

LEGAL

Hukuk Dergisi

EYLÜL 2005

Yıl: 3 - Sayı: 33

İflasın Ertelenmesi

(İİK m. 179-179b; TTK m. 324)

Doç. Dr. Muhammet ÖZEKES

5237 Sayılı Yeni Türk Ceza Kanunu'nda Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar

Yrd. Doç. Dr. A. Caner YENİDÜNYA

Borçlar Kanunu Tasarısı ile Karşılaştırmalı Olarak Kefalet Sözleşmesinin Sona Ermesi

Arş. Gör. Özgür BAŞYİĞİT

Yabancı Hakem Kararında Kararlaştırılan Bileşik Faizin Türk Kamu Düzeni Karşısında Uygulanabilirliği

Av. Dr. Hacı KARA

TMSF'nin Rolü; Türkiye'de Varlık Yönetim Kuruluşlarının Hukukî ve İktisadî Analizi

Şahin ARDIYOK

* İSTANBUL BAROSU KARŞI TARAF VEKÂLET
ÜCRETİ HAKKINDA GÖRÜŞ AÇIKLADI

* AVUKATLIK KANUNU YÖNETMELİĞİ
DEĞİŞTİRİLDİ

* SAHTE BANKNOTLARIN İNCELENMESİ VE
DEĞERLENDİRİLMESİNDE UYULACAK USUL
VE ESASLAR HAKKINDA YÖNETMELİK
YAYINLANDI

* YENİ İŞYERİ AÇMA VE ÇALIŞMA
RUHSATLARINA İLİŞKİN YÖNETMELİK
YAYINLANDI

* YENİ BAĞ-KUR SAĞLIK SİGORTASI
YARDIMLARI YÖNETMELİĞİ YAYINLANDI

* BAĞ-KUR PRİMLERİNİN HESAPLANMASI,
ÖDENMESİ VE TAHSİLİNE İLİŞKİN YÖNETMELİK
YAYINLANDI

**YARGITAY KARARLARI, DANIŞTAY KARARLARI
VE DİĞER YÜKSEK MAHKEME KARARLARI,
HUKUK HABERLERİ, HUKUKÎ MAKALELER,
GÜNCEL MEVZUAT, RESMÎ GAZETE ÖZETLERİ,
ÖNEMLİ BİLGİLER**

ISSN 1303-9210



BORÇLAR KANUNU TASARISI İLE KARŞILAŞTIRMALI OLARAK KEFALET SÖZLEŞMESİNİN SONA ERMESİ

Arş. Gör. Özgür BAŞYİĞİT^(*)

GİRİŞ

Kefalet sözleşmesi gerek tarafları gerekse içeriği ile son derece spesifik bir özellik arz etmektedir. Bu durumun sonucu olarak kefalet sözleşmesi incelenmesi güç ama gerekli bir sözleşme olarak karşımıza çıkmaktadır. Özellikle Borçlar Kanunu'nun değiştirilmesine yönelik tasarının etkisiyle kefalet sözleşmesinde önemli değişikliklere gidilecek olması konuyu daha da önemli hale getirmektedir.

Bu anlamda kefalet sözleşmesine ilişkin olarak yeni tasarıda ciddi değişiklikler söz konusudur. Özellikle konumuzu oluşturan kefalet sözleşmesinin sona ermesi başlığı altında tasarı pek çok değişikliği beraberinde getirmektedir. Biz bu kapsamda sözleşmeler açısından en ciddi sorunların çıktığı aşama olan kefalet sözleşmesinin sona ermesi başlığını inceleme konusu yapmış bulunmaktayız. Özellikle kefillerin sorumluluğunun sona erdiği anı teşkil etmesi bakımından bu konu oldukça büyük öneme haizdir. Söz konusu başlık incelenirken doktrindeki çelişkili görüşlerin verilmesine büyük özen gösterilmiştir. Ancak bu noktada ağırlıklı olarak şahsi kanaatlerimizin dile getirilmesinden de geri durulmamıştır. Bununla birlikte çalışma her konu başlığı altında ikili bir ayırım yapılarak incelenmiştir. Öncelikle halen yürürlükte olması hasebiyle mevcut Borçlar Kanunu'ndaki düzenleme ve akabinde Tasarı'daki düzenlemeler karşılaştırma yapılmak suretiyle gözden geçirilmiştir. Bu kapsamda tasarının ayrıntılı bir biçimde irdelenmesine büyük önem verilmiş; bu kapsamda bazı eleştirilere de yer verilmiştir.

Çalışmamız iki ana bölüme ayrılmıştır. İlk bölümde kefalet sözleşmesinin fer'i niteliğinin etkisiyle asıl borca bağlı sona erme sebepleri incelenmeye çalışılmıştır. Bu kapsamda sözleşmelerin genel sona erme sebepleri kefalet sözleşmesine hasredilmek suretiyle inceleme konusu yapılmıştır.

Buna karşılık ikinci bölümde daha çok kefalet sözleşmesinin kendine özgü sona erme şekilleri mercek altına alınmıştır. Özellikle belirli süreli ve belirsiz süreli kefaletle ilişkin ayırım doğrultusunda inceleme yapılmasına özen gösterilmiştir.

Sonuç kısmında ise kendi şahsi kanaatlerimiz ile birlikte konunun kısa bir özeti verilmeye çalışılmıştır.

^(*) Kocaeli Üniversitesi Hukuk Fakültesi.

I. BÖLÜM

ASIL BORCUN SONA ERMESİ SURETİYLE KEFALETİN SONA ERMESİ

A- Asıl Borcun Yerine Getirilmesi

Kefaletin normal sona erışı, asıl borcun borçlu tarafından yerine getirilmesi suretiyle olur. Kefil asıl borçlunun ödeme gücüne güvendiği için yükümlülük altına girmektedir. Borçlu zamanında, mütemerrit duruma düşmeksizin borcunu yerine getirirse fer'i bir borç olan kefalet de kendiliğinden sona erecektir.¹ Dikkat edilirse bu durum yani asıl borcun ifası suretiyle kefaletin de kendiliğinden ortadan kalkması daha çok kefaletin fer'i bir borç olması; yani asıl borca bağlı bir borç olması ile ilgilidir. Bu bakımdan diğer bütün fer'i borçlarda olduğu gibi kefalette asıl borcun ifa edilmesi suretiyle kendiliğinden ortadan kalkar.²

Buna karşılık borçlunun temerrüde düşmesi ile birlikte kefilin sorumluluğu da devreye girecektir. Neticede kefalet sözleşmesi ile söz konusu temerrüt hallerine karşı alacaklının korunması amaçlanmaktadır. Dolayısıyla bu andan itibaren kefil asıl borçtan ve borçlunun kusur veya temerrüdünün yasal sonuçlarından kefalet limiti dahilinde sorumlu olacaktır.³ Bununla birlikte kefil kendi temerrüdünün sonuçlarından herhangi bir sınırlama söz konusu olmaksızın sorumlu olacaktır.⁴

Aynı şekilde takas da, ifa gibi, kefalet taahhüdünü sona erdirecektir.⁵ Bunun yanında alacaklı ve borçlu sıfatlarının birleşmesi, asıl borcun ibra ile ortadan kalkması ile de kefalet sözleşmesi sona erer.⁶ Dolayısıyla genel olarak asıl borcu

¹ Reisoğlu Seza, *Türk Hukukunda ve Bankacılık Uygulamasında Kefalet*, Ankara 1992, s.224.

² Bu durum özellikle giderek daha fazla önem kazanan ve uygulanırlığını artıran garanti sözleşmeleri açısından önemle incelenmesi gereken bir konudur. Zira garanti sözleşmeleri sonucu garantörün üstlendiği borcun fer'i bir borç olmaması; asli bir borç niteliğinde olması hasebiyle önemli sorunlar doğmaktadır. Bununla birlikte Yargıtay özellikle kefalet sözleşmesindeki kefil koruyucu hükümleri dikkate alarak bu hükümlere dolanmak amacıyla yapılan garanti sözleşmelerini kefalet sözleşmesi olarak kabul etmek eğilimindedir. Nitekim bir kararda "hiçbir menfaati olmayan, ticari bir gaye gütmeyen, sadece dostane ilişkiler nedeniyle tüketime yönelik banka kredi kartı kullanmasına imkan tanımak için verilen teminatın, garanti beyanı adı altında da olsa bir garanti sözleşmesi amacı ile değil, kefalet amacı ile verildiğinin kabulü gerekir" hükmüne varmıştır. Bkz. Y.H.G.K., T.4.7.2001, E.2001/19-534, K.2001/583, YKD, C.27, S.12, Aralık 2001, s.1807.

³ Y.3.H.D., T.18.12.2000, E.2000/10864, K.2000/11738, YKD, C.27, S.3, Mart 2001, s.331.

⁴ Y.19.H.D., T.4.3.1993, E.1992/6062, K.1993/1622, YKD, C.19, S.7, Temmuz 1993, s.1042-1043.

⁵ Yavuz Cevdet, *Borçlar Hukuku Dersleri (Özel Hükümler)*, Yenilenmiş 3. Baskı, Beta Basım Yayın Dağıtım A.Ş., İstanbul 2004, s.517.

⁶ Zevkliler Aydın, *Özel Borç İlişkileri*, Genişletilmiş 7. Baskı, Seçkin Kitabevi, Ankara 2002, s.405.

ortadan kaldıran hukuki işlemlerin varlığı halinde kefaletinde buna bağlı olarak ve fer'i bir borç olmasının da etkisiyle ortadan kalktığını söylemek mümkündür. Zaten dikkat edilirse bu husus; yani asıl borcun sona ermesi ile birlikte kefalet sözleşmesinin de sona ereceği hususu Borçlar Kanunu Tasarısı'nda da açık hüküm olarak yer almış bulunmaktadır. Nitekim Tasarı'nın 603. maddesi açık olarak "hangi sebeple olursa olsun, asıl borç sona erince, kefil de borcundan kurtulur" hükmünü getirerek bu sonuca açık olarak değinmiştir.

Bu durum ise söz konusu asıl alacağı sona erdiren hallerin incelenmesine paralel olarak kefaletin de sona erme nedenlerinin incelenmesi sonucunu doğuracaktır. Bu inceleme çalışmanın devamında yapılmaya çalışılmıştır.

Asıl alacağın sona ermesinin kefalet sözleşmesine son vermesi hususuna ilişkin olarak değinilmesi gereken diğer bir önemli bir konuda cari şekilde işleyen kredi ilişkileridir. Söz konusu işlemler hiç kuşkusuz kendisine banka uygulamasında yer bulmaktadır. Bu anlamda özellikle hesabı cari şekilde işleyen kredi ilişkilerinde, alınan kredinin tamamen geri ödenmesi (yani belirli bir zaman diliminde hesabın sıfırlanmış olması) bu kredi ilişkisine kefil olmuş bulunan şahısların kefaletinin sona ermesine yol açmaz. Zira mevcut kredi sözleşmesi ile müşteriye tanınmış bulunan kredi kullanma imkanı halen devam etmekte ve müşteri her an kredi kullanma imkanına sahip bulunmaktadır. O halde kredinin ödenmiş olmasının, kefillerin sorumluluğunu bütünüyle ortadan kaldırıp kaldırmayacağını belirlenmesi bakımından, kefaletle temin edilen asıl borç ilişkisinin niteliği büyük önem taşımaktadır. Eğer söz konusu borç ilişkisi cari hesap şeklinde işleyen bir kredi ilişkisi kurulmasına yönelik ise, bu ilişkide alınan kredilerin ödenmesi ve hesabın sıfırlanması kural olarak kefillerin kefaletinin sona ermesine sebebiyet vermeyecek; tam aksine banka ile müşteri arasındaki borç ilişkisi belirli bir kredi işlemi için kurulmuş ise kefalet söz konusu kredinin geri ödenmesi ile birlikte kendiliğinden sona erecektir.⁷ Nitekim Yargıtay içtihatları da bu doğrultudadır.⁸ Bu noktada hiç kuşkusuz en önemli gerekçeyi söz konusu kredi işlemlerindeki kefaletin hangi işleme yönelik olarak kurulduğu hususu oluşturmaktadır. Nitekim genel olarak kabul edilen husus bu tür işlemlerde bir çerçeve anlaşmanın varolduğu, dolayısıyla kefilin kefalet sözleşmesi uyarınca doğrudan kredi işlemine değil, bu mevcut çerçeve anlaşmaya yönelik olarak kefil olduğu yönündedir. Bunun sonucu olarak söz konusu kredi işlemi borçlu tarafından ödemenin yapılmasıyla son bulsa da, tarafların (alacaklı ile borçlunun) aralarındaki çerçeve anlaşma halen mevcudiyetini sürdürdüğü için kefilin sorumluluğu da devam eder. Dolayısıyla kefil söz konusu kredi işleminin ödenmesiyle değil; ancak bu kredi işleminin dayandığı çerçeve anlaşmanın son bulmasıyla birlikte sorumluluktan kurtulabilecektir. Aksi takdirde çerçeve anlaşma devam etmesine rağmen sırf bir kredi işlemine yönelik olarak ödemenin yapılmış olması, kefilin sorumluluktan kurtarmayacaktır.

⁷ Akkanat Halil, *Kefaletin Fer'iliği İlkesi ve Banka Ticari Kredi Sözleşmeleri*, Prof. Dr. Necip Kocayusufpaşaoğlu için Armağan, Seçkin Kitabevi, Ankara 2004, s.281.

⁸ Y.19.H.D., T.28.5.1992, E.1992/1752, K.1992/2392, YKD, C.19, S.1, Ocak 1993, s.87-88; Y.11.H.D., T.3.12.1990, E.6466, K.7780, Bkz. Uygur Turgut, *Açıklamalı-İçtihatlı Borçlar Kanunu Sorumluluk ve Tazminat Hukuku*, C.4, Seçkin Kitabevi, Ankara 2003, s.9423.

Bu noktada kefilin yaptığı ödeme karşılığında söz konusu ödemeyi borçludan belirli şartlar altında talep edebileceği yani rücu hakkını kullanabileceği açıktır. Bu anlamda kefil alacaklının haklarına halef olmaktadır. Ancak habersiz veya rıza hilafına bir ödeme söz konusu ise bu durumda kefil asıl borçluya karşı sebepsiz zenginleşme veya vekaletsiz iş görme hükümlerine göre müracaat edebilecektir.

B- Borç Doğuran Sözleşmenin Alacaklı Tarafından Sona Erdirilmesi

Kefalet sözleşmesinin geçerli olabilmesi için asıl borcun geçerli olması gerektiği açıktır. Bu bakımdan asıl sözleşmenin geçerliliğini etkileyen sebeplerin kefalet sözleşmesinin fer'i niteliğinin de etkisiyle kefalet üzerinde de etkileri oluşmaktadır.

Kefalet sözleşmesinin alacaklı tarafından sona erdirilmesi açısından karşımıza iki önemli hal çıkmaktadır. Bunlardan biri sözleşmenin alacaklı tarafından feshedilmesi; diğeri ise alacaklının sözleşmeden dönmesidir. Her iki durum arasındaki en önemli fark etkilerini hangi zaman dilimi için doğurduğunda saklıdır. Bu bakımdan fesih, sürekli sözleşme ilişkisini sona erdirmeye, ortadan kaldırmaya yönelik bozucu yenilik doğuran bir haktır; hüküm ve sonuçlarını muhatabın hakimiyet alanına ulaştığı anda geleceğe etkili olarak meydana getirir.¹⁰ Bu noktada dönme de bir tür bozucu yenilik doğuran hak olarak kabul edilebilse de; fesih ile arasındaki en önemli fark etkilerini geleceğe yönelik olarak değil geçmişe dönük olarak doğurmasında saklıdır.

Bu bakımdan gerek sözleşmenin alacaklı tarafından feshi; gerekse alacaklının sözleşmeden dönme halleri açısından kefaletin ortadan kalktığını kabul etmek yerindedir. Şöyle ki; alacaklının sözleşmeyi feshetmesi ile birlikte sözleşme geleceğe etkili olarak ortadan kalkmakta ve bu çerçevede fesih anından itibaren tarafların sözleşmeye ilişkin bütün yükümlülükleri son bulmaktadır. Bunun doğal sonucu asıl borcun yerine getirilmemesi durumunda sona ermesi olacaktır. Hiç kuşkusuz buna bağlı olarak kefalet de fer'i bir borç olmasının etkisiyle kendiliğinden son bulacaktır.

Sözleşmeden dönme halinde ise sözleşme geriye etkili olarak ortadan kalkmakta ve bunun sonucu olarak hiç yapılmamış şeklinde değer görmektedir. Bu durumda kefaletin fer'i bir borç olmasının etkisi bir kez daha devreye girmektedir. Sözleşme hiç yapılmamış halini alınca buna bağlı olarak kefalette bundan etkilenecektir. Neticede kefalet sözleşmesi ana borç sözleşmesine bağlı olarak yapılan bir sözleşmedir. Soyut bir kefalet sözleşmesi söz konusu olamayacağına göre ana sözleşmenin de ortadan kalkmasıyla birlikte artık kefaletten de bahsedilemeyecektir.

⁹ Ayrıntılı bilgi için bkz. Badur Emel, *Kefil ile Borçlu Arasındaki Hukuki İlişki*, *Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, T.C. Maltepe Üniversitesi Dergisi Yayın No:8, *Hukuk Fakültesi Dergisi Yayın No:1*, İstanbul 2002, s.145 v.d.; Yine aynı konuda bkz. Grassinger Gülçin Elçin, *Kefalet Sözleşmesinde Kefil ile Asıl Borçlu Arasındaki Hukuki İlişki*, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, C.LV, S.1-2, Yıl:1995-1996, İstanbul Üniversitesi Basımevi, İstanbul 1996, s.389 v.d.

¹⁰ Eren Fikren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 8. Bası, Beta Basım Yayın Dağıtım A.Ş., İstanbul 2003, s.1211.

Bu bakımdan kefil tarafından garanti edilen sözleşme¹¹, asıl borçlunun kusuru sonucu dahi olsa, alacaklı tarafından feshedilirse kefil borcundan kurtulur. Bu açıdan dikkat edilirse sözleşmenin feshinde kimin kusuru olduğunun herhangi bir önemi yoktur. Burada önemli olan husus sözleşmenin alacaklı tarafından feshedilmesi hususudur. Bu bakımdan her ne kadar borçlu ile kefil arasındaki güven ilişkisi çerçevesinde borçlunun bu davranışlarını da hesaba katması gerektiği ileri sürülebilirse de sözleşmenin feshinde borçlunun kusurlu olduğu durumlar açısından kefilin sorumlu tutulmamasının yerinde olduğu kanısındayız. Netice itibarıyla kefil geçerli bir borç ilişkisinin varlığı düşüncesiyle bu vasfı üstlenmektedir. Bunun yanında sözleşmenin alacaklı tarafından feshine de herhangi bir şekilde etkisi olamayacağı açıktır. Ayrıca kefil, kefalet sözleşmesindeki borcunun belirli bir zaman sonra devreye gireceği düşüncesiyle kefil olmuştur. Dolayısıyla alacaklı tarafından sözleşmenin feshi ile kefilin borçtan sorumlu kılınacağı gibi bir düşünce özellikle borçludan alacağını tahsil edemeyeceği endişesine kapılan ya da kötünietli olan alacaklıların sözleşmeleri feshederek bir şekilde kefile başvurmalarına yol açar. Böyle bir durumda kimsenin kefil olmaması sonucunu doğurur. Zira her an sorumlulukla karşılaşacağı endişesi kişilerin bu sözleşmeden uzak durmasını da beraberinde getirecektir. Kuşkusuz bu durumun ekonomik hayat üzerinde de olumsuz yansımaları olacaktır.

Bu noktada kefalet açısından sözleşmeden dönme ile fesih arasındaki en önemli sonuç kendisini menfi zarar ziyan konusunda göstermektedir. Alacaklının sözleşmeden dönmesi durumunda sözleşmenin geriye etkili olarak ortadan kalkacağından yukarıda bahsetmiştik. Bunun doğal sonucu olarak alacaklı menfi zarar ziyan talebinde bulunabilecektir. Yani sözleşmenin yerine getirilmemesinden dolayı uğradığı zararların giderilmesini talep edebilecektir. Ancak söz konusu menfi zarar ziyandan her ne kadar borçlunun sorumlu tutulması mümkünse de kefilin sorumlu tutulması kesinlikle söz konusu değildir. Zira asıl sözleşmenin ortadan kalkmasıyla birlikte buna bağlı olarak yapılan kefalet sözleşmesinin de son bulduğu açıktır. Bu kefaletin fer'i niteliğinin bir sonucudur. Dolayısıyla menfi zarar ziyan konusunda kefilin talepte bulunulması kesinlikle söz konusu olmayacaktır. Bununla birlikte taraflar anlaşarak kefilin menfi zarar ziyandan da sorumlu tutulmasını kararlaştırabilirler. Kefilin menfi zarar ziyandan da mesul tutulması arzu ediliyorsa bunun kefalet senedinde açıkça belirtilmesine ihtiyaç vardır.¹²

C- Borcun İfasının İmkansız Hale Gelmesi

Yukarıda da açıkladığımız üzere kefalet sözleşmesinin geçerli olabilmesi için asıl borcun geçerli olması gerektiği asıldır. Bu bakımdan eğer asıl borç baştan itibaren imkansız ise ifası mümkün bir borcun mevcut olmamasından hareketle kefalet sözleşmesinin de geçerli olarak vücut bulmayacağı açıktır.

¹¹ Esas itibarıyla buradaki garanti edilen kavramı yerine teminat altına alınan kavramının kullanılmasının daha yerinde olacağı düşüncesindeyiz. Böylesi bir tanımlamanın özellikle kefalet ile -kimi açılardan karıştırılan- garanti sözleşmesinin ayrılabilmesi açısından da daha uygun olduğu kabul etmekteyiz.

¹² Reisoğlu, s.224.

Asıl borcun sonradan imkansız hale gelmesi açısından ise iki ayrı imkansızlık halinin incelenmesi gerekmektedir. Bunlardan borçluya isnat olunamayan haller açısından söz konusu olan objektif imkansızlık bakımından unutulmalıdır ki; kefalette genellikle para borçları teminat altına alındığından bu tür bir imkansızlık vücut bulmamaktadır. Dolayısıyla bu tür borçlar açısından genellikle borçluya isnat olunabilecek haller açısından doğan sübjektif imkansızlık hali söz konusu olmaktadır. Bu noktada kefilin buna dayanamayacağını kabul etmek yerinde gözükmemektedir. Zira kefil alacaklıyı esasen bu tür imkansızlıklara karşı garanti etmektedir.¹³

Kefilin asıl borcun ödenmesini imkansız hale getirmesi halinde MK m.2 uygulanmamalıdır; çünkü kefil burada ne bir hakkını kullanmaktadır ne de bir borcunu ifa etmektedir; ancak kefilin kendi ahlaka aykırı hareketine dayanarak borcunu ödemekten kaçınması iyi niyet kurallarına aykırı sayılabilmelidir. Kefilin asıl borcunun borcunu yerine getirmesine engel olması halinde, ayrıca ondan da haksız fiil hükümleri uyarınca tazminat istenebilir.¹⁴ Fakat kefilin bu yükümlülüğü akitten değil, haksız fiilden doğduğundan burada ispat külfeti alacaklıya ait olacaktır.¹⁵

D- Alacaklı ve Borçlu Sıfatlarının Birleşmesi

BK m.116/1'e göre alacaklı ve borçlu sıfatlarının aynı kişide birleşmesi halinde borç sona erer. Alacaklı ve borçlu sıfatlarının birleşmesi halinde –örneğin borçlunun alacağı iktisap etmesi, alacaklıya mirasçı olması veya alacaklının borçlunun mirasçısı olması gibi- kefalet yükümlülüğü de sona erer.

Birleşmenin mirasın reddi, alacağın temlikinin bağlı olduğu bozucu şartın gerçekleşmesi gibi sebeplerle ortadan kalkması halinde kefalet de yeniden canlanır; ancak birleşmenin iradi olarak, alacağın başkasına temlik yoluyla ortadan kaldırılması ve kefaletin böylece canlandırılması mümkün değildir.¹⁶ Bununla birlikte BK m.116/3'de kıymetli evrak ve gayrimenkul rehni hakkındaki özel hükümlerin saklı kalacağına işaret edilmektedir. Dolayısıyla kefaletle temin edilmiş kıymetli evrak niteliğinde bir senedi asıl borçlu iktisap ederse senetteki borç sona ermez ve borçlu bu senedi yeniden tedavül ettirebilir; böylece kefalet de devam eder. Kanımızca bu sonuç kıymetli evraklar için kabul edilmiş bulunan mücerretlik yani asıl ilişkiden bağımsız olma özelliğine de uygundur. Bu hüküm tasarının 136/3 hükmü gereğince de korunmuştur.

Tasarıda 140'ıncı madde ile düzenlenen alacaklı ve borçlu sıfatlarının birleşmesi düzenlemesinde eski düzenlemeye göre önemli bir değişikliğe gidilmemiş, hükmün sistematik yapısı ile metindeki düzeltme ve arılaştırma yeterli görülmüştür.

¹³ Reisoğlu, s.225

¹⁴ Tandoğan Haluk, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, C.2, Tümü Yeniden İşlenmiş ve Genişletilmiş 2. Bası, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara 1982, s.589.*

¹⁵ Reisoğlu, s.225

¹⁶ Tandoğan, s.590

E- Borcun Yenilenmesi

Bir borcun yerine yenisinin geçmesi suretiyle eski borcun sona erdirilmesi sözleşmesine yenileme denir. Borcun yenilenmesi alacaklı ile borçlu arasında yapılacak bir sözleşme ile gerçekleşir. Yenileme ile birlikte eski borç ortadan kalkarken, onun yerine geçecek yeni bir borç doğar.¹⁷

Borcun yenilenmesi (tecdit) halinde de kural olarak kefalet asıl borçla birlikte ortadan kalkar; tecdide kefil muvafakat etmiş olsa bile, kefalet yenilenen borcu temin etmez; yeni borcun temini için yeni bir kefalet sözleşmesi yapılması gerekir.¹⁸ Bu sonuç kefalet sözleşmesinin ancak geçerli bir borcun varlığı halinde hüküm ifade etmesine yönelik düzenlemelere de uygun düşmektedir.

F- İbra

İbra alacaklı ile borçlu arasında yapılan bir sözleşme ile, alacaklının hakkından vazgeçmesi, borçluyu edimi yerine getirmeden borcundan kurtarmasıdır.¹⁹ İbra şarta bağlı bir işlem şeklinde yapılabileceği gibi; herhangi bir nedene bağlanmadan soyut bir işlem şeklinde de yapılabilir. Ancak genel olarak uygulamada ibranın herhangi bir şarta bağlı kılınmaksızın; soyut bir işlem şeklinde yapıldığı dikkati çekmektedir. Bununla birlikte alacaklıların ibra ettikleri alacakları karşılığında herhangi bir şart belirleyerek; ibrayı nedene bağlı bir hukuki işlem haline dönüştürmelerinin önünde bir engel olmadığı ortadadır.

İbranın soyut olup olmamasına göre kefilin durumu da farklıdır. İbra soyut olarak yani herhangi bir nedene bağlı kılınmaksızın yapılmışsa asıl alacağın bu şekilde sona ermesi ile birlikte kefalet de kendiliğinden sona erecektir.²⁰ İbranın bir nedene, şarta bağlı kılınarak yapılması halinde ise bu durumda Borçlar Hukuku'nun nedene bağlılık ilkesi esas alınacaktır. Buna göre sebep geçerli değil ise asıl işlem sakat olacak ve işlem hüküm doğurmayacağından, buna bağlı olarak fer'i bir borç olan kefalet de ortadan kalkmayacak ve hüküm ifade etmeye devam edecektir. Dolayısıyla sonuç itibarıyla ibra ile kefalet sözleşmesinin sona erip ermediği konusundaki tespit yapılırken ibranın bir nedene, şarta bağlı olup olmadığına bakılması ve buna göre yorum yapılması gerekecektir.

G- Takas

Takas, iki kişi arasındaki aynı cinsten karşılıklı borçların, bunlardan birinin tek taraflı beyanıyla sona erdirilmesidir.²¹ Takasla asıl borç ortadan kalkınca kefalet borcu da ortadan kalkar. Asıl borçlu takas dermeyanından feragat

¹⁷ Eren, s.1218.

¹⁸ Tandoğan, s.590.

¹⁹ Reisoğlu Safa, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Onüçüncü Bası, Beta Basım Yayın Dağıtım A.Ş., İstanbul 1999, s.319.*

²⁰ "Alacaklının sebepsiz zenginleşme davası ile yeni bir alacak tesisini sağlaması, kefalet taahhüdünün yeniden doğumunu sağlamaz." Bkz. Yavuz, s.518. "Zira ibra bir kere geçerli olarak gerçekleştikten sonra, alacaklının sebepsiz zenginleşme davası açması halinde, artık eski alacağın yeniden ortaya çıkması söz konusu olamaz." Bkz. Reisoğlu, *Kefalet*, s.229.

²¹ Reisoğlu, *Borçlar Hukuku*, s.330.

ederse, teknik anlamda bir def'i değil bir yenilik doğurucu hak söz konusu olduğundan kefil de artık takası ileri süremez. Asıl borçlunun takası ileri sürmeğe hakkı olduğu sürece kefil de alacaklıya ödemede bulunmaktan kaçınabilir.²²

Borçlar Kanunu Tasarısı'nın 145'inci maddesinde de bu konu net şekilde açıklığa kavuşturulmuş ve "asıl borçlunun takası ileri sürme hakkı bulunduğça, kefil de alacaklıya ifade bulunmaktan kaçınabilir" düzenlemesine yer verilmiştir.

H- Kesin Hüküm

Kefil olunan borçtan dolayı alacaklı ile asıl borçlu arasındaki ihtilaf, asıl borçlunun lehine sonuçlanırsa kefil bu hükmeye dayanarak borcundan kurtulabilir. Gerçi kural, bir mahkeme hükmünün sadece davada taraf olanlara tesir etmesidir. Kefil üçüncü şahıs durumunda olduğundan, kefaletin özel niteliği olmasaydı, onun da mahkeme hükmünü ileri sürmesi düşünülemeyecekti. Bununla birlikte kesin hüküm asıl borcu ortadan kaldırmakta, asıl borçluya ait olan bu def'i hakkından kefil de yararlanmaktadır. Dolayısıyla dikkat edilirse burada usul hukukunun genel ilkelerinden olan kesin hükmün sadece davanın tarafları açısından hüküm ifade etmesi kuralının dışına çıkılmamakta; sadece kesin hükümle borç ortadan kalkınca kefil de borcun ortadan kalkmasına yönelik bu hükmeye dayanarak kefaletin sona erdiğini ileri sürebilmektedir.

Kesin hükmün asıl borçlu aleyhine olması halinde kefil bu kararla bağlı değildir. Zira netice itibariyle kefil davanın tarafı olmadığı için doğrudan doğruya bu hükümden etkilenmeyecektir. Kefil kesinleşen bu hükmeye rağmen, alacaklıya karşı şahsi def'ilerinin yanında, asıl borçluya ait def'ileri de ileri sürebilir.²³ Bu husus, hem kesin hükmün yalnız davanın taraflarını bağlaması ilkesinden, hem de asıl borçlunun davada iyi savunma yapmayarak kefilin durumunu ağırlaştırmayacağı düşüncesinden çıkarılmaktadır.²⁴ Kefil her ne kadar aleyhe kesin hükümden etkilenmese de; özellikle alacağa yönelik olarak açılan davada bu hükmün alacaklı tarafından delil olarak kullanılacağı aşikardır.

II. BÖLÜM

ASIL BORÇTAN BAĞIMSIZ OLARAK KEFALETİN SONA ERMESİ

A- Alacaklının Kefili Borçtan Kurtarması

Diğer sözleşmelerde olduğu gibi, kefalet sözleşmesinde de kefil tek taraflı olarak yükümlülüğünün sona erdiğini ileri süremez. Buna karşılık tarafların anlaşarak kefil kefaletten kurtarmaları mümkündür.

Bunun yanında alacaklının kefilin borcundan onu ibra etmesi de mümkündür. Banka uygulamasında zaman zaman, borçlunun başka bir teminat vermesi -ipotek, yeni bir kefil- veya teminatların yeterli bulunması nedeniyle

²² Tandoğan, s.592.

²³ Reisoğlu, *Kefalet*, s.230.

²⁴ Tandoğan, s.592.

kefillerin banka tarafından ibra edilmesine rastlanmaktadır.²⁵ Ancak bu hallerde bile genel olarak alacaklıların kefilini ancak daha sağlam bir teminat elde etmeleri durumunda yahut teminatları yeterli görmeleri durumunda sorumluluktan kurtardıkları unutulmamalıdır. Bu bakımdan uygulamada alacaklıların herhangi bir teminatla alacaklarını güvence altına almaksızın kefilini kefaletten kurtarmalarına hemen hiç rastlanmamaktadır. Dolayısıyla bu hallerde kefalet sözleşmesinin sona ermesinden bahsedilebilse de alacaklının alacağını teminat altına alan sistemin ortadan kalkması söz konusu olmayıp sadece olsa olsa farklı teminat türleri ile bir yer değiştirmeden bahsetmek mümkündür.

Bazı sözleşmelerde ise belirli süre geçtikten sonra kefilin kefalet sözleşmesine ilişkin olarak feshi ihbarda bulunabileceğine ilişkin düzenlemelere yer verilmektedir.

Ancak bu noktada en dikkati çeken husus mevcut Borçlar Kanunu'nun 495. maddesinde memur ve müstahdemler hakkında kefaletle ilişkin düzenlenmedir. Söz konusu düzenlemede her üç yılda bir ertesi yılın bitiminde geçerli olmak üzere kefilin kefalet sözleşmesini feshedebileceği hükme bağlanmıştır. Ancak kefile bu hak yalnızca süresiz kefalet sözleşmelerine ilişkin olarak tanınmış bulunmaktadır. Bu şekilde kefilin girmiş olduğu yükümlülük bir derece olsun azaltılmaya çalışılmıştır. Ancak mevcut tasarı önemli tartışmalara yol açacak niteliktedir. Bu husus tasarının 607. maddesinde düzenlenmiştir. Yukarıda kefalet sözleşmelerine kefilin bizzat son vermesinin mümkün olmadığını belirtmiştik. Ancak yeni düzenleme ile buna belirli şartlarla da olsa önemli bir istisna getirildiği düşüncesindeyiz. Şöyle ki mevcut BK'da memur ve müstahdemlere hasredilen madde yeni tasarıda çalışanlar deyimi ile düzenlenmiş bulunmaktadır. Her ne kadar madde gerekçesinde buradaki çalışanlardan memur ve müstahdemlerin anlaşılması gerektiği ileri sürülse de bilindiği üzere gerekçelerin bağlayıcı niteliği yoktur. Sadece yol gösterici nitelikleri bulunmaktadır. Bu bakımdan biz maddenin lafzında olduğu gibi yani hükmün tüm çalışanlar olarak değerlendirilmesi gerektiği düşüncesindeyiz. Bu noktada hükmün kapsamının önemli ölçüde genişlediği sonucuna varmak mümkündür. Dolayısıyla genel olarak herkesi çalışan olarak değerlendirmek mümkün olduğundan hüküm bizce tüm kefilleri etkileyecek niteliktedir. Bu durumun genel olarak eşitlik ilkesine uygun olduğu ve ayrıca memur ve müstahdemlere ilişkin olarak getirilen ve neden böyle bir ayrıma gidildiğinin belli olmadığı bu hükmün bu şekilde devreden çıkarılmasının yerinde olduğu düşüncesindeyiz. Ancak kanımızca bu noktada ya bu hükme çalışanlar tabiri kaldırılarak bir fıkra olarak kefilin hakları arasında ya da belirsiz süreli kefalet hükümleri arasında yer verilmesi daha yerinde olacaktır. Böylesi bir düzenleme tasarıdaki hükümde bir lafız hatasının olduğu düşüncesiyle çok daha yerinde olacaktır.

Tasarıdaki hükme dönersek çalışanların belirsiz süre ile kefil olmaları durumunda her üç yılda bir ertesi yılın sonunda (yani 4. yılın sonunda) geçerli olmak üzere sözleşmeyi feshedebilecekleri düzenlenmiş bulunmaktadır. Bu hususun süresi belirsiz kefaletlerin tehdit altına aldığı kefilleri korumak açısından yerinde olduğunu düşünüyoruz. Buna ilişkin süre düzenlemesi de yerindedir. Çünkü 3. yılda fesih ihbarında bulunulmakta; ancak bu fesih 4. yılın so-

²⁵ *Reisoğlu, Kefalet, s.231.*

nunda geçerli olmaktadır. Böylece alacaklıya alacağını teminat altına alabilmesi için bir yıllık süre bırakılmaktadır. Bu suretle alacaklı bu bir yıl içinde ya borçluya başvurmanın yollarını arayacak yahut yeni teminatlar isteme yoluna gidecektir. Böylece kefaletin süresiz olmasına güvenerek borçluya müracaat etmeyen ve bu suretle alacağı tehlikeye düşmesi muhtemel alacaklı dahi korunmuş olmaktadır. Dolayısıyla bu hükmün her iki tarafı da koruduğu fikrindeyiz. Ancak hükme ilişkin olarak eleştirilerimizi yukarıda belirtmiş olup özellikle hükmün sistematığına ilişkin olarak değişiklik yapılmasının zorunlu olduğu fikrimizi önemle belirtmek isteriz.

B- Kefil ile Asıl Borçlu Sıfatlarının Birleşmesi

Borçlu ile kefil sıfatlarının aynı kişide birleşmesiyle -asıl borçlunun kefilin mirasçısı olması gibi- borç sona ermez; zira BK m.116 anlamında alacaklı borçlu sıfatlarının birleşmesi yoktur, alacakla yükümlülük değil, sadece farklı nedene dayanan iki yükümlülük (semeni ödeme borcu-kefalet borcu gibi) aynı kişide birleşmektedir.²⁶ Bu anlamda asıl borçlu ile kefil sıfatlarının aynı kişide birleşmesi halinde kefaletin devam edip etmemesi pratik bir değeri haizdir. Bilhassa eğer kefalet rehinle temin edilmişse veya kefile kefil olunmuşsa, kefaletin sona erdiğinin kabul edilmesi alacaklıyı gerektğinde bu rehne veya kefile kefil olana başvurudan yoksun bırakacaktır.²⁷

Özetle öncelikli olarak kabul edilmesi gereken husus kefil ile borçlu sıfatlarının birleşmesi ile asıl borcun sona ermediğidir.

Bu noktada mevcut Borçlar Kanunu'nda yer verilmeyen ancak tasarıda kendisine yer bulan bir hususa değinmekte fayda vardır. BKT m.603'de yer alan hususa göre borçlu ve kefil sıfatları aynı kişide birleşmiş olursa, alacaklı için kefaletten doğan özel yararlar saklı kalır. Buradaki özel yararlar kastın kefile kefalet durumu olduğu gerekçeyle belirtilmiş ve bu hususun vukuu halinde alacaklıya özel yararlar sağlayan kefile kefalet gibi hususların devam edeceğinin altı çizilmiştir. Ancak burada kanımızca sorun olan nokta kefil ile borçlu sıfatlarının birleşmesinin kefaleti sona erdirip erdirmediği noktasında ortaya çıkmaktadır. Kanımızca bu husus tasarı anlamında kefaleti sona erdiren bir haldir. Öncelikle bu halin vukuu halinde kefilin teminat altına aldığı borç doğrudan şahsına ait olacağından artık kefalet sözleşmesinin gereği kalmayacaktır. Alacaklı için kefil ile borçlu sıfatlarındaki değişiklik kefile kefalet gibi istisnai haller dışında bir sorumluluk oluşturmamaktadır. Hükmün kefalet sözleşmesinin kanun gereğince sona erdiği haller başlığı altında düzenlenmesi de kanımızca borçlu ve kefil sıfatlarının birleşmesinin kefalet sözleşmesini sona erdirdiği fikrimizi desteklemektedir. Elbette ki borçlu ve kefil sıfatlarının birleşmesinden alacaklının uğraması muhtemel zararları gidermek bir gerekliliktir. Bununla birlikte eğer biz kefalet sözleşmesinin bu şekilde sona erdiğini kabul edersek kefile kefaletin de kendiliğinden sona ermesini kabul etmemiz gerekecektir. Zira artık mevcut olmayan bir borç için kefaletin devam etmesini kabul etmenin yerinde olmadığı fikrindeyiz. Bu bakımdan hükmün alacaklının özel yararlarını korumak gayesini kabul etmekle birlikte, tartışmalara yol açılma-

²⁶ Tandoğan, s.590.

²⁷ Reisoğlu, s.227.

ması açısından düzenlemede birtakım değişiklikler yapılması gerektiği kanısındayız. Ya borçlu ve kefil sıfatlarının birleşmesinin kefalet sözleşmesini sona erdirmeyeceği hükme bağlanmalıdır -ki bizce bu da doğru olmayacaktır. Çünkü böylesi bir yaklaşıma hukuki bir gerekçe bulmak mümkün değildir- ya da borçlu ve kefil sıfatlarının birleşmesi kefalet sözleşmesini sona erdirir şeklinde açık bir hükme yer verilerek; kefalet sözleşmesinin sona ermesiyle birlikte kefile kefaletinde ortadan kalktığı açık olarak kabul edilmelidir. Yani alacaklının özel yararlarının saklı olacağı yönündeki hükmün alacaklının zarara uğraması pahasına kefilin korunması gayesiyle tasarıdan çıkarılmasının daha uygun olacağı düşüncesindeyiz. Bu düşüncenin taraflar arasındaki hak ve menfaat dengesi dikkate alındığında daha uygun olduğu görülecektir. Böylesi bir sonuç hem hukuk mantığına daha uygun düşecek hem de kefilin korunması yönündeki yasal karakteristiğe de uygun olacaktır. Böylece sona ermiş bir borca rağmen kefile kefil olan şahsın sorumluluğunun devam etmesi suretiyle onu bir tür ödeme tehdidi altına sokmanın da önüne geçilmiş olacaktır.²⁸

C- Asıl Borçlunun Değişmesi

Yukarıda da belirttiğimiz gibi kefalet sözleşmesi genel olarak bir güven ilişkisinin üzerine inşa edilen bir sözleşmedir. Burada kefil kendi kişisel itibarını (borç ödemek konusundaki istek ve iradesi ile malvarlığının değerini) borçlununkine katarak, onun itibarını güçlendirmekte böylece tüm malvarlığı ile sorumlu olduğu kişisel bir borç altına girmiş olmaktadır.²⁹ Bu bakımdan kefil ile asıl borçlu arasındaki güven son derece önemlidir. Zira kefil söz konusu borçlunun borcuna ilişkin olarak kefalet sözleşmesi ile yükümlülük altına girerken gerek borçlunun mal varlığına yani ödeme kabiliyetine, gerekse kişiliğine güvenir.

Bu çerçevede borçlunun değiştiği durumlara yani borcun nakline ilişkin olarak bu hallerin vukuu halinde kefilin sorumluluğu ortadan kalkmaktadır. Nitekim BK m.176/2'de bu sonuç açık olarak vurgulanmıştır. Söz konusu hükme göre borçlunun değişmesi halinde kefilin mesuliyeti de son bulmaktadır. Bu sonuç kefalet sözleşmesinin dayandığı güven ilişkisine de uygundur. Bununla birlikte yine aynı hükümde kefalet sözleşmesinin devamının ancak kefilin borcun nakline muvafakat etmesi durumunda geçerli olabileceği belirtilmektedir.³⁰ Bunun sonucu olarak üçüncü şahısların rehin ve kefalet bakımından sorumlulukları ancak borcun nakline razı oldukları takdirde devam eder. Aksi halde sorumlulukları son bulur.³¹

²⁸ Bununla birlikte belirtmek isteriz ki uygulamada bu şekilde kefile kefalet değil daha çok müteselsil kefalet sözleşmelerine rastlanmaktadır. Özellikle bankaların muhatap oldukları kredi sözleşmeleri açısından müteselsil kefaletin daha çok tercih edildiği ortadadır.

²⁹ Kuntalp Erden, *Teminat Kavramı, Teminat Türleri ve Bunlardan Doğan Sorumluluk*, Prof. Dr. Reha Poroy'a Armağan, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi, İstanbul 1995, s.289.

³⁰ Hükümde kefalet için söz konusu olan bu sonuç rehin için de geçerli addedilmiştir.

³¹ Uygur, s.4455.

Bu noktada söz konusu muvafakatin mutlaka açık ve yazılı olması ve ayrıca kefilin sorumluluktan tam olarak haberdar edilmesi gerekmektedir. Zira böylesi bir sözleşme ile ve belki de hiç tanımadığı bir borçlunun borcuna ilişkin sorumluluk altına giren kişinin bunun tüm sonuçlarından haberdar olması ve buna ilişkin rızasını açık ve net olarak belirtmesi yerindedir. Bu hususun, tasarıda yer alan kefalet sözleşmesinin şekline ilişkin hükümler düşünüldüğünde ne derece yerinde olduğu ortadadır. Buna karşın dikkat edilirse Borçlar Kanunu'muzda söz konusu muvafakatin şekline, yani yazılı olup olmamasına ilişkin bir düzenleme mevcut değildir. Bununla birlikte mehzat İsviçre Borçlar Kanunu'nun 493/5 hükmünün son cümlesinde söz konusu muvafakatin şekli açık olarak hükme bağlanmıştır. Söz konusu hüküm şu şekildedir: "Borç, üçüncü bir kişi tarafından üstlenildiği ve bu yüzden borçlu borcundan kurtulduğu takdirde, kefilin bu borç üstlenmesine yazılı rızası olmadıkça, kefalet sona erer." Bu çerçevede her ne kadar Borçlar Kanunu'muzda bu yönde bir hüküm bulunmasa da biz İsviçre Borçlar Kanunu'ndaki bu hükmün yukarıda belirttiğimiz gerekçelerin de sonucu olarak uygulanabileceği fikrindeyiz. Yani bu muvafakatin hukukumuz açısından da yazılı olmasının kabul edilmesi yerinde olacaktır. Nitekim tasarıdaki düzenlemeye baktığımızda bu sonucun açık olarak kabul edilip hükme bağlandığı görülmektedir. BKT m.203/2 hükmü açık olarak "bununla birlikte borcun güvencesi olarak rehin veren üçüncü kişinin ve kefilin sorumlulukları, ancak onların borcun üstlenilmesine yazılı olarak rıza göstermeleri halinde devam eder" düzenlemesini getirmek suretiyle muvafakatin şeklini düzenlemektedir. Her ne kadar mevcut kanun açısından da muvafakatin yazılı olması gerektiğini kabul etsek de; yasal düzenlemede böyle bir hükmün bulunmaması bu konuda soru işaretlerine neden olabilecek niteliktedir. Dolayısıyla tasarıda mehzat kanuna paralel olarak muvafakatin şeklinin yazılı olacağının belirtilmesi, bu konu hakkındaki mevcut soru işaretlerini giderecek olması bakımından son derece yerinde olmuştur.

1- Muvafakat Anı

Esas itibarıyla kefilin borcun nakline muvafakat etmesi durumunda kefalet sözleşmesinin de geçerli olarak devam edeceğine yukarıda değinmiştik. Ancak bu noktada kefilin söz konusu muvafakati hangi anda vermesi sorunu ortaya çıkmaktadır. Gerek mevcut yasal düzenlemede gerekse Borçlar Kanunu Tasarısı'nda bu konuda herhangi bir hükme yer verilmiş değildir.

Söz konusu muvafakatin borcun naklinden önce veya en geç nakil anında verilmesinin zorunlu olduğu genellikle kabul edilmektedir; nakil anından sonraki yazılı bir icazetin yeterli olmayacağı, artık kefilin borcu üstlenen yeni borçlu için yeni bir kefaletname imzalaması gerektiği ileri sürülmüştür.³²

³² Reisoğlu Seza, *Türk Kefalet Hukuku*, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınlarından No:189, Ajans Türk Matbaası, Ankara 1964, s.265. Ancak Reisoğlu daha sonra "Türk hukukunda bu tür bir düzenleme bulunmadığından kefilin muvafakatını borcun naklinden sonra da verebileceği kabul edilmektedir. Nakilden sonra muvafakat bir icazet niteliğindedir. O takdirde geçmişe etkili olarak yürürlüğe girer" diyerek daha önce ileri sürmüştüğü görüşten dönmüştür. Bkz. Reisoğlu, *Kefalet*, s.246.

Buna karşılık mevcut Borçlar Kanunu'nda bu konuda bir hüküm bulunmamasından hareketle borcun naklinde kefilin her an için muvafakatte bulunacağı görüşü baskın görüş olarak ileri sürülmüştür.³³

Kanımızca da bu görüşün kabulü daha yerinde gözükmektedir. Zira netice itibarıyla kefalet sözleşmesi ile borç yani sorumluluk altına giren kişi bizzat kefilin kendisidir. Dolayısıyla kefilin, yeni borçlunun şahsına yahut ödeme kabiliyetine güven duyması yada şahsi ilişkileri nedeniyle kefalet sözleşmesinin devamını istemesi olasıdır. Bu bakımdan sorumluluk altına bilerek ve isteyerek girdiğine göre bir sınırlama getirilerek kefilin muvafakatının sözleşmeden önce veya en geç sözleşme anında verilmesinin zorunlu kılınmasının herhangi bir yasal dayanağının bulunmamasından öte tarafların iradelerine de uygun olmadığı düşüncesindeyiz. Bu bakımdan böyle bir sınırlamanın borcun nakli kurumunu da sınırlayacağından hareketle her an için kefil tarafından muvafakatte bulunulabileceğini kabul etmenin yerinde olduğu düşüncesindeyiz. Bununla birlikte bu konuda herhangi bir tartışmaya meydan vermemek açısından bir yasal düzenleme ile kefilin her zaman için onay verebileceğinin hükme bağlanmasının yerinde olacağı kanısındayız.

Bu noktada kefalet sözleşmesinde kefilin sonradan gerçekleşmesi olası borcun nakli işlemlerine önceden onay vermesinin geçerli olmadığı kabul edilmektedir.³⁴ Unutulmamalıdır ki kefil, kefalet sözleşmesini imzalarken gerekli dikkati ve özeni göstermemiş olabilir veya asıl borçluyla arasındaki güvenin etkisi ile de bu konuda herhangi bir çekince göstermeksizin ilerideki borcun nakli işlemlerine ilişkin olarak önceden izin vermiş olabilir. Bu hallerde her ne kadar kefilin ciddi bir sorumluluk altına girdiği düşüncesiyle basiretli davranması gerektiği ileri sürülebilirse de; sözleşmenin imzası anında borcun kime nakledileceğinin belli olmaması, belli olsa bile kefilin onun hakkında (malvarlığı, borcunu ödemede gösterdiği özen ve sair hususlarda) gerekli incelemeyi yapamamış olması ve bunun ötesinde kefilin baskı altına alınarak bu hususun kabul ettirilmesi ihtimalini düşünerek kefilin önceden borcun nakline izin vermesinin geçerli kabul edilmemesi gerektiği düşüncesindeyiz.³⁵

2- Asıl Borçlunun Değişmesi Halleri

Asıl borçlunun değiştiği haller genel olarak bir borcun nakli sözleşmesi şeklinde karşımıza çıkmaktadır. Bununla birlikte pek çok spesifik durumda alacaklının rızası olsun olmasın borcun nakli kurumunun devreye girdiği dikkatimizi çekmektedir. Bu kapsamda değinilmesi gereken en önemli husus olarak mevcut bir borca ilk borçlunun yanında yeni bir borçlunun katılması halini görmekteyiz. Mevcut bir borca kendisine kefil olunan ilk borçlunun yanında yeni bir borçlunun katılması, yani kümülatif borç üstlenme halinde, ilk borçlunun yükümlülüğü devam ettiğinden, kefilin muvafakatine gerek yoktur.³⁶ An-

³³ Tandoğan, s.593.

³⁴ Reisoğlu, *Kefalet*, s.247.

³⁵ Aynı doğrultuda bkz. Reisoğlu, *Kefalet*, s.247. Buna karşılık Federal Mahkeme yeni borçlu önceden belli olduğu durumlarda böyle bir kaydın geçerli olduğu hükmüne varmıştır. Söz konusu karara ilişkin olarak bkz. Reisoğlu, *Kefalet*, s.247; Tandoğan, s.593.

³⁶ Tandoğan, s.593.

cak burada önemli bir noktaya dikkat etmekte fayda vardır. Yeni borçluların katılmasının kefilin sorumluluğuna yönelik herhangi bir etkisinden bahsedilemez. Nitekim kefilin sorumluluğunda bir değişiklik örneğin bir artış söz konusu olabilmesi için mutlak surette onayının alınması gerektiği ortadadır. Dolayısıyla yeni borçluların katılmasının kefilin sorumluluğuna yönelik bir etkisi esas itibarıyla olamaz. Böyle bir etkinin örneğin kefilin sorumluluğunda bir artışın meydana gelebilmesi için kefilin buna onay vermesi gerektiği açıktır.

Buna karşın yeni borçluların katılmasının kefilin sorumluluğuna yönelik olarak farklı bir etki doğurması olasıdır. Şöyle ki; kefil kefalet sözleşmesinde belirli bir limite kadar sorumluluğu kabul etmiş olabilir. Buna karşın borçlunun borcu bu limitin altında olmakla birlikte, yeni borçluların katılmasıyla birlikte borç miktarında ve buna bağlı olarak -kefalet sözleşmesindeki limiti aşmamak suretiyle- kefalet miktarında da artış meydana gelmiş olabilir. Bu durumda yeni borçluların katılması belirli bir limite kadar kefaleti kabul etmiş bulunan kefilin sorumluluğuna bu limit dahilinde bir artış getirirse kefil bu artıştan sorumlu tutulabilecek midir sorusuyla karşı karşıya kalmaktayız. Esas itibarıyla konu tartışmalı gibi gözüktüğü de kanımızca kefil sözleşmesinde belirli bir limite kadar kefalet taahhüdünde bulunarak bu miktar dahilinde karşılaşılabileceği riskleri göze almıştır. Nitekim kefalet sözleşmesi ile yükümlülük altına girerken kefil sözleşmede belirtilen miktar tutarında kefil olmayı baştan kabul etmektedir. Neticede kefalet sözleşmesinde belirtilen sorumluluk miktarına yönelik bir artış da söz konusu olmadığına göre kanımızca kefil yeni borçluların katılmasıyla meydana gelen bu artıştan sorumlu olacak ve ayrıca muvafakati aranmayacaktır. Aksi yönde kefaletin dayandığı güven esaslı bir gerekçe olarak ileri sürülebilirse de kanımızca kefalet sözleşmesi hükümleri burada esas alınarak bir hükme varılması daha yerinde olacaktır.

D- Kefilin Ödeme Talebinin Alacaklı Tarafından Kabul Edilmemesi

Mevcut Borçlar Kanunu'muzun 501. maddesine göre, borç muaccel olunca kefil her zaman alacaklıyı borcun ifasını kabule veya kendisini kefaletten kurtarmaya zorlayabilir. Alacaklı edimi kabul etmez, yahut kefil olunan borcun garantisini oluşturan teminatları teslim ve nakilden kaçırırsa kefil kendiliğinden kurtulur.³⁷

Buna karşılık tasarıda söz konusu hükme paralel bir düzenleme getirilmişse de bazı spesifik olgular da dikkate alınarak daha ayrıntılı bir düzenlemeye yer verilmiştir. B.K.T. m.598'e göre borcun muaccel hale gelmesi halinde kefil alacaklıya ödeme yapma teklifinde bulunabilecek ve hatta borç muaccel olmamış ancak alacaklı rıza göstermişse daha önce bile bu ödemeyi yapabilecektir. Alacaklı muaccel olmuş bir borca ilişkin olarak kefilin teklif ettiği ödemeyi kabul etmezse bu durumda kefil sorumluluktan kurtulacaktır. Yeni düzenlemede eskisine ek olarak birden çok kişinin kefaleti de düzenlenmiş ve bu hallerde kefillerden birinin kendi hissesinden az olmamak şartıyla ödeme yapmayı teklif edebileceği hükme bağlanmıştır. Bu noktada eski düzenleme ile yenisi arasındaki en ilgi çekici fark borcun muaccel olmasından önce alacaklı-

³⁷ Aral Fahrettin, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*, 2. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 1999, s.477.

nın rızası alınarak kefilin ödeme yapabileceği ancak bu ödemeyi borçluya rücu edebilmesi için gene muacceliyet tarihini beklemesine yönelik düzenlemedir.

Bu çerçevede belirtmek isteriz ki söz konusu hüküm her anlamda son derece yerindedir. Çünkü gerek enflasyonist etki ile borç miktarında ciddi bir faiz yükünün söz konusu olma ihtimali, gerekse borçlunun ekonomik durumunun giderek kötüleşmesi sonrasında kefilin rücu şansının ortadan kalkma ihtimali düşünülürse hükmün ne derece yerinde olduğu görülecektir. Bununla birlikte özellikle alacaklının rızası alınarak muacceliyet tarihinden önce de ödeme yapılabilmesi; ancak rücu için gene muacceliyet tarihinin beklenmesi yönündeki hükmün de yerinde olduğu düşüncesindeyiz. Zira kefil yukarıda belirttiğimiz sebeplerle -ki özellikle de faizlerdeki tırmanış sebebi ile- kefaletten biran önce kurtulmak isteyebilir. Bu açıdan alacaklı da borçlunun ve kefilin ekonomik durumunun kötüleşme ihtimali karşısında biran önce alacağını tahsil etmek isteyebilir. Bu hususlar çerçevesinde hükmün her iki tarafı da koruyucu bir düzenleme olduğu fikrindeyiz. Bununla birlikte rücu için muacceliyet tarihinin beklenmesi beklenmedik bir ödeme ile karşılaşan borçlunun yaşaması muhtemel sıkıntıları gidermek anlamında son derece yerindedir.

Buna karşılık mevcut kanundaki teminatların kefile devrinden alacaklının kaçınması halinde kefilin sorumluluğunun sona ereceğine ilişkin hüküm İsviçre Borçlar Kanunu'nun 504'üncü maddesine paralel olarak tasarıda kendisine yer bulamamıştır.

E- 10 Yıllık Süre

Esas itibarıyla mevcut Borçlar Kanunu'nda yer almayan ancak tasarıda bulunan önemli bir farklılıkta kefalet sözleşmesi için getirilen azami süre sınırlamasıdır.³⁸ B.K.T. m.603 hükmü ile bir gerçek kişi tarafından verilmiş olan her türlü kefalet verilmelerinden başlayarak on yılın geçmesiyle kendiliğinden ortadan kalkar. Kefalet on yıldan fazla bir süre için verilmiş olsa bile uzatılmış veya yeni bir kefalet verilmiş olmadıkça kefil ancak on yıllık süre doluncaya kadar takip edilebilir. Kefalet süresi en erken kefaletin sona ermesinden bir yıl önce (ki bu durumda en çok 9. yıl itibarıyla) yapılmak kaydıyla, kefilin kefalet sözleşmesinin şekline uygun yazılı açıklamasıyla azami on yıllık yeni bir dönem için uzatılabilir. Kanımızca söz konusu hükümle amaçlanan ancak gerekçe de belirtilmeyen husus özellikle uzun vadeli kefalet sözleşmeleri ile kefillerin sorumluluk tehdidi altında kalmalarını engellemek olsa gerektir. Zira özellikle çok uzun vadeli kefalet sözleşmeleri ile alacaklılar kendilerini garantiye almakta; ancak bu durum kefillerin ekonomik durumları açısından belirgin bir tehlikeyi de beraberinde getirmektedir. Bizce bu anlamda hüküm yerinde bir düzenlemedir. Bununla birlikte hükümde gerçek kişilere yönelik bu düzenlemenin tüzel kişilere yönelik olarak genişletilmemesinin nedeninin özellikle tacirler açısından basiretli davranma yükümlülüğünden ve ayrıca tüzel kişilerin uzun vadeli ticari işlemlere girmesinden kaynaklandığı fikrindeyiz. Ancak hü-

³⁸ Nitekim İsviçre Borçlar Kanunu'nda gerçek kişiler tarafından verilen kefaletlerin verilmelerinden itibaren 20 yıl geçmesiyle sona ereceği açık olarak hükme bağlanmıştır. Bununla birlikte kefilin yazılı açıklamasıyla kefalet sözleşmesinin en çok on yıllık yeni bir dönem için uzatılabileceği de belirtilmiş bulunmaktadır.

kümde sözleşmenin kanunun aradığı şekil şartlarına uygun olarak uzatılabileceğinin belirtilmesinin özellikle hükmün lafzı anlamında doğru olmadığı fikrindeyiz. Zira bizce bu halde artık uzatılmış bir sözleşme değil, doğrudan doğruya yeni bir kefalet sözleşmesi söz konusudur. Sözleşme aynı şartlarla dahi yapılmış olsa burada uzatılmadan değil yeni bir kefalet sözleşmesinden bahsetmenin daha uygun olacağı düşüncesindeyiz. Süre açısından ise on yılın genel zaman aşımı süresi ile de örtüşen bir süre olmasından hareketle yerinde bir düzenleme olduğu fikrindeyiz. Buna karşılık süresiz kefalet sözleşmelerine ilişkin mevcut kanundaki ve tasarıdaki düzenleme düşünüldüğünde bu hükme gerek olup olmadığı da tartışılabilir gibi gözükmektedir. Ancak bizce süresiz kefalet sözleşmelerinden kefillerin kaçışını engelleme gayesiyle yerinde olduğu fikrimizi belirtmek isteriz.

F- Belirli Süreli Kefalet

Mevcut Borçlar Kanunu'nda sınırlı süreli kefalette, belirlenen zamanın sona ermesini takip eden bir ay zarfında alacaklının icraya veya mahkemeye başvurması veya başvurmakla birlikte takibata uzun süre ara vermesi durumunda kefilin sorumluluğunun ortadan kalkacağı düzenlenmiştir.

Buna karşılık tasarıda daha net bir düzenleme ile kefalet sözleşmesinin sürenin sona ermesi ile birlikte kendiliğinden sona ereceği hükme bağlanmıştır. Dikkat edilirse her iki hükümdeki en önemli fark karşıt iki menfaatin korunmasında yatmaktadır. Mevcut düzenleme ile sözleşmedeki süre sona ermesine rağmen alacaklıya ek bir aylık süre verilmesi ile alacaklı korunmakta ve bu şekilde kefalet sözleşmesinin sona ermesinden o an itibariyle haberi olmaması dikkate alınarak bir şekilde kefilin sorumluluğunun devamına imkan sağlanmaktadır. Bununla birlikte hemen devamında alacaklının takibata uzun süre ara vermesi durumunda da kefilin sorumluluğunun ortadan kalkacağı hükmünün gerekliliğinin tartışılabilir olduğu düşüncesindeyiz. Zira bir aylık süre zarfında alacaklı eğer icraya veya mahkemeye başvurmuşsa açık olarak kefilin sorumluluğu devam etmektedir. Alacaklının menfaatin ve kefalet sözleşmesinin devamını amaçlayan bu hükmün tasarıda yer almamasını son derece yerinde bir düzenleme olarak karşılamaktayız. Dikkat edilirse tasarıdaki madde gerekçesinde de kefalet sözleşmesinin tek taraflı bir sözleşme olduğu ve bu çerçevede kefilin karşı bir edim elde etmeksizin borç altına girdiğinden bahisle karşıt iki menfaatten kefilinkinin korunmasının amaçlandığı açık olarak belirtilmiştir. Bizce de bu husus daha yerindedir. Sonuçta kefalet sözleşmesinde süre konulmasından amaç kefilin sorumluluğuna yönelik bir sınırlama getirmektir. Böyle bir sınırlamayı yasal olarak genişletmenin bir anlamı bulunmamaktadır. Eğer taraflar zaten böyle bir isteğe sahiplerse ayrıca kefalet sözleşmesindeki süreyi daha uzun olarak kararlaştırabilirler. Dolayısıyla bu süreye ek bir süre verilmesine gerek olmadığı gibi süre içerisinde kefile başvurmayan alacaklının da bu davranışının sonuçlarına katlanması yerindedir. Bu bakımdan zaten kefalet sözleşmesi ile önemli bir güvenceye sahip olan alacaklının bir de yasal olarak ek bazı güvencelere sahip kılınmasına gerek olmadığı fikrindeyiz. Ancak gerekçedeki "diğer sözleşmelerde olduğu gibi, sürenin geçmesi kefalet sözleşme-

sinde de mutlak bir sona erme sebebi olarak kabul edilmiştir³⁹, değerlendirme-sindeki yeknesaklık arayışını anlamsız buluyoruz. Öncelikle sürenin sona ermesi her sözleşme için mutlak bir sona erme nedeni değildir.⁴⁰ İkinci olarak kefalet sözleşmesi kendine özgü özellikleri olan, diğer sözleşmelerden çok ayrı tipte bir sözleşmedir. Dolayısıyla bir yeknesaklık sağlamanın gereği bulunmamaktadır görüşündeyiz.

Buna karşılık mevcut Borçlar Kanunu'nda maddenin hangi kefalet türleri bakımından geçerli olduğu yönünde bir saptama yapılmamıştır. Fakat doktrinde ve uygulamada oybirliğiyle kabul edildiği üzere, BK m.493'de öngörülen sonucun doğabilmesi bakımından kefaletin hangi türden olduğu fark yaratmaz, müteselsil kefil de söz konusu imkandan yararlanır. Kefalet ister adi, ister müteselsil olsun alacaklı sürenin dolumundan itibaren 1 ay içinde dava/takip yoluna başvurmak ve buna uzun süre ara vermeksizin devam etmek zorundadır.⁴¹

Mevcut düzenlemeye paralel olarak tasarıda da bu konuda bir ayırım yapılmış değildir. Bu bakımdan biz tasarıdaki belirli süreli kefaletin sürenin dolmasıyla birlikte müteselsil veya adi kefalet olmasına bakılmaksızın sona ereceği fikrindeyiz.

G- Belirsiz Süreli Kefalet

Mevcut Borçlar Kanunu'nun 494. maddesine göre kefalet belirli bir süreye bağlı olmaksızın kararlaştırılmışsa, bu durumda borç muaccel hale geldikten sonraki bir ay içinde kefilin alacaklıya başvurarak hakkını icra veya mahkeme kanalıyla takip etmesini ve bu takibata uzun süreli ara vermeksizin devam etmesini talep edebilir. Borcun muaccel hale gelmesi için alacaklının borçluya ihbarda bulunması gerekiyorsa kefil kefalet tarihinden bir yıl sonra alacaklıdan bu ihbarın yapılmasını ve bu şekilde borcun muacceliyet kazanmasını takiben hakkını icra veya mahkeme kanalıyla takip etmesini isteyebilir. Alacaklının kefilin bu talebini dikkate almaması durumunda kefilin sorumluluğu kendiliğinden ortadan kalkar. Buna paralel olarak alacaklı takibata geçmiş olmakla birlikte söz konusu takibe uzun süreli ara vermişse bu durumda da

³⁹ Nitekim Yargıtay bir kararında sözleşmede kefilin sözleşme uzadığı takdirde sorumluluğunun süreceğine yönelik kefaletin süresiz olduğuna ilişkin kaydı geçersiz kabul etmiştir. Bkz. Y.12.H.D., T.18.5.2001, E.2001/7879, K.2001/8975, YKD, C.27, S.10, Ekim 2001, s.1546.

⁴⁰ Örneğin iş sözleşmeleri süreye bağlanmışsa bile sürenin sona ermesi ile birlikte sözleşme her durumda kendiliğinden sona ermemekte, eğer taraflar sözleşmeden kaynaklanan vecibelerini yerine getirmeye devam ediyorlarsa sözleşme 1 yıldan kısa süreli ise süresi kadar, 1 yıldan uzun süreli ise azami 1 yıl için yenilenmekte; buna karşın sözleşmenin sona ermesine ilişkin olarak feshi ihbar şartı öngörülmüşse ve buna uyulmamışsa sözleşme her halükarda süresi kadar yenilenmektedir. Bununla birlikte söz konusu düzenlemenin teminat mektuplarına paralel bir düzenleme olduğu gözden uzak tutulmamalıdır.

⁴¹ Barlas Nami, Belirsiz Süreli Kefalet Sözleşmelerinde Asıl Borcun Muaccel Olması Halinde Müteselsil Kefilin BK m.494/f.1 Hükmünden Yararlanmasının Mümkün Olup Olmadığı Sorunu, Prof. Dr. Kemal Oğuzman'ın Anısına Armağan, Beta Basım Yayın Dağıtım A.Ş., İstanbul 2000, s.174.

kefil sorumluluktan kurtulabilecektir. Uzun süreden ne anlaşılması gerektiği, alacaklının takibe ara vermesi halinde kefilin kurtulup kurtulamayacağını, hakim her somut olayda takdir hakkını kullanarak çözecektir.⁴² Söz konusu hükmün getirilmesindeki en önemli amaç, kefilin belirsiz ve uzun bir zaman boyunca sorumlu kalmamasını sağlayarak onu korumaktır.⁴³ Ayrıca söz konusu düzenleme ile kefil küçük bir ihtimal de olsa asıl alacaklının takibata geçmemesi veya geçmekle birlikte uzun süre ara vermesi sonucu sorumluluktan kurtulma şansına sahip olabilecektir. Diğer yünden, alacaklının, kefaletin varlığına güvenerek, alacağını elde etmek için asıl borçluya karşı uzun süre hiçbir girişimde bulunmaması ve arada geçen zaman zarfında asıl borçlunun ödeme gücünün zayıflaması veya tümüyle ortadan kalkması kefilin dava veya takibe maruz kalma riskini artırır hatta, alacaklıya yaptığı ödeme sonrasında borçluya rücuda eli boş dönmeye sebep olurdu. İşte bu sakıncaları ortadan kaldırmak amacıyla BK m.494 normuna kanunda yer verilmiştir.⁴⁴

Bu çerçevede söz konusu hükmün mahiyeti icabı adi kefalet için geçerli olduğu buna karşılık müteselsil kefalette bu hükmün uygulanamayacağı ileri sürülmüştür.⁴⁵ Bu görüşe göre müteselsil kefilin alacaklıya kendisinin bir ay içinde takip edilmemesi veya takibe uzun süre ara verilmesi halinde kefaletten kurtulacağını bildirmesi mantıklı olamaz. Çünkü asıl borç muaccel hale geldikten sonra müteselsil kefil her zaman alacaklıyı tatmin etme imkanına sahiptir.⁴⁶ Bu anlamda sınırlı olmayan zaman için müteselsil kefil olan kimsenin muacceliyet tarihinden itibaren bir ay içinde kendisine karşı takipte bulunulmamasını sorumluluktan kurtulma sebebi olarak ileri sürmesi iyiniyet kurallarına aykırılık teşkil eder.⁴⁷ Diğer yünden, müteselsil kefil alacaklıdan asıl borçluyu takip etmesini de isteyemez; zira BK m.487'nin açık hükmü ve müteselsil kefaletin mahiyeti esasen buna engeldir. Müteselsil kefalette alacaklı isterse asıl borçluya hiç yönelmeksizin, doğrudan doğruya kefilin takibi edebilir. Şu duruma göre, anılan hükümden sadece adi kefillerin yararlanabileceği buna karşın müteselsil kefillerin bu imkandan istifade edemeyecekleri görüşü ileri sürülmüştür.⁴⁸

Buna karşılık doktrinde söz konusu hüküm açısından gerek adi gerekse müteselsil kefilin asıl borç muaccel olduğu zaman alacağını takip etme arzusu içinde olmayan alacaklıya, alacağını bir an evvel alması için gerekli hukuki yollara gitmesini bildirebileceği yönünde karşıt görüşler ileri sürülmüştür. Bu anlamda kefilin yaptığı ihtarın işlevi alacaklının kime gideceğini göstermek değil, alacağını bir an evvel alması için harekete geçmesini sağlamaktır. Dolayısıyla gerek adi, gerek müteselsil kefil alacaklının alacağını takibe başlaması ve başladığı takibine de uzun süre ara vermemesini ihtar etmede aynı derecede menfaat sahibidirler. Nitekim özellikle alacaklının takibata uzun süre ara vermesi sonucu kefilin kefaletten kurtulması son derece önemli bir ayrıntıdır. Ne-

⁴² Reisoğlu, *Kefalet*, s.237.

⁴³ Tandoğan, s.598.

⁴⁴ Barlas, s.170.

⁴⁵ Reisoğlu, *Kefalet*, s.240 v.d.

⁴⁶ Barlas, s.182; Reisoğlu, *Kefalet*, s.241.

⁴⁷ Tandoğan, s.599.

⁴⁸ Barlas, s.182-183.

ticede düşük bir ihtimal olsa da kefilin bu şekilde yükümlülüğünden kurtulması olasıdır. Bu bakımdan müteselsil kefilin bu haktan mahrum kılınması yönündeki görüşü kabul etmek mümkün değildir. Aynı zamanda müteselsil kefilin asıl borçludan evvel takip edilebilme imkanı, onun alacaklıya asıl borç muaccel olduktan sonra (ister bizzat kendisine, ister asıl borçluya gitsin) alacağını bir an evvel takibe geçmesini ihtar etme imkanının elinden alınmasına sebep olamaz. Müteselsil kefil, ihtarından hemen sonra kefalet borcundan kurtulamamaktadır. Eğer alacaklı müteselsil kefilin bu ihtarını dikkate almaz ve ne kefilini ne de asıl borçluyu takibe geçmezse o taktirde müteselsil kefil kefaletten kurtulabilecektir. Bu itibarla müteselsil kefil, asıl borcun muaccel olup, hem kendisinin hem de asıl borçlunun takip edilebilmesi imkanı doğduğu halde, alacağını takip etmeyen alacaklıya karşı, alacağını bir an evvel takip etmesini hatırlatması imkanını haiz olacaktır.⁴⁹

Bu görüşe biz de katılmaktayız. Zira öncelikle yasal düzenlemede bu konuda herhangi bir açıklık mevcut değildir. Yani söz konusu hükmün adı kefalet için geçerli olduğu buna karşın müteselsil kefillerin bu hükümden yararlanamayacağına yönelik bir düzenleme bulunmamaktadır. Fikrimizce kanun koyucu böyle bir ayırım yaparak iki kefalet türünü birbirinden ayırmak isteseydi bunu yasal düzenlemeye doğrudan yansıtırdı.⁵⁰ Dolayısıyla yasada yer bulmayan böyle bir hususun doktrin tarafından kabulünün yerinde olmadığı düşüncesindeyiz. Ayrıca bu görüşün kabulü kefalet sözleşmelerinin tek taraflı sözleşmeler olduğu dolayısıyla sorumluluk altına giren kefilin korunması fikriyle de çelişmektedir. Bu bakımdan kanımızca böyle bir ayırma gidilmemeli doğrudan bu hükmün tüm kefalet türleri için geçerli olduğu sonucuna varılmalıdır. Böylece bir sonuç kefalet hükümlerinin kefilin korunması yönündeki genel karakteristiğine de daha uygun düşecektir.⁵¹ Diğer yünden, alacaklının, kefaletin varlığına güvenerek, alacağını elde etmek için asıl borçluya karşı uzun süre hiçbir

⁴⁹ Grassinger Gülçin Elçin, *Belirsiz Süreli Kefalette Kefilin Hakları*, Prof. Dr. Necip Kocayusufpaşaoğlu İçin Armağan, Seçkin Kitabevi, Ankara 2004, s.218.

⁵⁰ Bu anlamda kanunda bu yönde bir ayırım yapılmamasının bir tesadüf olamayacağı, bu çerçevede bir ayırım yapılmak istenseydi tıpkı memur ve müstahdemler hakkındaki düzenlemeye benzer bir hükme yer verilebileceği kabul edilmektedir. Bkz. Grassinger, *Belirsiz Süreli...*, s.218. Buna karşılık bu gerekçe Barlas tarafından kabul edilmekte "Hükmün sadece adı kefalete ilişkin olduğu yolunda yasada açıklık bulunmadığı şeklindeki gerekçe ise lafza dayalı (ki, kanunun sırf kefalet kısmında bile o lafızda ne hatalar bulunmaktadır!) yavan ve sığ bir argümandır" görüşü ileri sürülmektedir. Bkz. Barlas, s.190. Ancak böyle bir görüşün kabulü yasanın ruhu kadar önemli olan lafza önem verilmemesi sonucunu doğurur. Eğer yasanın lafzına bu şekilde değer vermezsek bu duruma yasaların gerekliliği bile tartışılır hale gelebilir. Bu bakımdan yasaların lafızlarında bir takım hatalar söz konusu olsa bile sonuçta uygulanacak hükümler değiştirilene veya yürürlükten kaldırılana kadar bunlardır. Dolayısıyla yasanın lafzına değer vermek yönündeki gerekçemizin sırf bir takım çeviri hataları gerekçe gösterilerek yavan ve sığ olarak değerlendirilmesini kabul etmenin mümkün olmadığı, böylesi bir yorumun yasaların güvenilirliğini ve geçerliliğini dahi zedeleyecek ölçüde tehlikeli bir yorum olduğunu düşünmekteyiz.

⁵¹ Aksi görüş hakkında bkz. Barlas, s.187 v.d.

girişimde bulunmaması ve aradan geçen zaman zarfında asıl borçlunun ödeme gücünün zayıflaması veya tümüyle ortadan kalkması kefilin dava veya takibe maruz kalma riskini artırır hatta, alacaklıya yaptığı ödeme sonrasında borçluya rücuda eli boş dönmesine sebep olur⁵² şeklinde ileri sürülen ve maddenin gerekçesi olabileceği kabul edilen husus da bizi desteklemektedir. Zira sonuç itibarıyla alacaklının bu şekilde korunabilmesi açısından da bu hükmün tüm kefalet türlerini kapsamaması gerektiği fikrindeyiz.

Buna karşılık tasarıda söz konusu madde metninin Türkçe'leştirilmesi ve çeviri hatalarından arındırılması dışında dikkati çeken tek farklılık kefalet türlerine göre bir ayırım yapılması olmuştur. Buna göre yeni metinde belirsiz süreli kefalette asıl borç muaccel olunca kefil adi kefalette her zaman, müteselsil kefalette ise ancak kanunun öngördüğü hallerde alacaklıyı bir ay içinde dava ve takip haklarını kullanması varsa rehnin paraya çevrilmesi yoluyla takibe geçmesi yolunda uyarabilecektir. Biz yukarıdaki görüşümüze paralel olarak buradaki ayırımın da yerinde olmadığı düşüncemizi belirtmek isteriz. Kanımızca burada eski düzenlemeye paralel bir hüküm öngörülmesi bu suretle gerek müteselsil gerekse adi kefalet açısından ayırım yapılmaksızın hükmün geçerli kılınması daha yerinde olacaktır. Bu durum kefalet sözleşmelerinde kefilin korunması gerekliliği yönündeki şahsi fikrimize ve aynı zamanda bu yöndeki kanunun genel karakteristiğine de daha uygun düşecektir. Ayrıca böyle bir sonucun kabulü alacaklının uzun süre hareketsiz kalarak alacağın tehlikeye düşmesini engelleme yönündeki gerekçemizle paralellik arz etmektedir. Aynı zamanda tasarıda kefalet türlerine ilişkin olarak ancak kanunun öngördüğü haller şeklinde tanımlamayı anlamak mümkün değildir. Öncelikle buradaki kanunun öngördüğü hallerin neler olduğu açık değildir. Tasarıda da söz konusu hükme yönelik olarak kanunun öngördüğü herhangi bir hal mevcut değildir. Dolayısıyla ya söz konusu hükümdeki kanunun öngördüğü haller açıklanmalı ve buna ilişkin olarak düzenleme yapılmalı; yahut kanunun öngördüğü haller ibaresinin kaldırılması kanımızca daha uygun olacaktır.

Netice itibarıyla BK m.494'deki koşulların gerçekleşmesi üzerine, alacaklının takibine maruz kalan kefil alacaklıya kefalet sözleşmesinin sona erdiği itirazını ileri sürecektir. Bu itiraz hakkının ileri sürülebilmesi bakımından kefilin alacaklının söz konusu yükümlüne uymaması yüzünden zarara uğramış olması gerekmez.⁵³

SONUÇ

Kefalet sözleşmesinin ekonomik yaşamdaki önemi dikkate alındığında bu sözleşmenin özellikle sona erme şekillerinin incelenmesi bir gereklilikten öte zorunluluk halini almaktadır. Bu noktada kefalet sözleşmelerinin sona ermelerine ilişkin olarak ciddi sorunların yaşandığı göze çarpmaktadır.

Bu durum özellikle müteselsil kefalet sözleşmesi için ortaya çıkmakta bu suretle kefalet sözleşmesinin ismi dahi insanları korkutur hale gelmektedir. Gerek mevcut kanunda gerekse tasarıda bu sorunun giderilmesi için kefilin korunması hususuna büyük önem verilmiştir. Alacaklının menfaatleri ile kefilin

⁵² Barlas, s.170.

⁵³ Grassinger, Belirsiz Süreli..., s.224.

yükümlülüğü karşılaştırılmış ve bu nispetle kefilin bir hak elde etmemesine rağmen borç altına girdiği düşüncesiyle kefilin durumu daha korunur bir hale sokulmuştur.

Ancak tasarıda mevcut bazı düzenlemeler kefilin korumaya çalışırken bu kez alacaklıları korkutur hale gelmiştir. Öyle ki kefillerin durumlarının ağırlaştırılması için çeşitli yöntem arayışları yerini kefalet sözleşmesinden tümüyle kurtularak tabiri caizse daha kolay at oynatılabilir bir sahaya kaçma arayışına bırakmıştır. Bu saha da garanti sözleşmesi olarak karşımıza çıkmaktadır.

Çalışmamız genel olarak ele alındığında özellikle tasarı ile birlikte kefilin yükümlülüklerinin bir ölçüde de olsa azaltılmasına çalışıldığı görülmektedir. Bu durum elbette hak-edim yükümlülüğü göz önünde son derece yerinde bir eğilimdir. Bununla birlikte bu eğilimin alacaklıları bu sözleşmelerden kaçtırmaya yol açabilecek olması korkutucudur. Bu noktada tasarıdaki hükümleri genel olarak yerinde bulmakla birlikte tek başına bu düzenlemelerin kefilleri koruyamayacağı; artık garanti sözleşmesinin de yasa ile düzenlenmesinin zamanının geldiğini belirtmekte fayda görüyoruz.

KISALTMALAR

A.Ş.	:	Anonim Şirket
B.K.	:	Borçlar Kanunu
B.K.T.	:	Borçlar Kanunu Tasarısı
bkz.	:	Bakınız
C.	:	Cilt
E.	:	Esas
H.D.	:	Hukuk Dairesi
H.G.K.	:	Hukuk Genel Kurulu
K.	:	Karar
m.	:	Madde
No	:	Numara
T.	:	Tarih
S.	:	Sayı
s.	:	Sayfa
Y.	:	Yargıtay
Y.K.D.	:	Yargıtay Kararları Dergisi
v.d.	:	Ve devamı

KAYNAKÇA

Akkanat Halil, Kefaletin Fer'iliği İlkesi ve Banka Ticari Kredi Sözleşmeleri, Prof. Dr. Necip Kocayusufpaşaoğlu için Armağan, Seçkin Kitabevi, Ankara 2004, s.275-289.

Aral Fahrettin, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, 2. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 1999.

Badur Emel, Kefil ile Borçlu Arasındaki Hukuki İlişki, Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, T.C. Maltepe Üniversitesi Dergisi Yayın No:8, Hukuk Fakültesi Dergisi Yayın No:1, İstanbul 2002, s.145-163.

Barlas Nami, Belirsiz Süreli Kefalet Sözleşmelerinde Asıl Borcun Muaccel Olması Halinde Müteselsil Kefilin BK m.494/f.1 Hükmünden Yararlanmasının Mümkün Olup Olmadığı Sorunu, Prof. Dr. Kemal Oğuzman'ın Anısına Armağan, Beta Basım Yayım Dağıtım A.Ş., İstanbul 2000, s.169-193.

Eren Fikren, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 8. Bası, Beta Basım Yayım Dağıtım A.Ş., İstanbul 2003.

Grassinger Gülçin Elçin, Kefalet Sözleşmesinde Kefil ile Asıl Borçlu Arasındaki Hukuki İlişki, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C.LV, S.1-2, Yıl:1995-1996, İstanbul Üniversitesi Basımevi, İstanbul 1996, s.389-411.

Grassinger Gülçin Elçin, Belirsiz Süreli Kefalette Kefilin Hakları, Prof. Dr. Necip Kocayusufpaşaoğlu İçin Armağan, Seçkin Kitabevi, Ankara 2004, s.209-236.

Kuntalp Erden, Teminat Kavramı, Teminat Türleri ve Bunlardan Doğan Sorumluluk, Prof. Dr. Reha Poroy'a Armağan, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi, İstanbul 1995, s.263-299.

Reisoğlu Safa, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Onüçüncü Bası, Beta Basım Yayım Dağıtım A.Ş., İstanbul 1999.

Reisoğlu Seza, Türk Kefalet Hukuku, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınlarından No:189, Ajans Türk Matbaası, Ankara 1964.

Reisoğlu Seza, Türk Hukukunda ve Bankacılık Uygulamasında Kefalet, Ankara 1992.

Tandoğan Haluk, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, C.2, Tümü Yeniden İşlenmiş ve Genişletilmiş 2. Bası, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara 1982.

Uygur Turgut, Açıklamalı-İçtihatlı Borçlar Kanunu Sorumluluk ve Tazminat Hukuku, C.4, Seçkin Kitabevi, Ankara 2003.

Yavuz Cevdet, Borçlar Hukuku Dersleri (Özel Hükümler), Yenilenmiş 3. Baskı, Beta Basım Yayım Dağıtım A.Ş., İstanbul 2004.

Zevkliler Aydın, Özel Borç İlişkileri, Genişletilmiş 7. Baskı, Seçkin Kitabevi, Ankara 2002.