

HAKEMLİ

KEFALET SÖZLEŞMESİNİN SONA ERMESİ

*Prof. Dr. Erden KUNTALP¹
Dr. Pınar ALTINOK ORMANCI²*

GİRİŞ

01.07.2012’de yürürlüğe giren Türk Borçlar Kanunu ile kefalet sözleşmesi önemli ölçüde değişikliğe uğramıştır. Esasen bu değişiklikler, İsviçre hukukunda 1941 yılında gerçekleştirilen revizyonun, Türk hukuk sistemine yansıtılmasıdır.

İsviçre’de, 1941 yılında kefalet sözleşmesine ilişkin İBK hükümlerinde önemli değişiklikler getirilmesinin başlıca sebebi, kefilin daha fazla korunmaya ihtiyacı olduğunun açığa çıkmasıdır. Aslında, her dönemde kanun koyucular ve hakimler, kefalet alanında kötüye kullanımların önüne geçmek ve kefilin korunması için uğraş vermişlerdir. Zira kefil, üstlendiği rizikonun ağırlığını her zaman ölçememekte; altına girdiği borcun etkileri ancak gelecekte ortaya çıkabildiğinden, sözleşmeyi yaptığı sırada, ödeme yapma zorunluluğu kefile uzak ve ihtimal dışı gözükmemektedir³. Ancak özellikle 1929 ekonomik krizinden sonra, kefilin altına girdiği yükün ağırlığının farkında olmaksızın ağır sonuçlarla karşı karşıya kalması, kefaletle ilişkin yasal düzenlemelerde değişiklikler yapılmasını gündeme taşımıştır.

O dönemde, İsviçre’de bankalar tarafından verilen kredilerin yaklaşık üçte biri, kefalet ile teminat altına alınmakta ve bu nedenle söz konusu sözleşme ülke ekonomisinde önemli bir rol oynamaktaydı. Kendi ayaklarının üstünde durmak için bir kapitale ihtiyaç duyan işçi sınıfının, bankaya sunabileceği tek teminat genellikle kefalet olarak ortaya çıkmakta ve bu açıdan da kefalet, milli ekonominin gelişmesine katkısı bulunan önemli bir araç olarak kabul edilmekteydi⁴. Bu nedenle, az sayıda da olsa, kefalet

¹ Bilkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

² Bilkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Görevlisi

³ MEIER, Philippe, CR CO I, Bâle 2003, Intro. art. 492-512, n. 2.

⁴ CAVIN, Pierre, “La révision de la législation en matière de cautionnement”, JdT 1938 I 290, s. 291 vd.

sözleşmesinin tamamen yasaklanmasına yönelik tekliflerin kabul görmeyerek; onun yerine, kefaletin işlevini yerine getirmesini engellemeyecek türden koruyucu hükümlerin öngörülmesi yoluna gidilmiştir⁵.

İsviçre hukukunda kefalet sözleşmesine ilişkin olarak gerçekleştirilen revizyon kapsamında, kefalet sözleşmesinin şekil şartlarının ağırlaştırılması, özellikle müteselsil kefalette kefilin hukuki konumunun iyileştirilmesi, kefilin asıl borçluya karşı rücu hakkının güçlendirilmesi ve kefaletin sona ermesinin, kefilin menfaatine en iyi hizmet edecek şekilde düzenlenmesi sayılabilir⁶. Bunların yanısıra, kefilin hukuki konumu, özellikle İBK md. 492'nin son fıkrası ile güçlendirilmiş ve bu hükümlerle, kefaletle ilişkin yasal düzenlemelerin kural olarak emredici olduğu kabul edilmiştir⁷. TBK md. 582'nin son fıkrasında da aynen yer alan İBK md. 492/son düzenlemesine göre, kanundan aksi anlaşılmadıkça kefil, bu bölümde kendisine tanınan haklardan önceden feragat edememektedir.

Kefilin haklarından önceden vazgeçemeyeceğine ilişkin bu kural, onun, önceden matbu şekilde hazırlanmış olan sözleşmeyi imzalayarak haklarından vazgeçmesini önlemeye yönelik olup, yasa koyucunun kefile tanıdığı def'i ve itiraz haklarından, kefilin sözleşme ile önceden vazgeçmesini engellemeyi amaçlamaktadır^{8 9}.

⁵ CAVIN, La révision, s. 292 vd.

⁶ MEIER, CR CO I, Intro. art. 492-512, n. 4.

⁷ İsviçre'de kefalet hükümlerinin 1941 yılında gözden geçirilmesinde, mevcut kefalet düzenlemesinin tamamlayıcı niteliği aynen muhafaza edilerek, yalnızca hangi hükmün emredici olduğunun her defasında belirtilmesi önerisi kabul edilmeyerek; hukuki güvenilirlik ve açıklık sağlamak düşüncesi ile, kefalet hükümlerinin, kanun aksini belirtmedikçe, kefil koruyucu hükümler olarak hepsinin emredici olduğu kabul edilmiştir. Bu hususta bkz. GIOVANOLI, Silvio, Kommentar zum Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Obligationenrecht, Kommentar zum revidierten Bürgschaftsrecht, Bern 1942, Art. 492, n.86. Ayrıca bkz. CAVIN, Pierre, "Le nouveau droit du cautionnement", JdT 1942 I 34, s. 35; MEIER, Philippe, CR CO I, Intro. art. 492-512, n. 5. Kefaletle ilişkin düzenlemelerin nisbi emredici nitelikte olduğu, bir başka ifadeyle kefil lehine değişiklikler yapılabileceği ileri sürülse de, uygulamada bu durumla nadiren karşılaşılacağı kuşkusuzdur.

⁸ İsviçre Federal Mahkemesinin 2 Mayıs 2012 tarihli ATF 138 III 453 kararı, c. 2.3.2, SJ 2013 I 97, s. 102; CAVIN, s. 35.

⁹ Bu noktada, kefilin kendisine tanınan haklardan önceden feragat edemeyeceğine ilişkin TBK md. 582/son hükmünün, eski Borçlar Kanunu'nun yürürlükte olduğu dönemde yapılmış olan kefalet sözleşmeleri açısından uygulama alanı bulup bulmayacağı sorunu gündeme gelmektedir. Bir başka ifadeyle, eBK döneminde yapılmış olan bir kefalet sözleşmesinde, kefil tüm haklarından feragat etmiş ise, TBK yürürlüğe girdikten sonra, bu feragatler geçerli olmaya devam edecek midir? Bu hususta, TBK md. 582/son hükmünün emrediciliği göz önünde bulundurulmalı ve TBK'nın Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun'un 3. maddesi dikkate alınmalıdır. Söz konusu düzenlemeye göre, TBK hükümleri, yürürlüğe

Türk Borçlar Kanunu'nun kabulü ile, İsviçre'de yaklaşık yetmiş sene önce gerçekleştirilen bu değişiklikler, büyük ölçüde TBK'ya da alınmakla birlikte, bazı noktalarda mehz kanundan ayrılma söz konusu olmuştur. Bu çalışmada, kefalet sözleşmesinin sona ermesine ilişkin olarak Türk Borçlar Kanunu'nda yer alan yeni düzenlemelerin, ne gibi sonuçlar doğuracağını eski Borçlar Kanunu (eBK) ile karşılaştırmalı şekilde inceleyerek, bir değerlendirme yapmaya çalışacağız.

I- Kefaletin hukuki niteliği ve özellikleri

A) Kefalet sözleşmesinin fer'i niteliği

Kefalet sözleşmesi, TBK md. 581'de tanımlanmıştır. Buna göre, kefalet sözleşmesi, kefilin alacaklıya karşı, borçlunun borcunu ifa etmemesinin sonuçlarından kişisel olarak sorumlu olmayı üstlendiği sözleşmedir. Tanımdan da anlaşıldığı gibi, kefilin borcu fer'i bir borçtur; geçerliliği, asıl borcun varlığına ve geçerliliğine bağlıdır¹⁰. Kefalet sözleşmesinin fer'iliği, kefalet sözleşmesinin, alacaklıya teminat vermek amacıyla yapılmasından doğan bir sonuçtur. Teminat kavramının doğası gereği, temin edilen borcun mevcut ve geçerli olması gerekmektedir. Bir borcun mevcut ve geçerli olup olmadığına bakılmaksızın verilen teminat, gerçekte olağanüstü bir teminat olup, garanti sözleşmesinin konusunu oluşturmaktadır¹¹.

Fer'i niteliğinden dolayı, alacaklının kefiliden talepte bulunabilmesi için, asıl alacağın muaccel olması gerekmektedir¹². Asıl alacak muaccel olmadan, kefilin borcu da muaccel olmaz (TBK md. 590/1, İBK md. 501/1).

Kefaletin fer'i nitelikte olmasının bir diğer sonucu, kefalet, asıl borcun kaderine bağlı olmasıdır¹³. Bu çerçevede asıl borç sona ererse, kefaletten doğan borç da sona erer (TBK md. 598/1, İBK md. 509/1).

girdiği tarihten başlayarak, daha önce gerçekleşmiş olsalar bile, içerikleri tarafların iradeleri gözetilmeksizin doğrudan doğruya kanunla belirlenmiş işlem ve ilişkilere uygulanır". O halde, eBK dönemindeki feragatler, TBK yürürlüğe girdikten sonra geçersiz olarak kabul edilmelidir. TBK md. 582/son'un ratio legis'i de bu sonucu doğrulamaktadır.

¹⁰ GIOVANOLI, Art. 492, n. 16 vd.; TANDOĞAN, Haluk, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, c. II, İstanbul 2010, s. 695 vd.; REİSOĞLU, Seza, Türk Kefalet Hukuku, Ankara 2013, s. 22 vd.; ÖZEN, Burak, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu çerçevesinde kefalet sözleşmesi, İstanbul 2012, s. 79 vd.; TERCIER, Pierre/ FAVRE, Pascal G., Les contrats spéciaux, Genève-Zurich-Bâle 2009, s. 1027, n. 6790 vd.; MEIER, CR CO I, art. 492, n. 34 vd.

¹¹ ÖZEN, s. 80. Belirtmek gerekir ki, gelecekte doğacak veya geciktirici şarta bağlı bir borca kefalet mümkündür ve bu, kefaletin fer'iliğine aykırılık teşkil etmemektedir. Zira, bu hallerde de kefiliden talepte bulunulabilmesi için, asıl borcun doğmuş olması gerekmektedir.

¹² REİSOĞLU, s. 23; CAVIN, s. 44; ÖZEN, s. 85.

¹³ MEIER, CR CO I, art. 492, n. 35; ÖZEN, s. 80 vd.

Kefaletle temin edilen alacak bir başkasına devredilirse, kefaletten doğan haklar da yeni alacaklıya geçer (TBK md. 189/1, İBK md. 170/1). Bununla birlikte, kefalet sözleşmesinden doğan alacak, esas alacaktan bağımsız bir şekilde devredilemez. Aynı şekilde, kefalet sözleşmesinden doğan alacağın, esas alacaktan bağımsız bir şekilde rehni veya haczi de mümkün değildir¹⁴.

Kefaletin fer'iliğinden kaynaklanan bir başka sonuç, kefilin, asıl borçtan doğan (ancak asıl borçlunun ödeme güçsüzlüğünden kaynaklanmayan) tüm def'i ve itirazları, alacaklıya karşı ileri sürme hakkına sahip olması şeklinde ortaya çıkmaktadır¹⁵ (TBK md. 591, İBK md. 502). Asıl borçtan doğan def'i ve itirazları alacaklıya karşı ileri sürme, kefil açısından aynı zamanda bir zorunluluk (kulfet) olup; bu def'i ve itirazları ileri sürmeksizin alacaklıya ödemede bulunması durumunda kefil, borçluya karşı olan rücu hakkını yitirmektedir¹⁶.

B) Kefalet sözleşmesinin ani ifalı olması

Bu sözleşmenin zamanla olan ilişkisi açısından, doktrinde çok çeşitli fikirler ileri sürülmüştür. Öncelikle belirtmek gerekir ki, kefalet sözleşmesi, her ne kadar fer'i nitelikte de olsa, sözleşme olarak asıl borcu doğuran sözleşmeden bağımsız bir niteliği haizdir¹⁷. Ayrıca asıl borcun konusu ne olursa olsun, kefilin borcu, asıl borcun ifa edilmemesinden doğan zararın tazmini şeklinde ortaya çıkmaktadır¹⁸. Bu nedenle kefalet sözleşmesinin sürekli borç ilişkisi doğurup doğurmadığı incelenirken, asıl borç ilişkisindeki borçlunun borcu dikkate alınmamalı; yalnızca kefalet sözleşmesinde karakteristik edim borçlusu olan kefilin borcu göz önünde tutulmalıdır¹⁹.

Kefilin borcunun zamanla olan ilişkisi açısından, doktrinde farklı görüşler ileri sürülmektedir. Bunlardan ilki, kefalet sözleşmesinin ani edimli bir sözleşme olduğunu ifade etmektedir. Bu görüşe göre, karakteristik edim yükümlülüğü olan kefilin borcu, şarta bağlı ani bir edim şeklinde ortaya

¹⁴ ÖZEN, s. 88.

¹⁵ MEIER, CR CO I, art. 492, n. 35; ÖZEN, s. 85 vd.; REİSOĞLU, s. 24.

¹⁶ MEIER, CR CO I, art. 502, n. 7. Borçluya ait def'i ve itirazları ileri sürmek kefil için bir yükümlülük değil, bir kulfettir. Zira bunu yapmadığı takdirde sadece borçluya rücu hakkını kaybeder, başkaca bir yaptırımla karşı karşıya kalmaz.

¹⁷ TANDOĞAN, s. 700 vd.; REİSOĞLU, s. 24; ÖZEN, s. 66; TERCIER/ FAVRE, s. 1026, n. 6787.

¹⁸ TANDOĞAN, s. 697 vd.; REİSOĞLU, s. 27 vd.

¹⁹ Oysa Alman hukukundaki gibi, kefilin kural olarak aynen ifa ile yükümlü olduğu bir hukuk sisteminde, kefilin yerine getirmekle yükümlü olduğu edim, asıl borç ilişkisindeki borçlunun edimi olacağından, kefilin borcunun zamanla olan ilişkisinin tespitinde, asıl borçlunun edimi de önem kazanacaktır. Daha ayrıntılı bilgi için bkz. ALTINOK ORMANCI, Pınar, Sürekli borç ilişkilerinin haklı sebeple feshi, İstanbul 2011, s. 68 vd.

çıkılmaktadır²⁰. Her ne kadar kefil, edimini sürekli olarak ifaya hazır konumda bulunmak zorunda ise de, kefilin borcu, bir satım sözleşmesinden doğan borcun ifasının geciktirici şarta bağlanmasından farklı değildir²¹.

Bir diğer görüş ise, kefilin borcunun, asıl borçlunun edimini temin etmek olduğu noktasından yola çıkarak, kefilin borcunun kapsamının zamana bağlı olduğunu ve bu nedenle kefalet sözleşmesinin bir sürekli borç ilişkisi olduğunu ifade etmektedir²². Bu görüş, kefilin edimini ifaya hazır durumda bulunması gerekliliğini bir asli edim yükümlülüğü olarak değerlendirmekte ve bu garanti unsurundan ötürü sözleşmeyi, bir sürekli borç ilişkisi olarak kabul etmektedir.

Buna karşılık üçüncü bir görüş ise, kefalet sözleşmesinin sürekli borç ilişkisi benzeri bir niteliği haiz olduğunu belirtmektedir²³.

Kanaatimizce kefalet sözleşmesi, şarta bağlı ani edimli bir sözleşme olarak ortaya çıkmaktadır. Kefilin, her an edimini ifaya hazır olması gerekliliği, onun bir asli edim yükümlülüğü değildir. Kefil, ancak asıl borç muaccel olduktan sonra, asıl borçlu bu borcu ifa etmezse, alacaklının bu nedenle uğradığı zarardan, taahhüt ettiği tutar miktarınca sorumlu olmaktadır. Kefilin, “borçlunun borcunu ifa etmemesi halinde bundan doğan zararı kendisinin ödeyeceğini” taahhüt etmesi, kefalet sözleşmesinin sebebini (causa’sını) oluşturur; yoksa onu sürekli bir garanti yükümlülüğü altına sokmaz. Ayrıca kefilin borcunun kapsamı zamana bağlı olarak belirlenmemekte; borcun kapsamı, borçlunun temerrüdü ile belirli hale gelmekte ve sözleşmede belirlenen azami tutarı aşmamaktadır. Tüm bu nedenlerle, kefalet sözleşmesini geciktirici şarta bağlı ani edimli bir sözleşme olarak kabul etmek yerinde olmaktadır²⁴.

²⁰ GAUCH, Peter, System der Beendigung von Dauerverträgen, Freiburg 1968, s. 13, dipnot 4; SELİÇİ, Özer, Borçlar Kanunu’na Göre Sözleşmeden Doğan Sürekli Borç İlişkilerinin Sona Ermesi, İstanbul 1976.s. 31.

²¹ GAUCH, s. 13, dipnot 4; CHERPILLOD, Ivan, La fin des contrats de durée, Lausanne 1988, s. 13, n. 5.

²² VENTURI – ZEN-RUFFINEN, Marie-Noëlle, La résiliation pour justes motifs des contrats de durée, Zurich-Bâle-Genève 2007, s. 51 vd.

²³ TERCIER/ FAVRE, s. 1026, n. 6783. Sürekli borç ilişkisi benzeri sözleşmenin kabulünde yazarlar, kriter olarak karakteristik edimin tek bir edim olmasına rağmen, bunun ifasının birden fazla ifa hareketiyle gerçekleştirilmesini, ancak borcun sona ermesinin, her ifa hareketiyle kısım kısım değil, son ifa hareketiyle tek bir seferde gerçekleştiğini benimsemiş gözükmektedirler (Aynı eser, n. 381’e yaptıkları atıf dolayısıyla). Ancak, kanaatimizce, kefilin borcunu kısım kısım ifa etmesi halinde, borcun sona ermesi de her ifa hareketiyle kısım kısım gerçekleşmektedir.

²⁴ Aynı yönde bkz. ALTINOK ORMANCI, s. 70.

Kefalet sözleşmesinin bir sürekli borç ilişkisi oluşturup oluşturmadığına ilişkin yukarıdaki değerlendirme, aslında çok önemli sonuçları da beraberinde getirmektedir. Bu sözleşmenin sürekli borç ilişkisi doğurduğu kabul edildiği takdirde, belirsiz süreli sürekli borç ilişkilerine özgü bir sona erdirmeye yolu olan olağan fesih²⁵, kefalet sözleşmesi açısından da geçerli olduğu sonucuna varılması gerekmektedir. Böyle bir durumda, örneğin, bir banka ile cari hesap şeklinde işleyen bir kredi sözleşmesi yapan asıl borçlunun borcuna kefil olan bir kişi, asıl borçlunun mevcut bir borcunun bulunmadığı durumda, herhangi bir gerekçe göstermeden yapacağı tek taraflı bir fesih beyanıyla, kefalet sözleşmesini ileriye etkili olarak sonlandırabilecektir. Oysa, ani edimli bir sözleşmenin var olduğunun kabul edilmesi halinde, kefilin, sözleşmeyi olağan fesih yoluyla sona erdirmesi söz konusu olamayacaktır. Yukarıdaki değerlendirmelerimizde kefalet sözleşmesinin ani edimli bir sözleşme olduğu sonucuna vardığımızdan, kefalet sözleşmesinde olağan fesih imkanının mümkün olmadığı sonucunu da kabul etmek gerektiği açıktır.

C) Süreli kefaletin mümkün olması

Kefalet sözleşmesi, ani edimli bir sözleşme olduğu halde, kefilin borcu açısından çeşitli süreler söz konusu olabilmektedir. Öncelikle belirtmek gerekir ki, kefalet sözleşmesi süresiz olarak yapılabileceği gibi, bir süreye de bağlanmış olabilir. Eğer kefalet sözleşmesi süreli olarak yapılmışsa, bu süre, kefilin borcunun ortadan kalkacağı zamana işaret etmektedir. Yoksa kararlaştırılan süre, kefilin ediminin kapsamının belirlenmesinde etkili değildir. Örneğin, asıl borçlunun borcuna kefil olan bir kişi, 1 yıllık bir süre için kefil olmuşsa, bu sürenin sonunda borcundan kurtulmaktadır (TBK md. 600). Eğer böyle bir kefalet sözleşmesi süresiz olarak yapılmışsa, kefilin ne şekilde borcundan kurtulacağı ise, TBK md. 601'de düzenlenmiştir. Bu doğrultuda olmak üzere, kefalet sözleşmesinin asıl borçtan bağımsız bir şekilde sona ermesi, süreli ve süresiz kefalet ayrımı yapılarak incelenecektir.

II- Kefalet sözleşmesinin sona ermesi

Kefalet sözleşmesi, fer'i niteliği gereği, asıl borcu sona erdiren sebeplerden dolayı sona erebileceği gibi; asıl borçtan tamamen bağımsız bir şekilde, kendine özgü sebeplerle de sona erebilir. Aşağıda öncelikle kefaletin özelliklerinden kaynaklanan sona ermesini, daha sonra ise kefaletin özellikleri dışında kalan sebeplerden sona ermesini inceleyeceğiz.

²⁵ Olağan fesih, bütün belirsiz süreli sürekli borç ilişkilerinde geçerli bir sona erdirmeye yolu olduğu konusunda bkz. ALTINOK ORMANCI, s. 91.

A) Kefaletin özelliklerinden kaynaklanan sona erme

1) Fer'i niteliğinden kaynaklanan sona erme

Kefalet sözleşmesi, fer'i niteliği gereği, asıl borcun sona ermesi nedeniyle, kendiliğinden sona erecektir. Nitekim TBK md. 598/1'e göre, "*Hangi sebeple olursa olsun, asıl borç sona erince, kefil de borcundan kurtulur*". Buna göre, borcun, asıl borçlunun borcu ifasıyla, borçluya yüklenemeyen bir sebeple imkansızlaşmasıyla, asıl borçlunun alacaklı tarafından ibrasıyla sona ermesi veya yenileme ya da alacaklı ve borçlu sıfatlarının birleşmesiyle sona ermesi arasında, kefaletin son bulması açısından hiçbir fark yoktur; asıl borcun sona ermesine yol açan bu sebeplerin her biri, fer'i niteliğinden dolayı kefaletin de sona ermesine yol açmaktadır²⁶.

Bu hususta, cari hesabın taşıdığı özelliğe de değinmek gerekmektedir. Öncelikle, bir cari hesap ilişkisinin bütününe kefil olunmasının mümkün olduğunu belirtmek gerekir²⁷. Tüm teminatlar açısından geçerli olan belirlilik ilkesinin bir sonucu olarak ortaya çıkan TBK md. 528/1'e göre, "*kefalet sözleşmesi mevcut ve geçerli bir borç için yapılabilir. Ancak, gelecekte doğacak veya koşula bağlı bir borç için de, bu borç doğduğunda veya koşul gerçekleştiğinde hüküm ifade etmek üzere kefalet sözleşmesi kurulabilir.*" Bu düzenleme, kefalet sözleşmesinin kurulduğu anda asıl borcun belirli veya belirlenebilir olması gerektiğini ortaya koymaktadır²⁸. Belirlilik ilkesi çerçevesinde, asıl borç ilişkisinin sadece taraflarının bilinmesi yeterli değildir. Aynı zamanda borcun hukuki sebebi, kapsamı ve ifa zamanı da bilinmelidir²⁹. Bu çerçevede, bir cari hesap ilişkisine kefil olmak mümkündür. Bu durumda asıl borcun hukuki kaynağı belli olduğu için, borcun tam miktarı belirli olmasa dahi, bunun "belirlenebilir" olduğu kabul edilmektedir. Ancak asıl borçlunun, hukuki sebebi ne olursa olsun, alacaklıya karşı ileride doğacak tüm borçlarına kefil olunması, geçersiz olarak kabul edilmelidir³⁰. Zira böyle bir durumda kefil, kişilik haklarına

²⁶ ÖZEN, s. 521 vd.; MEIER, CR CO I, art. 509, n. 2 vd.

²⁷ REİSOĞLU, s. 40.

²⁸ TERCIER/ FAVRE, s. 1036, n. 6860

²⁹ TERCIER/ FAVRE, s. 1036, n. 6860; ATF 120 II 35 (27.01.1994); ATF 128 III 434.

³⁰ REİSOĞLU, s. 37; SİRMEN, Lâle/ KIRCA, İsmail, Kefilin sorumluluğunun kapsamına ilişkin bir inceleme, Prof. Dr. Ahmet Gökdere'ye Armağan, Ankara 2011, s. 607; ATF 120 II 35: Karara konu olan olayda, kefil, borçlunun bankaya karşı doğmuş doğacak tüm borçlarından sorumlu olmayı üstlenmiştir. Federal Mahkeme, böyle bir sorumluluğun hiçbir sınırının olmadığını ve kefilin taahhüdünün kapsamı hakkında kesin bir fikre sahip olmasının mümkün olmadığını ileri sürmüştür. Zira, asıl borçlunun bankaya karşı olan her tür borcu bu kapsama dahil edilebilir. Örneğin haksız fiilden veya sebepsiz zenginleşmeden doğan borçlar da bu kapsama dahil olacaktır. Federal Mahkeme'ye göre bu taahhüt geçersizdir, zira böyle

aykırılık teşkil edecek şekilde, aşırı derecede bir taahhüt altına girmiş olacak ve bu da TMK md. 23/2'ye aykırılık oluşturacaktır.

Bir cari hesap ilişkisinin bütünü için kefil olunması halinde, cari hesap sonucunun belirli bir zamanda sıfırlanması, kefaletin sona ermesine yol açmamaktadır. Cari hesap ilişkisi devam ettiği sürece, kefalet de devam etmektedir³¹. Bu durumda, kefalet sözleşmesinin ancak kendine özgü sebeplerle, bir başka ifadeyle asıl borç ilişkisinden bağımsız olarak sona ermesi mümkün olabilecektir.

2) Haklı sebeple fesih imkanının bulunmaması

Bir sözleşmenin süresinin dolmasına veya en yakın olağan fesih süresine kadar sözleşmeye devam dürüstlük kuralına göre çekilemez hale gelmişse, o sözleşmenin feshi için haklı bir sebep mevcut demektir³². Ancak haklı sebeple fesih, sadece sürekli borç ilişkileri açısından geçerli olan bir sona erdirmeye imkanındır. İsviçre Federal Mahkemesi ve doktrin, haklı sebeple feshi, tüm sürekli borç ilişkileri açısından geçerli genel bir ilke olarak kabul etmektedir³³. Türk hukukunda henüz Yargıtay içtihatlarıyla böyle bir genel ilke kabul edilmiş değilse de, doktrinde³⁴ bu yönde görüşler ileri sürülmektedir. Gerçekten de, kanunda düzenlenmiş olsun veya olmasın, tüm sürekli borç ilişkilerinin haklı sebeplerin varlığı halinde derhal feshedilebileceği kabul edilmektedir.

Bununla birlikte, yukarıda da ele alındığı üzere, kefalet sözleşmesi sürekli borç ilişkisi değil, ani ifalı bir sözleşmedir. Ani ifalı sözleşmelerde ise, haklı sebeple fesih imkanı mevcut değildir. Esasen ani ifalı sözleşmelerde böyle bir fesih imkanına ihtiyaç da yoktur. Zira bu tür sözleşmelerde karakteristik edimin ifası zamana yayılmamakta, tek bir ifa hareketiyle gerçekleşmektedir. Bu nedenle, sözleşmeye devamı çekilmez hale getiren şartların ortaya çıkması da söz konusu olmamaktadır. Ancak,

bir taahhüt, kişilik hakkının aşırı derecede sınırlandırılması anlamına gelmekte olup, İMK md. 27/2 (TMK md. 23/2)'ye aykırıdır. Bununla birlikte, Federal Mahkeme, söz konusu olaya ilişkin olarak, İBK md. 20/2'de yer bulan kısmi hükümsüzlüğün devreye girip giremeyeceğini tartışmakta ve İBK md. 20/2'nin ratio legis'ine bakıldığında, söz konusu hükmün, yüklenilen aşırı taahhütlerin, tarafların farazi iradeleri çerçevesinde, kanunen izin verilen sınıra çekmeye imkan verdiğini belirtmektedir. Böylece, söz konusu olaydaki kefalet sözleşmesini tamamen geçersiz kabul etmek yerine, borçlunun, bankaya karşı, cari hesap şeklinde açılmış krediden doğacak borçları açısından geçerli kabul edilebileceğini ortaya koymuş bulunmaktadır.

³¹ ÖZEN, s. 524; aynı yönde MEIER, CR CO I, art. 509, n. 5.

³² ALTINOK ORMANCI, s. 133.

³³ ATF 128 III 428, JdT 2005 I 284; ATF 122 III 262, JdT 1997 I 13, s. 16; VENTURI – ZEN-RUFFINEN, s. 124 vd.

³⁴ SELİÇİ, s. 201 vd.; ALTINOK ORMANCI, s. 111.

istisnaen, geciktirici şarta veya vadeye bağlanmış ani ifalı sözleşmelerde, şart gerçekleşinceye veya vade doluncaya kadar geçen süre içerisinde değişen koşullar, tarafların edimlerini yerine getirmeleri açısından bir beklenemezlik durumu yaratabilecektir. Kefalet sözleşmesi de, şarta bağlı ani edimli bir borç ilişkisi olarak değerlendirildiğinden, burada da aynı hususun gündeme gelebilmesi mümkün bulunmaktadır. Bu nedenle kanun koyucu, İsviçre hukukunda mevcut olan kefaletten dönme imkanını TBK'ya alarak, belirli şartlar altında kefile sözleşme ile altına girdiği yükümlülükten kurtulma imkanını getirmiş ve böylece bu şartların varlığı halinde, kefilin borcunun geçmişe etkili olarak ortadan kaldırılmasına olanak tanımıştır. Kefaletten dönmenin hangi şartlar altında mümkün olduğuna ileride değinilecektir.

B) Kefaletin özellikleri dışında kalan sebeplerden dolayı sona erme

Bu başlık altında, kefaletin, asıl borç ilişkisini doğuran sözleşmeden bağımsız olarak sona ermesi ele alınacaktır. Bu çerçevede, kefalet sözleşmesinin öncelikle bir süreye bağlı olarak sona ermesine değinilecek; daha sonra TBK ile getirilen yeni bir sona erme nedeni olan kefaletten dönme üzerinde durulacaktır.

1) Kefalet sözleşmesinin bir süreye bağlı olarak sona ermesi

Kefalet sözleşmesinin bir süreye bağlı olarak sona ermesi, üç farklı şekilde ortaya çıkabilmektedir. Bu kapsamda öncelikle süresiz ve süreli kefalet sözleşmeleri ayrı ayrı ele alınarak, bu sözleşmelerin süre unsuruna bağlı olarak sona ermelerinin özellikleri incelenecek; sonrasında ise TBK ile getirilen on yıllık azami süre ele değerlendirilecektir.

a) Süresiz kefalet sözleşmesi

Kefalet sözleşmesinin, herhangi bir süreye bağlanmaksızın yapılabilmesi mümkündür. Bu takdirde süreli olmayan (süresiz) bir kefalet sözleşmesi söz konusu olmaktadır. Süresiz kefalet sözleşmelerinde, kefilin altına girdiği yükümlülükten nasıl kurtulacağı sorusu gündeme gelmektedir. Bu hususta, eBK ile TBK'nın getirdiği düzenlemeler arasında oldukça önemli farklılıklar bulunmaktadır. Bu soruyu, öncelikle eBK dönemindeki düzenlemeler çerçevesinde, daha sonra da TBK çerçevesinde inceleyerek cevaplandırmaya çalışacağız.

aa) eBK dönemindeki durum

eBK md. 494'e göre, süreli olmayan kefalet sözleşmelerinde borç muaccel olduktan sonra, kefil alacaklıdan bir ay içinde icra veya mahkemeye müracaat ederek hakkını takip etmesini ve uzun süre ara vermeksizin takibe

devam etmesini istemek imkanına sahip bulunmaktaydı. Bir borcun muaccel olması için alacaklının borçluya ihbarda bulunması gerekiyorsa, kefil, kefalet tarihinden bir yıl sonra alacaklıdan bu ihbarın yapılmasını ve borç muaccel olunca icra veya mahkemeye müracaatla hakkını takip etmesini talep edebilmekteydi. Şayet alacaklı, kefilin bu talebini nazara almazsa, o takdirde kefil borcundan kurtulmaktaydı.

Görüldüğü üzere, süresiz kefalet sözleşmelerinde, eBK kefile borcundan kurtulma imkanları sunmaktaydı. Kefilin, eBK md. 494'de belirtildiği şekilde alacaklıya yönelttiği talepler alacaklı tarafından yerine getirilmezse, kefil de borcundan kurtulabilmekteydi³⁵. Ne var ki, Yargıtay içtihatları ve doktrin, eBK dönemindeki bu düzenlemenin emredici olmadığını kabul etmekteydi: Pek çok Yargıtay kararında³⁶ ve doktrinde³⁷,

³⁵ eBK md. 494'de yer alan ve süresiz kefalet sözleşmelerinde kefile kefaletten kurtulma imkanı sağlayan bu imkanın, müteselsil kefalet açısından da mümkün olup olmayacağı doktrinde tartışılmaktaydı. Hakim görüş, müteselsil kefilin, eBK md. 494'den yararlanamayacağını ileri sürmekteydi: bkz. REİSOĞLU, Seza, Türk Hukukunda ve Bankacılık Uygulamasında Kefalet, Ankara 1992, s. 240 vd.; 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, İstanbul 2000, s. 187 vd.; müteselsil kefilin bu imkandan kısıtlı bir şekilde yararlanabileceği yönünde bkz. TANDOĞAN, s. 803. Aksi yöndeki (müteselsil kefilin de bu hükümden tüm kapsamıyla yararlanabileceği yönündeki) görüş için bkz. ELÇİN GRASSINGER, Gülçin, Kefilin alacaklıya karşı sahip olduğu savunma imkanları, İstanbul 1996, s. 154 vd.

³⁶ Yarg. HGK'nın 23.10.2002 tarihli, E. 2002/19-866, K. 2002/845 sayılı kararı: Karara konu olan olayda, cari hesap şeklinde işleyen bir krediye süresiz olarak kefil olunmuş ve sözleşmeye, eBK md. 493 ve 494'de kefilin kendisine tanınan haklardan feragat ettiğine dair açık hüküm konulmuştur. Kefil belirli bir tarihte bankaya gönderdiği ihtarname ile mevcut borç bakiyesinin kendisine bildirilmesini ve tebliğ tarihinden sonra borçluya kullanılacak kredilerden sorumlu olmayacağını beyan etmiş; banka bu talebe herhangi bir cevap vermemiştir. İhtarnamenin tebliğ tarihi itibarıyla asıl borçlunun bankaya herhangi bir borcu bulunmadığından, yerel mahkeme bu tarihten sonra kullanılan kredilerden kefilin sorumlu tutulamayacağına karar vermiş, kararın Yargıtay özel dairesince bozulması üzerine yerel mahkeme kararında direnmiş, direnme kararı da Hukuk Genel Kurulu tarafından onanmıştır. Ancak davacı vekili tarafından karar düzeltme talebinde bulunulmuş ve Hukuk Genel Kurulu, karar düzeltme incelemesinde direnme kararının zuhulen onanmış olduğunu ifade etmiş ve direnme kararının bozulmasına karar vermiştir. Gerek Yargıtay özel dairesi, gerekse Hukuk Genel Kurulu, eBK md. 493-494 hükümlerinin emredici olmadığını, kefile bu hükümlerde sunulan kurtulma imkanından peşinen feragatin mümkün olduğunu, cari hesap şeklinde işleyen bir kredide, kredi borcunun herhangi bir tarihte sıfırlanmış olmasının tek başına kredi sözleşmesini sona erdirmeyeceğini; bu tarihten sonra yeni bir kredi kullanılmasının yeni bir sözleşme olarak değerlendirilemeyeceğini ve bu nedenle kefilin başlangıçtaki feragatinin bu yeni kredi açısından da geçerliliğini koruduğunu; ayrıca kefilin sözleşme kurulduktan sonra tek taraflı olarak kefaletini geri alamayacağını belirtmiştir. Hukuk Genel Kurulu, bu hususlarda özel daire ile HGK kararlarında herhangi bir görüş farklılığı bulunmadığını; HGK'nın özel dairenden farklı yönde karar vermesinin (direnme kararını onamasının) somut

bu düzenlemenin tamamlayıcı bir kural olduğu, sözleşme ile aksinin kararlaştırılabileceği ifade edilmekteydi. Uygulamada da özellikle bankalar tarafından hazırlanan kefalet sözleşmelerinde, kefilin kendisine tanınan sorumluluktan kurtulma imkanından önceden feragat ettiğine dair beyanı alınmaktaydı. Böyle bir durumda cari kredi ilişkisine kefil olan kişi, eski borcu olmadığı halde, ileride doğacak borçlara kefil olmaktan hiçbir şekilde kurtulamıyor ve bu yönde yapmış olduğu herhangi bir beyanı geçerli kabul edilmiyordu. Bir borca bir defa kefil olan kişinin, ucu açık bir şekilde ilelebet bu kefaletin sorumluluğunu taşıması, kanaatimizce kişisel özgürlüğün aşırı şekilde sınırlandırılması anlamına gelmekte ve kişilik hakkına aykırılık teşkil etmekte idi.

ab)TBK'nın yürürlüğe girmesinden sonraki durum

TBK md. 601, eBK md. 494'deki gibi, kefile, aynı taleplerle alacaklıya başvurma imkanını getirmiş, alacaklının kefilin istemlerini yerine getirmemesi halinde de kefilin borcundan kurtulacağını düzenlemiştir. Ancak TBK md. 601, eBK md. 494'e göre daha farklı şekilde kaleme alınmıştır. Buna göre, *“Sürelili olmayan kefalette kefil, asıl borç muaccel olunca, adi kefalette her zaman ve müteselsil kefalette ise, kanunun öngördüğü hallerde, alacaklıdan, bir ay içinde borçluya karşı dava ve takip haklarını kullanmasını, varsa rehlin paraya çevrilmesi yoluyla takibe geçmesini ve ara vermeden takibe devam etmesini isteyebilir.*

Borç, alacaklının borçluya yapacağı bildirim sonucunda muaccel olacaksa kefil, kefalet sözleşmesinin kurulduğu tarihten bir yıl sonra alacaklıdan, bu bildirim yapmasını ve borç bu suretle muaccel olunca, yukarıdaki fıkra hükümleri uyarınca takip ve dava haklarını kullanmasını isteyebilir.

Alacaklı, kefilin bu istemlerini yerine getirmese, kefil borcundan kurtulur.”

olayın şartlarından kaynaklandığını; daha açık bir ifadeyle bankanın kefilin ihtarnamesine cevap vermeyerek onda kefaletten kurtulduğu yönünde haklı bir kanaat uyandırdığını ancak buna rağmen borçluya kredi kullandırmasının iyiniyet kurallarıyla bağdaşmadığını benimseyerek direnme kararını onadığını ifade etmiş; ancak karar düzeltme incelemesi sonucunda direnme kararını bozmuştur. eBK md. 493-494'de kefile tanınan kurtulma imkanlarından önceden feragatin mümkün olduğu yönünde başka kararlar için bkz. Yarg. HGK, T. 1.12.1999, E. 1999/19-1033, K. 1999/1005; Yarg. HGK, T. 19.11.1997, E. 1997/19-667, K. 1997/905; Yarg. 19. HD, T. 26.12.2005, E.2005/2261, K. 2005/13044 sayılı kararı; Yarg. 19. HD, T. 28.3.2005, E. 204/6918, K. 2005/ 3261; Yarg. 19. HD, T.23.6.2003, E.2002/3964, K.2003/6724; Yarg. 19. HD, T. 11.12.2000, E. 2000/8434, K. 2000/8577; Yarg. 19. HD, E.1996/4347, K.1996/7984;

³⁷ REİSOĞLU, 1992, s. 242.

Öncelikle belirtmek gerekir ki, eBK’da müteselsil kefilin bu imkandan yararlanıp yararlanamayacağı konusunda herhangi bir açıklık yokken, TBK md. 601, bu imkanı müteselsil kefil açısından da kabul etmiştir. Hükmün düzenleniş şekline anlaşıldığı üzere, adi kefil gibi, müteselsil kefil de, alacaklıya borçluyu takip etmesi ve bu takibe ara vermeden devam etmesi yönünde bir bildirimde bulunabilecek; alacaklı bu istemleri yerine getirmese borcundan kurtulacaktır. Ancak düzenlemede, müteselsil kefilin, “kanunun öngördüğü hallerde” bu imkandan yararlanabileceği belirtilmekte, bu ifadede de, alacaklının müteselsil kefile başvurabilmesi için yerine getirmesi gereken davranışların anlaşılması gerektiği ifade edilmektedir³⁸. Gerçekten TBK md. 601’in karşılığını oluşturan İBK md. 511 düzenlemesi de, kefilin, “kendisinin takip edilebilmesi için gerekli olduğu takdirde” alacaklıdan bu taleplerde bulunabileceği düzenlenmiştir. TBK md. 586 gereği, alacak teslimine bağlı taşınır rehni veya alacak rehni ile güvence altına alınmışsa, bunların paraya çevrilmesinden önce müteselsil kefile başvurulamayacağından, ancak böyle bir güvencenin varlığı ihtimalinde, müteselsil kefil alacaklıya bildirimde bulunarak bu rehinlerin paraya çevrilmesi işleminin bir ay içinde başlatılmasını isteyebilecektir. Alacaklı bir ay içinde bu süreci başlatmaz veya başlatmakla birlikte önemli ölçüde ara verirse, müteselsil kefil sorumluluktan kurtulacaktır³⁹.

Süresiz kefalette kefile sunulan kefaletten kurtulma imkanına ilişkin önemli bir değişiklik de, TBK md. 582/3 ile getirilen “*kanundan aksi anlaşılmadıkça kefil, bu bölümde kendisine tanınan haklardan önceden feragat edemez*” hükmünden kaynaklanmaktadır. Bu hüküm gereği, eBK’dakinin aksine, TBK md. 601’deki düzenlemenin emredici olduğu ve aksi yönde anlaşmaların, bir başka ifadeyle kefilin kendisine tanınan borçtan kurtulma imkanlarından önceden feragat etmesi sonucunu doğuracak anlaşmaların geçersiz olduğu kabul edilmelidir⁴⁰.

b) Süreli kefalet sözleşmesi

TBK md. 600’e göre, süreli kefalette kefil, sürenin sonunda borcundan kurtulur. Sürenin dolmasıyla kefilin sorumluluğu kendiliğinden ortadan kalkar; bunun için kefilin bir beyanına ya da herhangi bir mahkeme kararına gerek yoktur⁴¹. eBK’da ise, süreli kefalet halinde, sürenin dolmasını takip eden bir ay içinde, alacaklının icra veya mahkeme yoluyla takibe

³⁸ ÖZEN, s. 545.

³⁹ ÖZEN, s. 545; İBK açısından aynı yönde bkz. MEIER, CR CO I, art. 511, n. 8.

⁴⁰ Süreli olmayan kefalet sözleşmelerini düzenleyen İBK md. 511 hükmünün emredici olduğu yönünde bkz. MEIER, CR CO I, art. 511, n. 3; TERCIER/ FAVRE, s. 1069, n. 7114.

⁴¹ ÖZEN, s. 534.

başlamaması veya takibe uzun süre ara vermesi halinde, kefilin kefaletten kurtulacağı düzenlenmişti (eBK md. 493). Dolayısıyla eBK, sürenin dolmasından sonra, alacaklıya takibe geçebilmesi için bir aylık ek bir süre vermektedir. Bu süre içinde alacaklının hareketsiz kalması halinde ise, kefil borcundan kurtulmaktaydı.

İBK md. 510/3 vd.'nda yer alan süreli kefalet sözleşmesinin sona ermesine ilişkin düzenleme ise, eBK'daki düzenlemeye daha yakındır. İBK md. 510/3'e göre, belirli bir süre için kefil olan kişi, alacaklı bu sürenin dolmasını takip eden dört hafta içinde hukuken hakkının yerine getirilmesi için takibe başlamazsa veya takibe uzun süre ara verirse, kefalet borcundan kurtulur.

Bu düzenlemeleri incelemeye geçmeden önce, hangi hallerde kefalet sözleşmesinin belirli bir süreye bağlanmış olduğunu tespit etmek faydalı olacaktır. Belirli süreli kefalet sözleşmesinin tespitinde, sözleşmenin kendisi ve somut olayın koşulları dikkate alınmalıdır⁴². Kefilin sorumluluğu belirli bir tarih, bir süre veya objektif olarak belirlenebilir bir vade ile sınırlandırılmışsa, burada belirli süreye bağlı bir kefalet sözleşmesi söz konusudur⁴³. Örneğin, kefalet sözleşmesi, "kefilin hayatı süresince"⁴⁴, veya "daha erken sona erdirme ihbarı yapılmadığı takdirde beş yıl süreyle"⁴⁵, ya da "lehine kefil olunan şirket, kâr elde etmeye başlayana kadar"⁴⁶ geçerli olmak üzere akdedilmişse, bu hallerde belirli bir süreye bağlı kefalet sözleşmesinin bulunduğu ifade edilmektedir. Buna karşılık, bozucu şarta bağlı bir kefalet sözleşmesinin, bu hüküm çerçevesinde belirli süreli olduğundan bahsedilemez. Ayrıca, kefalet sözleşmesinin (kefilin sorumluluğunun) süreye bağlanması ile, temin edilen asıl borcun süre ile sınırlandırılması birbirinden farklıdır; ikinci durumda sadece belirli bir zaman sürecinde doğma ihtimali olan borçların teminat altına alınması söz konusudur. Oysa kefaletin süreye bağlanması ihtimalinde, bizzat kefilin yükümlülüğü bir süre ile sınırlandırılmaktadır⁴⁷. Temin edilen asıl borcun süre ile sınırlandırıldığı haller, daha ziyade ileride doğma ihtimali olan

⁴² MEIER, CR CO I, Art. 510, n. 11; ATF 125 III 435, c.2a aa.

⁴³ ATF 125 III 435, c. 2a bb; aynı yönde bkz. ÖZEN, s. 536.

⁴⁴ MEIER, Art. 510, n. 11; ÖZEN s. 536. Burada süreli bir kefaletin kabul edilmesinin sebebi, kefilin ölümü üzerine mirasçılarının sorumluluğunun gündeme gelmeyecek olmasıdır. Ancak kefalet sözleşmesinin yapılmasından itibaren on yıllık süre geçmişse, kefil ölmese bile, TBK md. 598/3 gereği sorumluluğu sona erecektir. Bu husus aşağıda ayrıntılı olarak incelenmektedir.

⁴⁵ MEIER, Art. 510, n.11; ÖZEN, s. 536.

⁴⁶ MEIER, Art. 510, n. 11; ENGEL, Pierre, Contrats de droit suisse, Berne 2000, s. 659.

⁴⁷ MEIER, Art. 510, n. 11; ATF 125 III 435, c.2a bb; ÖZEN, s. 538; benzer şekilde bkz. REİSOĞLU, s. 299.

borçlara kefil olunması halinde, özellikle de cari hesap şeklindeki kredi sözleşmeleri açısından gündeme gelebilir. Bu halde kefil, söz konusu süre içinde doğacak borçlardan, herhangi bir süre ile sınırlı olmaksızın sorumlu olacaktır; dolayısıyla İBK md. 510/3'ün uygulama alanının dışına çıkılmaktadır⁴⁸. Tereddüt halinde, kefalet sözleşmesinin garanti amacına uygun olarak, süresiz olduğunun kabul edilmesinin yerinde olacağı ifade edilmektedir⁴⁹.

Yukarıda ifade edildiği üzere, süreye bağlanmış kefalet sözleşmelerinde, eBK düzenlemesi, alacaklıya bir aylık bir ek süre getirmekteydi. Kefalet sözleşmesinin sona ermesinden sonra başlayan bu bir aylık süre içinde, alacaklının icra veya mahkeme yoluyla alacağını takip etmesi gerekmekteydi ve kefil de bu süre boyunca sorumlu olmaya devam ediyordu.

Söz konusu eBK düzenlemesinin emredici olmadığı doktrinde⁵⁰ ve pek çok Yargıtay kararıyla⁵¹ kabul edilmekteydi. Bu çerçevede taraflarca aksi kararlaştırılabilen bu düzenleme, uygulamada en çok kefalet başvuran bankalar tarafından devre dışı bırakılarak, kefilin eBK md. 493'de kendisine tanınan kefaletten kurtulma imkanından önceden feragat etmesi sonucu doğmuş oluyordu.

İBK'daki düzenleme ise, belirli süreye bağlanmış kefalet sözleşmelerinde alacaklıya dört haftalık bir ek süre tanımaktadır. Alacaklı, bu süre içinde alacağını takibe geçmez veya takibe uzun süre ara verirse, kefil borcundan kurtulmaktadır. Söz konusu hüküm, sadece kefalet süresi sona erdiğinde, asıl borcun muaccel olduğu halleri kapsamaktadır⁵². Kefalet sözleşmesinin süresi sona erdiği halde asıl borç muaccel değilse, kefil ancak aynı teminat göstererek sorumluluktan kurtulabilecek; aksi takdirde asıl borç muaccel olana kadar sorumluluğu devam edecektir⁵³. Ancak eBK

⁴⁸ ATF 125 III 435, c. 2a bb. Karara konu olan kefalet sözleşmesinde, "Asıl borçlu ile banka arasındaki iş ilişkisi devam ettiği müddetçe, verilmiş olan bir kredi o an itibarıyla ödenmiş veya belirli bir süre boyunca kullanılmamış olsa bile, kefilin/kefillerin yükümlülüğü de devam edecektir" ifadesi yer almaktadır. Federal Mahkeme'ye göre, burada kefilin sorumluluğu değil, temin edilen asıl borç süre açısından sınırlandırılmıştır ve asıl borçlunun iflasi, banka ile borçlu arasındaki iş ilişkisinin sona ermesine yol açtığı halde, kefilin/kefillerin sorumlulukları devam eder. Federal Mahkeme burada, söz konusu kredinin asıl borçlu ile banka arasındaki iş ilişkisinin devam ettiği süre içinde verilmiş olduğunu dikkate almaktadır.

⁴⁹ MEIER, Art. 510, n. 11; ATF 125 III 435, c.2a bb); REİSOĞLU, s. 298.

⁵⁰ REİSOĞLU, 1992, s. 233; ÖZEN, s. 539.

⁵¹ Yarg. HGK'nın 23.10.2002 tarihli, E. 2002/19-866, K. 2002/845 sayılı kararı; Yarg. 19. HD'nin 26.12.2005 tarihli, E.2005/2261, K. 2005/13044 sayılı kararı.

⁵² ENGEL, s. 660; MEIER, Art. 510, n. 14.

⁵³ ENGEL, s. 660; MEIER, Art. 510, n. 20 ve 21; TERCIER/ FAVRE, s. 1067, n. 7106. Söz konusu İBK düzenlemesine ne eBK'da, ne de TBK'da yer verildiğinden, süreli kefalet

dönemindeki Yargıtay içtihatlarından farklı olarak, İsviçre hukukunda söz konusu düzenlemelerin emredici olduğu kabul edilmektedir⁵⁴. Bu çerçevede, kefilin sorumluluğunun devam ettiği ek dört haftalık sürenin kefil yararına olarak tamamen ortadan kaldırılabilmesi ve bu takdirde süre dolar dolmaz kefalet sözleşmesinin de sona ereceği belirtilmekte; ancak dört haftalık ek sürenin alacaklı lehine uzatılmayacağı ifade edilmektedir⁵⁵.

Sürelî kefaletin sona ermesini düzenleyen TBK md. 600 hükmü ise, kefilin sürenin sonunda borcundan kurtulacağını düzenlemekte, ancak eBK'da yer alan ek bir aylık süreyi ortadan kaldırmaktadır. O halde, İsviçre hukukundan farklı olarak, Türk hukukunda sürelî kefalette sürenin sonunda kefilin de sorumluluğu sona ermektedir. Bu nedenle kefil, ancak bu süre dolana kadar takip edilebilecek; aksi takdirde borcundan kurtulacaktır. TBK'nın yürürlüğe girmesinden sonra, TBK md. 582/son gereği, artık TBK md. 600'ün de emredici nitelikte olduğunun kabulü gerektiğinden, sürelî kefalette süre dolduktan sonra kefilin sorumluluğunun devam etmesine yol açacak ek süre öngörülmesi geçersiz olacaktır.

Bu noktada, kefalet sözleşmesinin süresi dolduğu halde, asıl borcun muaccel olmaması ihtimalinde kefilin sorumlu olmaya devam edip etmeyeceği sorunu ortaya çıkmaktadır. Bu husus İsviçre hukukunda İBK md. 510/4 ve İBK md. 510/5 ile çözüme bağlanmıştır. İBK md. 510/4'e göre, kefalet sona erdikten sonraki dört haftalık süre içinde asıl borç henüz muaccel değilse, kefil, ancak aynı teminat göstererek kefalet borcundan kurtulmaktadır. İBK md. 510/5'e göre ise, kefil aynı teminat göstermediği takdirde, kefalet sözleşmesinin azami süresine ilişkin hükümler saklı kalmak kaydıyla, asıl borcun muaccel olduğu süreye kadar sorumlu olmaya devam etmektedir.

İBK'daki md. 510/4 ve md. 510/5 düzenlemeleri, TBK'ya alınmamıştır. Bu durumda, asıl borcun muaccel olup olmadığına bakılmaksızın, kefalet süresinin dolmasıyla kefilin borcundan kurtulacağını kabulü gerekmektedir.

sözleşmelerinde (eBK'ya göre), süre dolduktan sonra kefilin talebine rağmen alacaklının kendisine tanınan ek bir aylık süre içinde harekete geçmemesi, kefilin sorumluluğunu asıl borcun muaccel olmadığı ihtimalinde de sona erdirmekte idi. Zira, belirli bir süre için taahhüt altına giren kefil daha uzun bir zaman sorumlu tutmak, eBK md. 493 hükmünün açıklığı karşısında mümkün değildir. Esasen alacaklının, esas borcun muaccel olmasından önce sona erecek bir kefaleti kabul etmemesi gerekir: bkz. REİSOĞLU, 1992, s. 232 vd.

⁵⁴ MEIER, CR CO I, Art. 510, n. 12; TERCIER/FAVRE, s. 1067, n. 7103. Nitekim, eBK'da yer almayan, İBK md. 492/son hükmü, kefilin kendi menfaatine olan hükümlerden önceden feragatinin geçersiz olacağını düzenlemektedir.

⁵⁵ MEIER, CR CO I, Art. 510, n. 12.

c) Gerçek kişiler tarafından verilen kefaletin on yıllık süre sonunda sona ermesi

TBK ile getirilen ve hem süreli, hem süresiz kefaletlerde geçerli olan önemli bir yenilik, gerçek kişi tarafından verilen kefaletin, on yıllık süre ile sınırlandırılmış olmasıdır. TBK md. 598/3'e göre, "*Bir gerçek kişi tarafından verilmiş olan her türlü kefalet, buna ilişkin sözleşmenin kurulmasından başlayarak on yılın geçmesiyle kendiliğinden ortadan kalkar.*" TBK md. 598/4'e göre ise, "*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.*" Görüldüğü üzere, artık süresiz olarak yapılmış bir kefalet sözleşmesi ile kefil ilelebet sorumluluk altında kalmayacak, on yıllık süre sonunda kefalet ortadan kalkacaktır. Dolayısıyla, TBK md. 601'deki kefaletten kurtulma imkanlarından yararlanmayan kefil de, on yılın sonunda sorumluluktan kurtulacaktır. Kefili korumaya yönelik azami süre getiren bu düzenlemenin emredici olduğu kabul edilmektedir⁵⁶.

On yıllık süre, belirli süreli kefalet sözleşmeleri açısından da geçerlidir⁵⁷. Nitekim, TBK md. 598/4, on yıldan uzun süreli kefalet sözleşmesi yapılmış olsa bile, uzatılmış veya yeni bir kefalet verilmiş olmadıkça, kefilin ancak on yıllık süre doluncaya kadar takip edilebileceğini düzenlemektedir. Bu nedenle on yıldan uzun süre için yapılan kefalet sözleşmelerinde, on yıllık süre dolmadan sözleşme süresi uzatılmaz veya yeni bir sözleşme yapılmazsa, on yıldan sonra kefilin sorumluluğuna gidilemeyecektir. TBK md. 598/son ise, kefalet sözleşmesinin süresinin ne şekilde uzatılabileceğini düzenlemektedir. Buna göre, "*kefalet süresi en erken kefaletin sona ermesinden bir yıl önce yapılmak kaydıyla, kefilin kefalet sözleşmesinin şekline uygun yazılı açıklamasıyla, azami on yıllık yeni bir dönem için uzatılabilir*".

İBK'da da, kefalet sözleşmeleri azami bir süreye bağlanmıştır. Ancak bu hususu düzenleyen İBK md. 509 düzenlemesi, TBK md. 598'e nazaran önemli farklılıklar içermektedir. Öncelikle, İBK md. 509/3'e göre, bir gerçek kişi tarafından verilen her kefalet, sözleşmenin kurulmasından başlayarak yirmi yılın geçmesiyle sona erer. Konfederasyona veya kamu tüzel kişilerine veya bir kantona karşı mevcut bulunan gümrük, vergi veya benzeri kamu hukuku kaynaklı borçlara kefalet ile ulaşım kefaleti, kamu çalışanlarına

⁵⁶ İBK açısından aynı yönde bkz. MEIER, CR CO I, art. 509, n. 14; KELLERHALS, Otto, "Zur gesetzlichen Höchstdauer von Bürgschaften beim Bankgeschäft", in: Wirtschaft und Recht, Zürich 1957, s. 237.

⁵⁷ ÖZEN, s. 533.

kefalet ve periyodik edimlere kefalet halleri, bu hükmün uygulama alanı dışındadır. Görüldüğü üzere, İsviçre hukukunda kefilin sorumluluğu, sözleşmenin kurulmasından itibaren yirmi yıl sonra sona ermektedir.

TBK md. 598/3'de on yıl, İBK md. 509/3'de ise yirmi yıl olarak öngörülen azami sorumluluk süresinin hukuki niteliğinin değerlendirilmesi ve bu sürenin zamanaşımı süresi mi, yoksa hak düşürücü süre mi olduğunun tespiti gerekmektedir. Hak düşürücü süreler, bir hakkın kullanılması veya bu hakkın kullanımı için zorunlu olan hukuki fiiller için öngörülen ve dolmasıyla hakkın sona ermesine yol açan sürelerdir⁵⁸. Bu nedenle hak düşürücü süreler, ağırlıklı olarak yenilik doğuran haklar açısından söz konusu olurlar⁵⁹. Alacak haklarında ise söz konusu olan süre genellikle zamanaşımı süresidir ve zamanaşımı süresi, alacak hakkını ortadan kaldırmayıp, sadece dava yoluyla ileri sürülmesine engel olmaktadır⁶⁰.

Kefalet sözleşmesi için öngörülen bu azami süre, asıl borçtan bağımsız olarak kefaletin sona ermesine yol açmaktadır⁶¹. Bu sürenin, hak düşürücü süre niteliğinde olduğu kabul edilmelidir⁶², bu nedenle kesilmesi mümkün değildir. Ayrıca hakim tarafından re'sen dikkate alınmaktadır⁶³. Aslında kanun koyucu, alacaklının genel hükümlere göre (TBK md. 146 vd.) on yıllık zamanaşımı süresine tâbi olan alacak hakkını, ayrıca bir de on yıllık hak düşürücü süreye tâbi kılmıştır. Bunun sebebi, kefilin korumaktır. Nitekim zamanaşımı süresinin işlemeye başlaması için, kefalet alacağının doğması ve muaccel olması gerekmektedir. Kefalet alacağının muaccel olmasından itibaren alacaklı on yıl içinde alacağını talep edebilecek; aksi takdirde

⁵⁸ BUZ, Vedat, Yenilik Doğuran Haklar, Ankara 2005, s. 262; OĞUZMAN, Kemal/ BARLAS, Nami, Medeni Hukuk, İstanbul 2006, s. 176; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Necip, Borçlar Hukuku Genel Bölüm, c. I, İstanbul 2008, s. 52.

⁵⁹ BUZ, s. 262; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, s. 52.

⁶⁰ BUZ, s. 264; OĞUZMAN/ BARLAS, s. 176.

⁶¹ TERCIER/ FAVRE, s. 1070, n. 7127; MEIER, CR CO I, art. 509, n. 17; ATC (Cour Civile II), 01.04.2009, Revue valaisanne de jurisprudence 2010, s. 302 vd.

⁶² KELLERHALS, s. 237; İsviçre Federal Mahkemesinin 1 Temmuz 2012 tarihli 4C.23/2002 sayılı kararı, c. 2.3. Karara konu olan olayda, İBK md. 509/3 ile kefalet süresi için öngörülen yirmi yıllık azami süre, alacaklının kefile karşı açmış olduğu dava devam etmekteyken dolmuştur. Federal Mahkeme, alacaklının zamanında (yani henüz yirmi yıllık süre dolmadan) kefile karşı takibe giriştiğini, bu nedenle dava devam etmekteyken yirmi yıllık süre dolsa da bunun dikkate alınmayacağını; aksi takdirde alacaklı zamanında harekete geçtiği halde, ona yüklenemeycek sebeplerle (örneğin kefilin davanın sonuçlanmasını geciktirici davranışları nedeniyle) dava sürecinin uzamasının sonuçlarının alacaklıya yüklenmiş olacağını ve bunun kabul edilemez olduğunu ifade etmiştir: bkz. c. 2.4.

⁶³ Federal Mahkemenin 4C.23/2002 kararı, c.2.3; ATC (Cour Civile II), 01.04.2009, Revue valaisanne de jurisprudence 2010, s. 306. Kararda, "kanunda öngörülen söz konusu zamanaşımı süresinin veya hak düşürücü sürenin hakim tarafından re'sen dikkate alınması gerektiği" ifade edilmiş, fakat bu sürenin hukuki niteliği konusunda kesin bir kaniya varılmaktan kaçınılmıştır.

alacağı zamanaşımına uğrayacaktır. Ancak alacağın doğması ve muaccel olması, kefalet sözleşmesi kurulduktan çok uzun bir süre sonrasında denk gelebilir. Örneğin bir kredi kartı sözleşmesine kefil olunması ihtimalinde, asıl borçlu kredi kartı borçlarını yirmi yıl boyunca düzgün bir şekilde ifa ettikten sonra, borcunu ödememeye başlayabilir. Bu durumda, kefilin borcu yirmi yıldan sonra muaccel olacak ve otuzuncu yılın sonuna kadar alacaklı tarafından dava edilebilecektir. Bu ise kefile aşırı bir sorumluluk yüklemek anlamına gelecektir. Başkasının borcu için kendisini yükümlülük altına sokan kefil kanun koyucu böyle bir yük altında bırakmak istememiş ve bu nedenle, TBK md. 598/3'de, zamanaşımı süresine ilave olarak, bir de hak düşürücü süre öngörmüştür. O halde kefalet sözleşmesinin kurulmasıyla işlemeye başlayan on yıllık hak düşürücü süre içinde, zamanaşımı süresi henüz dolmamış (veya işlemeye hiç başlamamış) olabilir. Her halükarda, kefalet sözleşmesinin kurulmasından itibaren on yıl sonra alacaklının hakkı sona erecek ve kefil sorumluluktan kurtulacaktır. Bu özellikleri itibariyle, TBK md. 598/3'de öngörülen on yıllık süre, hak düşürücü süredir ve kefalet alacağına, zamanaşımı süresine ek olarak getirilmiştir.

Bu sürenin hak düşürücü süre niteliğinde olması nedeniyle, İBK md. 509'un son fıkrası, alacaklıyı korumaya yönelik bir düzenleme getirmektedir. Buna göre asıl borç, kefaletin sona ermesine iki yıldan az bir süre kala muaccel olmuşsa ve alacaklı, bu süre dolmadan bunu ileri sürememişse, alacaklı, kefalet türü ne olursa olsun, asıl borçluya veya rehnin paraya çevrilmesi yoluna başvurmaksızın kefilin takip edebilir. TBK'ya alınmayan bu düzenleme, alacaklının menfaatlerini korumak amacıyla yönelik olup⁶⁴, doğrudan kefile başvurusu imkanını getirmektedir. Bu halde, doğrudan kendisine başvuru kefil, tartışma def'i, önce rehnin paraya çevrilmesi def'i gibi imkanlardan yararlanamayacaktır⁶⁵. Ancak Türk hukuku açısından böyle bir düzenleme söz konusu olmadığından, asıl borç kefalet süresinin sona ermesine az bir süre kaldığında muaccel olsa dahi, alacaklı doğrudan kefile gidemeyecek, kefaletin türüne göre yapması gereken işlemleri tamamladıktan sonra, kefile başvurabilecektir. Bu süre içinde kefalet süresinin dolması ise alacaklının menfaatini ihlal edeceğinden, TBK md. 598/son düzenlemesine uygun şekilde, kefalet sözleşmesinin uzatılması alacaklının çıkarları açısından yerinde olacaktır.

2) Kefaletten dönme

Kefaletten dönme, TBK ile kefile tanınmış yeni bir imkandır. TBK md. 599'a göre, gelecekte doğacak bir borca kefalette, borçlunun borcun doğumundan önceki mali durumu kefalet sözleşmesinin yapılmasından sonra önemli ölçüde bozulmuşsa veya mali durumunun, kefalet sırasında kefilin

⁶⁴ MEIER, CR CO I, art. 509, n. 21.

⁶⁵ MEIER, CR CO I, art. 509, n. 21.

iyiniyetle varsaydığından çok daha kötü olduğu ortaya çıkmışsa, kefil alacaklıya yazılı bir bildirimde bulunarak, borç doğmadığı sürece her zaman kefalet sözleşmesinden dönebilir. Kefil, alacaklının kefalete güvenmesi sebebiyle uğradığı zararı gidermekle yükümlüdür. Aynı düzenleme, İBK md. 510'un ilk iki fıkrasında da yer almaktadır.

Kefalet, esas itibarıyla borçlunun ödeme güçsüzlüğüne düşme ihtimalini teminat altına almak için yapıldığından, sözleşme bir defa kurulduktan sonra, bu nedene dayanarak, kefilin altına girdiği borçtan tek taraflı olarak kurtulması kural olarak mümkün değildir. Borçlunun ödeme güçsüzlüğüne düşmesi halinde, alacaklının hakkının tehlikeye düşmesi nedeniyle, karşı edimin ifası güvence altına alınıncaya kadar alacaklıya ifadan kaçınma imkanı getiren TBK md. 98 dahi burada uygulama alanı bulamamaktadır. Bunun ilk sebebi, kefil ile sözleşme ilişkisi içinde olan kişinin borçlu değil, alacaklı olmasıdır. Dolayısıyla ancak alacaklının ödeme güçsüzlüğü içine düşmesi ihtimalinde, TBK md. 98 hükmü uygulama alanı bulabilirdi. Bir diğer neden ise, kefalet sözleşmesinin genellikle tek tarafa borç yükleyen bir sözleşme olarak ortaya çıkmasından kaynaklanmaktadır. TBK md. 98 ise, sadece karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerde, karşı tarafın güçsüzlüğü halinde alacaklıya ifadan kaçınma imkanı getirmektedir⁶⁶.

Ancak TBK md. 599 (ve İBK md. 510/1) kefilin altına girdiği yükümlülükten tek taraflı olarak kurtulamaması kuralına bir istisna getirmektedir⁶⁷. TBK md. 599'da sayılan şartlar gerçekleştiği takdirde, kefil, tek taraflı bir beyanla sözleşmeden dönebilmektedir. Kefaletten dönme imkanı, gelecekte doğacak bir borç için verilen her tür kefalette geçerlidir; kefaletin bir süreye bağlanmış olup olmamasının herhangi bir önemi yoktur⁶⁸. Ayrıca bu hüküm TBK md. 582/son gereği emredici niteliktedir; aksi sözleşme ile kararlaştırılamamaktadır⁶⁹.

Kefaletten dönme imkanının varlığından bahsedebilmek için, üç şartın gerçekleşmesi gerekir. Bunlardan ilki, kefalet sözleşmesinin gelecekte doğacak bir borç için yapılmış olmasıdır. İkinci olarak, dönme beyanı alacaklıya vardığı anda, asıl borcun henüz doğmamış olması gerekmektedir. Bu nedenle örneğin borçlu tarafından bankadan kredi çekilmiş veya satılan mal teslim edilmiş ya da cari hesap açılmışsa, artık kefilin kefaletten dönme imkanı yoktur⁷⁰. Ancak istisnai olarak, teminat altına alınan alacak

⁶⁶ ÖZEN, s. 563.

⁶⁷ MEIER, CR CO I, Art. 510, n. 2; PESTALOZZI, Christoph M., Basler Kommentar Obligationenrecht I, Basel 2011, Art. 510, n.3.

⁶⁸ MEIER, CR CO I, Art. 510, n. 2; PESTALOZZI, BaK OR I, Art. 510, n.3; ÖZEN, s. 562.

⁶⁹ MEIER, CR CO I, Art. 510, n. 2.

⁷⁰ MEIER, CR CO I, Art. 510, n. 5; ÖZEN, s. 564 ve s. 566.

doğduktan sonra da kefilin bazı hallerde dönme hakkına sahip olduğu ileri sürülmektedir. Buna göre, asıl borç doğduktan sonra, alacaklı TBK md. 98 (İBK md. 83) veya TBK md. 390 (İBK md. 316) 'a dayalı olarak, borçlunun ödeme güçsüzlüğüne düşmesi nedeniyle sözleşmeden dönme hakkına sahipse, kefilin de sözleşmeden dönme hakkının olduğu kabul edilmelidir. Zira TBK md. 599 ile kefile tanınan dönme hakkının temelinde yatan düşünceye göre, alacaklı, kefilin teminatına güvenerek kendisini kesin olarak bağlamış ve dönülemez bir yükümlülük altına girmişse, kefil artık dönme hakkını kullanamaz. Ancak yukarıda sayılan hallerde, alacaklı, esas borcu doğuran sözleşmeden dönebilmektedir; bu nedenle amaca uygun olarak, kefilin de dönme hakkının varlığını kabul etmek gerekir⁷¹. Bununla birlikte, alacaklının TBK md. 125'e dayalı olarak sözleşmeden dönme hakkının bulunması, kefilin dönme hakkına sahip olduğu anlamına gelmez⁷². Zira bu ihtimalde borç doğmuş, hatta muaccel olmuş ancak borçlu tarafından ifa edilmemiştir. Burada alacaklıya tanınan dönme hakkı, onun seçimlik haklarından biridir ve daha önce ifa edilen edimlerin iadesini gerektirir. Alacaklı ifa ettiği edimi borçludan geri alamadığı takdirde, kefaletin teminat amacı gereği, kefile başvurarak uğradığı zararın tazminini kefileden isteyebilecektir. Bu nedenle burada kefile dönme hakkının tanınmaması, yine kefaletin amacına uygun bir çözüm olacaktır.

Kefaletten dönebilmek için aranan son şart ise, borçlunun malvarlığı durumunun, kefalet sözleşmesi kurulduktan sonra önemli ölçüde bozulması veya kefilin sözleşmeyi yaparken, borçlunun malvarlığı hakkında yanlış bir değerlendirme yapmış olmasıdır. İlk ihtimalde borçlunun mali durumundaki değişikliğin sebebinin herhangi bir önemi yoktur; mali durumunun bozulması kendi kusurundan kaynaklanabileceği gibi, piyasanın durumundan da kaynaklanabilir. Önemli olan, değişikliğin önemli ölçüde olmasıdır ve burada hakimın takdir yetkisi söz konusudur⁷³.

İkinci ihtimalde ise kefil yükümlülük altına girerken, borçlunun mali durumunu gerçekte olduğundan çok daha iyi zannetmiş olmalı ve bu varsayımında iyiniyetli olmalıdır. Bu nedenle bu yanlış değerlendirmede kefilin kusuru bulunmamalıdır⁷⁴. Aslında burada, TBK md. 32 anlamında bir temel hatası söz konusudur; ancak TBK md. 30 vd. çerçevesinde esaslı hata

⁷¹ PESTALOZZI, BaK OR I, Art. 510, n. 4; ÖZEN, s. 564 vd.; MEIER, CR CO I, Art. 510, n. 5.

⁷² PESTALOZZI, BaK OR I, Art. 510, n. 4; MEIER, CR CO I, Art. 510, n. 5. Aksi yönde bkz. ÖZEN, s. 565: Yazara göre, alacaklının gerek TBK md. 98'e dayalı olarak sözleşmeden dönme hakkının bulunması, gerekse TBK md. 125'e göre dönme hakkına sahip olması hallerinde kefilin dönme hakkını kullanmasına imkan verilmelidir.

⁷³ MEIER, CR CO I, Art. 510, n. 6; ÖZEN, s. 566 vd.

⁷⁴ MEIER, CR CO I, Art. 510, n. 6.

sözleşmenin geçersizliğine yol açarken, TBK md. 599'da yer alan temel hatası, kefile sözleşmeden dönme hakkı vermektedir.⁷⁵

Dönme hakkını kullanan kefil, sözleşme ile bağlılıktan kurtulmakta ve böylece altına girdiği yükümlülük geçmişe etkili olarak sona ermektedir.⁷⁶ TBK md. 599/2 (İBK md. 510/2) gereği, kefil, alacaklının kefalete güvenmesi sebebiyle uğradığı zararı gidermekle yükümlüdür. Burada söz konusu olan zarar, hükümden açıkça anlaşıldığı üzere, menfi zarardır.⁷⁷

SONUÇ

Kefalet sözleşmesi, zamanla olan ilişkisi açısından değerlendirildiğinde, şarta bağlı ani edimli bir borç ilişkisi olarak ortaya çıkmakta, ancak sona ermesi açısından pek çok sorunu gündeme getirmektedir. Herhangi bir ani edimli sözleşmeden farklı olarak, kefilin ne kadar süre ile altına girdiği borçla sorumlu olmaya devam edeceği sorusu ortaya çıkmaktadır. Zira kefil, başkasının borcu için bir yükümlülük altına girerek, bu kişinin borcunu ifa etmemesinin rizikosuna katlanmakta; bu riziko ise kefalet sözleşmesi kurulduktan uzun bir süre sonra gerçekleşebilmektedir. Kefilin borcunun sona ermesi bakımından öncelikle belirtilmesi gereken husus, kefilin, sürekli borç ilişkilerine özgü sona erdirme sebepleri olan olağan fesih ve haklı sebeple fesih imkanlarından yararlanma imkanına sahip olmadığıdır.

eBK'daki kefalet hükümleri çerçevesinde kefilin altına girdiği borç ile ilelebet sorumlu olması ihtimali sıklıkla ortaya çıkabilmekte ve bu da kefilin kişisel özgürlüğünün aşırı ölçüde sınırlandırılması anlamına gelmekteydi. 2012 yılının Temmuz ayında yürürlüğe giren TBK ile, kefil, eBK'ya nazaran çok daha fazla koruma altına alınmış ve lehine getirilen düzenlemelerden önceden feragat edemeyeceği hükme bağlanarak, kefalet hükümlerinin emredici niteliği ön plana çıkarılmıştır. Aynı zamanda hem süreli, hem süresiz kefalet sözleşmelerinde, gerçek kişi kefilin azami on yıl süre ile sorumlu olacağı hükme bağlanmış, böylece kefil, borçlunun ödememe rizikosunu ilelebet taşımaktan kurtarılmıştır. Bunların yanısıra, kefaletten dönme imkanı ile, belirli koşullar altında kefilin sorumluluktan kurtulabileceği düzenlenmiştir. İBK'ya 1942 yılındaki revizyonla getirilen bu değişiklikler, yetmiş yıl gecikmeyle TBK'ya alınarak, kefalet sözleşmesinde alacaklının hakkını kötüye kullanımının önüne geçilmeye çalışılmıştır.

⁷⁵ PESTALOZZI, BaK OR I, Art. 510, n. 6; MEIER, CR CO I, Art. 510, n. 6: Her iki yazar da GIOVANOLI'ye atıf yaparak, esaslı saik hatasının mevcudiyetini ifade etmektedirler. Buna karşılık Özen, burada bir temel hatasının değil, basit bir saik hatasının mevcut olduğunu; bu nedenle kefilin hataya dayanarak sözleşmeyi iptal hakkına sahip olmadığını, ancak TBK md. 599 ile kefile dönme hakkının bahşedildiğini ifade etmektedir: bkz. ÖZEN, s. 567 vd.

⁷⁶ PESTALOZZI, BaK OR I, Art. 510, n. 7; ÖZEN, s. 568; MEIER, CR CO I, Art. 510, n. 8.

⁷⁷ PESTALOZZI, BaK OR I, Art. 510, n. 7; ÖZEN, s. 569; MEIER, CR CO I, Art. 510, n. 9.

BİBLİOGRAFYA

- ALTINOK ORMANCI**, Pınar, Sürekli borç ilişkilerinin haklı sebeple feshi, İstanbul 2011.
- 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, İstanbul 2000.
- BUZ**, Vedat, Yenilik Doğuran Haklar, Ankara 2005.
- CAVIN**, Pierre, “La révision de la législation en matiere de cautionnement”, JdT 1938 I 290. (atıf şekli: CAVIN, La révision, ...)
- CAVIN**, Pierre, “Le nouveau droit du cautionnement”, JdT 1942 I 34. (atıf şekli: CAVIN, ...)
- CHERPILLOD**, Ivan, La fin des contrats de durée, Lausanne 1988.
- ELÇİN GRASSINGER**, Gülçin, Kefilin alacaklıya karşı sahip olduğu savunma imkanları, İstanbul 1996.
- ENGEL**, Pierre, Contrats de droit suisse, Berne 2000.
- GAUCH**, Peter, System der Beendigung von Dauerverträgen, Freiburg 1968.
- GIOVANOLI**, Silvio, Kommentar zum Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Obligationenrecht, Kommentar zum revidierten Bürgschaftsrecht, Bern 1942, Art. 492.
- KELLERHALS**, Otto, “Zur gesetzlichen Höchstdauer von Bürgschaften beim Bankgeschäft”, in: Wirtschaft und Recht, Zürich 1957, s. 237-254.
- KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, Necip, Borçlar Hukuku Genel Bölüm, c. I, İstanbul 2008.
- MEIER**, Philippe, Commentaire romand Code des Obligations I, Bâle 2003, Art. 492- 512 (atıf şekli: MEIER, CR CO I, ...)
- OĞUZMAN**, Kemal/ **BARLAS**, Nami, Medeni Hukuk, İstanbul 2006.
- ÖZEN**, Burak, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu çerçevesinde kefalet sözleşmesi, İstanbul 2012.
- PESTALOZZI**, Christoph M., Basler Kommentar Obligationenrecht I, Basel 2011, Art. 492-512. (atıf şekli: PESTALOZZI, BaK OR I, ...)
- REİSOĞLU**, Seza, Türk Kefalet Hukuku, Ankara 2013. (atıf şekli: REİSOĞLU, ...)
- REİSOĞLU**, Seza, Türk Hukukunda ve Bankacılık Uygulamasında Kefalet, Ankara 1992. (atıf şekli: REİSOĞLU, 1992, ...)

SELİÇİ, Özer, Borçlar Kanunu'na Göre Sözleşmeden Doğan Sürekli Borç İlişkilerinin Sona Ermesi, İstanbul 1976.

SİRMEN, Lâle/ **KIRCA**, İsmail, Kefilin sorumluluğunun kapsamına ilişkin bir inceleme, Prof. Dr. Ahmet Gökdere'ye Armağan, Ankara 2011, s. 603-610.

TANDOĞAN, Haluk, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, c. II, İstanbul 2010.

TERCIER, Pierre/ **FAVRE**, Pascal G., Les contrats spéciaux, Genève-Zurich-Bâle 2009.

VENTURI – ZEN-RUFFINEN, Marie-Noëlle, La résiliation pour justes motifs des contrats de durée, Zurich-Bâle-Genève 2007.