T.C.
ANKARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK (ROMA HUKUKU) ANABİLİM DALI

ROMA HUKUKU'NDAN GÜNÜMÜZE KEFALET SÖZLEŞMESİ

Yüksek Lisans Tezi

Serap SAMANCI

ANKARA – 2015

T.C.
ANKARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK (ROMA HUKUKU) ANABİLİM DALI

ROMA HUKUKU'NDAN GÜNÜMÜZE KEFALET SÖZLEŞMESİ

Yüksek Lisans Tezi

Serap SAMANCI

Tez Danışmanı
Prof. Dr. Erkan KÜÇÜKGÜNGÖR

ANKARA – 2015

T.C.

ANKARA ÜNİVERSİTESİ

SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ

ÖZEL HUKUK (ROMA HUKUKU) ANABİLİM DALI

ROMA HUKUKU'NDAN GÜNÜMÜZE KEFALET SÖZLEŞMESİ

Yüksek Lisans Tezi

Tez Danışmanı: Prof. Dr. Erkan KÜÇÜKGÜNGÖR

Tez Jürileri Üyeleri

Adı ve Soyadı	İmza
Prof. Dr. Nadi Güral	
Prof. Dr. Erkan Küçükgüngör (Danışman)	
Y.d. Doç. Dr. Kadri GÜRTEN	

Tez Sınavı Tarihi: 25/12/2015

İÇİNDEKİLER

İÇİNDEKİLER ..... **i**

KISALTMALAR ..... **viii**

GİRİŞ **1**

BİRİNCİ BÖLÜM

ROMA HUKUKU' NDA KEFALET SÖZLEŞMESİ

I. GENEL OLARAK 2

II. BORÇLARIN KAYNAKLARI VE SÖZLEŞMELER SİSTEMİ 3

1. Borç Kaynaklarının Sınıflandırılması 3

2. Roma Hukuku'nda Sözleşmeler Sistemi 4

A. Sözleşme Kavramı 4

B. Roma Hukuku'nda Sözleşmelerin Sınıflandırılması 5

a. Ayni Sözleşmeler (Re Contrahitur) 5

b. Sözlü Sözleşmeler (Verbis Contrahitur) 6

c. Yazılı Sözleşmeler (Litteris Contrahitur) 6

d. Rızai Sözleşmeler (Consensu Contrahitur) 7

III. ROMA SÖZLEŞMELER SİSTEMİ İÇERİSİNDE STİPULATİO'NUN YERİ 7

1. Tanım 7

2. Kuruluşu ve Yapısı 8

3. Geçerliliği 8

A. Şekil Açısından 8

B. Verilmesi İmkansız Bir Şeyin Taahhüdü Durumunda 9

C. Kişinin Kendisine Ait Olmadığını Bilmediği Bir Şey İçin Stipulatio Yapılmışsa 9
D. Ölümünden Sonra Verileceğine İlişkin Stipulatio Yapılmışsa 9
E. Cevap Verilmemesi veya Verilen Cevabın Stipulatio'nun Geçerlilik Şartlarına Uygun Verilmemesi Hali 10
F. Ehliyet Açısından Stipulatio'nun Geçerlilik Koşulları 10
a. Hakimiyet Altındaki Kimselerin Durumu 10
b. Akıl Hastalarının Durumu 11
c. Vesayet Altındaki Küçükler ve Kadınların Durumu 11
G. Ahlaka Aykırı Taahhütler İçeren Stipulatio'lar 12
4. Stipulatio'nun Tarafları 12
5. Stipulatio'nun Konusu 13
6. Stipulatio'nun Hükümleri 13
7. Mücerret ve Sebepli Stipulatio'lar 14
8. Stipulatio'nun Uygulama Alanları 15
A. Sözleşmelerin Mecburi Hale Konması 16
B. Müteselsil Borçlar 16
C. Novatio (Yenileme) 17
D. Praetor Stipulatio'ları 17
IV. KEFALET SÖZLEŞMESİNİN HUKUKİ NİTELİĞİ 18
1. Fer'i Olup Olmadığı 18
2. Tali (İkinci Derece) Olup Olmadığı 19
3. İvazsızlığı 21
V. KEFALET SÖZLEŞMESİNİN KONUSU 21
VI. KEFALET SÖZLEŞMESİNİN GEÇERLİLİK ŞARTLARI 22
1. Stipulatio ile Kurulmuş Olmalı 22

2. Geçerli Bir Asıl Borç 22
3. Hukuka, Ahlaka ve Adaba Aykırı Borç 23
4. Şarta Bağlı Borca Kefalet 23
5. Tabii (Eksik) Borca Kefalet 24
6. Kefilin Ehliyeti 24
A. Hak ehliyeti 24
B. Fiil ehliyeti 24
VII. KEFALET SÖZLEŞMESİNİN HÜKÜM VE SONUÇLARI 25
1. Asıl Borçlu-Kefil İlişkileri 25
2. Kefil- Alacaklı İlişkisi 27
3. Kefillerin Kendi Aralarındaki İlişkileri 29
VIII. KADINLARIN KEFiL OLMA DURUMLARI 29
1. Genel Olarak 29
2. Senatus Consultum Vellaeanum ile Kadının Kefaleti İçin Getirilen Sınırlamalar 31
3. Senatus Consultum Vellaeanum ile Yasaklanan Intercessio İşlemlerinin Şartları 31
A. Kadın Başkası İçin Borçlanmalıdır 31
B. Bu Borç Üçüncü Şahsın Borcu Olmalıdır 32
C. Kadın Başkası Lehine Borç İltizam Ederken Müstakbel Bir Zarar Tehlikesi Altına Girmelidir 32
D. Kadın Rücu Edebileceğini Ümit Ederek Borç Altına Girmelidir 32
E. Kadının Menfaati Alacaklının Menfaatinden Üstün Olmalı ve Kadının Hilesi Bulunmamalıdır 33
IX. KEFALET SÖZLEŞMESİNE BENZEYEN DİĞER İŞLEMLER 33
1. Mandatum Qualificatum (Kredi Vekaleti ya da İtibar Emri) 33

2. Constititum Debiti Alieni 34
3. Receptum Argentarii 35
X. KEFALET SÖZLEŞMESİNİN SONA ERMESİ 35
1. Asıl Borca Bağlı Sona Erme Sebepleri 35
2. Kefalet Sözleşmesine Özgü Sona Erme Sebepleri 36
A. Kefilin Ölmesi İle 36
B. Lex Furia İle 36
C. Litis Contestatio (Davanın Tespiti) İle 37
D. Diğer Nedenler 37

İKİNCİ BÖLÜM

TÜRK HUKUKU'NDA KEFALET SÖZLEŞMESİ

I. GENEL OLARAK 38
II. TANIMI 39
III. HUKUKİ NİTELİĞİ 42
1. Kefilin Kefalet Borcunun Özellikleri 42
A. Kefalet Sözleşmesinin Fer'i Olması 42
B. Kefalet Sözleşmesinin Tali Olması 44
C. Kefalet Sözleşmesinin İvazsız Olması 44
2. Kefalet Sözleşmesiyle Teminat Altına Alınan Asıl Borcun Özellikleri 45
A. Yabancılık 45
B. Belirlilik 46
IV. KEFALET SÖZLEŞMESİNİN GEÇERLİLİK ŞARTLARI 47
1. Geçerli Bir Asıl Borcun Bulunması 48
A. Genel Olarak 48

B. İptal Edilebilir Bir Borca Kefalet 49
C. Müstakbel veya Şarta Bağlı Bir Borca Kefalet 50
D. Eksik Borçlar İçin Kefalet 51
2. Esas Bakımından Geçerli Bir Kefalet Sözleşmesinin Bulunması 53
3. Yazılı Olması 53
4. Kefilin Sorumlu Olduğu Azami Miktarın, Kefalet Tarihinin, Varsa Müteselsil Kefalet Sıfatı veya Bu Anlama Gelen Herhangi Bir İfadeyle Yükümlülük Altına Girildiğinin El Yazısı ile Yazılması 56
5. Eşin Yazılı Rızası 61
A. Genel Olarak 61
B. Eşlerin Evli Olması 63
C. Eşler Arasında Mahkemece Verilmiş Bir Ayrılık Kararının Bulunmaması veya Yasal Olarak Ayrı Yaşama Haklarının Bulunmaması 63
D. Eşin Rızasının Hukuki Niteliği ve İçeriği 64
E. Eşin Rızasının Şekli ve Zamanı 66
F. Eşin Rıza Vermemesinin Hukuki Sonuçları 68
V. KEFALET SÖZLEŞMESİNİN ÇEŞİTLERİ 70
1. Adi Kefalet 70
2. Müteselsil Kefalet 73
3. Birlikte Kefalet 75
A. Adi birlikte kefalet 77
B. Müteselsil Birlikte Kefalet 78
4. Kefile Kefalet 79
5. Zarara Kefalet 80
6. Rücua Kefalet 80

7. Kısmi Kefalet 81
8. Limitli Kefalet 81
VI. KEFİLİN SORUMLULUĞUNUN KAPSAMI 82
1. Asıl Borç 83
2. Borçlunun Kusur veya Temerrüdünün Yasal Sonuçları 84
3. Takip ve Dava Masrafları 85
4. İşlemiş Bir Yıllık ve İşlemekte Olan Akdi Faizler 86
VII. KEFİL İLE ALACAKLI ARASINDAKİ İLİŞKİ 86
1. Kefilin Asıl Borçluya Ait Def'ileri 87
2. Kefilin Kişisel Def'ileri 90
3. Alacaklının Yükümlülük ve Külfetleri 90
A. Borçlunun İflası Halinde Alacağını İflas Masasına Yazdırma ve Borçlunun İflasını Kefile Bildirme Yükümlülüğü 90
B. Teminatları ve İspat Vasıtalarını Saklama ve Kefile Nakil ile Tevdi Yükümlülüğü 92
C. Tediyeyi (Ödemeyi) Kabul Külfeti 93
VIII. KEFİL İLE ASIL BORÇLU ARASINDAKİ İLİŞKİ 95
1. Kefilin Asıl Borçluya Ödemeyi İhbar Yükümü 95
2. Kefilin Asıl Borçludan Kendisine Teminat Vermesini ya da Kefalet Borcundan Kurtarmasını Talep Etme Hakkı 97
3. Kefilin Asıl Borçluya Karşı Rücu Hakkı 99
IX. KEFALET SÖZLEŞMESİNİN BENZER SÖZLEŞMELERDEN FARKLARI 103
1. Garanti Sözleşmesinden Farkları 103
2. Avalden Farkları 105
3. Müteselsil Borçluluktan Farkları 106

4. Borca Katılmadan Farkları 108
X. KEFALET SÖZLEŞMESİNİN SONA ERMESİ 109
1. Asıl Borca Bağlı Sona Erme Sebepleri 109
A. Genel Olarak 109
B. Asıl Borcun Ödenmesi 110
C. Alacaklı ve Borçlu Sıfatlarının Birleşmesi 111
D. Tecdit (Borcun Yenilenmesi) 112
E. Takas 114
F. Asıl Borcun İbra ile Ortadan Kalkması 115
G. Asıl Borcun İfasının Borçlunun Kusuru Olmaksızın İmkansız Hale Gelmesi 116
2. Kefalet Sözleşmesine Özgü Sona Erme Sebepleri 117
A. Süreli Kefaletin Sona Ermesi 117
B. Süreli Olmayan Kefaletin Sona Ermesi 118
C. Alacaklının Kefilin Ödeme Talebini Kabul Etmemesi ve Teminat Vermemesi 121
D. On yıllık sürenin dolması 122
E. Borçlunun İflası veya Borçluya Konkordato Mehli Verilmesi 124
F. Kefaletten Dönme 125
G. Çalışanlara Kefalet 126
SONUÇ 127
KAYNAKÇA 139
ÖZET 148
SUMMARY 149

KISALTMALAR

BK	: Borçlar Kanunu
c.	: Cümle
C.	: Cilt
Çev.	: Çeviren
E.	: Esas
f.	: Fıkra
H.D.	: Hukuk Dairesi
İİK	: İcra ve İflas Kanunu
K.	: Karar
m./md.	: Madde
S.	: Sayı
s.	: Sayfa
TMK	: Türk Medeni Kanunu
vd.	: ve devamı
yy.	: Yüzyıl

Güvendiğiniz kişilerin sizi etkilemesine
engel olun. (Kefaletin yoldaşı felaket)
Thales.

GİRİŞ

Tezin konusu "Roma Hukuku'ndan Günümüze Kefalet Sözleşmesi"dir. Tez giriş ve sonuç dışında iki bölümden oluşmaktadır. Birinci Bölüm'de Roma Hukuku'nda kefalet sözleşmesi incelenmiştir. Bu bölümde Roma Hukuku'nda borcun kaynaklarına ve sözleşme türlerine değinilmiş, kefalet sözleşmesinin kurulmasını sağlayan *stipulatio* incelenmiş ve kefalet sözleşmesi ayrıntılı olarak ele alınmıştır. İkinci bölümde ise Türk Hukuku'nda kefalet sözleşmesi, yürürlükten kalkan 818 Sayılı Borçlar Kanunu ve yürürlükteki 6098 Sayılı Borçlar Kanunu karşılaştırılarak ayrıntılı olarak incelenmiştir. Sonuç kısmında ise iki hukuk sisteminde kefalet sözleşmesinin benzer ve farklı yönleri ele alınmıştır.

Kefalet sözleşmesi uygulamada sık başvurulan bir sözleşmedir. Kefalet eskiden olduğu gibi günümüzde de önemini korumakta, kefalet sözleşmesine benzeyen birçok kurum hukuk sistemlerine girmektedir. Önemine binaen ve Roma hukuku ve Türk hukukunda kefalet sözleşmesinin benzer ve farklı yönlerini belirtmek amacıyla tez konusu seçilmiştir.

BİRİNCİ BÖLÜM

ROMA HUKUKU' NDA KEFALET SÖZLEŞMESİ

I. GENEL OLARAK

İnsanoğlunun çoğu ilişkisinde olduğu gibi, borç ilişkilerinde de hep kendini garanti altına alma güdüsü olmuştur. Bunun sonucunda alacaklılar, borçlunun borcunu ödeyememesi ihtimalini de göz önüne alarak, kendilerini güvende hissetmek için teminat arayışına girmiş, bu teminat arayışının sonucu olarak kefalet ortaya çıkmıştır.

Genel olarak kefalet, kefilin alacaklıya karşı borçlunun borcunu ödememesi halinde doğacak sonuçlardan şahsen sorumlu olmayı taahhüt etmesi şeklinde tanımlanabilir. Kefalet sözleşmesi şahsi teminat amacı güder.[1]

Roma hukukunun ilk zamanlarında şahsi teminata ayni teminattan daha fazla başvurulmuştu. Ancak menkul mal zenginliğinin artması, ferdi toprak mülkiyetinin yayılması ve borçlunun vücudu üzerindeki icra sertliğinin azalmasıyla şahsi teminatın yerini ayni teminat almaya başlamıştı. Bu nedenle Roma Hukuku'nda kefalet her zaman önemli olmuştu.[2]

---

[1] Ruhi, Ahmet Cemal, Sözleşmeler Hukuku, Ankara 2011, s. 713.

[2] Tahiroğlu, Bülent, 'Roma Hukukunda Borcun Teminatlarından Kefalet', İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Cilt 42, Sayı 1-4, İstanbul 1976, s. 324; Gürten, Kadir, Roma Hukukunda Kefalet Akdi, Adalet Basım Yayım, Ankara 2007, s. 71.

II. BORÇLARIN KAYNAKLARI VE SÖZLEŞMELER SİSTEMİ

1. Borç Kaynaklarının Sınıflandırılması

Borç kaynakları borçların doğmasına neden olan hukuki olaylardır. Roma hukukunda borç doğuran hukuki olaylar çeşitli şekillerde sınıflandırılırdı. Mevcut en eski tasnif *Gaius*'un *Institutiones*'indedir. Buna göre her borç ya bir sözleşmeden ya da haksız fiilden doğardı.

Digesta'nın 'borçlara ve davalara dair' başlıklı faslının başında bulunan, *Gaius*'a ait başka metne göre ise borçlar ya bir sözleşmeden ya bir haksız fiilden ya da diğer çeşitli sebeplerden doğardı. Diğer çeşitli sebepler ifadesi açıklık içermemekteydi.

Iustinianus'un *Institutiones*'ine göre borçlar dört kaynaktan doğardı: sözleşme (*contractus*), sözleşme benzeri (*quasi contractus*), haksız fiil (*maleficium /delictum*) ve haksız fiil benzeri (*quasi maleficium* /*delictum*). *Quasi* benzeri şekilde ifade edilen kaynaklar Bizans devrinde ortaya konmuştu, Bizans hukuk mektepleri fikir bozukluklarını bu şekilde formüllerle doldurabiliyordu. Sözleşme benzeri ve haksız fiil benzeri ne sözleşme, ne de haksız fiildi ancak bir benzerlik kurulmuştu.[3]

[3] Rado, Türkan, Roma Hukuku Dersleri Borçlar Hukuku, İstanbul 1992, s. 55-57; Türk hukukunda borcun kaynakları ise kanun, sözleşme, haksız fiil ve sebepsiz zenginleşmedir.

2. Roma Hukuku'nda Sözleşmeler Sistemi

A. Sözleşme Kavramı

Roma hukukunda borç kaynaklarının en önemlilerinden biri sözleşmelerdi. *Ius Civile*' de sözleşmenin karşılığı olarak '*contractus*' kavramı kullanılmaktaydı. *Ius Civile* tarafından tanınan *contractus* dışında kalan anlaşmalara ise *pactum* deniyordu. *Pactum*'lar *Ius Civile*' ye göre borç doğurmaz ve dava yoluyla korunmazdı.[4] Daha sonraki dönemlerde *ius gentium*' un tesiriyle *pactum*' lardan doğan borçlar da *praetor* hukuku veya imparator hukuku tarafından korunmaya başlanınca, *pactum'* lar ve *contractus*' lar arasında fazla fark kalmamıştı.[5] Her ne kadar *Iustinianus* döneminde *Ius Civile* sözleşmesi ve *pactum*'lara *actio* verilme çabası olsa da, hiçbir zaman Roma Hukuku'nda günümüz Türk Borçlar Kanununda olduğu gibi sözleşme serbestisi kavramı yerleşmemişti.[6] Roma Hukukunda sözleşmeler sistemi anlayışı yerleşmişti.

Roma Hukukundaki katı sözleşmeler sisteminin uzantısı şekilcilik anlayışında da görülmekteydi.[7] Romalılar sözleşmelerde *Ius Civile'* nin tayin ettiği sözleşmeye özgü şeklin ve içeriğin dışına çıkmakta katıydı. *Ius Civile*' nin katı olan şekilcilik

[4] Umur, Ziya, Roma Hukuku Ders Notları, İstanbul Kasım 1999, s.334; Tahiroğlu, Bülent, Roma Borçlar Hukuku, İstanbul 2012, s. 122.

[5] B.Tahiroğlu, a.g.e., İstanbul 2012, s.122; Z.Umur, a.g.e., İstanbul Kasım 1999, s. 334.

[6] B.Tahiroğlu, a.g.e., İstanbul 2012, s.123.

[7] Arsebük, Ahmet Esat, 'Akit Mefhumu Etrafında İncelemeler', Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 10, Sayı 1-4, Ankara 1953, s.379.

anlayışı *ius gentium*' un etkisiyle azalsa da, *Iustinianus* döneminde bile Roma Hukuku'nda sözleşmelerdeki şekilcilik anlayışı tamamen ortadan kalkmamıştı.[8]

B. Roma Hukuku'nda Sözleşmelerin Sınıflandırılması

a. Ayni Sözleşmeler (*Re Contrahitur*)

Ayni sözleşmeler için tarafların anlaşması yeterli olmayıp aynı zamanda bir miktar para veya misli malın, aynı miktar malı iade etme borcu altına giren borçluya verilmesi gerekirdi.[9] Bu sözleşmelerde *praetor* dava hakkı verirdi.[10]

Roma'da en eski ayni akit *Mutuum*(karz akdi) idi.[11] *Gaius* ayni sözleşme olarak sadece *mutuum*' u kabul etmiş olsa da *ius civile'* de *depositum* (vedia), *commodatum* (ariyet), *pignus* (rehin) ve *Iustinianus* döneminde ortadan kalkan *fiducia* da ayni sözleşme olarak kabul edilmişti.[12]

---

[8] A.E.Arsebük, a.g.e., Ankara 1953, s.389.

[9] Villey, Michel, Roma Hukuku Güncelliği, Çeviren: Bülent Tahiroğlu, Der yayınları, İstanbul 2000, s. 130; T. Rado, a.g.e., İstanbul 1992, s.62; B.Tahiroğlu, a.g.e., İstanbul 2012, s. 125.

[10] M.Villey, a.g.e., İstanbul 2000, s. 130.

[11] T.Rado, a.g.e. , İstanbul 1992, s. 62; Z.Umur, a.g.e. , İstanbul Kasım 1999, s. 336; B.Tahiroğlu, a.g.e., İstanbul 2012, s. 125.

[12] Z.Umur, a.g.e., İstanbul Kasım 1999, s. 336; B.Tahiroğlu, a.g.e., İstanbul 2012, s. 125.

b. Sözlü Sözleşmeler (*Verbis Contrahitur*)

Sözlü sözleşmeler için mutlaka bir taraf kalıplaşmış bazı sözcük ve cümleler sorup, karşı taraf da belli sözcüklerle olumlu cevap vermeliydi.[13] Bu geçerlilik şartıydı. Borç burada kaynağını taraflar arasındaki şekle bağlı sözlerden, eski devirden beri bir davaya hak veren şekillerden alırdı.[14] Kefalet de sözlü sözleşmelerden idi. *Stipulatio* ise soru sorulup cevap alınmasıyla kurulan ve Klasik hukuk Dönemi'nde en sık kullanılan sözleşmeydi.

c. Yazılı Sözleşmeler (*Litteris Contrahitur*)

Roma Hukukunda yazılı sözleşmeler şekle tabiydi.[15] Bu sözleşmelerin yazılı şekilde yapılması geçerlilik şartı olmakla birlikte günümüzdeki yazılı sözleşmelerden farklıydı. Roma Hukukunda yazılı sözleşme bir çeşit deftere kayıt usulüydü. Klâsik dönemde bir aile babasının alacak ve borçlarını günlük hesap defterine geçirmek suretiyle borcun doğduğu kabul ediliyordu.[16] Burada daha sonra devam etmeyen şahsi dava kaynağı söz konusu olurdu.[17]

---

[13] K.Gürten, a.g.e., Ankara 2007, s.24.

[14] M. Villey, a.g.e., İstanbul 2000, s. 130.

[15] K.Gürten, a.g.e., Ankara 2007, s.25.

[16] T.Rado, a.g.e., İstanbul 1992, s. 63; K.Gürten, a.g.e., Ankara 2007, s.25.

[17] M. Villey, a.g.e., İstanbul 2000, s. 130.

d. Rızai Sözleşmeler (*Consensu Contrahitur*)

Tarafların rızası ile oluşan, herhangi bir şekil şartına tabi olmayan sözleşmelerdir. Tarafların birbirine uygun rızaları sözleşmenin kurulması için yeterlidir. Bu sözleşmelerde *praetor* dava hakkı verirdi.[18]

Roma'da yazılı ve sözlü sözleşmeler şekle tabi, ayni ve rızai sözleşmeler ise şekle tabi değildi.[19]

III. ROMA SÖZLEŞMELER SİSTEMİ İÇERİSİNDE *STİPULATİO*'NUN YERİ

1. Tanım

S*tipulatio,* alacaklı tarafın sözleşmenin içeriğini kapsayan, belli kelimeler kullanarak sorduğu bir soruya karşılık, borçlunun da sözleşmenin gereklerini yerine getireceğini aynı kelimeleri kullanarak derhal, kayıtsız ve şartsız olarak cevaplamasıyla kurulan sözlü bir sözleşmeydi.[20]

---

[18] B.Tahiroğlu, a.g.e., İstanbul 2012, s. 126; M. Villey, a.g.e., İstanbul 2000, s. 130.

[19] B.Tahiroğlu, a.g.e., İstanbul 2012, s. 126.

[20] Oğuzoğlu, Hüseyin Cahit, Roma Hukuku, Ankara 1959, s. 224; T.Rado, a.g.e., İstanbul 1992, s. 91; Z.Umur, a.g.e., İstanbul Kasım 1999, s. 349; Koschaker, Paul, Çev: Ayiter, Kudret, Modern Hususi Hukuka Giriş Olarak Roma Hususi Hukukunun Ana Hatları, Ankara 1993, s. 193; K.Gürten, a.g.e., Ankara 2007, s.29.

2. Kuruluşu ve Yapısı

Stipulatio sözlü bir sözleşmeydi. *Stipulatio* alacaklının sözleşmenin muhtevasını içeren sorduğu bir soru ile hazır bulunan borçlunun sözleşmenin muhtevasını yerine getireceğini derhal, kayıtsız ve şartsız olarak belli kelimeleri kullanarak verdiği cevaptan oluşurdu. Cevap verilmezse, soru ile cevap birbirine uymazsa, şarta bağlı cevap verilirse *stipulatio* geçersiz olurdu. *Stipulatio* kurulurken şahit bulunmasına gerek yoktu. Bu da verilen söze ne kadar önem verildiğini gösteriyordu.[21]

3. Geçerliliği

A. Şekil Açısından

Stipulatio soru ve cevaptan meydana geldiğinden ancak hazırlar arasında yapılabilirdi. Soru ve cevap sözlü olduğundan, sağır ve dilsizler s*tipulatio* yapamazdı.[22] Bu kuralda hiçbir zaman esneme ya da değişme olmamıştı, klasik dönem ve *Iustinianus* döneminde sağır ve dilsizler *stipulatio* yapamıyordu.[23]

[21] T.Rado, a.g.e., İstanbul 1992, s. 91-92.

[22] Berki, Şakir, Roma Hukuku, Ankara 1949, s. 265; T.Rado, a.g.e., İstanbul 1992, s. 91.

[23] K.Gürten, a.g.e., Ankara 2007, s.39.

B. Verilmesi İmkansız Bir Şeyin Taahhüdü Durumunda

Klasik Dönem ve *Iustinianus* döneminde, verilmesi imkansız bir şeyin veya doğada olmayan bir nesnenin taahhüt edilmesi halinde yapılan işlem hükümsüzdü.[24]

C. Kişinin Kendisine Ait Olmadığını Bilmediği Bir Şey İçin *Stipulatio* Yapılmışsa

Bir kimse bir şeyin aslında kendisine ait olduğunu bilmeden, kendisine verilmesini *stipulatio* ile taahhüt ettirirse *stipulatio* hükümsüz olur, yani bir kimseye ait olan şey o kimseye verilemezdi.[25] Klasik Hukuk Dönemi'ne ait bu geçersizlik durumuna *Iustinianus* Dönemindeki kaynaklarda değinilmemekle birlikte, o dönemde de bu durumda *stipulatio*'nun hükümsüz olacağı açıktı.[26]

D. Ölümünden Sonra Verileceğine İlişkin *Stipulatio* Yapılmışsa

Bir kimsenin, bir şeyin ölümünden sonra verilmesine dair *stipulatio* ile verdiği taahhüt Klasik Hukuk Dönemi'nde geçersizdi.[27] *Iustinianus* Dönemi'nde ise

[24] K.Gürten, a.g.e., Ankara 2007, s.39-40.

[25] Gaius, Çev: Rado, Türkan, *Institutiones* (Borçlar Kısmı), İstanbul 1950,s. 17.

[26] K.Gürten, a.g.e., Ankara 2007, s.44.

[27] K.Gürten, a.g.e., Ankara 2007, s.44.

bu kural yumuşatılarak, ölümden sonra veya ölümden bir gün öncesine ilişkin tarafların karşılıklı rızaları ile yapılan *stipulatio*'nun geçerli olduğu kabul edilmişti.[28]

E. Cevap Verilmemesi veya Verilen Cevabın *Stipulatio*'nun Geçerlilik Şartlarına Uygun Verilmemesi Hali

Stipulatio'nun geçerli olabilmesi için alacaklının sorduğu soruya borçlunun derhal cevap vermesi ve soru ile cevabın uyumlu olması gerekirdi. Aksi takdirde Klasik Dönem ve *Iustinianus* Dönemi'nde *stipulatio* hükümsüz olurdu.[29]

F. Ehliyet Açısından *Stipulatio*'nun Geçerlilik Koşulları

a. Hakimiyet Altındaki Kimselerin Durumu

Klasik Hukuk Dönemi'nde köleler, baba egemenliği altında bulunanlar ve *manus* altında bulunan kadınlar ne hakimiyeti altında bulundukları kimselere, ne de diğer kimselere karşı borçlanabilirdi.[30] *Iustinianus* döneminde ise köleler bakımından değişiklik olmamakla birlikte, baba egemenliği altında bulunanlar ve *manus* altında

[28] K.Gürten, a.g.e., Ankara 2007, s.46.

[29] K.Gürten, a.g.e., Ankara 2007, s.47-48.

[30] Gaius, s.21.

bulunan kadınlar hakimiyeti altında bulundukları kimseler dışındakilere karşı borçlanabiliyordu.[31]

b. Akıl Hastalarının Durumu

Akıl hastaları yaptıkları işlemlerin hüküm ve sonuçlarını idrak edemediğinden, hem Klasik Dönem, hem *Iustinianus* döneminde hiçbir hukuki işlemde bulunamazdı. Bu nedenle akıl hastalarınca yapılan *stipulatio*'lar hükümsüzdü. [32]

c. Vesayet Altındaki Küçükler ve Kadınların Durumu

Hem Klasik Dönem, hem *Iustinianus* döneminde vesayet altındaki temyiz kudretini haiz küçükler vasilerinin izni olmadan kendi lehlerine işlem tesis edebilirdi ancak *stipulatio* yapacak, borç altına gireceklerse vasilerinin izni gerekirdi. Çocuk veya çocukluk çağına yakın olanlar temyiz kudretlerini haiz olmadığından, kural olarak akıl hastaları gibi hiçbir hukuki işlemde bulunamazdı. Ancak bazı hallerde lehlerine durum söz konusu olabiliyordu.[33]

Vesayet altındaki kadınlar Klasik Dönem'de, vesayet altındaki temyiz kudretini haiz küçüklerde olduğu gibi vasilerinin izni olmadan kendi lehlerine işlem

[31] Iustinianus, Çev: Umur, Ziya, *Institutiones*, İstanbul 1968, s. 255.

[32] Gaius, s.23; Türk hukukunda da akıl hastalarının yaptığı hukuki işlemler batıldır.

[33] Gaius, s.23; Iustinianus, s.255.

tesis edebilirdi ancak *stipulatio* yapacak, borç altına gireceklerse vasilerinin izni gerekirdi. *Iustinianus* döneminde ise kadınlar üzerindeki vesayet kaldırılmıştı.[34]

G. Ahlaka Aykırı Taahhütler İçeren *Stipulatio*'lar

Klasik hukuk döneminde değinilmemekle birlikte, *Iustinianus* döneminde ahlaka aykırı veya dini kurallara aykırı olarak *stipulatio* yapılırsa geçersizdi.[35]

4. *Stipulatio*'nun Tarafları

Stipulatio daha önce belirtildiği üzere ancak sağır ve dilsiz olmayan ve mümeyyiz olan hazırlar arasında yapılabiliyordu.[36] Bir soru ve cevaptan oluşan *stipulatio'da* soru soran, taahhüt ettiren alacaklıya *stipulator, stipulans, reus stipulandi;* cevap veren, taahhüt eden borçluya ise *promissor, reus promittendi* denirdi. Taahhüt eden birden fazla olursa buna *adpromissor (sponsor, fidepromissor, fideiussor)* denirdi.[37]

[34] Gaius, s.23; K.Gürten, a.g.e., Ankara 2007, s. 52.

[35] Iustinianus, s.259.

[36] Ş.Berki, a.g.e., Ankara 1949, s. 265; T.Rado, a.g.e., İstanbul 1992, s. 91.

[37] K.Gürten, a.g.e., Ankara 2007, s. 54-55.

Kefaletin en eski türü olan *sponsio* ile sadece Roma vatandaşları borç altına girebiliyorken, yabancıların da kefalet sözleşmesi yapabilmesi için *fidepromissio* adında kefalet türü ortaya çıktı.[38]

5. *Stipulatio*'nun Konusu

Stipulatio'nun konusunu hem *dare*(verme), hem de *facere*(yapma) borçları oluşturabilirdi.[39]

Stipulatio ile örneğin hibe veya cihaz taahhüt etmek, karzın iadesini taahhüt etmek gibi her türlü borç ilişkisi kurulabilirdi.[40] *Stipulatio*'nun konusu kanuna uygun ve mümkün olmalıydı.[41]

6. *Stipulatio*'nun Hükümleri

Konusu hem *dare*(verme), hem de *facere*(yapma) borçları olabilen *stipulatio*'lardan verme borcuna ilişkin olanlardan iki tür dava doğardı. Verme borcunun konusu para ise, borç ödenmediğinde borçluya karşı açılacak dava *actio* idi. [42] Verme borcunun konusu para dışında misli veya gayrimisli eşya ise, borç

[38] B.Tahiroğlu, a.g.e., İstanbul 1976, s. 325.

[39] K.Gürten, a.g.e., Ankara 2007, s. 61.

[40] P.Koschaker, a.g.e., Ankara 1993, s. 211.

[41] B.Tahiroğlu, a.g.e., İstanbul 2012, s. 134.

[42] K.Gürten, a.g.e., Ankara 2007, s. 62.

ödenmediğinde borçluya karşı açılacak dava *contictio certae rei* veya diğer ismiyle *condictio triticaria* idi.[43]

Facere(yapma) borcuna ilişkin *stipulatio*'ların konusu verme borçlarındaki kadar belirli olmadığından, yapma edimini yerine getirmeyen borçluya karşı daha az kesin nitelikteki *actio ex stipulatu* davası açılabiliyordu.[44] Sonraki dönemlerde bu davanın, içeriği belirsiz (*incertum*) verme (*dare)* borçları için de açılabileceği kabul edilmişti.[45]

7. Mücerret ve Sebepli *Stipulatio*'lar

Stipulatio'lar sebebi belirtilerek yapılabileceği gibi, sebep belirtilmeden de yapılabilirdi.[46] Sebebi belirtilen s*tipulatio'*ya sebepli *stipulatio,* belirtilmeyene ise mücerret *stipulatio* denirdi.[47]

Stipulatio'da sebep gösterilmemesi borcun sebebinin bulunmadığı anlamına gelmezdi. Sebebi gösterilmeyen *stipulatio*'dan doğan borcun geçerliliği için, sebebin geçerli olması gerekmezdi. Sebebi (*causa*) geçersiz dahi olsa, borç geçerli olmaya devam ederdi. Alacaklı dava açtığında sadece *stipulatio*'nun varlığını ispat etmesi

[43] Ş.Berki, a.g.e., Ankara 1949, s. 278; P.Koschaker, a.g.e., Ankara 1993, s. 213.

[44] Ş.Berki, a.g.e., Ankara 1949, s. 278.

[45] P.Koschaker, a.g.e., Ankara 1993, s. 213; Rado, Türkan, Roma Hukuku Dersleri Borçlar Hukuku, İstanbul 1980, s. 91.

[46] Z.Umur, a.g.e., İstanbul Kasım 1999, s.351; B.Tahiroğlu, a.g.e., İstanbul 2012, s. 138.

[47] T.Rado, a.g.e., İstanbul 1980, s. 92.

yeterliydi, sebebin geçerliliğini ispat etmesine gerek yoktu. Ancak sebepli *stipulatio*'larda borcun geçerliliği sebebin geçerliliğine bağlı idi, alacaklı dava açtığında hem sebebin geçerli olduğunu, hem de *stipulatio*'nun varlığını ispat etmek zorundaydı.[48]

Stipulatio' nun sebep gösterilmeden kullanımı uygulamada kolaylık sağladığından yaygındı. *Iustinianus* Dönemi'nde ise soyut *stipulatio* sakıncalarına binaen tamamen ortadan kaldırıldı. *Iustinianus* Dönemi'nde, mücerret bir *stipulatio'*ya dayanarak alacaklı dava açtığında, borçlu geçerli sebebin olmadığını iddia ederse, geçerli *causa*'nın olduğunu ispat yükü alacaklıda idi. XIX. yy.'da ihtiyaçlar sonucu sebepsiz işlemler tekrar ortaya tekrar çıktı. Türk Borçlar Kanunu'nun borcun sebebini içermemiş olsa bile borç tanımasının geçerli olduğuna ilişkin 18. maddesi Klasik Roma Hukuku'nun sebepsiz *stipulatio*'lara ait hükmünün günümüzde de geçerli olduğunu göstermektedir.[49]

8. *Stipulatio*'nun Uygulama Alanları

Stipulatio Roma Hukuku'nda geniş uygulama alanı bulurdu. *Ius Civile* tarafından borç doğurduğu kabul edilmeyen sözleşmeler *stipulatio* şeklinde yapılırsa geçerli olurdu.[50]

---

[48] T.Rado, a.g.e., İstanbul 1980, s. 92-93; Z.Umur, a.g.e., İstanbul Kasım 1999, s. 352.

[49] T.Rado, a.g.e., İstanbul 1980, s. 93-94; Z.Umur, a.g.e., İstanbul Kasım 1999, s. 352-353; B.Tahiroğlu, a.g.e., İstanbul 2012, s. 140.

[50] K.Gürten, a.g.e., Ankara 2007, s. 66; ; B.Tahiroğlu, a.g.e., İstanbul 2012, s. 140.

A. Sözleşmelerin Mecburi Hale Konması

Borç doğurmayan bazı sözleşmelere (*pactum*), *stipulatio* yoluyla borçlandırıcı güç tanınmıştı. Bir karz veya bir ariyet verileceğine veya bir vedianın kabul edileceğine ilişkin vaad ve anlaşmalar dava hakkı vermezdi; bunlar şekilsiz *pactum* idi ve borç doğurmaları isteniyorsa *stipulatio* şeklinde yapılmaları gerekirdi.[51]

B. Müteselsil Borçlar

Müteselsil borç, borçlu veya alacaklı sayısının birden fazla olması durumunda söz konusu olurdu. Müteselsil borç örneğin mirastan, haksız fiilden veya sözleşmeden doğabilirdi. Roma hukukunda borçlular veya alacaklılar arasında sözleşme yoluyla teselsülü sağlamak için *stipulatio*'dan faydalanılmıştı.[52]

Alacaklılar arasında teselsül durumunda bir borçlu, birden fazla alacaklı olurdu. Alacaklılar *stipulatio*'da borçluya tek tek aynı soruyu sorar, borçlu alacaklıların hepsine birden aynı cevabı verirdi. Alacaklılardan her biri borçludan borcun tamamını isteyebilir, borçlu alacaklılardan herhangi birine borcun tamamını ödemiş ise veya alacaklıların biri borçluyu ibra etmişse, borçlu diğer alacaklılara karşı da borcundan kurtulurdu.[53]

---

[51] T.Rado, a.g.e., İstanbul 1980, s. 96.

[52] T.Rado, a.g.e., İstanbul 1980, s. 98.

[53] T.Rado, a.g.e., İstanbul 1980, s. 99.

Borçlular arasında teselsül durumunda bir alacaklı, birden fazla borçlu olurdu. Alacaklı taraf *stipulatio*'da borçluların her birine aynı soruyu sorar, borçluların hepsi birden alacaklıya aynı cevabı verirdi. Alacaklı borçluların dilediği herhangi birinden alacağın tamamını isteyebilirdi. Borçlulardan biri borcun tamamını öderse veya alacaklı borçlulardan birini ibra etmişse ya da alacaklı borçlulardan birisine *magistra* önünde yemin teklif edip borç sona ermişse, diğer borçlular da borçtan kurtulurdu.[54]

C. *Novatio* (Yenileme)

Novatio geçerli bir borç ilişkisinin *stipulatio* yoluyla yeni bir borç ilişkisi kurularak kendiliğinden sona ermesiydi.[55] Bunun için ortada sona erdirilmek istenen geçerli tam veya eksik bir borç bulunmalıydı. Yeni borç ilişkisinin de muhakkak *stipulatio* ile geçerli olarak kurulması gerekirdi. Yeni borç ilişkisinde bir unsurun mutlaka eski borç ilişkisinden farklı olması gerekirdi. Bu farklılık borcun içeriği veya tarafları, örneğin borcun sebebi, ödeme yeri, teminat, vade ile ilgili olabilirdi.[56]

D. *Praetor Stipulatio'*ları

Stipulatio'lar tarafların rızası ile yapılan sözleşmeler iken, *praetor stipulatio'*ları *praetor*'ların zorlamasıyla yapılan sözleşmeler idi. Bu nedenle bunlara

[54] T.Rado, a.g.e., İstanbul 1980, s. 98.

[55] Honig, Richard, Roma Hukuku, İstanbul 1938, s. 237-238.

[56] Z.Umur, a.g.e., İstanbul Kasım 1999, s. 326.

zorunlu *stipulatio*'lar da denirdi.[57] Zorunlu *stipulatio*'larda *praetor imperium* yetkisine dayanarak, ilgilinin talebi üzerine bir kişiyi diğerine karşı borçlanmaya zorlardı. Bu durumda borçlu belli bir şekilde hareket etmeyi, aksi halde oluşacak zararın tazminini taahhüt ederdi. Üçüncü kişiler de borçlunun borcunun ifasını *stipulatio* yoluyla garanti edebilirdi.[58]

IV. KEFALET SÖZLEŞMESİNİN HUKUKİ NİTELİĞİ

1. Fer'i Olup Olmadığı

Çağdaş hukuk sistemlerinde kefilin borcu doğumu, devamı ve ifası açısından asıl borca bağlıdır. Asıl borç geçersiz ise kefalet de geçersizdir.[59] Kefaletin fer'i olmasının diğer bir sonucu da -istisnalar dışında- kefilin asıl borçludan fazla sorumluluk yüklenememesi, sorumluluğunun asıl borçludan daha ağır ve farklı olamamasıdır. Aksi halde kefaletin asıl borcu aşan kısmı geçersiz sayılır. Kefilin asıl borçludan daha az borç altına girmesi ise kefaletin fer'ilik prensibine aykırı değildir.[60]

---

[57] K.Gürten, a.g.e., Ankara 2007, s. 70.

[58] T.Rado, a.g.e., İstanbul 1980, s. 106-107.

[59] Bilge, Necip, 'Kefilin Mesuliyetinin Şümulü', Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 13, Sayı 1-2, Ankara 1956, s. 98; Aral, Fahrettin, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Ankara 2003, s.438.

[60] Reisoğlu, Seza, 'Kefalet Kavramı ve Muteberlik Şartları', Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 19, Sayı 1-4, Ankara 1962, s.330-331.

Roma hukukunda fer'ilik hususu üzerinde pek durulmamıştı, fer'ilik kavramı da bugünkü teknik anlamıyla kullanılmamıştı.[61] Klasik hukuk döneminde asıl borçlunun borcu bir sebeple geçersiz olsa bile, *sponsio'*da *sponsor* ve *fidepromissio'*da *fidepromissor* geçerli olarak borç altına girmiş sayılıyordu.[62] Yani s*ponsor* ve *fidepromissor*'un borcu fer'i nitelikte değil, ayrı bağımsız bir borçtu. [63] Ancak *fideiussio*'da *fideissor*'un borcu fer'i idi, varlığı ve miktarı asıl borca bağlıydı.[64] Kefilin borcu asıl borçlunun borç miktarını aşamazdı, aksi halde kefalet batıl olurdu.[65] *Iustinianus* döneminde ise *fideiussio*'da *fideiussor*'un borcunun fer'i olduğu açıkça belirtilmişti.[66]

2. Tali (İkinci Derece) Olup Olmadığı

Türk hukuk sisteminde talilik, asıl borçluya takip yapılıp takip semeresiz kalmadıkça, kefile başvuramamayı ifade eder. Kefil ikinci derecede borçludur. Asıl borç muaccel hale gelmedikçe kefilin borcu da muaccel olmaz. Kefil asıl borcu değil, asıl borcun ödenmemesinden doğan zararı öder.[67]

---

[61] K.Gürten, a.g.e., Ankara 2007, s.78.

[62] Gaius, s.29.

[63] K.Gürten, a.g.e., Ankara 2007, s.79.

[64] K.Gürten, a.g.e., Ankara 2007, s.79.

[65] B.Tahiroğlu, a.g.e., İstanbul 1976, s. 332.

[66] Iustinianus, s.261.

[67] S.Reisoğlu, a.g.e., Ankara 1962, s.332-333.

Roma Hukuku'nda, Klasik Hukuk Dönemi'nde kefilin borcu tali değil, birinci derecedendi. Yani borç muaccel olduğunda alacaklı ister borçluya, ister doğrudan kefile başvurabilirdi. Ancak alacaklı önce asıl borçluya dava açar ve asıl borçlu borç ödemekten aciz olursa, ödenmeyen kısım için daha sonra kefile dava açamazdı. Çünkü bu halde aynı ihtilaf için iki dava açılamayacağı kuralı ve *litis contestatio*'nun borcu sona erdirici etkisi devreye girerdi. Bu nedenle alacaklının dava açmadan önce kime dava açacağına dair kesin seçim yapması gerekiyordu. Ancak asıl borçlu borcu ödemeye hazır olduğu halde, alacaklının doğrudan kefile dava açması halinde, örf ve adet gereği alacaklı borçlunun aciz halinden şüphe ettiğinden borçlunun şerefine tecavüz ettiği kabul ediliyor, borçlu alacaklıya karşı şahsiyetine tecavüzden *actio iniuriarum* açabiliyordu. Bu halde alacaklının mahkum olması için asıl borçlunun aciz halinde olmaması gerekirdi. [68]

*Iustinianus Dönemi'*nde M.S. 535 yılında *Iustinianus*'un dördüncü *Novellası* ile kefilin borcu tali(ikinci derece) hale getirildi. Buna göre alacaklı asıl borçluya başvurmadan doğrudan kefili takip ederse, kefilin alacaklıya karşı *beneficium excussionis* adlı def'iyi ileri sürmek suretiyle, alacaklının önce asıl borçluya müracaatını isteme hakkı vardı. Ancak asıl borçlu yoksa bu def'i uygulanmazdı. [69]

[68] B.Tahiroğlu, a.g.e., İstanbul 1976, s. 334-335; T.Rado, a.g.e., İstanbul 1980, s. 103.

[69] B.Tahiroğlu, a.g.e., İstanbul 1976, s. 335; T.Rado, a.g.e., İstanbul 1980, s. 103;P.Koschaker, a.g.e., Ankara 1993, s. 216.

3. İvazsızlığı

Kefalet sözleşmesi tek tarafa borç yüklemekte olup borç altına giren kefildir. Kefile asıl borçlu tarafından menfaat sağlanmış olması kefalet sözleşmesinin ivazsızlık özelliğine halel getirmez.[70]

Roma'da arkadaşlığın ve dostluğun her dönem önemli olması, kefalet sözleşmesinin ivazsız olmasında büyük bir rol oynamıştır.[71]

V. KEFALET SÖZLEŞMESİNİN KONUSU

Kefalet sözleşmesinin konusunu, asıl borçlu tarafından ödenmediği takdirde, kefil tarafından alacaklıya ödeneceği tekeffül edilen üçüncü bir şahıs olan asıl borçlunun borcu oluşturur. Bu borç para borcu olabileceği gibi, para ile tazmini mümkün her türlü borç da olabilir. [72]

*Sponsio'*da *sponsor*'lar ve *fidepromissio'*da *fidepromissor'*lar sadece sözlü sözleşme ile ortaya çıkan borçlara kefil olabilirken, *fideiussio*'da *fideiussor*'lar sözlü, yazılı, ayni, rızai sözleşme ile ortaya çıkan tüm borçlara kefil olabilirdi.[73]

---

[70] S. Reisoğlu, a.g.e., Ankara 1962, s. 333.

[71] K.Gürten, a.g.e., Ankara 2007, s.85.

[72] S. Reisoğlu, a.g.e., Ankara 1992, s. 9,11.

[73] H.C.Oğuzoğlu, a.g.e., Ankara 1959, s. 283.

VI. KEFALET SÖZLEŞMESİNİN GEÇERLİLİK ŞARTLARI

1. *Stipulatio* ile Kurulmuş Olmalı

Roma'nın en eski dönemlerinden *Iustinianus* Dönemi'ne kadar alacaklı ve kefil arasında kefalet sözleşmesi en yaygın olarak *stipulatio* yoluyla kurulurdu. [74]

Kefaletin en eski şekli olan *sponsio* ile sadece Roma vatandaşları borç altına girebiliyordu. Zamanla yabancılarla yapılan işlemlerde de kefalete ihtiyaç duyulması üzerine, yabancıların da kefalet sözleşmesi yapabilmesi için *fidepromissio* adında kefalet türü ortaya çıktı. *Sponsio* ve *fidepromissio* sıkı şekil şartlarına bağlı olup sadece belirli sözlü şekillerle oluşturulan borçları teminat altına alırdı. *Sponsio* ve *fidepromissio'*nun asıl borçtan hemen sonra yapılması gerekiyordu. Sonradan *fideiussio* adında hem Roma vatandaşları, hem yabancılar tarafından *stipulatio* ile yapılan kefalet türü ortaya çıktı. *Iustinianus* hukukunda *fideiussio* dışındaki kefalet türleri zamanla kayboldu. Modern hukukları etkileyen kefalet müessesesi *Iustinianus* hukukundaki *fideiussio* oldu.[75]

2. Geçerli Bir Asıl Borç

Daha önce bahsedildiği gibi Klasik hukuk döneminde ve *Iustinianus* Dönemi'nde *fideiussio*'da *fideiussor*'un borcu fer'i idi. Varlığı ve miktarı asıl borca

[74] T.Rado, a.g.e., İstanbul 1980, s. 102.

[75] B.Tahiroğlu, a.g.e., İstanbul 1976, s. 325-326.

bağlı olduğundan, asıl borcun herhangi bir nedenle geçersiz olması halinde, *fideiussor* da borçtan sorumlu olmazdı. Klasik hukuk döneminde s*ponsor* ve *fidepromissor*'un borcu ise asıl borca bağlı olmadığından, asıl borcun geçerliliği kefalet sözleşmesinin geçerliliğini etkilemezdi. Geçerli bir asıl borç bulunmasa bile s*ponsor* ve *fidepromissor* borçtan sorumlu olurdu.

3. Hukuka, Ahlaka ve Adaba Aykırı Borç

Hukuka, ahlaka ve adaba aykırı vaadler için yapılan *stipulatio*'lar geçersiz olduğundan, fer'i olsun olmasın *fideiussor,* s*ponsor* ve *fidepromissor*'un bunlar için verdiği kefalet de geçersiz olurdu. Verilmesi imkansız bir şey veya tabiatta yer almayan metafizik bir şey taahhüt edilmişse, buna ilişkin kefalet de geçersiz olurdu.[76]

4. Şarta Bağlı Borca Kefalet

Şarta bağlı borca kefil olmak mümkündü. Kefilin borcu sözleşmenin kurulduğu andan itibaren doğar, şartın gerçekleşmesiyle hüküm ifade ederdi. *Fideiussor*'un borcu fer'i olduğundan, asıl borç şarta bağlıysa *fideiussor* da aynı şartla borçlanırdı. Ancak asıl borç şarta bağlı olmasa bile *fideiussor*'un şarta bağlı borçlanması mümkündü.[77]

[76] K.Gürten, a.g.e., Ankara 2007, s. 96-97.

[77] K.Gürten, a.g.e., Ankara 2007, s. 97.

5. Tabii (Eksik) Borca Kefalet

Sponsor ve *fidepromissor* tabii(eksik) borç için kefil olamaz iken, *fideiussor* tabii(eksik) borç için kefil olabilirdi.[78]

6. Kefilin Ehliyeti

A. Hak ehliyeti

Daha önce bahsedildiği üzere Klasik Hukuk Dönemi'nde köleler, baba egemenliği altında bulunanlar ve *manus* altında bulunan kadınlar ne hakimiyeti altında bulundukları kimselere, ne de diğer kimselere karşı borçlanabilirdi. *Iustinianus* döneminde ise köleler bakımından değişiklik olmamakla birlikte, baba egemenliği altında bulunanlar ve *manus* altında bulunan kadınlar hakimiyeti altında bulundukları kimseler dışındakilere karşı borçlanabiliyordu.

B. Fiil ehliyeti

Daha önce belirtildiği üzere akıl hastaları hem Klasik Hukuk Dönemi'nde, hem de *Iustinianus* Dönemi'nde *stipulatio*, dolayısıyla kefalet sözleşmesi yapamazdı.

Hem Klasik Dönem, hem *Iustinianus* döneminde vesayet altındaki temyiz kudretini haiz küçükler vasilerinin izni olmadan kendi lehlerine işlem tesis edebilirdi ancak *stipulatio* yapacak, borç altına gireceklerse vasilerinin izni gerekirdi. Çocuk

[78] K.Gürten, a.g.e., Ankara 2007, s. 98.

veya çocukluk çağına yakın olanlar temyiz kudretlerini haiz olmadığından, kural olarak akıl hastaları gibi hiçbir hukuki işlemde bulunamazdı. Ancak bazı hallerde lehlerine durum söz konusu olabiliyordu.[79]

Vesayet altındaki kadınlar Klasik Dönem'de, vasilerinin izni olmadan kendi lehlerine işlem yapabilirdi ancak *stipulatio* yapacak, borç altına gireceklerse vasilerinin izni gerekirdi. *Iustinianus* döneminde kadınlar üzerindeki vesayet kaldırılmıştı. Bu dönemde kadınların belli bazı şekillere uymak kaydıyla üçüncü kişiler lehine borç altına girmesi mümkündü. Ancak kadınların kocaları lehine borç altına girmesi kendiliğinden hükümsüz sayılırdı.[80]

VII. KEFALET SÖZLEŞMESİNİN HÜKÜM VE SONUÇLARI

1. Asıl Borçlu-Kefil İlişkileri

Lex Publilia sadece *sponsor* için kurallar içeriyordu. Bu kanuna göre borcu ödeyen *sponsor*, ödediğini altı ay içinde asıl borçludan alamazsa, *sponsor*'un asıl borçluya karşı *manus iniectio pro iudicati*'yi (bir hakim kararı varmış gibi el koyma) kullanma imkanı vardı.[81] Alacaklı kefilin şahsına el koymak istediğinde, kefil bu hakka dayanarak borçluyu infaz için alıp alacaklıya verirdi. Kefil alacaklının

[79] Gaius, s.23; Iustinianus, s.255.

[80] Gaius, s.23; K.Gürten, a.g.e., Ankara 2007, s. 100-101.

[81] Ş.Berki, a.g.e., Ankara 1949, s. 327; B.Tahiroğlu, a.g.e., İstanbul 1976, s.328; P.Koschaker, a.g.e., Ankara 1993, s. 217.

kendisine el koymasını beklemek zorunda değildi.[82] *Formula* sisteminde ise *sponsor* ödediği miktarın iki katını asıl borçludan *actio depensi* ile isteyebiliyordu.[83]

Fideiussor kefaletten dolayı alacaklıya ödediği miktarı, kefil sıfatı ile asıl borçludan talep edemezdi. Ancak *fideiussor*'a vekalet sözleşmesinden doğan dava ve davaların devrini isteme hakkı verilmişti. Çünkü kefil genelde asıl borçlunun verdiği vekalete göre hareket ederdi. *Fideiussor* alacaklıya ödediğini asıl borçluya *actio mandati contraria* açarak alabiliyordu. [84]

Asıl borçlu borç ödemekten acizse *fideiussor, actio mandati contraria* ile de alacağını elde edemeyebilirdi. Zaten asıl borçlu acizse alacaklı önce *fideiussor*'a başvururdu, *fideiussor* alacaklıdan asıl borçluya olan dava hakkını kendisine devretmesini isterdi. Buna davaların devrini isteme imtiyazı (*beneficium cedendarum actionum*) denirdi.[85] Alacaklının dava haklarını, borcu ödeyen kefile devretmesi özel bir devir işlemiyle meydana geliyordu. Kefil borcu ödeyince alacaklının alacak hakkı sona erdiğinden kefile temlik edilemiyor, bu nedenle temlikin borcun ödenmesinden

[82] B.Tahiroğlu, a.g.e., İstanbul 1976, s.328-329.

[83] Gaius, s.39; B.Tahiroğlu, a.g.e., İstanbul 1976, s.328; Umur, Ziya, Roma Hukuku Lügatı, İstanbul 1983, s. 123.

[84] R.Honig, a.g.e., İstanbul 1938, s.240.

[85] P.Koschaker, a.g.e., Ankara 1993, s. 217.

önce yapılması gerekiyordu. Bu da zorluk oluşturduğundan, kefilin ödemesi alacağın itibari değerine göre satımı şeklinde kabul ediliyordu.[86]

Fideiussor asıl borçlunun bilgisi dışında onun lehine kefalet sözleşmesi yapmışsa, vekaletsiz iş görme söz konusu oluyor ve *fideiussor* alacaklıya ödediğini asıl borçluya *actio negotiorum gestorum contraria* açarak alabiliyordu.[87]

2. Kefil- Alacaklı İlişkisi

Siyasi sebeplerle çıkarıldığı ileri sürülen ve İtalya'da geçerli olan *Lex Furia*'ya göre, *sponsor*'lar ve *fidepromissor*'lar vaadlerinden iki yıl sonra borçlarından kurtuluyordu. Aynı borç için birden fazla kefalet varsa, alacaklı kefillerin her birinden borcun tamamını isteyemiyordu. Her kefil kendi payından sorumlu oluyordu. *Sponsor* ve *fidepromissor*'lar öldüklerinde borçları mirasçılarına geçmiyordu. Ayrıca *sponsor* ve *fidepromissor*'lar arasında borç ödemekten aciz olan varsa, onun borcu diğerlerine yüklenemiyordu. [88]

Lex Furia, fideiussor'lar bakımından uygulanmıyordu. Bu nedenle *fideiussor*'lar vaadlerinden iki yıl sonra borcundan kurtulamıyor ve borcun tamamından sorumlu oluyordu. *Fideiussor*'ların taahhütleri ölümleri halinde

---

[86] K.Gürten, a.g.e., Ankara 2007, s. 105-106; Türk hukuku'nda ise kefil alacaklıya borcu ödediği anda alacaklının haklarına doğrudan doğruya halef olur. (TBK 596/1)Ayrıca bir devir işlemine gerek yoktur.

[87] R.Honig, a.g.e., İstanbul 1938, s.24; B.Tahiroğlu, a.g.e., İstanbul 1976, s.336.

[88] B.Tahiroğlu, a.g.e., İstanbul 1976, s. 327, 329, 334.

mirasçılarına geçiyordu. Ancak *Hadrianus* zamanında çıkarılan emirname ile *fideiussor*'a borcun bölünmesini isteme imtiyazı (*beneficium divisionis*) tanındı. *Beneficium divisionis*, bir borca birden fazla kefalet durumunda, alacaklının kefillerden herhangi birine başvurarak alacağını istemesi halinde kefile, borcun diğer kefiller arasında da paylaştırılmasını isteme imkanı sağlıyordu. Borç ödemekten aciz olan *fideiusser*'ların borcu diğerlerine geçerdi. Böylece ödeme güçleri olan kefiller, ödeme durumu olmayan kefillerin kefili durumuna düşmüştü.[89]

Lex Cicereia'ya göre *sponsor* ve *fidepromissor* kabul eden alacaklı, yüksek sesle tanıklar önünde, kefillerin temin edeceği borcun tutarını bildirmekle yükümlüydü. Yine borç altına girecek olan kefillerin sayısını da açıklamak zorundaydı. Alacaklı, bu ön beyanı yapmaz ise, *sponsor* veya *fidepromissor*'lar otuz gün içinde mahkemeye başvurarak, alacaklının kanunun gerektirdiği bu ön beyanı yapıp yapmadığı hususunda karar verilmesini talep edebilirdi. Alacaklının bu ön beyanı yapmadığı kabul edilir ise, *sponsor* ve *fidepromissor*'lar da borçlarından kurtulurdu.[90]

Lex *Cornelia* aynı borçlunun, aynı yıl içerisinde, aynı alacaklıya karşı 20.000 *sesters*'ten fazla borçlanmasını yasaklamıştı. Böylelikle üstlenilen borcun en üst sınırı belirtilmişti. Borcun konusu para dışındaki şeyler de olabilirdi. *L*ex *Cornelia*

[89] B.Tahiroğlu, a.g.e., İstanbul 1976, s. 333-334; Türk hukuku'nda da birden çok kişi, aynı borca birlikte kefil oldukları takdirde, her biri kendi payı için adi kefil gibi, diğerlerinin payı için de kefile kefil gibi sorumlu olur.(TBK 587/1. madde)

[90] B.Tahiroğlu, a.g.e., İstanbul 1976, s. 330.

sponsio, fidepromissio ve *fideiussio'*ya da uygulanıyordu. Kanun bazı durumlarda, sınırsız bir tutar için teminat kabul edilmesine izin vermişti.[91]

3. Kefillerin Kendi Aralarındaki İlişkileri

Lex Apuleia, aynı borçtan dolayı kefil olan *sponsor* ve *fidepromissor*'ların birbirlerine rücu etmelerini sağlıyordu. Aynı borca kefil olanlardan biri alacaklıya payına düşenden fazlasını ödemişse, payına düşenden daha az ödeyen veya hiçbir şey ödemeyen kefile karşı dava açabilirdi.[92]

Lex Furia ile kefiller arasındaki teselsül kaldırılmıştı. Aynı borca birden fazla kefalet halinde, alacaklı her bir kefilden borcun tamamının ödenmesini isteyemezdi. Borcun kefiller arasında paylaştırılması gerekiyordu.[93]

VIII. KADINLARIN KEFiL OLMA DURUMLARI

1. Genel Olarak

Roma hukukunda kadın olmak hak ehliyetini ve hukuki işlem ehliyetini kısıtlayan sebeplerdendi. Sebep olarak kadının tecrübesizliği öne sürülüyordu.[94]

[91] B.Tahiroğlu, a.g.e., İstanbul 1976, s. 330-331.

[92] B.Tahiroğlu, a.g.e., İstanbul 1976, s. 329.

[93] K.Gürten, a.g.e., Ankara 2007, s. 119.

Cinsiyeti şüpheli olan (kendisinde iki cinsiyet bulunan) kişilerin kendinde hakim olan cinsiyetten sayılması gerektiği kanaatine varılmıştı.[95]

İntercessio muamelesinde bulunan, yani başkaları için borç altına giren veya kefil olan kadınlar borçlu sayılmıyordu.[96]

Roma hukukunda başkasının borcundan sorumluluk en çok *stipulatio* yoluyla yapılan kefalet ile sağlanırdı. *Stipulatio* yoluyla yine borcun nakli mümkündü. *Mandatum qualificatum* (kredi vekaleti) ve *constititum debiti alieni* yoluyla başkasının borcu için sorumluluk altına girilebiliyordu. Bütün bu işlemler üçüncü kişi lehine borçlanma olarak *intercessio* terimi altında toplanabilirdi.[97]

Roma Hukuku'nun sonraki dönemlerinde kadınların başkaları lehine borçlanmaları bazı kısıtlayıcı ve yasaklayıcı hükümlerle geniş ölçüde önlenmişti.[98]

---

[94] Akıncı, Şahin, Roma Hukuku Dersleri Tarihi Giriş ve Kaynaklar Hukukun Genel Kavramları Şahsın Hukuku Aile Hukuku Eşya Hukuku Usul ve İcra Hukuku, Konya 2003, s. 186, 201.

[95] Seviğ, Vasfi Raşid, Roma Hukuku Dersleri Hülasası, Ankara 1943, s. 54.

[96] Schwarz , Andreas B, Roma hukuku dersleri, Çeviren: Türkan Rado, İstanbul 1948, s. 273.

[97] T. Rado, a.g.e., İstanbul 1992, s. 215.

[98] T. Rado, a.g.e., İstanbul 1992, s. 215.

2. *Senatus Consultum Vellaeanum* ile Kadının Kefaleti İçin Getirilen Sınırlamalar

M.S. 46 tarihli *Senatus Consultum Vellaeanum,* kadınların 3. kişiler lehine borç altına girmesini yasaklayan senatus kararıydı.[99]

Başkası için borç altına girme işlemlerinden en yaygını kefaletti. *Senatus Consultum Vellaeanum* metninde ilk olarak *fideiussio*'dan bahsetmekteydi. Burada bahsi geçen, kefaletin yalnız *fideiussio* şekli değildi. *Fideiussio* denince *stipulatio* şeklinde yapılan *sponsio, fidepromissio* ve *fideiussio* gibi tüm kefalet şekillerini anlamak gerekirdi.[100]

3. Senatus Consultum Vellaeanum ile Yasaklanan *Intercessio* İşlemlerinin Şartları

A. Kadın Başkası İçin Borçlanmalıdır

Kadın başkasının borcunu taahhüt etmeyip doğrudan bağış amacı ile ödeme yapmışsa *Senatus Consultum* uygulanmazdı.[101]

---

[99] Aksaray, Buse, Roma Hukukunda Kadının Hak ve Fiil Ehliyeti, İstanbul 2012, s. 97.

[100] Rado, Türkan, Principatus Devrinde Roma Hususi Hukukunun Senatus Consultumlar Yoluyla Islahı, C.1., İstanbul 1954, s.60; K.Gürten, a.g.e., Ankara 2007, s. 124.

[101] T. Rado, a.g.e., İstanbul 1992, s. 216.

B. Bu Borç Üçüncü Şahsın Borcu Olmalıdır

Borç üçüncü bir şahsa ait borç olmalıydı. Kadın borçlanırken kendi menfaatlerini koruyorsa, örneğin borçlanması karşılığında ücret alıyorsa veya borçlanma karşılığı eline geçen para veya eşya kendisi lehine harcanıyorsa *Senatus Consultum* uygulanmazdı.[102]

C. Kadın Başkası Lehine Borç İltizam Ederken Müstakbel Bir Zarar Tehlikesi Altına Girmelidir

Kadın başkası lehine *intercessio*'da bulunurken, kendisi için olası bir zarar ihtimali varsa *Senatus Consultum* uygulanır, gelecekte dahi zarara neden olmayacaksa uygulanmazdı.[103]

D. Kadın Rücu Edebileceğini Ümit Ederek Borç Altına Girmelidir

Eğer kadın asıl borçlunun borcu ödemeyeceğini bilerek veya bağış amaçlı borç altına giriyorsa *Senatus Consultum* uygulanmazdı. Çünkü *Senatus Consultum* kadınlar borç altına girerken bazen tecrübesizliklerinden yanılabildiklerinden, onları maruz kalacakları zarar ve külfete karşı korumak istemiştir. [104]

---

[102] T. Rado, a.g.e., İstanbul 1954, s. 99.

[103] T.Rado, a.g.e., İstanbul 1954, s. 100.

[104] T.Rado, a.g.e., İstanbul 1954, s. 100.

E. Kadının Menfaati Alacaklının Menfaatinden Üstün Olmalı ve Kadının Hilesi Bulunmamalıdır

Kadın hile ile hareket etmişse, *Senatus Consultum* iyi niyetli alacaklıyı korumuştu.

Kadının hilesi olmamakla birlikte, alacaklı, kadının *intercessio*'da bulunduğunu bilmeden kendisi için borçlandığını sanarak işlem yapmışsa, *Senatus Consultum Vellaeanum* uygulanmazdı, iyi niyetli alacaklının korunması kadının korunmasına tercih edilirdi.[105]

IX. KEFALET SÖZLEŞMESİNE BENZEYEN DİĞER İŞLEMLER

1. *Mandatum Qualificatum* (Kredi Vekaleti ya da İtibar Emri)

Bir vekil, müvekkilden aldığı talimatla, başka bir kişiye ödünç para verip de ödünç alan bu parayı vekile iade etmezse, müvekkil onun kefili konumundadır. Ödünç veren vekil, ödünç alandan karz sözleşmesinin davası olan *actio certae creditae pecunia*'yı açarak alacağını alamadığı takdirde, müvekkiline *actio mandati contraria* davası açarak ödediği paranın geri verilmesini müvekkilinden isterdi.[106]

Kefalet *stipulatio* yoluyla sözlü olarak yapıldığı halde, *mandatum qualificatum*, şekle bağlı olmayan rızaî bir sözleşmeydi. Kefalet için önce esas borç

[105] T.Rado, a.g.e., İstanbul 1954, s. 109.

[106] T. Rado, a.g.e., İstanbul 1992, s.156-157.

ilişkisinin kurulması gerekirken, kredi vekaletinde esas borç doğmadan vekalet verilmekteydi. Kefalet hazırlar arasında yapılıp, sağır dilsizler kefalet sözleşmesi yapamadığı halde, kredi vekaleti hazır olmayanlar arasında yapılabilir, yine sağır ve dilsizler de bu sözleşmeyi yapabilirdi.[107]

2. *Constititum Debiti Alieni*

Constititum Debiti, bir kimsenin kendisinin veya başkasının borcunu, belirli bir vadede ödeme vaadini içeren şekle tabi olmayan bir sözleşmedir.[108] *Constititum Debiti Alieni ise*, bir kimsenin başkasına ait borcu belli tarihe kadar ödeyeceğine ilişkin alacaklı ile yaptığı şekle tabi olmayan bir sözleşmedir. Kefalet borcu gibi fer'i bir borç olduğundan asıl borç sona erdiğinde bu borç da sona ererdi.[109]

Constititum Debiti Alieni başkasının mevcut borcunun *constititum* yapıldığı andaki miktarını ödemeyi vaadetmektir. Asıl borçta sonradan oluşan değişikliklerin *constititum'*dan doğan borcu etkilemeyeceği söylenebilir.[110]

---

[107] T. Rado, a.g.e., İstanbul 1992, s. 157.

[108] Çelebican, Özcan Karadeniz, Klasik Roma Hukukunda Constititum Debiti, Ankara 1968, s. 1; Z.Umur, a.g.e., İstanbul Kasım 1999, s.315.

[109] Z.Umur, a.g.e., İstanbul 1983, s. 47.

[110] Ö.K. Çelebican, a.g.e., Ankara 1968, s. 197.

3. *Receptum Argentarii*

Receptum Argentarii banka işlemleri yapan bir kimsenin, bir müşterisinin üçüncü kişilere olan mevcut veya ileride doğacak borçlarını, belli bir miktara kadar ödemeyi taahhüt etmesiydi. Bu sözleşme banker ile müşteri arasında bir çeşit cari hesap veya açık kredi niteliğindeydi.[111]

Banker müşterinin borcu geçersiz dahi olsa borçtan sorumlu olurdu. Borcun konusu yalnız para veya misli eşya değil, her türlü borç olabilirdi.[112]

X. KEFALET SÖZLEŞMESİNİN SONA ERMESİ

1. Asıl Borca Bağlı Sona Erme Sebepleri

Roma Hukuku'nda *sponsor* ve *fidepromissor*'ların borcu fer'i borç olarak kabul edilmese de müteselsil borç sayılırdı, asıl borç herhangi bir şekilde sona ererse *sponsor* ve *fidepromissor*'ların borcu da sona ererdi. *Fideiussor*'un borcu ise fer'i nitelikteydi, asıl borcun herhangi bir şekilde sona ermesi kefilin borcunu da sona erdirirdi. Genel olarak borcu sona erdiren ifa, ibra, alacaklı ve borçlu sıfatının birleşmesi, sonraki kusursuz imkansızlık, yenileme ve takas gibi sebepler de kefalet sözleşmesini sona erdirirdi.[113]

---

[111] Z.Umur, a.g.e., İstanbul 1983, s.180.

[112] T.Rado, a.g.e., İstanbul 1980, s. 166.

[113] K.Gürten, a.g.e., Ankara 2007, s. 131.

2. Kefalet Sözleşmesine Özgü Sona Erme Sebepleri

A. Kefilin Ölmesi İle

Sponsor ve *fidepromissor*'ların ölümü ile kefalet sözleşmesi sona ererdi. Bunların kefil olmasından mirasçıları sorumlu olmazdı, çünkü bu teminat, kefilin ölümü ile sona eren şahsi bir borçtu. Bunun sebebi, kefilin kendi fiziksel varlığı ile sorumlu olmasındadır. Bu sorumluluk, kefilin cesedinde, örneğin gömülmesine karşı koymamak şeklinde uygulanmazsa, kefilin ölümü ile sona ererdi. *Fideiussor*' un ölümü durumunda ise mirasçıları borçtan sorumlu olurdu.[114]

B. *Lex Furia* İle

Lex Furia kanununun kefil lehine getirilen düzenlemesine göre *sponsor* ve *fidepromissor*'ların borcu kefalet sözleşmesinin kurulmasından itibaren iki yıl sonra sona ererdi. Fakat *fideiussor*'in borcu bakımından herhangi bir süre sınırlaması yoktu.[115]

---

114 B.Tahiroğlu, a.g.e., İstanbul 1976, s. 327.

115 K.Gürten, a.g.e., Ankara 2007, s. 132.

C. *Litis Contestatio* (Davanın Tespiti) İle

Asıl borçlu ya da kefillerden birisine başvurulduğunda ve dava *litis contestatio* aşamasına geldiğinde kefalet borcu sona erer ve alacaklı tatmin olmazsa asıl alacaklı ve diğer kefillere başvuramazdı.[116]

D. Diğer Nedenler

Asıl borca bağlı sona erme sebeplerinden olan ifa, ibra, alacaklı ve borçlu sıfatının birleşmesi, sonraki kusursuz imkansızlık, yenileme ve takas gibi sebepler kefalet sözleşmesini de sona erdirirdi.[117]

---

[116] K.Gürten, a.g.e., Ankara 2007, s.132.

[117] K.Gürten, a.g.e., Ankara 2007, s. 132.

İKİNCİ BÖLÜM

TÜRK HUKUKU'NDA KEFALET SÖZLEŞMESİ

I. GENEL OLARAK

Teminat sözleşmesi en geniş anlamda bir kimsenin başkasının karşı karşıya bulunduğu tehlikeyi kendi üzerine almasını öngören tüm sözleşmeler için kullanılmaktadır. Tehlike ise ortaya çıkması müphem ancak çekinilen ve ekonomik bakımdan faydalı bir olayın gerçekleşmemesi ihtimalidir. Teminat sözleşmelerinde borçlu başkasının karşı karşıya bulunduğu bir zarar tehlikesini üzerine almaktadır.[118]

Teminat sözleşmeleri ayni veya şahsi teminat sağlamaya yöneliktir. Bir taşınır, taşınmaz, alacak veya işletme üzerinde rehin tesisi yükümlülüğü içerenler ayni teminat; bir şahsın borçlunun borcunun karşılığını teşkil etmek için haczi kabil tüm malvarlığıyla sorumlu olmasını içerenler şahsi teminattır.[119]

Şahsi teminat sözleşmelerinin en önemlisi olan kefalet sözleşmesi, 1926 tarihli mülga 818 Sayılı Borçlar Kanunu'nda 1912 tarihli İsviçre Borçlar Kanunu'nun kefalet maddelerine aynen yer verilmek suretiyle akdin muhtelif nevilerini düzenleyen ikinci kısmının yirminci bap'ı 483-503. maddelerinde

---

[118] Yavuz, Cevdet, 'Genel Olarak Kefalet Sözleşmesi, Geçerliliği ve Türleri', Avrupa Araştırmaları Dergisi, Cilt 12, Sayı 1-2, İstanbul 2004, s. 17; Yavuz, Cevdet, Borçlar Hukuku Dersleri (Özel Hükümler), İstanbul 2010, s. 589; Yavuz, Cevdet, Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler, İstanbul 2009, s. 823.

[119] C. Yavuz, a.g.e., İstanbul 2004, s. 17; C. Yavuz, a.g.e., İstanbul 2010, s. 589.

düzenlenmiştir. Yeni Borçlar Kanunu yürürlüğe girene kadar herhangi bir değişikliğe uğramamıştır.[120] 1 Temmuz 2012 tarihinde yürürlüğe giren 6098 Sayılı Borçlar Kanunu'nda ise 581-603. maddeleri arasında düzenlenmiştir.

Kefalet sözleşmesi günümüzde yaygındır. Ayni teminatlara göre kurulması, tahsili daha kolaydır ve önemi büyüktür. Zira Bankalar Kanunu'nun ipotek karşılığında kredi verilmesini prensip olarak yasaklaması ve munzam ipotek alınmasının kabul edildiği istisnai hallerde bile, çok defa önce bir kefalete başvurulması zorunluluğu, bankacılık hukukunda da kefaletin önemini göstermektedir.[121]

II. TANIMI

Kefalet, sözlükte mutlaka zam anlamındadır.[122] 818 Sayılı Borçlar Kanunu m. 483'e göre kefalet '*Kefalet bir akittir ki onunla bir kimse, borçlunun akdettiği borcun edasını temin etmeyi alacaklıya karşı taahhüt eder.*' şeklinde tanımlanmıştı. Bu tanım doktrinde çok eleştiriliyordu. Zira kefil burada borçlunun borcunu edasını temin etmeyi değil, borçlunun borcunu ödememesi halinde bundan kişisel olarak

120 Reisoğlu, Seza, Türk Kefalet Hukuku, Ankara 2013, s. 19.

121 Reisoğlu, Safa, Borçlar Hukuku-Sözleşmeden, Haksız Fiilden ve Sebepsiz Zenginleşmeden Doğan Borçlar, Cilt I, Ankara 1972, s. 183.

122 Göktürk, Hüseyin Avni, 'Kefalet Hukukumuzun Kifayetsizliği ve Yeni İsviçre Kefalet Hukuku', Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 7, Sayı 3-4, Ankara 1950, s. 329.

sorumlu olmayı taahhüt eder.[123] Aksi halde kefilin edanın temini için elinden gelen çabayı gösterdiğini, kendisine bu konuda hiçbir kusur yüklenemeyeceğini ispat etmesi halinde borcundan kurtulacağını kabul etmek gerekir.[124] Esasında kefilin kefalet sözleşmesi ile borç yüklenmesinin amacı borcun edasını teminat altına almak, başka deyişle bu edayı garanti etmektir. Fakat kefil bu teminatı borçlunun edasını temin edeceğini taahhüt etmek suretiyle değil, borçtan bizzat mesul olduğunu kabul ederek sağlamaktadır. Kefilin borcun edasını temin ettiğinin düşünülmesi halinde 818 Sayılı Borçlar Kanunu 110. maddesinde hükme bağlanmış olan başkasının fiilini taahhüt mahiyetinde olur ki, kefalet bundan tamamen ayrı bir hukuki işlemdir.[125]

Kanundaki kefalet tanımı sözleşmenin özelliklerini tam kapsamadığı gibi, borçlunun akdettiği borç ibaresi sadece akitten kaynaklanan borçlara kefil olunabileceği izlenimi veriyordu. Oysa borcun kaynağı sözleşme, haksız fiil veya sebepsiz zenginleşme ya da nafaka borcu gibi kanundan doğan bir borç olabilir.[126]

Yine tanıma göre 'borçlunun akdettiği (halihazırda mevcut)' ibaresinden kefilin temin ettiği borcun kefalet sözleşmesinin yapıldığı sırada mevcut olması

---

[123] C.Yavuz, a.g.e., İstanbul 2004, s.19; Akipek, Şebnem/ Küçükgüngör, Erkan, Sözleşmeler Rehberi (Sözleşmelerin Hazırlanması- Sözleşme Örnekleri- Yargıtay Kararları), Ankara 2002, s. 514; C. Yavuz, a.g.e., İstanbul 2010, s. 590; S.Reisoğlu, a.g.e, Ankara 2013, s. 21; Barlas, Nami, 'Yeni Türk Borçlar Kanunu'nun Kefalete İlişkin Düzenlemeleri', İzmir Barosu Dergisi, Sayı 2, İzmir Nisan-Temmuz 2011, s.8.

[124] N.Bilge, a.g.e., Ankara 1956, s.92; S.Reisoğlu, a.g.e., Ankara 2013, s. 21.

[125] N.Bilge, a.g.e., Ankara 1956, s. 92.

[126] N.Bilge, a.g.e., Ankara 1956, s. 91; S.Reisoğlu, a.g.e, Ankara 2013, s. 21; N. Barlas, a.g.e., İzmir Nisan-Temmuz 2011, s. 8.

gerektiği anlamı çıkabiliyordu. Oysa ileride doğacak bir borca kefil olmak da mümkündür.[127]

Tanım İsviçre Borçlar Kanunu 492/1. maddesindeki gibi 'Kefalet sözleşmesi ile kefil bir üçüncü kişinin (asıl borçlunun) alacaklısına karşı, asıl borçlunun borcunun ifasını sağlamayı üzerine alır.' şeklinde olmalıydı.[128] Nitekim 1 Temmuz 2012 tarihinde yürürlüğe giren 6098 Sayılı yeni Borçlar Kanunu'nun gerekçesinde de belirtildiği üzere, İsviçre Borçlar Kanunu'nun 492/1. maddesi göz önünde tutularak, kefalet sözleşmesi yeniden tanımlanmak suretiyle bu hatalar giderilmiştir. Buna göre 6098 Sayılı yeni Borçlar Kanunu m. 581 gereğince *kefalet sözleşmesi, kefilin alacaklıya karşı, borçlunun borcunu ifa etmemesinin sonuçlarından kişisel olarak sorumlu olmayı üstlendiği sözleşmedir.* Borcun ifa edilmemesinin kişisel sonucu para borcu olarak ortaya çıkacaktır.[129] Yoksa kefilin borcu asıl borçlunun yerine getirmeyi taahhüt ettiği edim borcu değildir.[130] Yeni düzenleme ile kefilin borcun ifa edilmeyen kısmını tazmin etme dışında bir borcu olmadığı daha iyi yansıtılmıştır.[131]

---

127 Özen, Burak, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Çerçevesinde Kefalet Sözleşmesi, İstanbul 2012, s. 53.

128 Yavuz, Nihat, Öğreti ve Uygulamada Türk Kefalet Hukuku, Ankara 2009, s. 5.

129 S. Reisoğlu, a.g.e, Ankara 2013, s. 21.

130 C. Yavuz, a.g.e., İstanbul 2004, s. 20.

131 Öz, Turgut, Yeni Borçlar Kanununun Getirdiği Başlıca Değişiklikler ve Yenilikler, İstanbul 2012, s.120.

III. HUKUKİ NİTELİĞİ

Doğuş sebebi asıl borcu temin etmek olan kefalet bir tehlike yüklenme borcu doğuran sözleşmedir.[132]

Kefalet sözleşmesinde, alacaklı ile borçlu arasındaki yabancı bir borcun ödenmemesi halinde, kefilin bundan kişisel sorumluluğu söz konusu olduğundan, daima üçlü bir ilişki gerekmektedir. Ancak burada borçlu bu sözleşmenin tarafı değildir. Öyle ki kefil asıl borçlunun rızasını almadan veya onun rızasına aykırı olarak taahhüt altına girebilir.[133] Kefalet kefil ile alacaklı arasındaki bir sözleşmedir. Her sözleşmede olduğu gibi, burada da tarafların iradelerinin birleşmesi ve ekonomik hukuki neden gerekir.[134]

1. Kefilin Kefalet Borcunun Özellikleri

A. Kefalet Sözleşmesinin Fer'i Olması

Kefalet sözleşmesinin doğumu ve varlığı için geçerli bir asıl borcun olması gerekir. Asıl borç özel hukuktan doğan borç olabileceği gibi, kamu hukukundan

---

[132] Tunçomağ, Kenan, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri (Akdin Muhtelif Nevileri), Cilt II, İstanbul 1974, s. 20; Feyzioğlu, Feyzi Necmeddin, Borçlar Hukuku İkinci Kısım Akdin Muhtelif Nevileri (Özel Borç İlişkileri), Cilt I, İstanbul 1980, s. 34.

[133] S. Reisoğlu, a.g.e., Ankara 1972, s. 183.

[134] Becker, Herman, İsviçre Borçlar Kanunu Şerhi, Borçlar Hukuku, Çeşitli Sözleşme İlişkileri, II. Bölüm, Çev: Dura, Suat, Ankara 1993, s. 1036.

kaynaklanan bir borç da olabilir. Örneğin vergi borcuna kefalet caizdir.[135] Yine aynen eda, hatta bir davranıştan doğan yükümlülükler, şahsen ifa edilebilecek – örneğin ünlü bir heykeltıraşın heykel yapma taahhüdü- yükümlülükler için de kefil olunabilir.[136] Fakat kefilin kefalet borcu her zaman kefil ile alacaklı arasındaki sözleşmeden doğmaktadır.[137]

Kefaletin varlığı doğuş, devam ve sona erme bakımından asıl borcun varlığına bağlıdır.[138] Asıl borçtan ayrı olarak kefalet borcu başkasına devredilemez. Kefilin sorumluluğu asıl borçlunun sorumluluğundan ağır olamaz. Kefil alacaklıya karşı asıl borçlunun sahip olduğu- aczi ile ilgili olanlar dışında- aynı def'ilere sahiptir. Böylece kefilin borcu asıl borca bağlı fer'i nitelikte bir borçtur. Kefaletin müteselsil olması onun fer'iliğini etkilemez.[139]

Asıl borç herhangi bir nedenle sona ererse, kefalet sözleşmesi de sona erer. Kefaletin fer'iliği tarafların rızasıyla dahi kaldırılamaz. Eğer kaldırılırsa burada artık bir kefalet sözleşmesinden değil, genellikle garanti sözleşmesinin varlığından söz edilebilir.[140]

---

135 Bilge, Necip, Borçlar Hukuku Özel Borç Münasebetleri, Ankara 1971, s. 365.

136 S. Reisoğlu, a.g.e., Ankara 2013, s.32.

137 Zevkliler, Aydın/ Gökyayla, Emre, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Ankara 2010, s. 530.

138 Ayrancı, Hasan, 'Kefalet Sözleşmesinde Asıl Borcun Belirli Olması İlkesi ve Cari Hesaba Kefalet', Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt IX, Sayı I-II, Ankara 2005, s. 113.

139 S. Reisoğlu, a.g.e., Ankara 2013, s. 22-24.

140 N.Yavuz, a.g.e., Ankara 2009, s. 6; S. Reisoğlu, a.g.e., Ankara 2013, s. 22.

B. Kefalet Sözleşmesinin Tali Olması

Kefil, adi ve müteselsil kefalette ikinci derecede (tali) borçludur. Kural, borçluya takip yapılıp takip semeresiz kaldıktan ve kefaletten önce verilmiş rehin varsa ona başvurulduktan sonra adi kefile başvurulmasıdır. Ancak müteselsil kefalette alacaklı borç muaccel olunca doğrudan doğruya kefile de başvurabilir. Burada kefaletin tali niteliğinin ortadan kalktığı söylense de, çoğunluk müteselsil kefalette de kefilin ikinci derecede borçlu olduğu, zira asıl borç muaccel olunca müteselsil kefilin borcunun muaccel olacağı, konusu para alacağı dışındaki borçlarda ancak asıl borç yerine getirilmezse müteselsil kefile başvurulabileceği görüşündedir.[141]

C. Kefalet Sözleşmesinin İvazsız Olması

Kefalet sözleşmesi kanuni tanımı, amacı ve sebebinden anlaşılacağı üzere kural olarak sadece kefile yükümlülük yükler. Alacaklı kefile karşı bir borç altına girmez. Ancak ivazsızlık fer'ilik gibi zorunlu bir unsur olmayıp, tarafların rızasıyla aksi kararlaştırılabilir. Çünkü kefalet için aslolan kefille alacaklı arasındaki ilişkidir.[142] Kefaletin ivazlı olması ancak alacaklının taahhüt altına girmesi ile ortaya çıkar. Her ne kadar ahlaken ve örfen kefalet ivaza bağlanamaz ise de, daha sık rastlanan kefille borçlu arasında kefalet nedeniyle ivaz kararlaştırılması ya da bunun

---

[141] S. Reisoğlu, a.g.e., Ankara 2013, s. 25; C. Yavuz, a.g.e., İstanbul 2010, s. 593; Tandoğan, Haluk, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Cilt II, İstanbul 2010, s. 697.

[142] N. Yavuz, a.g.e., Ankara 2009, s. 10.; C. Yavuz, a.g.e., İstanbul 2010, s.593-594.

işin niteliğinden doğması kefaletin ivazsızlığına etki etmez. Örneğin bankalar ancak komisyon karşılığında müşterilerine kefil olmayı kabul eder ancak bu husus kefaleti ivazlı hale getirmez.[143] Yine örneğin kefil borçluya "Sana kefil olurum ancak bana ücretsiz ingilizce dersi vereceksin." şeklinde şart koşup, borçlu da bunu kabul ederek sözleşme yapsalar, ne aralarındaki sözleşme, ne de alacaklı ile kefil arasındaki kefalet sözleşmesi batıl olur. Taraflar arasındaki bu sözleşmenin sonradan ifa edilmemesi sözleşmeye taraf olmayan alacaklıyı bağlamaz.[144]

2. Kefalet Sözleşmesiyle Teminat Altına Alınan Asıl Borcun Özellikleri

A. Yabancılık

Kefalet borcunun muhteva itibariyle başka birisinin borcundan mesuliyet şeklinde tecelli etmesinden doğan sonuçlardan biri, borçlunun kendi borcu için bizzat kefil olamayacağıdır. O halde örneğin adi şirkette ortaklardan birisi şirket borcuna kefil olamaz. Tüzel kişiliği olan topluluklarda ise bir ortağın tüzel kişinin borcuna kefil olması mümkündür.[145]

Kefalet sözleşmesiyle teminat altına alınan asıl borç, kefil dışındaki üçüncü bir kişiye ait bir borç olmalıdır. Bir kişi başlangıçta kendi borcu için kefil olamasa dahi, sonradan örneğin miras yoluyla, asıl borçla kefalet borcu aynı kişide

---

143 S. Reisoğlu, a.g.e., Ankara 2013, s. 26.

144 Berki, Şakir, Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Ankara 1973, s. 220.

145 N. Bilge, a.g.e., Ankara 1956, s. 96.

birleşebilir. Burada gerçek olmayan birleşme veya borçların yarışmasından söz edilir. Bu gibi hallerde alacaklının kefaletten sağlayacağı yararlar (örneğin kefalet borcu rehinle temin edilmiş veya kefile kefil varsa) saklı kalır. Yine alacaklının kendi alacağı için kefil olması, alacaklı olduğu sürece hukuken bir değer taşımaz, hükümleri askıdadır.[146] Ancak alacak temlik edilirse, yeni alacaklıya karşı bir icap niteliğinde olup geçerli sayılmalıdır.[147]

Alacaklıya ödemede bulunan kefil, asıl borçlunun borcunu değil, kendi borcunu yerine getirmiş olur. Bu nedenle asıl borç ortadan kalkmaz ve alacaklının alacağı halefiyet yoluyla kefile geçer.[148]

B. Belirlilik

Para borçları için kefil olunabileceği gibi, diğer yükümlülükler için de, örneğin misli eda, ayni eda, bir yapma veya yapmama borcu için de kefil olunabilir.[149] Ancak bu halde edimin para ile ölçülebilmesi şarttır.[150] Yine şahsen ifa

---

146 S. Reisoğlu, a.g.e., Ankara 2013, s. 32-33.

147 S. Reisoğlu, a.g.e., Ankara 2013, s.33.

148 C. Yavuz, a.g.e., İstanbul 2004, s. 20.

149 S. Reisoğlu, a.g.e., Ankara 2013, s.36.

150 Ayrancı, Hasan, 'Şekil Şartına Uyulmadan Yapılan Kefalet Sözleşmesinde İfanın Sonuçları', Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 53, Sayı 2, Ankara 2004, s.97.

edilebilecek borçlar –örneğin bir heykeltıraşın heykel yapma borcu- için de kefil olunabilir.[151]

Kefaletle teminat altına alınan borç belirli veya belirlenebilir nitelikte olmalıdır. Kefaletle temin edilen asıl borcun ne olduğu belirtilmeden, örneğin ‘‘A’nın B’ye olan tüm borçlarına 2000TL’ye kadar kefilim.’’ şeklindeki bir taahhüt geçerli olmaz.[152]

Kefalete konu borcun tarafları, sebebi, kapsamı, ifa zamanı ve ifa yeri gibi belirli unsurlarının gösterilmesi ve kefaletle ilgili hususların yorumlanarak şüpheye yer bırakmayacak şekilde tespit ve teşhisi gerekmektedir. Yine belirlilik özelliği gereği sözleşmesin tarafı olmamasına rağmen asıl borçlunun isminin yazılması gerekmekte, buna karşın alacaklının adının ismen yazılması şart olmayıp belirlenebilmesinin yeterli olduğu kabul edilmektedir.[153]

IV. KEFALET SÖZLEŞMESİNİN GEÇERLİLİK ŞARTLARI

Kefalet sözleşmesinin geçerlilik şartları yeni borçlar kanunu ile değiştirilerek ağırlaştırılmıştır. Şahısların bu şartlara uymamak için başka ad altında teminata ilişkin sözleşme yaparak kanunu dolanmasının önüne geçmek için eski Borçlar

---

151 S. Reisoğlu, a.g.e., Ankara 2013, s.32.

152 N. Barlas, a.g.e., İzmir Nisan-Temmuz 2011, s. 8.

153 S. Reisoğlu, a.g.e., Ankara 1962, s. 382; C. Yavuz, a.g.e., İstanbul 2009, s. 838; Bilgen, Mahmut, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Işığında Öğreti ve Uygulamada Kefalet ve Yargılama Hukukuna İlişkin Uyuşmazlıklar, Adalet yayınevi, 1. Baskı, Ankara 2013, s. 33.

Kanunu'nda yer almayan yeni bir düzenleme getirilmiştir. 6098 sayılı Borçlar Kanunu 603. maddeye göre, *"Kefaletin şekline, kefil olma ehliyetine ve eşin rızasına ilişkin hükümler, gerçek kişilerce, kişisel güvence verilmesine ilişkin olarak başka ad altında yapılan diğer sözleşmelere de uygulanır."* Bu maddenin uygulama alanı gerçek kişiler tarafından kişisel güvence verilmesine yönelik yapılan sözleşmelerle sınırlıdır. Dolayısıyla teminat sözleşmesi tüzel kişi tarafından yapılmışsa, kefaletin şekline, kefil olma ehliyetine ve eşin rızasına ilişkin hükümler uygulama alanı bulmaz. Yine örneğin gerçek kişiler tarafından teminat amacıyla yapılan borca katılma sözleşmeleri kefalet sözleşmesi hakkında öngörülen şekil ve ehliyet kurallarına tabi ise de, borca katılma teminat amacıyla yapılmamış ise herhangi bir şekil şartına tabi olmayacaktır.[154]

1. Geçerli Bir Asıl Borcun Bulunması

A. Genel Olarak

818 Sayılı mülga Borçlar Kanunu md. 485/1' e göre kefalet, ancak muteber bir borç hakkında cereyan eder. Bu şart kefalet sözleşmesinin fer'i niteliğinden kaynaklanmaktadır.

6098 Sayılı yeni Borçlar Kanunu 582. maddesine göre de kefalet sözleşmesi, mevcut ve geçerli bir borç için yapılabilir.

[154] Turan Başara, Gamze, 'Türk Borçlar Kanunuyla Getirilen Yeni Bir Müessese: Borca Katılma', Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Sayı 63, Cilt 2, Ankara 2014, s. 426-427.

Bu konuda eski kanun ile yeni kanun arasında fark yoktur. Geçersiz veya var olmayan bir borca kefalet geçersizdir. Ancak gelecekte doğması muhtemel veya koşula bağlı bir borç için de kefalet sözleşmesi yapılabilir.

Borca konu sözleşme zorunlu şekil şartına uyulmadığı, borçlunun ayırtım gücü bulunmadığı gibi sebeplerle geçersiz ise, kefalet de geçerli değildir.[155]

Asıl borç belli olmadan sadece kefilin sorumlu olacağı en yüksek tutar gösterilmek suretiyle verilmiş kefalet geçersizdir. Örneğin kefilin ‘‘Borçlunun doğmuş veya doğacak herhangi bir borcuna 1000TL’ye kadar kefilim.’’ şeklindeki taahhütü geçerli değildir.[156]

B. İptal Edilebilir Bir Borca Kefalet

818 Sayılı mülga Borçlar Kanunu md. 485/c. 3’e göre, *‘‘Hata yahut ehliyetsizlik sebebiyle borçlunun mesuliyetini icap etmiyen bir akitten mütevellit borca kefalet, eğer kefil akdin borçlu yüzünden olan bu fesadına taahhüt esnasında vakıf ise muteber olur.’’* Yani kefil, kefalet sözleşmesinin kurulduğu sırada, asıl borca ilişkin sözleşmenin hata veya ehliyetsizlik sebebiyle borçlu açısından bağlayıcı olmadığını biliyor ise kefalet geçerli olur.

6098 Sayılı yeni Borçlar Kanunu 582. maddesine göre *‘‘Yanılma veya ehliyetsizlik sebebiyle borçlunun sorumlu olmadığı bir borç için kişisel güvence*

[155] Yargıtay 13. H.D., 26/12/1974 T. 3454 E. 3656 K.(Karahasan, Mustafa Reşit, Türk Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, 6. Cilt, İstanbul 1992, s. 920.)

[156] S. Reisoğlu, a.g.e., Ankara 2013, s.37.

veren kişi, yükümlülük altına girdiği sırada, sözleşmeyi sakatlayan eksikliği biliyorsa, kefaletle ilgili kanun hükümlerine göre sorumlu olur. Aynı kural, borçlu yönünden zamanaşımına uğramış bir borca kefil olan kişi hakkında da uygulanır.''

Kanunun ehliyetsizlikten kastettiği tam ehliyetsizlik değil, sınırlı ehliyetsizliktir (Ayırtım gücüne sahip küçükler ve kısıtlılar). Aksi halde ayırtım gücü olmayan bir şahıs, başkasından ödünç para alsa, bu sözleşme geçersizdir. Kefil borçlunun ayırtım gücü olmadığını bilerek onun borcuna kefil olsa dahi, geçersiz olan borca kefalet de geçersizdir.[157] Kefil medeni hakları kullanma ehliyetini haiz olmalıdır. Vasi de vesayeti altındaki ehliyetsiz kimse hesabına kefalet sözleşmesi yapamaz. Ayırtım gücüne sahip küçükler ve kısıtlılar ise kanuni temsilcilerinin muvafakati ile kefil olabilir.[158] Bir sınırlı ehliyetsizin borcuna kefil olunması halinde, kefil bu sakatlığı biliyorsa taahhüdü geçerli, aksi takdirde geçersizdir.

C. Müstakbel veya Şarta Bağlı Bir Borca Kefalet

818 Sayılı mülga Borçlar Kanunu 485/2. maddesine göre *"Müstakbel zamana muzaf yahut şarta muallâk bir borç, hüküm ifade edeceği zamanın hulûlü ve şartın tahakkuku halinde muteber olmak üzere kefalete raptolunabilir."*

Müstakbel borçlara kefalet halinde zaman sınırlaması getirilmemesi önemli bir sorundur, çünkü kefilin ne kadar süreyle sözleşmeyle bağlı kalacağını bilmeye

---

157 Ş. Berki, a.g.e., Ankara 1973, s. 221.

158 Olgaç, Senai, Türk Borçlar Kanunu ve İlgili Özel Kanunlar- Akdin Muhtelif Nevileri- Madde 372-545, Cilt IV, Ankara 1976, s. 508; Akıntürk, Turgut, Borçlar Hukuku, Ankara 1994, s. 228.

hakkı vardır. Kefil olunduğu sırada borçlunun maddi durumu iyi iken sonradan kötüleşerek kefilin riski artabilir. Kefalet borcunda zamanaşımı asıl borcun muaccel olmasıyla başlar, bu nedenle asıl borcun meydana gelmesinde ve kefilin asıl borç ne zaman meydana gelirse gelsin sorumlu olmasında belirsiz ve kefil aleyhine durum söz konusudur. [159]

Müstakbel borca kefalet genelde devamlı bir ilişki doğuran, değişen kredi borçları, cari hesap borçları için düzenlenmektedir.[160]

6098 Sayılı yeni Borçlar Kanunu 582/1. maddesine göre de *gelecekte doğacak veya koşula bağlı bir borç için de, bu borç doğduğunda veya koşul gerçekleştiğinde hüküm ifade etmek üzere kefalet sözleşmesi kurulabilir.*

Düzenleme bakımdan eski kanun ile yeni kanun arasında dilin sadeleştirilmesi dışında bir fark yoktur.

D. Eksik Borçlar İçin Kefalet

818 Sayılı mülga Borçlar Kanunu döneminde eksik olduğu bilinen borçlara kefaletin geçerli olup olmayacağı hususu tartışmalıydı.[161]

---

[159] Reisoğlu, Seza , Türk Hukukunda ve Bankacılık Uygulamasında Kefalet, Ankara 1992, s. 17; H.Ayrancı, a.g.e., Ankara 2005, s. 119.

[160] S. Reisoğlu, a.g.e., Ankara 1992, s. 17; H.Ayrancı, a.g.e., Ankara 2005, s. 119.

[161] C. Yavuz, a.g.e., İstanbul 2010, s. 596; Yıldırım, Mustafa Fadıl, 'Kefalet Sözleşmesindeki Yenilikler', Ankara Barosu Hukuk Muhakemeleri Kanunu ve Borçlar Kanunu Sempozyumu, Ankara 2011, s. 225.

6098 Sayılı yeni Borçlar Kanunu ile eksik borçlardan olan zamanaşımına uğramış borçlar bakımından düzenleme getirilmiştir. 6098 Sayılı Borçlar Kanunu 582/2. maddesi *gereğince borçlu yönünden zamanaşımına uğramış bir borca kefil olan kişi, yükümlülük altına girdiği sırada borcun zamanaşımına uğradığını biliyorsa, kefaletle ilgili kanun hükümlerine göre sorumlu olur.* Yani sonradan alacaklıya karşı asıl borcun zamanaşımına uğradığı def'ini ileri süremez. Aksi halde hakkın kötüye kullanımı söz konusu olur. Ancak kefil asıl borcun zamanaşımına uğradığını bilmeden kefil olmuş ise, alacaklıya karşı zamanaşımı def'ini ileri sürebilir.

6098 Sayılı Borçlar Kanunu 596/6. maddesine göre *kefil, dava hakkı vermeyen veya yanılma ya da ehliyetsizlik sebebiyle asıl borçluyu bağlamayan bir borç için ödemede bulunduğu takdirde, asıl borçluya karşı rücu hakkına sahip değildir. Ancak, kefil zamanaşımına uğramış bir asıl borçtan sorumlu olmayı borçlunun vekili sıfatıyla üstlenmişse asıl borçlu, ona karşı vekâlet sözleşmesi hükümleri uyarınca sorumlu olur.*

Evlenme tellallığından doğan borçlar ile kumar ve bahis borçları da eksik borçlardandır. Bu borçlar için de kefalet sözleşmesi yapılabilir ve kefil dava edilmezlik def'isini ileri sürebilir. 6098 Sayılı Borçlar Kanunu 591/4 maddesine göre '*Kumar veya bahisten doğan bir borca kefalette kefil, borcun bu niteliğini bilmiş olsa bile, asıl borçlunun sahip olduğu def'ileri ileri sürebilir.'* Kefilin dava edilmezlik def'inden feragati geçerli olmaz.

2. Esas Bakımından Geçerli Bir Kefalet Sözleşmesinin Bulunması

Kefalet sözleşmesinin de diğer sözleşmeler gibi kanuni sınırlara uygun olarak yapılması gerekir. Alacaklı ve kefilin karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanı ile kefalet sözleşmesi kurulur. Temsilci aracılığıyla da kefalet sözleşmesi kurulabilir.[162]

3. Yazılı Olması

Kefalet sözleşmesinde şekil serbestisi fikri 19. yüzyılın başlarında hakim olmuş fakat daha sonra şekil şartı öngörülmüştür. Bu gelişmelerle birlikte ilk olarak kefilin korunması ve şekil kurallarına gereksiz ölçüde önem vermenin yarattığı sorunlar tartışılmaya başlanmıştır.[163]

818 Sayılı mülga Borçlar Kanunu madde 484'e göre *'Kefaletin sıhhati, tahriri şekle riayet etmeğe ve kefilin mes'ul olacağı muayyen bir mikdar iraesine mütevakkıftır.'* Mülga borçlar kanununda kefaletin şekli konusunda farklı görüşler bulunuyordu. Bazı görüşlere göre kefalet sözleşmesi adi yazı şekle tabiydi.[164] Bazı görüşlere göre ise kefalet sözleşmesi geniş anlamda nitelikli yazılı şekle tabiydi, zira kefilin adi yazılı şekildeki gibi irade beyanını yazılı olarak açıklaması yeterli olmayıp, kanunda ayrıca beyanın taşıması gereken içeriğin, yani kefilin sorumlu

---

[162] H. Ayrancı, a.g.e., Ankara 2004, s.97.

[163] H. Ayrancı, a.g.e., Ankara 2004, s. 98.

[164] N. Barlas, a.g.e., İzmir Nisan-Temmuz 2011, s. 11.

olacağı miktarın da belirtilmesi şekil şartı olarak yer alıyordu.[165] Buradaki şekil şartı, bir ispat şartı değil geçerlilik şartıdır.

6098 Sayılı Borçlar Kanunu 583. maddesine göre de *''Kefalet sözleşmesi, yazılı şekilde yapılmadıkça ve kefilin sorumlu olacağı azamî miktar ile kefalet tarihi belirtilmedikçe geçerli olmaz. Kefilin, sorumlu olduğu azamî miktarı, kefalet tarihini ve müteselsil kefil olması durumunda, bu sıfatla veya bu anlama gelen herhangi bir ifadeyle yükümlülük altına girdiğini kefalet sözleşmesinde kendi el yazısıyla belirtmesi şarttır….''*

Yeni borçlar kanunu mülga borçlar kanunu ile aynı yazılı şekli muhafaza etmekle birlikte, daha sonra inceleneceği üzere kefilin sorumlu olduğu azamî miktarın, kefalet tarihinin ve müteselsil kefil olunması durumunda, bu sıfatla veya bu anlama gelen herhangi bir ifadeyle yükümlülük altına girildiğinin kefalet sözleşmesinde kefilin kendi el yazısıyla belirtilmesi zorunluluğu şekil şartı olarak getirilmiştir. 6098 Sayılı Borçlar Kanunu ile kefalet sözleşmesinin dar ve teknik anlamda nitelikli yazılı şekle bağlandığı söylenebilir. Çünkü kefilin beyanının taşıması gereken asgari içeriğin belirtilmesiyle yetinilmeyip, kefalet sözleşmesinde kefilin el yazısıyla yazması zorunlu olan kısımlar da gösterilmiştir.[166]

İki kanunda da şekil şartının tek taraflı bir geçerlilik şekli olduğu söylenebilir. Tek taraflı geçerlilik şekline göre; kefilin iradesinin iki kanunda da düzenlenen şekil

---

[165] Özen, Burak, 'Kefalet Sözleşmesinde Şekle Aykırılık ve Şekle Aykırı Kefalet Sözleşmesinin Kefil Tarafından İfa Edilmesi', Prof. Dr. Belgin Erdoğmuş'a Armağan, Der Yayınları, İstanbul 2011, s. 749.

[166] B. Özen, a.g.e., İstanbul 2011, s. 750.

kalıbına uygun olarak ortaya konulması yeterli olup, ayrıca alacaklının iradesinin herhangi bir şekle uygun olarak ortaya konulmasına gerek yoktur. Alacaklı kefalet sözleşmesindeki iradesini sözlü olarak da açıklayabilir, imzasına gerek yoktur. Çünkü kefalet sözleşmesinde kural olarak sadece kefil borç altına girer. Buna karşın istisnai olarak alacaklı da kefalet sözleşmesinde kefile karşı bir borç altına giriyorsa, alacaklının da imzası gerekir. Alacaklının ismen belirtilmesi zorunlu değildir. Alacaklının kimliğinin belirlenebilir olması yeterlidir ancak borçlunun şahsı kefil için önemli olduğundan borçlunun kimliği kefalet sözleşmesinde veya senedinde gösterilmelidir. Kefilin yazılı beyanının mutlaka el yazısıyla yazılması şartı aranmamaktadır. Kefalet sözleşmesi kefilin kendi el yazısı ile düzenlenebileceği gibi, alacaklı veya herhangi bir üçüncü kişinin yazısıyla da düzenlenebilir. Yine bilgisayar ile veya matbu şekilde de hazırlanabilir. Sadece kefilin imzası yeterlidir.[167] Buna karşılık sözleşmenin diğer tarafı olan alacaklının ve alacaklı ile asıl borç sözleşmesini yapan borçlunun imzaları kefalet sözleşmesinde aranmaz.[168]

Yazılı şekle tabi sözleşmelerde yapılacak değişikliklerin de aynı şekle tabi olduğunu düzenleyen 6098 sayılı Borçlar Kanunu 13. (mülga Borçlar Kanunu 12.) maddedeki hüküm karşısında, yeni kanundaki kefalet sözleşmesinde sonradan yapılan ve kefilin sorumluluğunu artıran değişikliklerin kefalet için öngörülen şekle uyulmadıkça hüküm doğurmayacağına ilişkin hükmün, bu şekilde düzenlenmesine gerek yoktu.[169] Ancak kefalette kefilin sorumluluğunu azaltan, örneğin müteselsil

---

167 N. Barlas, a.g.e., İzmir Nisan-Temmuz 2011, s. 11; B. Özen, a.g.e., İstanbul 2011, s. 749.

168 Ş.Akipek/ E.Küçükgüngör, a.g.e., Ankara 2002, s. 515.

169 N. Barlas, a.g.e., İzmir Nisan-Temmuz 2011, s.15.

kefaleti adi kefalete çeviren, sorumluluk miktarını, süresini azaltan değişikliklerin şekle bağlı olup olmadığı hususu eski borçlar kanunu döneminde tartışma konusuydu. Yeni borçlar kanunundaki açık düzenleme ile bu tartışmaya son verilmiştir.[170]

Tarafların kefaletin geçerliliğini noterde imzaların tasdiki gibi daha ağır şekil şartına bağlamalarına yasal engel yoktur.[171]

Yeni Borçlar Kanununda getirilen şekle aykırı olarak yapılan kefalet sözleşmesinin kesin hükümsüz olduğu doktrinde ağırlıklı görüş olarak kabul edilmektedir.[172]

4. Kefilin Sorumlu Olduğu Azami Miktarın, Kefalet Tarihinin, Varsa Müteselsil Kefalet Sıfatı veya Bu Anlama Gelen Herhangi Bir İfadeyle Yükümlülük Altına Girildiğinin El Yazısı ile Yazılması

818 sayılı Borçlar Kanunu 484. maddesine göre *''Kefaletin sıhhati, tahriri şekle riayet etmeğe ve kefilin mes'ul olacağı muayyen bir mikdar iraesine mütevakkıftır.''* Buna göre eski kanun döneminde kefilin sorumlu olacağı miktarın gösterilmesi gerekir ise de, bunun nasıl yerine getirileceği yoruma açıktı. Zira 818 sayılı Borçlar Kanunu 484 maddesi ile kefilin asıl borcun yanı sıra bazı ek kalemlerden de sorumlu olacağını düzenleyen 490. maddesi arasındaki ilişkinin

170 M. Bilgen, a.g.e., Ankara 2013, s. 29.

171 H. Ayrancı, a.g.e., Ankara 2004, s. 101.

172 B. Özen, a.g.e., İstanbul 2012, s. 219.

belirlenememesi sebebiyle doktrinde ve uygulamada tartışma söz konusuydu. 6098 Sayılı Borçlar Kanunu'nda ise bu durum açıkça düzenlenmiştir. Yeni Borçlar Kanununun 583. maddesine göre '*Kefilin, sorumlu olduğu azamî miktarı, kefalet tarihini ve müteselsil kefil olması durumunda, bu sıfatla veya bu anlama gelen herhangi bir ifadeyle yükümlülük altına girdiğini kefalet sözleşmesinde kendi el yazısıyla belirtmesi şarttır.* Yine kefilin sorumluluğunun kapsamını düzenleyen md. 589'a göre *"Kefil, her durumda kefalet sözleşmesinde belirtilen azamî miktara kadar sorumludur."* Kefilin asıl borcun yanında diğer kalemlerden sorumluluğu azami miktarla sınırlıdır. Buna göre kefil her durumda kefalet sözleşmesinde belirtilen üst sınıra kadar sorumlu olacaktır.[173]

818 sayılı Borçlar Kanununun 484. maddesinde kullanılan "muayyen bir miktar" ifadesi, TBK' da "azami miktar" olarak değiştirilmiştir. Kefalet belgesinde veya sözleşmesinde azami sorumluluk miktarının gösterilmesi kefile açık bir fikir verilmesini amaçlar ve kefile ileri sürülebilecek taleplerin bu sınırı aşmaması ile bu amaca erişilebilir.[174]

Kefalet limitinde hükmün lafzında tam açıklık olmasa da rakamsal belirleme yapılması zorunludur, ayrıca azami miktarın yabancı para birimi cinsinden gösterilmesine de engel yoktur.[175]

---

[173] N. Barlas, a.g.e., İzmir Nisan-Temmuz 2011, s. 14-15.

[174] Yener, Mehmet Deniz, 'Kefilin Sorumluluğunun Kapsamı ve 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu İle Yapılan Değişiklikler', Finansal Araştırmalar ve Çalışmalar Dergisi, Cilt 3, Sayı 7, İstanbul 2012, s. 113.

[175] N. Barlas, a.g.e., İzmir Nisan-Temmuz 2011, s. 16.

Kendi adına kefil olma konusunda özel yetki verilmesi ve diğer tarafa veya bir üçüncü kişiye kefil olma vaadinde bulunulması halinde de kefilin sorumlu olduğu üst miktarı el yazısıyla yazması zorunludur. Maddedeki 'diğer tarafa veya bir üçüncü kişiye' ibaresine gerek yoktur, kanunda doğrudan '…kefil olma vaadinde bulunulması…'denilmesi yeterli olacaktı.[176] Bu düzenleme ile kefalet sözleşmesinin temsil yoluyla akdedilebilmesi için temsilcide özel yetki aranması ve bu yetkilendirmenin de aynı şekil şartına tabi tutulmuş olması isabetlidir, çünkü mülga kanunda bu konuda bir düzenleme yoktu, uygulamada farklı yargı kararlarına konu oluyordu. Düzenleme ile bu sorun ortadan kalkmıştır.[177]

Yeni kanun ile kefilin sorumlu olduğu azamî miktarın, kefalet tarihinin ve müteselsil kefalet halinde bu ibare veya aynı anlama gelen bir ifade ile yükümlülük altına girildiğinin kefilin kendi el yazısıyla yazılması şartları getirilmiştir. Bu değişiklik kefalet sözleşmesinin süreli olması durumunda sona erme tarihinin, kefilin kefalet tarihinde evli olup olmadığının, evli ise ayrı yaşamaya hak kazandığı tarihte yapılıp yapılmadığının, dolayısıyla eşin rızasının gerekip gerekmediğinin tespiti ve 6098 Sayılı Borçlar Kanunu 589 maddesi uyarınca kefil borçlunun sadece kefalet sözleşmesinin kurulmasından sonraki borçlarından sorumlu olduğundan, kefilin hangi borçlardan sorumlu olacağının tespiti açısından önemlidir.[178] Ayrıca bu

---

176 N. Barlas, a.g.e., İzmir Nisan-Temmuz 2011, s. 14.

177 N. Barlas, a.g.e., İzmir Nisan-Temmuz 2011, s.13.

178 Baş, Ece, '6098 Sayılı Türk Borçlar Kanununda Kefalet Sözleşmesinin Geçerlilik Şartlarına İlişkin Bazı Yenilikler', İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C. LXX, S.2, İstanbul 2012, s. 132; Sönmez, Murat, '6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'nda Kefalet Sözleşmesi', İzmir Barosu Dergisi, Sayı 2, İzmir Mayıs 2012, s. 173; M. Bilgen, a.g.e., Ankara 2013, s. 27.

değişiklik kanımızca tarihin doğru yazılması kaydıyla kefilin kefalet tarihinde temyiz kudretinin bulunup bulunmadığının tespiti bakımından da kolaylık sağlayabilecektir.

6098 Sayılı Borçlar Kanunu 583. madde düzenlemesi yalnızca kefalet tarihinin yazılı olmasını aramış olsaydı, uygulamada olduğu gibi, sözleşmedeki tarih kısmı daha sonra alacaklı tarafından doldurulabilecekti. Kefilin el yazısını aramakla, bunun önüne geçilebilir. Zira kefil, sözleşme akdedildikten daha sonraki bir tarihte, kendi aleyhine olacak şekilde sözleşmeye tarih eklemeyi kabul etmekten kaçınabilir ve tarihin eksikliği de şekle aykırılık nedeniyle sözleşmenin kesin hükümsüz olması sonucunu doğurur.[179]

Müteselsil kefalet, adi kefalete nazaran daha ağır bir sorumluluk yükler. Adi kefile tanınan savunma hakları müteselsil kefile tanınmamaktadır. 818 Sayılı Borçlar Kanunu döneminde, kefalet sözleşmesinden müteselsil kefil olma iradesi anlaşılmıyor veya kanun ile müteselsil kefaletin varlığı kabul edilmiyorsa adi kefaletin var olduğu sonucuna yorum yolu ile varılmaktaydı. Ancak 6098 Sayılı Borçlar Kanunu'nun yürürlüğe girmesiyle artık bu tür bir yoruma gerek kalmamıştır. Zira müteselsil kefalet kurulmak istenildiğinde, bu veya aynı anlama gelen herhangi bir ibarenin mutlaka kefilin el yazısı ile yazılması gerekmektedir. Aksi halde, sözleşme adi kefalet olarak kurulmuş olur.[180]

Tüzel kişileri temsil eden birden fazla kişinin kefalet sözleşmesinde el yazısı ile yazılması zorunlu hususları nasıl yazacağı hususu tartışmalı olup, bir görüşe göre

[179] E. Baş, a.g.e., İstanbul 2012, s. 132.

[180] Özen, Burak, Kefalet Sözleşmesi, Sözleşmesi Özellikleri, Kuruluşu, Türleri, İstanbul 2008, s.231; E. Baş, a.g.e., İstanbul 2012, s. 134.

tüm temsilcilerin kefalet senedini imzalaması ancak sadece bir temsilcinin el yazısı ile zorunlu kısımları yazması yeterli görülmüştür.[181]

Kefilin el yazısı ile yazması zorunlu olan hususların yeni kanunda zorunlu şekil şartı olarak düzenlenmesi, okuma yazma bilmeyenler ile sakatlığı nedeniyle yazı yazamayacak durumda olanların kefil olabilmesine, kendi adına kefil olma konusunda özel yetki verebilmesine ve diğer tarafa veya bir üçüncü kişiye kefil olma vaadinde bulunabilmesine engel görünmektedir.[182] Ancak okuma yazma bilen görme engellilerin kefil olmasına, kendi adına kefil olma konusunda özel yetki vermesine ve diğer tarafa veya bir üçüncü kişiye kefil olma vaadinde bulunmasına bir engel yoktur.[183] Borçlar Kanunu 15. madde gereğince kefil görme engelliyse, talep etmesi halinde imza atarken şahit aranır. Aksi takdirde imzasını el yazısı ile atması yeterlidir. Taşınmaz satımı, bağış, vasiyetname gibi işlemler yapabilen okuma yazma bilmeyenler ile sakatlığı nedeniyle yazı yazamayacak durumda olanların kefalet sözleşmesi yapamaması hukuk mantığıyla çok örtüşmemektedir.[184] 818 sayılı eski Borçlar Kanunu'nda okuma yazma bilmeyenler ile sakatlığı nedeniyle yazı yazamayacak durumda olanlar bakımından kefalet sözleşmesi yapılmasına engel yoktu.

---

[181] N. Barlas, a.g.e., İzmir Nisan-Temmuz 2011, s. 13-14; M. Bilgen, a.g.e., Ankara 2013, s. 28.

[182] Öz, Turgut, Yeni Borçlar Kanununun Getirdiği Başlıca Değişiklikler ve Yenilikler, İstanbul 2011, s. 120; M. Bilgen, a.g.e., Ankara 2013, s. 27.

[183] S. Reisoğlu, a.g.e., Ankara 2013, s. 89.

[184] Topel, Afhan, '6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'na Göre Kefalet Sözleşmelerindeki Değişikliklere Bir Bakış', İzmir Barosu Dergisi, Sayı 2, İzmir Mayıs 2012, s. 195.

5. Eşin Yazılı Rızası

A. Genel Olarak

743 sayılı mülga Medeni Kanun'un 169. maddesine göre koca menfaatine olarak karı tarafından üçüncü şahsa karşı iltizam olunan borçların geçerli olabilmesi için sulh hukuk hakiminin tasdiki aranırdı. Yani karı, kocasının borcu için kefil olacaksa, kefaletin geçerliliği sulh hukuk hakiminin tasdiki ile mümkündü. Bu husus kamu düzenindendi, şikayet süreye tabi değildi. Kocanın kefaleti bakımından hakim onayı aranmıyordu. İcra kefaleti (kefaletnamesi) de aynı hükme tabiydi.[185] İcra kefaleti 3. şahısların kefil sıfatıyla icra dairesi önünde borçlunun borcunu kısmen ya da tamamen ödemeyi üstlendiği müteselsil kefalet hükmünde olan, borçlar hukuku kurumu olup borçlar kanununda düzenlenen kefalet sözleşmelerinin icra hukukunda kazandığı görünümdür.[186]

818 Sayılı Borçlar Kanunu'nda kefalet için eşin yazılı rızası aranmıyordu. 6098 Sayılı Borçlar Kanunu ile bu konuda bir sınırlama getirilmiştir. 6098 Sayılı Borçlar Kanunu 584. maddeye göre '*Eşlerden biri mahkemece verilmiş bir ayrılık kararı olmadıkça veya yasal olarak ayrı yaşama hakkı doğmadıkça, ancak diğerinin*

[185] Yargıtay 12. H.D. 18/10/1982 T. 7179 E. 7394 K.(M.R. Karahasan, a.g.e., İstanbul 1992, s. 908.)

[186] Tanrıver, Süha, 'İcra ve Temyiz Kefaletleri (Kefaletnameleri)', Ankara Barosu Dergisi, Sayı 6, Ankara Aralık 1989, s.972,974.

yazılı rızasıyla kefil olabilir; bu rızanın sözleşmenin kurulmasından önce ya da en geç kurulması anında verilmiş olması şarttır. Kefalet sözleşmesinde sonradan yapılan ve kefilin sorumlu olacağı miktarın artmasına veya adi kefaletin müteselsil kefalete dönüşmesine ya da kefil yararına olan güvencelerin önemli ölçüde azalmasına sebep olmayan değişiklikler için eşin rızası gerekmez.' Eşin rızasına ilişkin bu hükmün mülga Medeni kanunda olduğu gibi Medeni Kanun'un aile hukuku kısmında düzenlenmesi gerekmekte ise de, Borçlar kanununda düzenlenmiştir.[187]

Yeni getirilen bu sınırlama ile evlilik birliğinin, eşlerin düşünmeden ve hatra binaen yaptıkları kefalet sözleşmesinin doğabilecek olumsuz sonuçlarından diğer eşin korunması amaçlanmıştır.[188] Eş bakımından cinsiyet ayrımı yapılmamıştır ancak sosyo-kültürel bakımdan daha çok kocanın düşüncesizce kefil olmasının önüne geçilmeye çalışılmıştır.[189]

Kefil için getirilmiş dar ve teknik anlamda nitelikli yazılı şekil, eşin rızası için yerini adi yazılı şekle bırakmıştır.[190]

---

[187] Elçin, Gülçin, 'Bankaların Genel Kredi Sözleşmelerinde Yer alan Kefalet Hükümlerinin Türk Borçlar Kanunu Kefalet Hükümleri Çerçevesinde Değerlendirilmesi', İstanbul Barosu Dergisi, Cilt 87, Sayı 2013-3, İstanbul 2013, s.24.

[188] Kırca, İsmail, 'Türk Borçlar Kanunu Tasarısı- Kefalette Eşin İzni', Prof. Dr. Tuğrul Ansay'a Armağan, Ankara 2006, s. 437; B. Özen, a.g.e., İstanbul 2012, s.174.

[189] İ. Kırca, a.g.e., Ankara 2006, s. 438, dipnot 15.

[190] İ. Kırca, a.g.e., Ankara 2006, s. 443.

B. Eşlerin Evli Olması

Eşlerin kefalet sözleşmesi kurulduğu tarihte Medeni kanuna uygun olarak evli olmaları gerekir. Kefalet sözleşmesine rıza vermeyen eşten sonradan boşanılmış olması ya da ayrılık kararı verilmesi veya ayrı yaşama hakkı doğması halinde sözleşme geçerli hale gelmeyecektir.[191] Yine kanımızca kefalet sözleşmesine rıza vermeyen eşin sonradan ölmesi veya fiil ehliyetini kaybetmesi halinde de sözleşme geçmişe dönük geçerli hale gelmez.

Kefilin evli olduğu kişisel durum sicilinden getirtilecek belgeyle belirlenebilir.[192]

C. Eşler Arasında Mahkemece Verilmiş Bir Ayrılık Kararının Bulunmaması veya Yasal Olarak Ayrı Yaşama Haklarının Bulunmaması

TMK 167. maddeye göre 'Boşanma davası açmaya hakkı olan eş, dilerse boşanma, dilerse ayrılık isteyebilir.' Yine TMK 197/1 maddeye göre *'Eşlerden biri, ortak hayat sebebiyle kişiliği, ekonomik güvenliği veya ailenin huzuru ciddî biçimde tehlikeye düştüğü sürece ayrı yaşama hakkına sahiptir. Birlikte yaşamaya ara verilmesi haklı bir sebebe dayanıyorsa hâkim, eşlerden birinin istemi üzerine birinin diğerine yapacağı parasal katkıya, konut ve ev eşyasından yararlanmaya ve eşlerin mallarının yönetimine ilişkin önlemleri alır. Eşlerden biri, haklı bir sebep olmaksızın*

[191] T. Öz, a.g.e., İstanbul 2011, s. 103; M.Bilgen, a.g.e., Ankara 2013, s. 70.

[192] S. Reisoğlu, a.g.e., Ankara 2013, s. 90.

diğerinin birlikte yaşamaktan kaçınması veya ortak hayatın başka bir sebeple olanaksız hâle gelmesi üzerine de yukarıdaki istemlerde bulunabilir.' Boşanma veya ayrılık davası devam ederken de eş diğerinden ayrı yaşama hakkına sahiptir.[193] Bu halde eşlerin kendilerine ayrı bir yaşam kurmaları nedeniyle evlilik birliğinin mali olarak korunması gereği de ortadan kalkmaktadır.[194]

Ayrı yaşama hakkı olmadığı halde fiilen ayrı yaşayanlar ile ayrı yaşama hakkına sahip oldukları halde fiilen birlikte yaşayanlar bakımından diğer eşin rızasının alınması gerekir.[195]

D. Eşin Rızasının Hukuki Niteliği ve İçeriği

Rıza terimi hem izni hem icazeti kapsamaktadır, oysa bir eşin kefalet senedini imzalamasından sonra, diğer eşin buna icazet vermesi mümkün değildir. Bu sebeple kanun metninde rıza terimi yerine izin teriminin kullanılması daha isabetli olurdu.[196]

Eşin rızasının hukuki niteliği tartışmalıdır. Eşin yazılı rızasının kefalet sözleşmesinin bir şekil kuralı niteliği taşıdığı veya kefalet sözleşmesinde kefilin kefil

---

[193] Akıntürk, Turgut/ Ateş Karaman, Derya, Türk Medeni Kanunu 2. Cilt Aile Hukuku, İstanbul 2011, s. 283; Öktem Çevik, Seda, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Uyarınca Kefalet Sözleşmelerinde Eşin Yazılı Rızası, Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Kazancı Hakemli Hukuk Dergisi, C. 8, sayı 89-90, İstanbul 2012, s. 119.

[194] S. Öktem Çevik, a.g.e., İstanbul 2012, s. 119.

[195] İ. Kırca, a.g.e., Ankara 2006, s.439; E.Baş, a.g.e, İstanbul 2012, s.118.

[196] İ. Kırca, a.g.e., Ankara 2006, s.435, dipnot 2.

olma ehliyetine getirilen bir sınırlama niteliğinde olduğu yönünde farklı görüşler mevcuttur. Ancak kaynak İsviçre Borçlar Kanunu'nda da yer alan bu düzenlemenin, şekil kuralı değil, kefil olma ehliyetine getirilen bir sınırlama olduğu kabul edilmektedir.[197] Eşin yazılı rızası emredici hüküm olup aksi taraflarca kararlaştırılamaz ve bu haktan önceden feragat edilemez.[198]

Eşin rızası konusunda, kefaletin türleri bakımından herhangi bir ayrım yapılmamıştır, her tür kefalette eşin rızası gerekecektir.[199]

Eşler arasında mevcut mal rejiminin önemi yoktur, mal ayrılığı rejimi olsa bile diğer eşin rızası aranacaktır.[200]

Eşin rızası diğer eşin kendi adına kefalet sözleşmesi yapması halinde gerekmektedir. Diğer eş temsilci sıfatıyla veya bir tüzel kişinin organı sıfatıyla hareket ediyorsa, bu durumda bizzat kefil sıfatını üstlenmediğinden eşin rızasına gerek yoktur.[201]

Kefalet sözleşmesinde sonradan yapılan ve kefilin sorumlu olacağı miktarın artmasına veya adi kefaletin müteselsil kefalete dönüşmesine ya da kefil yararına

---

[197] İ. Kırca, a.g.e., Ankara 2006, s.438; B. Özen, a.g.e., İstanbul 2012, s. 174; E.Baş, a.g.e, İstanbul 2012, s.438; S. Öktem Çevik, a.g.e., İstanbul 2012, s. 119.

[198] S. Öktem Çevik, a.g.e., İstanbul 2012, s. 119.

[199] İ. Kırca, a.g.e., Ankara 2006, s. 439.

[200] İ. Kırca, a.g.e., Ankara 2006, s. 439; B. Özen, a.g.e., İstanbul 2012, s. 175.

[201] İ. Kırca, a.g.e., Ankara 2006, s. 439.

olan güvencelerin önemli ölçüde azalmasına sebep olmayan değişiklikler için eşin rızası gerekmez.[202]

E. Eşin Rızasının Şekli ve Zamanı

Rızanın sözleşmenin kurulmasından önce ya da en geç kurulması anında yazılı olarak verilmiş olması şarttır. Rızanın her bir kefalet sözleşmesi için ayrı ayrı verilmesi gerekmekte olup, belirli miktara ya da tarihe kadar kurulacak tüm kefalet sözleşmeleri için önceden verilen rıza geçersizdir.[203]

Eşin yazılı rızasında el yazısı şart olmayıp, eşin imzası yeterlidir.[204] Kefilin eşi herhangi biri tarafından ya da herhangi bir biçimde yazılmış beyanı imzalayarak veya imza atamıyorsa Borçlar Kanunu 16. maddesinde belirtildiği şekilde usulüne göre onaylanmış olması koşuluyla, parmak izi, el ile yapılmış bir işaret ya da mühür kullanarak rızasını beyan edebilir. HMK 206/1 maddesine göre imza atamayanların mühür veya bir alet ya da parmak izi kullanmak suretiyle yapacakları hukuki işlemleri içeren belgelerin senet niteliğini taşıyabilmesi, noterler tarafından düzenleme biçiminde oluşturulmasına bağlıdır. Güvenli elektronik imza da, el yazısıyla atılmış imzanın bütün hukuki sonuçlarını doğurur. Kefilin eşi görme

---

[202] Demir, Şamil, 'Kefalet Sözleşmesinin Uygulama Alanı', Türkiye Barolar Birliği Dergisi, sayı 108, Ankara Eylül-Ekim 2013, s. 93-94.

[203] İ. Kırca, a.g.e., Ankara 2006, s.444; S. Öktem Çevik, a.g.e., İstanbul 2012, s.124; S. Reisoğlu, a.g.e., Ankara 2013, s. 91.

[204] S. Reisoğlu, a.g.e., Ankara 2013, s. 90.

engelliyse, talep etmesi halinde imza atarken şahit aranır. Aksi takdirde imzasını el yazısı ile atması yeterlidir.

Eşin yazılı rızası kefalet sözleşmesinde yer alabileceği gibi, ayrı bir kefalet belgesi ile de düzenlenebilir. Ayrı bir kefalet belgesi düzenlendiğinde, zorunlu olmamakla birlikte eşin somut kefalet ilişkisinin verilerini, rizikonun ağırlığını bildiğini ispat bakımından, kefalet ile ilgili esaslı hususları içermesi ve bunları kapsar şekilde ortaya konulması gerekir.[205]

Ehliyetsiz eşin kanuni temsilcisinin vereceği rızanın da yazılı olarak verilmesi gerekir.[206]

Eşin borcu veya eşin alacaklı olduğu bir borca kefalet hallerinde, eş lehine kefalet söz konusu olduğundan diğer eşin rızası gerekmez.[207]

Rızanın sözleşmenin kurulmasından önce ya da en geç kurulması anında olması gerekir. Kefilin eşinin rıza anının geniş yorumlanması gerekmektedir. Kefalet sözleşmesi akdedilirken, kefilin eşi de hazır bulunuyorsa eşin sözleşmeyi kefilden sonra imzalaması sözleşmenin geçersizliğine yol açmaz.[208]

---

[205] İ. Kırca, a.g.e., Ankara 2006, s.444; B. Özen, a.g.e., İstanbul 2012, s.180.

[206] B. Özen, a.g.e., İstanbul 2012, s. 175; S. Öktem Çevik, a.g.e., İstanbul 2012, s. 120; S. Reisoğlu, a.g.e., Ankara 2013, s. 93.

[207] S. Reisoğlu, a.g.e., Ankara 2013, s. 91.

[208] İ. Kırca, a.g.e., Ankara 2006, s.447; B. Özen, a.g.e., İstanbul 2012, s. 179; S. Öktem Çevik, a.g.e., İstanbul 2012, s. 126.

Kefilin eşi rızasını şarta bağlı verebilir. Böyle bir durumda eşin rızasının kefalet sözleşmesi yapılmadan önce veya en geç kefalet sözleşmesi kurulduğu anda verilmesi yeterlidir. Rızanın bağlandığı şartın kefalet sözleşmesinden sonra gerçekleşmesinin önemi yoktur.[209]

Kefilin eşinin beyaza attığı imzanın sonradan üzerinin doldurulması ihtimalinde kefilin eşinin rızasının gerekli şekil şartına haiz olup olmadığı tartışılabilir. Eşin rızası varsa veya güven teorisi gereği doldurulmuşsa rıza geçerli, eşin iradesi olmadan doldurulmuşsa geçersizdir.[210]

Kefalet senedinde yer alan ancak tarih içermeyen rıza beyanının kefalet sözleşmesinden sonra doldurulması veya rıza beyanının kefalet sözleşmesinden sonra düzenlenerek önceki tarihin atılması suretiyle hükmün dolanılması da mümkündür. Ancak bu halde rıza değil, icazet söz konusu olur, bu ise kanunen mümkün değildir.[211]

F. Eşin Rıza Vermemesinin Hukuki Sonuçları

Eşin rızasının bulunup bulunmadığı hakim tarafından re'sen dikkate alınır.[212]

---

209 B. Özen, a.g.e., İstanbul 2012, s. 179.

210 Oğuzman, Kemal/ Öz, Turgut, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt 1, İstanbul 2011, s. 157; S. Öktem Çevik, a.g.e., İstanbul 2012, s. 126.

211 M. Bilgen, a.g.e., Ankara 2013, s.71.

212 A. Zevkliler/ E. Gökyayla, a.g.e, Ankara 2010, s. 544.

Eşin rızası alınmadan imzalanan kefalet sözleşmesi, eşin sonradan rıza göstermesiyle geçerli hale gelmez ve kesin hükümsüz sayılır.[213]

Kefilin eşinin rızasının mevcudiyeti ve doğru zamanda verildiğinin ispat külfeti doktrinde alacaklıya yüklenmektedir.[214]

Eşin haklı bir neden olmaksızın rıza vermekten kaçınması halinde, rıza konusu tamamen eşin takdirinde olması nedeniyle mahkemeye başvurularak eş yerine karar verilmesi istenemez.[215] Ancak TMK 2. maddedeki dürüstlük kuralı gereği hakimin müdahalesine başvurulabileceğine dair aksi yönde görüşler de mevcuttur.[216]

Eşin usulüne uygun verdiği rızadan sonradan vazgeçmesi vazgeçmeden önce verilmiş ve henüz verilmemiş borçlar için mümkün değildir. Çünkü 6098 Sayılı Borçlar Kanunu 599 maddesi gereğince dönme hakkı kefile aittir.[217]

Kefalet sözleşmesinde sonradan yapılan ve kefilin sorumlu olacağı miktarın artmasına veya adi kefaletin müteselsil kefalete dönüşmesine ya da kefil yararına

---

213 N. Barlas, a.g.e., İzmir Nisan-Temmuz 2011, s.18-19.

214 B. Özen, a.g.e., İstanbul 2012, s. 181; N. Yavuz, a.g.e., Ankara 2011, s.816.

215 İ.Kırca, a.g.e., Ankara 2006, s.447, dipnot 67; S.Öktem Çevik, a.g.e., İstanbul 2012, s.129; S. Reisoğlu, a.g.e., Ankara 2013, s. 91; M. Bilgen, a.g.e., Ankara 2013, s.70.

216 Aksoyoğlu, Necati, 'Borçlar Kanunu Tasarısındaki Kefalet Sözleşmelerine İlişkin Önemli Değişikler', Bankacılar Dergisi, Türkiye Bankalar Birliği Yayını, Sayı 72, İstanbul Mart 2010, s. 99; Yılmaz, Merve, Türk Borçlar Kanunu'na Göre Kefalet Sözleşmesinin Geçerlilik Şartları, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, Sayı 7, Ankara 2011, s. 77.

217 S. Reisoğlu, a.g.e., Ankara 2013, s. 93.

olan güvencelerin önemli ölçüde azalmasına sebep olan değişiklikler için diğer eşin rızası gerekmekte olup, rıza verilmemesinin hukuki sonucu yasada yer almamıştır. Bu durumda kefalet sözleşmesi geçersiz hale gelmeyecek, sadece rıza verilmeyen değişikliğe ilişkin kısımlar geçersiz olacaktır.[218]

Eşin rızasında irade sakatlığı halleri bulunması halinde irade sakatlığına ilişkin hükümler uygulanarak eşin rızası iptal edilebilir.[219]

V. KEFALET SÖZLEŞMESİNİN ÇEŞİTLERİ

1. Adi Kefalet

Borçlar Kanunu'na göre aslolan kefalet çeşidi adi kefalettir. Kefaletin müteselsil olduğuna dair bir şüphe varsa, kefil lehine yorum yapılarak adi kefalet olduğu kabul edilmelidir.[220]

818 sayılı Borçlar Kanunu'nda 486-489 maddeleri arasında kefaletin çeşitleri düzenlenmişti. 486. maddeye göre "*Adi kefaletten kefilin borç ile mutalip olması ancak kefalet akdinden sonra borçlunun iflas etmesi veya hakkında takibat icra olunupta alacaklının hatası olmaksızın semeresiz kalması yahut borçlu aleyhinde*

[218] S. Reisoğlu, a.g.e., Ankara 2013, s. 91.

[219] S. Öktem Çevik, a.g.e., İstanbul 2012, s.127; S. Reisoğlu, a.g.e., Ankara 2013, s. 93.

[220] C. Yavuz, a.g.e., İstanbul 2010, s. 602; Dündar, Hamit, 'Yargıtay Kararları Işığında Aval ve Kefaletin Hukuki Niteliği ve Farklı Yönleri', Haluk Konuralp Anısına Armağan, Cilt III, Yetkin Yayınları, Ankara 2009, s. 367.

Türkiye 'de takibat icrasının imkansız hale gelmesi ile meşruttur. Alacaklının alacağı kefaletten evvel yahut aynı zamanda rehin ile temin olunmuş olduğu takdirde, adi kefalette kefil borcun evvelemirde merhundan istifa olunmasını talep edebilir. Fakat borçlu müflis ise yahut borçlunun iflası ilan olunmadıkça rehnin nakde tahvili kabil olmazsa bu hüküm cerayan etmez."

Adi kefalet 6098 Sayılı Borçlar Kanunu 585. maddede düzenlenmiştir. "*Adi kefalette alacaklı, borçluya başvurmadıkça, kefili takip edemez; ancak, aşağıdaki hallerde doğrudan doğruya kefile başvurabilir:*

1. Borçlu aleyhine yapılan takibin sonucunda kesin aciz belgesi alınması.

2.Borçlu aleyhine Türkiye'de takibatın imkânsız hâle gelmesi veya önemli ölçüde güçleşmesi.

3. Borçlunun iflasına karar verilmesi.

4. Borçluya konkordato mehli verilmiş olması.

Alacak, kefaletten önce veya kefalet sırasında rehinle de güvence altına alınmışsa, adi kefalette kefil, alacağın öncelikle rehin konusundan alınmasını isteyebilir. Ancak, borçlunun iflasına veya kendisine konkordato mehli verilmesine karar verilmişse, bu hüküm uygulanmaz. Sadece açığın kapatılması için kefil olunmuşsa, 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 başvurulabilir. Sözleşmede, bu durumlarda alacaklının, önce asıl borçluya başvurmak zorunda olduğu kararlaştırılabilir."

Adi kefalet hem fer'i, hem tali niteliktedir. Asıl borçluya başvurulmadan doğrudan adi kefile başvurulması halinde, adi kefil önce asıl borçluya karşı takibe geçilmesi def'inde (tartışma defi) bulunabilir. Ancak mülga kanuna göre asıl borçlunun iflası, asıl borçlu aleyhine yapılan takibin semeresiz kalması ve asıl borçlu aleyhine yapılacak takibin Türkiye'de imkansız olması hallerinde alacaklı doğrudan adi kefile de başvurabilirdi.[221]

818 sayılı Borçlar Kanunu 486. madde ile 'takibin semeresiz kalması' olarak tanımlanan ancak doktrinin aciz belgesi olarak yorumladığı, kesin aciz belgesi alınması hususu kefile doğrudan başvuru şartı olarak 6098 Sayılı Borçlar Kanunu 585. maddede açıkça düzenlenmiştir. Mülga borçlar kanunundan farklı olarak adi kefile doğrudan başvuru şartlarına, borçlu aleyhine Türkiye'de takibatın önemli ölçüde güçleşmesi ve borçluya konkordato mehli verilmiş olması halleri eklenmiştir. Her ne kadar mülga Borçlar Kanunu'nda borçluya konkordato mehli verilmiş olması adi kefile doğrudan başvuru şartları arasında açıkça düzenlenmemiş ise de, doktrinde bu hal de doğrudan kefile başvuru sebebi olarak kabul ediliyordu. Yeni düzenleme ile getirilen borçlu aleyhine Türkiye'de takibatın önemli ölçüde güçleşmesi hususuna ise ne uygulamada, ne de doktrinde ihtiyaç vardır.[222] Kıyasen iflasın ertelenmesi

---

221 T.Akıntürk, a.g.e., Ankara 1994, s. 230-231.

222 Elçin Grassinger, Gülçin, 'Yeni Borçlar Kanunu Hükümleri Çerçevesinde Kefilin Def'i- İtirazları ve Kefalet Sözleşmesinin Sona Ermesi', Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Hükümlerinin Değerlendirilmesi Sempozyumu, No III, İstanbul 3-4 Haziran 2011, s. 124.

halinin de adi kefile doğrudan başvurabilme şartlarına dahil edilebileceği düşünülmektedir.[223]

Alacak rehinle temin edilmişse, adi kefil alacaklıdan önce rehni paraya çevirmesini talep edebilir. Ancak mülga kanuna göre borçlu iflas etmişse adi kefil rehnin paraya çevrilmesi def'inden yararlanamazdı. 6098 Sayılı Borçlar Kanunu'na göre ise borçlunun iflas etmesi ya da borçluya konkordato mühleti verilmesi hallerinde, adi kefil rehnin paraya çevrilmesi def'inden yararlanamaz.

Kefilin tartışma def'inden ve ilk önce rehnin paraya çevrilmesi def'inden baştan veya sonradan feragat etmesi mümkündür. Feragat açıkça veya doğrudan kendisine başvuran alacaklıya karşı ödeme yapmak suretiyle fiilen olabilir. Kefil def'i hakkını bilmeden ödeme yaparsa, artık tartışma def'ini ileri sürerek ödediği paranın iadesini talep edemez. Kısmi ödemelerde ise geri kalan kısım bakımından tartışma def'ini ileri sürmesi mümkündür.[224]

2. Müteselsil Kefalet

Müteselsil kefalet 818 sayılı Borçlar Kanunu'nda 487. maddede düzenlenmişti. Buna göre *'Kefil, borçlu ile beraber müteselsil kefil ve müşterek müteselsil borçlu sıfatı ile veya bu gibi diğer bir sıfatla borcun ifasını deruhde etmiş ise alacaklı asıl borçluya müracaat ve rehinleri nakde tahvil ettirmeden evvel kefil aleyhinde takibat icra edebilir.'*

---

223 A. Topel, a.g.e., İzmir Mayıs 2012, s. 196.

224 N. Yavuz, a.g.e., Ankara 2009, s. 89.

Müteselsil kefalet 6098 Sayılı Borçlar Kanunu'nda ise 586. maddede düzenlenmiştir. Buna göre; *'Kefil, müteselsil kefil sıfatıyla veya bu anlama gelen herhangi bir ifadeyle yükümlülük altına girmeyi kabul etmişse alacaklı, borçluyu takip etmeden veya taşınmaz rehnini paraya çevirmeden kefili takip edebilir. Ancak, bunun için borçlunun, ifada gecikmesi ve ihtarın sonuçsuz kalması veya açıkça ödeme güçsüzlüğü içinde olması gerekir. Alacak, teslime bağlı taşınır rehni veya alacak rehni ile güvenceye alınmışsa, rehnin paraya çevrilmesinden önce kefile başvurulamaz. Ancak, alacağın rehnin paraya çevrilmesi yoluyla tamamen karşılanamayacağının önceden hâkim tarafından belirlenmesi veya borçlunun iflas etmesi ya da konkordato mehli verilmesi hâllerinde, rehnin paraya çevrilmesinden önce de kefile başvurulabilir.'*

Alacaklının daha etkili teminata sahip olması nedeniyle adi kefalet kural olmasına rağmen, müteselsil kefaletin uygulama alanı daha geniştir.[225] Yeni Borçlar Kanunu ile müteselsil kefalet, kefil lehine olacak şekilde adi kefalete yaklaştırılmaya çalışılmıştır. Uygulamada özellikle bankalar, kredi kuruluşları, hatta küçük esnaflar kefaleti müteselsil kefalet olarak almaktadır. Adi kefalete uygulamada çok sık rastlanmamaktadır. Bunu bilen kanun koyucu yeni kanunda müteselsil kefaleti adi kefalete yaklaştırmıştır.[226]

---

[225] Çakır, Aytuğ Ceyhun, 'Müteselsil Kefaletin Hükümleri ve Sonuçları', Terazi Hukuk Dergisi, Cilt 9, Sayı 96, Ankara Ağustos 2014, s.23.

[226] Hacımustafaoğlu, Bayram Ali: 'Yeni Türk Borçlar Kanunu'nda Kefalet Sözleşmeleri', http://www.bayramalihacimustafaoglu.av.tr/?p=180 (Son Erişim Tarihi: 09.05.2015)

Mülga kanuna göre alacaklı asıl borçluya başvurmadan, rehni paraya çevirmeden doğrudan müteselsil kefile başvurabilirdi. Bunun istisnası yoktu. Yeni kanuna göre ise alacaklının doğrudan müteselsil kefile başvurabilmesi için, asıl borçlunun ifada gecikmesi ve ihtarın sonuçsuz kalması veya açıkça ödeme güçsüzlüğü içinde olması gerekir. Ancak alacak taşınır rehni veya alacak rehni ile temin edilmişse, müteselsil kefil alacaklıdan önce rehni paraya çevirmesini talep edebilir. 6098 Sayılı Borçlar Kanunu'na göre alacağın rehnin paraya çevrilmesi yoluyla tamamen karşılanamayacağının önceden hakim tarafından belirlenmesi, borçlunun iflas etmesi ya da borçluya konkordato mühleti verilmesi hallerinde ise müteselsil kefil rehnin paraya çevrilmesi def'inden yararlanamaz.

Adi kefile tanınan bazı savunmalar müteselsil kefile tanınmamıştır. Müteselsil kefil tartışma def'inde bulunamaz, ayrıca rehnin paraya çevrilmesi def'inden adi kefile oranla çok daha sınırlı olarak faydalanır.[227] Müteselsil kefil rehnin paraya çevrilmesi def'inden vazgeçse bile, kefaletin fer'iliği gereği asıl borçlunun şahsi def'ilerinden yararlanmaya devam eder.[228]

3. Birlikte Kefalet

818 sayılı Borçlar Kanunu'nda Md. 488'de düzenlenmiş olup uygulamada sıkça rastlanmaktadır. Buna göre *'Birden ziyade eşhas birlikte mütecezzi bir borca*

[227] B. Özen, a.g.e., İstanbul 2012, s. 281.

[228] Erlüle, Fulya, 'Müteselsil Kefalet ve Müteselsil Borçluluk Kavramlarının Karşılaştırılması', Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi, cilt VII, sayı 1-2, Erzincan Haziran 2003, s. 630.

kefil oldukları takdirde bunlardan her biri kendi hisseleri miktarınca adi kefil gibi ve diğerlerinin hisseleri hakkında kefile kefil sıfatı ile mesul olur. Kefiller, gerek asıl borçlu ile beraber gerek kendi beyinlerinde müteselsil olmaklığı iltizam etmişler ise her biri borcun tamamından mes 'ul olup ancak diğerlerinin hissesi için onlara rücu hakkını haizdirler. Kefaletin, aynı borca diğer kimselerinde kefalet etmesi şartiyle vaki olduğuna alacaklının vukufu bulunduğunu kabule mahal olan hallerde bu şart tahakkuk etmezse, kefil mes'uliyetten beri olur.'

6098 Sayılı Borçlar Kanunu'nda ise 587. maddede düzenlenmiştir. Bu düzenlemeye göre ''*Birden çok kişi, aynı borca birlikte kefil oldukları takdirde, her biri kendi payı için adi kefil gibi, diğerlerinin payı için de kefile kefil gibi sorumlu olur. Borçluyla birlikte veya kendi aralarında müteselsil kefil olarak yükümlülük altına giren kefillerden her biri, borcun tamamından sorumlu olur. 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. Bir kefil, bu hakkı, diğer kefillerin kendi paylarını ödemiş veya ayni güvence sağlamış olmaları durumunda da kullanabilir. Aksine anlaşmalar saklı kalmak kaydıyla, borcu ödeyen kefil, kendi paylarını daha önce ödememiş olmaları ölçüsünde, diğer kefillere karşı rücu hakkına sahiptir. Bu hak, borçluya rücudan önce de kullanılabilir. 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. 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.''

Birlikte kefil durumunda, birden fazla kişi bölünebilen bir borca birlikte kefil olur. Ancak gerçek anlamda birlikte kefalet için kefillerin aynı borç için kefil olduklarından haberdar olması gerekir, haberdar olmaz iseler gerçek olmayan birlikte kefalet (bağımsız kefalet) söz konusu olur ve kefillerden her biri alacaklıya karşı borcun tamamından sorumlu olur.[229]

Gerçek anlamda birlikte kefalet, adi veya müteselsil kefalet şeklinde olabilir.

A. Adi birlikte kefalet

Adi birlikte kefalette kefillerden her biri kendi hissesi için adi kefil gibi, diğerlerinin hissesi için de kefile kefil gibi sorumlu olmaktadır. Mülga borçlar kanununda birlikte kefil olunan borcun bölünebilir olup olmadığı konusu tartışmalı idi. 818 sayılı BK.'nın 488. maddesinin birinci cümlesinde kullanılan "mütecezzi bir borca" ibaresi, 6098 Sayılı Borçlar Kanunu'nun 587. maddesinin birinci fıkrasında birinci cümlesinde "aynı borca" şeklinde değiştirilmiştir. Hükmün gerekçesine göre borcun bölünebilir veya bölünemez nitelikte olması önem taşımaksızın, asıl borçlunun borcunu ifa etmemesi halinde kefilin borcunun öğreti ve uygulamada hakim olan görüşe göre tazminat borcu niteliğinde olduğu hususu göz önünde tutulmuştur.

[229] T. Akıntürk, a.g.e., Ankara 1994, s. 232.

Adi birlikte kefiller alacaklıdan ancak kendi payı oranında istekte bulunmasını talep edebilir. Her kefilin payına düşen sorumluluk önceden açıkça belirlenmemişse, kefiller borçtan eşit oranda sorumlu olur. Eğer kefillerden biri payına düşeni ödemekten acizse, diğer kefillerin onun payını kefile kefil sıfatıyla ve paylarına orantılı olarak ödemesi gerekir. Bu halde kendi payından fazla ödeyen adi birlikte kefil, diğer kefillere payları oranında rücu edebilir.[230]

B. Müteselsil Birlikte Kefalet

Müteselsil birlikte kefalet, kefillerin sadece kendi aralarında müteselsilen sorumluluğu taahhüt etmeleri şeklinde olabileceği gibi, hem kendi aralarında hem de borçluyla beraber müteselsilen taahhüt altına girmeleri şeklinde de olabilir. İlkinde kefiller yalnızca bölme def'inden vazgeçmiştir, tartışma ve önce rehnin paraya çevrilmesi def'i hakları saklıdır. İkincisinde ise hem bölme def'inden, hem de tartışma ve önce rehnin paraya çevrilmesi def'inden vazgeçmiştir. [231]

Adi kefaletten farklı olarak burada bölünebilen bir borç bulunmamaktadır. Müteselsil birlikte kefalette, taahhüdün kefalet senedinden açıkça anlaşılması gerekliliği vardır. Aksi takdirde kefaletin adi birlikte kefalet olduğu kabul edilmelidir. [232]

---

[230] S. Olgaç, a.g.e., Ankara 1976, s. 550.

[231] T. Akıntürk, a.g.e., Ankara 1994, s. 233; C. Yavuz, a.g.e., İstanbul 2010, s. 608.

[232] S. Reisoğlu, a.g.e., Ankara 1992, s. 135; T. Akıntürk, a.g.e., Ankara 1994, s. 233; H. Tandoğan, a.g.e., İstanbul 2010, s. 774.

Müteselsil birlikte kefalet, 6098 Sayılı Borçlar Kanunu'nun 587.maddesinin 2.fıkrasında şu şekilde düzenlenmiştir*: "Borçluyla birlikte veya kendi aralarında müteselsil kefil olarak yükümlülük altına giren kefillerden her biri, borcun tamamından sorumlu olur. 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. Bir kefil, bu hakkı, diğer kefillerin kendi paylarını ödemiş veya ayni güvence sağlamış olmaları durumunda da kullanabilir. Aksine anlaşmalar saklı kalmak kaydıyla, borcu ödeyen kefil, kendi paylarını daha önce ödememiş olmaları ölçüsünde, diğer kefillere karşı rücu hakkına sahiptir. Bu hak, borçluya rücudan önce de kullanılabilir."*

4. Kefile Kefalet

Özel bir kefalet sözleşmesi değildir, özelliği kefilin kefil olduğu borcun başka bir kefil tarafından taahhüt edilmesidir. Bu halde ön kefil asıl borçlu durumundadır ve kefile kefilin kefalet sözleşmesi ile girdiği sorumluluk ön kefilin kefalet borcunu ifa etmemesine yöneliktir.[233]

6098 Sayılı Borçlar Kanunu'nun 588 maddesine göre; **'***Alacaklıya, kefilin borcu için güvence veren kefile kefil, kefil ile birlikte, adi kefil gibi sorumludur.'*

[233] Gümüş, Mustafa Alper, Borçlar Hukuku Özel Hükümler, İstanbul 2010, s. 592.

Kefile kefil alacaklıya karşı asıl kefilin yükümlülüğünü temin eder. Kural adi olmasıdır. Kefile kefilin borcu, ilk kefilin taahhüdüyle sınırlıdır. Bunun için ilk kefaletin geçerli olması gerekir, meğer ki bu durumu bilerek kefil olmuş olmasın.[234]

5. Zarara Kefalet

Zarara kefalet adi kefaletin bir türü olup, kefilin alacaklının asıl borçludan elde edemediği alacak kesimi için sorumlu olmayı üstlenmesidir. 818 Sayılı Borçlar Kanunu'nda düzenlenmemiştir.[235] Ancak 6098 Sayılı Borçlar Kanunu'nun 585/3 maddesine göre '*Sadece açığın kapatılması için kefil olunmuşsa, 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 başvurulabilir. Sözleşmede, bu durumlarda alacaklının, önce asıl borçluya başvurmak zorunda olduğu kararlaştırılabilir.'* Bu düzenleme ile açığa kefalet hali kanun gereği adi kefalete dönüştürülmüştür, adi kefalet ile aynı maddede düzenlenmesi de bunu göstermektedir.[236]

6. Rücua Kefalet

Adi kefaletin ilkelerine tabi olup, ilk kefile karşı asıl borçlunun ödeme yeteneğinin tekeffül eder. Kefile kefaletten farkı burada sözleşmenin taraflarının ilk

---

234 N. Yavuz, a.g.e., Ankara 2009, s. 94.

235 M.A.Gümüş, a.g.e., İstanbul 2010, s.592-593.

236 N.Aksoyoğlu, a.g.e, İstanbul Mart 2010, s. 101.

kefil ile rücua kefil olmasıdır. İlk kefil burada alacaklı konumundadır. Rücua kefalet bir kimseyi kefil olmaya teşvik için yapılır. Rücua kefilin sorumluluğu için ilk kefaletin geçerli olması ve ilk kefilin ödemesi gerekir. İlk kefilin rücu hakkı herhangi bir nedenle gerçekleşmezse, rücua kefil sorumlu olmaz. Rücua kefil asıl borçluya ait tüm defi haklarına sahiptir. İlk kefil ödemede bulunmadıkça rücua kefile karşı talep hakkı şarta bağlı ertelenmiş olur.[237]

7. Kısmi Kefalet

Kefilin asıl borcun ilk olarak ifa edilecek belli bir kısmından sorumlu olacağı kararlaştırılmışsa kısmi kefalet söz konusu olur. Kefilin sorumlu olduğu tutar ödenirse kefilin sorumluluğu sona erer. Kısmi kefalet kefilin sorumluluğunu azalttığı için kefalet sözleşmesinde yer almasına gerek olmadığı gibi, sözlü olarak da yapılabilir.[238]

8. Limitli Kefalet

Kefilin asıl borcun belirli bir kısmı için asıl borç tamamen ifa edilene kadar sorumlu olması söz konusudur. Uygulamada kısmi kefalet istisna, limitli kefalet ise kuraldır. Bu nedenle kefilin asıl borcun bir kısmına kefil olduğu hallerde, aksine anlaşma yoksa limitli kefalet olduğu kabul edilmektedir.[239]

---

237 N. Yavuz, a.g.e., Ankara 2009, s. 95.

238 M.A.Gümüş, a.g.e., İstanbul 2010, s.594.

239 N. Yavuz, a.g.e., Ankara 2009, s. 492.

VI. KEFİLİN SORUMLULUĞUNUN KAPSAMI

818 Sayılı Borçlar Kanunu madde 490'a göre *'Kefil borcun aslı ile beraber borçlunun kusur veya temerrüdünün kanuni neticelerinden mes'uldür. Kefil, alacaklının metalibini ifa ederek dava ikamesini bertaraf etmek için kendisine vakıt ve zamaniyle ihtar vuku bulmuş olmadıkça asıl borçlu aleyhinde ikame olunan dava masrafını edaya mecbur değildir. Faiz verilmesi şart edilmiş ise kefil ancak işlemekte olan faiz ile beraber işlemiş faizden bir seneliğini vermekle mükelleftir.'*

Kefilin sorumlu olduğu alacak kalemleri 490. maddede üç fıkra halinde sayılmıştı ancak alacak kalemlerinin toplam tutarının kefalet sözleşmesinde rakamla gösterilen kefilin sorumlu olduğu en yüksek tutarı aşmaması gerektiği konusunda açıklık yoktu. Ancak doktrinde TMK 484 maddesinden hareketle 818 Sayılı Borçlar Kanunu 490. maddedeki yasal alacak kalemlerinin toplam tutarı kefilin sorumlu olduğu azami miktarı geçerse, kefilin azami miktarı aşan kısımdan sorumlu olmayacağı kabul ediliyordu. Azami miktarı aşan tutarda ödemede bulunan kefil sebepsiz zenginleşme davasıyla bunu alacaklıdan talep ederdi.[240] Yeni Borçlar Kanunu'nda ise bu husus açıkça hüküm altına alınmıştır.

Kefilin sorumluluğunun kapsamı 6098 Sayılı Borçlar Kanunu'nda 589. maddede düzenlenmiştir. Buna göre *'Kefil, her durumda kefalet sözleşmesinde belirtilen azamî miktara kadar sorumludur. Aksi sözleşmede kararlaştırılmamışsa kefil, belirtilen azamî miktarla sınırlı olmak üzere, aşağıdakilerden sorumludur:*

---

240 M.A.Gümüş, a.g.e., İstanbul 2010, s. 594-595.

1. *Asıl borç ile borçlunun kusur veya temerrüdünün yasal sonuçları.*

2. *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.*

3. *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 faizleri.*

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

Kefilin, asıl borç ilişkisinin hükümsüz hâle gelmesinin sebep olduğu zarardan ve ceza koşulundan sorumlu olacağına ilişkin anlaşmalar kesin olarak hükümsüzdür.'

6098 Sayılı Borçlar Kanunu 589. maddesinin son iki fıkrası 818 Sayılı Borçlar Kanunu'nda yer almayan yeni hükümlerdir. 589. madde üç fıkra halinde kaynak İsviçre Borçlar Kanunu'nun 499. maddesinden alınmıştır.[241]

1. Asıl Borç

Kefilin sorumluluğunun kapsamına her şeyden önce kefil olunan borcun aslı girmektedir. Kefil olunan borcun hangi borç olduğu kefalet sözleşmesinden

[241] H. Dündar, a.g.e., Ankara 2009, s. 378.

anlaşılacaktır.[242] 818 sayılı kanun ve 6098 sayılı kanunda da aynı şekilde yer almıştır.

2. Borçlunun Kusur veya Temerrüdünün Yasal Sonuçları

Kefilin sorumluluğu, asıl borçlunun sorumlu olduğu müspet zarara ilişkindir. Kanun hükmünün aksi sözleşme ile kararlaştırılabilir. Örneğin, kefilin asıl borcun ihlalinin sözleşmesi sonuçlarından ya da kusura dayanmayan kanuni sonuçlarından sorumlu olacağı sözleşmede öngörülebilir.[243]

Kefilin asıl borçlunun kusurunun kanuni sonuçlarından sorumluluğu, asıl borçlunun sözleşme öncesi kusurundan doğan ve özellikle irade bozuklukları dolayısıyla sözleşmesin bağlamazlığının ileri sürüldüğü hallerde ortaya çıktığı tazminat taleplerine teşmil edilemez. Borçlunun kusursuz sorumlu olacağının kanunen veya sözleşmeyle kabul edildiği hallerde de kefile başvurulamaz.[244]

Kefil borçlunun temerrüdünün kanuni sonuçlarından olan temerrüt faizinden de sorumludur.[245]

---

[242] C.Yavuz, a.g.e., İstanbul 2009, s. 850; C.Yavuz, a.g.e., İstanbul 2010, s. 610; M.A.Gümüş, a.g.e., İstanbul 2010, s. 595; B. Özen, a.g.e., İstanbul 2012, s. 99.

[243] C.Yavuz, a.g.e., İstanbul 2009, s. 850-851; C.Yavuz, a.g.e., İstanbul 2010, s. 610; M.A.Gümüş, a.g.e., İstanbul 2010, s. 595.

[244] Tandoğan, Haluk, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Cilt II, İstisna(Eser) ve Vekalet Sözleşmeleri Vekaletsiz İş Görme Kefalet ve Garanti Sözleşmeleri, Ankara 1987, s. 776.

[245] F.Aral, a.g.e., Ankara 2003, s. 466.

Kefil asıl borç ilişkisinin hükümsüz hale gelmesinin sebep olduğu zarardan ve ceza koşulundan sorumlu olmaz. Bu yeni getirilmiş tamamen özgün bir düzenlemedir, kaynak İsviçre kanunundan bu hususta sapılmıştır. Hüküm emredici olup, buna aykırı yapılan anlaşmalar kesin olarak hükümsüzdür.[246]

3. Takip ve Dava Masrafları

818 sayılı borçlar kanununa göre kefilin dava masraflarından sorumlu olacağı açıkça düzenlenmiş ise de, takip masrafları konusunda hüküm yoktu. Ancak doktrinde genişletici yorum yoluyla borçlunun takip masraflarından da sorumlu olacağı kabul ediliyordu.[247] 6098 Sayılı yeni borçlar kanununda ise kefilin dava masrafları yanında takip masraflarından da sorumlu olacağı açıkça düzenlenmiştir.

Kefilin dava ve takip masraflarından sorumlu olabilmesi için, kefilin borcu muaccel olsun olmasın, alacaklı tarafından dava veya takip yoluna başvurulacağının kendisine önceden bildirilmesi gerekir, aksi halde kefil bu masraflardan sorumlu olmaz.[248] Kefil dava ve takip masraflarından dürüstlük kurallarına uygun yapılması koşuluyla sorumlu olur. Birlikte kefillere yapılan masraflardan ise sorumlu değildir.[249]

---

246 N. Barlas, a.g.e., İzmir Nisan-Temmuz 2011, s. 23.

247 M.A.Gümüş, a.g.e., İstanbul 2010, s. 599; C.Yavuz, a.g.e., İstanbul 2009, s. 851; C.Yavuz, a.g.e., İstanbul 2010, s. 610.

248 H. Dündar, a.g.e., Ankara 2009, s. 379-380; M.A.Gümüş, a.g.e., İstanbul 2010, s. 599.

249 B. Özen, a.g.e., İstanbul 2008, s. 102.

818 sayılı borçlar kanunundan farklı olarak 6098 Sayılı yeni borçlar kanununda kefilin sorumlu olduğu borç kalemleri genişletilerek, gerektiğinde rehinlerin kefile tesliminin ve rehin haklarının devrinin sebep olduğu masraflardan da kefilin sorumlu olacağı düzenlenmiştir. Bu hüküm kaynak İsviçre kanunundan alınmıştır.[250]

4. İşlemiş Bir Yıllık ve İşlemekte Olan Akdi Faizler

Kefilin sorumlu olduğu faiz, asıl borç için verilmesi sözleşmeyle kararlaştırılan faizdir. 818 sayılı borçlar kanununda da 6098 sayılı kanunda da yer alır. Emredici hüküm olmayıp sözleşmeyle aksi kararlaştırılabilir. Temerrüt faizinden dolayı kefilin sorumluluğu buraya girmez ve herhangi bir süreye tabi değildir. Temerrütten itibaren akdi faiz temerrüt faizine dönüşür.[251]

818 sayılı BK'daki düzenlemeye ek olarak gerektiğinde tahvil karşılığında ödünç verilen anaparanın işlemiş bir yıllık ve işlemekte olan yıla ait faizleri de 6098 sayılı BK ile kefilin sorumluluğunun kapsamına alınmıştır.

VII. KEFİL İLE ALACAKLI ARASINDAKİ İLİŞKİ

Kefil ile alacaklı arasındaki ilişkide kefilin, alacaklının asıl borcun ifa edilmemesinden dolayı uğradığı müspet zararı tazmin etme yükümlülüğü ve

---

[250] N. Barlas, a.g.e., İzmir Nisan-Temmuz 2011, s. 23.

[251] H.Tandoğan, a.g.e., Ankara 1987, s.777-778.

alacaklının da bunu talep etme hakkı vardır. Burada kefilin, biri asıl borçluya, diğeri bizzat şahsına ait olmak üzere alacaklıya karşı ileri sürebileceği def'iler ile alacaklıya düşen bazı yükümlülük ve külfetler karşımıza çıkar.[252]

1. Kefilin Asıl Borçluya Ait Def'ileri

818 sayılı borçlar kanunu 497 maddeye göre '*Kefil, asıl borçluya ait bütün def'ileri alacaklıya karşı dermeyan etmek hakkını haiz ve bununla mükelleftir fakat kefilin taahhüdünün mahiyetine nazaran hariç kalması lazım gelen defiler, müstesnadır. Kefil, kendi kusuru olmaksızın bu def'ilere vakıf olduğunu ispat etmediği surette kendisini borcunu edadan vareste edecek bu def'ileri dermeyan etmemesinden naşi, alacaklıya rücu etmek hakkından mahrum olur.'*

6098 sayılı Borçlar Kanunu 591. maddeye göre *kefil, asıl borçluya veya mirasçılarına ait olan ve asıl borçlunun ödeme güçsüzlüğünden doğmayan bütün def'ileri 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. Asıl borçlu kendisine ait olan bir def'iden vazgeçmiş olsa bile kefil, yine de bu def'iî alacaklıya karşı ileri sürebilir. Kefil, asıl borçluya ait def'ilerin varlığını bilmeksizin ödemede bulunursa, rücu hakkına sahip olur. Buna karşılık asıl borçlu, kefilin bu def'ileri bildiğini veya bilmesi gerektiğini ispat ederse kefil, bunlar ileri sürülmüş olsaydı ödemeden kurtulacağı ölçüde rücu hakkını*

[252] T. Akıntürk, a.g.e., Ankara 1994, s. 235; H.Tandoğan, a.g.e., İstanbul 2010, s. 781.

kaybeder. Kumar veya bahisten doğan bir borca kefalette kefil, borcun bu niteliğini bilmiş olsa bile, asıl borçlunun sahip olduğu def'ileri ileri sürebilir.

6098 sayılı Borçlar Kanunu 591. maddesinin ilk fıkrasının ilk cümlesi 818 sayılı Borçlar Kanunu ile aynı olup bu konuda bir değişiklik yoktur. İkinci cümlesi ise 818 sayılı Borçlar Kanunu m. 485/son cümleyi kısmen değiştirmiştir. 818 sayılı Borçlar Kanununda zamanaşımı hususu düzenlenmemişti ancak doktrin tarafından kabul ediliyordu. Yeni kanun ile zamanaşımı açıkça düzenlenmiştir.[253]

818 sayılı Borçlar Kanunu m. 485/son cümleye göre '*... Hata yahut ehliyetsizlik sebebiyle borçlunun mesuliyetini icap etmiyen bir akitten mütevellit borca kefalet, eğer kefil akdin borçlu yüzünden olan bu fesadına taahhüt esnasında vakıf ise muteber olur.'* Buradaki hüküm hata ile aynı hukuki sonucu doğuran hile, ikrah ve gabini kapsamıyordu. Özellikle hile, ikrah ya da gabin sebebiyle iptal edilebilir borçlara kefalet halinde, kanunun koruyucu hükmünden yararlanılamıyordu. Ehliyetsizlikten kasıt ise sınırlı ehliyetsizler ile kadının kocası lehine yaptığı borçlandırıcı işlemlerdi. Madde sonradan icazetle düzelebilecek olan hükümsüzlükleri kapsadığından, tam ehliyetsizlerin yaptığı ve icazetle düzelmeyecek sözleşmeler için verilen kefalet bakımından uygulanmıyordu. 6098 sayılı Borçlar Kanunu 591/1. maddede bu inceliğe dikkat çekilmesi şarttır.[254]

Mülga borçlar kanunu döneminde kumar ve bahis borcuna kefalet halinde, bu borcun mahiyetini bilerek alacaklıya ifada bulunan kefil, asıl borçluya rücu edemezdi. Kefil asıl borcun kumar veya bahis borcu olduğunu bilmeden kefalet

[253] G. Elçin Grassinger, a.g.e., İstanbul 3-4 Haziran 2011, s.127.

[254] G. Elçin Grassinger, a.g.e., İstanbul 3-4 Haziran 2011, s.127.

altına girmiş ve alacaklıya ifada bulunmuşsa, asıl borçlu kendisine karşı BK md. 504 gereği "dava edilmezlik" itirazını ileri süreceğinden yine rücu hakkını kullanamıyordu. Ancak bu son halde kefil alacaklıya karşı mülga BK'nın 505/11. maddesi gereğince sebepsiz zenginleşme davası açabiliyordu.[255] Yeni borçlar kanununda kumar veya bahisten doğan bir borca kefalette kefil, borcun bu niteliğini bilmiş olsun veya olmasın, asıl borçlunun sahip olduğu def'ileri alacaklıya karşı ileri sürebilecektir. Yeni kanun ile İsviçre'deki düzenlemeye benzer bir hüküm getirilmiştir.[256]

Asıl borçlu kendisine ait olan bir def'iden vazgeçmiş olsa bile kefil bu def'iyi alacaklıya karşı ileri sürebilir, bu husus asıl borçlunun kendi davranışıyla kefilin durumunu ağırlaştıramayacağı ilkesinden çıkarılmaktadır. Örneğin zamanaşımı konusunda asıl borçlunun feragati mülga kanun 139/3. madde ve aynı şekilde yeni BK. 160/3. maddeye göre kefile karşı ileri sürülemez. Ancak asıl borçlu takas, iptal hakkı gibi yenilik doğurucu haklarını kullanmaktan feragat ederse, bu feragat kefili de bağlayacaktır. Kefil ise asıl borçluya ait def'ilerden kefalet sözleşmesi çerçevesinde feragat edemez, feragat ederse burada artık garanti sözleşmesinin varlığından söz edilebilir.[257]

Asıl borçlu veya mirasçıları asıl borçluya ait def'ileri ileri sürmemiş olmasa bile, kefil ileri sürebilir.

---

[255] Elçin Grassinger, Gülçin, 'Kefalet Sözleşmesinde Kefil ile Asıl Borçlu Arasındaki Hukuki İlişki', İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C. LV, S. 1–2, İstanbul 1996(b), s. 403.

[256] G. Elçin Grassinger, a.g.e., İstanbul 3-4 Haziran 2011, s.127.

[257] C.Yavuz, a.g.e., İstanbul 2010, s. 614.

2. Kefilin Kişisel Def'ileri

Kefil alacaklı ile arasında kurulan kefalet ilişkisinden kaynaklanan şahsi def'ileri alacaklıya karşı ileri sürebilir. Kefilin kişisel def'ileri ancak o kefile def'i hakkı verip, bu def'ileri ileri sürmemesi ne borçluya, ne diğer kefillere def'i hakkı vermez.[258] Bu def'ileri ileri sürmemesi halinde, borçluya olan rücu hakkını kaybetmez. Buradaki def'iler kefalet sözleşmesinin geçersizliğine, kısmen ya da tamamen sona erdiğine, kefile verilen mehilin dolmadığına, kefalet borcunun muaccel olmadığına ilişkin olabilir. Yine tartışma ve bölme def'ileri de bu kapsamdadır. [259]

3. Alacaklının Yükümlülük ve Külfetleri

Alacaklının kefalet sözleşmesinde birtakım yükümlülük ve külfetleri vardır.

A. Borçlunun İflası Halinde Alacağını İflas Masasına Yazdırma ve Borçlunun İflasını Kefile Bildirme Yükümlülüğü

818 sayılı mülga Borçlar Kanunu 502. maddeye göre '*Alacaklı, borçlunun iflasına muttali olur olmaz ondan kefili haberdar etmekle mükelleftir. Böyle yapmadığı takdirde bu tekasülünden dolayı kefile terettüp eden zarar nisbetinde kefile karşı haiz olduğu haklarını gaip eder.'*

---

[258] Ş. Berki, a.g.e., Ankara 1973, s. 231.

[259] H. Tandoğan, a.g.e., İstanbul 2010, s. 783-784.

6098 sayılı Borçlar Kanunu 594. maddeye göre '*Asıl borçlu, anaparanın veya yarım yıllık döneme ait faizin ödenmesinde ya da yıldan yıla yapılması öngörülen anapara ödemelerinde altı ay gecikirse, alacaklının durumu kefile bildirmesi gerekir. İstek hâlinde 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 gerekir. Alacaklı, yukarıdaki fıkralarda öngörülen gereklerden birini yerine getirmezse, bundan dolayı kefilin uğradığı zarar miktarınca ona karşı haklarını kaybeder.'*

Eski kanundaki hüküm muhafaza edilmekle birlikte, kefil lehine alacaklı bakımından yeni yükümlülükler getirilmiştir. Eski kanunda açık hüküm olmasa da, kıyasen borçluya konkordato mehli verilmesi halinde alacaklının bildirim yükümlülüğü olduğu kabul ediliyordu. Yeni kanunda bu husus açıkça düzenlenmiştir. Buna göre anaparanın veya yarım yıllık döneme ait faizin ödenmesinde ya da yıldan yıla yapılması öngörülen anapara ödemelerinde borçlu altı ay gecikirse, alacaklı durumu kefile bildirecektir. Kefil istediği takdirde alacaklı asıl borcun kapsamı hakkında kefile bilgi vermek zorundadır.

İflasa karar verilmesinin alacaklı, borçlu ya da 3. kişinin talebi üzerine olmasının önemi yoktur. Yine iflasın açılması yeterli olup, iflas yoluyla tasfiye sonucunu, kesin borç ödemeden aciz belgesi verilmesini beklemeye gerek yoktur.

Sonradan iflasın kaldırılması alacaklının tatmin edilerek buna muvafakat etmesi sonucu olmadıkça, alacaklının kefile müracaatına engel teşkil etmez.[260]

B. Teminatları ve İspat Vasıtalarını Saklama ve Kefile Nakil ile Tevdi Yükümlülüğü

818 sayılı Borçlar Kanunu 499. maddesine göre '*Alacaklı mekfulünbihi tediye eden kefilin borçluya rücu hakkını kullanmağa ve elinde bulunan rehinleri nakde tahvile medar olabilecek senetleri ona teslime mecburdur.*

Borç bir gayrimenkul rehin ile temin olunmuş ise alacaklı rehin hakkının kefile devri için ifası lazım gelen merasimi icra ile mükelleftir.'

818 sayılı Borçlar Kanunu 500. maddesine göre '*Alacaklı kefaletten dolayı tahakkuk eden borcun temini için kefaletin akdi esnasında tesis yahut sonradan istihsal olunan teminatı kefilin zararına olarak tenkis eder veya elinde bulunan delaili elden çıkarırsa kefile karşı mes 'ul olur. Resmi memurlar ile müstahdemlere kefalet vukuunda alacaklı, bu borçlular hakkında ifasiyle mükellef olduğu nezareti icrada ihmal eylediği ve borç bu ihmalden tevellüt ettiği yahut ihmal vuku bulmamış olsaydı bu nisbette tezayüt etmiyeceği muhtemel bulunduğu takdirde dahi mesuldür.*'

6098 sayılı Borçlar Kanunu 592. maddeye göre '*Alacaklı, kefalet sırasında var olan veya daha sonra asıl borçludan alacağın özel güvencesi olmak üzere elde ettiği rehin haklarını, güvenceyi ve rüçhan haklarını kefilin zararına olarak azaltırsa, zararın daha az olduğu alacaklı tarafından ispat edilmedikçe, kefilin*

[260] H. Tandoğan, a.g.e., İstanbul 2010, s. 763-764.

sorumluluğu da buna uygun düşen bir miktarda azalır. Kefilin fazladan ödediği miktarın geri verilmesini isteme hakkı saklıdır.

Çalışanlara kefalet hâlinde alacaklı, çalışanlar üzerinde yükümlü olduğu gözetimi ihmal eder veya kendisinden beklenebilen özeni göstermezse ve borç da bu sebeple doğmuş ya da bu özeni göstermesi hâlinde ulaşamayacağı ölçüde artmış olursa, bu borcu veya borcun artan kısmını kefilden isteyemez. Alacaklı, borcu ödeyen kefile haklarını kullanmasına yarayabilecek borç senetlerini teslim etmek ve gerekli bilgileri vermekle yükümlüdür. Alacaklı, kefalet sırasında var olan veya asıl borçlu tarafından alacak için sonradan sağlanan rehinleri ve diğer güvenceleri de kefile teslim etmek veya bunların devri için gerekli işlemleri yapmak zorundadır. Alacaklının, diğer alacakları sebebiyle sahip olduğu rehin ve hapis hakları, kefilin haklarından sıraca önce geldikleri ölçüde saklıdır. Alacaklı, haklı bir sebep olmaksızın yükümlülüklerini yerine getirmez, ağır kusuruyla mevcut belgeleri veya rehinleri ya da sorumlu olduğu diğer güvenceleri elinden çıkarırsa, kefil borcundan kurtulur. Bu durumda kefil, ödediğinin geri verilmesini ve varsa ek zararının giderilmesini isteyebilir.'

C. Tediyeyi (Ödemeyi) Kabul Külfeti

818 sayılı Borçlar Kanunu md. 501 gereğince, '*Borç muacceliyet iktisap edince, kefil her zaman alacaklıyı borcun ifasını kabule veya kendisini kefaletten tahlise icbar edebilir. Alacaklı edayı kabul etmez yahut haiz olduğu teminatı ita ve nakilden imtina eylerse kefil kendiliğinden kurtulur.'*

6098 sayılı Borçlar Kanunu 593. maddesine göre '*Borçlunun iflası sebebiyle olsa bile, borç muaccel olduğu takdirde kefil, alacaklıdan yapacağı ödemeyi kabul etmesini her zaman isteyebilir. Bir borca birden çok kişinin kefil olması durumunda alacaklı, kefillerden biri tarafından yapılacak kısmi ödemeyi, bunu öneren kefile düşen paydan az olmamak koşuluyla, kabul etmek zorundadır. Alacaklı haklı bir sebep olmaksızın ödemeyi kabul etmekten kaçınırsa, kefil borcundan kurtulur; birlikte müteselsil kefalette ise, kefillerin sorumluluğu kendilerine düşen pay miktarınca azalır. Alacaklının rızası varsa kefil, asıl borcu muaccel olmasından önce de ödeyebilir. Ancak, bu durumda kefil, asıl borçluya karşı rücu hakkını borcun muaccel olmasından önce kullanamaz.'*

Yeni kanun ile eski kanunla aynı doğrultuda düzenleme yapılmış ancak daha ayrıntılı ve yeni düzenlemeler de getirilmiştir. Eski kanunda birden fazla kefil olması hali düzenlenmemişti, yeni kanunda bu halde kefillerden birinin kendi hissesinden az olmamak şartıyla alacaklıya ödeme yapmayı teklif edebilecektir. En önemli değişiklik ise eski kanunda borç muaccel olmadan kefilin borcu ödeme imkanı yokken, yeni kanunda alacaklının rızasını almak kaydıyla borç muaccel olmadan da kefilin yaptığı ödemeyi alacaklının kabul etmek zorunda olduğu ancak bu halde kefilin borçluya rücu etmesi için borcun muaccel olmasını beklemesi gerektiğidir. Yapılan değişiklikler isabetlidir, zira kefil faizlerdeki artış nedeniyle bir an önce kefaletten kurtulmak isteyebilir, yine alacaklı da borçlu ve kefilin ekonomik

durumunda kötüleşme olması ihtimaline binaen alacağını bir an önce tahsil etmek isteyebilir.[261]

VIII. KEFİL İLE ASIL BORÇLU ARASINDAKİ İLİŞKİ

Asıl borçlu, kefalet sözleşmesinin dışında olup sözleşmenin tarafı değildir. Ancak kefalet sözleşmesinin özelliği gereği kefalet sözleşmesine dair hükümler içerisinde kefil ile asıl borçlu arasındaki ilişki de kanunda özel olarak düzenlenmiştir.[262]

1. Kefilin Asıl Borçluya Ödemeyi İhbar Yükümü

818 Sayılı Borçlar Kanunu madde 498'e göre, *'Kefil, tediyeyi asıl borçluya ihbar etmemesinden dolayı asıl borçlu ikinci defa olarak borcunu eda ederse kezalik kefil rücu hakkını gaip eder. Alacaklı, aleyhine haksız mal edinmesinden dolayı dava hakkı mahfuzdur.'*

6098 Sayılı Borçlar Kanunu madde 597'ye göre *'Borcu tamamen veya kısmen ödeyen kefil, durumu borçluya bildirmek zorundadır. Kefil, bu bildirimde bulunmazsa ve ödemeyi bilmeyen veya bilmesi gerekmeyen borçlu da alacaklıya ifada bulunursa, rücu hakkını kaybeder. Kefilin, alacaklıya karşı sebepsiz zenginleşmeden doğan dava hakkı saklıdır.'*

---

[261] Başyiğit, Özgür, 'Borçlar Kanunu Tasarısı İle Karşılaştırmalı Olarak Kefalet Sözleşmesinin Sona Ermesi', Legal Hukuk Dergisi, Cilt 3, Sayı 33, İstanbul 2005, s.3330-3331.

[262] G.Elçin Grassinger, a.g.e., İstanbul 1996(b), s. 389.

Mülga borçlar kanunu ile yeni borçlar kanunu arasında düzenleme bakımından esaslı bir değişiklik yoktur. Dil Türkçeleştirilmiştir.

Mülga kanunda açıkça yazılı olmasa da doktrinde ve yeni kanunda kabul edildiği gibi kefil, alacaklıya kefalet borcunun tamamını ifa etmiş olabileceği gibi, bir kısmını da ifa etmiş olabilir.[263]

Kefile ihbar yükümlülüğü getirilmesinin sebebi, asıl borçlunun alacaklıya habersiz olarak ikinci kez ifada bulunmasını önlemektir. Bu sayede bir yandan da asıl borçlu korunmuştur. Çünkü kefilin ifasından habersiz ikinci kez ifada bulunan asıl borçlu, kefilin rücu talebini yerine getirmeyecek ve alacaklıya sebepsiz zenginleşme davası açma yükünden kurtulacaktır. Kefil de yükümlülüğünü yerine getirmediği için asıl borçluya karşı olan rücu hakkını kaybedeceği gibi, bizzat alacaklıya karşı sebepsiz zenginleşme davası açması gerekecektir.[264]

Kefilin, alacaklıya ifada bulunduktan sonra asıl borçluya ihbar yükümlülüğü süreye bağlanmamıştır. İfadan sonra gecikmeksizin bildirilmelidir. Kefilin gecikmeksizin ihbarda bulunup bulunmadığı hususu TMK 2. maddedeki dürüstlük kuralı çerçevesinde değerlendirilecektir. Kefilin asıl borçluya ihbarı şekle tabi olmayıp yazılı ya da sözlü olabilir. Ancak ispat kolaylığı açısından kefilin yazılı olarak ihbarda bulunması lehine olur. Çünkü kefil asıl borçluya ihbarda bulunduğunu ispat yükü altındadır. Yine kefilin asıl borçluya ihbarda bulunma yükümü, asıl borçlunun kefilin ifasından haberi olmaması halinde söz konusudur. Asıl borçlu

---

263 G.Elçin Grassinger, a.g.e., İstanbul 1996(b), s.390.

264 G.Elçin Grassinger, a.g.e., İstanbul 1996(b), s.389.

kefilin ifasından haberdar ise ya da haberdar olabilecek durumda ise kefilin ihbarda bulunma yükümlülüğü olmaz.[265]

2. Kefilin Asıl Borçludan Kendisine Teminat Vermesini ya da Kefalet Borcundan Kurtarmasını Talep Etme Hakkı

818 Sayılı Borçlar Kanunu madde 503'e göre: *'Aşağıdaki hallerde kefil, borçludan teminat itasını ve eğer borç muaccel ise kendisinin kefaletten kurtulmasını talep edebilir.*

1. *Borçlu kefile karşı vuku bulan taahhütlerine ve bilhassa muayyen bir müddet zarfında kendisini kurtaracağına dair olan vadına muhalif hareket ettiği takdirde.*
2. *Borçlu mütemerrit bulunduğu takdirde.*
3. *Kefil, gerek düçar olduğu zayiat gerek kendi tarafından irtikap olunan bir kusur sebebi ile kefaleti kabul ettiği zamanda kimden ziyade tehlikelere maruz olduğu takdirde.'*

6098 Sayılı Borçlar Kanunu madde 595'e göre *'Kefil, aşağıdaki durumlarda asıl borçludan güvence verilmesini ve borç muaccel olmuşsa, borçtan kurtarılmasını isteyebilir:*

1. *Asıl borçlu, kefile karşı üstlendiği yükümlülüklere, özellikle belli bir süre içinde kendisini borçtan kurtarma vaadine aykırı davranmışsa.*

[265] G.Elçin Grassinger, a.g.e., İstanbul 1996(b), s.390.

2. *Asıl borçlu temerrüde düşmüşse veya yerleşim yerini diğer bir ülkeye nakletmesi yüzünden takibat önemli ölçüde güçleşmişse.*

3. *Asıl borçlunun mali durumunun kötüleşmesi, güvencelerin değer kaybetmesi veya borçlunun kusuru sonucunda kefil için mevcut tehlike, kefaletin yapıldığı tarihe göre önemli ölçüde artmışsa.'*

Mülga borçlar kanunu ile yeni borçlar kanunu arasında düzenleme bakımından esaslı bir değişiklik yoktur. Dil Türkçeleştirilmiştir.

6098 Sayılı Borçlar Kanunu 595. maddedeki şartlar gerçekleşince kefil ya kefalet sözleşmesi ile bağlı kalmakla beraber, kefalet borcunu ifa ettikten sonra asıl borçluya karşı ortaya çıkacak rücu hakkını teminat altına almış olur ya da henüz alacaklıya ifada bulunmadan kefalet sözleşmesinden kurtulur. Bu hüküm emredici değildir, buradaki haklardan feragat edilebilir, yine maddeyi daraltıcı veya genişletici yönde sözleşme yapılması da mümkündür.[266]

Kefilin asıl borçluya bu hakları ileri sürebilmesi için kefil ile asıl borçlu arasında vekalet sözleşmesi veya vekaletsiz iş görme sözleşmesi gibi, özel bir hukuki ilişkinin varlığına gerek yoktur. Kanun koyucu madde ile kefilin asıl borçluya karşı rücu hakkının varlığını korumayı amaçladığından, önemli olan, kefilin asıl borçluya karşı hangi sebeple doğmuş olursa olsun rücu hakkının varlığıdır.[267]

---

[266] G.Elçin Grassinger, a.g.e., İstanbul 1996(b), s.393-394.

[267] G.Elçin Grassinger, a.g.e., İstanbul 1996(b), s.393.

Asıl borçludan istenecek teminat rehin gibi ayni teminat olabileceği gibi, rücua kefalet şeklinde şahsi bir teminat da olabilir.[268]

Asıl borçlunun parasal durumunun kötüleşmesinin kendi kusuruyla meydana gelmesi zorunlu değildir.[269]

3. Kefilin Asıl Borçluya Karşı Rücu Hakkı

Alacaklıya kefalet borcunu ifa eden kefil, alacaklının asıl borçluya karşı sahip olduğu hakları da kazanmış olur. Kefilin ifası ile birlikte sadece kefalet borcu sona erdiğinden, kefil alacaklının yerine geçerek, alacaklıya ifa ettiği kısım oranında asıl borçlunun kendisine ifada bulunmasını ister. Asıl borçlu kefile ifada bulunduğu oranda asıl borç sona erer. Alacaklıya ifada bulunan kefilin, alacaklının asıl borçluya karşı olan haklarına halef olarak, asıl borçluya ifa talebi ile başvurmasına kefilin rücu hakkı denilmektedir.[270]

818 Sayılı Borçlar Kanunu 496. maddesine göre; *'Kefil eda ettiği şey nisbetinde alacaklının haklarında, ona halef olur. Bu halefiyet kaidesinden evvelce feragat etmek caiz değildir. Şu kadar ki kefil ile borçlu beynindeki hukuki münasebetlerden mütevellit dava ve defi hakları mahfuzdur.'*

6098 Sayılı Borçlar Kanunu 596 maddesine göre; *'Kefil, alacaklıya ifada bulunduğu ölçüde, onun haklarına halef olur. Kefil, bu hakları asıl borç muaccel*

[268] T. Akıntürk, a.g.e, Ankara 1994, s.237.

[269] A. Zevkliler/ E. Gökyayla, a.g.e, Ankara 2010, s.557.

[270] G. Elçin Grassinger, a.g.e., İstanbul 1996(b), s.398.

olunca kullanabilir. Kefil, aksi kararlaştırılmamışsa, rehin hakları ile aynı alacak için sağlanmış diğer güvencelerden sadece kefalet anında var olan veya bizzat asıl borçlu tarafından, sonradan özellikle bu alacak için verilmiş bulunanlara halef olur. Alacaklıya kısmen ifada bulunan kefil, rehin hakkının sadece bunu karşılayan kısmına halef olur. Alacaklının rehin konusu üzerinde geriye kalan alacak hakkı, kefilin rehin hakkından ön sırada gelir. Kefil ile asıl borçlu arasındaki hukuki ilişkiden doğan istem ve def'iler saklıdır. 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. Kefilin rücu hakkına ilişkin zamanaşımı, kefilin alacaklıya ifada bulunduğu anda işlemeye başlar. Kefil, dava hakkı vermeyen veya yanılma ya da ehliyetsizlik sebebiyle asıl borçluyu bağlamayan bir borç için ödemede bulunduğu takdirde, asıl borçluya karşı rücu hakkına sahip değildir. Ancak, kefil zamanaşımına uğramış bir asıl borçtan sorumlu olmayı borçlunun vekili sıfatıyla üstlenmişse asıl borçlu, ona karşı vekâlet sözleşmesi hükümleri uyarınca sorumlu olur.'

Mülga kanun ile yeni borçlar kanunu arasında kapsamlı bir fark vardır. Mülga kanunda kefilin halefiyetin kapsamına güvenceler bakımından sınırlama getirilmemişti, ancak yeni kanunla bu konuda sınırlamalar getirilmiştir. Buna göre alacaklıya ödeme yapan kefilin, alacak için sağlanmış rehin ve diğer güvencelerden

yararlanması kural olarak bunların kefalet anında var olmasına veya bizzat asıl borçlu tarafından, sonradan özellikle bu alacak için verilmiş olmasına bağlıdır.[271]

Bu hüküm emredici değildir, aksinin kararlaştırılması mümkündür ancak 582/son maddesindeki kefilin kendisine tanınan haklardan önceden feragat edemeyeceğine ilişkin düzenleme göz önüne alındığında, hükmün kefil aleyhine değiştirilmesi mümkün değildir. Mülga kanunda ise halefiyet kuralından önceden feragat etmenin geçerli olmayacağı açıkça düzenlenmişti. Kefalet anından sonra 3. kişiler tarafından verilen rehin ve güvenceler halefiyetin kapsamına girmez. Özellikle söz konusu alacak için verilmeyen güvenceler de halefiyetin kapsamı dışındadır.[272]

Mülga kanun döneminde kısmi ödeme halinde alacaklı ile kefilin güvenceler üzerindeki haklarının aynı derecede olup olmadığı doktrinde tartışma konusu iken, yeni kanunda bu husus açıkça düzenlenerek alacaklının çıkarı ön planda tutulmak suretiyle alacaklının rehin konusu üzerinde geriye kalan alacak hakkının kefilin rehin hakkından önce geldiği belirtilmiştir.[273]

Aynı alacak için kefil olan veya rehin veren kişilerin birbirleri karşısındaki konumu, mülga kanunda düzenlenmemişti, yeni kanunda bu husus açıkça

---

[271] Özen, Burak; 'Kefilin Özel Rücu Talebi ve Bu Talebin Halefiyete Dayanan (Genel) Rücu Talebiyle İlişkisi', Prof. Dr. Rona Serozan'a Armağan, Cilt 2, 1. Baskı, XII Levha Yayınları, İstanbul 2010, s. 1446.

[272] Özen, Burak, a.g.e., İstanbul 2010, s. 1447-1448.

[273] Özen, Burak, a.g.e., İstanbul 2010, s. 1449.

düzenlenerek başkasının borcu için rehin veren kişi ile, başkasının borcu için kefil olan kişi arasında açıkça kefil lehine tercihte bulunulmuştur.[274]

Mülga kanunda kefilin rücu hakkına ilişkin zamanaşımı hususunda hüküm yoktu, yeni kanunda bu husus açıkça düzenlenerek kefilin rücu hakkına ilişkin zamanaşımının kefilin alacaklıya ifada bulunduğu anda işlemeye başlayacağı öngörülmüştür.[275]

Kefalet sözleşmesi geçersiz ise, kefil alacaklıya yaptığı ödemeyi alacaklıdan sebepsiz zenginleşme veya asıl borçludan vekalet ya da vekaletsiz iş görme hükümlerine göre talep edebilir. Yanılma veya ehliyetsizlik nedeniyle geçerli olmayan bir borca kefalet halinde, ödemede bulunan kefilin asıl borçluya rücu hakkı yoktur. Eksik borca kefalet halinde de aynı durum söz konusudur. Ancak zamanaşımına uğramış borca kefalet halinde, kefil kefalet konusu borçtan sorumlu olmayı asıl borçlunun vekili sıfatıyla üstlenmişse, asıl borçlu kefile karşı vekalet hükümlerine göre sorumlu olur.[276] Yanılma, ehliyetsizlik nedeniyle asıl borçluyu bağlamayan ya da zamanaşımına uğramış borca kefaletle ilgili 6098 Sayılı Borçlar Kanunu 596/son hükmü, 582/3 maddesini tamamlayıcı nitelikte olup, ayrıca düzenlenmemiş olsaydı dahi genel hükümler çerçevesinde aynı sonuca ulaşılabilecektir.[277]

---

274 Özen, Burak, a.g.e., İstanbul 2010, s.1449-1450.

275 Özen, Burak, a.g.e., İstanbul 2010, s.1450.

276 Aral, Fahrettin/ Ayrancı, Hasan, 6098 Sayılı Borçlar Kanunu'na Göre Hazırlanmış Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Ankara 2014, s. 470-471.

277 Özen, Burak, a.g.e., İstanbul 2010, s.1451.

IX. KEFALET SÖZLEŞMESİNİN BENZER SÖZLEŞMELERDEN FARKLARI

1. Garanti Sözleşmesinden Farkları

Garanti sözleşmesi ile kefalet sözleşmesi üç köşeli bir hukuki ilişkiyi içermesi bakımından benzerlik gösteren şahsi teminat sözleşmelerindendir.[278]

Garanti sözleşmesi kanunda düzenlenmemiş isimsiz bir sözleşmedir, teminat sağlama amacı güder.[279]

Garanti sözleşmesinde garanti veren garantiyi alana onun parasal çıkarıyla ilgili bir rizikoya karşı parasal güvence verir. Garanti sözleşmesi iki şekilde yapılabilir. Saf garanti sözleşmesinde garanti veren, garanti alana belirli bir borç ilişkisinden bağımsız olarak bir sonuç garanti eder. Örneğin özel okul işletenlerin öğrencilere sınavda başarı sağlayacakları yönündeki garantileri bu kapsamdadır. Diğer tür olan kefalet benzeri garanti sözleşmesinde ise garanti veren edimin yerine getirilmemesinden kaynaklanan riski üstlenir. Banka teminat mektupları, banka garanti (çek) kartları buna örnektir.[280]

---

[278] Canbolat, Ferhat/ Topuz Seçkin, 'Kefalet ile Garanti Ayrımının Önemi ve Ayrımında Uygulanacak Kıstaslar', Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Sayı 78, Eylül Ekim 2008, s. 53-54.

[279] A. Zevkliler/ E. Gökyayla, a.g.e, Ankara 2010, s.533.

[280] Serozan, Rona, Borçlar Hukuku Özel Bölüm, İstanbul 2002, s. 72; A. Zevkliler/ E. Gökyayla, a.g.e, Ankara 2010, s.533-534.

Garanti sözleşmesinin kefaletten en önemli farkı fer'i olmayıp bağımsız olmasıdır. Garantiyi veren kefilden farklı olarak edimini garanti ettiği kişiye ait def'ileri kural olarak ileri süremez ve borçluya rücu edemez.[281]

Kefalet sözleşmesi şekle tabi olduğu halde, garanti sözleşmesinde şekil şartı yoktur.

Kanunda kefili koruyucu hükümler yer aldığı halde, garanti sözleşmesi kanunda düzenlenmemiştir ve garanti vereni koruyucu hükümler yoktur.[282]

Adi kefalette kefilin sorumluluğu için önce asıl borçluya karşı takip yapılması ve takibin semeresiz kalması gerekirken, garanti sözleşmesinde garanti alan garanti konusu olay gerçekleştiğinde derhal garanti verene başvurabilir.[283]

Temel borç ilişkisi geçersiz olsa bile, garanti sözleşmesi kefaletin aksine geçersiz olmaz.[284]

---

[281] H.Tandoğan, a.g.e., Ankara 1987, s. 819; S. Reisoğlu, a.g.e., Ankara 1992, s. 213; R.Serozan, a.g.e., İstanbul 2002, s. 72; F.Aral, a.g.e., Ankara 2003. s. 442; F. Canbolat/ S.Topuz, a.g.e., Eylül Ekim 2008, s.61.

[282] F. Canbolat/ S.Topuz, a.g.e., Eylül Ekim 2008, s. 59.

[283] H.Tandoğan, a.g.e., Ankara 1987, s.818-819; F. Canbolat/ S.Topuz, a.g.e., Eylül Ekim 2008, s.61.

[284] H.Tandoğan, a.g.e., Ankara 1987, s.813; F. Canbolat, S.Topuz, a.g.e., Eylül Ekim 2008, s.60.

2. Avalden Farkları

Aval müteselsil borç mahiyeti üstün gelen, kambiyo hukukuna mahsus ve esas itibariyle onun hükümlerine tabi şahsi bir teminattır. Hem kefaletin hem avalin iktisadî amacı alacaklıya karşı bir teminat teşkil etmek, borçlunun aczine karşı borcunu temin etmek suretiyle alacaklıyı iktisaden korumaktır. Kefil ve aval veren, alacaklıya sadece borçlunun borcunu vadesinde ödeyeceğini temin etmekle kalmaz, borçlu borcunu ödemediği takdirde bizzat kendilerinin ifada bulunacağını taahhüt eder.[285]

Aval kefalet sözleşmesine benzemekle birlikte farklı yönleri de çoktur. Kefalet sözleşmesinin fer'i niteliğine karşılık, aval teminatını teşkil eden borca tabi olmayan aslî bir borç mahiyeti arz eder. Bu nedenle avalin temin ettiği borcun herhangi bir nedenle hükümsüzlüğü, aval verenin borcunun geçerliliğini etkilemez.[286]

Kefalette asıl borçlu borçtan sorumlu değilse, kefil de asıl borçtan sorumlu olmaz. Asıl borçlunun alacaklıya ileri sürebileceği şahsi def'ileri kefil de alacaklıya karşı ileri sürebilir. Avalde ise lehine aval verilenin hamile karşı haiz olduğu şahsi def'iler, avalist tarafından hamile karşı ileri sürülemez.[287]

Aval ile kefaletin tabi olduğu şekil şartları da farklıdır. TTK 613/1 maddesine göre aval şerhi poliçe, bono veya alonj üzerine yazılır iken, kefaletin 6098 Sayılı

---

[285] Güral, Jale, 'Kefalet Akdiyle Aval Arasındaki Fark ve Benzerlikler', Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 8, Sayı 3-4, Ankara 1951, s. 435-436.

[286] J. Güral, a.g.e., Ankara 1951, s. 478.

[287] H. Dündar, a.g.e., Ankara 2009, s.396.

Borçlar Kanunu 583. maddesine göre yazılı şekilde yapılması gerekir, kefaletin mutlaka asıl borç senedi üzerinde gösterilmesi zorunlu değildir.

Kefalette kefil kefalet borcunu ödediğinde alacaklının haklarına halef olarak asıl borçluya rücu edebildiği halde, borçlu lehine aval veren kişi ödeme yaptığında halefiyetten yararlanamaz.[288]

3. Müteselsil Borçluluktan Farkları

818 sayılı mülga kanunda m. 487'de 'Kefil, borçlu ile beraber müteselsil kefil ve müşterek müteselsil borçlu sıfatı ile…' ifadesine hatalı ve yanıltıcı olarak yer verilmişti. Her ne kadar madde metninde 'müteselsil borçlu sıfatı' ibaresi geçiyorsa da, bundan kanunda müteselsil borçluluğa ilişkin yer alan hükümlerin müteselsil kefalete de uygulanacağı anlamı çıkmamalıdır. Çünkü kefille asıl borçlu arasında teselsül ilişkisi yoktur. Buradan alacaklının asıl borçluya müracaat etmeden ve rehni paraya çevirmeden doğrudan kefile başvurabileceği anlamı çıkarılmalıdır. 6098 Sayılı yeni Borçlar Kanunu'nda bu eleştiri dikkate alınmış ve isabetli olarak 'müteselsil borçlu' ibaresi metinden çıkarılmıştır.[289]

Müteselsil kefaletle müteselsil borçluluk arasındaki tek benzerlik ikisinde de alacaklıların borçlulardan istediğine başvurabilmesidir. Müteselsil borçlulukta alacaklının edimin tamamının ifasını müteselsil borçlulardan dilediğinden talep

---

[288] S.Olgaç, a.g.e., Ankara 1976, s.613.

[289] Dağdelen, Ahmet Hakan, 818 ve 6098 Sayılı Borçlar Kanunlarında Borçlular Arasında Teselsül, İstanbul 2011, s. 196-197.

edebilmesi gibi, müteselsil kefalette de alacaklının edimin tamamının ifasını dilerse asıl borçludan, dilerse doğrudan müteselsil kefilden talep edebilmesi mümkündür. Müteselsil borçluluk alacaklıya, müteselsil kefalet ise borçluya daha güçlü teminat fonksiyonu görür. Kefil alacaklıya karşı asıl borçluya ait olan tüm def'ileri ileri sürebildiği halde, müteselsil borçlu diğer borçluların şahsi def'ilerini ileri süremez, kendi şahsi def'ileri ile müşterek def'ileri ileri sürebilir.[290]

Kefalette kefilin borcunun varlığı asıl borcun varlığına bağlıdır. Asıl borç geçersiz ise, onun fer'isi olan kefalet de geçersiz olur. Ancak müteselsil borçta borçlulardan birinin borcunun geçersizliği, diğerlerinin borçlarını geçersiz kılmaz.[291]

6098 sayılı kanunda m. 583'te gösterildiği şartlara uygun olarak kefalet sözleşmesinin yazılı şekilde düzenlenmesi geçerlilik şartı iken, teselsülde böyle bir şart yoktur.

Kefilin borcu asıl borçtan önce muacceliyet kazanamazken, müteselsil borçluların borçlarının muacceliyet tarihlerinin ayrı ayrı belirlenmesi mümkündür. Yine kefil asıl borçlunun kusur ve temerrüdünün kanuni sonuçlarından da sorumlu iken, müteselsil borçlular birbirlerinin kusur ve temerrüdünden kural olarak sorumlu değildir.[292]

---

290 F. Erlüle, a.g.e., Erzincan Haziran 2003, s. 631.

291 H.Tandoğan, a.g.e., Ankara 1987, s.704.

292 H.Tandoğan, a.g.e., Ankara 1987, s.704.

4. Borca Katılmadan Farkları

Borca katılma mülga borçlar kanununda düzenlenmemişti. 6098 sayılı Borçlar Kanunu'nun 201. maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre: *'Borca katılma, mevcut bir borca borçlunun yanında yer almak üzere, katılan ile alacaklı arasında yapılan ve katılanın, borçlu ile birlikte borçtan sorumlu olması sonucunu doğuran bir sözleşmedir.*

Borca katılan ile borçlu, alacaklıya karşı müteselsilen sorumlu olurlar.'

Birlikte borç üstlenmede, üçüncü bir kişi, alacaklıya karşı mevcut bir borçtan asıl borçlunun yanında ve onunla birlikte müteselsil olarak sorumlu olmayı taahhüt eder.[293]

Kefalet sözleşmesi fer'i nitelikte iken, borca katılma fer'i nitelikte bir borç doğurmaz. Borca katılma, sadece kuruluş bakımından fer'i nitelik taşır, katılma gerçekleştikten sonraki aşamada katılanın borcu ilk borçlunun borcundan bağımsızdır.[294] Buna karşılık kefalet sözleşmesi fer'i borç doğuran sözleşmedir. Borca katılmadan farklı olarak kefilin borcu sadece başlangıçta değil, her aşamada fer'i bir nitelik taşır. Kefalette kefilin sorumluluğu ortaya çıkması, kapsamı, devam etmesi ve yerine getirilmesi bakımından teminat altına alınan asıl borca tabidir.[295]

---

[293] F.Aral, a.g.e., Ankara 2003, s. 443.

[294] H.Tandoğan, a.g.e., Ankara 1987, s. 702. ;S. Reisoğlu, a.g.e., Ankara 2013, s.109-110.

[295] S. Reisoğlu, a.g.e., Ankara 1962, s. 329 vd.; H.Tandoğan, a.g.e., Ankara 1987, s. 702-704; G.Turan Başara, a.g.e., Ankara 2014, s.430.

Kefil alacaklıya karşı, borçlunun borcunu ifa etmemesinin sonuçlarından kişisel olarak sorumlu olmayı taahhüt eder ancak birinci derecede borç altına giren borca katılan, borçlu ile beraber ödemekle yükümlü olur.[296]

X. KEFALET SÖZLEŞMESİNİN SONA ERMESİ

1. Asıl Borca Bağlı Sona Erme Sebepleri

A. Genel Olarak

818 Sayılı mülga Borçlar Kanunu m.492'ye göre *asıl borç, herhangi bir sebeple sakıt olunca kefil beri olur.*

6098 Sayılı yeni Borçlar Kanunu m. 598/1 gereği *'Hangi sebeple olursa olsun, asıl borç sona erince, kefil de borcundan kurtulur.'*

Eski kanun ile yeni kanun arasında bu konuda fark yoktur. Bu hüküm kefaletin fer'iliğini göstermektedir. Asıl borcun kaderine bağlı olan kefalet borcu, asıl borç sona erince onla beraber sona erecektir. Bu durum 6098 Sayılı yeni Borçlar Kanunu m. 131/1'de de şu şekilde belirtilmiştir: *'Asıl borç ifa ya da diğer bir sebeple sona erdiği takdirde, rehin, kefalet, faiz ve ceza koşulu gibi buna bağlı hak ve borçlar da sona ermiş olur.'* Esas borçla birlikte kefilin sorumluluktan kurtulması kanun gereğince kendiliğinden olur. Kefil esas borcun son bulduğu savunmasından

[296] S. Reisoğlu, a.g.e., Ankara 2013, s.110.

önceden vazgeçse bile sonuç değişmez, asıl borcun son bulmasıyla sorumluluğunun sona erdiğini ileri sürebilir. Esas borcun sona ermesi kefile yüklenemeyen bir sebepten, özellikle alacaklının eyleminden kaynaklanmışsa, sorumluluktan kurtulduğunu ileri süren kefil, hakkını kötüye kullanmış sayılamaz.[297]

Kefilin ölümü ise kefalet sözleşmesini sona erdirmez. Kefilin mirası reddetmeyen mirasçıları kefilin yerine geçerek, kefalet borcundan alacaklıya karşı sorumlu olur.[298] Kefil kefaletten doğan borcunu alacaklıya ödedikten sonra ölmüşse, kefilin mirası reddetmeyen mirasçıları kefilin ödediği miktarı asıl borçludan talep etme hakkına sahiptir. Bu da mirasçıların mirasbırakana umumi halefiyetinin ve mirasbırakanın asıl borçluya karşı alacaklının halefiyeti sıfatıyla kullanacağı hukuki halefiyetinin doğal bir sonucudur.[299]

B. Asıl Borcun Ödenmesi

Asıl borcun borçlu tarafından ödenmesi durumunda kefalet sözleşmesi de olağan olarak sona erer. Eğer üçüncü kişi ödemede bulunursa ve şartları da varsa, üçüncü kişi alacaklıya halef olur ve kefalet sözleşmesi sona ermez.[300]

---

297 B.Özen, a.g.e., İstanbul 2012, s. 517.

298 S.Olgaç, a.g.e., Ankara 1976, s. 582.

299 Berki, Şakir, 'Türk Medeni Kanununda Mirasçıların Mesuliyeti', Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 25, Sayı 3-4, Ankara 1968, s. 121-122.

300 H. Tandoğan, a.g.e., Ankara 1987, s. 791.

Asıl borcun bir kısmının ifa edilmesi halinde kefalet borcu ifa oranında sona erer.[301]

C. Alacaklı ve Borçlu Sıfatlarının Birleşmesi

818 Sayılı Borçlar Kanunu 116. maddesine göre *alacaklılık ve borçluluk sıfatlarının bir şahısta içtimaiyle borç sakıt olur. Bu içtimaın zevaliyle borç avdet eder. Gayrimenkul rehni ile kıymetli evrak hakkındaki hususi hükümler bakidir.*

6098 Sayılı yeni Borçlar Kanunu 135. maddesine göre '*Alacaklı ve borçlu sıfatlarının aynı kişide birleşmesiyle borç sona erer. Ancak, üçüncü kişilerin alacak üzerinde önceden mevcut olan hakları birleşmeden etkilenmez. Birleşme geçmişe etkili olarak ortadan kalkarsa, borç varlığını sürdürür. Taşınmaz rehni ve kıymetli evraka ilişkin özel hükümler saklıdır.'*

6098 Sayılı yeni Borçlar Kanunu m. 598/2 gereği *'Borçlu ve kefil sıfatı aynı kişide birleşmiş olursa, alacaklı için kefaletten doğan özel yararlar saklı kalır.'*

Yeni BK'da eski BK'ya göre dil Türkçeleştirilip sadeleştirilmiştir. Yeni kanun eski kanundaki düzenlemeyi aynen içermekle birlikte, ek olarak 598/2 maddesi hükmü düzenlenmiştir.

Yeni kanunda kefil ile borçlu sıfatları birleştiğinde kefaletin sona erip ermeyeceği açıkça belirtilmemiştir. Madde gerekçesinden kefil ile borçlu sıfatlarının

[301] Elçin Grassinger, Gülçin, Borçlar Kanunu'na Göre Kefilin Alacaklıya Karşı Sahip Olduğu Savunma İmkanları, İstanbul 1996(a), s. 126.

birleşmesinin asıl borcun fer'i olan kefaleti sona erdirdiği anlaşılmaktadır, hükmün kanun gereğince kefaletin sona ermesi başlığı altında düzenlenmesi de bunu göstermektedir.[302] Gerekçeye göre, kefile kefalet söz konusu olduğu hallerde bu tür sona ermenin mutlak kabul edilmesi halinde, kefile kefalet de sona ereceğinden, bu durum alacaklıyı kefile kefalet güvencesinden mahrum bırakacağından, alacaklının kefaletten doğan özel yararlarının saklı kalacağı hükme bağlanarak, kefalet borcu sona ermemiş gibi kefile kefalet borcunun varlığını sürdüreceği kabul edilmiştir.

Birleşmenin alacağın temlikinin bağlı olduğu bozucu şartın gerçekleşmesi, mirasın reddi gibi nedenlerle ortadan kalkması halinde, kefalet de yeniden canlanır. Fakat birleşmenin iradi olarak, alacağın başkasına temliki yoluyla ortadan kaldırılması ve bu yolla kefaletin yeniden canlanması söz konusu değildir.[303]

D. Tecdit (Borcun Yenilenmesi)

Yenileme, yeni bir geçerli borç meydana getirerek önceki mevcut borç ilişkisinin sona erdirilmesidir.[304]

818 Sayılı Borçlar Kanunu 114. maddesine göre "B*orcun tecdidi akitten vazıh surette anlaşılmak lazımdır. Hususiyle mevcut bir borç için kambiyo taahhüdünde*

---

[302] Ö.Başyiğit, a.g.e., İstanbul 2005, s. 3326.

[303] Ö.Başyiğit, a.g.e., İstanbul 2005, s. 3322.

[304] Erzurumluoğlu, Erzan, Borçların Genel Kuralları, Ankara 1983, s. 152; Akıntürk, Turgut/ Ateş Karaman Derya, Borçlar Hukuku Genel Hükümler Özel Borç İlişkileri, İstanbul Eylül 2013, s. 177.

bulunmak veya yeni bir alacak senedi veya yeni bir kefaletname imza etmek, tecdidi tazammun etmez. Bununla beraber, bu hükmün aksine dair akdolunan mukaveleler muteberdir."

6098 Sayılı Borçlar Kanunu 133. maddesine göre "*Yeni bir borçla mevcut bir borcun sona erdirilmesi, ancak tarafların bu yöndeki açık iradesi ile olur. Özellikle mevcut borç için kambiyo taahhüdünde bulunulması veya yeni bir alacak senedi ya da yeni bir kefalet senedi düzenlenmesi, tarafların açık yenileme iradeleri olmadıkça yenileme sayılmaz."*

Mülga kanun ile yeni borçlar kanunu arasında düzenleme bakımından dilin Türkçeleştirilmesi dışında bir fark yoktur. Her iki kanunda da yenilemenin tanımına yer verilmemiştir.

Asıl borçlu ile alacaklının aralarında yaptığı yenileme anlaşmasıyla, asıl borç ve kural olarak asıl borca bağlı fer'i hak olan kefalet borcu da sona erer.[305] Yenileme işleminin geçerliliği bakımından kefilin rızasının önemi yoktur. Ancak kefilin yeni borçtan da sorumlu olabilmesi için, alacaklı ile yeniden kanunda aranan şartlara uygun yazılı bir kefalet sözleşmesi yapması gerekir.[306] Kefil yenileme anlaşmasına rıza vermiş olsa dahi, kefalet yenilenen borcu temin etmez.[307] Mevcut bir borç için

[305] E.Erzurumluoğlu, a.g.e., Ankara 1983, s.154.

[306] H.Tandoğan, a.g.e., Ankara 1987, s. 793; Ö.Başyiğit, a.g.e., İstanbul 2005, s. 3323.

[307] H.Tandoğan, a.g.e., Ankara 1987, s. 793.

yeni bir kefalet sözleşmesi düzenlemek de, aksine anlaşma yoksa yenileme sayılmaz.[308]

Yenileme sonucu borcun sona ermesi için, yeni borcun geçerli olarak doğması gerekir. Yeni borç ehliyetsizlik veya kanuni şekle aykırılık gibi nedenlerle geçersiz ise, yenileme gerçekleşmiş sayılmaz ve eski borç sona ermez.[309] Yeni borca konu sözleşmede hata, hile, tehdit sebebiyle iptal edilebilir bir irade sakatlığı varsa ve bu sebeple iptal edilirse, yenileme gerçekleşmez, eski borç sona ermez ancak sözleşme iptal edilmezse yenileme gerçekleşir ve eski borç sona erer.[310]

E. Takas

818 sayılı Borçlar Kanunu 119. maddesine göre '*Asıl borçlunun takası dermeyan etmeğe hakkı oldukça, kefili alacaklıya tediyede bulunmaktan imtina edebilir.'*

6098 sayılı Borçlar Kanunu 140. maddesine göre '*Asıl borçlunun takası ileri sürme hakkı bulundukça, kefili de alacaklıya ifada bulunmaktan kaçınabilir.'*

Mülga kanun ile yeni borçlar kanunu arasında düzenleme bakımından dilin Türkçeleştirilmesi dışında bir fark yoktur.

---

[308] E.Erzurumluoğlu, a.g.e., Ankara 1983, s. 153.

[309] Oğuzman, M. Kemal/Öz, M. Turgut, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 2009, s. 438; T.Akıntürk/ D.Ateş Karaman, a.g.e., İstanbul Eylül 2013, s. 177.

[310] M. K. Oğuzman/ M. T. Öz, a.g.e., İstanbul 2009, s. 438.

Kefaletle teminat altına alınmış olan borcun takasla sona erdiği oranda, asıl borcun fer'isi olan kefalet de sona erer.[311] Takas için karşılıklı alacaklı ve borçlu olunması şarttır. Bu yüzden kefil, asıl borçlunun alacaklıdan olan bir alacağı ile kendi kefalet borcunu takas edemez. Ancak kefilin kendisinin alacaklıdan bir alacağı varsa, kefalet borcu ile bu alacağını takas edebilir.[312]

F. Asıl Borcun İbra ile Ortadan Kalkması

İbra, mülga Borçlar Kanunu'nda düzenlenmemişti. 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 132. maddesinde özel olarak düzenlenmiştir. Buna göre *"Borcu doğuran işlem kanunen veya taraflarca belli bir şekle bağlı tutulmuş olsa bile, borç, tarafların şekle bağlı olmaksızın yapacakları ibra sözleşmesiyle tamamen veya kısmen ortadan kaldırılabilir."*

Alacaklı asıl borçluyu ibra ederek borç ilişkisini sona erdirirse, asıl borçla birlikte kefalet de sona erer. [313]

Mülga Borçlar Kanunu döneminde şekle tabi bir sözleşmeden doğan alacağın ibrasının da şekle bağlı olması gerekip gerekmediği tartışmalıydı. Ancak ibranın şekli konusundaki tartışmalar 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu ile getirilen açık hükümle son bulmuştur. 6098 sayılı Borçlar Kanunu ile asıl sözleşme şekle bağlı olsun olmasın, ibra sözleşmesi şekle bağlı olmadan yapılabilecektir.

---

311 G.Elçin Grassinger, a.g.e., İstanbul 1996(a), s. 126.

312 T.Akıntürk,/ D.Ateş Karaman, a.g.e., İstanbul Eylül 2013, s. 189-191.

313 H.Tandoğan, a.g.e., Ankara 1987, s. 794.

G. Asıl Borcun İfasının Borçlunun Kusuru Olmaksızın İmkansız Hale Gelmesi

818 sayılı Borçlar Kanunu 117. maddeye göre *borçluya isnat olunamıyan haller münasebetiyle borcun ifası mümkün olmazsa, borç sakıt olur. Karşılıklı taahhütleri havi akitlerde bu suretle beri olan borçlu haksız iktisaplara müteallik hükümlere tevfikan almış olduğu şeyleri iadeye mecbur ve kendisine henüz tediye edilmemiş bulunan şeyi istemek hakkından mahrum olur. Kanun veya akit ile, borcun ifasından evvel bile vukua gelen zararın, alacaklıya tahmil edilmiş olduğu haller bundan müstesnadır.*

6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu 136. maddeye göre *borcun ifası borçlunun sorumlu tutulamayacağı sebeplerle imkânsızlaşırsa, borç sona erer. Karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerde imkânsızlık sebebiyle borçtan kurtulan borçlu, karşı taraftan almış olduğu edimi sebepsiz zenginleşme hükümleri uyarınca geri vermekle yükümlü olup, henüz kendisine ifa edilmemiş olan edimi isteme hakkını kaybeder. Kanun veya sözleşmeyle borcun ifasından önce doğan hasarın alacaklıya yükletilmiş olduğu durumlar, bu hükmün dışındadır. Borçlu ifanın imkânsızlaştığını alacaklıya gecikmeksizin bildirmez ve zararın artmaması için gerekli önlemleri almazsa, bundan doğan zararları gidermekle yükümlüdür.*

Yeni kanun eski kanundaki düzenlemeyi aynen içermekle birlikte, ek olarak son cümle maddeye eklenmiştir. Ayrıca dil Türkçeleştirilip sadeleştirilmiştir.

İmkansızlık sebebiyle borcun sona erebilmesi için borçlunun kusursuz olması gerekmektedir. Asıl borcu ve dolayısıyla kefalet borcunu sona erdiren imkansızlıktan

kasıt objektif imkansızlıktır. Borçlunun aczi nedeniyle ortaya çıkan subjektif imkansızlığı ise kefil ileri süremez, zaten kefalet borcunun konusu genelde para borcu olduğundan ve para borcu için objektif imkansızlık söz konusu olamayacağından, kusursuz imkansızlığın kefalet bakımından önemi yoktur.[314]

2. Kefalet Sözleşmesine Özgü Sona Erme Sebepleri

A. Süreli Kefaletin Sona Ermesi

Belirli süreli kefaletten söz edebilmek için, kefalette sorumlu olunacak sürenin belirli veya belirlenebilir olması gerekir. Asıl borcun belirli süreli olması kefaletin de belirli süreli olması anlamına gelmez. Kefalet sözleşmesinin süreli mi süreli olmayan kefalet mi olduğu hususunda anlaşmazlık çıkarsa, karine süreli olmayan kefalet olduğu yönündedir. Bu halde süreli olduğunu iddia eden kefil bunu ispatla yükümlüdür, aksi takdirde süreli olmayan kefalet söz konusu olacaktır.[315]

818 sayılı Borçlar Kanunu 493. maddeye göre *Bir kimse mahdut bir zaman için kefil olupta bu zamanın inkızasını takip eden bir ay zarfında alacaklı bu bapta icraya veya mahkemeye müracaatla hakkını takip etmezse yahut takibatına uzun müddet fasıla verirse kefil kefaletten beri olur.*

---

[314] H.Tandoğan, a.g.e., Ankara 1987, s. 791

[315] G.Elçin Grassinger, a.g.e., İstanbul 1996(a), s.145; Elçin Grassinger, Gülçin, 'Belirsiz Süreli Kefalette Kefilin Hakları', Prof. Dr. Necip Kocayusufpaşaoğlu İçin Armağan, Ankara 2004, s. 210-211.

6098 sayılı Borçlar Kanunu 600. maddeye göre *Süreli kefalette kefil, sürenin sonunda borcundan kurtulur.*

Mülga kanundan farklı olarak yeni borçlar kanununda kefilin belirli süreli kefalet borcundan kurtulması için alacaklının kefalet süresinin sonra ermesinden itibaren 1 ay içinde alacağını almak için mahkemeye başvurmaması ya da icra takibine başlamaması veya icra takibine uzun süre ara vermemesi koşulları aranmamıştır. Buna göre kefalet süresinin sona ermesiyle birlikte kefil kendiliğinden kefalet borcundan kurtulur.[316] Diğer süreli sözleşmelerde olduğu gibi, kefalet sözleşmesinde de sürenin dolması mutlak bir sona erme nedeni olarak kabul edilmiştir. Bu değişiklik ile kefil lehine düzenleme getirilmiştir.[317]

B. Süreli Olmayan Kefaletin Sona Ermesi

Süreli olmayan kefalette kefalet sözleşmesi bir süreye bağlanmaz. Sözleşmenin sona ermesi taraflarca belli sürenin geçmesiyle her an yapılabilecek belli bir feshi ihbar süresine bağlanmışsa sözleşmenin süreli olmadığı kabul edilecektir.[318] Örneğin 2 yıllık kira sözleşmesine veya ödünç sözleşmesine kefalet halinde, kefalet için ayrıca süre kararlaştırılmamışsa veya asıl sözleşmede yer alan sürenin kefalet süresini de kapsadığı ne sözleşmeden, ne taraf iradelerinin yorumundan anlaşılıyorsa, süreli olmayan kefalet olduğu varsayılır. Kefalet

316 H. Dündar, a.g.e., Ankara 2009, s. 392; G.Elçin Grassinger, a.g.e., İstanbul 3-4 Haziran 2011, s. 134.

317 H. Dündar, a.g.e., Ankara 2009, s. 392.

318 G.Elçin Grassinger, a.g.e., Ankara 2004, s. 210-211.

sözleşmesinde sadece kefilin sorumluluğunun belli bir zamanla sınırlandırılması halinde de sözleşme süreli olmayan kefalet sözleşmesidir. Özellikle cari hesap ilişkisine kefalet halinde, taraflar aksini kararlaştırmamışsa kefilin belli bir dönem için sorumlu tutulması, kefilin o süre içinde doğacak asıl borçtan süreli olmayan kefalet hükümlerine göre sorumlu olacağı anlamına gelir.[319]

818 sayılı Borçlar Kanunu 494 maddeye göre *kefalet gayri mahdut bir zaman için akdolunmuş ise asıl borç muacceliyet kesbettikten sonra kefil alacaklıdan bir ay zarfında icra veya mahkemeye müracaatla hakkını takip etmesini ve uzun müddet fasıla vermeksizin takibata devam etmesini talep edebilir. Bir borcun muacceliyet kesbetmesi alacaklı tarafından borçluya ihbar vukuuna mütevakkıf olmadığı takdirde, kefil, kefaleti tarihinden bir sene sonra alacaklıdan bu ihbarın yapılmasını ve borç muacceliyet kesbedince yukarıda zikrolunduğu veçhile icraya veya mahkemeye müracaatle hakkını takip etmesini talep edebilir. Alacaklı, kefilin bu talebini nazara almazsa kefil kefaletten beri olur.*

6098 sayılı Borçlar Kanunu 601. maddeye göre *Süreli olmayan kefalette kefil, asıl borç muaccel olunca, adi kefalette her zaman ve müteselsil kefalette ise, kanunun öngördüğü hâllerde, 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 sözleşmesinin kurulduğu tarihten bir yıl sonra alacaklıdan, bu bildirimi yapmasını ve borç bu suretle muaccel olunca,*

[319] G.Elçin Grassinger, a.g.e., Ankara 2004, s. 210-211.

yukarıdaki fıkra hükümleri uyarınca takip ve dava haklarını kullanmasını isteyebilir. Alacaklı, kefilin bu istemlerini yerine getirmezse, kefil borcundan kurtulur.

Belirsiz süreli kefalette, borcun muaccel olması veya sonradan muaccel hale gelmesi, alacaklının takip konusunda harekete geçmesini gerektirmez.[320] Bu nedenle, belirsiz süreli kefalette kefilin uzun ve belirsiz bir zaman sorumlu olmaması için kefili koruyan mülga BK.'nın 494. maddesindeki düzenleme yeni kanunda da öngörülmüştür.[321] Buna göre asıl borcun vadeye bağlı olması veya borcun muacceliyetinin alacaklı tarafından yapılacak bir ihbara bağlı olması hallerine göre ayrı ayrı düzenlenmiştir.[322]

Yeni borçlar kanunu ile eski kanundan farklı olarak süreli olmayan kefalette sona erme bakımından adi ve müteselsil kefalet arasında ayrım yapılmıştır. Yine müteselsil kefalet için kefilin alacaklıdan varsa rehnin paraya çevrilmesi yoluyla takibe geçmesini isteme hakkı getirilmiştir. Ayrıca dilde Türkçeleştirme ve sadeleştirme yapılmıştır.

İki kanuna göre de sona erme için, süreli olmayan bir kefalet sözleşmesi olmalıdır.

6098 sayılı Borçlar Kanunu 601. maddede yer alan müteselsil kefalet bakımından getirilen *'kanunun öngördüğü hâllerde'* ibaresi yerinde değildir. Kanunda bu hükme yönelik kanunun öngördüğü herhangi bir hal mevcut değildir. Bu

---

320 S. Olgaç, a.g.e., Ankara 1976, s.590.

321 G.Elçin Grassinger, a.g.e., İstanbul 1996(a), s. 150.

322 H.Tandoğan, a.g.e., Ankara 1987, s.802.

nedenle ya bu hükme yönelik kanunun öngördüğü hallerin düzenlenerek açıklanması ya da bahsi geçen ibarenin kaldırılması daha uygun olacaktır.[323]

C. Alacaklının Kefilin Ödeme Talebini Kabul Etmemesi ve Teminat Vermemesi

818 sayılı Borçlar Kanunu 501. maddeye göre '*Borç muacceliyet iktisap edince, kefil her zaman alacaklıyı borcun ifasını kabule veya kendisini kefaletten tahlise icbar edebilir. Alacaklı edayı kabul etmez yahut haiz olduğu teminatı ita ve nakilden imtina eylerse kefil kendiliğinden kurtulur.'*

6098 sayılı Borçlar Kanunu 593. maddeye göre **'***Borçlunun iflası sebebiyle olsa bile, borç muaccel olduğu takdirde kefil, alacaklıdan yapacağı ödemeyi kabul etmesini her zaman isteyebilir. Bir borca birden çok kişinin kefil olması durumunda alacaklı, kefillerden biri tarafından yapılacak kısmi ödemeyi, bunu öneren kefile düşen paydan az olmamak koşuluyla, kabul etmek zorundadır. Alacaklı haklı bir sebep olmaksızın ödemeyi kabul etmekten kaçınırsa, kefil borcundan kurtulur; birlikte müteselsil kefalette ise, kefillerin sorumluluğu kendilerine düşen pay miktarınca azalır. Alacaklının rızası varsa kefil, asıl borcu muaccel olmasından önce de ödeyebilir. Ancak, bu durumda kefil, asıl borçluya karşı rücu hakkını borcun muaccel olmasından önce kullanamaz.'*

Yeni kanun ile alacaklı temerrüdü, kefalet sözleşmeleri açısından özel olarak düzenlenerek kefalete özgü sona erme sebebi olarak öngörülmüştür.[324]

---

[323] Ö.Başyiğit, a.g.e., İstanbul 2005, s. 3336.

D. On yıllık sürenin dolması

Yeni borçlar kanunu ile mülga borçlar kanununda olmayan, süreli olsun ya da olmasın her türlü kefalet için on yıllık süre sınırlaması getirilmiştir. 6098 sayılı Borçlar Kanunu 598/3 vd. fıkraları gereğince *'Bir gerçek kişi tarafından verilmiş olan her türlü kefalet, buna ilişkin sözleşmenin kurulmasından başlayarak on yılın geçmesiyle kendiliğinden ortadan kalkar. Kefalet, on yıldan fazla bir süre için verilmiş olsa bile, uzatılmış veya yeni bir kefalet verilmiş olmadıkça kefil, ancak on yıllık süre doluncaya kadar takip edilebilir. Kefalet süresi, en erken kefaletin sona ermesinden bir yıl önce yapılmak kaydıyla, kefilin kefalet sözleşmesinin şekline uygun yazılı açıklamasıyla, azamî on yıllık yeni bir dönem için uzatılabilir.'*

10 yıllık süre tüzel kişiler için değil, sadece gerçek kişiler için getirilmiş olup, gerçek kişilerin çok uzun süre sorumluluk altında kalmaları kanun koyucu tarafından istenmemiş, bunun kişilik hakkıyla bağdaşmadığı düşünülmüştür.[325] Tüzel kişiler yönünden sınırlama getirilmemesinin sebebi ise tacirlerin basiretli davranma yükümlülüğü ve tüzel kişilerin uzun vadeli ticari işlemlere girmesinden kaynaklanmıştır.[326]

Süreli ve süreli olmayan kefalet hükümlerinin yeterli olmayışı sonucunda karşılıksız borç altına giren kefilin korunması amacıyla bu düzenleme getirilmiştir. Bu hüküm emredici niteliktedir. Gerçek kişi en başta kefil olurken 10 yıldan fazla

---

[324] B. Özen, a.g.e., İstanbul 2012, s. 553.

[325] Şahan, Gökhan, Kefalet Sözleşmesinin Sona Ermesi, Ankara 2009, s.142.

[326] Ö.Başyiğit, a.g.e., İstanbul 2005, s.3331.

süreyle kefalet altına giremez, girmiş ise de sözleşme tamamen geçersiz sayılmayıp, uzatılmadıkça veya yeni bir kefalet verilmedikçe 10 yıl sonunda sözleşme kendiliğinden sona ermiş olur.[327] Burada kefalet sözleşmesinin 10 yıl sonunda sona ermesinin kabulü "değiştirilmiş kısmî butlan" olarak değerlendirilebilir. Değiştirilmiş kısmî butlan, sözleşmenin sakat kısmı yerine ikame bir kuralın geçirilmesiyle, sözleşmenin korunmasıdır.[328]

Kefil 9. yılın tamamlanmasından 10. yılın sonuna kadar kefalet sözleşmesini şekil şartlarına uygun olarak alacaklıya yapacağı yazılı açıklamayla azami 10 yıl süreyle uzatabilir. Böylece kanun koyucu gerçek kişilerin 20 yıldan fazla süreli kefalet altına girmesini engellemek istemiştir.[329] Kefil sorumluluk altında olan kişi olduğundan, kendi sorumluluğunu tek başına uzatabilir. Kanun uzatma yetkisini kefile vermiş olmasına rağmen, kefalet süresini alacaklı uzatmak ister, kefil de bunu kabul ederse bu durumda da kefaletin şekil şartlarına uymak gerekeceğinden kefaletin uzatılması değil, yeni bir kefalet söz konusu olacaktır.[330] Belirtilen süre içerisinde sözleşme uzatılmazsa, sözleşme kendiliğinden sona ereceğinden yeni bir kefalet sözleşmesi yapılabilir. Burada da uzatma bakımından aynı prosedür

---

[327] G.Elçin Grassinger, a.g.e., İstanbul 3-4 Haziran 2011, s. 130.

[328] Başpınar, Veysel, Borç Sözleşmelerinin Kısmi Butlanı, Ankara 1998, s. 152 vd.; G. Şahan, a.g.e., Ankara 2009, s.142.

[329] Şen, Arzu, '6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu ile Kefalet Sözleşmesi'nin Sona Ermesine Getirilen Yenilikler ve Değişiklikler', Ersin Çamoğlu'na Armağan, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2013, s.393-394.

[330] G. Şahan, a.g.e., Ankara 2009, s. 143.

işleyeceğinden süre kısıtlaması yeni sözleşmeler yapılması yoluyla bertaraf edilebilecektir.[331]

Gelecekte doğacak borçlar bakımından kefil olan kişi, asıl borç henüz doğmasa bile sözleşmenin kurulması anından itibaren 10 yıl süreyle sorumlu olacaktır. Kefaletin kanunda belirtilen azami süresi dolunca asıl borç henüz doğmamış veya muaccel olmamış olsa bile alacaklının başvurabileceği bir yol yoktur.[332]

E. Borçlunun İflası veya Borçluya Konkordato Mehli Verilmesi

6098 Sayılı Borçlar Kanunu 594/2-3 maddesine göre *'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 gerekir. Alacaklı, yukarıdaki fıkralarda öngörülen gereklerden birini yerine getirmezse, bundan dolayı kefilin uğradığı zarar miktarınca ona karşı haklarını kaybeder.'*

6098 Sayılı Borçlar Kanunu'yla alacaklıya bazı durumlarda bildirim yükümlülüğü getirilmiştir. Alacaklı bu bildirim yükümlülüklerini yerine getirmez ve

---

331 A. Şen, a.g.e., İstanbul 2013, s. 394.

332 B. Özen, a.g.e., İstanbul 2012, s. 557.

bu sebeple kefilin bir zararı doğarsa, kefalet borcu sona ermez ancak alacaklı bu zarar oranında kefile karşı sahip olduğu hakları kaybeder.[333]

F. Kefaletten Dönme

Mülga Borçlar kanununda kefalet sözleşmesinin tam iki tarafa borç yükleyen bir sözleşme olarak düzenlenmiş olduğu durumlarda genel hükümler çerçevesinde şartları varsa 82 ve 106. madde hükümleri gereğince kefil kefalet sözleşmesinden dönebiliyordu.[334]

Yeni Borçlar kanununda ise bu konuda özel bir düzenleme getirilmiştir.

6098 Sayılı Borçlar Kanunu 599. maddeye göre; *'Gelecekte doğacak bir borca kefalette, borçlunun borcun doğumundan önceki mali durumu, kefalet sözleşmesinin yapılmasından sonra önemli ölçüde bozulmuşsa veya mali durumunun, kefalet sırasında kefilin iyiniyetle varsaydığından çok daha kötü olduğu ortaya çıkmışsa, kefil alacaklıya yazılı bir bildirimde bulunarak, borç doğmadığı sürece her zaman kefalet sözleşmesinden dönebilir. Kefil, alacaklının kefalete güvenmesi sebebiyle uğradığı zararı gidermekle yükümlüdür.'*

Kefilin sözleşmeden dönme bildirimini alacaklıya yazılı olarak yapması gerekir. Bu bildirimin alacaklıya ulaşmasıyla kefalet tamamen ortadan kalkar.[335]

---

333 G. Şahan, a.g.e., Ankara 2009, s. 144; A. Şen, a.g.e., İstanbul 2013, s.400.

334 G.Elçin Grassinger, a.g.e., İstanbul 1996(a), s.138.

335 G.Elçin Grassinger, a.g.e., İstanbul 1996(a), s.83.

Kefilin kefalet sözleşmesinden dönmesinde *wideruff,* borç taahhüdünü geri alma söz konusudur. Alacaklının kefalet sözleşmesine güveninin boşa çıkmasından dolayı uğradığı menfi zararların örneğin alacaklının dürüstlük kuralına uygun olarak kefalet sözleşmesi için yaptığı noter masrafı vs.nin giderilmesi gerekir. [336]

G. Çalışanlara Kefalet

818 sayılı Borçlar Kanunu 495 maddeye göre; *'Resmi bir memura gayri mahdut müddet için kefil olan kimse, her üç senede bir kere ertesi sene nihayetinde muteber olmak üzere kefaleti feshettiğini ihbar edebilir. Bir müstahdem için vukubulan kefalet üç sene devam ettiği takdirde, hüküm yine böyledir.'*

6098 Sayılı Borçlar Kanunu 602. maddeye göre; '*Çalışanlara süreli olmayan kefalette kefil, her üç yılda bir, ertesi yılın sonunda geçerli olmak üzere sözleşmeyi feshettiğini bildirebilir.'*

Mülga kanun ile yeni kanun arasında düzenlemede dilin Türkçeleştirilmesi ve müstahdem ve resmi memur ibarelerinin çalışanlar şeklinde birleştirilmesi dışında fark yoktur. Hüküm emredici değildir. Maddenin uygulanırlığı hemen hemen hiç yoktur.[337]

---

[336] A. Şen, a.g.e., İstanbul 2013, s.132.

[337] H.Tandoğan, a.g.e., Ankara 1987, s.803.

SONUÇ

Roma ve Türk Hukuku'nda kefalet sözleşmesi, üçüncü bir kişinin borcun ifasından alacaklıya karşı sorumlu olmasıdır. Roma Hukuku'nda şahsi teminatlardan olan kefalet sözleşmesi, *stipulatio* yoluyla kurulurdu ve sözlü sözleşmelerdendi. *Stipulatio* belli bazı kelimelerin söylenmesi yolu ile yapılan bir sözleşmeydi. Türk Hukuku'nda kefalet sözleşmesi teminat sözleşmeleri içerisinde yer alır. Roma Hukuku'nda sözleşmeler sistemi anlayışı yerleşmişti. Türk Hukuku'nda ise sözleşmelerde genel kural şekil serbestisidir ancak kefalet sözleşmesi kanuni şekle tabidir.

Stipulatio, alacaklının sözleşmenin içeriğini kapsayan, belli kelimeler kullanarak sorduğu bir soruya karşılık, borçlunun da sözleşmenin içeriğini yerine getireceğini aynı kelimeleri kullanarak derhal, kayıtsız ve şartsız olarak yanıtlamasıyla oluşurdu. Alacaklı tarafa *stipulator, stipulans* veya *reus stipulandi*; borçlu tarafa ise *reus promittendi* veya *promissor* denirdi. S*tipulatio* ilk zamanlar sadece Roma vatandaşları tarafından yapılabiliyorken, sonradan *Ius Gentium*'un da tesiri ile Roma vatandaşı olmayan kimselerin de s*tipulatio* yapabilmesine imkan tanındı.

Stipulatio sözlü ve belirli kalıplara uygun olarak, sağır dilsiz olmayan hazırlar arasında yapılmalıydı. Alacaklının sorduğu soruya borçlu tarafından derhal kayıtsız şartsız uygun cevap verilmeliydi. *Stipulatio*'nun konusu verilmesi imkansız ya da hukuka, ahlaka, adaba aykırı bir şey olmamalıydı. Kişi kendisine ait olduğunu bilmediği bir şeyin kendisine verilmesi için *stipulatio* yapmışsa işlem geçersizdi.

Taraflardan birinin ölümünden sonra, borç konusu şeyin verileceğine dair yapılan *stipulatio*'lar hükümsüzdü. *Iustinianus* Dönemi'nde bu şekilde yapılan *stipulatio*'lar geçerli kabul edilmişti.

Klasik Hukuk Dönemi'nde köleler, baba egemenliği altında bulunanlar ve *manus* altında bulunan kadınlar ne hakimiyeti altında bulundukları kimselere, ne de diğer kimselere borçlanabilirdi. *Iustinianus* döneminde ise köleler bakımından değişiklik olmamakla birlikte, baba egemenliği altında bulunanlar ve *manus* altında bulunan kadınlar hakimiyeti altında bulundukları kimseler dışındakilere borçlanabiliyordu. Akıl hastalarının yaptıkları *stipulatio*'lar ise her iki dönemde de geçersizdi. Hem Klasik Dönem, hem *Iustinianus* döneminde vesayet altındaki temyiz kudretini haiz küçükler tek başlarına kendi lehlerine işlem tesis edebilirdi ancak *stipulatio* yapacak, borç altına gireceklerse vasilerinin izni gerekirdi. Vesayet altındaki kadınlar Klasik Dönem'de, vesayet altındaki temyiz kudretini haiz küçüklerde olduğu gibi, vasilerinin izni olmadan kendi lehlerine işlem tesis edebilirdi ancak *stipulatio* yapacak, borç altına gireceklerse vasilerinin izni gerekirdi. *Iustinianus* döneminde ise kadınlar üzerindeki vesayet kaldırılmıştı.

Stipulatio'nun konusunu hem *dare*(verme), hem de *facere*(yapma) borçları oluşturabilirdi. Borç cins veya parça borcu olabilirdi. *Stipulatio*'lar sebebi belirtilerek veya belirtilmeden yapılabilirdi. Bunlardan birincisine sebepli *stipulatio,* diğerine mücerret *stipulatio* denirdi. Türk hukukunda da sözleşmeler yapılırken sebebi belirtilmek zorunda değildir.

Borç ilişkisi meydana getirmeyen bazı anlaşmalara (*pactum*) borçlandırıcı güç tanımak için *stipulatio*'dan faydalanılmıştı. Borçlular veya alacaklılar arasında

teselsül kurmak için de *stipulatio* kullanılırdı. Yenileme için de *stipulatio*'dan yararlanılırdı.

Praetor imperium yetkisine dayanarak, ilgilinin talebi üzerine bir kişiyi diğerine karşı borçlanmaya zorlardı. Roma Hukuku'nda ilk zamanlarda şahsi teminata, ayni teminattan daha fazla önem verilmişti. Türk Hukuku'nda şahsi teminat yoktur. Kişiler malvarlığı ile sorumludur.

Roma Hukuku'nda kefalet sözleşmesinin *sponsio*, *fidepromissio*, *fideiussio* şeklinde üç türü vardı. *Sponsio*, kefaletin ilk ve en eski şekli olup yalnız Roma vatandaşları tarafından yapılırdı. *Fidepromissio* Roma vatandaşı olmayan yabancıların da kefalet sözleşmesi yapabilmesi için getirildi. *Sponsio* ve *fidepromissio* sadece sözlü sözleşmelerden doğan borçları teminat altına almak için yapılıyordu. Cumhuriyet Dönemi'nin sonlarına doğru ortaya çıkan *fideiussio* hem Roma vatandaşları, hem yabancılar tarafından yapılabiliyor ve tüm sözleşme türlerinden doğan borçları teminat altına alıyordu. Türk Hukuku'nda da kefalet hem Türk vatandaşları hem yabancılar tarafından yapılabilir ve kefalet sözleşmesinin konusu tüm sözleşme türlerinden doğan para veya para ile ölçülebilen tüm borçlar olabilir.

Roma hukukunda fer'ilik hususu üzerinde pek durulmamıştı, fer'ilik kavramı da bugünkü teknik anlamıyla kullanılmamıştı. Klasik hukuk döneminde asıl borçlunun borcu bir sebeple geçersiz olsa bile, *sponsio'*da *sponsor* ve *fidepromissio'*da *fidepromissor* geçerli olarak borç altına girmiş sayılıyordu. Yani s*ponsor* ve *fidepromissor*'un borcu fer'i nitelikte değil, ayrı bağımsız bir borçtu. Ancak *fideiussio*'da *fideiussor*'un borcu fer'i idi, varlığı ve miktarı asıl borca bağlıydı.

Kefilin borcu asıl borçlunun borç miktarını aşamazdı, aksi halde kefalet geçersiz olurdu. *Iustinianus* döneminde ise *fideiussio*'da *fideiussor*'un borcunun fer'i olduğu açıkça belirtilmişti. Türk Hukuku'nda kefalet sözleşmesinin en önemli özelliği, kefilin borcunun fer'i olmasıdır. Kefilin borcu doğumu, devamı ve ifa mecburiyeti açısından asıl borca bağlıdır; asıl borç olmadan kefalet borcundan söz edilemez. Asıl borç geçersizse kefalet de geçersizdir. Kefilin borcu asıl borçlunun borç miktarını aşamaz, aksi halde kefaletin tamamı değil sadece asıl borcu aşan kısmı geçersiz olur.

Klasik Hukuk Dönemi'nde kefilin borcu tali değil, birinci derecedendi. Yani borç muaccel olduğunda alacaklı ister borçluya, ister doğrudan kefile başvurabilirdi. Ancak alacaklı önce asıl borçluya dava açar ve asıl borçlu borç ödemekten aciz olursa, ödenmeyen kısım için daha sonra kefile dava açamazdı. Çünkü bu halde aynı ihtilaf için iki dava açılamayacağı kuralı ve *litis contestatio*'nun borcu sona erdirici etkisi devreye girerdi. *Iustinianus Dönemi'*nde M.S. 535 yılında *Iustinianus*'un dördüncü *Novella*sı ile kefilin borcu tali(ikinci derece) hale getirildi. Buna göre alacaklı asıl borçluya başvurmadan doğrudan kefili takip ederse, kefilin alacaklıya karşı *beneficium excussionis* adlı def'iyi ileri sürmek suretiyle, alacaklının önce asıl borçluya müracaatını isteme hakkı vardı. Türk hukuku da (TBK. m.585) da kefaletin taliliğini kabul etmektedir. Türk Hukuku'nda talilik, asıl borçluya takip yapılıp bu takip semeresiz kalmadan kefile başvuramamayı ifade eder. Kefilin borcunun tali niteliği esasen adi kefalette söz konusudur. Ancak müteselsil kefalette de bu niteliğin mevcut olduğu görüşü hakimdir.

Kefalet sözleşmesi kural olarak kefile sorumluluk yükler. Asıl borçlunun kefaleti sağlamak için kefile bazı menfaatler sağlaması, kefalet sözleşmesinin ivazsız

olma niteliğine halel getirmezdi. Roma'da arkadaşlığın ve dostluğun her dönem önemli olması, kefalet sözleşmesinin ivazsız olmasında büyük bir rol oynamıştı. Türk Hukuku'nda da kefalet sözleşmesi ivazsızdır.

Roma Hukuku'nda kefalete benzeyen başka hukuki işlemler de vardı. Bunlar kredi kefaleti (*mandatum qualificatum*), başkasının borcunu ödeme vaadi (*constititum debiti alieni*) ve bankerin müşterisinin borcunu ödeme vaadi (*receptum argentarii*) idi. Türk Hukuku'nda da garanti sözleşmesi, müteselsil sorumluluk, aval, borca katılma gibi kefalete benzeyen kurumlar vardır. Bunlar kaynağını Roma Hukuku'ndan alır.

Roma'da kefalet sözleşmesi *stipulatio* ile kurulurdu. Geçerli bir asıl borcun bulunması gerekirdi. *Stipulatio*'nun konusu hukuka, ahlaka ve adaba aykırı olmamalıydı. Asıl borçlu şarta bağlı olarak borçlanmışsa, kefil de şarta bağlı borçlanabilirdi. *Sponsor* ve *fidepromissor* tabii (eksik) borç için kefil olamazken, *fideiussor* tabii(eksik) borç için kefil olabilirdi. Kefilin Roma Hukuku'ndaki ehliyet şartlarına sahip olması gerekirdi. Türk Hukuku'nda ise kefalet sözleşmesi yazılı olarak yapılır. Bu kanuni geçerlilik şartıdır. Aynı zamanda kefilin, sorumlu olduğu azami miktarı, kefalet tarihini ve müteselsil kefil olması durumunda, bu sıfatla veya bu anlama gelen herhangi bir ifadeyle yükümlülük altına girdiğini kefalet sözleşmesinde kendi el yazısıyla belirtmesi şarttır. Geçerli bir asıl borcun bulunması gerekir. Müstakbel veya şarta bağlı bir borç için de kefil olunabilir. Borcun konusu hukuka, ahlaka ve adaba aykırı olmamalıdır. Kefalet sözleşmesi kurulduğu sırada, kefil asıl borca ilişkin sözleşmenin hata veya ehliyetsizlik sebebiyle borçlu açısından bağlayıcı olmadığını biliyor ise kefalet geçerli olur. Eksik borçlar için de kefil olunabilir. Zamanaşımına uğramış bir borç için kefil olduğunu bilen kefil, alacaklıya zamanaşımı

def'ini ileri süremez. Kefil asıl borcun zamanaşımına uğradığını bilmeden kefil olmuş ise, alacaklıya karşı zamanaşımı def'ini ileri sürebilir. Kumar veya bahisten doğan bir borca kefalette kefil, borcun bu niteliğini bilmiş olsa bile, asıl borçlunun sahip olduğu def'ileri ileri sürebilir. Fiil ehliyetine sahip tam ehliyetli olan kişiler geçerli kefalet sözleşmesi yapabilir. Kefilin iradesinin sakatlanmamış olması gerekir. Kefalet sözleşmesi temsilci aracılığıyla da kurulabilir.

Roma'da *Lex Publilia sponsor* ile asıl borçlu arasındaki ilişkileri düzenlemişti. Buna göre borcu ödeyen *sponsor*, ödediğini altı ay içinde asıl borçludan alamazsa, *sponsor'*un asıl borçluya karşı *manus iniectio pro iudicati*'yi (bir hakim kararı varmış gibi el koyma) kullanma imkanı vardı. Alacaklı kefilin şahsına el koymak istediğinde, kefil bu hakka dayanarak borçluyu infaz için alıp alacaklıya verirdi. Kefil alacaklının kendisine el koymasını beklemek zorunda değildi. *Fideiussor* ve asıl borçlu ilişkisinde ise, *fideiussor* ödediği kısmı, kefil sıfatı ile asıl borçludan talep edemezdi. Ancak *fideiussor*'a vekalet sözleşmesinden doğan dava ve davaların devrini isteme hakkı verilmişti. Çünkü kefil genelde asıl borçlunun verdiği vekalete göre hareket ederdi. *Fideiussor* alacaklıya ödediğini asıl borçluya *actio mandati contraria* açarak alabiliyordu. Asıl borçlu borç ödemekten acizse *fideiussor actio mandati contraria* ile de alacağını elde edemeyebilirdi. Zaten asıl borçlu acizse alacaklı önce *fideiussor*'a başvururdu, *fideiussor* alacaklıdan asıl borçluya olan dava hakkını kendisine devretmesini isterdi. Buna davaların devrini isteme imtiyazı (*beneficium cedendarum actionum*) denirdi. Alacaklının dava haklarını, borcu ödeyen kefile devretmesi özel bir devir işlemiyle meydana geliyordu. Kefil borcu ödeyince alacaklının alacak hakkı sona erdiğinden kefile temlik edilemiyor, bu nedenle temlikin borcun ödenmesinden önce yapılması

gerekiyordu. Bu da zorluk oluşturduğundan, kefilin ödemesi alacağın itibari değerine göre satımı şeklinde kabul ediliyordu. Türk hukuku'nda şahıs ile sorumluluk değil, malvarlığı ile sorumluluk söz konusudur. Yine kefil alacaklıya borcu ödediği anda alacaklının haklarına doğrudan doğruya kanun gereği halef olur. Ayrıca bir devir işlemine gerek yoktur. (TBK m. 596/1) Ancak kefilin asıl borçluya karşı sahip olduğu iç ilişkiden doğan rücu hakkı ve Roma hukuku'nun *beneficium actionum cedendarum* (davaların devri imtiyazı) prensibine dayanan kanuni halefiyetten doğan rücu hakkı Roma Hukuku kaynaklıdır.

Roma'da siyasi sebeplerle çıkarıldığı ileri sürülen ve İtalya'da geçerli olan *Lex Furia*'ya göre, *sponsor* ve *fidepromissor*'lar vaadlerinden iki yıl sonra borçlarından kurtuluyordu. Aynı borç için birden fazla kefalet varsa, alacaklı kefillerin her birinden borcun tamamını isteyemiyordu. Her kefil kendi payından sorumlu oluyordu. *Sponsor* ve *fidepromissor*'lar öldüklerinde borçları mirasçılarına geçmiyordu. Ayrıca *sponsor* ve *fidepromissor*'lar arasında borç ödemekten aciz olan varsa, onun borcu diğerlerine yüklenemiyordu. *Lex Furia, fideiussor*'lar bakımından uygulanmıyordu. Bu nedenle *fideiussor*'lar vaadlerinden iki yıl sonra borcundan kurtulamıyor ve borcun tamamından sorumlu oluyordu. *Fideiussor*'ların taahhütleri ölümleri halinde mirasçılarına geçiyordu. Ancak *Hadrianus* zamanında çıkarılan emirname ile *fideiussor*'a borcun bölünmesini isteme imtiyazı (*beneficium divisionis*) tanındı. *Beneficium divisionis*, bir borca birden fazla kefalet durumunda, alacaklının kefillerden herhangi birine başvurarak alacağını istemesi halinde kefile, borcun diğer kefiller arasında da paylaştırılmasını isteme imkanı sağlıyordu. Borç ödemekten aciz olan *fideiussor*'ların borcu diğerlerine geçerdi. Böylece ödeme güçleri olan kefiller, ödeme durumu olmayan kefillerin kefili durumuna düşmüştü. *Lex Cicereia*'ya göre

sponsor ve *fidepromissor* kabul eden alacaklı, yüksek sesle tanıklar önünde, kefillerin temin edeceği borcun tutarını bildirmekle yükümlüydü. Yine borç altına girecek olan kefillerin sayısını da açıklamak zorundaydı. Alacaklı, bu ön beyanı yapmaz ise, *sponsor* veya *fidepromissor*'lar otuz gün içinde mahkemeye başvurarak, alacaklının kanunun gerektirdiği bu ön beyanı yapıp yapmadığı hususunda karar verilmesini talep edebilirdi. Alacaklının bu ön beyanı yapmadığı kabul edilir ise, *sponsor* ve *fidepromissor*'lar da borçlarından kurtulurdu. *Lex Cornelia'*ya göre ise aynı borçlunun aynı yıl içinde, aynı alacaklıya karşı 20.000 *sesters*'ten fazla borçlanması yasaktı. Böylelikle üstlenilen borcun en üst sınırı belirtilmişti. Borcun konusu para dışındaki şeyler de olabilirdi. Bu yasa kefaletin üç türüne de uygulanırdı. Türk Hukuku'nda adi kefalet halinde alacaklı önce asıl borçluya başvurmak, takibin semeresiz kalması durumunda kefile başvurmak zorunda iken, müteselsil kefalet halinde alacaklı asıl borçluya başvurmadan doğrudan kefile de başvurabilir. Adi kefalet halinde alacaklı doğrudan kefile başvururs a kefilin alacaklıdan, önce asıl borçluya başvurmasını isteme hakkı vardır. Türk Hukuku'nda da birden çok kişi, aynı borca birlikte kefil oldukları takdirde, her biri kendi payı için adi kefil gibi, diğerlerinin payı için de kefile kefil gibi sorumlu olur.(TBK 587/1. madde) Kefil kefaletten doğan borcunu alacaklıya ödediği anda, kanun gereği alacaklının haklarına halef olur. Kefil kefaletten dolayı alacaklıya ödediği miktarı asıl borçluya rücu edebilir. Yine Türk hukuku'nda yeni borçlar kanunu ile getirilen, mülga borçlar kanununda olmayan, süreli olsun ya da olmasın her türlü kefalet için on yıllık süre sınırlaması vardır. Buna göre bir gerçek kişi tarafından verilen kefalet, kefalet sözleşmesinin kurulmasından başlayarak on yıl geçmesiyle kendiliğinden ortadan kalkar. Kefalet süresi, 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. Yani gerçek kişiler maksimum 20 yıl süreyle aynı kefaletle bağlı olabilir. Yine Türk hukuku'nda kefalette miktar sınırlaması olmamakla birlikte, 6098 sayılı Borçlar Kanunu'na göre kefalet sözleşmesinde kefilin sorumlu olacağı en yüksek meblağın kefilin el yazısı ile yazılması kefalet sözleşmesinin geçerlilik şartıdır. Kefilin ölmesi halinde kefalet borcu sona ermez, kefilin borcu mirasını reddetmeyen mirasçılarına geçer.

Lex Apuleia kefillerin birbirleri ile arasındaki ilişkileri düzenleyen ilk kanundur. Bu kanun ile aynı borçtan dolayı kefil olan *sponsor* ve *fidepromissor*'lar birbirlerine rücu edebiliyordu. Aynı borca kefil olanlardan biri alacaklıya payına düşenden fazlasını ödemişse, payına düşenden daha az ödeyen veya hiçbir şey ödemeyen kefile karşı dava açabilirdi. *Lex Furia* ile kefiller arasındaki teselsül kaldırılmıştı. Aynı borca birden fazla kefalet halinde, alacaklı her bir kefilden borcun tamamının ödenmesini isteyemezdi. Borcun kefiller arasında paylaştırılması gerekiyordu. Türk Hukuku'nda birden fazla kişinin kefaleti halinde alacaklı istediği kefilden borcun tamamının ödenmesini isteyebilir. Payından fazla ödeyen kefil, diğer kefillere payları oranında rücu eder.

Türk Hukuku'nda kefil, asıl borçluya ait tüm def'ileri alacaklıya karşı ileri sürme hakkına sahip ve bununla yükümlüdür. Asıl borçluya ait def'i ve itirazların kefil tarafından ileri sürülmesi, kefaletin fer'iliğinin sonuçlarındandır. Asıl borç ilişkisine ait def'iler hukuka, ahlaka ve kişilik haklarına aykırılık, şekil noksanı, imkansızlık, ehliyetsizlik gibi sebeplerle sözleşmenin batıl olduğu veya asıl borçlunun irade bozukluğu veya gabin nedeniyle sözleşme ile bağlı olmadığını ileri

sürmesi gibi def'ilerdir. Roma hukuku'nda da borcu ödeyen kefilin asıl borçluya karşı alacağını almasını sağlayan benzer hükümler mevcuttu. Asıl borcun kısmen veya tamamen sona ermesi gibi durumlarda da kefilin def'i hakkı vardır. Kefil, kural olarak borçlunun aczi halinde kendine tanınan def'i ve haklardan yararlanamaz. Asıl borçlu kendisine ait def'ilerden feragat etse bile, kefil kural olarak bu def'ileri ileri sürebilir. Kefil asıl borçluya ait yenilik doğuran haklardan yararlanamaz. Kefil alacaklıya karşı kefalet sözleşmesine ilişkin veya şahsına ait def'ileri de ileri sürebilir. Kefil bu def'ileri ileri sürmese bile, borçluya karşı rücu hakkını kaybetmez. Alacaklının borçlunun iflası halinde alacağını iflas masasına yazdırmak ve borçlunun iflasını kefile bildirme yükümlülüğü, teminatları ve ispat vasıtalarını saklama ve kefile nakil ile tevdi yükümlülüğü, tediyeyi(ödemeyi) kabul külfeti vardır. Kefilin ise alacaklıya yaptığı ödemeyi asıl borçluya ihbar yükümlülüğü vardır. Kefil bazı durumlarda asıl borçludan teminat isteyebilir, taahhüdünden kurtarılmasını talep edebilir. Kefilin asıl borçluya rücu hakkı vardır.

Roma Hukuku'nda kadınların kefil olmaları *Senatus Consultum Vellaeanum* ile düzenlenmişti. Kadınların başkaları arasındaki borç ilişkisine müdahale veya aracılık ederek borç altına girmelerine *intercessio* denirdi. *Principatus* Dönemi'nin ilk yıllarında kadınlar üzerindeki vesayetin yavaş yavaş ortadan kalkmasının sonucu, önce kadınların kocaları lehine borçlanmaları, sonra *Senatus Consultum Vellaeanum* isimli bir *Senatus* kararıyla üçüncü kişiler lehine borçlanmaları yasaklandı. *Senatus Consultum Vellaeanum'* un getirdiği yasağın uygulanabilmesi için kadın başkası için ve üçüncü şahsın borcu için borçlanmalıydı. Kadın başkası lehine borçlanırken müstakbel bir zarar tehlikesi altına girmeliydi. Kadın rücu edebileceğini ümit ederek borç altına girmeliydi. Kadının menfaati alacaklının menfaatinden üstün olmalı ve

kadının hilesi bulunmamalıydı. Mülga TMK'da da kadınların kefilliği konusunda kısıtlayıcı bir hüküm vardı. Buna göre karı, kocasının borcu için kefil olacaksa, kefaletin geçerliliği için sulh hakiminin tasdiki gerekiyordu. Yürürlükteki TMK'da bu konuda kısıtlayıcı bir hüküm yoktur. Yeni borçlar kanunu ile ise kefalet sözleşmesinin geçerliliği için cinsiyet ayrımı olmaksızın evli olan kefilin eşinin yazılı rızası aranmaktadır.

Roma hukukunda olduğu gibi Türk Hukuku'nda da kefalet sözleşmesi asıl borca veya kefalet sözleşmesine bağlı olarak sona erer. Roma Hukuku'nda *sponsor* ve *fidepromissor*'ların borçları fer'i borç olarak kabul edilmese de, kefalet sözleşmesinin özelliği gereği asıl borç herhangi bir şekilde sona ererse, *sponsor* ve *fidepromissor*'ların borcu da sona ererdi. *Fideiussor*'un borcu fer'i olduğundan, asıl borcun herhangi bir şekilde sona ermesi *Fideiussor*'un borcunu da sona erdirirdi. Türk Borçlar Kanunu 598. maddeye göre de asıl borç herhangi bir nedenle sona ererse, kefil de borcundan kurtulur. *Sponsor* ve *fidepromissor*'ların ölümüyle kefalet sözleşmesi sona ererdi. *Fideiussor*' un ölümü halinde mirasçıları borçtan sorumlu olurdu. Türk hukukuna göre kefilin ölümü ile kefalet sözleşmesi sona ermez. *Lex Furia* düzenlemesine göre *sponsor* ve *fidepromissor*'ların borcu, kefalet sözleşmesinin kurulmasından itibaren iki yıl sonra sona ererdi fakat bu husus *fideiussor*'lar için geçerli değildi. Asıl borçlu ya da kefillerden birisine başvurulduğunda dava *litis contestatio* aşamasına geldiğinde, kefalet sözleşmesi sona erer ve alacaklı tatmin olmadığı takdirde asıl alacaklıya ve diğer kefillere başvuramazdı. Türk Borçlar Kanunu'na göre gerçek kişi tarafından verilen her türlü kefalet, buna ilişkin sözleşmenin kurulmasından başlayarak on yılın geçmesiyle kendiliğinden ortadan kalkar.

Roma Hukuku modern hukukları etkilediği gibi, Türk Hukuku'nu özellikle Türk Borçlar Hukuku'nu fazlasıyla etkilemiştir. Her iki hukuk sisteminde diğer hususlarda olduğu gibi kefalet sözleşmesi bakımından birçok benzerlik vardır. Kefalet kavramı, şekil şartları, kefalete ilişkin bazı prensipler temelini Roma Hukuku'ndan almıştır.

KAYNAKÇA

Akıncı, Şahin, **Roma Hukuku Dersleri Tarihi Giriş ve Kaynaklar Hukukun Genel Kavramları Şahsın Hukuku Aile Hukuku Eşya Hukuku Usul ve İcra Hukuku**, Konya 2003.

Akıntürk, Turgut, **Borçlar Hukuku**, Ankara 1994.

Akıntürk, Turgut/ Ateş Karaman, Derya, **Türk Medeni Kanunu 2. Cilt Aile Hukuku**, İstanbul 2011.

Akıntürk, Turgut/ Ateş Karaman, Derya, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler Özel Borç İlişkileri**, İstanbul Eylül 2013.

Akipek, Şebnem/ Küçükgüngör, Erkan, **Sözleşmeler Rehberi (Sözleşmelerin Hazırlanması- Sözleşme Örnekleri- Yargıtay Kararları)**, Ankara 2002.

Aksaray, Buse, **Roma Hukukunda Kadının Hak ve Fiil Ehliyeti**, İstanbul 2012.

Aksoyoğlu, Necati, 'Borçlar Kanunu Tasarısındaki Kefalet Sözleşmelerine İlişkin Önemli Değişikler', **Bankacılar Dergisi**, Türkiye Bankalar Birliği Yayını, Sayı 72, İstanbul Mart 2010, s. 94-116.

Akyol, Şener, **Medeni Hukukta Uygulama Örnekleri Borçlar Hukuku – Özel Borç İlişkileri**, Cilt III, İstanbul 1985.

Aral, Fahrettin, **Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri**, Ankara 2003.

Aral, Fahrettin, 'Banka Teminat Mektuplarının Hukuki Niteliği ve Kefaletten Farkları', **Prof. Dr. Fikret Eren' e Armağan**, Ankara 2006, s. 131-146.

Aral, Fahrettin/ Ayrancı, Hasan, **6098 Sayılı Borçlar Kanunu'na Göre Hazırlanmış Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri**, Ankara 2014.

Arsebük, Ahmet Esat, 'Akit Mefhumu Etrafında İncelemeler', **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt 10, Sayı 1-4, Ankara 1953, s. 369-425.

Ayrancı, Hasan, 'Şekil Şartına Uyulmadan Yapılan Kefalet Sözleşmesinde İfanın Sonuçları', **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt 53, Sayı 2, Ankara 2004, s. 95- 120.

Ayrancı, Hasan, 'Kefalet Sözleşmesinde Asıl Borcun Belirli Olması İlkesi ve Cari Hesaba Kefalet', **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt IX, Sayı I-II, Ankara 2005, s. 111-132.

Barlas, Nami, 'Yeni Türk Borçlar Kanunu'nun Kefalete İlişkin Düzenlemeleri', **İzmir Barosu Dergisi**, Sayı 2, İzmir Nisan-Temmuz 2011, s. 7-28.

Baş, Ece, '6098 Sayılı Türk Borçlar Kanununda Kefalet Sözleşmesinin Geçerlilik Şartlarına İlişkin Bazı Yenilikler', **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, C. LXX, S.2, İstanbul 2012, s. 115-144.

Başpınar, Veysel, **Borç Sözleşmelerinin Kısmi Butlanı**, Ankara 1998.

Başyiğit, Özgür, 'Borçlar Kanunu Tasarısı İle Karşılaştırmalı Olarak Kefalet Sözleşmesinin Sona Ermesi', **Legal Hukuk Dergisi**, Cilt 3, Sayı 33, İstanbul 2005, s. 3317-3337.

Becker, Herman, **Borçlar Hukuku, Çeşitli Sözleşme İlişkileri, II. Bölüm**, Çev: Dura, Suat, Ankara 1993.

Berki, Şakir, **Roma Hukuku**, Ankara 1949.

Berki, Şakir, 'Türk Medeni Kanununda Mirasçıların Mesuliyeti', **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt 25, Sayı 3-4, Ankara 1968, s. 107-136.

Berki, Şakir, **Borçlar Hukuku Özel Hükümler**, Ankara 1973.

Bilge, Necip, 'Kefilin Mesuliyetinin Şümulü', **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt 13, Sayı 1-2, Ankara 1956, s. 86- 171.

Bilge, Necip, **Borçlar Hukuku Özel Borç Münasebetleri**, Ankara 1971.

Bilgen, Mahmut, **6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Işığında Öğreti ve Uygulamada Kefalet ve Yargılama Hukukuna İlişkin Uyuşmazlıklar**, Adalet Yayınevi, 1. Baskı, Ankara 2013.

Canbolat, Ferhat/ Topuz, Seçkin, 'Kefalet ile Garanti Ayrımının Önemi ve Ayrımında Uygulanacak Kıstaslar', **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, Sayı 78, Eylül Ekim 2008, s. 53-77.

Çakır, Aytuğ Ceyhun, 'Müteselsil Kefaletin Hükümleri ve Sonuçları', **Terazi Hukuk Dergisi**, Cilt 9, Sayı 96, Ankara Ağustos 2014, s. 15-25.

Çelebican, Özcan Karadeniz, **Klasik Roma Hukukunda Constititum Debiti**, Ankara 1968.

Dağdelen, Ahmet Hakan, **818 ve 6098 Sayılı Borçlar Kanunlarında Borçlular Arasında Teselsül**, İstanbul 2011.

Demir, Şamil, 'Kefalet Sözleşmesinin Uygulama Alanı', **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, Sayı 108, Ankara Eylül-Ekim 2013, 87-122.

Dündar, Hamit, 'Yargıtay Kararları Işığında Aval ve Kefaletin Hukuki Niteliği ve Farklı Yönleri', **Haluk Konuralp Anısına Armağan**, Cilt III, Ankara 2009, s. 345-404.

Elçin, Gülçin, 'Bankaların Genel Kredi Sözleşmelerinde Yer alan Kefalet Hükümlerinin Türk Borçlar Kanunu Kefalet Hükümleri Çerçevesinde Değerlendirilmesi', **İstanbul Barosu Dergisi**, Cilt 87, Sayı 2013-3, İstanbul 2013, s. 16-33.

Elçin Grassinger, Gülçin, **Borçlar Kanunu'na Göre Kefilin Alacaklıya Karşı Sahip Olduğu Savunma İmkanları,** İstanbul 1996(a).

Elçin Grassinger, Gülçin, 'Kefalet Sözleşmesinde Kefil ile Asıl Borçlu Arasındaki

Hukuki İlişki', **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, C. LV, S. 1–2, İstanbul 1996(b), s. 389–412.

Elçin Grassinger, Gülçin, 'Belirsiz Süreli Kefalette Kefilin Hakları', **Prof. Dr. Necip Kocayusufpaşaoğlu İçin Armağan**, Ankara 2004, s. 209-236.

Elçin Grassinger, Gülçin, 'Yeni Borçlar Kanunu Hükümleri Çerçevesinde Kefilin Def'i- İtirazları ve Kefalet Sözleşmesinin Sona Ermesi', **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Hükümlerinin Değerlendirilmesi Sempozyumu**, No III, İstanbul 3-4 Haziran 2011, s. 123-134.

Erlüle, Fulya, 'Müteselsil Kefalet ve Müteselsil Borçluluk Kavramlarının Karşılaştırılması', **Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt VII, Sayı 1-2, Erzincan Haziran 2003, s. 629-644.

Erzurumluoğlu, Erzan, **Borçların Genel Kuralları**, Ankara 1983.

Feyzioğlu, Feyzi Necmeddin, **Borçlar Hukuku İkinci Kısım Akdin Muhtelif Nevileri (Özel Borç İlişkileri)**, Cilt I, İstanbul 1980.

Gaius, Çev: Rado, Türkan, ***Institutiones (Borçlar Kısmı)***, İstanbul 1950.

Göktürk, Hüseyin Avni, 'Kefalet Hukukumuzun Kifayetsizliği ve Yeni İsviçre Kefalet Hukuku', **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt 7, Sayı 3-4, Ankara 1950, s. 325- 352.

Gümüş, Mustafa Alper, **Borçlar Hukuku Özel Hükümler**, İstanbul 2010.

Güral, Jale, 'Kefalet Akdiyle Aval Arasındaki Fark ve Benzerlikler', **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt 8, Sayı 3-4, Ankara 1951, s. 435-478.

Gürten, Kadir, **Roma Hukukunda Kefalet Akdi**, Ankara 2007.

Hacımustafaoğlu, Bayram Ali: 'Yeni Türk Borçlar Kanunu'nda Kefalet Sözleşmeleri', http://www.bayramalihacimustafaoglu.av.tr/?p=180 (Son Erişim Tarihi: 09.05.2015)

Honig, Richard, **Roma Hukuku**, İstanbul 1938.

Iustinianus, Çev: Umur, Ziya, ***Institutiones***, İstanbul 1968.

Karahasan, Mustafa Reşit, **Türk Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri**, 6. Cilt, İstanbul 1992.

Kırca, İsmail, 'Türk Borçlar Kanunu Tasarısı- Kefalette Eşin İzni', **Prof. Dr. Tuğrul Ansay'a Armağan**, Ankara 2006, s. 433-457.

Koschaker, Paul/Çeviren:Ayiter, Kudret, **Modern Hususi Hukuka Giriş Olarak Roma Hususi Hukukunun Ana Hatları**, Ankara 1993.

Oğuzman, M. Kemal/ Öz, M. Turgut, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, İstanbul 2009.

Oğuzman, Kemal/ Öz, Turgut, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Cilt 1, İstanbul 2011.

Oğuzoğlu, Hüseyin Cahit, **Roma Hukuku**, Ankara 1959.

Olgaç, Senai, **Türk Borçlar Kanunu ve İlgili Özel Kanunlar- Akdin Muhtelif Nevileri- Madde 372-545**, Cilt IV, Ankara 1976.

Öktem Çevik, Seda, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Uyarınca Kefalet Sözleşmelerinde Eşin Yazılı Rızası, **Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Kazancı Hakemli Hukuk Dergisi**, C. 8, sayı 89-90, İstanbul 2012, s.113-133.

Öz, Turgut, **Yeni Borçlar Kanununun Getirdiği Başlıca Değişiklikler ve Yenilikler**, İstanbul 2011.

Öz, Turgut, **Yeni Borçlar Kanununun Getirdiği Başlıca Değişiklikler ve Yenilikler**, 2. Bası, İstanbul 2012.

Özen, Burak, **Kefalet Sözleşmesi Özellikleri, Kuruluşu, Türleri**, İstanbul 2008.

Özen, Burak, 'Kefilin Özel Rücu Talebi ve Bu Talebin Halefiyete Dayanan (Genel) Rücu Talebiyle İlişkisi'**, Prof. Dr. Rona Serozan'a Armağan**, Cilt 2, 1. Baskı, XII Levha Yayınları, İstanbul 2010.

Özen, Burak, 'Kefalet Sözleşmesinde Şekle Aykırılık ve Şekle Aykırı Kefalet Sözleşmesinin Kefil Tarafından İfa Edilmesi', **Prof. Dr. Belgin Erdoğmuş'a Armağan**, Der Yayınları, İstanbul 2011, s. 747-768.

Özen, Burak, **6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Çerçevesinde Kefalet Sözleşmesi**, İstanbul 2012.

Rado, Türkan, **Principatus Devrinde Roma Hususi Hukukunun Senatus Consultumlar Yoluyla Islahı**, C.1, İstanbul 1954.

Rado, Türkan, **Roma Hukuku Dersleri Borçlar Hukuku**, İstanbul 1980.

Rado, Türkan, **Roma Hukuku Dersleri Borçlar Hukuku**, İstanbul 1992.

Reisoğlu, Safa, **Borçlar Hukuku - Sözleşmeden, Haksız Fiilden ve Sebepsiz Zenginleşmeden Doğan Borçlar**, Cilt I, Ankara 1972.

Reisoğlu, Seza, 'Kefalet Kavramı ve Muteberlik Şartları', **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt 19, Sayı 1-4, Ankara 1962, s. 327-392.

Reisoğlu, Seza, **Türk Hukukunda ve Bankacılık Uygulamasında Kefalet**, Ankara 1992.

Reisoğlu, Seza, **'Türk Kefalet Hukuku'**, Ankara 2013.

Ruhi, Ahmet Cemal, Sözleşmeler Hukuku, Ankara 2011.

Schwarz, Andreas B., Roma Hukuku Dersleri, Çeviren: Türkan Rado, İstanbul 1948.

Serozan, Rona, **Borçlar Hukuku Özel Bölüm**, İstanbul 2002.

Seviğ, Vasfi Raşid, **Roma Hukuku Dersleri Hülasası**, Ankara 1943.

Sönmez, Murat, '6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'nda Kefalet Sözleşmesi', **İzmir Barosu Dergisi**, Sayı 2, İzmir Mayıs 2012, s. 171-191.

Şahan, Gökhan, **Kefalet Sözleşmesinin Sona Ermesi**, Ankara 2009.

Şen, Arzu, '6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu ile Kefalet Sözleşmesi'nin Sona Ermesine Getirilen Yenilikler ve Değişiklikler', **Ersin Çamoğlu'na Armağan**, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2013, s. 390-400.

Tahiroğlu, Bülent, 'Roma Hukukunda Borcun Teminatlarından Kefalet', **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, Cilt 42, Sayı 1-4, İstanbul 1976, s. 323-340.

Tahiroğlu, Bülent, **Roma Borçlar Hukuku**, İstanbul 2012.

Tandoğan, Haluk, **Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Cilt II, İstisna (Eser) ve Vekalet Sözleşmeleri Vekaletsiz İş Görme Kefalet ve Garanti Sözleşmeleri**, Ankara 1987.

Tandoğan, Haluk, **Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri**, Cilt II, İstanbul 2010.

Tanrıver, Süha, 'İcra ve Temyiz Kefaletleri (Kefaletnameleri)', **Ankara Barosu Dergisi**, Sayı 6, Ankara Aralık 1989, s. 972-979.

Topel, Afhan, '6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'na Göre Kefalet Sözleşmelerindeki Değişikliklere Bir Bakış', **İzmir Barosu Dergisi**, İzmir Mayıs 2012, Sayı 2, 193-202.

Tunçomağ, Kenan, **Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri (Akdin Muhtelif Nevileri)**, Cilt II, İstanbul 1974.

Turan Başara, Gamze, 'Türk Borçlar Kanunuyla Getirilen Yeni Bir Müessese: Borca Katılma', **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Sayı 63, Cilt 2, Ankara 2014, s. 419-447.

Umur, Ziya, **Roma Hukuku Ders Notları**, İstanbul Kasım 1999.

Umur, Ziya, **Roma Hukuku Lügatı**, İstanbul 1983.

Villey, Michel, **Roma Hukuku Güncelliği**, Çeviren: Bülent Tahiroğlu, Der Yayınları, İstanbul 2000.

Yavuz, Cevdet, 'Genel Olarak Kefalet Sözleşmesi, Geçerliliği ve Türleri', **Avrupa Araştırmaları Dergisi**, Cilt 12, Sayı 1-2, İstanbul 2004, s. 17-61.

Yavuz, Cevdet, **Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler**, İstanbul 2009.

Yavuz, Cevdet, **Borçlar Hukuku Dersleri (Özel Hükümler)**, İstanbul 2010.

Yavuz, Nihat, **Öğreti ve Uygulamada Türk Kefalet Hukuku**, Ankara 2009.

Yener, Mehmet Deniz, 'Kefilin Sorumluluğunun Kapsamı ve 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu İle Yapılan Değişiklikler', Finansal Araştırmalar ve Çalışmalar Dergisi, Cilt 3, Sayı 7, İstanbul 2012, s.105-114.

Yıldırım, Mustafa Fadıl, 'Kefalet Sözleşmesindeki Yenilikler', **Ankara Barosu Hukuk Muhakemeleri Kanunu ve Borçlar Kanunu Sempozyumu**, Ankara 2011, s. 225-233.

Yılmaz, Merve, 'Türk Borçlar Kanunu'na Göre Kefalet Sözleşmesinin Geçerlilik Şartları', **Türkiye Adalet Akademisi Dergisi,** Sayı 7, Ankara 2011, s. 67-92.

Zevkliler, Aydın/ Gökyayla, Emre, **Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri**, Ankara 2010.

ÖZET

Tezin konusu "Roma Hukuku'ndan Günümüze Kefalet Sözleşmesi"dir. Tez giriş ve sonuç dışında iki bölümden oluşmuştur. Birinci bölümde Roma Hukuku'nda kefalet sözleşmesi analiz edilmiştir. Günümüz hukuk sistemlerinde olduğu gibi Roma'da da kefalet, bir borcun alacaklıya karşı ödenmesinin üçüncü kişi tarafından taahhüt edilmesidir. Bu bölümde sırasıyla *stipulatio*, kefaletin tanımı, hukuki niteliği, sözleşmenin konusu, geçerlilik şartları, kefalet sözleşmesinin hüküm ve sonuçları, kadınların kefil olma durumları, kefalet sözleşmesine benzeyen diğer işlemler ve kefalet sözleşmesinin sona erme sebepleri incelenmiştir. İkinci bölümde Türk Hukuku'nda kefalet sözleşmesi incelenmiştir. Bu bölümde sırasıyla kefalet sözleşmesinin tanımı, özellikleri, geçerlilik şartları, çeşitleri, kefilin sorumluluğu, kefil ile alacaklı ve borçlu arasındaki ilişkiler, kefalet sözleşmesinin benzer sözleşmelerden farkları ve kefalet sözleşmesinin sona erme sebepleri Mülga 818 sayılı Türk Borçlar Kanunu ve 6098 sayılı yürürlükteki Türk Borçlar Kanunu karşılaştırılarak incelenmiştir. Sonuç kısmında her iki hukuk sisteminde kefalet sözleşmesinin benzer ve farklı yönleri belirtilmiştir. Roma hukukunun önemine değinilmiştir.

Anahtar Kelimeler: *Stipulatio*, Kefil, Kefalet Sözleşmesi, Roma Hukuku, Türk Borçlar Hukuku.

SUMMARY

The subject of the thesis is, "The suretyship contract from Roman Law to present". The thesis contains two parts excluding introduction and conclusion. In the first part suretyship contract in Roman Law was analyzed. Like the systems of law today, the suretyship is to be committed of paid of a debit to the creditor by a third person in Rome, too. In this part, by order of *stipulatio,* definition of suretyship, legal character, the subject of the contract, conditions of validity, term and results of the suretyship contract, the issue of capacity of women in suretyship, other instruments which are similar to suretyship contract and the reasons that conclude suretyship contract were examined. In the second part, suretyship contract in Turkish Law was examined. In this part, by order of definition of suretyship contract, features, conditions of validity, types, responsibility of surety, legal relationship between the surety, the creditor and the debtor, differences from similar contracts and the reasons that conclude suretyship contract were examined by comparing the cancelled 818 Number of Turkish Obligations Code and the in force 6098 Number of Turkish Obligations Code. In the conclusion part, similar and different parts of suretyship contract were defined in both Law systems. The importance of Rome Law was mentioned.

Key words: *Stipulatio*, Surety, Suretyship Contract, Roman Law, Turkish Law of Obligations.