununla mükelleftir (TBK m.497/f.1). Diğer bir ifade ile bu hem bir hak, hem de bir yükümlülüktür.

Kefil, alacaklıya ifada bulunduktan sonra, alacaklının haklarına kefalet olur. Bu halefiyetin sonucu olarak kefalet borcunu ifa ettiği oranda asıl borçluya rücu eder. Kural bu şekildedir. Ancak kefil, alacaklı tarafından takip edildiğinde, asıl borçluya ait savunma sebeplerini ileri sürmediği için borcu ödemek zorunda kalırsa, daha sonra asıl borçluya rücu etme hakkını, asıl borçluya ait savunma itirazlarını (ve def'ilerini) kullanmış olsa idi kefalet borcundan ne ölçüde kurtulacak idi ise, o ölçüde rücu hakkını kaybedecektir (103). Bu husus TBK m.497'de "kefil, kendi kusuru olmaksızın bu def'ilere vâkıf olduğunu ispat etmediği surette kendisini borcunu edadan varestede edecek bu def'ileri dermeyer etmemesinden naşi, alacaklıya rücu etmek hakkından mahrum olur" denilmek suretiyle ifade edilmiştir.

Bu hüküm şu açılardan yanlış anlaşılmaya müsaittir. Birincisi bu hükümde kullanılan "def'i" ibaresi ile teknik anlamda def'iler değil, genel anlamda borçlunun her türlü savunma sebeplerini (yani itirazlar da) kapsar (104).

103) Grassinger, Savunma, sh. 227; Reisoğlu, Kefalet, sh. 218; Aral, sh. 469; Uygur, sh. 9437

104) Olgaç, sh. 41; Grassinger, Savunma, sh. 227;

İkinci olarak madde metninden, kefilin asıl borçluya ait bütün def'ileri ileri sürebileceği anlamı çıkmaktadır ki, bu da isabetli değildir. Zira kefilin asıl borçluya ait def'i ve itirazları ileri sürme hakkı, kefalet sözleşmesi bünyesindeki bazı sınırlamalara tabi tutulmuştur. (105). Zira kefilin alacaklıya karşı kabul ettiği taahhüdün mahiyetine nazaran dışında kalması gereken def'iler ileri sürülemez. Bununla anlatılmak istenen, TBK m. 485'de sözü edilen borçlunun hatası veya ehliyetsizliği sebebiyle borcun malul olduğu ve bu fesat sebeplerinin ileri sürülemeyeceğidir. Diğer bir ifade ile kefil, asıl borçlunun şahsı ile ilgili olan def'ilerde bulunamaz. Asıl borçlunun şahsına ait def'ilerden hangisini kefilin kullanacağı konusunda bir kıstas olmak üzere borca etkili olabilen haller göz önünde tutulur. Kefil borçluya ait olan bu def'ileri kullanmak veya kullanmamak seçimlilik hakkına sahip olmayıp, asıl borçluya karşı rücu hakkını kullanmak istiyorsa bunu yapmaya mecburdur (106).

Üçüncü olarak madde metninde her ne kadar "alacaklıya rücu etmek hakkından mahrum olur" denilmekte ise de, "borçluya rücu etmek hakkından mahrum olur" şeklinde anlaşılması gerekir. Çünkü rücu hakkı alacaklıya karşı değil, borçluya karşı kullanılır. Ayrıca madde metnindeki "vakıf olduğunu" ibaresi "vakıf olmadığını" şeklinde düzeltilmelidir (107).

Kefilin ileri sürmediği takdirde rücu hakkını kaybettiren itirazlar, ileri sürülse idi onu borçtan kurtaracak olan kesin def'ilerdir. Bunlara asıl borcun doğumu, hükümleri ve dava edilebilmeleri ile ilgili her türlü def'i ve itirazlar dâhildir (108). Örn. asıl borcun geçerli olarak doğmadığı veya asıl borcun sona erdiği itirazı TBK m. 497 f.2'deki hükmün kapsamına giren itirazlardır. Kesin olmayan ve alacaklının talebini erteleyen geçici def'iler rücu hakkının kaybına yol açmaz, fakat bu hakkın kullanılmasını geciktirir. Örn. ödemezlik def'i, borcun

105) Grassinger, Savunma, sh. 18; Uygur, sh. 9436

106) Olgaç, sh. 42-43

107) Reisoğlu, Kefalet, sh. 219; Kılıçoğlu, sh. 82; Uygur, sh. 9437; Tandoğan, Borç İlişkileri, sh. 581;

108) Oser-Schönenberger, N.30 (Kılıçoğlu, sh. 82'den nakil); Reisoğlu, Kefalet, sh. 219; Grassinger, Savunma, sh. 228

muaccel olmadığı def'i bu çeşit def'ilerdendir (109). Buna mukabil kefilin, asıl borçlunun alacaklıya karşı bir takas hakkına sahip olmasına rağmen ödemede bulunması ise rücu hakkını etkilemez. Zira bir takas def'inden bahsedilmesine rağmen, takas bir def'i değil, kurucu bir haktır, ancak hak sahibi tarafından kullanılabileceğinden kefil alacaklıya karşı takas beyanında bulunamayacaktır (110).

Kefil, zamanaşımı def'ini ileri sürmeye mecburdur. Kefilin bu def'i mükellefiyetini getirmesi hem borçluya, hem de kendisi ile birlikte borçlu olanlara rücu hakkının gerçekleşme şartıdır (111). Zira TBK 497 m, f.2'ye göre bu mükellefiyet yerine getirilmediği takdirde kefil rücu hakkını kaybedecektir. Burada rücu zamanaşımı ile kefaletin zamanaşımına uğramasını birbirinden ayırt etmek gereklidir. Çünkü her ikisinin başlangıçları ve hükümleri farklıdır. Kefaletin zamanaşımına uğraması halinde, alacaklı artık kefil ödemeye zorlayamaz. Kefilin kefaletten ötürü zamanaşımı def'ini ileri sürmeyerek ödemede bulunması halinde ise, asıl borçluya karşı rücu hakkı doğacaktır. Zira TBK 497.m'ye göre, kefil asıl borçluya ait def'ileri ileri sürmekle yükümlü olup, bunları ileri sürmediği takdirde rücu imkanını kaybetmektedir. Halbuki kefaletin zamanaşımına uğraması, asıl borçluya bir def'i hakkı vermemektedir (112). Bu nedenle kefil, ancak asıl borçluya ait zamanaşımına def'ini ileri sürmediği takdirde rücu imkânından yoksun kalacak olup, buna mukabil kefalet sözleşmesinden kaynaklanan zamanaşımı def'ini ileri sürmemesi rücu hakkına hâlel getirmeyecektir.

Kefilin asıl borçluya ait def'ileri ileri sürmemesi nedeniyle ona karşı def'i hakkını kaybedebilmesi için, bunların varlığından kusuru olmaksızın bilgi sahibi olmaması gerekir (113). Bu husus TBK m.497 f.2'de " kefil, kendi kusuru olmaksızın bu def'ilere vakıf olduğunu ispat etmediği surette..." şeklinde ifade edilmiştir. Yani bu kefil, def'inin varlığını bilmiyor ve bilmesi de gerekmiyorsa bu

109) Kılıçoğlu, sh. 82; Reisoğlu, Kefalet, sh. 229

110) Reisoğlu, Kefalet, sh. 219

111) Olgaç, sh. 43; Şenyüz, sh. 272

112) Reisoğlu, Kefalet, sh. 217; Kılıçoğlu, sh. 82;

113) Kılıçoğlu, sh. 83

durumda rücu hakkı kaybedilmeyecektir (114). Kanun koyucuyu böyle bir sonucu kabul etmeye sevk eden düşünce, alacaklıya karşı kendi hakkını aramakta ihmalkâr davranan kefil cezalandırmaktır (115).

Def'ileri ileri sürdüğünü veya bunlardan kusuru olmaksızın bilgi sahibi olmadığını kefile, onun zamanında def'ileri kullanmadığını ispat etmek ise asıl borçluya aittir. Kefil asıl borçluya ait def'ileri kusurlu olarak ileri sürmeyince, bunları ileri sürseydi borçtan kurtulacağı oranda rücu hakkını kaybeder (116). Kusursuzluğun ispatı kefilin, asıl borçluya, savunma sebepleri hakkında bilgi almak için başvurduğunu, elinden gelen her türlü çabayı göstermiş olduğunu ispatlaması gerekir. Bu sebeple alacaklının müteselsil kefil hakkında dava açarak kefil takip etmesi durumunda, müteselsil kefilin rücu açısından davayı asıl borçluya ihbar etmesi kendi yararına olacaktır. Kefilin asıl borçluya ait savunma itirazlarını alacaklıya karşı ileri sürmemiş olmasında kusursuz olması halinde, Örn. kefilin asıl borçluya, onun alacaklıya karşı ne gibi savunma itirazları olduğunu soran kefile kasten bilgi vermemesi üzerine kefil, asıl borçlunun bu savunma itirazları sayesinde alacaklıya ifadan kurtulacağı oranda asıl borçluya karşı rücu hakkına sahip olur. Şunu da belirtmek gerekir ki kefilin asıl borçluya ait savunma sebeplerini ileri sürme yükümünü yerine getirmiş olması için, alacaklı tarafından takip edildiği sırada bu savunma imkânlarını kullanmış olması yeterlidir. Savunma itirazlarının kefil lehine sonuç vermiş olup olmamasının bir önemi yoktur (117).

TBK m. 485, c.sona göre "hata yahut ehliyetsizlik sebebiyle borçlunun mesuliyetini icap etmeyen bir akitten mütevellit borca kefalet, eğer kefil akdin borçlu yüzünden olan bu fesadına taahhüt esnasında vakıf ise muteber olur"

114) Canyürek, sh. 126

115) Biasio, N.108 (Grassinger, sh. 227'den nakil)

116) Guhl/Merz/Kummer: Das Schweizerische Obligationenrecht, Sechste Auflage, Zürich, 1972, sh. 507 (Kılıçoğlu, sh. 83'den nakil)

117) Bilge, Borçlar, sh. 393.

denilmektedir. Bu hüküm uyarınca kefil olan kimse, burada sayılan geçersizlik sebepleri ile alacaklıya karşı savunma itirazı yapamayacağı gibi (118), ödemede bulunduktan sonra asıl borçluya rücu edemeyecektir. Zira kefilin geçersizlik sebeplerini bildiği halde kefalet altına girmesi TBK m.497 f.2 anlamında kusur oluşturmaktadır (119).

Kumar ve bahis borcuna kefalette de, kumar ve bahis borcuna kefil olduğunu bildiği halde kefalet borcunu kendi isteği ile ödeyen kefil artık asıl borçluya rücu edemeyecektir (120). Çünkü az evvel değinildiği gibi kefil kusurlu sayılmaktadır.

Şimdi ise kefilin kefalet sözleşmesi kurulduğu sırada asıl borçluya ait savunma itirazlarından feragat etmesi ile kefilin kendisine ait savunma itirazlarını alacaklıya karşı ileri sürmemesi halinde bunun rücu hakkına etkisini incelemek gereklidir.

aa) Kefalet Sözleşmesi Kurulduğu Sırada Kefilin Asıl Borçluya Ait Savunma İtirazlarından Feragat Etmesinin Rücu Hakkına Etkisi:

Kefilin asıl borçluya ait savunma itirazlarından önceden feragat etmesi ile kastedilen, kefilin kefalet sözleşmesi kurulduğu sırada veya sözleşme kurulduktan sonra fakat henüz alacaklıya karşı savunma itirazlarını kullanma imkânı ortaya çıkmadan evvel, bu hakları ileri sürmekten vazgeçmesidir (121). Tabi olarak kefil, itiraz ve def'i hakkı doğduktan sonra bunları kullanmayabilir.

Kefalet sözleşmesi kurulduğu sırada uygulamada özellikle bankaların hazırladıkları formlardaki kefalet sözleşmesi ile ilgili şartlar arasında kefilin, asıl borçluya ait savunma itirazlarından feragat ettiği hususu yazılmaktadır. Kefil, asıl

118) Tandoğan, Borç İlişkileri, sh. 580

119) Grassinger, Savunma, sh. 230

120) Reisoğlu, Kefalet, sh. 176

121) Giovanoli, N.89; Honsell, Heinrich/Vogt, Nedim Peter/Wiegand, Wolfgang: N.56 (Grassinger, sh. 224'den nakil)

borçluya ait savunma itirazlarından feragat etmekle, alacaklı tarafından takip edildiğinde asıl borçludan daha ağır şartlarda sorumlu olmayı kabul etmiş olmaktadır. Ancak kefilin asıl borçludan daha ağır şartlar altında sorumlu olması, kefalet sözleşmesinin fer'ilik ilkesi ile bağdaşmaz (122). Bu sebeple asıl borçluya ait savunma itirazlarından kefalet sözleşmesinin fer'ilik niteliğini zedeleyecek derecede feragat edilmesi halinde; ya bu teminat sözleşmesi, kefalet sözleşmesi olarak nitelenmeyecek ve muhtemelen garanti sözleşmesi olacak ya da söz konusu bu feragate rağmen tarafların gerçek arzuları kefalet sözleşmesini kurmak ise kefilin, asıl borçluya ait savunma itirazlarından önceden feragat etmesi hiçbir hüküm ifade etmeyecektir.

İsv. BK nun m.492 f.4'e göre kefil asıl borçluya veya kendisine ait def'ileri sürmekten önceden feragat edemez. Buna rağmen feragat yapılmışsa anlaşma geçersiz sayılacak ve hiç yapılmamış sayılacaktır. Çünkü burada kefilin koruma ve alacaklıya karşı daha güçlü hale getirme düşüncesi hâkimdir. Halbuki hukukumuzda kefilin def'i ve itirazlardan peşinen feragatini geçersiz sayan bir hüküm kanunda mevcut değildir (123).

Bu nedenle kefalet sözleşmesi kurulurken kefilin, asıl borçluya ait savunma imkânlarından önceden feragat etmesi halinde bu sözleşmenin garanti sözleşmesi sayılıp sayılmayacağı hususu tartışmalıdır. Bu konuda bir görüşe göre (124) kefalet sözleşmesinin en önemli özelliği fer'iliği prensibidir. Buna göre, asıl borçluya ait savunma imkânlarından feragat edilmiş olması halinde garanti sözleşmesini varlığını kabul eder. Çünkü bu halde temel ilişkiyle bağlantı iyice kopmuş ve teminat artık bağımsızlık kazanmıştır. Kaldı ki, böylesine kesin ve geniş kapsamlı bir feragat, teminat verenin kefilin koruyucu en önemli hükümlerinden birisinden istifade etmek istemediğini ve temel borç ilişkisiyle

122) Aron, Ludwig: Die Bürgschaft unter Verzicht auf alle Einreden, Dissh. Greifswald, 1911, N.17; Horn, Norbert: Bürgschaften und Garantien zur Zahlung auf erstes Anfordern, NJW 1980, 2155 vd. (Grassinger, sh. 223'den nakil)

123) Barlas, Kefalet, sh. 60; Reisoğlu, Garanti, sh. 109; Tandoğan, Borç İlişkileri, sh. 580

124) Barlas, Kredi Kartı, sh. 959; Grassinger, Savunma, sh. 225; Borç İlişkileri, Tandoğan, sh. 580

ilgilenmediğini, doğrudan doğruya kendi bağımsız taahhüdüne yöneldiğini gösterir. Bu kefaletin asliliğini kabul etmek için yeterlidir. Buna mukabil diğer görüşe göre ise (125), kefilin savunma imkânlarından feragat etmesini garanti sözleşmesi sayılması için kesin kıstas olarak görmez. Fer'î bir borç yüklenmek isteyen bir kimsenin, alacaklının ısrarı üzerine bazı def'ilerden feragati mümkündür. Bu durumda bir garanti sözleşmesinin varlığını kabul etmek, kanun koyucunun kefilin koruma amacını göz önünde tutmamak olur. Def'ilerden feragatin bir garanti sözleşmesi anlamına geldiği, diğer hallerde tespit edilemediği takdirde, kefaletin kabul edilmesi daha isabetlidir. Ancak kefaletin fer'î niteliği, bu nev'î def'ilerden feragati imkânsız kıldığından, kefilin asıl borçluya ait def'ilerden feragatini hükümsüz saymak gerekir.

Kanaatimizce bu görüşlerden birincisi mevcut yasal düzenlemeye uygun olmakla birlikte, ikinci görüşün kabulü daha adildir. Çünkü hukukumuzda kefilin, asıl borçluya ait savunma imkanlarından feragatini İsv.BK'daki gibi yasaklayan bir hüküm mevcut olmadığından, uygulamada özellikle finans kuruluşları bunu kefile karşı koz olarak kullanmaktadırlar. Kefil çoğu kez, bu itirazlardan feragati içeren bu tip matbu formları imzalamak zorunda kalmaktadır. Böylece kanunumuzun kefilin koruyucu amacı bertaraf edilmiş olmaktadır. Bu nedenle kefilin bu nev'î def'ilerden feragati geçersiz saymak kefilin koruma amacına daha uygun düşecektir. Gerçi İsv.BK'na benzer bir hüküm TBKT'nın 587.m 3. da yer almaktadır. Buna göre "Kanundan aksi anlaşılmadıkça kefil, bu bölümde kendisine tanınan haklardan önceden feragat edemez." Tasarının bu isabetli düzenleme bu şekilde kanunlaşırsa bu konuda tartışma önemli ölçüde sona erecektir.

Bunun yanında Alman hukukunda ortaya çıkmış ve İsviçre hukukunda da benimsenmiş olan bir uygulama ile alacaklının alacağını bir an evvel alabilmesine imkan vermek için, kefilin alacaklı kendisine başvurduğunda herhangi bir itiraz ve

125) Reisoğlu, Garanti, sh. 109

def'i ileri sürmeden ifa etmesini öngörmektedir. Bu tip kefalet sözleşmelerine ilk talep halinde ödeme kefaleti (=Zahlung auf erstes Anfordern) veya ilk talepte ödeme kaydı adı verilmektedir. Bu kefalet sözleşmesinde, kefil, geçici bir süre için alacaklıya karşı alacağın talep edilebilirliği ile ilgili savunma imkânlarını ileri sürmemekte, alacaklıya ifada bulunduktan sonra alacağın varlığını ve talep edilebilirliğini tartışmaktadır. İşte kefalet sözleşmesindeki bu tür ilk talep halinde ödeme kaydının varlığından hareketle, ortada bir taahhüdün bulunduğu, hele def'i ve itirazlardan peşinen feragat edildiği sonucunda varılamayacağı kabul edilmektedir (126). Zira böyle bir kayıt, ödemenin yapılmasını kolaylaştırmak için konulmuş olup, hem kefalet hem de garanti sözleşmesinde bulunabilir ve nitelendirmede değer taşıyan bir ölçüt değildir. Yani bu kayıt sadece ödeme rejimi ile ilgili olup, sözleşmenin niteliğinin belirlenmesinde asli kıstas oluşturmaz. Yapılacak değerlendirme sonucu şayet bu kayda rağmen sözleşmenin kefalet sözleşmesi olduğu sonucuna varılabiliyorsa ve diğer şartlarda varsa kefil rücu hakkına sahip olacaktır, aksi durumda kefilin rücu hakkı söz konusu olmayacaktır.

Böylece kefalet sözleşmesi kurulurken kefilin asıl borçluya ait savunma imkânlarından feragat etmesi halinde yapılan sözleşmesinin kefalet sözleşmesi olduğu sonucuna varılabiliyorsa, kefilin rücu imkânına sahip olduğu kabul edilmelidir. Aksi taktirde kefilin rücu hakkı söz konusu olmayacaktır.

Ayrıca asıl borçlunun kendisine ait def'ilerden feragat etmesi halinde dahi, kefilin bunlardan yararlanabileceği konusunda tereddüt etmemek gerekir (127).

126) Barlas, Kredi Kartı, sh. 961; Kleiner, Beat: Bankgarantie, 4. Aufl., Zürich, 1990; Horn, Norbert: Bürgschaften und Garantien zur Zahlung auf erstes Anfordern, NJW 1980, 2155 vd.(Grassinger, sh. 225-226'den nakil);

127) Olgaç, sh. 43

bb) Kefilin Kendisine Ait Savunma İtirazlarını Alacaklıya Karşı İleri Sürmemesinin Rücu Hakkına Etkisi:

Kefilin asıl borçluya ait savunma itiraz ve def'ilerini ileri sürmesi kendisi bakımından bir yüküm oluştururken, kefilin kendisine ait savunma imkânlarını ileri sürmesine kanun bir sonuç bağlamamıştır. Diğer bir ifade ile kefilin kendisine ait bulunan itiraz ve def'ileri alacaklıya karşı ileri sürmemesi, asıl borçluya ait savunma imkânlarını alacaklıya karşı ileri sürmemiş olmasından farklı olarak, her hangi bir hak kaybına sebep olmaz.

Kefil, kefalet sözleşmesinden kaynaklanan ve kefaletin fer'iliğini bertaraf etmeyen tüm savunma imkânlarından önceden, kefalet sözleşmesi kurulduğu sırada feragat edebilir. Bu itirazlardan biri de TBK 494.m'deki itiraz hakkıdır. TBK 494.m'deki haktan feragat, somut olayda kefilin alacaklıya asıl borcun muaccel olması için ihtarda bulunmayacağı, asıl borç muaccel olsa da alacağını bir ay içinde takip etmesini ihtar edemeyeceği, alacaklı alacağını uzun süre takip etmese ya da başlamış olduğu takibine uzun süre ara verecek olsa da kefilin, kefalet sözleşmesinden kurtulamayacağını ifade etmektedir. Uygulamada özellikle bankaların kefile imzaladıkları matbu formlarda kefilin bu tür itirazlardan feragat ettiği görülmektedir. Kanunumuzda İsv.BK 492/IV'de belirtildiği gibi kefalete ilişkin ve özellikle kefilin koruyucu hükümlerin emredici nitelikte olduğu belirtilmemiştir. Bu nedenle bu feragat geçerlidir (128). Ancak bu şekilde ödemede bulunan kefilin, asıl borçluya rücu hakkına halel gelmeyecektir.

Kefil sadece kendisine ait savunma imkânlarını alacaklıya karşı ileri sürebileceği halde, ileri sürmemiş olsa da asıl borçluya rücu hakkına sahip olacaktır. Zira bu durum asıl borçluyu ilgilendiren bir sonuç değildir (129). Çünkü kefil kendisine ait itiraz ve def'leri ileri sürmediği takdirde, asıl borçlunun durumu

128) Grassinger, Kefilin Hakları, sh. 225

129) Beck, Emil: Das neue Bürgschaftsrecht, Zürich, 1942, Art. 507, N. 41; Schönnenberger, N.28 (Grassinger, Hukuki İlişki sh. 410'dan nakil)

ağırlaşmamaktadır. Böylece kanun koyucu bu sonuçla ilgilenmemiş, bu halde kefilin asıl borçluya rücu imkanı etkilenmeyecektir.

b) Kefilin Ödemede Bulunduğunu Borçluya İhbar Etmemesi Nedeniyle Asıl Borçlunun İkinci Defa Ödemede Bulunması Halinde Rucü Hakkının Kaybı:

Kefilin, alacaklıya yaptığı ödemeyi asıl borçluya bildirme yükümlülüğü vardır. Aksi halde "Kefil, tediyei asıl borçluya ihbar etmemesinden dolayı asıl borçlu ikinci defa olarak borcunu eda ederse kefalik kefil rücu hakkını gaip eder. Alacaklı, aleyhine haksız mal edinmesinden dolayı dava hakkı mahfuzdur." (TBK m. 498). Bu hüküm TBKT'nın 597.m'de "Borcu tamamen veya kısmen ödeyen kefil, durumu borçluya bildirmek zorundadır. Kefil, bu bildirimde bulunmazsa ve ödemeyi bilmeyen veya bilmesi gerekmeyen borçlu da alacaklıya ifada bulunursa, rücu hakkını kaybeder. Kefilin alacaklıya karşı sebepsiz zenginleşmeden doğan dava hakkı saklıdır" şeklinde düzenlenmiştir. Böylece Tasarı ile kefilin bildirim yükümü daha açık olarak ifade edildiği gibi, kefilin alacaklıya karşı sebepsiz zenginleşmeden doğan dava hakkı saklı tutulmuştur. Bu farklılığın sebebi, kefilin alacaklıya yaptığı ödemeyi asıl borçluya bildirme yükünü ihmal ettiği için, asıl borçlu tarafından aynı borcun ikinci kez ifa edilmesi sonucunda sebepsiz zenginleşen alacaklıya karşı, ödediği miktarı geri istemekle karşı karşıya bırakılması gereken kişinin asıl borçlu değil, kefil olduğu kabul edilmesidir. Bu hükmün düzenlenmesinde, kaynak İsv.BK'nun 508.m'si göz önünde tutulmuştur (130). Demek ki kefil, mükerrer ödemeyi önlemek için, alacaklıya yaptığı ödemeyi asıl borçluya bildirmekle yükümlüdür. Normal koşullarda asıl borçlu ikinci kez ödemede bulunmak istediğinde alacaklı, kefilin daha evvel ödemede bulunduğunu bildirecektir. Ancak alacaklının kötü niyetli olması halinde, kanun koyucu kefile ihbar külfeti yükleyerek borçluyu korumak istemiştir (131).

130) Yavuz, BK, sh. 478

131) Olgaç, sh. 44; Yavuz, Borçlar, sh. 796; Aral, sh. 47; Reisoğlu, Kefalet, sh. 204; Zevkliler, sh. 408

Böylece kanun koyucu hem mükerrer ödemeleri önlemek (132) hem de asıl borçluyu korumak amacıyla böyle bir düzenleme yaptığı söylenebilir. Bu sayede kefilin ifasından habersiz olarak ifade bulunan asıl borçlu, kefilin rücu talebini yerine getirmeyecek ve alacaklıya haksız iktisap davası açma külfetine girmeyecektir. Gerçi TBK m. 498'de sözü edilen haksız mal edinme davasının alacaklıya mı, yoksa borçluya mı karşı açılacağı konusunda herhangi bir açıklık yoktur. Zira madde metninde sadece haksız mal edinme davasının alacaklıya karşı açılacağı yazılı olup, bu davayı kimin açacağı belli değildir. Bu nedenle bu konunun açıklanması gereklidir. Burada alacaklı, asıl borçlunun ödemesini kabul etmekle artık kendisine ait olmayan bir alacak üzerinde tasarruf ettiği, kefilin rücu hakkını kaybetmesine yol açarak onun aleyhine zenginleştiği kabul edilmektedir. Bu takdirde haksız mal edinme davası asıl borçluya rücu hakkını kaybettiği oranda kefile aittir. Şayet TBK m.498 olmasaydı bile ikinci kez ödemede bulunan asıl borçlu, alacaklıya karşı borç olmayan şeyin tediyesine ilişkin TBK m.62'ye dayanan sebepsiz zenginleşme davası açabilirdi; fakat burada kefil kendisine düşen bildirme yükümlülüğünü yerine getirmediğinden, kanun koyucu sebepsiz zenginleşme davası açma külfetini ona yüklemiştir. Buna mukabil asıl borçlu, rücu hakkı bulunmamasına rağmen kendisine başvuran kefile ödemede bulunursa, sebepsiz zenginleşme dava hakkının asıl borçluya geçtiği kabul edilmelidir (133).

Kefil, alacaklıya ifade bulunduktan sonra gecikmeksizin asıl borçluya kefalet borcunu ifa ettiğini bildirmelidir. Zira kefilin asıl borçluya ihbarda bulunma yükümü, asıl borçlunun kefilin ifasından haberi olmaması halinde söz konusu olur. Bu sebeple kefilin gecikmeksizin ihbarda bulunmuş olup olmadığı hususu TMK m.2'deki dürüstlük kuralı ışığında değerlendirilecektir (134). Şayet kefilin vaktinde gönderdiği ihbar, onun kusuru olmaksızın asıl borçlunun eline geç ulaşmış ise veya duruma göre kefil, asıl borçlunun yapılan ödemenin farkında

132) Becker, sh. 1093; Grassinger, Hukuki İlişki, sh. 389; Yördem, sh. 94

133) Reisoğlu, Kefalet, sh. 205; Tandoğan, Borç İlişkileri, sh. 588; Oser-Schönenberger, N.6 (Kılıçoğlu, sh. 84'den nakil)

134) Beck, Emil: Das neue Bürgschaftsrecht, Zürich, 1942, Art. 507, N. 4 (Grassinger Hukuki İlişki, sh. 390'dan nakil); Şenyüz, sh. 149

olduğunu kabul etmekte haklı görünüyorsa yahut asıl borçlunun özel nedenlerle ihbara rağmen yine de ödemede bulunacağını ispatlayabilirse rücu hakkı ortadan kalkmaz. Yani kefil kendisine düşen ihbar borcunu kusuru olmaksızın yerine getirmemişse rücu hakkını kaybetmez. Örn. borçlunun adresinin bilinmemesi sebebiyle ihbar yapılamamış veya bu ihbar yapılmasına rağmen postadaki gecikme nedeniyle geç ulaşmış ise, alacaklının ikinci defa ifada bulunmasına rağmen kefil rücu hakkına sahiptir (135).

Kefil, alacaklıya kefalet borcunu ifa ettiğinde TBK m.499 gereği söz konusu asıl borç için alacaklı taraftaki teminatlara sahip olacaktır. Bu teminatlar kefilin, asıl borçluya karşı rücu hakkının teminini sağlayacaklardır. Fakat kefil, ihbar etme yükümlülüğüne aykırı davrandığında, asıl borçluya rücu hakkı ile birlikte bu teminatlardan yararlanma hakkını da kaybeder mi? Kefil, alacaklıya yapmış olduğu ödemeden asıl borçluyu haberdar etmez, o da ikinci kez ödemede bulunursa borçluya rücu hakkını kaybeder. Dolayısıyla bu durumda kefil lehine doğmuş bulunan halefiyeti bütün hüküm ve sonuçları ile ortadan kalkar. Çünkü halefiyet, rücu hakkının bir fer'idir ve onun mevcut olduğu sürece geçerlidir (136). Bu nedenle kefil ihbar yükümüne aykırı davrandığında, asıl borçluya rücu hakkı ile birlikte (hem borçlu nezdindeki hem de üçüncü şahıslardaki) teminatlardan yararlanma hakkını kaybeder. Bununla birlikte Reisoğlu (137), rücu hakkı ile kanuni halefiyetin farklı kavramlar olduğunu, kefilin rücu hakkını kaybetmesinin halef olmasına engel teşkil etmediğini, ancak rücu hakkını kaybeden kefilin mevcut teminatlara başvurusunun hem hakkaniyete hem de kanun koyucunun amacına aykırı olduğunu, kefilin asıl borçlu tarafından verilen teminatlara başvurusunu kabul etmekle, kendisine rücu hakkı tanımak arasında fazla bir fark olmadığını ifade etmektedir. Kanımızca da Reisoğlu'nun görüşü yerindedir.

135) Kılıçoğlu, sh. 83; Becker, sh. 1094; Uygur, sh. 9438

136) Kılıçoğlu, sh. 34; Grassinger, Hukuki İlişki, sh. 392

137) Reisoğlu, Kefalet, sh. 204

Kanun koyucu sadece kefile alacaklıya yaptığı ödemeyi ihbar etmek külfeti yüklediğinden, asıl borçlu alacaklıya ödemedede bulunduğunda bunu kefile bildirmediğinde kefilin rücu hakkına hâlel gelmeyecektir.

III. RÜCU HAKKININ KAPSAMI

Kefil alacaklıya ödemedede bulunduktan sonra asıl borçluya TBK 496.m gereğince rücu etme hakkına sahiptir. Ancak acaba kefil, alacaklı asıl borçludan ne talep edebiliyorsa aynen onu mu istemek zorundadır, yoksa rücu halinde bu talebin içeriği değişmekte midir? Bu konuda para borçlarında asıl alacak ile rücu talebi arasında bir fark yoktur. Ancak alacağın şahsi bir eda olması halinde durum önem kazanmaktadır. Kefile intikal eden alacak ile asıl alacak birbirinden farklıdır. Örn. kefilin, asıl borçlunun vergi borcunu ödemek zorunda kalması halinde, vergi alacağının aynısının kefile geçtiğini iddia etmek mümkün değildir. Zira devlet alacağı üzerinde, niteliği itibarıyla gerçek bir kişinin hak sahibi olması mümkün değildir. Kefilin ödemesi ile ilk alacak başka bir alacağa dönüşmektedir. İsv.BK'nun 507/V.m'e göre, alacaklıya ödemededen itibaren, kefile intikal eden alacak için yeni bir zamanaşımı süresi başlatmaktadır. Bundan başka kefilin asıl alacak yerine, ona tekabül eden meblağı talep etmesi hakkaniyete uygundur. Böylece kefilin rücu talebinin, yeni bir alacak hakkına dönüştüğü söylenebilir (138). Bu durumda kefil istese dahi ilk alacağı aynen talep edemez. Örn. kefil, kendisi de bir sanatsever olsa, asıl borçludan taahhüt etmiş olduğu tabloyu vermeyi talep edemez.

TBK 490.m kefilin sorumluluğunu kapsamını tayin etmektedir. Buna göre kefilin sorumluluğu kefalet sözleşmesinde gösterilmiş olan miktarı aşamaz. Ancak kefilin rücu hakkının mutlaka bu azami miktara eşit olması gerekmez. Kefil bu sınır dâhilinde sadece ne miktar ödemedede bulunmuş ise onu asıl borçludan talep edebilir. Kefil kural olarak TBK 490.m'de sözü edilen haller dışında bir ödeme yükümlülüğünde değildir. Örn. taraflar ödememe halinde bir cezai şart

138) Reisoğlu, Rücu, sh. 492; Yavuz, Kefalet, sh. 21

kararlaştırmışlar ise kefil bu cezai şartı (borçlunun temerrüdünün kanuni neticesi olmayıp, akdi neticesi olduğundan) alacaklıya ödemek zorunda değıldir. Buna karşılık kefilin alacaklıya yaptığı ödeme kefalet sözleşmesindeki miktarın üzerinde ise, ödenmiş olan fazla kısım için kefilin rücu hakkına sahip olup olmadığının incelenmesi gerekir. Örn. kefil 10.000.YTL'lık borcun, sadece 5.000.YTL'sine kefil olduğı halde, 7.500.YTL'lık ödeme yapmış ise durum ne olacaktır? TBK 496.m'si kefilin "eda ettiğı şey nispetinde" alacaklının haklarına halef olacağını öngörmüştür. Bu hüküm lafzi olarak yorumlandığında kefil, kefalet sözleşmesinde gösterilen miktardan daha fazla ödemede bulunmuş olsa dahi bunu borçluya rücu edebileceğı sonucu çıkmaktadır. Hâlbuki burada sözü edilen "eda ettiğı şey nispetinde" ifadesi, kefilin kefalet sözleşmesinde sorumlu olduğı azami sorumluluk miktarı ifade edilmiştir (139). Böylece yapılan fazla ödemeden dolayı kanunen halef olunmayacak ancak taraflar arasındaki iç ilişkiye istinaden asıl borçluya müracaat edilebilecektir. Aksi halde, kefilin azami sorumluluk miktarının sözleşmede gösterilmesi şeklindeki geçerlilik şartına aykırı davranılmış olur. O halde kefil alacaklıya fazla ödemede bulunsa bile, bu fazlalığı borçludan rücu yoluyla talep edemez, fakat bu fazla ödemesini iç ilişkiye dayanan diğerk hukuksal sebeplerle talep edebilir.

Kefilin, alacaklıya ödemeyip, kendisi tarafından yapılan masrafları borçluya rücu etme hakkı yoktur. Çünkü kefilin yapmış olduğı bu masraflar alacaklıyı tatmin edilmesi kavramına girmezler. Ancak her ne kadar bu masraflar bu şekilde asıl borçluya rücu edilmese bile, kefil asıl borçlu ile aralarındaki iç ilişki (vekalet, vekaletsiz iş görme, sebepsiz zenginleşme) gereğince bunları her zaman borçluya rücu edebilir. Masrafların TBK 496.m'sine dayanarak rücu edilmesi ile iç ilişki gereğince rücu edilmesi arasındaki en önemli fark şudur; Masraflar TBK 496.m'si gereğince talep edilirse, alacak için mevcut olan teminatlar bunları da temin ederler. Diğerk hukuksal taleplere dayanan rücu talebinde ise teminatlardan yararlanma söz konusu değıldir (140).

139) Reisoğlu, Rücu, sh. 493; Kılıçoğlu, sh. 96

140) Kılıçoğlu, sh. 97

Kanun ödemede bulunan kefilin alacağa değil, alacaklının haklarına halef olmasını öngörmüştür. Alacaklı hakları kavramına ise alacağa bağlı tüm haklar girer. Diğer bir ifade ile TBK 496.m gereğince asıl borca bağlı tüm yan haklar (Örn. asıl borç için verilmiş olan teminatlarda) kefile geçer. Böylece kefilin rücu hakkı bu teminatlarla güçlenmiş olur (141).

Ödemede bulunan kefilin rücu hakkı kapsamına giren şu alacaklar girmektedir;

1- Kefil Olunan Borcun Aslı

Kefalet sözleşmesinde taraflarca asıl borç olduğu yeteri derecede belirtilmiş bulunan mükellefiyet veya mükellefiyetler asıl borç kavramına dâhil olur (142). Kefil, alacaklıya kefalet borcunun tamamını ifa edebileceği gibi, bir kısmını da ifa etmiş olabilir. TBK 68.m'ye göre alacaklı, miktarı muayyen ve tamamı muaccel olan borcun kısmen tediyesini kabule mecbur olmamakla beraber, kısmi tediye de kabulden memnu değildir. Bu sebeple kısmi ödemeyi kabul yetkisi alacaklıya bırakılmıştır (143). Neticede alacaklı kısmi ödemeyi kabul ettiği takdirde veya kefil borcun tamamını ödediği takdirde, alacaklının haklarına da bu kısım oranında halef olacaktır. Bu takdirde kefil asıl borçluya karşı sadece alacaklıya ifa ettiği kısım için rücu hakkını kullanabilecektir. Bu husus TBK m.496'da "eda ettiği şey nisbetinde" denilmek suretiyle ifade edilmiştir. Burada ilke olarak kefilin rücu edebileceği değer asıl borcun miktarı değil, ifade bulunduğu miktar esas alınmalıdır.

2- Asıl Borçlunun Kusur ve Temerrüdünün Kanuni Sonuçları Dolayısıyla Kefilin Ödemede Bulunduğu Alacaklar

TBK m. 490 f.1'e göre, "kefil... borçlunun kusur veya temerrüdünün kanuni" sonuçlarından sorumludur. Bununla kefilin borcunu hiç ya da gereği gibi

141) Bilge, Halefiyet, sh. 285; Yargıtay 19.HD 03.05.2001 T. 2000/7962 E. 2001/3384 K.'da aynı prensip belirtilmiştir (YKD, 2002, S. 6, sh. 905)

142) Bilge, Mesuliyet, sh.106

143) Bilge, Halefiyet, sh. 285

ifa etmemesinden doğan müspet zararın tazmini yükümlülüğü ile onun borçlu temerrüdüne düşmesinin kanuni sonuçlarından sorumluluğunun anlaşılması gerekir (144). Kefil aksi kararlaştırılmadıkça iptal veya dönme sonucu doğan menfi zarardan sorumlu değildir. Zira bu durumlarda sözleşme ortadan kalkacağı için fer'i nitelikte olan kefalet de ortadan kalkacağından, aksine bir sözleşme yoksa, bu zararlar rücu kapsamına dahil değildir (145). Böylece borçlunun kusur veya temerrüdünün kanuni sonucu dolayısıyla kefilin ödemede bulunduğu alacakların rücu hakkı kapsamına girdiği kabul gerekir.

YHGK'nun 15.12.2004 T. 2004/3-761 E. 2004/708 K. sayılı ilamına (146) konu olan bir olayda "borcu taksitler halinde ödemiş olan kefil asıl borçluya rücu ederken, her bir ödeme tutarı için ödeme tarihinden itibaren yasal faiz isteyebileceği"ni kabul edilmiştir. Buna göre kefil, icra takibi sonucunda asıl borcu taksitler halinde ödemiştir. Böylece kefil ödeme miktarı ile sınırlı olarak, alacaklının halefi haline gelmiştir. Eş söyleyişle, eğer kefil bu şekilde ödeme yapmamış olsaydı, alacaklı, borçluya karşı ne haklara sahip olacak idiyse, ondan neyi ve hangi koşullarda isteyecek idiyse, kefil de borçludan aynısını isteme hakkına sahip olmuştur. Yargıtay uygulamasında bu kuralın tek istisnası alacaklı sıfatından (tacir olmasından) kaynaklanan hakların kefile tanınmamasıdır. Bu itibarla kefilin her bir taksit ödemesi tarihinden itibaren, herhangi bir temerrüt ihtarına gerek kalmasızın faiz istemesinde duraksamaya yer olmaması gerekir.

Kanımızca söz konusu Yargıtay kararı kefilin yasal faiz istemesi için temerrüt ihtarını aramaması bakımından isabetlidir. Gerçekten ödemede bulunan kefil alacaklının haklarına halef olmakta ve alacaklı ne ise kefil de onu talep edebilmektedir.

144) Yavuz, Borçlar, sh. 786; Bilge, Mesuliyet, sh. 119

145) Aral, sh. 466; Bilge, Mesuliyet, sh. 119; Uygur, sh. 9390

146) İBD, C. 79, S. 2005/3, sh. 902 vd.

3- Kefilin Ödediği Akdi Faiz Miktarı

TBK 490.m'sine göre "faiz verilmesi şart edilmiş ise kefil ancak işlemekte olan faiz ile beraber işlemiş faizden bir seneliğini vermekle mükelleftir". TBK m.484'e göre kefalet sözleşmesinin geçerliliği için kefalet sözleşmesinde kefilin sorumlu olacağı azami miktarın gösterilmesi gerekir. İsv. BK. m.499 f.1'e göre "kefil, bütün durumlarda, ancak kefalet sözleşmesinde gösterilen en yüksek tutara dek sorumlu olur". O halde bu kural, kefilin koruyucu niteliği nazara alınarak kefilin sorumluluğunun kefalet sözleşmesinde gösterilen miktarı aşmaması gerekir (147). Böylece kefil, kefalet sözleşmesi kapsamında ödediği akdi faiz miktarını asıl borçluya rücu edebilecektir. Buradaki sınırlama akdi faizler için söz konusudur. Temerrüt faizlerinden dolayı bir kısıtlama mevcut değildir (148).

Konuya ilişkin Yargıtay 11.HD'nin 28.05.2002 T. 2002/2649 E. 2002/5315 K. sayılı ilamında (149) "... kredi kartı sözleşmesinde, kefilin sorumluluğunu düzenleyen özel bir hüküm bulunmadığına göre, kefilin sorumluluğu, her aylık ekstre dönemi için belirtilen miktar kadar değil, sözleşme süresinde belirlenen azami asıl borç ve kefilin temerrüde düşürüldüğü tarihten itibaren tahakkuk edecek faiz ve borcun diğer fer'ileriyle sınırlıdır" denilmiştir. Mademki kefilin sorumluluğu kefilin temerrüde düşürüldüğü tarihten itibaren tahakkuk edecek akdi faiz ve ferileri kapsamaktadır, o halde bunların kefil tarafından ödenmesi halinde asıl borçluya rücu edebilecektir. Burada rücu hakkının kapsamına dahil olan asıl borca bağlı "akdi faiz"dir (150).

4- Dava Ve Takip Masrafları

Kefil, asıl borçlunun borcu ödememesi nedeniyle alacaklının yaptığı dava ve kovuşturma için yaptığı giderlerinden, avukatlık ücretinden ve icra

147) Yavuz, Borçlar, sh. 787

148) Uygur, sh. 3391; Bilge, Mesuliyet, sh. 144; Reisoğlu, Kefalet, sh. 163-164

149) YKD, 2003, S. 2, sh. 212

150) Canyürek, sh. 124

giderlerinden sorumludur (151). Esasen bu masrafların rücu hakkının kapsamında olması halefiyetin zorunlu bir sonucudur. Zira kefilin rücu hakkı kapsamına giren bu haklar kefilin alacaklıya ifası ile birlikte kanundan dolayı kendiliğinden ve tarafların müdahalesine gerek kalmamasın kefile geçerler.

IV. RUCÜ HAKKINDAN FERAGAT

TBK 496.m c.2’de açıkça kefilin, rücu hakkından feragat edemeyeceği belirtilmiştir. Kefilin alacaklının haklarına halef olması sebebiyle asıl borçluya karşı rücu hakkı emredici olarak düzenlendiğinden, kefil, kefalet sözleşmesi kurulduğu sırada ya da daha sonra fakat henüz rücu hakkı doğmadan önce, rücu hakkını kullanmaktan feragat edemez (152).

Kefalet sözleşmesinde yer alan bu feragat kanunun emredici hükmüne aykırı olduğundan hiç yapılmamış sayılır. Bu nedenle de kefil için bağlayıcı olmaz. Kefilin sonradan bu hakkı öğrenmesi sonucunda rücu hakkını kullanacağını bildirmesi hakkın kötüye kullanılması sayılmaz (153).

Buna karşılık, rücu hakkı doğduktan sonra diğer bir ifade ile kefil alacaklıya ifada bulunduktan sonra asıl borçluya rücu etmeyebilir. Bu durumda kefil doğmuş olan hakkını kullanıp kullanmamakta serbesttir (156). Hata kefil rücu hakkı doğduktan sonra gereken teşebbüslere girişmemek suretiyle de bu hakkını zımnen kullanmak istemeyebilir.

Doktrinde Reisoğlu (157), feragatle ilgili TBK 496.m’nin yetersiz olduğunu ileri sürmektedir. Yazara göre kefilin rücu hakkından feragat edemeyeceğini düzenlemekte, ancak kefilin rücu hakkını bazı şartların gerçekleşmesine kadar kullanmayacağı şeklindeki yükümlük geçerli sayılmaktadır. Nitekim matbu kefalet

151) Karahasan, sh. 1242; Bilge, Mesuliyet, sh. 146

152) Grassinger, Hukuki İlişki, sh. 405; Bilge, Borçlar, sh. 165; Tandoğan, Borç İlişkileri, sh. 587

153) Oser/Schönenberger, N.96 (Reisoğlu, sh. 217’den nakil)

156) Grassinger, Hukuki İlişki, sh. 405; Reisoğlu, Kefalet, sh. 217; Badur, sh. 159

157) Reisoğlu, Kefalet, sh. 218

sözleşmelerinde "alacaklının asıl borçludan bütün alacaklarını, faizlerinin tamamını ve masrafları tahsil edinceye kadar kefilin asıl borçluya rücu etmeyeceği" şeklinde kayıtlar yer almakta ve ekonomik olarak zayıf durumda olan borçlu kefil bu kayıtları kabule zorlanmaktadır. Kanımızca da bu görüşe katılmamak mümkün değildir. Zira rücu hakkından feragat edilemeyeceği, kefil korumak amacıyla düzenlenmiştir. Bu kuralın dolanılarak bertaraf edilmesi kanun koyucunun kefil himaye maksadına düşmektedir.

V. RÜCU HAKKININ ZAMANAŞIMINA UĞRAMASI

Kefil, alacaklıya ödemede bulunduktan sonra rücu hakkı doğduğundan (158), bu andan itibaren zamanaşımı süresi işlemeye başlar. Bu çözüm tarzı TBK'nun 128.m, c.1'den çıkartılmaktadır. Binaenaleyh, İsv.BK'nun m.507/V'de "rücu hakkında zamanaşımı kefilin alacaklıyı tatmine ettiği andan itibaren başlar". Aynı çözüm tarzı hukukumuz için de geçerlidir. Nitekim TBKT'nın 601.m, 5.f'de "Kefilin rücu hakkına ilişkin zamanaşımı, kefilin alacaklıya ifada bulunduğu anda işlemeye başlar" denilmek suretiyle bu konudaki belirsizliğe son verilmek istenmiştir.

TBK kefilin rücu hakkının ne zaman zamanaşımına uğrayacağı hakkında da bir hüküm ihtiva etmemektedir. Sadece TBK 133.m'de, kefilin asıl borçlu tarafından temin edilmesi halinde zamanaşımının kesileceği ve böylece alacak için yeni bir zamanaşımı süresinin başlayacağı kabul edilmektedir. Bu hükmün kefile tanıdığı imkan, hiç olmazsa kefalet anından itibaren on yıllık bir zamanaşımı süresinin başlamış olmasıdır. Böylece kefil, kefaletinin ikinci senesinde ödemek zorunda kalırsa sekiz sene, dokuzuncu senesinde tediye zorunda kalırsa bir sene içinde rücu etme imkânına sahip olacaktır. Ya da kefil eskiden doğmuş bir alacak için kefil olduğu ve zamanaşımı süresinin son günü alacaklıya ödemede bulunduğu taktirde, asıl borçluya rücu imkanına sahip olamayacaktır. Bu netice

158) Örguevren, sh. 33

ise kefaletin niteliği ile bağdaşmaz (159). Bu nedenle hukukumuzda da rücu hakkının diğer akitler gibi on yıllık zamanaşımı süresi geçerlidir (TBK 125.m).

Yargıtay (160), kanunda özel bir zamanaşımı süresi öngörülmediğinden, müteselsil kefillerin birbirlerine karşı açacakları davalarda on yıllık zamanaşımı süresinin geçerli olduğu kabul etmiştir.

Ancak bu konu uygulamada güçlükler yol açıcı bir hal aldığından, kanuni bir düzenlemeyi gerektirmektedir (161).

§ 5- KEFİLE İNTİKAL EDEN ALACAĞA BAĞLI DİĞER HAKLAR

I. GENEL OLARAK

Ödemede bulunan kefilin alacaklıya halef olmasının hukuki sonuçlarından biri de alacağa bağlı olan hakların kefile intikalidir. Ödemede bulunan kefil "alacak hakkının" değil, "alacaklının haklarına" halef olur. Alacaklı haklarına kavramına, alacağa bağlı bulunan bütün haklar girer. Alacağa bağlı olan hakların intikali için, tarafların herhangi bir müdahalesini gerektirmeksizin, kanundan kaynaklanmaktadır. Bu hakların intikali ile kefilin, asıl borçlu karşısındaki talebi kolaylaştığı gibi, teminatlardan da faydalanması sağlanır.

Kefile intikal eden alacağa bağlı haklar, alacaklının şahsına bağlı olmayan haklardır. Burada kefile intikal edecek alacağa bağlı haklar kanuni bir temlik şekli olduğundan TBK 168.m f.1 hükmü kefillik sözleşmesinin bünyesine uyduğu ölçüde kıyasen uygulanacaktır (1). Söz konusu hükme göre "bir alacağın

159) Reisoğlu, Rücu, sh. 498; Badur, sh. 161

160) Yargıtay 11.HD'nin, 24.03.2003 T. 2002/10419 E. 2003/2693 K. sayılı karar (YKD, 2003, S. 8, sh. 1226 vd.)

161) Tandoğan, Değerlendirme, sh. 59

1) Kılıçoğlu, sh. 97-98

temlikinde, temlik eden kimsenin şahsına has olanlardan maada rüçhan hakları ve diğer müteferri haklar dahil olur.” Buna göre kefile, kefalet altına alınmış asıl borç, asıl borca bağlı fer’i haklar ki, bunlar asıl borç için verilmiş diğer teminatlar, asıl borca bağlı faiz ve cezai şartlar, alacaklının şahsına bağlı olmayan rüçhan hakları, dava ve icra takibi hakları, alacağa bağlı olan yenilik doğuran haklar dâhildir.

Şimdi ödemede bulunan kefilin alacaklıya halef olmasının sonucu olarak alacağa bağlı intikal eden hakların belli başlı olanlarını incelemeye geçebiliriz.

II. FER’İ HAKLARIN KEFİLE İNTİKALİ

1- Rücu Halinde Kefilin İstifade Edebileceği Teminatlar

Kefil, alacaklıya ödemede bulunduğu ölçüde, borçlu lehine verilmiş olan teminatlardan alacağını tahsil etme hakkı kefile intikal eder. Böylece kefil rücu hakkını bu teminatlardan da karşılayabilir. Çoğunlukla alacaklı, asıl borçlu ödeme gücünden yoksun olduğu için kefile müracaat etmektedir. Ödemek zorunda kalan kefilin ümidi, alacak için verilmiş olan teminatların paraya çevrilmesi yoluyla uğradığı zararlardan kurtulmasıdır.

Kefile intikal eden bu teminatların kapsamına aynî teminatlar, gayrimenkul rehni, menkul rehni alacak ve diğer haklar üzerindeki rehin hakkı, ticari senetler vb. haklar girer.

TBK 500.m’ye göre “Alacaklı kefaletten dolayı tahakkuk eden borcun temini için kefaletin akdi esnasında tesis yahut sonradan istihsal olunan teminatı kefilin zararına olarak tenkis eder veya elinde bulunan delaili elden çıkarırsa kefile karşı mes’ul olur”. Görülüyor ki sonradan tesis edilen teminatlar için “asıl borçlu tarafından verilmesi” şartı kanunumuzda yer almamıştır. Bundan başka “münhasıran kefil olunmuş alacak için” şartı da yoktur. Kanun metnin lafzından

sonradan üçüncü şahıslar tarafından verilmiş olan teminatlardan da kefilin yararlanabileceği sonucu çıkartılacaktır. Ancak bu sonucu haklı gösterecek bir sebep mevcut değildir (2). Bu konuda kaynak İsv.BK 507. m’si göz önünde tutularak (3) düzenlenen TBKT’nın 596.m, 2.f’sına göre “Kefil, aksi kararlaştırılmamışsa, rehin hakları ile aynı alacak için sağlanmış diğer güvencelerden sadece kefalet anında var olan veya bizzat asıl borçlu tarafından, sonradan özellikle bu alacak için verilmiş bulunanlara halef olur” denilmektedir. Böylece Tasarının kanunlaşması halinde kefil kural olarak kefalet anında mevcut teminatlardan yararlanacaktır.

Borcun bir kısmının kefil, bir kısmının da asıl borçlu tarafından ödenmesi halinde, kefilin rücu hakkı ödediği miktarla sınırlı olmakla beraber, teminatların tamamına şamil olacağından, asıl borçlunun ödediği nispette teminatların kendisine iadesini talep hakkı yoktur. Bütün teminatlar kefile intikal eder (4).

Acaba kefilin kısmi ödemesi halinde, önceden rehin veren üçüncü şahıs geri kalan borcu ödeyerek, vermiş olduğu rehni, TBK 109.m hükümlerine göre rehinden kurtarabilecek midir? Alacaklının böyle bir halde rehni iadeye hakkı yoktur. Zira kısmi ödeme halinde bile kefilin rehin üzerinde bir hakkı doğmuş bulunmaktadır. Üçüncü şahsın verdiği şeyi rehinden kurtarabilmesi için, sadece alacaklıya değil, fakat kefile de ödemedede bulunması zorunludur.

Asıl borç için verilmiş olan taşınır rehni kefile ait ise, kefil alacaklıya ödemedede bulunduğunda, alacaklıya halef olur ve kefilin rehin üzerindeki rehin hakkı sona erer. Çünkü taşınırlarda, taşınmazlardan farklı olarak, malik lehine rehin hakkı tanınmamıştır (5).

Kefil TBK 496.m’ye göre alacaklının haklarına halef olduğunda, alacakla ilgili teminatlar ödeme ile birlikte kanundan dolayı kendiliğinden kefile geçerler.

2) Reisoğlu, Rücu, sh. 479

3) Yavuz, BK, sh. 476

4) Nussbaumer, sh. 82 (Reisoğlu, Rücu, sh. 482’den nakil)

5) Pfister, sh. 101 (Kılıçoğlu, sh. 99’dan nakil)

Bu sebeple alacaklının sonradan teminatın türüne göre, bu hakları kefile nakil için yaptığı işlemler açıklayıcı niteliktedir. Keza TBK m.499 f.2’de yer alan, “borç bir gayrimenkul için temin olunmuş ise alacaklı rehin hakkının kefile devri için ifası lazım gelen merasimi icra ile mükelleftir” hükmü ile alacaklının kefil adına kurucu değil, açıklayıcı işlem yapılacağı öngörülmüştür (6).

Alacaklının, kefile devretmesi gereken teminatları elden çıkarması halinde kefile karşı sorumlu olur. Halbuki kaynak İsv.BK 503.m’si nazara alınarak (7) düzenlenen TBKT’nın 592.m’nin, 2.f’sine göre “Alacaklı, kefalet sırasında var olan veya daha sonra asıl borçludan alacağın özel güvencesi olmak üzere elde ettiği rehin haklarını, güvenceyi ve rüçhan haklarını kefilin zararına olarak azaltırsa, zararın daha az olduğu alacaklı tarafından ispat edilmedikçe, kefilin sorumluluğu da buna uygun düşen bir miktarda azalır.” Kefilin borcunun azalması ile alacaklıya karşı zarar ziyan davası açılması farklı kavramlardır. Bu nedenle Tasarı ile kefilin koruyucu düzenleme getirilmiştir.

TBK 503.m kefile bazı hallerde, asıl borçludan teminat talep etme imkanı vermektedir. Bu hüküm sonradan kefil için bir rücu hakkı doğduğu taktirde, alacaklıya ödenen miktarın kolaylıkla geri alınmasını sağlar. Özellikle alacak için aynî ve şahsî teminatların bulunmaması halinde, asıl borçludan alınacak olan teminatlar kefilin durumunu sağlamlaştırır. Alacak için verilmiş olan bu teminatlar, kanuni halefiyet sonucu kefile intikal ederken, TBK 503.m. gereğince asıl borçludan talep edilebilen teminatların halefiyetle ilgisi yoktur (8). Buna göre kefilin tazminat talebinde bulunması için bir zarara uğramış olması gerekir. Alacaklı teminatları elden çıkarmış olsa bile, kefil ilk önce diğer bir ifade ile asıl borç için kefilin alacaklıya ödemede bulunması ile teminatlarla ilgili haklar kefile geçmektedir. Kefilin asıl borçludan teminat talep etme hakkı TBK 503.m’deki hallerle sınırlıdır. Bu hallerin incelenmesi göstermektedir ki, kefil tarafından

6) Grassinger, Hukuki İlişki, sh. 402; Reisoğlu, Rücu, sh. 483; Kılıçoğlu, sh. 99

7) Yavuz, BK, sh. 481

8) Reisoğlu, Rücu, sh. 487

ancak asıl borçlunun durumu ağırlaştığı takdirde teminat talep edebilecektir. Buna göre kefil aşağıdaki hallerde teminat talep edebilir (9).

- a) Borçlu kefile karşı vukubulan taahhütlerine ve bilhassa muayyen bir müddet zarfında kendisini borçtan kurtaracağına dair olan vaadine muhalif hareket ettiği takdirde (TBK 503/1, TBKT 600/1)

Kefilin teminat talebi için, asıl borçlunun bu vaatlerinden birini yerine getirmemesi kâfidir. Bu gibi hallerde asıl borçlunun kusuru olması da şart değildir. Örn. borçlu, kefile, onu bir süre sonra borcundan kurtaracağını vaat etse, bu vaadini yerine getiremediği takdirde, hiçbir kusuru olmasa dahi teminatla mükelleftir. Burada borçlu TBK 96.m'deki kurtuluş imkânından faydalanamayacaktır.

- b) Borçlu mütemerrit bulunduğu takdirde (TBK 503/2, TBKT 600/2)

TBK 503.m, 2.b'nin karşılığı olan İsv. BK'nun 506.m'sinin, 2.b'de borçlunun ikametgahını başka bir memlekete nakletmesi yüzünden aleyhindeki takibin önemli derecede güçleşmesi hali de, temerrüdde olduğu gibi teminat istemek hakkına olanak vermektedir. İsv.BK'daki bu hüküm TBKT'nın m.600, b.2'ye ilave edilmiştir.

- c) Kefaletin inikadından sonra tehlikenin kefil için mühim derecede artması (TBK 503/3, TBKT 600/3)

Kefil, borçlunun mal varlığı durumunun kötüleşmesi veya kusuru dolayısıyla, kefaleti kabul ettiği zamankinden daha fazla tehlikelerle karşı karşıya bulunduğu takdirde borçludan teminat istemek hakkına haizdir. Borçlunun durumunun onun kusuru ile meydana gelmesi şart olmamakla birlikte ispat

9) Reisoğlu, Rücu, sh. 488 vd.; Bilge, Borçlar, sh. 338; Yavuz, Kefalet, sh. 40; Tandoğan, Borç İlişkileri, sh. 586; Yördem, sh. 93

külfeti açısından önem taşır. Eğer kefilin kefalet sözleşmesiyle üstlendiği riskin, kefalet sözleşmesinin kurulduğu zamana göre esaslı biçimde artmasına, borçlu kusuru ile sebebiyet vermişse, kefil borçlunun mali durumunun bozulmasıyla, kendisinin üstlendiği riskin artması arasındaki illiyet bağını, ispatlamak zorunda olmaksızın talepte bulunabilecektir. Buna karşılık borçlunun kusuru yoksa, kefil illiyet bağının varlığını ispatlamakla yükümlü olacaktır. Kanun koyucunun amacı borçlunun mali durumunun sarsılmasından doğan neticelerden kefilin korunmasıdır.

Yukarıda sayılan bu üç halde, eğer borç muaccel ise, kefil teminat yerine kendisinin kefaletinden kurtarılmasını isteyebilir. Bu hükmün uygulanabilmesi için kefilin muhtemel rücu hakkının bulunması şarttır. Zira burada kefilin rücu hakkının  n sonuçları söz konusudur (10). Asıl borçlunun kefilin kefaletten kurtarması ya borcu ödemek ya da başka teminat göstermek suretiyle olur; ancak bu başka teminatı alacaklının kabul edip kefilin kurtarılmasına rıza göstermesi gerekir. Kefilin talebine rağmen, borçlunun kefilin yükümlülüğünden kurtaracak işlemleri başlatmaması halinde, ne gibi yaptırımlarla karşılaşacağı, TBK 503.m'de düzenlenmemiştir. Burada genel hükümler çerçevesinde hareket edilecektir. Kefilin mahkemeye müracaat ederek, h kimden borçlunun iradesinin yerine geçmek üzere bir karar vermesini talep etmesi mümkün olacak veya kefil gerektiğinde borçluya rücu hakkını emniyet altında tutmak için verilen teminatlarla yetinecektir (11).

2- Hapis Hakkının Kefile İntikali

Hapis hakları da alacağa bağlı fer'i bir haktır. Rehin hakkı, alacağın bir fer'i olarak alacakla birlikte temlik edildiğine göre, aynı esasın kanuni bir taşınır rehni olarak genel hapis hakkı için de kabul edilmesi gerekir. Burada genel hapis kapsamına kiralayanın hapis hakkı ile ticari hapis hakları da girmektedir. Dolayısıyla hapis hakkı alacakla birlikte kefile intikal etmektedir (12). Zira kefil

10) Uygur, sh. 9448; Badur, sh. 149; şenyüz, sh. 273; Aral, sh. 266

11) Reisoğlu, Kefalet, sh. 206; Badur, sh. 150

12) Reisoğlu, Kefalet, sh. 196-197

alacaklının şahsına bağılı olmayan bütün hakları elde eder. Hapis hakkı da alacaklının şahsı ile ilgili olarak değil, fakat asıl borçlu ile olan borç ilişkisi dolayısıyla tesis edilmiştir. Keza kanunun hiçbir yerinde teminattan, alacaklının tasarrufu altında bulunan maddi şeylerin kastedildiği hususunda bir hüküm mevcut değildir. Teminattan amaç alacaklının alacağının bir hakla kuvvetlendirilmesi anlaşılır. Bu anlamda hapis hakkı bir teminattır. Böylece alacaklı hapis hakkının konusu olan taşınır eşyaya zilyet ise, kefil ödemede bulunduğu anda bunu kefile devretmek zorundadır. Zira hapis hakkının niteliği böyle bir devri zorunlu kılmaktadır.

3- Kefaletin Kefile İntikali

Kefalet borcunun müstakil olarak nakledilememesi kefaletin ferilik vasfının bir sonucudur. Bu nedenle alacaklıya ödemede bulunarak onun haklarına halef olan kefil, onun fer'i olan kefaletini de kazanır (13). Bu husus özellikle birden fazla kefilin sorumlu olduğu kefalet çeşidinde önem kazanmaktadır. Buna göre acaba kefil alacaklıya ödemede bulunması ile onun haklarına halef olarak, alacaklının diğer kefiller karşısındaki haklarını kazanabilir mi? Bu soruyu birden fazla kefilin sorumlu olduğu kefalet çeşitlerine göre cevaplandırmak gerekir.

a) Birlikte Kefalette :

aa) Gerçek Olmayan Birlikte (=Bağımsız Toplu) Kefalette :

Hukukumuzda düzenlenmemiş olan bu kefalet çeşidinde birden fazla kişinin, aynı borca birbirlerinden habersiz olarak kefil olmaları durumunda söz konusu olur. İsv.BK'nun 497.m, f.son, bu tarz birlikte kefaleti şu şekilde düzenlemektedir. "Birden çok kefiller birbirlerinden bağımsız olarak aynı borç için kefil olmuşlarsa, her biri kefil olduğu tutarın bütünü için sorumlu olur. Bununla birlikte, ödeyenin, başka türlü anlaşma olmadıkça, ötekilere paylarına göre

13) Bilge, Mesuliyet, sh. 99

başvurma (rücu) hakkı vardır" (14). Gerçek olmayan birlikte kefalette kefil, alacaklıya ödemede bulununca, TBK m.496 gereğince onun haklarına halef olarak diğer birlikte kefillere rücu edebilir. Çünkü TBK m.496'da herhangi bir ayırım yapılmaksızın alacaklıya ödemede bulunan kefile, onun haklarına halef olma hakkını tanımıştır (15). Fakat bu rücu hakkı "eşit pay kuralı" gereğince, kefillerin borçtaki hisseleri oranındadır (16). Fakat "eşit pay kuralı"nın aksi kararlaştırılabilir. Öte taraftan ödemede bulunan kefilin borçtan kurtardığı kefillere karşı (TBK m.496 yanında ayrıca) bir sebepsiz zenginleşme talebinde bulunabilmesi, hakkaniyet gereği kabul edilmektedir (17).

bb) Gerçek Birlikte Kefalette :

aaa) Adi gerçek birlikte kefalette: Birden çok kişi bölünebilir bir borca birlikte kefil oldukları takdirde, her biri kendi hissesi için adi kefil, diğerlerinin hissesi için ise kefile kefil olarak sorumludurlar (TBK m.488). Birlikte kefaletin gerçek anlamda olduğunun kabulü için, birden fazla kimsenin, aynı borcu, diğerinin de kefil olduğunu veya alacağını nazara almak suretiyle tekeffül etmesi gerekecektir. Şu halde burada önemli olan, kefil olacak kimselerin, birbirlerinin kefaletinden haberdar olmaları ve bunu hesaba katmalarıdır. Burada borcun ayniyeti bu kefalet türünün vazgeçilmez şartıdır (18). Ayrıca bölünmesi mümkün olmayan bir borca kefil olanlara da, tartışmalı olmakla birlikte TBK m.488 hükmü uygulanır (19).

Adi gerçek kefalette hissesinden fazlası için alacaklıya ödemede bulunan kefilin diğerlerine rücu edip edemeyeceği konusunda kanunda hüküm yoktur.

14) Schönenberger, N. 58 vd. (Yavuz, sh. 782'den nakil)

15) Kılıçoğlu, sh. 104

16) Canyürek, sh. 110; Akıntürk, sh. 221; Uygur, sh. 9388; Tahiroğlu, sh. 329'da "eşit pay" kuralının Roma hukukuna dayandığını belirtmektedir.

17) von Tuhr/Escher: Allgemeiner Teil des schweizerischen Obligationenrecht, Bd. I, Zürich, 1979, §90, IX (Yavuz, sh. 782'den nakil)

18) Hatemi/Serozan/Arpacı, sh. 530

19) Reisoğlu, Kefalet, sh. 116-117

Öğretideki baskın görüş adi gerçek kefillerden birisi kendi payından fazla ödemede bulunursa, onun haklarına halef olarak diğer kefillere rücu edebileceğini kabul etmektedir (20). Zira TBK m. 496.m'si kefilin "alacaklının haklarına" halef olacağını belirtmiştir. Kefaletten doğan haklarda alacaklının haklarındandır. Fakat burada kefil alacaklının haklarından farklı olarak, diğer kefillerden alacağın tamamını değil, borçtan hisselerine düşeni talep edebilir.

bbb) Müteselsil gerçek birlikte kefalette: TBK'nun 488.m, c.2'ye göre "kefiller, gerek asıl borçlu ile beraber gerek kendi beyinlerinde müteselsil olmaklığı iltizam etmişlerse her biri borcun tamamından mes'ul olup ancak diğerlerinin hissesi için onlara rücu hakkını haizdirler" .

Burada müteselsil birlikte kefilin diğer kefillere rücu hakkı bakımından, kanun hükümlerinin yarışması söz konusudur. Bu nedenle ödemede bulunan kefil ister TBK m.147 hükmü gereğince, isterse TBK m.496 gereğince diğer kefillere karşı rücu hakkını kullanabilir.

b) Kefile Kefalette:

TBK m. 489 f.1'e göre "kefile kefil alacaklıya karşı kefilin taahhüdünü temin eden kimsedir ve kefil ile birlikte mes'uliyeti borçlunun taahhüdünü temin eden âdi kefilin borçlu ile beraber olan mes'uliyeti derecesindedir".

Kefile kefalet sözleşmesi, alacaklı ile kefil arasında yapılır. Kefile kefil, alacaklıya karşı asıl kefilin taahhüdünü kural olarak adî kefalet suretiyle temin eden kimsedir. Böylece alacaklı önce asıl borçluya ve asıl kefile müracaat etmeden ve onların aczi yahut Türkiye'de aleyhlerine takip imkanı bulunmadığı sabit olmadan kefile kefilen talepte bulunursa, kefile kefil ön dava def'ini ileri sürebilir (21). Bu sözleşmede kefile kefilin, asıl kefile müteselsilen sorumlu

20) Yavuz, Borçlar, sh. 784; Hatemi/Serozan/Arpacı, sh. 528; Reisoğlu, Kefalet, sh. 119; Kılıçoğlu, sh. 105; Uygur, sh. 9388; Karahasan, sh. 1237

21) Uygur, sh. 9389; Zevkililer, sh. 404

olacağı kararlaştırılabilir; ancak bu durumda müteselsil kefaletten farklı olarak önce ödeyen asıl kefilin kefile rücu hakkı yoktur (22). Buna mukabil, kefile kefil, alacaklıya ödemedede bulununca ilk kefile rücu ederek ödediği miktarı ondan talep edebilir. Bu rücu hakkı, kefile kefilin alacaklıya ödemedede bulunduğu anda onun haklarına halef olmasının bir sonucudur (23).

c) Rücua Kefalette:

TBK m. 489 f.2'ye göre "rücua kefil olan kimse, borçludan alacağını alamayan kefile kefildir."

Rücua kefalet de kural olarak adî kefaletin bir çeşidi biçiminde kendini gösterir. Rücua kefil, ilk kefile karşı onun asıl alacaklıya ödemedede bulunduktan sonra, asıl borçluya karşı ileri süreceği rücu alacağını tekeffül eder. Bu husustaki sözleşme, ilk kefil ile rücua kefil arasında yapılmaktadır. Burada da rücua kefilin ön dava def'ini ileri sürme hakkı vardır (24). Yani kefilden, önce asıl borçluya müracaat başvurmasını ve alacağını ondan elde edemezse kendisine başvurmasını isteyebilir. Rücua kefil, ilk kefile karşı onun asıl alacaklıya ödemedede bulunduktan sonra asıl borçluya karşı ileri süreceği rücu alacağını tekeffül eder (25). Burada rücua kefil, ilk kefile ödemedede bulunduğu anda asıl borçluya rücu etmesi halefiyetin sonucudur. İlk kefile birlikte olan başka kişiler varsa, rücua kefil ilk kefile ödemedede bulununca asıl borçludan başka, bu kişilere de payları oranında rücu edebilir. Çünkü ilk kefile ödemedede bulunmakla onun haklarına halef olur.

4- Faiz Ve Cezai Şartın İntikali

Faiz alacağın fer'i olması itibarıyla ödemedede bulunan kefilin alacaklının

22) Yavuz, Borçlar, sh. 784-785 ; Hatemi/Serozan/Arpacı, sh. 530; Karahasan, sh. 1240

23) Kılıçoğlu, sh. 106; Zevkliler, sh. 404

24) Zevkliler, sh. 405; Becker, sh. 1067; Uygur, sh. 9389

25) Yavuz, Borçlar, sh. 785; Uygur, sh. 9389

haklarına halef olması ile kefile intikal eder. Burada faizler konusunda ikili bir ayırım yapmak gerekir.

Birincisi halefîyetin doğduğu ana kadar işlemiş olan faizler, alacağın bir fer'i olmaktan çıkıp, bağımsız bir alacak halini alır. Kefil, işlemiş olan bu faizler için alacaklıya ödemede bulunmuş ise bunları halef olarak asıl borçludan isteyebilir. Şayet bunlar alacaklıya ödememişse, asıl borçludan isteyemez. İkinci olarak kefil, alacaklıya ödemede bulunduktan sonra, işlemekte olan faizleri talep edebilir. Çünkü kefil alacaklıya ödemede bulunmakla, onun haklarına halef olmaktadır. İşlemekte olan faizleri talep etmek, alacaklının hakları kavramına dâhildir. Ayrıca borçlu kusur ve temerrüdünün yasal sonuçlarından kefile karşı sorumludur (26).

Cezai şartın kefile intikal edip etmediği ile ilgili yine ikili bir ayırım yapılmalıdır. Şöyle ki;

Şayet cezai şart kefilin ödeme anında muaccel olmuş ise, alacaklıya ait olmakta devam eder; kefile intikal etmez. Çünkü cezai şart muaccel olmakla fer'i bir hak olmaktan çıkıp, bağımsız bir alacak halini almıştır. Bununla birlikte kefil, muaccel olmuş cezai şartla ilgili alacaklıya ödemede bulunmuş ise, bunu rücu hakkı yoluyla borçludan talep edebilir (27). Örneğin kefil, aksi kararlaştırılmadıkça, cezai şart ödenmesi gibi borçlunun temerrüdünün kanuni sonuçlarından sorumlu değildir (28)

Buna mukabil cezai şart, kefilin ödemesi anında henüz muaccel değilse, bu hak da alacağın fer'i olarak kefile intikal eder.

5- Rüçhan, Dava ve Takip Haklarının İntikali

Kefil, alacaklıya ödemede bulunduktan sonra halef olmasının bir sonucu olarak alacaklının şahsına ait olmayan rüçhan haklarını da intikal eder. Bunlar

26) Pfister, sh. 56 (Kılıçoğlu, sh. 111'den nakil)

27) Oser/Schönenberger, N. 27-28 (Kılıçoğlu, sh. 112'den naklen)

28) Reisoğlu, Kefalet, sh. 162; Bilge, Borçlar, sh. 382

alacaklının, asıl borçluyu haciz veya iflas yoluyla takip etmesi halinde, ona imtiyazlı bir durum sağlayan haklardır. İsv. BK'nun 503.m f.1 açıkça kefilin alacaklıya ait rüçhan haklarını iktisap edeceğini kabule etmiştir (29).

Kefil, sadece rüçhan haklarını değil, alacaklıya ait dava ve takip hukukundan doğan hakları da kazanır. Çünkü halefiyet sadece maddi hukuk bakımından değil, usul hukuku bakımından da meydana gelir (30). Örn. alacaklı ile borçlu arasında yetki sözleşmesi varsa kefil ödemede bulunduktan sonra bunlardan da istifade eder. Bu nedenle halefiyetle birlikte kefil, alacaklıya ait dava ve icra takibi haklarını da kazanır.

Nitekim Yargıtay kararına (31) konu olmuş bir olayda "... (T)BK'nun 496.m'si uyarınca alacaklıya ödeme yapan kefil onun haklarına halef olur ve alacakla birlikte onun fer'i olan rehin hakkını da kazanır. Rehin hakkını kazanan kefilin rehin konusu malın satışı halinde satış bedeli üzerinde rüçhan hakkı devam eder. Bunun için ayrıca takip yapması gerekmez. Ödeme tarihinden itibaren işleyen faizi ile birlikte davalı'e pay ayrılmasında bir isabetsizlik bulunmamaktadır" demek suretiyle aynı ilkeleri kabul etmiştir.

§ 6- AYNI ALACAĞIN KEFALET VE REHİNLE TEMİN EDİLMESİ HALİNDE KEFİL İLE REHİN VEREN ARASINDAKİ RÜCU İLİŞKİSİ

Bir alacak için kefaletten başka bir de rehin verilmiş ise, alacaklının kefil veya rehin maliki üçüncü kişi tarafından tatmin edilmesi halinde, kefil veya üçüncü kişinin birbirlerine rücu etmesi sorun yaratmaktadır. Zira aynı alacağın hem kefalet, hem de üçüncü şahıslar tarafından verilen bir rehinle temin edilmiş olması halinde, rücu hakkının teminat verenlerden hangisine tanınacağı konusunda kanunda herhangi bir açıklık yoktur. Bu nedenle teminat verenlerin

29) Grassinger, Hukuki İlişki, sh. 402; Reisoğlu, Rücu, sh. 478

30) Kılıçoğlu, sh. 115

31) Yargıtay 19.HD 02.04.1998 T. 1998/1670 E. 2470 K. (YKD, 1999, S. 1, sh. 78)

birbiri ile ilişkilerinin düşülmemesi, keza kefile ve rehin verene tanınan kanuni halefiyet hükümlerinin çatışması bu sorunun çözümünü önemli kıldığı kadar, ayrıca zorlaştırmaktadır. Böylece sorunu çeşitli ihtimallere göre incelemek gerekir.

I- ASIL BORÇLUNUN REHİN MALİKİ OLMASI HALİNDE KEFİLİN RÜCU HAKKI

Eğer rehin, üçüncü kişi tarafından değil de, bizzat borçlu tarafından verilmiş ise, ister kefaletten önce, ister sonra verilmiş olsun halefiyet ve rücu bakımından ortaya sorun çıkmayacaktır. Çünkü bu durumda, alacaklıya ödemede bulunan kefil, alacakla birlikte rehin hakkını da kazanacaktır. Alacaklı, asıl borçlu tarafından tatmin edildiğinde, diğer bir ifade ile alacaklı alacağını rehin maliki olan borçludan tahsil ettiğinde, rehin maliki borçlu bunu kefile rücu edemeyecektir (32). Böylece alacaklı, rehinden tatmin olduğu ölçüde kefilin borcu sona erecektir.

II- MÜTESELSİL KEFİLLERDEN BİRİNİN REHİN MALİKİ OLMASI HALİNDE DİĞER KEFİLLERE RÜCU HAKKI

Bu olasılıkta rehin bizzat kefil tarafından verilmiştir. Ancak bu kefilin asıl borcun temini için birden fazla kefil arkadaşı daha vardır. Alacaklı rehni vermiş olan kefil veya diğer kefilleri değil de sırf rehni takip ederek alacağını tahsil etmiş ise, kefil rehnin maliki sıfatı ile alacaklının halefi sıfatıyla diğer kefillere rücu edebilir mi?

İsv. Federal Mahkemesi menkul rehnine ilişkin bir davada (33), bu durumda TBK 109 (İsv.BK 110).m'nin uygulanamayacağını, zira kefilin üçüncü şahıs sayılmadığına hükmetmiştir. Karara göre, bir kimsenin 109.m'de kastedilen anlamda üçüncü şahıs sayılabilmesi için bu kimsenin alacaklıya karşı

32) Kılıçoğlu, sh. 107; Bilge, Halefiyet, sh. 292; Reisoğlu, Rücu, sh. 500

33) Oser/Schönenberger, Art 507, N.37 (Bilge, Halefiyet, sh. 292'den nakil)

ne nam ile olursa olsun şahsi nitelikte hiçbir hukuki ilişkisinin bulunmaması gerekmektedir. Aynı zamanda rehin maliki olan kefilin alacaklıya karşı şahsi bir sorumluluğu da söz konusu olacağından kefilin bu karar çerçevesinde üçüncü şahıs saymak doğru olmayacaktır.

Demek ki aynı zamanda kefil olan rehin maliki 109.m anlamında üçüncü şahıs sayılamayacağından alacaklıya halef olamayacak ve diğer kefillere rücu edemeyecektir. Hukukumuzda da aynı sonuç kabul edilmektedir (34).

III- REHİN MALİKİNİN ÜÇÜNCÜ ŞAHIS OLMASI HALİNDE KEFİLİN RÜCU HAKKI

Rehnin asıl borçlu tarafından değil de, üçüncü şahıs tarafından verilmesi halinde çeşitli sorunlar karşımıza çıkmaktadır. Bu durumda alacaklıyı ilk önce kefil tatmin ederse, TBK 496.m gereğince onun haklarına halef olacak ve alacakla birlikte onun bir fer'i olan rehin hakkını da iktisap edecektir. Buna karşılık alacaklı ilk önce rehin maliki olan üçüncü kişi tarafından tatmin edilirse, üçüncü kişi alacaklının haklarına halef olacak ve alacakla birlikte kefil karşısındaki talep hakkını da iktisap edecektir.

Bu durumda iş tesadüflere mi kalacaktır, yoksa bu konuda seçim hakkı alacaklıya mı tanınacaktır veyahut alacaklıya ödemede bulunma konusunda kefil ile rehin veren kişi birbiri ile mi yarışacaktır? Bu konuda kanunda kesin bir hüküm yoktur.

Öğretide çeşitli çözümler üzerinde durulmuş olup, son olarak von Tuhr tarafından ortaya atılan ve İsviçre Federal Mahkemesi'nin bir kararında (35) kabul edilen bir görüş benimsenmiştir. Zaten sonrasında ise bu görüş doğrultusunda 1942 yılında İsv.BK'nun m.507 f.IV değiştirilmiş ve tartışmalar

34) Bilge, Halefiyet, sh. 292; Akıntürk, sh. 213;

35) BGE 60 II 118 vd. (Reisoğlu, sh. 221'den nakil)

son bulmuştur. İsv. BK'nun m.507 f.IV'e göre "kefaletle temin edilen alacak için verilmiş olan rehin paraya çevrilirse veya rehin maliki kendi isteği ile ödemede bulunursa, rehin maliki kefile karşı ancak aralarında bir anlaşma bulunduğu veya rehin bir üçüncü kişi tarafından sonradan verildiği takdirde rücu edebilir" denilmektedir. Böylece kural olarak alacaklıyı tatmin eden ve onun haklarına halef olan rehin malikinin kefaletten yararlanamayacağını, halbuki aynı durumda olan kefilin rehinden faydalanabileceğini kabul edilmiştir. Ancak bu kuralın iki istisnası kabul edilmiştir. Buna göre rücu imkanı konusunda kefil ile rehin maliki arasında bir anlaşma varsa veya rehin kefaletten sonra verilmiş ise rehin malikinin rücu hakkı mümkün olacaktır.

Rehin ile kefaletin aynı anda verilmesi halinde, kanun koyucunun önce hangisini himaye etmek istediği konusunda güçlük çekilecektir. Ancak bu halde kefilin daha fazla korunması gerektiği sonucu çıkartılmalıdır. Şöyle ki TBK 499 ve 500.m'leri kefilin koruması amacıyla, kefil tarafından tatmin edilmiş olan alacaklıya, mevcut teminatı kefile teslim etmek mecburiyetini yüklemesinden başka, kefalet sözleşmesi esnasında tesis olunan teminatı (bu arada rehni) kefilin zararına olarak azaltan alacaklıyı sorumlu tuttuğu halde, rehin malikinin himayesi için buna benzer bir hüküm mevcut değildir. Eğer kanun koyucu rehin malikinin de kefile halefiyet suretiyle rücu'unu düşünmüş olsaydı, kanunda kefil lehine konulan hükümlere benzer himaye tedbirlerini rehin maliki lehine de tesis ederdi. Kaldı ki kefil bütün malvarlığı ile sorumlu olduğu halde, rehin maliki ancak rehin vermiş olduğu mal ile sorumludur. Bu itibarla kefilin rehin malikinden daha fazla himaye edilmesi ekonomik bir zorunluluk olarak da kendini gösterir. Ayrıca TBK 109.m'si ile 496.m'si arasında mevcut özel-genel kural ilişkisi bakımından kefilin hakkının rehin malikinin halefiyet hakkına üstün tutulduğu söylenebilir. Zira hukukun genel kurallarına göre özel hüküm genel hükümden önce gelir. Bu nedenlerle kanun koyucunun kefilin, rehin malikine göre daha çok koruduğu açıktır (36).

36) Bilge, Halefiyet, sh. 294

Rehnin kefaletten önce verilmesi halinde rehin malikinin ödediği kısım için kefile başvurmaması, rehin verildiği sırada kefaletin mevcut olmaması ile açıklanabilir. Böyle bir durumda rehin veren kimse, kefillik dolayısıyla kendisine geçecek teminatlar için rehin vermiş değildir. Halbuki rehnin kefaletten önce var olması halinde kefil alacağın bir rehinle teminat altına alınmış olduğunu, ödemede bulunduğu taktirde halefiyet gereğince alacağını rehinden temin etme yoluna gidebileceğini bilir. Bu durumda rücu hakkını kefile tanımak gerekir.

Eğer bir rehin kefaletten sonra tesis edilmiş olursa, ödemede bulunan kefil rehin malikine başvurmamalıdır. Kefilin ödemesi nispetinde rehin malikinin borçtan kurtulmuş olduğu ve eğer rehin maliki daha önce ödemede bulunmuş ise, kefile rücu edebileceği kabul edilmelidir. Ancak rehin malikinin kefile rücu hakkı, kefilin rücu hakkı kadar sağlam değildir. Zira rehin malikine karşı alacaklının kefilini ibra etmemek gibi kanundan doğan bir yükümlülüğü yoktur. Alacaklı sonradan verilmiş olan rehinden alacağını tahsil edebilir ve kefilini de ibra edebilir. Bu takdirde rehin malikinin kefile karşı rücu hakkı kalmayacaktır.

İsv.BK'daki sonucun aynısı Türk hukuku bakımından da kabul edilmelidir (37). Zira kanun koyucu kefilin koruyucu hükümler kabul ettiği halde, rehin maliki üçüncü kişiler için benzer hükümlere yer vermemiştir. Bu nedenle rehin verenin, kefile rücu hakkı kabul edilemez. Ancak bu kuralın iki istisnası vardır :

Bu istisnalardan birincisi rehnin kefaletten sonra tesis edilmiş olmasıdır. Bu durumda kefil, rehni hesaba katmadan borç altına girdiği için ödemede bulunduğu rehin verene rücu edemez. Rehin maliki ise kefaletin varlığı hesaba katarak malını rehnettiğinden, alacaklının haklarına halef olunca kefile rücu edebilir. Ancak hemen belirtmek gerekir ki rehin verenin bu rücu hakkı TBK 496.m'sine dayanmaz. Çünkü bu madde özel bir hükümdür (lex specialis). Halbuki rehin verenin rücu hakkı genel hükümlere (lex generalis) (TBK 109.m) dayanacaktır.

37) Reisoğlu, Kefalet, sh. 223; Kılıçoğlu, sh. 110; Bilge, Halefiyet, sh. 293

Rehin malikinin alacaklının haklarına halef olarak kefile rücu edebileceği ikinci hal, taraflar arasındaki anlaşmadır. Rehin kefaletten önce veya aynı anda verilmesine rağmen, rehin maliki alacaklıya ödemede bulunduğu takdirde kefile rücu edebileceğini taraflar kararlaştırabilirler. Bu durumda taraflar arasındaki anlaşma gereğince rehin maliki kefile rücu edebilir.

SONUÇ

Kefalet, kefil ile alacaklı arasındaki bir hukuki ilişki olmakla birlikte; kefalet hukukunu düzenleyen kanun hükümlerinde alacaklı ile asıl borçlu ve kefil ile asıl borçlu arasındaki hukuki ilişki bakımından da bazı kurallar getirilmesi söz konusu olmaktadır. O halde kefaletin üç tür hukuki ilişkiden oluşan bir bileşime dayandığı söylenebilir.

Bu hukuki bileşimde kefilin alacaklıya halef olması ile asıl borçluya rücu hakkı önemli yer tutmaktadır. Kefilin alacaklıya halef olması ile rücu hakkına sahip olması farklı hukuki kavramlardır. Halefiyet ile rücu bir arada bulunduğu takdirde, halefiyet rücu hakkının gerçekleştirilmesini sağlayan bir vasıta niteliği taşınır; çünkü esas olan kefilin rücu hakkıdır ve helafiyet ile bu rücu hakkı güçlendirilmektedir. Bu nedenle TBK'nun 496.m'deki "halefiyet", "halef" gibi kavramların "kefilin rücu hakkı" şeklinde anlaşılması gerekir. Nitekim TBKT'sının 601.m'si isabetli bu başlık altında düzenlenmiştir. Asıl borçlunun borcu, borca aykırılık, haksız fiil veya sebepsiz zenginleşmeden doğmasına karşılık rücu hakkının konusu daima para borcudur.

Kefilin alacaklıya halef olması, ödeme ile borcun sona ermesi kuralının bir istisnasıdır ve aynı zamanda kanuni bir temlik şeklidir. Zira kefilin ödemedede bulunması ile borç sona ermediği gibi, tarafların herhangi bir müdahalesi olmaksızın alacaklıya ait haklar kanun gereği kefile intikal etmektedir. Bu itibarla kefilin alacaklıya halef olması, ifa ve temlik karışımı hukuki bir işlemdir.

Kanun koyucunun kefile halefiyet suretiyle rücu hakkı tanımasındaki amaç, özellikle asıl borçlu ile arasında hiçbir hukuki ilişki olmayan kefilin asıl borçluya karşı savunmasız bırakmamak ve kefilin, kefalet altına alınmış borç için verilmiş diğer teminatlardan da yararlanmasını sağlamaktır.

Halefiyetin söz konusu olabilmesi için her şeyden önce asıl borçluya ait geçerli bir borç ilişkisinin mevcut olması gereklidir. Bu borç ilişkisi yapma veya yapmama borcu olabileceği gibi, verme borcu da olabilir. Kefil alacaklıya ödemedede bulunabileceği gibi, ifa yerini tutan takas, ibra, tevdi vb. şekillerde de alacaklıyı tatmin edebilir. Tüm bu hallerde önemli olan alacaklıyı tatmin yolunun konusu daima para olması veya para ile ölçülebilen bir şey olması gereklidir. Kefil alacaklıya halef olmak istiyorsa asıl borçluya ait def'i ve itirazları alacaklıya karşı ileri sürmekle yükümlü olduğu gibi, mükerrer ödemeleri önlemek için yaptığı borçluyu yaptığı ödemededen haberdar etmek zorundadır. Aksi takdirde rücu hakkını kaybeder.

Bu şartlarla kefilin alacaklıya halef olmasının en önemli sonucu rücu'dur. Rücu hakkı, asıl borçluya karşı kullanılır. Zira burada ekonomik olarak zayıf olan ve kefalet sözleşmesinde çoğunlukla bir herhangi bir çıkarı olmayan kefil korunmak istenmiştir. Bu nedenle kefilin rücu hakkı tüm kefalet türlerinde mevcuttur.

Ödemedede bulunan kefil alacağa değil, alacaklının haklarına halef olduğundan, bu kavrama tüm alacağa bağlı tüm haklar girer. Böylece rücu hakkı kapsamına eğer kefil ödeme yapmamış olsaydı, alacaklı, borçluya karşı ne haklara sahip olacak idiyse, ondan neyi ve hangi koşullarda isteyecek idiyse, kefil de borçludan aynısına sahiptir.

Rücu hakkından önceden feragat etmek mümkün değildir, çünkü bu kural emredicidir. Ancak bu hak doğduktan sonra kefil rücu hakkını kullanmayabilir, bunda herhangi bir sakınca bulunmamaktadır.

Rücu hakkı kefilin alacaklıya ödemedede bulunduğu andan itibaren başlar. Ancak kanunda hangi zamanaşımı süresine tabi olduğu belirtilmediğinden, on yıllık genel zaman aşımı süresine tabidir.

Ödemede bulunan kefilin alacaklıya halef olmasının diğ er bir hukuki sonucu ise alacağ a bağı lı teminatların ve diğ er fer' i hakların kefile intikal etmesidir. Bu haklar alacaklının şahsına bağı lı olmayan, kefile kendiliğ inden intikal eden haklardır. Buna göre kefil ödemede bulunduğ u takdirde, borç lu lehine verilmiş olan teminatlardan alacağ ını tahsil etme hakkı kefile geçer. Burada kefil alacaklı yerine geçtiğ inden, alacaklı alacağ ının sahip olduğ u rüç han haklarına sahip olur. Bunun yanında kefil, alacağ a kefalete de sahip olacaktır.

Alacağ ın aynı zamanda rehinle temin edilmiş olması halinde, rehin maliki ancak kefile aralarında bir anlaş ma mevcut olduğ u taktirde veya rehin üç üncü şahıs tarafından sonradan verildiğ i takdirde rehin maliki asıl borç luya rücu edebilir. Diğ er tüm hallerde kefilin rücu hakkı, rehin malikinin rücu hakkına tercih edilmiştir.

Roma hukukunun ilk devirlerinden günümüze kadar devam eden hukuk sürecinde çoğ unlukla kefalet sözleşmesinden hiçbir çıkarı olmayan, zayıf ve mağ dur durumdaki kefilin korunması amaçlanmıştır. Bu doğrultuda hukukumuzun ulaşt ığı en son nokta TBKT'daki düzenlenmelerdir. Tasarıda kefilin halefiyet yoluyla sahip olduğ u haklar, rücu hakkı ve kefil koruyucu birçok hük üm kefil lehine açıkça düzenlenmiştir. Bu nedenle Tasarının yasallaş ması kefilin korunması bakımından yararlı olacaktır.

Müslüm Karataş

Özgeçmiş:

1975 doğumluyum. İlk-Orta ve Lise tahsilimi Şanlıurfa Bozova Lisesi'nde tamamladıktan sonra, 1996 yılında İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nden mezun oldum. Evliyim. Mezuniyetimden bu yana, İstanbul'da, Barlas ve Partners Hukuk Bürosunda avukat olarak çalışmaktayım.

Muslum Karatas

Résumé

I was born in 1975. I completed my primary and high school education in Bozova, Şanlıurfa. I graduated from İstanbul University Law School in 1996. I am married. As of my graduation I've been working for Barlas&Partners Law Office in İstanbul as a Lawyer .