

KEFALET SÖZLEŞMESİ¹

GİRİŞ

Her sözleşme ilişkisi, kural olarak tarafları arasında hüküm doğurur. Bu nedenle taraflar, sözleşme ilişkisine girerlerken, karşı tarafın kişiliği, durumu ve buna benzer durumları da dikkate alırlar. Ancak bazı hallerde taraflar sözleşme ilişkisine girmeyi dilemelerine karşın, yanlardan birinin herhangi bir durumu nedeni ile karşı taraf kendisine ek güvenceler verilmesini talep edebilir. İşte bu tip bir durumda teminat talep eden (çoğunlukla alacaklı) tarafa aynı veya şahsi teminatlar verilmektedir. Uygulamada sıkça başvurulmuş ve bu nedenle oldukça önemli bir yer tutan sözleşme tipi olan kefalet sözleşmeleri, şahsi teminat verilmesine ilişkin hususları düzenlemektedir².

Bir kefalet sözleşmesinin varlığından bahsedebilmek için öncelikle doğmuş veya doğacak bir borcun varlığının söz konusu olması gerekir. Böyle bir durum söz konusu ise, artık alacaklı ve borçlunun aralarındaki hukuki ilişkide, borçlunun edimlerinin yerine getirilmesinin teminat altına alınması açısından, çoğunlukla alacaklı ve borçlunun düzenlediği sözleşmeye katılan kefil ile kefalet sözleşmesi düzenlenmektedir. Bu sözleşme ile kefil, alacaklının karşı karşıya kaldığı veya kalacağı bir kısım riski üstlenmekte ve böylece şahsi teminat vermektedir.

Henüz yürürlüğe girmemekle birlikte Türk Borçlar Kanunu tipik sözleşmeler açısından en çok değişikliklerden önemli bir kısmını kefalet sözleşmelerinde gerçekleştirmiştir. Bu çalışmada, kefalet sözleşmesine ilişkin

¹ Bu makale 27.05.2012 tarihinde yürürlükte olan mevzuat dikkate alınarak hazırlanmıştır.

² Kefalet ve kefalet sözleşmesine ilişkin açıklamalar için bkz. **Tandoğan**, Haluk: Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, Ankara 1987, s. 693 vd.; **Taşpolat**, Ali: Banka Garantileri, İstanbul 1989, s. 9 vd.; **Zevkliler**, Aydın: Borçlar Hukuku, özel Borç İlişkileri, İzmir 1995, s. 277 vd.; **Reisoğlu**, Sefa: Türk Hukukunda ve Bankacılık Uygulamasında Kefalet, Ankara 1992, s. 1 vd.; **Öz**, Turgut: Yeni Borçlar Kanununun Getirdiği Başlıca Değişiklikler ve Yenilikler, İstanbul 2011, s. 101 vd.; **Barlas**, Nami: Yeni Türk Borçlar Kanununun Kefaletle İlişkin Düzenlemeleri: İzmir Barosu Dergisi, 2011/Nisan, s. 7-28; **Yavuz**, Cevdet: Borçlar Hukuku Dersleri, Özel Hükümler, İstanbul 2011, s. 665 vd.

yeni (veya önemli bir kısım değişikliklere uğramış) Kanun hükümlerinin genel bir değerlendirmesi yapılmaya çalışılmıştır.

I. KEFALET SÖZLEŞMESİ

A. TEMİNAT SÖZLEŞMELERİ

Kefalet sözleşmesinin bir türünü oluşturduğu teminat sözleşmeleri, genel olarak bir kimsenin başka birisine ait tehlikeyi kendi üstüne almasını öngören sözleşme tiplerini ifade etmektedir. Bu sözleşmelerde üstlenilen tehlike, çoğunlukla ekonomik bir yararla ilgili olduğu için, bir zarar tehlikesi olarak deęerlendirilmektedir³.

Teminat sözleşmelerinin konusunu oluşturan teminatlar; taşınmazlar veya işletmeler gibi aynı nitelikte ise bir sicile tescil ile, menkul mallardan oluşuyor ise teslim ile ve nihayet şahsi ise bir sözleşme düzenlenmesi sureti ile verilmektedir. Aynı teminat verilmesi halinde teminat veren çoğunlukla teminat verdiği ayından mahrum kalmayı göze almakta ise de, şahsi teminatın söz konusu olması halinde, teminat veren tüm mal varlığı ile bir risk üstlenmektedir.

Bu nedenle, şahsi teminat sözleşmelerinden olan kefalet nedeni ile ortaya çıkan sorunlar, daha yaygın ve sosyal hayat açısından daha olumsuz sonuçlar doğuracak görünüme sahip olmaktadır. İşte bu nedenden olsa gerek, Kanun Koyucu, Türk Borçlar Kanununun genelinde olduğu gibi, kefalet sözleşmelerine ilişkin hükümlerde de çoğunlukla amir ve kefil yanında, kefilin yakın çevresinde yaşayan kişileri de koruyucu bir kısım hükümler benimsemiştir.

B. GENEL OLARAK KEFALET SÖZLEŞMESİ

1. Tanımı ve Özellikleri

³ Yavuz, s. 666.

818 sayılı Borçlar Kanunu (BK), kefalet sözleşmesini 483. maddesinde şu şekilde tanımlamakta idi "***Kefalet, bir akittir ki onunla bir kimse, borçlunun akdettiği borcun edasını temin etmeği alacaklıya karşı taahhüt eder.***" Görüldüğü gibi kanundaki tanım itibariyle kefalet sözleşmesi salt akdi ilişkiler açısından doğacak borçlar yönünden söz konusu olabilecektir. Ayrıca yine tanımın sözel ifadesine bakıldığında, kefil salt borcun yerine getirilmesini temin etmeyi taahhüt etmektedir. Diğer bir deyişle kefilin borcu, borcun edasının temininden ibaret görünmektedir.

Oysa bu tanım, kefalet sözleşmesi ile taahhüt edilen; diğer bir deyişle kefil tarafından üstlenilen risklerin, borçların gerek doğum sebepleri ve gerekse kefilin üstlendiği borcun niteliği açısından eleştirilere uğramıştır. Çünkü öğretilerde de işaret edildiği gibi, Kanundaki ifadeler, yanıltıcı olmaya müsaittir⁴.

Nitekim Türk Borçlar Kanununun (TBK) hazırlanması sırasında, kefaletin kanuni tanımındaki bahsedilen hususlara yönelik eleştiriler dikkate alınmış ve sözleşmenin yeni kanuni tanımı TBK m. 581'de "*Kefalet sözleşmesi, kefilin alacaklıya karşı, borçlunun borcunu ifa etmemesinin sonuçlarından kişisel olarak sorumlu olmayı üstlendiği sözleşmedir.*" şeklinde ifade edilerek, kefil tarafından teminat altına alınan hususun, borçlunun borcu olduğuna vurgu yapılmıştır. Bu vurgunun pratik sonuçları; borcun salt sözleşmeden doğmuş olmasının gerekmediği, bu nedenle örneğin haksız fiilden doğan bir borca da kefil olunabileceği, kefilin yerine getirilmeyen borç ne ise, yerine getirilmemenin sonuçlarından kişisel olarak sorumlu olacağı gibi temel noktalardaki vurgular ile ortaya çıkacaktır.

Bahsedilen çerçevede, kefalet sözleşmesinin genel özellikleri kısaca aşağıdaki şekilde değerlendirilebilir:

a) Kefalet sözleşmesi kefil ile asıl borcun alacaklısı arasında yapılmalıdır.

⁴ Yavuz, s. 666.

Kural olarak kefalet sözleşmesinde bir borçtan kaynaklanan veya kaynaklanabilecek riskler üstlenildiği için, kefalet sözleşmesinin tarafları kefil ile kefilin üstlendiği riskin muhatabı kim ise o'dur. Riskin muhatabı kefil olunan ilişkideki alacaklı olduğundan, kefalet sözleşmesinin taraflarını da kefil ile alacaklı oluşturacaktır⁵.

Bu durumda, kefalet sözleşmesi açısından; asıl sözleşmenin alacaklısı ve borçlusu arasında yapılmış sözleşmenin, kefalet sözleşmesi ile bağlantısı gözükmese de esasen bağımsız olduğu; kefil ile asıl sözleşmenin alacaklısı arasında yeni bir sözleşme ilişkisine girildiği ve nihayet kefilin asıl sözleşmenin borçlusu tarafından yerine getirilmeyen edimlerden kaynaklanan borç nedeni ile ödeme yapması halinde, kefil ile asıl borçlu arasında bir rücu ilişkisinin de ortaya çıkacağından bahsedilmesi mümkündür⁶.

b) Kefalet sözleşmesinin illiliği

Bizzat tanımından da anlaşılmakta olduğu gibi, kefalet sözleşmesinin varlığından bahsedilebilmesi için, öncelikle herhangi bir borç ilişkisinin varlığı aranmalıdır. Her ne kadar kefalet sözleşmesi bağımsız bir sözleşme ise de, eğer ortada kanunen geçerli bir hukuki sebebe dayalı borç söz konusu değilse, o takdirde kefalet sözleşmesi de geçersiz sayılacaktır⁷.

Diğer yandan, kefalet sözleşmesinin illi bir sözleşme olması, kefalet sözleşmesi yapılmasını gerektiren sebeplerden bağımsız anlaşılmalıdır. Nitekim kefil, asıl borçluya olan borcu nedeni ile kefil olabileceği gibi, sadece onunla olan şahsi ilişkisi veya arkadaşlığı nedeni ile de kefil olabilir. Kefilin kefalet ilişkisine girmesini gerektiren illet, kendisini sadece rücu halinde ortaya çıkacak borçlu/kefil iç ilişkisinde gösterecektir. Bu nedenle kefil, salt borçluya karşı sahip olduğu defileri, alacaklıya karşı ileri süremeyecektir⁸; ancak borçlunun

⁵ Yavuz, s. 667.

⁶ Yavuz, s. 667.

⁷ Yavuz, s. 668.

⁸ Yavuz, s. 668.

alacaklıya karşı ileri sürebileceği tüm defiler, kefil tarafından da ileri sürülebilecektir. Hatta bu husus Kanuni bir zorunluluktur (TBK m. 591).

c) Kefilin edimini oluşturan konu

Borçlar Kanununun kefalet sözleşmesine ilişkin 483'ncü maddesindeki tanım, sanki kefilin yerine getirmekle sorumlu olduğu hususun, asıl borçlunun borcu ne ise o olduğu şeklinde anlaşılmaya elverişlidir. Oysa kefilin borcu, asıl borçlunun edimini aynen yerine getirmek değildir. Kefilin borcu, asıl borçlunun yerine getirmediği edim nedeni ile alacaklının uğrayacağı zararı gidermektir. Bu ise paradan ibarettir. Dolayısı ile kefilin borcu, alacaklının uğrayacağı müspet zarar ne ise ondan oluşmaktadır. Bunun sınırlarını ise, borçlunun kusur ve temerrüdünün yasal sonuçları oluşturmaktadır (TBK m. 589/2).

Bu noktada akla kefilin alacaklının uğrayacağı menfi zararları gidermek taahhüdü altına girip giremeyeceği hususu gelmekte ise de, öğretide TBK m. 589/son hükmü karşısında, kefilin menfi zararlardan sorumlu tutulamayacağına işaret edilmektedir⁹.

d) Kefilin borcunun asıl borç ile ilişkisi

Kural olarak kefilin borcu ile asıl borç birbiri ile aynı değildir. Bu durum kendisini özellikle yapma veya kaçınma borçlarına verilen kefalette gösterecektir. Nitekim eğer kefilin borcu asıl borçla aynı olarak kabul edilecek olursa, o takdirde yetenekli bir ressam tarafından yapılması taahhüt edilen tablonun yapılmaması sonucu ortaya çıkacak borcun ifası için, kefilin de yetenekli bir ressam olması ve yapılması taahhüt edilen resmi yapabilecek durumda olması gerekirdi.

Oysa kefilin borcu, asıl borçtan bağımsız değil ise de, yabancıdır. Zaten kefil de, asıl borçlunun yerine getirmeyi taahhüt ettiği borcu değil, yerine

⁹ Yavuz, s. 668.

getirmemekten kaynaklanacak zararın giderilmesi borcunu üstlenmektedir İŖe bu nedenle kefilin borcu, asıl borca yabancısıdır¹⁰. Zira eğer aksi söz konusu olsa ve kefilin eda ettiği borç, asıl borcu sona erdirse idi, o takdirde kefilin alacaklıının haklarına halef olması konusu söz konusu olamazdı.

e) Kefaletin yan borç niteliği

Her ne kadar kefil olunan asıl borç ile kefaletten kaynaklanan borçlar birbirinden farklı olsalar da, kefaletten kaynaklanacak borç niteliği itibariyle yan borçtur. Nitekim kefaletin söz konusu olabilmesi için geçerli bir asıl borcun varlığının aranması, kefalet tutarının asıl borcu geçemeyecek olması, asıl borcun herhangi bir sebeple sona ermesi ile kefaletin de sona ereceği prensibinin benimsenmiŖ olması gibi durumlar, kefalet ile asıl borç arasındaki bağı ve iliŖkiyi ortaya koymaktadır.

Diğer yandan kefaletin yan borç olması hali (diğer bir deyiŖle fer'iliği) onu garanti sözleşmesinden ayıran en temel özelliklerin baŖında gelmektedir. Kefaletin türü ne olursa olsun, kefilin borcu fer'idir.

f) Kefilin borcunun ikinci derecede olması

Özellikle adi kefalettteki tartışma def'inden yola çıkılarak vurgulanabilir ki, kefaletten kaynaklanan borçlar ikinci derecede borçlardır¹¹. Bu nedenle özellikle adi kefilin borcundan bahsedilebilmesi için, öncelikle asıl borçluya karŖı giriliŖilen takibin semeresiz kaldığının ispatı gerekmektedir. Bahsedilen nitelik (her ne kadar tartışma def'ini ileri süremeyecek olsa da) müteselsil kefil açısından da söz konusudur. Nitekim kefilin borcunun muacceliyeti, asıl borcun muacceliyetine bağlıdır. Hatta muacceliyet dıŖında tahsil kabiliyetinin ortadan kalktığının veya aŖırı güçleŖtięinin ispatı dahi gerekebilecektir. Örneğin; müteselsil kefile müracaat edilebilmesi için, asıl borçluya ihtar keŖide edilmeli ve

¹⁰ Yavuz, s. 668.

¹¹ Yavuz, s. 671.

bunun sonuçsuz kaldığı veya borçlunun açıkça ödeme güçlüğü içinde olduğunu ispat edilmelidir (TBK m. 586/1).

g) Kefalet sözleşmesi salt kefile borç yükler

Kefalet sözleşmesinin kanuni tanımı ile de ifade edildiği gibi, sözleşmede sadece kefil yönünden borç doğmaktadır. Diğer bir deyişle, alacaklının kefile karşı üstlendiği herhangi bir borç söz konusu değildir. Bu durum, kefalet sözleşmesinin temel özelliklerinden birini oluşturmaktadır.

Her ne kadar Kanunda alacaklıya da çeşitli “ödevler” yüklendiği görülmekte ise de, öğretide bunların alacaklının yerine getirmesi gereken karşı edimler olmadığı ve kefilin alacaklıya karşı “ivazsız bir edimi üstlendiği”ne işaret edilmektedir¹².

h) Kefalet sözleşmesinin bağımsızlığı

Her ne kadar kefalet sözleşmesi ile asıl borç arasında bir bağ var ise de, kefalet sözleşmesi, asıl borçtan tamamen bağımsız bir niteliktedir. Bu nedenle kefalet konu borcun sözleşme, haksız fiil veya sebepsiz zenginleşmeden doğması söz konusu olabilecek iken, kefalet niteliği itibariyle sözleşmeden doğar. Ayrıca asıl borç bir yapma veya yapmama edimi şeklinde olabileceği gibi, kefalet mutlaka bir para borcu doğurur.

2. Kefalet sözleşmesinin geçerlilik koşulları

Bir sözleşmenin kefalet sözleşmesi olarak geçerli olabilmesi için, öncelikle geçerli bir asıl borcun varlığına ve geçerli şekilde kurulmuş bir kefalet sözleşmesinin varlığına ihtiyaç duyulacaktır. Ayrıca, salt evliler açısından, eşin rızasının varlığı da aranacaktır.

¹² Yavuz, s. 670.

a) Asıl borcun varlığı

Kefalet sözleşmesinin varlığından bahsedilebilmesi için, öncelikle mevcut ve geçerli bir borcun varlığı şarttır. Ancak bu borcun kefalet anında var olması gerekmez. Kefil, gelecekte doğacak veya koşula bağlı bir borç için de bu borç doğduğunda veya koşul gerçekleştiğinde hüküm ifade etmek üzere de kefalet sözleşmesi kurabilir. Bu durum, kefalet sözleşmesinin temel özelliklerindedir (TBK m. 582/1).

Türk Borçlar Kanunu, 818 sayılı Borçlar Kanunundan farklı olarak, kefalet sözleşmesi kurulurken borçlunun hataya düşmesi veya ehliyetsizliği nedeniyle borcun geçersiz veya sakat olduğunu bilen kefilin kefaletinin geçerli olacağına ilişkin hükme, yeni düzenleme ile zamanaşımına uğramış bir borca kefil olmak durumu da eklenmiştir (BK m. 485, TBK m. 582/2). Böylelikle, kefaletin uygulama alanı genişletilmiştir.

Yeni düzenlemede, kefilin korunması açısından yer verilen önemli hususlardan birisi de, TMK m. 582/3 hükmüdür. Maddeye göre, kanundan aksi anlaşılmadıkça, kefilin kendisine tanınan kanuni haklardan önceden feragati geçersiz kabul edilmiştir. Bahsedilen düzenlemenin önemi, uygulamada zor durumdaki kişilerden alınan kefaletler yönünden kendisini gösterecektir. Bu düzenleme sebebiyle kefalet sözleşmesi veya ayrı bir taahhüt ile kefilin durumunun kefalet sözleşmesi düzenlenmeden önce ağırlaştırılmayacaktır.

Böylece, güçlü durumdaki kişilerin, zor durumdaki borçlu ve/veya kefillerini aslında istemedikleri koşulları imzalamaya zorlamaları halinde dahi, kefil kanunun kendisine tanıdığı kanuni savunma imkânlarını kullanabilecektir. Özellikle güçlü durumdaki kredi kurumları veya bankalar tarafından önceden ve tek taraflı olarak dayatılan (ve özünde Türk Borçlar Kanunu hükümleri çerçevesinde ayrıca genel işlem koşulları açısından denetime tâbi de tutulması gerekecek olan) genel kredi sözleşmelerine bu konuda yerleştirilen hükümlerin bir önemi kalmayacaktır.

b) Kefalet sözleşmesinin şekli

Kefalet sözleşmesi yeni kanunda da yazılı şekilde düzenlenebilecek olmakla birlikte, TBK m. 583/1, BK m. 484'e nazaran geniş bir kısım hususları da kefaletin şekline dâhil etmiştir. Bunların en dikkat çekicileri, kefilin sorumlu olacağı azami miktarın, kefalet tarihinin ve müteselsil kefil olunmuşsa, bunu gösteren ibarenin kefilin el yazısı ile yazılmış olması şartlarıdır.

Bu şartlar değerlendirildiğinde, uygulamada sıkça karşılaşılan ve aslında kefil ve/veya borçlunun bilgilendirilmediği çeşitli suiistimallerin, örneğin: Bankalarca düzenlenen genel kredi sözleşmelerinde, başlangıçta sözleşme metnine kefalet limiti eklenmekten kaçınılması, bilahare kefilin bilgi veya onayı olmaksızın borçluya ilave krediler kullandırılarak, kefilin durumunun ağırlaştırılması ve borçlunun temerrüdü söz konusu olduğunda sözleşmede boş bırakılan unsurların güncel riske göre tamamlanarak icraî takibat yapılması yaygın bir uygulamadır. Kanunun bahsedilen hükmü karşısında, artık kefilin kefalet limitinden ve bunun artırılmak istendiğinden haberi olacaktır.

Ancak, kanundaki düzenlemede "*kefilin el yazısından*" bahsediliyor olması karşısında, özellikle okuma yazma bilmeyen veya engelli olması nedeniyle el yazısı yazamayacak kişilerin kefil olup olamayacağı tartışması çıkacaktır. Bu konuda ÖZ, bahsedilen kişilerin kefil olamayacakları görüşündedir¹³.

Benzeri bir tartışma da, birden çok kişi tarafından temsil edilecek tüzel kişiliklerin durumunda ortaya çıkacaktır. Nitekim tüzel kişilerin birden çok kişi tarafından müştereken atılacak imzalarla temsilinin söz konusu olacağı durumlarda, her bir imza sahibinin ayrı ayrı el yazılı beyanlarının alınıp alınmayacağı konusunda çeşitli görüşler mevcuttur. BARLAS, bu kişilerden sadece birinin imzasının yeteceğini ileri sürmekte ise de¹⁴, ÖZ tüzel kişiyi

¹³ ÖZ, s. 102.

¹⁴ Barlas, s. 14.

temsilen imza atacak her bir gerçek kişinin, bahsedilen unsurları ayrı ayrı el yazısına dökmeleri gerektiği görüşündedir¹⁵.

Kefalet sözleşmesinde sonradan yapılan değişikliklerin etkileri ise, değişikliğin niteliğine göre farklılıklar arz edecektir. Nitekim TBK m. 583/3 hükmüne göre, kefalet sözleşmesinde sonradan yapılan ve kefilin sorumluluğunu artıran değişiklikler de kefalet sözleşmesinin düzenlenmesine ilişkin şekil şartlarına uyularak yapılmalıdır. Ancak söz konusu değişiklik, kefilin sorumluluğunu azaltan bir nitelikte ise, o takdirde sadece adi yazılı şekilde işlem yapılması yeterli olacaktır (m. 583/2).

Herhangi bir kişiye kefil olma konusunda verilecek temsil yetkisinde ve herhangi bir üçüncü kişiye yöneltilecek kefil olma vaatlerinde de kefaletle ilişkin şekil şartlarına uygun davranılması gerekecektir (m. 583/2).

c) Eşin rızası

Evlilik, müşterek hayatın her yönden huzur içerisinde yaşanması temeline dayalı bir kurumdur. Evliliğin huzurunu bozan temel etkenlerden birisi de ekonomik sıkıntılardır. Özellikle kadının ikinci planda kaldığı toplumumuzda, evin kazancını da temin eden erkek eşler (çoğunlukla eski deyimle kocalar) zaman zaman sonuçlarını veya etkilerini dikkate almaksızın çeşitli borç veya risklere girebilmektedir. Bu borçların ödenmesi veya risklerin sonuçları ile yüz yüze kalınması halinde ise, evli çiftler aile konutları da dâhil olmak üzere çeşitli haciz işlemleri ile karşı karşıya kalmaktadır. Kanun koyucu bahsedilen sorunları düşünerek, evlilik birliğinin korunması açısından gerekli olduğu düşünülen bir tedbiri Türk Borçlar Kanununun 584'ncü maddesinde almıştır.

TBK m. 584/1'e göre eşlerden biri kefil olmak istediğinde, ancak diğer eşin yazılı rızası varsa bu arzusunu gerçekleştirebilecektir. Kanun kötüye kullanmayı engellemek gayesi ile, bahsedilen iznin kefalet sözleşmesinin

¹⁵ Öz, s. 102.

kurulmasından önce ya da en geç kurulması anında verilmiş olmasını da şart koşmuştur.

Kanun, rızanın şeklini de dñzenlemiřtir. TBK m. 584/1'e gñre eşin rızası ancak yazılı ise geçerlidir. Ancak rızanın bildirildiği yazının kim tarafından ve ne şekilde yazılması gerektiğine ilişkin bir dñzenlemeye yer verilmemiştir. Bñylece, kefilin sorumluluğunun belirlenmesine esas azami miktarı, kefalet tarihi ve mñteselsil kefil olunması hñlinde bu sıfatın kefilin kendi el yazısıyla olması gerekirken; eşin rızasının salt bir imza ile sınırlı kaldığı anlaşılmaktadır.

Kanımızca bu durum bir eksikliktir. Zira bu dñzenlemenin getirilmesindeki temel maksat eşler arasındaki ahengin sağlanması ise, o takdirde izin veren eşin irade beyanının, kefil olan eşin irade beyanları için aranan asgari koşulları ile aynı ağırlıkta olması uygun olurdu. Diğer yandan, eşin rızasının kefalet belgesi üzerinde yer alması aranmadığına gñre, kefil olmak isteyen eşin, diğerine kefaletin içeriği hakkında yeterli bilgi vermeksizin bir kâğıt imzalatması ve rıza beyanını buna daha sonra kaydetmesi de mñmkñn olacaktır.

Ayrıca, Kanunda eşin rızasının aranmayacağı hallere de yer verilmiştir. Nitekim TBK m. 584/1 gereğince eşlerden birisinin mahkemece verilmiş bir ayrılık kararının sñz konusu olduğu veya yasal olarak ayrı yaşama hakkı doğduğu hallerde, diğer eşin rızasına gerek kalmaksızın kefil olabileceği sonucuna varılmaktadır. Diğer yandan, kefilin sonradan evlenmesi hñlinde de eşin rızası aranmayacaktır¹⁶

Kanımızca bu hñkñmler de eşin rızasının aranmasının temel gerekçeleri ile çelişir niteliktedir. Zira Kanunda yer verilen hñkñmlerin, sadece kefil kendine karşı değil aynı zamanda kefilin eşini ve aile birliğini korumaya yñnelik olduğu açıktır. Ancak, rneđin kanunda açıkça sayılmasa da; eşine şiddet uyguladığı için hñkim kararı ile evden uzaklaştırılan bir eşin o kızgınlıkla gidip kefil olması halinde, bu durumdan her koşulda şiddete uğrayan eř zarar gñrecektir.

¹⁶ öz, s. 103.

Hak ve fiil ehliyetine sahip eşlerin tasarruf imkânları baki olduğuna göre, Kanun Koyucunun amacı eğer evlilik birliğini kefaletten korumak ise, o takdirde evli kişilerin eşlerinin rızası olmadığı sürece kefil olamayacaklarına ilişkin genel bir düzenleme ile yetinilmesi, kanımızca amaca daha uygun sonuçlar doğurabilirdi.

3. Kefaletin türlerine göre içeriği

1. Adi Kefalet

Adi kefalet, kefalet sözleşmesinin temel hâli olarak da adlandırılabilir. Zira ayrıca herhangi bir açıklama yapılmaksızın kefil sıfatının edinildiği hâllerdeki kefaletin türü, adi kefalettir.

Adi kefaletin temel özelliği, alacaklının borçluya başvurmadıkça kefil takip edememesidir. Aksi takdirde kefil, aleyhindeki takibata itiraz edebilecek ve öğreti ve uygulamada “*tartışma def'i*” olarak adlandırılan defide bulunabilecektir. Bu duruma, maddenin gerekçesinde de açıkça işaret edilmektedir.

Yerini aldığı BK m. 486'dan farklı olarak, TBK m. 585'de düzenlenen koşullara göre adi kefilin doğrudan doğruya takip edilebilmesi için; borçlu aleyhinde yapılan takibin sonuçsuz kalması değil, borçlu aleyhinde kesin aciz vesikası alınması; borçlu aleyhinde Türkiye'de takibatın imkânsız hâle gelmesi yanında önemli ölçüde güçleşmesi; salt iflası değil konkordato süresi verilmiş olması da yeterli kabul edilmiştir. Aynı şekilde, alacağın teminatı olarak rehin verilen hâllerde, borçlunun iflası yanında ya konkordato süresi verilmiş olması, kefilin öncelikle rehnin paraya çevrilmesi yolunda def'i ileri sürmesine engel teşkil edecektir.

Diğer yandan bir kişi, sadece açığın kapatılması için de kefil olabilir. Türk Borçlar Kanunu m. 585/son bu durumdaki kişilere ilişkin ayrıca bir kısım düzenlemeler getirmiştir. Buna göre eğer kefil sadece açığın kapatılması için kefil

olmuşsa; borçlu aleyhinde yapılan takibin kesin aciz belgesi alınmasıyla sonuçlanması, borçlu aleyhinde Türkiye’de takibat yapılmasının imkânsız hâle gelmesi ya da konkordatonun kesinleşmesi hâllerinde alacaklı doğrudan adi kefile de müracaat edebilecektir. Ancak madde gerekçesinde de işaret edildiği gibi, nispi emredici nitelikteki bu düzenlemelerin aksinin kararlaştırılması ve ayrık bir durum olarak değerlendirilen açığın kapatılmasına yönelik kefalette de tartışma def’i ileri sürülebilecek hallerin kapsamının genişletilmesi mümkündür.

2. Müteselsil kefalet

Kefalet sözleşmesi açısından Türk Borçlar Kanunu ile esaslı değişikliğe uğrayan düzenlemelerden birisi de müteselsil kefalettir. Uygulamada en sık kullanılan kefalet türü olan müteselsil kefaletin kurulması için, kefilin müteselsil kefil veya bu anlama gelen herhangi bir ifadeyi kullanarak yükümlülük altına girmesi şarttır (m. 586/1).

Borçlar Kanununun müteselsil kefalete ilişkin 487’nci maddesinin yerini alan TBK m. 586, müteselsil kefile müracaat için gereken koşulları ağırlaştırmıştır. Böylece, müteselsil kefilin durumu önceki hükümlere nazaran farklı bir konuma oturtulmuştur.

Nitekim önceki hükümde müteselsil kefile müracaat için asıl borçlu aleyhinde takibat yapılması veya rehin varsa, öncelikle bunun paraya çevrilmesinin gerekmediğine işaret edilmekle yetinilmişken; TBK m. 586/1, müteselsil kefile müracaat için borçlunun ifada gecikmesi ve ihtarın sonuçsuz kalması veya açıkça ödeme güçsüzlüğü içinde olması koşullarını da eklemiştir.

Kanunun bahsedilen hükmündeki ihtarın kime keşide edilmesi gerektiği konusunda bir açıklık yok ise de, kanımızca asıl borçluyu temerrüde düşürecek ihtarın kefile de keşide edilmesi uygun olacaktır. Nitekim TBK m. 590’da bu konuda hükümler yer aldığı gibi, Türk Borçlar Kanunu ile aynı gün yürürlüğe girecek olan yeni Türk Ticaret Kanununun 7’nci maddesinin ilk fıkrasının son cümlesinde “Ancak, kefil ve kefillere, taahhüt veya ödemenin yapılmadığı veya

yerine getirilmediği ihbar edilmeden temerrüt faizi yürütülemez.” şeklinde bir düzenlemeye yer verilmiştir.

Kanımızca müteselsil kefaletin amacını aşan ve kullanılma imkânını oldukça zora sokan bu düzenlemeler, uygulamada pek çok sorun yaratacaktır. Nitekim borçlunun ifada geciktiğini saptanması ve bu konuda kendisine bir ihtar gönderilmesi gereğinin doğduğunun anlaşılması bir açıdan kolaydır. Madde gerekçesinde açıkça değinilmese de, bahsedilen durum esasen borçlunun temerrüdüdür (BK m. 101/1, TBK m. 117/1). Ancak yine aynı maddelerde sayılan diğer hâllerde, örneğin; borcun ifa edileceği günün taraflarca kararlaştırılması hâlinde, kararlaştırılan günün geçmesi üzerine borçlu ayrıca ihtara gerek olmaksızın temerrüde düşecektir. Alacaklı da borçlunun temerrüdünün kendisine verdiği imkânlardan “ayrıca ihtar keşidesine” ve uygulamada anlaşıldığı şekli ile “tebliğine” gerek kalmaksızın yararlanacaktır. Ancak yeni düzenleme, müteselsil kefalette dahi alacaklının kefile yönelebilmesi için ihtar ve bu ihtarın sonuçsuz kalması gibi bir zorunluluk getirerek, alacaklının müteselsil kefilik takibini zorlaştırmıştır. Aynı şekilde, TBK m. 586/1 müteselsil kefile yönelme koşullarından birisi olarak, borçlunun açıkça ödeme güçsüzlüğü içinde bulunmasını aramıştır. Bu şart da uygulamada ispat problemleri yaratacaktır.

Örneğin: Bir kişinin (belli bir an için) ödeme güçsüzlüğü içinde bulunması ile borcunu ödeyemez hâle gelmesi farklı durumları ifade etmektedir. Nitekim bir borçlunun pek çok gayrimenkul malı olmasına karşın, o an için nakit parasının olmaması sebebiyle ödeme güçsüzlüğü yaşaması ile; hiç mal varlığının olmaması nedeniyle ödeme güçsüzlüğü yaşaması arasında oldukça büyük farklar vardır. Her ikisinin sonuçları da birbiri ile ilgisizdir. Madde metninden, rehin söz konusu ise alacaklının öncelikle bunu paraya çevirmesi zorunluluğunu getiren İİK m. 45’deki temel kuralın istisnalarından birini oluşturan müteselsil kefalette, kefilik takibi için nasıl bir ortamın varlığının ispat edilmesi gerektiği somut olarak anlaşılammaktadır. Kanımızca bu durum, müteselsil kefalet müessesinin alışıldık niteliğine aykırı olmuştur.

3. Birlikte kefalet

Kural olarak kefalet sözleşmesi iki taraf arasında düzenlenmekte ise de, sözleşmenin kefil tarafından birden fazla kişinin bulunmasına kanunen bir engel yoktur. Bu durum, TBK m. 587’de birlikte kefalet olarak adlandırılmaktadır. Kefalet sözleşmesi açısından kapsamlı değişiklik yaratan madde hükmü, birlikte kefillerin iç ve dış ilişkileri açısından bir fark yaratmamıştır. Ancak, özellikle sorumluluklarının belirlenmesi ve buna bağlı olarak rücu imkânları açısından, yerini aldığı BK m. 488’den daha geniş hükümler içermektedir.

Nitekim madde metnine göre; birlikte kefillerin her biri, borcun tamamından sorumludur. Ancak kefillerden herhangi birinden ödeme yapmasının istenebilmesi için, kendisiyle birlikte kefil olmuş diğer tüm kefillerin veya arada müteselsil kefil sıfatı ile kefil olmuş herhangi birisi varsa, o’nun hakkında öncelikle takibe girişilmesi şarttır.

Birlikte kefalette kefilin rücu imkânları açısından bir değerlendirme yapılacak olursa, borcu ödeyen kefilin asıl borçlu yanında, kendi payını aşacak şekilde yaptığı ödeme için diğer kefillere de müracaat edebileceği sonucuna varılmaktadır. Ancak bu durumun aksi, sözleşme ile kararlaştırılabilecektir (TBK m. 587/1).

Birlikte kefalette, kefilin borçtan kurtulmasına ilişkin kanuni düzenleme gereğince: Alacaklının kefilin aynı alacak için başka kişilerin de kefil olduğunu veya olacağını varsayarak kefalet verdiğini biliyor veya bilmesi gerekiyorsa, bu varsayım gerçekleşmez veya alacaklı kefillerden herhangi birini kefaletten kurtarır veya kefillerin herhangi birinin kefaletinin hükümsüz olduğuna mahkemece karar verilirse, birlikte kefil olanların da kefaleti sona erer. (TBK m. 587/3). Kanımızca bu durum, TMK m. 3’de ifadesini bulan iyiniyet ilkesinin kefalet sözleşmesine yansıyan bir görünümünü de oluşturmaktadır.

Diğer yandan, birlikte kefil olanların tamamının aynı miktarda borçla ilgili sorumlu tutulmaları da şart değildir. Başka bir deyişle, birlikte kefil

olanların kefalet limitleri birbirinden farklı olabilecektir. TBK m. 587/son bu ihtimali değerlendirerek, kefillerin rücu imkânını düzenlerken, borcu ödeyen kefilin, diğerlerine toplam kefalet miktarındaki payı oranında rücu edebileceğini düzenlemiştir. Ancak, bahsedilen düzenleme emredici nitelikte olmadığından, tarafların sözleşme ile aksini kararlaşdırmaları mümkündür.

C. KEFİL İLE ALACAKLI ARASINDAKİ İLİŞKİ

1. Sorumluluğun kapsamı

Kefalet açısından genel kural, kefilin kefalet sözleşmesinde yazılı miktarla sorumlu olmasıdır. Ancak Türk Borçlar Kanunu, bahsedilen sorumluluk açısından yeni bir kısım düzenlemeler getirmiştir. Örneğin: BK m. 490 kefilin borcun aslı ile beraber borçlunun kusur veya temerrüdünün kanuni sonuçlarından da sorumlu olduğunu bildirmekle yetinir iken; TBK m. 589/1, kefilin gerek asıl borçlu ve gerekse kendi temerrüdünün sonuçları açısından özel bir vurguya yer vermiştir.

Buna göre, kefilin sorumluluğu, kanımızca her durumda kefalet sözleşmesinde belirtilen azamî miktarla sınırlandırılmıştır. Bu nedenle, kefil kendi temerrüdünün sonuçları itibariyle de en fazla kefalet sözleşmesinde belirtilen azamî miktar kadar sorumlu tutulabilecektir. Nitekim (her halde uygulamada yeterince anlaşılamayabileceği endişesinden olsa gerek) maddenin ikinci fıkrasında, ilk fıkrada açıkça düzenlenen hususa yeniden vurgu yapılarak, azamî miktarla sınırlı sorumluluğun kapsamına nelerin dâhil olacağı ayrıca ve açıkça yazılmıştır. Buna göre kefilin kefalet limitinin saptanmasında dikkate alınacak hususlar:

- Asıl borç ile borçlunun kusur veya temerrüdünün yasal sonuçları (b.1),

- Alacaklının, kefile, onun borcu ödeyerek yapılmalarını önleyebileceği uygun bir zaman önce bildirmesi koşuluyla, borçluya karşı yönelttiği takip ve davaların masrafları ile gerektiğinde rehinlerin kefile tesliminin ve rehin haklarının devrinin sebep olduğu masraflar (b.2),

- İşlemiş bir yıllık ve işlemekte olan yıla ait akdî faizler ile gerektiğinde tahvil karşılığında ödünç verilen anaparanın işlemiş bir yıllık ve işlemekte olan yıla ait faizler olacaktır (b.3). Böylece, kefaletten kaynaklanan sorumluluğun, tıpkı limit ipoteklerinden kaynaklanan sorumluluk gibi olacağı sonucuna varılması mümkün gözükmemektedir.

Diğer yandan, TBK m. 589/3 gereğince, artık kefil kefalet sözleşmesinin kurulmasından önceki borçlarından da sorumlu tutulabilecektir. Ancak, daha önce de değinildiği gibi kefilin sorumluluğu müspet borçlara ilişkin olabileceğinden, asıl borç ilişkisinin hükümsüz hale gelmesinin sebep olduğu zararlardan ve ceza koşulundan kesinlikle sorumlu tutulamayacaktır. Nitekim bu konudaki TBK m. 589/4 düzenlemesi açıkça “*kesin olarak hükümsüzlükten*” bahsetmektedir.

2. Kefilin takibi

Alacaklının kefile müracaat hakkı, en erken asıl borcun muaccel olacağı tarihte doğacaktır. İç ilişkide alacaklı asıl borçluyu kararlaştırılan tarihten daha erken bir tarihte takip imkânına kavuşsa dahi, bu durum kefil açısından söz konusu olamayacaktır. Bu konudaki en tipik örnek TBK m. 590/1’de bahsedilen iflâs durumudur. Nitekim “*Borçlunun taşınmaz mallarının rehni suretiyle temin edilmiş olan alacaklar müstesna olmak üzere iflasın açılması müflisin borçlarını muaccel kılar.*” (İİK m. 195). Bu düzenleme, kendisini birlikte kararlaştırılan vadeye göre ayarlayacak olan kefilin lehinedir. Kefilin durumunun ağırlaştırılmaması prensibine de uygundur.

Kural olarak borçlunun (ve bu arada kefalet sebebiyle sorumlu olacak ve teknik anlamda borçlu sıfatını edinecek kefilin), aleyhindeki her takibi

durdurabilmesi veya icra veznesine depo edilen paranın alacaklıya ödenmemesini talep edebilmesi mümkün değildir (örneğin; İİK m. 36'de bu hak salt ilâmı temyiz eden davalıya veya İİK m. 72'de menfi tespit davası açan borçluya verilmiştir). Ancak TBK m. 590, tüm kefalet türlerinde kefilin aynı teminat karşılığında, mevcut rehinler paraya çevrilinceye ve borçlu aleyhinde yapılan takip sonucunda kesin aciz belgesi alınıncaya veya konkordato kararına kadar, aleyhindeki takibin durdurulmasını hâkimden isteyebileceğini düzenlemiştir. Böylece, özellikle asıl borçlunun malı bulunan ve fakat alacaklıların bu malların paraya çevrilmesi ile uğraşmak istemedikleri durumlarda, kefilin savunma imkânları genişletilmiştir. Ancak madde metninde sadece aynî teminattan bahsediliyor olmasına karşın, kanımızca uygulamada nakit veya banka teminat mektupları da teminat olarak kabul edilecektir. Aynı şekilde, madde metninde bahsedilen hâkimin de icra mahkemesi hâkimi olabileceği değerlendirilmektedir.

Bahsedilen durdurma kararının kefalet için öngörülen azami süreyi durdurup durdurmayacağı konusunda açık bir hüküm bulunmasa da, öğretide BARLAS, durdurma kararının, azami süreyi kesmesi ve kararın kalkması durumunda, kaldığı yerden devam etmesi gerektiği görüşündedir¹⁷

Diğer yandan, asıl borcun muayyen vadeli olmaması ve borçluya bir ihtar keşidesi ile süre verilmesi de gerekebilecektir. Bu ihtimali değerlendiren kanun koyucu, borçluya verilecek sürenin kefile de tanınması gerektiğini düzenlemiştir (TBK m. 590/3). Dolayısı ile kefile bu bildirim yapılmadan ve süre verilmeden, sorumluluğuna gidilemeyecektir.

Türk Borçlar Kanunu, kefile yeni bir savunma imkânı daha tanımıştır. Bu da TBK m. 590/son fıkra hükmüdür. Maddeye borçlu yabancı bir ülkede yerleşik ise ve borcunu ödemesi, döviz işlemleri veya havale ile ilgili yasaklar gibi sebeplerle, o yabancı ülkenin yasal düzenlemeleri gereği imkânsız hâle gelmiş veya sınırlandırılmış ise, yerleşim yeri Türkiye'de olan kefil, takibe bu sebeple itiraz edebilecek ve kendisini sorumluluktan kurtarabilecektir. Tipik bir mücbir

¹⁷ Barlas, s. 24.

sebeup olarak değerlendirilebilecek bu durumun düzenlenmiş olması, uygulamada bu sorunla karşılaşabilecek kefillere rahatlama sağlayacaktır.

3. Defiler

Kural olarak borçluya kanunda yazılı sebepleri ileri sürerek borcu yerine getirmekten kaçınma imkânı veren defilerin kullanım şekilleri Türk Borçlar Kanununda, zel görünüm şekillerine kavuşturulmuştur. Bu konudaki düzenlemeleri içeren TBK m. 591 hükümleri gereğince:

a) Kefil, asıl borçluya veya miraslarına ait olan ve asıl borçlunun ödeme güçsüzlüğünden doğmayan bütün defileri alacaklıya karşı ileri sürme hakkına sahip olduğu gibi, bunları ileri sürmek zorundadır. Yanılma veya sözleşme yapma ehliyetsizliği ya da zamanaşımına uğramış bir borç sebebiyle borçlunun yükümlü olmadığı bir borca bilerek kefalet hâli bu hükmün dışındadır (f.1).

b) Asıl borçlu kendisine ait olan bir defiden vazgeçmiş olsa bile kefil, yine de bu defii alacaklıya karşı ileri sürebilir (f.2). Böylece alacaklı ile borçlunun anlaşıp, borcun kefiliden tahsiline imkn verecek türden işlemler yapmaları hâlinde dahi kefilin kendisini koruyabilecek imkânı elinden alınmamıştır.

c) Kefil, asıl borçluya ait defilerin varlığını bilmeksizin ödemede bulunursa, rücu hakkına sahip olur. Buna karşılık asıl borçlu, kefilin bu defileri bildiğini veya bilmesi gerektiğini ispat ederse kefil, bunlar ileri sürülmüş olsaydı ödemeden kurtulacağı lde rücu hakkını kaybeder (f.3). Bu düzenleme de kefil lehinedir. Ayrıca bilmesi veya bilmesi gerekecek durumda olmasına yönelik ölçü, kanımızca TMK m. 3'de ifadesini bulan genel prensiplere de uygundur.

d) Kumar veya bahisten doğan bir borca kefalette kefil, borcun bu niteliğini bilmiş olsa bile, asıl borçlunun sahip olduğu defileri ileri sürebilir (f.4). Kanun koyucu böylece TBK m. 604 ve 605'te yer verdiği kumar ve bahisten borç

doğmayacağına ilişkin prensibin, kefalet sözleşmesi kullanılarak aşılmasının önüne geçmiştir. Kanımızca BK m. 497’de yer verilmeyen hususlara ilişkin bu yeni düzenleme, isabetli olmuştur.

4. Alacaklının genel yükümlülükleri

Alacaklı özünde kefalet sözleşmesi ile bir borç altına girmez. Ancak bu durum, alacaklının hiçbir yükümlülüğünün bulunmadığı sonucunu da doğurmaz. Nitekim özellikle kefilin durumunun ağırlaştırıldığı bir kısım hususlar, kanunen yasaklanmıştır.

Bahsedilen hususlar çoğunlukla TBK m. 592’de düzenlenmiştir. Madde hükümlerine göre, alacaklının kefalet sırasında var olan veya daha sonra asıl borçludan elde edeceği rehin haklarını, sair güvenceleri veya rüçhan haklarını azaltacak ve bu durum kefilin zararına sebebiyet verecek ise, kefilin sorumluluğu da azalacaktır. Ancak Kanun, alacaklıya bu konuda bir hak tanımıştır. O hak da, alacaklının zararın daha az olduğunu ispat edebilmesidir. Diğer yandan eğer borçlu bu zararının varlığını ispat edebilirse, bunun geri verilmesini de talep edebilecektir (f.1).

Herhangi bir işverenin, bir üçüncü kişinin çalışanlarına kefil olmasını sağlaması da mümkündür. Kanun koyucu bu ihtimali de değerlendirmiş ve alacaklının çalışanlar üzerindeki gözetim yükümlülüğünü ihmal ettiği veya gereken özeni göstermemesi nedeniyle doğacak borçlar sebebiyle artan yükümlülükler açısından, kefilin sorumluluğuna gidilemeyeceğini benimsemiştir (m. 592/2).

Diğer yandan alacaklı, borcu ödeyen kefilin asıl borçluya rücuu ile ilgili her türlü kolaylığı ve yardımı göstermekle de yükümlüdür. Alacaklının alacağını tahsil etmesine karşın, borcun sona erdiğindekinden farklı şekilde davranması

ve varsa borçluya ait senetleri iptal etmemesi veya borçluya iade etmemesi; varsa rehinleri kefile devretmesi ve borçluya ait elindeki bilgileri kefile vermesi gereklidir. Kanun koyucu alacaklının borçludan başka alacaklarının olabileceğini de değerlendirerek, bu alacakların, kefilin alacaklarına oranla öncelikli olduğuna da özel vurgu yapmıştır (m. 592/3). Ayrıca, alacaklının bahsedilen yükümlülüklerine haklı bir sebep olmaksızın aykırı davranması da, kefilin kefaletinden kurtarılması imkânı yaratan bir yaptırıma da bağlamıştır (m. 592/4).

5. Kefil tarafından yapılacak ödemenin reddedilemezliği

Kanun, alacaklının temerrüdüne ilişkin genel prensiplere paralel bir kısım düzenlemeleri benimseyerek, asıl borç herhangi bir sebeple muaccel olduğunda, alacaklının kefil tarafından yapılacak ödemeyi reddedemeyeceğini benimsemiştir. Aynı şekilde, birden çok kişinin kefil olduğu borç ilişkisinde, herhangi bir kefil eğer kendi payına düşenden az olmamak kaydı ile kısmi ödeme teklif ederse, bu teklifi reddedemeyecektir (m. 593/1).

Benzeri şekilde, alacaklının haklı bir sebep göstermeksizin ödemeyi kabulden kaçınması halinde (diğer bir deyişle, alacaklının temerrüdü söz konusu olacaksa) kefil borcundan veya birlikte müteselsil kefalette ise, kendi payınca sorumluluktan kurtulacaktır (m. 593/2). Uygulamada herhangi bir alacaklının, özellikle asıl borçlunun temerrüdünün söz konusu olduğu durumlarda, her kim ve bu arada kefil tarafından önerilmiş olursa olsun, kısmi de olsa bir ödeme teklifini reddedeceği düşünülmemekle birlikte, bu konuda açık bir düzenlemeye gidilmiş olması, kanımızca kefil yararına olmuştur.

Özünde kefalet sözleşmesi ile asıl borç ilişkisi arasında bir bağlantı olduğundan, kefil herhangi bir saikle asıl borcun muaccel olmasından önce de borcu ödemek isteyebilir. Kanun koyucu bu ihtimali değerlendirmiş, ancak kötüye kullanmaların önüne geçmek gayesi ile olsa gerek, borçlunun durumunun ağırlaştırılmaması için, kefilin asıl borçluya rücu imkânına en erken asıl borcun muaccel olacağı tarihte kavuşabileceğini benimsemiştir (m. 593/3).

6. Alacaklının kefile bildirimde bulunma ve iflasla konkordato da kayıt yükümlülüğü

Özünde asıl borçlu ile kefilin temerrütleri farklı kavramları ifade etmekle birlikte, Türk Borçlar Kanunu, kanımızca kefilin bilgilendirilmesi ihtiyacından hareketle, alacaklıya bir kısım bildirim yükümlülüğü yüklemiştir. Nitekim TBK m. 594/1 gereğince asıl borçlu ödemede altı ay gecikecek olursa, alacaklının durumu kefile bildirmesi gerekmektedir. Ayrıca kefilin her talebinde, alacaklının asıl borcun durumu konusunda da bilgi vermek yükümlülüğü söz konusudur. Bu hüküm, Borçlar Kanununda yer almayan ve kanımızca yararlı bir hükümdür. Zira uygulamada borçluların en azından kefillerin durumdan haberdar oldukları zaman borcun ödenmesi konusunda daha hassas davrandıkları görülmektedir.

Kanun, asıl borçlunun iflasına veya konkordato isteminde bulunmuş olmasına, alacaklı açısından çeşitli sonuçlar bağlamıştır. Bunlardan kefil lehine olanlar arasında, borçlunun iflası veya konkordato isteminde bulunması halinde, alacaklının iflas masasına kayıt yaptırması ve hakkını koruyacak diğer tüm girişimlerde bulunması ve durumu kefile bildirmesi gerekecektir (m. 594/2).

Kanun, yukarıda kısaca bahsedilen zorunluluklara aykırılık halini de kefilin uğradığı zarara bağlı bir yaptırıma bağlamıştır. Kanunun 594/3 hükmüne göre alacaklı, bu zorunluluklara uymaz ve kefilin zararına sebebiyet verir ise, kefil zarar miktarı kadar sorumluluktan kurtulacaktır. Kanımızca menfaatler dengesi yanında, kimsenin kendi kusurundan hak talep edemeyeceğine ilişkin genel ve alacaklının alacağına kavuşması için çaba sarf etmesi temeline dayalı takip hukuku kuralları açısından yapılacak değerlendirmede, bu hükümlerin yerinde olduğu açıktır.

D. Kefil ile borçlu arasındaki ilişki

Kefalet sözleşmesi özünde asıl borcu doğuran sözleşmeden etkilenmekte ise de, özünde ondan bağımsız bir niteliktedir. Bu nitelik gereğince kefil ile asıl borçlu arasında sözleşme ilişkisi dışında bir ilişkinin de varlığına ihtiyaç duyulmaktadır. Bahsedilen ihtiyaç Türk Borçlar Kanununda çeşitli şekillerle düzenlenmiştir. Bunlar kısaca; kefilin güvence verilmesini ve borçtan kurtarılmasını isteme hakkı, kefilin borçluya rücu hakkı ve kefilin bildirim yükümüne ilişkindir.

1. Güvence verilmesini ve borçtan kurtarılmayı isteme hakkı

Özünde kefalet bir güven ilişkisinin sonucunu doğurur. Bu güven ilişkisi, kefil ile alacaklı arasında ve/veya kefil ile borçlu arasında farklı şekillerde görünecektir. Kanun, kefil ile borçlu arasındaki ilişkide, somut bir kısım hususları dikkate alarak, aradaki ilişkide kefile bir kısım haklar tanımıştır. Bu haklardan güvence verilmesi ve borçtan kurtarılmayı istemeye ilişkin olanlar, TBK m. 595’de düzenlenmiştir.

Kanunun hükümlerine göre kefil aşağıdaki hallerde asıl borçludan güvence verilmesini ve bu arada borç da muaccel olmuş ise, kendisinin borçtan kurtarılmasını talep edebilecektir;

- Asıl borçlu, kefile karşı üstlendiği yükümlülüklerle ve özellikle belli bir süre içinde kendisini kefaletten kaynaklanan borcundan kurtarmaya ilişkin vaadine aykırı davranmış ise,

- Asıl borçlu temerrüde düşmüş ise veya yerleşim yerini başka bir yere (örneğin; Türkiye Cumhuriyeti’nden başka bir yere) taşımış ve bu nedenle hakkında yapılacak takibat önemli ölçüde güçleşmiş ise,

- Asıl borçlunun mali durumunun kötüleşmesi, güvencelerin değer kaybetmesi veya borçlunun kusuru sonucunda kefil için mevcut tehlike, kefaletin yapıldığı tarihe göre önemli ölçüde artmış ise.

Diğer yandan Kanun Koyucu, yukarıda sayılan hallerden borçlunun mali durumunun kefaletten sonra önemli ölçüde bozulmuş veya mali durumun kefalet sırasında kefilin iyiniyetle varsaydığından çok daha kötü olduğunun ortaya çıkması hallerini TBK m. 599'da gelecekte doğacak borca kefil olanlarla ilgili olarak kefaletten dönme sebebi olarak düzenlemiştir. Kanımızca bahsedilen hükmün uygulanma imkânı, şartlarının sübjektifliği veya ispat zorlukları karşısında oldukça dar kalacaktır. Aynı maddede ayrıca, kefilin dönmesi için belli bir sürenin öngörülmediği; eğer alacaklı zarara uğramış ise, bu zararın kefil tarafından giderilmesi gerektiğine ilişkin düzenlemelere de yer verilmiştir. Bu düzenlemeler, alacaklının menfaatlerinin korunması açısından bir denge unsuru teşkil etmektedir. Hüküm uygulamada en çok bankalara verilen kefaletlerde karşılaşılan sorunların çözümünde kullanılacaktır¹⁸.

2. Kefilin rücu hakkı

Niteliği itibariyle kefaletten kaynaklanan ödeme yapan kefil, aslında kendisine yabancı bir borcu ödediği için, bunu asıl borçludan talep edebilmek hakkına sahiptir. Buna ilişkin temel düzenleme TBK m. 596'da yer almakta olup, esas olan, kefilin alacaklıya ifada bulunduğu ölçüde, onun haklarına halef olmasıdır. Daha önce de değinildiği gibi, kefil asıl borcu daha erken ödemiş olsa dahi, rücu hakkına en erken asıl borcun muaccel olacağı tarihte kavuşacaktır (TBK m. 596/1).

Kanuna göre kefil, rehin hakları ile aynı alacak için sağlanmış diğer bir güvence var ise, o takdirde sadece kefalet anında var olan veya bizzat asıl borçlu tarafından ve özellikle kefil olunan alacak için verilmiş bulunanlara halef olabilecektir. Ancak, bahsedilen husus emredici değildir. Taraflarca aksi de düzenlenebilir (TBK m. 596/2).

Kefilin rücu hakkı, tamamen ödeme yapmasına bağlı değildir, kısmen yapılan ödemeler açısından da söz konusu olabilecektir. Bu gibi durumlarda bir de teminat söz konusu ise, alacaklı ile kefilin alacak ve rücu hakları aynı rehin

¹⁸ Barlas, s. 27.

üzerinde çatışacaktır. Kanun Koyucunun bu konudaki tercihi, alacaklının rehin konusu üzerinde geriye kalan alacak hakkının, kefilin rehin hakkından ön sırada geleceği yönünde oluşmuştur (TBK m. 596/2.c.2).

Kefilin rücu imkânı ile kefilin asıl borçlu arasında, kefalet verilmesini gerektiren dışında veya onun kapsamını aşan bir hukuki ilişki söz konusu olacak ise, o takdirde bunlar ayrı ayrı değerlendirilecektir. Her iki ilişkiden kaynaklanan istem veya def'iler varlıklarını bağımsız şekilde sürdürecektir (TBK m. 596/3).

Kefaletin de söz konusu olduğu bir ilişkide, herhangi bir üçüncü kişi tarafından verilmiş rehinin söz konusu olması da hukuken mümkündür. Bu durumda rehin veren ve kefil arasında "kendiliğinden" hukuki bir ilişki doğmaz. Dolayısı ile borcu ödeyen veya borç rehin verdiği mal paraya çevrilerek tahsil edilen rehin veren üçüncü kişinin kefile rücu edebilmesi için, bu konuda kefil ile arasında yapılmış bir sözleşmenin varlığı aranacaktır. Ancak, rehin kefaletten sonra verilmiş ise, o takdirde artık kefil ile rehin veren arasında bir sözleşmenin varlığı aranmamalıdır (TBK m. 596/4).

Kefilin rücu hakkı zaman açısından sınırsız değildir, zamanaşımına tabidir. Ancak zamanaşımının hangi tarihten başlayacağına ilişkin açık bir hükme yer verilmemiştir. Kefilin ödemeyi bir kerede yapması halinde bir sorun çıkmayacak olmakla birlikte, örneğin; Kanunda kefilin kısmi ödemedede bulunma hakkı açıkça tanınmış olması nedeniyle kısım kısım ödeme yapan kefil açısından zamanaşımı süresi hangi tarih itibariyle başlamış sayılmalıdır?

Bir an için maddede özel bir düzenlemeye yer verilmemiş olması sebebiyle haksız fiillere ilişkin TBK m. 73'de yer alan hükmün uygulanmasının gerekip gerekmeyeceği akla gelmekle birlikte; kanımızca bu konuda ayrıca ve açıkça bir düzenleme yapılmamış olduğu için, TBK 596/1 hükmünden hareket edildiğinde, kefilin yaptığı kısmi ödeme ile en azından o kısma ilişkin zamanaşımının işlemeye başlayacağını kabul etmek hakkaniyete uygun bir çözüm olacaktır ve kefilin kısmen dahi olsa ifada bulunduğu anda işlemeye başlayacaktır (TBK m. 596/5).

Kanunda, kefilin rücu imkânı olmayan bir kısım hale de yer verilmiştir. Bu, kefilin dava hakkı vermeyen veya yanılma ya da ehliyetsizlik sebebiyle asıl borçluyu bağlamayan bir borç için ödemede bulunması ile ortaya çıkan durumdur. Ancak istisnaen, kefil zamanaşımına uğraması nedeni ile eksik borç haline gelmiş bir asıl borçtan sorumlu olmayı borçlunun vekili sıfatı ile üstlenmiş ise, asıl borçlu, kefile karşı vekâlet sözleşmesi hükümleri uyarınca sorumlu olacaktır (TBK m. 596/son).

3. Kefilin bildirme yükümü

Kanun asıl borçlu ile kefil arasındaki ilişkinin düzenlenmesi sırasında, kefile bir kısım bildirim yükümlülüğü de yüklemiştir. Nitekim TBK m. 597/1 hükmünce, borcu ödeyen kefilin durumu asıl borçluya bildirmesi gerekecektir. Bu bildirim nasıl yapılacağı konusunda Kanunda açık bir düzenleme yer almadığından, bildirim şeklinin ispat şekline ilişkin usul hukuku kuralları çerçevesinde değerlendirilmesi gerekecektir.

Bildirim yapılmaması, Kanunda şarta bağlı bir yaptırıma tabi tutulmuştur. O da, kefilin bildirmemesi nedeni ile asıl borçlunun borcu yeniden ödemesi halinde, kefilin rücu imkânını yitirmesi şeklinde düzenlenmiştir (TBK m. 597/2). Ancak alacaklı iki kez tahsilat yapmış olacağından, kendi borçlusundan yapacağı tahsilatı, kural olarak kefile iade etmesi uygun olacaktır. Zira aksi halde, kefilin sebepsiz zenginleşmeye ilişkin taleplerine muhatap olacaktır (TBK m. 597/3).

II. KEFALET SÖZLEŞMESİNİN SONA ERMESİ

A. GENEL OLARAK

Kefalet bir sözleşme olduğuna göre, genel olarak sözleşmeleri sona erdiren tüm sebeplerin, kefalet sözleşmesini de sona erdirdiğinden bahsedilmesi mümkündür. Ancak Kanunda, kefalet sözleşmesinin nasıl sona ereceğine ilişkin çeşitli hükümlere de yer verilmiştir. Bunlar; kanundan kaynaklanan sebepler,

kefaletten dönme, kefalet süresinin sona ermesi, süresiz kefalette kefilin borçtan kurtulma sebepleri, çalışanlara kefalette fesih bildiriminde bulunulması şeklinde sayılabilir.

B. KEFALET SÖZLEŞMESİNİN KANUNİ SONA ERME SEBEPLERİ

1. Kefaletin kanunen sona ermesi

Niteliği itibariyle kefalet, asıl borcun varlığını gerektirdiği için, asıl borcun hangi sebeple olursa olsun sona ermesi, kefaletin de sona ermesi sonucunu doğuracaktır (TBK m. 598/1).

Bunun dışında, borçlu ve kefil sıfatının aynı kişide birleşmesi halinde de kefalet sona erecek olmakla birlikte, alacaklı için kefaletten doğan yararların kanunen saklı tutulduğu açıktır (TBK m. 598/2). Örneğin; asıl borçlu ve kefilin aynı şirketler topluluğuna ait birer ticaret şirketi olduğu ve fakat her ikisinin birleştiği bir olayda, artık her iki tüzel kişilik birbirinin içinde eriyip, ortaya yeni bir tüzel kişilik çıkacağı için, borçlu ve kefil sıfatı da birleşecektir. Bu durumda kefilin aynı şirketler topluluğuna mensup bir kefil de varsa, o takdirde artık kefilin kefil olan şirketin, kefaletinin sona erdiğini ileri sürmesi hukuken mümkün olamamalıdır. Nitekim buna benzer bir örnek, TBK m. 598/2'ye ilişkin madde gerekçesinde, miras hukukundan hareketle de verilmiştir.

Kanun, gerçek kişiler tarafından verilmiş kefaletlerin de asgari on yıllık bir süre için geçerli olacağını benimsemiştir. Bu sürenin sonunda, kefalet kendiliğinden ortadan kalkacaktır (TBK m. 598/3).

Kefilin takibi açısından ise, gerçek veya tüzel kişi ayırımına gidilmeksizin, on yıllık bir takibat süresi öngörülmüştür. Ancak, bahsedilen süre, kefaletin uzatılması veya yenilenmesi halinde geçerli olmayacaktır (TBK m. 598/4).

Yukarıda bahsedilen hükümler, mevzuatımıza ilk defa Türk Borçlar Kanunu ile giren hükümlerdir. Bu nedenle, özellikle uzun yıllar önce düzenlenmiş kefaletler söz konusu olduğunda durumun değerlendirilmesi nasıl yapılacaktır? Kanımızca bu konuda uygulamada tartışma yaratacak husus, 6101 sayılı Türk Borçlar Kanununun Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkındaki Kanunun 5 ve 6'ncı maddelerinde yer alan geçiş hükümlerinden doğacaktır.

Bahsedilen hükümlere göre, Türk Borçlar Kanununun yürürlüğe girmesinden önce işlemeye başlayacak zamanaşımı veya hak düşürücü süreler açısından yürürlükten kaldırılacak 818 sayılı Borçlar Kanunu hükümleri uygulanacaktır. Ancak bahsedilen süreler Türk Borçlar Kanunu yürürlüğe girdiğinde henüz dolmamış ise, artık kalan sürenin Türk Borçlar Kanununda tanınan süre karşısındaki durumuna bakılmak gerekecektir. Kalan süre uzun ise, o takdirde yürürlüğünden itibaren Türk Borçlar Kanunundaki daha kısa süreye itibar edilecektir; ancak kalan süre daha kısa ise, o takdirde kalan süreye itibar edilmesi gerekecektir (m. 5/1).

Diğer yandan, kefaletin süresine ilişkin düzenlemelerde olduğu gibi, Türk Borçlar Kanununun ilk defa hak düşürücü veya özel zamanaşımı süresine bağladığı olaylar için Türk Borçlar Kanununun öngördüğü süreler, Kanunun yürürlüğünden önce sona ermiş ise, o takdirde hak sahiplerine Kanunun yürürlüğünden itibaren yeni bir hak düşürücü süre veya zamanaşımı değil, sadece bir yıllık ek süre tanınmıştır (m. 5/2).

Kanımızca bahsedilen ek süre uygulaması, hakkın özüne dokunan ve daraltan bir nitelik taşımaktadır. Hukuki güvenlik ilkeleri ile de çelişmektedir. Nitekim tarafların o tarihte yürürlükte bulunan kanun hükümlerine itibarla herhangi özel bir tedbir alabilecekken almadıkları olaylarda (örneğin; Yaşlı annesinden miras kalacağı için malı mülkü olmayan çocuğun 15 yıl önce tek kefil olarak alındığı ve fakat yaşlı annenin beklenenden daha uzun yaşaması ve bu

arada Türk Borçlar Kanununun yürürlüğe girerek, kefaletteki 10 yıllık sürenin artık dolması karşısında, alacaklının somut olaydaki beklentisinin boşa çıkmaması için mutlak suretle kefile yönelmesi gerekecektir. Hele bir de bunun için Kanunda öngörülen bir yıllık ek süre içerisinde alacaklının yurtdışına gittiği ve Türk Borçlar Kanununun yürürlüğe girdiğinden dahi haberinin olmadığı düşünülecek olursa, Kanunda hukuk âlemine ilk defa katılan 10 yıllık bir süreden, alacaklının yararlandırılmamış olması söz konusu olabilecektir. Bu durum ise, alacaklıyı hukuk dışı yollara sevk edebilecektir.

2. Kefaletten dönme

Daha önce de değinildiği gibi, kefilin gelecekte doğabilecek bir borca kefil olması da söz konusu olabilir. Bu durumda kefil, hiç şüphesiz asıl borçlunun o anki mali durumunu dikkate alarak bir karar verecektir. İşte bu ihtimali düşünen Kanun Koyucu, TBK m. 599'da, kefile kefaletten dönme imkanı tanımıştır. Maddenin birinci fıkrasındaki hükümlere göre, borçlunun borcun doğumundan önceki mali durumu, kefalet sözleşmesinin yapılmasından sonra önemli ölçüde bozulmuş ise veya mali durumunun, kefalet sırasında kefilin iyiniyetle varsaydığından çok daha kötü olduğu ortaya çıkmış ve henüz borç da doğmamış ise, kefil alacaklıya yazılı bir bildirimden bulunarak kefaletinden dönebilecektir.

Diğer yandan Kanun Koyucu bu dönme hakkını bir de yaptırıma bağlamıştır. TBK m. 599/2 gereğince kefil, alacaklının kefalete güvenmesi sebebiyle bir zarara uğramış ise, o zararı gidermekle yükümlü tutulmuştur.

3. Süreli ve süresiz kefaletin sona erme sebepleri

Kural olarak kefalet süreli ise, kefil bu sürenin sonunda borcundan kurtulacaktır (TBK m. 600). Ancak kefalet süresiz ise, bu durumda kefaletin sona ermemesi için alacaklıya asıl borcun muaccel olmasından itibaren, belli bir süre içerisinde harekete geçmek yükümlülüğü yüklenmiştir (TBK m. 601/1). Nitekim

bahsedilen hükümlere göre asıl borç muaccel olduğunda kefil, adi kefalette her zaman, müteselsil kefalette ise kanunun öngördüğü hallerde alacaklıya müracaat ederek, bir ay içerisinde asıl borçluya karşı dava açmasını veya takibe geçmesini talep edebilir. Eğer rehin varsa, bunun paraya çevrilmesini talep edebilir. Ayrıca, dava veya takibin ara vermeden devamını isteyebilir.

Diğer yandan, borç alacaklının bir bildirimde bulunması ile muaccel hale gelecekse, o takdirde kefil, kefalet sözleşmesinin kurulduğu tarihten bir yıl sonra alacaklıdan bildirimde bulunmasını ve borç bu suretle muaccel olunca da, TBK m. 601/1'deki haklarını kullanmasını talep edebilir (TBK m. 601/2).

Eğer alacaklı, yukarıda bahsedilen durumların gereğini yerine getirmeyecek olur ise, o takdirde kefil, kefaletten kurtulacaktır (TBK m. 601/3).

4. Çalışanlara kefaletin sona ermesi

Eğer kefil kendi çalışanına kefalet vermiş ve kefalet de süresiz ise, o takdirde TBK m. 602 gereğince her üç yılda bir ve fakat ertesi yılın sonunda geçerli olmak üzere sözleşmeyi feshettiğini bildirebilecektir.

C. KEFALET SÖZLEŞMESİNE İLİŞKİN HÜKÜMLERİN UYGULAMA ALANI

Daha önce de değinildiği gibi, kefalete ilişkin Kanun hükümleri, özünde katı şekil şartlarını ve özellikle kefil açısından çok çeşitli savunma imkânlarını bünyesinde barındırmaktadır. İşte bu nedenle uygulamada, çeşitli adlarla ve fakat aslında niteliği itibariyle kefalet olarak değerlendirilmesi gereken sözleşme ilişkileri kurulmaktadır.

Bu sözleşme ilişkilerinin en tipik örneği, niteliği itibariyle üçüncü kişinin fiilini taahhüt özellikleri gösteren garanti sözleşmeleridir. Bahsedilen sözleşmeyi kefaletten ayıran en temel özellikleri; kefaletin aksine bağımsız bir sözleşme oluşu, garanti verenin şahsi defileri alacaklıya karşı ileri süremeyişi, garanti verenin takibi için asıl borçlu aleyhindeki takibin semeresiz kalmasının

beklenmemesi ve garanti verenin rücu imkânının olmaması gibi hususlarda kendisini göstermektedir. Her iki sözleşme arasındaki kısaca bahsedilen farklılıklar, özellikle bankalar kredi ilişkisine girdikleri kişilerden kefil değil garantör istemek suretiyle, kefaletle ilişkin kanuni tüm sınırlamalardan kurtulmayı denemelerine sebebiyet vermiştir.

Kanun Koyucu, bahsedilen rizikoları ortadan kaldırmak için olsa gerek, Türk Borçlar Kanununa radikal etkiler doğuracağını düşündüğümüz bir hüküm ilave ederek, kefaletin şekline, kefil olma ehliyetine ve eşin rızasına ilişkin hükümlerin, sadece gerçek kişilerce ve kişisel güvence verilmesine ilişkin olarak başka ad altında yapılacak diğer tüm sözleşmelere de uygulanacağı ilkesini benimsemiştir (TBK m. 603). Bahsedilen hükmün Türk Ticaret Kanununda düzenlenen aval gibi müesseseler açısından da geçerli olup olmayacağı konusunda bir açıklama yer almamaktadır. Öğretide BARLAS, uygulamada zorluklar çıkaracağına da işaret etmekle birlikte, bu hükmün aval için de geçerli olması gerektiği görüşündedir¹⁹

Kanımızca bahsedilen hüküm son derece yararlı olmasına karşın, etkisini sadece gerçek kişiler yönünden gösteriyor olması, uygulamada ticari hiçbir faaliyeti olmayan (vakıflar gibi) tacir olmayan tüzel kişiler açısından da sıkıntı yaratılmasına sebebiyet verecektir.

SONUÇ

Türk Borçlar Kanunu, yürürlükten kaldıracağı 818 sayılı Borçlar Kanunu ve 6570 sayılı Gayrimenkul Kiraları Hakkında Kanun hükümleri dikkate alındığında, radikal bir kısım değişiklikleri de içermektedir.

Kanunun kefalet sözleşmesine ilişkin 23 maddesinin 10 adedinde oldukça kapsamlı değişiklikler yapılarak, metne yeni hükümler ilave edildiği gibi, 4 yeni madde de ilave edilmiştir. Böylece, kefalet sözleşmesine ilişkin önceki prensiplerden önemli ölçüde vazgeçilmiştir.

¹⁹ Barlas, s. 28.

Esasen toplumsal kaygılarla yapılan bu ciddi sonuçlar doğuracak değişiklikler çoğunlukla kefil ve borçlunun yararı düşünülerek oluşturulmuş gibi görünmektedir. Ancak, her tepki kanununda olduğu gibi Türk Borçlar Kanununun kefaletle ilişkin hükümlerinin yürürlüğe girmesi ile birlikte, uygulamada düzen altına alınmaya çalışılan hususlar, çoğunlukla başka tip hukuki ilişkiler kurulmak sureti ile aşılabacaktır.

Nitekim özellikle kefalet sözleşmesinin geçerlilik şeklindeki ağırlaştırmalar, eşin rızası, vs. gibi hükümler, artık kefalet sözleşmesinin uygulama alanının daralacağını ve esasen kefalet ilişkisi kurmak ihtiyacı duyan tarafların, bunun yerine başka bir kısım uygulamalara yöneleceğini ortaya koymaktadır. Her ne kadar Kanun Koyucu bunun da tedbirini alarak, TBK m. 603 hükmünü vazetmiş görünmekte ise de, Kanunda yer alan diğer bir kısım (örneğin birlikte borçluluk gibi) enstrümanların yaygınlaşacağını öngörmek mümkün gözükmemektedir.