

İSTANBUL BİLGİ ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
HUKUK YÜKSEK LİSANS PROGRAMI

KEFALET SÖZLEŞMESİNDE KEFİL İLE ALACAKLI ARASINDAKİ
İLİŞKİ

İlksen YAVUZ KILIÇ
110615043

Tez Danışmanı
Prof. Dr. Mehmet Murat İNCEOĞLU

İSTANBUL
2018

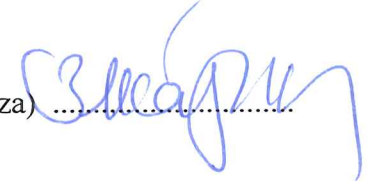
KEFALET SÖZLEŞMESİNDE KEFİL İLE ALACAKLI ARASINDAKİ İLİŞKİ

THE RELATIONSHIP BETWEEN GUARANTOR AND CREDITOR IN SURETYSHIP CONTRACT

İlksen YAVUZ KILIÇ

110615043

Tez Danışmanı : Prof. Dr. Mehmet Murat İnceoğlu (İmza) 
İstanbul Bilgi Üniversitesi

Jüri Üyeleri : Prof. Dr. Burak Özen (İmza) 
Marmara Üniversitesi

Doç. Dr. Kerem Cem Sanlı (İmza) 
İstanbul Bilgi Üniversitesi

Tezin Onaylandığı Tarih : 18.01.2018

Toplam Sayfa Sayısı : 114

Anahtar Kelimeler (Türkçe)

- 1) Kefalet sözleşmesi
- 2) Kefilin savunma imkanları
- 3) Kefilin def'ileri
- 4) Kefilin takibi
- 5) Alacaklının yükümlülükleri

Anahtar Kelimeler (İngilizce)

- 1) The Suretyship contract
- 2) Defense possibilities of the surety
- 3) Pleas of the surety
- 4) Execution proceeding of the surety
- 5) Obligations of the creditor

İÇİNDEKİLER

İÇİNDEKİLER.....	I
KISALTMALAR.....	VI
ABSTRACT.....	VII
ÖZET.....	VIII
GİRİŞ.....	1

BİRİNCİ BÖLÜM

KEFALET SÖZLEŞMESİ

1.1. KEFALET SÖZLEŞMESİNİN TANIMI VE GENEL ÖZELLİKLERİ..	2
1.1.1. KEFALET SÖZLEŞMESİ.....	2
1.1.2. KEFALET İLİŞKİSİNE HAKİM OLAN GENEL İLKELER.....	3
1.2. KEFALET TÜRLERİ.....	4
1.2.1. ADİ KEFALET.....	4
1.2.2. MÜTESELSİL KEFALET.....	7
1.2.3. BİRLİKTE KEFALET.....	8
1.2.4. KEFİLE KEFALET.....	10
1.2.5. RÜCUA KEFALET.....	11

İKİNCİ BÖLÜM

KEFİLİN SORUMLULUĞUNUN KAPSAMI

2.1. KEFİLİN SORUMLULUĞUNUN KAPSAMI	12
2.1.1. ASIL BORÇTAN SORUMLULUK	12
2.1.2. ASIL BORÇLUNUN KUSUR VE TEMERRÜDÜNÜN SONUÇLARINDAN SORUMLULUK	14
2.1.2.1. TEMERRÜDÜN SONUÇLARI BAKIMINDAN SORUMLULUK..	15
2.1.2.2. ASIL BORÇLUNUN MENFİ ZARARLARDAN SORUMLULUĞUNUN KEFİLE ETKİSİ	17
2.1.2.3. ASIL BORÇ İLİŞKİSİNDE BELİRLENEN CEZAI ŞART BAKIMINDAN KEFİLİN SORUMLULUĞU	21
2.1.3. AKDİ FAİZ BAKIMINDAN SORUMLULUK	23
2.1.4. DAVA VE TAKİP GİDERLERİ DOLAYISIYLA SORUMLULUK ..	24
2.1.5. MASRAF VE KOMİSYONLAR BAKIMINDAN SORUMLULUK ...	26
2.2. ASIL BORÇ İLİŞKİSİNDEKİ DEĞİŞİKLİKLERİN KEFALET İLİŞKİSİNE ETKİLERİ	28
2.2.1. GENEL OLARAK	28
2.2.2. ASIL BORÇLU VE ALACAKLININ ANLAŞMASI İLE ASIL BÖRCÜN YAPILANDIRILMASI.....	30
2.2.3. ASIL BORÇ İLİŞKİSİNİN HÜKÜMSÜZ HALE GELMESİNİN ETKİLERİ	31
2.3. KEFİLİN SORUMLULUĞUNUN SINIRI	32
2.4. KEFİLİN KEFALETEN DÖNMEİ HALİNDE SORUMLULUĞU ..	34

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

KEFİLİN TAKİBİ

3.1. GENEL OLARAK	37
-------------------------	----

3.2. KEFİL HAKKINDAKİ TAKİBİN DURDURULMASININ ŞARTLARI.....	38
3.2.1. KEFİL HAKKINDA İCRA TAKİBİ BAŞLATILMASI.....	38
3.2.2. AYNİ TEMİNAT GÖSTERİLMESİ.....	40
3.2.3. MAHKEME KARARI.....	43
3.3. TAKİBİN DURDURULMASININ SONUÇLARI.....	43

DÖRDÜNCÜ BÖLÜM

KEFİLİN SAVUNMA İMKANLARI

4.1. GENEL OLARAK	46
4.2. KEFİLİN ASIL BORCA İLİŞKİN SAVUNMA İMKANLARI.....	47
4.2.1. ASIL BORCUN GEÇERSİZLİĞİNE İLİŞKİN SAVUNMA İMKANLARI.....	47
4.2.3. ASIL BORCUN MUACCEL OLMADIĞI DEFİ	51
4.2.4. ÖDEMEZLİK DEFİ	54
4.2.5. ZAMANAŞIMI DEFİ	55
4.2.6. TAKAS HAKKININ MEVCUT OLDUĞU SAVUNMASI.....	56
4.2.7. BORÇLUNUN SEÇİM HAKKININ OLDUĞU SAVUNMASI.....	57
4.2.8. ASIL BORCUN KUMAR VE BAHİSTEN DOĞDUĞU SAVUNMASI.....	57
4.2.9. ALACAKLININ ÖDEMEYİ KABUL ETMEKTEN KAÇINDIĞI SAVUNMASI.....	60
4.2.10. ASIL BORÇLUNUN ÖLÜMÜ HALİNDE KEFİLİN SAVUNMA İMKANLARI.....	61
4.3. KEFİL TARAFINDAN İLERİ SÜRÜLEMeyecek NİTELİKTEKİ ASIL BORÇLUYA AİT SAVUNMALAR.....	63
4.3.1. KEFİLİN ASIL BORÇLUNUN YANILMA VEYA EHLİYETSİZLİĞİNİ BİLDİĞİ HALDE YÜKÜMLÜLÜK ALTINA GİRMESİ.....	63
4.3.2. ASIL BORÇLUNUN ÖDEME GÜÇSÜZLÜĞÜ	63

4.3.3. ASIL BORÇLUNUN İFLASI.....	64
4.3.4. ASIL BORÇLU HAKKINDA KONKORDATO KARARI VERİLMESİ.....	64
4.3.5. MİRASÇILARININ MİRASI REDDETMESİ.....	65
4.4. SAVUNMALARDAN FERAGAT.....	66
4.4.1. ASIL BORÇLUNUN KENDİSİNE AİT SAVUNMA İMKANLARINDAN VAZGEÇMESİ.....	66
4.4.2. KEFİLİN ASIL BORÇLUYA AİT SAVUNMA İMKANLARINDAN VAZGEÇMESİ.....	66
4.4.2.1. GENEL OLARAK	66
4.4.2.2. KEFİLİN ASIL BORÇLUYA AİT SAVUNLAMA İMKANLARINI İLERİ SÜRMEMESİNİN SONUÇLARI	67
4.5. KEFİLİN KEFALET SÖZLEŞMESİNDEN DOĞAN SAVUNMA İMKANLARI.....	68
4.5.1. KEFALET SÖZLEŞMESİNİN GEÇERSİZLİĞİ.....	68
4.5.2. KEFALET SÖZLEŞMESİNİN SONA ERMESİ.....	70
4.5.3. KEFALET SÖZLEŞMESİNDEN DOĞAN BORCUN MUACCEL OLMAMASI.....	72
4.5.4. KEFALET SÖZLEŞMESİNİN ZAMANAŞIMINA UĞRAMASI.....	73
4.5.5. ALACAKLININ YÜKÜMLÜLÜKLERİNE AYKIRI DAVRANMASI.....	73
4.5.6. DİĞER SAVUNMALAR	74

BEŞİNCİ BÖLÜM

ALACAKLININ YÜKÜMLÜLÜKLERİ

5.1. GENEL OLARAK	76
5.2. BİLGİLENDİRME YÜKÜMLÜLÜKLERİ	77
5.2.1. ASIL BORÇLUNUN DURUMU HAKKINDA BİLGİLENDİRME YÜKÜMLÜLÜĞÜ.....	77
5.2.2. TALEP ÜZERİNE KEFİLİ BİLGİLENDİRME YÜKÜMLÜLÜĞÜ	78

5.3. KEFİLE BORÇ SENETLERİNİ TESLİM ETME VE GEREKLİ BİLGİLERİ VERME YÜKÜMLÜLÜĞÜ	79
5.4. ASIL BORÇLUNUN İFLASINI VEYA KONKORDATO MEHLİ İSTEDİĞİNİ BİLDİRME YÜKÜMLÜLÜĞÜ	81
5.5. ÖDEMİYİ KABUL YÜKÜMLÜLÜĞÜ	82
5.5.1. BİRLİKTE KEFALET HALİNDE ÖDEMİYİ KABUL YÜKÜMLÜLÜĞÜ	85
5.6. ASIL BORÇLUNUN İFLASI VEYA KONKORDATO MEHLİ ALDIĞI DURUMDA ALACAKLININ YÜKÜMLÜLÜĞÜ	86
5.6.1. ALACAKLININ ALACAĞINI YAZDIRMA YÜKÜMLÜLÜĞÜ	86
5.6.2. ALACAKLININ ASIL BORÇLUYA KONKORDATO MEHLİ VERİLMESİ DURUMUNDA YÜKÜMLÜLÜĞÜ	88
5.6.3. ALACAKLININ TBK'NİN 594'ÜNCÜ MADDESİ GEREĞİ DİĞER YÜKÜMLÜLÜKLERİ	89
5.6.4. ALACAKLININ TBK'NİN 594'ÜNCÜ MADDESİNDEKİ YÜKÜMLÜLÜKLERİNİ YERİNE GETİRMEMESİNİN SONUÇLARI ...	90
5.7. TEMİNATLAR, RÜÇHAN HAKLARI İLE İSPAT VASITALARINI MUHAFAZA VE KEFİLE DEVİR YÜKÜMLÜLÜĞÜ	91
5.8. ÇALIŞANLARA KEFALET HALİNDE ALACAKLININ YÜKÜMLÜLÜKLERİ	98
SONUÇ	101
KAYNAKÇA	104

KISALTMALAR

AÜHFD	:	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
BDDK	:	Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurumu
bkz.	:	Bakınız
C.	:	Cilt
dn.	:	dipnot
E.	:	Esas
EÜHFD	:	Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
f.	:	Fıkra
HD.	:	Hukuk Dairesi
HGK	:	Hukuk Genel Kurulu
İBK	:	İsviçre Borçlar Kanunu
İHFM	:	İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
IÜHFM	:	İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası
K.	:	Karar
m.	:	Madde
s.	:	sayfa
S.	:	Sayı
T.	:	Tarih
TBB Dergisi	:	Türkiye Barolar Birliği Dergisi
TBK	:	Türk Borçlar Kanunu
TKHK	:	Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun
TMK	:	Türk Medeni Kanunu
TTK	:	Türk Ticaret Kanunu
vb.	:	ve benzeri
vd.	:	ve devamı
YHGK	:	Yargıtay Hukuk Genel Kurulu Kararı

ABSTRACT

One of the most frequent types of personal guarantee contracts, the suretyship contract, gives personal assurance regarding fulfillment of a debt. The suretyship contract established between the creditor and the surety demonstrates a feature of contract which is independent of the principal debt contract but giving responsibility in accessory characteristic. The surety while he/she is under obligation for another debt than the principal debtor, has all the defense possibilities that the principal debtor has against the creditor. Upon the failure of the principal debtor to fulfill his/her obligations, the creditor will tend to the surety with reference to the suretyship contract. In this case, the surety can also bring forward the reasons for the defense arising from the suretyship contract against the creditor. Because the surety fulfills the obligation undertaken in the suretyship contract. The surety who paid to the creditor will succeed to the rights of the creditor in the rate of payment and will be able to retract to the principal debtor.

“The triple relationship between the principal debtor, the creditor and the surety” which we explained above in the simplest case is dealt in the scope of between the surety and the creditor in our study. Accordingly, the scope of the responsibility of the surety in respect of the suretyship contract, the defense possibilities that the surety can bring forward against the creditor and the obligations of the creditor against the surety are dealt. The relationship between the surety and the creditor has been explained on the basis of opinions published since the date of the publication of the Turkish Code of Obligations no. 6098 until today, criticized issues and up-to-date resources in practice.

Key words: Suretyship contract, defense possibilities of the surety, pleas of the surety, execution proceeding of the surety, obligations of the creditor.

ÖZET

Şahsi teminat sözleşmelerinin en sık rastlanan türlerinden biri olan kefalet sözleşmesi ile bir borcun yerine getirilmesi hususunda kişisel güvence verilmektedir. Alacaklı ile kefil arasında kurulan kefalet sözleşmesi, asıl borç sözleşmesinden bağımsız ancak feri nitelikte sorumluluk yükleyen bir sözleşme özelliği gösterir. Kefil, asıl borçludan başka bir borç için yükümlülük altına girerken, asıl borçlunun alacaklı karşısında sahip olduğu tüm savunma imkanlarına da sahiptir. Asıl borçlunun edimini yerine getirmemesi üzerine alacaklı, kefalet sözleşmesine istinaden kefile yönelecektir. Bu halde ise kefil, alacaklı karşısında kefalet sözleşmesinden kaynaklanan savunma sebeplerini de ileri sürebilecektir. Zira kefil, kefalet sözleşmesi uyarınca üstlendiği yükümlülüğünü yerine getirmektedir. Alacaklıya ödeme bulunan kefil, ödeme yaptığı oranda alacaklının haklarına halef olacak ve asıl borçluya rücu edebilecektir.

Yukarıda en basit haliyle açıkladığımız “asıl borçlu, alacaklı ve kefil arasındaki üçlü ilişki”, çalışmamızda kefil ile alacaklı arasındaki ilişki kapsamında ele alınmaktadır. Buna göre, kefalet sözleşmesine istinaden kefilin sorumluluğunun kapsamı, kefilin alacaklı karşısında ileri sürebileceği savunma imkanları ile alacaklının kefile karşı üstlendiği yükümlülükler ele alınmıştır. Kefil ile alacaklı arasındaki ilişki, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu’nun yayımlandığı tarihten itibaren günümüzde değin yayımlanılan eserler, kritik edilen konular ve uygulama ışığında güncel kaynaklara dayanılarak açıklanmıştır.

Anahtar Kelimeler : Kefalet sözleşmesi, kefilin savunma imkanları, kefilin def’ileri, kefilin takibi, alacaklının yükümlülükleri.

GİRİŞ

1 Temmuz 2012 tarihinde yürürlüğe giren 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun¹ 581 ve 603'üncü maddeleri arasında düzenlenen kefalet sözleşmesi, en yaygın kişisel teminat türlerinden biridir. Bu sözleşme ile kefil, asıl borçlu ile alacaklı arasındaki sözleşmesel ilişkideki asıl borçlu edimini yerine getirmediği takdirde, alacaklıya karşı sorumlu olmayı üstlenmektedir. Kefalet sözleşmesi kefil ile alacaklı arasında kurulur. Kefalet sözleşmesi asıl borç ilişkisindeki savunma sebeplerinden istifade edebileceği gibi, kefil ile alacaklı arasında bağımsız bir sözleşmesel ilişki tesis edildiğinden, bu sözleşmeye istinaden de savunma imkanları bulunmaktadır.

6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu ile 818 sayılı eski Borçlar Kanunu'nun² yürürlükte olduğu dönemde uygulamada yaşanan pek çok sıkıntının giderilmesi amaçlanarak, kefalet sözleşmesine ilişkin hükümlerde büyük değişiklikler gündeme gelmiştir. Kefalet sözleşmesi kural olarak tek tarafa borç yükleyen bir sözleşme olduğundan dolayı, kanun koyucu tarafından kefil lehine pek çok hukuki koruma sağlanmıştır.

Kefil ile alacaklı arasındaki ilişkinin anlaşılır biçimde ortaya konması için öncelikle kefilin sorumluluğunun incelenmesi gerekmiştir. Ayrıca, kefalet sözleşmesine istinaden, kefilin hangi esaslar çerçevesinde takip edebileceği incelenmiştir. Kefilin sorumluluğunun kapsamının ve alacaklı tarafından kefilin nasıl takip edilebileceği ortaya konduktan sonra, kefilin alacaklının taleplerine karşı ne gibi savunmalar yapabileceği ve kefilin alacaklı karşısında hangi haklara sahip olduğu araştırılmıştır. Son olarak, kefalet sözleşmesi uyarınca alacaklının kefile karşı hangi yükümlülükleri üstlendiği tartışılmıştır.

¹ Türk Borçlar Kanunu, 04/02/2011 tarih ve 27836 sayılı Resmi Gazete.

² Borçlar Kanunu, 29/04/1926 tarih ve 359 sayılı Resmi Gazete.

BİRİNCİ BÖLÜM

KEFALET SÖZLEŞMESİ

1.1. KEFALET SÖZLEŞMESİNİN TANIMI VE GENEL ÖZELLİKLERİ

1.1.1. Kefalet Sözleşmesi

TBK'nın 581'inci maddesine göre kefalet sözleşmesi, kefilin alacaklıya karşı, asıl borçlunun borcunu ifa etmemesinin sonuçlarından kişisel olarak sorumlu olmayı üstlendiği sözleşmedir. Kefalet sözleşmesinin tarafları kefil ile alacaklıdır.

Kefil ile alacaklının arasında kurulan kefalet sözleşmesinde kefil daima tazminat borcu yüklenmekte olup, asıl borçlunun edimini aynen ifa etmekle mükellef değildir³. Kefil alacaklının müspet zararını karşılamak üzere teminat vermektedir⁴.

Kefalet sözleşmesi uygulamada en çok bankacılık sektöründe görülmektedir. Kredi talep eden müşterinin edimini güvence altına almak için bankaların en sık aldıkları kişisel teminat türlerinden biridir⁵.

³ Fikret Eren, Borçlar Hukuku Özel Hükümler, 5. Baskı, Ankara 2017, s.760; Mustafa Alper Gümtüş, Borçlar Hukuku Özel Hükümler Kısa Ders Kitabı, 2. Baskı, İstanbul 2017, s. 472.

⁴ Cevdet Yavuz/Faruk Acar/Burak Özen, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'na Göre Borçlar Hukuku Dersleri (Özel Hükümler), 14. Baskı, İstanbul 2016, s. 778. Ayrıca şahsi teminat sözleşmelerinde şahsi teminat verenin, hacze kabil tüm mal varlığı ile yükümlülük altına girdiği ile ilgili olarak bkz. Yavuz/Acar/Özen, s. 775.

⁵ Bankacılık sektöründe kredi müşterilerinin tarafı olduğu asıl borç ilişkilerinde alınan kefaletlerin "Banka Kefaleti" olarak da isimlendirildiği hakkında bkz. Fikret Eren, s.760.

1.1.2. Kefalet İlişkinine Hakim Olan Genel İlkeler

Kefalet sözleşmesi kural olarak tek tarafa borç yükleyen bir sözleşmedir. Ancak kefalet sözleşmesinde bunun aksinin düzenlenmesi de mümkündür⁶.

Kefalet sözleşmesi geçerli bir feri (bağımlı) nitelik taşımakta olduğu için, asıl borcun mevcudiyetine ihtiyaç göstermektedir. Kefil asıl borcun geçersizliğini ya da sona erdiğini ileri sürerek sorumluluktan kurtulduğunu iddia edebilecektir. Kefalet borcu ile ilgili kefil ile alacaklı arasında bir anlaşmazlık söz konusu olduğu takdirde, alacaklının kefalet sözleşmesinin yanı sıra asıl borcun da geçerliliğini kanıtlamak zorunda olduğu doktrinde savunulmuştur⁷. Her ne kadar kefalet sözleşmesinin varlığı, geçerli bir asıl borç ilişkisine bağlı ise de; kefalet sözleşmesi asıl borç sözleşmesinden ayrı ve farklı hukuki temellere dayanan bir sözleşmedir⁸.

Yine ferilik ilkesi gereği temel bir kural olarak kefil, asıl borçludan daha fazla sorumluluk yüklenemeyecektir. Kefilin sorumlu olduğu tutar ancak ve ancak kefalet sözleşmesinde belirtilen azami tutar⁹ ile sınırlıdır. Ferilik ilkesinin bir başka sonucu olarak da kefil, asıl borçlunun sahip olduğu tüm savunma imkanlarını haizdir. Hatta TBK'nın 591'inci maddesi gereği asıl borçlu kendisine ait olan bir def'iden vazgeçmiş olsa bile kefil, yine de bu def'î alacaklıya karşı ileri sürebilecektir.

⁶ Kefalet sözleşmesinin tek tarafa borç yükleyen sözleşme olmasının sözleşmenin uyarlanmasına dair bir engel teşkil etmediği ile ilgili olarak bkz. Feyza Eren Sayın-Berk Kenan Koyuncu, Kefalet ve Garanti Sözleşmeleri Açısından Uyarlama Sorununa Bir Bakış, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C. LXX, S.1, İstanbul 2012, s. 352-353. (Erişim adresi: <http://dergipark.gov.tr/download/article-file/97713>; Erişim tarihi: 24.04.2017)

⁷ Aydın Zevkliler-K. Emre Gökyayla, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, 17. Bası, Ankara 2017, s. 665; Fikret Eren s. 769; Gümüş-Ders Kitabı s. 473-474.

⁸ Teminat sözleşmelerinde üçüncü bir borç ilişkisinin varlığından bahsediliyorsa, kefaletin varlığının yorumu gerektiği hakkında bkz. Arif Kocaman, Türk Borçlar Kanunu'nun 603. Maddesi Üzerine Bir Değerlendirme-Kefalete İlişkin Hükümlerin Uygulama Alanı, Prof. Dr. M. İlhan Ulusan'a Armağan, C. 3, (Editör: Atilla Altop, Rudolf Welsler, Cüneyt Bellican, Nihal Ural Çınar, Güler Gümüşsoy Karakurt), Ankara 2016, s. 491.

⁹ Kefalet borcunun para borcu olduğu ve TBK'nın 583'üncü maddesinde geçen "azami miktar" ifadesinin "azami miktar para" olarak anlaşılması gerektiği hakkında bkz. Fikret Eren, s.762.

Ayrıca kefalet sözleşmenin tali (ikincil) niteliği de bulunmaktadır. Tali niteliğinin derecesi, kefalet sözleşmesinin türlerine göre değişiklik gösterebilmektedir.

1.2. KEFALET TÜRLERİ

1.2.1. Adi Kefalet

Adi kefalet kefilin, en belirgin biçimde ikincil olarak sorumluluk üstlendiği kefalet türüdür¹⁰. TBK'nın 585'inci maddesine göre adi kefalette alacaklı, borçluya başvurmadıkça, kefilin takip edemeyecektir¹¹. Adi kefalette alacaklının kefilin takip edebildiği haller sınırlıdır. Borçlu aleyhine yapılan takibin sonucunda kesin aciz belgesi alınması, borçlu aleyhine Türkiye'de takibatın imkânsız hâle gelmesi veya önemli ölçüde güçleşmesi, borçlunun iflasına karar verilmesi, borçluya konkordato mehli verilmiş olması hallerinde, alacaklı doğrudan doğruya kefile başvurabilir. Bu hallerin dışında alacaklı kefile başvurduğu takdirde kefil, tartışma def'ini ileri sürerek, öncel asıl borçluyu takip etmesini alacaklıdan talep edebilir¹². Kefil tartışma def'ini ileri sürdüğü takdirde, alacaklının TBK'nın 585'inci maddesi kapsamında alacaklıya doğrudan kefile yönelme hakkı sağlayan halin ya da hallerin bulunduğunu ispatlaması gerekir¹³. Tartışma def'ini ileri sürmeksizin alacaklıya ifade bulunan kefil, alacaklıdan talepte bulunamayacak ise de; asıl borçluya rücu etmesi mümkündür¹⁴.

¹⁰ Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun, 28/11/2013 tarih ve 28835 sayılı Resmi Gazete. Tüketicinin edimlerine karşılık olarak alınan şahsi teminatlar, her ne isim altında olursa olsun adi kefalet sayılacaktır (TKHK.m.5).

¹¹ Gümüş-Ders Kitabı s. 474-475; Fikret Eren s. 770; Yavuz/Acar/Özen, s. 779-780. Adi kefil aleyhine asıl borçluya başvurulmadıkça, ihtiyati haciz de talep edilemeyeceği hakkında bkz. Adnan Deyneli, Banka Alacaklarının Tahsilinde İhtiyati Hacizle İlgili Sorunlar, Bankacılar Dergisi, Y. 22, S. 76, İstanbul 2011, s. 71.

¹² Zevkliler-Gökyayla, s. 682; Gümüş-Ders Kitabı s. 506; Yavuz/Acar/Özen, s. 796.

¹³ Gümüş-Ders Kitabı s. 506. Tartışma def'inin yalnız bir defa kullanılabilceği görüşü hakkında bkz. Selda Güç, Kefalet Sözleşmesinin Temel Özellikleri, Çeşitleri Ve Benzer Hukuki İlişkilerden Farkı, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İzmir 2015, s. 89. (Erişim adresi: https://tez.yok.gov.tr/UlusalTezMerkezi/TezGoster?key=Br_XTptK8CZ70f0JGX9xEtgm9j1G3s11PkUbzZbB1c2f97enJGJ-0C7uvJsdqjnk ; Erişim tarihi: 13.02.2017)

Asıl borçlu hakkında takip yapıldığı sırada asıl borçlunun iflasına karar verildiği takdirde, alacaklı alacağını iflas masasına kaydettirmek ve iflasın açıldığını kefile bildirmek şartıyla adi kefile yönelebilecektir. Asıl borçluya konkordato mehli verilmesi halinde de, konkordatonun sonucu beklenmeksizin alacaklı adi kefileden talepte bulunabilecektir. Ayrıca asıl borçlunun takip edilmesi, bu takibin semeresiz kalması ve kesin aciz belgesi alınması halinde, alacaklı kefileden talepte bulunabilecektir. Takibin semeresiz kalması halinde alacaklının kusuru bulunuyorsa, kusuru oranında alacaklı kefile yönelik haklarını kaybedecektir¹⁵. Sayılan bu hallerde kefilin tartışma def'ini ileri süremeyeceği kabul edilmektedir¹⁶. Belirtilen ihtimallere ek olarak, asıl borçlunun Türkiye'de takibinin imkansız hale gelmesi ya da önemli ölçüde güçleşmesi halinde de, alacaklı kefile doğrudan takip edebileceğinden kefil tartışma def'ini ileri süremeyecektir. Ancak asıl borçlunun Türkiye haricinde yurt dışında bir ikametgahı bulunmadığı takdirde, Türkiye'deki son yerleşim yerinde asıl borçlu takip edilebilecektir¹⁷.

Adi kefaletin düzenlendiği TBK'nın 585'inci maddesinde yer alan ve adi kefaletin bir türü olan açığa kefalet verilmesi halinde ise, ancak ve ancak "borçlu aleyhine yürütülen takibin kesin aciz belgesi ile sonuçlanması ya da borçlunun Türkiye'de takibinin imkansız hale gelmesi veya konkordatonun kesinleşmesi" hallerinde alacaklının kefile başvurabileceği düzenlenmiştir. Buna göre kefil, bahse konu haller sonuçlanıncaya kadar tartışma def'inde bulunabilecektir¹⁸. Gümüş, borçlu aleyhinde takibin önemli ölçüde güçleştiği durumlarda da TBK'nın 585'inci maddesinin 3'üncü fıkrasının uygulama alanı bulabileceğini belirtmektedir¹⁹.

Ayrıca alacaklının alacağı kefalet sözleşmesinin kurulmasından önce ya da kurulması sırasında herhangi bir türde rehinle teminat altına alındığı takdirde, kefil

¹⁴ Yavuz/Acar/Özen, s. 796; Reisoğlu, s. 280; Serkan Ayan, Kefalet Sözleşmesinde Kefilin Sorumluluğu, 1. Baskı, Ankara 2013, s. 245.

¹⁵ Yavuz/Acar/Özen, s.796 ; Gümüş-Ders Kitabı s. 506; Serkan Ayan, 250.

¹⁶ Gümüş-Ders Kitabı s. 506-508; Yavuz/Acar/Özen, s.796-797; Seza Reisoğlu, Türk Kefalet Hukuku, Ankara 2013, s. 163-164. Yarg. 12. HD. 2016/11153E., 2016/13293K. ve 5.5.2016 tarihli kararı (Erişim Adresi: www.kazanci.com.tr; Erişim tarihi: 22.12.2017)

¹⁷ Reisoğlu, s. 166.

¹⁸ Reisoğlu, s. 164; Gümüş-Ders Kitabı s. 509; Serkan Ayan, 338.

¹⁹ Gümüş-Ders Kitabı s. 509.

“rehnin paraya çevrilmesi def’i”ni de ileri sürebilir²⁰. Ancak, rehnin asıl borçlu tarafından verilmiş olması durumunda, asıl borçlunun iflasına veya kendisine konkordato mehli verilmesine karar verildiği takdirde kefilin alacaklıya karşı ileri sürebileceği böyle bir imkanı olmayacaktır²¹. Reisoğlu, rehnin asıl borçlu dışında bir üçüncü kişi tarafından verildiği durumda asıl borçlunun iflas etmesi ya da asıl borçluya konkordato mehli verilmiş olması dikkate alınmaksızın, kefilin bu def’ii kullanabileceğini belirtmektedir²².

TBK’nın 585’inci maddesinin 2’inci fıkrası ile kefile tanınan def’inin yanı sıra ve hatta TBK ile bu hüküm getirilmemiş olsaydı dahi, İcra ve İflas Kanunu’nun²³ 45’inci maddesi kapsamında, adi kefilin kendisine başvurulmadan evvel rehinlerin paraya çevrilmesini öne sürme imkanı bulunduğu savunulmaktadır²⁴. Aynı maddeye göre rehnin tutarı borcu ödemeye yetmediği takdirde, alacaklı kalan alacağını iflas veya haciz yolu ile takip edebilecektir. Dolayısıyla kefil bu karşılanmayan kısım için de, tartışma def’ini ileri sürebilecektir. Bununla birlikte, TBK’nın 585’inci maddesinin 2’inci fıkrası ile kefile tanınan def’inin rehnin kefaletten önce veya kefalet sırasında verilmiş olması şartını aramasının, İcra ve İflas Kanunu’nun 45’inci maddesi karşısında önemini yitirdiği de savunulmaktadır. Zira, bu hükme göre alacaklının asıl borçluyu takip edebilmesi için, nezdindeki tüm rehinleri paraya çevirmesi gerekecek, bu halde de kefaletin feriliği dolayısıyla asıl borçlunun alacaklıya karşı ileri sürebileceği rehnin paraya çevrilmesi savunmasından adi kefil de yararlanabilecek ve kefalet öncesi ya da sonrası ayırd edilmeksizin kefil her zaman bu savunmayı ileri sürebilecektir²⁵. Ancak Ayan, bu görüşe karşı çıkmakta ve İcra ve İflas Kanunu’nun ilgili maddesi

²⁰ Zevkliler – Gökyayla, s. 682; Gümüş-Ders Kitabı s. 508-509; Yavuz/Acar/Özen, s.797; Reisoğlu, s. 167.

²¹ Gümüş-Ders Kitabı s. 509; Reisoğlu, s. 168; Serkan Ayan, 265-266.

²² Reisoğlu, s. 168.

²³ İcra ve İflas Kanunu, 19.6.1932 tarih ve 2128 sayılı Resmî Gazete.

²⁴ Yavuz/Acar/Özen, s.797; Gümüş-Ders Kitabı s. 508; Reisoğlu, s. 168.

²⁵ Yavuz/Acar/Özen, s.797-798; Gümüş-Ders Kitabı s. 508-509; Burak Özen, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu Çerçevesinde Kefalet Sözleşmesi. İstanbul 2017, s. 310-311.

kapsamında sadece asıl borçluya bir savunma imkanı tanındığını ve asıl borçluya tanınan bu imkanın kefile de tanınmasının uygun olmadığını belirtmektedir²⁶.

1.2.2. Müteselsil Kefalet

TBK'nın 586'ncı maddesi kapsamında kefil, kefalet belgesinde yer alan müteselsil kefil sıfatıyla veya bu anlama gelen herhangi bir ifadeyle ve bu ibarenin kendi el yazısıyla kefalet belgesine yazılması kaydıyla, yükümlülük altına girmeyi kabul etmişse, bu kefalet ilişkisi müteselsil kefalet olarak adlandırılır²⁷. Müteselsil kefalette kefaletin tali özelliği adi kefalete göre oldukça zayıftır. Bu çerçevede alacaklı, borçluyu takip etmeden veya taşınmaz rehnini paraya çevirmeden de kefilin takip edebilir²⁸. Müteselsil kefilin tartışma def'ini ileri süremediğini görmekteyiz²⁹. Ancak, alacaklının kefilin takibi için asıl borçlunun ifada gecikmesi ve asıl borçluya yapılan ihtarın sonuçsuz kalması veya asıl borçlunun açıkça ödeme güçsüzlüğü içinde olması gerekir³⁰. Bu madde kapsamında sözü geçen ihtarın temerrüt ihtarı olmadığını, ancak aynı zamanda temerrüt ihtarı niteliğinde de düzenlenebileceğini belirtmek gerekir³¹.

Alacak, teslimine bağlı taşınır rehni veya alacak rehni ile güvenceye alınmışsa, rehlin paraya çevrilmesinden önce kefile başvurulamaz³². Ancak, alacağın rehlin

²⁶ Serkan Ayan, 265-266.

²⁷ Serkan Ayan, 273; Gümüş-Ders Kitabı s. 511; Şefika Deren Gündüz, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'na Göre Kefalet Sözleşmesinin Şekli, 1. Baskı, İstanbul 2012, s. 86. TKHK gereği tüketicilerden alınan şahsi teminatların adi kefalet olma zorunluluğu karşısında tüketici lehine karşı tarafça verilen teminatların aksi başka kanunlarda öngörülmedikçe müteselsil kefalet sayılması zorunluluğunun salt lafzına bakılarak yorumlanmaması, aksi halde garanti gibi bağımsız nitelikte bir teminat verecek tarafın tüketici karşısında müteselsil kefilin imkanlarından faydalanması sonucu doğabileceği ve tüketicinin konumunun böylelikle zayıflatılacağı hakkında bkz. Yavuz/Acar/Özen, s.799-801.

²⁸ Yarg. 11. HD. 2013/18303E., 2014/672K. ve 13.1.2014 tarihli kararı (Erişim Adresi: www.kazanci.com.tr; Erişim tarihi: 22.12.2017)

²⁹ Zevkliler-Gökyayla, s. 684; Yavuz/Acar/Özen, s.798; Gümüş-Ders Kitabı s. 510.

³⁰ Kanun değişikliği sonucu artık müteselsil sözcüğünün sorumluluk hukuku bakımından kefilin asıl borçlu ile koşulsuz şartsız aynı derecede sorumlu olduğu anlamına gelmediği görüşü hakkında bkz. Erzan Erzurumluoğlu, Sözleşmeler Hukuku (Özel Borç İlişkileri), 4. Baskı, Ankara 2014, s. 214.

³¹ Yavuz/Acar/Özen, s.798; Gümüş-Ders Kitabı s. 513; Serkan Ayan, s. 279.

³² Yarg. 11. HD. 2013/17403E., 2014/386K. ve 9.1.2014 tarihli kararı (Erişim Adresi: www.kazanci.com.tr; Erişim tarihi: 22.12.2017)

paraya çevrilmesi yoluyla tamamen karşılanamayacağını önceden hâkim tarafından belirlenmesi veya borçlunun iflas etmesi ya da konkordato mehli verilmesi hâllerinde, rehnin paraya çevrilmesinden önce de kefile başvurulabilir³³. Buradan da görüldüğü üzere müteselsil kefil, sadece alacak ve taşınır rehinlerinde rehnin paraya çevrilmesi def'ine başvurabilmektedir³⁴. Buna karşılık İcra ve İflas Kanunu'nun 45'inci maddesi çerçevesinde, asıl borç konusu için rehin alındığı takdirde, kendisine başvuru borçlunun önce rehnin paraya çevrilmesi savunmasının yapabileceği ve bu durumda da, müteselsil kefil tarafından da -kefilin asıl borçlunun dayanabileceği tüm savunma imkanlarına dayanma hakkı olduğundan- bu savunmanın yapılabileceği iddia edilmektedir³⁵. Ancak Ayan adi kefalet bakımından İcra ve İflas Kanunu'nun 45'inci maddesinin uygulama alanı bulamadığını düşündüğü gibi, müteselsil kefil için öncelikle TBK'nın uygulanması gerektiğini ifade etmektedir. Buna göre, üçüncü kişi tarafından verilen alacak rehninin veya teslimine bağlı taşınır rehninin kefaletten sonra verilmesi halinde, kefilin bunu ileri sürerek rehnin paraya çevrilmesi def'ini ileri süremeyeceğini savunmaktadır³⁶.

1.2.3. Birlikte Kefalet

TBK'nın 587'inci maddesinde düzenlenen birlikte adi kefalette³⁷; birden çok kişi, aynı borca birlikte kefil olmakta ve her biri kendi payı için adi kefil gibi,

³³ Yavuz/Acar/Özen, s.799; Gümüş-Ders Kitabı s. 515; Serkan Ayan, 281-282, 291.

³⁴ Yavuz/Acar/Özen, s.799; Gümüş-Ders Kitabı s. 515; Zevkliler-Gökyayla, s. 685; Serkan Ayan, s. 285-286.

³⁵ Berk Kenan Koyuncu, Kefilin Halefiyete Dayalı Rücu Hakkı, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2013, s.95-96. (Erişim adresi: <https://tez.yok.gov.tr/UlusalTezMerkezi/TezGoster?key=iTkOhwevEenJZ3onUvs52p6dc-l3-w-4TVqTiXLLEvXzMnvakiGGgMsjm0QLk7ZzK>; Erişim tarihi: 13.02.2017)

³⁶ Serkan Ayan, s. 289-290.

³⁷ Doktrinde gerçek olmayan anlamda birlikte kefalet (toplu kefalet) ve gerçek anlamda birlikte kefalet gibi ayrımlara gidildiği görülmektedir. Çalışmamızın konusu kapsamında, TBK çerçevesinde birlikte kefalet düzenlemesine genel ve özet bilgilerle yer verileceğinden, birlikte kefalet için bu ayrımlar yapılarak incelenmesine gerek duyulmamıştır. Ayrıntılı bilgi için bkz. Serkan Ayan, s. 298-298-332; Feride Demirbaş, Birlikte Kefalet, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Konya 2012, s. 184-188. (Erişim adresi:

diğerlerinin payı için de “kefile kefil” gibi sorumlu olmaktadır³⁸. Bu durumda kefilin bölme define sahip olduğu ifade edilmektedir³⁹. Birlikte kefillerin müteselsil olarak sorumluluk üstlenmeleri de mümkün olup, bu durumda borçluyla birlikte veya kendi aralarında müteselsil kefil olarak yükümlülük altına giren kefillerden her biri, borcun tamamından sorumlu olacaktır⁴⁰. Böylece alacaklı açısından alternatif teminatlar veren kefiller ve dolayısıyla alacaklının riskinin dağıtılması söz konusu olacaktır⁴¹. Ancak, bir kefil, kendisiyle birlikte daha önce veya aynı zamanda müteselsilen yükümlü bulunan ve Türkiye’de takip edilebilen bütün kefillere karşı takibe girişilmiş olmadıkça, kendi payından fazlasını ödemekten kaçınabilir. Kefillerden biri bu hakkını, diğer kefillerin kendi paylarını ödemiş veya aynı güvence sağlamış olmaları durumunda da kullanabilir.

Borcu ödeyen kefil, kendi paylarını daha önce ödemiş olmaları ölçüsünde, diğer kefillere karşı rücu hakkına sahip olup, aksine anlaşmalar saklıdır. Bu hak, asıl borçluya rücutan önce de kullanılabilir.

Birlikte kefalet için önemli bir kriter, birbirlerine güvenerek ve birlikte kefalet verme iradesi göstermeleridir. Yani birbirlerinin kefaletinden haberdar olmalıdırlar⁴². Bu durumda alacaklı, kefilin aynı alacak için diğer kişilerin de kefil olduğunu veya olacağını varsayarak kefalet ettiğini biliyor veya bilmesi gerekiyorsa, bu varsayımın sonradan gerçekleşmemesi veya kefillerden birinin alacaklı tarafından kefalet borcundan kurtarılması ya da kefaletinin hükümsüz olduğuna karar verilmesi durumunda kefil, kefalet borcundan kurtulacaktır⁴³.

https://tez.yok.gov.tr/UlusalTezMerkezi/TezGoster?key=rCbWnuqW6HxCZ_98ARapgggTxoASEEw9-UqyMC14zrDbfs1Jes95YbJdafxe83fe; Erişim tarihi: 04.05.2017)

³⁸ Fikret Eren, s. 778; Gümüş-Ders Kitabı s. 518; İlgi Kebeci-İpek Harma-Nazlı Dinçöz, Garanti Veren Hakkı, Legal Hukuk Dergisi, Y.9, S.105, İstanbul 2011, s. 3491-3492.

³⁹ Fikret Eren, s. 778; Gümüş-Ders Kitabı s. 519; Yavuz/Acar/Özen, s.803. Bölme definin yalnızca adı birlikte kefil bakımından söz konusu olduğu hakkında bkz. Adem Keleş, Tüketici Sözleşmelerinde Teminat, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2015, s. 234. (Erişim adresi: <http://acikarsiv.ankara.edu.tr/browse/28871/>; Erişim tarihi: 12.06.2017)

⁴⁰ Fikret Eren, s. 778; Yavuz/Acar/Özen, s.803-804; Gümüş-Ders Kitabı s. 519.

⁴¹ Arzu Şen, Kefalet Sözleşmelerinin Sona Ermesi ve Bu Hükümlerin Garanti Sözleşmelerinin Sona Ermesine Uygulanması, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2012, s. 135.

⁴² Burak Özen, 378-391; Reisoğlu, s.189-190; Gümüş-Ders Kitabı s. 548; Serkan Ayan, s. 303-304. Murat Aydoğdu-Nalan Kahveci, Türk Borçlar Hukuku Özen Borç İlişkileri (Sözleşmeler Hukuku), 3.Bası, Ankara 2017, s. 857.

Kefilin, bu imkandan faydalanması için, diğer kefillerle birlikte kefalet ilişkisine gireceğini biliyor olması ve diğer kefillerle ortak hareket etme amacı taşıması gerekmektedir. Yani kendisinden başka kimselerin kefil olacağını bilmeden alacaklı ile kefalet sözleşmesi akdeden kimse, TBK'nın 587'inci maddesindeki imkandan faydalanamayacaktır⁴⁴.

Birbirlerinden bağımsız olarak aynı borç için kefil olanlardan her biri, kefalet borcunun tamamından sorumlu olur. Ancak, borcu ödeyen kefil aksine anlaşma olmadıkça, diğerlerine toplam kefalet miktarındaki payı oranında rücu hakkına sahiptir⁴⁵.

1.2.4. Kefile Kefalet

TBK'nın 588'inci maddesine göre alacaklıya, kefilin borcu için güvence veren kefile kefil, kefil ile birlikte, adi kefil gibi sorumludur. Kefile kefalet sözleşmesi, kefile kefil olan kimse ile alacaklı arasında yapılan, ayrı bir kişisel teminat sözleşmesidir. Lehine kefalet verilen kimse, asıl borçlu olarak değerlendirilir. Kefile kefil adi kefilin sahip olduğu savunma imkanlarına sahiptir. Kefil ve kefile kefil olan kimse arasında, taraflarca anlaşmaları halinde müteselsil sorumluluk da tesis edilebilir⁴⁶.

⁴³ Alacaklı, kefilin aynı alacak için başka kişilerin de kefil olduğunu veya olacağını varsayarak kefalet ettiğini biliyor veya bilmesi gerekiyorsa, bu varsayımın sonradan gerçekleşmemesi veya kefillerden birinin alacaklı tarafından kefalet borcundan kurtarılması ya da kefaletinin hükümsüz olduğuna karar verilmesi durumunda kefil, kefalet borcundan kurtulur (TBK m. 587 f. 3).

⁴⁴ Gençer Özdemir, Konut Kredileri ve Konut Kredilerinde Teminat İşlemleri, 1. Baskı, Ankara 2017, s. 174-175.

⁴⁵ Birbirlerinden bağımsız olarak aynı borç için kefil olanlardan her biri, kefalet borcunun tamamından sorumlu olur. Ancak, borcu ödeyen kefil aksine anlaşma olmadıkça, diğerlerine toplam kefalet miktarındaki payı oranında rücu hakkına sahiptir (TBK m. 587 f. 4).

⁴⁶ Yavuz/Acar/Özen, s.805; Gümüş-Ders Kitabı s. 525; Özdemir, s. 175-176.

1.2.5. Rücua Kefalet

TBK'nın 588'inci maddesine göre, rücua kefil, kefilin borçludan rücu alacağı için güvence veren kefildir. Rücua kefalet veren kimse, asıl borçlunun asıl borç ilişkisini ifa etmemesinden bahisle, kefilin alacaklıyı tatmin etmesi ve sonrasında alacaklının haklarına halef olarak asıl borçluya rücu etmesi durumunda, asıl borçlunun kefile karşı ifa ile yükümlü olduğu borcu için kişisel güvence vermektedir⁴⁷.

⁴⁷Yavuz/Acar/Özen, s.805; Gümüş-Ders Kitabı s. 525-526; Özdemir, s. 176-177.

İKİNCİ BÖLÜM

KEFİLİN SORUMLULUĞU

2.1. Kefilin Sorumluluğunun Kapsamı

2.1.1. Asıl Borçtan Sorumluluk

Kefalet sözleşmesi uyarınca kefilden talepte bulunulması için, asıl borç ilişkisi kapsamında belirli ve geçerli bir borç ilişkisi doğmuş olmalıdır⁴⁸. Burada kastedilen, asıl borçlu ile alacaklı arasında kurulan asıl borç ilişkisidir. Dolayısıyla, kefil de asıl borç ilişkisi kapsamında hangi borç için ferî yükümlülük altına girdi ise, sadece o borçtan dolayı sorumlu tutulacaktır. Bununla birlikte kefilin sorumluluğu, kefilden ödeme talebinde bulunulduğu sırada mevcut bulunan asıl borç tutarı kadar olacaktır.

Asıl borçlu tarafından ifa edilen ödemeler varsa ya da alacaklının asıl borçluyu kısmen ya da tamamen ibrası söz konusu ise, kefalet ilişkisinin ferî niteliği dolayısıyla kefil de bunlardan yararlanır⁴⁹. Bu bakımdan da kefil, alacaklı kendisinden ödeme talebinde bulunduğu anda mevcut borç nispetinde sorumlu olacaktır.

TBK'nın 589'uncu maddesindeki açık düzenleme dolayısıyla; kefil, sözleşmede açıkça kararlaştırılmamışsa asıl borçlunun sadece kefalet sözleşmesinin

⁴⁸ Yarg. 6. HD. 2014/3278E., 2014/13173K. ve 27.11.2014 tarihli kararı (Erişim Adresi: www.kazanci.com.tr; Erişim tarihi: 22.12.2017) Kefalet sözleşmesinde kefilin sorumlu olduğu azami miktarın gösterilmemesi ancak sözleşme kapsamında bu miktarın anlaşılması halinde kefaletin geçerli olduğu hakkında bkz. Yarg. 19. HD. 2012/8648E., 2012/13532K. ve 25.09.2012 tarihli kararı (Nihat Meydan-Fadime Yapal, Türk Borçlar Kanunu Emsal Yargıtay Kararları, 1. Baskı, İstanbul 2014, s. 1106-1108)

⁴⁹ Serkan Ayan, s. 491-492; Ömer Çınar, Türk Borçlar Kanununa Göre Kefilin Sorumluluğunun Sona Ermesi, 1. Baskı, İstanbul 2013, s. 23-24. İbranın asıl borcu sona erdiren bir hukuki işlem olduğu görüşü hakkında bkz. Durmuş Özcan-Uğur Ocak, Öğreti ve Uygulamada İbra Sözleşmesi (İbraname), 3. Baskı, Ankara 2016, s. 9.

kurulmasından sonraki borçlarından sorumludur. Kanun koyucu, bu madde ile asıl borçlunun kefalet sözleşmesinin kurulduğu tarihten önce doğmuş borçları bakımından kefilin sorumlu tutulabilmesi için, bu hususun açıkça kefalet sözleşmesinde kararlaştırılmış olmasına bağlamıştır. İsviçre Borçlar Kanunu'nun kaynak hükmü dolayısıyla, TBK'nın bu hükmü eleştirilmiştir⁵⁰. İBK'nın 499'uncu maddesi bakımından, asıl borçlunun kefalet sözleşmesinin kurulduğu tarihten önce doğmuş borçları bakımından kefilin sorumlu tutulup tutulmayacağı hususu; kefalet belgesinin ya da durum ve koşulların değerlendirilmesi ile belirlenir. Kefalet belgesinin ya da durum ve koşulların değerlendirilmesi ile, kefilin sözleşme öncesi doğan borçlar için kefalet iradesi anlaşılamiyorsa, o noktada kefil sözleşme sonrası doğan borçlardan sorumlu tutulacaktır. Buradaki düzenlemede yapılacak değerlendirmeler ile aksini ispat imkanı tanımaktadır. Ancak TBK'nın 589'uncu maddesinde ise, kefalet sözleşmesinde bahse konu hususun açıkça kararlaştırılması aranmaktadır. İBK'nın ilgili hükmü dikkate alınarak TBK'nın 589'uncu maddesinin yorumlanması gerektiği, kefilin sözleşme öncesi ve sözleşme sırasındaki iradesinin taraflar arası yazışmalardan anlaşılabilceği ve zorunlu olmamakla birlikte kefalet sözleşmesinde de yer alan ibarelerin tümünün değerlendirilmesi gerektiği savunulmaktadır. Ancak kefilin sorumluluğunu genişleten bu iradesinin de kefaletin şekil kurallarına uygun olarak yöneltilmesi gerektiği belirtilmektedir⁵¹.

Kefalet sözleşmesinin kurulduğu anda asıl borcun geçersizliği söz konusu ise, asıl borcun düzenlendiği sözleşmenin geçerli şekilde sonradan kurulması mümkün olsa da kefalet sözleşmesinin geçerli olduğu ya da olacağı iddia edilemeyecektir. Asıl borç ilişkisinin düzenlendiği sözleşmenin iptal edilebilir olması halinde ise,

⁵⁰ Burak Özen, s. 129-130; Serkan Ayan, s. 437-438; Mustafa Alper Gümüş, Borçlar Hukuku Özel Hükümler C. II, 3. Bası, İstanbul 2014, s. 412-413.

⁵¹ Burak Özen, s.130 ve orada dn. 179'de anılan Pestalozzi, Art 499, N.11. Ayrıca kefalet sözleşmesinin kurulmasından önce asıl borç ilişkisinin kefalet sözleşmesinin kurulmasından sonra yenilenmesi halinde yeni borcun kefilin sorumluluğu kapsamında olmayacağı hakkında bkz. Gümüş, s. 413.

sözleşme iptal edilmediği sürece kefalet ilişkisinin de geçersiz olacağı iddia edilemez. Geçerli bir asıl borç ilişkisinin varlığı bu iddiayı mesnetsiz kılacaktır⁵².

2.1.2. Asıl Borçlunun Kusur ve Temerrüdünün Sonuçlarından Sorumluluk

TBK'nın 589'uncu maddesi uyarınca, kefilin sorumlu tutulacağı kalemler sınırlandırılmıştır. TBK'nın 589'uncu maddesine göre, aksi sözleşmede kararlaştırılmamışsa kefil, kefalet sözleşmesinde belirtilen azami miktarla sınırlı olmak üzere⁵³, asıl borcun yanı sıra borçlunun kusur veya temerrüdünün yasal sonuçlarından da sorumludur⁵⁴. Asıl borcun konusunu para borcu oluşturduğu takdirde kefilin sorumluluğunun kapsamına asıl borçlunun temerrüde düşmesi sonucu alacaklı tarafından kefile bildirim yapıldığı tarihten sonra işleyecek temerrüt faizi dahil olacaktır⁵⁵. Para borçları dışındaki borçlar bakımında da, kefil gecikme zararı ile temerrüt sırasında ortaya çıkan kaza sonucu oluşan zarardan da sorumlu olacaktır⁵⁶.

Ancak unutulmamalıdır ki, bu sınırlamaların aksi sözleşmede kararlaştırılabilir. Bununla birlikte önemle hatırlatmak gerekir ki, aksi sözleşme ile kararlaştırılsa dahi, kefilin sorumlu olacağı en yüksek tutar kefalet sözleşmesinde belirtilen azamî miktardır.

⁵² Burak Özen, s.128; Reisoğlu, s. 45; Gümüş, s. 334.

⁵³ Yarg. 19. HD. 2016/4184E., 2017/190K. ve 16.1.2017 tarihli kararı (Erişim Adresi: www.kazanci.com.tr; Erişim tarihi: 22.12.2017)

⁵⁴ Reisoğlu, s. 214; Gümüş, s. 415; Serkan Ayan, s. 469.

⁵⁵ Reisoğlu, s. 215; Gümüş, s. 416; Serkan Ayan, s. 476.

⁵⁶ Serkan Ayan, s. 471; Reisoğlu, s. 215.

2.1.2.1 Temerrüdün Sonuçları Bakımından Sorumluluk

Bilindiği üzere TBK'nın 117'inci maddesi uyarınca⁵⁷, muaccel bir borcun borçlusunu, alacaklının ihtarıyla temerrüde düşer. Borcun ifa edileceği gün, birlikte belirlenmiş veya sözleşmede saklı tutulan bir hakka dayanarak taraflardan biri usulüne uygun bir bildirimde bulunmak suretiyle belirlemişse, bu günün geçmesiyle; haksız fiilde fiilin işlendiği, sebepsiz zenginleşmede ise zenginleşmenin gerçekleştiği tarihte borçlu temerrüde düşmüş olur.

TBK'nın sırasıyla 118 ve 119'uncu maddelerine göre; temerrüde düşen borçlu, temerrüde düşmekte kusuru olmadığını ispat etmedikçe, borcun geç ifasından dolayı alacaklının uğradığı zararı gidermekle yükümlüdür. Ayrıca, temerrüde düşen borçlu, beklenmedik hâl sebebiyle doğacak zarardan da sorumludur. Borçlu, temerrüde düşmekte kusuru olmadığını veya borcunu zamanında ifa etmiş olsaydı bile beklenmedik hâlin ifa konusu şeye zarar vereceğini ispat ederek bu sorumluluktan kurtulabilir. Esas borcun para borcu olması halinde, asıl borçlunun temerrüde düştüğü takdirde işleyecek temerrüd faizi için de kefil sorumlu tutulacaktır.

Kefilin sorumlu tutulacağı temerrüd faiz oranının ne kadar olacağını belirlemek için, TBK'nın 120'inci maddesini dikkate almak gerekecek olup; ilgili madde gereği uygulanacak yıllık temerrüt faizi oranı, sözleşmede kararlaştırılmamışsa, faiz borcunun doğduğu tarihte yürürlükte olan mevzuat⁵⁸ hükümlerine göre belirlenir. Sözleşme ile kararlaştırılacak yıllık temerrüt faizi oranı, faiz borcunun doğduğu tarihte yürürlükte olan mevzuat hükümlerine göre belirlenen yıllık faiz oranının yüzde yüz fazlasını aşamayacaktır.

⁵⁷ TBK'nın 117'inci maddesi gereği borçlunun temerrüde düşmesi için borcun muaccel olması ve borçluya ihtar yapılmalıdır. Borçlu temerrüdünün şartları hakkında bkz. M. Kemal Oğuzman- M. Turgut Öz, Borçlar Hukuku Genel Hükümler C. I, 15. Bası, İstanbul 2017, s. 461. TBK'nın 117'inci maddesinin emredici nitelikte olmadığı ve borçlunun ihtarsız olarak temerrüde düşeceğinin düzenlendiği bir sözleşme hükmünün geçerli olduğu görüşü hakkında bkz. Nahide Siller, Mütessesil Kefalet, İstanbul Barosu Dergisi, C.90, S.5, İstanbul 2016, s. 168-169.

⁵⁸ İlgili mevzuat için bkz. Kanuni Faiz ve Temerrüt Faizine İlişkin Kanun, 19.12.1984 tarih ve 18610 sayılı Resmî Gazete.

Temerrüd faizi bakımından kanaatimizce akla gelebilecek başka bir husus TBK'nın 120'inci maddesinin son fıkrası olabilir. Buna göre, akdî faiz oranı kararlaştırılmakla birlikte sözleşmede temerrüt faizi kararlaştırılmamışsa ve yıllık akdî faiz oranı da birinci fıkrada belirtilen faiz oranından fazla ise, temerrüt faizi oranı hakkında akdî faiz oranı geçerli olur. Bu durumda, temerrüd faizi ile akdi faiz aynı oran olarak hesaplanacak ancak, temerrüd faizi için süre sınırlaması bulunmamasına rağmen, aynı oran üzerinden hesaplanacak akdi faiz oranı bakımından "işlemiş bir yıllık ve işlemekte olan yıla ait akdî faizler ve işlemekte olan yıla ait faizleri" hükmü dikkate alınacaktır.

Doktrinde kefilin sorumlu tutulacağı temerrüd faizi ile 589'uncu madde ile sınırlandırılan sorumluluk sahası birlikte değerlendirilerek farklı düşünceler ortaya atılmıştır. Özen, asıl borçlu ile alacaklı arasında kurulan ilişkide temerrüd faizinin yine taraflarca belirlenmiş olduğu durumda, bu oranın akdi faiz ile karıştırılmaması gerektiğini vurgulamaktadır. Zira, böyle bir durumda temerrüd faizinin taraflarca belirlenmiş olduğundan bahisle, akdi faiz olarak dikkate alınması durumunda, TBK'nın 589'uncu maddesinde getirilen sınırlamanın kefil bakımından uygulanması gibi, doğru olmayan bir sonuca varılabilir. 589'uncu madde uyarınca, kefilin temerrüd faizi bakımından kefilin sorumlu olacağı süre sınırlanmamış olup; sadece "işlemiş bir yıllık ve işlemekte olan yıla ait akdî faizler ve işlemekte olan yıla ait faizleri" bakımından sorumluluk sınırlıdır. Asıl borçlunun temerrüdü akabinde kefilin ödeme yaptığı tarihe kadar işleyecek temerrüd faizi bakımından tek sınırlama kefilin sorumlu olmayı üstlendiği azami miktar kadardır⁵⁹.

Özen tarafından temerrüd faizi ile ilgili olarak değerlendirilen bir diğer husus da, Türk Ticaret Kanunu'nda⁶⁰ yer alan düzenlemedir. TTK'nın 7'inci maddesine göre, kefil ve kefillere, taahhüt veya ödemenin yapılmadığı veya yerine getirilmediği ihbar edilmeden temerrüt faizi yürütülemez. Aynı maddenin son fıkrası açısından da, ticari borçlara kefalet hâlinde, hem asıl borçlu ile kefil, hem de kefiller arasındaki ilişkilerde bu hüküm geçerli olur. Özen bu hükmün TTK yerine,

⁵⁹ Burak Özen, s. 131; Gümüş, s. 415; Reisoğlu, s. 216.

⁶⁰ Türk Ticaret Kanunu, 14/2/2011 tarih ve 27846 sayılı Resmi Gazete.

TBK'da yer alması gerektiğini belirtmektedir. TBK'nın 589'uncu maddesi uyarınca asıl borçlunun temerrüde düştüğü durumda kefile ihtar yapılmasına gerek bulunmamaktadır. Salt olarak bu madde dikkate alındığı adi borç için kefil olan bir kimseye ihtar yapılmaksızın, kefil olduğu azami miktarla sınırlı olmaksızın asıl borçlunun temerrüde düştüğü andan itibaren temerrüd faizi ödemek zorunda kalacaktır. Buna karşın hukuk mantığı gereği daha ağır sorumlu tutulması gereken ticari borca kefil olmuş kimse (tacir), tarafına temerrüd ihtar yapılmaksızın temerrüd faizi ödemekle yükümlü olmayacak olup; ihtar yapıldığı takdirde de ihtarın yapıldığı tarih itibariyle işleyecek temerrüd faizinden sorumlu olacaktır⁶¹. Özen'in eleştirdiği bu noktalara katılmaktayız.

Ayrıca Özen, kefile gönderilecek ihtarın içeriği açısından, adi borca ve ticari borca kefil olan kimseler bakımından farklılıkların olması gerektiğini belirtmiştir. Adi kefile gönderilecek ihtar da TBK'nın 117'inci maddesi gereği sadece asıl borçlunun temerrüde düştüğü bildirim değil, kefileden doğrudan ifa talebinde bulunulması gerektiği ifade etmektedir. Buna karşın, ticari borca kefil olan kimseye gönderilecek ihtar da, asıl borçlunun temerrüde düştüğünün bildirilmesi, metinde ayrıca ifa talebi yer almasa dahi yeterli görülmektedir⁶². Gümüş, kefile yapılacak bildirim mutlaka asıl borçlunun temerrüde düşmesinden sonra gönderilmesi gerektiği görüşündedir⁶³.

2.1.2.2. Asıl Borçlunun Menfi Zararlardan Sorumluluğunun Kefile Etkisi

Kefil, kusurlu olarak asıl borcu ifa etmemesi sebebiyle asıl borçlunun alacaklıya uğrattığı zararı karşılamak zorundadır. Bu genel kural kapsamında

⁶¹ Burak Özen, s. 131-134; aynı görüşte bkz. Serkan Ayan, s. 482. TTK'nın 7'inci maddesinin 2'inci fıkrasının hem adi kefalette hem de müteselsil kefalette uygulama alanı bulacağı görüşü hakkında bkz. Gümüş, s. 417; Serkan Ayan, s. 482.

⁶² Burak Özen, s. 133-134; Gümüş, s. 413-414;

⁶³ Gümüş, s. 416.

kefilin sorumluluğu, alacaklının asıl borcun ifasından beklediği menfaat, yani müspet zararıdır⁶⁴.

Bu noktada, alacaklının uğrayabileceği menfî zararı kefilden talep edip edemeyeceğinin ve dolayısıyla menfî zarar kavramının incelenmesi gerekmiştir. Menfî zarar kavramı ile kastedilen husus, bir sözleşmenin kurulmasına, geçersizliğine ya da ortadan kalkmasına bağlı olarak diğer taraf nezdinde, sözleşmenin hukuken kurulacağı ve ifa edileceği güveni ve beklentisi sonucu oluşan zarardır⁶⁵.

TBK'nın 125'inci maddesine göre alacaklı, ayrıca borcun ifasından ve gecikme tazminatı isteme hakkından vazgeçtiğini hemen bildirerek, borcun ifa edilmemesinden doğan zararın giderilmesini isteyebilir veya sözleşmeden dönerek menfî zararının tazminini isteyebilir. Asıl borçlu bakımından düzenleme bu iken, kefil bakımından sorumluluk nasıl olacaktır? Öncelikle uzun açıklamaların önüne set çeken, emredici nitelikte bir hüküm bulunmaktadır. TBK'nın 589'uncu maddesine göre; kefilin, asıl borç ilişkisinin hükümsüz hâle gelmesinin sebep olduğu zarardan ve ceza koşulundan sorumlu olacağına ilişkin anlaşmalar kesin olarak hükümsüzdür. Menfî zararın kefilden talep edilemeyeceğine dair, doktrinde neredeyse görüş birliğine rastlamak mümkün görünmektedir⁶⁶. Ancak bu düzenleme doktrinde bazı açılardan eleştirilmektedir.

TBK'nın 589'uncu maddesi ve kefalet akdinin ferî niteliği gereği, asıl borç ilişkisinin olumsuz olduğu noktada, kefalet sözleşmesinin de hükümsüz olacağının kabulü gerektir. Ancak bu maddede haklı olarak eleştirilen husus, kefalet belgesinde, asıl sözleşme ilişkisinin sona ermesi halinde alacaklı nezdinde oluşan zararın (menfî zararın) kefil tarafından açıkça üstlenileceğinin belirtilmesi halinde ne olacağıdır? Zira, kefilin sorumluluğunu genişleten iradesi TBK'nın 589'uncu

⁶⁴ Burak Özen, s. 131; Serkan Ayan, s. 469; Gümüş, s. 413-414; Yavuz/Acar/Özen, s. 806.

⁶⁵ Safa Reisoğlu, Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 25. Bası, İstanbul 2014, s. 355; Aydın Aybay, Borçlar Hukuku Dersleri Genel Bölüm, 14. Bası, İstanbul 2016, s. 91. Mehmet Serkan Ergüne, Olumsuz Zarar, 1. Baskı, İstanbul 2008, s.38-40.

⁶⁶ Fikret Eren, s. 782; Gümüş, s. 414; Reisoğlu, s. 207; Serkan Ayan, s. 469; Yavuz/Acar/Özen, s. 806.

maddesi ile kısıtlanmaktadır. Kefalet sözleşmesinin konusunu her türlü borç oluşturabilmekte iken, alacaklının menfi zararı ilgili hüküm doğrultusunda kefalet sözleşmesine konu edilememektedir⁶⁷. Özen'in bu eleştirisine katılmaktayız.

Menfi zarar, sözleşme görüşmeleri kapsamında tarafların sözleşme ile ilgili haklı beklentilerinin karşılanmaması bağlamında, "culpa in contrahendo" sorumluluğu ile ekseriyetle ilintilidir. Bir sözleşme kurulduğu sırada yani tarafların birbirlerine öneri ve kabulleri ilettiği sözleşme görüşmelerinin yürütüldüğü dönemde, karşılıklı ve birbirleri ile uyumlu iradelerinin var olması gerekir. Görüşmeler kapsamında taraflar dürüstlük kuralına uygun davranmakla yükümlüdür. Sözleşme görüşmelerinin başladığı ve sözleşmenin kurulduğu an arasında kalan zaman diliminde, tarafların taşıdığı sorumluluk "culpa in contrahendo" olarak adlandırılır⁶⁸. Türk ve İsviçre Hukuku'nda bu sorumluluk "sözleşmeye aykırılık" hali sayılmaktadır.

Reisoğlu, kefilin asıl borçlunun borç ilişkisinin kurulmasından önce veya ilgili borç ilişkisi kurulduğu sırada meydana gelen kusurundan (culpa in contrahendo) sorumlu tutulmayacağını belirtmektedir⁶⁹. Benzer biçimde "irade fesadı" halinde asıl borç ilişkisinin sona ermesi karşısında ortaya çıkan tazminat talepleri bakımından da, kefilin bu taleplerin muhatabı olmayacağını ifade etmektedir⁷⁰.

Reisoğlu'nun görüşü ve doktrinde "culpa in contrahendo"nun sözleşmeye aykırılık hali doğurduğu yönündeki görüşleri birlikte değerlendirdiğimizde, farklı bir seçenek daha akla gelmektedir. Sözleşme görüşmeleri sırasında asıl borçlunun kusuru ile alacaklıyı zarara uğrattığı ya da yanılttığı bir örnekte, alacaklının

⁶⁷ Dönme kuramları çerçevesinde TBK'nın 589'uncu maddesi eleştirisi için bkz. Burak Özen, s.139-141. Aynı görüşte bkz. Gümüş, s. 415; Fikret Eren, s. 782. Aksi görüşte Çımar, s. 43-44; Reisoğlu, s. 207.

⁶⁸ Culpa in contrahendo deyiminin sözleşme görüşmeleri sırasındaki kusur anlamına geldiği görüşü hakkında bkz. Oğuzman-Öz, s. 478. Culpa in contrahendo sorumluluğu ile ilgili detaylı bilgi için bkz. Turhan Esener/Fatih Gündoğdu, Borçlar Hukuku I Sözleşmelerin Kuruluşu ve Geçerliliği. 1. Baskı. İstanbul 2017, s. 69-71.

⁶⁹ Reisoğlu s.214-215. Aynı görüşte Serkan Ayan, s. 470; Gümüş, s. 414. Bu sorumluluğun sözleşmede açıkça kararlaştırılması halinde kefil için geçerli olacağı görüşü hakkında bkz. Fikret Eren, s. 782

⁷⁰ Reisoğlu s.214-215.

tazminat talebi karşısında kefilin sorumsuz olduğunun tereddütsüz kabulü mümkün olacak mıdır? Hile ve ikrah hallerinde, alacaklının tüm sözleşme ilişkisini noktalamak yerine yaşadığı zarar oranında tazminat talep etmesi uygulamada da sıkça karşılaşılabilen bir durumdur. Kanımızca, böyle bir durumda kefalet tarihi, kefilin iradesi, asıl borç ilişkisindeki tarafların iradeleri, asıl borcun geçerli olarak doğması gibi geçerliliğe ilişkin şartlar incelenmelidir. Zira, alacaklının yanılması dolayısıyla sözleşmenin hükümsüzlüğüne dair bir iddiası olmaksızın sadece uğradığı zararın tazmini yolunda bir talebi var ise; halen geçerli bir sözleşmenin (asıl borç ilişkisi) varlığından bahsedilebilecektir. Kefilden bir tazmin talebinin bulunmasının ön koşullarından biri de, kefilden geçerli bir borcun doğmuş olmasıdır⁷¹.

Kaldı ki kefilin, hem asıl borç ilişkisi hem de asıl borç ilişkisinin kurulmasından önce yürütülen müzakere döneminde de sorumlu tutulacağı kefalet belgesinde belirtilebilir⁷². Nitekim, TBK gereği gelecekte doğacak veya koşula bağlı bir borç için de, bu borç doğduğunda veya koşul gerçekleştiğinde hüküm ifade etmek üzere kefalet sözleşmesi kurulabileceğinden, kefilin bu iradesi hukuken geçerli sayılmalıdır. Bilindiği üzere, kefilin kefalet sözleşmesi kurulduğu sırada asıl borçlunun sorumluluğunu genişleten değişikliklerden de sorumlu tutulacağı kefalet sözleşmesinde düzenlenebilir. Asıl borçta bu gibi bir değişikliğin önceden düzenlenebileceği mümkün görülüyor ise, bu düşünceden hareketle kefilin, asıl borçlunun “culpa in contrahendo” kapsamındaki kusurundan da sorumlu tutulacağı kefalet belgesinde düzenlenebilir. Kefaletin ferî niteliği gereği, alacaklının yukarıda bahsedilen biçimdeki tazmin taleplerini kefile yöneltmesinin mümkün olduğu savunulabilir. Burada en önemli nokta; asıl borç ilişkisini düzenleyen sözleşmenin tarafların iradesi doğrultusunda ayakta tutulmak isteniyor olması ile objektif ve

⁷¹ Burak Özen s.127; Gümüş, s. 334; Fikret Eren, s. 769.

⁷² Taraflarca kefalet sözleşmesinde culpa in contrahendo kapsamında da kefilin sorumluluğunun kararlaştırılabileceği görüşü hakkında bkz. Fikret Eren, s. 782. Tüketici ile kredi veren arasında yapılan sözleşmeden önceki ilişkinin sözleşme benzeri ilişki olarak kabul edilmesi ve sözleşme öncesindeki ihlal halinin, “edimin ihlali” ile eş değer tutulması hakkında bkz. H. Tamer İnal, 6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun’a Göre Hazırlanmış Tüketici Hukuku, 3. Baskı, Ankara 2014, s. 752-753.

subjektif unsurlarıyla geçerli olarak kurulmuş kefilin kefalet belgesinde “culpa in contrahendo” kapsamında da kefilin sorumlu tutulacağına dair iradesinin düzenlenmiş olmasıdır.

Kıyasen, yanılma veya ehliyetsizlik sebebiyle asıl borçlunun sorumlu olmadığı bir borç için kişisel güvence veren kişinin (incelememizde kefil), yükümlülük altına girdiği sırada, sözleşmeyi sakatlayan eksikliği biliyorsa, kefaletle ilgili kanun hükümlerine göre sorumlu olacağını düzenleyen, TBK'nın 582'nci maddesi de incelenebilir. Bu durumda da, asıl borçlunun asıl borç ilişkisinden sorumlu olmadığı halde dahi kefilin bu ilişkiden sorumlu tutulmayı kabul etmesi üzerine kefilin sorumluluğu doğuyorsa⁷³, geçerli bir asıl borç ilişkisi kapsamında kefilin, asıl borçlunun “culpa in contrahendo” kapsamındaki kusurundan da sorumlu tutulmayı üstlenmesi makul karşılanmalıdır.

2.1.2.3. Asıl Borç İlişkisinde Belirlenen Cezai Şart Bakımından Kefilin Sorumluluğu

TBK'nın 589'uncu maddesine göre; kefilin, asıl borç ilişkisinin hükümsüz hâle gelmesinin sebep olduğu zarardan ve ceza koşulundan⁷⁴ sorumlu olacağına ilişkin anlaşmalar kesin olarak hükümsüzdür⁷⁵. Kefilin alacaklının uğradığı menfi zarardan sorumlu tutulamayacağı gibi, asıl borç ilişkisinde belirlenen ceza koşulundan da sorumlu tutulamayacağı da düzenlenmiştir⁷⁶. Teorik olarak, kefalet

⁷³ Gümüş, s. 337-338; Reisoğlu, s. 20; Burak Özen, s. 112.

⁷⁴ Sözleşmenin hiç ya da gereği gibi ifa edilmemesi halinde taraflarca cezai şart kararlaştırılabileceği hükmü hakkında bkz. Haluk N. Nomer, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 15. Bası, İstanbul 2017, s. 471; Gökhan Antalya, Borçlar Hukuku Genel Hükümler C. III, 1. Baskı, İstanbul 2017, s. 338;

⁷⁵ Reisoğlu, s. 208; Gümüş, s. 414; Füsün Tuncel Yazoğlu, Banka Kredi Sözleşmeleri ve Kredilerden Doğan Uyuşmazlıklar-Banka Kredilerine Özgü Kanun Yolları, Ankara 2013, s. 134. Asıl borç ilişkisinde alacaklının cezai şart talep yetkisi kararlaştırıldığı ve bunun kefalet sözleşmesi içinde de açıkça kararlaştırılmış olduğu durumda, TBK'nın 589'uncu maddesine rağmen tarafların anlaşmalarının geçerli kabul edilmesi gerektiği görüşü hakkında bkz. Serkan Ayan, s. 473.

⁷⁶ Burak Özen, 139-142; Gümüş, s. 414. Kefilin asıl borca eklenen cezai şarttan sorumlu tutulabilmesi için bu hususta ayrı bir anlaşmanın gerektiği görüşü hakkında bkz. Fikret Eren, s. 782; Gümüş 415; Uğur Yıldırım, Cezai Şart Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2010, s. 40-41.

(Erişim adresi: <https://tez.yok.gov.tr/UlusalTezMerkezi/TezGoster?key=veR1mHu9yoWjwcVUjCEoPK101oONL1YGJrdzQ0H8sLVLGHK8sNYpX9MGxyf12pK19> ; Erişim tarihi: 24.04.2017)

sözleşmesinde belirtilen azami tutar oranında, kefilin ceza koşulu bakımından da sorumlu olduğu düzenlenebilecek ise de, bu hüküm bahse konu teoriyi engellemektedir⁷⁷.

TBK'nın 179'uncu maddesi gereği; bir sözleşmenin hiç veya gereği gibi ifa edilmemesi durumu için bir ceza kararlaştırılmışsa, aksi sözleşmeden anlaşılmadıkça alacaklı, ya borcun ya da cezanın ifasını isteyebilir. Sözleşmede ceza koşulunun kararlaştırılmış olması halinde ise; alacaklı sözleşmenin hiç veya gereği gibi ifa edilmemesi durumunu ispat etme külfeti bulunmaksızın, doğrudan ceza koşulu olarak belirlenen meblağı talep edebilecektir. Alacaklının söz konusu ceza koşulunu talep edebilmesi için borçlunun kusurlu olması ön şarttır.

TBK'nın 182'inci hükmü iki açıdan önemlidir: Birincisi; "asıl borcun herhangi bir sebeple geçersiz" veya "sözleşmede aksi kararlaştırılmadıkça sonradan borçlunun sorumlu tutulamayacağı bir sebeple imkânsız hâle gelmesi" halleri; ikinci olarak da hakimın, aşırı gördüğü ceza koşulunu kendiliğinden indirme yetkisi.

"Asıl borcun herhangi bir sebeple geçersiz" veya "sözleşmede aksi kararlaştırılmadıkça sonradan borçlunun sorumlu tutulamayacağı bir sebeple imkânsız hâle gelmesi" durumları için teminat verilmesi halinde, kefalet yerine asıl borçtan bağımsız nitelik taşıyan garanti ilişkisinden söz edilebilir⁷⁸. Eleştirilecek diğer bir konu da, hakimın, aşırı gördüğü ceza koşulunu kendiliğinden indirme yetkisidir. Tam da bu noktada TBK'nın 589'uncu maddesinde düzenlenen kefilin ceza koşulundan sorumlu tutulamayacağı yönündeki düzenleme eleştirilmektedir. Zira, kefilin ceza koşulundan sorumlu tutulmasını yasaklayan düzenleme

⁷⁷ Burak Özen, 141-142; Reisoğlu 207-208. Karşı görüşte bkz. Serkan Ayan, s. 473-474.

⁷⁸ Garanti sözleşmesinin bağımsız niteliği ve garanti sözleşmesi ile kefalet sözleşmesi arasındaki farklar hakkında bkz. Akın Ekinci-Nihayet Durukanoğlu, Türk Hukukunda ve Bankacılık Uygulamasında Teminat Mektupları (Garanti ve Kontrgarantiler), 1. Baskı, İstanbul 2016, s. 69-70; Seza Reisoğlu, Banka Teminat Mektupları ve Kontrgarantiler, 4. Baskı, Ankara 2003, s. 74; Hüseyin Murat Develioğlu, Kefalet Sözleşmesini Düzenleyen Hükümler Işığında Bağımsız Garanti Sözleşmeleri, 1. Baskı, İstanbul 2009, s. 34.

olmasaydı da, kefile sağlanmak istenen korumanın hakim tarafından sağlanabileceği haklı olarak iddia edilmektedir⁷⁹.

2.1.3. Akdi Faiz Bakımından Sorumluluk

TBK'nın 589'uncu maddesine göre; aksi sözleşmede kararlaştırılmamışsa ve sözleşmede belirtilen azamî miktarla sınırlı olmak üzere kefil; işlemiş bir yıllık ve işlemekte olan yıla ait akdî faizler ile gerektiğinde tahvil karşılığında ödünç verilen anaparanın işlemiş bir yıllık ve işlemekte olan yıla ait faizleri kapsamında sorumludur. Maddede, "aksi sözleşmede kararlaştırılmadıkça" ifadesi kullanıldığından, hükmün emredici nitelikte olmadığını ve kefilin akdi faiz bakımından sorumluluğunun, kefaletin geçerlilik şartlarına uygun olmak kaydıyla genişletilebileceği anlaşılmaktadır. Görüldüğü gibi temerrüd faizi bakımından süre sınır bulunmaz iken, kefilin akdi faiz bakımından sorumluluğu süre ile sınırlandırılmıştır.

Cari hesap ilişkilerinde özel bir durum söz konusudur. Özen'e göre, cari hesap ilişkisinde doğan faiz bir kalem olarak anaparaya eklenmektedir ve burada sadece işlemekte olan faizden söz edilebilecektir⁸⁰. Reisoğlu da, cari hesap ilişkisinde işleyen faizlerin anaparaya eklenerek toplam tutarın bulunacağını, işleyen tüm faizlerin ödenmek durumunda kalacağını ve TBK'nın 589'uncu maddesinin uygulanamayacağını ifade etmektedir⁸¹.

TBK'nın 589'uncu maddesinde ayrıca kefilin gerektiğinde tahvil karşılığında ödünç verilen anaparanın işlemiş bir yıllık ve işlemekte olan yıla ait faizleri kapsamında sorumlu tutulacağı da düzenlenmiştir. Tahvil, borç para sağlamak için kullanılan sabit ya da değişken faizli bir borçlanma aracıdır. TTK'nın 504'üncü maddesine göre borçlanma araçları, aksi kanunlarda öngörülmedikçe,

⁷⁹ Burak Özen, s. 142.

⁸⁰ Burak Özen, s. 138.

⁸¹ Reisoğlu, s. 217. Aynı görüşte bkz. Serkan Ayan, s. 486. Aksi görüş için bkz. Aydoğdu-Kahveci, s. 841.

ancak genel kurul kararı ile çıkarılabilirler. Genel kurul kararını yönetim kurulu yerine getirir ve yine TTK'nın 505'inci maddesine göre genel kurul, yönetim kurulunu en çok on beş ay için yetkilendirebilir. Bu hükme tabi menkul kıymetler hamiline veya emre yazılı ve itibarı değerli olabilir⁸². Anonim şirketler veya devlet tarafından çıkarılabilir. İlgili maddede bahsedilen tahvil karşılığı ödünç para verilmesi işlemi de, tüketim ödünç sözleşmesi yani karz akdidir. Tüketim ödünç sözleşmesinde gerek Kanun gerekse sözleşme hükümleri dikkate alınarak faiz ödenip ödenmeyeceği belirlenir⁸³. Tüketim ödünç sözleşmesi ticari iş niteliğinde ise, tarafların sözleşmede faiz istenmeyeceğini kararlaştırmış olmaları önem arz eder, zira TBK'nın 387'inci maddesine göre ticari tüketim ödünç sözleşmesinde, taraflarca kararlaştırılmamış olsa bile faiz istenebilir. Burada da TBK'nın 589'uncu madde çerçevesinde, tahvil karşılığı kurulan tüketim ödünç sözleşmesi konusu anapara için işleyecek faizin kefilin sorumluluğuna yol açacağı hükme bağlanmış olmaktadır⁸⁴. Ancak burada da belirtmek gerekir ki, TBK'nın 589'uncu madde emredici nitelikte değildir ve tarafların, tahvil karşılığı kurulan tüketim ödünç sözleşmesi için kefilin sorumlu tutulmadığını sözleşme ile kararlaştırmaları mümkündür.

2.1.4. Dava ve Takip Giderleri Dolayısıyla Sorumluluk

TBK'nın 589'uncu maddesine göre; aksi sözleşmede kararlaştırılmamışsa ve sözleşmede belirtilen azamî miktarla sınırlı olmak üzere kefil; alacaklının borçluya karşı yönelttiği takip ve davaların masrafları ile gerektiğinde rehinlerin kefile tesliminin ve rehin haklarının devrinin sebep olduğu masraflardan sorumludur. Kefilin bu sorumluluğunun doğması için; aksinin sözleşmede düzenlenmemiş

⁸² Korkut Özkorkut, Ticaret Hukuku, Sermaye Piyasası Lisanslama Sicil ve Eğitim Kuruluşu Lisanslama Sınavları Çalışma Kitapları, 2017, s. 188-190. (Erişim Adresi: https://www.spl.com.tr/spl/eep/Specific/OEP/Upload/1010-Ticaret%20Hukuku_30062017.pdf; Erişim tarihi: 13.02.2017)

⁸³ Ekrem Kurt, Tüketim Ödünç Sözleşmesi (Karz Akdi), 1. Baskı, Ankara, 2014, s. 103-120.

⁸⁴ Merve Yılmaz, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'na Göre Kefalet Sözleşmesinde Kefilin Sorumluluğunun Kapsamı, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S. 97, Ankara 2011, s. 166-167.

olması, kefalet sözleşmesi uyarınca kefilin borcunun muaccel hale gelmesi ve alacaklının, kefile uygun bir zaman önceden hakkında dava ve takibe geçileceği ile ilgili masrafların yapılacağını bildirmesi gerekmektedir⁸⁵. Önemle hatırlatılmalıdır ki TBK'nın 589'uncu maddesinde kefilin sorumluluğunu düzenleyen hükümler, asıl borç ilişkisi kapsamındaki giderleri kapsamakta olup; kefalet sözleşmesi çerçevesinde alacaklının kefile karşı başlatabileceği olası bir takip veya davadan kaynaklı olarak ortaya çıkacak giderleri kapsamamaktadır. Bunların tamamından kefil sorumlu olacaktır.

TBK'nın 589'uncu maddesinde düzenlenen alacaklının bildirim yükümlülüğünün temelini, kefilin esas borçlu aleyhine yapılacak işlemleri önleme imkanı tanınması olduğu ifade edilebilir. Zira kefil, alacaklı tarafından kendisine bildirim yapılmadan, asıl borçlu aleyhine dava ve takip yolunun tercih edilmesi ile kendisine zamanında haber verilmiş olsa idi önleyebileceği masrafların yapıldığını ispat ederse, bu sorumluluktan kurtulabilecektir. Bu bakımdan alacaklının ileri dönemlerde kefilin bu gibi iddiaları ile karşılaşmaması için, borçlu aleyhine takip ve işlemlere başlamadan evvel kefile bilgilendirme yapması gerektiği anlaşılmaktadır.

Reisoğlu, asıl borcun kısmi olarak alacaklı tarafından talep edilmesi halinde, kefilin sorumluluğunun da bu oranda belirleneceğini ifade etmektedir. Ayrıca, asıl borçlunun karşı dava açması halinde oluşacak masraflar ve birlikte kefillerin kendi aralarındaki teselsül bakımından birbirleri aleyhine başlatacakları takiplere ilişkin masrafların TBK'nın 589'uncu maddesi kapsamına girmediğini belirtmektedir⁸⁶.

Kefalet sözleşmesine konu edilen asıl borç için verilmiş rehin hakları bulunuyor ve buna istinaden, rehlin paraya çevrilmesi halinde alacaklı tarafından katlanılan giderler ile alacaklıyı tatmin eden kefilin halefiyet gereği alacaklının

⁸⁵ Reisoğlu, s. 215-216; Burak Özen, s.135; Fikret Eren, s. 783. Kefilin dava ve takip masraflarından sorumlu tutulması için kefilin borcunun muaccel hale gelmesinin gerekmediği görüşü hakkında bkz. Gümüş, s. 418.

⁸⁶ Reisoğlu, s. 216; Gümüş, s. 418; Serkan Ayan, s. 483-484.

haklarına devralması kapsamında yapılacak giderlere kefil katlanmak durumundadır⁸⁷.

Son olarak, TBK'nın 589'uncu maddesinde yer alan yükümlülüklerin aksinin sözleşme ile düzenlenebileceğini ve kefalet sözleşmesinin geçerlilik şartlarına uygun olacak şekilde kefilin sorumluluğunun genişletilip, daraltılmasının mümkün görüldüğünü belirtmek gerekir.

2.1.5. Masraf ve Komisyonlar Bakımından Sorumluluk

Asıl borç ilişkisinde belirlenen masraf ve komisyonlar için kefilin sorumluluğunu iki temel kriterle belirlemek mümkün görünmektedir: Bu türdeki masrafların kefalet sözleşmesinde açıkça yazılıp yazılmadığı ve yazıldı ise, kefalet sözleşmesinde belirlenen azami tutar çerçevesinde kefilin sorumlu olacağı⁸⁸.

Kefalet sözleşmelerinin sıklıkla görüldüğü bankacılık sektörü açısından, tüketicilerle akdedilecek sözleşmeler kapsamında alınacak ücret ve masrafların önemle incelenmesi gerekmektedir. Zira, asıl borçludan tahsil edilmesinde hukuken tereddüt edilen masrafların, kefilden talep edilmesinin de kefaletin ferî niteliği dolayısıyla hukuka aykırı sayılması gerektiğini düşünmekteyiz. Burada tartışılması gereken bir konu ücret kalemleri içerisinde sayılan kredi tahsis ücretidir.

6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun uyarınca, tüketici kredisi veren bankaların ve diğer finansal kuruluşların tüketicilerden alacakları tüm ücret ve masraflar için Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurumu tarafından belirlenecek düzenlemelere uygun davranması gerekmektedir. BDDK tarafından da konuyu düzenleyen Finansal Tüketicilerden Alınacak Ücretlere İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik⁸⁹ yayımlanmıştır. Türkiye Bankalar Birliği ile

⁸⁷ Özen, s. 135-136; Gümüş, s. 418-419; Serkan Ayan, s. 485.

⁸⁸ Reisoğlu s. 206-207; Serkan Ayan, s. 434.

⁸⁹ Finansal Tüketicilerden Alınacak Ücretlere İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik, 03/10/2014 tarih ve 29138 sayılı Resmi Gazete.

Türkiye Katılım Bankaları Birliği de söz konusu Yönetmeliği açıklayan “İzahnameler” yayımlamışlardır.

TKHK uyarınca, tüketici işlemi niteliğinde kredi sözleşmesi kurulması halinde bankalar tarafından tahsil edilecek tüm ücret kalemleri ile ilgili bilgilendirme yükümlülüğünün yerine getirilmesi gerekmektedir. TKHK’ya göre, bilgilendirme yükümlülüğünün yerine getirilmemesi halinde her bir işlem ve sözleşme için idari para cezası öngörülmüştür. Hatta, masraf ve ücretlere ilişkin bilgilendirmenin yapılmamış olması halinde, bu kalemlerin sözleşme kapsamında sayılmaması hükme bağlanabileceği halde, bilgilendirme yükümlülüğüne aykırı hareket edilmesi halinde TKHK’da idari para cezası düzenlenmiş olması doktrinde eleştirilmiştir⁹⁰.

Finansal Tüketicilerden Alınacak Ücretlere İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelikte tüketicilerden tahsil edilebilecek ücretler arasında, “kredi tahsis ücreti”nin gösterilmesi doktrinde eleştirilmiştir⁹¹. Zira, ücret ve masrafların TKHK’nın ruhuna uygun olarak ve tüketiciyi koruyacak şekilde belirlenmesi gerekmektedir. Tüketiciden kendisine sunulan hizmet kapsamında haklı olarak yapılmasının beklendiği ve sözleşmeyi düzenleyen yasal yükümlülükleri arasındaki edimler ile sözleşmeyi düzenleyen kendi menfaati doğrultusunda yapmış olduğu masraflar için ek bir bedel talep edilemez. Kara; ilgili Yönetmelik’te bu ücretin alınmasının mümkün olduğu düzenlense dahi, tüketiciden talep edilen masraf ve ücretlerin haklı, makul ve belgeli olması gerektiği ile düzenleyici kurumlar tarafından çıkarılan düzenlemelerin Kanun’a aykırı olması durumunda Kanun’un esas alınması gerektiği savlarını ileri sürmektedir.

Kredi tahsis ücretinin TKHK’ya aykırı olduğunu savunan görüş doğrultusunda, bu ücretin asıl borçludan tahsil edilmesinin mümkün olmadığı ve

⁹⁰ Yeşim Atamer, Kredi ve Diğer Finansman Sözleşmelerinde Tüketicinin Korunması, 1. Baskı, İstanbul, 2016, s. 111.

⁹¹ İlhan Kara, Finansal Kurumların ve Bankaların Tüketiciden Aldıkları Haksız Masrafların İadesi ve Rekabet Kurulu Kararlarının Bu Alandaki Etkisi, 5. Tüketici Hukuku Kongresi, Sektörel Bazda Tüketici Hukuku ve Uygulamaları 2015-2016, (Editörler:Hakan Tokbaş-Fehim Üçışık), Ankara, 2016, s. 64-75.

dolayısıyla, asıl borçludan tahsil edilemediği hallerde de kefilden talep edilmesinin de mümkün olmayacağı kefil tarafından ileri sürülebilecektir. İşlemin “tüketici işlemi” niteliği gereği sadece adi kefalet sözleşmeleri bakımından bu olasılığın mümkün olduğunu belirtmek gerekecektir⁹².

2.2. Asıl Borç İlişkisindeki Değişikliklerin Kefalet İlişkisine Etkileri

2.2.1. Genel Olarak

Asıl borç ilişkisinde meydana gelen değişiklikler kefaletin ferî karakteri dolayısıyla kefalet sözleşmesinde de etkili olacak ve kefilin sorumluluğu bakımından da hüküm doğuracaktır⁹³. Doktrinde, asıl borç ilişkisinde meydana gelen değişikliklerin kefalet ilişkisi çerçevesinde kefilin ne oranda sorumluluğuna yol açacağıının tam olarak belirlenemediği savunulmakta ve bu gibi hususların, kefaletin genel özellikleri ve kefalet sözleşmesi özelinde inceleme yapılarak çözümlenmesi önerilmektedir⁹⁴.

6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 591'inci, maddesinde kefilin, asıl borçluya ait olan ve asıl borçlunun ödeme güçsüzlüğünden doğmayan bütün def'ileri alacaklıya karşı ileri sürme hakkına sahip olduğu ve hatta bunları ileri sürmek zorunda olduğu düzenlenmiştir. Bu madde uyarınca, asıl borçlunun borcunun kanundan doğan ya da tarafların iradesi ile ortaya çıkan sebeplerle azalması halinde, kefilin borcu da o oranda azalacaktır. Aksi bir durum ferîlik ilkesi ile bağdaşmayacağı gibi, TBK'nın ilgili hükmüne de aykırılık oluşturacaktır. Taraflar aralarında yapacakları anlaşma ile, asıl borcun azalmasına rağmen kefilin

⁹² Serkan Ayan, s. 439. Ahmet Kalender, Konut Kredisi Sözleşmesi, 1. Baskı, Ankara 2016, s. 126.

⁹³ Reisoğlu, s. 208; Güntüş, 323; Yavuz/Acar/Özen, s.779.

⁹⁴ Reisoğlu s. 208; Burak Özen, s. 129-130.

borcunun aynı kalacağını kararlaştırmaları halinde dahi, böyle bir anlaşma hukuken geçersiz olacaktır⁹⁵.

Asıl borcun artması sonucu doğuran değişikliklerin meydana gelmesi halinde ise; kefilin, durumunu ağırlaştıran bu değişikliklerden de sorumlu olmayı taahhüt etmemesi ya da kefalet sözleşmesi kurulurken asıl borçlunun sorumluluğunu arttıran değişikliklerden de sorumlu olacağını belirtmemesi halinde, sorumluluğu söz konusu olmayacaktır⁹⁶.

Asıl borcun, kefalet sözleşmesi yapıldığı sırada öngörülemeyecek bir biçimde artması olasılığında ise, kefilin muvafakati olmaksızın bu değişiklikten sorumlu tutulamayacağı düşünülmektedir. Kefil sözleşme sırasında öngörülemeyen ve asıl borcun kapsamını genişleten bu gibi değişikliklerden sorumlu tutulmasına rıza gösterdiğini, kefalet sözleşmesi kurulurken ya da sonrasında açıklayabilecektir. Ancak kefalet sözleşmesinin kurulduğu sırada, asıl borcun niteliği dolayısıyla kefilin sorumluluğunun artabileceği tarafların malumu ise, kefilin sorumluluğunu genişleten söz konusu değişikliklerden de sorumlu olacağı düşünülmektedir⁹⁷. Bir cari hesap kredisinin konu edildiği bir sözleşme bu durum için örnek gösterilebilir.

Kefalet sözleşmesinden sonra, asıl borçlu ile alacaklı arasında yapılan anlaşmalarla asıl borçlunun sorumluluğunun genişletilmesi halinde, sonradan yapılan bu işlemler kefilin sorumluluğuna etki etmeyecektir. Kefil, vereceği muvafakat ile sorumluluğunu genişletebilecek ise de, doktrinde bu muvafakatin de kefaletin şekli kurallarına riayet edilerek verilmesi gerektiği savunulmaktadır⁹⁸.

⁹⁵ Reisoğlu s. 208-209; Burak Özen, s. 128-129; Serkan Ayan, s. 441.

⁹⁶ Burak Özen, s.127; Gümüş, s. 359; Serkan Ayan, s. 442-443.

⁹⁷ Burak Özen, s.128-129; Reisoğlu s. 209; Serkan Ayan, s. 443.

⁹⁸ Reisoğlu s. 209; Burak Özen, s.128-129; Serkan Ayan, s. 443.

2.2.2. Asıl Borçlu ve Alacaklının Anlaşması İle Asıl Borcun Yapılandırılması

Alacaklı ile asıl borçlu arasında, asıl borçlunun ödeme güçlüğüne aşması için imkan tanımak amacıyla; uygulamada yapılandırma⁹⁹, protokol gibi isimlerle anılan ve ödeme planını, vadeleri ya da taksit tutarlarını değiştiren ya da borcu erteleyen sözleşmeler düzenlenmektedir¹⁰⁰. Özellikle bankacılık alanında bu sözleşmelere sık rastlanmaktadır.

Asıl borçlu ve alacaklı arasında yapılacak yapılandırma sözleşmelerinin, kefil açısından etkisini süreli ve süresiz kefalet bakımından çift yönlü incelemek gerekir. Kefalet süresinin belirli olduğu durumlarda, sürenin sonunda kefilin sorumluluğu da sona erecektir ve alacaklı ile asıl borçlu arasında yapılan anlaşma uyarınca asıl borcun vadesinin ertelenmesi olasılığı kefil bakımından etkili olmayacaktır. Zira, vadenin ertelenmesi asıl borçlunun ifa tarihini ve dolayısıyla olası temerrüt tarihini -temerrüde düşmemiş ise- geciktiren bir unsurdur. Yeni vade, kefaletin sona erdiği tarihten sonraya isabet edecek olursa, kefil kefalet sözleşmesi uyarınca sahip olduğu borcundan kurtulacaktır. Kefaletin süresiz olduğu durumda ise TBK 601'inci maddesi uyarınca kefil; asıl borç muaccel olunca¹⁰¹, adi kefalette her zaman ve müteselsil kefalette ise, kanunun öngördüğü hâllerde¹⁰², alacaklıdan, bir ay içinde borçluya karşı dava ve takip haklarını kullanmasını, varsa rehnin paraya çevrilmesi yoluyla takibe geçmesini ve ara vermeden takibe devam etmesini isteyebilir. Borç, alacaklının borçluya yapacağı bildirim sonucunda muaccel olacaksa kefil, kefalet

⁹⁹ Kavram karışıklığı yaratmamak bakımından, maddede açıklanan kredi yenilemesine ilişkin sözleşmeler uygulamaya uygun olarak "Yapılandırma Sözleşmeleri" olarak anılacaktır.

¹⁰⁰ Işık Önay, Yenileme, 1. Baskı, İstanbul 2016, s. 262. Asıl borçlu ile alacaklının aralarında yapacağı bir anlaşma ile muacceliyet tarihinin ötelenmesi halinde, kefilin buna rıza göstermesine bağlı olarak kefil açısından etkili olacağı ile muacceliyet tarihinin öne çekilmesi halinde kefile etkili olmayacağı hakkında bkz. Serkan Ayan, s. 387-388.

¹⁰¹ Fikret Eren, s. 783; Yavuz/Acar/Özen, s. 810. Kefilin talebinin asıl borcun muaccel olmasından kısa ve makul kabul edilebilecek bir süre önce yapılmış olması durumunda, bu talebin de TBK'nın 601'inci maddesine uygun kabul edilmesi gerektiği görüşü hakkında bkz. Nuh Uzun, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'na Göre Kefalet Sözleşmesinin Sona Ermesi, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2012, s.89. (Erişim adresi:

<https://tez.yok.gov.tr/UlusalTezMerkezi/TezGoster?key=vVNzTGHHhjH-u3WMToxQ-p9-5hbtTERAtRixA7pB33048a9xcHcTGZyCqmh7qYFm>; Erişim tarihi : 24.05.2017)

¹⁰² Detaylı bilgi için: Gümüş, s. 441; Serkan Ayan, s. 618-632; Tan Tahsin Zapata, Borçlar Hukuku (Özel Hükümler), 4. Baskı, Ankara 2017, s. 317.

sözleşmesinin kurulduğu tarihten bir yıl sonra alacaklıdan, bu bildirim yapmasını ve borç bu suretle muaccel olunca, TBK 601'inci maddesi kapsamındaki takip ve dava haklarını kullanmasını isteyebilir. Alacaklı, kefilin bu istemlerini yerine getirmese, kefil borcundan kurtulacaktır. Alacaklının, alacağı muaccel iken asıl borçluyu takip etmemesi ya da dava hakkını kullanmaması durumunda, kefil borcundan kurtulacaktır. TBK'nın 582'inci maddesi gereği kefil, bu kapsamda kendisine tanınan haklardan önceden feragat edemeyecektir.¹⁰³

2.2.3 Asıl Borç İlişkisinin Hükümsüz Hale Gelmesinin Etkileri

TBK'nın 589'uncu maddesine göre kefilin, asıl borç ilişkisinin hükümsüz hâle gelmesinin sebep olduğu zarardan ve ceza koşulundan sorumlu olacağına ilişkin anlaşmalar kesin olarak hükümsüzdür. Asıl borç ilişkisi; ehliyetsizlik, hata, imkansızlık gibi sebeplerle sözleşme akdedilirken hükümsüz olabileceği gibi, alacaklının borçlunun temerrüdü üzerine sözleşmeyi feshetmesi sebebiyle de hükümsüz hale gelebilir¹⁰⁴. Kefalet sözleşmesinin ferî niteliği dolayısıyla, asıl sözleşme ilişkisinin hükümsüzlüğü kefalet sözleşmesinin de hükümsüzlüğüne yol açacaktır¹⁰⁵. Zira, TBK'nın 589'uncu maddesine göre de alacaklının, asıl borç ilişkisinin hükümsüzlüğü halinde kefilin sorumlu olduğu iddiası dinlenmeyecektir.

Kefalet sözleşmesinin aksine, taraflar arasında garanti sözleşmesi yapıldığı durumda, asıl borç ilişkisinin hükümsüzlüğü halinde dahi garanti veren sorumlu olabilir. Hatta garanti sözleşmesinin kurulma amacı, asıl borç ilişkisinin hükümsüz olması halinde alacaklının karşı karşıya kalabileceği zarar bakımından güvence sağlamak için de olabilir¹⁰⁶.

¹⁰³ Reisoğlu s.210-211; Gümüş, s. 465; Serkan Ayan, s. 367-368.

¹⁰⁴ Alacaklının menfi zararı bakımından kefilin sorumluluğu ile ilgili bkz. "Kefilin Alacaklının Uğradığı Müspet Zarardan Doğan Sorumluluğu" başlıklı bölüm.

¹⁰⁵ Reisoğlu s.207; Serkan Ayan, s. 492; Yavuz/Acar/Özen, s. 822; Gümüş, s. 429.

¹⁰⁶ Yasemin Yılmaz, Garanti Sözleşmesi, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, S.19, Ankara 2014, s.1094.

Bununla birlikte, asıl borcun zamanaşımına uğraması veya alacaklının kusuru olmaksızın asıl borcun imkansız olduğu ortaya çıkarsa da, garanti verenin sorumluluğu devam edecektir. Ancak, garanti veren tarafından üstlenilen riskin imkansız hale gelmesi hali, aynı zamanda asıl borcun konusunun imkansızlaşması sonucunu doğuyor ise, garanti sözleşmesinin de sona ermesi mümkün olacaktır¹⁰⁷.

Reisoğlu, asıl borcun hükümsüzlüğü durumunda kefaletin geçersiz olacağını ancak garanti sözleşmesi ile alacaklıya güvence verilmesinin mümkün olduğunu ve garanti verenin kefalet hükümlerine göre sorumlu olacağını ifade etmektedir¹⁰⁸. Zira, TBK'nın 582'inci hükmüne göre, kefaletin şekline, kefil olma ehliyetine ve eşin rızasına ilişkin hükümler, gerçek kişilerce, kişisel güvence verilmesine ilişkin olarak başka ad altında yapılan diğer sözleşmelere de uygulanır. Ayrıca, TBK'nın 603'üncü maddesi gereği yanılma veya ehliyetsizlik sebebiyle borçlunun sorumlu olmadığı bir borç için kişisel güvence veren kişi, yükümlülük altına girdiği sırada, sözleşmeyi sakatlayan eksikliği biliyorsa, kefaletle ilgili kanun hükümlerine göre sorumlu olacaktır. Bu iki maddenin de garanti sözleşmesi bakımından uygulama alanı bulduğu anlaşılmaktadır.

2.3. Kefilin Sorumluluğunun Sınırı

2.3.1. Genel Olarak

TBK'nın 583'üncü maddesi uyarınca kefalet sözleşmesi, yazılı şekilde yapılmadıkça ve kefilin sorumlu olacağı azamî miktar ile kefalet tarihi belirtilmedikçe geçerli olmaz. TBK ile kefilin, sorumlu olduğu azamî miktarı, kefalet tarihini ve müteselsil kefil olması durumunda, bu sıfatla veya bu anlama

¹⁰⁷ Yavuz/Acar/Özen, s.833; Gümüş, s.503; Onur Şahin, Kefalet ve Bağımsız Garanti Sözleşmelerinin Sona Erme Halleri, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S.126, Ankara 2016, s. 313.

¹⁰⁸ Reisoğlu s.207.

gelen herhangi bir ifadeyle yükümlülük altına girdiğini kefalet sözleşmesinde kendi el yazısıyla belirtmesi şartı öngörülmüştür. Bu maddeye göre, kefilin sorumlu olacağı tutarın kefilin el yazısı ile sözleşmede belirtilmesi bir geçerlilik şartıdır¹⁰⁹.

Böylece kefil, her durumda kefalet sözleşmesinde belirtilen azami miktara kadar sorumludur. Buna göre; “asıl borç tutarı, asıl borçlunun temerrüdüne bağlı olarak işleyecek temerrüd faizi, dava ve takip giderleri ile işlemiş bir yıllık ve işlemekte olan yıla ait akdî faizler ile gerektiğinde tahvil karşılığında ödünç verilen anaparanın işlemiş bir yıllık ve işlemekte olan yıla ait faizleri” toplamı kefalet sözleşmesi ile belirlenen kefilin sorumlu tutulacağı azami meblağı geçemeyecektir.

Kefilin, kefalet sözleşmesinin tarafı olarak alacaklıya karşı temerrüde düşmesi halinde doğacak sorumluluğu, yukarıda belirtilen ana kuralın kapsamına girmemektedir. Kefilin bu bağlamdaki sorumluluğu için bir azami miktar söz konusu değildir¹¹⁰.

Kefilin sorumlu tutulacağı azami tutarın yabancı para cinsinden belirlenebileceği doktrinde savunulmaktadır¹¹¹.

¹⁰⁹ Yavuz/Acar/Özen, s.790; Gümüş, s.353; Mehmet Deniz Yener, Kefilin Sorumluluğunun Kapsamı ve 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu İle Yapılan Değişiklikler, Marmara Üniversitesi Bankacılık Sigortacılık Yüksekokulu Finansal Araştırmalar ve Çalışmalar Dergisi, S. 7, İstanbul, 2012, s. 107. (Erişim adresi: <http://e-dergi.marmara.edu.tr/marufacd/articler/view/5000004964> ; erişim tarihi: 20.04.2017) Kefilin sorumlu tutulacağı azami miktarın kefalet belgesinde kesin bir rakamla (belirli bir miktar olarak) gösterilmesi gerektiği hakkında bkz. Burak Özen, s. 228-233; Seza Reisoğlu, Türk Hukukunda ve Bankacılık Uygulamasında Kefalet, Ankara 1992, s. 54; Ece Baş, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu’nda Kefalet Sözleşmesinin Geçerlilik Şartlarına İlişkin Bazı Yenilikler, İÜHFİM, C. LXX, S.2, İstanbul 2012, s. 133; Gündüz, s. 130. Bununla birlikte, kefil tarafından sorumlu tutulacağı azami miktar belirtilirken, ileride rakamlarla oynama yapılmaması ve TBK’nın 583’üncü maddesinde “el yazısı ile” ibaresi yer aldığından, tutarın rakamla değil, el yazısı ile yazılması gerektiği hakkında bkz. Reisoğlu, s. 85, 88. Karşı görüşte bkz. Serkan Ayan, s. 165.

¹¹⁰ Burak Özen, s. 146-147; Gümüş, s. 415; Serkan Ayan, s. 432-433; Zevkliler-Gökyayla, s. 694.

¹¹¹ Gümüş, s. 358; Gülçin Elçin Grassinger, Borçlar Kanunu’na Göre Kefilin Alacaklıya Karşı Sahip Olduğu Savunma İmkanları, İstanbul 1996, s. 109; Seza Reisoğlu, Bankacılık Kanunu Şerhi Cilt II, 2. Baskı, Ankara 2015, s. 355; Merve Yılmaz, Türk Borçlar Kanunu’na Göre Kefalet Sözleşmesinin Geçerlilik Şartları, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, C.1, Y. 2, S. 7, Ankara 2011, s. 85. (Erişim adresi: <http://www.taa.gov.tr/yayin/turkiye-adalet-akademisi-dergisi-sayi-7/> ; Erişim tarihi: 31.07.2017)

2.3.2. Kefilin Temerrüdü Halinde Durum

TBK'nın 589'uncu maddesine göre kefil, her durumda kefalet sözleşmesinde yazan azami tutar kadar sorumlu olacaktır. Ancak kefil ile alacaklı arasında kalan kefalet sözleşmesi kapsamında, kefilin kendi borcunu ifa etmede gecikmesi halinde ise, kefilin sorumluluğu bahse konu üst sınır ile sınırlı tutulamayacaktır¹¹². Zira kefil, hacze kabil kişisel malvarlığı ile şahsi bir güvence verdiği için, kendi temerrüdü doğrultusunda tüm malvarlığı ile sorumlu olacaktır. Aynı şekilde kefilin temerrüdü üzerine alacaklının katlandığı takip ve dava giderleri bakımından da, kefilin sorumluluğunun 589'uncu maddedeki gibi bir sınırı bulunmamaktadır¹¹³.

2.4. Kefilin Kefaletten Dönmesi Halinde Sorumluluğu

TBK'nın 599'uncu maddesine göre, gelecekte doğacak bir borca kefalette, asıl borçlunun borcun doğumundan önceki mali durumu, kefalet sözleşmesinin yapılmasından sonra önemli ölçüde bozulmuşsa veya mali durumunun, kefalet sırasında kefilin iyiniyetle varsaydığından çok daha kötü olduğu ortaya çıkmışsa, kefil alacaklıya yazılı bir bildirimde bulunarak, borç doğmadığı sürece her zaman kefalet sözleşmesinden dönebilir¹¹⁴. Görüldüğü üzere kefilin sözleşmeden dönmesinin özel bir hak olarak düzenlendiği bu maddenin uygulanabilmesi için, öncelikle kefilin borcunun henüz doğmamış bir boç olması gerekmektedir. Asıl borç ilişkisinin geçerli olarak doğmasından sonra kefil her ne kadar TBK'nın 599'uncu maddesi uyarınca dönme hakkını kullanamayacak idiyse de; TBK'nın 138'inci maddesi gereği kefalet sözleşmesinin uyarlanmasını isteme, bu talebi

¹¹² Burak Özen, s. 146; Serkan Ayan, s. 432-433; Reisoğlu, s. 326-327; Fikret Eren, s. 782.

¹¹³ Burak Özen, s. 147; Zevkliler-Gökyayla, s. 694; Serkan Ayan, s. 484.

¹¹⁴ Reisoğlu, s. 293; Gümüş, s. 450; Yavuz/Acar/Özen, s. 827; Çınar, s. 107; Serkan Ayan, s. 555; Haluk Burcuoğlu, Türk Borçlar Kanunu Tasarısında Yeni Kefalet Düzenlemesi ile İlgili Bazı Gözlemler, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mukayeseli Hukuk Araştırma ve Uygulama Merkezi Banka ve Tüketici Hukuku Sorunları Sempozyumu, 1. Baskı, İstanbul 2010, s. 289-290.

gerçekleşmez ise sözleşmeden dönme hakkına sahip olacaktır¹¹⁵. Ayrıca, dönemsel olarak edimlerinin ifa edildiği bir asıl borç ilişkisine kefil olunmuşsa örneğin kira sözleşmesi söz konusu, ilk dönemsel edim borcu doğduğu tarihe kadar kefilin dönme hakkını kullanabileceği yorumuna varabiliriz¹¹⁶. Aksi halde kefilin bu hakkı ortadan kalkacaktır. Bununla birlikte genel kredi sözleşmesi gibi çerçeve nitelikte bir sözleşmeye sağlanan kefalet bakımından dönme hakkının kullanılabilmesi zaman doktrinde farklı yorumlanmaktadır. Bir görüşe göre, genel kredi sözleşmesinin akdedilmesi ile kredi kullandırma borcunun ve dolayısıyla asıl borcun doğması sebebiyle kefil tarafından dönme hakkı kullanılamayacaktır¹¹⁷. Ancak diğer bir görüşe göre dönme hakkı genel kredi sözleşmesinin akdedildiği tarihe bağlı olmayıp, TBK'nın 599'uncu maddesinde aranan şartların da sağlanması kaydıyla söz konusu genel kredi sözleşmesine istinaden kullandırılan kredi sözleşmesi ya da sözleşmelerinin kurulmasına kadar kullanılacaktır¹¹⁸. Biz de ikinci görüşe katılmaktayız. Zira, çerçeve niteliğindeki genel kredi sözleşmesinin akdedilmesi ile asıl borçlu bakımından ilgili Banka nezdinde ileride kullanılacak münferit kredi veya krediler için bir limit ve kullandırım için gerekli şartlar tahsis edilmiş olup¹¹⁹; asıl borçlu için belirlenebilir bir asıl borcun henüz doğmadığı

¹¹⁵ Çınar, s. 108-109.

¹¹⁶ Gümüş, s. 451; Çınar, s. 114. Aksi görüşte bkz. Serkan Ayan, s. 562. Yarg. 6. HD. 2016/8906E., 2016/5924K. ve 1.12.2016 tarihli kararı (Erişim Adresi: www.kazanci.com.tr; Erişim tarihi: 22.12.2017) "...6098 Sayılı Kanun'un 583.maddesi hükmüne göre kefaletin geçerli olabilmesi için kefalet süresinin ve kefilin sorumlu olacağı miktarın sözleşmede gösterilmesi gerekir. Kefalet süresinin ve kefilin sorumlu olacağı azami tutarın gösterilmemesi halinde kefalet ancak kira sözleşmesinde karşılaştırılan kira süresi için geçerlidir. Olayımızda sözleşme süresi 2011 tarihinde bitmiş olup, bu tarihten sonraki dönem kirası yönünden kefilin sorumluluğu bulunmamaktadır. Mahkemece bu sebeple davalı kefil hakkındaki itirazın kaldırılması isteminin reddine karar verilmesi gerekirken yazılı şekilde kefil yönünden de itirazın kaldırılmasına karar verilmesi doğru değildir..."

¹¹⁷ Burak Özen, s. 611-612. Kredi açma sözleşmesi ile bankanın kredi kullandırım borcu altına girdiği takdirde kefilin dönme hakkını kullanamayacağı görüşü hakkında bkz. Serkan Ayan, s. 559.

¹¹⁸ Çınar, s. 114-115; Gümüş, s. 451-452; Reisoğlu, s. 293. Kredi açma sözleşmesinde bankanın kredi müşterisinin talebi karşısında kredi kullandırıp kullandırmama hakkını saklı tutması ve kullandırım hususunda tamamen bankanın takdir yetkisi bulunması ile henüz banka kredi kullandırım borcu altına girmediyse, kefilin dönme hakkı olacağı görüşü hakkında bkz. Serkan Ayan, s. 559.

¹¹⁹ Genel kredi sözleşmesinin kurulmasıyla birbirini takip eden münferit kredi işlemlerinin yapılacağı yönünde anlaşma sağlanması ve münferit kredi işlemlerinin hangi yollarla gerçekleştirileceğinin açığa kavuşturulması yani bu işlemlerin ön düzenlemeye kavuşturulması

görülmektedir. Kefilin dönme hakkını kullanabilmesi için kefaletin türü önem taşımamaktadır¹²⁰.

TBK'nın 599'uncu maddesi uyarınca kefil yazılı bir bildirimle dönme hakkını kullanabilecek olup, dönme hakkını kullanması için hakim kararına ihtiyaç bulunmamaktadır¹²¹. Bununla birlikte TTK'nın 18'inci maddesi uyarınca tacirler arasında; diğer tarafı temerrüde düşürmeye, sözleşmeyi feshe, sözleşmeden dönmeye ilişkin ihbarlar veya ihtarlar noter aracılığıyla, taahhütlü mektupla, telgrafla veya güvenli elektronik imza kullanılarak kayıtlı elektronik posta sistemi ile yapılması gerekmektedir. Buna istinaden tacir niteliğini haiz kefilin yine tacir niteliğini haiz alacaklıya ileteceği dönme beyanının da buna uygun olarak iletilmesi gerekecektir¹²². Kefilin dönme beyanının alacaklıya ulaşması ile, kefil TBK'nın 599'uncu maddesi kapsamındaki bu yenilik doğuran hakkını kullanabilecektir¹²³.

Kefilin sözleşmeden dönmesi halinde, alacaklının kefalete güvenerek uğradığı zararı kefil gidermekle yükümlüdür. İşte bu düzenleme ile, menfi zararın özel bir görünümü ortaya çıkmıştır¹²⁴.

hakkında detaylı bilgi için bkz. Burak Özen, Kredi Açma Sözleşmeleri, İstanbul 2017, s. 49-52. Genel kredi sözleşmesinin özellikleri hakkında detaylı bilgi için bkz. Davut Gürses, Banka Genel Kredi Sözleşmesi, 1. Baskı, İstanbul 2016, s. 155-166.

¹²⁰ Çınar, s. 109.

¹²¹ Çınar, s. 109-110; Gümüş, s. 453; Serkan Ayan, s. 566.-567.

¹²² Çınar, s. 110. Aksi görüşte bkz. Serkan Ayan, s. 566.

¹²³ Çınar, s. 112; Gümüş, s. 452; Serkan Ayan, s. 557.

¹²⁴ Reisoğlu, s. 294; Gümüş, s. 454; Çınar, s. 119-120; Serkan Ayan, s. 568; Yavuz/Acar/Özen, s. 828.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

KEFİL HAKKINDAKİ TAKİBİN DURDURULMASI

3.1. Genel Olarak

TBK'nın 590'ıncı maddesine göre, bütün kefalet türlerinde kefil, aynı güvence karşılığında hâkimden, mevcut rehinler paraya çevrilineceye ve borçlu aleyhine yapılan takip sonucunda kesin aciz belgesi alınıncaya veya konkordato kararına kadar kendisine karşı yöneltilen takibin durdurulmasına karar verilmesini isteyebilir. Bu hükümle kefile, kendisine karşı başlatılan icra takibinin geçici olarak durdurulmasını isteme imkanı tanınmıştır¹²⁵. Ayrıca bu madde emredici nitelikte olduğundan, bu maddenin aksine bir anlaşma yapılması halinde bu anlaşma geçersiz olacaktır.

Belirtildiği üzere bütün kefalet türlerinde kefil, aynı teminat karşılığında kendisine karşı başlatılan takibin geçici olarak durdurulmasını isteyebilir. Bu hüküm ile özellikle müteselsil kefil için ayrıcalıklı bir koruma getirilmiştir. Zira alacaklı asıl borçlunun ifada gecikmesi ve ihtarın sonuçsuz kalması veya açıkça ödeme güçsüzlüğü içinde olması durumunda, asıl borçluyu takip etmeden veya taşınmaz rehnini paraya çevirmeden kefilin takibi edebilir. Buradaki istisnai düzenlemeye göre alacaklı tarafından sadece, alacak teslimine bağlı taşınır rehni veya alacak rehni ile güvenceye alınmışsa, rehni paraya çevrilmesinden önce kefile başvurulamayacaktır. Ancak adi kefalet bakımından durum farklıdır. TBK'nın 585'inci maddesi uyarınca, borçlu aleyhine yapılan takip sonucunda kesin aciz belgesi alınması, borçlu aleyhine Türkiye'de takibatın imkânsız hâle gelmesi veya önemli ölçüde güçleşmesi, borçlunun iflasına karar verilmesi ve borçluya

¹²⁵ Serkan Ayan, s. 405; Burak Özen, s. 83; Gümüş, s. 423-424; Fikret Eren, s. 783-784; Yavuz/Acar/Özen, s.808.

konkordato mehli verilmiş olması hallerinde doğrudan doğruya kefile başvurulabilir. Görüldüğü gibi, adi kefalette kefile doğrudan doğruya yönelme imkanı oldukça sınırlı tutulmuştur. Bundan dolayı, TBK'nın 590'ıncı maddesi ile verilen imkan, müteselsil kefil için büyük önem taşır¹²⁶.

Ayan'a göre ilgili madde uyarınca kefilin, takibin geçici olarak durdurulmasını isteme hakkı bir kez kullanılabilir olup, bu hak bir defa kullanılmakla tükenmektedir¹²⁷.

TBK'nın 590'ıncı maddesinin son fıkrasına göre, yerleşim yeri yabancı bir ülkede olan asıl borçlunun borcunu ödemesi, döviz işlemleri veya havale ile ilgili yasaklar gibi sebeplerle, o yabancı ülkenin yasal düzenlemeleri gereği imkânsız hâle gelmiş veya sınırlandırılmışsa, yerleşim yeri Türkiye'de olan kefil, takibe bu sebeple itiraz edebilir. Bu durumda kefil hakkında hiçbir icrai işlem yapılamayacaktır¹²⁸. Ayrıca asıl borçlu hakkında iflasın ertelenmesine dair karar verilmiş ise de, hiçbir icrai işlem yapılamayacaktır. Bu hallerde de, hükmün dürüstlük kuralına göre yorumlanarak kefilin kendisine yönelik takibin durdurulması talebinde bulunamayacağı sonucuna varılması gerektiği Ayan tarafından haklı olarak savunulmaktadır¹²⁹.

3.2. Kefil Hakkındaki Takibin Durdurulmasının Şartları

3.2.1. Kefil Hakkında İcra Takibi Başlatılması

Kefil tarafından TBK'nın 590'ıncı maddesi kapsamında talepte bulunabilmesi için kefil hakkında takip başlatılmış olması gerekir¹³⁰. Kefil

¹²⁶ Burak Özen, s. 84; Serkan Ayan, s. 406; Gümüş, s. 423-424.

¹²⁷ Serkan Ayan, s. 414.

¹²⁸ Serkan Ayan, s. 428; Gümüş, s. 427.

¹²⁹ Serkan Ayan, s. 428; Gümüş, s. 424.

hakkında dava açıldığı bir durumda, kefil bu savunmadan faydalanamayacaktır¹³¹. Ancak kefil aleyhine başlatılan takibin türü, yani haciz, iflas ya rehnin paraya çevrilmesi yoluyla takip başlatılmış olması, bu maddenin uygulanması bakımından bir engel teşkil etmez¹³². Hatta kefile karşı ilamlı takip başlatılmış olsa dahi, kefil bu savunmada bulunabilir.¹³³

Kefil hakkında kambiyo senetlerine mahsus takip açılması halinde kefilin durumu ne olacaktır? Ayan bu ihtimali, iki duruma ayırarak açıklamaktadır. Buna göre, kefil kefalet borcu için bir de teminat senedi vermiş ise, kefalet sözleşmesi kapsamında kefilin borcu muaccel hale geldiğinden, TBK'nın 590'ıncı maddesi uyarınca, aynı teminat karşılığında takibin durdurulmasını talep edebilecektir. Ancak senedin iyi niyetli üçüncü kişilere devri sonucu, üçüncü kişi tarafından takip başlatıldığı durumda, kefalet sözleşmesinden doğan bu savunmayı kefilin yapamayacağını savunmaktadır¹³⁴. Ayrıca, kefil tarafından asıl borcun teminatı için kambiyo senedi düzenlenmiş olması ve bu nedenle kefil aleyhine takip başlatılması halinde de, kefilin TBK'nın 590'ıncı maddesine göre talepte bulunamayacağını ifade etmektedir¹³⁵.

İcra ve İflas Kanunu'nun 171 ve 173'üncü maddeleri kapsamında, alacaklı tarafından kefil aleyhine icra takibi açılmadan, iflas davası açılması durumunda da, kefilin TBK'nın 590'ıncı maddesine göre talepte bulunabileceği savunulmuştur¹³⁶. Ancak kanaatimizce bu görüşe katılmak mümkün değildir, zira kefilin bu madde kapsamındaki savunma imkanı sadece kendisi hakkında takip başlatılması durumundan mevcut olup, dava açılması halinde dayanabileceği bir savunma imkanı değildir.

¹³⁰ Burak Özen, s. 86; Gümüş, s. 424; Serkan Ayan, s. 412. Kefilin aynı teminat karşılığında hakimden takibin başlatılmasından önce veya sonra durdurulmasını isteyebileceği görüşü hakkında bkz. Reisoğlu, s. 239.

¹³¹ Serkan Ayan, s. 407; Yavuz/Acar/Özen, s.809.

¹³² Burak Özen, s. 84; Serkan Ayan, s. 408; Yavuz/Acar/Özen, s.808-809.

¹³³ Serkan Ayan, s. 408.

¹³⁴ Serkan Ayan, s. 409-410.

¹³⁵ Serkan Ayan, s. 410.

¹³⁶ Serkan Ayan, s. 412.

Kefil aleyhine başlatılan takibin konusunu, kefalet sözleşmesi ile güvence verilen alacak oluşturmaktadır. Kefil, aynı zamanda kendisine ait olan taşınmazı asıl borçlu lehine ipotek verdiği takdirde, kefile ait ipotek doğrudan paraya çevrilebilecektir. Kefil burada şahsi teminatı olan kefalet sözleşmesinden doğan savunmalarını kullanamayacaktır, zira alacaklı kefilin aynı teminatı kapsamında sorumluluğuna yönelmiştir¹³⁷.

Ancak takibin alacaklı tarafından başlatılmış olması şart değildir. alacaklı bu sözleşmeye konu alacağını temlik¹³⁸ etmiş olabilir bu durumda temlik alan tarafından da bu takip başlatılabilir. Aynı şekilde, üçüncü kişi tarafından sonradan verilecek bir aynı teminat söz konusu ve malik tarafından alacaklıya bir ödemede bulunulmuş ise, malik de kefil aleyhine takip başlatabilecektir¹³⁹. Kefil bu durumda da bu madde kapsamındaki savunmalarını yöneltebilecektir.

3.2.2. Aynı Teminat Gösterilmesi

TBK'nın 590'ıncı maddesi uyarınca kefile yöneltilen takibin durdurulması için, kefilin öncelikli olarak aynı teminat göstermesi gerekmekte olup¹⁴⁰, takip ancak bu yolla geçici olarak durdurulabilecektir. Aynı teminat kefil tarafından sunulabileceği gibi, kefilin borcu için üçüncü bir kişi tarafından da gösterilebilir¹⁴¹.

¹³⁷ Burak Özen s. 202.

¹³⁸ Kefalet sözleşmesinin ferî niteliği dolayısıyla asıl borçtan bağımsız olarak temlik edilemeyeceği görüşü hakkında bkz. Şükrü Saraç, Genel Kredi Sözleşmelerinde Kefilin Sorumluluğu, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü 60. Yıl Sempozyumu "Banka Hukukuna Genel Yaklaşım" Teori ve Uygulama, Ankara 2017, s. 116.

¹³⁹ Serkan Ayan, s. 409.

¹⁴⁰ Gümüş, s. 424; Serkan Ayan, s. 415; Reisoğlu, s. 239; Yavuz/Acar/Özen, s.808. Amerikan Hukuku'nda kefilin kefalet borcu için nakit teminat vermesi ve asıl borçlunun iflas etmesi akabinde, nakit teminatının kullanılmasının önlenmesi talebinde bulunabileceği; kefilin mahkemeden yeterli koruma talep edebileceği; asıl borçludan teminatının sigortalanmasını talep etme yetkisi ile asıl borçlunun temerrüdü halinde kefilin, asıl borçluya başvuru şartı aranmaksızın derhal sorumlu tutulduğu hakkında bkz. Özdemir, s. 153-154.

¹⁴¹ Serkan Ayan, s. 414.

Teminat, aynı teminat olmak kaydı ile çeşitli türlerde belirlenebilir. Ancak öncelikli akla gelen aynı teminat türü rehindir. Aynı teminatların kapsamının geniş yorumlanarak taşınmaz rehni, taşınır rehni, paranın ya da kıymetli evrakın mahkeme tarafından belirtilen yere depo edilmesi, alacak rehni gibi teminat türlerinin TBK'nın 590'ncı madde uyarınca sunulabilecek aynı teminatlar arasında sıralanması mümkündür¹⁴². Ayan tarafından haklı olarak, kefilin tek başına sorumlu olduğu kıymetli evrakın bu hüküm kapsamında yeterli güvenceyi sağlamayacağını ifade etmektedir¹⁴³.

Ayan tarafından, amaca uygunluk yorumuyla banka teminat mektubunun da bu madde uyarınca hakimin kabul etmek durumunda olduğu teminatlar arasında olduğu ileri sürülmektedir. Reisoğlu ise, banka teminat mektuplarının bu madde kapsamında kabul edilemeyeceğini, teminatın aynı olması gerektiğini haklı olarak belirtmektedir. Kanaatimizce de banka teminat mektubunun bir garanti sözleşmesi olarak kabul edilmesi ve bu sebeple şahsi bir teminat olması dolayısıyla, teminat olarak kabulünün aynı teminat kriterini arayan 590'nci maddenin belirttiği esaslarına aykırılık taşıdığını düşünmekteyiz¹⁴⁴.

Sunulan aynı teminatın tutarı hakim tarafından belirlenecektir¹⁴⁵. Teminatın alacaklının karşı karşıya kalabileceği zararını telafi edecek miktarda olması gerekir. Burada çeşitli düşünceler aktarılmıştır: Reisoğlu'na göre, aynı teminatın miktarı kefilin azami sorumluluk tutarı ile sınırlı olmalı ve anapara, faiz ve masrafları karşılayacak miktarda olmalıdır. Ayan'a göre takibin durdurulmasına karar verileceği tarihteki dosya borcuna takibin duracağı süre boyunca işleyecek tahmini temerrüd faizinin de eklenerek teminat tutarı belirlenmelidir. Özen de, takip durdurulmayıp alacağının elde edebileceği tutarın yani alacaklının eline geçecek asıl alacak, temerrüd faizi ve takip giderini de karşılayacak bir tutarın teminat olarak

¹⁴² Serkan Ayan, s. 416-417; Burak Özen, s. 84; Reisoğlu, s. 239; Gümüş, s. 424.

¹⁴³ Serkan Ayan, s. 417.

¹⁴⁴ Serkan Ayan, s. 415-416; Reisoğlu, s. 239.

¹⁴⁵ Reisoğlu, s. 239; Gümüş, s. 424-425. Aynı teminatın miktarının birliktelikte tespit edilmesi gerektiği görüşü ile ilgili bkz. Murat Sönmez, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu Sözleşmesi, İzmir Barosu Dergisi, Y. 77, S. 2; İzmir 2012, s. 182. (Erişim adresi: <http://www.izmirbarosu.org.tr/IzmirBaro/pdf/yayinlar/dergi2012.pdf>; Erişim tarihi: 13.02.2017)

gösterilmesi gerektiğini ifade etmektedir¹⁴⁶. Gümüş ise, adi kefalette kefilin göstereceği teminatın değerini sorumlu olunan azami tutarın tamamını karşılaması gerektiği ile gerek adi birlikte kefil gerekse müteselsil birlikte kefil bakımından ise, sunulacak teminatın değeri diğer birlikte kefiller tarafından hiçbir ödeme yapılmadığı ya da aynı teminat verilmediği takdirde, azami sorumluluk tutarı kadar olması gerektiği yolundadır¹⁴⁷.

Birlikte kefalet durumunda adi ve müteselsil kefalet veren kefillerin verecekleri teminat tutarlarının ayrı incelenmesi gerekir. Adi birlikte kefil iç ilişkide kendi payına göre hesaplanacak bir tutarı teminat gösterebilecektir. Müteselsil birlikte kefillerin hepsi hakkında aynı anda takip¹⁴⁸ başlatılmadığı sürece, her bir müteselsil kefilin iç ilişkide kendi payına göre hesaplanacak bir tutarı teminat gösterebilecektir. Ancak bütün müteselsil kefiller hakkında aynı anda takip başlatıldığı takdirde, her müteselsil kefil kefalet borcunun tümüne karşılık gelecek şekilde teminat göstermek zorundadır¹⁴⁹.

Kefil tarafından sunulan teminatın tutarı sonradan yetersiz hale gelebilir. Teminat değerini yitirebilir ya da kefilin sorumlu olduğu tutar artabilir. Bu durumda alacaklı mahkmeden teminatın arttırılmasını ya da tamamlanmasını talep edilebilir¹⁵⁰.

¹⁴⁶ Reisoğlu, s. 239; Burak Özen, s. 84-85; Serkan Ayan, s. 419.

¹⁴⁷ Gümüş, s. 424-425. Ayrıca Gümüş asıl borçlu tarafından yapılan ödemelerin verilecek aynı teminatın tutarından düşülmemesi gerektiğini ifade etmekte ise de, kefilin sorumluluğunun alacaklının tatmin olduğu ölçüde azalacağından bahisle bu görüşüne katılmamaktayız.

¹⁴⁸ “Kefillerin paralel takibi” ya da “kefillerin aynı anda takibi prensibi” hakkında detaylı bilgi için bkz. Efe Can Yıldırım, Birlikte Kefalet, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2013, s. 64. Alacaklının müteselsil kefillerin tümüne aynı anda takip yapmaması halinde, hakkında takip başlatılan kefilin bölme def’inde bulunma hakkı ile ilgili olarak bkz. Gülçin Elçin Grassinger, Kefalet Sözleşmesinde Def’iler ve Sona Erme, Türk Borçlar Hukuku Sempozyumu, (Derleyen Murat İnceoğlu), 1. Baskı, İstanbul 2012, s. 366.

¹⁴⁹ Burak Özen, s. 85; Gümüş, s. 425.

¹⁵⁰ Serkan Ayan, s. 422; Burak Özen, s. 86.

3.2.3. Mahkeme Kararı

TBK'nın 590'ıncı maddesine göre, aynı teminat karşılığında hâkimden, maddede belirtilen işlemler sona erinceye kadar, kendisine karşı yöneltilen takibin durdurulmasına karar verilmesini isteyebilir. Maddeden de açıkça anlaşılacağı üzere kefil ancak mahkeme kararı ile bu kapsamındaki imkanını kullanabilecektir¹⁵¹.

Kefil, TBK'nın 590'ıncı maddesi ile sahip olduğu savunmalarını, paraların paylaşılmasından ve iflas yoluyla takip olması halinde de iflas kararından önce, kendisine yönelik başlatılan takibin her aşamasında ileri sürebilecektir¹⁵². Ancak Reisoğlu takibin başlatılmasından önce de, kefilin bu hükme göre talepte bulunabileceğini belirtmektedir¹⁵³.

3.3. TAKİBİN DURDURULMASININ SONUÇLARI

TBK'nın 590'ıncı maddesine göre kefil hakkındaki takibin, mevcut rehinler paraya çevrilmeye ve borçlu aleyhine yapılan takip sonucunda kesin aciz belgesi alınmaya veya konkordato kararına kadar durdurulmasına aynı teminat karşılığında karar verilebilir. Durdurma kararı uyarınca da, alacaklının nezdindeki tüm rehinler paraya çevrilmeye ve asıl borçlu hakkında borç ödemedeki kesin aciz belgesi düzenleninceye dek, kefil hakkında takip yürütülemeyecektir¹⁵⁴. Ayrıca kefil hakkında, durdurma kararına konu olmuş borcu kapsamında yeni bir takip açılmayacaktır¹⁵⁵. Birlikte kefillerin iç ilişkideki rücu talepleri de durdurma

¹⁵¹ Gümüş, s. 426; Yavuz/Acar/Özen, s.808; Serkan Ayan, s. 423.

¹⁵² Serkan Ayan, s. 408.

¹⁵³ Reisoğlu, s. 239.

¹⁵⁴ Gümüş, s. 424; Burak Özen, s. 86-87; Serkan Ayan, s. 405.

¹⁵⁵ Burak Özen, s. 87.

kararına istinaden söz konusu olamayacaktır¹⁵⁶. Kefilin elde edeceği durdurma kararı ile zamanaşımı da kesilmiş olur¹⁵⁷.

Kefil hakkında takibin durdurulmasına karar verildikten sonra, maddi hukuka ilişkin dava açılabilir, kefalet borcunun tespit edilmesi için mahkemeye başvuru yapılabilir. Nitekim, bu karar ile kefilin sorumluluğu ortadan kalkmayacak olup, takibin durdurulmasına dair verilen kararın maddi hukuk anlamında bir etkisi bulunmamaktadır¹⁵⁸. Buna istinaden, icra mahkemesi tarafından verilen kefile yönelik takibin durdurulmasına dair kararın kesin hüküm teşkil etmediği doktrinde belirtilmektedir¹⁵⁹.

Mahkeme tarafından takibin durdurulmasına karar verildiği anda kefaletin zarara (açığa) kefalete dönüşeceği iddia edilmektedir¹⁶⁰. Bundan dolayı da TBK'nın 585'inci maddesi hükmüne göre, borçlu aleyhine yapılan takibin kesin aciz belgesi alınmasıyla sonuçlanması veya borçlu aleyhine Türkiye'de takibatın imkânsız hâle gelmesi ya da konkordatonun kesinleşmesi durumlarında, doğrudan doğruya kefile başvurulabilecektir¹⁶¹.

Kefil hakkında yürütülen takibin durdurulmasına dair kararı gereğince, alacaklının nezdindeki tüm rehinler paraya çevrilinceye ve asıl borçlu hakkında borç ödemedi kesin aciz belgesi düzenleninceye dek, kefil hakkında takip yapılamayacağını belirtmiştik. Kefilin işlemleri durdurabileceği bu kararın karşısında, alacaklının çeşitli işlemler yapması gereken bir süreç belirmektedir. Bu sürecin de kefilin aleyhine olmayacak biçimde, makul bir sürede tamamlanması esastır. Buna göre kefil TBK'nın 601'inci maddesinde düzenlenen imkanı kullanılabilceği doktrinde savunulmaktadır. Kefil alacaklıdan, durdurma

¹⁵⁶ Gümüş, s. 426; Burak Özen, s. 87.

¹⁵⁷ Burak Özen, s. 87; Serkan Ayan, s. 427.

¹⁵⁸ Burak Özen, s. 87; Serkan Ayan, s. 423.

¹⁵⁹ Serkan Ayan, s. 424. Kesin hüküm def'inin alacaklı ile kefil arasındaki kişisel ilişkiden doğan bir def'i olduğunun kabul edilmesinin adil bir sonuç olacağı görüşü hakkında bkz. Gümüş, s. 468.

¹⁶⁰ Gümüş, s. 426; Serkan Ayan, s. 424-425. Açığın kapatılmasına kefalet hakkında detaylı bkz. Burak Özen, Kefalet Sözleşmesinin Türleri, Türk Borçlar Hukuku Sempozyumu, (Derleyen Murat İnceoğlu), 1. Baskı, İstanbul 2012, s. 372.

¹⁶¹ Burak Özen, s. 87; Serkan Ayan, s. 424-425.

kararından itibaren bir ay içinde asıl borçluya karşı dava ve takip haklarını kullanmasını ya da rehnin paraya çevrilmesi yoluyla takibe geçmesini isteyebilir. Alacaklı tarafından kefilin bu talebi gereği gibi karşılanmadığı takdirde, kefil 601'inci madde uyarınca borcundan kurtulacaktır¹⁶².

Durdurma kararına istinaden kefile yönelik takibin durduğu dönemde, gerçek kişi kefilin sorumluluğunun azami on yıl olacağı ve bu sürenin dolması halinde kefilin sorumlu tutulmayacağı iddiasının kabul edilmemesi gerektiği Ayan tarafından eleştirilmiştir¹⁶³. TBK'nın 598'inci maddesine göre gerçek kişi tarafından verilmiş olan her türlü kefalet, buna ilişkin sözleşmenin kurulmasından başlayarak on yılın geçmesiyle kendiliğinden ortadan kalkar. Ancak Ayan, maddede geçen bu sürenin kefil hakkında bir dava veya takip başlatılmadığı durumda işleyeceğini ve böyle bir girişim olduktan sonra böyle bir süreden bahisle kefilin sorumluluğunun ortadan kalkmasının mümkün olmadığını belirtmektedir.

Takibin durdurulmasına ilişkin sebepler ortadan kalktıktan sonra, alacaklı mevcut takibe devam edebilir. Kesin aciz belgesi alınması ile ilgili olarak Yargıtay'a göre,

“Kesin aciz vesikasına bağlanma anlamında da, asıl borçlunun (MERNİS) uyarınca bulunan en son yerleşim yerini belirlemek; bankalardan, Tapu Sicil Müdürlüklerinden, trafik tescil müdürlüğünden sormak; bunların yanında davacı vekilinin göstereceği yerlerde de araştırma yapmak; tüm yapılan araştırmaların sonucuna göre bir karar vermek, sadece asıl borçlunun haczi kabil malvarlığı bulunmadığı yolunda bir haciz tutanağı ile yetinmemek gerektiğini ifade etmektedir.”¹⁶⁴.

¹⁶² Burak Özen, s. 87-88; Serkan Ayan, s. 427; Gümüş, s. 426.

¹⁶³ Serkan Ayan, s. 426-427. On yıllık sürenin kefalet sözleşmesinin kurulduğu tarihte başlayacağı ve bu sürenin kesilmesinin ya da durmasının söz konusu olmadığı görüşü hakkında bkz. Gümüş, s. 434.

¹⁶⁴ Serkan Ayan, s.389.

DÖRDÜNCÜ BÖLÜM

KEFİLİN SAVUNMA İMKANLARI

4.1. Genel Olarak

Bilindiği üzere, doktrinde “karşı haklar” arasında sayılan ve hatta karşı hakların en önemli ortaya çıkış biçimlerinden biri olarak kabul edilen ve bir borç ilişkisinde üstlenilen edimden ya da bir borcun ifasından kaçınma imkanı olarak isimlendirilen, savunma imkanı def’i hakkıdır¹⁶⁵. İtiraz ise, bir hakkın doğumuna ve devamına engel olan, mevcut bir hakkı ortadan kaldıran ya da hakkın varlığını tehlikeye düşüren türde durumların ileri sürülmesi ise “itiraz” olarak isimlendirilmektedir¹⁶⁶. İtirazda, talepte bulunanın bir hakkının olmadığı, hiç doğmadığı ya da sona erdiği kanıtlanır. Def’inin ileri sürülmesi, bir hakkın mevcut olmadığı ya da doğmadığı anlamına gelmez, sadece bir başkasına ait bir hakkın kullanımını sürekli veya geçici olarak engeller¹⁶⁷. Asıl borç ilişkisinden kaynaklanan def’i ya da itiraz niteliğindeki her türde savunmanın, kefil tarafından ileri sürülebilmesi mümkündür¹⁶⁸. Çalışmamızın bu bölümünde, kefilin asıl borç ilişkisine ait ve kefalet sözleşmesine ait savunma imkanları ayrı ayrı inceleyeceğiz.

¹⁶⁵ Karşı haklar ile ilgili detaylı bilgi için bkz. “*Karşı haklar, hak sahibine, bir başkası tarafından ileri sürülen bir hakkı, belirli oranda etkisiz kılma veya sonuçlarını tamamen ya da kısmen sınırlama, engelleme veya ortadan kaldırma imkanı veren haklardır.*” Fikret Eren, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 21. Baskı, Ankara 2017, s. 71.

¹⁶⁶ Fikret Eren-Genel Hükümler, s. 75.

¹⁶⁷ Müteselsil kefilin asıl borçlu ihtar edilmeden kendisine başvurulamayacağı ve rehlin paraya çevrilmesi gerektiğini ileri sürmesi gerektiği, hakim bunları kendiliğinden göz önünde bulunduramayacağı hakkında bkz. Burak Özen, Borçlar Kanunu Tasarısı m. 586 Hükmünün Müteselsil Kefalet İlişkin Getirdiği Düzenleme, EÜHFİD, C. X, S.3-4, Erzincan 2006, s. 494. (Erişim adresi: http://eski.erkincan.edu.tr/birim/HukukDergi/makale/2006_X_2_18.pdf ; Erişim tarihi:02/02/2017)

¹⁶⁸ Burak Özen, s. 401; Saraç, s. 140; Serkan Ayan, s.356; Zevkliler-Gökyayla, s.695; Fikret Eren, s. 784; Yavuz/Acar/Özen, s.811-812; Gümüş, s. 464.

Ancak bundan önce belirtmek gerekir ki, kefaletin feriliği ilkesi ve kefilin sorumluluğunun asıl borçlunun sorumluluğundan daha ağır olamaması dolayısıyla, alacaklı ile borçlu arasındaki davada asıl borçlu lehine karar verilmesi halinde, kefil de bu kararı öne sürerek ödemede bulunmaktan kaçınabilecektir¹⁶⁹.

Buna karşılık alacaklı ile borçlu arasındaki davada asıl borçlu aleyhine karar verilmesi halinde de, kefil bu kararla bağlı olmayacaktır. Zira, tek başına bu karara istinaden mutlak biçimde kefilin ödeme yapacağı savına şüphe ile yaklaşmak gerekir. Asıl borca ilişkin kesin hükmün dışında, kefilin alacaklı ile ilişkisinden kaynaklı savunma imkanları da mevcuttur¹⁷⁰. Ayrıca TBK'nın 591'inci maddesi gereği, asıl borçlu kendisine ait savunma imkanlarından feragat etse dahi, kefil bu savunma imkanlarından yararlanabilecektir¹⁷¹.

4.2. Kefilin Asıl Borca İlişkin Savunma İmkanları

4.2.1. Asıl Borcun Geçersizliğine İlişkin Savunma İmkanları

Asıl borca ilişkin hukuki işlemin taraflarının işlem ehliyetlerinin bulunmadığı, asıl borcun konusunun imkansız olduğu; asıl borcun kamu düzenine, genel ahlaka, emredici hukuk kurallarına, kişilik haklarına aykırı olduğu; sözleşmenin hukuken belirli şekil şartlarına uygun olarak yapılması gerektiği halde şekil şartlarına aykırı kurulduğu; temsil ilişkisi ile kurulmuş olan sözleşmedeki temsil ilişkisinin hukuken aranan şartları taşımadığı gibi itirazlar kefil tarafından ileri sürülebilecektir¹⁷². Asıl borç ilişkisinin hükümsüz olduğu halde, kefaletin feriliği ilkesi doğrultusunda kefil de sorumlu tutulamayacaktır.

¹⁶⁹ Reisoğlu, s. 290; Burak Özen, s.408; Özlem Acar, Türk Borçlar Hukukunda Müteselsil Kefalet Sözleşmesi, İstanbul 2015, s. 263; Gümüş, s. 465.

¹⁷⁰ Reisoğlu, s. 290-291; Burak Özen, s.408; Özlem Acar, s. 263-264; Gümüş, s. 466.

¹⁷¹ Reisoğlu, s. 290; Burak Özen, s.408; Özlem Acar, s. 263; Gümüş, 465-466.

¹⁷² Nihat Yavuz, s. 134; Burak Özen s. 401-408.

Doktrinde tartışılan bir Yargıtay kararı, asıl borç ilişkisinin geçersizliği savunmasına ilişkindir¹⁷³. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu¹⁷⁴ tarafından karar bağlanan olayda; tapuda kayıtlı taşınmazın adi senetle satılması, taraflarca satıştan herhangi bir sebepten cayılması halinde ödediği 50.000-TL'nin alıcıya satıcı tarafından geri ödeneceği ve "A" adlı kimsenin de iade edilecek meblağ için kefil olması söz konusudur. YHGK; *"bu olayda taşınmaz satımını düzenleyen ilk sözleşmenin geçersiz olduğuna ve bu nedenle alıcı tarafından verilen meblağın iadesinin gerektiğine, söz konusu iade borcunun geçerli bir borç olduğuna ve kefaletin geçerli doğmuş olan bu iade borcuna ilişkin olduğuna"* karar vermiştir. Karar bu yönüyle eleştirilmiştir. Zira, Reisoğlu'na göre tartışılması gereken husus, iade borcunun kaynağının sebepsiz zenginleşme mi yoksa alacaklı ve borçlu arasındaki akdi ilişki mi olduğudur. Reisoğlu, mahkemenin taraf iradelerini yorumlayarak, kefilin hangi borca kefil olduğunun tespit edilmesi gerektiğini ve eğer kefil sebepsiz zenginleşme bakımından kefil olma iradesini göstermiş ise, bu kefaletin geçersiz olduğu izlenimini yaratacak bir gerekçe sunmasına katılmadığını belirtmektedir. Yavuz da yüksek mahkemenin taraf iradelerini yorumlaması gerektiğini belirtmektedir. Ancak, Grassinger konuya farklı bir noktadan yaklaşmaktadır. Grassinger'e göre; başlangıçtaki sözleşme ilişkisi geçersiz olduğundan kefilin geçersiz asıl borç ilişkisi dolayısıyla sorumlu tutulamayacağını ifade etmektedir. Alacaklının asıl borç ilişkisinin geçersizliği dolayısıyla ödediği meblağın iadesini talep hakkı mümkün ise de, söz konusu alacak hakkı kefalet sözleşmesinin konusunu oluşturmayacağı ve dava konusu olayda kefilin sebepsiz zenginleşmeye kefalet iradesinin de bulunmadığı görüşündedir. Biz de Grassinger'in görüşüne katılmaktayız.

TBK'nın 296'ncı maddesi gereğince, bağışlama sözü veren; elden bağışlanan bir malın geri verilmesini isteyebileceği sebeplerden biri varsa, mali durumu, sonradan sözün yerine getirilmesini kendisi için olağanüstü ağır kılacak ölçüde değişmişse ve bağışlama sözü verdikten sonra, kendisi için yeni aile

¹⁷³ Reisoğlu-Bankacılık s. 16; Nihat Yavuz, s. 134-135; Grassinger-Savunma İmkanları, s. 20-21.

¹⁷⁴ 09.03.1977 tarih ve 22/216 sayılı Hukuk Genel Kurulu Kararı (Nihat Yavuz s.134 oradan dn. 25)

yükümlülükleri doğmuş veya bu yükümlülükleri önemli ölçüde ağırlaştırmışsa, bağışlama sözünü geri alabilir ve onu ifadan kaçınabilir.

Kefil, asıl borç ilişkisinin yanılma ya da ehliyetsizlik nedeniyle sakatlanması halinde, asıl borç ilişkisinin iptali için girişimde bulunamayacaktır. Ancak asıl borçlunun asıl borç ilişkisini kuran sözleşmeyi iptal hakkı bulunduğu takdirde, asıl borçlunun iptal hakkını kullanabileceği süre içinde, alacaklının olası bir talebine karşı geçici bir defî imkanı bulunduğu ifade edilebilir¹⁷⁵. Zira, TBK'nın 582'inci maddesini tersten okuduğumuz takdirde, yanılma veya ehliyetsizlik sebebiyle borçlunun sorumlu olmadığı bir borç için kişisel güvence veren kişi, yükümlülük altına girdiği sırada, sözleşmeyi sakatlayan eksikliği bilmiyorsa, kefaletle ilgili kanun hükümlerine göre sorumlu olmayacaktır. Burada iki husus önem arz eder: kefilin sözleşmeyi sakatlayan eksikliği bilmemesi ve iptal hakkının yasal süresi içinde kullanılması. Asıl borçlu iptal hakkını süresinde kullanmaz, sözleşmeyi onaylar ya da iptal hakkından feragat ederse, kefalet sözleşmesi ile kefil bağlıdır. Aynı şekilde, sözleşmeyi sakatlayan eksikliği kefilin bildiği durumda da kefil alacaklıya karşı sorumluluk altındadır.

4.2.2. Asıl Borcun Sona Erdiğine İlişkin Savunma İmkanları

Asıl borcun, borçlu ya da üçüncü kişi tarafından ifa edilmesi durumunda kefilin, kefalet sözleşmesi kapsamındaki sorumluluğu sona erer. Asıl borcun TBK'nın 131'inci ve devamındaki maddelerinde bulunan nedenlerle sona ermesi yani ifa ya da diğer bir sebeple sona erdiği takdirde; rehin, kefalet, faiz ve ceza koşulu gibi buna bağlı hak ve borçlar da sona ermiş olur¹⁷⁶.

Yukarıda belirtilen genel kuralın TMK'nın 884'üncü ve TBK'nın 127'inci maddeleri kapsamında bir istisna bulunduğu görülmektedir. TBK'nın 127'inci maddesine göre; alacaklıya ifada bulunan üçüncü kişi, "başkasının borcu için

¹⁷⁵ Nihat Yavuz, s.142.

¹⁷⁶ Asıl borcun sona erme halleri kapsamında detaylı bilgi için bkz.; Burak Özen s.567-574; Çınar, s. 8-40.

rehnedilen bir şeyi rehinden kurtardığı ve bu şey üzerinde mülkiyet veya başka bir ayni hakkı bulunduğu takdirde ya da alacaklıya ifada bulunan üçüncü kişinin ona halef olacağı, borçlu tarafından ifadan önce alacaklıya bildirildiği hâllerde” ifası ölçüsünde alacaklının haklarına halef olur. TMK'nın 884'üncü maddesine göre; borçtan şahsen sorumlu olmayan rehinli taşınmaz maliki, borçluya ait koşullar içinde borcu ödeyerek taşınmazın üzerindeki ipoteğin kaldırılmasını isteyebilir. Bu durumda, alacak, borcu ödeyen malike geçecektir.

Bir alacağın güvencesini oluşturan rehin paraya çevrildiği veya borç rehin veren malik tarafından ödendiği takdirde malik; kefile karşı rücu hakkını, ancak kefil ile kendisi arasında böyle bir anlaşma varsa ya da rehin sonradan bir üçüncü kişi tarafından verilmişse kullanabilir.

TBK'nın 296'ıncı maddesine göre bağışlayan, geri alma sebebini öğrendiği günden başlayarak bir yıl içinde bağışlamayı geri alabilir. Bağışlayan bir yıllık süre dolmadan ölürse, geri alma hakkı mirasçılara geçer ve mirasçıları bu sürenin sona ermesine kadar bu hakkı kullanabilirler. Özen'e göre, bağışlayan tarafından geri alma hakkının kullanılabilmesi için, alacaklının bir ifa talebi olursa, kefil bu talebi geri çevirebilecektir. Hatta kefil, böyle bir def'iden faydalanmaksızın ödemede bulunduğu ve bağışlayan yani asıl borçlu da geri alma hakkını kullandığı takdirde, kefil asıl borçluya rücu hakkını kaybedecektir¹⁷⁷. Reisoğlu ise, geri alma hakkının yenilik doğuran bir hak olduğundan bahisle sadece asıl borçlu tarafından ileri sürülebileceğini, TBK'nın 296'ıncı maddesindeki şartların gerçekleşmesi halinde dahi kefilin rücu hakkı bulunmadığını ve asıl borçlunun geri alma hakkını kullandıktan sonra kefilin bir def'i hakkından bahsedilebileceğini ifade etmektedir¹⁷⁸. Ayrıca, bağışlama sözü verenin borcunu ödeme güçsüzlüğü belirlenir veya iflasına karar verilirse, ifa yükümlülüğü ortadan kalkar. Bu durumda kefilin sorumluluğu da ortadan kalacaktır¹⁷⁹.

¹⁷⁷ Burak Özen, s.412-413; aynı görüşte Özlem Acar, s. 262. Bağışlamada cayma hakkının kullanılmasının kefile tanınan bir yenilik doğuran hak olduğu ve asıl borçlunun bu hakkını kullanmadığı sürece kefile başvurulabileceği şeklindeki karşı görüşü için bkz. Serkan Ayan, s. 361-362.

¹⁷⁸ Reisoğlu, s. 229.

¹⁷⁹ Özlem Acar, s. 263.

4.2.3. Asıl Borcun Muaccel Olmadığı Defi

Kefaletin feriliği ilkesi kapsamında, alacaklının kefilden talepte bulunabilmesi için, öncelikle asıl borcun muaccel hale gelmesi gerekmektedir. Kefilden ödeme talebinde bulunulduğu sırada, asıl borç için belirlenen vadenin gelmemesi söz konusu ise, kefil tarafından asıl borcun muaccel olmadığı def'i ileri sürülebilir¹⁸⁰. Bununla birlikte TBK'nın 90'ıncı maddesi uyarınca, asıl borcun muaccel hale geleceği tarih belirlenmemişse veya hukuki ilişkinin özelliğinden anlaşılmadıkça her borç, doğumu anında muaccel olur. Nitekim TBK'nın 590'ıncı maddesinin 3'üncü fıkrasına göre; asıl borcun muaccel olması, alacaklı veya borçlunun önceden süre içeren bildirimde bulunmasına bağlıysa, kefalet borcu için bu süre, bildirim kefile yapıldığı tarihte işlemeye başlayacaktır. Bu maddeye göre, asıl borcun muaccel olması alacaklının bildirimine bağlı ise, kefile de ayrı bir bildirim yapılması gereği ve bu bildirim kefile tebliğ edildiği tarihte kefilin borcunun da muaccel olacağı çıkarımı yapılmaktadır¹⁸¹.

Asıl borçlunun temerrüdü halinde, özellikle bankacılık uygulamasında kefillere ihtar gönderilmesinin başka bir yasal dayanağı da TTK'nın 7'inci maddesi hükmü gösterilmektedir. Zira, bu hüküm gereğince ödemenin yapılmadığı ihbar edilmedikçe, kefil aleyhinde temerrüt faizi işletilmeyecektir¹⁸².

Kural olarak asıl borç ilişkisindeki taraflarca bir anlaşma yapılarak, asıl borcun vadesinin değiştirilmesi söz konusu olursa, asıl borç yeni belirlenen tarihte muaccel olur. Ancak bunun için de, muacceliyet bildiriminin muhatabına ulaşması

¹⁸⁰ Burak Özen, s.402-403; Serkan Ayan, s. 386; Gümüş, s. 420; Yavuz/Acar/Özen, s.810.

¹⁸¹ Reisoğlu, 218; Gümüş, s. 422; Serkan Ayan, s. 389; Yavuz/Acar/Özen, s.807-808.

¹⁸² Saraç, s. 138. İbrahim Murat Haznedar-Özay Şule Gürses, Bankacılar İçin Kefalet Hukuku, I. Baskı, İstanbul 2017, s. 46-47; 48-49. Yazarların henüz asıl borcun muaccel hale gelmediği dönemde, kredilerin banka müşterisi haline gelmek için imzaladıkları kredi sözleşmelerine istinaden, kefillerin hesaplarına bloke konulmasının mümkün görüldüğü şeklinde görüşleri bulunmaktadır. Kefilin hesabına banka tarafından bloke konulmasının kefalet sözleşmesi ile bankaya tanınan rehin hakkının kullanılması anlamına geldiğini iddia etmektedirler. Bankacılık Hizmetleri Sözleşmeleri ya da Genel Kredi Sözleşmelerine dayandırdıkları bu görüşlerine, söz konusu sözleşmelerdeki genel işlem şartları bakımından şüphe ile yaklaşılması gerekmektedir.

gerekmektedir¹⁸³. Uygulamada özellikle bankalar tarafından muacceliyet bildiriminin muhabata ulaşması yerine bildirim gönderilmesi ile hüküm doğuracağını düzenleyen hükümler sözleşmelere konulmaktadır. Bu hükümlerin TBK'nın genel işlem şartlarına¹⁸⁴ ilişkin esasları bakımından denetime tabi tutulması gerekir. Ayan, genel kredi sözleşmelerinde¹⁸⁵ yer alan bu gibi hükümlerin; genel kredi sözleşmesi cari hesap niteliği taşımadığından, feshi halinde sadece genel kredi sözleşmesinin feshedildiğini ve bu genel kredi sözleşmesine istinaden akdedilen birel nitelikteki diğer sözleşmelerin varlıklarını devam ettireceğini, bundan dolayı da ilgili hükümlerle borcun muaccel hale geleceği vadelerin genel işlem şartı niteliğindeki hükümlerle öne çekilemeyeceğini ileri sürmektedir¹⁸⁶. Bu doğrultuda, genel işlem şartları kapsamında asıl borçlu tarafından geçersizliği iddia edilebilecek hükümler ile ilgili kefilin de genel işlem şartlarına ilişkin itirazda bulunabileceği anlaşılmaktadır.

Ancak bunun da ötesinde, asıl borçlu ile alacaklı arasında muacceliyet tarihini uzatmaları ya da tarihi öne çekmeleri kefilin açıkça buna onay vermesine bağlıdır¹⁸⁷. Kefil vadenin uzatılmasına onay vermez ve eski muacceliyet tarihinde alacaklıya ödeme yapmak üzere başvurursa, alacaklı bu ödemeyi kabul etmekle yükümlüdür¹⁸⁸. Aksi halde, kefil borcundan kurtulacaktır. Kefilin muacceliyet tarihinin öne çekilmesine ya da ötelenmesine yönelik onayının, TBK'nın 583'üncü

¹⁸³ Serkan Ayan, s. 382 dn. 1252.

¹⁸⁴ Genel işlem şartlarının yürürlük denetimi ile ilgili detaylı bilgi için bkz. Yeşim M. Atamer, Sözleşme Özgürlüğünün Sınırlandırılması Sorunu Çerçevesinde Genel İşlem Şartlarının Denetlenmesi, İstanbul 2001. s.81-123.

¹⁸⁵ Genel kredi sözleşmeleri; süreli veya süresiz olarak belirlenen, bir limit kapsamında bir veya birden fazla kredi kullanımına ilişkin genel kredi koşullarının düzenlendiği, kredi müşterisi bakımından sadece bu sözleşmenin akdedilmesi ile herhangi bir borç doğurmayan, dönerlik özelliği gösteren ve isimsiz bir sözleşmedir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Gürses, s. 139-163. Bankanın kredi alana karşı kredi kullandırma yükümlülüğünün, genel kredi sözleşmesinde belirlenen limitin tüketilmemiş olması halinde söz konusu görüşü hakkında bkz. Özen-Kredi Açma, s. 55-56. Genel kredi sözleşmelerinin dönerlik özelliği ve cari hesap şeklinde yürümesi hakkında bkz. Yarg. 19. HD. 2014/1863E., 2014/4704K. ve 11.3.2014 tarihli kararı (Erişim Adresi: www.kazanci.com.tr: Erişim tarihi: 22.12.2017)

¹⁸⁶ Serkan Ayan, s. 385; Gümüş, s. 423.

¹⁸⁷ Reisoğlu, s. 226; Gümüş, s. 421.

¹⁸⁸ Serkan Ayan, s.387-388; Gümüş, s. 421.

maddesinin 3'üncü fıkrası gereğince, kefaletin şekil kurallarına uygun olarak düzenlenmesi gerekmektedir¹⁸⁹.

Buna karşılık, asıl borçlu ile alacaklı arasında, asıl borçluya süre tanınmasına ilişkin anlaşmadan lehe biçimde kefilin yararlanamayacağı kararlaştırılmış olsa dahi, kefil bu düzenleme ile bağlı olmaksızın, lehine olan değişikliği tecil defii olarak ileri sürebilecektir¹⁹⁰.

Asıl borç ilişkisinde vadenin belirsiz olması ve asıl borç ilişkisinde borcun muaccel hale geleceği tarihin alacaklı tarafından belirleneceğinin kararlaştırıldığı durumda, alacaklının asıl borçluya bildirimde bulunma zorunluluğunun yanında, kefile de bildirimde bulunması gerekmektedir¹⁹¹. Nitekim TBK'nın 590'ıncı maddesinde asıl borcun muaccel olmasının, alacaklı veya borçlunun önceden süre içeren bildirimde bulunmasına bağlıysa, kefalet borcu için bu sürenin, bildirim kefile yapıldığı tarihte işlemeye başlayacağı hükme bağlanmıştır. Söz konusu hüküm emredici niteliktedir. Muacceliyet bildiriminin muhataba ve kefile tebliğ edilmesi şart olup, gönderilmesi hukuken muacceliyet sonucunu doğurmayacaktır. Kefile yapılacak muacceliyet bildirimini için belirli bir şekil şartı bulunmamakta olup¹⁹², adi yazılı şeklin ispat bakımından yeterli olduğu sonucuna varıyoruz.

¹⁸⁹ Ayan bu halde eş rızasının gerekmediğini belirtmektedir. Serkan Ayan, s.388. Ancak Gülçin Elçin bu konuda farklı düşünmekte olup; bu halde de eş rızasının alınması gerektiğini belirtmektedir. TBK'nın 584'üncü maddesi gereği Gülçin Elçin'in bu görüşüne katılmaktayız. Detaylı bilgi için bkz. Gülçin Elçin, Bankaların Genel Kredi Sözleşmelerinde Yer Alan Kefalet Hükümlerinin Türk Borçlar Kanunu Kefalet Hükümleri Çerçevesinde Değerlendirilmesi, İstanbul Barosu Dergisi C. 87-3, İstanbul 2013. s. 29-30. Ayrıca aynı görüşte bkz. Gümüş, s. 421. Bununla birlikte kefilin sorumluluğundan bahsedebilmek için, kredinin dayanağı olarak akdedilen genel kredi sözleşmesinde kefaletin mevcut olması gerektiği ve kefilin imzasının bulunduğu kredi sözleşmesinde soyut nitelikte başka kredi sözleşmelerine gönderme yapılması halinde de kefilin söz konusu sözleşmeler bakımından yine sorumlu olmayacağı görüşü hakkında bkz. Saraç, 135. Ayrıca sözleşmeye sonradan yapılandırılan ve kefalet miktarının bulunmadığı bir kağıda kefilin imzasının atılmasının uygun olmadığı görüşü hakkında bkz. Baki Kuru, Kefalet-Tanık ile İspat, Hukuki Mütalaaalar Yayınlanmamış Makaleler, 1. Baskı, Ankara, 2013, s. 1087.

¹⁹⁰ Gülçin Elçin-GKS, s. 29-30.

¹⁹¹ Serkan Ayan, s.389; Gümüş, s. 422.

¹⁹² Serkan Ayan, s.390.

Asıl borçluya muacceliyet bildirimi yapılmış, ancak kefile bu bildirim yapılmamışsa, asıl borcun muaccel hale geldiğini bilmeyen kefil, asıl borç için yapılan dava ve takip masraflarından da sorumlu tutulamayacaktır¹⁹³.

TBK'nın 590'inci maddesi gereğince, asıl borçlunun iflası sebebiyle asıl borç daha önce muaccel olsa bile, belirlenen vadeden önce kefile karşı takibat yapılamayacaktır. Buna göre kefilin, asıl borçlunun iflasından önce asıl borç için belirlenmiş vade tarihine kadar, alacaklıya ifada bulunma zorunluluğu bulunmamaktadır. Asıl borçlu hakkında, asıl borcun muacceliyet tarihinden önce ihtiyati haciz kararı alınması durumunda da benzer bir sonuç ortaya çıkar¹⁹⁴. Zira, İcra ve İflas Kanunu'nun 257'inci maddesi uyarınca, maddede öngörülen şartların gerçekleşmesi halinde ihtiyati haciz konulursa borç yalnız borçlu hakkında muacceliyet kesbeder. Bu durumda da kefilin, ihtiyati haciz kararından önce asıl borç için belirlenmiş vade tarihine kadar, alacaklıya ifada bulunma zorunluluğu bulunmamaktadır.

Ancak kefilin iflası söz konusu olursa¹⁹⁵, kefilin tüm borçları muaccel hale gelecek ve henüz vadesi gelmemiş olsa dahi alacaklı kefilin iflas masasından talepte bulunabilecektir. Bu halde ise, alacaklı asıl borcun vadesi (ileri bir tarihte olduğu takdirde) gelinceye dek asıl borçludan talepte bulunamayacaktır¹⁹⁶.

4.2.4. Ödemezlilik Defi

TBK'nın 97'inci maddesine göre karşılıklı borç yükleyen bir sözleşmenin ifası isteminde bulunan tarafın, sözleşmenin koşullarına ve özelliklerine göre daha sonra ifa etme hakkı olmadıkça, kendi borcunu ifa etmiş ya da ifasını önermiş olması gerekir. Bu madde çerçevesinde, taraflardan birinin borcunu ifa etmeden ya

¹⁹³ Serkan Ayan, s.391; Burak Özen, s.81.

¹⁹⁴ Serkan Ayan, s.393; Gümüş, s. 421-422. Yarg. 11. HD. 2013/6734E., 2013/10343K. ve 20.5.2013 tarihli kararı (Erişim Adresi: www.kazanci.com.tr; Erişim tarihi: 22.12.2017)

¹⁹⁵ Müflisin kefil olabileceği hakkında bkz. Cevdet Yavuz, s. 788.

¹⁹⁶ Burak Özen, s.402-403; Serkan Ayan, s.393; Gümüş, s. 421-422.

da ifayı teklif etmeden, diğer tarafın ediminin ifasını talep etmesi durumunda, ifa talep ettiği tarafın ödemelik def'i ile karşılaşacaktır¹⁹⁷. Kefaletin feriliği gereğince de, asıl borçlunun bu def'i ileri sürme hakkı buldukça, kefil de bu hakkını ileri sürebilecektir¹⁹⁸.

4.2.5. Zamanaşımı Defi

Asıl borcun zamanaşımına uğraması halinde, kefilin de zamanaşımı def'i ileri sürme imkanı bulunmaktadır. Kefilin bu hakkı aynı zamanda kefil için bir yükümlülüktür¹⁹⁹. Asıl borçlunun zamanaşımı def'inden feragat etmesi halinde dahi, kefil bu savunmaya dayanabilir²⁰⁰. Nitekim, TBK'nın 160'ıncı maddesi gereğince asıl borçlunun feragati kefile karşı ileri sürülemez.

TBK'nın 155'inci maddesi gereği, zamanaşımı asıl borçluya karşı kesilince, kefile karşı da kesilmiş olur, ancak zamanaşımı kefile karşı kesilince, asıl borçluya karşı kesilmiş olmaz. Bu maddeden kefilin ferilik ilkesi gereği asıl borç ilişkisinden kaynaklanan zamanaşımı savunmasını yapmakta serbest olduğunu ancak asıl borç ilişkisinden farklı ve ayrı bir hukuki ilişki olan kefalet sözleşmesi kapsamında zamanaşımının kesilmesinin ise, asıl borçlu bakımından etkili olmadığını anlıyoruz.

TMK'nın 864'üncü maddesi uyarınca, rehnin tapu kütüğüne tescil edilmesinden sonra alacak için zamanaşımı işlemez. Buna göre, asıl borç taşınmaz rehni ile teminat altına alındığı takdirde, zamanaşımı işlemeyecektir²⁰¹. Özen, asıl borçluya karşı alacaklının bir takip başlatması ve bu takip kapsamında borç

¹⁹⁷ Nihat Yavuz, s.138. Ödemelik def'i, karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerde, bir tarafın diğer taraftan ifa talebinde bulunabilmesi için, kendi borcunu ifa etmiş ya da ifasını teklif etmiş olması gerektiği görüşü hakkında bkz.

Oğuzman-Öz, s. 339-340; Nomer, s. 173; Antalya, s. 63.

¹⁹⁸ Burak Özen, s. 403; Yavuz/Acar/Özen, s.810-811; Gümüş, s. 467.

¹⁹⁹ Reisoğlu, s. 226; Gümüş, s. 468; Yavuz/Acar/Özen, s.811; Serkan Ayan, s. 380.

²⁰⁰ Reisoğlu, s. 227; Burak Özen, s. 403; Gümüş, s. 465.

²⁰¹ Burak Özen, s. 404; Reisoğlu, s. 226; Gümüş, s. 468.

ödemedenden kesin aciz belgesi alınmış ise de, asıl borç bakımından zamanaşımının işlemeyeceğini belirtmektedir.²⁰².

TBK'nın 582'inci maddesi gereğince, zamanaşımına uğramış bir borç için kişisel güvence veren kişi, yükümlülük altına girdiği sırada, sözleşmeyi sakatlayan eksikliği biliyorsa, kefaletle ilgili kanun hükümlerine göre sorumlu olacaktır. Asıl borcun zamanaşımına uğradığı bilerek, kefalet borcu altına giren kefil alacaklıya karşı sonradan zamanaşımı defini yöneltemeyecektir²⁰³. Reisoğlu, böyle bir durumda verilen güvencenin garanti sözleşmesi ya da bağımsız bir başka yükümlülük olduğunu belirtmektedir.²⁰⁴.

Ancak kefil sorumluluk altına girdiği sırada asıl borcun zamanaşımına uğradığı bilgisinden yoksun ise, zamanaşımı defini alacaklıya karşı ileri sürebilmelidir²⁰⁵. Bununla birlikte, asıl borcun zamanaşımına uğradığını bilmeksizin kefilin alacaklıya ifade bulunması halinde, asıl borçludan talepte bulunabilecektir²⁰⁶.

4.2.6. Takas Hakkının Mevcut Olduğu Savunması

TBK'nın 140'inci maddesi gereğince, asıl borçlunun takası ileri sürme imkanı devam ettikçe, kefil ifadan kaçınma hakkına sahiptir. Bu maddeye göre kefil, her ne kadar asıl borçluya ait takas hakkını kullanamayacak ve takas beyanında bulanamayacak ise de, geciktirici bir def'i ileri sürebilecektir²⁰⁷. Yavuz, bu definin asıl borcun tümü için değil, takasa konu olan alacakların birbirlerini karşıladığı

²⁰² Burak Özen, s. 404.

²⁰³ Gülçin Elçin Grassinger, Yeni Borçlar Kanunu Hükümleri Çerçevesinde Kefilin Def'i-İtirazları ve Kefalet Sözleşmesinin Sona Ermesi - Prof. Dr. Cevdet Yavuz'a Armağan 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu Hükümlerinin Değerlendirilmesi Sempozyumu (3-4 Haziran 2011), Sempozyum No: III, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Özel Hukuk Sempozyumu Özel Sayısı, s. 125.

²⁰⁴ Reisoğlu, s. 227. Aynı görüşte bkz. Grassinger-Savunma İmkanları, s. 33; Gümüş, s. 465.

²⁰⁵ Reisoğlu, s. 227; Çınar, s. 37-38.

²⁰⁶ Reisoğlu, s. 227; Serkan Ayan, s.359; Gümüş, s. 428; Çınar, s. 39.

²⁰⁷ Burak Özen, s. 407; Yavuz/Acar/Özen, s. 811; Serkan Ayan, s.371-372; Çınar, s. 32-33.

kapsamda ileri sürülebileceğini ve kefilin o oranda ifada bulunmaktan kaçınabileceğini ifade etmektedir²⁰⁸.

Özen, asıl borçlunun takas beyanında bulunma hakkı olduğunu ileri sürerek ifadan kaçınma hakkının, kefil açısından bir def'i olduğu kadar bir yükümlülük de olduğunu ve bu def'in ileri sürülmemesi halinde, kefilin asıl borçluya rücu hakkını kaybedebileceğini belirtmektedir²⁰⁹.

4.2.7. Borçlunun Seçim Hakkının Olduğu Savunması

TBK'nın 87'inci maddesi gereğince, seçimlik borçlarda, hukuki ilişkiden ve işin özelliğinden aksi anlaşılmadıkça, edimlerden birinin seçimi borçluya aittir. Buna göre, asıl borçlunun borcun ifası için hangi edimi seçtiği belli oluncaya kadar, kefilin alacaklıya karşı geçici bir def'i imkanı bulunduğu yorumuna varılabilir²¹⁰.

Satım ve eser sözleşmeleri kapsamında alıcının ve eser sahibinin ayıba karşı tekeffülden kaynaklanan seçimlik haklarından birini kullanması söz konusu olabilir. Asıl borçlunun seçimlik haklarından birini henüz kullanmadığı ve alacaklıdan kefilden ödeme talebinde bulunduğu bir durumda, kefilin alacaklıya karşı geçici bir def'i imkanı bulunduğu ifade edilebilir²¹¹.

4.2.8. Asıl Borcun Kumar ve Bahisten Doğduğu Savunması

TBK'nın 604'üncü maddesine göre, kumar ve bahisten doğan alacak hakkında dava açılmaz ve takip yapılamaz. Eksik borç söz konusu olduğunda, alacaklının asıl borçludan dava ya da takip yoluyla borcun ifasını talep etme imkanı

²⁰⁸ Nihat Yavuz, s.141.

²⁰⁹ Burak Özen, s. 407.

²¹⁰ Nihat Yavuz, s. 143; Grassinger-Savunma İmkanları, s. 43; Serkan Ayan, s. 372.

²¹¹ Nihat Yavuz, s. 143; Grassinger-Savunma İmkanları, s. 36; Gümüş, 466; Burak Özen, s. 407.

olmadığı gibi, dava açmış ve eksik borca istinaden alacaklı lehine verilmiş olsa dahi, bu kararı takibe konu edemeyecektir²¹². Buna karşın, borçlu tarafından eksik borç niteliğindeki edim ifa edildiği takdirde ise, ifa geçerli sayılacak ve borçlu tarafından geri istenemeyecektir²¹³.

Asıl borçlu bakımından TBK'nın 604'üncü maddesi uyarınca, borcun dava edilemez olduğu savunması yapılabildiğine göre, kefilin de bu itirazda²¹⁴ bulunması mümkündür. Nitekim TBK'nın 591'inci maddesinin son fıkrasına göre de, kumar veya bahisten doğan bir borca kefalette kefil, borcun bu niteliğini bilmiş olsa bile, asıl borçlunun sahip olduğu def'ileri ileri sürebilir.

Özen'e göre, kefilin alacaklıya ödeme yapması halinde, kefil ödemesi ne alacaklıdan geri isteyebilecektir ne de ödeme oranında asıl borçluya rücu edebilecektir²¹⁵. Ancak kefilin asıl borcun kumar ve bahisten doğduğunu bilmediği takdirde, yaptığı ödemeyi alacaklıdan talep edebilir²¹⁶. Acar da, sebepsiz zenginleşme hükümlerine dayanarak bu durumdaki kefilin alacaklıdan talepte bulunabileceğini ifade etmektedir²¹⁷. Ayan ise; kumar ve bahisten doğan borca, bu hususu bilmeden kefil olan ve ifada bulunan kimsenin, alacaklıdan ifasını geri isteyemese de, 591'inci madde kapsamında asıl borçluya rücu edebileceğini ileri sürmektedir²¹⁸.

²¹² Nomer, s. 26; Mehmet Ayan, Borçlar Hukuku (Genel Hükümler), 11. Baskı, Ankara 2016, s.101.

²¹³ Gökyayla ve Hatemi, kumar ve bahis borçlarının ifasından sonra geri alınamayacağı kuralının temelini TBK'nın 81'inci maddesine, "hukuka veya ahlaka aykırı bir sonucun gerçekleşmesi amacıyla verilen şey geri istenemez" kuralına dayandırmaktadır. Detaylı bilgi için bkz. Emre Gökyayla/Hüseyin Hatemi, Borçlar Hukuku Genel Bölüm, 3. Bası, garanti veren İstanbul 2015, s. 23.

²¹⁴ Bu savunmanın itiraz olarak nitelendirilmesi hakkında detaylı bilgi için bkz. Serkan Ayan, s. 225. Ayrıca bu savunmanın hakkın kullanımını engelleyen itirazlar arasında sayıldığı ve söz konusu borcun doğuştan eksik olan borçlardan olduğundan, bu savunmanın bir itiraz olduğu görüşü hakkında bkz. 89-Neslihan Çukadar, Borç İlişkilerinde Def'i Hakkı ve İtirazlar, Ankara 2014, s. 89-92.

²¹⁵ Burak Özen, s. 406.

²¹⁶ Burak Özen, s. 406. Kefilin asıl borcun kumar ve bahisten doğduğunu bilsin ya da bilmesin alacaklıya asıl borcun geçersizliğini ileri sürme imkanının olduğu görüşü hakkında bkz. Gümüş, 469.

²¹⁷ Özlem Acar, s. 257.

²¹⁸ Serkan Ayan, s.225.

Kefilin asıl borcun kumar ve bahisten kaynaklandığı bilmediği takdirde, kanaatimizce TBK'nın 605'inci maddesindeki kumar ve bahis borcu için isteyerek yapılan ödemelerin geri alınamayacağı hükmünü dikkate almak gerekir. Zira, bu hükmü tersten anlamlandırmaya çalışırsak, kumar ve bahis borcu için geri alınamayacak ödemelerin isteyerek yapılan ödemeler olduğunu anlamaktayız. Buna göre, istemeyerek yapılan ödemeler geri alınabilecektir.

Kefil asıl borcun kumar ve bahis borcu olduğunu bilmemesi, kefilin aldatılması ya da bilgilendirilmemesi sonucu ortaya çıkmışsa farklı değerlendirmeler yapmak gerekir. Bu açıdan, kefilin borçlu olduğunu zannetmesi ya da kefalet sözleşmesi öncesinde alacaklının kefil; borcun konusu hakkında bilgilendirmemesi ya da aldatması söz konusu olabilir. Kefilin aldatılma sonucu kefalet sözleşmesini akdetmesi halinde TBK'nın 36'ncı maddesindeki şartların gerçekleşmesi durumunda kefil sözleşme ile bağlı olmadığını iddia edebilecektir. Ancak burada şu hususa dikkat etmek gerekir; TBK'nın 39'uncü maddesi bakımından aldatma sebebiyle sözleşme yapan taraf, aldatmayı öğrendiği andan başlayarak bir yıl içinde sözleşme ile bağlı olmadığını bildirmez veya verdiği şeyi geri istemezse, sözleşmeyi onamış sayılır.

Acar, kefilin yaptığı ödemeyi alacaklıdan sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre geri isteyebileceğini belirtmektedir²¹⁹. Ancak TBK'nın 78'inci maddesi incelendiğinde, "borçlanmadığı edimi kendi isteğiyle yerine getiren kimsenin" kendisini borçlu sanarak edimi yerine getirdiğini ispat ederse ifasını geri isteyebileceği düzenlenmiştir. Kefilin borcun konusunun kumar ve bahse dayandığını bilmeden kefil olan kimsenin durumunda; kefil borçlanmaktadır ancak alacaklının kefilden ifa talep etmekte yetkisi yoktur. Dolayısıyla, sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre talepte bulunabilmek için, kefilin borçlanmadığı bir

²¹⁹ Özlem Acar, 257. Aksi görüşte bkz. Gümüş, s. 469. Ayrıca TBK'nın 591'inci maddesinin 4'üncü fıkrasının geçersiz bir borç için akdedilen kefalet sözleşmesini geçerli kılan bir hüküm olduğu ve bu hükümden hem asıl borçlunun hem de kefilin yararlanabileceği görüşü hakkında bkz. Gümüş, s. 469.

edimi yerine getirmesi gerekirken, ele alınan kurguda eksik borç olsa da doğmuş bir borç kapsamında kefilin hukuki dayanakları tartışılmaktadır.

Yukarıda bahsedilenlerin yanında, TBK'nın 605'inci maddesi uyarınca, kumar veya bahsin usulüne göre yürütülmesi beklenmedik olayla veya diğer tarafın fiiliyle engellenmişse ya da diğer taraf kumar veya bahse hile karıştırmışsa, isteyerek yapılan ödeme geri alınabilir. Kefilin bu maddedeki şartlar gerçekleştiği takdirde, alacaklıdan ödemesini geri istemesi mümkündür²²⁰.

4.2.9. Alacaklının Ödemeyi Kabul Etmekten Kaçındığı Savunması

TBK'nın 593'üncü maddesi kapsamında, alacaklı haklı bir sebep olmaksızın ödemeyi kabul etmektan kaçındığı takdirde kefil sorumluluğundan kurtulur. Bu doğrultuda, kefil alacaklının kendisinden talepte bulunması durumunda kefalet borcundan kurtulduğu itirazında bulunabilecektir. Aynı madde çerçevesinde alacaklının kefilin ya da kefillerin yapmak istediği ödemeyi kabul etmediği takdirde, birlikte müteselsil kefalet bulunuyor ise, teklifi yapan ya da yapanların sorumluluğu ortadan kalkarken, diğer kefillerin sorumluluğu da borcundan kurtulan kefilin ya da kefillerin iç ilişkideki payı miktarınca azalır²²¹. Geride kalan kefillerin sorumluluğu, kefaleti sonlanan kefilin ya da kefillerin payı oranında azalacaktır.

Çalışmamızın “Alacaklının Yükümlülükleri” başlığı altında, alacaklının yükümlülükleri detaylıca inceleneceğinden, burada sadece kefilin savunma imkanlarından bahsedilmesi yeterli görülmüştür.

²²⁰ Burak Özen, s. 406; Özlem Acar, 257; Çınar, 121-122; Reisoğlu, 244.

²²¹ Grassinger-Sempozyum, s. 127; TBK 593'üncü maddesinin 2'inci fıkrasının kaleme alınış biçimi dolayısıyla farklı anlamlar çıktığı hususundaki eleştirisi hakkında detaylı bilgi için bkz. Özlem Acar, s. 300.

4.2.10. Asıl Borçlunun Ölümü Halinde Kefilin Savunma İmkanları

TMK'nın 599'uncü maddesine göre, mirasçılar, mirasbırakanın ölümü ile mirası bir bütün olarak, kanun gereğince kazanırlar. Kanunda öngörülen ayrık durumlar saklı kalmak üzere mirasçılar, mirasbırakanın aynı haklarını, alacaklarını, diğer malvarlığı haklarını, taşınır ve taşınmazlar üzerindeki zilyetliklerini doğrudan doğruya kazanırlar ve mirasbırakanın borçlarından kişisel olarak sorumlu olurlar. Mirasçılar asıl borçlunun ölümü ile mirası kabul edebileceği gibi, TMK'nın 605'inci dolayısıyla mirası reddedebilirler. Mirasçıların mirası reddetmesi halinde, sorumlulukları ortadan kalkarken, asıl boç için verilen kefalet ilişkisi söz konusu ise kefilin sorumluluğu devam eder²²².

Mirasçıların mirası kabul ya da red hakkı bulunduğu gibi, resmi tasfiye ya da resmi defter tutulmasını isteme hakları da bulunmaktadır. TMK'nın 632'inci maddesine göre, her mirasçı, mirası ret veya resmî deftere göre kabul edeceği yerde terekenin resmî tasfiyesini isteyebilir. Bu istemin sonucu olarak, resmî tasfiye hâlinde mirasçılar, terekenin borçlarından sorumlu olmazlar. Buna göre, mirasın reddi gibi resmi tasfiye²²³ halinde de asıl boç için verilen kefalet ilişkisi söz konusu ise kefilin sorumluluğu devam eder²²⁴.

TMK'nın 625'inci maddesi gereğince, resmî defter tutulması devam ettiği sürece mirasbırakanın borçları için icra takibi yapılamaz, bu süre içinde zamanaşımı işlemez ve acele hâller dışında, davalara devam edilemeyeceği gibi, yeni dava da açılmaz. Bu durumda, mirasçılar tarafından resmî defter tutulması devam ettiği sürece alacaklının bir talebine istinaden ifada bulunma yükümlülüğü bulunmamaktadır. Müteselsil kefil ise, bu savunmadan faydalanamayacaktır²²⁵.

²²² Özlem Acar, s. 264.

²²³ Alacaklıların resmi tasfiye düzenleme hakları hakkında bkz. Gökhan Antalya, Miras Hukuku, 3. Baskı, İstanbul 2015, s. 60.

²²⁴ Özlem Acar, s. 264; Nihat Yavuz, s. 143. Resmi tasfiye halinde mirasçılarının sorumluluğu ve paylaşım şekli olarak resmi tasfiye ile ilgili detaylı bilgi için bkz. Mehmet Kılıç, Türk Hukukunda Mehmet Kılıç, Mirasın Resmi Tasfiyesi, AÜHFD, C.62, S.3, Ankara 2013, s. 761-817 (Erişim adresi :<http://dergiler.ankara.edu.tr/dergiler/38/1823/19214.pdf>, erişim tarihi 26.11.2017)

²²⁵ Özlem Acar, s. 265; Gümüş, 470.

Müteselsil kefil bakımından, eğer asıl borçlu ifada gecikmiş ve alacaklı da borçluya ihtarda bulunduktan sonra borçlunun ölümü söz konusu ise, alacaklı müteselsil kefil takip edebilecektir. Asıl borçlu açıkça ödeme güçlüğüne düşmüşse de alacaklı müteselsil kefil takip edebilecektir. Ancak alacaklı tarafından henüz ihtarda bulunulmadan, asıl borçlunun ölümü söz konusu ise resmî defter tutulması devam ettiği sürece müteselsil kefilin ifadan kaçınması mümkündür²²⁶.

TMK'nın 628'inci maddesi uyarınca, resmî deftere göre kabul edilen miras, mirasçıya sadece deftere yazılmış borçlarla geçecektir. Mirasçı, mirasbırakanın deftere yazılmış olan borçlarından hem tereke malları, hem kendi malvarlığı ile sorumludur. Bu kapsamda, deftere yazılmış ve kefalet ile temin edilen asıl borca istinaden, müteselsil kefilin alacaklıya karşı sorumluluğu devam etmektedir²²⁷. Ancak, alacaklının kusuru ile alacağını deftere yazdırmaması durumunda, mirasçılardan şahsi malvarlığı ya da tereke dolayısıyla sorumluluğu söz konusu değildir. Buna istinaden kefil de, alacaklının kusuru sonucunda alacağını resmi deftere yazdırmadığı, bundan dolayı mirasçılara başvuramayacağı ve mirasçılardan borçlu olmadığı borç bakımından kendisinin de sorumlu tutulamayacağı savunmasını ileri sürebilecektir. Alacaklının kusuru ile resmi deftere yazılmamış bir borç için, kefilin herhangi bir savunmada bulunmaksızın alacaklıyı tatmin etmesi halinde, kefilin TBK'nın 591'inci maddenin 3'üncü fıkrası gereği mirasçılara rücu edemeyecektir²²⁸. Ancak TBK'nın 591'inci madde gereğince kefilin, asıl borçluya (mirasçılara) ait defterin varlığını bilmeksizin ödemede bulunursa, rücu hakkına sahip olacağı görüşünderiz.

TBK'nın 629'uncu maddesi uyarınca, alacaklının kusuru bulunmaksızın resmi deftere yazdıramadığı veya bildirdiği hâlde deftere yazılmamış alacakları için, mirasçılardan zenginleşmesi ölçüsünde sorumlu bulunmaktadır. Ancak bu hususta birbirinden farklı iki görüş dikkati çekmektedir: Reisoğlu ve Özen, burada kefilin sorumluluğu belirlenirken, bu konu özelinde kefaletin feriliği ilkesinin

²²⁶ Özlem Acar, s. 265.

²²⁷ Özlem Acar, s. 265; Serkan Ayan, 647-648.

²²⁸ Özlem Acar, s. 266; Serkan Ayan, 648.

istisnai biçimde yorumlanarak kefilin sorumluluğunun mirasçılarının sorumluluğundan daha geniş olabileceğini ve kefilin borcun tamamından sorumlu olacağını belirtmektedir²²⁹. Grassinger ve Acar ise, kefilin sorumluluğunun mirasçılarının sorumluluğundan daha geniş kapsamlı tutulamayacağı ve miras dolayısıyla mirasçılarının zenginleşme oranı ile orantılı olarak kefilin sorumluluğunun belirlenmesi gerektiğini belirtmektedir²³⁰.

4.3. Kefil Tarafından İleri Sürülemeyecek Nitelikteki Asıl Borçluya Ait Savunmalar

4.3.1. Kefilin Asıl Borçlunun Yanılma Veya Ehliyetsizliğini Bildiği Halde Yükümlülük Altına Girmesi

TBK'nın 582'inci maddesi ile yanılma veya ehliyetsizlik ya da zamanaşımı sebebiyle asıl borçlunun sorumlu olmadığı bir borç için kefil olan kimse, yükümlülük altına girdiği sırada, sözleşmeyi sakatlayan eksikliği biliyorsa, alacaklıya karşı sorumlu olur. İşbu hüküm emredici nitelikte olup, asıl borçlu tarafından yanılmaya dair iptal beyanında bulunsa dahi, kefilin sorumluluğu devam eder. Ehliyetsizlik sebebiyle, sınırlı ehliyetsizin yasal temsilcisinin asıl borca onay vermemesi halinde, asıl borç geçersiz hale gelirken, kefilin böyle bir savunma yapma imkanı bulunmamaktadır²³¹.

4.3.2. Asıl Borçlunun Ödeme Güçsüzlüğü

TBK'nın 591'inci maddesinin getirdiği en temel kurala göre, kefil asıl borçlunun ödeme güçsüzlüğü dışındaki diğer tüm def'i ve savunmalarına

²²⁹ Burak Özen, s. 571; Reisoğlu, s. 24.

²³⁰ Grassinger-Savunma İmkanları, s.47-48; Özlem Acar, s. 267.

²³¹ Burak Özen, s.409; Özlem Acar, s. 268; Gümüş, 471.

dayanabilecektir. Kefalet sözleşmesinin amacı gereği, kefilin asıl borçlunun borcunu ifa edememe olasılığına teminat vermesi ve bu durum söz konusu olduğu takdirde alacaklıyı tatmin etme yükümlülüğü altına girmesi, kefilin aldığı risktir. Bu riskin gerçekleşmesi dolayısıyla sorumlu tutulamayacağını kefilin iddia edememesi sözleşmenin doğası gereğidir.²³².

4.3.3. Asıl Borçlunun İflası

Asıl borçlunun iflas etmesi halinde, alacaklının alacağı muaccel hale gelir. Asıl borçlunun iflas ettiği durumda, adi kefil alacaklıya tartışma definde bulunamayacaktır.²³³. Müteselsil kefil bakımından da asıl borçlunun iflas etmesi bir savunma sebebi olamayacaktır. Ancak hatırlatmakta yarar görmekteyiz ki, TBK'nın 590'ıncı maddesi gereği, kefalet borcu için ayrı bir vade belirlenmiş olması durumunda kefil bu tarihe kadar alacaklının ödeme talebini karşılamak durumunda kalmayacaktır. Asıl borç için bir vade öngörülmemiş ise, kefilin borcu da asıl borç ile aynı tarihte muaccel hale gelecektir.

4.3.4. Asıl Borçlu Hakkında Konkordato Kararı Verilmesi

Alacaklının konkordatoya onay vermesi halinde, kefil borcun tamamı için sorumlu kabul edilecektir. Kefilin sorumluluğu için alacaklının yükümlülükleri saklıdır. Asıl borçluya konkordato mehli verilmesi durumunda da, kefil tarafından savunma yapılamayacaktır.²³⁴. Zira, asıl borçluya konkordato mehli verilmesi adi kefilin tartışma def'ini ileri süremeyeceği hallerdendir.

²³² Reisoğlu, s. 230; Gümüş, 471; Grassinger-Savunma İmkanları, s.52.

²³³ Burak Özen, s.409-410.

²³⁴ Burak Özen, s.410-411; Gümüş, 471; Serkan Ayan, s. 361.

4.3.5. Mirasçılarının Mirası Reddetmesi

TBK'nın 591'inci maddesine göre kefil, asıl borçluya veya mirasçılara ait olan ve asıl borçlunun ödeme güçsüzlüğünden doğmayan bütün defileri alacaklıya karşı ileri sürme hakkına sahiptir. Kefilin bu hakkı aynı zamanda bir yükümlülüktür. Ancak kefilin asıl borçlunun (mirasbırakanın) ölümü halinde sorumluluğu devam edecekken, mirasçılarının mirası reddetmeleri halinde sorumlulukları ortadan kalkabilir ya da azalabilir.

TMK'nın 612'inci maddesine göre, en yakın yasal mirasçılarının tamamı tarafından reddolunan miras, sulh mahkemesince iflâs hükümlerine göre tasfiye edilir. Asıl borçlunun (mirasbırakanın) borçları, tasfiye edilen terekeden ödenecektir²³⁵. TMK'nın 618'inci maddesi uyarınca da, tasfiye edilen terekeden karşılanamayan alacaklar, asıl borçlunun yani mirasbırakanın mirasını reddeden mirasçılar tarafından, sadece ölümünden önceki beş yıl içinde ondan almış oldukları ve mirasın paylaşılmasında geri vermekle yükümlü olacakları değer ölçüsünde ifa edilmelidir²³⁶. Ancak mirası reddeden mirasçılarının yukarıda açıklanan nispette sorumluluğu ortadan kalkacak ya da azalacak ise de, kefilin böyle bir yasal imkanı bulunmadığından kefilin sorumluluğu asıl borcun tamamı için devam edecektir.

TMK'nın 632'inci maddesine göre gerçekleştirilen resmî tasfiye hâlinde mirasçılar, terekenin borçlarından sorumlu olmayacak; alacaklılar sadece terekeden alacaklarını karşılayabileceklerdir. Buna göre, mirasın reddi gibi resmî tasfiye halinde de asıl boç için verilen kefalet kapsamında kefilin sorumluluğu asıl borcun tümü için devam eder²³⁷.

TMK'nın 631'inci maddesi çerçevesinde, mirasın Devlete geçmesi hâlinde sulh mahkemesi, re'sen terekenin resmî defterini düzenler ve Devlet, deftere yazılan borçlardan sadece miras yoluyla edindiği değerler ölçüsünde sorumlu tutulur.

²³⁵ Özlem Acar, s. 272.

²³⁶ Özlem Acar, s. 272-273; Grassinger-Savunma İmkanları, s. 53.

²³⁷ Özlem Acar, s. 273; Grassinger-Savunma İmkanları, s. 54; Serkan Ayan, 641-642.

4.4. Savunmalardan Feragat

4.4.1. Asıl Borçlunun Kendisine Ait Savunma İmkanlarından Vazgeçmesi

TBK'nın 591'inci maddesine göre, asıl borçlu kendisine ait olan bir defiden vazgeçmiş olsa dahi kefil, bu defî alacaklıya karşı ileri sürebilecektir. Buna karşılık asıl borçlunun hukuken belirli bir sürede kullanması gereken, aksi takdirde bunlardan yararlanamayacağı savunma sebeplerini süresi içinde kullanmaması yani hareketsiz kalması veya bahse konu belirli süre içinde bunları kullanmaktan feragat ettiğini beyan etmesi halinde, kefil asıl borçlunun tümünden kefalet limiti çerçevesinde sorumlu olacaktır²³⁸. Asıl borçlunun uğradığı yanıltma, aldatma veya korkutma gibi irade bozuklukları ile asıl borç ilişkisinin kurulması halinde, bu durumu bilerek güvence veren kefilin durumu buna örnek verilebilir. TBK'nın 39'uncü maddesinde belirtilen süre içinde asıl borçlunun iptal talebinde bulunmaması durumunda, kefilin sorumluluğu devam edecektir²³⁹.

4.4.2. Kefilin Asıl Borçluya Ait Savunma İmkanlarından Vazgeçmesi

4.4.2.1. Genel Olarak

TBK'nın 582'inci maddesine göre, Kanundan aksi anlaşılmadıkça kefil, kefalet sözleşmesinin düzenlendiği hükümler kapsamında kendisine tanınan haklardan önceden feragat edemeyecektir. TBK'nın kefaletin kendisine tanınan haklardan önceden feragat edebileceğini düzenleyen bir hükmüne de rastlanamamaktadır²⁴⁰. Buna göre, kefilin asıl borçluya ait defîlerden feragat

²³⁸ Burak Özen, s. 414; Gümüş, s. 465; Serkan Ayan, s. 359.

²³⁹ Burak Özen, s. 415; Özlem Acar, s. 275; Serkan Ayan, s. 361.

²⁴⁰ Özlem Acar, s. 277.

ettiğine dair hükümlerin bulunduğu bir anlaşma yapıldığı takdirde, bu hükümlerin ya da hükümlerin kapsamına göre anlaşmanın geçersizliği söz konusu olacaktır²⁴¹.

Özen, kefilin asıl borçluya ait def'ilerden önceden feragat etmesinin ferilik ilkesi ve kefilin asıl borçludan daha fazla sorumluluk üstlenemeyeceği ilkesi dolayısıyla, mümkün olmadığını ifade etmektedir²⁴². Böyle bir feragat halinde, garanti ya da garanti ile kefalet sözleşmelerine özgü edimlerin birleştiği isimsiz bir sözleşmesinin bulunabileceğini öne sürmektedir²⁴³. Reisoğlu, TBK'da kefilin kendisine tanınan haklardan önceden feragatini geçersiz sayılmasına karşın "kefaletle ilgili olay gerçekleşikten sonra" kefilin TBK'nın ilgili hükümlerine kendisine sağlanan haklardan feragat etmesinin geçerli olduğunu belirtmektedir²⁴⁴.

4.4.2.2. Kefilin Asıl Borçluya Ait Savunlama İmkanlarını İleri Sürmemesinin Sonuçları

TBK'nın 591'inci maddesine göre kefil, asıl borçluya ait def'ilerin varlığını bilmeksizin ödemede bulunursa, rücu hakkına sahip olacaktır. Özen, karine olarak asıl borçluya ait savunma imkanlarından faydalanmaksızın ifade bulunan kefilin kusursuz kabul edileceğini, aksinin asıl borçlu tarafından ispatlanması gerektiğini ifade etmektedir²⁴⁵. Asıl borçlunun, kefilin kendisine ait savunma imkanlarını bildiğini veya bilmesi gerektiğini ispat etmesi gerekmektedir²⁴⁶. Ancak kefilin asıl borçluya ait savunmaları bildiği halde yani kusurlu olarak, asıl borçluya ait def'ileri

²⁴¹ Özlem Acar, s. 277; Gümüş, s. 465. Yarg. 19. HD. 2016/6937E., 2017/2027K. ve 13.3.2017 tarihli kararı (Erişim Adresi: www.kazanci.com.tr; Erişim tarihi: 22.12.2017)

²⁴² Burak Özen, s.416.

²⁴³ Burak Özen, s.416.

²⁴⁴ Reisoğlu, s. 29. Reisoğlu, TBK'da yer alan Kefalet Sözleşmesine ilişkin hükümler arasından "Kefilin önceden de feragat edebileceği maddeleri" sıralamıştır. Detaylı bilgi için bkz. Reisoğlu, s. 30. Ayrıca kefalet sözleşmesi dışında başka bir sözleşmede kefilin ilgili def'ilerden feragati düzenlenmesinin geçerli olacağı görüşü hakkında bkz. Reisoğlu, s. 179; Gümüş, s. 465.

²⁴⁵ Burak Özen, s.417.

²⁴⁶ Özlem Acar, s. 278.

öne sürmeksizin ödemede bulunduğu durumda ise, kefil rücu hakkını kaybedecektir²⁴⁷.

Reisoğlu, geciktirici def'ilerin ileri sürülmemesi halinde kefilin rücu hakkının ortadan kalkmadığını, geciktirildiğini ifade etmektedir. Ayrıca, asıl borçlunun alacaklıya karşı ileri sürebileceği bir takas hakkının bulunduğu durumda, kefilin bu savunmayı ileri sürmeyerek ifade bulunması halinde de rücu hakkının ortadan kalkmayacağını belirtmektedir²⁴⁸.

4.5. Kefilin Kefalet Sözleşmesinden Doğan Savunma İmkanları

4.5.1. Kefalet Sözleşmesinin Geçersizliği

Genek hükümler çerçevesinde kefalet sözleşmesinin geçersizliği söz konusu ise, kefil kefalet sözleşmesinde belirlenen borcun geçerli olarak doğmadığı itirazında bulunabilir²⁴⁹. TBK'nın 583'üncü maddesi uyarınca kefalet sözleşmesi, yazılı şekilde yapılmadıkça ve kefilin el yazısıyla²⁵⁰ kefilin sorumlu olacağı azamî

²⁴⁷ Burak Özen, s.417.

²⁴⁸ Reisoğlu, s. 280. Aynı görüşte Özlem Acar, s. 279;

²⁴⁹ Özlem Acar, s. 278; Reisoğlu, 235-236; Serkan Ayan, s. 151.

²⁵⁰ Ticari borçlara verilen kefaletlerin kanun gereği müteselsil kefalet niteliği taşıdığı ve müteselsil kefil olduğu anlamına gelen bir ibarenin kefil tarafından ayrıca kefalet metnine yazılmasına gerek olmadığı görüşü hakkında bkz. Reisoğlu, s. 142; Serkan Ayan, s. 172. Bu görüşü destekler nitelikte Yargıtay Kararı da bulunmasına rağmen ilgili karardaki muhalefet şerhine katılmaktayız. Yarg. 19. HD. 2016/2405E., 2016/10936K. ve 18.6.2016 tarihli kararı (Erişim Adresi: www.kazanci.com.tr; Erişim tarihi: 22.12.2017) "... Dava; dava dışı şirketin davacıya olan borçlarına kefil olan davalılar aleyhine kefalet sorumlulukları sebebiyle başlatılan takibe vaki itirazın iptali istemine ilişkindir. Somut olayda davalılar, dava dışı kişi ile davacı arasındaki ticari ilişkiden kaynaklanan her türlü borçlara müteselsil kefil olarak kefalet senedini imzalamışlardır. Görüldüğü gibi, kefalet senedinde kefaletin müteselsil kefalet olduğu açıkça belirtildiği gibi, 6102 Sayılı TTK'nın 7.maddesinde hükme bağlanan ticari teselsül karinesi karşısında ticari borçlara kefaletin müteselsil kefalet olduğunun kabulü gerekir. Bu itibarla olayımızda "müteselsil kefalet" sözcüklerinin kefillerin el yazısı ile yazılmamış olması, kefaletlerinin müteselsil kefalet olarak yorumlanmaması sonucunu doğurmaz. Kefaletle dair diğer geçerlilik koşullarının ise gerçekleşmiş olduğu dosya içeriğinden anlaşılmaktadır. Bu durumda mahkemece davalıların kefaletlerinin de müteselsil kefalet niteliğinde

miktar, kefalet tarihi ile müteselsil kefil olması durumunda, bu sıfatla veya bu anlama gelen herhangi bir ifadeyle yükümlülük altına girdiğini kefalet sözleşmesinde belirtilmedikçe, geçerli olmaz²⁵¹.

TBK'nın 584'üncü maddesi uyarınca kefilin evli olması²⁵² halinde alınması gereken eş rızasının bulunmaması halinde, kefalet sözleşmesi kesin hükümsüzlük yaptırımını ile karşı karşıya kalacaktır²⁵³. Bununla birlikte; kefalet sözleşmesinde sonradan yapılan ve kefilin sorumlu olacağı miktarın artmasına²⁵⁴, adi kefaletin müteselsil kefaletle dönüşmesine ya da kefil yararına olan güvencelerin önemli ölçüde azalmasına sebep olan değişiklikler için de eşin yazılı rızasının alınması gerekmektedir. Eşin kefalet sözleşmesinde yapılan değişikliğe rıza göstermemesi halinde, sözleşme mevcut haliyle geçerli olmakla birlikte yapılan değişiklikler geçersiz olacaktır²⁵⁵.

Kefilin, sözleşmenin geçerli olarak kurulduğu zannıyla geçerli olmayan bir kefalet sözleşmesine istinaden ifade bulunması durumunda, sebepsiz zenginleşmeye dayanarak talepte bulunabilecek iken, geçersiz olduğunu bildiği halde kefilin ifade bulunması söz konusu olursa, kefil ifa ettiğini geri

olduğu kabul edilerek deliller bu çerçevede değerlendirilip sonucuna göre bir karar verilmesi gerekir..." Muhalefet şerhi: "...Bu durumda 6102 Sayılı TTK'nun 7. maddesinin; 6098 Sayılı TBK'nun 583/1 maddesinin müteselsil kefilin bu sıfatını el yazısıyla yazmasının geçerlilik bakımından zorunlu bir şartı saymasını ortadan kaldırdığını kabul etmek mümkün değildir. Hal böyle olunca yerel mahkemenin usul ve yasaya uygun kararının onanması gerektiği görüşünde olduğumdan saygıdeğer çoğunluğun bozma şeklinde gerçekleşen kararına karşıyım..."

²⁵¹ TBK'nın 583'üncü maddesinde sayılan hususların noter tarafından düzenlenen kefalet belgesinde yer alması hususundaki görüşler için bkz. Burak Özen s. 224; Serkan Ayan, s. 173.

²⁵² TMK'nın 170'inci maddesi uyarınca verilen bir ayrılık kararı bulunduğu, TMK'nın 197'inci maddesi gereğince yasal olarak ayrı yaşama hakkı tanıyan sebeplerden biri gerçekleşmişse, boşanma davasının açılmışsa, evliliğin geçersizliği kesinleşmişse, eşlerden biri hakkında gaiplik kararı verilmişse kefilin eşinden rıza alması gerekmez. Bkz. Burak Özen s.191 dn. 97, Şeker s. 54-55, Reisoğlu s. 90 dn. 254, Ayan s.105, Meltem Bulut, Teminat Sözleşmelerinde Eşlerin Hukuki İşlem Özgürlüğüne Getirilen Sınırlamalar, 1. Baskı, Ankara 2016, s. 51-52.

²⁵³ Muzaffer Şeker, Kefalet ve Avalde Eşin Rızası, 1. Baskı, İstanbul 2017, s. 37, Baş s. 125; Serkan Ayan, s. 151. Ayrıca kefalet sözleşmesi için geçerli olarak verilen eş rızasından eşin vazgeçmesi mümkün olmadığı görüşü hakkında bkz. Reisoğlu s. 93.

²⁵⁴ TBK'nın 583'üncü maddesine göre, kefalet sözleşmesinde sonradan yapılan ve kefilin sorumluluğunu artıran değişiklikler, kefalet için öngörülen şekle uyulmadıkça hüküm doğurmayacaktır. Ayrıca TBK'nın 584'üncü maddesi gereği de, sonradan yapılan ve kefilin sorumluluğunu genişleten değişiklikler için kefilin eşinin rızası alınmalıdır. Bkz. Serkan Ayan, s. 211; Şeker, s. 41; Reisoğlu, s. 43-44.

²⁵⁵ Reisoğlu s. 91, Burak Özen s. 200-201; Serkan Ayan, s. 153.

istemeyeceği gibi alacaklıya halef olma hakkını ve asıl borçluya rücu imkanını da kaybedecektir²⁵⁶.

4.5.2. Kefalet Sözleşmesinin Sona Ermesi

Kefalet sözleşmesinin herhangi bir sebeple sona ermesi ve alacaklının kefalet sözleşmesine istinaden kefilden talepte bulunması durumunda, kefil sözleşmenin sona erdiğinden bahisle ifadan kaçınabilecektir²⁵⁷.

Kefalet sözleşmesinin süreli ya da süresiz olarak kurulması mümkün olduğundan, belirli süreli bir kefalet söz konusu ise sürenin sonunda sözleşmenin sona erdiği itirazında bulunabilir²⁵⁸. TBK'nın 598'inci maddesi uyarınca bir gerçek kişi tarafından verilmiş olan her türlü kefalet, buna ilişkin sözleşmenin kurulmasından başlayarak on yılın geçmesiyle kendiliğinden ortadan kalkar. Bununla birlikte kefalet, on yıldan fazla bir süre için verilmiş olsa bile, uzatılmış veya yeni bir kefalet verilmiş olmadıkça kefil, ancak bu on yıllık süre doluncaya kadar takip edilebilir. Buna göre bu süreden daha uzun süreli olarak verilen kefaletlerde, on yıllık süreyi aşan bölümü hükümsüz sayılmaktadır²⁵⁹. Söz konusu on yıllık sürenin uygulanması için, asıl borcun doğmuş veya doğmamış olmasının herhangi bir önemi bulunmamakta olup; bu on yılın dolmasının ardından alacaklı tarafından kefile yönelik takip yapılamayacaktır²⁶⁰. Ancak söz konusu on yıllık hak

²⁵⁶ Burak Özen s. 253, Reisoğlu s. 98; Serkan Ayan, s. 154. Alacaklının kefilin şekle aykırılığı yaratan davranışları sonucu talep edebileceği tazminatın, TBK'nın 49'uncu maddesine yani "*ahlaka aykırı bir fiille başkasına kasten zarar verenin, bu zararı gidermekle yükümlü olduğuna*" dayanacağı hakkında görüşü için bkz. Reisoğlu-Bankacılık s. 58-59.

²⁵⁷ Reisoğlu, 236.

²⁵⁸ Birlikte kefalet halinde, kefaletin süresinin dolması ile kendi payına istinaden kefilin sorumlu tutulamayacağı hakkında bkz. Talih Uyar, Kefalet Süresi (10+1=11) Olan Kefilin Sorumluluğunun Sona Ermesi, Legal Hukuk Dergisi, C.11, S.129, İstanbul 2013, s. 89.

²⁵⁹ Çınar, s. 63; Gümüş, s. 434; Serkan Ayan, s. 529.

²⁶⁰ Çınar, s. 72; Gümüş, s. 435; Serkan Ayan, s. 532; Yavuz/Acar/Özen, s. 826.

düşürücü nitelikteki süre içinde alacaklı tarafından kefil hakkında takibe başlandı ise, alacaklı kefil hakkındaki takibine devam edebilecektir²⁶¹.

Kefalet süresi de, en erken kefaletin sona ermesinden bir yıl önce yapılmak kaydıyla, kefilin kefalet sözleşmesinin şekline uygun yazılı açıklamasıyla, azami on yıllık yeni bir dönem için uzatılabilir. Tüzel kişiler tarafından verilecek kefaletler bakımından bu gibi bir süre sınırlaması bulunmamaktadır²⁶².

Kefalet sözleşmesinin belirsiz süreli olması durumunda ise alacaklı, kefilin TBK'nın 601'inci maddesinde belirtilen taleplerini yerine getirmese kefil borcundan kurtulur, diğer bir anlatımla kefil bu hususu itiraz olarak öne sürebilecektir²⁶³. TBK'nın 601'inci maddesine göre, süreli olmayan kefalette kefil, asıl borç muaccel olduğunda alacaklıdan, bir ay içinde borçluya karşı dava ve takip haklarını kullanmasını, varsa rehnin paraya çevrilmesi yoluyla takibe geçmesini ve ara vermeden takibe devam etmesini isteyebilir. Kefilin bu talepleri, adi kefalette her zaman ve müteselsil kefalette ise, kanunun öngördüğü hâllerde gündeme gelebilir. Eğer borç, alacaklının borçluya yapacağı bildirim sonucunda muaccel hale gelecekse kefil, kefalet sözleşmesinin kurulduğu tarihten bir yıl sonra alacaklıdan, bu bildirim yapmasını ve borç bu suretle muaccel olunca, ilgili takip ve dava haklarını kullanmasını isteyebilir.

Asıl borcun sona erdiği tarihte kefalet sözleşmesinin de sona ereceğinin düzenlenmesi mümkün olduğu gibi, kefalet sözleşmesinin farklı bir tarihte sona ereceği de taraflar arasında kararlaştırılabilir ya da belirli hukuki işlemlerin gerçekleşmesi ile kefalet sözleşmesi sona erebilir. Örneğin, borcun üstlenilmesi söz konusu olduğu takdirde, kefilin borcun üstlenilmesine muvafakat etmemesi

²⁶¹ Çınar, s. 73; Serkan Ayan, s. 532; Reisoğlu, s. 295.

²⁶² Çınar, s. 64; Serkan Ayan, s. 530; Yavuz/Acar/Özen, s. 826.

²⁶³ Reisoğlu, 236; Özlem Acar, s. 280; Gümüş, s. 441; Çınar, s.77.

durumunda kefalet sözleşmesi sona erer. Bunun dışında; kefilin ibrası²⁶⁴ ya da kefilin sözleşmeden dönmesi gibi sebeplerle de kefil savunmada bulunabilir.²⁶⁵

4.5.3. Kefalet Sözleşmesinden Doğan Borcun Muaccel Olmaması

Kefilin, kefalet sözleşmesinden kaynaklı borcu asıl borcun muaccel olduğu ya da asıl borcun muaccel olduğu tarihten sonra olmak şartı ile taraflarca belirlenen başka bir tarihte muaccel hale gelebilir²⁶⁶. Kefalet sözleşmesi çerçevesinde kefilin borcunun muaccel hale gelmediği durumda, kefil alacaklıya karşı muacceliyet savunmasında bulunabilecektir²⁶⁷.

Asıl borçlunun iflası ya da asıl borçlu hakkında ihtiyati haciz kararı verildiği durumlarda dahi, sadece asıl borçlunun borçları belirlenen vadeden önce muaccel olacaktır. Kefil bakımından ise, vade tarihinde ilgili borçların muaccel hale gelmesi mümkündür²⁶⁸.

TKHK'nın 28'inci maddesi kapsamında belirli süreli kredi sözleşmelerinde tüketicinin taksitleri ödemede temerrüde düşmesi ile ilgili özel düzenleme bulunmaktadır. Bu düzenleme çerçevesinde, sözleşmede kredi verenin borcun tamamının ifasını talep etme hakkı saklı tutulmuşsa, tüketicinin birbirini izleyen en az iki taksidi ödemede temerrüde düşmesi hâlinde kredi veren borcun tümü için tüketiciyi temerrüde düşürme hakkını kullanabilecektir. Bununla birlikte kredi verenin bu hakkı kullanabilmesi için, tüketiciye en az otuz gün süre vererek

²⁶⁴ Alacaklı tarafından kefil ibra edildiği takdirde, kefilin asıl borçluya karşı rücu hakkının doğmaması ile ilgili detaylı bilgi için bkz. Gülçin Elçin Grassinger-Savunma İmkanları, s. 404; Birlikte kefalette kefillerden birinin ibrası halinde hukukten durumu ağırlaşan diğer kefilin ya da kefillerin kefaletinden tamamen kurtulabileceği hakkında bkz. Gülçin Elçin Grassinger, Kefalet Sözleşmesinden Doğan Bazı Sorunlar, Türk-İsviçre Hukuk Günleri, Banka ve Tüketici Hukuku Sorunları Sempozyumu, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mukayeseli Hukuk Araştırma ve Uygulama Merkezi, 1. Baskı, İstanbul 2010, s. 308.

²⁶⁵ Reisoğlu, 236; Özlem Acar, s. 280; Gümüş, s. 428.

²⁶⁶ Reisoğlu, 236; Serkan Ayan, 387; Gümüş, s. 420.

²⁶⁷ Özlem Acar, s. 281; Serkan Ayan, 379; Gümüş, s. 420.

²⁶⁸ Özlem Acar, s. 281; Serkan Ayan, s. 379; Gümüş, s. 421.

muacceliyet uyarısında bulunması zorunludur. Kredi veren yani alacaklı tarafından kefilin sorumluluğuna başvurulması isteniyorsa, kefilin de bu maddede asıl borçluya bildirilen hususlardan ve verilen süreden haberdar olması gerekmektedir. Asıl borç, kefil bakımından bahse konu bildirim kefile yapılması itibariyle işlemeye başlayacaktır. Aksi halde kefil, muacceliyet halinin gerçekleşmediği savunmasında bulunabilecektir²⁶⁹.

4.5.4. Kefalet Sözleşmesinin Zamanaşımına Uğraması

Kefalet sözleşmesi, TBK'nın 146'ncı maddesinde düzenlenen genel zamanaşımına yani on yıllık zamanaşımına tabidir. Zamanaşımı kefil bakımından en erken asıl borcun muaccel olduğu tarihte, kefil açısından muacceliyet tarihi asıl borcun muacceliyet tarihinden farklı ise, o tarihten itibaren işlemeye başlar²⁷⁰. Kefilin borcunun zamanaşımına uğraması halinde, kefil bu savunmaya dayanarak alacaklıya ifada bulunmaktan kaçınabilecektir.

4.5.5. Alacaklının Yükümlülüklerine Aykırı Davranması

TBK'nın 592'inci maddesine göre alacaklı, kefalet sırasında var olan veya daha sonra asıl borçludan alacağın özel güvencesi olmak üzere elde ettiği rehin haklarını, güvenceyi ve rüçhan haklarını kefilin korumakla yükümlüdür. Alacaklının kefilin zararına olarak bu teminatları azaltması halinde, zararın daha az olduğu alacaklı tarafından ispat edilmedikçe, kefilin sorumluluğu da buna uygun düşen bir miktarda azalır. Bununla birlikte, kefilin fazladan ödediği miktarın geri verilmesini isteme hakkı da bulunmaktadır. Buna göre, kefil alacaklının bu madde

²⁶⁹ Burak Özen, Tüketici Kredilerinde Muacceliyet Koşullarının Kefile Etkisi-5. Tüketici Hukuku Kongresi, Sektörel Bazda Tüketici Hukuku ve Uygulamaları 2015-2016, (Editörler: Haluk Tokbaş-Fehim Üçışık), 1. Baskı, Ankara 2016, s. 36-39.

²⁷⁰ Reisoglu, 237; Özlem Acar, s. 282; Gümüş, s. 421; Serkan Ayan, s. 380.

kapsamındaki yükümlülüklerine aykırı davrandığı ileri sürerek, zararı ile orantılı olarak ifadan kaçınabilecektir²⁷¹.

Aynı madde kapsamında çalışanlara kefalet verilmesi halinde de alacaklının, çalışanları gözetme ve özenle davranma yükümlülüğü bulunmaktadır. Alacaklının çalışanlar üzerinde yükümlü olduğu gözetimi ihmal etmesi veya kendisinden beklenebilen özeni göstermemesi durumunda; kefil aleyhine borç doğmuş ya da alacaklının özeni göstermemesi sebebiyle artmış olursa, alacaklı bu borcu veya borcun artan kısmını kefilden isteyemez²⁷². Kefil bu savunma imkanını da alacaklıya yöneltebilecektir.

4.5.6. Diğer Savunmalar

Asıl borç ilişkisinden ya da kefalet sözleşmesi için TBK'da düzenlenen özel hükümlerin dışında, kefalet sözleşmesinin bir sözleşme olması dolayısıyla genel hükümlere göre kefilin savunma imkanları bulunabilir. Bu bakımdan her ne kadar asıl borçluya ait savunma imkanlarını kullanmak kefilin hem hakkı hem yükümlülüğü olsa da, bu başlık altındaki sebepler kefil için bir yükümlülük doğurmaz²⁷³. Kefilin bu türdeki savunma imkanları, asıl borçluya rücu hakkının doğumuna engel de oluşturmaz²⁷⁴. Bu türdeki savunma imkanları asıl borç ilişkisinin ya da kefalet sözleşmesinin sağladığı imkanlardan ayrı değerlendirilmelidir²⁷⁵. Kefilin ödeme güçsüzlüğü içinde olması, kefilin kendisine ait alacaklıya yöneltebileceği türde takas hakkı, kefile konkordato mehli verilmesi gibi savunma sebepleri örnek olarak verilebilir. Yine alacaklı tarafından borcun

²⁷¹ Reisoğlu, 238; Özlem Acar, s. 282.

²⁷² Güleçin Grassinger, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Hükümleri Çerçevesinde Kefalet Hükümlerindeki Değişiklikler-Türkiye - İsviçre Karşılaştırmalı Hukuk Sempozyumu - I (Borçlar Hukuku), İstanbul 2015, s. 54.

²⁷³ Burak Özen, s. 418; Özlem Acar, s. 283; Gümüş, 466.

²⁷⁴ Özlem Acar, s. 283; Gümüş, 467.

²⁷⁵ Özlem Acar, s. 283; Burak Özen, s. 419; Gümüş, 466.

ifası için kefile süre tanınması durumunda, kefil alacaklıya karşı bu süreyi ileri sürebilecektir.

BEŞİNCİ BÖLÜM

ALACAKLININ YÜKÜMLÜLÜKLERİ

5.1. Genel Olarak

Kefalet sözleşmesi genel olarak her ne kadar kefil bakımından borç doğuran bir sözleşme olsa da, alacaklının da kefilin zarar görmesini engellemek ve ayrıca zarar gördüğü takdirde de bu zararının artmasını önlemek için gerekli önlemleri alması gerekmektedir. Bu hususu dürüstlük kuralını temel alarak, sözleşmenin tarafları arasındaki ortak amacın gerçekleşmesi noktasında ortaya çıkan bir kavram ile açıklayabiliriz. “Sözleşmesel dayanışma” adı verilen bu kavram kapsamında, alacaklı ve borçlunun arasındaki sözleşmesel ilişki ile kurulmuş ortak birliğin korunması ve alacaklının makul sayılamayacak biçimde çıkar sağlamanın önüne geçilmesi hedeflenir²⁷⁶.

Dürüstlük kuralı çerçevesinde alacaklının, öncelikle borçluyu bilgilendirmesi ve hatta hareketsiz kalmasının borçlu bakımından zarar doğuracağı hallerde de çeşitli girişimlerde bulunması gerekmektedir²⁷⁷. Nitekim TBK'nın 592, 593 ve 594'üncü maddelerinde de alacaklının bu doğrultudaki yükümlülükleri düzenlenmiştir. Bu başlık altında genel olarak alacaklının kefile karşı yükümlülükleri incelenmiştir.

²⁷⁶ Başak Baysal, *Zarar Görenin Kusuru (Müterafik Kusur)*, 1. Baskı, İstanbul 2012, s. 303-304.

²⁷⁷ Başak Baysal, s. 313-314.

5.2. Bilgilendirme Yükümlülükleri

5.2.1. Asıl Borçlunun Durumu Hakkında Bilgilendirme Yükümlülüğü

TBK'nın 594'üncü maddesi uyarınca asıl borçlunun, anapara veya yarım yıllık döneme ait faizin ödenmesinde ya da eğer anapara ödemeleri yıldan yıla yapılması öngörülmüş ise bunların ödemelerinde altı ay gecikmesi halinde, alacaklının durumu kefile bildirmesi gerekmektedir.

Yukarıda belirtilen maddede kastedilen husus, asıl borcun muaccel hale gelmesine rağmen, en az altı ay boyunca asıl borçlu tarafından hiç ya da kısmen ifa edilmemesidir.²⁷⁸ Bahse konu altı aylık süre borcun muaccel olduğu tarihten itibaren başlayacak olup, temerrüt tarihi esas alınacak ve asıl borçlunun ayrı bir ihtarla temerrüde düşürülmesi şartı aranmayacaktır.²⁷⁹ Ancak asıl borçlunun ifada gecikmesi bakımından işleyecek bu sürenin ispatı bakımından kefile yazılı bildirim yapılması uygundur.²⁸⁰ Kefile yapılan bildirimde, asıl borçlunun ifasında geciktiği ve yerine getirilmesi gereken edimin kapsamının belirtilmeli gerekmektedir.²⁸¹

Bildirim yapıldığı tarihin altı aylık sürenin sona ermesinden sonraki bir tarih olması gerekmektedir, bu sürenin sona ermesinden önce de bu bildirim yapılabilir.²⁸²

Alacaklının kefile bilgilendirme yükümlülüğünü düzenleyen hükümler emredici niteliktedir ve kefilin aleyhine olacak şekilde bu yükümlülüğün kaldırılması ya da kapsamının daraltılması geçersizdir.²⁸³ Ayrıca bu başlık altında ele alınan yükümlülüğün yerine getirilmesi, kefilin talebine bağlı olmamaktadır.²⁸⁴

²⁷⁸ Burak Özen, s.434; Özlem Acar, 302; Serkan Ayan, s.589; Gümüş, s. 481; Yavuz/Acar/Özen, s. 816.

²⁷⁹ Burak Özen, s.434.

²⁸⁰ Serkan Ayan, s.589. Bildirim şekle tabi olmadığı görüşü hakkında bkz. Gümüş, s. 481.

²⁸¹ Burak Özen, s.435; Serkan Ayan, s. 590; Gümüş, s. 481.

²⁸² Burak Özen, s.435. Altı aylık sürenin sona ermesinden önce yapılan bildirimler bakımından, sürenin sonunda yeni bir bildirim yapıp yapılmayacağı ile ilgili farklı görüşler bulunmaktadır. Bir görüş, bildirim üzerinden uzun zaman geçmiş ve asıl borçlunun ekonomik durumunun ciddi oranda kötüleşme varsa, tekrar bildirim yapılması yolundadır. Diğer görüş ise, alacaklının tekrar bildirimde bulunması gerekmediği belirtmektedir. Detaylı bilgi için bkz. Özlem Acar, 302.

²⁸³ Serkan Ayan, s. 586.

²⁸⁴ Serkan Ayan, s. 590; Yavuz/Acar/Özen, s. 816.

Bu kapsamda, asıl borç için öngörülen vadenin belirli bir vade olması durumunda dahi, alacaklının tüm kefalet türlerinde asıl borçlunun temerrüde düştüğü bilgisini kefile bildirmesi gerekmektedir. Bu bildirim yapılmadığı takdirde, kefil bakımından temerrüt faizi işlemeyecektir.²⁸⁵.

Alacaklıya birden fazla kefil tarafından kefalet güvencesi verildiği takdirde, alacaklının tüm kefilleri bilgilendirme yükümlülüğü vardır.²⁸⁶.

Asıl borçlunun banka olması ve bunu öne sürerek müşteri bilgilerinin gizliği savunması ile kefilin bilgilendirme talebini geri çevirmesi halinde ise, bu savunma tek başına yeterli olmayacaktır. Zira, kefile güvence verdiği asıl borç için bilgi alma yetkisi Kanun ile tanındığı için, Bankacılık Kanunu anlamında müşteri sırrının saklanması yükümlülüğünün ihlalini oluşturmaz.²⁸⁷.

Alacaklının bu başlık altında bahsedilen yükümlülüklerine aykırı hareket etmesi halinde, alacaklı kefile karşı olan haklarını kefilin uğradığı zarar oranında kaybedecektir.²⁸⁸. Kefilin, alacaklı tarafından bilgilendirilmediği ile bundan dolayı zarara uğradığını; alacaklının da bildirimde bulunduğunu ya da bildirimde bulunmamak hususunda kusursuz olduğunu ispatlaması gerekmektedir.²⁸⁹.

5.2.2. Talep Üzerine Kefili Bilgilendirme Yükümlülüğü

TBK'nın 594'üncü maddesi gereğince, kefilin alacaklıdan bilgilendirme talebi bulunması halinde, alacaklı her zaman asıl borcun kapsamı hakkında kefile bilgi vermek zorundadır. Kefilin bu talebine alacaklıya yöneltmesi için gecikmenin ya da temerrüdün ortaya çıkmasına ya da belirli bir sürenin geçmesine gerek bulunmamaktadır.²⁹⁰.

²⁸⁵ Serkan Ayan, s. 590.

²⁸⁶ Serkan Ayan, s. 586.

²⁸⁷ Reisoğlu-Şerh, s.1528; Develioğlu, s. 404; Pınar Çağla Kandıralıoğlu, Türk Hukukunda Bankaların Sır Saklama Yükümlülüğü, I. Baskı, İstanbul 2011, s. 179-180; Burak Özen, s.435-436; Serkan Ayan, s. 592.

²⁸⁸ Özlem Acar, s.303; Serkan Ayan, s.592; Gümüş, s. 482.

²⁸⁹ Özlem Acar, s. 304.

²⁹⁰ Burak Özen, s.435; Özlem Acar, 303; Serkan Ayan, s:592.

Kefil, bu maddeden faydalanarak sadece kefil olduğu asıl borç için bilgi talebinde bulunabilecek olup; asıl borçluya ait bu kapsama girmeyen nitelikteki bilgilerini talep edemeyecektir²⁹¹. Ayrıca, asıl borcun kapsamının geniş yorumlanarak, asıl borcun dışında, buna işleyecek faiz ile vergilere ilişkin bilgilerin de bu kapsamda değerlendirilmesi gerekmektedir²⁹².

Asıl borçlunun banka olması ve bunu öne sürerek müşteri bilgilerinin gizliği savunması ile kefilin bilgilendirme talebini geri çevirmesi halinde ise, bir önceki başlık altında yaptığımız açıklamalar banka açısından da geçerliliğini korumaktadır.

Alacaklının bu başlık altında bahsedilen yükümlülüklerine aykırı hareket etmesi halinde, alacaklı kefile karşı olan haklarını kefilin uğradığı zarar oranında kaybedecektir²⁹³. Kefilin, alacaklı tarafından bilgilendirilmediği ile bundan dolayı zarara uğradığını, alacaklının da bildirimde bulunduğunu ya da bildirimde bulunmamak hususunda kusursuz olduğunu ispatlaması gerekmektedir²⁹⁴.

İspat bakımından kefile yazılı bildirim yapılmasının uygun olacağı düşünülmekte olup, TBK’da bu bildirimle ilişkin bir şekil kuralı bulunmamaktadır.

5.3. Kefile Borç Senetlerini Teslim Etme ve Gerekli Bilgileri Verme Yükümlülüğü

TBK’nın 592’inci maddesi gereğince; alacaklı, asıl borcu ödemesi şartıyla kefile haklarını kullanmasına yarayabilecek borç senetlerini teslim etmek ve gerekli bilgileri vermekle yükümlüdür. Bu yükümlülük ile paralel olarak, alacaklının kefile teslim edeceği borç senetlerini ve gerekli bilgileri korumakla da yükümlü olduğunu anlaşılmaktadır. Zira, kefil alacaklıya ifada bulunmak suretiyle alacaklının haklarının halefi olacaktır. Halefi olduğu bu haklara dayanarak da, asıl borçluya rücu edebilecek, asıl borçluya talepte bulunabilecektir²⁹⁵.

²⁹¹ Burak Özen, s.435; Serkan Ayan, s. 592.

²⁹² Reisoğlu; s. 242; Özlem Acar, 303; Serkan Ayan, s:592.

²⁹³ Özlem Acar, s. 303; Serkan Ayan, s. 592; Gümüş, s. 482.

²⁹⁴ Özlem Acar, s. 304.

²⁹⁵ Serkan Ayan, s.587; Gümüş, s. 476-477.

Kefilin kısmi ödeme yapması halinde de, bu ödemelerle ilgili senetlerin ve bilgilerin kefile verilmesi, sınırlı bir paylaşım yapılması yeterli olacaktır²⁹⁶. Kefilin kısmi ödemede bulunması ya da kefile geçecek belgelerde kefalet konusu alacak dışında başka alacaklara dair kayıtlar da olması durumunda, alacaklı söz konusu belgelerin aslını vermekle yükümlü olmayacak, belgelerin onaylı bir örneği yeterli olacaktır²⁹⁷.

Kefilin devraldığı bu haklarını asıl borçluya karşı kullanabilmesi için, asıl borç ilişkisine ait tüm bilgi ve belgelere ihtiyacı bulunmaktadır. Nitekim, TBK'nın 594'üncü maddesinden farklı olarak, 592'inci maddede, kefilin talebi olmaksızın alacaklının bu bilgileri kefile vermesi gerekmektedir²⁹⁸. Bu maddede bahsedilen borç senetleri ibaresinin geniş yorumlanması, kefilin rücu hakkını gereği gibi kullanabilmesi için gerekli olan tüm bilgilerin buradan anlaşılması gerektiği doktrinde haklı olarak ifade edilmektedir²⁹⁹.

TBK'nın 592'inci maddesi kapsamında, alacaklının ağır kusurlu olarak kefile bahse konu borç senetlerini ve bilgileri vermemesi halinde, kefilin sorumluluğu sona erecektir. Ayrıca bu durumda kefil, ödediğinin geri verilmesini ve varsa ek zararının giderilmesini isteyebilir. Hafif kusurlu olarak yükümlülüğünü yerine getirmemesi halinde ise, kefilin uğradığı bir zarar varsa bu zarar nispetinde kefilin alacaklıya yönelik sorumluluğu azalacaktır. Ayrıca kefil, alacaklıya ödeme yaptığı takdirde ödediğinin geri verilmesini ve varsa ek zararının giderilmesini alacaklıdan isteyebilir.

²⁹⁶ Reisoğlu, s. 243; Gümüş, s. 477.

²⁹⁷ Burak Özen, s. 456; Özlem Acar, s. 316; Gümüş, s. 477.

²⁹⁸ Reisoğlu, s. 243.

²⁹⁹ Gümüş, s. 477; Çınar, s. 133. Acar'a göre, "Buna göre alacaklı, asıl borç senedi dışında rehin sened, yazılı borç ikrarı, asıl borca ilişkin takiple ilgili belgeler, mahkeme kararları ve yazışmalar gibi asıl borcun geçerliliğine ilişkin belgeleri vermekle yükümlü olduğu gibi, teminatların ve diğer güvencelerin geçerliliğine ilişkin belgeleri de kefile teslim etme yükümlülüğünde olacaktır". Özlem Acar, 316.

5.4. Asıl Borçlunun İflasını veya Konkordato Mehli İsteddiğini Bildirme Yükümlülüğü

TBK'nın 594'üncü maddesine göre, alacaklının borçlunun iflas ettiğini veya borçlunun konkordato mehli istediğini öğrendiği anda, kefaletin türü fark etmeksizin durumu kefile ya da kefillere bildirmesi gerekmektedir³⁰⁰. Asıl borçluların iflasının ve konkordato mehli talebinin alacaklı tarafından öğrenilmesi ile alacaklının bu yükümlülüğü doğacaktır³⁰¹. Asıl borçlunun iflasına karar verilmiş veya asıl borçlu tarafından konkordato istenmişse, bilgilendirme yükümlülüğü ile bağlantılı olarak da, alacaklı alacağını kaydettirmek ve haklarının korunması için gerekeni yapmak zorundadır³⁰².

Kefilin durumu bilmesi halinde, alacaklı açısından bir bilgilendirme yükümlülüğü bulunmadığı Reisoğlu tarafından ifade edilmektedir³⁰³. Ayrıca, madde kapsamında asıl borçluların iflasının ve konkordato mehli alması düzenlendiğinden, birlikte kefilin iflasının ve konkordato mehli almasının alacaklı tarafından diğer birlikte kefil veya kefillere bildirilmesi yükümlülüğü bulunmamaktadır³⁰⁴.

İspat bakımından kefile yazılı bildirim yapılmasının uygun olacağı düşünülmekte olup, TBK'da bu bildirim geçerliliğine ilişkin bir şekil kuralı bulunmamaktadır. Özen, alacaklı tarafında kefilin bilinen adresine bildirim yapılmasının alacaklının yükümlülüğünü yerine getirmesini sağlayacağını belirtmektedir³⁰⁵.

Alacaklı, TBK'nın 594'üncü maddesi kapsamındaki bilgilendirme yükümlülüğünü yerine getirmediği takdirde, bundan dolayı kefilin uğradığı zarar miktarınca ona karşı haklarını kaybedecektir. Kefil, alacaklının kusurlu olduğunu, ilgili yükümlülüğüne aykırı hareket ettiğini ve zarara uğradığını; alacaklı ise

³⁰⁰ Reisoğlu, s. 156; Gümüüş, s. 483; Çınar, s. 145.

³⁰¹ Serkan Ayan, s.593.

³⁰² Bu başlık altında konuyla ilgili alacaklının bilgilendirme yükümlülüğüne değinilecek olup, alacaklının yapması gereken diğer ödevleri aşağıda ayrı bir başlık altında ele alınacaktır.

³⁰³ Reisoğlu, s. 156; aynı görüşte bkz. Burak Özen, s. 421.

³⁰⁴ Serkan Ayan, s.594.

³⁰⁵ Burak Özen, s. 421.

kusurlu olmadığını ispat etmek durumundadır. Kefilin uğradığı zarar, kefalet sözleşmesinden doğan borcunun üstünde ise, kefil aşkın zararını alacaklıdan talep edebilir³⁰⁶.

5.5. Ödemeyi Kabul Yükümlülüğü

TBK'nın 583'üncü maddesine göre asıl borç muaccel olduğu takdirde kefil, alacaklıdan yapacağı ödemeyi kabul etmesini her zaman isteyebilecektir. Alacaklı haklı bir sebep olmaksızın ödemeyi kabul etmediği takdirde de, kefil borcundan kurtulacaktır. Hatta bu maddedeki düzenlemeye göre, asıl borcun muaccel hale gelmesi asıl borçlunun iflası halinde dahi olabilir. Ancak burada yinelemekte fayda görmekteyiz ki, asıl borçlunun iflası halinde alacaklı sadece asıl borçluya talepte bulunabilecek olup; alacaklının kefilden talepte bulunabilmesi için ise kefalet borcunun muaccel hale gelmesi gerekmektedir. Zira, asıl borç ile kefalet borcunun muaccel hale geleceği tarihler birbirinden farklı olabilir. Asıl borçlunun iflasında izlenecek yola benzer biçimde, asıl borçlunun varlıkları hakkında ihtiyati haciz kararı verilmesi halinde de, borç vadesinden önce muaccel hale gelecek olup, kefil alacaklıya ödeme talebinde bulunabilecektir. Burada da, alacaklının kefilden talepte bulunabilmesi için, asıl borç ile kefalet borcunun muaccel hale geleceği tarihler birbirinden farklı ise kefalet borcunun muaccel hale gelmesi gerekmektedir³⁰⁷.

Bu madde kapsamında kefilin alacaklıya ödeme yapma talebinde bulunması için gerçekleşmesi gereken ön şart, asıl borcun muaccel hale gelmesidir³⁰⁸. Reisoğlu, asıl borç muaccel hale geldikten sonra, kefile bildirim yapılmaya dahi kefilin ödeme yapmayı talep edebileceğini haklı olarak belirtmektedir³⁰⁹.

Asıl borcun muaccel hale gelmemesi halinde ise, alacaklının onayı ile kefil alacaklıya ödemede bulunabilir. Buna rağmen halefiyet gereği alacaklının haklarını

³⁰⁶ Burak Özen, s. 425-426.

³⁰⁷ Özlem Acar, s. 294; Çınar, s. 122.

³⁰⁸ Çınar, s. 122. Borcun muacceliyetinden önce alacaklının kefilin ödeme talebini kabul etme yükümlülüğü bulunmadığı ile ilgili olarak bkz. Onur Şahin, s. 326.

³⁰⁹ Reisoğlu, s. 244.

devralan kefil, asıl borçluya karşı ancak borcun muaccel olmasıyla talepte bulunabilecektir. Acar, kefilin asıl borçlunun temerrüdü halinde ortaya çıkabilecek giderlerden korunmak için, asıl borcun muacceliyet tarihinden önce alacaklıya ödeme talebinde bulunabilmesinin kefil açısından bir hak olduğunu ve kefilin bu ödeme ile kefalet borcunu ifa ettiğini savunmaktadır³¹⁰.

Yukarıda asıl borcun muaccel hale gelmediği durumda, alacaklının kefilin ödeme yapma isteğini kabul etmekle yükümlü olmadığı belirtilmişti. Özen, alacaklının asıl borçlunun ve dolayısıyla kefilin, asıl borcun muacceliyet tarihinden önce ödeme yapma talebini kabul etmekle mükellef olduğu durumda, kefilin ödeme talebini reddedemeyeceğini belirtmektedir³¹¹. Burada kastedilen asıl borcun erken ödenmesinde, alacaklının faydasının bulunmadığı durumlardır. Özen böyle durumlarda, kefilin ödeme talebinin alacaklı tarafından reddedilmesi halinde kefilin sorumluluğunun ortadan kalkacağını belirtmektedir. Zira, TBK'nın 96'ncı maddesine göre, sözleşmenin hükümlerinden veya özelliğinden ya da durumun gereğinden tarafların aksini kastettikleri anlaşılmadıkça borçlu, edimini sürenin sona ermesinden önce ifa edebilir. Özen bu maddeyi ileri sürerek, vadenin kararlaştırılmasının alacaklının da menfaatine olduğu durumlarda, kefilin ödeme talebini reddedebileceğini savunmaktadır³¹². Çınar da Özen'in bu görüşünü desteklemekte ve asıl borç muaccel olmaksızın kefilin diğer kefillere ya da asıl borçluya rücu imkanının bulunmadığını eklemektedir³¹³. Saraç ise, asıl borcun muaccel olmasından önce kefil tarafından yapılacak ödeme teklifinin, alacaklının çıkarına bağlı olmaksızın alacaklı tarafından kabulünün zorunlu olmadığını ileri sürmektedir³¹⁴.

Asıl borçlu tarafından ifanın kısmi yapılması mümkün ise, kefil tarafından kısmi ifanın yapılması ya da ödemenin talep edilmesi mümkündür³¹⁵. Ancak TBK'nın 84'üncü maddesi gereği, asıl borcun tamamı belirli ve muaccel ise,

³¹⁰ Özlem Acar, s. 295.

³¹¹ Burak Özen, s.429.

³¹² Burak Özen, s.429;

³¹³ Çınar, s. 126.

³¹⁴ Saraç, s. 146.

³¹⁵ Özlem Acar, s. 298; Develioğlu, s. 401; Burak Özen, s.429.

alacaklının asıl borçlunun ve dolayısıyla kefilin kısmi ödemede bulunma talebini kabul etmesi zorunlu değildir. TBK'nın 593'üncü maddesi de konuyu açıkça düzenlemediğinden, TBK'nın 84'üncü maddesi hükmünün dikkate alınması gerektiği düşünülmektedir³¹⁶.

Alacaklının kefilin ödeme yapma talebini haklı bir sebebi bulunmaksızın yerine getirmemesi halinde, alacaklı temerrüdü oluşacaktır. Ancak alacaklı temerrüdünü düzenleyen genel hükümler ile kefalet sözleşmesine özgü düzenlenmiş alacaklı temerrüdü prensipleri farklılıklar içermektedir. TBK'nın 107'inci maddesine göre alacaklının temerrüde düşmesi durumunda borçlu, teslim edeceği şeyi tevdi ederek borcundan kurtulabilecek iken, TBK'nın 593'üncü maddesine göre ise kefilin tevdi yükümlülüğü bulunmaksızın, ifayı gerçekleştirmeyi alacaklıdan istemesi yeterlidir³¹⁷. Buna göre, alacaklının temerrüdünü düzenleyen genel hükümlerin³¹⁸, TBK'nın 593'üncü maddesi ile çelişmeyen hükümlerinin uygulanması mümkün görülmektedir³¹⁹. Ayrıca, kefil açısından genel hükümler çerçevesinde alacaklı temerrüdüne dayanmak daha avantajlı ise, doktrinde kefilin genel hükümler dayanak alınarak savunma ve iddiada bulunabileceği de ifade edilmektedir³²⁰. Eklemek gerekir ki, TBK'nın 593'üncü maddesi emredici nitelikte olup, taraflarca bu hükme aykırı olarak bir anlaşma yapılamaz³²¹.

³¹⁶ Burak Özen, s.429; Çınar, s. 127.

³¹⁷ Reisoğlu, s. 244; Burak Özen, s. 427-428; Özlem Acar, 292-293. Alacaklının haklarına halef olmak istediği durumda, kefilin borcunu tevdi yoluyla ifa edebileceği ancak böyle bir yükümlülüğü bulunmadığı ile ilgili olarak bkz. İbrahim Murat Haznedar - Özay Şule Gürses, Türk Borçlar Hukukunda Halefiyet - Prof. Dr. Seza Reisoğlu Armağanı, (Editör: Sabih Arkan, Korkut Özkorkut, İbrahim Bektaş, İfakat Balık), 1. Baskı, Ankara 2016, s. 822.

³¹⁸ Alacaklının para borcunun ifasında girişeceği hazırlık hareketlerinde de -örneğin ödemenin yapılacağı hesap numarasının kefile iletilmesinde- alacaklının temerrüde düşmesinin söz konusu olabileceği, bu hazırlık fiillerinin alacaklının ödemeyi kabul yükümlülüğü şemsiyesi altında değerlendirilmesi gerektiği hakkında bkz. Cansu Kaya, Kızılırmak, Kefalet Sözleşmesinin Kendisine Özgü Sona Erme Halleri, Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul 2014, bkz. S. 113-114. (Erişim adresi: <https://tez.yok.gov.tr/UlusalTezMerkezi/TezGoster?key=WbC656i315e2eV6-EZV1ou5Fj82KYeny2dcfp82F3keM3TQuLyYJs5Mvhtk-ljFS> ; Erişim tarihi: 14.09.2017)

³¹⁹ Burak Özen, s. 428.

³²⁰ Kadir Berk Kapanıcı, Birlikte Borçlulukta Borçlular Arası İlişkiler, 2. Bastı, İstanbul 2015, s. 318.

³²¹ Özlem Acar, s.293.

5.5.1. Birlikte Kefalet Halinde Ödemeyi Kabul Yükümlülüğü

TBK'nın 593'üncü maddesi uyarınca, birlikte kefalet halinde³²² alacaklı, kefillerden biri tarafından yapılacak kısmi ödemeyi, kısmi ödeme yapmayı öneren kefile düşen paydan az olmamak koşuluyla, kabul etmek zorundadır. Buna göre, birlikte kefalet söz konusu ise, kefillerden birinin kısmi ödeme talebinin alacaklı tarafından reddedilmesi halinde, öneride bulunan kefil borcundan kurtulur ve diğer kefillerin sorumluluğu da borcundan kurtulan kefilin düşen payı miktarınca azalır³²³.

TBK'nın 593'üncü maddesi uyarınca, alacaklının haklı bir gerekçeye dayanmaksızın kefilin ödeme talebini geri çevirmesi durumunda, alacaklıya ödeme talebinde bulunan kefil sorumluluktan kurtulacaktır. Alacaklının haklı bir gerekçe sunmadan kefilin ödeme talebini geri çevirmesinden önce, kefil kısmi ifâda bulunmuş ise kefil yerine getirdiği edimin iadesini isteyemez. Kefil açısından, daha önce yerine getirmiş olduğu edim, kefalet borcundan sayılacak ve kefil bunun iadesini alacaklıdan talep edemeyecektir. Kefilin ortadan kalkan sorumluluğu henüz ifa etmediği borcu için geçerlidir³²⁴.

Alacaklının müteselsil birlikte kefilin ifa talebini haklı bir nedene dayanmadan geri çevirmesi halinde de, öneride bulunan müteselsil birlikte kefilin payına düşen borç ortadan kalkacaktır. O kefilin payına düşen borç çıkarıldıktan sonra, diğer müteselsil kefillerin payları hesaplanacak ve bir kefilin borcu toplam borçtan çıkarıldığı için onların payları da azalmış olacaktır³²⁵.

³²² Özen, kaynak Kanun'dan alınan hükmün tamamen yanlış aktarıldığını, TBK 593'üncü maddenin 2'inci fıkrasının lafzının birebir yorumlanmaması gerektiğini, sorumluluktan kurtulan kefil dışındaki diğer kefillerin durumunun ne olacağını belirsiz olduğunu ve maddenin kaynak Kanun'a göre yorumlanması gerektiğini belirtmektedir. Bu eleştiri hakkındaki detaylı bilgi için bkz. Burak Özen, s. 426-427.

³²³ Burak Özen, s. 429-430; Özlem Acar, 298; Çınar, s. 127-128.

³²⁴ Burak Özen, s. 431.

³²⁵ Burak Özen, s. 431-432; Özlem Acar, 300; Çınar, s. 127-128.

5.6. Asıl Borçlunun İflası veya Konkordato Mehli Aldığı Durumda Alacaklının Yükümlülüğü

5.6.1. Alacaklının Alacağını Yazdırma Yükümlülüğü

Yukarıda açıklandığı üzere, TBK'nın 594'üncü maddesine göre, alacaklının borçlunun iflas ettiğini öğrendiğinde, kefile bildirim yapması gerekmektedir. Ayrıca TBK 594'üncü hükmüne göre alacaklı, asıl borçlunun iflasına karar verilmiş olduğunda, alacağını kaydettirmek ve haklarının korunması için gerekeni yapmak zorundadır. Alacağın işlemiş faizi ile birlikte iflas masasına kaydettirilmesi gerekir³²⁶.

Alacaklının bu maddede düzenlenen yükümlülükleri emredici nitelikte olup, kefil ve alacaklı arasında bir anlaşma ile alacaklının bu yükümlülüğünün kaldırılması mümkün görülmemektedir³²⁷.

Alacaklının bu yükümlülüğü adi kefalet durumunda geçerli olduğu gibi, müteselsil kefalet halinde de bulunmaktadır. Alacaklının asıl borçlu yerine müteselsil kefil takip etmek istemesi halinde de alacağını iflas masasına yazdırma yükümlülüğü bulunmaktadır. Buna göre, alacaklının iflas masasına alacağını yazdırması ile kefilin rücu alacağını ayrıca yazdırmasına gerek kalmaksızın, alacaklının haklarına halef olması mümkün hale gelecektir³²⁸. Önemle hatırlatmak gerekir ki, alacaklının bu madde kapsamındaki yükümlülüğü asıl borçlunun iflası halinde söz konusu olup, birlikte kefillerden birinin ya da asıl borca güvence veren üçüncü kişilerin iflası halinde alacaklının alacağını iflas masasına yazdırmak gibi bir yükümlülüğü bulunmayacak, kefilin sorumluluğu da bundan etkilenmeyecektir³²⁹.

³²⁶ Serkan Ayan, s. 580; Gümüş, s. 483; Çınar, s. 148.

³²⁷ Serkan Ayan, s.578; Burak Özen, s. 422; Gümüş, s. 483.

³²⁸ Özlem Acar, s. 316; Serkan Ayan, s. 579; Burak Özen, s. 423.

³²⁹ Serkan Ayan, s. 577.

Asıl borçlunun iflasının yabancı bir ülkede açılması halinde de, alacaklının TBK'nın 594'üncü maddesi hükümlerine göre alacağını iflas masasına yazdırma yükümlülüğünün devam ettiği savunulmaktadır³³⁰.

İcra ve İflas Kanunu'nun 204'üncü maddesi³³¹ uyarınca kefilin, asıl borcun bir kısmını alacaklıya ifa etmesi halinde de, alacaklı alacağın tamamını iflas masasına yazdırmakla mükelleftir. Ayrıca, kefilin kısmi ifada bulunması durumunda da tamamı masaya kaydedilmiş olan alacaktan alacaklı, kısmi ifadan sonra kalan alacağını tahsil edecektir. Bundan sonra masada kalan alacak için de kefilin rücu hakkı söz konusu olacaktır³³². Bununla birlikte, kefilin alacaklıya kısmi ifada bulunmuş olmasına istinaden, hem kefilin hem de alacaklının alacağı masaya yazdırmak konusunda yetkisi bulunmaktadır³³³. Alacaklı alacağının tamamını masaya yazdırdığı takdirde, kefilin rücu alacağını masaya yazdırma yetkisinden söz edilemeyecektir³³⁴.

Kefilin, asıl borçlunun iflasından önce asıl borcu tamamen ifa etmesi halinde ise, alacaklının alacağını masaya yazdırmak gibi bir yükümlülüğü bulunmamaktadır³³⁵. Bu halde, kefil tarafından kendisine ait alacağın masaya kaydettirilmesi gerekmektedir.

Kefilin, asıl borçlunun iflasından önce asıl borca dair herhangi bir ödeme yapmaması durumunda ise, alacaklının alacağının tamamını iflas masasına yazdırması gerekmektedir. Asıl borçlunun iflasından sonra kefilin ödemede bulunması halinde ise, kefilin halefiyet dolayısıyla elde edeceği alacağının masaya bildirilmesine gerek bulunmamakta olup³³⁶, söz konusu alacak zaten masada kayıtlı

³³⁰ Serkan Ayan, s. 579; Burak Özen, s. 422.

³³¹ İcra ve İflas Kanunu'nun 204'üncü maddesi şu şekildedir: "Alacaklı müflisle birlikte borçlu olandan alacağının bir kısmını almış ise müşterek borçlunun müflise rücu hakkı olsun olmasın borcun tamamı masaya kaydolunur. İflas masasına kaydolunmak hakkı alacaklının ve müşterek borçlununundur. Alacaklı masaca yapılan taksimde alacağının tamamına düşen hisseden alacağın tamamlayacak kadarını alır; geriye kalan paradan müşterek borçluya, rücu hakkı olduğu miktara düşen hisse verilir. Artan para da masaya kalır."

³³² Özlem Acar, s. 288; Serkan Ayan, s. 580; Burak Özen, s. 422.

³³³ Özlem Acar, s. 288; Serkan Ayan, s. 580; Baki Kuru, İcra ve İflas Hukuku El Kitabı, 2. Baskı, İstanbul 2013, s. 1256.

³³⁴ Serkan Ayan, s. 580.

³³⁵ Özlem Acar, s. 289; Serkan Ayan, s. 579; Burak Özen, s. 423.

³³⁶ Burak Özen, s. 423.

bulunmaktadır. Bununla birlikte Özen, alacaklının alacağa ilişkin tüm teminatlar ile rehin haklarını da iflas masasına bildirimle yükümlü olduğunu belirtmektedir³³⁷.

5.6.2. Alacaklının Asıl Borçluya Konkordato Mehli Verilmesi Durumunda Yükümlülüğü

TBK'nın 594'üncü maddesine göre, alacaklının borçlunun konkordato mehli istediğini öğrendiğinde, kefile bildirim yapması gerekmektedir. Ayrıca alacaklı, asıl borçlu konkordato istemiş olduğunda, alacağını konkordatoya kaydettirmek zorundadır. Özen, İcra ve İflas Kanunu kapsamındaki konkordato dışında gerçekleşen diğer konkordato hallerinde de, alacaklının bu yükümlülüğünün bulunduğunu savunmaktadır³³⁸.

İcra ve İflas Kanunu'nun 298'inci maddesi uyarınca asıl borçlunun tüm alacakları karşılayacak şekilde teminat göstermesi gerekmektedir.³³⁹ Bu teminat da sadece alacaklarını konkordatoya kaydettirmiş alacaklılar bakımından söz konusu olup, alacaklı alacağını konkordatoya yazdırmadığı takdirde ne alacaklı ne de kefil bu teminattan yararlanamayacaktır³⁴⁰. Bununla birlikte, İcra ve İflas Kanunu'nun 295'inci maddesine göre, alacaklının konkordatoya onay vermemesi halinde, alacaklı kefile karşı tüm haklarını korumaktadır. Ancak alacaklının konkordatoya onay vermesi halinde ise, kendi haklarını kefile ödeme mukabilinde temlik teklif etmek ve kefile toplanmanın günü ile yerini bu tarihten en az on gün evvel haber vermek şartıyla, alacaklı kefile karşı olan haklarını koruyabilecektir³⁴¹.

³³⁷ Burak Özen, s. 423.

³³⁸ Burak Özen, s. 423. Aynı görüşte bkz. Gümüş, s. 484.

³³⁹ İcra ve İflas Kanunu'nun "Konkordatonun tasdiki" başlıklı 298'inci maddesinin ilgili düzenlemesine göre, "*Konkordato işlemlerinin yerine getirilmesini, alacakları kabul edilmiş olan imtiyazlı alacakların tamamen ödenmesini ve mühlet sırasında komiserin onayıyla akdedilmiş borçların ifasını sağlamak için, bu alacaklılardan her biri özel olarak ve açıkça kendi alacağı bakımından vazgeçmedikçe, yeterli teminatın gösterilmesi*" gerekir.

³⁴⁰ Özlem Acar, s. 289; Çınar, s. 150-151.

³⁴¹ Serkan Ayan, s. 584. Ayrıca Ayan, doktrinde alacaklının kefile temlik önerisinde bulunmasının yanında, konkordatoya katılma kararını da devredebileceğinin savunulduğunu belirtmektedir.

Alacaklının bu başlık altında düzenlenen yükümlülüğü emredici nitelikte olup, taraflar arasında aksine bir anlaşma olması halinde bu anlaşma geçersiz sayılacaktır.

5.6.3. Alacaklının TBK'nın 594'üncü Maddesi Gereği Diğer Yükümlülükleri

TBK'nın 594'üncü maddesi gereğince, asıl borçlunun iflasına karar verilmiş veya borçlu konkordato istemişse alacaklı, alacağını kaydettirmek ve haklarının korunması için gerekeni yapmak zorundadır. Buna göre alacaklının Kanun'da açıkça sayılmamış olsa da haklarının korunmasını sağlamak için ne gibi tedbirler alması gerektiği somut olayın özelliklerine göre belirlenmelidir³⁴². Bu konuda Ayan, *"tedbirli bir alacaklının, alacağı kefalet sözleşmesi ile temin edilmemiş olsaydı başvurabileceği yolların kendisinde beklenebileceği"* değerlendirmesini yapmaktadır³⁴³.

Asıl borçlunun iflası halinde alacaklı, iflas dairesine yapılması gereken tüm bildirimleri yapmakla yükümlüdür³⁴⁴. Alacaklı, iflas dairesinin alacağı tamamen veya kısmen reddettiğini ya da kabul ettiğini, alacağının tahsili için sıra cetvelinde talep ettiği sırada yer alıp almadığını, iflas yoluyla yürütülecek takipte tasfiye planına riayet edilip edilmediği gibi hususlarda kefilî bilgilendirmelidir. Aneak iflas yoluyla yapılacak takibin önemli sayılacak ölçüde maliyetli olduğu veya alacaklı nezdinde takibin sonucunda alacağının kayda değer oranda elde edilemeyeceğine dair bir düşünce oluştuysa, alacaklıdan kendi hesabına takibi yürütmesi beklenemeyecektir³⁴⁵. Bunun gibi, sıra cetveline itiraz edilmesi gereken hallerde, kefilî bilgilendirmekle ve masrafı karşılandığı takdirde sıra cetveline itiraz davası açması ya da bu davanın açılması gerektiği yolunda kefile bildirim yapması gerektiği söylenebilir³⁴⁶.

³⁴² Burak Özen, s. 423; Gümtüş, s. 484.

³⁴³ Serkan Ayan, s. 583.

³⁴⁴ Serkan Ayan, s. 583; Burak Özen, s. 423.

³⁴⁵ Burak Özen, s. 423-424.

³⁴⁶ Serkan Ayan, s. 584; Gümtüş, s. 484.

Ayrıca rehlin paraya çevrilmesi yolu ile takip yürütülecekse³⁴⁷, alacaklının satış tarihi ile ilgili kefilî bilgilendirmesi gerekmektedir³⁴⁸.

Konkordato sürecinde de, alacaklının haklarını korumak amacıyla somut olaya göre kendisinden beklenebilecek her türlü tedbiri almakla yükümlü olduğu anlaşılmaktadır³⁴⁹.

Alacaklının bu başlık altında düzenlenen yükümlülüğü emredici nitelikte olup, taraflar arasında aksine bir anlaşma olması halinde bu anlaşma geçersiz sayılacaktır.

5.6.4. Alacaklının TBK'nın 594'üncü Maddesindeki Yükümlülüklerini Yerine Getirmemesinin Sonuçları

Alacaklı, TBK'nın 594'üncü maddesi kapsamındaki yükümlülüklerini yerine getirmediği takdirde, bundan dolayı kefilin uğradığı zarar miktarınca ona karşı haklarını kaybedecektir. Kefilin, alacaklının kusurlu olduğunu, ilgili yükümlülüğüne aykırı hareket ettiğini ve zarara uğradığı; alacaklının ise kusurlu olmadığını ispat etmek durumundadır. Kefilin uğradığı zarar, kefalet sözleşmesinden doğan borcunun üstünde ise, kefil aşkın zararını alacaklıdan talep edebilir³⁵⁰.

³⁴⁷ Yarg. 2. HD. 2014/13600E., 2014/15706K. ve 7.7.2014 tarihli kararı (Erişim Adresi: www.kazancı.com.tr; Erişim tarihi: 22.12.2017) "...Halefiyet yoluyla rehin hakları da alacakla birlikte kendisine geçen kefilin, rehne dair hak tesis edilirken, rehin olarak gösterilmiş olan konutun aile konutu olup olmadığını bilmesi beklenemeyeceği gibi, biliyor olsa bile, az önce değinilen yasal zorunluluk gereği alacaklının, rehin verenin eşinin ipotek tesisine muvafakat ettiğine dair verdiği bilgi ve buna dair kendisine teslim edilen belge karşısında yapacağı herhangi bir araştırma da yoktur. Halefiyet yoluyla, ödediği tutar oranında alacakla birlikte rehin haklarına sahip olan kefilin, muvafakat belgesindeki imzanın rızası gereken eşe ait olup olmadığını araştırma yükümlülüğü de bulunmamaktadır. Bu bakımdan isteğin reddi yerine, borcu ödediği için alacaklının haklarına halef olan kefilin, rehlin paraya çevrilmesini istemek hakkını ortadan kaldıracak şekilde ipotegin iptaline karar verilmesi doğru bulunmamıştır..."

³⁴⁸ Burak Özen, s. 424.

³⁴⁹ Serkan Ayan, s. 584; Gümüş, s. 485.

³⁵⁰ Burak Özen, s. 425-426; Gümüş, s. 485-486.

5.7. Teminatlar, Rüşhan Hakları ile İspat Vasıtalarını Muhafaza ve Kefile Devir Yükümlülüğü

TBK'nın 592'inci maddesi kapsamında alacaklı, kefalet sırasında var olan veya daha sonra asıl borçludan alacağıın özel güvencesi olmak üzere elde ettiği rehin haklarını, güvenceyi ve rüşhan haklarını korumakla yükümlüdür. Buna göre, alacaklı tarafından kefil lehine olarak korunması gereken teminatlar arasında hapis hakkı da bulunmaktadır³⁵¹.

Bu yükümlülük kapsamına aynı teminatlarla birlikte, kişisel teminatlar da girmektedir. Bu çerçevede alacaklının; diğer kefillerden sağladığı hakları, borca katılma halinde katılana karşı sahip olduğu hakları ve alacağa istinaden verilen kıymetli evrakların sağladığı hakları koruması gerekmektedir³⁵².

Kefalet sözleşmesinin kurulduğu sırada mevcut teminatlar, üçüncü kişi ya da asıl borçlu tarafından verildiklerine bakılmaksızın alacaklının koruma yükümlülüğüne dahildir. Ancak genel nitelikteki teminatların alacaklının bu yükümlülüğüne dahil olup olmadığı tartışmalıdır³⁵³. Tartışma konusu ise, teminatın kefalet sözleşmesinin kurulmasından önce ya da sonra verilmiş olması ayırd edilmeksizin, bu teminatların ilgili alacak özelinde verilmiş olup olmadığıdır. Özen tarafından "genel teminat kaydı" taşıyan alacaklının koruma yükümlülüğüne dahil edilmemesi ve yasanın lafzının aksine, kefalete konu alacağa özel olarak verilmiş teminatların alacaklının koruma yükümlülüğüne kapsamına alınması gerektiği ileri sürülmektedir³⁵⁴.

Kefalet sözleşmesinin kurulmasından sonra verilecek teminatlar bakımından ise, yukardaki açıklamalarımızdan farklı bir düzenleme mevcuttur: Üçüncü kişi tarafından verilen teminatlar söz konusu olduğu takdirde, alacaklının bunları

³⁵¹ Kira sözleşmesine kefil olan kimse bakımından, kiralananda bulunan taşınır varlıklar üzerinde kiralayanın hapis hakkının korunması ile ilgili detaylı bilgi için bkz. Burak Özen, s. 441; Özlem Acar, s. 309-310.

³⁵² Reisoğlu, s. 247; Burak Özen, s. 441; Özlem Acar, s.311; Çınar, s. 136; Gümüş, s. 477-478.

³⁵³ Burak Özen, s. 442.

³⁵⁴ Burak Özen, s. 443, 446. Aynı görüşte bkz. Gümüş, s. 479; Nami Barlas, Kefaletin Sona Ermesine İlişkin Bazı Tespitler, Prof. Dr. İlhan Ulusan'a Armağan-Cilt: 3, (Editör: Atilla Altop, Rudolf Welsler, Cüneyt Bellican, Nihal Ural Çınar, Güler Gümüşsoy Karakurt), Ankara 2016. s. 128.

koruma yükümlülüğü bulunmamaktadır³⁵⁵. Kefaletten sonra asıl borçlu tarafından verilen teminatlar ise, alacaklının koruması altındadır. Ancak kefaletten sonra asıl borçlu tarafından verilen teminatların, her ne kadar asıl borçlu tarafından verilse de, özel olarak kefalet konusu alacak için verilmiş olmadıkça yani genel (çerçeve) nitelikli bir teminat olması durumunda, alacaklının bu teminatları koruma yükümlülüğünden bahsedilemez³⁵⁶. Bu bağlamda alacaklının bu teminatlardan öncelikli olarak yararlanıp yararlanamayacağı dahi tartışılmayacaktır³⁵⁷. Reisoğlu da, TBK'nın 592'inci maddesi hükmünden, kefalete konu alacak için özel olarak ve asıl borçlu tarafından verilen teminatlar ile rehinlerin anlaşılması gerektiğini belirtmektedir³⁵⁸.

TBK'nın 592'inci maddesi kapsamında alacaklı, kefalet sırasında var olan veya daha sonra asıl borçludan alacağın özel güvencesi olmak üzere elde ettiği rehin haklarını, teminatları ve rüçhan haklarını elden çıkarmamalıdır. Alacaklının elinde bulunan rehin haklarından vazgeçmesi, rehin konusu varlıklarının değerinin azalmasına sebep olacak fiillerden kaçınması veya kefalete konu olmayan bir başka alacak için rehni paraya çevirmemesi gerekir³⁵⁹.

Alacaklının bir müdahalesi olmaksızın kendiliğinden değersizleşen bir rehin söz konusu ise, alacaklı tarafından bunun elden çıkarılması bu yükümlülüğün ihlali anlamına gelmeyecektir³⁶⁰.

Kefalet sırasında var olan veya daha sonra asıl borçludan alacağın özel güvencesi olmak üzere elde ettiği rehin haklarının, teminatların ve rüçhan haklarının elden çıkarılmasında ya da azaltılmasında, alacaklının ağır kusurundan sorumlu olmayacağına dair bir anlaşma yapılması, ancak kefalet sözleşmesine özgü şekil şartlarının yerine getirilmesi ile mümkün görülmektedir. Zira burada kefalet sözleşmesinin kurulmasından sonra, kefil aleyhine gerçekleştirilen bir değişiklik

³⁵⁵ Reisoğlu, 245-246; Burak Özen, s. 443-444.

³⁵⁶ Burak Özen, s. 444; Seza Reisoğlu, Yeni Türk Borçlar Kanununun Bankaları İlgilendiren Başlıca Farklı Düzenlemeleri, Bankacılar Dergisi, S.79, İstanbul 2011, s. 63.

³⁵⁷ Reisoğlu, s. 251; Özlem Acar, s. 320.

³⁵⁸ Reisoğlu, 246.

³⁵⁹ Burak Özen, s. 446.

³⁶⁰ Burak Özen, s. 447.

bulunmaktadır. Ayrıca, bu anlaşmanın “rehin haklarının, teminatların ve rüçhan haklarının” elden çıkarılmasından ya da azaltılmasından sonra yapılması gerekmektedir³⁶¹.

TBK'nın 592'inci maddesi gereğince alacaklı, kefalet sırasında var olan veya daha sonra asıl borçludan alacağın özel güvencesi olmak üzere elde ettiği rehin haklarını, güvenceyi ve rüçhan haklarını kefilin zararına olarak azaltmamakla da yükümlüdür³⁶². Bu teminatların ve rüçhan haklarının azaltılması, zararın daha az olduğu alacaklı tarafından ispat edilmemesi şartıyla, kefilin sorumluluğunun da bu miktarda azalması sonucunu doğurur. Ayrıca kefil, alacaklının yükümlülüğüne aykırı davranması dolayısıyla sorumluluğundan fazla ifada bulunmuşsa, kefilin ödediği miktarın geri verilmesini isteme hakkı da saklıdır. Burada teminatların asıl borçlu ya da üçüncü kişi tarafından verilmiş olması ya da teminatın ve rüçhan haklarının kefalete konu olacak özelinde verilmiş olması önemli değildir³⁶³. Teminatın kefalet sözleşmesi yapıldığında var olup olmadığının değerlendirilmesi yapılırken, kefalet sözleşmesi kurulduğu sırada kefilin, asıl borç ilişkisi için teminat olduğu zannıyla hareket ettiği tüm teminatlar mevcut teminatlar olarak nitelendirilebilir³⁶⁴.

Alacaklının mevcut teminatların azalmasında sorumlu tutulabilmesi için, teminatlardaki azalmanın işlem özelinde kefilin zarara uğratıp uğratmadığı değerlendirilmelidir. Teminatlardaki azalma; alacaklının yükümlülüğüne aykırı davranarak teminatlarda azalma sonucunu oluşturması ile kefilin sorumluluğunda ortaya çıkan azalma olmasaydı, kefilin alacaklıya ödemekle mükellef olduğu tutardan düşülmelidir³⁶⁵. Alacaklının asıl borçlu ya da üçüncü kişi ile alacağın tamamını kapsayan teminatın alacağın bir kısmına indirgenmesi yolunda anlaşma yapması, taşınmaz rehni varsa rehlin değerini düşüren işlemlerde bulunması ya da bu işlemlere karşı önlem almaması, alacağı vadesi dolduğunda tahsil etmemesi gibi

³⁶¹ Burak Özen, s. 437; Özlem Acar, s.306; Çınar, 140-141.

³⁶² Yarg. 19. HD. 2013/17769E., 2014/1079K. ve 13.1.2014 tarihli kararı (Erişim Adresi: www.kazanci.com.tr; Erişim tarihi: 22.12.2017)

³⁶³ Burak Özen, s. 444.

³⁶⁴ Burak Özen, s. 445.

³⁶⁵ Burak Özen, s. 453.

durumlarda alacaklının teminatların azaltılması dolayısıyla sorumluluğu söz konusu olacaktır³⁶⁶.

TBK'nın 592'inci maddesinde alacaklı tarafından rehin haklarının, teminatların ve rüçhan haklarının elden çıkarılması ve azaltılması ile ilgili iki farklı yaptırım belirlenmiştir. Bu hükme göre alacaklı, kefalet sırasında var olan veya daha sonra asıl borçludan alacağın özel güvencesi olmak üzere elde ettiği rehin haklarını, teminatları ve rüçhan haklarını kefilin zararına olarak azaltırsa, kefilin sorumluluğu da zarar miktarında azalır. Ayrıca kefilin fazladan ödediği miktarın geri verilmesini isteme hakkı saklıdır. Teminatların alacaklının ağır kusuru ile önemli ölçüde azaltılması halinde, kefilin bu yüzden bir zarara uğrayıp uğramadığının araştırılmasına gerek olmadığı, kefilin borcundan kurtulmasının söz konusu olacağı ile ödediğinin geri verilmesini ve varsa ek zararının giderilmesini talep edebileceği savunulmaktadır³⁶⁷.

Alacaklı bu kapsamdaki yükümlülüğüne aykırı davranmadığını iddia ederken, kefilin zarara uğramadığını, zarara uğramasında kusurlu olmadığını ya da azalma miktarından daha az zarara uğradığını; kefil ise teminatların alacaklı tarafından azaltıldığını ve bunun sonucunda zarara uğradığını ispat etmekle yükümlüdür³⁶⁸.

Alacaklı tarafından rehin haklarının, teminatların, rüçhan haklarının ve mevcut belgelerin yine alacaklının ağır kusuru ile elden çıkarılması halinde ise, kefil borcundan kurtulacaktır. Kefilin borcunun tamamen ortadan kalkması için alacaklı, haklı bir sebep olmaksızın yükümlülüklerini yerine getirmemeli ve ağır kusurlu olmalıdır. Bu durumda kefil alacaklıdan, varsa ödediğinin geri verilmesini ve varsa ek zararının giderilmesini talep edebilecektir. Buna göre, alacaklının teminatların elden çıkarılmasındaki kusuru ağır ihmal veya kast seviyesinde olmayıp hafif ihmal düzeyinde ise, kefilin sorumluluğunun alacaklının elden çıkardığı teminat miktarınca azaltılması gerekir³⁶⁹.

³⁶⁶ Özlem Acar, s. 311; Burak Özen, s. 448-449.

³⁶⁷ Özlem Acar, s. 313; Reisoğlu, 261; Gümüş, 479-480.

³⁶⁸ Burak Özen, s. 449; Özlem Acar, s. 313.

³⁶⁹ Burak Özen, s. 449; Özlem Acar, s. 314.

Alacaklı bu kapsamdaki yükümlülüğüne aykırı davranmadığını iddia ederken, rehin haklarının, teminatların, rüçhan haklarının ve mevcut belgeleri elden çıkarmadığını ya da bunların elden çıkarılmasında ağır kusurunun bulunmadığını; kefil ise bunların alacaklı tarafından elden çıkarıldığını ispat etmekle yükümlüdür³⁷⁰.

TBK'nın 592'inci maddesi uyarınca alacaklı, kefalet sırasında var olan veya asıl borçlu tarafından alacak için sonradan sağlanan rehinleri ve diğer güvenceleri kefile teslim etmek veya bunların devri için gerekli işlemleri yapmak zorundadır. Alacaklının bu yükümlülüğü, "rehin haklarının, teminatların ve rüçhan haklarının korunması yükümlülüğü" ile bağlantılı ve kefilin alacaklıya halef olarak asıl borçluya yönelmesi için şarttır. Ayrıca alacaklı borcu ödeyen kefile haklarını kullanmasına yarayabilecek borç senetlerini teslim etmek ve gerekli bilgileri vermekle de yükümlüdür. Bununla birlikte TBK'nın 592'inci maddesine göre alacaklı, borcu ödeyen kefile haklarını kullanmasına yarayabilecek borç senetlerini teslim etmek ve gerekli bilgileri de vermekle yükümlüdür. Bu yükümlülük kanımızca bilgilendirme yükümlülükleri arasında tasnif edilebileceğinden, yukarıda incelenmiştir.

Alacaklının, kefalet sırasında var olan veya asıl borçlu tarafından alacak için sonradan sağlanan rehinleri ve diğer güvenceleri kefile devretme yükümlülüğü, kefilin alacaklıya ödeme yapması sonrasında ortaya çıkar³⁷¹. Ayrıca kefilin kısmi ödemede bulunması ya da kefile geçecek belgelerde kefalet konusu alacak dışında başka alacaklara dair kayıtlar da olması durumunda, alacaklı söz konusu belgelerin aslını vermekle yükümlü olmayacak, belgelerin onaylı bir örneğinin yeterli olacaktır³⁷².

Kefalet sözleşmesine istinaden kefil tarafından tüm alacağın ödenmesi durumunda, alacaklının nezdindeki tüm teminatları kefile devretmesi

³⁷⁰ Özlem Acar, s. 314.

³⁷¹ Burak Özen, s. 454. Ayrıca Özen ödemelik def'ini ileri sürmeden ödeme yapan kefil bakımından da, alacaklının ispat araçlarının ve teminatların devir yükümlülüğü olduğunu belirtmektedir. Bu görüş ile ilgili olarak ayrıca bkz. Burak Özen, s. 455.

³⁷² Burak Özen, s. 456; Özlem Acar, 316.

gerekmektedir³⁷³. Alacaklının kısmen tatmin edilmesi söz konusu ise, alacaklının kefilden aldığı kısmi ödeme neticesinde karşılanmayan borç bakımından, bu teminatların paraya çevrilmesi ile elde edeceği tutardaki hakkı önceliklidir. Zira, TBK'nın 592'inci maddesine göre alacaklının diğer alacakları sebebiyle sahip olduğu rehin ve hapis hakları, kefilin haklarından sıraya önce geldikleri ölçüde saklıdır. Alacaklı buradan elde edeceği ödemeden sonra, artan bir tutar olduğu takdirde, alacaklının halefi haline gelen kefile bırakacaktır. Görüldüğü üzere kefile devredilecek teminatlar ve ispat vasıtaları, alacaklının haklarını zarara uğratmayacak şekilde belirlenecektir³⁷⁴. Asıl borca ilişkin teminatların, kefalet konusu alacak yanında alacaklının diğer alacakları bakımından da teminat teşkil ettiği ve bu teminatlara başvurmak hususunda alacaklının önceliğinin bulunduğu halde, kefil tarafından söz konusu teminatların devri istenemeyecektir³⁷⁵. Bu gibi teminatlar bakımından da, alacaklı öncelikli olarak alacağını elde edecek, ardından kalan kısım için kefilin hak talebi olabilecektir³⁷⁶.

Alacaklının bu başlık altında düzenlenen devir yükümlülüğü geniş yorumlanmalı ve alacaklı, kefilin halefiyet dolayısıyla elde edeceği kazanımlarının gerçekleşmesini sağlayacak her türlü girişimde bulunmalıdır³⁷⁷. Burada önemle hatırlatmak gerekir ki kefil yasa gereği, alacaklıya halef olduğu anda teminatları ve diğer hakları kendiliğinden ve hiçbir işlem yapmaksızın kazanacaktır³⁷⁸. Örneğin, alacaklı tarafından kefile devredilecek taşınmaz rehni için tapuda yapılacak tescil, açıklayıcı niteliktedir³⁷⁹. Bunun gibi, taşınır rehnine konu varlıkların zilyetliği de alacaklı tarafından kefile devredilmelidir³⁸⁰. Bu devir de her ne kadar kurucu değil,

³⁷³ Reisoğlu, s. 256.

³⁷⁴ Burak Özen, s. 456; Reisoğlu, s. 249-250; Özlem Acar, s. 319-320.

³⁷⁵ Özlem Acar, s. 320.

³⁷⁶ Reisoğlu, s. 251-252; Özlem Acar, s. 320.

³⁷⁷ Burak Özen, s. 457; Gümüş, s. 477.

³⁷⁸ Yarg. 23. HD. 2015/284E., 2015/6456K., 12.10.2015 tarihli kararı (Burak Özen, s. 458 oradan dn. 162) Ayrıca bkz. Reisoğlu, 252.

³⁷⁹ İpotekli alacağa kefalet veren kefil tarafından alacaklıya ödeme yapılması halinde, kefil halefiyet gereği alacaklının haklarına kendiliğinden kavuşacaktır. Buna göre, kefilin alacaklının haklarına halef olması akabinde, ipotek verenin eşinin izninin alınmadığına dair bir savunmanın dinlenmesi mümkün değildir. Faruk Acar, Aile Hukukumuzda Aile Konutu-Mal Rejimleri ve Eşin Yasal Miras Payı, I. Baskı, Ankara 2016, s. 50-51 oradan 19.6.2015 tarih ve 2015/2-528E., 2015/1713K. sayılı Hukuk Genel Kurulu Kararı.

açıklayıcı nitelikte olsa da, taşınırın mülkiyetinin iyi niyetli üçüncü kişilerce kazanımını engellemek için, alacaklı tarafından zilyetliğin kefile devri önem taşımaktadır³⁸¹.

Kefalet borcuna istinaden ödemede bulunan kefil alacaklının halefi konumuna geçtiğinden, devraldığı teminatları paraya çevirmek ve alacağını karşılamak hakkına sahip olacaktır. Teminatlar paraya çevrildiğinde alacağının tamamını karşılayamazsa asıl borçluya başvurabilecek, alacağının üstünde bir tutar elde ederse ve alacaklının alacağının tamamının ödenmesinden sonra kalan bir tutar olursa da, bunları teminatları veren kimselere (asıl borçlu ya da üçüncü kişi) iade edecektir³⁸².

Reisoğlu, alacaklının teminat olarak taşınmaz rehnine sahip olduğu ve kefilin ödemede bulunduğu durumda, alacaklının tapuya, kefilin ödeme borcunu yerine getirdiğini ve ipotekli alacaklı konumuna geçtiğini bildirmesi gerektiğini belirtmektedir³⁸³. Reisoğlu'nun bu düşüncesini, Özen'in işaret ettiği Yargıtay 19. Hukuk Dairesi'nin bir kararı destekler niteliktedir³⁸⁴. Bu kararda, davacı kefilin kredi borçlusunun borcunu ödediğini, davalı banka lehine tesis edilmiş olan ipotegün kefilin üzerine temlik edilmesinin istendiğini, ancak bu talebin banka tarafından yerine getirilmediğini ve bu suretle kefilin borcundan kurtulduğuna ve hatta davalı bankaya ödediği tutarı geri almaya hakkı olduğuna hükümlenmiştir.

³⁸⁰ TMK'nın "*Senede bağlı olan veya olmayan alacaklarda*" başlıklı 955'inci maddesine göre, senede bağlanmış olan veya olmayan alacakların rehni için rehin sözleşmesinin yazılı şekilde yapılması ve senede bağlı alacaklarda senedin teslim edilmesi gerekmektedir. Bu madde dolayısıyla alacaklıya bir yükümlülük daha eklendiğini anlıyoruz. Ayrıca, TMK'nın "*Kıymetli Evrakta*" başlıklı 956'nci maddesi uyarınca da, hamile yazılı senetlerin rehni için senetlerin rehni alacaklına teslimi gerekmektedir. Diğer kıymetli evrakın rehni için senedin ciro edilmiş veya yazılı devir beyanı yapılmış olarak teslimi gerekir. Detaylı bilgi için bkz. Reisoğlu, s. 254; Özlem Acar, s. 318-319.

³⁸¹ Özlem Acar, s. 318.

³⁸² Reisoğlu, s. 256.

³⁸³ Reisoğlu, s. 252.

³⁸⁴ Yarg. 19. HD. 2015/17002E., 2016/5677K. ve 4.4.2016 tarihli kararı (Burak Özen, s. 462 oradan dn. 171)

Teminatların devri ile ilgili giderler kefil tarafından ödenmelidir³⁸⁵. Buna istinaden de alacaklı, bu giderleri rehinlerin teslim ve rehin haklarının devir öncesinde kefilden talep edebilir³⁸⁶.

TBK'nın 592'inci maddesine göre alacaklı, haklı bir sebep olmaksızın teminatları, rüçhan haklarını ve ispat vasıtalarının kefile devretmez, ağır kusuruyla mevcut belgeleri veya rehinleri ya da sorumlu olduğu diğer güvenceleri elinden çıkarırsa, kefil borcundan kurtulur. Bu durumda kefil, yaptığı ödemenin geri verilmesini ve varsa ek zararlarının giderilmesini isteyebilir.

TBK'nın 592'inci maddesi emredici nitelikte olup, kefile bu madde ile sağlanan imkanlardan kefilin önceden vazgeçmesi ya da maddede düzenlenen alacaklının sorumluluğunun kapsamının daraltılması ya da ortadan kaldırılması mümkün değildir³⁸⁷. Ayrıca ilgili maddede alacaklı açısından genel bir özen yükümlülüğü getirilmemekte, teminatlar ve ispat araçlarına özen gösterilmesi ile çalışana kefalette çalışanları gözetim yükümlülükleri düzenlenmiştir³⁸⁸.

5.8. Çalışanlara Kefalet Halinde Alacaklının Yükümlülükleri

Çalışanların hizmet ilişkisi kapsamında yükümlülüklerine aykırı davranması sonucu oluşabilecek zarara, adi veya müteselsil kefalet verilebilir. Maddede düzenlenen kefalet borcu gelecekte doğması ihtimali olan müstakbel bir borçtur, alacaklının çalışanlarının fiillerinden kaynaklanabilecek bir zarara ve tazminat talebine kefalet verilmesi söz konusudur³⁸⁹. Bundan dolayıdır ki kanun koyucu kefilin korumak adına alacaklıya gözetim ve özen yükümlülüğü yüklemiştir³⁹⁰. TBK'nın 592'inci maddesine göre çalışanlara kefalet hâlinde alacaklı, çalışanlarına karşı gözetim ve özen yükümlülüğü altındadır. Buna göre alacaklı gözetim ve özen

³⁸⁵ Burak Özen, s. 460; Gümüş, s. 418-419; Serkan Ayan, s. 485.

³⁸⁶ Reisoğlu, s. 257.

³⁸⁷ Burak Özen, s. 437; Özlem Acar, s. 305.

³⁸⁸ Burak Özen, s. 438.

³⁸⁹ Burak Özen, s. 621; Gümüş, s. 480; Yavuz/Acar/Özen, s. 816; Çınar, s. 163.

³⁹⁰ Ali Çelik, Müteselsil Kefaletin Kurulması ve Geçerlilik Şartları, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2015, s. 99.

yükümlülüğünü yerine getirmez ya da ihmalkar davranır ve bunun sonucunda da bir zarar doğarsa, kefil bu zarara istinaden sorumlu olmayacaktır. Aynı şekilde alacaklının bu maddede düzenlenen yükümlülüklerine aykırı davranması sebebiyle, davranış öncesinde mevcut olan bir zararın artması söz konusu olursa, kefil zararın bu artışından da sorumlu olmayacaktır.

Alacaklının gözetim ve özen yükümlülüğününün somut olayın özellikleri dikkate alınarak değerlendirilmesi gerekmektedir. Somut olay incelenirken, ilgili maddede geçen kendisinden “beklenebilen özen” kriteri de önem taşımakta olup, somut olaya alacaklıdan ne kapsamda özen göstermesi gerektiği irdelenerek yaklaşılmaması gerekir. Değerlendirme yapılırken, alacaklının yani işverenin gözetim ve özen yükümlülüğünün, TBK’nın yanında özel bir yasal düzenlemede var olup olmadığı araştırılması gerekmektedir. Özel düzenlemenin dışında somut olaya göre, kefalet sözleşmesi hükümleri ile iş hayatındaki teamüller esas alınarak değerlendirme yapılması gerekir³⁹¹.

Kefil, alacaklının kusurlu davranarak gözetim ve özen yükümlülüğünü yerine getirmemesi dolayısıyla zarara uğradığını ya da mevcut zararın arttığını; alacaklı da bu yükümlülüğü kapsamında kusurlu davranmadığını ya da davranışının zararı meydana getirmediğini veya zararın artmasına sebep olmadığını ispat etmelidir³⁹².

TBK’nın 592’inci maddesindeki alacaklının özen yükümlülüğünün, alacaklının kusuruna dayanıp dayanmadığı tartışmalıdır. Bir görüşe göre, alacaklının buradaki sorumluluğu kusura dayanmakta olup, gerekli özeni göstermekte kusurlu olmadığını ispat ettiği takdirde kefile karşı bir sorumluluğu ortaya çıkmayacaktır³⁹³. Diğer bir görüşe göre ise, alacaklının bu maddedeki sorumluluğu genel hükümlere göre objektif özen yükümlülüğüne dayanan bir sorumluluk türü olup, alacaklı kusursuz dahi olsa kefile karşı sorumlu olacaktır³⁹⁴. Kefalet sözleşmesine ilişkin hükümlerin arasında özel olarak düzenlenen bu

³⁹¹ Burak Özen, s.624; Özlem Acar, s. 322; Çınar, s. 167.

³⁹² Burak Özen, s. 625.

³⁹³ Burak Özen, s. 625.

³⁹⁴ Çınar, s. 167; Gümüş, s. 480.

yükümlülük kapsamında, kefilin konumunu alacaklı açısından makul sayılamayacak biçimde güçlendirmek dürüstlük kuralı çerçevesinde mümkün görülmemektedir. Maddenin lafzında da, açıkça alacaklının ihmali ile özen yükümlülüğünün yerine getirilmemesi ya da gereği gibi yerine getirilmemesi sonucu sorumlu olacağı düzenlenmiştir.

Çalışanlara kefalet verilmesi halinde de, TBK'nın kefalet sözleşmesine özgü şekil kurallarına riayet edilmesi gerekmektedir³⁹⁵.

TBK'nın 592'inci maddesi uyarınca, alacaklı gözetim ve özen yükümlülüğünü yerine getirmediği ya da gereği gibi yerine getirmediği ve bunun sonucunda da bir zarar doğduğu takdirde, kefilin bu zarara istinaden sorumluluğu ortadan kalkacaktır. Alacaklının bu maddede düzenlenen yükümlülüklerine aykırı davranması sebebiyle, aykırılık öncesinde mevcut olan bir zararın artması söz konusu olursa, kefil zararın bu artışından da sorumlu olmayacaktır.

³⁹⁵ Burak Özen, s. 622.

SONUÇ

Çalışmamızın konusunu oluşturan “Kefil İle Alacaklı Arasındaki İlişki” kavramı ve kapsamı, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu’nun 589 ile 594’üncü maddeleri arasında düzenlenmiştir.

TBK’ya göre en temel düzenlemelerden biri kefilin, her durumda kefalet sözleşmesinde belirtilen azamî miktara kadar sorumlu olduğudur. Ayrıca sözleşmede belirtilen azamî miktarla sınırlı olmak üzere kefil sorumludur. Kefilin bahse konu sorumluluğu kefalet sözleşmesinde belirlenebilir, bununla birlikte sözleşmede açıkça kararlaştırılmış olmadıkça kefil, borçlunun sadece kefalet sözleşmesinin kurulmasından sonraki borçlarından sorumlu tutulabilecektir.

Kefilin takibi ile ilgili belirlenen en temel şartlardan biri de, borçlunun iflası sebebiyle asıl borç daha önce muaccel hale gelse dahi, sözleşme ile belirlenen vadeden önce kefile karşı takip yapılamayacağıdır. TBK’nın özellikle müteselsil kefil bakımından getirdiği önemli bir imkan da, bütün kefalet türlerinde kefilin, aynı güvence karşılığında; mevcut rehinler paraya çevrilinceye ve borçlu aleyhine yapılan takip sonucunda kesin aciz belgesi alınıncaya ya da konkordato kararına kadar kendisine karşı yöneltilen takibin durdurulmasına karar verilmesini isteyebilmesidir. Kefil bu talebini mahkemeye yöneltmek durumunda olup, sunulan aynı teminatın tutarı hakim tarafından belirlenecektir.

Kefaletin feriliği gereğince, kefil asıl borçluya veya mirasçılara ait olan bütün def’ileri alacaklıya karşı ileri sürme hakkına sahiptir. Kefilin bu hakkı aynı zamanda kefil için yükümlülük olarak düzenlenmiştir. Kefalet sözleşmesi ile kefilin asıl borçlunun edimini ifa edememesi rizikosunu temin etmesi sebebiyle, sözleşmenin doğası gereği kefil asıl borçlunun ödeme güçsüzlüğünü ileri sürerek sorumsuzluk iddiasında bulunamayacaktır. Kefaletin feriliğinin bir başka dayanak düzenlemesi de, asıl borçlu kendisine ait olan bir def’iden vazgeçmiş olsa bile kefilin, yine de bu def’î alacaklıya karşı ileri sürebilmesidir.

Kefil ile alacaklı arasındaki ilişki içerisinde alacaklının yükümlülüklerine uymaması halinde de, alacaklı bakımından ciddi sonuçlar düzenlenmiştir. Kefil asıl borç muaccel olduğu takdirde, her zaman alacaklıdan yapacağı ödemeyi kabul etmesini talep edebilir. Bu durumda alacaklı haklı bir sebep olmaksızın ödemeyi kabul etmekten kaçınırsa, kefil borcundan kurtulur; birlikte müteselsil kefalette ise, kefillerin sorumluluğu kendilerine düşen pay miktarınca azalır.

Alacaklı, kefalet sırasında var olan veya daha sonra asıl borçludan alacağın özel güvencesi olmak üzere elde ettiği rehin haklarını, teminatları ve rüçhan haklarını kefilin zararına olarak azalttığı takdirde, kefilin sorumluluğu da buna uygun düşen bir miktarda azalır.

Alacaklı, bakımından düzenlenen ve kefilin alacaklıya halef olması durumunda kefilin koruyan önemli bir yükümlülük de, kefile haklarını kullanmasına yarayabilecek borç senetlerini teslim etmek ve gerekli bilgileri vermekle yükümlü tutulmasıdır. Alacaklı, kefalet sırasında var olan veya asıl borçlu tarafından alacak için sonradan sağlanan rehinleri ve diğer teminatları kefile teslim etmek veya bunların devri için gerekli işlemleri yapmak zorundadır. Alacaklı, haklı bir sebep olmaksızın bu devir yükümlülüklerini yerine getirmez, ağır kusuruyla mevcut belgeleri veya rehinleri ya da sorumlu olduğu diğer güvenceleri elinden çıkarırsa, kefil borcundan kurtulacaktır. Hatta bu durumda kefil, ödediğinin geri verilmesini ve varsa ek zararının giderilmesini isteyebilecektir.

TBK sistematığında alacaklı bakımından bilgilendirme yükümlülükleri de düzenlenmiştir. Bu çerçevede asıl borçlunun, anaparanın veya yarım yıllık döneme ait faizin ödenmesinde ya da yıldan yıla yapılması öngörülen anapara ödemelerinde altı ay gecikmesi durumunda, alacaklının durumu kefile bildirmesi gerekmektedir. Kefilin talebi halinde de alacaklı, her zaman asıl borcun kapsamı hakkında kefile bilgi vermek zorundadır. Asıl borçlunun iflasına karar verilmiş veya borçlu konkordato istemişse alacaklı, alacağını kaydettirmek ve haklarının korunması için gerekeni yapmak zorundadır. Alacaklının, borçlunun iflas ettiğini veya borçluya konkordato mehli verildiğini öğrendiği anda, durumu kefile bildirmesi gerekmektedir. Alacaklı bu bölümde bahsedilen yükümlülüklerini yerine

getirmediği takdirde de, bundan dolayı kefîlin uğradığı zarar miktarınca kefîle karşı haklarını kaybedecetir.

KAYNAKÇA

- ACAR, Faruk; Aile Hukukumuzda Aile Konutu-Mal Rejimleri ve Eşin Yasal Miras Payı, 5. Baskı, Ankara, 2016.
- ACAR, Özlem; Türk Borçlar Hukukunda Müteselsil Kefalet Sözleşmesi, 1. Baskı, İstanbul, 2015. (Özlem Acar)
- ANTALYA, Gökhan; Borçlar Hukuku Genel Hükümler C. III, 1. Baskı, İstanbul, 2017. (Antalya)
- ANTALYA, Gökhan; Miras Hukuku, 3. Baskı, İstanbul, 2015.
- ATAMER, M. Yeşim; Kredi ve Diğer Finansman Sözleşmelerinde Tüketicinin Korunması, 1. Baskı, İstanbul, 2016.
- ATAMER, M. Yeşim; Sözleşme Özgürlüğünün Sınırlandırılması Sorunu Çerçevesinde Genel İşlem Şartlarının Denetlenmesi, 1. Baskı, İstanbul, 2001.
- AYAN, Mehmet; Borçlar Hukuku (Genel Hükümler), 11. Baskı, Ankara, 2016.
- AYAN, Serkan; Kefalet Sözleşmesinde Kefilin Sorumluluğu, 1. Baskı, Ankara, 2013. (Serkan Ayan)
- ABAY, Aydın; Borçlar Hukuku Dersleri, 14. Baskı, İstanbul, 2016.
- AYDOĞDU, Murat/
KAHVECİ, Nalan; Türk Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri Sözleşmeler Hukuku, 3. Baskı, Ankara, 2017.
- BARLAS, Nami; Kefaletin Sona Ermesine İlişkin Bazı Tespitler-Prof. Dr. M. İlhan Ulusan'a Armağan - Cilt: 3, Ankara, 2016.

- BAŞ, Ece; 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nda Kefalet Sözleşmesinin Geçerlilik Şartlarına İlişkin Bazı Yenilikler, İÜHFM, C. LXX, S.2, İstanbul 2012. (Ece Baş)
- BAYSAL, Başak; Zarar Görenin Kusuru (Müterafik Kusur), 1. Baskı, İstanbul, 2012. (Başak Baysal)
- BULUT, Meltem; Eşlerin Hukuki İşlem Özgürlüğüne Getirilen Sınırlamalar, 1. Baskı, Ankara, 2016.
- BURCUOĞLU, Haluk; Türk Borçlar Kanunu Tasarısında Yeni Kefalet Düzenlemesi ile İlgili Bazı Gözlemler, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mukayeseli Hukuk Araştırma ve Uygulama Merkezi Banka ve Tüketici Hukuku Sorunları Sempozyumu, 1. Baskı, İstanbul, 2010.
- ÇELİK, Ali; Müteselsil kefaletin kurulması ve geçerlilik şartları, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara, 2015.
- ÇINAR, Ömer; Türk Borçlar Kanununa Göre Kefilin Sorumluluğunun Sona Ermesi, 1. Baskı, İstanbul, 2013. (Çınar)
- ÇUKUDAR, Neslihan; Borç İlişkilerinde Defi Hakkı ve İtirazlar, Ankara, 2014.
- DEMİR, Şamil; Kefalet Sözleşmesinin Uygulama Alanı, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S. 108, Ankara, 2013.
- DEMİRBAŞ, Feride; Birlikte Kefalet, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Konya, 2012.
- DEVELİOĞLU,

- Murat Hüseyin; Bağımsız Garanti Sözleşmeleri, 1. Baskı, İstanbul, 2009. (Develioğlu)
- DEYNEKLİ, Adnan; Banka Alacaklarının Tahsilinde İhtiyati Hacizle İlgili Sorunlar, Bankacılar Dergisi, Y. 22, S. 76, İstanbul, 2011.
- DOĞAN, Gözde; Kefalet sözleşmesinde kefilin sorumluluğunun kapsamı ve kefalet sözleşmesinin benzer hukuki ilişkilerden farkları, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara, 2011.
- EKİNCİ, Akın/
DURUKANOĞLU,
Nihayet; Türk Hukukunda ve Bankacılık Uygulamasında Teminat Mektupları (Garanti ve Kontrgarantiler), 1. Baskı, İstanbul, 2016.
- ELÇİN GRASSINGER,
Gülçin; Borçlar Kanunu'na Göre Kefilin Alacaklıya Karşı Sahip Olduğu Savunma İmkanları, İstanbul, 1996. (Grassinger-Savunma İmkanları)
- ELÇİN GRASSINGER,
Gülçin; Kefalet Sözleşmesinde Def'iler ve Sona Erme (Türk Borçlar Hukuku Sempozyumu-Derleyen Murat İnceoğlu), 1. Baskı, İstanbul, 2012.
- ELÇİN GRASSINGER,
Gülçin; Kefalet Sözleşmesinde Kefil ile Asıl Borçlu Arasındaki Hukuki İlişki İHFM, C. LV, Y. 1996, S. 1-2, İstanbul, 1996.

ELÇİN GRASSINGER,

Gülçin; Kefalet Sözleşmesinden Doğan Bazı Sorunlar, Türk-İsviçre Hukuk Günleri, Banka ve Tüketici Hukuku Sorunları Sempozyumu, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mukayeseli Hukuk Araştırma ve Uygulama Merkezi, 1. Baskı, İstanbul, 2010.

ELÇİN, Gülçin; Bankaların Genel Kredi Sözleşmelerinde Yer Alan Kefalet Hükümlerinin Türk Borçlar Kanunu Kefalet Hükümleri Çerçevesinde Değerlendirilmesi, İstanbul Barosu Dergisi, C. 87-3, İstanbul, 2013. (Gülçin Elçin-GKS)

ELÇİN, Gülçin; Yeni Borçlar Kanunu Hükümleri Çerçevesinde Kefilin Def'i-İtirazları ve Kefalet Sözleşmesinin Sona Ermesi - Prof. Dr. Cevdet Yavuz'a Armağan 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu Hükümlerinin Değerlendirilmesi Sempozyumu (3-4 Haziran 2011), Sempozyum No: III, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Özel Hukuk Sempozyumu Özel Sayısı , 2. Baskı, 2012. (Grassinger-Sempozyum)

EREN, Feyza/

KOYUNCU, Kenan Berk; Kefalet ve Garanti Sözleşmeleri Açısından Uyarılma sorununa Bir Bakış - İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, İstanbul, 2012.

EREN, Fikret; Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 21. Baskı, Ankara, 2017. (Fikret Eren-Genel Hükümler)

EREN, Fikret; Borçlar Hukuku Özel Hükümler, 5. Baskı, Ankara, 2017. (Fikret Eren)

- ERGÜNE, Mehmet Serkan; Olumsuz Zarar, 1. Baskı, İstanbul, 2008.(Ergüne)
- ERZURUMLUOĞLU,
Erzan; Sözleşmeler Hukuku (Özel Borç İlişkileri), 4. Baskı,
Ankara, 2014.
- GÖKYAYLA, Emre/
HATEMİ, Hüseyin; Borçlar Hukuku Genel Bölüm, İstanbul, 2015.
- GRASSINGER, Gülçin; 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Hükümleri
Çerçevesinde Kefalet Hükümlerindeki Değişiklikler,
Kefalet Sözleşmesinden Doğan Bazı Sorunlar, Türk-
İsviçre Hukuk Günleri. Banka ve Tüketici Hukuku
Sorunları Sempozyumu, İstanbul Üniversitesi Hukuk
Fakültesi Mukayeseli Hukuk Araştırma ve
Uygulama Merkezi, 1. Baskı, İstanbul, 2015.
- GÜÇ, Selda; Kefalet sözleşmesinin temel özellikleri, çeşitleri ve
benzer hukuki ilişkilerden farkı, Yayımlanmamış
Yüksek Lisans Tezi, İzmir, 2015.
- GÜNDOĞDU, Fatih/
ESENER, Turhan; Borçlar Hukuku - 1 - Sözleşmelerin Kuruluşu ve
Geçerliliği (TBK m. 1 - 48), 1. Baskı, İstanbul,
2017.
- GÜMÜŞ, Mustafa Alper; Borçlar Hukuku Özel Hükümler C. II. 3. Baskı,
İstanbul, 2014.
- GÜMÜŞ, Mustafa Alper; Borçlar Hukuku Özel Hükümler Kısa Ders Kitabı, 2.
Baskı, İstanbul, 2017.
- GÜNDÜZ, Deren Şefika; 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'na göre kefalet
sözleşmesinin şekli, 1. Baskı, İstanbul, 2012.
(Gündüz)

- GÜRSES, Davut; Banka Genel Kredi Sözleşmesi, 1. Baskı, İstanbul, 2016. (Gürses)
- HAZNEDAR, İbrahim Murat/
- ÖZAY GÜRSES, Şule; Bankacılar İçin Kefalet Hukuku, 1. Baskı, İstanbul, 2017.
- İNAL, H. Tamer; 6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'a Göre Hazırlanmış Tüketici Hukuku, 3. Baskı, Ankara, 2014.
- KALENDER, Ahmet; Konut Kredisi Sözleşmesi, 1. Baskı, Ankara, 2016.
- KANDIRALIOĞLU,
Çağla Pınar; Türk Hukukunda Bankaların Sır Saklama Yükümlülüğü, 1. Baskı, İstanbul, 2011.
- KAPANCI, Kadir Berk; Birlikte Borçlulukta Borçlular Arası ilişkiler, 2. Baskı, İstanbul 2015.
- KARA, İlhan; Finansal Kurumların ve Bankaların Tüketiciden Aldıkları Haksız Masrafların İadesi ve Rekabet Kurulu Kararlarının Bu Alandaki Etkisi (Tüketici Enstitüsü Yayını), 1. Baskı, Ankara, 2016.
- KARA, İlhan; Yeni Kanuna Göre Tüketici Hukuku, 2. Baskı, Ankara, 2015.
- KAYA KIZILIRMAK,
Cansu; Kefalet sözleşmesinin kendisine özgü sona erme halleri, Yayımlanmamış Doktora Tezi, İstanbul, 2014.
- KEBECİ, İlgi /
- HARMA, İpek /

- DİNÇÖZ, Nazlı; Garanti Verenin Hakları, Legal Hukuk Dergisi, Y.9, S.105, İstanbul 2011, s. 3491-3492.
- KELEŞ, Adem; Tüketici Sözleşmelerinde Teminat, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara, 2015.
- KILIÇ, Mehmet; Mirasın Resmi Tasfiyesi, AÜHFD, C.62, S.3, Ankara, 2013.
- KOCAMAN, Arif; Türk Borçlar Kanunu'nun 603. Maddesi Üzerine Bir Değerlendirme-Kefaletle İlişkin Hükümlerin Uygulama Alanı, Prof. Dr. M. İlhan Uluşan'a Armağan; Cilt. 3, (Editör: Atilla Altop, Rudolf Welsler, Cüneyt Bellican, Nihal Ural Çınar, Güler Gümüşsoy Karakurt), Ankara, 2016.
- KOYUNCU, Berk Kenan; Kefilin Halefiyete Dayalı Rücu Hakkı, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2013.
- KURT, Ekrem; Tüketim Ödücü Sözleşmesi (Karz Akdi), 1. Baskı, Ankara, 2014.
- KURU, Baki; İcra ve İflas Hukuku El Kitabı, 2. Baskı, İstanbul, 2016.
- KURU, Baki; Kefalet-Tanık ile İspat, Hukuki Mütalaalar Yayınlanmamış Makaleler, 1. Baskı, Ankara, 2013.
- MEYDAN, Nihat/
- YAPAL, Fadime; Türk Borçlar Kanunu Emsal Yargıtay Kararları, 1. Baskı, İstanbul, 2014.
- NOMER, Haluk N.; Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 15. Bası, İstanbul, 2017. (Nomer)
- OĞUZMAN, M. Kemal/

- ÖZ, M. Turgut; Borçlar Hukuku Genel Hükümler C. I, 15. Bası, İstanbul, 2017. (Oğuzman-Öz)
- OĞUZMAN, M. Kemal/
- ÖZ, M. Turgut; Borçlar Hukuku Genel Hükümler C. II, 12. Bası, İstanbul, 2016.
- ÖCAL AKİPEK, Şebnem/
- UZUN KAZMACI, Özge/
- HAMAMCIOĞLU, Esra; Bankacılık Sektöründe Tüketici Hukuku Uygulamaları, 1. Baskı, İstanbul, 2015.
- ÖNAY, Işık; Yenileme, 1. Baskı, İstanbul, 2016.
- ÖZCAN, Durmuş/
- OCAK, Uğur; Öğreti ve Uygulamada İbra Sözleşmesi (İbraname), 3. Baskı, Ankara, 2016.
- ÖZDEMİR, Gençler; Konut Kredileri ve Konut Kredilerinde Teminat İşlemleri, 1. Baskı, Ankara, 2017. (Özdemir)
- ÖZEN, Burak; 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu Çerçevesinde Kefalet Sözleşmesi, 4. Bası, İstanbul, 2017. (Burak Özen)
- ÖZEN, Burak; Borçlar Kanunu Tasarısı m. 586 Hükmünün Müteselsil Kefaletle İlişkin Getirdiği Düzenleme, EÜHFD, C. X, S.3-4, Erzincan, 2006.
- ÖZEN, Burak; Kefalet Sözleşmesinin Türleri, Türk Borçlar Hukuku Sempozyumu, (Derleyen Murat İncocoğlu), 1. Baskı, İstanbul, 2012.
- ÖZEN, Burak; Kredi Açma Sözleşmeleri, 1. Baskı, İstanbul, 2017. (Özen-Kredi Açma)

- ÖZEN, Burak; Tüketici Kredilerinde Muacceliyet Koşullarının Kefile Etkisi-5. Tüketici Hukuku Kongresi, Sektörel Bazda Tüketici Hukuku ve Uygulamaları 2015-2016, (Editörler:Hakan Tokbaş-Fehim Üçışık), 1. Baskı, Ankara, 2016.
- ÖZKORKUT, Korkut; Ticaret Hukuku, Sermaye Piyasası Lisanslama Sicil ve Eğitim Kuruluşu Lisanslama Sınavları Çalışma Kitapları, 2017.
- REİSOĞLU, Safa; Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 25. Baskı, İstanbul, 2014.
- REİSOĞLU, Seza; Banka Teminat Mektupları ve Kontrgarantiler, 4. Baskı, Ankara, 2003.
- REİSOĞLU, Seza; Bankacılık Kanunu Şerhi C. II, 2. Baskı, Ankara, 2015.(Reisoğlu-Şerh)
- REİSOĞLU, Seza; Türk Hukukunda ve Bankacılık Uygulamasında Kefalet, Ankara, 1992. (Reisoğlu-Bankacılık)
- REİSOĞLU, Seza; Türk Kefalet Hukuku, Ankara, 2013. (Reisoğlu)
- REİSOĞLU, Seza; Yeni Borçlar Kanunu'nun Bankaları İlgilendiren Başlıca Farklı Düzenlemeleri, Bankacılar Dergisi, S. 79, İstanbul, 2011.
- SARAÇ, Şükrü; Genel Kredi Sözleşmelerinde Kefilin Sorumluluğu, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü 60. Yıl Sempozyumu "Banka Hukukuna Genel Yaklaşım" Teori ve Uygulama, Ankara, 2017. (Saraç)
- SİLLER, Nahide; Müteselsil Kefalet, İstanbul Barosu Dergisi, C.90, S.5, İstanbul, 2016.

- ŞÖNMEZ, Murat; 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu Sözleşmesi, İzmir Barosu Dergisi, Y. 77, S. 2; İzmir, 2012.
- ŞAHİN, Onur; Kefalet ve Bağımsız Garanti Sözleşmelerinin Sona Erme Halleri, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S.126, 2016. (Onur Şahin)
- ŞEKER, Muzaffer; Kefalet ve Avalde Eşin Rızası. 1. Baskı, İstanbul, 2017. (Şeker)
- ŞEN, Arzu; Kefalet Sözleşmelerinin Sona Ermesi ve Bu Hükümlerin Garanti Sözleşmelerinin Sona Ermesine Uygulanması, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2012.
- TUNCEL YAZOĞLU,
Füsün; Banka Kredi Sözleşmeleri ve Kredilerden Doğan Uyuşmazlıklar-Banka Kredilerine Özgü Kanun Yolları, Ankara, 2013.
- UYAR, Talih; Kefalet Süresi (10+1=11) Olan Kefilin Sorumluluğunun Sona Ermesi, Legal Hukuk Dergisi, C.11, S.129, İstanbul, 2013.
- UZUN, Nuh; 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'na Göre Kefalet Sözleşmesinin Sona Ermesi, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara, 2012.
- YAVUZ, Cevdet/
ACAR, Faruk/
ÖZEN, Burak; 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'na Göre Borçlar Hukuku Dersleri (Özel Hükümler), 14. Baskı, İstanbul, 2016. (Yavuz/Acar/Özen)

- YAVUZ, Nihat; Öğreti ve Uygulamada Türk Kefalet Hukuku, 1. Baskı, Ankara, 2010. (Nihat Yavuz)
- YENER, Deniz Mehmet; Kefilin Sorumluluğunun Kapsamı Ve 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu İle Yapılan Değişiklikler, Marmara Üniversitesi Bankacılık Sigortacılık Yüksekokulu Finansal Araştırmalar ve Çalışmalar Dergisi, Sayı 7, İstanbul, 2012.
- YILDIRIM, Uğur; Cezai Şart, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2010.
- YILDIRIR, Efe Can; Birlikte Kefalet, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2013.
- YILMAZ, Merve; 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'na Göre Kefalet Sözleşmesinde Kefilin Sorumluluğunun Kapsamı, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S.97, Ankara, 2011.
- YILMAZ, Merve; Türk Borçlar Kanunu'na Göre Kefalet Sözleşmesinin Geçerlilik Şartları, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, C.1, Y.2, S.7, Ankara, 2011.
- YILMAZ, Yasemin; Garanti Sözleşmesi, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, S.19, Ankara, 2014.
- ZAPATA, Tan Tahsin; Borçlar Hukuku (Özel Hükümler), 4. Baskı, Ankara 2017.
- ZEVKLİLER, Aydın/
- GÖKYAYLA, K. Emre; Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, 17. Bası, Ankara, 2017. (Zevkliler-Gökyayla)