

ŞEKİL ŞARTINA UYULMADAN YAPILAN KEFALET SÖZLEŞMESİNDE İFANIN SONUÇLARI

*Dr. Hasan AYRANCI**

I. KEFALET SÖZLEŞMESİNİN TANIMI VE ÖZELLİKLERİ

Borçlar Kanununun 483'üncü maddesinde düzenlenen kefalet sözleşmesi, kefilin, alacaklıya borcunu ödemeyen borçlunun bu borcu ifa etmemesinden şahsen sorumlu olacağına ilişkin taahhüdü olarak tanımlanmaktadır¹. Şu halde öncelikle kefalet rızai bir sözleşmedir. Tarafların karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanları ile kurulan kefalet sözleşmesinde kefil daima başkasına ait bir borcun yerine getirilmesini borçlanmaktadır.

Kefalet sözleşmesinin tarafları kefil ile alacaklıdır². Kefil ile alacaklı arasında kurulan bu sözleşmeye borçlu katılmamaktadır. Borçlunun rızasının alınmasına dahi ihtiyaç bulunmamaktadır³. Borçlunun kefalet sözleşmesinden haberdar olması gerekli değildir. Hatta borçlu, bir kefalet

* Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı

¹ Tobler, 14; Lerch/Tuason, 9; Müller, 77; Beck, Art.492, N.4; Anderegg, 8; Olgaç, 11; Giovanoli, Art.492, N.1; Reisoğlu, 1, 2; Tandoğan, 495; Hatemi/Serozan/Arpacı, 521; OR/Pestalozzi, Art.492, N.1; Grassinger, 13; Aral, 437; Yavuz, 762; Y.21.HD E.2000/2133 K.2000/2117 (YKD 2000, 933); Roma Hukukunda kefalet kurumu için bkz. Tahiroğlu, 323 vd.

² Lerch/Tuason, 39 vd.; Becker, Art.492, N.2; Beck, Art.492, N.70; Reisoğlu, 1; Giovanoli, Art.492, N.2, 52; Tandoğan, 495; Bucher, 287; OR/Pestalozzi, Art.492, N.1; Aral, 437; BGE 70 II 273; Kefilin borçlunun kimliğinde yanılması esaslı bir hata hali oluşturur (Lerch/Tuason, 45); Kefalet sözleşmesi kefil ile alacaklı arasında kurulmakla birlikte alacaklı ile kefalet sözleşmesinin yapılmasında ilke olarak sadece asıl borçlunun yararı bulunduğu ve bu amaçla üçüncü kişiyi kefalet sözleşmesi yapmaya sevkettiği unutulmamalıdır.

³ Becker, Art.492, N.2; Beck, Art.492, N.44; Giovanoli, Art.492, N.52; Bucher, 285; OR/Pestalozzi, Art.492, N.1; Aral, 437; Yavuz, 764; BGE 45 II 172; BGE 56 II 101 E.2; Asıl borçlunun iradesi kefaletin kurulmasında önem taşımaz. Asıl borçlu istemese bile kefalet sözleşmesi yapılabilir (Reisoğlu, Rücu, 473).

sözleşmesinin yapılmasını istemese dahi sözleşme kurulabilir ve bu sözleşmenin hüküm ve sonuç doğurması borçlunun iradesine bağlı olmaz Ancak bu durum kefalet lehtarının kefalet sözleşmesinden etkilenmeyeceği anlamına gelmemektedir. Asıl borçlunun borcunu yerine getirmemesi ve kefilin kefalet sözleşmesinden doğan borcunu yerine getirmesi halinde, kefil, alacağı kanuni halef olmaktadır⁴.

Kefalet sözleşmesinin amacı alacaklının alacağını şahsen teminat altına almaktır⁵.

Kefalet sözleşmesinin geçerliliği, geçerli bir asıl borcun varlığını gerektirir (BK m.485). Zira kefalet sözleşmesi ferî bir sözleşmedir⁶. Bu özellik, kefilin borcunun doğuşu, varlığını devam ettirmesi ve sona ermesi bakımından asıl borcun varlığına bağlı olmasını gerektirir. Kefaletin tali özelliği ise adi kefalette alacaklının asıl borçluya karşı takip yapıp da bu takip semeresiz kalmadıkça kefile başvuramamasını ifade etmektedir⁷.

Kefalet konusu borç, sözleşmeden doğan bir borç olabileceği gibi herhangi bir sebepten doğan bir borç da olabilir. Kefalet sözleşmesinde kefilin borcu her zaman için para cinsinden ifade edilir. Bu miktar, alacaklının sözleşmenin yerine getirilmesine ilişkin olan menfaatinin yani müspet zararının karşılığı olarak değerlendirilmektedir⁸.

Kefalet sözleşmesi ilke olarak tek tarafa borç yükleyen sözleşmelerdendir. Çünkü kefil, bir karşı edim ilişkisine girmeden borç altına girmektedir⁹.

⁴ Yavuz, 764; Olgaç, 40; Kefil ile borçlu arasında kefalet sözleşmesi nedeniyle herhangi bir hukuki ilişki bulunmayabilir. Ancak kefil kefalet borcunu ödediğinde kanundan doğan bir hukuki ilişki söz konusu olur (Bucher, 287).

⁵ Beck, Art.492. N.4, 5; Giovanoli, Art.492. Hatemi/Serozan/Arpacı, 521; Y 21.HD E.2000/2133 K.2000/2117 (YKD 2000, 933).

⁶ Oser, 860; von Tuhr, 226; Tobler, 13 vd.; Lerch/Tuason, 9; Rein, 33, 52 vd.; Müller, 77; Becker, Art.492. N.22; Beck, Art.492. N.88; von Büren, 350; Tekinay, Müteselsil, 746; Tahiroğlu, 332; Giovanoli, Art.492. N.2; Olgaç, 12; Schwenger, 438; Bucher, 287-288; Reisoğlu, 2-3; Tandoğan, 497; Hatemi/Serozan/Arpacı, 522; Grassinger, 13, 17; OR/Pestalozzi, Art.492, N.13; Aral, 438; BGE 101 II 323 E.1; BGE 113 II 437 E.b; Bu özellik kefalet sözleşmesini garanti sözleşmesinden ayırmaktadır. Kefaletin ferî 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, Schluss, 246).

⁷ Giovanoli, Art.492. N.2; Grassinger, 14; von Büren, 350; Aral, 441.

⁸ Yavuz, 765.

⁹ Bankaların verdiği kefalette ise kural olarak ücret alınmaktadır (Bucher, 287). Borçlunun kimliği ivazlı kefalet sözleşmelerinde de önem taşımaktadır (Becker, Art.492. N.13).

II. KEFALET SÖZLEŞMESİNİN GEÇERLİLİK ŞARTLARI

A. Geçerli Bir Asıl Borcun Bulunması

Kefalet sözleşmesinin geçerli olmasının ilk şartı geçerli bir borcun bulunmasıdır (BK m.485)¹⁰. Bu şart, kefalet sözleşmesinin ferî niteliğinden kaynaklanmaktadır. Geçersiz veya olmayan bir borca kefil olunmuşsa kefalet borcundan söz edilemez. Buna karşılık gelecekte doğacak bir borç veya şarta bağlı bir borç için kefalet sözleşmesi yapılabilir (BK m.485). Bu husus özellikle kira sözleşmelerinde henüz doğmamış kira parasına kefalet ile kredi veya kredi kartı sözleşmelerinde gelecekte kullanılacak kredi miktarına ilişkin kefalette büyük önem arz etmektedir. Bu tür kefalet sözleşmelerinde şekil şartına ve özellikle kefilin sorumlu olduğu meblağın belirli olmasına ilişkin şekil şartına riayet etmek gerekmektedir¹¹.

Kefalet sözleşmesinin geçerli olması aynı zamanda asıl borcun belirli veya belirlenebilir olmasına da bağlıdır¹². Ancak asıl borcun mutlaka bir para borcu olması gerekli değildir. Bir verme borcu veya şahsa bağlı borç kefalet sözleşmesine konu olabilir. Ancak bu durumda para ile ölçülebilen bir edimin bulunması gereklidir¹³.

B. Kefalet Sözleşmesinin Geçerli Olarak Kurulması

Kefalet sözleşmesinin diğer sözleşmeler için de söz konusu olan sınırlara uygun olarak yapılması gereklidir. Bu anlamda hukuka, ahlaka aykırı olmaması, imkansız olmaması, sözleşme taraflarının gerekli ehliyeti taşıması gibi başlıklar sayılabilir. Kefilin MK m.23/II anlamında kendini ekonomik zorluğa düşürecek kefalet sözleşmesi yapması butlan sonucu doğurmaz¹⁴.

Alacaklı ve kefilin karşılıklı ve birbirine uygun icap ve kabulü ile kefalet sözleşmesi kurulur. Kefalet sözleşmesinin temsil yoluyla da kurulması mümkündür¹⁵.

¹⁰ Beck, Art.492, N.107; Andereg, 12; Giovanoli, Art.492, N.68; Tandoğan, 520; Tandoğan, Geçerlilik, 19; Aral, 445; Tobler, 17. Yazar bu hükmün aslında gereksiz olduğunu, kefalet sözleşmesinin kanunda bulunan tanımından anlaşıldığını ifade etmektedir.

¹¹ Giovanoli, Art.492, N.69; bkz. von Tuhr, 225.

¹² Beck, Art.492, N.107. Art.493, N.9; Rein, 33; Giovanoli, Art.492, N.4. 72; Reisoğlu, 11; Tandoğan, 550-551; Tandoğan, Geçerlilik, 45-46; Hatemi/Serozan/Arpacı, 524; OR/Pestalozzi, Art.492, N.12; Grassinger, 101; Aral, 453-454; BGE 128 III 434.

¹³ Beck, Art.492, N.10; OR/Pestalozzi, Art.492, N.17.

¹⁴ OR/Pestalozzi, Art.492, N.21. Zira kişiliğin korunması ilkesi ekonomik gücünden fazla yük getirecek işlemler yapma yasağı getirmemektedir. Aynı şekilde bkz. BGE 95 II 57.

¹⁵ Oser, 858; Lerch/Tuason, 43; Becker, Art.492, N.2; Rein, 32; Beck, Art.492, N.27; Andereg, 26-27; Giovanoli, Art.492, N.56, Art.493, N.47 vd.; Reisoğlu, 40; Tandoğan,

C. Şekil Şartına Uyulması

1. Genel Olarak

Borçlar Kanununun 484'üncü maddesi kefalet sözleşmesinin geçerliliğini yazılı şekil şartına ve kefilin sorumlu olduğu miktarın belirlenmesine bağlamaktadır. Aslında BK 484'te sözü edilen şekil şartı BK m.11'de bulunan şekil şartının tekrarıdır¹⁶.

2. Yazılı Şekil Şartı

Kefalet sözleşmesinde şekil serbestisi düşüncesi 19.Yüzyılın başlarında hakim olmuş ancak daha sonra şekil şartı öngörülmüştür. Bu gelişmelerle birlikte ilk olarak kefilin korunması ve ikinci olarak da şekil kurallarına gereksiz ölçüde önem vermenin yarattığı sorunlar tartışma konularını oluşturmuştur¹⁷.

Kefalet sözleşmesi ancak yazılı şekil şartına uymakla geçerli olarak kurulabilir (BK m.484, m.11/II 2 vd.). Kefalet sözleşmelerinde aranan bu şekil şartı, ispat şartı değil geçerlilik şartıdır¹⁸.

Kefalet sözleşmesinde şekil şartı hukuki güvenliğe kısmen hizmet eder¹⁹. Onun asıl amacı kefilin korunmasıdır. Düzenlemenin amacı ispat kolaylığı sağlamak veya alacaklının korunması değildir. Kefil, kefalet sözleşmesine ilişkin irade beyanında bulunurken çoğu zaman

538-539; Tandoğan, Geçerlilik, 35; Grassinger, 119 vd.; OR/Pestalozzi, Art.492, N.2; Aral, 450-451. Bu temsil yetkisi genel vekâletname ile değil özel vekâletname ile verilebilir.

¹⁶ Roma Hukukunda kefalet sözlü sözleşme ile yapılıyordu. En eski sözlü kefalet sözleşmesi *sponsio* dur. Sonraki zamanlarda *fidepromisso* ve modern hukuku da etkileyen *fideiussio* adlarında kefalet sözleşmeleri yapıldı (Tahiroğlu, 325).

¹⁷ Bkz.Rein, 29. 1881 yılında yapılan İsviçre Borçlar Kanunu (OR) kefalet sözleşmesinde şekil şartını öngörmüştü.

¹⁸ Reichel, 173, 178; 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; Giger, 62; Bilge, 370; Tandoğan, Geçerlilik, 38; Reisoğlu, 43, 44; Oser/Schönenberger, Art.493, N.45; Giovanoli, Art.493, N.3, 10; Reisoğlu, Rücü, 473; Olgaç, 16, 18; Bucher, 286; Tandoğan, 540; Tuğ, 107; Reisoğlu, Muteberlik, 373; Wacke, 17, 19; Giger, 62; Tuğ, 107; 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).

¹⁹ Beck, Art.493, N.1 ve N.8.

sorumluluğunun ağırlığını ve bu beyanın sonuçlarını tam olarak düşünmez. Zira sorumluluk hemen doğmayacağı gibi asıl borçlunun borcu ifa etmemesi gibi bir şartın gerçekleşmesine de bağlıdır. O halde kefil düşünmeden hareket etmekten, çoğu zaman karşılıksız olan kendi iyiniyetinden ve sonunu hesaplamadığı hareketlerden korunmalıdır. Bu haliyle tek taraflı olarak borç altına giren kefilin daha iyi düşünmesi sağlanmış ve tedbirli hareket etmesine yol açılmıştır. Böylece kefil, düşünmeden hareket etmeyecek aceleci davranmaktan korunacaktır²⁰.

Kefalet sözleşmesinin şekle tabi olması emredici bir kanun hükmüne dayanabilir²¹. Şekil şartını düzenleyen hükmün emredici olması kefalet sözleşmesinde gerekli asgari şartların bulunması zorunluluğunu ifade

²⁰ Reichel, 173, 178; Tobler, 8, 13; Rein, 29; Müller, 79; Becker, Art.493, N.1; Bock, Art.493, N.8; Frey, 37; Merz, N.472; Reisoğlu, Muteberlik, 373; Olgaç, 16; Yavuz, 773; Reisoğlu, 43; Tuğ, 107; Giger, 63; Tandoğan, 540; Tandoğan, Geçerlilik, 37; Tuğ, 107-108; Hatemi/Serozan/Arpacı, 522; Grassinger, 98; Schwenger, 193-194; OR/Pestalozzi, Art.493, N.1; Aral, 451; Altaş, 66; BGE 111 II 175 E.3; BGE 84 I 119 E.3; BGE 93 II 383 ff.; BGE 44 II 61 E.3; BGE 42 II 149 E.3; 119 IA 441 E.2 c; BGE 93 II 379 E.4 b; Y İBK 12.04.1944, 14/13; BGE 93 II 383 E.b; Lerch/Tuason, 38. Yazara göre kanun koyucunun şekil şartını koymasındaki amacı kefilin düşüncesizce borçlandırıcı işlem yapmasını engellemektir. Yoksa onu ifadan korumak gibi bir amacı bulunmamaktadır (Aynı şekilde bkz. Reichel, 178-179). Bu görüşe katılmıyoruz; İsviçre Borçlar Kanununun (OR) kefaletle ilişkin şekil hükümleri kefilin daha iyi korumak amacıyla geliştirilmiştir (BGE 81 II 64 E.1). Ekonomik krizle birlikte kefalet kurumu çok kötü sonuçlara yol açmış çoğu kez kefilin aciz haline düşmesine yol açmıştır. İsviçre Hukukunda şekil şartı ile sağlanmak istenen kefilin korunması amacının Türk Hukukunda halen var olan düzenlemelerle sağlanamadığına inanılmıştı. Kefilin sadece yazılı şekil şartı ile sonuçlarını düşünmeden iyiniyetli hareket tarzından, menfaati olmadığı halde gereksiz ve ekonomik mahvına sebep olabilecek yük altına girmesinden uzak tutulmadığı görülmüş kısaca kefil, yazılı şekil şartı ile temkinli hareket etmesi sağlanamadığından yeni bazı düzenlemelerin getirilmesi zorunluluğu ortaya çıkmıştı. Bu amacın gerçekleştirilmesi için daha ağır şekil şartları OR 493'e konulmuştur (Anderegg, 4). Bu çalışmaların sonucunda OR 493 yedi fıkra halinde yeniden düzenlenmiştir. Yeni düzenleme pek çok şekil kuralı getirmiştir. Bu anlamda olmak üzere gerçek kişilerin 2000 İsviçre Frangı üzerinde bulunan kefalet miktarı için resmi şekil şartı getirildiğini örnek olarak gösterebiliriz; Kefalet sözleşmesinde şeklin kısmen hukuki güvenliğe hizmet ettiği asıl fonksiyonunun ise kefilin korumak olduğu görüşü için bkz. Beck, Art.493, N.1; Federal Mahkeme milletler arası özel hukuk bakımından kefalet sözleşmesine ilişkin şekil hükümlerini kamu düzeninden saymıştır (BGE 93 II 376 E.4); Alman Hukukunda da şekil hükmünün amacı aynı şekilde değerlendirilmektedir (Larenz, Besonderer, 421); Kefalet hükümleri kefilin o kadar güçlü bir koruma altına almıştır ki bazı yazarlar alacaklı lehine olarak kefalet yerine müteselsil borcu önermektedir (bkz. Tekinay, Müteselsil, 746).

²¹ Beck, Art.493, Nr.13; Giovanoli, Art.493, N.10a; OR/Pestalozzi, Art.493, N.1; BGE 93 II 379 E.4 a; BGE 84 I 119 E.3.

etmektedir²². Ancak bu hüküm kamu düzenine (ordre public) ilişkin değildir²³.

Kefilin korunması amacı kefalet sözleşmesinde önemli olan tüm unsurların diğer bir ifade ile sözleşmenin esaslı noktalarının şekil şartına tabi olmasını zorunlu kılar²⁴. Şu halde kefalet beyanında ilke olarak borçlu, alacaklı, sorumluluk miktarı ve kefalet altına alınan asıl borç bulunmalıdır²⁵.

Alacaklının ismen belirtilmesi gerekli değildir²⁶. Ancak borçlunun şahsı ismen zikredilmelidir. Zira bu kişinin kim olduğu kefilin sorumluluğunun doğması bakımından önemlidir. Nitekim asıl borçlunun borçlarını yerine getirmeme alışkanlığı bulunan bir kişi olması halinde kefil daha büyük bir riziko altında bulunacaktır²⁷. Asıl borç miktarının yazılı şekilde belirtilmesi şartı bulunmamaktadır. Çünkü kefilin sorumlu olduğu miktarın belirtilmesi yeterli sayılmıştır²⁸.

Borçlar Kanununun 484'üncü maddesi kefalet beyanında bulunması gereken asgari unsurları belirtmiştir. Bu unsurlar dışında tarafların kararlaştırdıkları yan noktalar ancak kefilin durumunu ağırlaştırıyorsa şekle tabidir. Buna karşılık kefilin durumunu hafifleten sorumluluk miktarının azaltılması, müteselsil kefaletin adi kefalete dönüştürülmesi, kefaletin

²² Beck, Art.493, Nr.13.

²³ Reisoğlu, Muteberlik, 376; Giovanoli, Art.493, N.10a; Tandoğan, 540; OR/Pestalozzi, Art.493, N.1; Reisoğlu, 46; BGE 111 II 175 E.3; BGE 84 I 119 E.3.; Yargıtay eski bir kararında şeklin kamu düzenine ilişkin olduğunu ifade etmiştir Y 4.HD 20.04.1957 2318 (Reisoğlu, 46, dn.198'den naklen); Grassinger, 98. Kefalet sözleşmesinde şekil şartının kamu düzeninden olmadığı İsviçre Borçlar Kanununun 1939 tarihli gerekçesinde (s.850) açıkça belirtilmiştir (Aynı yer dn.129'dan naklen); 110 II 484 E.1; Milletlerarası özel hukuk bakımından bkz. BGE 93 II 379 E.4 a. Milletler arası özel hukuk ve uygulanacak hukuk bakımından kefaletin şekle tabi tutulması ile kefil yanında ailesinin de zaruret haline düşmesini engelleme amacı bulunabileceği ve bu nedenle kamu düzeni ile ilgi kurulabileceği görüşünün değerlendirilmesi için bkz. aynı yer. Pestalozzi de aynı konuya sosyal amaç bakımından yaklaşmaktadır (OR/Pestalozzi, Art.493, N.1).

²⁴ Lerch/Tuason, 36; Rein, 31; Müller, 78-79; Beck, Art.493, Nr.8; Anderegg, 7, 15; Giovanoli, Art.493, N.15; Giger, 62; Tandoğan, Geçerlilik, 42; Tuğ, 45; Grassinger, 101; Merz, Vertrag, 173; BGE 119 IA 441 E.2.

²⁵ Beck, Art.493, Nr.8; Becker, Art.493 N.2; BGE 46 II 97 E.2.

²⁶ Lerch/Tuason, 42; Becker, Art.493, N.4; Rein, 33; Anderegg, 12; Olgaç, 17; Tandoğan, 550; Tandoğan, Geçerlilik, 45; Tuğ, 108; Giovanoli, Art.493, N.15; Aral, 453; Grassinger, 103; bkz. Tobler, 11; BGE 46 II 97 f.; Beck, Art.493, Nr.8. Kefalet gelecekte meydana gelen bir alacak için de verilebilir. Ayrıca alacaklının şahsı kefil için önemli değildir. Bu nedenle alacaklının kimliğinin şekil şartına tabi beyanda bulunması gerekmemektedir (Beck, Art.493, Nr.36-37).

²⁷ Beck, Art.493, Nr.8; Giger, 127; Reisoğlu, 52; Aral, 453; Tandoğan, 552; Tandoğan, Geçerlilik, 45; Tuğ, 408; Anderegg, 13 (Yazar borçlunun belirlenebilir olmasını yeterli saymaktadır); Alman Hukuku bakımından Larenz, 89, 610.

²⁸ Beck, Art.493, Nr.9.

zamaşımına bağlanması veya kefaletin şarta bağlanması gibi her türlü yan anlaşma şekle tabi olmadan geçerlidir²⁹.

Yazılı beyanda kefil, kefalet gibi sözcüklerin yer alması zorunlu değildir. Ancak kişinin kefalet amacı ile sözleşmeye imza attığı açıkça anlaşılmalıdır. Borcu doğuran yazılı sözleşmenin altında bulunan yalın bir başka imza kefalet sonucu doğurmaz³⁰. Kefalet sözleşmesinin tamamının veya sözleşmenin kefalet sözleşmesi olduğuna ilişkin kelimenin yabancı bir dilde ifade edilmesi mümkündür³¹. Ancak bu durumda kefilin bu sözcüğün anlamını bilip bilmediği, bilmiyorsa hata veya hile nedeniyle sözleşmenin geçersiz olabileceğini değerlendirmek gerekir.

Kefalet beyanında tarihin bulunması şartı aranmamaktadır³².

Kefalet sözleşmesi en azından adi yazılı şekilde yapılmalıdır. Kefalet beyanının altının kefil tarafından imzalanmış olması yeterlidir (BK m.13). Zira, Şekil şartı sadece borç altına giren kefilin irade beyanı için gereklidir³³. Ayrıca alacaklının sözleşmeye ilişkin beyanının yazılı şekle uyması gerekli değildir³⁴. Alacaklının sözlü kabul beyanında bulunması veya zımnen kabul beyanında bulunması yeterlidir³⁵.

Taraflar kefalet sözleşmesinin geçerliliğini noterde imzaların tasdiki gibi daha ağır bir şekil şartına tabi olmasını kararlaştırabilirler³⁶.

²⁹ Tobler, 11, 12-13; Lerch/Tuason, 37; Becker, Art.493, N.5; Rein, 34; Beck, Art.493, Nr.11, 79; Anderegg, 1, 7, 15; Giovanoli, Art.493, N.17; Tandoğan, 549; Tandoğan, Geçerlilik, 43; Grassinger, 111; BGE 44 II 63 E.3; BGE 50 II 249; ; BGE 119 IA 441 E.2 c; bkz. Y.19.HD E.2000/6362 K.2001/234 (YKD 2002, 425).

³⁰ Tobler, 11-12; Lerch/Tuason, 36; Rein, 31; Anderegg, 8; Giovanoli, Art.492, N.4; Olgaç, 16; Tandoğan, Geçerlilik, 40; Reisoğlu, Muteberlik, 377; Reisoğlu, 47; Grassinger, 103; OR/Pestalozzi, Art.492, N.3.

³¹ Beck, Art.473, N.26; Wacke,17; Ancak Yargıtay 805 sayılı Kanununun 4'üncü maddesine dayanarak kefalet sözleşmesinin Türkçe yapılmasının geçerlilik şartı olduğunu belirtmektedir (Y 11.HD E.1979/3309 K.1979/5469 YKD 1980, 388 vd.).

³² Beck, Art.493, Nr.8; Giovanoli, Art.493, N.17; Tandoğan, Geçerlilik, 40.

³³ Oser, 859; Müller, 78-79; Schönenberger/Jäggi, Art.13, N.77; Bilge, 371; Bucher, 291; Aral, 451; Altaş, 50-51; Furrer, 32. Yazar sözleşmenin karşı tarafının imzalamakla yükümlü olmadığı kanuni şekle tek taraflı şekil hükümleri adını vermektedir. Aynı şekilde bkz. Gauch/Schuep/Jäggi, N.506 ve OR/Pestalozzi, Art.493, N.2; 1881 tarihli İsviçre Borçlar Kanununun (OR) 491'nci maddesi kefalet sözleşmesinin şekle tabi olduğunu belirtirken (der schriftlichen Vertragsform) 1911 tarihli mehoz OR 493'üncü maddesinde kefilin beyanın yazılı olması şartını (schriftlichen Erklärung des Bürgen) aramaktadır.

³⁴ Oser, 859; Tobler, 12; Anderegg, 8, 9; Bilge, 371; Giovanoli, Art.493, N.9; Grassinger, 98; Olgaç, 16; Tuğ, 108; Yavuz, 773; Beck, Art.493, N.7, 13. Zira şekil şartı sadece kefilin korumayı amaçlamaktadır (aynı yer N.13).

³⁵ Tobler, 12; Beck, Art.493, Nr.13; Becker, Art.493, N.6 ve Art.492 N.10; Rein, 43; Anderegg, 9; Giovanoli, Art.492, N.53; Bucher, 291; OR/Pestalozzi, Art.492, N.3.

³⁶ Beck, Art.493, N.14.

Yazılı geçerlilik şartı kefaletin tüm türleri için uyulması gereken bir şarttır. Birlikte kefalet, kısmi kefalet, kefile kefalet gibi her kefalet türünde uyulması geçerlilik şartıdır. Müteselsil kefalet söz konusu ise bunun da yazılı şekil şartı kapsamında yer alması gerekmektedir (BK m.487/II)³⁷.

Kefalet sözleşmesinin yazılı şekilde yapılması zorunluluğu yazılı belgenin kaybolması halinde sözleşmenin geçerli kalmaya devam etmesi sonucunu doğurur. Usul hukuku hükümleri saklıdır³⁸.

3. Kefilin Sorumlu Olduğu Miktarın Belirtilmesi

Kefalet sözleşmesinde kefalet miktarının belirtilmesi yazılı şekil şartının muhtevası içinde yer almalıdır³⁹. Bunun muhteva içinde bulunmaması kefalet sözleşmesinin geçersiz olması sonucunu doğurur⁴⁰.

Sorumluluk miktarının sınırlı olması 1911 tarihli mehz İsviçre Borçlar Kanunu revizyonunda getirilmiştir. Bu düzenlemeden önce önceden sorumluluk sınırının belirlenebilir olması yeterli sayılmaktaydı.

Kefalet senedinde kefilin sorumlu olduğu azami miktar yazılmış olmalıdır⁴¹. Böylece kefilin sorumluluğunun kapsamı açık bir şekilde belirlenmiş olur.

Kefilin sorumlu olduğu miktar para cinsinden belirlenmelidir⁴². Ancak kefalet miktarının ülke parası cinsinden belirtilmesi gerekli değildir⁴³.

4. Şekil Şartına Uymamanın Sonuçları

Geçerlilik şartına uyulmadan yapılan kefalet sözleşmesi geçerli olmaz (BK m.11/II)⁴⁴. Borçlar Kanununun 484'üncü maddesi "Kefaletin sıhhati..."

³⁷ Giovanoli, Art.493, N.5.

³⁸ Oser/Schönenberger Art.483, N. 47; Rein, 31; Giovanoli, Art.493, N.13; Tuğ, 109; Reisoğlu, 45; OR/Pestalozzi, Art.493, N.4; Grassinger, 122; Tandoğan, Geçerlilik, 39.

³⁹ Reichel, 174 vd.; Tobler, 11, 47 vd.; Lerch/Tuason, 36-37; Becker, Art.493, N.8; Giovanoli, Art.493, N.3; Müller, 78, 79, 80; Anderegg, 12; Wacke, 17; Olgaç, 17-18, 57; Giger, 127; Grassinger, 98; BGE 42 II 149 E.3; 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).

⁴⁰ Tobler, 9.

⁴¹ von Tuhr, 225; Lerch/Tuason, 15 vd., 38; Beck, Art.493, N.24 vd.; Anderegg, 9; Reisoğlu, Rücu, 473; Reisoğlu, 52; Wacke, 17; Giovanoli, Art.493, N.16, 19; Olgaç, 17 vd.; Tandoğan, 553-554; Bucher, 291; Tuğ, 108; OR/Pestalozzi, Art.493, N.10; Tandoğan, Geçerlilik, 43; Grassinger, 105; Aral, 453, 455; BGE 117 II 490 E.3; bkz. Y.19.HD E.2000/6924 K.2000/665 (YKD 2001, 1858); BGE 100 IB 37 E.3.

⁴² Lerch/Tuason, 15; Anderegg, 11; Reisoğlu (Muteberlik), 384; Wacke,17; Reisoğlu, 52; Yavuz 765; Eleştirel bakış için bkz. Hatemi/Serozan/Arpacı, 525.

⁴³ Beck, Art.493, N.26; Anderegg, 11; Wacke,17; Reisoğlu, 52.

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 butlan⁴⁵ olduğu görüşü dışında kendine özgü geçersizlik⁴⁶ olduğu gibi görüşler de ileri sürülmüştür..

Mutlak butlan görüşü kabul edildiğinde, hakim, kendiliğinden kanunen emredilmiş şekil şartına uyulup uyulmadığını inceley⁴⁷. Taraflardan birinin şekle aykırılığı ileri sürmesi zorunlu değildir.

Geçerlilik şekline aykırılık kefaletin yazılı şekilde yapılmaması örneğin sözlü yapılmasında söz konusu olabileceği gibi kefilin sorumlu olduğu miktarın kefalet senedinde belirtilmemesi halinde de söz konusu olur.

Gerekli şekil şartı yerine getirilmemişse veya esaslı bir unsur bu şekil içinde yer almamışsa sözleşme tamamen geçersizdir. Ancak sorumluluk miktarının bir kısmı gibi işlemin bir bölümünün şekil içinde yer almaması halinde ilgili kısım veya şart batıl olur⁴⁸. Kefalet sözleşmesinde çeşitli hükümler bulunuyor ve bu hükümlerin bazıları şekil kuralına aykırı olarak sözleşmeye yazılmamışsa, diğer bir ifade ile şekil sözleşmenin tamamını kapsamıyorsa bu durumda BK 20/II ye göre kısmi butlandan söz edilebilir⁴⁹. Kefalet sözleşmesine konu olan meblağın bir kısmı yazılı şekil şartına uygun olarak belirtilmişse veya müteselsil kefalet şartedilmek istenirken bu husus şekle aykırı olarak yazılmamışsa kısmi butlandan söz edilebilir⁵⁰. Buna karşılık kefilin imzasının bulunmaması veya yazılı metinde anlaşmanın

⁴⁴ bkz.s.3 dn.18.

⁴⁵ 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 Külliyesi II.Cilt, Ankara 1999), Y İBK 30.09.1998 2/2.

⁴⁶ Ayrıntılı tartışmalar ve önerilen diğer yollar için bkz. Müller, 22 vd.; Eren, C.1, 267 vd.; Tuğ, 130 vd.; Koller, 100 vd.; Kocayusfpaşaoğlu, 246-247; Altaş, 89 vd.

⁴⁷ Furrer, 52; Beck, Art.493, Nr.15; Tandoğan, 540; Tandoğan, Geçerlilik, 37; Tuğ, 109; Bilge, 373; Wacke, 18; Reisoğlu, 44; Y İBK 12.04.1944, 14/13; Y İBK 30.09.1988 2/2; Y.19.HD E.1999/1901 K.1999/2434 (YKD 1999, 1427); Y.21.HD E.2000/2133 K.2000/2117 (YKD 2000, 933).

⁴⁸ Reichel, 179; Becker, Art.493, N.14; Beck, Art.493, Nr.16; Grassinger, 111-112; Reisoğlu, Muteberlik, 374-375; Oser/Schönenberger, Art.493, N.46; BGE 60 II 98.

⁴⁹ Tobler, 47; Beck, Art.493, N.16; Giovanoli, Art.493, N.11; Tandoğan, 541; Başpınar, 108; OR/Pestalozzi, Art.493, N.3; BGE 60 II 98, BGE 43 II 515; Koller, 137. Yazar kısmi butlan hükmünün şekil şartına bağlı sözleşmelerde kıyasen uygulanabileceğini belirtmektedir.

⁵⁰ Beck, Art.493, N.20; Oser/Schönenberger, Art.493, N.46; Giovanoli, Art.493, N.11; Grassinger, 111; Reisoğlu, 45; Reisoğlu, Muteberlik, 374-375; BGE 54 II 83.

kefalet sözleşmesi olduğunun anlaşılmaması hallerinde sözleşmenin tam olarak geçersiz olduğunu söyleyebiliriz⁵¹.

Kefil, kefalet sözleşmesi şekle aykırılık nedeniyle geçersiz olması halinde alacaklının kendisine başvurması halinde bu geçersizliği bir itiraz olarak ileri sürecektir⁵². Bu durumda alacaklı şekle uygun bir kefalet sözleşmesi yapılmasını talep edemeyeceği gibi tazminat talebinde de bulunamaz. Şekle aykırı sözleşmenin ifası talep edilemez. Şeklin yerine getirilmesine ilişkin bir dava da açılmaz. Zira dava edilebilir bir alacak hiç doğmamıştır. Bunun dışında şeklin tamamlanması veya yenilenmesi talep edilemez⁵³. Ortada eksik bir borç bile yoktur⁵⁴. Şekle aykırı sözleşme şekil kurallarına uyan başka bir sözleşme kurma yükümlülüğü doğurmaz. Kefilin icazeti geçerlilik sağlamaz.

Kefilin şekle aykırı surette yapılan kefalet sözleşmesine sonradan icazet vermesiyle sözleşme geçerlilik kazanmaz⁵⁵.

İfanın talep edilmesi halinde kefilin şekil şartına aykırılık veya eksiklik nedeniyle sözleşmenin geçersiz olduğunu ileri sürmesi ilke olarak hakkın kötüye kullanılması olarak değerlendirilmez⁵⁶. Kefilin kefalet sözleşmesinden kaynaklanan yükümlülüğünün ağırlığını ve kapsamını tam anlamıyla bilmesi bu durumu değiştirmez⁵⁷. Ancak kefil bu tür bir geçersizlik nedeniyle diğer şartlarının bulunması halinde BK md.41/II'ye göre ahlaka aykırı şekilde başkasına zarar vermektan sorumlu olabilir⁵⁸. Taraflar arasında kurulan sözleşmenin şekil kurallarına aykırılık nedeniyle geçersiz olması ve bu nedenle ifa edilmemesi, tek başına ahlaka aykırı surette başkasına zarar verme durumu oluşturmaz. Kefil alacaklıya bir zarar vermek amacıyla daha sonra ileri sürmek için şekle aykırı bir sözleşmeyi

⁵¹ bkz. Başpınar, 109.

⁵² Grassinger, 98, 123 vd.; Y.İBK 12.04.1994 14/13.

⁵³ Reichel, 178; Oser/Schönenberger, Art.11, N.30; Beck, Art.493, N.17, 19; Anderegg, 59; Reisoğlu, 44; Giger, 63; Tandoğan, Geçerlilik, 37; Tuğ, 109; BGE 50 II 253; BGE 49 II 63 ff.; Y.İBK 30.09.1998 2/2.

⁵⁴ Oser/Schönenberger, Art.11 N.30; Beck, Art.493, N.17; Anderegg, 60; Wacke, 20.

⁵⁵ Reisoğlu, 44; Beck, Art.483 N.20; Reisoğlu, Muteberlik, 375; Grassinger, 99; Zımnî olarak kefaletin kabulü için bkz. BGE 40 II 611, BGE 50 II 292.

⁵⁶ Reichel, 178; Becker, Art.493, N.7; Beck, Art.493, Nr.18; Oğuzman, Suistimal, 249; Reisoğlu, Muteberlik, 390; Reisoğlu, 45, 58; Giovanoli, Art.493, N.12; Tandoğan, 541; Tandoğan, Geçerlilik, 38; OR/Pestalozzi, Art.493, N.3; Grassinger, 121; Y.İBK 31.09.1988 2/2; BGE 65 II 237 E.2; BGE 54 II 331; Anderegg, 59. Şekle aykırı sözleşme şekil kurallarına uyan başka bir sözleşme kurma yükümlülüğü de doğurmaz.; Wacke, 18. Zira şekil hükmü kefilin korumak için öngörülmüştür.; Taşınmaz satımı için bkz. Koller, 125 vd.; Kefalet sözleşmelerinde dürüstlük kuralına uygun davranma zorunluluğu en üst seviyededir (Becker, Art.492, N.6; OR/Pestalozzi, Art.492, N.3).

⁵⁷ Giovanoli, Art.493, N. 12; Beck, Art.493, Nr.18. Alacaklının kefaletin geçerli olacağına ilişkin iyiniyeti durumu değiştirmez (aynı yer).

⁵⁸ Giovanoli, Art.493, N.12; Reisoğlu, 59.

kasten yapmış ise hakkın kötüye kullanılmasından söz edilebilir⁵⁹. Bu durumda culpa in contrahendo dan kaynaklanan bir haksız fiil ortaya çıkar⁶⁰.

Kefilin sonradan ileri sürmeyi düşündüğü şekil eksikliğini alacaklıya kasten yaptırması halinde şekil eksikliğine dayanması hakkın kötüye kullanılması olur⁶¹.

Kefil, kasten şekil şartına uyulmadığı halde karşı tarafa ifada bulunur, bu yolla alacaklının asıl borçluya kredi açmasını sağlarsa BK 41/II anlamında bir zarardan ve tazminattan söz edilebilir⁶².

III. ŞEKİL ŞARTINA UYULMADAN YAPILAN KEFALET SÖZLEŞMESİNDE KEFİLİN BORCU İFA ETMESİNİN SONUÇLARI

A. Genel Olarak

Şekil şartına uyulmadan yapılan kefalet sözleşmesinde kefil ifadan önce her zaman şekle aykırılığı ileri sürebilir. Bu durum şeklin koruma amacından dolayı hakkın kötüye kullanılması olarak değerlendirilemez⁶³.

Bir borca kefil olan kişi, kefalet sözleşmesi şekle aykırılık nedeniyle geçersiz olduğu halde bu durumu bilmeden borcunu ifa edebilir. Kefalet borcunun ödenmesine ilişkin bir ihtar veya icra dairelerince gönderilen ödeme emrine muhatap olan kişi imzaladığı kefalet sözleşmesinin geçerli olduğunu düşünerek ödeme yapabilir. Bu kişi böyle bir ihtar veya ödeme emri almaksızın sadece borcun yerine getirilmediğini öğrenerek herhangi bir hukuki takibata maruz kalmamak amacıyla alacaklıya ödeme yapabilir. Kefalet borcunun ödenmesi halinde alacaklı, ödemeye karşı bir itirazda bulunmaz. Kefalet sözleşmesinin gerekli şekil şartlarını taşımaması ile de ilgilenme yükümlülüğü bulunmayan alacaklı ödemeyi kabul eder.

Kefalet borcunu yerine getirdiğini düşünen kefilin yapacağı en normal davranış borçluya rucu etmek olacaktır. Kendisine rucu edilen borçlunun

⁵⁹ Wacke, 19; Beck, Art.493, N.18; Oser/Schönenberger, Art.11, N.30; Giovanoli, Art.493, N.12; BGE 65 II 237, 57 II 154; BGE 54 II 332; Böyle bir durum kefilin kasten ve geçersiz olduğunu bildiği halde sözleşmeye borçlunun tüm borçlarına kefil olduğunu yazması şeklinde ortaya çıkabilir; Özellikle alacaklı aldatılarak veya sırf daha sonra şekil eksikliğinden kaynaklanan geçersizliğe dayanmak için şekle aykırı kefalet sözleşmesi kurulmuşsa bu durum hakkın kötüye kullanılması oluşturacağı gibi alacaklıya kefile karşı müspet zararının tazmini isteme hakkı yanında BK 41/II ye göre tazminat talep etme hakkı verir (bkz. Aral, 452).

⁶⁰ Beck, Art.493, N.18; Oser/Schönenberger, Art.11, N.32.

⁶¹ OR/Pestalozzi, Art.493, N.3; BGE 65 II 236 ff. E.2.

⁶² Andereg, 60; Reisoğlu, 58-59; Reisoğlu, Muteberli, 390; Tandoğan, 541; BGE 50 II 292.

⁶³ Reichel, 178; Andereg, 59; Reisoğlu, 58; BGE 42 II 154; Merz, N.472. Ancak bu tür durumlarda hile söz konusu olursa tazminat yükümlülüğü söz konusu olur.

kefili tatmin etmesi durumunda bir sorun çıkmayacaktır. Ancak borçlunun kefili tatmin etmemesi diğer bir ifade ile borcunu ödememesi halinde kefalet borcunu yerine getiren kefil zor duruma düşecektir. Bu durumda kefilin borçlu tarafından ileri sürülen geçersiz bir sözleşmeyi yerine getirdiği, bu nedenle de kendisine rucu imkanı bulunmadığı itirazı ile karşılaşması mümkündür. Kefil böyle bir itiraz dışında rucu imkanını kullanırken veya ifadan sonraki bir zaman diliminde kendiliğinden kefalet sözleşmesinin şekle aykırılık nedeniyle geçersiz olduğunu öğrenebilir. Kefilin bu durumunu sözleşmenin geçersiz olduğunu bilerek veya bilmeyerek ödeme ihtimallerinde ayrı ayrı değerlendirmek gerekmektedir.

B. Alman Hukukunda Bulunan Özel Durum

Alman Hukukunda şekle aykırı yapılan kefalet sözleşmesinin ifası BGB § 766'da düzenlenmiştir. Bu düzenlemeye göre geçerlilik şekli olan yazılı şekil şartı yerine getirilmediği halde kefil sözleşmeden kaynaklanan asıl edimini yerine getirirse geçersiz kefalet sözleşmesi sağlık kazanır. Bu durumda kefil sadece asıl borçluya rucu imkanına sahip olur. Kefil yaptığı ödemeyi borcun varlığı konusunda yanılmış olsa bile alacaklıdan geri talep edemez⁶⁴.

BGB § 766 düzenlemesi değerlendirilirken şekle aykırı kefalet sözleşmesinin yerine getirilmesi halinde sebepsiz zenginleşme talebinde bulunamama hükmünün izahı, şekil eksikliğine bağlanan geçersizliğin türünün bir eksik borç ilişkisi yaratmış olmasına dayandırılmıştır⁶⁵.

Alman Hukukunda bulunan ve *condicti in debiti* kurumunu düzenleyen (BGB § 814), Türk/İsviçre Hukukunda yer alan düzenlemeye göre (BK .62) kefili daha çok korumaktadır⁶⁶. Zira BGB de ödeyenin edimi yerine getirmeye yükümlü olmadığını bilmemesi şartı aranırken, Türk/İsviçre Hukukunda ödeyenin borçlu olduğuna dair hataya düştüğünü ispat edebilmesi şartı aranmaktadır. Edimi yerine getirmekle yükümlü olmadığını bilmemek, konumuz bakımından şekle aykırı bir kefalet sözleşmesi olduğunu ve bunun geçersiz olup bir borç doğurmayacağını kişinin bilmemesini ifade eder. Kişi bu durumu bilmiyorsa, Alman Hukukunda ödediğini geri talep edebilir. Buna karşılık Türk/İsviçre Hukukunda, kefilin sözleşmenin şekle aykırı olduğunu veya şekle aykırı sözleşmenin geçersiz olduğunu dolayısıyla bundan kendisi aleyhine bir borç doğmayacağını bilmediğini ve bu konuda hataya düştüğünü ispatlaması gerekmektedir. Diğer bir ifade ile Alman Hukukunda kefil kendini borçlu sanıyorsa verdiği imin iadesini talep edebilir. Türk/İsviçre Hukukunda kendini borçlu

⁶⁴ Wacke, 20: Yapılan ödemenin ifa olarak kabul edilmesi yeterlidir (Müller, 81).

⁶⁵ Wacke, 20.

⁶⁶ Wacke, 20, dn.29.

sanmaya hata ile düşmüşse yani kefaletin geçerliliği konusunda, hataya düşmüşse verdiği geri talep edebilir.

C. Sözleşmenin Geçersizliğini Olduğunu Bilmeyen Kefilin İfade Bulunması

1. Sebepsiz Zenginleşme Talebi (BK m.62)

a. Genel Olarak

Asıl borçluya rucu imkanını kullanamayan ve geçersiz kefalet sözleşmesinden dolayı borçlu olduğu inancında olan kefil, yaptığı ödemeyi alacaklıdan talep edebilir. Sözleşmenin geçersiz olduğunu bilmeyen kefil talebini ilke olarak sebepsiz zenginleşmeye dayandırmalıdır⁶⁷. Ancak bu talep için gerekli şartların da somut olayda bulunması gerekmektedir.

Sözleşmenin geçersizliğini bilmeyen kefilin alacaklıya ödemedede bulunması kefalet sözleşmesini geçerli hale getirmez. Bu sonucun elde edilmesi için bazı şartların bulunması gereklidir⁶⁸.

⁶⁷ von Tuhr, 225; Tobler, 10; Lerch/Tuason, 38; Rein, 41; Frey, 45; Beck, Art.493, N.21; Anderegg, 62; von Tuhr/Peter, 478 vd.; Furrer, 61; Müller, 452; Reisoğlu, Muteberlik, 391; Wacke, 20; Reisoğlu, 45, 59; Frey, 46; Rein, 61; Tandoğan, 540-541; Tandoğan, Geçerlilik, 37; Bucher, 293; OR/Pestalozzi, Art.493, N.4; Grassinger, 99; Aral, 445. BGE 64 II 121 E.4; 70 II 271 ff. E.4; Giovanoli, Art.493, N.12; İsviçre Borçlar Kanunu 20 Aralık 1939 tarihli kefalet hukuku revizyonu için hazırlanan tasarrufların Art.494 Abs 4 geçersiz bir kefalet sözleşmesi nedeniyle yapılan ödemenin sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre geri alınabileceği açıkça öngörülmüştü. Ancak bu hüküm genel olarak geçerli bir ilkenin tekraranıdan başka bir şey ifade etmeyeceği için lüzumsuz görülmüş ve çizilmiştir Bkz.. Protokoll I der nationalrätlichen Kommission S.27; Protokoll I der ständerätlichen Kommission S.27; StenBull NR 1940 S.75, 78; StenBull StR 194 S.406 (BGE 70 II 272 E.4'ten naklen); Reichel'e göre (178-179) kefilin geçersizliği bilmesinin mümkün olmadığı hallerde kefil korunmaz. Çünkü şekil hükümleri kefilin sadece yükümlülük altına girmeye karşı korur yoksa ifaya karşı değil. Bu durumda Reichel'in şekle aykırılığı bilecek durumda olmayan kefilin sebepsiz zenginleşme talebinde bulunamayacağını iddia ettiğini anlıyoruz. Bu görüşe katılmıyoruz. Şekle aykırılığı bilmeyen kefilin ifadan sonra şekle aykırılığa dayanması ifadan önce bu aykırılığa dayanması gibi mümkündür (Müller, 82); Lerch/Tuason (38) kefalet sözleşmesinde şekil şartının kefilin düşüncesizce borçlandırıcı muamele yapmaktan korumayı amaçladığını, aslında kefilin ifadan korumak gibi bir amacının bulunmadığını, bu nedenle de şayet kefil ifade bulunmuşsa iade talebinin hakkın kötüye kullanılması olarak değerlendirmesi gerektiğini ifade etmektedir. Bu görüşe katılmıyoruz. Kefil kendini borçlu sanarak ifade bulunmamış bu nedenle BK m.62 hükmüne dayanamamış ise BK m.61'e göre de sebepsiz zenginleşme talebinde bulunamaz (Oğuzman/Öz, 239).

⁶⁸ bkz. s.16-17.

b. Kefilin Sebepsiz Zenginleşme Talebinin Şartları

Kendisini borçlu sanarak başka birine ifade bulunan kişinin verdiği geri talep etmesinde, sebepsiz enginleşme talebinin ileri sürülmesi için gerekli olan, gerçekleşmeyen bir sebebin varlığı şartı veya zenginleşmeye yol açan sebebin sonradan ortadan kalkması şartı aranmaz⁶⁹.

Borçlar Kanununun 62'nci maddesine göre sebepsiz zenginleşme talebinin ileri sürülmesi için ödenmesi gereken bir borcun bulunmaması⁷⁰, kefilin ödemeyi ifa amacıyla yapmış olması⁷¹, ifanın istenerek diğer bir ifade ile kefilin serbest iradesi ile yapılmış olması⁷² ve kefilin borcun varlığı hakkında yanlışlığı yanılmış olması gerekir.

Kefil hileye düşürülerek, tehditle veya muzayaka halinde iken ya da icra takibi sonucunda ödemedede bulunmuşsa bu şart gerçekleşmemiş demektir⁷³.

Kefilin sebepsiz zenginleşme talebinde bulunması sözleşmenin geçersiz olduğunu bilmeden kendisini borçlu sanmasına bağlıdır⁷⁴. Konumuz bakımından hata ile kendini borçlu sanma ya da borcun varlığı hakkında yanlışlığı şekilde aykırı sözleşmenin geçerli olduğuna ilişkin inançtır.

Kefilin ifa esnasında borçlu olduğuna ilişkin yanlış tasavvuru hata olarak değerlendirilir⁷⁵. Borçlu olup olmadığı konusunda şüphe varsa hatadan söz edilemez. Bu tür durumlarda ifa esnasında hak saklı tutulmamış ihtirazı kayıt konmamışsa iadenin talep edilmesi mümkün değildir. Hataya düşülerek borcun ifa edildiğine ilişkin ispat yükü ödeyen taraf olan kefile düşmektedir⁷⁶.

⁶⁹ Gauch/Schuep/Jäggi, N.1531.

⁷⁰ Eren, 871; Oğuzman/Öz, 240; Gauch/Schuep/Jäggi, N.1530. Bu borç ya hiç doğmamıştır ya da ifa edilmeden önce sona ermiştir.

⁷¹ von Tuhr/Peter, 478; Eren, 872; Oğuzman/Öz, 239-240.

⁷² Tobler, 10; Beck, Art.493, N.21; von Tuhr/Peter, 485, 486; Schwenger, 327; Eren, 872.

⁷³ Tobler, 10; Beck, Art.493, N. 21; Oser/Schönenberger, Art.63, N.8; BGE 63 II 169 E.2; Tandoğan, 541; Tandoğan, Geçerlilik, 37; Gauch/Schuep/Jäggi, N.1537, 1539; von Tuhr/Peter, 485; Schwenger, 327; Eren, II, 872; BGE 64 II 127; İcra Hukuku kuralları nedeniyle ödeme zorunda kalan kefil İİK m.72/VII ve VIII'e göre iade davası açmalıdır (Grassinger, 99; Beck, Art.493, N.21).

⁷⁴ von Tuhr, 225; Lerch/Tuason, 38; Oser/Schönenberger, Art.63, N.8, Art.494, N.44; Rein, 41; Frey, 45; Beck, Art.493, Nr.21; Merz, N.475; Furrer, 60; von Tuhr/Peter, 483; Anderegg, 62; Wacke, 20; Giovanoli, Art.493, N.12; Giger, 127-128; Reisoğlu, 59; Tandoğan, 540; Tandoğan, Geçerlilik, 37; Oğuzman/Öz, 242-243; Gauch/Schuep/Jäggi, N.1529; Schwenger, 327; Eren, 872; Grassinger, 99; Koller, 122-123; Aral, 445, 452; Reisoğlu, 59; BGE 64 II 127 E.5 a; BGE 41 II 485; BGE 40 II 253; BGE 115 II 28 E.1; Reichel (178), kefil sözleşmenin geçersiz olduğunu bilse dahi sebepsiz zenginleşme talebinde bulunabileceğini ileri sürmektedir. Bu görüşe katılmıyoruz.

⁷⁵ Gauch/Schuep/Jäggi, N.1533; Eren, 872.

⁷⁶ von Tuhr/Peter, 484, 486; Gauch/Schuep/Jäggi, N.1533-1535; von Büren, 299-300; Schwenger, 327; Eren, 872.

Kefil hukuki hataya düşse bile sebepsiz zenginleşme talebinde bulunabilir⁷⁷. Hukuki hata kefalet sözleşmesinin şekil kuralına aykırı yapıldığını bilmemek diğer bir ifade ile kefaletin bir şekil şartına tabi olduğunu bilmemek veya bu şekle uyulmasa dahi sözleşmenin geçerli olduğuna inanmak şeklinde ortaya çıkar.

Borçlar Kanununun 23 ve devamındaki maddelerde düzenlenmiş bulunan esaslı hata ve esaslı olmayan hata ayırımı BK m.62 bakımından değer taşımaz. Zira doğmamış bir borcun ödenmesinde kefilin davranışının esaslı olmayan hata kapsamında değerlendirilmesi doğru değildir. Sebepsiz zenginleşme talebinin ileri sürülebilmesi için BK m.62 anlamında bir hatanın bulunması yeterlidir.

Kefilin düştüğü hatanın mazur görülecek bir hata olması şartı aranmamaktadır⁷⁸. Sebepsiz zenginleşme kurumunun yapısı bu çözümü destekler niteliktedir. Sebepsiz zenginleşme talebi ile bir sebep bulunmadan başka bir kişinin malvarlığında artış olması halinde bozulan denge sağlanmak istenmektedir. Bu amaca ulaşmak için dayanılan asıl kavram ise hata değil sebepsiz zenginleşmedir⁷⁹.

Kefilin sebepsiz zenginleşme talebinin hakkın kötüye kullanılması oluşturduğu ilke olarak ileri sürülemez. Zira kefalette şeklin amacı kefilin korunması⁸⁰.

2. Sebepsiz Zenginleşme Talebinin Muhatabı

Bir görüşe⁸¹ göre sebepsiz zenginleşme talebi alacaklıdan başka bir kişiye (asıl borçluya) yöneltilemez. Zira kefil, asıl borçlunun borcunu değil

⁷⁷ Tobler, 10; ; Oser/Schönenberger, Art.63, N.8; Rein, 41; Beck, Art.493, N. 21; von Büren, 299; Wacke, 20; von Tuhr/Peter, 483; Reisoğlu, 59; Gauch/Schluep/Jäggi, N.1534; Eren, 872; BGE 70 II 271; BGE 64 II 127; BGE 41 II 485; 40 II 253; BGE 107 II 258; Anderegg, 62-63. Yazara göre hukuki hatanın dikkate alınmaması ve sebepsiz zenginleşme şartı oluşturmaması ne Borçlar Kanunundaki düzenlemeden ne de eski İsviçre Borçlar Kanunu (aOR) Art.72'den çıkartılabilir.

⁷⁸ Tobler, 10; Beck, Art.493, N.21; Reisoğlu, Muteberlik, 391; von Büren, 299; Reisoğlu, 59; von Tuhr/Peter, 483-484; Tandoğan, 541; Tandoğan, Geçerlilik, 37; Oğuzman/Öz, 245; Gauch/Schluep/Jäggi, N.1534; BGE 64 II 127 E.5e; Eren, 872. Yazar mazur görülmesi mümkün olmayan kusura dayanan hatanın dahi yeterli olacağını, ancak bu durumda BK m.26'nın tazminata hükmedilme açısından kıyasen uygulanması gerektiğini ifade etmektedir. Aynı şekilde bkz. Oğuzman/Öz, 244; von Tuhr (225) hatanın mazur görülmesi şartı aransa dahi hukuki hatanın mazur görülebileceğini, aşında bu tür olaylarda kefilin yanlışlıkla ifasının çok sık görüldüğünü belirtmektedir. Ona göre bilgisiz veya tecrübesiz bir kişiye kusur izafe edilememelidir.

⁷⁹ BGE 64 II 121 ff.

⁸⁰ Rein, 41.

⁸¹ Reisoğlu, 59. Reisoğlu (Sebepsiz İktisap), 102; Öncelikli olarak alacaklıya başvurma şartları varsa asıl borçluya başvurma görüşü için bkz. Grassinger, 100; BGE 70 II 271 E.4.

kendi borcunu ödemektedir. İfa ile kefilin alacaklıya karşı olan borcu sona ermektedir.

Şekle aykırı olarak yapılan kefalet sözleşmesinin geçersiz olduğunu bilmeden ödemede bulunan kefil sebepsiz zenginleşme talebini alacaklıya yöneltilmelidir. Bu ödeme kefalet borcunun ifası niteliğinde değildir. Kefilin ifasına rağmen alacaklı ile asıl borçlu arasında bulunan borç ilişkisinden kaynaklanan alacak devam etmektedir. İfa sonucunda alacaklının malvarlığının aktif kısmı hem kefil tarafından yapılan ödeme ile artacak hem de asıl borçluya karşı var olan alacak hakkı varlığını devam ettirdiğinden artacaktır. O halde sebepsiz zenginleşen kişi alacaklıdır.

Diğer bir görüşe göre⁸² bazı durumlarda kefil asıl borçluya karşı sebepsiz zenginleşme talebinde bulunabilir. Bu görüşe göre, alacaklının iflas etmesi veya başka bir surette kendisinden alacağın tahsil edilemediği durumlarda hatanın ispatının yapılamadığı durumlarda kefile asıl borçluya karşı sebepsiz zenginleşme talebi ileri sürme hakkı tanınmalıdır.

Kefilin asıl borçluya sebepsiz zenginleşme talebi ileri sürebilmesi için, ilk olarak, alacaklıya karşı kullanabileceği sebepsiz zenginleşme talebinden feragat etmesi veya bu alacağın zamanaşımına uğraması gerekmektedir. İkinci olarak ise asıl borçlunun, kefil tarafından ödemenin yapılmış olması nedeniyle, herhangi bir şekilde alacaklının talebiyle karşılaşmayacağı durumda bulunması gerekmektedir.⁸³ Zira bu durumda borçlu sebepsiz zenginleşmiş olacaktır. Kefilin alacaklıya karşı ileri sürebileceği sebepsiz zenginleşme talebinin zamanaşımına uğraması veya alacaklının iktisabının geri dönülemez şekilde kesinleşmesi halinde de asıl borçluya karşı sebepsiz zenginleşme iddiası ileri sürülebilir. Ancak bu nedenle asıl borçlunun hukuki durumu mevcut halinden daha kötü hale getirilemez⁸⁴.

Yargıtay⁸⁵ da sebepsiz zenginleşme talebinin borçluya yöneltilmesi gerektiğini ileri sürmektedir. Yargıtay kefilin alacaklıya ödeme yapması ile alacaklı ile asıl borçlu arasında bulunan borcun sona erip ermeyeceği belirlemesini kararına esas almıştır. Ödeme ile alacaklı ile asıl borçlu arasında bulunan alacak sona eriyorsa alacaklı alacağını almış buna karşılık borçlu borcundan kurtulmuş olacaktır. Bu durum borçlunun malvarlığından sebepsiz bir artışa yol açacak ve sebepsiz zenginleşme talebine muhatap olacaktır. Yargıtay'ın görüşünün ayrıntılı olarak değerlendirilmesi gerekmektedir. Yüksek Mahkeme "...ödeme sonucu alacak sona ermişse..." ifadesini kullanmaktadır. Gerçekten kefilin ödemesi ile alacaklının asıl borçluya karşı sahip olduğu alacak sona eriyorsa asıl borçlunun da kefil aleyhine sebepsiz zenginleşmiş olması mümkündür. Ancak, bu konuda ilk

⁸² OR/Pestalozzi, Art.493, N.4; BGE 70 II 274 f. E.5; 3.HD 06.04.1989 9431/3528 (Reisoğlu, 60, dn.253'ten naklen).

⁸³ BGE 70 II 274 f. E. 5 .

⁸⁴ OR/Pestalozzi, Art.493, N.4; BGE 70 II 274 f. E.5.

⁸⁵ Y 3.HD 06.04.1989 9431/3528 (Reisoğlu, 60, dn.253'ten naklen).

olarak belirtilmesi gereken husus kefilin kendi borcunu ödeme amacıyla hareket etmiş olduğudur. Kefil kendi borcunu ödeme amacıyla hareket ediyorsa alacaklının asıl borçluya karşı sahip olduğu alacağı sona ermez. Bunun dışında kefilin alacaklıya yaptığı ödemeyi başkasının borcunu onun muvafakati veya talimatı olmadan ifa etme olarak değerlendirmek mümkün değildir. Zira kefil asıl borçlunun borcunu ifa etmek amacıyla ödeme yapmamıştır. Bu nedenle BK m.109'a göre kefil asıl borçluya halef olamaz. Benzer şekilde kefil asıl borçluya bağışta bulunmak amacıyla da ödeme yapmamıştır. Bu nedenlerle kefilin asıl borçluya sebepsiz zenginleşme talebinde bulunması mümkün değildir.

Biz Federal Mahkeme ve Yargıtay tarafından savunulan görüşe katılmıyoruz. Zira, alacaklının sebepsiz zenginleşmesini alamayan kefil asıl borçluya rucu etmelidir. Asıl borçlu kefalet sözleşmesinin geçersizliğini ileri sürerek olursa, kefilin şekil şartının koruma amacını gerçekleştirdiği ve hakkın kötüye kullanıldığı savunması yapmalıdır⁸⁶. Sebepsiz zenginleşme kurumunun zorlanarak kefile asıl borçluya karşı sebepsiz zenginleşme talebini ileri sürme hakkının tanınmasını isabetli bulmuyoruz.

D. Kefili Koruyan Başka Bir Yol var mıdır?

1. Genel Olarak

Şekle aykırı kefalet sözleşmesini kendini borçlu sanarak ifa eden kefilin BK md.62'ye dayalı sebepsiz zenginleşme talebinden başka başvurabileceği bir yol bulunup bulunmadığının, kefilin alacaklıya yaptığı ödeme geçerli bir ifa sayılarak asıl borçluya rucu imkânı sağlayacak bir yol olarak sözleşme geçerli olarak değerlendirilip değerlendirilemeyeceğinin⁸⁷ son olarak da şekle aykırılığı bilerek ifade bulunan kefilin asıl borçluya karşı bir talep hakkına sahip olup olmadığının incelenmesi gerekmektedir.

2. Sözleşmenin Geçersiz Olduğunu Bilmeden İfade Bulunan Kefilin Durumu

Alacaklının iflas etmesi veya başka bir surette kendisinden alacağın tahsil edilemediği durumlarla hatanın ispatının yapılamadığı durumlarda kefilin geçerli bir ifade bulunduğunu kabul ederek asıl borçluya rucu etme imkanını sağlamak alacaklıya büyük yarar sağlayacaktır.

Butlan görüşünü savunanlara göre kefil sadece BK m.62 hükmünden yararlanabilir. Bunun dışında sözleşmenin geçerli sayılması⁸⁸ ve borçluya rucu mümkün değildir.

⁸⁶ bkz. s.16-17

⁸⁷ Wacke, 21.

⁸⁸ bkz. s.7 dn.45.

Şekle aykırı kefalet sözleşmesi nedeniyle ödemede bulunan kefil mutlaka alacaklıya karşı sebepsiz zenginleşme talebi yöneltmek zorunda bırakan ve kefil bu haliyle korumayan bu görüşü doğru bulmuyoruz.

Şeklin koruma amacı fiilen gerçekleşmediği halde görüntüde şekil şartları yerine getirildiği için şekle tabi sözleşmenin geçerliliği kabul edilmektedir. Şeklin koruma amacı gerçekleşmişse aynı kuralın şekil şartlarının görüntüde yerine getirilmediği durumlarda da uygulanması gerekir. Kaldı ki şeklin koruma amacının gerçekleştiği ve ifanın yapıldığı durumlarda BK m.62 dışındaki bir talebin ileri sürülmesi halinde şekle aykırılık nedeniyle geçersizlik iddiasının kabulü istenmeyen sonuçlara yol açabilir⁸⁹. Alacaklı iflas etmişse ve asıl borçluya rucu imkanı tanınmazsa kefil sadece borcunu ödemekle kalabilir. Böyle bir durumda şekil şartı sadece abartılı olarak uygulanmış olmaz⁹⁰ aynı zamanda şeklin amacından da uzaklaşmış olur. Bu tür durumlarda sınırlı kalmak üzere ve diğer şartlarının bulunması halinde geçersiz kefalet sözleşmesinin sağlık kazanacağı kabul edilebilir. Şeklin amacı gerçekleşmemişse sağlık kazanmadan söz edilemez⁹¹.

Böyle bir çözüm yolu hem kefil hem de alacaklı yararına olacaktır. Asıl borçlu durumunda bulunan kişi ise sebepsiz meydana gelen malvarlığı artışını kefile rucu yoluyla vermek zorunda kalacaktır. Kefil yararına olacaktır; çünkü bu çözümün kabul edilmemesi ihtimalinde kefil zorunlu olarak alacaklıya başvuracaktır. Burada Bk md.62 hükümlerinin şartlarının doğruya doğru bakılacak, muhtemelen bazı ispat güçlükleri ile karşılaşılabilecektir. Özellikle kefil iflas etmiş, malvarlığını tasfiye ederek yurtdışına yerleşmiş olduğundan veya borç ödemediği aciz halinde bulunduğu için alacaklıdan hiç bir şey alamayacak ve kendi zararına katlanacaktır. Kefalet sözleşmesinden ilke olarak hiçbir yararı bulunmayan kefilin bu durumda bulunması doğru değildir. Alacaklı yararına olacaktır; çünkü alacaklı alacağını kefilinden almıştır ancak hali hazır bir sebepsiz zenginleşme talebi ile karşı karşıyadır. Alacaklı bu talebin mahkemece hükme bağlanması halinde aldıklarını sebepsiz zenginleşenin iadesi kapsamında kefile verecek ve asıl borçluya yönelecektir. Alacaklı kefilin ifasının geçerli olup olmadığını derhal bilmeye hakkı vardır. Zira uzun bir zamandan sonra bu durumu öğrenmesi, aldıklarını iade etmesi ve borçluya yönelmesi büyük menfaat kayıplarına yol açacaktır. Bunun dışında kefil bir

⁸⁹ Müller, 82.

⁹⁰ von Tuhr, 225.

⁹¹ Müller, 82. Alman Hukukunda şeklin koruma amacının gerçekleşmiş olmasının önemi yoktur. İfanın yapılmış olması yeterlidir (BGB § 766). Reichel (178-179) ise, şekil kuralının kefil sadece taahhüt altına girmekten koruma amacının taşıdığı ifadan korumak gibi bir amaç taşımadığını ileri sürmekte ve ifa gerçekleşmiş ise geçersiz sözleşmenin sağlık kazanacağını iddia etmektedir. Bu görüşe katılmıyoruz (bkz. Müller, 82). Geçersiz sözleşmenin ifadan sonra sağlık kazanması kefilin lehine olabilir. Ancak kefilin bu durumu başka maksatlarla hareket etmesine izin vermez.

ödemede bulunmak isterse alacaklı bu ödemeyi kabul etme yetkisi bulunup bulunmadığını bilmek zorundadır. Bu nedenle alacaklı, kefile başvurarak uygun bir süre içinde nasıl davranacağını kendisine bildirilmesi talep edebilir. Kaldı ki kefil, kendisini koruyan şekil hükümlerinin bu korumasından da başlangıçta olmasa bile ilişki doğduktan sonra feragat edebilir. Bu meyanda BK m.62'de yer alan alacaklıya karşı ileri sürebileceği sebepsiz zenginleşme talebinden de vazgeçebilmesi mümkündür⁹².

3. Sözleşmenin Geçersiz Olduğunu Bildiği Halde İfada Bulunan Kefilin Durumu

Kefilin şekle aykırılığı bildiği halde alacaklıya ödemede bulunması halinde kefilin durumu hakkında iki ana görüş bulunmaktadır.

a. Butlan Görüşü

Butlan görüşüne göre⁹³ ifa ile sözleşme geçerli hale gelmez. Bu görüş sahiplerine göre şekle aykırı kefalet sözleşmesi geçersizdir. Geçersizliğin türü ise butlandır. Böyle bir ilişki, zımnî kabul veya ifa ile geçerlilik kazanmaz. Taraflar geçerli bir kefalet ilişkisi kurmak istiyorlarsa yeni ve şekle uygun bir kefalet sözleşmesi yapmak zorundadırlar⁹⁴.

Kefil asıl borçlu ile arkadaşlık veya başka bir sebeple alacaklıya ödemede bulunmuşsa şekil eksikliğine dayanamaz⁹⁵. Bu durumda geçersiz bir sözleşme ifa edilemeyeceğinden bir bağışlama işleminden söz etmek gerekir⁹⁶. Zira, kefilin sebepsiz zenginleşme hükümlerine başvurması imkanı da bulunmamaktadır⁹⁷. Kefil geçersiz sözleşmeyi bağış kastı ile ifa etmişse, alacaklının da kastının bağış olması halinde sebepsiz zenginleşme söz konusu olmaz. Kefilin bağışlama sebebi ile ifada bulunması, alacaklının ise

⁹² Bkz.Wacke, 21.

⁹³ bkz. s.7. Anderegg (61),şekil kurullarına aykırılık nedeniyle meydana gelmemiş bir kefalet sözleşmesinin konusunu oluşturan borcun kefil tarafından yerine getirilmesi geçersiz sözleşmeye esas itibarıyla sağlık kazandırmayacağını belirtmektedir. Rein da (42) OR 63 ve ZGB 2 maddelerinin kefilin yeteri kadar koruduğunu, bu nedenle de kanun koyucunun şekle aykırı sözleşmenin ifa ile sağlık kazanmasını hiç düşünmediğini belirtmektedir.

⁹⁴ Bkz. s.7-8.

⁹⁵ Müller, 81.

⁹⁶ von Tuhr, 225; Anderegg, 62; Reisoğlu, Muteberlik, 392; Reisoğlu, 45; Tandoğan, 541; Tandoğan, Geçerlilik, 38; Kefilin bağışlama amacı olmaması nedeniyle biz bu görüşe katılmıyoruz. Federal Mahkeme de bu kanıdadır. Federal mahkeme kefilin hataya düşerek ifada bulunması halinde bağışlamanın söz konusu olamayacağını belirtmektedir. Zira kefil borcun varlığı konusunda hataya düştüğü için ifada bulunduğundan bağışlama iradesi bulunmamaktadır. Bu nedenle verilenin iadesi yoluna gidilmelidir (BGE 64 II 121 ff.).

⁹⁷ von Tuhr, 225; Anderegg, 62.

ifa sebebi ile ifayı kabul etmesi halinde sebepsiz zenginleşme söz konusu olur.

b. Kendine Özgü Geçersizlik Görüşü

Butlan görüşünün sert ve zaman zaman aşırı sonuçlar vermesi üzerine öğretide kendine özgü geçersizlik görüşü ileri sürülmüştür. Bu görüşe göre şekle aykırılık nedeniyle geçersizliğin türünün butlan olarak kabulü halinde hakimin bunu kendiliğinden gözönüne alması gerekir. Bu butlan müeyyidesinin tabii bir sonucudur. Ancak böyle bir durum şekil kuralının amacına ters düşer.

Borçlar Kanununun 20'nci maddesinde butlan açıkça zikredildiği halde BK m.11'de "...sahih olmaz." olmaz ifadesinin kullanılması dolayısıyla geçersizliğin türünün açıklanmaması kanun koyucunun kendine özgü bir geçersizlik türü istediğini destekler mahiyettedir.

Bu görüşe göre şekle aykırı bir sözleşme yapılmışsa aslında kurulduğu andan itibaren geçersiz iken taraflardan biri geçersizliği ileri sürmedikçe hüküm ve sonuç doğurur. Taraflardan biri geçersizliği ileri sürecek olursa sözleşme baştan itibaren geçersiz olur. Kendine özgü geçersizlik görüşünün kabul edilmesi halinde şekle aykırılığı hakim kendiliğinden gözönünde tutamaz. Dava dosyasından anlaşılrsa dahi hakim geçersizliği dikkate alamaz. Zira, özel hukuk hükümleri hakim tarafından kendiliğinden uygulanamaz. Dava konusunu ise taraflar belirler. Tarafların dava ve talep etmediği bir husus hakkında hakimin kendiliğinden karar vermesi doğru değildir⁹⁸.

Şekil kuralların amaçlarına göre yorumlanması gerekir. Kuralın amacı sadece tarafı korumaktır ve taraf bu korumayı görmüş ve kullanmak istememiştir. Şu halde geçersiz sözleşmeyi geçerli hale getirmek isteyen taraf iradeleri hukuk tarafından tanınmalıdır⁹⁹.

b. Şekle aykırılığın hakim tarafından kendiliğinden gözönüne alınmadığı durumlarda üçüncü kişiler de geçersizliği ileri süremez¹⁰⁰. Zira üçüncü kişilerin hukuken korunan bir yararları bulunmamaktadır. Kaldı ki kefalet sözleşmesinde şeklin asıl borçlu ile bir bağlantısı da bulunmamaktadır. Burada ne alacaklı ne asıl borçlu korunmak istenmiştir.

Kendine özgü geçersizlik görüşüne göre butlan görüşünden farklı olarak tarafların geçersizliği ileri sürmeleri defî niteliğindedir¹⁰¹.

⁹⁸ Gauch/Schluef/Jäggi, N.558 vd.; Merz, Vertrag, 211 vd.; Merz, N.475 vd.; Schöenberger/Jäggi, Art.11 N.73; Ayrıntılı bilgi ve tartışma için bkz.Altaş, 134 vd., Kocayusufpaşaoğlu, 249-250.

⁹⁹ von Büren, 146-147; Schöenberger/Jäggi, Art.11, N.80; Altaş 140.

¹⁰⁰ Altaş, 142 ve aynı yer dn.354'te sayılan yazarlar.

¹⁰¹ Altaş, 142 ve aynı yer dn.356'da sayılan yazarlar.

c. Görüşümüz

Butlan görüşünün uygulanması zaman zaman hakkaniyete uygun olmayan sonuçlar doğurmuştur. Bu nedenle şekle aykırılıktan dolayı geçersiz olan sözleşmelerin şartları varsa ayakta tutmak gereği ortaya çıkmıştır¹⁰².

Kanaatimizce, ilk olarak belirtilmesi gereken husus kefilin kefalet sözleşmesinin şekle aykırı olarak kurulduğunu öğrenmesi halinde alacaklıya ödemede bulunmasının normal bir yol olmamasıdır. Zira alacaklı genellikle tanınmayan bir kişi veya bir ticaret şirkettir. Geçersizlik bilindiği halde kefilin hangi sebeple alacaklıya ödeme yaptığı bilinmelidir. Bunun dışında çoğu zaman ödeme güçlüğü içinde bulunan ve zaten bu nedenle de kefalet talebinde bulunmuş olan asıl borçluya rucu hakkını kullanma ihtimaline güvenerek böyle bir ödeme yapması da makul görünmemektedir.

Birinci ihtimalde kefilin geçersizliği bildiği halde alacaklıya ödemede bulunması gerçekten bir bağışlama mahiyetinde olabilir. Sırf saygınlığının zedelenmemesi veya kendisine duyulan güvenin boşa çıkmaması gibi moral değerlerle yapılan ödemenin niteliği ancak bağışlama olabilir.

Kefilin kefalet sözleşmesini yaptığı anda şekle aykırılığı bilmesi ya da daha sonra bu durumu öğrenmesi ve kefalet borcu muaccel olduğunda isteyerek ifada bulunması halinde kefalet sözleşmesinin, şartlarının bulunması halinde geçerli olması mümkündür.

Kefilin geçersizliği bilmesine ve ifada bulunmaması gerektiğini bildiği halde ödeme yapması mümkündür. Böyle bir durumda ifadan sonra kefilin alacaklıya karşı BK m.62 nedeniyle sebepsiz zenginleşme iddia etmesi mümkün değildir. Kefilin alacaklıya iade talebiyle başvurması halinde alacaklının kefilin talebini reddetmesi şekil kurallarının amacının yerine getirilmesi ilkesine uygundur. Çünkü geçersizliği bilerek ve isteyerek yapılan ifa şeklin koruma amacının gerçekleştiğini göstermektedir. Ancak geçersizliğin alacaklı tarafından ileri sürülmesi hakkın kötüye kullanılması oluşturmamaktadır¹⁰³.

Bu durumun hangi hallerde ortaya çıkacağını incelemek gerekmektedir. Gerçekten bir çözüm teklifi bir sorunun bulunması halinde yapılmalıdır. Kefil, şekle aykırılığı bildiği halde bağışlama kastı olmaksızın alacaklıya ifada bulunmuş ve asıl borçluya rucu etmiş olabilir. Pratik açıdan olayın bu aşamasına kadar hukuki bir sorun çıkmaz. Çünkü kefil kefalet borcunu ödemekte alacaklı da bunu almaktadır. Alacaklının kefalet borcunun ödenmesine itiraz etmesi söz konusu olmayacaktır. Şu halde hukuki sorun kefilin asıl borçluya rucu etmesi halinde ortaya çıkacaktır. Kefil alacaklıya bağışlama kastı ile ödeme yapmışsa zaten rucu hakkını kullanmayacaktır.

¹⁰² Federal Mahkeme bir kararında sözleşmeye “geçerli imiş gibi” davranılacağını ifade etmektedir (BGE 98 II 316 E.2).

¹⁰³ karşı. Müller, 81.

Kefil asıl borçluya rucu ettiğinde iki ihtimal söz konusu olacaktır. İlkine göre asıl borçlu rucu için kendisine başvuran kefil tatmin edecektir. Bu ihtimalde yine herhangi bir sorun çıkmayacaktır. İkincisinde, asıl borçlu kefile örneğin sorumluluk miktarının belirli olmamasına dayanılarak kefalet sözleşmesinin şekle aykırılık nedeniyle geçersiz olduğunu bunun butlan sonucunu doğuracağını, bu nedenle de kendisinin rucu borçlusu olmayacağını iddia edecektir. Bu iddia şekil şartının koruma amacının gerçekleşmesi ve asıl borçlunun itiraz hakkını kötüye kullanması şartlarının birlikte gerçekleşmesi halinde reddedilir.

aa. Şekil Şartının Amacının Gerçekleşmesi

Bir sözleşmenin tarafı şekle aykırı surette kurduğu sözleşmeyi daha sonra bilerek ve isteyerek ifa etmişse başlangıçtan itibaren geçerli olan bir sözleşme söz konusu olur. Aynı şekilde bilerek ve isteyerek ifa etmemiş bulunan taraf, geçersizliği bilseydi dahi ifada bulunacak idi ise yine baştan itibaren geçerli bir sözleşmenin varlığı ileri sürülebilir. Nitekim şekil kurallarının amacının yerine gelmiş olması ile geçersizlik sonucunun kaldırılması sadece sırf tarafları koruma amacı taşıyan şekil kuralları için kabul edilebilir¹⁰⁴. Bu sonuca varmak için katılmış şekil kuralları yerine bu kuralların şekil hükümlerini anlamsız ve yararsız kılmayacak surette yumuşatılarak uygulanması gerekmektedir¹⁰⁵.

O halde kefil sırf kendisini koruyan şekil nedeniyle geçersiz sayılan kefaleti ifa etmişse, şeklin korumasından vazgeçmiş sayılır¹⁰⁶. Zira durumu bilerek ödeme yapmıştır. Kaldı ki şekil kuralı amacına ulaşmış kefil korumuştur. Nitekim kefilin bu korumadan yararlanmak isteseydi ifada bulunmayacağı söylenebilir.

Şekil hükümlerinin koruma amacının şekil şartına uymak dışında bir yolla gerçekleştiği hallerde geçersizliği ileri sürmek mümkün değildir¹⁰⁷. Zira korunmak istenen sadece kefiledir.

bb. Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağı

Medeni Kanununun 2'nci maddesinde düzenlenen hakkın kötüye kullanılması yasağı hakim tarafından kendiliğinden dikkate alınacak kurallardandır. Tarafların ileri sürmesi zorunlu ve gerekli değildir¹⁰⁸.

¹⁰⁴ Altaş, 155 ve aynı yer 428'de bulunan yazarlar.

¹⁰⁵ Müller, 81.

¹⁰⁶ Federal Mahkeme bir kararında sözleşmenin şekle aykırı olarak yapıldığını bildikleri halde isteyerek ifada bulunan taraflardan birinin şekle aykırılığa dayanmasını hakkın kötüye kullanılması olarak değerlendirmiştir (BGE 112 II 333 E.2a).

¹⁰⁷ Furrer, 116-117.

¹⁰⁸ Y İBK 30.09.1998 2/2.

Hakkın kötüye kullanılması halinde şekil kurallarına uyulmamasına rağmen şartları varsa işlemin geçerli olması imkanı bulunmaktadır¹⁰⁹. Şekil kurallarına aykırılık nedeniyle meydana gelen geçersizliği ileri sürme hakkı açıkça kötüye kullanılırsa bu hak kötüye kullanılmış olur¹¹⁰. Şekle aykırılık nedeniyle geçersiz bulunan sözleşmenin istenerek ifa edilmesi halinde kefilin asıl borçluya rucu etmesine karşılık asıl borçlunun geçersizlik iddiası hakkın kötüye kullanılmasını oluşturabilir. Ancak bazı ek şartların da bulunması gereklidir¹¹¹.

Kefalet sözleşmesinde izah edildiği üzere bir sözleşmenin şekle aykırılık nedeniyle geçersizliğinin ileri sürülmesinin hakkın kötüye kullanılması olarak değerlendirip değerlendirilemeyeceği, donmuş ve genel olan kurallara göre değil, somut olayın bütün özellikleri dikkate alınarak belirlenir¹¹².

Somut olay bakımından, kefilin sözleşmenin geçersizliğine rağmen alacaklıya ifada bulunması ve daha sonra asıl borçluya rucu etmesi halinde asıl borçlunun geçersizliği ileri sürmesi hakkın kötüye kullanılması teşkil eder. Zira, kefalette şekil sadece kefilin korumak için öngörülmüştür. Asıl borçluyu korumak gibi bir fonksiyonu bulunmamaktadır. Buna rağmen asıl borçlunun şekle aykırılığa dayanması hakkın kötüye kullanılması olarak değerlendirilir. Özellikle kefalet sözleşmesinin, uygulamada sıkça görüldüğü gibi alacaklı ile asıl borçlu arasında hazırlandığı, kefilin ise sadece imza atmakla yetindiği, çoğu zaman kefalet senedini okumadığı gibi haller düşünüldüğünde, geçersizliğini ileri sürmesi haksız sonuçlara yol açabilecek niteliktedir. Asıl borçlunun geçersizlik itirazı kabul edildiğinde kefil şekle aykırılığı bilerek ödemedede bulunduğu için Bk m.62 hükümlerine göre alacaklıdan sebepsiz zenginleşme talebinde bulunamayacak ve kefalet sözleşmesinin yapılmasında hiç bir yararı bulunmadığı halde zarar görecektir. Buna karşılık asıl borçlu sebepsiz zenginleşecektir. Çünkü alacaklı artık kendisinden asıl borcun ifasını isteyemeyecek, kefil ise geçersizlik itirazını aşamayacağından kendisine bir talepte bulunamayacaktır. Bu durum maddi adalete uygun bir sonuç değildir. Ayrıca asıl borçlu bu durumu yaratarak kefile yukarıda izah edildiği üzere zarar vermektedir.

Bunun dışında asıl borçlu şekle aykırılığa dayanarak borçlunun rucu hakkını engelleyemez. Zira böyle bir durumda şekle aykırılık iddiası amaca uygun değildir¹¹³.

¹⁰⁹ Müller, 81.

¹¹⁰ BGE 104 II 101 E.2.

¹¹¹ BGE 112 II 333 E.2a.

¹¹² von Tuhr/Peter, 238; Y IBK 03.11.1980 3/2; BGE 93 II 104; BGE 104 II 101 E.3; BGE 106 II 151 E.9; BGE 112 II 333 E.2.

¹¹³ bkz.BGE 112 II 336.

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
- BAŞPINAR, Veysel: Borç Sözleşmelerinin Kısmî Butlanı, Ankara 1998
- BECK, E.: Das neue Bürgschaftsrecht, Zürich 1942
- BECKER, H.: 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
- EREN, Fikret: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C.I. B.6, İstanbul 1998, C.II, B.5, İstanbul 1999
- FRANKO, Nisim: Kefalet, Türkiye Noterler Birliği Hukuk Dergisi, Ankara (40) 11, 1983, 15-30
- FREY, H.Ueli: Die Voraussetzungen der Bürgschaft unter dem Gesichtspunkt des Bürgenschutzes, Diss. Zürich 1943
- FURRER, Frank: Heilung des Formmangels im Vertrag, Zürich 1992
- GAUCH/SCHLUEP/JÄGGI: Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Bd.I, 6.Auflage, Zürich 1995
- GIAVONALÍ, S: Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Bd.VI, Obligationenrecht, 2.Abt. Die einzelnen Vertragsverhältnisse, 7.Teilband, Art.429-529 OR Bern 1978
- GÍGER, Hans: Rechtsfolgen norm-und sittenwidriger Verträge, Zürich 1989
- GRASSINGER, G.Elçin: Borçlar Kanunu'na göre Kefilin Alacaklıya karşı Sahip olduğu Savunma İmkânları, İstanbul 1997
- HATEMÍ/SEROZAN/ARPACI: Borçlar Hukuku Özel Bölüm, İstanbul 1992
- 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, İstanbul 2001
- KOLLER, Alfred: Vom Formmangel und seinen Folgen in: Der Grundstückkauf, St.Gallen 1989
- LARENZ, Karl: Lehrbuch des Schuldrechts, Erster Band, Allgemeiner Teil, 14.Aufl. München 1987

- : Lehrbuch des Schuldrechts Band II, Besonderer Teil 11. Auflage,
München 1977 (Kısaltılmışı: Larenz, Besonderer)
- LERCH, Emil/TUASON, Vicente: Die Bürgschaft im Schweizerischen
Recht, Zürich 1936
- MERZ, Hans: Artikel 2 ZGB (Seperatabzug aus dem Einleitungsband des
Berner Kommentars, umfassend die Artikel 1-10 ZGB), Bern 1962
- : Vertrag und Vertragsschluss, Freiburg Schweiz 1988
(Kısaltılmışı: Merz, Vertrag)
- MÜLLER, Peter: Die Heilung formwidriger Rehchsgeschäfte durch
Erfüllung, Diss. Ruswil (Luzern) 1938
- OĞUZMAN, Kemal: Şekil Noksanı Sebebiyle Butlan Dermeyanı Hakkının
Suistimali, İstanbul Barosu Dergisi, C.XXIX, S.6, sh.249-258
(Kısaltılmışı: Oğuzman, Suistimal)
- OĞUZMAN, Kemal/M.Turgut ÖZ: Borçlar Hukuku Dersleri C.II, İstanbul
1971
- OSER, H.: Das Obligationenrecht, Bundesgesetz betreffend die Ergänzung
des schweizerischen Zivilgesetzbuch vom 30.März 1911, Art.1-529,
Zürich 1915
- OSER/SCHÖNENBERGER: Das Obligationenrecht, Allgemeiner Teil
(Art.1-183), 2.Aufl. Zürich 1929
- REICHEL, Hans: Zum Bürgschaftsrecht VI, SJZ 20 (1923/24) 173-179
- REIN, Walter: Die Voraussetzungen der Bürgschaft im Schweizerischenrecht,
Würzburg 1937
- REİSOĞLU, Seza Türk Hukukunda ve Bankacılık Uygulamasında Kefalet,
Ankara 1992
- : Kefalet Kavramı ve Muteberlik Şartları, AÜHFD, C.XIX, 1962,
sh. 327-392 (Kısaltılmışı: Reisoğlu, Muteberlik)
- : Kefilin Rücuu, Ankara 1962 (Kısaltılmışı: Reisoğlu Rücu)
- SCHWENZER, Ingeborg: Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner
Teil, Bern 1998
- SEROZAN/ARPACI/HATEMİ: Borçlar Hukuku, Özel Bölüm, İstanbul
1992
- SCHÖNENBERGER, W./JÄGGI, P.: Das Obligationenrecht, Kommentar
zur 1. und 2. Abteilung (Art.1-529), Band V 1a, 1.Lieferung, Zürich
1973
- TAHİROĞLU, Bülent: Roma Hukukunda Borcun Teminatlarından Kefalet,
İHFM, XLII (1977), S.1-4, 323-340
- TANDOĞAN, Haluk: Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri C2, B.2 Ankara
1982

- TANDOĞAN, Haluk: Kefaletin geçerlilik şartları, BATİDER, IX (1977), S.1, 19-54 (Tandoğan, Geçerlilik)
- TEKİNAY, S.S: Kefalette muayyen miktar iraesı meselesi, İBD, 31, 15.09.1958, 280-286
- TEKİNAY, S.S: Müteselsil Borç ile Kefalet Arasında bir Mukayese, Adalet Dergisi 47 (1956) S.7, 742-752 (Kısaltılmışı: Tekinay, Müteselsil)
- TOBLER, H: Der Schutz des Bürgen gegenüber dem Gläubiger, Bern 1926
- TUĞ, Adnan: Türk Özel Hukukunda Şekil, B.2, Konya 1994.
- von BÜREN,: Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Zürich 1964
- von TUHR, A.: Bemerkungen zum Bürgschaftsrecht, SJZ 19 (1923), 225-229 (veya 225 ff.)
- : Bemerkungen zum Bürgschaftsrecht, SJZ 19 (1922/23), 245-249 (Kısaltılmışı: von Tuhr, Schluss)
- von TUHR/PETER: Allgemeiner Teil des schweizerischen Obligationenrechts, Band I, 3. Auflage, Zürich 1979
- WACKE, Andreas: Zwei Probleme aus Formmängeln schweizerischer Bürgschaftserklärungen, SJZ 74 (1978), 17 ff.
- YAVUZ, Cevdet: Türk Borçlar Hukuku, Özel Hükümler, B.6, İstanbul 2002