BORÇLAR KANUNU TASARISI İLE KEFALET HÜKÜMLERİNDE ÖNGÖRÜLEN YENİLİKLER VE DEĞİŞİKLİKLER

Araş. Gör. Pınar AĞCA TOPLANDI*

GİRİŞ

Halen TBMM Genel Kurulu'nda görüşülmekte olan Borçlar Kanunu Tasarısı, Borçlar Kanunumuzun 483 vd. maddelerinde düzenlenmiş olan kefalet sözleşmesi hükümleri bakımından, kefalet sözleşmesinin tanımı da dâhil olmak üzere, önemli değişiklikler öngörmektedir. Kefalet sözleşmesine ilişkin değişiklik hükümleri, temelde kefili daha fazla himaye etmeyi amaçlamaktadır. Bu amaç, Tasarının kefalet sözleşmesi için daha sıkı şekil şartları öngören 583üncü maddesinde, evli kişilerin kefil olmasında eşin rızasını arayan 584üncü maddesinde, müteselsil kefaleti adi kefalete yakınlaştıran 586ıncı maddesinde ve kefile kefalet sözleşmesinden dönme imkânı tanıyan 599uncu maddesinde açıkça görülmektedir. Çalışmamızın amacı, Türk öğretisindeki görüşleri de dikkate alarak, Borçlar Kanunu Tasarısının kefalet hükümlerine ilişkin öngördüğü yenilik ve değişiklikleri Borçlar Kanunumuzda yer alan hükümlerle karşılaştırmaktan ibarettir.

1) BK m.483: Kefaletin Tarifi

Tasarı, ilk olarak kefaletin tanımına ilişkin bir değişiklik getir-

* Çağ Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Medeni Hukuk Anabilim Dalı,
Yeditepe Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Doktora Öğrencisi.

mektedir. Bu değişiklikle öğretideki eleştirilerin[1] de göz önüne alınmış olduğu anlaşılmaktadır. Şöyle ki; BK m. 483'teki "*Kefalet, bir akittir ki onunla bir kimse, borçlunun akdettiği borcun edasını temin etmeği alacaklıya karşı taahhüt eder*"[2] şeklindeki tanımda yer alan "borçlunun akdettiği" ifadesi, kefaletin sadece sözleşmeden doğan borçlar için söz konusu olabileceği anlamını akla getirmektedir ve bu yönüyle eleştirilmektedir. Fakat hukuki sebebi ne olursa olsun para ile belirtilebilen herhangi bir borç için kefil olunabilir; borcun kaynağının sözleşme olması şart değildir. Borcun kaynağı sözleşme olabileceği gibi haksız fiil ya da sebepsiz zenginleşme de olabilir. Gelecekteki bir borç için ya da şarta bağlı bir borç için de kefalet söz konusu olabilir(BK m.485/c.2). Konusu paradan başka bir şey olan borçlar için de kefil olunabilir.[3] Kefaletin tanımına ilişkin ikinci haklı eleştiri de kefilin, borçlunun borcunu ödemeyi değil, borçlunun borcunu ödememesinin sonuçlarından, alacaklıya karşı, kişisel olarak sorumlu olmayı taahhüt ettiği şeklindedir.

Tasarı, öğretideki bu eleştirileri ve kaynak İsviçre Borçlar Kanunu da göz önüne alarak, kefalet sözleşmesinin yasal tanımındaki bu yanlışlıkları düzeltmiştir. Tasarının 581. maddesine göre: "*Kefalet sözleşmesi, kefilin alacaklıya karşı, borçlunun borcunu ifa etmemesinin sonuçlarından kişisel olarak sorumlu olmayı üstlendiği sözleşmedir.*"

---

1 Seza Reisoğlu, Türk Kefalet Hukuku (Ankara: Ajans Türk Matbaası, 1964), s.2; Haluk Tandoğan, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri (İstanbul: Evrim Basım-Yayım-Dağıtım, 1989), Dördüncü Tıpkıbasım, s.693; Cevdet Yavuz, Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler (İstanbul: Beta Basım Yayım Dağıtım A.Ş., 2007), Yenilenmiş VII. Baskı, s.824; Gülçin Elçin Grassinger, Kefilin Alacaklıya Karşı Sahip Olduğu Savunma İmkanları (İstanbul: Alfa Basım Yayım Dağıtım, 1996), s.13.

2 Yargıtay da kefalet sözleşmesini bu şekilde tanımlamaktadır. Bakınız Y.12. HD'nin 5.11.1992 tarih ve E.1992/6091, K.1992/13175 sayılı kararı. (www.kazanci.com); HGK'nin 2.11.1960 tarih ve E.28, K.43 sayılı kararı (Mutafa Reşit Karahasan, Türk Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, İstanbul: Beta Yayım Dağıtım AŞ. 2004, V. Cilt, s.1199).

3 Hüseyin Hatemi/Rona Serozan/Abdülkadir Arpacı, Türk Borçlar Hukuku Özel Bölüm (İstanbul: Filiz Kitabevi, 1992), s.521.

2) BK m.484: Şekil

Kefalet sözleşmesine ilişkin öngörülmekte olan diğer önemli bir değişiklik de sözleşmenin geçerliliğinin daha sıkı şekil şartlarına bağlanmasıdır.

Kefalet sözleşmesinin geçerli olabilmesi için yazılı şekilde yapılmış olması ve kefilin sorumlu olacağı miktarın belirtilmiş olması şarttır (BK m.484).[4] Kanunun kefalet sözleşmesi için yazılı şekli aramasındaki amaç kefili korumak, onu alacağı risk hususunda düşünmeye sevk etmek ve uyarmaktır.[5] Hükümde sözü edilen yazılı şekil bir geçerlilik şartı olduğu için, bu yazılı şekle uyulmadan yapılan kefalet sözleşmesi kesin olarak hükümsüzdür (batıldır).[6] Kanun sadece yazılı şekilden bahsetmektedir. Bu nedenle kefalet sözleşmesinin resmi şekilde yapılması şart olmayıp, adi yazılı şekilde yapılmış olması yeterlidir.[7] Adi yazılı şeklin yeterli olmasının sonucu olarak kefalet sözleşmesinin daktilo, bilgisayar gibi mekanik araçlarla yazılması mümkün olduğu gibi el yazısı ile yazılması da mümkündür. Ancak burada önemli olan husus kefilin imzasıdır. Zira BK m.13'e göre kanunen yazılı şekle tabi tutulmuş bir sözleşmede, yükümlülük altına giren bütün şahısların imzalarının bulunması mecburidir. Kefalet sözleşmesinde sadece kefil yükümlülük altına girdiğine göre yazılı şekil için kefilin imzasının bulunması yeterlidir. Hatta BK m.14'deki imkânlardan yararlanmak da mümkündür.

Borçlar Kanunu Tasarısı, kefilin daha fazla himaye edilmesi amacıyla kefalet sözleşmesinin şekline ilişkin özel düzenlemeler getirmektedir. BKT m.583'e göre, kefalet sözleşmesinde kefil, sorumlu olduğu azami miktarı, kefalet tarihini ve müteselsil kefil sıfatıyla veya bu anlama gelen herhangi bir ifadeyle yükümlülük altına girdiğini kendi el yazısıyla belirtmelidir. Görüldüğü üzere Tasarı kefalet sözleşmesinin yazılı olmasını yeterli görmeyerek, bazı hususların

4 Y 4.HD'nin 27.11.1970 tarih ve E.1970/8640, K.1970/8819 sayılı kararı da bu yöndedir.(www.kazanci.com).

5 Tandoğan, age s.740; Yavuz, age s.836.

6 Tandoğan, age s.740; Yavuz, age s.837.

7 Tandoğan, age s.743; Hatemi/Serozan/Arpacı, age s.524.

kefilin el yazısı ile yazılması şartını aramaktadır.[8]

BK m.484 kefilin sorumlu olacağı belirli miktarın yazılı metinde gösterilmesini bir geçerlilik şartı olarak kabul etmektedir. Ancak BK m.484, kefilin sorumlu olacağı azami miktarın, kefalet sözleşmesinde sayı ile gösterilmesini açıkça aramamaktadır. Bu husus, kefilin sorumlu olacağı miktarın rakamla ifadesi sayesinde, kefilin kendisini bekleyen riziko hakkında daha sağlıklı bir şekilde uyarılacağı gerekçesi ile eleştirilmektedir.[9] Tasarının 583'üncü maddesinde öngörülen, kefilin sorumlu olacağı azami miktarın kefilin el yazısı ile belirtilmesi şartı ile bu eleştirilen dikkate alındığı anlaşılmaktadır.

Kefalet sözleşmesinin şeklini düzenleyen BK m.484'e göre kefalet tarihinin sözleşmede belirtilmiş olması bir geçerlilik şartı değildir. Kefalet tarihinden anlaşılması gereken şey, kefalet sözleşmesinin kurulduğu tarihtir. Kefalet sözleşmesinin yürürlüğe gireceği tarihin sözleşmede belirtilip belirtilmemesinin önemi yoktur. BK m.484'ten farklı olarak Tasarıda kefalet tarihinin de sözleşmede belirtilmiş olması geçerlilik şartı olarak kabul edilmiştir. Çünkü BKT m.589/III uyarınca, kefil, sözleşmede aksi kararlaştırılmadıkça, borçlunun sadece kefalet sözleşmesi kurulduktan sonraki borçlarından sorumludur. BKT m.589'un uygulanabilmesi ve BKT m.600'de öngörülen süreli kefaletin sonunun belirlenebilmesi için kefalet sözleşmesinin kurulduğu tarihin sözleşmeden açıkça anlaşılabilir olması gerekir.[10] Ayrıca BKT m.598'de düzenlenen on yıllık sürenin başlangıcının belirlenmesi bakımından da kefalet tarihinin sözleşmede yer alması önemlidir.

---

8 Bu durumda Tasarının 15'inci maddesinde öngörülen "*güvenli elektronik imzanın da el yazısı ile imzanın bütün hukuki sonuçlarını doğuracağı*" hükmü acaba kefalet sözleşmesi bakımından mümkün olabilecek midir? Kanaatimce, BKT/I,c.2'de öngörülen güvenli elektronik imzanın kefalet sözleşmeleri bakımından uygulanabilirliği yoktur. Zira, BKT m.583 uyarınca sorumlu olduğu azami miktarı, kefalet tarihini, müteselsil kefil ise bu hususu el yazısı ile yazması beklenen kefilin elektronik imza yoluna başvurması mümkün görünmemektedir.

9 Hatemi/Serozan/Arpacı, age s.524-525.

10 BKT m.583'ün gerekçesi.

Tasarının öngördüğü ağırlaştırılmış adi yazılı şekil şartları, kefalet sözleşmesinde sonradan yapılacak olan ve kefilin sorumluluğunu artıran değişiklikler için de söz konusudur (BKT m.583/son). Borçlar Kanunumuzda açık bir hüküm olmamakla birlikte, kefilin sorumluluğunu artıran değişikliklerin de kefalet sözleşmesi gibi yazılı şekilde yapılması gerektiği benimsenmektedir.[11] Ancak Tasarının bu hususa açıkça yer vermesi isabetli olmuştur. Hükümde kefilin sorumluluğunu artıran değişikliklerden bahsedildiğine göre, bunun ters kavramından yola çıkarak, kefilin sorumluluğunu daraltan değişikliklerin kefalet sözleşmesi için öngörülen şekle tabi olmadığı sonucuna ulaşabiliriz.

Tasarının 583'üncü maddesinde, bir kimseye kendi adına kefil olması için vekâlet verilmesi halinde, bu vekâletnamenin de kefalet sözleşmesiyle aynı şekil kurallarına tabi olduğu kabul edilmektedir. Buna göre söz konusu vekâletnamenin yazılı olarak verilmesi, kefilin sorumlu olacağı azami miktarın, kefalet sözleşmesinin tarihinin ve müteselsil kefalet söz konusu ise bu hususun vekâletname metninde belirtilmiş olması şarttır.

Acaba vekil aracılığıyla kefil olacak kişinin evli olması halinde ne olur? BKT m.584 kefalet sözleşmesinin geçerli olabilmesi için eşin rızasını şart koşmaktadır.[12] Kanaatimce, eşin yazılı rızasını vekilin kefalet sözleşmesini akdettiği esnada vermiş olması yeterlidir. Rızanın, mutlaka kefil olacak eşin, vekâletnameyi düzenlediği esnada verilmiş olması şart değildir.

Kanaatimce, vekil aracılığıyla yapılan kefalet sözleşmesinde de, kefilin sorumlu olacağı azami miktarın, kefalet tarihinin ve müteselsil kefalet söz konusu ise bu hususun, kefil adına hareket eden vekili tarafından el yazısı ile belirtilmesi şarttır.

Borçlar Kanunumuzda kefalet vaadinden söz edilmemektedir. Ancak Tasarının 583'üncü maddesinin ikinci fıkrasında bu hususa yer verilmiştir. Bu hükme göre, kefalet vaadinde bulunmak için de kefalet sözleşmesinin tabi olduğu şekil kurallarına uymak şarttır.

11 Hatemi/Serozan/Arpacı, age s.525

12 Bu konuya aşağıda değinilecektir.

Kefalet vaadi aslında bir önsözleşmedir. Önsözleşme BK m.22'de ve BKT m.29'da düzenlenmiştir. Bu hükümler zaten önsözleşmenin, ileride yapılacak olan asıl sözleşmenin şekline tabi olduğunu ifade etmektedirler. O halde BKT m.583/II'de öngörülen "*kefil olma vaadinin de kefalet sözleşmesinin şekline tabi olacağı"* hükmü, BKT m.29'un tekrarından ibaret olup, gereksiz bir düzenlemedir.

3) Eşin Rızası

Borçlar Kanunu Tasarısının öngörmekte olduğu en önemli değişikliklerden biri de kefil olmak isteyen kişinin evli olması halinde, söz konusu kefalete ilişkin eşin rızasının alınması zorunluluğudur.

MK m.193'e göre "*Kanunda aksine hüküm bulunmadıkça, eşlerden her biri diğeri ve üçüncü kişilerle her türlü hukuki işlemi yapabilir*". Kefalete ilişkin hükümler arasında da eş rızasının gerekli olduğuna dair bir hüküm bulunmadığına göre, her bir eş diğerinin rızasına ihtiyaç duymadan kefil olabilmektedir. Ancak Borçlar Kanunu Tasarısının 584. maddesi yeni bir düzenleme ile kefalet için eşin rızasını aramaktadır. Böylece kefalet bakımından eşlerin fiil ehliyeti kısıtlanmış olmaktadır. Maddenin birinci fıkrasına göre, kefalet sözleşmesinde eşin yazılı rızasının sözleşmenin kurulmasından önce veya en geç kurulması anında verilmiş olması gerekmektedir. Acaba eş sözleşme kurulmadan önce ya da en geç sözleşmenin kurulması anında yazılı rızasını vermemiş olsa ne olacak? Kanaatimce bu durumda kefalet sözleşmesi askıda hükümsüz olacaktır. Eşin sonradan vereceği yazılı rıza ile kefalet sözleşmesi geçerlilik kazanabilirken, eşin hiç bir şekilde bu işleme rıza vermemesi halinde de kefalet sözleşmesi geçersiz hale gelecektir. Yani kefalet sözleşmesindeki eşin rızasını, sınırlı ehliyetsizlik halinde kanuni temsilcinin rızasına benzetebiliriz.

Tasarı eşin rızasının yazılı olmasını aramaktadır. BKT m.584 hükmü sadece yazılı şekilden söz ettiğine göre adi yazılı şekilde verilen rıza yeterlidir. Rızanın mutlaka kefalet sözleşmesinin şekline tabi olması beklenmez. Eşin sadece kefalet sözleşmesi yapılmasına değil, kefaletin içeriğine de rıza göstermesi gerekmektedir. Bu nedenle kanaatimce eşlerden birinin diğeri lehine vereceği "*Eşimin*

yapacağı her türlü kefalet sözleşmesine rıza veriyorum" şeklindeki genel bir yazı geçerli kabul edilmemelidir. Kişi, eşinin adi kefil mi müteselsil kefil mi olduğu, borçlunun borcunu ödememesi halinde eşinin sorumlu olacağı azami tutarın ne kadar olduğu gibi hususları bilerek rıza göstermelidir.

Kefalet için eşin rızasını düzenleyen BKT m.584, bu konudaki istisnalara da yer vermiştir. İlk istisnaya ilk fıkrada yer verilmiştir. Şöyle ki, mahkemece verilmiş bir ayrılık kararı varsa ya da yasal olarak ayrı yaşama hakkı doğmuşsa, kefil olmak isteyen eşin diğer eşin rızasına ihtiyacı yoktur. Diğer bir istisna da kefalet sözleşmesinde sonradan yapılacak değişiklikler içindir. BKT m.584/II'ye göre kefalet sözleşmesinde sonradan yapılacak olan değişiklikler için eşin rızası aranmaz. Ancak bunun için bazı şartlar aranmaktadır. Şöyle ki, kefalet sözleşmesinde sonradan yapılan bu değişiklikler ile kefilin sorumlu olduğu miktar artmamalı veya adi kefalet müteselsil kefalete dönüştürülmemeli ya da kefil yararına olan güvenceler önemli ölçüde azalmamalıdır. Bu hususlar haricinde yapılacak olan değişiklikler için eşin rızasına gerek yoktur.

Adi işler bakımından kefalette eşin rızasının aranması yerinde bir düzenleme olmakla birlikte, ticari işler bakımından bu düzenlemenin yerinde olmadığı kanaatindeyiz. Kefalette eşin rızasını düzenleyen Tasarının 584üncü maddesinin daha önceki metninde yer alan *"Kefalet, ticaret siciline kayıtlı bir işletmenin sahibi; bir kolektif ortaklığın sınırsız sorumlu ortağı; bir komandit ortaklığın müdürü veya bir limited ortaklığın yönetici ortağı tarafından işletmeyle ilgili olarak verilmişse, eşin rızası aranmaz"* şeklindeki düzenlemenin madde metninden çıkarılmasının yerinde olmadığı fikrindeyiz. Ticaret hayatının gerekleri göz önüne alındığında, ticari işletmesiyle ilgili olarak kefil olmak isteyen tacirin, eşinin rızasına ihtiyaç duyacak olmasının birtakım aksaklıkları da beraberinde getireceğini düşünüyoruz.

4) BK m.485: Asıl Borç

Kefaletin geçerliliğinin asıl borcun geçerliliğine bağlı olduğu hükmünü düzenleyen BK m.485'i karşılayan Tasarının 582nci mad-

desine; *"Kanundan aksi anlaşılmadıkça kefil, bu bölümde kendisine tanınan haklardan önceden feragat edemez."* şeklinde yeni bir fıkra eklenmiştir. Ayrıca hata veya ehliyetsizlik nedeniyle borçlunun sorumluluğunu gerektirmeyen bir sözleşmeden kaynaklanan borca kefalet halinde, kefilin söz konusu eksikliği, yükümlülük altına girdiği sırada bilmesi halinde kefaletin geçerli olacağını düzenleyen BK m.485/II hükmüne de yeni bir cümle eklenmiş ve aynı kuralın borçlu yönünden zamanaşımına uğramış bir borca kefalet ettiğini açıklayan kişi için de uygulanacağı kabul edilmiştir.

5) BK m. 486: Adi Kefalet

Adi kefalette, kefilin söz konusu borçtan şahsen sorumlu olması, kefalet sözleşmesinden sonra borçlunun iflas etmesi veya borçlu aleyhinde yapılan icra takibinin alacaklının kusuru olmaksızın semeresiz kalması ya da borçlu aleyhine Türkiye'de icra takibinin imkânsız hale gelmesi şartına bağlıdır (BK m.486/I).[13] Borçlar Kanunu Tasarısı, 585'inci maddesi ile, borçlunun iflasına karar verilmesinin yanında, borçluya konkordato mehli verilmiş olması halinde de alacaklının doğrudan kefile başvurabileceğini hüküm altına almıştır. Ayrıca alacağın rehinle güvence altına alınmış olması halinde de borçluya konkordato mehli verilmesine karar verilmiş ise, alacaklı doğrudan kefile başvurabilir. Kefil, alacaklının önce rehne başvurmasını talep edemez. Uygulamada konkordatonun pek rastlanılmadığı gerçeğinden hareketle, Tasarı metnindeki, konkordato için söz konusu olan hükümlerin aynı zamanda iflasın ertelenmesi ve uzlaşma yoluyla yeniden yapılandırma gibi konkordatoya benzer nitelikteki ve konkordatodan daha sık karşılaşılan kurumlar için de uygulanması gerektiği kanaatindeyiz.

BK m.486/II, c.2 hükmü, rehnin paraya çevrilmesi def'ine istisna getirmektedir. Buna göre borçlu iflas etmiş ise, (adi) kefil rehnin paraya çevrilmesi def'ini ileri süremeyecektir. Bu durumda alacaklı, iflas idaresinin rehni paraya çevirmesini beklemeden, adi kefili

13 Y.4.HD'nin 8.10.1968 tarih ve E.548, K.7447 sayılı kararı. (Karahasan, age s.1223 vd).

takip edebilir. Buradaki amaç, alacaklının iflas masasının rehni paraya çevirmesini beklemeden, alacağına daha kısa bir sürede kavuşmasını sağlamaktır.[14] Asıl borçlunun iflas etmiş olması halinde, adi kefile karşı yapılan haciz veya iflas yolu ile takiplerde İİK m.45'teki[15] önce rehne başvurma kuralının da uygulanmaması gerekir. Borçlunun iflası halinde adi kefil aleyhine yapılacak olan takiplerin, önce rehne başvurma kuralının istisnaları arasında yer almasının doğru olacağı düşünülmektedir. Aksi halde, BK m.486/II,c.2 hükmünün bir anlamı kalmayacaktır.[16]BK m.486/II,c.2'de yer alan *"borçlunun iflası ilan olunmadıkça, rehnin nakde tahvili kabil olmazsa"* şeklindeki ifade ile ne kastedildiği anlaşılamamaktadır. Anlamı açık olmayan bu ifadenin Tasarıdan çıkarılmış olması isabetlidir.

Borçlar Kanunu Tasarısı, "adi kefalet" başlıklı 585'inci maddesinin üçüncü fıkrasında, sadece açığa kefil olma halinde, alacaklının doğrudan kefile başvurabileceği haller düzenlenmiştir. Bu hükme göre: "*Sadece açığın kapatılması için kefil olunmuşsa, borçlu aleyhine yapılan takibin kesin aciz belgesi alınmasıyla sonuçlanması veya borçlu aleyhine Türkiye'de takibatın imkânsız hale gelmesi ya da konkordatonun kesinleşmesi durumlarında, doğrudan doğruya kefile başvurulabilir. Sözleşmede, bu durumlarda alacaklının, önce asıl borçluya başvurmak zorunda olduğu kararlaştırılabilir*." BKT m.585'e eklenen bu üçüncü fıkra ile kefaletin bir türü olan "açığa kefalet"e de kanunda yer verilmiştir.[17]

Hükümde geçen "*konkordatonun kesinleşmesi*" ifadesinden ne anlıyoruz? Diğer bir deyişle konkordato ne zaman kesinleşmiş olur? Kanatimizce, konkordato; ticaret mahkemesinin konkordatonun tasdikine ilişkin vermiş olduğu karara karşı on gün içinde tem-

14 Ali Cem Budak, İpoteğin Paraya Çevrilmesi Yoluyla Takip, (İstanbul: Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayını, 2008), s.27, 28

15 İİK m.45'e göre rehinle teminat altına alınmış bir alacağın borçlusu iflas etmiş olsa dahi, alacaklı, sadece rehnin paraya çevrilmesi yolu ile takip yapabilir. Ancak, rehin tutarı borcu ödemeye yetmez ise iflas veya haciz yoluyla takip yapılabilir.

16 Budak, İpotek, s.29

17 Açığa kefaleti düzenleyen BKT m.585 hükmünün gerekçesinin yeterince açık olmadığı fikrindeyiz.

yiz yoluna gidilmemişse bu sürenin sonunda; ticaret mahkemesinin verdiği tasdik kararına karşı süresi içinde temyiz yoluna gidilmişse Yargıtay'ın onama kararı ile; Yargıtay bozma kararı vermişse karar düzeltme talebinin kabulü ile kesinleşir.

Açığa kefalette, borcun tamamı için değil, sadece alacaklının asıl borçludan tahsil edemediği kısım için kefil olunmaktadır. Bu nedenle mesela, adi kefaletten farklı olarak, borçlunun iflas etmiş olması yetmez; iflasın tasfiyesi sonunda alacağın tahsil edilememiş olması gerekir. Açığa kefil olan kimseye, sadece iflasın tasfiyesi sonunda, tahsil edilemeyen kısım için başvurulabilir.[18]

Sadece açığın kapatılması için kefil olunmuş olması halinde, borçlu aleyhine yapılan takibin kesin aciz belgesi alınmasıyla sonuçlanması veya borçlu aleyhine Türkiye'de takibatın imkânsız hale gelmesinin yanında konkordatonun kesinleşmiş olması da alacaklının doğrudan kefile başvurması için yeterli kabul edilmiştir. Ancak ikinci cümle ile kefilin korunması amaçlanarak, alacaklının önce asıl borçluya başvurabileceğinin sözleşmede karar"laştırılabileceği düzenlenmiştir. Böylece, sadece açığa kefalete özgü ayrı bir düzenleme yapılarak, kefile, alacaklıya karşı ileri sürebileceği "peşin dava def'i (tartışma def'i)" hakkı tanınmıştır.

BKT m.585'in ilk iki fıkrasında borçluya konkordato mehli verilmiş olması, alacaklının doğrudan kefile başvurabilmesi için yeterli kabul edilirken, son fıkrada, yani açığa kefalet halinde, alacaklının doğrudan kefile başvurması konkordatonun kesinleşmiş olması şartına bağlanmıştır.

6) BK m.487: Müteselsil Kefalet

Müteselsil kefalette alacaklı, alacağının tahsili için borçluya gitmeden doğrudan kefile başvurabilmektedir.[19] Aynı şekilde alacaklının, önce rehnin paraya çevrilmesi yoluna gitmesine de gerek

18 Tandoğan, age s.769; Yavuz, age s.850.

19 Y.4.HD'nin 20.3.1967 tarih ve E.886, K.656 sayılı kararı. (Karahasan, age s.1239-1240).

yoktur. Başka bir ifadeyle, müteselsil kefalette kefilin, "peşin dava def'i" ya da "tartışma def'i" yanında "önce rehnin paraya çevrilmesi def'i"nden de yararlanması mümkün değildir (BK m.487/I).[20] Fakat Tasarı, kefili daha fazla himaye etme amacından hareketle, müteselsil kefalete ilişkin önemli değişiklikler öngörmekte; müteselsil kefaleti adi kefalete yaklaştırmaktadır. Şöyle ki, müteselsil kefalette alacaklının borçluya başvurmadan önce ya da rehin konusu taşınmazı paraya çevirmeden önce kefile başvurması bazı şartlara bağlanmıştır. Bu hükme göre alacaklının doğrudan kefile başvurabilmesi için, borçlunun açıkça ödeme güçsüzlüğü içinde bulunması ya da ifada gecikmesi ve ihtarın sonuçsuz kalması gerekmektedir. Hükümde vadesi belli olan ya da olmayan borçlar yönünden herhangi bir ayrım yapılmamaktadır. Bu nedenle vadesi belli olan borçlar için de borçluya ihtar yapılması zorunluluğu kabul edilmelidir. Bu ihtar zorunluluğu borçluya başvurmak için değil kefile başvurmak için gereklidir.

Tasarıda müteselsil kefalette doğrudan kefile başvurabilmek için borçlunun ödeme güçsüzlüğü içinde bulunması gerektiğini ifade ettik. Acaba bu ödeme güçsüzlüğünden ne anlamak gerekir? Kanaatimce, ödeme güçsüzlüğünü, borçlunun acze düştüğü ve bu hususun da bir aciz vesikası ile tespit edilmesi gerektiği şeklinde anlamamak gerekir. BKT m.586, *"borçlunun açıkça ödeme güçsüzlüğü içinde olması veya borçlunun ifada gecikmesi ve ihtarın sonuçsuz kalması*" şeklindedir. Hükümden de anlaşılacağı üzere, alacaklının müteselsil kefile başvurabilmesi için borçlunun ifada gecikmesi ve borçluya yapılan ihtarın sonuçsuz kalması dahi yeterlidir. O halde, alacaklının müteselsil kefile başvurabilmesi için, adi kefalette olduğu gibi, borçlunun acze düşmesi ve bu durumun aciz vesikası ile tespit edilmesi şartı aranmamalıdır. Borçlunun ödeme güçsüzlüğü içinde olduğunu gösteren her türlü işaret yeterli kabul edilmelidir. Örneğin, borçlu hakkında protesto edilmiş birçok senedin bulunması onun ödeme güçsüzlüğü içinde olduğuna dair bir delil sayılabilir. Aynı şekilde İİK m.177'de bahsi geçen ödemelerini tatil etmek keyfiyetinin ortaya çıkmış olması da borçlunun ödeme güzsüzlüğü içinde bulunduğunu göstermektedir.

20 Tandoğan, age s.769; Hatemi/Serozan/Arpacı, age s.526.

BKT m.586'nın ikinci fıkrası ile de alacaklının doğrudan kefile başvurması zorlaştırılmıştır. Bu hükme göre, alacak, teslime bağlı taşınır rehni veya alacak rehni ile güvence altına alınmışsa, alacaklı rehnin paraya çevrilmesinden önce kefile başvuramaz. BKT m586/II,c.2 ile bu hükme istisna getirilmiştir. Şöyle ki, alacağın rehnin paraya çevrilmesi yolu ile tamamen karşılanamayacağının önceden hakim tarafından belirlenmesi veya borçlunun iflas etmesi veya konkordato mehli verilmiş olması halinde alacaklı rehnin paraya çevrilmesinden önce de kefile başvurabilecektir. Hukukumuzda rehin konusu malın değerinin, önceden hâkim tarafından belirlenmesine ilişkin bir düzenleme mevcut değildir. İİK m.150/f'ye göre rehin konusu malın değeri ancak alacaklının satış talebinden sonra belirlenir. Ayrıca, satışı hâkim değil icra müdürü yaptığına göre, BKT m.586'daki "önceden hâkim tarafından belirlenmesi" şeklindeki ifadenin yerinde olmadığı kanaatindeyiz. "Rehinli malın değerinin önceden hakim tarafından belirlenmesi" ifadesini ya alacaklının İİK m.150/f uyarınca geçici rehin açığı belgesi alması şeklinde ya da alacaklının ayrı bir tespit davası açarak rehinli malın değerini tespit ettirmesi gerektiği şeklinde anlamak gerekecektir. Aslında bu iki çözüm de eleştirilebilir. İlk çözümde eleştirilecek husus şudur: Geçici rehin açığı belgesi alabilmek için de alacaklının satışı talep etmesi gerektiğinden, alacaklının doğrudan kefile başvurması söz konusu olamayacaktır. İkinci durumda ise alacaklının açmış olduğu tespit davası sonuçlanıncaya kadar zaman kaybedeceği ve bu arada kötü niyetli kefillerin borcu ödememek için alacaklıdan mal kaçırma yoluna gidebilcekleri hususu eleştirilebilir.

BKT m.586/II hükmü ile getirilen düzenlemeyi gereksiz bulduğumuzu ifade etmek isteriz. Alacaklı, borçlunun iflas etmesi ya da borçluya konkordato mehli verilmiş olması halinde, kefalet adi kefalet dahi olsa doğrudan doğruya kefile başvurabilmektedir (BKT m.585). Müteselsil kefalette zaten asıl olan doğrudan kefile başvurabilmek olduğuna göre, bu düzenleme gereksizdir.

Müteselsil kefalet için, kefalet sözleşmesinde açık hüküm bulunmalıdır. Yani kefilin, kefalet sözleşmesinde, müteselsil kefil veya buna benzer bir sıfatla yükümlülük altına girdiğine dair bir beyanda

bulunması gerekir (BK m.487/I).

BK m.487/I'deki "müşterek müteselsil borçlu sıfatı ile" ifadesi eleştirilmektedir. Bu ibare kavram karmaşasına neden olmaktadır. Çünkü müteselsil kefalet ile müşterek müteselsil borçluluk birbirlerinden farklı kavramlardır. Müteselsil kefalette alacaklının önce kefile de başvurabilmesi, bu ilişkiyi müteselsil borçluluğa yaklaştırmaktadır. Ancak, her iki ilişki arasında önemli farklar vardır. Örneğin, kefaletin müteselsil olması, onun fer'i bir borç olma niteliğini değiştirmez. Asıl borcun geçersiz olması halinde müteselsil kefalet de geçersiz olur. Oysa müteselsil borçlulukta durum farklıdır.[21] Tasarı bu eleştirileri dikkate alarak, müteselsil kefalet başlığını taşıyan ve BK m.487'i karşılayan 586'ncı maddesinden "müşterek müteselsil borçlu" ibaresini çıkarmıştır.[22]

Birden fazla müteselsil kefil varsa, sadece asıl borçlu ile kefiller arasındaki ilişkide değil, aynı zamanda kefillerin kendi aralarındaki ilişki bakımından da teselsül söz konusudur.

7) BK m.488: Birlikte Kefalet

a) Gerçek Birlikte Kefalet

Birlikte kefaleti düzenleyen BK m.488'in birinci cümlesinde yer alan "mütecezzi bir borca" şeklindeki ibare, Tasarının 586ncı maddesinin birinci fıkrasında "aynı borca" şeklinde değiştirilmiştir. Öğretide ve uygulamada kefilin borcunun bir tazminat borcu niteliğinde olduğu kabul edildiğinden[23], borcun bölünebilir ya da bölünemez nitelikte olması önem taşımamaktadır. Bu nedenle Tasarıda böyle bir değişikliğin yapılmasının yerinde olduğu düşünülmektedir.[24]

Sözleşmede aksi kararlaştırılmamışsa, gerçek birlikte kefalette, kefillerden her biri toplam kefalet miktarından eşit oranda sorum-

21 Hatemi/Serozan/Arpacı, age s.527

22 BKT m.586'nın gerekçesi.

23 Tandoğan, age s.698; Yavuz, age s.847

24 BKT m.587'nin gerekçesi.

lu olurlar. (BK m.496/c.1, BK m.146/I)[25] Ancak Tasarının 583'üncü maddesinde öngörülen, kefilin sorumlu olacağı azami miktarın kefilin el yazısı ile yazılması şartı karşısında ne olacak? Kefalet miktarının kefilin el yazısı ile yazılmamış olması halinde kefalet sözleşmesi geçersiz olacak. Kefalet miktarının kefillerden birinin el yazısı ile yazılmış olması halinde kefalet sözleşmesi sadece o kefil bakımından geçerli olacak, diğer kefiller bakımından şekil şartı yerine getirilmemiş olacaktır. Ancak gerçek birlikte kefalet halinde, kefil aynı borç için başka kefil ya da kefillerin de sorumlu olacağı varsayımıyla kefil olmaktadır. Herhangi bir sebeple bu varsayımı gerçekleşmemesi halinde kefalet borcundan kurtulmaktadır. O halde, şekil eksikliği nedeniyle diğer kefillerin kefillikleri geçersiz olacağı için, kefalet miktarını el yazısı ile yazmış olan kefilin de kefalet borcu sona erecektir. Bu durumda Tasarı hükümleri gereğince, gerçek birlikte kefaletin söz konusu olabilmesi için tüm kefillerin toplam kefalet miktarını kendi el yazıları ile ayrı ayrı yazmaları şarttır.

Tasarının getirdiği yeniliklerden biri de müteselsil birlikte kefalete ilişkindir. Şöyle ki, hem kefiller arasındaki ilişki bakımından hem de kefillerle borçlu arasındaki ilişki bakımından teselsülün söz konusu olduğu müteselsil birlikte kefalet halinde kefiller hem *peşin dava def'i*nden hem de *bölme def'i*nden feragat ederler.[26] Ancak BKT m.587/II bazı şartlarla kefile, alacaklıya karşı "bölme def'i"ni ileri sürebilme imkânı getirmektedir. Söz konusu hükme göre, borçluyla birlikte veya kendi aralarında müteselsil kefil olarak yükümlülük altına giren kefillerden her biri, kural olarak borcun tamamından sorumludur. Ancak, birlikte kefillerden biri, kendisiyle birlikte daha önce veya aynı zamanda müteselsilen yükümlülük altında bulunan ve Türkiye'de takip edilebilen tüm kefillere karşı takibe girişilmemişse, kendi payından fazlasını ödemekten kaçınabilir.

b) Gerçek Olmayan Birlikte Kefalet

Borçlar Kanunumuzda gerçek olmayan birlikte kefalete ilişkin

25 Hatemi/Serozan/Arpacı, age s.528

26 Hatemi/Serozan/Arpacı, age s.528

bir düzenleme mevcut olmadığından, gerçek olmayan birlikte kefalet halinde, kefillerden birinin borcun tamamını ödemesi halinde diğer kefillere rücu edebilip edemeyeceği hususu tartışmalıdır.[27] Tasarı bu tartışmalara son verecek bir düzenleme getirmekte ve 587nci maddesinde gerçek olmayan birlikte kefalete yer vermektedir. Söz konusu hükmün dördüncü fıkrası uyarınca, birbirlerinden bağımsız olarak aynı borç için kefil olanlardan her biri, kefalet borcunun tamamından sorumludur. Kefillerden birinin borcun tamamını ödemesi halinde, diğer kefillere, bu kefillerin toplam kefalet miktarındaki payı oranında rücu edebileceği de hükümde düzenlenmiştir. Mesela, kefil olunan asıl borç 150 TL ise ve bu borca da birbirinden bağımsız olarak, K1 200 TL için, K2 50 TL için ve K3 de 50 TL için kefil olmuşsa, toplam kefalet miktarı 300 TL olmaktadır. K1 150 TL'nin tamamını ödediğinde, diğer kefillere olan rücu hakkının hesaplanmasında, önce kefil olduğu miktarın toplam kefalet miktarına oranı 2/3 olarak bulunacak ve K1'in asıl borçtan sorumluluğu, bu orana denk düşen 100 TL olacaktır. Bu durumda, K1 fazladan ödediği 50 TL için, yine aynı hesaplamayla bulunacak 1/6 oranında, yani 25'er TL için diğer kefillerin her birine (K2 ve K3) rücu edebilecektir.[28]

8) BK m.489: Kefile Kefil ve Rücua Kefil

Tasarıdaki düzenleme Borçlar Kanunumuzdaki düzenlemeye paralel niteliktedir. Madde metninde yapılan arılaştırma dışında herhangi bir değişiklik söz konusu değildir.

9) BK m.490: (Kefilin Mes'uliyeti) Şümulü

Kefilin sorumluluğunun kapsamını düzenleyen BK m.490ı karşılayan BKT m.589 da birçok yenilik öngörmektedir. Bunlardan ilki BKT m.589un ilk fıkrasında yer almaktadır. Bu hüküm Borçlar Kanunumuzda olmayan yeni bir hükümdür. Söz konusu hükme göre: "*Kefil, her durumda kefalet sözleşmesinde belirtilen azami miktara*

27 Bu konudaki tartışmalar için bakınız Tandoğan, age s.771

28 BKT m.587'nin gerekçesi.

kadar sorumludur." Hükümden de anlaşılacağı üzere, dava ve takip masrafları ve faizler de dâhil olmak üzere kefilin sorumlu olacağı miktar kefalet sözleşmesinde yer alan azami miktarı aşamaz. Bu hususa Kanun metninde açıkça yer verilecek olmasının faydalı olacağı fikrindeyiz.

Diğer bir yenilik de BKT m.589/II, b.2'de yer alan, kefilin takip masraflarından ve rehinlerin kendisine tesliminin ve rehin haklarının devrinin sebep olduğu giderlerden de sorumlu olacağına ilişkin düzenlemedir. Kefilin, asıl borçluya karşı açılan davanın masraflarından sorumlu olacağı BK m.490'da yer almakta, takip masraflarından sorumlu olup olmayacağı hususunda açık bir düzenleme bulunmamaktadır. Öğretide kefilin takip masraflarından da sorumlu olacağı kabul edilmekle birlikte, söz konusu düzenlemenin Kanunda açıkça ifade edilmesinin yerinde olacağını düşünmekteyiz.

BK m.490/III hükmü ile BKT m.589/II, b.3 hükmü benzer nitelikte olmakla birlikte Tasarı metnine "*…işlemekte olan yıla ait akdi faizler ile gerektiğinde tahvil karşılığında ödünç verilen anaparanın işlemiş bir yıllık ve işlemekte olan yıla ait faizleri*" şeklinde bir ibare eklenmiştir. Hükümde akdi faizden söz edilmekte ise de, kanaatimizce kefilin, temerrüt faizi bakımından da söz konusu süre sınırlamasına tabi olması gerekir. Zira kefilin, akdi faizde olduğu gibi, temerrüt faizinde de faiz tutarının birikerek çok yükselmesi halinde, önceden hesap edemeyebileceği aşırı bir yükle karşı karşıya kalması mümkün olabilir.[29]

Söz konusu hükümlerde bahsi geçen bir yıllık sürenin ne zaman başlayacağı hususunda asıl borcun vadesinin başlangıç olarak kabul edilmesi gerektiği kanaatindeyiz.[30] Ancak sözleşmede faizin dönemsel olarak ödeneceği kararlaştırılmış ise, bu durumda artık bir yıllık sürenin başlangıcını son faizin tahakkuk tarihi olarak kabul etmek daha doğru olacaktır. Bu durumda geriye ve ileriye doğru yü-

29 Ali Cem Budak, Kesin İpotekte ve Kefalette Güvence Kapsamına Temerrüt Faizi Alacaklarının Zaman İtibarıyla Sınırlanması, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: V, Sayı: 2, Yıl: 2008, s. 14 Hatemi/Serozan/Arpacı, age s.533.

30 Hatemi/Serozan/Arpacı, age s.533.

rüyüşlerde son faiz tahakkuk tarihi dikkate alınmalıdır. Şöyle ki vadesi gelmiş faizlerin, son tahakkuk tarihinden geriye doğru bir yıllık tutarı ve son tahakkuk tarihinden talep tarihine kadar olan faizlerin en fazla bir yıllık tutarı, yani en fazla iki yıllık faiz miktarı talep edilebilecektir. Ancak BK m.490/III ve BKT m.589/II,b.3 emredici hüküm olmadığı için, sözleşme ile kefilin herhangi bir süre sınırlaması olmadan sorumlu tutulacağı kararlaştırılabilir.[31]

Bir diğer değişiklik de BKT m.589'un üçüncü fıkrasında yer almaktadır. Bu hüküm Borçlar Kanunumuzda yer almayan yeni bir hükümdür. Buna göre; sözleşmede açıkça kararlaştırılmamışsa kefil, borçlunun sadece kefalet sözleşmesinin kurulmasından sonraki borçlarından sorumludur.

Kefilin sorumluluğun kapsamına ilişkin yapılan son değişiklik de BKT m.589un son fıkrasında yer almaktadır. Kural olarak kefilin menfi zararın tazmininden ve cezai şarttan sorumlu olmayacağı, ancak bunun aksine anlaşma yapılmasına bir engel de bulunmadığı kabul edilmektedir.[32] Tasarıda öngörülen değişiklikle, kefilin menfi tazminattan ve cezai şarttan sorumlu olmayacağı hususu yasalaştırılmakla kalmamış, bu hususta yapılacak olan anlaşmaların da batıl olacağı hükme bağlanmıştır. O halde Tasarının yasalaşması halinde, kefilin menfi tazminattan ve cezai şarttan sorumlu olabileceğine ilişkin yapılan anlaşmalar kesin hükümsüz olacaklardır.

10) BK m.491: Muacceliyet

BK m.491'i karşılayan BKT m.590'ın ikinci ve dördüncü fıkraları Borçlar Kanunumuzda yer almayan yeni hükümlerdir. İkinci fıkrada bütün kefalet türlerinde kefilin, ayni güvence karşılığında hakimden, mevcut rehinler paraya çevrilinceye ve borçlu aleyhinde yapılan takip sonucunda kesin aciz belgesi alınıncaya veya konkordato kararına kadar kendisine karşı yöneltilen takibin durdurulmasına karar verilmesini isteyebileceği düzenlenmiştir. Söz konusu hükümde

31 Hatemi/Serozan/Arpacı, age s.533

32 Hatemi/Serozan/Arpacı, age s.532

de kanun koyucunun kefili himaye etme amacı açıkça görülmektedir. Özellikle müteselsil kefalet bakımından önemli bir yeniliktir.

Hükümde bahsi geçen "*konkordato kararı*" ibaresi, kanaatimizce, ticaret makhemesinin konkordatonun tasdikine ilişkin vermiş olduğu karar olarak anlaşılmalıdır.

Maddenin dördüncü fıkrasında, yerleşim yeri yabancı ülkede olan borçlunun borcunu ödemesi, döviz işlemleri veya havale ile ilgili yasaklar gibi sebeplerle, o yabancı ülkenin yasal düzenlemeleri gereği imkânsız hale gelmiş veya sınırlandırılmışsa, yerleşim yeri Türkiye'de olan kefilin, takibe bu sebeple itiraz edebileceği kabul edilmiştir. Bu hüküm de kefil lehine olan yeni bir düzenlemedir.

11) BK m.492: (Kefaletin Hitamı) Asıl Borcun Sukutu

BK m.116/I uyarınca alacaklılık ve borçluluk sıfatlarının birleşmesi halinde borç sona erer. Bu durumda asıl borca bağlı olarak kefalet borcunun da sona ereceğini kabul etmek gerekmektedir. Ancak asıl borçlu ile kefil sıfatının birleşmesi halinde borç sona ermeyecek, dolayısıyla kefalet de devam edecektir. 818 sayılı Borçlar Kanunumuzda yer almayan bu hususa Tasarı, BK m.492'i karşılayan 598 inci maddesinin ikinci fıkrasında yer vermiştir.

Kefaletin süreli olup olmadığı, kefalet sözleşmesinde belli bir tarih gösterilmesinden, borcun niteliğinden veya diğer olayların yorumlanmasından anlaşılabilir. Şüphe halinde kefaletin süresiz olduğu kabul edilmektedir.[33] Ancak Tasarının 598 inci maddesinin üçüncü fıkrası yeni bir düzenleme öngörmektedir. Hükümde, bir gerçek kişi tarafından verilmiş olan her türlü kefaletin, buna ilişkin sözleşmenin kurulmasından başlayarak on yılın geçmesiyle kendiliğinden ortadan kalkacağı belirtilmiştir. Maddenin dördüncü fıkrasında da, kefalet, on yıldan fazla bir süre için verilmiş olsa dahi, uzatılmış veya yeni bir kefalet verilmiş olmadıkça kefilin ancak on yıllık süre doluncaya kadar takip edilebileceği kabul edilmiştir. Maddenin son fıkrasında ise, kefalet süresinin, en erken kefaletin sona ermesinden

33 Tandoğan, age s.800.

bir yıl önce yapılmak kaydıyla, kefilin kefalet sözleşmesinin şekline uygun yazılı açıklamasıyla azami on yıllık yeni bir dönem için uzatılabileceği öngörülmüştür.

12) BK m.493: Mahdut zaman İçin Kefalet

Tasarının BK m.493'ü karşılayan 600 üncü maddesi, bir aylık süreye yer vermemiştir. Tasarının yasalaşması halinde, süreli kefalette kefil, sürenin dolmasıyla borcundan kurtulacaktır.

13) BK m.494: Mahdut Olmayan Zaman İçin Kefalet

Tasarının 601'inci maddesi BK m.494'ü karşılamaktadır. BKT m.601/I, BK m.494/I'den farklı olarak, süreli olmayan kefaletin, kefalet türlerine göre sona ermesi düzenlenmiştir. Buna göre, asıl borcun muaccel olması koşuluyla, adi kefalette her zaman, müteselsil kefalette ise kanunun öngördüğü hallerde, kefil, alacaklıdan bir ay içinde dava ve takip haklarını kullanması, varsa rehnin paraya çevrilmesi yoluyla takibe geçmesi ve ara vermeden takibe devam etmesi konusunda istemde bulunabilecektir. Kanunun öngördüğü haller ile kastedilmek istenen şey müteselsil kefalete ilişkin BKT m.586'da sözü geçen hallerdir. Bu haller, borçlunun açıkça ödeme güzsüzlüğü içinde olması veya borçlunun ifada gecikmesi ve ihtarın sonuçsuz kalmasıdır. Böylece, diğer süreli olmayan sözleşmelere benzer biçimde, kefilin, açıklanan yolu izleyerek kefalet sözleşmesini sona erdirebileceği kabul edilmiştir.[34]

Asıl borcun muaccel olması asıl borçluya yapılacak olan bir ihbara bağlanmış ise, kefil, kefalet tarihinden bir yıl sonra alacaklıdan bu ihbarın[35] yapılmasını ve borç muaccel olunca da BK m.494/I'de açıklandığı üzere dava veya icra takibine geçmesini isteyebilir (BK m.494/II). Alacaklının, kefilin bu isteğine uymaması halin-

34 BKT m.601'in gerekçesi.

35 BK m.494/II, yapılacak ihbar için herhangi bir şekil şartı öngörmemektedir.

de kefil, kefalet borcundan kurtulur (BK m.494/son).[36] Tasarının bu hükmü karşılayan 601 inci maddesinin ikinci ve üçüncü fıkraları, bu hükme paraleldir.

14) BK m.495: Memur ve Müstahdem Hakkında Kefalet

BK m.495'i karşılayan BKT m.602, 495inci maddede yer alan iki fıkrayı tek bir fıkrada birleştirmiştir. İki hüküm birbirine paralel niteliktedir.

15) BK m.496: Alacaklının Haklarına Halefiyet

"Alacaklının haklarına halefiyet" kenar başlığını taşıyan BK m.496 hükmünü, Tasarının "Kefilin rücu hakkı" kenar bağlıklı 596ıncı maddesi karşılamaktadır. Borçlar Kanunumuzda tek fıkradan oluşan bu düzenleme, Tasarıda daha ayrıntılı olarak düzenlenmiş, madde metnine birçok yeni hüküm eklenmiştir.

Maddenin birinci fıkrasında, kefilin, alacaklıya ifada bulunduğu ölçüde, onun haklarına halef olacağı düzenlenmiş; ancak, bu haklarını kullanması asıl borcun muaccel olması şartına bağlanmıştır.

İkinci fıkrada, kefilin, 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 olacağı hükme bağlanmıştır.

Üçüncü fıkra, "*Kefil ile asıl borçlu arasındaki hukuki ilişkiden doğan istem ve def'iler saklıdır"* diyerek, kefilin alacaklıya halef olmasının, kefil ile asıl borçlu arasındaki iç ilişkiyi etkilemeyeceğini düzenlemiştir.[37]

Dördüncü fıkrada, kefil olunan bir alacağa ilişkin rehnin paraya çevrilmesi veya borcun rehin veren malik tarafından ödenmesi

36 Yavuz, age s.867-868.

37 BKT m.596'nın gerekçesi.

durumunda, malikin, kefile karşı rücu hakkını ancak kefil ile kendisi arasında böyle bir anlaşma varsa ya da rehin sonradan bir üçüncü kişi tarafından verilmişse kullanabileceği öngörülmüştür. **Bu hususu bir örnekle açıklayalım:**

Örnek: B, A'ya 100 TL borçlanmıştır. Söz konusu borç için C arabasını rehin vermiş, K da B'ye kefil olmuştur. A, bu alacağını C'nin arabası üzerindeki rehnin paraya çevrilmesi ya da borcun C tarafından ödenmesi sonucu elde etmiştir. C'nin, K'ya rücu edebilmesi için ya C ile K arasında bu yönde bir anlaşma olmalıdır ya da C'nin arabası üzerindeki rehin, K'nın kefil olduğu tarihten daha sonraki bir tarihte kurulmuş olmalıdır. Şöyle ki K, söz konusu borç için 1.1.2009 tarihinde kefil olmuşsa, C'nin K'ya rücu edebilmesi için, C'nin arabası üzerindeki rehnin en erken 2.1.2009 tarihinde kurulmuş olması şarttır.

Beşinci fıkra, kefilin rücu hakkına ilişkin zamanaşımını düzenlemektedir. Buna göre, kefilin rücu hakkına ilişkin zamanaşımı, kefilin alacaklıya ifada bulunduğu anda işlemeye başlar.

Maddenin son fıkrasında ise, kefilin, dava hakkı vermeyen veya yanılma ya da ehliyetsizlik sebebiyle asıl borçluyu bağlamayan bir borç için ödemede bulunduğu takdirde, asıl borçluya karşı rücu hakkına sahip olmadığı düzenlenmektedir. Ancak, kefil zamanaşımına uğramış bir asıl borçtan sorumlu olmayı borçlunun vekili sıfatıyla üstlenmişse, asıl borçlu ona karşı vekâlet sözleşmesi hükümleri uyarınca sorumlu olur.

16) BK m.497: Kefilin Def'ileri

Kefil borçluya ait olan tüm def'ileri ileri sürme hakkına sahiptir. Bu kefaletin feri bir borç olma niteliğinin doğal bir sonucudur.[38] BKT m.591/I kefile, asıl borçluya ait olan def'iler yanında onun mirasçılarına ait olan def'ileri de ileri sürme hakkı vermiştir. Buna karşılık BKT m.591/I, yanılma veya ehliyetsizlik nedeniyle geçersiz olan veya zamanaşımına uğramış bir borca bu durumları bilerek ke-

38 Ayrıntılı bilgi için bakınız:Gassinger, age s.17 vd.

fil olunması halinde, kefilin alacaklıya karşı bu hususları def'i olarak ileri sürmeye hakkı olmadığını hükme bağlamıştır.[39]

BKT m.591/2, Borçlar Kanunumuzda yer almayan yeni bir düzenlemedir. Bu hükme göre, asıl borçlu kendisine ait olan def'iden vazgeçmiş olsa bile kefil, yine de bu def'i alacaklıya karşı ileri sürme hakkına sahiptir. Söz konusu hüküm olmadan da zaten öğretide bu husus savunulmaktadır. Bunun gerekçesi ise, asıl borçlunun kendi hareketiyle, kefilin durumunu kötüleştiremeyeceğidir.[40] Bu hususun yasa metninde yer alacak olmasının yerinde olduğu kanaatindeyiz.

BK m.497/I ve BKT m.591/I uyarınca kefil borçluya ait def'ileri alacaklılara karşı ileri sürmekle yükümlüdür. Ancak ispat külfeti bakımından 818 sayılı Borçlar Kanunu ile Tasarı arasında fark bulunmaktadır. BK m.497/II uyarınca, kefil, kendi kusuru olmaksızın bu def'ileri bilmediğini ispat etmediği müddetçe, borçluya ait def'ileri ileri sürmemesinin sonucu olarak borçluya rücu hakkını kaybetmektedir. Şöyle ki, BKT m.591/III bu durumda ispat yükünü değiştirmektedir. BKT m.591/III, BK m.497/II'den farklı olarak kefilin, asıl borçluya ait def'ilerin varlığını bilmeksizin ödemede bulunursa, kural olarak rücu hakkına sahip olduğunu belirtmektedir. Buna karşılık, asıl borçlunun, kefilin bu def'ileri bildiğini veya bilmesi gerektiğini ispat etmesi halinde kefil, bu def'iler ileri sürülmüş olsa idi borcun ödenmesinden kurtulacağı ölçüde rücu hakkını kaybedecektir.

17) BK m.498: Kefilin Tediyeyi İhbar Borcu

BK m.498'i karşılayan BKT m.597, tek fıkradan oluşan 498inci maddenin iki cümlesinin farklı konulara ilişkin olduğunu göz önünde tutarak bu iki cümleyi ayrı iki fıkra olarak düzenlemiştir. Hükümler birbirlerine benzer niteliktedir.

---

39 BKT m.591'in gerekçesi.

40 Hatemi/Serozan/Arpacı, age s.535.

18) BK m.499: Esbabı Subutiyenin Teslimi; BK m.500: Borçlarını İfa Etmeyen Alacaklının Mes'uliyeti

BK m.499 ve BK m.500ü kısmen karşılayan BKT m.592 şu anki düzenlemeyle benzer nitelikte olmakla birlikte maddenin dördüncü fıkrası Borçlar kanunumuzda yer almayan yeni bir hükümdür. Söz konusu hükümde, alacaklının, teminatı veya delilleri kusurlu olarak elden çıkarması halinde kefilin, uğradığı zararı isteyebileceği öngörülmektedir. Bu husus, Borçlar Kanunumuzda yer almamakla birlikte öğretide kabul edilmektedir. Ancak Tasarının bu hususu yasalaştırmasının yerinde bir düzenleme olduğu fikrindeyiz.

19) BK m.501: Tediyeyi Kabule veya Kefaletten Tahsile Mütedair Haklar

Alacaklının, kefilin ifasını kabul zorunluluğu Tasarının 593üncü maddesinde düzenlenmiştir. Bu maddenin birinci fıkrasına göre, borçlunun iflası sebebiyle olsa bile, borç muaccel olduğu takdirde kefil, alacaklıya yapacağı ödemenin kabul edilmesini her zaman isteyebilecektir. Borç için birden fazla kefilin bulunması halinde alacaklı, kefillerden biri tarafından yapılacak olan kısmi ödemeyi kabul etmek zorundadır. Ancak bu zorunluluğun söz konusu olması için, kefilin yapacağı ödeme miktarının, kendi payına düşen miktardan daha az olmaması şarttır. BKT m.593/II'de alacaklının haklı bir sebep olmaksızın ödemeyi kabulden kaçınması halinde, kefilin borcundan kurtulacağı; kefalet müteselsil ise kefillerin sorumluluğunun kendi payları oranında azalacağı öngörülmektedir. BKT m.593/son, 818 sayılı Borçlar Kanununda olmayan yeni bir hüküm getirmektedir. Buna göre, borç muaccel değilse, kefil ancak alacaklının rızası ile ödemede bulunabilir. Kefilin asıl borç muaccel olmadan ödemede bulunması halinde, asıl borçluya rücu edebilmesi için borcun muaccel hale gelmesini beklemesi şarttır.

20) BK m.502: Borçlunun İflas Masasına Alacaklının Müracaatı

BK m.502 uyarınca alacaklı, borçlunun iflas etmesi halinde, alacağını iflas masasına yazdırmak ve borçlunun iflasını kefile bildirmek zorundadır. Aksi halde kefilin bu yüzden uğrayacağı zarar oranında kefile rücu hakkını kaybeder. Fakat alacaklı bu hususta bir kusuru olmadığını ispat ederse, alacaklının rücu hakkına halel gelmez.[41] Alacaklının bu yükümlülüğünü düzenleyen BKT m.594 genel olarak BK m.502 ile benzer niteliktedir. Ancak, BKT m.594/I,c.2'de alacaklıya kefilin isteği üzerine, her zaman asıl borcun durumu hakkında kefile bilgi verme yükümlülüğü yüklenmiştir.

21) BK m.503: Teminat İtasına Dair Kefilin Hakkı

BK m.503'te sayılan hallerden birinin bile oluşması halinde kefil, kendine bir teminat verilmesini ya da borçtan kurtarılmayı talep edebilir. Bu husus Tasarının 595 inci maddesinde düzenlenmiştir. BKT m595'te, BK m.503'ten farklı bir düzenleme söz konusu değildir.

22) Kefaletten Dönme (BKT m.599)

Borçlar Kanunu Tasarısına, Borçlar Kanunumuzda olmayan yeni bir hüküm eklenerek kefile, kefaletten dönme hakkı tanınması öngörülmüştür. BKT m.599/I'de yer alan bu düzenlemeye göre, gelecekte doğacak olan bir borca kefalette, borçlunun borcun doğumundan önceki mali durumumun, kefalet sözleşmesinin yapılmasından sonra önemli ölçüde bozulması veya mali durumunun kefalet sırasında kefilin iyi niyetle varsaydığından çok daha kötü olduğunun ortaya çıkması halinde, kefil, alacaklıya yazılı bir bildirimde bulunarak, borç doğmadığı sürece her zaman kefalet sözleşmesinden dönebilir. Kefile, kefalet sözleşmesinden dönme hakkı veren BKT 599, ikinci fıkrası ile kefile bir yükümlülük getirmektedir. Söz konusu hükme göre, kefil, kefalet sözleşmesinden dönmesi sonucunda, ala-

41 Yavuz, age s.859.

caklının kefalete güvenmesi sebebiyle uğradığı zararları gidermekle yükümlüdür.

23) BKT m.603: Uygulanma Alanı

BKT m.603'e 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 hüküm 818 sayılı Borçlar Kanunumuzda yer almayan yeni bir hükümdür. Tek fıkradan oluşan 603üncü madde, kefalet hükümlerinin uygulanma alanını genişletmektedir. Madde, kefili koruyucu hükümlerden kurtulmak amacıyla, başka adlar altında yapılan sözleşmelere de kefalet hükümlerinin uygulanacağını belirtmektedir. Böylece, mesela kefalet sözleşmesi yerine, üçüncü kişinin fiilini üstlenme sözleşmesi yapılmasında olduğu gibi, alacaklıların kefili koruyucu hükümlerden kurtulmalarının ve bunları dolanmalarının önlenmesi amaçlanmıştır.[42]

SONUÇ

Borçlar Kanunu Tasarısı kefalet sözleşmesi ile ilgili önemli değişiklikler ve yenilikler öngörmektedir. Çalışmamızda da anlattığımız bu köklü değişiklikleri kısaca şöyle sıralayabiliriz:

Öncelikle kefalet sözleşmesinin öğretide eleştirilmekte olan tanımı Tasarıda daha doğru bir şekilde ifade edilerek, kefalet sözleşmesinin yasal tanımına ilişkin yanlışlık düzeltilmiştir.[43]

İkinci önemli değişiklik de kefalet sözleşmesinin şekline ilişkin BK m.484'ü karşılayan BKT m.583'te öngörülmektedir. Bu değişiklikle kefalet sözleşmesinin tarihinin sözleşme metninde yer alması bir geçerlilik şartı olarak kabul edilmiştir. Bunun yanında, kefilin sorumlu olacağı azami miktarı, kefalet sözleşmesinin tarihini ve müteselsil kefalet söz konusu ise bu hususu kendi el yazı ile

42 BKT m.603'ün gerekçesi.

43 Bakınız BK m.483 ve BKT m.581

yazması şartı getirilmektedir. Söz konusu hususların kefilin el yazısı ile yazılması şartı elektronik imzanın (BK m.14, BKT m.15) kefalet sözleşmeleri bakımından uygulanabilirliğini kısıtlamaktadır.

Yürürlükteki Borçlar Kanununda mevcut olmayıp da Tasarının öngördüğü diğer bir yenilik de kefalet sözleşmesi için eşin rızasının aranması hususudur. BKT m.584'te öngörülen eş rızası ile kefalet sözleşmesi bakımından evli kişilerin fiil ehliyetleri kısıtlanmaktadır. Kanaatimce, kefalet, insanların önemli sorumluluklar altına girmesine neden olan riskli bir işlemdir. Bu nedenle eşlerden birinin kefil olması evlilik birliğini etkileyen bir işlemdir. O halde, evlilik birliğini etkileyen böyle önemli bir işlem için her iki eşin de rızasının aranması isabetli bir düzenleme olmuştur.

Tasarıyla, adi kefalette alacaklının kefile doğrudan doğruya başvurması için, borçlunun iflasının yanında borçluya konkordato mehli verilmiş olması da yeterli kabul edilmiştir (BKT m.585). Ayrıca BKT m.585'te "açığa kefalet"ten bahsedilmekte, böylece öğretide kabul edilen bu kefalet türüne yasada yer verilmektedir. Açığa kefalette borcun tamamı için değil, sadece alacaklının asıl borçludan tahsil edemediği kısım için kefil olunmaktadır. Örneğin açığa kefalette adi kefaletten farklı olarak, borçlunun iflas etmiş olması yetmez; iflasın tasfiyesi sonunda alacağın tamamının tahsil edilememiş olması gerekmektedir. Alacaklı, açığa kefil olan kimseye, sadece iflasın tasfiyesi sonunda tahsil edilemeyen kısım için başvurabilir.

Tasarıda öngörülen diğer önemli bir değişiklik de 586 ıncı maddede yer almaktadır. Söz konusu hüküm ile müteselsil kefalete, istisnai bazı haller dışında tali nitelik kazandırılmakta, müteselsil kefilin durumu, adi kefile yaklaştırılmaktadır.

Kefilin, menfi tazminattan ve cezai şarttan sorumlu olabileceğine ilişkin anlaşma yapılamayacağını öngören BKT m.589 da önemli bir yeniliktir.

Borçlar Kanunumuzda düzenlenmemiş olan kefaletten dönme imkânına Tasarıda yer verilmesi de dikkate değer bir yeniliktir. Buna göre, gelecekte doğacak olan bir borca kefil olan kimse, borçlunun borcun doğumundan önceki mali durumunun, kefalet sözleşmesinin

yapılmasından sonra önemli ölçüde bozulmuş olması halinde veya borçlunun mali durumunun kefalet sırasında kefilin iyi niyetle varsaydığından çok daha kötü olduğunun ortaya çıkması halinde, alacaklıya yazılı bir bildirimde bulunarak kefalet sözleşmesinden dönebilir.

Tasarının 603 üncü maddesi ile de gerçek kişilerce, şahsi güvence verilmesine ilişkin tüm işlemler, kefalet sözleşmesinin şekline tabi kılınmaktadır.

Görüldüğü gibi Borçlar Kanunu Tasarısı kefalet sözleşmesine ilişkin köklü değişiklikler ve yenilikler öngörmektedir. Bütün bu yenilik ve değişikliklerle, genel olarak kefilin korunmasının amaçlandığı göze çarpmaktadır. Kanaatimce, kefilin çoğu zaman hiçbir karşılık almadan tek taraflı olarak risk altına girdiği düşünülecek olursa, Tasarı ile öngörülmekte olan değişiklik ve yeniliklerin yerinde olduğu sonucuna ulaşılabilir. Ancak ticari işler bakımından aynı korumanın gerekliliği tartışılabilir. Örneğin ticari işletmesiyle ilgili bir borca kefil olmak isteyen tacirin, geçerli bir kefalet sözleşmesi yapabilmesinin eşinin rızasına bağlı olacak olması, ticari hayatın gerekleri göz önüne alındığında, yerinde bir uygulama değildir. Bu hususu dikkate alan bir düzenleme yapılmasının yerinde olacağı kanaatindeyiz.

KAYNAKLAR

Budak, Ali Cem: İpoteğin Paraya Çevrilmesi Yoluyla Takip, İstanbul: Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayını, 2008.

Budak, Ali Cem: Kesin İpotekte ve Kefalette Güvence Kapsamına Temerrüt Faizi Alacaklarının Zaman İtibarıyla Sınırlanması, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: V, Sayı: 2, Yıl: 2008.

Grassinger, Gülçin Elçin: Kefilin Alacaklıya Karşı Sahip Olduğu Savunma İmkanları, İstanbul: Alfa Basım Yayım Dağıtım, 1996.

Hatemi, Hüseyin/ Serozan, Rona/ Abdülkadir, Arpacı: Borçlar Hukuku Özel Bölüm, İstanbul: Filiz Kitabevi, 1992.

Karahasan, Mutafa Reşit: Türk Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, V. Cilt, İstanbul: Beta Yayım Dağıtım AŞ., 2004.

Reisoğlu, Seza: Türk Kefalet Hukuku, Ankara: Ajans Türk Matbaası, 1964.

Tandoğan, Haluk: Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Dördüncü Tıpkıbasım, İstanbul: Evrim Basım Yayım Dağıtım, 1989.

Yavuz, Cevdet: Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Yenilenmiş VII. Baskı, İstanbul: Beta Basım Yayım Dağıtım A.Ş., 2007.

www.kazanci.com