

**T.C.
KIRIKKALE ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK ANABİLİM DALI**

MUSA SERDAR

**BANKA KREDİ KARTI SÖZLEŞMELERİNDE
ŞAHSİ TEMİNATIN HUKUKİ NİTELİĞİ**

YÜKSEK LİSANS TEZİ

**TEZ DANIŞMANI
DOÇ. DR. KÜRŞAT NURİ TURANBOY**

KIRIKKALE - 2010

T.C.
KIRIKKALE ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ MÜDÜRLÜĞÜ'NE

Musa SERDAR tarafından hazırlanan "Banka Kredi Kartı Sözleşmelerinde Şahsi Teminatın Hukuki Niteliği" adlı tez çalışması, jürimiz tarafından, Özel Hukuk Anabilim Dalı'nda YÜKSEK LİSANS TEZİ olarak oybirliği / oyçokluğu ile kabul edilmiştir. 22.12.2010.

Başkan


Doç. Dr. Kürşat N. TURANBOY
(Danışman)

Üye

Doç. Dr. M. Emin BİLGE

Üye

Yrd.Doç.Dr. Xasin POYRAZ

ÖZET

Günümüzde kredi kartları insan hayatının önemli bir parçası haline gelmiştir. Ancak kredi kartı kullanımının pek çok yararı olmasına rağmen, Türkiye’de yaşanan ekonomik krizler, halkımızın kredi kartı kullanımı konusunda yeterince bilinçlendirilememiş olması ve kart çıkaran kuruluşlarca kredi yeterliliği konusunda yeterli inceleme yapılmadan kredi kartı verilmesi, kart hamillerinin borçlarını ödeyememesiyle birlikte kart hamili lehine kart çıkaran kuruluşa karşı şahsi teminat veren üçüncü kişileri de etkilemektedir.

Üçüncü kişinin verdiği şahsi teminatın niteliğinin ne olduğunun belirlenmesi, bu kişilerin kredi kartının borcundan sorumlu tutulup tutulamayacakları, tutulabileceklerse hangi miktara kadar sorumlu olacakları ve neticede üçüncü kişilere yönelik dava ve icra takiplerinin nasıl sonuçlanacağı noktasında büyük önem taşımaktadır. Bu sebeple tezimizde özellikle tartışma konusu olan bu noktalara Banka Kartları ve Kredi Kartları Kanunu ile Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun ışığı altında açıklık getirilmeye çalışılacaktır.

Ülkemizde son yıllarda kredi kartı borcunun ödenmemesi nedeniyle teminat veren üçüncü şahıslara karşı yapılan icra takipleri ve açılan davaların sayısı da dikkate alındığında kredi kartı sözleşmelerinde şahsi teminatların hukuki niteliğinin inceleneceği bu çalışmanın uygulamaya da katkıda bulunacağı ümit edilmektedir.

ABSTRACT

Today, credit cards have become an important part of human life. However, despite there are a lot of benefits of using credit cards, several reasons including the financial crises in Turkey, lack of public awareness regarding the use of credit cards and giving credit cards without making sufficient examination regarding credit rating by credit card issuers lead the inability of cardholders to pay their debts as well as affect third person who provides personal guarantee to card issuers in cardholders favour.

The determination of the attribution of the personal guarantee provided by the third person is highly important regarding the responsibility of concerned person from credit card debt, if he is responsible, the maximum limit of responsibility and finally how to conclude the law suits and enforcement proceedings against third person. Therefore, in this dissertation, these controversial issues will be enlightened in the light of Bank Cards and Credit Cards Act and The Act on the Protection of Consumer.

This dissertation that analyzes the legal aspect of the personal guarantee in credit card contracts will likely contribute the legal practice considering the number of law suits and enforcement proceedings against third person who provides guarantee due to non-payment of credit card debt in our country recent years.

KİŞİSEL KABUL / AÇIKLAMA

Yüksek Lisans tezi olarak hazırladığım “Banka Kredi Kartı Sözleşmelerinde Şahsi Teminatın Hukuki Niteliği” adlı çalışmamı, ilmi ahlak ve geleneklere aykırı düşecek bir yardıma başvurmaksızın yazdığımı ve faydalandığım eserlerin bibliyografyada gösterdiklerimden ibaret olduğunu, bunlara atıf yaparak yararlanmış olduğumu belirtir ve bunu şeref ve haysiyetimle doğrularım.

19 / 01 / 2010

Musa SERDAR

ÖNSÖZ

“Banka Kredi Kartı Sözleşmelerinde Şahsi Teminatın Hukuki Niteliği” konulu tezimi uzun ve yoğun bir çalışma sürecinden sonra tamamladım. Konu üzerinde bugüne kadar yazılmış bir tez bulunmamakta, sadece az sayıda makale bulunmaktadır. Konu üzerinde yeterince çalışma yapılmadığından, tezimizin bilimsel anlamdaki çalışmalara yarar sağlayacağı ve tezimizden sonraki zamanlarda konuyla ilgili çalışmalar ile tezimizdeki eksikliklerin giderilebileceği inancındayım.

Tez çalışmalarım sırasında kıymetli görüşleriyle beni yönlendiren, tezimizin tamamlanması için yoğun işleri arasında bana da zaman ayırıp maddi ve manevi desteğini esirgemeyen, bu çalışmanın hazırlanmasında çok büyük katkıları olan, kıymetli hocalarım Doç. Dr. Kürşat Nuri TURANBOY’a ve Doç. Dr. Mehmet Emin BİLGE’ye teşekkür ederim. Her zaman olduğu gibi tezimi yazarken de benden sevgi ve desteklerini esirgemeyen ve bu çalışma sürecinde her türlü fedakarlığı yapan sevgili eşim Sevil SERDAR ve varlığı her türlü çalışmalarımda bana destek olan iki yaşındaki oğlum Celal SERDAR ile manevi destekleri ve sevgileri için annem Cemile SERDAR ve babam Celal SERDAR’a, olmayan kardeşimin yerine geçerek desteğini esirgemeyen Nusret ÇETİN’e ve ayrıca tezimi hazırlamam için zaman ve imkan sağlayan Düzce Cumhuriyet Başsavcısı Ekrem YİĞİT ile Düzce Cumhuriyet Savcısı Mehmet AYAZ’a teşekkürü bir borç bilirim.

Kırıkkale, 2010

Musa SERDAR

İÇİNDEKİLER

KISALTMALAR	XI
GİRİŞ	1

BÖLÜM I KREDİ KARTLARI

&1 Kredi Kartlarının Tanımı ve Özellikleri	3
&2 Benzer Kavramlarla Karşılaştırılması.....	5
&3 Tarihi Gelişimi	7
&4 Kredi Kartlarının Hukuki Niteliği	9
I- Banka Hukuku Açısından	9
II- Kıymetli Evrak Hukuku Açısından	13
&5 Kredi Kartlarının Sınıflandırılması	15
I- Sisteme Katılanların Sayısı Bakımından	15
II- Kart Hamiline Sunulan Edim Bakımından	17
III- Sözleşmesel Sorumluluğun Sujeleri Bakımından	18
IV- Kart Sahibinin Sıfatı Bakımından	19
V- Kredi Kartını Çıkaran Kuruluş Bakımından	19
VI- Sağladığı Olanaklar Bakımından	20
VII- Kullanım ve Geçerlilik Alanı Bakımından	21
VIII- İçerdiği Bilgileri Saklama Yöntemi Bakımından	21
&6 Kredi Kartlarının Çalışma Şekli	22
&7 Kredi Kartı Sözleşmelerinin Tarafları ve Aralarındaki Hukuki İlişki	25
I- Kredi Kartı Sözleşmelerinin Tarafları	25
II- Taraflar Arasındaki Hukuki İlişkiler	25
A- Kredi Kartını Çıkaran Kuruluş İle Üye İşyeri Arasındaki İlişkiler ...	27
1. Sözleşmenin Kurulması	27
2. Taraflar Arasındaki Sözleşmenin Hukuki Niteliği	28
3. Tarafların Hak ve Yükümlülükleri	29
a- Kartı Çıkaran Kuruluşun Yükümlülükleri	29
b- Üye İşyerinin Yükümlülükleri	32

4. Sözleşme İlişkisinin Sona Ermesi	36
B- Kredi Kartını Çıkaran Kuruluş İle Kart Hamili Arasındaki İlişkiler	37
1- Sözleşmenin Kurulması	37
2- Taraflar Arasındaki Sözleşmenin Hukuki Niteliği	39
3- Tarafların Hak ve Yükümlülükleri	40
a- Kartı Çıkaran Kuruluşun Yükümlülükleri	40
b- Kart Hamilinin Yükümlülükleri	44
4- Sözleşme İlişkisinin Sona Ermesi	47
C- Kart Hamili İle Üye İşyeri Arasındaki İlişkiler	48
&8- Kredi Kartı Kullanımının Taraflar Açısından Yararları ve Sakıncaları	48
I- Yararları	49
A- Kart Hamili Açısından	49
B- Üye İşyeri Açısından	51
C- Kartı Çıkaran Kuruluş Açısından	53
D- Ekonomi Açısından	54
II- Sakıncaları	54
A- Kart Hamili Açısından	54
B- Üye İşyeri Açısından	56
C- Kartı Çıkaran Kuruluş Açısından	57

BÖLÜM II

KREDİ KARTI SÖZLEŞMELERİNDE ŞAHSİ TEMİNATLAR

&1- Teminat Kavramı ve Teminat Sözleşmeleri	59
&2- Teminat Çeşitleri	60
I- Nesnel Teminatlar	61
II- Şahsi Teminatlar	61
&3- Kredi Kartı İlişkisinde Başvurulan Şahsi Teminat Modelleri	62
I- Kefalet Sözleşmesi	62
A- Tanımı, Tarafları, Konusu, Sebebi ve Unsurları	62
1- Tanımı	62
2- Tarafları	63
3- Kefilin Ediminin Konusu	64
4- Kefalet Sözleşmesinin Sebebi	65

5-	Kefalet Sözleşmesinin Unsurları	65
a-	Kefilin Borcunun Fer'i (Yan) Borç Olması	65
b-	Kefilin Borcunun Tali (İkinci Derecede) Borç Olması	69
c-	Kefilin Borcunun Asıl Borca Yabancı Bir Borç Olması	70
d-	Kefalet Sözleşmesinin Tek Tarafa Borç Yükleyen Bir Sözleşme Olması (İvazsız Olması)	71
e-	Kefalet Sözleşmesinin Bağımsız Sözleşme Olması	71
B-	Kefalet Sözleşmesinin Geçerlilik Şartları	72
1-	Kefalet Sözleşmesinin Esasa İlişkin Geçerlilik Şartları	72
a-	Geçerli Bir Asıl Borcun Bulunması	72
b-	Esas Bakımından Geçerli Bir Kefalet Sözleşmesinin Yapılması	74
2-	Kefalet Sözleşmesinin Şekle İlişkin Geçerlilik Şartları	76
a-	Sözleşmenin Yazılı Biçimde Yapılmış Olması	76
b-	Meblağın Sözleşmede Yer Alması	78
c-	Sözleşmenin İçeriği	79
C-	Kefaletin Çeşitleri	80
1-	Adi Kefalet	80
2-	Müteselsil Kefalet	81
3-	Birlikte Kefalet	81
4-	Kefile Kefalet	82
5-	Rücu Kefalet	82
6-	Zarara (Açığa) Kefalet.....	83
D-	Kefalet Sözleşmesinin Hükümleri	84
1-	Kefilin Sorumluluğunun Kapsamı	84
2-	Kefil İle Alacaklı Arasındaki İlişki	87
3-	Kefil İle Asıl Borçlu Arasındaki İlişki	89
E-	Kefalet Sözleşmesinin Sona Ermesi	90
II-	Garanti Sözleşmesi	93
A-	Tanımı, Tarafları, Hukuki Niteliği ve Unsurları	93
1-	Tanımı	93
2-	Tarafları	94
3-	Hukuki Niteliği	95
4-	Garanti Sözleşmesinin Sebebi	96

5- Unsurları	96
a- Garanti Alanı Belli Bir Amaca Yönelme	96
b- Tehlike (Riziko) Yüklenilmesi	97
c- Bağımsız Yükümlülük Altına Girme	99
d- İvazsızlık	100
B- Garanti Sözleşmesinin Geçerlilik Şartları	101
1- Esasa İlişkin Geçerlilik Şartları	101
2- Şekle İlişkin Geçerlilik Şartları	103
C- Garanti Sözleşmesinin Çeşitleri.....	104
1- Teminat Amaçlı (Kefalet Benzeri) Garanti Sözleşmesi	104
2- Yönelme Amaçlı (Saf) Garanti Sözleşmesi	106
3- Teminatı Amaçlı (Kefalet Benzeri) Garanti Sözleşmesi İle Yönelme Amaçlı (Saf) Garanti Sözleşmesi Arasındaki Farklar	106
D- Garanti Sözleşmesinin Hükümleri	107
1- Tarafların Hakları ve Yükümlülükleri	107
2- Garanti Veren Üçüncü Şahsa Rücu Hakkı	110
E- Garanti Sözleşmesinin Sona Ermesi	111

BÖLÜM III

BANKA KREDİ KARTI SÖZLEŞMELERİNDE ŞAHSİ TEMİNATIN HUKUKİ NİTELİĞİNİN BELİRLENMESİ SORUNU

&1- Şahsi Teminatın Hukuki Niteliğinin Belirlenmesinin Önemi	114
&2- Şahsi Teminatın Kefalet Veya Garanti olarak Nitelendirilmesinin Farklı Sonuçları	117
&3- Şahsi Teminatın Hukuki Niteliğinin Belirlenmesi	120
I - Sözleşmede Kullanılan Terimlerin Nitelendirmedeki Etkisi	121
II - Nitelendirmede Kullanılan Kriterler	122
A- Nitelendirmede Kullanılan Temel Kriterler	122
1- Aslilik - Fer'ilik Kriteri	122
2- Menfaat Kriteri	124
3- Kişiyeye Yönelik İlgı - Sonuca Yönelik İlgı Kriteri	125
4- Şahsi Teminat Veren Tarafından Yüklenilen Yükümlülüğün Kapsam ve Niteliği	126

B-	Nitelendirmede Kullanılan Yan Kriterler	127
1-	Temel Borç İlişkinde Atıf Yapılması	127
2-	Def'i ve İtirazlardan Feragat Edilmesi	128
3-	Sözleşmede "İlk Talepte Ödeme" Kaydının Yer Alması	129
4-	Rücu Hakkı Konusunda Özel Düzenleme Getirilmesi	131
5-	Müteselsilen Sorumluluk Yüklenme	131
6-	Şahsi Teminat Veren Yükümlülüğünün, Edimin Kusurlu Olarak Yerine Getirilmemesi Şartına Bağlanması	131
III-	Nitelendirmeye İmkan Tanımayan Kriterler ve Eleştirileri	132
A-	Tali Sorumluluk - Birinci Derecede Sorumluluk Kriteri	132
B-	Aynen İfa Yükümlülüğü - Tazminat Ödeme Yükümlülüğü Kriteri ..	133
C-	Yazılı Şekil - Sözlü Şekil Kriteri	134
D-	Tarafların Farklılığı Kriteri	134
E-	Alacak - Teşebbüs Kriteri	135
F-	Rizikonun Mahiyeti Kriteri	135
G-	Para Borcunun Tekeffülü - Bir Fiilin Tekeffülü Kriteri	136
IV -	Şüphe Halinde Kefalet Karinesi	136
&4-	Kefalet ve Garanti Ayrımına İlişkin Kriterlerin Kredi Kartı İlişkinde Uygulanması	138
I-	Sözleşmede Kullanılan Deyimler Bakımından	142
II-	Nitelendirmede Kullanılan Kriterler Bakımından	143
III-	Kefalet Karinesinin Kredi Kartı İlişkindeki Yeri	146
&5-	Kredi Kartı Sözleşmelerinde Şahsi Teminatın Hukuki Niteliğinin Belirlenmesi Sorununa Uygulamanın Bakışı ve Uygulamanın Bakışına Öğretide Getirilen Eleştiriler	147
I-	Kredi Kartı Sözleşmelerinde Şahsi Teminatın Hukuki Niteliğinin Belirlenmesi Sorununa Uygulamanın Bakışı	147
II-	Uygulamanın Bakışına Öğretide Getirilen Eleştiriler	156
SONUÇ	161
KAYNAKÇA	166

KISALTMALAR

ATM	: Otomatik Vezne Makinesi
AÜEHFD	: Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi
AÜHFD	: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
AÜSBFD	: Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi
BATİDER	: Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi
BDDK	: Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurulu
BK	: Borçlar Kanunu
BKM	: Bankalararası Kart Merkezi
bkz.	: Bakınız
C	: Cilt
dn	: Dipnot
E	: Esas
GÜHFD	: Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
HD	: Hukuk Dairesi
HGK	: Hukuk Genel Kurulu
İBD	: İstanbul Baro Dergisi
İBK	: İçtihadı Birleştirme Kararı
K	: Karar
KÜHFD	: Kocaeli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
m	: Madde
MK	: Türk Medeni Kanunu
POS	: Satış Noktası Terminali
RG	: Resmi Gazete
s	: Sayfa
S	: Sayı
T	: Tarih
TBB	: Türkiye Barolar Birliği
vb	: ve benzeri
vd	: ve devamı
Yarg	: Yargıtay
YKD	: Yargıtay Kararlar Dergisi

GİRİŞ

Finansman dünyasının dinamik yapısı, değişen ve artan ihtiyaçları karşılamaya yönelik yenilikleri de ortaya çıkarmaktadır. Finansman alanında faaliyet gösteren kurum ve kuruluşların sunduğu finanssal hizmetler içerisinde doğrudan bireye yönelik olanlar, son yıllarda gerek dünyada gerekse Türkiye’de önemli gelişmeler göstermiştir. Bankalar ve banka dışı kuruluşlar özellikle orta gelirli tüketicilerin finanssal hizmetlerden faydalanmalarını sağlamak üzere piyasaya çeşitli ürünler çıkarmışlardır.

Piyasaya sunulan çeşitli ürünlerden birisi de kredi kartlarıdır. Ülkemizin 1970’li yıllarda tanıştığı kredi kartları, kısa zamanda yaygın bir kullanım alanına ulaşmıştır. Kredi kartlarının kısa bir dönemde ticari yaşamda böylesine benimsenmesi, sağlamış olduğu kolaylıklardan kaynaklanmaktadır. Gerçekten kredi kartları bir yandan taşıyıcısına nakit ödemeksizin alışveriş olanağı vermek suretiyle onu nakit taşımak külfet ve tehlikesinden kurtarmakta, limit dahilinde para çekme makinelerinden (ATM) nakit çekilebilmesine ve alışverişten/nakit çekiminden doğan borcun belirli bir kısmının ödenip bakiyesinin taksitlendirilmesini sağlamakta, diğer yandan da mal ve hizmet satıcılarının iş hacminin artmasına yol açmaktadır.

Ancak ülkemizde 1980’li yılların başından itibaren uygulanan tüketim ekonomisini canlandırmaya yönelik politikaların da katkısıyla baş gösteren aşırı tüketim eğilimi, özellikle alışveriş anında yeterli nakit paraya sahip olmayan dar ve orta gelirli kesimleri kredi kartı kullanmaya yönelmesi, kart çıkaran kuruluşların yoğun reklam kampanyaları ile etkili pazarlama teknikleri kullanması, özellikle de kredi liyakati bulunmayan kişilere dahi gelişigüzel kredi kartı verilmesi ve Türkiye ekonomisinin son 10 yılda üst üste yaşadığı ekonomik krizler kredi kartı hamillerinin büyük bir kısmının borcunu ödeyememesi sonucunu doğurmuştur.

Bu olumsuz gelişme kredi kartı hamilleri kadar bu kartların hamilleri lehine şahsi teminat veren üçüncü kişileri de etkilemektedir. Çünkü; kredi kartı borcu ödenmeyip hesap bankaca kesilerek kanuni takip aşamasına geçildiğinde kart çıkaran

kuruluşlar hamille birlikte teminat verene veya doğrudan ve yalnızca teminat verene başvurmakta, tahsilatı da çoğunlukla sadece teminat verenden yapabilmektedir.

“Banka Kredi Kartı Sözleşmelerinde Şahsi Teminatın Hukuki Niteliği”nin tarafımızca tez konusu olarak seçilmesinin nedeni Türk Hukukunda yeteri kadar ve düzenli bir şekilde incelenmemiş olmasıdır. Çalışmamızın amacı kullanımı bu ölçüde yaygınlaşmış ancak hukuki olarak çok fazla irdelenmemiş olan kredi kartlarına üçüncü kişilerin vermiş olduğu şahsi teminatların niteliğinin belirlenmesi, bu kişilerin verdikleri teminatların sorumluluk sınırlarının araştırılarak tespit edilmesidir.

Tezimizin birinci bölümünde kredi kartı kavramı, kredi kartlarının sınıflandırılması, çalışma şekli, tarafları ve tarafları arasındaki hukuki ilişkiler ile yararları ve sakıncaları anlatılacaktır.

İkinci Bölümde kredi kartı ilişkilerinde başvuru şahsi teminat modelleri ile bunlardan kefalet ve garanti sözleşmelerinin çeşitleri, unsurları, geçerlilik şartları ile tarafları arasındaki ilişkiler irdelenecektir.

Son olarak üçüncü bölümde ise nitelendirmenin önemi ile sonuçlarına yer verilerek, nitelendirmede kullanılacak ve kullanılmayacak kriterler açıklandıktan sonra uygulamanın konuya bakışı ve bu bakışa öğretilen eleştiriler anlatılacaktır.

BÖLÜM I

KREDİ KARTLARI

&1 Kredi Kartlarının Tanımı ve Özellikleri

Kredi kartları teknolojinin yenilenmesiyle her geçen gün yeni bir takım özellikleri bünyesine kattığından yapılan tanımlar teknolojik gelişmelerin gerisinde kalmaktadır. TEOMAN kredi kartını “*Hamiline belirli bazı işletmelerde peşin para vermeğe zorunlu olmaksızın mal ya da hizmet satın alma olanağını sağlayan kart*” olarak tanımlamıştır¹. ÇEKER de aynı şekilde kredi kartını “*hak sahibi kişiye belirli işyerlerinden nakit ödemeksizin mal satın alma ve sunulan hizmetlerden yararlanma olanağı sağlayan bir ödeme aracı*” olarak tanımlamıştır².

İlk uygulamasında sadece ödeme aracı olarak kullanılan kredi kartlarına, teknolojinin ilerlemesiyle ATM adı verilen otomatik vezne makinelerinden ve nakit çekim yerlerinden nakit çekebilme özelliğinin de verilmesiyle kredi kartı tanımı yeniden yapılmıştır. Bu tanıma göre kredi kartı, “*banka ve kartlı sistem kurma ya da kart çıkarma amacıyla kurulmuş şirketlerin kendi kurdukları sistem çerçevesinde yurt içinde ya da yurt dışında kartlı sistem kurma ya da kart çıkarma amaçlarıyla kurulmuş şirketler ile yaptıkları anlaşmalara dayanarak, sahipliği kendilerine ait olmak üzere*

¹ TEOMAN, Ömer, Hukuki Yönden Kredi Kartı Uygulaması, (Kredi Kartı), İstanbul, 1996, s. 6.

² ÇEKER, Mustafa, Kredi Kartı Uygulaması ve Özel Hukuk Açısından Kredi Kartının Hukuka Aykırı Kullanımı, (Kredi Kartı), Ankara, 1997, s. 33.

çıkardıkları, taşıyana mal, hizmet ya da para sağlama ile her türlü ödemeleri yapma olanağı sağlayan karttır”³.

Elektronik ticaretin yaygınlaşması ile kredi kartları fiziki niteliklerini kaybederek fiziki varlığı bulunmayan kart numarasına dönüşmüşlerdir. 01/03/2006 tarihli Resmi Gazetede yayımlanarak yürürlüğe giren 5464 sayılı Banka Kartları ve Kredi Kartları Kanunu 3/1-e maddesinde de kredi kartı tanımı güncellenmiş ve kredi kartı, “nakit kullanımı gerekmeksizin mal ve hizmet alımı veya nakit çekme olanağı sağlayan basılı kartı veya fiziki varlığı bulunmayan kart numarasını ifade eder.” şeklinde tanımlanmıştır. Kredi kartının her geçen gün yeni özellikler kazanmasıyla birlikte yapılan tanımlar da değişiklik gösterdiğinden, yapılabilecek tüm değişiklikleri de kapsayacak şekilde bir tanım yapmak gerekirse, kredi kartı mülkiyet hakkı kartı çıkaran kuruma ait olup, kartı çıkaran kurumun üyelerine belli bir limit dahilinde, yurtiçi ve/veya yurtdışında, üye işyerlerinde nakit kullanımı gerekmeksizin mal ve hizmet alımı ile yetkili nakit ödeme birimlerinden veya otomatik vezne makinelerinden (ATM) nakit çekmede ve kartı çıkaran kurumca tanınan ve ileride dahil olabilecek tüm hizmetlerde kullanılmak üzere verdiği basılı plastik kart ile internet, e-ticaret, telefon/mail order vb. üzerinden harcama belgesi imzalamaksızın yapılan alışverişlerde kullanılan kart numarasıdır şeklinde tanımlanabilir⁴.

Klasik anlamda kredi kartı, şekil itibariyle kolay taşınabilen ve belirli boyutlarda çıkarılan plastik bir karttan ibarettir. Kartın önyüzünde kartı çıkaran kurumun ticaret unvanıyla amblemi, kartın geçerlilik alanı ve süresinin yanı sıra kart hamilinin adı ve soyadı (tüzel kişilerde ticaret unvanı) yer alır. Bazı kredi kartlarında güvenlik amacıyla kartın önyüzüne hamilin resmi de konulabilmektedir. Kredi kartının arka yüzünde ise kart hamilinin imzalaması gereken ve hassas nitelikteki bir özel alan, kart hamiline ilişkin bilgilerin saklandığı manyetik alan ve özel güvenlik numaraları bulunur⁵. Son dönemde smart kart/akıllı kart/chip kart olarak tanımlanan kredi

³ BAYDEMİR, Mehmet, Her yönüyle Kredi Kartları, İstanbul, 2004, s. 5; Bankalararası Kart Merkezi de kredi kartını aynı şekilde tanımlamıştır. Bkz www.bkm.com.tr/sozluk.aspx (Erişim: 14/04/2009), B.K.M. ile ayrıntılı bilgi için bkz TEOMAN, Kredi Kartı s 24 vd; AÇIKGÜL, Emine/Hacı Ali AÇIKGÜL, Teori ve Uygulamada Kredi Kartı Sözleşmeleri, Ankara, 2007 s. 24 vd; www.bkm.com.tr (Erişim: 14/04/2009).

⁴ T.C. Ziraat Bankası A.Ş. Kredi Kartı Üyelik ve Kredi Sözleşmesi m. 1.

⁵ BUHUR, Oğuzhan, Tüketici Kredisi Açısından Kredi Kartı Uygulaması, Ankara, 2004, s. 28; ÇEKER, Kredi Kartı s. 34; AÇIKGÜL/AÇIKGÜL, s. 20.

kartlarının üzerine manyetik bantlar yerine yarı iletken chipler yerleştirilmekte⁶ hatta Banka Kartları ve Kredi Kartları Kanunu 3/1-e bendi uyarınca fiziki varlığı bulunmayan kart numaraları da kredi kartı olarak kabul edilmektedir.

Kredi kartının önyüzünde bulunan kabartma rakamlarla yer alan 16 haneli kartın kimlik numarası kartın tanıtıcı özelliklerinden birisidir. Bu numaraların ilk 6 numarası uluslar arası kart kuruluşlarınca kartı çıkaran kuruma verilen kod numarasıdır. İzleyen 3 hane ise kartın verildiği şubenin sabit numarasıdır. Bunları izleyen 5 hane kart hamilinin şubedeki kart numarası olup 15. hane bu hesaptan çalışan kartların ana kart ve/veya ek kart olduğunu gösterir. Son hane ise kontrol amaçlıdır⁷.

&2 Benzer Kavramlarla Karşılaştırılması

Çalışmanın bu bölümünde kavram kargaşasına yer vermemek için kredi kartları ile teknolojik gelişmelerin finans sektöründe kullanılmasıyla ortaya çıkan ve kredi kartına benzeyen kart türleri hakkında kısa açıklamalara yer verilecektir.

Kredi kartına benzer özellikler taşıyan kartların başında Hesaba Erişim Kartı veya Bankamatik Kartı olarak da bilinen banka kartları (debit card) gelir⁸. Banka Kartları ve Kredi Kartları Kanunu 3. maddesinde banka kartı, “mevduat hesabı veya özel cari hesapların kullanımı dahil bankacılık hizmetlerinden yararlanmayı sağlayan kart” şeklinde tanımlanmıştır. Bankalararası Kart Merkezi ise banka kartını, kart hamiline verilen şifre aracılığıyla kart hamilinin mevduat hesabına ulaşarak Otomatik Vezne Makineleri (ATM) ve Satış Noktası Terminallerinden (POS) mal ve hizmet alma, para çekme ve sunulan diğer bankacılık hizmetlerini yerine getirmek amacıyla banka müşterilerine verilen kart olarak tanımlamıştır⁹.

⁶ Bu kartlar hakkında ayrıntılı bilgi için bkz YILMAZ, Eyyüp, Türkiye'de Kredi Kartı Uygulaması ve Ekonomik Etkileri, İstanbul, 2000, s. 15-16; ÇIRPAN, Belgin, Kredi Kartları, Bursa, 2000, s. 106 vd.

⁷ BAYDEMİR, s. 6; ÇIRPAN, s. 25.

⁸ ÇEKER, Kredi Kartı s. 35; BUHUR, s. 29; AÇIKGÜL/AÇIKGÜL, s. 21.

⁹ www.bkm.com.tr/sozluk.aspx (Erişim: 14/04/2009).

Banka kartının kullanılabilmesi için kart hamilinin bankada bir mevduat hesabının bulunması ve bu hesabında karşılığın bulunması zorunludur. Oysa kredi kartının kullanılabilmesi hamilinin hesabında karşılık olmasına bağlı olmadığı gibi hesabın varlığını da gerektirmez. Bu özellik kredi kartları ile banka kartları arasındaki en önemli ayrımdır¹⁰. Ayrıca kredi kartı ile yapılan mal ve hizmet alımlarında faizsiz bir dönem sağlanmakta ve bu dönem içerisinde kart hamilini nakit ödeme zorunluluğundan kurtarmaktadır¹¹. Yine kredi kartının kullanılmasıyla “döner kredi¹²” söz konusu olurken, banka kartının kullanılmasıyla herhangi bir kredi kullanımı söz konusu olmamaktadır¹³.

Kredi kartı ile benzer özellikler gösteren bir diğer kart, çek kartıdır. Çek kartları bankaların daha çok kurumsal bankacılık işlemleri yapan ve ticari hesabı bulunan müşterilerine verdikleri, kart hamillerinin keşide etmiş oldukları çeklerle ilgili olarak belirli tutarda ödeme garantisi verilen kartlardır¹⁴. Çek kartının amacı, çek keşide etmeye yetkili kişilerin keşide ettikleri çek tutarının bir kısmının çek kartını veren banka tarafından garanti edilmesi ve bu sayede karşılıksız çek keşide edilmesi nedeni ile oluşan güvensizliğin çek kartı sayesinde kısmi de olsa giderilmesidir¹⁵.

Çek kartı uygulamasında ödeme aracı olarak çek kartı değil, çek yapığı kullanılmaktadır. Çek kartı ise çek miktarının bir kısmının muhatap banka tarafından garanti edildiğini ispata yaramaktadır. Halbuki kredi kartı tek başına ödeme aracı olma niteliğine sahip olup, alışveriş sonucu düzenlenen harcama belgesi harcamanın kredi kartıyla yapıldığını ispat etmektedir. Çek kartı ile kredi kartı arasındaki bir diğer fark da çek kartının Türk Ticaret Kanunu madde 694 ve Çekle Ödemelerin Düzenlenmesi ve Çek Hamillerinin Korunması Hakkında Kanun 3 maddesi uyarınca sadece bankalar tarafından çıkarılabilmesidir. Kredi kartı ise bankalarla birlikte Banka Kartları ve Kredi Kartları Kanunu 4. maddesindeki şartları taşıyan anonim şirketler tarafından da

¹⁰ ÇEKER, Kredi Kartı s. 36; BAYDEMİR, s. 14; AÇIKGÜL/AÇIKGÜL, s. 21.

¹¹ BUHUR, s. 29; BAYDEMİR, s. 14; AÇIKGÜL/AÇIKGÜL, s. 21.

¹² Cari hesap şeklinde işleyen kredilere döner kredi denilmektedir. Ayrıntılı açıklama için bkz AKİPEK, Şebnem, Türk Hukuku ve Mukayeseli Hukuk Açısından Tüketici Kredisi, (Tüketici Kredisi), Ankara, 1999, s. 11.

¹³ BUHUR, s. 29-30; AÇIKGÜL/AÇIKGÜL, s. 21-22.

¹⁴ YILMAZ, s. 13.

¹⁵ POROY, Reha/Ünal TEKİNALP, Kıymetli Evrak Hukuku Esasları, İstanbul, 2003, s. 276; ÇEKER, Kredi Kartı s. 34; BUHUR, s. 28; YILMAZ, s. 13; AÇIKGÜL/AÇIKGÜL, s. 22.

çıkartılabilmektedir. Ayrıca çek kartı herhangi bir sınırlama olmaksızın her yerde ve her türlü ödemede kullanılabilirken, kredi kartı sadece kart kuruluşu ile anlaşması bulunan üye işyerlerinde kullanılabilir¹⁶.

&3 Tarihi Gelişimi

Dünyada nakit para yerine, kartla ödeme yapılması fikri ilk kez Amerikalı yazar Edward BELLAMY'nin 1887 yılında yayımladığı "Looking Backward or Life in The Year 2000" isimli romanında kaleme alınmıştır. O zamanlar insanlar için çok uzak ve inanılmaz gibi görünen bu fikir, bugün hayatımızın vazgeçilmez bir parçası olan kredi kartlarının ilk doğuş işaretiydi¹⁷. Kredi kartı ilk kez 1894 yılında turizm sektörüyle sınırlı olarak Amerika Birleşik Devletlerinde Hotel Credit Letter Company tarafından dönemin seçkin işadamlarının kullanımına sunulmuştur¹⁸. Kredi kartının bu ilk ve ilkel kullanımından yaklaşık 20 yıl sonra 1914 tarihinde Western Union Bank tarafından ilk defa sınırlı da olsa "kredi" sağlayan kredi kartı çıkartılmıştır. Amerika Birleşik Devletlerinde kredi kartının bu şekilde ortaya çıkışı, günümüzden farklı olarak, bankaların farklı eyaletlerde de kullanılabilir bir "ödeme sistemi" kurma ihtiyacından doğmuştur. Zira o tarihlerde Amerikan bankaları sadece buldukları eyalette faaliyet gösterebiliyorlardı. Bunun dışında bazı büyük mağazalar ve petrol şirketleri müşterilerine kendi işyerlerinde alışveriş olanağı tanıyan kartlar çıkarmıştı. Söz konusu bu kartların hiç birisi günümüzde kullanılan gerçek anlamdaki kredi kartlarının işlevini sağlayamamıştır. Çünkü bu kartların her birinin kullanımı belirli bir coğrafi bölge, belirli bir işletme veya belirli bir mal ya da hizmetle sınırlı kalmıştır¹⁹.

Günümüz terminolojisinde kullandığımız kredi kartının ortaya çıkışı çok ilginç bir olayla başlamıştır. 1950 yılında Amerika Birleşik Devletlerinde Frank McNamara isimli avukat önemli bir müşterisini lokantaya yemeğe davet eder. Hesap geldiğinde yanında para olmadığını fark ederek hayatının en utanç verici anlarından birisini yaşar ve davetlisi olan müşterisine mahcup olmamak için kartvizitinin arkasını

¹⁶ ÇEKER, Kredi Kartı s. 34-35; BUHUR, 28-29; AÇIKGÜL/AÇIKGÜL, s. 22.

¹⁷ www.bkm.com.tr/kronoloji.aspx (Erişim: 09/04/2009).

¹⁸ ÇEKER, Kredi Kartı s. 2; TEOMAN, Kredi Kartı s. 13.

¹⁹ İŞGÜZAR, Hasan, Banka Kredi Kartı Sözleşmeleri, Ankara, 2003 s. 34.

imzalamak suretiyle yemek bedelini öder. Bunun üzerine insanların böyle durumlarda yanlarında para olmadan da ödeme yapabilecekleri bir ödeme aracı üzerinde kafa yorar²⁰. Ve Alfred Bloomingdale ve Ralph Sinder ile birlikte “Diners Club’ı kurarlar²¹.

Diners Club kredi kartıyla kart hamili belli bir ücret karşılığı sahip olduğu kartı otel, restoran gibi yerlerde ödeme aracı olarak kullanıyordu²². Kart hamiline kredi kullanma imkanı veren ilk kredi kartı da yine Amerika Birleşik Devletleri’nde, 1951 yılında Franklin National Bank tarafından çıkarılmıştır. Bunu 1958 yılında çıkarılan “American Express Card” takip etmiş, 1959 yılında ise “Americard “ adı altında Bank of Amerika tarafından çıkarılan ve 1977 yılında VİSA kart adını alan kart ile ilk yaygın ve etkin anlamda kart uygulaması başlamıştır²³.

Avrupa’da ise kredi kartı sistemi Amerika Birleşik devletlerinde olduğu gibi hızlı bir gelişme göstermemiş, Fransa’da 1960’lı yıllarda “Card Blanche” çıkarılmış, uygulama ise 1970’li yıllardan sonra yaygınlaşmıştır. Almanya’da da geniş ölçüde kabul gören bir araç olarak garantili çeklerin tercih edilmesi kredi kartlarının geç kabul edilmesine sebep olmuştur²⁴. İsviçre’de ise büyük mağazalar tarafından 1967 yılından itibaren kredi kartı çıkartılmasına rağmen gerçek anlamda ilk kredi kartı uygulaması 1972 yılından sonra başlamıştır²⁵.

Amerika Birleşik Devletleri ile kıyaslandığında çok geç kalınmış gibi görünse de Avrupa ülkeleri ile kıyaslandığında Türkiye kredi kartları konusunda çok geç kalmamıştır²⁶. Türkiye’de kredi kartı uygulaması ilk kez 1963-1964 yıllarında “Le Diners Club” ve “Carte Blanche” ile başlamıştır. O yıllarda İstanbul Turizm isimli firmanın Beyrut’taki Ortadoğu temsilciliğine bağlı olarak başlattığı bu çalışmalar, ilk olarak geniş biçimde 1968 yılında Koç Grubu’na bağlı olan Servis Turistik A.Ş. tarafından ele alınmış, söz konusu firma İstanbul Turizm Firması’ndan temsilciliği

²⁰ YILMAZ, s. 5.

²¹ ÇIRPAN, s. 4.

²² YETİM, Sedat, Kredi Kartları ve Tüketici Kredileri, Ankara, 1997 s. 3-4.;TEOMAN, Kredi Kartı s. 16, İŞGÜZAR, s. 35.

²³ YETİM, s. 4; AÇIKGÜL/AÇIKGÜL, s. 23.

²⁴ YILMAZ, s. 6.

²⁵ TEOMAN, Kredi Kartı s. 21.

²⁶ YILMAZ, s. 7.

devralmıştır. Daha sonra Amerika'dan yurt içi kart çıkarma yetkisini de alarak "Diners Club" kartlarını piyasaya sunmuştur²⁷. Bu olay Türkiye'de kredi kartı kullanımının başlangıcı olarak kabul edilmektedir²⁸. Diners Club'tan sonra Türk Ekspres Havacılık ve Turizm Ltd. Şti. aracılığı ile "American Express" kartları uygulamaya geçmiştir. Söz konusu iki kart 1975 yılına kadar piyasada birlikte yer almış, American Express'in sadece yurtdışında geçerli olan kartlarına karşın Diners Club yurt içi kart verme işlemlerini sürdürmüştür. 1975 yılında İnterbank Grubuna bağlı olarak Mastercard, Eurocard ve Access de piyasaya girmiştir²⁹. 1981 yılında Anadolu Bankası A.Ş. (sonradan Emlak Bankası A.Ş.) ABC Turizm Şirketi ile birlikte Visa temsilciliğini almış ve daha sonrasında diğer bankalarda da visa uygulaması başlamıştır³⁰. 2008 yılı sonu itibariyle ülkemizde 24.332.198'i Visa, 18.824.985'i Mastercard ve 236.842'si diğer olmak üzere toplam 43.394.025 adet kredi kartı bulunmaktadır³¹.

&4 Kredi Kartlarının Hukuki Niteliği

I- Banka Hukuku Açısından

Kart kuruluşu ile kredi kartı hamili arasında yapılan kredi kartı üyelik sözleşmesi uyarınca kredi kartı, kart kuruluşu tarafından kart hamili adına düzenlenmekte ve kart hamiline teslim edilmektedir. Fiziki varlığı bulunmayan kredi kartlarında ise kart numarası ve şifresi kart hamiline teslim edilmektedir. Banka Kartları ve Kredi Kartları Kanunu 15 maddesi uyarınca kartın kullanımından doğan sorumluluk, kartın zilyetliğinin geçtiği, fiziki varlığı bulunmayan kartlarda ise kart numarasının öğrenildiği andan itibaren kart hamiline aittir. Kart hamiline teslim edilen ve üye işyerinde nakit yerine ödeme aracı olarak kullanılan kredi kartının niteliğinin tespiti bu sebeple önemlidir.

²⁷ ÇIRPAN, s. 19.

²⁸ AÇIKGÜL/AÇIKGÜL, s. 24; ÇEKER, Kredi Kartı s. 3; İŞGÜZAR, s. 35; YILMAZ, s. 7.

²⁹ ÇIRPAN, s. 19.

³⁰ ÇIRPAN, s. 23.

³¹ www.bkm.com.tr/yillara-gore-istatistiki-bilgiler.aspx (Erişim: 09/04/2009).

Kredi kartını Banka Hukuku açısından değerlendirirken cevap aranacak soru, kart kuruluşunun kredi kartı vermekle kart hamiline kredi kullandırıp kullandırmadığıdır³². Öğretide TEOMAN Kredi kartı sisteminde bir kredi açma olgusu bulunmadığını, kredi kartı sisteminin yapısı itibariyle bir ödeme işlevi gördüğünü savunmaktadır. Yazara göre kredi kartının amacı kart hamiline, onun sahip olmadığı bir satın alma gücü sağlamak değil aksine malvarlığı durumunun elverdiği bu gücü yanında para taşımaksızın kullanabilmesi için gerekli ortam ve koşulları yaratmaktır. Yazar kredi kartları için giriş ödentisi veya yıllık aidat adı altında verilen paranın harcama ile herhangi bir orantısının bulunmamasına rağmen kredilerden alınan faiz, komisyon vb.nin fiilen kullanılan kredi ile orantılı olarak tahsil edilmesini görüşüne dayanak olarak göstermektedir. Yine yazara göre kredi sözleşmesinden söz edebilmek için tarafların amacının bu yönde olması gerekmektedir. Oysa kredi kartı çıkaran kuruluş yönünden hamile kredi kullandırmak amacı bulunmamaktadır³³.

Kredi kartı hamilinin kart kuruluşuna faiz ödememesi, tek başına bu ilişkinin kredi olmadığı sonucunu doğurmaz. Sözleşmede bu hususta bir hüküm olduğu için kart kuruluşuna faiz ödenmemektedir. Bu nedenle de burada Türk Ticaret Kanununun 22. maddesinin kart kuruluşunun iradesinden kaynaklanan bir istisnası bulunmaktadır³⁴. 5411 sayılı Bankacılık Kanunu'nda kredi kartlarının kredi niteliği konusunda açık bir hüküm bulunmamakla birlikte, Kanunun kredi kullandırma şartlarını belirleyen 50. maddesinin 5. fıkrasında "... kredi kartı verilmesi suretiyle kullanılacak krediler ..." ibaresi, kanun koyucunun kredi kartı işlemlerini kredi olarak değerlendirdiğini ortaya koymaktadır³⁵. Sonuç olarak kredi kartı sisteminde kredi kartı ile nakit ödemededen alışveriş yapma olgusu kart hamiline kredi olanağı sağlamaktadır³⁶. Çünkü kredi kartı ilişkisinin kurulması ile kart hamilinin satın alma gücü arttığı gibi, kredi kartı uygulaması kart kuruluşu açısından bir risk de oluşturmaktadır³⁷.

³² AÇIKGÜL/AÇIKGÜL, s. 38.

³³ TEOMAN, Kredi Kartı s. 227 vd.

³⁴ EKECİK, Şükran, Kredi Kartlarında Bileşik Faiz ve İcra Takibi, Banka ve Ticaret Hukuku Enstitüsü, Ticaret Hukuk ve Yargıtay Kararları Sempozyumu XXI, Ekim 2005, s. 260.

³⁵ YILMAZ, s. 135-144; AÇIKGÜL/AÇIKGÜL, s. 39.

³⁶ KUNTALP, Erden/Güzin PEKGÜÇLÜ, Kredi Kartları ve Yeni Kanun Tasarısı, Bankacılar Dergisi, Yıl 1999, S. 31, s. 133; REİSOĞLU, Seza, Banka Kredi Kartları ve Uygulama Sorunları, (Kredi Kartları), Bankacılar Dergisi, Yıl 2004, S. 49, s. 100-123; SAYIN, Serhat, Türk Hukukunda Kredi Kartı ve Kredi Kartının Hukuka Aykırı Kullanılmasından Doğan Hukuki Sorumluluk, İstanbul, 2005, s. 22-24 .

³⁷ AÇIKGÜL/AÇIKGÜL, s. 39; İŞGÜZAR, s. 154.

5411 sayılı Bankacılık Kanunu m. 48 kredileri nakdi krediler ve gayri nakdi krediler ayırımına tabi tutmaktadır. Bir işin yapılmasını, bir malın teslimini veya bir borcun ödenmesini taahhüt eden kimselerin bu taahhütlerini kararlaştırılan koşullara uygun olarak yerine getireceklerini veya borçlandıkları paraları vadesinde ödeyeceklerini temin etmek üzere, banka tarafından karşı tarafa hitaben taahhütte bulunulması, garanti verilmesi şeklindeki kredilere gayri nakdi krediler denmektedir³⁸. Kart kuruluşunun kart hamilinin kendisine ödeme yapmadan onun borcunu üye işyerine ödeyeceğini üstlenmesi Hazine Müsteşarlığı'nın 11 no.lu tebliğinde "... kredi kartlarına tahsis edilen limitler gayri nakdi kredi olarak, kredi kartlarının kullanımından doğan ve buna ilişkin ödemenin bankalarca gerçekleştirilmesi sonucunda kredi kartı hamilinden talep edilen tutar tahsil edilene kadar nakdi kredi olarak değerlendirilecek ve bu halde tahsis edilen limit ile nakdi kredi haline dönüşen tutar arasındaki fark gayri nakdi kredi olarak izlenmeye devam edilecektir." şeklinde düzenlenmiştir³⁹. Tebliğden anlaşılacağı üzere kart hamiline üyelik sözleşmesi ile tahsis edilen harcama limiti, kredi kartı kullanılmadığı sürece gayri nakdi kredi olarak kabul edilmektedir⁴⁰.

Nakdi krediler faiz veya faiz ve komisyon karşılığında belli bir vadeye bağlı olarak ödünç para verilmesi şeklinde nakit olarak kullanılan kredilerdir⁴¹. Kredi kartı sisteminin esası, kredi kartının nakit yerine ödeme aracı olarak kullanılmasıdır. Kart hamilinin yapmış olduğu harcama tutarları kart kuruluşu tarafından üye işyerine ödenmekte, kart hamili de ödeme tutarlarını kart kuruluşuna borçlanmaktadır. Kart kuruluşunun üye işyerine ödeme yaptığı tarihten, kart hamilinin kart kuruluşuna borcunu ödediği tarihe kadar kart kuruluşundan çıkan nakit, kart hamili yararına nakdi kredi niteliğindedir.⁴² Hazine Müsteşarlığı'nın 11 no.lu tebliğinde de kredi kartlarının kullanımından doğan ve buna ilişkin ödemenin bankalarca gerçekleştirilmesi sonucunda

³⁸ AÇIKGÜL/AÇIKGÜL, s. 40; İŞGÜZAR, s. 149; KUNTALP, Erden, Yargıtay Kararları Işığında Kredi Kartı, (Kredi Kartı), Banka ve Ticaret Hukuku Enstitüsü, Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu XIII, Yıl 1996 s. 278; YİĞİT, Uğur, Bankacılık Suçları, İstanbul, 2006, s.192.

³⁹ Tebliğ için bkz. R.G., T. 09/02/1995, S. 22197.

⁴⁰ AÇIKGÜL/AÇIKGÜL, s. 41; BUHUR, s. 31; İŞGÜZAR, s. 105, 151; KUNTALP/PEKGÜÇLÜ, s. 133; SAYIN, s. 25-26.

⁴¹ AÇIKGÜL/AÇIKGÜL, s. 41; YİĞİT, s. 192.

⁴² AÇIKGÜL/AÇIKGÜL, s. 41-42; İŞGÜZAR, s. 152; SAYIN, s. 25; KUNTALP ise, burada bir nakdi kredi oluşmadığını, kredi kartı ilişkisinin kurulmasında yalnızca gayri nakdi kredinin söz konusu olduğunu, nakdi kredinin ise kredi kartıyla nakit çekilmesi veya harcama belgesi tutarının taksitle ödenmesi durumunda söz konusu olacağını belirtmektedir. KUNTALP, Kredi Kartı s. 281.

kredi kartı hamilinden talep edilen tutarın kart hamilinden tahsil edilene kadar nakdi kredi olarak değerlendirileceği belirtilmiştir.⁴³

Öte yandan günümüzde kullanılan bütün kredi kartları nakit avans kullanabilme olanağı vermektedir. Kredi kartı ile nakit avans çekilmesi veya harcama tutarlarının taksitle ödenmesi⁴⁴ durumunda bir nakdi kredi kullanıldığı hususu tartışmasızdır⁴⁵.

Öğretide bir yandan kart hamilinin kullandığı kredinin tüketici kredisi olmadığı⁴⁶, hatta kredi kartı sisteminde bir kredi açma olgusunun dahi bulunmadığı savunulurken⁴⁷; diğer yandan kredi kartı uygulamasının tüketici kredisi açısından ele alınması gerektiği⁴⁸ ve hatta tüketici kredisinin bir çeşidi olan bağlı kredinin unsurlarının kredi kartı uygulamasında mevcut olduğu da savunulmuştur⁴⁹. Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunun 10/A maddesi, kredi kartı ile mal ve hizmet alımı sonucu nakdi krediye dönüşen veya kredi kartı ile nakit çekim suretiyle kullanılan kredilerin, tüketici kredisi sayılacağını açıkça düzenlemiş olduğundan kredi kartlarına bu Kanun hükümleri uygulanacaktır. Kanunun lafzı yorumundan kredi kartı ile sağlanan gayrinakdi kredinin Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun kapsamında olmadığı dolayısıyla da tüketici kredisi sayılmayacağı ileri sürülmüş ise de⁵⁰, “Kredi kartı ile mal veya hizmet alımı sonucu nakdi krediye dönüşen...” ibaresi ile Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunun 10/A maddesi, mal ve hizmet alımı için kredi kartı kullanılmasını nakdi kredi olarak kabul etmiş ve tüketici kredisi alma ile kredi kartı kullanımını aynı şekilde değerlendirmiştir⁵¹. Dolayısıyla kredi kartı ile sağlanan kredi bir tüketici kredisidir⁵².

⁴³ Tebliğ için bkz. R.G., T. 09/02/1995, S. 22197.

⁴⁴ Buradaki taksitle ödemenen kasıt uygulamada sıkça rastlanan kredi kartıyla taksitli alışveriş değil, hesap kesim cetvelinde bildirilen dönemsel borcun taksitle ödenmesidir.

⁴⁵ AÇIKGÜL/AÇIKGÜL, s. 42; İŞGÜZAR, s. 152; KUNTALP, Kredi Kartı s. 280.

⁴⁶ KUNTALP, Kredi Kartı s. 283-284.

⁴⁷ TEOMAN, Kredi Kartı s. 233-237.

⁴⁸ İŞGÜZAR s. 159, BUHUR, s. 35.

⁴⁹ BUHUR, s. 38-39.

⁵⁰ BAYDEMİR, s. 75; REİSOĞLU, Kredi Kartları s. 118.

⁵¹ AKİPEK, Şebnem, Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Çerçevesinde Kredi Kartları, (Kredi Kartları), AÜHFD, Ankara, 2003, C. 52, S. 3, s. 113.

⁵² AÇIKGÜL/AÇIKGÜL, s. 47; İŞGÜZAR, s. 159; BUHUR, s. 35, AKİPEK, Kredi Kartları s. 108; SAYIN, s. 27, REİSOĞLU, Kredi Kartları s. 118, DEMİR, Mehmet, 4822 Sayılı Kanun ile Tüketicici Sözleşmeleri Alanında Getirilen Yenilikler, (Tüketicici Sözleşmeleri), BATİDER, Yıl 2003, C. XXXII, S. 1, s. 226.

II- Kıymetli Evrak Hukuku Açısından

Türk Ticaret Kanunu 557. maddesine göre “Kıymetli evrak öyle senetlerdir ki, bunlarda mündemiç olan hak senetten ayrı olarak dermeyan edilemediği gibi, başkalarına da devredilemez” bu tanım ışığında bir belgenin kıymetli evrak olarak kabul edilebilmesi için senet niteliğinde olması, hakkın senette mündemiç olması ve hak ile senet arasında sıkı bir bağ bulunması gerekmektedir⁵³.

Bu unsurları kredi kartları açısından irdeleyecek olursak öncelikle kartı çıkaran kuruluş, bu kartla yapılacak alışveriş bedellerinin kendisi tarafından ödeneceği bildiriminde bulunmaktadır. Kredi kartının içerdiği bu irade açıklaması onun senet niteliğinde olduğunu göstermektedir⁵⁴ Uygulamada kredi kartının plastik bir madde olarak üretilmesinin, senet olma niteliği açısından bir önemi yoktur⁵⁵. Ancak kıymetli evrakta söz konusu olan senet herhangi bir senet değil, genellikle bir alacak hakkını gösteren borç senedi veya ortaklık hakkı veya aynı hakkı ifade eden bir senettir. Bir başka deyişle kıymetli evrakta mündemiç olan hak özel hukuka ilişkin bir hak olduğu halde⁵⁶, kredi kartı hamiline bu anlamda bir hak sağlamamaktadır. Çünkü kredi kartı hamiline ne alacak hakkı, ne ortaklık hakkı ne de eşya hukukundan doğan bir aynı hak vermemektedir⁵⁷.

Diğer taraftan bir senedin kıymetli evrak sayılabilmesi için gerekli unsurlardan bir diğeri de senette mündemiç olan hak ile senet arasında sıkı bir bağın olmasıdır. Bu nedenle kıymetli evrakta mündemiç olan hakkın talep edilebilmesi için Türk Ticaret Kanunu 558/1 maddesi uyarınca senedin ibrazı ve teslimi gerekir⁵⁸. Kredi kartında da nakit ödenmeksizin alışveriş yapılması kartın ibrazına bağlı olmakla birlikte ibraz üzerine üye işyeri gerekli işlemleri yaptıktan sonra kartı iade etmektedir. Çünkü

⁵³ POROY/TEKİNALP, s. 23-24; BOZER, Ali/GÖLE, Celal, Bankacılar İçin Kıymetli Evrak Hukuku Bilgisi, Ankara, 2006, s. 9-12; BAYDEMİR, s. 55-56; AÇIKGÜL/AÇIKGÜL, s. 42; ÇEKER, Kredi Kartı s. 36-37.

⁵⁴ YILMAZ, s. 125; BAYDEMİR, s. 55.

⁵⁵ AÇIKGÜL/AÇIKGÜL, s. 43.

⁵⁶ POROY/TEKİNALP, s. 23.

⁵⁷ TEOMAN, Kredi Kartı s. 245; ÇEKER, Kredi Kartı s. 37; BAYDEMİR, s. 57; REİSOĞLU, Kredi Kartları s.101; AÇIKGÜL/AÇIKGÜL, s. 43.

⁵⁸ BOZER/GÖLE, s. 10.

kredi kartı son kullanma tarihine kadar başka alışverişlerde de kullanılacaktır. Oysa ki kıymetli evrak ibraz edildikten sonra iade edilmez, aksi takdirde ikinci kez ödeme yapılmak zorunda kalınabilir⁵⁹.

Kıymetli evrakta Türk Ticaret Kanunu 558/2 ve 598 maddeleri uyarınca borçlu, senedin hamiline ödeme yaparak borçtan kurtulduğu ve kural olarak hamilin gerçek hamil olup olmadığını araştırma zorunluluğu bulunmadığı halde⁶⁰, üye işyerinin en temel yükümlülüklerinden birisi kredi kartını kontrol etmek, hamilin gerçek hamil olup olmadığını tespiti için hamilin kimlik kontrolünü yapmak ve kartın arkasında bulunan imza ile harcama belgesindeki imzayı karşılaştırmak, hatta kredi kartının yasak kartlardan olduğunun anlaşılması halinde kredi kartını alıkoymaktır⁶¹.

Açıklanan nedenlerle kredi kartları kıymetli evrakın unsurlarını taşımadığından kıymetli evrak niteliği taşımamaktadır⁶².

Teşhis senetleri ise hamili belirli bir edimin talebi hususunda hak sahibi göstermeye yaradıkları gibi, borçlu yönünden de ifanın kime yapılacağını tayinde kolaylık sağlayan senetlerdir. Senedin ibrazından önce, borçlu edimi kime ifa edeceğini bilmediğinden, ancak senedin ibrazı ile birlikte, borçlu senet üzerindeki hak sahibi olarak kişiye edimi ifa etmektedir. Bu açıdan bakıldığında kredi kartlarının teşhis senedi olduğu söylenebilir⁶³.

Kredi kartı aynı zamanda ispat senedi özelliği taşımaktadır. Herhangi bir alışveriş merkezinde kartını çıkarıp üye işyerine ibraz eden gerçek kart hamili, bu kartın bir banka tarafından kendisine nakit ödemeksizin mal ve hizmet satın alma yetkisinin verildiğini göstermektedir⁶⁴.

⁵⁹ TEOMAN, Kredi Kartı s. 245; ÇEKER, Kredi Kartı s. 37; BAYDEMİR, s. 57; REİSOĞLU, Kredi Kartları s.101; AÇIKGÜL/AÇIKGÜL, s. 43.

⁶⁰ POROY/TEKİNALP, s. 25.

⁶¹ AÇIKGÜL/AÇIKGÜL, s. 43.

⁶² TEOMAN, Kredi Kartı s. 246; ÇEKER, Kredi Kartı s. 38; BAYDEMİR, s. 57; BUHUR, s.40; AÇIKGÜL/AÇIKGÜL, s. 44.

⁶³ ÇEKER, Kredi Kartı s. 38; YILMAZ, s. 127; BAYDEMİR, s. 58.

⁶⁴ YETİM, s. 38; ÇEKER, Kredi Kartı s. 39; YILMAZ, s.128; BAYDEMİR, s. 59.

Sonuç olarak kredi kartının, üye işyeri sözleşmesine göre kredi kartı hamilinin ticari işletmenin yükümlü olduğu edimi talep etmeye yetkili olduğunu belgeleyen, sınırlı bir teşhis ve ispat fonksiyonuna sahip bir senet olduğu söylenebilir⁶⁵.

&5 Kredi Kartlarının Sınıflandırılması

Kredi kartları, sisteme katılanların sayısı, kart hamiline sunulan edim, sözleşmesel sorumluluğun sujeleri, kart sahibinin sıfatı, kartı çıkaran kurumun gelir kaynağı, sağladığı olanaklar, kullanım ve geçerlilik alanları ile içerdiği bilgileri saklama yöntemi bakımından sınıflandırılabilir.

I- Sisteme Katılanların Sayısı Bakımından

Kredi kartı sistemleri iki taraflı sistem, üç taraflı sistem, çok taraflı sistem olmak üzere üçe ayrılırlar. Bu ayrım aynı zamanda kredi kartlarının tarihi gelişimini de yansıtmaktadır⁶⁶.

Kredi kartının ilk şekli olan ve sadece iki taraf arasındaki sözleşme ilişkisine dayanan iki taraflı sistemin en belirgin özelliği kartı çıkaran kurum ile mal veya hizmeti sunan kurumun özdeş olmasıdır. Bu sistemde çıkartılan kredi kartları öğretilde basit kredi kartı, tacir kartı, satıcı kredi kartı, işletmeye özgü kart ve müşteri kredi kartı olarak da adlandırılmaktadır. Bu kartların en önemli özelliği kartı çıkaran kurum tarafından verilen kredi kartının, kartı çıkaran kurumun şubeleri ve bağlı işyerleri dışında kullanılamamasıdır. Bu sistemde kart hamili olan müşteri, kartı veren kuruluşun hizmetlerinden her seferinde yeni bir kredi denetimine tabi tutulmaksızın kredili olarak faydalanabilmektedir. Kredi kartı hamili hakkını kuruluş temsilcilerine karşı bu kart ile ileri sürmektedir. Bu tür kartları çıkaran kurumların asıl amacı kendilerine olan

⁶⁵ AÇIKGÜL/AÇIKGÜL, s. 45; ÇEKER, Kredi Kartı s. 39; BAYDEMİR, s. 60; YILMAZ, s. 128.

⁶⁶ TEOMAN, Kredi Kartı s. 46; İŞGÜZAR, s. 38; AÇIKGÜL/AÇIKGÜL, s. 27.

bağımlılığı artırmak ve kart hamillerini sürekli müşteri haline getirmektir⁶⁷. TEOMAN'a göre ticari işletme kart çıkartmaya gerek olmaksızın da müşterilerine taksitle mal satabileceğinden bu sistemde çıkartılan kredi kartları gerçek anlamda bir kredi kartı değildir⁶⁸. Banka Kartları ve Kredi Kartları Kanununun 2. maddesinin gerekçesinde “... Bu kartlar banka veya kredi kartının sahip oldukları özellikleri taşımamaları nedeniyle Kanun kapsamına alınmamıştır⁶⁹” denilerek iki taraflı sistemde çıkartılan kredi kartları Kanun kapsamı dışında tutulmuştur.

Kredi kartının taksitle mal satma aracı olmaktan çıkıp ödeme aracı haline dönüşmesi üç taraflı sistemle olmuştur. Üç taraflı sistemde kartı çıkaran kuruluş ile mal veya hizmet satan kuruluş birbirinden ayrılmıştır. Üç taraflı sistemde kartı çıkaran kuruluş, üye işyeri ve kart hamili olmak üzere üç taraf vardır. Bu sistemde kart kuruluşu, kredi kartı hamili tarafından kredi kartı ile yapılan alışveriş bedelini işyerine ödemeyi taahhüt ederek ödenmeme rizikosunu üzerine almaktadır. Kart kuruluşu bu sistemde bir taraftan ticari işletmelerle üye işyeri sözleşmesi imzalayarak üye işyerlerinin çıkarttığı kredi kartı ile yapılacak alışverişlerde nakit ödeme talebinden vazgeçmelerini sağlamakta, diğer taraftan kart hamilleri ile imzaladığı sözleşme ile kart hamillerine çıkarttığı kredi kartı ile sözleşme imzaladığı tüm üye işyerlerinde nakit ödemeksizin alışveriş yapma olanağı sağlamaktadır. Bu sistemde kart hamillerinin borçlandığı tutarı, kart kuruluşu üye işyerine öder ve ödediği bu tutarı daha sonra kart hamilinden tahsil eder⁷⁰.

Üç taraflı sistemlerde bu sisteme lisans sözleşmesi yapmak suretiyle dördüncü bir tarafın da katılması sonucu kurulan sisteme öğretilmiş üç taraflı sistem” denmektedir⁷¹. Bu sistemde kartı çıkaran kuruluş bizzat kendisi kredi kartı çıkarmak yerine, uluslar arası kredi kartı şirketleriyle imzaladıkları lisans sözleşmesi doğrultusunda uluslar arası kredi kartı şirketlerinin kredi kartlarını kendi

⁶⁷ TEOMAN, Kredi Kartı s. 47; İŞGÜZAR, s. 39; AÇIKGÜL/AÇIKGÜL, s. 27; ATEŞ, Derya; Banka Kredi Kartlarının Hukuki Niteliği ve Ek Kart, Ankara, 2000 (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), s. 10; ÇEKER, Kredi Kartı s. 7; YILMAZ, s. 18; ÇIRPAN, s. 50; SAYIN, s. 15; BAYDEMİR, s. 24.

⁶⁸ TEOMAN, Kredi Kartı s. 47.

⁶⁹ Gereğe için bkz MALKOÇ, İsmail, Banka Kartları ve Kredi Kartları Kanunu, Ankara, 2007, s. 9.

⁷⁰ İŞGÜZAR, s. 40; AÇIKGÜL/AÇIKGÜL, s. 28-29; TEOMAN, Kredi Kartı s. 47; AKİPEK, Kredi Kartları s. 107, YILMAZ, s. 19; SAYIN, s. 16; ÇEKER, Kredi Kartı s. 10; BAYDEMİR, s. 25.

⁷¹ AÇIKGÜL/AÇIKGÜL, s. 28-29; BAYDEMİR, s. 26; BUHUR, 23-24; ATEŞ, s. 11, TEOMAN, Kredi Kartı s. 48; YILMAZ, s. 19; SAYIN, s. 16; ÇEKER, Kredi Kartı s. 11-12; İŞGÜZAR ise bu sistem için interchange kredi kartı sistemi ismini kullanmaktadır. Bkz İŞGÜZAR s. 43.

ülkelerinde çıkartarak kart hamillerinin kullanımına sunmaktadırlar. Bu sistemde kart hamili kartını hangi kuruluştan almış olursa olsun aynı kredi kartı sistemine dahil tüm kurumlar bu kartla yapılan alışverişten sorumludur. Harcama belgesini ödeyen kurum, ödediği tutarı sadece söz konusu harcamaların yapıldığı kredi kartını çıkaran kurumdan isteyebilir. Çünkü kart hamili ile arasında hiçbir hukuki bağ ve sözleşme ilişkisi bulunmamaktadır⁷².

Öğretide⁷³ “genişletilmiş iki taraflı sistem” olarak da isimlendirilen karma sistemde kredi kartı hamili kartını kendisine kart veren işletme dışında diğer işletmelerde de kullanılabilir. Karma sistemde çıkartılan kredi kartlarının en önemli özelliği kartın mal veya hizmet sunan kuruluşlarca çıkarılması ve kartı çıkaran kuruluş dışında diğer mal veya hizmet sunan kuruluşlarda da geçerli olmasıdır. Bu özelliği sayesinde karma sistemde çıkartılan kredi kartları hem iki taraflı kredi kartlarının, hem de üç taraflı kredi kartlarının özelliklerini taşırlar. Kart hamili, kartı kendisine veren kuruluşun şubeleri veya işyerlerinde alışveriş yaptığında iki taraflı, kendisine kartı veren kuruluşun anlaştığı başka bir kuruluştaki alışveriş yaptığında üç taraflı sistemin özellikleri görülür. Karma sistemin en klasik özelliğini “Universal Air Travel Plan” (UATP) tarafından çıkarılan “Air Travel Card” oluşturur⁷⁴.

II- Kart Hamiline Sunulan Edim Bakımından

Kredi kartları kart hamiline sunulan edimlere göre de farklı bir biçimde adlandırılabilirler. Hamiline sadece belirli bir konuda peşin para verme zorunluluğu olmaksızın alışveriş yapabilme olanağı sağlayan kartlara gezi ve dinlenme kartları, değişik hizmet sunan ya da mal satan çok sayıda işyerlerinde, hatta farklı ülkelerde dahi kabul edilen kredi kartları ise evrensel kredi kartları olarak adlandırılmaktadır. Ancak zamanla Diners Club kartı gibi gezi ve dinlenme kartlarının kabul gördüğü işletmeler

⁷² AÇIKGÜL/AÇIKGÜL, s. 29; TEOMAN, Kredi Kartı s. 48; ATEŞ, s. 12; SAYIN, s. 17; BUHUR, s. 24; Genişletilmiş üç taraflı sistemin çalışma prensibi hakkında ayrıntılı bilgi için bkz YILMAZ, s 19-22; ÇEKER, Kredi Kartı s. 10-11, ÇIRPAN, s. 50.

⁷³ TEOMAN, Kredi Kartı s. 49; YILMAZ, s. 22-23, BAYDEMİR, s. 27; AKİPEK, Kredi Kartları, s. 108; YILMAZ, s. 23; SAYIN, s. 16; AÇIKGÜL/AÇIKGÜL, s 29.

⁷⁴ AÇIKGÜL/AÇIKGÜL, s. 29-30; ÇEKER, Kredi Kartı s. 12; YILMAZ, s. 22-23; ÇIRPAN, s. 51; BAYDEMİR, s. 27-28; TEOMAN, Kredi Kartı s. 49; AKİPEK, Kredi Kartları s. 108; SAYIN, s. 16.

sadece gezi ve dinlenme ile sınırlı kalmayarak, sisteme her branştan işletmelerin katılmasıyla bu sınıflandırmanın bir önemi kalmamıştır⁷⁵.

III- Sözleşmesel Sorumluluğun Sujeleri Bakımından

Mal veya hizmet alışverişinde kredi kartını kullanan kart hamili yaptığı harcamalardan sorumludur. Ancak bazen kart hamilinin yanı sıra bir diğer kişi de bu sorumluluğun sujesi olarak ortaya çıkabilir. Bu açıdan kredi kartları bireysel kredi kartları-firma kredi kartları olarak sınıflandırılabilir⁷⁶

Kredi kartlarının bilinen ve en yaygın kullanıma sahip türü olan bireysel kredi kartları, kredi kartı sözleşmesinin gerçek kişi adına yapıldığı ve tüm harcamalardan kişisel olarak kart hamilinin sorumlu olduğu kartlardır. Bu kartları sadece adına kart düzenlenen gerçek kişi kullanabilir⁷⁷.

Firma kredi kartları ise bir tüzel kişi adına veya tüzel kişinin yetkilisi adına düzenlenen kartlardır. Dar anlamda firma kredi kartlarında yapılan harcamalardan tek başına firma sorumludur. Dar anlamda firma kredi kartları da kendi içerisinde belirli bir kişiye bağlı firma kredi kartları ve beyaz firma kredi kartları olarak ayırmak mümkündür. Beyaz firma kredi kartlarında kart hamili olarak gerçek kişi değil firma gösterildiğinden kredi kartının firmayı temsile yetkili herhangi bir kimse tarafından kullanılabilmesi mümkündür. Beyaz firma kredi kartlarında, bu kartlarla alışveriş yapan gerçek kişi – kartı firmanın ihtiyaçları dışındaki bir amaç için ya da kendi ihtiyaçları için kullanmış olsa da – kartı çıkaran kuruluşa karşı sorumlu değildir. Kartı kullanarak harcama yapan gerçek kişi iç ilişkide kendi firmasına karşı sorumludur. Belirli bir kişiye bağlı firma kredi kartlarını ise sadece kartın üzerinde ismi bulunan gerçek kişi kullanabilir. Bu halde de kredi kartını sadece bu kişi kullanabilmekte ancak ödemeyi firma yapmaktadır. Geniş anlamda firma kredi kartlarında da dar anlamda kredi

⁷⁵ TEOMAN, Kredi Kartı s. 50-51.

⁷⁶ TEOMAN, Kredi kartı s. 52-53; İŞGÜZAR, s. 45; BAYDEMİR, s. 10; ÇIRPAN, s. 54; ÇEKER, Kredi Kartı s. 41-42.

⁷⁷ İŞGÜZAR, s. 45; TEOMAN, Kredi Kartı s. 53; ÇIRPAN, s. 54; ÇEKER, Kredi Kartı s. 41; BAYDEMİR, s. 10.

kartlarında olduğu gibi kredi kartının üzerinde gerçek bir kişinin ismi bulunabileceği gibi firmanın ismi veya her ikisi de bulunabilir. Geniş anlamda kredi kartlarının dar anlamda kredi kartlarından farkı firma kredi kartını kullanan gerçek kişinin yapılan harcamalar sebebiyle kartı çıkaran kuruluşa karşı müteselesen sorumlu olmalarıdır⁷⁸.

IV- Kart Sahibinin Sıfatı Bakımından

Kart sahibinin sıfatı bakımından kredi kartları asli kartlar ve ek kartlar olarak sınıflandırılmaktadır. Kredi kartı sözleşmesinin tarafı olan ve kartı çıkaran kuruluşun kredi kartı sahibi sıfatıyla kendisine kredi kartı düzenlediği kişinin kullandığı kart asli kredi kartıdır. Buna karşılık asıl kredi kartının sözleşme şartlarına göre ve asli kartın limiti içinde, kredi kartı sahibinin yakınları tarafından kullanılmak üzere düzenlenen kredi kartına ek kart denmektedir⁷⁹.

Ek kartın en önemli özelliği, ek kart hamilinin harcamalarından asli kart hamilinin sorumlu olmasına rağmen, asli kart hamilinin yaptığı harcamalardan ek kart hamilinin sorumlu olmamasıdır. Ek kart uygulaması, yeni bir kredi kartı almak için gerekli araştırmaya ve güvenceye bağlı olmaksızın, mevcut kredi kartı sahibinin kartına bağlı olarak verilen kredi kartını ifade ettiğinden ek kartın söz konusu olabilmesi için mutlaka asıl karta ihtiyaç vardır. Ek kartın varlığı ve geçerliliği asıl kartın temelini oluşturan hukuki ilişkinin temeline bađlıdır⁸⁰.

V- Kredi Kartını ıkaran Kuruluş Bakımından

Kredi kartını çıkaran kuruluş bakımından kredi kartları bizzat mal veya hizmet sunan kuruluşlar tarafından çıkarılan kredi kartları ve bizzat mal veya hizmet sunmayan kuruluşlar tarafından çıkarılan kredi kartları olmak üzere sınıflandırılabilir.

⁷⁸ TEOMAN, Kredi Kartı s. 53-54; İşGÜZAR, s. 45-46., ÇEKER, Kredi Kartı s. 41-42; ÇIRPAN, s. 55; BAYDEMİR, s. 10.

⁷⁹ İşGÜZAR, s. 44.

⁸⁰ BAYDEMİR, s. 11; İşGÜZAR, s. 44; ÇIRPAN, s. 55; ÇEKER, Kredi Kartı s. 42; TEOMAN, Kredi Kartı s. 55.

Kredi kartlarının ilk ve ilkel modelini oluşturan bizzat mal veya hizmet sunan kuruluşların çıkarttıkları kredi kartları kartı çıkaran kuruluşların işyerlerinde müşterilerine veresiye ya da taksitle alışveriş olanağı sağlamakta ve artık gerçek anlamda kredi kartı sayılmamaktadırlar⁸¹.

Bizzat mal veya hizmet sunmayan kuruluşların⁸² çıkardıkları kredi kartlarında ise kartı çıkaran kuruluş, kart hamiline bizzat mal veya hizmet sunmamakta, kart hamili kartı çıkaran kuruluşun sözleşme ilişkisi içerisinde bulunduğu üye işyerlerine kartını ibraz ederek nakit ödemeksizin mal veya hizmet alabilmektedir⁸³.

VI- Sağladığı Olanaklar Bakımından

Kredi kartlarını sağladığı olanaklar bakımından kredi kullanma olanağı sağlayan kartlar ve ödeme kolaylığı sağlayan kartlar olarak sınıflandırmak mümkünse de⁸⁴, bu ayrımın günümüzde önemi kalmamıştır. Zira, kredi kartlarının tümü hem kredi kullanma olanağı sağlamakta, hem de ödeme aracı olma niteliği taşımaktadır. Belirli bir firmanın kendi müşterileri için çıkarttığı ve sadece kendi işyerlerinde geçerli kartlar ise gerçek anlamda kredi kartı kabul edilmediğinden⁸⁵ Banka Kartları ve Kredi Kartları Kanununun kapsamına alınmamışlardır⁸⁶.

⁸¹ İŞGÜZAR, s. 48; ÇEKER, Kredi Kartı s. 41; TEOMAN, Kredi Kartı s. 56.

⁸² Kredi kartı çıkarabilecek bu tür kuruluşların özellikleri için bkz. Banka Kartları ve Kredi Kartları Kanunu m. 4.

⁸³ İŞGÜZAR, s. 47; ÇEKER, Kredi Kartı s. 40; TEOMAN, Kredi Kartı s. 57 vd.

⁸⁴ TEOMAN, Kredi Kartı s. 51-52, ÇEKER, Kredi Kartı s. 42-43.

⁸⁵ İŞGÜZAR, s. 47.

⁸⁶ Bkz. Banka Kartları ve Kredi Kartları Kanunu m. 2 gerekçesi (MALKOÇ, s. 9).

VII- Kullanım ve Geçerlilik Alanı Bakımından

Kredi kartları kullanım ve geçerlilik alanları bakımından üçe ayrılır. Kredi kartı sadece yurt içinde geçerli ise bu kartlara “Yurt İçi Kredi Kartı” veya “Klasik Kart” denilmektedir. Kartı çıkaran kuruluşun yurt dışı uygulaması da bulunmasına rağmen bu tür kartlar ülke sınırları dışında geçerli değildir ve sadece yurt içindeki üye işyerlerinden mal veya hizmet temini için kullanılabilir⁸⁷.

Kredi kartının yurt içinde değil de sadece yurt dışında geçerli olmak üzere düzenlenen türüne “Yurt Dışı Kredi Kartı” denmektedir. Bu kart ile yurt dışında yapılan harcamaları kart hamili kendi ülkesinde döviz olarak veya ödeme günündeki karşılığında Türk Lirası olarak ödeyebilmektedir⁸⁸.

Hem yurt içinde ve yurtdışında yapılan harcamalarda geçerli olan ve yurt içinde yapılan harcamaların Türk Lirası üzerinden, yurt dışında yapılan harcamaların ise döviz olarak veya ödeme günündeki karşılığı üzerinden Türk Lirası olarak borçlanılmasına imkan sağlayan kartlar ise “İnternational/Uluslar arası Kredi Kartı” olarak adlandırılmaktadır⁸⁹.

VIII- İçerdiği Bilgileri Saklama Yöntemi Bakımından

Klasik anlamda kredi kartları şekil itibariyle belirli boyutlarda çıkartılan bir plastik karttan ibarettir⁹⁰. Kredi kartının ilk şeklinde kart hamiline ilişkin bilgiler bu kartın arkasında bulunan manyetik bantlarda saklanırken, günümüzde smart kart/akıllı kart/chip kart olarak tanımlanan kredi kartlarının üzerine manyetik bantlar yerine - güvenlik özelliklerinin daha yüksek olması, off-line olarak çalışabilmesi, standartlarının

⁸⁷ İŞGÜZAR, s. 46, ÇEKER, Kredi Kartı s. 43-44.

⁸⁸ İŞGÜZAR, s. 46, ÇEKER, Kredi Kartı s. 43-44.

⁸⁹ İŞGÜZAR, s. 46-47, ÇEKER, Kredi Kartı s. 43-44.

⁹⁰ ÇEKER, Kredi Kartı s. 34.

mevcut olması, taklit edilmesinin ve erişilmesinin zor olması gibi özellikleri sebebiyle daha avantajlı olan - yarı iletken chipler yerleştirilmektedir. Smart kart/akıllı kart/chip kart olarak tanımlanan kredi kartları da kendi içerisinde Kontaklı ve Kontaksız smart kart/akıllı kart/chip kart olmak üzere ikiye ayrılır. Kontaklı smart kart/akıllı kart/chip kartlar okuyucuya yerleştirildiğinde üzerinde bulunan 8 pinli kontaklar üzerinden seri olarak, güçlü güvenlik/gizlilik özellikleri kullanılarak iletişim gerçekleştirirler. Kontaksız smart kart/akıllı kart/chip kartlarda ise okuyucu/kodlayıcı devamlı olarak kart üzerindeki mikro işlemci tarafından tanınan belirli bir radyo frekansında sinyaller yayar. Kart okuyucudan belirli bir uzaklıkta tutulduğunda, kart üzerinde (MIFARE devresi) güç beslemesini ve iletişimi sağlar. Bu iletişim güçlü güvenlik ve gizlilik özellikleri kullanılarak gerçekleştirilir⁹¹. Son yıllarda elektronik ticaretin yaygınlaşmasıyla kredi kartları fiziki bir varlığı bulunmayan kart numarasına dönüşmüşlerdir. Fiziki varlığı bulunmayan kredi kartlarında kart hamilinin bilgileri kartı çıkaran kuruluş tarafından saklanır.

&6 Kredi Kartlarının Çalışma Şekli

Gerçek anlamda kredi kartı uygulamasında, kartı çıkaran kuruluş, üye işyeri ve kart hamili olmak üzere üç taraf vardır. Kredi kartı sistemine katılan taraflar arasındaki ilişkilerde geçerli olan esaslar, taraflar arasında imzalanan sözleşmelere göre belirlenir. Kartı çıkaran kuruluş ile mal veya hizmet sunan ticari işletme arasında imzalanan üye işyeri sözleşmesinden kart hamili lehine nakit ödemeksizin alışverişe ilişkin bir talep hakkı doğar. Kart hamilinin bu talep hakkını kullanmak yönünde hareket etmesi, yani kredi kartını üye işyerine ibraz etmesi üzerine kredi kartı sistemi işlemeye başlar⁹².

Kart hamilinin, kredi kartını üye işyeri görevlisine sadece ibraz etmesi yeterli değildir. Kartını gerekli kontrollerin yapılabilmesi için görevliye teslimi gerekir. Çünkü kartı çıkaran kuruluş kontrol yükümlülüğünü, üye işyerleri ile imzaladıkları sözleşmeyle üye işyerine aktarmaktadır. Bu yükümlülüğün yerine getirilebilmesi için

⁹¹ ÇIRPAN, s. 105-109.

⁹² ÇEKER, Kredi Kartı s. 13.

üye işyeri görevlisinin hamil tarafından kendisine teslim edilen kartı, kart hamilinin adı soyadı, geçerliliği yönünden incelemesi, yitik ve çalıntı kartlar listesinden kontrol etmesi, sahtecilik ve tahrifat olup olmadığını kontrol etmesi gerekmektedir. Yine yapılan harcamanın belli bir sınırı aşması durumunda kartı çıkaran kuruluştan telefon, teleks yada POS aygıtı aracılığıyla onay (otorizasyon) alması gerekir. Bu işlemlerin ardından kart POS aygıtına yada imprinter aygıtına yerleştirilerek kart üzerindeki bilgiler harcama belgesine aktarılır ve alışverişe ilişkin bilgilerin de yazılmasıyla harcama belgesi düzenlenmiş olur⁹³. Kredi kartı ile alışverişin internet üzerinden veya mail order/teleorder gibi cihazlarla yapılması durumunda ise harcama belgesi düzenlemeye gerek bulunmamaktadır⁹⁴.

Banka Kartları ve Kredi Kartları Kanunu 19 maddesi uyarınca, üye işyeri harcama belgesini iki nüsha halinde düzenlemek, bir nüshasını kart hamiline vermek, aslını da sözleşmede belirtilen süre içerisinde saklamak zorundadır. Ayrıca üye işyeri harcama belgesini kart hamilinin de imzalamasını sağlamakla ve harcama belgesine atılan imza ile kartın arka yüzünde bulunan imzanın kontrolünü yapmakla yükümlüdür⁹⁵. Ancak ülkemizde 31/03/2006 tarihinden itibaren kredi kartlarında şifre kullanımına başlanmış ve 01/01/2007 tarihinden itibaren şifresiz kredi kartı kullanımı imkanı kalmamıştır. Buna göre kredi kartı POS aygıtından geçirilirken kart hamili tarafından şifre girilmekte, ayrıca harcama belgesi imzalanmamaktadır. Banka Kartları ve Kredi Kartları Kanunu 3. maddesinde harcama belgesi “Banka kartı veya kredi kartı ile yapılan işlemler ile ilgili olarak üye işyeri tarafından düzenlenen, kart hamilinin işlemde doğan borcu ile diğer bilgileri gösteren ve kart hamilinin kimliğinin bir kod numarası, şifre veya kimliği belirleyici başka bir yöntemle belirlendiği haller dışında kart hamili tarafından imzalanan belge” olarak tanımlandığından Banka Kartları ve Kredi Kartları Kanunu 20. maddesindeki şartların gerçekleşip gerçekleşmediğine bakılmaksızın kart hamili ile üye işyerinin karşı karşıya olduğu durumlarda da kart hamilinin kimliğini bir kod numarası, şifre veya kimliği belirleyici başka bir yöntemle belirlenmesi halinde kart hamilinin harcama belgesini imzalamasına gerek olmadığı sonucuna varılmaktadır⁹⁶.

⁹³ BAYDEMİR, s. 31-32, ÇEKER, Kredi Kartı s. 15; YETİM, s. 31; BUHUR, s. 42.

⁹⁴ AÇIKGÜL/AÇIKGÜL, s. 78.

⁹⁵ AÇIKGÜL/AÇIKGÜL, s. 78-79; BAYDEMİR, s. 31-32; YETİM, s. 31.

⁹⁶ AÇIKGÜL/AÇIKGÜL, s. 80; ALPAY, Cem Gürkan, Banka Kartları ve Kredi Kartları Değerlendirme Toplantısı, Bankacılar Dergisi, S. 56, Mart 2006, s. 109.

Kart hamili alışveriş sırasında harcama belgesini imzalayarak veya şifresini girerek borcunu ödemiş olur. Bundan sonra üye işyerinin harcama belgesini ibrazı üzerine, kart kuruluşu aralarındaki üye işyeri sözleşmesinde belirtilen orandaki komisyonunu kestikten sonra kalan kısmı üye işyerine ödemek zorundadır. Uygulamada POS aygıtı kullanımı nedeniyle kart hamilinin kartı kullanarak yaptığı tüm harcamalar kart kuruluşuna on-line olarak iletildiğinden kart kuruluşu harcama belgelerinin ibrazına gerek kalmaksızın üye işyerlerine ödeme yapmaktadır⁹⁷. Öğretide bazı yazarlar tarafından kart kuruluşunun sadece kendisi tarafından çıkarılan harcama belgelerinin mi, yoksa aynı sisteme ait değişik kurumlar, hatta tamamen başka bir sistemi oluşturan kurumun bastırıldığı harcama belgelerinin de mi karşılığını ödemekle yükümlü olup olmadığı hususu tartışılmışsa da⁹⁸ bu gün için bu tartışma artık önemini kaybetmiştir. Çünkü Bankalararası Kart Merkezi (BKM) tarafından kurulan ve geliştirilen bir işleyişle, BKM'ye ortak yada üye olan kart kuruluşlarının hepsi, sisteme ait harcama belgesini kullanmaktadır⁹⁹.

Bu aşamadan sonra üye işyerine ödeme yapan kartı çıkaran kuruluş, kredi kartı hamiline başvurarak harcama belgesi tutarlarının aralarındaki sözleşmede gösterilen süreler içerisinde ödenmesini ister. Harcama belgesi tutarlarının ödenmesini ancak kredi kartı hamiliyle kredi kartı üyelik sözleşmesi imzalayan kart kuruluşu isteyebilir. Üye işyeri sözleşmeleri uyarınca aynı sisteme dahil Visa ve Mastercard gibi kartlarla yapılan harcama tutarlarını üye işyerlerine ödeyen kart kuruluşları, BKM bünyesinde oluşturulan takas merkezi aracılığıyla, T. C. Merkez Bankası nezdindeki BKM hesabından ödediği miktarı takas edecektir. Bu ödemeden sonra, kart kuruluşu kart hamiline hesap özeti göndererek alışveriş bedelinin tahsilini sağlar. Kart hamili de hesap özetinde yazılı tutarı ödemekle borcundan kurtulur¹⁰⁰.

⁹⁷ AÇIKGÜL/AÇIKGÜL,s. 62; REİSOĞLU, Kredi Kartları s. 109.

⁹⁸ TEOMAN, Kredi Kartı s. 124.

⁹⁹ AÇIKGÜL/AÇIKGÜL, s. 62.

¹⁰⁰ AÇIKGÜL/AÇIKGÜL, s. 125-126; ÇEKER, Kredi Kartı s. 28-31.

&7 Kredi Kartı Sözleşmelerinin Tarafları ve Aralarındaki

Hukuki İlişki

I- Kredi Kartı Sözleşmelerinin Tarafları

Gerçek anlamda kredi kartı uygulamasında, Banka Kartları ve Kredi Kartları Kanunu 3. maddesinden hareketle, kartı çıkaran kuruluş, üye işyeri ve kart hamili olmak üzere üç taraf vardır. *Kartı çıkaran kuruluş* kredi kartı sistemi kuran ve bu sisteme göre kart çıkartan veya üye işyeri anlaşmaları yapan kuruluşlardır. Banka Kartları ve Kredi Kartları Kanunu 3 maddesinde bu kuruluşlar “*kartlı sistem kuruluşu*” olarak tanımlanmışlar ise de öğretilerde genel kabul gördüğü üzere bu çalışmada da “*kartı çıkaran kuruluş*” olarak anılacaktır. Kartı çıkaran kuruluşlar kredi kartı sisteminden gelir sağlamak amacıyla kurulan kuruluşlardır. Bu kuruluşların Banka Kartları ve Kredi Kartları Kanunu 4. maddesindeki nitelikleri taşımaları ve BDDK’dan izin almış olmaları şarttır. *Üye işyeri* kart çıkaran kuruluşlar ile yaptığı sözleşme çerçevesinde kart hamiline mal veya hizmet satmayı veya nakit temin etmeyi kabul eden gerçek veya tüzelkişilerdir. *Kart hamili* ise kredi kartı hizmetlerinden yararlanan, kredi kartı çıkaran kuruluş ile üyelik sözleşmesi imzalayan gerçek veya tüzel kişilerdir¹⁰¹.

II- Taraflar Arasındaki Hukuki İlişkiler

İki taraflı kredi kartı sisteminde kredi kartı hamili, kartını, kartı çıkaran kuruluştan mal veya hizmet temin etmek amacıyla kullanmaktadır. Üç taraflı kredi kartı sisteminden farklı olarak, burada sadece kartı çıkaran kuruluş ile kredi kartı hamili arasında sözleşme ilişkisi mevcuttur. İki taraflı sistemde kartı çıkaran kuruluş ile mal ve hizmet temin eden kuruluş aynı olduğundan bu sistemde taraflar arasındaki ilişkiler nispeten daha az karmaşıktır. Bu sistemde kredi kartının kullanılmasında, her bir kullanımın konusunu teşkil eden karşılıklı edimlerin değiş-tokuşunu içeren münferit sözleşmelerin yanında, kart hamilin kartın kullanılması konusunda yetkilendiren ve

¹⁰¹ ÇEKER, Kredi Kartı s. 13.

ödeme şekillerinin yanında bazı yan yükümlülükleri düzenleyen bir çerçeve sözleşme mevcuttur. Kart hamili bu çerçeve sözleşme hükümleri uyarınca her bir sözleşme ilişkisinde kartı ödeme aracı olarak kullanır. Kartı çıkaran kuruluş kart hamili ile önceden yaptığı sözleşme ile kredi kartının ileride akdedilecek sözleşmelerde karşı edimin belirli bir süre sonra ifa edilmesi amacıyla kullanılması kabul etme yükümlülüğü altına girmektedir. Kartı çıkaran kuruluş ile kart hamili arasındaki çerçeve sözleşme sürekli bir borç ilişkisi özelliğindedir. İki taraflı sistemde, üç taraflı sistemden farklı olarak bir işgörme sözleşmesi özelliğinin varlığı şüphelidir. Zira, burada kart hamiline yapmış olduğu her işlemin türüne göre kurulan sözleşmeden doğan para borcunun ertelenmesi hakkını veren kendine özgü bir sözleşme tipinden bahsetmek mümkündür. Kart hamilinin karşı ediminin ertelenmesinde karz akdine ilişkin bir unsur ve hesap kesimi işleminde işgörme sözleşmelerine ilişkin bir unsur mevcuttur¹⁰².

Üç taraflı kredi kartı sisteminin tarafları arasında toplu olarak üçlü ilişki oluşturan ve birbirinden bağımsız değerlendirilmeleri mümkün olmayan karşılıklı çift taraflı sözleşme ilişkisi söz konusudur. Kart hamili ile üye işyeri arasında her seferinde satım veya hizmet sözleşmesi gibi Borçlar Hukukunun karşılıklı edimlerin değiş-tokuşunu içeren bir sözleşme akdedilmektedir. Kartı çıkaran kuruluş, daha önceden üye işyeri ile, kredi kartının bu işletmede ödeme aracı olarak kabul edilmesini konu alan bir sözleşme akdetmiş durumdadır. Aynı şekilde kartı veren kuruluş ile kart hamili arasında, kart hamilinin kredi kartını üye işyerlerinde ödeme aracı olarak kullanmaya yetkili olmasını düzenleyen bir sözleşme mevcuttur. Üçlü ilişki çerçevesinde kart hamili ile üye işyerinin ilişkisi karşılık ilişkisi, kartı veren kuruluş ile kart hamili arasındaki ilişki teminat-garanti ilişkisi olarak nitelendirilmektedir. Kartı veren kuruluş ile üye işyeri arasındaki ilişki için ifa ilişkisi veya edinim sözleşmesi nitelendirilmesi kullanılmaktadır¹⁰³.

İki taraflı sistemde çıkartılan kredi kartları gerçek anlamda kredi kartı olarak kabul edilmediğinden¹⁰⁴ bu çalışmada inceleme konusu yapılmayacaktır.

¹⁰² İŞGÜZAR, s. 59-60; BAYDEMİR, s. 91-92.

¹⁰³ İŞGÜZAR, s. 61-62.

¹⁰⁴ TEOMAN, Kredi Kartı s. 47.

A- Kredi Kartını Çıkaran Kuruluş İle Üye İşyeri Arasındaki İlişkiler

1. Sözleşmenin Kurulması

Üye işyeri sözleşmesi tam iki tarafa borç yükleyen rızai bir sözleşme olup kredi kartı çıkaran kuruluş ile üye işyeri arasındaki sözleşme ilişkisi sözleşme taraflarının açık icap ve kabulleri sonucunda kurulmaktadır. Üye işyeri sisteme girmek amacıyla kart çıkaran kuruluştan istemde bulunmakta, kartı çıkaran kuruluş kabul ettiğinde sözleşmesel ilişki doğmaktadır. Kartı çıkaran kuruluş istemde bulunan işyeri hakkında saygınlık, ödeme gücü, işyeri ve sahipleri adına ayrı ayrı, çek yasağı, senet protestosu yada risk taşıyıp taşımadığı gibi konularda araştırma yapar. Bu araştırma sonucu olumlu olursa kartı çıkaran kuruluş çıkarttığı kredi kartını ödeme aracı olarak kabul eden işyeri ile üye işyeri sözleşmesini imzalar. Uygulamada üye işyeri sözleşmesini, kredi kartını çıkartan kuruluşlar önceden basılı olarak hazırlamaktadırlar. Kredi kartı sistemine girmek isteyen işyerleri basılı sözleşme metinlerini imzalayarak kartı çıkaran kuruluşa verirler. Üye işyerinin sözleşme formunu imzalayarak, kartı çıkaran kuruluşa vermesi “icap” sayılır. Üye işyerinin imzaladığı sözleşme metnini kartı çıkaran kuruluşun imzalaması ise “kabul” niteliğindedir¹⁰⁵.

Borçlar Kanunu 11 maddesi “Akdin sıhhati, kanunda sarahat olmadıkça hiçbir şekle tabi değildir” hükmünü amir olduğundan ve ne Borçlar Kanununda ne de Banka Kartları ve Kredi Kartları Kanununda üye işyeri sözleşmelerinin yazılı şekilde yapılmasının zorunlu olduğuna dair bir hüküm bulunmadığından üye işyeri sözleşmesinin yazılı şekilde yapılıp yapılmamasının geçerliliğine bir etkisi bulunmamaktadır¹⁰⁶. Ancak üye işyeri sözleşmesinin kanıt hukuku açısından yazılı biçimde yapılması ve bunun doğal sonucu olarak da değiştirilmesinin de yazılı biçimde olması gerekmektedir¹⁰⁷.

¹⁰⁵ BAYDEMİR, s. 94; İŞGÜZAR, s. 70; ÇEKER, Kredi Kartı s. 51; AÇIKGÜL/AÇIKGÜL, s. 60-61; BUHUR, s. 57; TEOMAN, Kredi Kartı s. 62-63.

¹⁰⁶ Aynı görüşte AÇIKGÜL/AÇIKGÜL, s. 56.

¹⁰⁷ BAYDEMİR, s. 94.

2. Taraflar Arasındaki Sözleşmenin Hukuki Niteliği

Kartı çıkaran kuruluş ile üye işyeri arasındaki hukuki ilişki, daha sonra akdedilecek olan bireysel sözleşmelerden doğacak edimler öngörülerek oluşturulan, sürekli borç ilişkisi şeklinde, atipik karma muhtevalı bir çerçeve sözleşmedir¹⁰⁸. Bu ilişkinin temelini kartı çıkaran kuruluşun üye işyeri için hazırladığı ve her bransa göre farklılıklar gösterebilen “Genel İşlem Şartları” oluşturur. Bu sözleşmeden üye işyeri için kartı çıkaran kurumca kart hamiline verilen kredi kartını ödeme aracı olarak kullanılmasını kabul etme yükümlülüğü doğar. Bu yükümlülük bir akit yapma zorunluluğu oluşturmamakla birlikte kart hamiline, üye işyeriyle aralarında önceden özel bir anlaşma olmaksızın, para kullanarak alış-veriş yapanlara göre bir fiyat artırımını olmaksızın kredi kartı ile ödeme yapma hakkı vermektedir. Bu yönüyle kartı çıkaran kuruluş ile üye işyeri arasındaki sözleşme, üye işyerinin temel yükümlülüğü olan, nakit talep etmeksizin kredi kartını ödeme aracı olarak kabul etme yükümlülüğü açısından öğretide de çoğunlukla kabul edildiği üzere Borçlar Kanunu 111 maddesi anlamında tam üçüncü kişi yararına sözleşmedir¹⁰⁹.

Tam üçüncü kişi yararına sözleşmede, üçüncü kişi, taraf olmadığı sözleşmeden lehine doğan alacağı, doğrudan doğruya ve aslen kazanmakta, vaat edenden borcun ifasını tek başına talep etme hakkına sahip bulunmaktadır¹¹⁰.

Kartı çıkaran kuruluş ile üye işyeri arasındaki hukuki ilişkinin, “Adi Ortaklık”, “Dernek”, “Vekalet”, “Factoring”, “Tahsil Yetkisi Verme ya da Tahsil Amacı ile Yapılan Temlik”, “Kefalet”, “İtibar Emri”, “Borcun Yüklenilmesi”, “Borca Katılma”, “Alacağın Temliki”, “Garanti”, “Belgeli Akreditif”, “Havale”, “Mücerret

¹⁰⁸ AKYOL, Şener; Banka Sözleşmeleri, İstanbul, 2001, s. 244.

¹⁰⁹ ÇEKER, Kredi Kartı s. 53; BUHUR, s. 59; ATEŞ, s. 77; İŞGÜZAR, s. 72; AÇIKGÜL/AÇIKGÜL, s. 84; SAYIN, s. 32; REİSOĞLU, Kredi Kartları s. 109; KILIÇOĞLU, Ahmet, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara, 2007, s. 422-423; KAPLAN, İbrahim, Banka Standart Sözleşmeleri ve Banka Genel İşlem Şartları, BATİDER, 1991, C: XVI, S: 2, s. 81.

¹¹⁰ İŞGÜZAR, s. 72; EREN, Fikret, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul, 2003 s. 1100.

Borç Vaadi”, “İbra”, “Borcun Ertelenmesi” olup olmadığı hususu da tartışılmış ise de sonuç olarak bu yöndeki görüşler öğretide genel bir kabul görmemişlerdir¹¹¹.

3. Tarafların Hak ve Yükümlülükleri

Üye işyeri sözleşmesi her iki tarafa da borç yükleyen bir sözleşme özelliği gösterdiğinden sözleşmenin taraflarının ayrı ayrı hakları ve yükümlülükleri doğmaktadır. Bu sözleşmede bir tarafın hakkı olarak nitelendirilen husus diğer tarafın yükümlülüğü olduğundan aşağıda sadece tarafların yükümlülükleri maddeler halinde kısaca anlatılacaktır.

a- Kartı Çıkaran Kuruluşun Yükümlülükleri

1- Kartı çıkaran kuruluş, gerek kartın ilk kez düzenlenmesi ve yenilenmesi gerekse de sözleşme süresince kart hamillerinin kredi değerliliğini, ödeme gücünü ve güvenilirliğini araştırmak-incelemek zorundadır. Kartı çıkaran kuruluş kredi değerliliğini yitiren kart hamili ile arasındaki sözleşme ilişkisine son vermeli ve kredi kartını geri almasa dahi bu hamilin kartını yasak kartlar listesine alarak üye işyerlerine bildirmelidir¹¹². Bu yükümlülük Banka Kartları ve Kredi Kartları Kanununu 9 maddesinden doğmaktadır. Çünkü Banka Kartları ve Kredi Kartları Kanununun 9/1 maddesi “Kart çıkaran kuruluşlar, kredi kartı almak isteyen kişilerin yasaklılık ve engel durumu, ekonomik ve sosyal durumu, aylık ve yıllık ortalama geliri, diğer kart çıkaran kuruluşlarca bu kişilere tahsis edilen kredi kartı limiti, bir model ve skorlama sistemi sonuçları, müşteri tanı ilkeleri ile 29 uncu madde çerçevesinde temin edilecek bilgileri dikkate alarak yapacakları değerlendirmeye istinaden kullanım limiti tespit etmek zorundadırlar.” Ve 9/2 maddesi “Kart çıkaran kuruluş tarafından bir gerçek kişinin sahip olduğu tüm kredi kartları için tanınacak toplam kredi kartları limiti, ilk yıl için, ilgilinin aylık ortalama net gelirinin iki katını, ikinci yıl için ise, dört katını aşamaz. bu fıkra uygulamasında bin Yeni Türk Lirasına kadar limitler hariç olmak üzere, aylık veya

¹¹¹ Bu görüşlerin ayrıntılı açıklaması ve eleştirileri için bkz. TEOMAN, Kredi Kartı s. 65-122; AÇIKGÜL/AÇIKGÜL, s. 84-95.

¹¹² AÇIKGÜL/AÇIKGÜL, s. 68-69; BAYDEMİR, s. 95-96; TEOMAN, Kredi Kartı s. 133-134.

yıllık ortalama gelir düzeyi kart hamili tarafından beyan edilen ve ilgili kuruluşlarca teyit edilen gelirler üzerinden tespit edilir” hükümlerini amirdir.

2- Kartı çıkaran kuruluş, kart hamili tarafından kartın çalındığı/kaybolduğu veya rızası dışında elinden çıktığının bildirilmesi halinde kartın kullanılmasını engelleyecek tedbirleri yeterli süre içerisinde almak zorundadır. Kredi kartı hizmetlerinin yüksek düzeyde bir güvence ortamı içerisinde yürütülmesi gerektiğinden böyle bir durumda kredi kartının kullanılmasını engelleyecek önlemlerin alınmaması kartı çıkartan kuruluş için ağır kusur oluşturur¹¹³. Banka Kartları ve Kredi Kartları Kanunu 12/1 maddesi uyarınca, kart hamilinin 16 madde uyarınca bildirimde bulunması halinde, kart hamili yapacağı bildirimden önceki yirmi dört saat içinde gerçekleşen hukuka aykırı kullanımdan doğan zararlardan yüzelli Yeni Türk Lirası ile sınırlı olmak üzere sorumludur. Hamilin ağır ihmali veya kastı bulunmuyor ise bildirimden önceki yirmi dört saat içindeki bu limitin üzerindeki harcamalardan ve bildirimden sonra kartı çıkaran kuruluşun alması gereken tedbirleri almaması sebebiyle meydana gelen hukuka aykırı kullanımlardan bir sorumluluğu bulunmamaktadır.

3- Kartı çıkaran kuruluşun en önemli yükümlülüğü Banka ve Kredi Kartları Kanunu 21/2 maddesi uyarınca çıkarttığı kart ile kart hamilinin gerçekleştirdiği işlem bedellerini sözleşme hükümlerine uygun olarak üye işyerine ödeme yükümlülüğüdür. Çünkü üye işyeri kredi kartı ile yapılan harcamaların kendisine kartı çıkartan kuruluş tarafından ödeneceği taahhüdüne güvenerek, kredi kartını ödeme aracı olarak kabul etmektedir. Ancak kartı çıkaran kuruluş sadece harcama belgelerinin ibrazı halinde ödeme yapma yükümlülüğünde olup üye işyeri kredi kartıyla alışveriş yapıldığında, elinde harcama belgesi bulunmadığını ileri sürerek kart hamiline imzalattığı başka bir belge ile ödeme talep ettiğinde kartı çıkaran kuruluşun ödeme yükümlülüğü bulunmamaktadır. Uygulamada POS cihazı ve şifre kullanımı nedeniyle kredi kartı hamilinin kredi kartı kullanarak yaptığı tüm harcamalar kartı çıkaran kuruluşa online olarak iletildiğinden, kartı çıkaran kuruluşlar harcama belgelerinin ibrazına gerek olmaksızın üye işyerlerine ödeme yapmaktadırlar. Yine kartı çıkaran kuruluşlar çıkardıkları kredi kartlarına limit koyduklarından kart hamillerinin bu limitler üzerinde alışveriş yapmak istemesi halinde üye işyerlerinin kartı çıkaran kuruluştan otorizasyon

¹¹³ BAYDEMİR, s. 96; KUNTALP, Kredi Kartı s. 291.

(provizyon) almaları gerekir. Otorizasyon imprinter ile yapılan işlemlerde telefonla, POS cihazı kullanılarak yapılan işlemlerde online olarak yapılır. Otorizasyon alınmadan limit aşılması durumunda kart kuruluşunun limiti aşan kısım için ödeme yapma yükümlülüğü bulunmamaktadır¹¹⁴.

4- Banka Kartları ve Kredi Kartları Kanunu 21/1 maddesindeki “Üye işyeri anlaşması yapan kuruluşlar, kartın kabulü hususunda kart çıkaran kuruluştan onay alınmasını sağlayacak alt yapıyı oluşturmakla yükümlüdür.” hükmü uyarınca kartı çıkaran kuruluş kaybolduğu veya çalındığı iddiası kendisine kart hamili tarafından bildirilen kredi kartları ile kart hamillerinin ödemelerini yerine getirmemesi veya buna ilişkin göstergelerin olmasıyla kendisi tarafından kullanılmasının yasaklandığı kredi kartlarına ilişkin listeyi aralarındaki sözleşmeye uygun olarak üye işyerine bildirme yükümlülüğü altındadır. Bu bildirim yapılana kadar kartı çıkaran kuruluş üye işyerinden bu kart ile yapılan harcamalardan sorumludur. Bildirim yapılmasına rağmen kartı ödeme aracı olarak kabul eden üye işyeri ise kartı çıkaran kuruluştan yapılan alışveriş için ödeme yapılmasını isteyemez¹¹⁵.

5- Kartı çıkaran kuruluş, çıkarttığı kredi kartını ödeme aracı olarak kabul edeceğini yaptıkları sözleşme ile taahhüt eden üye işyerine, bu yükümlülüğünü yerine getirmesi için her türlü araç ve gereçleri sağlamakla yükümlüdür. Bu araç ve gereçler imprinter ve POS cihazları, harcama belgeleri ve sistemin tanıtımına olanak veren reklam araçlarıdır¹¹⁶. Kredi Kartı kuruluşu bu araç ve gereçlerin mülkiyeti kendisinde kalmak üzere sadece zilyetliğini aktarır. Uygulamada kredi kartı kuruluşlarının bu araç ve gereçler için üye işyerlerinden bir miktar kira bedeli aldıkları da görülmektedir¹¹⁷. Kartı çıkaran kuruluşun yükümlülüğü bu araç ve gereçleri üye işyerine teslimle son bulmaz. Kartı çıkaran kuruluşun araç ve gereçleri fonksiyon gösterir şekilde teslim etmesi, sözleşme süresince bu araç ve gereçlerin kullanılmasını engelleyen veya zorlaştıran sorunlar - üye işyerinin kusurundan kaynaklanmayan - ortaya çıktığında

¹¹⁴ AÇIKGÜL/AÇIKGÜL, s. 61-64; BAYDEMİR, s. 96-98; TEOMAN, Kredi Kartı s. 132-132; ÇEKER, Kredi Kartı s. 57-58; İŞGÜZAR, s. 86-87.

¹¹⁵ AÇIKGÜL/AÇIKGÜL, s. 66-68; BAYDEMİR, s. 98-99; TEOMAN, Kredi Kartı s. 134-140; İŞGÜZAR, s. 88-90.

¹¹⁶ BAYDEMİR, s. 99; İŞGÜZAR, s. 87; AÇIKGÜL/AÇIKGÜL, s. 64-65; TEOMAN, Kredi Kartı s. 133; ÇEKER, Kredi Kartı s. 58-60.

¹¹⁷ BAYDEMİR, s. 99.

bunları da gidermesi gerekir. Uygulamada kartı çıkaran kuruluşlar POS cihazları için düzenli servis hizmeti de sağlamaktadırlar¹¹⁸.

b- Üye İşyerinin Yükümlülükleri

1- Banka Kartları ve Kredi Kartları Kanunu 17/1 maddesi uyarınca “Üye işyerleri, kart hamillerinin yapmış oldukları mal ve hizmet alımlarının bedelini banka kartı ya da kredi kartı ile ödeme taleplerini kabul etmek zorundadır. Bu zorunluluk indirim dönemlerinde de geçerlidir. Üye işyerleri, kart hamilinden kartın kullanılması dolayısıyla komisyon veya benzeri bir isim altında ilave bir ödemede bulunmasını isteyemez.” Bu madde uyarınca üye işyerinin sözleşmeden doğan en temel yükümlülüğü kredi kartını ödeme aracı olarak kabul etmektir. Üye işyerinin kredi kartını kabul yükümlülüğü, sadece sözleşme imzaladığı kart kuruluşunun çıkardığı kartlar için değil, aynı sistem çerçevesinde çıkarılan bütün kredi kartları için geçerlidir. Başka bir deyişle üye işyeri Visa ve Mastercard-Eurocard amblemi taşıyan kredi kartlarını hangi kurum tarafından çıkarılmış olduğuna bakmaksızın ödeme aracı olarak kabul etmek zorundadır. Üye işyerinin bu yükümlülüğü kurum ile arasındaki sözleşme ilişkisi devam ettiği sürece devam eder.¹¹⁹ Uygulamada kredi kartını ödeme aracı olarak kabul etmek istemeyen üye işyerleri “okuma cihazı şu anda çalışmıyor”, “onay merkezi ile şu anda bağlantı kurulamıyor”, kredi kartı için kullanılan formlar elimizde bitmiş durumda”, “özel indirimlerde kredi kartı kabul etmiyoruz”, “kredi kartını ancak belli bir limitin üzerinde alışverişlerde kabul ediyoruz” gibi bahaneler ileri sürmektedirler. Kart hamilleri bu ve benzeri bahaneleri kabul etmek zorunda değildirler. Üye işyerine usulüne uygun bir kredi kartı ibraz eden her kart hamili, nakit ödeme yapan müşterilerle aynı muameleyi görme hakkına sahiptir¹²⁰. Banka Kartları ve Kredi Kartları Kanununa göre, 17/1 maddesinde belirtilen yükümlülüğe aykırı davranılması halinde üye işyeri anlaşması yapan kuruluşlar tarafından aynı madde uyarınca üye işyeri sözleşmesi feshedilir ve bir yıl süreyle yeni bir sözleşme yapılmaz. Ayrıca üye işyerinin kredi kartı ile yapılan alışveriş karşılığında komisyon veya benzeri bir isim altında ilave bir ücret alması halinde, sözleşmenin feshedilmesi dışında, üye işyerinin hem

¹¹⁸ AÇIKGÜL/AÇIKGÜL, s. 65.

¹¹⁹ ÇEKER, Kredi Kartı s. 60-61; AÇIKGÜL/AÇIKGÜL, s. 70-73; İŞGÜZAR, s. 93-98; BAYDEMİR, s. 101.

¹²⁰ İŞGÜZAR, s. 94.

sözleşmeye hem de kanuna aykırı davranmış olması sebebiyle tazminat sorumluluğu da doğar¹²¹.

2- Banka ve Kredi kartları Kanunu 17/2 maddesi uyarınca “Üye işyerleri, mal ve hizmet bedeli karşılığını banka kartı veya kredi kartı ile ödemek isteyen kişilerin imza gerektiren işlemlerde imza kontrolü yapmak, kartın tahrifata uğrayıp uğramadığını kontrol etmek ve üye işyeri anlaşması yapan kuruluşlarca kendilerine ulaştırılan bilgiler çerçevesinde kartın geçerliliğini tespit etmekle yükümlü olup, gerekli durumlarda kart üzerinde yer alan bilgilerle kimlik belgesi üzerinde yer alan bilgileri karşılaştırmak üzere geçerli bir kimlik belgesi ibrazını talep etmek ve harcama belgesi üzerindeki bilgilerle kredi kartı üzerindeki bilgileri karşılaştırarak kontrol etmekle yükümlüdür. Bu kontrollerin yapılmamasından doğan zararlardan üye işyeri sorumludur.” Yargıtay 19. Hukuk Dairesi de kanun yürürlüğe girmeden önce verdiği 02/06/1994 tarih ve 1993/5800 E. – 19945618 K. Sayılı kararı ile otorizasyon limiti altındaki işlemlerde kimlik denetimi ve imza incelemesi yaptıktan sonra üye işyerlerinin sorumluluğu bulunmadığını kabul etmiştir¹²².

3- Banka Kartları ve Kredi Kartları Kanunu 22 maddesi uyarınca “Üye işyerleri, tek bir kredi kartı ile yapılacak harcama tutarının belirlenen işlem limitini aşması halinde kart çıkaran kuruluştan kartın kabulü için yetki almakla yükümlü tutulmuş ise harcamanın tamamı için yetki almak zorundadır. Aynı kart ile aynı ödeme işlemi için birden fazla harcama belgesi düzenlenemez. Bu hükme aykırı davranılması halinde üye işyerleri satılan hizmet veya mal bedelini üye işyeri anlaşması yapan kuruluştan talep edemez.”

4- Banka ve Kredi Kartları Kanunu 19 maddesi uyarınca kart hamili tarafından ibraz edilen kredi kartını ödeme aracı olarak kabul eden, 17/2 maddesinde belirtilen kontrolleri yapan ve eğer harcama belirtilen işlem limitini aşıyor ise 22. madde uyarınca kartı çıkaran kuruluştan harcamanın tamamı için yetki alan “Üye işyerleri, mal ve hizmet bedellerinin banka kartı ya da kredi kartı ile ödenmesi veya nakit talep edilmesi halinde, 20 nci madde hükümleri saklı kalmak kaydıyla, elektronik

¹²¹ AÇIKGÜL/AÇIKGÜL, s. 71; BUHUR; s. 64.

¹²² Karar için bkz. KUNTALP, Kredi Kartı s. 278.

veya mekanik cihazları kullanarak harcama belgesi veya nakit ödeme belgesi düzenlemek ve aslını sözleşmede belirtilen süre içerisinde muhafaza etmek ve bir nüshayı da kart hamiline vermek zorundadır. Bu hükme aykırılık halinde satılan hizmet veya mal bedeli üye işyeri anlaşması yapan kuruluştan talep edilemez. Üye işyerleri kart kullanılarak satın alınmış bir malın iadesi veya hizmetin alımından vazgeçilmesi veya yapılan işlemin iptali halinde, alacak belgesi düzenleyerek bir nüshasını kart hamiline verdikten sonra diğer bir nüshayı da muhafaza etmekle yükümlüdür.” Muhafaza yükümlülüğü sözleşmede daha uzun bir süre belirtilmediği takdirde Türk Ticaret Kanunu 68 maddesi uyarınca 10 yıldan az olamaz¹²³. Kanununun 20. maddesi ile işlemin niteliği nedeniyle harcama ve alacak belgesi düzenleme imkanı olmayan hallerde kartların, hamil tarafından çeşitli iletişim araçları ile kart numarası bildirilmek veya imza yerine geçen kod numarası, şifre ya da kimliği belirleyici benzeri bir başka yöntemle işlem yapılmak suretiyle de kullanılabilmesi kabul edilmiştir.

Ülkemizde 31/03/2006 tarihinden itibaren kredi kartlarında şifre uygulamasına geçilmiş olup 01/07/2007 tarihinden itibaren de kredi kartları şifresiz kullanılmamaktadır. Banka Kartları ve Kredi Kartları Kanunu 20. maddesinde ise “işlemin niteliği” gereği imza gerekmeden kredi kartı kullanılabilmesi belirtilmektedir. Burada sırf “işlemin niteliği” kavramı esas alındığı takdirde harcama ve alacak belgesi düzenleme imkanı olmayan hallerde şifre kullanılabilmesi, harcama belgesi veya alacak belgesi düzenleme imkanı bulunan hallerde bu belgelere imza atılmasının zorunlu olduğu gibi bir anlam doğmaktadır. Ancak gerek Banka Kartları ve Kredi Kartları Kanununun tanımlar başlıklı 3. maddesinde harcama belgesinin “Banka kartı veya kredi kartı ile yapılan işlemler ile ilgili olarak üye işyeri tarafından düzenlenen, kart hamilinin işleminden doğan borcu ile diğer bilgileri gösteren ve *kart hamilinin kimliğinin bir kod numarası, şifre veya kimliği belirleyici başka bir yöntemle belirlendiği haller dışında kart hamili tarafından imzalanan belge*”, nakit ödeme belgesinin ise “Bankalarca veya yetkili üye işyerlerince banka kartı veya kredi kartı hamiline yapılan nakit ödemelerde düzenlenerek, *kart hamilinin kimliğinin bir kod numarası, şifre veya kimliği belirleyici başka bir yöntemle belirlendiği haller dışında kart hamili tarafından imzalanan belge*” olarak tanımlanması, gerekse Banka Kartları ve Kredi Kartları Kanunu 32/4 maddesinin “Mikrofilmlerden veya mikrofişlerden alınan kopyalar ya da elektronik veya manyetik

¹²³ AÇIKGÜL/AÇIKGÜL, s. 78; ALPAY, s. 108.

ortamlardan çıkarılan bilgileri içeren belgeler, bu kopya ve belgelerin birbirlerini teyit etmeleri kaydıyla asıllarına gerek kalmaksızın 2004 sayılı İcra ve İflas Kanununun 68'nci maddesinin birinci fıkrasındaki belgelerden sayılır” hükmü ile söz konusu mikrofilm veya mikro fişlerden alınan kopyaları ve manyetik ortamlardan çıkartılan belgeleri, imzası ikrar ve noterlikçe tasdik edilen bir borç ikrarını içine alan bir senet yahut resmi dairelerin veya yetkili makamların yetkileri dahilinde ve usulüne göre verdikleri bir makbuz veya belge hükmünde saymış olması hususları bir arada değerlendirildiğinde kredi kartları ile yapılan işlemlerde harcama belgesi üzerine imza alınmadan sadece şifre ile işlem yapılmasında Banka Kartları ve Kredi Kartları Kanunu 20. maddesine aykırı bir uygulama söz konusu değildir¹²⁴.

5- Üye işyerinin bir diğer yükümlülüğü de kartı çıkaran kuruluştan harcama belgelerinin tutarını tahsil ederken, sözleşmede belirtilen oranda bir komisyonu kartı çıkaran kuruluşa ödemektir. Komisyon, kart hamilinin ödememe rizikosunun ve kredi kartı çıkaran kuruluşun gördüğü hizmetin karşılığı olarak ödenmektedir¹²⁵.

6- Banka Kartları ve Kredi Kartları Kanunu 18/1 maddesi uyarınca “Üye işyerleri, banka kartı ve kredi kartı ile işlem yapıldığını gösteren işaretleri, işyerinin girişinde ve kart hamilleri tarafından kolayca görülebilecek bir yere koymak, üye işyeri sözleşmeleri herhangi bir nedenle sona erdiği takdirde de, bu işaretleri kaldırmakla yükümlüdür. Üye işyerleri, teknik bir nedenle geçici bir süreyle işlem yapılamadığı hallerde kart hamillerini uyarmakla yükümlüdür.”

7- Banka Kartları ve Kredi Kartları Kanunu 23/1 maddesi uyarınca “Üye işyerleri, kartın kullanımı sonucunda kart ve kart hamili ile ilgili edindikleri bilgileri, kanunla yetkili kılınan kişi, kurum ve kuruluşlar hariç olmak üzere kart hamilinin yazılı rızasını almadan başkasına açıklayamaz, saklayamaz ve kopyalayamaz. Üye işyerleri, kart bilgilerini üye işyeri anlaşması yaptığı kuruluş dışındaki şahıs ve kuruluşlarla paylaşamaz, satamaz, satın alamaz ve takas edemez.”

¹²⁴ AÇIKGÜL/AÇIKGÜL, s. 80-81; ALPAY, s. 110.

¹²⁵ REİSOĞLU, Kredi Kartları s. 109; AÇIKGÜL/AÇIKGÜL, s. 76-78.

8- Üye işyerlerine bu yükümlülükler dışında, üye işyeri sözleşmesi ile ayrıca, kira parası ödemek, hamilin limitini açıklamamak, işletme konusunun yada işletmenin sahibinin değişmesinden kart kuruluşunu haberdar etmek, ödemenin kısmen nakden kısmen kredi kartıyla yapılmamasına izin vermemek, teslim edilen POS cihazını özenle korumak, arızalandığında ihbar etmek ve arızanın giderilmesine izin vermek, sözleşme sona erdiğinde POS cihazı ve eklentilerini iade etmek, POS cihazını sigorta ettirmek ve primlerini ödemek gibi yükümlülükler de yüklenebilmektedir. Yine sözleşmede işyerine diğer sistemlere üye olunamayacağı yönünde bir koşul var ise üye işyeri aynı anda birden çok kart kuruluşu ile üye işyeri sözleşmesi imzalamama yükümlülüğü altındadır¹²⁶.

4. Sözleşme İlişkisinin Sona Ermesi

Üye işyeri ile kredi kartı kuruluşu arasındaki üye işyeri sözleşmesi çeşitli nedenlerle sona erebilir. Üye işyeri sözleşmesinde taraflardan herhangi birisine veya her ikisine tek yanlı fesih ihbarı hakkı tanınmış olabileceği gibi, tüm sürekli borç ilişkilerinde geçerli olan haklı nedenle fesih imkanı bu sözleşmelerde de uygulanmaktadır. Üye işyeri sözleşmesinin tarafları kendi aralarında anlaşarak üye işyeri sözleşmesini ortak iradeleri ile ortadan kaldıracabilecekleri gibi kart kuruluşunun veya üye işyerinin faaliyetlerini sürdürmeme kararı almaları, iflas etmeleri, kartı çıkaran kuruluşun Banka Kartları ve Kredi Kartları Kanunu 5 maddesi uyarınca faaliyet izninin iptali, tek kişi işletmesi niteliğinde olan üye işyeri sahibinin ölmesi ve mirasçılarının işletmeye devam etmek istememeleri halinde sözleşme ilişkisi kendiliğinden ortadan kalkacaktır¹²⁷.

¹²⁶ TEOMAN, Kredi Kartı s. 148-149; AÇIKGÜL/AÇIKGÜL; s. 81-82.

¹²⁷ Bu hususta ayrıntılı açıklama için bkz. TEOMAN, Kredi Kartı s 150-157.

B- Kredi Kartını Çıkaran Kuruluş İle Kart Hamili Arasındaki İlişkiler

1- Sözleşmenin Kurulması

Kredi kartı sözleşmesi kartı çıkaran kuruluş ile kart hamili arasında akdedilen çerçeve niteliğinde kendine özgü yapısı olan, sürekli öyle sözleşmelerdir ki bununla kartı çıkaran kuruluş kredi kartının üye işyerlerinde nakitsiz ödeme aracı olarak kabul edileceğini ve kart hamilinin üye işyerlerinden yaptığı harcamaları üye işyerine ödeyeceğini, kart hamili ise kredi kartı ile üye işyerinden yapacağı harcamaları kartı çıkaran kuruluşa ödeyeceğini taahhüt eder¹²⁸. Tanımdan da anlaşılacağı üzere kredi kartı sözleşmeleri tam iki tarafa borç yükleyen rızai bir sözleşme olup kredi kartı çıkaran kuruluş ile kart hamili arasındaki sözleşme ilişkisi sözleşme taraflarının açık icap ve kabulleri sonucunda kurulmaktadır. Uygulamada kuruluş tarafından çıkartılan kredi kartını kullanmak isteyen kişiler, matbu talep formunu doldurarak kuruluşa başvururlar. Matbu talep formuyla birlikte üyelik sözleşmesinin de imzalandığı durumlarda, kuruluşun kabul açıklamasıyla taraflar arasındaki sözleşme ilişkisi de kurulmuş olur. Ancak matbu talep formu ile üyelik sözleşmesinin aynı anda imzalanmadığı durumlarda bu talebin kuruluş tarafından kabul edilmesinden sonra üyelik sözleşmesinin müşteriye imzalatılması üzerine bu ilişki ortaya çıkar¹²⁹. Kredi kartı sözleşmesinin ileride hamil sıfatını kazanacak olan kişinin vekilinin de imzalaması mümkün olup ancak bu halde vekil sıfatıyla imza atan kişiye ayrıca kefil veya garanti eden gibi bir sıfatla sorumluluk yüklenmedikçe kart hamilinin yaptığı harcamalar sebebiyle bir sorumluluk yükletilemeyeceği kuşkusuzdur¹³⁰. Bu husus Yargıtay 19. Hukuk Dairesinin 18/10/1994 tarih ve 1993/9529 E. – 1994/9595 K. Sayılı kararında da belirtilmiştir¹³¹.

¹²⁸ İŞGÜZAR, s. 63.

¹²⁹ ÇEKER, Kredi Kartı s. 66.

¹³⁰ TEOMAN, Kredi Kartı s. 159, dipnot 1a; AÇIKGÜL/AÇIKGÜL, s. 98; BUHUR, s. 68; ATEŞ, s. 104

¹³¹ Karar için bkz ATEŞ, s. 103, dipnot 259.

Kredi kartı sözleşmesinin temelini üye işyeri sözleşmesinde olduğu gibi genel işlem şartları oluşturduğundan kartı çıkaran kuruluş ile sonradan kart hamili olacak müşteri arasında genel işlem şartları üzerinde de anlaşmanın yapılmış olması gerekir. Genel işlem şartlarının taraflar arasında bağlayıcı nitelik taşıyabilmesi için müşteriye genel işlem şartlarının varlığına açıkça işaret edilmiş ve içeriği hakkında bilgi alma olanağının sunulmuş olması ile müşterinin de bu şartları kabul etmiş olması gerekir. Sonradan kart hamili olacak müşterinin yeterince bilgilendirilmediği veya bu şartları kabul etmediği hallerde genel işlem şartlarının taraflar arasında geçerli olması mümkün değildir¹³².

Üzerinde durulması gereken bir diğer husus da kredi kartı sözleşmesinin şeklidir. Banka Kartları ve Kredi Kartları Kanunu yürürlüğe girmeden önceki dönemde öğretide¹³³ kredi kartı sözleşmeleri 4077 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanun 10/A maddesi uyarınca tüketici kredisi sözleşmesi hükümlerine tabi bulunması ve aynı kanunun 10 maddesi uyarınca tüketici kredisi sözleşmesinin yazılı şekilde yapılma zorunluluğu bulunması gerekçeleriyle kredi kartı sözleşmelerinin yazılı şekilde yapılması gerektiği ve yazılı şeklin geçerlilik şekli olduğu kabul edilmiş iken Banka ve Kredi Kartları Kanunu 24/1 maddesi ile “Kart çıkaran kuruluşlar ile kart hamilleri arasındaki ilişkiler, bu Kanun ve ilgili diğer mevzuat çerçevesinde en az oniki punto ve koyu siyah harflerle hazırlanacak yazılı sözleşme ile düzenlenir” hükmünü getirerek kredi kartı sözleşmelerini şekil açısından yazı puntosuna varıncaya kadar ayrıntılı olarak düzenlemiştir. Kanunla ayrıca resmi yazılı şekil şartı öngörülmediğinden sözleşmenin Kanunda belirtilen şartları ihtiva etmesi halinde adi yazılı şekilde yapılması mümkündür. Kanunla getirilen bu hükümle kredi kartı sözleşmelerinin yazılı şekilde yapılması “geçerlilik şekli” olarak kabul edilmiştir. Bunun doğal sonucu olarak da yazılı olarak yapılmayan sözleşmeler geçersiz olacaktır. Ayrıca Banka Kartları ve Kredi Kartları Kanunu 24/2 maddesi ile bu sözleşmelerin şekil ve içeriğinde yer alması gereken asgari hususları belirlemeye BDDK’yı yetkili kılmış ve 35/1-f maddesi ile Kanunun 24 maddesine aykırılık halinde ikibin Yeni Türk Lirasından onbin Yeni Türk Lirasına kadar idari para cezası uygulamaya BDDK’nu yetkili kılmıştır. Tabi ki idari para cezası uygulaması yazılı sözleşme şeklinin geçerlilik şekli olmasını etkilemeyecek,

¹³² ÇEKER, Kredi Kartı s. 67.

¹³³ İŞGÜZAR, s. 64; BAYDEMİR, s. 105.

hem sözleşme geçersiz olacak, hem de kartı çıkaran kuruluşa idari para cezası uygulanacaktır¹³⁴.

2- Taraflar Arasındaki Sözleşmenin Hukuki Niteliği

Kredi kartı sözleşmesinin hukuki niteliğini belirlerken öncelikle tarafların bu sözleşme ilişkisine girerken izledikleri amaç göz önünde bulundurulmalı ve karşılıklı olarak sahip oldukları haklar ve yükümlülükleri ortaya konularak bunlar içinde temel işlev taşıyanı belirlenmelidir.

Kart hamili açısından en temel yükümlülük üye işyerinden temin ettiği mal ve hizmetlerin karşılığını kartı çıkaran kuruluşa ödemek olduğundan bu ilişkiye “karşılık ilişkisi” denilmektedir¹³⁵.

Kartı çıkaran kuruluşun en temel yükümlülüğü ise sürekli olarak üye işyerlerinin kredi kartını nakitsiz ödeme aracı olarak kabul etmesi için faaliyet göstermektir. Bu yükümlülük niteliği gereği bir işgörme edimidir. Bu husus nazara alındığında kredi kartı sözleşmesinin bir işgörme sözleşmesi niteliğine sahip olduğu öğretide tartışmasız olarak kabul edilmektedir.¹³⁶ Ancak işgörme borcu doğuran sözleşme kavramı, Borçlar Kanununda düzenlenen hizmet, istisna, neşir, vekalet gibi sözleşmeler yanında isimsiz işgörme borcu doğuran sözleşmeleri de kapsayan bir üst kavramdır. Ancak işgörme sözleşmesi olduğu açık olan kredi kartı sözleşmesinin bütün hatları ile bu Borçlar Kanununda düzenlenen sözleşme kalıplarına oturtulması mümkün değildir. Zira kartı çıkaran kuruluş yükümlülüklerinin bir kısmı istisna sözleşmesinde olduğu gibi garanti edilebilir nitelikte olduğu halde, diğer bazı edimler hizmet sözleşmesine benzer bir yapı göstermektedir. Bu nedenle kredi kartı sözleşmelerine, kanunda öngörülen sözleşme türlerine özgü hükümler niteliğine uygun düştüğü ölçüde

¹³⁴ AÇIKGÜL/AÇIKGÜL, s. 99-103.

¹³⁵ İŞGÜZAR, s. 66; KUNTALP, Kredi Kartı s. 275.

¹³⁶ AÇIKGÜL/AÇIKGÜL, s. 140-144; TEOMAN, Kredi Kartı s. 164-169; İŞGÜZAR, s. 66-70; ÇEKER, Kredi Kartı s. 68-70.

uygulanacak, boşluklar ise Borçlar Kanunu'nda işgörme sözleşmeleri yönünden genel sözleşme niteliğinde olan vekalet sözleşmesi hükümleri ile doldurulacaktır¹³⁷.

3- Tarafların Hak ve Yükümlülükleri

Kredi kartı sözleşmesi tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerden olduğundan sözleşmenin taraflarının ayrı ayrı hakları ve yükümlülükleri doğmaktadır. Bu sözleşmede bir tarafın hakkı olarak nitelendirilen husus diğer tarafın yükümlülüğü olduğundan aşağıda sadece tarafların yükümlülükleri maddeler halinde kısaca anlatılacaktır.

a- Kartı Çıkaran Kuruluşun Yükümlülükleri

1- Kartı çıkaran kuruluşların kredi kartı sözleşmesinden doğan en temel yükümlülüğü kart hamiline üye işyerlerine nakit ödeme yapmaksızın kredi kartıyla alışveriş yapma olanağını sağlamaktır. Bu yükümlülük çerçevesinde kartı çıkaran kuruluş kredi kartının geçerlilik alanı içindeki ticari işletmelerle üye işyeri sözleşmesi imzalamak zorundadır. Sözleşme hükümlerinde kartı çıkaran kuruluşun üye işyerlerini kapsayan bir kredi kartı kabul ağı kuracağına ilişkin bir düzenleme bulunmasa bile kredi kartının kullanılması ancak kartı ödeme aracı olarak kabul eden işyerlerinin bulunmasına bağlı olduğundan bu yükümlülük sözleşmenin temelini oluşturur¹³⁸.

2- Kartı çıkaran kuruluş sözleşme imzaladığı kart hamilinin adını ve sözleşmede öngörülen özellikleri taşıyan bir kredi kartını düzenlemek ve Banka ve Kredi Kartları Kanunu 8/6 maddesi uyarınca “... banka kartı ve kredi kartlarının asıl kart hamiline teslim edilmesini sağlayacak önlemleri almak, reşit olmayan ek kart

¹³⁷ AÇIKGÜL/AÇIKGÜL, s. 143; İŞGÜZAR, s. 69; ÇEKER, Kredi Kartı s. 69; ATEŞ, s. 120; BUHUR, s. 76; SAYIN, s. 41.

¹³⁸ İŞGÜZAR, s. 79; BAYDEMİR, s. 107; AÇIKGÜL/AÇIKGÜL, s. 111-112, ÇEKER, Kredi Kartı s. 70-72.

hamilleri adına düzenlenen banka ve kredi kartlarının asıl kart hamillerine teslimini sağlamakla yükümlüdürler.”

3- Kartı çıkaran kuruluş, kartın teslimi anında kartın kullanım biçimi, karta özgülünen limit, kartın kullanımından doğan borçların ödenme koşulları ve yöntemi, sorumluluk durumları, kartın kaybolması ve çalınması durumlarında hamilin yükümlülükleri ve hesap özeti için öğrenilmesi yöntemi konularında kart hamilini bilgilendirmek zorundadırlar. Uygulamada kartı çıkaran kuruluşlar bu amaçla basılı broşürler dağıtmaktadırlar¹³⁹. Bu yükümlülük Banka Kartları ve Kredi Kartları Kanunu 8/4 maddesindeki “Kart çıkaran kuruluşlar, kartın verilmesi anında kart hamilini yeteri derecede bilgilendirmekle yükümlüdür” amir hükmünden doğmaktadır. Banka Kartları ve Kredi Kartları Hakkında Yönetmelik 17/2 ve 17/3 maddeleri kart teslimi sırasında kredi kartı hamillerine yazılı olarak bilgilendirme yapılması zorunlu olan hususları ayrıntılı olarak düzenlemiştir.

4- Banka Kartları ve Kredi kartları Kanunu 10 maddesi uyarınca kartı çıkaran kuruluş BDDK tarafından belirlenen usul ve esaslar çerçevesinde, kredi kartı hesap özeti düzenlemek ve düzenlediği hesap özeti için yazılı veya kart hamilinin talebi üzerine elektronik ortam ya da başka etkin yollarla kart hamiline bildirmekle yükümlüdür. Kartı çıkaran kuruluşça düzenlenmesi gereken hesap özeti için usul ve esasları Banka Kartları ve Kredi Kartları Hakkında Yönetmelik 19 maddesinde düzenlenmiştir.

5- Banka Kartları ve Kredi Kartları Kanunu 21/2 maddesi uyarınca kartı çıkaran kuruluş “*üye işyerlerine kart hamillerinin gerçekleştirdikleri işlem bedellerini sözleşme hükümlerine uygun olarak ödemek zorundadır.*” Kartı çıkaran kuruluşun bu yükümlülüğünün doğabilmesi için, kredi kartı hamilinin kredi kartı kullanmak suretiyle üye işyerinde alışveriş yapması gerekir. Ayrıca üye işyerinin de usulüne uygun düzenlenmiş (yani kart hamilince imzalanmış veya şifre kullanılmak suretiyle onaylanmış) harcama belgelerini kartı çıkaran kuruluşu ibraz etmesi gerekir. Yine sözleşmede belirlenen harcama limitini aşan işlemlerde, kartı çıkaran kuruluşun onay

¹³⁹ BAYDEMİR, s. 106.

alınmaması veya onay işleminin reddedilmesi halinde, kartı çıkaran kuruluşun ödeme yükümlülüğü sadece limit içi harcamayla sınırlıdır¹⁴⁰.

6- Banka Kartları ve Kredi Kartları Kanunu 8/3 maddesi uyarınca “*Kart çıkaran kuruluşlar, kartların düzenli ve güvenli kullanımı ile bildirim, talep, şikayet ve itirazlara ilişkin gerekli tedbirleri almaya yönelik sistemi kurmak ve kesintisiz olarak açık tutmakla yükümlüdür.*” Bu madde doğrultusunda kartı çıkaran kuruluş gerek Kanunun 8/2 maddesi uyarınca asgari tutarı son ödeme tarihini takip eden üç ay içinde ödenmeyip, yapılan bildirimden rağmen bir aylık süre içerisinde de ödenmemesi sebebiyle iptal etmesi, gerekse Kanunun 16 maddesi uyarınca kart hamili tarafından çalındığı veya kaybolduğu bildirilmesi sebepleriyle kullanımı yasaklanan kredi kartlarına ilişkin listeleri – ki BKM tarafından düzenlenen bu listelere “Birleşik Uyarı Listesi” (BUL) denilmektedir¹⁴¹ – düzenli olarak ve gecikmeksizin üye işyerlerine göndermekle yükümlüdür¹⁴². Ancak artık uygulamada tüm işyerlerinde POS cihazları kullanılmakta olduğundan, satışla ilgili tüm bilgiler kart kuruluşu tarafından bilgisayara aktarılmakta, kaybedilen, çalınan, sahte olarak düzenlenen ve çeşitli nedenlerle iptal edilen geçersiz kredi kartlarının otokontrolü kredi kartının POS cihazından geçirilmesi ile online olarak yapılmakta, işlemle ilgili kartı çıkaran kuruluştan provizyon alınmaktadır¹⁴³. Bu nedenle artık BKM tarafından “Birleşik Uyarı Listelerinin” (BUL) üye işyerlerine gönderilmesi uygulamasına son verilmiştir¹⁴⁴.

7- Banka Kartları ve Kredi Kartları Kanunu 8/2 maddesi uyarınca “*Asgari tutarın son ödeme tarihini takip eden üç ay içinde ödenmemesi durumunda kart çıkaran kuruluşça kart hamiline yapılacak bildirimden itibaren bir aylık süre içerisinde bu tutarın ödenmemesi ya da banka kartı ile kredi kartı kullanımından dolayı adli cezaların uygulanması halinde, ilgili kart çıkaran kuruluşça kart hamiline verilen kredi kartları iptal edilir ve borcun tamamı ödeninceye kadar yeni kredi kartı düzenlenemez.*” Düzenlemeden de anlaşılacağı üzere kartın iptal edilmesi için asgari ödeme tutarının dört ay ödenmemesinin beklenmesi zorunlu olmayıp, bu süre azami süre olarak tespit edilmiştir. Kamuoyunda hakim olan, temerrüde düşen kredi kartı hamillerinin kredi

¹⁴⁰ TEOMAN, Kredi Kartı s. 132, 172; İŞGÜZAR, s. 86-87; AÇIKGÜL/AÇIKGÜL, s. 113-114.

¹⁴¹ İŞGÜZAR, s. 88.

¹⁴² BAYDEMİR, s. 107; AÇIKGÜL/AÇIKGÜL, s. 116.

¹⁴³ REİSOĞLU, Kredi Kartları s. 102-103.

¹⁴⁴ AÇIKGÜL/AÇIKGÜL, s. 116.

kartlarının uzun süre kullanıma kapatılmadığı ve kart hamillerinin mağdur olduğu düşüncesiyle madde düzenlemesine yer verildiği anlaşılmaktadır¹⁴⁵. Burada tartışılması gereken husus azami sürenin geçmesine rağmen kredi kartının iptal edilmemesi halinde madde düzenlemesine aykırı davranarak üzerine düşen yükümlülüğü yerine getirmeyen kartı çıkaran kuruluşun sorumluluğudur. Kanaatimizce maddede düzenlenen yükümlülüğü yerine getirmeyen yani maddede öngörülen koşulların gerçekleşmesine rağmen kredi kartını iptal edip kullanılmaması için gerekli önlemleri almayan kartı çıkaran kuruluş, madde uyarınca kartın iptal edilmesi gereken tarihten sonra kredi kartının kullanılması sebebiyle artan zararından Borçlar Kanunu hükümleri uyarınca kusuru oranında sorumludur.

8- Banka Kartları ve Kredi Kartları Kanunu 9 maddesi uyarınca “*kart çıkaran kuruluşlar, kredi kartı almak isteyen kişilerin yasalılık ve engel durumu, ekonomik ve sosyal durumu, aylık ve yıllık ortalama geliri, diğer kart çıkaran kuruluşlarca bu kişilere tahsis edilen kredi kartı limiti, bir model ve skorlama sistemi sonuçları, müşteri tanı ilkeleri ile 29 uncu madde çerçevesinde temin edilecek bilgileri dikkate alarak yapacakları değerlendirmeye istinaden kullanım limiti tespit etmek zorundadır. Kart çıkaran kuruluşlar kart limitlerini bu hüküm çerçevesinde güncelleyebilirler. Kart çıkaran kuruluşlar, kart hamilleri talep etmedikçe kart limitlerini artıramazlar.*” “*Kart çıkaran kuruluş tarafından bir gerçek kişinin sahip olduğu tüm kredi kartları için tanınacak toplam kredi kartları limiti, ilk yıl için, ilgilinin aylık ortalama net gelirinin iki katını, ikinci yıl için ise, dört katını aşamaz. Bu fıkra uygulamasında bin Yeni Türk Lirasına kadar limitler hariç olmak üzere, aylık veya yıllık ortalama gelir düzeyi kart hamili tarafından beyan edilen ve ilgili kuruluşlarca teyit edilen gelirler üzerinden tespit edilir.*” Aynı maddenin üçüncü fıkrasına göre kart hamilinin talebi üzerine üçüncü kişiler adına asıl karta bağlı ek kart düzenlenmesi halinde de asıl kart limitinin aşılmaması gerekir.

9- Banka Kartları ve Kredi Kartları Kanunu 23/2 maddesi uyarınca “*Kart çıkaran kuruluşlar, edindikleri kişisel bilgileri gizli tutmak, kendi hizmetlerinin pazarlanması dışında başka amaçlarla kullanmamak ve kanunla yetkili kılınan kişi,*

¹⁴⁵ AÇIKGÜL/AÇIKGÜL, s. 115.

kurum ve kuruluşlar dışında kalanların bu bilgilere ulaşmasını engellemek amacıyla gereken önlemleri almakla yükümlüdür.”

10- Banka Kartları ve Kredi Kartları Kanunu 12/2 maddesi uyarınca *“Kart çıkaran kuruluş, yapılacak talep ve ilgili sigorta prim bedelinin ödenmesi koşulu ile kart hamilinin birinci fıkrada belirtilen yüzelli Yeni Türk Lirası tutarındaki sorumluluğunun sigortasını sağlamakla yükümlüdür.”* Kanununun 12/1 maddesi kart hamillerini kartın veya 16 ncı maddedeki bilgilerin çalınması veya kaybolması veya çalınması halinde kartı çıkaran kuruluşa yapılacak bildirimden önceki yirmi dört saat içinde gerçekleşen hukuka aykırı kullanımdan doğan zararlardan yüzelli Yeni Türk Lirası ile sınırlı olmak üzere sorumlu tutmuştur. 12/2 maddesi uyarınca da kart hamilinin talebi ve sigorta primlerini ödemesi koşuluyla bu sorumluluğun sigortalanması yükümlülüğünü kartı çıkaran kuruluşa yüklemiştir. Kart hamili uğradığı zararların tazmini için sigorta şirketine müracaat ettiğinde kart kuruluşunun herhangi bir kusuru sebebiyle sigorta şirketi kart hamiline sigorta tazminatını ödemediği takdirde, kartı çıkaran kuruluş bu miktardan kart hamiline karşı sorumlu olacaktır¹⁴⁶. Ancak kartı çıkaran kuruluşun bu sigortayı kart hamilinin tercih ettiği sigorta şirketine yaptırmak yükümlülüğü yoktur. Banka Kartları ve Kredi Kartları Hakkında Yönetmelik 23/2 maddesi uyarınca *“Kart hamili kart çıkaran kuruluş tarafından tercih edilen sigorta şirketini kabul etmediği takdirde kendisi tarafından belirlenen sigorta şirketi aracılığıyla sigorta işlemlerini yapmakta serbesttir.”*

b- Kart Hamilinin Yükümlülükleri

1- Kart hamilinin kredi kartı üyelik sözleşmesinden doğan ilk ve en önemli borcu, kredi kartıyla yaptığı harcamalar sonucunda tanzim edilen harcama belgeleri tutarlarını kartı çıkaran kuruluşa ödemektir. Kart hamili Banka Kartları ve Kredi Kartları Kanunu 10 maddesi uyarınca kartı çıkaran kuruluş tarafından kendisine bildirilen hesap özetinde yazılı tutarı ödemekle borcundan kurtulur. Yurt dışında geçerli kredi kartları ile yabancı para üzerinden yapılan harcamalarda kart hamili borcunu döviz olarak ödeyebileceği gibi Borçlar Kanunu 83 maddesi uyarınca - sözleşmede aynen ifa

¹⁴⁶ AÇIKGÜL/AÇIKGÜL, s. 123; ÇEKER, Kredi Kartı s. 73; BUHUR, s. 78.

şartı yoksa – yabancı paranın son ödeme tarihindeki Türk Lirası karşılığını da ödeyebilir. Kart hamilinin hesap özetinde yazılı son ödeme tarihinde veya öncesinde, hesap özetinde gösterilen borcunun tamamını ödemesi halinde ayrıca bir faiz ödemesi gerekmez. Banka Kartları ve Kredi Kartları Kanunu 26/1 maddesi ile bir hesap dönemine ilişkin borç tutarı veya hesap bakiyesi üzerinden, o döneme ilişkin hesap özetinin düzenlendiği hesap kesim tarihinden önceki bir tarih itibarıyla faiz yürütülebileceğine ilişkin kayıtları hükümsüz kabul etmiştir. Aynı maddeye göre nakit kullanımına ilişkin borçlar hakkında işlem tarihi esas alınabilir. Kanununun 26/2 maddesine göre “*Dönem borcunun bir kısmının ödenmesi halinde kalan hesap bakiyesi üzerinden faiz hesaplanır. Kalan hesap bakiyesine, asgari tutar ve üzerinde ödeme yapılması halinde akdi faiz, asgari tutarın altında ödeme yapılması durumunda ise gecikme faizi uygulanır. Temerrüt hali de dahil olmak üzere, kart uygulamasından doğan borçlarda bileşik faiz uygulanmaz.*” Yine 26. maddenin üçüncü fıkrasına göre “*Türkiye Cumhuriyet Merkez Bankası, azami akdi ve gecikme faiz oranlarını tespit etmeye yetkilidir ve belirlediği bu oranları 3 ayda bir açıklar* ¹⁴⁷.” Yine kredi kartı hamili üye işyeri ile arasındaki ilişkiden kaynaklanan kötü ifa ve bedel ilişkisinden kaynaklanan def’i ve itirazları kartı çıkaran kuruluşa karşı ileri sürerek harcama belgesi tutarlarını ödemekten kaçınamaz. Ancak kart hamili kartın üçüncü kişiler tarafından kullanıldığı, üye işyeri tarafından sahte harcama belgeleri düzenlendiği gibi def’i ve itirazları kartı çıkaran kuruluşa karşı ileri sürebilir¹⁴⁸.

2- Banka Kartları ve Kredi kartları Kanunu 16/1 maddesi uyarınca kart hamili, kendisine tevdi edilen kartı ve kartın kullanılması bir kod numarası, şifre veya kimliği belirleyici başka bir yöntemin kullanılmasını gerektiriyorsa bu bilgileri güvenli bir şekilde korumak ve başkaları tarafından kullanılmasına engel olacak önlemleri almak, kartın kaybolması, çalınması veya iradesi dışında gerçekleşmiş herhangi bir işlemi öğrenmesi halinde kartı çıkaran kuruluşu derhal haberdar etmekle yükümlüdür. Uygulamada genellikle ihbarlar telefonla kredi kartını çıkaran kuruluşun “kredi kartları merkezine” yapılmakta ve arkasından da yazılı olarak teyit edilmektedir¹⁴⁹. Yine aynı maddenin ikinci fıkrası uyarınca kart hamili adresinde meydana gelen değişiklikleri 15 gün içerisinde kartı çıkaran kuruluşa bildirmekle yükümlüdür.

¹⁴⁷ Ayrıntılı açıklamalar için bkz TEOMAN, Kredi Kartı s. 178-187; AÇIKGÜL/AÇIKGÜL, s. 124-131; ÇEKER, Kredi Kartı s. 73; BAYDEMİR; s. 109; İŞGÜZAR, s. 84-85; SAYIN, s. 46.

¹⁴⁸ AÇIKGÜL/AÇIKGÜL, s. 130-131; ATEŞ, s. 132-133; SAYIN, s. 46; KAPLAN, s. 81.

¹⁴⁹ AÇIKGÜL/AÇIKGÜL, s. 138.

3- Banka ve Kredi Kartları Kanunu 15/2 maddesi uyarınca kart hamili kartı çıkaran kuruluş tarafından kredi kartı kendisine teslim edildikten sonra kredi kartının imza hanesini imzalamakla ve kartı çıkaran kuruluşla üye işyeri sözleşmesi imzalayan üye işyerinin talep etmesi halinde kredi kartının kullanımını sırasında kimlik belgesi ibraz etmekle yükümlüdür.

4- Kart hamilinin kartı çıkaran kuruluş ile aralarındaki işgörme sözleşmesi uyarınca sisteme dahil olurken kartı çıkaran kuruluşa giriş ücreti (üyelik ücreti) ve kartın yenilediği her yıl içinde yıllık ücret (üyelik yenileme ücreti) ödemekle yükümlü olduğu öğretide¹⁵⁰ genel kabul görmektedir. Bu yazarlara göre burada hukuki anlamda bir üyelik söz konusu değildir. Kredi kartı sözleşmesiyle kart hamili kartı çıkaran kuruluşun bir üyesi olmamaktadır. Burada üyelik kavramı kredi kartı sisteminde yerleşmiş bir kavram olduğu için yaygın olarak kullanılmaktadır¹⁵¹. Bu ücretler kredi kartının kullanılmasına bağlı değildir. Kart hamili kredi kartını ödeme aracı olarak kullanmasa dahi bu ücretleri ödemekle yükümlüdür. Çünkü bu ücretler kartı çıkaran kuruluş tarafından kart hamiline nakit ödemeksizin alışveriş yapma olanağı sağlandığı için talep edilmektedir¹⁵². İŞGÜZAR ise bu ödentilerin kartı çıkaran kuruluşun yerine getirmeyi taahhüt ettiği edimin bir karşılığı olmadığını, sözleşme ile kararlaştırılan ödentilerin hiçbir zaman gerçekten yapılan masrafların karşılığını oluşturmadığını, kredi kartı hamilinin kartlı sistem olanaklarından yararlanmasını sağlamak için, kartı çıkaran kuruluşun yaptığı masraflara bir nevi katkı olarak alındıklarını savunmaktadır¹⁵³. Uygulamada kartı çıkaran kuruluşların talep ettikleri bu ücretlerle ilgili anlaşmazlıkların çıkması üzerine Tüketici Sorunları Hakem Heyetleri tarafından bu ücretlerin alınamayacağına dair kararlar verilmiştir¹⁵⁴. Yargıtay 13. Hukuk Dairesi de 02/05/2008 tarih ve 2008/4345 E. - 2008/6088 K. sayılı içtihadı ile, kredi kartı için yıllık ücret alınamayacağı yönündeki Zonguldak Tüketici Sorunları Hakem Heyeti kararına itiraz üzerine, Zonguldak Asliye Hukuk Mahkemesinin (Tüketici Mahkemesi sıfatıyla)

¹⁵⁰ TEOMAN, Kredi Kartı s. 171-172; ÇEKER, Kredi Kartı s. 73; İŞGÜZAR, s. 83-84; ATEŞ, s. 128; AÇIKGÜL/AÇIKGÜL, s. 131-137; SAYIN, s. 45.

¹⁵¹ İŞGÜZAR, s. 84; AÇIKGÜL/AÇIKGÜL, s. 132; SAYIN, s. 45.

¹⁵² ÇEKER; Kredi Kartı s. 73; BUHUR, s. 79; AÇIKGÜL/AÇIKGÜL, s. 132.

¹⁵³ İŞGÜZAR, s. 84.

¹⁵⁴ AÇIKGÜL/AÇIKGÜL; s. 132 (Bu yönde Zile Kaymakamlığı Tüketici Sorunları Hakem Heyeti Başkanlığının 08/02/2007 tarih ve 2007/5 Karar sayılı kararının tam metni için bkz. AÇIKGÜL/AÇIKGÜL, s 132-137).

verdiği 26/09/2007 tarih ve 2007/182-2007/257 sayılı kararı ile itirazın kabulü ile yıllık ücret alınması yönünde verilen kararını bozarak Zonguldak Tüketici Sorunları Hakem Heyeti kararının yasaya uygun olduğunu vurgulamıştır¹⁵⁵. Kanaatimizce de, - Banka Kartları ve Kredi Kartları Kanununun 4. maddesi ile faaliyet izni için sağlanması gereken şartlar nazara alındığında - kredi kartı sözleşmesinin ekonomik açıdan güçlü olan tarafı olan kart çıkaran kuruluşlarca önceden, tek taraflı olarak ve genellikle tüketici olan, ekonomik açıdan kart çıkaran kuruluşlara göre güçsüz konumdaki, kart hamilleri ile müzakere edilmeksizin sözleşmeye konulan giriş ücreti ve/veya yıllık ücret adı altındaki ücretler Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun 6. maddesi uyarınca haksız şart sayılmalıdır. Çünkü sözleşmenin imzalanması aşamasında kart hamilinin önceden hazırlanan standart sözleşmenin içeriğine müdahale etme imkanı bulunmamaktadır.

4- Sözleşme İlişkisinin Sona ermesi

Kredi kartı hamili ile kredi kartı kuruluşu arasındaki sözleşme de çeşitli nedenlerle sona erebilir. Taraflar arasındaki sözleşmede taraflardan herhangi birisine veya her ikisine tek yanlı fesih ihbarı hakkı tanınmış olabileceği gibi, tüm sürekli borç ilişkilerinde geçerli olan haklı nedenle fesih imkanı bu sözleşmelerde de uygulanabilecektir. Kredi kartı üyelik sözleşmesinin tarafları kendi aralarında anlaşarak kredi kartı üyelik sözleşmesini ortak iradeleri ile ortadan kaldıracabilecekleri gibi kart kuruluşunun faaliyetini sürdürmeme kararı alması, iflas etmesi, kartı çıkaran kuruluşun Banka Kartları ve Kredi Kartları Kanunu 5 maddesi uyarınca faaliyet izninin iptali ve gerçek kişi olan kart hamilinin ölmesi hallerinde sözleşme ilişkisi kendiliğinden ortadan kalkacaktır.

¹⁵⁵ Kararın tam metni için bkz. www.zonguldak.adalet.gov.tr/yargitayilami.htm (Erişim: 22/07/2008); Aynı yönde Yarg. 15. HD. 28/02/2008 T. 2007/15957 E. – 2008/5726 K. (akip-Açıklamalı Kanun İçtihat Programı, Versiyon 4.0); Yarg. 13. HD. 20/04/2009 T. 2008/15042 E. – 2009/5386 K. (RG. 27/06/2009 T. ve 27271 S.).

C- Kart Hamili İle Üye İşyeri Arasındaki İlişkiler

Kredi kartı sahibi ile üye işyeri arasında, her bir alışveriş için münferit olarak kurulan bir sözleşme ilişkisi söz konusu olmaktadır. Taraflar arasındaki bu ilişki “temel ilişki” olarak adlandırılmaktadır¹⁵⁶.

Kart hamili ile üye işyeri arasındaki mal ve/veya hizmet teminine ilişkin olarak, satım, kira, hizmet ve istisna sözleşmesi gibi, her seferinde Borçlar Hukuku anlamında bir edim değiş-tokuşunu içeren münferit sözleşmeler kurulmaktadır. Burada tarafların kredi kartı sisteminde yer almaları üye işyerinin edimini ifa biçiminde herhangi bir değişiklik meydana getirmez. Sadece kart hamilinin edimini ifa şeklinde bir değişiklik meydana gelir. Kredi kartı hamili, üye işyerinden yapmış olduğu harcamaların bedelini nakit kullanmaksızın kredi kartını ibraz edip, imzalayacağı veya şifre kullanarak onaylayacağı harcama belgesi ile, üye işyeri ile aralarındaki sözleşmede üzerine düşen edimi yerine getirir. Bu itibarla, taraflar arasındaki her sözleşmeye borçlar hukukunun ilgili hükümleri uygulanacaktır.¹⁵⁷.

&8- Kredi Kartı Kullanımının Taraflar Açısından Yararları ve Sakıncaları

Kredi kartı kullanımının yararları olduğu kadar sakıncaları da mevcuttur. Bu başlık altında kredi kartı kullanımının kart hamiline, üye işyerine, kartı çıkaran kuruluşa ve ekonomiye yararları ve sakıncaları kısaca açıklanmaya çalışılacaktır.

¹⁵⁶ İŞGÜZAR; s. 75; KUNTALP, Kredi Kartı s. 275.

¹⁵⁷ TEOMAN, Kredi Kartı s. 198-199; İŞGÜZAR, s. 75.

I - Yararları

A- Kart Hamili Açısından

Kredi kartının hamiline sağladığı en büyük yarar hamili nakit para taşıma külfetinden ve nakit para taşımının yol açabileceği bazı tehlikelerden kurtarmasıdır. Bu özelliği sayesinde hamil yanında nakit para bulunmasa dahi üye işyerlerinden istediği mal veya hizmeti satın alabilir ve özellikle yurt dışında geçerli kredi kartı ile yorucu döviz hesaplama ve bozdurma işlemleri ile uğraşmak zorunda kalmaz. Beklenmedik olaylar karşısında kart hamiline kredi kartı limiti dahilinde maddi ve manevi güvence sağlar. Taşdığı nakit parayı kaybetmesi veya çaldırması halinde bunun sonucuna tek başına katlanacak olan hamil, kredi kartı taşıyarak ve belirtilen durumlarda Banka Kartları ve Kredi Kartları Kanunu 16 maddesi uyarınca ihbarda bulunarak, ya kartın iptal edilmesiyle zarardan kurtulacak ya da kartın iptal edilmesine rağmen haksız kullanımına göz yuman üye işyeri veya bildirimine rağmen kartı iptal etmeyen kartı çıkaran kuruluş bu zarardan sorumlu olacağından hamilin bir zararı söz konusu olmayacaktır. Ayrıca nakit parayı kaybettiğinde tekrar bulma ihtimali zayıf olan hamil kartını kaybettiğinde kısa sürede yeni kredi kartına kavuşabilmektedir¹⁵⁸.

Kart hamilinin kredi kartı sayesinde elde ettiği ikinci ve çok önemli bir yarar da saygınlıktır. Kredi kartının çok yaygın kullanıldığı ve genel kabul gördüğü gelişmiş ülkelerde yapılan alışverişler sırasında, ödemenin nakitle değil de kredi kartı ile yapılması durumunda alıcı kart hamiline karşı farklı davranmaktadır. Satıcı kart hamilini kredi değerliliği olan bir kişi olarak değerlendirmektedir. Kredi kartı ile ödeme yapan kişinin, kredi kartı sahibi olabildiğine göre; “kimliği”, “ödeme gücü” ve “güvenilirliği” konusunda kuşku bulunmamaktadır¹⁵⁹.

¹⁵⁸ TEOMAN, Kredi Kartı s. 30-35; İŞGÜZAR, s. 49; YILMAZ, s. 24-25; ÇIRPAN, s. 45; BAYDEMİR, s. 40; AÇIKGÜL/AÇIKGÜL, s. 30-32.

¹⁵⁹ TEOMAN, Kredi Kartı s. 31; AÇIKGÜL/AÇIKGÜL, s. 31; İŞGÜZAR, s. 50-51; BAYDEMİR, s. 41; YILMAZ, s. 24; ÇIRPAN, s. 41.

Kredi kartının bir diğer önemli yararı hamilini çekle ödeme sisteminin bazı sınırlandırmalarından kurtarmasıdır. Şöyle ki; banka tarafından karşılığı belli bir tutara kadar garanti edilmiş bir çeki keşide eden alıcının hiçbir engelle karşılaşmaksızın yapabileceği harcaması bir yandan çekin garanti edilen tutarı ile sınırlı bulunmakta, öte yandan çek yaprakları tükendiği zaman sistemden yararlanılabilmesi için çekle işleyen hesabın bulunduğu şubeye gidilerek yeni bir çek karnesi alma zorunluluğu doğmaktadır. Kredi kartlarının geçerlilik süresi kural olarak bir yıldan aşağı olmadığı için hamil kredi kartını çek yapraklarına göre daha uzun bir süre kullanabilmektedir. Ayrıca çek karnesini çaldıran, kaybeden veya rızası dışında elinden çıkan kişi uzun bir iptal prosedürünü tamamlaması gerektiği halde aynı durumlarda kredi kartını daha az bir prosedürle, sadece kartı çıkaran kuruluşa bildirimde bulunarak, iptal ettirebilmektedir. Yine çek keşide edildikten sonra keşideci derhal hesabında keşide ettiği çekin karşılığını buldurmakla yükümlü olduğu halde, kredi kartı hamili kartı çıkaran kuruluşça kendisine gönderilen hesap özetinde gösterilen son ödeme tarihine kadar kredi kartı kullanarak yaptığı harcamalar için ödeme yapma yükümlülüğu altında değildir. Ayrıca çek karnelerinin fiziksel olarak daha çok yer kaplaması, kirlenmeleri ve çabuk deforme olmaları da nazara alındığında kredi kartı kullanmanın çek karnesi kullanmaya göre daha avantajlı olduğu söylenebilir¹⁶⁰.

Kredi kartı hamili üye işyerinden yaptığı harcama bedellerini kredi kartı kullanarak ödediğinde harcamanın yapıldığı tarih ile kartı çıkaran kuruluşça kendisine gönderilen hesap özetinde gösterilen son ödeme tarihi arasında faizsiz bir krediden de yararlanmış olur. Çünkü kartı çıkaran kuruluşlar belirli bir hesap bildirim dönemi içerisinde yapılan harcamalar için kart hamilinden ödemesini zamanında yaptığı sürece herhangi bir faiz, komisyon veya gider almamaktadırlar. Bu durum da kart hamiline kartı çıkaran kuruluşun uygulamasına göre bir ay ile 40 gün arası valör kazandırmakta, böylece özellikle yüksek enflasyon dönemlerinde –kart hamili elindeki nakit parayı ödeme gününe kadar çeşitli yatırım araçları ile değerlendirebileceğinden - kredi kartı ile yapılan alışverişi daha çekici hale getirdiği gibi yapılan alışveriş de daha ucuza mal olmaktadır¹⁶¹. Yine kartı çıkaran kuruluş tarafından tanınan imkanlar ölçüsünde kart hamili yurt içinde ve yurt dışında ATM cihazlarından ve kartı çıkaran kuruluşların

¹⁶⁰ TEOMAN, Kredi Kartı s. 32-33; BAYDEMİR, s. 41-43; YILMAZ, s. 27; AÇIKGÜL/AÇIKGÜL, s. 31.

¹⁶¹ BAYDEMİR; s. 40-41; YILMAZ, s. 26.

anlaşma yaptığı işyerlerinden günün her saati –kartı çıkaran kuruluştaki hesaplarında nakit paraları bulunmasa da – nakit para çekerek nakit kredi için gereken prosedürlere zaman harcamaksızın nakit kredi kullanabilirler. Ancak bu çektikleri nakit kredi karşılığında kart hamili, kartı çıkaran kuruluşa faiz ve komisyon öder¹⁶².

Kredi kartlarının bir diğer yararı da üye işyerinin taksit yapmamasına rağmen kart hamiline taksit imkanı sağlaması veya üye işyerinin sağladığı taksit sayısını artırmasıdır. Böylelikle hamilin nakit fiyatına alacağı mal veya hizmeti aynı fiyatla taksitli olarak alma imkanına kavuşmasıyla alım gücü de artmaktadır¹⁶³.

Ayrıca kart hamili kartı çıkaran kuruluşun kart hamillerine tanıdığı, kartı çıkaran kuruluşça çıkartılan süreli ve süresiz yayınlara ücretsiz sahip olma, kartı çıkaran kuruluşun sadece kart hamillerine sattığı bazı özel ürünleri satın alabilme, havalimanlarının özel bir bölümünde oturup çeşitli iletişim araçlarından yararlanma, kartı çıkaran kuruluşça düzenlenen kura ile tatile gönderme veya nakit para ödülü kazanma gibi promosyonlarda çekilişe katılma, ücretsiz sigortalanma gibi imkanlardan da faydalanabilmekte, yaptığı harcamalar oranında daha sonraki harcamalarında kullanabileceği para yerine geçen “puan” veya seyahatleri için karşılığında ücretsiz bilet alabileceği “mil” toplayabilmektedir¹⁶⁴.

B- Üye İşyeri Açısından

Üye işyerinin kredi kartı sistemine dahil olmakla sağladığı en büyük yarar müşteri sayısının artması ve iş hacminin genişlemesidir. Kart hamilleri nakit paraları olmaksızın da harcama yapma imkanına sahip olduğundan hem harcama eğilimleri artmakta, hem de sisteme dahil olan üye işyerlerini tercih etmeleriyle üye işyerinin müşteri sayısı artmaktadır. Bu sayede üye işyerlerinin hem müşteri çevreleri hem de elde ettikleri karları artmaktadır. Ayrıca sadece ülke vatandaşları değil, yabancı ülke vatandaşları da kredi kartı ile harcama yapacağından ve yabancı ülke vatandaşları

¹⁶² YILMAZ, s. 29; AÇIKGÜL/AÇIKGÜL, s. 30-31, İŞGÜZAR, s. 50.

¹⁶³ AÇIKGÜL/AÇIKGÜL, s. 30; İŞGÜZAR, s. 49.

¹⁶⁴ YILMAZ, s. 30-31; TEOMAN, Kredi Kartı s. 34; BAYDEMİR, s. 44; AÇIKGÜL/AÇIKGÜL, s. 31-32; İŞGÜZAR, s. 51; ÇIRPAN, s. 45.

yapacakları harcamada döviz bozdurma gibi prosedürler ile uğraşmayacağından üye işyerinin müşteri çevresi genişleyecektir¹⁶⁵.

Kredi kartı sistemine dahil olan üye işyerinin, kredi kartı ile yapılan harcamalar karşılığında – kart kuruluşunun iflası, ödemelerini tatil etmesi, hakkındaki bir icra takibinin semeresiz kalması durumları dışında - alacağını alması kesindir. Kartı çıkaran kuruluş kart hamili borcunu ödemesi de üye işyerine yapılan harcamaların bedelini öder. Oysa kredi kartı yerine çek kullanılması hallerinde çekin karşılıksız kalma ihtimali her zaman mümkündür. Yine kredi kartı kullanılmadan yapılan taksitli veya vadeli satışlarda, üye işyerinin taksitleri veya vadede yapılacak ödemeyi kendisinin takip etmesi, borçlu tarafından taksitler zamanında ödenmediğinde veya vadesinde borç ödenmediğinde uzun bir süre alabilecek hukuki yollara müracaat etmesi ve bu sürecin masraflarına katlanması gerekmektedir. Kredi kartı sisteminde tüm bu riskler üye işyerinin üzerinden kalmakta ve kart kuruluşu tarafından üstlenilmektedir¹⁶⁶.

Kredi kartı sistemi üye işyerlerinin ücretsiz reklam ve tanıtımlarının yapılmasını sağlar. Kartı çıkaran kuruluşlar, kredi kartlarının daha çok tercih edilmesini sağlamak üzere tüm kredi kartı hamillerine üye işyerleri ile ilgili bilgileri broşürler halinde göndermektedirler. Bu reklam ve tanıtım faaliyetleri için üye işyerlerinin kartı çıkaran kuruluşa herhangi bir ücret ödemesi söz konusu değildir¹⁶⁷.

Yine özellikle banka şubelerinin kapalı olduğu saatlerde nakit çalışan işyerleri paralarını saklamak için çeşitli tedbirlere başvurmak zorunda kaldıkları halde kredi kartı üye işyerlerini nakit paranın korunması ve saklanması riskinden kurtararak rahatlık sağlamaktadır¹⁶⁸.

¹⁶⁵ AÇIKGÜL/AÇIKGÜL, s. 32; İŞGÜZAR, s. 51-52; BAYDEMİR, s. 45-46; ÇIRPAN, s. 46; TEOMAN, Kredi Kartı s. 35-36; YILMAZ, s. 32.

¹⁶⁶ TEOMAN, Kredi Kartı s. 36; İŞGÜZAR, s. 52; BAYDEMİR, s. 46; YILMAZ, s. 33; YETİM, s. 22; ÇIRPAN, s. 46.

¹⁶⁷ İŞGÜZAR, s. 52-53; AÇIKGÜL/AÇIKGÜL, s. 32.

¹⁶⁸ YILMAZ, s. 33; ÇIRPAN, s. 46.

C- Kartı Çıkaran Kuruluş Açısından

Kartı çıkaran kuruluşun kredi kartı çıkarmasındaki amaç, bu faaliyeti sonucu kar etmektir. Kartı çıkaran kuruluşlar bu amacı gerçekleştirmek için ihraç ettikleri her kart için giriş ücreti, ayrıca her yıl yenileme ücreti adı altında ücretler almaktadırlar. Ayrıca kredi kartı hamilinin borcunu hesap özetinde gösterilen son ödeme tarihinde ödememesi halinde kartı çıkaran kuruluşa gecikme faizi de ödemesi gerekmektedir. Yine kredi kartı ile nakit çekilmesi ve harcama tutarlarının taksitlendirilmesi durumlarında da kart hamili kartı çıkaran kuruluşa faiz ödemektedir. Yine başka kart çıkaran kuruluşlara ait aygıtlarda yapılan işlemler üzerinden alınan takas komisyonu, kredi kartının limitinin aşılması halinde alınan limit aşımı ücreti kartı çıkaran kuruluşun elde ettiği gelirlerdir¹⁶⁹.

Yine kartı çıkaran kuruluşlar, ihraç ettiği kredi kartı ile üye işyerlerinden yapılan harcamalar için, üye işyerlerine ödediği tutar üzerinden “üye işyeri sözleşmesi”nde belirlenen oranda komisyon alırlar. Ayrıca kartı çıkaran kuruluşlar, üye işyerlerine kredi kartının kullanılmasının sağlanması amacıyla verdikleri cihazlar için kira almakta veya kredi kartı işlem cirosunun belli bir tutara ulaşmaması halinde üye işyerlerinden ek bir ödeme de talep etmektedirler¹⁷⁰.

Kartı çıkaran kuruluşlar, kredi kartı ihracı ile atıl fonlarının önemli bir getiri üzerinden plase edilmesine ilave olarak, az sayıda büyük tutarlı plasman yapmanın riskine karşılık çok sayıda kredi kartı hamiline riskin dağıtılması imkanına da sahip olmaktadır. Kartı çıkaran kuruluşlar, kredi kartı uygulamasıyla geniş bir müşteri yelpazesine sahip olacaklarından sundukları diğer hizmetlerde de verim elde edecekleri muhakkaktır¹⁷¹. Yine kredi kartı üzerinde kartı çıkaran kuruluşun ismi bulunduğundan kartı çıkaran kuruluş bir anlamda bu yolla reklamını da yapmaktadır¹⁷².

¹⁶⁹ AÇIKGÜL/AÇIKGÜL, s. 33; İŞGÜZAR, s. 53; BAYDEMİR, s. 47-48; TEOMAN, Kredi Kartı s. 37-38; YILMAZ, s. 34; ÇIRPAN, s. 46.

¹⁷⁰ İŞGÜZAR, s. 54; AÇIKGÜL/AÇIKGÜL, s. 33; BAYDEMİR, s. 48; TEOMAN, Kredi Kartı s. 39; YETİM, s. 22.

¹⁷¹ YILMAZ, s. 35; ÇIRPAN, s. 46; BAYDEMİR, s. 49; AÇIKGÜL/AÇIKGÜL, s. 33.

¹⁷² ÇIRPAN, s. 46.

D- Ekonomi Açısından

Kredi kartı kullanımı kişilerin tüketim eğilimlerini artırdığından ve tüketim talebinin artması üretimi de artırdığından ticari hayatın canlanmasına yol açar. Bu sebeple kredi kartı kullanımı piyasadaki mal ve hizmet akışına katkıda bulunur¹⁷³.

Kredi kartı kullanılarak yapılan alışverişlerde, her alışveriş kayıt altına alındığından ve üye işyerinin fiş-fatura tanzim etmeden satış yapması mümkün bulunmadığından, ekonomi kayıt altına alınmakta, vergi gelirleri arttığı gibi vergi kaçırma tehlikesi de ortadan kalkmaktadır. Böylece kredi kartı ile yapılan her işlemin vergisi kayıpsız ve düzenli bir şekilde tahsil edilmektedir¹⁷⁴.

Kredi kartı kullanımı ile tedavüldeki para miktarı azalmakta ve bu da paranın günlük alışverişlerde yıpranmasından doğan kayıplara engel olmaktadır¹⁷⁵. Ayrıca turistler tarafından kullanılan yabancı ülkelerdeki kart çıkaran kuruluşlarca ihraç edilmiş kredi kartlarının kullanımında ülkeye döviz girişi de olmaktadır¹⁷⁶.

II- Sakıncaları

A- Kart Hamili Açısından

Kredi kartlarının, nakit parası bulunmayan ya da sadece aldığı ücret ile yaşamını sürdüren, bu nedenle de alışverişini genellikle aybaşlarında veya ikramiye dönemlerinde yapabilecek kişilere bu engelleri aşarak dilediği zamanda dilediği malı alabilme kolaylığı sağlaması, özellikle hesabını iyi bilmeyen kişilerin psikolojik olarak harcama eğiliminin artmasına neden olmaktadır. Ancak bu sakınca diğer tüm ödeme

¹⁷³ İŞGÜZAR, s. 54; AÇIKGÜL/AÇIKGÜL, s. 34.

¹⁷⁴ İŞGÜZAR, s. 54; AÇIKGÜL/AÇIKGÜL, s. 34.

¹⁷⁵ AÇIKGÜL/AÇIKGÜL, s. 34.

¹⁷⁶ İŞGÜZAR, s. 54; AÇIKGÜL/AÇIKGÜL, s. 34 ; Kredi Kartlarının ekonomi açısından etkileri konusunda ayrıntılı açıklamalar için bkz. YILMAZ, s. 39-94.

araçları ile yapılan ödemeler için de geçerlidir. Hesabını bilmeyen ve aşırı harcama eğilimi bulunan kişilerin kredi kartı hamili olmasalar da bu alışkanlıklarından vazgeçmeleri kolay değildir. Ayrıca bu sakınca kartı çıkaran kuruluşun kredi kartı hamiline tanıdığı “limit” ile sınırlıdır ve Banka Kartları ve Kredi Kartları Kanunu 9 maddesiyle bu “limit”e bir üst sınır getirilmiştir¹⁷⁷.

Kredi kartı almak belirli bir yıllık ödentiye ve kart yenilediğinde yenilenme ücretini gerektirdiğinden kredi kartı hamili kartını hiç kullanmasa bile bu ücretleri ödeme yükümlülüğüne katlanmak zorundadır¹⁷⁸.

Kredi kartı kullanımının en önemli sakıncalarından birisi son ödenme tarihinde ödenmeyen veya nakit çekimi sebebiyle kararlaştırılan yüksek faiz ve komisyon oranlarına katlanma yükümlülüğüdür¹⁷⁹.

Kredi kartı ile yapılan alışverişlerde, üye işyerinin kartı çıkaran kuruluşa “komisyon” ödemesi nedeniyle mal ve hizmet fiyatlarının yükseleceği ve kart hamillerinin bundan zarar göreceği ileri sürülmüş ise de¹⁸⁰ kredi kartı uygulamasının yaygın olmadığı zamanlarda haklı olarak görülebilen bu sakınca kredi kartı kullanımının günlük hayatta yaygınlaşması ve hemen hemen herkesin en az bir adet kredi kartının bulunması ile kartı çıkaran kuruluş ile üye işyerleri arasında imzalanan “üye işyeri sözleşmesi”ne konulan kredi kartı ile alışveriş yapanlara nakit ödeme yapanlardan fazla ve farklı bir fiyat uygulanmayacağı yönündeki düzenlemeler sayesinde artık bu sakıncadan söz edilemeyecektir¹⁸¹.

¹⁷⁷ TEOMAN, Kredi Kartı s. 39-40; AÇIKGÜL/AÇIKGÜL, s. 34-35; İŞGÜZAR, s. 55-56; BAYDEMİR, s. 49; YILMAZ, s. 36; ÇIRPAN, s. 47.

¹⁷⁸ AÇIKGÜL/AÇIKGÜL, s. 35; BAYDEMİR, s. 50; TEOMAN, Kredi Kartı s. 41; ÇIRPAN, s. 47; İŞGÜZAR, s. 56.

¹⁷⁹ TEOMAN, Kredi Kartı s. 41-42; İŞGÜZAR, s. 57; AÇIKGÜL/AÇIKGÜL, s. 35; BAYDEMİR, s. 50.

¹⁸⁰ TEOMAN, Kredi Kartı s. 40; YILMAZ, s. 36; ÇIRPAN, s. 47; BAYDEMİR, s. 50.

¹⁸¹ AÇIKGÜL/AÇIKGÜL, s. 35-36; İŞGÜZAR, s. 56.

B- Üye İşyeri Açısından

Kredi kartı sistemine dahil olmakla üye işyeri kartı çıkaran kuruluşa, kredi kartı ile yapılan harcamalardan belli bir komisyon ödeme yükümlülüğü altına girer. Komisyon sabit bir oran olsa da üye işyerinin kredi kartı kullanarak yaptığı alışveriş hacmiyle orantılı olarak arttığından büyük meblağlara ulaşabilmektedir. Bu ise üye işyerinin karından komisyon oranında kartı çıkaran kuruluş lehine fedakarlık etmesi anlamına gelmektedir. Ancak üye işyeri kredi kartı sistemine dahil olmakla müşteri çevresi genişleyeceğinden ve işlem hacmi de artacağından komisyon ödeme yükümlülüğü bir sakınca değildir. Çünkü kartı çıkaran kuruluş ile üye işyerinin buradaki çıkarları ortaktır. Kredi kartı ile ne kadar çok harcama yapılırsa üye işyerinin karı artacak bunun sonucunda da kartı çıkaran kuruluşun alacağı komisyon da artacaktır. Bu sebeple de kartı çıkaran kuruluş daha çok komisyon alabilmek için kart sahiplerinin üye işyerinden ihraç ettiği kredi kartı ile alışveriş yapmasını özendirerek çalışmalar yapacaktır. Bu nedenle üye işyerinin kartı çıkaran kuruluşa komisyon ödemesi bir sakınca olmayıp, aralarındaki üye işyeri sözleşmesinden doğan nimet-külfet dengesinin bir sonucudur. Komisyon ödeme yükümlülüğü belki kaçak işletmeler açısından sakınca yaratabilir¹⁸².

Kredi kartı kullanımında üye işyerinin Banka Kartları ve Kredi Kartları Kanunu 17/2 maddesinde düzenlenen (imza gerektiren işlemlerde imza kontrolü yapmak, kartın tahrifata uğrayıp uğramadığını ve kartın geçerliliğini kontrol etmek ve gerekli durumlarda kartın üzerinde yer alan bilgiler ile kart hamilinin kimliğini karşılaştırmak ile harcama belgesi üzerindeki bilgiler ile kart üzerindeki bilgileri karşılaştırmak vb.) yükümlülükleri yerine getirmesi zaman ve işgücüne yol açmakta ise de bu sakınca sadece imprinter cihazı kullanılarak yapılan işlemlerde geçerlidir. Günümüzde POS cihazları ve şifre kullanımı nedeniyle tüm bu bürokratik, zaman ve işgücüne yol açan yükümlülüklerin yarattığı sakıncalar asgariye indirilmiştir¹⁸³.

¹⁸² İŞGÜZAR, 57-58; TEOMAN, Kredi Kartı s. 43; AÇIKGÜL/AÇIKGÜL, s. 36; BAYDEMİR, s. 51-52; YETİM, s. 24; ÇIRPAN, s. 47.

¹⁸³ AÇIKGÜL/AÇIKGÜL, s. 36; İŞGÜZAR, s. 58.

Aynı pazarda birden fazla kart çıkaran kuruluşun faaliyet göstermesi halinde, kart çıkaran kuruluşların üye işyerlerine münhasıran kendi kredi kartlarını kabul etmeye zorlayan sözleşmeler imzalatmaları, iş hacminin, müşteri çevresinin ve dolayısıyla karın azalması sonucunu getirmesi kredi kartı sisteminin bir diğer sakıncası olarak gösterilmektedir¹⁸⁴.

Ayrıca bazen üye işyeri, kart hamilinin iade talebine dayanarak aldığı malın bedelini ödememesi riskini de üstlenmektedir. Çünkü kartı çıkaran kuruluşlar “üye işyeri sözleşmesi”nde bu durumda kartı çıkaran kuruluşun üye işyerine ödediği bedeli geri alma hakkını saklı tutmaktadırlar. Bu durum ise üye işyerinin doğrudan kredi kartı hamilini dava etmesi gibi hiç beklenmeyen bir sonuca yol açmaktadır¹⁸⁵.

C- Kartı Çıkaran Kuruluş Açısından

Kartı çıkaran kuruluşun kredi kartı sistemini kurabilmesi için başlangıçta büyük tutarlı bir yatırım yapması gerekmektedir¹⁸⁶. Sistemin oturmaması veya yaygın kullanım görmemesi durumunda kartı çıkaran kuruluşun büyük bir zarar riski ile karşı karşıya kalması ihtimali kartı çıkaran kuruluş açısından en büyük sakıncayı oluşturmaktadır¹⁸⁷. Kartı çıkaran kuruluş bu yatırım için öncelikle uzmanlaşmış ve bu konularda eğitim görmüş personel istihdam edecek bu da personel giderlerini artıracaktır. Ayrıca üye işyerlerine kredi kartı kullanımı için kartı çıkaran kuruluşlarca verilmesi gereken teknik cihazların bedeli, yapılacak tanıtım ve reklam giderleri, lisans anlaşması için ödenen bedel bu durumda kartı çıkaran kuruluşun zarar kalemlerini oluşturacaktır.

Yine kart hamillerinin temerrüde düşmesi yani yaptıkları alışveriş bedellerini zamanında ödememeleri durumunda, temerrüde düşen kart hamilleri ile kartı çıkaran

¹⁸⁴ TEOMAN, Kredi Kartı s. 43; BAYDEMİR, s. 52; AÇIKGÜL/AÇIKGÜL, s. 36.

¹⁸⁵ TEOMAN, Kredi Kartı s. 44; AÇIKGÜL/AÇIKGÜL, s. 36; BAYDEMİR, s. 52.

¹⁸⁶ Banka Kartları ve Kredi Kartları Kanunu 4/2-d maddesi uyarınca kredi kartı ihraç edecek kuruluşların nakden ve her türlü muvazaadan arı olarak ödenmiş olan sermayesinin altı milyon Yeni Türk Lirasından az olmaması gerekir.

¹⁸⁷ AÇIKGÜL/AÇIKGÜL, s. 36-37; BAYDEMİR, s. 52; ÇIRPAN, s. 47.

kuruluş teker teker ilgilenmek ve alacağını tahsil için uzun bir süre ve para kaybına yol açabilecek hukuki mücadeleye girişmek zorunda kalacaktır. Yine kart hamilinin iflası, hakkındaki bir icra takibinin semeresiz kalması ve ödemelerini tatil etmesi hallerinde risk kartı çıkaran kuruluş üzerindedir. Yine günümüzde kredi kartı ile harcama eğilimi yüksek olduğundan ekonomik konjonktürdeki olumsuz dalgalanmalarda kart hamillerinin kredi kartı kullanarak yaptıkları harcamaları ödememe riski yüksektir. Başka bir deyişle kredi kartı ile yapılan harcamaların dönüş olasılığı, büyük ekonomik dalgalanmalara karşı esnektir. Bu nedenle kart çıkaran kuruluşların dikkatli ve gerçekçi plasman politikaları izlemeleri gerekmektedir¹⁸⁸.

¹⁸⁸ AÇIKGÜL/AÇIKGÜL, s. 37; YETİM, s. 24-25; BAYDEMİR, s. 53.

BÖLÜM II

KREDİ KARTI SÖZLEŞMELERİNDE ŞAHSİ TEMİNATLAR

&1- Teminat Kavramı ve Teminat Sözleşmeleri

Teminat sözlük karşılığı olarak güvence, bir anlaşmada taraflardan birine ait sorumluluğun bir başkası tarafından söz, mal veya para biçiminde yüklenilmesi anlamını taşımaktadır¹⁸⁹. Geniş anlamda teminat sözleşmesi ise bir kimsenin, bir başkasının karşı karşıya olduğu bir tehlikeyi (riski) üzerine aldığı sözleşmedir¹⁹⁰. Burada tehlike bir kimsenin malvarlığıyla ilgili bir zararın ortaya çıkma olasılığıdır. Bu zarar olasılığı malvarlığı ile ilgili kayba ilişkin olabileceği gibi bir kazancın gerçekleşmemesine veya ekonomik anlamda yarar getirecek bir beklentinin boşa çıkmasına da ilişkin olabilir¹⁹¹. Teminat sözleşmesiyle, teminat alan kişiye herhangi bir nedenle borçlu olan bir kimsenin, borçlu olduğu edimi yerine getirmemesi tehlikesi üstleniliyorsa dar anlamda bir teminat sözleşmesinin bulunduğu söylenebilir. Başka bir deyişle dar anlamda teminat sözleşmeleri bir borcun ifa edilmemesi rizikosunun üstlenildiği sözleşmedir. Bir borcun ifa edilmemesi rizikosunu, bu borcun geçerliliğinden bağımsız olarak üstlenilebileceği gibi, söz konusu borcun geçerli olarak doğması ve

¹⁸⁹ Bkz. <http://tdkterim.gov.tr/bts/> (Erişim tarihi: 05/10/2009).

¹⁹⁰ TANDOĞAN, Haluk, Borçlar Hukuku – Özel Borç İlişkileri, C. II, (Borçlar), 3. Baskı, Ankara, 1987 s. 684 ; YAVUZ, Cevdet, Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler, 7. Baskı, İstanbul, 2007, s. 823.

¹⁹¹ TANDOĞAN, Borçlar s. 684; BARLAS, Nami, Türk Hukuk Sisteminde Banka Teminat Mektupları, (Teminat Mektupları), İstanbul, 1986, s. 26.

devam etmesi gereğine bağı olarak da üstlenilebilir. Bütün bu olasılıklarda dar anlamda teminat sözleşmelerinin değişik görünümleri ortaya çıkar¹⁹².

&2- Teminat Çeşitleri

5411 sayılı Bankacılık Kanunu 53 maddesi uyarınca “Bankalar, *krediler ve diğer alacaklarla ilgili olarak*, doğmuş veya doğması muhtemel zararların karşılanması ve bunlar dışında kalan varlıkların değer azalışları için yeterli düzeyde karşılık ayrılmasına, aktiflerin kalitesine ve sınıflandırılmasına, *garantilerin ve teminatların alınmasına*, bunların değerinin ve güvenilirliğinin ölçülmesine, takibe alınan kredilerin izlenmesine ve vadesi dolmuş kredilerin geri ödenmesine ilişkin politikaları oluşturmak ve uygulamak, bunları düzenli olarak gözden geçirmek, tüm bu hususları icra edebilecek gerekli yapıları tesis etmek ve işletmek *zorundadır.*” Kredi kartı uygulamasının kredi niteliğinin bulunduğu öğretilerde genel olarak kabul edildiğinden¹⁹³ bankalar kredi kartı vermeden önce teminat almak zorundadırlar. Bir bankanın teminatsız kredi vermesi için o kredinin geri ödeneceğine dair güvenin tam ve neredeyse yüzde yüz olması gerekmektedir. Aksi halde banka teminat karşılığı kredi açmak zorunda kalacaktır, çünkü kredi alanların mali durumlarını kontrol etmenin mümkün olmaması ve ekonomik konjonktürün istikrarlı bir seyir izlememesi her an krediyi geri ödenemez duruma getirebilir. Normal hayattaki ilişkilerde olduğu gibi ticari ilişkilerde de ilişki içinde olan tarafların yapacaklarına dair söz verdikleri yada yapmaları beklendiği edimler yada hareketleri sarf etmeleri hep kuşku ile bakılır. Bu kuşkuları gidermeleri için yada bu kuşkuların doğru çıkması ihtimaline karşı, taraflar kendilerini sağlama almak isteyeceklerdir¹⁹⁴. Bankaların ve diğer kart çıkaran kuruluşların kredi kart hamilinin borcunu ödememesi rizikosuna karşı alabileceği teminatlar Nesnel Teminatlar ve Şahsi Teminatlar olmak üzere ikiye ayrılabilir:

¹⁹² ÖZEN, Burak, Kefalet Sözleşmesi, İstanbul, 2008, s. 2.

¹⁹³ AÇIKGÜL/AÇIKGÜL, s. 38 vd; AKİPEK, Kredi Kartları s. 108; BUHUR, s. 31 vd; DEMİR, Tüketici Sözleşmeleri s. 226; İŞGÜZAR, s. 149 vd; KUNTALP, Kredi Kartı s. 280 vd.; REİSOĞLU, Kredi Kartları s. 100 vd.; SAYIN, s. 22 vd; YILMAZ, s. 135 vd. Kredi kartlarının kredi niteliği hakkında ayrıntılı açıklama için bkz. Bölüm I, &4, I, s. 9 vd.

¹⁹⁴ PELLUMBİ, Sokol, Banka Kredi Hukukunda Teminatlar, (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), İstanbul, 2006 s. 16.

I- Nesnel Teminatlar

Nesnel teminat sözleşmelerinde alacaklının, borçluya veya üçüncü bir kişiye ait malvarlığı unsurları üzerinde, herkese karşı ileri sürülebilir bir hak sahibi olması amaçlanır¹⁹⁵. Kendisine borçlusu tarafından nesnel bir teminat verilen alacaklı, bu teminatı paraya çevirerek alacağını elde etmeye çalışırken, borçlusunun diğer alacaklarına karşı öncelikli bir durumda bulunacaktır¹⁹⁶. O halde bir eşya veya hakkın teminat amaçlı devredilmesi borcunu doğuran sözleşmeler nesnel teminat sözleşmesi olarak adlandırılacağı gibi bir eşya veya hak üzerinde rehin hakkı kurma borcu doğuran sözleşmeler de nesnel teminat sözleşmesi niteliğini taşır¹⁹⁷. Bu çalışmanın konusu kredi kartı sözleşmelerindeki şahsi teminatların hukuki niteliği olduğundan nesnel teminat sözleşmeleri ayrıntılı olarak irdelenmeyecektir.

II- Şahsi Teminatlar

Şahsi teminatlarda, alacaklının talebi maddi bir malvarlığı ile değil, başka bir borç ilişkisi ile teminat altına alınmaktadır. Burada üçüncü bir kişi, alacaklıya karşı borçlu tarafına dahil olmakta ve üzerine aldığı teminat mükellefiyetinin kapsamında haczi kabil bütün malvarlığı ile sorumlu olmayı kabul etmektedir. Burada alacaklı, alacağının karşılanması için, borçlusunun malvarlığı yanında, kendisine şahsi bir teminat veren kişinin malvarlığına da başvurabilme olanağını elde etmiştir. Şahsi teminatlarda teminat alan alacaklının, diğer alacaklılara göre öncelikli olarak yararlanabileceği belli bir mal bulunmaz¹⁹⁸.

¹⁹⁵ KUNTALP, Erden, Teminat Kavramı, Teminat Türleri ve Bunlardan Doğan Sorumluluk, (Teminat Kavramı), Prof. Dr. Reha POROY'a Armağan, İstanbul, 1995, s. 280; BARLAS, Nami, Yeni Medeni Kanunun Ayni Teminatlara İlişkin Düzenlemeleri, (Ayni Teminatlar), Bilgi Toplumunda Hukuk, Ünal TEKİNALP'e Armağan, C. II, İstanbul, 2003, s. 570.

¹⁹⁶ BARLAS, Teminat Mektupları s. 26.

¹⁹⁷ ÖZEN, s. 2.

¹⁹⁸ TANDOĞAN, Borçlar s. 689; BARLAS, Teminat Mektupları s. 26; ÖZEN, s. 5; KUNTALP, Teminat Kavramı, s. 287; PELLUMBİ, s. 17.

&3- Kredi Kartı İlişkisinde Başvurulan Şahsi Teminat Modelleri

Kredi kartı ilişkisinde başvuru şahsi teminat modelleri Kefalet ve Garanti Sözleşmeleridir. Bu bölümde bu sözleşmelerin tanımı, hukuki nitelikleri, tarafları, çeşitleri ve özellikleri üzerinde kısaca durulacaktır.

I- Kefalet Sözleşmesi

A- Tanımı, Tarafları, Konusu, Sebebi ve Unsurları

1- Tanımı

Kefalet sözleşmesinin tanımı Borçlar Kanunu 483. maddesinde yapılmıştır. Bu maddeye göre “*kefalet, bir akittir ki onunla bir kimse, borçlunun akdettiği borcun edasını temin etmeği alacaklıya karşı taahhüt eder.*” Ancak öğretilerde bu tanımda aksaklıklar bulunduğu kabul edilmektedir. Şöyle ki; kanuni tanıma göre kefil “borçlunun akdettiği borcun edasını temin etmeği” taahhüt etmektedir. Bu ibare kefilin sadece sözleşmeden doğan borçlara kefil olunabileceği izlenimini uyandırmaktadır. Oysa öğretilerde sadece sözleşmeden doğan borçlara değil her türlü borca (haksız fiilden, sebepsiz zenginleşmeden veya yasaca tanımlanmış herhangi bir olgudan kaynaklanmış her türlü borca) kefil olunabileceği kabul edilmektedir¹⁹⁹. Diğer bir aksaklık tanımın, kefilin edimini “borcun edasını temin etmek” olarak gösterilmesidir. Bu anlatımdan kefilin esas borçlunun borcunu ifa etmesi için gayret göstereceği, bu konuda elinden gelen özeni göstermesine rağmen borçlu tarafından borç ifa edilmez ise sorumlu

¹⁹⁹ TANDOĞAN, Borçlar s. 693; REİSOĞLU, Seza; Türk Hukukunda ve Bankacılık Uygulamasında Kefalet, (Kefalet), Ankara, 1992, s. 2; YAVUZ, s. 824, ÖZEN, s. 45; ŞAHAN, Gökhan, Kefalet Sözleşmesinin Sona Ermesi, (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Kayseri, 2007, s. 3; KARAHASAN, Mustafa Reşit, Türk Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, İstanbul, 2002, C. II, s. 1203; AKINTÜRK, Turgut, Borçlar Hukuku Genel Hükümler ve Özel Borç İlişkileri, İstanbul, 2004 s. 297; ZEVKLİLER, Aydın, Zevkliler Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Ankara, 2004 s. 395; HATEMİ, Hüseyin/Rona SEROZAN/Abdulkadir ARPACI, Borçlar Hukuku Özel Bölüm, İstanbul, 1992, s. 521; SÜCÜLLÜ, Aslı Sözen, Kefalet Sözleşmesi ve Kefalet Sözleşmesinin Geçerlilik Şartları, (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Ankara, 2006, s. 6.

tutulamayacağı gibi bir sonuç çıkarılabilir. Bu türlü bir çıkarımın kefilin üstlendiği edimi tanımlamaktan uzak olduğu açıktır. Kefil borcun ifa edilmesi için gayret göstermeyi değil, temin ettiği borcun ifa edilmemesi yada kötü ifa edilmesinden şahsen sorumlu tutulmayı üstlenir²⁰⁰. Yine Borçlar Kanunu 483. maddesindeki tanımda “borçlunun akdettiği” bir borca kefil olmaktan söz edilmesinden yola çıkılarak kefilin temin ettiği borcun kefalet sözleşmesinin yapıldığı sırada mevcut olması gerektiği söylenebilir. Oysa böyle bir zorunluluk söz konusu olmayıp Borçlar Kanunu 485 maddesinde ileride doğacak bir borca ilişkin geçerli bir kefalet sözleşmesi yapılabileceğini belirtmektedir. Yasal tanımdaki aksaklıklar Borçlar Kanunu Tasarısı 581. maddesindeki tanımda giderilmeye çalışılmıştır. Bu tanıma göre, “kefalet sözleşmesi, kefilin alacaklıya karşı, borçlunun borcunu ifa etmemesinin sonuçlarından kişisel olarak sorumlu olmayı üstlendiği sözleşmedir²⁰¹.”

2- Tarafları

Kefalet sözleşmesi, borçlu, alacaklı ve kefilin ilgilendiren üç köşeli bir ilişkiye yol açsa da bu üç köşeli ilişkinin kefalet sözleşmesinin taraflarının belirtilmesiyle bir ilgisi yoktur. Kefalet sözleşmesinin tarafları kefil ve kefilin kişisel sorumluluk üstlendiği borcun alacaklısıdır. Kefil olunan borcun borçlusu yani esas borçlu kefalet sözleşmesinin tarafı değildir. Esas borç ilişkisindeki borçlunun rızası veya bilgisi olmadan, hatta esas borçlunun karşı çıkmasına rağmen kefalet sözleşmesinin yapılması mümkündür²⁰². Yargıtay’a intikal eden bir olayda ödemede bulunan kefilin, asıl borçluya rücu için açtığı davada davalı, kendisinin haberi ve muvaffakatı olmadan davacının borcunu üstlendiğini, davacının borcu ödemesine muvaffakatı bulunmadığını ileri sürerek davanın reddini istemiştir. Yargıtay²⁰³ “Kefilin asıl borçlunun rızasını ve imzasını almasına ihtiyaç olmaksızın kefaletin geçerli

²⁰⁰ TANDOĞAN, Borçlar s. 693; REİSOĞLU, Kefalet s. 7-8; HATEMİ/SEROZAN/ARPACI, s. 520-521; KARAHASAN, s. 1204-1205; UYGUR, Turgut, Açıklamalı-İçtihatlı Borçlar Kanunu Sorumluluk ve Tazminat Hukuku, Ankara, 2003, C. 8, s. 9279; ÖZEN, s. 46; ŞAHAN, s. 3.

²⁰¹ ÖZEN, s. 46; ŞAHAN, s. 4.

²⁰² ARAL, Fahrettin, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, (Borçlar), Ankara, 2007, s. 421-422; REİSOĞLU, Kefalet s. 1; ÖZEN, s. 47; ŞAHAN, s. 5, SÜCÜLLÜ, s. 8.

²⁰³ 11. H.D. 16/04/1984 3999/4771, Buna karşılık Yargıtay’ın eski bir kararı (TD. 12/07/1950 E.949/5466 K.3316 Türk İçtihat Külliyyatı C. I, s. 566) geçerli bir kefalet ilişkisini reddederken “asıl borçlu firmanın bilgi ve rızası altında yazılmış bir mektup olmadığı” şeklindeki gerekçesi isabetli değildir. (Naklen Reisoğlu, Kefalet s. 2); PELLUMBİ, s. 20.

sayılması lazım geldiği, bu sıfatla yaptığı ödemedenden dolayı alacaklının haklarına halef olmak imkanının bulunduğu” gerekçesiyle davayı kabul eden mahkeme kararını onamıştır. Burada amaç borçlunun durumunda herhangi bir kötüleşme olmaması ve bunun borçlunun yararına olmasıdır. Türk Kanun Koyucu Fransız (m. 2014) ve İtalyan (m. 776) Medeni Kanunlarının aksine, bunu açık olarak yazmamıştır²⁰⁴.

3- Kefilin Ediminin Konusu

Kefil bir borcu devralan kişiden farklı olarak başkasına ait borcu kendi borcu haline getirmez, güvence altına aldığı borcun kaynaklandığı hukuki ilişkiye de katılmaz. Kefalet sözleşmesinin yapılmasıyla, bu sözleşmeye dayanan yeni bir borç ilişkisi ortaya çıkar. Kefilin sözleşmeden doğan yükümlülüğü, bir başkasına ait borcun ifası bakımından güvence vermeye yöneliktir. Kefalet sözleşmesiyle üstlenilen yükümlülük kendi başına varolabilen bir yükümlülük olmayıp, varlığı ve devamı güvence altına alınan esas borca bağlıdır²⁰⁵.

Kefil, güvence verdiği borcun yerine getirilmemesi sebebiyle, alacaklının uğrayacağı zararı karşılamayı taahhüt eder. Bu sebeple kefilin ediminin konusu, esas borç yerine getirilmez ise, bu borcu yerine getirmek değil, borcun yerine getirilmemesi sebebiyle ortaya çıkan zararı karşılamaktır. Esas borç ne olursa olsun (bir şey vermeye, yapmaya yada yapmamaya ilişkin de olabilir) kefilin borcu her zaman için bir para borcudur. Alacaklıya ödeme yapan kefil, esas borcu yerine getirmiş olmaz. Sadece kefalet sözleşmesinden kaynaklanan kendi borcunu yerine getirmiş olur. Bu nedenle kefilin ödemesi esas borç açısından bir ifa etkisi doğurmaz. Esas borcun ortadan kalkmasına sebep olmaz. Kefilin ödeme yapması, kefilin alacaklıya halef yapar ve esas borçtan doğan alacak kefilin şahsında devam eder²⁰⁶.

²⁰⁴ REİSOĞLU, Kefalet s. 1; PELLUMBİ, s. 20.

²⁰⁵ ÖZEN, s. 52.

²⁰⁶ TANDOĞAN, Borçlar s. 697-698; REİSOĞLU, Kefalet s. 7-8; ÖZEN, s. 52.

4- Kefalet Sözleşmesinin Sebebi

Kefalet sözleşmesinin yapılmasının nedeni, asıl borçlunun ödeme gücünün bulunmaması veya borcunu ödememesi durumunda alacaklıya bir teminat sağlamaktır. Alacaklının elde ettiği teminat, asıl borçlunun borcunu ödememesi halinde, tazminat ödeyecek başka bir borçlu elde etmesi şeklinde kendini göstermektedir²⁰⁷. O halde kefalet sözleşmesinin sebebi alacaklıya güvence vermek olarak belirlenebilir²⁰⁸. Kefilin bir başkasının borcundan ötürü kişisel sorumluluk üstlenmesinin sebebi esas borçlu ile kefil arasındaki ilişkide aranmalıdır. Bu ilişki kefile esas borçlu arasındaki arkadaşlık veya akrabalık gibi hatıra dayalı bir ilişki olabileceği gibi, esas borçlu ile kefil arasında mevcut başka bir sözleşmeden kaynaklanan bir yükümlülüğü yerine getirmek şeklinde hatıra dayalı olmayan bir ilişki de olabilir. Ancak kefalet sözleşmesi kefil ile alacaklı arasında kurulduğundan ve esas borçlu kefalet sözleşmesine taraf olmadığından, kefalet sözleşmesinin hukuki anlamda sebebi kefile esas borçlu arasındaki ilişkide değil alacaklı ile kefil arasındaki ilişkide karşımıza çıkar. Konuya bu açıdan yaklaşıldığında kefilin alacaklıya güvence verme amacıyla hareket etmesi kefalet sözleşmesinin hukuki anlamda sebebini oluşturur²⁰⁹.

5- Kefalet Sözleşmesinin Unsurları

a- Kefilin Borcunun Fer'i (Yan) Borç Olması

Kefalet sözleşmesinin her zaman mevcut ve geçerli bir esas borcun varlığını gerektirmesi sebebiyle kefilin yükümlülüğü bir diğer yükümlülüğe, yani esas borçtan kaynaklanan yükümlülüğe bağlı olmaktadır. Bu bağlılığı ifade etmek için, kefalet sözleşmesinin fer'i (yan) bir sorumluluk doğurduğu söylenir. Kefilin borcunun fer'iliği hukuki dayanağını, kefalet sözleşmesinin alacaklıya güvence vermek amacıyla

²⁰⁷ TANDOĞAN, Borçlar s. 694; YAVUZ, s. 495; AKİPEK, Şebnem/Erkan KÜÇÜKGÜNGÖR, Sözleşmeler Rehberi, Ankara, 2000, s. 372; SÜCÜLLÜ, s. 9.

²⁰⁸ TANDOĞAN, Borçlar s. 694; ÖZEN s. 54.

²⁰⁹ ÖZEN, s. 55.

yapılmasında bulur. Kefalet sözleşmesinin en önemli özelliği fer'ilihtir. Çünkü kefalet sözleşmesini asıl karakterize eden şey bu özelliğidir²¹⁰. Taraflar arzu etseler dahi, kısmen veya tamamen kefaletin fer'ilik niteliğini ortadan kaldıramazlar²¹¹. Gelecekte doğacak bir borca veya geciktirici şarta bağlı bir borca kefil olunabilmesi kefilin sorumluluğunun fer'iliğine aykırı düşmez. Böyle bir sözleşmede kefiliden talepte bulunabilmesi için, kefalet sözleşmesinin yapıldığı sırada doğmamış olan esas borcun sonradan doğması gerekir. Aynı şekilde esas borcun bağlandığı geciktirici şart gerçekleşmedikçe kefiliden talepte bulunulamaz. Yine kefaletin müteselsil olması fer'iliğini etkilemez²¹².

Fer'ilik ilkesinin bir diğer görünümü de kefaletin esas borcun kaderini takip etmesidir. Kefalet sözleşmesi ile güvence altına alınan alacak başkasına devredilir ise kefalet sözleşmesinden doğan haklar da yeni alacaklıya geçer, güvence altına alınan alacak ortadan kalkarsa, kefaletten doğan haklar da son bulur. Yine ortadan kalkmış olan esas borcun tekrar canlanması durumunda, fer'i nitelikteki kefilin sorumluluğu da tekrar canlanır. Bu sonucun gerçekleşeceğini yasa bazı durumlarda açıkça öngörmüştür (Örneğin bkz. BK m. 93, m 178).²¹³

Kefilin sorumluluğunun asıl borçlunun sorumluluğundan daha fazla olmaması da fer'ilik ilkesinden çıkan sonuçlardan birisidir. Bu ilke kefilin sorumluluğunun esas borçlununkinden fazla olmasını engellerse de, daha düşük olmasını engellemez²¹⁴.

Kefalet sözleşmesinin fer'ilik ilkesi uyarınca kefil esas borçlunun sahip olduğu bütün savunmalara sahiptir. Bu savunmaların itiraz veya def'i karakteri taşıması kefil açısından bir fark doğurmaz. Esas borçlu bu savunmaları yapmasa, hatta bu savunmalara dayanma hakkından feragat etse bile kefil bundan etkilenmez. Kefaletin

²¹⁰ REİSOĞLU, Kefalet s. 2; TANDOĞAN, Borçlar s. 695; ARAL; Borçlar s. 422; ÖZEN, s. 67; PELLUMBİ, s. 20; ŞAHAN, s. 6, SÜCÜLLÜ, s. 10.

²¹¹ TANDOĞAN, Borçlar s. 695; REİSOĞLU, Kefalet s. 2-4; AKKANAT, Halil, Kefaletin Fer'iliği İlkesi ve Banka Ticari Kredi Sözleşmeleri, Prof. Dr. Necip Kocayusufpaşaoğlu İçin Armağan, Ankara, 2004, s. 280; SÜCÜLLÜ, s. 10.

²¹² TANDOĞAN, Borçlar s. 695, ÖZEN, s. 68; PELLUMBİ, s. 21.

²¹³ REİSOĞLU, Kefalet s. 3; ÖZEN, s. 68.

²¹⁴ TANDOĞAN, Borçlar s. 695; REİSOĞLU, Kefalet s. 3; ARAL; Borçlar s. 423, PELLUMBİ, s. 21; ÖZEN, s. 68; SÜCÜLLÜ, s. 11.

fer'iliğinden ve kefilin esas borçluya ait tüm savunmalara sahip olmasından kaynaklanan bir alt sonuç ta şudur: kefil olunan borç esas borçluya karşı muaccel olmadıkça, kefilen talepte bulunulamaz. Alacaklının haklarının kullanılması bakımından da kefilin sorumluluğunun esas borca bağılılığı açıktır. Esas borcun muaccel olması için esas borçluya muacceliyet bildirimini yapılması gerekiyor ise alacaklı esas borçluya yapacağı muacceliyet bildirimini kefilin de bilgisine sunmalıdır. Ancak sadece kefile yapılacak muacceliyet bildirimini müteselsil kefalette dahi borcun muaccel olması sonucunu doğurmaz. Yine alacağın esas borçluya karşı ileri sürülmesi dürüstlük kuralına aykırı düşüyorsa bu durum alacaklının kefilen talepte bulunabilmesini de etkiler. Ayrıca asıl borçlu sadece ağır kusurundan sorumlu ise, kefil her türlü kusurundan sorumlu tutulamaz²¹⁵.

Fer'ilik ilkesinin ispat hukuku açısından görünümü, kefilen talepte bulunan alacaklının, kefalet sözleşmesinden başka esas borcu doğuran hukuki ilişkiyi ispat etmek zorunda olmasıdır²¹⁶. Kefalet sözleşmesinin varlığı ve geçerliliği tartışma konusu olmamasına rağmen, asıl borç ilişkisinin varlığı veya borcun miktarı tartışmalıysa bu konu açıklığa kavuşturulmadan kefilen talepte bulunulamaz.

Fer'ilik ilkesi uyarınca kefalet sözleşmesinden doğan alacak, esas alacaktan bağımsız olarak devredilemez. Ancak esas alacağın devri yasa gereği kendiliğinden kefaletten doğan alacağın da devri sonucunu doğurur²¹⁷. Kefilin bu sonuca karşı çıkma olanağı yoktur. Ancak kefil ile alacaklı, kefalet sözleşmesinden doğan hakkın alacağın devrinden etkilenmeyeceğini ve yeni alacaklıya geçmeyeceğini kararlaştırarak sözleşmesel bir devir engeli getirebilirler. Kefalet sözleşmesinde böyle bir hüküm bulunduğu kefalet sözleşmesinden doğan alacağın, yeni alacaklıya geçmeyeceğinden ve fer'ilik ilkesi uyarınca eski alacaklıda kalması da mümkün olmayacağından, devir ile birlikte son bulacağı söylenebilir. Yine alacağın devri sırasında eski alacaklı ile yeni alacaklı anlaşarak, esas alacağın fer'i niteliğindeki kefalet sözleşmesinden doğan

²¹⁵ TANDOĞAN, Borçlar s. 695, ÖZEN, s. 71-72, PELLUMBİ, s. 21, SÜCÜLLÜ, s. 11.

²¹⁶ TANDOĞAN, Borçlar s. 696; ARAL, Borçlar s. 424; REİSOĞLU, Kefalet s. 4; ÖZEN, s. 73; ŞAHAN, s. 6.

²¹⁷ Yarg. 19 HD 21/05/2003 tarih ve 2002/7795 E. – 2003/5255 K. Sayılı kararında, bankanın kredi sözleşmesinden doğan alacağın BK m 162 uyarınca temellük eden kişinin, kredi borcu için kefil olan kişiye karşı, kefalet sözleşmesinden doğan alacak hakkını da devralmış sayılacağını açıklıkla ortaya koymuştur (YKD, Kasım-2003, C.29, S.11, s.1742).

alacağın, devrin kapsamı dışında kalmasını kararlaştırabilirler. Bu halde de kefalet sözleşmesi son bulur²¹⁸.

Kefalet sözleşmesi fer'i olsa da BK. 176 maddesi uyarınca borcun nakli durumunda, sorumluluğun devam etmesini kabul etmeyen kefil alacaklı tarafından sorumlu tutulamaz. Kefilin borcunun devam etmesi ancak buna rıza göstermesine bağlıdır. Kefalet sözleşmesi yapılırken, esas borç kim tarafından üstlenilirse üstlenilsin kefilin sorumluluğunun devam edeceği, kefilin esas borçlu sıfatındaki değişiklikleri peşinen kabul edeceği kararlaştırılmaz. Bu konuda baştan ve peşin olarak ortaya konacak rıza BK m. 176/2 hükmünün anlaşma yoluyla ortadan kaldırılması anlamına gelir ki, BK 176/2 hükmünün emredici bir hüküm olduğu düşünülür ise kefalet sözleşmesine konacak bu şekildeki hükümlerin geçersiz olacağı daha iyi anlaşılacaktır²¹⁹. Kefil rızasını gerçekleştiren her borç nakli için özel olarak, borcun nakli gerçekleşene kadar ve en geç borcun nakli anında²²⁰ – öğretilerdeki hakim görüşe göre yazılı olarak²²¹ - bildirmelidir.

Kefilin sorumluluğunun fer'iliğine yasayla getirilmiş istisnalar da mevcuttur. Bunlardan ilki İİK 295/1 maddesi uyarınca konkordatonun tasdik edilmesi üzerine, borçlunun konkordatoda belirlenen oranda yükümlü olmasına rağmen kefilin konkordatoya muvafakat etmeyen alacaklıya karşı alacağın tamamından sorumlu olmasıdır²²². Diğer bir istisna bir cari hesapta bulunan borç kalemlerinden birisi için verilmiş kefaletin, cari hesabın kat edilmesi ve bakiyenin onaylaması üzerine son bulmamasıdır. Söz konusu kefalet, onaylanan bakiye için güvence teşkil etmeye devam eder²²³. Bir diğer istisna da Medeni Kanun 629 hükmünden kaynaklanmaktadır. Bu

²¹⁸ PELLUMBİ, s. 22; ÖZEN, s. 73-75, SÜCÜLÜ, s. 11.

²¹⁹ GRASSİNGER, Gülçin Elçin, Borçlar Kanunu'na Göre Kefilin Alacaklıya Karşı Sahip Olduğu Savunma İmkanları, İstanbul, 1996, s. 141; REİSOĞLU, Kefalet s. 246-247; ÖZEN, s. 80.

²²⁰ OĞUZMAN, Kemal/M. Turgut ÖZ, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul, 2005, s. 967; GRASSİNGER, s. 140; ARAL, Borçlar s. 423; ÖZEN, s. 80; Aksi görüş için TANDOĞAN, Borçlar s. 761; REİSOĞLU, Kefalet s. 246 Yazarlara göre, kefilin sorumluluğunun devamına ilişkin rızası, borcun nakli gerçekleştikten sonra da verilebilir ve bu takdirde icazet hükmünde olur.

²²¹ TANDOĞAN, Borçlar s. 761; REİSOĞLU, Kefalet s. 246; OĞUZMAN/ÖZ, s. 967; GRASSİNGER, s. 139; ÖZEN, s. 80; Kefilin Rızasının yazılı olmasını aramayan, hatta örtülü olarak verilebileceğini kabul eden düşünce için bkz. TEKİNAY, S. Sulhi/Sermet AKMAN/Haluk BURCUOĞLU/Atilla ALTOP, Tekinay Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, İstanbul, 1993, s. 277.

²²² SÜMER, Altay, Konkordato ve Yeniden Yapılanma Hukuku, İstanbul, 2005, C. 2, s. 948; REİSOĞLU, Kefalet s. 4; ŞAHAN; s. 7; ÖZEN, s. 81; PELLUMBİ, s. 21.

²²³ AYRANCI, Hasan, Kefalet Sözleşmesinde Asıl Borcun Belirli Olması İlkesi ve Cari Hesaba Kefalet, (Cari Hesaba Kefalet), GÜHFD, C.IX, S.1-2, Y.2005, s. 107 vd.; ÖZEN, s. 82; PELLUMBİ, s. 21.

hükme göre esas borçlunun mirasçıları, mirası tutulan defter gereğince kabul etmişler ise, deftere yazılmayan alacaklardan ötürü bir sorumlulukları yoktur. Alacağın deftere yazılmaması alacaklının kusuruna dayanmıyorsa mirasçının sorumluluğu zenginleşmeyle sınırlıdır. Bu şekilde esas borçlunun mirasçılarının sorumluluğu sınırlanmış olduğu halde, bu borç için kefil olmuş kişinin sorumluluğunda herhangi bir sınırlama söz konusu olmaz²²⁴.

b- Kefilin Borcunun Tali (İkinci Derecede) Borç Olması

Kefaletin varlığı nasıl geçerli bir borca bağlı ise, o asıl borcun takibi yapılmadan tali bir borç olan kefalete başvurulamaz. Kefalet sözleşmesinin tali (ikinci derecede) bir borç olması dar ve geniş anlamda incelenebilir. Geniş anlamda talilik her türlü kefalet sözleşmesinde karşımıza çıkar ve kefalet sözleşmesi alacaklıya teminat verme amacını taşıdığından, alacaklının kefile başvurması esas borçlunun ifa yükümünü zamanında yerine getirmemesi üzerine söz konusu olur. Esas borçlunun muaccel hale gelmiş borcu ifa etmemesi olgusu gerçekleşmeden kefil sorumlu tutulamaz²²⁵.

Kefil, peşin dava (tartışma) def'ini kullanarak, kendisine başvuran alacaklıdan, öncelikle esas borçluyu takip etmesini isteyebiliyor ise, kefilin sorumluluğu dar anlamda tali bir sorumluluktur. Kefile başvurmak isteyen alacaklının, öncelikle esas borçluyu takip etmek ve rehinleri paraya çevirmek zorunda olması kefilin sorumluluğunun dar anlamıyla tali bir borç olduğunu göstermektedir. Dar anlamda kefilliğin daha da sertleştiği kefalet türü zarara kefalettir. Zarara kefil olan kişiden talepte bulunmak isteyen alacaklı, kefilin tartışma def'ini ileri sürmesi gerekmez, önce esas borçluyu takip etmek zorundadır. Zarara kefil olan kişinin sorumluluğu, esas borçlunun takibi üzerine elde edilemeyen alacak tutarına indirgenmiştir²²⁶.

²²⁴ DURAL, Mustafa/ Turgut ÖZ, Türk Özel Hukuku Miras Hukuku, İstanbul, 2003, C. IV, s. 417; ANTALYA, Gökhan, Miras Hukuku, İstanbul, 2003, s. 282-283, TANDOĞAN, Borçlar s. 696; REİSOĞLU, Kefalet s. 4; ŞAHAN, s. 7; ÖZEN, s 82; PELLUMBİ, s. 21.

²²⁵ PELLUMBİ, s. 22; ÖZEN, s. 88.

²²⁶ ÖZEN, s 89.

Bazı yazarlara göre²²⁷, talilik sadece adi kefalette söz konusu olur; müteselsil kefalette borç muaccel olduğunda doğrudan doğruya kefile başvurulabileceğinden, müteselsil kefalette talilik söz konusu olmaz. Bazı yazarlar ise²²⁸ asıl borç muaccel olmadan müteselsil kefalette muaccel olmayacağından ve paradan başka borçlar için, yani edimler için kefil olduğunda, asıl borcun yerine getirilmediğinin tespitinden sonra kefilin borcu doğacağından müteselsil kefalette de talilik söz konusudur. Kanaatimizce dar anlamıyla talilik sadece adi kefaletin özelliğidir. Ancak kefalet sözleşmesinin tüm çeşitleri geniş anlamda tali sözleşmelerdir.

c- Kefilin Borcunun Asıl Borca Yabancı Bir Borç Olması

Kefalet sözleşmesiyle, kefil başkasına yani üçüncü bir kişiye ait bir borç için kişisel sorumluluk üstlenir. Yani geçerli bir kefalet sözleşmesinin doğabilmesi için başkasına ait bir borç olması gerekmektedir. Kural olarak asıl borcun tarafları dışında bir kimse tarafından tekeffül edilmesi halinde kefalet söz konusu olabilmektedir. Bu nedenle bir kimsenin kendi borcuna kefil olması mümkün değildir²²⁹. Ancak kefil olmak isteyen esas borçlu ile alacaklı arasında esas borç başkasına devir edildiğinde hüküm ifade etmek üzere, yani şarta bağlı olarak kefalet sözleşmesi yapmak mümkündür. Esas borcun başkasına nakledildiği anda hem kefalet sözleşmesinin bağlandığı geciktirici nitelikteki şart gerçekleşir, hem de esas borçlu kefilden başkası olur²³⁰. Yine bu özellik sebebiyle kefil kendi alacağı için kefil olamaz. Ancak bazı yazarlara göre²³¹ bir alacağın şimdiki alacaklısının bir kefalet belgesi imzalaması, söz konusu alacağı devralacak kişiye yapılmış bir icap niteliğindedir. Alacağı devralan yeni alacaklının bu icabı kabul etmesiyle kefalet sözleşmesi kurulmuş ve eski alacaklı kefil sıfatını kazanmış olur. Yine kefalet borcu ile esas borcun sonradan aynı kişide birleşmesi (örneğin kefilin miras gibi bir sebeple asıl borçlu durumuna girmesi) mümkündür. Bu durumda alacaklının kefalet sözleşmesinden sağlayacağı yararlar saklı

²²⁷ TANDOĞAN, Borçlar s. 696-697; ARAL, Borçlar s. 425; ŞAHAN, s. 8.

²²⁸ YAVUZ, s. 768; REİSOĞLU, Kefalet s. 5; SÜCÜLLÜ, s. 13.

²²⁹ TANDOĞAN, Borçlar s. 699; REİSOĞLU, Kefalet s. 9; YAVUZ, s. 496; UYGUR, s. 9282; KARAHASAN, s. 1204; SÜCÜLLÜ, s. 16; ÖZEN, s. 95.

²³⁰ TANDOĞAN, Borçlar s. 699; REİSOĞLU, Kefalet, s. 9; ÖZEN, s. 95-96, PELLUMBİ, s. 23.

²³¹ REİSOĞLU, Kefalet s. 9-10; ÖZEN, s. 96.

kalacaktır. Ayrıca alacaklı ile kefil sıfatlarının sonradan birleşmesi halinde kefalet borcu sona erer²³².

d- Kefalet Sözleşmesinin Tek Tarafa Borç Yükleyen Bir Sözleşme Olması (İvazsız Olması)

Kefalet sözleşmesi kural olarak tek tarafa borç yükleyen sözleşmelerdendir. Büyük çoğunlukla kefalet sözleşmesiyle kefilin üstlendiği edime karşılık, alacaklının kefile karşı bir taahhüt ve sorumluluğu yoktur. Ancak bu özellik fer'ilik özelliği gibi kefalet sözleşmesinin zorunlu özelliklerinden birisi değildir. Kefilin üstlendiği edime karşılık alacaklının da bir karşı edim üstlenmesi mümkündür. Yine sıkça rastlandığı üzere borçlunun kefile menfaat sağlaması kefalet sözleşmesinin tek tarafa borç yükleyen bir sözleşme olmasına (ivazsız olmasına) tesir etmez²³³.

e- Kefalet Sözleşmesinin Bağımsız Sözleşme Olması

Kefalet sözleşmesi, asıl borcu doğuran sözleşmeden ayrı bir hukuki nedene dayanan ve ayrı bir içeriği bulunan tamamen bağımsız bir sözleşmedir. Geçerliliği bakımından asıl borca tabi olan kefalet borcu, asıl borçtan bağımsız olarak şarta bağlanabilir veya kefalet borcu için ayrı bir vade kararlaştırılabilir. Yine bağımsız bir sözleşme olması sebebiyle kefilin borcunun asıl borçtan daha sınırlı olması da mümkündür. Kefilin alacaklıya ödemedede bulunmasıyla asıl borç değil, kefalet borcu sona erer ki kefilin bu durumda alacaklıya halef olması da kefalet sözleşmesinin bağımsız bir sözleşme olduğunu gösterir. Diğer yandan kefil hakkında yapılan icra takibinin ve açılan davanın kefilin ikametgahının bulunduğu adli mercilerde

²³² TANDOĞAN, Borçlar s. 700; REİSOĞLU, Kefalet s. 9; YAVUZ, s. 496; SÜCÜLLÜ, s. 17.

²³³ AKINTÜRK, s. 297; REİSOĞLU, Kefalet s. 6; TANDOĞAN, Borçlar s. 694-695; YAVUZ, s. 768; ARAL, s. 425; ZEVKLİLER, s. 396-397; ŞAHAN, s. 8; ÖZEN, s. 89-95; PELLUMBİ, s. 22-23, SÜCÜLLÜ, s. 13-14.

gerçekleşmesi de kefalet sözleşmesinin, esas borcu doğuran asıl sözleşmeden bağımsız bir sözleşme olduğunun göstergesidir²³⁴.

B- Kefalet Sözleşmesinin Geçerlilik Şartları

1- Kefalet Sözleşmesinin Esasa İlişkin Geçerlilik Şartları

a- Geçerli Bir Asıl Borcun Bulunması

Kefalet sözleşmesinin söz konusu olabilmesi için geçerli bir asıl borcun bulunması gerekir²³⁵. Yasa kefil olunabilecek bir borç için içerik açısından bir sınırlama getirmemiştir. Geçerli olarak ortaya çıkmış ve devam eden her türle borç kefalet sözleşmesiyle teminat altına alınabilir²³⁶. Asıl borcun hukuka, ahlaka ve adaba aykırılık²³⁷, başlangıçtaki imkansızlık, şekle aykırılık²³⁸, muvazaa ve ayırt etme gücünün olmaması gibi bir sebeple kesin hükümsüz olması halinde kefalet de geçerli olmaz²³⁹. Asıl borcun geçersizliği, yeni bir sözleşme yapılarak ortadan kaldırılsa dahi kefalet kendiliğinden geçerli hale gelmez. Böyle bir halde kefalet sözleşmesinin de yeniden yapılması gerekir²⁴⁰. Asıl borç, gabin veya hata gibi sebeplerden dolayı iptal edilebilir bir işlemde doğan bir borç ise, kefalet sözleşmesinin akıbeti asıl borçlunun bu iptal hakkını kullanıp kullanmamasına bağlıdır. Asıl borçlu süresi içinde işlemi iptal eder ise kefalet borcu sona erer. Ancak asıl borçlu süresi içinde iptal hakkını kullanmaz veya bu hakkından feragat eder ise, işlem geçerli bir şekilde yapılmış sayılır ve kefalet

²³⁴ TANDOĞAN, Borçlar s. 700; REİSOĞLU, Kefalet s. 4-5; YAVUZ, s. 497-498; KARAHASAN, s. 1205-1206; ZEVKLİLER, s. 396; UYGUR, s. 9282; ÖZEN, s. 58-60; SÜCÜLLÜ, s. 12; Yarg. 13 HD. 23/05/1996 T. 4049 E. – 5036 K. Sayılı kararında da “Kefalet sözleşmesi bağımsız nitelikte olduğu için, kefilin kendi borcunu ifa etmesiyle asıl borç ortadan kalkmaz” denmektedir (bkz. AKİPEK/KÜÇÜKGÜNGÖR, s. 379).

²³⁵ REİSOĞLU, Kefalet s. 15; TANDOĞAN, Borçlar s. 719; YAVUZ, s. 769; HATEMİ/SEROZAN/ARPACI, s. 522; ARAL, s. Borçlar. 429; ZEVKLİLER, s. 397; AYRANCI, Cari Hesaba Kefalet s. 113; ŞAHAN, s. 9; PELLUMBİ, s. 24.

²³⁶ ÖZEN, s. 111.

²³⁷ Yarg. HGK. 09/03/1977 T. 1976/13-22 E. – 1997/216 K. YKD. C. IV, S. 4, 1978, s. 494.

²³⁸ Yarg. 13. HD. 26/12/1974 T. 1974/3454 E. – 1974/3656 K. (bkz. KARAHASAN, s. 920).

²³⁹ REİSOĞLU, Kefalet s. 15; TANDOĞAN, Borçlar s. 721; YAVUZ, s. 769; ARAL, Borçlar s. 429; ZEVKLİLER, s. 397; ŞAHAN, s. 9; ÖZEN, s. 113.

²⁴⁰ ŞAHAN, s. 18, ÖZEN, s. 113; PELLUMBİ, s. 25.

sözleşmesi de geçerli olur²⁴¹. Asıl borç sınırlı ehliyetsizler tarafından yapılan bir işleme dayanıyor ise, Türk Medeni Kanununun 16 maddesi uyarınca sınırlı ehliyetsizler ancak yasal temsilcilerinin izni ile borç altına girebileceğinden, yasal temsilci asıl borcu doğuran işleme izin verirse asıl borç geçerli olacağından kefalet sözleşmesi de geçerli olacak, aksi takdirde yani yasal temsilci izin vermezse asıl işlem geçersiz olacağından kefalet sözleşmesi de geçersiz olacaktır²⁴².

Asıl borcun kefalet sözleşmesi yapıldığı sırada mevcut olması da şart değildir. Önemli olan alacaklının kefilinden, kefalet sözleşmesinden doğan borcunu talep ettiğinde asıl borcun mevcut olmasıdır. Bu sebeple Borçlar Kanunu 485. maddesinin 2. cümlesinde de belirtildiği üzere gelecekte doğacak veya şarta bağlı borçlar için de kefalet sözleşmesi yapılması mümkündür. Ancak gelecekte doğacak bir borca kefil olduğunda, kefilin hangi şartlar altında ve ne kadar süre ile sorumlu olacağı hususunda bir boşluk vardır. Borçlar Kanununun 128. maddesi uyarınca zamanaşımı süresi borç muaccel olduktan sonra başlayacağından, bu boşluğu zamanaşımı hükümleri ile de doldurmak mümkün değildir. İsviçre Borçlar Kanunu 510. maddesi ile bu duruma bir çözüm getirmiştir. Bu madde ile gelecekteki bir borca kefil olan kimseye, asıl borçlunun parasal durumunun kefalet sözleşmesinin imzalanmasından sonra esaslı bir şekilde bozulması veya önceden bozuk olup da sonradan bunun farkına varılması halinde, sözleşmeden dönme yetkisi tanımıştır²⁴³. Geciktirici şarta bağlı bir borca kefil olduğunda, kefalet sözleşmesinin yapılmasıyla borç doğar ancak şart gerçekleşince hüküm ifade eder. Şart gerçekleşmeden kendisine başvuru kefilin, şartın gerçekleşmediğini ileri sürmesi bir hak olduğu gibi aynı zamanda bir yükümlülüktür. Bozucu şarta bağlı bir borca kefil olduğunda şartın gerçekleşmesi ile kefalet borcu da ortadan kalkar²⁴⁴.

Zamanaşımına uğramış bir borca kefil olup olunamayacağı hususunda kanunumuzda bir hüküm bulunmadığı gibi bu konu öğretide de tartışmalıdır. Öğretideki

²⁴¹ TANDOĞAN, Borçlar s. 721; ARAL, Borçlar s. 429-430; Yavuz, s. 770; REİSOĞLU, Kefalet s. 18; ŞAHAN, s. 9.

²⁴² REİSOĞLU, Kefalet s. 18; TANDOĞAN, Borçlar s. 721; YAVUZ, s. 770; ARAL, Borçlar s. 430; ŞAHAN, s. 10; ÖZEN, s. 117.

²⁴³ REİSOĞLU, Kefalet s. 17; TANDOĞAN, Borçlar s. 719-720; YAVUZ, s. 770; ARAL, Borçlar s. 431; ZEVKLİLER; s. 397; AYRANCI, Cari Hesaba Kefalet s. 117-118; SÜCÜLLÜ, s. 61; ŞAHAN, s. 11.

²⁴⁴ REİSOĞLU, Kefalet s. 17; TANDOĞAN, Borçlar s. 719-720; YAVUZ, s. 770; ARAL, Borçlar s. 431; ŞAHAN, s. 12.

bir görüşe göre²⁴⁵ İsviçre Borçlar Kanunu 492. maddesindeki çözüm benimsenmelidir. İsviçre Borçlar Kanununun 492 maddesinin 3. fıkrasına göre, zamanaşımına uğramış borcu bilerek temin eden kime kefalet hukuku şartlarına ve ilkelerine göre sorumlu olur. Öğretideki diğer bir görüşe göre ise²⁴⁶, zamanaşımına uğramış bir borcun bilerek temin edilmesi, kefalet sözleşmesinin şartlarının ve ilkelerinin kıyasen dahi uygulanamayacağı bir garanti sözleşmesi meydana getirir. Bununla birlikte asıl borcun zamanaşımına uğradığını bilmeden yükümlülük altına girilmesi gerçek bir kefalet olarak değerlendirilebilir. Bu durumda kefil alacaklıya karşı zamanaşımı def'ini ileri sürebilir.

İsviçre Borçlar Kanunu 502 maddesi 4. fıkrası ile kumar ve bahis borçları için kefaletin mümkün olduğunu belirtmiştir. Türk hukukunda ise bu konuda açık bir düzenleme mevcut değildir. Ancak Türk Hukukunda da İsviçre Borçlar Kanunundaki düzenlemeye benzer şekilde kumar ve bahis borçları için de kefalet sözleşmesinin kurulabileceği, ayrıca kefilin dava edilmezlik itirazını ileri sürebileceği savunulmaktadır. Kefilin dava edilmezlik itirazından feragati de geçerli olmayacaktır. Çünkü kefilin asıl borçludan daha ağır şekilde sorumlu olması kefaletin fer'iliğine aykırıdır. Kefil dava edilmezlik itirazında bulunmadan alacaklıya ödemedede bulunur ise bu ödeme geçerli olur, ancak kefilin asıl borçluya karşı rücu hakkı ortadan kalkacaktır²⁴⁷. Ancak ÖZEN²⁴⁸'e göre Borçlar Kanunu 408 ve 504 maddeleri uyarınca kumar-bahis veya evlenme tellallığından geçerli bir alacak doğmayacağından, bu türden borçlara kefil olunduğunu dava dosyasından anlayan yargıcın, görevi gereği kefile karşı açılan davayı reddetmesi gerekir.

b- Esas Bakımından Geçerli Bir Kefalet Sözleşmesinin

Yapılması

Kefalet yükümlülüğünün söz konusu olabilmesi için, geçerli bir asıl borcun yanında geçerli bir kefalet sözleşmesinin de yapılması gerekir. Kefalet sözleşmesi de

²⁴⁵ YAVUZ; s. 771; GRASSİNGER, s. 33; BİLGE, Necip; Borçlar Hukuku Özel Borç Münasebetleri, Ankara, 1971, s. 369.

²⁴⁶ REİSOĞLU, Kefalet s. 19; TANDOĞAN, Borçlar s. 724; GRASSİNGER, s. 32-33.

²⁴⁷ REİSOĞLU, Kefalet s. 175-176, TANDOĞAN, Borçlar s. 724-725; YAVUZ, s. 499; GRASSİNGER, s. 54; ARAL, Borçlar s. 448; UYGUR, s. 9338; SÜCÜLLÜ, s. 68; ŞAHAN, s. 12-13.

²⁴⁸ ÖZEN, s. 118.

her şeyden önce Borçlar Hukukunun genel prensiplerine bağlıdır. Bu sebeple kefalet sözleşmesi yapma ehliyeti, irade bozukluğu halleri, kanuna, ahlaka ve adaba aykırı olup olmadığı göz önünde tutulmalıdır²⁴⁹.

Gerçek bir kişinin kefalet sözleşmesini geçerli bir şekilde yapılabilmesi için tam ehliyetli, yani reşit, mümeyyiz ve kısıtsız olması gerekir²⁵⁰. Eğer kişi tam ehliyetli değil ise kefalet sözleşmesi yapamayacağı gibi, onun adına, yasal temsilci olan veli ve vasi de bu sözleşmeyi yapamaz. Çünkü kefalet Türk Medeni Kanunu 449 maddesinde belirtilen yasak işlemlerdendir. Yasak işlemleri yasal temsilciler bile küçük yada kısıtlılar adına yapamazlar²⁵¹. Türk Medeni Kanunu 453 maddesi uyarınca sınırlı ehliyetsize bir meslek veya sanatın yürütülmesi için izin verilmiş ise, bununla ilgili her türlü işlemleri yapmaya yetkili olacağından, sınırlı ehliyetsizin meslek ve sanatın yürütülmesi ile ilgili kefalet sözleşmesi yapabileceği öğretide kabul edilmektedir²⁵². Noterlik Kanunu 50 maddesi uyarınca noterler de kefil olamazlar. Ancak TANDOĞAN ve SÜCÜLLÜ'ye göre buradaki yasak sadece kefalet sözleşmesinin taraflarından birisi olan notere yöneldiğinden, sözleşmenin konusunda bir hukuka aykırılık yok ise, yasağa uymayarak kefalet altına giren noterin bu kefaleti geçersiz sayılmamalıdır²⁵³. Türk Medeni Kanununun 429 maddesi uyarınca kendisine yasal danışman atanan kişiler kefil olabilmesi için yasal danışmanın iznini alması gerekir. Türk Medeni Kanunun 458 maddesi uyarınca “*Bir kimseye kayyım atanması onun fiil ehliyetini etkilemez.*” Bu sebeple kendisine kayyım atanan kişinin kefalet sözleşmesi yapma ehliyeti bulunmaktadır.

Özel hukuk tüzelkişileri ise ancak kuruluş işleminde belirtilen amaçların gerçekleşmesiyle ilgili olarak kefil olabilirler²⁵⁴. Esas sözleşmede kefil olunabileceği yönünde bir hüküm varsa kefalet ehliyeti konusunda herhangi bir tereddüt yoktur.

²⁴⁹ TANDOĞAN, Borçlar s. 725; ŞAHAN, s. 13.

²⁵⁰ TANDOĞAN, Borçlar s. 724; ARAL, Borçlar s. 432; ŞAHAN, s. 13; ÖZEN, s. 131; PELLUMBİ, s. 24.

²⁵¹ REİSOĞLU, Kefalet s. 23; TANDOĞAN Borçlar s. 725; ZEVKLİLER, s. 394; PELLUMBİ, s. 25, ÖZEN, s.131.

²⁵² REİSOĞLU, Kefalet s. 29-30; TANDOĞAN Borçlar s. 726; YAVUZ, s. 771; ARAL, Borçlar s. 433; SÜCÜLLÜ, s. 85; ŞAHAN, s. 13; PELLUMBİ, s. 25, ÖZEN, s.132.

²⁵³ TANDOĞAN, Borçlar s. 730; SÜCÜLLÜ, s. 88.

²⁵⁴ REİSOĞLU, Kefalet s. 22-23; TANDOĞAN Borçlar s. 730; YAVUZ, s. 772; ARAL, Borçlar s. 433; SÜCÜLLÜ, s. 88-95; ŞAHAN, s. 15; PELLUMBİ, s. 25, ÖZEN, s.137.

Ancak böyle bir kayda yer verilmediği durumlarda, ehliyetin amaç ve konu ile sınırlı olması katı bir şekilde uygulanmamaktadır. Öğretide şirketin kefil olma ehliyeti açısından tarafların menfaatleri arasında yakın alaka olması, şirketin işletme konusu ile kefalet arasında ilgi olması, şirketin menfaati ve şirket konusu ile dolaylı bir bağlılık olması gibi kıstaslar göz önünde bulundurularak şirketin kefil olma ehliyetinin tespit edilmesi gerektiği savunulmaktadır²⁵⁵. Kamu tüzelkişileri kanunla kurulduklarından ehliyetleri de bu kanunda gösterilir. Bu nedenle kamu tüzelkişilerinin ehliyetlerini kuruluş kanunlarındaki hükümlere göre belirlemek gerekir²⁵⁶.

Kefalet sözleşmesi bakımından söz konusu olan irade sakatlıklarına Borçlar Kanunu 23-31 maddelerinde düzenlenen genel hükümler uygulanır ve hata, hile, ikrah nedenlerine dayalı olarak kefil sözleşmeye bağlı olmaktan kurtulabilir.

2- Kefalet Sözleşmesinin Şekle İlişkin Geçerlilik Şartları

a- Sözleşmenin Yazılı Biçimde Yapılmış Olması

Borçlar Kanunu 484 maddesi uyarınca kefalet sözleşmesinin geçerli bir biçimde kurulabilmesi için mutlaka yazılı olarak yapılması gerekir²⁵⁷. Buradaki şekil şartı geçerlilik şartıdır ve kefilin korumak için getirilmiştir. Bu şart genellikle herhangi bir karşılık söz konusu olmaksızın sorumluluk altına giren kefilin, düşünmeden hareket etmesini önlemek amacıyla getirilmiştir. Dolayısıyla tanık dinleterek, yemin ederek yada bizzat ikrarda bulunarak kefaletin varlığı kanıtlanırsa bile bu husus sıhhat şartı olduğundan, ortada yazılı bir sözleşme olmadıkça kefalet sözleşmesi de geçerli değildir. Kefalet sözleşmesi yazılı olarak yapılmadıkça bu sözleşme mutlak butlan yaptırımına tabidir yani başlangıçtan beri hükümlerini doğurmaz ve geçersizliğini her ilgili ileri

²⁵⁵ FRANKO; Nisim, Ticaret Şirketlerinin Kefalet Ehliyeti, Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu II, Ankara, 1985, s. 49-50; TANDOĞAN, Borçlar s. 731; ŞAHAN, s. 15-16; SÜCÜLLÜ, s. 106.

²⁵⁶ REİSOĞLU, Kefalet s. 25-26; TANDOĞAN, Borçlar s. 735; YAVUZ, s. 772; ARAL, Borçlar s. 433, GRASSİNGER, s. 81; SÜCÜLLÜ, s. 96; ŞAHAN, s. 17.

²⁵⁷ Yarg. 13. HD. 30/11/2005 T. 10966 E. – 17589 K.; Yarg. 11. HD. 28/05/2002 T. 2649 E. – 5315 K. (akip-Açıklamalı Kanun İçtihat Programı, Versiyon 4.0).

sürebileceği gibi, hakim de re'sen göz önünde bulundurmaktır²⁵⁸. Kefilin böyle bir durumda ödeme yapmış olması kefalet sözleşmesini geçerli hale getirmez. Kefil yaptığı ödemeyi sebepsiz zenginleşme hükümlerine dayanarak geri isteyebilir²⁵⁹. Ancak bazı yazarlara göre²⁶⁰ kefilin, kefalet sözleşmesinin geçersizliğini bilerek ödemede bulunması, elden bağışlama olarak nitelendirilir ve kefil verdiği şeylerin iadesini isteyemez.

Kefalet sözleşmesinde “kefalet” kelimesinin geçmesi zorunlu değildir. Bir borcun yerine getirilmemesi durumunda fer'i olarak sorumluluğun üstlenildiğinin belirtilmesi yeterlidir²⁶¹.

Kefalet sözleşmesinin kefilin el yazısıyla yazılması zorunluluğu yoktur. El yazısıyla olabileceği gibi daktilo ile yazılabilir. Veya bankaların genel uygulanmasında kullanıldığı şekilde matbu formlar şeklinde de düzenlenebilir. Ancak kefil imzasını beyanının tamamını kapsayacak şekilde sözleşmenin en altına atmalıdır²⁶². 5070 sayılı Elektronik İmza Kanunu 5. maddesinde “*güvenli elektronik imza, elle atılan imza ile aynı hukuki sonuçları doğurur*” denmektedir. Ancak aynı maddenin ikinci fıkrası, bu kuralın uygulanmayacağı halleri belirtirken teminat sözleşmelerini de saymaktadır. Bu sebeple teminat sözleşmeleri arasında yer alan kefalet sözleşmesinde, kefilin beyanını elektronik ortamda yapması ve güvenli elektronik imza yoluyla imzalaması mümkün değildir²⁶³.

²⁵⁸ REİSOĞLU, Kefalet s. 44-45; TANDOĞAN, Borçlar s. 741; YAVUZ, s. 774; ZEVKLİLER, s. 399; GRASSİNGER, s. 99; ÖZEN, s. 187; Yarg. 12/04/1944 T ve 13 sayılı İBK. (bkz. ŞENER, Esat, Medeni Kanun – Borçlar Kanunu İçtihadı Birleştirme Kararları ve Madde Atıfları İle Birlikte, Ankara, 2000, s. 446.

²⁵⁹ AYRANCI, Hasan, Şekil Şartına Uyulmadan Yapılan Kefalet Sözleşmesinde İfanın Sonuçları, (İfanın Sonuçları), AÜHFD, C. 53, S. 2, 2004, s. 107 vd.; REİSOĞLU, Kefalet s. 47; TANDOĞAN, Borçlar s. 740; YAVUZ, s. 774; ARAL, Borçlar s. 435; ZEVKLİLER, s. 399; GRASSİNGER, s. 99; PELUMBİ, s. 26; ÖZEN, s. 190-193; ŞAHAN, s. 20.

²⁶⁰ REİSOĞLU, Kefalet s. 45; TANDOĞAN, Borçlar s. 741; AYRANCI, İfanın Sonuçları s. 113; ŞAHAN, s. 20; SÜCÜLLÜ, s. 125.

²⁶¹ AYRANCI, İfanın Sonuçları s. 101; REİSOĞLU, Kefalet s. 47, TANDOĞAN, Borçlar s. 747; ZEVKLİLER, s. 399; SÜCÜLLÜ, s. 108-109; ŞAHAN, s. 21; PELUMBİ, s. 26; ÖZEN, s. 190-193.

²⁶² REİSOĞLU, Kefalet s. 48; KARAHASAN; s. 1217; GRASSİNGER, s. 96; PELUMBİ, s. 26-27; ÖZEN, s. 178; SÜCÜLLÜ, s. 110.

²⁶³ SAĞLAM, İpek, Elektronik Sözleşmeler, İstanbul, 2007, s. 173; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Necip, Borçlar Hukukuna Giriş, Hukuki İşlem, Sözleşme, İstanbul, 2008, s. 296; OĞUZMAN/ÖZ, s. 122; ÖZEN, s. 166.

Kefalet sözleşmesinde öğretideki hakim görüşe²⁶⁴ göre yabancı dil kullanılabilir. Ancak Yargıtay, yabancı dil kullanılmayı bir geçerlilik şartı olarak kabul etmiş; uluslar arası deyim ve terimlerin veya taraflardan en az birisinin yabancı olması halinde yabancı dil kullanılabileceğine karar vermiştir²⁶⁵.

b- Meblağın Sözleşmede Yer Alması

Borçlar Kanunu 484 maddesi uyarınca kefalet sözleşmesinde kefilin sorumlu olacağı belli bir miktarın gösterilmesi gerekir. Ancak bu madde Türk Mahkeme uygulamasında oldukça yumuşak bir yoruma tabi tutularak tekeffül olan miktarın mutlaka kefalet sözleşmesinde gösterilmesi şartı aranmamış, kefilin sorumluluğunu belirleyebilecek durumda olması yeterli görülmüştür²⁶⁶. Yani kefalet sözleşmesinde asıl borcun rakamsal olarak gösterilmesi zorunlu değildir²⁶⁷. Asıl borcun belirli ve belirlenebilir olmasının amacı kefalet senedinde asıl borcun miktarının sayısal olarak gösterilmesi değildir. Özellikle kefilin sorumlu olduğu azami miktarın kefalet sözleşmesinde belirtilmiş olması halinde asıl borcun rakamla değil ama muayyen ve kabili tayin olması gerekir²⁶⁸.

Bankalarla akdedilen kredi sözleşmelerine kefalet halinde de, kefilin sorumlu olacağı azami miktarın gösterilmesi, kefaletin geçerlilik koşuludur. Kefalet ayrı bir sözleşme olmayıp, kredi sözleşmesinin içinde yapılmış ve kefilin sorumlu olduğu azami miktar gösterilmemiş ise, asıl borç olan kredi limiti kefilin de sorumluluğunun üst sınırını belirlemiş olur²⁶⁹. Kredi limitinin sonradan artırılması halinde kefil artırılan limitten değil kefalet yükümlülüğü altına girdiği andaki limitten sorumludur. Kefil kredi veya kefalet sözleşmesi kurulurken, sonradan artan limitleri de kabul ettiği şeklinde

²⁶⁴ TANDOĞAN, Borçlar s. 744; ARAL, Borçlar s. 436; GRASSİNGER, s. 116.

²⁶⁵ Yarg. 11 HD. 30/11/1979 T. 3309 E. – 5469 K. (YKD. C. VI, S. 3, 1980, s. 388-389); REİSOĞLU, Kefalet s. 47; TANDOĞAN, Borçlar s. 745; UYGUR, s. 9324; ŞAHAN, s. 21; PELLUMBİ, s. 26-27; SÜCÜLLÜ, s. 110.

²⁶⁶ REİSOĞLU, Kefalet, s. 47; PELLUMBİ, s. 27.; Yargıtaya göre de “Kefil, kefalet limiti ve kendi temerrüdünün sonuçlarından sorumludur. Sözleşmede kefalet limiti tespit edilmemiş ve kefilin sorumlu olacağı kredi miktarı anlaşılamiyorsa söz konusu kefalet geçersizdir.” Yarg. 19 HD. 14/02/2002 T. 3399 E. 3344 K. (İBD 2005, C. 79, S. 2005/1, s. 275).

²⁶⁷ AYRANCI, Cari Hesaba Kefalet s. 60; PELLUMBİ, s. 27.

²⁶⁸ PELLUMBİ, s. 27.

²⁶⁹ Yarg. 19. HD. 13/04/1999 T. 1901 E. – 2434 K.; 13. HD. 02/06/2005 T. 5888 E. – 9824 K. (akip-Açıklamalı Kanun İçtihat Programı, Versiyon 4.0).

sözleşmeye kayıt düşse de bu kayıt, soyut bir taahhüt olduğundan ve kefilin sorumlu olduğu üst sınır belli olmadığından, geçersizdir²⁷⁰. Kredi kartı uygulaması öğretide²⁷¹ kredi olarak kabul edildiğinden²⁷² bu açıklamalar kredi kartlarına kefalette de geçerlidir.

Hakim kefilin sorumlu olduğu azami miktarın borç veya kefalet sözleşmesinde gösterilip gösterilmediğini re'sen dikkate almak zorundadır²⁷³.

c- Sözleşmenin İçeriği

Kefalet sözleşmesinde kefil, yabancı bir borç için fer'i olarak yükümlülük altına girdiği için asıl borcun ferdileştirilmesi gerekir. Herhangi bir borç için verilmiş soyut kefalet geçerli değildir. Asıl borcun ferdileştirilmesi kural olarak, alacaklının ve asıl borçlunun isimlerinin, borcun niteliğinin, borçlanma nedeninin kefalet senedinde gösterilmesi biçiminde yapılabilir. Asıl borç belirli olmaksızın sadece kefilin sorumlu olacağı azami miktarın gösterildiği kefalet sözleşmesi geçerli olmaz. Asıl borç, borcun kapsamı, ifa yeri ve zamanı gibi konularda şüpheye mahal bırakmayacak şekilde belirlenmelidir. Ancak bu unsurların bazılarının eksikliği, kefalet sözleşmesinde yer alan diğer unsurlar aracılığıyla giderilebiliyor ise ve olayın koşulları nazara alınarak yorum yoluyla bu eksiklikler tamamlanabiliyor ise kefalet sözleşmesi geçerlidir.²⁷⁴ Yargıtay da aynı görüştedir²⁷⁵.

Yine kefaletin çeşidi, kefilin sorumluluğunu hafifleten nitelikte olsa dahi kefalet sözleşmesinde gösterilmelidir. Çünkü kefaletin çeşidi ayrıca gösterilmez ise kefalet adi kefalet olarak nitelendirilir²⁷⁶.

²⁷⁰ KOSTAKOĞLU, Cengiz, Banka Kredi Sözleşmelerinden Doğan Uyuşmazlıklar ve Akreditif, Ankara, 2003, s. 12; PELLUMBİ, s. 27.

²⁷¹ İŞGÜZAR, s. 159; BUHUR, s. 35, AKİPEK, Kredi Kartları s. 108; SAYIN, s. 27; REİSOĞLU, Kredi Kartları s. 118; DEMİR, Tüketici Sözleşmeleri s. 226; AÇIKGÜL/AÇIKGÜL, s. 47.

²⁷² Ayrıntılı açıklama için bkz. Bölüm I, &4, 1, s. 9 vd.

²⁷³ PELLUMBİ, s. 27.

²⁷⁴ REİSOĞLU, Kefalet s. 51; TANDOĞAN, Borçlar s. 751; YAVUZ, s. 502; SÜCÜLLÜ, s. 114; ŞAHAN, s. 23; ÖZEN, s. 173-176.

²⁷⁵ Yarg. 13. HD. 03/12/1991 T. 7229 E. – 10997 K. (YKD. 1992, C. XVIII, S. 3, s. 398.

²⁷⁶ TANDOĞAN, Borçlar s. 750; YAVUZ, s. 778; ŞAHAN, s. 23.

C- Kefaletin Çeşitleri

1- Adi Kefalet

Taraflar, borçlunun borcu ödememesi veya borçludan borcun elde edilmesinin olanaksız olması halinde alacaklının kefile başvurabileceğini kararlaştırmışlar ise ortada adi bir kefalet vardır²⁷⁷. Adi kefalet Borçlar Kanununa göre asıl olan kefalet türüdür. Tereddüt olduğu durumlarda adi kefaletin varolduğu kabul edilir²⁷⁸. Adi kefalette kefilin borcu fer'i nitelik taşıdığı gibi aynı zamanda tali niteliktedir. Bunun sonucu olarak alacaklı asıl borçluya karşı alacağını ileri sürmeden kefile karşı talepte bulunamaz. Adi kefaletin en önemli özelliği asıl borçlunun borcu ödeyemeyeceği tespit edilmedikçe veya borcu temin için alınan rehin veya ipotek paraya çevrilmedikçe kefilin takip edilememesidir²⁷⁹. Alacaklı asıl borçluya başvurmadan kefile başvurursa kefil öncelikle asıl borçluyu takip etmesi gerektiğini ileri sürebilir (Tartışma Def'i veya Peşin Dava Def'i)²⁸⁰. Yine Borçlar Kanunu 486/2 maddesine göre kefil, kefil olunan alacak kefaletten önce veya kefaletle aynı anda, rehinle teminat altına alınmış ise, kefil kendisine başvuran alacaklıya karşı öncelikle rehini paraya çevirmesi gerektiğini ileri sürebilir (Rehinin Paraya Çevrilmesi Def'i)²⁸¹. Kefil bu iki def'iyi birlikte ileri sürebilir ve bu def'ilerden önceden veya sonradan feragat edebilir²⁸².

²⁷⁷ ZEVKLİLER, s. 397; PELLUMBİ, s. 30; ÖZEN, s. 214.

²⁷⁸ REİSOĞLU, Kefalet s. 113; TANDOĞAN, Borçlar s. 762; YAVUZ, s. 778; ARAL, Borçlar s. 440; HATEMİ/SEROZAN/ARPACI, s. 525; ŞAHAN, s. 26; PELLUMBİ, s. 31.

²⁷⁹ PELLUMBİ, s. 30.

²⁸⁰ Belirtilen def'iler hakkında ayrıntılı açıklama için bkz. ATAOL, Hüseyin, Kefalet Aktinde Kefilin Alacaklıya Karşı İleri Sürebileceği Def'i ve İtirazlar, KÜHFD, S. 2, 1998-1999, s. 19-54; ÖZEN, s. 217-228.

²⁸¹ REİSOĞLU, Kefalet, s. 114; TANDOĞAN, Borçlar s. 762; YAVUZ, s. 779, ARAL, Borçlar s. 440; ATAOL, s. 28; ŞAHAN, s. 27.

²⁸² REİSOĞLU, Kefalet, s. 114; TANDOĞAN, Borçlar s. 762; ARAL, Borçlar s. 440; ATAOL, s. 28; ŞAHAN, s. 27.

2- Müteselsil kefalet

Müteselsil kefalet Borçlar Kanunu 487 maddesinde düzenlenmiştir. Müteselsil kefalet “*kefili kanunen kendisine tanınan def’i haklarından memnu bırakan, asıl borçluya ve mevcut rehinin paraya çevrilmesine başvurmadan önce de kefili takip hakkı veren kefalet*” olarak tanımlanabilir. Tabiatıyla banka uygulamasında en çok rastlanan ve banka yönünden en etkili olan kefalettir²⁸³. Müteselsil kefalette, kefilin borcunun tali niteliği ortadan kalkmıştır. Ancak fer’i niteliği mevcuttur. Bu sebeple asıl borç geçerli olmazsa müteselsil kefalet de geçerli değildir ve müteselsil kefil, adi kefil gibi, asıl borçluya ait def’ileri kullanabilir²⁸⁴. Müteselsil kefalet kurulurken genellikle, “müteselsil kefil”, “müşterek müteselsil borçlu sıfatıyla”, “müteselsil borçlu sıfatıyla taahhüt ve tekeffül ederim”, “alacaklı dilerse önce şahsıma başvurabilir”, “borçluya aynı derecede sorumlu olmak üzere” gibi deyimler kullanılmaktadır²⁸⁵. Türk Ticaret Kanunu 7/2 maddesi uyarınca, ticari borçlara kefil olduğu takdirde, aksi kararlaştırılmamış ise gerek borçlu ile kefil, gerekse kefiller arasındaki ilişkilerde teselsül hükmü geçerlidir²⁸⁶. Yine İcra İflas Kanunu 38. maddesine göre icra dairelerinde yapılan ve icra tutanağında yer alan kefaletler de müteselsil kefalet niteliğindedir²⁸⁷. Bunun dışında, adi kefalet normal kefalet türü olarak kabul edildiğinden müteselsil kefaletin kefalet sözleşmesinden açıkça anlaşılması gerekir.

3- Birlikte Kefalet

Birlikte kefalet birden çok kefilin aynı borca kefil olmasıdır. Birlikte kefalet gerçek birlikte kefalet ve gerçek olmayan birlikte kefalet olmak üzere ikiye ayrılır. Gerçek birlikte kefalet birkaç kişinin kefil olma konusunda, birlikte sözleşme yapmalarına gerek kalmadan, sadece birbirlerinin kefaletinden haberdar olmaları ve

²⁸³ PELLUMBİ, s. 31.

²⁸⁴ TANDOĞAN, Borçlar s. 770; REİSOĞLU, Kefalet s. 122; YAVUZ, s. 781; ARAL, Borçlar s. 443; HATEMİ/SEROZAN/ARPACI, s. 527; ZEVKLİLER, s. 395; PELLUMBİ, S. 31; ŞAHAN, s. 29.

²⁸⁵ TANDOĞAN, Borçlar s. 770; REİSOĞLU, Kefalet s. 118; ARAL, Borçlar s. 444; ZEVKLİLER, s. 398; PELLUMBİ, s. 32.

²⁸⁶ TANDOĞAN, Borçlar s. 770; YAVUZ, s. 781; ARAL, Borçlar s. 444; ZEVKLİLER, s. 402; HATEMİ/SEROZAN/ARPACI, s. 527; ŞAHAN, s. 30; PELLUMBİ, s. 32.

²⁸⁷ TANDOĞAN, Borçlar s. 771; YAVUZ, s. 781; ARAL, Borçlar s. 444; ZEVKLİLER, s. 402; HATEMİ/SEROZAN/ARPACI, s. 527; ŞAHAN, s. 30.

bunu bilerek kefalet altına girmeleri anlamına gelmektedir²⁸⁸. Burada kefillerin bir kısmı adi kefil, bir kısmı müteselsil kefil olabilir. Gerçek olmayan birlikte kefalet Borçlar Kanunumuzda yer almayan İsviçre Borçlar Kanunu 497/4 maddesinde yer alan bir kefalet türüdür.²⁸⁹.

Gerçek birlikte kefalet adi birlikte kefalet ve müteselsil birlikte kefalet olarak ikiye ayrılır. Adi birlikte kefalette birden çok kefil, bir borcun belirli bir bölümü için kefil olmaktadır. Kefiller kendi payları için adi kefil, diğer kefillerin payları için kefile kefil sıfatıyla sorumlu olurlar. Sözleşmede yalnız pay değil, bütün sorumluluk gösterilmelidir²⁹⁰. Müteselsil birlikte kefalette ise kefiller kendi aralarında yada borçluyla birlikte müteselsilen sorumlu olmaktadır²⁹¹.

4- Kefile Kefalet

Borçlar Kanununun 489/1 maddesine göre, kefile kefil, alacaklıya karşı asıl kefilin borcuna kefil olan kişidir. Kefile kefil kural olarak alacaklıya karşı olan sorumluluğu açısından adi kefalet hükümlerine tabidir. Sözleşmede belirtilmek koşuluyla kefile kefil asıl kefile birlikte müteselsil kefil olarak da sorumluluk altına girebilir. Bu durumda alacaklı kefile kefil olana da, asıl kefile de başvurabilir. Ancak müteselsil birlikte kefaletten farklı olarak, kefile kefil ödemede bulunur ise asıl kefile rücu edebilirken, asıl kefil ödemede bulunursa kefile kefil olana rücu edemez²⁹².

5- Rücua Kefalet

Borçlar Kanunu 489/2 maddesinde düzenlenen rücua kefalette, ilk kefilin alacaklıya ödemede bulunduktan sonra asıla karşı ileri süreceği rücu alacağına kefil

²⁸⁸ TANDOĞAN, Borçlar s. 771; PELLUMBİ, s. 32.

²⁸⁹ ZEVKLİLER, s. 398; PELLUMBİ, s. 32; Gerçek olmayan birlikte kefalet hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. ŞAHAN, s. 37; SÜCÜLLÜ, s. 28.

²⁹⁰ TANDOĞAN, Borçlar s. 772, PELLUMBİ, s. 33; ŞAHAN, s. 32.

²⁹¹ PELLUMBİ, s. 33; ŞAHAN, s. 33.

²⁹² REİSOĞLU, Kefalet s. 150; TANDOĞAN, Borçlar s. 768; YAVUZ, s. 785; ARAL, Borçlar s. 444-447; ŞAHAN, s. 34.

olunmaktadır. Rücua kefalet sözleşmesi ilk kefil ile rücua kefil arasında yapılır. Rücua kefalet de kural olarak adi kefalet niteliğinde olduğu için ilk kefil ödemede bulunduktan sonra asıl borçluya başvurduğunda tartışma veya rehinin paraya çevrilmesi def'ileri ile karşılaşabilir²⁹³. İlk kefilin rücu hakkı herhangi bir sebeple düşerse, rücua kefil olanın sorumluluğu sona erer. Asıl borca ilk kefilden başka kişiler de kefil olmuş ise, ilk kefile ödemede bulunan rücua kefil, ilk kefilin haklarına halef olacağından, asıl borçlu haricinde diğer kefillere de payları oranında rücu edebilir²⁹⁴. Rücua kefil müteselsil olarak da sorumluluk altına gerebilir. Bu durumda alacaklıya ödemede bulunan ilk kefil asıl borçluya başvurmadan doğrudan doğruya rücua kefile başvurabilir²⁹⁵.

6- Zarara (Açığa) Kefalet

Borçlar Kanunumuzda yer almayan zarara kefalet İsviçre Borçlar Kanunu 495/3 maddesinde düzenlenmiştir. Ancak hukukumuzda böyle bir sözleşme yapılamayacağına dair bir hüküm bulunmadığı için Borçlar kanunu 19 ve 20 maddelerine aykırı olmamak şartıyla bu tür bir kefalet sözleşmesi yapmak mümkündür. Zarara kefalette, asıl borcun tamamı için değil, sadece alacaklının asıl borçluyu takibi sonunda elde edemediği kısım için kefil olunabilir. Zarara kefil olan kişiden talepte bulunulabilmesi için, esas borçlu hakkında alınmış bir “borç ödemedен aciz belgesi” bulunmalıdır. Bu zorunluluk sadece esas borçlunun ülke içinde takibinin imkansızlaşması olasılığında ortadan kalkar²⁹⁶.

²⁹³ REİSOĞLU, Kefalet s. 151; TANDOĞAN, Borçlar s. 767; YAVUZ, s. 785; ARAL, Borçlar s. 447.

²⁹⁴ REİSOĞLU, Kefalet s. 151; TANDOĞAN, Borçlar s. 768, HATEMİ/SEROZAN/ARPACI, s. 531; ŞAHAN, s. 35.

²⁹⁵ TANDOĞAN, Borçlar s. 769; YAVUZ, 785; HATEMİ/SEROZAN/ARPACI, s. 531; ŞAHAN, s. 35.

²⁹⁶ Zarara Kefalet hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. TANDOĞAN, Borçlar s. 769; ARAL, Borçlar s. 447; HATEMİ/SEROZAN/ARPACI, s. 531; YAVUZ, 849-850; ŞAHAN, s. 35; ÖZEN, s. 280.

D- Kefalet Sözleşmesinin Hükümleri

1- Kefilin Sorumluluğunun Kapsamı

Kefilin sorumluluğunun kapsamı belirlenirken öncelikle kefilin sorumlu olacağı azami tutar tespit edilmeli ve bu azami tutar kadar kefilin sorumluluğunun kapsamında nelerin olduğu belirtilmelidir. Borçlar Kanunu 490 maddesine göre kefil borcun aslı ile birlikte asıl borçlunun kusur veya temerrüdünün kanuni sonuçları, dava ve takip masrafları ile akdi faizden sorumludur.

Borçlar Kanunu 484. maddesinde kefilin sorumlu olacağı miktarın kefalet sözleşmesinde gösterilmesi bir şekil şartı olarak öngörülmüştür. 490. maddesinde ise kefilin sorumlu olacağı alacaklar belirtilmiştir. İsviçre Borçlar kanunu 499/1 maddesinde kefilin her durumda ancak kefalet sözleşmesinde gösterilen en yüksek tutar kadar sorumlu olacağı hükme bağlanmıştır. Türk Hukukunda böyle bir düzenleme olmamasına rağmen, öğretide²⁹⁷ Borçlar Kanunu 490. maddesinde belirtilen kanuni veya sözleşmeyle kararlaştırılan yan sorumlulukların asıl borçla birlikte toplamının, kefalet sözleşmesinde yazılı tutarı aştığında, kefilin sadece sözleşmede yazılı tutar kadar sorumlu olacağını kabul etmek gerektiği, yani Borçlar Kanunu 484. maddesi uyarınca kefalet sözleşmesinde gösterilen tutarın kefilin sorumlu olacağı en yüksek tutar olarak kabul edilmesi gerektiği kabul edilmektedir. Yargıtay kararları da bu yöndedir²⁹⁸. Borçlar Kanunu Tasarısında da bu anlayış kabul edilerek Tasarınının 589/1 maddesinde “*Kefil her durumda kefalet sözleşmesinde belirtilen azami miktara kadar sorumludur*” hükmü getirilmektedir.

Kefilin sorumluluğunun kapsamına her şeyden önce asıl borç girer. Kefilin sorumluluğu, kefalet sözleşmesinin fer’ilik niteliği sebebiyle asıl borcun varlığına

²⁹⁷TANDOĞAN; Borçlar s. 779-780; REİSOĞLU, Kefalet s.153; YAVUZ, s. 787; ARAL, Borçlar s. 448; BİLGE, s. 381; HATEMİ/SEROZAN/ARPACI, s. 533; ŞAHAN, s. 36; SÜCÜLLÜ, s. 34-35.

²⁹⁸ Yarg. 3. HD. 18/12/2000 T. 10864 E. – 11738 K.; 11. HD. 15/09/2003 T. 7730 E. – 7816 K.; 13. HD. 07/07/2005 T. 6770 E. – 11659 K. (akip-Açıklamalı Kanun İçtihat Programı, Versiyon 4.0); Yarg. 19. HD. 28/05/1992 T. 1752 E. – 2392 K (YKD. C. XIX, S. 1, s. 87-88); Yarg. 15 HD. 25/05/1990 T. 2264 E. – 2367 K. (KARAHASAN, s. 942).

bağlıdır. Asıl borcun bir kısmı için kefil olunabileceği gibi, asıl borcun miktarı kefaletle yükümlülük altına girilen miktardan daha az da olabilir. Asıl borcun ortadan kalkması ile birlikte kefilin sorumluluğu da sona ereceği gibi, asıl borcun azalması halinde kefilin sorumluluğu da o oranda azalacaktır²⁹⁹.

Borçlar Kanunu 490/1 maddesi uyarınca asıl borçlunun kusur veya temerrüdünün kanuni neticeleri de kefilin sorumluluğunun kapsamına dahildir. Borçlunun kusurunun kanuni sonuçlarından Borçlar Kanunu 96 maddesi uyarınca, asıl borcu hiç veya gereği gibi ifa etmemesinden doğan müspet zararın tazmini yükümlülüğü anlaşılır. Aynı şekilde kefil, borçlunun temerrüde düşmüş olmasının kanuni sonuçlarından, yani geç ifadan dolayı zarar ziyan, beklenmedik halden sorumluluk ve para borçlarında gecikme faizi ile aşkın zarardan da sorumludur. Buna karşılık kefil, sözleşmenin iptal edilmesi veya feshi ile ortaya çıkan menfi zarardan, asıl borç hangi sebeple olursa olsun sona erdiğinde kefalet de sona ereceğinden, sorumlu değildir. Kefil asıl borçlunun kusur veya temerrüdünün akdi sonuçlarından sorumlu değildir. Bu sebeple asıl borçlu ile alacaklı arasında kararlaştırılmış bir cezai şart varsa, aksi kararlaştırılmadıkça, kefil bu cezai şarttan sorumlu değildir³⁰⁰. Yargıtay'ın bir kararına göre cezai şart kanunda öngörülmüş ise kefil bundan sorumludur³⁰¹. Bununla birlikte kefalet sözleşmesinde cezai şartın veya menfi zararın kefilin sorumluluğunun kapsamına gireceği kararlaştırılabilir³⁰². Kefil sadece asıl borçlunun *kusurunun* kanuni sonuçlarından sorumlu olduğundan, kanunla veya sözleşmeyle kararlaştırılan, asıl borçlunun kusursuz olarak sorumlu olacağı hallerde kefilin sorumluluğu söz konusu olmaz³⁰³.

Borçlar kanunu 490/2 maddesi uyarınca kefil asıl borçluya karşı açılan dava masraflarından da sorumludur. Kanunda düzenleme bulunmamasına rağmen kefil asıl borçluya karşı yapılan takiplerin masraflarından da sorumludur³⁰⁴. Asıl borçluya yapılan

²⁹⁹ REİSOĞLU, Kefalet s. 156; ARAL, Borçlar s. 448; BİLGE, s. 381; YAVUZ, s. 786; ŞAHAN, s. 37.

³⁰⁰ AKINTÜRK, s. 306; REİSOĞLU, Kefalet s. 161; TANDOĞAN, Borçlar s. 775; ARAL, Borçlar s.449; BİLGE, s. 382; ZEVKLİLER, s. 405; HATEMİ/SEROZAN/ARPACI, s. 532; ŞAHAN, s. 37; SÜCÜLLÜ, s. 36-37.

³⁰¹ TANDOĞAN, Borçlar s. 775 dn 2; Yarg. 3. HD. 26/06/1958 T. 4667 E. – 4003 K.

³⁰² HATEMİ/SEROZAN/ARPACI, s. 532; REİSOĞLU, Kefalet s. 162, ŞAHAN, s. 38.

³⁰³ REİSOĞLU, Kefalet s. 162; ÖZEN, s. 101; ŞAHAN, s. 38.

³⁰⁴ HATEMİ/SEROZAN/ARPACI, s. 532; REİSOĞLU, Kefalet s. 163, ŞAHAN, s. 38.

feshi ihbar ve ihtar masrafları Borçlar Kanununun 490/2 maddesi kapsamında değildir³⁰⁵. Kefilin dava ve takip masraflarından sorumluluğuna gidilebilmesi için, kefile, alacaklıyı tatmin ederek dava açılmasını önlemesi için yeterli imkan ve zaman verilmesi şarttır. Bu sebeple alacaklı asıl borçluya karşı dava açmadan veya takibe başlamadan önce bundan kefile haberdar etmeli ve kefile ödemedede bulunabilmesi için yeterli süre vermelidir³⁰⁶. Dava ve takip masraflarından dolayı kefilin sorumlu tutulabilmesi için kefalet borcunun muaccel olması gerekir. Kefalet borcu muaccel değilse, kefil kendisine başvurulduğunda ödemeyi reddedebilir, ancak borç muaccel olduğunda ödeyeceğini beyan etmelidir. Aksi takdirde dava ve takip masraflarını ödemesi gerekir³⁰⁷. Borçlar Kanunu 490/2 fıkrası emredici bir düzenleme olmadığından kefilin sorumluluğunun kapsamını genişleten veya şartlarını hafifleten anlaşmalar, kefalet sözleşmesinin geçerlilik şekline uygun şekilde yapılmak koşuluyla, geçerlidir³⁰⁸.

Borçlar Kanunu 490/3 maddesine göre “Faiz verilmesi şart edilmiş ise kefil ancak işlemekte olan faiz ile beraber işlemiş faizden bir seneliğini vermekle mükelleftir.” Kanunun bu hükmünde belirtilen faiz sözleşme ile kararlaştırılan akdi faiz olup, temerrüt faizi değildir. Çünkü temerrüt faizi Borçlar kanunu 490/1 maddesinin kapsamındadır ve bir yıllık sınırlamaya tabi değildir³⁰⁹. İşlemiş ve işlemekte olan faizlerin başlangıç tarihleri kanunumuzda belirtilmemiştir. Öğretide³¹⁰ işlemiş ve işlemekte olan faizlerin başlangıç tarihinin vade tarihi olarak kabul edilmesi gerektiği genel kabul görmektedir. Buna göre kefil vade tarihine kadar işlemiş bir yıllık faiz ile vade tarihinden temerrüt tarihine kadar işleyen faizden sorumludur. Cari hesap sözleşmelerinde işlemiş faizler asıl borca eklenerek bakiye tespit edileceğinden bir yıllık sınırlama bulunmamaktadır ve kefil işlemiş bütün faizlerden sorumludur³¹¹. Borçlar Kanunu 490/3 maddesi de emredici nitelikte olmadığı için, kefilin sorumluluğunun

³⁰⁵ REİSOĞLU, Kefalet s. 163; TANDOĞAN, Borçlar s. 776-777, ŞAHAN, s. 38.

³⁰⁶ BİLGE, s.382; REİSOĞLU, Kefalet s. 161; TANDOĞAN, Borçlar s. 777; ARAL, Borçlar s. 449; ZEVLİLER, s. 406; HATEMİ/SEROZAN/ARPACI, s. 532; ŞAHAN, s. 38-39; SÜCÜLLÜ, s. 38.

³⁰⁷ REİSOĞLU, Kefalet s. 161; TANDOĞAN, Borçlar s. 777; ARAL, Borçlar s. 449; ŞAHAN, s. 39; HATEMİ/SEROZAN/ARPACI, s. 532.

³⁰⁸ REİSOĞLU, Kefalet s. 163; ÖZEN, s. 103.

³⁰⁹ BİLGE, s. 383; REİSOĞLU, Kefalet s. 163; TANDOĞAN, Borçlar s. 777; ARAL, Borçlar s. 449; ÖZEN, s. 103; HATEMİ/SEROZAN/ARPACI, s. 532; ŞAHAN, s. 39; SÜCÜLLÜ, s. 39.

³¹⁰ BİLGE, s. 383; REİSOĞLU, Kefalet s. 164; TANDOĞAN, Borçlar s. 778; ARAL, Borçlar s. 450; ÖZEN, s. 104; HATEMİ/SEROZAN/ARPACI, s. 533; ŞAHAN, s. 39; SÜCÜLLÜ, s. 39.

³¹¹ REİSOĞLU, Kefalet s. 165; TANDOĞAN, Borçlar s. 778; ARAL, Borçlar s. 450; ÖZEN, s. 104; ŞAHAN, s. 40.

kapsamı kefalet sözleşmesiyle genişletilebileceği gibi daraltılabilir de³¹². Kefilin bu husustaki sorumluluğunun genişletilebilmesi için kefilin iradesinin, kefalet sözleşmesinin geçerlilik şekline uygun şekilde ortaya konması gerekmekte ise de, daha dar bir kapsamda sorumluluğun kararlaştırılması, herhangi bir geçerlilik şekline bağlı değildir³¹³.

2- Kefil İle Alacaklı Arasındaki İlişki

Kefalet sözleşmesiyle alacaklının alacağı teminat altına alınır. Kefalet sözleşmesinde alacaklının en önemli hakkı, kefilin ise en önemli yükümlülüğü, asıl borçlunun borcunu yerine getirmemesi halinde, teminat altına alınan borcun kefil tarafından alacaklıya ödenmesidir. Kefilin borcu daima bir para borcudur ve paranın ödenmesiyle yerine getirilir. Kefil borcu aynen ifaya zorlanamaz³¹⁴.

Borçlar Kanunu 501 maddesi uyarınca, asıl borç muaccel hale gelince kefil her zaman alacaklıyı borcun ifasını kabule ve kendisini kefaletten kurtarmaya zorlayabilir. Alacaklı ifayı kabul etmez ise kefil sorumluluktan kurtulur, bu nedenle ifayı kabul alacaklı için bir yükümlülüktür³¹⁵.

Alacaklının ödeme talebinde bulunması halinde, kefil asıl borçluya ait def'ileri ileri sürebilir. Borçlar Kanunu 497/1 maddesi uyarınca kefilin asıl borçluya ait bütün def'ileri ileri sürmesi hakkı olduğu gibi, aynı zaman da bu kefil için bir yükümlülüktür. Bu def'ilerden bazıları, asıl borcun geçerli olarak doğmaması, asıl borcun kısmen veya tamamen sona ermesi, asıl borcun eksik borç olması, asıl borcun zamanaşımına uğraması, asıl borcun muaccel olmaması, asıl borçluya süre verilmesi, asıl borç ilişkisi karşılıklı borç yükleyen sözleşmeden doğuyor ise alacaklının borcunu yerine getirmemesi, Borçlar Kanunu 119. maddesi uyarınca asıl borçlunun alacaklıya

³¹² REİSOĞLU, Kefalet s. 165; TANDOĞAN, Borçlar s. 778; ARAL, Borçlar s. 450; ŞAHAN, s. 40
HATEMİ/SEROZAN/ARPACI, s. 533; ÖZEN, s. 104.

³¹³ REİSOĞLU, Kefalet s. 165; ÖZEN, s. 104.

³¹⁴ REİSOĞLU, Kefalet s. 184; PELLUMBİ, s. 35.

³¹⁵ ARAL, Borçlar s. 454; REİSOĞLU, Kefalet s. 187; TANDOĞAN, Borçlar s. 764, YAVUZ, s. 793; ŞAHAN, s. 45.

karşı takas ileri sürme hakkının bulunması olarak sıralanabilir³¹⁶. Yenilik doğuran haklar sadece bu hakka sahip olan kişilerce kullanılabilirdiğinden kefil asıl borçluya ait yenilik doğuran hakları kullanamaz. Asıl borçlu kendisine ait def'ileri kullanma hakkından feragat etse dahi, asıl borçlu kendi hareketiyle kefilin durumunu ağırlaştıramayacağından, kefil bu def'ileri ileri sürebilir. Ancak asıl borçlu kendisine ait yenilik doğuran haklardan feragat eder ise bu feragat kefil de bağlar³¹⁷.

Yine kefil, alacaklı ile arasında kurulan kefalet ilişkisinden kaynaklanan savunma vasıtalarını da (kefaletin geçerli olarak varolmaması, asıl borcun muaccel olmasına rağmen kefalet borcunun muaccel olmaması, kendisine süre verilmesi, kefaletin kısmen veya tamamen sona ermesi gibi) ileri sürebilir. Bunlar asıl borçlunun savunma vasıtalarından bağımsızdır. Üstelik kefil, bu tür savunma vasıtalarını ileri sürmese bile, asıl borçluya karşı ileri sürme hakkını yitirmez³¹⁸. Kefil asıl borçlu ile kendi arasındaki ilişkiden kaynaklanan def'ilerini alacaklıya karşı ileri süremez³¹⁹.

Alacaklı da ödemeyi kabul etme yükümlülüğünden başka, Borçlar Kanunu 500 maddesi uyarınca kefalet sözleşmesi sırasında veya sonrasında, kefaletten dolayı tahakkuk eden borcun temini için, verilen teminatı kefilin zararına azaltmamak ve borcun ispatı için varolan delilleri elden çıkarmamak zorundadır. Aksi halde kefilin bu sebeple uğradığı zararları tazmin etmesi gerekir. Yine alacaklı Borçlar Kanunu 502 maddesi uyarınca borçlunun iflası üzerine alacağını iflas masasına kaydettirme ve iflasın açılışını, öğrenir öğrenmez bundan kefilin haberdar etmekle yükümlüdür³²⁰.

³¹⁶ Def'iler hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. REİSOĞLU, Kefalet s. 169-181; ŞAHAN, s. 41-44; ATAOL, s. 19-54.

³¹⁷ ARAL, Borçlar s. 453; REİSOĞLU, Kefalet s. 178; TANDOĞAN, Borçlar s. 782, YAVUZ, s. 790; ŞAHAN, s. 42.

³¹⁸ KARAHASAN, s. 1251; TANDOĞAN, Borçlar s. 784; ARAL, Borçlar s. 454; PELLUMBİ, s. 34; ŞAHAN, s. 43.

³¹⁹ HATEMİ/SEROZAN/ARPACI, s. 533; TANDOĞAN, Borçlar s. 784; ŞAHAN, s. 43.

³²⁰ REİSOĞLU, Kefalet s. 200; PELLUMBİ, s. 35; ŞAHAN, s. 46-47.

3- Kefil İle Asıl Borçlu Arasındaki İlişki

Borçlar Kanunu 496 maddesi uyarınca kefil alacaklıya alacağını eda etmesi oranında, alacaklının haklarına halef olur. Kefilin alacaklıya halef olma kuralından önceden feragat etmesi geçersizdir³²¹. Kefil ancak alacaklının haklarına halef olduktan sonra, yani alacaklının alacağını eda ettikten sonra, bu hakkından vazgeçebilir.

Alacaklının haklarına halef olmakla rücu hakkı arasında farklar vardır. Kanuni halefiyet kefil ile alacaklı arasında bir olay iken, rücu hakkı kefil ile asıl borçlu arasındadır. Kefil çok defa asıl borçluya karşı kendi iç ilişkilerine dayanan - sözleşme, vekaletsiz iş görme, sebepsiz zenginleşme – bir başvuru hakkına da sahiptir. Bu sebeple kefil alacaklıya ödemede bulunduğu iki farklı rücu hakkına sahiptir. Borçlar Kanunu 496 maddesi kefil ile borçlu arasındaki hukuki münasebetten doğan dava ve def'i haklarını saklı tuttuğundan kefil hem iç ilişkiye hem de kefalet hukukundaki rücu hakkına dayanarak asıl borçluyu takip edebilecektir³²².

Kefil alacaklıya ödemede bulunduğu, Borçlar Kanunu 498 maddesi uyarınca bunu asıl borçluya ihbar etmek zorundadır. Aksi halde, yani ihbar etmemesi sebebiyle asıl borçlunun alacaklıya borcunu ödemesi halinde, kefil rücu hakkını kaybeder. Böyle bir durumda kefil alacaklıya karşı sebepsiz zenginleşmeden dolayı dava açabilir³²³.

Borçlar Kanunu 503. maddesine göre kefil, asıl borçlunun kendisine karşı olan taahhütlerine – özellikle belli bir süre sonra kendisini kefaletten kurtaracağı taahhüdüne – aykırı hareket ettiği veya asıl borçlu alacaklıya karşı mütemerrit duruma düştüğü yada kefalet sözleşmesi yapıldıktan sonra kendisi için tehlikenin önemli derecede artması hallerinde asıl borçludan teminat isteyebilir veya asıl borç muaccel ise

³²¹ ARAL, Borçlar s. 457; REİSOĞLU, Kefalet s. 208; TANDOĞAN, Borçlar s. 789; YAVUZ, s. 794; BİLGE, s. 392; HATEMİ/SEDOZAN/ARPACI, s. 537; ZEVKLİLER, s. 409; ŞAHAN, s. 49.

³²² ARAL, Borçlar s. 457; REİSOĞLU, Kefalet s. 211; TANDOĞAN, Borçlar s. 790; YAVUZ, s. 795; PELLUMBİ, s. 37; ŞAHAN, s. 50.

³²³ REİSOĞLU, Kefalet s. 205; TANDOĞAN, Borçlar s. 790; ARAL, Borçlar s. 456; PELLUMBİ, s. 36; ŞAHAN, s. 48.

asıl borçludan kefalet yükümlülüğünden kurtarılmasını isteyebilir. Asıl borçlunun kefilî yükümlülükten kurtarması, borcu ödeyerek veya alacaklıya başka teminat göstererek kefilin ibrası şeklinde gerçekleşebilir³²⁴.

E- Kefalet Sözleşmesinin Sona Ermesi

Kefalet sözleşmesinin en önemli niteliği fer'îliktir. Fer'îlik niteliği gereğince kefalet asıl borcun varlığına bağlıdır. Asıl borç geçersiz ise kefalet sözleşmesi de geçersizdir. Asıl borcun herhangi bir nedenle sona ermesi halinde kefalet sözleşmesi de son bulacaktır. Asıl borcun asıl borçlu tarafından ödenmesi, borcun olduğu gibi asıl borca bağlı kefalet sözleşmesinin de en doğal sona erme sebebidir³²⁵.

Asıl borçlu ile alacaklı arasındaki sözleşmenin herhangi bir nedenden dolayı alacaklı tarafından feshedilmesi yine fer'îlik niteliği gereği kefalet sözleşmesini de sona erdirir³²⁶.

Borçlar Kanunu 117 maddesi uyarınca borçluya isnat olunamayan haller sebebiyle borcun ifası imkansız hale gelmiş ise yani asıl borç için objektif imkansızlık söz konusuysa asıl borç ile birlikte kefalet borcu da sona erecektir. Söz konusu objektif imkansızlığın kefilin kusuru sonucu meydana gelmesi halinde de sonuç değişmeyecektir, çünkü kefilin asıl borcun edasını engellememe şeklinde bir yükümlülüğü yoktur³²⁷. KARAHASAN³²⁸'a göre ise sonradan ortaya çıkan kusursuz imkansızlıkta asıl borç sona erer ise de genellikle kefillik para borçları için konulduğundan ve para borçlarında objektif imkansızlıktan bahsedilemeyeceğinden, sonradan ortaya çıkan olanaksızlık kefillikte önem taşımaz.

³²⁴ BİLGE, s. 391; REİSOĞLU, Kefalet s. 208; TANDOĞAN, Borçlar s. 789; ŞAHAN; s. 47-48; PELLUMBİ, s. 36-37.

³²⁵ KARAHASAN, s. 1236; PELLUMBİ, s. 38.

³²⁶ PELLUMBİ, s. 38.

³²⁷ REİSOĞLU, Kefalet s. 225; PELLUMBİ, s. 39.

³²⁸ KARAHASAN, s. 1256.

Borçlar Kanunu 116 maddesi uyarınca, alacaklı ve borçlu sıfatlarının herhangi bir nedenle birleşmesi durumunda borç sona ereceğinden kefalet yükümlülüğü de sona erecektir. Kredi kartı uygulamasında böyle bir durumun meydana gelmesi neredeyse imkansızdır. Sıfatların birleşmesinin sona ermesi halinde ise Borçlar Kanunu 116/2 maddesi uyarınca borç yeniden doğacağından, kefilin sorumluluğu da yeniden doğacaktır. Alacaklılık ve borçluluk sıfatlarındaki birleşme tarafların iradesi ile sona erdirilemez³²⁹.

Borcun sona erme hallerinden birisi de ibradır. Eğer alacaklı asıl borçluyu ibra ediyor ise asıl borçla birlikte kefalet de sona erer. İbra şarta bağlı olabileceği gibi şartsız da olabilir. Şartlı ibrada şartın gerçekleşmiş olması gerekir. Yine takas şartlarının varlığı sonucunda, asıl borçlu, alacaklıya bir takas beyanında bulunur ise takas edilen miktar nispetinde kefalet borcu da sona erer. Asıl borçlunun alacaklıya ipotek veya yeni bir kefil önermesi ve bu teminatın alacaklı tarafından da yeterli bulunması halinde alacaklı tarafından kefil ibra edilerek kefalet borcu sonlandırılabilir³³⁰.

Borcun nakli halinde Borçlar Kanunu 176/2 maddesi uyarınca kefilin sorumluluğu, borcun nakline rıza göstermesi halinde devam eder. Borcun nakline kefilin rızası olmazsa, kefilin sorumluluğu sona erer³³¹.

Kefalet sözleşmesi iki taraflı bir sözleşme olduğu halde, diğer iki taraflı sözleşmelerde olduğu gibi, kefil tek taraflı olarak yükümlülüğünü sona erdirdiğini ileri süremez. Ancak taraflar, yani kefil ile alacaklı, karşılıklı olarak anlaşarak kefalet sözleşmesini sona erdirebilirler. Bununla birlikte alacaklı kefil borcundan ibra da edebilir. Bazen de taraflar kefalet sözleşmesini yaparken, belirli bir süre geçtikten sonra kefilin feshi ihbarda bulunabileceğini kararlaştırabilirler, böyle durumlarda kefil bu hakkını kullanarak kefalet sözleşmesine son verebilir³³².

³²⁹ REİSOĞLU, Kefalet s. 227; PELLUMBİ, s. 39.

³³⁰ PELLUMBİ, s. 40.

³³¹ REİSOĞLU, Kefalet s. 246; TANDOĞAN, Borçlar s. 795; YAVUZ, s. 798; ŞAHAN, s. 75.

³³² REİSOĞLU, Kefalet s. 227; TANDOĞAN, Borçlar s. 798; YAVUZ, s. 800; ŞAHAN, s. 51-52.

Borçlar Kanunu 493 maddesi uyarınca, eğer kefalet belirli bir süreyle sınırlanmış ise, alacaklı bu süreyi takip eden bir ay içerisinde, kefilin kefalet sözleşmesinden doğan borcunu ödemesi için icra yoluyla takip veya mahkemeye dava açma yollarına müracaat etmez ya da müracaat etse de takibatına uzun bir süre ara verir ise kefil, kefalet borcundan kurtulur. Kanunda geçen “*takibatına uzun müddet fasıla verirse*” ibaresindeki sürenin ne kadar olacağına dair herhangi bir açıklık yoktur. Dolayısıyla her somut olaya göre Hakim’in takdir hakkını kullanması gerekecektir. Borçlar Kanununun 493. maddesi emredici nitelikte olmayıp aksi de kararlaştırılabilir³³³.

Kefaletin herhangi bir süreyle bağlanmaması halinde, Borçlar Kanunu 494. maddesi kefile borçtan kurtulması için iki seçenek sunmaktadır: Birinci seçenekte, asıl borcun vadeli olması ve vadenin gelip borcun muaccel olması durumunda, kefil alacaklıya başvurarak alacaklıdan bir ay zarfında icra veya mahkemeye başvurarak hakkını takip etmesini ve uzun bir süre ara vermeden takibata devam etmesini isteyebilir (BK m. 494/1). Bu başvurudan itibaren bir ay içinde alacaklı takibe başlamak ve uzun bir süre vermemek zorundadır. Aksi halde kefil borcundan kurtulacaktır. İkinci seçenekte ise, borcun muacceliyeti alacaklının ihbarına bağlı ise, kefil kefaletinden bir yıl sonra alacaklıdan bu ihbarda bulunmasını ve borç muaccel olduktan sonra bir ay zarfında icra veya mahkemeye başvurarak hakkını takip etmesini ve uzun bir süre ara vermeden takibata devam etmesini isteyebilir (BK m. 494/2). Aksi halde yine kefil borcundan kurtulacaktır. Borçlar Kanununun 494/2 maddesi kefilin uzun süre alacaklının keyfiliğine bağlı kalmasını engellemekte ve çok uzun yıllar sürebilen ve zamanaşımı da söz konusu olmayan cari hesap ilişkilerinde önemli bir imkan tanımaktadır³³⁴.

Borçlar Kanunu 501 maddesi uyarınca kefaletle teminat altına alınmış olan borç muaccel olduktan sonra kefil ödeme talebinde bulunduğu anda alacaklı bu ödemeyi haksız yere kabul etmez ise kefilin sorumluluğu sona erer³³⁵.

³³³ REİSOĞLU, Kefalet s. 237; BİLGE, s.396; PELLUMBİ, s. 40-41; ŞAHAN, s. 61-63.

³³⁴ PELLUMBİ, s. 41.

³³⁵ REİSOĞLU, Kefalet s. 187; BİLGE, s.387; TANDOĞAN, Borçlar s. 787; ŞAHAN, s. 82.

II- Garanti Sözleşmesi

Şahsi teminat sözleşmelerinden olan garanti sözleşmesi, ne İsviçre Borçlar Kanununda ne Alman Borçlar Kanununda ne de Türk Borçlar Kanununda açıkça düzenlenmiş değildir³³⁶. Ancak garanti sözleşmesine Borçlar Kanunu 110. maddesinin uygulanması mümkün olabilmektedir³³⁷. Roma Hukukunda garanti sözleşmesine benzer hukuki işlemlere rastlanmakla birlikte, bugünkü anlamda garanti sözleşmeleri ekonomik ve teknik alandaki gelişmelerin bir sonucu olarak ortaya çıkmış ve tartışılmaya başlanmıştır³³⁸.

A- Tanımı, Tarafları, Hukuki Niteliği ve Unsurları

1- Tanımı

Öğretide garanti sözleşmesinin çeşitli tanımları yapılmıştır. Bir tanıma göre garanti sözleşmesi, garanti veren ve garanti alan arasında yapılan ve garanti alanın girişeceği bir işte doğacak tehlikelere karşı, garanti verenin o işten beklenen sonucu garanti ederek, garanti alanı o işe sevk etme temeline dayalı bir sözleşmedir³³⁹.

Bir diğer tanıma göre ise garanti sözleşmesi, garanti alanın belli bir davranışa girmesinden veya kendisiyle borç ilişkisi içine girdiği bir üçüncü kişinin edimini yerine getirmemesinden doğan zarar tehlikesini, garanti verenin bağımsız bir taahhülle üzerine aldığı bir sözleşmedir³⁴⁰.

³³⁶ ŞAHİN; Turan, Üçüncü Kişinin Edimini Taahhüt, (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Kırıkkale, 2006, s. 11; GÖKPINAR, Ali, Garanti Sözleşmesi, (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Ankara, 1992, s. 1; TANDOĞAN, Haluk, Garanti Mukavelesi, (Garanti), Ankara, 1959, s. 1; RESİĞLU, Seza, Garanti Mukavelesi, Ankara, 1963, s. 1.

³³⁷ OĞUZMAN/ÖZ, s. 771; EREN, s. 1143; ŞAHİN, s.12.

³³⁸ ŞAHİN, s. 12.

³³⁹ ZEVKLİLER, s. 40.

³⁴⁰ TANDOĞAN, Borçlar s. 809; YAVUZ, s. 818.

REİSOĞLU³⁴¹'nin tanımı ise şu şekildedir; “*Garanti mukavelesi ile garanti veren, garanti alandan bir ivaz elde etmek için değil, fakat onu bir teşebbüse sevk etmek gayesi ile müstakil olarak teşebbüsün tehlikesini üzerine alır.*”

TEKİNALP³⁴²'e göre ise, “*en geniş anlamı ile garanti sözleşmesi, garanti edenin, garanti verdiği kişiye belli bir ekonomik başarıyı veya onun devamını veya belli bir tehlikenin gerçekleşmeyeceğini vaat ve vadinin aksinin gerçekleşmesi halinde bundan doğan sorumluluğu yüklediği tek taraflı bir borç sözleşmesidir.*”

Yargıtay ise garanti sözleşmesini, “*fer’i nitelikte olmayan öyle bir sözleşmedir ki garanti veren, garanti alandan bir ivaz elde etmek için değil, fakat onu bir teşebbüs veya iş yapmaya yöneltmek amacıyla bağımsız olarak söz konusu teşebbüs veya işin tehlikelerini kısmen veya tamamen üzerine almaktadır.*” şeklinde tanımlamaktadır³⁴³. Yine Yargıtay’ın 11/06/1969 tarihli İçtihadı Birleştirme Kararına göre garanti sözleşmesi, bir kimsenin fer’i olmayan bir mukavele ile başkasına ait bir teşebbüsün belirli bir sonuca ulaşacağını garanti etmesidir³⁴⁴.

2- Tarafları

Garanti sözleşmesi Borçlar Kanununda açıkça düzenlenmemiş olsa da tabii olacağı kaidelerin Borçlar Hukukunun genel prensipleri çerçevesinde, garanti sözleşmesinin muhteva ve gayesinden çıkarılması icabeder. Garanti sözleşmesi garanti alan ile garanti veren arasında şekle tabii olmaksızın kurulan şahsi bir teminat sözleşmesidir³⁴⁵. Buradan da çıkarılacağı üzere garanti sözleşmesinin tarafları garanti alan ile garanti alanın girişeceği işte tehlikeleri kısmen veya tamamen üzerine alan garanti verendir. Garanti alanın girişeceği, garanti verenin tehlikelerini kısmen veya tamamen üzerine aldığı, işin karşı tarafı olan üçüncü şahıs garanti sözleşmesinin tarafı

³⁴¹ REİSOĞLU, Garanti s. 9.

³⁴² TEKİNALP, Ünal, Banka Hukukunun Esasları, İstanbul, 1988, s. 368.

³⁴³ Yarg. 11. HD. 15/10/1985 T. 4169 E. – 5613 K. (REİSOĞLU, Seza, Banka Teminat Mektupları ve Kontrgarantiler, (Banka Teminat Mektupları), Ankara, 1990, s. 11).

³⁴⁴ R.G. 03/10/1969 T ve S. 13317.

³⁴⁵ REİSOĞLU, Garanti s. 137.

değildir. Garanti alanın girişeceği ve garanti verenin tehlikelerini kısmen veya tamamen üzerine aldığı işin karşı tarafı olan üçüncü şahsın rızası veya bilgisi olmadan, hatta karşı çıkmasına rağmen garanti sözleşmesinin yapılması mümkündür. Çünkü garanti sözleşmesi bağımsız bir sözleşmedir.

Muayyen bir netice birden çok garanti veren tarafından da taahhüt edilebilir. Aynı sözleşme içinde veya değişik sözleşmelerde her garanti veren zararın bir kısmı veya tamamını üzerine alabilir. Birden fazla kişinin tek bir sözleşme içinde bütün tehlikeyi yüklenmesi halinde bile, garanti verenler müteselsil olarak sorumlu olduklarını bildirmedikleri takdirde aralarında müteselsil borç ilişkisi söz konusu olmaz. Birden fazla kişinin garanti veren sıfatıyla sorumlu olması halinde, garanti alan bunlardan dilediğine başvurma hakkına sahiptir. Garanti verenlerden birinin yükümlülüğünü yerine getirmesi halinde, garanti alanın zararı ortadan kalkacağından, diğer garanti verenler borçlarından kurtulurlar. Garanti verenler müteselsil borçlu iseler, borcun mahiyetinden aksi anlaşılmadıkça, Borçlar Kanunu 146 maddesi uyarınca müteselsil garanti verenlerden her biri alacaklıya yapılan tediyeden müsavi bir hisseyi üzerlerine almaya mecburdurlar³⁴⁶.

3- Hukuki Niteliği

Bazı yazarlar³⁴⁷ garanti sözleşmesinin kanunda düzenlenmiş olduğunu ileri sürmekte iken bazıları da³⁴⁸ garanti sözleşmesinin kendisine özgü yapısı olan ayrı isimsiz sözleşme olduğunu ileri sürmektedir. Bu konuda her ne kadar ayrı görüşler bulunsa da kabul edilen ortak nokta garanti sözleşmelerinin şahsi teminat sözleşmelerinden olduğudur³⁴⁹.

Garanti sözleşmesi kanun tarafından düzenlenmeyen, kendine özgü bir yapısı olan (sui generis), bağımsız, iki taraflı bir hukuki ilişki olup, genellikle tek tarafa,

³⁴⁶ REİSOĞLU, Garanti s. 138.

³⁴⁷ TANDOĞAN, Borçlar s. 848.

³⁴⁸ REİSOĞLU, Garanti s. 1; YAVUZ, s. 25; ZEVKLİLER s. 40.

³⁴⁹ REİSOĞLU, Garanti s. 1; ŞAHİN, s. 13-14.

yani garanti veren tarafına borç yükleyen, rızai bir sözleşmedir. Ancak garanti sözleşmesi bazen iki tarafa da borç yükleyebilir³⁵⁰.

4- Garanti Sözleşmesinin Sebebi

Şahsi teminat sözleşmeleri arasında sayılan garanti sözleşmesinin sebebi, diğer teminat sözleşmelerinde olduğu gibi, sözleşmenin karşı tarafı olan garanti alana teminat sağlayarak “*garanti alanı bir teşebbüse*³⁵¹” sevk etmektir. Bu teminatın amacı kefalette olduğu gibi asıl borçlunun ödeme gücünün bulunmaması veya borcunu ifa etmemesi hallerine bağlı olarak alacaklı konumundaki garanti alana teminat sağlamak olabilir. Bu durumda garanti alan ile üçüncü kişi arasında mevcut bir borç ilişkisi bulunmaktadır. Ancak fer’i nitelikte olan kefaletten farklı olarak garanti sözleşmesiyle teminat verilebilmesi için, garanti alan ile üçüncü kişi arasında bir borç ilişkisinin olması şart değildir. Garanti veren, garanti alana üçüncü kişinin kendisiyle bir borç ilişkisine gireceğine dair teminat verebileceği gibi üçüncü kişinin söz konusu fiili yapmaması, sözleşmenin geçersiz olması veya sonradan geçersiz hale gelmesi hallerine ilişkin olarak da teminat verebilmektedir. Garanti verenin, garanti alanı neden bir teşebbüse sevk etmek istediğinin hukuken bir önemi yoktur³⁵².

5- Unsurları

a- Garanti Alanı Belli Bir Amaca Yönelme

Garanti sözleşmesinde garanti veren, garanti alanı belirli bir hareket tarzına yönelmek amacıyla, onun hareket tarzının neden olabileceği zararları temin etmeyi üstlenir³⁵³. Garanti alanın yöneltildiği hareket tarzı imkansız ise garanti sözleşmesi

³⁵⁰ ŞAHİN, s. 13.

³⁵¹ REİSOĞLU, Garanti s. 18.

³⁵² REİSOĞLU, Garanti s. 18.

³⁵³ TANDOĞAN, Borçlar s. 809.

doğmayacaktır. Garanti alanın yöneltildiği hareket tarzı olumlu bir eylem olabileceği gibi olumsuz bir eylem de olabilir³⁵⁴.

Garanti sözleşmesinde asıl olan garanti alanın ilişkiye gireceği teşebbüsü korumak değil, garanti alanı kendi girişiminin tehlikeli sonuçlarına karşı korumaktır. Garanti alanın yöneltmek istendiği hareket tarzı tek bir eylemden ibaret olabileceği gibi eylemler topluluğu da olabilir³⁵⁵.

Garanti alanın girişeceği hareket tarzının mutlaka malvarlığı kazancı sağlamaya yönelik olması gerekmemektedir. Garanti alanın girişeceği hareket tarzı sanatsal veya bilimsel bir amaca yönelebilir. Bu durumda bu hareket tarzının garanti alan için maddi bir zarar doğurma tehlikesi mevcut olmalıdır³⁵⁶.

Bir kimseyi belli bir hareket tarzına yöneltmek amacı olmaksızın onun girişiminin rizikolarının bir ivaz karşılığı üstlenilmesi halinde bu durum sigorta sözleşmesi olarak nitelendirilebilir. Eğer riziko ivazsız olarak üstlenilir ise ortada şarta bağlı bir bağışlama vardır³⁵⁷.

b- Tehlike (Riziko) Yüklenilmesi

Garanti veren, garanti alanı belli bir hareket tarzına yöneltmek, özellikle de onun alacaklı olarak bir borç ilişkisine girişmesini teminat altına almak için bu hareket tarzından veya borç ilişkisinden doğacak rizikoları karşılamayı taahhüt etmektedir³⁵⁸.

³⁵⁴ SUNGURTEKİN, Meral, Banka Teminat Mektuplarına İlişkin Uluslararası Unsurlu İhtilaflara Uygulanacak Hukuk Alanında Bir İnceleme, TBB Dergisi, S. 4, 1990, s. 548; REİSOĞLU, Garanti s. 11; TANDOĞAN, Borçlar s. 810; YAVUZ, s. 826; ŞAHİN, s. 14.

³⁵⁵ REİSOĞLU, Garanti s. 14; TANDOĞAN, Borçlar s. 810; ŞAHİN, s. 14.

³⁵⁶ DEMİR, Mehmet, Başkasının Fiilini Taahhüt, (Taahhüt), (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi) Ankara, 1999, s. 31; TANDOĞAN, Borçlar s. 810; SUNGURTEKİN, s. 548; ŞAHİN, s. 15.

³⁵⁷ REİSOĞLU, Garanti s. 18-19; TANDOĞAN, Garanti s. 11-12; SUNGURTEKİN, s. 549.

³⁵⁸ YAVUZ, s. 826; ŞAHİN, s. 16.

Bu sözleşmede garanti veren başkasına bağlı bir fiilin yerine gelmemesinden garanti alan için doğacak zararı üstüne almaktadır³⁵⁹.

Tehlike (riziko), ortaya çıkması şüpheli fakat çekinilen ve ekonomik açıdan zararlı bir olayın gerçekleşmesi veya beklenen ve ekonomik bakımdan yararlı bir olayın gerçekleşmemesi olasılığıdır³⁶⁰. Olayın gerçekleşmesi objektif açıdan imkansız veya kesin ise bir tehlikeden (rizikodan) söz edilemez. Bunun yanında olayın ortaya çıkması sübjektif açıdan kuşkulu ise, duruma göre taraflar açısından bir tehlike (riziko) sayılabilecektir³⁶¹.

Garanti veren, garanti alanın teşebbüsüne bağlı olan tehlikenin tamamını yüklenebileceği gibi, sadece belli bir zararın ortaya çıkmayacağı veya belli bir olayın gerçekleşeceği yolunda teminat da verebilir³⁶². Tehlikenin kısmen yüklenildiğinin açık bir iradeyle ortaya konulmasına gerek yoktur. Fakat şüphe halinde garanti verenin tehlikenin tamamını yüklediğini kabul etmek gerekir³⁶³.

Garanti verenin yüklediği tehlikenin kapsamına kaza ve beklenmeyen hal de girer³⁶⁴. Garanti veren, garanti edilen sonucun kaza ve beklenmeyen hal sebebiyle ortaya çıkmaması durumunda da sorumludur. Ancak garanti veren ile garanti alan sözleşmede bunun aksini kararlaştırabilirler³⁶⁵.

Tehlike (riziko), girişimin nitelik ve amacına uygun olarak artmış ve bu artmada garanti alanın kusuru yok ise garanti veren bundan da sorumludur. Bunun dışında garanti alan girişimin tehlikesini artırmış ise garanti verenin sorumluluğu sona erecektir³⁶⁶.

³⁵⁹ ARIK, K. Fikret, Mahkeme Kararları Kroniği, Başkasının Fiilini Taahhüt veya Garanti Mukavelesi, AÜSBFD, C.X, S. 2, 1955, s. 51; ŞAHİN, s. 16.

³⁶⁰ TANDOĞAN, Borçlar s. 811; REİSOĞLU, Garanti s. 9; SUNGURTEKİN, s. 549.

³⁶¹ TANDOĞAN, Borçlar s. 684; ŞAHİN, s. 16.

³⁶² TANDOĞAN, Borçlar s. 811; SUNGURTEKİN, s. 549.

³⁶³ REİSOĞLU, Garanti s. 10; SUNGURTEKİN, s. 549; DEMİR, s. 34; ŞAHİN, s. 17.

³⁶⁴ REİSOĞLU, Garanti s. 11-12; TANDOĞAN, Borçlar s. 812; YAVUZ, s. 826.

³⁶⁵ REİSOĞLU, Garanti s. 12; ŞAHİN, s. 17.

³⁶⁶ REİSOĞLU, Garanti s. 12.

Öte yandan garanti verenin muvafakati olmadan esas akdi ilişkideki koşulların borçlu aleyhinde ağırlaştırılması veya borçlunun yeni hükümler üstlenmesi garanti edilen riskin kapsamı dışında kalır³⁶⁷. Öğretide³⁶⁸, garanti verene ileride tehlikenin artmasından dolayı zor durumda kalmaması için sorumluluğunu azami bir miktar ile sınırlamasını önermenin uygun olacağı kabul edilmektedir. Fakat böyle bir sınırlama garanti sözleşmesinin geçerlilik şartı değildir. Yargıtay'a göre de, "*asıl borç ilişkisinden tamamen bağımsız nitelikteki garanti sözleşmesinde şekil serbestisi hakim olup garantinin sınırının önceden belirlenmesi zorunluluğu bulunmamaktadır. Ancak, sözleşme serbestisi sınırsız değildir. BK.nun 19. ve 20.maddelerinde sözleşme serbestisine birtakım sınırlamalar getirilmiştir. 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 bulunmama ile 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 edildiğinden söz etmek, boyutları belli olmayan (belirsiz) bir edimin garantisi anlamına gelir ki, bu da garanti sözleşmesiyle bağdaşmaz³⁶⁹.*"

c- Bağımsız Yükümlülük Altına Girme

Garanti sözleşmesi garanti veren ile garanti alan arasında, garanti alan ile üçüncü şahıs arasındaki ilişkiden tamamen bağımsız bir sözleşmedir. Garanti sözleşmesi garanti verene asli, bağımsız bir sorumluluk yükler³⁷⁰.

Garanti sözleşmesinde garanti veren bağımsız bir borç altına girmekte olup bu yükümlülüğün başka bir borç ile ilgisi yoktur. Garanti veren asıl borçlu gibi yükümlülük altına girme amacı taşımamaktadır. Garanti sözleşmesinde, lehine taahhüt

³⁶⁷ Yarg. 19. HD. 14/12/1999 T. 4793 E. – 7676 K. (akip-Açıklamalı Kanun İçtihat Programı, Versiyon 4.0).

³⁶⁸ REİSOĞLU, Garanti s. 13; TANDOĞAN, Borçlar s. 812; ŞAHİN, s. 17.

³⁶⁹ Yarg. 19. HD. 01/05/2001 T. 2000/9411 E. – 2001/3328 K. (akip-Açıklamalı Kanun İçtihat Programı, Versiyon 4.0).

³⁷⁰ ZEYNELOĞLU, Ş. Güler, Kefalet ve Garanti Sözleşmesi Ayrımı, Türkiye Noterler Birliği Hukuk Dergisi, S. 127, Ağustos 2005, s. 137; ŞAHİN, s. 17.

altına girilen alacaklının, yani garanti alanın, hiçbir şekilde zarara uğramayacağını temin etme söz konusudur³⁷¹.

Garanti sözleşmesinde kefalet sözleşmesinden farklı olarak garanti verenin borcu fer'i bir borç değildir. Garanti verenin bağımsız bir yükümlülük altına girmesinin anlamı, garanti verenin yükümlülüğünün başka bir borcun varlığına, geçerliliğine, dava ve takip edilebilirliğine bağlı olmamasıdır³⁷². Yargıtay³⁷³ da garanti verenin borcunun bağımsız bir borç olduğunu kabul etmektedir.

d- İvazsızlık

Garanti sözleşmesi kural olarak tek tarafa borç yükleyen, yalnız garanti eden tarafı borç altına sokan, bir sözleşme olup, ivazsızdır³⁷⁴. Ancak garanti verenin ivazsız olarak bir yükümlülük altına girmesinin, garanti sözleşmesinin esaslı bir unsuru olup olmadığı ve bu sözleşmenin tanımında “*ivazsızlık*” unsuruna yer verilmesi gerekip gerekmediği tartışmalıdır. Bir kısım yazarlara göre³⁷⁵ ivazsızlık garanti sözleşmesinin esaslı bir unsurudur. Garanti sözleşmesi garanti alan için garanti edilen teşebbüse girişmek yükümlülüğünü doğurmaz. Bu yazarlara göre sözleşmede ivaz elde etmek esas amacı taşıyor ise sözleşme garanti sözleşmesi niteliğinde değildir. Tehlikeyi (rizikoyu) üstlenme ivaz elde etme amacından ziyade garanti alanı belli bir hareket tarzına yöneltme amacına dayanmalıdır. Bir kısım yazarlar³⁷⁶ ise garanti sözleşmesinin ivazlı da olabileceğini, ivazsızlığın garanti sözleşmesinin zorunlu bir unsuru olmadığı yönünde görüş bildirmişlerdir.

Bankaların bir kimseyi belli bir hareket tarzına yöneltmek isteyen başka bir kimsenin talimatı neticesi söz konusu kimseye garanti vermek suretiyle onun

³⁷¹ ŞAHİN, s. 18.

³⁷² REİSOĞLU, Garanti s. 19, TANDOĞAN, Borçlar s. 812; KARAHASAN, s. 1515, YAVUZ, s. 827; ŞAHİN, s. 18.

³⁷³ Yarg. 13. HD. 07/10/1985 T. 4067 E. – 5747 K. (YKD., C. 12, S. 9, Eylül 1986, s. 1350).

³⁷⁴ ÇEBİ, Hakan, Üçüncü Kişinin Fiilini Taahhüt, Prof. Dr. Tahir ÇAĞA'nın Anısına Armağan, İstanbul, 2000, s. 118; REİSOĞLU, Garanti s. 22; GÖKPINAR, s. 29, DEMİR, Taahhüt s. 38; ŞAHİN, s. 19

³⁷⁵ REİSOĞLU, Garanti s. 22-25; TANDOĞAN, Borçlar s. 816-817; ŞAHİN, s. 19-20.

³⁷⁶ YÜCE; Melek Bilgin; Garanti Sözleşmesinin Bir Türü Olarak Üçüncü Kişinin Fiilini Taahhüt, İstanbul, 2007, s. 141; ARIK, s. 51.

hareketinin sonucunda doğacak tehlikeleri üstlenmesi, buna karşılık talimatı verenden komisyon alması halinde de garanti sözleşmesi ivazlıdır denilemez. Burada garanti alan için değil banka için bir ivaz söz konusudur. Buradaki ivaz garanti sözleşmesinde kararlaştırılmamış, talimat verenle banka arasında önceden yapılmış bulunan bir sözleşmede kararlaştırılmıştır³⁷⁷.

B- Garanti Sözleşmesinin Geçerlilik Şartları

1- Esasa İlişkin Geçerlilik Şartları

Garanti sözleşmesi de her şeyden önce Borçlar Hukukunun genel prensiplerine bağlıdır. Bu sebeple garanti sözleşmesi yapma ehliyeti, irade bozukluğu halleri, kanuna, ahlaka ve adaba aykırı olup olmadığı göz önünde tutulmalıdır.

Garanti sözleşmesinde de, garanti veren bir borç yüklendiğinden medeni hakları kullanma ehliyetine sahip olması gerekir. Garanti veren gerçek veya tüzel kişi olabilir³⁷⁸.

Gerçek bir kişinin garanti sözleşmesini geçerli bir şekilde yapılabilmesi için tam ehliyetli, yani reşit, mümeyyiz ve kısıtsız olması gerekir. Garanti sözleşmesi yapma Türk Medeni Kanunu 449 maddesinde belirtilen yasak işlemlerden olmamasına rağmen kanaatimizce garanti sözleşmesinde tehlike kefalete nispeten daha fazla olduğundan, garanti verene kefile tanınan himayelerden hiçbirisi tanınmadığından ve kefalette meblağ belli olduğundan kefil yüklendiği tehlikeleri tayin edebilecekken garanti sözleşmesi için rizikonun kapsamı belli olmadığından eğer kişi tam ehliyetli değil ise onun adına, yasal temsilci olan veli veya vasinin de bu sözleşmeyi yapamaması gerekir. Ancak bu konuda YÜCE³⁷⁹, Türk Medeni Kanunu 449. maddesindeki yasak işlemlerin tahdidi (numerus clausus) şekilde sayıldığını ve garanti sözleşmesinin bir türü olan

³⁷⁷ TANDOĞAN, Borçlar s. 817; DEMİR, Taahhüt s. 40; ŞAHİN, s. 20.

³⁷⁸ REİSOĞLU, Garanti s. 137.

³⁷⁹ YÜCE, s. 62; ŞAHİN, s. 79.

üçüncü kişinin fillini taahhüt sözleşmesinin bu işlemler arasında sayılmadığını belirterek, sınırlı ehliyetsiz bir kişinin yasal temsilcisinin rızasıyla üçüncü kişinin fillini geçerli bir şekilde taahhüt edebileceğini savunmaktadır.

Türk Medeni Kanunu 453 maddesi uyarınca sınırlı ehliyetsize bir meslek veya sanatın yürütülmesi için izin verilmiş ise, bununla ilgili her türlü işlemleri yapmaya yetkili olacağından, sınırlı ehliyetsiz de meslek ve sanatın yürütülmesi ile ilgili garanti sözleşmesi yapabilir. Yine Türk Medeni Kanununun 458 maddesi uyarınca “*Bir kimseye kayyım atanması onun fiil ehliyetini etkilemez.*” Bu sebeple kendisine kayyım atanan kişinin garanti sözleşmesi yapma ehliyeti bulunmaktadır.

Garanti alanın ise kural olarak temyiz kudretine sahip olması gerekir. Ayrıca fiil ehliyetine de sahip olması gerekmez. Bir küçük veya mahcure da garanti verilebilir³⁸⁰.

Özel hukuk tüzel kişileri ise ancak kuruluş işleminde belirtilen amaçların gerçekleşmesiyle ilgili olarak garanti verebilirler. Esas sözleşmede garanti verilebileceği yönünde bir hüküm varsa garanti ehliyeti konusunda herhangi bir tereddüt yoktur. Ancak böyle bir kayda yer verilmediği durumlarda, ehliyetin amaç ve konu ile sınırlı olması katı bir şekilde uygulanmamalıdır. Özel hukuk tüzel kişinin garanti ehliyeti açısından tarafların menfaatleri arasında yakın alaka olması, özel hukuk tüzel kişinin işletme konusu ile garanti arasında ilgi olması, özel hukuk tüzel kişinin menfaati ve işletme konusu ile dolaylı bir bağlılık olması gibi kıstaslar göz önünde bulundurularak özel hukuk tüzel kişinin garanti ehliyetinin tespit edilmesi gerekir. Kamu tüzel kişileri kanunla kurulduklarından ehliyetleri de bu kanunda gösterilir. Bu nedenle kamu tüzel kişilerinin ehliyetlerini kuruluş kanunlarındaki hükümlere göre belirlemek gerekir.

Garanti sözleşmesinde, garanti verenin açık olarak belirli bir tehlikeyi (rizikoyu) üzerine aldığı beyan etmesine lüzum yoktur. Garanti sözleşmesinde tek taraflı bir tehlike (riziko) yüklenilmesine karşın sözleşmenin kurulması için gerekli

³⁸⁰ REİSOĞLU, Garanti s. 137.

rızaların birleşmesinin hal ve şartlardan da anlaşılacağı kabul edilmektedir. Ancak bu hususta Hakim titiz davranmalıdır³⁸¹.

Garanti sözleşmesinde de, garanti edilen neticenin ahlaka, adaba ve kanuna aykırı olması halinde garanti sözleşmesi Borçlar Kanunu 20. maddesi uyarınca geçersizdir. Ancak bazı hallerde, özellikle üçüncü kişinin fiilini taahhüt şeklindeki garanti sözleşmelerinde, üçüncü kişi tarafından taahhüt edildiği takdirde, kanuna, ahlaka ve adaba aykırı olması sebebiyle hükümsüz sayılacak bir sözleşme garanti veren tarafından geçerli olarak taahhüt edilebilir. Örneğin bir kimsenin diğeri ile rekabet etmeyeceğini taahhüt etmesi hükümsüzdür. Buna karşılık A'nın, X'e Y'nin kendisiyle rekabet etmeyeceğini garanti etmesi ile geçerli bir garanti sözleşmesi ortaya çıkacaktır³⁸².

Garanti sözleşmesi bakımından da söz konusu olabilecek irade sakatlıklarına Borçlar Kanunu 23-31 maddelerinde düzenlenen genel hükümler uygulanır ve hata, hile ikrah nedenlerine dayalı olarak garanti veren sözleşmeyle bağlı olmaktan kurtulabilir.

2- Şekle İlişkin Geçerlilik Şartları

Borçlar Kanunu 11/1. maddesi uyarınca “Akdin sıhhati, kanunda sarahat olmadıkça hiçbir şekle tabi değildir” Garanti sözleşmesi Türk Borçlar Kanununda açıkça düzenlenmediği gibi, İsviçre Borçlar Kanunu ve Alman Borçlar Kanununda da açıkça düzenlenmemiş olduğundan³⁸³ her üç ülke hukukunda da garanti sözleşmesinin kurulması bir şekle tabi değildir. Yargıtay da garanti sözleşmesinin bir şekle tabi olmadığını kabul etmektedir³⁸⁴.

Sözleşmenin sözlü olarak kurulmasının mümkün olması, yazılı olarak tanzimine ihtiyaç olmamasından değil, kanun tarafından yazılı şekil şartının özel olarak

³⁸¹ REİSOĞLU, Garanti s. 140-141.

³⁸² REİSOĞLU, Garanti s. 145-146.

³⁸³ GÖKPINAR, s. 1; REİSOĞLU, Garanti s. 1; ŞAHİN, s. 11; TANDOĞAN, Garanti s. 1.

³⁸⁴ Yarg. 19. HD. 01/05/2001 T. 2000/9411 E.- 2001/3328 K. (akip-Açıklamalı Kanun İçtihat Programı, Versiyon 4.0).

tanzim edilmemesi sonucudur³⁸⁵. Ancak REİSOĞLU³⁸⁶,na göre; garanti sözleşmesinin yazılı şekilde yapılmasının zorunlu olması gerekir. Çünkü garanti sözleşmesinde tehlike kefalete oranla çok yüksektir. Zira garanti verene kefile tanınan imkanlardan hiçbirisi de tanınmamaktadır. İvazsız bir sözleşmede bu derece şümulü bir tehlike yüklenilmesi özel bir himayeyi gerektirir. Şekil mecburiyeti garanti vereni düşüncesiz olarak hareket etmekten koruyacağı gibi, şekle riayet edilmediği için geçerli olmayan kefaletlerin garanti sözleşmesi olduğunun iddia edilmesinin de önüne geçileceğinden, uygulamada da kanuna karşı hileli yollara sapma önlenmiş olacaktır. Yine uygulamada garanti sözleşmesinin çoğunlukla yazılı şekilde yapılması da şekle tabi olma zorunluluğuna işaret etmektedir. Bu sebeple garanti sözleşmeleri kanunda düzenlendiğinde yazılı şekil zorunluluğu konmasının faydaları zararlarından fazla olacaktır.

C- Garanti Sözleşmesinin Çeşitleri

Garanti sözleşmeleri teminat amaçlı (kefalet benzeri) garanti sözleşmeleri ve yöneltme amaçlı (saf) garanti sözleşmeleri olmak üzere ikiye ayrılır.

1- Teminat Amaçlı (Kefalet Benzeri) Garanti Sözleşmesi

Garanti verenin, teminat sağlamak amacıyla, temel ilişkideki alacaklıya karşı, temel ilişkideki borçtan bağımsız olarak, temel ilişkideki borçlunun edimi için taahhüt ettiği garanti sözleşmesi, teminat amaçlı (kefalet benzeri) garanti sözleşmesidir³⁸⁷. Bu sözleşmeyle garanti veren temel ilişkideki borçtan bağımsız olarak temel ilişkideki borçlunun edimi için sorumlu olmayı yüklenmektedir. Teminat amaçlı (kefalet benzeri) garanti sözleşmesinde, üçüncü kişinin yani temel ilişkideki borçlunun garanti alana karşı borç yükümlülüğü hiç doğmamış olsa bile garanti veren taahhüdü ile

³⁸⁵ REİSOĞLU, Garanti s. 140-141.

³⁸⁶ REİSOĞLU, Garanti s. 143-144.

³⁸⁷ ARAL, Borçlar s. 442; TANDOĞAN, Borçlar s. 804; YAVUZ, s. 523; SÜCÜLLÜ s. 40; Yargıtay'a göre "... sözleşme, hukuki mahiyeti itibariyle BK. md. 110'da sözü edilen üçüncü şahsın fiilini taahhüt niteliğinde bir garanti akdidir. Gerçekten de anılan maddede anlatılan başkasının fiilini taahhüt üçüncü kişinin olumlu veya olumsuz, hukuki veya fiili belli bir davranışının gerçekleşmemesi ve beklenen sonucun ortaya çıkması tehlikesini garanti verenin üstlenmesi şeklinde gerçekleşir" Yarg. 13. HD. 27/04/1992 T. 305 E. – 3896 K. (UYGUR, s. 9305-9309).

yükümlüdür. Bu nedenle kefalet benzeri garantideki geçerlilik temel ilişkideki borcun doğru doğmadığı ile ilgili değildir. Temel ilişkinin bulunup bulunmaması veya geçerli olup olmaması garantinin geçerliliğini etkilemez³⁸⁸.

Kefalet sözleşmesi ile teminat amaçlı (kefalet benzeri) garanti sözleşmesi arasındaki bazı önemli farklılıklar şunlardır:

Kefalet sözleşmesinde kefil, asıl borçlunun borcunu kusurlu olarak ifa etmemesi halinde sorumlu iken, teminat amaçlı (kefalet benzeri) garanti sözleşmesinde garanti veren, temel ilişkideki borçlunun borcunun gerçekte mevcut olmaması veya icra edilebilir olmaması tehlikesini de üstlenmektedir³⁸⁹.

Kefalet sözleşmesinin geçerliliği, Borçlar Kanunu 484. maddesi uyarınca yazılı şekilde yapılması ve sözleşmede kefilin sorumlu olacağı miktarın belirtilmesine bağlı iken garanti sözleşmesi herhangi bir şekle tabi değildir. Ayrıca yazılı şekilde yapılsa da garantinin belli bir limite bağlanması zorunlu değildir³⁹⁰.

Kefilin kefalet sözleşmesinden doğan borcunu ödedikten sonra asıl borçluya rücu hakkı bulunduğu (Borçlar Kanunu m. 496) halde teminat amaçlı (kefalet benzeri) garanti sözleşmelerinde bu hak garanti verene tanınmamıştır³⁹¹.

Borçlar Kanunu 497. maddesi uyarınca kefalet sözleşmelerinde kefil, asıl ilişkideki borçluya ait def'ileri ileri sürme hakkına sahip iken, teminat amaçlı (kefalet benzeri) garanti sözleşmesinde üçüncü kişi sözleşme ilişkisine tamamen yabancı olduğundan, garanti verenin üçüncü kişiye ait def'ileri ileri sürme hakkı yoktur³⁹².

³⁸⁸ ŞAHİN, s. 21.

³⁸⁹ ŞAHİN, s. 21.

³⁹⁰ ARAL, Borçlar s. 443; TANDOĞAN, Borçlar s. 818; REİSOĞLU, Garanti s. 66; SÜCÜLLÜ, s. 41.

³⁹¹ ARAL, Borçlar s. 443; KARAHASAN, s. 1206; REİSOĞLU, Garanti s. 67; TANDOĞAN, Borçlar s. 819; YAVUZ, s. 526; SÜCÜLLÜ, s. 42.

³⁹² BARLAS, Teminat Mektupları s. 29; KARAHASAN, s. 1206; REİSOĞLU, Garanti s. 66; TANDOĞAN, Borçlar s. 819; SÜCÜLLÜ, s. 42.

Gerek belirli süreli gerekse belirsiz süreli kefalet sözleşmeleri için Borçlar Kanunu 493. ve 494. maddelerinde, kefilin kefaletten kurtulmasını öngören düzenlemeler mevcut olduğu halde, garanti veren açısından böyle bir koruma söz konusu değildir³⁹³.

2- Yöneltilme Amaçlı (Saf) Garanti Sözleşmesi

Yöneltilme amaçlı (saf) garanti sözleşmesinde garanti veren, garanti alana, belirli bir borç ilişkisinden bağımsız olarak bir sonucu garanti eder³⁹⁴. Garanti veren, garanti alanın belli bir harekette bulunmasını sağlama amacıyla bu davranışın onun için yarattığı tehlikeyi üzerine almaktadır. Burada tehlikeyi üstlenme bir amaç olarak değil, garanti alanı belirli bir davranışa yöneltilmek için bir araç olarak karşımıza çıkar. Bu sözleşmelerde garanti veren garanti alana karşı bir edimi değil, bir sonucu borç olarak yüklenir³⁹⁵.

3- Teminat Amaçlı (Kefalet Benzeri) Garanti Sözleşmesi İle

Yöneltilme Amaçlı (Saf) Garanti Sözleşmesi Arasındaki

Farklar

Teminat amaçlı (kefalet benzeri) garanti sözleşmeleri ile yöneltilme amaçlı (saf) garanti sözleşmeleri arasında bazı farklar mevcuttur. Öncelikle teminat amaçlı (kefalet benzeri) garantide, garanti alan ve üçüncü kişi arasında temel hukuksal ilişki varken; yöneltilme amaçlı (saf) garantide garanti alan ile üçüncü kişi arasında temel hukuksal ilişki yoktur. Garanti alanın üçüncü kişiye karşı bağlayıcılığı olan bir alacak hakkından bahsedilemez. Yöneltilme amaçlı (saf) garanti sonraki gelişmelerin sonuçlarına bakılmaksızın geçerliliğini sürdürür³⁹⁶.

³⁹³ REİSOĞLU, Garanti s. 67-68; SÜCÜLLÜ, s. 43.

³⁹⁴ SÜCÜLLÜ, s. 41.

³⁹⁵ ŞAHİN, s. 23.

³⁹⁶ ŞAHİN, s. 24.

Teminat amaçlı (kefalet benzeri) garantide, garanti alan ile edimi garanti edilen arasında bir borç ilişkisi mevcuttur, ancak garanti verenin taahhüdü borcun varlığına ve geçerliliğine tabi değildir. Yönelme amaçlı (saf) garanti sözleşmelerinde ise, garanti alan ile edimi garanti edilen arasında bir borç ilişkisi henüz mevcut değildir. Örneğin teşvik edilmek istenen bir tatil köyü işletmecisi (garanti alan) ile edimi garanti edilen müşteriler arasında henüz bir borç ilişkisi yoktur. Burada garanti verenin borcu, edimi garanti edilenin borcundan tamamen bağımsızdır. Teminat amaçlı (kefalet benzeri) garantide garanti veren edimi garanti edilen veya garanti alandan bir komisyon almakta iken yönelme amaçlı (saf) garantide garanti verenin garanti alanı belli bir davranışa sevk etmekteki yararı ön plandadır ve garanti veren bir komisyon almamaktadır³⁹⁷.

D- Garanti Sözleşmesinin Hükümleri

1- Tarafların Hakları ve Yükümlülükleri

Garanti sözleşmesinde garanti verenin en önemli yükümlülüğü, garanti alanın da en önemli hakkı, garanti verenin taahhüt ettiği neticenin tahakkuk etmemesi halinde ortaya çıkan zararın tazmin edilmesidir. Garanti sorumluluğunun özelliği kusur prensibine tabi olmamasıdır. Garanti veren neticenin tahakkuku için faaliyet göstereceğini değil, fakat tahakkuk etmemesi halinde bir tazminat ödeyeceğini taahhüt etmektedir. Garanti verenin neticenin tahakkuk etmesi için elinden geleni yapması belki kendi menfaati açısından faydalıdır. Ancak onun bu faaliyetinin garanti alana sorumluluğu açısından bir önemi yoktur³⁹⁸.

Zararın ortaya çıkış sebebi ve şekli garanti veren açısından önemsizdir. Garanti verenin, taahhüt edilen teşebbüsün istenilen sonuca ulaşmamasında veya edimi temin edilen üçüncü kişinin bu edimi yerine getirmemesinde kusuru olmadığını ispat ederek sorumluluktan kurtulması mümkün değildir. Garanti veren, umulmayan bir olay,

³⁹⁷ SUNGURTEKİN, s. 548; TANDOĞAN, Borçlar s. 808; ŞAHİN, s. 24.

³⁹⁸ REİSOĞLU, Garanti s. 151.

kaza veya mücbir sebep sonucu edimin yerine getirilmemesi halinde dahi sorumludur. Garanti verenin sorumluluğu kusura dayanmayan bir sonuç sorumluluğudur³⁹⁹.

Garanti veren zararın tamamını yüklenebileceği gibi zararın bir kısmını da yüklenebilir. Tazmin edilecek zarar, garanti sözleşmesinin kurulması sırasında, taraflar arasında muayyen bir meblağ olarak da belirlenebilir. Garanti sözleşmesine böyle bir hüküm eklendiğinde, neticenin tahakkuk etmemesi halinde garanti alan zararını ispata mecbur olmaksızın kararlaştırılan tazminatın ödenmesini isteyebilir. Buna karşılık garanti veren de bu meblağ ile sorumluluğunu sınırlandırmaktadır⁴⁰⁰. Garanti sözleşmelerinde, ilk talepte kayıtsız şartsız ödeme yükümlülüğü yoksa, tehlikenin (rizikonun) gerçekleştiğini ve zarara uğradığını ispat külfeti garanti alandır⁴⁰¹. Ancak bu durum hakkını ileri sürmek için garanti alana yüklenen bir külfettir, bir borç değildir⁴⁰².

REİSOĞLU⁴⁰³,na göre tazmin edilecek zarar maddi bir zarar, olabileceği gibi manevi bir zarar da olabilir. Yazara göre garanti verenin sorumluluğu için garanti alanın para ile ölçülebilir bir zararının ortaya çıkması yeterlidir. Şahsi menfaatleri haleldar olan kimsenin malvarlığında bir eksiklik meydana gelmez ise de kanun bazı şartların varlığı halinde manevi zarar adı altında bir miktar para ödenmesini kabul etmektedir. Ancak garanti alan maddi zararını derhal garanti verenden talep edebildiği halde manevi zarar gören kimsenin mahkemeye müracaat etmesi ve manevi zararın mahkeme kararıyla tespit edilmesi gerekir.

Garanti veren tarafından tazmin edilmesi gereken zarar müspet zarardır⁴⁰⁴. Yani garanti veren, garanti alanın malvarlığının, teşebbüsün sonunda oluşacağı durum ile tehlikenin (rizikonun) gerçekleşmesi ile oluşan durumu arasındaki farkı tazmin etmek zorundadır. Çünkü garanti alan teşebbüse girer ise teşebbüsün sonundaki

³⁹⁹ REİSOĞLU, Garanti s. 156, ŞAHİN, s. 107.

⁴⁰⁰ REİSOĞLU, Garanti s. 152-153; YÜCE, s. 119-120.

⁴⁰¹ REİSOĞLU, Garanti s. 159; TANDOĞAN, Borçlar s. 854; ŞAHİN, s. 103; YÜCE, s. 112.

⁴⁰² TANDOĞAN, Borçlar s. 854; ŞAHİN, s. 103.

⁴⁰³ REİSOĞLU, Garanti s. 153-154; Aynı görüşte YÜCE, s. 111-112.

⁴⁰⁴ REİSOĞLU, Garanti s. 154-155; TANDOĞAN, Borçlar s. 855; ŞAHİN, s. 106; YÜCE, s. 117-119; Yarg. İBK. 13/11/1967 T. 1966/16 E. – 1967/7 K. (R.G. 05/04/1968 T., S. 12867); Yarg. 13. HD. 18/04/1995 T. 2878 E. – 3954 K. (YKD., C.XXI., S. 9, 1995, s. 1422).

durumunun garanti edildiğini düşünecektir, sadece yaptığı masrafların ödenmesi garanti alanı teşebbüse sevk edecek kadar cazip değildir⁴⁰⁵. Bu kapsamda garanti veren, teminat amaçlı (kefalet benzeri) garanti sözleşmelerinin bir türü olan üçüncü kişinin fiilini taahhüt sözleşmesinde, üçüncü kişinin ödemeyi kabul ettiği faizler dışında, üçüncü kişinin temerrüdünden veya diğer kusurlu hareketlerinden doğan zararları, fesih ve mahkeme masraflarını da ödemekle mükelleftir⁴⁰⁶.

Garanti sözleşmeleri tali bir sözleşme olmayıp asli bir sözleşme olduğundan gerek yöneltme amaçlı (saf) garanti sözleşmelerinde gerekse teminat amaçlı (kefalet benzeri) garanti sözleşmelerinde garanti verenin tazminat borcu, sözleşmede başka türlü kararlaştırılmamışsa, garanti alanın zararının ortaya çıkması ile muaccel olur⁴⁰⁷. Garanti alanın zararları ile ilgili olarak üçüncü kişiden tazminat talebi hakkı da olsa, garanti alan üçüncü kişiye müracaat etmeden garanti verenden, sözleşmeyle yüklendiği, zararını tazmin etmesini isteyebilir⁴⁰⁸.

Garanti sözleşmesi tek taraflı bir akit olup garanti alanı mükellefiyet altına sokmadığından garanti verenin garanti alanın teşebbüse geçmesini talep hakkı yoktur⁴⁰⁹. Ancak garanti alan teşebbüse geçmez veya teşebbüse bağlı tehlike (riziko) garanti alanın kusuru sebebiyle ortaya çıkmayacak olursa garanti verenin garanti alanına karşı bir sorumluluğu ve bir tazminat yükümlülüğü doğmayacaktır⁴¹⁰.

Garanti alan, bilhassa üçüncü kişinin fiilini garantide, fiilin eda edilmemesi halinde, garanti vereni fiili bizzat edaya zorlama hakkına sahip değildir. Garanti verenden sadece tazminat talep etme hakkına sahiptir⁴¹¹.

Garanti sözleşmesinin ivazlı olarak da yapılabileceğini kabul eden yazarlara göre; sözleşmenin ivazlı olarak yapılması halinde garanti alanın da karşılık edim olarak

⁴⁰⁵ TANDOĞAN, Borçlar s. 85; ŞAHİN, s. 107.

⁴⁰⁶ REİSOĞLU, Garanti s. 154.

⁴⁰⁷ REİSOĞLU, Garanti s. 155-156.

⁴⁰⁸ ARIK, s. 56; REİSOĞLU, Garanti s. 159; ŞAHİN, s. 109; Yarg. 4. HD. 09/11/1959 T. 775 E. – 1953 K. (UYGUR, s. 508).

⁴⁰⁹ REİSOĞLU, Garanti s. 157.

⁴¹⁰ REİSOĞLU, Garanti s. 159; ŞAHİN, s. 107.

⁴¹¹ REİSOĞLU, Garanti s.159; ŞAHİN, s. 104.

ivazın ifası borcu söz konusu olur ve bu halde artık tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelere uygulanan hükümler gündeme gelir⁴¹².

2- Garanti Veren Üçüncü Şahsa Rücu Hakkı

“Garanti Sözleşmesinin Tarafları⁴¹³” başlığı altında da belirttiğimiz üzere üçüncü kişi garanti sözleşmesine taraf değildir. Bu nedenle, mevcut hukuki düzenleme ile garanti verenin üçüncü kişiye rücu etmesi garanti sözleşmesinin hükümleri ile ilintili değildir.

Garanti verenin üçüncü kişiye başvurması ancak, garanti verenin garanti alana, garanti sözleşmesinden doğan borcunu ifa etmesi halinde gündeme gelebilecek bir sorundur. Garanti sözleşmesinden doğan borcun garanti veren herhangi bir ödeme yapmadan sona ermiş olması halinde garanti verenin üçüncü kişiye rücu etmesinden söz edilemeyecektir⁴¹⁴. Öğretide garanti alana garanti sözleşmesinden doğan borcu sebebiyle ödeme yapan garanti verenin üçüncü kişiye rücu edip edemeyeceği hususunda tartışma bulunmaktadır⁴¹⁵.

Üçüncü kişi ile garanti verenin aralarında yaptıkları bir garanti sözleşmesi ile üçüncü kişinin, garanti verenin garanti alana ödeme yapması halinde, yapılan ödemeyi üçüncü kişinin karşılamasını kararlaştırılmış olabilirler. Bu tür sözleşmeler öğretide ve uygulamada karşı garanti (kontrgaranti) sözleşmesi olarak adlandırılmaktadır⁴¹⁶. Bu durumda taahhüdü uyarınca garanti alana ödeme yapan garanti veren, üçüncü kişiyle arasındaki sözleşmeyi dayanak göstererek üçüncü kişiye rücu edebilir⁴¹⁷. YÜCE’ye göre

⁴¹² Bu konudaki tartışmalar için bkz. ARIK, s. 51; ŞAHİN, s. 19-20; TANDOĞAN, Borçlar s. 815 vd.; REİSOĞLU, Garanti s. 22 vd.; YÜCE, s. 141.

⁴¹³ bkz. Bölüm II, &3, II, A, 2, s. 94 vd.

⁴¹⁴ YÜCE, s. 147-148.

⁴¹⁵ AKYOL, s. 199; BARLAS, Teminat Mektupları s. 79 vd.; OĞUZMAN/ÖZ, s. 784-785; REİSOĞLU, Garanti s. 161 vd.; ŞAHİN, s. 118 vd.; TANDOĞAN, Borçlar s. 871 vd.; TEKİNALP, s. 389; YÜCE, s. 147 vd.

⁴¹⁶ Karşı garantiler konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. AKYOL, s. 198; BARLAS, Teminat Mektupları, s. 57 vd.; REİSOĞLU, Garanti s. 160 vd.; OĞUZMAN/ÖZ, s. 784; TANDOĞAN, Borçlar s. 871 vd.; TEKİNALP, s. 389 vd.; YÜCE, s. 148-149.

⁴¹⁷ OĞUZMAN/ÖZ, s. 784; ŞAHİN, s. 118; YÜCE, s. 148-149.

karşı garanti olarak adlandırılan bu sözleşmelerin hukuki niteliği Borçlar kanunu 386. maddesinde düzenlenen vekalet sözleşmesidir⁴¹⁸.

Garanti verenin üçüncü kişiye rücuu ile ilgili asıl tartışma konusu, garanti veren ile üçüncü kişi arasında bir sözleşme olmaması halinde garanti verenin üçüncü kişiye rücu edip edemeyeceğine ilişkindir.

Garanti veren ile üçüncü kişi arasında bir sözleşme bulunmadığı takdirde, üçüncü kişi garanti sözleşmesinin tarafı olmadığından, kural olarak garanti veren garanti alanın yerine geçerek, üçüncü kişiye rücu edemez⁴¹⁹. Ancak bir kısım yazarlar, şartları olduğu takdirde sebepsiz zenginleşmeye veya vekaletsiz işgörmeye dayanarak garanti verenin üçüncü kişiye başvurabileceğini, bir kısım yazarlar ise garanti verenin hiçbir şekilde üçüncü kişiye rücu edemeyeceğini savunmaktadır⁴²⁰. YÜCE⁴²¹,nin de belirttiği gibi bu kadar karışık hukuki sonuçlara sahip olan garanti verenin üçüncü kişiye rücu etmesinin yasal düzelemeye kavuşturulması gerekmektedir.

E- Garanti Sözleşmesinin Sona Ermesi

B. K. 113 vd. maddelerinde düzenlenen borcun sona erme halleri, yapısıyla bağdaştığı ölçüde garanti sözleşmesinden doğan borçlara da uygulanabilmektedir⁴²².

⁴¹⁸ YÜCE, s. 149.

⁴¹⁹ OĞUZMAN/ÖZ, s. 785; ŞAHİN, s. 119; YÜCE, s. 153.

⁴²⁰ Bir kısım yazarlar ise şartları olduğu takdirde her iki kuruma dayalı olarak garanti verenin üçüncü kişiye rücu edebileceğini belirtmektedirler. Ayrıca bazı yazarlar şartları oluştuğunda Borçlar kanunu 51. maddesinin de gündeme gelebileceğini belirtmektedirler. Bu konudaki ayrıntılı tartışmalar için bkz. OMAĞ, Semra, Banka Teminat Mektuplarının Mahiyeti ve Hükümleri, BATİDER, C. VI., S. 2, 1971, s. 339; BARLAS, Teminat Mektupları, s. 57 vd.; OĞUZMAN/ÖZ, s. 785; REİSOĞLU, Garanti s. 163 vd.; ŞAHİN, s. 121; TANDOĞAN, s. 875-881; YÜCE, s. 151 vd.

⁴²¹ YÜCE, s. 157.

⁴²² Yargıtay'a göre de; "garanti sözleşmesi, garanti edilen neticenin tahakkuk etmesi (riskin son bulması), garanti alanın zararının tazmin edilmesi, garanti alanın garanti vereni ibra etmesi, takas, süreli bir garanti sözleşmesi söz konusu ise risk gerçekleşmeden bu sürenin dolması gibi ve genellikle garanti sözleşmesinin niteliğine aykırı olmadıkça Borçlar Kanunu'nun 113. ve devamı maddelerindeki borcun sükkutu sebepleriyle sona erer." Karar için bkz. TEOMAN, Ömer, Teminat Mektubunu Teyid Eden Bankanın Sorumluluğu, (Teminat Mektubu), Otuz Yıl Ticaret Hukuku Tüm Makalelerim, C. II, İstanbul, 2001, s. 338.

Kural olarak garanti verenin, garanti alanın zararını tazmin etmesiyle taraflar arasındaki borç ilişkisi de sona erecektir⁴²³. Bu hal garanti sözleşmesinin sona ermesinin en doğal halidir.

Garanti, yüklenilen tehlikenin (rizikonun) taraflarca belirlenen vadede gerçekleşmemesi halinde düşecektir. Bunun için ihtarda bulunmaya veya süre vermeye gerek yoktur. Taraflarca garanti sözleşmesinde vade iki şekilde kararlaştırılabilir. İlk şekilde sözleşmede tehlike (riziko) belli bir süre için yüklenilebilir. Bu durumda sözleşmede belirtilen sürede tehlike (riziko) gerçekleşmezse garanti veren sorumluluğundan kurtulur. İkinci şekilde ise, tehlike (riziko) süresi belli olmasa bile taraflar garanti alanın talebini belli bir süre içinde yapmasını şart koşabilirler. Bu halde tehlike (riziko) belirlenen süre içinde meydana gelmiş olsa dahi, garanti alan aynı süre içinde garanti verene müracaat etmez ise garanti verenin sorumluluğu sona erer⁴²⁴. Garanti sözleşmesinde böyle bir süre kararlaştırılmamış ise sorumluluğun ne kadar devam edeceğine ilişkin bir kural konulamaz. Garanti alan, sözleşmeyle bir yükümlülük altına girmediğinden, istediği zaman teşebbüse geçebilecektir. Ancak öğretilerde garanti sorumluluğunun bu şekilde süresiz olarak devamının kabul edilemeyeceği, tehlikenin (rizikonun) gerçekleşip gerçekleşmeyeceğinin garanti alanın davranışına da bağlı olması ve garanti alanın bundan kaçması halinde garanti verenin garanti alana bir süre vererek sürenin sonunda sorumluluktan kurtulabileceği kabul edilmektedir⁴²⁵.

Yine garanti veren ile garanti alan aralarında yapacakları yeni bir sözleşmeyle aralarındaki garanti sözleşmesinin ifa edilmeksizin sona erdirilmesini kararlaştırabilirler. Garanti alanın garanti vereni ibra etmesi veya alacaklı ve borçlu sıfatlarının birleşmesi (Borçlar Kanunu m. 116) halinde de ifa olmadan borç sona erecektir⁴²⁶. Garanti verenin veya garanti alanın başka bir alacağıyla takas beyanında bulunması da garanti verenin yükümlülüğünü ve dolayısıyla sözleşmeyi sona erdirecektir⁴²⁷.

⁴²³ REİSOĞLU, Garanti, s. 169; ŞAHİN, s. 123; YÜCE, s. 142-143.

⁴²⁴ OĞUZMAN/ÖZ, s. 786, ŞAHİN, s. 125-126; TANDOĞAN, Borçlar s. 881; YÜCE, s. 144-145.

⁴²⁵ OĞUZMAN/ÖZ, s. 787, REİSOĞLU, Garanti s. 171; ŞAHİN, s. 126; TANDOĞAN, Borçlar s. 887; YÜCE, s. 147.

⁴²⁶ YÜCE, s. 143.

⁴²⁷ ŞAHİN, s. 123; TANDOĞAN, Borçlar s. 882.

Borçlar Kanunu m. 173 düzenlemesi doğrultusunda garanti verenin borcunu başka bir kişinin devralması ve garanti alanın buna rıza göstermesiyle garanti veren ile garanti alan arasındaki garanti sözleşmesi son bulur⁴²⁸.

Garanti sözleşmesiyle garanti veren tarafından yüklenilen tehlikenin (rizikonun) gerçekleşmesine garanti alan kendi kusuru ile neden olmuş ise garanti veren kural olarak sorumluluktan kurtulur. Ancak burada garanti verenin sorumluluktan kurtulabilmesi için garanti alanın kusurunun ağır bir kusur olması gerekir⁴²⁹.

Garanti verenin ölümü garanti sözleşmesini etkilemez. Ölüm halinde garanti verenin borcu mirasçılara geçer. Garanti alanın ölümü halinde ise, özellikle yöneltme amaçlı (saf) garanti sözleşmelerinde, garanti alanın mirasçılarının teşebbüse devam hakları olup olmadığına, her somut olayda sözleşmenin içeriğine göre karar verilebilecektir. Fiili taahhüt edilen üçüncü kişinin ölümü ise garanti sözleşmesini sona erdirmez. Aksine üçüncü kişinin ölümü ile birlikte garanti edilen sonuç artık gerçekleşmeyeceğinden garanti verenin zararı tazmin borcu muaccel hale gelecektir⁴³⁰.

Yine kaza ve beklenmeyen hal durumunda da garanti verenin sorumluluğu devam eder⁴³¹. Ayrıca garanti veren Borçlar Kanunu 117 maddesini dayanak gösterip kusuru olmaksızın borcun imkansız hale geldiğini iddia ederek borçtan kurtulamaz. Çünkü garanti verenin borcu bir tazminat borcudur ve her zaman ifası mümkün olabilmektedir⁴³². Kusursuz imkansızlık, garanti verenin tazminat borcunun asıl borçtan bağımsız olması ve sorumluluğun sonuç sorumluluğu taşıması sebebiyle, garanti verenin borcunun niteliğiyle bağdaşan bir sona erme nedeni değildir⁴³³.

⁴²⁸ REİSOĞLU, Garanti s. 169; ŞAHİN, s. 124.

⁴²⁹ REİSOĞLU, Garanti s. 170; ŞAHİN, s. 124.

⁴³⁰ REİSOĞLU, Garanti s. 170; ŞAHİN, s. 125.

⁴³¹ ŞAHİN, s. 124.

⁴³² REİSOĞLU, Garanti s. 169; ŞAHİN, s. 124.

⁴³³ ŞAHİN, s. 124; TANDOĞAN, Borçlar s. 883.

BÖLÜM III

BANKA KREDİ KARTI SÖZLEŞMELERİNDE ŞAHSİ TEMİNATIN HUKUKİ NİTELİĞİNİN BELİRLENMESİ SORUNU

&1- Şahsi Teminatın Hukuki Niteliğinin Belirlenmesinin Önemi

İkinci bölümde ayrıntılı olarak izah edildiği üzere kefalet sözleşmeleri ve garanti sözleşmeleri şahsi teminat sözleşmelerindedir. Kefalet sözleşmeleri Borçlar Kanunu 483 ve devamı maddelerinde ayrıntılı olarak düzenlendiği halde garanti sözleşmelerine ilişkin mevzuatımızda özel bir düzenleme yoktur.

Garanti sözleşmelerinin unsurları, Borçlar Kanunu'nun "Başkasının Fiilini Taahhüt" başlıklı 110. maddesinden yola çıkarak öğretici görüşleri ve Yargıtay içtihatları yardımıyla belirlenmeye çalışılmaktadır.

Kredi kartı çıkaran kuruluşlar, kredi kartı verirken kredi kartı limitlerini çok yüksek tutmadıklarından, kredi kartı verirken üçüncü bir kişinin de teminat vermesini istediklerinde, şahsi teminatı yeterli görmektedirler⁴³⁴. Yine kart çıkaran kuruluşlar rekabet nedeniyle, müşteriye kart verme süresini mümkün olduğu kadar kısaltmak için en pratik ve masrafsız teminat olarak kefalet ve garanti taahhüdünü tercih

⁴³⁴ TURAN, Gamze, Garanti ve Kefalet Sözleşmeleri Arasındaki Farklar ve Banka Kredi Kartı Sözleşmelerindeki Şahsi Teminatın Hukuki niteliği, TBB. Dergisi, S. 66, Eylül/Ekim, 2006, s. 27-28.

etmektedirler⁴³⁵. Çünkü aynı teminatlardan olan ipotek tesisi, tapuda işlem yapılmasını gerektirdiği için yorucu ve masraflıdır. Ayrıca kredi kartı ile sağlanan kredinin limiti, diğer kredilerin limitine göre düşük olduğundan ipotek tesisi tercih edilmemektedir. Taşınır rehini ise malın teslimini gerektirdiğinden ve rehin verilen malın muhafazası zor ve masraflı olduğundan, kart çıkaran kuruluşların işleyişi ve örgütlenmesi açısından uygun değildir⁴³⁶. Kaldı ki kredi kartı pazarlanması amaçlanan hedef kitlenin büyük bir çoğunluğu, ipotek verecek bir taşınmazı veya rehin vererek zilyetliğini devredeceği değerli taşınırı bulunmayan kimselerden oluşmaktadır⁴³⁷.

Her iki sözleşme de şahsi teminat sözleşmelerinden olmakla birlikte, özellikle geçerlilik koşulları ve teminat verenin sorumluluğu bakımından önemli farklılıklar arz etmektedirler. Kefalet sözleşmesi ile garanti sözleşmesinin ayrımı, kefil lehine mevcut kanuni hükümler nedeniyle ehemmiyet kazanmaktadır. Bir yandan garanti verenin, kefile tanınan haklardan yararlanmak, hatta taahhüdünün şekil noksanlığı sebebiyle hükümsüz olduğunu iddia etmek için fer'i bir borç yüklendiğini iddia etmesi, diğer taraftan alacaklının, geçerli olmayan bir kefalet taahhüdünü, garanti sözleşmesi olarak ileri sürmek istemesi mümkündür⁴³⁸.

Son yıllarda kart çıkaran kuruluşlar kefalet sözleşmesinden çok garanti sözleşmesi yapmayı tercih etmektedirler. Bu değişimin sebebi de kredi kartı sözleşmesi yapıldıktan sonra kartın harcama limiti zaman içerisinde artırıldığı takdirde buna bağlı olarak kefilin sorumluluğunun da artması ile kredi kartı limitinin her artışında kefilin de imzasının alınması gerekmesidir. Çünkü kredi kartı limitinin artırılmasında kefilin imzasının alınmaması halinde kart çıkaran kuruluş kefile sadece kefalet sözleşmesi imzalarken belirtilen limitle sınırlı olarak başvurabilir⁴³⁹. Dolayısıyla borcun kefilin sorumlu olduğu azami miktarın üstüne çıkan kısmı, kartı çıkaran kuruluş açısından teminatsız olarak kalacaktır. Buna karşılık garanti sözleşmesinde böyle bir tehlike söz konusu değildir. Kart çıkaran kuruluşun alacağı hangi meblağa ulaşırsa ulaşınsın garanti

⁴³⁵ BARLAS, Nami, Kredi Kartı İlişkisinde Bankaya Karşı Verilen Kişisel Teminatın Niteliğinin Belirlenmesi, (Kredi Kartı) Ömer TEOMAN'a 55. Yaş Günü Armağanı, C. II, İstanbul, 2002, s. 940.

⁴³⁶ İŞGÜZAR, s. 195.

⁴³⁷ BARLAS, Kredi Kartı s. 940.

⁴³⁸ REİSOĞLU, Garanti s. 66.

⁴³⁹ ARKAN, Sabih, Kredi Kartıyla İlgili Olarak Verilen Güvencenin Hukuki Niteliği, Bilgi Toplumunda Hukuk Ünal TEKİNALP'e Armağan, C. I, İstanbul, 2003, s. 991; TURAN, s. 40.

veren bu miktardan sorumludur⁴⁴⁰. Kart çıkaran kuruluşlar bu sebeple, yani kefalet sözleşmesinin detaylı şartlarından kurtulmak için, geçerliliği teminat verenin sorumlu olacağı miktarın gösterilmesi şartına bağlı olmayan garanti niteliğinde şahsi teminat sözleşmesi yapma yoluna gitmişlerdir⁴⁴¹.

Kefalet ve garanti ayrımı özellikle kredi kartı sözleşmelerinde yer alan şahsi teminatın niteliğinin tespitinde karşımıza çıkmaktadır. Kart çıkaran kuruluşlarca hazırlanan teminat taahhüdü metinlerinde zaman zaman şahsi teminatın niteliği net bir şekilde ifade edilmediğinden teminatın niteliğinin belirlenmesi hususu taraflar arasında tartışma konusu olmuş ve yargı organlarına intikal etmiştir. Son yıllarda kredi kartının kullanımının artmasıyla birlikte, bu sözleşmelerde yer alan şahsi teminatın niteliğinin belirlenmesi, teminatın niteliğine göre teminat verenin hangi hallerde sorumlu olacağı ve sorumluluğunun sınırının tespiti açısından önem arz etmektedir⁴⁴².

Son 10 yıl içerisinde yaşanan gerek ülkesel gerekse küresel ekonomik krizler⁴⁴³, gerekse de 5464 sayılı Banka Kartları ve Kredi Kartları Kanunu 9. maddesi ile kredi kartlarına limit konulmasına kadar, kart çıkaran kuruluşlarca gerekli özen ve dikkat gösterilerek kredi kartı verilmesi yerine yeterli araştırma yapılmaksızın, pek çok sayıda kart çıkaran kuruluş tarafından aynı kişiye değişik limitlerde ve toplam limit itibariyle ödeme gücünü aşacak şekilde kredi kartları verilmesi, kart hamillerinin kredi kartı borçlarını zamanında ödeyememelerine sebebiyet vermiştir. Bu etkenlere kredi kartının, kart hamillerinin harcama eğilimlerini artırıcı etkisinin⁴⁴⁴ de eklenmesiyle, ödenmeyen ve şahsi teminat veren kişilerden tahsil yoluna gidilen kredi kartı borcu miktarı artmıştır. Bahsedilen etmenler kart çıkaran kuruluşlarca alınan şahsi teminatların niteliğinin tespitini daha da önemli bir hale getirmiştir.

⁴⁴⁰ KUNTALP, Kredi Kartı s. 299.

⁴⁴¹ BARLAS, Kredi Kartı s. 941; ÇEKER, Mustafa, Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Kapsamında Kredi Kartı Borcunun Ödenmemesi ve Hukuki Sonuçları, (Tüketicinin Korunması), AÜEHFD.C. VIII., S.1-2, s. 437; KUNTALP, Kredi Kartı s. 297; TURAN, s. 41.

⁴⁴² TURAN, s. 27-28.

⁴⁴³ Ekonomik krizlerin kredi kartı kullanımına etkisi için bkz. CEYLAN, Gülçin, Kredi Kartı Kullanımını Etkileyen Etmenlerin İstatiksel Analizi, (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Kütahya, 2007, s. 62-72.

⁴⁴⁴ Bu hususta ayrıntılı bilgi için KIRÇOVA, İbrahim, Kredi Kartı Kullanımının Tüketici Alışkanlıklarına ve Alışverişlerin Yer, Zaman ve Marka Tercihlerine Etkisi, İstanbul, 2007.

&2- Şahsi Teminatın Kefalet Veya Garanti olarak

Nitelendirilmesinin Farklı Sonuçları

Şahsi teminat sözleşmelerinin bir türü olan kefalet sözleşmesi ile garanti sözleşmeleri bazı hususlarda birbirlerinden belirgin olarak ayrılmakta ve yapılan nitelendirmeye bağlı olarak farklı sonuçlara sebebiyet vermektedir.

Öncelikle kefalet sözleşmesinin geçerliliği Borçlar Kanunu 484. maddesi uyarınca yazılı olarak yapılmasına bağlıdır. Borçlar Kanununda öngörülen yazılı şekil şartı bir ispat şartı değil geçerlilik şartıdır. Garanti sözleşmesi ise kanunda düzenlenmediğinden Borçlar Kanunu 11. maddesi uyarınca hiçbir şekle tabi değildir⁴⁴⁵. Yargıtay da garanti sözleşmesinin geçerli olarak kurulabilmesi için taraf iradelerinin birleşmesinin yeterli olacağını belirtmiştir⁴⁴⁶. Bu sebeple yazılı olarak yapılmayan bir şahsi teminat sözleşmesi kefalet olarak nitelendirildiği takdirde, sözleşme Borçlar Kanunu 484. maddesindeki şekil şartına uygun olarak yapılmadığından geçersiz olduğu halde, garanti olarak nitelendirilmesi halinde geçerliliği hakkında herhangi bir tartışma yaşanmayacaktır⁴⁴⁷. Borçlar Kanunu Tasarısı'nın 603. maddesine göre, "Kefaletin şekline, kefil olma ehliyetine ve eşin rızasına ilişkin hükümler, gerçek kişilerce, kişisel güvence verilmesine ilişkin olarak başka ad altında yapılan diğer sözleşmelere de uygulanır." Bu hükümle kefalet sözleşmesinin geçerlilik şartları, kanunda özel düzenlemesi bulunmayan garanti sözleşmesi için de geçerli kılınmaktadır⁴⁴⁸.

Borçlar Kanunu 484. maddesi kefalet sözleşmesinin geçerliliğini yazılı olarak yapılması yanında kefilin sorumlu olacağı belirli bir miktarın da gösterilmesi şartına bağlamıştır. Oysa garanti sözleşmelerinde garanti verenin sorumlu olacağı azami miktarın gösterilmesine gerek yoktur. Garanti edilen tehlikenin (rizikonun) gösterilmesi

⁴⁴⁵ DOĞAN, Vahit, Banka Teminat Mektupları, Ankara, 2005, s. 53; İŞGÜZAR, s. 198; REİSOĞLU, Kefalet s. 78; REİSOĞLU, Garanti s. 66; TURAN, s. 30.

⁴⁴⁶ REİSOĞLU, Banka Teminat Mektupları s. 75; TURAN, s. 30; Yarg. 11. HD. 27/02/1990 T. 1989/4046 E. – 1990/8459 K. (Meşe Yazılım İçtihat ve Mevzuat Bankası, Versiyon 2.0.0.49).

⁴⁴⁷ Yarg. HGK. 03/12/2008 T. 2008/10-729 E. – 2008/718 K. (akip-Açıklamalı Kanun İçtihat Programı, Versiyon 4.0); Yarg. HGK. 04/07/2001 T. 2001/19-534 E. 2001/583 K. (İŞGÜZAR, s. 205 vd); BARLAS, Kredi Kartı s. 950; REİSOĞLU, Kefalet s. 79; SÜCÜLLÜ, s. 41; TANDOĞAN, Borçlar s. 818.

⁴⁴⁸ SÜCÜLLÜ, s. 47.

yeterlidir. Borç hangi miktara ulaşırsa ulaşsın garanti veren bu miktarla sorumludur⁴⁴⁹. Şahsi teminat sözleşmesinin kefalet sözleşmesi veya garanti sözleşmesi olarak nitelendirilmesi bu açıdan da, yani sorumluluğun sınırı açısından da farklı sonuçlara sebebiyet vermektedir. Kefil alacaklının zararı daha fazla da olsa sözleşmede yazılı miktar ile Borçlar Kanunu 490. maddesinde yazılı fer'ilerinden sorumlu iken, garanti veren garanti alanın zararının tamamından sorumludur⁴⁵⁰.

Kefalet sözleşmesinde kefilin borcu Borçlar Kanunu 485. maddesi uyarınca fer'i bir borçtur. Bu sebeple geçerliliği temel borç ilişkisinin geçerliliğine bağlıdır. Asıl borcun herhangi bir sebeple sona ermesi halinde Borçlar Kanunu 492 maddesi uyarınca kefilin borcu da sona erer. Kefalet sözleşmesinde asıl borç sona erse bile kefilin sorumlu olmaya devam edeceğine ilişkin bir düzenleme taraflarca kararlaştırılırsa bu sözleşme kefalet sözleşmesi olarak nitelendirilemez⁴⁵¹. Garanti sözleşmesinde ise garanti verenin borcu fer'i nitelikte olmayan, garanti alan ile üçüncü kişi arasındaki ilişkiden bağımsız bir borçtur. Dolayısıyla asıl borcun sona ermesi garanti verenin borcunun da mutlak surette sona ermesi sonucunu doğurmaz. Asıl borcun sona ermesi, garanti altına alınan tehlikeyi (rizikoyu) de sona erdiriyor ise garanti verenin borcu sona erer. Buna karşılık yalnızca garanti alan ile üçüncü kişi arasındaki asıl borcu sona erdiren (üçüncü kişinin ehliyetsizliği gibi) bir neden var ise garanti alan ile üçüncü kişi arasındaki borç sona ermesine rağmen garanti verenin borcu devam edecektir⁴⁵².

Borçlar Kanunu 497/1. maddesi uyarınca kefil alacaklıya karşı asıl borçluya ait def'ileri ileri sürme hakkına sahip olduğu, ve hatta asıl borçlunun def'ilerini alacaklıya karşı ileri sürmeyle mükellef olduğu, aynı maddenin ikinci fıkrası uyarınca kendi kusuru olmaksızın bu def'ilere vakıf olduğunu ispatlayamadığı takdirde, kendisini borcu edadan varestede edecek bu def'ileri ileri sürmemesi sebebiyle, asıl borçluya rücu etme hakkından mahrum olduğu halde garanti veren garanti alan ile üçüncü kişi arasındaki ilişkiden bağımsız bir borç üstlendiğinden, garanti sözleşmesinde garanti

⁴⁴⁹ İŞGÜZAR, s. 198; REİSOĞLU, Garanti s. 66; KUNTALP, Kredi Kartları s. 299; TURAN, s. 31.

⁴⁵⁰ Yarg. 11. HD. 28/01/2002 T. 2001/10654 E. – 2002/506 K. (YKD. 2002, C. 28, S. 8, s. 1190-1194) ve dipnot 447'deki kararlar; BARLAS, Kredi Kartı s. 950; REİSOĞLU, Kefalet s. 79; SÜCÜLLÜ, s. 41; TANDOĞAN, Borçlar s. 818.

⁴⁵¹ ARAL, s. 438; REİSOĞLU, Kefalet s. 2-3; TANDOĞAN, Garanti s. 19-20; TURAN, s. 32; YAVUZ, s. 784.

⁴⁵² DOĞAN, s. 56; REİSOĞLU, Banka Teminat Mektupları s. 76.

veren üçüncü kişiye ait def'ileri garanti alana karşı ileri süremez⁴⁵³. Garanti veren açısından, garanti alanla kendi arasındaki kişisel ilişkilerden kaynaklanan savunma sebepleriyle birlikte, garanti sözleşmesinin bünyesinden kaynaklanan savunmalara dayanmak söz konusudur⁴⁵⁴.

Borçlar Kanunu 496. maddesi uyarınca kefalet sözleşmesinde kefil ödediği borç oranında alacaklının haklarına halef olur ve asıl borçluya rücu hakkı bulunmaktadır; üstelik bu halde alacaklı Borçlar Kanunu 499. maddesinde belirtildiği gibi, kefilin rücu hakkını kullanabilmesi ve elindeki rehinleri paraya çevirebilmesi için gerekli belgeleri kefile vermeye mecburdur. Garanti sözleşmelerinde ise garanti veren, garanti alan ile üçüncü kişi arasındaki asıl ilişkiden, bağımsız olarak kendi borcunu ödediğinden kefalet sözleşmelerinde olduğu gibi bir halefiyet sözleşmesinden ve rücu hakkından bahsedilemez⁴⁵⁵. Yargıtay da 11/06/1969 tarih ve 1969/4 E. – 1969/6 K. sayılı İçtihadı Birleştirme Kararında taahhüt edenin, lehine garanti verdiği şahsa rücu edemeyeceğini kabul etmiştir⁴⁵⁶.

Kefalet sözleşmesinde borç muaccel olduktan sonra kefil Borçlar Kanunu 501. maddesi uyarınca alacaklıyı borcun ifasını kabule ve kendisini kefaletten kurtarmaya zorlayabilir. Borçlar Kanunu 501. madde ile kefile tanınan bu haktan garanti veren yararlanamaz⁴⁵⁷.

Her iki sözleşme tipi bakımından başlıca farklı noktalar, yukarıda belirtildiği gibi olmakla birlikte, kefalet sözleşmesinin Borçlar Kanunu'nda düzenlenmiş olmasına bağlı başka farklılıklar da mevcuttur. Borçlar Kanunu 496-503. maddelerinde, kefil ile alacaklı ve kefil ile asıl borçlu arasındaki ilişkileri ayrıntılı olarak ele almıştır. Bundan

⁴⁵³ ARAL, Borçlar s. 443; BARLAS, Kredi Kartı s. 950; KAHYAOĞLU, Emin Cem, Banka Garantileri, İstanbul, 1996, s. 31; KOCAMAN, Arif, Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 4.7.2001 Tarih ve E. 2001/19-534, K. 2001/583 Sayılı Kararı üzerine Bir Değerlendirme – Kredi Kartı İlişkisinde Bankaya karşı Verilen Kişisel (Şahsi) Teminatın Hukuki Niteliği: Garanti mi; Kefalet mi?, Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu XIX, 10 Mayıs 2003, s. 76-77; ÖZEN, s. 26; SÜCÜLLÜ, s. 42; TANDOĞAN, Borçlar s. 819; TANDOĞAN, Garanti, s. 31; TURAN, s. 32.

⁴⁵⁴ ÖZEN, s. 26; REİSOĞLU, Banka Teminat Mektupları s. 61 vd.

⁴⁵⁵ ARAL, Borçlar s. 443; BARLAS, Kredi Kartı s. 950; DOĞAN, s. 57; İŞGÜZAR, s. 199; KARAHASAN, s. 1206; KOCAMAN, s. 77; ÖZEN, s. 26; REİSOĞLU, Banka Teminat Mektupları s. 77; REİSOĞLU, Garanti s. 67; SÜCÜLLÜ, s. 42; TANDOĞAN, Borçlar s. 819; TURAN, s. 33; YAVUZ, s. 526.

⁴⁵⁶ RG., T. 03/10/1969, S. 13317.

⁴⁵⁷ KAHYAOĞLU, s. 31; TURAN, s. 33.

başka kefaletin sona ermesine ilişkin hükümler bulunmakta (BK. m. 493-494), garanti sözleşmesi açısından, diğer noktalarda olduğu gibi bu noktaya ilişkin bir düzenleme yer almamaktadır. Buna bağlı olarak, örneğin süre belirlenmesi, her iki sözleşme tipi açısından farklı sonuçlar doğuracaktır⁴⁵⁸.

&3- Şahsi Teminatın Hukuki Niteliğinin Belirlenmesi

Şahsi teminat verilmesine ilişkin sözleşmede, tarafların bu sözleşme ilişkisini nasıl nitelendirdiği önemli olmayıp, Borçlar Kanunu m. 18 uyarınca tarafların gerçek iradesi doğrultusunda bir nitelendirme yapılması gerekir. Teminat sözleşmeleri alanında, tarafların sözleşmeyi nitelendirmek için kullandıkları deyimler, genellikle gerçek iradelerini yansıtmaz. Tarafların “garanti” sözleşmesinden söz ettikleri yerde, gerçekte kefalete yönelik bir irade taşımalarına veya “kefil” olmaktan söz ederken, garanti sözleşmesi kurmak istemelerine sık olarak rastlanır⁴⁵⁹. O halde tarafların gerçek iradelerinin neye yönelik olduğunun, yorum yoluyla ortaya konulması gerekir. Tarafların dahil oldukları çevre itibarıyla, aralarındaki sözleşmeyi bilinçli olarak nitelendirdikleri, kullandıkları deyimleri hukuki anlamlarını bilerek kullandıkları söylenebiliyor ise, tarafların yaptıkları nitelendirmenin esas alınması mümkün olur⁴⁶⁰. Aksi takdirde, yorum yoluyla gerçek iradelerin araştırılması gerekir. Yapılacak yorumda sözleşmenin lafzından yola çıkmak, tarafların sözleşme yaparken kullandıkları ifadelerin kendi içinde taşıdığı işaretleri değerlendirerek, tarafların gerçek iradelerine ulaşmak mümkündür. Yorum faaliyetinde, sözleşmenin lafzıyla ve taraflarca kullanılan ifadelerle bir bağlılık olmayıp, sözleşmenin lafzının dışında olgulara (bu olguların sözleşmeye ilişkin olarak düzenlenmiş belgenin metninde bir dayanağının bulunması gerekmez) başvurulması da mümkündür⁴⁶¹.

Özetle, şahsi teminatların hukuki nitelikleri belirlenirken öncelikle, taahhüt metninde kullanılan ifadeler yorumlanmalıdır. Metnin yorumlanması sonucunda teminatın niteliği belirlenemez ise bu takdirde öğretide ve uygulamada kabul edilen,

⁴⁵⁸ ÖZEN, s. 26; REİSOĞLU, Garanti s. 67.

⁴⁵⁹ ÖZEN, s. 27; REİSOĞLU, Kefalet s. 81-82.

⁴⁶⁰ BARLAS, Kredi Kartı s. 954; KOCAMAN, s. 75; ÖZEN, s. 27.

⁴⁶¹ ÖZEN, s. 27.

aşağıda ayrıntılı olarak açıklanan, kriterler kullanılarak nitelendirme yapılmalıdır. kriterlerin uygulanması da kesin bir sonuç vermez ise, şüphe halinde kefalet karinesinden hareket edilerek sonuca varılmalıdır⁴⁶².

I - Sözleşmede Kullanılan Terimlerin Nitelendirmedeki Etkisi

Bir şahsi teminat taahhüdünün niteliğinin tespitinde ilk adım taahhüt metninin yorumlanması ve sözleşmenin taraflarının gerçek amaçlarının ne olduğunun tespit edilmeye çalışılmasıdır⁴⁶³. Bunun için Borçlar Kanunu 18. maddesi doğrultusunda tarafların bilmeyerek veya hatalı kullandıkları tabir ve isimlere değil, birleşmiş maksatlarına bakılmalıdır⁴⁶⁴. Tarafların hatalı tabir kullanmaları teminat akitlerinde çok sık ortaya çıkmaktadır. “Garanti vermek”, “kefil olmak”, “doğacak zararı karşılamak”, “temini taahhüt etmek” gibi tabirler kefalet sözleşmesi için de, garanti sözleşmesi için de kullanılmaktadır. Bilhassa banka işlemlerinde kefalet yerine garanti kelimesinin kullanılması adet haline gelmiştir⁴⁶⁵. Uygulamada uzman olmayan kimselerin, bir borcun ifasının teminat altına alınmasıyla, bir edimin yerine getirilmesi hususunda teminat verilmesi arasındaki farkı algılayarak, bilinçli bir ifade tercihi yaptıklarını söylemek yerinde olmaz. Bu nedenle, sözleşmedeki terimler gerçek iradeye ilişkin zayıf işaretler olarak değerlendirilmeli, kullanıldıkları bağlam içerisinde ele alınmalı ve gerçek iradenin göstergesi olabilecek bütün işaretlerle birlikte göz önünde tutulmalıdır⁴⁶⁶. Ancak, öğretilerdeki bazı yazarlara göre, eğer taraflar tacir ise onların kullandıkları kelimelere önem verilebilir, çünkü tacirler meslekleri gereği bu kelimelerin nitelik ve kapsamını iyi bilmek ve tartmak durumundadırlar⁴⁶⁷.

⁴⁶² BARLAS, Kredi Kartı s. 952; TURAN, s. 34.

⁴⁶³ BARLAS, Kredi Kartı s. 952, OĞUZMAN/ÖZ, s. 138; REİSOĞLU, Garanti s. 69; ŞAHİN, s. 55; TURAN, s. 34.

⁴⁶⁴ ŞAHİN, s. 55; REİSOĞLU, Garanti s. 68; TANDOĞAN, Garanti, s. 30.

⁴⁶⁵ REİSOĞLU, Garanti s. 68.

⁴⁶⁶ ÖZEN, s. 29.

⁴⁶⁷ REİSOĞLU, Kefalet, s. 34; TANDOĞAN, Borçlar s. 832; TANDOĞAN, Garanti, s. 30; YÜCE, s. 83.

Yargıtay⁴⁶⁸,a göre de “*Bir sözleşmenin yorumunda her iki tarafın gerek yanlışlıkla ve gerekse sözleşmedeki gerçek amaçlarını gizlemek için kullandıkları sözlere ve isimlere bakılmamalı, onların gerçek ve ortak amaçları objektif iyi niyet kuralları altında değerlendirilmelidir.*”

Taahhüt metni yorumlanırken sözleşmede kullanılan deyimler, sözleşmenin anlam ve amacı bir bütün halinde ve güven ilkesi çerçevesinde ele alınmalıdır. Metnin lafzına dayanılarak yapılan yorumdan bir sonuç elde edilemediği takdirde, tereddüt halinde, yükümlülük altına giren lehine yorum ilkesi, sözleşmeyi ayakta tutan yorum ilkesi gibi diğer yorum ilkelerinden yararlanılarak metin yorumlanmalıdır. Bu ilkelerin uygulanması da bir sonuç vermediği takdirde öğreti ve uygulamada kabul edilen, aşağıda ayrıntılı olarak irdelenen, kriterler uygulanarak bir sonuca ulaşılmaya çalışılmalıdır⁴⁶⁹.

II - Nitelendirmede Kullanılan Kriterler

A- Nitelendirmede Kullanılan Temel Kriterler

1- Aslilik - Fer’ilik Kriteri

Kefalet sözleşmesi ile garanti sözleşmesi ayrımı yapılırken, hemen hemen kesin sonuç verebilecek nitelikte olan kriter aslilik-fer’ilik kriteridir⁴⁷⁰. Kefilin taahhüdünün fer’i olması, onun borcunun varlığının, temel ilişkideki borcun hukuken mevcut, geçerli ve dava edilebilir olması ile doğrudan bağlantılı olması demektir. Temel ilişkideki borç herhangi bir nedenle artık sonuçlarını doğuramıyor ise buna bağlı olarak

⁴⁶⁸ Yarg. 13. HD. 18/04/1995 T. 1995/2878 E. – 1995/3954 K. (YKD, 1995, C. 21, S. 9, s. 1422).

⁴⁶⁹ BARLAS, Kredi Kartı s. 952-953; KOCAMAN, s. 74; ŞAHİN, s. 57; TURAN, s. 34 .

⁴⁷⁰ ARIK, s. 49; BARLAS, Kredi Kartı s. 950-951; KARAHASAN, s. 1207; KOCAMAN, s. 73; REİSOĞLU, Garanti, 76; SÜCÜLLÜ, s. 43; ŞAHİN, s. 51; TANDOĞAN, Borçlar s. 820; TANDOĞAN, Garanti s. 19; TURAN, s. 34; YÜCE, s. 79.

kefilin sorumluluğu da ortadan kalkmaktadır⁴⁷¹. Kısaca kefalet asıl borcu bir gölge gibi takip eder⁴⁷². Halbuki garanti sözleşmesinde mutlaka bir üçüncü şahsın belirli bir edada bulunacağını temin edilmesi gerekmez, üçüncü şahsın edada bulunmaması ihtimalinden başka tehlikeler (rizikolar) da garanti sözleşmesinin konusunu teşkil edebilir ve garanti sözleşmeleri, asıl ilişkideki borcun mevcut, geçerli ve dava edilebilir olup olmadığına bakılmaksızın varlığını sürdürür⁴⁷³. Yani garanti sözleşmesi, asıl ilişkideki sözleşmenin hukuki kaderinden etkilenmez.

Şahsi teminatı veren açıkça veya örtülü olarak, mevcut ve geçerli bir asıl borcun varlığı halinde sorumlu olmayı taahhüt etmiş ise ve teminat verenin taahhüdü asıl borç ile örtüşür nitelikte ise, bu durumda fer'i bir teminat taahhüdünün, dolayısıyla kefalet sözleşmesinin varlığı kabul edilmelidir⁴⁷⁴. Ancak sözleşme anında asıl bir borcun bulunmaması, fer'ilik ihtimalini tamamen ortadan kaldırmayacaktır. Çünkü Borçlar Kanunu m. 485 uyarınca müstakbel veya şarta bağlı borçlar için de kefil olmak mümkündür ve bu durum kefaletin fer'iliği prensibinin bir istisnası değildir. Çünkü bu takdirde de kefilin sorumluluğu için sonradan asıl borcun doğması gerekir⁴⁷⁵.

Buna karşılık teminat veren asıl borç ilişkisinden bağımsız bir şekilde, detaylı olarak kendi edimini tanımlayarak, asıl borç ilişkisi geçersiz olsa ve sona erse dahi ödeme taahhüdünde bulunmuş ise, başka bir anlatımla teminat veren teminat alanın hiçbir şekilde zarara uğramayacağına yönelik bir taahhütte bulunmuş ise, bu takdirde asli bir teminat taahhüdünün, dolayısıyla da garanti sözleşmesinin varlığı kabul edilmelidir⁴⁷⁶. Yargıtay da bu konuda aynı esası benimsemiş ve bu yönde kararlar vermiştir⁴⁷⁷.

Ancak kefilin yabancı bir borç, garanti verenin ise kendi borcu için sorumlu olması her somut olayda bir ayırım yapma imkanı vermemektedir. Çünkü kefil de

⁴⁷¹ ÖZEN, s. 23; TANDOĞAN, Garanti s. 19; YÜCE, s. 80.

⁴⁷² REİSOĞLU, Garanti s. 77.

⁴⁷³ TANDOĞAN, Garanti s. 20.

⁴⁷⁴ BARLAS, Kredi Kartı s. 956; TURAN, s. 34-35.

⁴⁷⁵ REİSOĞLU, Garanti s. 77.

⁴⁷⁶ BARLAS, Kredi Kartı s. 956; KARAHASAN, s. 1204; TURAN, s. 35.

⁴⁷⁷ Yarg. 13. HD. 04/04/2003 T. 2002/12569 E., 2003/3985 K. (akip-Açıklamalı Kanun İhtihat Programı, Versiyon 4.0).

garanti veren gibi şahsen mükellefiyet altına girmekte ve edada bulunurken kendi mükellefiyetini yerine getirmektedir. Bu yüzden de mükellef bir üçüncü şahsın bulunması halinde teminat sözleşmesinin kefalet veya garanti olduğu hususunun tespiti için somut olayın özelliklerine göre diğer kriterlere de başvurmak zorunludur⁴⁷⁸.

2- Menfaat Kriteri

Garanti sözleşmesi kural olarak tek tarafa borç yükleyen bir sözleşmedir, Garanti veren taahhüt ettiği tehlikeyi (rizikoyu) bir menfaat karşılığında yüklenmemiştir. Ancak garanti sözleşmesi ile garanti veren, umulmayan hal ve hatta kaza sebebiyle garanti verdiği tehlikenin (rizikonun) gerçekleşmemesi halinde ortaya çıkacak zararları da karşılamayı üstlenmiştir. Görüldüğü üzere garanti veren büyük bir yükümlülük altına girmektedir⁴⁷⁹. Bu tür bir ilişkinin, sırf iyi niyetten yada iyi ilişkilerden kaynaklandığı düşünülemez. Hukuki ilişkilerdeki saikler, kural olarak hukuku meşgul etmezlerse de esaslı hata olgusunun değerlendirilmesindeki gibi bazı durumlarda, bunlar değerlendirilmeksizin sonuca ulaşmak mümkün olmayabilmektedir. Garanti sözleşmesinin amacı garanti alanı belli bir amaca yöneltmek veya onun bir alacağını teminat altına almak olmakla birlikte, böylesi ağır koşullara sahip bir sözleşmeye girilmesinde saikler de rol oynamaktadır. Garanti verenin, garanti alanın belli bir tarzda hareket etmesinde, bir teşebbüse girişmesinde bir menfaati söz konusudur⁴⁸⁰. Bu menfaat garanti sözleşmelerinde belirtilmemekle birlikte, bir çoğundan bu sonuç çıkarılabilmektedir⁴⁸¹. Ancak garanti sözleşmesi bir menfaat karşılığı yapılsa da, bu halde de yine garanti verenin amacı bir menfaat elde etmek değil, garanti alanı bir teşebbüse sevk etmektir⁴⁸².

⁴⁷⁸ REİSOĞLU, Garanti, s. 77.

⁴⁷⁹ BARLAS, Kredi Kartı s. 962; KOCAMAN, s. 82; REİSOĞLU, Garanti s. 81; SÜCÜLLÜ, s. 44; TANDOĞAN, Garanti s. 26; TURAN, s. 36-37; YÜCE, s. 81.

⁴⁸⁰ ARKAN, s. 985; BARLAS, Kredi Kartı s. 962; REİSOĞLU, Garanti s. 81; TANDOĞAN, Garanti s. 26; TANDOĞAN, Borçlar s. 828.

⁴⁸¹ YÜCE, s. 81.

⁴⁸² BARLAS, Kredi Kartı s. 962; KOCAMAN, s. 82; REİSOĞLU, Garanti s. 22-25; SÜCÜLLÜ, s. 44; TANDOĞAN, Garanti s. 26; TURAN, s. 36-37.

Kefalet Sözleşmesi ise genellikle dostane ilişkiler sebebiyle, yardım için yapılır. Kefilin yükümlülük altına girmekte şahsi bir menfaati yoktur⁴⁸³.

ARKAN'a göre, bankalar da müşterilerine kefil olmakta ve garanti vermektedirler. Oysa, hiçbir zaman teminat altına alınan konuyla ilgili bir menfaatleri bulunmamaktadır. Teminat sağlamaya yönelik sözleşmenin tarafları, menfaat unsurundan tamamen bağımsız olarak, verilecek güvencenin garanti yada kefalet olmasını kararlaştırabilirler. Bu nedenle, kişisel menfaatin olup olmaması tek başına belirleyici bir unsur olarak kabul edilemez⁴⁸⁴.

Diğer yandan, işlemin genelinde kefilin özel bir menfaatinin bulunması söz konusu olabileceği gibi garanti sözleşmesi de menfaat söz konusu olmadan gerçekleşebilir. Bu sebeple menfaat kriterin mutlak şekilde kabulü bazen hatalı sonuçlara sebebiyet verebilir. Dolayısıyla somut olayda şahsi teminat verenin, şahsi teminat vermede bir menfaati varsa ve diğer kriterler uygulandığında da şahsi teminat garanti sözleşmesine yaklaşmakta ise söz konusu teminat sözleşmesinin bir garanti sözleşmesi olduğu söylenebilir⁴⁸⁵. Yargıtay da zaman zaman bu kriterden hareket ederek sonuca ulaşmıştır⁴⁸⁶.

3- Kişiyeye Yönelik İlgi - Sonuca Yönelik İlgi Kriteri

Yargıtay kararlarında ve öğretilerde savunulan bir görüşe göre şahsi teminat veren sorumluluk altına girerken asıl borçlunun kişiliğini göz önüne alarak ve bunun esas tutarak hareket ediyor ise bu durum onun iradesinin kefalet sözleşmesi yapma yönünde olduğunun bir göstergesidir. Buna karşılık, şahsi teminat veren asıl borçlunun kişilik özellikleriyle ilgilenmeyip, doğrudan doğruya belirli bir sonucu göz önünde tutarak ve onu hedefleyerek hareket etmiş ise şahsi teminat verenin bu tutumu garanti

⁴⁸³ SÜCÜLLÜ, s. 44; TANDOĞAN, Garanti s. 27; TURAN, s. 37; REİSOĞLU, Garanti s. 81.

⁴⁸⁴ ARKAN, s. 988.

⁴⁸⁵ BARLAS, Kredi Kartı s. 962-963; KARAHASAN, s. 1204; REİSOĞLU, Garanti, s. 82; REİSOĞLU, Kefalet s. 86; SÜCÜLLÜ, s. 45; TANDOĞAN, Borçlar s. 828; TURAN, s. 37; YÜCE, s. 81-82.

⁴⁸⁶ bkz. Yarg. 11. HD. 28/01/2002 T. 2001/10654 E. – 2002/506 K; 08/12/2003 T. 2003/4557 E. – 2003/11483 K. Sayılı kararlar (akip-Açıklamalı Kanun İçtihat Programı, Versiyon 4.0).

taahhüdünün varlığına işaret eder⁴⁸⁷. Başka bir deyişle kefalet sözleşmesi, belli bir borcun ifasını teminat altına aldığından borçluya yöneliktir. Garanti sözleşmesi, garanti veren garanti alanın (alacaklının) belli bir edayı elde etmeyi taahhüt ettiğinden, alacaklıya ve sonuca yöneliktir⁴⁸⁸.

Her ne kadar kefalet sözleşmesinde şahıs ön planda ise de, kefil borcun ödenmemesi halinde, kendisinin sorumlu olacağına ilişkin bir teminat vermekle aslında belli bir sonucu nazara alarak taahhütte bulunmuştur. Diğer taraftan her ne kadar garanti sözleşmesinde belli bir sonuca yönelik teminat taahhüdü söz konusu olsa da, garanti veren bir teşebbüste bulunmaya sevk ettiği kişinin kişilik özelliklerini dikkate almaktadır⁴⁸⁹. Bu sebeple bu kriter şahsi teminat taahhüdünün niteliğinin tespitinde tek başına yeterli değildir. Ancak diğer kriterlerle birlikte kullanıldığında bir sonuca varılabilir⁴⁹⁰.

4- Şahsi Teminat Veren Tarafından Yüklenilen Yükümlülüğün

Kapsam ve Niteliği Kriteri

Öğretide⁴⁹¹ ve uygulamada⁴⁹² kabul edilen bu kritere göre şahsi teminat verenin asıl borçlu gibi yükümlülük altına girme amacını taşıyan sözleşmenin kefalet sözleşmesi, asıl borçlunun borcunu aşabilecek, bir başka deyimle lehine taahhüt altına girilen alacaklının hiçbir şekilde zarara uğramayacağını teminat altına almaya yönelik sözleşmenin ise garanti sözleşmesi olarak nitelendirilmesi gerekmektedir.

⁴⁸⁷ BARLAS, Kredi Kartı, s. 963; REİSOĞLU, Kefalet s. 51; REİSOĞLU, Garanti s. 83; SÜCÜLLÜ, s. 46; ŞAHİN, s. 55; TANDOĞAN, Borçlar s. 831; YÜCE, s. 82; Yarg. HGK. 04/07/2001 T. 2001/19-534 E. – 2001/583 K. (İŞGÜZAR, s. 205 vd); Yarg. 11. HD. 28/01/2002 T. 2001/10654 E. – 2002/506 K. (YKD, 2002, C. 28, S. 8, s. 1190 vd); Yarg. 11. HD. 08/12/2003 T. 2003/4557 E. – 2003/11483 K.

⁴⁸⁸ ARKAN, s. 989; KOCAMAN, s. 76; REİSOĞLU, Garanti s. 82-86; REİSOĞLU, Kefalet s. 87-88; SÜCÜLLÜ, s. 46; ŞAHİN, s. 52.

⁴⁸⁹ REİSOĞLU, Garanti s. 14, TURAN, s. 38.

⁴⁹⁰ BARLAS, Kredi Kartı s. 963, REİSOĞLU, Garanti s. 83; REİSOĞLU, Kefalet s. 87; TURAN, s. 38; YÜCE, s. 83.

⁴⁹¹ REİSOĞLU, Garanti s. 80.

⁴⁹² Yarg. HGK. 04/07/2001 T. 2001/19-534 E. 2001/583 K. (İŞGÜZAR, s. 205 vd).

Ancak REİSOĞLU⁴⁹³,na göre bu kriterin ancak bazı özel durumlarda uygulanması mümkündür. Eğer üçüncü şahsın sorumlu olmadığı bazı haller de tekeffül edilmiş ise, - mesela beklenilmeyen haller dolayısıyla edanın vuku bulmaması veya üçüncü şahsın borcunun sona ermesi halinde dahi sorumluluğun devamı kabul edilmiş ise – bir garanti sorumluluğu söz konusu olacaktır.

B- Nitelendirmede Kullanılan Yan Kriterler

1- Temel Borç İlişkisine Atıf Yapılması

Şahsi teminat verenin asıl borç ilişkisine atıf yaparak taahhüt altına girmesinden taahhüdün fer'i nitelikte olduğu, yani bir kefalet sözleşmesi olduğu sonucu çıkarılabilir. Ancak böyle bir sonucun çıkarılabilmesi için teminat verenin, üçüncü kişinin teminat alan ile aralarındaki ilişkiden doğan borcunu ifa etmemesi halinde, bundan sorumlu olmayı taahhüt etmiş olması gerekir⁴⁹⁴.

Şahsi teminat veren, teminat alana karşı üçüncü kişinin taahhüdünü aşacak nitelikte ve teminat alanın hiçbir şekilde zarara uğramayacağı yönünde bir teminat taahhüdünde bulunmuş ise, artık asıl borç ilişkisine atıf yapılmış olsa dahi taahhüdün fer'iliğinden söz edilemez⁴⁹⁵. Bu durumda tarafların bağımsız bir garanti sözleşmesi yapma iradesiyle hareket ettiklerinin kabulü gerekir. Bu sebeple başka bir borç ilişkisine yapılan atıf tek başına sonuca ulaşmaya yeterli değildir.

⁴⁹³ REİSOĞLU, Garanti s. 81.

⁴⁹⁴ TURAN, s. 35.

⁴⁹⁵ BARLAS, Kredi Kartı s. 957; TURAN, s. 35.

2- Def'i ve İtirazlardan Feragat Edilmesi

Şahsi teminat verenin tümüyle def'i ve itirazlardan feragat etmesi temel borç ilişkisiyle ilgilenmediğini, temel borç ilişkisinden bağımsız olarak kendi taahhüdü çerçevesinde sorumlu olacağını gösterir. Bu da teminatın asli nitelikte olduğunu kabul etmeyi gerektirir⁴⁹⁶. Yargıtay da 11/06/1969 tarih ve 1969/4 E. – 1969/6 K. sayılı içtihadı birleştirme kararında, kefilin, ileri sürmekle mükellef olduğu def'ilerden feragat ederek, asıl borçlunun yükümlülüğünün üstünde, asıl borçtan bağımsız olarak taahhüt altına girilmiş olması sebebiyle banka teminat mektuplarını garanti sözleşmesi olarak kabul etmiştir⁴⁹⁷.

Ancak yine de her bir somut olayda kefaletin veya garantinin şartlarının gerçekleşip gerçekleşmediği araştırılmalıdır. Her def'iden feragat şahsi teminatı kefalet veya garanti yapmaz⁴⁹⁸. Şahsi teminat sözleşmelerinde, teminat verenin peşin dava (tartışma) def'i ve bölme def'inden⁴⁹⁹ vazgeçtiğine ilişkin bir kaydın yer alması teminat sözleşmesinin kefalet sözleşmesi olduğuna işaret eder. Çünkü söz konusu olan her iki def'i de kefile kanunen tanınmış olan haklardır⁵⁰⁰.

REİSOĞLU ise kefilin başlangıçta asıl borçluya ait def'ilerden feragat etmesinin bağımsız olarak bir borç yüklenme hususunda kesin bir kriter olmadığını, fer'i bir mükellefiyet yüklenmek isteyen bir kimsenin de alacaklının ısrarı üzerine bazı def'ilerden feragatinin mümkün olduğunu savunmaktadır. Yazara göre bu durumda bir garanti sözleşmesinin mevcudiyetini kabul etmek, kanun koyucunun kefilin koruma gayesini göz önünde tutmamak olur. Def'ilerden feragatin bir garanti sözleşmesi anlamına geldiği diğer kriterlerle birlikte tespit edilemediği takdirde kefaletin kabul edilmesi daha isabetlidir. Ancak kefaletin fer'i niteliği, bu nevi defi'lerden feragati imkansız kıldığından, kefilin asıl borçluya ait def'ilerden feragatini hükümsüz saymak

⁴⁹⁶ BARLAS, Kredi Kartı s. 958-960; KOCAMAN, s. 76; ŞAHİN, s. 52; TANDOĞAN, Borçlar s. 824; TURAN, s. 35.

⁴⁹⁷ Karar için bkz. akip-Açıklamalı Kanun İçtihat Programı, Versiyon 4.0.

⁴⁹⁸ ŞAHİN, s. 52.

⁴⁹⁹ Belirtilen def'iler hakkında ayrıntılı açıklama için bkz. ATAOL, s. 19-54; ÖZEN, s. 217-228.

⁵⁰⁰ BARLAS, Kredi Kartı s. 967; KAHYAOĞLU, s. 39; ÖZEN, s. 35; TANDOĞAN, Borçlar s. 827; TURAN, s. 39.

gerekir. Teminat sözleşmesinin kuruluşu anında asıl borçluya ait def'ilerden feragat halinde bir kefalet sözleşmesi mi, yoksa bir garanti sözleşmesinin mi bulunduğu hususunda bir tereddüt oluşabilirse de, sonradan kefalet sözleşmesinde yapılacak değişiklikle def'ilerden feragatin hükümsüz sayılması gerekir⁵⁰¹.

3- Sözleşmede “İlk Talepte Ödeme” Kaydının Yer Alması

Şahsi teminat sözleşmesinde alacaklının talebi üzerine, derhal ödeme yapılacağına ilişkin bir kaydın yer alması ilk bakışta def'ilerden feragat edildiği ve dolayısıyla şahsi teminatın asli nitelikte olduğunu işaret ediyor gibi görünse de, yalnız başına böyle bir kayıt şahsi teminatın asli nitelikte olduğunun kabulü için yeterli değildir. Böyle bir kayıt asli nitelikteki garanti sözleşmesinde yer alabileceği gibi fer'i nitelikteki kefalet sözleşmelerinde de yer alabilir⁵⁰².

Taraflar arasında “ilk talepte ödeme” mutabakatı, şahsi teminat veren tarafından, ileri sürülen talebinin haklılığının sorgulanmayacağı, bu talebin haklılığını ortadan kaldıran olguların ileri sürülemeyeceği anlamına da gelir. Teminat altına alınan edim bir borcun konusunu oluşturuyor ise, bu borcun varlığına, geçerliliğine ve dava edilebilirliğine ilişkin savunmaların, teminat verence ileri sürülemeyeceği sonucu da bu mutabakattan çıkarılabilir. Ne var ki teminat altına alınan edimini konusunu oluşturduğu borca ilişkin her türlü savunmadan, kesin bir biçimde vazgeçildiği, dolayısıyla fer'i olmayan, bağımsız bir yükümlülük altına girildiği sonucu “ilk talepte ödeme” kaydından çıkarılamaz. Teminat veren kişinin iradesi, alacaklının ilk talebi üzerine gecikmeksizin ifada bulunmak, ancak sonradan alacaklının talebinin haksızlığı anlaşılırsa, iade istemek yönünde de olabilir. Bu olasılıkta asıl borç ilişkisine ilişkin savunma sebeplerinden kesin olarak vazgeçme değil, bunların ileri sürülmesinden geçici olarak vazgeçme söz konusudur. O halde “ilk talepte ödeme” kaydına başkaca bir takım olguların eklenmesi, garanti sözleşmesinin bulunduğu yönünde bir nitelendirme yapmak için zorunludur⁵⁰³. Örneğin teminat veren, alacaklının ilk talebinde ödeme yapacağını belirttiikten başka, temel borç ilişkisinden kaynaklanan itiraz ve def'i türünden

⁵⁰¹ REİSOĞLU, Garanti s. 109-110.

⁵⁰² BARLAS, Kredi Kartı s. 961; KAHYAOĞLU, s. 396-37; TURAN, s. 36.

⁵⁰³ ÖZEN, s. 33.

savunmalardan kesin bir biçimde vazgeçtiğini de ayrıca belirtmiş ise, sözleşmenin lafzından yola çıkarak, garanti sözleşmesine yönelik bir iradenin bulunduğu sonucu çıkarılabilir. İlk talepte ödeme kaydının yer aldığı teminat sözleşmesi uluslar arası ticari alanda kalan bir işleme ilişkin bir teminat verme amacıyla yapılmışsa, yine garanti sözleşmenin varlığı yönünde bir belirtinin bulunduğu söz edilebilir. Uluslar arası ticari alanda kalan işlemler için verilen teminatların garanti sözleşmesi türünden olması yolundaki teamül, ilk talepte ödeme kaydına eklenince, garanti sözleşmesinin varlığına ilişkin belirtilerden söz etmek mümkün hale gelmektedir. Verilen örnekler göstermektedir ki, sadece “ilk talepte ödeme” kaydının bulunması değil, bu kayda eklenen başkaca olgular sayesinde, garanti sözleşmesinin varlığı yönünde bir belirti ortaya çıkmaktadır. İlk talepte ödeme kaydına eklenen olgular, ilk örnekte “temel borç ilişkisinden kaynaklanan savunmalardan (açık veya örtülü biçimde) vazgeçme” olgusu, ikinci örnekteyse “uluslar arası nitelikte ticari işleme ilişkin teminat verilmesi” olgusudur⁵⁰⁴.

Öğretide “*ilk talepte ödeme*” kaydının teminat sözleşmesinin nitelendirilmesindeki etkisi bakımından değişik yaklaşımlar göze çarpmaktadır. TANDOĞAN⁵⁰⁵, a göre ilk talepte ödeme kaydı, genellikle asıl borç ilişkisine ilişkin itiraz ve def’ilerden vazgeçme iradesini de gösterir. Bu türlü bir vazgeçmenin de asıl borç ilişkisinden bağımsız bir yükümlülüğe yol açacağı ve bir garanti sözleşmesinin varlığını göstereceği açıktır. ARAL⁵⁰⁶, Türk Hukukunda, Alman Hukukunun aksine ilk talepte ödeme kaydını içeren kefalet sözleşmesi anlayışının yaygın olmadığını, bu nedenle ilk talepte ödeme kaydının garanti sözleşmesi lehine güçlü bir belirti teşkil edeceğini söylemektedir. KAHYAOĞLU⁵⁰⁷, fer’ilik yönünde kuvvetli deliller bulunmadıkça, ilk talepte ödeme kaydının bağımsızlığa, dolayısıyla garanti sözleşmesine yönelik kuvvetli bir işaret olduğu kanaatindedir.

Sonuç olarak kanaatimizce “*ilk talepte ödeme*” kaydının varlığı tek başına şahsi teminat sözleşmesinin garanti sözleşmesi olduğunu göstermez. Diğer kriterler de

⁵⁰⁴ ÖZEN, s. 34.

⁵⁰⁵ TANDOĞAN, Borçlar s. 824; ARKAN, s. 987-988.

⁵⁰⁶ ARAL, Fahrettin, Banka Teminat Mektuplarının Hukuki Niteliği ve Kefaletten Farkları, (Armağan), Prof. Dr. Fikret EREN’e Armağan, Ankara, 2006, s. 141.

⁵⁰⁷ KAHYAOĞLU, s. 36-37.

şahsi teminatı garantiye yaklaştırıyor ise teminat sözleşmesinin garanti sözleşmesi olduğu kabul edilebilir⁵⁰⁸.

4- Rücu Hakkı Konusunda Özel Düzenleme Getirilmesi

Şahsi teminat sözleşmesinde rücu hakkı hususunda özel bir düzenleme yapılması, örneğin teminat verenin teminat alanı tam olarak tatmin etmeden üçüncü şahsa rücu edemeyeceğinin kararlaştırılmış olması, şahsi teminatın kefalet olduğuna işaret eder. Çünkü garanti sözleşmesinde garanti veren asıl borç ilişkisinden bağımsız bir borç yüklenmiştir. Bu nedenle de rücu garanti sözleşmesine uygun düşmez⁵⁰⁹.

5- Müteselsilen Sorumluluk Yüklenme

Teminat veren asıl borçlu ile birlikte müteselsilen sorumlu olmayı üstlenerek, doğrudan temel borç ilişkisine atıf yapmış ve asıl borçlunun sorumluluğuna paralel bir sorumluluk üstlenmiş ise, bu takdirde teminat taahhüdünün fer'i nitelikte olduğundan ve dolayısıyla kefalet sözleşmesinin varlığından söz edilebilir. Çünkü böyle bir yükümlülük asıl borç ilişkisinden bağımsız bir sözleşme niteliğinde olan garanti sözleşmesi ile bağdaşmaz⁵¹⁰.

6- Şahsi Teminat Veren Yükümlülüğünün, Edimin Kusurlu Olarak Yerine Getirilmemesi Şartına Bağlanması

Teminat veren kişi, bir edimin yerine getirilmesiyle yükümlü olan üçüncü bir kişinin, bu edimi kusurlu olarak yerine getirmemesi olasılığı için sorumluluk üstlenmiş ise kefalet sözleşmesi doğrultusunda bir iradeye sahip olduğu söylenebilir. Teminat

⁵⁰⁸ BARLAS, Kredi Kartı s. 961; KAHYAOĞLU, s. 36-37; ÖZEN, s. 33-34; TURAN, s. 36.

⁵⁰⁹ KOCAMAN, s. 77; TURAN, s. 39.

⁵¹⁰ BARLAS, Kredi Kartı s. 965; ÖZEN, s. 34; ŞAHİN, s. 53; TANDOĞAN, Borçlar s. 826; TANDOĞAN, Garanti, s. 30; TEKİNALP, s. 381; TURAN, s. 39.

verenin sorumlu tutulmasının ön koşulu olarak “edimin kusurlu olarak yerine getirilmemesi” olgusunun kararlaştırılması, teminat vereni, borca aykırılık gerçekleştiğinde sorumlu tutabilmek anlamına gelir. O halde bir edimin geçerli bir borca konu olmasına bağlı olarak teminat altına alınması söz konusudur ki, bu durum, fer’i sorumluluk altına girme iradesinin de göstergesidir⁵¹¹. Buna karşılık asıl ilişkide borçlu konumunda olan kişinin sorumlu olmadığı bazı durumlardan, teminat verenin sorumlu olduğuna ilişkin açıklamalar, verilen teminatın bir garanti olduğuna ilişkin belirtiler olarak değerlendirilebilir⁵¹².

III- Nitelendirmeye İmkan Tanımayan Kriterler ve Eleştirileri

A- Tali Sorumluluk - Birinci Derecede Sorumluluk Kriteri

Borçlar Kanunu m. 486 adi kefalette kefilin sorumluluğunun tali olduğunu hükme bağlamaktadır. Kefil ancak kefalet sözleşmesinden sonra borçlunun iflas etmesi veya hakkında takibat icra olunup da alacaklının kusuru olmaksızın semeresiz kalması veya borçlu aleyhine Türkiye’de takibat icrasının imkansız hale gelmesi halinde ödemeye mükelleftir. Buna karşılık garanti verenin mükellefiyeti birinci derecedir. Garanti alan için zarar ortaya çıktığı anda garanti veren için tazmin borcu doğmaktadır⁵¹³.

Sorumluluğun tali olup olmamasının teminat sözleşmesinin sonuçları bakımından önemi vardır. Sorumluluğun derecesini tayin için taahhütte bulunanın kefil olarak mı yoksa garanti veren olarak mı hareket ettiğinin bilinmesi icap eder. Halbuki sorumluluğun tali olup olmadığının tespiti böyle bir imkanı vermemektedir. Çünkü kefilin her zaman için ilk önce asıl borçlunun takip edilmesi hakkından feragat etmesi, doğrudan doğruya kendisine müracaatı kabul etmesi mümkündür. Bundan başka müteselsil kefalette de Borçlar Kanunu m. 487 uyarınca alacaklının doğrudan doğruya kefile müracaat hakkı vardır. Garanti verenin ise, ilk önce mükellef üçüncü şahsın takip

⁵¹¹ BARLAS, Kredi Kartı s. 965-966; ÖZEN, s. 35; TANDOĞAN, Borçlar s. 53.

⁵¹² BARLAS, Kredi Kartı s. 963-964; ÖZEN, s. 35.

⁵¹³ REİSOĞLU, Garanti s. 75.

edilmesi şartını sözleşmeye koydurmasına herhangi bir engel yoktur⁵¹⁴. Bu sebeple sorumluluğun tali veya birinci derecede olduğunun tespiti sözleşmenin niteliğinin de tespitine imkan vermemektedir.

B- Aynen İfa Yükümlülüğü - Tazminat Ödeme Yükümlülüğü

Kriteri

Bu kriterde şahsi teminat taahhüdünün nitelendirilmesinde, şahsi teminat verenin neyi üstlendiğine bakılmaktadır. Buna göre, kefalet sözleşmesinde kefil, asıl borçlunun borcunu ifa etmemesi durumunda ifayı onun yerine üstlenirken, garanti sözleşmesinde garanti verenin yükümlülüğü sadece ifanın gerçekleşmemesi halinde tazminat ödemekten ibarettir. Özetle, teminat veren borcun ifasını üstlenmiş ise ortada bir kefalet sözleşmesi, tazminat ödemeyi üstlenmiş ise bir garanti sözleşmesi var demektir⁵¹⁵.

Ancak kefalet sözleşmesinin özellikleri nazara alındığında bu kriter teminatın niteliğinin tespitinde doğru olmayan sonuçlara götürebilir. Çünkü kefil asıl borçlunun borcunu ifa etmeyip, borçlunun borcunu ödememesi halinde kefalet sözleşmesinden kaynaklanan kendi borcunu ifa etmektedir⁵¹⁶. Kefilin edimi de garanti verenin ki gibi alacaklının ifaya olan menfaatini tazminden ibarettir. Bunun dışında kefil asıl borçlunun edimini yerine getirmemektedir. Uygulamada kefalet genellikle para borçları için yapılmaktadır. Bu durum ise kefilin borcunun, alacaklının asıl borçlunun edimine menfaatini, tazminden ibaret olduğunun anlaşılmasını zorlaştırmaktadır. Kefaletin, konusu paradan başka olan borçlar için de yapılması mümkündür. Özellikle şahsen ifası gereken borçlarla, kaçınma borçlarına kefalette, kefilin ediminin tazminat niteliğinde olduğu açıktır. Garanti veren de, garanti alana karşı borcunu, edimini taahhüt ettiği üçüncü kişinin ediminin aynısını yapmak suretiyle yerine getirebilir. Bu nedenle

⁵¹⁴ REİSOĞLU, Garanti s. 75-76.

⁵¹⁵ BARLAS, Kredi Kartı s. 964; SÜCÜLLÜ, s. 46-47; TANDOĞAN, Borçlar, s. 829; TANDOĞAN, Garanti. s. 28.

⁵¹⁶ BARLAS, Kredi Kartı s. 964; TANDOĞAN, Borçlar s. 697; TURAN, s. 38.

şahsi teminat verenin ediminin tazminat niteliğinde olup olmaması, kefalet sözleşmesini garanti sözleşmesinden ayırtmak için yeter düzeyde bir kriter olmamaktadır⁵¹⁷.

C- Yazılı Şekil - Sözlü Şekil Kriteri

Kefalet sözleşmesinin Borçlar Kanunu m. 484 uyarınca yazılı şekilde yapılmasının zorunlu olması, buna karşılık garanti sözleşmesinin şekle tabi olmadan yapılmasının mümkün olması iki sözleşme arasında bir ayırım imkanı vermez. Çünkü Garanti sözleşmesinin de kanuni bir zorunluluk olmamasına rağmen taraflarca yazılı olarak yapılması mümkündür. Üçüncü kişinin fiilini taahhüdün sözlü olarak taahhüt edilmesi halinde, tarafın garanti veren olarak hareket ettiği, kefil olarak hareket etse idi yazılı olarak taahhüt altına gireceği de ileri sürülemeyecektir. Çünkü, vaat edenin fer'i olarak borç altına girmek istemesi, buna karşılık şekil şartlarına uyulmadığı için ortada geçerli olmayan bir kefalet sözleşmesinin bulunması mümkündür⁵¹⁸. Bu sebeple yazılı şekil sözlü şekil kriteri her iki sözleşmeyi birbirinden ayırtmaya elverişli bir kriter değildir.

D- Tarafların Farklılığı Kriteri

Bir fikre göre⁵¹⁹ “Kefaletle vaat edilen teşebbüsün alacaklılarıdır. Garanti mukavelesinde ise, alacaklılar bir çok hallerde önceden belli değildir. Esasen bunlar temin edilmemekte, zarardan korunmamaktadırlar. Garanti verenin iradesi, teşebbüs dolayısıyla müteşebbis için doğacak rizikoyu yüklenmeye yönelmiştir.” Garanti sözleşmesi için yabancı bir borcun mevcudiyeti önemli olmadığından herhangi bir alacaklının temininden bahsedilemeyeceği doğrudur. Garanti veren garanti alanın sadece bir zarara uğramayacağını vaat etmekte, onun alacaklı sıfatı ile ilgilenmemektedir. Ancak kefalet sözleşmesinden ayırımı güçlük arz eden teminat amaçlı (kefalet benzeri) garanti sözleşmelerinde, garanti alan kefalet sözleşmesindeki alacaklıya tekabül etmektedir. Burada teşebbüs bir alacak şeklinde ortaya çıkmakta ve

⁵¹⁷ ŞAHİN, s. 54; TANDOĞAN, Garanti, s. 28-29; REİSOĞLU, Garanti s. 72-73.

⁵¹⁸ REİSOĞLU, Garanti s. 70.

⁵¹⁹ Averdunk ve Knipp'ten naklen REİSOĞLU, Garanti s. 71.

garanti alan alacağından dolayı tekeffül edilmektedir. Alacaklıların belli olmaması, kefaletle karıştırılmaları söz konusu olmayan yöneltme amaçlı (saf) garanti sözleşmeleri içindir. Yöneltme amaçlı (saf) garanti sözleşmelerinde bir şahsın başarılı olmaması teşebbüsün alacaklılarına karşı bir borçlanma şeklinde ortaya çıkmakta, garanti alan alacaklı değil, fakat borçlu durumunda bulunmaktadır. Bu halde ise garanti verenin, teşebbüsün alacaklılarına karşı bir mükellefiyetinden bahsedilemeyecektir. Böylece tarafların farklılığı dolayısıyla bir ayırım yapma gayreti de sonuçsuz kalmaktadır⁵²⁰.

E- Alacak - Teşebbüs Kriteri

Garanti veren bir teşebbüsün rizikosunu üzerine almaktadır. Eğer teşebbüsten bir sınai işletme, bir şirket veya bir derneğin faaliyetinin tekeffül edilmesi anlaşılacak olur ise bu takdirde garanti sözleşmesini kefalet sözleşmesinden ayırtmaya yarayacak bir kriter bulunabilecektir. Zira alacak ilişkisi bu anlamda bir teşebbüs telakki edilmez. Ancak bu fikre iştirak edilmesi mümkün değildir. Çünkü teşebbüs en geniş anlamında kabul edilmekte olup alacaklının üçüncü bir şahısla bir borç ilişkisine girişmesi de bir teşebbüstür. Garanti alana olduğu gibi, alacaklıya da teşebbüsün muvaffakiyeti temin edilmektedir. Ancak kefalette teşebbüs çoğunlukla bir alacakla temsil edilmektedir. Bu sebeple teşebbüse girişme her iki sözleşme arasında ayırım yapılması için bir kriter olarak kabul edilemez⁵²¹.

F- Rizikonun Mahiyeti Kriteri

Her iki sözleşmede de meydana gelmesi şüpheli bir olayın sonucu taahhüt edildiğinden bir riziko (tehlike) yüklenilmesi söz konusu olmaktadır. Rizikonun mahiyeti bakımından ise durum farklıdır. Genellikle kefil, asıl borçlunun arkasına saklanır, ancak onun tediye edememesi halinde borcu ortaya çıkarken ve asıl borçluya ait def'ileri alacaklıya karşı ileri sürmek suretiyle bu rizikoyu asgari haddine indirirken, garanti verenin mükellefiyeti zararın ortaya çıkması anında belirlemektedir. Ancak bu

⁵²⁰ REİSOĞLU, Garanti s. 72.

⁵²¹ REİSOĞLU, Garanti s. 70-71.

farklılık iki sözleşme arasında bir ayırım imkanı tanımamaktadır. Çünkü garanti verenin de yüklendiği rizikoyu sözleşme ile sınırlandırması mümkündür. Örneğin ancak mükellef olan üçüncü şahsa müracaattan sonra, garanti verenden tazminat talebinde bulunulabileceği taraflarca garanti sözleşmesinde kararlaştırılabilir⁵²².

G- Para Borcunun Tekeffülü - Bir Fiilin Tekeffülü Kriteri

Borçlar Kanunu m. 110'da başkasının fiilini taahhütten bahsedilmektedir. Bu maddeden sadece üçüncü şahsın bir hareketinin taahhüdü anlaşılır ise, bu takdirde bazı hallerde garanti sözleşmesini kefalet sözleşmesinden ayırtmak mümkün olacaktır. Bir para borcunun tekeffülü halinde – ki kefalette genellikle para borçları söz konusu olmaktadır – belirli bir fiil tekeffül edilmediği için başkasının fiilini taahhütten bahsedilemeyecektir⁵²³.

Ancak para borçlarının tekeffülü bir garanti sözleşmesinin de konusunu oluşturabileceğinden, para borçlarının garanti edilmesi halinde mutlaka bir kefaletin bulunacağı kabul edilemez. Yine kefaletin konusu sadece para borçları değil, fakat bir borcun edası, bir yapma veya kaçınma borcu ile hukuki-fiili bir hareket gibi diğer bir mükellefiyet olabileceğinden, üçüncü şahsın belirli bir fiilinin taahhüt edilmesi halinde de mutlaka Borçlar Kanunu m. 110'un uygulanacağı da ileri sürülemez⁵²⁴.

IV - Şüphe Halinde Kefalet Karinesi

Öğretide⁵²⁵, kabul edilen tüm kriterlerin uygulanmasına rağmen şahsi teminatın niteliği tam olarak tespit edilemiyor ise, yani Borçlar Kanunu 18/1 maddesi anlamında tarafların gerçek iradeleri belirlenemediğinde, şahsi teminatın kefalet olduğu yönünde bir karine kabul edilmiştir. Yapılacak nitelendirme bakımından ortaya çıkan

⁵²² REİSOĞLU, Garanti s. 71.

⁵²³ REİSOĞLU, Garanti s. 73.

⁵²⁴ REİSOĞLU, Garanti s. 74.

⁵²⁵ BARLAS, Kredi Kartı, s. 963; ÖZEN, s. 38; REİSOĞLU, Garanti, s. 87-88; TANDOĞAN, Borçlar s. 832; TEKİNALP, s. 381; TURAN, s. 40; YÜCE, s. 83.

şüpheli durum, kefalet karinesinin uygulanmasıyla aşılabacaktır. Ne var ki söz konusu karinenin uygulanmasını gerekçelendirmek bakımından değişik dayanaklar kabul edilir. Bir görüşe göre, şüpheli durumlarda yükümlülük altına giren için daha elverişli olan nitelendirmenin seçilmesi gerekir. Fer'i bir yükümlülük doğuran kefalet sözleşmesi, asli bir yükümlülük doğuran garanti sözleşmesine göre, yükümlülük altına giren için daha elverişli sonuçlar doğurmaktadır. Kefalet sözleşmesi doğrultusunda bir nitelendirmenin benimsenmesi, ayrıca kefil koruyucu hükümlerden yararlanma olanağını da yükümlülük altına giren şahsi teminat verene açmaktadır⁵²⁶. Bir diğer görüşe göre, şüpheli durumlarda kefalet sözleşmesi lehine bir nitelik tercihinde bulunulmasının dayanağı, belirtilen bu gerekçe olamaz. Borçlunun veya yükümlünün korunması ve borçlu lehine yorum yapılması tarzında bir ilke özel hukukumuzda yoktur ve olamaz da. Öncelikle Anayasal eşitlik ilkesi böyle bir kabule engel oluşturur. Hakkaniyetin de her zaman için borçlunun korunmasını gerektirdiği söylenemez. Borçlunun, ekonomik ve sosyal açıdan alacaklı karşısında daha zayıf olduğu olasılıklarda, özel bir korunmayı hak ettiği söylenebilir. Ancak borçlunun her zaman için daha zayıf durumda bulunması söz konusu olmaz. Teminat verenin, teminat alan karşısında ekonomik yönden çok daha güçlü olduğu olasılıklar (bankaların gerçek kişilere teminat vermesi gibi), hiç de az değildir. Şüpheli durumlarda kefalet nitelemesinin benimsenmesi gerekliliği, kefaletle ilişkin (özellikle şekil ve ehliyet konusundaki) emredici düzenlemelerin dolanılmasını engelleme kaygısında yatar. Hakim şüpheli durumlarda kefalet nitelemesini benimseyerek, kefaletle ilişkin emredici düzenlemenin dolanılmasına yardımcı olmamalıdır⁵²⁷.

Uluslararası işlemlerle bağlantılı olarak verilen teminatların nitelendirilmesinde kuşku bulunan durumlarda, bu alandaki teamüle de uygun olarak, garanti sözleşmesi lehine bir nitelendirme yapılması gerektiği de ileri sürülmektedir. Buna göre hem uluslar arası işlemlerle bağlantılı teminatlar açısından, hem de uzman kuruluşlar olan bankaların verdiği teminatlar bakımından, kefalet lehine değil, garanti lehine bir karinenin bulunduğundan söz etmek, daha isabetli olur⁵²⁸. Buna karşılık

⁵²⁶ BARLAS, Kredi Kartı s. 967-968; KOCAMAN, s. 74-75; ÖZEN, s. 38; REİSOĞLU, Garanti s. 88; ŞAHİN, s. 58; TANDOĞAN, Borçlar s. 832; TURAN, s. 40; YÜCE, s. 83.

⁵²⁷ BARLAS, Teminat Mektupları s. 39; ÖZEN, s. 38; TANDOĞAN, Borçlar s. 832; TANDOĞAN, Garanti s. 30; Borçlunun korunmasının bir yorum ilkesi olamayacağı hakkında ayrıca bkz. EREN, s. 20.

⁵²⁸ BARLAS, Kredi Kartı s. 968; ÖZEN, s. 39.

gerçek kişilerin verdiği teminatlarda kefalet karinesinin özel bir ağırlık taşıdığı ve tüm gücüyle etkili olacağı belirtilmesini de eklemek gerekir⁵²⁹.

&4- Kefalet ve Garanti Ayırımına İlişkin Kriterlerin Kredi Kartı İlişisine Uygulanması

Kredi kartı uygulamasının yaygınlaşarak artması beraberinde bir takım sorunları da getirmiştir. Kredi kartı sözleşmesi yapılırken, teminat veren kişiler çoğu kez teminat taahhüdüne ilişkin sözleşmeyi okumadan imzalamaktadırlar. Kefil olmak üzere hareket eden teminat veren, teminat metnini okumadan, aslında garanti sözleşmesi niteliğinde olan teminat taahhüdünü imzalamaktadır. Teminat veren sözleşmeyi kefil olma arzusu ile imzalamış olsa bile garanti sözleşmesi olarak kurulmaktadır. Teminat veren hatayı öğrendikten sonra Borçlar Kanunu 24. maddesine dayanarak 1 yıl içinde sözleşmeyi iptal edebilir. Ancak banka yetkilisi, teminat verenin kefil olma arzusu ile sözleşmeyi imzaladığını biliyor veya bilebilecek durumda ise ve buna rağmen kişinin garanti taahhüdünü imzalamasını sağlamış ise, her ne kadar teminat veren sözleşmeyi imzalamış ise de sözleşme kurulmamıştır. Çünkü sözleşmenin kurulması için taraf iradelerinin birbirine uygun olması gerekir (Borçlar Kanunu m. 1). Burada taraflardan birisi kefalet sözleşmesi yapma arzusu ile, diğeri ise garanti sözleşmesi yapma arzusu ile hareket etmiştir⁵³⁰.

Kart çıkaran kuruluşların, kefalet sözleşmesinin detaylı şartlarından ve özellikle de kefil koruyan hükümlerinden kurtulmak için kefalet sözleşmesine göre garanti vereni daha az koruyan ve detaylı şekil şartları bulunmayan garanti niteliğinde şahsi teminat sözleşmesi yapma yoluna başvurmaları sorunları daha da artırmıştır. Çünkü kart çıkaran kuruluşlar, uzun yıllar matbu olarak düzenledikleri kefalet şerhini garanti şerhine çevirirken bir takım ayrıntıları gözden kaçırmış ve aslında kefalet sözleşmesi niteliği taşıyan teminat metninin başlığını “*garanti şerhi*” olarak değiştirerek şahsi teminatı garanti olarak nitelendirmişlerdir. Bu uygulamanın sonucu olarak kredi

⁵²⁹ BARLAS, Kredi Kartı s. 968; KUNTALP, Kredi Kartı s. 297; ÖZEN, s. 39.

⁵³⁰ BARLAS, Kredi Kartı s. 970.

kartı sözleşmelerinde yer alan şahsi teminatın niteliğinin belirlenmesi sorunu ortaya çıkmış ve bu sorun yargı organlarını oldukça meşgul etmiştir⁵³¹.

Öğretide savunulan bir görüşe göre⁵³² ise Tüketicinin Korunması Hakkında Kanuna, 14/03/2003 tarih ve 25048 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanarak yürürlüğe giren 4822 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun m. 16 ile, eklenen 10/A maddesi ile artık kredi kartı sözleşmelerinde yer alan teminatın niteliği konusunda tartışma kalmamıştır. Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun’a eklenen hükme göre artık kredi kartı ile kullanılan krediler de tüketici kredisi sayılacak ve Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun m. 10 hükümlerine tabi olacaktır. Aynı Kanununun 10/2 maddesi ise şu şekildedir: “*Tüketici kredisinin teminatı olarak şahsi teminat verildiği hallerde, kredi veren asıl borçluya başvurmadan kefilden borcun ifasını isteyemez.*” Bu hükme göre kredi kartı sözleşmesinde yer alan şahsi teminatın niteliği kefalet sözleşmesidir. Kanun sadece teminatın genel olarak kefalet olduğunu düzenlemekle yetinmemiş, getirdiği hükümle kefaletin hangi türü olduğunu açıkça vurgulamıştır. Madde hükmünde, kredi verenin, asıl borçluya başvurmadan, kefilden borcun ifasını isteyemeyeceği şart koşulmakla, teminatın niteliğinin adi kefalet olduğu anlaşılmaktadır. Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunda yer alan bu hüküm, emredici bir hukuk kuralı olduğu için artık, tarafların kredi kartı sözleşmelerinde şahsi teminatın niteliğinin belirlenmesi konusunda tartışma kalmamıştır.

Yargıtay⁵³³ da davacının kredi kartına kefil olduğunu iddia ettiği, davalının ise davacının, aralarındaki sözleşme sebebiyle, garanti veren sıfatıyla sorumlu olduğunu savunduğu kredi kartına şahsi teminat verilmesinden kaynaklanan somut olayda “... *taraflar arasındaki uyuşmazlık, davalı banka ile dava dışı borçlu O... arasında düzenlenen kredili bankomat 7/24 başvurusu formunu "garanti eden" sıfatı ile imzalayan davacının sorumluluğuna ilişkindir. Yasada tanımı ve tasnifi yapılan akit türlerinden olmayan garanti sözleşmelerinin B.K. 110. maddesinde hükme bağlanan üçüncü kişinin fiilini taahhüt niteliğinde olduğu gerek öğretide ve gerekse uygulamada kabul edilmektedir. Hukukumuzda sözleşme serbestisi hakim olmakla birlikte bu*

⁵³¹ TURAN, s. 41.

⁵³² İŞGÜZAR, s. 220-221.

⁵³³ Yarg. 13. HD. 03/03/2005 T. 2004/16382 E, 2005/3236 K.

serbestinin sınırsız olduğunu söylemek mümkün değildir. Her şeyden önce B.K.'nun 19 ve 20. maddeleri bir sınırlama getirdiği gibi, somut olayda uygulama imkanı olan 4077 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanun hükümleri ile de tüketici kredilerine ilişkin genel işlem şartlarına müdahale ve sınırlamalar getirilmiştir. Hangi riskin garanti edildiği somutlaştırılmadan kart hamillerinin yükümlülüklerini ve doğmuş ve doğacak her türlü borçtan söz edilerek verilen garanti bir belirsizliğin garantisi anlamına gelir. "Belirsizliğin garantisi olmaz" ilkesinden hareket ile ticari gaye gütmeyen sırf dostane ilişkiler içinde tüketime yönelik kredi temini amacı ile verilen teminatın ancak, kefalet hükümleri çerçevesinde değerlendirilmesi ve kefalet olduğunun kabulü zorunludur. Bu durumda mahkemece davacının sözleşmeyi kefil olarak imzaladığının kabulü ile kefalet ile ilgili hükümler ve ilkeler çerçevesinde davacı sorumluluğunun belirlenmesi gerekir." gerekçesiyle davacının garanti veren olduğunu kabul ederek davasının reddine karar veren yerel mahkeme hükmünü bozarak, kredi kartı sözleşmelerine şahsi teminat verilmesi halinde 4077 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanunun m. 10/2 ve 6 maddelerinin uygulanması gerektiğini ve bu maddeler uygulandığında verilen şahsi teminatın kefalet olduğunun kabulünün zorunlu olduğunu belirtmiştir.

Ancak kredi kartı ile yapılan alışverişlere Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun hükümlerinin uygulanabilmesi için, kredi kartının bu Kanun kapsamında tüketici olan hamil tarafından kullanılması, kredi kartı ile edinilen mal ve hizmetlerin de Kanun kapsamında mal veya hizmet olması gerekir. Kredi kartıyla yapılan alışveriş bu iki unsura sahip değil ise, salt kredi kartının kullanılması nedeniyle Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun hükümlerinin uygulanması mümkün değildir⁵³⁴. Gerçekten Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunun "Kapsam" başlıklı 2. maddesine göre "Bu Kanun, 1 inci maddede belirtilen amaçlarla mal ve hizmet piyasalarında tüketicinin taraflardan birini oluşturduğu her türlü tüketici işlemini kapsar." Aynı Kanunun 3/1-c maddesi "Mal"ı "Alış-verişe konu olan taşınır eşyayı, konut ve tatil amaçlı taşınmaz malları ve elektronik ortamda kullanılmak üzere hazırlanan yazılım, ses, görüntü ve benzeri gayri maddi mallar", 3/1-d maddesi "Hizmet"i "Bir ücret veya menfaat karşılığında yapılan mal sağlama dışındaki her türlü faaliyet" ve 3/1-e fıkrası "Tüketici"yi "Bir mal veya hizmeti ticari veya mesleki olmayan amaçlarla edinen,

⁵³⁴ AÇIKGÜL/AÇIKGÜL s. 49; SAYIN, s. 28.

kullanan veya yararlanan gerçek yada tüzel kişi”, olarak tanımlamıştır. Her ne kadar Kanunun 10/A maddesi kredi kartı ile mal veya hizmet alımı sonucu nakdi krediye dönüşen veya kredi kartı ile nakit çekim suretiyle kullanılan kredileri tüketici kredisi kapsamına almış ve 10/2 maddesi “*Tüketici kredisinin teminatı olarak şahsi teminat verildiği hallerde, kredi veren asıl borçluya başvurmadan kefilden borcun ifasını isteyemez.*” hükmünü amir ise de günlük hayatta kredi kartları sadece “*ticari ve mesleki olmayan amaçlarla*” kullanılmamaktadır. Örneğin bir esnaf, tacir veya ticaret şirketi de ticari amaçlarla veya mesleki amaçlarla yaptıkları işlemlerde kredi kartını kullanabilmektedir. Ticari veya mesleki amaçla kredi kartını kullanan ve bu nedenle de Kanun 3/1 maddesi uyarınca “*tüketici*” olarak kabul edilemeyecek kart hamilleri ile kredi kartını aynı maddede tanımlanan “*mal*” veya “*hizmet*”ler dışında mal ve hizmetlerin edinilmesi, kullanılması veya yararlanması için kullanan kart hamillerince yapılan işlemlerin, sadece yapılan işlemde kredi kartının kullanılması gerekçesiyle, bir tüketici kredisi olarak kabulü ile Kanunun 10/2 maddesi uyarınca verilen şahsi teminatın kefalet olduğunu söylemek Kanunun 2 ve 3/1 maddelerine aykırı olacaktır. Yargıtay⁵³⁵,a göre de “*4077 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunun Amaç başlıklı 1. maddesinde yasanın amacı açıklandıktan sonra kapsam başlıklı 2. maddesinde "Bu kanun, birinci maddesinde belirtilen amaçlarla mal ve hizmet piyasalarında tüketicinin taraflardan birini oluşturduğu her türlü tüketici işlemini kapsar" hükmüne yer verilmiştir. Yasanın 3. maddesinde mal; alışverişe konu olan taşınır eşyayı, konut ve tatil amaçlı taşınmaz malları ve elektronik ortamda kullanılmak üzere hazırlanan yazılım, ses, görüntü ve benzeri gayri maddi malları ifade eder. Satıcı; kamu tüzel kişileri de dahil olmak üzere ticari veya mesleki faaliyetleri kapsamında tüketiciye mal sunan gerçek veya tüzel kişileri kapsar. Tüketici ise bir mal veya hizmeti ticari veya mesleki olmayan amaçlarla edinen kullanan veya yararlanan gerçek yada tüzel kişiyi ifade eder şeklinde tanımlanmıştır. Bir hukuki işlemin 4077 sayılı yasa kapsamında kaldığının kabul edilmesi için yasanın amacı içerisinde yukarıda tanımları verilen taraflar arasında mal ve hizmet satışına ilişkin bir hukuki işlemin olması gerekir.*”

⁵³⁵ Yarg. 13. HD. 08/11/2005 T9705 E. - 6509 K.

Kanaatimizce İŞGÜZAR tarafından savunulan görüş⁵³⁶, kredi kartının Tüketicinin Korunması Hakkında Kanununun 3/1 maddesindeki tanıma göre “tüketici” sayılabilecek bir hamil tarafından aynı maddede tanımlanan “mal” veya “hizmet”lerin edinilmesi, kullanılması veya yararlanılması için kullanılması halinde geçerli ise de, ticari veya mesleki amaçla kredi kartını kullanan ve bu nedenle de Kanun 3/1 maddesi uyarınca “tüketici” olarak kabul edilemeyecek kart hamilleri ile kredi kartını aynı maddede tanımlanan “mal” veya “hizmet”ler dışında mal ve hizmetlerin edinilmesi, kullanılması veya yararlanılması için kullanan kart hamilleri açısından aynı görüşün uygulanması uygun olmayacaktır. Her iki halde de kredi kartının kullanılmasıyla kart hamiline, kart kuruluşu tarafından kullanılan, kredi bir tüketici kredisi olarak kabul edilemeyeceğinden verilen şahsi teminatın hukuki niteliğinin tespiti tartışma konusu olmaya ve önemini korumaya devam edecektir.

I- Sözleşmede Kullanılan Deyimler Bakımından

Kredi kartı sözleşmelerinde yer alan şahsi teminat taahhütlerinin de niteliğinin tespitinde ilk adım taahhüt metninin yorumlanması ve sözleşmenin taraflarının gerçek amaçlarının ne olduğunun tespit edilmeye çalışılmasıdır. Yapılan taahhüdün içeriğine bakılarak borçlunun alacaklıya karşı edimin sınırlarını aşan bir sorumluluğu hedefleyip hedeflemediklerini incelemek gerekmektedir. Taahhüt metni yorumlanırken sözleşmede kullanılan deyimler, sözleşmenin anlam ve amacı bir bütün halinde ve güven ilkesi çerçevesinde ele alınmalıdır. Metnin lafzına dayanılarak yapılan yorumdan bir sonuç elde edilemediği takdirde, tereddüt halinde, yükümlülük altına giren lehine yorum ilkesi, sözleşmeyi ayakta tutan yorum ilkesi gibi diğer yorum ilkelerinden yararlanılarak metin yorumlanmalıdır. Bu ilkelerin uygulanması da bir sonuç vermediği takdirde öğreti ve uygulamada kabul edilen kriterler uygulanarak bir sonuca ulaşılmaya çalışılmalıdır.

⁵³⁶ İŞGÜZAR, s. 220-221.

II- Nitelendirmede Kullanılan Kriterler Bakımından

Kredi kartı sözleşmesinde yer alan şahsi teminatın niteliğinin belirlenmesinde de en önemli kriter aslilik-fer'ilik kriteridir. Bu noktada sözleşmenin asli mi yoksa fer'i mi olduğunun tespitinde diğer kriterlere başvurulur⁵³⁷.

Kredi kartı sözleşmesinde şahsi teminat verenin asıl borç ilişkisine atıf yapmış olması veya asıl kart hamilinin sorumluluğuyla örtüşen bir sorumluluk yüklenmesi teminatın fer'i nitelikte olduğuna işaret eder⁵³⁸. Ancak sözleşme anında asıl bir borcun bulunmaması, fer'ilik ihtimalini tamamen ortadan kaldırmayacaktır. Çünkü Borçlar Kanunu m. 485 uyarınca müstakbel veya şarta bağlı borçlar için de kefil olmak mümkündür ve bu durum kefaletin fer'iliği prensibinin bir istisnası değildir. Çünkü bu takdirde de kefilin sorumluluğu için sonradan asıl borcun doğması gerekir⁵³⁹.

Aslilik – Fer'ilik temel kriterinin tespitinde önem arz eden diğer bir yan kriter def'i ve itirazlardan vazgeçilmesi kriteridir. Kredi kartı sözleşmelerinde yer alan teminat taahhütlerinde zaman zaman şahsi teminat verenin def'i ve itirazları ileri sürmeksizin ödemede bulunacağı yönünde ifadelere yer verilmektedir. Böyle bir ifade aslilik yönünde delil teşkil etse de, sözleşmenin mutlak olarak asli nitelikte olduğunu göstermez. Diğer kriterlerin de bu kriteri desteklemesi gerekir⁵⁴⁰.

Teminat veren kişi, bir edimin yerine getirilmesiyle yükümlü olan üçüncü bir kişinin, bu edimi kusurlu olarak yerine getirmemesi olasılığı için sorumluluk üstlenmiş ise kefalet sözleşmesi doğrultusunda bir iradeye sahip olduğu söylenebilir. Teminat verenin sorumlu tutulmasının ön koşulu olarak “*edimin kusurlu olarak yerine getirilmemesi*” olgusunun kararlaştırılması, teminat vereni, borca aykırılık gerçekleştiğinde sorumlu tutabilmek anlamına gelir. O halde bir edimin geçerli bir borca konu olmasına bağlı olarak teminat altına alınması söz konusudur ki, bu durum, fer'i

⁵³⁷ BARLAS, Kredi Kartı s. 973; TURAN, s. 42.

⁵³⁸ BARLAS, Kredi Kartı s. 973; TURAN, s. 42.

⁵³⁹ REİSOĞLU, Garanti s. 77.

⁵⁴⁰ TURAN, s. 43.

sorumluluk altına girme iradesinin de göstergesidir⁵⁴¹. Buna karşılık asıl ilişkide borçlu konumunda olan kişinin sorumlu olmadığı bazı durumlardan, teminat verenin sorumlu olduğuna ilişkin açıklamalar, verilen teminatın bir garanti olduğuna ilişkin belirtiler olarak değerlendirilebilir⁵⁴².

Şahsi teminat sözleşmesinde “*ilk talepte ödeme*” kaydının yer alması ilk bakışta def’ilerden feragat edildiği ve dolayısıyla şahsi teminatın asli nitelikte olduğunu işaret ediyor gibi görünse de, yalnız başına böyle bir kayıt şahsi teminatın asli nitelikte olduğunun kabulü için yeterli değildir. Böyle bir kayıt asli nitelikteki garanti sözleşmesinde yer alabileceği gibi fer’i nitelikteki kefalet sözleşmelerinde de yer alabilir⁵⁴³. “*İlk talepte ödeme*” kaydının varlığı halinde, diğer kriterler de şahsi teminatı garantiye yaklaştırıyor ise teminat sözleşmesinin garanti sözleşmesi olduğu kabul edilebilir⁵⁴⁴.

Kredi kartı sözleşmelerinde yer alan teminat şerhlerinde çoğu kez teminat verenin kredi kartı hamiliyle birlikte, müteselsilen sorumlu olduğuna ilişkin kayıtlara da yer verilmektedir. Böyle bir kayıt asıl borç ilişkisine atıf niteliğinde olup, asıl kart hamilinin sorumluluğuyla örtüşür bir sorumluluk üstlendiğini göstermektedir. Dolayısıyla böyle bir kaydın varlığı halinde, şahsi teminatın kefalet olarak kabulü gerekir⁵⁴⁵. Ancak 4822 sayılı Kanunla Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun’da yapılan değişiklikle kredi kartı sözleşmeleri de bu kanun kapsamına alınmış ve alacaklının asıl borçluya başvurmadan, doğrudan kefile başvurması yasaklanmıştır (TKHK m 10/III). Bu düzenleme kredi kartı ilişkisinde yer alan kefaletin adi kefalet olduğuna işaret etmektedir⁵⁴⁶. Yine bu düzenlemeden sonra çıkartılan Banka Kartları ve Kredi Kartları Kanununun 24/5 maddesine göre “*Kredi kartı kullanımındaki kefalet, Borçlar Kanununda belirtilen adi kefalet hükümlerine tabidir. Asıl borçluya başvurulup borcun tahsili için tüm yollar denenmeden kefilden borcun ifası istenemez.*” Kanaatimizce her iki kanunda yer alan düzenlemeler emredici nitelik taşıdığından aksine düzenleme yapılması mümkün değildir. Kısaca bu hükümlerle birlikte artık kredi

⁵⁴¹ BARLAS, Kredi Kartı s. 965-966; ÖZEN, s. 35; TANDOĞAN, Borçlar s. 53.

⁵⁴² BARLAS, Kredi Kartı s. 963-964; ÖZEN, s. 35.

⁵⁴³ BARLAS, Kredi Kartı s. 961; KAHYAOĞLU, s. 396-397; TURAN, s. 36.

⁵⁴⁴ BARLAS, Kredi Kartı s. 961; KAHYAOĞLU, s. 396-397; ÖZEN, s. 33-34; TURAN, s. 36.

⁵⁴⁵ BARLAS, Kredi Kartı s. 975.

⁵⁴⁶ ÇEKER, Tüketicinin Korunması s. 436.

kartı sözleşmelerinde kefilin müteselsilen sorumlu olacağına ilişkin bir kayıt konulamayacaktır. Bu nedenle de kredi kartları için verilen kefaletlerde bu kriter çok fazla bir uygulama alanı bulamayacaktır.

Kredi kartlarına verilen şahsi teminata ilişkin sözleşmede rücu hakkı hususunda özel bir düzenleme yapılması, garanti sözleşmesinde garanti verenin asıl borç ilişkisinden bağımsız bir borç yüklenmesi sebebiyle garanti sözleşmelerinde rücu hakkı söz konusu olmayacağından⁵⁴⁷, şahsi teminatın fer'i nitelikte olduğuna işaret eder.

Şahsi teminatın niteliğinin tespitinde kullanılan temel kriterlerden ikincisi menfaat kriteridir. Ancak kredi kartı ilişkisinde menfaat kriteri kullanılarak doğru bir sonuca ulaşmak her zaman mümkün olmaz. Çünkü gerek kefalet verenin gerekse de garanti verenin, lehine şahsi teminat verdikleri kişiyi kredi kartı kullanmaya sevk etmekte şahsi bir menfaatleri yoktur. Her iki halde şahsi teminat veren dostluk ilişkisinden hareketle, dostunun kredi kartı almasına yardımcı olmaktadır. Dolayısıyla kredi kartı ilişkisinde şahsi teminat verenin, menfaat kriteri nazara alınıp menfaati olmaması sebebiyle şahsi teminatı kefalet olarak nitelendirmek hatalı bir tespit olacaktır⁵⁴⁸.

Kullanılabilecek üçüncü temel kriter ise kişiye yönelik ilgi – sonuca yönelik ilgi kriteridir. Kredi kartına şahsi teminat veren sorumluluk altına girerken kart hamilinin kişiliğini göz önüne alarak ve bunu esas tutarak hareket ediyor ise bu durum onun iradesinin kefalet sözleşmesi yapma yönünde olduğunun bir göstergesidir. Buna karşılık, şahsi teminat veren kart hamilinin kişilik özellikleriyle ilgilenmeyip, doğrudan doğruya belirli bir sonucu göz önünde tutarak ve onu hedefleyerek hareket etmiş ise şahsi teminat verenin bu tutumu garanti taahhüdünün varlığına işaret eder⁵⁴⁹. Ancak garanti sözleşmesinde belli bir sonuca yönelik teminat taahhüdü söz konusu olsa da, garanti veren bir teşebbüste bulunmaya sevk ettiği kişinin kişilik özelliklerini dikkate

⁵⁴⁷ OĞUZMAN/ÖZ, s. 785; ŞAHİN, s. 119; YÜCE, s. 153.

⁵⁴⁸ BARLAS, Kredi Kartı s. 974; TURAN, s. 42-43.

⁵⁴⁹ BARLAS, Kredi Kartı, s. 963; REİSOĞLU, Kefalet s. 51; REİSOĞLU, Garanti s. 83; SÜCÜLLÜ, s. 46; ŞAHİN, s. 55; TANDOĞAN, Borçlar s. 831; YÜCE, s. 82; Yarg. HGK. 04/07/2001 T. 2001/19-534 E. – 2001/583 K. (İŞGÜZAR, s. 205 vd); Yarg. 11. HD. 28/01/2002 T. 2001/10654 E. – 2002/506 K. (YKD, 2002, C. 28, S. 8, s. 1190 vd); Yarg. 11. HD. 08/12/2003 T. 2003/4557 E. – 2003/11483 K.

almaktadır⁵⁵⁰. Bu sebeple bu kriter şahsi teminat taahhüdünün niteliğinin tespitinde tek başına yeterli değildir. Ancak diğer kriterlerle birlikte kullanıldığında bir sonuca varılabilir⁵⁵¹.

Öğretide⁵⁵² ve uygulamada⁵⁵³ kabul edilen dördüncü temel kritere göre ise şahsi teminat veren tarafından yüklenilen yükümlülüğün kapsam ve niteliği kriteri uyarınca şahsi teminat veren, kart hamili gibi yükümlülük altına girme amacını taşıyor ise sözleşmenin kefalet sözleşmesi, kart hamilinin borcunu aşabilecek, bir başka deyimle lehine taahhüt altına girilen kart çıkaran kuruluşun hiçbir şekilde zarara uğramayacağını teminat altına alma amacını taşıyor ise sözleşmenin garanti sözleşmesi olarak nitelendirilmesi gerekmektedir. Teminat veren, kartın çalınması, kaybedilmesi vb. kendisinin sorumlu olduğu halleri teker teker sayarak, sorumluluğunu ayrıntılı şekilde düzenlemek suretiyle şahsi teminat vermiş ise, bu halde artık asıl borç ilişkisinden bağımsız, asli nitelikte bir şahsi teminat taahhüdü vardır⁵⁵⁴.

III- Kefalet Karanesinin Kredi Kartı İlişkisindeki Yeri

Kredi kartı ilişkisinde de somut olayda şahsi teminatın niteliği tüm kriterlerin uygulanmasına rağmen kesin olarak tespit edilemiyorsa, bu takdirde verilen şahsi teminatın kefalet olduğu karine olarak kabul edilir. Diğer bir deyişle; kredi kartı ilişkisinde garanti vermeye ilişkin irade beyanı kesin olarak tespit edilemiyorsa, şahsi teminat kefalet olarak kabul edilmelidir⁵⁵⁵. Şüphe halinde kefalet karanesi kredi kartı sözleşmelerinde yer alan şahsi teminat taahhütleri bakımından da tartışmasız uygulama alanı bulacaktır. Şüphe halinde, şahsi teminatın kefalet olarak kabul edilmesi, kefalet sözleşmesi garanti sözleşmesine nazaran daha hafif sorumluluk yükleyip, daha çok koruma sağladığından⁵⁵⁶, kart çıkaran kuruluşun karşısında zayıf konumda olan taahhüt

⁵⁵⁰ REİSOĞLU, Garanti s. 14, TURAN, s. 38.

⁵⁵¹ BARLAS, Kredi Kartı s. 963, REİSOĞLU, Garanti s. 83; REİSOĞLU, Kefalet s. 87; TURAN, s. 38; YÜCE, s. 83.

⁵⁵² REİSOĞLU, Garanti s. 80.

⁵⁵³ Yarg. HGK. 04/07/2001 T. 2001/19-534 E. 2001/583 K. (İŞGÜZAR, s. 205 vd).

⁵⁵⁴ BARLAS, Kredi Kartı s. 973; TURAN, s. 42.

⁵⁵⁵ BARLAS, Kredi Kartı s. 967-968.

⁵⁵⁶ BARLAS, Kredi Kartı s. 967-968; ; ŞAHİN, s. 58; TANDOĞAN, Borçlar s. 832.

verenin yararına bir sonuç olacaktır⁵⁵⁷. Ayrıca şüpheli durumlarda kefalet niteliğinin benimsenmesi, kart çıkaran kuruluşların, kefalete ilişkin (özellikle şekil ve ehliyet konusundaki) emredici düzenlemeleri bertaraf etmelerini de engelleyecektir.

&5- Kredi Kartı Sözleşmelerinde Şahsi Teminatın Hukuki Niteliğinin Belirlenmesi Sorununa Uygulamanın Bakışı ve Uygulamanın Bakışına Öğretide Getirilen Eleştiriler

I- Kredi Kartı Sözleşmelerinde Şahsi Teminatın Hukuki Niteliğinin Belirlenmesi Sorununa Uygulamanın Bakışı

Ülkemizde kredi kartı uygulaması 1960'lı yıllarda başlamış ancak bu dönemde yaygın bir şekilde kullanılmadığından konu yargı kararlarında tartışılmamıştır. Ancak özellikle 1990'lı yılların ikinci yarısından itibaren kredi kartı kullanımının artması ve yaşanan ekonomik krizler sonucu kart hamillerinin borçlarını ödeyememesi ile kart kuruluşlarının kredi kartı sözleşmelerinde kendilerine (Borçlar Kanununun kefile tanıdığı haklar nazara alındığında) kefalet sözleşmesine göre daha fazla haklar tanıyan garanti sözleşmesine kaymaları sebepleriyle kredi kartı sözleşmelerinde şahsi teminat veren üçüncü kişiler hakkında yapılan icra takibi ve açılan davaların artmasıyla konu uygulamada da tartışma konusu olmuştur.

Yargıtay 1990'lı yılların sonlarında ve 2000'li yılların başlarında verdiği ilk kararlarında bankalarla, bankaların kredi kartı kullandırması için şahsi teminat veren kişilerin yaptıkları garanti sözleşmelerinin içeriğine değinmeksizin ve öğretide garanti sözleşmeleri ile kefalet sözleşmeleri arasında ayırım yapılması için kabul edilen temel ve yan kriterleri kullanmaksızın “... *kredi kartı üyelik sözleşmesinde davalının imzasının üst bölümünde yer alan garanti şerhi içeriğinden tarafların kefaleti değil, garanti sözleşmesini amaçladıkları anlaşılmaktadır.*” ibareleriyle verilen teminatın garanti

⁵⁵⁷ TURAN, s. 44.

sözleşmesi olduğunu kabul etmiştir⁵⁵⁸. Hatta Yargıtay aynı kararlarında “Sözleşmede yer alan müşterek ve müteselsil borçlu ibareleri sözleşmenin amaçlanan niteliğini değiştirmez. Başka bir deyimle, BK.nun 18/1.maddesi uyarınca değerlendirildiğinde olayımızda aynı yasanın 141. maddesi hükmünün uygulanamayacağı da ortadadır.” gerekçesiyle, teminat veren asıl borçlu ile birlikte müteselsilen sorumlu olmayı üstlenerek, doğrudan temel borç ilişkisine atıf yaptığı ve asıl borç ilişkisine paralel bir sorumluluk üstlenmesi sebebiyle teminat taahhüdü fer’i bir nitelik kazandığı halde, bu kriteri diğer kriterlerle birlikte değerlendirerek sonuca ulaşmak yerine sözleşmenin garanti sözleşmesi olması sebebiyle müteselsil borçluluk hükümlerinin dava konusu olayda uygulanamayacağına karar vermiştir.

Ancak Yargıtay bu dönemde verdiği kararlarında garanti sözleşmelerinde limit gösterme şartı bulunmamasına rağmen “Hangi riskin garanti edildiği belirlenmeden doğmuş ve doğacak her türlü borcun garanti edildiğinden söz etmek, boyutları belli olmayan (belirsiz) bir edimin garantisini anlamına gelir ki, bu da garanti sözleşmesiyle bağdaşmaz. Hal böyle olunca, garanti sözleşmesi düzenlendiği anda garanti edilen edimin sınırlarının açıkça belirlenmemiş olması yada 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 yada 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 ferilerinin garanti kapsamında kaldığı açıktır. Ancak, özellikle süresiz garanti sözleşmelerinde asıl borçlunun kredi limitinin sonradan yükseltilmesi halinde garanti verenin başlangıçtaki iradesinin yükseltilebilir limiti 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. Zira, BK.nun

⁵⁵⁸ Yarg. 19. HD. 07/03/2000 T. 1999/7669 E. – 2000/1841 K. ve 19. HD. 28.4.2000 T. 14 E. - 3252 K. (Meşe Yazılım İçtihat ve Mevzuat Bankası, Versiyon 2.0.0.49).

98.maddesi yollamasıyla akde muhalefet hallerinde de uygulanması gereken aynı yasanın 44/1.maddesi hükmü ve iyi niyet kuralları karşısında garanti alan (banka) kendi kusurlu davranışıyla borcun artmasına sebebiyet vermiş olacağından böyle bir durumda garanti edenin artan borçtan sorumlu tutulması düşünülemez. Öte yandan, sözleşmede limit aşımının da garanti edildiği durumlarda limit ne miktara kadar aşıldığı taktirde 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 aşılan limitten de sorumlu tutulabileceği ancak, makul ölçüler dışındaki aşırı limit aşımının (garanti verenin açık yada zımnî muvafakati olmadıkça) garanti kapsamı dışında kaldığının kabulü gerekir⁵⁵⁹.” gerekçeleriyle garanti vereni bankaca yapılacak limit artırımlarına ve kart hamiline yapılabilecek limit aşımına karşı korumaya çalışmıştır.

Ancak kararı veren 19. Hukuk Dairesi üyelerinden Gültekin NAZLIOĞLU banka ile asıl borçlu arasında düzenlenen kredi kartı sözleşmesinin aynı zamanda şahsi teminat veren davalı yönünden de garanti sözleşmesi niteliğinde olduğu yönündeki çoğunluk görüşüne katılmasına rağmen, “*Taraflar arasındaki sözleşmede garanti edilen belirli risk kredi kartı ile yapılacak harcamalar ve çekilecek nakdi avanslardır. Garanti, sözleşmelerinde garanti edilen risk sınırının önceden belirlenmesi de zorunlu şart değildir. Sözleşmede yer alan doğmuş ve doğacak borç sözcükleri kredi kartı ile yapılacak borcu kastetmektedir. Kaldı ki sözleşmede limit aşımı halinde garanti verenin sorumlu olacağını hükme bağlamıştır. Garanti sözleşmelerinde riskin önceden sınırının parasal olarak belirlenmesinin gerekli olduğunu kabul etmek sözleşmenin kefalet olduğu sonucunu doğurur. Bu halde taraflar arasındaki kredi kartı sözleşmesinin bir garanti sözleşmesi olmayıp kefalet olduğunun kabulü gerekir. Oysa sözleşmenin garanti niteliğinde olduğunda ittifak vardır.*” gerekçesiyle garanti verenin kredi kartı kullanımından doğan tüm borçlardan sorumlu olduğunun kabulüne karar verilmesi gerektiğini savunarak, Dairenin “... *garanti sözleşmesinin yapıldığı tarihteki kredi koşulları dikkate alınmak suretiyle garanti veren davalıların sorumluluğunun belirlenmesi gerektiği...*” gerekçesine karşı muhalefet oyu kullanmıştır⁵⁶⁰.

⁵⁵⁹ Yarg. 19. HD. 14/12/1999 T. 4793 E. 7676 K.; 07/03/2000 T. 1999/7669 E. – 2000/1841 K.; 28/04/2000 T. 14 E. - 3252 K.; 18/12/2000 T. 7107 E. – 8738 K. tarihli kararlar (Meşe Yazılım İctihat ve Mevzuat Bankası, Versiyon 2.0.0.49).

⁵⁶⁰ Yarg 19. HD. 07/03/2000 T. 1999/7669 E. – 2000/1841 K.; 28/04/2000 T. 14 E. - 3252 K. sayılı kararlar (Meşe Yazılım İctihat ve Mevzuat Bankası, Versiyon 2.0.0.49).

Yargıtay 19. Hukuk Dairesinin 18/12/2000 tarih ve 7107 E. – 8738 K. sayılı bozma kararına karşı Ödemiş 2. Asliye Hukuk Mahkemesinin direnme kararı vermesi üzerine sorun Hukuk Genel Kuruluna intikal etmiştir. Hukuk Genel Kurulu 04/07/2001 tarih ve 2001/19-534 E, 2001/583 K. sayılı kararı⁵⁶¹ ile somut olayda banka ile kart hamili arasında imzalanan “*Kredili Bankomat-Kart Sözleşmesi*” altında yer alan ve bu sözleşmeye yollama yapılan “*Bu sözleşmede yer alan hükümlere göre, Bankomat 724 kart hamili ve ortak kart hamillerinin yükümlülüklerini, doğmuş ve doğacak tüm borçlarını garanti ettiğimden, 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 dahil 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 neticelerini dikkate olmaksızın, 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 kullanım destekleme fonu ve diğer her türlü masrafları birlikte ödemeyi gayri kabili rücu olarak kabul ederim.*” şeklindeki şahsi teminat taahhüdünün banka ile şahsi teminat veren arasında yapılmış bir garanti sözleşmesi değil, kefalet sözleşmesi olarak kabul edilmesi gerektiğine karar vermiştir.

Hukuk Genel Kurulu’nun bu kararının gerekçesine göre banka ile şahsi teminat veren arasındaki sözleşmenin niteliğinin tespit ve yorumunda öğreti ve uygulamada (11/06/1969 tarih ve 1969/4-6 sayılı İBK⁵⁶²) her ki sözleşmenin birbirinden ayırt edilmesi için belirlenen kıstaslar kullanılmalıdır. “*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*

⁵⁶¹ Karar için bkz. İŞGÜZAR, s. 202-214; AÇIKGÜL/AÇIKGÜL s. 224-232.

⁵⁶² Kararın tam metni için bkz. Meşe Yazılım İçtihat ve Mevzuat Bankası, Versiyon 2.0.0.49.

olan fer'i nitelikteki kriterlerdir. Yine öğreti ve anılan İBK.da belirlenmiş olan ana kıstaslara gelince; bunlardan ilki, asli-fer'i yükümlülük kriteridir. Buna göre, garanti veren bağımsız bir borç altına girmekte olup, bu yükümlülüğün bir başka borç ile ilgisi yoktur. Kefaletle ise, asıl olan bir başka borcun (temel ilişki) olması ve verilen teminat ile o borcun ödenmesinin sağlanmasıdır. Öğretiye göre de, bir başka borç ilişkisine yollamada bulunulması fer'ilik 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 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 önünde tutularak verilmesi kefaletle 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 ilişkileri, 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)''

Hukuk Genel Kurulu kefalet ve garanti sözleşmelerinin ayırt edilmesinde kullanılması gereken kriterleri bu şekilde belirttikten sonra, belirttiği kıstasları somut olaya uygulayarak, ''Garanti Şerhi'' beyanı 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.⁵⁶³ da da Banka Teminat Mektuplarında kullanılan kefalet sözcüğü vurgulamasına rağmen, bu ilişkinin bir kefalet değil, garanti sözleşmesi niteliğinde olduğu açık bir şekilde

⁵⁶³ Kararın tam metni için bkz. Meşe Yazılım İçtihat ve Mevzuat Bankası, Versiyon 2.0.0.49.

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 imkan 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 I 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, 12.4.1944 gün ve 14/13 sayılı İBK. gereğince, kefaletin asli unsuru olan limit belirlemesinin kefalet sözleşmesinde de gerçekleştiğinin kabulü” gerekir gerekçeleriyle somut olayda verilen şahsi teminatın kefalet sözleşmesi olması gerektiğine karar vermiştir.

Yargıtay 19. Hukuk Dairesinin Başkanı Y. Mete GÜNEL ve aynı dairenin üyesi Şükrü SARAÇ ise “... sözleşmenin bütünü incelendiğinde görüleceği gibi hiçbir yerinde "kefalet" yada bunu çağrıştıracak kelime veya deyim yer verilmemiştir...

sözleşmedeki söz ve deyimler titizlikle seçilmiş olup tarafların gerçek iradelerinin kefalet değil, garanti olduğunu en ufak bir kuşkuyla 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. m. 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." gerekçeleriyle Hukuk Genel Kurulu kararına muhalif kalarak karşı oy kullanmışlardır.

Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 04/07/2001 tarih ve 2001/19-534 E. – 2001/583 K. sayılı kararından sonra da Yargıtay Hukuk Daireleri gerek bu karara atıf yapmak suretiyle gerekse de kararın gerekçelerinden yararlanmak suretiyle kredi kartı sözleşmeleri sebebiyle verilen şahsi teminatların, bankalarca sözleşmelerin garanti sözleşmesi olduğunun iddia edilmesine veya savunulmasına rağmen, garanti sözleşmesi

olarak kabul edilmemesi, kefalet sözleşmesi olarak kabul edilmesi gerektiği yönünde kararlar vermişlerdir⁵⁶⁴.

Hatta Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, şahsi teminat verenlerin “garantör” sıfatıyla imzaladığı ve kredi kartı üyelik sözleşmesinden bağımsız olarak düzenlenen, “...Şubeniz ile İ. E. arasında imzalanan 08.07.96 tarihli kredi kartı üyelik sözleşmesinden Bankanıza karşı doğmuş ve doğacak tüm borçları, herhangi bir limite bağlı olmaksızın aşağıdaki hükümler çerçevesinde garanti etmeyi kabul ve taahhüt ederim.

1. Şubeniz ile borçlu İ. E. arasındaki 08.07.96 tarihli kredi kartı üyelik sözleşmesinden doğmuş ve doğacak borç nedeniyle, Ben M. D.-M. B. garanti veren kişi olarak borçlu ile beraber müşterek ve müteselsil borçlu sıfatıyla borçlunun kredi kartı kullanımından doğmuş ve doğacak borcundan sorumlu bulunduğumdan, borçlunun borcunu kısmen veya tamamen yerine getirmediği tarafınızdan aşağıdaki adresime yazılı olarak bildirildiği takdirde protesto çekmeye, hüküm elde etmeye ve borçlunun rızasını almaya gerek olmaksızın garanti ettiğim borcu ilk yazılı isteğiniz üzerine derhal ve hiç bir sebep ileri sürmeksizin tamamen ve nakden ve talep tarihinden ödeme gününe kadar geçecek günlere ait sözleşmede belirtilen temerrüt faizi, Banka ve Sigorta Muameleleri Vergisi, Kaynak Kullanımı Destekleme Fonu, komisyonu ve her türlü masrafı ile birlikte ödeyeceğimi,

2. Bankanızca şahsımdan talep edilecek kredi kartı borcunu ödememden sonra borçlunun kredi kartı hesabına borç kaydedilecek nakit çekme ve alışveriş tutarlarını da bu borçlar için yürütülecek akdi faiz, komisyon, Banka ve Sigorta Muameleleri Vergisi ve Kaynak Kullanımı Destekleme Fonu ile birlikte ödeyeceğimi,

3. Kredi kartı sözleşmesinin 19. maddesinde belirtilen kredi kartının kaybedilmesi ve çalınması halinde kredi kartı sahibinin hesabına gelecek nakit çekme borçları ve harcamalardan üye ile birlikte, kayıp veya çalıntı ihbarının Kredi Kartı Merkezi'ne ulaşmasından sonra yurt içinde geçerli kartlar için 15 (onbeş) gün, yurt dışında geçerli kartlar için de 30 (otuz) gün süreyle sorumlu olacağımı,

4. İşbu sözleşmede yer alan yükümlülüğümün üyenin borcunun kalmadığı,

⁵⁶⁴ Aynı mahiyetteki Yarg. 11. HD. 21/12/2001 T. 7344 E. – 10063 K.; 28/01/2002 T. 2001/10654 E. – 2002/506 K.; 03/12/2002 T. 6465 E. – 11252 K.; 15/09/2003 T. 7730 E. – 7816 K.; 08/12/2003 T. 4557 E. – 11483 K.; Yarg. 13. HD. 11/11/2003 T. 8945 E. – 13480 K.; 09/06/2005 T. 3463 E. – 9750 K.; 21/06/2005 T. 6415 E. – 10589 K.; 05/07/2005 T. 6577 E. – 11498 K. sayılı kararlar için bkz. akip-Açıklamalı Kanun İctihat Programı, Versiyon 4.0.

bankaca şahsıma bildirilene kadar devam edeceğini gayri kabili rücu olarak beyan ve taahhüt ederim...” şeklindeki şahsi teminat taahhüdünü kefalet sözleşmesi olarak kabul eden yerel mahkeme kararının Yargıtay 19. Hukuk Dairesinin 22/11/2007 tarih ve 4539 E. – 10422 sayılı ilamı ile “Uyuşmazlık, takibe dayanak yapılan 19.7.1996 tarihli "Garanti Sözleşmesi"nden kaynaklanmaktadır. Yerel Mahkemenin sözleşmeyi kefalet olarak yorumlamasında isabet görülmemiştir. Zira, taraflar arasında kredi kartı sözleşmesinden ayrı ve bağımsız bir "Garanti Sözleşmesi" akdedilmiştir. Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 4.7.2001 tarih, 2001/19-534 Esas, 2001/583 Karar sayılı kararına konu olayda olduğu gibi kredi kartı sözleşmesi altına "Garanti Şerhi" başlıklı bir bölüm yazılarak taraflarca imzalanmış değildir. Hal böyle olunca anılan Yargıtay kararı somut olay bakımından emsal olarak kabul edilemez. Dava konusu 19.7.1996 tarihli bağımsız olarak düzenlenen "Garanti Sözleşmesi"nin özellikle 1 ve 3. maddelerindeki açıklamalar gözetildiğinde sözleşmenin BK.nun 110.maddesi çerçevesinde bir garanti sözleşmesi olduğunun kabulü gerekir. Bilindiği gibi Garanti Sözleşmelerinde kefalette olduğu gibi limit şartı bulunmamaktadır. Kuşkusuz belirsizliğin garantisi olmaz ise de somut olayda belirsizlikten söz edilemez. Çünkü, davalıların garanti ettikleri borcun banka kayıtları üzerinde yapılacak incelemeyle belirlenmesi mümkündür.” gerekçeleriyle bozması ve yerel mahkemenin ilk kararında direnmesi üzerine verdiği bir kararında⁵⁶⁵, 04/07/2001 tarih ve 2001/19-534 E. 2001/583 K. sayılı kararının gerekçesindeki kriterleri aynı şekilde uygulayarak ve bu gerekçelerine “Hukuk Genel Kurulu’nun yukarıda atıf yapılan 4.7.2001 gün ve E:2001/19-534, K:2001/583 sayılı kararına konu olayda, garanti beyanı kredi sözleşmesinin içerisinde yer almakta iken, somut olayda, davacı Banka önce dava dışı borçlu ile 8.7.1996 tarihli “Kedi Kartı Üyelik Sözleşmesi”ni, daha sonra da ayrı bir metin olarak davalılar ile 19.7.1996 tarihli davaya konu sözleşmeyi düzenlemiştir. Ne var ki, bu farklılık, yukarıda ayrıntılı olarak ortaya konulan ilkeler ve yasal durum karşısında sonuca etkili değildir. Başka bir ifadeyle, davalıların teminatının ayrı bir sözleşmeyle alınmış olması, teminatın hukuksal niteliğini değiştirmez.” gerekçesini de ekleyerek yukarıda tam metni verilen şahsi teminatı kefalet sözleşmesi olarak nitelendiren yerel mahkemenin direnme kararının yerinde olduğuna karar vermiştir.

⁵⁶⁵ Yarg. HGK. 03/12/2008 T. 2008/10-729 E. – 2008/718 K. (akip-Açıklamalı Kanun İçtihat Programı, Versiyon 4.0).

Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 04/07/2001 tarih ve 2001/19-534 E. 2001/583 K. sayılı kararı, uygulamanın yönünü tam aksi istikamete çevirmesi sebebiyle, kredi kartı sözleşmelerine verilen şahsi teminat için bir milat olarak kabul edilebilir ise de, bu karardan sonra kredi kartı sözleşmelerinde şahsi teminat olarak garanti verilmeyeceğini, verilen tüm şahsi teminatların kefalet olarak nitelendirilmesi gerektiğini söylemek çok doğru olmayacaktır. Zira Yargıtay'ın bu karardan sonra verdiği bazı kararlarında⁵⁶⁶ kredi kartı sözleşmelerine verilen şahsi teminatın garanti sözleşmesi olduğu kabul edilmektedir. Ne var ki karar metinlerinde şahsi teminat taahhüdü metni yer almadığından ve kararlarda Hukuk Genel Kurulunun 04/07/2001 tarih ve 2001/19-534 E. 2001/583 K. sayılı kararında belirtilen kriterler tartışılmadığından, Yargıtay'a göre şahsi teminat taahhüdünün hangi hallerde garanti sözleşmesi olarak kabul edilmesi gerektiğini tespit etmek mümkün olmamaktadır.

II- Uygulamanın Bakışına Öğretide Getirilen Eleştiriler

Kredi kartı sözleşmelerinde şahsi teminatın belirlenmesi konusunda Yargıtay'ca verilen kararlardan Hukuk Genel Kurulunun 04/07/2001 tarih ve 2001/19-534 E. 2001/583 K. sayılı kararı öğretide tartışma konusu olmuş ve “*kararın gerekçeleri ve bunların tartışılması açısından gerekli teorik zenginliğe ulaşmasa da*⁵⁶⁷” vardığı sonuç itibarıyla isabetli olduğu genel kabul görmüştür⁵⁶⁸.

BARLAS'a göre, Hukuk Genel Kurulunun kefalet-garanti ayrımı için “*yardımcı kıstaslar*” olarak kullandığı kriterler çok eski dönemlerde ortaya atılmış ve o zaman bile fazla taraftar bulamamış, bugün ise tamamıyla terk edilmiş ölçütlerdir. Örneğin, “*borçlu yerine ifa-tazminat ödeme*” kıstası, kefalet hukukunun ana kurallarına aykırıdır. Aynı şekilde teminat altına alınan borcun bir para borcu mu, yoksa bir fiilin ifası mı olduğu hususu da nitelendirmede hiçbir değer taşımaz. Yine Hukuk Genel Kurulu “*ana kıstaslar*” olarak andığı kriterleri de yeterince başarılı kullanamamıştır. Fer'ilik kriterinde, “*bir başka borç ilişkisine atıf yapılmış olması*” olgusuna büyük değer

⁵⁶⁶ Yarg. HGK. 28/11/2001 T. 2001/19-998 E. - 2001/1088 K.; Yarg. 19. HD. 10/06/2002 T. 2001/5965 E. - 2002/4502 K. (akip-Açıklamalı Kanun İçtihat Programı, Versiyon 4.0).

⁵⁶⁷ KOCAMAN, s. 84.

⁵⁶⁸ ARKAN, s. 990-991; BARLAS, Kredi Kartı s. 989; KOCAMAN, s. 84; İŞGÜZAR, s. 220-222 ; TURAN, s. 48; ZEYNELOĞLU, s. 142.

verilmesi ve bunun başlı başına fer’iliğe karine olarak görülmesi hatalıdır. Karardaki bir diğer aksaklık ise, Genel Kurul’un kefalet sözleşmesini “*asıl borçlu gibi yükümlülük altına girme amacını taşıyan sözleşme*” olarak nitelendirmesidir. Halbuki kefil asıl borçlunun borcunu üstlenmez ve onun yükümlülüğüne taraf olma amacıyla hareket etmez⁵⁶⁹.

BARLAS konuyla ilgili olarak aynen şunları ifade etmektedir: “*Görülüyor ki, incelemekte olduğumuz metinde, aslilik ve sonuçta “garanti” vasfı biraz ağır basar gözüktüğü de, fer’ilik yönündeki bu unsurlar garantinin varlığını – en azından – şüpheli ve tereddütlü bir hale getirmektedir. Oysa bir nitelendirmede nihai olarak “garanti” sonucuna varılabilmesi için buna ilişkin unsurların çok açık ve net bir şekilde kendini göstermesi ve aleyhte de başka verilerin mevcut olmaması, kısacası, garantinin varlığının “tereddütsüz” biçimde söylenebilmesi gerekir. Eğer somut olayda buna imkan yoksa ve garanti vasfı bakımından tereddüt uyandırıcı işaretler mevcutsa – ki bizim olayımızda durum aynen böyledir. – Bu takdirde “şüphe halinde kefalet” karinesi devreye girecek ve teminat veren açısından daha hafif sonuçlar doğuran “kefalet sözleşmesi”nin varlığı kabul edilecektir. Üstelik olayda teminat verenin bir gerçek kişi, bir sade vatandaş olduğu nazara alınır bu karine iyice pekişecektir⁵⁷⁰.” Sonuç olarak yazara göre, olaydaki taahhüt metninde hem aslilik (garanti) hem de fer’ilik (kefalet) yönünde unsurlar bulunduğu ve nitelik belirlenmesinde kesin bir yargıya varılmadığından “şüphe halinde kefalet karinesi” aracılığıyla söz konusu teminat taahhüdünün “kefalet sözleşmesi” olarak nitelendirilmesi gerekir⁵⁷¹.*

Hukuk Genel Kurul kararında Borçlar Kanunu 18/1 maddesi uyarınca tarafların gerçek amaç ve niyetlerinin belirlenmesini esas almasının isabetli olduğunu belirten ARKAN’a göre, sadece güvence verilmesine neden olan ilişkiye yollamada bulunmuş olmasına bakılarak kefalet sözleşmesinin varlığına karar vermek isabetli olmamıştır. Yazara göre, güvence sağlamaya yönelik sözleşmenin kefalet mi garanti mi olduğuna karar verirken, dikkate alınacak esas unsur, üstlenilen yükümlük ile güvence altına alınan ilişkiden doğan (asıl) borç arasında sıkı bir bağlılığın bulunup bulunmadığıdır. Bu husus temel ilişkiye yapılan yollamanın yanı sıra güvence

⁵⁶⁹ BARLAS, Kredi Kartı s. 981-982.

⁵⁷⁰ BARLAS, Kredi Kartı s. 988.

⁵⁷¹ BARLAS, Kredi Kartı s. 989; Aynı görüşte TURAN, s. 47-48 ve KOCAMAN s. 83-84.

sağlamaya yönelik sözleşmede yer alan diğer ifadelere de bakılarak saptanır. Bu bağlamda üstlenilen yükümlülüğün ortaya konulabilmesi için güvence sağlanan temel ilişkiye bakılmasının gerekli olduğunun saptanması halinde bu durum, fer'i yükümlülüğün söz konusu olduğu yolunda bir karine oluşturur. Sağlanan güvencenin temel ilişkiden bağımsız olduğu, güvence sağlayan kişinin temel ilişkiden kaynaklanan def'i ve itirazları kullanmaktan vazgeçtiği yolundaki beyanı ile de güçlendirilebilir. Konuya bu açıdan bakıldığında beyanın, kredi sözleşmesinin hemen altında yer alması ve başlangıcında kredi sözleşmesine atıf yapılmasının, fer'i nitelik yani kefalet amacına yönelik olduğu söylenemez⁵⁷². Yine yazara göre, garanti şerhinde ödeme yükümlülüğünün “*protesto çekmeye, hüküm almaya ve kart hamilinin rızasını almaya gerek olmaksızın ve borçlular ile banka arasında ortaya çıkacak her hangi bir uyuşmazlık ve bunun akıbet ve kamuni neticeleri dikkate alınmaksızın*” söz konusu olacağı yolundaki ifadelere yer verilmiş olması da, sağlanan güvencenin, kart hamilinin borcundan bağımsız nitelikte bir garanti olduğunu gösterir⁵⁷³. Kişisel menfaatin olup olmadığı da tek başına belirleyici bir kıstas olamaz⁵⁷⁴. Kararda yer alan gerekçelerle “garanti şerhi”ndeki beyanın kefalet olarak değerlendirilmesi mümkün değildir⁵⁷⁵.

Kararda yer alan taahhüt metnindeki teminatın bir kefalet sözleşmesi olduğu sonucunu kabul eden ARKAN bu sonuca şöyle ulaşmaktadır: “*HGK kararında yer alan “BK.nun 18 inci maddesi uyarınca da davalının bu iradesinin bir kefalet amacına yönelik olduğunun kabulü gerekir” yolundaki ifade üzerinde durulması gerekir. Banka, hazırlamış olduğu “garanti şerhi” ile teknik anlamda bir garanti sözleşmesi yapılması yolundaki iradesini açığa vurmuştur. Bu beyanın, kredi kartı sözleşmesi dolayısıyla güvence sağlayacak kişi (muhatap) tarafından dürüstlük kuralı çerçevesinde nasıl anlaşılması gerekir? Bilindiği üzere günlük konuşma dilinde garanti sözcüğü kefaleti ifade etmektedir. Dolayısıyla ticaret hayatına ve özellikle bankacılık işlemlerine aşina olmayan kişilerin, garanti ile kefalet sözleşmeleri arasındaki farkı bilmeleri beklenemez. Bu itibarla, ticaret hayatına aşina olmayan ve “hiçbir menfaati olmadan sırf dostane ilişkiler nedeniyle tüketime yönelik banka kredi kartı kullanılmasına imkan sağlamak”*

⁵⁷² ARKAN, s. 986-987.

⁵⁷³ ARKAN, s. 987-988; Aynı görüşte TURAN, s. 47; TURAN ayrıca teminat taahhüdünde, teminat verenin herhangi bir limitle bağlı olmaksızın ödeme yapılacağına vurgulanması ile kartın yenilenmesi, kaybedilmesi, çalınması halinde dahi doğacak tüm borçların da taahhüt edilmesinin sözleşmenin asliliğine ilişkin önemli işaretler olduğunu belirtmiştir. TURAN, s. 47.

⁵⁷⁴ ARKAN, s. 987-988.

⁵⁷⁵ ARKAN, s. 989 Aynı görüşte TURAN, s. 48.

için güvence veren kişinin (muhatap) bu beyanı dürüstlük kuralı çerçevesinde kefalet olarak anlaması ve değerlendirmesi makul bir davranıştır (güven teorisi). Ancak bu durum iki halde söz konusu olmayacaktır. Eğer banka önceden ya da güvence sağlanması sırasında “garanti şerhi”nin teknik olarak ne anlama geldiğini güvence sağlamayı düşünen kişiye açıklamış ve bundan sonra ilgili kişi taahhüt altına girmişse, artık garantinin değil kefaletin söz konusu olduğu söylenemez. Garanti şerhinin altını imzalayan kişinin, ticaret hayatını, bankacılık işlemlerini bilen bir kişi olduğu hallerde bu kişi “hiçbir menfaati olmasa dahi” garanti taahhüdünde bulunmuş sayılmalıdır. HGK’nun açıkladığımız bu yoldan ve gerekçeden yararlanarak kefalet sözleşmesinin varlığını kabul etmesi daha uygun olurdu⁵⁷⁶.”

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu’nun, kredi kartı sözleşmesinde bankaya verilen şahsi teminatı “kefalet” olarak nitelendiren kararının, sonucu yönünden “doğru ve “haklı” bir karar olduğunu vurgulayan İŞGÜZAR ise farklı bir yaklaşımla, TKHK’na eklenen 10/A maddesi ile kredi kartı ile kullanılan kredilerin “tüketici kredisi” sayıldığını ve 10. madde hükümlerine tabi olduğunu hükme bağladığını, TKHK’un 10 uncu maddesinin 2 nci fıkrasının son cümlesinin “tüketici kredisinin teminatı olarak şahsi teminat verildiği hallerde, kredi veren, asıl borçluya başvurmadan, kefinden borcun ifasını isteyemez” şeklinde olup, bu hüküm emredici bir hukuk kuralı olduğu için artık tarafların kredi kartı sözleşmelerinde yer alan şahsi teminatın niteliğinin belirlenmesi konusunda bir tartışma kalmadığını, kredi kartı sözleşmelerinde yer alan şahsi teminatların “kefalet sözleşmesi” olduğunu, hatta madde hükmünde kredi verenin asıl borçluya başvurmadan kefinden borcun ifasını isteyemeyeceği şart koşulduğundan teminatın niteliğinin “adi kefalet” olduğunu belirterek Yargıtay Hukuk Genel Kurulu’nun 14/03/2003 tarihinde çıkarılan 4822 sayılı yasadan iki yıl önce farklı gerekçelerle de olsa aynı haklı sonuca ulaşmasının sevindirici olduğuna işaret etmiştir⁵⁷⁷.

Yazara göre “dava konusu olayda, belirleyici ölçü kefalet sözleşmesi-garanti sözleşmesi ayrımı olmamalıydı. Zira, teminatın verildiği temel ilişki bir kredi kartı sözleşmesidir. Kredi kartı sözleşmesinin standart sözleşme niteliği üzerinde durulmuş

⁵⁷⁶ ARKAN, s. 990-991.

⁵⁷⁷ İŞGÜZAR, s. 220-221.

olsa idi aynı sonuca daha doğru gerekçeyle ulaşılabilirdi. Söz konusu “garanti taahhüdü”nün, tarafların serbest iradesine dayanmayan bir “genel işlem şartı” olduğu tartışılmamıştır.” “Kredi kartı sözleşmesine kişisel teminat veren kişi bunun en fazla bir kefalet sözleşmesi olduğunu düşünür. Bbanka tarafından, bunun garanti olduğu açıklansa dahi, hukukçu olmayan bir kimsenin bunun sonuçlarını bilinçli olarak değerlendirmesi düşünülemez. Kredi kartı sözleşmelerinin ne şekilde akdedildiği bilinmesine rağmen, sözleşme serbestisi ilkesinden söz edilmesi gerçekçi ve inandırıcı gelmemektedir. Yargıtay kararında, kredi kartı sözleşmesi için verilen kişisel teminatın niteliği, MK’un dürüstlük kuralını düzenleyen 2 nci maddesi yada BK.nun 19 ve 20 maddeleri ışığında tartışılrsa idi yine aynı doğru sonuca varılırdı⁵⁷⁸.”

⁵⁷⁸ İŞGÜZAR, s. 222-223.

SONUÇ

Kredi kartı sözleşmesi, kart çıkaran kuruluş ile kart hamili arasında akdedilen, sürekli, kendine özgü yapısı olan, çerçeve niteliğinde öyle bir sözleşmedir ki, bununla kart çıkaran kuruluş, kredi kartının üye işyerinde nakitsiz ödeme aracı olarak kabul edileceğini ve kart hamilinin yaptığı harcamaları üye işyerine ödeyeceğini, buna karşılık kart hamili de kredi kartı ile yaptığı harcamaların bedelini kart çıkaran kuruluşa ödeyeceğini taahhüt eder. Kredi kartı ile kart hamilinin nakit taşıma zorunluluğu ortadan kalkar ve kart hamili, üye işyerlerinde nakit ödemedi, kredi kartı ile mal ve hizmet temin edebilir.

1800'lü yılların sonuna doğru insanlığın kullanımına sunulan kredi kartı, nakitsiz ödeme aracı olarak kullanılmak üzere düşünülmüş bir sistemin ürünüdür. Günümüzde, toplumun her kesimi tarafından sıklıkla kullanılan kredi kartlarının ödeme aracı olma işlevinin dışında kredi sağlama işlevi de bulunduğu uygulama ve öğretide kabul edilmiştir. Uluslararası Kart Kuruluşlarının kendi aralarındaki rekabetleri ile bankaların birbirleriyle yarışması sonucu, kredi kartı ile sağlanan olanaklara her geçen gün yenisi eklenmekte ve bu durum kart hamili sayısını artırmaktadır.

Kredi kartı çıkaran kuruluşlar, kredi kartı verirken, kredi kartı limitlerini çok yüksek tutmadıklarından, kart hamilinin ödeme yapmama riskine karşı kendilerini korumak için üçüncü bir kişinin de teminat vermesini istediklerinde, müşteriye kart verme süresini kısaltan en pratik ve masrafsız teminat olarak, şahsi teminatları yeterli görmektedirler. Çünkü aynı teminatlardan olan ipotek tesisi, tapuda işlem yapılmasını gerektirdiği için yorucu ve masraflıdır. Taşınır rehini ise malın teslimini gerektirdiğinden ve rehin verilen malın muhafazası zor ve masraflı olduğundan, kart çıkaran kuruluşların işleyişi ve örgütlenmesi açısından uygun değildir. Kaldı ki kredi kartı pazarlanması amaçlanan hedef kitlenin büyük bir çoğunluğu, ipotek verecek bir taşınmazı veya rehin vererek zilyetliğini devredeceği değerli taşınırı bulunmayan kimselerden oluşmaktadır.

Kredi kartı çıkaran kuruluşların, kredi kartı verirken en çok kullandıkları şahsi teminat modelleri “Kefalet” ve “Garanti”dir. Her iki sözleşme kredi kartı sözleşmesi içinde yer alabileceği gibi ayrı bir sözleşme olarak da düzenlenebilmektedir. Her iki sözleşme de şahsi teminat sözleşmelerinden olmakla birlikte, özellikle geçerlilik koşulları ve teminat verenin sorumluluğu bakımından önemli farklılıklar arz etmektedirler.

Son yıllarda kart çıkaran kuruluşlar kefalet sözleşmesinden çok garanti sözleşmesi yapmayı tercih etmektedirler. Bu değişimin sebebi de kredi kartı sözleşmesi yapıldıktan sonra kartın harcama limiti zaman içerisinde artırıldığı takdirde buna bağlı olarak kefilin sorumluluğunun da artması ile kredi kartı limitinin her artışında kefilin de imzasının alınması gerekmesidir. Çünkü kredi kartı limitinin artırılmasında kefilin imzasının alınmaması halinde kart çıkaran kuruluş kefile sadece kefalet sözleşmesi imzalarken belirtilen limitle sınırlı olarak başvurabilir. Dolayısıyla borcun kefilin sorumlu olduğu azami miktarın üstüne çıkan kısmı, kartı çıkaran kuruluş açısından teminatsız olarak kalacaktır. Buna karşılık garanti sözleşmesinde böyle bir tehlike söz konusu değildir. Kart çıkaran kuruluşun alacağı hangi meblağa ulaşırsa ulaşsın garanti veren bu miktardan sorumludur. Kart çıkaran kuruluşlar bu sebeple, yani kefalet sözleşmesinin detaylı şartlarından kurtulmak için, geçerliliği teminat verenin sorumlu olacağı miktarın gösterilmesi şartına bağlı olmayan garanti niteliğinde şahsi teminat sözleşmesi yapma yoluna gitmişlerdir.

Kart çıkaran kuruluşlarca hazırlanan teminat taahhüdü metinlerinde zaman zaman şahsi teminatın niteliği net bir şekilde ifade edilmediğinden teminatın niteliğinin belirlenmesi hususu taraflar arasında tartışma konusu olmuş ve yargı organlarına intikal etmiştir. Son 10 yıl içerisinde yaşanan gerek ülkesel gerekse küresel ekonomik krizler ve gerekse kredi kartının kart hamillerinin harcama eğilimlerini artırıcı etkisi, kart hamillerinin ödeme güçlerinin çok üzerinde harcamalar yaparak kredi kartı borçlarını zamanında ödeyememelerine sebebiyet vermiş ve bu sebeple kart çıkaran kuruluşlarca üçüncü kişilerden alınan şahsi teminatların niteliğinin tespiti daha da önemli bir hale gelmiştir.

Ülkemizde 1970’li yılların başlarında kullanıma başlanan ve 2000’li yıllardan itibaren toplumdaki her düzeyde gelir kesiminden kişilerce yoğun bir şekilde kullanılan kredi kartlarına ilişkin yasal düzenlemenin ancak 01/03/2006 tarih ve 26095 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanarak yürürlüğe giren 5464 sayılı Banka Kartları ve Kredi Kartları Kanunu ile yapılmış olması ve garanti sözleşmelerine ilişkin halen bir yasal düzenlemenin olmaması uygulamada ve öğretide kredi kartı sözleşmelerinde şahsi teminatın hukuki niteliğinin tespiti hususunda tartışmalara yol açmıştır.

Kaldı ki 5464 sayılı Banka Kartları ve Kredi Kartları Kanunu m. 24/5 “*Kart hamilinin borcu kefile bildirilmedikçe, kefil için temerrüt durumunun oluşmayacağı sözleşmede gösterilir. Sözleşme hükümlerinde kefilin sorumluluğunu artırıcı nitelikteki değişikliklere ve kartın kullanım limitinin yükseltilmesine ilişkin olarak kefilin ilave şartlara dair sorumluluğunun başlaması için kefilin yazılı onayının alınması şarttır. Kredi kartı kullanımlarındaki kefalet, Borçlar Kanununda belirtilen adi kefalet hükümlerine tâbidir. Asıl borçluya başvurulup borcun tahsili için tüm yollar denenmeden kefilden borcun ifası istenemez.*” hükmünü getirmiş ise de bu hükümden kredi kartı sözleşmelerinde kefalet dışında bir şahsi teminat taahhüdünde, yani garanti taahhüdünde, bulunulamayacağı sonucunu çıkarmak mümkün değildir. Madde sözleşmede kefilin sadece adi kefil olabileceğini, kefalet sözleşmelerinin diğer çeşitlerinin kredi kartı sözleşmeleri için yapılamayacağını göstermekte, kredi kartları için garanti sözleşmesi yapılıp yapılamayacağı hususunda bir düzenleme getirmemektedir.

Yine kredi kartı sözleşmeleri, Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun’a 14/03/2003 tarih ve 25048 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanan 4822 sayılı Kanun’un 16. maddesiyle eklenen, 10/A maddesi ile tüketici kredisi sözleşmesi hükümlerine tabi kılınmış ve aynı Kanununun 10/2 maddesinin “*Tüketici kredisinin teminatı olarak şahsi teminat verildiği hallerde, kredi veren, asıl borçluya başvurmadan, kefilden borcun ifasını isteyemez.*” amir hükmü uyarınca kredi kartı sözleşmelerinin teminatı olarak şahsi teminat verildiğinde bu teminatın kefalet olduğu açıklığa kavuşmuştur. Yani sözleşmenin tarafının tüketici olduğu durumlarda verilen şahsi teminatın hukuki niteliğinin belirlenmesi konusunda tartışma kalmamıştır. Ancak kredi kartı ile yapılan alışverişlere Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun hükümlerinin uygulanabilmesi

için, kredi kartının bu Kanun kapsamında tüketici olan hamil tarafından kullanılması, kredi kartı ile edinilen mal ve hizmetlerin de Kanun kapsamında mal veya hizmet olması gerekir. Kredi kartıyla yapılan alışveriş bu iki unsura sahip değil ise, salt kredi kartının kullanılması nedeniyle Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun hükümlerinin uygulanması mümkün değildir. Yani ticari veya mesleki amaçla kredi kartını kullanan ve bu nedenle de Kanun 3/1 maddesi uyarınca “tüketici” olarak kabul edilemeyecek kart hamilleri ile kredi kartını aynı maddede tanımlanan “mal” veya “hizmet”ler dışında mal ve hizmetlerin edinilmesi, kullanılması veya yararlanılması için kullanan kart hamilleri açısından verilen şahsi teminatın hukuki niteliğinin tespiti tartışma konusu olmaya ve önemini korumaya devam etmektedir.

Kanaatimizce; kart çıkaran kuruluşlarca tek taraflı olarak önceden hazırlanıp şahsi teminat verenlerle müzakere edilmeksizin imzalatılan, ekonomik, sosyal ve ticari boyutu bulunan bu kadar önemli bir konuda, kredi kartı sistemini düzenleyen Banka Kartları ve Kredi Kartları Kanununda, özel bir düzenleme yapılmaması büyük bir eksikliktir. Kredi kartı sözleşmelerine şahsi teminat verenlerin genel olarak hiçbir menfaatleri olmadığı, ticari bir gaye gütmedikleri, sadece dostane ilişkiler sebebiyle tüketime yönelik kredi kartı kullanılmasına imkan tanımak için teminat verdikleri, “garanti sözleşmesi” ile “kefalet sözleşmesi” arasındaki farklar ile imzaladığı şahsi teminat sözleşmesine konulan ibarenin sonuçlarını öngörebilecek durumda olmadıkları ve kart çıkaran kuruluşların sözleşme anında şahsi teminat veren ile müzakere edip şahsi teminat verene sözleşmenin içeriğine müdahale etme imkanı tanımadığı hususları nazara alındığında Banka Kartları ve Kredi Kartları Kanununda şahsi teminat verenleri koruyucu düzenlemelerin getirilmesi gerekmektedir.

Yine şahsi teminatlardan “Kefalet Sözleşmesi”nin Borçlar Kanununda ayrıntılı olarak düzenlenmesine rağmen “Garanti Sözleşmesi”nin yasal bir düzenlemesinin bulunmaması da diğer bir eksikliktir.

Mevcut düzenlemelerin yetersizliği nedeniyle acilen hukuki düzenlemelerin yapılması gerekliliği, sadece tezimizin bir sonucu olmayıp; uygulama ve öğretideki karmaşık görüntünün de zorunlu bir sonucudur. Bu nedenlerle konunun bir an önce

yasal düzenlemeye kavuşturulması ve anılan sorunlu hususların yasal bir zeminde çözülmesi gereklidir.

Belirtilen yasal eksiklikler yasa koyucu tarafından giderilinceye kadar şahsi teminatın niteliğinin tespiti hususunda öncelikle verilen şahsi teminatın Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun kapsamında kalıp kalmadığı araştırılmalı, Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun kapsamında kaldığı tespit edilir ise Kanunun 10/2 maddesinin emredici düzenlemesi nazara alınarak verilen şahsi teminatın kefalet olduğu kabul edilmelidir. Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun kapsamında kalmayan şahsi teminatlar için ise, öğretide ve uygulamada geliştirilen kriterler kullanılmalı, yine de şahsi teminatın niteliğinin tespit edilmesinin mümkün olmadığı durumlarda şüphe halinde kefalet karinesi uygulanmalıdır. Borçlar Kanununun sözleşmelerin yorumunu düzenleyen 18. maddesi ile Türk Medeni Kanununun dürüstlük kuralını düzenleyen 2. maddesinin birlikte değerlendirilmesi de şahsi teminat sözleşmesinin niteliğinin tespitinde şüphe halinde kefalet karinesinin uygulanmasını gerektirir.

KAYNAKÇA*

*Birden çok eserinden yararlanılan yazarlara yapılan atıflarda kullanılan kısaltmalar parantez içerisinde gösterilmiştir.

A-YAZILI KAYNAKLAR

AÇIKGÜL, Emine/Hacı Ali AÇIKGÜL, Teori ve Uygulamada Kredi Kartı Sözleşmeleri, Ankara, 2007

AKINTÜRK, Turgut, Borçlar Hukuku Genel Hükümler ve Özel Borç İlişkileri, İstanbul, 2004

AKİPEK, Şebnem, Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Çerçevesinde Kredi Kartları, (Kredi Kartları), AÜHFD, C. 52, S. 3, Ankara, 2003

AKİPEK, Şebnem, Türk Hukuku ve Mukayeseli Hukuk Açısından Tüketici Kredisi, Ankara, 1999

AKİPEK, Şebnem/Erkan KÜÇÜKGÜNGÖR, Sözleşmeler Rehberi, Ankara, 2000

AKKANAT, Halil, Kefaletin Fer'iliği İlkesi ve Banka Ticari Kredi Sözleşmeleri, Prof. Dr. Necip Kocayusufpaşaoğlu İçin Armağan, Ankara, 2004

AKYOL, Şener; Banka Sözleşmeleri, İstanbul, 2001

ALPAY, Cem Gürkan, Banka Kartları ve Kredi Kartları Değerlendirme Toplantısı, Bankacılar Dergisi, S. 56, Mart 2006

ANTALYA, Gökhan, Miras Hukuku, İstanbul, 2003

ARAL, Fahrettin, Banka Teminat Mektuplarının Hukuki Niteliği ve Kefaletten Farkları, Prof. Dr. Fikret EREN'e Armağan, Ankara, 2006

ARAL, Fahrettin, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Ankara, 2007

ARIK, K. Fikret, Mahkeme Kararları Kroniği, Başkasının Fiilini Taahhüt veya Garanti Mukavelesi, AÜSBFD, C.X, S. 2, 1955

ARKAN, Sabih, Kredi Kartıyla İlgili Olarak Verilen Güvencenin Hukuki Niteliği, Bilgi Toplumunda Hukuk Ünal TEKİNALP'e Armağan, C. I, İstanbul, 2003

ATAOL, Hüseyin, Kefalet Aktinde Kefilin Alacaklıya Karşı İleri Sürebileceği Def'i ve İtirazlar, KÜHFD, S. 2, 1998-1999

ATEŞ, Derya; Banka Kredi Kartlarının Hukuki Niteliği ve Ek Kart, (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Ankara, 2000

AYRANCI, Hasan, Kefalet Sözleşmesinde Asıl Borcun Belirli Olması İlkesi ve Cari Hesaba Kefalet, (Cari Hesaba Kefalet), GÜHFD., C.IX, S.1-2, 2005

AYRANCI, Hasan, Şekil Şartına Uyulmadan Yapılan Kefalet Sözleşmesinde İfanın Sonuçları, (İfanın Sonuçları) , AÜHFD, C. 53, S. 2, 2004

BARLAS, Nami, Kredi Kartı İlişkisinde Bankaya Karşı Verilen Kişisel Teminatın Niteliğinin Belirlenmesi, (Kredi Kartı) Ömer TEOMAN'a 55. Yaş Günü Armağanı, C. II, İstanbul, 2002

BARLAS, Nami, Türk Hukuk Sisteminde Banka Teminat Mektupları, (Teminat Mektupları), İstanbul, 1986

BARLAS, Nami, Yeni Medeni Kanunun Ayni Teminatlara İlişkin Düzenlemeleri, (Ayni Teminatlar), Bilgi Toplumunda Hukuk, Ünal TEKİNALP'e Armağan, C. II, İstanbul, 2003

BAYDEMİR, Mehmet, Her Yönüyle Kredi Kartları, İstanbul, 2004

BİLGE, Necip; Borçlar Hukuku Özel Borç Münasebetleri, Ankara, 1971

BOZER, Ali/GÖLE, Celal, Bankacılar İçin Kıymetli Evrak Hukuku Bilgisi, Ankara, 2006

BUHUR, Oğuzhan, Tüketici Kredisi Açısından Kredi Kartı Uygulaması, Ankara, 2004

CEYLAN, Gülçin, Kredi Kartı Kullanımını Etkileyen Etmenlerin İstatiksel Analizi, (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Kütahya, 2007

ÇEBİ, Hakan, Üçüncü Kişinin Fiilini Taahhüt, Prof. Dr. Tahir ÇAĞA'nın Anısına Armağan, İstanbul. 2000

ÇEKER, Mustafa, Kredi Kartı Uygulaması ve Özel Hukuk Açısından Kredi Kartının Hukuka Aykırı Kullanımı, Ankara, 1997

ÇEKER, Mustafa, Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanun Kapsamında Kredi Kartı Borcunun Ödenmemesi ve Hukuki Sonuçları, (Tüketicinin Korunması), AÜEHFD, C. VIII, S. 1-2

ÇIRPAN, Belgin, Kredi Kartları, Bursa, 2000

DEMİR, Mehmet, 4822 Sayılı Kanun ile Tüketici Sözleşmeleri Alanında Getirilen Yenilikler, BATİDER, C. XXXII, S. 1, 2003

DEMİR, Mehmet, Başkasının Fiilini Taahhüt, (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi) Ankara, 1999

DOĞAN, Vahit, Banka Teminat Mektupları, Ankara, 2005

DURAL, Mustafa/ Turgut ÖZ, Türk Özel Hukuku Miras Hukuku, İstanbul, 2003

EKECİK, Şükran, Kredi Kartlarında Bileşik Faiz ve İcra Takibi, Banka ve Ticaret Hukuku Enstitüsü, Ticaret Hukuk ve Yargıtay Kararları Sempozyumu XXI, Ekim 2005

EREN, Fikret, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul, 2003

FRANKO; Nisim, Ticaret Şirketlerinin Kefalet Ehliyeti, Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu II, Ankara, 1985

GÖKPINAR, Ali, Garanti Sözleşmesi, (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Ankara, 1992

GRASSİNGER, Gülçin Elçin, Borçlar Kanunu'na Göre Kefilin Alacaklıya Karşı Sahip Olduğu Savunma İmkanları, İstanbul, 1996

HATEMİ, Hüseyin/Rona SEROZAN/Abdulkadir ARPACI, Borçlar Hukuku Özel Bölüm, İstanbul, 1992

İŞGÜZAR, Hasan, Banka Kredi Kartı Sözleşmeleri, Ankara, 2003

KAHYAOĞLU, Emin Cem, Banka Garantileri, İstanbul, 1996

KAPLAN, İbrahim, Banka Standart Sözleşmeleri ve Banka Genel İşlem Şartları, BATİDER, C: XVI, S. 2, 1991

KARAHASAN, Mustafa Reşit, Türk Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, İstanbul, 2002

KILIÇOĞLU, Ahmet, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara, 2007

KIRÇOVA, İbrahim, Kredi Kartı Kullanımının Tüketici Alışkanlıklarına ve Alışverişlerin Yer, Zaman ve Marka Tercihlerine Etkisi, İstanbul, 2007

KOCAMAN, Arif, Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 4.7.2001 Tarih ve E. 2001/19-534, K. 2001/583 Sayılı Kararı üzerine Bir Değerlendirme – Kredi Kartı İlişkisinde Bankaya karşı Verilen Kişisel (Şahsi) Teminatın Hukuki Niteliği: Garanti mi; Kefalet mi? Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu XIX, 10 Mayıs 2003

KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Necip, Borçlar Hukukuna Giriş, Hukuki İşlem, Sözleşme, İstanbul, 2008

KOSTAKOĞLU, Cengiz, Banka Kredi Sözleşmelerinden Doğan Uyuşmazlıklar ve Akreditif, Ankara, 2003

KUNTALP, Erden, Teminat Kavramı, Teminat Türleri ve Bunlardan Doğan Sorumluluk, (Teminat Kavramı), Prof. Dr. Reha POROY'a Armağan, İstanbul, 1995

KUNTALP, Erden, Yargıtay Kararları Işığında Kredi Kartı, Banka ve Ticaret Hukuku Enstitüsü, Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu XIII, 1996

KUNTALP, Erden/Güzin PEKGÜÇLÜ, Kredi Kartları ve Yeni Kanun Tasarısı, Bankacılar Dergisi, S. 31, 1999

MALKOÇ, İsmail, Banka Kartları ve Kredi Kartları Kanunu, Ankara, 2007

OĞUZMAN, Kemal/M. Turgut ÖZ, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul, 2005

OMAĞ, Semra, Banka Teminat Mektuplarının Mahiyeti ve Hükümleri, BATİDER, C. VI., S. 2, 1971

ÖZEN, Burak, Kefalet Sözleşmesi, İstanbul, 2008

PELLUMBİ, Sokol, Banka Kredi Hukukunda Teminatlar, (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), İstanbul, 2006

POROY, Reha/Ünal TEKİNALP, Kıymetli Evrak Hukuku Esasları, İstanbul, 2003

REİSOĞLU, Seza, Banka Kredi Kartları ve Uygulama Sorunları, (Kredi Kartları) Bankacılar Dergisi, S. 49, 2004

REİSOĞLU, Seza, Banka Teminat Mektupları ve Kontrgarantiler, (Banka Teminat Mektupları), Ankara, 1990

REİSOĞLU, Seza, Garanti Mukavelesi, (Garanti) Ankara, 1963

REİSOĞLU, Seza; Türk Hukukunda ve Bankacılık Uygulamasında Kefalet, (Kefalet), Ankara, 1992

SAGLAM, İpek, Elektronik Sözleşmeler, İstanbul, 2007

SAYIN, Serhat, Türk Hukukunda Kredi Kartı ve Kredi Kartının Hukuka Aykırı Kullanılmasından Doğan Hukuki Sorumluluk, İstanbul, 2005

SUNGURTEKİN, Meral, Banka Teminat Mektuplarına İlişkin Uluslararası Unsurlu İhtilaflara Uygulanacak Hukuk Alanında Bir İnceleme, TBB Dergisi, S. 4, 1990

SÜCÜLLÜ, Aslı Sözen, Kefalet Sözleşmesi ve Kefalet Sözleşmesinin Geçerlilik Şartları, (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Ankara, 2006

SÜMER, Altay, Konkordato ve Yeniden Yapılanma Hukuku, İstanbul, 2005

ŞAHAN, Gökhan, Kefalet Sözleşmesinin Sona Ermesi, (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Kayseri, 2007

ŞAHİN; Turan, Üçüncü Kişinin Edimini Taahhüt, (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Kırıkkale, 2006

ŞENER, Esat, Medeni Kanun – Borçlar Kanunu İçtihadı Birleştirme Kararları ve Madde Atıfları İle Birlikte, Ankara, 2000

TANDOĞAN, Haluk, Borçlar Hukuku – Özel Borç İlişkileri, C. II, 3. Baskı, Ankara, 1987

TANDOĞAN, Haluk, Garanti Mukavelesi, (Garanti), Ankara, 1959

TEKİNALP, Ünal, Banka Hukukunun Esasları, İstanbul, 1988

TEKİNAY, S. Sulhi/Sermet AKMAN/Haluk BURCUOĞLU/Atilla ALTOP, Tekinay Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, İstanbul, 1993

TEOMAN, Ömer, Hukuki Yönden Kredi Kartı Uygulaması, İstanbul, 1996

TEOMAN, Ömer, Teminat Mektubunu Teyid Eden Bankanın Sorumluluğu, (Teminat Mektubu), Otuz Yıl Ticaret Hukuku Tüm Makalelerim, C. II, İstanbul, 2001

TURAN, Gamze, Garanti ve Kefalet Sözleşmeleri Arasındaki Farklar ve Banka Kredi Kartı Sözleşmelerindeki Şahsi Teminatın Niteliği, TBB. Dergisi, S. 66, Eylül/Ekim 2006

UYGUR, Turgut, Açıklamalı-İçtihatlı Borçlar Kanunu Sorumluluk ve Tazminat Hukuku, Ankara, 2003

YAVUZ, Cevdet, Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler, İstanbul, 2007

YETİM, Sedat, Kredi Kartları ve Tüketici Kredileri, Ankara, 1997

YILMAZ, Eyyüp, Türkiyede Kredi Kartı Uygulaması ve Ekonomik Etkileri, İstanbul, 2000

YİĞİT, Uğur, Bankacılık Suçları, İstanbul, 2006

YÜCE; Melek Bilgin; Garanti Sözleşmesinin Bir Türü Olarak Üçüncü Kişinin Fiilini Taahhüt, İstanbul, 2007

ZEVKLİLER, Aydın, Zevkliler Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Ankara, 2004

ZEYNELOĞLU, Ş. Güler, Kefalet ve Garanti Sözleşmesi Ayrımı, Türkiye Noterler Birliği Hukuk Dergisi, S. 127, Ağustos 2005

B-ELEKTRONİK KAYNAKLAR

akip-Açıklamalı Kanun İçtihat Programı, Versiyon 4.0

Meşe Yazılım İçtihat ve Mevzuat Bankası, Versiyon 2.0.0.49

www.bkm.com.tr/kronoloji.aspx (Erişim: 09/04/2009)

www.bkm.com.tr/sozluk.aspx (Erişim: 14/04/2009)

www.bkm.com.tr/yillara-gore-istatistiki-bilgiler.aspx (Erişim: 09/04/2009)

www.zonguldak.adalet.gov.tr/yargitayilami.htm (Erişim: 22/07/2008)

ÖZGEÇMİŞ

Musa SERDAR, 1977 yılında Denizli’de doğmuştur. İlköğrenimini Aydın ili Buharkent ilçesinde tamamladıktan sonra, ortaöğrenimini Rize 70. Yıl Cumhuriyet Sağlık Meslek Lisesinde tamamlayarak 1995 yılında Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesinde lisans eğitimine başlamıştır.

2000 yılında Ankara Hakim Adayı olarak atanan SERDAR 2003 yılında kura ile Şırnak/Cizre Cumhuriyet Savcılığı görevine atanmıştır. 2006-2009 yılları arasında Aydın/Karacasu Cumhuriyet Savcısı olarak çalıştıktan sonra halen devam ettiği Düzce Cumhuriyet Savcılığı görevine atanmıştır. Evli ve bir çocuk babasıdır.