

AVUSTURYA YARGI KARARLARI VE ÖĞRETİSİ IŞIĞINDA FİNANSAL AÇIDAN AŞIRI YÜK GETİREN KEFALET SÖZLEŞMELERİNİN AHLAKA AYKIRILIK DENETİMİ*

(THE IMMORALITY INSPECTION OF THE FINANCIALLY OVERSTRAINING
SURETYSHIP AGREEMENTS IN THE LIGHT OF THE AUSTRIAN JURISPRUDENCE
AND DOCTRINE)

Ahmet Hakan Dağdelen**

ÖZ

Bu makale, kefile finansal açıdan aşırı yük getiren kefalet sözleşmelerinin ahlaka aykırılığı problemini konu almaktadır. Üzerinden yirmi yılı aşkın zaman geçen çok önemli bir kararında, Alman Anayasa Mahkemesi, mahkemelerce unutulmuş bir olguyu hatırlattı. Bu kararda mahkeme, irade serbestisinin sadece kâğıt üzerinde bir anlamı olan kelimeler bütününden ibaret olmadığını, mahkemelerin sözleşme taraflarının sınırlanmış irade serbestilerine ve bu bağlamda sözleşmenin ahlaka aykırılığa yakından dikkat etmeleri gerektiğini vurguladı. Geçtiğimiz yirmi yılda, bu kararı takiben, Avusturya yargı kararları ve öğretisi de bu probleme gittikçe artan bir ilgi göstermiş ve bu bağlamda gelişmeler kaydetmiştir. Bu makale, Avusturya'daki ahlaka aykırılık denetimini esas alarak, Türk Hukuku kapsamında kabul edilebilecek bir çözüm sunmayı hedeflemektedir. İlk olarak, finansal açıdan aşırı yük getiren kefalet sözleşmelerinin ahlaka aykırılık denetiminin yasal dayanağı tartışılmaktadır. Burada, ahlaka aykırılığa ilişkin genel hüküm ve gabin yasağı tartışma konusu olmaktadır. İkinci olarak, makale ahlaka aykırılığın üç ana kriterini incelemektedir. Son olarak ise, ahlaka aykırılığa bağlanmış özel hukuk alanındaki yaptırımlara işarette bulunmaktadır.

Anahtar Kelimeler: Kefil, kefalet sözleşmesi, ahlaka aykırılık, aile bireylerinin kefaleti, esnek düzen

ABSTRACT

The article deals with the immorality problem of the suretyship agreements which financially overstrain the surety. More than twenty years ago, a great decision of the German Constitutional Court reminded the courts of what they did forget. Its intend was to remark that the freedom of decision making is more than words and the courts are obliged to pay attention to damaged freedom of decision making of the contracting parties and accordingly immorality of the

* Bu makale, 09.08.2016 tarihinde Editörler Kurulu'na ulaşılmış olup, 07.09.2016 tarihinde birinci hakem; 03.09.2016 tarihinde ikinci hakem onayından geçmiştir.

** Viyana Üniversitesi Hukuk Fakültesi doktora öğrencisi, hkndgd@gmail.com

agreement. Over the last two decades, following this decision, the Austrian jurisprudence and doctrine have paid more and more attention to this problem and have made improvements in this regard. This article analyzes the Austrian immorality inspection and aims to offer a new solutions in the scope of Turkish Law. Initially, the legal basis of the immorality inspection of the financially overstraining suretyship agreements is discussed. In this part, the general immorality clause and the unfair advantage come into consideration. Secondly, the article examines the three main criterias of the immorality. At last, the article indicates the sanctions of the immorality in civil law.

Keywords: Surety, suretyship agreement, immorality, surety of relatives, flexible system

I. Giriş

Alman Anayasa Mahkemesinin 19.10.1993 tarihli¹, kefalet hukuku alanındaki anlaşmazlıklara ilişkin verilmiş, anayasal güvenceye bağlanmış irade serbestisi çerçevesince değerlendirmeye aldığı iki mahkeme kararına ilişkin vermiş olduğu kararı, Avusturya öğretisi ve yargı kararlarında da, kefil açısından ahlaki yük getiren kefalet sözleşmelerinin ahlaka aykırılık denetiminin fitilini ateşlemiştir. Bu bağlamda, her iki ülkede de aile bireylerinin kefaleti (Angehörigebürgschaft) başlığı altında oldukça kapsamlı tartışmalar gerçekleşmiştir. Bu çalışmanın konusu, Avusturya öğretisi ve yargı kararlarında ulaşılan sonuçların, bunların Türk Hukuku'na iktibası bağlamından, sunulması ve incelenmesi ile sınırlı olacaktır.

II. Kanuni dayanak

Bugün gerek Avusturya yargı kararlarında gerekse öğretilinde, kefile finansal açıdan aşırı yük getiren kefalet sözleşmeleri, teminat altına alınan asıl borç ilişkinden ayrı olarak, bir ahlaka aykırılık denetimine tabi tutulmaktadır. Bu denetimin sonucunda, asıl borç ilişkisi geçerli olarak ayakta bulunmasına rağmen, kefalet sözleşmesi hükümsüz olarak addedilebilmektedir.

Gerçekleştirilen ahlaka aykırılık denetiminin kanuni dayanağına ilişkin görüş birliği bulunmamaktadır. Öğretinin bir bölümüne² ve Yüksek Mahkemeye³ göre (Oberster Gerichtshof, bundan sonra OGH olarak anılacaktır.), aşırı

¹ Karar için: Neue Juristische Wochenschrift (NJW) 1994, 36; Yeşim Atamer, "Geliri ve malvarlığı olmayan aile bireylerinin kefaleti – sözleşme içeriğinin denetlenmesi", İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Cilt LV, Sayı 3, 1997, s. 419.

² Elisabeth Böhler içinde Peter Apathy/Gert Iro/Helmut Koziol (Hazırlayanlar), Österreichisches Bankvertragsrecht Band VIII: Kreditsicherheiten Teil I², Viyana, 2012, N 1/149; Georg Graf içinde Andreas Kletečka/Martin Schauer (Hazırlayanlar), ABGB-ON^{1,02}, Viyana, 2013, § 879 ABGB N 158; Georg Graf, „Verbesserter Schutz vor riskanten Bürgschaften“, Österreichisches BankArchiv (ÖBA) 1995, s. 776 (778); Helmut Gamerith içinde Peter Rummel (Hazırlayan), Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch – ABGB³, Viyana, 2002, vor § 1360 N 5a.

³ OGH 25.7.2000, 1 Ob 107/00t; OGH 11.5.2000, 8 Ob 253/99k; OGH 27.3.1995, 1 Ob 544/95; OGH 11.12.2002, 7 Ob 228/02h; OGH 10.7.1997, 2 Ob 156/97y; OGH 20.10.1999, 7 Ob 146/99t; OGH 27.1.2000, 8 Ob 320/99p; OGH 25.6.2002, 1 Ob 136/02k; OGH 15.12.1998, 1 Ob 211/98f; OGH 21.10.1999, 6 Ob 200/99a.

yük getiren kefalet sözleşmelerinin ahlaka aykırılık denetimi, ABGB madde 879 fıkra 2 cümle 4'te düzenlenen gabin yasağının kıyasen uygulanması ile gerçekleştirilmektedir. Bu anlayış doğrultusunda, iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde görülen edimler arasındaki dengesizliğin yerine, kefilin ifa gücü ile üstlenilen sorumluluk tutarı arasındaki dengesizlik, gabin yasağı kuralı çerçevesince yapılacak ahlaka aykırılık denetiminde göz önünde tutulacaktır⁴.

Öğretide, gabin yasağının kıyasen uygulanması ile gerçekleştirilecek ahlaka aykırılık denetimi şu iki gerekçe ile haklı olarak eleştirilmiştir⁵: Öncelikle, gabinde söz konusu olan edimler arasındaki dengesizlik bir objektif kriterdir ve kefalet ilişkisine yabancıdır. Diğer taraftan, gabin yasağının kefalet sözleşmelerine kıyasen uygulanması, aşırı yük getiren kefalet sözleşmelerinin ahlaka aykırılık denetiminde kapsam bakımından dar kalmaktadır.

Kanuni dayanağın, gabin yasağı olarak görülmesi Türk Hukuku açısından da problemli görünmektedir. Aşağıda detaylı inceleneceği üzere, finansal açıdan aşırı yük getiren kefalet sözleşmesinin ahlaka aykırılık denetiminde göz önünde bulundurulan kriterler ve bunların içerikleri TBK madde 28 uyarınca gerçekleştirilecek gabin denetimi ile tam olarak örtüşmemektedir. Edimler arasındaki açık orantısızlık şartı, başka bir orantısızlık ile ikame edilse dahi, bu orantısızlıktan yararlanma kefalet sözleşmelerinde söz konusu olmamaktadır, zira kefil bu orantısızlığı zaten karşılayamamaktadır. Dahası, kefalet sözleşmesinde alacaklının bir aşırı yararlanması da zaman söz konusu olamamaktadır, zira alacaklı, kefilin, asıl borçlunun ifada bulunması gerekirken bulunmaması üzerine talepte bulunmaktadır ve kefilin ifası sonucu asıl borçlu karşısındaki talebini de kaybetmektedir. Türk Hukuku açısından problem yaratabilecek bir diğer nokta da, TBK madde 28'de gabinin ileri sürülmesi için öngörülen zamansal sınırlamalar oluşturmaktadır⁶. Bu zamansal sınırlamalar, kefilin irade serbestisini sınırlayan olguların devamlılığı söz konusu olduğunda, adil olmayan sonuçlar doğurmaktadır⁷.

III. Kriterler

Ahlaka aykırılık denetiminde, üç farklı ana kriterin, kefalet sözleşmesinin kurulması anında birlikte mevcut olması şartı aranmaktadır. Bunlar; kefalet sözleşmesi içeriğinin tasvip edilmezliği, kefilin irade serbestisinin sınırlanmış olması ve bu iki husustan alacaklının haberdar olması yahut ihmal suretiyle haberdar olmamasıdır⁸. Bu üç kriterin varlığı, Türkçeye esnek düzen ola-

⁴ Graf, ÖBA 1995, s. 778; Böhler içinde Apathy/Iro/Koziol, N 1/149; Graf içinde Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.02} § 879 ABGB N 158.

⁵ Thomas Rabl, Die Bürgschaft, Viyana, 2000, s. 79 v.d.; Thomas Rabl, „Sittenwidrige Bürgschaften Vermögenschwacher Angehöriger“, eolex 1998, s. 8. Objektif kriter açısından: Wolfgang Eigner, Interzedentenschutz unter besonderer Berücksichtigung der Ehegattenhaftung, Viyana, 2004, s. 319.

⁶ Christiana Fountoulakis, „Bürgschaftsrecht – von den Hoffnungen des Gesetzgebers und was davon übrig bleibt“, Aktuelle Juristische Praxis (AJP) 2010, s. 423 (431).

⁷ Fountoulakis, AJP 2010, s. 431.

⁸ Graf, ÖBA 1995 s. 778; Peter Mader/Wolfgang Faber içinde Michael Schwimann (Hazırlayan), ABGB Praxiskommentar Band VI³, Viyana, 2006, § 1346 N 14; Böhler içinde Apathy/Iro/Koziol, N 1/150 v.d.; Gamerith içinde Rummel, ABGB³ vor § 1360 N 5a; Graf içinde Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.02} § 879 ABGB N 158; Georg Graf, „Zu den Voraussetzungen der Sittenwidrigkeit einer Bürgschaftsübernahme durch erwachsene Geschwister“, Österreichisches BankArchiv (ÖBA) 1998, s. 967 (971); Raimund Bollen-

rak tercüme edilebilecek bir sistemde (bewegliches System), çeşitli unsurların varlığı⁹ ve bu unsurların yoğunlukları çerçevesince değerlendirilmektedir¹⁰. Bununla beraber, OGH, kefilin ödeme gücü ile kefaletten doğan sorumluluğunun tutarı arasındaki farkı, ahlaka aykırılık denetiminin objektif sonucu olarak görmekte ve ifade edilen bu esnek düzen çerçevesince yapılacak bir değerlendirilmenin dışında tutarak, her olayda mevcut olması gereken bir unsur olarak görmektedir¹¹. Bu şekilde bir değerlendirme kefilin, varını yoğunu, elinde ne varsa çıkararak, borcunu ifa etmek zorunda kalması ve bu durumun, aşırı ifa güçlüğü sebebiyle ahlaka aykırılığın kabul edildiği diğer durumlardan çok da farklı olmaması nedeniyle yerinde görünmemektedir.

A. Kefalet sözleşmesi içeriğinin tasvip edilmezliği

Kefalet sözleşmesi içeriğinin tasvip edilmezliğinin kontrolünde, başlangıçta, kefilin sorumlu olduğu tutar ile kendisinin ifa gücü arasında ağır bir orantısızlık olup olmadığı araştırılmaktadır¹². Bu ağır orantısızlığın, kefalet sözleşmesinin kurulması anında mevcut olması gerekmektedir¹³. Kefalet sözleşmesinin kurulmasından sonra ortaya çıkacak bir ağır orantısızlık, sözleşmeyi ahlaka aykırı addetmek için yeterli olmamaktadır¹⁴. Bununla beraber, sözleşmenin kurulmasından sonra herhangi bir şekilde ortadan kalkan sorumlu-

berger içinde Helmut Koziol/Peter Bydlinki/Raimund Bollenberger (Hazırlayanlar), Kurzkomentar zum ABGB⁴, Viyana, 2014, § 879 N 8; Michael Gruber, „Der Schutz des Bürgen“, Festschrift für 200 Jahre ABGB, Viyana, 2011, s. 997 (1006); Peter Kolba içinde Anne Marie Kosesnik-Wehrle (Hazırlayan), KSchG – Konsumentenschutz und Fern- und AuswärtsgeschäfteG⁴, Viyana, 2015, § 25d N 8a; OGH 25.7.2000, 1 Ob 107/00t; OGH 25.11.2003, 8 Ob 100/03v; OGH 28.6.2000, 6 Ob 117/00z; OGH 11.7.2000, 10 Ob 80/00p; OGH 11.12.2002, 7 Ob 228/02h; OGH 25.6.2002, 1 Ob 136/02k; OGH 26.11.2002, 10 Ob 315/02z; OGH 7.8.2003, 8 Ob 73/03y; OGH 1 Ob 39/10g. Takip eden kararlarda, OGH, sözleşme tarafları arasında, pazarlık kuvvetleri açısından yapısal bir dengesizliğin bulunmasını, göz önünde tutulması gereken ayrı bir ana kriter olarak göstermektedir: OGH 10.7.1997, 2 Ob 156/97y; OGH 11.5.2000, 8 Ob 253/99k; OGH 27.3.1995, 1 Ob 544/95; OGH 20.10.1999, 7 Ob 146/99t; OGH 30.6.1998, 1 Ob 87/98w; OGH 27.1.2000, 8 Ob 320/99p; OGH 16.2.2000, 7 Ob 217/99h; OGH 15.12.1998, 1 Ob 211/98f; OGH 21.10.1999, 6 Ob 200/99a.

⁹ Sınırlayıcı olmayacak şekilde, bu unsurların sayıldığı bir karar için: OGH 11.5.2000, 8 Ob 253/99k.

¹⁰ Böhler içinde Apathy/Iro/Koziol, N 1/149, 150; Eigner, s. 324; OGH 11.5.2000, 8 Ob 253/99k; OGH 11.12.2002, 7 Ob 228/02h; OGH 20.10.1999, 7 Ob 146/99t; OGH 27.1.2000, 8 Ob 320/99p; OGH 16.2.2000, 7 Ob 217/99h; OGH 26.11.2002, 10 Ob 315/02z.

¹¹ OGH 11.5.2000, 8 Ob 253/99k; OGH 28.6.2000, 6 Ob 117/00z; OGH 11.7.2000, 10 Ob 80/00p; OGH 20.10.1999, 7 Ob 146/99t; OGH 27.1.2000, 8 Ob 320/99p; OGH 16.2.2000, 7 Ob 217/99h; OGH 26.11.2002, 10 Ob 315/02z; OGH 1 Ob 39/10g; OGH 15.12.1998, 1 Ob 211/98f.

¹² OGH'nin kefilin sorumluluk tutarı ile ödeme gücü arasında sayısal değerlere dayalı ağır bir orantısızlığın varlığını kabul ettiği ve etmediği kararları için: Martina Rosenmayr, „Sittenwidrigkeit von Angehörigebürgschaften Übersicht zur Judikatur des OGH“, Zeitschrift für Insolvenzrecht und Kreditschutz (ZIK) 2004, s. 196.

¹³ Mader/W. Faber içinde Schwimann, Praxiskommentar VI³ § 1346 N 15; Gamerith içinde Rummel, ABGB³ vor § 1360 N 5a; Graf içinde Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.02} § 879 ABGB N 167; OGH 11.5.2000, 8 Ob 253/99k.

¹⁴ Mader/W. Faber içinde Schwimann, Praxiskommentar VI³ § 1346 N 15; Graf içinde Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.02} § 879 ABGB N 167.

luk tutarı ve kefilin ifa gücü arasındaki ağır oransızlık, verilecek ahlaka aykırılık kararı için bir önem taşımamaktadır¹⁵.

Kefilin sorumluluk tutarının belirlenmesinde, sorumluluğun ilk olarak üstlenilen nominal tutarı ve hayatın olağan akışı kapsamında beklenebilecek faizler göz önünde tutulmaktadır¹⁶. Bir görüşe göre, kefilen somut olarak talep edilen tutar ve hayatın olağan akışı kapsamında beklenebilecek faizler göz önünde tutulmalıdır¹⁷. Kefilin ifa gücünün belirlenmesinde ise, kefalet sözleşmesinin akdedilmesi zamanında kefilin sahip olduğu mevcut malvarlığı, gelecekteki öngörülebilir malvarlığı ve daimi giderleri, örneğin kira, kredi borçları göz önünde tutulmaktadır¹⁸. Bir görüş doğrultusunda, kefilin diğer borç ilişkilerinden doğan ödeme yükümlülükleri sadece, alacaklının bunlardan haberdar olması¹⁹ yahut haberdar olmak zorunda olduğu durumlarda göz önünde bulundurulmalıdır²⁰. Kefilin, asıl borçludan olan geliri²¹ ve kendisinin icra edilemeyen mal varlığı değerleri²² yine kefilin ödeme gücünün belirlenmesinde göz önünde bulundurulmayacaktır. Bunlara karşın, kefilin ödeme gücü ile sorumluluk tutarı arasında hangi durumlarda ağır bir orantısızlık olduğunu gösterecek, üzerinde fikir birliği bulunan standart bir formül bulunmamaktadır²³. OGH bir kararında, kefilin 5 yıl içerisinde, teminat altına alınan kredi tutarının %25'ini yerine getirebilecek olması durumunda, ağır bir orantısızlık olmadığına kabul edilmesi gerektiğine karar vermiştir²⁴.

Bu kriterin varlığına ilişkin araştırmada, kefilin sorumluluk tutarı ile ödeme gücü arasındaki orantısızlıktan başka diğer unsurlar da göz önünde tutulmaktadır. Kefili koruyucu kanun hükümlerinin aksi yönünde anlaşmaların varlığı²⁵, kefilin sorumluluğunun sınırı oluşturacak azami bir miktarın bu-

¹⁵ Mader/W. Faber içinde Schwimann, Praxiskommentar VI³ § 1346 N 15; Eigner, s. 291. Karşı görüşte: Irene Faber, „Das Mäßigungsrecht gemäß § 25d KSchG“, Österreichisches BankArchiv (ÖBA) 2004, s. 527 (531).

¹⁶ Mader/W. Faber içinde Schwimann, Praxiskommentar VI³ § 1346 N 19; Böhler içinde Apathy/Iro/Koziol, N 1/150; Eigner, s. 289; OGH 11.5.2000, 8 Ob 253/99k.

¹⁷ Faber, ÖBA 2004, s. 532, 533.

¹⁸ Mader/W. Faber içinde Schwimann, Praxiskommentar VI³ § 1346 N 19; Böhler içinde Apathy/Iro/Koziol, N 1/150; Eigner, s. 285; Rabl, s.75; Roman Perner, Die Bürgschaft im Rechtsvergleich zwischen amerikanischem und österreichischem Recht, Viyana, 2004, s. 131; Graf, ÖBA 1998, s. 974.

¹⁹ Graf, ÖBA 1998, s. 974.

²⁰ Faber, ÖBA 2004, s. 533.

²¹ Graf içinde Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.02} § 879 ABGB N 164; Eigner, s. 286; Axel Thoß, Bürgenschutz im österreichischen und deutschen Recht, Baden-Baden, 2007, s. 156; Georg Graf, „Der Angehörige hat alle für die Sittenwidrigkeit seiner Haftungsvereinbarung sprechenden Umstände zu behaupten und beweisen.“ Österreichisches BankArchiv (ÖBA) 2000, s. 619 (624).

²² Mader/W. Faber içinde Schwimann, Praxiskommentar VI³ § 1346 N 19; Rabl, s. 75; Eigner, s. 318; Thoß, s. 152.

²³ Mader/W. Faber içinde Schwimann, Praxiskommentar VI³ § 1346 N 19; Böhler içinde Apathy/Iro/Koziol, N 1/150; Eigner, s. 290; Thoß, s. 153 v.d.; Graf, ÖBA 1998, s. 274.

²⁴ OGH 21.10.1999, 6 Ob 200/99a.

²⁵ Mader/W. Faber içinde Schwimann, Praxiskommentar VI³ § 1346 N 21; Böhler içinde Apathy/Iro/Koziol N 1/150; Graf, ÖBA 1995 s. 779; Thomas Rabl, „Sittenwidrigkeitskontrolle von Angehörigenbürgschaften“, eolex 1998, s. 30; OGH 27.3.1995, 1 Ob 544/95; OGH 10.7.1997, 2 Ob 156/97y; OGH 1 Ob 39/10g; OGH 9.8.2011, 4 Ob 123/11h.

lanmaması²⁶, kefil ve pazarlık yapma açısından kuvvetli bulunan alacaklı arasında yapısal bir dengesizlik bulunması²⁷ kefalet sözleşmesinin tasvip edilmezliğini kuvvetlendirici unsurlar olarak göz önünde bulundurulmaktadır. Bu unsurlara karşın, kefilin rücu edebileceği diğer teminatların bulunması²⁸ ve, kural olarak, kefilin asıl borç ilişkisine olan ekonomik ilgisi²⁹, kefalet sözleşmesi içeriğinin tasvip edilmezliğini azaltan unsurlar olarak göz önünde tutulmaktadır. Bununla beraber, kefilin asıl borç ilişkisine olan ekonomik ilgisinin, bu ilk ana kriterin varlığına ilişkin kabule etkisinde, kefilin asıl borçluya bağlı olması sebebiyle baskı altında olduğu durumlarda, örneğin asıl borçludan geçim yardımı alınması, çekingen davranılmaktadır³⁰. Asıl borçlunun mali durumu ve umutsuz bir şekilde borçlanmış olması, bir görüşe göre bu kriter altında değerlendirilmelidir³¹, diğer bir görüşe göre ise göz ardı edilmelidir³².

B. Kefilin irade serbestisinin sınırlanması

İkinci kriter olarak, kefalet sözleşmesi imzalanırken, kefilin irade serbestisinin sınırlanmış olup olmadığı araştırılmaktadır. Bu noktada, OGH'nin bazı kararlarında kabul ettiğinin aksine³³, öğretide³⁴ kefilinin irade serbestisine etkiye bulunan unsurun alacaklıya izafe edilebilir olması aranmamaktadır.

²⁶ Graf, ÖBA 1995 s. 779; Mader/W. Faber içinde Schwimann, Praxiskommentar VI³ § 1346 N 21; Rabl, eclex 1998, 30; Böhler içinde Apathy/Iro/Koziol N 1/150; OGH 27.3.1995, 1 Ob 544/95; OGH 10.7.1997, 2 Ob 156/97y; OGH 1 Ob 39/10g; OGH 9.8.2011, 4 Ob 123/11h.

²⁷ Mader/W. Faber içinde Schwimann, Praxiskommentar VI³ § 1346 N 21.

²⁸ Faber, ÖBA 2004, s. 530 v.d.; Mader/W. Faber içinde Schwimann, Praxiskommentar VI³ § 1346 N 21; Böhler içinde Apathy/Iro/Koziol N 1/150; Graf içinde Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.02} § 879 ABGB N 168; Perner, s. 131; Eigner, s. 288; Gamerith içinde Rummel, ABGB³ vor § 1360 N 5a; Graf, ÖBA 1998, s. 973; Thoß, s. 161, 162. Son yazara göre, diğer teminatların varlığı ancak, kefile yapılan ifa talebinin, kefilin ödeyemeyeceği bir tutarda olmayacağına sözleşmede kararlaştırılması durumunda göz önünde bulundurulmalıdır.

²⁹ Mader/W. Faber içinde Schwimann, Praxiskommentar VI³ § 1346 N 22; Böhler içinde Apathy/Iro/Koziol N 1/150; Graf, ÖBA 1995 s. 780; Eigner, s. 292 v.d.; Gamerith içinde Rummel, ABGB³ vor § 1360 N 5a; OGH 27.3.1995, 1 Ob 544/95; OGH 10.7.1997, 2 Ob 156/97y; OGH 20.10.1999, 7 Ob 146/99t; OGH 30.6.1998, 1 Ob 87/98w; OGH 27.1.2000, 8 Ob 320/99p; OGH 15.12.1998, 1 Ob 211/98f; OGH 9.8.2011, 4 Ob 123/11h; OGH 25.11.2003, 8 Ob 100/03v.

³⁰ Mader/W. Faber içinde Schwimann, Praxiskommentar VI³ § 1346 N 21; Graf içinde Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.02} § 879 ABGB N 161; Eigner, s. 293; Gamerith içinde Rummel, ABGB³ vor § 1360 N 5a.

³¹ Mader/W. Faber içinde Schwimann, Praxiskommentar VI³ § 1346 N 21; Böhler içinde Apathy/Iro/Koziol, N 1/150; Eigner, s. 287; Graf, ÖBA 1998, s. 973; Thoß, s. 151; Rabl, s. 76. Son yazara göre, asıl borçlunun mali durumu, asıl borç ilişkisinden kefilin de bir yararı olması durumunda göz önünde tutulmalıdır.

³² Faber, ÖBA 2004, s. 530; Graf, ÖBA 1995 s. 780; Perner, s. 131; OGH 11.5.2000, 8 Ob 253/99k; OGH 27.3.1995, 1 Ob 544/95; OGH 28.6.2000, 6 Ob 117/00z; OGH 10.7.1997, 2 Ob 156/97y; OGH 20.10.1999, 7 Ob 146/99t; OGH 30.6.1998, 1 Ob 87/98w; OGH 1 Ob 39/10g; OGH 9.8.2011, 4 Ob 123/11h.

³³ OGH 16.2.2000, 7 Ob 217/99h; OGH 25.7.2000, 1 Ob 107/00t; OGH 7.8.2003, 8 Ob 73/03y; OGH 15.12.1998, 1 Ob 211/98f; OGH 21.10.1999, 6 Ob 200/99a.

³⁴ Mader/W. Faber içinde Schwimann, Praxiskommentar VI³ § 1346 N 23; Graf içinde Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.02} § 879 ABGB N 170; Eigner, s. 297; Georg Graf, „Sit-

Bu kriter, aile bireyleri için verilen kefaletlerde sıklıkla görüldüğünden, finansal açıdan aşırı yük getiren kefalet sözleşmelerinin ahlaka aykırılığı sorunu, genellikle aile bireylerinin kefaleti (Angehörigenbürgschaft) ile özdeşleşmiş bulunmaktadır. Bununla beraber, finansal açıdan aşırı yük getiren kefalet sözleşmelerinin ahlaka aykırılık denetiminin kapsamını, aile bireyleri tarafından verilen kefaletler ile sınırlı değildir³⁵.

Bu kriter altında, kefilin irade özgürlüğünü sınırlayan şu unsurlar, sınırlayıcı olmayacak şekilde sayılmaktadır: Asıl borçluya duyulan duygusal bir bağdan veya ailevi bir baskıdan kaynaklı mecburiyet³⁶, kefilin tecrübesizliği³⁷, kefalet ile bağlı bulunan risklerin önemsiz gösterilmesi³⁸, kefilin gafil durumda bulunması³⁹.

C. Alacaklının bilgisi veya ihmali suretiyle bilgisizliği

Ahlaka aykırılık denetiminin son aşamasında, kefalet sözleşmesinin tasvip edilmezliğinden ve kefilinin irade serbestisinin sınırlanmış olduğundan, alacaklının bilgisinin olup olmadığı veya bu hususlardan ihmali suretiyle bilgisiz kalıp kalmadığı kontrol edilmektedir. Alacaklının yardımcıların veya temsilcilerinin bu durumlardan haberdar olmaları veya ihmali suretiyle habersiz kalmaları da, bu kriterin gerçekleştiğinin kabul edilmesi için yeterli kabul edilmektedir⁴⁰.

Bir görüşe göre, alacaklının ihmali suretiyle, yukarıda bahsedilen ağır orantısızlıktan haberdar olmadığı durumlar ile bağlantılı olarak, alacaklıya bir

tenwidrigkeit oder Reduktion der Haftung eines Interzedenten“, Österreichisches BankArchiv (ÖBA) 2001, s. 166 (170).

³⁵ Mader/W. Faber içinde Schwimann, Praxiskommentar VI³ § 1346 N 16; Böhler içinde Apathy/Iro/Koziol, N 1/154; Graf içinde Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.02} § 879 ABGB N 162; Eigner, s. 326 v.d.; Rabl, s. 86, 87; Peter Bydliniski, Die Kreditbürgschaft im Spiegel von aktueller Judikatur und Formularpraxis², Viyana, 2003, s. 52; Graf, ÖBA 1998, s. 972.

³⁶ Mader/W. Faber içinde Schwimann, Praxiskommentar VI³ § 1346 N 24; Böhler içinde Apathy/Iro/Koziol, N 1/151; Graf, ÖBA 1995 s. 779; Graf içinde Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.02} § 879 ABGB N 169; Eigner, s. 300; OGH 11.5.2000, 8 Ob 253/99k; OGH 20.10.1999, 7 Ob 146/99t; OGH 1 Ob 39/10g; OGH 9.8.2011, 4 Ob 123/11h.

³⁷ Graf, ÖBA 1995 s. 779; Mader/W. Faber içinde Schwimann, Praxiskommentar VI³ § 1346 N 27; Böhler içinde Apathy/Iro/Koziol, N 1/151; Graf içinde Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.02} § 879 ABGB N 169; Eigner, s. 302; OGH 11.5.2000, 8 Ob 253/99k; OGH 27.3.1995, 1 Ob 544/95; OGH 28.6.2000, 6 Ob 117/00z; OGH 20.10.1999, 7 Ob 146/99t; OGH 30.6.1998, 1 Ob 87/98w; OGH 1 Ob 39/10g; OGH 9.8.2011, 4 Ob 123/11h.

³⁸ Mader/W. Faber içinde Schwimann, Praxiskommentar VI³ § 1346 N 25; Böhler içinde Apathy/Iro/Koziol, N 1/151; Graf, ÖBA 1995 s. 780; Graf içinde Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.02} § 879 ABGB N 169; Eigner, s. 298; OGH 11.5.2000, 8 Ob 253/99k; OGH 27.3.1995, 1 Ob 544/95; OGH 28.6.2000, 6 Ob 117/00z; OGH 1 Ob 39/10g; OGH 9.8.2011, 4 Ob 123/11h.

³⁹ Mader/W. Faber içinde Schwimann, Praxiskommentar VI³ § 1346 N 26; Böhler içinde Apathy/Iro/Koziol, N 1/151; Graf, ÖBA 1995 s. 780; Graf içinde Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.02} § 879 ABGB N 169; Eigner, s. 299 v.d.; OGH 11.5.2000, 8 Ob 253/99k; OGH 27.3.1995, 1 Ob 544/95; OGH 10.7.1997, 2 Ob 156/97y; OGH 1 Ob 39/10g.

⁴⁰ Mader/W. Faber içinde Schwimann, Praxiskommentar VI³ § 1346 N 28.

araştırma yapma görevi yüklenmelidir⁴¹. Bu araştırma ödevinin kapsamı, öğretinin bir bölümde, kefilin serbest iradesini sınırlayan unsurları da içine alacak şekilde genişletilmektedir⁴². Bununla beraber, genel, her olaya uygulanacak bir araştırma ödevi kabul edilmemekte, yapılması gereken araştırmanın yoğunluğunun her somut olay için farklı olması gerektiği belirtilmektedir⁴³. Alacaklının, bir gerçek kişi veya kendi alanında uzman bir tüzel kişi olması da, yapılması gereken araştırma ödevinin içeriğinin ve yoğunluğunun belirlenmesi açısından önemli addedilmektedir⁴⁴. Keza, alacaklının araştırma yapma ödevi açısından, teminat altına alınan borcun yüksekliği ve asıl borçlu ile kefil arasındaki yakın ilişki de önemli kabul edilmektedir⁴⁵. Buna karşın, yine öğretilerde alacaklıya yüklenecek bir araştırma yapma ödevi, sözleşme yapma serbestisini başka olguların varlığına bağlaması ve genel kuralların aksine bu konudaki ispat yükünü alacaklıya yüklemesi gerekçeleri ile eleştirilmektedir⁴⁶.

IV. Ahlaka aykırılığın yaptırımını

Yukarıda açıklanan bu üç kriterin birlikte varlığı halinde, kefalet sözleşmesi hükümsüz olarak addedilmektedir. Alacaklının, kefil ile asıl borçlu arasında vuku bulacak olası bir mal varlığı kaymalarından endişe duyarak, kefalet sözleşmesi yapmış olması, bir görüş doğrultusundan korunması gereken bir menfaat olarak kabul edilmemektedir⁴⁷, diğer bir görüş doğrultusunda ise, kefalet sözleşmesinde bu husus ifade edilmişse, korunması gereken bir menfaat olarak kabul edilmektedir⁴⁸.

Ahlaka aykırılığın mevcudiyetine sebep veren olguların varlığını, kefil ispat ile görevlidir⁴⁹. Bununla beraber, öğretilerde bir görüş⁵⁰ ve OGH⁵¹ bazı kararlarında, kefil ile asıl borçlu arasında bir akrabalık ilişkisi bulunduğu durumlarda, kefilin irade serbestisinin sınırlandırılmış olduğunu ve alacaklının bu husustan ihmal suretiyle haberdar olmadığını, başka bir hususun ispatına gerek kalmadan, kendiliğinden kabul etmektedir. Bu yönde bir kabul, öğretilerde ispat yükünün haksız olarak yerinin değiştirilmesi sebebiyle haklı olarak eleştirilmektedir⁵².

⁴¹ Peter Bydlinki, „Die Sittenwidrigkeit von Haftungsverpflichtungen“, Zeitschrift für Insolvenzrecht und Kreditschutz (ZIK) 1995, s. 135 (137); Böhler içinde Apathy/Iro/Koziol, N 1/152; Eigner, s. 311; Rabl, s. 66.

⁴² Böhler içinde Apathy/Iro/Koziol, N 1/152; Eigner, s. 311.

⁴³ Bydlinki, ZIK 1995, s. 137; Böhler içinde Apathy/Iro/Koziol, N 1/152.

⁴⁴ Böhler içinde Apathy/Iro/Koziol, N 1/152; Rabl, s. 66.

⁴⁵ Bydlinki, ZIK 1995, 137; Böhler içinde Apathy/Iro/Koziol, N 1/152.

⁴⁶ Mader/W. Faber içinde Schwimann, Praxiskommentar VI³ § 1346 N 28.

⁴⁷ Eigner, s. 169, 303; Rabl, s. 90.

⁴⁸ Thoß, s. 143, 144, 159.

⁴⁹ Mader/W. Faber içinde Schwimann, Praxiskommentar VI³ § 1346 N 17; Eigner, s. 310; OGH 27.3.1995, 1 Ob 544/95; OGH 7.8.2003, 8 Ob 73/03y; OGH 21.10.1999, 6 Ob 200/99a.

⁵⁰ Thoß, s. 170 v.d.; Graf, ÖBA 2000, s. 624. Sadece bir emare olarak: Rabl, s. 88.

⁵¹ OGH 25.6.2002, 1 Ob 136/02k; OGH 26.11.2002, 10 Ob 315/02z.

⁵² Mader/W. Faber içinde Schwimann, Praxiskommentar VI³ § 1346 N 17. Sonuç olarak aynı yönde: OGH 21.10.1999, 6 Ob 200/99a.

Ahlaka aykırılığın mevcudiyeti durumunda, öğretinin bir bölümü⁵³ ve OGH⁵⁴ kefilin sorumluluk tutarının, kefil tarafından yerine getirilebilecek bir meblağ ile sınırlandırılmasını ve bu meblağı aşan kısmı için kısmi hükümsüzlüğün kabul edilmesi gerektiğini savunmaktadır. Bu sayede, alacaklının teminat ihtiyacının kısmen karşılanmış olduğu ifade edilmektedir. Bu yönde bir kabul ancak şüpheli görünmektedir. Zira ahlaka aykırılık tek başına kefilin ödeme gücünü aşan bir sorumluluk tutarından değil, bununla beraber diğer unsurların da bir araya gelerek oluşturduğu bir sonuçtur. Bununla beraber, mahkemenin, kefilinin sorumluluğunu indirerek, ahlaka aykırı bir sözleşmeyi, ahlaka uygun hale getirmesi de, mahkemelerin yetkilerinin sınırları açısından şüphelidir. Bu sebeplerden ötürü, kısmi hükümsüzlüğün kabul edilmemesi daha doğru görünmektedir⁵⁵.

V. Sonuç

Avusturya yargı kararları ve öğretisinde, finansal açıdan aşırı yük getiren kefalet sözleşmelerinin tabi tutulduğu ahlaka aykırılık denetimi, Türk Hukuku için bir örnek teşkil edebilir. Türk Borçlar Kanunu'nun genel hükümleri ve kefalet sözleşmesine ilişkin hükümleri arasında, bu şekildeki bir denetime engel oluşturacak bir hüküm yer almamaktadır. Bununla beraber, bu denetimin gabin şartlarının kıyasen uygulanarak gerçekleştirilmesi, gabinin Türk Hukukunda bir nisbi butlan hali olarak düzenlemiş ve ileri sürülmesi için zamansal bir sınırlama öngörülmüş olması dolayısıyla tatmin edici sonuçlar vermekten uzak görünmemektedir. Öte yandan, gabinde söz konusu olduğu gibi bir yararlanma, yine kefalet sözleşmelerinde söz konusu olmamaktadır. Bu bakımdan, bu hükümsüzlüğün TBK madde 27 paragraf 1'nin özel bir uygulama alanı görülmesi daha doğru görünmektedir.

Sonuç olarak, Türk Hukuku'nda da, finansal açıdan aşırı yük getiren kefalet sözleşmelerinin ahlaka aykırılığı, üç ana kriterin gerçekleşmesi şartına bağlı olarak kabul edilebilir. Bu üç ana kriterin, gerçekleşip gerçekleşmediğinin keza bu kriterlerin yoğunluğunun tespitinde, birbirinden farklı unsurların esnek düzende (bewegliches System) değerlendirilmesi gerekmektedir. Türk Hukukunda, kefaletin geçerliliği için her ne kadar kefalet sözleşmesinde azami bir meblağın gösterilmesi ve kefilin sorumluluk tutarı hakkında en başından beri bilgi sahibi olması, pek çok olayda, kefilin ödeme gücünü aşan bir sorumluluk altına girmesine engel olacak olsa da, ahlaka aykırılık denetimi ile korunan menfaatlerin tümünün şekil şartı ile koruma altında alınması mümkün görünmemektedir.

⁵³ Böhler içinde Apathy/Iro/Koziol, N 1/153; Gamerith içinde Rummel, ABGB³ vor § 1360 N 5a; Georgia Neumayer/Thomas Rabl içinde Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.02} §§ 1346, 1347 N 171; Faber, ÖBA 2004, s. 541, 542; Graf içinde Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.02} § 879 ABGB N 173; Andreas Riedler içinde Michael Schwimann/Georg Kodek (Hazırlayanlar), ABGB Praxiskommentar Band IV⁴, Viyana, 2014, § 879 – Teil 3 N 51; Eigner, s. 314 v.d.; Rabl, eclex 1998, 8; Rabl, s. 84, 85; Graf, ÖBA 1998, s. 971; Kolba içinde Kosesnik-Wehrle, KSchG⁴ § 25d N 6.

⁵⁴ OGH 25.11.2003, 8 Ob 100/03v; OGH 11.5.2000, 8 Ob 253/99k; OGH 27.3.1995, 1 Ob 544/95; OGH 11.7.2000, 10 Ob 80/00p.

⁵⁵ Kısmi hükümsüzlüğün reddi yönünde: Thoß, s. 179 v.d..

KAYNAKÇA

Peter Apathy/Gert Iro/Helmut Koziol (Hazırlayanlar), Österreichisches Bankvertragsrecht Band VIII: Kreditsicherheiten Teil I², Viyana, 2012.

Yeşim Atamer, "Geliri ve malvarlığı olmayan aile bireylerinin kefaleti – sözleşme içeriğinin denetlenmesi", İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Cilt LV, Sayı 3, 1997, s. 419.

Peter Bydlinski, Die Kreditbürgschaft im Spiegel von aktueller Judikatur und Formularpraxis², Viyana, 2003.

Peter Bydlinski, "Die Sittenwidrigkeit von Haftungsverpflichtungen", Zeitschrift für Insolvenzrecht und Kreditschutz (ZIK) 1995, s. 135.

Wolfgang Eigner, Interzedentenschutz unter besonderer Berücksichtigung der Ehegattenhaftung, Viyana, 2004.

Irene Faber, "Das Mäßigungsrecht gemäß § 25d KSchG", Österreichisches BankArchiv (ÖBA) 2004, s. 527.

Christiana Fountoulakis, "Bürgschaftsrecht – von den Hoffnungen des Gesetzgebers und was davon übrig bleibt", Aktuelle Juristische Praxis (AJP) 2010, s. 423.

Georg Graf, "Der Angehörige hat alle für die Sittenwidrigkeit seiner Haftungsvereinbarung sprechenden Umstände zu behaupten und beweisen." Österreichisches BankArchiv (ÖBA) 2000, s. 619.

Georg Graf, "Sittenwidrigkeit oder Reduktion der Haftung eines Interzedenten", Österreichisches BankArchiv (ÖBA) 2001, s. 166.

Georg Graf, "Verbesserter Schutz vor riskanten Bürgschaften", Österreichisches BankArchiv (ÖBA) 1995, s. 776.

Georg Graf, "Zu den Voraussetzungen der Sittenwidrigkeit einer Bürgschaftsübernahme durch erwachsene Geschwister", Österreichisches BankArchiv (ÖBA) 1998, s. 967.

Michael Gruber, "Der Schutz des Bürgen", Festschrift für 200 Jahre ABGB, Viyana, 2011, s. 997.

Andreas Kletečka/Martin Schauer (Hazırlayanlar), ABGB-ON^{1.02}, Viyana, 2013.

Anne Marie Kosesnik-Wehrle (Hazırlayan), KSchG – Konsumentenschutz und Fern- und Auswärtsgeschäfte⁴, Viyana, 2015.

Helmut Koziol/Peter Bydlinki/Raimund Bollenberger (Hazırlayanlar), Kurzkommentar zum ABGB⁴, Viyana, 2014.

Roman Perner, Die Bürgschaft im Rechtsvergleich zwischen amerikanischem und österreichischem Recht, Viyana, 2004. (Doktora tezi, Viyana Üniversitesi Hukuk Fakültesi).

Thomas Rabl, Die Bürgschaft, Viyana, 2000.

Thomas Rabl, "Sittenwidrige Bürgschaften Vermögensschwacher Angehöriger", eoclex 1998, s. 8.

Thomas Rabl, "Sittenwidrigkeitskontrolle von Angehörigenbürgschaften", eoclex 1998, s. 30.

Martina Rosenmayr, "Sittenwidrigkeit von Angehörigenbürgschaften Übersicht zur Judikatur des OGH", Zeitschrift für Insolvenzrecht und Kreditschutz (ZIK) 2004, s. 196.

Peter Rummel (Hazırlayan), Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch – ABGB³, Viyana, 2002.

Michael Schwimann (Hazırlayan), ABGB Praxiskommentar Band VI³, Viyana, 2006.

Michael Schwimann/Georg Kodek (Hazırlayanlar), ABGB Praxiskommentar Band IV⁴, Viyana, 2014.

Axel Thoß, Bürgenschutz im österreichischen und deutschen Recht, Baden-Baden, 2007.