

KEFALET SÖZLEŞMESİNDE ASIL BORCUN BELİRLİ OLMASI İLKESİ VE CARİ HESABA KEFALET

Die Bestimmtheitsprinzip der
Hauptschuld iBürgschaftsvertrag und die
Bürgschaft für Kontokorrent

Dr. Hasan Ayrancı*

ÖZET

Kefalet sözleşmesinde kefilin borcu geçerli bir asıl borcun varlığına bağlıdır. Asıl borcun bulunmaması halinde kefalet borcu sözkonusu olmaz. Kefalet borcunu garanti sözleşmesi gibi diğer benzer sözleşmelerden ayıran en önemli özellik kefaletin feri olmasıdır.

Asıl borcun belirli veya belirlenebilir olması kefaletin feri olması özelliğinden çıkarılmaktadır.

Kefil belirli bir asıl borca kefalet vermektedir. Ancak bu asıl borcun sayısal olarak belirtilmesi zorunlu değildir. Asıl borcun yorum yoluyla belirlenebilmesi yeterli sayılmaktadır. Kefilin borçlunun alacaklıya olan birden fazla borcundan hangisine kefil olduğu anlaşılamıyorsa kefalet sözleşmesi geçersiz olur.

Cari hesaba kefalet verilmesi kefalet sözleşmesinin hem feri olma özelliğine hem de belirlilik ilkesine uygundur. Ancak cari hesaba yabancı ve tesadüfi borçlar cari hesap içinde değerlendirilemeyeceği gibi kefil de bu borçlardan sorumlu tutulamaz.

ZUSAMMENFASSUNG

Bei der Entstehung setzt die Bürgschaft die Hauptschuld voraus. Fehlt eine Hauptschuld, so ist auch die Bürgschaft undenkbar

* Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Araştırma Görevlisi

(Akzessorietätprinzip). Was die Bürgschaftsschuld von anderen Verpflichtungen unterscheidet, ist ihr akzessorischer Charakter.

Bestimmtheit oder Bestimmbarkeit der zu sichernden Forderung wird aus dem Akzessorietätprinzip abgeleitet.

Die Angabe der Schuld, für deren Erfüllung der Bürge einsteht. Dazu gehört die Höhe der Schuld. Ziffermässig braucht die Schuldsumme dagegen nicht fixiert zu sein. Es genügt, dass sie unter Zuhilfenahme der Auslegung, ohne Abschluss eines neuen Vertrages ermittelt werden kann. Noch weniger ist erfordert, dass der Schuldgrund genannt werde. Ist freilich nicht feststellbar, für welche von mehreren Verpflichtungen des Schuldners die Bürgschaft eingegangen wurde, so ist diese unwirksam. Nicht nötig ist die Angabe des Rechtsgrundes der Bürgschaftsübernahme,

Eine Bürgschaft, die zur Sicherung eines Kontokorrentkredites bestellt wird, ist sowohl mit dem Akzessorietätprinzip wie auch mit dem daraus abgeleiteten Bestimmtheitsprinzip vereinbar. Infolgedessen besteht kein Zweifel daran, dass die Verbürgung für die Kontokorrentschuld wirksam war, und zwar auch insoweit als sie sich auf die zukünftigen ins Kontokorrent einflussenden voraussehbaren Verbindlichkeiten aus der bestehenden Geschäftsverbindung bezieht.

Anahtar Kelimeler

Bestimmtheitsprinzip	: Belirlilik İlkesi
Akzessorietät	: Ferilik
Hauptschuld	: Asıl Borç
Bürgschaft	: Kefalet
Kontokorrent	: Cari Hesap

I. Kefalet Sözleşmesinde Asıl Borcun Belirli Olması

A. Genel Olarak

Kişisel teminat borcu doğuran sözleşmelerden kefalet, kefile ilke olarak tek tarafa borç yüklemektedir. Kefil, bu sözleşmeyi asıl borçlu lehine yaparken herhangi bir karşılık beklememekte, ne alacaklı ile ne de asıl

borçlu ile karşılık ilişkisi bulunmamaktadır. Bu nedenle kanun koyucular kefil mümkün olduğunca korumaya çalışmış, bu nedenle şekil kuralları getirmiş ve kefalet sözleşmesi için bazı zorunlu unsurlar öngörmüştür.

Kanun koyucunun tek taraflı borç altına giren kefil, aceleci ve düşüncesizce hareket etmekten, kendisine getirebileceği riskleri farketmeden kefalet sözleşmesi kurmaktan koruma amacıyla getirdiği yazılı şekil şartı dışında, aşırı sorumluluk getirmemesi için öngördüğü asıl borcun belirli veya belirlenebilir olması şartı bulunmaktadır. Asıl borcun belirli veya belirlenebilir olması kefaletin feri özelliğinden kaynaklanmaktadır. Gerçekten kefalet borcunun varlığı asıl borcun varlığına ve devamına bağlıdır.

B. Kefalet Sözleşmesinin Feri Olma Özelliği

Kefalet sözleşmesinin geçerliliği, geçerli bir asıl borcun varlığını gerektirir (BK m.485)¹. Zira kefalet sözleşmesi feri bir sözleşmedir². Bu özellik, kefalet borcunun doğuş, devam ve sona erme bakımından asıl borcun varlığına bağlı olmasını gerektirir.

Kefalet sözleşmesinin geçerli olmasının ilk şartı geçerli bir borcun bulunmasıdır. Geçersiz veya olmayan bir borca kefil olunmuşsa kefalet borcundan söz edilemez. Borç, sonradan geçerli olarak doğsa bile bu borç için yeniden bir kefalet sözleşmesi yapılmalıdır. Geçersiz bir borca verilen kefaletin geçerli olması tarafların açık veya örtülü icazeti ile mümkün değildir.

Kefalet borcunun kapsamı asıl borç tarafından belirlenir³. Müstakbel alacaklar için verilen kefalet için aynı kural geçerlidir. Kefil asıl borçludan daha ağır bir sorumluluk altına giremez. Diğer bir ifade ile kefil kefalet

¹ Oser, 855; Beck, Art.492, N.107; Lerch/Tuason, 9; Anderegg, 12; Giovanoli, Art.492, N.68; Tandoğan, 19; Aral, 445; Tobler, 17. Yazar bu hükmün aslında gereksiz olduğunu, kefalet sözleşmesinin kanunda bulunan tanımından anlaşıldığını ifade etmektedir.

² Oser, 855, 860; von Tuhr, 226; Tobler, 13 vd.; Lerch/Tuason, 9; Rein, 33, 52 vd.; Müller, 77; Becker, Vorb. Zu Art.492-512, Art.492, N.22; Beck, Art.492, N.88; von Büren, 350; Tekinay, Müteselsil, 746; Tahiroğlu, 332; Anderegg, 13; Giovanoli, Art.492, N.2; Olgaç, 12; Bilge, 369; Larenz, 417; Schwenger, 438; Bucher, 287-288; Reisoğlu, 2-3; Tandoğan, 497; Hatemi/Serozan/Arpacı, 522; Wiegand, Bürgschaft, 335; Grassinger, 13, 17; Bucher, 287-288; Wiegand, 187, 201; OR/Pestalozzi, Art.492, N.13; Barlas, Kredi, 972; Aral, 438; BGE 101 II 323 E.1; BGE 113 II 437 E.b; BGE 120 II 37 E.3a; Bu özellik kefalet sözleşmesini garanti sözleşmesinden ayırmaktadır. Kefaletin feri niteliğinden dolayı kefalet borcunun muaccel olması İsviçre Hukukunda Türk Hukukundan farklı olarak asıl borcun muaccel olmasına bağlıdır. Buna karşılık BK m.491/II'de OR'nin eski düzenlenmesine uygun olarak kefalet borcunun muacceliyeti için ihtar şartı aranmaktadır (von Tuhr, 246).

³ Giovanoli, Art.492, N.20 b, N.74; Oser, 855; Tobler, 52.

sözleşmesini kurduğu anda var olan asıl borcun miktarı kadar sorumludur⁴. Kefalet sözleşmesi yapıldıktan sonra, asıl borcun ek bir sözleşme ile veya asıl borçluya ait defilerin ileri sürülmemesi nedeni ile artması halinde kefilin sorumluluğu genişlemez⁵. Buna karşılık asıl borç kefaletin kurulduğu zamana göre azalmışsa, kefil yine bu düşük miktar üzerinden sorumlu olacaktır. Bu husus da kefaletin feriliği ile ilgilidir.

Alacaklı kefalet borcunu yerine getirmesi için kefile başvurursa, sadece geçerli bir kefalet sözleşmesinin bulunduğunu değil aynı zamanda asıl borcun varlığını da ispat etmelidir⁶. Bunun dışında kefalet asıl borçtan ayrı devredilemez⁷. Ayrıca kefilin asıl borçlunun şahsından kaynaklanan defileri ileri sürme imkanı yine feriliğin bir sonucudur.

Kefalet borcunda ifa yeri, bu borcun feri niteliğine göre belirlenmez⁸. Buna karşılık kefalet sözleşmesinin ferilik özelliği onu garanti sözleşmesi gibi benzer sözleşmelerden ayırır⁹. Son olarak kefaletin zaman bakımından feriliğine temas etmek gerekir. Buna göre kefalet borcu asıl borcun muaccel olmasından önce talep edilemez.

C. Asıl Borcun Belirli veya Belirlenebilir Olması

1. Genel Olarak

Asıl borcun belirli veya belirlenebilir olması kefalet sözleşmesinin geçerlilik şartıdır¹⁰. Buna karşılık kefalet senedinde asıl borcun rakamsal olarak gösterilmesi zorunlu değildir. Asıl borcun belirli veya belirlenebilir

⁴ Beck, Art.492, N.93; Tobler, 46-47. Kefilin asıl borçtan daha fazla yük altına girmesi halinde kefalet sözleşmesinin tamamen geçersiz olması yerine kısmi butlan hükmünün uygulanması mümkündür. Buna karşılık asıl borcu geçen miktarın garanti sözleşmesi sayılması gibi bir düşüncenin aynı işlemi iki ayrı hukuki işlem olarak değerlendirmenin isabetli olmayacağı düşüncesindeyiz.

⁵ Giovanoli, Art.492, N.74.

⁶ Oser, 855; Beck, Art.492, N.94.

⁷ Oser, 856; Beck, Art.492, N.41.

⁸ Tobler, 46, dn.2; Giovanoli, Art.492, N.21 a; OR/Pestalozzi, Art.492, N.16; Karşı görüş için bkz.Oser, 869.

⁹ Tobler, 15; Beck, Art.492, N.90; Giovanoli, Schwenzer, 438-439; Art.492, N.13; OR/Pestalozzi, Art.492, N.14; bkz. Becker, Art.492, N.22; Bucher, 289; BGE 113 II 437 E. b.

¹⁰ Olgaç, 17; BGE 120 II 37 E.3a; Bucher, 288; OR/Pestalozzi, Art.492, N.19 ; Lerch/Tuason, 37; Giovanoli, Art.492, N.73; Beck, Art.492, N.107; Becker, Art.493, N.2, Art.494, N.1; Y 11.HD E.1988/1489 K.1988/1500 (Yasa, 1988, 748-749);

olmasının amacı kefalet senedinde asıl borcun miktarının sayısal olarak gösterilmesi değildir. Özellikle kefilin sorumlu olduğu azami miktarın kefalet senedinde belirtilmiş olması halinde asıl borcun rakamla değil ama muayyen ve kabili tayin olması yeterlidir¹¹.

Kefil kefalet sözleşmesini yaptığında sorumluluğunun miktarını anlayabilecek bir durumda olmalıdır. Kefil sorumluluğunun kapsamını kefalet sözleşmesi kurulduktan sonraki bir zaman diliminde anlayabiliyorsa BK m.492'nin amacı gerçekleşmiş olmaz¹². Belirlilik ilkesi nedeniyle sözleşmenin geçerli olması için asıl borcun zor olmayan bir işlem ile kefilin sorumlu olduğu miktarı tespit edebilecek bir durumda olması gerekmektedir¹³. Ayrıca BK m.490 kefilin sorumluluğuna bazı ek unsurlar da ilave ettiğinden kefilin daha dikkatli olması gerekir.

Kefalet sözleşmesinde bulunun bazı bilgiler veya olayın koşulları gibi bazı bilgilerden hareketle borç belirlenebiliyorsa kefalet geçerlidir¹⁴. Asıl borç ilişkisinin tarafları, bu ilişkinin sebebi, borcun kapsamı, ifa zamanı veya ifa yeri gibi bilgiler asıl borcun belirlenmesinde kullanılabilir¹⁵. Bu durumda kefalet senedinin yorumlanması yoluyla borcun belirli olduğuna karar verilebilir. Yorum yapılırken iyiniyet kurulları dikkate alınır. Kefalet senedinin metni dışında diğer bilgiler değerlendirilir. Yapılan yorumlama faaliyetinde kefilin korunması gerektiği ve daha çok sorumluluğun daraltılması gerekliliği unutulmamalıdır¹⁶. Reisoğlu'na göre¹⁷ asıl borcun belirlenmesi ilkesinin çok dar yorumlanmaması gerekir. Nitekim Kanunumuz gelecekte doğacak borçlar için kefaleti kabul ederek dar yorum tarafıslı olmadığını göstermiştir.

Sorumlu olunan miktar kefalet senedinde bulunmamakta ancak asıl borç ilişkisine ait belgeye yapılan atıfla tespit edilmesi mümkün ise belirlilik ilkesi gerçekleşmiş¹⁸ olur. Ancak alacaklı açıkça kefilin atıf yapılan belgeyi

¹¹ Reisoğlu, Muteberlik, 383; Rein 34; Oser/Schönenberger, Art.493, N.24.

¹² Tobler, 50.

¹³ Tobler, 50.

¹⁴ Tandoğan, 44; Reisoğlu, 52 ; Reisoğlu, Muteberlik, 339; BGE 64 II 219, BGE 49 II 387, 48 II 208/209; Grassinger, 101; Yavuz, 775; Oser/Schönenberger 493 N.2324, Reisoğlu, 11 vd.; Aral, 454.

¹⁵ Reisoğlu, Muteberlik,339-340; Reisoğlu, 14; Oser/Schönenberger, Art.492, N.28; Grassinger, 101; Y 13.HD 03.12.1991 E.7229 K.10997 (YKD 1992 398), Y HGK 04.01.1953 E.150 K.14 (Olgaç, Kefalet 66); Yavuz, 775; Aral, 454 BGE 46 II 97 f. E.2; BGE 120 II 37 E.3a ; 64 II 208 E.2; BGE 49 II 373 E.2; BGE 48 II 196 E.10, BGE 46 II 95 E.2.

¹⁶ Tandoğan, 46.

¹⁷ Reisoğlu, Muteberlik, 340; Reisoğlu, 11; Oser/Schönenberger, 492, N.28; Y 11.HD E.1988/1489 K.1988/1500 (Yasa, 1988, 748-749).

¹⁸ Becker, Art.493, N.8; BGE 42 II 152; BGE 47 II 302.

okuduğunu ve daha sonra imzaladığını ispat edebilirse belirlilik ilkesine göre geçerli bir kefalet sözleşmesinden söz edilebilir¹⁹. Kefalet altına alınan borcun tarihi senette bulunuyorsa borcun genel olarak tanımlanması yeterli sayılmalıdır²⁰.

Kefil olunan borcun hukuki sebebinin belli olması gerekmektedir. Buna karşılık kefilin kefalet ilişkisine girme nedeni olan hukuki sebebin bilinmesine gerek yoktur²¹.

Ancak taraflar arasında tek bir borç ilişkisi ve buna bağlı olarak tek bir borç varsa, mücerret bir borç ilişkisinden kaynaklanan bir borç varsa veya belli bir çerçevede oluşan hukuki ilişkilerden doğan borç söz konusu ise her bir borç için ayrı ayrı hukuki sebebin belirtilmesi gerekli değildir²².

2. Birden Fazla Borç Bakımından

Alacaklı ile borçlu arasında farklı hukuki sebeplerden kaynaklanan borçlar için kefalet sözleşmesi yapılmış olabilir. Bu durumda kefaletin hangi borç için verildiği belirtilmelidir.

Kefilin borçlunun hangi borcuna kefalet verdiği tespit edilemiyorsa belirlenebilirlik söz konusu olmadığından kefalet sözleşmesi geçersizdir²³.

Kefil belirli bir borca kefalet vermişse, tarafları aynı olan başka bir borç için kefalet sözleşmesinden dolayı sorumlu tutulamaz²⁴. Kefilin hangi borç için kefalet sözleşmesi yaptığı kefalet senedi dışında tarafların iradelerinin yorumundan anlaşılır²⁵.

3. Aynı Hukuki Sebepten Kaynaklanan Borçlar Bakımından

Kefil, alacaklı ile borçlu arasında var olan bir hukuki sebepten kaynaklanan birden fazla borca kefalet vermiş olabilir. Belli bir hukuki ilişkiden doğan birden fazla borç için kefalet mümkündür²⁶. Bir borca değil de bütünlük içinde yer alan birden fazla borca kefalet veren bu tür durumlarda tek tek borçların belirlenebilir olması şartı aranmaz. Bu bütünlük belirlenebiliyorsa belirlilik ilkesi gerçekleşmiş sayılır²⁷.

¹⁹ Tobler, 49.

²⁰ Tandoğan, 46.

²¹ Tandoğan, 46 dn.161; Tobler, 18.

²² Tandoğan, 46.

²³ Tandoğan, 46; Reisoğlu, 14-16; BGE 49 II 104.

²⁴ Reisoğlu, Muteberlik, 342.

²⁵ Reisoğlu, Muteberlik, 342.

²⁶ Reisoğlu, Muteberlik, 381 Becker, Art.493, N.2; Beck, Art.492, N.107; Reisoğlu, 12; Oser/Schönenberger 492 29, Rein 54, BGE 49 III 377; BGE 48 II 208.

²⁷ Anderegg, 13.

Değişik içerikli birden fazla borcun doğduğu, bu borçların sayısının ve miktarının değişebildiği bir ilişkiler yumağına kefilin sorumluluğunun azami sınırı belli ise kefalet mümkündür²⁸. Bu durum daha çok kredi sözleşmelerinde veya bir şirketin alt taşeronuna açtığı cari hesapta görülmektedir.

Kredi sözleşmesine kefalet verilmişse kredi temininden önce verilen borçlar kefalet kapsamına girmez. Ancak kefalet sözleşmesinde önceden doğmuş bulunan borçların da kefalet kapsamında olduğu belirtilebilir²⁹. Bir kredi ilişkisinde hesap kesilirse gelir ve gider kalemlerinden kalan son meblağ kefalet kapsamında yer alır³⁰.

Kefil kefalet senedinde kredi borçlusunun borçlarından kayıtsız ve şartsız sorumlu olacağına ilişkin beyanı bulunsa dahi, belli bir kredi borcuna belli hususlara uyulması şartıyla kefil olduğunu iddia edebilir³¹.

D. Müstakbel Borçlarda Belirlilik İlkesi

1. Genel Olarak

Müstakbel borçlarda belirlilik ilkesi özellikle kredi sözleşmelerinde ve cari hesap sözleşmelerinde karşılaşılan bir sorundur. Bu nedenle ayrıntılı bir şekilde incelenmesi gerekmiştir.

Gelecekte meydana gelecek borç için kefalet vermek caizdir (BK m.485). Bu husus kefaletin ferî özelliğinden kaynaklanmaktadır³². Kefalet borcu muaccel olduğunda geçerli bir borcun var olması yeterlidir³³. Bu durumda kefalet borcu taliki şarta bağlı olur. Kefil doğacak borcun doğmasından önce kefalet sözleşmesinden dönemez³⁴.

Kefilin kefalet sözleşmesini kurarken asıl borçlunun doğması muhtemel borçları hakkında bilgi sahibi olması zorunludur. Ancak bir kişinin gelecekte doğacak tüm borçlarından sorumlu olma şeklinde kefalet sözleşmesi kurmak mümkün değildir. Ancak belli bir müşterinin belli bir ilişkiden kaynaklanan müstakbel tüm borçlarına belli bir miktara kadar kefil olmak mümkündür³⁵.

²⁸ Grassinger, 101-102.

²⁹ Rein, 53 BGE 38 II 614 BGE 41 II 52; BGE 49 II 100.

³⁰ Rein, 53.

³¹ Reisoğlu, 14; BGE 64 II 211.

³² Oser, 856; Rein, 61; Beck, Art.492, N.89; Anderegg, 13; Tobler, 31. Var olmayan bir borca kefalet, kefaletin ferîlik özelliğini kaldırmamaktadır.

³³ Reisoğlu, 17; Rein, 61; Beck, Art.492, N.115; Bilge, 369.

³⁴ Rein, 61.

³⁵ Lerch/Tuason, 11.

Müstakbel bir borca kefalet verilmişse, kefalet borcu kefalet sözleşmesinin kurulmasıyla doğar. Buna karşılık kefalet borcunun alacaklı tarafından talep edilecek duruma gelmesi diğer şartlar yanında asıl borcun geçerli olarak doğmasına bağlıdır³⁶.

Müstakbel borç ile vadesi gelmemiş borç birbirinden ayrılmalıdır. Müstakbel borç ilişkisinden doğan faiz alacağı gibi borçlarla borç ilişkisinden doğacak dar anlamda borçları kapsamaktadır³⁷?

Müstakbel alacaklara verilen kefalette, asıl borcun belirli olması alacaklının belirlenebilmesine ve alacağın sebebinin biliniyor olmasına bağlıdır. Bu ilkeye göre “herhangi bir hukuki sebepten kaynaklanan müstakbel borçlara” dayanmak belirlilik ilkesi bakımından yeterli değildir. Çünkü bu şart herhangi bir sınırlama içermez ve kefaletten doğan yükümlülüğün şumulü ve bununla altına girilen risk hakkında kefil de tam bir tasavvur meydana getirmez³⁸.

Alacaklı ile asıl borçlu arasındaki hukuki ilişki açıkça teşhis edilebilecek şekilde zikredilmişse bu hukuki ilişki çerçevesinde oluşacak müstakbel alacak hangi miktarda olursa olsun kefalet kapsamında yer alır³⁹.

Kefalet senedinden kefilin mevcut bir borca mı yoksa müstakbel bir borca mı kefil olduğu anlaşılamıyor ve tarafların irade beyanlarından bir sonuç çıkarılamıyorsa kefaletin müstakbel bir borç için verildiği kabul edilmelidir. Zira kefil alacaklının menfaatini değil asıl borçlunun menfaatini sağlamak istemektedir. Ayrıca, mevcut bir borca kefil olmak doğacak bir borca kefil olmaktan daha az risklidir. Zira doğacak borcun doğmama ihtimali vardır. Mevcut borca kefalet istenmişse alacaklı asıl borçlunun ödeme gücünden şüphe duyuyor demektir. O halde asıl borçlunun mevcut bir alacağı yerine yeni bir borç alması amacı için hareket etmesi ve verilen kefaletin doğacak borç için düzenlendiğini kabul etmenin daha doğru olduğu görünmektedir⁴⁰. İsviçre Borçlar Kanununun 499’uncu maddesine bu konu ile ilgili olmak üzere yeni düzenleme getirilmiştir. Buna göre kefalet senedinden veya diğer olaylardan aksi anlaşılamıyorsa kefilin kefalet sözleşmesini kurmasından sonraki zaman diliminde asıl borçlunun doğacak borçları için sorumlu olacağı anlaşılır⁴¹.

³⁶ Reisoğlu, Muteberlik, 346; Oser/Schönenberger Art.492, N.27; Reisoğlu, 17.

³⁷ Grassinger, 66; Beck Art.492, N.115; Rein 62; Tobler, 31.

³⁸ BGE 120 II 35 ff.

³⁹ Wiegand, Bürgschaft, 203 (BGE 128 III 439), Beck de aynı görüştedir (Art.492, N.107).

⁴⁰ Reisoğlu, Muteberlik, 346; Rein 53; Reisoğlu, 17; Reisoğlu, Muteberlik, 342; BGE 49 II 104.

⁴¹ Reisoğlu, 13.

Borçlar Kanunun 485'inci maddesinde müstakbel borçlara kefalet düzenlenirken, zaman sınırlaması getirilmemesi önemli bir sorun olarak görünmektedir. Kefilin müstakbel bir borç için kurduğu kefalet sözleşmesi ile ne kadar bağlı kalacağını bilmeye hakkı vardır. Kaldı ki kefalet verildiğinde ekonomik durumu iyi olan asıl borçlu bu iyi durumunu kaybetmiş ve kefil bakımından daha riskli hale gelmiş olabilir. Nitekim kefalet borcuna ilişkin zamanaşımı asıl borcun muaccel olmasıyla işlemeye başlayacağından, asıl borcun meydana gelmesinde ve kefilin asıl borç ne kadar zaman sonra meydana gelirse gelsin sorumlu olmasında belirsiz ve tamamen kefil aleyhine olumsuz bir durum meydana gelmektedir⁴².

Müstakbel borca kefalet daha çok devamlı bir ilişki doğuran, değişen kredi borçları, cari hesap borçları gibi durumlar için düzenlenir⁴³.

2. Müstakbel borcun miktarının belli olması

Müstakbel borcun miktarının belli olması halinde kefaletin geçerliliğine ilişkin bir sorun bulunmamaktadır. Nitekim BK m.485 açıkça gelecekte doğacak borçlar için kefalet verilebileceğini düzenlemiştir.

Ancak bu durumda kefalet sözleşmesi kurulduktan sonra doğan borcun içeriği, kefalet sözleşmesi kurulurken amaçlanan borcun içeriği ile aynı olmalıdır. İki borç birbiri ile örtüşmüyorsa kefalet hüküm ve sonuç doğurmaz⁴⁴.

3. Müstakbel borcun miktarının belli olmaması

Gelecekte doğacak borcun miktarının belli olmaması mümkündür. Gerçekten kefalet sözleşmesinden asıl borcun hukuki sebebi anlaşılabilir ve ise doğacak borcun öngörülenden az veya çok olmasının önemi yoktur.

Ancak bazı durumlarda borcun belirlenmesinde borcun miktarından yararlanılabilir. Asıl borcun hukuki sebebi anlaşılamiyorsa asıl borcun miktarı belirlenebilirlik ilkesinin yerine getirilmesinde önem arz eder. Bu durumda ise iki ihtimal karşımıza çıkabilir. Asıl borç kefilin sorumlu olduğu azami miktardan az olabilir veya azami miktarın üzerinde meydana gelir.

⁴² Reisoğlu, Muteberlik, 346-347; Reisoğlu, 17; OR Art. 510/I bu durumu öngören bir hüküm getirmiştir. Düzenlemeye göre müstakbel bir borç için kefalet veren kefil, asıl borçlunun ekonomik durumu bozulursa veya kefalet sözleşmesi kurulduktan sonra asıl borçlunun iyi niyetle tahmin edilen durumundan çok daha zor durumda olduğu anlaşılırsa asıl borç doğuncaya kadar alacaklıya hitaben verilen yazılı bir beyanla kefaletten dönebilir.

⁴³ Reisoğlu, Kefalet, 17.

⁴⁴ Tandoğan, 46; Reisoğlu, 14-16; Reisoğlu, Muteberlik, 340.

Kefilin hakkında kefalet sözleşmesi yaptığı asıl borç kefalet senedine ve tarafların iradelerine bakılarak belirlenmiş, ancak başka bir borç meydana gelmişse sorumluluk söz konusu olmaz⁴⁵.

4. Müstakbel borcun kefaletin azami miktarının altında olması

Müstakbel borcun kefilin sorumlu olduğu azami miktar altında kalması halinde asıl borcun belirlenebilir olduğu sonucuna varılabilir. Bu durumda asıl borcun rakamla gösterilmiş olması gerekmez. Yorumla veya kefalet senedinde asıl borcu doğuran hukuki ilişkiye yapılan atıf nedeniyle asıl borç belirlenebilir⁴⁶.

Nitekim İsviçre Borçlar Kanunu m.493/T'e kefalet senedinde kefilin sorumlu olduğu azami miktarın rakamsal olarak belirtilmesi zorunluluğu getirilmiştir. Bu değişiklikte asıl borç miktarının kefalet senedinde belirtilmesi zorunluluğunun kefilin üstlendiği riskin kapsamını kefile hatırlatmakta ve dolayısıyla kefaletin geçerliliği bakımından artık önem arz etmediği görüşü kabul edilmiştir⁴⁷. Türk Hukukunda da bazı yazarlar aynı düzenleme BK m.484'te bulunmamakla birlikte bu görüşü savunmaktadır⁴⁸. Buna karşılık bazı yazarlar asıl borcun belirlenmesi, borcun meblağının belirtilmesine bağlı ise ve asıl borcun miktarı kefile başvurulduğu anda kefilin azami sorumluluk miktarından düşük ise kefilin sorumlu olduğu miktarın belirlenmesinde asıl borç miktarı rol oynayacağından önemlidir⁴⁹. Ancak bu miktarın rakamsal olarak kefalet senedinde belirtilmiş olması zorunlu değildir. Asıl borç senedine atıf ile borç miktarı anlaşılabilir ise bu da mümkündür⁵⁰.

Asıl borçtan fazla olan kefalet borcu asıl borcun miktarına kadar indirilir⁵¹.

II. Cari Hesaba Verilen Kefalet

A.Genel Olarak

Tek bir kefalet altında birden fazla borç türünün ve miktarının teminat altına alındığı ve bu bakımdan uygulamada en çok karşılaşılan kefalet sözleşmeleri cari hesaba verilen kefalet sözleşmeleridir.

⁴⁵ Reisoğlu, Muteberlik, 343.

⁴⁶ Tandoğan, 46; Yavuz, 775; Becker, Art.493, N.8; Olgaç, 17.

⁴⁷ Tandoğan, 46-47; ; Grassinger, 102; Honsell/Vogt/Wiegand/Pestalozzi 493 N.17; Beck, Art.493, N.9, Givanoli (Art.493, N.15) bu kaniya katılmamaktadır.

⁴⁸ Reisoğlu, 53-54.

⁴⁹ Grassinger, 102-103; Aral, 454.

⁵⁰ Grassinger, 102-103; Aral, 454.

⁵¹ Oser, 855 Becker, Art.493, N.2.

Cari hesaba verilen kefalet geçerlidir. Çünkü cari hesabın temelinde bulunan alacaklar bütünü ne kadar genel ve belirsizmiş gibi görünse de en azından sınırlandırılmıştır⁵².

Kefalet sözleşmesi bakımından asıl borcun bir tek borçtan veya birden fazla borçtan oluşması önem arz etmez. Aynı şekilde alacaklıya olan birden fazla borca veya birden fazla borçluya kefalet verilebilir. Nitekim, Cari hesap sözleşmelerinde bu sözleşmeden kaynaklanan borçların ve hukuki sebeplerinin belirli veya belirlenebilir olmasına gerek yoktur. Zira cari hesabın niteliği gereği bir ilişkiler bütünü sonunda hesap devresi sona erdiğinde veya hesap kat edildiğinde bakiye miktar üzerinden kefalet söz konusu olacaktır. Esasen kefil de bunu düşünerek kefalet beyanında bulunmaktadır. Burada önemli olan alacaklının aynı kişi olmasıdır. Alacaklının bir veya birden fazla borçlusu varsa bu durumda bu borçların tamamına bir kefalet sözleşmesi ile kefalet verilemez⁵³. Zira, kefil bir cari hesap sözleşmesine kefalet vermişse sözleşmenin sona ermesini takiben meydana gelecek pasif bakiye için kefalet vermiş demektir. Cari hesapta hesabın kesilmesinde aktif bakiye çıkmışsa diğer bir ifade ile lehine kefalet verilen kişi alacaklı ise ve aksine bir anlaşma yoksa kefilin yeniden bir kefalet vermesine gerek yoktur⁵⁴.

Cari hesaba kefalet verilmesi halinde mevcut borçların belirli veya belirlenebilir olmasında genellikle sorun çıkmaz. Gerçekten asıl borçlu ile banka arasında kurulan cari hesap sözleşmesinde hangi borçların söz konusu olduğunun tespiti hiç zor değildir.

Cari hesapta birden fazla borç tek bir kefalet yükümlülüğü kapsamı içinde bulunmaktadır⁵⁵. Ancak, borçlunun cari hesabına kefalet veren kefil bu kişinin aynı kişiden olan diğer borçları için sorumlu olmaz. Kefalet verilmiş bir borcun cari hesap içinde olduğu iddia ediliyorsa, bu ispat edilmelidir⁵⁶.

Örneğin genel kredi açma sözleşmesinde, sözleşme kapsamında çeşitli ve birden fazla meydana gelen borç veya doğacak borçlara kefalet belli bir sınırı aşmamak kaydıyla mümkündür⁵⁷. Bu tür bir sözleşmede birden fazla miktarda, değişik zamanlarda ve meblağları farklı surette açılan krediler tek

⁵² Anderegg, 14.

⁵³ Rein, 54; BGE 32 II 83 ff.

⁵⁴ Rein, 53.

⁵⁵ Reisoğlu, 12; Oser/Schönenberger, Art.492, N.44-46.

⁵⁶ Giovanoli, Art.492, N.74.

⁵⁷ Tandoğan, 46;; Reisoğlu, Muteberlik, 340; Grassinger, 102; Becker, 492 N.2 ; Aral, 454; Beck, Art. 492, N.107, Reisoğlu, 11 vd.; Rein, 23; 54, BGE 48 II 208, 49 II 377; Y 13.HD 22.02.1977 E.5420 K.1188(YKD 1977 1430), Y 11.HD 03.12.1988 E.1489 K.1500 (Yasa D. C.XI, S.5, 1988, 748).

bir kefalet ile teminat altına alınmaktadır. Cari hesaba kefalet verilmesi halinde ilk olarak alınan asıl borcun kefalet sözleşmesinin kurulmasından sonra ifa ile sona erdirilmesi halinde kefalet sona ermemektedir. Asıl borçluya yeni bir kredi verilmesi halinde kefil bu borçtan da kefil sıfatıyla sorumlu olmaktadır⁵⁸. Zira kefilin sorumlu olduğu azami meblağın gösterilmiş olması kefaleti geçerli hale getirmektedir. Nitekim bu anlayış yukarıda izah ettiğimiz cari hesabın niteliğine ve tarafların iradelerine uygundur. Ancak kefil sorumluluğunun ilk açılacak kredi ile sınırlı olduğunu sözleşmeye yazdırmak suretiyle bu sorumluluktan kurtulabilir⁵⁹.

Kefil bir borca kefalet vermiş, daha sonra bu borç cari hesap içine girmişse kefalet sözleşmesinden doğan borç hesabın kapatılıp bakiyenin çıkarılmasına kadar ertelenmiş olur⁶⁰. Nihai hesaplaşma halinde tecdit meydana gelir ve münferit kalemler sona erer. Çıkacak bakiye yeni bir borç olarak ortaya çıkar⁶¹. Yenileme ile ferilik ilkesi nedeniyle var olan kefalet sona erer. Ancak sona eren alacak için verilen kefalet varlığını devam ettirir. Yenilenen bakiye nedeniyle kefaletin sona ermemesi açısından ferilik ilkesine bir istisna getirilmiş, otomatik olarak alacağın değişmesi söz konusu olmuştur⁶². Bu durumda tek bir alacak için verilen ancak daha sonra bu alacağın cari hesaba kabul edilmesiyle ertelenen kefalet borcu kendiliğinden ve ilk verildiği meblağ üzerinden bakiye alacağını teminat altına almış olacaktır⁶³.

B. Kefalet Sözleşmesine Asıl Borç Bakımından Sınır Konmaması

Kefalet sözleşmelerinde asıl borcun belirli veya belirlenebilir olması sözleşmenin geçerliliğini etkileyen bir unsurdur. Ancak bir hukuki ilişkiden doğan birden fazla borcun tek bir kefaletle teminat altına alınması günlük hayatın ihtiyaçlarındandır.

Bu nedenle özellikle cari hesap sözleşmelerine verilen kefaletlerde “her türlü alacak ve borç için hangi sebepten doğarsa doğsun” şeklinde kayıtlar konmaktadır. Kefilin sorumluluğunun bu ölçüde geniş olması ve kefalet altına alınan borçların hukuki sebebinin her türlü ilişkiden kaynaklanması, bu tür kayıtların ve kefalet sözleşmelerinin geçersiz olup olmadığına ilişkin tartışmalar başlatmıştır.

⁵⁸ Reisoğlu, Muteberlik, 340; Rein 23; Beck, Art.492, N.107.

⁵⁹ Reisoğlu, Muteberlik, 341.

⁶⁰ Rein, 53; Oser, 355.

⁶¹ Rein, 53; BGE 40 II 411, Oser, 355, Tobler 40.

⁶² Rein, 53 ve bkz. BK m.115/III.

⁶³ Rein, 54.

Bir görüşe göre⁶⁴, asıl borçlu ile banka arasındaki banka işlemlerinden kolayca çıkarılabilen müstakbel alacaklar da doğrudan doğruya kefalet altına alınmış sayılabilir. Kramer'in savunduğu bu görüşe kısmen katılıyoruz. Gerçekten cari hesabın niteliği gereği iki taraf arasında normal olarak meydana gelecek hukuki ilişkilerden doğacak alacakları belirlenebilir saymak gerekir. Kefil de esasen bu düşünce ile kefalet vermiştir. Ancak yukarıda izah ettiğimiz dürüstlük kuralı gereği kefilin sorumluluğunun sınırlanmasını da ihtimal dışı bırakmamak gerekir.

Diğer bir görüş⁶⁵, İsviçre Hukukunda kefalet verilen borcun belirlenmesinin Alman Hukukunun ve çoğu yabancı Kanunların aksine kefalet senedinde azami sorumluluk miktarının sayısal olarak belirli olması zorunluluğu bulunduğunu, bu nedenle belirlilik ilkesinin kefilin sorumluluğunun sınırlanmasına hizmet etmediğini ifade etmektedir. İsviçre Hukukunda daha çok hangi alacağa kefalet verildiğinin açık olması istenir, böylece alacaklı kefalet verilmemiş alacak için kefalet borcunun yerine getirilmesini talep edemez, İsviçre Borçlar Kanununda 1941 yılında yapılan değişiklikler Türk Hukukunda bulunmadığından Bucher'e katılmak mümkün değildir. Zira hukukumuzda kefilin sorumlu olduğu miktarın rakamla belirtilmesi zorunluluğu bulunmamaktadır. Ancak, kefilin sorumlu olduğu azami miktarın rakamla belirtilmiş olması halinde alacaklının belli olması veya belirlenebilir olması⁶⁶ veya borcun meydana geliş sebebi biliniyor olmalıdır⁶⁷.

Üçüncü bir görüşe göre⁶⁸, cari bir hesap kredisinin teminine ilişkin olarak verilen bir kefaleti hem ferilikle hem de eşya hukukunda kullanılan tahsis ilkesi (spezialität) ile uzlaştırılabilir olduğunu ileri sürmektedir. Çünkü her zaman belirlenebilir bir alacak söz konusudur. Bunun sonucu olarak cari hesap borcu için verile kefaletin geçerli olduğuna ve dahası kefaletin var olan işlem bağlantısından kaynaklanan cari hesaba dahil olan gelecekte doğacak yükümlülöklere temas etmesi açısından geçerli olacağından şüphe yoktur⁶⁹. Wiegand'a yine Türk Hukukunda bulunan düzenlemeler karşısında katılmak mümkün değildir. Zira Türk Borçlar Hukuku bakımından kefalet sözleşmesindeki belirlilik ilkesinin müstakbel alacakların temlikinde kullanılan belirlilik ilkesi ile özdeşleştirilmesi isabetli

⁶⁴ Kramer, in: AJP 1994, 1045 (BGE 128 III 438).

⁶⁵ Bucher, Kontokorrent, 184-185.

⁶⁶ BGE 120 II 37 E.3a; BGE 46 II 95 E.2.

⁶⁷ BGE 120 II 37 E.3a; Oser/Schönenberger, 492 N.28.

⁶⁸ Wiegand, Akzessorietät und Spezialität, in: Berner Tage für die juristische Praxis, 1981, Bern 1982, S.35 ff. (BGE 128 III 438); daha önce bu görüşü Beck (Art.493, N.24) ifade etmişti.

⁶⁹ Wiegand, Bürgschaft, 334-335.

değildir. Zira halen yukarıda belirttiğimiz gibi hukukumuz bakımından kefilin sorumlu olduğu azami miktarın kefalet senedinde belirtilmesi zorunlu değildir. O halde Kramer'in azami sorumluluk miktarının gösterilmesini üst hat ipoteği (maksimal ipotek) ile ayniyet kurarak anlama ve yorumlama görüşüne katılmak mümkün değildir.

Yukarıda sözünü ettiğimiz kefalet sözleşmesi şartı kefilin sorumluluğunu herhangi bir şekilde sınırlamamaktadır. Bunun dışında kefilin kefalet sözleşmesini kurarken sorumluluğunun genişliği ve üstlendiği risk hakkında bir kanaat uyandırmamaktadır⁷⁰. Ayrıca “hangi sebepten doğarsa doğsun” şeklindeki bir formülasyon kefilin aslında hiç de kefalet altına almak istemediği borçlardan sorumlu olması sonucunu doğuracaktır. Örneğin bankanın aracı ile asıl borçlunun aracının kaza yapması ve bundan banka lehine bir tazminat alacağı doğması halinde kefil istemediği ve düşünmediği halde bu tür bir alacağa kefil olacaktır⁷¹. Bankanın asıl borçluya hata ile bir ödeme yapması halinde dahi kefilin sorumluluğu söz konusu olacaktır. Zira banka ile asıl borçlu arasında sebepsiz zenginleşme dahil her türlü borç doğabilecektir. Asıl borçlunun banka lehine bir alacak doğuracağı her türlü fiili veya sözleşme ihlali kefalet kapsamına girecektir. Bu durum kefalet hükümleri dikkate alındığında kabul edilemez. Kanun esasen kefilin bu tür sonu belli olmayan risklere girmekten korumaya çalışmaktadır.

Uygulamada çok görülen “doğmuş ve doğacak bütün alacakları” şeklinde formüle edilen cari hesap kefalet sözleşmelerinin geçerli olduğu kabul edilmektedir⁷². Bankanın borçluya karşı “mevcut ve doğacak bütün alacakları” şeklindeki kayıtlar geçerli sayılmaktadır⁷³. İsviçre Hukukunda kefalet hükümlerinin “revizyonu esnasında, bu yönden kefilin sorumluluğunun sınırlandırılması şeklindeki bir teklif reddedilmiştir”⁷⁴.

“Hangi sebepten doğarsa doğsun mevcut ve gelecekte doğacak borçların tamamından” kefilin sorumlu olmasını Federal Mahkeme kabul

⁷⁰ BGE 120 II 37 E.3b; Wiegand (203), bu şartlar altında sözleşmelere konulmasını önerdiği kayıтта, “...bankanın X e karşı ikisi arasında var olan işlemlere halen dahil olan veya gelecekte ait olacak tüm alacaklara kefil olmayı...” şeklinde bir öneri getirerek, her türlü alacak kavramını kullanmaktan kaçınmıştır.

⁷¹ Bucher (186), bankanın böyle bir durumda tazminat alacağını cari hesaba kaydetmek istemesini anlaşılır bulmamaktadır. Bankanın normalde yapacağı davranış doğrudan doğruya dava açmak cari hesabın sonunu beklememek olacaktır. Bu nedenle asıl borçlu böyle bir alacağın cari hesaba kaydedilmesine karşı çıkmaz, aksine bunu talep eder. Çünkü bu bir nevi kredilendirme veya erteleme anlamına gelecektir.

⁷² Reisoğlu, Muteberlik, 340; Rein 23, Beck, Art.492, N.107; BGE 49 II 377, BGE 48 II 208.

⁷³ Reisoğlu, 12; Rein 23, 54; Beck, Art.492, N. 107, BGE 49 II 377, 48 II 208.

⁷⁴ Reisoğlu, 13.

etmemiştir⁷⁵. Federal Mahkemeye göre böyle bir kefalet sözleşmesinde asıl borç yeterince belli değildir.

Beck⁷⁶, kefilin mevcut ve gelecekte doğacak tüm borçlardan sorumlu olması kaydının genel olarak geçerli olduğunu ifade etmekte, ancak bazı sınırlamalar getirmektedir. Örneğin kefilin dürüstlük kuralına göre sorumluluğunun kapsamının bu kadar geniş olmayacağını düşünerek kefalet sözleşmesi yapması halinde belirlilik ilkesine uyulmaması nedeniyle sözleşme geçersiz sayılabilir. Beck'in savunduğu bu görüşe katılmıyoruz. Çünkü cari hesap mahiyeti gereği birden fazla borcun miktarına bakılmaksızın aynı ilişkide doğduğu ve sonuçta tek bir alacak olarak talep edildiği bir ilişki türü yaratmaktadır. Bu tür bir ilişkide cari hesap içinde meydana gelen borçların genel olarak geçerli olduğunu söylemek isabetli değildir⁷⁷.

Kefilin asıl borçlu ile alacaklı arasında var olan cari hesaptan doğan borçlara kefalet verdiği tartışmasızdır. Zaten bu konuda var olan tartışma cari hesabın muhtevası ile bağdaşmayan başka borçların kefalet altında bulunup bulunmadığına ilişkindir.

Esasında yukarıda da belirttiğimiz gibi asıl borçlunun alacaklıya karşı borcu tek kalemdir. O da cari hesabın bakiyesidir. Cari hesap içinde bulunan münferit borç kalemleri asıl borçludan talep edilemez. Bu durumda kefil de tek tek meydana gelen borç kalemlerinin ödenmemesinin muhatabı değildir. Şu halde kefil asıl borçlunun alacaklıya karşı sahip olduğu tüm borçlar için kefil olmuş gibidir⁷⁸. Cari hesap sözleşmesinden kaynaklanan ve daha başlangıçta tahmin edilebilen borç kaynakları bakımından kefil olunan asıl borcun belirlenebilir olduğu açıktır. Ancak bu kapsam dışında cari hesaba sokulan diğer ilgisiz kalemlerin kefilin sorumluluğunun dışında bulunması gerektiği açıktır.

Dürüstlük kuralına göre kefil sorumluluğunun belli bir sınıra kadar olacağına inanıyorsa kefilin sorumluluğu sınırlanabilir⁷⁹.

C. Belirlilik İlkesine Uyulmamasının Müeyyidesi

⁷⁵ BGE 120 II 37 E.3b.

⁷⁶ Beck, Art.492, N.107.

⁷⁷ bkz aynı görüş için Bucher, 184.

⁷⁸ Bucher, 183.

⁷⁹ Anderegg, 16; Beck, Art.492, N.107; BGE 128 III 439/440; Bu görüşü destekler mahiyette bkz. Giovanoli, Art.492, N.5; OR/Pestalozzi, Art.492, N.3; Becker, Art.492, N.6. Zira kefalet tek tarafa borç yüklemektedir; BGE 64 II 212 E.2; BGE 42 II 149 E.3 S.152; 38 II 608 E.4 S.615; bkz karşı görüş için Bucher (184-185) bu görüş kabul edilirse cari hesap içinde meydana gelen tüm borçlar için kefaletin tartışma konusu olacağını haklı olarak belirtmektedir.

1. Genel Olarak

Belirlenmemiş herhangi bir borç için verilmiş kefalet geçerli değildir⁸⁰. Kefilin alacaklı ile asıl borçlu arasında bulunan her türlü ilişkiden doğan borca kefil olması mümkün değildir⁸¹. “A nın doğmuş ve doğacak bütün borçlarına kefilim” şeklinde bir kefalet sözleşmesi geçersizdir. “A nın doğmuş ve doğacak bütün borçlarına bir milyar TL a kadar kefil oluyorum” şeklindeki kefalet de geçersizdir⁸².

Geçerlilik şartına uyulmadan yapılan kefalet sözleşmesi geçerli olmaz (BK m.11/II)⁸³. Borçlar Kanunun 484’üncü maddesi “Kefaletin sıhhati...” diyerek şekil şartının geçerlilik şartı olduğunu hükme bağlamıştır. Kanunun bu hükmü olmasa da BK 11/II’nci maddesine göre şekle aykırılık sözleşmenin geçersizliği sonucunu doğururdu.

Geçersizliğin türünün mutlak butlan⁸⁴ olduğu görüşü dışında kendine özgü geçersizlik⁸⁵ olduğu gibi görüşler de ileri sürülmüştür..

2. Azami Sorumluluk Miktarının Bulunması Halinde

Yazılı geçerlilik şartına tabi kefalet sözleşmesinde kefalet senedinde kefilin sorumluluğunun azami miktarının gösterilmesinin bir zorunluluk olup olmadığı fevkalade tartışmalıdır.

⁸⁰ Tandoğan, 45-46; Grassinger, 101; Yavuz, 775; Aral, 453-454.

⁸¹ Grassinger, 101.

⁸² Reisoğlu, 11.

⁸³ von Tuhr, 225; Tobler, 8; Lerch/Tuason, 36; Becker, Art.493, N.7; Frey, 45; Müller, 78, 80; Beck, Art.493, Nr.15; Anderegg, 8, 57; Bilge, 370; Tandoğan, 38; Reisoğlu, 43, 44; Oser/Schönenberger, Art.493, N.45; Giovanoli, Art.493, N.3, 10; Olgaç, 16, 18; Reisoğlu, Muteberlik, 373; OR/Pestalozzi, Art.493, N.3, 6; Grassinger, 98; Aral, 451; Y İBK 12.04.1944, 14/13; Y.21.HD E.2000/2133 K.2000/2117 (YKD 2000, 933); Y.19.HD E.1999/1901 K.1999/2434 (YKD 1999, 1426, 1427); Y.11.HD E.2002/630 K.2002/4497 (YKD 2002, 1813); Y.19.HD E.2000/6362 K.2001/234 (YKD 2002, 425); BGE 42 II E.3; BGE 119 IA 441 E.2. Fransız ve İtalyan Hukukunda ispat şekli olarak öngörülmüştür (Becker, Art.493, N.7; Rein, 29); Roma Hukukunda sözlü olarak yapılan kefalet türü olan *Fideiussio* da alacaklı *fideiussor*’ların ödeme güçleri konusunda şüphesi varsa *formula* verilmesini isteyebilirdi (Tahiroğlu,, 233).

⁸⁴ Oser, 860; Reichel, 178; von Tuhr, 225; Tobler, 9; Lerch/Tuason, 37; Becker, Art.493, N.7; Rein, 41; Frey, 45, 46; Beck, Art.493, Nr.15, 16; Anderegg, 57; Reisoğlu, Muteberlik, 390; Oğuzman, 249; Giovanoli, Art.493, N.3, 11; Giger, 127; Wacke, 17, 19; Anderegg, 57; Aral, 445; Reisoğlu, 44; Bucher, 292; Tandoğan, 540; Hatemi/Serozan/Arpacı, 524; OR/Pestalozzi, Art.493, N.3; Grassinger, 99; BGE 42 II 149 E.3; BGE 111 II 281 E.d; Y 13 HD 26.1.1989-5996/333 (Nazif, Kaçak, Yargıtay İçtihatları Külliyyatı II.Cilt, Ankara 1999). Y İBK 30.09.1998 2/2.

⁸⁵ Ayrıntılı tartışmalar ve önerilen diğer yollar için bkz. Müller, 22 vd.; Eren, C.1, 267 vd.; Tuğ, 130 vd.; Kocayusfpaşaoğlu, 246-247; Altaş, 89 vd.

1911 tarihli mehz İsviçre Borçlar Kanunun konuyu düzenleyen maddesi, halen hukukumuzda yürürlükte olan BK m.484'e paralel olarak kefilin sorumluluk miktarının gösterilmesi şartını aramaktaydı. Bu maddenin yürürlükte olduğu zamanlarda hakim görüş⁸⁶ kefilin sorumlu olduğu miktarın kefalet senedinde rakamla gösterilmesinin zorunlu olmadığı yönündeydi. Ancak mehz Kanunun ilgili maddesi 1941 yılında değiştirilmiş ve kefilin sorumlu olduğu miktarın rakamla gösterilmesi zorunluluğu getirilmiştir.

Hukukumuz bakımından mehz Kanunun eski düzenlemesi nedeniyle kefilin sorumlu olduğu miktarın rakamla gösterilmesinin zorunlu olduğunu savunanlar⁸⁷ yanında bunun zorunlu olmadığını savunanlar⁸⁸ da bulunmaktadır.

Yargıtay kefilin sorumluluğunun kefalet senedinde mutlaka gösterilmesi gerektiği kanısını taşımamaktadır⁸⁹.

Kefilin sorumlu olduğu azami miktarın kefalet senedinde gösterilmesi zorunlu değildir. Ancak kefalet senedinde veya borç belgesinde göstermek suretiyle sorumluluğun azami miktarının kesinlikle ve kolayca belirlenmesi yararlıdır. Mantıki düşünce ve basit bir hesapla kefaletin verildiği anda anlaşılan sorumluluk miktarı geçerlilik için yeterli bir unsurdur⁹⁰.

Kefil olunan asıl borç belirli veya belirlenebilir değilse kefilin sorumlu olacağı azami miktarın belirtilmesi kefaleti geçerli hale getirmez⁹¹.

Kefilin sorumlu olduğu azami miktarın kefalet senedinde gösterilmesi müstakbel alacaklar bakımından daha büyük bir önem taşımaktadır⁹².

3. Kısmi butlan

Bir tek kefalet borcu altında türü ve miktarı farklı birden fazla borç doğuran bir hukuki ilişkiden doğan borçlara kefalet halinde, bu borçlardan bir kısmının belirlilik ilkesine aykırı olması durumunda, kefalet sözleşmesinin tamamen geçersiz sayılması isabetli değildir. Bu tür durumlarda tamamen geçersizlik yerine kısmi butlan hükümlerinin uygulanıp uygulanamayacağı araştırılmalıdır.

⁸⁶ bkz.Frey, 12-15; Rein, 2-4.

⁸⁷ Reisoğlu, 47; Bilge, 372; Barlas, Kredi, 942.

⁸⁸ Tandoğan, 47-48; Grasisinger, 102-103.

⁸⁹ Y İBK 12.04.1944, 14/13.

⁹⁰ Becker, Art.493, N.8; Federal Mahkeme bu zorunluluğu reddetmektedir BGE 47 II 302 ff.; BGE 49 II 378, Oser (859) aksi düşüncüyü savunmaktadır. Ona göre kanun bu düzenlemesiyle (1911 tarihli OR) kefilin sorumlu olduğu miktarın rakamla ifade edilmesi şartını aramaktadır.

⁹¹ Reisoğlu, Muteberlik, 339.

⁹² Giovanoli, Art.492, N.69.

Şu halde kısmi butlanının söz konusu olması için öncelikle BK m.23/II anlamında kişilik hakkının sınırlanması bulunmalıdır. Federal Mahkeme kişilik hakkıyla bağdaşmayacak şekilde ekonomik özgürlüğü zedeleyen ve ahlaka aykırı bulunan işlemleri geçersiz saymaktadır⁹³. Kefilin ekonomik durumunu kötü hale getiren kefalet BK m.23/II anlamında kişilik hakkını ihlal eder ve Bk m.20 anlamında ahlaka aykırıdır⁹⁴.

Federal Mahkeme kararında belirlilik ilkesine aykırı kefalet sözleşmesini kişilik hakkına aykırı saymış, ve bu aykırı miktarı kısmi butlanla geçersiz saymıştır⁹⁵. Buna göre belirlilik ilkesine aykırı olan borçlar kefalet kapsamında yer almaz. Belirlilik ilkesine aykırı olan borcun bir kısmının geçerli bir kısmının geçersiz sayılması mümkün değildir. Böyle bir durum hukuki güvensizliğe yol açabilir. Örneğin bu tür bir alacağın bir kısmı banka tarafından temlik edilirse, asıl borçlu dolayısıyla da kefil temlik olunan alacağın bu kısmının kısmi butlan kapsamında olup olmadığını bilemez⁹⁶.

Borçlar Kanunun 20/II'nci maddesi hakime tarafların farazi iradelerini araştırmak ve taraflar kısmi butlanı önceden öngörmüşlerse iyi niyetle kararlaştırdıkları şeyi belirlemekle yükümlü tutmuştur⁹⁷. Kısmi butlan favar negotii ilkesinin yansımalarından biridir⁹⁸.

Borçlar Kanununun 20/II'nci maddesine göre sözleşmenin içerdiği kayıtlardan bir veya bir kaç emredici hükümlere aykırı ise ve bu kayıtlar sözleşmede olmasa da tarafların bu haliyle sözleşmeyi kurmak istedikleri anlaşılıyorsa sadece kayıtlar geçersiz sayılır. Asıl sözleşme geçerliliğini devam ettirir.

Cari hesap sözleşmelerinde BK m.20/II nin uygulanması mümkündür⁹⁹. Sözleşme ilişkisinden doğan bazı borçların belirlilik ilkesine aykırı olması halinde duruma göre yukarıda kısmi butlan için ifade ettiğimiz açıklamalar dikkate alınarak kısmi butlanın somut olaya uygun bir görüşü alınarak sözleşmenin geçerliliği ayakta tutulabilir.

⁹³ bkz. alacağın temliki bakımından BGE 106 II 377 E.4, BGE 112 II 243, BGE 112 II 435.

⁹⁴ BGE 95 II 57 ff.

⁹⁵ Bkz. BGE 120 II 35; Müstakbel alacakların toptan temliki açısından bkz.Aral, Temlik, 121 vd.

⁹⁶ BGE 120 II 37 E.4b; BGE 112 II 438 E.4.

⁹⁷ BGE 120 II 37 E.4b; BGE 114 II 163 E.2c; BGE 110 IA 63 E.3a.

⁹⁸ BGE 120 II 37 E.4a.

⁹⁹ BGE 120 II 37 E.4a. Bunun yerine sözleşmeyi ayakta tutmaya yarayan başka hukuki çarelere başvurmaya gerek yoktur. Wiegand (Bürgschaft, 334-335), kısmi butlan hükmünün uygulanmasının sorunlar doğuracağına işaret etmektedir.

Öğretide bir kısım yazar kısmi butlanı basit kısmi butlan olarak değerlendirmekte ve belirlilik ilkesine aykırı kayıtları geçersiz saymakta ve sözleşmeyi mevcut haliyle geçerli kabul etmektedir. Buna karşılık bazı yazarlar kısmi butlanı değiştirilmiş kısmi butlan olarak değerlendirmekte ve batıl olan kayıt yerine kanunun emredici veya tamamlayıcı bir hükmüne uygun bir unsur veya hakimin tarafların farazi iradelerine uygun bir ikame hüküm getirmesini kabul etmektedir¹⁰⁰. Nihayet geliştirilmiş kısmi butlanı savunan yazarlara göre¹⁰¹, sözleşmenin geçersiz kayıtları dışında, farazi iradelere göre bu kayıtların bulunmaması halinde sözleşmenin geriye kalan bazı kısımlarının da geçersiz sayılmasını kabul etmektedir.

KAYNAKÇA

- ALTAŞ, Hüseyin** : Şekle Aykırılığın Olumsuz Sonuçlarının Düzeltilmesi, Ankara 1998.
- ANDEREG, Karl** : Die Formerfordernisse im neuen Bürgschaftsrecht, Diss. Bern, 1943.
- ARAL Fahrettin** : Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, B.5, Ankara 2003.
- : Topyekün Temlik, AÜHFD, C.42 1991-1992, S.1-4, 93 vd. (Kısaltılmışı, Aral, Temlik).
- BARLAS, Nami** : Kredi kartları ilişkisinde bankaya karşı verilen kişisel teminatın niteliğinin belirlenmesi, Ömer Teoman Armağanı, C.2. İstanbul 2002, s. 937-989 (Kısaltılmışı, Barlas, Kredi).
- BECK, Emil** : Das neue Bürgschaftsrecht, Zürich 1942.
- BECKER, Herman** : Obligationenrecht, II.Abteilung, Die einzelnen Vertagsverhältnisse Art.184-551, Bern 1934.
- BİLGE, Necip** : Borçlar Hukuku Özel Borç Münasebetleri, Ankara 1971.
- BUCHER, Eugen** : Obligationenrecht, Besonderer Teil, 3.Aufl.Zürich 1988.
- : Grundprobleme des Kontokorrents, recht, 1977, 168 vd. (Kısaltılmışı, Bucher, Kontokorrent).
- EREN, Fikret** : Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C.I. B.6, İstanbul 1998, İstanbul 1999.
- FREY, H.Ueli** : Die Voraussetzungen der Bürgschaft unter dem Gesichtspunkt des Bürgenschutzes, Diss. Zürich 1943.
- GIÀVONALÌ, Silvio** : Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Bd.VI, Obligationenrecht, 2.Abt. Die einzelnen Vertragsverhältnisse, 7.Teilband, Art.429-529 OR Bern 1978.
- GRASSİNGER, E.Gülçin** : Borçlar Kanunu'na göre Kefilin Alacaklıya karşı Sahip olduğu Savunma İmkânları, İstanbul 1997.
- HATEMİ/SEROZAN/ARPACI** : Borçlar Hukuku Özel Bölüm, İstanbul 1992.

¹⁰⁰ ayrıntılı bilgi için bkz. Başpınar, 149-153

¹⁰¹ ayrıntılı bilgi için bkz. Başpınar, 172 vd.

HONSELL/VOGT/VIEGAND : Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht I, Art. 1-529 OR, Basel und Frankfurt am Main, 2.Aufl., 1996 (Kısaltılmışı: OR/Pestalozzi).

KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Necip: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, B. 3, İstanbul (Basımı devam ediyor).

LARENZ, Karl : Lehrbuch des Schuldrechts Band II, Besonderer Teil 11.Auflage, München 1977.

LERCH, Emil/TUASON, Vicente: Die Bürgschaft im Schweizerischen Recht, Zürich 1936.

MÜLLER, Peter : Die Heilung formwidriger Rehhsgeschäfte durch Erfüllung, Diss. Ruswill (Luzern) 1938.

OLGAÇ, Senai : Kefalet, Ankara 1978.

OSER, Hugo : Das Obligationenrecht, Bundesgesetz betreffend die Ergänzung des schweizerischen Zivilgesetzbuch vom 30.März 1911, Art.1-529, Zürich 1915.

OSER, H./SCÖNENBERGER, W. : Zürcher Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch, Bd.V: Das Obligationenrecht, 3.Teil: Kommentar zum Obligationenrecht (Art.419-529), 2.Aufl. Zürich 1945.

REIN, Walter : Die Voraussetzungen der Bürgschaft im Schweizerischen Recht, Würzburg 1937.

REİSOĞLU, Seza : Türk Hukukunda ve Bankacılık Uygulamasında Kefalet, Ankara 1992.

----- : Kefalet Kavramı ve Muteberlik Şartları, AÜHFD, C.XIX, 1962, 327-392 (Kısaltılmışı: Reisoğlu, Muteberlik).

SCHWENZER, Ingeborg : Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Bern 1998.

STAUFFER, W. : Die Revision des Bürgschaftsrechts, ZSR 54 (1935), 512a vd.

TAHİROĞLU, Bülent : Roma Hukukunda Borcun Teminatlarından Kefalet, İHFM, XLII (1977), S.1-4, 323 vd.

TANDOĞAN, Haluk : Kefaletin geçerlilik şartları, BATİDER, IX (1977), S.1, 19 vd.

TEKİNAY, S.Sulhi : Mütessilsil Borç ile Kefalet Arasında bir Mukayese, Adalet Dergisi 47 (1956) S.7, 742 vd.

TUĞ, Adnan : Türk Özel Hukukunda Şekil, B.2, Konya 1994.

von TUHR, Andreas : Bemerkungen zum Bürgschaftsrecht, SJZ 19 (1923), 225 vd.

von BÜREN, Bruno : Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Zürich 1964.

WIEGAND, Wolfgang : Die Bürgschaft im Bankgeschäft in: Berner Bankrechtstag, BBT Band 4, Personalsicherheiten, Herausgeber: Wolfgang Wiegand, Bern 1977.

----- : Bürgschaft; BGE 120 II 35, ZBJV 132 (1996), 334 vd. (Kısaltılmışı: Wiegand, Bürgschaft).

YAVUZ, Cevdet : Türk Borçlar Hukuku, Özel Hükümler, B.6, İstanbul 2002.