

BORÇLAR KANUNU TASARISI HÜKÜMLERİ ÇERÇEVESİNDE KEFALET SÖZLEŞMESİNE DAİR HÜKÜMLERİN İNCELENMESİ

Doç. Dr. Gülçin Elçin Grassinger*

Ocak 2005 yılında hazırlanan Türk Borçlar Kanunu Tasarısının, aynı yılın sonbaharında tasarı metninde bir kez daha bazı değişiklikler yapılmıştır. Bu çalışmada tasarının bu son değişiklik hali esas alınmıştır.

Kefalet sözleşmesiyle ilgili olarak değiştirilen madde hükümlerine bakıldığında, genel olarak kefil koruyucu şekilde, kaynak İsviçre Borçlar Kanunu'nun 1942 tarihli değişikliğinden fazlasıyla etkilenildiği görülmektedir. Yalnız bu noktada bazı aksamalar da göze çarpmaktadır. Bu çalışmada sadece bu aksaklıklara kısaca değinilecektir.

İlk olarak tasarının gerekçesiyle ilgili bir genel eleştirinin yapılması gerekmektedir. Tasarıda pek çok yeni hüküm kaynak İsviçre Borçlar Kanunu'ndan alınmıştır. Ancak bu hükümlerin alınma sebepleri için tasarının gerekçesine bakıldığında, aydınlatıcı bir gerekçe bulma imkânının olmadığı görülecektir. Gerekçede, mevcut tasarıdaki hükümler sadece daha ayrıntılı olarak tekrardan yazılmış ve bu hükümlerin alınmasında İsviçre Borçlar Kanunu'nun hangi maddesinin etkili olduğu, İsviçre Borçlar

* İ. Ü. Hukuk Fak. Medeni Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi.

Kanunu'nun ilgili maddesinin numarası verilerek belirtilmiştir. Oysa kaynak kanundan alınan maddelerin hangi sebeplerle tasarıya çoğu kez “aynen” alınmış olduğu, bunda Türk uygulamasında ortaya çıkan ihtiyaçların mı etkili olduğu ve/ veya doktrinde ileri sürülen görüşlerin mi rol oynadığı hususlarında hiç bir açıklama yer almamıştır. Kaynak 1942 tarihli İsviçre Borçlar Kanunu'ndaki kefaletle ilişkin maddelerin, kaynak kanuna konulduğu zamandaki şartları ve sebepleri araştırılmaksızın aynen tasarıya alınması pek çok sakıncayı da beraberinde getirmiştir. Bunlardan biri tasarıda teknik anlamda madde gerekçelerinin olmaması, ikincisi, aşağıda bir kez daha vurgulanacağı gibi, tercüme hatalarının olduğu madde metinlerinin ortaya çıkması, üçüncüsü de içeriklerine tam vâkıf olunmadan ve hükmün incelikleri göz önünde bulundurulmadan alınan maddelerin uygulanmasında karşımıza çıkacak gerçek olmayan boşlukların uygulamada yaratacağı sorunlardır.

Bu genel eleştiriden sonra üzerinde durmak istediğimiz madde hükümleri şunlardır :

1) Tasarı madde 582 Asıl Borç (BK md.485)

a) Madde 582'in kenar başlığında yer alıp, daha sonra yer verilmeyen bir terime rastlamaktayız: “asıl borç”. Madde kenar başlığındaki bu terim gerçekten isabetli olarak kullanılmış, ancak bundan sonraki hiçbir maddede bu terime yer verilmemesi uygun olmamıştır.

İlk olarak terminolojik birlik açısından tüm madde hükümlerinde, asıl borçlu /asıl borç teriminin kullanılması uygun olurdu. İkinci olarak ise bu terimlerin kullanılması hukuki açıdan “borçlu/borç” terimlerine göre daha uygundur. Zira kefil de aslında kefalet sözleşmesi bakımından “borçlu” sıfatını taşımaktadır. Dolayısıyla kefalet sözleşmesindeki borçlu kefil ile, teminat altına alınmış asıl borç ilişkisindeki borçlunun, terminolojik olarak ayrıma tabi tutulması uygun olurdu. Bu nedenlerdir ki, kaynak İsviçre Borçlar Kanunu sistematğine de bakıldığında sadece tek bir madde kenar başlığında değil, kefaletle ilgili tüm madde metinlerinin içeriğinde bir birlik içinde asıl

borç ve asıl borçlu (= Hauptschuld, Hauptschuldner) terimlerinin tercih edildiğini görmekteyiz .

b) Tasarı md.582/ II göre : “Yanılma ve ehliyetsizlik sebebiyle borçlunun sorumlu olmadığı bir borç için kişisel güvence veren kişi, yükümlülük altına girdiği sırada, sözleşmeyi sakatlayan eksikliği biliyorsa, kefalet konusunda uygulanabilecek ilke ve koşullara göre sorumlu olur. Aynı kural, borçlu yönünden zamanaşımına uğramış bir borca kefil olan kişi hakkında da uygulanır”

Söz konusu bu ikinci fıkrada “Yanılma veya ehliyetsizlik sebebiyle borçlunun sorumlu olmadığı” şeklinde başlayan cümlede “ehliyetsizlik” ifadesine yer verilmesi isabetli olmamıştır.

Öncelikle ehliyetsizlik terimi, tam ehliyetsizlik anlamına da gelebilmektedir. Her ne kadar, bu maddenin aynen alındığı kaynak İBK md..492’de de işlem ehliyetsizliği terimi kullanılmışsa da, hükmün konuluş amacı dikkate alındığında kast olunmak istenenin aslında, sonradan icazetle düzelebilecek olan ve tek taraflı bağlamazlık yaptırımıyla sakat olan bir ehliyet türüdür (sınırlı ehliyetli ve sınırlı ehliyetsiz). Kaynak İsviçre Borçlar Kanunu’nun bu maddenin aynen karşılığını teşkil eden 492/III’in anlamı ve hükmün amacı, hata veya işlem ehliyetsizliği ile “iptal edilebilir” bir asıl borca “kefalettir”¹.

2) Tasarı md. 583 Şekil (BK md.484 , Şekli)

Tasarı md.583/ I “Kefalet sözleşmesi, yazılı şekilde yapılmadıkça ve kefilin sorumlu olacağı azami miktar ile kefalet tarihi belirtilmedikçe geçerli olmaz. Kefilin, sorumlu olduğu azami miktarı, kefalet tarihini ve müteselsil kefil olması durumunda, bu sıfatla

¹Bkz. Beck, Das neue Bürgschaftsrecht, Zürich 1942, Art.492N.122 özell.127; Guhl , Das neue Bürgschaftsrecht der Schweiz, Zürich 1942, 32 ; Schönenberger, Kommentar zum Obligationenrecht, Bd.V, 3.Teil, Art.419-529, 2.Aufl., Zürich 1945, Art.492 N.35; Giovanoli, Obligationenrecht Bd.VI, 2.AbtI, 7.Teilbd., 2.Aufl.,Bern 1978, Art. 492 N.80; Honsell/Vogt/Wiegand (Pestalozzi), Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Art.1-529 OR, 2.Aufl.,1996, Basel, Art. 492 N.25.

veya bu anlama gelen herhangi bir ifadeyle yükümlölük altına girdiğini kefalet sözleşmesinde kendi el yazısıyla belirtmesi şarttır.”

a) Madde 583/ I, c.1’de kefalet tarihinin de el yazısıyla konulmuş olması şartına yer verilmesinin amacını anlamak -tasarı gerekçesinden de- mümkün değildir. Kaynak kanuna baktığımızda da böyle bir koşulun, kefalet sözleşmesinin geçerliliği açısından arandığını görmemekteyiz. Bu itibarla kefalet sözleşmesindeki tarihin el yazısıyla olma gerekliliğinin gerekçesinin belirtilmesi gereklidir.

Kaynak İsviçre Borçlar Kanunu’na baktığımızda sadece resmi şekilde yapılan kefalet sözleşmeleri bakımından resmi şeklin tamamlayıcı unsuru olması sebebiyle tarihin de sözleşmede yer alması gerekmektedir. Bunun dışında tarih, adi yazılı şekilde yapılan kefalet sözleşmesinin şekil şartının içinde yer almamaktadır (Bkz. İBK md.493). Bunun sebebi de sözleşmeye tarihin konulmasının tek fonksiyonunun eşlerden birinin yaptığı kefalet sözleşmesine diğer eşin rızasının zamanında verilmiş olup olmadığının tespiti bakımından olmasıdır². Kaynak İsviçre Borçlar Kanunu’nundan söz ederken, kaynak kanunda kefalet sözleşmesi için üç farklı şekil şartı öngörölmüş olduğu belirtilebilir.

b) Madde 583/II hükmüne göre “Kendi adına kefil olma konusunda özel yetki verilmesi ve diğer tarafa veya bir üçüncü kişiye kefil olma vaadinde bulunulması da aynı şekil koşullarına bağlıdır. Taraflar, yazılı şekle uyarak kefilin sorumluluğunu borcun belirli bir miktarıyla sınırlandırmayı kararlaştırabilirler’.

Tasarı md.583/ II. fıkranın birinci cümlesinde yer alan “... diğer tarafa ...kefil olma vaadinde bulunulması da...” ifadesinin, kefalet sözleşmesinin şekline bağlı olarak yapılacağının belirtilmiş olmasının hukuken bir gereği yoktur. Zira burada söz konusu olan, teknik anlamda “sözleşme yapma vaadidir” ve bu sözleşme yapma vaa dinin de BK md.22 gereği kefalet sözleşmesinin şekline tabi olacağında bir şüphe yoktur.

² Beck, Art.493 N.8. BGE 45 II 48 E.3.

c) Yine Tasarı madde 583/II, son c.de, “ taraflar yazılı şekle uyarak kefilin sorumluluğunu borcun belirli bir miktarıyla sınırlandırmayı kararlaştırabilirler” ibaresi yer almaktadır. Tasarının gerekçesine baktığımızda bu madde hükmünün konulmasında, İBK md..493/VI’in etkisi olduğu belirtilmiştir³.

İBK md.493/VI, son c.ye göre : “ yazılı anlaşma ile (kefilin) sorumluluk miktarı asıl borcun ilk olarak sona erecek kısmı ile sınırlandırılabilir”

Bu nedenle önce İBK md. 493/VI’daki bu hükümden ne kast edildiğinin ortaya konulması gerekir :

İBK md.493/VI’de sözü edilen kefalet “ kısmi kefalet =“Teilbürgschaft” olup, bu kefalet türü limit kefaletten farklıdır.

Kısmi kefalette kefil ile alacaklı anlaşarak kefilin, asıl borcun ilk önce sona erecek kısmından sorumlu olacağını kabul ederler. Örnekle anlatmak gerekirse kefil K, alacaklı ile asıl borçlu arasındaki 1000 br.’in, ilk önce ortadan kalkacak 400 br. için tekeffülde bulunmuştur ve maksadı asıl borç miktarı olan 1000 birim ödeninceye kadar, kendi sorumluluğunu 400 birim ile sınırlamak değil (yani limit kefalet değil), bilakis kefalet sözleşmesi kurulduktan sonra herhangi bir surette (takas, kısmi ifa gibi) ortadan kalkacak kısım için ama bunun da en fazla 400 br’ne kadar sorumlu olmaktır. Dolayısıyla asıl borcun 300 birimi ödenmiş ise, kefil yine sorumlu kalmaya devam edecek ise de, asıl borcun 400 birimi veya daha fazlası ödenmiş fakat hâlâ 600 birim borç devam ediyor olsa bile, alacaklı kefil artık hiçbir surette mesul tutamayacaktır⁴.

Oysa limit kefalette kefil, alacağın tümü için fakat sınırlı bir miktarla sorumlu olmayı kabul ettiğinden asıl borcun kısmen ifa edilmiş olması halinde kefilin sorumluluğunda da bir azalma olmaz. Kefil, asıl borcun tamamı ödeninceye kadar, kefalet senedindeki tutarla sorumlu kalmaya devam eder.

³ T.C. Adalet Bakanlığı Türk Borçlar Kanunu Tasarısı, Ankara 2005, 514.

⁴ Beck, Art.493 N.12.

Kefilin asıl borcun bir miktarından sorumlu olmayı kabul ettiği hallerde, başkaca hiçbir anlaşmaya gerek olmadan kefaletin limit kefalet olduğu kabul edilecektir. Bir başka ifade ile kefil, asıl borcun tamamı ödeninceye kadar fakat sadece sorumlu olmayı taahhüt ettiği miktarla sınırlı olarak sorumlu kalacaktır. Limit kefaletin olduğu karinedir. Ama eğer kefil, limit değil kısmi kefalet altına girmeyi düşünüyorsa bu hususun kefalet sözleşmesinde özel olarak kararlaştırılması şarttır. İşte İBK md.493/VI'da da bu husus vurgulanmıştır⁵.

Bu açıklamalardan sonra tasarı md. 583/II son c. bakımından açığa kavuşturulması gereken husus, acaba Türk kanun koyucusunun bu cümle ile hangi tür kefaleti kastettiğidir ? Tasarayı hazırlayanların kısmi kefalet, limit kefalet ayırımı yapmadıkları tasarı gerekçesinden anlaşıldığı için, bu maddenin uygulamada hatalı olarak limit kefaletleri için uygulanması söz konusu olabileceği endişesi mevcuttur. Bu ise aslında kaynak kanunun düzenlemesini birebir uygulamak isteyen Türk Kanun Koyucusunun, sadece dikkatsizliği sebebiyle kaynak kanundan tamamen ayrılmasına ve tuhaf bir uygulamanın yerleşmesine sebep olacaktır: Hukuken gerekli olmadığı halde limit kefaleti için, kefalet sözleşmesine bunun limit kefalet olduğunun yazılması gibi anlamsız bir durum ortaya çıkacaktır.

Şu anki tasarı maddesi kanunlaşacak olursa şöyle bir örnek karşısında nasıl tavır alınacağını düşünmek gerekir : Alacaklı ile asıl borçlu arasında 100 br.lik asıl borç mevcut olup, kefil, bu borcun 80 br.'den sorumlu olacağını kefalet sözleşmesinde belirtmiştir. Kefalet sözleşmesinde tasarı md. 583/I'deki şekil şartına uygun olarak 80 br. yazmaktadır. Sözleşmede başkaca bir açıklama yoktur. Bu durumda 583/son c. nasıl bir uygulama alanı bulacaktır ?

Soru 1- 583/son c. göre, kefilin sorumluluğunun borcun belirli bir miktarıyla sınırlandırılması yazılı şekilde açıkça kararlaştırılmadığı için, kefil yine de 100 br. tamamından mı sorumlu olacaktır ?

⁵ Kefilin asıl borcun belli bir miktarından sorumlu olduğu yolunda bir anlaşma mevcut ise, bunun kural olarak limit kefalet olduğu kabul edilir bkz. Giovanoli, Art.492 N.3 ; Schöenberger, Art. 493 N.81 ve 492 N.73; Honsell/Vogt/Wiegand (Pestalozzi) Art. 494 N.22.

Soru 2- Eğer cevap olumlu ise o zaman kefilin sorumlu olmayı kabul ettiği en üst miktarın kefalet senedinde yazılı olması kuralı yani 583/I'in anlamı nerede kalmaktadır?

Soru 3- Eğer birinci sorunun cevabı olumsuz ise 583/son c. hangi halde uygulama alanı bulacaktır?

Bu sebeple Tasarı md.583/II son c. bu aksaklığın giderilmesi şarttır.

Şunu da eklemek gerekir ki, kaynak İBK md.493/VI'de yer alan teknik anlamıyla kısmi kefaleti neden kanunda yer aldığının gerekçesi, limit kefaletin, kısmi kefaletten ayırıp, kısmi kefaletin varlığı halinde bunun sözleşmede açıkça kısmi kefalet olarak yer alması istenildiği içindir. Her ne kadar teknik anlamda kısmi kefalet anlaşması kefilin yararına olduğu, onun sorumluluğunda bir hafifletici imkan yarattığı için şekil şartına bağlı olmaksızın da kararlaştırılabilecek ise de, İsviçre kanun koyucusu, uygulamada çıkacak lüzumsuz ihtilafları önlemek, özellikle hukuk güvenliğini sağlayıp, mevcut kanuni düzenlemenin iyice anlaşılması için yazılı şekil şartını kanuna almıştır ⁶.

3) Tasarı md.584 Eşin rızası (Yeni hüküm)

Tasarı md. 584/I hükmüne 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”.

Tasarı md.584 eşin rızasıyla ilgili bir hüküm olup, maddenin içeriğinin, mehak kanun hükmüyle benzediğini görmekteyiz. Kefalet sözleşmesinin önemi ve mali bakımdan tehlikeli sonuçlar doğurabileceğini düşündüğümüz zaman, bu hükmün gerekliliği de kendini ortaya koymaktadır. 2002 tarihli Türk Medeni Kanunun, 1926 tarihli MK

⁶ İsviçre Borçlar Kanunu Tasarısı (Bundesblatt 20.12. 1939, Band II. No.51) sh.882-883 ; Beck, Art.493 N.12; Guhl, 56; Elçin-Grassinger, Kefilin Alacaklıya Karşı Sahip Olduğu Savunma İmkanları, İstanbul 1996, 124.

md.169 hükmünü kaldırmasından sonra, kefalet bakımından ve kapsamı, eMK md.169 'dan⁷ daha geniş olan bir hükmün konulması isabetli olmuştur. Zira tasarı md.584 kapsamına sadece evli kadın değil, evli koca da dahil olmaktadır. Madde 584'ün uygulanmasında, tasarı gerekçesinden de yola çıkıldığında, kaynak İBK md.494'den yararlanılacaktır⁸. Buna göre evli eşlerin sadece şahsi olarak kefalet sözleşmeleri kurmaları halinde, diğer eşin rızalarını almaya ihtiyaçları vardır, zaten 584/II fıkra da bu hususu açıkça ortaya koymaktadır.

Maddenin ilk fıkrası ile ilgili olarak şöyle bir soru akla gelebilir: Acaba rıza beyanında bulunması gereken eş hukukten rızasını bildiremeyecek durumda ise, örnek olarak ayırt etme gücünden yoksun ise, o sırada orada bulunmuyor ya da hasta ise ne olacaktır?

Bu halde ilk akla gelecek ihtimal, evlilik birliğinin temsilinde yer alan TMK md.188 hükmünden kıyasen yararlanılması olabilir. Ancak bu hükmün kıyasen uygulanması kanaatimizce şu sebeple mümkün olmamalıdır; Evlilik birliğinin temsilinde her iki eşin de rızasını gerektiren haller, evlilik birliğinin ortak ihtiyacı olan ve fakat olağanüstü nitelikli işlemler, harcamalardır. Diğer ifade ile TMK md.188'de ana fikir her iki eşin de menfaatine, evlilik birliğinin ortak yararına olacak bir durumda rızasını vermesi gereken tarafın, bu rızasını veremeyecek durumda olması halinde, işlemin aksamaması için kanun koyucunun öngördüğü bir kolaylıktır. Oysa evli bir kadının veya kocanın üçüncü bir kişi için kefalet altına girmesi durumu, evlilik birliğinin ortak menfaatine hizmet edecek bir hal değil, tam tersi asıl borçlunun ödeyememesi ihtimalinde kefil olan eşin mali sorumluluğunu gerektirecek bir durumdur. Dolayısıyla evli bir kişinin üçüncü bir kişiye kefil olması halinde eşinin rıza beyanında bulunamayacak durumda olması halinde, kefalet sözleşmesinin de kurulamayacağını kabul etmek isabetli olacaktır. Bu nedenle Türk uygulamasında ortaya çıkabilecek böyle bir sorunun çözümü için tasarıda yer alan md. 584/I fıkraya şu hükmün eklenmesi kanaatimizce uygun olacaktır :

⁷ Eski MK md.169, evli kadının kocası lehine üçüncü kişiler ile gireceği borçlandırııcı muameleleri düzenlemekteydi. Böylelikle maddenin kapsamına evli kadının kocası lehine üçüncü kişilerle kuracağı kefalet sözleşmeleri de girmektedir.

⁸ Tasarı gerekçesi, 514 –515.

“Eğer diğer eş, ayırt etme gücünün olmaması veya rızanın arandığı sırada orada bulunmamasından dolayı rızayı veremeyecek durumda ise, rıza yokluğu sebebiyle kefalet sözleşmesi kurulamayacaktır”.

4) Tasarı md.585 Âdi kefalet (BK md. 486)

a) Tasarı madde 585 / II

“Alacak, kefaletten önce veya kefalet sırasında rehinle de güvence altına alınmışsa, âdi kefalette kefil, alacağın öncelikle rehin konusundan alınmasını isteyebilir. Ancak, borçlunun iflasına veya kendisine konkordato mehili verilmesine karar verilmişse bu hüküm uygulanmaz.”

Bu hüküm, hemen hemen mevcut BK md.486/ II'daki düzenlemeyle aynıdır. Bu itibarla şu an yürürlükte olan md.486/II bakımından doktrinde yapılan eleştirilerin dikkate alınarak 585 /II c.1 için maddeye bir açıklık konulması uygun olacaktır. Şöyle ki; alacaklının alacağı için kefaletten evvel ya da onunla aynı anda rehin ile teminat verilmesi şartı sadece, rehinin üçüncü kişiler tarafından verilmesi halinde söz konusu olur⁹ . Bu nedenle asıl borçlu kefaletle teminat altına alınmış borcu için aynı zamanda rehin de vermiş ise bu rehinin, rehinin paraya çevrilmesi def'i için , ne zaman verildiğinin bir önemi yoktur.

İsviçre Kanun Koyucusu da 1942 tarihli değişiklikle bu hükmü değiştirmiş (bkz. İBK md.495 / II) ve rehin hakkının kimin tarafından ve ne zaman verildiği dikkate alınmaksızın kefile rehinin paraya çevrilmesi def'i tanınmıştır.

Bu gerekçelerle tasarıda mevcut madde hükmünün neden değiştirilmeksizin aynen kaldığını anlamak güçtür.

⁹ Tandoğan, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri II, 3.Bası, Ankara 1987, 767; Reisoğlu, Türk Hukukunda ve Bankacılık Uygulamasında Kefalet, Ankara 1992, 119; Bilge, Borçlar Hukuku Özel Borç Münasebetleri, Ankara 1971, 375-376; Hatemi/Serozan/Arpacı, Borçlar Hukuku Özel Hükümler, İstanbul 1992, 526; Elçin-Grassinger, 216.

b) Tasarı md.585/ II son c.'de rehnin paraya çevrilmesi bakımından verilen rehnin asıl borçlu tarafından mı, yoksa üçüncü kişi tarafından mı verildiği ayrımının yapılmaması, şu noktada da aksaklık yaratmaktadır: md.585 /II son c.'de, rehnin paraya çevrilmesi def'i için asıl borçlunun iflas etmemiş olması aranmaktadır. Bu şart, rehini asıl borçlu vermiş ise aranır. Eğer rehin üçüncü kişi tarafından verilmişse, asıl borçlu iflas etmiş olsun ya da olmasın kefil, def'i hakkından yararlanacaktır. Zira asıl borçlu iflas etmiş olsa bile alacaklı rehin hakkını üçüncü şahıstan alabilecektir¹⁰.

Kısaca özetleyecek olursak, tasarı md.585 /II'de rehnin paraya çevrilmesi def'i bakımından rehnin kimin tarafından verildiğinin her iki ayrı hal için de vurgulanmalıdır.

5) Tasarı md.587 Birlikte Kefalet (BK md. 488)

Tasarı md. 587/III hükmüne göre “ Alacaklı, kefilin aynı alacak için başka kişilerin de kefil olduğunu veya olacağını varsayarak kefalet ettiğini biliyor veya bilmesi gerekiyorsa, bu varsayım sonradan gerçekleşmezse veya kefillerden birinin alacaklı tarafından kefalet borcundan kurtarılması ya da kefaletinin hükümsüz olduğuna karar verilirse, kefil kefalet borcundan kurtulur.”

Tasarı md.587/III gereği kefil, fıkranın uygulanma koşulları gerçekleştiğinde kefalet borcundan “tamamen” kurtulacaktır. Ancak bu sonuç, kefil ile alacaklının menfaatleri tartıldığında kefilin yararının alacaklının zararına olarak lüzumundan fazla korunması anlamına gelmektedir. Kaynak kanunun 1942 tarihli değişiklikten evvelki şekli, şu an mevcut kanun tasarısındaki gibi idi; kefil kefalet borcundan tamamen kurtuluyordu. Ancak İsviçre doktrinde kefilin, bu hükme dayanarak kefalet ilişkisinden t a m a m e n kurtulması alacaklı bakımından çok ağır ve adaletsiz bir sonuç doğurduğu

¹⁰ Becker, Obligationenrecht II, Bd.VI, Die einzelnen Vertragsverhältnisse, Bern 1934, 495 N.12; Tandoğan, 767; Reisoğlu, 120; BGE 120 III 1.

gerekçeleriyle eleştirilmiş idi¹¹. Bu nedenle 1941 tarihli değişiklikte iki ayrı ihtimale göre iki farklı sonuç kabul edilmiştir;

Şayet başka kişinin beklenen birlikte kefalet olması durumu gerçekleşmez ya da birlikte kefillerden biri daha sonra alacaklının onunla yaptığı ibra anlaşması sonucu kefaletinden kurtulacak olursa, bu takdirde geride kalan kefil kefalet borcundan tamamen kurtulacaktır.

Fakat şayet birlikte kefillerden birinin kefaletinin hükümsüzlüğü nedeniyle esaslı hata durumu söz konusu olursa, bu takdirde geride kalan kefil kefalet borcundan tamamen kurtulabileceği gibi, hakkaniyet gerektiriyorsa, hâkimin takdirine göre sorumluluğunda kısmi indirime de gidilebilir.

Dolayısıyla kefilin bu varsayımın ortaya çıkmaması durumunda kefalet borcundan tamamen kurtulduğunu ileri sürmesi, alacaklının menfaatlerini çok fazla zedeleyecek olduğu durumlarda kefil tamamen değil, kısmen kefalet borcundan kurtulacaktır.

Türk Borçlar Kanunu bakımından da tasarı hükmüne kaynak kanunda olduğu gibi kefilin tamamen kurtulması ile birlikte ikinci bir imkânın da getirilmesi kefil ile alacaklının menfaatlerinin adalete uygun bir şekilde tartılmasını gerekli kılacağından çok isabetli olacaktır.

6) Tasarı md.590 Kefilin Takibi (BK md.491 Muacceliyet)

Tasarı md 590 / III' da, maksadı aşan ve mevcut kanun zamanında da doktrin tarafından eleştirilen bir hükmün hâlâ mevcut olduğunu görmekteyiz. Bu fıkra hükmüne göre:

¹¹ Kaderli, Die Sicherung des Bankkredites, Bern 1938, 225-226; Wegenstein, Mitbürgschaft, Zürich 1926,102 ; Giovanoli Art. 497 N.26 vd.

“Asıl borcun muaccel olması, alacaklı veya borçlunun önceden süre içeren bildirimde bulunmasına bağlıysa, kefalet borcu için bu süre, bildirimin kefile yapıldığı tarihte işlemeye başlar.”

Asıl borcun muaccel olması için yapılması gereken muacceliyet ihbarının, asıl borç sözleşmesine taraf olmayan bir kişiye yapılması hukuken hiçbir anlam ve önemi haiz değildir. Alacaklı ile asıl borçlu arasındaki hukuki ilişkiye taraf olmayan kefile, asıl borç ilişkisi için muacceliyet ihbarında bulunulması, asıl borcun muaccel olmasına sebep olmaz. Kefile muacceliyet ihbarı yapılmış olup, asıl borçluya bu ihbar yapılmamış ise, **asıl borç** ilişkisi muaccel hale gelmeyecektir ya da tam tersi asıl borçluya ihbar yapıp bu ihbar kefile ‘yapılmadı’ diye asıl borcun muaccel olmaması söz konusu olmayacaktır. O halde fıkra hükmünde kast olunan başka bir durumdur. Burada ifade edilmek istenen, asıl borçluya yapılmış muacceliyet ihbarı ile asıl borç ilişkisi muaccel hale gelince, kefilin menfaati gerektirdiğinden, alacaklının bir an evvel kefile de bu durumdan h a b e r v e r m e s i dir. Alacaklının, asıl borçluya yaptığı muacceliyet ihbarını kefile bildirmemesi veya geç bildirmesi sadece kefile karşı takibe başlamamasına ya da geç başlamasına sebep olacaktır. Bundan dolayı eğer alacaklı asıl borçlu ile beraber kefil de takip etmek ve kefalet borcunun da muaccel olmasını istiyorsa, asıl borç için yaptığı muacceliyet ihbarını kefile haber etmelidir¹².

Nitekim kaynak İsviçre Borçlar Kanunu’nda yapılan 1942 değişikliğinde IBK Art. 501/III’deki bu terimin (bkz. Art. 501/ III) “...mitgeteilt...” şeklinde düzeltildiği görülür. Mevcut Borçlar Kanunu’ndaki kefalet hükümlerinde yapılan değişiklik tasarısında mevcut fıkra hükmündeki bu terim yanlışlığının dikkate alınmayarak düzeltilmemiş oluşu isabetsizdir.

¹² Beck, Art.501 N.15 ve N.18; Becker, Art. 500 N.3; Giovanoli Art.501 N.2; Honsell/Vogt/Wiegand (Pestalozzi) Art.501 N.12; Gut, Die Wirkungen der Solidarbürgschaft im Verhältnis des Gläubigers zum Bürgen nach neuem Recht, Bern 1941, 74-75; Olgaç, Kefalet, Ankara 1978, 32; Elçin-Grassinger, 189 ve 189 dn.502’deki diğer kaynakça. Bu itibarla Yargıtay’ın asıl borç ilişkisine dair muacceliyet ihbarının kefile yapılması ve kefilin temerrüde düşürülmesi yönündeki kararlarında isabet yoktur, örnek olarak bkz. Y.11 HD 5.12.1998 2597/7405 (Karahasan , Türk Borçlar Hukuku, C.VI, 1992, 949); Y.12 HD 23.11.1993, 4291/28329 (YKD 1994 C.XX,234-235).

7) Tasarı md.591 Def'iler (BK md. 497 Kefilin Def'ileri)

Tasarı md.591 “ Kefil, asıl borçluya veya mirasçılara ait olan ve asıl borçlunun ödeme güçsüzlüğünden doğmayan bütün def'ileri alacaklıya karşı ileri sürme hakkına sahip olduğu gibi, bunları ileri sürmek zorundadır.Yanılma veya sözleşme yapma ehliyetsizliği ya da zamanaşımına uğramış bir borç sebebiyle borçlunun yükümlü olmadığı bir borca bilerek kefalet hali bu hükmün dışındadır.

Asıl borçlu kendisine ait olan bir def'iden vazgeçmiş olsa bile kefil, yine de bu def'i alacaklıya karşı ileri sürebilir.

Kefil, asıl borçluya ait def'ilerin varlığını bilmeksizin ödemede bulunursa, rücu hakkına sahip olur. Buna karşılık asıl borçlu, kefilin bu def'ileri bildiğini veya bilmesi gerektiğini ispat ederse kefil, bunlar ileri sürülmüş olsaydı ödemeden kurtulacağı ölçüde rücu hakkını kaybeder.

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

a) Genel Olarak

Maddenin anlam bakımından kapsadığı hususlar ile lafzı birbiriyle uyuşmadığı gibi maddenin kenar başlığı da yine maddenin ruhuna, anlamına uymamaktadır. Halen yürürlükte olan ve doktrin tarafından eleştirilen BK md.497 hükmünde mevcut olan bu uyumsuzluğun tasarıda düzeltilmemiş olması eksikliktir.

Tasarı madde 591 ile aslında kefilin, alacaklıya karşı ileri sürebileceği asıl borç ilişkisinden doğan tüm savunma imkanları konu edilmektedir. Bunlar, teknik anlamda def'iler olabileceği gibi, itirazlar da olabilirler. Oysa madde hükmünde sadece ‘def'ilerden’ söz edilmektedir. Bu def'iler ile kanun koyucunun teknik anlamda def'ileri kastetmediği çok açıktır. Zira ilk olarak maddenin tüm fıkraları bakımından

sadece maddede yazıldığı şekilde def'ilerin konu edildiği kabul edilirse, örnek olarak tasarı md. 591/II fıkra gereği asıl borçlu kendisine ait teknik anlamdaki itiraz teşkil eden savunma hakkından feragat edecek, vazgeçecek olursa, kefil bu itirazları ileri süremeyecek şeklinde bir anlam çıkmaktadır ki, bu doğru değildir. Benzer sebeple birinci fıkra da yer alan "... ve asıl borçlunun ödeme güçsüzlüğünden doğmayan bütün def'ileri..." ifadesi de yanıltıcıdır. Zira kefilin, teminat amacı sebebiyle asıl borçluya ait olup da ileri süremeyeceği savunma imkanları sadece teknik anlamda asıl borçluya ait def'iler değil, itiraz niteliğindeki savunma imkanlarıdır da ¹³.

Keza III. fıkra çerçevesinde kefil asıl borçluya ait itirazları bilmeden ödemede bulunursa, rücu hakkına sahip olmayacak midir ? Ya da asıl borçluya ait itirazları kusurlu olarak ileri sürmeyip alacaklıya ödemede bulunursa, asıl borçluya md.596/III gereği rücu hakkını yine kaybetmeyecek midir ? Bu ve buna benzeri tüm soruların cevabı olumludur. Dolayısıyla tasarı md. 591 hükmünün kenar başlığı dahil olmak üzere içeriğinin, def'i ve itirazları kapsayacak hatta asıl borçluya ait tüm savunma imkanlarını kapsayacak şekilde geniş bir ifadenin kullanılması isabetli olacaktır.

b)Tasarı madde 591/ I son cümlede kefilin, asıl borçluya ait savunma imkânlarını ileri sürmesinin kendisi için bir zorunluluk olduğundan söz edilmektedir. Zorunluluk öncelikle hukuki anlamda teknik bir terim olmadığı gibi, konuşma dilindeki anlamı da yükümlülük, borç kelimelerine eş görülebilir. Oysa kefilin asıl borçluya ait savunma imkânlarını ileri sürmesi kendisi açısından **bir yüküm, külfettir.** Kefil, bu yükümü yerine getirmezse, tazminat ödemez sadece kendisine kanunen tanınmış olan rücu hakkını kaybeder, Dolayısıyla "zorunluluk" terimi yerine, külfet ya da yüküm şeklinde gerçek maksadı açıklayan terimin kullanılması isabetli olacaktır¹⁴.

¹³ Elçin-Grassinger, 51 vd.

¹⁴ Bkz.ve krş. Yavuz, Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler, 6.bası, İstanbul, 790. Yavuz, BK md.492/II göre kefilin asıl borçluya ait def'ileri kullanmamasının yükümlülük olarak düzenlenmiş olduğunu, kefilin bu def'ileri ileri sürmemesi halinde asıl borçluya rücu hakkından mahrum olacağını ifade etmektedir. Oysa teknik anlamda yükümlülükte, bir hak kaybı olmaz, yükümlülüğe aykırılığın yaptırımı tazminattır. Buna karşın yüküm =ödev = külfete uyulmamasının yaptırımı ise, işte bu maddede olduğu gibi hak sahibinin hakkını kaybetmesidir.

c) Bu maddede def'i ve itirazların teknik bakımdan ayırımlarına dikkat edilmemiş olmasının bir başka sonucu da tasarı md.591/son hükmünde kumar veya bahisten doğan bir borca kefalette kefilin asıl borçlunun sahip olduğu def'ileri ileri sürebileceği ifadesidir. Bu hüküm ile sanki kumar ve bahisten doğan savunma imkanlarının teknik anlamda def'i olduğu kanaati uyandırılmaktadır ki, bu hatalıdır. Kumar ve bahisten doğan borcun dava edilmezliği teknik bakımdan bir itiraz sebebidir. Bu asıl borçluya ait "itirazı", kefil de sürebilecektir. Hükümün kastettiği gerçek anlam budur. Dolayısıyla kanun koyucunun madde hükmünü kaleme alırken def'i ile itirazları da kapsayacak şekilde teknik anlamından çok uzak şekilde bu terimi kullanması, kanun yapma tekniği bakımından isabetli olmamıştır.