

BANKA KREDİ SÖZLEŞMELERİ ÇERÇEVESİNDE ADI KEFALET SÖZLEŞMESİNE İLİŞKİN GELİŞMELER

Doç. Dr. İlhan Helvacı *

I-Giriş

Borçlar Kanunumuz kefalet sözleşmesini düzenlerken temelde iki tür kefaleti esas almıştır. Bunlardan biri adi kefalet sözleşmesi; diğeri ise müteselsil (=zincirleme) kefalet sözleşmesidir.

Müteselsil kefalet sözleşmesi, adi kefalet sözleşmesine oranla alacaklıya daha güçlü bir teminat sağladığı için uygulamada bankalar kredi sözleşmelerinde istisnasız müteselsil kefalet sözleşmesini tercih etmişlerdir. Dolayısıyla adi kefalet sözleşmesi bankaların kredi sözleşmeleri bakımından neredeyse hiç uygulama alanı bulamamıştır.

Bununa birlikte son yıllarda kanun koyucu kredi sözleşmelerini düzenleme eğilimi içine girmiş; bu düzenlemeler gerçekleştirilirken de konuya ilişkin mevzuatta adi kefalete ilişkin hükümlere yer verilmiştir.

Bu düzenlemelerden ilki Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanun'da yer almıştır. Kanun koyucu tüketici kredilerinin kişisel teminatlarla teminat altına alınması ihtimalinde, alacaklıların adi kefalet sözleşmeleri ile yetinmeleri gerektiğini kabul etmiştir.

Adi kefalet sözleşmesine ilişkin ikinci düzenleme Banka Kartları ve Kredi Kartları Kanunu'ndan kaynaklanmıştır. Kanun koyucu, kredi kartlarına ilişkin kredi sözleşmelerinden doğan

* İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı.

borçlar için kefalet sözleşmesi akdedildiğinde, bu kefalet sözleşmesinin türünün kural olarak adi kefalet olması gerektiğini benimsemiştir.

Adi kefalet sözleşmesine ilişkin üçüncü düzenleme ise, Konut Finansmanı Sistemine İlişkin Çeşitli Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun'un, Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'a konut finansman sözleşmeleri bakımından eklediği düzenlemelerden kaynaklanmıştır.

Biz bu makalemizde öncelikle Borçlar Kanunumuzun adi kefaletle ilişkin hükümlerini ele alacağız; daha sonra da son yıllarda bu tür kefalet bakımından mevzuatımızda ortaya çıkan gelişmeleri inceleyeceğiz.

II- Adi Kefalet - Müteselsil Kefalet Ayırımı

1- Adi Kefalet

Adi kefalet sözleşmesi Borçlar Kanunumuzun 486. maddesinde düzenlenmiştir. Anılan hüküm şu şekilde kaleme alınmıştır:

"Adi kefaletten kefilin borç ile mutalep olması ancak kefalet akdinden sonra borçlunun iflâs etmesi veya hakkında takibat icra olunup da alacaklının hatası olmaksızın semeresiz kalması yahut borçlu aleyhinde Türkiye'de takibat icrasının imkânsız hale gelmesi ile meşruttur.

Alacaklının alacağı kefaletten evvel yahut aynı zamanda rehin ile temin olunmuş olduğu takdirde, adi kefalette kefil borcun evvelemirde merhundan istifa olunmasını talep edebilir. Fakat borçlu müflis ise yahut borçlunun iflâsı ilân olunmadıkça rehnin nakde tahvili kabil olmazsa bu hüküm cereyan etmez."

Hükmün 1. fıkrasındaki düzenleme gereğince, bir borç adi kefalet sözleşmesi ile teminat altına alınmışsa, alacaklının asıl borçlu yerine doğrudan doğruya adi kefil aleyhine dava veya takip yoluna başvurması halinde, adi kefil önce asıl borçlunun takip edilmesi gerektiği savunmasında bulunabilecektir.

Adi kefile tanınan bu savunma hakkı doktrinde *tartışma def'i* (le bënëfice de discussion personnelle) veya *peşin dava def'i* (Einrede der Vorausklage) olarak anılmaktadır¹.

¹ Haluk Tandoğan; *Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri*, C: II, İstisna (Eser) ve Vekâlet Sözleşmeleri, Vekâletsiz İş Görme, Kefalet ve Garanti Sözleş-

Hükmün ikinci fıkrasındaki düzenleme gereğince ise, adi kefalet sözleşmesi ile teminat altına alınan alacak kefalet sözleşmesinden önce veya kefalet sözleşmesi ile aynı zamanda² ayrıca bir de rehin hakkı ile teminat altına alınmışsa³; alacaklı elindeki rehni paraya çevirmeden doğrudan doğruya adi kefil aleyhine dava veya takip yoluna müracaat edecek olursa adi kefil önce rehnin paraya çevrilmesi definde (le bénéfice de discussion réelle) bulunabilecektir⁴.

meleri, 4. Tıpkı Basım, İstanbul, 1989, s: 762; Cevdet Yavuz; *Türk Borçlar Hukuku, Özel Hükümler*, Yenilenmiş 6. Baskı, İstanbul, 2002, s: 779; Pierre Tercier; *Les contrats spéciaux*, 3 ème édition, (Avec la collaboration de Silvio Venturi), Zurich / Bâle / Genève, 2003, s; 873, no: 6068 vd; Bu konuda ayrıca bkz. Aydın Aybay; *Kefilin Önce Dava Defini İleri Sürmesi Sorunu, Selim Kaneti'ye Armağan*, İstanbul, 1996, s: 83-89; Adi kefilin tartışma def'i ve bu defiden yararlanamayacağı haller hakkında geniş bilgi için bkz. Gülçin Elçin Grassinger; *Borçlar Kanunu'na Göre Kefilin Alacaklıya Karşı Sahip Olduğu Savunma İmkanları*, İstanbul, 1996, s: 204 vd.

² Kaynak İsviçre Borçlar Kanunu'nun 495. maddesinin 2. fıkrasında 1942 yılında yapılan değişiklikte rehni kefaletten önce veya kefalet sırasında verilmiş olmasına ilişkin şart kaldırılmıştır; dolayısıyla kaynak kanuna göre rehni kefalet sözleşmesinden önce veya sonra tesis edilmiş olmasının herhangi bir önemi bulunmamaktadır (Bu yönde bkz. Tercier, age, s: 875, no: 6078 in fine; Seza Reisoğlu; *Türk Hukukunda ve Bankacılık Uygulamasında Kefalet*, Ankara, 1992, s: 120).

Türk Borçlar Kanunu Tasarı'sının adi kefaletle ilişkin 590. maddesinin ikinci fıkrasında şu hükme yer verilmiştir: "Alacak kefaletten önce veya kefalet sırasında rehni de güvence altına alınmışsa, adi kefalette kefil, alacağın öncelikle rehin konusundan alınmasını isteyebilir. Ancak, borçlu iflas etmişse, iflasın ertelenmesine veya kendisine konkordato mehli verilmesine karar verilmişse bu hüküm uygulanmaz." (Türk Borçlar Kanunu Tasarısı, Ankara, 2005, s: 174). Görüldüğü üzere Tasarı'da kaynak kanunda 1942 yılında yapılan değişiklikten yararlanılmamıştır.

Doktrinde Yavuz, İcra ve İflas Kanunumuzun 45. maddesinin "Rehni temin edilmiş bir alacağın borçlusunu iflâsa tabi şahıslardan olsa bile alacaklı yalnız rehni paraya çevrilmesi yolu ile takip yapabilir. Ancak rehni tutarı borcu ödemeğe yetmezse alacaklı kalan alacağını iflâs veya haciz yolu ile takip edebilir." şeklindeki 1. fıkrasından hareketle, rehni adi kefalet sözleşmesinden sonra tesis edildiği hallerde dahi, adi kefilin, önce rehni paraya çevrilmesi gerektiği definden yararlanabileceğini ileri sürmektedir (Yavuz, age, s: 781).

³ Rehni hakkının kapsamına taşınır veya taşınmaz üzerindeki rehni girmediği gibi; sözleşmeden ya da kanundan kaynaklanan rehni de (hapis hakkı da MK.m.950) girebilir. Ayrıca rehni asıl borçlu, bizzat kefil ya da bir üçüncü kişi tarafından verilmiş olması da adi kefilin bu defiden yararlanabilmesi bakımından herhangi bir öneme sahip değildir (Tercier, age, s: 874-875, no: 6078; Yavuz, age, s: 781).

⁴ Tandoğan, age, s: 762.

2- Müteselsil Kefalet

Müteselsil kefalet kavramı Borçlar Kanunumuzun 487. maddesinin 1. fıkrasında düzenlenmiştir. Anılan hüküm şu şekilde kaleme alınmıştır:

“Kefil, borçlu ile beraber müteselsil kefil ve müşterek müteselsil borçlu⁵ sıfatı ile veya bu gibi diğer bir sıfatla borcun ifasını deruhte etmiş ise alacaklı asıl borçluya müracaat ve rehinleri nakde tahvil ettirmeden evvel kefil aleyhinde takibat icra edebilir.”

Hükmün bu düzenlemesi karşısında bir müteselsil kefilin, adi kefilden farklı olarak, önce asıl borçlunun takip edilmesi gerektiği definden ve kefaletin yanı sıra rehin hakları da mevcut ise önce rehnin paraya çevrilmesi definden yararlanması mümkün değildir. Alacaklı serbesttir, dilerse asıl borçlu aleyhine dava veya takip yoluna başvurmadan önce ya elindeki rehinleri paraya çevirmeden önce müteselsil kefilden borcunun ifasını talep edebilir⁶.

Görüldüğü üzere müteselsil kefalet sonuçta alacaklıya adi kefalete oranla daha güçlü bir teminat sağlamaktadır. Bu nedenle uygulamada özellikle de bankaların (kredi) uygulamalarında adi kefalet sözleşmesine yer verilmeyip daima müteselsil kefalete yer verilmiştir.

Nitekim kanun koyucu da bu tercihi desteklemiş, Türk Ticaret Kanunumuzun *“teselsül karinesi”* kenar başlığını taşıyan 7. maddesinde aynen şu düzenlemeye yer verilmiştir:

⁵ Hükümdeki *“... müşterek müteselsil borçlu ...”* ifadesi isabetli değildir. Bunun sebebi CO.art.496'nın, 1942 yılında değişikliğe uğramadan önceki Fransızca metninde hatalı olarak *“codébiteur solidaire”* = *“müteselsil borçlu”* ifadesine yer verilmiş olmasıdır. Halbuki Almanca metinde böyle bir ifadeye yer verilmemiştir. *“Müteselsil borçlu”* ile *“müteselsil kefil”* kavramları birbirinden farklı kavramlardır; keza *“müşterek borçlu”* ile *“müteselsil borçlu”* kavramları da birbirinden farklıdır. Hüküm, İsviçre Borçlar Kanunu'nun Fransızca metni esas alınarak tercüme edildiği için isabetli olmayan bu ifade bizim Borçlar Kanunumuza da girmiştir. CO.art.496'nın Fransızca metnindeki bu hatalı ifade, İsviçre Borçlar Kanunu'nun kefalet dair hükümlerinde 1942 yılında yapılan toplu değişiklikle ortadan kaldırılmış ve metinde *“caution solidaire”* = *“müteselsil kefil”* ifadesine yer verilmiştir.

Türk Borçlar Kanunu Tasarısı kaleme alınırken Borçlar Kanunumuzun 487. maddesinin 1. fıkrasındaki bu hatalı ifade dikkate alınmış ve Tasarısı'nın 591. maddesinin 1. fıkrasında haklı olarak *“müşterek müteselsil borçlu”* ifadesine yer verilmemiştir (*Türk Borçlar Kanunu Tasarısı*, Ankara, 2005, s: 516 veya m. 591 gerekçesi).

⁶ Tandoğan, age, s: 769-770; Yavuz, age s: 781; Tercier, age, s: 875, no: 6081.

“İki veya daha fazla kimse, içlerinden yalnız biri veya hepsi için ticari mahiyeti haiz bir iş dolayısıyla diğer bir kimseye karşı müştereken borç altına girerlerse mukavelede aksi kararlaştırılmış olmadıkça müteselsilen mesul sayılırlar.”

Ticari borçlara kefalet halinde, gerek asıl borçlu ile kefil ve gerek kefiller arasındaki münasebetlerde dahi hüküm böyledir.”

Böylece kanun koyucu ticari borçlara kefalet halinde taraflar arasında aksi kararlaştırılmadığı sürece karine olarak müteselsil kefaletin var olduğunu kabul etmiştir⁷.

III-Adi Kefalet İlişkin Özel Hükümler

1-Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun

a- Tüketici Kredisi Sözleşmelerinde

4077 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un “tüketici kredisi” kenar başlığını taşıyan 10. maddesinin⁸ 1. fıkrasında:

“Tüketici kredisi, tüketicilerin bir mal veya hizmet edinmek amacıyla kredi verenden nakit olarak aldıkları kredidir.”

hükmüne yer verilerek, tüketici kredisinin tanımı yapıldıktan sonra, maddenin 3. fıkrasının son cümlesinde aynen şu düzenlemeye yer verilmiştir:

“Tüketici kredisinin teminatı olarak şahsi teminat verildiği hallerde, kredi veren, asıl borçluya başvurmadan, kefilden borcun⁹ ifasını isteyemez.”

⁷ Hüseyin Ülgen / Ömer Teoman / Mehmet Helvacı / Abuzer Kendigelen / Aslan Kaya / Füsün Nomer Ertan; *Ticari İşletme Hukuku*, İstanbul, 2006, s: 65, no: 197.

⁸ 4822 sayılı ve 6.03.2003 kabul tarihli Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un 13. maddesi ile değişikliğe uğramıştır (RG. 14.03.2003; S: 25048).

⁹ Hükmün “... kefilden borcun ifasını isteyemez.” şeklindeki ifadesi isabetli değildir. Zira kefil asıl borçlunun borcunu ifa edecek değildir; o, asıl borçlu borcunu ifa etmediği takdirde alacaklının bu nedenle uğradığı zararı gidermek üzere kendi borcunu ifa edecektir. O nedenle hükmün “... kefilden borcunun ifasını talep edemez.” şeklinde kaleme alınması gerekir. Esasen Borçlar Kanunumuzun 483. maddesinin “Kefalet bir akittir ki onunla bir kimse, borçlunun akdettiği borcun edasını temin etmeği alacaklıya karşı taahhüt eder.” şeklindeki ifadesi de isabetli değildir. Zira kefil asıl borçlunun borcunu ödemesini temin etmeyi taahhüt etmeyip onun

Böylelikle tüketicilerin bir mal veya hizmet edinmek amacıyla, nakit olarak aldıkları krediler için yapılacak kefalet sözleşmelerinde, kredi verenin asıl borçluya müracaat etmeden kefilden talepte bulunamayacağı hüküm altına alınmıştır.

Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un 10. maddesinin 3. fıkrasının son cümlesinde yer alan bu hüküm, Borçlar Kanunumuzun adi kefaletle ilişkin 486. maddesinin 1. fıkrasına oldukça paralel bir biçimde kaleme alınmıştır. Ancak bu düzenlemede kefaletin yanı sıra (kefalet sözleşmesinin kurulmasından önce ya da onunla aynı anda) bir de rehin tesis edilmiş ise alacaklının rehin konusu malvarlığı değerini paraya çevirmeden adi kefil aleyhine dava veya takip yoluna gidip gidemeyeceği hususunda herhangi bir açıklığa yer verilmemiştir. Halbuki kanun koyucu meseleyi Borçlar Kanunumuzun 486. maddesinin 2. fıkrasında açıkça hüküm altına almış ve alacaklının rehin konusu malvarlığı değerlerini cebri icra yoluyla paraya çevirmeden doğrudan doğruya adi kefilden borcunun ifasını talep edemeyeceğini; talep edecek olursa adi kefilin önce rehinin paraya çevrilmesi gerektiği def'inde bulunabileceğini kabul etmiştir.

Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un 10. maddesinin 3. fıkrasının son cümlesinin cevapsız bıraktığı bu sorunun İcra ve İflas Kanunumuzun 45. maddesinin

"Rehinle temin edilmiş bir alacağın borçlusu iflâsa tabi şahıslardan olsa bile alacaklı yalnız rehinin paraya çevrilmesi yolu ile takip yapabilir. Ancak rehinin tutarı borcu ödemeğe yetmezse alacaklı kalan alacağını iflâs veya haciz yolu ile takip edebilir."

şeklindeki 1. fıkrası uyarınca çözüme kavuşturulduğu; tüketici kredisinden doğan alacak, hem bir adi kefalet hem de rehinle teminat altına alınmış ise kredi veren alacaklının elindeki rehinleri paraya çevirmeden adi kefile müracaat edemeyeceği ileri sürülebilir.

Kanımızca İcra ve İflas Kanunumuzun 45. maddesi maddi hukuka değil, icra (takip) hukukuna ilişkin bir düzenlemedir;

borcunu ifa etmemesi halinde bundan kişisel olarak sorumlu olmayı taahhüt eder (Tandoğan, age, s: 693).

Borçlar Kanunumuzun 483. maddesindeki bu hatalı ifade biçimi Türk Borçlar Kanunu Tasarı'sının 586. maddesi ile düzeltilmiştir. Anılan hüküm şu şekilde kaleme alınmıştır: "Kefalet sözleşmesi, kefilin alacaklıya karşı, borçlunun borcunu ifa etmemesinin sonuçlarından kişisel olarak sorumlu olmayı üstlendiği bir sözleşmedir." (Türk Borçlar Kanunu Tasarısı, Ankara, 2005, s: 173).

dolayısıyla da İcra ve İflas Kanunu'nda böyle bir hükmün var olması Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un 10. maddesinin 3. fıkrasındaki düzenlemenin eksikliğini gideremez.

Tüketicinin Korunması Hakkında Kanununun 10. maddesinin 3. fıkrasının son cümlesindeki bu susma, kanunda, anılan mesele bakımından bir örtülü boşluk bulunduğunun kabulünü gerektirir¹⁰ ve bu kanun boşluğunun Borçlar Kanunumuzun 486. maddesinin 2. fıkrasındaki hükümden kıyasen yararlanılarak doldurulması gerekir. Aksi takdirde sıradan bir karz sözleşmesi çerçevesinde adi kefalet sözleşmesi akdetmiş bir adi kefil ile bir tüketici kredisi sözleşmesi çerçevesinde adi kefalet sözleşmesi akdetmiş bir adi kefilin, (borcun kefalet sözleşmesinden önce veya kefalet sözleşmesi ile birlikte ayrıca rehinle de teminat altına alınmış olduğu hallerde) savunmaları arasında açıklanması mümkün olmayan bir farklılık ile karşı karşıya kalınacaktır.

b- Konut Finansmanı Sözleşmelerinde

21.2.2007 tarihinde kabul edilen 5582 sayılı Konut Finansmanı Sistemine İlişkin Çeşitli Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun'un¹¹ 24. maddesi ile Tüketicinin Korunması Hakkında Kanuna "konut finansmanı sözleşmeleri" kenar başlığını taşıyan 10/B maddesi eklenmiştir. Anılan hükmün 8. fıkrasında şu düzenlemeye yer verilmiştir:

"Kullanılan finansmanın teminatı olarak şahsi teminat verildiği hallerde, konut finansmanı kuruluşu asıl borçluya ve diğer teminatlara başvurmadan, kefilen borcun¹² ifasını isteyemez."

Görüldüğü üzere bu hüküm konut finansmanı için kefalet sözleşmesi akdedildiğinde, bu kefaletin adi kefalet olarak düzenlenmesi gerektiğini kabul etmiştir. Kanımızca hükmün " ... diğer teminatlara başvurmadan kefilen borcun ifasını isteyemez

¹⁰ 4822 sayılı kanununun 13. maddesinin gerekçesinde Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un 10. maddesinin 3. fıkrasının son cümlesi ile ilgili olarak sadece şu açıklamalara yer verilmiştir: "... Kredi kullananın haksız uygulamalardan korunmasını sağlamak amacıyla muacceliyet şartı düzenlenmiş, diğer taraftan, kredi verenin, asıl borçluya başvurmadan, kefilen borcun ifasını isteyemeyeceği öngörülmüştür ..." Dolayısıyla madde gerekçesinden yola çıkarak kanun koyucunun adi kefilin önce rehnin paraya çevrilmesi definden yararlanıp yararlanamayacağı hususunda hangi maksatla sustuğunu yani bu konuda susarak bu sorunu olumsuz bir biçimde düzenleme yoluna gitmek isteyip istemediğini saptamak mümkün değildir.

¹¹ RG. 06.03.2007; S: 26454.

¹² Bkz. yukarıda dn: 9.

...” şeklindeki düzenlemesinden, konut finansmanı-na ilişkin bir kredi sözleşmesinde teminat için adi kefaletin yanı sıra rehin, özellikle de taşınmaz rehni tesis edildiği ihtimalleri anlamak gerekir. Böylelikle adi kefil, elindeki rehni (ipotekli taşınmazı) cebri icra yoluyla paraya çevirmeden doğrudan doğruya kendisi aleyhine dava veya takip yoluna başvuran kredi alacaklısına karşı, önce rehni paraya çevrilmesi gerektiği savunmasında bulunabilecektir.

Kanımızca Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun’un 10/B maddesinin 8. fıkrasındaki bu düzenleme kanunun hemen yukarıda incelediğimiz 10. maddesinin 3. fıkrasının son cümlesindeki düzenlemeye oranla daha geniş kapsamlıdır ve daha isabetlidir. Bir kanun boşluğu bulunup bulunmadığı tartışmasını peşinen engellemektedir.

2-Banka Kartları ve Kredi Kartları Kanunu

23.02.2006 tarihinde kabul edilen 5464 sayılı Banka Kartları ve Kredi Kartları Kanunu’nun¹³ 24. maddesinin 5. fıkrasının son cümlesinde aynen şu hükme yer verilmiştir:

“Kredi kartı kullanımlarındaki kefalet, Borçlar Kanunu’nda belirtilen adi kefalet hükümlerine tabidir. Asıl borçluya başvurulup borcun tahsili için tüm yollar denenmeden kefilen borcun ifası istenemez.”

Kanun koyucu bu hükümlerle kredi kartı sözleşmeleri çerçevesinde yapılacak kefalet sözleşmelerinin kural olarak Borçlar Kanunu’nun adi kefalet sözleşmesi niteliğinde olduğunu belirtmiştir¹⁴. Borçlar Kanunu’nun adi kefaletle ilişkin hükmüne yapılan açık gönderme çerçevesinde adi kefaletten önce veya onunla aynı zamanda rehin de tesis edilmiş ise (böyle bir ihtimale uygulamada ancak nadiren rastlanabileceği gözden uzak tutulmamalı-

¹³ RG. 01.03.2006; S: 26095.

¹⁴ Komisyon gerekçesinde anılan hükümlerle ilgili olarak şu açıklamalara yer verilmiştir: “24. maddesinin ... son fıkrasına 4077 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunla paralellik sağlanması ve kredi kartı kefillerinin mağdur edilmelerinin önüne geçilmesi için adi kefalet hükümlerine tabi olmalarını sağlayan bir hüküm eklenmiştir...” (Mustafa Ekinci; Açıklamalı – Gerekçeli, 5464 sayılı Banka Kartları ve Kredi Kartları Kanunu, Genişletilmiş ve Güncellenmiş 3. Bası, Ankara, 2006, s: 112). Hemen belirtmek gerekir ki kanunun “kurumsal kredi kartları” kenar başlığını taşıyan 43. maddesinde “Bu Kanun’un ... 24 üncü ... maddesi hükümleri tacirlere verilen kurumsal kredi kartları hakkında uygulanmaz.” hükmüne yer verilmiştir. Böylece tüzel kişi tacirlerle akdedilecek kredi kartı sözleşmeleri için yapılacak kefaletler bakımından böyle bir zorunluluk öngörülmemiştir.

dır) adi kefilin önce rehnin paraya çevrilmesi gerektiği definden de yararlanabileceği sonucuna varılması gerekir¹⁵.

IV- Değerlendirme

Adi kefaletle ilişkin bu hükümler emredici niteliktedirler. Bu nedenle kanımızca tüketici kredilerinden, konut finansmanı sözleşmelerinden ve tüzel kişi tacirler dışındaki kişilerle yapılan kredi kartı sözleşmelerinden doğan alacakların müteselsil kefalet sözleşmeleri ile teminat altına alınmaları mümkün değildir. Dolayısıyla taraflar arasında adi kefalet sözleşmesi yerine müteselsil kefalet sözleşmesi yapılacak olursa, bu sözleşmenin anılan kanunların ilgili hükümlerine aykırı olmaları nedeniyle prensip itibariyle kesin hükümsüzlükle sakat olduğu sonucuna varılması gerekir.

Bununla birlikte kesin hükümsüzlükle sakat olan bu müteselsil kefalet sözleşmesinin, adi kefalet sözleşmesine tahvil edilerek ayakta tutulmasının mümkün olup olmadığının araştırılması gerekir. Zira, her ne kadar Borçlar Kanunumuzda tahvil müessesine açıkça yer verilmemiş ise de, doktrin, kanımızca da isabetli olarak, kesin hükümsüzlükle sakat bir sözleşmenin yakın amaç güden başka bir sözleşmenin geçerlilik şartlarını taşıdığı ve tarafların yaptıkları sözleşmenin kesin hükümsüz olduğunu bilmiş olsalardı, diğer geçerli olan sözleşmeyi yapacaklarının kabul edilebildiği hallerde, kesin hükümsüzlükle sakat olan sözleşmenin (müteselsil kefaletin) şartları tamam olan sözleşmeye (adi kefalet sözleşmesine) tahvilinin mümkün olduğunu kabul etmektedir¹⁶.

Kanımızca da isabetli olan düşünceye göre, hukuka aykırı olmaları nedeniyle kesin hükümsüzlük yaptırımına maruz bu-

¹⁵ Banka Kartları ve Kredi Kartları Hakkında Yönetmelik m.17/f.5,b.i'de kredi kartı sözleşmelerinde kefil alınması halinde, sözleşmede kefaletin 22/4/1926 tarihli ve 818 sayılı Borçlar Kanununun adi kefalet hükümlerine tabi olduğu ve önce asıl borçluya başvurulup tüm tahsil yolları denenmeden kefilin borcun ifasının istenemeyeceği hükmünün yer alması gerektiği belirtilmiştir (RG. 10.03.2007, S: 26458).

¹⁶ Bu yönde bkz. Luc Thévenoz / Franz Werro / Benedict Winiger; *Commentaire Romand, Code des obligations I*, 2003, Genève / Bâle / Munich, art. 18, no: 187 vd; Olivier Cornaz; *La conversion des actes juridiques*, Lausanne, 1937, s: 69; Kemal Oğuzman / Turgut Öz; *Borçlar Hukuku, Genel Hükümler*, İstanbul, 2006, s: 138; Selim Kaneti; *Hukuki İşlemlerin Çevrilmesi (Tahvili)*, s: 107 vd; Ayrıca bkz. ve krş. Fikret Eren; *Borçlar Hukuku, Genel Hükümler*, 8. Bası, İstanbul, 2003, s: 265-266.

lunmaları gereken sözleşmelerin de tahvile (çevirmeye) konu edilmeleri mümkündür¹⁷. Bu nedenle, tüketici kredisinden, konut finansmanı sözleşmesinden ya da kredi kartı sözleşmesinden doğan bir borç için (tüzel kişi tacirlerle yapılan kredi kartı sözleşmelerinden doğan borçlar hariç) alacaklı ile kefil arasında, bir müteselsil kefalet sözleşmesi yapılmışsa; bu sözleşme adi kefalet sözleşmesinin geçerlilik şartlarını taşıyorsa ve tarafların da, yaptıkları müteselsil kefalet sözleşmesinin kesin hükümsüzlükle sakat olduğunu bilselerdi bu sözleşme yerine adi kefalet sözleşmesi yapma yoluna gidecekleri kabul edilebiliyorsa, müteselsil kefalet sözleşmesini adi kefalet sözleşmesine çevirmek (tahvil etmek) mümkün olabilecektir.

V- Sonuç

Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un 10. maddesinin 3. fıkrasının son cümlesi gereğince, tüketici kredisi sözleşmelerinden; yine aynı kanunun 10/B maddesinin 8. fıkrası uyarınca, konut finansmanı sözleşmelerinden; Banka Kartları ve Kredi Kartları Kanunu'nun 24. maddesinin 5. fıkrası ve 43. maddesi gereğince tüzel kişi tacirler dışındaki kişilerle yapılacak kredi kartı sözleşmelerinden doğan borçlar için kişisel teminat tesis edilmesi yoluna gidildiği hallerde alacaklı ile kefil arasında adi kefalet sözleşmesinin yapılması zorunludur.

Alacaklı ve kefil anılan hükümlerin emredici düzenlemelerine rağmen, müteselsil kefalet sözleşmesi yapma yoluna gidecek olurlarsa, bu kefalet sözleşmelerinin prensip itibariyle kesin hükümsüz olduğu sonucuna varılması gerekir. Zira kanımızca anılan hükümler emredici niteliktedirler. Bir diğer söyleyişle anılan hükümlerin aksine düzenleme yapılması mümkün değildir.

Bununla birlikte, tahvilin (çevirmenin) şartları gerçekleştiği takdirde, kesin hükümsüzlükle sakat olan bir müteselsil kefalet sözleşmesinin adi kefalet sözleşmesine çevrilmesine ve bu şekilde geçerli kabul edilmesine de (ayakta tutulmasına da) herhangi bir engel yoktur.

¹⁷ Kaneti, age, s: 126.