

KEFİLİN SORUMLULUĞUNUN KAPSAMINA İLİŞKİN BİR İNCELEME

Lâle SİRMEN* ve İsmail KIRCA**

Banka uygulamalarında, müşterilere verilen kredinin geri ödenmesini güvence altına almak üzere bir kefil talep edilmekte ve matbu kredi sözleşmesinin ekindeki kefalet sözleşmesi bu kişiye imzalatılmaktadır. Matbu kredi sözleşmesinde, kredi sözleşmesinin hükümlerinin yanısıra, kefilin sorumluluğu da düzenlenmekte ve bu konuda genellikle “*bu sözleşmenin sonunda imzası bulunan kefil/kefiller, Bankanın merkez ve şubelerinden herhangi birine Müşterinin bu Sözleşmeden veya başka sözleşmelerden ve/veya herhangi bir sebepten ötürü gerek yalnız olarak gerek diğer kişilerle birlikte Bankaya karşı borçlandığı ve borçlanacağı tutarları aşağıda belirtilen limite kadar müteselsil kefil olarak yükümlenir*” biçiminde veya benzeri bir hüküm yer almaktadır. İşte böyle bir hükme göre kefilin sorumluluğunun, asıl borçlunun söz konusu kredi ilişkisi dışında aynı bankaya karşı yüklendiği veya yükleneceği başka bir borcunu da kapsayıp kapsamayacağı teminat hukukumuzun çözüm bekleyen sorunlarının başında gelmektedir. Ayrıca, banka uygulamalarında çok rastlandığı üzere, kredi borçlusunun (asıl borçlunun) diğer bir müşterinin kredi borcuna kefil olması durumunda, söz konusu sorunun çözümü için bu kefaletin diğer kefalet türlerinden farklı bir özellik taşıdığı da dikkate alınmalıdır.

Burada incelenecek olan sorun kefilin temin ettiği borcun kapsamına ilişkin bulunduğundan, öncelikle kefalet borcunun mahiyetinin ve ferdileştirilmesi zorunluluğunun kefilin sorumluluğunun kapsamını sınırlayan etkisi üzerinde durulacak; daha sonra da kredi borçlusunun diğer bir müşterinin kredi borcuna kefil olması durumundaki özelliğe işaret edilecektir.

I. Kefalet Borcunun Mahiyeti ve Ferdileştirilmesi Zorunluluğunun Kefilin Sorumluluğunun Kapsamına Etkisi

BK 483/I’e göre, kefalet, bir kişinin, borçluya ait borcun ifasını temin etmeyi alacaklıya karşı taahhüt ettiği sözleşmedir. Bu sözleşmeyle kefil alacak-

* Prof. Dr., Bilkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi öğretim üyesi. Ankara Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, emekli öğretim üyesi

** Prof. Dr., Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi öğretim üyesi.

lıya karşı borçlunun borcunu ifa etmemesinin sonuçlarından kişisel olarak sorumluluğu olmayı üstlenmektedir¹. Asıl borç, mevcut veya ileride doğacak ya da şarta bağlı bir borç olabileceği gibi (BK 485), birden çok borca tek bir sözleşmeyle de kefil olunabilir.

Kefilin borcu, fer'î bir borç olduğundan, asıl borcun varlığına ve içeriğine tâbidir². Bu nedenle, ancak geçerli bir borca kefil olunabilir (BK 485).

Fer'îlik ilkesi nedeniyle kefalet sözleşmesi kurulurken asıl borcun belli veya en azından belirlenebilir olması gerekir³. Herhangi bir borç için verilmiş, soyut bir kefalet geçerli olmaz. Asıl borcun ferdileştirilmesi kural olarak alacaklının ve borçlunun adlarının, borcun niteliğinin, kapsamının, borçlanma sebebinin (illetin) kefalet senedinde gösterilmesi suretiyle olur⁴. Ancak, kefalet senedinde belirtilen asıl borca ilişkin sözleşmenin tarihi, ifa zamanı gibi diğer özellikler aracılığıyla veya olayın koşulları gözönünde tutularak tarafların irade beyanlarının yorumlanmasıyla asıl borcun tanımlanması mümkün ise, kefalet yine geçerli sayılır. Dürüstlük kuralına göre yapılacak bu yorumun kefilin koruma amacı da göz önünde tutularak genişletici olmaktan çok daraltıcı biçimde yapılması uygun olur⁵. Kefalet senedinde alacaklının adıyla gösterilmesi şart değildir; belirlenebilir olması yeterlidir. Ancak, asıl borçlunun kim olduğunun doğrudan doğruya veya açıkça anlaşılabilir bir yolla belirtilmesi gerekir⁶.

Konu bakımından özellikle ileride doğacak (müstakbel) alacakların kefalet yoluyla güvence altına alınmasında "*bu ve başka sözleşmelerden veya herhangi bir hukukî sebepten doğacak olan alacaklar*" ifadesinin yeterli olup olmadığı sorunu önem taşımaktadır.

¹ Nitekim BK 483/1'i karşılayan yeni Borçlar Kanununun 581'inci maddesinde kefalet böyle tanımlanmıştır.

² BGE 113 II 434; BGE 111 II 276.

³ Oser, H./Schönenberger, W., Zürcher Kommentar, Band V, Obligationen Teil 3, Zürich 1945, Art. 492, N.28; Beck, E., Das neue Bürgschaftsrecht, Kommentar, Zürich 1942, Art.492, N.107; Wiegand, W., Akzessorietät und Spezialität, Berner Tage für die juristische Praxis, 1981, Bern 1982, s.35 vd.; Die Bürgschaft in Bankgeschäft, Berner Bankrechtstag 1997, Personalsicherheiten, Bern 1997, s. 175 vd.; Tandoğan, H., Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, C.11, 3. Baskı, Ankara 1987, s. 749 ve 751; Reisoğlu, S., Türk Hukukunda ve Bankacılık Uygulamasında Kefalet, Ankara 1992, s. 11-12.

⁴ Oser/Schönenberger, Art. 492, N.28; Tandoğan, s.751.

⁵ Oser/Schönenberger, Art. 493, Nr. 24; Tandoğan, s.753; BGE 46 II 95; BGE 48 III 96; BGE 64 II 208.

⁶ Oser/Schönenberger, Art. 493, N. 24 ve 88; Beck, Art. 493, N.8; Tandoğan, s. 752; Reisoğlu, s. 52; Yavuz, C., Türk Borçlar Hukuku, Özel Hükümler, 7. Baskı, İstanbul 2007, s. 838.

İsviçre'de Federal Mahkeme'ye göre⁷, böyle bir kayıt, kefilin yükümlülüğünün kapsamını göstermediği ve kefilin kefalet sözleşmesi yaparken öngörmediği riskleri üstlenmesi sonucunu doğuracağı için, MK 27/II'ye aykırı olup kesin olarak hükümsüzdür. Bu durumda, kefalet sözleşmesinin geri kalan kısmı BK 20/II uyarınca geçerli olacaktır. Bu kararı eleştiren Kramer, müstakbel alacaklar için hukukî sebep gösterilmeksizin bankaya verilen kefaletin, doğrudan doğruya asıl borçlu ile banka arasındaki banka işlemlerinden doğan tüm borçları, senette gösterilen tutar içinde güvence altına alacağını ileri sürmektedir⁸.

Teminat hukuku üzerine yapılarıyla temayüz etmiş olan Wiegand'a göre⁹, kefilin sorumlu olacağı üst tutarın kefalet senedinde gösterilmesinin geçerlilik şartı olması ve böylelikle kefilin sorumluluğunun bu tutarla sınırlandırılması sonucu ferlik ilkesi işlevini kısmen yitirmişse de, diğer işlevlerini korumaktadır. Alacaklı ile asıl borçlu arasındaki hukukî ilişki açık bir biçimde ferdileştirildiği takdirde, bu ilişki içinde birden çok müstakbel alacak kefaletle güvence altına alınabilir.

Beck'e göre¹⁰ ise, "halen mevcut ve ileride doğacak tüm borçlara" kefil olunması kural olarak geçerlidir. Ancak, bu kural dürüstlük kuralıyla sınırlandırılmıştır. Bucher de, bu durumda mutlak olarak yoruma ihtiyaç bulunduğu ve asıl borcun kaynaklandığı hukukî ilişkiyi ortaya çıkaracak bu yorumun dürüstlük kuralı çerçevesinde yapılması gerektiğine işaret etmektedir¹¹.

Federal Mahkeme, daha yeni bir kararında¹², "asıl borçlunun bankaya olan mevcut ve ileride doğacak tüm borçlarına kefil olunması" kaydını sözleşmeye eşlik eden olguları da dikkate alıp dürüstlük kuralına göre yorumlayarak, davalının krediyi alan şirketin temsilcisi olarak da imzaladığı cari hesap kredisine kefalet vermeyi kabul etmiş olduğu sonucuna varmıştır.

Türk Hukukuna gelince; Reisoğlu'na göre¹³, sınırları belli olmak koşuluyla devamlı, değişik içerikli, birden çok yükümlülüğü içeren borç ilişkileri için geçerli olarak kefil olunabilecektir. Asıl borcun sözleşmede yeteri kadar tanımlanmış veya belli edilebilir olması kefaletin fer'î niteliğinin

⁷ BGE 120 II 35 vd.

⁸ Kramer, E., AJP, 1994, s.1045.

⁹ Wiegand, Die Bürgschaft, s. 203; Aynı görüşte, Scyboz, G., Schweizerisches Privatrecht, Bd. VII/2, s.364

¹⁰ Beck, Art 492, N. 107.

¹¹ Bucher, E., In „recht“, 12/1994, s. 180 vd, özellikle 185.

¹² BGE 128 III 434 vd. Bu kararın eleştirisi için bkz. Kramer, AJP, 2003, s.707 vd.

¹³ Reisoğlu, s.12.

gereğidir. Azami meblağla sınırlı olmak üzere kefilin borçlunun birden çok yükümlülüğünü aynı kefalet senedinde tekeffül etmesi de mümkündür. Ancak kefil olunan yükümlülüklerin kefalet senedinden anlaşılması gerekir. Böylelikle bir cari hesap sözleşmesine geçerli şekilde kefil olmak da mümkündür. Bu takdirde belli sınırlar içinde çeşitli zamanlarda ve değişik miktarlarda açılan krediler tek bir kefalet yükümlülüğünün kapsamına dahil olmaktadır. Hatta örneğin, belli bir miktara kadar kredi borcuna kefil olunması halinde, açıkça zikredilmediği takdirde bu kredi borcu alınıp ödense ve aynı limit dahilinde yeni bir kredi açılrsa, kefil yine mükellef olmakta devam edecektir. Bu husus bilhassa bankaların kefaletle ilgili sözleşmelerinde kefilin, "*bankaların borçluya karşı mevcut ve doğacak bütün alacaklarını*" tekeffül etmesi şeklinde düzenlenmiş bulunmakta ve bu tür kayıtlar geçerli sayılmaktadır.

Yine Reisoğlu, yukarıda değindiğimiz İsviçreli hukukçu Beck'in görüşüne katılarak, bazı hallerde, banka sözleşmelerindeki kayıtlara rağmen tarafların iradelerinin yorumu sonunda kefilin sorumluluğunun sınırlı olduğunun kabul edileceğini ileri sürmekte; "tarafların iradelerinin yorumu, kefilin iyiniyetle sorumluluğun sınırlı olduğuna kani olarak tekeffül ettiğini gösteriyorsa, bu iyiniyet himaye görecektir"¹⁴ demektedir. Reisoğlu bu görüşü destekleyen Federal Mahkemenin bir kararından da¹⁵ alıntı yapmaktadır: "Sadece kefalet senedinin lâfzına bakılırsa, davacının yorum tarzına hak vermek gerekir. Zira imza edilen formülere göre, kefil 10.000 franka kadar, bankanın asıl borçlu A'ya karşı doğmuş, doğacak borçlarını, işlemiş ve işlemekte olan faizleri, komisyon ve masrafları tekeffül etmektedir. Demek ki burada 10.000 frank ile sınırlı olmak üzere bütün mevcut ve müstakbel borçlar karşılanmaktadır. Ancak kefalet senedinin yanısıra tarafların iradelerini nazarı itibara almak lazımdır. Kefil taahhüt altına girerken tahsis edilecek kredi için verilen diğer teminatları da hesaba kattığından, kefaletin taahhüt anında gözönünde tutulan, açılması söz konusu olan 10.000 franklık kredi için yapıldığının kabulü gerekir"¹⁶.

Tandoğan'a göre¹⁷ ise, taraflar arasında tek bir borç varsa ya da illetten soyut bir borç ikrarına kefil olunmuşsa ya da cari hesaba kefalette olduğu gibi, belli bir sözleşme çerçevesi içinde sınırlanmış değişken bir alacaklar kompleksi için kefalet verilmişse, borcun illetinin ayrıca belirtilmesine gerek yoktur. Bu

¹⁴ Reisoğlu, s. 13.

¹⁵ BGE 48 II 208.

¹⁶ Reisoğlu s.13.

¹⁷ Tandoğan, s. 753.

nedenle, genel kredi açma sözleşmesinde borçlunun bir bankaya karşı sözleşme çevresi içindeki çeşitli işlemlerden doğmuş ve doğacak bütün borçlarına belli bir sınırı aşmamak üzere geçerli olarak kefil olunabilir. Buna karşılık, asıl borçlunun çeşitli borç ilişkilerinden doğan yükümlülüklerinden hangisi için verildiği belirlenemeyen kefalet geçerli olmaz. Bu bakımdan aynı taraflar arasında birden çok borç ilişkisinin bulunduğu durumlarda, kefaletle temin edilen her bir borç ilişkisinin ayrıntı niteliklerinin de gösterilmesi gerekir.

Yargıtay'ın konuyla ilgili kararlarına gelince, Yargıtay, unsurları belli olmak koşuluyla değişik içerikli bir borç ilişkisine, bir cari hesaba kefaletin geçerli olduğunu kabul etmektedir¹⁸. Buna karşılık, 11. HD'nin bir kararında¹⁹, davacı banka ile kredi borçlusu arasındaki kredi ilişkisinin henüz tamamen sona ermediğinden, kaldı ki, kefilin bu sözleşme ve kredi borçlusunun davacı banka lehine yaptığı ve yapacağı diğer sözleşmelerden doğacak olan borca kefil olduğundan bahisle, belli bir tarihte borcun sıfırlanmasının davalı kefil kefaletten kurtarmayacağı sonucuna varılmıştır. Yargıtay'ın bu son kararında, her ne kadar asıl borcu tarif eden, "bu sözleşme ve kredi borçlusunun davacı banka lehine yaptığı ve yapacağı diğer sözleşmelerden doğacak olan borca" ibaresi, hiçbir sınırlamaya tabî olmaksızın ve asıl borcun kaynaklandığı hukukî ilişkinin niteliği aranmaksızın dikkate alınmış gibi görünüyorsa da, kararın metninde alacaklı bankanın önceki krediden halâ alacağını bulunduğu vurgulanıp önceki kredi ilişkisinin henüz tamamen sona ermediği belirtildiğinden, gerçekte sınırlayıcı bir yorum yapılmış olduğu anlaşılmaktadır.

Şu halde, sözleşmede kefaletin, genel ifadelerle örneğin, asıl borçlunun "*banka ile yaptığı sözleşmelerden veya herhangi bir sebepten ötürü Bankaya karşı borçlandığı tutarları*" kapsayacağı belirtilmişse, böyle bir kaydın kefaletin temin ettiği asıl borcun niteliğini belirlemeye yeterli olmadığı açıktır. Eğer, kefalet sözleşmesinde, ferilik ilkesi gereği asıl borcun belirlenebilir olması zorunluluğu bir tarafa bırakılarak bu hükmün sadece sözü dikkate alınacak olursa, kredi sözleşmesini kefil sıfatıyla imzalayan kişinin, kredi borçlusunun bir trafik kazasında Banka'nın otomobiline verdiği zararlardan ya da Banka ile imzaladığı bir eser sözleşmesinden doğan borçlarına da kefil olduğu sonucu çıkar ki, bunun kişilik haklarıyla da bağdaştığını söylemek mümkün değildir.

Yukarıda da belirtildiği üzere bugün kefaletin feriliği nedeniyle, kefaletle güvence altına alınan asıl borcun belirlenebilir olması gerektiği, bu konuda en

¹⁸ 11. HD. 11.3.1988, E. 1988/1489, K. 1988/1500: Reisoğlu, s.13.

¹⁹ 11. HD.3.12.1990 tarihli E.6466, K. 7780: Eriş, G., Madde Açıklamalı-En Son İçtihatlı Türk Ticaret Kanunu, C.I, 2. Baskı, Ankara 1992, s.111-112.

liberal hukukçular tarafından dahi kabul edilmektedir. Bunlardan bazıları, asıl borcun belirlenebilir olması için bu borcun kaynaklandığı hukukî ilişkinin kefalet senedinde gösterilmesi gerektiğini savunmakta (Wiegand, Scyboz), diğerleri ise, Federal Mahkemenin de son görüşü doğrultusunda, kefalet senedinde kefilin sorumlu olduğu üst tutarın gösterilmiş olması koşuluyla, asıl borç kefalet senedinde tanımlanmasa dahi, asıl borcun niteliği, taraf irade beyanlarının yanısıra onlara eşlik eden diğer olgulardan da anlaşılabiliriyorsa, bu eksikliğin kefaletin geçerliliğini etkilemeyeceğini ileri sürmektedirler. Böylelikle, "kefilin doğmuş ve doğacak tüm borçlardan sorumlu olacağı"na ilişkin kaydın dürüstlük kuralı, yani güven ilkesi çerçevesinde yorumlanmasıyla, bu borçların kaynağı olan hukukî ilişki belirlenebiliyorsa, böyle bir kaydın da geçerli olacağı kabul edilmektedir. Dolayısıyla, sözleşmede kefilin sorumluluğunun kapsamı "başka sözleşmelerden veya herhangi bir sebepten ötürü bankaya karşı borçlandığı veya borçlanacağı tutarlar" gibi genel bir ifadeyle belirtilmiş ve bu borçların hangi hukukî ilişkiden kaynaklanabileceği yorum yoluyla çıkarılamıyorsa, bu kaydın geçerli olduğunu kabul etmek mümkün değildir.

Nitekim, kefalet gibi alacağa bağlı fer'î bir hak olan ipotekte de, İsviçre Federal Mahkemesi benzer bir yol izlemektedir. İpoteğin doğmuş ve doğacak bütün alacakları temin etmek üzere, yani genel bir ipotek kaydıyla verilmiş olduğu durumlarda, Federal Mahkeme böyle bir taahhüdü MK 23 ve BK 20 çerçevesinde değerlendirerek bunu borçlunun ekonomik özgürlüğü ve kişilik hakkıyla bağdaştığı ölçüde geçerli saymaktadır²⁰. Bundan dolayıdır ki, genel ipotek kaydıyla güvence altına alınan alacakların, sadece, rehin kurulması sırasında taraflarca gözönüne alınan ya da gözönüne alınması gereken hukukî ilişkilerden doğan alacaklar olduğu kabul edilmektedir²¹. Hiç şüphesiz, taraflarca gözönüne alınan ya da alınması gereken hukukî ilişkilerin belirlenmesi, rehin sözleşmesinin güven ilkesi doğrultusunda yorumlanmasını zorunlu kılmaktadır. Bu nedenle de, alacaklı, borçlunun öngöremeyeceği, aralarındaki mutad iş ilişkileri dışında doğabilecek bir alacağının -örneğin, alacaklı bir üçüncü kişinin borçluya karşı olan bir alacağını devraldığı takdirde bu alacağın- da rehinle temin edilmesini istiyorsa, bunun rehin sözleşmesinde açıkça belirtilmesi gerekmektedir²².

²⁰ BGE 51 II 273; BGE 108 II 47 vd.

²¹ BGE 51 II 282; BGE 108 II 49.

²² BGE 108 II 49; ayrıca bkz. Leemann, H., Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Sachenrecht, II. Abteilung, Art. 730-918, Bern 1925, Art. 824, N. 16.

II. Kefilin Sorumluluğunun Asıl Borçlusunun Kefalet Borcunu Kapsayıp Kapsayamayacağı Sorunu

Banka uygulamalarında bir kredi borçlusunun diğer bir kredi borçlusunun borcuna kefil olması sık rastlanan bir olaydır. Bu durumda, sözleşmede yer alan, kefilin, “*kredi borçlusunun banka ile yaptığı tüm sözleşmelerden doğan borçlardan müteselsilen sorumlu*” olacağına ilişkin kayıt, kefile kefalet niteliğini taşır.

Kefile kefalet, BK 489’da düzenlenmiştir. Ancak, bu hükmün gerekli olmadığı da ileri sürülmektedir. Çünkü, kefile kefalet, taahhüt şekline göre, adi veya müteselsil kefaletin bir türünü oluşturmaktadır²³.

Kefile kefil, alacaklıya karşı daha önce kefil olmuş ya da olacak kişinin borcunu tekeffül eder. Kefile kefalet kural olarak adi kefalet biçiminde olur (BK 489). Bu durumda ilk kefil, asıl borçlu durumundadır. Bununla beraber, sözleşmede kefile kefilin, ilk kefile birlikte müteselsil olarak taahhüt altına girmesi mümkündür. Bu durumda, kefilin güvence vermeyi taahhüt ettiği asıl borç, artık, ilk kefilin borcu olmayıp ilk kefile birlikte temini etmeyi taahhüt ettikleri kişinin borcudur. Çünkü, bu takdirde alacaklı dilediği kefile başvurabilir. Ancak kefile kefil borcu ödediği takdirde ilk kefile rücu edebildiği halde, ilk kefilin kendisine kefil olana rücu hakkı yoktur. Bu bakımdan, kefile kefil olanın ilk kefile müteselsil taahhüt altına girmesi durumunda, kefile kefalet artık rücu hakkı farklı düzenlenmiş, birlikte müteselsil kefalete dönüşmektedir²⁴.

Kefile kefalet müteselsil kefalet biçiminde olduğu takdirde, kredi borçlusunun kefilinin, kredi borçlusunun kefalet borcundan da sorumlu olabilmesi için, bu borcun sözleşmede “*kredi borçlusunun banka ile imzaladığı veya imzalayacağı kredi sözleşmelerinden doğan borçlar*” şeklinde veya benzeri bir ifadeyle kefilin sorumluluğunun kapsamına giren borçlar arasında sayılması yeterli değildir; ayrıca güvence altına alınmış olan asıl borcun borçlusunun kim olduğu da kefalet senedinde açıkça belirtilmelidir. Kefalet sözleşmesinde borçlusunun kim olduğu bilinmeyen bir borca kefil olunması hukuken mümkün değildir²⁵. Nitekim, BK 176’ya göre, borcun naklinde, borcu temin için rehin vermiş olan üçüncü kişinin ve kefilin sorumluluğu ancak bu kişiler yeni borçlusunun kim olduğunu öğrenip borcu onun yüklenmesine razı oldukları takdirde

²³ Reisoğlu, s. 149.

²⁴ Oser/Schönenberger, Art. 497, N. 5; Karş. Tandoğan, s. 768; Reisoğlu, s. 150.

²⁵ Bkz. yuk. not 6.

devam eder. İşte bu hüküm de, kefilin asıl borçlunun kim olduğunu bilmemesi durumunda kefaletin geçerli olamayacağını doğrulamaktadır.