

TÜRK BORÇLAR KANUNU'NA GÖRE KEFALET SÖZLEŞMESİNİN GEÇERLİLİK ŞARTLARI

Validity of a Bail Agreement in Terms of Turkish Code of Obligations

Dr. Merve YILMAZ*

ÖZET

Kefalet sözleşmesi kefil ile alacaklı arasında yapılan ve asıl borçlunun borcunu ifa etmemesinin sonuçlarından kefilin kişisel olarak sorumlu olmayı üstlendiği bir sözleşmedir. Kefil üstlenmiş olduğu kişisel sorumluluk gereğince, borçlunun borcunun karşılığını teşkil etmek üzere haczi mümkün olan bütün malvarlığı ile birlikte sorumludur. İktisadi hayattaki ihtiyaçlar sebebi ile kefalet sözleşmesi geçmişten günümüze kadar sıklıkla başvurulan bir sözleşme türü olarak karşımıza çıkmaktadır. Temelleri Roma Hukukuna dayanan kefalet sözleşmesi bu özellikleri nedeniyle tüm hukuk sistemlerinde özel olarak düzenlenmiştir. 818 sayılı Borçlar Kanunu'nda yer alan kefalet sözleşmesi ile ilgili hükümler 1911 tarihli İsviçre Borçlar Kanunu'ndan iktibas yoluyla mevzuatımıza alınarak günümüze kadar aynı şekilde muhafaza edilmiştir. Buna karşılık kaynak İsviçre Borçlar Kanunu'nda kefalet sözleşmesi ile ilgili hükümlerin yeterli görülmemesi sebebiyle 1942 yılında önemli değişiklikler yapılmıştır. İktisadi ve sosyal alandaki gelişmeler karşısında, yasa koyucu tarafından 1942 yılında İsviçre Borçlar Kanunu'nda yapılan değişiklikler de dikkate alınarak, 01.07.2012 tarihinde yürürlüğe girecek olan Türk Borçlar Kanunu'nda kefalet sözleşmesi ile ilgili önemli yenilik ve değişiklikler yapılmıştır. Bu çalışmamızda Türk Borçlar Kanunu'na göre kefalet sözleşmesinin geçerlilik şartlarını inceleyeceğiz. Kefalet sözleşmesinin geçerlilik şartları, geçerli bir asıl borcun ve geçerli bir kefalet sözleşmesinin varlığı olarak ifade edilebilir. Geçerli bir kefalet sözleşmesinin kurulabilmesi için kefalet sözleşmesinin ehliyet unsuru, şekil ve konu yönünden geçerli olması ve kefalet sözleşmesinin irade bozukluğu sebepleri ile geçersiz olmaması gerekmektedir.

Anahtar Kelimeler: Kefalet sözleşmesi, kefil olma ehliyeti, eşin rızası, el yazısı şartı, irade bozukluğu.

ABSTRACT

A bail agreement is an agreement that is made between a bailsmen and a creditor under which the bailsmen personally takes on all the consequences of a situation where the principal debtor is default on his debt. The bailsmen is severally

* Ilgın Hâkimi

responsible for the debt with all his/her foreclosable assets in pursuance of his/her personal liability that he/she undertakes. The bail agreement is a common agreement that we have seen from past to present due to needs in economic fields. The roots of bail agreements have based on Roman law and due to the characteristics of these agreements, they are specifically designed nearly in all legal systems. The provisions relating to bail agreements in no. 818 Turkish Code of Obligations are quoted from Swiss Code of Obligations dated 1911 and preserved as is until today in our legal system. On the other hand, since the provisions of Swiss Code of Obligations are not found to be adequate, prominent amendments are made to this Act in 1942. Significant revisions and amendments are made by the legislator to the Turkish Code of Obligations that will become effective on 01.07.2012 by taking into account the amendments made to Swiss Code of Obligations in 1942 and by taking into account the developments in economic and social fields since then. In this study, we will discuss the validity terms of a bail agreement in terms of Turkish Code of Obligations. The validity terms of a bail agreement consists of the existence of a valid main obligation and the existence of a valid bail agreement. To be able to make a valid bail agreement, there should at least be the capacity of bailment by the bailman, the bail agreement should be valid in form and scope and it should not be invalid due to defective intention.

Key Words: Bail agreement, capacity of bailment, consent of other marital party, clause of handwriting, defective intention.

GİRİŞ

11.01.2011 tarihinde TBMM tarafından kabul edilen, 04.02.2011 tarihinde Resmi Gazete'de yayımlanan ve 01.07.2012 tarihinde yürürlüğe girecek olan Türk Borçlar Kanunu'nun (T.B.K.) "Özel Borç İlişkileri" başlıklı ikinci kısmında, on beşinci bölümde 581 ve 603. maddeler arasında kefalet sözleşmesi düzenlenmiştir. Halen yürürlükte olan 818 sayılı Borçlar Kanunu'nda (B.K.) ise kefalet sözleşmesi, 483 ve 503. maddeler arasında düzenlenmiştir.

01.07.2012 tarihinde yürürlüğe girecek olan Türk Borçlar Kanunu'nda kefalet sözleşmesi ile ilgili bir takım yenilik ve değişiklikler yapılmıştır. Borçlar Kanunu'nda yer alan, ancak teoride eleştirilere maruz kalan bazı hükümler, bu eleştiriler dikkate alınarak Türk Borçlar Kanunu'nda değişiklik yapılarak düzenlenmiştir. Bununla birlikte, kefalet sözleşmesinin geçerlilik şartlarında 818 sayılı yasada yer almayan ancak, yasa koyucu tarafından Türk Borçlar Kanunu'nda düzenlenen hükümler de bulunmaktadır. Söz konusu bu değişiklik ve yenilikler 6101 sayılı Türk Borçlar Kanununun Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun'un birinci maddesinde düzenlenen "geçmişe etkili olmama kuralı"

gereğince Türk Borçlar Kanunu'nun yürürlüğe girdiği tarihten sonra yapılacak kefalet sözleşmelerine uygulanabilecektir. Ancak, Türk Borçlar Kanunu'nun yürürlüğe girmesinden sonra 818 sayılı Borçlar Kanunu'nun yürürlükte olduğu süre içerisinde geçerli olarak yapılmış olan kefalet sözleşmeleri bakımından gerçekleşecek temerrüt, sona erme ve tasfiye halinde ise Türk Borçlar Kanunu hükümleri uygulanacaktır.

Bu araştırma ve inceleme yazısının konusunu Türk Borçlar Kanunu ile kefalet sözleşmesinin geçerlilik şartlarında yapılan yenilik ve değişiklikler oluşturmaktadır. Çalışmamızda öncelikle genel olarak kefalet sözleşmesinin tanımı ve hukuki mahiyeti üzerinde kısaca durduktan sonra kefalet sözleşmesinin geçerlilik şartları ile ilgili değerlendirmelerde bulunacağız.

1. GENEL OLARAK

A. Kefalet Sözleşmesinin Tanımı

Kefalet sözleşmesi B.K. md. 483'de, "*Kefalet, bir akittir ki onunla bir kimse, borçlunun akdettiği borcun edasını temin etmeği alacaklıya karşı taahhüt eder.*" şeklinde tanımlanmıştır. 818 sayılı Borçlar Kanunu'nda yer alan bu tanım doktrinde haklı olarak eleştirilmektedir¹. Söz konusu tanımın kefalet sözleşmesinin özelliklerini tam olarak belirtememektedir. Buna göre: Kanundaki tanımda yer alan "borçlunun akdettiği borç" ifadesi, sadece sözleşmelerden doğan borçlar bakımından kefil olunabileceği şeklinde anlaşılmaktadır. Oysa ki kefalet hukuki sebebi ne olursa olsun para ile ölçülebilen her türlü borç için verilebilir². Kefalet sözleşmesinde kefil, asıl borçlunun borcunu ödeyememesinden dolayı şahsen sorumlu olmayı taahhüt eder. Kanunda yer alan "borcun edasını

¹ Mustafa Alper GÜMÜŞ, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, C.2, İstanbul, 2010, s. 511; Cevdet YAVUZ, *Borçlar Hukuku Dersleri (Özel Hükümler)*, Yenilenmiş 8. Baskı, İstanbul, 2010, s. 590; Seza REİSOĞLU, *Türk Hukukunda ve Bankacılık Uygulamasında Kefalet*, Ankara, 1992, s. 2; Necip BİLGE, *Borçlar Hukuku Özel Borç Münasebetleri*, Ankara, 1971, s. 364; Gülçin ELÇİN GRASSINGER, *Borçlar Kanunu'na Göre Kefilin Alacaklıya Karşı Sahip Olduğu Savunma İmkânları*, İstanbul, 1996, s. 13; Nami BARLAS, *Kefalet Hukukuna İlişkin Bazı Sorunlar ve Yargıtay Uygulaması*, Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu XXI, 2005, s. 42-43; Seza REİSOĞLU, "Kefalet Kavramı ve Muteberlik Şartları", *AÜHFD*, C.19, S.1-4, s. 335.

² REİSOĞLU, *Kefalet*, s. 2; BİLGE, *Borçlar Hukuku*, s. 364; YAVUZ, s. 590; GÜMÜŞ, s. 531; BARLAS, s. 43; Hüseyin HATEMİ/ Rona SEROZAN/ Abdülkadir ARPACI, *Borçlar Hukuku Özel Bölüm*, İstanbul, 1992, s. 521; REİSOĞLU, *Muteberlik Şartları*, s. 335-336; Necip BİLGE, "Kefilin Mesuliyetinin Şümulü", *AÜHFD*, C. 13, S. 1-2, 1956, s. 91-92; Senai OLGAC, *Kefalet*, Ankara, 1978, s. 11; Hüseyin Murat DEVELİOĞLU, *Kefalet Sözleşmesini Düzenleyen Hükümler Işığında Bağımsız Garanti Sözleşmeleri*, İstanbul, 2009, s. 90.

temin etmeği alacaklıya karşı taahhüt eder” ifadesi bu hususu açıkça ortaya koymamaktadır³.

B.K. md. 483'de yer alan kefalet sözleşmesinin tanımına ilişkin doktrin tarafından yapılan ve bizimde yukarıda kısaca değindiğimiz eleştiriler yasa koyucu tarafından Türk Borçlar Kanunu'nda dikkate alınmış ve yasadaki tanıma ilişkin hatalar düzeltilmiştir⁴. T.B.K.'nın 581. maddesinde kefalet sözleşmesi şu şekilde tanımlanmıştır: “*Kefalet sözleşmesi, kefilin alacaklıya karşı, borçlunun borcunu ifa etmemesinin sonuçlarından kişisel olarak sorumlu olmayı üstlendiği sözleşmedir*”.

Kanunda yer alan bu tanım bize kefalet sözleşmesinin alacaklı ile kefil arasında kurulan ve alacaklıya kişisel güvence sağlayan bir sözleşme olduğunu ortaya koymaktadır. Bir başka ifade ile kefalet sözleşmesinin tarafları alacaklı ve kefilidir⁵. Asıl borçlu kefalet sözleşmesinin tarafı değildir⁶ ve kefalet sözleşmesi asıl borçlu ile kefil arasındaki ilişkiden bağımsız bir borç ilişkisidir⁷. Bir kimsenin asıl borçlunun rızası olmaksızın dahi, kefil ile kefalet sözleşmesi akdetmesi mümkündür⁸.

³ Burak ÖZEN, *Kefalet Sözleşmesi, Özellikler- Kuruluşu- Türleri*, İstanbul, 2008, s. 45 v.d., REİSOĞLU, *Kefalet*, s. 2; YAVUZ, s. 590; GÜMÜŞ, s. 531; BARLAS, s. 43, REİSOĞLU, *Muteberlik Şartları*, s. 336; BİLGE, *Kefilin Mesuliyetinin Şumulü*, s. 91-92: “İltibasa yer verebilecek olan iş bu “Temin etmeyi taahhüt” tabirinin Türk borçlar kanununa girmesinin sebebi yine, kanunun tercümesi sırasında İsviçre borçlar kanununun Fransızca metninin esas alınmış olmasındandır. Gerçekten Fransızca metinde “garantir le payement” tabiri mevcut olduğu halde, Almanca metinde buna tekabül eden bir ifade yoktur. Orada kefil borcun edasından mesul olmayı taahhüt eder denilmektedir”.

⁴ Nevzat KOÇ, “Türk Borçlar Kanunu Tasarında Vekâlet Sözleşmesine, Havaleye, Kefalet ve Âdi Ortaklık Sözleşmelerine İlişkin Olarak Yapılması Öngörülen Yenilik ve Değişiklikler”, *İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi*, S. 14, 2008, s. 53.

⁵ Silvio GIOVANOLI, *Berner Kommentar, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Das Obligationenrecht, 2. Abteilung Die einzelnen Vertragsverhältnisse, 7. Teilband Die Bürgschaft, Spie und Wette, Artikel 492-515 OR, 2. Aufl., Bern, 1978, Art. 492, Nr. 2; GÜMÜŞ, s. 533; ÖZEN, s. 47; Hüseyin HATEMİ, *Borçlar Hukuku Özel Bölüm*, İstanbul, 1999, s. 118; YAVUZ, s. 590-591; Aydın ZEVKLİLER / K. Emre GÖKYAYLA, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*, 11. Bası, Ankara, 2010, s. 529.*

⁶ Bununla birlikte asıl borçlunun kefilin temsilcisi olarak kefalet sözleşmesi akdedebileceğine dair görüş için Bkz.: GÜMÜŞ, s. 533; ÖZEN, s. 47-48; REİSOĞLU, *Muteberlik Şartları*, s. 335; Gökhan ŞAHAN, *Kefalet Sözleşmesinin Sona Ermesi*, Yüksek Lisans Tezi, Kayseri, 2007, s. 5; Herman BECKER, (Çev. Suat DURA), *İsviçre Borçlar Kanunu Şerhi*, Madde 184-551, Ankara, 1993, s. 1036.

⁷ Eugen BUCHER, *Schweizerisches Obligationenrecht*, Besonderer Teil, 3. Aufl. Zürich, 1988, s. 285; Emil BECK, *Das neue Bürgschaftsrecht*, Zürich, 1942, Art. 492, Nr. 43; GÜMÜŞ, s. 535; Hugo OSER/ Wilhelm SCHÖNENBERGER (Çev. İsmet SUNGURBEY), *İsviçre Borçlar Kanunu Şerhi*, Ankara, 1964, s. 85; ŞAHAN, s. 5; ZEVKLİLER /GÖKYAYLA, s. 530; ÖZEN, s. 47; BECKER, s. 1036.

⁸ REİSOĞLU, *Muteberlik Şartları*, s. 335; Hasan AYRANCI, “Şekil Şartına Uyulmadan Kefalet Sözleşmesinde İfanın Sonuçları”, *AÜHFD*, C. 53, S. 2, 2004, s. 95-96; Faruk YAVUZ, *Roma Kefalet Akdi'nin Günümüze Yansıması*, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara, 2008, s. 64.

B. Kefalet Sözleşmesinin Hukuki Mahiyeti

Kefalet, başka bir borcun ödenmemesinin üstlenilmesi ve borcun ödenmemesi halinde kefilin şahsi sorumluluğunun söz konusu olduğu bir sözleşmedir. Kefalet sözleşmesinin söz konusu olabilmesi için geçerli bir asıl borcun varlığı zorunludur. Bu sebeple kefalet, asıl borcu güvence altına alan fer'i nitelikte bir borçtur⁹. Fer'i nitelikteki kefalet borcu, asıl borca bağlıdır ve asıl borcun varlığı ile kefalet borcu varlığını sürdürür¹⁰. Kefaletin fer'i olmasının başka bazı sonuçları da vardır. Bunlar: kefilin sorumluluğunun asıl borçlunun sorumluluğundan daha ağır olamayacağı¹¹, kefalet borcunun asıl borçtan ayrı olarak başkasına geçirilemeyeceği¹², alacağın asıl borçluya muaccel olmadan kefile karşı da muaccel olamayacağı¹³, kefilin alacaklıya karşı asıl borçlu ile aynı defileri ileri sürebilme hakkıdır¹⁴.

Kefalet sözleşmesi fer'i bir sözleşme olmasının yanı sıra tali nitelikte bir sözleşmedir. Buna göre alacaklı asıl borçluya karşı takip yapıp bu takip semeresiz kalmadan doğrudan kefile başvuramaz¹⁵. Bununla birlikte kefalet sözleşmesinin fer'i olma özelliğinden farklı olarak bu ilkenin aksinin kararlaştırılabilmesi mümkündür¹⁶.

Kefalet sözleşmesi gereğince kefil henüz malvarlığının aktifinden herhangi bir unsur çıkarmamış, sadece borç altına girerek mamelekinin pasif kısmının artmasına sebebiyet vermiştir. Bu sebeple kefalet

⁹ BECK, Art. 492, Nr.88; GIOVANOLI, Art. 492, Nr. 2; Oscar DAEPPEN, (Çev. Osman BAYRAV), "Kefalet", İBD, C. 25; S. 6, 1951, s. 346. Kefalet borcunun asıl borca bağlı fer'i nitelikte bir borç olmasının istisnaları için Bkz.: ÖZEN, s. 81 v.d.; REİSOĞLU, *Kefalet*, s. 4 v.d.; YAVUZ, *Roma Kefalet Akdi*, s. 64.

¹⁰ BECK, Art. 492, Nr. 88; ZEVKLİLER/GÖKYAYLA, s. 531; YAVUZ, s. 593; Aşlı SÜCÜLLÜ, *Kefalet Sözleşmesi ve Kefalet Sözleşmesinin Şartları*, Yayımlanmamış Yüksel Lisans Tezi, Ankara, 2006, s. 10; AYRANCI, s. 96; GÜMÜŞ, s. 533-534; DEVELİOĞLU, s. 112-113. Kefalet sözleşmesinin fer'i niteliğini ortadan kaldıran sözleşmelerin ancak şartları var ise garanti sözleşmesi olarak mütalaa edilebileceğine dair görüş için Bkz.: REİSOĞLU, *Muteberlik Şartları*, s. 329.

¹¹ BECK, Art. 492, Nr. 93; YAVUZ, s. 593; ZEVKLİLER/GÖKYAYLA, s. 531; GÜMÜŞ, s. 534; ÖZEN, s. 68; REİSOĞLU, *Muteberlik Şartları*, s. 330-331; OLGAC, s. 12, OSER/SCHÖNENBERGER, s.102.

¹² BECK, Art. 492, Nr. 44; BİLGE, *Kefilin Mesuliyetinin Şumulü*, s. 99; YAVUZ, s. 593; BECKER, s. 1046; ŞAHAN, s. 6; ZEVKLİLER/GÖKYAYLA, s. 531; REİSOĞLU, *Muteberlik Şartları*, s. 330.

¹³ ZEVKLİLER/GÖKYAYLA, s. 531; ŞAHAN, s. 6; OLGAC, s. 12; SÜCÜLLÜ, s. 11; REİSOĞLU, *Muteberlik Şartları*, s. 331, REİSOĞLU, *Kefalet*, s. 3.

¹⁴ ZEVKLİLER/GÖKYAYLA, s. 531; YAVUZ, s. 593; OLGAC, s. 12; REİSOĞLU, *Muteberlik Şartları*, s. 331; ŞAHAN, s. 6; BİLGE, *Kefilin Mesuliyetinin Şumulü*, s. 99.

¹⁵ GIOVANOLI, Art. 492, Nr. 2; ZEVKLİLER/GÖKYAYLA, s. 531-532; YAVUZ, s. 593; REİSOĞLU, *Muteberlik Şartları*, s. 332-333; ŞAHAN, s. 8; BİLGE, *Kefilin Mesuliyetinin Şumulü*, s. 100; REİSOĞLU, *Kefalet*, s. 5; SÜCÜLLÜ, 12-13; AYRANCI, s. 96; ÖZEN, 88-89; DEVELİOĞLU, s. 98; YAVUZ, *Roma Kefalet Akdi*, s. 65-66.

¹⁶ ZEVKLİLER/GÖKYAYLA, s. 532.

sözleşmesinin borçlandırıcı bir işlem olduğunu söyleyebiliriz¹⁷. Kefalet sözleşmesi kural olarak tek tarafa borç yükleyen bir sözleşmedir. Çünkü kefil ile alacaklı arasında akdedilen kefalet sözleşmesinde, alacaklı herhangi bir borç altına girmemektedir¹⁸. Bununla birlikte kefalet sözleşmesinde alacaklı bakımından bir karşı edimin kararlaştırılabilmesi de mümkündür¹⁹.

II. KEFALET SÖZLEŞMESİNİN GEÇERLİLİK ŞARTLARI

A. Geçerli Bir Asıl Borcun Bulunması

1. Genel Olarak

T.B.K.'nın 582. maddesinde yer alan, “kefalet sözleşmesi, mevcut ve geçerli bir borç için kurulur” hükmü ile kefalet sözleşmesinin geçerlilik şartlarından ilki olan geçerli bir asıl borcun bulunması şartına işaret edilmiştir. Buna göre geçersiz ya da gerçekte var olmayan bir borç kefalet sözleşmesinin konusunu oluşturamaz. Kefalet sözleşmesine konu asıl borç para borcu olabileceği gibi parasal olarak bir değere sahip başka bir edim dahi olabilir²⁰.

Asıl borç hukuka, ahlaka ve adaba, kişilik haklarına aykırı ise, başlangıçtaki objektif imkansızlık, ehliyetsizlik, şekil eksikliği²¹, irade bozukluğu ya da muvazaa nedeniyle geçersiz ise bu nitelikteki bir asıl borca kefalet söz konusu olamaz²². Bununla birlikte kefalet sözleşmesinin yapıldığı tarihte asıl borcun var olması zorunlu değildir. Bir başka ifade

¹⁷ AYRANCI, s. 95; BİLGE, *Kefilin Mesuliyetinin Şümulü*, s. 94; GÜMÜŞ, s. 542-543.

¹⁸ AYRANCI, s. 96; ZEVKLİLER/GÖKYAYLA, s. 532; REİSOĞLU, *Muteberlik Şartları*, s. 333-334; ŞAHAN, s. 8; YAVUZ, *Roma Kefalet Akdi*, s. 66. Kefalet sözleşmesi tek tarafa borç yükleyen bir sözleşme olmasına rağmen başka bir karşılıksız sözleşme olan bağışlama olarak kabul edilebilmesine imkan yoktur. Bağışlama sözleşmesini kefalet sözleşmesinden ayıran en önemli özellik bağışlamanın “causa donandi” ile yapılıyor olmasıdır. Bu konuda ayrıntılı bilgi için Bkz.: Merve YILMAZ, *Bağışlama Sözleşmesinin Sona Ermesi*, Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul, 2011, s. 16-21.

¹⁹ ZEVKLİLER/GÖKYAYLA, s. 532; SÜCÜLLÜ, s. 14; . Asıl borçlunun kefile menfaat temin etmesinin kefalet sözleşmesinin tek tarafa borç yükleyen bir sözleşme olmasını etkilemeyeceğine dair görüş için Bkz.: REİSOĞLU, *Muteberlik Şartları*, s. 333; REİSOĞLU, *Kefalet*, s. 6.

²⁰ BECK, Art. 492, Nr. 10; GÜMÜŞ, s. 548.

²¹ “...Yine BK. 485. maddesi hükmüne göre de kefalet ancak geçerli bir borç karşısında hüküm ifade eder. Başka bir anlatımla asıl borcun geçersiz olması durumunda buna bağlı olarak düzenlenen kefalet akti de geçerli kabul edilemez. Asıl borç şekil noksanı nedeniyle geçersiz olduğuna göre bunun ferisi olan kefalet akti de geçersizdir.” Yargıtay 13. H.D. 11.03.2003 tarih 2003/1647 E. 2003/2636 K. sayılı kararı (Meşe İçtihat Programı).

²² Haluk TANDOĞAN, “Kefaletin Geçerlilik Şartları”, *BATİDER*, C. 9, S. 1, 1977, s. 20; GÜMÜŞ, s. 548; SÜCÜLLÜ, s. 63; ŞAHAN, s. 9; REİSOĞLU, *Muteberlik Şartları*, s. 345; REİSOĞLU, *Kefalet*, s. 15; YAVUZ, *Roma Kefalet Akdi*, s. 67.

ile gelecekte doğacak veya koşula bağlı bir borç için de kefalet söz konusu olabilir (T.B.K. md. 582/1-2. cümle). Ancak gelecekte doğacak borçlar kefaletin konusunu oluşturuyor ise, kefaletin yerine getirilmesi sırasında asıl borcun mevcut olması gerekmektedir²³.

Kefalet sözleşmesinde kefilin asıl borçlunun mevcut veya gelecekte doğacak borçlarından hangisi için kefalet ettiğine dair tereddüt söz konusu ise, kefaletin asıl borçlunun gelecekte doğacak borçları için verildiği kabul edilmelidir²⁴. Bu yorumun sebebi, kefilin genellikle alacaklıya yeni kredi sağlamak amacı gütmesidir²⁵. İsviçre Borçlar Kanunu'nda (İsv. BK.) bu yorum kuralını açıkça ifade eden bir hükme yer verilmiştir. 818 sayılı Borçlar Kanunu'nda ise bu konu ile ilgili bir kural mevcut değildir. 01.07.2012 tarihinde yürürlüğe girecek olan T.B.K.'nın 589/3. fıkrasında İsv. BK. 499/son'da yer alan kurala benzer bir yeni düzenlemeye yer verilmiştir. Buna göre “*Sözleşmede açıkça kararlaştırılmamışsa kefil, borçlunun sadece kefalet sözleşmesinin kurulmasından sonraki borçlarından sorumludur*”. Söz konusu bu hüküm doktrin tarafından ifade edilen yorum kuralının yasa koyucu tarafından da benimsendiği ortaya koymaktadır.

Gelecekte doğacak olan bir borca kefil olunması durumunda asıl borcun uzun süre ortaya çıkmaması halinde kefilin sınırsız ya da öngörüsünden daha uzun süreli olarak kefalet sözleşmesi ile bağlı kalması söz konusu olabilecektir²⁶. İsv. BK.'nın 510/1. maddesinde bu duruma bir çözüm getirilmiştir. Benzer bir hüküm 818 sayılı yasada mevcut değildir. Ancak yasa koyucu tarafından T.B.K.'nin 599. maddesinde benzer bir çözüm kabul edilmiştir. Buna göre: “*Gelecekte doğacak bir borca kefalette, borçlunun borcun doğumundan önceki mali durumu, kefalet sözleşmesinin yapılmasından sonra önemli ölçüde bozulmuşsa veya mali durumunun, kefalet sırasında kefilin iyiniyetle varsaydığından çok daha kötü olduğu ortaya çıkmışsa, kefil alacaklıya yazılı bir bildirimde bulunarak, borç doğmadığı sürece her zaman kefalet sözleşmesinden dönebilir*”. Ayrıca kefil, alacaklının kefalete güvenmesi sebebiyle uğradığı zararları da gidermekle yükümlüdür.

²³ TANDOĞAN, s. 19; ŞAHAN, s. 11; REİSOĞLU, *Muteberlik Şartları*, s. 346.

²⁴ TANDOĞAN, s. 20; REİSOĞLU, *Kefalet*, s. 17; REİSOĞLU, *Muteberlik Şartları*, s. 346; SÜCÜLLÜ, s. 60; GÜMÜŞ, s. 548; ŞAHAN, s. 11.

²⁵ TANDOĞAN, s. 20; REİSOĞLU, *Muteberlik Şartları*, s. 346.

²⁶ TANDOĞAN, s. 20; SÜCÜLLÜ, s. 61; ŞAHAN, s. 11; REİSOĞLU, *Muteberlik Şartları*, s. 346.

Yukarıda da izah ettiğimiz gibi kefalet koşula bağlı bir borç için de yapılabilir. Geciktirici koşula bağlı olarak kefalet sözleşmesi yapılmış ise kefalet, sözleşmenin kurulmasıyla doğar ve koşulun gerçekleşmesiyle de hüküm ifade eder (T.B.K. md. 582/1-2. cümle). Eğer alacaklı koşul gerçekleşmeden kefile başvurursa, kefilin koşulun gerçekleşmediğini ileri sürme hakkı ve yükümlüğü söz konusudur²⁷. Bozucu koşula bağlı olarak kefalet sözleşmesi yapılmış ise, koşulun gerçekleşmesi ile, kefalet borcu da sona erer²⁸.

İsv. BK.'nın 502. maddesinde kumar ve bahis alacakları için kefalet geçerli sayılmıştır. Bu hükmüne göre "Kumar ve bahisten mütevellit bir borcun teminin taahhüt eden kefil borcun mahiyetine vakıf olsa bile asıl borçlunun dermeyeran edebileceği defileri dermeyeran edebilir"²⁹. 818 sayılı Borçlar Kanunu'nda bu konuda İsviçre Borçlar Kanunu'nda olduğu gibi açık bir düzenleme yoktur. T.B.K.'nin 591/4. maddesinde "*Kumar veya bahisten doğan bir borca kefalette kefil, borcun bu niteliğini bilmiş olsa bile, asıl borçlunun sahip olduğu def'ileri ileri sürebilir*" şeklinde bir düzenleme yapılarak kumar ve bahisten doğan borçların kefalet sözleşmesine konu olabileceği açıklığa kavuşmuştur³⁰.

2. T.B.K. md. 582/II Düzenlenen Haller

T.B.K. md. 582/3'e göre: "*Yanılma veya ehliyetsizlik sebebiyle borçlunun sorumlu olmadığı bir borç için kişisel güvence veren kişi, yükümlülük altına girdiği sırada, sözleşmeyi sakatlayan eksikliği biliyorsa, kefaletle ilgili kanun hükümlerine göre sorumlu olur. Aynı kural, borçlu yönünden zamanaşımına uğramış bir borca kefil olan kişi hakkında da uygulanır*". Söz konusu hükmün ilk cümlesi B.K. md. 485/3'de de yer almaktadır. Ancak maddenin son cümlesi 818 sayılı yasada yer almayan İsv BK'nın 494/3. maddesindeki düzenlemeye benzer nitelikte yeni bir düzenlemedir.

²⁷ GÜMÜŞ, s. 549; TANDOĞAN, s. 20; ŞAHAN, s. 12, SÜCÜLLÜ, s. 62, ZEVKLİLER/GÖKYAYLA, s. 537; YAVUZ, s. 596; REİSOĞLU, *Muteberlik Şartları*, s. 347.

²⁸ BECK, Art, 492, Nr. 116; GÜMÜŞ, s. 549; TANDOĞAN, s. 20; ÖZEN, s. 113; ŞAHAN, s. 12, SÜCÜLLÜ, s. 62, ZEVKLİLER/GÖKYAYLA, s. 537; YAVUZ, s. 596; REİSOĞLU, *Muteberlik Şartları*, s. 347; REİSOĞLU, *Kefalet*, s. 18.

²⁹ Hüseyin Avni GÖKTÜRK, "Kefalet Hukukumuzun Kifayetsizliği ve Yeni İsviçre Kefalet Hukuku", *AÜHFD*, C. 7, S. 3-4, 1950, s. 348.

³⁰ Doktrinde bazı yazarlar tarafından kumar ve bahisten doğan borçların geçerli bir borç olmaması nedeniyle kefalet sözleşmesine konu olamayacağı savunulmaktaydı. Bu görüş için Bkz.: REİSOĞLU, *Kefalet*, s. 175; ELÇİN GRASSINGER, s. 66; ÖZEN, s. 118

T.B.K. md. 582/3'e göre bir sözleşmenin yanılma veya ehliyetsizlik sebebiyle askıda geçersiz olduğunu bilerek kişisel güvence veren kişi, yanılma veya ehliyetsizlik nedeniyle sonradan kesin olarak geçersiz hale gelen asıl borçluya ait geçersiz bu borcun ifa edilmemesinden alacaklıya karşı kefalet hükümlerine göre sorumlu olur. T.B.K. md. 582/3'ün uygulanabilmesi için kişisel güvence veren kişinin, güvence verdiği borcun yanılma veya ehliyetsizlik sebebiyle geçersiz olduğunu güvence verdiği sırada bilmesi gerekmektedir³¹. Ayrıca söz konusu geçersizliğin yanılma veya ehliyetsizlik sebeplerinden birinden kaynaklanmış olması³² ya da borcun zamanaşımına uğramış olması gerekir.

B. Geçerli Bir Kefalet Sözleşmesinin Bulunması

1. Genel Olarak

Kefalet sözleşmesinin geçerlilik şartlarından bir diğeri de geçerli bir kefalet sözleşmesinin bulunmasıdır. Borçlar hukukumuzdaki diğer sözleşme türlerinin bağlı olduğu genel prensipler kefalet sözleşmesi bakımından da geçerlidir. Geçerli bir kefalet sözleşmesinin varlığı için, kefalet sözleşmesinin ehliyet unsuru yönünden, şekil ve konu yönünden geçerli olması gerekmektedir. Ayrıca kefalet sözleşmesi irade sakatlığı sebebiyle de geçersiz olmamalıdır. Bu başlık altında geçerli bir kefalet sözleşmesinin varlığı için bulunması gereken bu unsurları ayrı ayrı değerlendireceğiz.

2. Kefil Olma Ehliyeti

a. Gerçek Kişilerin Ehliyeti

i. Genel Olarak

Kefalet sözleşmesinde eğer kefil tam ehliyetli ise, tek başına bu sözleşmeyi yapabilir³³. Türk Medeni Kanunu (T.M.K.) md. 449'da kefalet yasak işlemler arasında sayılmıştır. Bu sebeple eğer bir kimse tam ehliyetsiz ise kendisi tek başına kefalet sözleşmesi yapamayacağı gibi yasal temsilcisi de onun adına bu sözleşmeyi yapamayacaktır³⁴.

³¹ ÖZEN, s. 84: Aksi halde fer'ilik ilkesi gereğince, sadece geçersiz bir kefalet sözleşmesi söz konusu olur.

³² Kanunda yer alan sayımın sınırlı olduğuna dair görüş için Bkz.: REİSOĞLU, *Kefalet*, s. 19-21; TANDOĞAN, s. 23; BİLGE, *Borçlar Hukuku*, s. 370.

³³ REİSOĞLU, *Kefalet*, s. 21; REİSOĞLU, *Muteberlik Şartları*, s. 350; GÜMÜŞ, s. 552; HATEM/SEROZAN/ARPACI, s. 523; YAVUZ, s. 596; ZEVKLİLER/GÖKYAYLA, s. 538.

³⁴ HATEMİ, s. 119; ZEVKLİLER/GÖKYAYLA, s. 538; GÜMÜŞ, s. 552-553; SÜCÜLLÜ, s. 75-76.

Sınırlı ehliyetsizler T.M.K. md. 16'da ayırt etme gücüne sahip küçükler ve kısıtlılar olmak üzere iki grup olarak sınıflandırılmıştır. T.M.K. md. 449'da yer alan hüküm sınırlı ehliyetsizler bakımından da geçerlidir. Bu hüküm uyarınca kefalet sözleşmesi yasak işlemler arasında sayıldığından ayırt etme gücüne sahip küçükler ve kısıtlılar yasal temsilcilerinin izin ya da icazeti ile kendi başlarına kefalet sözleşmesi yapamayacakları gibi, yasal temsilciler de onlar adına bu sözleşmeyi yapamayacaklardır³⁵. Bununla birlikte sınırlı ehliyetsize bir meslek veya sanatın yürütülmesi için T.M.K. md. 453 gereğince izin verilmiş ise, söz konusu bu meslek ya da sanatın yürütülmesi sırasında sınırlı ehliyetsizin kefalet sözleşmesi yapabilmesine imkan tanımak uygun olacaktır³⁶. Sınırlı ehliyetsizlerin kefalet sözleşmesine kefil olarak değil de alacaklı olarak katılmalarına yasal herhangi bir engel bulunmamaktadır³⁷.

Sınırlı ehliyetlilerin bir başka ifade ile kendisine yasal danışman atanmış olan kişilerin kefalet sözleşmesi yapabilmesi için T.M.K. md. 429/1 gereğince yasal danışmanın iznine ihtiyaçları vardır. Kanun gereğince kendisine kayyım tayin edilen kimselerin ise, ehliyetlerine getirilmiş herhangi bir sınır bulunmadığından bu kimseler, tek başlarına kefil olabilirler³⁸.

ii. Eşin Rızası

Eski Medeni Kanun'un (E.M.K.) 169. maddesinde, evli bir kadının kocası lehine yükümlülük altına girdiği kefaletin geçerli olabilmesi için sulh hakimi tarafından onaylanması gerekmekte idi³⁹. Söz konusu hükme T.M.K. md. 193 karşı gelmektedir. T.M.K. md. 193'e göre ise, eşler kanunda aksine hüküm bulunmadıkça, birbirleri ile veya üçüncü kişilerle her türlü hukuki işlemi yapabilirler. T.M.K. md. 193'de yer alan hüküm gereğince evli kadının kefil olma ehliyeti yönündeki sınırlama ortadan kaldırılmıştır⁴⁰.

³⁵ GÜMÜŞ, s. 552; ZEVLİLER/GÖKYAYLA, s. 538-539; TANDOĞAN, s. 25. Bu yasağa aykırılık halinde kefalet sözleşmesinin yaptırımının ne olduğuna dair tartışmalar için Bkz.: ÖZEN, s. 133 v.d., TANDOĞAN, s. 25-26.

³⁶ REİSOĞLU, *Muteberlik Şartları*, s. 355; REİSOĞLU, *Kefalet*, s. 29-30; OSER/SCHÖNENBERGER, s. 115; YAVUZ, s. 596; ZEVLİLER/GÖKYAYLA, s. 539; ÖZEN, s. 132; TANDOĞAN, s. 26, GÜMÜŞ, s. 553.

³⁷ GÜMÜŞ, s. 553.

³⁸ GÜMÜŞ, s. 553; TANDOĞAN, s. 26; ÖZEN, s. 136; REİSOĞLU, *Muteberlik Şartları*, s. 354; REİSOĞLU, *Kefalet*, s. 29; OSER/SCHÖNENBERGER, s. 115.

³⁹ REİSOĞLU, *Kefalet*, s. 26-28; REİSOĞLU, *Muteberlik Şartları*, s. 351; GÜMÜŞ, s. 553; TANDOĞAN, s. 26; YAVUZ, s. 597; SÜCÜLLÜ, s. 78.

⁴⁰ Bu maddenin kaldırılmasına yönelik eleştiriler için Bkz.: HATEMİ, s. 119.

Buna karşılık İsv. BK. md. 494'de "III. Eşin muvafakatı" başlıklı bir maddeye yer verilmiştir⁴¹. T.B.K. md. 584'de de, 818 sayılı yasada yer almayan İsv. BK. md. 494'de yer alan hükme benzer nitelikte "III. Eşin rızası" başlıklı yeni bir maddeye yer verilmiştir. Söz konusu bu hükme T.B.K.'da yer verilmesinin sebebi evli kişilerin medeni haklarını kullanma ehliyetlerine bir sınırlama getirmekten ziyade kişilerin ve toplumun temel taşı olan aile kurumunun ekonomik varlığının korunması düşüncesidir⁴². Eşin yazılı rızası şartı bir geçerlilik şartıdır ve söz konusu rızanın yokluğu halinde kefalet sözleşmesi de kesin hükümsüz olacaktır⁴³. Söz konusu bu rızanın genel olarak önceden verilmiş olması eşin rızası şartının gerçekleşmesi için yeterli değildir. Eşin rızası şartının gerçekleşebilmesi için rızanın bireyselleştirilmiş bir borca yönelik olması gerekmektedir⁴⁴. Ancak bu halde söz konusu maddenin konuluş amacına uygun bir yorum yapılmış olacağı kanaatindeyiz. Maddenin incelenmesine geçmeden önce burada son olarak şu hususu da belirtmek isteriz: Kefalet sözleşmesinin geçerli olarak kurulabilmesi için geçerlilik şartlarından olan eşin rızası şartı, kefalet sözleşmesinde eşin kefil olarak kişisel güvence verdiği durumlarda aranmalıdır. Eş kefalet sözleşmesini alacaklı olarak akdediyorsa bu halde artık diğer eşin rızasının aranmaması gerektiği düşüncesindeyiz. Yine eş kefalet sözleşmesinde temsilci veya vekil sıfatıyla kefil adına sözleşmeyi akdediyor ise, kendisi bizzat kişisel güvence vermediği için eşin rızasına ihtiyaç yoktur⁴⁵.

T.B.K. md. 584/1'e göre: "*Eşlerden biri mahkemece verilmiş bir ayrılık kararı olmadıkça veya yasal olarak ayrı yaşama hakkı doğmadıkça, ancak diğerinin yazılı rızasıyla kefil olabilir; bu rızanın sözleşmenin kurulmasından önce ya da en geç kurulması anında verilmiş olması şarttır*".

T.B.K. md. 584/1'de düzenlenen hüküm uyarınca kadın veya erkek eşin kefalet sözleşmesi akdedebilmeleri iki şarta bağlıdır. Bunlardan ilki kefil olacak eş, kural olarak ancak diğer eşin yazılı rızasını almak zorundadır. İkinci olarak ise yasa koyucu tarafından öngörülen zamanda bu rızanın

⁴¹ GÖKTÜRK, s. 344.

⁴² Ata KARATAY, "İsviçre Borçlar Kanununun Değişen Kefalet Hükümleri Üzerine Mukayeseli Bir İnceleme", *İBD*, C. 26, S. 11-12, 1952, s. 623; ZEVKLİLER/GÖKYAYLA, s. 544; SÜCÜLLÜ, s. 83.

⁴³ ZEVKLİLER/GÖKYAYLA, s. 544; KARATAY, s. 623; DEVELİOĞLU, s. 179.

⁴⁴ ÖZEN, s. 146; DEVELİOĞLU, s. 180.

⁴⁵ Necati AKSOYOĞLU, "Borçlar Kanunu Tasarısı'ndaki Kefalet Sözleşmesine İlişkin Önemli Değişiklikler", *Bankacılar Dergisi*, S. 72, 2010, s. 98.

alınmış olması gerekmektedir. Buna göre, söz konusu bu rızanın kefalet sözleşmesinin kurulmasından önce ya da en geç sözleşmenin kurulması sırasında verilmiş olması gerekmektedir. Sözleşme akdedildikten sonra diğer eş tarafından sözleşmeye icazet verilebilmesine yasa koyucu tarafından imkan tanınmamıştır⁴⁶.

T.B.K. md. 584/1'de bir eşin kefalet sözleşmesi yapabilmesi için diğer eşin yazılı rızasının bulunması kuralına iki tane istisna getirilmiştir. Bunlardan ilki T.M.K. md. 170 v.d. gereğince mahkemece eşler arasında ayrılık kararı verilmiş olmasıdır. İkinci istisna ise, T.M.K. md. 197 uyarınca yasal olarak eşlerin ayrı yaşama hakkının doğmuş olmasıdır. Bir görüşe göre eşler arasında T.M.K.'nın 242 v.d. maddeleri gereğince mal ayrılığı ya da paylaşmalı mal ayrılığı rejiminin kabul edilmiş olması halinde ve T.M.K. md. 206 gereğince kararın elverişli olması koşuluyla olağanüstü mal rejimine karar verilmiş olması halinde eşin rızasının aranmaması gerektiği savunulmaktadır⁴⁷. Bir başka görüşe göre ise, T.B.K. md. 584'de eşler seçmiş oldukları mal rejimi bakımından herhangi bir ayırım yapılmadığı için eşlerin seçmiş oldukları mal rejiminin türünün eşin rızasının alınması bakımından herhangi bir önemi bulunmamaktadır⁴⁸.

T.B.K. md. 584/2'de eşin rızası ile ilgili bir istisnaya daha yer verilmiştir. Buna göre: “*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*”. Söz konusu bu hüküm, kefalet sözleşmesinin yapılması sırasında aranan eşin rızası şartının, sözleşmede değişiklik yapılması halinde de kural olarak arandığını ortaya koymaktadır. Ancak kişisel güvence veren eşin kefalet sözleşmesindeki durumunun iyileşmesine yönelik sözleşme değişikliklerinde diğer eşin rızasının alınmasına ihtiyaç yoktur. Bunlar: Kefalet sözleşmesinde kefilin sorumlu olacağı miktarın artmasına sebep olmayan değişiklikler, adi kefaletin müteselsil kefalete dönüşmesine sebep olmayan değişiklikler ve kefil yararına olan güvencelerin önemli ölçüde azalmasına sebep olmayan değişikliklerdir. T.B.K. md. 584/2'de

⁴⁶ Pierre CAVIN, (Amil ARTUS), “Yeni Kefalet Hukuku”, *Adalet Dergisi*, S. 8, 1942, s. 996; SÜCÜLLÜ, s. 83; ŞAHAN, s. 14.

⁴⁷ AKSOYOĞLU, s. 98.

⁴⁸ Murat HAZNEDAR, *Borçlar Kanunu Tasarısı'ndaki Kefalet Sözleşmelerine İlişkin Önemli Değişiklikler*, www.murathaznedar.av.tr/makale_doc/5.doc, (Çevrimiçi), 04 Haziran 2011, s. 6.

sayılan bu istisnalar eşin rızası ile ilgili hükmün konuluş gayesine uygundur.

T.M.K. md. 2’de “*Herkes, haklarını kullanırken ve borçlarını yerine getirirken dürüstlük kurallarına uymak zorundadır. Bir hakkın açıkça kötüye kullanılmasını hukuk düzeni korumaz.*” hükmü yer almaktadır. Bu hüküm çerçevesinde rızası aranan eşin makul bir sebep olmaksızın söz konusu rızayı vermekten kaçınması ya da herhangi bir sebeple rızanın sağlanamaması halinde eşin kefalet sözleşmesi yapıp yapamayacağı konusu üzerine durulması gerektiği kanaatindeyiz. Aile konutu ile ilgili eşin rızasının arandığı T.M.K.’nın 194. maddesinde “*Rızayı sağlayamayan veya haklı bir sebep olmadan kendisine rıza verilmeyen eş, hâkimin müdahalesini isteyebilir*” hükmüne yer verilmiş ve eşin rızasının haklı bir sebep olmaksızın alınamadığı hallerde diğer eşe mahkemeye başvurmak suretiyle rızayı temin edebilme imkanı tanınmıştır⁴⁹. Benzer bir hükme ise T.B.K. md. 584’de yer verilmemiştir. Ancak T.M.K. md. 2 çerçevesinde kişisel güvence vermek isteyen eşin mahkemeye başvurabilmesine imkan tanınmalıdır⁵⁰. Kanaatimizce T.M.K. md. 194’de yer alan hükme benzer mahiyette bir hükme T.B.K. md. 584’de de yer verilmelidir. Buna karşılık doktrinde savunulan bir başka görüşe göre ise, eşin rıza gösterip göstermemesi tamamen onun takdirinde olup, haklı bir sebep göstermeksizin rıza göstermekten kaçındığı gerekçesi ile mahkemeye başvurması mümkün değildir⁵¹. Söz konusu bu görüşe katılmaya T.M.K. md. 2 karşısında imkan bulunmadığı düşüncesindeyiz.

b. Tüzel Kişilerin Ehliyeti

Derneklerin fiil ehliyetleri dernek tüzüğü, vakıfların fiil ehliyetleri vakıf senedinde belirtilen amaç ile sınırlı olduğundan, derneklerin ve vakıfların kuruluş belgelerinde kefalet sözleşmesi akdedebileceklerine ilişkin açık

⁴⁹ Murat DOĞAN, “Türk Medenî Kanunu’nun Evliliğin Genel Hükümleri Bakımından Getirdiği Yenilikler”, *AÜHFD*, C. 52, S. 1-4, 2003, s. 109: T.M.K. md. 194 ile eşlerin tasarruf yetkisi sınırlanmış bulunmaktadır. Kanun koyucu tarafından, rızayı sağlayamayan ya da haklı bir sebep olmadan kendisine rıza verilmeyen eşe hakimin müdahalesine imkan tanıyarak eşin rıza verme konusunda hakkını kötüye kullanmasını önleme imkanı tanınmıştır.

⁵⁰ AKSOYOĞLU, 99.

⁵¹ İsmail KIRCA “Türk Borçlar Kanunu Tasarısı Kefalet Eşin İzni”, *Tuğrul Ansay’a Armağan*, Ankara, 2006, s. 447.

hükmün varlığı halinde, tüzel kişiliğin amacına uygun düştüğü ölçüde derneklerin ve vakıfların kefil olma ehliyetleri söz konusudur⁵².

Ticaret şirketlerinin ehliyetleri Türk Ticaret Kanunu (T.T.K.) md. 137 gereğince esas sözleşmelerinde belirtilen amaç ile sınırlıdır. Bu sebeple bir ticaret şirketinin ana sözleşmesinde kefalet sözleşmesi yapabilmesine açıkça imkan tanınmış ise, bu ticaret şirketinin kefil olma ehliyeti vardır⁵³. Buna karşılık bir ticaret şirketinin ana sözleşmesinde kefil olabileceği açıkça belirtilmemiş ise, T.T.K. md. 137 gereğince ancak esas sözleşmede belirtilen amaç içerisinde kalmak koşuluyla ticaret şirketleri kefalet sözleşmesi yapabilirler⁵⁴. Ancak doktrinde ve Yargıtay⁵⁵ uygulamasında ticaret şirketinin esas sözleşmesinde kefalet sözleşmesi akdedebileceği açıkça yazılı değil ise, esas sözleşmede belirtilen amacın geniş yorumlanması yönünde bir fikir birliği vardır⁵⁶.

Kamu tüzel kişilerinin ehliyetleri kuruluş kanunları ile belirlenmektedir. Kamu tüzel kişisine kuruluş kanununda kefalet sözleşmesi

⁵² RESİOĞLU, *Kefalet*, s. 22-23; GÜMÜŞ, s. 553; OSER/SCHÖNENBERGER, s. 115; YAVUZ, s. 597; SÜCÜLLÜ, s. 90.

⁵³ GÜMÜŞ, s. 553; RESİOĞLU, *Kefalet*, s. 24; Nisim FRANKO, "Ticaret Şirketlerinin Kefalet Ehliyeti", *Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu II*, Ankara, 1985, s. 48-50; SÜCÜLLÜ, s. 92; ŞAHAN, s. 15.

⁵⁴ GÜMÜŞ, s. 553; FRANKO, s. 52; ZEVKLİLER/GÖKYAYLA, s. 539. Karşı görüş için Bkz.: TANDOĞAN, s. 30.

⁵⁵ "TTK.nun 137. maddesi hükmü gereğince, ticaret ortaklıkları tüzel kişiliğe haiz olduklarından kendi ana sözleşmelerinde yazılı (işletme konusu) çerçevesi içinde kalmak şartı ile bütün hakları edinebildikleri gibi, bütün borçları da yükümlenebilirler. Bir şirketin işletme konusu (iştilal konusu) demek, o şirketin devamlı olarak yapacağı ticari işlemler demektir. Bunlar da o şirketin ana sözleşmesinde belirtilen (şirket maksat ve mevzuu) ile ilgili işlemlerdir. Bununla birlikte, bir ticari işletmenin kendi ana sözleşmesinde belirtilen işletme mevzuuna doğrudan doğruya girmemekle beraber, o işletmenin ticari faaliyetlerini kolaylaştıran ticari iş ve ticari sözleşmelerin de o işletmenin mevzuu içinde bulunduğu kabulü zorunludur. Ticari amaç güden işletmelerin kredi temini konusunda bankalara karşı müştereken sorumluluk yüklenmek suretiyle birbirlerine destek olmaları ve ticari faaliyetlerini bu suretle sürdürebilmeleri halini ticari hayatın normal ve mutad işlemleri arasında kabul etmek gerektiğinden, bu davada söz konusu olan (kefalet akdinin) de davacı şirket yönünden kendi işletme mevzuu çerçevesi içinde kalan (bir muamele) den ibaret olduğu gözönünde tutulması zorunlu bulunmaktadır. Aksi düşüncenin kabulü ticari hayatın normal seyrine ve süratli akışına engel teşkil edebilecektir. Açıklanan bu hususlar dairemizin kökleşmiş içtihatı halinde bulunmaktadır (11. HD.nin 7.2.1978 tarih, 1978/7 esas, 1978/354 karar ve 4.3.1979 tarih ve 1979/392 esas, 1979/981 karar sayılı ilamları)." Yargıtay 11. H.D. 23.03.1982 tarih 1982/ 851 Esas 1982/1255 Karar sayılı kararı (<http://www.turkhukuk sitesi.com/serh.php?did=3813>, (Çevrimiçi), 04 Haziran 2011).

⁵⁶ FRANKO, s. 52; TANDOĞAN, s. 30; RESİOĞLU, *Kefalet*, s. 24-25; SÜCÜLLÜ, s. 92-95.

akdedebileceğine ilişkin açıkça bir yetki tanınmış ise, kamu tüzel kişinin kefil olma ehliyeti vardır⁵⁷.

3. Şekil Yönünden Kefalet Sözleşmesinin Geçerli Olması

T.B.K. md. 583 “II. Şekil” başlığını taşımaktadır. Bu maddenin ilk fıkrasında kefalet sözleşmesinin geçerli olabilmesi için bazı şekil koşulları getirilmiştir. Buna göre: “*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*”.

a. Kefalet Sözleşmesinin Yazılı Şekilde Yapılması

i. Genel Olarak

Kefalet sözleşmesinin geçerli olarak kurulabilmesi için yazılı şekilde yapılması gerekmektedir (T.B.K. md. 583/1-1. cümle). Madde hükmünde de açıkça belirtildiği gibi yasa koyucu tarafından kefalet sözleşmesi için öngörülen şekil bir geçerlilik şeklidir. Bu sebeple söz konusu şekil şartına riayet edilmeksizin kefalet sözleşmesinin akdedilmesi halinde kefalet geçerli olmayacaktır⁵⁸.

Kefalet sözleşmesinde yazılı şeklin yalnızca kefilin iradesini içermesi yeterli olacaktır. Kefalet sözleşmesi bizzat kefil tarafından imzalanmalıdır. İmza kefalet sözleşmesinin metninin tamamını kapsayacak şekilde olmalıdır⁵⁹. Alacaklı tarafın iradesinin kefalet sözleşmesinde yer alması zorunlu değildir. Alacaklının beyanı sözlü olarak açık veya zımni irade beyanı ile açıklanabilir⁶⁰.

818 sayılı B.K.’da yer almayan el yazısı şartına T.B.K. md. 584/1-2. cümle de yer verilmiştir. Buna göre, yazılı şekilde yapılması zorunlu olan kefalet sözleşmesinin bazı unsurlarının ise mutlaka kefilin el yazısı ile kaleme alınması gerekmektedir. Bunlar: Kefilin sorumlu olacağı azami

⁵⁷ REİSOĞLU, *Kefalet*, s. 25-26; ELÇİN GRASSINGER, s. 81; GÜMÜŞ, s. 554; ŞAHAN, s. 17; SÜCÜLLÜ, s. 96; TANDOĞAN, s. 32; YAVUZ, s. 597.

⁵⁸ BECK, Art. 493, Nr. 7; BUCHER, s. 286; ÖZEN, s. 167 v.d., GÜMÜŞ, s. 556; ELÇİN GRASSINGER, s. 98; YAVUZ, s. 599; ZEVKLİLER/GÖKYAYLA, s. 540; REİSOĞLU, *Muteberlik Şartları*, s. 374; REİSOĞLU, *Kefalet*, s. 44; TANDOĞAN, s. 37; ŞAHAN, s. 20; AYRANCI, s. 98.

⁵⁹ GÜMÜŞ, s. 563; REİSOĞLU, *Muteberlik Şartları*, s. 379.

⁶⁰ GIOVANOLI, Art. 493, Nr. 9; BUCHER, s. 291; OSER/SCHÖNENBERGER, s. 130; BECKER, s. 1048; REİSOĞLU, *Kefalet*, s. 50; REİSOĞLU, *Muteberlik Şartları*, s. 379-380; GÜMÜŞ, s. 556; YAVUZ, s. 599; TANDOĞAN, s. 39.

miktar, kefalet tarihi ve müteselsil kefalet durumunda, bu anlama gelen bir ifadedir.

Kaynak İsv. BK.'nın 493. maddesinde tüzel kişiler bakımından adi yazılı şekilde kefalet sözleşmesinin yapılması ve sözleşme metninde kefalet olunan miktarın gösterilmesi yeterli kılınmıştır. Gerçek kişiler bakımından ise, kefalet olunan değer miktarı nazara alınarak sözleşmenin şeklinin nasıl olacağı belirtilmiştir. Buna göre kefil olunan miktar, iki bin frangı geçmiyor ise sözleşme adi yazılı şekilde yapılabilir. Bu takdirde sözleşme metninde kefilin sorumlu olacağı azami miktar ve müteselsil kefalet durumunda, bu anlama gelen bir ifadenin el yazısı ile yazılması zorunludur. Gerçek kişilerin yapacakları kefalet sözleşmesinde kefil olunan miktar iki bin frangın üzerinde ise, kefalet sözleşmesi resmi şekilde yapılmalıdır. Ayrıca sözleşme içerisinde el yazısı ile yazılması gereken bir bölüm söz konusu değildir⁶¹.

Kaynak İsv. BK. dikkate alınarak kaleme alınan T.B.K. md. 583'de yer alan düzenleme kaynak İsv. BK.'dan farklı olarak düzenlenmiştir. Bu nedenle uygulamada bazı sorunların ortaya çıkabileceğini düşünmekteyiz. Öncelikle T.B.K. md. 583/1'de gerçek kişi ve tüzel kişi ayrımına gidilmemiştir. Tüzel kişilerin temsilcisi tarafından sözleşmenin el yazısı koşulunun yerine getirilebileceği söyleyebiliriz. Ancak tüzel kişinin birden fazla kişi ile müştereken temsil edildiği durumlarda el yazısı koşulunun nasıl yerine getirilebileceği sorunu ortaya çıkabilir. Kanaatimizce tüzel kişinin temsilcilerinden biri tarafından el yazısı koşulunun yerine getirilmesi yeterlidir⁶².

Bu konu ile ilgili bir başka problemde gerçek kişilerin resmi şekilde kefalet sözleşmesi yapması halinde el yazısı koşulu geçerli olacak mıdır? Türk Borçlar Kanununda, İsv BK'daki gibi gerçek kişilerin kefil oldukları miktar bakımından herhangi bir ayrıma gidilmeksizin adi yazılı şekilde kefalet sözleşmesinin yapılabilmesine imkan tanınmıştır. T.B.K. md. 583'de yer alan el yazısı koşulu bakımından da resmi şekil ve adi yazılı şekil ayrımı yapılmamıştır. Bu sebeple ileride doğabilecek aksaklıkların önüne geçebilmek için resmi şekil bakımından da el yazısı koşulunun yerine getirilmesi gerektiğini düşünüyoruz. Bununla birlikte Türk Borçlar Kanunu'nun 01.07.2012 tarihinde yürürlüğe gireceği düşünüldüğünde, kanunun yürürlük tarihinden önce söz konusu

⁶¹ GÖKTÜRK, s. 343.

⁶² AKSOYOĞLU, s. 96.

maddenin İsv BK'daki düzenlemeye benzer nitelikte değiştirilmesinde yarar görüyoruz.

Kefalet sözleşmesi hem kefil hem de alacaklı temsilcisi vasıtasıyla akdedilebilir⁶³. Borçlar Kanunumuzda kefalet sözleşmesinin temsilci vasıtasıyla yapılması hususunda özel temsil yetkisi verilmesi gerektirdiği yönünde herhangi bir hüküm bulunmamaktadır. Buna karşılık İsv. BK.'nın 493/6. maddesinde kefalet sözleşmesinin temsilci vasıtasıyla yapılması hususunda özel temsil yetkisi verilmesi gerektiği yönünde bir düzenleme mevcuttur⁶⁴. T.B.K. md. 583/2'de kefalet sözleşmesinin temsilci vasıtasıyla yapılması halinde şekil şartı getirilmiştir. Buna göre kendi adına kefil olma konusunda özel yetki verilmesi ve diğer tarafa veya bir üçüncü kişiye kefil olma vaadinde bulunulması halinde de yukarıda belirttiğimiz şekil koşulları geçerli olacaktır. Ayrıca kefalet sözleşmesinde sonradan yapılan ve kefilin sorumluluğunu artıran değişiklikler de, kefalet için öngörülen şekle tabidir. T.B.K. md. 583/2 ile uyumlu olarak vekâlet sözleşmesi ile ilgili hükümler arasında düzenlenen T.B.K. md. 504'de de kefil olmak için özel yetki aranması gerektiği ifade edilmiştir.

ii. Kefalet Sözleşmesinin İçeriği

Kefalet sözleşmesinin metninde bir kefalet sözleşmesinin esaslı noktalarının yer alması gerekmektedir⁶⁵. Buna göre kefalet sözleşmesinin esaslı noktaları olan asıl borçlu, alacaklı, kefalet altına alınan asıl borç miktarıdır⁶⁶. Kefalet sözleşmesinin geçerliliği için bu unsurların tamamının sözleşmede bulunması zorunlu değildir. Unsurlardan birindeki eksiklik diğer ile giderilebiliyor ise, kefalet sözleşmesi geçerliliğini koruyacaktır⁶⁷. Kefilin sorumlu olduğu azami miktarın, kefalet tarihinin ve müteselsil kefalette müteselsil kefalet ya da bu anlama gelen bir ifadenin sözleşme metnine bizzat kefil tarafından el yazısıyla yazılması kanun koyucu tarafından Türk Borçlar Kanunu'nda sözleşmenin esaslı noktası olarak kabul edilmiştir. Kanun koyucu tarafından kefalet

⁶³ OSER/SCHÖNENBERGER, s. 116-117; GÜMÜŞ, s. 565; TANDOĞAN, s. 35; RESİOĞLU, *Muteberlik Şartları*, s. 369; YAVUZ, s. 598.

⁶⁴ YAVUZ, s. 598; SÜCÜLLÜ, s. 102-103; TANDOĞAN, s. 35-36; ŞAHAN, s. 19; GÜMÜŞ, s. 565; REİSOĞLU, *Muteberlik Şartları*, s. 369 v.d.

⁶⁵ BECK, Art. 493, Nr. 8; GIOVANOLI, Art. 493, Nr. 15; TANDOĞAN, 42; AYRANCI, s. 100; GÜMÜŞ, s. 557; YAVUZ, s. 599.

⁶⁶ GÜMÜŞ, s. 557 v.d., AYRANCI, s. 100; SÜCÜLLÜ, s. 114 v.d.; ŞAHAN, s. 22 v.d., TANDOĞAN, s. 42 v.d.

⁶⁷ REİSOĞLU, *Kefalet*, s. 51; RESİOĞLU, *Muteberlik Şartları*, s. 381, SÜCÜLLÜ, s. 114; ŞAHAN, s. 22; TANDOĞAN, s. 44

sözleşmesi için belirlenen bu geçerlilik şartlarını aşağıda ayrıntılı olarak inceleyeceğiz.

Kefalet sözleşmesinde alacaklının kimliği senet metninde açıkça belirtilebileceği gibi alacaklının kim olduğunun senet metninden anlaşılması da sözleşmenin geçerli olması bakımından yeterlidir⁶⁸. Ancak borçlunun yani kefilin kimliğinin sözleşmede açıkça gösterilmesi gerekir. Bunun yanında sözleşmenin tarafı olmayan borçlunun da kimliğinin sözleşmeden kefil bakımından tereddütsüz bir şekilde anlaşılması gerekmektedir⁶⁹. Çünkü kefilin sorumluluğu bakımından asıl borçlunun malvarlığının ve ödeme gücünün önemi büyüktür. Kefalet sözleşmesinde kefilin sorumlu olduğu azami miktarın kefalet sözleşmesinde gösterilmesinin dışında asıl borcun senet metninde açık bir şekilde gösterilmesi zorunlu değildir. Asıl borcun senet metninden anlaşılabilir olması yeterlidir⁷⁰.

Kefil ve alacaklı bakımından yan noktalar önem arz ediyor ise, şeklinde kapsamına alınmalıdır. Özellikle tarafların kararlaştırdıkları yan noktalar kefilin durumunu ağırlaştırıyor ise yazılı şeklin kapsamına alınmalıdır⁷¹.

b. Kefilin Sorumlu Olduğu Azami Miktarın Sözleşmede Gösterilmesi

Kefalet sözleşmesinin geçerli olabilmesi için kefilin sorumlu olduğu azami miktarın kefalet sözleşmesinde açıkça gösterilmesi zorunludur. B.K. md. 484'de yer alan "kefilin mes'ul olacağı muayyen miktar" ifadesinin de bu hususu işaret ettiği doktrin tarafından kabul görmektedir⁷². Kefalet sözleşmesinde kefilin sorumlu olduğu azami

⁶⁸ GIOVANOLI, Art. 493, Nr. 15; DAEPEN, s. 350; REİSOĞLU, *Kefalet*, s. 51; REİSOĞLU, *Muteberlik Şartları*, s. 381-382; ELÇİN GRASSINGER, s. 103; AYRANCI, s. 100; YAVUZ, s. 599; ZEVKLİLER/GÖKYAYLA, s. 542; TANDOĞAN, s. 44; BARLAS, s. 45; OLGAC, s. 17.

⁶⁹ REİSOĞLU, *Kefalet*, s. 52; REİSOĞLU, *Muteberlik Şartları*, s. 382; ELÇİN GRASSINGER, s. 103; AYRANCI, s. 100; ZEVKLİLER/GÖKYAYLA, s. 542; TANDOĞAN, s. 45; BARLAS, s. 45.

⁷⁰ GÜMÜŞ, s. 562; AYRANCI, s. 100; ŞAHAN, s. 23; TANDOĞAN, s. 45-46; ZEVKLİLER/GÖKYAYLA, s. 542; DAEPEN, s. 349; "...Öte yandan kefaletin sekle bağlı kılınması ön planda kefilin korumak gayesine yöneliktir. Bu nedenle asıl borcun sözleşmede yeteri kadar tanımlanmış veya belli edilebilir olması gereklidir. Herhangi bir borç için verilmiş soyut bir kefalet geçerli olmaz. Asıl borçlunun çeşitli yükümlülüklerinden hangisi için verildiği saptanamayan kefalet hüküm taşımaz (BK. md. 484)." Yargıtay 13. H.D. 03.12.1991 tarih 1991/7229 E. 1991/10997 K. sayılı kararı (Meşe İçtihat Programı).

⁷¹ AYRANCI, s. 100; GÜMÜŞ, s. 562.

⁷² HATEMİ, s. 119; HATEMİ/SEROZN/ARPAÇI, s. 524; GÜMÜŞ, s. 558; REİSOĞLU, *Kefalet*, s. 52; YAVUZ, s. 600; REİSOĞLU, *Muteberlik Şartları*, s. 383 v.d.; SÜCÜLLÜ, s. 116; "Davacı, davalı ile kiracılar arasında düzenlenen kira sözleşmesinde kefil olarak imza atmıştır. Bu kefalet Borçlar Kanunu 483. maddesinde belirtilen adi kefalet niteliğindedir. Aynı kanunun 484. maddesine göre de kefaletin geçerli olabilmesi için yazılı olması ve belli bir miktarı içermesi şarttır. Kanun maddesine aykırı olarak şekilde verilen taahhütler hukuken geçersizdir. Davacı-karşı davalı

miktarın açıkça gösterilmesinin nedeni kefil muhtemel risklerden koruma düşüncesidir⁷³.

B.K. md. 484'den farklı olarak T.B.K. md. 583/1'de kefilin sorumlu olduğu azami miktarın kefalet sözleşmesinde kefil tarafından el yazısı ile yazılması şartı getirilmiştir. T.B.K. md. 583 hükmü karşısında kefilin sorumlu olduğu asgari miktarın kefalet sözleşmesinde gösterilmesi ile geçerli bir kefalet sözleşmesinin yapılabilmesi mümkün değildir.

Türk Hukukunda bir fikre göre B.K. md. 484'ün kefil koruma amacının tam olarak gerçekleşebilmesi için kefil olunan miktarın kefalet sözleşmesinde rakamla gösterilmesi gerektiği savunulmaktadır⁷⁴. Doktrinde başka bir kısım yazarlar tarafından savunulan görüşe göre⁷⁵ kefil olunan miktar sözleşmede açıkça yer almasa dahi bu miktarın sözleşmenin içeriğinden anlaşılabilir olduğu durumlarda kefalet sözleşmesinin geçerlidir. 01.07.2012 tarihinden itibaren doktrinde savunulan bu görüşün geçersiz olarak kabul edilmesi gerekecektir.

Kefalet sözleşmesinde kefilin sorumlu olduğu azami miktarın para cinsinden gösterilmesi gerekmektedir⁷⁶. Ancak kefilin sorumlu olduğu azami miktarın yabancı para cinsinden gösterilmesi bakımından herhangi bir engel bulunmamaktadır⁷⁷.

kefil, miktarı önceden belli olmayan hor kullanım zararından sorumlu tutulamaz." Yargıtay 13. H.D. 09.05.2002 tarih 2002/3679 Esas 2002/5360 Karar sayılı kararı (Meşe İçtihat Programı).

⁷³ "Borçlar Kanunu, kefaleti 483. ve ardından gelen maddelerinde ayrıntılı bir biçimde düzenlemiş; bir çok sözleşme türüne ilişkin düzenlemelerinden farklı olarak, 484. maddede, kefalet sözleşmesinin geçerliliğini yazılı olma koşuluna bağlamış; biçime ilişkin bu koşula içerik yönünden başka bir koşul daha eklemiş; sözleşmenin geçerli olabilmesi için kefilin sorumlu olacağı miktarın sözleşmede açıkça gösterilmesini zorunlu saymıştır...Kefalet sözleşmesi yönünden, geçerliliğin, şekle ilişkin koşula ek olarak, içerikle ilgili başka bir koşula daha (kefilin sorumlu olacağı miktarın açıkça gösterilmesi koşuluna) bağlamasındaki amacın; kendisine ait olmayan bir borç için sorumluluk altına giren, hatta, müteselsil kefaletin söz konusu olduğu durumlarda asıl borçludan bağımsız olarak tek başına doğrudan doğruya takip edilebilmesi bile olanaklı bulunan kefil, mümkün mertebe korumak olduğu da kuşkusuzdur" Yargıtay H.G.K. 15.12.2004 tarih 2004/3-761 E., 2004/708 K. sayılı kararı (Meşe İçtihat Programı).

⁷⁴ ÖZEN, s. 172; ELÇİN GRASSINGER, s. 108-109; YAVUZ, s. 600.

⁷⁵ DEVELİOĞLU, s. 175.

⁷⁶ BECK, Art. 493, Nr. 26; AYRANCI, s. 102.

⁷⁷ AYRANCI, s. 102; REİSOĞLU, *Muteberlik Şartları*, s. 384; REİSOĞLU, *Kefalet*, s. 58; ELÇİN GRASSINGER, s. 109; GÜMÜŞ, s. 561.

Kefilin sorumlu olduğu azami miktar yalnızca kefil olunan anapara borcundan oluşmamaktadır. Azami miktarın kapsamına faiz ve masraflar gibi yan borçlar da girmektedir⁷⁸.

c. Kefalet Tarihinin Sözleşmede Gösterilmesi

Kefalet sözleşmesinin geçerli olabilmesi için kefalet tarihinin kefalet sözleşmesinde kefilin el yazısı ile gösterilmesi gerekmektedir. Benzer nitelikteki bir hüküm 818 sayılı B.K.'da ve İsv BK'da bulunmamaktadır.

818 sayılı Borçlar Kanunu'nun 484 üncü maddesinde yapılan düzenlemeden farklı olarak kefalet tarihinin de sözleşmede belirtilmesinin geçerlilik koşulu haline getirilmesinin sebepleri maddenin gerekçesinde şu şekilde ifade edilmiştir.

-T.B.K. md. 589/3 gereğince kefil, sözleşmede aksi açıkça kararlaştırılmadıkça borçlunun sadece kefalet sözleşmesinin kurulmasından sonraki borçlarından sorumludur. Bu kuralın uygulanabilmesi için kefalet tarihinin sözleşmede belirtilmesi gerekmektedir.

-T.B.K. md. 600 öngörülen süreli kefaletin sonunun belirlenebilmesi bakımından, kefalet sözleşmesinin kurulduğu tarihin sözleşmeden açıkça anlaşılması şarttır.

d. Müteselsil Kefalet, Müteselsil Kefalet veya Bu Anlama Gelen Bir İfadenin Gösterilmesi

Kefalet sözleşmesinde kefil müteselsil kefil değil ise, kefalet sözleşmesinde mutlaka "kefalet" kelimesine yer verilmesine gerek yoktur. Kefil tarafından asıl borç için fer'i olarak kişisel güvence verildiği hususunu ifade eden ifadelerin sözleşme metninde yer verilmesi, bir başka ifade ile kefil olma iradesinin sözleşme metninden anlaşılması yeterli olur⁷⁹. Kefalet sözleşmesinin metninde bu irade beyanının kefilin el yazısıyla yazılması da zorunlu değildir.

Buna karşılık T.B.K. md. 583/1 gereğince kefil, müteselsil kefil ise, bu durumda kefilin müteselsil kefil sıfatıyla veya bu anlama gelen herhangi

⁷⁸ OSER/SCHÖNENBERGER, s. 138-139; BİLGE, *Kefilin Mesuliyetinin Şümulü*, s. 160-170; HATEMİ, s. 119; HATEMİ/SEROZAN/ARPACI, s. 525; ŞAHAN, s. 25; TANDOĞAN, s. 52; REİSOĞLU, *Muteberlik Şartları*, s. 389-390; YAVUZ, s. 600; BECKER, s. 1051.

⁷⁹ BECK, Art. 493, Nr. 10; REİSOĞLU, *Kefalet*, s. 47; REİSOĞLU, *Muteberlik Şartları*, s. 377; GÜMÜŞ, s. 557; ZEVKLİLER/GÖKYAYLA, s. 541; TANDOĞAN, s. 40; SÜCÜLLÜ, s. 108-109; ELÇİN GRASSINGER, s. 103-104; AYRANCI, s. 101; OLGAC, s. 17 v.d..

bir ifadeyle yükümlülük altına girdiğini kefalet sözleşmesinde kendi el yazısıyla belirtmesi şarttır.

4. Konu Yönünden Kefalet Sözleşmesinin Geçerli Olması

T.B.K. md. 27 (B.K. md. 20) gereğince kefalet sözleşmesinin konusu kanunun emredici hükümlerine, ahlaka, kamu düzenine, kişilik haklarına aykırı olmamalıdır. Kefalet sözleşmesinin konusu emredici hükümlere, ahlaka, kamu düzenine ya da kişilik haklarına aykırı olursa, bu halde sözleşme kesin hükümsüzdür.

Sözleşmenin ahlaka aykırılığından söz edilebilmesi için pozitif hukukun atf yaptığı bir ahlak kuralının ihlal edilmesi gerekmektedir⁸⁰. Bir sözleşmede ahlak kuralının ihlali dar anlamda konunun ahlaka aykırı olması ya da tarafların ortak amacının ahlaka aykırı olması şeklinde karşımıza çıkmaktadır⁸¹. Somut olarak kefalet sözleşmesi bakımından tarafların sözleşme gereğince üstlendikleri edim ve kefil ile alacaklının ortak amacı ahlaka aykırı olmamalıdır.

Kefalet sözleşmesinin niteliği gereği konusunun ahlaka aykırılığı, kefilin ekonomik varlığının yok olması tehlikesi veya ekonomik özgürlüğünün aşırı derecede sınırlanması halinde söz konusu olur. T.M.K. md. 23/2'de "Kimse özgürlüklerinden vazgeçemez veya onları hukuka ya da ahlâka aykırı olarak sınırlayamaz" hükmüne yer verilmiştir. Söz konusu hüküm çerçevesinde kefilin üstlendiği yükümlülüğün süresi veya ağırlığı gibi nedenlerle ekonomik varlığının yok olması tehlikesinin varlığı ya da ekonomik özgürlüğünün aşırı derecede sınırlanması halinde kefalet sözleşmesi batıldır⁸². Buna karşılık T.M.K. md. 23/2 kapsamında değerlendirilemeyecek olan sınırlamalar halinde kesin hükümsüzlük sonucunun doğmayacağı kuşkusuzdur. Bununla birlikte kefil ile asıl borçlu arasındaki yakınlığı istismar ederek kefilin ağır yükümlülük altına sokulması halinde ise, kefalet sözleşmesi ahlaka aykırılık nedeniyle kesin hükümsüzdür⁸³.

5. İrade Sakatlıklarının Kefalet Sözleşmesine Etkisi

Kefalet sözleşmesinin geçerli olarak kurulabilmesi için kefilin iradesinin iradeyi bozan sebeplerden biri ile sakatlanmamış olması gerekmektedir.

⁸⁰ Pozitif hukukun atf yaptığı ahlak kurallarının belirlenmesi hakkında Bkz.: Hüseyin HATEMİ, *Hukuka ve Ahlâka Aykırılık Kavramı ve Sonuçları*, İstanbul, 1976, s. 83 v.d.

⁸¹ HATEMİ, *Hukuka ve Ahlâka Aykırılık Kavramı ve Sonuçları*, s. 152 v.d.

⁸² ELÇİN GRASSINGER, s. 69-70; GÜMÜŞ, s. 555; AYRANCI, s. 97; ÖZEN, s. 194; SÜCÜLLÜ, s. 64.

⁸³ GÜMÜŞ, s. 555; SÜCÜLLÜ, s. 64.

İradeyi bozan sebepler, T.B.K. 30 v.d.(B.K. md. 23 v.d.)'nda düzenlenen yanılma (hata), T.B.K. md. 36 (B.K. md. 28)'de düzenlenen aldatma (hile) ve T.B.K. md. 37-38 (B.K. md. 29-30)'de düzenlenen korkutma (ikrah)dır. T.B.K. md. 39 (B.K. md. 31) gereğince yanılma veya aldatma sebebiyle ya da korkutulma sonucunda kefalet sözleşmesi yapan kefil, yanılma veya aldatmayı öğrendiği ya da korkutmanın etkisinin ortadan kalktığı andan başlayarak bir yıl içerisinde kefalet sözleşmesini iptal edebilir.

Kefil, kefalet sözleşmesini yaparken T.B.K. md. 30 gereğince esaslı yanılmaya düşmüşse, sözleşmeyi iptal edebilir. Kefilin asıl borçlunun şahsında veya asıl borcun niteliğinde yanılması halinde T.B.K. md. 31 anlamında esaslı bir yanılmaya düştüğü söylenebilir⁸⁴. Buna karşılık alacaklının kefilin kimliğinde yanılması ise, alacaklıya sözleşmeyi yanılma sebebiyle iptal edebilme hakkı tanımamaktadır⁸⁵. Kefil başka bir sözleşme kurmak isterken kefalet sözleşmesi için iradesini açıklamışsa bu esaslı bir yanılma olarak kabul edilir. T.B.K. md. 32 gereğince saikte yanılma kural olarak esaslı yanılma sayılmaz. Kefilin, yanıldığı saiki kefalet sözleşmesinin temeli sayması ve bunun da iş ilişkilerinde geçerli dürüstlük kurallarına uygun olması ve ayrıca bu durumun karşı tarafça da bilinebilir olması halinde kefilin yanılması esaslı bir yanılma olarak kabul edilebilir. Kefilin saikte yanılması T.B.K. md. 32 anlamında esaslı bir yanılma olarak kabul edilebiliyorsa, bu halde de kefil yanılması nedeniyle sözleşmeyi iptal edebilir. Kefalet sözleşmesinin yapılması sırasında kefil, asıl borçlunun ödeme gücünün varlığı konusunda yanılmışsa, kefilin kefalet sözleşmesini iptal edip edemeyeceği doktrinde tartışmalı bir konudur. Bir görüşe göre⁸⁶ kefilin asıl borçlunun ödeme gücünün varlığı konusundaki yanılması T.B.K. md. 32 anlamında esaslı hata olarak kabul edilebiliyorsa kefilin sözleşmeyi iptal edebilmesi imkanı bulunmaktadır. Buna karşılık bir başka görüşe göre ise, kefalet sözleşmesinin temel amacının borçlunun borcunu ödememesi veya ödeyememesi halinde alacaklıya teminat sağlanması olduğu için, işlem hayatındaki dürüstlük kuralları, kefilin asıl borçlunun ödeme gücünde

⁸⁴ BECK, Art. 492, Nr. 59; YAVUZ, s. 597; ŞAHAN, s. 17; SÜCÜLLÜ, s. 97; RESİOĞLU, *Muteberlik Şartları*, s. 362; REİSOĞLU, *Kefalet*, s. 34-35; TANDOĞAN, s. 32.

⁸⁵ GÜMÜŞ, s. 554; ÖZEN, s. 151; ŞAHAN, s. 17. RESİOĞLU, *Muteberlik Şartları*, s. 362-363: "Ancak istisnaen de olsa, kefaletin alacaklının menfaatına tekeffül edilmesi veya alacaklının bir karşı edasının nazarı itibara alınması halinde, kefilin alacaklının şahsında yanılmasının BK 24/II ye göre esaslı hata sayılacağına şüphe yoktur".

⁸⁶ YAVUZ, s. 598; TANDOĞAN, s. 33; REİSOĞLU, *Muteberlik Şartları*, s. 363-364; REİSOĞLU, *Kefalet*, s. 36; SÜCÜLLÜ, s. 99.

yanılması durumunda bu yanılmanın esaslı yanılma olarak kabul edilmesine imkan tanımayacaktır⁸⁷.

Kefil, alacaklının ya da onun bilmesi veya bilecek durumda olması halinde üçüncü kişilerin aldatması sonucunda kefalet sözleşmesini yapmış ise, T.B.K. md. 36 gereğince yanılması esaslı olmasa dahi sözleşmeyi iptal edebilir. Kural olarak alacaklının asıl borçlunun ödeme gücü ile ilgili olarak kefilin aydınlatma yükümlülüğü bulunmamaktadır⁸⁸. Buna karşılık kefilin asıl borçlunun ödeme gücünü bilmesi halinde kefalet sözleşmesi yapmayacağını bilen alacaklının, asıl borçlunun ödeme gücü ile ilgili kefilin bilgilendirmesi gerekmektedir⁸⁹. Alacaklının asıl borçlunun ödeme gücü ile ilgili kefilin bilgilendirme yükümlülüğünün bulunduğu durumlarda kefilin bilgilendirmemesi, asıl borçlunun ödeme gücünü olduğundan daha iyi olarak sunması halinde⁹⁰ alacaklının hilesinden söz edilir.

Doktrinde savunulan bir görüşe göre⁹¹ kefalet sözleşmesi yapıldıktan sonra asıl borçlunun mali durumunun bozulması halinde, kefilin işlem temelinin çöktüğü gerekçesi ile borcunu ödemekten kaçınamayacağı ileri sürülmekteydi. Konuya ilişkin olarak İsv. BK.'nın 510. maddesinde bir düzenleme yer almasına rağmen Borçlar Kanunumuzda herhangi bir açıklık bulunmamaktaydı. 01.07.2012 tarihine yürürlüğe girecek olan T.B.K.'nın 599. maddesinde "*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.*" şeklinde İsv BK'da yer alan düzenlemeye benzer nitelikte bir düzenleme yapılmıştır. Bu düzenleme karşısında doktrinde ifade edilen görüşün uygulama alanı kalmamıştır.

T.B.K. md. 37'ye göre kefil, alacaklının ya da üçüncü bir kişinin korkutması ile kefalet sözleşmesi yapmış ise, bu sözleşmeyle bağlı değildir. Korkutan üçüncü bir kişi ise, alacaklı korkutmayı bilmiyor veya bilecek durumda değilse, sözleşmeyle bağlı kalmak istemeyen

⁸⁷ GÜMÜŞ, s. 554-555; ÖZEN, s. 151.

⁸⁸ OSER/SCHÖNENBERGER, s. 120; DAEPEN, s. 347; GÜMÜŞ, s. 554-555; RESİOĞLU, *Muteberlik Şartları*, s. 366; RESİOĞLU, *Kefalet*, s. 37; TANDOĞAN, s. 34-35; ELÇİN GRASSINGER, s. 92.

⁸⁹ BECK, Art. 492, Nr. 65; DAEPEN, s. 347; SÜCÜLLÜ, s. 101.

⁹⁰ REİSOĞLU, *Muteberlik Şartları*, s. 367; ŞAHAN, s. 18; SÜCÜLLÜ, s. 100; GÜMÜŞ, s. 555.

⁹¹ GÜMÜŞ, s. 555; ELÇİN GRASSINGER, s. 184.

korkutulan, hakkaniyet gerektiriyorsa, alacaklı tarafa bir miktar tazminat ödemekle yükümlüdür. Kefil, içinde bulunduğu durum bakımından kendisinin veya yakınlarından birinin kişilik haklarına ya da malvarlığına yönelik ağır ve yakın bir zarar tehlikesinin doğduğuna inanmakta ise, korkutma gerçekleşmiş sayılır (T.B.K. md. 38/1).

SONUÇ

Türk Borçlar Kanunu'nda kefalet sözleşmesinin geçerlilik şartları ile ilgili önemli değişiklikler ve yenilikler yapılmıştır. Söz konusu bu düzenlemeler yapılırken kaynak İsviçre Borçlar Kanunu'nun hükümleri göz önünde bulundurulmuştur. Ayrıca kefalet sözleşmesinin hukuki mahiyeti dikkate alınarak kefalet sözleşmesinde kefilin koruması amaçlanmıştır.

Türk Borçlar Kanunu'na göre geçerli bir kefalet sözleşmesi yapılabilmesi için geçerli bir asıl borcun ve geçerli bir kefalet sözleşmesinin bulunması gerekmektedir. Geçerli bir kefalet sözleşmesinin varlığı için, kefil olma ehliyetinin tam olması gerekmektedir. Türk Borçlar Kanun'da gerçek kişilerin ehliyetiyle ilgili önemli yenilik getirilmiştir. Eşin rızası başlıklı maddeye göre eşlerden biri mahkemece verilmiş bir ayrılık kararı olmadıkça veya yasal olarak ayrı yaşama hakkı doğmadıkça, ancak diğerinin yazılı rızasıyla kefil olabilir; bu rızanın sözleşmenin kurulmasından önce ya da en geç kurulması anında verilmiş olması şarttır.

Kefalet sözleşmesinin geçerlilik şartlarından bir diğeri de şekil yönünden kefalet sözleşmesinin geçerli olmasıdır. Türk Borçlar Kanun'da kefalet sözleşmesinin şekli ile ilgili kaynak İsviçre Borçlar Kanunu'nda dahi yer almayan yeni düzenlemeler yapılmıştır. Türk Borçlar Kanunu'na göre kefalet sözleşmesi, kefilin sorumlu olacağı azamî miktar ile kefalet tarihi belirtilerek yazılı şekilde yapılmadıkça 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 zorunludur. Söz konusu el yazısı şartının yerine getirilmesi bakımından kefalet sözleşmesinin resmi şekilde ya da yazılı şekilde yapılması bakımından herhangi bir ayırım yapılmadığı gibi kefilin gerçek kişi olması veya tüzel kişi olması durumunda da el yazısı koşulu bakımından bir ayırım yapılmamıştır. Uygulamada doğabilecek aksaklıklar dikkate alınarak Türk Borçlar Kanununun yürürlük tarihi olan

01.07.2012 tarihinden önce bu konuda İsviçre Borçlar Kanununda yer alan düzenlemeye benzer nitelikte bir düzenleme yapılmasının uygun olduğunu düşünüyoruz.

Geçerli bir kefalet sözleşmesinin varlığı için ayrıca kefalet sözleşmesinin konu yönünden geçerli olması ve irade bozukluğu sebebiyle de geçersiz olmaması da gerekmektedir.

KAYNAKÇA

- AKSOYOĞLU, Necati, “Borçlar Kanunu Tasarısı’ndaki Kefalet Sözleşmesine İlişkin Önemli Değişiklikler”, *Bankacılar Dergisi*, S. 72, 2010.
- AYRANCI, Hasan, “Şekil Şartına Uyulmadan Kefalet Sözleşmesinde İfanın Sonuçları”, *AÜHFD*, C. 53, S. 2, 2004.
- BARLAS, Nami, *Kefalet Hukukuna İlişkin Bazı Sorunlar ve Yargıtay Uygulaması*, Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu XXI, 2005.
- BECK, Emil, *Das neue Bürgschaftsrecht*, Zürich, 1942.
- BECKER, Herman (Çev. Suat DURA), *İsviçre Borçlar Kanunu Şerhi*, Madde 184-551, Ankara, 1993.
- BİLGE, Necip, *Borçlar Hukuku Özel Borç Münasebetleri*, Ankara, 1971. (Borçlar Hukuku)
- BİLGE, Necip, “Kefilin Mesuliyetinin Şümulü”, *AÜHFD*, C. 13, S. 1-2, 1956.
- BUCHER, Eugen, *Schweizerisches Obligationenrecht*, Besonderer Teil, 3. Aufl. Zürich, 1988.
- CAVIN, Pierre (Amil ARTUS), “Yeni Kefalet Hukuku”, *Adalet Dergisi*, S. 8, 1942.
- DAEPPEN, Oscar (Çev. Osman BAYRAV), “Kefalet”, *İBD*, C. 25, S. 6, 1951.
- DEVELİOĞLU, Hüseyin Murat, *Kefalet Sözleşmesini Düzenleyen Hükümler Işığında Bağımsız Garanti Sözleşmeleri*, İstanbul, 2009.
- DOĞAN, Murat, “Türk Medenî Kanunu’nun Evliliğin Genel Hükümleri Bakımından Getirdiği Yenilikler”, *AÜHFD*, C. 52, S. 1-4, 2003.
- ELÇİN GRASSINGER, Gülçin, *Borçlar Kanunu’na Göre Kefilin Alacaklıya Karşı Sahip Olduğu Savunma İmkânları*, İstanbul, 1996.
- FRANKO, Nisim, “Ticaret Şirketlerinin Kefalet Ehliyeti”, *Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu II*, Ankara, 1985.
- GIOVANOLI, Silvio, *Berner Kommentar, Schweizerisches Zivilgesetzbuch*, Das Obligationenrecht, 2. Abteilung Die einzelnen Vertragsverhältnisse, 7. Teilband Die Bürgschaft, Spie und Wette, Artikel 492-515 OR, 2. Aufl., Bern, 1978.
- GÖKTÜRK, Hüseyin Avni, “Kefalet Hukukumuzun Kifayetsizliği ve Yeni İsviçre Kefalet Hukuku”, *AÜHFD*, C. 7, S. 3-4, 1950.

- GÜMÜŞ, Mustafa Alper, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, C.2, İstanbul, 2010.
- HATEMİ, Hüseyin, *Borçlar Hukuku Özel Bölüm*, İstanbul, 1999.
- HATEMİ, Hüseyin, *Hukuka ve Ahlâka Aykırılık Kavramı ve Sonuçları*, İstanbul, 1976.
- HATEMİ, Hüseyin/ SEROZAN, Rona/ ARPACI, Abdülkadir, *Borçlar Hukuku Özel Bölüm*, İstanbul, 1992.
- HAZNEDAR, Murat, *Borçlar Kanunu Tasarısı'ndaki Kefalet Sözleşmelerine İlişkin Önemli Değişikler*, www.murathaznedar.av.tr/makale_doc/5.doc, (Çevrimiçi), 04 Haziran 2011.
- KARATAY, Ata, "İsviçre Borçlar Kanununun Değişen Kefalet Hükümleri Üzerine Mukayeseli Bir İnceleme", *İBD*, C. 26, S. 11-12, 1952.
- KIRCA, İsmail, "Türk Borçlar Kanunu Tasarısı Kefalet Eşin İzni", *Tuğrul Ansay'a Armağan*, Ankara, 2006.
- KOÇ, Nevzat, "Türk Borçlar Kanunu Tasarısında Vekâlet Sözleşmesine, Havaleye, Kefalet ve Âdi Ortaklık Sözleşmelerine İlişkin Olarak Yapılması Öngörülen Yenilik ve Değişiklikler", *İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi*, S. 14, 2008.
- OLGAÇ, Senai, *Kefalet*, Ankara, 1978.
- OSER, Hugo/ SCHÖNENBERGER, Wilhelm (Çev. İsmet SUNGURBEY), *İsviçre Borçlar Kanunu Şerhi*, Ankara, 1964.
- ÖZEN, Burak, *Kefalet Sözleşmesi, Özellikler- Kuruluşu- Türleri*, İstanbul, 2008.
- REİSOĞLU, Seza, *Türk Hukukunda ve Bankacılık Uygulamasında Kefalet*, Ankara, 1992. (Kefalet)
- REİSOĞLU, Seza, "Kefalet Kavramı ve Muteberlik Şartları", *AÜHFD*, C. 19, S. 1-4. (Muteberlik Şartları)
- SÜCÜLLÜ, Aslı, *Kefalet Sözleşmesi ve Kefalet Sözleşmesinin Şartları*, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara, 2006.
- ŞAHAN, Gökhan, *Kefalet Sözleşmesinin Sona Ermesi*, Yüksek Lisans Tezi, Kayseri, 2007.
- TANDOĞAN, Haluk, "Kefaletin Geçerlilik Şartları", *BATİDER*, C. 9, S. 1, 1977.
- YAVUZ, Cevdet, *Borçlar Hukuku Dersleri (Özel Hükümler)*, Yenilenmiş 8. Baskı, İstanbul, 2010.
- YAVUZ, Faruk, *Roma Kefalet Akdi'nin Günümüze Yansıması*, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara, 2008. (Roma Kefalet Akdi)
- YILMAZ, Merve, *Bağışlama Sözleşmesinin Sona Ermesi*, Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul, 2011.
- ZEVKLİLER, Aydın/ GÖKYAYLA, K. Emre, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*, 11. Baskı, Ankara, 2010.