

D. E. Ü.
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
EKONOMİ HUKUKU YÜKSEK LİSANS PROGRAMI

HUKUK METODOLOJİSİ

KREDİ KARTLARINDA VERİLEN TEMİNATIN NİTELİĞİ
GARANTİ ve KEFALET

SÖZLEŞMELERİ

- K A R A R İ N C E L E M E S İ -

(Yargıtay HGK. 2001/19–534 E. 2001/583 K. 04.07.2001 T.)

ÖĞRETİM ÜYESİ: Prof. Dr. Yusuf Karakoç

HAZIRLAYAN: Gülnur ERDOĞAN

İZMİR, 2007

İÇİNDEKİLER

KISALTMALAR

OLAY

I. OLAYIN ÖZETİ

II. MERCİLERİN ÇÖZÜM TARZI

III. ÇÖZÜMLENMESİ GEREKEN HUKUKİ PROBLEMLER

IV. AÇIKLAMALAR

A. GENEL OLARAK

**B. İNCELEME KONUSU İLE İLGİLİ BAZI TEMEL KAVRAM
VE KURALLAR**

1. KİŞİSEL TEMİNAT SÖZLEŞMELERİ

2. KEFALET SÖZLEŞMESİ

3. GARANTİ SÖZLEŞMESİ

4. SÖZLEŞMELERİN MUKAYESESİ

V. SONUÇ

YARARLANILAN KAYNAKLAR

KISALTMALAR

An.	: Anayasa
Ank.	: Ankara
BK.	: Borçlar Kanunu
Bkz.	: Bakınız
C.	: Cilt
E.	: Esas
HGK	: Hukuk Genel Kurulu
HD.	: Hukuk Dairesi
İBK	: İçtihadı Birleştirme Kararı
İst.	: İstanbul
K.	: Karar
m.	: Madde (Yargıtay kararında kullanılmıştır)
Md.	: Madde
MK	: Medeni Kanun
s.	: Sayı
sh.	: Sayı (Yargıtay kararında kullanılmıştır)
S.Y.	: Sayılı Yasa
T.	: Tarih
T.C.	: Türkiye Cumhuriyeti
TTK.	: Türk Ticaret Kanunu
vd.	: Ve devamı

T.C. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu

Esas No: 2001/19–534 Karar No: 2001/583 Tarihi: 04.07.2001

• Garanti Sözleşmesi efalet

•

ÖZET:

Hiçbir menfaati olmayan, ticari bir gaye gütmeyen, sadece dostane ilişkiler nedeniyle tüketime yönelik banka kredi kartı kullanmasına imkân tanımak için verilen teminatın, garanti beyanı adı altında da olsa bir garanti sözleşmesi amacı ile değil, kefalet amacı ile verildiğinin kabulü gerekir.

(818 s. m. 18, 110, 484, 492, 496, 497)

TAM METİN:

Taraflar arasındaki "itirazın kaldırılması" davasından dolayı yapılan yargılama sonunda; (Ödemiş ikinci Asliye Hukuk Mahkemesince davanın reddine dair verilen 21.12.1999 gün ve 1999/279 E–450 K. sayılı kararın incelenmesi davacı vekili tarafından istenilmesi üzerine, Yargıtay Ondokuzuncu Hukuk Dairesinin 18.12.2000 gün ve 2000/7107 – 8738 sayılı ilamı ile (... Dava konusu uyuşmazlık) garanti sözleşmesinden kaynaklanmaktadır.

Kanunda özel bir akit türü olarak düzenlenmemiş olan garanti sözleşmesi, BK.nun 110. maddesinde hükme bağlanan üçüncü kişinin fiilini (edimini) taahhüt niteliğinde kabul edilmektedir. Fiil tabirinin her türlü edimi karşılayacak şekilde çok geniş bir anlama geldiğinin ve bir para borcunun ifasının da fiil kapsamına girdiğinin kabulü sonucu para borçları yönünden de garanti sözleşmesi yapılabileceği, gerek öğretide gerekse uygulamada çoğunlukla benimsenmiştir.

Kefaletten farklı olarak asıl borç ilişkisinden tamamen bağımsız nitelikteki garanti sözleşmesinde şekil serbestîsi hâkim olup garantinin sınırının önceden belirlenmesi zorunluluğu bulunmamaktadır.

Ancak, sözleşme serbestîsi sınırsız değildir. BK.nun 19. ve 20. maddelerinde sözleşme serbestîsine birtakım sınırlamalar getirilmiştir. Gerçekten bir sözleşmenin geçerli olması için, onun taraflara yüklediği hak ve borçların tereddüde yer vermeyecek şekilde açık, başka bir deyimle konusunun gereği ve yeteri kadar belli ve sınırlı olması gerekir. Belirsizliğin garantisi olmaz.

Bu itibarla, limit gösterme şartı bulunmamakla birlikte, garanti sözleşmesinde hangi riskin garanti edildiğinin belli olması ya da garanti edilen riskin boyutlarının tereddüt yaratmayacak biçimde belirlenebilir nitelikte bulunması gerekir.

Hangi riskin garanti edildiği belirlenmeden "doğmuş ve doğacak her türlü borcun garanti edildiği"nden söz etmek, boyutları belli olmayan (belirsiz) bir edimin garantisi anlamına gelir ki, bu da garanti sözleşmesiyle bağdaşmaz.

Hal böyle olunca, garanti sözleşmesi düzenlendiği anda garanti edilen edimin sınırlarının açıkça belirlenmemiş olması ya da bunu belirlemeye yarayan koşul ve açıklamaların sözleşmede yer almamış bulunması" halinde garanti edenin sorumluluğundan söz edilemez.

Sözleşmenin düzenlendiği tarihte asıl borçluya açılan kredi miktarının belli olduğu ya da asıl borçlu yönünden kredi limitinin belirlenmiş bulunduğu kredi sözleşmelerinde garanti eden, garanti ettiği edimin boyutlarını görmekte ve risk gerçekleştiğinde sorumlu olacağı miktarı tahmin edebilmektedir. Böyle bir durumda asıl borçluya verilen kredi borcu miktarının ve fer'ilerinin garanti kapsamında kaldığı açıktır. Ancak, özellikle süresiz garanti sözleşmelerinde asıl borçlunun kredi limitinin sonradan yükseltilmesi halinde garanti verenin başlangıçtaki iradesinin yükseltile limit de kayıtsız şartsız kapsamına aldığı söylenemez.

Garanti edenin, limit artışlarından sorumlu tutulabilmesi için sözleşme koşullarındaki değişikliklerin garanti verene bildirilmesi, onun da bu değişikliklere karşı çıkmamak suretiyle muvafakat etmesi gerekir. Garanti verenin muvafakati olmadan akdi ilişkideki koşulların borçlu aleyhine ağırlaştırılması veya borçlunun yeni birtakım yükümlülükler üstlenmesi garanti kapsamı dışında kalır. Bunun yanında, muaccel hale gelen borcun, alacaklı banka tarafından uzun süre takip edilmemesi sebebiyle sürüncemede kalmasından dolayı artması halinde garanti edenin meydana gelen artıştan sorumlu tutulamayacağı açıktır. Zira BK.nun 98. maddesi yollamasıyla akde muhalefet hallerinde de uygulanması gereken aynı Yasanın 44/1. maddesi hükmü ve iyiniyet kuralları karşısında garanti alan (banka) kendi kusurlu davranışıyla borcun artmasına sebebiyet vermiş olduğundan böyle bir durumda garanti edenin artan borçtan sorumlu tutulması düşünülemez.

Öte yandan, sözleşmede limit aşımının da garanti edildiği durumlarda limit ne miktara kadar aşıldığı takdirde garanti edenin sorumlu tutulacağı hususu da tartışılması gereken bir konudur. Önceden sınırı belirlenmemiş ise, asıl borçlu yönünden saptanan kredi limitinin makul (kabul edilebilir) ölçülerde aşılması durumunda garanti verenin aşıl limitten de sorumlu tutulabileceği ancak, makul ölçüler dışındaki aşırı limit aşımının (garanti verenin açık ya da zımni muvafakati olmadıkça) garanti kapsamı dışında kaldığının kabulü gerekir.

Somut olaya gelince, dava konusu kredili bankomat-724 kartı üyelik sözleşmesinde yer alan "garanti şekli" içeriğinden tarafların kefaleti değil garanti sözleşmesini amaçladıkları açıkça anlaşılmaktadır.

Bu durumda, uyuşmazlığın BK. 110. maddesi gereğince garanti sözleşmesi hükümleri ile yukarıdaki açıklamalar çerçevesinde çözümlenmesi gerekirken yanılığlı değerlendirme sonucu kefalet hükümlerine göre sonuca gidilmesi doğru görülmemiştir.

O halde, mahkemece sözleşmedeki akdi ve temerrüt faiz oranları da gözetilerek takip tarihi itibarıyla önce asıl borçlunun sorumlu olduğu toplam borç miktarının bilirkışı incelemesi ile saptanması, daha sonra limit aşımının makul (kabul edilebilir) ölçülerde olup olmadığı ve borcun artmasında alacaklı bankaya izafe edilebilecek bir kusur bulunup bulunmadığı hususları tartışılmak suretiyle garanti edenin sorumlu olacağı borç miktarının belirlenmesi, hâsıl olacak sonuca göre hüküm kurulması gerekirken yazılı şekilde hüküm tesisi isabetsiz olup hükmün bu nedenlerle bozulması gerekirken ilamda yazılı gerekçeyle onandığı anlaşıldığından karar düzeltme isteminin kabulü gerekmiştir...) gerekçesiyle bozularak dosya yerine geri çevrilmekle yeniden yapılan yargılama sonunda; mahkemece önceki kararda direnilmiştir.

Temyiz eden: Davacı vekili

Hukuk Genel Kurulu'nca incelenerek direnme kararının süresinde temyiz edildiği anlaşıldıktan ve dosyadaki kâğıtlar okunduktan sonra gereği görüldü:

Dava konusu uyuşmazlığın çözümü, taraflar arasındaki sözleşme ilişkisinin kefalet sözleşmesi mi, yoksa garanti sözleşmesi mi olduğu noktasında toplanmaktadır. Zira yerel mahkeme bu ilişkiyi kefalet olarak nitelendirirken, Özel Daire ilişkinin garanti sözleşmesi niteliğinde olduğunu benimsemektedir.

Somut olaya girilmeden önce, her iki sözleşmenin nitelikleri ve farkları üzerinde durulmalıdır. Kişisel (şahsi) teminat sözleşmelerinin alt kavramlarını oluşturan kefalet ve garanti sözleşmelerinin temel amaçları, esas itibarıyla asıl borç ilişkisinin tarafı olmayan üçüncü kişilerce, alacaklıya şahsi teminat (güvence) verilmesidir iki sözleşme de temel amaçları itibarı ile aynı hedefe yönelmekle birlikte, gerek doktrinde, gerekse bu konudaki uygulamanın öncüsü niteliğindeki 11.06.1969 gün ve 1969/4-6 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararı'ndaki belirlemelere göre, şu ana farkları bulunmaktadır. Öncelikle kefalet sözleşmesi, BK.nun 484. maddesi hükmü uyarınca, geçerliliği yazılı şekle tabi olması ve ayrıca bu sözleşmede kefilin sorumlu olacağı belirli bir miktar gösterilmesi gerektiği halde, BK.nun 110. maddesindeki "Başkasının Fiilini Taahhüt" başlığı altında düzenlenmiş olan garanti sözleşmesi herhangi bir şekle tabi tutulmadığı gibi, verilen garantinin belli bir limite

bağlanmış olması da öngörülmemiştir. Öte yandan, kefalette, BK.nun 497. maddesi hükmü uyarınca kefil, borçluya ait defileri alacaklıya karşı ileri sürebilme hakkına sahipken, garanti akdinde teminat veren kişiye bu hak tanınmış değildir. Bunların dışında kefil kefaletten doğan borcunu ödedikten sonra BK.nun 496. maddesi hükmü uyarınca asıl borçluya yasadan ötürü dönme (rücu) hakkı bulunduğu halde, garanti sözleşmesinde teminat verene bu hak tanınmış değildir. Nihayet, BK.nun 492. maddesi gereğince kefalette, kefilin sorumluluğu asıl borcun geçerli oluşuna ve devamına bağlı iken, bir tür üçüncü kişinin fiilini taahhüt niteliğini taşıyan garanti sözleşmesindeki bağımsızlık ilkesi gereğince bu koşullara tabi tutulmamıştır.

Bu farklı hüküm ve sonuçlardan anlaşılacağı üzere, garanti veren kişinin sorumluluğu, kefalet veren kimsenin sorumluluğundan çok daha ağır koşullara tabi tutulmuştur. Bu nedenle sözleşmenin niteliğinin tespit ve yorumunda teminat veren kimsenin iradesi de bu yönden titizlikle değerlendirilmelidir. İşte bu nedenledir ki, doktrinde ve uygulamada (11.06.1969 gün ve 1969/4-6 sayılı İBK) her iki sözleşmenin birbirinden ayırt edilebilmesi için çeşitli kıstaslar belirlenmiştir.

Bu kıstaslardan ilk gurubu yardımcı olarak belirlenen kıstaslardır ki, bunlar ana hatları itibariyle; sözleşmede kullanılan deyimler, üstlenilen rizikonun niteliği, borçlu yerine ifa veya tazminat ödeme yükümlülüğü, para borcunun tekeffülü veya bir fiilin tekeffülü gibi kriterlerdir. Bunlar, aşağıda belirtilecek ana kıstasların yanında kullanılması mümkün olan ferî nitelikteki kriterlerdir.

Yine doktrin ve anılan İBK. da belirlenmiş olan ana kıstaslara gelince; bunlardan ilki, asli-ferî yükümlülük kriteridir. Buna göre, garanti veren bağımsız bir borç altına girmekte olup, bu yükümlülüğün bir başka borç ile ilgisi yoktur, Kefalette ise, asıl olan bir başka borcun (temel ilişki) olması ve verilen teminat ile o borcun ödenmesinin sağlanmasıdır. Doktrine göre de, bir başka borç ilişkisine yollamada bulunulması ferî karinesini teşkil eder. Ana kıstaslardan ikincisi, yükümlülüğün kapsam ve niteliği teşkil eder. Buna göre, asıl borçlu gibi yükümlülük altına girme amacını taşıyan sözleşme kefalet, asıl borçlunun borcunu aşabilecek, bir başka deyimle, lehine taahhüt altına girilen alacaklının hiçbir şekilde zarara uğramayacağını temine yönelik sözleşme ise, garanti sözleşmesi olarak nitelendirilmesi gerekmektedir. Ana kıstaslardan bir diğeri ise, menfaat kıstası olup, buna göre kefalet ilişkisinde kefalet verenin bu ilişkide bir yararlanma amacı olmadığı halde, garanti sözleşmesinde ilke olarak, böyle bir teminat verenin yararı olduğudur. Nihayet, ana kıstaslardan bir diğeri ise, kişiye yönelik teminat verme kıstası olup buna göre teminatın bir kişi göz önüne tutularak verilmesi kefalete işaret olacak, böyle değil de objektif olarak belli bir sonucun gerçekleşmesi amacına yönelik olarak verilmesi halinde, garanti sözleşmesinin

amaçlandığı kabul edilecektir (Bütün bu açıklamalar için bkz. Prof. Dr. S. Reisoğlu, Türk Hukukunda ve Bankacılık Uygulamasında Kefalet, Ank. 1992 sh. 78 vd., Prof. Dr. H. Tandoğan, Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, C. II 3. Bası, Ank. 1987, Sh. 818 vd., Prof. Dr. K. Tunçomağ, Türk Borçlar Hukuku, İst. 1997 Cilt I, Sh. 980 vd., Dr. H. Becker, İsviçre Medeni Kanun Şerhi, Borçlar Kanunu, Genel Hükümler, Madde 111).

Bu şekilde iki sözleşme türü farkları ile kıstasları belirlendikten sonra, bu kriterlerin dava konusu sözleşmeye uygulanarak, niteliğinin saptanması gerekmektedir. Uyuşmazlığın kaynağını teşkil eden sözleşme "Kredili Bankomat-Kart Sözleşmesi" başlığını taşımakta olup, bununla kredi kartı hamili olan müşteriye belli limitler çerçevesinde kredi açılarak, bu kredinin ATM ve POS cihazları aracılığı ile müşterisine kullandırma amacı güdülmektedir. Bu sözleşmede birinci maddede kart hamiline tahsis edilen kredi limiti 2.500.000.000 TL. olarak belirlenmiştir. Sözleşmenin diğer hükümlerinde ise, teknik açıklamalardan sonra müşterinin kullandığı krediyi geri ödeme koşul ve temerrüdün sonuçlar belirlendikten sonra sözleşmenin taraflarınca imzalandığı ve aynı sözleşmenin hemen altına "Garanti Şerhi" adı altında asıl sözleşmeye yollama yapılarak "Bu sözleşmede yer alan hükümlere göre, Bankomat 724 kart hamili ve ortak kart hamillerinin yükümlülüklerini, doğmuş ve doğacak tüm borçlarını garanti ettiğinden, bu kredi sözleşmesinde belirtilen limitlerin, bankaca tek taraflı olarak veya hamilinin talebi üzerine tespiti ve artırılması veya kart türünün değiştirilmesi ve kartın yenilenmesi, Bankomat 724 kartın kaybedilmesi, çalınması, şifrenin deşifre edilmesi hallerinde doğacak borçlar da dâhil olmak üzere, bankaca ödenmesi istenecek meblağları herhangi bir limite bağlı olmaksızın, protesto çekmeye, hüküm elde etmeye ve kart hamilinin rızasını almaya gerek olmaksızın ve bu borçlular ile bankanız arasında ortaya çıkacak herhangi bir uyuşmazlık ve bunun akıbet ve kanuni neticeleri dikkate alınmaksızın, bankanızın il yazılı talebi ve talep tarihinden ödeme tarihine kadar geçecek günlere ait bankanın uyguladığı akdi kredi faizinin %50 artırılması suretiyle hesaplanacak faizi, komisyon; banka ve sigorta muameleleri vergisi, kaynak destekleme fonu ve diğer türlü masrafları birlikte ödemeyi gayrikabili rücu olarak kabul ederim" denilerek, garanti veren sıfatı ile limitle sınırlı olmaksızın bu kartın kullanılmasından doğacak tüm borçların ödenmesi taahhüt altına alındığı ve bu beyanda kullanılan sözcük ve deyimleri fer'i kıstaslardan olan "sözleşmede kullanılan deyimler" kıstasına göre ilk bakışta bir garanti akdinin oluştuğu intibai bırakıyor ise de, sadece bu deyim ve sözcüklere dayanılarak sözleşmenin niteliğinin belirlenmesi doğru olmayacağı gibi, mümkün de değildir. Nitekim yukarıda değinilen 11.6.1969 gün ve 4/6 sayılı İBK. da da Banka Teminat Mektuplarında kullanılan kefalet

sözcüğü vurgulamasına rağmen, bu ilişkinin kefalet değil, garanti sözleşmesi niteliğinde olduğu açık bir şekilde kabul edilmiştir.

Ana kıstasların dava konusu sözleşmeye uygulanmasına gelince; yukarıda da değinildiği üzere davalının garanti beyanı kredi kartı sözleşmesinin hemen altına alınmış ve bu beyanın başlangıcında da kredi sözleşmesine yollama yapılarak bu sözleşmeden doğan ve doğacak borçlar için davalıdan teminat beyanı alınmış olmakla, garanti beyanı asli unsur olmaktan çıkmış, fer'i nitelik yani kefalet amacına yönelik olduğu intibai borçluya verilmiş bulunmaktadır. Keza, bu beyanın genel anlamından teminat verenin bağımsız bir borç değil, kredi kartı müşterisi asıl borçlunun sorumluluğu yüklenilmiş olmakla, ikinci ana kıstas bakımından da bir garanti sözleşmesinin varlığından söz edilemez. Diğer bir ana kıstas olan, teminat veren kimsenin bu sözleşmeyi yapmakta menfaati olduğu belirlenemediği gibi, bu husus davacı bankaca da ileri sürülüp kanıtlanabilmiş değildir. Nihayet, kişiye yönelik teminat verme amacı gerek sözleşme, gerekse garanti beyanından açıkça anlaşılmaktadır. Zira, verilen teminat kredi sözleşmesinin müşterisi ve asıl borçlusu Hüseyin isimli kişinin borçlarını karşılamaya yöneliktir. Bağımsız ve objektif bir amaca yönelik teminat verilmiş değildir. O halde tüm ana kıstasların uygulanması sonucu davalının garanti beyanı adı altındaki beyanlarının bir garanti sözleşmesi amacı ile değil, kefalet amacı ile verildiği sonucu ortaya çıkmaktadır. BK.nun 18. maddesi uyarınca da davalının bu iradesinin bir kefalet amacına yönelik olduğunun kabulü gerekir. Hiçbir menfaati olmayan, ticari bir gaye gütmeyen, sadece dostane ilişkiler nedeniyle tüketime yönelik banka kredi kartı kullanmasına imkân tanımak için verilen teminatın amacına aykırı olarak yorumlanması yasanın yukarıda anılan hükmüne aykırılık teşkil eder. Nitekim İsviçre Federal Mahkemesi de 17 Kasım 1987 de verdiği bir kararda gerçek kişiler tarafından verilen garantilerin daha ziyade kefalet olarak görünmeleri gerektiğini ifade etmiştir (Bkz. Jdt 1988 1 189 Yargıtay Kararları Işığında Kredi Kartları Prof. Dr, Erden Kuntalp, Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu XIII. 1996 sh: 297)

Asıl kredi sözleşmesinde limit belli olduğuna ve garanti beyanında da bu sözleşmeye yollama yapıldığına göre, 12.04.1044 gün ve 14/13 sayılı İBK. gereğince, kefaletin asli unsuru olan limit belirlemesinin de kefalet sözleşmesinde de gerçekleştiğinin kabulü gerektiğinden, davalı Mustafa'nın bu sözleşmedeki taahhüdünün kefalet olması gerektiği yönündeki isabetti olan teşhis ve tespiti dayalı olarak mahkemece verilen direnme kararının yerinde bulunmaktadır.

Sonuç: Yukarıda açıklanan sebeplerden dolayı direnme kararı yerinde olup, işin esasına yönelik temyiz itirazlarının incelenmesi için dosyanın Ondokuzuncu Hukuk Dairesine gönderilmesine, 04.07.2001 gününde oyçokluğu ile karar verildi.

KARŞI OY YAZISI

Dava konusu uyuşmazlık, taraflar arasında düzenlenmiş olan bankomat kredi kartı üyelik sözleşmesinde "Garanti Şerhi" başlıklı bölümde yer alan açıklamalar karşısında tarafların gerçekte bir garanti sözleşmesini mi? Yoksa kefalet sözleşmesini mi? amaçladıklarının saptanması noktasında toplanmaktadır.

Garanti sözleşmesi kanunda özel bir akit türü olarak düzenlenmemiş olmakla birlikte BK. 110. maddesinde hükme bağlanan üçüncü kişinin fiilini (edimini) taahhüt bir nevi garanti sözleşmesi olarak kabul edilmiştir.

Fiil sözcüğünün her türlü edimi karşılayacak şekilde çok geniş bir anlama geldiğinin ve bir para borcunun ifasının da fiil kapsamına girdiğinin kabulü sonucu para borçları yönünden de garanti sözleşmesi yapılabileceği, gerek öğretide gerekse uygulama çoğunlukla benimsenmiştir. Esasen, karz akitlerinde garanti sözleşmesi yapılamayacağı yolunda bir görüş de ileri sürülmemiştir. Uyuşmazlık, dava konusu sözleşmenin "Garanti Şerhi" başlığını taşıması ve içeriğinde de garanti hükümleri yer almasına rağmen kefalet olarak yorumlanıp yorumlanamayacağı yönündedir.

Bilindiği gibi Türk Hukuku, sözleşme özgürlüğünü temel bir ilke olarak kabul etmiştir. Gerçekten, T.C Anayasasının 48/1. maddesine göre "Herkes... sözleşme özgürlüğüne sahiptir."

BK.nun 19. maddesi gereğince; "Bir sözleşmenin konusu ve içeriği, kanunun gösterdiği sınır dairesinde serbestçe tayin olunabilir.

Kanunun kesin biçimde emrettiği kurallara veya kanuna muhalefet, ahlaka (adaba) veya kamu düzenine ya da kişilik haklarına aykırı olmadıkça iki tarafın yaptıkları sözleşmeler geçerlidir."

Sözleşme özgürlüğü kavramı çeşitli anlamlarda kullanılır. Bunlardan biri de sözleşmenin içeriğini düzenleme serbestisidir. Buna göre taraflar, bir yandan sözleşmenin tipini, diğer yandan da sözleşmenin içeriğini, yani edimlerin miktarını, konusunu, süre ve tarzını serbestçe tayin edip seçerler. Taraflar sözleşmenin tipini ve içeriğini, tayinde, Borçlar Kanununda düzenlenmiş belirli bir sözleşmeyi seçebilecekleri gibi, burada düzenlenmemiş sözleşmeleri, yani isimsiz sözleşmeleri de seçebilirler. Bu son sözleşmelere örnek olarak sulh sözleşmesi, garanti sözleşmesi vb. gibi sözleşmeler gösterilebilir.

Görüldüğü üzere, para borçları yönünden de garanti sözleşmesi yapılabileceği konusunda kuşku duymamak gerekir.

Bir sözleşmenin Garanti mi? Yoksa kefalet mi olduğunun saptanabilmesi için her şeyden önce bu iki müessese arasındaki farkların ve daha sonra da kefalet-garanti ayrımında yararlanılabilecek kıstasların bilinmesinde fayda vardır.

BK.nun 483. vd. maddelerinde hükme bağlanmış olan kefalet ile, BK. 110. maddesine dayandırılan garanti sözleşmesi arasında şu farklar mevcuttur.

1- Kefaletin geçerli olabilmesi için yazılı şekilde yapılması ve kefilin sorumlu olacağı limitin gösterilmiş bulunması şart olduğu halde garanti sözleşmesi geçerlik yönünden şekle tabi olmadığı gibi garanti limitinin gösterilmesi zorunluluğu da yoktur.

2- Kefil, asıl borçluya ait def'ileri alacaklıya karşı ileri sürmek hakkına sahip olduğu halde, garanti sözleşmesinde garanti verenin üçüncü kişiye ait def'ileri ileri sürme hakkı yoktur.

3- Adli kefalette, kefilin sorumluluğu asıl borçlu aleyhine girişilecek takibin sonuçsuz kalması koşuluna bağlı olduğu halde garanti sözleşmesinde risk gerçekleştiğinde garanti alan derhal garanti verene başvurabilir.

4- Kefalette kefilin sorumluluğu asıl borcun varlığına ve geçerliliğine bağlıdır. Yani fer'i borçtur. Garanti sözleşmesinde ise taahhüt edenin borcu asıl borçtan tamamen bağımsız olup asıl borç veya üçüncü şahsın borcunun sona ermesi garanti yükümlülüğünü etkilemez.

5- Kefil, ödediği oranda alacaklının haklarına halef olur ve borçluya rücu edebilir. Garanti verene ise kanuni halefiyet hakkı tanınmamıştır. Ancak, taraflar sözleşme ile bunu kararlaştırabilir.

6- Süreli ve süresiz kefaletlerde kanun koyucu BK.nun 493 ve 494. maddelerinde kefilin koruyucu özel hükümler koymuştur. Süresiz garanti sözleşmesinde ise garanti verenin garanti alana BK.nun 494. maddesine benzer şekilde başvurmasına olanak tanıyacak bir yasa hükmü yoktur.

Aralarındaki farkları bu şekilde belirledikten sonra Kefalet-Garanti ayrımında yararlanılabilecek kıstaslara kısaca değinmekte yarar bulunmaktadır.

1) Fer'i yükümlülük -asli yükümlülük kıstası

Kefaleti garanti sözleşmesinden ayırt eden en bariz nitelik, kefaletin fer'i olmasına karşılık garanti sözleşmesinin bağımsız niteliğidir. Garanti sözleşmesi ile garanti veren bağımsız bir borç altına girmektedir. Buna karşılık kefalet, başkasına ait yabancı bir asıl borca ihtiyaç gösterir. Ancak, kefilin başkasına ait bir borç, garanti verenin ise kendi borcu için sorumlu olması her somut olayda bir ayrıma imkân vermemektedir. Bu yüzden de yükümlü üçüncü bir şahsın bulunması halinde, tekeffülün bir kefalet mi? Yoksa garanti sözleşmesi mi olduğunun tespiti için diğer kıstaslara başvurmak zorunludur.

2) Tekeffül edenin kefaleti aşan bir yükümlülük yüklenmesi kıstası

Bazı hukukçular, eğer yüklenilen mükellefiyet kefilin sorumluluğunu aşıyorsa garanti sözleşmesinin kabulü gerektiği fikrindedirler. Bu fikre göre sorulması gereken soru şudur: Acaba tekeffül eden, alacaklının (olayımızda banka) hiçbir şekilde zarara uğramayacağını mı temin etmekte, yoksa sadece borçlu gibi mi yükümlülük altına girmektedir? Birinci halde garanti sözleşmesi, ikinci halde kefalet vardır.

3- Tekeffül edenin menfaat durumu kıstası

Bu kıstasa göre somut bir olayda tekeffül edenin şahsi bir menfaatinin bulunup bulunmadığına bakılacaktır. Şahsi bir menfaatin varlığı garanti sözleşmesine işaret sayılacak, aksi takdirde bir kefaletin mevcudiyeti kabul edilecektir.

Ancak, menfaat her zaman açık olarak kendini göstermeyebilir. Kefalette kefil ile borçlu arasında gizli bir menfaat söz konusu olabileceği gibi, hiçbir menfaate dayanmaksızın garanti sözleşmesi yapılabilmesi de mümkündür. Tekellüf edenin menfaatinin bulunduğu bir olayda kefaletin kabul edilemeyeceği şeklinde bir kural koymak mümkün değildir. Zira kefalet bir yardım arzusu sonucu olabileceği gibi bazen bir menfaat karşılığı da olabilir. Aynı şeyler garanti sözleşmesi için de söylenebilir. Yani garanti sözleşmesinde de mutlaka bir menfaatin varlığından söz edilemez. Tamamen bir yardım arzusunun sonucu olarak da garanti sözleşmesi yapılabilir. O halde bu kıstas tek başına kesin bir ayırımı imkân vermemektedir.

4- Şahsa yönelik ilgi kıstası

Kefil, borç altına girerken alacağın her ne şekilde olursa olsun ödeneceğini değil, fakat bu borçlu tarafından ödeneceğini temin etmektedir. Kefilin ilgisi borçlunun şahsına yöneliktir. Sonuç ikinci planda kalmaktadır. Böylece teminatın bir şahıs göz önünde tutularak verilmesi kefalete, bir sonucun gerçekleşmesi için verilmesi garanti sözleşmesine işaret sayılacaktır. Her olayda diğer vakıalarla birlikte bu özelliğin de araştırılması gerekir.

Yukarıdaki açıklamalar ışığında somut olaya baktığımızda, taraflar arasındaki sözleşmenin kefalet değil garanti sözleşmesi olduğunun kabulü gerekir.

Şöyle ki; Sözleşmenin bütünü incelendiğinde görüleceği gibi hiçbir yerinde "kefalet" ya da bunu çağrıştıracak kelime veya deyme yer verilmemiştir.

Garanti Şerhi başlıklı bölümde açıkça: "kart hamili ve ortak kart hamillerinin doğmuş ve doğacak tüm borçlarının garanti edildiğinden söz edilmiştir. Ayrıca "kartın kaybedilmesi, çalınması, şifrenin deşifre edilmesi hallerinde doğacak borçlar da dâhil olmak üzere, bankaca ödenmesi istenecek meblağların herhangi bir limitle bağlı olmaksızın protesto çekmeye, hüküm almaya ve kart hamilinin rızasını almaya gerek olmaksızın ve borçlular ile banka arasında ortaya çıkacak herhangi bir uyuşmazlık ve bunun akıbet ve kanuni neticeleri dikkate

alınmaksızın bankanın ilk yazılı talebi üzerine kararlaştırılan temerrüt faizi ve diğer hür türlü masraflarla birlikte gayrikabili rücu olmak üzere ödeneceğinin garanti edildiği" açıkça yazılmıştır.

Görüldüğü gibi, sözleşmedeki söz ve deyimler titizlikle seçilmiş olup tarafların gerçek iradelerinin kefalet değil, garanti olduğunu en ufak bir kuşkuya yer vermeyecek şekilde ortaya koymaktadır.

Zira davalı bağımsız bir borç üstlenmiştir. Kefaletteki fer'ilik unsuru olayımızda mevcut değildir. Çünkü tekeffül edilen borç, asıl borçlunun ödemesi haline bağlanmamış, banka talep ettiği anda ödeneceği kararlaştırılmıştır. Bu hal bağımsız bir borç üstlenildiğinin açık göstergesidir.

Öte yandan, kefaleti aşan bir yükümlülük söz konusudur. Bankanın hiçbir şekilde zarara uğramayacağı garanti edilmiştir. Kartın çalınması, kaybedilmesi, şifrenin deşifre edilmesi hallerinde doğacak borçların da garanti edilmiş olması bunu göstermektedir. Kefalette sadece borçlunun borcu ödememesi halinde borcun tekeffül edilmesi hali mevcuttur. Olayımızda ise borcun ödenmemesi dışında kalan birtakım olaylar sonucunda oluşabilecek zararlar da garanti altına alınmıştır. Böylece, somut olayda, kefaletteki şahsa bağlılık ilkesinden de söz etmek mümkün değildir. Netice esas alınmıştır. Bu da kefaletin değil, garanti sözleşmesinin amaçlandığını göstermektedir.

Sözleşmede "banka ile borçlular arasındaki uyumsuzluk ve bunun akıbet ve kanuni neticeleri dikkate alınmaksızın bankanın ilk yazılı talebi üzerine borcun ödeneceği" kararlaştırılmıştır. Bilindiği gibi adi kefalette asıl borçluya gidilmeden ve onun hakkındaki takip semeresiz kalmadan kefile başvurulması mümkün değildir (BK. 486). Sözleşmede "müteselsil" ibaresi olmadığına göre kefalet olarak yorumlandığında ancak adi kefalet biçiminde düşünülebilir ki, bu halde anılan sözlerin sözleşmede yer almaması gerekirdi.

Tüm bu nedenlerle, dava konusu sözleşmenin kefalet olarak yorumlanmasının mümkün olmadığı, tarafların gerçek iradelerinin garanti sözleşmesi yönünde belirmiş ve birleşmiş bulunduğu açıkça anlaşılmaktadır. Garanti sözleşmesinin sorumluluk sınırının ne olması gerektiği ise dairemiz bozma kararında ayrıntılı şekilde ortaya konmuştur.

Bu itibarla, dairemizin bozma kararı usule, yasaya ve sözleşme hükümlerine uygun olduğundan yerel mahkemenin direnme kararının bozulması gerektiği görüşüyle sayın çoğunluğun onama yönünde oluşan kararma katılamıyoruz.

I. OLAYIN ÖZETİ

Olayda taraflar arasında kredili bankamatik–724 kartı üyelik sözleşmesi yapılmış ve bu sözleşmenin "Garanti Şerhi" adı altında asıl sözleşmeye yollama yapılmıştır. Gönderme yapılan asıl sözleşmedeki hükümlerde ise "kart hamili ve ortak kart hamillerinin doğmuş ve doğacak tüm borçlarının garanti edildiğinden söz edilmiştir. Ayrıca "kartın kaybedilmesi, çalınması, şifrenin deşifre edilmesi hallerinde doğacak borçlar da dâhil olmak üzere, bankaca ödenmesi istenecek meblağların herhangi bir limitle bağlı olmaksızın protesto çekmeye, hüküm almaya ve kart hamilinin rızasını almaya gerek olmaksızın ve borçlular ile banka arasında ortaya çıkacak herhangi bir uyuşmazlık ve bunun akıbet ve kanuni neticeleri dikkate alınmaksızın bankanın ilk yazılı talebi üzerine kararlaştırılan temerrüt faizi ve diğer hür türlü masraflarla birlikte gayrikabili rücu olmak üzere ödeneceğinin garanti edildiği" belirtilmiştir.

Kararda bu ibarenin niteliği tartışılmış ve “aralarında hiçbir menfaat olmayan ve ticari bir gaye gütmeyen, sadece dostane ilişkiler nedeniyle, tüketime yönelik banka kredi kartı kullanmasına imkân tanımak için taraflar arasında verilen teminatın, garanti beyanı adı altında alınmış olsa da bunun bir garanti sözleşmesi amacı ile değil kefalet amacı ile verildiğinin kabulünün gerekeceği” neticesine varılmıştır.

II. MERCİLERİN ÇÖZÜM TARZI

- **Ödemiş 2.Asliye Hukuk Mahkemesi** – Davalı (kredili bankamatik–724 kartı üyelik sözleşmesinde “garanti eden” kişi) aleyhine icra takibi yapılmış ve borçlu-davalı takip faiz oranına itiraz etmiştir.

Davacı yerel mahkemeye müracaat ederek, itirazın kaldırılmasını talep edilmiş, “İtirazın kaldırılması” davasından dolayı yapılan yargılamada yerel mahkemece istemin reddine karar verilmiş, karar davacı banka vekilince temyiz edilmiştir.

- **Yargıtay 19. Hukuk Dairesi - (Temyiz aşaması)** - Dairece yapılan ilk incelemede, yerel mahkemenin kararının onanmasına karar verilmiştir.
- **Yargıtay 19. Hukuk Dairesi-(Karar Düzeltme aşaması)** - Davacı vekilince onama kararından sonra karar düzeltme yoluna gidilmiş ve dosya yeniden Yargıtay 19.Hukuk Dairesinin önüne gelmiştir.

19. HD. ce yapılan karar düzeltme istemi incelemesinde “yerel mahkemece sözleşmedeki akdi ve temerrüt faiz oranları da gözetilerek takip tarihi itibarıyla önce asıl borçlunun sorumlu olduğu toplam borç miktarının bilirkişi incelemesi ile saptanması, daha sonra limit aşımının makul (kabul edilebilir) ölçülerde olup olmadığı ve borcun artmasında alacaklı bankaya izafe edilebilecek bir kusur bulunup bulunmadığı hususları tartışılmak suretiyle garanti edenin sorumlu olacağı borç miktarının belirlenmesi, hâsıl olacak sonuca göre hüküm kurulması gerekirken yazılı şekilde hüküm tesisinin isabetsiz olduğuna, hükmün bu nedenlerle bozulması gerekirken ilamın yazılı gerekçeyle onandığı anlaşıldığından karar düzeltme isteminin kabulü gerektiği” belirtilerek bozma kararı verilmiştir.

Yerel Mahkemece karara direnilmiştir.

- **Yargıtay Hukuk Genel Kurulu** – Yerel mahkemenin direnme kararını yerinde bularak, diğer esasa yönelik itirazların incelenmesi için dosyanın 19.HD. ne gönderilmesine karar vermiştir.

— **Karşı Oy** - Direnme kararının bozulması gerektiği belirtilmiştir.

III. ÇÖZÜMLENMESİ GEREKEN HUKUKİ PROBLEMLER

Olayda, dava konusu kredili bankomat-724 kartı üyelik sözleşmesinde yer alan "garanti şekli" içeriğinden tarafların kefaleti mi yoksa garanti sözleşmesini mi amaçladıklarının öncelikle tespiti gerekmektedir.

Hangi sözleşmeyi amaçladıklarının tespiti, asıl borcu aşan kısım için asıl borçlu dışındaki kişilere (garanti eden ya da kefil) müracaat edilip edilemeyeceğini ortaya koyacaktır.

Hangi tip sözleşmenin kart üyelik sözleşmesinde amaçlandığının tespit edilmesi sırasında, sözleşme özgürlüğüne dair kısıtlamalarında olayda olup olmadığının ayrıca belirlenmesi gerekecektir.

IV. AÇIKLAMALAR

A. GENEL OLARAK

Garanti sözleşmesi BK. Md. 110 maddesinde hükme bağlanan “bir 3.kişinin fiilini başkasına taahhüt” olup, kanunlarda özel bir sözleşme tipi olarak düzenlenmemiştir.

Kefalet sözleşmesi ise garanti sözleşmesinden farklı olarak, 818 sayılı Borçlar Kanunu’nun 21. babında “Kefalet” başlığı altında düzenlenmiştir. (BK. Md. 483–503)

Garanti sözleşmesinde, kefaletten farklı olarak, BK. Md. 19–20 de belirtilen hususlara aykırı olmamak kaydıyla, tam bir sözleşme serbestisi mevcutken, kefalet için yasaca belirlenen sınırlar bulunup, kefalet sınırının tam olarak ve önceden belirlenmesi gerekmektedir.

Bu nedenledir ki, somut olayda 3.kişi tarafından borçlu lehine imzalanan kredili bankamatik–724 üye sözleşmesinde “garanti şekli” başlığı altında ifade edilen hükmün niteliğinin tespiti önem taşımaktadır.

İş bu ibarenin “garanti sözleşmesi olarak kabulü halinde 3.kişi sözleşme serbestisi kapsamında “asıl borcu aşan tüm fer’iler” içinde mesul olması gerekecekken, sözleşmenin kefalet olarak kabulü halinde, “kefalet sınırının tam olarak ve önceden belirli olması” koşulu gerçekleşmediğinden, imzacı 3.kişi sadece asıl borçtan mesul olacak, asıl borca bağlı ferilerden kurtulacaktır.

Ancak burada belirlenmesi gereken bir başka husus ise garantinin de bir sınırının olup olamayacağıdır. Zira belirsizliğin garantisi olmaz. Bu BK. Md. 19-20’ya aykırı olacaktır.

B. İNCELEME KONUSU İLE İLGİLİ BAZI TEMEL KAVRAM VE KURALLAR

1. KİŞİSEL TEMİNAT SÖZLEŞMELERİ

“Teminat sözleşmeleri deyimi, en geniş anlamda, bir kimsenin başkasının karşısında bulunduğu tehlikeyi kendi üzerine almasını öngören bütün anlaşmalar olarak kullanılmaktadır.”¹

“Tehlike (riziko) ise ortaya çıkması şüpheli, fakat çekinilen ve ekonomik bakımdan yararlı bir olayın gerçekleşmemesi halidir. İşte teminat sözleşmelerinde borçlu, başkasının karşısında bulunduğu bu tehlikeyi üzerine almaktadır.”²

Başkasının karşılaştığı tehlikeyi bir sözleşme ile kısmen veya tam üstlenmek mümkündür. Bu üstlenme ile tehlike oluşturan olayın gerçekleşmesi halinde, tehlikenin yöneldiği kişinin uğrayacağı zararın ya da yoksun kalınan kârın tazmini şeklinde olacaktır.³

“Teminat yükümlülüklerine girilirken ‘tehlikeyi deruhte etmek’, ‘zıman altına girmek’, ‘tekeffül etmek’, ‘teminini taahhüt etmek’, ‘doğacak zararı karşılamak’ gibi deyimler kullanılır. Bu deyimlerden kural olarak, sözleşmenin hukuki niteliği hakkında bir sonuca

¹ BÖR, Thomas; Zum Rechtsbegriff der Garantie, insbesondere im Bankgeschäft, Diss, Zürich, 1963, Sh.5; REUSSER, Samuel; Der Garantievertrag und sein Verhältnis zur. Bürgschaft und andern Sicherungsverträgen nach schweizerischem Recht, Diss, Bern 1938, sh.7. (naklen: TANDOĞAN, s:684.)

² YAVUZ, s:479.

³ TANDOĞAN, s:685.

varmak doğru olmaz. BK. Md. 18/1 uyarınca tarafların gerçek ve ortak amaçlarını araştırmak gerekir.”⁴

Bir kimse tarafından başkasının karşılaştığı tehlikeyi üzerine alma yükümlülüğü, bazen asıl edimleri teminat altına almak amacından başka, bir sözleşmedeki edimlerin asıl borçlu tarafından gereği gibi ve vaktinde yerine getirilmesi içinde teminat verme şeklinde de gerçekleşebilir. Bu halde teminat verme, asıl sözleşmeden doğan yan (fer'i) bir yükümlülük olarak ortaya çıkmaktadır.⁵

Başkasına yönelik bir zararın üstelenilmesinin, sözleşmedeki taraflardan biri esas yükümlülüğünü oluşturan bazı teminat sözleşmesi tipleri vardır. Bu sözleşme tiplerinden bazılarını kanunlarda özel olarak düzenlenmiştir. (Kefalet Sözleşmesi, BK. Md. 483–503 ve Sigorta Sözleşmesi, TTK. Md. 1263 vd. gibi)⁶

2. KEFALET SÖZLEŞMESİ

BK. Md. 483 “kefalet, bir akittir ki onunla bir kimse, borçlunun akdettiği borcun edasını temin etmeği alacaklıya karşı taahhüt eder” demektedir.

Ancak doktrinde bu tanımın yeterli olmadığı, sözleşmenin hukuki niteliğini tam açıklamadığı görüşü hâkimdir.

TANDOĞAN, “kefalet bir sözleşmedir ki, onunla bir kimse borçlunun borcunu ödememesi halinde bu borçtan şahsen sorumlu olmayı alacaklıya karşı taahhüt eder” şeklinde tanımlama yapmaktadır.⁷

Bu tanıımı esas alarak kefalet sözleşmesinin bir takım niteliklerini ortaya koymak mümkün olacaktır⁸:

- Kefalet sözleşmesi, kefil için alacaklı karşısında *borç doğurur*. Bu sözleşme alacaklı ile kefil arasında yapılır.
- Kefilin borcu, *asıl borcun ödenmesini sağlama esasına dayanır*. Alacaklıya ödemede bulunan kefil, asıl borçlunun borcunu değil, asıl borçtan ayrı olarak kendi borcunu yerine getirir. Bu durumda kefilin borcu sona erer, asıl borç ise son bulmaz.
- Kefilin borç nedeni, asıl borcun nedeninden tamamen *bağımsızdır*. Asıl borcun ödenmesinin güçlendirilmesi için kefil vardır. Kefaletin geçerliğinin asıl borcun var ve geçerli olmasına bağlı olsa da, kefalet sözleşmesi asıl borcu doğuran sebeplerden ayrı bir hukuksal nedene ve içeriğe sahip bağımsız bir sözleşmedir.

⁴ TANDOĞAN, s:686.

⁵ TANDOĞAN, s:686.

⁶ TANDOĞAN, s:687.

⁷ TANDOĞAN, s:693.

⁸ KARAHASAN, s:1204–1206.

- Kefilin ediminin konusu *paradır*.
- Kefilin borcu *fer'i (yan) nitelikte bir borçtur*. Asıl borçluya yönelmeden kefile yönelmek mümkün değildir. Asıl borç sona ererse kefillik de sona erer.
- Kefillik kural olarak, *tek tarafa borç yükleyen bir sözleşmedir*. Alacaklı kefile karşı bir borç yüklenmez.

3. GARANTİ SÖZLEŞMESİ

Garanti sözleşmesi ise kanunda özel bir akit türü olarak düzenlenmemiş olup, BK.nun 110. maddesinde hükme bağlanan “üçüncü kişinin fiilini (edimini) taahhüt” niteliğindeki sözleşmelerden olduğu kabul edilmektedir. Fiil tabirinin her türlü edimi karşılayacak şekilde çok geniş bir anlama geldiğinin ve bir para borcunun ifasının da fiil kapsamına girdiğinin kabulü sonucu para borçları yönünden de garanti sözleşmesi yapılabileceği, gerek öğretide gerekse uygulamada çoğunlukla benimsenmiştir.

11.06.1969 tarihli, 1969/4–6 sayılı İBK. ile garanti sözleşmesinin tanımı yapılmıştır. Buna göre, “garanti mukavelesi, bir kimsenin fer’i olmayan bir mukavele ile başkasına bir teşebbüsün belirli bir sonuca ulaşacağını garanti etmesidir.”

Garanti sözleşmesinin unsurlarını ise şu şekilde belirlemek mümkündür:⁹

- Garanti alanı belli bir hareket şekline yöneltmek amacı,
- Garanti alanın hareketinden doğan bir takım tehlikenin üstlenilmesi,
- Bağımsız bir yükümlülük altına girilmesi,
- İvazsızlık.

Garanti sözleşmesi ile garanti alanın duraksaması giderilerek amaçlanan işi yapması istenmektedir.¹⁰

4. SÖZLEŞMELERİN MUKAYESESİ

Hem kefalet sözleşmesi hem de garanti sözleşmesi kişisel teminat sağlama amacı güden sözleşmeler olup, birbirlerinin birer çeşidi değildirler.

Kefalet ve garanti sözleşmelerinin aralarındaki şu farklar önem taşımaktadır;¹¹

a- Kefaletin geçerliliği *yazılı şekle* ve kefilin *sorumlu tutulacağı azami miktarın belirtilmesine bağlı* olduğu halde, garanti sözleşmesi herhangi bir şekil şartına bağlı değildir.

b- Kefil, *asıl borçluya ait bütün def’ileri asıl alacaklıya karşı sürme hakkına* sahipken, garanti veren edimini taahhüt ettiği *üçüncü kişilere ait def’ileri ileri süremez*.

c- Adi kefalette, kefilin sorumlu olabilmesi için, asıl borçluya takip yapılması, bu

⁹ TANDOĞAN, s:809–818. Benzer yönde: YAVUZ, s:510.

¹⁰ ZEVKLİLER, s:10.

¹¹ TANDOĞAN, s:818–820.

takibin semeresiz kalması gerekirken, garanti sözleşmesinde alacaklı fiili üstlenilen üçüncü kişinin edimi yerine getirmemesi halinde derhal garanti verene müracaat edebilir.

d- Kefil ödeme yaptığı oranda alacaklının haklarına halef olurken, garanti veren kanuni halefiyetten faydalanamaz. (Yargıtay İBK. 1969/4 E. 1969/6 K. 11.06.1969 T.)

e- Belirli ve belirsiz süreli kefalet sözleşmelerinde, BK. Md. 493-494’de bulunan kefil koruyucu hükümlerden garanti veren yararlanamaz.¹²

Kefaletten farklı olarak asıl borç ilişkisinden tamamen bağımsız nitelikteki garanti sözleşmesinde şekil serbestisi hâkim olup garantinin sınırının önceden belirlenmesi zorunluluğu bulunmamaktadır.

Ancak, sözleşme serbestisi sınırsız değildir. BK.nun 19. ve 20.¹³ maddelerinde sözleşme serbestisine birtakım sınırlamalar getirilmiştir. Gerçekten bir sözleşmenin geçerli olması için, onun taraflara yüklediği hak ve borçların tereddüde yer vermeyecek şekilde açık, başka bir deyimle konusunun gereği ve yeteri kadar belli ve sınırlı olması gerekir. Belirsizliğin garantisi olmaz.

Bu itibarla, limit gösterme şartı bulunmamakla birlikte, garanti sözleşmesinde hangi riskin garanti edildiğinin belli olması ya da garanti edilen riskin boyutlarının tereddüt yaratmayacak biçimde belirlenebilir nitelikte bulunması gerekir.

Yapılan tüm bu açıklamalardan da anlaşılacağı üzere garanti veren kişinin sorumluluğu, kefalet veren kimsenin sorumluluğundan çok daha ağır koşullara tabi tutulmuştur. Bu nedenle sözleşmenin niteliğinin tespit ve yorumunda teminat veren kimsenin iradesi de bu yönden titizlikle değerlendirilmelidir. İşte bu nedenledir ki, doktrinde ve uygulamada (11.06.1969 gün ve 1969/4–6 sayılı İBK.) her iki sözleşmenin birbirinden ayırt edilebilmesi için çeşitli kıstaslar belirlenmiştir.

Bu kıstaslar sıralanacak olursa;¹⁴

- Aslîlik- fer’ilik kıstası,
- Menfaat kıstası,
- Aynen ifa yükümlülüğü-tazminat yükümlülüğü kıstası,

¹² Ancak BK. Md. 110’a eklenen 2.fıkra ile garanti sözleşmesinin de sona ermesi hali düzenlenmiştir. (Ek fıkra: 08/07/1981 – 2486/1 md.) Muayyen bir müddet için yapılan taahhütlerde, müddetin bitimine kadar taahhüt edene yazılı olarak başvurulmaması halinde taahhüdün hükümsüz olacağına dair sözleşme muteberdir.

¹³ Madde 19-Bir akdin mevzuu, kanunun gösterdiği hudut dairesinde, serbestçe tayin olunabilir.

Kanunun kat’i surette emreylediği hukuki kaidelere veya kanuna muhalefet; ahlaka (adaba) veya umumi intizama yahut şahsi hükümlere müteallik haklara mugayir bulunmadıkça, iki tarafın yaptıkları mukaveleler muteberdir.

Madde 20- Bir akdin mevzuu gayri mümkün veya gayri muhik yahut ahlaka (adaba) mugayir olursa o akit batıldır.

Akdin muhtevi olduğu şartlardan bir kısmının butlanı akdi iptal etmeyip yalnız şart, lağv olur. Fakat bunlar olmaksızın akdin yapılmayacağı meczum bulunduğu takdirde, akitler tamamıyla batıl addolunur.

¹⁴ TANDOĞAN, s:820–832.

- İvaz kıstası,
- Kişiyeye yönelik ilgi kıstası,
- Kullanılan deyimler ve şüphe halinde kefalet karinesi,

Bu kıstaslardan en önemlisi aslîlik-fer’ilik kıstasıdır. Garanti veren bağımsız bir ve kefalet ile o borcun ödenmesinin sağlanması gerekmektedir.

“Aslîlik-fer’ilik unsurunun tespitini sağlayan bazı göstergeler şu şekilde sıralanabilir;

- Teminat ilişkisinde başka bir borç ilişkisine atıfta bulunulması fer’ilik bakımından bir karine teşkil eder,
- Edimin bir borcun parçası olarak değil, bir sonuç olarak üzerinde durularak taahhüt edilmesi, aslîliğe delâlet eder,
- Def’i ve itirazlardan tamamiyle feragati gösteren beyanlar asli teminatın belirtisidir,
- Teminat mektubunda ödemenin belli bir edimin yerine getirilmediği veya ifa edilmediğini tespit eden bir belge karşılığında olacağı belirtilmişse bu husus da bir garanti sözleşmesi lehine bir belirti teşkil eder,
- Sorumluluğun “müteselsil” olduğu belirtilmişse (baskın görüşe göre) bir garanti sözleşmesi olamaz. Zira bağımsız bir yükümlülük müteselsil sorumlulukla bir arada yürümez,
- Tartışma ve bölme def’ilerinden feragate dair bir kayıt, diğer def’ilerden feragatle birlikte olmadıkça kefaletin varlığına delalet eder,
- Edimin yerine getirilmemesine şartına bağılı bir taahhüt fer’i nitelik taşır,
- Birçok teminat sözleşmelerinde birden fazla belirti bir arada bulunabilir; bu takdirde aslîlik-fer’ilik lehine yorum daha da kolaylaşır,
- Lehine teminat verilen borçlunun taahhüt ettiği edimin sınırlarını aşan teminat verilmesi, asıl borç yüklenildiğinin belirtisi olabilir.”¹⁵

İncelenen kararda ise bu kıstas “asıl borçlu gibi yükümlülük altına girme amacını taşıyan sözleşme kefalet, asıl borçlunun borcunu aşabilecek, bir başka deyimle, lehine taahhüt altına girilen alacaklının hiçbir şekilde zarara uğramayacağını temine yönelik sözleşme ise, garanti sözleşmesi olarak nitelendirilmesi gerekmektedir”¹⁶ şeklinde ifade edilmiştir.

Aslîlik-fer’ilik kıstasının, sözleşmenin niteliğinin tespitinde yeterli olmaması halinde, kullanılabilecek bir diğer kıstas ise menfaat kıstasıdır.

¹⁵ TANDOĞAN, s:823–828.

¹⁶ TANDOĞAN, s:828.

Bu kıstasa göre, “eğer edası temin edilecek borcu doğuran akdin yapılmasında ve ifasında teminat verenin doğrudan doğruya bir menfaati varsa, teminat taahhüdünün daha kefaletten çok garanti sözleşmesine dayandığına hükmetmek gerekir.”

Kararda ise bu kıstas “... kefalet ilişkisinde kefalet verenin bu ilişkide bir yararlanma amacı almadığı halde, garanti sözleşmesinde ilke olarak, böyle bir teminat verenin yararı olduğudur. Nihayet, ana kıstaslardan bir diğeri ise, kişiye yönelik teminat verme kıstası olup buna göre teminatın bir kişi göz önüne tutularak verilmesi kefalete işaret olacak, böyle değil de objektif olarak belli bir sonucun gerçekleşmesi amacıyla yönelik olarak verilmesi halinde, garanti sözleşmesinin amaçlandığı kabul edilecektir” şeklinde bir kısım yazarlara atıfta bulunularak açıklanmıştır.

Kararda açıklanan bir diğer kıstas ise “kişiye yönelik teminat verme kıstası” olup, teminat verilirken bir kişinin mi yoksa bir sonucun mu esas alındığına bakılmaktadır.

Kararda, teminatın bir kişi göz önüne tutularak verilmesi halinde bunun kefalet olacağı, objektif olarak belli bir sonucun gerçekleşmesi amacıyla yönelik olarak verilmesi halinde, garanti sözleşmesinin amaçlandığının kabulü gerekeceği belirtilmiştir.

Kararda sözleşmenin garanti mi yoksa kefalet mi olduğunun tespiti için incelenen HGK. kararında çeşitli ölçütler belirtilmişse de aynen ifa yükümlülüğü-tazminat yükümlülüğü kıstası, ivaz kıstası, kullanılan deyimler ve şüphe halinde kefalet karinesi gibi kıstaslar da sözleşmenin niteliğinin tespitinde kullanılmaktadır.¹⁷

Yapılan açıklamalar dikkate alınarak, olaydaki sözleşme türünün tespiti, uygulanacak olan hükmün belirlenebilmesi için önem taşımaktadır.

Somut olayda, dava konusu sözleşme “Kredili Bankomat-Kart Sözleşmesi” başlığını taşımaktadır. Bu sözleşme türü ile kredi kartı hamiline (banka müşterisine) belli limitler dâhilinde kredi açılmakta ve bu kredinin ATM ve POS cihazları aracılığı ile müşteriye kullandırılması amacı taşımaktadır.

Karardan anlaşıldığı üzere sözleşme ile kart hamiline belirli bir kredi limiti tahsis edilmiş (25.000.000.000 TL.), diğer hükümlerden ise temerrüt, geri ödeme şartları vs. gibi unsurlar hüküm altına alınmış ve taraflarca imzalanmıştır.

Olayda sorun yaratan nokta ise sözleşmenin taraflarınca imzalanmasından sonra, aynı sözleşmenin hemen altında "Garanti Şerhi" adı altında asıl sözleşmeye yollama yapılmıştır. Gönderme yapılan asıl sözleşmedeki hükümlerde ise "kart hamili ve ortak kart hamillerinin doğmuş ve doğacak tüm borçlarının garanti edildiğinden söz edilmiştir. Ayrıca "kartın

¹⁷ Kararda belirtilmeyen diğer kıstaslara dair ek bilgi için bkz. TANDOĞAN, s:829–832.

kaybedilmesi, çalınması, şifrenin deşifre edilmesi hallerinde doğacak borçlar da dâhil olmak üzere, bankaca ödenmesi istenecek meblağların herhangi bir limitle bağlı olmaksızın protesto çekmeye, hüküm almaya ve kart hamilinin rızasını almaya gerek olmaksızın ve borçlular ile banka arasında ortaya çıkacak herhangi bir uyuşmazlık ve bunun akıbet ve kanuni neticeleri dikkate alınmaksızın bankanın ilk yazılı talebi üzerine kararlaştırılan temerrüt faizi ve diğer hür türlü masraflarla birlikte gayrikabili rücu olmak üzere ödeneceğinin garanti edildiğinin" belirtilmesidir.

Yargıtay, somut olayda BK. Md. 18 gereğinde aradaki ilişkiyi kefalet ilişkisi olarak kabul etmiştir.

BK. Md. 18'de akdin şekil ve şartlarını tayin ederken, iki tarafın gerek sehven gerek akitteki hakiki maksatlarını gizlemek için kullandıkları tabirlere ve isimlere bakılmayacağını, onların gerçek ve müşterek maksatlarını tespit etmek gerektiği belirtilmiştir.

Olayda ise banka ile yapılan sözleşmeye imza koyan kişiler arasındaki gerçek ve müşterek maksat Yargıtay'ca "hiçbir menfaati olmayan, ticari bir gaye gütmeyen, sadece dostane ilişkiler nedeniyle tüketime yönelik banka kredi kartı kullanmasına imkân tanımak" olarak belirlenmiştir.

Bu amaç nedeniyle de sözleşmede 3.kişi tarafından verilen teminatın kefalet olarak kabulü gerekeceği hususunun yanında, ayrıca asıl kredi sözleşmesinde limitin belli olduğu ve garanti beyanında da bu sözleşmeye yollama yapıldığı için, 12.04.1044 gün ve 14/13 sayılı İBK. gereğince, kefaletin asli unsuru olan limit belirlemesinin de kefalet sözleşmesinde de gerçekleştiğinin kabulü gerektiğinden, davalı yönünden bu sözleşmedeki taahhüdünün kefalet olması gerektiği kararına varmış ve mahkemece verilen direnme kararının yerinde olduğunu (oyçokluğu ile) belirtmiştir.

— **Karşı oy** yazısında da sözleşmenin nitelikleri tartışılmış ve garanti sözleşmesinin kanunda özel bir akit türü olarak düzenlenmemesine rağmen BK. Md. 110.da belirtilen üçüncü kişinin fiilini (edimini) taahhüt bir nevi garanti sözleşmesi olarak kabul edildiği belirtilmiştir.

Karşı oyda "Herkes... sözleşme özgürlüğüne sahiptir" şeklindeki 1982 Anayasasının 48/1. maddesi ile "bir sözleşmenin konusu ve içeriği, kanunun gösterdiği sınır dairesinde serbestçe tayin olunabilir. Kanunun kesin biçimde emrettiği kurallara veya kanuna muhalefet, ahlaka (adaba) veya kamu düzenine ya da kişilik haklarına aykırı olmadıkça iki tarafın yaptıkları sözleşmeler geçerlidir" düzenlemesini içeren BK. Md. 19 hatırlatılmıştır.

Ayrıca BK.nun 483. vd. maddelerinde hükme bağlanmış olan kefalet ile BK. 110. maddesine dayandırılan garanti sözleşmesi arasında şu farklar tespit edilmiştir:

- Kefaletin geçerli olabilmesi için yazılı şekilde yapılması ve kefilin sorumlu olacağı limitin gösterilmiş bulunması şart olduğu halde garanti sözleşmesi geçerlik yönünden şekle tabi olmadığı gibi garanti limitinin gösterilmesi zorunluluğu da yoktur.
- Kefil, asıl borçluya ait defileri alacaklıya karşı ileri sürmek hakkına sahip olduğu halde, garanti sözleşmesinde garanti verenin üçüncü kişiye ait defileri ileri sürme hakkı yoktur.
- Adi kefalette, kefilin sorumluluğu asıl borçlu aleyhine girişilecek takibin sonuçsuz kalması koşuluna bağlı olduğu halde garanti sözleşmesinde risk gerçekleştiğinde garanti alan derhal garanti verene başvurabilir.
- Kefalette kefilin sorumluluğu asıl borcun varlığına ve geçerliliğine bağlıdır. Yani fer'i borçtur. Garanti sözleşmesinde ise taahhüt edenin borcu asıl borçtan tamamen bağımsız olup asıl borç veya üçüncü şahsın borcunun sona ermesi garanti yükümlülüğünü etkilemez.
- Kefil, ödediği oranda alacaklının haklarına halef olur ve borçluya rücu edebilir. Garanti verene ise kanuni halefiyet hakkı tanınmamıştır. Ancak, taraflar sözleşme ile bunu kararlaştırabilir.
- Süreli ve süresiz kefaletlerde kanun koyucu BK.nun 493 ve 494. maddelerinde kefilin koruyucu özel hükümler koymuştur. Süresiz garanti sözleşmesinde ise garanti verenin garanti alana BK.nun 494. maddesine benzer şekilde başvurmasına olanak tanıyacak bir yasa hükmü yoktur.

Karşı oy yazısında aradaki farkların tespiti dışında kefalet ve garanti sözleşmesi ayırımında kullanılabilecek, fer'i yükümlülük -asli yükümlülük kıstasına, tekeffül edenin kefaleti aşan bir yükümlülük yüklenmesi kıstası¹⁸, tekeffül edenin menfaat durumu kıstası¹⁹, şahsa yönelik ilgi kıstası da açıklanmış ve taraflar arasındaki sözleşmenin garanti sözleşmesini olduğunu kabul edilmiştir.

V. SONUÇ

Taraflar arasında “Kredili Bankomat-Kart Sözleşmesi” yapılmış ve bu sözleşme ile kredi kartı hamiline (banka müşterisine) belli limitler -bankanın ve tarafların isteği- dâhilinde

¹⁸ Yüklenilen mükellefiyet kefilin sorumluluğunu aşıyorsa garanti sözleşmesinin, aşmıyorsa kefalet sözleşmesinin olduğu kabul edilmektedir.

¹⁹ Tekeffül edenin şahsi bir menfaatinin bulunup bulunmadığına bakılarak, şahsi bir menfaatin varlığı halinde garanti sözleşmesi, aksi halde kefalet sözleşmesinin var olduğu kabul edilmektedir.

kredi açılması ve bu kredinin ATM ve POS cihazları aracılığı ile müşteriye kullanandırılması amacı güdülmüştür.

Sözleşme "Garanti Şerhi" adı altında asıl sözleşmeye yollama yapılmıştır.

Gönderme yapılan asıl sözleşmedeki hükümlerde ise "kart hamili ve ortak kart hamillerinin doğmuş ve doğacak tüm borçlarının garanti edildiğinden" söz edilmiştir. Ayrıca "kartın kaybedilmesi, çalınması, şifrenin deşifre edilmesi hallerinde doğacak borçlar da dâhil olmak üzere, bankaca ödenmesi istenecek meblağların herhangi limite bağlı olmaksızın, protesto çekmeye, hüküm elde etmeye ve kart hamilinin rızasını almaya gerek olmaksızın ve bu borçlular ile bankanız arasında ortaya çıkacak herhangi bir uyuşmazlık ve bunun akıbet ve kanuni neticeleri dikkate alınmaksızın, bankanızın ilk yazılı talebi ve talep tarihinden ödeme tarihine kadar geçecek günlere ait bankanın uyguladığı akdi kredi faizinin %50 artırılması suretiyle hesaplanacak faizi, komisyon; banka ve sigorta muameleleri vergisi, kaynak destekleme fonu ve diğer türlü masrafları birlikte ödemeyi gayrikabili rücu olarak kabul ederim" denilmiş, ayrıca "borçlular ile banka arasında ortaya çıkacak herhangi bir uyuşmazlık ve bunun akıbet ve kanuni neticeleri dikkate alınmaksızın bankanın ilk yazılı talebi üzerine kararlaştırılan temerrüt faizi ve diğer hür türlü masraflarla birlikte gayrikabili rücu olmak üzere ödeneceğinin garanti edildiğini" belirtilmiştir.

Atıf yapılan hükümlerde kart hamili ve ortak kart hamillerinin doğmuş ve doğacak tüm borçları 3.kişi tarafından garanti edilmiş, kartın kaybı, çalınması ve şifrenin deşifre edilmesi hallerinde ise –herhangi bir limite bağlı olmaksızın ve temerrüt faizi, diğer her tür masraflarla birlikte–3.kişinin doğrudan sorumlu olduğu belirtilmiştir.

Davada 3.kişinin bağımsız olarak bir borç üstlendiğini ileri sürmek mümkündür.,

Kefil, ödediği oranda alacaklının haklarına halef olur ve borçluya rücu edebilir. Garanti verene ise kanuni halefiyet hakkı tanınmamıştır. Garanti sözleşmesinde alacaklı fiili üstlenilen üçüncü kişinin edimi yerine getirmemesi halinde derhal garanti verene müracaat edebilir.

Olayda, taahhüt eden 3.kişi belirtilen hüküm ile borçlunun edimini yerine getirmemesi nedeniyle, her hangi bir protestoya vs.ye gerek kalmaksızın kendine müracaatı kabul etmiş ve alacaklı da edim yerine getirilmediği an, alacağının tahsili için 3.kişiye müracaat etmiştir.

Ayrıca kefalet sözleşmesinde kefilin *sorumlu tutulacağı azami miktarın belirtilmesine bağlı* olduğu halde, garanti sözleşmesinde her hangi bir limit belirtilmemiştir.

Olayda ise 3.kişi "kart hamili ve ortak kart hamillerinin **doğmuş ve doğacak tüm borçları**, hatta kartın kaybedilmesi, çalınması, şifrenin deşifre edilmesi hallerinde doğacak borçlar da dâhil olmak üzere, bankaca ödenmesi istenecek meblağların **herhangi bir limite**

bağlı olmaksızın, temerrüt faizi ve diğer hür türlü masraflarla birlikte ödeyeceğini” taahhüt etmiştir.

Bankaca kart hamiline belli bir limitin tahsis edilmesi, bu sözleşmeyi limiti belirlenmiş hale getirmemektedir. Bu limiti artırmak ya da azaltmak tamamen bankanın inisiyatifinde olup, davacı-3.kişi de ayrıca tüm doğacak borçlarla (hem hamilin hem de ortak kart sahiplerinin) ve her tür masraf ve temerrüt faizini ödeyeceğini kabul etmiştir. Burada değişebilir bir parasal miktar vardır ve limitin sabit şekilde tesbiti mümkün değildir.

Bu nedenle kefalet sözleşmesinin limit unsuru burada gerçekleşmemektedir.

Ayrıca davalı-3.kişi sözleşme ile bağımsız bir borç üstlenmiştir. Zira sözleşme hükmü ile 3.kişinin borcu bankaca talep koşuluna bağlanmış, asıl borcun ödenmemesi halinde 3.kişiye müracaat edileceği öngörülmemiştir.

Açıklanan nedenlerle, HGK. kurulunun kararına katılmak mümkün değildir.

HGK.nun “aralarında hiçbir menfaat olmayan ve ticari bir gaye gütmeyen, sadece dostane ilişkiler nedeniyle, tüketime yönelik banka kredi kartı kullanmasına imkân tanımak için taraflar arasında verilen teminatın, garanti beyanı adı altında alınmış olsa da bunun bir garanti sözleşmesi amacı ile değil kefalet amacı ile verildiğinin kabulünün gerekeceği” şeklindeki beyanına da sözleşme serbestisi gereği kabul etmek mümkün değildir.

Davacı-3. kişi sözleşme serbestisi sınırları dâhilinde, serbest iradesi ile sözleşmedeki riski üstlenmiştir.

HGK. nun kararı güçlü banka karşısında, bazen bir ricayı kıramayıp imza atan ve çok ağır mali yükümlülüklerle karşı karşıya kalan 3.kişileri koruma maksadı gütmektedir.

Yargıtay’ca her ne kadar doğru bir amaç hedeflenmişse de, bu hedefe ulaşmak için kullanılacak yöntem, BK. Md. 19-20 anlamında sözleşmeye aykırılık olup olmadığının, gabin ya da müzayaka halinin bulunup bulunmadığının tesbitiyle, taraflar açısından subjektif işlem temelinin çöküp çökmediğinin ortaya çıkarılması olmalıdır.

Ahlaka, kanunum emrettiği hükümlere, hukuka ve genel düzene aykırı olması halinde, belirtilen sözleşme evleviyetle geçersiz olacaktır.

Yine belirtilen sözleşmeye tüketiciyi koruma kapsamında da müdahale etmek mümkündür.

Sözleşme koşullarının açık şekilde, taraflardan birinin mahvına sebep olması halinde, hukuki işlemin o kişi açısından subjektif olarak çöktüğünün belirlenerek, o kişiler açısından sözleşme hükmünün de tadil edilmesi mümkün olacaktır.

Bu nedenle HGK. kararına katılmak mümkün değildir.

YARARLANILAN KAYNAKLAR

- KARAHASAN, Mustafa Reşit** Türk Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Öğreti-Yargıtay Kararları-İlgili Mevzuat, Tümü Yeniden İşlenmiş ve Genişletilerek Yenilenmiş Baskı, (Beta Basım Yayım) Ankara 2002, C:II.
- TANDOĞAN, Halûk** Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri (İstisna (Eser) ve Vekâlet Sözleşmeleri, Vekâletsiz İş Görme, Kefalet ve Garanti Sözleşmeleri), (Evrım Basım-Yayım-Dağıtım), İstanbul 1989, C:II.
- YAVUZ, Cevdet** Borçlar Hukuku Dersleri-Özel Hükümler, Yenilenmiş 2. Baskı, (Beta Basım Yayım), İstanbul 2001.
- ZEVLİLER, Aydın** Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Genişletilmiş ve Gözden Geçirilmiş 3.Baskı, (Savaş Yayınları), Ankara 1987