

KEFALET SÖZLEŞMESİNİN GEÇERLİLİK ŞARTLARI

Mutlu Seda GÜVENER
103615062

İSTANBUL BİLGİ ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
HUKUK YÜKSEK LİSANS PROGRAMI
(EKONOMİ HUKUKU)

Yrd.Doç. Dr. Burak ÖZEN

2007

İÇİNDEKİLER

| | |
|--------------------|--------|
| Kısaltmalar..... | VII-IX |
| Bibliyografya..... | X-XX |
| Giriş..... | |

Birinci Bölüm

GENEL OLARAK KEFALET SÖZLEŞMESİ VE ÖZELLİKLERİ

| | |
|---|-------|
| § 1. Tanımı ve Hukuki Niteliği..... | 1-4 |
| § 2. Tarafları ve Tarafların Temsili..... | 4-5 |
| § 3. Sebebi..... | 6 |
| § 4. Konusu..... | 7-12 |
| I. Başkasına ait borç..... | 7-9 |
| 1. Genel olarak..... | 7-8 |
| 2. Şirkete ait borç..... | 8-9 |
| II. Para ile belirlenebilir borç..... | 10 |
| III. Ferdileştirilmiş borç..... | 11-12 |
| § 5. Özellikleri..... | 13-23 |
| I. Kefalet sözleşmesinin bağımsızlığı..... | 13-14 |
| II. Kefalet sözleşmesinin tek tarafa borç yüklemesi (ivazsızlık)..... | 14-15 |
| III. Kefalet borcunun fer'i niteliği ve fer'iliğin istisnaları..... | 16-18 |
| IV. Kefalet borcunun tali niteliği..... | 19-20 |
| V. Kefalet borcunun bir nevi tazminat borcu teşkil etmesi..... | 21-23 |

İkinci Bölüm

**KEFALETİN ASIL BORCA İLİŞKİN GEÇERLİLİK ŞARTLARI VE
ASIL BORCUN SONA ERMESİNE BAĞLI
OLARAK KEFALETİN SONA ERMESİ**

| | |
|--|-------|
| § 6. Mevcut ve geçerli bir asıl borç | 24-41 |
| I. Genel olarak..... | 24 |
| II. Asıl borç ilişkisinde kanunun öngördüğü şekil ve tarafların ehliyeti..... | 24-25 |
| III. Asıl borç ilişkisinde muvazaa ve asıl borcun konusunun başlangıçtaki imkânsızlığı...26 | |
| IV. Hukuka ve ahlâka aykırı borç..... | 27-29 |
| V. İptal edilebilir borç..... | 30 |
| VI. BK. m. 485, c. 3'te düzenlenen haller..... | 30-32 |
| VII. Müstakbel ve şarta bağlı borç..... | 32-35 |
| VIII. Eksik borç..... | 36-38 |
| IX. Cari hesap kapsamında borç..... | 38-41 |
| | |
| § 7. Asıl borcun sona ermesine bağlı olarak kefaletin sona ermesi | 41-52 |
| I. Asıl borcun ifa ile sona ermesine bağlı olarak kefaletin sona ermesi..... | 41-42 |
| II. Asıl borcun takas ile sona ermesine bağlı olarak kefaletin sona ermesi..... | 42-43 |
| III. Asıl borcun alacaklı ve asıl borçlu sıfatlarının birleşmesi ile sona ermesine bağlı olarak kefaletin sona ermesi..... | 44-45 |
| IV. Asıl borcun yenileme sözleşmesi (tecdit) ile sona ermesine bağlı olarak kefaletin sona ermesi..... | 45-47 |
| V. Asıl borcun ibra ile sona ermesine bağlı olarak kefaletin sona ermesi..... | 47-50 |
| VI. Asıl borcun borçlunun sorumlu olmadığı sonraki imkânsızlık ile sona ermesine bağlı olarak kefaletin sona ermesi | 50-52 |

Üçüncü Bölüm

**KEFALET SÖZLEŞMESİNE BAĞLI
GEÇERLİLİK ŞARTLARI**

| | |
|---|-------|
| § 8. Şekil şartları | 52-69 |
| I. Genel olarak..... | 52-55 |
| 1. Adi yazılı şekil..... | 55-57 |
| 2. Kefalet senedi..... | 58-60 |
| 3. İmza..... | 60-61 |
| 4. Kefilin sorumlu olacağı azami tutar..... | 61-64 |
| II. Kefalet sözleşmesi yapılması için verilen temsil yetkisinin şekli..... | 64-65 |
| III. Kefalet sözleşmesinin değiştirilmesinde şekil..... | 65-67 |
| IV. Asıl borçlunun değişmesinde şekil..... | 67-68 |
| V. Kefalet vaadinin şekli..... | 68-69 |
| § 9. Maddi şartlar | 69-97 |
| I. Kefalet ehliyeti..... | 69-85 |
| 1. Gerçek kişiler yönünden kefalet ehliyeti..... | 69-76 |
| A. Genel olarak..... | 69-71 |
| B. İİK hükümleri uyarınca kefalet ehliyeti..... | 71 |
| a) Müflislerin kefalet ehliyeti..... | 71 |
| b) Kendisine konkordato mühleti verilmiş borçluların kefalet ehliyeti..... | 72 |
| c) Kendisine İİK. m. 317 vd. hükümlerine göre fevkalade mühlet verilmiş borçluların kefalet ehliyeti..... | 72-73 |
| C. Kendisine yasal danışman tayin edilenlerin kefalet ehliyeti..... | 73 |

| | |
|--|-------|
| D. Evli kişilerin kefalet ehliyeti..... | 73-75 |
| E. Noterlerin kefalet ehliyeti..... | 76 |
| 2. Tüzel kişiler yönünden kefalet ehliyeti..... | 76-85 |
| A. Genel Olarak | 76-77 |
| B. Özel hukuk tüzel kişilerinin kefalet ehliyeti..... | 77-78 |
| a) Derneklerin kefalet ehliyeti..... | 78-80 |
| b) Vakıfların kefalet ehliyeti..... | 80-81 |
| c) Ticaret şirketlerinin kefalet ehliyeti..... | 82-84 |
| d) Kooperatiflerin kefalet ehliyeti..... | 84-85 |
| C. Kamu hukuku tüzel kişilerinin kefalet ehliyeti..... | 85 |
| II. Kefalet iradesi..... | 86 |
| III. Kefalet iradesinin yorumu..... | 87-89 |
| IV. Kefalet iradesini sakatlayan haller..... | 89-97 |
| 1. Genel olarak..... | 89-90 |
| 2. Hata (yanılma)..... | 90-92 |
| 3. Hile (aldatma)..... | 92-95 |
| 4. İkraah (korkutma)..... | 95-97 |

Dördüncü Bölüm

**ÖZEL BAZI DÜZENLEMELERDE
KEFALET SÖZLEŞMESİNİN GEÇERLİLİĞİ**

| | |
|---|----------------|
| § 10. Ticaret şirketlerinin tür değiştirmesinde kefaletin geçerliliği..... | 97-99 |
| § 11. Bankacılık mevzuatına göre kefaletin geçerliliği..... | 100-102 |
| I. Bankalara verilen kefalet..... | 100-101 |
| II. Bankaların verdikleri kefalet: kefalet kredisi..... | 101-102 |
| § 12. Türk parasının kıymetini koruma mevzuatına göre kefaletin geçerliliği..... | 103-107 |
| I. Genel olarak..... | 103 |
| II. 32 sayılı Türk Parasının Kıymetini Koruma Kararı'na göre kefaletin geçerliliği.. | 104-107 |
| 1. Bankalar yönünden kefaletin geçerliliği..... | 104 |
| 2. Türkiye'de yerleşik gerçek ve diğer tüzel kişiler yönünden kefaletin geçerliliği.... | 105 |
| 3. Türkiye dışında yerleşik kişiler yönünden kefaletin geçerliliği..... | 106 |
| 4. Karara aykırılığın kefalet yönünden hukuki sonuçları..... | 106-107 |
| § 13. Damga vergisi mevzuatına göre kefaletin geçerliliği..... | 107-108 |

Beşinci Bölüm

**KEFALET SÖZLEŞMESİNİN GEÇERLİLİK ŞARTLARININ
GERÇEKLEŞMEMESİNİN HUKUKİ SONUÇLARI**

| | |
|---|---------|
| § 14. Maddi şartlara uyulmamasının sonuçları | 109-118 |
| I. BK. m. 20, f. 1 uyarınca kesin hükümsüzlük..... | 109-111 |
| II. Noksanlık | 111-112 |
| III. İrade sakatlığında iptal kabiliyeti..... | 113-118 |
| 1. Genel olarak..... | 113-114 |
| 2. İptal hakkının kullanılması..... | 114-115 |
| 3. İptal hakkının kullanılmasının sonuçları..... | 115 |
| 4. İptal hakkından feragat..... | 116 |
| 5. Sözleşmenin geçersizliği sebebiyle zararın tazmini..... | 116-118 |
| A. Hata halinde sözleşmenin geçersizliği sebebiyle zararın tazmini | 116-117 |
| B. Hile halinde sözleşmenin geçersizliği sebebiyle zararın tazmini | 117-118 |
| C. İkrahalinde sözleşmenin geçersizliği sebebiyle zararın tazmini | 118 |
| § 15. Şekil şartlarına uyulmamasının sonuçları | 119-122 |
| § 16. Kısmi Hükümsüzlük | 123-124 |
| Sonuç..... | |

KISALTMALAR

| | | |
|---------|---|---|
| AD | : | Adalet Dergisi |
| Art. | : | Artikel (madde) |
| AÜHFD | : | Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi |
| AÜSBFD | : | Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi |
| bkz. | : | Bakınız |
| BATİDER | : | Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi |
| BGE | : | Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichtes (İsviçre Federal Mahkemesi Kararları) |
| BK. | : | Borçlar Kanunu |
| C. | : | Cilt |
| c. | : | cümle |
| dn. | : | Dipnot |
| çev. | : | çeviren |
| DVK. | : | Damga Vergisi Kanunu |
| EMK. | : | Eski Medeni Kanun |

| | | |
|-------------|---|--|
| GÜHFD | : | Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi |
| HD | : | (Yargıtay) Hukuk Dairesi |
| HGK | : | (Yargıtay) Hukuk Genel Kurulu |
| HUMK. | : | Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu |
| İBD | : | İstanbul Barosu Dergisi |
| İsv. BK. | : | İsviçre Borçlar Kanunu |
| İBM | : | İstanbul Barosu Mecmuası |
| İç. Bir. K. | : | (Yargıtay) İçtihadı Birleştirme Kararı |
| İÜ | : | İstanbul Üniversitesi |
| İÜHF | : | İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi |
| İÜHFM | : | İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası |
| İİK. | : | İcra İflas Kanunu |
| İsv. İİK. | : | İsviçre İcra İflas Kanunu |
| İsv. MK. | : | İsviçre Medeni Kanunu |
| Legal HD | : | Legal Hukuk Dergisi |
| m. | : | madde |

| | | |
|--------|---|---|
| MK. | : | Medeni Kanun |
| MÖHUK. | : | Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun |
| OR | : | Obligationenrecht (İsviçre Borçlar Kanunu) |
| S. | : | sayı |
| s. | : | sayfa |
| SJZ | : | Schweizerische Juristenzeitung |
| T. | : | tarihli |
| TBB | : | Türkiye Barolar Birliği |
| TBBD | : | Türkiye Barolar Birliği Dergisi |
| TTK. | : | Türk Ticaret Kanunu |
| vd. | : | ve devamı |
| Y. | : | yıl |
| Yarg. | : | Yargıtay |
| ZGB | : | Zivilgesetzbuch (İsviçre Medeni Kanunu) |

BİBLİYOGRAFYA

- AKINCI, ŞAHİN: Borçlar Hukuku Bilgisi Genel Hükümler, Nobel Kitabevi, Konya, 2000.
- AKINTÜRK, TURGUT: Borçlar Hukuku Genel Hükümler-Özel Borç İlişkileri, 12. Bası, Beta Yayınevi, İstanbul, 2006.(Borçlar Hukuku olarak kısaltılmıştır)
- AKINTÜRK, TURGUT: Bankacılar İçin Borçlar Hukuku Bilgisi, Sevinç Matbaası, Ankara, 1980.
- AKINTÜRK, TURGUT: Medeni Hukuk, 12. Bası, Beta Yayınevi, İstanbul, 2006.
- AKİPEK, JALE G./
AKINTÜRK, TURGUT: Kişiler Hukuku, C.1, 4. Bası, Beta Yayınevi, İstanbul, 2002.
- AKKANAT, HALİL: “Kefaletin Fer’iliği İlkesi ve Banka Ticari Kredi Sözleşmeleri”, Necip Kocayusufpaşaoğlu İçin Armağan, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2004.
- AKÜNAL, TEOMAN: Türk Medeni Hukukunda Tüzel Kişiler, 2. Bası, Beta Yayınevi, İstanbul, 1995.
- AKYAZAN, SITKI: “Türk Ticaret Yasasında Yer Alan (Cari Hesap Sözleşmesi) ile Banka Cari Hesapları ve Bu Hesaplarda Uygulanan Faiz Türleri”, C. 9, S. 4, BATİDER, Ankara, 1978.
- AKYAZAN, SITKI: “Türk Ticaret Kanunu’nun 137. Maddesinin Anlam ve Kapsamı Üzerinde Bir İnceleme”, C. 7, S. 4, BATİDER, Ankara, 1974.
- AKYOL, ŞENER: Medeni Hukukla İlgili İsviçre Federal Mahkemesi Kararları, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1980.
- AKYOL, ŞENER: Borçlar Hukuku Genel Hükümler I, Filiz Kitabevi İstanbul, 2005.(Borçlar Hukuku olarak kısaltılmıştır)
- ALPAR, GÜZİDE: “Karı Koca Arasındaki Hukuki Tasarruflar”, Y. 47, S. 2, AD, Ankara, 1950.
- ALTAŞ, HÜSEYİN: “4748- 4771 Sayılı Yasalarla Dernekler Kanunu’nda Yapılan Değişiklikler ve Mevzuata Etkisi”, C. 6, S. 1-2, GÜHFD, Ankara, 2003.

- ALTAŞ, HÜSEYİN: Şekle Aykırılığın Olumsuz Sonuçlarının Düzeltilmesi, Yetkin Yayınevi, Ankara, 1998.
- ALTUNKAYA, MEHMET: Edimin Başlangıçtaki İmkansızlığı, Yetkin Yayınevi, Ankara, 2005.
- ANTALYA, GÖKHAN: Miras Hukuku, Alkım Yayınevi, İstanbul, 2003.
- ARAL, FAHRETTİN: Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, 6. Bası, Yetkin Yayınevi, Ankara, 2006.
- ARIK, FİKRET: “Kefalette Azami Miktarın Gösterilmesi Şartı ve Bu Şarta Riayetsizliğin Neticesi”, S. 8, No: 44, AD, Ankara, 1944.
- ARIK, FİKRET: “Mahkeme Kararları Kroniği Başkasının Fiilini Taahhüt veya Garanti Mukavelesi”, C. 10, S. 2, AÜSBFD, Ankara, 1955.
- ARIK, FİKRET: “Kefalet Dair Mahkeme İçtihatlarına Bir Bakış”, C.15, No: 38, AD, Ankara, 1943.
- ARKAN, SABİH: Ticari İşletme Hukuku, 9. Bası, Banka ve Araştırma Enstitüsü, Ankara, 2005.
- ARPACI, ABDÜLKADİR: Kişiler Hukuku (Gerçek Kişiler), 2. Bası, Beta Yayınevi, İstanbul, 2000.
- ARSLAN, İBRAHİM: Şirketler Hukuku Bilgisi, 10. Bası, Mimoza Yayınevi, Konya, 2005.
- ASLAN, ÇİĞDEM MİNE: Gabinin Unsurları ve Hukuki Sonuçları (BK. m. 21), Yetkin Yayınevi, Ankara, 2006.
- AŞULLA, MUSTAFA: “Başkasının Fiilini Taahhüt”, Y. 49, S. 3- 4, AD, Ankara, 1958.
- ATAAY, AYTEKİN: Borçlar Hukukunun Genel Teorisi, 4. Bası, Der Yayınevi, İstanbul, 1995.
- AVCI, MEHMET ÖZGÜR: Türk Medeni Kanununa Göre Vakfın Yönetim Organı, Beta Yayınevi, İstanbul, 2006.
- AYAN, MEHMET: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 4. Bası, Mimoza Yayınevi, Konya, 2005. (Borçlar Hukuku olarak kısaltılmıştır)
- AYAN, MEHMET: Miras Hukuku, 3. Bası, Mimoza Yayınevi, Konya, 2005.

- AYBAY, AYDIN: Borçlar Hukuku Dersleri Genel Bölüm, 12. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2000. (Borçlar Hukuku olarak kısaltılmıştır)
- AYBAY, AYDIN: Miras Hukuku Dersleri, Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, İstanbul, 2000. (Miras Hukuku olarak kısaltılmıştır)
- AYİTER, NUŞİN/KILIÇOĞLU, AHMET: Miras Hukuku, 3. Bası, Savaş Yayınları, Ankara, 1993.
- AYRANCI, HASAN: “Kefalet Sözleşmesinde Asıl Borcun Belirli Olması İlkesi ve Cari Hesaba Kefalet”, S. 1- 2, C. 9, GÜHFD, Ankara, 2005.
- AYRANCI, HASAN: Ön Sözleşme, Yetkin Yayınevi, Ankara, 2006.
- BAHTİYAR, MEHMET: Ortaklıklar Hukuku, 2. Bası, Beta Yayınevi, İstanbul, 2006.
- BARLAS, NAMİ: “Kredi Kartı İlişkisinde Bankaya Karşı Verilen Kişisel Teminatın Niteliğinin Belirlenmesi”, C. 2, Ömer Teoman’a 55. Yaş Günü Armağanı, İstanbul, 2002.
- BARLAS, NAMİ: “Kefalet Hukukuna İlişkin Bazı Sorunlar ve Yargıtay Uygulaması”, Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu, C. 21, BATİDER, Ankara, 2005.
- BARTU, NİHAT: “İsviçre Kefalet Hukukunun Tadili”, S. 4, Y. 16, İBD, İstanbul, 1942.
- BAŞPINAR, VEYSEL: Borç Sözleşmelerinin Kısmi Butlanı, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara, 1998.
- BATTAL, AHMET: Bankalar Kanunu Şerhi, 2. Bası, Gazi Kitabevi, Ankara, 2004.
- BAYKAL, MURAT: “Banka Kredi Sözleşmesi”, C. 21, S. 3, BATİDER, Ankara, 2002.
- BECK, EMIL: Das neue Bürgschaftsrecht Kommentar, Schulthess & CO Zürich, 1942.
- BECKER, HERMANN: İsviçre Borçlar Kanunu Şerhi Borçlar Hukuku İkinci Bölüm Çeşitli Sözleşme İlişkileri m. 184- 551 çev. A. Suat Dura, Yargıtay Yayınları, Ankara, 1993.
- BERZEK, AYŞE NUR: Ticaret Hukukunun Genel İlkeleri, 7. Bası, Beta Yayınevi, 2004, İstanbul.

- BİLGE, NECİP: “Kefilin Mesuliyetinin Şumülü”, C. 13, S. 1- 2, AÜHFD, Ankara, 1956.
- BİLGE, NECİP: “Borçlu Hakkındaki Kesin Hükümün Kefile Tesiri”, Y. 45, S. 5, AD, Ankara, 1954.
- BİLGE, NECİP: “Borçlar Kanunu’nun 484 ve 490 ıncı Maddeleri Arasındaki Münasebet”, C. 12, S. 1, AÜHFD, Ankara, 1955.
- BOZER, ALİ: Borçlar Hukuku (Genel Hükümler), Dayınlarlı Yayınevi, Ankara, 2002.
- BUCHER, EUGEN: Obligationenrecht Besonderer Teil, 3. Auflage, Schulthess, Zürich, 1988.
- CAVIN, PIERRE: “Yeni Kefalet Hukuku”, Çev. Amil Artus, S. 8, No: 67, AD, Ankara, 1942.
- ÇAMOĞLU, ERSİN: “Cari Hesapta Tecdid”, C. 28, S. 1, İÜHFM, İsmail Akgün Matbaası, İstanbul, 1962.
- ÇEKER, MUSTAFA: Şirketler Hukuku, Orion Yayınevi, Ankara, 2006.
- DAEPPEN, OSCAR: “Kefalet”, C. 25, S. 6, İBD, İstanbul, 1951.
- DEMİR, İLHAN: Yeni Vakıfların Temel Kitabı, Hukuki Araştırmalar Derneği Yayınları, Ankara, 1998.
- DERYAL, YAHYA/
GENÇ, CEMAL: Borçlar Hukuku Ders Kitabı, 3. Bası, Derya Kitabevi, Trabzon, 2005.
- DERYAL, YAHYA: Ticaret Hukuku, 8. Bası, Derya Kitabevi, Trabzon, 2005.
- DOĞAN, VAHİT: Banka Teminat Mektupları, 3. Bası, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2005.
- DOMANIÇ, HAYRİ: “Ticaret Şirketlerinde Nev’i Değişirme Kabiliyeti ve Şekil Şartları”, C. 6, S. 3, BATİDER, Ankara, 1972.
- DURAL, MUSTAFA/
ÖĞÜZ, TUFAN: Türk Özel Hukuku (Cilt II: Kişiler Hukuku), Filiz Kitabevi, İstanbul, 2006.
- DURAL, MUSTAFA/
ÖZ, TURGUT: Türk Özel Hukuku (Cilt IV: Miras Hukuku), Filiz Kitabevi, İstanbul, 2006.

- EM, ALİ: Türk Hukuk Sisteminde Vakıflar, Turhan Kitabevi, Ankara, 2006.
- EREN, FİKRET: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 8. Bası, Beta Yayınevi, İstanbul, 2003.
- ERMAN, EYÜP S.: “Teminat Mektubu-Kefalet Akti- Garanti Akti”, AD, S. 1, Ankara, 1969.
- ERTAN, KEREM: “Banka Kredi Açma Sözleşmelerinin Hukuki Niteliği”, C. 1, S.7, Legal HD, İstanbul, 2003.
- FRANKO, NİSİM: “Ticaret Şirketlerinin Kefalet Ehliyeti”, Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu II, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara, 1985.
- GAUCH, PETER/SCHLUEP,
WALTER R./SCHMID, JÖRG/
REY, HEINZ: Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, Band I-II, 7. Auflage, Schulthess, Zürich, 1998.
- GAUCH, PETER/AEPLI,
VIKTOR/CASANOVA,
HUGO: OR Besonderer Teil Art 184-1186 Rechtssprechung des Bundesgerichts, 4. Auflage, Schultess, Zürich, 1998.
- GIOVANOLI, SILVIO: Kommentar zum schweizerischen Privatrecht Das Obligationenrecht, 2. Abteilung Die einzelnen Vertragverhältnisse 7. Teilband Die Bürgschaft, Spiel und Wette Artikel 492- 515 OR, 2. Auflage, Verlag Stämpfli & Cie, AG Bern, 1978.
- GÖKALP, ŞERAFETTİN: “Yeni Dernekler Kanunu”, Y. 18, S. 58, TBBD, TBB Yayınları, Ankara, 2005.
- GRASSİNGER, GÜLÇİN .: Borçlar Kanunu’na Göre Kefilin Alacaklıya Karşı Sahip Olduğu Savunma İmkanları, Alfa Yayınevi, İstanbul, 1996.
- GUHL, THEO/KOLLER,
ALFRED/ SCHNYDER,
ANTON K./ DRUEY,
JEAN NICOLAS: Das Obligationenrecht mit Einschluss des Handels- und Wertpapierrechts, 9. Auflage, Schulthess, Zürich, 2000.
- GÜVEN, ÜNAY: “Teminat Mektuplarının Mahiyeti ve Garanti Mukavelesi”, İBD, C. 41, S.1-2, İstanbul, 1967.

- HATEMİ, HÜSEYİN/
SEROZAN, RONA/
ARPACI, ABDÜLKADİR: Borçlar Hukuku Özel Bölüm, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1992.
- HATEMİ, HÜSEYİN: Gerçek Kişiler Hukuku, Vedat Yayınevi, İstanbul, 2005.
- HATEMİ, HÜSEYİN: Kişiler Hukuku Dersleri, 2. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2001.
- HATEMİ, HÜSEYİN: Medeni Hukuk Tüzel Kişileri, C. 1, İÜHF Yayınları, Sulhi Garan Matbaası, İstanbul, 1979.
- HATEMİ, HÜSEYİN: Miras Hukuku, 4. Bası, Vedat Kitabevi, İstanbul, 2004.
- HAUSHEER, HEINZ/
AEBI-MÜLLER, REGINA: Das Personenrecht des schweizerischen
Zivilgesetzbuches Stämpfli Verlag AG, Bern, 2005.
- HELVACI, SERAP: Gerçek Kişiler, Arıkan Yayınevi, İstanbul, 2006.
- HONSELL, HEINRICH/
VOGT, NEDİM PETER/
WIEGAND, WOLFGANG: Basler Kommentar zum Schweizerischen
Privatrecht Obligationenrecht I Art. 1-529 OR,
3. Auflage, Helbing & Lichtenhahn
Basel-Genf-München, 2003.
- HUGUENIN, CLAIRE: Obligationenrecht Allgemeiner Teil, Schulthess, Zürich,
2004.
- İŞIKTAÇ, MUHİP Ş.: Uygulamada Bankacılar İçin Hukuk, Denizbank Yayınları,
İstanbul, 2001.
- İMREGÜN, OĞUZ: Kara Ticareti Hukuku Dersleri (Genel Hükümler-
Ortaklıklar- Kıymetli Evrak), 13. Bası, Filiz Kitabevi,
İstanbul, 2005.
- İNAN, ALİ NAİM: Bankacılar İçin Borçlar Hukuku Bilgisi, Banka ve
Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 3. Bası, Adalet
Matbaacılık, Ankara, 1997.
- İNAN, ALİ NAİM: Medeni Hukuk, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma
Enstitüsü, Ankara, 2005.
- KAÇAK, NAZİF: Emsal İçtihatlarla Borçlar Kanunu, 1. Bası, Adil Yayınevi,
Ankara, 2002.

- KALKAN, BURCU: Türk Hukukunda Gabin, Vedat Yayınevi, İstanbul, 2004.
- KANİTİ, SALAMON: Akdin İfa Edilmediği Def'i, İÜHF Yayınları, Ahmed Said Matbaası, İstanbul, 1962.
- KAPLAN, İBRAHİM: Banka Sözleşmeleri Hukuku, C. 1, Adalet Matbaacılık, Ankara, 1996.
- KAPLAN, İBRAHİM: Borçlar Hukuku Dersleri (Genel Hükümler), 3. Bası, İmaj Yayınevi, Ankara, 2003.
- KARAHASAN, MUSTAFA R.: Türk Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri İlgili Mevzuat II, Beta Yayınevi, İstanbul, 2002.
- KARATAY, ATA: "İsviçre Borçlar Kanunu'nun Değişen Kefalet Hükümleri Üzerine Mukayeseli Bir İnceleme", C. 26, S. 11- 12, İBD, İstanbul, 1952.
- KARAYALÇIN, YAŞAR: Özel Hukukta Meseleler ve Görüşler IV, Banka ve Ticaret Hukuk Araştırma Enstitüsü, Ankara, 1992.
- KAYAR, İSMAIL: "Cari Hesapta Faiz", C. 20, S. 3, BATİDER, Ankara, 2000.
- KILIÇOĞLU, AHMET M.: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 4. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2004.
- KINACI, NACİ: "Cari Hesap", BATİDER, C. 1, S. 3, Ankara, 1962.
- KIRCA, İSMAIL: "Tüzel Kişiliğin Kazanılmasından Önce Anonim Şirket Adına Yapılan İşlemler (TTK m. 301/II)", BATİDER, C. 19, S. 4, Ankara, 1998.
- KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, NECİP: Borçlar Hukuku Dersleri, C. 1, 2. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1985.
- KOSTAKOĞLU, CENGİZ: Bankalar Kanunu Şerhi, 5. Bası, Beta Yayınevi, İstanbul, 2004.
- KOYUNCUOĞLU, TENNUR: Türk ve İsviçre Hukukunda Borcun Yenilenmesi, İÜHF Yayınları, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1972.
- KÖPRÜLÜ, BÜLENT: Medeni Hukuk, 2. Bası, İÜHF Yayınları, İstanbul, 1984.
- KUNTALP, ERDEN: "Teminat Kavramı, Teminat Türleri ve Bunlardan Doğan Sorumluluk", Reha Poroy'a Armağan, İstanbul, 1995.

- KURŞAT, ZEKERİYA: Borçlar Hukuku Alanında Hile Kavramı, Kazancı Yayınevi, İstanbul, 2003.
- KURU, BAKİ/ ARSLAN, RAMAZAN/YILMAZ, EJDER: İcra ve İflas Hukuku Ders Kitabı, 19. Bası, Yetkin Yayınevi, Ankara, 2005.
- LARDELLI, ALBERT: "Beiträge zum Bürgschaftsrecht", SJZ, Zürich, 1929.
- MUŞUL, TİMUÇİN: İcra ve İflas Hukuku, 1. Bası, Legal Yayınevi, İstanbul, 2005.
- NOMER, HALUK N.: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 4. Bası, Beta Yayınevi, İstanbul, 2006.
- OĞUZMAN, M. KEMAL: Miras Hukuku, 6. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1995.
- OĞUZMAN, M. KEMAL/ ÖZ, TURGUT: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 4. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2005.
- OĞUZMAN, M. KEMAL/ SELİÇİ, ÖZER/ OKTAY- ÖZDEMİR, SAİBE: Kişiler Hukuku, 8. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2005.
- OLGAÇ, SENAI: Kazai ve İلمي İçtihatlarla Türk Borçlar Kanunu (Akdin Nevileri), C. 3, Şark Matbaası, Ankara, 1969.
- OLGAÇ, SENAI: Kefalet, Olgaç Matbaası, Ankara, 1978.
- OSER, HUGO/ SCHÖNENBERGER, WILHELM: İsviçre Borçlar Kanunu Şerhi, çev. İsmet Sungurbey, Gürsoy Basımevi, Ankara, 1964.
- ORTA, MESUT: Elektronik İmza ve Uygulaması, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2005.
- OY, OSMAN: Kredi Teminatları ve Kredi Suçları, 1. Bası, Beta Yayınevi, İstanbul, 2003.
- ÖNEN, TURGUT: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 5. Bası, Yargı Yayınevi, Ankara, 1999.
- ÖZKAN, CEMALİ: Dernekler ve Vakıflar, Yaklaşım Yayınları, Ankara, 2000.
- ÖZKAYA, ERASLAN: Açıklamalı- İçtihatlı Hata- Hile- İkra Davaları, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2000.

- ÖZSUNAY, ERGUN: Medeni Hukukumuzda Tüzel Kişiler, 5. Bası, İÜHF Yayınları, İstanbul, 1982.
- ÖZTAN, BİLGE: Medeni Hukukun Temel Kavramları, 22. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2006.
- POROY, REHA/TEKİNALP, ÜNAL/ÇAMOĞLU, ERSİN: Ortaklıklar ve Kooperatifler Hukuku, 10. Bası, Arıkan Yayınevi, İstanbul, 2005.
- PULAŞLI, HASAN: Şirketler Hukuku, 3. Bası, Karahan Kitabevi, Adana, 2005.
- REICHEL, HANS: "Widerrechtliche Drohung", SJZ, Zürich, 1932/33.
- REİSOĞLU, SAFA: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 19. Bası, Beta Yayınevi, İstanbul, 2006. (Borçlar Hukuku olarak kısaltılmıştır)
- REİSOĞLU, SEZA: Türk Hukukunda ve Bankacılık Uygulamasında Kefalet, Ankara, 1992.
- REİSOĞLU, SEZA: "Kefalet Kavramı ve Muteberlik Şartları", C. 19, S. 1- 4, AÜHFD, Ankara, 1962.
- REİSOĞLU, SEZA: "Kefilin Def'i Hakları", C.1, S. 2, BATİDER, Ankara, 1961.
- REİSOĞLU, SEZA: "Yabancı Para Üzerinden Taahhüt Altına Girilmesi ve Hukuki Sonuçları", C.13, S. 3-4, BATİDER, Ankara, 1986.
- RIEMER, HANS MICHAEL: Kommentar zum schweizerischen Privatrecht Das Personenrecht 3. Abteilung Die juristischen Personen Erster Teilband Allgemeine Bestimmungen zu Art 52- 59 ZGB, 3. Auflage, Stämpfli & Cie AG, Bern, 1993.
- SCHWARZ, ANDREAS B.: Borçlar Hukuku Dersleri, C. 1, çev. Bülent Davran, Kardeşler Basımevi, İstanbul, 1948.
- SCHWENZER, INGEBORG: Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, 3. Auflage, Stämpfli Verlag AG, Bern, 2003.
- SEROZAN, RONA: Medeni Hukuk (Genel Bölüm), Vedat Yayınevi, İstanbul, 2005.
- SEROZAN, RONA: Tüzel Kişiler, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1990.
- SEROZAN, RONA: Sözleşmeden Dönme, İÜ Yayınları, Sulhi Garan Matbaası, İstanbul, 1975.

- SİRMEN, A. LALE: Türk Özel Hukukunda Şart, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ayyıldız Matbaası, Ankara, 1992.
- ŞENYÜZ, DOĞAN: Borçlar Hukuku, 2. Bası, Ekin Kitabevi, Bursa, 2005.
- TANDOĞAN, HALUK: “Kefaletin Geçerlik Şartları”, C. 9, S. 1, BATİDER, Ankara, 1977.
- TANDOĞAN, HALUK: Garanti Mukavelesi, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Güzel İstanbul Matbaası, Ankara, 1959.
- TANDOĞAN, HALUK: Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, C. 2, 3. Bası, Banka Ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara, 1989.
- TANRIBİLİR, FERİHA B.: “Yabancıların Dernek Kurma Özgürlüğü”, GÜHFD, C. 4, S. 1- 2, Ankara, 2003.
- TANRIVER, SÜHA: “İcra ve Temyiz Kefaletleri (Kefaletnameleri)”, Makalelerim (1985- 2005), 1. Bası, Asil Yayınları, Ankara, 2005.
- TAŞDELEN, NİHAT: “Kefalet Sözleşmesinde Şekil”, Oğuz İmregün’e Armağan, 1998.
- TEKİNAY, SELAHATTİN
SULHİ/AKMAN, SERMET/
BURCUOĞLU, HALUK/
ALTOP, ATILLA: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 7. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1993.
- TEOMAN, ÖMER: Hukuki Yönden Kredi Kartı Uygulaması, Eğitim Yayınları, İstanbul, 1989.
- TEPECİ, KAMİL: Notlu ve İzahlı Borçlar Kanunu, 3. Bası, Yeni Matbaa, Ankara, 1959
- TUĞ, ADNAN: Türk Özel Hukukunda Şekil, 2. Bası, Mimoza Yayınevi, Konya, 1994.
- TUĞSAVUL, MUHSİN: “Kefalet Akdinin Hukuki Mahiyeti ve İtibarı”, Y. 40, S.11, AD, Ankara, 1949.
- TUNÇOMAĞ, KENAN: Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler C. 1, 6. Bası, Sermet Matbaası, İstanbul, 1976.
- TUHR VON, ANDREAS: Borçlar Hukukunun Umumi Kısmı, çev. Cevat Edege, C. 1- 2, Yargıtay Yayınları, Ankara, 1983.

- UÇUM, MEHMET: “Türkiye’de Yabancı Vakıf Faaliyetlerinin Yasal Çerçevesi ve Uygulama Esasları”, C. 2, S. 14, Legal HD, İstanbul, 2004.
- UYGUR, TURGUT: Açıklamalı-İçtihatlı Borçlar Kanunu Sorumluluk ve Tazminat Hukuku, C.7-8, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2003.
- ÜLGEN, HÜSEYİN/
TEOMAN, ÖMER/
HELVACI, MEHMET/
KENDİGELEN, ABUZER/
KAYA, ARSLAN/
NOMER- ERTAN, N. FÜSUN: Ticari İşletme Hukuku, Vedat Kitabevi, İstanbul, 2006.
- ÜSTÜNDAĞ, SAİM: İflas Hukuku, 6. Bası, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 2002.
- VELİDEDEOĞLU, HIFZI V./
ÖZDEMİR, REFET: Türk Borçlar Kanunu Şerhi, Yargıtay Yayınları, Ankara, 1987.
- VISCHER, FRANK: Schweizerisches Privatrecht, Obligationenrecht Besondere Vertragsverhältnisse, 7/2. Band, Helbing & Lichtenhahn Verlag AG, Basel und Stuttgart, 1979.
- WIEGAND, WOLFGANG: Personalsicherheiten, Stämpfli Verlag AG, Bern, 1997.
- YALÇIN, ONUR: Banka Kredi Sözleşmelerindeki Genel İşlem Şartlarının Geçerliliği, Yetkin Yayınevi, Ankara, 2006.
- YAVUZ, CEVDET: Borçlar Hukuku Dersleri (Özel Hükümler), 4. Bası, Beta Yayınevi, İstanbul, 2006.
- YILDIRIM, MUSTAFA FADİL: Borçlar Hukukuna Göre Sözleşmenin Kuruluşunda Hile, Nobel Kitabevi, Ankara, 2002.
- ZEMBULIDIS, TEMISTOKLI: “Kefalet”, S. 12, Y. 15, İBM, İstanbul, 1941.
- ZEVKLİLER, AYDIN: Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, 8. Bası, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2004. (Özel Borç İlişkileri olarak kısaltılmıştır)
- ZEVKLİLER, AYDIN: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Turhan Kitabevi, Ankara, 2001. (Genel Hükümler olarak kısaltılmıştır)

GİRİŞ

Kefalet sözleşmesi, Borçlar Kanunu'nun 483- 503. maddeleri arasında düzenlenmiştir. Kefil, kefalet sözleşmesinde asıl borçlunun alacaklısına karşı borcun yerine getirmemesinin sonuçlarından şahsen ve haczi kabil tüm malvarlığı ile sorumlu olmayı üstlenir. Kefaletin amacı kredi temininde olduğu üzere bir alacağın güvenceye alınmasıdır.

Kefalet bir sözleşmedir ve kefil ile alacaklıdan oluşan sözleşme taraflarının birbirine uygun karşılıklı irade beyanları ile kurulur. Kural olarak kefalet sözleşmesinde sadece kefil borç altına girer. Buna karşılık alacaklının yalnızca hakları vardır. Ancak sözleşmede alacaklının da borç altına gireceği kararlaştırılabilir. Asıl borçlu kefalet sözleşmesine taraf olmayıp, bu sözleşme kefil ve alacaklı arasında kurulur. Kendisinden talepte bulunulan kefil, asıl borçlunun borcunu ya da asıl borç ilişkisinden doğan yükümlülüklerini ifa etmez, bilakis alacaklı karşısında kendi borcunu ifa eder.

Kefalet sözleşmesinin karakteristik özellikleri ve yasa koyucunun kefil koruma amacı, kefaletin geçerliliği hususunun önemini vurgulamaktadır. Bu bakımdan tezin konusunu oluşturan kefalet sözleşmesinin geçerlilik şartları titizlikle ortaya konulmalı ve böylelikle kefalet taahhüdünde bulunmak isteyen kimselerin düşüncesizce kendilerini borç altına sokmaları önlenmelidir.

Kefalet sözleşmesinin geçerlilik şartlarına dair incelememiz, yürürlükteki Borçlar Kanunu'nun ilgili düzenlemesi, bu düzenlemenin kaynağını teşkil eden İsviçre Borçlar Kanunu'nun ilgili hükümleri ve Borçlar Kanunu Tasarısı'yla getirilen yenilikler ışığında karşılaştırmalı olarak yürütülecektir.

Tezin ilk bölümünde genel olarak kefalet sözleşmesi ve özellikleri; ikinci bölümünde asıl borç ilişkin geçerlilik şartları ve asıl borcun sona ermesine bağlı olarak kefaletin sona ermesi; üçüncü bölümünde kefalet sözleşmesine bağlı maddi ve şekli geçerlilik şartlarından bahsedilecektir. Maddi şartlarda kefalet sözleşmesi bakımından özellik arz eden kefalet ehliyeti ve iradesi ile iradeyi sakatlayan hallere değinilecektir. Dördüncü bölümde özel bazı düzenlemelerde kefalet sözleşmesinin geçerliliği; beşinci bölümde ise geçerlilik şartlarının gerçekleşmemesinin hukuki sonuçları incelenecektir.

Birinci Bölüm

GENEL OLARAK KEFALET SÖZLEŞMESİ VE ÖZELLİKLERİ

§ 1. TANIMI VE HUKUKİ NİTELİĞİ

818 sayılı BK. m. 483' e göre; “kefalet bir akittir ki onunla bir kimse, borçlunun akdettiği borcun edasını temin etmeyi alacaklıya karşı taahhüt eder”.

Tanımdan da anlaşıldığı üzere, kefalet bir sözleşmedir ve bu sözleşme ile kefil, üçüncü bir şahsın (asıl borçlunun) alacaklısına karşı, borcun ödenmemesinin sonuçlarını şahsen tekeffül eder. Bu bakımdan kefalet sözleşmesi borçlandırıcı bir hukuki işlemdir ve kural olarak sadece kefil borç altına sokar. Sözleşme, alacaklı ile kefilin karşılıklı ve birbirine uygun iradelerinin birleşmesi ile varlık kazanır.¹

Kefaletle alacaklının alacağının bu şekilde teminat altına alınması, kefalet sözleşmesinin şahsi teminat sözleşmelerinden biri olduğunun göstergesidir. Şahsi teminat sözleşmelerinde teminat veren, asıl borçlunun borcunu ödememesi durumu karşısında ortaya çıkan sonuçları temin etmek üzere borç altına girer. Bu doğrultuda, asıl borçlunun borç sözleşmesinde kendi borcunu fer'i bir yükümlülük altında

¹AYDIN ZEVLİLER, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, 8. Bası, Ankara, 2004, s. 395-396; DOĞAN ŞENYÜZ, Borçlar Hukuku, 2. Bası, Bursa, s. 265; CEVDET YAVUZ, Borçlar Hukuku Dersleri (Özel Hükümler), 4. Bası, İstanbul, 2006, s. 530; EMİL BECK, Das neue Bürgschaftsrecht Kommentar, Zürich, 1942, s. 33; HUGO OSER/WILHELM SCHÖNENBERGER, İsviçre Borçlar Kanunu Şerhi, çev. İsmet Sungurbey, Ankara, 1964, s. 85; THEO GUHL/ALFRED KOLLER/ANTON K. SCHNYDER/JEAN NICOLAS DRUEY, Das Schweizerische Obligationenrecht mit Einschluss des Handels- und Wertpapierrechts, 9. Auflage, 2000, Zürich, s. 622.

ödeyeceğine dair bizzat garanti taahhüdünde bulunması, teminat kavramının dışında kalmaktadır.²

Madde 483'teki düzenleme, kefalet sözleşmesini tam anlamıyla tanımlamamakta; kullanılmış olan terimler bakımından bir takım aksaklıklar içermektedir. Söz konusu tanımdaki "borçlunun akdettiği borç" ibaresinden, kefaletin sadece sözleşmeden doğan borçları teminat altına almak üzere kurulabileceği anlaşılmaktadır. Oysa kefalet ile sözleşmeden doğan borçların yanında haksız fiilden, sebepsiz zenginleşmeden ve kanundan doğan borçlar da tekeffül edilebilir. Diğer bir deyişle, para ile karşılanabilen herhangi bir borç için hukuki sebebi ne olursa olsun kefil olunabilir.³

Tanımdaki ikinci aksaklık, "borcun edasını temin etmeyi" ibaresinin kullanılmış olmasıdır. Kefalet sözleşmesi ile kefil, borçlunun borcunu yerine getirmeyi taahhüt etmez; kefilin borcu bu borcun dışında, kefalet sözleşmesinden kaynaklanan ve alacaklıya karşı asıl borcun ödenmemesi durumunda ortaya çıkacak sonuçların şahsen temin edilmesidir. Aksi düşünceyle kefil borcun edasını temin için elinden geleni yapmış olmasına rağmen, borcun ifa edilmemesi halinde sorumlu tutulamayacaktır.⁴

BK. Tasarısı ile tanımdaki mevcut hatalar İsv. BK. m. 492 hükmü dikkate alınarak düzeltilmek istenmiş ve kefalet, BK. Tasarısı m. 581'de; "Kefalet sözleşmesi, kefilin alacaklıya karşı, borçlunun borcunu ifa etmemesinin

² ERDEN KUNTALP, "Teminat Kavramı, Teminat Türleri ve Bunlardan Doğan Sorumluluk", R. Poroy'a Armağan, İÜHF, 1995, s. 287; ZEVKLİLER, Özel Borç İlişkileri s. 395; ŞENYÜZ, s. 264-265; YAVUZ, s. 529; SEZA REİSOĞLU, Türk Hukukunda ve Bankacılık Uygulamasında Kefalet, Ankara, s. 9; HÜSEYİN HATEMİ/RONA SEROZAN/ABDÜLKADİR ARPACI, Borçlar Hukuku Özel Bölüm, İstanbul, 1992, s. 520.

³ HALUK TANDOĞAN, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, C. 2, 3. Bası, Ankara, 1989, s. 693; HATEMİ/SEROZAN/ARPACI, s. 521; NECİP BİLGE, "Kefilin Mesuliyetinin Şumultü", AÜHFD, C. 13, S. 1-2, 1956, s. 91-92; TURGUT ÖNEN, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 5. Bası, 1999 s. 310; REİSOĞLU, Türk Hukukunda ve Bankacılık Uygulamasında Kefalet, s. 2; FAHRETTİN ARAL, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, 6. Bası, Ankara, 2006, s. 421; ZEVKLİLER, Özel Borç İlişkileri, s. 395; BECK, s. 67-68.

⁴ REİSOĞLU, Türk Hukukunda ve Bankacılık Uygulamasında Kefalet, s. 2; EYÜP S. ERMAN, "Teminat Mektubu- Kefalet Akti- Garanti Akti", AD, S. 1, 1969, s. 413; YAVUZ, s. 494; SENAL OLGAC, Kazai ve İlimi İçtihatlarla Türk Borçlar Kanunu Akin Nevileri, C. 3, Ankara, 1969, s. 421.

sonuçlarından kişisel olarak sorumlu olmayı üstlendiği sözleşmedir” şeklinde tanımlanmıştır.

Kefilin borcunun asıl borçlunun borcundan farklı ve ayrı bir borç olması sonucunda kefilin ifası ile asıl borç sona ermez. Kefil, alacaklıya ödeme yaptığı takdirde, kefalet borcu sona erer. BK. m .496 (BK. Tasarısı m. 596, f. 1) uyarınca kefil, alacaklının menfaatini tatmin ettiği oranda, alacaklının haklarına halef olur ve asıl borçluya rücu hakkını kazanır.⁵ Bu sebeple, alacaklı, kefil ve asıl borçlu arasında cereyan eden üç türlü hukuki ilişki söz konusudur: Asıl borçlu ve alacaklı arasındaki asıl borç ilişkisi, kefil ile alacaklı arasındaki kefalet ilişkisi ve asıl borçlu ile kefil arasındaki, kefilin ödemesi oranında alacaklıya kanunen halef olmasına ve asıl borçluya karşı rücu hakkına dayanan hukuki ilişki. Asıl borçlu ve kefil arasında söz konusu hukuki ilişkinin dışında herhangi bir hukuki ilişki de mevcut olabilir.⁶

Çoğu zaman kefil ile asıl borçlu arasında vekâlet ilişkisi mevcuttur. Kefil ile asıl borçlu arasında vekâlet ilişkisi mevcutsa, vekâlete ilişkin hükümler, kefalete ilişkin düzenlemeleri ihlal ettikleri oranda uygulanmazlar. Kefil ile asıl borçlu arasındaki ilişki vekâlet olabileceği gibi, vekâletsiz iş görme ve bağışlama da olabilir.⁷

Kefilin borcunun asıl borca yabancı bir borç olmasının ikinci sonucu ise, bir kimsenin kendi borcu için kefil olmasının mümkün olamayacağıdır.⁸

Kefil, asıl borçlu ile arasında bu tür bir ilişki olmaksızın ve hatta asıl borçlunun rızasını almadan da alacaklıyla kefalet sözleşmesini kurabilir. Sözleşmenin bu şekilde kurulması mümkündür; çünkü kefalet sözleşmesi asıl

⁵ BK. Tasarısı'na göre kefil, alacaklıya halef olmasından elde ettiği haklarını ancak asıl borç muaccel olunca kullanabilir.

⁶ GÜLÇİN ELÇİN GRASSİNGER, Borçlar Kanununa Göre Kefilin Alacaklıya Karşı Sahip Olduğu Savunma İmkanları, İstanbul, 1996, s. 13; ARAL, s. 421- 422; ŞENYÜZ, s. 264.

⁷ ARAL, s. 422; REİSOĞLU, Türk Hukukunda ve Bankacılık Uygulamasında Kefalet, s. 1.

⁸ MUSTAFA R. KARAHASAN, Türk Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri İlgili Mevzuat II, İstanbul, 2002, s. 1204; REİSOĞLU, Türk Hukukunda ve Bankacılık Uygulamasında Kefalet, s. 9; YAVUZ, s. 532; ZEVLİLER, Özel Borç İlişkileri, s. 395.

borçlunun durumunu kötüleştirmemekte; hatta yararına olmaktadır. Kefil, borçlunun rızasını almadan veya haberi olmadan kefalet taahhüdünde bulunmuşsa, kanuni halefiyet dışında, şartları gerçekleşmişse sebepsiz zenginleşme veya vekâletsiz iş görme hükümlerine dayanarak asıl borçluya başvurabilir.⁹

§ 2. TARAFLARI VE TARAFLARIN TEMSİLİ

Kefalet, tek taraflı bir irade açıklaması olmayıp, bir sözleşmedir. Sözleşmenin kurulması taraflarının uygun irade beyanlarının varlığı ile gerçekleşir. Kefalet sözleşmesinin tarafları, kefil ve alacaklıdır. Bu bakımdan alacaklının kefilin taahhüdüne karşılık kabul beyanı gereklidir.¹⁰ Asıl borçlu, bu sözleşmede taraf değildir. Asıl borçlu her ne kadar kefalet sözleşmesinin tarafı değilse de, kefaletin geçerliliği, asıl borçlu ile alacaklı arasındaki ilişkiye bağlıdır.¹¹

Asıl borçlu, kefalet sözleşmesine hiçbir zaman katılmaz olsa olsa, kefalet sözleşmesinin yapılması için kefilden istekte bulunabilir veya kefil bu yola tahrik edebilir ya da kefilin temsilcisi olarak davranabilir. Kefilin kefalet sözleşmesini imzalaması için, asıl borçluya haber vermesi ya da ondan izin alması gibi bir yükümlülüğü yoktur.¹² Asıl borçlunun bilgisi dışında kurulmuş olan kefalet sözleşmesi geçerlidir. Buna karşılık her türlü kefalette sözleşmeyi kurması için kefil veya alacaklı, asıl borçluya temsil yetkisi verebilir; buna hukuki bir engel yoktur.

⁹ REİSOĞLU, Türk Hukukunda ve Bankacılık Uygulamasında Kefalet, s. 1; YAVUZ, s. 531; ARAL, s. 421-422.

¹⁰ HERMANN BECKER, İsviçre Borçlar Kanunu Şerhi İkinci Bölüm (Çeşitli Sözleşme İlişkileri m. 184 -551), çev. A. Suat Dura, Ankara, 1993, s.1036; ŞENYÜZ, s. 264; ARAL, s. 421; ZEVKLİLER, Özel Borç İlişkileri, s. 395, REİSOĞLU, Türk Hukukunda ve Bankacılık Uygulamasında Kefalet, s. 21; HATEMİ/SEROZAN/ARPACI, s. 521-522; BECK, s. 55; OSER/SCHÖNENBERGER, s. 113; EUGEN BUCHER, Obligationenrecht Besonderer Teil, 3. Auflage, 1988, s. 287; PETER GAUCH/VIKTOR AEPLI/HUGO CASANOVA, OR Besonderer Teil Art. 184-1186 Rechtsprechung des Bundesgerichts, 4. Auflage, Zürich, 1998, s. 366.

¹¹ REİSOĞLU, Türk Hukukunda ve Bankacılık Uygulamasında Kefalet, s. 1; ŞENYÜZ, s. 264-265; YAVUZ, s. 532; ZEVKLİLER, Özel Borç İlişkileri, s. 395; ARAL, s. 422; BECK, s. 35.

¹² YAVUZ, s. 530; ARAL, s. 421; REİSOĞLU, Türk Hukukunda ve Bankacılık Uygulamasında Kefalet, s. 1; ZEVKLİLER, Özel Borç İlişkileri, s. 395; BECK, s. 44; BECKER, s. 1036; OSER/SCHÖNENBERGER, s. 113-114.

Asıl borçlunun hangi tarafın temsilcisi olarak hareket ettiği konusunda bir tereddüt varsa, kefilin temsilcisi olarak hareket ettiği kabul edilir.¹³

Kefil ile alacaklının, kefilin imzaladığı kefalet senedinin asıl borçlu vasıtasıyla alacaklıya gönderilmesi hususunda önceden anlaşmaları durumunda, asıl borçlu burada temsilci sıfatıyla hareket etmez, sadece bir vasıtaadır. Buna karşılık, alacaklının haberi olmadan, kefil, imzaladığı kefalet senedini asıl borçlu vasıtasıyla alacaklıya göndermişse, bu takdirde kefil ile asıl borçlu arasında vekâlet ilişkisinin bulunduğu kabul olunur.¹⁴

Kefil ve alacaklı, asıl borçlu dışında üçüncü bir kişiye de kefalet sözleşmesini kurma konusunda temsil yetkisi verebilir. Kefalet sözleşmesinin geçerliliği için, üçüncü kişinin (veya asıl borçlunun) sözleşmenin kurulması sırasında temsil yetkisine haiz olması gerekir.¹⁵ Alacaklının dolaylı temsilci vasıtasıyla kefalet sözleşmesinde hareket etmesi mümkün iken, kefilin kişisel niteliklerinin önemi, dolaylı temsilci vasıtasıyla hareket etmesine engeldir.¹⁶

¹³TANDOĞAN, Özel Borç İlişkileri, s. 740; REİSOĞLU, Türk Hukukunda ve Bankacılık Uygulamasında Kefalet s. 40; BECK, s. 44 (BGE 45 II 172, 33 II 402); BECKER, s. 1036-1037; OSER/SCHÖNENBERGER, s. 116-117.

¹⁴ REİSOĞLU, Türk Hukukunda ve Bankacılık Uygulamasında Kefalet, s. 40-41; GRASSİNGER, s. 95.

¹⁵ Yarg. 19 HD'nin 22.02.2001 T. 7147/1409 S.; 11 HD'nin 3.10.1986 T. 4520/4958 S. kararları için bkz. kazancı otomasyonu.

¹⁶ YAVUZ, s. 537; BECK, s. 98 (BGE 65 II 236); OSER/SCHÖNENBERGER, s. 117; GAUCH/AEPLI/CASANOVA, s. 366.

§ 3. SEBEBİ

Kefalet sözleşmesinin hukuki sebebi, alacaklının asıl borçludan olan borcu asıl borçlu tarafından ödenmediği takdirde, kefilin bunun sonuçlarını şahsen temin etmesidir. Diğer bir deyişle alacağın korunmasıdır. Kefil, haczi kabil bütün mal varlığı ile alacaklının alacağını teminat altına alır. Bu yönüyle kefaletin sebebi, asıl borç sözleşmesinin hukuki sebebinden bağımsızdır. Kefalet sözleşmesi illi bir sözleşmedir; yani geçerliliği, hukuki sebebinin geçerliliğine bağlıdır.¹⁷

Alacaklının kefalet sözleşmesi yapmasının asıl sebebi, alacağını elde etmek gayesi ile ikinci bir borçlu sağlamaktır. Kefilin kefalet sözleşmesini yapma amacı ise alacaklıya teminat sağlama olduğundan, bunu, kefil ile asıl borçlu arasındaki iç ilişki ile karıştırmamak gerekir. Kefil, çoğu zaman asıl borçlunun vekili veya vekâletsiz iş gören ya da bağışlayan sıfatıyla kefalet sözleşmesini imzalamış olabilir. Kefil, asıl borçluya arasındaki iç ilişkiden doğan taleplerini sadece asıl borçluya karşı ileri sürebilir; alacaklıya karşı ileri süremez. İç ilişkinin önemi, kefilin asıl borçluya rücu talebinde bulunması durumunda ortaya çıkar (BK. m. 496, c. 3).¹⁸ BK. m. 496, c. 3'te halefiyetin, kefil ile asıl borçlu arasındaki hukuki ilişkiden doğan dava ve def'i haklarını etkilemeyeceği belirtilmiştir. Aynı düzenleme BK. Tasarısı m. 596, f. 3'te de mevcuttur.

Kefil, taahhüdü dolayısıyla alacaklının alacağını aynen yerine getirmeye zorlanamaz. Kefilin borcu, alacaklının alacağını elde edemediği oranda onu tatmin etmektir (para borcu). Alacaklı ve kefil, kefalet senedinde asıl borcun mutlak surette aynen ifa edileceğine ilişkin bir kayıt koydukları takdirde, kurulmuş olan sözleşme, kefalet sözleşmesi değil, borç üstlenme teşkil eder.¹⁹

¹⁷ YAVUZ, s. 531; OSER/SCHÖNENBERGER, s. 88 vd; BECKER, s.1039-1040; ZEVKLİLER, Özel Borç İlişkileri, s. 396; BECK, s. 34.

¹⁸ TANDOĞAN, Özel Borç İlişkileri, s. 694; YAVUZ, s. 531; REİSOĞLU, Türk Hukukunda ve Bankacılık Uygulamasında Kefalet, s. 209.

¹⁹REİSOĞLU, Türk Hukukunda ve Bankacılık Uygulamasında Kefalet, s. 8; OSER/SCHÖNENBERGER, s. 90-91.

§ 4. KONUSU

I. Başkasına ait borç

1. Genel olarak

Kefalet sözleşmesinin konusu, kefilin, asıl borçlunun alacaklıya karşı olan borcunun ödenmemesi halinde, bunun sonuçlarından şahsen sorumlu olacağına dair (alacaklıya) taahhütte bulunmasından ibarettir. Bu bakımdan kefilin borcu, asıl borçtan farklı yabancı bir borçtur. Kefilin, kefalet borcunu yerine getirmesiyle asıl borç ortadan kalkmamakta; kefil, alacaklının alacak hakkını halefiyet yoluyla elde etmekte ve asıl borçluya karşı rücu hakkını kazanmaktadır (BK. m. 496).²⁰

Kefil, başkasına ait bir borcun yerine getirilmemesinin sonuçlarını temin etmeyi taahhüt ettiğinden, bir kimsenin kendi borcu için kefil olması mümkün değildir.²¹

Buna karşılık, bazı yazarlara göre, asıl borçlu borç senedini kefil olarak da imzalamışsa, bu kefalet taahhüdü o zaman hüküm taşımasa da ileride söz konusu borcun üçüncü bir kişi tarafından üstlenilmesi halinde, üçüncü kişinin gelecekteki borcuna kefil olunması mümkün olduğundan, yapılmış olan kefalet taahhüdü hüküm ifade edecektir.²²

²⁰ TEMİSTOKLİ ZEMBULİDİS, "Kefalet", İBM, S. 12, Y.15, İstanbul, 1941, s. 785; MUHSİN TUĞSAVUL, "Kefalet Akdinin Hukuki Mahiyeti ve İtibarı", AD, Y. 40, S. 11, 1949, s. 1623; YAVUZ, s. 532; BECK, s. 57-58; SILVIO GIOVANOLI, Das Obligationenrecht, 2. Abteilung, 7. Teilband, Die Bürgschaft Spiel und Wette, Bern, 1978, s. 28; ALBERT LARDELLI, "Beiträge zum Bürgschaftsrecht", SJZ, 1929, s. 93 vd.; OSER/SCHÖNENBERGER, s. 86; BECKER, s.1042 vd.; FİKRET ARIK, "Mahkeme Kararları Kroniği Başkasının Fiilini Taahhüt veya Garanti Mukavelesi", AÜSBFD, C. 10, S. 2, Ankara, 1955, s. 47; REİSOĞLU, Türk Hukukunda ve Bankacılık Uygulamasında Kefalet, s. 9; ZEVKLİLER, Özel Borç İlişkileri, s. 395; HATEMİ/SEROZAN/ARPACI, s. 523.

²¹ YAVUZ, s. 532; ZEVKLİLER, Özel Borç İlişkileri, s. 395; REİSOĞLU, Türk Hukukunda ve Bankacılık Uygulamasında Kefalet, s. 9; KARAHASAN, s. 1204; BECKER, s. 1043; OSER/SCHÖNENBERGER, s. 87.

²² BECK, s. 43; REİSOĞLU, Türk Hukukunda ve Bankacılık Uygulamasında Kefalet, s. 9.

Alacaklının da kendi alacağı için kefil olmasının pratik bir önemi olmamakla birlikte, alacağın temliki yoluyla alacak üçüncü bir kişiye geçtiğinde, eski alacaklının daha önceden yapmış olduğu kefalet taahhüdü, yeni alacaklıya yapılmış bir icap niteliğinde olacak ve bir değer teşkil edecektir.²³

2. Şirkete ait borç

Adi şirketlerde, bir ortağın şirket hesabına yapmış olduğu işlemlerden diğer ortakların müteselsilen sorumlu olması sonucu (BK. m. 534, c. 3), diğer ortakların söz konusu işlemlerden doğan borçlara kefil olmalarının bir anlamı yoktur. Zira adi şirket lehine ortağının verdiği kefalet, bir kimsenin kendi borcu için kefil olmasına benzemektedir.

Doktrinde kollektif şirket ortağının şirket lehine kefil olup olamayacağı tartışılmıştır. TTK. m. 179'a göre "Şirketin borç ve taahhütlerinden dolayı birinci derecede şirket mesuldür. Şu kadar ki, şirkete karşı yapılan icra takibi semeresiz kalmış veya şirket herhangi bir sebeple sona ermiş ise, yalnız ortak veya ortakla birlikte şirket aleyhine dava açılabilir ve takip yapılabilir". Söz konusu madde gereği şirket aleyhine yapılan takip semeresiz kaldığı zaman ortaklar, kural olarak sınırsız sorumlu olacaklarından, ortaklık borçları için adi kefil olunması, bir kimsenin kendi borcu için kefil olmasına benzeyecektir. Bu bakımdan verilen teminatın pratik bir fayda sağlayabilmesi için, müteselsil kefalet türünde verilmiş olması gerekir.²⁴

²³ BGE 38 II 132- BGE 45 II 172 için bkz: SEZA REİSOĞLU, "Kefalet Kavramı ve Muteberlik Şartları", C. 9, S. 1-4, AÜHFD, Ankara, 1962, s. 337-338; YAVUZ, s. 532.

²⁴ REİSOĞLU, "Kefalet Kavramı ve Muteberlik Şartları", s. 338; OĞUZ İMREGÜN, Kara Ticareti Hukuku Dersleri, 13. Bası, İstanbul, 2005, s. 200; MUSTAFA ÇEKER, Şirketler Hukuku, Ankara, 2006, s. 96; HASAN PULAŞLI, Şirketler Hukuku, 3. Bası, Adana, 2005, s. 97; MEHMET BAHTİYAR, Ortaklıklar Hukuku, 2. Bası, İstanbul, 2006, s. 56; BECK, s. 59 (İsv. BK. 568, f. 3); BECKER, s. 1043-1044; OSER/SCHÖNENBERGER, s. 87-88.

Yargıtay, kollektif şirket ortağının, şirket lehine kefil olmasının hukuken geçerli olduğunu kabul etmekte ve bu hususu bir kararında²⁵ şu şekilde açıklamaktadır: *“Kollektif şirket ortağının, şirket borcu ve yüklenimleri nedeniyle, yasaca koşullara bağlanan sorumluluğu dayanak yapılarak; ortağın şirket borcu için özgür iradesiyle kişisel olarak ve kefil sıfatıyla sorumluluk altına girmesinin hukuken geçersiz olacağını kabul doğru değildir. Kollektif şirket ortağının yasaca alacaklıların haklarını koruma amacıyla ve koşullu biçimde öngörülen sorumluluğu dışında; kendi istemiyle şirket borcunu üstlenmesi ya da kefil olmasını engeller herhangi bir yasal hüküm de yoktur. Tüm bu nedenlerle, davalı kollektif şirket ortağının kişisel sorumluluğunu içeren sözleşmenin hukuken geçerli olduğunu kabul zorunludur.”*

Komandit şirketlerde komanditer ortak, anonim ve limited şirketlerdeki pay sahipleri ve ortaklar, ortaklık hesabına yapılmış işlemlerden doğan borçlardan koydukları sermaye payı oranı kadar sorumlu olacaklarından, bu borçlara verilen adi kefalet hukuken geçerlidir ve pratikte de fayda sağlar.²⁶ Komandite ortağın şirket lehine kefil olması halinde ise, TTK m. 243, f. 2 gereğince, aynı kollektif şirket ortağıninkine benzer (sınırsız sorumluluk) bir sonuç ortaya çıkar. Bunun anlamı, komandite ortakların şirket borçları için adi kefil olmasının hukuken geçerli, fakat pratik bir fayda sağlayamayacağı; verilen teminatın pratik bir fayda sağlayabilmesi için, müteselsil kefalet türünde verilmiş olması gerektiğidir.

²⁵ Yarg. 11 HD'nin 18.3.1982 T. 619/1108 S. kararı için bkz. kazancı otomasyonu.

²⁶ TANDOĞAN, Özel Borç İlişkileri, s. 699-700; İMREGÜN, s. 241, 261, 500-501; ÇEKER, s. 135, 159, 261; PULAŞLI, s. 169, 197, 440; BAHTİYAR, s. 68, 76, 218.

II. Para ile belirlenebilir borç

Kefalet sözleşmesinin amacı, alacaklının alacağını teminat altına almaktır; bu sebeple kefilin borcu, asıl borçlunun yerine getirmek zorunda olduğu edim olmayıp, alacaklının müspet zararının tazmin edilmesidir. Bu bakımdan mutlaka para ile belirlenebilir olması gereklidir.²⁷

Kefalet, para borçları dışında para ile ifade edilebilen diğer tüm borçlara da verilebilir. Para ile ifade edilebilen diğer borçlara örnek olarak yapma veya yapmama borcuna ya da seçimlik bir borca kefil olmak mümkündür. Kefalet sözleşmesi, kamu hukukundan doğan borçlar için de kurulabilir. İsv. BK. m. 493, f. 2 de kamu hukukundan doğan yükümlülükler için verilen kefaletlerin geçerli olduğu belirtilmiştir.

Kefalet sözleşmesinde taraflar, kefilin borcunu yabancı para cinsinden belirlemişlerse sözleşme, borcun belirlenebilir olması nedeniyle geçerlidir.²⁸

²⁷ HIFZI V. VELİDEDEOĞLU/ REFET ÖZDEMİR, Türk Borçlar Kanunu Şerhi, Ankara, 1987, s. 687-688; HEINRICH HONSELL/NEDİM PETER VOGT/WOLFGANG WIEGAND, Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht Obligationenrecht I Art. I- 529 OR, 3. Aufl, Basel-Genf- München, 2003, s. 2572; OSER/SCHÖNENBERGER, s. 90; YAVUZ, s. 495; REİSOĞLU, Türk Hukukunda ve Bankacılık Uygulamasında Kefalet, s. 11.

²⁸ VAHİT DOĞAN, Banka Teminat Mektupları, 3. Bası, Ankara, 2005, s. 56; NAMİ BARLAS, "Kefalet Hukukuna İlişkin Bazı Sorunlar ve Yargıtay Uygulaması", Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu, C. 21, BATİDER, Ankara, 2005, s. 53; REİSOĞLU, Türk Hukukunda ve Bankacılık Uygulamasında Kefalet, s. 58.

III. Ferdileştirilmiş borç

Kefil olunan borcun ferdileştirilmiş olması zorunludur. Kuşkusuz ki burada amaç, kefilî korumak ve istemediği bir borcu teminat altına almasını önlemektir.²⁹ Yargıtay da bir kararında³⁰, “kefaletin şekle bağlı kılınması ön planda kefilî korumak gayesine yöneliktir. Bu nedenle asıl borcun sözleşmede yeteri kadar tanımlanmış veya belli edilebilir olması gereklidir. Herhangi bir borç için verilmiş soyut bir kefalet geçerli olmaz. Asıl borçlunun çeşitli yükümlülüklerinden hangisi için verildiği saptanamayan kefalet hüküm taşımaz (BK. m. 484). Sözleşmede kiralananda yapılacak tadilatların tahliyeden sonra kiracı tarafından giderileceğine dair kiracıya yüklenen edim önceden belli ve kestirilmesi de mümkün olmayan araştırmaya bağlı hususlara ilişkin olduğu gibi senet dışı ve ilerde ortaya çıkacak olaylara bağlı yapılacak hesaplarla belirli duruma gelebilir niteliktedir ve kefilin miktarı çıkarmasına da olanaklı bir durum yoktur. Hal böyle olunca kefalet hukuki neticelerini hasıl etmekten yoksun olduğundan geçersizdir” demek suretiyle kefilin tekeffül ettiği borcun ferdileştirilmesi gerektiği sonucuna varmıştır.

Kefalet, herhangi bir borç için verilemez. Bu hususta asıl borcun belirlenebilir olması gereklidir. Kefalet borcunun azami miktarının kefalet senedinde yazılmış olması, asıl borç belirlenmediği takdirde, kefaleti geçerli kılmaz. Asıl borcun kapsamı ve niteliği, borçlanma sebebi, ifa zamanı ve yeri belirli olmalı ve kefaletle ilgili diğer hususlarla birlikte kefalet senedinde yer almalıdır. Ancak bu unsurlardan bazılarının eksikliği kefalet senedinde yer alan diğer hususlarla ya da hal ve şartlara göre yorum yoluyla tamamlanabiliyorsa, söz konusu eksiklik kefalet geçerliliğini etkilemez. Asıl borçlunun kim olduğu kefil açısından büyük önem taşıdığından, asıl

²⁹ OSER/SCHÖNENBERGER, s. 96; HONSELL/VOGT/WIEGAND, s.2572; REİSOĞLU, Türk Hukukunda ve Bankacılık Uygulamasında Kefalet, s. 11.

³⁰ Yarg. 13 HD'nin 3.12.1991 T. 7229/10997 S.; Yarg. 4 HD'nin 28.3.1972 T. 1755/2665 S. kararları için bkz. kazancı otomasyonu.

borçlunun da kim olduğu senette mutlaka belirtilmelidir. Buna karşılık alacaklının adının senette gösterilmesi zorunluluğu yoktur, belirlenebilir olması yeterlidir.³¹

Kefil olunan borcun hukuki sebebinin de belirli olması gereklidir. Taraflar arasında tek bir borç varsa veya belli bir hukuki ilişkiden doğan borçlar söz konusu ise, her bir borç için ayrı ayrı hukuki sebebin gösterilmesi şart değildir. Ancak farklı hukuki sebeplerden kaynaklanan borçlara kefalette, kefilin hangi borcu teminat altına aldığı mutlaka senette gösterilmiş olması lazımdır.³²

Gerek doktrin³³ gerekse uygulama³⁴, sınırları çizilmiş olmak kaydıyla sürekli, değişik içerikli, birden fazla yükümlülüğü içeren borç ilişkileri için kefil olunabileceğini kabul etmektedir. Bu bakımdan cari hesap ve banka genel kredi sözleşmelerine kefil olmak hukuken geçerlidir.

Borçlar Kanunu müstakbel borçlara kefaleti de geçerli saydığından, kefil olunan borcun ferdileştirilmesi, müstakbel borç doğmadan tekeffülün geçerli kabul edilmesi sebebiyle, dar bir yoruma tabi tutulmamalıdır.³⁵

³¹ TANDOĞAN, Özel Borç İlişkileri, s. 751 vd; YAVUZ, s. 539; ŞENYÜZ, s. 266; ZEVKLİLER, Özel Borç İlişkileri, s. 399-400; BARLAS, "Kefalet Hukukuna İlişkin Bazı Sorunlar/ Yargıtay Uygulaması", s. 45.

³² HASAN AYRANCI, "Kefalet Sözleşmesinde Asıl Borcun Belirli Olması İlkesi ve Cari Hesaba Kefalet", GÜHFD, C. 9, S. 1-2, 2005, s. 111; ŞENYÜZ, s. 266; ZEVKLİLER, Özel Borç İlişkileri, s. 399-400; BARLAS, "Kefalet Hukukuna İlişkin Bazı Sorunlar/ Yargıtay Uygulaması", s. 45.

³³ BECK, s. 66-67; OSER/SCHÖNENBERGER, s. 97; REİSOĞLU, Türk Hukukunda ve Bankacılık Uygulamasında Kefalet, s. 12.

³⁴ BGE 49 III 377, BGE 48 II 208 için bkz. BECK, s. 67; 11. HD'nin 3.12.1990 T. 6646/778 S. kararı için bkz. REİSOĞLU, Türk Hukukunda ve Bankacılık Uygulamasında Kefalet, s. 12.

³⁵ OSER/SCHÖNENBERGER, s. 97; REİSOĞLU, Türk Hukukunda ve Bankacılık Uygulamasında Kefalet, s. 11; ZEVKLİLER, Özel Borç İlişkileri, s. 11.

§ 5. ÖZELLİKLERİ

I. Kefalet sözleşmesinin bağımsızlığı

Kefilin borcunun asıl borca bağımlı, fer'i niteliğine karşılık, kefalet sözleşmesi asıl borcu doğuran sözleşmeden bağımsız, ayrı bir hukuki sebebi ve konusu olan bir sözleşmedir. Kefilin teminat verdiği borç, sözleşmeden, haksız fiilden, sebepsiz zenginleşmeden veya kanundan doğabilir. Kefilin borcu, her zaman para borcudur. Oysaki asıl borç, para borcu olabileceği gibi, bir yapma ya da yapmama veya paradan başka bir şeyi verme borcu olabilir.³⁶

Kefalet taahhüdü, asıl borç senesinde gösterilmiş olsa bile, kefil ile alacaklı arasında yapılmış kefalet sözleşmesi asıl borcu doğuran sözleşmeden mutlaka bağımsızdır. Kefaletin bağımsız olma niteliğinden şu sonuçlar doğar³⁷:

-Asıl borcun şarta veya vadeye bağlanmamış olması, kefaletin de bağlanamayacağı anlamına gelmez. Kefalet, asıl borç örneğin bir vadeye bağlanmışsa, bu vadeden farklı bir vadeye de bağlanabilir. Taraflar, kefaleti belli bir süreye bağlayıp, asıl borçtan önce son bulmasını kararlaştırabilirler.

- Asıl borç geçerli olmasına rağmen kefalet sözleşmesi, irade bozuklukları ve ehliyet gibi kendine özgü nedenlerle geçersiz olabilir.

- Kefilin borcu, asıl borçtan daha sınırlı olabilir.

- Kefil, alacaklıyı tatmin etmekle, kefalet sözleşmesinden kaynaklanan borcu

³⁶ KARAHASAN, s. 1205-1206; YAVUZ, s. 534; ZEVKLİLER, Özel Borç İlişkileri, s. 396; REİSOĞLU, Türk Hukukunda ve Bankacılık Uygulamasında Kefalet, s. 4.

³⁷ TANDOĞAN, Özel Borç İlişkileri, s. 701; REİSOĞLU, Türk Hukukunda ve Bankacılık Uygulamasında Kefalet, s. 4- 5; BECK, s. 63; BECKER, s. 1046.

ifa etmiş olur. Bu bakımdan asıl borç sona ermez; kefil, alacaklıyı tatmin ettiği nisbette alacaklının haklarına halef olur ve asıl borçluya karşı rücu hakkını kazanır.

- Vadeye bağlı bir asıl borç, asıl borçlunun iflasıyla vadeden evvel muaccel hale gelmesine rağmen, bu borca kefalet veren kefilin borcunun ifası vadeden önce istenemez (BK. m. 491, c. 1, BK. Tasarısı m. 590, f. 1).

- Alacaklı kefile karşı icra takibinde bulunmak istediğinde, kefaletin bağımsız niteliği gereğince, takibin kefilin yerleşim yerinde yapılması gereklidir. Asıl borçlunun yerleşim yerinde yapılan icra takibi geçersiz olur. Aynı husus, alacaklının kefile karşı dava açmak istemesi halinde de geçerlidir.

- Asıl borç, paradan başka bir şey ise, kefalet borcu ve asıl borcun ifa yerleri birbirinden farklı olabilir.

II. Kefalet sözleşmesinin tek tarafa borç yüklemesi (ivazsızlık)

Taraflardan yalnız birine borç yükleyen sözleşmelere çoğu zaman yerinde olmayarak “bir taraflı sözleşme” denilmekte; sözleşmelerin daima iki tarafının bulunduğu gözden kaçırılmaktadır. Tek tarafa borç yükleyen sözleşmelerin de tabiatıyla iki tarafı vardır; ancak taraflardan sadece biri borç altına girmektedir.³⁸

Kefalet sözleşmesi tek tarafa borç yükleyen sözleşmelerden birisidir. Sözleşmenin taraflarından sadece kefil borç altına girmekte ve asıl borçlunun borcunu ödememesi halinde alacaklıya karşı haczi kabil bütün malvarlığıyla sorumlu olmaktadır. Buna karşılık alacaklı, herhangi bir borç altına girmemektedir.³⁹

³⁸ AYDIN ZEVLİLER, Borçlar Hukuku Genel hükümler, Ankara, 2001, s. 56; ALİ BOZER, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara, 2002, s. 15; ŞAHİN AKINCI, Borçlar Hukuku Bilgisi Genel Hükümler, Konya, 2000, s. 45; MEHMET AYAN, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 4. Bası, Konya, 2005, s. 116.

³⁹ TUĞSAVUL, s. 1625; ZEVLİLER, Özel Borç İlişkileri, s. 396; ARAL, s. 425; YAVUZ, s. 533; REİSOĞLU, Türk Hukukunda ve Bankacılık Uygulamasında Kefalet, s. 5-6; BECK, s. 64; BUCHER, s. 287.

Alacaklıya kefalet sözleşmesi ile kanunen yüklenmiş olan yan yükümlülükler (BK. m. 499 ve 500'e göre ispat vasıtalarının ve rehinlerin teslimi), bağımsız yükümlülükler olmayıp, kefile karşı haklarını elde edebilmesi için alacaklının yapması gerekenlerdir. Dolayısıyla kefilin borcuna karşı bir edim niteliğinde değildirler. Bunun gibi alacaklının kefile bazı zamanlarda bilgi vermeyi yükümlenmesi de karşı edim niteliğini haiz değildir. Bu tür yükümlülükler aykırılık halinde, kanuni yükümlülüklerde olduğu gibi BK. m. 106'ya dayanarak kefil, sözleşmeden dönemez ya da BK. m. 81'de düzenlenen ödemezlik def'ini alacaklıya karşı ileri süremez. Ancak uğradığı zarar nispetinde alacaklıdan tazminat isteyebilir.⁴⁰

Kefil, çoğu zaman asıl borçlunun vekili sıfatıyla kefalet sözleşmesini imzalar; çünkü kefalet, asıl borçlu yararınadır. Asıl borçlunun, elde ettiği bu yarara karşılık, kefile karşı bir ivaz üstlenmesi, kefalet sözleşmesini ivazlı hale getirmez. Asıl borçlunun kefile komisyon vereceğini taahhüt etmesi gibi taahhütler, asıl borçlu ile kefil arasındaki iç ilişkinin unsurlarıdır; kefalet sözleşmesini ilgilendirmezler.⁴¹

Kefalet sözleşmesinin kural olarak tek tarafa borç yüklemesi, fer'ilik gibi zorunlu bir unsur olmayıp, tarafların aralarında anlaşmalarıyla değiştirilebilir ve sözleşme tam iki tarafa borç yükleyen bir sözleşme haline getirilebilir. Bunun için alacaklının kefalet ile açıkça kefile karşı bir takım yükümlülükler yüklenmesi gereklidir. Örneğin, alacaklı kefile kredi verme vaadinde bulunmuşsa, tarafların edimleri arasında karşılıklılık olur ve her iki taraf da borç altına girer. Alacaklının borçluya yeni bir süre verilmesine veya başka kefillerin ibra edilmesine dair taahhütleri de onu borç altına sokar.⁴²

⁴⁰ REİSOĞLU, Türk Hukukunda ve Bankacılık Uygulamasında Kefalet, s. 7; TANDOĞAN, Özel Borç İlişkileri, s. 694-695; BARLAS, "Kefalet Hukukuna İlişkin Bazı Sorunlar ve Yargıtay Uygulaması", s. 42; ALİ NAİM İNAN, Bankacılar İçin Borçlar Hukuku Bilgisi, 3. Bası, Ankara, 1997, s. 259; BECK, s. 65.

⁴¹ ZEVKLİLER, Özel Borç İlişkileri, s. 396-397; YAVUZ, s. 533; ARAL, s. 425; TUĞSAVUL, s. 1625.

⁴² SALAMON KANİTİ, Akdin İfa Edilmediği Def'i, İÜHF, İstanbul, 1962, s. 63-64; YAVUZ, s. 533; REİSOĞLU, Türk Hukukunda ve Bankacılık Uygulamasında Kefalet, s. 5-6; BECK, s. 65; OSER/SCHÖNENBERGER, s. 89.

III. Kefalet borcunun fer'i niteliği ve fer'iliğin istisnaları

BK. m. 492, f. 1 (BK. Tasarısı m. 598); “Asıl borç herhangi bir sebeple sakıt olunca kefil beri olur” hükmünü ihtiva etmektedir. Hükmün anlamı, kefaletin asıl borcun varlığına ve geçerliliğine bağımlı, fer'i nitelikte olmasıdır.⁴³ Kefaletin müteselsil olması, onun fer'i niteliğini etkilemez. Geçersiz bir asıl borca verilen kefalet, tarafların bu hususu bilip de icazet vermelerine rağmen geçerli olmaz.⁴⁴

Kefaletin fer'i nitelik taşımasının sonuçları şunlardır⁴⁵:

- Kefilin sorumluluğu asıl borçlunun sorumluluğundan daha ağır olamaz.

Kefilin ödeyeceği borcun miktarı, asıl borcun miktarını aşamaz. Bu itibarla, asıl borç şarta bağlanmış ise, kefilin şartsız olarak taahhütte bulunması geçerli olamaz. Aynı şekilde asıl borçlunun sözleşmede ağır kusurundan sorumlu tutulduğu hallerde, kefilin asıl borçlunun hafif kusurundan dahi sorumlu tutulacağına dair kayıtlar geçersizdir.

- Alacaklının alacağı asıl borçluya karşı muaccel olmadan, kefile karşı da muaccel olamaz. BK. m. 491, c. 2 ve 3'e göre (BK. Tasarısı m. 590, f. 3), asıl borç asıl borçluya ihbarda bulunulması ile muaccel olabiliyorsa, bu ihbarın mutlaka kefile de yapılması gerekmektedir. Bu halde kefile karşı borcun muaccellik kazanması ona yapılan ihbar tarihinden itibaren dir. Sadece kefile ihbarda bulunulmuş olması asıl

⁴³ NECİP BİLGE, “Borçlu Hakkındaki Kesin Hükmün Kefile Tesiri”, AD, Y. 45, S. 5, Ankara, 1954, s.593-594; ARAL, s. 422; GUHL/KOLLER/SCHNYDER/DRUEY, s. 622; GIOVANOLI, s. 36; BECK, s. 60 vd.; HONSELL/VOGT/WIEGAND, s. 2570-2571; YAVUZ, s. 532; OSER/SCHÖNENBERGER, s. 93-94; BECKER, s. 1045-1046; HATEMİ/SEROZAN/ARPACI, s. 521-522; BUCHER, s. 287-288; GAUCH/AEPLI/CASANOVA, s. 365; TURGUT AKINTÜRK, Borçlar Hukuku Genel Hükümler- Özel Borç İlişkileri, 12. Bası, İstanbul, 2006, s. 303; SELAHATTİN SULHİ TEKİNAY/SERMET AKMAN/HALUK BURCUOĞLU/ATILLA ALTOP, Tekinay Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 7. Bası, İstanbul, 1993, s. 322; Yarg. 13 HD'nin 6.5.2002 T. 2275/5138 S.; 20.03.1984 T. 1458/2118 S. kararları için bkz. kazancı otomasyonu.

⁴⁴ HATEMİ/SEROZAN/ARPACI, s. 522; REİSOĞLU, Türk Hukukunda ve Bankacılık Uygulamasında Kefalet, s. 15; ZEVKLİLER, Özel Borç İlişkileri s. 397; ŞENYÜZ, s. 265.

⁴⁵ YAVUZ, s. 532; ARAL, s. 422-424; HONSELL/VOGT/WIEGAND, s. 2570-2571; REİSOĞLU, Türk Hukukunda ve Bankacılık Uygulamasında Kefalet; ZEVKLİLER, Özel Borç İlişkileri, s. 396; HATEMİ/SEROZAN/ ARPACI, s. 522-523; BECK, s. 62.

borcu muaccel kılmayacağından, kefilin borcu da muaccel olmaz. İhbarın asıl borçluya da yapılması gerekir.

- Kefalet alacağı, asıl alacaktan ayrı olarak devir ve temlik edilemez. Bu hususta İsviçre Federal Mahkemesi de aynı görüştedir. Yüksek Mahkemeye göre “*bir alacağın temlik fer’i hakları da ihtiva eder. Zira bu haklar asıl borçtan ayrılamazlar.*”⁴⁶ Kefalet, alacak temlik edildiğinde fer’i hak olarak BK. m. 168 uyarınca temlik olunana geçer. Kefaletin temlik olunana geçmeyeceği ayrıca kararlaştırılmışsa, kefalet sona erer.

- Kefil, asıl borçluya ait (borçlunun şahsına haiz olanlar dışındaki) tüm def’i ve itirazları alacaklıya karşı ileri sürebilir (BK. m. 497, f. 1).

- Kefaletin geçerliliği ile ilgili tereddüt halinde, alacaklı sadece kefaleti değil, asıl borcun varlığını da ispatlamak zorundadır.

- BK. m. 134, f. 2’ye göre, asıl borçluya karşı zamanaşımı kesilmiş olduğu zaman, kefile karşı da kesilmiş olur. Buna karşılık BK. m. 134, f. 3’e göre, kefile karşı zamanaşımı kesilince asıl borçlu bundan etkilenmez ve asıl borçlunun zamanaşımından feragat etmesi, kefil için hüküm doğurmaz.

Taraflar kefalet sözleşmesine, kefaletin fer’iliğini ortadan kaldıracak nitelikte kayıtlar koyamazlar. Asıl borcun sona ermesi durumunda dahi kefilin sorumluluğunun devam edeceğine dair kayıtlar koydukları takdirde, teminat kefalet olmaktan çıkıp başka bir niteliğe bürünecek; çoğu kez bir garanti sözleşmesi halini alacaktır.⁴⁷

⁴⁶ BGE 78 II 59 için bkz. REİSOĞLU, Türk Hukukunda ve Bankacılık Uygulamasında Kefalet, s. 2-3; BECK, s. 43-44; BECKER, s. 1046.

⁴⁷ REİSOĞLU, “Kefalet Kavramı ve Muteberlik Şartları”, s. 2-3; YAVUZ, s. 532.

Kefalet borcunun fer'i niteliğinin istisnaları da bulunmaktadır. Bunlar:

İİK. m. 196'ya göre, asıl borçlu iflas etmişse, iflasın açılmasından sonra asıl borçlu işleyen faizlerden sorumlu değildir. Oysa kefil, işleyen faizlerden sorumludur. Bu hükmün amacı, ödeme aczi içinde bulunan asıl borçlunun durumuna karşılık alacaklıyı işleyecek faizlerden mağdur etmemektir.⁴⁸

İİK. m. 295, f. 1'e göre, konkordatoya muvafakat etmeyen alacaklı, konkordato tasdik edilse bile, kefile karşı alacağının tamamını talep edebilmektedir. Oysa asıl borçlu, konkordatoda belirlenen miktarı ödemekle yükümlü tutulmuştur. İİK. m. 295, f. 2'ye göre, alacaklı, hem konkordatoya rıza göstermek hem de kefile karşı olan talep hakkını saklı tutmak istiyorsa, kefile ödeme karşılığında alacağını temlik etmeyi teklif etmesi ve en az on gün önce alacaklılar toplantısının günü ve yeri hakkında bilgi vermesi gereklidir.⁴⁹

MK. m. 629, f. 1'e göre, asıl borçlu öldüğü takdirde mirasçıları, mirası tutulan defter doğrultusunda kabul etmişlerse, alacaklarını haklı bir sebep olmadan süresi içinde bu deftere kaydettirmeyen alacaklılara karşı kendi kişisel malvarlığıyla sorumlu olmadıkları gibi, terekeden kendilerine geçen mallarla da sorumlu olmamaktadırlar. Alacaklıların alacaklarını süresi içinde deftere yazdırmamalarında kusurları yoksa veya alacaklarını bildirdikleri halde bunlar deftere kaydedilmemişse, mirasçılar ancak terekeden kendilerine düşen miktar oranında sorumlu olurlar (MK. m. 629, f. 2). Buna karşılık, kefil, borcun tamamından sorumlu olmaya devam eder.⁵⁰

⁴⁸ BAKİ KURU/RAMAZAN ARSLAN/EJDER YILMAZ, İcra ve İflas Hukuku Ders Kitabı, 19. Bası, Ankara, 2005, s. 585-586; TİMUÇİN MUŞUL, İcra ve İflas Hukuku, 1. Bası, İstanbul, 2005, s. 1031 vd; SAİM ÜSTÜNDAĞ, İflas Hukuku, 6. Bası, İstanbul, 2002, s. 84 vd; REİSOĞLU, Türk Hukukunda ve Bankacılık Uygulamasında Kefalet, s. 4; YAVUZ, s. 533 vd; ARAL, s. 424 vd; ZEVKLİLER, Özel Borç İlişkileri, s. 396 vd.

⁴⁹ KURU/ARSLAN/YILMAZ, s. 716-717; MUŞUL, s. 1118; ÜSTÜNDAĞ, s. 224; REİSOĞLU, Türk Hukukunda ve Bankacılık Uygulamasında Kefalet, s. 4; YAVUZ, s. 533 vd; ARAL, s. 424 vd; ZEVKLİLER, Özel Borç İlişkileri, s. 396 vd.

⁵⁰ MUSTAFA DURAL/TURGUT ÖZ, Türk Özel Hukuku (Cilt IV Miras Hukuku), İstanbul, 2006, s. 418; M. KEMAL OĞUZMAN, Miras Hukuku, 6. Bası, İstanbul, 1995, s. 305; AYDIN AYBAY, Miras Hukuku Dersleri, İstanbul, 2000, s. 102; MEHMET AYAN, Miras Hukuku, 3. Bası, Konya, 2005, s. 227; HATEMİ, Miras Hukuku, 4. Bası, İstanbul, 2004, s. 127; NUŞİN AYİTER/AHMET KILIÇOĞLU, Miras Hukuku, 3. Bası, Ankara, 1993, s. 245; GÖKHAN ANTALYA, Miras Hukuku, İstanbul, 2003, s. 282-283; REİSOĞLU, Türk Hukukunda ve Bankacılık Uygulamasında Kefalet, s. 4; YAVUZ, s. 533 vd; ARAL, s. 424 vd; ZEVKLİLER, Özel Borç İlişkileri, s. 396 vd.

V. Kefalet borcunun tali niteliği

Kefilin kefalet sözleşmesinden doğan borcu tali nitelik taşır. Bunun anlamı, asıl borca nisbetle ikinci derecede bir borç teşkil etmesidir. Hukuki sonucu ise, alacaklının alacağını elde etmek için öncelikle asıl borçluyu takip etmesi ve kefaletten önce verilmiş bir rehin varsa buna başvurması gerektiği; kefile başvurulabilmesinin, asıl borçluya karşı yapılan takibin sonuçsuz kalması ve rehlin paraya çevrilmesi ile alacaklının tatmin edilmemiş olması halinde mümkün olabilmesidir.⁵¹

BK. m. 487, “Kefil, borçlu ile beraber müteselsil kefil ve müşterek müteselsil borçlu sıfatıyla veya bu gibi diğer bir sıfatla borcun ifasını deruhte etmişse alacaklı asıl borçluya müracaat ve rehinleri nakde tahvil ettirmeden evvel kefil aleyhine takibat icra edebilir” demek suretiyle müteselsil kefalette tali niteliği ortadan kaldırmıştır. Tali nitelik, adi kefalette (BK. m. 486, BK. Tasarısı m. 585) söz konusudur. Müteselsil kefalette alacaklının kefile karşı takipte bulunabilmesi için öncelikle asıl borçluya başvurmasına ve rehinleri paraya çevirmesine gerek yoktur. Kefilin tartışma ve rehlin paraya çevrilmesi def’ilerini ileri sürme hakkı yoktur, bunun sebebi kefilin müteselsil kefil olmayı taahhüt etmesiyle bu def’ileri ileri sürme hakkından feragat etmiş olmasıdır.⁵² Alacaklı, alacağını elde etmek için doğrudan kefile başvurabilir.

BK. Tasarısı’nın 586. maddesi müteselsil kefaleti düzenlemiştir. Söz konusu maddeye göre, “Kefil, müteselsil kefil sıfatıyla veya bu anlama gelen herhangi bir

⁵¹ BECK, s. 63-64; AKINTÜRK, Borçlar Hukuku, s. 303; REİSOĞLU, Türk Hukukunda ve Bankacılık Uygulamasında Kefalet, s. 5; YAVUZ, s. 533; ARAL, s. 425; ZEVKLİLER, Özel Borç İlişkileri, s. 396; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 322; OSER/SCHÖNENBERGER, s. 91.

⁵² AKINTÜRK, Borçlar Hukuku, s. 308; YAVUZ, s. 533, REİSOĞLU, Türk Hukukunda ve Bankacılık Uygulamasında Kefalet, s. 120-121; ZEVKLİLER, Özel Borç İlişkileri, s. 402; ŞENYÜZ, s. 268; Yarg. 13 HD’nin 21.4.1992 T. 1478/3757 S. kararı “Mütemyiz davalı ticari borca kefil olduğuna göre, sözleşmede aksi kararlaştırılmadığı için asıl borçlu ile kefil arasındaki ilişkilerinde teselsül hükmü cari olacağından anılan davalının sorumluluğunun tali nitelikte kabul edilmesi mümkün değildir, böylece peşin dava def’inden yararlanamaz” için bkz. kazancı otomasyonu.

ifadeyle yükümlülük altına girmeyi kabul etmişse alacaklı, borçluyu takip etmeden veya taşınmaz rehnini paraya çevirmeden kefile takip edebilir. Ancak, bunun için borçlunun açıkça ödeme güçsüzlüğü içinde olması veya borçlunun ifada gecikmesi ve ihtarın sonuçsuz kalması gerekir.

Alacak, teslimine bağlı taşınır rehni veya alacak rehni ile güvenceye alınmışsa, rehlin paraya çevrilmesinden önce kefile başvurulamaz. Ancak, alacağın rehni paraya çevrilmesi yoluyla tamamen karşılanamayacağını önceden hâkim tarafından belirlenmesi veya borçlunun iflas etmesi ya da konkordato mehli verilmesi hallerinde, rehlin paraya çevrilmesinden önce de kefile başvurulabilir”.

Müteselsil kefaleti düzenleyen mevcut BK. m. 487’den farklı olarak, 586. maddenin birinci fıkrası, alacaklıya başvurmadan veya taşınmaz rehnini paraya çevirmeden kefilin takip edilebilmesi için üç şart öngörmüştür. Bu şartlar, borçlunun açıkça ödeme güçsüzlüğü içinde olması veya borçlunun ifada gecikmesi ve ihtarın sonuçsuz kalmasıdır. Bunun yanında yine BK. m. 487’den farklı olarak, ikinci fıkrasında hangi hallerde taşınır rehni veya alacak rehni paraya çevrilmesinden önce kefile başvurulabilinip hangi hallerde de başvurulamayacağını düzenlemiştir. Söz konusu maddenin kefile öncelikle takip edebilmek için koşullar öngörmesi, talilik ilkesinin müteselsil kefalette de belli şartlar altında uygulanmasını sağlama yönündedir. Alacaklı, alacağını elde edemediği takdirde, artık eskisi gibi hemen kefile başvuramayacak, ancak belli koşulların gerçekleşmesi halinde öncelikle kefile takip edebilecektir.

VI. Kefilin borcunun bir nevi tazminat borcu teşkil etmesi

Kefilin kefalet sözleşmesiyle üstlendiği borç, alacaklının her türlü takibata rağmen asıl borçludan alacağını kısmen ya da tamamen elde edememesi yüzünden uğradığı zararı tazmin borcudur.⁵³

Kefalet sözleşmesiyle kefil, alacaklının asıl borcun yerine getirilmemesinden doğan müspet zararını tazmin etmeyi üstlenir. Doktrinde baskın görüşe⁵⁴ ve İsv. BK. m. 499, f. 2, b. 1 düzenlemesine göre, kefil, ayrıca kararlaştırılmadıkça, sözleşmeden dönülmesi neticesinde alacaklının uğrayacağı zararı, yani menfi zararı ve cezai şartı tazmin etmekle yükümlü değildir.

Kefilin sorumluluğunun tazminat sorumluluğu olmasının sonucu, kefil, asıl borç, asıl borçlunun kusur ve temerrüdünün kanuni sonuçları, dava ve takip masrafları ve işlemiş bir yıllık ve işlemekte olan sözleşme faizinden sorumludur. Kefilin dava masraflarından sorumlu tutulabilmesi, ancak kendisine davayı önleyebilmek için zamanında haber verilmesine bağlıdır. Kefilin faizlerden sorumluluğu ise, kendisine yapılan talepten ödeme anına kadar ki işlemekte olan faizler ile talepten önce işlemiş faizlerin bir seneliğini kapsamaktadır. Tarafların sözleşmede aksini kararlaştırmaları mümkündür.⁵⁵ Söz konusu zararların tazmininin

⁵³ HALUK TANDOĞAN, *Garanti Mukavelesi*, Ankara, 1959, s. 29; REİSOĞLU, *Türk Hukukunda ve Bankacılık Uygulamasında Kefalet*, s. 7-8.; karşı görüş BARLAS, "Kefalet Hukukuna İlişkin Bazı Sorunlar ve Yargıtay Uygulaması", s. 43 yazar, kefilin asıl borç yüzünden giriştiği kefalet sözleşmesinden doğan kendi borcunu ifa ettiğini ve bunun daima bir "para borcu" olduğundan cihetle kefilin borcunun bir "tazminat borcu" olmadığı fikrindedir.

⁵⁴ MUHİP, Ş. İŞIKTAÇ, *Uygulamada Bankacılar İçin Hukuk*, İstanbul, 2001, s. 78; REİSOĞLU, *Türk Hukukunda ve Bankacılık Uygulamasında Kefalet*, s. 7; TANDOĞAN, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*, s. 697-698; RONA SEROZAN, *Sözleşmeden Dönme*, İstanbul, 1975, s. 94-95; ZEVLİLER, *Özel Borç İlişkileri*, s. 405; YAVUZ, s. 531; OSER/SCHÖNENBERGER, s. 247 vd; BARLAS, "Kefalet Hukukuna İlişkin Bazı Sorunlar ve Yargıtay Uygulaması", s. 44.

⁵⁵ ÜNAY GÜVEN, "Teminat Mektuplarının Mahiyeti ve Garanti Mukavelesi", İBD, C.41, s. 1-2 İstanbul, 1967, s. 21; ARAL, s. 448 vd; ŞENYÜZ, s. 271; YAVUZ, s. 548; ZEVLİLER, *Özel Borç İlişkileri*, s. 405-406; REİSOĞLU, *Türk Hukukunda ve Bankacılık Uygulamasında Kefalet*, s. 155-164.

kefalet senedinde gösterilen azami miktarın (BK. m. 484) haddini aşması durumunda, kefilin bu aşan miktardan sorumlu olup olmayacağı sorunu ortaya çıkar.

Doktrinde baskın görüşe⁵⁶ göre kefil, azami haddi aşan zararların tazmini ile yükümlü değildir. Zira aksi düşünce, BK. m. 484 hükmüne aykırılık ve kefilin korunmasına engel teşkil eder.

Yargıtay ise bazı kararlarında⁵⁷ kefilin, kefalet sözleşmesinde belirtilen azami miktarı aşan borçlu temerrüdünün yasal sonuçlarından da sorumlu olması gerektiği sonucuna varmıştır. Diğer bazı kararlarında⁵⁸ da doktrindeki baskın görüş yönünde karar vermiştir.

İsv. BK. m. 499, f. 1, “Kefil her zaman, kefalet senedinde belirtilen toplam miktara kadar sorumludur” demek suretiyle kefilin azami miktarı aşan zararların tazmini ile yükümlü olmadığını öngörmüştür.

BK. Tasarısı m. 589 bu hususta açık bir düzenlemeyi ihtiva etmektedir. Buna göre, “Kefil, her durumda kefalet sözleşmesinde belirtilen azami miktara kadar sorumludur. Aksi sözleşmede kararlaştırılmamışsa kefil, belirtilen azami miktarla sınırlı olmak üzere, aşağıdakilerden sorumludur:

1. Asıl borç ile borçlunun kusur veya temerrüdünün yasal sonuçları,
2. Alacaklının, kefile, onun borcu ödeyerek yapılmalarını önleyebileceği

⁵⁶ NECİP BİLGE, “Borçlar Kanununun 484 ve 490’ıncı Maddeleri Arasındaki Münasebet”, AÜHFD, C. 12, S. 1-2, 1955, s. 213-215; REİSOĞLU, Türk Hukukunda ve Bankacılık Uygulamasında Kefalet, s. 153-154; ARAL, s. 448; ŞENYÜZ, s. 271; YAVUZ, s. 549; ZEVKLİLER, Özel Borç İlişkileri, s. 406; TANDOĞAN, Özel Borç İlişkileri, s. 780.

⁵⁷ Yarg. 11.HD’nin 10.6.1986 T. 3562/ 3776 S.; 15.HD’nin 5.3.1982 T. 409/507 S. kararları için bkz. TURGUT UYGUR, Açıklamalı- İçtihatlı Borçlar Kanunu Sorumluluk ve Tazminat Hukuku, C. VII, Ankara, 2003, s. 313-314.

⁵⁸ Yarg. 11 HD’nin 23.05.1989 T. 5817/3099 S.; 13 HD’nin 5.12.2000 T. 10649/10948 S. kararları için bkz. NAZİF KAÇAK, Emsal İçtihatlarla Borçlar Kanunu, Ankara, 2002, s. 1002-1003; Yarg. 11 HD’nin 15.05.1986 T. 1715/3508 S.; 11 HD’nin 1.10.1991 T. 3146/4972 S. kararları için bkz. REİSOĞLU, Türk Hukukunda ve Bankacılık Uygulamasında Kefalet, s. 153.

uygun bir zaman önce bildirmesi koşuluyla, borçluya karşı yönelttiği takip ve davaların masrafları ile gerektiğinde rehinlerin kefile tesliminin ve rehin haklarının devrinin sebep olduğu masraflar,

3. İşlemiş bir yıllık ve işlemekte olan yıla ait sözleşme faizi ile gerektiğinde tahvil karşılığında ödünç verilen anaparanın işlemiş bir yıllık ve işlemekte olan yıla ait faizleri.

Sözleşmede açıkça kararlaştırılmamışsa kefil, borçlunun sadece kefalet sözleşmesinin kurulmasından sonraki borçlarından sorumludur.

Kefilin, asıl borç ilişkisinin hükümsüz hale gelmesinin sebep olduğu zarardan ve ceza koşulundan sorumlu olacağına ilişkin anlaşmalar kesin olarak hükümsüzdür” demek suretiyle kefilin sözleşmede belirtilen azami miktardan daha fazla bir sorumluluk yüklenemeyeceği açıkça düzenlenmiştir.

İkinci Bölüm

KEFALETİN ASIL BORCA İLİŞKİN GEÇERLİLİK ŞARTLARI VE ASIL BOROUN SONA ERMESİNE BAĞLI OLARAK KEFALETİN SONA ERMESİ

§ 6. Mevcut ve Geçerli Bir Asıl Borç

I. Genel olarak

BK. m. 485, c. 1'e göre (İsv. BK. m. 492, f. 2, BK. Tasarısı m. 582, c. 1) kefalet sözleşmesinin kurulabilmesi için, mevcut ve geçerli bir asıl borcun bulunması gereklidir. Bu hüküm fer'ilik ilkesinin bir sonucudur. Söz konusu asıl borç doğmuş ve son bulmamış olmalı; geçersiz olmamalıdır. Kefaletın hüküm ifade edebilmesi için, geçerli asıl borcun kefalet sözleşmesinin kurulması sırasında değil, kefilin takip edildiği anda var olması gerekir.⁵⁹ Aşağıda asıl borcun geçerliliğini etkileyen hususlara değinilecektir.

II. Asıl borç ilişkisinde kanunun öngördüğü şekil ve tarafların ehliyeti

BK. m. 11, f. 2 uyarınca kanunun geçerlilik şartına tabi kıldığı sözleşmelerin söz konusu şekle uyulmadan yapılması halinde, sözleşme geçersizdir. Asıl borç sözleşmesi de kanunun öngördüğü şekilde yapılmadığı takdirde doktrinde baskın

⁵⁹ REİSOĞLU, "Kefalet Kavramı ve Muteberlik Şartları" s. 345; ZEVKLİLER, Özel Borç İlişkileri, s. 397; AKINTÜRK, Borçlar Hukuku s. 298; YAVUZ, s. 534; BECK, s. 66 vd.; BECKER, s. 1052-1053; GUHL/KOLLER/SCHNYDER/DRUEY, s. 622; OSER/SCHÖNENBERGER, s. 94.

görüŖe⁶⁰ göre kesin hükümsüz olacaktır. Bu hükümsüzlük belli bir sürenin geçmesi veya tarafların sözleşmeye icazet vermeleriyle ortadan kaldırılamaz.⁶¹

Asıl borç sözleşmesinin geçerli olarak kurulması için tarafların sözleşme ehliyetine sahip olmaları gerekir. Taraflar tam ehliyetli (ayırt etme gücüne sahip, ergin ve kısıtlı olmama) iseler, asıl borç sözleşmesi geçerlidir. Asıl borç sözleşmesiyle borç altına giren taraflardan birinin sınırlı ehliyetsiz olması halinde, kanuni temsilcisi sözleşmeye icazet vermediği takdirde, asıl borç sözleşmesi hükümsüzdür. Kendisine yasal danışman atanmış kimseler ile evli eşlerden birisinin asıl borç sözleşmesi kurmasını hâkimin diğer eşin rızasına tabi kıldığı hallerde de aynı hüküm geçerlidir.⁶² Asıl borç sözleşmesi taraflarından birinin tüzel kişi olması durumunda, tüzel kişinin söz konusu sözleşmeyi yapabilme ehliyeti, kuruluşundaki amacı çerçevesinde değerlendirilir.⁶³

⁶⁰ İBRAHİM KAPLAN, Borçlar Hukuku (Genel Hükümler), 3. Bası, Ankara, 2003, s. 87; OĞUZMAN/ÖZ, s.126-127; TUĞ, s.109; AYAN, Borçlar Hukuku, s. 143; AKINTÜRK, Borçlar Hukuku, s. 41; SAFA REİSOĞLU, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 19. Bası, İstanbul, 2006 s. 123; YAHYA DERYAL/ CEMAL GENÇ, Borçlar Hukuku Ders Kitabı, 3. Bası, Trabzon, 2005 s. 104; ŞENER AKYOL, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. I, Ankara, 2005, s. 173; ŞENYÜZ, s. 37; VEYSEL BAŞPINAR, Borç Sözleşmelerinin Kısmi Butlanı, Ankara, 1998, s. 25; TANDOĞAN, Özel Borç İlişkileri, s.740-742; REİSOĞLU, Türk Hukukunda ve Bankacılık Uygulamasında Kefalet s. 44-45, TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 102; YAVUZ, s. 538.

⁶¹ KAPLAN, Borçlar Hukuku, s. 87; KEMAL OĞUZMAN/ TURGUT ÖZ, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 4. Bası, İstanbul, 2005, s.126-127; ADNAN TUĞ, Türk Özel Hukukunda Şekil, 2. Bası, Konya, 1994, s. 109; AYAN, Borçlar Hukuku, s. 143; AKINTÜRK, Borçlar Hukuku, s. 41; REİSOĞLU, Borçlar Hukuku, s. 123-124; DERYAL/GENÇ, s. 104; AKYOL, Borçlar Hukuku s. 173; ŞENYÜZ, s. 37; BAŞPINAR, s. 25; TANDOĞAN, Özel Borç İlişkileri, s. 740-742; REİSOĞLU, Türk Hukukunda ve Bankacılık Uygulamasında Kefalet s. 44-45; CLAIRE HUGUENIN, Obligationenrecht Allgemeiner Teil, Zürich, 2004, s. 48; OĞUZMAN/ÖZ, s. 126-127; FİKRET EREN, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 8. Bası, İstanbul, 2003, s. 260; INGEBORG SCHWENZER, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, 3. Auflage, Bern, 2003, s. 197 (İsv. BK. m. 11, f. 1- 2).

⁶² ZEVLİLER, Özel Borç İlişkileri, s. 397; YAVUZ, s. 534; ŞENYÜZ, s. 265; AYAN, Borçlar Hukuku, s. 94; DERYAL/GENÇ, s. 107; OĞUZMAN/ÖZ, 139-141; HUGUENIN, s. 19.

⁶³ OĞUZMAN/ÖZ, s. 70; EREN, s. 204-205; AHMET M. KILIÇOĞLU, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 4. Bası, Ankara, 2004, s. 64; HUGUENIN, s. 19; HEINZ HAUSHEER/ REGINA AEBI-MÜLLER, Das Personenrecht des schweizerischen Zivilgesetzbuches, Bern, 2005, s. 265.

III. Asıl borç ilişkisinde muvazaâ ve asıl borcun konusunun başlangıçtaki imkânsızlığı

Sözleşmenin muvazaalı olmasından kastedilen, tarafların yaptıkları sözleşmenin hüküm doğurmaması (adi muvazaâ) ya da görünüşteki sözleşmeden başka bir sözleşmenin hükümlerini doğurmasına (mevsuf muvazaâ) dair anlaşmalarıdır. Adi muvazaada sözleşme muvazaalı olması sebebi ile hükümsüzdür. Mevsuf muvazaada görünüşteki işlem muvazaâ sebebiyle; gizli işlem ise Yargıtay'ın yerleşmiş içtihadına⁶⁴ göre, şekle uyulmaması nedeniyle hükümsüz kabul edilmektedir. Bu bakımdan asıl borç sözleşmesinin muvazaalı olması halinde sözleşme hiçbir hüküm doğurmaz.⁶⁵

Asıl borç sözleşmesinin yapılması esnasında, asıl borcun konusunu teşkil eden edimlerden birinin objektif olarak imkânsızlığa uğramış olması halinde, asıl borç sözleşmesi geçersizdir. İmkânsızlık fiili ya da hukuki nitelikte olabilir. Sözleşmeyi geçersiz kılan imkânsızlık, sözleşmenin kurulması sırasında var olan objektif imkânsızlıktır (başlangıçtaki imkânsızlık). Başlangıçtaki imkânsızlığın var olabilmesi için, imkânsızlığın sürekli olması, borçlanılan edimin ifa edilemez hale gelmesi ve bu edimin yerine başka bir değer geçmemiş olması (seçimlik borçta edimin yerine başka bir edim geçer) gerekir.⁶⁶ Ancak asıl borcun konusu, sözleşmenin yapıldığı sırada imkânsız olsa bile, tarafların ifa zamanında mümkün hale geleceği fikriyle yaptıkları sözleşme geçerlidir.⁶⁷

⁶⁴ Yarg. İct. Bir. K, 1.4.1974 T. 1/2 S. için bkz. OĞUZMAN/ÖZ, s. 111 dn. 314.

⁶⁵ EREN, s. 315 vd; KILIÇOĞLU, s. 115-117; OĞUZMAN/ÖZ, s. 108 vd; AYDIN AYBAY, Borçlar Hukuku Dersleri Genel Bölüm, 12. Bası, İstanbul, 2000 s. 45; KAPLAN, Borçlar Hukuku, s. 96-99; HALUK N. NOMER, Borçlar Hukuku Genel Bölümler, 4. Bası, 2006, İstanbul, s. 54; AYAN Borçlar Hukuku,, s. 157 vd; REİSOĞLU, Borçlar Hukuku, s. 86-87; ŞENYÜZ, s. 29-30; DERYAL/GENÇ, s. 82; AKINTÜRK, Borçlar Hukuku, s. 46-48; SCHWENZER, s. 193 vd.

⁶⁶ EREN, s. 295; AKYOL, Borçlar Hukuku, s. 151 vd; REİSOĞLU, Borçlar Hukuku, s. 117; ŞENYÜZ, s. 21; DERYAL/GENÇ, s. 100; NOMER, s. 46; AYAN, Borçlar Hukuku, s. 147; AYBAY, Borçlar Hukuku, s. 38-39; KILIÇOĞLU, s. 68; AKINTÜRK, Borçlar Hukuku, s. 56; OĞUZMAN/ÖZ, s. 76-77; HUGUENIN, s. 61-62; PETER GAUCH/ WALTER R. SCHLUEP/ JÖRG SCHMID/ HEINZ REY, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, Band I, 7. Auflage, Zürich, 1998, s. 120; SCHWENZER, s. 219 vd; MEHMET ALTUNKAYA, Edimin Başlangıçtaki İmkânsızlığı, Ankara, 2005, s. 153 vd.

⁶⁷ ANDREAS VON TUHR, Borçlar Hukukunun Umumi Kısmı, çev. Cevat Edege, C.I, Ankara, 1983, s. 254; Yarg. 13. HD'nin 20.12.1979 T. 6481/6817 S. kararı için bkz. OĞUZMAN/ÖZ, s. 77 dn. 134.

IV. Hukuka ve ahlâka aykırı borç

BK. m. 19, f. 1, “Bir akdin mevzuu, kanunun gösterdiği hudut dairesinde, serbestçe tayin olunabilir” demek suretiyle, sözleşme serbestisi ilkesini benimsemiştir.

Ancak bu serbestiye ikinci fıkrasında bir takım sınırlamalar getirilmiştir. Söz konusu fıkra, “Kanunun kat’i surette emrelediği hukuki kaidelere veya kanuna muhalefet; ahlâka (adaba) veya umumi intizama yahut şahsi hükümlere müteallik haklara mugayir bulunmadıkça, iki tarafın yaptıkları mukaveleler muteberdir” şeklindedir. Böylelikle sınırlar genel olarak belirtilmiş ve bu sınırlara aykırılık halinde sözleşmenin hükümsüz olacağı da BK. m. 20, f. 1’de ifade edilmiştir. BK. m. 20, f. 1, “Bir akdin mevzuu gayri mümkün veya gayri muhik yahut ahlâka (adaba) mugayir olursa o akit batıldır” demektedir. Bu bağlamda hukuka ve ahlâka aykırı bir asıl borcu teminat altına alan kefilin kefaleti de, asıl borcun hükümsüz olması sonucu fer’ilik ilkesi gereğince geçersiz olacaktır.

Hukuka aykırılık, sözleşmenin konusunun emredici hukuk kaidelerine, kamu düzenine ve kişilik haklarına aykırı olmayı bünyesinde barındırır. Emredici hukuk kaidelerine aykırılıktan kastedilen, hukuk düzenindeki herhangi bir emredici hukuk kuralına aykırılıktır. Bizzat sözleşmenin yapılması hukuka aykırı olabileceği gibi sözleşmenin konusunun hukuka aykırı olması mümkündür. Emredici hukuk kaideleri, tarafların iradesiyle ortadan kaldırılamayan ve uyulması zorunlu olan kaidelerdir. Bir hukuk kuralının emredici nitelikte olduğu ve tarafların aksine sözleşme yapamayacağı, bazen kanunun sözünden açıkça anlaşılır; bazen de, kuralın emredici özelliği, kanun koyucunun kuralı koyarken güttüğü amacına bakılarak anlaşılır.⁶⁸

⁶⁸OĞUZMAN/ÖZ, s. 72-73; NOMER, s. 44; ŞENYÜZ, s. 20; AKYOL, Borçlar Hukuku s. 141-142; REİSOĞLU, Borçlar Hukuku, s. 112-113; KAPLAN, Borçlar Hukuku s. 75; BAŞPINAR, s. 127 vd.; AKINTÜRK, Borçlar Hukuku, s. 54; AYBAY, Borçlar Hukuku, s. 36-37; DERYAL/GENÇ, s. 96; SCHWENZER, s. 213 vd; HUGUENIN, s. 58-59; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY, Band I, s. 121 vd.

Esas itibariyle kamu düzeni, yani toplumun menfaatini koruma amacı taşıyan hükümler, toplumun ahlaki esaslarını koruma amacı güden hükümler ile kişilerin şahsiyetlerini korumak amacı taşıyan hükümler, emredici hukuk kaidesi niteliği taşırlar. Fakat herhangi bir somut emredici hüküm bulunmasa bile, yapılan sözleşme gerek kamu düzenini gerek genel ahlaki ve gerekse kişilik haklarını ihlal ediyorsa, bu sebeple hükümsüzlük yaptırımı ile karşılaşır.⁶⁹

Kamu düzeni, kanun koyucunun hukuk kurallarını koyarken taşıdığı amacı ifade eder. Bir başka deyişle, toplumun menfaatini koruyan hükümlerle ortaya çıkan hukuk düzenidir. Kamu düzeni ile ilgili kurallar, toplumun barış ve güvenlik içinde yaşamasını sağlamayı amaçlayan kurallardır. Kişilik hakkı, bir kimsenin hayatı, sağlığı, vücut bütünlüğü, şeref ve haysiyeti, özgürlüğü, ismi, resmi, sosyal ve mesleki itibarı gibi para ile ölçülemeyen manevi varlıkları üzerindeki haklarının bütününe denir. Bunlar kişiye sıkı sıkıya bağlı ve herkes tarafından uyulması gereken haklardır. Kişilik haklarına aykırılıkta çoğu zaman ahlaka aykırılık da söz konusu olur. Sözleşmenin konusunun taraflardan birinin özgürlüğünü devretmesi, özgürlüğünü ortadan kaldırması veya aşırı sınırlandırması halinde, bu sözleşme kişilik haklarına aykırı olması sebebiyle geçersiz olacaktır. Kişinin yaptığı sözleşme ile kendi kişilik hakkını rıza göstererek ihlal etmesi de, söz konusu sözleşmeyi geçersiz kılar.⁷⁰

Tarafların bir sözleşme yaparken, bir kanunun emredici kuralını dolaylı olarak bertaraf ederek, yasaklanmış bir sonucu elde etmeye kalkışmalarına kanuna karşı hile denmektedir ve bu da emredici hukuk kaidelerine aykırılık teşkil eder.⁷¹

⁶⁹ OĞUZMAN/ÖZ, s. 73; NOMER, s. 44-45; ŞENYÜZ, s. 20; AKYOL, Borçlar Hukuku, s.144; REİSOĞLU, Borçlar Hukuku, s. 112 vd.; KAPLAN, Borçlar Hukuku s. 76; BAŞPINAR, s. 127 vd.; AKINTÜRK, Borçlar Hukuku, s. 54; AYBAY, Borçlar Hukuku, s. 37-38; DERYAL/GENÇ, s. 96-99.

⁷⁰ OĞUZMAN/ÖZ, s. 73-74; NOMER, s. 47-48; ŞENYÜZ, s. 20; REİSOĞLU, Borçlar Hukuku, s. 113-115; KAPLAN, Borçlar Hukuku, s. 76-77; BAŞPINAR, s. 127 vd; AKINTÜRK, Borçlar Hukuku, s. 54-55; AYBAY, Borçlar Hukuku, s. 37-38; DERYAL/GENÇ, s. 97-98.

⁷¹ OĞUZMAN/ÖZ, s. 72; AKYOL, Borçlar Hukuku, s.145-146; REİSOĞLU, Borçlar Hukuku, s. 113; BAŞPINAR, s. 127 vd; DERYAL/GENÇ, s. 967.

Ahlâk kuralları, toplumda zamanla yerleşen ve o toplumda yaşayanlar tarafından uyulması zorunlu görülen kurallardır. Ahlâka aykırılık tespit edilirken, o toplumda yaşayan normal zekâyaya sahip, dürüst ve akli başında kişilerin ahlâk anlayışı esas alınır. Yani objektif bir ölçüte göre tayin edilir.⁷²

İsv. BK. m. 20, f. 1’de, sadece konusu ahlâka aykırı sözleşmelerin değil, daha geniş bir ifade ile “ahlâka aykırı sözleşmelerin” batıl olacağı belirtilmektedir. Böylece amacı itibariyle ahlâka aykırı sözleşmelerin de hükmün kapsamına girmektedir. BK. m. 20, bu farka değinmeden aynı yorum tarzını benimsemiştir. Bu bakımdan yalnız taahhüt edilen edimin ahlâka aykırı olması değil, sözleşmenin amacının ahlâka aykırı olması geçersizlik sonucunu doğurur. Sözleşmenin hükümsüzlüğü için, amacın her iki tarafça güdülmesi ya da bir tarafın güttüğü amacın diğer tarafça bilinmesi gereklidir.⁷³

Yargıtay, “kişisel veya ekonomik özgürlüğü kabul edilemez derecede veya olağanüstü biçimde sınırlayan sözleşmeleri” BK. m. 20 uyarınca “ahlâka aykırı” bulmuş ve bu tip sözleşmeleri veya sözleşmelerdeki bu tür şartları geçersiz saymıştır.⁷⁴ Aynı sonucu İsviçre Federal Mahkemesi, “bir kimsenin mesleki gelişmesini, ekonomik hayatını ve yarınını yıkıcı nitelikteki aşırı yükümlülükleri içeren sözleşmelerin” kişilik haklarına aykırı olmaları sebebiyle kabul etmiştir.⁷⁵

⁷² OĞUZMAN/ÖZ, s. 74; NOMER, s. 48; ŞENYÜZ, s. 20; AKYOL, Borçlar Hukuku, s.158 vd.; REİSOĞLU, Borçlar Hukuku, s. 116; KAPLAN, Borçlar Hukuku, s. 77; BAŞPINAR, s. 127 vd. AKINTÜRK, Borçlar Hukuku, s. 55; AYBAY, Borçlar Hukuku, s. 37-38; DERYAL/GENÇ, s. 99.

⁷³ OĞUZMAN/ÖZ, s. 75; NOMER, s. 48-49; AKYOL, Borçlar Hukuku, s.164 vd; BAŞPINAR, s. 127 vd.; AYBAY, Borçlar Hukuku, s. 37-38; SCHWENZER, s. 215; HUGUENIN, s. 59-60; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY, Band I, s. 127 vd.

⁷⁴ HGK’nun 20.3.1974 T. 1053/222 S. kararı için bkz. REİSOĞLU, Borçlar Hukuku, s. 115; Yarg. 13. HD’nin 03.10.1988 T. 2765/4383 S. kararı için bkz. DERYAL/GENÇ, s. 99.

⁷⁵ JT. 1995, I. 158; JT, 1959, I. 42; JT. 1958, I. 264 için bkz. REİSOĞLU, Borçlar Hukuku, s. 115 dn. 5.

V. İptal edilebilir borç

İptal edilebilir bir asıl borca kefalette, asıl borç ilişkisi, asıl borçlunun uğradığı gabin (BK. m. 21) veya irade sakatlığı (BK. m. 31) yüzünden kanuni süre (bir yıl) içinde iptal edilebilir niteliktedir. Asıl borç sözleşmesi kanuni süre içinde asıl borçlu tarafından iptal edilince, asıl borcu teminat altına alan kefalet de kendiliğinden sona erer (BK. m. 485, c. 3'teki haller dışında). Yenilik doğuran bir yetki olan iptal yetkisi ancak asıl borçlu tarafından kullanılabilir.⁷⁶

Gabine veya irade sakatlığına maruz kalan asıl borçlu, süresi içinde alacaklıya sözleşme ile bağlı kalmak istemediğini beyan edebilir. Bu süre zarfında sözleşme sadece alacaklı için bağlayıcıdır. Kefil de, bu müddet içinde kefalet sözleşmesiyle bağlı olmaya devam eder. Ancak asıl borçlu iptal hakkını kullanıncaya kadar alacaklıya ödeme yapmayı reddedebilir. İsv. BK. m. 502, c. 2 de aynı hakkı kefile vermiştir. Ancak kefilin kendisinin söz konusu iptal hakkını kullanarak asıl borcu geçersiz hale getirebilmesi mümkün değildir.⁷⁷

VI. BK. m. 485, c. 3' te düzenlenen haller

BK. m. 485, c. 1'de, "Kefalet, ancak muteber bir borç hakkında cereyan eder" denilmektedir. Bu fıkranın anlamı, fer'i niteliği gereği, kefaletin geçerli olmasının mevcut ve muteber bir asıl borca bağımlı olmasıdır. BK. m. 485, c. 2, müstakbel ve şarta bağlı borçlara da kefalet verilebileceğini belirtirken BK. m. 485, c. 3'te, "Hata yahut ehliyetsizlik sebebiyle borçlunun mesuliyetini icap etmeyen bir akitten mütevellit borca kefalet, eğer kefil akdin borçlu yüzünden olan bu fesadına

⁷⁶ REİSOĞLU, Türk Hukukunda ve Bankacılık Uygulamasında Kefalet, s. 18; YAVUZ, s. 534; ARAL, s. 429; ZEVKLİLER, Özel Borç İlişkileri, s. 397; ŞENYÜZ, s. 265; AYAN, Borçlar Hukuku, s. 94; DERYAL/GENÇ, s. 107; OĞUZMAN/ÖZ, s. 139-141; BURCU KALKAN, Türk Hukukunda Gabin, İstanbul, 2004, s. 136 vd.

⁷⁷ ARAL, s. 430; YAVUZ, s. 534-535; REİSOĞLU, Türk Hukukunda ve Bankacılık Uygulamasında Kefalet, s. 18; ÇİĞDEM MİNE ASLAN, Gabinin Unsurları ve Hukuki Sonuçları (BK. m. 21), 2006, s. 107 vd; OĞUZMAN/ÖZ, s. 100-102; REİSOĞLU, Borçlar Hukuku, s. 108-110; AKINTÜRK, Borçlar Hukuku, s. 51; EREN, s. 372-374; AYBAY, Borçlar Hukuku, s. 62 vd; DERYAL/GENÇ, s. 94-95; KILIÇOĞLU, s. 133 vd; AKYOL, Borçlar Hukuku, s. 233 vd; KAPLAN, Borçlar Hukuku, s. 102.

taahhüt esnasında vakıf ise muteber olur” denilmektedir. Söz konusu cümlenin anlamını tayin konusunda iki ihtimal düşünülebilir. Birinci ihtimalde, kefil ya asıl borçlunun BK. m. 31’de öngörülen süre içinde asıl borç sözleşmesini iptal etmeyeceği ya da sözleşmeye icazet vereceği şartına bağlı olarak kefalet sözleşmesini imzalamıştır. Ancak burada geciktirici şarta bağlı bir kefalet söz konusu olur ve bu husus BK. m. 485, c. 2’de düzenlenmiştir, dolayısıyla bu ihtimali cümlenin anlamı olarak tayin etmek güçtür. İkinci ihtimalde, kefil, asıl borçlunun iptal hakkını kullanmaması veya sözleşmeye icazet vermemesi ihtimalini dikkate alarak alacaklıya taahhütte bulunmuştur. Böyle bir taahhüt, kefalet sözleşmesinin fer’iliği ilkesiyle bağdaşmayacağından, burada baskın görüşe⁷⁸ göre, kefalet sözleşmesi hükümlerine tabi bir garanti sözleşmesinin bulunduğunu kabul etmek gerekir. Kanun koyucunun, aslında garanti taahhüdünde bulunan kimseyi, kefile tanınan korumadan yararlandırmasının nedeni, çoğu zaman bu amaçla taahhüt altına kimsenin kefil olduğunu inancıyla teminat vermesidir. Nitekim İsv. BK. m. 492, f. 3’te, böyle bir taahhüdün kefalet olmadığı; ancak kefalet hükümlerine bağlı kılındığı açıkça ifade edilmiştir. Söz konusu düzenlemeye göre, “Hata veya ehliyetsizlik dolayısıyla asıl borçluyu ilzam etmeyen bir akdi, taahhüt esnasında akdin bu sakatlığını bilerek tekeffül eden kimse, kefalet hukukunun şartlarına ve prensiplerine göre sorumlu olur.” Böylelikle kanun koyucu bu şekilde taahhütte bulunan kimseyi kefalet hükümlerine göre sorumlu tutmakla kefaletin sıkı şekil şartlarına uymasını sağlamak istemiştir.⁷⁹

Yargıtay bir kararında⁸⁰ da ehliyetsizlik sebebiyle geçersiz olan bir asıl borca kefalet veren davalının, ehliyetsizliği bilerek kefalet taahhüdünde bulunmuş olması

⁷⁸ BECKER, s. 1053; BECK, s. 71-72; TANDOĞAN, Özel Borç İlişkileri, s. 722; REİSOĞLU, Türk Hukukunda ve Bankacılık Uygulamasında Kefalet, s. 19-20; ARAL, s. 431; GRASSİNGER, s. 58 vd.; YAVUZ, s. 535; karşı görüş AKINTÜRK, Borçlar Hukuku, s. 304-305; ŞENYÜZ, s. 265 karşı görüşte olan yazarlar, BK.m. 485, c. 3’te düzenlenen hallerde teminat veren kimsenin taahhüdünün kefalet niteliği taşıdığını ve ilgili hükmün, kefalet sözleşmesinin fer’iliği ilkesinin istisnasını teşkil ettiğini kabul etmektedirler.

⁷⁹ REİSOĞLU, Türk Hukukunda ve Bankacılık Uygulamasında Kefalet, s. 21; OSER/SCHÖNENBERGER, s. 99 vd.

⁸⁰ Yarg. 4 HD’nin 21/4/1953 T. 2587/1917 S. kararı için bkz: MUSTAFA AŞULLA, “Başkasının Fiilini Taahhüt”, AD, Y. 49, S. 3-4, 1958, s. 246-247.

sebebiyle taahhüdüne kefalet hükümlerinin uygulanmasının BK. m. 485 gereğince muteber olduğuna karar vermiştir.

Kanun, kefalet hükümlerinin uygulanabilmesi için asıl borcun geçersizlik sebebi olarak sadece hata ve ehliyetsizliği saymıştır. İrade sakatlığı hallerinden sadece hatayı saymış olmasının sebebi, hile ve ikrahta haksız fiilin olmasıdır. Haksız fiil failine, haksız fiili bilen bir kimsenin kefil olması BK. m. 20'ye aykırılık göstermektedir.

BK. Tasarısı m. 582, f. 2, "Yanılma veya ehliyetsizlik sebebiyle borçlunun sorumlu olmadığı bir borç için kişisel güvence veren kişi, yükümlülük altına girdiği sırada sözleşmeyi sakatlayan eksikliği biliyorsa, kefalet konusunda uygulanabilecek ilke ve koşullara göre sorumlu olur" demek suretiyle İsv. BK. m. 492, f. 3 hükmündeki gibi bir düzenleme içermekte ve bu şekilde teminat veren kimseyi, kefalet hükümlerine göre sorumlu tutmaktadır.

VII. Müstakbel ve şarta bağlı borç

Bir borcun varlığı, gelecekte gerçekleşmesi şüpheli bir olaya bağlanmışsa, şarta bağlı şarta bağlı borçtan söz edilir. Şart, gelecekte gerçekleşmesi şüpheli bir olaydır. Şartın fonksiyonu, öngörüldüğü borç ilişkisinin devamını veya sona ermesini sağlamaktır.⁸¹ Doğurdukları hükümler açısından şartlar, geciktirici ve bozucu olmak üzere iki gruba ayrılır.

Geciktirici şart, asıl borç ilişkisinin hükümlerinin yürürlüğe girmesini sağlar. Sözleşmenin kurulması ile birlikte borç doğmuştur, ancak şart gerçekleştiği takdirde alacaklı tarafından ifası talep edilebilir (BK. m. 149, f. 1). Asıl borç ilişkisinin tarafları, borç ilişkisinin hükümden düşmesini, gelecekte gerçekleşmesi şüpheli bir

⁸¹ AYAN, Borçlar Hukuku, s. 104-105; KAPLAN, Borçlar Hukuku, s. 117; REİSOĞLU, Borçlar Hukuku, s. 396; AKINTÜRK, Borçlar Hukuku, s.141-142; NOMER, s. 232-233; KILIÇOĞLU, s. 559; EREN, s. 1115; AYBAY, Borçlar Hukuku, s. 163 vd.

olguya bağlamışlarsa, burada bozucu şartın varlığından söz edilir (BK. m. 152, f. 1).⁸²

BK. m. 485, c. 2, “Müstakbel zamana muzaf yahut şarta muallak bir borç, hüküm ifade edeceği zamanın hululü ve şartın tahakkuk halinde muteber olmak üzere kefalete raptolunabilir” hükmünü ihtiva etmektedir. Söz konusu madde gereği, şarta bağlı borçlar için verilen kefaletler geçerlidir.⁸³

BK. Tasarısı m. 582, c. 2 de, şarta bağlı bir borç için bu borç doğduğunda veya şart gerçekleştiğinde hüküm ifade etmek üzere kefalet sözleşmesinin kurulabileceğini düzenlemiştir.

Bu bakımdan geciktirici şarta bağlı bir borca kefil olan kimsenin kefalet borcu, kefalet sözleşmesinin kurulmasıyla doğar; ancak şart gerçekleşmedikçe hüküm ifade etmez, dolayısıyla alacaklı kefile başvuramaz. Aksi bir durumun söz konusu olması halinde kefil, şartın gerçekleşmediğini ileri sürmek yetkisine sahip ve bununla mükelleftir. Bozucu şarta bağlı bir borca kefalette ise, kefilin sorumluluğu, kefalet sözleşmesinin kurulması anından itibaren şartın gerçekleşip asıl borcun son bulmasına kadar geçen süre içinde devam edecek, bozucu şartın gerçekleşmesiyle son bulacaktır.⁸⁴

BK. m. 488, c. 3’e göre kefil, teminat altına aldığı asıl borca başkalarının da kefalet vereceği şartıyla kefalet sözleşmesini imzalamışsa, şartın gerçekleşmemesi üzerine kefaletinden kurtulmaktadır. Ancak sözleşmenin geçersiz olması için alacaklının böyle bir şarttan haberdar olması gerekir. BK. Tasarısı m. 587, f. 3,

⁸² REİSOĞLU, Borçlar Hukuku, s. 395 vd.; AYBAY, Borçlar Hukuku, s. 163 vd.; AYAN, Borçlar Hukuku, s. 107; KAPLAN, Borçlar Hukuku, s. 118; AKINTÜRK, Borçlar Hukuku, s.142-143; NOMER, s. 234; KILIÇOĞLU, s. 562-563; EREN, s. 1124-1125.

⁸³ OSER/SCHÖNENBERGER, s. 95 (İsv. BK. 492, f. 2); BUCHER, s. 288; BECK, s. 70; ARAL, s. 431; YAVUZ, s. 535, AKINTÜRK, Borçlar Hukuku, s. 304; ŞENYÜZ, s. 265.

⁸⁴ GRASSİNGER, s. 66; YAVUZ, s. 535; ARAL, s. 431-432; OLGAC, Kazai ve İlmî İçtihatlarla Türk Borçlar Kanunu Akdin Nevileri, s. 436-437; REİSOĞLU, Türk Hukukunda ve Bankacılık Uygulamasında Kefalet, s. 18; BARLAS, “Kefalet Hukukuna İlişkin Bazı Sorunlar ve Yargıtay Uygulaması”, s. 44; ZEVKLİLER, Özel Borç ilişkileri, s. 397; ŞENYÜZ, s. 265; LALE SİRMEN, Türk Özel Hukukunda Şart, Ankara, 1992, s. 53; TANDOĞAN, Özel Borç İlişkileri, s. 721.

“Alacaklı, kefilin aynı alacak için başka kişilerin de kefil olduğunu veya olacağını varsayarak kefalet ettiğini biliyor veya bilmesi gerekiyorsa, bu varsayım sonradan gerçekleşmezse veya kefillerden birinin alacaklı tarafından kefalet borcundan kurtarılması ya da kefaletinin hükümsüz olduğuna karar verilirse, kefil kefaletinde kurtulur” demek suretiyle sadece başka kimselerin kefil olması şartının gerçekleşmemesinde değil, kefillerden birinin alacaklı tarafından ibra edilmesi veya kefaletinin geçersiz olması durumlarında da kefilin kefaletinin son bulacağını ifade etmektedir.

BK. m. 485, c. 2 (BK Tasarısı m. 582, c. 2) uyarınca müstakbel borçlara verilen kefaletler de geçerlidir.⁸⁵ Kefil müstakbel bir asıl borca kefil olmuşsa, kefalet borcu sözleşmenin kurulmasıyla doğar. Ancak alacaklı tarafından kefilen talepte bulunulabilmesi için asıl borcun geçerli şekilde doğması gereklidir. Müstakbel borç ile vadesi gelmemiş borç farklı niteliktedir. Müstakbel borç, faiz alacağı gibi borçlarla borç ilişkisinden doğacak dar anlamda borçları kapsamaktadır. Uygulamada genellikle çalışanlar için (memur ve müstahdemler) verilen kefalet ile bankaların verdikleri kredilere karşılık talep ettikleri kefalette, müstakbel bir borç için kefalet sözleşmesi yapılmaktadır.⁸⁶

Kefalet sözleşmesinden kefilin mevcut bir borcu mu yoksa müstakbel bir borcu mu teminat altına aldığı anlaşılamiyorsa ve tarafların iradelerinden de bir çözüme varılamıyorsa, kefilin müstakbel borca kefil olduğu kabul edilir.⁸⁷ Bu konuda İsv. BK.’nunda açık bir düzenleme mevcuttur. İsv. BK. m. 499, f. son’a göre, “Kefalet senedinden ve diğer olaylardan aksi anlaşılamiyorsa kefilin kefalet sözleşmesini kurmasından sonraki zaman diliminde asıl borçlunun borçları için sorumlu olacağı anlaşılır”.

⁸⁵ OSER/SCHÖNENBERGER, s. 95 (İsv. BK. 492, f. 2); BUCHER, s. 288; BECK, s. 70; ARAL, s. 431; YAVUZ, s. 535; AKINTÜRK, Borçlar Hukuku, s. 304; ŞENYÜZ, s. 265.

⁸⁶ ARAL, s. 431; REİSOĞLU, Türk Hukukunda ve Bankacılık Uygulamasında Kefalet, s. 17; YAVUZ, s. 535; ŞENYÜZ, s. 265; GUHL/KOLLER/SCHNYDER/DRUEY, s. 632.

⁸⁷ REİSOĞLU, Türk Hukukunda ve Bankacılık Uygulamasında Kefalet, s. 17; AYRANCI, “Kefalet Sözleşmesinde Asıl Borcun Belirli Olması İlkesi ve Cari Hesaba Kefalet”, s. 113; OSER/SCHÖNENBERGER, s. 237 vd; HONSELL/VOGT/WIEGAND, s. 2573-2574; ZEVKLİLER, Özel Borç İlişkileri, s. 397; BECK, s. 70.

BK. m. 485, kefilin ne kadar süre ile bu borçlara bağlı kalacağı hakkında hüküm içermemektedir. Kefilin uzun süre müstakbel borcun doğmasını beklemesi, kendisi için aleyhinde bir durum yaratmaktadır. İsv. BK. m. 510, f. 1, bu soruna bir çözüm yolu yaratmıştır. Buna göre, müstakbel bir borca kefil olan kimseye, kefalet sözleşmesinin kurulması sırasında ekonomik durumu iyi olan asıl borçlunun bu durumunun daha sonra büyük ölçüde kötüleşmesi ya da sözleşmenin kurulması öncesinde kötü olup da sonradan kefilin bunu öğrenmesi halinde, asıl borç doğuncaya kadar yazılı beyanda bulunarak sözleşmeden dönme yetkisi tanınmıştır.

Aynı çözüm yolu, BK. Tasarısı m. 599 ile getirilmiştir. Buna 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 çok daha kötü olduğu ortaya çıkmışsa, kefil alacaklıya yazılı bir bildirimde bulunarak, borç doğmadığı sürece her zaman kefalet sözleşmesinden dönebilir. Kefil, alacaklının kefalete güvenmesi sebebiyle uğradığı zararı gidermekle yükümlüdür”. Dolayısıyla Tasarı kanunlaştığında kefil, bu maddede öngörülen sonuca dayanarak asıl borç doğmadan alacaklıya yazılı bildirimde bulunduğu takdirde kefalet sözleşmesinden dönebilecektir.

VIII. Eksik borç

Bazı durumlarda, bir asıl borç ilişkisinden kaynaklanan bir borç doğmasına rağmen, asıl borçlunun borca aykırı davranması durumunda, alacaklı asıl borçludan borcunu talep ve dava edemez. Bu hallerde asıl borç ilişkisinde bir eksiklik vardır. Bu tür borçlara eksik borçlar adı verilmektedir. Söz konusu eksiklik, asıl borç ilişkisinin bulunmasına karşın, borçlunun devletin yetkili organları aracılığıyla sorumlu tutulamamasıdır.⁸⁸

Eksik borçlar, zamanaşımına uğramış borçlar, kumar ve bahisten doğan borçlar (BK. m. 504) ile evlenme tellallığından doğan borçlardır (BK. m. 408). Hukuken ifa ile yükümlü olunmayan ahlaki vazifelerin yerine getirilmesinin eksik borç niteliği taşıyıp taşımadığı hususunda doktrinde görüş ayrılıkları mevcuttur. Bir görüşe⁸⁹ göre, bu halde ortada bir borç yoktur, ancak ahlaki vazife ifa edildiği takdirde, yapılan kazandırma BK. m. 62, c. 2 uyarınca geçerlidir ve ifa edilen edim geri alınamaz. Diğer bir görüşe⁹⁰ göre ise, bu durumda eksik borçlara ilişkin kuralların uygulanacağı bir hal söz konusudur.

Zamanaşımına uğramış bir asıl borca kefil olunup olunamayacağı doktrinde tartışma konusu olmuştur. İsv. BK. m. 492, f. 3 ve m. 502, f. 1 uyarınca kefil, asıl borcun zamanaşımına uğradığını bildiği halde kefalet taahhüdünde bulunmuşsa, asıl borçlunun hatasını veya ehliyetsizliğini bilerek taahhütte bulunması durumundaki hukuki sonuç ortaya çıkar; dolayısıyla, kefilin bu taahhüdü geçerlidir. Ancak kefil,

⁸⁸ TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 23; ŞENYÜZ, s. 9; KILIÇOĞLU, s. 23-24; KAPLAN, Borçlar Hukuku, s.43; AKYOL, Borçlar Hukuku, s. 49 vd.; REİSOĞLU, Borçlar Hukuku, s. 34 vd.; DERYAL/GENÇ, s. 26 vd.; AYTEKİN ATAAY, Borçlar Hukukunun Genel Teorisi, 4.Bası, İstanbul, 1995, s. 55; NECİP KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Borçlar Hukuku Dersleri, C. I, 2. Bası, İstanbul, 1985, s. 61 vd.; EREN, s. 87; AYAN, Borçlar Hukuku, s. 65 yazarlar eksik borçları; doğuştan eksik, geçici eksik ve sonradan eksik borçlar olmak üzere gruplara ayırmış; sonradan eksik borçlar kapsamına da zamanaşımına uğramış borçları dahil etmişlerdir; OĞUZMAN/ÖZ, s. 17 zamanaşımına uğramış borçları eksik borçlar kapsamına almamıştır; çünkü söz konusu borçlar talep ve dava edilebilirler. Buna karşılık borçlu def'i hakkını kullanarak davanın reddini mümkün kılabilir.

⁸⁹ KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, s. 65; Schönöberger/Jäggi görüşleri için bkz. OĞUZMAN/ÖZ, s. 16 dn. 67.

⁹⁰ TUHR VON, s. 34; EREN, s. 85; KILIÇOĞLU, s. 24; REİSOĞLU, Borçlar Hukuku, s. 35; AYAN, Borçlar Hukuku, s. 64; ZEVKLİLER, Genel Hükümler, s. 37; KAPLAN, Borçlar Hukuku, s. 42; DERYAL/GENÇ, s. 27; ŞENYÜZ, s. 9.

asıl borcun zamanaşımına uğradığını bilmeden taahhütte bulunmuşsa, asıl borçlunun sahip olduğu zamanaşımı def'ini o da ileri sürebilecektir ve hatta bununla yükümlü tutulmuştur.⁹¹ Aynı çözümlerin Türk Hukukunda da uygulanması gerekir.⁹²

Nitekim BK. Tasarısı m. 582, c. 3 ve 4'te: "Yanılma veya ehliyetsizlik sonucunda yapılmış bir sözleşmeden doğan borca kefalet ettiğini açıklayan kişi, yükümlülük altına girdiği sırada, sözleşmeyi sakatlayan eksikliği biliyorsa, kefalet konusunda uygulanabilecek ilke ve koşullara göre sorumlu olur. Aynı kural, borçlu yönünden zamanaşımına uğramış bir borca kefalet ettiğini açıklayan kişi hakkında da uygulanır" demek suretiyle zamanaşımına uğramış borçlara kefaletin mümkün olduğunu belirtmiştir.

Tartışma konusu olan diğer bir konu ise bir kimsenin zamanaşımına uğradığını bildiği bir borç için asıl borçlunun zamanaşımı def'ini ileri sürmesi halinde dahi sorumlu olacağını alacaklıya taahhüt etmesi durumunda sorumlunun kefalet mi yoksa garanti niteliği mi taşıyacağıdır. Teminat borcu altına giren kimsenin söz konusu taahhüdü, kefalet sözleşmesinin fer'ilik niteliği ile bağdaşmamaktadır. Bu bakımdan bir görüşe⁹³ göre, burada BK. m. 485, c. 3 anlamında kefalet hükümlerine tabi bir garanti sözleşmesinin olduğu kabul edilmelidir. Taahhüt garanti niteliği taşımasına rağmen, kefalet hükümlerine tabi olacaktır. Kanun koyucu, İsv. BK. m. 492, f. 3 düzenlemesini dikkate alarak garanti edene kefile tanınan korumayı sağlamak istemiştir. Diğer bir görüşe⁹⁴ göre ise, kefalete ilişkin hükümler, kıyas yoluyla dahi olsa bu tür sözleşmelere uygulanamaz. Garanti sözleşmesine ilişkin hükümlerin uygulanması gerekir.

Kumar ve bahisten doğan borçlarla evlenme tellallığından doğan ücret borçlarının kefalet ile teminat altına alınıp alınmayacağı hususunda kanunda açık bir düzenleme bulunmadığından, fikir ayrılıkları söz konusudur.

⁹¹ OSER/SCHÖNENBERGER, s. 99 vd; BECK, s. 71.

⁹² YAVUZ, s. 535; ARAL, s. 432; REİSOĞLU, Türk Hukukunda ve Bankacılık Uygulamasında Kefalet, s. 19-20; GRASSİNGER, s. 32; TANDOĞAN, Özel Borç İlişkileri, s. 724.

⁹³ GRASSİNGER, s. 33; OSER/SCHÖNENBERGER, s. 100.

⁹⁴ REİSOĞLU, Türk Hukukunda ve Bankacılık Uygulamasında Kefalet, s. 19; ARAL, s. 432; TANDOĞAN, Özel Borç İlişkileri, s. 724; OSER/SCHÖNENBERGER, s. 99 vd.

Doktrinde bir görüş⁹⁵, bu tür borçlara verilen kefaletin geçersiz olacağı yönündedir. Bu görüşün kaynağı, eksik borçların ifasının istenememesi ve verilen kefalet ile dolaylı olarak ifasının talep edilebilmesinin olanaklı hale geleceğidir. Böyle bir sonuç BK. m. 504'e aykırılık teşkil edeceğinden kabul edilmemektedir.

Diğer bir görüş⁹⁶ ise, kumar, bahis ve evlenme tellallığından doğan borçlara verilen kefaletin geçerli olmakla birlikte, kefilin dava edilmezlik def'ini ileri sürmesinin mümkün olduğunu kabul etmektedir. Kefilin bu def'iden önceden feragati geçersizdir. Söz konusu borca bilerek kefil olan, alacaklıya ifada bulunduktan sonra asıl borçluya rücu edemeyecektir. Dava edilmezlik def'ini kullanmadan ifada bulunması durumunda da kefilin rücu hakkı yoktur (BK. m. 497, f. 2). İsv. BK. m. 502, f. son düzenlemesi de aynı yöndedir.

BK. Tasarısı m. 591, f. 4'te bu konuda yeni bir düzenleme getirilmiş; kumar ve bahisten doğan bir borca kefalet halinde kefilin, borcun bu niteliğini bilmiş olsa bile, asıl borçlunun sahip olduğu def'ileri ileri sürebileceği belirtilmiştir. Bu bakımdan söz konusu borçlara kefalet de geçerli kabul edilmektedir.

IX. Cari hesap kapsamında borç

TTK. m. 87, f. 1'e göre cari hesap, "İki kişinin para, mal, hizmet ve diğer hususlardan dolayı karşılıklı alacaklarının ayrı ayrı istemekten vazgeçip, bunları kalem kalem borç ve alacak şekline çevirerek hesabın kesilmesinden çıkacak bakiyeyi isteyebileceklerine ilişkin sözleşmedir."

⁹⁵ OĞUZMAN/ÖZ, s. 16; Guhl ve Stauffer görüşü için bkz. OSER/SCHÖNENBERGER, s. 99.

⁹⁶ GRASSINGER, s. 68; HALUK TANDOĞAN, "Kefaletin Geçerlik Şartları", C. 9, S. 1, BATİDER, Ankara, 1977, s. 24; ARAL, s. 432; YAVUZ, s. 535-536; BECK, s. 71; OSER/SCHÖNENBERGER, s. 99.

Bankacılık işlemleri açısından cari hesap; banka ile müşterisinin kararlaştırdıkları hesap dönemi süresince ya da belirledikleri bir miktar gerçekleşene kadar karşılıklı olarak alacaklarını birbirlerinden talep etmeyeceklerine ve dönem süresi bittiği zaman veya kararlaştırdıkları miktar gerçekleştiğinde, mevcut olan hesap bakiyesini alacak olarak isteyebileceklerine ilişkin bir hesap türüdür.⁹⁷

Bu bağlamda takası kabil olmak üzere bir borcun (alacağın) cari hesaba geçirilmesi mümkün ve geçerlidir. Bu bağlamda cari hesap kapsamındaki borçların kefaletle teminat altına alınması da geçerlidir. Cari hesaba verilen kefalet ile hesap dahilinde birden çok borç türü ve miktarı teminat altına alındığından, uygulamada bu tür kefaletler, en sık rastlanılan kefaletlerdir.⁹⁸

Cari hesap sözleşmesinde, cari hesabın kesilmesinden önce tarafların hiçbiri alacaklı ve borçlu sıfatını haiz değildir. Cari hesabın kesilmesinden sonraki hukuki durum tarafların sıfatını belirler (TTK. m. 95). Buna karşılık banka cari hesaplarında, alacaklının banka; borçlunun ise müşteri olması bakımından, tarafların hukuki durumu cari hesabın kesilmesinden önce de bellidir.⁹⁹ Cari hesabın ticari hayattaki önemi, ödeme ve masrafları büyük ölçüde indirerek para hareketlerini sınırlandırmasıdır.¹⁰⁰

BK. m. 115, f. 1, “Muhtelif kalemlerin bir hesabı cariye mücerret kaydedilmesiyle borç tecdit olmaz. Şu kadar ki hesap kesilip de diğer tarafça da kabul edilmiş olduğu takdirde, borç tecdit edilmiş olur. Eğer kalemlerden biri mukabilinde teminat varsa hesap kesilip tasdik edilmiş olsa bile, hilafı şart edilmedikçe bu teminata hanel gelmez” demek suretiyle, bir borcun cari hesaba geçirilmesinin, borcun yenilendiği anlamına gelmeyeceğini ifade etmiştir. Hatta TTK. m. 88, f. 2 gereğince, cari hesap sözleşmesinin kurulmasından önce doğmuş bir

⁹⁷ İBRAHİM KAPLAN, Banka Sözleşmeleri Hukuku, C. 1, Ankara, 1996, s. 171.

⁹⁸ İSMAİL KAYAR, “Cari Hesapta Faiz”, BATİDER, C. 20, S. 3, Haziran 2000, Ankara, s. 63.

⁹⁹ SİTKİ AKYAZAN, “Türk Ticaret Yasasında Yer alan (Cari Hesap Sözleşmesi) ile Banka Cari Hesapları ve Bu Hesaplarda Uygulanan Faiz Türleri”, BATİDER, C. 9, S. 4, 1978, s. 1005.

¹⁰⁰ ERSİN ÇAMOĞLU, “Cari Hesapta Tecdid”, İÜHFİM, C. 28, S. 1, İstanbul, 1962, s. 193-194; AKYAZAN, s. 1003; MURAT BAYKAL, “Banka Kredi Sözleşmesi”, BATİDER, C. 21, S. 3, Ankara, 2002, s. 63; SABİH ARKAN, Ticari İşletme Hukuku, 9. Bası, Ankara, 2005, s. 347.

alacak, tarafların rızası ile cari hesaba geçirilse bile yenilenmiş sayılmaz. Ancak taraflar aksi yönünde karar alabilirler. Bunun sonucu olarak, cari hesaptaki borcu temin eden kefalet son bulmamaktadır.¹⁰¹

BK. m. 115, f. 2 uyarınca hesabın kesilmesi üzerine borç yenilenmiş olacağından, kefaletin fer'iliği ilkesi gereği, kefalet borcunun sona ermesi gerekir; ancak BK. m.115, f. 3, bakiye alacağı aksi kararlaştırılmadıkça kefaletin devam edeceğini düzenlemiştir. Böylelikle cari hesaptaki asıl borcu temin eden kefalet, bakiye alacağı da temin eder.¹⁰²

Kefil, bir kredi veya cari hesap sözleşmesinden doğan borca kefalet verdiğiğinde, kefilin borcu kural olarak tek bir borç değildir. Belirli zamanlarda ve değişik miktarlarda açılan kredi ve cari hesaptan doğan borçlar, tek bir kefalet sözleşmesinde teminat altına alınmaktadır. Hatta banka uygulamasında sözleşmelere konulan kayıtlarla geçerli olan, kefilin kredi borcunu ödemesi halinde, aynı limit¹⁰³ dahilinde yeni bir kredi açılrsa dahi kefilin yine sorumluluğunun devam etmesidir.¹⁰⁴ Ancak kefil, sadece ilk açılan krediden sorumlu olacağını sözleşmede belirtebilir ve kendini koruyabilir ya da söz konusu kayıtların varlığına rağmen, tarafların iradelerinden kefilin sorumlu olduğu borç miktarı sınırlandırılabilir. Bu hususta tarafların iradelerinin mutlaka dikkate alınması gerekmektedir. Ancak bu tür sözleşmelere bilerek kefalet veren kefilin, kefaletten dönme hakkı bulunmamaktadır.¹⁰⁵

¹⁰¹ İMREGÜN, s. 110; AYŞE NUR BERZEK, Ticaret Hukukunun Genel İlkeleri, 7. Bası, 2004, İstanbul, s. 135; HÜSEYİN ÜLGEN/ÖMER TEOMAN/MEHMET HELVACI/ABUZER KENDİGELEN/ARSLAN KAYA/N. FÜSUN NOMER- ERTAN, Ticari İşletme Hukuku, İstanbul, 2006, 534-535; ARKAN, s. 354-355.

¹⁰² SEZA REİSOĞLU, "Kefilin Def'i Hakları", C. 1, S. 2, BATİDER, Ankara, s. 181; NACİ KINACI, "Cari Hesap", BATİDER, C. 1, S. 3, Ankara, 1962, s. 382-383; ÜLGEN/TEOMAN/HELVACI/KENDİGELEN/KAYA/NOMER- ERTAN, s. 542; BERZEK, s. 135; İMREGÜN, s. 110; EREN, s. 1217.

¹⁰³ Sorumluluk limitinin sözleşmede belirlenmiş olması gerekir.

¹⁰⁴ Yarg. 19 HD'nin 23.06.2003 T. 3964/6724 S. kararı için bkz. kazancı otomasyonu; BARLAS, "Kefalet Hukukuna İlişkin Bazı Sorunlar ve Yargıtay Uygulaması", s. 46.

¹⁰⁵ BARLAS, "Kefalet Hukukuna İlişkin Bazı Sorunlar ve Yargıtay Uygulaması", s. 46; REİSOĞLU, "Kefalet Kavramı ve Muteberlik Şartları", s. 340-341; KAYAR, s. 66.

Örneğin cari hesaba verilen kefaletler de kefilin mevcut bir asıl borç için mi yoksa müstakbel bir borç için mi teminat altına girdiği açıkça senetten belli olmayabilir. Kefilin iradesi burada önem taşır. Tereddüt halinde genel kural, kefilin asıl borçlunun kefalet sözleşmesinin kurulmasından sonra doğacak borçlarına kefalet vermesidir. Ancak taraflar anlaşarak bu karineyi ortadan kaldıracırlar. İsv. BK. m. 499, f. 3 de aynı kuralı benimsemiştir.¹⁰⁶ Uygulamada cari hesap sözleşmelerine verilen kefalet sözleşmelerinde sıklıkla “doğmuş ve doğacak bütün alacakları” şeklinde kayıtlar konulmaktadır. Bu kayıtlar her ne kadar kefilin sorumluluğunu büyük ölçüde genişletse de ve sakıncalı durumların ortaya çıkmasına sebep olacaksa da konulmaları aykırı görülmemekte ve bu şekilde yapılan kefalet sözleşmeleri geçerli kabul edilmektedir.¹⁰⁷

§ 7. ASIL BORCUN SONA ERMESİNE BAĞLI OLARAK KEFALETİN SONA ERMESİ

I. Asıl borcun ifa ile sona ermesine bağlı olarak kefaletin sona ermesi

Kefalet sözleşmesinin kurulabilmesi, mevcut ve geçerli bir asıl borcun bulunmasına bağlıdır. Asıl borç, asıl borçlu tarafından alacaklıya ifa edilince sona ereceğinden, kefaletin fer’iliği ilkesi gereğince kefalet de sona erecektir.¹⁰⁸

Borçlar Kanunu, borcun ifasını çeşitli yönlerden düzenlemiş olmakla birlikte, bir tanımlama yapmamıştır. Genel olarak denilebilir ki, “ifa, borçlanılan edimin yerine getirilmesidir”. Borçlanılan edimden kastedilen her türlü edimdir.¹⁰⁹

¹⁰⁶ GRASSINGER, s. 84 vd.; REİSOĞLU, Türk Hukukunda ve Bankacılık Uygulamasında Kefalet, s. 17; AYRANCI, s. 113; OSER/SCHÖNENBERGER, s. 237 vd.; ZEVKLİLER, Özel Borç İlişkileri, s. 397; TANDOĞAN, Özel Borç İlişkileri, s. 736; GIOVANOLI, s. 52.

¹⁰⁷ ARAL, s. 438; REİSOĞLU, Türk Hukukunda ve Bankacılık Uygulamasında Kefalet, s. 17; ŞENYÜZ, s. 265.

¹⁰⁸ HGK’nun 26.9.1980 T. 700/2161 kararı için bkz. REİSOĞLU, Türk Hukukunda ve Bankacılık Uygulamasında Kefalet, s. 224 dn.1; BUCHER, s. 308.

Dar anlamda ifa ile alacaklının alacağı (asıl borçlunun borcu), buna bağlı fer'i haklar ve teminatlar sona ermektedir. Borcun sona erebilmesi için, yapılan ifanın konu, yer ve zaman yönünden borçlanılan edime uygun olarak gerçekleştirilmiş olması gerekir.¹¹⁰

Ani edimli borçlarda, ifanın yapılmasıyla borç sona erer. Ancak sürekli edimli borçlarda (kira, hizmet sözleşmesinden doğan borçlar gibi) tek bir ifa ile borç ilişkisi sona ermez.¹¹¹

II. Asıl borcun takas ile sona ermesine bağlı olarak kefaletin sona ermesi

Asıl borcu sona erdiren sebeplerden biri de takastır. Takas, BK. m. 118, f. 1'de, "İki şahıs karşılıklı bir miktar meblağı veya yekdiğerine mümasil başka malları birbirine borçlu oldukları takdirde, her iki borç muaccel ise iki taraftan her biri borcunu alacağı ile takas edebilir" şeklinde düzenlenmiştir. Diğer bir deyişle, takas, birbirine karşı aynı cins ve muaccel alacağına sahip kimselerden birinin tek taraflı beyanı ile bu alacakların az olanı tutarında sona erdirilmesidir. Asıl borcun, alacaklının alacağı ile takas edilmesi sonucu alacağı teminat altına almış kefalet de asıl borcun sona ermesiyle birlikte son bulur.¹¹²

Gerek İsviçre gerekse Türk hukukunda, aynı cinsten karşılıklı borçların, takas şartlarının bulunmasına rağmen, kendiliğinden takas edilmiş olmayacağı kabul edilir. Takasın gerçekleşebilmesi için öncelikle taraflardan birinin takas iradesini karşı

¹⁰⁹ OĞUZMAN/ÖZ, s. 196; REİSOĞLU, Borçlar Hukuku, s. 247; KAPLAN, Borçlar Hukuku, s. 109-110; AYBAY, Borçlar Hukuku, s. 105; DERYAL/GENÇ, s. 210; NOMER, s. 139; KILIÇOĞLU, s. 617; AYAN, Borçlar Hukuku, s. 273.

¹¹⁰ REİSOĞLU, Borçlar Hukuku, s. 250; AYBAY, Borçlar Hukuku, s. 105; DERYAL/GENÇ, s. 210; AKINTÜRK, Borçlar Hukuku, s. 158; AYAN, Borçlar Hukuku, s. 273.

¹¹¹ REİSOĞLU, Borçlar Hukuku, s. 250; KAPLAN, Borçlar Hukuku, s. 109; OĞUZMAN/ÖZ, s. 427.
¹¹² OĞUZMAN/ÖZ, s. 452; REİSOĞLU, Borçlar Hukuku, s. 364 vd; KILIÇOĞLU, s. 634 vd; NOMER, s. 211-212; AKINTÜRK, Borçlar Hukuku, s. 181-182; DERYAL/GENÇ, s. 261; AYBAY, Borçlar Hukuku, s. 147; KAPLAN, Borçlar Hukuku, s. 116; EREN, s. 1225; AYAN, Borçlar Hukuku, s. 322; REİSOĞLU, Türk Hukukunda ve Bankacılık Uygulamasında Kefalet, s. 230; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY, Band II, s. 250; SCHWENZER, s. 437 vd; HUGUENIN, s. 133 vd; BUCHER, s. 308.

tarafa beyan etmiş olması gerekir (BK. m. 122, f. 1, İsv. BK. m. 124, f. 1). Ancak karşı tarafın bu beyana rıza göstermesine ihtiyaç yoktur. Takas, takas beyanının karşı tarafa yöneltilmesiyle yani tek taraflı bir hukuki işlemle borcu sona erdirir. Borcun sona erebilmesi için takas beyanının karşı tarafa varması gereklidir.¹¹³

Takas, asıl borcu ve buna bağlı kefaleti, takas beyanının karşı tarafa yöneltilmesinden itibaren değil, takas şartlarının gerçekleştiği andan itibaren sona erdirir (BK. m. 122, f. 2). Söz konusu fıkra uyarınca, asıl borçlu ve alacaklı arasındaki asıl borç ilişkisinde, taraflar ileride doğacak alacaklarının kendiliğinden takas edileceğine dair bir anlaşma yapmışlarsa, alacaklının ileride doğacak alacağını teminat altına alan kefilin borcu, takas şartlarının gerçekleştiği anda alacağın mahsup edildiği oranda son bulacaktır.

Cari hesaptan doğan borçların takas edilebilmesi açısından BK. m. 122, f. 3 hükmü getirilmiştir. Söz konusu hükümde, “Hesabı cari meselesinde ticarete müteallik hususi teamüller bakidir” denilmiştir. TTK. m. 88, BK’nun bu hükmünü saklı tutmuştur. Hükmün amacı, cari hesapta yer alan alacak ve borçların takasının ne zaman hüküm ifade edeceğinin ilk planda ticari teamüle göre tayin edilmesini; şayet bir teamül yoksa, TTK’nun ilgili hükümlerinin (m. 87-89) uygulanmasını sağlamaktır. Sonuç olarak, cari hesaptan doğan borçlara verilen kefalet, anılan düzenlemelere göre takas şartlarının gerçekleştiği anda son bulacaktır.

BK’nun takasa ilişkin hükümleri emredici nitelikte olmadıklarından, asıl borç ilişkisinin tarafları, takas şartları gerçekleşmesine rağmen daha takas hakkı doğmadan, takas hakkının ileri sürülmeyeceğine ilişkin anlaşma yapabilirler; bu takdirde taraflardan birinin alacağını teminat altına almış kefilin borcu takas şartları gerçekleşmiş olsa da sona ermeyecektir.¹¹⁴

¹¹³ REİSOĞLU, Borçlar Hukuku, s. 369; ANDREAS VON TUHR, Borçlar Hukukunun Umumi Kısmı, çev. Cevat Edege, C.1-2, Ankara, 1983, s. 664; KILIÇOĞLU, s. 634 vd; AKINTÜRK, Borçlar Hukuku, s. 181; DERYAL/GENÇ, s. 261; AYBAY, Borçlar Hukuku, s. 149; EREN, s. 1225-1226; AYAN, Borçlar Hukuku, s. 324; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY, Band II, s. 252; SCHWENZER, s. 437 vd.

¹¹⁴ OĞUZMAN/ÖZ, s. 458; KILIÇOĞLU, s. 639; EREN, s. 1230; ZEVKLİLER, Genel Hükümler, s. 175.

III. Asıl borcun alacaklı ve asıl borçlu sıfatlarının birleşmesi ile sona ermesine bağlı olarak kefaletin sona ermesi

Alacaklı ve borçlu sıfatlarının bir kişide birleşmesi de borcu sona erdiren sebeplerden biridir.¹¹⁵ Bunun neticesinde alacaklının alacağını teminat altına almış olan kefilin borcu da son bulacaktır (BK. m. 113).

BK. m. 116, f. 1’de, “Alacaklılık ve borçluluk sıfatlarının bir şahısta içtimaiyle borç sakıt olur” denilmektedir. Bu sıfatların tek bir kişide birleşmesi çeşitli şekillerde olabilir. Alacaklının, asıl borçlu öldüğünde ona mirasçı olması, bir işletmenin tüm aktif ve pasifleriyle devralınması durumunda devralan işletmenin, devraldığı işletmeye bir borcunun bulunması veya alacaklının alacağını asıl borçluya temlik etmesi gibi hallerde alacaklı ve borçlu sıfatları birleşmektedir.¹¹⁶ 116. maddenin 3. fıkrası, taşınmaz rehni (MK. m. 858, f. 1; 918-919) ve kıymetli evraka ilişkin hükümleri (TTK. m. 593, f. 3) saklı tutmaktadır. Söz konusu hallerde birleşme, borcu sona erdiren bir sebep değildir.

BK. m. 116, f. 2’ye göre, birleşmenin ortadan kalkmasıyla borç yeniden doğmaktadır. Bunun gerçekleşebilmesi için birleşmeye neden olan olayın geçerliliğini kaybetmesi gerekir. Birleşmenin ortadan kalkmasıyla asıl borç yeniden doğunca, asıl borca verilen kefalet de yeniden canlanacaktır ve kefilin borcu geçerli hale gelecektir.¹¹⁷

¹¹⁵ REİSOĞLU, Borçlar Hukuku, s. 356; KAPLAN, Borçlar Hukuku, s. 115-116; AYBAY, Borçlar Hukuku, s. 146; DERYAL/GENÇ, s. 259; AKINTÜRK, Borçlar Hukuku, s. 169; NOMER, s. 214; KILIÇOĞLU, s. 626; EREN, s. 1219; AYAN, Borçlar Hukuku, s. 319; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY, Band II, s. 237 (İsv. BK. 118); SCHWENZER, s. 447-448; HUGUENIN, s. 132; BUCHER, s. 308.

¹¹⁶ REİSOĞLU, Türk Hukukunda ve Bankacılık Uygulamasında Kefalet, s. 226; TUHR VON, s. 662; REİSOĞLU, Borçlar Hukuku, s. 356; KAPLAN, Borçlar Hukuku, s. 116; AYBAY, Borçlar Hukuku, s. 146; NOMER, s. 214.

¹¹⁷ OĞUZMAN/ÖZ, s. 442; REİSOĞLU, “Kefilin Def’i Hakları”, s. 183; AYBAY, Borçlar Hukuku, s. 147; REİSOĞLU, Borçlar Hukuku, s. 356; DERYAL/GENÇ, s. 259; AKINTÜRK, Borçlar Hukuku, s. 170; KILIÇOĞLU, s. 628; EREN, s. 1221; AYAN, Borçlar Hukuku, s. 320; REİSOĞLU, Türk Hukukunda ve Bankacılık Uygulamasında Kefalet, s. 227.

Asıl borçlu ile kefil sıfatlarının aynı kişide birleşmesi halinde ise, bu, BK. m. 116 anlamında bir birleşme sayılmaz. Zira burada farklı hukuki sebeplerden doğan iki ayrı yükümlülük bir araya gelmektedir ve kefalet kendiliğinden son bulmaz.¹¹⁸ BK, asıl borçlu ile kefil sıfatlarının birleşmesi hususunu açıkça düzenlememiştir. İsv. BK. m. 509, f. 2’de, asıl borçlu ile kefilin borçlarının tek ve aynı kişide birleşmesi halinde, kefaletin sona ermesinden bahsetmemekle birlikte, alacaklının kefaletten doğan haklarının saklı olduğunu düzenlemiştir. Böylelikle örneğin eğer kefalet bir rehinle temin edilmişse veya kefile kefil olunmuşsa, kefaletin son bulması halinde, alacaklı bu müesseselere başvurabilecektir.

BK. Tasarısı m. 598, f. 2 de aynı düzenlemeyi içermekte ve asıl borçlu ile kefil sıfatlarının birleşmesi durumunda, alacaklı için kefaletten doğan hakların saklı kalacağını belirtmektedir. Böylelikle alacaklının kefaletten doğan haklarını kullanabilmesi mümkün olacak ve menfaatlerine zarar gelmeyecektir.

IV. Asıl borcun yenileme sözleşmesi (tecdit) ile sona ermesine bağlı olarak kefaletin sona ermesi

Alacaklı ile asıl borçlu arasında yapılan yenileme sözleşmesi, asıl borcu sona erdirir.¹¹⁹

Yenileme, BK. m. 114’te düzenlenmiştir. Bu hükme göre, “Borcun tecdidi akitten vazih surette anlaşılacak lazımdır. Hususiyle mevcut bir borç için kambiyo taahhüdünde bulunmak veya yeni bir alacak senedi veya yeni bir kefaletname imza etmek, tecdidi tazammun etmez. Bununla beraber, bu hüküm aksine dair akdolunan mukaveleler muteberdir”.

¹¹⁸ REİSOĞLU, Türk Hukukunda ve Bankacılık Uygulamasında Kefalet, s. 227, karşı görüş TUHR VON, s. 622 yazara göre, asıl borçlu ile kefil sıfatlarının birleşmesi halinde kefalet borcu sona erecektir, çünkü ancak üçüncü bir kişinin borcuna kefil olunabilir.

¹¹⁹ REİSOĞLU, Borçlar Hukuku, s. 353; AKINTÜRK, Borçlar Hukuku, s. 161; KAPLAN, Borçlar Hukuku, s. 115; DERYAL/GENÇ, s. 257; AYBAY, Borçlar Hukuku, s. 145; KILIÇOĞLU, s. 623; AYAN, Borçlar Hukuku, s. 317-318; EREN, s. 1215.

Aynı düzenlemeyi İsv. BK. m. 116 da ihtiva etmektedir. Söz konusu madde, “Bir yenisinin kurulmasıyla eski borcun ortadan kaldırılması karine değildir. Özellikle mevcut bir borç için bir poliçe borcuna girmek veya yeni bir alacak senedi veya yeni bir kefaletname imza etmek, yenilemeyi gerektirmez. Bununla beraber, bu kuralın tersi kararlaştırılabilir” şeklindedir.

Her iki Kanunun ilgili maddelerinde, yenilemenin tanımı yapılmamıştır. Fakat mevcut bir asıl borca kefalet vermenin, asıl borç için yenileme teşkil etmeyeceği; dolayısıyla asıl borcu sona erdirmeyeceği düzenlenmiştir. Bunun anlamı, asıl borca kefalet vermenin yeni bir borç meydana getirme olmayacağıdır. Ancak bu düzenleme emredici nitelik teşkil etmediğinden tarafların aksini kararlaştırmaları mümkündür.¹²⁰

Yenileme, mevcut ve geçerli bir asıl borcun, yeni borç meydana getirilmesi suretiyle ortadan kaldırılmasıdır. Böylelikle asıl borçlu alacaklıya ifade bulunmaksızın borcundan kurtulur. Yenilemede asıl borç, yeni bir borcun oluşturulmasıyla son bulmaktadır. Bu sebeple asıl borç ile yeni borcun oluşumu arasında illiyet bağı bulunması gerekir. Aksi takdirde yenilemeden söz edilemez.¹²¹ Doktrinde eksik borçlardan zamanaşımına uğramış borç ile ahlaki bir ödevin ifası için yüklenilmiş olan borcun yenilenebileceği kabul edilmesine karşın, kumar ve bahisten doğan borçların yenilenemeyeceği belirtilmektedir.¹²²

BK. m. 115’e göre, bir alacağın cari hesaba kaydedilmesiyle borç yenilenmiş sayılmaz. Cari hesap kesilip de ortaya çıkan bakiye karşı tarafça kabul edildiği

¹²⁰TENNUR KOYUNCUOĞLU, Türk ve İsviçre Hukukunda Borcun Yenilenmesi, İstanbul, 1972, s. 2; AYBAY, Borçlar Hukuku, s. 145; AYAN, Borçlar Hukuku, s. 318; EREN, s. 1216-1217; DERYAL/GENÇ, s. 258; REİSOĞLU, Türk Hukukunda ve Bankacılık Uygulamasında Kefalet, s. 228; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY, Band II, s. 228-229; SCHWENZER, s. 445-446; HUGUENIN, s. 130-131; BUCHER, s. 308.

¹²¹NOMER, s. 213; REİSOĞLU, Borçlar Hukuku, s. 354-355; AYBAY, Borçlar Hukuku, s. 145; KILIÇOĞLU, s. 623 vd; EREN, s. 1215 vd.

¹²²TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 990; EREN, s. 1215 vd; OĞUZMAN/ÖZ, s. 439, yazarlar aynı zamanda evlenme telahından doğan borçların da yenilenebileceğini belirtmektedirler.

takdirde borç yenilenmiş olur. Böylelikle eski borç sona erer ve yerini yeni bir borç olan “bakiye” alır.¹²³

Yenileme ile asıl borcun sona ermesi gerçekleşeceğinden, buna bağlı kefalet borcu da sona erecektir. Yenilemeye kefilin rıza göstermesi bu bakımdan önemsizdir. Kefil, yeni borca teminat göstermeyi arzu ediyorsa, alacaklı ile yeni bir kefalet sözleşmesi yapması gerekecektir. Dolayısıyla taraflar yenileme sözleşmesi yaparken kefalet hakkının saklı tutulacağını kararlaştıramazlar.¹²⁴

V. Asıl borcun ibra ile sona ermesine bağlı olarak kefaletin sona ermesi

İbra, asıl borçlu ile alacaklı arasında bir anlaşma olup, bu anlaşma ile asıl borçlu borcu ifa etmeden borçtan kurtulmaktadır. Buna mukabil, asıl borç sona ereceğinden, alacaklının alacağını teminat altına alan kefilin borcu da (BK. m. 113) sona erecektir.¹²⁵

İbra, İBK. m. 115’te düzenlendiği halde, söz konusu hükmün BK’na alınmamış olması, Türk Hukukunda alacaklı ile asıl borçlunun ibra hususunda anlaşmalarına engel teşkil etmez. Zaten 115. maddenin BK’nda yer verilmemiş olmasının tek sakıncası, ibranın şekli yönünden doktrinde görüş ayrılıklarına yol açmasıdır.

¹²³ DERYAL/GENÇ, s. 258; AYBAY, Borçlar Hukuku, s. 145-146; KILIÇOĞLU, s. 625-626; AYAN, Borçlar Hukuku, s. 318-319; EREN, s. 1217-1218; NOMER, s. 213-214; REİSOĞLU, Borçlar Hukuku, s. 355; AKINTÜRK, Borçlar Hukuku, s. 166-167; REİSOĞLU, Türk Hukukunda ve Bankacılık Uygulamasında Kefalet, s. 228-229.

¹²⁴ REİSOĞLU, “Kefilin Def’i Hakları”, s. 181; TUHR VON, s. 653; NOMER, s. 213; REİSOĞLU, Borçlar Hukuku, s. 355; EREN, s. 1218; AKINTÜRK, s. 166; DERYAL/GENÇ, s. 258; AYBAY, Borçlar Hukuku, s. 146; KILIÇOĞLU, s. 626; AYAN, Borçlar Hukuku, s. 319.

¹²⁵ OĞUZMAN/ÖZ, s. 431; ŞENYÜZ, s. 136; KILIÇOĞLU, s. 621; EREN, s.1221; KAPLAN, Borçlar Hukuku, s.115; DERYAL/GENÇ, s. 256-257; AYAN, Borçlar Hukuku, s. 316-317; NOMER, s. 219; REİSOĞLU, Borçlar Hukuku, s. 352; AKINTÜRK, Borçlar Hukuku, s. 161;-162; REİSOĞLU, Türk Hukukunda ve Bankacılık Uygulamasında Kefalet, s. 229; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY, Band II, s. 223 (İsv. BK. 115); SCHWENZER, s. 444; BUCHER, s. 308; HUGUENIN, s. 129-130.

İsv. BK'nun 115. maddesine göre, kanun bir sözleşmesinin kurulması için geçerlilik şekli öngörmüş ya da öngörmemiş olup taraflar bir geçerlilik şekli kararlaştırmış olsalar bile, bu sözleşmeden doğan alacağı ortadan kaldırmak veya azaltmak için yapılacak ibra anlaşması bir şekle bağlı olmayacaktır.

İsv. BK'nun 115. maddesine Borçlar Kanunu'nda yer verilmemiş olması, şekle tabi bir sözleşmeden doğan alacağın ibrasının şekle tabi olup olmaması hususunda doktrinde görüş ayrılıkları çıkması sonucunu doğurmuştur.

Bir görüşe¹²⁶ göre, şekle tabi sözleşmelerden doğan alacakların ibrası da şekle bağlı olmalıdır, çünkü ibra, sözleşmede değişiklik yapmaktadır ve BK. m. 12 uyarınca sözleşmede yapılan değişiklikler, sözleşmenin tabi olduğu şekilde yapılmalıdır.

Diğer bir görüşe¹²⁷ göre ise, ibra sözleşmede değişiklik yapmaz, bu bakımdan ibranın sözleşmenin tabi olduğu şekilde yapılması zorunluluğu yoktur. Yargıtay da bu görüşü benimsemiştir.

İbranın sözleşmenin tabi olduğu geçerlilik şekline bağlı olarak yapılması gerektiği kabul edilirse, şeklin sadece alacaklının beyanı için gerçekleşmesi yeterlidir. Asıl borçlunun kabul beyanı zımnî de olabilir. Asıl borçlu susmuşsa, bunun kabul beyanı sayılabilmesi için, ibra teklifini öğrendiğinin anlaşılması gerekir.¹²⁸

¹²⁶ OĞUZMAN/ÖZ, s. 431-432; İNAN görüşü için bkz. OĞUZMAN/ÖZ, s. 432 dn. 16.

¹²⁷ ŞENYÜZ, s. 136; EREN, s. 1224; NÖMER, s. 219; ANDREAS B. SCHWARZ, Borçlar Hukuku Dersleri, C. 1, çev. Bülent Davran, İstanbul, 1948, s. 250; Yarg. 4. HD'nin 18.3.1957 T. 547/1420 S.; 26.11.1954 T., 6450/5004 S. kararları için bkz. KENAN TUNÇOMAĞ, Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. 1, 6. Bası, İstanbul, 1976, s. 655 dn. 7a.

¹²⁸ REİSOĞLU, Borçlar Hukuku, s. 352; OĞUZMAN/ÖZ, s. 432.

İbra, alacaklı ile asıl borçlu arasında borçlunun borcunu ifa etmeden borçtan kurtulması hususunda yapılan bir sözleşmedir. Bu bakımdan, alacaklı, alacak hakkından tek taraflı olarak feragat edemez. Asıl borçlunun, ibra konusunda kabul beyanı gerekir.¹²⁹

İbra, bir tasarruf muamelesidir. Çünkü ibra ile alacaklının alacak hakkına doğrudan etki eder. Bu nedenle alacaklının tasarruf ehliyetine sahip olması gerekir.¹³⁰

İbra, asıl borçlu yönünden kazandırıcı bir muameledir.¹³¹ Alacaklı, borçluyu borçtan kurtarmakla, borçlunun pasifinde azalma meydana getirerek borçluya kazandırmada bulunmaktadır. İbranın çeşitli sebeplerle yapılması mümkündür. Çoğu zaman bağışlama sebebiyle yapılmaktadır. İbranın soyut olup olmasına göre kefilin durumu da farklılaşır. Doktrinde bir görüşe¹³² göre, ibra anlaşması, hukuki sebebinden mücerrettir. Bu görüş doğrultusunda kefalet ibra ile birlikte sona erer. Diğer bir görüşe¹³³ göre ise, ibra sözleşmesi sebebe bağlı bir hukuki işlemdir ve bu görüş kabul edildiğinde hukuki sebebin muteber olmaması halinde, kefalet sözleşmesi de fer'iliği gereği geçerliliğini koruyacaktır.

Bazı hallerde ibra sözleşmesinin gerçekleşebilmesi için bir takım kimselerin rızaları aranır. İntifa ile yükümlü alacağın ibra edilmesi için intifa hakkı sahibinin rızası (MK. m. 820, 821); üzerinde rehin hakkı bulunan alacağın ibrası için de rehin hakkı sahibinin rızası (MK. m. 961) gereklidir.

İbra, asıl borcu sona erdirir. Asıl borcun ne kadarının ibra edildiği sözleşmeden anlaşılamiyorsa, ibra asıl borcun tamamı için yapılmış sayılır. İbra ile

¹²⁹ ŞENYÜZ, s. 136; KILIÇOĞLU, s. 621; EREN, s. 1222; REİSOĞLU, Borçlar Hukuku, s. 352; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY, Band II, s. 224.

¹³⁰ OĞUZMAN/ÖZ, s. 434; ŞENYÜZ, s.136; KILIÇOĞLU, s. 621; EREN, s.1222; DERYAL/GENÇ, s. 256-257; AYAN, Borçlar Hukuku, s. 316; NOMER, s. 219; REİSOĞLU, Borçlar Hukuku, s. 352; AKINTÜRK, Borçlar Hukuku, s. 162.

¹³¹ ŞENYÜZ, s. 136; OĞUZMAN/ÖZ, s. 434.

¹³² OĞUZMAN/ÖZ, s. 434; von Tuhr/Escher, Eser görüşleri için bkz. OĞUZMAN/ÖZ, s. 434 dn. 25.

¹³³ REİSOĞLU, "Kefilin Def'i Hakları", s. 183; EREN, s.1223; REİSOĞLU, Türk Hukukunda ve Bankacılık Uygulamasında Kefalet, s. 229.

alacaklı işlemiş faizleri saklı tutmuş olmadıkça veya halin icabından saklı tutulduğu anlaşılmadıkça, asıl borç ile birlikte faiz borcu da sona erer (BK. m.113).

İspat yönünden ibra sözleşmesi, HMUK. m. 288'e tabi olacak ve m. 288'de öngörülen miktarı aşan borçlar, ibra sözleşmesine konu olduğunda, bunların yazılı delille ispatı gerekecektir.¹³⁴

VI. Asıl borcun borçlunun sorumlu olmadığı sonraki imkânsızlık ile sona ermesine bağlı olarak kefaletin sona ermesi

BK. m. 117 (İsv. BK. m. 119), borçlunun sorumlu olmadığı sonraki imkânsızlığı düzenlemiştir. İlgili maddeye göre: Borçluya isnat olunamayan haller münasebetiyle borcun ifası mümkün olmazsa borç sakıt olur. Karşılıklı taahhütleri havi akitlerde bu suretle beri olan borçlu haksız iktisaplara müteallik hükümlere tevfikân almış olduğu şeyleri iadeye mecbur ve kendisine henüz tediye edilmemiş bulunan şeyi istemek hakkından mahrum olur. Kanun veya akit ile borcun ifasından evvel bile vukua gelen zararın alacaklıya tahmil edilmiş olduğu haller bundan müstesnadır".

BK. m. 117'ye göre borcun sona erebilmesi için, edimin yerine getirilmesinin alış-veriş hayatının genel kurallarına göre, pratik yönden hiç kimseden beklenememesi (objektif imkânsızlık), bu durumun sözleşmesinin kurulmasından sonra ortaya çıkması, imkânsızlığın devamlı olması ve imkânsızlıktan borçlunun sorumlu olmaması gerekir. Borcun ifası bir şarta veya süreye bağlı ise, sözleşmenin kurulması ile şartın gerçekleşmesi veya sürenin dolması arasında gerçekleşen imkânsızlık, sonradan imkânsızlık sayıldığından BK. m. 117 hükümleri bu hallerde de uygulanacaktır.¹³⁵

¹³⁴ REİSOĞLU, Türk Hukukunda ve Bankacılık Uygulamasında Kefalet, s. 349; EREN, s. 1224; REİSOĞLU, Borçlar Hukuku, s. 353.

¹³⁵ MUSTAFA DURAL, Borçlunun Sorumlu Olmadığı Sonraki İmkânsızlık, İstanbul, 1976, s. 120 vd.; KILIÇOĞLU, s. 629 vd; AKINTÜRK, Borçlar Hukuku, s.173 vd; ŞENYÜZ, s.139; REİSOĞLU, Borçlar Hukuku, s. 357; OĞUZMAN/ÖZ, s. 311 yazarlara göre, borçlunun imkânsızlıktan sorumlu

Sübjektif imkânsızlık hallerinde, BK. m.117'nin uygulanabilirliği konusunda görüş ayrılıkları bulunmaktadır. İsviçre/Türk Hukukunda bu hususla ilgili açık bir hüküm yoktur. Bir görüşe¹³⁶ göre, sübjektif imkânsızlıkta da BK. m. 117 uygulanabilir. Diğer bir görüş¹³⁷ ise, sübjektif imkânsızlığı BK. m. 117'nin kapsamına almamaktadır.

Asıl borcun borçlunun sorumlu olmadığı sonraki imkânsızlığa uğraması halinde, bir görüşe¹³⁸ göre, burada asıl borç ilişkisi sona ermez, sadece alacaklının alacak hakkı sona erer. Doktrinde baskın görüşe¹³⁹ göre ise, asıl borcun borçlunun sorumlu olmadığı sonraki imkânsızlığa uğraması, asıl borç ilişkisinin tamamını sona erdirmektedir. Alacaklı, borcunu ifa etmiş ise, verilenlerin iadesi sebepsiz zenginleşme hükümleri çerçevesinde talep edilebilir. Sadece istisnai olarak asıl borcun yerine geçebilecek bir değer varsa, asıl borç ilişkisi sona ermez (BK. m. 117, f. 2).

Kefaletle para dışındaki bir borç teminat altına alındığı takdirde, BK. m. 117, f. 1 hükmü önem taşıyacaktır. Asıl borcun borçlunun sorumlu olmadığı sonraki imkânsızlığa uğraması halinde, kefil bir def'i hakkı elde eder. Kefaletle bir para borcu teminat altına alınmışsa, para borçları için objektif imkânsızlığın söz konusu olmaması sonucu, BK. m. 117, f. 1 hükmü söz konusu kefalet bakımından önem taşımamaktadır. Para borçlarında sadece asıl borçlunun aczi dolayısıyla sübjektif

olsa da, asıl borç ilişkisi sona erer, bu bakımdan hakim görüşe katılmamaktadırlar. Ancak bu halde imkânsızlaşan borç için verilen kefalet, alacaklının zararının tazminini kapsayacak ve kefalet, asıl borç ilişkisi sona erse bile, devam edecektir, GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY, Band II, s. 240-241; BUCHER, s. 308.

¹³⁶ TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 909; TUNÇOMAĞ, s. 787; OĞUZMAN/ÖZ, s. 443 yazara göre, BK. m. 117'nin uygulanması kabul edilebilir, ancak dürüstlük kuralı uyarınca ifanın gerçekleşme ihtimali hesaba katılmayacak kadar düşük olmadıkça imkânsızlığın sonuçları uygulanmalıdır.

¹³⁷ DURAL, s. 121, yazar, sübjektif imkânsızlık hallerinde aşırı güçlük durumunun varlığını kabul etmekte, bu bakımdan MK. m. 2'nin uygulanması gerektiği görüşündedir, EREN, s. 1249; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY, Band II, s. 244.

¹³⁸ Stoll/Feldentraeg; Krückmann; Enneccerus/Lehmann görüşleri için bkz. DURAL, s. 125.

¹³⁹ DURAL, s. 125; REİSOĞLU, Borçlar Hukuku, s. 357; AYBAY, Borçlar Hukuku, s. 151; OĞUZMAN/ÖZ, s. 446; NOMER, s. 179; BOZER, s. 215; AYAN, Borçlar Hukuku, s. 325; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY, Band II, s. 241.

imkânsızlık ortaya çıkabilir ki kefil buna dayanamaz. Zira kefil alacaklının alacağını asıl borçlunun aczine karşı teminat altına almaktadır.¹⁴⁰

Doktrinde kefilin, asıl borcun borçlunun sorumlu olmadığı sonraki imkânsızlığa uğramasında kusuru olsa bile, kefalet borcunun asıl borçla birlikte sona ereceği kabul edilmektedir. Çünkü kefilin asıl borcun ifasını engellememe gibi bir yükümlülüğü yoktur. Bu bakımdan kefilin kefalet borcunun sona erdiğini alacaklıya karşı ileri sürmesi dürüstlük kuralına aykırılık teşkil etmez. Ancak alacaklı, kefilin BK. m. 41 ve devamı maddeleri uyarınca tazminat talep edebilecektir.¹⁴¹

Üçüncü Bölüm

KEFALET SÖZLEŞMESİNE BAĞLI GEÇERLİLİK ŞARTLARI

§ 8. ŞEKİL ŞARTLARI

I. Genel olarak

BK. m. 484'e göre, "Kefaletin sıhhati, tahriri şekle riayet etmeğe ve kefilin mes'ul olacağı muayyen bir miktar iraesine mütevakıftır". Bir başka deyişle, kefaletin geçerliliği, yazılı şekilde yapılmasına ve kefilin sorumlu olacağı miktarın gösterilmiş olmasına bağlıdır.

Bu hükmün düzenlenme amacı, hiç kuşkusuz kefilin himaye etmektir.

¹⁴⁰ REİSOĞLU, Türk Hukukunda ve Bankacılık Uygulamasında Kefalet, s. 225; REİSOĞLU, "Kefilin Def'i Hakları", s. 186-187.

¹⁴¹ REİSOĞLU, Türk Hukukunda ve Bankacılık Uygulamasında Kefalet, s. 225; YAVUZ, s. 559; ARAL, s. 459; ZEVKLİLER, s. 409.

Kefilin düşüncesizce, sonuçlarını öngörmeden kefalet altına girmesi önlenmek istenmiştir. Şekil kuralı yalnız kefilî koruma gayesini güder.¹⁴² Şekle aykırılık kamu düzenini ilgilendirmez. Bu husus Yargıtay'ın bir kararında şu şekilde ifade edilmiştir: “...şekle uyma kamu düzeni ile ilgili olmayıp münhasıran kefilî himaye gayesini güder”.¹⁴³

Kefaletın yazılı şekilde yapılma zorunluluğu geçerlilik şartıdır.¹⁴⁴ Aranan şekil ispat şekli olmayıp geçerlilik şekli teşkil ettiğinden, bu şekilde uyulmadan yapılmış olan kefalet sözleşmesi geçersiz olur; ancak geçersizliğin hukuki niteliği hakkında doktrinde görüş ayrılıkları mevcuttur. İlgili görüşlere, geçerlilik şartlarının gerçekleşmemesinin hukuki sonuçları bölümünde değinilecektir.

Kefalet sözleşmesinde yer alan bazı kayıtlar yönünden şekil eksikliği mevcutsa, sadece söz konusu kayıtlar geçersiz olacak, sözleşmenin bu kayıtlar dışındaki varlığı geçerli olmaya devam edecektir. Eksikliğin sözleşmenin tümünü hükümsüz kılabilmesi için, iyi niyet kaidelerine göre tarafların ortak iradelerinden bu kayıtlar olmaksızın sözleşmenin kurulmayacağıının anlaşılması gerekir. Aksi takdirde sadece şekil yönünden eksik kayıtlar hükümsüzleşir (BK. m. 20, f. 2).

Şeklin geçerlilik şartı olması sonucu, kefil, mahkeme önünde kefalet borcunu kabul etse¹⁴⁵ ya da kefil olmadığını beyan etmesi için kendisine yemin etmesi için bir teklif yapılsa ve bu teklifi reddetse bile, şekle aykırı kefalet geçerli olmaz. Kefilin kefalet borcunun mevcudiyeti tanıkla da ispat edilemez. HUMK. m. 293, b.1'in

¹⁴²HÜSEYİN ALTAŞ, Şekle Aykırılığın Olumsuz Sonuçlarının Düzeltilmesi, Ankara, 1998, s. 66-67; HATEMİ/SEROZAN/ARPACI, s. 524; TUĞ, s. 107-108; YAVUZ, s. 538; ŞENYÜZ, s. 266; REİSOĞLU, Türk Hukukunda ve Bankacılık uygulamasında Kefalet, s. 43; BECK, s. 81; BECKER, s. 1047; GAUCH/AEPLI/CASANOVA, s. 368; ARAL, s. 435.

¹⁴³Yarg. 4. HD'nin 20.4.1957 T. ve E/2318 S. kararı için bkz. REİSOĞLU, Türk Hukukunda ve Bankacılık Uygulamasında Kefalet, s. 46.

¹⁴⁴YAVUZ, s. 538; ŞENYÜZ, s. 266; ZEVKLİLER, Özel Borç İlişkileri, s. 398-399; ARAL, s. 435; REİSOĞLU, Türk Hukukunda ve Bankacılık Uygulamasında Kefalet, s. 43; NİHAT TAŞDELEN, “Kefalet Sözleşmesinde Şekil”, Oğuz İmregün'e Armağan, 1998, s. 732; VISCHER, s. 399.

¹⁴⁵Yarg. 4 HD'nin 10.11.1933 T. 2403/1515 S. kararı için bkz. KAMİL TEPECİ, Notlu ve İzahlı Borçlar Kanunu 3. Bası, Ankara, 1959, s. 774.

ifadesiyle akrabalık derecesi sebebiyle bu konuda tanık dinlenilmesi de mümkün değildir.¹⁴⁶

Şekle uygun olarak yapılmış kefalet senedinin kaybolması veya yok edilmesi durumunda dahi kefalet geçerlidir; ancak bu hususun HUMK. m. 288 vd. hükümlerine göre ispat edilmesi gerekir.¹⁴⁷

Kural olarak kefalet sözleşmesinin metni Türkçe yazılır. 805 sayılı “İktisadi Müesseselerde Mecburi Türkçe Kullanılması Hakkında Kanun”, Türk tabiyetindeki her çeşit müessesenin yaptığı sözleşmelerin Türkçe olmasını emretmektedir. Buna aykırılık halinde yaptırım olarak para cezası ve tekerrürü halinde de ticaretten men cezası uygulanacaktır (m. 7). 4. maddede, yabancı dilde yapılmış olan sözleşmelerin itibar taşımayacağı vurgulanmıştır. Ancak doktrin bu düzenlemenin amacının yabancı dilde yapılmış olan sözleşmeleri geçersiz kılmak olmadığını, yorum ve ispat edilebilirlik açısından bir önemi olduğunu ifade etmektedir; dolayısıyla yabancı dilde kayıtlar ihtiva eden bir kefalet sözleşmesi, bu tür kayıtlar konulması zorunluluk arz ediyorsa, 805 Sayılı Kanuna aykırılık teşkil etmeyecektir. Ancak yabancı dildeki kaydın iki değişik şekilde yorumu mümkün ise, yabancı dil kullanan tarafın aleyhine olan yorum tercih edilecektir.¹⁴⁸ Yargıtay da aynı görüşte olup, sözleşmenin taraflarından birinin veya ikisinin Türk tabiyetinde olmaması durumunda, sözleşmeye konan yabancı dildeki kayıtların sözleşmenin geçerliliğini etkilemeyeceğini belirtmektedir.¹⁴⁹

BK. Tasarısı m. 583, c. 1, “Kefalet sözleşmesi yazılı şekilde yapılmadıkça ve kefilin sorumlu olacağı azami miktar ile kefalet tarihi belirtilmedikçe geçerli olmaz”

¹⁴⁶ SENAİ OLGAC, Kefalet, Ankara, 1978, s. 17; TUĞ, s.109; YAVUZ, s. 538-539; ZEVKLİLER, Özel Borç İlişkileri, s. 398-399; REİSOĞLU, Türk Hukukunda ve Bankacılık Uygulamasında Kefalet, s. 46-47.

¹⁴⁷ YAVUZ, s. 538; TUĞ, s.109; REİSOĞLU, Türk Hukukunda ve Bankacılık Uygulamasında Kefalet, s. 45.

¹⁴⁸ TAŞDELEN, s. 734; ARAL, s. 436; TANDOĞAN, Özel Borç İlişkileri, s. 744; GRASSİNGER, s. 116; REİSOĞLU, Türk Hukukunda ve Bankacılık Uygulamasında Kefalet, s. 47; BECK, s. 87 İsviçre kefalet hukukunda kefalet sözleşmesinin dili ve döviz konusunda bir sınırlama bulunmamaktadır. Kefale, asıl borçtan farklı olarak başka bir para sistemi ile kurulabilir.

¹⁴⁹ Yarg. 11. HD'nin 7.10.1986 T. 4231/5032 S. kararı için bkz. ARAL s. 436.

demek suretiyle BK. m. 484'ten farklı olarak kefalet tarihinin de sözleşmede bulunması zorunluluğu getirmiştir. M. 583, c. 2 de aynı şekilde BK.'na getirilmiş bir yeniliktir. Buna göre, "Ancak, kefilin, sorumlu olduğu azami miktarı, kefalet tarihini ve müteselsil kefil sıfatıyla veya bu anlama gelen herhangi bir ifadeyle yükümlülük altına girdiğini kefalet sözleşmesinde kendi el yazısıyla belirtmesi şarttır." Söz konusu hüküm, kefilin azami miktarı, kefalet tarihini ve müteselsil kefil ise bu sıfatla borç altına girdiğini el yazısıyla belirtmesini zorunlu kılmıştır.

Barlas'a göre, yerinde bulunduğu bu yeniliğin amacı, alacaklıların ve özellikle matbu kefalet senedi kullanan finans kuruluşlarının, senette kefilin sorumluluğunu gösteren kısımlarını boş bırakıp, kefilin takibi sırasında kötü niyetli olarak doldurmalarını önlemek ve kefilini korumaktır.¹⁵⁰

1. Adi yazılı şekil

BK. m. 484, kefalet sözleşmesinin geçerliliği için adi yazılı şekil öngörmüştür. Bunun bir ispat şartı değil, "geçerlilik şartı olduğu önemle vurgulanmalıdır. Söz konusu şekil şartı, kefaletin bütün çeşitleri için emredilmiştir. Şekle aykırı yapılan kefalet sözleşmesi BK. m. 11, f. 2 uyarınca hüküm doğurmayacaktır.¹⁵¹

Türk Hukukunda kefalet sözleşmesinin adi yazılı şekilde yapılması yeterli olup, kefalet taahhüdünü içeren metinde, kefilin azami sorumluluğunun bizzat kefilin el yazısıyla belirtilmesine lüzum yoktur. Adi yazılı şekil, kefilin taahhüdünü içeren kefalet senedinden ve kefilin imzasından oluşmaktadır. Kefilin taahhüdünün şekle uygun olması yeterli olup, alacaklının beyanı şekle tabi değildir. Alacaklının da

¹⁵⁰ BARLAS, "Kefalet Hukukuna İlişkin Bazı Sorunlar ve Yargıtay Uygulaması", s. 47.

¹⁵¹ TÜĞ, s. 107; YAVUZ, s. 538; ŞENYÜZ, s. 266; ZEVKLİLER, Özel Borç İlişkileri, s. 398-399; ARAL, s. 435; REİSOĞLU, Türk Hukukunda ve Bankacılık Uygulamasında Kefalet, s. 43; BARLAS, "Kefalet Hukukuna İlişkin Bazı Sorunlar ve Yargıtay Uygulaması", s. 45.

kefile karşı borç altına girdiği istisnai hallerde, alacaklının imzasının kefalet senedinde bulunması gerekecektir.¹⁵²

Mevcut düzenlemeye göre, kefalet metni başkasının el yazısıyla, daktiloyla veya bilgisayarla yazılabileceği gibi, basılı bir formüler de kullanılabilir. Kefil, taahhüdünü bir mektupla veya telgrafla ya da mahkeme veya icra zaptına (İİK. m. 38) geçirtmek ve imzalamak suretiyle gerçekleştirebilir.¹⁵³

BK. Tasarısı, m. 583, f. 1, c. 1 kefilin el yazısıyla belirtmesinin şart olduğu hususları gösterdiğinden, bu hususların el yazısı dışında vasıtalarla ifade edilmesi mümkün değildir.

İsv. BK. m. 493 kefalet sözleşmesinin şekline ait hususları düzenlemektedir. Söz konusu düzenleme adi yazılı şekil, ağırlaştırılmış adi yazılı şekil ve resmi şekil olmak üzere üç türlü şekil şartı öngörmüştür:

İsv. BK. m. 493'e göre, İsviçre'de tüzel kişilerin, kollektif ve komandit şirketlerin verecekleri kefaletler ile Federasyona veya ona bağlı kamu kurumlarına ya da kantonlara karşı kamu hukukundan doğan borçlar (gümrük resimleri, vergiler gibi) veya taşıma ücretleri için verilen kefaletler, adi yazılı şekilde yapıldıkları takdirde geçerli olurlar. Kefilin beyanını kendi el yazısıyla imzalaması yeterlidir.¹⁵⁴

Gerçek kişilerin 2.000 Frang'ı aşmayan kefaletleri için ağırlaştırılmış adi yazılı şekilde yapılması gerekli olup, kefalet senedinde sorumluluğun azami tutarının ve müteselsil kefalet söz konusu ise müteselsil sorumluluğa ilişkin kaydın kefalet senedinde kefilin el yazısıyla belirtilmesi zorunludur. Kefil, mutlaka

¹⁵² BARLAS, "Kefalet Hukukuna İlişkin Bazı Sorunlar ve Yargıtay Uygulaması", s. 45; ŞENYÜZ, s. 266; REİSOĞLU, Türk Hukukunda ve Bankacılık Uygulamasında Kefalet, s. 50.

¹⁵³ TAŞDELEN, s. 736; REİSOĞLU, Türk Hukukunda ve Bankacılık Uygulamasında Kefalet, s. 48.

¹⁵⁴ PIERRE CAVIN, , "Yeni Kefalet Hukuku", AD, S. 8, çev. Amil Artus, Ankara, 1942, s. 990; HONSELL/VOGT/WIEGAND, s. 2575 vd; BECK, s. 88-89; GUHL/KOLLER/SCHNYDER/DRUEY, s. 629; OSER/SCHÖNENBERGER, s. 145; BUCHER, s. 292; GIOVANOLI, s. 68-69; FRANK VISCHER, Schweizerisches Privatrecht, Obligationenrecht Besondere Vertragsverhältnisse, 7/2. Band, Basel und Stuttgart, 1979, s. 401-402.

“müteselsil” kelimesini kullanmak zorunda değildir; aynı anlama gelen ifadeler yeterlidir (m. 496, f. 1). El yazısı ile müteselsil kefillik ibaresine yer verilmemişse, kefil yalnızca adi kefil olarak sorumludur. Söz konusu şahısların kefaletlerinin ağırlaştırılmış adi yazılı şekle tabi tutulmamasının sebebi, küçük miktarı teminat altına alan kefaletlerin kefillerine, tutarın ve müteselsillik özelliğinin el yazısıyla belirtilmesi suretiyle üstlendikleri yükümlülüğün önemini vurgulamaktır.¹⁵⁵

Gerçek kişilerin 2.000 Frang’ı aşan kefaletlerinin geçerli olabilmesi için resmi yazılı şekilde yapılmaları gerekir. 2.000 Frang’ı aşan kefaletin ayrı senetlere bölünmesi halinde de, toplam tutar dikkate alınarak, senetlerin resmi şekilde düzenlenmesi gerekir Bunun amacı kefilin düşünmesini ve aydınlanmasını teşvik etmek ve böylelikle de düşünülmemiş kefaletlere karşı kefilin korunmasıdır.¹⁵⁶

Resmi şekil konusunda yetkili olanlar kantonlar tarafından belirlenmiş bulunan organlardır. Kefalet senedinin resmi şekilde düzenlenmesi işlemi, sözleşmenin yapıldığı yerdeki mevzuata uyulmak koşuluyla kefilin ya da alacaklının yerleşik olduğu yerin dışındaki bir kantonda da yapılabilir. Resmi şeklin usulleri, kanton hukukunca belirlenir. Resmi senet kefil tarafından imzalanmalıdır. Yalnızca kefilin beyanı şekil koşullarına tabi olduğundan, alacaklının beyanı şekle tabi değildir.¹⁵⁷

¹⁵⁵HONSELL/VOGT/WIEGAND, s. 2575 vd; BECK, s. 97-98; GUHL/KOLLER/SCHNYDER/DRUEY, s. 629-630; OSER/SCHÖNENBERGER, s. 145-146; BUCHER, s. 292; GIOVANOLI, s. 69.

¹⁵⁶CAVIN, s. 990; HONSELL/VOGT/WIEGAND, s. 2575 vd; BECK, s. 90 vd; GUHL/KOLLER/SCHNYDER/DRUEY, s. 630; OSER/SCHÖNENBERGER, s. 147-148; BUCHER, s. 291, GIOVANOLI, s. 69; VISCHER, s. 402.

¹⁵⁷HONSELL/VOGT/WIEGAND, s. 2575 vd; BECK, s. 95-96; OSER/SCHÖNENBERGER, s. 149 vd; VISCHER, s. 402.

2. Kefalet senedi

Kefalet senedinde kefilin kefil olma iradesinin açıkça gösterilmesi şarttır. Bunun için kefalet senedinde “kefalet” tabirinin mutlaka bulunması zorunlu değildir. Kefilin, asıl borçlunun asıl borcunu yerine getirmemesinin hukuki sonuçlarından fer’i olarak sorumlu olacağına dair ibarelerin senette kullanılması yeterlidir. Kefalet belirli süre için verilmedikçe, taahhüt tarihinin senede konmasına lüzum yoktur. Taahhüt yerinin metne eklenmemesi de sözleşmeyi geçersiz kılmaz.¹⁵⁸

Kefaletin türü de senette ifade edilmelidir. İfade edilmemişse adi kefaletin bulunduğu var sayılır. Ancak ticari borçlara verilen kefalette, aksi kararlaştırılmadıkça, müteselsil kefaletin bulunduğu kabul edilir (TTK. m. 7, f. 2). Ancak kefalet yükümlülüğünün sebebinin metinde yer alması zorunluluğu yoktur.¹⁵⁹

Kefalet senedinde kefilin hangi borca kefil olduğunun (ferdileştirilmiş asıl borç) gösterilmesi, asıl borcun türünün, içeriğinin, hukuki sebebinin senette ifade edilmesi anlamını taşır. Bu unsurlardan bazılarındaki eksiklikler, kefalet senedinde belirtilen diğer hususlar vasıtasıyla tamamlanabiliyorsa veya somut olayın şartları dikkate alınarak yorum yoluyla asıl borç tanımlanabiliyorsa, kefaletin geçerliliğini etkilemezler. Bunun yanında asıl borç miktarının mutlaka sayı ile kefalet senedinde gösterilmesine gerek yoktur.¹⁶⁰

Alacaklının adının kefalet metninde bulunmasına lüzum yoktur. Ancak asıl borçlunun kişiliği ve ödeme gücü kefil için önemli olduğundan metinde mutlaka ismen belirtilmelidir.¹⁶¹

¹⁵⁸ TANDOĞAN, Özel Borç İlişkileri, s. 746 vd; ZEVKLİLER, Özel Borç İlişkileri, s. 399; REİSOĞLU, Türk Hukukunda ve Bankacılık Uygulamasında Kefalet, s. 47; BECK, s. 81.

¹⁵⁹ YAVUZ, s. 539; REİSOĞLU, Türk Hukukunda ve Bankacılık Uygulamasında Kefalet, s. 51; TANDOĞAN, Özel Borç İlişkileri, s. 752-753.

¹⁶⁰ ZEVKLİLER, Özel Borç İlişkileri, s. 400; YAVUZ, s. 539, BGE 46 II 95 bkz. AKYOL, Borçlar Hukuku, s. 120; ŞENYÜZ, s. 266; İŞIKTAÇ, s. 78, BECK, s. 81; Yarg. 13 HD'nin 3.12.1991 T. 7229/10997 S. kararı için kazancı otomasyonu.

¹⁶¹ TAŞDELEN, s. 744-745; YAVUZ, s. 539; ŞENYÜZ, s. 266; ZEVKLİLER, Özel Borç İlişkileri, s. 400; REİSOĞLU, Türk Hukukunda ve Bankacılık Uygulamasında Kefalet, s. 51-52; ARAL, s. 437; BECK, s. 81; BECKER, s. 1048.

Birden çok kimse birlikte kefil olmuşsa, kefillerin taahhütleri ayrı senetlerde olabilir. Kefil, asıl borç senedine imza atarak da taahhütte bulunabilir. Ancak taahhüdünün fer'i nitelikte olduğunun açıkça senetten anlaşılabilmesi gerekir. Bu takdirde, asıl borç miktarının asıl borç metninde yazılı olması gerekir. Kefalet sözleşmesinin sübjektif esaslı noktalarından kefilin durumunu hafifletenlerin kefalet senedi üzerinde gösterilmesi gerekmeyip, kefilin durumunu ağırlaştırılanların kefalet senedinde yazılı şekilde gösterilmesi zorunludur. Kefilin, alacaklının birden çok borçlusuna karşı birden çok alacağı için kefalet vermesine bir engel yoktur; fakat kefilin hangi borç için hangi miktarda kefalet verdiğinin senette açıkça gösterilmesi gerekir. Buna karşılık kefil birden çok alacaklının aynı veya değişik borçlularına karşı alacaklarını teminat altına almışsa, ayrı ayrı taahhütlerde bulunması şarttır.¹⁶²

Kefalet senedinde kefilin sorumlu olacağı azami tutarın gösterilmesi koşulunun nasıl yerine getirileceği konusunda doktrinde çeşitli görüşler bulunmaktadır. Bir görüşe¹⁶³ göre, İsv. BK. m. 493, f. 1 göz önünde bulundurularak, kefilin sorumlu olduğu azami tutarın kesin rakamla kefalet senedinde belirtilmesi gereklidir. Diğer bir görüşe¹⁶⁴ göre ise, sorumluluğun kapsamı asıl borç sözleşmesinden açıkça anlaşılabiliriyorsa, senette sorumluluk kısmının boş bırakılmış olması, kefaletin geçerliliğini ortadan kaldırmaz.

BK. Tasarısı, m. 583 c.1 ve 2, “Kefalet sözleşmesi yazılı şekilde yapılmadıkça ve kefilin sorumlu olacağı azami miktar belirtilmedikçe geçerli olmaz. Ancak, kefilin sorumlu olduğu azami miktarı, kefalet tarihini ve müteselsil kefil sıfatıyla veya bu anlama gelen herhangi bir ifadeyle yükümlülük altına girdiğini kefalet sözleşmesinde kendi el yazısıyla belirtmesi şarttır” demek suretiyle kefilin

¹⁶² TAŞDELEN, s. 735-736; YAVUZ, s. 539, ZEVKLİLER, Özel Borç İlişkileri, s. 399-400; REİSOĞLU, Türk Hukukunda ve Bankacılık Uygulamasında Kefalet, s. 48-49; BECKER, s. 1047-1048; ARAL, s. 438.

¹⁶³ YAVUZ, s. 539; ŞENYÜZ, s. 266-267; ZEVKLİLER, Özel Borç İlişkileri, s. 400; ARAL, s. 439; AKINTÜRK, Bankacılar için Borçlar Hukuku, s. 311; ÖNEN, s. 311; TANDOĞAN, Özel Borç İlişkileri, s. 759.

¹⁶⁴ OSMAN OY, Kredi Teminatları ve Kredi Suçları, 1. Bası, 2003, İstanbul, s. 96; REİSOĞLU, Türk Hukukunda ve Bankacılık Uygulamasında Kefalet, s. 49; BARLAS, “Kefalet Hukukuna İlişkin Bazı Sorunlar ve Yargıtay Uygulaması”, s. 50.

sorumlu azami miktarın mutlaka kefalet sözleşmesinde gösterilmesini emretmiştir. Bunun yanında azami miktarın, kefalet tarihinin ve müteselsil kefillik söz konusuysa ilgili ifadenin bizzat kefilin el yazısıyla senette belirtilmesi gerekmektedir. Görülmektedir ki, BK. Tasarısı, İsv. BK. m. 493'ün birinci ve ikinci fıkralarını dikkate alarak kefalet sözleşmesini daha sıkı şekil şartlarına tabi kılmıştır.

3. İmza

BK'munda kefalet sözleşmesi için şekil şartı öngörülmesinin sebebi kefilin korumak olduğundan, kefalet senedinin kefil tarafından imzalanması yeterlidir. Alacaklının, senette imzasının bulunmaması sözleşmenin geçerliliğini etkilemez. Nitekim alacaklının ihtirazi kayıt ileri sürmeksizin kefilin altına imzasını attığı kefalet senedini alması, onun kefaleti zımnen kabul ettiğini gösterir. Kefalet sözleşmesinin kurulabilmesi için sadece kefilin metni imzalaması yetmez; kefalet metninin alacaklının tasarruf alanına girmesi şarttır. Kefilin imzasının metnin tümünü kapsayacak şekilde atılması gerekir; bu hususta ek bir kağıda imza atılması mümkün değildir. Kefilin imzasının el yazısı ile atılması gereklidir.¹⁶⁵

5070 Sayılı Elektronik İmza Kanunu m. 5'te yer alan, "Güvenli elektronik imza, elle atılan imza ile aynı hukuki sonucu doğurur. Kanunların resmi şekle veya özel bir merasime tabi tuttuğu hukuki işlemler ile teminat sözleşmeleri güvenli elektronik imza ile gerçekleştirilemez" şeklindeki hükümle açıkça elektronik imza ile kefalet sözleşmesinin kurulamayacağı öngörülmüştür.¹⁶⁶

Kefilin boş bir kağıda imza atıp, taahhüdünün senede yazılmasını asıl borçluya bırakması durumunda kefalet taahhüdü kural olarak geçerlidir; ancak kefil,

¹⁶⁵ YAVUZ, s. 538; ŞENYÜZ, s. 266; ZEVKLİLER, Özel Borç İlişkileri, s. 399; REİSOĞLU, Türk Hukukunda ve Bankacılık Uygulamasında Kefalet, s. 50; OSER/SCHÖNENBERGER, s. 137; HGK'nun 19.09.2001 T. 587/617 S.; Yarg. 12 HD'nin 23.09.2003 T. 14381/18183 S. kararları için bkz. kazancı otomasyonu.

¹⁶⁶ HONSELL/VOGT/WIEGAND' a göre, adi yazılı şekle tabi kefalet sözleşmelerinin güvenli elektronik imza ile yapılabileceği görüşündedir, bkz. s. 2578.

metinde yer alan taahhüdün iradesine uygun olmadığını düşünürse bunu ispat etmesi gerekir. Böylelikle söz konusu taahhütle bağlı olmaktan kurtulacaktır.¹⁶⁷

Kefalet senedinin kefilin temsilcisi tarafından imzalanması mümkündür. Temsilci, senede kefilin imzasını değil, kendi imzasını atmalıdır ve kefilin temsilcisi olduğunu gösteren ifadeyi de imzasına eklemelidir.¹⁶⁸

4. Kefilin sorumlu olacağı azami tutar

BK. m. 484, kefalet sözleşmesinin geçerliliği için yazılı şekilde yapılmasını ve kefilin sorumluluğunun azami miktarının gösterilmesini öngörür. Kefalet senedinde kefilin sorumlu olacağı tutarın gösterilmesi koşulunun nasıl yerine getirileceği konusunda doktrinde çeşitli görüşler bulunduğu bahsedilmiştir.

Bu konuda İsv. BK. m. 493, f. 1, açık bir düzenlemeyle kefaletin geçerli olabilmesi için, kefilin sorumlu olacağı azami miktarın senette kesin rakamla belirtilmesi zorunlu olduğunu ifade etmiştir. Bu sebeple kefilin azami sorumluluğu için bir borç senedine atıfta bulunması yeterli değildir. Sorumluluk tutarının belirlenebilir olması da yetmez. Birlikte kefalette, kefillerden her biri için düzenlenen kefalet sözleşmesinde, sorumluluğun tüm tutarının gösterilmesi de şarttır.¹⁶⁹ İsviçre Federal Mahkemesi de bu yönde karar vermektedir.¹⁷⁰

Yargıtay ise, 12.4.1944 tarih ve 14/13 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararı ile kefilin sorumlu olduğu azami miktarın kefalet senedinde rakamla gösterilmiş

¹⁶⁷ TANDOĞAN, Özel Borç İlişkileri, s. 748 vd; REİSOĞLU, Türk Hukukunda ve Bankacılık Uygulamasında Kefalet, s. 49-50.

¹⁶⁸ REİSOĞLU, Türk Hukukunda ve Bankacılık Uygulamasında Kefalet, s. 50; MESUT ORTA, Elektronik İmza ve Uygulaması, Ankara, 2005, s. 28-29; OSER/SCHÖNENBERGER, s. 137.

¹⁶⁹ GIOVANOLI, s. 30 vd; HONSELL/VOGT/WIEGAND, s. 2579; BECK, s. 87; OSER/SCHÖNENBERGER, s. 135 vd.; karşı görüş BECKER, s. 1050; GUHL/KOLLER/SCHNYDER/DRUEY, s. 630-631 yazarlara göre söz konusu maddenin amacı, azami tutarın kesin rakamla gösterilmesini gerektirmemektir, bu nedenle maddenin yorumu da katı ve kesin olamaz.

¹⁷⁰ BGE 42 II 149 için bkz. AKYOL, Borçlar Hukuku, s. 50; BGE 64 II için bkz. BECK, s. 87.

olmasını veya senetten miktarın tespit edilebilir olması durumunda da kefalet sözleşmesini geçerli sayılacağını, ayrıca hâkimin bu hususu resen nazara alması gerektiğini ifade etmiştir.¹⁷¹ Böylelikle Yargıtay bu kararla azami miktarın kefalet senedinde gösterilmesine hükmetmiş, ancak rakamla ifade edilmesi zorunlu kılmayıp, senetten miktarın belirlenebilir olmasını kabul etmiştir.

Ancak Yargıtay, bazı kararlarında azami miktarın mutlaka kefalet senedinde gösterilmesi gerektiğini kanısına varmamış¹⁷² ve azami miktarın senette gösterilmemiş olmasına karşın, sorumluluğu kefalet kapsamında değerlendirip, asıl borç miktarının gösterildiği durumlarda, bu miktarı kefalet limiti olarak kabul etmiştir.

Özellikle kira sözleşmelerine verilen kefaletler hakkındaki kararlarında senette kefalet limiti gösterilmediği halde kefaleti geçerli saymakta ve yerleşik uygulamasına göre, bir yıl süreli kurulan ve sürenin sonunda kendiliğinden yenilenen taşınmaz kirası sözleşmelerinde kefalet limiti gösterilmeden verilen kefaletler de, limiti bir yıllık kira bedeli olarak kabul etmektedir.¹⁷³

Buna karşılık Yargıtay bazı kararlarında da, kefilin sorumlu olduğu azami miktarın mutlaka açıkça ve sayı ile kefalet senedinde gösterilmesi gerektiği sonucuna varmıştır.¹⁷⁴

Daha öncede belirtildiği gibi, BK. Tasarısı, bu konuya ilişkin açık bir düzenleme getirmiştir. M. 583, f. 1, c. 2 ile kefilin sorumlu olduğu azami miktarın kefalet senedinde kendi el yazısıyla belirtmesi zorunluluğuna hükmetmiştir. Böylelikle kefalet asıl borç sözleşmesindeki miktara yapılan atıfla ya da azami

¹⁷¹ Yarg. İç. Bir. K. 12. 4. 1944 T. 14/13 S. için bkz. FİKRET ARIK, "Kefaletle Azami Miktarın Gösterilmesi Şartı ve Bu Şarta Riayetsizliğin Neticesi, AD, S. 8, Ankara, 1944, s. 618.

¹⁷² Yarg. 19 HD'nin 13.04.1999 T. 1901/2434 S.; 11 HD'nin 14.05.1990 T. 3790/3845 S. kararları için bkz. kazancı otomasyonu.

¹⁷³ Yarg. 12. HD'nin 19.09.2000 T. 11348/11973 S. kararı için bkz: BARLAS, "Kefalet Hukukuna İlişkin Bazı Sorunlar ve Yargıtay Uygulaması" s. 51; Yarg. 12 HD'nin 14.04.1987 T. 19320/5270 S.; 13 HD'nin 13.06.1974 T. 1640/14435 S. kararları için bkz. kazancı otomasyonu; Yarg. 12. HD'nin 16.3.1976 T. 11855/2879 S. kararı için bkz. UYGUR, C. 8, s. 9328.

¹⁷⁴ Yarg. 11. HD'nin 7.10.1991 T. 317/ 5162 S. kararı için bkz. ARAL, s. 455.

miktarda hesaplanabilir olmasıyla artık geçerli olmayacaktır. Tasarının kanunlaşmasıyla Yargıtay'ın bu konu ile ilgili içtihatlarında da bir istikrar sağlanmış olacaktır.

BK. m. 490 uyarınca kefil, azami miktar ile sadece asıl borcu değil, asıl borçlunun kusur ve temerrüdünün sonuçlarını, işlemekte olan faizle işlemiş sözleşme faizinin bir yıllık tutarını ve asıl borçlu aleyhindeki dava ve takip masraflarını da teminat altına almaktadır

BK. m. 490'da öngörülen ek sonuçların, senette gösterilmiş kefilin sorumlu olduğu azami miktarı aşması durumunda, kefilin bu ek sonuçlardan sorumlu tutulup tutulamayacağı hususunda kanunda açık bir düzenleme yoktur. İsv. BK. m. 499, bu durumda kefilin sorumluluğunun senette gösterilmiş olan azami miktarla sınırlı olduğunu kabul etmektedir. BK. Tasarısı, bu hususta açık bir düzenleme getirmiş bulunmaktadır. BK. Tasarısı m. 589, f. 1, "Kefil, her durumda kefalet sözleşmesinde belirtilen azami miktara kadar sorumludur" şeklindedir. Söz konusu maddenin ikinci fıkrasında da, kefilin azami miktara kadar olmak üzere, sözleşmede aksi kararlaştırılmış olmadıkça, asıl borçlunun kusur ve temerrüdünün sonuçlarından, işlemekte olan faizle işlemiş faizlerin bir yıllık tutarından ve asıl borçlu aleyhindeki dava ve takip masraflarından da sorumlu olacağı ifade edilmiştir.

Yabancı para üzerinden yapılmış sözleşmeden doğan bir asıl borca Türk Lirası belirtilerek kefil olan kimsenin sorumlu olacağı azami miktarın tayini, yabancı paranın Türk Lirası karşısında değeri tahmin edilerek gerçekleştirilir. Kefilin sorumlu olacağı azami miktarın mutlaka Türk Lirası olarak gösterilmesine lüzum yoktur. Azami miktar yabancı para cinsinden de gösterilebilir.¹⁷⁵

Kefilin yabancı paranın Türk Lirasına karşı olan değer kazanma oranını tespit edip azami sorumluluk miktarını tahmin etmesi olanaklıdır. Ancak Türk Lirasının hızla değer kaybetmesi halinde yabancı para üzerinden Türk parası ile kefalet veren

¹⁷⁵ BARLAS, "Kefalet Hukukuna İlişkin Bazı Sorunlar ve Yargıtay Uygulaması", s. 53; REİSOĞLU, Türk Hukukunda ve Bankacılık Uygulamasında Kefalet, s. 58; DOĞAN, s. 56, TAŞDELEN, s. 751.

kefil ağır bir yükümlülük altına gireceğinden, kefil, aradaki farkın kefalet borcu kapsamı dışında olduğunu iddia edebilecektir. Kefilin sorumluluğunun tespitinde kefil lehine tahmin edilebilen bir miktara hükmedilmesi yasa koyucunun iradesine uygun bir çözüm yolu olacaktır.¹⁷⁶

II. Kefalet sözleşmesinin yapılması için verilen temsil yetkisinin şekli

Kefil, kefalet sözleşmesini yapması için temsilci tayin etmişse, temsilcinin imzası ile sözleşme kurulmuş olur. Burada üzerinde durulması gereken nokta, temsil yetkisinin şekle tabi olup olmayacağıdır.

Türk hukukunda özel temsil yetkisinin arandığı haller, BK. m. 388, f. 3'te sayılmıştır. Anılan maddede kefalet sözleşmesi ile ilgili özel bir hüküm olmadığından kefalet için verilen temsil yetkisinin şeklinin ne olacağı konusunda doktrinde görüş ayrılıkları ortaya çıkmıştır.

Bir görüşe göre¹⁷⁷, BK. m. 388, f. 3'te sayılan haller sınırlı değildir. Bu bakımdan kefil için kefalet sözleşmesi önem taşıyorsa, özel bir temsil yetkisinin verilmesi gerektiği kabul edilmelidir.

Diğer bir görüşe¹⁷⁸ göre ise, ilgili düzenlemede sayılan haller sınırlıdır. Olağan kefaletlerde özel bir temsil yetkisinin bulunmasına lüzum yoktur. Ancak kefil için kefalet sözleşmesi olağan üstü bir nitelik taşıyorsa, bu durumda verilen temsil yetkisi de özel olmalıdır.

¹⁷⁶SEZA REİSOĞLU, "Yabancı Para Üzerinden Taahhüt Altına Girilmesi ve Hukuki Sonuçları", BATİDER, C. 13, S. 3-4, Ankara, 1986, s. 150; TAŞDELEN, s. 751-752; Yarg. 13 HD'nin 6.04.1995 T. 145/3339 S.; 13 HD'nin 24.10.1994 T. 6791/9014 S. kararları için bkz. BAYKAL, s. 242.

¹⁷⁷ TAŞDELEN, s. 755; TANDOĞAN, Özel Borç İlişkileri s. 759-760; ZEVKLİLER, s. 366; ARAL, s. 435; KARAHASAN, s.1216; OY, s. 95.

¹⁷⁸ TANDOĞAN, Özel Borç İlişkileri s. 741; REİSOĞLU, Türk Hukukunda ve Bankacılık Uygulamasında Kefalet, s. 42.

Yargıtay, 11. 10. 1985 tarihli ve 4637/4942 sayılı kararında¹⁷⁹, “*genel vekaletname ile tevkil edilen bir kimsenin ayrıca yetki verilmese dahi vekil edenin adına kefalet altına girmesinin mümkün bulunmasına Yargıtay’ın kökleşmiş içtihatlarının bu doğrultuda (TD. 31.3.1971 gün ve E. 840/K. 2594) olduğuna... göre yerinde bulunmayan temyiz itirazının reddi gerekir*” demek suretiyle, kefalet için özel bir temsil yetkisi verilmesinin gerek olmadığı sonucuna varmıştır.

İsviçre hukukuna bakıldığında, İsv. BK. m. 493, f. 6, “Bir kişinin, alacaklıya veya borçluya ya da bir üçüncü kişiye, kendi adına kefil olma konusunda özel yetki vermesi ile kefil olma vaadinde bulunması, kefaletin şekil koşullarına tabidir. Taraflar, yazılı şekle uyararak, kefilin sorumluluğunu borcun ilk ödenecek bölümüyle sınırlandırmayı kararlaştırabilirler” demek suretiyle kefalet sözleşmesinin kurulması için verilen temsil yetkisini kefalet ile aynı şekle tabi tutmuştur. Buna karşılık İsviçre Federal Mahkemesi, genel bir yetkilendirmenin varlığı halinde kanunun aradığı özel şekle uymamanın sözleşmeyi geçersiz kılmayacağı fikrindedir.¹⁸⁰

Nitekim BK. Tasarısı, İsv. BK. m. 493, f. 6 düzenlemesini Türk Hukukuna tatbik etmiş ve konuyu tartışmaya yer vermeyecek şekilde açıklığa kavuşturmuştur. BK. Tasarısı m. 583, f. 2’de, kefilin kendi adına kefil olma konusunda özel yetki vermesi halinde, bu yetkinin birinci fıkrada öngörülen şekil şartlarına tabi olduğunu ifade edilmiştir.

III. Kefalet sözleşmesinin değiştirilmesinde şekil

BK. m. 12’e göre “Kanunen tahriri olması lazım olan bir akdin tadili dahi tahriri olmak lazımdır. Şu kadar ki bu akdi nakz ve tadil etmiyen mütemim ve fer’i şartlar bu hükümden müstesnadır.” Söz konusu madde, kanunun bir sözleşme için emrettiği yazılı şeklin, sözleşmeye aykırı olmayan tamamlayıcı ve yan koşullar

¹⁷⁹ Yarg. 11 HD’nin 1.10.1985 T. 4637/4942 S. kararı için bkz. ARAL, s. 434-435 dn. 30; REİSOĞLU, Türk Hukukunda ve Bankacılık Uygulamasında Kefalet, s. 42 dn. 174.

¹⁸⁰ BGE 81 II 458 için bkz. REİSOĞLU, Türk Hukukunda ve Bankacılık Uygulamasında Kefalet, s. 43; aynı görüşte BECK, s. 98; VISCHER, s. 403.

dışında kalan bütün bölümlerdeki değişiklikler için de uygulanmak zorunda olduğunu düzenlemiştir.

BK. m. 484, kefalet sözleşmesinin yazılı şekilde yapılmasını öngörmüştür. Bu bakımdan kefalet sözleşmesini ortadan kaldırmayan ya da değiştirmeyen tamamlayıcı ve yan koşullar dışında kalan bölümlerde (esaslı unsurları ile ilgili) yapılacak değişiklikler, yazılı şekilde yapılmak zorundadır. Sözleşmeyi ortadan kaldırmayan ya da değiştirmeyen tamamlayıcı ve yan koşullardaki değişiklikler ise bir şekle tabi değildirler.¹⁸¹ Bu sebeple örneğin kefalet sözleşmesinde kararlaştırılmamış olan ifa zamanının ya da yerinin sonradan tespitinin yazılı şekilde yapılma zorunluluğu yoktur.¹⁸²

Değişiklikler aynı kefalet senedi üzerinde yapılabileceği gibi, senet dışında başka bir belgede de yer alabilirler.¹⁸³

İsviçre hukukunda ise kefalet sözleşmesinin değiştirilmesinde uygulanacak şekil hakkında m. 493, f. 5 hükmü bulunmaktadır. İlgili düzenlemeye göre, iki istisna dışında yapılan değişiklikler yazılı şekle tabidirler. Bu istisnalar, kefilin sorumluluğunun artırılması ve adi kefaletin müteselsil kefalete çevrilmesidir. Her iki halde yapılan değişiklikler, ait olduğu kefalet türünün geçerlilik şartına tabi olacaktır. Ancak doktrinde kefilin sorumluluğunu daraltan değişikliklerin, yazılı şekilde yapılmamaları halinde de geçerli olacakları kabul edilmektedir.¹⁸⁴

¹⁸¹TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 128-129; KILIÇOĞLU, s. 87; REİSOĞLU, Borçlar Hukuku, s. 76; AYBAY, Borçlar Hukuku, s. 34; NOMER, s. 60; ŞENYÜZ, s. 24; TUĞ, s. 127; TUNÇOMAĞ, s. 234; KAPLAN, Borçlar Hukuku, s. 88-89; DERYAL/GENÇ, s. 75; OĞUZMAN/ÖZ, s. 126; REİSOĞLU, Türk Hukukunda ve Bankacılık Uygulamasında Kefalet, s. 48; TANDOĞAN, Özel Borç İlişkileri, s. 761; YAVUZ, s. 540, yazar, kefilin sorumluluğunu hafifletici değişikliklerin yazılı şekilde yapılmasının gerekli olmadığı görüşündedir.

¹⁸²REİSOĞLU Borçlar Hukuku, s. 77; AYBAY, Borçlar Hukuku, s. 34; NOMER, s. 60-61; ŞENYÜZ, s. 24; TUĞ, s. 127; TUNÇOMAĞ, s. 234; KAPLAN, Borçlar Hukuku, s. 88-89; DERYAL/GENÇ, s. 75; OĞUZMAN/ÖZ, s. 126; REİSOĞLU, Türk Hukukunda ve Bankacılık Uygulamasında Kefalet, s. 48; KILIÇOĞLU, s. 87.

¹⁸³REİSOĞLU, Türk Hukukunda ve Bankacılık Uygulamasında Kefalet, s. 48; YAVUZ, s. 540 yazar, yeni tutarın sayı ile gösterilmesi gerektiği fikrindedir.

¹⁸⁴BECK, s. 99-100; BECKER, s. 1048; OSER/SCHÖNENBERGER, s. 156-157; GUHL/KOLLER/SCHNYDER/DRUEY, s. 630; VISCHER, s. 402-403.

BK. Tasarısı m. 583, f. 2 ve 3, “Taraflar yazılı şekle uyarak kefilin sorumluluğunu borcun belirli bir miktarıyla sınırlandırmayı kararlaştırabilirler. Kefalet sözleşmesinde sonradan yapılan ve kefilin sorumluluğunu artıran değişiklikler, kefalet için öngörülen şekle uyulmadıkça hüküm doğurmaz” demek suretiyle İsv. BK. m. 493, f. 5 hükmünü örnek almıştır.

IV. Asıl borçlunun değişmesinde şekil

Asıl borçlunun değişmesi, alacaklı ile borcu devralan kimse arasında kurulacak bir borcun nakli sözleşmesi ile gerçekleşir. Asıl borcu teminat altına alan kefilin, sorumluluğu borcun nakline rıza gösterdiği takdirde devam eder (BK. m. 176, f. 2) . Rızanın en geç nakil anına kadar verilmiş olması gerekir. Kefilin, her şekilde borçlu sıfatının değişmesine önceden rıza gösterdiğini beyan etmesi geçersizdir.¹⁸⁵

İsviçre hukukuna bakıldığında İsv. BK. m. 493, f. 5, kefilin borcun nakline yazılı olarak rıza göstermiş olması durumunda, sorumluluğunun devam edeceğini ifade etmektedir. Yazılı rızası bulunmazsa kefalet borcu da sona erecektir.¹⁸⁶

Türk hukukunda İsviçre hukukunda olduğu gibi açık bir düzenleme bulunmadığından, doktrinde de görüş ayrılıkları doğmuştur.

Bir görüşe¹⁸⁷ göre, kefilin borcun nakline vereceği rızası herhangi bir şekle tabi değildir. Rıza, açık veya örtülü (zımni) olarak verilebilir.

¹⁸⁵ ARAL, s. 460; AYBAY, Borçlar Hukuku, s. 180; OĞUZMAN/ÖZ, s. 966-967; YAVUZ, s. 560; ŞENYÜZ, s.131; KILIÇOĞLU, s. 609; NOMER, s. 247-248; AYAN, Borçlar Hukuku, s. 50; REİSOĞLU, Borçlar Hukuku, s. 421-422.

¹⁸⁶ BGE 60 II 333 için bkz. BECK, s. 100; OSER/SCHÖNENBERGER, s. 158-159.

¹⁸⁷ KILIÇOĞLU, s. 610; REİSOĞLU Borçlar Hukuku, s. 421-422; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 277.

Diğer bir görüşe¹⁸⁸ göre ise, BK. m. 484'ün ve BK. m. 176, f. 2'nin amacı göz önünde tutularak kefil açısından asıl borçlunun kişiliğinin ve ödeme gücünün önemli olması sebebiyle, kefilin borcun nakline mutlaka yazılı rıza vermiş olması gerekir.

V. Kefalet vaadinin şekli

BK'nun 22. maddesinin birinci fıkrasına göre, bir sözleşmenin ileri bir vadede yapılması zorunluluğunu doğuran sözleşmeler geçerlidir. Bu tür sözleşmelere "sözleşme yapma vaadi" veya "ön sözleşme" denilmektedir.

Bir sözleşmenin sözleşme vaadi sözleşmesi sayılabilmesi için, ileride yapılacağı taahhüt edilen sözleşmenin borç doğurucu nitelikte olması gerekir. Sözleşme vaadi, ileride yapılması taahhüt edilen sözleşmenin esaslı unsurlarını kapsamalıdır.¹⁸⁹

BK'nun 22. maddesinin ikinci fıkrası, ileride yapılacak sözleşme için kanun bir geçerlilik şekli öngörmüşse, sözleşme vaadi sözleşmesinin de o öngörölmüş şekilde yapılması halinde geçerli olacağını hükme bağlamıştır.

Kefalet sözleşmesi borç doğurucu nitelikte bir hukuki işlem olduğundan, kefaletin vaadi için bir sözleşme yapılması mümkündür. Kefalet vaadi sözleşmesi, kefalet sözleşmesinin esaslı unsurlarını kapsamalıdır.

BK. m. 484'e göre, kefalet sözleşmesi yazılı şekilde yapılmalıdır. BK. m. 22, f. 2 uyarınca, kefalet vaadi sözleşmesi de yazılı şekilde yapılmak zorundadır.¹⁹⁰

¹⁸⁸ TAŞDELEN, s. 758-759; OĞUZMAN/ÖZ, s. 967; NOMER, s. 248.

¹⁸⁹ DERYAL/GENÇ, s. 79; REİSOĞLU, Borçlar Hukuku, s. 80; EREN, s. 276 vd.; OĞUZMAN/ÖZ, s. 148-149; AYBAY, Borçlar Hukuku, s. 40-41; NOMER, s. 31; KAPLAN Borçlar Hukuku, s. 91; TAŞDELEN, s. 740.

¹⁹⁰ TANDOĞAN, Özel Borç İlişkileri, s. 760; DERYAL/GENÇ, s. 79; REİSOĞLU, Borçlar Hukuku, s. 80; EREN, s. 281; OĞUZMAN/ÖZ, s. 149; AYBAY, Borçlar Hukuku, s. 40-41; NOMER, s. 31; KAPLAN, Borçlar Hukuku, s. 91; HASAN AYRANCI, Önsözleşme, Ankara, 2006, s. 147.

Aynı sonuca İsv. BK. m. 493, f. 6'da da varılmıştır.

BK. Tasarısı m.583, f. 2, konuya ilişkin açık bir düzenleme getirmiş bulunmaktadır. Buna göre, diğer tarafa veya bir üçüncü kişiye kefil olma vaadinde bulunulması da birinci fıkrada öngörölmüş olan yazılı şekle tabi olacaktır.

§ 9. MADDİ ŞARTLAR

I. Kefalet ehliyeti

Kefil olma ehliyeti bakımından, gerçek ve tüzel kişileri ayrı ayrı incelemek gerekmektedir. Gerek gerçek kişilerin gerekse tüzel kişilerin kefil olma ehliyetine sahip olabilmeleri için hukuki işlem ehliyetine (fiil ehliyeti) sahip olmaları lazımdır.

Kefalet sözleşmesinin tek tarafa borç yükleyen bir sözleşme olması, kefilin korunmasını ayrıca gerektirir. Bu bakımdan kanunda bazı hallerde kefil olunması yasak edilmiş ya da kefaletin belirli koşullar altında hüküm ifade edeceği kabul edilmiştir.

1. Gerçek kişiler yönünden kefalet ehliyeti

A. Genel olarak

Herkes kendi fiil ve işlemleriyle kefalet gibi borç yaratma ehliyetine sahip değildir. Bir kimsenin hukuki işlem ehliyetine sahip olabilmesi için tabi ve hukuki bir olgunluk düzeyine ulaşmış olması lazımdır.¹⁹¹ Bunun için gereken şartlar:

¹⁹¹ MUSTAFA DURAL/TUFAN ÖĞÜZ, Türk Özel Hukuku (Cilt II: Kişiler Hukuku), İstanbul, 2006, s. 61; JALE G. AKİPEK/TURGUT AKINTÜRK, Kişiler Hukuku, C. 1, 4. Bası, İstanbul, 2002, s.

erginlik, sezginlik (ayırt etme gücüne sahip) ve kısıtlı olmamadır (MK. m. 10), yani gerçek kişinin kefalet verebilmesi için tam ehliyetli olması gerekir. Tam ehliyetliler, bir başkasının iznine muhtaç olmaksızın kendi fiilleriyle BK. m. 19 ve 20'nin (İsv. BK. m. 19- 20) sınırları dahilinde her türlü borç altına girebilirler.¹⁹²

Eğer kişi tam ehliyetsizse, kefalet sözleşmesi kuramaz, onun adına yasal temsilcisinin kefalet sözleşmesine izin veya sonradan icazet vermesi, sözleşmeyi geçerli kılmaz (MK. m. 449, İsv. MK. m. 408).¹⁹³

MK. m. 16'ya (İsv. MK. 19) göre, ayırt etme gücüne sahip küçükler ve ayırt etme gücüne sahip kısıtlılar, sınırlı ehliyetsizdirler. MK. m. 343 (İsv. MK. m. 305), ayırt etme gücüne sahip küçüklerin fiil ehliyetinin, ayırt etme gücüne sahip kısıtlı kişilerin ehliyeti gibi olduğunu öngörmüştür. Ayırt etme gücüne sahip kısıtlıların ve yasal temsilcilerinin, MK. m. 449 (İsv. MK. m. 408) uyarınca kefil olmaları yasaktır. Bu sebeple kefil olma, ayırt etme gücüne sahip küçükler ve yasal temsilcileri yönünden de yasak bir işlemdir.¹⁹⁴ Ancak kendilerine sulh mahkemesi bir meslek veya sanatla uğraşmaları için izin verilen kısıtlılar (MK. m. 453,455) ve küçükler

296-297; HÜSEYİN HATEMİ, *Kişiler Hukuku Dersleri*, 2. Bası, İstanbul, 2001, s. 26; TURGUT AKINTÜRK, *Medeni Hukuk*, 12. Bası, İstanbul, 2006, s. 119-120; BİLGE ÖZTAN, *Medeni Hukukun Temel Kavramları*, 22. Bası, Ankara, 2006, s. 247; ABDÜLKADİR ARPACI, *Kişiler Hukuku (Gerçek Kişiler)*, 2. Bası, 2000, İstanbul, s. 20.

¹⁹² DURAL/ÖĞÜZ, s. 61; AKİPEK/AKINTÜRK, s. 319; ÖZTAN, s. 257; DERYAL/GENÇ, s. 53; HATEMİ, *Kişiler Hukuku Dersleri*, s. 43; AKINTÜRK, *Medeni Hukuk*, s. 120; ALİ NAİM İNAN, *Medeni Hukuk*, Ankara, 2005, s. 100; M. KEMAL OĞUZMAN/ÖZER SELİÇİ/SAİBE OKTAY-ÖZDEMİR, *Kişiler Hukuku (Gerçek ve Tüzel Kişiler)*, 8. Bası, İstanbul, 2005, s. 63; HAUSHEER/AEBI-MÜLLER, s. 60; ARPACI, s. 34; SERAP HELVACI, *Gerçek Kişiler*, 2006, İstanbul, s. 39; YAVUZ, s. 536.

¹⁹³ DURAL/ÖĞÜZ, s. 74; ZEVKLİLER, *Özel Borç İlişkileri*, s. 398; ÖZTAN, s. 263; DERYAL/GENÇ, s. 55; HÜSEYİN HATEMİ, *Gerçek Kişiler Hukuku*, İstanbul, 2005, s. 24-25; HATEMİ, *Kişiler Hukuku Dersleri*, s. 49; AKINTÜRK, *Medeni Hukuk*, s. 135; İNAN, *Medeni Hukuk*, s. 102; AKİPEK/AKINTÜRK, s. 320-321; ÖZTAN, s. 258; OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, s. 63 vd; HAUSHEER/AEBI-MÜLLER, s. 60; ARPACI, s. 41 vd; HELVACI, s. 44.

¹⁹⁴ DURAL/ÖĞÜZ, s. 90; HATEMİ, *Gerçek Kişiler Hukuku*, s. 34-35; KARAHASAN, s. 1213; ARAL, s. 432-433; TANDOĞAN, *Özel Borç İlişkileri* s. 727; HATEMİ, *Kişiler Hukuku Dersleri*, s. 59; AKINTÜRK, *Medeni Hukuk*, s. 134; İNAN, *Medeni Hukuk*, s. 105; AKİPEK/AKINTÜRK, s. 351; ÖZTAN, s. 270; OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, s. 83-84; HONSELL/VOGT/WIEGAND, s. 2568-2569; BECK, s. 35-37; OSER/SCHÖNENBERGER, s. 115-116; GIOVANOLI, s. 43-44; GUHL/KOLLER/SCHNYDER/DRUEY, s. 629; VISCHER, s. 391; ARPACI, s. 59-60; HELVACI, s. 58; Yarg. 19 HD'nin 2.10.2001 T. 2053/6100 S. kararı için bkz. kazancı otomasyonu.

(MK. m. 359, f. 1, m. 343, f. 1), bu işin gereği olarak zorunlu kefalet sözleşmelerini izne ihtiyaç duymaksızın geçerli olarak kurabilirler.¹⁹⁵

Sınırlı ehliyetsizler karşılıksız kazanmalar yönünden tek başlarına hareket edebildiklerinden (MK. m. 16, f. 1, İsv. MK. m. 19, f. 1), kefalet sözleşmesini alacaklı sıfatıyla karşılıksız olarak yapabilirler. Kefalet sözleşmesinin türü önemli değildir.¹⁹⁶

B. İİK hükümleri uyarınca kefalet ehliyeti

a) Müflislerin kefalet ehliyeti

Müflisin, geçerli bir kefalet sözleşmesi kurması mümkündür. İİK. m. 191 (İsv. İİK. m. 204) uyarınca müflisin malları üzerinde tasarruf yetkisinin kalkmasına rağmen, bu durum, onun kefil olmasına engel teşkil etmez. Ancak kefalet müflis için bağlayıcı olmakla birlikte, alacaklı tarafından iflas masasına karşı ileri sürülemez. Alacaklının iflas masasına kefaleti ileri sürebilmesi için, İİK. m. 182 (İsv. İİK. m. 195) uyarınca iflasın kaldırılması gerekir.¹⁹⁷

¹⁹⁵ TANDOĞAN, Özel Borç İlişkileri, s. 726-727; REİSOĞLU, Türk Hukukunda ve Bankacılık Uygulamasında Kefalet, s. 30; ARAL, s. 433; İŞIKTAÇ, s. 80; YAVUZ, s. 536; HONSELL/VOGT/WIEGAND, s. 2568-2569; BECK, s. 35-36; GÜHL/KOLLER/SCHNYDER/DRUEY, s. 629; VISCHER, s. 391-392 (İsv. MK. m. 412, İsv. MK. 280).

¹⁹⁶ DURAL/ÖĞÜZ, s. 87; HATEMİ, Kişiler Hukuku Dersleri, s. 58-59; AKINTÜRK, Medeni Hukuk, s. 133; İNAN, Medeni Hukuk, s. 104; AKİPEK/AKINTÜRK, s. 341; ÖZTAN, s. 269; OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, s. 82; HONSELL/VOGT/WIEGAND, s. 2568-2569; BECK, s. 35-37; OSER/SCHÖNENBERGER, s. 115-116; GIOVANOLI, s. 43-44; GÜHL/KOLLER/SCHNYDER/DRUEY, s. 629; ARPACI, s. 63-64; HELVACI, s. 56.

¹⁹⁷ TANDOĞAN, Özel Borç İlişkileri, s. 730; REİSOĞLU, Türk Hukukunda ve Bankacılık Uygulamasında Kefalet, s. 28; KARAHASAN, s. 1214; GRASSINGER, s. 78; ZEVKLİLER, Özel Borç İlişkileri, s. 398; YAVUZ, s. 537; HONSELL/VOGT/WIEGAND, s. 2568; BECK, s. 38; GÜHL/KOLLER/SCHNYDER/DRUEY, s. 629; OSER/SCHÖNENBERGER, s. 116; GIOVANOLI, s. 45; ARAL, s. 433.

b) Kendisine konkordato mühleti verilmiş borçluların kefalet ehliyeti

İİK. m. 290'a göre, kendisine mahkeme tarafından konkordato mühleti verilmiş olan borçlunun kefil olması mümkün değildir, yapmış olduğu kefaletler de kesin hükümsüzdür.¹⁹⁸

Hükümsüzlüğü, kefil olan kimse, onun diğer alacaklıları ve üçüncü kişiler ileri sretilirler. Konkordato komiserinin izin vermesi ya da alacaklıların söz konusu kefalete muvafakat etmeleri veya konkordatonun reddedilmesi hallerinde dahi kefalet geçerli olmaz.¹⁹⁹

İsviçre İcra ve İflas Kanunu'nun 298. maddesi uyarınca, konkordato sresinin resmen tasdik edilmesinden itibaren borçlu artık kefil olamaz. Buna rağmen kurulan kefaletler alacaklının muvafakati de olsa geçersizdir.²⁰⁰

c) Kendisine İİK. m. 317 vd. hükümlerine göre fevkalade mühlet verilmiş borçluların kefalet ehliyeti

Ekonomik buhranlar, yangın, yer sarsıntısı, savaş gibi fevkalade haller sebebi ile kusursuz olarak borçlarını ödeyemeyen borçlulara borçlarını ödeyebilmeleri için İİK. m. 317 ve devamı maddelerince mühlet tanınabilir. İİK. m. 325 uyarınca bu borçluların kefalet sözleşmesi kurması tetkik merciince yasaklanabilir. Yasaklanmış olursa, bu kimselerin kefalet ehliyeti olmayacak ve kefalet sözleşmesi yapmışlarsa bu sözleşme geçersiz olacaktır.

¹⁹⁸ ZEVKLİLER, zel Borç İlişkileri, s. 398; KARAHASAN, s. 1214; OLGAÇ, Kazai ve İlmi İçtihatlarla Türk Borçlar Kanunu Akdin Nevileri, s. 424; REİSOğLU, Türk Hukukunda ve Bankacılık Uygulamasında Kefalet s. 28; ARAL, s. 433; İşIKTA, s. 80; YAVUZ, s. 537.

¹⁹⁹ TANDOğAN, zel Borç İlişkileri, s. 730; GRASSİNGER, s. 77.

²⁰⁰ HONSELL/VOGT/WIEGAND, s. 2568; BECK, s. 38; BUCHER, s. 293; GUHL/KOLLER/SCHNYDER/DRUEY, s. 629; OSER/SCHÖNENBERGER, s. 116; GIOVANOLI, s. 45; VISCHER, s. 392.

İsviçre İcra ve İflas Kanunu'nun 317a maddesine göre, kendisine fevkalade mühlet verilmiş olan borçluların kefaleti de yukarıda bahsedilen düzenlemelerdeki gibi sınırlandırılmıştır.²⁰¹

C. Kendisine yasal danışman tayin edilenlerin kefalet ehliyeti

Kendisine yasal danışman tayin edilen kimse, danışmanın iznini alması koşuluyla geçerli bir kefalet sözleşmesi kurabilir (MK. m. 429, f. 1, b. 9, İsv. MK. m. 395, f. 1, b. 9). Yasal danışmanın iznini almadan yapılan kefalet sözleşmesi, tek taraflı olarak bağlayıcı değildir. Ancak böyle bir sözleşme sonradan verilen icazet ile geçerlilik kazanabileceği gibi, yasal danışmanlık sona erdikten sonra kefilin kendisinin icazet vermesiyle de geçerli olabilir.²⁰²

D. Evli kişilerin kefalet ehliyeti

Eski MK. m. 169, “karı koca arasında her nevi hukuki tasarruf caizdir. Karının şahsi mallarına veya mal ortaklığı usulüne tabi mallara dair karı koca arasındaki hukuki tasarruflar, sulh hâkimi tarafından tasdik olunmadıkça muteber olmaz. Koca menfaatine olarak karı tarafından üçüncü şahsa karşı iltizam olunan borçlar için dahi hüküm böyledir” şeklindeydi. Bu hükmün sonucu olarak evli bir kadın kefalet sözleşmesi kurmak istediğinde, eşler arasındaki mal rejimi hangi türde olursa olsun, sulh hâkiminin rızasını alması gerekiyordu. Anılan maddenin ikinci

²⁰¹ HONSELL/VOGT/WIEGAND, s. 2568; GUHL/KOLLER/SCHNYDER/DRUEY, s. 629; BUCHER, s. 293; OSER/SCHÖNENBERGER, s. 116; GIOVANOLI, s. 45-46; VISCHER, s. 392.

²⁰² DURAL/ÖĞÜZ, s. 63; HATEMİ, Kişiler Hukuku Dersleri, s. 48; AKINTÜRK, Medeni Hukuk, s. 130-131; İNAN, Medeni Hukuk, s. 102; AKİPEK/AKINTÜRK, Kişiler Hukuku, s. 354; ÖZTAN, s. 272; OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, s. 85-86; YAVUZ, s. 536; HELVACI, s. 39; ARAL, s. 433; HONSELL/VOGT/WIEGAND, s. 2568; BECK, s. 36; GUHL/KOLLER/SCHNYDER/DRUEY, s. 629; OSER/SCHÖNENBERGER, s. 115; HAUSHEER/AEBI-MÜLLER, s. 84; VISCHER, s. 391.

fikrasıyla, evli kadının kocası yararına icra dairesi huzurunda takip alacaklısı lehine verdiği kefaletlerin hüküm doğurabilmesi de, sulh hâkiminin onayına bağlanmıştı.²⁰³

MK. m. 193, “Kanunda aksine hüküm bulunmadıkça, eşlerden her biri diğeri ve üçüncü kişilerle her türlü hukuki işlemi yapabilir” demek suretiyle, evli kadının kefalet vermesinde sulh hâkiminin onayını kaldırmış bulunmaktadır.

Ancak MK. m. 199 düzenlemesi, MK. m. 193 ile getirilen serbestiye sınırlama getirmiş bulunmaktadır. MK. m. 199, “Ailenin ekonomik varlığının korunması veya evlilik birliğinden doğan mali bir yükümlülüğün yerine getirilmesi gerektirdiği ölçüde, eşlerden birinin istemi üzerine hâkim, belirleyeceği malvarlığı değerleriyle ilgili tasarrufların ancak onun rızasıyla yapılabileceğine karar verebilir. Hâkim bu durumda gerekli önlemleri alır.” demek suretiyle sayılan hallerde eşlerden birinin tasarrufunu, diğer eşin rızasına bağlı kılabilmektedir. Birinci fıkrada belirtilen malvarlığı değerleriyle ilgili tasarrufların kapsamına kefalet sözleşmesinin dahil olduğu kabul edildiği takdirde, kefalet de MK. m. 199 uyarınca eşin rızasına bağlı olarak geçerli olacaktır.²⁰⁴

İsv. BK. m. 494, f. 1’e göre, kadın erkek ayırımı yapılmaksızın eşlerden birinin kefil olabilmesi için, eşler hakkında mahkeme tarafından verilmiş bir ayrılık kararı olmadığı veya kanundan doğan ayrı yaşama hakkı doğmadığı müddetçe, diğer eşin yazılı rızası gerekmekte, ancak tacirler ve ticaret ortaklıklarının yöneticileri için bu şart aranmamaktadır (İsv. BK. m. 494, f. 2).²⁰⁵ Aynı şekilde kefalet sözleşmesinde

²⁰³ OLGAC, Kazai ve İlmi İçtihatlarla Türk Borçlar Kanunu Akdın Nevileri, s. 423-424; TANDOĞAN, Özel Borç İlişkileri, s. 727; REİSOĞLU, Türk Hukukunda ve Bankacılık Uygulamasında Kefalet s. 26; GRASSİNGER, s. 74; NİHAT BARTU, “İsviçre Kefalet Hukukunun Tadili”, İBD, S. 4, Y. 16, İstanbul, 1942, s. 247; GÜZİDE ALPAR, “Karı Koca Arasındaki Hukuki Tasarruflar”, AD, Y. 47, S. 2, Ankara, 1950, s. 225; SÜHA TANRIVER, “İcra ve Temyiz Kefaletleri (Kefaletnameleri)”, Makalelerim (1985-2005), 1. Bası, Ankara, 2005, s. 272-273; AKİNTÜRK, Medeni Hukuk, s. 130; HATEMİ, Kişiler Hukuku Dersleri, s. 47; AKİPEK/AKİNTÜRK, s. 352.

²⁰⁴ BARLAS, “Kefalet Hukukuna İlişkin Bazı Sorunlar ve Yargıtay Uygulaması”, s. 55; AKİNTÜRK, Medeni Hukuk, s. 130; İNAN, Medeni Hukuk, s. 101; AKİPEK/AKİNTÜRK, s. 353.

²⁰⁵ TANDOĞAN, Özel Borç İlişkileri, s. 730; GRASSİNGER, s. 77; ATA KARATAY, “İsviçre Borçlar Kanununun Değişen Kefalet Hükümleri Üzerine Mukayeseli Bir İnceleme”, İBD, C. 26, S. 11-12, İstanbul, 1952, s. 622; HONSELL/VOGT/WIEGAND, s. 2587; BECK, s. 105 vd; GUHL/KOLLER/SCHNYDER/DRUEY, s. 629; OSER/SCHÖNENBERGER, s. 161 vd; GIOVANOLI, s. 89 vd; BUCHER, s. 293; VISCHER, s. 394-395.

sonradan yapılan ve kefilin sorumlu olacağı miktarın artmasına veya aği kefaletin müteselsil kefalete dönüşmesine ya da kefil yararına olan güvencelerin önemli ölçüde azalmasına sebep olmayan değişiklikler için de eşin rızası gerekli değildir (İsv. BK. m. 494, f. 3).²⁰⁶

İsv. MK. m. 177, f. 3, evli kadının, kocası menfaatine üçüncü kişilere kefaletinde kocasının rızasının dışında, vesayet makamının rızasını da aramıştır.²⁰⁷

BK. Tasarısı m. 584, İsv. BK. m. 494'ün ilgili maddelerini göz önünde bulundurarak konuya ilişkin yeni bir düzenleme getirmiştir. Anılan madde, "Eşlerden biri mahkemece verilmiş bir ayrılık kararı olmadıkça veya yasal olarak ayrı yaşama hakkı doğmadıkça, ancak diğerinin yazılı rızasıyla kefil olabilir; bu rızanın sözleşmenin kurulmasından önce ya da en geç kurulması anında verilmiş olması şarttır. Kefalet, ticaret siciline kayıtlı bir işletmenin sahibi; bir kollektif ortaklığın ortağı, bir komandit ortaklığın sınırsız sorumlu ortağı; bir anonim ortaklığın yöneticisi veya müdürü, bir sermayesi paylara bölünmüş komandit ortaklığın müdürü veya bir limited ortaklığın yönetici ortağı tarafından işletmeyle ilgili olarak verilmişse, eşin rızası aranmaz. Kefalet sözleşmesinde sonradan yapılan ve kefilin sorumlu olacağı miktarın artmasına veya adi kefaletin müteselsil kefalete dönüşmesine ya da kefil yararına olan güvencelerin önemli ölçüde azalmasına sebep olmayan değişiklikler için de eşin rızası gerekmez" demek suretiyle 2. ve 3. fıkralarda düzenlenen haller dışında evli kimsenin kefaletini diğer eşin rızasına tabi tutmuştur.

²⁰⁶ BECK, s. 109; OSER/SCHÖNENBERGER, s. 167; GIOVANOLI, s. 89 vd; GAUCH/AEPLI/CASANOVA, s. 369; VISCHER, s. 394-395.

²⁰⁷ OSER/SCHÖNENBERGER, s. 172; BECK, s. 113-114; GIOVANOLI, s. 42 vd; VISCHER, s. 394-395.

E. Noterlerin kefalet ehliyeti

1512 sayılı Noterlik Kanunu m. 50, f. 3, noterlerin görevleri ile ilgili işlemler için kefil olmalarını yasaklamıştır.²⁰⁸ Noterler, yasağa rağmen kefil olmaları durumunda para cezasına çarptırılırlar. **Tandoğan**'a göre, yaptırımın sadece para cezası olması sonucu, kefalet sözleşmesinin konusunda bir hukuka aykırılık mevcut olmadığı sürece noterlerin yapacağı kefalet sözleşmesi geçersiz sayılmamalıdır.²⁰⁹

2. Tüzel kişiler yönünden kefalet ehliyeti

A. Genel olarak

Tüzel kişiler, belirli ve sürekli bir amaca özgülümlenmiş ve kendisine bunun için kişilik tanınmış kişi veya mal topluluklarıdır. Amacın sürekliliğinden kastedilen, amaca ulaşmak için yapılan işlemlerin sürekli olmasıdır.²¹⁰

MK. m. 48'e (İsv. MK. m. 53) göre, tüzel kişiler, sadece gerçek kişilere has olanlar dışında bütün hak ve borçları iltizam edebilirler. Tüzel kişilerin hukuki işlem ehliyetini (fiil ehliyeti) nasıl kazanacaklarını MK. m. 49 (İsv. MK. m. 54) düzenlemiştir. MK. m. 49, "Tüzel kişiler, kanuna ve kuruluş belgelerine göre gerekli organlara sahip olmakla, fiil ehliyetini kazanırlar" şeklindedir. MK. m. 50 (İsv. MK. m. 55) ise tüzel kişilerin fiil ehliyetini nasıl kullanacaklarını düzenlenmiştir. Anılan madde, "Tüzel kişinin iradesi, organları aracılığıyla açıklanır. Organlar, hukuki işlemleri ve diğer bütün fiilleriyle tüzel kişiyi borç altına sokarlar. Organlar, kusurlarından dolayı ayrıca kişisel olarak sorumludurlar" şeklindedir. Her iki

²⁰⁸ İNAN, Medeni Hukuk, s. 261; TANDOĞAN, Özel Borç İlişkileri, s. 730; ZEVLİLİLER, Özel Borç İlişkileri s. 398.

²⁰⁹ TANDOĞAN, Özel Borç İlişkileri, s. 730.

²¹⁰ HATEMİ, Kişiler Hukuku Dersleri, s. 113; AKINTÜRK, Medeni Hukuk, s. 177-178; İNAN, Medeni Hukuk, s. 145-146; AKİPEK/AKINTÜRK, s. 516-517; ÖZTAN, s. 320; HAUSHEER/AEBI-MÜLLER, s. 265.

maddeden çıkan sonuç, tüzel kişilerin hukuki işlem ehliyetine sahip olabilmelerinin, kanun veya tüzüklerine göre öncelikle gerekli olan organlarının kurulması yoluyla mümkün olduğu ve söz konusu ehliyetlerini ancak yetkili organları vasıtasıyla kullanabilip borç altına girebilecekleridir.²¹¹ Dolayısıyla tüzel kişilerin kefalet sözleşmesi yapabilmeleri için, bunun yetkili organları tarafından yapılmış olması gerekir. Yetkili olmayan organın yapmış olduğu kefalet, tüzel kişiyi bağlamaz.

B. Özel hukuk tüzel kişilerinin kefalet ehliyeti

Özel hukuk tüzel kişileri, özel hukuk alanında faaliyet göstermek için belli bir amaç çerçevesinde hukuki bir işlemle kurulan tüzel kişilerdir. Hukuki işlemle kanunun öngördüğü tipte tüzel kişiler kurulabilir (numerus clausus ilkesi).²¹² Özel hukuk tüzel kişilerini kazanç paylaşma amacı güden ve kazanç paylaşma amacı gütmeyen tüzel kişiler olarak iki gruba ayırmak mümkündür. Kazanç paylaşma amacına sahip özel hukuk tüzel kişileri, ticaret şirketleri ve kooperatiflerdir. Kazanç paylaşma amacı gütmeyen özel hukuk tüzel kişileri ise, dernek ve vakıflardır.²¹³ Kamu İktisadi Teşebbüsleri, 233 sayılı Kamu İktisadi Teşebbüsleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname ile saklı tutulan hususlar dışında özel hukuk hükümlerine tabidir. Söz konusu teşebbüslerin sermayelerinin % 50'sinden fazlası kendilerine ait olmak üzere anonim şirket kurmaları mümkündür ve bu şirketler, özel hukuk tüzel kişileridir. Ancak, kamu iktisadi teşebbüsünün kendi niteliğinin kamu mu yoksa özel hukuk tüzel kişisi mi olduğu konusunda doktrinde kabul edilen görüş, hem kamu

²¹¹ GRASSİNGER, s. 78; ERGUN ÖZSUNAY, Medeni Hukukumuzda Tüzel Kişiler, 5. Bası, İstanbul, 1982, s. 71; DURAL/ÖĞÜZ, s. 236; TEOMAN AKÜNAL, Türk Medeni Hukukunda Tüzel Kişiler, 2. Bası, İstanbul, 1995, s. 33; İNAN, Medeni Hukuk, s. 149; HATEMİ, Kişiler Hukuku Dersleri, s. 143; AKINTÜRK, Medeni Hukuk, s. 185-186; AKİPEK/AKINTÜRK, Kişiler Hukuku, s. 561-562; ÖZTAN, s. 333; HAUSHEER/AEBI-MÜLLER, s. 266-267.

²¹² DURAL/ÖĞÜZ, s. 217; HATEMİ, Kişiler Hukuku Dersleri, s. 142; AKINTÜRK, Medeni Hukuk, s. 180; İNAN, Medeni Hukuk, s. 147; AKİPEK/ AKINTÜRK s. 534; ÖZTAN s. 324; HAUSHEER/AEBI-MÜLLER, s. 269; HANS MICHAEL RIEMER, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht Das Personenrecht 3. Abteilung 1. Teilband Art. 52-59 ZGB 3. Auflage 1993, Bern, s. 27.

²¹³ DURAL/ÖĞÜZ, s. 219; ÖZTAN, s. 324; HATEMİ, Kişiler Hukuku Dersleri, s. 114-115; AKINTÜRK, Medeni Hukuk, s. 180-181; İNAN, Medeni Hukuk, s. 147; AKİPEK/AKINTÜRK, Kişiler Hukuku, s. 535-536.

hem de özel hukuk tüzel kişilerinin özelliklerine sahip olmaları nedeniyle karma nitelikte tüzel kişiler olduğu yönündedir.²¹⁴

a) Derneklerin kefalet ehliyeti

MK. m. 56 derneğin tanımını yapmıştır. Bu maddeye göre, dernekler, “en az yedi gerçek kişinin kazanç paylaşma dışında belirli ve ortak bir amacı gerçekleştirmek üzere, bilgi ve çalışmalarını sürekli olarak birleştirmek suretiyle oluşturdukları, tüzel kişiliğe sahip toplulukları”dır.

Tanımdan anlaşılacağı üzere, derneklerin belirli ve ortak bir amacı vardır ve bu amaç kazanç paylaşma dışındadır, yani iktisadi değildir. MK. m. 56’da derneğin amacı açık olarak tanımlanmamakla beraber, bu amacın iktisadi olmaması, ideal nitelik taşıdığını göstermektedir.²¹⁵ Dernekler, amaçlarını gerçekleştirmek için iktisadi faaliyetler de bulunabilirler, ancak bu faaliyetler sonucunda üyelerine parasal bir kazanç sağlayamazlar.²¹⁶

5253 sayılı Dernekler Kanunu m. 2/a, derneği MK. m. 56’ya benzer olarak şu şekilde tanımlamıştır: “Dernek, kazanç paylaşma dışında, kanunlarla yasaklanmamış belirli ve ortak bir amacı gerçekleştirmek üzere, en az yedi gerçek veya tüzel kişinin, bilgi ve çalışmalarını sürekli olarak birleştirmek suretiyle oluşturdukları tüzel kişiliğe sahip kişi topluluklarını ifade eder.”

²¹⁴ DURAL/ÖĞÜZ, s. 220-221; İNAN, Medeni Hukuk, s. 146-147; AKİPEK/AKINTÜRK, s. 534-535, yazarlar, kamu iktisadi teşebbüslerinin özel hukuk tüzel kişisi olduğunun TTK. m. 18, f. 2 hükmüyle örtülü olarak kabul edildiği görüşündedirler.

²¹⁵ DURAL/ÖĞÜZ, s. 256; CEMALİ ÖZKAN, Dernekler ve Vakıflar, Ankara, 2000, s. 528; ÖZSUNAY, s. 36-37; AKÜNAL, s. 57; AKINTÜRK, Medeni Hukuk, s. 198-199; MEHMET ÖZGÜR AVCI, Türk Medeni Kanununa Göre Vakıf Yönetim Organı, İstanbul, 2006, s. 26; İNAN, Medeni Hukuk, s. 154; AKİPEK/AKINTÜRK, s. 577-578; ÖZTAN, s. 341; OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, s. 239.

²¹⁶ DURAL/ÖĞÜZ, s. 268-269; ŞERAFETTİN GÖKALP, “Yeni Dernekler Kanunu”, TBB, Y. 18, S. 58, Ankara, 2005, s. 209; AKINTÜRK, Medeni Hukuk, s. 202; İNAN, Medeni Hukuk, s. 154-155; AKİPEK/AKINTÜRK, s. 566; ÖZTAN, s. 342; OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, s. 240.

Dernekler Kanunu m. 30/a, “Dernekler, tüzüklerinde gösterilen amaç ve bu amacı gerçekleştirmek üzere sürdürüleceği belirtilen çalışma konuları dışında faaliyette bulunamazlar” demektedir.

Derneklerin amacı ve çalışma konuları derneğin tüzüğünde belirtilir. Kanunda derneklerin fiil ehliyeti bakımından herhangi bir hüküm yoktur. Ancak 36. maddede, Dernekler Kanunu’nda hüküm bulunmayan hallerde MK. hükümlerinin uygulanacağı ifade edilmiştir. Bu bakımdan MK m. 90’na göre derneğin fiil ve kefalet ehliyetini saptamak lazımdır. MK. m. 90, f. 1, “Dernekler, amaçlarını gerçekleştirmek üzere, tüzüklerinde belirtilen çalışma konuları ve biçimleri doğrultusunda faaliyette bulunurlar” şeklindedir.

Anılan madde uyarınca, dernekler tüzüklerinde belirtilen gayelerini gerçekleştirmek üzere kefalet sözleşmesi kurabilirler. Diğer bir deyişle derneklerin kefalet ehliyetleri tüzüklerinde gösterilen amaçlarını gerçekleştirmek üzere çalışma konuları ile sınırlandırılmıştır.²¹⁷

5253 sayılı Dernekler Kanunu m. 5, “Uluslararası faaliyet” başlığı altında f. 1’de derneklerin uluslararası faaliyetlerini (MK. m. 91), f. 2’de yabancı derneklerin Türkiye’deki faaliyetlerini (MK. m. 92) düzenlemiştir.

5253 sayılı Dernekler Kanunu m. 5, f. 1, “Dernekler, tüzüklerinde gösterilen amaçları gerçekleştirmek üzere uluslar arası faaliyette veya işbirliğinde bulunabilir, yurt dışında temsilcilik veya şube açabilir, yurt dışında dernek veya üst kuruluş kurabilir veya yurt dışında kurulmuş dernek veya kuruluşlara katılabilirler” demektedir. Hükümün MK. m. 91 ile birlikte anlamı, derneklerin amaçları

²¹⁷DURAL/ÖĞÜZ, s. 308; OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, s. 254-255; REİSOĞLU, Türk Hukukunda ve Bankacılık Uygulamasında Kefalet, s. 22; GRASSİNGER, s. 78-79; TANDOĞAN, Özel Borç İlişkileri, s. 730-732; YAVUZ, s. 537; RONA SEROZAN, Tüzel Kişiler, İstanbul, 1990, s. 47; ÖZSUNAY, s. 76; BÜLENT KÖPRÜLÜ, Medeni Hukuk, 2. Bası, İstanbul, 1984, s. 414; ARAL, 433; ZEVKLİLER, Özel Borç İlişkileri s. 398; AKİPEK/AKINTÜRK, s. 566; HATEMİ, Kişiler Hukuku Dersleri, s. 147; AKINTÜRK, Medeni Hukuk, s. 199; AVCI, Türk Medeni Kanununa Göre Vakıf Yönetim Organı, s. 26-27; İNAN, Medeni Hukuk, s. 158; ÖZTAN, s. 332-333; HAUSHEER/AEBI-MÜLLER, s. 285; RIEMER, s. 136.

doğrultusunda uluslar arası faaliyette bulunabilmek konusunda tam bir serbestiye sahip oldukları²¹⁸ ve dolayısıyla amaçlarını gerçekleştirmek üzere uluslar arası boyutta kefalet sözleşmesi de kurabilecekleridir.

5253 sayılı Dernekler Kanunu m. 5, f. 2, “Yabancı dernekler, Dışişleri Bakanlığının görüşü alınmak suretiyle İçişleri Bakanlığının izniyle Türkiye’de faaliyette veya işbirliğinde bulunabilir, temsilcilik veya şube açabilir, dernek veya üst kuruluş kurabilir veya kurulmuş dernek veya üst kuruluşlara katılabilirler” şeklindedir. Bu hükmün MK. m. 92 ile birlikte anlamı da, yabancı derneklerin yarar görülen hallerde ve karşılıklı olmak koşuluyla gerekli izinlerin alınması sonucu Türkiye’de faaliyette bulunabilecekleridir. Bu bağlamda yabancı dernekler de kendi hukukları çerçevesinde yasaklanmamış ise Türkiye’de yapılacak bir kefalet sözleşmesinin tarafı olabilirler.²¹⁹

b) Vakıfların kefalet ehliyeti

MK. m. 101, f. 1, vakfın tanımını yapmıştır. Anılan fıkraya göre: “Vakıflar, gerçek veya tüzel kişilerin yeterli mal ve hakları belirli ve sürekli bir amaca özgülemeleriyle oluşan tüzel kişiliğe sahip mal topluluklarıdır.”

Tanımdan anlaşılacağı üzere, vakıf tüzel kişiliğe haiz, belli ve sürekli bir amacı gerçekleştirmek üzere kurulmuş malvarlığı değerlerinin bir araya getirilmesidir. Vakfın amacı, vakıf senedinde belirtilir ve vakfeden tarafından hukuki kurallar çerçevesinde serbestçe tayin edilir.²²⁰ Ancak söz konusu amaç, kazanç paylaşma niteliği taşımaz.²²¹

²¹⁸ FERİHA B. TANRIBİLİR, , “Yabancıların Dernek Kurma Özgürlüğü”, GÜHFD, C. 4, S. 1-2, Ankara, 2003, s. 48; AKINTÜRK, Medeni Hukuk, s. 199; ÖZTAN, s. 344.

²¹⁹ HÜSEYİN ALTAŞ, “4748-4771 Sayılı Yasalarla Dernekler Kanunu’nda Yapılan Değişiklikler ve Mevzuata Etkisi”, GÜHFD, C. 6, S. 1-2, Ankara, 2003 s. 48; AKINTÜRK, Medeni Hukuk, s. 199; ÖZTAN, s. 344.

²²⁰ DURAL/ÖĞÜZ, s. 340-341; ÖZSUNAY, s. 37; AKÜNAL, s. 119; SEROZAN, Tüzel Kişiler, s. 102; İLHAN DEMİR, Yeni Vakıfların Temel Kitabı, Ankara, 1998, s. 69-70; ÖZKAN, s. 10;

Vakfin faaliyetleri, vakfin özgülendiği gaye doğrultusunda belirlenir. Bu bakımdan vakfin kefalet ehliyeti vakfin amacı ile sınırlandırılmıştır. Vakfin kefalet ehliyeti, vakıf senedinde gösterilen amacın gerçekleştirilmesi ile sınırlı olup, bu sınır vakfin hem ulusal hem de uluslar arası faaliyetlerinde geçerlidir.²²²

227 sayılı Vakıflar Genel Müdürlüğünün Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin ek 3. maddesinin 3. fıkrası, “Yabancı ülkelerde kurulmuş vakıflar, uluslar arası alanda işbirliği yapılmasında yarar görülen hallerde, karşılıklı olmak koşulu ile, Dışişleri Bakanlığı’nın görüşü alınmak suretiyle, İçişleri Bakanlığı’nın izniyle Türkiye’de faaliyette bulunabilirler, temsilcilik kurabilirler, şube açabilirler, üst kuruluşlar kurabilirler, kurulmuş üst kuruluşlara katılabilirler veya kurulmuş vakıflarla işbirliği yapabilirler. Bu vakıflar, Türk Medeni Kanunu hükümlerine göre kurulan vakıflar hakkında uygulanan mevzuata tabidir” demektedir. Bu bağlamda yabancı vakıflar, söz konusu şartların gerçekleşmesiyle Türkiye’de faaliyette bulunabilecekler ve amaçları çerçevesinde kefalet sözleşmesi kurabileceklerdir.²²³

HATEMİ, Kişiler Hukuku Dersleri, s. 147; AKINTÜRK, Medeni Hukuk, s. 214-215; İNAN, Medeni Hukuk, s. 172; ÖZTAN, s. 385; OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, s. 275-276.

²²¹ DURAL/ÖĞÜZ, s. 341; ÖZSUNAY, s. 36; ÖZTAN, s. 324; HATEMİ, Kişiler Hukuku Dersleri, s. 114; AKINTÜRK, Medeni Hukuk, s. 181; İNAN, Medeni Hukuk, s. 147; OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, s. 276; ALİ EM, Türk Hukuk Sisteminde Vakıflar, Ankara, 2006, s. 21-22.

²²² Vakıfların yurtdışında faaliyette bulunmaları, derneklerin tabi olduğu hükümlerin kıyas yoluyla vakıflara uygulanacağına ilişkin MK’nun 117. maddesi hükmü gereği olanaklıdır (MK. m. 117, f. 2, m. 91); REİSOĞLU, Türk Hukukunda ve Bankacılık Uygulamasında Kefalet, s. 23; GRASSINGER, s. 78-79; DEMİR, s. 71; TANDOĞAN, Özel Borç İlişkileri, s. 730-732; YAVUZ, s. 537; SEROZAN, Tüzel Kişiler, s. 47; ÖZSUNAY, s. 76; KÖPRÜLÜ, Medeni Hukuk, s. 414; ARAL, 433; ZEVLİLER, Özel Borç İlişkileri, s. 398; AKİPEK/AKINTÜRK, s. 566; HATEMİ, Kişiler Hukuku Dersleri, s. 147; AKINTÜRK, Medeni Hukuk, s. 214-215; AVCI, s. 26-27; İNAN, Medeni Hukuk, s. 151; ÖZTAN, s. 332-333; HAUSHEER/AEBI-MÜLLER, s. 285; RIEMER, s. 136.

²²³ MEHMET UÇUM, “Türkiye’de Yabancı Vakıf Faaliyetlerinin Yasal Çerçevesi ve Uygulama Esasları”, Legal HD, C. 2, S. 14, İstanbul, 2004, s. 416; ÖZTAN, s. 392; OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, s. 97.

c) Ticaret şirketlerinin kefalet ehliyeti

TTK. m. 136'ya göre, ticaret şirketleri; kollektif, komandit, anonim, limited ve kooperatif şirketlerinden ibarettir.

Ticaret şirketleri, kazanç paylaşma amacına özgülünen özel hukuk kişilerindendir.²²⁴

TTK. m. 137, "Hükmi şahısların ehliyeti" başlığı altında ticaret şirketlerinin fiil ehliyetini düzenlemiştir. İlgili maddeye göre: Ticaret şirketleri hükmi şahsiyeti haiz olup, şirket mukavelesinde yazılı işletme mevzuunun çevresi içinde kalmak şartıyla bütün hakları iktisap ve borçları iltizam edebilirler. Bu husustaki kanuni istisnalar mahfuzdur" demektedir.

Bu hükmün anlamı, ticaret şirketlerinin şirket ana sözleşmesinde yazılı işletme konusu (ultra vires ilkesi) ile sınırlı olarak faaliyetlerde bulunabilecekleridir. Şirketin konusu ve amacı dışında kalan faaliyetleri kesin hükümsüzdür. Bunların şirketin genel kurul kararının onayıyla dahi geçerli hale getirilmeleri mümkün değildir.²²⁵ Maddedeki işletme konusunun çevresi içinde kalma koşulunda, işletme konusunun gerçekleştirilebilmesini doğrudan doğruya veya dolaylı olarak sağlayan faaliyetlerden bahsedilmektedir. Bu koşulu yorumlarken, ticari hayatın doğal gereklerini göz önünde tutmak katı ve dar bir yorumdan kaçınmak gerekir. Aksi halde şirketin işletme konusu içindeki faaliyetlerini sağlamaya veya kolaylaştırmaya

²²⁴DURAL/ÖĞÜZ, s. 212; ÖZSUNAY, s. 35; ÖZTAN, s. 324; REİSOĞLU, Türk Hukukunda ve Bankacılık Uygulamasında Kefalet, s. 23; İBRAHİM ARSLANLI, Şirketler Hukuku Bilgisi, 10. Bası, Konya, 2005, s. 83; HATEMİ, Kişiler Hukuku Dersleri, s. 114; AKİPEK/AKINTÜRK, Kişiler Hukuku, s. 540; ÇEKER, s. 7; PULAŞLI, s. 50; BAHTİYAR, s. 13-14.

²²⁵REİSOĞLU, Türk Hukukunda ve Bankacılık Uygulamasında Kefalet, s. 23; GRASSİNGER, s. 78-79; ZEVLİLİLER, Özel Borç İlişkileri, s. 398; REHA POROY/ÜNAL TEKİNALP/ERSİN ÇAMOĞLU, Ortaklıklar ve Kooperatifler Hukuku, 10. Bası, İstanbul, 2005, s. 100; SITKI AKYAZAN, "Türk Ticaret Kanununun 137. Maddesinin Anlam ve Kapsamı Üzerinde Bir İnceleme", BATİDER, C. 7, S. 4, Ankara, 1974, s. 832; AKİPEK./ AKINTÜRK, Kişiler Hukuku, s. 560; AVCI, s. 25; ÇEKER, s. 70-71; PULAŞLI, s. 55; BAHTİYAR, s. 32.

yarayan yardımcı girişimler maddenin kapsamından çıkarılmış ve şirketin normal iktisadi ve ticari faaliyetleri kısıtlanmış olur.²²⁶

Ticaret şirketlerinin kefalet ehliyetinin, şirket ana sözleşmesinde belirtilen konu ve amaç çerçevesinde değerlendirilmesi gerekir. Doktrin, ticaret şirketlerinin yaptığı kefalet sözleşmelerinin geçerli olabilmesi için, şirketin konusu ile kefalet arasındaki bağlantı, kefalet sözleşmesi taraflarının menfaatleri ile şirket arasında yakın bir ilişkinin olması ve şirket ortaklarının menfaati bakımından kefaletin bir fayda sağlaması gibi hususlarının varlığını yeterli görmektedir.²²⁷

Yargıtay'ın bu konudaki yerleşmiş içtihadı, kefil olma şirket ana sözleşmesinde açıkça yer almasa bile, kefaletin şirketin konusu ve amacı ile yakından ilgili olması veya şirketin faaliyetlerini gerçekleştirmesine yardımcı, ortaklarının menfaatleri için faydalı bulunması halinde dahi geçerli olacağı yönündedir.²²⁸

TTK. m. 301'e göre, anonim şirket ticaret siciline tescil ile tüzel kişiliğe haiz olur. Ancak tescil gerçekleşmeden, yani şirket tüzel kişiliğe haiz olmadan önce, anonim şirket namına bir kefalet sözleşmesi yapılmışsa, bu kefalet sözleşmesinin şirkete karşı hüküm ifade edebilmesi için TTK. m. 301, f. 2 düzenlemesine aykırı olmaması gerekir. TTK. m. 301, f. 2, "Tescilden önce şirket namına muamele yapanlar bu muamelelerden şahsen ve müteselsilen mesuldürler. Ancak, bu gibi taahhütlerin, ileride kurulacak şirket namına yapıldığı açıkça bildirilmiş ve şirketin ticaret siciline kaydından sonra üç aylık bir müddet içinde bu taahhütler şirket tarafından kabul olunmuşsa yalnız şirket mesul olur" şeklindedir.

²²⁶ AKYAZAN, "Türk Ticaret Kanununun 137. Maddesinin Anlam ve Kapsamı Üzerinde Bir İnceleme", s. 833; İMREGÜN, s. 158-159; PULAŞLI, s. 56; BAHTİYAR, s. 33.

²²⁷ GRASSİNGER, s. 80; POROY/TEKİNALP/ÇAMOĞLU, s. 100-101; ARSLANLI, s. 83, 146, 316; YAŞAR KARAYALÇIN, Özel Hukukta Meseleler ve Görüşler IV, Ankara, 1992, s. 19-20; IŞIKTAÇ, s. 79; OY, s. 92-93; REİSOĞLU, Türk Hukukunda ve Bankacılık Uygulamasında Kefalet, s. 24; TANDOĞAN, Özel Borç İlişkileri, s. 735; NİSİM FRANKO, "Ticaret Şirketlerinin Kefalet Ehliyeti", Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu II, Ankara, 1985, s. 50; PULAŞLI, s. 56; BAHTİYAR, s. 33; HAUSHEER/AEBI-MÜLLER, s. 285; RIEMER, s. 136.

²²⁸ Yarg. 11. HD'nin 7.2.1978 T. 7/354 S.; 11.HD'nin 4.3.1979 T. 392/981 S. kararları için bkz. REİSOĞLU, Türk Hukukunda ve Bankacılık Uygulamasında Kefalet, s. 24.

Bu bağlamda tescilden önce anonim şirket namına yapılan kefalet sözleşmesinden şirketin sorumlu tutulabilmesi için, sözleşmenin şirket adına yapıldığının açıkça bildirilmiş olması ve tescil gerçekleşikten sonra üç aylık bir süre içinde kefalet taahhüdünün şirket tarafından kabul edilmesi gerekir.²²⁹

d) Kooperatiflerin kefalet ehliyeti

Kooperatifler Kanunu m. 1’de kooperatifin tanımı yapılmıştır. Bu tanıma göre, “Tüzel kişiliği haiz olmak üzere ortaklarının belirli ekonomik faaliyetlerini ve özellikle meslek ve geçimlerine ait ihtiyaçlarını işgücü ve parasal katkılarıyla karşılıklı yardım, dayanışma ve kefalet suretiyle sağlayıp korumak amacıyla gerçek ve kamu tüzel kişiler tarafından kurulan değişir ortaklı ve değişir sermayeli ortaklıklara kooperatif denir”.

Kooperatifler Kanunu m. 6, f. 2, kooperatifin faaliyetini düzenlemiştir. Anılan hüküm, “Kooperatifin faaliyeti; kooperatifin amacı ve çalışma konusuyla sınırlıdır” şeklindedir.

Böylelikle kooperatifin kefalet ehliyetinin, kooperatifin amacı ve konusuyla sınırlandırılmış olduğu sonucuna varılır.²³⁰

Kooperatifler Kanunu m. 7, kooperatifin ticaret siciline tescil ile tüzel kişilik kazanacağını ifade etmekte ve tescilden önce kooperatif namına işlem yapanlar bunlardan şahsen ve zincirleme olarak sorumludur demektedir. Bu maddeye

²²⁹ İSMAİL KIRCA, “Tüzel Kişiliğin Kazanılmasından Önce Anonim Şirket Adına Yapılan İşlemler (TTK 301/II)”, BATIDER, C. 19, S. 4, Ankara, 1998, s. 86; İMREGÜN, s. 283-284; ÇEKER, s. 172; BAHTİYAR, s. 92.

²³⁰ REİSOĞLU, Türk Hukukunda ve Bankacılık Uygulamasında Kefalet, s. 23; GRASSİNGER, s. 78-79; DEMİR, s. 71; TANDOĞAN, Özel Borç İlişkileri, s. 730-732; YAVUZ, s. 537; SEROZAN, Tüzel Kişiler, s. 47; ÖZSUNAY, s. 76; KÖPRÜLÜ, Medeni Hukuk, s. 414; ARAL, 433; ZEVLİLER, Özel Borç İlişkileri, s. 398; AKİPEK/AKINTÜRK, s. 560; HAUSHEER/AEBI-MÜLLER, s. 285; RIEMER, s. 136.

göre, kooperatif daha tüzel kişiliğe haiz olmadan kooperatif adına kefalet sözleşmesi yapılması halinde, kefalet taahhüdünden, taahhütte bulunmuş olanlar şahsen ve zincirleme olarak sorumlu olacaklardır. Ancak anılan hükümde, tescilden önce yapılan kefalet sözleşmesinin geçerli olup olmadığı hakkında bir düzenlemede yoktur. Kooperatifler Kanunu m. 98, “Anonim şirketlere atıf” başlığı altında, “Bu kanunda aksine açıklama olmayan hususlarda TTK.’nundaki anonim şirketlere ait hükümler uygulanır” demektedir. M. 98 ile TTK. m. 301, f. 2’ye atıf yapılabileceğinden, tescilden önce yapılmış olan kefalet sözleşmesinin geçerli olabilmesi için, öncelikle kooperatifin ticaret siciline tescilinin gerçekleşmesi ve bundan sonra üç aylık süre içinde kooperatifin kefalet sözleşmesini kabul etmesi gerekir.

C. Kamu hukuku tüzel kişilerinin kefalet ehliyeti

Kamu hukuku tüzel kişileri, ancak kanunla ya da kanunun verdiği yetkiye dayanarak kurulan ve kamu gücünü kullanarak kamu otoritesini temsil eden tüzel kişilerdir (AY. m. 123, f. 3).²³¹

Türk hukukunda kamu hukuku tüzel kişileri, kamu idareleri ve kamu kurumları olmak üzere iki grupta toplanmıştır.

MK. m. 55, kamu hukuku tüzel kişileri hakkındaki kanun hükümlerini saklı tutarak düzenleme yapmaktan kaçınmıştır, bu bakımdan kamu hukuku tüzel kişilerinin kefalet ehliyetinin tayini için kendi özel kanunlarına bakılması gerekir.

Kamu hukuku tüzel kişilerini kuran özel kuruluş kanunlarında bunların hak ve fiil ehliyetleri açıkça ve ayrıntılı düzenlenmiş olduğundan, kefil olmalarının ancak kanunun açıkça yetkili kıldığı hallerde mümkün olabilecektir.²³²

²³¹ DURAL/ÖĞÜZ, s. 209; ÖZSUNAY, s. 33; ÖZTAN, s. 324; AKİPEK/AKINTÜRK, s. 529-530; AKINTÜRK, Medeni Hukuk, s. 180; İNAN, Medeni Hukuk, s. 146.

II. Kefalet iradesi

Kefalet, kefil ile alacaklı arasında, kefilin, asıl borçlunun alacaklısına karşı asıl borcun yerine getirilmemesinden doğan sonuçlardan şahsen sorumlu olacağına dair taahhüdü ve alacaklının kabulü ile kurulan bir teminat sözleşmesidir.

Bir kimsenin kefalet taahhüdünde bulunabilmesi için, kefil olma iradesinin alacaklıya yöneltilmiş olması gerekir. Kefil olma iradesinden, kefilin hangi borcu ne miktara kadar, ne kadar süreyle ya da belli bir şartla mı teminat altına almak istediği anlaşılmalıdır. Kefilin asıl borca kefil olacağına dair alacaklıya yönelttiği beyanı kefalet vaadi olarak muteberdir.²³³

Kefilin teminat altına aldığı asıl borç bir vadeye veya şarta bağlanmamış olmasına rağmen, kefilin kefalet beyanı şarta bağlı olabilir. Diğer bir deyişle kefil, ancak gelecekte gerçekleşmesi şüpheli bir olaya bağlı olarak alacaklıya kefalet verebilir. Kefalet beyanının şarta bağlı olup olmadığının tespiti için, her somut olayda kefilin alacaklıya yönelttiği iradesinin BK. m. 149 uyarınca şarta bağlı olup olmadığının araştırılması gerekir.²³⁴

²³² TANDOĞAN, Özel Borç İlişkileri, s. 735; REİSOĞLU, Türk Hukukunda ve Bankacılık Uygulamasında Kefalet, s. 25; ARAL, s. 433; YAVUZ, s. 537; GRASSİNGER, s. 81; IŞIKTAÇ, s. 80; HAUSHEER/AEBI-MÜLLER, s. 285; RIEMER, s. 45-46.

²³³ REİSOĞLU, Türk Hukukunda ve Bankacılık Uygulamasında Kefalet, s. 31; BECK, s. 69; OSER/SCHÖNENBERGER, s. 118.

²³⁴ REİSOĞLU, Türk Hukukunda ve Bankacılık Uygulamasında Kefalet, s. 31, BECK, s. 47-48 vd; OSER/SCHÖNENBERGER, s. 118.

III. Kefalet iradesinin yorumu

BK. m. 18'in birinci fıkrasına göre, "Bir akdin şekil ve şartlarını tayinde, iki tarafın gerek sehven gerek akitteki hakiki maksatlarını gizlemek için kullandıkları tabirlere ve isimlere bakılmıyarak, onların hakiki ve müşterek maksatlarını aramak lazımdır".

Kefil olma iradesinin yorumunda, BK. m. 18, f. 1 hükmü göz önünde tutulmalıdır. Kefalet sözleşmesi, kefil borç altına sokan ivazsız bir sözleşmedir, bu bakımdan kefilin korunması ayrı bir önem taşımaktadır.

Kefil olan kimse, asıl borçluya yardımcı olmak için karşılığında bir şey talep etmeksizin alacaklıya karşı taahhüt altına girer. Burada kefilin sorumluluğunun kapsamının yorumu bakımından kefilin gerçek iradesinin araştırılması gerekir. Kefilin beyanında kullandığı kelimeler taahhüdünün kapsamını belirlemeye yeterli olmayabilir. Çoğu zaman kefil, taahhüdünü okumadan matbu kefalet senedinin altına imzasını atar ya da kefalet senedinde kefilin bazı kefil koruyucu hükümlerden feragat ettiğine dair maddeler konulur ve kefil bunları okumadan aslında iradesi aksi yönde olsa da bu haklardan vazgeçtiğini taahhüt eder. Aynı şekilde kefil olma iradesine sahip bir kimsenin alacaklıyla yaptığı sözleşmede garanti taahhüdünde bulunması veya bunun tam tersinin gerçekleşmiş olması da mümkündür. Bu bakımdan kefil olma iradesinin yorumu büyük önem taşımaktadır. Sonuç olarak kefilin iradesinin tayininde, kefalet senedinin metni ile sınırlı bir yorum yapılmamalı, diğer tüm hususların da göz önünde tutulması gerekmektedir.²³⁵

²³⁵ REİSOĞLU, Türk Hukukunda ve Bankacılık Uygulamasında Kefalet, s. 31-32, OSER/SCHÖNENBERGER, s. 118-119; BARLAS, "Kredi Kartı İlişkisinde Bankaya Karşı Verilen Kişisel Teminatın Niteliğinin Belirlenmesi", s. 953; Yarg. 15 HD'nin 4.04.1977 T. 670/798 S. kararına göre "Akitlerin tefsirinde, akdin şekil ve şartlarını tayinde, iki tarafın gerek sehven, gerekse akitteki hakiki maksatlarını gizlemek için kullandıkları tarihlere ve isimlere bakılmaksızın onların hakiki ve müşterek maksatlarını aramak lazımdır. Hâkim, tarafların bilmeyerek ve hataen kullandıkları tabir ve isimlere değil, birleşmiş maksatlarını göz önünde tutmak zorundadır..." bkz. kazancı otomasyonu.

Yorumda, senet metninden kefilin iradesi açıkça anlaşılamiyorsa, kefalet sözleşmesinin kurulması sırasında kefilin taahhüdünden ne kastettiğinin objektif iyi niyet kurallarına (MK. m. 2) göre tespit edilmesi lüzumu doğar. Yorum yapılırken kefil lehine bir hareket tarzı benimsenmelidir. İsviçre Federal Mahkemesinin de bu görüşü benimseyen kararları vardır.²³⁶

Yargıtay, 11.6.1969 T. 4/6 S. İçt. Bir. Kararında²³⁷ (aynı yönde 13.12.1967 T. 16/7 S. İçt. Bir. K.), verilen teminatın kefalet ya da garanti olduğu yolundaki yorumun nasıl yapılacağına ilişkin belirli kıstaslar öngörmüştür: “Bu kıstaslardan ilki asli-fer’i yükümlülük kıstasıdır. Garanti taahhüdünde bağımsız bir borç altına girilmekte olup, bu yükümlülüğün bir başka borç ile ilgisi yoktur. Kefalet ise asıl olan bir başka borcun temel ilişkisi olması ve verilen teminat ile o borcunun ödenmesinin sağlanmasıdır. İkinci kıstas, yükümlülüğün kapsamı ve niteliğidir. Asıl borçlu gibi yükümlülük altına girme amacını taşıyan sözleşme kefalet; asıl borçlunun borcunu aşabilecek, bir başka deyimle lehine taahhüt altına girilen alacaklının hiçbir şekilde zarara uğramayacağını sağlamaya yönelik sözleşmede ise garanti sözleşmesi olarak nitelendirilmesi gerekmektedir. Diğer bir kıstas, menfaat kıstasıdır. Kefalet ilişkisinde kefalet verenin bu ilişkide bir yararlanma amacı olmadığı halde, garanti sözleşmesinde ilke olarak böyle bir teminat verenin yararı yoktur. Son olarak kişiye yönelik teminat verme kıstasına göre, teminatın bir kişi göz önünde tutularak verilmesi kefalette işaret olacak böyle değil de objektif olarak belli bir sonucun gerçekleşmesi amacına yönelik olarak verilmesi halinde garanti sözleşmesinin amaçlandığı kabul edilecektir.” Yargıtay Hukuk Genel Kurulu ve özel daireler de yorumda söz konusu kıstasları benimsemiş ve kararları bu doğrultuda kökleşmiştir²³⁸

²³⁶ BGE 38 II 615, BGE 42 II 152 için bkz: REİSOĞLU, Türk Hukukunda ve Bankacılık Uygulamasında Kefalet, s. 32; OSER/SCHÖNENBERGER, s. 119.

²³⁷ 11.6.1969 T. 4/6 S. İçt. Bir. K. için bkz. kazancı otomasyonu.

²³⁸ HGK’nun 4.07.2001 T.19-534/583 S.; 26.01.1974 T. 582/73 S.; 21.07.1981 T. 11-1941/560 S; Yarg. 13 HD’nin 27.04.1992 T. 305/3896 S.; 11 HD’nin 28.01.1982 T. 5497/280 S. kararları için bkz. BARLAS, “Kredi Kartı İlişkisinde Bankaya Karşı Verilen Kişisel Teminatın Niteliğinin Belirlenmesi”, s. 956.

Gerek senet metninden gerekse yapılan yorum sonucunda, teminatın türünün ne olduğu anlaşılamiyorsa, teminatın kefalet olduğu karine olarak kabul edilecektir (şüphede halinde kefalet karinesi).²³⁹

IV. Kefalet iradesini sakatlayan haller

1. Genel olarak

Kefalet sözleşmesinin geçerliliği için kefilin iradesinin iradeyi sakatlayan sebeplerle sakatlanmamış olması gerekir. Söz konusu sebepler, “Rızadaki Fesat” başlığı altında BK. m. 23-31’de düzenlenmiştir.

Sözleşmenin geçerliliğini etkileyen iradeyi sakatlayan sebepler; sözleşmenin zorunlu unsurlarında hata (esaslı hata), hile ve ikrah halleridir. Bu hallerden birinin varlığı halinde kefil, kefalet sözleşmesiyle bağlı değildir, ancak sözleşmeyi BK. m. 31, f. 1’de öngörülen süre içinde iptal ettirmediği takdirde, taahhüdü ile bağlı olacaktır.²⁴⁰

BK. m. 31, f. 1, “Hata veya hile ile haleldar olan yahut ikrah ile yapılan akit ile müzlem olmayan taraf bu akdi ifa etmek hakkındaki kararını diğer tarafa beyan yahut verdiği şeyi istirdat etmeksizin bir seneyi geçirir ise, akde icazet verilmiş nazariyle bakılır. Bu mehil, hata veya hilenin anlaşıldığı veya korkunun zail olduğu tarihten itibaren cereyan eder” şeklindedir. Hükümden anlaşıldığı gibi, iradesi hata, hile veya ikrah sebeplerinden birisi ile sakatlanmış olan kefil, hata ve hilede, hata ve hileyi öğrenmesinden itibaren, ikrahta ise korkunun geçmesinden itibaren bir yıl

²³⁹ TANDOĞAN, *Garanti Mukavelesi*, s. 30; REİSOĞLU, *Türk Hukukunda ve Bankacılık Uygulamasında Kefalet*, s. 88; BARLAS, “Kredi Kartı İlişkisinde Bankaya Karşı Verilen Kişisel Teminatın Niteliğinin Belirlenmesi”, s. 967; OSER/SCHÖNENBERGER, s. 108; VISCHER, s. 387; HONSELL/VOGT/WIEGAND, s. 622; BUCHER, s. 289.

²⁴⁰ GUHL/KOLLER/SCHNYDER/DRUEY, s. 631 (İsv BK. m. 23);

GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY, Band I, s. 171 vd; HUGUENIN, s. 73; SCHWENZER, s. 252.

içinde kefalet sözleşmesini iptal ettirirse, yani sözleşmeye icazet vermezse, kefalet sözleşmesi, kurulmasından itibaren hükümsüz olacaktır.

Doktrinde iradeyi sakatlayan sebeplerden ne çeşit bir hükümsüzlüğün doğduğu konusunda fikir ayrılıkları mevcuttur, bu husus irade sakatlığında hükümsüzlüğün sonuçları bölümünde ayrıntılı olarak incelenecektir.

2. Hata (yanılma)

İradeyi sakatlayan sebeplerden biri hatadır. Hata, hukuki işlemin unsurları olan iç irade ve beyan arasında arzu edilmeden yapılmış bir uygunsuzluk olup, bu uygunsuzluk iki şekilde ortaya çıkabilir: Ya beyan iç iradeye uygun olmadan verilmiştir ya da iç iradenin oluşmasına etken olan bir husus gerçek duruma uygun değildir. Birinci halde beyan hatası, ikinci halde ise saikte hata söz konusudur.²⁴¹ BK. m. 23, “Akit yapılırken esaslı bir hataya duçar olan taraf, o akit ile ilzam olunamaz” demektedir. Bunun anlamı, sözleşme yapıldığı sırada esaslı bir hataya düşen kişinin, o sözleşmeyle bağlı olamayacağıdır. Hata, ancak esaslı nitelikte olması halinde, sözleşmeyi hükümsüz kılabilen bir irade sakatlığıdır. Esaslı hata halleri, BK. m. 24’te sayılmıştır. Bu haller sınırlı değildir. Somut olayda bir hata halinin esaslı yanılma teşkil edip etmeyeceği, maddede sayılan hata halleri ve dürüstlük kuralı göz önünde bulundurularak hâkim tarafından tayin edilecektir.²⁴²

BK. m. 23 ve 24, kefalet sözleşmesi için de geçerlidir. Kefil, esaslı bir hataya düşmüşse, taahhüdü ile bağlı olmaktan kurtulur.

²⁴¹ OĞUZMAN/ÖZ, s. 80; TUHR VON, s. 277-279; SCHWARZ, s. 299; REİSOĞLU, Borçlar Hukuku, s. 98; AKINTÜRK, Borçlar Hukuku, s. 49.

²⁴² OĞUZMAN/ÖZ, s. 80-81; AKYOL, Borçlar Hukuku, s. 211; REİSOĞLU, Borçlar Hukuku, s. 99; AYBAY, Borçlar Hukuku, s. 60-61; ERASLAN ÖZKAYA, Hata-Hile-İkrah Davaları, Ankara, 2000, s. 26-27; AYAN, Borçlar Hukuku, s. 165; KAPLAN, Borçlar Hukuku, s. 99; DERYAL/GENÇ, s. 88; EREN, s. 344-345; KILIÇOĞLU, s.126, AKINTÜRK, Borçlar Hukuku, s. 49; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 430-431; BECK, s. 49-50 (İsv. BK.m. 24); OSER/SCHÖNENBERGER, s. 119; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY, Band I s. 171; SCHWENZER, s. 237; HUGUENIN, s. 78.

Kefilin saikte hataya düşmesi, BK. m. 24, f. 2 uyarınca, kefalet sözleşmesini hükümsüz kılmaz. Saik hatası ancak esaslı hata halini aldığı takdirde (m. 24, f. 1, b. 4) kefaletin iptali sonucunu doğurur. Hataya düşülen saikin, kefil, kefalet sözleşmesi kurmaya iten esaslı bir neden olması gerekir. Diğer bir deyişle, söz konusu saik olmasaydı, kefilin, kefalet taahhüdünü hiç vermeyecek veya başka şartlarla verecek olmasıdır. Bunun yanında ticari hayattaki dürüstlük kurallarının da hataya düşülen saikin kefalet sözleşmesini geçersiz kılacağını haklı bulması ve alacaklı tarafından da bu durumun bilinmesi ya da en azından bilenecek nitelikte olması gerekir.²⁴³

Kefil asıl borçlunun şahsında hataya düşmüşse, asıl borçlunun şahsı kefil için büyük önem taşıdığından, BK. m. 24, f. 1, b. 2 uyarınca kefalet sözleşmesi ile bağlı olmadığını alacaklıya bildirebilir. Buna karşılık, alacaklının şahsında hataya düşmesi, kefile bunu ileri sürme hakkı tanımaz. Kefil, asıl borcun niteliğinde yanılmış da olabilir. BK. m. 24, f. 1, b.1'e dayanarak kefil, sözleşmeyle bağlı olmadığını ileri sürebilir. Bunun yanında asıl borcun konusu hakkında da hataya düşmüş olabilir. Bu halde de BK. m. 24, f. 1, b. 2'ye dayanarak hatayı ileri sürebilir. Kefilin asıl borçlunun mali durumu hakkında yanılmış olması, saik hatası teşkil ettiğinden, bu ancak esaslı hataya dönüştüğü takdirde, kefil tarafından ileri sürülebilir.²⁴⁴

İsv. BK. m. 501, f. 1, bu hususla ilgili farklı bir düzenleme içermektedir. Söz konusu düzenlemeye göre, kefilin asıl borçlunun mali durumunda hataya düşmesi halinde, bu saik hatası başlı başına kefalet sözleşmesi açısından bir iptal sebebidir ve kefile bu sebebe dayanarak her zaman alacaklıya yapacağı yazılı bir beyanla kefalet sözleşmesinden dönme hakkı tanınmıştır.²⁴⁵

²⁴³ GRASSİNGER, s. 82; REİSOĞLU, Türk Hukukunda ve Bankacılık Uygulamasında Kefalet, s. 36; ŞENYÜZ, s.32; EREN, s. 343; DERYAL/GENÇ, s. 87; OĞUZMAN/ÖZ, s. 85; AYAN, Borçlar Hukuku, s. 167-168; ÖZKAYA, s. 29; AYBAY, Borçlar Hukuku, s. 61-62; REİSOĞLU, Borçlar Hukuku, s. 100; KAPLAN, Borçlar Hukuku, s. 100; AKYOL, Borçlar Hukuku, s. 213; HUGUENIN, s. 78; BECK, s. 49-50.

²⁴⁴ ARAL, s. 433-434; REİSOĞLU, Türk Hukukunda ve Bankacılık Uygulamasında Kefalet, s. 34-35; YAVUZ, s. 537.

²⁴⁵ GRASSİNGER, s. 83; BGE 56 II 96; BGE 48 II 380 için bkz. REİSOĞLU, Türk Hukukunda ve Bankacılık Uygulamasında Kefalet, s. 36 dn. 152; HONSELL/VOGT/WIEGAND, s. 2569; BECK, s. 49 vd; GIOVANOLI, s. 50 vd.

Hataya ilişkin BK. m. 25 de kefalet sözleşmesine uygulanır. BK. m. 25'e göre, "Hataya düşürülen taraf, hüsünüyet kaidelerine muhalif bir surette ona istinat edemez. Bilhassa yapmağa kastettiği akdi diğer taraf icraya hazır olduğunu beyan ettiği takdirde, bu akit onun hakkında lüzum ifade eder." Söz konusu maddeye göre, kefil dürüstlük kuralına aykırı olarak hatayı ileri süremeyeceği gibi (f. 1), alacaklı, kefilin gerçek iradesi doğrultusunda sözleşmenin hüküm ifade etmesini kabul etmişse, kefil hataya dayanamaz. (f. 2)²⁴⁶

Örneğin kefilin, asıl borçlunun alacaklıya rehin tesisi taahhüdüne ve alacaklının da bu rehni elde etmeye yöneleceği fikrine güvenerek taahhütte bulunması durumunda, alacaklının bu rehne başvurmaksızın kefile başvurması halinde, kefilin hataya düştüğünü alacaklıya bildirmesi üzerine, alacaklı kefilin arzusuna göre icraya hazır olduğunu beyan ederse, kefilin sorumluluğu sanki söz konusu rehin varmış gibi tayin edilir. Artık kefil hatasına dayanamaz (m. 25, f. 2). Alacaklı kefilinden sadece rehlin paraya çevrilmesi ile elde edilen meblağdan borcun çıkarılması sonucu ortaya çıkan miktarı talep edilebilir.²⁴⁷

3. Hile (aldatma)

Hile bir kimsenin, davranışı ile diğer bir kişiyi belli bir irade beyanında bulunmaya yöneltmek için, o kişide hatalı bir düşüncenin (saikin) doğumuna veya kabulüne ya da devamına bilerek neden olmasıdır. Hilenin tayininde objektif iyi niyet kuralları göz önünde bulundurulacaktır.²⁴⁸

²⁴⁶ REİSOĞLU, Türk Hukukunda ve Bankacılık Uygulamasında Kefalet, s. 36; KARAHASAN, s. 1216; YAVUZ, s. 537; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY, Band I, s. 171-172 (İsv. BK .m. 25, f. 2).

²⁴⁷ OSCAR DAEPPEN, "Kefalet", İBD, C. 25, S. 6, İstanbul, 1951, s. 347; FİKRET ARIK, "Kefalete Dair Mahkeme İçtihatlarına Bir Bakış", AD, C.15, s. 38, 1943, s. 498; REİSOĞLU, Türk Hukukunda ve Bankacılık Uygulamasında Kefalet, s. 36.

²⁴⁸ REİSOĞLU, Türk Hukukunda ve Bankacılık Uygulamasında Kefalet, s. 37; OĞUZMAN/ÖZ, s. 93; ÖZKAYA, s. 186; NOMER, s. 55; KAPLAN, Borçlar Hukuku, s. 101; AKYOL, Borçlar Hukuku, s. 267; AYAN, Borçlar Hukuku, s. 171; DERYAL/GENÇ, s. 91; ŞENYÜZ, s. 33; KILIÇOĞLU, s. 138 vd; EREN, s. 358; AYBAY, Borçlar Hukuku, s. 63; OSER/SCHÖNENBERGER, s. 120; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY, Band I, s. 174-175; HUGUENIN, s. 78-79.

BK. m. 28, hile kavramını düzenlemiştir. Söz konusu maddeye göre: “Diğer tarafın hilesiyle akit icrasına mecbur olan tarafın hatası esaslı olmasa bile, o akit ile ilzam olunmaz. Üçüncü bir şahsın hilesine düşer olan tarafın yaptığı akit lüzum ifade eder. Şu kadar ki diğer taraf bu hileye vakıf bulunur veya vakıf olması lazım gelirse, o akit lazım olmaz.”

Görüldüğü üzere, hile bir kimseyi sözleşme kurmaya yöneltmişse ki ancak bu durumda iradeyi sakatlayan bir sebep teşkil eder, aldatılan kimsenin yanılması esaslı hata teşkil etmese bile, yapılmış olan sözleşme bu kişiyi bağlamayacaktır. Hilenin karşı taraf veya üçüncü bir kişi tarafından yapılması arasında bir fark yoktur, ancak üçüncü kişinin hilesinin hüküm doğurabilmesi için, karşı tarafın bunu bilmesi veya bilmesinin gerekmesi lazımdır (BK. m. 28, f. 2).²⁴⁹

BK. m. 28, kefalet sözleşmesinde de uygulanır. Kefilin, alacaklının hilesi sonucu kefalet taahhüdünde bulunması mümkün olduğu gibi, asıl borçlu da üçüncü kişi sıfatıyla kefil hileye maruz bırakabilir. Üçüncü kişinin hilesinin hüküm doğurabilmesi için, hilenin alacaklı tarafından bilinmesi veya bilinmesinin gerekmesi gereklidir. Asıl borçlunun alacaklının temsilcisi durumunda iken hilede bulunduğu hallerde, üçüncü kişinin hilesinden bahsedilmez, alacaklının hilesi söz konusu olur.²⁵⁰

Alacaklının hilesinden bahsedebilmek için öncelikle onun ne oranda kefil asıl borçlunun mali durumu ve ödeme gücü konusunda bilgilendirmekle yükümlü

²⁴⁹ OĞUZMAN/ÖZ, s. 93 vd; AKINTÜRK, Borçlar Hukuku, s. 50; SCHWARZ, s. 322-323; REİSOĞLU, Borçlar Hukuku, s. 103 vd, REİSOĞLU, Türk Hukukunda ve Bankacılık Uygulamasında Kefalet, s. 37; AYBAY, Borçlar Hukuku, s. 63-64; ÖZKAYA, s. 186 vd; NOMER, s. 52; KAPLAN, Borçlar Hukuku, s. 101; AKYOL, Borçlar Hukuku, s. 267 vd; AYAN, Borçlar Hukuku, s. 171-173; DERYAL/GENÇ, s. 91-92; ŞENYÜZ, s. 33-34; KILIÇOĞLU, s. 138 vd; EREN, s. 358 vd; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 448; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY, Band I, s. 176; HUGUENIN, s. 80 (İsv Bk. M. 28, f. 2); SCHWENZER, s. 247 vd; BGE 41 II 52, 54 vd için bkz. YILDIRIM, s. 195-196; BECK, s. 51; HONSELL/VOGT/WIEGAND, s. 2570; OSER/SCHÖNENBERGER, s. 120.

²⁵⁰ BGE 38 II 608 için bkz: AKYOL, Borçlar Hukuku, s. 9; ZEKERİYA KURŞAT, Borçlar Hukuku Alanında Hile Kavramı, İstanbul, 2003, s. 61-62; AYBAY, Borçlar Hukuku, s. 63-64; ÖZKAYA, s. 186 vd; NOMER, s. 55; KAPLAN, Borçlar Hukuku, s. 101; AKYOL, Borçlar Hukuku, s. 267 vd; AYAN, Borçlar Hukuku, s. 171-173; OĞUZMAN/ÖZ, s. 93 vd; DERYAL/GENÇ, s. 91-92; ŞENYÜZ, s. 33-34; KILIÇOĞLU, s. 138 vd; EREN, s. 358 vd; REİSOĞLU, Borçlar Hukuku, s. 105; BECK, s. 51; HONSELL/VOGT/WIEGAND, s. 2570.

olduğunun tespiti lazımdır. Kural olarak alacaklının kefilisi asıl borçlunun durumu hakkında bilgilendirme yükümlülüğü yoktur, kefil bunun bizzat araştırmalıdır, ancak kefil, alacaklıdan bilgi istediğinde alacaklı kefile bilgi vermekten kaçınmaz. Ya da alacaklı öyle bir hususu biliyordur ki, kefil bu hususu bilse kefalet sözleşmesini kurmayacaktır, bu durumda alacaklının susması üzerine kefil hile iddiasında bulunabilecektir.²⁵¹ İsviçre Federal Mahkemesi de aynı görüştedir ve alacaklının son halde susmasını hile olarak kabul etmektedir.²⁵²

Aynı şekilde alacaklı kendiliğinden kefile açıklamada bulunuyorsa ve asıl borçlunun gerçek durumu hakkında gerçeğe aykırı bilgi veriyorsa, kefilin bu bilgiye dayanarak taahhüt altına girmesi halinde, hilenin varlığı kabul edilmelidir.²⁵³

BK. Tasarısı m. 594 hükmü alacaklının bildirim yükümlülüğünü düzenlemiştir. Söz konusu madde, “Asıl borçlu, anaparanın veya yarım yıllık döneme ait faizin ödenmesinde ya da yıldan yıla yapılması öngörülen anapara ödemelerinde altı ay gecikirse alacaklının durumu kefile bildirmesi gerekir. İstek halinde alacaklı her zaman, asıl borcun durumu hakkında kefile bilgi vermek zorundadır. Asıl borçlunun iflasına karar verilmiş veya borçlu konkordato istemişse alacaklı, alacağını kaydettirmek ve haklarının korunmasını için gerekeni yapmak zorundadır. Alacaklının, borçlunun iflas ettiği veya borçluya konkordato mehli verdiğini öğrendiği anda, durumu kefile bildirmesi gerekir. Alacaklı, yukarıdaki fıkralarda öngörülen gereklerden birini yerine getirmese, bundan dolayı kefilin uğradığı zarar miktarınca ona karşı haklarını kaybeder” demek suretiyle alacaklının bildirim yükümünün kapsamını düzenlemiş, bu yükümlülükler aykırılığın kefalet sözleşmesinin geçerliliğini etkilemeyeceğini, sadece alacaklının ortaya çıkan zarar miktarınca kefile karşı olan haklarından yoksun kalacağını öngörmüştür. Hükmün

²⁵¹ ARAL, s. 433-434; REİSOĞLU, Türk Hukukunda ve Bankacılık Uygulamasında Kefalet s. 37; GRASSİNGER, s. 88-89; DAEPEN, s. 347; BECK, s. 52-53; GUHL/KOLLER/SCHNYDER/DRUEY, s. 631; OSER/SCHÖNENBERGER, s. 120; GAUCH/SCLUEP/SCHMID/REY, Band I, s. 175; GAUCH/AEPLI/CASANOVA, s. 367.

²⁵² BGE 40 II 612 için bkz. REİSOĞLU, Türk Hukukunda ve Bankacılık Uygulamasında Kefalet s. 38. dn. 159; TANDOĞAN, Özel Borç İlişkileri s. 738; ARIK, “Kefalete Dair Mahkeme İçtihatlarına Bir Bakış”, s. 498-499; BGE 59 II 242 için bkz. BECK, s. 52.

²⁵³ GRASSİNGER, s. 89; REİSOĞLU, Türk Hukukunda ve Bankacılık Uygulamasında Kefalet s. 38; ARAL, s. 434; BECK, s. 52; OSER/SCHÖNENBERGER, s. 120.

düzenlediği bildirim yükümlülüğünün dışında kalan hususlar da alacaklının kefile yanlış beyanda bulunması veya kefil için önemli olabilecek hususlarda susması halinde, kefil hileyi ileri sürebilecektir.

4. İkraha (korkutma)

BK. m. 29 ikrahi (korkutma) düzenlemiştir. Buna göre: “Eğer taraflardan biri diğer tarafın yahut üçüncü bir şahsın ikrahiyle bir akit yapmış olursa, kendi hakkında lüzum ifade etmez. İkraha, üçüncü bir şahsın fiili olup ta diğer taraf ona vakıf olmamış yahut vakıf olması lazım bulunmamış olduğu takdirde bu ikraha dıŒar olan taraf, akdi feshederse, hakkaniyet iktiza ettiği halde diğer tarafa tazminat vermeğe mecburdur.” demektedir.

İkraha ile bir kimse kendisine veya yakınlarına zarar verileceği korkusu altında bir irade beyanında bulunmaya zorlanır. İradenin oluşumunda bir sakatlık söz konusudur. BK. m. 29, ikrahin iradeyi bozan sebeplerden sayılması için, ikraha ile bir kimsenin bir sözleşme yapmaya zorlanması durumunun ortaya çıkması gerekir. İkraha, sözleşmenin karşı tarafı tarafından ika edileceği gibi üçüncü bir şahıs tarafından da yapılabilir. Üçüncü kişinin ikrahında, sözleşmenin karşı tarafı ikrahi bilmiyorsa veya bilmesi gerekmiyorsa, ikraha maruz kalan taraf, hileden farklı olarak ikrahi ileri sürebilir.²⁵⁴

Bir kimseyi sözleşme yapmaya zorlayacak her ikraha, sözleşme ile bağlı olmama sonucunu doğurmaz. BK. m. 30 ikrahin hangi koŒullar altında iradeyi bozan

²⁵⁴AKINTÜRK, Borçlar Hukuku, s. 50-51; SCHWARZ, s. 323; REİSOĞLU, Borçlar Hukuku, s. 106; OĞUZMAN/ÖZ, s. 97; KILIÇOĞLU, s. 143; REİSOĞLU, Türk Hukukunda ve Bankacılık Uygulamasında Kefalet, s. 38-39; EREN, s. 363-364; AYBAY, Borçlar Hukuku, s. 64; ŒENYÜZ, s. 34; AKYOL, Borçlar Hukuku, s. 298-299; KAPLAN, Borçlar Hukuku, s. 101; DERYAL/GENÇ, s. 92; AYAN, Borçlar Hukuku, s. 174-176; NOMER, s. 56; ÖZKAYA, s. 374-375; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY, Band I, s. 178 (İsv. BK. M. 29, f.2); HUGUENIN, s. 81; SCHWENZER, s. 250 vd.

sebepler teşkil edeceğini düzenlemiştir. İlgili maddeye göre ikrahın şartları şu şekilde sayılabilir:

1. Bir kimsenin belli bir irade beyanında bulunması için, kendisine veya yakınlarından birisine yönelmiş bir tehlike (korkutma) mevcut olmalıdır
2. Bu tehlike ağır ve derhal meydana gelecek nitelikte olmalıdır.
3. Korkutma hukuka aykırı olmalıdır.
4. İkraha (korkutma) ile sözleşmenin yapılması veya o şartlarla yapılması arasında bir illiyet bağlantısı bulunmalıdır.²⁵⁵

Kefalet sözleşmesinde de BK. m. 29 uygulama alanı bulur. Kefilin, kefalet sözleşmesini kurması için kendisine veya yakınlarından birisinin hayatı, şahsı, namus veya malına zarar verileceği hususunda alacaklı ya da üçüncü bir kişi tarafından korkutulması durumunda, kefil, ikrahın varlığını ileri sürebilecektir. Üçüncü kişi çoğu zaman asıl borçludur.²⁵⁶

Kefil, alacaklının asıl borçlu hakkında dava açılacağı veya icra takibine girişileceği ya da asıl borçluya kredi verilmeyeceği tehdidiyle kefalet sözleşmesi yapmaya zorlanmışsa, BK. m. 30, f. 2'deki şart²⁵⁷ gerçekleşmediğinden tehdidi ileri süremeyecektir. Ancak, asıl borçlu hakkında takibe geçileceği tehdidiyle kefil, asıl borç dışında başka bir borca kefalet vermeye zorlanırsa ya da kefilin asıl borçlu

²⁵⁵ TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 449-451; REİSOĞLU, Borçlar Hukuku, s. 106-107; AKINTÜRK, Borçlar Hukuku, s. 51; KILIÇOĞLU, s. 144-147; EREN, s. 364-368; AYBAY, Borçlar Hukuku, s. 64; ŞENYÜZ, s. 35; AKYOL, Borçlar Hukuku, s. 303 vd; KAPLAN Borçlar Hukuku, s. 101; DERYAL/GENÇ, s. 93; AYAN, Borçlar Hukuku, s. 175; NOMER, s. 56; OĞUZMAN/ÖZ, s. 97-99; ÖZKAYA, s. 408-412; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY, Band I, s. 179; HUGUENIN, s. 81-82.

²⁵⁶ BECK, s. 54; OSER/SCHÖNENBERGER, s. 121; SCHWENZER, s. 250 vd; REİSOĞLU, Türk Hukukunda ve Bankacılık Uygulamasında Kefalet, s. 38-39.

²⁵⁷ BK. m. 30, f. 2'ye göre, "Bir hakkın veya kanuni salahiyetin isteneceği ve kullanılacağı tehdidi ile müzayakaya düşen kimsenin yaptığı akit, tehdit eden için fahiş menfaatler temin etmiyorsa; bu tehdit, ikraha muteber addolunmaz. Fakat fahiş menfaatler istihsalı için tehdit olunan tarafın müzayaka halinde bulunmasından istifade olunmuş olursa bu korku nazara alınır."

hakkında cezai takibat yapılacağı veya şikayette bulunulacağı tehdidi altında kefalet vermesi sağlanmışsa, alacaklının alacağını takip etmesinden elde edeceği yarardan daha fazla bir menfaat elde etmesi arzu edildiği için, yapılan tehdit hukuka aykırı olacak ve ileri sürülebilecektir.²⁵⁸

Dördüncü Bölüm

ÖZEL BAZI DÜZENLEMELERDE KEFALET SÖZLEŞMESİNİN GEÇERLİLİĞİ

§ 10. TİCARET ŞİRKETLERİNİN TÜR DEĞİŞTİRMESİNDE KEFALETİN GEÇERLİLİĞİ

TTK. m. 152, “Nev’i Değişirme” başlığı altında, “Bir ticaret şirketinin nev’inin diğer bir ticaret şirketi nev’ine çevrilmesi kanunda aksine hüküm olmadıkça, yeni nev’e ait kuruluş merasimine tabidir; böylece yeni nev’e çevrilen şirket eskisinin devamıdır” şeklinde bir düzenleme içermektedir. Başka bir deyişle, ticaret şirketlerinin tür değişikliği durumunda mevcut tüzel kişilik varlığını korumaktadır. Bu husus, sadece sermaye şirketlerinin kendi aralarında (anonim şirketin limited şirkete dönüşmesi) tür değişikliğinde değil, aynı zamanda şahıs şirketlerinin sermaye şirketine dönüşmesinde (kollektif şirketin anonim şirkete dönüşmesi) de geçerlidir.²⁵⁹

²⁵⁸ TANDOĞAN, Özel Borç İlişkileri, s. 738-739; REİSOĞLU, Türk Hukukunda ve Bankacılık Uygulamasında Kefalet, s. 39; GRASSİNGER, s. 95 vd; HANS REICHEL, SJZ, 1932/33, s.3 vd, BECK, s. 54-55.

²⁵⁹ ARSLAN, s. 71; PULAŞLI, s. 87; ÇEKER, s. 85-86; BAHTİYAR, s. 43.

Tüzel kişiliğin olduğu gibi devam etmesi neticesinde, eski şirketin borçları için verilen kefaletler, aynen kefillerin yazılı rızası aranmaksızın yeni şirket için de geçerli olacaktır.²⁶⁰

Şahıs şirketlerinin, sermaye şirketlerine dönüşmesinde, ortakların sorumluluğunun sınırlandırılmış olması durumunda dahi, ortaklar, eski sıfatlarını taşıyarak doğmuş ortaklık borçlarından kefalet borcu da dahil olmak üzere sorumlu olmaya devam edecektirler.²⁶¹ Sermaye şirketlerinin şahıs şirketlerine dönüşmesinde ise, kolektif ve komandit şirket ortakları, sermaye şirketlerinin dönüşümünden önceki borçlarından da sınırsız sorumlu hale gelir (TTK. m. 178). Anonim şirketin limited şirkete dönüşmesi halinde, anonim şirket alacaklılarının alacakları TTK. m. 555 uyarınca; limited şirketin anonim şirkete dönüşmesinde halinde ise, limited şirket alacaklılarının alacakları TTK. m. 517 uyarınca temin edilecektir.

TTK. m. 268'e göre: "Bir kolektif şirket tasfiye edilmeksizin, bütün ortaklar tarafından ittifakla verilecek ve ticaret siciline tescil ve ilan edilecek bir kararla komandit şirkete çevrildiği takdirde eski ortaklardan komanditer sıfatını kazananlar üçüncü şahıslara karşı bu sıfatı ancak keyfiyetin tescil ve ilanı tarihinden sonra vuku bulan işlerden dolayı dermeyan edebilirler.

Bir komandit şirket tasfiye edilmeksizin bütün ortaklar tarafından ittifakla verilecek ve ticaret siciline tescil ve ilan edilecek bir kararla kolektif şirkete çevrildiği takdirde komanditer sıfatını kaybeden ortakların mesuliyeti hakkında 178. madde (2. fıkrası) hükmü uygulanır" denilmektedir.

TTK. m. 178, f. 2 ise, "Şirkete yeni giren kimse, girme tarihinden evvel meydana gelmiş olsa bile, şirketin borçlarından, diğer ortaklarla birlikte müteselsilen ve bütün malları ile mesuldür." şeklindedir.

²⁶⁰ REİSOĞLU, Türk Hukukunda ve Bankacılık Uygulamasında Kefalet, s. 60-61; KARAHASAN, s. 1224 Karahasan'a göre, borcuna kefil olunan ortaklığın türünün değişmesi halinde, kefilin yazılı onamının alınması zorunludur; PULAŞLI, s. 87-88; ÇEKER, s. 85-86; BAHTİYAR, s. 43-44.

²⁶¹ HAYRİ DOMANIÇ, "Ticaret Şirketlerinde Nev'i Değiştirme Kabiliyeti ve Şekil Şartları", BATİDER, C.6, S. 3, Ankara, 1972, s. 480; PULAŞLI, s. 88; Yarg. 11 HD'nin 20.10.1986 T. 5015/5423 S. kararı için bkz. UYGUR, C. 8, s. 9299.

Anılan maddelerden çıkan sonuç, bir kollektif şirketin komandit şirkete dönüşmesinde, eski ortaklardan komanditer yani sınırlı sorumlu sıfatını kazananların ancak dönüşümün tescil ve ilanı tarihinden sonra yapılan işlerden dolayı bu sıfatı ileri sürebilecekleri, dolayısıyla dönüşümden sonra doğan borçlardan sınırlı sorumlu (koymuş oldukları sermaye miktarı kadar) olacaklarıdır. Dönüşümden önceki borçlardan ise sınırsız sorumlu olurlar.

Bir komandit şirketin kollektif şirkete dönüşmesi durumunda ise, komanditer yani sınırlı sorumlu ortak sıfatını kaybedenler ise TTK. m. 178, f. 2 uyarınca şirkete girme tarihinden önce meydana gelmiş olsa bile, dönüşümden sonra doğan şirketin tüm borçlarından, diğer ortaklarla birlikte sınırsız sorumlu olacaklardır. Dönüşümden önceki borçlardan ise sınırlı sorumlu (koymuş oldukları sermaye miktarı kadar) olurlar.²⁶²

Kanunun ilgili maddelerinde düzenlendiği üzere, ticaret şirketleri tür değiştirdiğinde ortakların sorumlulukları aynen devam edeceğinden, şirket borçlarına verilen kefaletler de geçerliliğini koruyacaktır. Kanunda açık olarak kefilin tür değiştirmeye onay vermesinin gerekliliğinden bahsedilmediğinden, kefilin yazılı onayının alınması lüzumu yoktur.

²⁶² POROY/TEKİNALP/ÇAMOĞLU, s. 136; YAHYA DERYAL, Ticaret Hukuku, 8. Bası, Trabzon, 2005, s. 206-207; PULAŞLI, s. 88; BAHTİYAR, s. 45.

§ 11. BANKACILIK MEVZUATINA GÖRE KEFALETİN GEÇERLİLİĞİ

I. Bankalara verilen kefalet

Bir banka müşterisine kredi kullandırmaya karar verdiğinde müşterisinden genellikle şahsi teminat istemektedir. Banka müşterisine, “kredi sözleşmesi” ya da diğer banka hizmetlerini de kapsayan “bireysel bankacılık hizmetleri sözleşmesi” adı altında bir metin imzalatmaktadır. Şahsi teminat olarak kefalet taahhüdü, bu metnin içinde yer alabileceği gibi bazen de “kefalet taahhütnamesi” başlığı altında bağımsız bir metinde bulunmakta ve kefile bu metin imzalatılmaktadır. Bu bakımdan kefalet taahhüdünün kredi sözleşmesinin metninden bağımsız bir metinde bulunmasına engel yoktur. Kefilin her halde sorumlu olacağı kefalet miktarının belirlenmiş olması gerekli olup, bu bir geçerlilik şartıdır.²⁶³ Ancak Yargıtay, kefaletin bağımsız bir senette yer almayıp, kredi sözleşmesi içinde yapılması durumunda, kefilin sorumlu olacağı miktarın gösterilmediği hallerde de kefaleti geçerli saymakta ve sözleşmedeki kredi limitini kefilin sorumluluk limiti olarak kabul etmektedir.²⁶⁴

Bankalar tarafından kullanılmakta olan genel kredi sözleşmeleri, sadece banka ile müşterisi arasında kurulacak kredi ilişkisinin temel esaslarını değil, aynı zamanda kredinin temin edilmesi amacıyla alınacak kefaletle ilişkin esasları da içermektedir. Kefilin imzaladığı senette genellikle “kefaletin bankanın asıl borçluya karşı doğmuş ve doğacak tüm alacaklarının teminatı” olduğu yazılmaktadır. Uygulamada bu tip kayıtlar çok sık görülmekte ve geçerli sayılmaktadırlar.²⁶⁵ Kefil,

²⁶³ CENGİZ KOSTAKOĞLU, Bankalar Kanunu Şerhi, 5. Bası, İstanbul, 2004, s. 760; TAŞDELEN, s. 750; BARLAS, “Kredi Kartı İlişkisinde Bankaya Karşı Verilen Kişisel Teminatın Niteliğinin Belirlenmesi”, Ömer Teoman’a 55. Yaş Günü Armağanı, C.2, İstanbul, 2002, s. 939-941; WOLFGANG WIEGAND, Personalsicherheiten, 1997, s. 196 vd.

²⁶⁴ Yarg. 19 HD’nin 6.12.1993 T. 1238/8313 S.; Yarg. 11. HD’nin 26.12.1991 T. 3181/6874 S. kararları için bkz. KOSTAKOĞLU, s. 761; Yarg. 19 HD’nin 13.04.1999 T. 1901/2494 S; 19 HD’nin 1.06.1994 T. 6032/5547 S. kararları için bkz. UYGUR, C. 8, s. 9334, 9368.

²⁶⁵ BGE 49 II 377, BGE 48 II 208 için bkz: HALİL AKKANAT, “Kefaletin Fer’iliği İlkesi ve Banka Ticari Kredi Sözleşmeleri”, Necip Kocayusufpaşaoğlu İçin Armağan, Ankara, 2004, s. 280, BECK, s.

söz konusu kayıtların geçerli olması sebebiyle, sadece ileride doğacak alacakları teminat altına aldığını iddia edemeyecektir.²⁶⁶

Uygulamada bankaların kredi verdikleri zaman birden fazla kefil ile kefalet sözleşmesi imza ettikleri ve bu kefaletlerin de süresiz tayin edildiği görülmektedir. Banka ile asıl borçlu arasındaki kredi ilişkisi ticari iş niteliği taşıdığından ve TTK. m. 7, f. 2 uyarınca ticari işlere verilen kefalet müteselsil kefalet olduğundan, bankanın alacağına kefil olan kimsenin teminatı da müteselsil kefalettir. Söz konusu kefalet sözleşmelerinde yer alan “müteselsil kefil ve müşterek borçlu” ibaresinden müteselsil kefaletin anlaşılması gerekir.²⁶⁷

II. Bankaların verdikleri kefalet: kefalet kredisi

Bankaların bir borca kefil olmaları durumunda, nakit ödeme riskini üstlenmeleri sebebiyle gayri nakdi kredi vermeleri söz konusudur.²⁶⁸ 5411 sayılı Bankacılık Kanunu m. 48'e göre, “Bankalarca verilen nakdi krediler ile teminat mektupları, kontrgarantiler, kefaletler, aval, ciro, kabul gibi gayri nakdi krediler ve bu niteliği haiz taahhütler, satın alınan tahvil ve benzeri sermaye piyasası araçları, tevdiatta bulunmak suretiyle ya da herhangi bir şekil ve surette verilen ödünçler, varlıkların vadeli satışından doğan alacaklar, vadesi geçmiş nakdi krediler, tahakkuk etmekle birlikte tahsil edilmemiş faizler, gayri nakdi kredilerin nakde tahvil olan bedelleri, ters repo işlemlerinden alacaklar, vadeli işlem ve opsiyon sözleşmeleri ile benzeri diğer sözleşmeler nedeniyle üstlenilen riskler, ortaklık payları ve Kurulca kredi olarak kabul edilen işlemler izlendikleri hesaba katılmaksızın bu Kanun uygulamasında kredi sayılır” denilmektedir.

66-67; GRASSİNGER, s. 85; TANDOĞAN, Özel Borç İlişkileri, s. 735-736; REİSOĞLU, Türk Hukukunda ve Bankacılık Uygulamasında Kefalet, s. 35.

²⁶⁶GRASSİNGER, s. 85; TANDOĞAN, Özel Borç İlişkileri, s. 735-736; REİSOĞLU, Türk Hukukunda ve Bankacılık Uygulamasında Kefalet, s. 35.

²⁶⁷Yarg. 13 HD'nin 18.02.2002 T. 12362/1675 S.; 11 HD'nin 13.10.2003 T. 2815/9200 S.; 11 HD'nin 25.09.1985 T. 3529/4796 S. kararları için bkz. kazancı otomasyonu; 19 HD'nin 01.06.1994 T. 5935/5535 S. kararı için bkz. KOSTAKOĞLU, s. 59.

²⁶⁸AHMET BATTAL, Bankalar Kanunu Şerhi, 2. Bası, Ankara, 2004, s. 116; ONUR YALÇIN, Banka Kredi Sözleşmelerindeki Genel İşlem Şartlarının Geçerliliği, 2006, Ankara, s. 24; İBRAHİM KAPLAN, Banka Sözleşmeleri Hukuku, C. 1, Ankara, 1996, s. 127; WIEGAND, s. 196 vd.

Kefalet kredisi, bankanın asıl borçlu sıfatına haiz müşterisine kefil olmasıdır.²⁶⁹ Banka, bu kredi ile müşterisinin asıl borcunu teminat almak üzere üçüncü bir kişiye (alacaklıya) kefalet vermektedir. Uygulamada kefalet kredisi, en çok müşteri lehine teminat mektubu verilmesi şeklinde kullanılmaktadır. Dolayısıyla bankanın teminat mektubu adı altında vermiş olduğu gayri nakdi kredinin kefalet mi yoksa garanti mi olduğunu dikkatle değerlendirilmesi gerekmektedir. Kefalet kredisinin “teminat mektubu” başlığı altında kefalet hukuki niteliğine haiz olabilmesi için kanunda emredilen şekil şartlarına uygun olması gerekir. Öngörülen şekle uygun olarak düzenlenmeyen kredi, garanti hükmündedir, çünkü garanti sözleşmesinde şekil serbestisi hakimdir. Kefalette, kefil, asıl borçluya ait def’ileri alacaklıya karşı ileri sürebilecekken, garanti de garanti verenin bu hakkı yoktur. Kefil, ödemediği oranda alacaklının haklarına kanunen halef olacakken, garanti verenin alacaklıya halef olması söz konusu değildir. Bu hususlara bakılarak kesin bir çözüme varılamıyorsa, şüphe halinde kefalet ilkesi geçerli olduğundan, bankanın verdiği teminat mektubunun da hukuki niteliği kefalet kabul edilecektir.²⁷⁰

²⁶⁹BAYKAL, s. 52; YALÇIN, s. 28.

²⁷⁰BARLAS, “Kredi Kartı İlişkisinde Bankaya Karşı Verilen Kişisel Teminatın Niteliğinin Belirlenmesi”, s. 967- 968; KEREM ERTAN, “Banka Kredi Açma Sözleşmelerinin Hukuki Niteliği”, Legal HD, C. 1, S. 7, İstanbul, 2003, s. 1672; IŞIKTAÇ, s. 47-48; Yarg. 13 HD’nin 27.4.1992 T. 305/3896 S. kararı için bkz. UYGUR, C. 8, s. 9307-9308.

§ 12. TÜRK PARASININ KIYMETİNİ KORUMA MEVZUATINA GÖRE KEFALETİN GEÇERLİLİĞİ

I. Genel olarak

Türk Hukukunda yabancı para üzerinden kefalet verilmesi mümkündür. Türk Parasının Kıymetini Koruma Kanununa dayanılarak çıkarılmış 32 sayılı Türk Parasının Kıymetini Koruma Kararı, söz konusu kefaletlerin geçerliliği hakkında düzenlemeler içermektedir. Kararın 18. maddesinin birinci fıkrası, “Türkiye’de yerleşik kişilerin yurt dışından gayri nakdi kredi, garanti ve kefalet sağlamaları ile Türkiye’de ve dışarıda yerleşik kişiler lehine dışarıda yerleşik kişilere muhatap teminat mektubu düzenlemeleri, garanti ve kefalet vermeleri serbesttir” demek suretiyle yabancı para üzerinden verilen kefaletlerin geçerliliğini kabul etmiştir.

Anılan kararda, Türkiye’de yerleşik ve dışarıda yerleşik kişi ayırımı yapılmakta ve 2. maddenin b ve c bendlerinde bu kişiler ayrı ayrı tanımlanmaktadır. B bendine göre, Türkiye’deki yerleşik kişiler, “yurt dışında işçi, serbest meslek ve müstakil iş sahipleri dahil Türkiye’de ikametgâh sahibi gerçek ve tüzel kişiler ile bir takvim yılı içinde Türkiye’de devamlı olarak 6 aydan fazla oturanlar”dır. C bendi dışarıda yerleşik kişileri, Türkiye’de yerleşik sayılmayan gerçek ve tüzel kişiler olarak tanımlamaktadır.

32 sayılı Türk Parasının Kıymetini Koruma Kararının hükümlerinde düzenlenen borç, yabancı para borcudur ve borcun vadesi geldiğinde yabancı para üzerinden ödenmesi gerekir.

Burada incelenmesi gerekli hususlar, söz konusu karara göre Türkiye’deki bankaların, bankalar dışındaki yerleşik diğer kişilerin ve Türkiye dışındaki yerleşik kişilerin kefaletlerinin geçerliliğidir.

II. 32 sayılı Türk Parasının Kıymetini Koruma Kararı'na göre kefaletin geçerliliği

1. Bankalar yönünden kefaletin geçerliliği

Türk Parası Kıymetini Koruma Hakkında 32 Sayılı Karar'ın 18. maddesinin 2. fıkrası, “Bankaların; dışarıda yerleşik kişiler lehine Türkiye'de yerleşik kişilere muhatap, yurt içinde açılacak uluslararası ihalelerle ilgili olarak Türkiye'de yerleşik kişiler lehine Türkiye'de yerleşik kişilere muhatap, döviz üzerinden teminat mektubu düzenlemeleri, garanti ve kefalet vermeleri serbesttir” şeklindedir.

Dördüncü fıkrası ise, “Bankalar, yurt dışına ödenen teminat mektubu, garanti ve kefalet bedelleri hakkında transfer tarihinden itibaren, bunların dışındaki Türkiye'de yerleşik kişiler ise, dışarıda yerleşik kişilere hitaben verdikleri garanti ve kefaletlerle ilgili olarak düzenleme tarihinden itibaren 30 gün içinde Müsteşarlığa bilgi verirler” demektedir.

Kararda ifade edilen bankalar, Türkiye'deki bankalar olup, Türkiye'de Türk kanunlarına göre kurulu bankalar ile yabancı bankaların Türkiye'deki şubeleridir. Bu bankalar, alacaklı sıfatıyla Türkiye'de yerleşik kişilerin alacakları için, asıl borçlu sıfatıyla dışarıda yerleşik kişilerin asıl borçlarını teminat altına almak üzere, serbestçe kefalet verebilirler.

Anılan bankaların Türkiye'de yerleşik alacaklılarına Türkiye'de yerleşik kişilerin asıl borcunu temin için yabancı para üzerinden serbestçe kefil olabilmeleri, asıl borcun “yurt içinde açılacak uluslar arası ihalelerle” bağlantılı olmasına koşuluna bağlanmıştır. Bu koşul gerçekleşmediği takdirde, kefil olunabilmesi, kefalet sözleşmesine Hazine ve Dış Ticaret Müsteşarlığının bağlı olduğu Bakanlığın izni ile mümkündür.

Bankalar, yurt dışına ödenen kefalet bedelleri hakkında transfer tarihinden itibaren 30 gün için Müsteşarlığa bilgi vermekle yükümlüdürler.

2. Türkiye’de yerleşik gerçek ve diğer tüzel kişiler yönünden kefaletin geçerliliği

32 sayılı Kararın 18. maddesinin 3. fıkrasında, “Türkiye’deki yerleşik kişilerin yurt dışından gayri nakdi, garanti ve kefalet sağlamaları ile Türkiye’de ve dışarıda yerleşik kişiler lehine dışarıda yerleşik kişilere muhatap teminat mektubu düzenlemeleri, garanti ve kefalet vermeleri serbesttir” denilmektedir.

2. fıkra da, “Türkiye’de yerleşik kişiler ise, dışarıdaki yerleşik kişilere hitaben verdikleri garanti ve kefaletlerle ilgili olarak düzenleme tarihinden itibaren 30 gün içinde Müsteşarlığa bilgi verirler” şeklindedir.

Her iki düzenlemeden çıkan sonuç, Türkiye’deki diğer yerleşik kişilerin yurt dışından serbestçe kefalet sağlayabileceğini; asıl borçlu sıfatıyla Türkiye’de ve dışarıda yerleşik kişilerin asıl borçlarını temin etmek üzere, dışarıda yerleşik kişilere (alacaklılara) kefalet vermelerinin ise kefaletlerin düzenleme tarihinden itibaren 30 gün içinde Müsteşarlığa bilgi verilmesi üzerine serbestçe mümkün olacaktır.

BK. Tasarısı m. 590, f. 4, mevcut BK’unda bulunmayan yeni bir düzenleme getirmiştir. Söz konusu düzenleme, “Yerleşim yeri yabancı bir ülkede olan borçlunun borcunu ödemesi, döviz işlemleri veya havale ile ilgili yasaklar gibi sebeplerle, o yabancı ülkenin yasal düzenlemeleri gereği imkânsız hale gelmiş veya sınırlandırılmışsa, yerleşim yeri Türkiye’de olan kefil, takibe bu sebeple itiraz edebilir” şeklindedir.

3. Türkiye dışında yerleşik kişiler yönünden kefaletin geçerliliği

Dışarıda yerleşik kişilerin, asıl borçlu sıfatıyla Türkiye’de veya dışarıda yerleşik kişilerin asıl borçlarını temin etmek üzere, Türkiye’deki kişilere (alacaklılara) kefalet vermeleri mümkün ve geçerlidir. Dışarıda yerleşik kişiler; dışarıda yerleşik gerçek kişiler, bankalar ve bunun dışındaki tüzel kişilerdir.

2675 sayılı MÖHUK. m. 6, hukuki işlemlerin şekil bakımından geçerliliği düzenlenmiştir. İlgili madde, “Hukuki işlemler, yapıldığı yer hukukunun veya o hukuki işlemin esası hakkında yetkili olan hukukun öngördüğü şekilde uygun olabilir” şeklindedir.

Sonuç olarak, dışarıda yerleşik kişilerin verdiklerin kefaletin geçerli olabilmesi, yapıldıkları yer hukukunun veya kefaletin esası hakkında yetkili olan hukukun (maddi hukuk hükümlerinin) gösterdiği şekilde yapılmasına bağlıdır.

4. Kararın hükümlerine aykırılığın hukuki sonuçları

32 Sayılı Türk Parasının Kıymetini Koruma Kararı’nda düzenlenen izin alma koşullarının yerine getirilmemesinin yaptırımının, kefaletin geçersiz mi yoksa döviz transferinin olanaksız olması mı olacağı tartışılabilir niteliktedir, çünkü kararda açıkça yaptırımın ne olacağı düzenlenmemiştir.

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, 8.5.1963 tarihli ve 22/16 sayılı kararında, “... bu mektup yazılışı bakımından yabancı ülkede bulunan alıcının malın parasını ödeme borcuna bankanın kefil olduğunu gösteren bir belgeden başka bir şey değildir. Böyle bir borçlanma belgesinin yabancı bir kimse yararına verilmesinde

Türkiye'ye döviz gelmesini sağlama ve yersiz yere döviz çıkarılmasını önleme bakımından Maliye'nin izninin aranması, sözü edilen kararname- 14 sayılı Türk Parasını Koruma Hakkında Karar- hükümlerinin konuluş amacına dahi uygun bulunmaktadır. Buna göre taraflar arasındaki teminat mektubu Ticaret Kanununun 1466; Borçlar Kanununun 19. maddesi gereğince geçerli değildir” demek suretiyle izin alma koşullara aykırılığın kefaleti geçersiz kılacağı sonucuna varmıştır.²⁷¹

§ 13. DAMGA VERGİSİ MEVZUATINA GÖRE KEFALETİN GEÇERLİLİĞİ

Kefalet sözleşmesi, damga vergisine tabidir. Ancak bu mükellefiyete aykırılık, kefalet sözleşmesinin geçerliliğini etkilemeyecektir, sadece vergi cezalı olarak ödenecektir.

Damga Vergisi Kanunu'nun birinci maddesine göre, “yazılıp imzalanmak veya imza yerine geçen bir işaret konmak suretiyle düzenlenen ve herhangi bir hususu ispat veya belli etmek için ibraz edilebilecek olan belgeler”, kanundaki kağıtlar terimini ifade etmekte ve damga vergisine tabi olmaktadır. Kefalet sözleşmesi, kanunda ekli (1) sayılı tabloda öngörülen oranda (binde 7.5) damga vergisine tabi tutulmuştur.

DVK. m. 2, “Vergiye tabi kağıtlar mahiyetinde bulunan veya onların yerini alan mektup ve şerhlerle, bu kağıtların hükümlerinin yenilenmesine, uzatılmasına, değiştirilmesine, devrine veya bozulmasına ilişkin mektup ve şerhler damga vergisine tabidir” şeklindedir. Bu madde doğrultusunda, kefalet sözleşmesinin hükümlerinin yenilenmesine, uzatılmasına, değiştirilmesine, devrine veya bozulmasına ilişkin mektup ve şerhler damga vergisine tabi olacaktır.

²⁷¹ HGK'nun 8.05.1963 T. 22/16 S. kararı için bkz. REİSOĞLU, Türk Hukukunda ve Bankacılık Uygulamasında Kefalet, s. 63.

DVK. m. 3 uyarınca damga vergisi yükümlüsü kefildir. Ancak bankalar kefalet sözleşmesi kurdukları takdirde yükümlü oldukları damga vergisini borçluya anlaşılarak borçluya yüklemekte ve tarafların yaptığı bu sözleşme geçerli sayılmaktadır.

DVK. m. 5, c. 1, “bir nüshadan fazla olarak düzenlenen kağıtların her nüshası ayrı ayrı aynı miktar veya nispette damga vergisine tabidir” demektedir. Bu bakımdan kefalet sözleşmesinin metni de birden fazla nüshadan oluşuyorsa, her nüsha, ayrı ayrı aynı miktar veya nispette damga vergisine tabi olacaktır.

DVK. m. 6, f. 2, “Bir kağıtta toplanan akit ve işlemler birbirine bağlı ve bir asıldan doğma oldukları takdirde Damga Vergisi, en yüksek vergi alınmasını gerektiren akit veya işlem üzerinden alınır.” şeklindedir. Kefalet sözleşmesi fer’i niteliği gereği asıl borca bağlıdır ve bir kredi sözleşmesine kefil olduğu takdirde, bu sözleşme bir defa damga vergisine tabi olmakta; kredi veya kefaletten hangisinin oranı daha yüksekse, o oranda damga vergisi ödenmektedir. Kefalet yükümlülüğü asıl borçtan ayrı bir kağıtta yer alıyorsa, ayrı damga vergisine tabi tutulacaktır.

DVK. m. 7, f. 1’e göre, kağıtlara konulan imzanın birden fazla olması, yeniden vergi alınmasını gerektirmemektedir. Kefalet sözleşmesi için de aynı düzenleme geçerlidir.

Beşinci Bölüm

KEFALET SÖZLEŞMESİNİN GEÇERLİLİK ŞARTLARININ GERÇEKLEŞMEMESİNİN HUKUKİ SONUÇLARI

§ 14. MADDİ ŞARTLARA UYULMAMASININ SONUÇLARI

I. BK. m. 20, f. 1 uyarınca kesin hükümsüzlük

BK. m. 20, f. 1'in (İsv. BK. m. 20, f. 1), konuları, imkânsız, hukuka veya ahlâka aykırı sözleşmelere öngördüğü yaptırım kesin hükümsüzlüktür (mutlak butlan). BK. m. 20, f. 1'de ifade edilen söz konusu yaptırım, sadece sözleşmenin konusunun imkânsız, hukuka veya ahlâka aykırı olduğu hallerde değil, sözleşme taraflarının sözleşme ehliyetine sahip olmaması ve muvazaalı sözleşmelerde de uygulanır.²⁷²

Bu bakımdan kefalet sözleşmesi,

- kefalet sözleşmesinin konusunun hukuka veya ahlâka aykırı olması,
 - kefalet sözleşmesi taraflarının sözleşme ehliyetine (her iki tarafın tam ehliyetsiz olması veya kefilin sınırlı ehliyetsiz olup MK. m. 453, 455, 359'daki şartların gerçekleşmemesi olması) sahip olmaması,
 - kefalet sözleşmesinin muvazaalı olması
- halinde kesin hükümsüzdür.

²⁷² AKYOL, Borçlar Hukuku, s. 173; EREN, s. 300-301; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 384 vd; HAUSHEER/ AEBI-MÜLLER, s. 68 vd; SCHWENZER, s. 219; GIOVANOLI, s. 53.

Kesin hükümsüz olan kefalet sözleşmesi, sözleşmenin kurulmasından itibaren, kendiliğinden hukuki sonuçlarını doğurmaz.²⁷³

Hükümsüzlük, belli bir sürenin geçmesi ya da alacaklı ile kefilin geçersiz kefalet sözleşmesine icazet vermeleriyle ortadan kalkmaz.²⁷⁴ Tarafların yeni bir kefalet sözleşmesi kurmaları gerekmektedir.²⁷⁵

Kefalet sözleşmesinin kesin hükümsüz olduğu, ilgili herkes tarafından ileri sürülebilir ve hükümsüzlüğün hâkim tarafından resen nazara alınması gerekir.²⁷⁶

Kesin hükümsüzlüğün ortaya çıkması için, herhangi bir mahkeme kararına gerek yoktur. Ancak hükümsüzlüğün tespiti için mahkemeden tespit kararı alınabilir.²⁷⁷

Kefalet sözleşmesinin kesin hükümsüz olması sonucu, alacaklı ve kefil için herhangi bir borç doğmaz.²⁷⁸

²⁷³ REİSOĞLU, Borçlar Hukuku, s. 123; KAPLAN, Borçlar Hukuku, s. 87; DERYAL/GENÇ, s. 105; AKYOL, Borçlar Hukuku, s. 174; ŞENYÜZ, s.37; TANDOĞAN, Özel Borç İlişkileri, s.740-742; BAŞPINAR, s.25; EREN, s.260, 301; AYBAY, Borçlar Hukuku, s. 56; HAUSHEER/ AEBI-MÜLLER, s. 68; GIOVANOLI, s. 59.

²⁷⁴ OĞUZMAN/ÖZ, s.126-127; TUĞ, s. 109; AYAN, Borçlar Hukuku, s. 144; KILIÇOĞLU, s. 89; REİSOĞLU, Borçlar Hukuku, s. 123; DERYAL/GENÇ, s. 105; AKYOL, Borçlar Hukuku, s. 174; ŞENYÜZ, s. 37; BAŞPINAR, s. 25; EREN, s. 260-261, 301; BGE 40 II 611, 4 HD. 7.1.1958 3175/100 için bkz. REİSOĞLU, Türk Hukukunda ve Bankacılık Uygulamasında Kefalet, s.44-45; HAUSHEER/ AEBI-MÜLLER, s. 69.

²⁷⁵ TUĞ, s. 109; REİSOĞLU, Borçlar Hukuku, s. 123-124; TANDOĞAN, Özel Borç İlişkileri, s. 740-742; DERYAL/GENÇ, s. 105; AKYOL, Borçlar Hukuku, s. 174; ŞENYÜZ, s. 37; BAŞPINAR, s. 25; AYBAY, Borçlar Hukuku, s. 56; EREN, s. 301; HAUSHEER/ AEBI-MÜLLER, s. 69.

²⁷⁶ OĞUZMAN/ÖZ, s. 126-127; TUĞ, s. 109; AYAN, Borçlar Hukuku, s. 144; KILIÇOĞLU, s. 89; AKINTÜRK, Borçlar Hukuku, s.41; REİSOĞLU, Borçlar Hukuku, s. 123; DERYAL/GENÇ, s. 105; AKYOL, Borçlar Hukuku, s. 174; ŞENYÜZ, s. 37; BAŞPINAR, s. 25; EREN, s. 260, 301; YAVUZ, s.487; AYBAY, Borçlar Hukuku, s. 56; TANDOĞAN, Özel Borç İlişkileri, s. 740-742.;Yarg. İçt. Bir. Kar. 12.4.1944 14/13 s. 5765 için bkz. REİSOĞLU, Türk Hukukunda ve Bankacılık Uygulamasında Kefalet, s. 44-45, HAUSHEER/ AEBI-MÜLLER, s. 68-69.

²⁷⁷ AKYOL, Borçlar Hukuku, s. 174; KAPLAN, Borçlar Hukuku, s. 87; ŞENYÜZ, s. 37; BAŞPINAR, s. 25; EREN, s. 301; HAUSHEER/ AEBI-MÜLLER, s. 69.

²⁷⁸ KILIÇOĞLU, s. 89; KAPLAN, Borçlar Hukuku, s. 87; AKYOL, Borçlar Hukuku, s. 175; BAŞPINAR, s. 25; EREN, s. 260; HAUSHEER/ AEBI-MÜLLER, s. 69.

Kefalet sözleşmesinden doğan borcunu yerine getiren kefil, alacaklıya verdiği şeyleri, sebepsiz zenginleşme davasıyla (BK. m. 62, f. 1) geri alabilir. Bunun için kefilin, hükümsüzlükte kusuru bulunmadığını ispat etmesi gerekir.²⁷⁹

Kesin hükümsüzlük, buna dayanan sözleşme tarafına itiraz hakkı tanımaktadır. Bu hak bir süreye bağlı değildir.²⁸⁰

Kefalet sözleşmesinin kesin hükümsüz olması, sözleşmede bağlanan cezai şart, pey akçesi gibi fer'i borçların da hükümsüzlüğünü doğuracaktır.²⁸¹

II. Noksanlık

Kefalet sözleşmesinin sadece kefil borç altına sokması, alacaklı yönünden sözleşmenin karşılıksız kazandırıcı bir işlem olduğunun göstergesidir. Alacaklının kefalet sözleşmesinin kurulduğu sırada sınırlı ehliyetsiz olması halinde, sınırlı ehliyetsizler karşılıksız kazanmalar yönünden tek başlarına hareket edebildiklerinden (MK. m. 16, f. 1) sözleşmenin geçerliliği için, alacaklının kanuni temsilcisinin izin veya sonradan icazetine gerek yoktur.²⁸²

Kefalet sözleşmesinin kural olarak tek tarafa borç yüklemesi, fer'ilik gibi zorunlu bir unsur olmayıp, tarafların aralarında anlaşmalarıyla değiştirilebilir ve sözleşme tam iki tarafa borç yükleyen bir sözleşme haline getirilebilir. Bunun için alacaklının kefalet ile açıkça kefile karşı bir takım yükümlülükler yüklenmesi

²⁷⁹ KAPLAN, Borçlar Hukuku, s. 87; AYAN, Borçlar Hukuku, s. 144; KILIÇOĞLU, s. 89; AKINTÜRK, Borçlar Hukuku, s. 41; REİSOĞLU, Borçlar Hukuku, s. 124; DERYAL/GENÇ, s. 105; AKYOL Borçlar Hukuku, s. 175; ŞENYÜZ, s. 38; EREN, s. 260- 261, 302; AYBAY, Borçlar Hukuku, s. 56; REİSOĞLU, Türk Hukukunda ve Bankacılık Uygulamasında Kefalet, s. 44-45.

²⁸⁰ AKYOL, Borçlar Hukuku, s. 175; BAŞPINAR, s. 25; EREN, s. 301-302; HAUSHEER/ AEBI-MÜLLER, s. 69.

²⁸¹ KILIÇOĞLU, s. 89; DERYAL/GENÇ, s. 105.

²⁸² DURAL/ÖĞÜZ, s. 85; HATEMİ, Kişiler Hukuku Dersleri, s. 58-59; AKINTÜRK, Medeni Hukuk, s. 133; İNAN, Medeni Hukuk, s. 104; AKİPEK/AKINTÜRK, Kişiler Hukuku, s. 341; ÖZTAN, Medeni Hukukun Temel Kavramları, s. 269.

gereklidir.²⁸³ Sınırlı ehliyetsiz olan alacaklıyı borç altına sokan kefalet sözleşmesinin geçerliliği için, kanuni temsilcisinin sözleşmeye izin vermesi veya sözleşme izin alınmadan kurulmuşsa, söz konusu sözleşmeye icazet göstermesi gereklidir. İcazet verilene kadar sözleşmede bir noksanlık söz konusu olur ve sözleşmenin hükümleri askıdadır (askıda hükümsüzlük).²⁸⁴

Askı süresince hâkim, kefalet sözleşmesindeki noksanlığı resen dikkate almak zorundadır ve alacaklının kanuni temsilcisine icazet vermesi için bir süre tanır. Bu süre içinde kanuni temsilcinin sözleşmeye icazet vermesi, sözleşmeyi baştan itibaren geçerli kılar. İcazet verilmediği takdirde, sözleşme baştan itibaren kesin hükümsüz olur ve kefil de taahhüdüyle bağlı olmaktan kurtulur.²⁸⁵

Kendisine yasal danışman tayin edilenlerden kefil olmak isteyenlerin kurdukları kefalet sözleşmeleri için de aynı hükümler geçerlidir. Evli kişilerden birinin kefil olmasını, hâkimin diğer eşin rızasına tabi hallerde ve yetkisiz temsilcinin kurduğu kefalet sözleşmelerine de aynı hükümler uygulanır. Geciktirici şarta bağlı kefalet sözleşmeleri de, şartın gerçekleşmesine kadar askıda hükümsüz olup, şart gerçekleştiği anda hüküm ifade ederler. Şartın gerçekleşmesi imkânsızlaştığı takdirde sözleşme kesin olarak hükümsüzleşir.²⁸⁶

²⁸³ KANİTİ SALAMON, s. 63-64; YAVUZ, s. 533; REİSOĞLU, Türk Hukukunda ve Bankacılık Uygulamasında Kefalet, s. 5-6.

²⁸⁴ OĞUZMAN/ÖZ, s. 140; AYAN, Borçlar Hukuku, s. 93; DERYAL/GENÇ, s. 107; EREN, s. 300; AYBAY, Borçlar Hukuku, s. 65; ARPACI, s. 56.

²⁸⁵ OĞUZMAN/ÖZ, s. 140-141; AYAN, Borçlar Hukuku, s. 93-94; DERYAL/GENÇ, s. 107; EREN, s. 300; AYBAY, Borçlar Hukuku, s. 65; ARPACI, s. 56-57.

²⁸⁶ OĞUZMAN/ÖZ, s. 140-141; AYAN, Borçlar Hukuku, s. 93-94; DERYAL/GENÇ, s. 107; EREN, s. 300; AYBAY, Borçlar Hukuku, s. 65; 129-131; BECK, s. 84-85; OSER/SCHÖNENBERGER, s. 171.

III. İrade sakatlığında iptal kabiliyeti

1. Genel olarak

BK'nun 23, 28 ve 29. maddelerinde bir sözleşme yapılması sırasında, esaslı hataya düşen, hile veya ikraha maruz kalan tarafın o sözleşme ile bağlı olmadığı düzenlenmiştir. Hata, hile ve ikrah sebebiyle ne tarz bir hükümsüzlüğün söz konusu olduğu hususunda farklı görüşler vardır.

Doktrinde bir görüşe²⁸⁷ göre, sözleşme geçerlidir. İradesi sakat olan taraf, sözleşme ile bağlı olmayıp, karşı taraf sözleşme ile bağlıdır. İradesi sakat olan taraf, kanunda öngörülen süre içinde sözleşmeyi geriye etkili olarak iptal ettirebilir.

Diğer bir görüşe²⁸⁸ göre, sözleşme nisbi butlanla batıl olup, başlangıçtan itibaren hükümsüzdür. Bu hükümsüzlüğü sadece iradesi sakatlanmış taraf kanunda öngörülen süre içinde ileri sürebilir ve ileri sürmediği takdirde sözleşme her iki taraf için de geçerli hale gelir.

Başka bir görüşe²⁸⁹ göre ise, sözleşme iradesi sakat olan taraf bakımından düzelebilir hükümsüz, karşı taraf açısından geçerlidir. Ancak bu geçerlilik iptal edilme bozucu şartına bağlanmıştır. Şartın gerçekleşmesi geriye etkilidir. İradesi sakat olan taraf, hükümsüzlüğü ileri sürmediği takdirde sözleşme her iki taraf için de geçerli hale gelir.

Her üç görüş uyarınca da kefalet sözleşmesi kurulurken hataya düşen, hile veya ikraha maruz kalan kefil, sözleşme ile bağlı değildir ve BK. m. 31'de belirtilen

²⁸⁷ EREN, s. 370; TUNÇOMAĞ, s. 369; REİSOĞLU, Borçlar Hukuku, s. 108; AKINTÜRK, Borçlar Hukuku, s. 51; AYAN, Borçlar Hukuku, s. 169; DERYAL/GENÇ, s. 94; KILIÇOĞLU, s. 132 vd; AKYOL, Borçlar Hukuku, s. 233 vd; AKINCI, s. 84 vd; SCHWENZER, s. 253; OSER/SCHÖNENBERGER, s. 119-121; GIOVANOLI, s. 50.

²⁸⁸ AYBAY, Borçlar Hukuku, s. 62 vd.; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY, s. 182; GUHL/KOLLER/SCHNYDER/DRUEY, s. 631.

²⁸⁹ OĞUZMAN/ÖZ, s. 100; KAPLAN, Borçlar Hukuku, s. 102; NOMER, s. 47; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 45; TUHR VON, s. 302.

süre sonuna kadar (bir yıl) sözleşme ile ilgili arzusunun beyan etmelidir. Bir yıllık süre hak düşürücü bir süre olup, kefilin hata veya hileyi öğrendiği veya korkunun ortadan kalktığı andan itibaren işlemeye başlar. Beyan yapılmadıkça hâkim sakatlığı resen dikkate almaz. HUMK. m. 293'e göre, sözleşmenin değeri ne olursa olsun, hata, hile ve ikrah iddiaları şahitle ispat olunabilir. Kefilin söz konusu beyanına iptal beyanı ve bu beyanı verebilme hakkına da iptal hakkı denilir.²⁹⁰

2. İptal hakkının kullanılması

İptal hakkı yenilik doğuran bir haktır ve kefilin, alacaklıya yönelteceği tek taraflı bir irade beyanı ile kullanılır. İptal beyanının bir yıllık süre dolmadan alacaklının hakimiyet alanına varması gerekir. İptal beyanı hiçbir şekilde bağlı değildir. Kullanılmasından sonra geri alınması da mümkün değildir. Bozucu yenilik doğuran bir beyan niteliği taşıdığı için şarta bağlanamaz.²⁹¹

İptal hakkının, bir yıllık süre dışında, ayrıca sözleşmenin kurulmasından itibaren on yıllık azami bir süre ile sınırlandırılıp sınırlandırılmadığı doktrinde tartışma konusu olmuştur.

Bir görüşe²⁹² göre, hata ile hile daha sonra öğrenilmiş olsa bile, sözleşmenin yapıldığı tarihten itibaren on yıllık (BK. m. 125'te düzenlenen) mutlak ve azami bir süre ile sınırlandırılmalıdır. Böylece iptali dermeyan hakkı, hata, hile ve ikrahtan itibaren on yıl geçince sona ermelidir.

²⁹⁰ OĞUZMAN/ÖZ, s. 100-102; KAPLAN, Borçlar Hukuku, s. 102; REİSOĞLU, Borçlar Hukuku, s. 108-110; AKINTÜRK Borçlar Hukuku, s. 51; EREN, s. 372-374; AYBAY, Borçlar Hukuku, s. 62 vd; AYAN, Borçlar Hukuku, s. 169 vd.; DERYAL/GENÇ, s. 94-95; KILIÇOĞLU, s. 133 vd ; AKYOL, Borçlar Hukuku, s. 233 vd; BECK, s. 70-71; ARAL, s. 434.

²⁹¹ OĞUZMAN/ÖZ, s. 101; GRASSINGER, s. 81; EREN, s. 372; AYAN, Borçlar Hukuku, s. 169 vd; DERYAL/GENÇ, s. 94; ; KILIÇOĞLU, s. 133 vd.; AKYOL Borçlar Hukuku, s. 233 vd.

²⁹² TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 454; KILIÇOĞLU, s. 133; BOZER, s. 62 vd.

Baskın görüşe göre²⁹³, kanun koyucunun burada BK. m. 60, 66 ve 125'te olduğu gibi on yıllık azami bir süre öngörmemesi sebebiyle, iptal hakkını on yıllık bir süreyle sınırlandırmanın mümkün olmayacağı yönündedir.

Yargıtay, bir kararında²⁹⁴ hilede sakatlığı ileri sürme hakkını, sözleşmenin yapıldığı tarihten itibaren on yıllık süre ile sınırlandırmıştır. Sözleşmenin yapılmasından sonra on yıllık süre geçmişse, hile öğrenilmiş olsa bile, ileri sürülemez. Ancak Yargıtay daha sonra görüşünde değişiklik yapmış ve sözleşmenin irade sakatlığı sebebiyle iptalinin on yıllık süreyle sınırlı olmadığı sonucunu kabul etmiştir.²⁹⁵

3. İptal hakkının kullanılmasının sonuçları

İptal hakkının kullanılması üzerine kefalet sözleşmesi kesin olarak hükümsüz hale gelir, ayrıca bir iptal davası açmaya gerek yoktur, dolayısıyla bundan sonraki bir davada sözleşmenin iptal edilmiş olduğunu hâkim resen dikkate alır.

Kefalet sözleşmesinin iptali kural olarak geriye etkilidir. İptalden sonra alacaklı, kefilden kefalet borcunun ifasını talep edemez. Ancak iptal hakkının kullanılmasından önce kefalet borcu ifa edilmişse, kefil ödediği miktarı sebepsiz zenginleşme davasıyla (BK. m. 62, f. 1) alacaklıdan geri isteyebilir. Bunun için kefilin, hükümsüzlükte kusuru bulunmadığını ispat etmesi gerekir.²⁹⁶

²⁹³ EREN, s. 373-374; OĞUZMAN/ÖZ, s. 102.

²⁹⁴ HGK 30-5-1951 T.1 1244 E. 100 K. için bkz. EREN, s. 373 dn. 141.

²⁹⁵ Yarg. 1. HD'nin 17.3.1989 T. 89/3063 S. kararı için bkz. REİSOĞLU, Borçlar Hukuku, s. 110 dn. 26a.

²⁹⁶ OĞUZMAN/ÖZ, s. 102; REİSOĞLU, Borçlar Hukuku, s. 110-111; EREN, s. 374; DERYAL/GENÇ, s. 95; KILIÇOĞLU, s. 133 vd; AKYOL, Borçlar Hukuku s. 233 vd.

4. İptal hakkından feragat

Kefilin, hatasını veya hileyi öğrenmiş ya da korkusunun sona ermiş olması durumunda dahi, kefalet borcunu ifa etmesi kefalet sözleşmesine icazet verdiğini gösterir. Bu icazet, kefilin iptal hakkını düşürür ve artık iade de söz konusu olmayıp, sözleşme geriye etkili olarak her türlü sakatlıktan uzak bir şekilde yapılmış sayılır.²⁹⁷

Hile ve ikrah halinde, hileye veya ikraha maruz kalan kefil, bir yıllık hak düşürücü süreyi iptal beyanında bulunmadan geçirmiş olsa bile, edimini ifa etmemişse, BK. m. 60, f. 3'te düzenlenen daimi def'i hakkından yararlanacak ve kendisine karşı açılacak ifa davasında bu def'iyi ileri sürerek ifadan kaçınabilecektir.²⁹⁸ İsviçre Federal Mahkemesi de aynı görüştedir.²⁹⁹ Ancak doktrinde bir görüşe³⁰⁰ göre, kefilin sözleşmeye icazet vermesi halinde, kefil bu def'iden artık yararlanamaz. Diğer bir görüş³⁰¹ ise, sözleşmeye icazet verilmesi halinde de def'inin ileri sürülebileceğini kabul etmektedir.

5. Sözleşmenin geçersizliği sebebiyle zararın tazmini

A. Hata halinde sözleşmenin geçersizliği sebebiyle zararın tazmini

BK. m. 26, "Akdin hükmünden kurtulmak için hata ettiğini iddia eden taraf, eğer hata kendi kusurundan ileri gelmiş ise, mukavelenin bu suretle feshinden mütevellit zararın tazmine mecburdur. Fakat diğer taraf hataya vakıf olmuş veya vakıf olması muktazi bulunmuş olduğu takdirde, tazminat lazım gelmez. Eğer hakkaniyet icap ederse hâkim, mutazarrır olan tarafın lehinde daha fazla tazminat hükmedebilir."

²⁹⁷ OĞUZMAN/ÖZ, s. 102; REİSOĞLU, Borçlar Hukuku, s. 110; AYBAY, Borçlar Hukuku, s. 62 vd; DERYAL/GENÇ, s. 95; AKYOL, Borçlar Hukuku, s. 233 vd; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY Band I, s. 183.

²⁹⁸ OĞUZMAN/ÖZ, s. 107; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 455-456; ÖZKAYA, s. 456; EREN, s. 376; YILDIRIM, s. 264.

²⁹⁹ JT. 1959, I 472; 475 için bkz. REİSOĞLU, Borçlar Hukuku, s. 111 dn. 30.

³⁰⁰ JT. 1959, I 472; 475 için bkz. REİSOĞLU, Borçlar Hukuku, s. 111 dn. 31; von Büren görüşü için bkz. YILDIRIM, s. 264 dn. 1126; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 455-456.

³⁰¹ EREN, s. 376; ÖZKAYA, s. 456.

şeklindedir. Hükmün anlamı, kefilin hataya kendi kusuruyla düşmüş olması halinde, sözleşmenin iptalinden doğan alacaklının menfi zararını tazminle yükümlü olacağıdır. Alacaklı, kefilin hataya düştüğünü biliyor veya bilmesi gerekiyorsa, kefil tazminattan kurtulur. Hakkaniyetin gerektirdiği hallerde hâkim, daha fazla bir tazminat ödenmesine karar verebilecektir (müspet zararın tazmini).³⁰²

Kefilin sorumluluğunun hukuki niteliği hakkında doktrinde fikir ayrılıkları bulunmaktadır. Bir görüş³⁰³, sözleşme dışı sorumluluğun varlığını ve haksız fiile ilişkin hükümlerin uygulanmasını, diğer bir görüş³⁰⁴ ise, sorumluluğun culpa in contrahendo olduğunu ve borca aykırılığa ilişkin hükümlerin uygulanması gerektiğini kabul etmektedir.

B. Hile halinde sözleşmenin geçersizliği sebebiyle zararın tazmini

Hileye maruz tarafın, hileyi yapan karşı taraftan veya üçüncü kişiden tazminat talebinde bulunması mümkündür. Tazminat talebinde bulunulabilmek için, sözleşmenin iptal edilmiş olması gerekmez (BK. m. 31, f. 2). Bu bakımdan hileye maruz kalan kefil de, hileyi yapan alacaklı ise alacaklıdan ya da üçüncü kişiden (üçüncü kişi sıfatıyla asıl borçludan) ister sözleşmeyi iptal etsin isterse etmesin hile sebebiyle uğradığı zararın tazminini isteyebilir. Kefilin sözleşmeye icazet vermiş olması, tazminat istemesine engel olmaz.³⁰⁵ Doktrinde baskın görüşe³⁰⁶ göre, kefil

³⁰² OĞUZMAN/ÖZ, s. 92-93; EREN, s. 356-357; DERYAL/GENÇ, s. 90; AYBAY, Borçlar Hukuku, s. 63; REİSOĞLU, Borçlar Hukuku, s. 102; ŞENYÜZ, s. 33; AKYOL, Borçlar Hukuku, s. 255-256; NOMER, s. 54; KILIÇOĞLU, s. 134-136; AYAN, Borçlar Hukuku, s. 171; TUHR VON, s. 291; TUNÇOMAĞ, s. 349-350; AKINCI, s. 85; BOZER, s. 61-62; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 439-440; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY, Band I, s. 172; SCHWENZER, s. 259; HUGUENIN, s. 87.

³⁰³ Keller/Schöbi ve Piotet görüşü için bkz. OĞUZMAN/ÖZ, s. 323.

³⁰⁴ TUHR VON, s. 292; EREN, s. 358; OĞUZMAN/ÖZ, s. 91; Engel görüşü için bkz. EREN, s. 358; AKYOL, s. 253; KILIÇOĞLU, s. 134; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY, Band I, s. 172.

³⁰⁵ OĞUZMAN/ÖZ, s. 96; KILIÇOĞLU, s. 142; AKYOL, Borçlar Hukuku, s. 296; REİSOĞLU, Borçlar Hukuku, s. 105; ŞENYÜZ, s. 34; AYBAY, Borçlar Hukuku, s. 64; DERYAL/GENÇ, s. 92; EREN, s. 362-363; AYAN, Borçlar Hukuku, s. 174; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY, Band I, s. 177; SCHWENZER, s. 259.

³⁰⁶ DERYAL/GENÇ, s. 92; EREN, s. 363; OĞUZMAN/ÖZ, s. 96; KILIÇOĞLU, s. 142; AKYOL, Borçlar Hukuku, s. 296; REİSOĞLU, Borçlar Hukuku, s. 105; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY, Band I, s. 177; SCHWENZER, s. 259.

kural olarak menfi zararının tazminini talep edebilir. Bunun yanında hakkaniyet gerektirdiği takdirde müspet zararın tazmininin de istenebileceğini kabul eden görüşler³⁰⁷ bulunmaktadır. Hileyi yapan alacaklının, baskın görüşe³⁰⁸ göre, sorumluluğu culpa in contrahendodur. Üçüncü kişinin hilesi söz konusu ise, üçüncü kişinin sorumluluğu haksız fiil sorumluluğudur.³⁰⁹

C. İkrahalinde sözleşmenin geçersizliği sebebiyle zararın tazmini

Üçüncü kişinin ikrahını, alacaklı bilmiyor veya bilmesi gerekmiyorsa, BK. m. 29, f. 2 uyarınca kefil sözleşmeyi iptal ettiğinde, hakkaniyet gereği alacaklının menfi zararını karşılayacaktır. Tazminatın miktarını hâkim takdir eder. Kefil, ödediği bu tazminat için üçüncü kişiye rücu edebilir. Üçüncü kişinin ikrahi haksız fiil teşkil ettiğinden, sorumluluğu haksız fiil sorumluluğudur. Üçüncü kişinin ikrahi sonucunda sözleşme iptal edilmişse üçüncü kişinin sorumluluğu, kural olarak kefilin menfi zararını kapsayacak, sözleşme iptal edilmediği takdirde ise, kefilin sözleşmeyi yapmaktan dolayı uğramış olduğu zararını kapsayacaktır. Alacaklının ikrahi söz konusu ise, doktrinde baskın görüşe göre³¹⁰, alacaklı culpa in contrahendo sorumluluğu çerçevesinde kefilin menfi zararını tazmin etmekle yükümlüdür. Hile de olduğu gibi hakkaniyet gerektirdiği takdirde müspet zararın tazmininin de istenebileceğini kabul eden görüşler³¹¹ bulunmaktadır.

³⁰⁷ NOMER, s. 55; YILDIRIM, s. 268; GAUCH/SCHLUEP/ SCHMID/ REY, Band I, s. 177; AKYOL, Borçlar Hukuku, s. 297.

³⁰⁸ OĞUZMAN/ÖZ, s. 96; KILIÇOĞLU, s. 142; AKYOL, Borçlar Hukuku, s. 296; REİSOĞLU, Borçlar Hukuku, s. 105; EREN, s. 362; AYAN, Borçlar Hukuku, s. 174; YILDIRIM, s. 267; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY, Band I, s. 177; SCHWENZER, s. 259; HUGUENIN, s. 87; karşı görüş AKINCI, s. 88; Keller/Schöbi, Egger görüşleri için bkz. YILDIRIM, s. 266 dn. 1131, yazarlar zararın tazmininin haksız fiilden doğması sebebiyle, hileyi yapanın sorumluluğunun haksız fiil hükümlerine göre değerlendirilmesi gerektiğini savunmaktadırlar.

³⁰⁹ OĞUZMAN/ÖZ, s. 96; REİSOĞLU, Borçlar Hukuku, s. 105; EREN, s. 363; AYAN, Borçlar Hukuku, s. 174; AKINCI, s. 88-89.

³¹⁰ AKINTÜRK, Borçlar Hukuku, s. 51; REİSOĞLU, Borçlar Hukuku, s. 107-108; OĞUZMAN/ÖZ, s. 99; KILIÇOĞLU, s. 148; EREN, s. 367-368; AYBAY, Borçlar Hukuku, s. 65; ŞENYÜZ, s. 35; AKYOL, Borçlar Hukuku, s. 325; DERYAL/GENÇ, s. 93; AYAN, Borçlar Hukuku, s. 177; NOMER, s. 56-57; ÖZKAYA, s. 412-413; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY, Band I, s. 179-180, SCHWENZER, s. 259; HUGUENIN, s. 87.

³¹¹ AKYOL, Borçlar Hukuku, s. 327; NOMER, s. 56; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY, Band I, s. 180.

§ 15. ŞEKİL ŞARTLARINA UYULMAMASININ SONUÇLARI

Kural olarak kanunda öngörülen şekil şartlarına uyulmadan yapılan sözleşmeler geçersizdir (BK. m. 11, f. 2). Bu bakımdan kefalet sözleşmesi de kanunda öngörülen şekilde (BK. m. 484) yapılmadıkça geçersiz olacaktır. Geçersizliğin hukuki niteliği hakkında doktrinde görüş ayrılıkları mevcuttur.

Birinci ve doktrinde baskın olan görüşe³¹² göre, söz konusu geçersizliğin türü kesin hükümsüzlüktür (mutlak butlan). İsviçre Federal Mahkemesi ve Yargıtay da bu görüşü benimsemişlerdir.³¹³ Kesin hükümsüzlük bahsi, maddi şartlara uyulmamasının sonuçları bölümünde incelenmiş olduğundan burada yeniden değinilmeyecektir.

İkinci görüşe³¹⁴ göre geçersizliğin hukuki niteliği, kendine özgü geçersizliktir. Özellikle son yıllarda doktrinde savunulan yeni bir görüştür. Bu görüş uyarınca, şekle aykırılığı, sadece kefalet sözleşmesinin tarafları olan alacaklı ve kefil def'i olarak ileri sürebilir; hâkim tarafından resen dikkate alınmaz.³¹⁵ Şekle aykırılık, kefalet sözleşmesinin sürekli olarak hükümsüzlüğü sonucunu doğurmaz. Kefalet sözleşmesinin taraflarının, sözleşmeden doğan borçlarını bilerek ve isteyerek ifa etmeleri, şekle aykırılığı bertaraf ederek sözleşmeyi geçerli hale getirir.³¹⁶

³¹² OĞUZMAN/ÖZ, s.126-127; KAPLAN, Borçlar Hukuku, s. 87; TUĞ, s.109; AYAN, Borçlar Hukuku, s.143; AKINTÜRK, Borçlar Hukuku, s. 41; REİSOĞLU, Borçlar Hukuku, s. 123; DERYAL/GENÇ, s.104; AKYOL, Borçlar Hukuku, s.173; ŞENYÜZ, s. 37; BAŞPINAR, s.25; TANDOĞAN, Özel Borç İlişkileri, s.740-742; REİSOĞLU, Türk Hukukunda ve Bankacılık Uygulamasında Kefalet s. 44-45, TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 102; YAVUZ, s. 538.

³¹³ BECK, s. 83-84; OSER/SCHÖNENBERGER, s. 141; BUCHER, s. 292; SCHWENZER, s. 204; HONSELL/VOGT/WIEGAND, s. 2578.

³¹⁴ ALTAŞ, Şekle Aykırılığın Olumsuz Sonuçlarının Düzeltilmesi, s.143; EREN, s. 262 vd.

³¹⁵ KILIÇOĞLU, s. 89-90; OĞUZMAN/ÖZ, s. 127; EREN, 262 vd; TANDOĞAN, Özel Borç İlişkileri, s.233- 234.

³¹⁶ VON TUHR, s. 238; EREN, s. 262 vd; ALTAŞ, s. 154.

Söz konusu görüşlerin dışında, şekle aykırı olarak yapılan sözleşmenin “yok” sayılacağını ve şeklin geçerlilik şartı olmayıp kuruluş şartı olduğunu savunan görüşler (**Keller- Schöbi; Furrer görüşü**) olduğu gibi geçersizliğin eksik borç doğuracağı fikrinde olan yazarlar (**Schmidlin görüşü**) ve şekle aykırılık nedeniyle geçersiz olan sözleşmenin tarafları arasında fiili sözleşme ilişkisinin bulunduğu dair görüşler (**Giger görüşü**) de mevcuttur.³¹⁷

BK. m. 484, kefalet sözleşmesinin yazılı şekilde kurulmasını öngörmektedir. İlgili maddenin emrettiği şekil ile kurulmayan kefaletlerde, kefil bu şekil eksikliğini sonradan öğrenirse, sözleşme ile bağlı olmadığını ileri sürebilir ve bu, MK. m. 2 uyarınca hakkın kötüye kullanılması teşkil etmez. Baskın görüşe göre şekil noksanlığı, sözleşmenin kesin hükümsüz olması sonucunu doğuracağından, bu eksiklik herkes tarafından ileri sürülebilir. Hâkim şekil eksikliğini resen dikkate alır.³¹⁸

Kefilin, şekle aykırılığı bizzat yaratıp, daha sonra bu aykırılığa dayanarak iddiada bulunması veya şekil eksikliğini bilip de, bunu sonradan kötü niyetle ileri sürmek amacıyla alacaklıyı kefalet sözleşmesi yapmaya yönlendirmesi hakkın kötüye kullanılmasıdır (MK. m. 2, f. 2).³¹⁹ Bu takdirde bir görüşe³²⁰ göre, kefalet sözleşmesi geçerliliğini korumaktadır ve kefilen hakkın kötüye kullanılması sebebiyle müspet zararın tazmini istenebilecektir. Diğer bir görüşe göre ise, kefalet sözleşmesi şekle aykırılık sebebiyle geçersiz olduğu için kefilen menfi zararın tazmini talep edebilecektir. Kefilin buradaki sorumluluğunun haksız fiil sorumluluğu (BK. m. 41, f. 2) olduğunu savunan görüşler³²¹ olduğu gibi, culpa in contrahendo sorumluluğu olduğu görüşünde³²² olanlar da vardır.

³¹⁷ EREN, s. 264 vd.

³¹⁸ OĞUZMAN/ÖZ, s. 126-127; EREN, s. 260; AYAN, Borçlar Hukuku, s. 144; KILIÇOĞLU, s. 88; AKINTÜRK, Borçlar Hukuku, s. 41; REİSOĞLU, Borçlar Hukuku, s. 123; DERYAL/GENÇ, s. 104; AKYOL, s. 174-175; ŞENYÜZ, s. 37; BAŞPINAR, s. 25-26; AYBAY, Borçlar Hukuku, s. 56.

³¹⁹ YAVUZ, s. 538; AYAN, Borçlar Hukuku, s. 144; OĞUZMAN/ÖZ, s. 120; TANDOĞAN, Özel Borç İlişkileri, s. 740-741; OSER/SCHÖNENBERGER, s. 142.

³²⁰ TANDOĞAN, Özel Borç İlişkileri, s. 741-742; EREN, s. 261-262; ARAL, s. 435-436; REİSOĞLU, Türk Hukukunda ve Bankacılık Uygulamasında Kefalet, s. 58-59.

³²¹ REİSOĞLU, Türk Hukukunda ve Bankacılık Uygulamasında Kefalet, s. 58-59; İsv. Fed. Mah. de aynı görüşte olup, benzeri bir olayda kefil, şekil eksikliğini sonradan ileri sürme kastının ispat

Şekil noksanı bulunan bir kefalet sözleşmesinin yerine getirilmesi istenemez. Kefil şekil eksikliğini bilmeden sözleşmenin geçerli olduğunu düşünerek ödemede bulunmuşsa, BK. m. 62, f. 1'i ileri sürerek açacağı sebepsiz zenginleşme davasıyla alacaklıdan ödediğini geri alabilir, ancak hükümsüzlükte kusuru olmadığını ispatlaması gerekir³²³. Yargıtay, kefilin sebepsiz zenginleşme davası açmasını uygun görmekle birlikte davanın asıl borçluya açılması gerektiği görüşündedir.³²⁴

İcra yoluyla ödemeye zorlanması halinde, kefil özgür iradesiyle ödeme yapmadığından, İİK. m. 72, f. 7 ve 8'e dayanarak istirdat (iade) davası açması hakkı saklıdır.

Kefil, kefalet sözleşmesinin şekil eksikliği nedeniyle geçersiz olduğunu bilerek alacaklıya ödemede bulunmuşsa, bu bir elden bağışlama teşkil edeceğinden, kefilin açacağı sebepsiz zenginleşme davasıyla ödediğini geri alabilmesi olanağı yoktur.³²⁵

edilememesi sebebiyle haksız fiilden sorumlu tutmamıştır. BGE 50 II 292 bkz. REİSOĞLU, Türk Hukukunda ve Bankacılık Uygulamasında Kefalet s. 58.

³²²KILIÇOĞLU, s. 89; REİSOĞLU, Borçlar Hukuku, s. 124; AKYOL, Borçlar Hukuku, s. 177; OSER/SCHÖNENBERGER, s. 142.

³²³ EREN, s. 260-261; YAVUZ, s. 538; AKINTÜRK, Borçlar Hukuku, s. 41; ARAL, s. 435; REİSOĞLU, Türk Hukukunda ve Bankacılık Uygulamasında Kefalet, s. 59; GRASSİNGER, s. 99; TANDOĞAN, Özel Borç İlişkileri, s. 741; AYAN, Borçlar Hukuku, s. 91; ZEVKLİLER, Özel Borç İlişkileri, s. 399; DERYAL/GENÇ, s. 105; KAPLAN, Borçlar Hukuku, s. 87; KILIÇOĞLU, s. 94; REİSOĞLU, Borçlar Hukuku, s. 124; TAŞDELEN, s. 763.

³²⁴ 3 HD. 6.4.1989 9431/3528 Yargıtay'a göre, "Ancak, şekil noksanı veya yokluğu nedeniyle geçerli bulunmayan bir kefalete dayanılarak ödemede bulunan kefilin nedensiz zenginleşme iddiasında bulunabileceğine hiçbir yasal engel bulunmamaktadır. Zira ödeme sonucunda alacak sona ermiş ise, haksız olarak borçlu (davalı)nun zenginleştiğinin kabulü gerekir. Öyle ki alacağın sona ermesiyle, alacaklı hakkı olan bir edayı kabul etmiş olacak, buna karşılık borçlu nedensiz olarak borcundan kurtulmuş, mal varlığında haklı olmayan bir artış meydana gelmiş bulunacaktır" için bkz. REİSOĞLU, Türk Hukukunda ve Bankacılık Uygulamasında Kefalet, s. 60.

³²⁵ TANDOĞAN, Özel Borç İlişkileri, s. 740-741; TAŞDELEN, s. 762; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 110.

Yargıtay, 6.7.1989 tarihli ve 391/3267 sayılı kararında, “Kefalet sözleşmesinin geçerli olabilmesi için BK’nun 484. maddesinde öngörüldüğü şekilde yapılması gerektiğinden ve dosyada mevcut kefalet sözleşmesinde ise kefillerin mes’ul olacağı muayyen bir miktarın gösterilmemesi sebebiyle kefalet sözleşmesi geçersiz ise de aynı kanunun 110. maddesi hükmü gereğince kefillerin başkasının fiilini taahhüt edildiğinin kabulü ile davalılar M ile S’nin borçlu ile birlikte sorumlu olmaları gerekir” demek suretiyle şekle aykırı yapılmış olan kefalet sözleşmesinin tahvil yoluyla garanti sözleşmesi (BK. m.110) ile ayakta tutulması gerektiğini kabul etmiştir.³²⁶

Aksi görüşte olanlar da vardır.³²⁷ Muhaliflere göre, geçersiz bir işlemin tahvil yoluyla ayakta tutulabilmesi için her iki işlemin sonuçlarının eşdeğer olması gereklidir. Ayrıca geçersiz işlemin taraflarının tahvil yoluyla çevrilen işleme uygun farazi iradelerinin bulunması lazımdır. Yani işlemin geçersiz olduğunu bilselerdi, çevrilen işlemi isteyebilecekleri tarafların iradelerinden anlaşılabiliriyorsa tahvil mümkündür.³²⁸ Geçersiz kefalet sözleşmesinin garanti ile ayakta tutulması, her iki sözleşmenin sonuçlarının eşdeğer olmaması sebebiyle mümkün değildir. Garanti sözleşmesinin hukuki sonuçları, kefaletin hukuki sonuçlarından çok daha ağırdır. Kanunun geçersiz kefaleti tahvil yoluyla garanti olarak ayakta tutması, kefilin sorumluluğunu büyük ölçüde arttırmakta; kefilin korunması amacıyla bağdaşmamaktadır.

³²⁶ Yarg. 15 HD’nin 6.07.1989 T. 391/3267 S. kararı için bkz. UYGUR, C. 8, S. 9290; HGK’nun 15.02.1985 T. 15-7/1108 S. kararı için bkz. kazancı otomasyonu.

³²⁷ HATEMİ/SEROZAN/ARPACI, s. 524; TAŞDELEN, s. 761; SCHWENZER, s. 207-208.

³²⁸ OĞUZMAN/ÖZ, s. 138; BUCHER, s. 171; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 110 vd; TUHR VON, s. 224 vd.

§ 16. KISMİ HÜKÜMSÜZLÜK

Kefalet sözleşmesinin bir kısım hükümlerinin BK. m. 20, f. 1’de düzenlenen sebeplerle sakatlanmış olması halinde, söz konusu hükümler olmaksızın da sözleşmenin yapılabileceği durumlarda, kefalet sözleşmesinin tamamı değil, sadece ilgili hükümler geçersiz olacaktır. Ancak geçersiz sayılan hükümlerden yararlanan kefalet sözleşmesi tarafının, bunlar olmadan sözleşmeyi yapamayacağı hâl ve şartlar doğrultusunda kabul edildiği hallerde kefalet sözleşmesi tümüyle geçersiz sayılacaktır (BK. m. 20, f. 2).³²⁹

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu’nun 2.2.1994 tarihli ve 94/26 sayılı kararı, “Sözleşmenin bir kısmına (belli bir parsale) ilişkin imkânsızlığın sözleşmenin bütününe etkilemez. Kısmi iptal ile yetinilmesi gerekir” demek suretiyle aynı sonuca varmaktadır.³³⁰

Doktrin ve İsviçre Federal Mahkemesi, sadece BK. m. 20, f. 1’de sayılan haller sebebiyle hükümsüzlükte değil, diğer hükümsüzlük hallerinde de kısmi hükümsüzlük hükümlerini uygulamaktadır.³³¹

Kefalet sözleşmesinin kısmi hükümsüzlük yaptırımına bağlanabilmesi için, alacaklı ile kefilin aralarında hükümsüzlük anlaşması yapmamış olmaları gerekir. Hükümsüzlük anlaşması ile taraflar, sözleşmenin bir kısım hükümlerinin sakat olması durumunda, bu sakatlığın sözleşmenin diğer kısımlarına yapacağı etkiyi kararlaştırırlar. Taraflar, sözleşmenin bir kısmının sakat olması halinde, sözleşmenin

³²⁹ REİSOĞLU, Türk Hukukunda ve Bankacılık Uygulamasında Kefalet, s. 45; DERYAL/GENÇ, s. 108; AKINTÜRK, Borçlar Hukuku, s. 57; AYAN, Borçlar Hukuku, s. 90; REİSOĞLU, Borçlar Hukuku, s. 118-119; AYBAY, Borçlar Hukuku, s. 57; KILIÇOĞLU, s. 69; EREN, s. 303; OĞUZMAN/ÖZ, s. 141-142; BAŞPINAR, s. 29-30, SCHWENZER, s. 220-221 (İsv. BK. m. 20, f. 1, 2).

³³⁰ HGK 2.2.1994 tarihli ve 94/26 sayılı kararı için bkz. REİSOĞLU, Borçlar Hukuku, s. 118.

³³¹ Şekil noksanında JdT 1933 I 639; Hatada JdT 1971 I 167; JdT 1981 I 372. Hilede JdT 1956 I 475; JdT 1974 I 285 Muvazaa ve şekil noksanında JdT 1993 I 135 için bkz. OĞUZMAN/ÖZ, s. 141 dn. 447. Doktrin TUNÇOMAĞ, s. 371; BAŞPINAR, Borç Sözleşmelerinin Kısmi Butlanı, a. 107-108; SCHWENZER, s. 204, 253.

tamamının geçersiz olacağını kararlaştırdıkları takdirde, sözleşmenin tamamı kesin hükümsüz olur. Ancak taraflar sakat hükümlerin yerine ikame hükümlerin getirilmesini öngörebilirler. Bu takdirde sözleşme geçerliliğini koruyacaktır.³³²

³³² OĞUZMAN/ÖZ, s. 142; BAŞPINAR, s. 34; EREN, s. 308-309; TUHR VON, s. 223-224.

SONUÇ

Tezin konusunu oluşturan kefalet sözleşmesinin geçerlilik şartları Borçlar Kanunu, İsviçre Borçlar Kanunu ve Borçlar Kanunu Tasarısı ışığında incelendiğinde görülüyor ki yürürlükteki Borçlar Kanunu'nun kefalet hükümlerindeki aksaklıklar, İsviçre Borçlar Kanunu kaynak alınarak Borçlar Kanunu Tasarısı ile giderilmek istenmiştir.

Kefilin daha iyi korunması bilinci doğrultusunda Borçlar Kanunu Tasarısı ile getirilen yenilikler, benzer bir şekilde İsviçre Borçlar Kanunu'nda 1941 yılında yapılan revizyonla gerçekleştirilmiştir. Günümüzde yürürlükte bulunan İsviçre kefalet düzenlemesi 01.07.1942 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Revizyonun amacı, kefalet sözleşmesinin düşünülmeden kurulmasını engellemek ve kefilin konumunu iyileştirmektir. Revize edilen kefalet hukuku,

- kefalet sözleşmesinin şekline ilişkin şartları arttırmakta,
- kefalet ehliyetini sınırlandırmakta,
- kefilin yükümlülüklerinin boyutu ve sorumlu tutulabilirlik koşulları açısından kefilin konumunu iyileştirmekte ve çeşitli hallerde kefilin tamamen sorumluluktan kurtarmakta,
- alacaklının yükümlülüklerini ve kefilin asıl borçluya rücu hakkını ağırlaştırmakta,
- kefaletin sona ermesini olabildiğince kefilin lehine düzenlemektedir.

Revizyondan geçmiş kefalet hukuku etkisini her şeyden önce İsv. BK. m.

492, f. 4'te göstermektedir: "Kanundan, aksi bir sonuca varılmadıkça, kefil bu bölümde kendisine tanınan haklardan peşinen feragat edemez", söz konusu hüküm genel bağlayıcı bir kuraldır.

Borçlar Kanunu Tasarısı ile Borçlar Kanunu'nda İsviçre Borçlar Kanunu'ndakine benzer bir revizyon yaratılmak istenmiştir. Getirilen yeniliklerin amacı, kefilin korunmasını daha iyi sağlamak ve uygulamada çıkan sorunları çözebilmektir. Yapılan değişiklikler ve getirilen yenilikler tezimizde ortaya konulmuş olsa da sonuç olarak bir kaçına tekrar değinilmesi, geçerlilik şartlarının önemini vurgulamak bakımından uygun olacaktır.

Kefalet sözleşmesinin geçerlilik şartları bakımından iki önemli değişiklik yapılmıştır. Bunlardan ilki, adi yazılı şeklin nitelikli yazılı şekle dönüştürülmesidir. BK. m. 484'te, kefalet sözleşmesinin yazılı şekilde yapılmadıkça ve kefilin sorumlu olacağı azami miktar belirtilmedikçe geçerli olmayacağı öngörülürken, BK. Tasarısı m. 583 buna ek olarak kefilin, sorumlu olacağı azami miktarı, kefalet tarihini ve müteselsil kefil ise bu sıfatla yükümlülük altına girdiğini el yazısıyla göstermesini zorunlu kılmıştır. Böylelikle uygulamada azami sorumluluk miktarının kefalet senedine yazılmayıp, kefil hakkında takibe geçildiği zaman takibe geçilecek tutar oranında senette sonradan gösterilmesinden kaynaklanan aksaklıklar giderilmiş olacaktır.

İkinci önemli değişiklik ise mevcut Borçlar Kanunu'nda bulunmayan eşin rızası hakkındaki BK. Tasarısı m. 584 ile getirilen yeniliktir. İlgili maddenin birinci fıkrasına göre, evli kimselerin kefaletinde, eşlerden birinin kefil olabilmesi için, mahkemece verilmiş bir ayrılık kararı olmadıkça veya yasal olarak ayrı yaşama hakkı doğmadıkça, diğer eşin yazılı rızası gerekir. Ticari hayatın gereklilikleri düşünülerek, ikinci fıkra ile kefilin, ticaret siciline kayıtlı bir işletmenin sahibi; bir kolektif ortaklığın ortağı, bir komandit ortaklığın sınırsız sorumlu ortağı; bir anonim

ortaklığın yöneticisi veya müdürü, bir sermayesi paylara bölünmüş komandit ortaklığın müdürü veya bir limited ortaklığın yönetici ortağı olması ve kefaletin işletmeyle ilgili verilmesi halinde, eşin rızasının aranmayacağı hükme bağlanmıştır. Bunun yanında üçüncü fıkra, kefilin sorumlu olacağı azami miktarı arttırmayan veya adi kefaleti müteselsil kefalete dönüştürmeyen ya da kefilin yararına olan güvenceleri azaltmayan sonradan yapılan değişikliklerin eşin rızasına bağlı olmayacağını ifade etmiştir.

Fikrimce aile birliğinin korunması amacıyla getirilen bu hüküm ve kefalet sözleşmesinin nitelikli yazılı şekilde yapılmasına dair m. 583 hükmü, kefilin konumunun iyileştirilmesi ve uygulamada ortaya çıkan sorunları önlemek bakımından yerinde düzenlemelerdir.

Borçlar Kanunu Tasarısı ile getirilen bir diğer yenilik, İsv. BK. m. 492, f. 4 düzenlemesi kaynak alınarak, kefilin kanundan aksi anlaşılmadıkça, kendisine tanınan haklardan önceden feragat edemeyeceğidir (m. 582, f. 3). Söz konusu düzenleme de kefilin korunması bakımından isabetlidir.

Son olarak değinilmesi gereken ve Borçlar Kanunu'nda bulunmayıp, Borçlar Kanunu Tasarısı ile getirilen 630. maddedir. Söz konusu madde "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" demektedir. Kuşkusuz ki kefilin korumak gayesiyle getirilen bu hüküm fikrimce açık bir düzenleme getirmemiştir. Uygulamada bir sözleşmede düzenlenen teminat taahhüdü tanımlarken "kefalet" ibaresinin kullanılmaması, taahhüdün kefalet olmadığı sonucuna götürmez. Bu bakımdan sözleşmenin içeriğinden ve tarafların ortak iradesinden kefalet sözleşmesi kurmak istediklerinin anlaşılması durumunda, hâkim BK. m. 18 (BK. Tasarısı m. 19) uyarınca kefalete hükmedecektir. Bu bakımdan m. 630 hükmüyle, her "kefalet" ibaresinin bulunmadığı kişisel güvence verilmesine ilişkin sözleşmeye, hâkimin resen araştırması göz önünde

bulundurulmadan kefalet hükümlerini tatbik etmek, sözleşmenin niteliğinin yanlış yorumlanmasına ve taahhütte bulunan kimsenin istemediği şekilde taahhüt altına girmesine sebep olacaktır. Dolayısıyla yeteri kadar açık ve yerinde bir düzenleme getirilememiştir.

Özetle Borçlar Kanunu Tasarısı ile kefalet sözleşmesinin geçerlilik şartları ağırlaştırılmış ve İsviçre Borçlar Kanunu'ndakine benzer bir yenileme yapılmıştır. Borçlar Kanunu Tasarısı'nın kanunlaşması sonrasında fikrimce kefil olma arzusunda olan kimselerin dikkatlice düşünerek hareket etmesi gerekecektir.