

KEFALET SÖZLEŞMESİNİN FER'İLİĞİ İLKESİ

*Arş. Gör. Töre GÜNSAY**

Öz

Kefalet sözleşmesi, Türk Borçlar Kanunu'nun 581-603. maddeleri arasında düzenlenmiştir. Türk Borçlar Kanunu'nun 581. maddesinde "Kefalet sözleşmesi, kefilin alacaklıya karşı, borçlunun borcunu ifa etmemesinin sonuçlarından kişisel olarak sorumlu olmayı üstlendiği sözleşmedir." şeklinde tanımlanmıştır. Kefalet sözleşmesi, bir başkasının borcunu ifa etmesi halinde bunun sonuçlarını kişisel olarak üstlenme anlamına geldiği için bu ilişkinin tarafları; kefil, asıl alacaklı ve asıl borçludur. Kefalet sözleşmesinin amacı ise alacağın teminat altına alınmasıdır.

Kefalet sözleşmesi niteliği itibarı ile tek tarafa borç yükleyen ve ivazsız bir sözleşmedir. Kefalet borcu asıl borçtan bağımsız bir para borcu olarak karşımıza çıkar. Yine kefalet sözleşmesinden kaynaklanan borç, tali (ikincil nitelikli) bir borç olma özelliği yanında, fer'i bir nitelik de taşımaktadır.

Kefalet sözleşmesinin fer'iliği çalışmamızın temel konusunu oluşturmaktadır. Kefalet sözleşmesi mevcut ve geçerli bir esas borcun varlığını gerektirmektedir. Böylece kefilin yükümlülüğü asıl borçtan kaynaklanan yükümlülüğe bağlı olmaktadır.

Çalışmamızda kefalet sözleşmesinin niteliği ve özelliklerine değindikten sonra, kefalet sözleşmesinin fer'iliği ilkesi, fer'i olmasına bağlanan sonuçlar ve kefalet sözleşmesinin fer'iliğinin istisnaları incelenmiştir.

Anahtar Kelimeler

Kefalet Sözleşmesi, Kefil, Alacaklı, Borçlu, Kefalet Sözleşmesinin Fer'iliği

* Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Medeni Hukuk Anabilim Dalı

THE PRINCIPLE OF ACCESSORY OF THE BAIL CONTRACT

Abstract

Bail contract, arranged between article 581-603 of the Turkish Code of Obligations. Article 581 of the Turkish Code of Obligations states that “the bail contract is a contract that the sponsor undertakes to be personally responsible for the consequences of the debtor's failure to pay debts.” Since the bail contract is meant to personally undertake the consequences of this if someone else does not fulfill the debt, the parties to this relationship; The guarantor, the principal creditor and the principal debt. The purpose of the bail contract is to secure it.

The bail contract is a contract with a reputation for paying debt to one side. The bail is a debt owed to the original borrower as a money debt. The debt arising from the bailment contract is also a liability as well as a liability (secondary qualification).

The nature of the bail contract constitutes the main point of our work. The bail contract requires the existence of a current and valid principal borrower. Thus the obligation of the guarantor depends on the obligation arising from the original debt.

After touching on the nature and characteristics of the bail contract, we have examined the exceptions of the bail contract principle and the consequences of the bail contract and the bail contract.

Keywords

Bail Contract, Voucher, Creditor, Borrower, Firm of Bail Contract

I. TANIMI

Kefalet sözleşmesi Türk Borçlar Kanunu'nun 581-603 maddeleri arasında düzenlenmiştir. Kefilin alacaklıya, borçlunun borcunu ifa etmemesinin sonuçlarından kişisel olarak sorumlu olmayı üstlendiği sözleşmeye kefalet sözleşmesi denmektedir¹. Nitekim TBK. m. 581'e göre de "Kefalet sözleşmesi, kefilin alacaklıya karşı, borçlunun borcunu ifa etmemesinin sonuçlarından kişisel olarak sorumlu olmayı üstlendiği sözleşmedir."

Kefalet sözleşmesinde amaç alacağın teminat altına alınmasıdır. Kefalet sözleşmesinin asli amacını, hukuki sebebinin bu teminat fonksiyonu oluşturduğudur. Bundan dolayıdır ki, kefilin bu sözleşmeden doğan borcunun hukuki sebebi teminattır. Bu durumda, borçlu borcunu ifa etmediği takdirde alacaklı kefile başvuracaktır. Yani kefil alacaklı karşısında ikinci bir borçlu olarak ortaya çıkmaktadır².

Kefil, kefalet sözleşmesinde alacaklıya karşı sadece teminat borcu altına girdiği için, hiçbir zaman asıl borçlunun yerine geçmez. Bu sebeple, borçlu borcunu ifa etmediği takdirde kefil, alacaklı tarafından aynen ifaya zorlanamaz³. Çünkü kefilin borçlandığı edim, asıl borçlunun borçlandığı

¹ **Tandoğan**, Haluk: Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, C. II, s. 693; **Bilge**, Necip: Özel Borç Münasebetleri, Ankara 1971, s. 364; **Reisoğlu**, Seza: Türk Kefalet Hukuku, Ankara, 2013, s. 20; **Zevkliler**, Aydın/**Gökyayla**, K. Emre: Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, 12. Bası, Ankara 2013, s. 653; **Yavuz**, Cevdet/**Acar**, Faruk/**Özen**, Burak: Türk Borçlar Hukuku, Özel Hükümler, 10. Bası, İstanbul 2014, s. 1398; **Aral**, Fahrettin/**Ayrancı**, Hasan: Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, 9. Baskı, 2012, s. 417; **Gümüş**, M. Alper: Borçlar Hukuku, Özel Hükümler, Cilt II, 3. Bası İstanbul 2014, s. 320; **Grassingerr**, Gülçin Elçin: Kefilin Alacaklıya Karşı Sahip Olduğu Savunma İmkanları, İstanbul 1996, s. 13; **Ayrancı**, Hasan: Şekil Şartına Uyulmadan Yapılan Kefalet Sözleşmesinde İfanın Sonuçları, "Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 53, S. 2, 2004, s. 95; **Özen**, Burak: 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Çerçevesinde Kefalet Sözleşmesi, İstanbul 2012, s. 51; **Ayan**, Serkan: Kefalet Sözleşmesinde Kefilin Sorumluluğu, Ankara 2013, s. 13; **Şahan**, Gökhan: Kefalet Sözleşmesinin Sona Ermesi, Ankara 2009, s. 13.

² **Eren**, Fikret: Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Ankara 2014, s. 771; **Tandoğan**, s. 701; **Reisoğlu**, s. 24; **Zevkliler/Gökyayla**, s. 655; **Yavuz/Acar/Özen**, s. 1399; **Gümüş**, s. 329; **Aydoğdu/Kahveci**, Türk Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, 3. Baskı, Ankara 2017, s. 817.

³ **Reisoğlu**, s. 27; **Yavuz/Acar/Özen**, s. 1401; **Eren**, s. 772.

edim değildir. Burada kefilin üstlendiği edim, borçlunun borcunu yerine getirmemesinden dolayı alacaklının uğradığı müspet zararını gidermek olacaktır⁴.

Kefaleti düzenleyen hükümler ilke olarak düzenleyici hükümler olmakla beraber taraflar sözleşmede bunların aksini kararlaştırabilirler. Bunun istisnası ise TBK. m. 582/III hükmüdür. Bu hükme göre kanunda aksi bir hüküm olmadıkça kefil TBK'nın bu bölümünde kendisine tanınan haklardan önceden feragat edemeyecektir⁵. TBK. m. 582/III hükmü şu şekildedir :

“Kanundan aksi anlaşılmadıkça kefil, bu bölümde kendisine tanınan haklardan önceden feragat edemez.”

II. KEFALET SÖZLEŞMESİNİN NİTELİĞİ

A. Kefalet Sözleşmesinin Tek Tarafa Borç Yükleyen Bir Sözleşme Olması

Niteliği bakımından bir borç sözleşmesi olan kefalet sözleşmesinin tarafları, kefil ve alacaklıdır. Kefalet sözleşmesinin sebebi, amacı ve tanımından anlaşılacağı üzere sadece kefil borçlu durumundadır. İki tarafa değil, bir tarafa, yalnızca kefile borç yükleyen bir sözleşme özelliği gösterir⁶. Unutmamak gerekir ki kefilin bu sözleşmedeki borçlandığı kişi borçlu olmayıp alacaklıdır. Alacaklı bu sözleşme ile herhangi bir borç altına da girmeyecektir. Fakat alacaklı sözleşmede bazı edimlerin ifası borcunu üstlendiği zaman, kefalet sözleşmesi iki tarafa borç yükleyen sözleşme niteliğini kazanacaktır ve bu durumda kefil TBK. m. 97'ye göre ödemezlik defini ileri sürebilecektir⁷.

B. Kefalet Sözleşmesinin İvazsız Bir Sözleşme Olması

Kefalet sözleşmesi niteliği itibariyle ivazsız bir sözleşmedir. Kefil burada borçlandığı edime karşı alacaklıdan herhangi bir alacağa sahip olmaz. Ancak kefaletin ivazsız olması zorunlu bir unsur değildir ve kefalet sözleş-

⁴ Eren, s. 772.

⁵ Eren, s. 772.

⁶ Reisoğlu, s. 27; Yavuz/Acar/Özen, s. 1406.

⁷ Eren, s. 773.

mesinde taraflar açıkça alacaklının da bir yükümlülük altına gireceğini kararlaştırabilirler⁸.

Sözleşme ile asıl borçlunun kefile menfaat sağlaması mümkündür ve bu durum kefaletin ivazsızlığı ilkesini bozmayacak, bir ivaz olarak değerlendirilmeyecektir⁹. Kefilin kefaletini sağlamak için borçlunun kefile menfaat sağladığı durumlarda, örneğin kendisine kefil olacak kişiye komisyon verilmesinde ya da uygulamada sıklıkla rastlanan bankanın aldığı komisyon karşılığında kefil olması durumunda, kefalet sözleşmesinin ivazsız niteliği ortadan kalkmamakta, bu işlem kefaleti ivazlı hale getirmemektedir. Çünkü bu komisyon kefalet sözleşmesinin değil, kefile borçlu arasındaki iç ilişkinin bir unsurunu teşkil etmektedir¹⁰.

Ayrıca alacaklıya kanun tarafından yüklenen mükellefiyetleri de kefile karşı yapılmış bir edim olarak kabul etmek mümkün değildir¹¹.

Kefalet sözleşmesinin ivazsız olduğu durumda, kefilin alacaklıya ifade bulunmasını, bir bağışlama olarak algılamamak gerekmektedir¹².

C. Kefalet Sözleşmesinin Sürekli Sözleşme Benzeri Bir Sözleşme Olması

Kefilin borcu sürekli olsa da kefalet sözleşmesinin sürekli sözleşme benzeri bir sözleşme olduğu doktrinde ileri sürülmektedir¹³.

III. TEMEL ÖZELLİKLERİ

A. Kefalet Borcunun Asıl Borçtan Bağımsız Bir Borç Olması

Kefalet sözleşmesi alacaklı ile kefil arasında yapıldığına göre, kefil alacaklıya başkasının yani borçlunun edimini değil, kendi üstlendiği edimi

⁸ **Reisoğlu**, Seza: Türk Hukukunda ve Bankacılık Uygulamasında Kefalet, Ankara 1992, s. 5-6; **Tandoğan**, s. 694.

⁹ **Tandoğan**, s. 694; **Yavuz/Acar/Özen**, s. 1406; **Eren**, s. 773.

¹⁰ **Reisoğlu**, (Kefalet 92), s. 6; **Tandoğan**, s. 695; **Yavuz/Acar/Özen**, s. 1406; **Aydoğdu/Kahveci**, s. 821-822.

¹¹ **Reisoğlu**, (Kefalet 92), s. 7.

¹² **Reisoğlu**, (Kefalet 92), s. 6; **Yavuz/Acar/Özen**, s. 1407; **Ayan**, s. 19.

¹³ **Gümüş**, s. 330; **Eren**, s. 773.

borçlanır. Bu borç, borçlunun alacaklıya karşı olan borcundan şekil ve içerik yönünden ayrı ve bağımsızdır¹⁴. Böylece kefilin borcu esas ve şekil bakımından asıl borçla aynı olmayıp özel bir borçtur¹⁵. Asıl borçlu borcunu ifa etmediğinde kefilin ifa edeceği borç kendi borcudur. Kefilin edimde bulunduğu borç asıl borçtan başka olan kendi borcu olduğu için, kefilin edimi borçlunun borcunu değil, ancak kendi borcunu sona erdirmektedir¹⁶.

Asıl borç ise kefilin alacaklıya ifada bulunmasıyla son bulmayacak, kanuni halefiyet çerçevesinde kefile geçecektir¹⁷. Bu durum TBK. m. 596/I hükmünde şu şekilde düzenlenmiştir:

“Kefil, alacaklıya ifada bulunduğu ölçüde, onun haklarına halef olur...”

Kefalet mahiyeti gereği başkasının borçlanmış olduğu edimin ifasından şahsen sorumluluk söz konusu olduğu için, kendi borcuna kefil olunamaz¹⁸. Bir kimse başlangıçta kendi borcuna kefil olamamakla birlikte, sözleşmenin kurulmasından sonra kefalet borcu ile asıl borç aynı kişide birleşebilir. Örneğin kefilin mirasbırakanı olan borçlunun ölmesi durumunda kefil aynı zamanda borçlu sıfatını da kazanacaktır¹⁹.

Fakat alacaklı ve kefil sıfatları sonradan birleşirse, örneğin kefilin alacaklının mirasçısı olması durumunda, alacaklı ve borçlu sıfatları aynı kişide yani kefilde birleştiği için kefalet borcu da bu durumda TBK. m. 135 gereği sona erecektir²⁰ (TBK. m. 135; “Alacaklı ve borçlu sıfatlarının aynı kişide birleşmesiyle borç sona erer...”).

Kefalet sözleşmesiyle kefil başkasına ait bir borcun ifa edilmemesinin sonuçlarından sorumlu olduğuna göre, dolayısıyla kişisel olarak sorumlu

¹⁴ **Barlas**, Nami: Kefalet Hukukuna İlişkin Bazı Sorunlar ve Yargıtay Uygulaması, Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu XXI, Ankara, 2006, s. 43; **Reisoğlu**, (Kefalet 92), s. 4-5; **Yavuz/Acar/Özen**, s. 1403; **Eren**, s. 774; **Aydoğdu/Kahveci**, s. 823.

¹⁵ **Yavuz/Acar/Özen**, s. 1403.

¹⁶ **Tandoğan**, s. 699; **Yavuz/Acar/Özen**, s. 1403; **Eren**, s. 774.

¹⁷ **Yavuz/Acar/Özen**, s. 1403.

¹⁸ **Tandoğan**, s. 699; **Karahasan**, Mustafa Reşit: Türk Borçlar Hukuku, C. 4, İstanbul 1992, s. 1420; **Yavuz/Acar/Özen**, s. 1403; **Ayan**, s. 36-37; **Eren**, s. 774.

¹⁹ **Tandoğan**, s. 700; **Yavuz/Acar/Özen**, s. 1403-404; **Eren**, s. 774.

²⁰ **Tandoğan**, s. 700; **Eren**, s. 774.

olduğu bir borç için kefil olamayacağına göre, bir adi ortaklıkta, ortaklardan birinin şirketi temsilen yaptığı işlemlerden diğer ortaklar da müteselsilen sorumlu olduklarından (TBK. m. 638), bir ortağın bu işlemlerden doğan borçlar için kefaleti de anlam taşımayacaktır²¹.

B. Kefalet Borcunun Bir Para Borcu Olması

Kefilin, kefalet sözleşmesi ile asıl borcun alacaklısına taahhüt etmiş olduğu edimin konusu para olup asıl borçlunun yerine getirmek zorunda olduğu edim değildir²². Keza TBK. m. 583'te, "Kefalet sözleşmesi...kefilin sorumlu olacağı azami miktar...belirtilmedikçe geçerli olmaz" denilmiştir. Kefaletin geçerliliğini kefilin sorumlu olduğu azami miktarın kefalet sözleşmesinde belirtilmesini şart koşan madde bu hususu açıkça düzenlemiştir. Zira bu maddedeki "azami miktar" deyimini "azami miktar para" olarak algılamak gerekir²³.

Kefalet sözleşmesinde kefilin borcu, asıl borcun niteliğinden bağımsız olarak daima bir para borcu taşıdığından, bunun bir sonucu olarak her türlü borcun kefaletle teminat altına alınması mümkün olacaktır. Para borcuna, verme, yapma ya da yapmama borcuna olduğu gibi, haksız fiil ya da sebep-siz zenginleşmeden doğan borçlara da kefalet mümkündür²⁴. Ayrıca kumar ve bahisten doğan borçlara da kefalet edilebileceği TBK. m. 591'de düzenlenmiştir. Kişiye sıkı sıkı bağlı edimlere kefalet edilebilmesi ise doktrinde tartışmalıdır²⁵.

Borç ilişkisinde borçlunun kişiliği önemli değilse, kefil isterse TBK. m. 83'e göre borcun aynen ifasını da gerçekleştirebilir²⁶. (TBK. m. 83; "Borcun, bizzat borçlu tarafından ifa edilmesinde alacaklının menfaati bulunmadıkça borçlu, borcunu şahsen ifa etmekle yükümlü değildir."). Fakat kefalet sözleşmesinde kefilin asıl borcu yerine getireceği kararlaştırılmışsa, bu durumda

²¹ Tandoğan, s. 699; Ayan, s. 36-37.

²² Tandoğan, s. 697; Karahasan, C. 4, s. 1420; Yavuz/Acar/Özen, s. 1401.

²³ Eren, s. 775.

²⁴ Ayan, s. 34; Eren, s. 775.

²⁵ Eren, s. 775.

²⁶ Ayan, s. 34; Eren, s. 775.

artık sözleşmenin kefalet sözleşmesi değil de müteselsil borç ya da borcun üstlenilmesi olacağı doktrinde ileri sürülmüştür²⁷.

Kefalet sözleşmesinde kefilin borcu asıl borcun ifa edilmesine ilişkin ifa menfaatinin sağlanması olduğuna göre, sözleşmenin hükümsüz olmasından doğan zararlardan (menfi zarar) kefil sorumlu olmayacaktır²⁸.

C. Kefalet Borcunun İkincil Nitelikli (Tali) Bir Borç Olması

Kefalet borcu kural olarak ikincil (tali) bir borçtur²⁹. Bu ilke uyarınca alacaklı, borçluya başvurmadan kefile başvuramaz. Kefile başvuru için öncelikle asıl borçlunun borcunu ifa etmemesi ve asıl borçluya başvurularak borcun tahsil edilememiş olduğu kanıtlanması gerekecektir³⁰. Kefalet borcunun tali olma niteliği özellikle adi kefalette tam olarak kendini gösterir³¹. Adi kefile başvurulabilmesi için borçluya takip yapıp alacağın elde edilememesi ve rehinler varsa rehinlerin paraya çevrilmesi gerekir. (TBK. m. 585). Borçluya takip yapıp bu takip semeresiz kalmadan ve rehne başvurmadan adi kefile başvurulamaz³².

Müteselsil kefalette de kefilin borcu tali (ikincil) niteliktedir³³. TBK. m. 586 hükmü bu niteliği ortaya koymuştur. Bu hükme göre :

“... bunun için borçlunun ifada gecikmesi ve ihtarin sonuçsuz kalması veya açıkça ödeme güçsüzlüğü içinde olması gerekir. Alacak, teslimine bağlı taşınır rehni veya alacak rehni ile güvence altına alınmışsa, rehnin paraya çevrilmesinden önce kefile başvurulamaz. Ancak, alacağın rehnin paraya çevrilmesi yoluyla tamamen karşılanamayacağını önceden hakim tarafından belirlenmesi veya borçlunun iflas etmesi ya da konkordato mehli verilmesi hallerinde, rehnin paraya çevrilmesinden önce de kefile başvurulabilir.”

²⁷ Reisoğlu, s. 28; Ayan, s. 34; Eren, s. 776.

²⁸ Ayan, s. 35.

²⁹ Reisoğlu (Kefalet 93), s. 5; Eren, s. 777; Aydoğdu/Kahveci, s. 821.

³⁰ Reisoğlu, s. 25; Yavuz/Acar/Özen, s. 1405-1406; Zevkliler/Gökyayla, s. 655; Şahan, s. 22; Gümüş, s. 288; Ayan, s. 33; Eren, s. 777.

³¹ Yavuz/Acar/Özen, s. 1405; Ayan, s. 33; Eren, s. 777.

³² Yavuz/Acar/Özen, s. 1405-1406; Ayan, s. 33.

³³ Yavuz/Acar/Özen, s. 1405-1406; Ayan, s. 33.

Görüldüğü üzere müteselsil kefile başvurabilmek için önce esas borçlunun ihtar edilmesi ve ihtarın sonuçsuz kalması gerekir. Yine teslimine bağlı taşınır rehni ve alacak rehni paraya çevrilmeden önce de kefile başvurulamayacaktır.

Asıl borcun para borcu dışında bir borç olması hallerinde ise müteselsil kefaletin tali olma özelliği daha açık biçimde ortaya çıkacak³⁴, ancak asıl borçlunun borcunu yerine getirmediğinin tespitinden sonra kefile başvurulabilecektir³⁵.

D. Kefalet Borcunun Teminat Sebebine Dayanan Bir Borç Olması

Kefaletin illeti (hukuki sebebi), asıl borçlunun asıl borçlunun ödeme gücünün bulunmamasına veya borcu ödemek istememesine karşı alacaklıya bir teminat sağlamaktır³⁶. Bu yönden asıl borç ile kefalet borcunun sebepleri birbirinden farklıdır. Her iki borç da kendine özgü hukuki sebebe sahiptir. Asıl borç bir bağışlama, alacak, satış, eser ya da kira sözleşmesindeki ifa sebebine sahip olabilirken, kefalet daima teminat sebebine dayanmaktadır³⁷.

Kefaletin illeti olan alacaklıya teminat sağlama gayesini, kefil kefalet akdini yapan sebeplerle karıştırmamak gerekir. Kefil asıl borçlunun vekili, vekaletsiz işgöreni ya da bağışlayan sıfatıyla hareket etmiş olabilir. Bu nedenle kefil ile asıl borçlu arasındaki hukuki ilişkiden doğan savunma sebepleri asıl borcun alacaklısına karşı ileri sürülemez³⁸. Bu iç ilişki rücu bakımından önem taşıyabilir; örneğin iç ilişkide bağışlama sözkonusuysa kefilin rücu hakkı bulunmayacaktır³⁹.

IV. KEFALET SÖZLEŞMESİNİN FER'İLİĞİ

A. Genel Olarak Ferilik İlkesi

Feri hakları, asıl haktan farklı olarak, alacak hakkının amacına hizmet eden ve onun bir parçası olmayan, fakat geçerliliği ve varlığı asıl alacağa

³⁴ Ayan, s. 34

³⁵ Yavuz/Acar/Özen, s. 1406.

³⁶ Tandoğan, s. 694; Özen, s. 62; Yavuz/Acar/Özen, s. 1401.

³⁷ Özen, s. 62; Ayan, s. 16; Eren, s. 777.

³⁸ Tandoğan, s. 694; Özen, s.65; Yavuz/Acar/Özen, s. 1401; Ayan, s. 16.

³⁹ Tandoğan, s. 694; Yavuz/Acar/Özen, s. 1401; Eren, s. 777.

bağımlı olan özel nitelikli haklar olarak tanımlayabiliriz. Feri haklar alacak hakkının kapsamını genişleten ve alacak hakkını teminat altına alan ferî haklar olarak iki gruba ayrılmaktadır. Kefalet sözleşmesinde alacaklının kefile başvuru hakkı da alacak hakkını teminat altına almaya yönelik ferî haklardandır⁴⁰.

Ferî hakların, asıl alacağa bağımlı olmaları ünlü Alman hukukçu Medicus tarafından, geçerlilik yönünden; kapsam yönünden; ferî hakkın diğer alacaklı ve borçlusunun değişmesinden etkilenmemesi açısından; savunma sebepleri açısından ve sona ermesi yönünden olmak üzere beş açıdan ele alınarak incelenmiştir⁴¹.

Ferî hakkın geçerli olarak doğup varlığını sürdürebilmesinin, asıl alacağın geçerli olarak doğmasına ve varlığını devam ettirmesine bağlı olması, geçerlilik yönünden bağımlılığını ifade eder. Ferî hak, asıl alacağın doğması koşuluna bağlı olarak asıl alacağın doğmasından önce de kurulabilecektir. Bu durum ferîlik ilkesini zedelemeyecektir. Çünkü bu durumda ferî hak daha doğmamıştır ve asıl borç doğduğunda ferî hak doğacaktır⁴².

Ferî hakkın kapsamının, asıl alacağın miktarına göre belirlenmesi, ferî hakkın kapsam yönünden asıl alacağa bağımlılığını göstermektedir. Kefilin sorumluluğunun asıl alacağın miktarına bağlı olması, bu yönden bir bağımlılığı ifade etmektedir⁴³.

Ferî hakların, borçlu ve alacaklı sıfatlarının değişmesinden etkilenmesi de ferîlik ilkesinin diğer bir sonucu olarak karşımıza çıkmaktadır. TBK. m. 189 hükmünde, “*Alacağın devri ile devreden kişiliğine özgü olanlar dışındaki öncelik hakları ve bağlı haklar da devralana geçer.*” Denilmektedir. Bu durum kefalet sözleşmesinde de geçerli olacaktır. Bunun sonucu olarak asıl alacaklı değiştiğinde, kefile başvuru hakkı da geçecektir⁴⁴.

⁴⁰ Ayan, s. 21; Aydoğdu/Kahveci, s. 819.

⁴¹ Medicus, Dieter: “Die Akzessorietät em Zivilrecht” (JuS 1971/10, s. 497-504), s. 498. (Aktaran, Ayan, s. 21.)

⁴² Ayan, s. 22; Aydoğdu/Kahveci, s. 819.

⁴³ Ayan, s. 22.

⁴⁴ Ayan, s. 22-23.

Faiz alacağı gibi bazı ferî haklar, geçerli bir biçimde doğduktan sonra asıl alacaktan ayrı olarak devredilebilirken; kefalet sözleşmesinden doğan alacağın, asıl alacaktan ayrı olarak devredilebilmesi mümkün olmayacaktır⁴⁵.

Borçlunun değişmesi kural olarak ferî hakları etkilememekle birlikte TBK. m. 198 hükmünde buna yönelik istisnalar getirilmiştir. TBK. m. 198'de :

“Borçlu değişmiş olsa bile, alacaklının borçlunun kişiliğine özgü olanlar dışındaki hakları saklı kalır. Bununla birlikte borcun güvencesi olarak rehin veren üçüncü kişinin ve kefilin sorumlulukları, ancak onların borcun üstlenilmesine yazılı olarak rıza göstermeleri halinde devam eder.” denilmektedir. Bu hükümle, asıl borçlunun kişiliğine bağlı olan ferî haklar ile, rehin veren üçüncü kişinin ve kefilin sorumlulukları bakımından iki istisna getirilmiştir⁴⁶.

Ferîlik ilkesinin sonucu olarak; ferî hakların ifası talebi karşısında, borçlu, asıl borç için geçerli olan savunma sebeplerini ileri sürebilecektir. Bu da ferî hakkın asıl alacağa savunma sebepleri açısından bağımlılığını göstermektedir⁴⁷.

Ferî hakkın asıl alacağa sona erme yönünde bağımlılığını inceleyecek olursak, ferîlik ilkesinin bir sonucu olarak asıl hakkın sona ermesine bağlı olarak ferî hak da ortadan kalkacaktır⁴⁸.

Tüm bu açıklamalarda anlaşılacağı üzere, kefalet sözleşmesinin kurulabilmesi için borçlunun alacaklıya karşı bir borcunun olması ve bu borcun da geçerli olarak varlığını devam ettirmesi gerekmektedir⁴⁹. Kefalet sözleşmesi asıl borca bağlı ferî bir alacak niteliği taşıdığı için de varlık ve geçerliliği asıl alacağa bağlı olmayan bir kişisel teminat sözleşmesi, kefalet sözleşmesi niteliği kazanamayacaktır⁵⁰.

⁴⁵ Ayan, s. 23.

⁴⁶ Ayan, s. 23.

⁴⁷ Ayan, s. 23.

⁴⁸ Ayan, s. 23; Aydoğdu/Kahveci, s. 819.

⁴⁹ Tandoğan, s. 695; Reisoğlu, (Kefalet 2013), s. 22; Gümüş, s. 287; Yavuz/Acar/Özen, s. 1404-405; Ayan, s. 23.

⁵⁰ Gümüş, s. 287; Ayan, s. 23.

Gözden kaçırılmaması gereken bir husus da, kefile başvurulduğu anda geçerli bir borcun bulunmasının yeterli olmasıdır. Yoksa kefalet sözleşmesinin kurulduğu sırada olması şart değildir. Bu durum ferilik ilkesinin bir istisnası olarak da algılanmamalıdır⁵¹.

Kefalet sözleşmesiyle alacaklı asıl borçluya yönelik olan talebi yanında, kefile karşı da bir talep hakkı elde edecektir. Alacaklının kefile karşı ileri sürebileceği talebi, asıl borçluya yönelik olan talebini teminat altına almak için kullanılır. Bu sebeple de kefile yönelik olan talebin varlığı, ilk talebin varlık ve geçerliliğine bağlıdır⁵².

Kefaletin ferî olmasının bir sonucu olarak da, kefaletle temin edilen borcun belirli veya belirlenebilir olması gerekmektedir⁵³.

B. Kefalet Sözleşmesinin Ferî Olmasına Bağlılanan Sonuçlar

Kefalet sözleşmesinin ferî olmasının bazı sonuçları vardır:

İlk olarak, asıl borç geçerli biçimde doğmadığı takdirde kefalet sözleşmesinin de geçersiz olacağını söylememiz gerekir. Örneğin şekle aykırı bir taşınmaz satış vaadi sözleşmesine doğan borca kefil olunması halinde, şekle aykırılıktan dolayı asıl borç geçersiz olacağına, kefalet sözleşmesi de geçersiz olacaktır⁵⁴. Ancak asıl borcun geçerli bir biçimde doğmadığı yönündeki savunmanın dürüstlük kurallarına aykırılık oluşturacağı durumlarda, kefil de bu savunmayı ileri sürememelidir. Örneğin, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin geçerlilik şekline aykırı olarak yapıldığında yüklenicinin şekle aykırılığı ileri sürmesi dürüstlük kurallarına aykırılık oluşturacaksa, aynı sonuç yüklenicinin borçlarına kefil olan kişi için de geçerli olmalı, kefil de şekle aykırılığı ileri sürememelidir⁵⁵.

TBK. m. 131/I hükmü, “*Asıl borç ifa ya da diğer bir sebeple sona erdiği takdirde, rehin, kefalet, faiz ve ceza koşulu gibi buna bağlı hak ve borçlar da sona ermiş olur.*” ve TBK. m. 598/I hükmünden, “*Hangi sebeple olursa olsun, asıl borç sona erince, kefil de borcundan kurtulur.*”, anlaya-

⁵¹ Ayan, s. 24; Aydoğdu/Kahveci, s. 820.

⁵² Ayan; s. 24.

⁵³ Ayan, s. 24.

⁵⁴ 13.HD. 20.03.1984, 458/2118, bu karar için bkz. Reisoğlu, (Kefalet 2013), s. 46.

⁵⁵ Ayan; s. 24-25.

çağımız üzere, asıl borç ortadan kalktığında kefalet de ortadan kalkacaktır. Bundan dolayı, kefile başvuran alacaklı, kefalet sözleşmesinin geçerli olarak kurulduğunu ve asıl borcun geçerliliğini sürdürdüğünü de kanıtlamak zorundadır⁵⁶.

Asıl borcun geçerli bir biçimde var olmaması durumunda, kefalet sözleşmesinin konusuz olmasından değil, kefalet sözleşmesinin geçersiz olmasından söz edilecektir. Ayrıca geçersiz bir borç için kefalet sözleşmesinin yapılması, temel ilişkideki durumu düzeltmeyecektir⁵⁷.

Bu noktada, geçersiz olan bir sözleşmeden doğan iade borçlarının kefaletle temin edilip edilemeyeceği sorunu karşımıza çıkmaktadır. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 09.03.1977 tarihli ve E.976/1322, 1977/216 sayılı kararına konu olan olayda, şekle aykırı olduğu için geçersiz olan bir taşınmaz sözleşmesinde, alıcı satış bedelinin bir kısmını ödemiştir ve satıştan herhangi bir şekilde cayılması halinde ise alınan nakit ve tahsil edilen bono bedellerinin alıcıya iade edileceği kararlaştırılmıştır. Kefiller de satıcının üstlendiği yükümlülükler kefil olmuşlardır. Hukuk Genel Kurulu, verdiği kararında, taşınmaz satış sözleşmesinin geçersizliği üzerine satıcının aldığı paranın iadesi borcunun doğduğunu; satım sözleşmesi geçersiz olsa da alınan paranın iadesi borcunun geçerli olduğunu; be sebeple de kefillerden talepte bulunulabileceği sonucuna varmıştır⁵⁸.

Doktrinde farklı görüşlere konu olan bu kararda; **Grassinger**, taşınmaz satım sözleşmesinin geçersiz olması sebebiyle, taşınmaz satım sözleşmesinden kaynaklanan satıcının borcu için kefil olan kişinin sorumlu tutulamayacağını belirterek, kararda ulaşılan sonucu isabetsiz bulmaktadır⁵⁹.

Özen ise, kefalet sözleşmesi yapılırken esas borcun kaynaklandığı hukuki ilişkinin geçersiz olduğu kefil ve alacaklı tarafından biliniyorsa, en azından bilinmesi gerekiyorsa, sebepsiz zenginleşmeye dayanan iade talep-

⁵⁶ **Tandoğan**, s. 696; **Reisoğlu** (Kefalet 92), s. 2; **Özen**, s. 80-81; **Ayan**, s. 24-25; **Dalamanlı**, Lütfi: Borçlar Kanunu Şerhi C. 2, Ankara 1977, s. 871; **Zevkililer/Gökyayla**, s. 655.

⁵⁷ **Ayan**, s. 25.

⁵⁸ Karar için bkz **Karahasan**, Mustafa Reşit: Türk Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, C. 5, İstanbul 2004, s. 1220-1222; **Özen**, s. 154, dn. 362.

⁵⁹ **Grassinger**, s. 20-21.

lerinin de kefalet güvencesine alınmak istendiğinin kabul edilebileceğini belirtmiş ve bu olayda YHGK'nun, **Reisoğlu**'nun belirttiği gibi⁶⁰ yorum yoluyla teminat altına alınan borcun ne olduğunu belirlediğini söylemiştir⁶¹.

Kefilin sorumluluğunun esas borçlunun sorumluluğundan daha fazla olmaması da, ferilik ilkesinin bir diğer sonucudur⁶². Diğer bir ifadeyle kefil, ancak asıl borçlunun sorumlu olduğu kadar sorumlu olabilir, asıl borçludan daha ağır bir sorumluluk altına giremez. Örneğin asıl borçlunun sadece ağır kusurunda sorumlu olduğu kararlaştırılmış olmasına rağmen, kefilin asıl borçlunun hafif kusurundan da sorumlu olacağı kararlaştırılmayacaktır⁶³. Bu ilke kefilin sorumluluğunun esas borçlununkinden fazla olmasını engelse de, kefilin sorumluluğunun esas borçludan daha az olmasını engelleme-yecektir⁶⁴. Ayrıca, faizin düşürülmesi gibi asıl borçluya karşı yapılan iyileş-tirmeler kefil için de geçerli olacaktır⁶⁵.

Kefaletin feriliğinin bir sonucu da, alacak asıl borçluya muaccel olma-dan kefile de muaccel olamayacak, esas borç muaccel olmadan kefileden talepte bulunulamayacaktır⁶⁶. İİK 202 hükmüne göre, asıl borç muaccel olmadan kefil iflas ederse, alacaklı alacağını kefilin iflas masasına kaydetti-rebilir. Bu durumda, asıl borç muaccel oldukça sonra, adi kefalet durumunda TBK. m.585 hükmünün, müteselsil kefalet durumunda ise TBK. m. 586 hükmündeki kefile başvuru şartları oluştuğunda, alacaklı alacağına karşılık gelen parayı kefilin sorumlu olduğu miktarca iflas masasından alabilir⁶⁷.

⁶⁰ **Reisoğlu**, (Kefalet 92), s. 16-17.

⁶¹ **Özen**, s. 154.

⁶² **Özen**, s. 81.

⁶³ **Tanodğan**, s. 695; **Reisoğlu**, (Kefalet 92), s. 3; **Gümüş**, s. 287; **Ayan**, s. 25-26.

⁶⁴ **Reisoğlu**, (Kefalet 92), s. 3; **Özen**, s. 81.

⁶⁵ 19. HD. 18.01.2008, 2007/5216, 2008/483 : “Alacaklı ile asıl borçlular arasında Finansal Yeniden Yapılandırma Sözleşmesi imzalandığı ve borcun ileriki bir tarihte ve daha dü-şük bir faizle ödeneceğinin kararlaştırıldığı dosyadaki bilgi ve belgelerden anlaşılmıştır. Kefaletin fer'i niteliği itibarıyla kefilin borcunun, asıl borca bağımlı olduğu ve böylece asıl borçluya muacceliyet tarihi ve faiz indirimi bakımından sağlanan hakların kefil yönünden de geçerli olduğu gözetilmeden mahkemece yanılıgılı gerekçelerle yazılı şekilde hüküm kurulmasında isabet görülmemiştir.” (www.kazanci.com.tr); **Ayan**, s. 26.

⁶⁶ **Özen**, s. 85; **Ayan**, s. 26.

⁶⁷ **Ayan**, s. 26.

İsviçre Türk hukukunda, Alman hukukunun aksine, kefalet sözleşmesinden doğan alacak asıl alacaktan bağımsız devredilemeyeceği kabul edilmektedir. Yine kefalet alacağının asıl alacaktan bağımsız olarak rehnedilmesi de mümkün olmayacaktır. Asıl alacağın devri kanun gereği (TBK. m. 189/I)⁶⁸, kefalet sözleşmesinin de yeni alacaklıya geçmesi sonucunu doğuracaktır. Kefilin bu sonuca karşı çıkma olanağı ise bulunmamaktadır⁶⁹.

TBK. m. 191/I hükmünde, “Alacak, bir edim karşılığı devredilmişse devreden, devir sırasında alacağın varlığını ve borçlunun ödeme gücüne sahip olduğunu garanti etmiş olur” denilmiştir. Bu hükme göre alacak ivazlı olarak temlik edilmişse, alacağı devreden, borçlunun ödeme gücüne sahip olduğunu da garanti etmiş olacaktır ve yeni alacaklı karşısında eski alacaklının da sorumluluğu olacaktır⁷⁰. Devredilen alacak için kefalet de varsa, eski alacaklının garantiden doğan sorumluluğunun kefilin sorumluluğundan sonra ikinci derecede olduğu kabul edilmektedir. Yeni alacaklının bu garanti sebebiyle eski alacaklıya başvurabilmesi için, alacağın asıl borçlu ve kefilinden tahsil edilemediğinin tespiti gerekir. Kefalet, müteselsil kefalet olsa bile, eski alacaklı öncelikle asıl borçlu ve kefile başvurulmasını isteyebilir⁷¹.

Kefalet sözleşmesinde, kefalet alacağının devir kapsamı dışında bırakıldığı, alacağın devrinin sadece asıl alacağı kapsadığı, kefalet alacağının eski alacaklıda kalmasının kararlaştırılması durumunda kefalet alacağının ortadan kalktığı; kefalet sözleşmesiyle sadece kefalet alacağının devredileceğinin kararlaştırılması halinde de devrin hükümsüz olacağı, İsviçre ve Türk hukukunda kabul edilen hakim görüştür⁷².

⁶⁸ TBK. m. 189/I : “Alacağın devri ile devreden kişiliğine özgü olanlar dışındaki öncelik hakları ve bağlı haklar da devralana geçer.”.

⁶⁹ **Özen**, s. 88; **Ayan**, s. 26.

⁷⁰ Bu hükme karşılık gelen 818 sayılı Borçlar Kanunu'na göre, alacağı ivazlı olarak devreden, devir sırasında alacağın varlığını garanti etmiş sayılırken, esas borçlunun ödeme gücünü garanti etmiş sayılmazdı. Esas borçlunun ödeme güçsüzlüğünden sorumlu tutulabilmesi için bunu ayrıca üstlenmiş olması gerekirdi. **Özen**, s. 88.

⁷¹ **Özen**; s. 88-89; **Ayan**, s. 26.

⁷² **Tandoğan**, s. 695; **Gümüş**, s. 287; **Özen**, s. 89; **Ayan**, s. 26-27. Bu konudaki ayrıntılı görüşler için bkz, **Ayan**, s. 27, dn. 115.

Kefaletin ferî olmasının bir diğer sonucu olarak da kefil, asıl borçluya veya mirasçılara ait olan, asıl borçlunun ödeme güçsüzlüğünden doğmayan bütün def'ileri alacaklıya karşı ileri sürebilecektir. Asıl borçlu bunları ileri sürmekten vazgeçmiş olsa bile kefil yine de alacaklıya karşı ileri sürebilecektir (TBK. m. 591). Burada kefilin, borçlunun ödeme güçsüzlüğünden kaynaklanan def'ileri ileri sürememesi yerindedir. Zira kefalet sözleşmesi zaten borçlunun ödeme güçsüzlüğünden doğan riskler için düzenlenir⁷³.

Esas borcun canlanmasıyla kefaletin de canlanıp canlanmayacağı konusunda, Türk Borçlar Kanunu'nda iki durum açıkça düzenlenmiştir. bu iki durumda asıl borcun canlanmasıyla kefilin sorumluluğu da canlanacaktır⁷⁴. Bu durumlarda ilki alacaklının temerrüdü durumunda karşımıza şu şekilde çıkar : TBK. m.109 hükmüne göre “*Alacaklı, tevdi edilen şeyi kabul ettiğini açıklamış veya tevdi bir rehnin ortadan kaldırılması sonucunu doğurmuş olmadıkça, borçlu tevdi edilen şeyi geri alabilir. - Tevdi edilen şey geri alındığı anda alacak, bütün yan haklarıyla birlikte varlığını sürdürür.*”⁷⁵.

Asıl borcun canlanmasıyla kefilin borcunun da canlanacağını düzenleyen ikinci durum da, borcun üstlenilmesine ilişkin hükümlerde düzenlenmiştir. TBK. m. 200/I'e göre “*Dış üstlenme sözleşmesi hükümsüz hale gelirse, iyiniyetli üçüncü kişilerin hakları saklı kalmak üzere, eski borç bütün bağlı borçlarıyla birlikte varlığını sürdürür.*”⁷⁶.

Kanunda bu iki durum dışındaki haller açıkça düzenlenmiş olmamakla beraber, TBK. m 135/II hükmünde birleşmenin geçmişe etkili olarak ortadan kalkması durumunda borcun varlığını sürdüreceği belirtilmekle birlikte, ferî hakların durumuna ilişkin bir şey söylenmemektedir. Fakat doktrinde bu durumda ferî hakların da canlanacağını kabulünün isabetli olduğu belirtilmiştir⁷⁷. Ancak birleşme bozucu şartın gerçekleşmesiyle ortadan kalkmışsa,

⁷³ Ayan, s. 27, dn. 116.

⁷⁴ Özen, s. 28; Ayan, s. 27-28.

⁷⁵ Özen, s. 518; Gümüş, s. 379.

⁷⁶ Özen, s. 518; Ayan, s. 28. Ayrıca kurtarıcı biçimde borcun üstlenilmesine izin vermeyen kefilin sorumluluğunun canlanmayacağı görüşü için bkz, Çınar, Ömer: Türk Borçlar Kanununa Göre Kefilin Sorumluluğunun Sona Ermesi, İstanbul 2013, s. 175.

⁷⁷ Reisoğlu, (Kefalet 2013), s. 287; Özen, s. 518-519; Ayan, s. 28.

bozucu şart geçmişe etkili olmayacağından, bu durumda kefalet canlanmayacaktır⁷⁸.

Bu konuda şu hususa değinmekte fayda vardır. Şöyle ki, bir borcun ortadan kalkmasıyla birlikte, bu borcun canlanması ancak kanun hükümleriyle olabilmektedir. Başka bir ifadeyle, taraflar ortadan kalkmış bir borcu kendileri canlandıramazlar. Ancak aynı içerikte yeni bir borç ilişkisi meydana getirebilirler. Bu durumda da ilk borç ortadan kalktığından kefalet de sona ermiş olacaktır⁷⁹.

Bir edimin yerine getirilmesine ilişkin hukuki işlemin icra-iflas hukuku çerçevesinde iptal edilmesi durumunda da ferilik ilkesinin uygulanmaması için herhangi bir sebep bulunmamaktadır. Örneğin İİK. m.279 hükmü gereğince kefaletle temin edilmiş olan borcun ifa edilmesi ve bu ifanın başka bir alacaklı tarafından iptal ettirilmesi halinde, İİK. m. 283/V gereğince asıl alacak ve buna bağlı olarak da ferî hak olan kefaletin de canlanacağı kabul edilmektedir⁸⁰. Konuya ilişkin İsviçre Federal Mahkemesi kararında,

Aynı gerekçeyle, asıl borç takasla sona erdiğinde, takas irade sakatlığı nedeniyle iptal edilirse, asıl alacakla birlikte kefalet de canlanacaktır⁸¹.

İbra bakımından, ibra sebebe bağlı kabul edildiğinde asıl alacak canlanacak buna bağlı olarak kefalet de canlanacaktır. Fakat ibra soyut bir işlem kabul edildiğinde, asıl borç geri gelmeyecek, buna bağlı olarak kefalet de canlanmayacaktır⁸².

C. Kefalet Sözleşmesinin Fer'i Olmasının İstisnaları

Kefalet sözleşmesinin geçerliliğinin asıl borcun varlık ve geçerliliğine bağlı olması kuralının (fer'ilik ilkesi) istisnaları ancak kanunun izin verdiği hallerde mümkün olabilecektir. Kefalet sözleşmesinin varlık ve geçerliliğinin asıl borca bağlı olması kuralı (fer'ilik ilkesi) emredici bir nitelik taşıdığından, sözleşmeyle taraflarca bu kuralın esnetilmesi geçersizdir. Taraf-

⁷⁸ Ayan, s. 28, dn.121

⁷⁹ Ayan, s. 28, dn. 117.

⁸⁰ Özen, s. 519; Ayan, s. 28-29.

⁸¹ Ayan, s. 29.

⁸² Ayan, s. 29.

ların kefalet sözleşmesinin feriliğini azaltacak veya ortadan kaldıracak şekilde irade göstermeleri söz konusu değildir⁸³. Fakat tarafların ferilik ilkesini ortadan kaldırmaya yönelik iradeleri olduğunda yapılan hukuki işleme derhal geçersiz demek doğru olmaz. Bu durumda yapılan teminat sözleşmesinin kefalet değil de garanti sözleşmesi gibi bir teminat sözleşmesi olduğu ortaya çıkabilir. Örneğin kefalet sözleşmesinde, asıl borcun sona ermesine rağmen kefilin sorumlu kalmaya devam edeceğine yönelik bir hüküm mevcutsa, burada bir kefalet sözleşmesi değil, başka bir teminat sözleşmesi (genelde bağımsız garanti sözleşmesi) olması söz konusudur⁸⁴.

Kefalet sözleşmesinin feriliğinin istisnalarını inceleyecek olursak :

Asıl borçlu bir savunma aracından feragat etmesi halinde, bu durum kefilin etkilemeyecektir. Bu durumun ferilik kuralına bir istisna getirdiği söylenebilir⁸⁵.

Ferilik ilkesinin bir diğer istisnası, kefalet sözleşmesinin yapılmasından sonra alacaklı ile borçlunun asıl borcun miktarının artmasına sebep olan değişiklikler kefil için bağlayıcı olmayacaktır. Çünkü kefil onay vermedikçe, kefalet borcu asıl borçta meydana gelen kötüleşmeleri takip etmez. Keza Alman Medeni Kanununun 767/I, c.3 hükmünde de, kefalet sözleşmesinden sonra asıl borçlunun yapacağı hukuki işlemlerle kefilin sorumluluğunun arttırılamayacağı açıkça ifade edilmiştir⁸⁶.

Eğer kefilin borcu muaccel değilse, asıl borçlunun bütün borçlarını muaccel hale getiren iflas halinde dahi kefil borcunu ifa etmek zorunda değildir. Diğer bir ifadeyle, asıl borçlu hakkında iflas kararı verilmesi halinde, iflas bu durumda taşınmaz rehniyle temin edilenler haricinde müflisin bütün borçlarının muaccel olmasına sebep olurken, kefile ise asıl borç için geçerli olan vadeden önce başvurulamayacaktır⁸⁷. Bu da bir başka istisna olarak kabul edilmektedir.

⁸³ **Reisoğlu**, (Kefalet 2013), s. 22; **Ayan**, s. 29-30.

⁸⁴ **Develioğlu**, Hüseyin Murat: Kefalet Sözleşmesini Düzenleyen Hükümler Işığında Bağımsız Garanti Sözleşmeleri, İstanbul 2009, s. 114; **Ayan**, s. 29-30.

⁸⁵ **Ayan**, s. 30.

⁸⁶ **Develioğlu**, s. 116; **Ayan**, s. 30.

⁸⁷ **Develioğlu**, s. 118; **Ayan**, s. 30.

İİK. m. 295/I hükmüne göre, konkordatonun tasdik edilmesi üzerine, borçlu konkordatoda belirlenen oranda yükümlü olurken, kefil ise konkordatoya muvafakat etmeyen alacaklıya karşı alacağın tamamından sorumlu olacaktır⁸⁸. Alacaklı, konkordatoya muvafakat etmiş olmasına rağmen kefil-den alacağının tamamını talep etmek istiyorsa şayet, kendi hakları ödeme karşılığında kefile devretmeyi ve alacaklılar toplantısını yer, gün ve saat olarak kefile en az on gün önceden bildirmesi gerekir⁸⁹. Konkordatoya muvafakat eden ve İİK. m.295/II'deki getirmeyen alacaklı, ancak konkordatoda kabul edilen oranda kefil-den talepte bulunabilir⁹⁰. Konkordatoya muvafakat etmeyen veya etse bile İİK. m.295/II belirtilen şartları yerine getiren alacaklı, kefil-den alacağın tamamını talep edebilecektir^{91,92}. Kefalet sözleşmesinin amacının, alacaklıyı esas borçlunun ödeme güçsüzlüğüne karşı korumak olduğunu göz önünde bulundurduğumuzda, ödeme güçsüzlüğün bir göstergesi olan konkordatonun onaylanması durumunda ferilik ilkesinden sapılması amaca uygun olacaktır ve bu durum ferilik ilkesinin bir istisnası tam anlamıyla bir istisnasıdır⁹³.

İİK. M. 196 hükmüne göre “İflasın açılması ile birlikte, iflas masasına giren alacaklarda faiz işlemeye devam eder. - Rehinle temin edilmemiş alacaklarda ticari olmayan işlerdeki faiz oranı uygulanır. - Ancak, bu maddeye göre alacaklılara tahakkuk edecek faiz ödemeleri, 195 inci maddeye göre hesaplanan anaparalar ödendikten sonra bakiyesi üzerinden yapılır.” Bu hükme göre asıl borçlunun sorumlu olduğu faiz oranı ile kefilin sorumlu olduğu faiz oranı değişik olabilecektir. İİK m. 196 hükmüne göre asıl borçlunun iflas etmesi üzerine işleyecek olan faiz miktarının düşmesi gibi etkiler

⁸⁸ **Reisoğlu**, (Kefalet 1992), s. 4; **Altay**, Sümer: Konkordato ve Yeniden Yapılanma Hukuku, C. 2, İstanbul 2005, s. 948; **Özen**, s. 96; **Develioğlu**, s. 120.

⁸⁹ **Altay**, s. 948-949; **Özen**, s. 96; **Ayan**, s. 31.

⁹⁰ **Reisoğlu** (Kefalet 1992), s. 106; **Özen**, s. 96.

⁹¹ **Özen**, s. 96; **Develioğlu**, s. 120; **Ayan**, s. 31.

⁹² 12.HD 08.03.2005, 1662/4706: “Alacaklı banka konkordatoya muvafakat etmiş olup, İİK.nun 295. Maddesi hükmüne göre müteselsil kefil konumunda bulunan şikayetçi borçluya karşı takipten sonra doğan tüm alacak haklarını isteme hakkına sahip bulunmaktadır.”

⁹³ **Özen**, s. 96-97.

kefili etkilemez⁹⁴. Bu da kefilin sorumluluğunun feriliğine istisna olan başka bir durumdur⁹⁵. Kefil, asıl borçlunun sorumlu olduğundan daha yüksek bir miktarda faiz ödemek durumunda kalırsa, bu kısım için rücu hakkına sahip olmayacaktır. İsviçre hukukunda öne sürülen bir görüşe göre de, kefaletle temin edilen asıl borç anapara olmayıp onun faiziyse, kefil bu durumda ancak iflas açılana kadar doğan faizden sorumlu olacağı söylenmektedir⁹⁶.

İİK m.143/IV “Aciz vesikasında yazılı alacak miktarı için faiz istenmez” hükmünce, asıl borçlu hakkında borç ödemediği aciz belgesi alınmışsa, bu aciz belgesinde belirtilen alacak için faiz işlemeyecektir. Kefil ise bu halde de işleyen faizden sorumlu olacaktır ve kefil bu faiz için asıl borçluya rücu da edemeyecektir⁹⁷.

Kefilin yazılı izni olmadıkça, asıl borcun kurtarıcı biçimde devrinin kefaleti sona erdirmesi de feriliğin istisnalarından biridir⁹⁸.

Kefilin sorumluluğunun esas borcun varlığı ve geçerliliğine bağlı olması ilkesine getirilen en önemli istisnalardan biri de: Cari hesapta bulunan borç kalemlerinden birine verilen kefalet, cari hesabın kat edilmesi ve bakiyenin onaylanması üzerine son bulmayacak; kefilin sorumluluğu bakiye için devam edecektir⁹⁹.

Asıl borç için belirlenen ifa yeri, kefalet sözleşmesinden doğan borcun ifa yerini etkilemeyecektir¹⁰⁰. Yabancılık unsuru taşıyan hukuki ilişkilerde de uygulanacak hukuk, kefalet sözleşmesi için doğrudan geçerli olmayacaktır¹⁰¹.

İleride doğacak veya geciktirici şarta bağlı borçlara olan kefaleti, doktrinde ferlik ilkesinin bir istisnası olarak kabul eden görüşler olmakla birlikte, bu durumda kefilin sorumluluğunun feriliğine aykırı düşmeyeceği

⁹⁴ Özen, s. 520-521; Ayan, s. 31-32.

⁹⁵ Develioğlu, s.120; Ayan, s. 32. Burada bir istisnanın mevcut olmadığı görüşü için bkz. Şahan, s. 22; Aydoğdu/Kahveci, s. 820.

⁹⁶ Ayan, s. 32.

⁹⁷ Ayan, s. 32.

⁹⁸ Develioğlu, s. 116; Ayan, s. 32.

⁹⁹ Özen, s. 97; Ayan, s. 32.

¹⁰⁰ Develioğlu, s. 117; Ayan, s. 33.

¹⁰¹ Ayan, s. 33.

hususunda görüşler de mevcuttur¹⁰². **Özen**, gelecekte doğacak bir borca veya geciktirici koşula bağlı bir borca kefil olunabilmesinin kefaletin feriliğine aykırı düşmeyeceği görüşündedir¹⁰³. **Ayan**'a göre de bu durumda kefalet sözleşmesi, borç doğmadıkça veya şart gerçekleşmedikçe hüküm doğurmayacağından, ferilik ilkesinin bir istisnası değil, tam aksine ferilik ilkesinin vurgulanması söz konusudur¹⁰⁴.

SONUÇ

Kefalet sözleşmesi, Türk Borçlar Kanunu madde 581'de, kefilin alacaklıya karşı, borçlunun borcunu ifa etmemesinin sonuçlarından kişisel olarak sorumlu olmayı üstlendiği sözleşme olarak tanımlanmıştır. Kefalet sözleşmesiyle kefil, borçlunun borcunu hiç veyahut gereği gibi ifa etmemesinden kişisel olarak sorumlu olmayı taahhüt etmektedir. Bu bakımdan kefalet sözleşmesi için, kefil tarafından güvence altına alınan asıl bir borcun varlığı gereklidir. İşte kefalet borcu için asıl bir borcun varlığı zorunlu olduğundan, kefalet borcu fer'i (yan) bir borç olarak karşımıza çıkmaktadır. Kefalet sözleşmesinin varlığı, devamı, sona ermesi asıl borca bağlı olduğu için, fer'ilik özelliği kefalet sözleşmesinin en önemli özelliklerinden biri olarak karşımıza çıkmaktadır.

Kefaletin bu fer'ilik özelliğine bağlanan sonuçlarına bakacak olursak; kefalet borcu, ancak teminat altına alınmış asıl bir borcun varlığıyla doğacak, onunla varlığını sürdürecektir ve asıl borç sona erdiğinde de sona erecektir. Kefalet borcu asıl borçtan fazla olamayacak ve kefalet alacağı asıl alaktan ayrı olarak devredilemeyecektir. Asıl borçlunun alacaklıya karşı sahip olduğu def'ilere, (ödeme güçsüzlüğü içinde olmasından kaynaklanan hariç) kefil de sahip olacaktır. Kefalet sözleşmesinin bu fer'i niteliğinden kısmen dahi olsa feragat mümkün olmayacaktır. Görüldüğü üzere kefalet sözleşmesinin karakterini belirleyen en önemli özelliklerden biri olan fer'ilik özelliğini taraflar bu konuda anlaşsa da kısmen ya da tamamen ortadan kaldırmayacaklardır.

¹⁰² **Ayan**, s. 29, dn. 125.

¹⁰³ **Özen**, s. 80.

¹⁰⁴ **Ayan**, s. 29, dn. 125.

KAYNAKÇA

- Altay**, Sümer: Konkordato ve Yeniden Yapılanma Hukuku, C. 2, İstanbul 2005.
- Aral**, Fahrettin/**Ayrancı**, Hasan: Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, 9. Baskı, 2012.
- Ayan**, Serkan: Kefalet Sözleşmesinde Kefilin Sorumluluğu, Ankara 2013.
- Aydoğdu/Kahveci**: Türk Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, 3. Baskı, Ankara 2017.
- Ayrancı**, Hasan: Şekil Şartına Uyulmadan Yapılan Kefalet Sözleşmesinde İfanın Sonuçları”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 53, S.2, 2004.
- Barlas**, Nami: Kefalet Hukukuna İlişkin Bazı Sorunlar ve Yargıtay Uygulaması, Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu XXI, Ankara 2006.
- Bilge**, Necip: Özel Borç Münasebetleri, Ankara 1971.
- Çınar**, Ömer: Türk Borçlar Kanununa Göre Kefilin Sorumluluğunun Sona Ermesi, İstanbul 2013.
- Dalamanlı**, Lütfi: Borçlar Kanunu Şerhi, C. 2, Ankara 1977.
- Develioğlu**, Hüseyin Murat: Kefalet Sözleşmesini Düzenleyen Hükümler İşığında Bağımsız Garanti Sözleşmeleri, İstanbul 2009.
- Eren**, Fikret; Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Ankara 2014.
- Grassinger**, Gülçin Elçin: Kefilin Alacaklıya Karşı Sahip Olduğu Savunma İmkanları, İstanbul 1996.
- Gümüş**, M. Alper: Borçlar Hukuku, Özel Hükümler, Cilt II, 3. Bası, İstanbul 2014.
- Karahasan**, Mustafa Reşit: Türk Borçlar Hukuku, C. 4, İstanbul 1992.
- Karahasan**, Mustafa Reşit: Türk Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, C. 5, İstanbul 2004.
- Özen**, Burak: 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Çerçevesinde Kefalet Sözleşmesi, İstanbul 2012.

Reisoğlu, Seza: Türk Hukukunda ve Bankacılık Uygulamasında Kefalet, Ankara 1992 (Kefalet 92).

Reisoğlu, Seza: Türk Kefalet Hukuku, Ankara, 2013.

Şahan, Gökhan: Kefalet Sözleşmesinin Sona Ermesi, Ankara 2009.

Tandoğan, Haluk: Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, C. II, 1989.

Yavuz, Cevdet/**Acar**, Faruk/**Özen**, Burak: Türk Borçlar Hukuku, Özel Hükümler, 10. Bası, İstanbul 2014.

Zevkliler, Aydın/**Gökyayla**, K. Emre: Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, 12. Bası, Ankara 2013.

