

KEFALET VE GARANTİ SÖZLEŞMELERİ AÇISINDAN UYARLAMA SORUNUNA BİR BAKIŞ

Araş. Gör. Feyza Eren Sayın*
Av. Berk Kenan Koyuncu**

Giriş

Borçlar hukukumuzda hakim olan sözleşmeye bağlılık (*pacta sunt servanda*) ilkesine göre taraflar özgür iradeleri ile kurdukları sözleşmeye ne pahasına olursa olsun uymak durumundadırlar. Sözleşmenin kurulmasının ardından meydana gelen değişiklikler sözleşmenin koşullarını ne kadar zorlaştırırsa da taraflar edimlerini ifa ile yükümlü kalmaya devam edeceklerdir. Ancak bu ilkenin istisnasız kabul edilmesi zaman zaman adaletsiz sonuçlara yol açar. Zira sözleşmenin kurulmasının ardından meydana gelen durum değişiklikleri kimi zaman sözleşmenin ifasını o denli katlanılmaz kılar ki, mağdur olan taraftan sözleşmenin kendisine yüklediği borçları aynı şartlarla ifa etmesini beklemek hakkaniyete aykırı hale gelir. Sözleşmenin uyarlanması da bu aşamada gündeme gelecek ve beklenmedik gelişmeler neticesinde kendisinden yine de edimini ifa etmesini beklemek dürüstlük kuralına aykırılık teşkil edecek mağdur taraf bu yolla hakkaniyete uygun bir çözüm elde etme imkanına erişmiş olacaktır¹. Nitekim birçok hukuk sisteminde farklı adlar altında sözleşmenin değişen koşullara uyarlanmasının kabul edildiği görülür².

Sözleşmenin değişen koşullara uyarlanması bakımından ilk belirlenmesi gereken, uyarlamanın koşullarının oluşup oluşmadığıdır. Zira şartların sağlanamaması halinde uyarlamadan bahsedilemeyecektir. Kimi zaman değişen koşullara taraflardan birinin katlanması sözleşme veya kanun ile öngörülmüş olabilir. Kimi zaman ise sözleşme bizzatı niteliği gereği tarafların değişen koşullara katlanmasını gerektirebilir. Kişisel teminat sözleşmelerinden olan kefalet ve garanti sözleşmeleri de bu yönüyle incelenmeye muhtaç sözleşmelerdir³.

* İstanbul Üniversitesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı Araştırma Görevlisi

** İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Yüksek Lisans Programı Öğrencisi

¹ **Başak Baysal**, Sözleşmenin Uyarlanması, On İki Levha, İstanbul, 2009, s.16.

² Karşılaştırmalı hukukta esas olarak dört adet uyarlama teorisinin olduğu görülür. Bunlar: *clausula rebus sic stantibus* teorisi, *imprevizyon* teorisi, *frustration* teorisi ve *işlem temelinin çökmesi* teorisidir. Ayrıntılı bilgi için bkz. **Baysal**, s.16-64.

³ Esasen garanti sözleşmesi tabiri hem “*teminatı amaçlayan garanti sözleşmeleri*”ni hem de “*saf (yönelmeyi amaçlayan) garanti sözleşmeleri*”ni kapsamaktadır. Teminatı amaçlayan garanti sözleşmesinde, garanti veren teminat sağlamak amacına yönelik olarak temel borç ilişkisinden bağımsız bir şekilde, alacaklıya karşı borçlunun edimini

Diğer bir ifade ile kefalet ve garanti sözleşmelerine has özelliklerin uyarılama talebine etkisini belirlemek, bu tür sözleşmelerin uyarlamaya konu olup olamayacağını tespit etmek gerekir. Bu amaçla çalışmamızda bu sözleşmelerin tek tarafa borç yükleyen sözleşme ve risk sözleşmesi olmalarının sözleşmenin uyarılanması şartları karşısındaki durumunu ve kefilin ve garanti verenin asıl borçlunun sahip olduğu uyarılama hakkından yararlanıp yararlanamayacağı meselesini inceleyeceğiz. Tüm bu incelememiz boyunca hem 818 sayılı Borçlar Kanunu (“BK”), hem 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu (“TBK”) hem de yeri gelince kaynağında kaynak İsviçre Borçlar Kanunu (“İBK”) hükümlerini dikkate alacağız.

I. Kefalet ve Garanti Sözleşmelerinin Tek Tarafa Borç Yükleyen Sözleşme Olmalarının Uyarılama Açısından Değerlendirilmesi

Borçlar hukukunda sözleşmeler çeşitli özellikleri göz önünde bulundularak birtakım ayrımlara tabi tutulmaktadır. Bunlardan biri de taraflara borç yüklenme açısından yapılan ayrımdır. Buna göre, sözleşme taraflardan sadece birine borç yüklüyorsa *tek tarafa borç yükleyen sözleşme*, taraflardan ikisine de borç yüklüyorsa *iki tarafa borç yükleyen sözleşme* söz konusu olacaktır⁴. İki tarafa borç yükleyen sözleşmeler de kendi aralarında *tam iki tarafa borç yükleyen sözleşme* ve *eksik iki tarafa borç yükleyen sözleşme* olarak ikiye ayrılmaktadır⁵. Tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde edim-karşı edim ilişkisi söz konusudur⁶. Bir diğer ifadeyle taraflardan birinin borcunun karşılığını diğer tarafın borcu oluşturmaktadır. Satım sözleşmesi, kira sözleşmesi gibi sözleşmeler bunların en tipik örnekleridir. Eksik iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde ise bir taraf hep borç altına girerken, diğer taraf belirli şartlar gerçekleşince borç altına girer (örneğin ücretsiz vekalet akdi); bazen de bir tarafın borcu

yerine getirmemesinden sorumlu olmayı üstlenmektedir (**Haluk Tandoğan**, Borçlar Hukuku – Özel Borç İlişkileri, C. 2, 3. bası, Ankara, 1987, s. 804; **Cevdet Yavuz**, Türk Borçlar Hukuku – Özel Hükümler, 7. basıdan 8. Tıpkı bası, Beta, İstanbul, 2009, s. 872). Dolayısıyla bu tip garanti sözleşmesinde ön planda olan teminat sağlama amacıdır (**Tandoğan**, s.808). Saf garanti sözleşmelerinde ise amaç garanti alanı bir hareket tarzına yöneltmektir. Burada tehlikeyi üstlenme artık amaç değil, garanti alanı bir davranışa sevk etmenin aracıdır (**Tandoğan**, 806). Saf garanti sözleşmelerinde, teminatı amaçlayan garanti sözleşmelerinden farklı olarak, garanti alan ile edimi garanti edilen arasında henüz bir borç ilişkisi mevcut değildir (**Tandoğan**, s. 808; **Yavuz**, s. 878). Bu nedenle saf garanti sözleşmelerini gerçek anlamda bir kişisel teminat sözleşmesi olarak kabul etmek mümkün değildir. Zira kişisel teminatlarda, bir borç ilişkisinden doğan alacağın teminat altına alınması söz konusudur. Başka bir ifade ile kişisel teminatlarda teminat verenin bir başkasının borcunu teminat altına almak amacıyla kişisel olarak borç altına girmesinden bahsedilir (**Erden Kuntalp**, “Teminat Kavramı, Teminat Türleri ve Bunlardan Doğan Sorumluluk”, Prof. Dr. Reha Poroy’a Armağan, İstanbul, 1995, s. 287). Oysa saf garanti sözleşmelerinde garanti verenin teminat altına almak istediği bir borç ilişkisi mevcut değildir. Bu nedenle çalışmamız konusu kapsamında değineceğimiz garanti sözleşmesi tabiriyle esas olarak kefalet sözleşmesinin benzeri olan, teminatı amaçlayan garanti sözleşmelerini kastedeceğiz.

⁴ **Kemal Oğuzman/Turgut Öz**, Borçlar Hukuku – Genel Hükümler, Gözden Geçirilip Güncelleştirilmiş 8. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2010, s. 41.

⁵ **Oğuzman/Öz**, s. 42.

⁶ **Oğuzman/Öz**, s. 41.

karşı edim niteliği taşımamakta, borcun yerine getirilmiş olmasının, bir diğer ifadeyle malın teslim edilmesinin sonucu olmaktadır (örneğin ariyet sözleşmesi) ⁷.

Kefalet sözleşmesi kural olarak tek tarafa borç yükleyen bir sözleşmedir. Gerçekten kefalet sözleşmesi ile borç altına giren sadece kefilidir⁸. Kefilin üstlendiği edime karşılık, alacaklı herhangi bir edim altına girmemektedir⁹. Aynı şekilde garanti sözleşmesi de tek tarafa borç yükleyen bir sözleşmedir. Sadece garanti verenin yükümlülük altına girmesi söz konusudur, garanti alanın garantiyi kabul etmesi neticesinde kendisi için bir yükümlük doğmaz¹⁰.

Uyarılamanın kabul edildiği hukuk sistemlerinde iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerin uyarlanması konusunda bir tereddüt yaşanmamaktadır¹¹. Zira bu tür sözleşmelerde bir edim-karşı edim ilişkisi yer almaktadır. Bu ilişkideki karşılıklı dengenin değişen koşullar neticesinde bozulması ve bunun neticesinde de sözleşmenin değişen koşullara uyarlanması ihtimali sıklıkla gündeme gelebilecektir.

Öğretide kimi yazarlar¹² sözleşmenin değişen koşullara uyarlanmasının sadece iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde söz konusu olabileceğini dile getirmiş, tek tarafa borç yükleyen sözleşmeleri bu kapsam dışında bırakmışlardır. Özellikle *clausula rebus sic stantibus* teorisini benimseyen yazarlar tek tarafa borç yükleyen sözleşmelerde edim değiş tokuşu olmadığı gerekçesiyle bu sözleşmelerin değişen koşullara uyarlanamayacağını savunmaktaydı¹³. Ancak

⁷ **Oğuzman, Öz**, s. 42.

⁸ Bununla beraber kefalet sözleşmesinin her zaman tek tarafa borç yükleyen bir sözleşme olması zorunlu değildir. Kefilin teminat borcuna karşılık alacaklının da bir karşı edim üstlenmesi söz konusu olabilir. Bu konudaki örnekler için bkz. **Burak Özen**, *Kefalet Sözleşmesi – Özellikleri-Kuruluşu-Türleri*, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2008, s. 90. *Grassinger* de, istisnai olmakla birlikte, kefilin teminat borcuna karşılık olarak bir ivaz ödemesinin kararlaştırılmasının söz konusu olabileceğini ve bu durumun kefalet aktini tam iki tarafa borç yükleyen bir sözleşme haline getireceğini belirtmektedir (**Gülçin Elçin Grassinger**, *Borçlar Kanununa Göre Kefilin Alacaklıya Karşı Sahip Olduğu Savunma İmkanları*, İstanbul, Alfa, 1996, s. 14).

⁹ **Özen**, s. 89.

¹⁰ **Seza Reisoğlu**, *Garanti Mukavelesi*, Ankara Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara, 1963, s. 22.

¹¹ **Baysal**, s. 107.

¹² **Zahit İmre**, “Türk Medeni Hukukuna Göre Hakimın İktisadi Meseleler Karşısında Durumu (Türk Medeni Kanununun Değiştirilmesinde Zorunluluk var mıdır?)”, Prof. Dr. Fikret Arık’a Armağan, Ankara, 1973, s. 189; **Tahir Gürsoy**, *Hususi Hukukta Clausula Rebus Sic Stantibus (Emprevizyon Nazariyesi)*, Ankara, 1950, s. 148. Yazar karşılık edim olmamasını tek tarafa borç yükleyen sözleşmelerin uyarlanamamasının gerekçesi olarak göstermektedir. Öte yandan tek tarafa borç yükleyen sözleşmelerde uyarılamanın mümkün olduğuna ilişkin olarak bkz. **Baysal**, s.107, 108; **İbrahim Kaplan**, *Hakimin Sözleşmeye Müdahalesi*, Ankara, 1987, s.162; **Mustafa Dural**, *Borçlunun Sorumlu Olmadığı Sonraki İmkansızlık (BK 117)*, İstanbul, 1976, s. 69-70; **Ayşe Arat**, *Sözleşmenin Değişen Şartlara Uyarlanması*, Seçkin, Ankara, 2006, s. 118.

¹³ **Baysal**, s. 22. *Clausula rebus sic stantibus* teorisine göre, sözleşme kurulurken zımni bir şart söz konusudur. Bu şart, sözleşmenin kurulduğu sıradaki hal ve şartların değişmeyeceğidir. Sözleşme bu şart altında kurulmuştur. Buna göre, durum değişince bu

günümüzde bu düşünce geçerliliğini kaybetmiştir. Unutmamak gerekir ki, sözleşmenin değişen koşullara uyarlanmasının nihai amacı sözleşme adaletinin sağlanmasıdır¹⁴. Kuşkusuz tek tarafa borç yükleyen sözleşmelerde de değişen koşullar karşısında sözleşme adaletinin sağlanması ihtiyacı ortaya çıkabilir.

Esasen BK m. 245 (TBK m. 296) hükmü meseleye ilişkin yol gösterici nitelikte bir düzenlemedir. Bağışlama vaadinin geri alınmasını düzenleyen maddeye göre, bağışlama vaadinde bulunan kimsenin mali durumu vaadinden sonra, bağışlamanın kendisi için olağanüstü derecede külfetli olacak şekilde değişmesi; yahut kendisi için önceden oldukça küçük ölçüde var olan aile hukuku ödevlerinin artması veya yeni aile hukuku ödevlerinin ortaya çıkması halinde, bağışlama vaadi geri alınabilecektir. Tek tarafa borç yükleyen sözleşmelerden olan bağışlamaya dair bu hükmün uyarlamaya ilişkin özel bir hüküm olduğunu söylemek mümkündür^{15 16}. Nitekim *Dural*, bu hükme dayanarak, tek

şart taraflara sözleşmeyi sona erdirmeye imkanı verecektir. *Dural clausula rebus sic stantibus* teorisinin sadece uzun süreli borç ilişkilerine ve iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde çözüm getirdiğini ve sözleşmenin değişen durumlara uyarlanmasından ziyade sona erdirmeye imkanı sunduğu gerekçesiyle eleştirmektedir (**Dural**, s.29-31). Öte yandan *Baysal, clausula rebus sic stantibus* teorisinin artık bu şekliyle savunulmasında terimsel etkisinin devam ettiğini, uyarlama kavramının çeşitli ülke hukuklarında bu isim altında incelendiğini, bununla beraber söz konusu uyarlama teorilerinin içerik bakımından epey farklı olduğunu ifade etmektedir (**Baysal**, s. 22). Ayrıca bkz. **Hasan Erman**, *İstisna Sözleşmesinde Beklenilmeyen Haller* (BK.365/2), İstanbul, 1979, s.33. *Yazar, clausula rebus sic stantibus* teriminin geniş anlamıyla kullanıldığında tüm beklenilmeyen halleri içerdiğini, dar anlamıyla ise zımni şart teorisini ifade ettiğini belirtmektedir. Esasen, uyarlama teorilerine ilişkin bir kavram karışıklığının Türk öğreti ve yargı kararlarına da yansımaları söylemek mümkündür. Özellikle yargı kararlarında birçok uyarlama teorisine – ve bu arada *clausula rebus sic stantibus* teorisine - atıf yapılmakta ancak bunların mahiyet ve sonuçları farklı olmasına karşın aynı kapsamda değerlendirildiği görülmektedir. Bu konuda pek çok karar yerine bkz. Yarg. HGK E. 1997/11-460, K. 1997/651, T. 17.9.1997: “...Karşılıklı edimleri içeren sözleşmelerde edimler arasındaki dengenin, olağanüstü değişimler yüzünden alt üst olması, borcun ifasını güçleştirmesi ve belki de imkansız hale gelmesi durumunda ‘işlem temelinin çökmesi’ gündeme gelir. Bu gibi hallerde emprevizyon veya *Clausula Rebus Sic Stantibus* kuramı çerçevesinde kurulmuş olan bir sözleşmede değişikliklerin yapılması için hakinin sözleşmeye müdahalesi istenebilecektir. Hakim bu gibi hallerde ya sözleşmeyi ortadan kaldıracak ya da sözleşme koşullarının olağanüstü olgulara uyarlanmasına ve böylece sözleşmede bozulmuş olan dengeyi yeniden sağlayacaktır. Öğreti ve uygulamada tarafların yaptığı akitte, önceden açık veya kapalı olarak koşulların olağanüstü ölçüde değişmesi işlem temelinin kısmen veya tamamen çökmesi halinde, adalet, doğruluk ve dürüstlük kurallarına dayanarak “Akdi Uyarlama” benimsenmiştir...” (www.kazancı.com, 26 Aralık 2011)

¹⁴ **Baysal**, s. 14

¹⁵ **Baysal**, s. 108. BK m. 245’te bahsedilen bağışlama vaadi, derhal icra edilmeyen bir bağışlama sözleşmesidir (yani bir ön sözleşme değildir, asıl sözleşmenin kendisidir). Ancak sözleşmeden doğan borcun yerine getirilmesi, sözleşmenin kurulmasından sonraki bir zamana bırakılmıştır. (**Haluk Tandoğan**, *Borçlar Hukuku – Özel Borç İlişkileri – Kendine Özgü Yapısı Olan Karma Sözleşmeler, Satış ve Çeşitleri, Trampa Bağışlama*, C. I/1, 5. Basıdan 6. Tıpkı bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2008, s. 355, 356.) BK m. 245’te bahsedilen geri alınma da, bağışlama henüz icra (tenfiz) edilmeden olmaktadır.

tarafa borç yükleyen sözleşmelerde olağanüstü durumların göz önünde bulundurulmasının, hukuk sistemimize yabancı olmadığını ifade etmektedir¹⁷.

Bağışlama vaadine ilişkin bu hüküm konu açısından fikir verici nitelikte olsa da sorunun çözümünde objektif bir kriter belirleme ihtiyacı ortadadır. Sözleşmenin uyarlanmasına ilişkin teoriler incelendiğinde işlem temeli çökmesi teorisinin bu ihtiyacı giderdiğini görmekteyiz. Aşağıda daha ayrıntılı olarak değineceğimiz işlem temelinin çökmesi teorisine¹⁸ göre, sözleşmenin uyarlanmasının söz konusu olabilmesi için esaslı bir durum değişikliği gereklidir¹⁹. Değişikliğin esaslı olması ise üç halde söz konusu olmaktadır. Bunlar *edimler arası dengenin bozulması, aşırı ifa güclüğü ve sözleşme ile izlenen amacın boşa çıkması* halleridir²⁰. Edimler arası dengenin bozulması kuşkusuz

¹⁶ Hükümün işlem temelinin çökmesi teorisinin bir uygulaması olduğuna ilişkin olarak bkz. **Rona Serozan**, Borçlar Hukuku – Özel Bölüm, 2. bası, Filiz Kitabevi, İstanbul 2006, s. 216; **Mustafa Alper Gümüş**, Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2008, s. 306. Hükümlerle bağışlayan için *clausula rebus sic stantibus* kuralına uygun bir hak tanıdığına ilişkin olarak bkz. **Senai Olgaç**, Borçlar Hukuku – Kazai ve İlmî İçtihadlara Göre Akdin Muhtelif Nevileri, C.1, Hak Kitabevi, İstanbul, 1967, s. 245.

¹⁷ **Dural**, 69.

¹⁸ “İşlem temelinin çökmesi önceden kestirilemeyecek gelişmeler yüzünden sözleşmenin temeli oluşturulan olguların köklü (esaslı) biçimde değişmesi anlamına gelir. Dövizle ödenmesi kararlaştırılmış olan faizin döviz patlaması yüzünden aşırı boyutlara fırlaması gibi. Çok sayıda müşterinin geçtiği bir yolda kiralanmış bir lokantanın sonradan sokağın taşı ve yaya geçişine kapatılması üzerine iş yapamaz duruma düşmesi gibi.” (**Rona Serozan**, İfa – İfa Engelleri – Haksız Zenginleşme (Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı: Borçlar Hukuku Genel Bölüm – Üçüncü Cilt), gözden geçirilip genişletilmiş 5. bası, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2009, s. 259).

¹⁹ **Baysal**, s. 146.

²⁰ Bu hususa ilişkin olarak bkz. **Baysal**, s. 151 vd. TBK m. 138 bu hallerden sadece aşırı ifa gücüğünü kapsamına almıştır. Maddeye göre: “Sözleşmenin yapıldığı sırada taraflarca öngörülmemiş ve öngörülmesi de beklenemeyen olağanüstü bir durum, borçludan kaynaklanmayan bir sebeple çıkar ve sözleşmenin yapıldığı sırada mevcut olgular, kendisinden ifanın istenmesini dürüstlük kuralına aykırı düşecek derecede borçlu aleyhine değiştirir ve borçlu da borcunu henüz ifa etmemiş veya ifanın aşırı ölçüde güçleşmesinden doğan haklarını saklı tutarak ifa etmiş olursa borçlu, hakinden sözleşmenin yeni koşullara uyarlanmasını isteme, bu mümkün olmadığı takdirde sözleşmeden dönme hakkına sahiptir. Sürekli edimli sözleşmelerde borçlu, kural olarak dönme hakkının yerine fesih hakkını kullanır/Bu madde hükmü yabancı para borçlarına da uygulanır.” Madde gerekçesinde “ bu yeni düzenleme, öğreti ve uygulamada sözleşmeye bağlılık (ahde vefa) ilkesinin istisnalarından biri olarak kabul edilen, ‘işlem temelinin çökmesine’ ilişkindir” denilmesine karşın madde başlığı “aşırı ifa güclüğü” olarak belirlenmiş ve madde metninde de işlem temelinin çökmesi hallerinden sadece aşırı ifa güclüğüne değinilmiş, edimler arası dengenin bozulması ve sözleşme ile izlenen amacın boşa çıkması türündeki işlem temelinin çökmesi halleri kapsam dışında bırakılmıştır. Kanun koyucunun madde kapsamına sadece aşırı ifa gücüğünü alması şeklindeki tercihini anlamak güçtür. Türk Borçlar Kanunu’nda sözleşmenin uyarlanmasına ilişkin somut kanun hükmü sevk etmekten yana bir tercih kullanılması karşısında bugüne kadar gelişmiş olan MK. m.1/II ve MK m.2’den yola çıkarak sözleşmenin uyarlanmasına ilişkin içtihadın akibetinin ne olacağı belirsiz hale gelmiştir. Zira Yargıtay’ın TBK m. 138’in yokuşunda edimler arası dengenin bozulması türündeki işlem temelinin çökmesi ha-

edim-karşı edim ilişkisinin olduğu iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde söz konusu olacaktır. Tek tarafa borç yükleyen sözleşmelerde bu tür bir edim dengesinin olmadığı ortadadır. Bu nedenle bu tür işlem temelinin çökmesi hali tek tarafa borç yükleyen sözleşmelerde gerçekleşmeyecektir. Sözleşme ile izlenen amacın boşa çıkması türündeki işlem temeli çökmesi halinin tek tarafa borç yükleyen sözleşmeler açısından gerçekleştirileceği kabul edilse bile kefalet ve garanti sözleşmeleri açısından ayrı bir değerlendirme yapılması gerekir. Bu tartışmaya çalışmamızın ilerleyen kısmında değineceğiz²¹.

Tek tarafa borç yükleyen sözleşmelerde gerçekleşmesi muhtemel işlem temeli çökmesi hali esas olarak aşırı ifa güçlüğüdür. Zira aşırı ifa güçlüğü türündeki işlem temeli çökmesinin gerçekleşmesi için borç altına giren bir tarafın varlığı yeterlidir. “Aşırı ifa güçlüğü, edimin imkânsızlaşmamasına rağmen borçlunun borç ilişkisi ile bağlantısını koparacak ağır çabalarla edimini ifa edecek olması halinde söz konusu olur”²². Buna göre tek tarafa borç yükleyen sözleşmelerde borçlu borç ilişkisiyle bağlantısını koparacak ağır çabalarla edimini ifa etmek durumunda kalırsa sözleşmenin uyarlanmasını talep edebilecektir. Ancak belirtmek gerekir ki, aşırı ifa güçlüğüne işlem temelinin çökmesine neden olabilmeye için adeta imkânsızlığa yakın bir halin söz konusu olması gerekir²³. Başka bir ifadeyle aşırı ifa güçlüğüne meydana gelip gelmediğini belirlemede imkânsızlık kavramı bir ölçüt olarak alınacak ve neredeyse imkânsızlığa yaklaşmış ancak ifası kural olarak hala mümkün bir borcun varlığı halinde aşırı ifa güçlüğünden bahsedilecektir. Dolayısıyla borçlunun edimini ifa

lini özellikle MK m. 2'den yola çıkarak kabul ettiği kararları mevcuttur (örneğin bkz. Yarg. 13. HD, E. 2009/2290, K. 2009/5422, T. 20.4.2009) TBK m. 138'in yürürlüğe girmesinin ardından Yargıtay'ın uyarlamaya ilişkin somut hükmün varlığını dikkate alarak maddenin diğer işlem temeli çökmesi hallerini açıkça dışladığı şeklinde bir içtihat geliştirmesi halinde son derece adaletsiz sonuçların ortaya çıkacağı kuşkusuzdur. Öte yandan Adalat Komisyonu Raporunun maddeye ilişkin kısmında “Tasarı, ifa güçlüğü dışında kalan uyarlama sebeplerini kapsamamaktadır. İfa güçlüğü oluşturmaya bile karşı edimin değerinin azalması sebebiyle edimler-arası dengenin bozulması, sözleşme amacının bozulması gibi işlem temelinin çökmesi halleri dışında bırakılmıştır. Bu durumda, uyarlamanın düzenlenmemesi tercih olunmalıdır. Çünkü bu hâlde, diğer uyarlama sebeplerinin aksi ile kanıt yorumu yoluyla yasaklandığı sonucuna ulaşılabilmektedir. Düzenleme yokluğunda yargı (TMK m.2/I veya m.1/II) yoluyla soruna özgü içtihat hukukunu geliştirerek ihtiyacı giderecektir.” denilmiştir. Rapordaki bu ifadelerle ne anlatılmak istendiği de tam olarak anlaşılamamaktadır. Zira diğer işlem temeli çökmesi hallerinin yargının içtihat hukuku ile çözüme kavuşturulacağı öngörülüp, sadece aşırı ifa güçlüğüne somut kanun hükmüyle düzenlenmesinin makul bir nedeni olduğunu söylemek mümkün değildir. Bize göre, aşırı ifa güçlüğüne diğer işlem temeli çökmesi hallerinden ayrık tutmanın bir gereği yoktur.

²¹ Bkz. aşağı., III.-C-3-c. “Kefalet ve Garanti Sözleşmelerinde Sözleşme İle İzlenen Amacın Boşa Çıkması” başlığı.

²² **Othmar Jauernig**, Bürgerliches Gesetzbuch, 12. bası, Beck, München, 2007, § 313, N.17, aktaran **Baysal**, s. 154.

²³ **Baysal**, s. 155. Nitekim iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde aşırı ifa güçlüğüne ziyade edimler arası dengenin bozulması şeklindeki işlem temeli çökmesi haline başvurmak daha akıllıca olacaktır. Zira aşırı ifa güçlüğüne söz konusu olabilmeye için daha sıkı ölçütler gerekir ve bu türde işlem temelinin çökmesi olasılığı daha düşüktür bkz. **Baysal**, s. 155.

etmede yaşayacağı her güçlük bu kapsamda değerlendirilmeyecektir. Ancak garanti ve kefalet gibi kişisel teminat sözleşmelerinde teminat verenin borcu bir para borcu olacağı ve para borçlarında da imkânsızlığın söz konusu olamayacağı göz önünde bulundurulduğunda imkânsızlık kavramı burada bize yardımcı olacak bir ölçüt olarak kullanılamayacaktır. Bu durumda işlem temelinin çökmesi teorisinin sorunun çözümüne ilişkin yetersiz kaldığını ifade etmek gerekir. Daha açık bir ifade ile sözleşmenin uyarlanması meselesi açısından objektif kriterler ortaya koyan ve bu kapsamda da tek tarafa borç yükleyen sözleşmelerin uyarlanmasına imkân tanıyan işlem temelinin çökmesi teorisi, kefalet ve garanti sözleşmelerinin aşırı ifa güçlüğü nedeniyle uyarlanabilmesi noktasında tatmin edici bir cevap verememektedir²⁴. Bize göre bu halde teorisinin de dayanağı²⁵ olan dürüstlük kuralına göre bir değerlendirme yapılmak suretiyle bir çözüme kavuşmak mümkündür. Kefilden ve garanti verenden borcun ifasının talep edilmesinin dürüstlük kuralına aykırılık teşkil edebileceği hallerde, söz konusu borç para borcu olsa dahi aşırı ifa güçlüğü hali söz konusu olabilecek ve uyarılama talep edilebilecektir. Kefalet borcunun yabancı para olarak tayin edildiği bir örnek üzerinden gidelim. Beklenmedik şekilde gerçekleşen bir devalüasyon sonrası paranın değer kaybetmesi üzerine kefilin borcu ağırlaşacaktır. Bu halde bir imkânsızlıktan bahsedemeyiz. Zira, edim kefil için ne kadar ağırlaşırsa ağırlaşsın para borcunun ifası objektif olarak hala mümkündür. Değerlendirilmesi gereken böyle bir durumda kefilin borcun ifasını beklemenin dürüstlük kuralına uygun olup olmadığıdır²⁶.

Son olarak ifade edelim ki, tek tarafa borç yükleyen sözleşmelerde ve bu kapsamda kefalet ve garanti sözleşmelerinde uyarılama talebinde bulunacak taraf, sözleşme ile borç altına girecek taraftır. Borç altına girmeyen taraf için böyle bir imkân söz konusu değildir²⁷.

Çalışmamızın bu kısmı ile vardığımız sonuç, kefalet ve garanti sözleşmelerinin tek tarafa borç yükleyen niteliklerinin uyarlamaya ilişkin bir engel olmadığıdır. Tek tarafa borç yükleyen sözleşmeleri ve bu kapsamda kefalet ve garanti sözleşmelerini bu gerekçeyle (tek tarafa borç yükledikleri gerekçesiyle) uyarılama müessesinin dışında tutmamak gerekir.

²⁴ Esasen birçok sözleşmede durum değişikliği sonucunda mağdur olan tarafın borcunun para borcu olması söz konusudur. Örneğin, dövize endeksli bir kira sözleşmesinde, devalüasyon sonucu mağdur olan kiracının borcu para borcu niteliğindedir. Ancak bu sözleşmelerin aynı zamanda iki tarafa borç yükleyen sözleşme olmaları, aşırı ifa güçlüğüne gitmeksizin, edimler arası dengenin sarsılması yoluyla sözleşmenin uyarlanmasına imkan tanımaktadır. Dolayısıyla bu tür sözleşmelerde mağdur tarafın borcunun, para borcu niteliğinde olması uyarılama açısından bir sorun teşkil etmeyecektir.

²⁵ “*Dürüstlük kuralı temelinde yükselen ancak özünde sözleşme adaleti düşüncesini taşıyan birden fazla kuraldan hukuki kıyas yoluyla üretilen işlem temelinin çökmesi kuralı...*” (Baysal, s. 92).

²⁶ Bununla birlikte kefalet sözleşmesi henüz kurulduğu aşamada kefil için ekonomik kapasitesinin üstünde bir yükümlülük getiriyorsa, belirli şartların da varlığı ile birlikte, kefalet sözleşmesinin BK m. 20 anlamında ahlaka aykırı olduğu gerekçesiyle hükümsüzlüğü gündeme gelebilir. Bu hususa ilişkin olarak bkz. **Grassinger**, Kefilin Savunma İmkanları, s. 68 vd.; **Özen**, s.194 vd.

²⁷ **Arat**, s. 186.

II. Kefalet ve Garanti Sözleşmelerinin Risk Sözleşmesi Olmalarının Uyarılama Açısından Değerlendirilmesi

A. Kefalet ve Garanti Sözleşmelerindeki Risk Unsuru ve Öngörülemezlik

İşlem temeliniin çökmesinden bahsedebilmek için belirli şartların gerçekleşmiş olması gerekir. *Baysal*, bu gereklerin üç ana başlıkta toplanabileceğini belirtmektedir. Bunlar (i) sözleşmenin kurulmasından sonra esaslı bir değişikliğin meydana gelmesi, (ii) değişikliğin öngörülemez nitelikte olması ve (iii) değişen koşullar neticesinde sözleşmenin ifasının, değişiklik sonucu mağdur olan taraftan beklenemeyeceğini belirlemek için ise sözleşmede taraflarca üstlenilen risklerin, kısaca sözleşmesel risk dağılımının dikkate alınması gerekir²⁹. Sözleşmesel risk dağılımının belirlenmesi için öncelikle sözleşmeye bakılmalıdır. Açık hüküm bulunmaması halinde sözleşme, tarafların iradelerine uygun olarak yorumlanacaktır³⁰. Tarafların sözleşmede üstlenilen riske hangi tip durum değişikliklerinin dâhil olduğunu kararlaştırmaları mümkündür³¹. Sözleşmede öngörülen bu tür bir risk dağılımı hükmü yoksa kanuna bakılacaktır. Bazen kanun koyucu özel hükümlerle risk dağılımını düzenlemeyi tercih etmektedir. Bunun örneklerine çalışmamızın ilerleyen aşamalarında değineceğiz³². Sözleşmede ve kanunda bir kural bulunmaması halinde ise sözleşmenin hukuki niteliği önem kazanacaktır³³. Kuşkusuz kişisel teminat sözleşmeleri hukuki nitelikleri gereği durum değişikliği riskinin üstlenilmesini de içeriğinde barındırır³⁴. Ancak bu riskin kapsamının sınırları nedir? Çalışmamız açısından işte bunu belirlemek gerekir.

Kefalet ve garanti sözleşmelerinde muhakkak bir riskin üstlenildiğini görürüz³⁵. Bir başka deyişle bir risk üstlenilmesi kişisel teminat sözleşmelerinin karakteristik bir unsurudur. Kefalet sözleşmesinde kefil, asıl borçlunun borcunu ödememesi rizikosuna karşılık olarak şahsen sorumluluk altına girmekte, alacaklının asıl borcun yerine getirilmesi halinde elde edeceği menfaati temin etmektedir. Buna göre sözleşmeyle üstlenilen risk gerçekleştiği takdirde kefil alacaklının maruz kaldığı müsbet zararı tazmin edecektir³⁶. Garanti sözleşmesinde de garanti veren teminat sağlamak amacına yönelik olarak temel borç ilişkisinden bağımsız bir şekilde, alacaklıya karşı borçlunun edimini yerine getirmemesinden sorumlu olmayı üstlenmektedir³⁷. Garanti sözleşmesi ile ga-

²⁸ **Baysal**, s. 145.

²⁹ **Baysal**, s.192.

³⁰ **Kaplan**, s.129.

³¹ **Arat**, s.183.

³² Bkz. aşağı. II.-C.-2. "Kefalet Sözleşmesinde Risk Paylaşımına İlişkin Özel Hükümler" başlığı.

³³ **Baysal**, s. 214.

³⁴ **Arat**, s.183.

³⁵ **Hüseyin Murat Develioğlu**, Kefalet Sözleşmesini Düzenleyen Hükümler Işığında Bağımsız Garanti Sözleşmeleri, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2009, s.82.

³⁶ **Tandoğan**, s. 697; **Reisoğlu**, Uygulamada Kefalet, s. 7; **Özen**, s. 100.

³⁷ **Tandoğan**, s. 804; **Yavuz**, s. 872.

ranti veren tıpkı kefil gibi, riskin gerçekleşmesi nedeniyle meydana gelen müspet zararı tazmin etmeyi üstlenir³⁸.

İfanın beklenemezliği şartının gerçekleşmesi için meydana gelen durum değişikliğinin kefilin veya garanti verenin kişisel teminat sözleşmesi ile üstlendiği risklerin ötesinde bir durum değişikliği olması gerekir. Diğer bir söyleyişle durum değişikliğinin “*öngörülemez*” olması gerekir³⁹. Bir risk sözleşmesinde dahi tarafların üstlendikleri risklerin sınırlarını öngörmeleri gerekir. Üstlenilen riskin sınırsız olduğunun kabulü kanaatimizce sözleşme adaletini zedeleyecek bir varsayım olur. Tabiidir ki bu sınırlar risk sözleşmesinin türüne ve karakterine göre değişecektir. Örneğin kefalet ve garantide üstlenilen risklerin kapsamı farklılık gösterecektir. Öngörülmesi mümkün olmayan risklerin gerçekleşmesi halinde kişisel teminat vereni sorumlu tutmamız gerçekten de dürüstlük kuralına aykırı olacak ve uyarlama yaptırımının kapısını aralayacaktır. Belirtmek gerekir ki burada öngörmekten kasıt ortaya çıkan somut, belirli riskin aynen öngörülmesi değildir. Teminat veren, işlemin niteliğine özgü belirsizlik rizikolarını da üstlenmektedir. Bunları tek tek düşünmüş olması gerekmez. Kuşkusuz teminat veren hiç hesaba katmadığı, sürpriz durumlar nedeniyle tazminat borcunu ifa etmek zorunda kalabilir⁴⁰.

Kefalet ve garanti sözleşmesi ile üstlenilen riskin sınırlarının genişliği karşısında kefil ve garanti verenden artık ifanın beklenemeyeceği durum değişikliklerine örnek vermek oldukça güçtür. Kuşkusuz ifanın beklenemezliğinin söz konusu olacağı hallerin kapsamı oldukça dardır. Bu hallerin neler olabileceğini belirlemek için hangi durum değişikliklerinin sözleşme ile üstlenilen riskin kapsamına, hangilerinin ise sözleşme dışı işlem temeli kavramına dâhil olduğunun tespiti gerekir.

B. Temel Hatası ve İşlem Temelinin Çökmesi

1. Ortak Kavram: İşlem Temeli

İşlem temelinin çökmesi teorisinin temelindeki çekirdek kavram “*işlem temeli*” dir. *Kocayusufpaşaoğlu* Alman öğretisinde gönderme yapılan mahkeme kararlarından yola çıkarak işlem temelinin “*sözleşme içeriğine girmeksizin, sözleşmenin kurulması aşamasında ortaya çıkan, mevcut yahut gelecekteki bazı hal ve şartlara ilişkin olarak öyle ortak veya karşı tarafça bilinebilip de itiraz edilmeyen bir taraflı tasavvurlar*”ın anlaşılması gerektiğini, tarafların işlem iradelerinin bu tasavvurlar üzerine kurulu olduğunu belirtmiştir⁴¹.

³⁸ **Tandoğan**, s. 855; **Reisoğlu**, *Garanti*, s. 154, 155.

³⁹ **Baysal**, s. 213. Yazarın belirttiği üzere buradaki risk değerlendirmesinde somut değil, soyut bir değerlendirme yapılacak ve aynı durumdaki makul bir kişinin üstleneceği risk miktarı hesaba katılacaktır (**Baysal**, s. 216).

⁴⁰ **Serozan**, *İfa-İfa Engelleri-Haksız Zenginleşme*, s. 265.

⁴¹ **Necip Kocayusufpaşaoğlu**, “İşlem temelinin çökmüş sayılabilmesi için sosyal felaket olarak nitelendirilebilecek olağanüstü bir olayın gerçekleşmesi şart mıdır?”, Prof. Dr. M. Kemal Oğuzman Anısına Armağan, Ed. Rona Serozan/İlhan Ulusan/Nami Barlas, Beta, İstanbul, 2000, s. 506. Bu tanımdan yola çıktığımızda ilk vurgulanması gereken husus işlem temelinin sözleşmenin içeriğinin bir parçası olmamasıdır. Buradan kişisel teminat sözleşmelerinde taraflarca açıkça yazılarak yahut kanun veya sözleşmenin niteliği gereği üstlenilen risklerin işlem temeli kavramına dâhil olmayacağı sonucuna

818 sayılı Borçlar Kanununda işlem temelinin çökmesi hali düzenlenmemiş olmakla birlikte “işlem temeli” kavramından dolayı olarak bahsedildiğini söyleyebiliriz. Öğretide benimsenen görüşe göre Türk hukukunda bu kavram tanımını hatanın düzenlendiği BK m.24’te bulur⁴². Nitekim bu görüş TBK m.32 ile kanuna girmiş bulunmaktadır⁴³. Saik hatasını ayrı bir madde halinde düzenleyen söz konusu hükümde “sözleşme temeli” ifadesine yer verilmiştir. Dolayısıyla sözleşmenin iptal edilebilirliği sonucuna yol açan hata kurumu ile uyarılama yaptırımına yol açan işlem temelinin çökmesi arasında sıkı bir bağ mevcuttur.

Hata, sözleşmenin geçerliliğine etkide bulunan bir irade beyanı sakatlığı halidir. Bu sakatlık dikkatsizlik sonucu irade ile beyanın birbirine uygun olmaması (“irade beyanındaki sakatlık”)⁴⁴ veya iradenin oluşmasına etken bir hususa ilişkin tasavvurun gerçeğe uygun olmaması (“iradenin oluşumundaki sakatlık”)⁴⁵ olarak iki şekilde karşımıza çıkabilir. Birinci durumda bir beyan hatasının varlığından, ikinci durumda ise sözleşme tarafının “saik hatası”na düşmesinden bahsederiz. Konumuz bakımından bizi ilgilendiren hata türü saik hatasıdır. Sözleşmenin taraflarından birinin eğer onu sözleşme yapmaya iten tasavvurunun gerçek olmadığını bilse idi akdi gerçekleştirmeyecek olduğu sonucuna varabiliyor ise saik hatası söz konusudur. Kısaca saik, “iradi faaliyetlere esas olan istek, duygu veya düşünce”yi, “sözleşmede ifadesini bulmayan psikolojik bir olgu”yu ifade eder⁴⁶. Saik hatasına örnek vermek gerekirse, evlendiği düşünülen bir arkadaşına tablo hediye etmek manevi bir ihtiyaçtır ve bu manevi ihtiyaç tablo satın almanın temelinde yatan saiki oluşturur⁴⁷. Eğer arkadaşısı gerçekte evlenmemişse kişi bir saik hatasına düşmüştür. Ancak böyle bir hata sözleşmenin iptaline imkân verecek midir?

BK m. 23 (TBK m. 30) uyarınca sözleşmenin geçerliliğine etkide bulunacak hataların “esaslı” olması gerekir. Fakat BK m. 24/2 (TBK m. 32)’de saik hatalarının esaslı olmadığı belirtilmiştir⁴⁸. Dolayısıyla kural olarak saik hataları

varmamız gerekir. İkinci dikkat edilmesi gereken husus ise işlem temelinin oluşturulan hususların mevcut hal ve şartlara ilişkin olabileceği gibi gelecekteki birtakım hal ve şartlara ilişkin olmasının da mümkün olduğudur. Ayrıca bu tanımdan söz konusu tasavvurun karşı tarafça bilinmesi veya bilinebilir olması şartıyla tek taraflı olabileceği anlaşılmaktadır. Kocayusufpaşaoğlu Türk doktrininde aksi yönde yapılan tanımları eleştirmektedir.

⁴² **Kocayusufpaşaoğlu**, İşlem Temeli, s.507. İsviçre hukuku açısından da aynı durum geçerlidir. Bahsi geçen hüküm kaynak İBK m. 24/b.4 ile paraleldir.

⁴³ Bahsi konu TBK m.32 metni şu şekildedir: “Saikte yanılma, esaslı yanılma sayılmaz. Yanılanın, yanıldığı saiki sözleşmenin temeli sayması ve bunun da iş ilişkilerinde geçerli dürüstlük kurallarına uygun olması hâlinde yanılma esaslı sayılır. Ancak bu durumun karşı tarafça da bilinebilir olması gerekir.”

⁴⁴ **von Tuhr**, s. 280; **Oğuzman/Öz**, s. 80; **Eren**, s. 340.

⁴⁵ **Oğuzman/Öz**, s. 80; **Eren**, s. 340.

⁴⁶ **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Alttop**, s. 428-429.

⁴⁷ **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Alttop**, s. 428.

⁴⁸ Beyan hataları ise prensip olarak esaslı hata sayılırlar. İstisnai hallerde esaslı olmadıkları kabul edilir. (**Necip Kocayusufpaşaoğlu**, Güven Nazariyesi Karşısında Borç Sözleşmelerinde Hata Kavramı, İstanbul, 1968, s. 157.)

sözleşmenin sıhhatine etkide bulunmazlar. Kuşkusuz bu prensibin istisnasız kabul edilmesi adaletsiz sonuçlara neden olacaktır. Bazı hallerde saik hatası o kadar şiddetlidir ki akdin sıhhatine etki etmemesi düşünülemez. Dolayısıyla öğretilde kabul edildiği üzere 818 sayılı Borçlar Kanunu bakımından kanun koyucunun BK m. 24/1 b.4 ile bu kurala bir istisna getirdiğini söylemek mümkündür⁴⁹. Bu bentte öngörülen şartlar mevcutsa esaslı bir saik hatası veya öğretilde benimsenen ifade ile “*temel hatası*”⁵⁰ mevcuttur ve böyle bir hata sözleşmenin geçerliliğine etkide bulunacaktır. Nitekim kanun koyucu 6098 sayılı Kanunda “*Saikte Yanılma*” başlıklı TBK m.32 ile ayrı bir hüküm getirerek öğretilde önceden oybirliği ile kabul edilen bu görüşü kanuna sokmuştur.

BK m.24/1 b.4’te “*hata ettiğini iddia eden tarafça akdin lüzumlu vasıflarından olarak nazara alınmasına ticari doğruluğun müsait olduğu şeylerde hata edilmiş olma*”nın esaslı hata sayılacağı ifade edilmiştir. İşte işlem temeli kavramı tanımını bu ifade bulur. “*Akdin lüzumlu vasıflarından olarak nazara alınmasına ticari doğruluğun müsait olduğu şeyler*” işlem temelini oluşturur. Eğer bahsi geçen şeylere ilişkin gerçek durum daha sözleşmenin kurulması anında âkit tarafın tasavvuruna uymuyor ise BK m.24/1 b.4 uyarınca temel hatası hali meydana gelir. Bir diğer deyişle “*işlem temelini baştan eksikliği*” söz konusudur⁵¹. Nitekim Alman hukukunda 2002 reformuyla kanuna giren BGB 313 hükmü temel hatası ile işlem temelini çökmesi arasında fark gözetmemiş, ikisini de aynı şartlara bağlamıştır. Hükmün ikinci fıkrası işlem temelini baştan eksikliğini düzenlemektedir⁵². Öte yandan söz konusu hallere ilişkin gerçek durum baştan sözleşme tarafının tasavvuruna uygun olmakla birlikte daha sonra ortaya çıkan bir durum değişikliği nedeni ile baştaki tasavvura uygun olmaktan çıkıyorsa işlem temelini çöktüğünden bahsederiz. Gerekli diğer şartlar da mevcutsa tasavvuru boşa çıkan taraf sözleşmenin uyarlanmasını isteyebilecektir. Dolayısıyla temel hatası ile işlem temelini çökmesi halleri arasındaki en önemli fark kronolojiktir^{53 54}. İkisi de ortak kavram olan işlem

⁴⁹ **Oğuzman/Öz**, s. 85, 86; **Eren**, s. 344.; **von Tuhr**, s. 280; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**, s.429; **Kocayusufpaşaoğlu**, Hata, s. 155.

⁵⁰ **Oğuzman/Öz**, s. 85; **Eren**, s. 347.

⁵¹ **Serozan**, İfa-İfa Engelleri-Haksız Zenginleşme, s. 259. Bu durumda BK m. 31’e göre hataya düşen tarafın hatasını anladığı andan itibaren bir sene içerisinde karşı tarafa yöneltilecek bir iptal beyanı ile sözleşme ile bağlı olmaktan kurtulması mümkündür.

⁵² **Baysal**, s.133.

⁵³ **Kocayusufpaşaoğlu**, İşlem Temeli, s. 511; **Serozan**, İfa-İfa Engelleri-Haksız Zenginleşme, s. 260. Alman hukukunda böyle zamansal bir ayırım yapılmamış, iki durum da işlem temelini çökmesi olarak değerlendirilmiştir (bkz. BGB 313/1 ve 2). Ancak İsviçre-Türk hukukunda zamansal ayırım mevcuttur ve hatta çeşitli doktrinsel tartışmalara neden olmaktadır. Bir görüşe göre tarafların gerçekleşeceğine kesin gözüyle baktıkları, geleceğe ilişkin somut tasavvurlarının boşa çıkması da temel hatası kavramına dâhil tutulmalıdır. Bu tartışmayla ilgili daha fazla bilgi için bkz. **Kocayusufpaşaoğlu**, İşlem Temeli, s. 509 vd.; **Eren**, s. 353; **Kaplan**, s. 140; **Serozan**, İfa-İfa Engelleri-Haksız Zenginleşme, s. 260 dıpt.1.

⁵⁴ Türk hukuk sistemindeki bu tip kronolojik ayırımların gerekli olmadığına, Alman hukuku ile paralel olarak ortak bir rejim yaratılmasının yerinde olacağına ilişkin bkz. **Rona Serozan**, “ Karşılıklı Sözleşmelerde Baştan Dayatılmış veya Sonradan Oluşmuş Edimler Arası Dengesizliğin Uyarılama Yoluyla Düzeltilmesi”, Prof. Dr. M. Kemal

temeline dayanmaktadır. Konumuz açısından işlem temeli kavramının çerçevesini belirlemek, hangi maddi olguların buraya girip hangilerinin girmeyeceğini tespit etmek önem taşır. Bu yüzden kavramın unsurlarına yakından bakmak gerekir.

2. İşlem Temelinin Unsurları

BK m. 24/1 b.4 (TBK m. 32)'teki işlem temeli tanımını yakından incelediğimizde işlem temelinin iki unsurdan oluştuğunu görmekteyiz: *sübjektif unsur* ve *objektif unsur*.

a. Sübjektif Unsur

Hüküm öncelikle işlem temeli teşkil edecek maddi olguların hataya düşen tarafça “*akdin lüzumlu vasıflarından*” görülmesi gerektiğini belirtmektedir. Başka bir ifade ile yanılan tarafın sözleşmeyi yapmak için *conditio sine qua non*, yani “*onsuz olmaz şart*”, olarak gördüğü bir tasavvuru söz konusudur⁵⁵. Bu ifadeden işlem temelinin bir şart niteliğinde olduğu çıkarımı yapılmamalıdır. Sözleşmenin şarta bağlanması için alacaklının da açık veya zımnî kabulü gerekir⁵⁶. Zira şart tali bir kayıttır ve dolayısıyla irade beyanının ayrılmaz bir parçasıdır⁵⁷. Bu itibarla şart sözleşmenin içeriğine dâhil iken, tekrar vurgulamak gerekir ki, işlem temeli sözleşmenin içeriğine dâhil değildir. İşlem temeli tarafların şart katına çıkarmaya değer bulmadıkları, dolayısıyla sözleşme dışında bıraktıkları “*nitelikli bir gerek*”tir⁵⁸. Burada işlem temelini oluşturan onusuz olmaz şarttan kasıt öyle bir tasavvurdur ki, sözleşme tarafı tasavvur ettiği durumun gerçekte olmadığını veya ileride gerçekleşmeyeceğini bilse idi sözleşmeyi hiç veya mevcut şartlarla yapmayacaktır⁵⁹. Yanılan bu hususu açıkça irade beyanına dâhil etmemesine rağmen onu sözleşmeyi yapmaya sevk eden düşünce budur.

Bu unsur kuşkusuz kefalet ve garanti sözleşmeleri açısından sorun oluşturmayacak bir unsurdur. Hatta denilebilir ki sübjektif unsur neredeyse her sözleşmesel ilişkide rastladığımız bir durumdur. Dolayısıyla her sözleşmede olduğu gibi kefil ve garanti veren de bir teminat ilişkisine girerken belli düşünceler ve tasavvurlar ile imzayı atmaktadır. Bir kişinin çocukluk arkadaşının borcu için kefalet verdiği bir örnek üzerinden gidelim. Kefil arkadaşının iyi maaşlı bir işte çalıştığı ve dolayısıyla ödeme gücünün yüksek olduğu düşüncesi ile hareket etmekte olabilir. Keza asıl borçluyu şahsen ve uzun zamandır tanınması da ayrı bir güven verici unsurdur. Arkadaşına olan güveni, onu yıllardır “*borcuna sadık*” bir kişi olarak tanımış olması kuşkusuz kefalet vermesinde büyük etkindir. Kefil bu tasavvurlarının gerçek olmadığını veya ileride meydana gelecek bir durum değişikliği sonucu mevcut durumun değişeceğini bil-

Oğuzman Anısına Armağan, Ed. Rona Serozan/İlhan Uluşan/Nami Barlas, Beta, İstanbul, 2000, s. 1123-1232.

⁵⁵ **Kocayusufpaşaoğlu**, İşlem Temeli, s. 508.

⁵⁶ **Sirmen**, s. 8.

⁵⁷ **Sirmen**, s. 33.

⁵⁸ **Serozan**, İfa-İfa Engelleri-Haksız Zenginleşme, s. 262.

⁵⁹ **Oğuzman/Öz**, s. 89; **Eren**, s. 350.

seydi kuşkusuz bu sözleşmeyi yapmayacaktır. Hayatın olağan akışı içerisinde tarafların bu tip öznel tasavvurlar üzerine sözleşmesel ilişkiye girmesi kaçınılmazdır. Ancak hukuk düzeninin bu tasavvurlara değer atfedip etmediğinin, bunları işlem temeli katına çıkarıp çıkarmadığının belirlenmesi ayrı bir meseledir⁶⁰. Bu mesele kefalet ve garanti sözleşmeleri gibi borçlunun ağır bir risk üstlendiği sözleşmeler bakımından özellikle önem arz eder⁶¹.

b. Objektif Unsur

Çalışmamız açısından belirleyici olan unsur objektif unsurdur. Gerçekten de objektif unsuru eksik bir saik hatası adı saik hatası olmaktan öteye gidemez. Objektif unsurun bulunması demek kişinin işlemin zorunlu temeli olarak gördüğü olguya önem atfetmesinin kanun koyucunun deyimi ile “*ticari doğruluğa*” uygun olması demektir. Ticari doğruluktan kasıt “*iş ilişkilerinde geçerli dürüstlük kuralları*”⁶²dir. Bir başka ifade ile dürüstlük kuralı (MK m. 2) uyarınca makul ve dürüst bir kişinin söz konusu hususu sözleşmenin zorunlu temeli sayması haklı görülmelidir⁶³. İşte hukuk düzeni ancak bu objektif unsuru taşıyan tasavvurlara bir önem atfetmektedir. Belirtmek gerekir ki işlem temeli kavramının sınırlarının geniş tutulması iş hayatındaki güvenliği tehlikeye atacaktır⁶⁴. Objektif değerlendirmenin kriterlerini belirlemek bu açıdan önemlidir. Kriterler farklı sözleşme tiplerine ve bunların risk dağılımına göre farklılık gösterecektir.

⁶⁰ Aslında esaslılık hatanın kendisine özgü bir nitelik değildir. Bir hatanın hangi sınıra kadar esaslı olacağı ve iptal hakkı tanyacağına tayini bir hukuk politikası meselesidir. (**Kocayusufpaşaoğlu**, Hata, s.153.)

⁶¹ Spekülatif sözleşmelerde de risk ögesinin yüksekliği söz konusudur. Bu sözleşmeler açısından da temel hatası ve işlem temelinin çökmesi halleri özellik arz edecektir. Zira üstlenilen riskin sınırları alabildiğine geniştir. Spekülatif sözleşmelerin uyarlanması öğretide genelde kabul görmemektedir. Bu tür sözleşmelerde taraflardan biri daha çok kâr elde etmek için değişikliği göze almıştır. Bu değişiklik lehine olabileceği gibi aleyhine de olabilecektir. Bu gerekçeyle değişen durum nedeniyle sözleşmenin uyarlanması talep edilemeyecektir. Bu konuda bkz. **Şener Akyol**, Dürüstlük Kuralı ve Hakkın Kötüye Kullanılması Yasası, 2. bası, Vedat Kitapçılık, 2006, s. 91 vd.; **Seçkin Topuz**, Türk-İsviçre ve Alman Borçlar Hukukunda Denge Bozulması ve İfa Güçlüğü Durumlarında Sözleşmeye Müdahale, Yetkin, Ankara, 2009, s.181 vd.. Bir spekülatif işlem türü olan borsa opsiyon işlemleri açısından bkz. **İsmail Kirca**, Hukuki Yönüyle Borsa Opsiyon İşlemleri, Bankacılık ve Ticaret Hukuku Enstitüsü Yayınları, Ankara 2000, s. 235-236. Aksi yönde görüş için bkz. **Baysal**, s. 215-216. Yazar, spekülatif ve riskli sözleşmelerde uyarılamanın asla mümkün olamayacağına dair bir genelleme yapmanın mümkün olmadığını; somut olayın unsurlarının da dikkate alınması gerektiği görüşündedir.

⁶² Nitekim “Saikte Yanılma” başlıklı TBK m.32’de bu ifade kullanılmıştır.

⁶³ **Eren**, s. 350. Hakim görüşe göre karşı taraf yanılanı sözleşme yapmaya iten saiki bilmele veya dürüstlük kuralı uyarınca bilebilecek durumda olmalıdır. Bunun ayrı bir unsur olup olmadığı tartışmalıdır. Eren’in bunun ayrı bir unsur olmayıp objektif unsuru tamamlayan yardımcı bir unsur olduğu yönündeki görüşüne katılmaktayız. Bu konuda bkz. **Kocayusufpaşaoğlu**, Hata, s. 161.

⁶⁴ **Kocayusufpaşaoğlu**, Hata, s. 162.

Şimdiye kadar yaptığımız açıklamalar çerçevesinde vardığımız sonuca göre, kefalet ve garanti sözleşmelerinin uyarlanıp uyarlanamayacağını belirlemek için bu sözleşmelerde, sözleşmeyle üstlenilen riske dâhil olmayıp sözleşme dışı işlem temeli kavramına dahil tutulabilecek hususlar olup olmadığının belirlenmesi gerekir.

C. Kefalet ve Garanti Sözleşmelerinde İşlem Temeli

1. Genel olarak

Kefilin ve garanti verenin üstlendiği risk diğer sözleşmelerdeki borçluların üstlendiği riske göre daha fazla olduğundan ticari doğruluk bakımından sözleşmenin zorunlu temeli olarak görülmesi objektif açıdan mümkün maddi olguların sayısı oldukça azdır. Kimi hallerde kanunkoyucu *lex generalis** uyarınca yukarıda bahsettiğimiz objektif unsuru taşımayacak tasavvurları *lex specialis*** marifetiyle işlem temeli katına çıkarmaktadır. Bu bölümde önce kanunen özel risk paylaşımı öngörülen bu hallerden bahsedip daha sonra bu haller dışında kefalet ve garanti sözleşmelerinde gelecekteki bir duruma ilişkin temel hatasına düşmenin (işlem temelinin çökmesinin) mümkün olup olmadığı konusundaki değerlendirmemize yer vereceğiz⁶⁵.

2. Kefalet Sözleşmesinde Risk Paylaşımına İlişkin Özel Hükümler

a. Birlikte Kefalet İlişkin: BK m. 488 c. 3, TBK m. 587/3 (İBK m. 497/3)

Kefilin kefalet ilişkisine aynı borca başkalarının da kefil olduğunu veya olacağını bilerek girmesi, hatta bu durumu bir *conditio sine qua non* olarak görmesi mümkündür. Zira bu durumda sorumluluk birden fazla kefil arasında bölünmektedir. Ayrıca bu durum kefilde borcun riskli bir borç olmadığı düşüncesini uyandırabilir. Özellikle diğer kefiller arasında ödeme gücü yüksek, kredibilitesi sağlam kişilerin bulunması halinde kuşkusuz bu durum kefilin karar vermesinde önemli bir rol oynayacaktır. Ne var ki, kefilin bu duruma verdiği subjektif önem bu durumu işlem temeli katına çıkarmaya yetmemektedir. Objektif açıdan baktığımızda kefilin bu güvenini iş hayatındaki dürüstlük kuraları uyarınca dikkate alamayız⁶⁶.

Normal şartlar altında hal böyle iken BK m. 488 c.son hükmü ile kefilin bu güveninin boşa çıkmasına⁶⁷ belirli bir değer atfedilerek alacaklının bu du-

* Genel hükümler

** Özel hükümler

⁶⁵ Belirtmek gerekir ki, bu açıklamaları yaparken temel hatası ve işlem temelinin çökmesi olguları kimi zaman üst üste binecektir. Zira öğretilerde verilen örneklerin çoğu temel hatası üzerinden verilmektedir. Konumuz açısından aradaki en önemli fark zamansal farktır. Biz meselemize iki olgunun da ortak kavramı olan işlem temeli yönünden yaklaşacağımızdan zamansal farkı çok fazla dikkate almayacağız. Temel hatası üzerinden vereceğimiz örneklerdeki sözleşmenin kurulduğu ana yönelik inanışlar, yeri geldiğinde geleceğe yönelik tasavvur olarak da karşımıza çıkabilecek örnekler olacaktır.

⁶⁶ **Özen**, s. 263-364.

⁶⁷ Kefilin bu güveninin boşa çıkması sözleşmenin kurulması anında mevcut bir hatadan (ör. diğer kimselerin kefaleti hiç imzalamamış olması) veya ileriye yönelik tasavvurun gerçekleşmemesinden (ör. diğer kimselerin imzaladıkları akitlerin sonradan hükümsüz olması) kaynaklanıyor olabilir. *Grassinger*'e göre, hükmün hem temel hatasını hem de

rumu bilmesi veya bilebilecek durumda olması halinde kefilin borçtan kurtulacağı belirtilmiştir⁶⁸. İlgili hükme göre, “kefaletin, aynı borca diğer kimselerin de kefalet etmesi şartıyla vaki olduğuna alacaklının vukufu bulunduğunu kabule mahal olan hallerde bu şart tahakkuk etmezse, kefil mes’uliyetten beri olur”. Öğretide Özen, kanunun lafzında yer alan “bu şart tahakkuk etmezse” ibaresinden hareketle gerçekte şart niteliğinde olmayıp bir saik niteliğinde olan bu tasavvura kanun koyucu tarafından şart etkisi tanındığı görüşündedir⁶⁹. Develioğlu da bu hükmün şarta bağlı borcun özel bir hali olduğunu söylemektedir⁷⁰. Yargıtay’ın da bu yönde kararları bulunmaktadır⁷¹. Kanaatimizce bu hükmü şart kavramı ile açıklamaya çalışmak isabetli değildir⁷². Nitekim tarafların istedikleri takdirde kefilin diğer kefillerle birlikte kefalet altına girmesini kefalet sözleşmesinin kurulması açısından BK m. 149 anlamında şart olarak kararlaştırabilmeleri zaten mümkündür. Dolayısıyla BK m. 488/c.son’da bahsedilenin şart kavramından farklı olduğu ortadadır. Reisoğlu da haklı olarak,

işlem temelinin çökmesini (bunların şartlarını tam olarak içermemekle birlikte) içine aldığı söylenebilir (**Grassinger**, Sempozyum, s.307).

⁶⁸ Kefil tarafından öngörülen kişi sayısına ulaşamadıysa veya bu sayıya ulaşmakla birlikte kefil olanlar öngörülenlerden farklı kişilerse bu hükmün şartları yerine gelmiş demektir (bkz. **Develioğlu**, s. 207, dpnt.801’de anılan yazarlar). Bizim de paylaştığımız görüşe göre ödeme gücü aynı veya daha yüksek kişiler kefil olmuşsa kefilin bu hükme dayanması dürüstlük kuralı ile bağdaşmayacaktır (**Seza Reisoğlu**, Türk Hukukunda ve Uygulamasında Kefalet, Ankara, 1992, s.146).

⁶⁹ **Özen**, s. 264. Bu hükmün sonuçları ile şartın sonuçlarının aynı olmadığı hususunda bkz. aşağı. dpnt. 72.

⁷⁰ **Develioğlu**, s. 206.

⁷¹ Yargıtay HGK E. 1990/11-208, K. 1990/342, T. 30.5.1990: “Yine, aynı maddenin son cümlesi hükmüne göre de, aynı borca başka kişi veya kişilerin kefil olması şartı ile kefil olunması halinde bu kişi veya kişilerin kefaletlerinin gerçekleşmemesi durumunda bu şartla kefil olan kişinin kefalet sorumluluğundan kurtulacağı hükmü bağlanmış bulunmaktadır. O halde bu açıklamalara göre, her birlikte kefalette, kefillerden biri veya birkaçının imzasının bulunmaması halinde imzası bulunan kefilin kendiliğinden sorumluluktan kurtulmaması mümkün değildir. Sorumluluktan kurtulma, birlikte kefaletin diğer kişi veya kişilerin kefaletinin de kefil tarafından şart koşulması ve alacaklının da kefilin bu koşula kefalet ettiğini bilmesi ile mümkün olur. Bu konuda uyumsuzluk çıktığı takdirde ise, kefalet senedinin bu koşulla imzalandığının isbat yükümlülüğü de bu hususu ileri süren kefile ait olması gerekecektir.” (www.kazanci.com, 26 Aralık 2011). Kanaatimizce hükmün ifadesi “alacaklının vukufu bulunduğunu kabule mahal olan hallerde” iken Yargıtay’ın böyle bir yoruma gitmesi hatalı olmuştur.

⁷² Sözleşmenin şarta bağlanması için iki tarafın da açık veya zımnî rızası bulunması gerektiğini yukarıda işlem temelinin sübjektif unsuru bahsinde belirtmiştik. Oysa BK m. 488 c.3 bağlamında kefilin borçtan kurtulması için alacaklının kefilin söz konusu inancını bilebilir durumda olması yeterlidir, alacaklının bu durumu bilmesi veya onay vermesi gerekli değildir (**Grassinger**, Kefilin Savunma İmkanları, s.175; **Reisoğlu**, Uygulamada Kefalet, s.145; **Özen**, s. 275). İki durum sonuçları bakımından da farklıdır: şartın gerçekleşmemesi halinde kefalet sözleşmesi hüküm doğurmazken kefilin hükümdeki şekilde saik hatasına düşmesi halinde borcundan kurtulması söz konusu olacaktır (**Grassinger**, Kefilin Savunma İmkanları, s. 175.)

bu hükümdeki “şart” ifadesinin tamamen hatalı olduğunu söylemektedir⁷³. Kanaatimizce, BK m. 488/c.3 ile kanun koyucu adi bir saike özel bir sonuç bağlamış, bu inancı işlem temeli katına çıkarmıştır⁷⁴. Gerçekten de normal şartlar altında ne temel hatası ne de işlem temelini çökmesi kavramları ile açıklanabilecek bir durum kanunî düzenleme sonucu hukuk düzeni tarafından dikkate alınır hale gelmiştir⁷⁵.

Bu maddeyi karşılayan yeni TBK m. 587/3 hükmü ise şu şekilde düzenlenmiştir:

“Alacaklı, kefilin aynı alacak için başka kişilerin de kefil olduğunu veya olacağını varsayarak kefalet ettiğini biliyor veya bilmesi gerekiyorsa, bu varsayımın sonradan gerçekleşmemesi veya kefillerden birinin alacaklı tarafından kefalet borcundan kurtarılması ya da kefaletinin hükümsüz olduğuna karar verilmesi durumunda kefil, kefalet borcundan kurtulur.”

Görüldüğü üzere yeni metinde “şart” kelimesi çıkarılmıştır ve kefilin “varsayım”ından bahsedilmektedir. Kanun koyucunun bu seçiminin bilinçli olduğunu, kefilin bu tasavvurunun şart niteliğinde olmadığını fakat özel olarak işlem temeli seviyesine yükseltildiğinin vurgulandığı kanaatindeyiz. Bu durumda kefilin başka kişilerin de kefil “olduğuna” ilişkin varsayımının boşa çıkması temel hatası gibi, başka kişilerin de kefil “olacağına” ilişkin varsayımının boşa çıkması ise işlem temelini çökmesi gibi değerlendirilecektir. BK m.488/c.son’da da var olan bu düzenleme yeni hükmün lafızıyla daha açık hale getirilmiştir. Ancak *Grassinger*’in de belirttiği üzere, hükmün aradığı şartlar, işlem temelini çökmesi teorisinde aranan şartlardan önemli bir farkla ayrılmaktadır: kefilin kefalet sözleşmesinden doğan taahhüdünü yerine getirmesinin kendisinden beklenemeyecek kadar ağırlaşması şartı aranmamıştır⁷⁶. Fakat tıpkı işlem temelini çökmesi teorisinde olduğu gibi kefilin geleceğe yönelik tasavvurunun gerçekleşmemesinde kendi kusuru var ise artık kefil bu hükme dayanamayacaktır⁷⁷.

Bu aşamada belirtelim ki, yeni kanunumuz bir yönden eksik kalmaktadır. Yeni kanunda da tıpkı 818 sayılı Borçlar Kanununda olduğu gibi yaptırım

⁷³ **Reisoğlu**, Uygulamada Kefalet, s. 141. Nitekim kaynak İBK’nın Fransızca metninde yer alan ve şart anlamına gelen “condition” kelimesi 1941’de yapılan kefalet revizyonu ile hükümden çıkarılmıştır.

⁷⁴ Bu hüküm ile ulaşılan sonuca Alman hukukunda işlem temelini çökmesi teorisi ile ulaşıldığı yönündeki Alman Federal Mahkemesi kararının (WM 1994, 1064-1068) özeti için bkz. **Özen**, s. 264, dpnt. 707.

⁷⁵ **Grassinger**, Sempozyum, s. 307.

⁷⁶ **Grassinger**, Sempozyum, s.307.

⁷⁷ **Grassinger**, Sempozyum, s.307. Bununla beraber yazara göre aynı şekilde kefilin geçmişe yönelik yanılışı da kendi hatasından kaynaklanıyor ise hüküm uygulama alanı bulmayacaktır. Yazarın haklı olarak belirttiği üzere hüküm bu yönü ile temel hatasından ayrılmaktadır. BK m. 24 vd.ndaki temel hatası hükümlerine göre yanılanın kusuru sözleşmeyi iptal hakkını ortadan kaldırmayacak fakat yanılan için karşı tarafın zararını karşılama yükümlülüğü doğacaktır.

olarak kefilin borcundan kurtulması öngörülmüştür⁷⁸. Öğretide bu yaptırımın çok ağır olduğu kabul edilmektedir⁷⁹. Oysa kaynak hüküm İBK m. 497/3'te 1941 kefalet revizyonu esnasında yapılan bir değişiklikle diğer birlikte kefilin kefalet sözleşmesinin hükümsüz ilan edilmesi halinde hakim, hakkaniyet gerektiriyorsa, kefil borcundan tamamen kurtarmayarak kefilin borcunda belli oranda indirime gidebileceği öngörülmüştür. Böylece kefilin gereğinden fazla korunması önlenerek alacaklının menfaati korunmuştur⁸⁰. Bu değişiklik ile hüküm kanunî bir uyarılama hükmü niteliğine bürünmüştür. TBK m. 587/3 hükmünün de bu yönde tesis edilmesi *de lege ferenda* isabetli ve hükmün geri kalanı ile tutarlı olurdu⁸¹.

Ayrıca belirtmek gerekir ki, gerek BK m. 488 c.son gerekse TBK m.587/3 sadece birlikte kefalet hali için uygulama alanı bulacak, diğer kişisel teminat türlerinde uygulanamayacaktır⁸². Örneğin aynı borç hususunda başkalarının da garanti vereceğini düşünerek garanti veren bir kişi bu hükmün koruma alanına girmez⁸³. Keza kefilin bir kefile kefil olduğu inancıyla veya alacaklıya

⁷⁸ Buna karşın Yarg.19. HD T. 28.03.2003 E. 2001/6979, K. 2002/2287 sayılı kararında kefilin başka kefilin varlığına olan güveninin boşa çıkması sonucunda borcundan tamamen kurtulması değil rücu kabiliyetini yitirdiği oranda kısmen kurtulması öngörülmüş, bir nevi uyarılama gerçekleştirilmiştir: "*Davalı banka ile dava dışı Mehmet Yaşar K. arasında akdedilen 5.3.1998 tarihli kredi sözleşmesinde Naci A. ve Halil İbrahim A. kefil olarak yer almışlardır. Davacı kendinden önceki kefil Naci A.'ın imzaya itirazı üzerine bu kefilin sözleşme konusu borçtan sorumlu tutulmadığını, bu kefaletle güvenererek kefil olduğu için kefaletten dolayı sorumluluğu bulunmadığını ileri sürerek menfi tespit davası açmıştır. Banka kredi sözleşmesine kefil Naci A.'ın imzasını alırken, gerekli dikkat ve özeni göstermeyerek, diğer kefil Halil İbrahim A.'ın bu kefile 1/2 oranında rücu etmesini önlemiştir. Bu nedenle, rücu edebileceği nispetten davacı kefilin borçtan dolayı sorumlu tutulmaması gerekir. Mahkemece bu yön gözetilmeden davanın reddinde isabet görülmüştür.*" Ancak karşı oy yazısında kefilin BK m.488c.3 uyarınca sorumluluktan tamamen kurtulması gerektiği vurgulanmıştır: "*Bu haller, davacının kefaletinin aynı borca Naci A.'ın da kefalet etmesi şartıyla vâki olduğuna alacaklının vukufu bulunduğunu kabule mahal olan hallerdendir. Kefillerden Naci A.'ın imzasının sahte olduğu saptanmış ve böylece birlikte kefalet şartı gerçekleşmemiştir. O halde B.K.nun 488/3.maddesi gereğince kanun koyucunun gayesi de göz önünde tutulduğunda davacı kefilin sorumluluktan tamamen kurtulduğunun kabulü gerekir. Hükmün bu gerekçeyle bozulması gerektiği kanaatinde olduğumdan sayın çoğunluğun bozma gerekçesine katılmıyorum.*" (www.kazanci.com, 26 Aralık 2011). Bu karar için ayrıca bkz. **Özen**, s. 270, dpnt. 717.

⁷⁹ **Reisoğlu**, Uygulamada Kefalet, s.148; **Develioğlu**, s. 208.

⁸⁰ **Grassinger**, Kefilin Savunma İmkanları, s.172.

⁸¹ **Grassinger**, Sempozyum, s. 307-308.

⁸² Birlikte kefaletten kasıt müteselsil birlikte kefalet ve adi birlikte kefalettir. Buna karşılık gerçek olmayan birlikte kefalette kefilin bu hükümden yararlanması mümkün değildir (**Reisoğlu**, Uygulamada Kefalet, s. 142; **Grassinger**, Sempozyum, s. 305).

⁸³ **Reisoğlu**, Uygulamada Kefalet, s. 142; **Grassinger**, Kefilin Savunma İmkanları, s. 173; **Özen**, s. 272. Aksi yönde bkz. **Develioğlu**, s. 209. Yazar garanti sözleşmesi bakımından aksi görüştedir. Gerçek kişilerin verdiği garantide kefaletle ilişkin özel hükümlerin (BK m. 488 c.3 ve ileride bahsedeceğimiz TBK m. 599/1) uygulanabileceği kanaatinde-dir. Yazar bu görüşe gerekçe olarak anılan maddelerin kefaletin fer'i özelliği ile ilgili olmamasını, zayıf taraf olan kefilin korumaya yönelik olmasını göstermektedir. Yazara

bir rehin verileceği düşüncesiyle sözleşme yaptığı hallerin de bu hükmün uygulama alanına girmeyeceği ifade edilmektedir⁸⁴. Ancak Yargıtay 1959 tarihli bir kararında maddenin, kefilî göz önünde tutarak ipotek veren kimseler için dahi uygulanabileceğini söyleyerek hükmün alanını oldukça genişletmiştir. Bu karar öğretide eleştirilmektedir⁸⁵.

Son olarak ifade edelim ki 818 sayılı Borçlar Kanunu, İsviçre Borçlar Kanunu'ndan farklı olarak m. 488/c.son'un emredici olduğuna dair herhangi bir hüküm getirmemişti. Bu durumda kefilin kefaletin akdedildiği esnada alacaklı ile anlaşarak BK m. 488/c.son'da kendisine tanınmış savunma imkânından feragat edebileceği ifade ediliyordu⁸⁶. Ne var ki TBK m. 582/son hükmünde, İBK m. 492'ye paralel olarak, “kanundan aksi anlaşılmadıkça kefil, bu bölümde kendisine tanınan haklardan önceden feragat edemez” denmiştir. Buradan kefilî koruyucu nitelikte olan TBK m. 587/3 hükmünün emredici nitelikte olduğu sonucuna varmak gerekir. Bu durumda kefil sözleşmenin akdedildiği esnada alacaklı ile anlaşarak söz konusu savunma imkanını ileri sürmekten feragat edemeyecektir.

b. Kefaletten Dönmeye İlişkin Yeni Bir Hüküm: TBK m.599/1 (İBK m.510/1)

Asıl borçlunun mali durumunun işlem temeli oluşturup oluşturmayacağı meselesi konumuzun en tartışmalı hususlarından birini oluştururken kanun koyucu, İBK m. 510/1 hükmünden hareket ederek, TBK m. 599/1 ile asıl borçlunun mali durumunu belirli şartlar dâhilinde işlem temeli katına çıkaran özel bir hüküm getirmiştir⁸⁷:

“Gelecekte doğacak bir borca kefalette, borçlunun borcun doğumundan önceki mali durumu, kefalet sözleşmesinin yapılmasından sonra önemli ölçüde bozulmuşsa veya mali durumunun, kefalet sırasında kefilin iyiniyetle varsaydığından çok daha kötü olduğu or-

göre gerçek kişi olan garanti verenlerin de korunması gerekir. Bununla beraber Develioğlu eserinin başka bir bölümünde (s. 439) garanti sözleşmesinin “öngörülemez” ve “olağanüstü” risklerin gerçekleşmesi halinde dahi alacağın garanti edilmesi için akdedildiğini, bu nedenle garanti verenin “*clausula rebus sic stantibus*”u ileri sürmeyeceğini ifade etmektedir. Buna göre yazar, “*clausula rebus sic stantibus*”un garanti sözleşmesi açısından uygulanmayacağını fakat “*clausula rebus sic stantibus*” ve daha genel anlamda uyarılmanın şartlarını karşılayabilecek nitelik ve yeterlilikte olmayan durumlara ilişkin kanun tarafından düzenlenen özel uyarılma hükümlerinin sadece garanti veren gerçek kişiler için dahi olsa kıyasen uygulanabileceğini ileri sürmektedir.

⁸⁴ Develioğlu, s. 209. Alman hukukunda kefilin, alacaklının rehin tesis edileceğini bildirmesi üzerine taahhüt altına girmesi halinde iyiniyet kurallarının devreye gireceği ve sorumluluğun buna göre tayin edileceği yönünde bir görüş bulunmaktadır. Buna göre alacaklı rehin tesis edilseydi kefiliden ne talep edebilecekse ona göre hesaplama yapılması gerekir. Reisoğlu bu görüşe katılmaktadır (Reisoğlu, Uygulamada Kefalet, s. 143).

⁸⁵ TD 18.5.1959 1959/610 1492 (Reisoğlu, Uygulamada Kefalet, s.143).

⁸⁶ Grassinger, Kefilin Savunma İmkanları, s.231.

⁸⁷ Serozan, 818 sayılı Borçlar Kanunu döneminde de İBK m. 510/1 hükmünün Türk hukukunda geçerli sayılması gerektiği düşüncesindedir (Rona Serozan, Sözleşmeden Dönme, Gözden Geçirilmiş 2. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2007, s. 130).

taya çıkmışsa, kefil alacaklıya yazılı bir bildirimde bulunarak, borç doğmadığı sürece her zaman kefalet sözleşmesinden dönebilir.

Kefil, alacaklının kefalete güvenmesi sebebiyle uğradığı zararı gidermekle yükümlüdür.”

Görüldüğü üzere bu hüküm ile BK m. 488/c.3'teki gibi kefilin borcundan kurtulması söz konusu değildir. Kefile bir dönme hakkı, yani bir nevi uyarlama hakkı, tanınmıştır. *Serozan* dönme hakkını “belirli, nitelikli olguların, ‘ifa engellerinin’ gerçekleşmesi üzerine ve salt bu nedenle kullanılabilen bir yetki” olarak nitelendirmektedir⁸⁸. Gerçekten de hükme göre kefilin kefaletten dönebilmesi için belirli ve nitelikli olguların oluşması gerekir: (i) lehine kefalet verilen asıl borç henüz doğmamış olmalı ve (ii) borçlunun mali durumu kefalet sözleşmesinin imzalanmasından sonra önemli ölçüde bozulmuş olmalı veya sözleşmenin imzalanması esnasında kefilin iyiniyetle varsaydığından çok daha kötü durumda olduğu ortaya çıkmalıdır. Bu önkoşulların bulunması halinde kanun koyucu asıl borçlunun mali durumunun işlem temeli katına çıkarılmasına olanak tanımaktadır. Böylece hata hükümlerine veya işlem temelinin çökmesine normal koşullar altında dayanamayacak olan kefil artık, yazılı şekilde yapacağı tek taraflı yenilik doğuran beyanıyla sözleşmeden dönebilecektir⁸⁹. Bu hükmün BK m. 82'deki genel kuralın kefalet sözleşmesi için özel olarak düzenlenmiş hali olduğunu söylemek mümkündür⁹⁰. Ancak unutmamak gerekir ki hükmün uygulama alanı gelecekteki borçlara verilen kefalet ile sınırlıdır ve dönme anında da bu borçların henüz doğmamış olması gerekir. Hükmün mefhum-u muhalifinden mevcut borçlara kefalette asıl borçlunun mali durumuna objektif önem atfedemeyeceğimiz anlaşılabilir. Bu hususu aşağıdaki başlıkta inceleyeceğiz.

Öte yandan kefilin TBK m. 599 kapsamında kefalet sözleşmesinden dönmesi halinde alacaklı bakımından birtakım olumsuz sonuçlar meydana gelmesi son derece olasıdır. Bu nedenle kaynak İBK m. 510/2 ile paralel olarak TBK m. 599/2'de kefilin alacaklının kefalete güvenmesi nedeniyle uğradığı zararı gidermekle yükümlü olduğu hüküm altına alınmıştır. *Ergüne* söz konusu hükmün olumsuz (menfi) zararın tazminine ilişkin bir düzenleme olduğunu⁹¹ ve genel hükümlerden farklı olarak (BK m. 108) tazminat sorumluluğunun yer değiştirdiğini ifade etmektedir. Kefilin sözleşmeden dönmesi halinde menfi zarar talebinde bulunacak olan, genel hükümlerin aksine, dönme hakkını kullanmış olan kefil değil, dönme beyanına muhatap olan alacaklı olacaktır⁹².

⁸⁸ **Serozan**, *Sözleşmeden Dönme*, s. 125. Görüldüğü üzere *Serozan*'ın vermiş olduğu dönme tanımı esasında içinde bir “*durum değişikliği*” hali barındırmaktadır. Bu durum değişikliği üzerine kefilin dönme suretiyle sözleşmeyi uyarlama hakkı doğar.

⁸⁹ Öğretide *Develioğlu*'nun kefaletle ilişkin özel hükümlerin gerçek kişilerin taahhüde girdiği garanti sözleşmelerine de uygulanabileceği yönündeki görüşüne yukarıda değinmiştik (bkz. yuk. dpnt. 83).

⁹⁰ **Serozan**, *Sözleşmeden Dönme*, s. 333.

⁹¹ Aynı yönde bkz. **Grassinger**, *Kefilin Savunma İmkanları*, s. 186.

⁹² **Mehmet Serkan Ergüne**, *Olumsuz Zarar*, Beta, İstanbul, 2008, s. 281. Yazar bu tazminat yükümlülüğünün kanunen tanınmış bir hakkın kullanılmasıyla ortaya çıktığını, dolayısıyla TBK m. 599/2'de alacaklının menfi zararının giderilmesini hedefleyen “*kusurdan bağımsız sebep sorumluluğu*”nun söz konusu olduğunu ifade etmektedir.

Belirtmek gerekir ki TBK m. 599/2’de tazminat değil de bir çeşit “*hakkaniyet bedeli*”nin öngörüldüğü de düşünülebilir. Şöyle ki sözleşmenin uyarlanması sonucu sözleşmeden dönen tarafın karşı tarafın maruz kaldığı zarara belirli bir ölçüde katılması gereği ortadadır. Zira sözleşmenin uyarlanmasının temelinde bir risk paylaşımı düşüncesi yattığına göre dönme halinde karşı tarafın zararının da paylaşılması tutarlı olacaktır⁹³. Kuşkusuz bu paylaşım sözleşmeden dönen tarafın karşı tarafa bir bedel ödemesi yoluyla olacaktır. Öğretide *Serozan* ve *Baysal* tarafından “*hakkaniyet ödencesi/hakkaniyet bedeli*” olarak adlandırılan ve sözleşmenin uyarlanması kapsamında dönme hakkını kullanan tarafın karşı tarafa ödeyeceği bu para bir zarar tazmini niteliğinde olmayıp riski paylaşma ve menfaatlerin denkleştirilmesi esasına dayanmaktadır⁹⁴. Burada kusurlu sözleşmeye aykırılıktan doğan zararın tazmini söz konusu değildir⁹⁵. Sözleşmenin uyarlanması kapsamında dönme hakkını kullanan taraf karşı tarafın zararına belirli bir oranda katılmaktadır⁹⁶. TBK m. 599/1’in kanunda düzenlenmiş bir uyarlama hükmü olduğu kabul edilirse buna paralel olarak maddenin ikinci fıkrasının da hakkaniyet bedeline ilişkin özel bir düzenleme olduğu söylenebilecektir. Bir diğer ifadeyle, TBK m. 599/1’e dayanarak sözleşmeden dönen kefilin alacaklıya ödeyeceği bedeli, sözleşmenin uyarlanması kapsamında değerlendirilen hakkaniyet bedelinin özel bir görünümü olarak değerlendirmek kanaatimizce mümkündür⁹⁷.

3. Kefalet ve Garanti Sözleşmelerinde Özel Risk Paylaşımı Hükümleri Dışında Kalan Haller

a. Asıl Borçlunun Ödeme Gücünü Kaybetmesi

Kefalet sözleşmesinde kefilin işlem temelini çöktüğünü iddia edemeyeceği prensip olarak kabul edilmekte, iddia edebileceği hallerin istisnai olduğu ifade edilmektedir⁹⁸. Asıl borçlunun ödeme gücünü kaybetmesinin işlem teme-

(**Ergüne**, s. 281). Bununla birlikte *Ergüne* kefile yüklenen bu menfi zarardan sorumluluğun sınırlı bir içeriğe sahip olduğunu da eklemektedir. Buna göre, alacaklı yalnızca kefilin kefalet sözleşmesinden dönmesi sonucu oluşan fiili zararını talep edebilecek, başka sözleşme yapma fırsatını kaçırmamasından kaynaklanan zararları (yoksun kalınan kârı) kefiliden talep edemeyecektir. Buna ilaveten kefilin menfi zarardan sorumluluğunun üst sınırını kefalet sözleşmesindeki miktar oluşturacak, bir başka ifadeyle menfi zarar talebi ifa menfaatini aşamayacaktır. Ayrıntılar için bkz. **Ergüne**, s. 282-283.

⁹³ **Baysal**, s. 264.

⁹⁴ **Serozan**, Dönme, s. 354-355; **Baysal**, s. 264.

⁹⁵ **Baysal**, s. 263-264. Hakkaniyet bedeli olarak ödenecek olan para karşı tarafın sözleşmenin ifa edileceğine güvenerek yapmış olduğu masrafları karşılayacak, buna karşın bir güven zararının giderimi söz konusu olmadığı için edimin yerine getirileceğine güvenerek kaçırılmış bulunan fırsatlar ve kazançlar buna dahil edilmeyecektir (**Serozan**, Dönme, s. 355).

⁹⁶ **Serozan**, Dönme, s. 354-355.

⁹⁷ Esasen, *Ergüne* de hükümler kefil için bir olumsuz (menfi) zarar tazmininin öngörüldüğünü ifade etmekle beraber, bu tazmin yükümlülüğünün sonradan ortaya çıkan veya varlığı sonradan anlaşılan rizikoların taraflar arasında hakkaniyete uygun bir şekilde dağıtılmasını dolaylı olarak sağladığını ifade etmektedir. (**Ergüne**, s. 282)

⁹⁸ **Özen**, s. 211.

lini çökerten istisnai durumlardan biri olup olmadığı tartışılmaktadır. Bu tartışma aslında kefilin mi yoksa teminatın güvenilirliğinin mi korunacağı konusunda bir seçim yapmak meselesidir.

Öğretide kabul edildiği üzere, kefilin üstleneceği riski belirlemek açısından kefalet sözleşmesi kurulmadan önce bizzat başta asıl borçlunun ödeme gücü olmak üzere kendisi açısından önemli olan tüm diğer hususlarda araştırma yapması gerekir⁹⁹. Bu durum karşısında ve kefaletin ana işlevinin üçüncü kişinin borcuna teminat vermek olduğu düşünüldüğünde, kanaatimizce kefilin, asıl borçlunun ödeme gücünü kaybetmesinin işlem temelini çöktüğünü ve artık kendisinden kefaletten doğan borcunu ifa etmesinin beklenemeyeceğini ileri sürmesi iş hayatındaki dürüstlük kurallarıyla bağdaşmaz¹⁰⁰. Asıl borçlunun ödeme gücü işlem temelini oluşturmaz. Asıl borçlunun ödeme gücünü kaybetmesi sözleşmenin kapsamına dâhil olarak yüklenilmiş bir risktir¹⁰¹. Nitekim alacaklı borçlunun ödeme kabiliyetine güvenmediğinden ve mali durumunun borcu ödemeye yetmeyeceğinden şüphe duyduğu için teminat istemektedir. Kefalet sözleşmesinin özelliği de asıl borçlunun borcu ifa edememesi, ödeme güçlüğüne düşmesi hallerine ilişkin teminat sağlamaktır¹⁰². Kefalet sözleşmesi her zaman asıl borcun vadede ödenmemesi riskini içerir¹⁰³. Kaldı ki kefil alacaklıya karşı asıl borçlunun ödeme gücü olmasına rağmen kusurlu olarak ifade bulunmaması riskini bile teminat altına almışken asıl borçlunun ödeme gücünü kaybetmesinden ötürü ifade bulunamamasından doğan riski üstlendiğinin evleviyetle kabulü gerekir¹⁰⁴.

⁹⁹ **Grassinger**, Kefilin Savunma İmkanları, s. 88. Ayrıca bkz. **Tülay Aydın/Birce Arslandoğan-Kurşuncu**, “Borçlunun Mali Durumunun Kefilin Konumuna Etkisi”, Prof. Dr. Yavuz Alangoaya İçin Armağan, Alkim, İstanbul, 2007, s. 641, dpnt. 3. Alacaklının kefile açıklama yükümlülüğünün bulunmadığı kabul edilmektedir. Ancak İsviçre Federal Mahkemesi kararına göre alacaklı kendi iradesiyle açıklamada bulunuyorsa gerçeğe uygun olmalıdır. Ayrıca kefil asıl borçlu hakkında bilgi talep etmişse alacaklının gerçeği söylemesi gerekir. Aksi hallerde hile söz konusu olacaktır (BGE 59 II 242, BGE 64 II 209, 213 için bkz. **Aydın/Arslandoğan-Kurşuncu**, s. 653-654).

¹⁰⁰ **Aydın/Arslandoğan-Kurşuncu**, s. 661; **Grassinger**, Kefilin Savunma İmkanları, s. 181. Son yazar somut olaya göre çok istisnai bazı hallerde asıl borçlunun ödeme gücünün kefil açısından işlem temelini oluşturabileceğini teorik olarak kabul etmektedir.

¹⁰¹ Karz akdinde ödünç alanın aciz haline düşmesi durumunda ödünç verenin sözleşme konusu şeyi teslimden kaçınabileceğine dair BK m. 310 hükmünün kefalet akdine kıyasen uygulanamayacağı yönündeki açıklamalar için bkz. **Aydın/Arslandoğan-Kurşuncu**, s. 661 vd.

¹⁰² **Grassinger**, Kefilin Savunma İmkanları, s. 52.

¹⁰³ **Aydın/Arslandoğan-Kurşuncu**, s. 650.

¹⁰⁴ **Kaplan**, s. 129. **Aydın/Arslandoğan-Kurşuncu**, s. 660. İsviçre Federal Mahkemesi konuyla ilgili 1971 tarihli bir kararında asıl borçlunun ödeme gücüne ilişkin yanılığının saik hatası oluşturmayacağına karar vermiştir. Mahkemeye göre hataya düşülen şey iyiniyet kuralları çerçevesinde ve ticari hayatın doğrularına göre sözleşmenin esaslı noktalarından biri sayılmalıdır. Tarafların sözleşmenin bazı şartları üzerinde hiç konuşmadan “öyle olduklarını” varsaydıkları durumlar olabilir. Söz konusu durumların sözleşmenin objektif amacına göre *conditio sine qua non* olması gerekir. Kefalet sözleşmesi bir tür riziko üstlenme sözleşmesidir. Üstlenilen riziko asıl borçlunun borcunu ödeyememesidir. Bu riziko dikkate alındığında kefilin asıl borçlunun ödeme gücüne

Keza garanti sözleşmesinin bağımsızlığı göz önüne alındığında yukarıdaki görüşümüzün bu sözleşme açısından da kabulü gerekir. Zira garanti sözleşmesi kefalet gibi fer'i değil asli borç doğuran bir sözleşmedir. Üstelik garanti verenin üzerine aldığı riskin kapsamı kefilinkine nazaran çok daha geniştir¹⁰⁵. Garanti veren sözleşmenin geçersiz olması riskini dahi üstleniyorsa, asıl borçlunun ödeme gücünü kaybetmesi riskini de üstlendiğini evleviyetle söyleyebiliriz. Nitekim *Develioğlu* da borçlunun ödeme güçlüğüünün garanti sözleşmeleri açısından esaslı bir hata olarak kabulünün mümkün olmadığını ifade etmektedir¹⁰⁶.

Banka teminat mektupları da garanti sözleşmelerinin bir türü olarak kabul edilmektedir¹⁰⁷. Bunlarla da bağımsız ve asli bir borç üstlenilmektedir. Dahası uygulamada genellikle teminat mektubu veren banka alacaklıya karşı ilk talepte, derhal ve kayıtsız şartsız ödeme taahhüdü altına girmektedir¹⁰⁸. Dolayısıyla üstlenilen risk en üst seviyededir. *Reisoğlu* mücbir sebep, kaza hali, beklenmeyen hal, lehtarın ölümü, ifa imkânsızlığı gibi asıl borç ilişkisinden kaynaklanan savunmaların banka tarafından ileri sürülemeyeceğini açıkça belirtmektedir. Lehtarın iflasının/ödemelerini tatil etmesinin de ileri sürülemez savunmalardan olduğu hususuna özellikle dikkat çekmiştir¹⁰⁹. Dolayısıyla lehtarın ödeme gücünü kaybetmesi banka tarafından ileri sürülebilecek bir husus değildir. Ticari hayatın işleyişi de buna müsaade etmez.

b. Kefalet ve Garanti Sözleşmesinden Doğan Tazminat Borcunun Yabancı Para ile Tayin Edilmiş Olması

Prensip olarak kefilin giriştiği sözleşmenin risklerini de hesap etmesi gerektiğini ve asıl borcun ifa edilmemiş olmasından sorumlu olmayı göze alarak yükümlülük altına girdiğinin kabulü gerektiğini tespit etmiş bulunmaktayız. Bununla beraber bazı durumlarda meydana gelen, kefilin bile öngörmesi beklenmeyen durum değişikliği neticesinde kefilin gelecekte gerçekleşmeyeceğine güvendiği veya gerçekleşeceğini dürüstlük kuralı uyarınca hesaba katmasının gerekmediği birtakım durumlar ortaya çıkabilir. Bu durumlar neticesinde artık tazminat borcunun yerine getirilmesi kefil için katlanılmaz hale gelebilir.

Gerek 818 sayılı Borçlar Kanunu'nda gerek Türk Borçlar Kanunu'nda kefaletin Türk parası üzerinden kurulması zorunluluğu bulunmamaktadır. Dolayısıyla yabancı para üzerinden kefalet kurulması mümkündür. Kanaatimizce kefilin sorumlu olduğu miktarın yabancı para olarak kararlaştırıldığı hallerde, öngörülmesi mümkün olmayan ani bir devalüasyon nedeniyle para

ilişkin varsayımı tarafların üzerinde konuşmadan “öyle olduğunu” varsaydığı hususlardan biri olarak kabul edilemeyecektir (SJZ 67 22 için bkz. **Aydın/Arslandoğan-Kurşuncu**, s. 651 vd.).

¹⁰⁵ Esasen garanti sözleşmesini kefaletten ayırın en önemli farklardan biri de garanti verenin üstlendiği risklerin kapsamıdır. Garanti veren tarafından temin edilen riskler hakkında daha ayrıntılı bilgi için bkz. **Develioğlu**, s. 82-89

¹⁰⁶ **Develioğlu**, s. 204.

¹⁰⁷ **Reisoğlu**, Banka Teminat Mektupları, s. 10.

¹⁰⁸ **Reisoğlu**, Banka Teminat Mektupları, s. 33.

¹⁰⁹ **Reisoğlu**, Banka Teminat Mektupları, s. 32.

değerinin düşmesi ve kefilin borcunun aşırı derecede artması halinde artık kefiliden borcun ifası beklenemez¹¹⁰. Böyle bir halde işlem temelinin kefil açısından çöktüğü, kefil için aşırı ifa güçlüğü olduğu kabul edilecek ve uyarılama imkânı doğacaktır¹¹¹. Nitekim “*Aşırı İfa Güçlüğü*” başlıklı TBK m.138/2’de, “*bu madde hükmü yabancı para borçlarında da uygulanır*”¹¹² denilerek borcun yabancı para üzerinden belirlendiği hallerde aşırı ifa güçlüğü’nün gündeme gelebileceği teyit edilmiştir.

Yargıtay özellikle kira sözleşmeleri ile ilgili pek çok kararında ekonomik krizi ve tahmin edilebilir devalüasyonları işlem temelinin çökmesi saymamakla birlikte ülke şartlarında tahmin edilenin çok üstünde ani bir devalüasyon gerçekleşmesini işlem temelinin çökmesi olarak kabul etmiştir¹¹³. Kanaatimizce kefalet sözleşmesi için de bu çözümün benimsenmemesi için hiçbir neden yoktur. Tabii ki her somut olay için ayrı bir değerlendirme yapılacak ve işlem temelinin çökmesi şartlarının gerçekleşip gerçekleşmediğine bakılacaktır. Burada dikkat edilmesi gereken husus paranın değer kaybına uğramasının iş hayatındaki dürüstlük kuralları uyarınca kefilin kefalet akdinin niteliği gereği üstlendiği risk kapsamında kabul edilip edilemeyeceğidir. Örneğin sabit yüksek enflasyon hızı olan bir ülkede paranın değeri sürekli azalmaktaysa da bu

¹¹⁰ **Grassinger**, Kefilin Savunma İmkanları, s. 181-183.

¹¹¹ **Özen**, s. 212. *Arat* kefilin aşırı ifa güçlüğüne düşmesini kabul etmekte ve BK m. 503 b.3 hükmünü örnek vermektedir. Yazar BK m. 503 b.3 hükmünün kefilin mali durumunun sonradan bozulması haline ilişkin olduğunu ve bu durumda kefilin aşırı ifa güçlüğü yaşadığını ifade etmektedir (**Arat**, s. 118). Ne var ki, BK m. 503 b.3 (TBK m. 595 b.3)’te kefilin değil, asıl borçlunun mali durumunun bozulmasından bahsedilmektedir. Hükmün konuluş amacı da esasen rücu hakkı bakımından kefilin durumunu sağlamlaştırmaktır. Dolayısıyla yazarın ifade ettiği şekilde BK m. 503 b.3’ten hareketle kefil için aşırı ifa güçlüğü’nün söz konusu olabileceği sonucuna varmak isabetli değildir.

¹¹² İlgili hüküm TBMM genel kurulunun 11.01.2011 tarihli oturumunda 138. maddeye ilişkin sunulan önerenin kabul edilmesiyle metne son fikra olarak eklenmiştir. Hükmün gerekçesinde, tasarısı ve komisyon raporu gerekçeleri doğrultusunda hükmün ülke parası dışındaki borçlara da teşmilinin amaçlandığı ifade edilmiştir.

¹¹³ Yarg. HGK E. 2003/13-332, K. 2003/340, T. 7.5.2003 “...ekonomideki ani bozulma (kriz) ve buna bağlı olarak döviz fiyatlarında meydana gelen şok patlamalar karşısında, sözleşmedeki denge davacı kiracı aleyhine katlanılmayacak derecede bozulabilir ve kiracı beklemediği, hiç hesaba katmadığı böyle bir sonuçla borçlarını ödemeyecek duruma girebilir. O nedenle uygunmazlığın çözümünde, sözleşmenin temel edimi olan ve taraflarca başlangıçta kabul edilmiş döviz fiyatlarındaki normal artışlar dışında, sözleşmenin inka-dından sonra 2001 yılı Şubat ayında yaşanan ekonomik kriz nedeniyle işlem temelinin çöküp çökmediğinin araştırılması ve aydınlığa kavuşturulması zorunlu olmaktadır. Hemen belirtelim ki, beklenilmeyen olağan dışı sonuçları önceden tahmin edilemeyen, ekonomik krizden dolayı kiralayanın bir gün içinde sözleşme dışı nedensiz zenginleşmesi ve yarar sağlaması M.K. md 2/1 hükmünce asla haklı görülemez. Ve tarafların sözleşmede eşit hak sahibi olmaları ilkesine de aykırı olup; dahası somut adalet duygularını da zedeler. Nitekim dairemizin sapma göstermeyen oturmuş, Yargıtay Hukuk Genel Kurulunca ve öğretide de tasvip gören kararlarıyla, enflasyon olgusuna dayanarak kiralayanların açtıkları kira bedelinin yeni şartlara uyarlanması davaları mesmu kabul edilmiştir. (Bkz. Yargıtay 13. HD. 14.2.1990, 5697/8708 ve 21.11.1991, 8374-10619, HGK 1992/13-360 E, 1992/425 K, 1.7.1992 T.)” (www.kazanci.com, 26 Aralık 2011).

azalma hesaplanabilir nitelikte olacaktır¹¹⁴. Kefilin sorumluluk miktarının ileride artacağını öngöremediğini söylemek mümkün olmaz. Borçlunun tacir olup olmaması da somut olay değerlendirmesinde etkili olacaktır. Yargıtay da uyarlama davalarında borçlunun tacir olup olmamasını dikkate almaktadır¹¹⁵.

Meseleye farklı bir açıdan yaklaşarak da aynı sonuca varmak mümkündür. Kefaletin geçerliliği BK m. 484 ile yazılı şekle bağlanmıştır. Hüküm sözleşmede kefalet miktarının belirlenmesini de bir geçerlilik şartı olarak öngörmüştür. Aynı kural TBK m. 583'te de tekrarlanmıştır. Hatta ek şekil şartı olarak kefilin sorumlu olacağı azamî miktarın el yazısıyla yazılması gerektiği belirtilmiştir. Kefilin böylece sorumlu olduğu miktarı öngörebilmesi ve sözleşmeyi düşünerek imzalaması amaçlanmıştır¹¹⁶. Amacın bu olduğu düşünüldüğünde kefilin azamî miktarı yabancı para üzerinden belirlenen borcunun ani devalüasyon sonucu aşırı bir artışa uğraması sonucu hükmün amacına ulaşması kanaatimizce mümkün olamayacaktır¹¹⁷. Bu durumda kefil sorumlu olacağı azamî miktarı kefil olduğu esnada hesaplama olanağına sahip olamamıştır. Öğretide kefilin kefalet kurulduğu anda öngörebileceği, olağan döviz değer artışı oranında sorumlu tutulacağı, beklenenin üstündeki değer artışının kefilin taahhüdü dışında kaldığı kabul edilmektedir¹¹⁸. Burada bir nevi kısmi hükümsüzlük söz konusudur.

Garanti sözleşmesi açısından da aynı sonucun benimsenip benimsenmeyeceği tartışılabilir. Öğretide *Develioğlu* "garanti veren tarafından üstlenilen ekonomik risk üzerindeki hataları" temel hatası olarak kabul etmemektedir¹¹⁹. Yazarın bu görüşünü dikkate aldığımızda Türk parasındaki değer oynamaları garanti veren tarafından üstlenilen ekonomik risk kapsamında olduğundan paradaki değer kaybının işlem temelini çökertmeyeceği sonucuna varılabilir. İsviçre Federal Mahkemesi de garanti verenin mücbir sebep nedeniyle dahi borcundan kurtulmasını kabul etmemektedir¹²⁰. Bu durumda işlem temelinin çökmesinin de evleviyetle kabul edilemeyeceği söylenebilir. Ancak kanaatimizce bu sonucun benimsenmesi kimi hallerde hakkaniyete uygun olmayacaktır. Özellikle gerçek kişilerin akdettiği garanti sözleşmelerinde yabancı para üzerinden bir üst sınır öngörüldüğü hallerde, ani devalüasyon sonucu bu sınırın

¹¹⁴ **Seza Reisoğlu**, Yabancı Para Üzerinden Taahhüt Altına Girilmesi ve Hukuki Sonuçları, Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, C. XIII, sa. 3-4, Ankara, 1986, s.150.

¹¹⁵ Yarg. HGK E. 2003/13-599, K. 2003/599, T. 15.10.2003 "Davacı tacirin ekonomik krizin işaretlerinin belli olduğu bir dönemde, Şubat 2001 krizinden bir ay önce taşınmazda kiracı olarak oturmakta iken üstelik bir müzayaka olmadan yabancı para üzerinden kira sözleşmesi yapması, basiretli bir tacir olarak davranmadığını göstermektedir. Bu itibarla tacir olan davacı yönünden, uyarlamanın temel koşullarından biri olan "Sonradan ortaya çıkan olguların tahmin edilemez nitelikte olması veya olgular tahmin edilebilmekle birlikte, bunların sonuçlarının somut olaya etkilerinin bu derecede ağır olabileceğinin öngörülemediği" unsuru gerçekleşmemiştir." (www.kazanci.com, 22 Mayıs 2011)

¹¹⁶ **Reisoğlu**, Uygulamada Kefalet, s. 56; **Özen**, s. 212.

¹¹⁷ **Grassinger**, Kefilin Savunma İmkanları, s. 182.

¹¹⁸ **Reisoğlu**, Uygulamada Kefalet, s. 58; **Reisoğlu**, Yabancı Para, s. 150.

¹¹⁹ **Develioğlu**, s. 204.

¹²⁰ **Develioğlu**, s. 346, dpnt.1318'in atfıyla bkz. ATF 46 II 157, 162 vd., g.6 (JT1920 I 489, 494).

değeri beklenmedik şekilde yükselirse garanti sözleşmesi açısından işlem temelinin çökmesi söz konusu olabilir. Nitekim Türk Borçlar Kanunu sisteminde gerçek kişilerce verilen garantilerde mutlaka bir üst sınır belirlenmesi gerekmektedir. TBK m. 603 hükmünden anlaşıldığı üzere gerçek kişilerin teminat vermesine ilişkin başka ad altında yapılan diğer sözleşmeler de kefalet sözleşmeleri ile aynı şekilde tabi tutulmuştur.¹²¹ Bu demektir ki kanun koyucu gerçek kişi garanti verenin de teminat verdiği üst meblağı öngörebilmesini hedeflemektedir. Bu yeni hüküm görüşümüzü doğrular niteliktedir.

c. Kefalet ve Garanti Sözleşmelerinde Sözleşme İle İzlenen Amacın Boşa Çıkması

Daha önce de ifade ettiğimiz gibi, işlem temelinin çökmesi sözleşme ile izlenen amacın boşa çıkması halinde de söz konusu olabilir¹²². Ancak kefalet ve garanti sözleşmelerinde bu tür işlem temelinin çökmesi mümkün olabilecek midir? *Baysal* kefalet sözleşmesi için buna olumlu yaklaşmakta ve kefalet sözleşmesinde kefilin borcunun anlamsızlaşmasının söz konusu olabileceğini ifade etmektedir¹²³.

Sözleşme ile izlenen amacın boşa çıkması halinde edimin ifası hala mümkündür ancak sözleşme taraflarının sözleşme ile gerçekleştirmeyi düşündükleri amaç gerçekleşmemektedir¹²⁴. Hemen belirtelim ki, sözleşme ile izlenen bu amaç sözleşmenin içeriğine dâhil değildir¹²⁵. Sözleşme ile izlenen amacın boşa çıkmasına ilişkin verilen örneklerde sözleşmenin içeriğine dâhil olmayan amacın önemli nitelikte olduğu görülür ve bu amaç işlem temeli teşkil eder. İzlenen amacın gerçekleşmemesi durumunda edim borçlusunun edimini ifa etmesi kendisi açısından çekilmez bir hal alır ve objektif bir değerlendirme yapıldığında da hakkaniyete aykırı bir durumun varlığı gözlenir. Söz gelimi önemli bir töreni izlemek için tören alanını gören balkonun kiralanmasında, töreni izlemek sözleşmenin içeriğine dâhil olmayan ancak sözleşmenin kurulmasında önemli rol oynayan bir amaçtır¹²⁶. Törenin meydana gelen bir durum değişikliği neticesinde gerçekleşmemesi kuşkusuz sözleşme ile izlenen amacı boşa çıkaracaktır. Bu halde kira sözleşmesinin ifası töreni izlemek amacıyla hareket eden (ki bu durum alacaklı tarafından da bilinebilecek durumdadır) borçlu için çekilemez bir hal olacaktır. Objektif bir değerlendirme yapıldığında da borçlunun edimini ifası hakkaniyetle bağdaşmayacaktır. Kefalet sözleşme-

¹²¹ TBK m. 603'e göre "Kefaletin şekline, kefil olma ehliyetine ve eşin rızasına ilişkin hükümler, gerçek kişilerce, kişisel güvence verilmesine ilişkin olarak başka ad altında diğer sözleşmelere de uygulanır."

¹²² TBK m. 138 hükmüne bu tür işlem temeli çökmesi halinin dahil tutulmadığını daha önce de belirtmiştik (bkz. yuk. dpnt. 20)

¹²³ *Baysal*, s. 214. Yazar, sadece kefilin borcunun anlamsızlaşabileceğini ifade etmekte, buna karşın konuya ilişkin somut bir açıklama getirmemektedir,

¹²⁴ *Baysal*, s. 155 vd.

¹²⁵ *Baysal*, s. 159. "Film gösterimi için sinema bileti alınmasından sonra filmin gösterilmesi durumunda ise artık sözleşme ile izlenen amacın boşa çıkması türünde bir işlem çökmesinden değil sözleşme dâhilinde çözülecek bir durumdan bahsedilir" (*Baysal*, s. 159.)

¹²⁶ Örnek için bkz. *Baysal*, s. 156.

sinde de kefil, alacaklı tarafından da bilinebilecek bir şekilde, kefalet sözleşmesinin içeriğine dâhil olmayan bir amaç gütmüş olabilir. Söz gelimi bir kimsenin nişanlısının borçlarına kefil olduğunu düşünelim. Burada kefil ileride evleneceği kişinin borçlarına kefil olma amacıyla hareket etmektedir ve o kişiyle evlenmeyecek olsaydı kefalet sözleşmesine asla imza atmayacaktır. Bu durum kendisi için sözleşme içeriğine dâhil olmayan bir amaç olarak nitelendirilebilir. Sonradan meydana gelen durum değişikliği neticesinde nişan bozulursa sözleşme ile izlenen amacın anlamını yitirmesi söz konusu olabilir. Ancak bu amaç fazlasıyla öznel bir nitelik¹²⁷ taşımaktadır ve kefalet alacaklısı durumun bilincinde olsa dahi bunun işlem temeli olarak değerlendirilmesi mümkün değildir. Yukarıdaki balkon kiralama örneğinin aksine burada objektif bir değerlendirme yapıldığında sözleşmeyle izlenen amacın boşa çıkmasına karşılık edimin ifası hakkaniyete aykırı bir hal yaratmaz. Zira kefilin sözleşme ile güttüğü sözleşme dışı amaçların kefalet sözleşmesi açısından bir önemi yoktur.

Özen, olağan sözleşme rizikosunu sayılmayacak olguların istisnai de olsa işlem temeli katına çıkarılabileceğini ifade ederek Alman öğretisine ilişkin şu örneği vermektedir: Yazara göre kişinin bir işletmenin borçlarına ileride o işletmeyi devralacağı inancıyla kefil olması ve alacaklının da kefilin bu saikinden haberdar olması halinde devrin gerçekleşmemesi üzerine işlem temelinin çöktüğü kabul edilebilir¹²⁸. Sözleşme ile izlenen amacın boşa çıkması kapsamında değerlendirilecek bu örnek de kanaatimizce uyarlamaya elverişli bir durum teşkil etmez. Yukarıda da değindiğimiz üzere kefalet sözleşmesindeki risk unsuru bu halde kefilin sözleşme içeriğine dâhil olmayan amaçlarının gerçekleşmemesi nedeniyle sözleşmenin uyarlanmasına imkan vermez. Böyle bir amaç izlenmiş olsa dahi buna bir sonuç bağlanamaz. Daha açık bir ifade ile kefalet sözleşmesinde sözleşme içeriğine dâhil olmayan bir amacın işlem temeli teşkil etmesi mümkün değildir. Aksinin kabulü kefalet sözleşmesinin niteliğine de aykırıdır. Bu nedenle kefilin sözleşme içeriğine dâhil olmayan amaçların gerçekleşmemesi nedeniyle sözleşmenin uyarlanmasını talep etmesi kanaatimizce mümkün değildir. Aynı sonuç kuşkusuz kefaletle oranla daha güçlü bir teminat niteliğindeki garanti sözleşmesi açısından da geçerlidir. Sözleşmenin içeriğine dâhil olmayan bu amaçlara bir sonuç bağlanabilmesinin tek yolu bunların taraflarca BK m. 149 (TBK m. 170) anlamında şart katına çıkarması, bir başka ifade ile sözleşme konusuna dâhil edilmesidir. Gerçekten de özellikle ticari ilişkilerde, basiretli bir tacir olan kefilin öngörülü davranıp sözleşme ile izlediği amacı şart olarak düzenlemesi gerekir. Aksi halde kefilin durum değişikliğinin sonuçlarına katlanması gerekecektir. Örneğin yukarıda değindiğimiz bir ticari işletmenin devralınacağı inancıyla o işletmenin borçlarına kefil olunması ihtimalinde, tacir olan kefilin önem verdiği bu hususu şart olarak sözleşmeye dahil etmesi yerinde olacaktır.

¹²⁷ Nitekim "...işlem temeli, tek yanlı, öznel saik (motif) ve çıkar (interesse) kavramlarının üstünde yer alır." (Serozan, İfa-İfa Engelleri-Haksız Zenginleşme, s. 262).

¹²⁸ Özen, s. 211.

III. Asıl Borçlunun Uyarılama Hakkının Kefil ve Garanti Verene Etkisi

A. Genel Olarak

Kefalet ve garanti sözleşmesinin kendilerinin uyarlanabilmesi sorununa değindikten sonra karşımıza teminata konu asıl borç ilişkisinden doğan uyarılama hakkının teminat vereni nasıl etkileyeceği sorunu çıkmaktadır.

Bilindiği üzere uyarılama hakkının kullanılması iki şekilde mümkün olmaktadır: (i) sözleşme dar anlamda uyarlanarak yeni şartlara uygun hale getirilebilir veya (ii) dar anlamda uyarılama somut olayda mümkün değilse sözleşmeden dönülebilir¹²⁹. Sürekli borç ilişkilerinde ise dönmenin yerini sözleşmenin ileriye dönük olarak feshi alacaktır¹³⁰. BGB 313/3'ten hareketle şimdiye kadar öğretilde kabul edilen bu kademeli uyarılama imkânı¹³¹ TBK m.138 ile birlikte kanunda da ifade bulmuştur. Hükme göre aşırı ifa güçlüğü halinde “borçlu, hâkimden sözleşmenin yeni koşullara uyarlanmasını isteme, bu mümkün olmadığı takdirde sözleşmeden dönme hakkına sahiptir. Sürekli edimli sözleşmelerde borçlu, kural olarak dönme hakkının yerine fesih hakkını kullanır”. Hükümde de görüldüğü üzere uyarılama hakkı bizzat borçlunun kullanacağı bir haktır.

Garanti sözleşmesi açısından garanti verenin asıl borç ilişkisinde borçlunun sahip olduğu uyarılama hakkını alacaklıya karşı ileri sürmesi söz konusu olmayacaktır. Zira garanti sözleşmesi asıl borç ilişkisinden bağımsız nitelik taşır ve asıl borç ilişkisinde borçlunun bu hakkını kullanması garanti veren açısından alacaklıya karşı bir savunma ileri sürmesine olanak tanımaz. Borçlunun uyarılama hakkını kullanması sonucu sözleşmenin dar anlamda uyarlanması, örneğin borçta bir indirim yapılması söz konusu olursa, garanti veren yapılan indirim miktarı, bir başka ifade ile borçlunun alacaklıya ödemekten kurtulduğu miktar da dahil olmak üzere alacaklıya karşı sorumlu olmaya devam edecektir. Aynı şekilde, uyarılama neticesinde asıl borçlunun sözleşmeden dönmesi söz konusu olur ise, garanti verenin alacaklının müspet zararını ödemek durumunda kalacağı kabulü gerekir¹³².

¹²⁹ **Baysal**, s. 251, s. 258. Yazar sözleşmeden dönmeyi “dar anlamda uyarılamanın en ağır şekli” olarak tanımlamaktadır. Alman öğretisinde sözleşmeden dönme “sıfıra uyarılama” olarak da adlandırılmıştır (**Baysal**, s. 252).

¹³⁰ **Baysal**, s. 260.

¹³¹ **Arat**, s. 88. BGB 313/3 hükmü şu şekildedir: “Eğer sözleşmenin uyarlanması mümkün değil veya taraflardan biri için katlanılmaz ise, mağdur taraf sözleşmeden dönebilir. Sürekli edimli sözleşmelerde, sözleşmeden dönme hakkının yerini fesih hakkı alır” (**Baysal**, s. 30).

¹³² Bu aşamada gündeme gelebilecek bir sorun, garanti verenin alacaklıya ödeme yapmasının ardından uyarılama hakkını kullanan borçluya rücu etmesidir. Uygulamada genellikle garanti veren ile borçlu arasında bir sözleşmesel ilişki kurulmakta ve garanti veren bu sözleşme kapsamında borçluya rücu etmektedir. Özellikle bankacılık uygulamasında, lehine teminat mektubu verilen kişi ile yine bir garanti sözleşmesi niteliğindeki kontrgaranti sözleşmesi imzalanmakta ve banka, teminat mektubundan doğan borcunu alacaklıya ödeyince, kontrgaranti sözleşmesi kapsamında borçluya rücu imkanına sahip olmaktadır. Garanti veren ile borçlu arasında bu tür bir sözleşmesel ilişki olması halinde kuşkusuz garanti veren, alacaklıya ödeme yapmasının ardından borçluya sözleşmeye dayalı olarak rücu edecektir. Bu aşamada borçlu alacaklıya karşı ödemekten kurtulduğu miktarı garanti verene ödemek durumunda kalabile-

Öte yandan, meseleye kefalet sözleşmesi açısından yaklaştığımızda, kefalet sözleşmesinin fer'ilik özelliği konumuz açısından önem arz etmektedir. Bu özellik uyarınca kefilin asıl borçludan daha ağır şartlar ile sorumluluk altına girmemesi gerekir¹³³. Gerçekten de BK m. 497 (TBK m. 591) uyarınca kefilin asıl borçluya ait, kefalet taahhüdü ile bağdaşan savunmaları alacaklıya karşı ileri sürmek hususunda hakkı bulunmaktadır¹³⁴. Hatta bu kefil için bir hak olmaktan öte aynı zamanda bir külfettir¹³⁵. Zira hükmün ikinci fıkrası uyarınca kefilin bu savunmaları kusurlu olarak ileri sürmemesi halinde alacaklıya rücu hakkını kaybedeceği öngörülmüştür. Geniş anlamda kullandığımız “savunmalar” terimi ile kasıt hem hakkın mevcut olmadığına dair “itirazlar” hem de hakkın mevcut olmakla beraber ileri sürülemeyeceğine yönelik, kefile kaçınma hakkı veren “def'iler”dir¹³⁶. Asıl borçluya ait yenilik doğuran hakların kefil tarafından ileri sürülebilmesi ise mümkün değildir. Fakat kimi hallerde kefil asıl borçlunun sahip olduğu yenilik doğuran hakların varlığına dayanarak alacaklıya karşı geçici def'i hakkına sahip olabilir¹³⁷.

Bu açıklamalar çerçevesinde akla gelen mesele asıl borçlunun uyarılma hakkının, bir diğer ifadeyle asıl borç ilişkisinde işlem temelinin çıktığının kefil tarafından ileri sürebilecek savunmalardan olup olmadığıdır¹³⁸. Bu kapsamda aşağıda asıl borçlunun sahip olduğu dar anlamda uyarılma ve sözleşmeyi sona erdirmeye hakları asıl borçlu tarafından kullanıldıkları takdirde, henüz kullanılmadıkları halde ve son olarak asıl borçlu tarafından bu haklardan feragat edilmiş olması halinde bu durumların kefil bakımından nasıl bir etki yaratacağı meselesi üzerinde duracağız.

cektir. Bu durum uyarılma hakkının anlamını yitirmesine yol açsa da, borçlunun garanti verene karşı ödeme yapmaktan kaçınmasını sağlayacak hukuki bir yol olduğunu söylemek güçtür. Burada akla gelecek bir ihtimal şartların oluşması halinde borçlu ile garanti veren arasındaki sözleşme açısından da işlem temelinin çökmesidir. Böyle bir olasılıkta borçlunun garanti verene karşı da uyarılma hakkını kullanması söz konusu olabilir. Öte yandan, uygulamada çok fazla rastlanmasa da, garanti veren ile borçlu arasında bu tür sözleşmesel ilişki olmaması halinde garanti verenin borçluya rücu edip edemeyeceği tartışmalıdır. Bazı yazarlar bu durumda garanti verenin vekaletsiz iş görme veya sebepsiz zenginleşme hükümlerine dayalı olarak borçluya rücu edebileceğini ifade etmektedir Bu konuyla ilgili tartışmalar için bkz. **Tandoğan**, s. 873 vd., **Develioğlu**, s. 420 vd.. Kanaatimizce garanti veren ile borçlu arasında sözleşmesel bir ilişki olmaması halinde, garanti verenin uyarılma hakkını kullanan asıl borçluya rücu edememesi gerekir.

¹³³ **Grassinger**, Kefilin Savunma İmkanları, s. 17.

¹³⁴ TBK m. 591/2 ile asıl borçlunun kendisine ait bir def'iden vazgeçmiş olması ihtimalinde dahi kefile bu def'i ileri sürebilme olanağı tanınmıştır. Nitekim bu olanağın varlığı Türk Borçlar Kanununda kabul edilmesinden önce de Alman ve İsviçre mevzuatından hareketle öğretide kabul gören bir görüştü (bkz. **Grassinger**, Kefilin Savunma İmkanları, s.18; **Reisoğlu**, Uygulamada Kefalet, s. 178).

¹³⁵ **Grassinger**, Kefilin Savunma İmkanları, s. 19.

¹³⁶ **Reisoğlu**, Uygulamada Kefalet, s. 169; **Grassinger**, Kefilin Savunma İmkanları, s. 17.

¹³⁷ **Grassinger**, Kefilin Savunma İmkanları, s. 36.

¹³⁸ Bu husustaki farklı görüşler için bkz. **Grassinger**, Kefilin Savunma İmkanları, s. 24-25.

B. Asıl Borçlunun Uyarılama Hakkını Henüz Kullanmamış Olması

Asıl borçlunun dar anlamda uyarılama hakkına sahip olup da bunu henüz kullanmadığı halde kefil bu durumu bir savunma olarak ileri sürebilecek midir? Bu sorunun çözümü için öncelikle asıl borçlunun sahip olduğu dar anlamda uyarılama hakkının hukuki niteliği üzerinde durmak ve bu hakkın bir yenilik doğuran hak mı yoksa bir def'i mi olduğunu belirlemek gerekir. Zira def'iler BK m.497 uyarınca kefil tarafından da ileri sürülebilirken; yenilik doğuran haklar kefil tarafından ileri sürülememekte, ancak hak sahibi asıl borçlu tarafından bizzat kullanılabilirler¹³⁹.

Yenilik doğuran hak ile def'i kavramları birbirine oldukça yakın olmakla birlikte birbirinden farklı kavramlardır. Def'i, borçluya bazı hususları ileri sürerek ifadan geçici veya sürekli olarak kaçınma yetkisi veren bir savunma aracıdır. Yani bir hakkın karşısında duran bir "karşıt hak" olarak karşımıza çıkar¹⁴⁰. Def'i ile karşılaşan bir alacak hakkı sona ermez. Hak hala mevcuttur ve talep edilmesi hala mümkündür. Ancak borçlu sahip olduğu def'ii ileri sürdüğü zaman artık alacaklının talebi dikkate alınmaz. Öte yandan borçlu def'i ileri sürmezse artık hâkimin bu durumu re'sen dikkate alması söz konusu olmaz, hâkim borçlunun borcu ifasına hükmetmek zorundadır¹⁴¹. Buna karşılık yenilik doğuran hakların kullanılması hakkı ortadan kaldırmakta veya hakkın içeriğini değiştirmektedir¹⁴². Dolayısıyla yenilik doğuran hakların kullanılması ile ortaya çıkacak yeni durum bir def'inin değil, itirazın konusunu oluşturacak; hâkim tarafından re'sen dikkate alınacaktır¹⁴³. Yenilik doğuran hak henüz kullanılmamış ise hakim tarafından dikkate alınmayacak, borçlu tarafından bir geçici def'i olarak dahi ileri sürülemeyecektir¹⁴⁴. Öğretide *Buz*'ün yenilik doğuran hakları "kılıca", def'ileri ise "kalkana" benzetmesi iki kurum arasındaki farkı net bir şekilde ortaya koymaktadır¹⁴⁵.

Kanaatimizce dar anlamda uyarılama hakkını def'i olarak nitelendirmek ve kefile bu def'ii ileri sürme hakkı tanımak söz konusu olamaz. Uyarılama talebinin fonksiyonu alacaklının ifa talebini engellemek veya ortadan kaldırmak değildir. Borçlu durum değişikliği nedeniyle ifayı gerçekleştiremeyeceğini, sözleşmedeki şartların yeniden oluşturulması gerektiğini ileri sürmektedir¹⁴⁶. Gerçekten de dar anlamda uyarılama hakkı tam anlamıyla bir değiştirici yenilik doğuran haktır¹⁴⁷. Sözleşmeden dönme hakkının da yenilik doğuran hak ol-

¹³⁹ **Reisoğlu**, Uygulamada Kefalet, s.177; **Grassinger**, Kefilin Savunma İmkanları, s.35.

¹⁴⁰ **Vedat Buz**, Medeni Hukukta Yenilik Doğuran Haklar, Yetkin Yayınları, Ankara, 2005, s.90.; **Serozan**, Dönme, s.50. Özellikle sürekli def'iler ile yenilik doğuran hakların birbirinden ayrılması tartışmalı bir meseledir. Bu tartışma hakkındaki görüşler için bkz. **Buz**, s.94-95; **Serozan**, Dönme, s.49 vd.

¹⁴¹ **Buz**, Yenilik Doğuran Haklar, s. 94, dpnt.20.

¹⁴² **Buz**, Yenilik Doğuran Haklar, s. 102.

¹⁴³ **Buz**, Yenilik Doğuran Haklar, s. 104.

¹⁴⁴ **Serozan**, Dönme, s. 54-55.

¹⁴⁵ **Buz**, s.99. Aksi görüş için bkz **Serozan**, Dönme, s.51 vd. Yazar açıklamalarıyla sürekli def'ilerle bozucu yenilik doğuran haklar arasındaki ayrımı silikleştirmektedir.

¹⁴⁶ **Arat**, s.177

¹⁴⁷ **Serozan**, Dönme, s.151, dpnt. 75; **Arat**, s. 174.

duğu konusunda şüphe yoktur. Sonuç olarak uyarılama hakkının kefil tarafından ileri sürülüp sürülemeyeceği meselesine yenilik doğuran haklar penceresinden bakmak gerekir.

Yenilik doğuran haklar bizzat hak sahibi tarafından kullanılırlar. Kefil asıl borçlunun yenilik doğuran hakkını alacaklıya karşı kullanamaz¹⁴⁸. Bu durumda asıl borçlunun sahip olduğu bir yenilik doğuran hak niteliğindeki uyarılama hakkı da kefil tarafından kullanılamayacaktır¹⁴⁹. Ne var ki bu halde kefilin hepten korumasız bırakmak da kabul edilebilir bir netice değildir. Öğretilerde asıl borçlunun sahip olduğu takas yenilik doğurucu hakkına ilişkin BK m. 119 (TBK m.140) hükmünün asıl borçlunun sahip olduğu diğer yenilik doğuran haklara ilişkin olarak kıyasen uygulanabileceği ve kefilin geçici def'i hakkına sahip olacağı ifade edilmektedir¹⁵⁰. Bu durumda asıl borçlu uyarılama hakkına sahip olduğu müddetçe kefilin alacaklıya karşı geçici def'i ileri sürerek kendini koruma altına alabileceği sonucuna varmak gerekir. Nitekim kefile bu hakkın tanınmadığı halde sonradan asıl borçlunun uyarılama hakkını kullanması halinde kefil sebepsiz zenginleşme talebinde bulunmak zorunda kalacak ve süreç uzayacaktır¹⁵¹.

Kefilin bu geçici def'i hakkına ne kadar süre ile sahip olacağı ayrı bir meseledir. Kuşkusuz asıl borçlu bu haktan feragat ettiği veya bu hakkı kullanmayarak edimini ifa ettiği takdirde kefilin de geçici def'i hakkı sona ermelidir. Ancak asıl borçlu herhangi bir davranışta bulunmaz ise yenilik doğuran hakkın ne zaman düşeceğini belirlemek gerekir¹⁵². Bu durumda alacaklının asıl borçluya uyarılama hakkını kullanması için bir süre tanınması düşünülebilir veya "güvenin korunması ilkesi"ne başvurulabilir. Bu ilke uyarınca asıl borçlunun hakkını uzun süre kullanmaması ve alacaklıda uyarılama hakkının artık kullanılmayacağına dair bir güven yaratması sonucunda hak düşmüş kabul edilecektir¹⁵³.

Bununla beraber asıl borçlunun dar anlamda uyarılama hakkını nasıl kullanacağı TBK m. 138 göz önüne alındığında sorun teşkil etmektedir. Kural olarak yenilik doğuran haklar hak sahibinin bu hakkı tek taraflı olarak kullanmasıyla karşı tarafın kabulüne veya bir mahkeme kararına gerek olmaksızın sonuç doğurur¹⁵⁴. Ancak bazı yenilik doğuran hakların dava yoluyla kullanılması gerekmektedir. Bir yenilik doğuran hakkın dava yoluyla kullanılması

¹⁴⁸ **Grassinger**, Kefilin Savunma İmkanları, s. 36.

¹⁴⁹ *Serozan*, dönme hakkı bakımından bu durumu, kefilin asıl borçlunun sözleşmeden dönmesi için "dönme duası"na çıkmaktan başka bir çaresinin olmadığını söyleyerek ifade etmektedir (*Serozan*, Dönme, s.454).

¹⁵⁰ **Grassinger**, Kefilin Savunma İmkanları, s. 36. Nitekim *Serozan* da asıl borçlunun sahip olduğu dönme hakkı bakımından bu sonucu kabul ettiğini belirtmiştir (*Serozan*, Dönme, s. 454, 508).

¹⁵¹ **Grassinger**, Kefilin Savunma İmkanları, s.36.

¹⁵² Yenilik doğurucu haklar zamanaşımına değil, hak düşürücü sürelerle tabidirler. Bu hakların kullanılması için muhatabın işbirliğine veya cebri icra yoluna başvurmak gerekmediğinden zamanaşımı kurumu bu hakların niteliği ile bağdaşmaz (**Buz**, s.262).

¹⁵³ **Buz**, Yenilik Doğuran Haklar, s.263, 408.

¹⁵⁴ **Baki Kuru**, Hukuk Muhakemeleri Usulü, C. II, 6. Bası, Demir Demir, İstanbul, 2001, s.1468.

halinde “yenilik doğuran dava (inşai dava)”dan bahsedilecektir¹⁵⁵. Kanaatimizce dar uyarlama hakkının durum değişikliği neticesinde mağdur olan tarafın tek taraflı irade beyanı ile sonuç doğurması gerekir. Hakkın dava yoluyla kullanılmasına gerek yoktur. Ne var ki, TBK m. 138’de “...borçlu, hâkimden sözleşmenin yeni koşullara uyarlanmasını isteme... hakkına sahiptir” denilerek, dar anlamda uyarlama hakkının dava yoluyla kullanılacağı öngörülmüştür. Dolayısıyla TBK m. 138’in dar anlamda uyarlama hakkının bir yenilik doğuran dava ile kullanılmasını öngördüğü anlaşılmaktadır¹⁵⁶. Bu nedenle TBK m. 138 hükmü gereği, meydana gelen durum değişikliği sonucu mağdur olan tarafın dar anlamda uyarlama hakkını kullanması için tek taraflı irade beyanı yeterli olmayacak, hukuki sonuç mahkeme kararıyla doğacaktır. Mahkeme dar uyarlama hakkına ilişkin davanın kabulüne karar verirse kefil belirlenen yeni miktarla sorumlu olacaktır.

Davanın reddedilmesi ise iki şekilde söz konusu olabilir. Birinci olasılıkta hakim, dar anlamda uyarlamanın somut olayda mümkün olmaması nedeniyle davayı reddedebilir. Bu halde mağdur taraf sözleşmeden dönme yenilik doğuran hakkını kullanabilecektir. Zira bu durumda uyarlamanın şartlarının oluşmadığı değil, somut olay açısından dar anlamda uyarlamanın mümkün olmadığı tespit edilmektedir. Bu durumda asıl borçlunun dönme hakkı hala devam ettiği için kefilin sahip olduğu geçici ileri sürme hakkı devam edecektir. İkinci olasılıkta ise hakim, uyarlamanın şartlarının oluşmadığı gerekçesiyle davayı reddedebilir. Bu halde davacı mağdur taraf, sözleşmeyi dar anlamda uyarlayamayacağı gibi sözleşmeden dönemeyecektir de¹⁵⁷. Dolayısıyla dar anlamda uyarlamanın şartlarının oluşmadığının tespiti aynı zamanda uyarlama hakkı kapsamında dönmenin de şartlarının oluşmadığının tespiti anlamına

¹⁵⁵ **Kuru**, s. 1469-1470, **Serozan**, s. 49.

¹⁵⁶ Kanaatimizce Türk Borçlar Kanunu’nun dar anlamda uyarlama hakkının dava yoluyla kullanılması şeklindeki tercihi yerinde olmamıştır. Tahminimizce kanun koyucu mağdur tarafın tek taraflı beyan ile uyarlama hakkını kullandığı hallerde karşı tarafın mahkemeye başvurarak bir tespit davası açacağını ve uyarlama şartlarının oluşup oluşmadığını kontrol ettireceğini düşünerek bunun önüne geçmek istemiştir. Ancak *Arat* kanun koyucunun benzer durumlar için öngördüğü hakların tek taraflı irade beyanı ile kullanılmasını kabul ettiğini ve bu nedenle uyarlama hakkı için de aynı durumun kabul edilmemesi için bir neden olmadığını belirtmektedir (**Arat**, s. 173). Dolayısıyla bir yenilik doğuran hak niteliğindeki dar anlamda uyarlama hakkının benzer yenilik doğuran haklardan farklı olarak neden özellikle dava yoluyla kullanılmasını öngörüldüğü anlaşılamamaktadır. Nitekim *Baysal* haklı olarak sözleşmeden dönme gibi ağır bir yaptırımın hakime gitmeden, uyarlama gibi daha hafif bir yaptırımın ise hakime gidilerek uygulanması halinde oluşacak çelişkiye değinmiştir (**Baysal**, s. 241). Yine yazara göre, uyarlamanın birincil sonucu olan dar uyarlamanın hakim in yetkisinde olduğunun kabulü halinde, hakim dar uyarlamanın mümkün olmadığına hükmederse, mağdur taraf sözleşmeden dönme yenilik doğuran hakkını kullanabilecek, ve bu durum tutarsız olduğu gibi usul ekonomisine aykırılık teşkil edecektir (**Baysal**, s. 238-239). Öte yandan *Serozan* yenilik doğran hakkın mahkeme aracılığıyla kullanılmasının, yenilik doğuran hakkın “*bizzat ihkak-ı hak*” ayrıcalığı sağlayan özelliğini de kaybetmesine neden olduğunu ifade etmektedir (**Serozan**, Dönme, s. 49).

¹⁵⁷ Bir yenilik doğuran davanın reddi halinde verilen hükmün tespit hükmü niteliğinde olduğu hususunda bkz. **Kuru**, s. 1471.

gelecektir. Bu durumda ise davanın reddi ile birlikte kefilin geçici def'i ileri sürme hakkı ortadan kalkar.

C. Asıl Borçlunun Uyarılama Hakkını Kullanmış Olması

Asıl borçlunun dar anlamda uyarılama hakkını kullanması ile, yenilik doğuran hakların mahiyeti gereği, asıl borç ilişkisi değişime uğramakta ve bu yeni haliyle varlığını sürdürmektedir. Kefaletin fer'i niteliğini düşünürsek, kefil de artık bu yeni içeriğe teminat vermiş olacaktır¹⁵⁸. Buna göre, asıl borçlunun borcunda dar uyarılama sonucu indirime gidilirse kefilin indirilen miktardan sorumluluğunun devam ettiği söylenemeyecektir¹⁵⁹. Asıl borçlunun dar anlamda uyarılama hakkını kullanmasından kefil de yararlanacaktır. Örneğin, bir bankadan döviz üzerinden kredi alan asıl borçlu, yabancı paranın Türk parası karşısında aşırı değerlenmesi sonucunda sözleşmenin dar anlamda uyarılmasına ilişkin hakkını kullanır ve bunun sonucunda asıl borçlunun borcunda indirime gidilirse, bundan kefil de yararlanacak ve yalnızca belirlenen yeni bedel miktarınca sorumlu olacaktır¹⁶⁰.

Asıl borçlunun uyarılama hakkı kapsamında sözleşmeden dönmesinin kefilin durumuna etkisine ise ayrıca değinmek gerekir. Sözleşmeden dönme ile birlikte asli ve yan edim yükümlülükleri sona ermektedir¹⁶¹. Ancak sözleşmeden dönülmesi ile birlikte daha önceden yerine getirilmiş edimlerin de iadesi gerekecektir¹⁶². Bu aşamada sözleşmeden dönüşüne ilişkin hangi teorinin benimsendiği önem kazanır. Bilindiği üzere öğretilerde dönmeye ilişkin *klasik*

¹⁵⁸ Ancak sözleşmede asıl borçlunun uyarılama hakkını kullanması halinde dahi, kefilin sorumluluğunun aynen devam edeceği kararlaştırılmışsa artık burada bir kefalet sözleşmesinin değil, garanti sözleşmesinin varlığından bahsetmek gerekecektir.

¹⁵⁹ Nitekim *Bilge*, "Asıl borçta şümul veya şiddet bakımından veya aynı zamanda her iki yönden vukua gelen her hangi bir azalma veya hafiflemenin kefile tesir etmesi ve onun mesuliyetini hafifletmesi lâzımdır. Bu tesir fer'ilik vasfının yani kefalet borcunun şümul ve şiddet bakımından asıl borca bağlılığının kaçınılmaz bir sonucudur. Filhakika kanunumuzun 496. maddesine göre kefil eda ettiği şey nisbetinde borçluya rücu edebileceğine ve fakat 497. maddesine nazaran da borçluya ait defileri dermeyeran etmemesinden ötürü rücu hakkında mahrum olacağına göre kefil, borçlunun eda ile mükellef olduğu miktardan fazlası için, diğer deyimle borçlunun ödemekten kurtulduğu kısım için dahi mesul tutmanın manâsı yoktur. Çünkü aksi takdirde asıl borçlu alacaklıya ödemekten kurtulmuş olduğu miktarı kefile ödemek zorunda kalmış olur. Böyle bir netice ise kefaletle ulaşılmak istenen gayeye ve kefaletin fer'ilik vasfına uygun düşmez." demektedir. (**Necip Bilge**, "Kefilin Mesuliyetinin Şümulü", AÜHFMC, C: XI, Sa: II, 1956, s. 112-113) Dolayısıyla dar anlamda uyarılama sonucu asıl borcun kapsamında meydana gelen azalmanın kefile tesir etmesi ve onun mesuliyetini azaltması kaçınılmaz bir sonuçtur.

¹⁶⁰ Benzer bir durum, satış sözleşmesinde semenin ödenmesi için teminat vermiş kefil için de söz konusudur. Buna göre satıcının ayıba karşı tekeffül borcu doğduğunda alıcı (asıl borçlu) seçimlik haklarından biri olan semenin indirimi hakkını kullanınca kefil de bu yeni indirilmiş miktar ile sorumlu olacaktır (**Grassinger**, Kefilin Savunma İmkanları, s. 45).

¹⁶¹ **Vedat Buz**, Borçlunun Temerrüdünde Sözleşmeden Dönme, Yetkin Yayınları, Ankara, 1998, s. 157.

¹⁶² **Buz**, Sözleşmeden Dönme, s. 161.

dönme teorisi ve yeni dönme teorisi başta olmak üzere farklı dönme teorileri kabul edilmektedir.

İsviçre-Türk hukukunda çoğunlukla benimsenen *klasik dönme teorisine* göre dönme beyanı sözleşmeyi kurulduğu andan itibaren, yani geriye etkili olarak (*ex tunc*) ortadan kaldırmaktadır. Artık ortada bir sözleşme bulunmadığından kazanılanların geri verilmesi de sebepsiz zenginleşme hükümlerine tâbi olacaktır¹⁶³. Bu teori dikkate alındığı takdirde; asıl sözleşmenin kaderine bağlı, yani fer'i sözleşme niteliğinde olan kefalet sözleşmesinin de sona erceğini söylemek gerekir¹⁶⁴. Buna göre, asıl borçlu uyarlama hakkını kullanarak sözleşmeden dönerse, kefil bunu bir itiraz olarak alacaklıya karşı ileri sürebilecektir¹⁶⁵. Bununla birlikte, kefalet sözleşmesine, asıl borçlunun sözleşmeden dönmesi halinde, sadece asli edim yükümlülüklerinin değil, dönme halinde iade yükümlülüklerinin yerine getirilmesinin de teminat altına alınmasına dair bir hüküm konmuş olabilir. Bu durumda bu hükmün ikinci bir kefalet sözleşmesi niteliğinde olduğu açıktır. Bu ihtimalde asıl borçlu uyarlama hakkı neticesinde sözleşmeden dönerse kefil iade yükümlülükleri bakımından sorumlu olacak ancak bu sorumluluk ilk kefalet sözleşmesine dayanmayacaktır.

Yeni dönme teorisi ise Türk hukukunda en başta *Serozan* tarafından savunulmakla beraber taraftarları artmaktadır. Bu teoriye göre asıl borçlunun sözleşmeden dönmesi halinde asıl sözleşme sona ermemekte, içerik değiştirerek bir "*çözülme*" ilişkisine dönüşmektedir. Bu bağlamda "*verme*" yükümlülükleri sözleşmesel "*geri verme*" yükümlülüklerine dönüşür, sözleşme ilişkisi bir anlamda tersine çevrilmiş olur¹⁶⁶. Bu bağlamda dönme anına kadar elde edilen edimlerin iadesi yükümlülüğü sözleşmenin içerik değiştirmesi sonucu ortaya çıkmakta, yani sebepsiz zenginleşmeden değil, sözleşmeden kaynaklanmaktadır¹⁶⁷. Bu teori benimsendiği takdirde asıl sözleşme devam ettiğinden teminatlar ve dolayısıyla kefilin sorumluluğu da sürecektir¹⁶⁸. Yani dönme ile birlikte doğan geri verme yükümlülüğü de kefalet sözleşmesi ile güvence altında olmaya devam edecek, asıl borçlu iade yükümlülüğünü yerine getirmediği takdirde kefil bundan doğan müspet zarardan sorumlu olacaktır. *Serozan*'a göre, kefilin sözleşmeye aykırılık halinde zararı gidermekle yükümlü olduğu düşünüldüğünde, kefilin sözleşmeden dönme halinde geri verme borcundan sorumlu tutmanın adaletsiz bir yanı yoktur¹⁶⁹.

¹⁶³ **Oğuzman/Öz**, s. 412; **Buz**, *Sözleşmeden Dönme*, s. 118 vd.

¹⁶⁴ TBK m. 138 kapsamında sürekli borç ilişkilerinin sözleşmenin ileriye yönelik feshi karşısında ise fesih anına kadar doğmuş borçların ifa edilmemesinden kaynaklanan zarardan kefilin sorumlu olmaya devam edeceğini söylemek gerekir.

¹⁶⁵ Benzer bir durum bağışlama vaaadinin geri alınmasına ilişkin BK m. 245 açısından da söz konusudur. *Grassinger* BK 245 kapsamında asıl borçlunun bağışlama akdinden dönmesi halinde kefilin bunu alacaklıya karşı itiraz olarak ileri sürebileceğini belirtmektedir. (**Grassinger**, *Kefilin Savunma İmkanları*, s. 26)

¹⁶⁶ **Serozan**, *Dönme*, s.511; **Buz**, *Sözleşmeden Dönme*, s. 123.

¹⁶⁷ **Serozan**, *Dönme*, s.511; **Buz**, *Sözleşmeden Dönme*, s. 123.

¹⁶⁸ **Serozan**, *Dönme*, s.88, 564.

¹⁶⁹ **Serozan**, *Dönme*, s.564, dpnt. 105.

Asıl borçlunun uyarılama hakkı kapsamında sözleşmeden dönmesi halinde son olarak belirlenmesi gereken, yukarıda da değindiğimiz¹⁷⁰ dönme halinde karşı tarafa ödenmesi gereken hakkaniyet bedelinden kefilin sorumlu olup olmadığıdır. Kefilin sorumluluğunun kapsamı BK m. 490'da (TBK m. 589) belirtilmiştir. Buna göre kefil borcun aslı ile birlikte borçlunun kusur veya temerrüdünün yasal sonuçlarından sorumlu olacaktır. Öncelikle ifade etmek gerekir ki, dönme halinde ödenecek hakkaniyet bedelini borçlunun kusur veya temerrüdünün yasal bir sonucu olarak değerlendirmek mümkün değildir. Kaldı ki, yukarıda değindiğimiz üzere asıl borçlunun uyarılama hakkı kapsamında sözleşmeden dönmesi halinde fer'i nitelikteki kefalet sözleşmesi de sona erecektir. Bu nedenle kefilin daha sonra asıl borçlunun alacaklıya karşı doğacak borçlarından sorumluluğu düşünülemez.

D. Asıl Borçlunun Uyarılama Hakkından Feragat Etmiş Olması

Asıl borçlu sahip olduğu yenilik doğuran haklar üzerinde dilediği gibi tasarruf etme hakkına sahiptir. Dolayısıyla asıl borçlunun yenilik doğuran haklarından feragat etmesi halinde kefil asıl borçlunun bu tasarrufu ile bağlı olmak durumundadır¹⁷¹. Örneğin hata ve hileye maruz kalan asıl borçlu iptal yenilik doğuran hakkını bir yıllık süre içinde kullanmaz ise BK m. 31 (TBK m. 39) hükmüne göre akde icazet vermiş sayılacak ve kefil bu durumla bağlı olacaktır¹⁷². Öte yandan *Grassinger*'in aktardığı Alman öğretisindeki bir görüşe göre yenilik doğuran hak niteliğindeki takas hakkından feragat bakımından bir istisna kabul edilmektedir. Asıl borçlu kefilin durumunu ağırlaştıracak şekilde takas hakkından feragat edemeyecektir¹⁷³. Türk öğretisinde ise *Reisoğlu* takas hakkı bakımından böyle bir istisna benimsememiştir¹⁷⁴. Kanaatimizce uyarılama hakkı bakımından böyle bir istisna benimsenmemeli ve kefil asıl borçlunun uyarılama hakkından feragati ile bağlı olmalıdır.

Sonuç

Çalışmamız kapsamında vardığımız sonuçları şu şekilde özetleyebiliriz:

- Kefalet ve garanti sözleşmelerinin tek tarafa borç yükleyen sözleşme olmaları uyarlanmaları açısından bir engel teşkil etmemektedir.
- Kefalet ve garanti sözleşmelerinin içinde barındırdığı risk unsuru bu sözleşmelerin çok az ihtimalde uyarlamaya konu olmalarına imkan verir.
- Buna göre asıl borçlunun ödeme gücü, kefil ve garanti verenin sözleşme ile üstlendiği risk kapsamında olup sözleşme dışı işlem temeli kavramına dahil tutulamaz. Dolayısıyla asıl borçlunun ödeme gücünü kaybetmesi işlem temelinin çökmesine neden olmayacaktır.

¹⁷⁰ Bkz. yuk. II.- C.- 2.- b. başlığı ve dpnt. 95.

¹⁷¹ **Grassinger**, Kefilin Savunma İmkanları, s.64.

¹⁷² **Tandoğan**, s. 721; **Reisoğlu**, Uygulamada Kefalet, s. 177; **Grassinger**, s. Kefilin Savunma İmkanları, s. 64.

¹⁷³ **Grassinger**, Kefilin Savunma İmkanları, s. 64.

¹⁷⁴ **Reisoğlu**, Uygulamada Kefalet, s. 230.

- Aynı şekilde kefil ve garanti verenin sözleşme ile izlediği amacın boşa çıkması halinde de işlem temelinin çökmesi söz konusu olamaz. Sözleşme içeriğine dahil olmayan bu amaçlara bir sonuç bağlanabilmesinin tek yolu, bunların taraflarca şart katına çıkarılması, bir başka ifade ile sözleşme konusuna dahil edilmesidir.

- Kanaatimizce teminat borcunun yabancı para üzerinden tayin edildiği hallerde, ani bir devalüasyon gerçekleşmesi durumunda kefil ve özellikle gerçek kişi garanti veren bakımından işlem temeli çökecek ve uyarlama imkanı doğacaktır.

- Kefalet sözleşmesi açısından, normal şartlar altında iş hayatındaki dürüstlük kurallarına göre işlem temeli olarak değerlendirilemeyecek durumlar, birlikte kefaletle ilişkin BK. m. 488 c.son (TBK m. 587/3) ve kefaletten dönmeye ilişkin TBK m. 599/1 hükümleri ile özel olarak işlem temeli katına çıkarılmıştır. Bu hükümler kanunda yer alan bir nevi uyarlama hükümleri olarak değerlendirilebilir.

- Garanti sözleşmesi açısından garanti verenin, asıl borç ilişkisinde borçlunun sahip olduğu uyarlama hakkını alacaklıya karşı ileri sürmesi söz konusu olamayacaktır.

- Ancak kefalet sözleşmesinde kefilin asıl borçludan daha ağır şartlar ile sorumluluk altına girmemesi gerekir. Bununla beraber asıl borçluya ait bir yenilik doğuran hak olan uyarlama hakkının kefil tarafından alacaklıya karşı kullanılması düşünülemez. Ne var ki, kefil büsbütün korumasız bırakmak da adil değildir. Bu nedenle asıl borçlunun sahip olduğu takas hakkına ilişkin BK m. 119 (TBK m. 140) hükmünün kıyasen uygulanması ve kefile asıl borçlu uyarlama hakkına sahip olduğu müddetçe alacaklıya karşı bir geçici def'i ileri sürme hakkı tanınması uygun olacaktır.

- Asıl borçlunun dar anlamda uyarlama hakkını kullanması halinde asıl borç ilişkisi değişime uğrayacak ve kefalet sözleşmesinin fer'i niteliği gereği kefil de bu yeni içeriğe teminat vermiş sayılacaktır.

- Asıl borçlunun uyarlama hakkı kapsamında sözleşmeden dönmeye halinde ise farklı teorilere göre iki ayrı sonuç benimsenebilir. Klasik dönme teorisine göre asıl sözleşme ile beraber fer'i nitelikteki kefalet sözleşmesi de sona erecektir. Yeni dönme teorisine göre ise asıl sözleşme sona ermeyip bir çözümlene ilişkiye dönüşecek ve kefalet sözleşmesi de bu yeni içerik üzerinden devam edecektir.

- Son olarak, asıl borçlunun uyarlama hakkından feragat etmesi halinde, kefilin asıl borçlunun bu tasarrufu ile bağlı olduğunun kabulü gerekir.

KAYNAKÇA

AKYOL, Şener: Dürüstlük Kuralı ve Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağı, 2. bası, Vedat Kitapçılık, 2006.

ARAT, Ayşe: Sözleşmenin Değişen Şartlara Uyarlanması, Seçkin, Ankara, 2006.

AYDIN, Tülay/**ARSLANDOĞAN-KURŞUNCU**, Birce: “Borçlunun Mali Durumunun Kefilin Konumuna Etkisi”, Prof Dr. Yavuz Alangoya İçin Armağan, Alkım, İstanbul, 2007, s. 639-666.

BAYSAL, Başak: Sözleşmenin Uyarlanması, On İki Levha, İstanbul, 2009.

BİLGE, Necip: “Kefilin Mesuliyetinin Şümulü”, AÜHFDC, C. XI, Sa: II, 1956, s. 86-171.

BUZ, Vedat: Borçlunun Temerrüdünde Sözleşmeden Dönme, Yetkin Yayınları, Ankara, 1998 (kıs. Sözleşmeden Dönme).

BUZ, Vedat: Medeni Hukukta Yenilik Doğuran Haklar, Yetkin Yayınları, Ankara, 2005 (kıs. Yenilik Doğuran Haklar).

DEVELİOĞLU, Hüseyin Murat: Kefalet Sözleşmesini Düzenleyen Hükümler Işığında Bağımsız Garanti Sözleşmeleri, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2009.

DURAL, Mustafa: Borçlunun Sorumlu Olmadığı Sonraki İmkansızlık (BK 117), İstanbul, 1976.

ELÇİN-GRASSINGER, Gülçin: Borçlar Kanununa Göre Kefilin Alacaklıya Karşı Sahip Olduğu Savunma İmkanları, İstanbul, Alfa, 1996 (kıs. Kefilin Savunma İmkanları).

ELÇİN-GRASSINGER, Gülçin: “Kefalet Sözleşmesinden Doğan Bazı Hukuki Sorunlar”, Banka ve Tüketici Hukuku Sorunları Sempozyumu, XII Levha, İstanbul, 2010 (kıs. Sempozyum).

EREN, Fikret: Borçlar Hukuku, 9. bası, Beta, İstanbul, 2006.

ERGÜNE, Mehmet Serkan: Olumsuz Zarar, Beta, İstanbul, 2008.

ERMAN, Hasan: İstisna Sözleşmesinde Beklenilmeyen Haller (BK.365/2), İstanbul, 1979.

GÜMÜŞ, Mustafa Alper: Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2008.

GÜRSOY, Tahir: Hususi Hukukda Clausula Rebus Sic Stantibus (Emprevizyon Nazariyesi), Ankara, 1950.

İMRE, Zahit: “Türk Medeni Hukukuna Göre Hakimin İktisadi Meseleler Karşısında Durumu (Türk Medeni Kanununun Değiştirilmesinde Zorunluluk var mıdır?)”, Prof. Dr. Fikret Arık’a Armağan, Ankara, 1973. s.153-194.

KAPLAN, İbrahim: Hakimin Sözleşmeye Müdahalesi, Ankara, 1987.

KOCAYUSUPFAŞAOĞLU, Necip: Güven Nazariyesi Karşısında Borç Sözleşmelerinde Hata Kavramı, İstanbul, 1968 (kıs. Hata).

KOCAYUSUPFAŞAOĞLU, Necip: “İşlem temelinin çökmüş sayılabilmesi için sosyal felaket olarak nitelendirilebilecek olağanüstü bir olayın gerçekleşmesi şart mıdır?”, Prof. Dr. M. Kemal Oğuzman Anısına Armağan, Ed. Rona Serozan/İlhan Uluslan/Nami Barlas, Beta, İstanbul, 2000 (kıs. İşlem Temeli).

KIRCA, İsmail: Hukuki Yönüyle Borsa Opsiyon İşlemleri, Bankacılık ve Ticaret Hukuku Enstitüsü Yayınları, Ankara, 2000.

KUNTALP, Erden: “Teminat Kavramı, Teminat Türleri ve Bunlardan Doğan Sorumluluk”, Prof. Dr. Reha Poroy’a Armağan, İstanbul, 1995, s. 263-298.

KURU, Baki: Hukuk Muhakemeleri Usulü, C. II, 6. Bası, Demir Demir, İstanbul, 2001.

OĞUZMAN, Kemal/**ÖZ**, Turgut: Borçlar Hukuku – Genel Hükümler, Gözden Geçirilip Güncelleştirilmiş 8. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2010.

OLGAÇ, Senai: Borçlar Hukuku – Kazai ve İlmi İçtihadlara Göre Akdin Muhtelif Nevileri, C.1, Hak Kitabevi, İstanbul, 1967.

ÖZEN, Burak: Kefalet Sözleşmesi – Özellikleri-Kuruluşu-Türleri, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2008.

REİSOĞLU, Seza: Banka Teminat Mektupları ve Kontrgarantiler, 3.baskı, Ankara, 1997 (kıs. Banka Teminat Mektupları).

REİSOĞLU, Seza: Garanti Mukavelesi, Ankara, Ankara Hukuk Fakültesi Yayınları, 1963 (kıs. Garanti).

REİSOĞLU, Seza: Türk Hukukunda ve Uygulamasında Kefalet, Ankara, 1992 (kıs. Uygulamada Kefalet).

REİSOĞLU, Seza: “Yabancı Para Üzerinden Taahhüt Altına Girilmesi ve Hukuki Sonuçları”, BATİDER, C. XIII, sa. 3-4, Ankara, 1986, s. 143-156 (kıs. Yabancı Para).

SEROZAN, Rona: Borçlar Hukuku – Özel Bölüm, 2. bası, Filiz Kitabevi, İstanbul 2006.

SEROZAN, Rona: İfa – İfa Engelleri – Haksız Zenginleşme (Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı: Borçlar Hukuku Genel Bölüm – Üçüncü Cilt), Gözden geçirilip genişletilmiş 5. bası, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2009 (kıs. İfa-İfa Engelleri-Haksız Zenginleşme).

SEROZAN, Rona: “Karşılıklı Sözleşmelerde Baştan Dayatılmış veya Sonradan Oluşmuş Edimler Arası Dengesizliğin Uyarlama Yoluyla Düzeltilmesi”, Prof. Dr. M. Kemal Oğuzman Anısına Armağan, Ed. Rona Serozan/İlhan Ulusan/Nami Barlas, Beta, İstanbul, 2000, s. 1123-1232.

SEROZAN, Rona: Sözleşmeden Dönme, Gözden Geçirilmiş 2. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2007.

SİRMEN, Lale: Türk Özel Hukukunda Şart, Ankara, 1992.

TANDOĞAN, Haluk: Borçlar Hukuku – Özel Borç İlişkileri, C. 2, 3. bası, Ankara, 1987.

TANDOĞAN, Haluk: Borçlar Hukuku – Özel Borç İlişkileri – Kendine Özgü Yapısı Olan Karma Sözleşmeler, Satış ve Çeşitleri, Trampa Bağışlama, C. I/1, 5. Basıdan 6. Tıpkı bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2008.

TEKİNAY, Selahattin Sulhi/**AKMAN**, Sermet/**BURCUOĞLU**, Haluk/**ALTOP**, Atilla: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Gözden Geçirilmiş 7. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1993.

TOPUZ, Seçkin: Türk-İsviçre ve Alman Borçlar Hukukunda Denge Bozulması ve İfa Güçlüğü Durumlarında Sözleşmeye Müdahale, Yetkin, Ankara, 2009.

von TUHR, Andreas: Borçlar Hukuku, (çeviren Cevat Edege), Olgaç Matbaası, Ankara, 1983.

YAVUZ, Cevdet: Türk Borçlar Hukuku – Özel Hükümler, 7. basıdan 8. Tıpkı bası, İstanbul, Beta, 2009.