



**ÇANKAYA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK ANABİLİM DALI
ÖZEL HUKUK YÜKSEK LİSANS TEZİ**

KEFALET SÖZLEŞMESİNDE EŞİN RIZASI

NESLİHAN ETE

MAYIS 2021

**ÇANKAYA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK ANABİLİM DALI
ÖZEL HUKUK YÜKSEK LİSANS TEZİ**

KEFALET SÖZLEŞMESİNDE EŞİN RIZASI

NESLİHAN ETE

MAYIS 2021

ÖZET

KEFALET SÖZLEŞMESİNDE EŞİN RIZASI

ETE, Neslihan

Yüksek Lisans Tezi

Özel Hukuk Anabilim Dalı

Danışman: Doç. Dr. H. Tolunay OZANEMRE YAYLA

Mayıs 2021, 167 sayfa

Kefalet sözleşmesi, kefilin alacaklıya karşı, borçlunun borcunu ifa etmemesinin sonuçlarından kişisel olarak sorumlu olmayı üstlendiği bir teminat sözleşmesidir. Kişisel teminat sözleşmeleri arasında en çok karşımıza çıkan ve en önemli yere sahip sözleşme olan kefalet sözleşmesi, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 581 ilâ 603. maddeleri arasında düzenlenmiştir.

6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun yürürlüğe girmesiyle, kefalet sözleşmesine ilişkin hükümlerde önemli değişiklikler yapılmış ve yenilikler getirilmiştir. Bu önemli yeniliklerden bir tanesi de 584. maddede yer almaktadır. Bu maddede, evli olan kişilerin kefil olabilmesi, kefilin eşinin en geç kefalet sözleşmesinin yapıldığı sırada verilmiş yazılı rızasına bağlı kılınmıştır. Kanun koyucu bu maddeyle, kefile sorumluluk yükleyen kefalet sözleşmesinden ailenin zarar görmesini engellemeyi ve evlilik birliğinin korunmasını amaçlamıştır. Kefalet sözleşmesinde diğer eşin rızasını düzenleyen bu hüküm emredici nitelikte olup, taraflarca aksi kararlaştırılmaz.

Söz konusu maddenin üçüncü fıkrasında ise eşin rızasının aranmayacağı haller düzenlenmiştir. Kanun koyucu evli gerçek kişiler bakımından gerek kefalet sözleşmesinde gerek diğer kişisel teminat sözleşmelerinde diğer eşin yazılı rızasını aramış olmakla birlikte bu kuralın istisnasına Türk Borçlar Kanunu'nun 584.

maddesinin üçüncü fıkrasında yer vermiştir. Söz konusu hükümde belirtilen hallerde evli gerçek kişinin eşinin yazılı rızası aranmayacaktır.

Son olarak Türk Borçlar Kanunu'nun 603. maddesinde de kefalet sözleşmesine ilişkin bazı diğer hususların yanı sıra kefilin eşinin rızasına ilişkin koşulun gerçek kişiler tarafından verilen diğer teminat sözleşmelerinde de aranacağı düzenlenmiştir. Kanun koyucu bu madde ile, kefil koruyucu hükümlerden kurtulmak amacıyla gerçek kişilerce kişisel güvence verilmesine ilişkin olarak başka ad altında yapılan sözleşmelere de kefalet hükümlerinin uygulanacağını düzenlemiştir. Böylece kefil, aileyi ve evlilik birliğini koruyucu hükümlerin aşılması amacıyla gerçek kişilerce kişisel güvence verilmesine ilişkin olarak başka ad altında yapılan sözleşmelerle kanunun dolanılmasının önlenmesi amaçlanmıştır.

Anahtar Kelimeler: Kefalet Sözleşmesi, Eşin Rızası, Garanti Sözleşmesi, Aval

ABSTRACT

SPOUSE'S CONSENT IN BAILMENT CONTRACT

ETE, Neslihan

Master Thesis

Department Of Private Law

Supervisor: Assoc. Dr. H. Tolunay OZANEMRE YAYLA

May 2021, 167 pages

A bailment contract is a contract of a guaranty in which the guarantor undertakes to be personally responsible to the creditor for the consequences of the debtor's failure to repay the performance. The bailment contract, which is the most common and most important contract among personal guarantee contracts, is arranged between the articles No. 581 to 603 substances of the Turkish Law of Obligations No. 6098.

With the entry into force of the Turkish Law of Obligations No. 6098, significant changes were made regarding the provisions of the bail agreement, and innovations were introduced. One of these important innovations is issued in article No. 584. In this article, the possibility of married persons to stand as bails is qualified to the written consent of the guarantor's spouse at the latest at the time of the bail agreement. In this article, the legislator aimed to prevent the family from being harmed by the bail contract, which burdens the guarantor with responsibility, and to protect the marital union. This provision regulating the consent of the other spouse in the bail agreement is mandatory and cannot be decided otherwise by any other parties.

In the third paragraph of this article, cases in which the consent of the spouse will not be sought are arranged. The legislator sought both the written consent of the other spouse in terms of married real individuals, both in the bail agreement and in

other personal guarantee contracts, the exception of this law is issued in the article No. 584 of the Turkish Law of Obligations it is included in the third paragraph of the article. In the cases specified in this provision, the written consent of the married real person's spouse will not be sought.

Lastly, in the article No. 603 of the Turkish Law of Obligations, in addition to some other matters related to the bail agreement, the condition of the guarantor's spouse's consent will be sought in other contracts of guaranty issued by real persons. With this article, the legislator has arranged that the bail provisions will also apply to contracts made under another name to give personal assurance by real persons to bale out of the protective provisions of the guarantor. In this way, it is aimed to prevent the circumvention of the law formed contracts are concluded under another name for the provision to give personal assurance by real persons to end the provisions protecting the guarantor, its family, and the union of marriage.

TEŞEKÜR SAYFASI

Bu alıŐma sırasında; gelecekteki meslek hayatım için rnek aldığım, tez alıŐması sürecinde yardım ve katkılarıyla beni bilgilendiren ve ynlendiren tez danıŐmanım Doç. Dr. Hatice Tolunay OZANEMRE YAYLA'ya, çalıŐmalarımın hazırlanması aşamasında yardımlarından ve sabrından dolayı değerli aileme teŐekkür ederim



İÇİNDEKİLER

İNTİHAL BULUNMADIĞINA İLİŞKİN SAYFA.....	iii
ÖZET.....	iv
ABSTRACT.....	vi
TEŞEKÜR SAYFASI	viii
İÇİNDEKİLER	ix
KISALTMALAR	xiv
GİRİŞ	1
BÖLÜM I	
KEFALET SÖZLEŞMESİNE İLİŞKİN TEMEL BİLGİLER	3
1.1. KEFALET SÖZLEŞMESİNİN TANIMI, SÖZLEŞMELER HUKUKU	
İÇİNDEKİ YERİ.....	3
1.1.1. Kefalet Sözleşmesinin Tanımı	3
1.1.2. Kefalet Sözleşmesinin Hukukî Niteliği.....	6
1.1.3. Kefalet Sözleşmesinin Sözleşmeler Hukuku İçerisindeki Yeri.....	7
1.2. KEFALET SÖZLEŞMESİNİN TARAFLARI VE KEFİLİN EDİMİNİN	
KONUSU.....	9
1.2.1. Kefalet Sözleşmesinin Tarafları	9
1.2.2. Kefilin Ediminin Konusu	11
1.3. KEFALET SÖZLEŞMESİNİN ÖZELLİKLERİ.....	13
1.3.1. Kefalet Sözleşmesinin Asıl Borcu Doğuran Hukukî İlişkiden Ayrı Bir Hukukî İlişki Olması.....	13
1.3.2. Kefalet Sözleşmesinde Kefilin Sorumluluğunun Fer'î Nitelikte Olması	17
1.3.3. Kefilin Borcunun Talî Nitelikte Bir Borç Olması	23
1.3.4. Kefalet Sözleşmesinin Başkasına Ait Bir Borcu Teminat Altına Almak İçin Yapılması.....	25
BÖLÜM II	
KEFALET SÖZLEŞMESİNİN BENZER KURUMLARDAN FARKI	26
2.1. BORCA KATILMADAN FARKI	26

2.1.1. Genel Olarak	26
2.1.2. Kefalet Sözleşmesi ile Borca Katılma Arasındaki Farklılıklar	28
2.1.3. Kefalet Sözleşmesi ve Borca Katılma Ayrımı Tespiti İçin Kıstaslar ...	30
2.1.3.1. Tarafların İradelerinin Belirlenmesi ve Kefalet Karinesi	30
2.1.3.2. Aslılık-Fer'îlik Kıstası	32
2.1.3.3. Menfaat Kıstası	33
2.2. GARANTİ SÖZLEŞMESİNDEN FARKI	34
2.2.1. Genel Olarak	34
2.2.2. Kefalet Sözleşmesi ile Teminat Amaçlı Garanti Sözleşmesi Arasındaki Farklılıklar	35
2.2.3. Kefalet Sözleşmesi ve Teminat Amaçlı Garanti Sözleşmesi Ayrımı Tespiti İçin Kıstaslar	38
2.2.3.1. Genel Olarak	38
2.2.3.2. Aslı Kıstaslar	39
2.2.3.2.1. Aslılık –Fer'îlik Kıstası	39
2.2.3.2.1.1. Temel Borç İlişisine Atıf Kıstası	40
2.2.3.2.1.2. Def'î ve İtirazlardan Vazgeçilmesi Kıstası ...	40
2.2.3.2.1.3. Sözleşme Metninde İlk Talepte Ödeme Kaydının Bulunması Kıstası	41
2.2.3.2.2. Teminat Veren Özel Menfaatinin Bulunması Kıstası	42
2.2.3.2.3. Aynen İfa Yükümlüğü- Tazminat Ödeme Yükümlülüğü Kıstası	43
2.2.3.2.4. Kişiye Yönelik İlgisi-Sonuca Yönelik İlgisi Kıstası	43
2.2.3.3. Yan Kıstaslar	44
2.2.3.3.1. Müteselsil Sorumluluk Üstlenilmesi	44
2.2.3.3.2. Rücu Hakkının Kullanılmasına İlişkin Düzenleme Yapılması	44
2.2.3.3.3. Belirli Belgelerin İbrazı Halinde İfade Bulunulacağı Kararlaştırılması	45
2.3. KEFALET SÖZLEŞMESİNİN AVALDEN FARKI	45
2.3.1. Genel Olarak	45
2.3.2. Aval ile Kefalet Sözleşmesinin Farklılıkları	45

BÖLÜM III.

DİĞER EŞİN RIZASI KAVRAMI, BU KAVRAMA İLİŞKİN YASAL DÜZENLEME VE DİĞER EŞİN RIZASININ GEÇERLİLİK ŞARTLARI 49

3.1. DİĞER EŞİN RIZASI KAVRAMI ve KAVRAMIN TARİHSEL GELİŞİMİ.....	49
3.1.1. Kavram	49
3.1.2. Tarihsel Gelişimi	51
3.2. KEFALETTE DİĞER EŞİN RIZASININ ARANMASINA İLİŞKİN YASAL DÜZENLEME.....	58
3.2.1. Genel Olarak Yasal Düzenleme	58
3.2.2. Yasal Düzenlemenin Amacı.....	64
3.2.3. Bu Yasal Düzenlemenin Eşin Rızasının Arandığı Diğer Yasal Düzenlemelerle İlişkisi	66
3.2.3.1. Türk Medenî Kanunu’nda Yer Alan Eşin Rızasının Arandığı Diğer Yasal Düzenlemelerle İlişkisi	66
3.2.3.2. 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu’nda Yer Alan Eşin Rızasının Arandığı Yasal Düzenlemelerle İlişkisi	72
3.3. DİĞER EŞİN RIZASININ GEÇERLİLİK ŞARTLARI.....	74
3.3.1. Genel Geçerlilik Şartları.....	74
3.3.2. Özel Geçerlilik Şartları.....	85
3.3.2.1. Somut Bir Kefalet Sözleşmesi İçin Verilmesi	85
3.3.2.2. Kefalet Sözleşmesinden Önce Verilmesi.....	86
3.3.2.3. Diğer Eşin Rızasının Yazılı Olması.....	88
3.3.2.4. Rızanın İkamesi	90

BÖLÜM IV.

KEFALET SÖZLEŞMESİNDE EŞİN RIZASININ ARANDIĞI HALLER, ARANMADIĞI HALLER, ÖZEL BAZI DURUMLAR VE DİĞER TEMİNAT SÖZLEŞMELERİ BAKIMINDAN DURUM 92

4.1. KEFALET SÖZLEŞMESİNDE EŞİN RIZASININ ARANDIĞI HALLER	92
4.1.1. Evli Kişinin Kefalet Sözleşmesi Akdetmesi	92
4.1.2. Türk Borçlar Kanunu’nun 584. Maddesinin İkinci Fıkrasına Göre Eşin Rızasının Arandığı Haller	94

4.1.2.1. Kefalet Sözleşmesinde Sonradan Yapılan ve Kefilin Sorumlu Olacağı Miktarın Artmasına Sebep Olan Değişiklikler	95
4.1.2.2. Kefalet Sözleşmesinde Sonradan Yapılan ve Âdi Kefaletin Müteselsil Kefaletle Dönüşmesine Sebep Olan Değişiklikler ...	95
4.1.2.3. Kefalet Sözleşmesinde Sonradan Yapılan ve Kefil Yararına Olan Güvencelerin Önemli Ölçüde Azalmasına Sebep Olan Değişiklikler.....	97
4.1.3. Türk Borçlar Kanunu'nun 583. Maddesinin İkinci Fıkrasına Göre Eşin Rızasının Arandığı Haller	99
4.2. EVLİ KEFİL BAKIMINDAN EŞİN RIZASININ ARANMADIĞI HALLER.....	100
4.2.1. Türk Borçlar Kanunu'nun 584. maddesinin Birinci Fıkrasına Göre Eşin Rızasının Aranmadığı Haller	100
4.2.1.1. Evlilik Birliğine İlişkin Mahkemece Verilmiş Bir Ayrılık Kararı Olması.....	100
4.2.1.2. Eşlerin Yasal Olarak Ayrı Yaşama Hakkının Ortaya Çıkması	102
4.2.1.3. Eşlerden Biri Hakkında Gaiplik Kararı Verilmesi Durumu ..	104
4.2.2. Türk Borçlar Kanunu'nun 584. Maddesinin Üçüncü Fıkrasına Göre Eşin Rızasının Aranmadığı Haller	106
4.2.2.1. Genel Olarak	106
4.2.2.2. Ticaret Siciline Kayıtlı Ticari İşletmenin Sahibi Olan Gerçek Kişi Tacirin Ticari İşletmesi ile İlgili Vereceği Kefaletler	108
4.2.2.3. Ticaret Şirketinin Ortak ya da Yöneticisi Tarafından Şirketle İlgili Olarak Verilecek Kefaletler	109
4.2.2.4. Esnaf ve Sanatkârlar Siciline Kayıtlı Esnaf veya Sanatkârlar Tarafından Mesleki Faaliyetleri ile İlgili Olarak Verilecek Kefaletler.....	110
4.2.2.5. 27.12.2006 Tarih ve 5570 Sayılı Kamu Sermayeli Bankalar Tarafından Yürütülen Faiz Destekli Kredi Kullanılmasına Dair Kanun Kapsamında Kullanılacak Kredilerde Verilecek Kefaletler.....	111

4.2.2.6. Tarım Kredi, Tarım Satış ve Esnaf ve Sanatkârlar Kredi ve Kefalet Kooperatifleri ile Kamu Kurum ve Kuruluşlarınca Kooperatif Ortaklarına Kullandırılacak Kredilere Verilecek Kefaletler.....	111
4.3. EŞİN RIZASINA İLİŞKİN BAZI ÖZEL DURUMLAR.....	112
4.3.1. Eşin Rızasından Kefaletin Türünün Anlaşılabilmesi.....	112
4.3.2. Eşin Ehliyetsiz Olması Durumu.....	113
4.3.3. Eşin Borcu İçin ya da Eş Lehine Kefil Olunması Durumu.....	114
4.4. DİĞER TEMİNAT SÖZLEŞMELERİ BAKIMINDAN DURUM.....	116
4.4.1. Yasal Düzenleme.....	116
4.4.2. Borca Katılmada Uygulanması Durumu.....	119
4.4.3. Sözleşmeye Katılma ve Sözleşmenin Devrinde Uygulanması Durumu.....	120
4.4.4. Müteselsil Borçlulukta Uygulanması Durumu.....	121
4.4.5. Kredi Emrinde Uygulanması Meselesi.....	122
4.4.6. Teminat Amaçlı Garanti Sözleşmesinde Uygulanması Meselesi.....	123
4.4.7. Avalde Uygulanması Meselesi.....	125
SONUÇ.....	140
KAYNAKÇA.....	153
ÖZGEÇMİŞ.....	167

KISALTMALAR

Abs.	: Absatz
age.	: Adı geçen eser
agm.	: Adı geçen makale
agt.	: Adı geçen tez
Art.	: Article
AÜHFD	: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
A.Ş.	: Anonim Şirket
b.	: bend
Batider	: Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi
BGB	: Bürgerliches Gesetzbuch
BGE	: Entscheidungen des schweizerischen Bundesgerichts
BGH	: Bundesgerichtshof
Bkz./bkz.	: Bakınız
C.	: Cilt
dpn.	: Dipnot
DEÜHFD	: Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
E.	: Esas
EBK	: 818 Sayılı Eski Borçlar Kanunu
ETK	: 6762 Sayılı Ticaret Kanunu
f.	: Fıkra
HD.	: Hukuk Dairesi
HGK.	: Hukuk Genel Kurulu
HMK	: 6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu
HUMK	: 1086 Sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu
İBD	: İstanbul Barosu Dergisi
İBK	: İçtihadı Birleştirme Kararı
İİK	: İcra ve İflas Kanunu
İsvBK	: İsviçre Borçlar Kanunu
İÜHF	: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi

İÜHFM	: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası
K.	: Karar
Kazancı	: Kazancı İçtihat Bilgi Bankası
KHK	: Kanun Hükmünde Kararname
KoopK	: Kooperatif Kanunu
m./M.	: Madde
RG	: Resmi Gazete
s.	: Sayfa
S.	: Sayı
T.	: Tarih
TBB	: Türkiye Barolar Birliği
TBK	: 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu
TİRK	: Ticari İşletme Rehni Kanunu
TMK	: 4721 Sayılı Türk Medeni Kanunu
TTK	: 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu
vd.	: ve devamı
Y.	: Yargıtay
YİİD	: Yargıtay İcra ve İflas Dairesi

GİRİŞ

Kefalet sözleşmesi, kefilin alacaklıya karşı, borçlunun borcunu ifa etmemesinin sonuçlarından kişisel olarak sorumlu olmayı üstlendiği bir teminat sözleşmesidir. Kefalet sözleşmesi Türk Borçlar Kanunu'nun Özel Borç İlişkileri başlığını taşıyan İkinci Kısımının 15. Bölümünde 581 ilâ 603 maddeleri arasında düzenlenmiştir. 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 1 Temmuz 2012 tarihinde yürürlüğe girmesi ile Türk Borçlar Kanunu'na getirilen en önemli yenilikler arasında görülen 584. madde hükmü ile kanun koyucu, evli olan bir kişinin kefil olmak üzere yapmış olduğu kefalet sözleşmesinin geçerliliğini, kefilin eşinin yazılı rızasına bağlamıştır.

Tez konusu dört bölümde ele alınmıştır.

Birinci bölümde; kefalet sözleşmesine ilişkin temel bilgilere yer verilmiştir. Bu bölümde, kefalet sözleşmesinin tanımı ve hukukî niteliği, sözleşmeler hukuku içerisindeki yeri, kefalet sözleşmesinin tarafları, kefilin ediminin konusu ve kefalet sözleşmesinin özellikleri açıklanmıştır.

İkinci bölümde; kefalet sözleşmesinin benzer kurumlardan farkına yer verilmiştir. Bu bölümde kişisel teminat sözleşmelerinden olan borca katılma, garanti sözleşmesi ve aval ayrı ayrı incelenerek, bu işlemlerin, kefalet sözleşmesine nazaran arz ettikleri özellikler üzerinde durulmuştur.

Üçüncü bölümde; diğer eşin rızası kavramı ele alınarak, diğer eşin rızasının tarihsel gelişimi, kefalet sözleşmesinde diğer eşin rızasının aranmasına ilişkin yasal düzenleme ve bu düzenlemenin amacı, bu yasal düzenlemenin eşin rızasının arandığı diğer yasal düzenlemelerle ilişkisi, kefalet sözleşmesinde diğer eşin rızasının geçerlilik şartları açıklanmıştır.

Dördüncü bölümde; kefalet sözleşmesinde diğer eşin rızasının arandığı haller, evli kefil bakımından eşin rızasının aranmadığı haller açıklanmıştır. Bu bölümde eşin rızasına ilişkin, eşin ehliyetsiz olması, eşin borcu için ya da eş lehine kefil olunması, eşin rızasından kefaletin türünün anlaşılabilmesi gibi bazı özel durumlar açıklanmıştır. Son olarak, Türk Borçlar Kanunu'nun 603. maddesi çerçevesinde diğer teminat sözleşmelerinde eşin rızasının aranıp aranmayacağı hususu, teminat amaçlı garanti

sözleşmesi, teminat amaçlı borca katılma, aval, sözleşenin devri, sözleşmeye katılma, kredi emri bakımından ayrı ayrı incelenmiştir.

Çalışmanın hazırlanması sürecinde konuya ilişkin olarak yazılmış temel eserlerin yanı sıra monografik kaynaklar ve makaleler gibi bilimsel eserlerden yararlanılmış ve konunun özüne ilişkin yargı kararları incelenerek çalışmada bu kararlara değinilmiş ve keza öğretinin bu kararlara ilişkin bakış açısı çalışmaya aktarılmıştır.



BÖLÜM I

KEFALET SÖZLEŞMESİNE İLİŞKİN TEMEL BİLGİLER

1.1. KEFALET SÖZLEŞMESİNİN TANIMI, SÖZLEŞMELER HUKUKU İÇİNDEKİ YERİ

1.1.1. Kefalet Sözleşmesinin Tanımı

Kişisel (şahsî) teminat sözleşmeleri, bir borcun ifa edilmemesi riskinin borçlu dışında başka bir kişi tarafından aynî veya herhangi bir eşya üzerine olmaksızın kendi şahsî tüm malvarlığı ile kişisel olarak üstlenilmesidir¹. Buradaki risk, tehlike, beklenen durumun, planlananın dışındaki gelişmelerin gerçekleşme ihtimalidir². Yapılan teminat sözleşmesi ile teminat veren üçüncü kişi, lehine teminat verilen kişinin söz konusu riskin gerçekleşmesi sebebiyle uğrayacağı zararı aynen ya da nakden gidereceğini taahhüt etmiş olur³. Kişisel teminat sözleşmeleri arasında en çok karşımıza çıkan ve en önemli yere sahip sözleşme kefalet sözleşmesidir.

Kefalet sözleşmesi Türk Borçlar Kanunu'nun Özel Borç İlişkileri başlığını taşıyan İkinci Kısımın 15. Bölümünde 581 ilâ 603 maddeleri arasında düzenlenmiştir. Kefalet sözleşmesinin yasal tanımı ise, Türk Borçlar Kanunu'nun 581. maddesinde “*kefalet sözleşmesi, kefilin alacaklıya karşı, borçlunun borcunun ifa etmemesinin sonuçlarından kişisel olarak sorumlu olmayı üstlendiği sözleşmedir.*” şeklinde ifade edilmiştir. Kefalet sözleşmesinin bu tanımı ile, 818 sayılı Borçlar Kanunu'nun 483.

¹ Fikret Eren, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, 7. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2019, s. 771; Mustafa Alper Gümüş, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, C. II, Vedat Kitapçılık, İstanbul, Ocak 2014, s. 319; Hüseyin Hatemi, Rona Serozan ve Abdülkadir Arpacı, İçinde Arpacı, *Borçlar Hukuku Özel Bölüm*, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1992, s. 520; Ahmet M. Kılıçoğlu, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, 1. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, Eylül 2019, s. 643; Seza Reisoğlu, *Türk Kefalet Hukuku*, Ankara, 2013, s. 21; Turgut Akıntürk ve Derya Ateş, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler Özel Borç İlişkileri*, 27. Baskı, Beta Yayıncılık, 2018, s. 329; Halûk Tandoğan, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*, C. II, 5. Tıpkıbasım, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2010, s.689; Cevdet Yavuz, Faruk Acar ve Burak Özen, *Borçlar Hukuku Dersleri Özel Hükümler*, 15. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2018, s. 772; Aydın Zevkliler ve Emre Gökyayla, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*, 18. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2018, s.659.

² Hüseyin Murat Develioğlu, *Kefalet Sözleşmesini Düzenleyen Hükümler Işığında Bağımsız Garanti Sözleşmeleri*, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2009, s. 84.

³ Burak Özen, *6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Çerçevesinde Kefalet Sözleşmesi*, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2017, s.1; Tandoğan, *Özel Borç İlişkileri*, s. 685.

maddesinde düzenlenen ve öğretide de çok eleştiri alan tanımının eksiklikleri giderilmiştir.

Öğretide kefalet sözleşmesi, kefil ile alacaklı arasında yapılan, alacaklının borçlunun malvarlığının yanında, alacaklıya kefilin kişisel malvarlığına başvurmaya yönelik alacak hakkı tanıyan, verilen kişisel teminatın asıl borcun geçerliliğine ve devamına bağlı olduğu bir sözleşme olarak tanımlanmaktadır⁴. Doktrinde ileri sürülen bir görüşe göre ise, kanunda yer alan tanım ile öğretide yer alan tanım birbiriyle örtüştüğünden, kanundaki tanımın dışında ayrıca bir kefalet sözleşmesi tanımının yapılmasına gerek yoktur⁵.

818 sayılı Borçlar Kanunu'nun 483. maddesinde kefalet sözleşmesinin "*kefalet, bir akittir ki onunla bir kimse, borçlunun akdettiği borcun edasını temin etmediği alacaklıya karşı taahhüt eder.*" tanımı ile öğretide eleştirilmesinin temel nedeni, söz konusu tanımda kefalet sözleşmesinin hangi borçlara ilişkin yapılabileceği, kefilin ediminin konusu ve doğmuş veya doğacak olan borçlar bakımından kefalet sözleşmesinin yapılıp yapılamayacağı hususlarının belirsiz olmasıdır. Söz konusu tanımdan kefilin sadece sözleşmeden doğan borçlara ilişkin kefalet sözleşmesi yapabileceği, bu bağlamda sadece sözleşmeden doğan borçlara kefil olunabileceği anlamının çıkmasıdır⁶. Zira sadece sözleşmeden doğan borçlarda değil, haksız fiil, sebepsiz zenginleşme veya nafaka borcu gibi yasa ile tanımlanan herhangi bir olgudan kaynaklanmış her türlü borca kefil olunabilmektedir⁷. Hatta adli veya idari para cezası gibi kişiye sıkı sıkıya bağlı olanlar haricindeki kamu hukukundan doğan borçlara da

⁴ Necip Bilge, *Borçlar Hukuku Özel Borç Münasebetleri*, Ankara, 1971, s. 364; Nami Barlas, "Yeni Türk Borçlar Kanunu'nda Kefalet Sözleşmesi Konusunda Getirilen Yenilikler", *Yeni Türk Borçlar Kanunu ve Yeni Türk Ticaret Kanunu Sempozyumu*, İstanbul, 2013, s. 214; Gülçin Elçin Grassinger, *Borçlar Kanunu'na Göre Kefilin Alacaklıya Karşı Sahip Olduğu Savunma İmkânları*, İstanbul, 1996, s. 13; Erzan Erzurumluoğlu, *Sözleşmeler Hukuku Özel Borç İlişkileri*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2019, s. 221; Mustafa Alper Gümüş 2014, age. s. 319; Mustafa Reşit Karahasan, *Türk Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*, C.II, İstanbul, 2002, s. 1203; Fikret Eren 2019, age. s. 771; Turgut Akıntürk ve Derya Ateş 2018, age s. 329; Hüseyin Hatemi, Rona Serozan ve Abdulkadir Arpacı, içinde Arpacı, s. 521; Cevdet Yavuz, Faruk Acar ve Burak Özen 2018, age. s. 772; Aydın Zevkliler ve Emre Gökyayla 2018, age. s. 659.

⁵ Burak Özen 2017, age. s. 53; Seza Reisoğlu 2013, age. s. 21.

⁶ Özlem Acar, *Türk Borçlar Kanunu'nda Müteselsil Kefalet Sözleşmesi*, İstanbul, 2015, s. 6; Nami Barlas 2013, agm. s. 214; Necip Bilge 1971, age. s. 364; Cevdet Yavuz, Faruk Acar ve Burak Özen 2018, age. s. 772; Mustafa Alper Gümüş 2014, age. s. 320; Burak Özen 2017, age. s. 57.

⁷ Nami Barlas, "Kefalet Hukukuna İlişkin Bazı Sorunlar ve Yargıtay Uygulaması", *Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu, (9-10 Aralık 2005)*, Ankara, 2006, s. 42; Bilge Necip 1971, age. s. 364; H. Murat Develioğlu 2009, age. s. 90; Mustafa Alper Gümüş 2014, age. s. 320; Burak Özen 2017, age. s. 57; Halûk Tandoğan 2010, age. s. 693; Cevdet Yavuz, Faruk Acar ve Burak Özen 2018, age. s. 772.

kefil olunabileceği kabul edilmektedir⁸. Ancak Yargıtay kararlarına göre, kamu borcuna kefil olan kişi 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun'a göre takip edilir⁹.

818 sayılı Borçlar Kanunu'nun 483. maddesinde yer alan tanımda yapılan diğer bir eksikliğin, kefilin yerine getireceği edimin “*borcun edasını temin etmek*” olarak ifade edilmesi olduğu belirtilmektedir. Hükmün bu lafzından, kefilin, temin ettiği borcun ifa edilmemesi ya da kötü ifa edilmesinden kişisel malvarlığı ile kişisel olarak sorumlu olması değil de, kefilin esas borçlunun borcunu ifasını sağlamaya yönelik çaba göstereceği, bu çabasına rağmen borç yerine getirilemez ise sorumlu tutulmayacağı şeklinde sonuç çıkarılabilmektedir. Bu sonuca göre, kefilin edimi 818 sayılı Borçlar Kanunu'nun tanımına göre anlaşılırdı, kefil, asıl borcun ifa edilmesi için gerekli tüm çabayı gösterdiğini ve kusurlu olmadığını ispat etmesi halinde, borçtan kurtulabilecekti¹⁰. Ancak önemle belirtmek gerekir ki, kefilin, borçlunun borcunun ifasının sağlanması için çaba gösterme yükümlülüğü yoktur. Zira kefalet sözleşmesi yalnızca, borçlunun borcunu ifa etmemesi veya edememesi olasılığı karşısında alacaklı bakımından kişisel bir teminatır¹¹. Kefil temin ettiği borcun geçerli olarak doğmasına, devam etmesine ve dava edilebilmesine bağlı olarak, bu sorumluluğu üstlenmektedir. Ancak kefilin kefalet sözleşmesinden kaynaklanan sorumluluğunun kapsamı, esas borçlunun alacaklı ile arasındaki borç ilişkisinden kaynaklanan sorumluluğun kapsamını aşamaz¹².

818 sayılı Borçlar Kanunu'nun 483. maddesindeki tanımda yer alan bir diğer eksiklik ise, “borçlunun akdettiği” ifadesinin, ancak mevcut bir borca kefil olunabileceği anlamına gelmesidir. Kefalet sözleşmesi, mevcut borçlar kadar ileride doğacak borçları da güvence altına almak için yapılabilir¹³. Oysa 818 Sayılı Borçlar Kanunu'nun tanımında yer alan “borçlunun akdettiği” ifadesi mevcut bir borçla ilgili

⁸ Mustafa Alper Gümüş 2014, age. s. 320; Burak Özen 2017, age. s. 57-58; Seza Reisoğlu 2013, age. s. 11.

⁹ YHGK, T. 04.10.2006, 593/613, Nihat Yavuz, *Öğretide ve Uygulamada Türk Kefalet Hukuku*, Ankara, 2010, s. 703.

¹⁰ Özlem Acar 2015, age. s. 5; Mustafa Alper Gümüş 2014, age. s. 320; Burak Özen 2017, age. s. 58; Seza Reisoğlu 2013, age. s. 21; Halûk Tandoğan 2010, age. s. 693; Cevdet Yavuz, Faruk Acar ve Burak Özen 2018, age. s. 772.

¹¹ Özlem Acar 2015, age. s. 5.

¹² Burak Özen 2017, age. s. 53.

¹³ Özlem Acar 2015, age. s. 6; Hüseyin Hatemi, Rona Serozan ve Abdülkadir Arpacı, içinde Arpacı, age. s. 521; Mustafa Alper Gümüş 2014, age. s. 321; Burak Özen 2017, age. s. 59; Cevdet Yavuz, Faruk Acar ve Burak Özen 2018, age. s. 772; Aydın Zevkliler ve Emre Gökyayla 2018, age. s. 660.

olarak kefalet sözleşmesinin yapılabileceği anlamını içereceğinden yanıltıcı olmaktadır. Nitekim Yargıtay da;

“Borçlar Kanunu’nun 485. maddesinde, "Kefalet ancak muteber bir borç hakkında cereyan eder. Müstakbel zamana muvafık yahut şarta muallak bir borç, hüküm ifade edeceği zamanın hululü ve şartın tahakkuku halinde muteber olmak üzere kefalete raptolunabilir." hükmü düzenlenmiştir. Buna göre kefaletin sıhhati bakımından, muteber bir asıl borcun mevcudiyeti şarttır. Asıl borç mevcut olmadığı takdirde kefaletin meydana gelmesi veya devam etmesi mümkün değildir. Muteber bir borcun varlığı halinde Borçlar Kanunu’nun 485. maddesinde belirtildiği gibi müstakbel bir borç için kefil olmak mümkündür." kararı ile ileride doğacak borçlar için kefil olunabileceğini kabul etmiştir¹⁴.

Türk Borçlar Kanunu’nun 581. maddesinde yer alan yeni düzenlemeyle, kefalet sözleşmesinin tanımında, 818 sayılı Borçlar Kanunu’nun 483. maddesinde yer alan kefalet sözleşmesinin tanımındaki sözleşmenin özelliklerinin tam olarak belirtilmeyen kısımları ve kullanılan hatalı ibarelerin düzeltilmesiyle eksiklikler giderilmiştir¹⁵.

1.1.2. Kefalet Sözleşmesinin Hukukî Niteliği

Kefalet sözleşmesi niteliği itibari ile yalnız tek tarafa kefile borç yükleyen, ivazsız, fer’î ve talî nitelikli bir teminat sözleşmesidir¹⁶. Kefalet sözleşmesinin ivazsız bir sözleşme olması çerçevesinde, kefil borçlanmış olduğu edime karşılık, asıl borç ilişkisindeki alacaklıdan herhangi bir alacak (karşı edim) sahibi olmaz. Ancak kefaletin ivazsız olması zorunlu bir unsur değildir. Kefalet sözleşmesinde taraflar, açıkça alacaklının da bir yükümlülük altına gireceğini kararlaştırabilirler¹⁷. Buna karşılık kefilin, asıl borç ilişkisindeki borçludan bir ivaz elde etmesi mümkündür. Bu durum kefalet sözleşmesinin ivazsızlığı ilkesini bozmamaktadır¹⁸. Sözleşme ile asıl

¹⁴ Yargıtay, 11. HD., T. 18.04.2014, E. 2013/844, K. 2014/7673, Mahmut Bilgen, *Öğreti ve Uygulamada Kefalet ve Yargılama Hukukuna İlişkin Uyuşmazlıklar*, 2. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2017, s. 11-13.

¹⁵ Turgut Öz, *Yeni Borçlar Kanununun Getirdiği Başlıca Değişiklikler ve Yenilikler*, İstanbul, 2012, 2. Baskı, s. 119; Mustafa Alper Gümüş 2014, age. s. 319; Burak Özen 2017, age. s. 59; Seza Reisoğlu 2013, age. s. 21.

¹⁶ Fikret Eren 2019, age. s. 773; Mustafa Alper Gümüş 2014, age. s. 329; Seza Reisoğlu 2013, age. s. 25; Halûk Tandoğan 2010, age. s. 694; Cevdet Yavuz, Faruk Acar ve Burak Özen 2018, age. s. 776; Aydın Zevkliler ve Emre Gökyayla 2018, age. s. 661.

¹⁷ Seza Reisoğlu, *Türk Hukukunda ve Bankacılık Uygulamasında Kefalet*, Ankara, 1992, s. 5; Halûk Tandoğan 2010, age. s. 694.

¹⁸ Seza Reisoğlu 2013, age. s. 25-26; Cevdet Yavuz, Faruk Acar ve Burak Özen 2018, age. s. 777.

borç ilişkisindeki borçlu, kefile menfaat sağlayabilmektedir. Örneğin kendisine kefil olacak kişiye komisyon verilmesinde ya da uygulamada rastlanan bankanın aldığı komisyon karşılığında kefil olması durumunda, kefalet sözleşmesinin ivazsızlık niteliği etkilenmemekte, bu işlem kefaleti ivazlı hale getirmemektedir. Çünkü kefile komisyon verilmesi ile sağlanan menfaat, kefalet sözleşmesini değil, kefil ile asıl borçlu arasındaki iç ilişkiyi etkilemektedir¹⁹.

1.1.3. Kefalet Sözleşmesinin Sözleşmeler Hukuku İçerisindeki Yeri

Borç ilişkisi, alacaklı ile borçlu arasında mevcut olan bir veya birden çok alacak hakkı ile bunlara tekabül eden aslî ve yan edim yükümlülüklerini içeren bir hukukî ilişkidir²⁰. Kural olarak borç ilişkisi alacaklı ile borçlu arasındadır. Alacaklının, borç ilişkisinden doğan alacağını elde etmek konusunda daha güvenilir bir durum yaratmak ve borçlunun sözleşmeden doğan borcunu hiç veya gereği gibi yerine getirmemesi tehlikelerine karşı korunabilmesi, üçüncü bir kişinin güvence vermesi ile sağlanabilir. Bu güvence teminat kavramı ile de ifade edilmektedir²¹. Buradaki teminat aynî teminat ve şahsî teminat şeklinde ayrılmaktadır. Şahsî teminatlar arasında ise en önemli yere sahip sözleşme ise, kefalet sözleşmesidir.

Aynî teminat sözleşmesi, bir malvarlığı değeri konusu olan borcun ifasının sağlanmasına yönelik olmakla birlikte, alacaklıya, borçluya veya üçüncü bir kişiye ait malvarlığı değerleri üzerinde aynî, herkese karşı ileri sürülebilir bir hak tanımaktadır²². Böylece bu hak, kendisine aynî teminat verilen alacaklıya, alacağını elde edebilmek için, belli bir malvarlığı değerine başvurma yetkisi vermektedir²³. Alacaklıyla aynî teminat verilmesine ilişkin sözleşme, alacaklı ile borçlu arasında yapılabileceği gibi alacaklı ile üçüncü bir kişi arasında da yapılabilir. Üçüncü bir kişi tarafından verilen aynî teminatlarda teminat verenin sorumluluğu, sadece aynî teminata konu olan

¹⁹ Murat Aydoğdu ve Nalan Kahveci, *Türk Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri Özel Ders Kitabı*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2019, s. 817; Serkan Ayan, *Kefalet Sözleşmesi*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2018, s. 18; Mustafa Alper Gümüş 2014, age. s. 293-294; Seza Reisoğlu 1992, age. s. 6; Halûk Tandoğan 2010, age. s. 695.

²⁰ Fikret Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Yetkin Yayıncılık, İstanbul, 2014, s. 24.

²¹ Erden Kuntalp, "Teminat Kavramı, Teminat Türleri ve Bunlardan Doğan Sorumluluk", *Prof. Dr. Reha Poroy'a Armağan*, İstanbul, 1995, s. 266.

²² Nami Barlas, Yeni Medenî Kanununun Aynî Teminatlara İlişkin Düzenlemeleri, *Bilgi Toplumunda Hukuk, Ünal Tekinalp'e Armağan, C. II*, İstanbul, 2003, s. 570; Erden Kuntalp 1995, agm. s. 280; Turgut Akıntürk ve Derya Ateş 2018, age. s. 328.

²³ Serkan Ayan 2018, age. s. 11; Ahmet Erkal Baççioğlu, Tüketici Hukukunda Kefalet, *Bankacılar Dergisi*, S. 67, 2008, s. 72; Hüseyin Hatemi, Rona Serozan ve Abdülkadir Arpacı içinde Arpacı 1992, age. s. 520; Burak Özen 2017, age. s. 3.

malvarlığının değeri ile sınırlıdır²⁴. Dolayısıyla burada aynî teminat verenin sorumluluğu, sadece alacaklının alacağını bu teminat konusu maldan tahsil etmesine katlanma yükümlülüğüdür. Bu çerçevede alacaklı, teminat verenin diğer malvarlığı değerlerine başvuramayacaktır.

Şahsî teminat sözleşmelerinde, şahsî teminat veren kişi tüm malvarlığı ile alacaklının alacağını teminat altına alarak, ona kişisel bir talep hakkı sağlamış olur²⁵. Bu tip sözleşmelerde, aynî teminat sözleşmelerinden farklı olarak, alacaklının alacağını tahsil etmesi için, diğer alacaklılara göre öncelikle yararlanabileceği bir malvarlığı yoktur ve şahsî teminat veren kişinin bütün malvarlığı, alacağın teminatını teşkil etmektedir. Şahsî teminat sözleşmelerinde alacaklıya, borçlu dışındaki bir kişiye karşı ileri sürebileceği, kişisel bir talep hakkı sağlanmış olmaktadır²⁶. Bunlar, kefalet, garanti, teminat amaçlı borca katılma, aval gibi hukukî işlemlerdir²⁷. İşte şahsî teminat sözleşmelerinin bir türü olan kefalet sözleşmesi de, kefil ile alacaklı arasında yapılan, alacaklının borçlunun malvarlığının yanında, alacaklıya kefilin kişisel malvarlığına başvurmaya yönelik bir alacak hakkı tanımaktadır.

Tek edim ile sona ermeyen, borçluyu belli bir süre, devamlı, kesintisiz olarak edim yükümlülüğü altında bırakan borç ilişkilerine sürekli borç ilişkisi denir²⁸. Sürekli edimli borç ilişkisinde, borç ilişkisi tek bir edimin ifası ile sona ermez, borç ilişkisi birden fazla edimle veya süresi belli bir zaman dilimi içerisinde devam eden bir edimin ifası ile sona erer²⁹. Ani edimli sözleşmeler, tek edimin olduğu ve ifasının tek ifa hareketi ile gerçekleştirilebildiği sözleşmelerdir. Taraflarca edimin tek seferde ya da kısım kısım ifade bulunmuş olması arasında bir fark olmadığından, kısım kısım ifade bulunmuş olsa dahi, ifa edildiği ölçüde borç sona ereceğinden, ani edimli bir sözleşme söz konusu olacaktır³⁰. Kefalet sözleşmesinin sürekli borç doğuran bir sözleşme olma konusu doktrinde tartışmalıdır.

Doktrinde ileri sürülen bir görüşe göre, asıl borç ilişkisindeki borcun sürekli nitelik taşıyıp taşıyamamasına göre, kefalet sözleşmesinin de asıl borç ilişkisine bağlı

²⁴ Erden Kuntalp 1995, agm. s. 290-291.

²⁵ Serkan Ayan 2018, age. s. 13; Mahmut Bilgen 2013, age. s. 1; Mustafa Alper Gümüş 2014, age. s. 319; Burak Özen 2017, age. s. 5; Cevdet Yavuz, Faruk Acar ve Burak Özen 2018, age. s. 771.

²⁶ Erden Kuntalp 1995, agm. s. 289.

²⁷ Serkan Ayan 2018, age. s. 13.

²⁸ Özer Seliçi, *Borçlar Kanununa Göre Sözleşmeden Doğan Sürekli Borç İlişkilerinin Sona Ermesi*, İstanbul, 1997, s. 7; Selahattin Sulhi Tekinay, Sermet Akman, Haluk Burcuoğlu ve Atilla Altop, *Borçlar Hukuku Genel Hükmeler*, 7. Bası, 1993, s. 14.

²⁹ Şeref Ertaş, *Sürekli Borç İlişkilerinde Zamanaşımı*, DEÜHFD, C.16, Özel Sayı, 2014, s. 3095.

³⁰ Pınar Altınok Ormancı, *Sürekli Borç İlişkilerinin Haklı Nedenle Feshi*, "Yayınlanmamış Doktora Tezi", Ankara, 2011, s. 28-29.

olarak sürekli veya ani edimli nitelik taşıyabileceği, asıl borç ilişkisi sürekli ise kefalet sözleşmesinin de sürekli nitelikte olacağı belirtilmektedir³¹. Buna göre her ne kadar kefalet sözleşmesi fer'î niteliği gereği, geçerli bir asıl borca bağlı olarak hüküm ifade etmekte ise de, bu fer'îliğin yanı sıra, kefalet sözleşmesi aynı zamanda kendi hukukî sebebi ve içeriği olan bağımsız bir sözleşmedir. Bu sebeple ilgili görüşe göre, kefilin borcu, kefalet sözleşmesi süresi boyunca, asıl borç ilişkisindeki borçlunun borcunu ifa etmemesi halinde bundan belirli bir meblâğ ile sorumlu olmayı taahhüt etmesi olduğundan³², söz konusu meblâğ ödendiğinde kefilin borcu da sona erecek ve bu şekilde asıl borç ilişkisi sürekli olsa dahi, kefalet sözleşmesi sürekli bir borç ilişkisi olarak düşünülemeyecektir. Doktrinde ileri sürülen diğer bir görüşe göre, ani edimli sözleşme niteliğindeki kefalet sözleşmesine, sürekli borç ilişkilerine ilişkin kurallar kıyasen uygulanabilir³³. Bu görüşe göre, kefilin güvence altına aldığı asıl borç, ister ani ister art arda ister sürekli bir edim olarak nitelendirilsin, kefilin borcu her zaman asıl borcun ifa edilmemesi halinde bundan belirli bir meblâğ ile sorumlu olmayı taahhüt etmek olduğundan, kefalet sözleşmesi de her zaman ani edimli bir sözleşme niteliğinde olacaktır.

1.2. KEFALET SÖZLEŞMESİNİN TARAFLARI VE KEFİLİN EDİMİNİN KONUSU

1.2.1. Kefalet Sözleşmesinin Tarafları

Kefalet sözleşmesinin tarafları asıl borç ilişkisinden doğan, kefalet güvencesine alınan borcun alacaklısı ile kefildir. Kefalet sözleşmesinin konusu olan, asıl borç ilişkisinin borçlusu, kefalet sözleşmesinde taraf değildir. Asıl borç ilişkisinin borçlusu, kefalet sözleşmesinin tarafı olmasa da, kefalet sözleşmesinin kurulması aşamasında kefilin veya alacaklının temsilcisi ya da habercisi sıfatı ile bulunabilir³⁴. Asıl borç ilişkisindeki borçlunun rızası veya bilgisi olmadan, hatta asıl borçlunun kefaleti açıkça istememiş olmasına rağmen kefalet sözleşmesinin yapılması mümkündür³⁵. Zira kefalet sözleşmesi asıl borçlunun durumunu kötüleştiren bir husus

³¹ Rona Serozan, *Sözleşmeden Dönme*, İstanbul 2008, s. 167.

³² Nami Barlas, “Kefaletin Şekle İlişkin Geçerlilik Şartları ve Buna Bağlı Sorunlar”, *Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2006, s. 4.

³³ Mustafa Alper Gümüş 2014, age. s. 330.

³⁴ Halil Akkanat, “Temsilci Aracılığıyla Kefalet Sözleşmesi Akdedilebilir mi?”, *Prof. Dr. Rona SEROZAN' a Armağan*, s. 55; Mustafa Alper Gümüş 2014, age. s. 322; Burak Özen 2017, age. s. 60.

³⁵ Hasan Ayrancı, “Şekil Şartına Uyulmadan Yapılan Kefalet Sözleşmesinde İfanın Sonuçları”, *AÜHF D.*, 2004, S. 2, s. 95; Nami Barlas 2006, agm. s. 42; Mustafa Alper Gümüş 2014, age. s. 322; Burak Özen 2017, age. s. 61; Seza Reisoğlu 2013, age. s. 20; Haluk Tandoğan 2010, age. s. 693-694.

değil, aksine borçlunun yararınadır³⁶. Asıl borç ilişkisindeki borçludan habersiz veya onun rızası dışında kefilin alacaklıya ödeme yapması halinde, kanunî halefiyet dışında şartların mevcudiyeti halinde borçluya karşı sebepsiz zenginleşme veya vekâletsiz iş görme hükümlerine göre müracaat hakkı da bulunmaktadır³⁷. Bu konuda Yargıtay 3. Hukuk Dairesi'nin, “*Kefil ile borçlu arasındaki hukukî bağ, kefil borçlu tarafından gösterilmiş ise vekâlet hükümlerine, aksi taktirde vekaletsiz iş görme hükümlerine dayanır.*” şeklinde bir kararı da bulunmaktadır³⁸. Bu durumda, kefil asıl borçluya karşı kefalet hükümlerinin tanıdığı haklar dışında, vekâlete ilişkin kurallar kefalet hükümlerini ihlal etmediği nispette uygulama alanı bulabilir³⁹. Kefil ve asıl borçlu arasındaki, vekâlet, vekâletsiz iş görme veya sebepsiz zenginleşme hükümlerinin uygulanabileceği özel ilişki kişiler arasındaki rücu ilişkisini belirler⁴⁰.

Kefalet sözleşmesinin alacaklı ve kefil arasında yapılmasının yanı sıra borçlu ile bu şekilde bir ilişkisinin olması, kefalet sözleşmesinde üç köşeli bir ilişkinin olduğunu gösterir. Ancak söz konusu bu üçlü ilişki kefalet sözleşmesinin taraflarını belirtmez, zira her zaman kefalet sözleşmesinin tarafları kefil ve esas borcun alacaklısıdır⁴¹. Alacaklıyı tatmin eden kefilin, Türk Borçlar Kanunu'nun 596. maddesinin birinci fıkrası uyarınca alacaklıya halef olması, kefil ve asıl borçlu arasında genel rücu ilişkisinin doğmasına yol açmaktadır. Bu durumda, vekâlet, vekâletsiz iş görme veya sebepsiz zenginleşme hükümlerine dayanan özel rücu ilişkisinin, halefiyete dayanan genel rücu ilişkisi üzerinde sınırlayıcı bir etkisi bulunmaktadır⁴². Bu çerçevede halefiyete dayanan rücu hakkının kapsamı, vekâlet, vekâletsiz iş görme veya sebepsiz zenginleşme hükümlerine dayanan rücu hakkının kapsamını aşmamalıdır.

Bu şekilde iki taraflı olan kefalet sözleşmesinde üç köşeli bir hukukî ilişki söz konusudur. Bu üç köşeli hukukî ilişkinin birinci ayağı, asıl alacaklı ve asıl borçlu arasındaki hukukî ilişkidir. Esas borç ilişkisi olarak da ifade edilen bu hukukî ilişki, kefalet sözleşmesinden farklı olarak, herhangi bir sözleşmeden (satış, kira, ödünç

³⁶ Cevdet Yavuz, Faruk Acar ve Burak Özen 2018, age. s. 773; Halûk Tandoğan 2010, age. s. 694.

³⁷ Nami Barlas 2006, agm. s. 4; Seza Reisoğlu 2013, age. s. 21.

³⁸ Yargıtay 3. HD., T. 18/01/1963, 234/541, Mustafa Reşit Karahasan, *Türk Borçlar Hukuku*, C.6, İstanbul, 1992, s. 956.

³⁹ Seza Reisoğlu 2013, age. s. 20.

⁴⁰ Cevdet Yavuz, Faruk Acar ve Burak Özen 2018, age. s. 773.

⁴¹ Burak Özen 2017, age. s. 60.

⁴² Cevdet Yavuz, Faruk Acar ve Burak Özen 2018, age. s. 773-774.

gibi), sebepsiz zenginleşmeden veya haksız fiilden kaynaklanabilir⁴³. Keza kanundan doğan bir diğer borç olması da mümkündür. Asıl alacaklı ve asıl borçlu arasındaki bu ilişki, kefalet sözleşmesinden bu yönü ile bağımsızdır. İkinci ayağı alacaklı ve kefil arasındaki hukukî ilişkidir. Bu ilişki, doğrudan kefalet sözleşmesi ile sonuçlanan ve kefalet sözleşmenin konusunu oluşturan, esas borç ilişkisindeki alacağı teminat altına alan hukukî ilişkidir. Üçüncü ayağı ise, kefil ve asıl borçlu arasındaki ilişkidir. Bu hukukî ilişki, ödeme yapan kefilin kullanabileceği rücu hakları ve yaptığı ödeme oranında alacaklıya kanunen halef olmasını sağlayan ilişkidir⁴⁴.

1.2.2. Kefilin Ediminin Konusu

Kefalet sözleşmesi ile kefil olan kişi, esas borç ilişkisinde bir başkasına ait borcun ifasını güvence altına alır. Esas borç ilişkisindeki borçlunun borcu, para borcu, parça borcu, çeşit borcu olabilir ya da bir şey vermeye, bir şeyi yapmaya veya yapmamaya ilişkin bir borç olabilir. Ama kefilin borcu daima para borcudur⁴⁵. Kefalette borcun konusu, her zaman bir miktar paradır. Kefil, esas borcun yerine getirilmemesi sebebiyle alacaklının asıl borcun ifasındaki menfaatini kapsayacak olan kendi edimini yerine getirecektir ve bu edim her zaman bir para borcu olacaktır⁴⁶. Burada kefil, esas borçlu yerine geçerek esas borcu ifa etmez. Zira asıl borcu yerine getirmek, borçluya aittir. Kefil, kefalet borcundan doğan kendi borcunun borçlusu olmaktadır.

Öğretide ileri sürülen bir görüşe göre, kefilin yükümlülüğü, asıl borcun yerine getirilmesinden beklenen menfaati, başka bir ifade ile asıl borcun ifa edilmemesinden doğan zararı, müspet zararı tazmin etmek niteliğindedir⁴⁷. Ancak tazminat borca aykırılığın bir yaptırımını olduğundan, esas borç yerine getirilmediği için tazminat borcu altında olan kişi kefil değil, esas borçludur⁴⁸. Kefilin borcunun konusu ise, bir tazminat borcu değil, borçlunun borcunu ifa etmemesi durumunda devreye giren, asıl borcun fer'î niteliğinde ancak asıl borçtan ayrı, alacaklıya tatmin olanağı sağlanmaya yönelik

⁴³ Mustafa Alper Gümüş 2014, age. s. 322; Seza Reisoğlu 2013, age. s. 24; Haluk Tandoğan 2010, age. s. 695, Cevdet Yavuz, Faruk Acar ve Burak Özen 2018, age. s. 773.

⁴⁴ Cevdet Yavuz, Faruk Acar ve Burak Özen 2018, age. s. 773.

⁴⁵ Mustafa Alper Gümüş 2014, age. s. 324; Burak Özen 2017, age. s. 65; Seza Reisoğlu 2013, age. s. 28; Haluk Tandoğan 2010, age. s. 697.

⁴⁶ Töre Günsay, "Kefalet Sözleşmesinin Ferî liği İlkesi", *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Prof. Dr. Şeref ERTAŞ'a Armağan, C. 19, Özel Sayı, 2017, s. 1082; Nami Barlas 2006, agm. s. 5; Fikret Eren 2019, age. s. 774-775; Mustafa Alper Gümüş 2014, age. s. 324, Burak Özen 2017, age. s. 65, Seza Reisoğlu 2013, age. s. 28, Haluk Tandoğan 2010, age. s. 697.

⁴⁷ Seza Reisoğlu 2013, age. s. 25; Haluk Tandoğan 2010, age. s. 697.

⁴⁸ Nami Barlas 2006, agm. s. 43; Nami Barlas 2006, agm. s. 5.

bir miktar paranın alacaklıya verilmesidir⁴⁹. Burada kendi yükümlülüğünü ifa eden kefil, esas borca ilişkin bir ifade bulunmuş sayılmaz. Kefilin edimi esas borç bakımından ifa etkisi taşımadığından, esas borç sona ermemekle birlikte, alacaklıya karşı, ödediği para bakımından halef olması da söz konusudur⁵⁰.

Kefilin ediminin içeriği belirlenirken, esas borcun ifa edilmemesi yüzünden alacaklının uğradığı zarara göre kefilin alacaklıya karşı ödemekle yükümlü olduğu tutar belirlenir. Burada kefalet sözleşmesinin kefil için fer'î bir yükümlülük doğurması, geçerli bir esas borcun bulunup bulunmadığı ve esas borcun devam edip etmediğinin araştırılması gerekmektedir⁵¹. Kefilin yükümlüğü varlığı ve devamı, güvence altına alınan esas borca bağlıdır, esas borcun sona ermesi halinde, sona erme sebebi ne olursa olsun kefalet sözleşmesi de sona ereceğinden, kefilin yükümlülüğü de sona erer⁵².

Kefilin sorumluluğuna ilişkin Türk Borçlar Kanunu'na baktığımızda, Türk Borçlar Kanunu'nun 589. maddesinin birinci fıkrasında açıkça ifade edildiği üzere kefilin sorumluluğu Türk Borçlar Kanunu'nun 583. maddesinin birinci fıkrasına paralel şekilde düzenlenerek, kefil, kefaletin geçerliliği için kefalet sözleşmesinde gösterilmesi zorunlu olan azamî miktarla sınırlı tutulmuştur. Dolayısıyla kefilin sorumluluğu her ne kadar Türk Borçlar Kanunu'nun 589. maddesinde sayılan kalemlerin tümünü kapsasa da bu kalemlerin toplamı kefalet sözleşmesinde gösterilen azamî miktarı aşamayacaktır⁵³. Öğretide ileri sürülen bir görüşe göre, Türk Borçlar Kanunu'nun 589. maddesinin ikinci fıkrasında sayılan bütün yasal alacak kalemlerinin toplam tutarının kefalet sözleşmesinde gösterilen kefilin sorumlu olduğu en yüksek tutarı geçtiği durumlarda, sınırı aşan tutarda ödemede bulunan kefilin, fazla ödediği tutarı sebepsiz zenginleşme davası ile alacaklıdan talep edebileceği kabul edilmektedir⁵⁴. Yargıtay da kefilin sorumluluğu konusunda ilgili kanun hükmü ile uygun şekilde verdiği kararlarında, kefil alacaklıya icra takibi sırasında ödemede bulunmuş ise, fazla ödemenin iadesinin İcra ve İflas Kanunu'nun 72. maddesine dayalı

⁴⁹ Nami Barlas 2006, agm. s. 43; H. Murat Develioğlu 2009, age. s. 32-33; Mustafa Alper Gümüş 2014, age. s. 324; Burak Özen 2017, age. s. 66-67; Cevdet Yavuz, Faruk Acar ve Burak Özen 2018, age. s. 774; Aydın Zevkliler ve Emre Gökyayla 2018, age. s. 661.

⁵⁰ Burak Özen 2017, age. s. 67.

⁵¹ Gülçün Elçin Grassinger 1996, age. s. 13; Seza Reisoğlu 1992, age. s. 7-8; Haluk Tandoğan 2010, age. s. 697.

⁵² Seza Reisoğlu 2013, age. s. 22, Burak Özen 2017, age. s. 65.

⁵³ Mustafa Alper Gümüş 2014, age. s. 411-412; Burak Özen 2017, age. s. 146, Cevdet Yavuz, Faruk Acar ve Burak Özen 2018, age. s.803-404.

⁵⁴ Mustafa Alper Gümüş 2014, age. s. 412.

istirdat davası ile olabileceğini belirtmektedir⁵⁵. Kefilin sorumlu olacağı azamî miktarın kefalet sözleşmesinde gösterilmesinin bu sözleşmenin geçerlilik şartı olarak kabul edilmesinin ve kefilin sorumluluğunun bu azamî miktarla sınırlandırılmasının sebebi ise sorumluluğun sınırlarını göstermek ve kefilin korunmasıdır⁵⁶. Ancak kefilin asıl borcun bir kısmına veya tamamına da kefil olmasında hiçbir engel yoktur⁵⁷. Kefalet sözleşmesinde kararlaştırılacak olan azamî miktar bakımından, kanunen herhangi bir sınırlama getirilmediği için bu miktar sözleşmenin taraflarınca kural olarak serbestçe belirlenebilir⁵⁸.

1.3. KEFALET SÖZLEŞMESİNİN ÖZELLİKLERİ

1.3.1. Kefalet Sözleşmesinin Asıl Borcu Doğuran Hukukî İlişkiden Ayrı Bir

Hukukî İlişki Olması

Kefalet sözleşmesi, borçlu ile alacaklı arasındaki hukukî ilişkiden ayrı bir sözleşmedir. Dolayısıyla kefilin kefalet sözleşmesinden doğan borcu içerik ve şekil yönünden asıl borçtan farklı, bağımsız bir borçtur⁵⁹. Asıl borçlu borcunu yerine getirmediği zaman kefilin ifa edeceği borç, asıl borçlunun borcu değil, kefalet sözleşmesinden kaynaklanan kendi borcudur⁶⁰. Bu çerçevede kefilin borcu, asıl borçtan veya borç ilişkisinden bağımsız olarak koşula bağlanabilir, asıl borçtan ayrı bir vadeye bağlanabilir ve farklı zamanaşımına tabi olabilir⁶¹; buna karşılık daha evvel vadeli olamaz.

Kefalet ile temin edilen asıl borç, satış, kira, haksız fiil gibi çok çeşitli hukukî sebeplere dayanabilir. Ancak kefalet borcunun, alacaklıya teminat sağlamak şeklinde tek bir hukukî sebebi vardır ve bu da kefalet sözleşmesinden kaynaklanmaktadır⁶². Bu açıdan kefalet sözleşmesinin, asıl borç ilişkisinden ayrı, kendine özgü geçerlilik unsurları vardır. Kefil, kefalet sözleşmesinden kaynaklanan yükümlülüğünü yerine getirir. Dolayısıyla kefilin sorumlu tutabilmek için öncelikle geçerli bir esas borcun

⁵⁵ Yargıtay 11. HD., 19.06.2003 T., E. 2003/799, K. 2003/6546; Yargıtay, 19. HD., 16.01.2017 T., E. 2017/ 4184, K. 2017/190, www.kazanci.com, SET: 13.10.2020.

⁵⁶ Avcı Braun, Cihan, “Kefalet Sözleşmesi TBK 589-590”, *İstanbul Şerhi Türk Borçlar Kanunu*, C. 8, İstanbul, 2019, s. 4286.

⁵⁷ Serkan Ayan 2018, age. s. 514; Burak Özen 2017, age. s. 128; Seza Reisoğlu 2013, age. s. 206.

⁵⁸ Braun Avcı 2019, agm. s. 4286.

⁵⁹ Nami Barlas 2006, agm. s. 43; Fikret Eren 2019, age. s. 774; Mustafa Alper Gümüş 2014, age. s. 324; Burak Özen 2017, age. s. 65-66; Seza Reisoğlu 2013, age. s. 24.

⁶⁰ Fikret Eren 2019, age. s. 774; Seza Reisoğlu 2013, age. s. 27; Haluk Tandoğan 2010, age. s. 699; Cevdet Yavuz, Faruk Acar ve Burak Özen 2018, age. s. 787.

⁶¹ Gülçin Elçin Grassinger 1996, age. s. 14.

⁶² Seza Reisoğlu 2013, age. s. 24; Haluk Tandoğan 2010, age. s. 701.

mevcut olmasından başka, geçerlilik şartları yerine getirilerek yapılmış bir kefalet sözleşmesinin de bulunması gerekmektedir.

Kefalet sözleşmesinin asıl borcu doğuran hukukî ilişkiden ayrı, bağımsız olmasının belli başlı birtakım sonuçları vardır.

Bu sonuçlardan ilki, asıl borç ilişkisi şarta veya vadeye bağlı olmadan yapılmış olsa bile, kefalet sözleşmesinin şarta veya vadeye bağlı olarak yapılabilmesidir⁶³. Bu çerçevede asıl borç ortadan kalkmadan kefalet sözleşmesinin belli bir süre sonra sona ereceği taraflarca kararlaştırılabilir.

Kefalet sözleşmesinin asıl borç ilişkisinden bağımsız olmasının önemli sonuçlarından bir diğeri, kefilin alacaklıya ödemede bulunmasıyla, kefalet borcu sona ererken, asıl borcun sona ermemesidir⁶⁴. Kefil, kefalet sözleşmesi ile üstlendiği borcu yerine getirdiği zaman, asıl borç sona ermemekte, alacaklının alacağı halefiyet yoluyla kefile geçmektedir⁶⁵. Kefilin alacaklıya halef olması durumu da, asıl borcun sona ermediğini göstermektedir. Ancak burada belirtmek gerekir ki, kefilin tek taraflı irade beyanı ile borcu sona ermez, kefalet sözleşmesi ortadan kalkmaz⁶⁶. Ancak bu konuda Yargıtay'ın birbiriyle çelişen birçok kararı bulunmaktadır. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu bir kararında, ilk derece mahkemesinin “*kefilin tek taraflı irade beyanı ile kefalet sözleşmesinden kurtulabileceği*” şeklindeki kararına değinmeden karar vermesi, kefilin tek taraflı irade beyanı ile bu haktan feragat edebileceği izlenimini doğurmaktadır⁶⁷. Yargıtay,

“Kredi sözleşmeleri karşılıklı taahhütleri içerdiğinden, kefil tek yanlı olarak bildirdiği irade beyanıyla kefaletten vazgeçemez. Bu şekildeki bir bildirim akdin diğer tarafınca kabul edilmedikçe hukukî sonuç doğurmaz.” şeklindeki isabetli diğer bir kararı ile, kefilin tek taraflı irade beyanı ile kefalet sözleşmesini ortadan kaldıramayacağına hükmetmiştir⁶⁸.

Diğer bir sonuç, asıl borç ilişkisindeki borçlunun iflâsı durumunda, borçlunun borçları muaccel hale gelirken, söz konusu bu durum kefalet sözleşmesinin asıl borç

⁶³ Serkan Ayan 2018, age. s. 38; H. Murat Develioğlu 2009, age. s. 118; Burak Özen 2017, age. s. 73; Haluk Tandoğan 2010, age. s. 701.

⁶⁴ Fikret Eren 2019, age. s. 774; Mustafa Alper Gümüş 2014, age. s. 324; Burak Özen 2017, age. s. 73; Haluk Tandoğan 2010, age. s. 701.

⁶⁵ Canan Ruhi ve Ahmet Cemal Ruhi, *Türk Kefalet Hukuku*, 1. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2018, s. 20; Haluk Tandoğan 2010, age. s. 699.

⁶⁶ Gülçin Elçin Grassinger, “Belirsiz Süreli Kefalette Kefilin Hakları”, *Prof. Dr. Necip Kocayusufpaşaoğlu için Armağan*, İstanbul, 2004, s. 214-215.

⁶⁷ Yargıtay HGK, T. 21.11.1997, 19-667/905 K. ; Gülçin Elçin Grassinger 2004, agm. s. 215.

⁶⁸ Yargıtay 19. HD., T. 11.10.2012, 2012/9018 E., 2012/14916 K., www.kazanci.com, SET:16.05.2020.

ilişkisinden ayrı olması sebebiyle, kefilin vadeye bağlı borcunu da muaccel hale getirmemesidir⁶⁹.

Bir diğer sonuç, asıl borcu doğuran sözleşmenin geçerli olmasına rağmen, kefalet sözleşmesi geçersiz olabilir ya da geçersiz kılınabilir. Kefalet sözleşmesi şekle aykırılık veya ehliyetsizlik sebebiyle baştan itibaren kesin hükümsüz olabilir veya irade sakatlığı söz konusu ise iptal edilebilir. Örneğin, asıl borç geçerli olmasına rağmen kefil ehliyetsiz ise, kesin hükümsüzlük nedeniyle kefalet sözleşmesi geçersiz olacaktır. Bir diğer örnek, borçlunun korkutması ile kefalet sözleşmesini imzalayan kefilin bu korkunun ortadan kalması üzerine kefalet sözleşmesini iptal edebilmesidir. Ancak kefalet sözleşmesinin kesin hükümsüz olması veya iptal edilmesi, asıl borcu doğuran sözleşmenin geçerliliğini etkilememektedir. Bu da kefalet sözleşmesinin asıl borçtan bağımsız olmasının bir sonucudur. Ancak kefilin, kefalet sözleşmesi sebebiyle üstlenmiş olduğu yükümlülüğünü mali açıdan yerine getiremeyecek olması tek başına sözleşmenin geçersizliğine olanak vermeyecektir⁷⁰.

Aksi durumda ise, asıl borç ilişkisinin kaynaklandığı sözleşmede ortaya çıkan geçersizlik sebebi, kefalet sözleşmesi bakımından da geçersizliğe yol açan bir durum oluşturabilir. Bu durumda geçersizlik özdeşliği söz konusu olur⁷¹. Örneğin, hem asıl borçlu hem de kefil aldatılmış veya korkutulmuş olabilir. Bu durumda, asıl borçlunun iptal beyanında bulunmaması, kefilin kefalet sözleşmesini ortadan kaldıracak şekilde iptal beyanında bulunmasını engellemez⁷².

Kefalet sözleşmesinin asıl borcu doğuran hukukî ilişkiden ayrı olmasının diğer bir sonucu, kefilin borcunu nerde ifa edeceği, ifa etmediği takdirde hakkında açılacak olan dava ve icra takibinin nerede yürütüleceğidir. Söz konusu bu durum asıl borç ilişkisindeki borcun varlığı veya içeriği ile ilişkili olmadığından, kefalet sözleşmesinde kefil borcunu para borcu şeklinde yerine getirdiğinden, kefilin borcunun ifa yeri, ifa etmediği takdirde hakkındaki dava ve icra takibi alacaklının yerleşim yeridir⁷³.

Kefalet sözleşmesinin mahiyeti gereği kefil, başkasına ait bir borç için sorumluluk üstlendiğinden, kefalet sözleşmesindeki bu borç “yabancı borç” niteliğini

⁶⁹ Töre Günsay 2017, agm. s. 1096; Burak Özen 2017, age. s. 74; Haluk Tandoğan 2010, age. s. 701.

⁷⁰ Evgen Gülçin Elçin, “Kefalet Sözleşmesinin Konusunun Hukuka ve Ahlaka Aykırı Olması Sebebi İle Kefalet Sözleşmesinin Geçersizliği”, *Prof. Dr. Seza REİSOĞLU’na Armağan*, Ankara, 2016, s. 506.

⁷¹ Cevdet Yavuz, Faruk Acar ve Burak Özen 2018, age. s. 777.

⁷² Seza Reisoğlu 1992, age. s. 5; Haluk Tandoğan 2010, age. s. 701; Cevdet Yavuz, Faruk Acar ve Burak Özen 2018, age. s. 777.

⁷³ Serkan Ayan 2018, age. s. 36; H. Murat Develioğlu 2009, age. s. 117; Burak Özen 2017, age. s. 74; Seza Reisoğlu 1992, age. s. 5.

taşımaktadır⁷⁴. Kefalet sözleşmesinin kendine özgü bu niteliğinden çıkarılacak sonuç ise, kefalet sözleşmesinde, başkasının borçlanmış olduğu edimin ifasından dolayı kefilin kişisel olarak sorumluluğu söz konusu olduğundan, kefilin hiçbir zaman kendi borcuna kefil olamamasıdır⁷⁵. Çünkü kural olarak bir borç ne asıl borçlu, ne de alacaklı tarafından değil, ancak onların dışında bir kimse tarafından kefil olunduğu takdirde kefalet söz konusu olabilecektir⁷⁶. Ancak doktrinde bir görüşe göre, alacağın başkasına devredilmesiyle hüküm ve sonuç doğurmak üzere, bir kimse kendi alacağı için kefil olabilir. Bu görüşe göre, bir kimsenin kendi alacağı için kefil olması durumu, alacaklı kendisi olduğu sürece hukukî bir değer taşımayacağından, ileride alacağı devralacak kişiye yönelik olarak yapılmış bir öneri niteliğinde görülmelidir⁷⁷. Bir de kefalet sözleşmesi yapıldıktan sonra, alacaklı sıfatı ile kefil sıfatının aynı kişide birleşmesi durumu söz konusu olabilmektedir. Örneğin kefilin alacaklının mirasçısı olup, alacaklı mirasbırakanın ölmesi durumunda olduğu gibi. Bu durumda Türk Borçlar Kanunu'nun 135. maddesi gereği kefalet borcu sona ermektedir⁷⁸.

Kefalet sözleşmesinin kurulmasından sonra, bazı durumlarda asıl borçlu sıfatı ile kefil sıfatının aynı kişide birleşmesi mümkün olabilmektedir⁷⁹. Örneğin, mirasbırakanın borcu için kefil olan mirasçı, mirasbırakanın ölümü ile, söz konusu borç için hem kefil hem de borçlu konumuna gelecektir. Bu husus, Türk Borçlar Kanunu'nun 598. maddesinin birinci fıkrasında, “ borçlu ve kefil sıfatı aynı kişide birleşmiş olursa, alacaklı için kefaletten doğan özel yararlar saklı kalır” şeklinde açıkça düzenlenmiştir. Söz konusu hükme göre, kefil ile borçlunun sıfatının sonradan birleştiği durumlarda, alacaklının kefalet sözleşmesinden sağlayacağı yararlar saklı kalmaktadır. Bu yararlar, kefilin yükümlülüğü için verilen rehne veya kefile kefil durumunda bu kişiye başvurabilme olanağı örnek olarak gösterilebilir⁸⁰.

⁷⁴ Özlem Acar 2014, agt. s. 49; Nami Barlas 2006, agm. s. 4; Cevdet Yavuz, Faruk Acar ve Burak Özen 2018, age. s. 787.

⁷⁵ Fikret Eren 2019, age. s. 774; Nami Barlas 2006, agm. s. 4; Seza Reisoğlu 2013, age. s. 32; Aydın Zevkliler ve Emre Gökyayla 2018, age. s. 660.

⁷⁶ Seza Reisoğlu 2013, age. s. 32; Haluk Tandoğan 2010, age. s. 699.

⁷⁷ Seza Reisoğlu 2013, age. s. 33; Cevdet Yavuz, Faruk Acar ve Burak Özen 2018, age. s. 787.

⁷⁸ Fikret Eren 2019, age. s. 762; Burak Özen 2017, age. s. 525. Özen, borçlu ile alacaklı sıfatlarının birleşmesine yol açan olgu geriye etkili olarak ortadan kalkarsa, son bulmuş alacak hakkının yeniden canlanarak, kefile yeniden başvurulabilir hale geleceğini ifade etmektedir.

⁷⁹ Haluk Tandoğan 2010, age. s. 700; Cevdet Yavuz, Faruk Acar ve Burak Özen 2018, age. s. 787. Yavuz, bu birleşmeyi “gerçek olmayan birleşme” olarak nitelendirmektedir.

⁸⁰ Fikret Eren 2019, age. s. 762; Haluk Tandoğan 2010, age. s. 700; Cevdet Yavuz, Faruk Acar ve Burak Özen 2018, age. s. 787.

1.3.2. Kefalet Sözleşmesinde Kefilin Sorumluluğunun Fer'î Nitelikte Olması

Kefalet sözleşmesinin karakteristik özelliği fer'î niteliğidir. Fer'îlik bir borcun doğuş, devam ve geçerlilik bakımından başka bir borca bağlı olmasıdır. Kefalet sözleşmesinin yapılmasındaki amaç, asıl borç ilişkisindeki borcu güvence altına almak ve onu güçlendirmektir. Kefalet sözleşmesi, bir kişisel teminat sözleşmesi olduğundan, teminat sözleşmelerinde teminatın doğası gereği, temin edilen borcun mevcut ve geçerli olması gerekliliği söz konusudur. Dolayısıyla kefalet sözleşmesinin geçerliliği için, asıl borç ilişkisindeki borcun varlığı da gerekmektedir. Bu sebeple kefalet sözleşmesi ile kefilin üstlendiği borç, niteliği itibari ile bu asıl borca bağımlı fer'î bir borçtur⁸¹.

Kefilin borcunun fer'îliği, hukukî dayanağını, kefalet sözleşmesinin alacaklıya teminat vermek amacıyla yapılmasında bulur⁸². Bu çerçevede kefilin borcu, ancak teminat altına alınan asıl borç mevcut olduğu takdirde mevcuttur ve onunla birlikte varlığını sürdürmektedir. Asıl borcun dışında değerlendirilmesi mümkün değildir⁸³. Asıl borcun sona ermesi halinde sona erme sebebi ne olursa olsun kefalet sözleşmesi de kendiliğinden sona erer⁸⁴. Asıl borç ilişkisindeki geçersizlik kefalet sözleşmesinin de geçersizliğine sebep olur⁸⁵. Bu konuda kanunda iki özel durum vardır. Bunlar ehliyetsizlik ve yanılmadır. Türk Borçlar Kanunu'nun 582. maddesinin ikinci fıkrasında, asıl borçlunun yanılma veya ehliyetsizlik sebebiyle sorumlu olmadığı bir borca, yükümlülük altına girdiği sırada sözleşmeyi sakatlayan eksikliği bilen, bu durumu bilerek kişisel güvence veren kişinin, kefaletle ilgili kanun hükümlerine göre

⁸¹ Necip Bilge, "Kefilin Mesuliyetinin Şümulü", *AÜHFĐ*, 1956, C. XI-II, s. 98; Özlem Acar 2014, agt. s. 11; Erden Kuntalp ve Pınar Altınok Ormancı, "Kefalet Sözleşmesinin Sona Ermesi", *Prof. Dr. Nevzat TOROSLU'ya Armağan*, Ankara, 2015, s.732; Serkan Ayan, Kefalet Sözleşmesinde Kefilin Sorumluluğu, Adalet Yayınevi, Ankara, 2013, s. 21; Fahrettin Aral ve Hasan Ayrancı, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*, 11. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2018, s. 418; H. Murat Develioğlu 2009, age. s. 112; Fikret Eren 2019, age. s. 776; Erzan Erzurumluoğlu 2019, age. s. 221; Mustafa Alper Gümüş 2014, age. s. 322; Burak Özen 2017, age. s. 88; Seza Reisoğlu 2013, age. s. 22; Haluk Tandoğan 2010, age. s. 695; Aydın Zevkliler ve Emre Gökyayla 2018, age. s. 661.

⁸² Osman Safa Bursalı, Osmanlı Hukukunda Kefalet Sözleşmesi: *İstanbul ve Galata Mahkemeleri Şer'îye Sicillerine Göre Mala Kefalet, 1791-1795/1206-1210*, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Hukuk Anabilim Dalı Kamu Hukuku Bilim Dalı, "Yayımlanmış Yüksel Lisans Tezi", İstanbul 2010, s. 45-46.

⁸³ Hüseyin Murat Develioğlu, "İsviçre Federal Mahkemesi'nin 23 Eylül 2003 Tarihli Kararı Işığında Kefalet Sözleşmesi- Borca Katılma Ayrımı", *Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Prof. Dr. Erden KUNTALP'e Armağan, C. I, Y. 2004, S. 1, s. 297.

⁸⁴ Nami Barlas 2006, agm. s. 44; H. Murat Develioğlu 2009, age. s. 44; Fikret Eren 2019, age. s. 776; Mustafa Alper Gümüş 2014, age. s. 322; Erden Kuntalp ve Pınar Altınok Ormancı 2015, agm. s. 731; Seza Reisoğlu 2013, age. s. 22; Haluk Tandoğan 2010, age. s. 695; Cevdet Yavuz, Faruk Acar ve Burak Özen 2018, age. s. 776, Aydın Zevkliler ve Emre Gökyayla 2018, age. s. 661.

⁸⁵ Hasan Ayrancı, "Şekil Şartına Uyulmadan Yapılan Kefalet Sözleşmesinde İfanın Sonuçları", *AÜHFĐ*, 2004, C. 53, S. 2, s. 97; Burak Özen 2017, age. s. 73.

sorumlu olacağı düzenlenmiştir. Esas borcun kaynaklandığı sözleşme, esas borçlunun yanılması sebebiyle geçersizse, bu durumu bilerek bu borca kefil olan kişi, esas borçlunun iptal beyanında bulunmasına rağmen sorumlu kalmaya devam edecektir. Bu durumda esas borç borçlu açısından bağlayıcı olmamasına rağmen, kefilin sorumluluğunun bağımsızlığı devreye girerek, bu durumu bilerek kefil olan kefilin sorumluluğu devam edecektir⁸⁶. Ehliyetsizlik konusunda ise, esas borçlunun sınırlı ehliyetsizliği sebebiyle borcun geçersiz olduğunu bilmeden kefil olan kişi, yasal temsilcinin onay vermemesi durumunda kefalet sözleşmesi sebebiyle sorumlu tutulamaz. Burada yasal temsilcinin onay vermesi koşuluyla kefil olan kişi de, bu onay verilmediği takdirde sorumlu tutulmayacak ve esas borcun ehliyetsizlik sebebiyle geçersiz olduğu savunmasını ileri sürebilecektir. Ancak borçlunun sınırlı ehliyetsiz olduğunu bilerek kefil olan kişi, borçlunun yasal temsilcisinin onay vermemesi durumunda, Türk Borçlar Kanunu'nun 582. maddesinin ikinci fıkrası gereği sorumlu olmaya devam eder. Yasal temsilci onay verdiği takdirde ise geçerli bir esas borç ortaya çıkacağından, kefil yine sorumlu olacaktır⁸⁷. Kefilin sorumluluk üstlendiği sırada esas borçlunun yanılmasını veya ehliyetsizliğini bildiğini iddia eden alacaklı, Türk Medenî Kanunu'nun 6. maddesi gereği, ilgili hükmün uygulanmasına imkân veren olguları ispat etmekle yükümlüdür⁸⁸.

Kanunî istisnalar dışında⁸⁹, taraflar, kısmen veya tamamen kefalet sözleşmesinin fer'îlik niteliğini ortadan kaldıramazlar, bu şekilde yapılan anlaşmalar da kural olarak batıldır⁹⁰. Buna rağmen, kefalet borcunun asıl borç ilişkisindeki borç sona erse bile devam edebileceği yönündeki yapılan anlaşmalar, geçerlilik şartları mevcutsa garanti sözleşmesi olarak nitelendirilir⁹¹.

Kefalet sözleşmesinin fer'î niteliği neticesinde, kefalet sözleşmesi ile güvence altına alınan alacak başkasına devredilirse, kefaletten doğan haklar da yeni alacaklıya geçer. Kefalet alacağı asıl alacağa bağlı bir fer'î hak teşkil ettiğinden, Türk Borçlar Kanunu'nun 189. maddesinin birinci fıkrası gereği, alacağın devredilmesiyle birlikte

⁸⁶ Burak Özen 2017, age. s. 106.

⁸⁷ age s. 106-107; Reisoğlu, Kefalet Hukuku, s. 49-50.

⁸⁸ Burak Özen 2017, age. s. 107.

⁸⁹ İİK m. 303, TMK m. 629.

⁹⁰ Halil Akkanat, "Kefaletin Fer'îliği İlkesi ve Banka Ticari Kredi Sözleşmeleri", *Prof. Dr. Necip KOCAYUSUFPAŞAOĞLU İçin Armağan*, Ankara, 2004, s. 287; Fulya Erlüle, "Müteselsil Kefalet ve Müteselsil Borçluluk Kavramlarının Karşılaştırılması", *AÜHFD*, 2003, S. 1-2, s. 630; Seza Reisoğlu, "Kefalet Kavramı ve Muteberlik Şartları", *AÜHFD*, Y.1962, C. 19, S. 1, s. 329; Fikret Eren 2019, age. s. 776; Mustafa Alper Gümüş 2014, age. s. 322; Gülçin Elçin Grassinger 1996, s. 13; Seza Reisoğlu 2013, age. s. 22; Burak Özen 2017, age. s. 84; Aydın Zevkliler ve Emre Gökyayla 2018, age. s. 661.

⁹¹ Seza Reisoğlu 2013, age. s. 22.

fer'î haklar da devralana geçer. Eğer bu alacak ortadan kalkarsa kefalet sözleşmesinden doğan haklar da son bulur ve kefil esas borcun ortadan kaldırıldığını iddia ispat ederek, kendisine karşı açılmış bir davanın reddedilmesini veya yürütülen bir takibin sonuçsuz kalmasını sağlayabilir⁹². Ancak kefalet alacağı, kefalet sözleşmesi ile güvence altına alınan asıl alacaktan bağımsız olarak bir başkasına devredilemez⁹³.

Kefalet sözleşmesinin fer'îliği ilkesi gereği, kefil asıl borç ilişkisindeki borçludan daha fazla bir yükümlülük altına giremez, kefilin sorumluluğu asıl borçlunun sorumluluğundan daha ağır ve farklı olamaz⁹⁴. Eğer taraflar, kefilin yükümlülüğünün borçlunun yükümlülüğünden daha ağır olacağını kararlaştırdıysa, burada iki olasılık karşımıza çıkar. Bunlardan ilki, kefalet sözleşmesi olarak öngörülen sözleşmeden başka bir sözleşmenin amaçlandığı, tarafların sözleşmeyi nitelendirirken hataya düştükleri yorumuna başvurulmasıdır⁹⁵. Böylelikle sözleşmeyi hükümsüz saymak yerine, Türk Borçlar Kanunu'nun 19. maddesi gereği, tarafların gerçek iradeleri esas alınarak sözleşme kurulmuş kabul edilebilecektir⁹⁶. Diğer olasılık ise, taraflar, kefile asıl borçludan daha ağır bir yükümlülük yükleyeceklerini kararlaştırmışlarsa ve sözleşmeyi nitelendirmede hataya düşmeyerek, amaçlarının kefalet sözleşmesi akdetmek olduğunun tespit edilmesi durumunda, kısmi geçersizlik olduğu kabul edilerek, sözleşmede kefile borçludan daha ağır yükümlülük yükleyen kısımlar geçersiz sayılacaktır⁹⁷. Böylece kefilin asıl borçludan daha fazla sorumlu olması engellenmiş olacaktır.

Kefalet sözleşmesinin fer'îlik ilkesine sahip olmasının bir diğer neticesi, asıl borç ilişkisindeki alacak muaccel olmadan, kefilin borcunun da muaccel olmamasıdır⁹⁸. Eğer asıl borç için bir vade mevcut ise, bu vadenin gelmesi ile birlikte asıl borç muaccel olur ve aksi belirtilmemiş ise kefalet de bu anda muaccel olur. Bu çerçevede kefilin borcu, asıl borç ilişkisindeki borcun fer'î niteliğinde olduğundan, kefilin alacaklı tarafından takip edilebilmesi için, kefilin borcunun muaccel olması

⁹² Burak Özen 2017, age. s. 89.

⁹³ Necip Bilge 1956, agm. s. 98; Burak Özen 2017, age. s. 89; Seza Reisoğlu 2013, age. s. 23; Haluk Tandoğan 2010, age. s. 695.

⁹⁴ Gülçin Elçin Grassinger 1996, s. 13; Mustafa Alper Gümüş 2014, age. s. 323, Burak Özen 2017, age. s. 89; Seza Reisoğlu 2013, age. s. 22; Haluk Tandoğan 2010, age. s. 695; Cevdet Yavuz, Faruk Acar ve Burak Özen 2018, age. s. 776; Aydın Zevkliler ve Emre Gökyayla 2018, age. s. 661.

⁹⁵ Burak Özen 2017, age. s. 81.

⁹⁶ Kemal Oğuzman ve Turgut Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, C. I, 16. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2018, s. 70-71; Burak Özen 2017, age. s. 81.

⁹⁷ Age s. 82; Seza Reisoğlu 2013, age. s. 23.

⁹⁸ Serkan Ayan 2018, age. s. 463-464; Gülçin Elçin Grassinger 1996, age. s. 13; Mustafa Alper Gümüş 2014, age. s. 420; Burak Özen 2017, age. s. 94; Haluk Tandoğan 2010, age. s. 695.

gereğinin yanı sıra, asıl borcun da muaccel olması gerekmektedir. Kural olarak kefilin borcu, asıl borç ilişkisindeki borcun teminatı olduğundan, asıl borç ilişkisindeki borç ile aynı anda muaccel olmaktadır⁹⁹. Ancak Türk Borçlar Kanunu'nun 590. maddesinin birinci fıkrası bu kurala bir istisna getirmiştir. Söz konusu madde hükmüne göre, asıl borç ilişkisindeki borçlunun iflâsı halinde asıl borç muaccel hale gelse bile alacaklı daha önce belirlenmiş vadeden önce kefile başvuramaz, ona karşı takip başlatamaz. Burada eğer asıl borç ilişkisindeki borç için belli bir vade kararlaştırılmış ise bu hüküm uygulanacaktır. Vadenin türü bu konuda önem arz etmez. Örneğin belirsiz vade halinde, vade hasat zamanı ise, fakat asıl borçlu hasat zamanı gelmeden iflâs etmiş ise, asıl borçlunun borcu iflâs ettiği için muaccel hale gelir, ama alacaklı yine kefile başvuramaz. Çünkü kefile başvurabilmesi için hasat zamanının gelmesi gerekir¹⁰⁰. Bu hüküm ile kefilin kendi iradesi dışında, borcunun muacceliyet tarihinin öne çekilmesi engellenerek, kefilin korunması amaçlanmıştır¹⁰¹. Kefilin borcu ile asıl borcun aynı anda muaccel olması kuralının bir diğer istisnası ise, Türk Borçlar Kanunu'nun 590. maddesinin üçüncü fıkrasında düzenlenmiştir. Bu hükme göre, asıl borç ilişkisindeki borç, muacceliyeti bildirimle bağlı olan borçlardan ise, alacaklı veya borçlu tarafından yapılan muacceliyet bildirimini, kefile bildirilmediği takdirde, kefaletin türü ne olursa olsun kefilin borcu muaccel olmaz. Burada kefile yapılacak olan bu bildirim, herhangi bir şekil şartına bağlanmamış olmakla birlikte, süre bildirimini kefile ulaştığı andan itibaren işlemeye başlayacaktır¹⁰². Yargıtay bu konuda verdiği bir kararında, asıl borçluya ihtarname tebliğ edilip alacak muaccel hale getirilmiş ise, müteselsil kefile gönderilen Türk Borçlar Kanunu'nun 590. maddesinin üçüncü fıkrasına dayalı ihtarname kendisine tebliğ edilmemiş olsa dahi kefil hakkında ihtiyati haciz kararı verilebileceğine hükmetmiştir¹⁰³.

Kefalet sözleşmesinde kefilin borcunun fer'î nitelikte olması kefile, asıl borç ilişkisindeki borçlunun sahip olduğu bütün savunma imkânlarını sunmaktadır. Asıl borç ilişkisindeki borçlunun söz konusu savunma imkânlarını kullanmaması veya bu imkânlardan feragat etmiş olması, kefilin bu savunma imkânlarından faydalanmasını

⁹⁹ Serkan Ayan 2018, age. s. 463-464; Mustafa Alper Gümüş 2014, age. s. 420; Burak Özen 2017, age. s. 94.

¹⁰⁰ Değişik bir ifade tarzı için bakınız, Mustafa Alper Gümüş 2014, age. s. 422.

¹⁰¹ Serkan Ayan 2018, age. s. 470.

¹⁰² Age. s. 466-467; Mustafa Alper Gümüş 2014, age. s. 423; Burak Özen 2017, age. s. 94.

¹⁰³ Yargıtay 19. HD., T. 26.10.2007, E. 2007/9317, K. 2007/9286, www.kazanci.com, SET: 04.01.2021.

etkilemeyecektir¹⁰⁴. Ancak kefalet sözleşmesinin asıl borç ilişkisindeki alacaklıya teminat verme amacına dayalı olarak yapılması gereği, esas borçlunun ödeme güçsüzlüğünden kaynaklanan savunmalarını kefilin kullanamaması, bu durumun istisnasını oluşturmaktadır¹⁰⁵. Bu çerçevede kefilin, kefil olmasındaki amaç, borçlunun ödeme güçsüzlüğü içinde bulunması ihtimaline karşı alacaklıya teminat sağlamak olduğundan, kefilin bu def'îden yararlanamaması da olağan karşılanmalıdır.

Kefalet sözleşmesinin fer'îliği ilkesi gereği, asıl borç ilişkisindeki alacaklının bir anlaşmazlık halinde, kefile başvurabilmesi için, kefalet sözleşmesinin yanı sıra asıl borç ilişkisini doğuran hukukî ilişkiyi de ispat etmesi gerekmektedir¹⁰⁶. Bu çerçevede kefile başvurulması halinde, bir ihtilaf da mevcutsa alacaklının, kefalet sözleşmesinin geçerli olarak kurulduğunu kanıtladıktan sonra, asıl borç ilişkisindeki borcun varlığını ve geçerliliğini sürdürdüğünü de ispat etmesi gerekir¹⁰⁷.

Kefalet sözleşmesinin fer'î niteliğine bağlı olarak gündeme gelen bir diğer sonuç ise, kefilin kusur sorumluluğunun, asıl borç ilişkisindeki borçlunun kusur sorumluluğundan daha ağır olmamasıdır. Bu sonuca göre, alacaklı ve borçlu arasında yapılan bir sorumsuzluk anlaşması ile borçlunun hafif kusurlarından sorumlu olmayacağı kararlaştırılmış ise, kefil de bu anlaşmadan yararlanacaktır ve bu çerçevede borçlunun hafif kusurlu olduğu durumlarda artık kefile başvurulamayacaktır¹⁰⁸. Çünkü kefilin sorumluluğu asıl borçludan daha ağır olamaz. Bu tespiti bir parça yersiz olduğu düşünülebilir; zira, asıl borçluya gidilemediği hallerde kefile başvurulamaz. Bu çerçevede asıl borçlu hafif kusurdan sorumlu değilse, bu hususta zaten kefile başvurulamaz.

Kefalet sözleşmesinde kefilin borcunun fer'î niteliğinin, asıl borca bağlılığının sonuçlarından, kefilin asıl borçludan daha fazla sorumlu olamayacağı kuralına yasal düzenlemelerle getirilmiş birtakım istisnalar vardır.

Getirilen istisnalardan ilki, İcra ve İflas Kanunu'nun 303. maddesinin birinci fıkrasında düzenlenen, konkordatoya muvafakat etmeyen alacaklının, konkordato tasdik edilse dahi kefile karşı alacağının tamamını talep etme hakkının bulunmasıdır.

¹⁰⁴ Serkan Ayan 2013, age. s. 30; Burak Özen 2017, age. s. 94; Seza Reisoğlu 2013, age. s. 23; Haluk Tandoğan 2010, age. s. 696.

¹⁰⁵ Töre Günsay 2017, agm. s. 1094; Seza Reisoğlu 2013, age. s. 24; Burak Özen 2017, age. s. 94; Haluk Tandoğan 2010, age. s. 696.

¹⁰⁶ Burak Özen 2017, age. s. 96; Seza Reisoğlu 2013, age. s. 24; Haluk Tandoğan 2010, age. s. 696.

¹⁰⁷ Gökhan Şahan, *Kefalet Sözleşmesinin Sona Ermesi*, Yetkin Yayıncılık, Ankara, 2009, s. 21; Serkan Ayan 2018, age. s. 30; Seza Reisoğlu 2013, age. s. 22; Aydın Zevkliiler ve Emre Gökyayla 2018, age. s. 661.

¹⁰⁸ Burak Özen 2017, age. s. 85; Seza Reisoğlu 1992, age. s. 4; Haluk Tandoğan 2010, age. s. 695.

Konkordatonun onaylanması halinde, asıl borç ilişkisindeki borçlu, konkordatoda tespit edilen oranda sorumlu olurken, konkordatoya muvafakat etmeyen alacaklı, konkordato onaylansa dahi kefile karşı alacağın tamamını talep etme hakkı bulunmaktadır¹⁰⁹. Görüldüğü üzere, İcra ve İflas Kanunu'ndaki söz konusu düzenleme, kefalet sözleşmesinin fer'îliği ilkesine ve buna bağlı olarak kefilin asıl borçludan daha fazla sorumlu tutulamayacağına istisna oluşturmaktadır.

Kefilin borcunun fer'î niteliğinin bir diğer istisnası ise, Türk Medenî Kanunu'nun 629. maddesindeki hükümden kaynaklanmaktadır. Söz konusu hükme göre, asıl borç ilişkisindeki borçlunun ölmesi halinde mirasçılar mirası tutulan deftere göre kabul etmişlerse, alacaklarını süresi içerisinde deftere yazdırmayan alacaklılara karşı, ne terekeden geçen mallarla ne de kişisel malvarlıklarıyla sorumludurlar. Eğer alacaklının alacağını deftere yazdırmamasında herhangi bir kusuru bulunmuyorsa ya da bildirimde bulunmasına rağmen deftere alacağı yazılmamışsa, bu durumun ispat edilmesi halinde, mirasçılar sadece miras sebebiyle zenginleştikleri oranda sorumlu olurlar. Bu durumda kefilin borcun tamamından sorumlu olup olmayacağı belirsizdir. Doktrinde ileri sürülen bir görüşe göre, asıl borç ilişkisindeki borçlunun mirasçıları borçtan, kendi paylarına düşen miktar kadar sorumlu olurken, kefil borcun tamamından sorumlu olmaya devam eder¹¹⁰. İleri sürülen bir diğer görüşe göre ise, alacağını kendi kusuru olmadan deftere yazdırmamış ya da bildirimde bulunmasına rağmen deftere alacağı yazılmamış alacaklıya karşı, kefil de aynı mirasçılar gibi sorumlu olur¹¹¹. Bu görüşe göre, kefil, mirasçılara terekeden düşen miktar kadar sorumlu olacak, geri kalan kısım için ise sorumluluğu olmayacaktır. Dolayısıyla ilgili görüşe göre kefalet sözleşmesinin fer'îliği ilkesine istisna getiren bir kanun hükmü bulunmamaktadır.

Kefalet sözleşmesinin fer'î niteliğinin sonuçlarından, kefilin yükümlülüğünün esas borcun varlığına ve devamına bağlı olmasına getirilen diğer bir istisna ise, Türk Borçlar Kanunu'nun 134. maddesinde yer almaktadır. Bu hükme göre, cari hesapta bulunan borç kalemlerinden birisi için verilmiş olan kefaletin, cari hesabın kat edilmesi ve bakiyenin onaylanması üzerine sona ermez¹¹². Dolayısıyla burada kefalet

¹⁰⁹ Burak Özen 2017, age. s. 114; Seza Reisoğlu 1992, age. s. 4; Seza Reisoğlu 2013, age. s. 24; Haluk Tandoğan 2010, age. s. 696.

¹¹⁰ Burak Özen 2017, age. s. 523; Seza Reisoğlu 2013, age. s. 24; Haluk Tandoğan 2010, age. s. 696.

¹¹¹ Zahit İmre, Hasan Erman, *Miras Hukuku*, İstanbul, 2010, s. 373; Özlem Acar 2014, age. s. 15; Mahmut Bilgen 2013, age. s. 678; Gülçin Elçin Grassinger 1996, age. s. 47; Cevdet Yavuz, Faruk Acar ve Burak Özen 2018, age. s.788.

¹¹² Burak Özen 2017, age. s. 524; Seza Reisoğlu 2013, age. s. 288; Haluk Tandoğan 2010, age. s. 794.

sözleşmesi, onaylanan bakiye için asıl amacı olan güvence teşkil etmeye devam eder¹¹³. Ancak cari hesap kalemlerinden birine kefil olan bir kişi, söz konusu borç kalemiyle ilgili ileri sürebileceği def’î ve itirazları, bakiyenin kabulü üzerine ortaya çıkan yeni borç bakımından da ileri sürebilir¹¹⁴. Eğer cari hesapta bulunan belirli bir borç kalemi için değil de tüm hesap göz önüne alınarak kefalet sözleşmesi yapılmış ise; bu durum başlangıçtan itibaren, hesabın kat edilmesi ve bakiyenin onaylanması üzerine ortaya çıkacak olan borca ilişkin verilmiş bir teminat olarak kabul edilmektedir¹¹⁵. Yargıtay 19. Hukuk Dairesi’nin “cari hesap şeklinde işleyen genel kredi sözleşmesi için kefalet verilmesi durumunda, kredi borcunun belli bir tarihte sıfırlanmış olması kefaleti sona erdirmeyecektir. Bu nedenle davacının kefaleti devam etmektedir.” şeklinde kefaletin devam edeceğine dair kararı bulunmaktadır¹¹⁶.

1.3.3. Kefilin Borcunun Talî Nitelikte Bir Borç Olması

Kefalet sözleşmesinin fer’î niteliğinin yanı sıra, talîlik niteliği de mevcuttur¹¹⁷. Bu özellik gereği, asıl borç ilişkisindeki alacaklı, önce borçluya başvurup, borçluyu hukukî yollarla takip etmesine rağmen, borçlunun borcunu ödememesi durumunda kefile başvurabilecektir¹¹⁸.

Kefalet sözleşmesinin amacı alacaklının teminata kavuşturulması olduğundan, ancak asıl borç ilişkisinde borçlunun borcunu yerine getirmemesi halinde alacaklı kefile başvurabilir. Bu çerçevede kefilin borcunun talî niteliği gereği, alacaklı öncelikle asıl borçluyu takip etmek ve varsa rehinleri paraya çevirmek zorundadır. Bu takibin sonuçsuz kalması üzerine kefile başvurması gereklidir. Alacaklının asıl borçludan önce kefile başvurması durumunda kefil, peşin dava (tartışma) def’îni ileri sürerek, alacaklıdan önce asıl borçluyu takip etmesini talep edebilmektedir. Eğer asıl borç rehin ile teminat altına alınmış ise kefil, alacaklıya rehinin paraya çevrilmesi

¹¹³ Hasan Ayrancı, “Kefalet Sözleşmesinde Asıl Borcun Belirli Olması İlkesi ve Cari Hesaba Kefalet”, *GÜHFD*, C. IX, S. 1-2, 2005, s. 107; Halil Akkanat 2004, agm. s. 281; Burak Özen 2014, age. s. 105.

¹¹⁴ Age s. 105.

¹¹⁵ Age s. 105.

¹¹⁶ Yargıtay 19. HD., 5.12.2003 T., E. 2003/9521K. 2003/227, Nihat Yavuz 2010, age. s. 672-673.

¹¹⁷ Serkan Ayan 2013, age. s. 33; H. Murat Develioğlu 2009, age. s. 98; Fikret Eren 2019, age. s. 777; Mustafa Alper Gümüş 2014, age. s. 323; Ahmet Kılıçoğlu 2019, Özel Hükümler, s. 656; Seza Reisoğlu 1962, agm. s. 332; Cevdet Yavuz, Faruk Acar ve Burak Özen 2018, age. s. 776; Aydın Zevkliler ve Emre Gökyayla 2018, age. s. 662.

¹¹⁸ Fikret Eren 2019, age. s. 777; Mustafa Alper Gümüş 2014, age. s. 323; Ahmet Kılıçoğlu 2019, Özel Hükümler, s. 656; Seza Reisoğlu 1962, agm. s. 332; Cevdet Yavuz, Faruk Acar ve Burak Özen 2018, age. s. 776; Aydın Zevkliler ve Emre Gökyayla 2018, age. s. 662.

def'îni ileri sürerek ifadan kaçınabilir¹¹⁹. Bu çerçevede kefalet sözleşmesinin adı kefalet veya müteselsil kefalet olduğuna bakılmaksızın, her türlü kefalette kefilin borcu ikincil niteliktedir¹²⁰. Bir borç ilişkisinin aynı anda hem aslî hem de fer'î niteliğe sahip olması imkânsız olduğundan, müteselsil kefalet sözleşmesinin de aslî olduğu düşünülemez¹²¹.

Müteselsil kefalet bakımından, 818 sayılı Borçlar Kanunu'nda asıl borç ilişkisindeki alacaklının borçluyu takip etmeden doğrudan doğruya müteselsil kefile başvurabileceği hususu, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 586. maddesindeki düzenleme ile yenilenerek, müteselsil kefalette kefilin borcunun talifiği daha da belirginleştirmiştir. Bu düzenlemeye göre asıl borç ilişkisindeki alacaklının müteselsil kefile başvurabilmesi için, asıl borç ilişkisindeki borçlunun ifada gecikmesi ve asıl borçluya yönelik ihtarın sonuçsuz kalması veya açıkça ödeme güçsüzlüğü içerisinde olması gerekmektedir¹²². Bu koşullar gerçekleşmeden kefile başvurulursa, kefil söz konusu koşulların gerçekleşmediğini def'î olarak ileri sürebilir¹²³. Bu durumda asıl borç ilişkisindeki alacaklı koşulların gerçekleştiğini kanıtlamakla yükümlü olur. Diğer taraftan müteselsil kefalet sözleşmesinin talî niteliğinin diğer kefalet sözleşmesi türlerine göre zayıf olması hiçbir zaman söz konusu sözleşmede, Türk Borçlar Kanunu'nun 162. maddesi anlamında bir müteselsil borçluluk ilişkisinin bulunduğu anlamına gelmemektedir¹²⁴. Çünkü Türk Borçlar Kanunu'nda müteselsil kefalet sözleşmesi için öngörülen hükümlerin varlığı müteselsil borçlulara ilişkin hükümlerin uygulanmasına engel teşkil etmektedir.

¹¹⁹ Mahmut Bilgen 2013, age. s. 23; H. Murat Develioğlu 2009, age. s. 98; Burak Özen 2017, age. s. 111; Haluk Tandoğan 2010, age. s. 697.

¹²⁰ Özlem Acar 2014, agt. s. 16; Serkan Ayan 2013, age. s. 33; H. Murat Develioğlu 2009, age. s. 98; Fikret Eren 2019, age. s. 777; Mustafa Alper Gümüş 2014, age. s. 323; Seza Reisoğlu 1962, agm. s. 332; Cevdet Yavuz, Faruk Acar ve Burak Özen 2018, age. s. 776; Aydın Zevkliler ve Emre Gökyayla 2018, age. s. 662.

¹²¹ Selahattin Sui Tekinay, "Müteselsil Borç ile Kefalet Arasında Bir Mukayese", *Adalet Dergisi*, 1956, Y:47, S. 7, s. 746.

¹²² Ayan, Serkan, "Müteselsil Kefalet, m. 586", *İstanbul Şerhi Türk Borçlar Kanunu*, C. 8, İstanbul, 2019, s. 4241; Özlem Acar 2014, agt. s. 16; H. Murat Develioğlu 2009, age. s. 98; Turgut Öz 2012, age. s. 121; Bura Özen 2017, age. s. 117.

¹²³ Burak Özen, "Borçlar Kanunu Tasarısı m. 585 Hükümünün Müteselsil Kefaletle İlişkin Getirdiği Düzenleme", *Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. X, S. 3-4, Aralık 2006, s. 494; Burak Özen 2017, age. s. 305.

¹²⁴ Fulya Ertlüle 2003, agm. s. 632; Seza Reisoğlu 2013, age. s. 113; Haluk Tandoğan 2010, age. s. 702, Selahattin Sulhi Tekinay 1956, agm. s. 745.

1.3.4. Kefalet Sözleşmesinin Başkasına Ait Bir Borcu Teminat Altına Almak İçin Yapılması

Kefalet sözleşmesi ile kefil, asıl borç ilişkisindeki borçluya ait bir borç için, kişisel sorumluluk üstlenmektedir. Kişisel teminat sözleşmelerinden biri olan kefalet sözleşmesinin de en belirgin özelliği, asıl borç ilişkisindeki borcu güvence altına almaktır. Bu durum asıl borç ilişkisindeki alacaklı için, borçlusunun malvarlığının yanında başka bir kişinin ve bu çerçevede kefilin malvarlığına başvurabilme imkânı tanımaktadır. Dolayısıyla kefalet sözleşmesinin niteliği gereği, bir kimse kendi borcu için kefil olamayacağı gibi, kendisine ait bir alacak için de kefil olamaz¹²⁵. Bu çerçevede kural olarak, bir borç, asıl borçlu ve asıl alacaklı dışında bir kimse tarafından güvence altına alındığı takdirde kefalet söz konusu olabilecektir.

Öğretide ileri sürülen bir görüşe göre, bir kişinin kendi alacağına kefil olabilmesi, o alacağın bir başkasına devredilmesi ile hüküm ifade eder¹²⁶. Asıl borç ilişkisindeki alacaklının kefalet sözleşmesinde kefil olarak görünmesinin niteliği, söz konusu alacağın temlik halinde yeni alacaklıya karşı yapılan bir icap olarak kabul edilmesidir¹²⁷. Bu çerçevede bir kimsenin kendi alacağı için kefil olması, bu alacağı devralacak olan yeni alacaklının kefalet sözleşmesini yapmayı kabul etmesiyle mümkün olacaktır.

¹²⁵ Nami Barlas 2013, agm. s. 42; Mustafa Alper Gümüş 2014, age. s. 325; Töre Günsay 2017, agm. s. 1084; Burak Özen 2017, age. s. 126; Seza Reisoğlu 2013, age. s. 32.

¹²⁶ Serkan Ayan 2013, age. s. 15; Seza Reisoğlu 2013, age. s. 33.

¹²⁷ Age. s. 33.

BÖLÜM II

KEFALET SÖZLEŞMESİNİN BENZER KURUMLARDAN FARKI

2.1. BORCA KATILMADAN FARKI

2.1.1. Genel Olarak

Borca katılma sözleşmesi 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 201. maddesinde düzenlenmiştir. Bu hüküm çerçevesinde borca katılma, alacaklı ve borçlu arasında devam eden bir borç ilişkisine, üçüncü bir şahsın alacaklıyla yaptığı bir sözleşme ile, borçlu yanında olmak üzere bu borç ilişkisine dahil olması ve söz konusu borç için alacaklıya karşı, borçluyla birlikte müteselsilden sorumlu olmasıdır¹²⁸. Borca katılma, doğuşu itibariyle geçerli bir asıl borcun varlığına ihtiyaç duyarken, sonradan bu asıl borcun sona ermesi borca katılanın sorumluluğunu etkilememektedir. Bu bağlamda, borca katılma doğuşu itibariyle fer'îlik niteliği gösterirken, devamı bakımından asıl borçtan tamamen ayrı bağımsız bir nitelik göstermektedir¹²⁹.

Bir borç ilişkisi kurulurken borçlunun ödeme gücüne güvenmeyen alacaklı, kendi alacağını teminat altına almak amacıyla bir başka kişinin de borç altına girmesini isteyebilir. Bu durumda mevcut bir borca katılma, alacaklıya karşı teminat verme amacına hizmet etmektedir. Ancak mevcut bir borca katılmanın, borç ilişkisi içerisinde alacaklıya teminat verme amacına hizmet etmesi, katılmadan doğan borcun amacının teminat olduğu anlamına gelmemektedir¹³⁰. Örneğin bir satış sözleşmesinden kaynaklanan satış bedelinin ödenmesi borcuna katılmada; söz konusu alıcının satış

¹²⁸ Fikret Eren 2010, age. s. 1254; Feyzi Necmeddin Fezyioğlu, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, C. II, 2. Bası, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1977, s. 669; Hüseyin Hatemi ve Emre Gökyayla, *Borçlar Hukuku Genel Bölüm*, 2. Bası, İstanbul, 2012, s. 375; Ahmet M. Kılıçoğlu, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 23. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2019, s. 1043; Kemal Oğuzman ve Turgut Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, C. II., Vedat Kitapçılık, 13. Bası, İstanbul, 2017, s. 621; Ferit H. Saymen, *Borçlar Hukuku Dersleri Umumi Hükümler*, C.I, İstanbul, 1950, s. 262; S.Sulhi Tekinay, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, C. II, İstanbul, 1985, s. 390; Kenan Tunçomağ, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, C. I, 6. Bası, İstanbul, 1976, s. 1124; Gamze Turan Başara, "Türk Borçlar Kanunuyla Getirilen Yeni Bir Müesses: Borca Katılma", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Yıl 2014, C. 63, S. 2, s. 421; Özlem Acar 2014, agt. s. 16; H. Murat Develioğlu 2004, agm. s. 300.

¹²⁹ Turgut Akıntürk, *Müteselsil Borçluluk*, Ankara, 1971, s. 75; H. Murat Develioğlu 2004, agm. s. 306; Burak Özen 2017, age. s. 10; Seza Reisoğlu 2013, age. s. 109; Haluk Tandoğan 2010, age. s. 702; Gamze Turan Başara 2014, agm. s. 425.

¹³⁰ Burak Özen 2017, age. s. 7.

bedelinin ödenmesine ilişkin borcun hukukî sebebi satım konusu malın mülkiyetinin devrine ilişkin bir alacak hakkı kazanmak olacağından, satış bedelinin ödenmesine ilişkin borca katılan kişi açısından da borcunun hukukî sebebi aynı olacaktır¹³¹.

Mevcut borca katılma, mevcut borcun borçlusuyla borca katılacak kişi arasında alacaklı lehine bir sözleşme yapılarak¹³² gerçekleştirilebileceği gibi, borca katılacak kişinin alacaklıyla anlaşması yoluyla da gerçekleştirilebilir. Borca katılma sözleşmesi borca katılan ile asıl borçlunun anlaşmasıyla gerçekleşmesi durumunda, borca katılma akdi alacaklı lehine kararlaştırıldığından, bu durumda üçüncü kişi yararına bir sözleşme söz konusu olur¹³³. Mevcut borca katılmak isteyen kişi, doğrudan doğruya alacaklıyla sözleşme yaparak, söz konusu borçtan dolayı, asıl borçludan bağımsız bir sorumluluk üstlenmektedir. Böylece alacaklı isterse ilk borçludan isterse kendisi ile anlaşmak suretiyle borca katılan kişiden alacağını talep edebileceğinden, burada bir müteselsil borçluluk ortaya çıkmış olacaktır¹³⁴. Ancak borca katılma yoluyla gerçekleşen müteselsil borçluluk ile birden fazla kişinin birlikte bir borç üstlenmesi ile meydana gelen müteselsil borçluluk birbirinden farklıdır. Borca katılma yoluyla gerçekleşen müteselsil borçluluk, borcun doğuş anı itibari ile geçerli bir asıl borcun varlığına bağlı olması özelliği ile farklılık göstermektedir. Örneğin bir müteselsil borç, diğer borç hile dolayısıyla batıl olsa dahi hüküm ifade etmekte iken, borca katılmanın hüküm ifade edebilmesi için diğer borcun mutlaka borca katılma anında geçerli olması gerekmektedir¹³⁵. Bu çerçevede asıl borcun ehliyetsizlik, imkânsızlık gibi herhangi bir sebeple, doğuş anında değil de sonradan geçersiz hale gelmesi, borca katılmanın bağımsızlığından dolayı borca katılma ile müteselsil borçluluğu etkilememekte, borca katılan kimselerin de sorumluluğunu etkilememektedir. Müteselsil borçlulukta ise müteselsil borçlulardan her birinin borcu borcun doğumu anında ve devamında birbirinden bağımsız olduğundan dolayı, müteselsil borçlulardan biri için mevcut olan geçersizlik hali, diğer müteselsil borçluların borçlarının da herhangi bir geçersizlik durumu oluşturmayacaktır.

¹³¹ H. Murat Develioğlu 2004, agm. s. 308; Haluk Tandoğan 2010, age. s. 702.

¹³² H. Murat Develioğlu 2004, agm. s. 301.

¹³³ Sabah Altay, *Borca Katılma*, "Yayımlanmamış Doktora Tezi", *Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı*, İstanbul, 2010, s.43; Oruç Hami Şener, "Sözleşme İle Yapılan Teminat Amaçlı Borca Katılma", *DEUHF*, C.11, 2009, Özel Sayı, Prof. Dr. Bilge Umar'a Armağan, C. II., İzmir, 2010, s. 1291; Fikret Eren 2010, age. s. 1255; H. Murat Develioğlu 2004, agm. s. 301; Feyzi Necmeddin Feyzioğlu 1977, age. s. 669; Ahmet Kılıçoğlu 2019, age. s. 1041; Burak Özen 2017, age. s. 9; Kenan Tunçomağ 1976, age. s. 1124.

¹³⁴ Turgut Akıntürk 1971, age. s. 75.

¹³⁵ Age s. 75; Seza Reisoğlu 2013, age. s. 109, Haluk Tandoğan 2010, age. s. 702.

2.1.2. Kefalet Sözleşmesi ile Borca Katılma Arasındaki Farklılıklar

Kefalet sözleşmesi ile borca katılma arasındaki farklılıklardan ilki, kefalet sözleşmesi yazılı şekle tabi iken borca katılma sözleşmesi bakımından herhangi bir şekil zorunluluğunun bulunmamasıdır. İlk borçlu ile alacaklı arasında yapılan sözleşme kanun tarafından bir şekil şartına bağlanmış olsa dahi borca katılma sözleşmesi herhangi bir şekle tabi olmadan yapılabilir. Örneğin borçlu ile alacaklı arasında taşınmaz satım sözleşmesi resmi şekle tabi iken, bu borç için sonradan yapılacak borca katılma sözleşmesi herhangi bir şekle tabi değildir. Ancak gerçek kişilerce teminat amaçlı yapılan borca katılma sözleşmesinin Türk Borçlar Kanunu'nun 603. maddesi gereğince kefaletin şekil şartlarına ve ehliyeteye ilişkin koşullara uygun olarak yapılıp yapılmayacağı konusunda doktrinde farklı görüşler yer almaktadır. Doktrinde bir görüşe göre, teminat verenin gerçek kişi olması durumunda teminat amaçlı borca katılma sözleşmesinin, kefaletin kuruluş şekline ve şartlarına tabi olması kabul edilerek, sözleşmenin yazılı şekilde yapılması, borcun miktarının ve katılma tarihinin de katılanın el yazısı ile yazılması, katılan kişi evli ise en geç katılma anına kadar eşinin yazılı rıza vermesi gerektiği belirtilmektedir¹³⁶. Burada borca katılan gerçek bir kimsenin sorumluluğu, kefilin sorumluluğundan daha ağır olduğu düşünüldüğünden, söz konusu şekil ve ehliyet kurallarının borca katılan kimse bakımından da zorunlu olması gerektiği düşünülmektedir. Öğretide Gümüş'e göre ise, Türk Borçlar Kanunu'nun 603. Maddesine göre uygulama, bir kıyasen uygulama olduğundan, teminat amacıyla borca katılma halinde müteselsil borçluluğa ilişkin ibarenin ve borcun miktarının, borca katılanın el yazısıyla metne yazılmasına gerekli olmadığını düşünmektedir¹³⁷.

Kefalet sözleşmesini borca katılmadan ayıran en önemli unsur, kefalet sözleşmesinin fer'î nitelikte olmasıdır. Bu çerçevede kefilin borcunun geçerliliği ve devamlılığı, tamamen asıl borcun geçerliliğine bağlıdır ve bu durum kefaletin doğuş anından sona erme anına kadar devam etmektedir. Ancak borca katılmada, borcun doğuş anı itibari ile geçerli bir asıl borcun varlığına bağlı olsa da, asıl borç ifa dışı bir sebeple sona erse dahi borca katılanın borcu varlığını sürdürecektir. Bu durum, borca katılmada, borca katılanın borcunun kapsam ve içeriği bakımından asıl borçtan

¹³⁶ Haluk Nomer, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2012, s. 320; Oruç Hami Şener 2009, agm. s. 1303; Sabah Altay 2010, agt. s. 43; Hüseyin Hatemi ve Emre Gökyayla 2012, age. s. 377; Ahmet Kılıçoğlu 2019, Genel Hükümler, age. s. 1044; Kemal Oğuzman ve Turgut Öz 2017, age. s. 623; Burak Özen 2017, age. s. 48; Aydın Zevkliler ve Emre Gökyayla 2018, age. s. 666.

¹³⁷ Mustafa Alper Gümüş 2014, age. s. 330-331.

bağımsız ve aslî bir borç olduğunu göstermektedir. Öğretide Özen ve Reisoğlu'na göre, mevcut borca katılma yoluyla müteselsil borç altına girilmesinin devamı ve sona ermesi bakımından asıl borçtan bağımsız olduğu kabul edilse dahi, doğuşu itibari ile fer'î niteliğe sahip olduğu belirtilmektedir¹³⁸. Doktrinde ileri sürülen bir diğer görüşe göre, borca katılma bakımından geçerli bir ilk borcun varlığı, borca katılanın girdiği borcun geçerliliği bakımından bir zorunluluk oluşudur, bu bağlamda onun fer'îliği anlamına gelmemektedir¹³⁹. Dolayısıyla bu durum, doğacak borcun fer'î olması ile ilgili değil, borca katılmanın konusuz kalması ve imkânsızlık sebebiyle hükümsüz olması ile ilgilidir¹⁴⁰.

Kefalet sözleşmesinin amacı asıl borç ilişkisindeki alacağı güvence altına almak olduğundan, kefilin yükümlülüğünün kapsamı, ortaya çıkması, devamı ve icrası, güvence altına alınan asıl borca tabiidir. Asıl borcun sona ermesi halinde sona erme sebebi her ne olursa olsun, kefalet sözleşmesi de sona ermektedir¹⁴¹. Ancak borca katılmada, borca katılanın borcu bir defa geçerli olarak doğduktan sonra müteselsil borç olma niteliğinden dolayı bağımsızlaşır; asıl borcun devamlılığına bağlı değildir. Borca katılma aksi kararlaştırılmadıkça müteselsil borç ilişkisi oluşturduğundan, borca katılmaya Türk Borçlar Kanunu'nun müteselsil borçluluğun düzenlendiği hükümleri uygulama alanı bulacaktır. Türk Borçlar Kanunu'nun 166. maddesine göre, asıl borçlu ifa dışındaki bir sebeple borcundan kurtulursa, örneğin alacaklı tarafından ibra edilirse, borca katılan sorumlu olmaya devam edecektir. Asıl borç alacaklıya ifa, takas veya ifa yerine eda yoluyla sona erdiği takdirde, alacaklıya karşı müteselsil borç da sona ereceğinden, borca katılanında borcu sona ermektedir. Burada borca katılanın borcunun sona ermesi durumu, borca katılmanın başlangıçtaki fer'î niteliğinden değil, Türk Borçlar Kanunu'nun 201. maddesinin ikinci fıkrası gereğince, borca katılmanın müteselsil borç ilişkisi doğurmasından dolayı Türk Borçlar Kanunu'nun müteselsil borçluluğu düzenleyen hükümlerine tabi olmasından kaynaklanmaktadır¹⁴².

Kefalet sözleşmesinin fer'îliği niteliğinin sonucu olarak, kefil alacaklıya karşı, esas borçlunun yapabileceği itiraz ve def'î türünden bütün savunmaları

¹³⁸ Burak Özen 2017, age. s. 12; Seza Reisoğlu 2013, age. s. 109; Oruç Hami Şener 2009, agm. s. 1284-1285.

¹³⁹ Zafer Kahraman, "Borca Katılma Sözleşmesi ile Kefalet Sözleşmesinin Birbirinden Ayırt Edilmesi", *Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Sayı 2013/1, s. 156; Mustafa Alper Gümüş 2014, age. s. 331.

¹⁴⁰ Age s. 331; Zafer Kahraman 2013, agm. s. 156.

¹⁴¹ Seza Reisoğlu 2013, age. s. 22; Haluk Tandoğan 2010, age. s. 696.

¹⁴² Sabah Altay 2010, agt. s. 162; Zafer Kahraman 2013, agm. s. 157; Burak Özen 2017, age. s. 12; Seza Reisoğlu 2013, age. s. 110.

yapabilmektedir. Ancak borca katılma sözleşmesi bağımsız olduğundan, borca katılan kişide ilk borçlu ile birlikte müteselsil borçlu olduğundan, borca katılan ilk borçluya ait kişisel savunma araçlarından faydalanamaz¹⁴³. Yine kefalet sözleşmesinde kefilin alacaklıya ödeme yapması halinde, yaptığı ödemenin tamamı için asıl borçluya rücu hakkına sahipken, borca katılmada ödeme yapan borca katılanın rücu imkanı, iç ilişkide kendi hissesinden fazlası kadarıdır¹⁴⁴.

Kefalet sözleşmesinin ikincil (talî) bir borç olması; borca katılma sözleşmesini kefaletten ayıran önemli farklardan bir diğeridir. Bu özellik gereği, asıl borç ilişkisindeki alacaklı önce borçluya başvurduktan sonra kefile başvurabilir. Ancak borca katılmada, alacaklının borca katılandan alacağını talep edebilmesi için ilk borçluyu takip etme zorunluluğu yoktur. Burada alacaklı, müteselsil borçluluk ilişkisi gereğince, ister ilk borçludan ister borca katılan kimseden alacağını talep edebilmektedir¹⁴⁵.

Kefalet sözleşmesi ile borca katılma arasındaki bir diğer fark ise, Türk Borçlar Kanunu'nun 593. maddesinin uygulanmasının yaratacağı farklılıktır. Bu hükme göre, asıl borç ilişkisindeki borç muaccel olduktan sonra kefil, alacaklıdan yapacağı ödemeyi kabul etmesini her zaman isteyebilecek ve alacaklı haklı bir sebep olmadan ödemeyi kabul etmekten kaçınırsa kefilin borcunun sona ermesine yol açacaktır. Ancak borca katılmada, borca katılanın alacaklıya ifa önerisinde bulunması ve alacaklının haklı bir neden olmadan ifayı kabul etmemesi durumunda, kefalet sözleşmesinde doğan sonuçtan farklı olarak, alacaklının temerrüdüne bağlı genel sonuçlar ortaya çıkarak, alacaklının temerrüdü hükümlerinin uygulanmasına sebep olacaktır¹⁴⁶. Bu durumda Türk Borçlar Kanunu'nun 107. maddesi gereği, borca katılan kimsenin tevdi yeri tayin ettirip, borcunu oraya tevdi etmesi ile borcundan kurtulabilecektir.

2.1.3. Kefalet Sözleşmesi ve Borca Katılma Ayrımı Tespiti İçin Kıstaslar

2.1.3.1. Tarafların İradelerinin Belirlenmesi ve Kefalet Karinesi

Borca katılma ve kefalet sözleşmesinin ayırt edilmesinde sözleşmeyi yapan tarafların gerçek iradeleri önem taşımaktadır. Bu noktada bir sözleşmenin borca

¹⁴³ Burak Özen 2017, age. s. 12; Seza Reisoğlu 2013, age. s. 110; Haluk Tandoğan 2010, age. s. 702.

¹⁴⁴ Mustafa Alper Gümüş 2014, age. s. 331; Seza Reisoğlu 2013, age. s. 110; Burak Özen 2017, age. s. 14-15.

¹⁴⁵ Turgut Akıntürk 1971, age. 38; Mustafa Alper Gümüş 2014, age. s. 331; Zafer Kahraman 2013, agm. s. 158; Burak Özen 2017, age. s. 10-11.

¹⁴⁶ Burak Özen 2017, age. s. 13; Özlem Acar 2014, agt. s. 20; Haluk Tandoğan 2010, age. s. 706.

katılma mı yoksa kefalet sözleşmesi mi olduğunun tespiti için ilk planda Türk Borçlar Kanunu'nun 19. maddesi uyarınca iradeler yorumlanmalı, tarafların yanlışlıkla veya gerçek iradelerini saklamak için kullandıkları ifadelere bakılmayarak, ortaklaşa sahip oldukları iradenin belirlenmesi gerekmektedir¹⁴⁷. Bu çerçevede tarafların aralarındaki teminat ilişkisini isimlendirmek için sadece, kefalet, garanti, birlikte borç üstlenme gibi bir teriminin kullanılması yeterli olmayıp, bunun yanı sıra irade açıklamasının bütününe dikkate alınarak değerlendirme yapılması gereklidir. Sözleşme ilişkisini çevreleyen bütün koşullar dikkate alınarak, teminat altına alınmak istenen borçtan bağımsız bir yükümlülük mü yoksa fer'î bir yükümlülük mü kurulmak istendiğinin araştırılması gerekir. Tarafların iradesi bağımsız bir yükümlülük kurmak yönünde ise mevcut bir borca katılmanın, fer'î bir yükümlülük kurmak ise bir kefalet sözleşmesinin mevcut olduğu sonucuna varılabilecektir¹⁴⁸. Bu durumda tek başına tarafların iradelerinin lafzi yorumu çoğu zaman yeterli olmamaktadır. Örneğin tecrübesiz ve teknik hukukî bilgidен yoksun bir kişinin teminat vermek için sözleşmeyi yaparken, bağımsız borç üstlendiğini dair bir ifade kullanmış olması, kefalet sözleşmesi yönünde yapılacak bir nitelendirmeye engel olmamakla birlikte, somut olayda sözleşmeyi çevreleyen koşullar söz konusu kişinin fer'î bir sorumluluk altına girmek istediğini gösteriyorsa, lafzi olarak yapılan yoruma rağmen, kefalet sözleşmesinin yapıldığı sonucuna ulaşılabilir¹⁴⁹.

Tarafların iradelerinin göstergesi olarak, teminat verenin teminat altına alınmak istenen borcun kaynaklandığı ilişkiden doğrudan doğruya hukukî veya ekonomik bir çıkar elde etmesi veya teminat verdiği sırada teminat altına alınan edimin yerine getirilemeyeceğinin açıkça ortaya çıkmış olması durumları, teminat verenin bağımsız bir yükümlülük altına girmek istediğini göstermektedir¹⁵⁰. Bu çerçevede bir kimsenin ifa edilmeyeceğini bildiği bir borca ilişkin sorumluluk üstlenmesi, söz konusu borcu kendisine ait bir borç haline getirmek istediğini gösterdiğinden, böyle bir durumun varlığı, mevcut bir borca katılmanın varlığını da göstermektedir. Yine

¹⁴⁷ Mustafa Alper Gümüş 2014, age. s. 331; Burak Özen 2017, age. s. 15; Oruç Hami Şener 2009, agm. s. 1299; Aydın Zevkliler ve Emre Gökyayla 2018, age. s. 666.

¹⁴⁸ Halûk Tandoğan, "Bankaların Verdikleri Teminat Mektuplarının Hukuki Mahiyeti", *II. Ticaret ve Banka Hukuku Haftası*, Ankara, 1962, s. 805; Selahattin Sulhi Tekinay, "Kefalet mi, Borcun Dış Yüklenilmesi (Borcun Nakli) mi, Mevcut Borca İltihak mı, Üçüncü Şahsın Fiilini Taahhüt mü?", *İstanbul Barosu Dergisi*, C. XXXII, S. 11-12, Kasım –Aralık 1958, s. 237; Sabah Altay 2010, agt. s. 97; H. Murat Develioğlu 2004, agm. s. 317; Burak Özen 2017, age. 16-17; Seza Reisoğlu 2013, age. s. 111.

¹⁴⁹ Burak Özen 2017, age. 16-17; Seza Reisoğlu 2013, age. s. 111.

¹⁵⁰ Sabah Altay 2010, agt. s. 160; H. Murat Develioğlu 2004, agm. s. 317-318; Burak Özen 2017, age. s. 18-19; Haluk Tandoğan 2010, age. s. 707-708.

teminat veren kişi, teminat konusu borcun kaynaklandığı borç ilişkisinin kurulmasında veya ifa edilmesinde kişisel, hukukî veya ekonomik bir çıkara sahipse, teminat veren kişinin mevcut borca katılma iradesinin varlığından söz edilebilmektedir. Ancak belirtilen bu iki durumun varlığı, somut olayı çevreleyen diğer bütün koşullarla birlikte değerlendirildiğinde teminat verenin gerçek iradesinin ortaya çıkması sağlanacaktır¹⁵¹.

Sözleşmenin niteliği tespit edilirken, tarafların gerçek iradelerinin tespiti çalışmalarına rağmen, sözleşmenin borca katılma mı yoksa kefalet sözleşmesi mi olduğu konusunda tereddüt bulunması halinde, kefalet sözleşmesi lehine bir karine söz konusu olacaktır¹⁵². Bunun sebebi, kanun koyucunun kefalet sözleşmesini asıl teminat sözleşmesi olarak düzenlemesi, menfaatler dengesini bu sözleşmede en iyi şekilde gözetmiş olması, kefile etkin bir koruma getirmiş olması ve böylece kefaleti dolanma endişesinin olmamasından kaynaklanmaktadır¹⁵³. Burada kefalet karinesi ile, tarafların iradelerinin belirlenemediği kuşkulu durumlarda, kefilin kanun tarafından getirilen etkin korumadan yararlandırılması, kefalet sözleşmesinin şekil, mutlak fer'îlik gibi imkanlarından doğrudan faydalanabilmesi, kefilin söz konusu kanun hükümleri ile korunması amaçlandığından, teminat verenin bağımsız bir yükümlülük altına girmek istememesi ve kefalet sözleşmesinin borçlu açısından, borca katılmaya kıyasla daha sınırlı bir sorumluluk doğurduğu göz önüne alınarak kefalet sözleşmesinin varlığına öncelik verilmektedir. Zira tereddüt halinde yükümlülük altına giren kimse lehine sonuca varmak gerekmektedir¹⁵⁴.

2.1.3.2. Aslîlik-Fer'îlik Kıstası

Kefalet sözleşmesi ile borca katılmanın ayırımında belirleyici olan kıstaslardan birisi de aslîlik-fer'îlik kıstasıdır. Kefalet sözleşmesinin, ayırt edici olan fer'îlik niteliği, sözleşmenin kuruluşunda ve devamında asıl borç ilişkisine bağımlılığı, aslîlik-fer'îlik kıstasını, borca katılma ve kefalet sözleşmesinin ayırt edilebilmesinde başvuru alan en belirleyici kıstas haline getirmektedir. Bu kıstasa göre, borçlulardan birinin, borcunun varlığı ve geçerliliği asıl borca mutlak şekilde bağlı ise, yükümlülüğünün fer'î bir yükümlülük olduğu anlaşılıyor ise kefalet sözleşmesinden, borcunun mutlak borçtan

¹⁵¹ Burak Özen 2017, age. s. 19

¹⁵² Senai Olgaç, *Kefalet*, Ankara, 1978, s. 13; Nami Barlas 2002, agm. s. 967; H. Murat Develioğlu 2004, age. s. 318; Mustafa Alper Gümüş 2014, age. s. 332; Burak Özen 2017, age. s. 17; Haluk Tandoğan 2010, age. s. 709.

¹⁵³ Nami Barlas, *Türk Hukuk Sisteminde Banka Teminat Mektupları*, İstanbul, 1986, s. 39; Selahattin Sulhi Tekinay 1958, agm. s. 237.

¹⁵⁴ Kemal Oğuzman ve Turgut Öz 2017, age. s. 200; Selahattin Sulhi Tekinay, Sermet Akman, Haluk Burcuoğlu ve Atilla Altop 1993, age. s. 152.

bağımsızlığı esas alınmış ise, asıl borca bağlılığı söz konusu değil ise borca katılmadan bahsedildiği sonucuna varılabilir¹⁵⁵. Bunun yanı sıra, sözleşmede sorumluluğun talî nitelikte olduğunu gösteren ibarelerin bulunması halinde, kolayca sözleşmenin kefalet sözleşmesi olduğu belirlenebilmektedir¹⁵⁶. Örneğin, sözleşmede “A kişinin borcunu ödememesi halinde ödeme yapmayı kabul ediyorum” şeklindeki bir ifade, sözleşmenin, borca katılma değil kefalet sözleşmesi olduğunu göstermektedir¹⁵⁷.

2.1.3.3. Menfaat Kıstası

Taraflardan yükümlülük altına girenin, yükümlülük altına girmesinde kişisel bir menfaatinin bulunup bulunmaması, söz konusu sözleşmenin, borca katılma ve kefalet sözleşmesi ayrımı için ileri sürülen menfaat kıstasının varlığını göstermektedir. Bu kıstasa göre, sözleşmede kişisel bir teminat veren kişi, teminat konusu borcun ifa edilmesinde kişisel bir menfaate sahip ise borca katılma sözleşmesinden; kişisel teminat veren kişinin teminatı menfaati için değil de, sadece alacaklıya daha iyi bir teminat sağlamak, asıl borçlunun borcunu sağlamlaştırmak suretiyle verilmiş ise kefalet sözleşmesinden söz edilir¹⁵⁸. Zira bir kişinin borca katılma gibi geniş kapsamlı bir sorumluluk altına girmesinin temel nedeni, kendisinin ekonomik olarak belirli bir menfaatinin olmasından dolayıdır. Ancak bazı durumlarda kefilin de kefalet sözleşmesini yapmasında bir menfaatinin bulunması mümkün olabileceğinden, bu kıstasın kefalet sözleşmesi ve borca katılma ayrımı için yeterli olmadığı da ileri sürülmektedir¹⁵⁹. Menfaat kıstası, kefalet ve borca katılma ayrımında değerlendirilmesi gereken pek çok unsurdan sadece birisi olduğundan, somut olayda diğer bütün koşullarla birlikte değerlendirildiğinde bir anlam ifade etmektedir¹⁶⁰. Ancak tarafların iradelerinin yorumundan herhangi bir sonuca varılamaması halinde, kefalet karinesine gidilmeden önce, menfaat kriterinin mutlaka değerlendirilmesi gerekmektedir¹⁶¹.

¹⁵⁵ Özlem Acar 2014, agt. s. 21; Sabah Altay 2010, agt. s. 164, H. Murat Develioğlu 2004, agm. s. 317, Mustafa Alper Gümüş 2014, age. s. 332; Seza Reisoğlu 2013, age. s. 68; Haluk Tandoğan 2010, age. s. 706.

¹⁵⁶ H. Murat Develioğlu 2004, agm. s. 318; Seza Reisoğlu 2013, age. s. 68; Haluk Tandoğan 2010, age. s. 706, Selahattin Sulhi Tekinay 1958, agm. s. 237.

¹⁵⁷ Seza Reisoğlu 2013, age. s. 68; Haluk Tandoğan 2010, age. s. 706.

¹⁵⁸ H. Murat Develioğlu 2004, agm. s. 317; Burak Özen 2017, age. s. 20; Seza Reisoğlu 2013, age. s. 68; Haluk Tandoğan 2010, age. s. 707.

¹⁵⁹ Burak Özen 2017, age. s. 20; Mahmut Bilgen 2013, age. s. 108; Seza Reisoğlu 2013, age. s. 68; Haluk Tandoğan 2010, age. s. 707-708.

¹⁶⁰ Burak Özen 2017, age. s. 20; Haluk Tandoğan 2010, age. s. 708.

¹⁶¹ Sabah Altay 2010, agt. s. 169.

2.2. GARANTİ SÖZLEŞMESİNDEN FARKI

2.2.1. Genel Olarak

Kişisel (şahsi) teminat sözleşmelerinden bir diğeri de garanti sözleşmesidir. Öğretide garanti sözleşmesinin hukukî niteliği konusunda çeşitli görüşler ileri sürülmektedir. Doktrinde ileri sürülen bir görüşe göre, üçüncü kişinin fiilini taahhüt kurumunun düzenlendiği Türk Borçlar Kanunu'nun 128. maddesi, garanti sözleşmesinin düzenlendiği, ona yapısal unsurlarını veren temel hükümdür¹⁶². Yargıtay da sözleşmenin niteliğini belirlerken garanti sözleşmesinin Türk Borçlar Kanunu'nun 128. maddesi anlamında üçüncü şahsın fiilini taahhüt niteliğinde olduğunu kabul etmektedir¹⁶³. Buna karşılık doktrinde savunulan diğeri bir görüşe göre, Türk Borçlar Kanunu'nun 128. maddesinde sadece garanti sözleşmesinin bir alt türü olan teminat amaçlı garanti sözleşmesi düzenlenmiştir. Bu görüş çerçevesinde üçüncü kişinin fiilini üstlenmenin garanti sözleşmesinin bir türlü olarak kabul edildiği görülmektedir¹⁶⁴. Doktrinde kabul edilen diğeri bir görüşe göre ise, garanti sözleşmesi Türk Borçlar Kanunu'nun 128. maddesi anlamında üçüncü kişinin fiilini üstlenme olarak nitelendirilemez. Bu görüşe göre garanti sözleşmesi, Türk Hukuku'nda doğrudan pozitif düzenlemelerde yer almayan, kanunda düzenlenmeyen ve bu sebeple sui generis bir sözleşme ve bu şekilde isimsiz bir sözleşme olarak nitelendirilmelidir¹⁶⁵. Garanti sözleşmesi başlıca, teminat amaçlı garanti sözleşmesi¹⁶⁶

¹⁶² Fahrettin Aral, "Banka Teminat Mektuplarının Hukuki Niteliği ve Kefaletten Farkları", *Prof. Dr. Fikret Eren'e Armağan*, Ankara, 2006, s. 138; Yusuf Büyükay, "Banka Teminat Mektuplarına İlişkin Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 2004/4-351 E., 2004/339 K. Ve 09.04.2004 Tarihli Kararının Değerlendirilmesi", *Haluk Konuralp Anısına Armağan*, C.III, Ankara, 2009, s. 292; Arif Kocaman, "Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 04.07.2001 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, Ankara, 2003, s. 70-71; Nami Barlas 2002, age. s. 944-946; H. Murat Develioğlu 2009, age. s. 37; Tekinalp, Ünal, *Banka Hukukunun Esasları*, C.I, İstanbul, 1988, s. 378-379.

¹⁶³ Yargıtay 11. HD., T. 29.11.2004, E. 2004/2269, K. 2004/11663; Yargıtay 11. HD., T. 21.12.2001, E. 2001/7344, K. 2001/10063, www.kazanci.com.tr, SET: 18.09.2020.

¹⁶⁴ Sermet Akman, "Garantör Sıfatıyla Girişilen Taahhüdün Mahiyeti ve Bu Bağlamda Garanti ve Kefalet Sözleşmelerini Birbirlerinden Ayıran Temel Kriterler", *Prof. Dr. Hüseyin Ülgen'e Armağan*, C. II, İstanbul, 2007, s. 1670; Fikret Eren 2019, age. s. 778; Selahattin Sulhi Tekinay, Sermet Akman, Haluk Burcuoğlu ve Atilla Altop 1993, age. s. 228; Kemal Oğuzman ve Turgut Öz 2017, age. s. 800-801; Seza Reisoğlu 1992, age. s. 78.

¹⁶⁵ Ferhat Canbolat ve Seçkin Topuz, "Kefalet ile Garanti Ayırımının Önemi ve Ayırımında Uygulanacak Kıstaslar", *TBB Dergisi*, S. 78, 2008, s. 56; Mustafa Alper Gümüş 2014, age. s. 506; Haluk Tandoğan 2010, age. s. 687; Cevdet Yavuz, Faruk Acar ve Burak Özen 2018, age. s. 825; Aydın Zevkililer, ve Emre Gökyayla 2018, age. s. 663.

¹⁶⁶ Doktrinde bu tür garanti sözleşmesinin çeşitli şekillerde tanımlandığı görülmektedir. "teminat amaçlı garanti sözleşmesi" ifadesi için bkz. Burak Özen 2017, age. s. 23; Haluk Tandoğan 2010, age. s. 804, "kefalet benzeri garanti sözleşmesi" için bkz. Nami Barlas 2002, agm. s. 948; Arif Kocaman 2003, s. 70; "başkasının fiilini taahhüt şeklindeki garanti sözleşmesi" için bkz. Seza Reisoğlu, *Garanti Mukavelesi*, Ankara, 1963, s. 62; "bağımlı garanti sözleşmesi" için bkz. Fikret Eren 2019, age. s. 778.

ve saf garanti sözleşmesi ya da bağımsız garanti sözleşmesi olarak ikiye ayrılır. Genel olarak garanti sözleşmesinde, garanti veren kişi, garanti alanın karşı karşıya kaldığı ekonomik riski üzerine almaktadır. Saf garanti sözleşmesinde, garanti alan ve garanti veren arasında, garanti alanı belirli bir davranışa yöneltmek amacıyla bu davranıştan o kişi için doğacak tehlikelerin kısmen veya tamamen üstlenilmesi söz konusudur¹⁶⁷. Bu çerçevede ortada temel bir borç ilişkisi bulunmamaktadır. Dolayısıyla saf garanti sözleşmesi sadece garanti veren ile garanti alan arasında yapılan iki taraflı bir hukukî ilişkidir. Teminat amaçlı garanti sözleşmesinde ise, garanti verenin temel borç ilişkisindeki alacaklıya karşı teminat sağlamak amacıyla, temel borç ilişkisinden bağımsız olarak, borcun konusunu oluşturan edimin yerine getirilmemesi durumunda, borçlunun edimi için sorumlu olmayı üstlenmesi söz konusudur¹⁶⁸. Burada garanti alan, garanti veren ve edimi garanti edilen olmak üzere üç ayrı kişi bulunduğundan bu halde bir üçlü borç ilişkisi bulunmaktadır. Teminat amaçlı garanti sözleşmesi bu açıdan kefalet sözleşmesi ile benzerlik gösterdiğinden, iki sözleşme arasındaki farklılıkların ortaya konulması gerekir.

2.2.2. Kefalet Sözleşmesi ile Teminat Amaçlı Garanti Sözleşmesi Arasındaki Farklılıklar

Kişisel bir teminatın, kefalet sözleşmesi mi yoksa garanti sözleşmesi mi olduğu konusunda yapılacak ayırım, sözleşmelerin geçerlilik şartları ve hukukî sonuçları açısından büyük farklılıklar göstermesi sebebiyle büyük önem taşımaktadır. Teminat amaçlı garanti sözleşmesi ile kefalet sözleşmesinin en önemli farklılığı teminat verenin sorumluluğunda görülmektedir. Garanti sözleşmesindeki borç aslî nitelikte bir borç iken kefalet sözleşmesindeki borç ise fer'î nitelikte bir borçtur. Bunun sonucu olarak kefalet sözleşmesinde, sözleşmenin fer'î niteliği gereği, bu sözleşmenin asıl borç ilişkisine bağlı olmasından dolayı, kefilin sorumlu tutulabilmesi için esas borcun mevcut, geçerli ve dava edilebilir olması gerekmektedir. Ancak teminat amaçlı garanti sözleşmesi asıl borç ilişkisinden bağımsız bir sözleşme olduğundan, kefaletin aksine, garanti verenin yükümlülüğü açısından, asıl borcun meydana gelmesi, mevcut olması,

¹⁶⁷ Nami Barlas 2002, age. s. 949; H. Murat Develioğlu 2009, age. s. 15; Mustafa Alper Gümüş 2014, age. s. 509; Cevdet Yavuz, Faruk Acar ve Burak Özen 2018, age. s.829.

¹⁶⁸ Emin Cem Kahyaoğlu, *Banka Garantileri*, İstanbul, 1995, s. 8; H. Murat Develioğlu 2009, age. s. 16; Mustafa Alper Gümüş 2014, age. s. 508; Burak Özen 2017, age. s. 23-24.

varlığını sürdürmesi veya dava edilebilir olması aranmayacaktır¹⁶⁹. Bu çerçevede kefalet sözleşmesinde, asıl borç sona erdiğinde kefilin sorumluluğu ortadan kalkarken, garanti sözleşmesinde asıl borç sona erse dahi, garanti verenin sorumluluğu devam edecektir¹⁷⁰. Ancak temel borç ilişkisinin borçlunun borcunu ifa etmesi gibi sebeplerle sona ermesi durumu, garanti konusu olayın da ortadan kalkmasına sebep oluyorsa, buna bağlı olarak garanti verenin de sorumluluğu sona erecektir¹⁷¹.

Yargıtay konuya ilişkin bir kararında¹⁷², diğer birçok kararına benzer şekilde, *“Garanti sözleşmesi fer’î nitelikte olmayan bir sözleşmedir. Garanti veren için tehlikesini fer’î olmayan bağımsız bir taahhülle kısmen veya tamamen üzerine almaktadır. İşte bunlar garanti sözleşmesinin aslî unsurunu oluşturur.”* ifadesine yer vermiştir.

Kefalet sözleşmesinin fer’î niteliğinin sonucu kefil, kefalet sözleşmesinden kaynaklanan def’î ve itirazların yanı sıra asıl borç ilişkisine ait def’î ve itirazları da ileri sürme hakkına sahipken, teminat amaçlı garanti sözleşmesinde, sözleşmenin bağımsız niteliğinden dolayı garanti veren, temel borç ilişkisinde borçlu kişinin edimi garanti edilen kimseye karşı olan def’î ve itirazlarını garanti alana karşı ileri süremez¹⁷³. Garanti veren sadece garanti alan ile kendi arasındaki kişisel ilişkiden doğan def’î ve itirazlar ile garanti sözleşmesine ilişkin savunma sebeplerini ileri sürebilir¹⁷⁴. Bu açıdan garanti verenin çok az sayıda savunma imkânı bulunmaktadır. Bu bağlamda garanti sözleşmesinin ayırt edici unsurunu oluşturan da, garanti verenin neredeyse kayıtsız şartsız bir sonuç taahhüdü altına girmesidir¹⁷⁵.

Kefalet sözleşmesi Türk Borçlar Kanunu’nda düzenlenmiştir ve kanunda kefilin koruyan birçok hüküm mevcuttur. Buna karşılık garanti sözleşmesi kanunda yer

¹⁶⁹ Sabah Altay 2010, agt. s. 173; H. Murat Develioğlu 2009, age. s. 114; Fikret Eren 2019, age. s. 779; Mustafa Alper Gümüş 2014, age. s. 510; Burak Özen 2017, age. s. 27; Haluk Tandoğan 2010, age. s. 812-820; Aydın Zevkliler ve Emre Gökyayla 2018, age. s. 664.

¹⁷⁰ Sabih Arkan, “Teminat Veren Bankanın Hukuki Durumu”, *BATİDER*, C. XVI, 1992, S. 4, s. 61; Nami Barlas 2002, agm. s. 950; Ferhat Canbolat ve Seçkin Topuz 2008, agm. s. 60; Seza Reisoğlu, *Banka Teminat Mektupları ve Kontrgarantiler*, Ankara, 2003, s. 54; Haluk Tandoğan 2010, age. s. 812; Ünal Tekinalp 1988, age. s. 376.

¹⁷¹ Ferhat Canbolat ve Seçkin Topuz 2008, age. s. 60.

¹⁷² Yargıtay 13. HD., T. 27.04.1992, 1992/305 E., 1992/3896 K., www.kazanci.com.tr, SET: 28.09.2020.

¹⁷³ Sabah Altay 2010, agt. s. 174; Sabih Arkan 1992, agm. s. 70; Nami Barlas 2002, agm. s. 950; Mustafa Alper Gümüş 2014, age. s. 510; Emin Cem Kahyaoğlu 1995, agm. s. 75-76; Burak Özen 2017, age. s. 27; Seza Reisoğlu 2003, age. s. 77; Haluk Tandoğan 2010, age. s. 818; Ünal Tekinalp 1988, age. s. 393; Aydın Zevkliler ve Emre Gökyayla 2018, age. s. 664.

¹⁷⁴ Sabah Altay 2010, agt. s. 174; Burak Özen 2017, age. s. 27; Seza Reisoğlu 2003, s. 61.

¹⁷⁵ Sabah Altay 2010, agt. s. 174.

almadığı gibi garanti vereni koruyucu herhangi bir özel düzenleme de kanunda düzenlenmiş değildir¹⁷⁶.

Kanun gereği, kefil alacaklıya yaptığı ödeme oranında alacaklının haklarına halef olur ve borçluya rücu edebilir. Ancak garanti sözleşmesi kanunda düzenlenmemiş bir sözleşme olduğundan, bu bağlamda yasal olarak rücu sorunu ele alınmamış olduğundan, garanti veren, aralarındaki ilişkiye dayalı olarak bir kontrgaranti almamışsa, lehine garanti verdiği kişiye karşı gerçekleştirdiği ifayı, yasal bir rücu hakkına dayalı olarak rücu edemez¹⁷⁷.

Kanun'da kefilin, esas borçlu ve alacaklıyla olan ilişkileri ile kefaletin sona ermesine ilişkin olarak ayrıntılı yasal düzenlemeler 589 ilâ 601 hükümleri arasında ayrıntılı şekilde düzenlenmiştir. Buna karşılık garanti sözleşmesinin isimsiz bir sözleşme olmasına bağlı olarak, bu noktalarda yasada düzenleme bulunmadığından, teminat veren için bir sorumluluk süresi belirlenmesi her iki sözleşme açısından farklı sonuçlar doğuracaktır¹⁷⁸.

Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 04.07.2001 tarih ve 2001/19-534 E. 2001/583 K. sayılı kararında¹⁷⁹, söz konusu ayırımın kefile ve garanti verene yüklediği sorumlulukların farklılıkları sebebiyle önemi vurgulanarak, kişisel teminat sözleşmelerinin, kefalet sözleşmesi veya garanti sözleşmesi olarak nitelendirilmesinin uygulamada sözleşmenin geçerlilik şartları ve hukukî sonuçları açısından da önemi belirtilmiştir. Kararda, 11.06.1969 tarih ve 1969/4-6 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararındaki belirlemeler doğrultusunda, kişisel teminat sözleşmelerinin alt kavramlarını oluşturan kefalet ve garanti sözleşmelerinin temel amaçlarının, esas itibari ile asıl borç ilişkisinin tarafı olmayan üçüncü kişilerce, alacaklıya şahsî teminat verilmesi olduğu, kefalet sözleşmesinde kefil borçluya ait def'îleri alacaklıya karşı ileri sürebilme hakkına sahipken, garanti sözleşmesinde teminat veren kişiye bu hakkın tanınmamış olduğu, kefalet sözleşmesinde asıl borçluya yasadan ötürü rücu hakkı tanınırken garanti sözleşmesinde teminat verene bu hakkın tanınmadığı,

¹⁷⁶ Nami Barlas 2002, agm. s. 949; Ferhat Canbolat ve Seçkin Topuz 2008, agm. s. 59; Burak Özen 2017, age. s. 28; Gamze Turan, "Garanti ve Kefalet Sözleşmeleri arasındaki farklar ve Banka Kredi Kartı Sözleşmelerindeki Şahsi Teminatın Niteliği", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, S. 66, Eylül- Ekim 2006, s. 30.

¹⁷⁷ Nami Barlas 2002, agm. s. 950-951; Ferhat Canbolat ve Seçkin Topuz 2008, agm. s. 61; Mustafa Alper Gümüş 2014, age. s. 510; Seza Reisoğlu 2003, age. s. 77; Haluk Tandoğan 2010, age. s. 819; Gamze Turan 2006, agm. s. 33; Vahit Doğan, *Banka Teminat Mektupları*, Seçkin Yayınları, 3. Baskı, Ankara, 2005, s. 57.

¹⁷⁸ Ferhat Canbolat ve Seçkin Topuz 2008, agm. s. 61; Burak Özen 2017, age. s. 28.

¹⁷⁹ Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 04.07.2001 tarihli 2001/19-534 E. 2001/583 K. sayılı kararı, www.kazanci.com, SET: 28.09.2020.

kefalette kefilin sorumluluğu asıl borcun geçerli oluşuna ve devamlılığına bağlıyken, bir tür üçüncü kişinin fiilini taahhüt niteliği taşıyan garanti sözleşmesindeki bağımsızlık ilkesi gereğince bu koşullara tabi tutulmadığı belirtilerek, kefalet sözleşmesi ile garanti sözleşmesi arasındaki ana farklılıklar tespit edilmiştir. Yine kararda, garanti veren kişinin sorumluluğu kefalet veren kimsenin sorumluluğundan çok daha ağır koşullara tabi tutulması nedeniyle sözleşmenin niteliğinin tespit ve yorumunda teminat veren kimsenin iradesinin de bu yönden titizlikle değerlendirilmesi gerektiği vurgulanmıştır.

2.2.3. Kefalet Sözleşmesi ve Teminat Amaçlı Garanti Sözleşmesi Ayrımı Tespiti İçin Kıstaslar

2.2.3.1. Genel Olarak

Taraflarca akdedilen teminat amaçlı bir sözleşmenin, kefalet sözleşmesi mi yoksa teminat amaçlı garanti sözleşmesi mi olduğu konusundaki ayrımın belirlenmesi gerek doktrinde gerekse içtihatlar da tartışmalı bir konuyu oluşturmaktadır. Bu sebeple söz konusu ayrım için uygulamada ve doktrinde bir takım kıstaslar belirlenmiş ancak tam bir fikir birliği sağlanamamıştır.

Bir kişisel teminat taahhüdünün, kefalet sözleşmesi veya teminat amaçlı garanti sözleşmesi olarak nitelendirilmesinde öncelikle metnin genel yorum ilkeleri çerçevesinde yorumlanması ve Türk Borçlar Kanunu'nun 19. maddesi uyarınca tarafların yanlışlıkla veya gerçek amaçlarına gizlemek için kullandıkları sözcüklere bakılmaksızın gerçek ve ortak iradelerinin araştırılması gerekmektedir. Burada tarafların bilerek ya da bilmeyerek sözleşmenin niteliğini ya da sorumluluğun türünü belirtmiş olmalarının bir önemi yoktur. Çünkü esas olan tarafların gerçek ve ortak iradeleridir. Örneğin taraflarca kefalet sözleşmesi olarak adlandırılan ve borçlunun kefil olarak imzaladığı bir sözleşmede, sözleşmenin sözleşmeyi çevreleyen sözleşme metni içindeki ve dışındaki bütün maddi olguların değerlendirilmesi sonucunda gerçekte bir garanti sözleşmesi olarak nitelendirilmesi mümkündür¹⁸⁰.

Ayrım yapılırken öncelikle sözleşme metni genel yorum ilkeleri çerçevesinde yorumlanarak tarafların gerçek ve ortak iradesi tespit edilmeye çalışılır. Bu yöntem sonucunda söz konusu teminatın niteliği belirlenemezse bu takdirde, doktrinde ve

¹⁸⁰ Sermet Akman 2007, agm. s. 1675; Fahrettin Aral 2006, agm. s. 138; Nami Barlas 2002, agm. s. 954; Ferhat Canpolat ve Seçkin Topuz 2008, agm. s. 62; Mustafa Alper Gümüş 2014, age. s. 510; Burak Özen 2017, age. s. 27-28.

içtihatlarda kabul edilen kıstaslar ile değerlendirme yapılır. Sözleşmenin niteliği tespit edilirken, tarafların gerçek iradelerinin tespitine yönelik çalışmalara ve kıstasların uygulanmasına rağmen sözleşmenin garanti sözleşmesi mi yoksa kefalet sözleşmesi mi olduğu konusunda bir sonuca ulaşılamaması halinde, kefalet sözleşmesi lehine bir karine söz konusu olacaktır¹⁸¹. Çünkü kefalet sözleşmesi kanunî düzenlemeye konu olduğundan ve kefilî koruyucu nitelikte hükümler içerdiğinden, teminat sözleşmesinin kefalet sözleşmesi olduğunun kabulü teminat veren açısından daha avantajlı, teminat vereni koruyucu bir durum oluşturacaktır. Ancak doktrinde, harici garantiler ve bankalar tarafından verilen garantiler bakımından, başka bir ifadeyle garanti verenin bu konularda uzman bir kişi olduğuna kanaat getirilen durumlarda, bu karinenin uygulanmaması gerektiği, bağımsız bir taahhüdün ve böylece garanti sözleşmesinin bulunduğu kabul edilmesi gerektiği ifade edilmektedir¹⁸².

2.2.3.2. Aslı Kıstaslar

2.2.3.2.1. Aslılık –Fer’îlik Kıstası

Bir kişisel teminat sözleşmesinin kefalet sözleşmesi mi yoksa teminat amaçlı garanti sözleşmesi mi olduğunun belirlenmesinde en temel kıstas yapılan sözleşmenin fer’î niteliğinin bulunup bulunmamasıdır. Bu kıstas doğrultusunda borçlunun taahhüdü fer’î nitelikte ise kefalet sözleşmesinin; asıl borç ilişkisinden bağımsız aslı niteliğe sahip ise teminat amaçlı garanti sözleşmesinin bulunduğu kabul edilmesi gerekir¹⁸³. Yargıtay da kararlarında bu kıstası benimsemiştir¹⁸⁴. Bu durumda kefalet sözleşmesinin varlığı halinde, kefilin sorumluluğu, asıl borcun mevcut, geçerli ve dava edilebilir olmasına bağlı olmakla birlikte, asıl borç ilişkisindeki herhangi bir geçersizlik hali de kefilin vermiş olduğu taahhüdü ortadan kaldırmamaktadır. Ancak garanti sözleşmesinde garanti verenin sorumluluğunu, asıl borcun geçersizliği ya da dava edilebilir olup olmaması etkilememektedir. Çünkü garanti taahhüdünün kendisi asıl borçtan bağımsızdır.

¹⁸¹ Fahrettin Aral 2006, age. s. 143; Nami Barlas 2002, agm. s. 967; H. Murat Develioğlu 2009, age. s. 282; Arif Kocaman 2003, agm. s. 74-75; Seza Reisoğlu 1963, age. s. 88; Haluk Tandoğan 2010, age. s. 832; Gamze Turan 2006, agm. s. 34.

¹⁸² Arif Kocaman 2003, agm. s. 75; Fahrettin Aral 2006, agm. s. 143; Nami Barlas 2002, agm. s. 968; H. Murat Develioğlu 2009, age. s. 282.

¹⁸³ Sermet Akman 2007, agm. s. 1673; Fahrettin Aral 2006, agm. s. 137; Nami Barlas 2002, agm. s. 955; H. Murat Develioğlu 2009, age. s. 105; Arif Kocaman 2003, agm. s. 72; Burak Özen 2017, age. s. 28; Seza Reisoğlu 2003, age. s. 75; Ünal Tekinalp 1988, age. s. 521; Gamze Turan 2006, agm. s. 34.

¹⁸⁴ Yargıtay 13. HD., T. 06.05.2002, E. 2002/2275, K. 2002/5138; Yargıtay 13. HD., T. 04.04.2003, E. 2002/12569, K. 2003/3985, www.kazanci.com.tr, SET: 08.10.2020.

Aslîlik–fer’îlik ayrımı garanti sözleşmesini kefalet sözleşmesinden ayıran yegane kıstas olarak kabul edilebilir¹⁸⁵. Ancak uygulamada çoğu zaman, teminat borçlusunun borcunun fer’î veya aslî niteliği sözleşme metninden açıkça anlaşılamadığından alt kıstaslara başvurulur.

2.2.3.2.1.1. Temel Borç İlişkisine Atıf Kıstası

Aslîlik-fer’îlik ayrımı için faydalanılan alt kıstaslardan ilki temel borç ilişkisine atıf yapılması kıstasıdır. Bu kıstasa göre, sözleşme metninde garanti veren, taahhütte bulunurken temel borç ilişkisine atıf yapmışsa, o zaman söz konusu atıfta taahhüdün fer’î nitelikte olduğu kabul edilebilir. Ancak sadece temel borç ilişkisine yapılan bu atıf, taahhüdün fer’î olduğunun kabul edilmesi sonucunu doğurmaz¹⁸⁶. Bu çerçevede temel borç ilişkisine yapılan atıf, söz konusu borcun fer’î olması anlamına gelmeyebilir¹⁸⁷. Çünkü teminatı amaçlayan garanti sözleşmesinde de temel borç ilişkisine atıf yapılması mümkündür. Temel borca atıf gereği garanti sözleşmesinin bulunduğu kabul edilebilmesi için, teminat borçlusunun borcunun asıl borçlunun borcundan soyutlanmış ve ayrıntılı olarak tanımlanmış olması gerekmektedir¹⁸⁸.

2.2.3.2.1.2. Def’î ve İtirazlardan Vazgeçilmesi Kıstası

Aslîlik-fer’îlik ayrımı için faydalanılan alt kıstaslardan ikincisi def’î ve itirazlardan vazgeçilmesi kıstasıdır. Doktrinde tartışmalı olmakla birlikte hakim olan ve Yargıtay’ın da kabul ettiği görüşe göre, teminat verenin alacaklıya karşı temel borç ilişkisinden doğan def’î ve itirazları ileri sürmekten önceden tümüyle ve peşinen feragat etmiş olması, teminat verenin temel borç ilişkisi ile ilgilenmediğine, teminat verenin taahhüdünün aslî nitelik taşıdığına ilişkin güçlü bir gösterge oluşturacağından, sözleşmenin teminat amaçlı garanti sözleşmesi olarak nitelendirilmesine olanak sağlamaktadır¹⁸⁹. Yargıtay İçtihadı Birleştirme Genel Kurulu’nun 11.06.1969 tarih ve

¹⁸⁵ Nami Barlas 2002, agm. s. 955; Burak Özen 2017, age. s. 30-3, dn. 71.

¹⁸⁶ Fahrettin Aral 2006, agm. s. 138; Nami Barlas 2002, agm. s. 957; H. Murat Develioğlu 2009, age. s. 242; Arif Kocaman 2003, agm. s. 79; Burak Özen 2017, age. s. 31-32; Fer’î olmasının karine olarak kabul edilmesi yönünde bakınız: Haluk Tandoğan 2010, age. s. 823; Ünal Tekinalp 1988, age. s. 522.

¹⁸⁷ Fahrettin Aral 2006, agm. s. 138; Nami Barlas 2002, agm. s. 956; Ferhat Canpolat ve Seçkin Topuz 2008, agm. s. 64; Haluk Tandoğan 2010, age. s. 824.

¹⁸⁸ Burak Özen 2017, age. s. 32.

¹⁸⁹ Sermet Akman 2007, agm. s. 1673; Fahrettin Aral 2006, agm. s. 139; Nami Barlas 2002, agm. s. 959; Ferhat Canpolat ve Seçkin Topuz 2008, agm. s. 64-65; H. Murat Develioğlu 2009, age. s. 259; Emin Cem Kahyaoğlu 1995, age. s. 37; Burak Özen 2017, age. s. 33-34; Ünal Tekinalp 1988, age. s. 523; Gamze Turan 2006, agm. s. 35-36.

E. 69/4 K. 69/6 sayılı kararında¹⁹⁰, kefilin ileri sürmekle mükellef olduğu def'îlerden vazgeçmesi sebebiyle banka teminat mektuplarının garanti sözleşmesi niteliğinde olduğunu kabul etmiştir.

Doktrinde ileri sürülen diğer bir görüşe göre ise, teminat verenin def'i ve itirazlarından önceden feragat etmesi, her zaman için ortada bağımsız bir taahhüdün bulunduğu anlamına gelmediği, zira fer'î bir yükümlülük altına giren bir kimsenin de def'îlerinden vazgeçmiş olabileceği ifade edilmektedir¹⁹¹. Bu görüşe göre, def'i ve itirazlardan önceden feragat edilmesi durumunda, diğer kıstasların da taahhüdün aslı nitelikte olduğunu desteklemesi halinde söz konusu teminatın garanti sözleşmesi olarak nitelendirilebileceği kabul edilmektedir¹⁹².

2.2.3.2.1.3. Sözleşme Metninde İlk Talepte Ödeme Kaydının Bulunması Kıstası

Aslılık-fer'îlik ayrımı için kabul edilen alt kıstaslardan üçüncüsü sözleşme metninde ilk talepte ödeme kaydının bulunması kıstasıdır. Konuya ilişkin olarak doktrinde görüş birliği sağlanmamış olmakla birlikte öğretide ileri sürülen bir görüşe göre, sözleşme metninde, alacaklının ilk talebi üzerine, teminat verenin kayıtsız şartsız derhal ödemede bulunmayı üstlenmiş olması halinde, başka bir ifadeyle, ilk talepte ödeme kaydının bulunduğu hallerde, teminat verenin def'î ve itirazları ileri sürmekten önceden feragat etmesi söz konusu olduğundan, bu halde taahhüdün aslı olduğunun ve dolayısıyla sözleşmenin garanti sözleşmesi olduğunun kabul edilmesi gerekir¹⁹³. Yargıtay da bu görüşü benimseyerek, sözleşme metninde ilk talepte ödeme kaydının bulunması durumunda teminat verenin def'i ve itirazlarından önceden vazgeçtiği kabul edilerek, sözleşmenin garanti sözleşmesi olarak nitelendirileceğini kabul etmiştir¹⁹⁴. Doktrinde ileri sürülen diğer bir görüşe göre ise, sözleşme metninde ilk talepte ödeme kaydının bulunması tek başına def'î ve itirazlardan feragat anlamına gelmez¹⁹⁵. Bu görüşe göre, söz konusu kaydın, ödemenin gecikmeksizin yapılacağını ifade etmek

¹⁹⁰ Yargıtay İBGK, T. 11.06.1969, E. 69/4, K. 69/6, 03.10.1969 tarih ve 13317 sayılı Resmi Gazete; Aynı yönde: Yargıtay İBGK, T. 13.12.1967, E. 66/16, K.67/7, 05.04.1968 tarih ve 12867 sayılı Resmi Gazete.

¹⁹¹ Seza Reisoğlu 1963, age. s. 109-110.

¹⁹² age. s. 109-110.

¹⁹³ Sabih Arkan, "Kredi kartıyla İlgili Olarak Verilen Güvencenin Hukuki Niteliği", *Bilgi Toplumunda Hukuk, Ünal Tekinalp'e Armağan*, C. I, İstanbul, 2003, s. 987-988; Fahrettin Aral 2006, agm. s. 141; Sabih Arkan 1992, agm. s. 63; Emin Cem Kahyaoğlu 1995, age. s. 36; Haluk Tandoğan 2010, age. s. 824; Ünal Tekinalp 1988, age. s. 523.

¹⁹⁴ Yargıtay İBGK, T. 13.12.1967, E. 66/16, K.67/7 www.kazanci.com.tr, SET: 29.11.2020.

¹⁹⁵ Nami Barlas 2002, agm. s. 961; Ferhat Canpolat ve Seçkin Topuz 2008, agm. s. 65; Mustafa Alper Gümüş 2014, age. s. 512; Burak Özen 2017, age. s. 36-37; Gamze Turan 2006, agm. s. 36.

için de kullanılmış olabileceği, hem kefalet sözleşmesinde hem de garanti sözleşmesinde bulunmasının mümkün olduğu, sözleşmesel maddi olguların sözleşmenin kefalet niteliğini ayrıca belirgin kılmadığı durumların da mevcut olması halinde sözleşmenin garanti sözleşmesi olarak nitelendirilebileceği kabul edilmektedir¹⁹⁶.

2.2.3.2.2. Teminat Veren Özel Menfaatinin Bulunması Kıstası

Kefalet sözleşmesi ve garanti sözleşmesi ayırımında yararlanılan bir diğer temel kıstas, teminat verenin özel bir menfaatinin bulunması kıstasıdır. Bu kıstasa göre yapılacak ayırım konusunda doktrinde farklı görüşler ileri sürülmüştür. Doktrinde ileri sürülen bir görüşe göre, garanti sözleşmesinde garanti verenin özel bir menfaatinin bulunmasından dolayı büyük bir yükümlülük altına girdiği, bu sebeple söz konusu kıstasın önemli bir ayırım olduğu kabul edilmektedir¹⁹⁷. Çünkü kefalet sözleşmesinde kefilin kefil olmakta özel bir menfaatinin bulunmadığı, hatta çoğu kez hatır ilişkisi ya da kişisel yakınlık sebebiyle kefalet yükümlülüğü altına girdiği kabul görmektedir.

Doktrinde ileri sürülen diğer bir görüşe göre ise, teminat verenin özel menfaatinin bulunması kıstası, garanti ile kefalet sözleşmesinin ayırt edilmesinde yeterli bir ölçüt olarak görülmemektedir¹⁹⁸. Bu görüşe göre, kefilin de garanti veren gibi teminat vermesinde menfaatinin olabileceği durumların bulunması sebebiyle söz konusu kıstasın, bir kıstas olarak değerlendirilemeyeceği kabul edilmektedir¹⁹⁹.

Doktrinde bu iki görüşün karması niteliğinde bir görüşe göre, teminat verenin özel bir menfaatinin bulunması kıstasının kefalet ve garanti sözleşmesinin ayırt edilmesinde sadece tek başına kullanılmaması gerekir. Bu çerçevede ayırım yapılırken diğer kıstasların da kullanılması gerektiği, değerlendirme yapılırken başka kriterlerin yetersiz kalması durumunda bu kıstasın yardımcı kıstas olarak kullanılması gerektiği kabul edilmektedir²⁰⁰.

¹⁹⁶ Nami Barlas 2002, agm. s. 961; Ferhat Canpolat ve Seçkin Topuz 2008, agm. s. 65; Mustafa Alper Gümüş 2014, age. s. 512; Burak Özen 2017, age. s. 36-37; Gamze Turan 2006, agm. s. 36.

¹⁹⁷ Emin Cem Kahyaoğlu 1995, age. s. 39-40; Arif Kocaman 2003, agm. s. 77.

¹⁹⁸ Fahrettin Aral 2006, agm. s. 142; Mustafa Alper Gümüş 2014, age. s. 512-513.

¹⁹⁹ Fahrettin Aral 2006, agm. s. 142; Mustafa Alper Gümüş 2014, age. s. 512-513.

²⁰⁰ Nami Barlas 2002, agm. s. 962; H. Murat Develioğlu 2009, age. s. 268; Seza Reisoğlu 1963, age. s. 81-82; Seza Reisoğlu 2013, age. s. 131; Haluk Tandoğan 2010, age. s. 828, Gamze Turan 2006, agm. s. 37.

2.2.3.2.3. Aynen İfa Yükümlüğü- Tazminat Ödeme Yükümlülüğü Kıstası

Bu kıstasa göre yapılacak ayırmada, teminat veren asıl borç ilişkisindeki borçlunun borcunu ifa etmemesi halinde söz konusu borcun ifasını onun yerine üstlenmişse kefalet sözleşmesi, teminat veren borç ifa edilmediği takdirde tazminat ödemeyi üstlenmiş ise garanti sözleşmesinin mevcut olduğu kabul edilmektedir²⁰¹. Ancak ileri sürülen bu kıstas, kefalet hukukunun temel kavramlarına ters düştüğü için doktrinde eleştirilmiş ve bir kıstas olarak dahi değerlendirilemeyeceği belirtilmiştir²⁰². Çünkü kefalet sözleşmesinde, kefil hiçbir zaman asıl borçlunun borcunu ifayı üstlenmemekte, sadece asıl borç ilişkisindeki alacaklının ifaya ilişkin menfaatinin gerçekleşmemesi halinde, asıl borçlunun borcu ifa etmemesi halinde, kefalet sözleşmesinde belirtilen azamî miktarla sınırlı olmak kaydıyla belirli bir miktar parayı ödemeyi üstlenmektedir. Bu sebeple söz konusu kıstasın, kefaletin ruhuna, amacına, esasına aykırı düştüğü görülmektedir.

2.2.3.2.4. Kişiyeye Yönelik İlgi-Sonuca Yönelik İlgi Kıstası

Bu kıstasa göre yapılacak ayırmada, teminat veren kişinin, asıl borç ilişkisindeki borçlunun kişiliğini göz önünde bulundurmamak suretiyle hareket edip etmediğine göre nitelendirme yapılmaktadır. Eğer bir teminat sözleşmesinde, asıl borç ilişkisindeki borçlunun kişilik özellikleri dikkate alınmadan, belirli bir sonuç göz önüne alınıyorsa, garanti sözleşmesinin mevcut olduğu kabul edilmektedir²⁰³. Örneğin, öğrencilere, özel ya da idari kuruluşlar tarafından verilen öğrenim kredileri için öğrencinin eğitimini tamamlayacağına ve sonrasında mecburi hizmette bulunacağına dair verilen teminatların niteliğinin, kişiyeye yönelik ilgi olması sebebiyle, kefalet sözleşmesi olduğu belirtilmektedir²⁰⁴. Yargıtay da kararlarında bu kıstasa başvurmuştur. Bu çerçevede vermiş olduğu bir kararında, kefalet sözleşmesi ve garanti sözleşmesi ayırmında, verilen teminatın kredi sözleşmesinin müşterisi ve asıl borçlusu olan kişinin borçlarını karşılamaya yönelik olması nedeniyle, bağımsız ve objektif bir amaca yönelik verilen bir teminat bulunmadığını tespit etmiştir. Karara konu olan olayda, kişiyeye yönelik teminat verme amacı gerek sözleşme, gerekse garanti beyanından açıkça

²⁰¹ Nami Barlas 2002, agm. s. 964; Ünal Tekinalp 1988, age. s. 524.

²⁰² Nami Barlas 2002, age. s. 964; Ferhat Canpolat ve Seçkin Topuz 2008, agm. s. 66-67; Mustafa Alper Gümüş 2014, age. s. 513; Seza Reisoğlu 1963, age. s. 72-73; Seza Reisoğlu 2013, age. s. 127; Haluk Tandoğan 2010, age. s. 829; Ünal Tekinalp 1988, age. s. 524.

²⁰³ Seza Reisoğlu 1963, age. s. 82-83; Seza Reisoğlu 2013, age. s. 133-134.

²⁰⁴ Melek Yüce Bilgin, *Garanti Sözleşmesinin Bir Türü Olarak Üçüncü Kişinin Fiilini Taahhüt Sözleşmesi*, İstanbul, 2007, s. 82.

anlaşıldığından bahisle kefalet sözleşmesinin var olduğunu kabul etmiştir²⁰⁵. Bu çerçevede doktrinde bu kıstas, söz konusu kıstas, hem kefalet hem de garanti sözleşmesinde, teminat verilen kişinin kişilik özellikleri dikkate alınmak suretiyle teminat verilebileceği ve her iki teminat sözleşmesinde de belli bir sonucun hedef tutulmasının da mümkün olması sebebiyle, kefalet ve garanti sözleşmesi ayrımı için yeterli bulunmayarak eleştirilmektedir²⁰⁶.

2.2.3.3. Yan Kıstaslar

Taraflar arasındaki teminat sözleşmesinin kefalet sözleşmesi mi yoksa garanti sözleşmesi mi olduğunun anlaşılacağı durumlarda, temel kıstasların yanı sıra bazı yan kıstaslar da doktrinde kabul edilmektedir²⁰⁷. Bu yan kıstaslar, müteselsil sorumluluk üstlenilmesi, rücu hakkının kullanılmasına ilişkin düzenleme yapılması ve belirli belgelerin ibrazı halinde ifade bulunulacağına kararlaştırılması şeklinde üç başlık altında toplanmaktadır.

2.2.3.3.1. Müteselsil Sorumluluk Üstlenilmesi

Teminat sözleşmesinde teminat verenin asıl borçlu ile birlikte müteselsil sorumlu olduğu belirtilmişse, söz konusu taahhüdün garanti sözleşmesi olarak kabul edilemeyeceği ileri sürülmektedir²⁰⁸. Çünkü garanti sözleşmesinde garanti verenin sorumluluğu aslıdır ve garanti verenin asıl borçlu ile birlikte müteselsilen sorumlu olması söz konusu değildir.

2.2.3.3.2. Rücu Hakkının Kullanılmasına İlişkin Düzenleme Yapılması

Teminat sözleşmesinde teminat verenin, alacaklı tamamen tatmin edildikten sonra rücu hakkını kullanacağını taahhüt etmesi veya rücu hakkına ilişkin buna benzer kayıtların bulunması durumunda, söz konusu teminat sözleşmesinin kefalet sözleşmesi olarak nitelendirileceği kabul edilmektedir²⁰⁹. Çünkü garanti sözleşmesi aslı nitelikte bir sözleşme olduğundan rücu hakkının kullanılmasına ilişkin bu düzenlemeler garanti sözleşmesi ile bağdaşmayacaktır. Bu çerçevede bu gerekçelerle bu ayrıma, yan kıstas olarak başvurulacağı kabul edilmektedir.

²⁰⁵ Yargıtay HGK, T. 04. 07.2001, E. 2001/19-534, K. 2001/583, Legalbank, SET: 10.01.2021.

²⁰⁶ Nami Barlas 2002, agm. s. 963; Mustafa Alper Gümüş 2014, age. C. II, s. 513.

²⁰⁷ Nami Barlas 2002, agm. s. 964.

²⁰⁸ Nami Barlas 2002, agm. s. 964-965; Emin Cem Kahyaoğlu 1995, age. s. 38; Ünal Tekinalp 1988, age. s. 521.

²⁰⁹ Nami Barlas 2002, agm. s. 965-966; Arif Kocaman 2003, agm. s.77.

2.2.3.3.3. Belirli Belgelerin İbrazı Halinde İfade Bulunulacağıının

Kararlaştırılması

Teminat sözleşmesinde, teminat borçlusunun ancak asıl borçlusunun borcunu yerine getirmediğini gösterir belgelerin ibrazı üzerine, teminat veren tarafından ifade bulunulacağı yönünde kayıtlar bulunuyor ise garanti sözleşmesinin varlığından söz edilebilir²¹⁰. Burada böyle bir kaydın varlığı asıl borç ilişkisinden bağımsız bir taahhüdün varlığını işaret etmektedir. Ancak bu durum kefalet sözleşmesinin fer'i niteliğine aykırıdır. Çünkü kefalet sözleşmesinde kefilin sorumluluğu, sadece edimin ifa edilmemiş olmasına bağlı değil aynı zamanda borcun geçerli olup olmadığına da bağlıdır.

2.3. KEFALET SÖZLEŞMESİNİN AVALDEN FARKI

2.3.1. Genel Olarak

Aval, poliçe veya bonodan doğan bir borcun, kıymetli evrak hukukuna göre teminat altına alınmasını sağlayan kişisel bir teminat türüdür²¹¹. Türk Ticaret Kanunu 700 ilâ 702 maddeleri arasında düzenlenen aval, kıymetli evrak hukukuna özgü bir teminat kurumudur. Aval ile aval veren, borcunu temin etmek istediği kambiyo borçlusunun derecesinde ve onunla birlikte alacaklıya karşı müteselsilen sorumlu olacağını taahhüt eder. Avalin amacı, poliçenin ödeneceği konusunda güvence sağlayarak, onun tedavülünü kolaylaştırmaktır²¹².

2.3.2. Aval ile Kefalet Sözleşmesinin Farklılıkları

Aval ve kefalet sözleşmesi kişisel teminat türü olması sebebiyle birbirlerine benzetilmekle birlikte aralarında birçok farklılıklar da bulunmaktadır. Bu farklılıklardan ilki, kefalet sözleşmesinin her tür borç için yapılabilmesine karşılık, avalin sadece ticari senetlerden doğan borçlar için verilebilmesidir²¹³. Aval, ticari senetlerin ödenmesi hususunda bir teminat teşkil ettiği gibi kefaletten farklı olarak bu

²¹⁰ Fahrettin Aral 2006, agm. s. 142; Nami Barlas 2002, agm. s. 966; H. Murat Develioğlu 2009, age. s. 253; Mustafa Alper Gümüş 2014, age. s. 514; Burak Özen 2017, age. s. 32; Haluk Tandoğan 2010, age. s. 825; Ünal Tekinalp 1988, age. s. 523.

²¹¹ Mehmet Bahtiyar, *Kıymetli Evrak Hukuku*, İstanbul, 2013, s. 78; Hayri Domaniç, *Kıymetli Evrak Hukuku ve Uygulaması*, İstanbul, 1990, s. 214; Fırat Öztan, *Kıymetli Evrak Hukuku*, 17. Baskı, Ankara, 2012, s. 168; Reha Poroy ve Ünal Tekinalp, *Kıymetli Evrak Hukuku Esasları*, İstanbul, 2013, s. 207; Seza Reisoğlu 2013, age. s. 89; Haluk Tandoğan 2010, age. s. 713; Hüseyin Ülgen, Mehmet Helvacı, Abuzer Kendigelen, Aslan Kaya, *Kıymetli Evrak Hukuku*, İstanbul, 2013, s. 169.

²¹² Fırat Öztan 2012, age. s. 168.

²¹³ Jale Güral, "Kefalet Akdiyle ile Aval Arasındaki Fark ve Benzerlikler", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. VIII, Y. 1951, S. 3-4, s. 436-437; Ertan Demirkapı, *Kambiyo Senetlerinin Aval Yoluyla Temini*, İzmir, 2005, s.132; Seza Reisoğlu 2013, age. s. 134.

senetlere bir kambiyo borçlusu da ilave edeceğinden, ticari senedin devir kabiliyetini de kolaylaştırmaktadır. Bu durum avalin teminat fonksiyonunun yanı sıra iktisadi fonksiyonunun da önemini göstermektedir²¹⁴. Ancak kefalet sözleşmesinde sadece teminat fonksiyonu söz konusudur.

Kefalet sözleşmesinde kefilin sorumluluğu, asıl borca bağlı, fer'î nitelikte bir sorumluluk iken, aval verenin sorumluluğu lehine aval verdiği kimsenin borcundan bağımsız bir sorumluluktur²¹⁵. Kefalet sözleşmesinde asıl borç ilişkisi geçersiz olursa veya borç sona ererse, kefalet sözleşmesi de ortadan kalkar. Ancak avalde durum bu şekilde değildir. Türk Ticaret Kanunu'nun 702. maddesinin ikinci fıkrasında da açıkça belirtildiği üzere, avalde aval verenin taahhüdü, teminat altına alınan borcun şekil eksikliği dışında bir sebepten geçersiz olması durumunda bundan etkilenmeyecek ve yine de geçerliliğini koruyacaktır. Ancak avale konu olan poliçe, bono ya da çekin zorunlu şekil şartlarına uyulmaksızın yapılması durumunda aval veren sorumluluktan kurtulabilecektir²¹⁶. Bu durumun sonucu olarak, kefalet sözleşmesinde kefil, asıl borç ilişkisine ait bütün def'î ve itirazları alacaklıya karşı ileri sürme hakkına sahipken; avalde aval veren, sadece senedin şeklen geçersizliğini ileri sürebilecek olup, avale konu olan asıl borca ait diğer def'î ve itirazları ileri süremez²¹⁷.

Türk Borçlar Kanunu'nun 596. maddesi hükmü uyarınca kefalet sözleşmesinde kefil alacaklıya yaptığı ödeme nispetinde alacaklının haklarına halef olarak esas borçluya karşı rücu hakkına sahip olmaktadır. Burada kefilin rücu hakkı yasa düzenlenmiş yasal bir rücu hakkıdır. Avalde ise, aval veren, halefiyet söz konusu olmaksızın, kıymetli evrak hukukuna özgü şekilde, lehine aval verdiği kişiye veya bu kişiye karşı sorumlu olan kişilere karşı bağımsız bir rücu hakkına sahiptir²¹⁸.

²¹⁴ Jale Güral 1951, agm. s. 437.

²¹⁵ Ertan Demirkapı 2005, age. s. 135; Jale Güral 1951, agm. s. 435; Burak Özen 2017, age. s. 45; Seza Reisoğlu 2013, age. s. 134; Haluk Tandoğan 2010, age. s. 713; Hüseyin Ülgen, Mehmet Helvacı, Abuzer Kendigelen ve Aslan Kaya 2013, age. s. 172.

²¹⁶ Mehmet Bahtiyar 2013, age. s. 82; Hayri Domaniç 1990, age. s. 218; Burak Özen 2017, age. s. 45-46; Reha Poroy ve Ünal Tekinalp 2013, age. s. 211; Seza Reisoğlu 1992, age. s. 89; Haluk Tandoğan 2010, age. s. 713-714; Hüseyin Ülgen, Mehmet Helvacı, Abuzer Kendigelen ve Aslan Kaya 2013, age. s. 172.

²¹⁷ Ertan Demirkapı 2005, age. s. 132; Jale Güral 1951, agm. s. 440; Fırat Öztan 2012, age. s. 169; Reha Poroy ve Ünal Tekinalp 2013, age. s. 207; Seza Reisoğlu 1992, age. s. 90.

²¹⁸ Ertan Demirkapı 2005, age. s. 132-133; Mustafa Alper Gümüş 2014, age. s. 333; Burak Özen 2017, age. s. 46; Reha Poroy ve Ünal Tekinalp 2013, age. s. 207; Seza Reisoğlu 1992, age. s. 89-90; Haluk Tandoğan 2010, age. s. 715.

Aval verenin sorumluluğu, lehine aval verdiği kimsenin borcundan bağımsız bir sorumluluktur²¹⁹. Bu bağımsızlık sadece borcun doğumu bakımından değil avalın her aşamasında bulunmaktadır. Bu sebeple, söz konusu bağımsızlık zamanaşımının kesilmesinde de kendisini gösterir²²⁰. Bu durum aval ile kefalet sözleşmesi arasındaki bir farkı daha ortaya koymaktadır. Türk Borçlar Kanunu'nun 155. maddesinin ikinci fıkrası gereği, zamanaşımı asıl borçluya karşı kesilince, kefile karşı da kesilmiş olur. Ancak Türk Ticaret Kanunu'nun 751. maddesindeki düzenleme gereği, aval verilen kimse için kesilen zamanaşımı, aval veren için de kesilmesi sonucunu doğurmayacaktır²²¹.

Asıl borç ilişkisinde alacaklı ve borçlu sıfatının birleşmesiyle borcun sona ermesi durumunda, kefalet sözleşmesinin fer'îliği ilkesi gereği, kefalet sözleşmesi de sona erecektir. Buna karşılık avalde, lehine aval veren kimsenin poliçe veya bononun yetkili hamili olması durumunda, aval verenin borcu etkilenmeyerek devam etmektedir²²².

Türk Ticaret Kanunu'nun 701. maddesinde aval için özel bir şekil şartı öngörülmüştür. Bu hükme göre, aval verilirken aval şerhi, poliçe veya bono metni veya alonj üzerine yazıldıktan sonra aval veren tarafından imzalanmalıdır. Kambiyo senetlerinde hakkın senet ile birlikte devredilmesi ilkesi gereği imzanın aval iradesi ile ayrı bir kağıt üzerine verilmesi de mümkün değildir²²³. Avalde muhatabın veya keşidecinin imzaları dışında poliçenin üzerine atılan her imza, aval şerhi olarak kabul edilmektedir²²⁴. Bu bağlamda aval şerhinin poliçe veya bono metni veya alonj üzerine yazılması zorunludur. Ancak kefalet sözleşmesinde kefaletin asıl borç senedinde gösterilmesi zorunluluğu bulunmamaktadır. Kefalet iradesini içeren beyanlar asıl borca ilişkin sözleşme veya senet üzerinde yer alabileceği gibi asıl borç senedi dışında ayrı bir kefalet sözleşmesi düzenlenmesi de mümkündür.

²¹⁹ Jale Güral 1951, agm. s. 435; Burak Özen 2017, age. s. 45; Seza Reisoğlu 2013, age. s. 134; Haluk Tandoğan 2010, age. s. 713.

²²⁰ Jale Güral 1951, agm. s. 465.

²²¹ Burak Özen 2017, age. s. 46; Haluk Tandoğan 2010, age. s. 716.

²²² Burak Özen 2017, age. s. 46; Özlem Acar 2014, agt. s. 61; Mustafa Alper Gümüş 2014, age. s. 333; Seza Reisoğlu 2013, age. s. 135.

²²³ Hayri Domaniç 1990, age. s. 219.

²²⁴ Mehmet Bahtiyar 2013, age. s. 79; Hayri Domaniç 1990, age. s. 219; Fırat Öztan 2012, age. s. 173; Reha Poroy ve Ünal Tekinalp 2013, age. s. 209; Seza Reisoğlu 2013, age. s. 135; Haluk Tandoğan 2010, age. s. 714-715.

Poliçe veya bono üzerinde kefalet şerhinin bulunması bir avalin varlığını ortaya koyabileceği gibi bir kefaletin varlığını da gösterebilir²²⁵. Ancak Yargıtay konuya ilişkin olarak verdiği kararlarında poliçe veya bono üzerindeki kefalet şerhini mutlak olarak aval kabul etmektedir²²⁶. Yargıtay

“... Aval ile kefaleti birbirinden ayırmak gerekir. Kefalet fer’i nitelikte olmasına karşın, aval bağımsız ve aslı bir nitelik taşır aval. Aval veren lehine aval verilenin ileri sürebileceği ve senedin şekline ilişkin olanlardan başka geçersizlik sebeplerini def’i veya itiraz olarak alacaklıya karşı ileri süremez. Oysa kefil asıl borçluya ait kişisel def’ilerden yararlanabilir. Kefaletin mutlaka asıl borç senedi üzerine gösterilmesine lüzum olmadığı halde avans şerhi mutlaka poliçe, bono veya alonj üzerine yazılması gerekir. Bono üzerine “kefil” ibaresi konya dahi bu, aval olarak nitelendirilir ve aval veren bononun diğer borçlusu ile birlikte müteselsilen sorumlu olur. TTK 636. maddesi hükmü gereğince kambiyo senetlerinde müteselsil borçluluk esas olduğundan bu tür senetlerde imzası olan herkes hamile karşı müteselsilen sorumludur.” ifadesini içeren bir kararı²²⁷ ile kefalet ve avalin farklılıklarını ortaya koyarak, poliçe, bono veya alonj üzerine yazılan kefalet ibaresinin aval olarak nitelendirileceğini açıkça belirtmektedir.

Bu durumun sonucu olarak, poliçe veya bonodan kaynaklanan bir borcu kefalet sözleşmesi ile teminat altına alabilmek için, ayrı bir belge ile kefalet sözleşmesinin düzenlenmesi gerekir²²⁸. Türk Borçlar Kanunu’nun 603. maddesinde

“...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.” hükmünün avalde uygulanıp uygulanamayacağı konusu tezimizin aşağıdaki bölümlerinde ayrıntılı olarak incelenecektir.

²²⁵ Mustafa Alper Gümüş 2014, age. s. 332-333; Burak Özen 2017, age. s. 46; Seza Reisoğlu 1992, age. s. 92; Haluk Tandoğan 2010, age. s. 715.

²²⁶ Yargıtay 12. HD., T. 20.12.2016, E. 2016/31366, K. 2016/25784; 12. HD., T. 11.05.2015, E. 2015/11249, K. 2015/13095; 12. HD., T. 01.10.2013, E. 2013/22062, K. 2013/30900, 12. HD., T. 18.10.1999, E. 1999/11398, K. 1999/12463, Yargıtay Uyarı Sistemi, www.kazanci.com, SET: 20.09.2020.

²²⁷ Yargıtay 12. HD., T. 08.11.2005, E. 2005/17549, K. 2005/21408, www.kazanci.com, SET: 10.10.2020.

²²⁸ Mustafa Alper Gümüş 2014, age. s. 333; Burak Özen 2017, age. s. 46

BÖLÜM III

DİĞER EŞİN RIZASI KAVRAMI, BU KAVRAMA İLİŞKİN YASAL DÜZENLEME VE DİĞER EŞİN RIZASININ GEÇERLİLİK ŞARTLARI

3.1. DİĞER EŞİN RIZASI KAVRAMI ve KAVRAMIN TARİHSEL GELİŞİMİ

3.1.1. Kavram

Kural olarak Borçlar Hukuku'nda hukukî işlemlerde irade özerkliği egemendir. İrade özerkliği, kişinin hukuk düzenince çizilen sınırlar çerçevesinde, hukukî ilişkilerini kendi istek ve ihtiyaçlarına göre biçimlendirmek amacıyla kendi özel hukuk alanı üzerinde egemen olabilme özgürlüğünü ifade etmektedir²²⁹. Kişiler irade özerkliğini kullanırken, hukukî ilişkilerini, hukukî işlemi araç olarak kullanarak, hukukî işlem yolu ile düzenlerler. Hukukî işlem, irade özerkliğine göre, bir kimsenin oluru alınmaksızın serbestçe kurulabilmelidir²³⁰. Ancak bazı durumlarda, yasada hukukî işlemin geçerli olabilmesi için, bir başkasının işleme özel olarak oluru vermesi şart koşulmuştur.

Hukukî işlem, olgular ve hukukî sonuç kısmından oluşmaktadır. Olgular ise kurucu olgular ve tamamlayıcı olgular olmak üzere iki bölüme ayrılmaktadır. Kurucu olgular, bir hukukî işlemin oluşmasına, kurulmasına sağlarken, tamamlayıcı olgular ise, oluşmuş bir hukukî işlemin hüküm ve sonuçlarını doğurmasını sağlamaktadır²³¹. Tamamlayıcı olgular gerçekleşmediği sürece, işlem kurulmuş olsa dahi işlem taraflar açısından hüküm ve sonuç doğurmayacaktır. İşte burada, rıza hukukî işlemin tamamlayıcı ögesine ve hukukî geçerlilik koşuluna dönüştürülmüş olur. Rıza, karşı tarafa varması gerekli, tek yanlı bir irade beyanında somutlaşan bir hukukî işlemdir²³².

²²⁹ Şebnem Akipek, "Tamamlayıcı Olgunun Hukuki İşleme Etkisi", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Y. 1995, C. 44, S. 1, s. 271; Lale Sirmen, *Türk Özel Hukukunda Şart*, Ankara, 1992, s. 7.

²³⁰ Rona Serozan, *Medeni Hukuk (Genel Bölüm) Kişiler Hukuku*, 6. Bası, İstanbul, 2015, s. 395.

²³¹ Gökhan Antalya ve Murat Topuz, *Medeni Hukuk (Giriş, Temel Kavramlar, Başlangıç Hüükümleri)*, C. I, 3. Baskı, Ankara, 2019, s. 265; Şebnem Akipek 1995, agm. s. 274.

²³² Şıpka, Şükran, "Türk Hukukunda Eşlerin Hukuki İşlem Özgürlüğünün Sınırları", *Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni*, C. 32, S. 1, 2015, s. 55-56; Şebnem Akipek 1995, agm. s. 273; Rona Serozan 2015, age. s. 396.

Rıza, hukukî işlemin başında verildiğinde “*izin*,” sonradan verildiğinde “*icazet*” veya “*onay*” şeklinde ifade edilmektedir²³³. Rıza, ilişkin olduğu asıl işlemin geçerliliği için arandığı ölçüde bir tamamlayıcı unsur olarak nitelendirilir. İzin verme, aynen temsil yetkisi verme gibi bir yetkilendirme işlemidir. Asıl işlem gerçekleşinceye kadar serbestçe geri alınabilir. İcazet ise tipik bir yenilik doğurucu işlem olduğundan, bir kez verildikten sonra geri alınamaz ve asıl işlemin kuruluş anına kadar geçmişe etkili olur²³⁴.

Kefalet sözleşmesinde kefil olmak isteyen eş için diğer eşin rızasının aranacağı düzenlendiği Türk Borçlar Kanunu’nun 584. maddesine göre, eşin rızasının, sözleşme yapılmadan önce ya da en geç sözleşmenin kurulması anında verilmesi şarttır. Dolayısıyla buradaki rıza, hukukî işlemin başında verilen “*izin*” olarak nitelendirilecektir²³⁵. Sözleşmenin kurulması anında eşin rızasını taşımayan bir kefalet sözleşmesine, diğer eşin sonradan “*icazet*” vermesi sözleşmeyi geçerli hale getirmez.

Rıza, değişik amaçlara hizmet edebilir. Küçüklerin veya kısıtlıların hukukî işlemlerine rıza göstermesinde olduğu gibi korunmayı gerektiren kişinin denetimine yarayabilir²³⁶. Bu durumda rıza, rızayı verenin değil, ehliyetsizin yararına olmaktadır. Yine rıza, hak sahibinin hukuk çevresine ve çıkarına haksız müdahale oluşturan bir işlemde, hak ve çıkar sahibinin olurlarını sağlamak amacı ile de yapılabilir²³⁷. Türk Medenî Kanunu'nun 194. maddesinde yer alan aile konutu ile ilgili işlemlerde eşin rızası, Türk Borçlar Kanunu’nun 584. maddesinde yer alan kefalet sözleşmesinde eşin rızası bu kapsamda değerlendirilmektedir. Bu çerçevede burada yetkilendirme olgusu ile ortaya çıkan rıza, bizzat rızayı veren hak sahibinin yararına olmaktadır.

Evli olan eşlerden biri, diğer eşin kefil olması için rıza göstermiş ise, diğer eşin kefil olarak borç altına girmesini kabul etmiş olmaktadır²³⁸. Bu anlamda tamamlayıcı olgu olan diğer eşin rızasının tamamlanması ile kefalet sözleşmesinin diğer koşulları da sağlanmış ise geçerli bir kefalet sözleşmesi kurulmuş olacaktır. Bu anlamda eşin

²³³ Arif Burhanettin Kocaman ve Kübra Kaya, “Kefalet Sözleşmesinde Eşin Rızası”, *İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Y.6, S.1, 2020, s. 7; Rona Serozan 2015, age. s. 395, Şükran Şıpka 2015, agm. s. 56.

²³⁴ Rona Serozan 2015, age. s. 396.

²³⁵ Kirca, İsmail, “Türk Borçlar Kanunu Tasarısı- Kefalette Eşin İzni”, *Prof. Dr. Tuğrul Ansay’a Armağan*, Ankara, 2006, s. 435; Arif Kocaman ve Kübra Kaya 2020, agm. s. 7; Şükran Şıpka 2015, agm. s. 56.

²³⁶ Rona Serozan 2015, age. s. 397.

²³⁷ age. s. 397.

²³⁸ Arif Kocaman ve Kübra Kaya 2020, agm. s. 7

rızası irade açıklaması içermesi ve kefalet sözleşmesinin geçerliliğini doğrudan etkilemesi yönüyle bir hukukî işlem olarak kabul edilmektedir²³⁹. Dolayısıyla eşin rızası tek taraflı irade açıklaması ile gerçekleşip karşı tarafın kabul edip etmemesine bağlı olmaksızın, karşı taraftaki kişinin hukuk alanına varması ile sonuç doğurmaktadır. Diğer eşin rızasının geçerli olabilmesi için, rıza veren eşin bu yöndeki iradesinin serbest olması, yanıltma, aldatma ve korkutma hallerinden biriyle sakatlanmamış olması gerekmektedir.

Rıza verme, kişiye sıkı sıkıya bağlı bir hak olmadığı için, rızaya yetkili eş, rızasını iradî temsilcisi vasıtasıyla açıklayabilir. Bu durumda yasal temsilcisinin dahi rıza vermesinin mümkün olduğu kabul edilmektedir²⁴⁰.

3.1.2. Tarihsel Gelişimi

Osmanlı hukukunda kefaletle ilişkin hükümler, Mecelle öncesi kadılar, fıkıh ve fetva kitaplarına bakılarak düzenlenmekte iken, Mecelle ile birlikte yasal düzenleme olarak karşımıza çıkmıştır. Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye’de kefalet sözleşmesi;

“Bir şeyin mütalebesi hakkında zimmeti zimmete zammetmektir. Yani, bir kimse zatını diğerinin zatına zammedüp ve onun hakkına lazım gelen mütelebeyi kendi dahi iltizam etmektedir.(m.612)” şeklinde tanımlanmıştır.

Bu yasal düzenlemede, kefaletin geçerlilik şartları, kefilde, alacaklıda, asıl borçluda ve kefaletin konusunda bulunması gereken şartlar olmak üzere dört ayrı başlık altında değerlendirilmekteydi²⁴¹. Kefilde bulunması gereken şartlar; kefilin akıllı olması, ergen olması, rızasının bulunması, özgür olması ve ölüm hastası olmaması olarak sıralanmaktaydı²⁴². Diğer eşin rızası, kefalet sözleşmesinin geçerlilik şartına ilişkin olup, görüldüğü üzere Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye’de kefaletin geçerlilik koşulları arasında düzenlenmemiştir.

Osmanlı Özel Hukukunun temelini oluşturan Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye, Türk Medenî Kanunu'nun 17 Şubat 1926'da, 818 sayılı Borçlar Kanunu'nun ise 22 Nisan 1926'da Türkiye Büyük Millet Meclisi'nde kabul edilmesi ve her iki Kanun'un 4 Ekim 1926'da yürürlüğe girmesiyle yürürlükten kalkmıştır. Buna mukabil, kefaletle ilişkin hükümler, 1911 sayılı İsviçre Borçlar Kanunu'nun 492 ilâ 512 madde

²³⁹ Fikret Eren 2010, age. s. 148.

²⁴⁰ Mustafa Alper Gümüş 2014, age. s. 347; Burak Özen 2017, age. s. 175.

²⁴¹ Osman Safa Bursalı 2010, agt. s. 26.

²⁴² Yılmaz Yördem, “Osmanlı Hukukunda Kefalet Sözleşmesi”, *Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 21, S. 34, 2016, s. 30-31.

hükümleri dikkate alınarak, 818 sayılı Borçlar Kanunu'nda 483 ilâ 503 maddeleri arasında düzenlenmiş bulunmaktaydı.

4 Ekim 1926 yılında yürürlüğe giren 743 sayılı Türk Kanunu Medenîsi, büyük ölçüde 1907 tarihli İsviçre Medenî Kanunu'ndan iktibas edilmiştir. Bu Kanun'un yürürlüğe girmesi ile, medeni hukuk ilişkilerinin düzenlenmesi açısından İslam Hukuk sisteminden ayrılmış, Kıta Avrupası ülkelerinde hakim olan Roma/Cermen hukuk sistemine dahil olunmuştur. Bu dönemde kanun koyucu, kanun hükümlerini kadın ve erkeğin toplumda ve ailede rollerinin farklı olduğu, buna bağlı olarak farklı hak ve yükümlülükler sahip bulunmalarının eşyanın tabiatı gereği olduğu düşüncesine dayanarak öngörmüştür²⁴³. Dönemin yapısında, kadın, anne olarak çocuklara ve eve bakan kişi olarak görülmekte iken, erkek ise onların geçimini sağlamak için mücadele eden, evin geçimi için gerekli parayı kazanan, onları barındırmakla yükümlü olan kişi olarak addedilmekteydi. Kadının erkek karşısındaki bu ikincil pozisyonunu dengelemeye yönelik kadının evlilik birliği içerisindeki yerini yükseltmenin hedeflendiği bir takım başka düzenlemeler de mevcuttu²⁴⁴. Kanun döneminin bu anlayışında, zayıf kadını koruyan hükümlerin yanı sıra, dışarıda aile için mücadele eden, sorumluluğu daha çok olan erkeğe daha fazla yetki veren hükümler içeren Türk Kanunu Medenîsi'nin, nispî bir kadın-erkek eşitliği benimsediği görülmektedir²⁴⁵. 743 sayılı Türk Kanunu Medenîsi'nde evli kişilerde kocanın sorumluluğunu ön plana çıkararak, evli kadının hukukî işlemlerine sınırlama getiren hükümler mevcuttu. Bu hükümlere, kadının bir meslek veya sanatla uğraşmasını kocanın iznine bağlı kılan 159. madde, eşlerin birbirine karşı cebri icra takibi yapmalarını yasaklayan 165. madde, velayetin icrasında babanın oyuna üstünlük veren 263. madde örnek olarak gösterilebilir.

Kadın erkek eşitliğine aykırılık teşkil eden, Türk Kanunu Medenîsi' nin 159. maddesi;

“Karı koca mallarını idare için hangi usulü kabul etmiş olursa olsun karı, kocanın sarahaten veya zimnen müsaadesi ile bir iş veya sanat ile iştigal edebilir (f.1). Kocanın izinden imtina halinde, karı, kendisinin bir iş veya bir sanat ile iştigal etmesi birliğin veya bütün ailenin menfaati icabı olduğunu ispat ederse bu izin, hâkim tarafından

²⁴³ Murat Doğan, ” Türk Medenî Kanunu'nun Evliliğin Genel Hükümleri Bakımından Getirdiği Yenilikler”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Y. 2003, C. 52, S. 4, s. 95.

²⁴⁴ Sera Reyhani Yüksel, “Türk Medenî Kanunu Bakımından Kadın-Erkek Eşitliği”, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. XVIII, Y. 2014, S. 2, s. 176-177.

²⁴⁵ Cengiz Koçhisarlıoğlu, “Aile Hukukunda Eşlerin Eşitliği”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 40, S. 1, Y. 1988, s. 252; Murat Doğan 2003, agm. s. 96.

verilebilir. Koca, karısını bir iş veya sanat ile iştigalden menettiği takdirde keyfiyet kâtibi adil marifeti ile ilan edilmedikçe hüsnü niyet sahibi üçüncü şahıslara karşı hüküm ifade etmez (f.2).” düzenlenmesini içermekteydi.

Bu maddede, kadının bir meslek veya sanatla uğraşmasını kocanın iznine tabi kılarak, kocanın izin vermemesi halinde kadının, ancak çalışmasının aile birliğinin menfaatine olduğunu ispat etmesi durumunda, hâkimin izni ile çalışabileceği hükme bağlanmıştır. Kadın yine de hâkimin ve kocasının izni olmadan çalışabiliyordu. Ancak bu durumda koca, karısının çalışmasına izin vermediğini ilan etmek suretiyle, karısının çalışmasından doğacak borçlardan sorumlu tutulmaktan kurtulabiliyordu. Hatta koca bu durumu geçimsizlik sebebi sayarak boşanma davası da açabiliyordu²⁴⁶. Temel hak ve hürriyetlerden olan, çalışma hakkına aykırılık teşkil eden bu hüküm, Anayasa Mahkemesi tarafından, Anayasa'nın 49. maddesine (çalışma hürriyetine) aykırı olduğu gerekçesi ile, 29.11.1990 tarih, 1990/30 esas, 1990/31 karar sayılı karar ile iptal edilmiştir²⁴⁷.

Kefalet sözleşmesine ilişkin olarak, Kanun'un 169. maddesinde yer alan, *“Karı koca arasında her nevi hukukî tasarruf caizdir. Karının şahsi mallarına veya mal ortaklığı usulüne tabi mallara dair karı koca arasındaki hukukî tasarruflar, sulh hâkimi tarafından tasdik olunmadıkça muteber olmaz (f.1). Koca menfaatine olarak karı tarafından üçüncü şahsa karşı iltizam olunan borçlar için dahi hüküm böyledir (f.2).”* şeklindeki düzenlemeyle, kadının şahsî mallarına veya mal ortaklığı rejimine tabi mallara ilişkin hukukî tasarrufların geçerliliği ve kadın eşin kocası lehine üçüncü kişilere borçlanması sulh hâkiminin onayına bağlanmıştır.

Aslında kanun koyucu, hükmün ilk fıkrasında, eşlerin aralarında her türlü hukukî işlemi yapabileceğini belirterek bir serbestiye sahip olduklarını düzenledikten sonra, ikinci ve üçüncü fıkrasında istisna getirmiştir. Getirilen bu istisnalar, kadının hukukî işlem özgürlüğünü sınırlamıştır. Aslında hükümde istisna ile getirilen sınırlamalara, kadınların gerek kocalarıyla gerekse kocaları lehine olmak üzere üçüncü kişilerle yapacağı hukukî işlemlerde, kocanın baskısı altında kalma ihtimali gözetilmiş, bu baskının kadının ekonomik ve mali geleceğini tehlikeye sokabileceği

²⁴⁶ Murat Doğan 2003, agm. s. 119.

²⁴⁷ RG T. 02.07.1992, S. 21272.

düşüncesi etkili olmuştur²⁴⁸. Kadının, hükümde yer alan hukukî işlemleri yaparken hâkimden onay alması gerekliliğine ilişkin bu düzenlemedeki amaç ise, hukukî işlem yapma iradesinin serbestçe verilip verilmediğinin hâkim tarafından kontrolünün sağlanmasıdır²⁴⁹. Hüküm bu yönü ile doktrindeki bazı yazarlar tarafından, kadın lehine olumlu (pozitif) ayrımcılık ilkesinin bir görünümü olarak nitelendirilmekte ve bir süre daha yürürlükte kalmış olsaydı daha isabetli olacağı belirtilmektedir²⁵⁰. Ancak söz konusu hüküm, İsviçre’de evli kadının işlem ehliyetini sınırlandırdığı ve alacaklılar için tuzak olarak kullanılabilmesi yönündeki şiddetli eleştiriler sebebiyle, 1984 tarihli kanun değişikliği ile İsviçre Medeni Kanunu’ndan çıkarılmıştır²⁵¹.

Dünyada sosyal ve toplumsal alanda önemli değişimlerin yaşanması ile birlikte, geleneksel aile yapısı ve aile fertlerine ilişkin kalıplaşan roller değişerek, evlilik eşit haklara dayalı bir hayat ortaklığı olarak görülmeye başlanmıştır²⁵². Birçok ülkede olduğu gibi ülkemizde de, kanunlarda ve yaşamın her alanında kadın erkek eşitliğine aykırı düzenlemelerin kaldırılması yolundaki çalışmalar, 14.10.1985 tarihli Resmi Gazete’de yayımlanarak 19.01.1986 tarihinde yürürlüğe giren “Kadına Karşı Her Türü Ayrımcılığın Önlenmesi Hakkında Uluslararası Sözleşme²⁵³”nin kabulü ile hız kazanmıştır. Söz konusu sözleşme hükümlerinin hayata geçirilmesi, kadınların durumunun iyileştirilmesi ve kadın erkek eşitliğinin sağlanabilmesi açısından önem arz etmektedir. Bu sözleşme ile, kadınlar lehine toplumda bazı ayrıcalıklar tanınarak (kota, öncelik gibi), pozitif (olumlu) ayrımcılık konusunun kanunlara ve yaşamın tüm alanına uygulanması gerekliliği sağlanmaya çalışılmıştır²⁵⁴. Sözleşmenin hayata geçirilmesi için yapılan çalışmaların sonucunda Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın 41. maddesine 03.10.2001 tarihinde, “*Aile Türk toplumunun temelidir ve eşler*

²⁴⁸ Şafak Parlak, *Eşlerin Hukuksal İşlemleri, Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı*, 2007, s. 23; Ahmet Kılıçoğlu, *Medeni Kanun’umuzun Aile-Miras-Eşya Hukukuna Getirdiği Yenilikler*, 2014, s. 37.

²⁴⁹ Hıfzı Veldet Velidedeoğlu, *Türk Medeni Hukuku, C. II (Aile Hukuku)*, 5. Bası, İstanbul 1965, 126-128; Şafak Parlak 2007, agt. s. 23.

²⁵⁰ Şükran Şıpka, *Aile Konutu İle İlgili İşlemlerde Diğer Eşin Rızası*, 2. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul 2004, s. 24-25.

²⁵¹ Selahattin Sulhi Tekinay, *Türk Aile Hukuku*, 7. Bası, İstanbul, 1990, s. 326; Şükran Şıpka 2004, age. s. 24;

²⁵² Ebru Ceylan, “Yeni Türk Medenî Kanunu’na Göre Kadının Hukuki Durumu”, *İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 2, S. 1, Y. 2016, s. 78-80, Murat Doğan 2003, agm. s. 97, Şafak Parlak 2007, agt. s. 9-10.

²⁵³ Uluslararası kaynaklarda “Convention on Elimination of all Forms of Discrimination against Women” (CEDAW) sözleşmesi olarak anılmaktadır.

²⁵⁴ Demet Özdamar, *CEDAW Sözleşmesi: Kadınlara Karşı Her Türü Ayrımcılığın Önlenmesine Dair Sözleşme ve Ek İhtiyarı Protokol’ün İç Hukukumuzda, Özellikle Aile Hukukuna Etkisi*, Seçkin Yayıncılık, 1. Baskı, 2009, s. 30.

arasında eşitliğe dayanır.” hükmü eklenmiştir. Böylece aile içinde eşitlik anlayışı Anayasa ile güvence altına alınmıştır. Söz konusu düzenleme sonrasında, kadın erkek eşitliğinin, Anayasa’da eşitlikle ilgili genel hükümler arasında yer alması gerektiği düşünülerek Anayasanın 10. maddesinin 1. fıkrasında yapılan değişiklik ile “kadınlar ve erkeklerin eşit haklara sahip olduğu” anayasal düzenleme altına alınmıştır²⁵⁵.

Değişim çalışmaları kendisini, 743 sayılı Türk Kanunu Medenî’sinin yürürlükten kaldırılarak, 01.01.2002 tarihinde, 4721 sayılı Türk Medenî Kanunu’nun yürürlüğe girmesi ile göstermiştir. 4721 sayılı Türk Medenî Kanunu özellikle Aile Hukuku alanında reform niteliğinde yenilikler içermektedir²⁵⁶.

*“1926 tarihli ve 743 sayılı Türk Kanunu Medenî’sinin kaldırılmasındaki en önemli amaç, kadın erkek eşitliğini uluslararası sözleşmeler ve taahhütlere uygun olarak sağlamaya çalışmaktır”*²⁵⁷.

Bu doğrultuda kanun koyucu, 743 sayılı Türk Kanunu Medenî’sinde yer alan ve kadın erkek eşitsizliğini içeren, kocanın evlilik birliğinin reisi olduğunun düzenlendiği 152. madde, eşlerin birbirine karşı cebri icra takibi yapmalarını yasaklayan 165. madde, kadının bir mirası ancak kocanın rızasıyla reddedebileceğini düzenleyen 200. madde, velayetin icrasında babanın oyuna üstünlük veren 263. madde vb. gibi hükümlere 4721 sayılı Türk Medenî Kanunu’nda yer vermemiştir. 4721 sayılı Türk Medenî Kanunu’nun, Aile Hukuku bölümünde “evlilik içinde cinslerarası eşitlik” ilkesi benimsenerek, 185 ilâ 201 maddeleri ile, aile reisliğinin kaldırılması, evlilik birliğinin ortak temsili, evlilik birliğinin giderlerine ortak katılma, konutun birlikte seçimi, eşlerin hukukî işlem özgürlüğü ve tasarruf yetkisi konularında yepyeni hükümler getirilmiştir²⁵⁸.

4721 sayılı Türk Medenî Kanunu’nda eşlerin serbestçe hukukî işlem gerçekleştirebilmesi konusu, Kanun’un 193. maddesinde düzenlenerek, getirilen yenilikler arasında yerini almıştır. Bu hüküm ile uygulamada işlevsel olmayan, kadının bazı hukukî işlemler yapabilmesini sulh hâkiminin onayına bağlayan, 743 sayılı Türk Kanunu Medenî’sinin 169. maddesinde yer alan sınırlamalar büyük ölçüde kaldırılmıştır. Türk Medenî Kanunu’nun 193. maddesinde yer alan, “*Kanunda aksine hüküm bulunmadıkça, eşlerden her biri diğeri ve üçüncü kişilerle her türlü hukukî*

²⁵⁵ 22.05.2004 tarih ve 25469 sayılı RG.

²⁵⁶ Şükran Şıpka 2015, agm. s. 49.

²⁵⁷ Agm. s. 48.

²⁵⁸ Murat Doğan 2003, agm. s. 96-98; Şükran Şıpka 2015, agm. s. 49; Sera Reyhani Yüksel 2014, agm. 188.

işlemi yapabilir.” hükmü çerçevesinde, eşler arasında işlem serbestisi kabul edilerek, eşlerin tek başlarına ve herhangi bir onaya gereksinim duymadan her türlü hukukî işlemi yapabilecekleri kabul edilmiştir. Böylece eşler, kural olarak hukukî işlem ehliyeti açısından tam ehliyetli sayılmışlardır²⁵⁹. Ancak söz konusu maddede yer alan “...*kanunda aksine hüküm bulunmadıkça...*” ifadesi çerçevesinde, eşlerin bu özgürlükleri çeşitli yasal düzenlemeler doğrultusunda kısıtlanabilecektir. Söz konusu sınırlamalar, kanunda özel olarak belirtilen bazı hukukî işlemlerin geçerliliğini, aile kurumu dışındaki hâkimin onayına bağlamamıştır. Kanun koyucu aile kurumu ve evlilik birliğinin geleceği açısından önem arz eden işlemlerde, eşlere birbirini kontrol görevi vererek, diğer eşin rızasına bağlamıştır. Burada dikkat edilmesi gereken husus, getirilen istisnai nitelikteki sınırlamaların, “cinslerarası eşitlik ilkesi” gereğince, her iki eş için de geçerli olduğudur. Evlilik birliğinin korunması için getirilen sınırlamalar, evlilik birliğinin her iki tarafı için de bağlayıcı olmalı ve her iki tarafa da eşit şekilde uygulanmalıdır. Kanun koyucu tarafından getirilen bu sınırlamalar, ailenin ekonomik ve malvarlıksal durumu itibarıyla eşleri birbirine karşı korumak veya ailenin çocuklarla birlikte ekonomik geleceğinin tehlikeye girmesini önlemek amacı ile getirilmiştir²⁶⁰. Eşlerin sözleşme özgürlüğüne getirilen sınırlamalar, Anayasanın 13. maddesinde öngörülen temel hak ve özgürlüklerin ancak kanunla sınırlanabileceği ve 48. maddesinde sözleşme özgürlüğünün temel hak ve özgürlük olarak düzenlenmesi sebebiyle ancak kanunla düzenlenebilir.

Eşlerin hukukî işlem özgürlüğünü sınırlayan düzenlemeler, Türk Medenî Kanunu ile Türk Borçlar Kanunu’nda yer almaktadır.

Türk Medenî Kanunu’nda eşlerin hukukî işlem özgürlüğüne yönelik olarak getirilen sınırlamalardan ilkinin, Kanun’un 194. Maddesindeki düzenleme oluşturur. Anılan düzenleme şu şekildedir,

“Eşlerden biri, diğer eşin açık rızası bulunmadıkça, aile konutu ile ilgili kira sözleşmesini feshedemez, aile konutunu devredemez veya aile konutu üzerinde hakları sınırlayamaz.”.

Bu madde ile, aile konutu üzerinde hak sahibi olan eşin, bu hak sahipliğine dayanarak yapacağı hukukî işlemlerde, diğer eşi ve aileyi güç durumda bırakabileceği göz önüne alınarak, madde hükmünde sayılan hukukî işlemlerinin geçerliliği diğer eşin rızasına bağlanmıştır. Bir diğer sınırlamayı aynı Kanun’un 199. maddesinde yer alan,

²⁵⁹ Şükran Şıpka 2015, agm. s. 49.

²⁶⁰ Şükran Şıpka 2004, age. s. 31;

“Ailenin ekonomik varlığının korunması veya evlilik birliğinden doğan malî bir yükümlülüğün yerine getirilmesi gerektirdiği ölçüde, eşlerden birinin istemi üzerine hâkim, belirleyeceği malvarlığı değerleriyle ilgili tasarrufların ancak onun rızasıyla yapılabileceğine karar verebilir. Hâkim bu durumda gerekli önlemleri alır. Hâkim, eşlerden birinin taşınmaz üzerinde tasarruf yetkisini kaldırır, re'sen durumun tapu kütüğüne şerh edilmesine karar verir.” şeklindeki düzenleme oluşturmaktadır.

Madde hükmünde sayılan ailenin malvarlığını tehlikeye sokabilecek durumların varlığı halinde diğer eş hâkimden talepte bulunarak, belirli malvarlığı değerlerine ilişkin tasarrufların ancak kendi rızası ile yapılabileceğine ilişkin bir karar verilmesini talep edebilir. Bir diğer sınırlama, aynı Kanun’un 202. maddesinin ikinci fıkrasında yer almaktadır. Söz konusu hükümde eşlerin paylı mülkiyete tabi malları üzerinde yapacakları tasarrufa ilişkin bir sınırlama getirilmiştir.

Türk Borçlar Kanunu’nda eşlerin işlem özgürlüğüne getirilen sınırlamalardan ilki, Kanun’un 349. maddesinin birinci fıkrasında düzenlenmiştir. Madde hükmüne göre, aile konutu olarak kullanılmak üzere kiralanmış taşınmazlarda kiracı, eşinin açık rızası olmadıkça kira sözleşmesini feshedemez. Getirilen bir diğer sınırlama ise, Türk Borçlar Kanunu’nun 584. maddesinde yer almaktadır. Kefalet sözleşmesine ilişkin bu madde hükmüne göre, eşlerden her birinin kefil olmaya dair irade beyanları ancak diğer eşin rıza göstermesi durumunda geçerli olacaktır. Kanun koyucu bu şekilde kefalet sözleşmesinde, bir eşin kefil olabilmesini diğer eşin rızasına bağlayarak, eşlerin hukukî işlem özgürlüğüne sınırlama getirmiştir. Kefalet sözleşmesinde diğer eşin rızası, bu çalışmanın ana konusu olup, ilerleyen bölümlerde ayrıntılı olarak ele alınacaktır.

Kefalet sözleşmesinde, diğer eşin rızasına ilişkin ilk düzenleme 1941 yılında, İsviçre Borçlar Kanunu’nda gerçekleşen revizyon ile ortaya çıkmıştır²⁶¹. Bu düzenlemenin öncesinde hiçbir hukuk kuralında benzer bir düzenleme bulunmamaktaydı. Türk Borçlar Kanunu’nun 584. maddesinin mehzası olan İsviçre Borçlar Kanunu’nun 494. maddesi, 1941 yılında gerçekleşen revizyon ile İsviçre Borçlar Kanunu’na girmiştir. 1 Temmuz 2012 tarihinde yürürlüğe giren 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu’nda kefaletle ilişkin benzer düzenlemeler ise, 1942 tarihli İsviçre Borçlar Kanunu’nda yapılan değişiklikler esas alınarak yapılmıştır²⁶².

²⁶¹ Serkan Ayan 2018, age. s. 114; İsmail Kırcı 2006, agm. s. 436.

²⁶² Türker Yalçınduran, “Kefalet Sözleşmesinde Eşin Rızasına Ve Bu Rızanın Türk Borçlar Kanunu’nun 603. Maddesi Gereğince Gerçek Kişilerin Taraf Olduğu Kişisel Güvence Verilmesine İlişkin Diğer

3.2. KEFALETTE DİĞER EŞİN RIZASININ ARANMASINA İLİŞKİN

YASAL DÜZENLEME

3.2.1. Genel Olarak Yasal Düzenleme

6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 1 Temmuz 2012 tarihinde yürürlüğe girmesi ile Türk Borçlar Kanunu'na getirilen en önemli yenilikler arasında görülen²⁶³ 584. madde hükmü ile kanun koyucu, evli olan bir kişinin kefil olmak üzere yapmış olduğu kefalet sözleşmesinin geçerliliğini, kefilin eşinin yazılı rızasına bağlamıştır. 818 sayılı Borçlar Kanunu'nda yer almayan bu hüküm, ilk defa 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nda düzenlenmiştir.

Maddenin gerekçesinde, esas itibarıyla hüküm tekrar edilmiştir. Gerekçede ayrıca bu maddenin düzenlenmesinde kaynak İsviçre Borçlar Kanunu'nun 494. maddesinin dikkate alındığı belirtilmiştir. Türk Hukuku'nda, Türk Borçlar Kanunu'nun 584. maddesinin, Türk Medenî Kanunu ile getirilen eşler arası yeni hukukî işlem rejiminin ruhuna ve temel felsefesine uygun bulunduğu, uygulamadaki ihtiyaca cevap verdiği, bu sebeple bu yeni düzenlemenin isabetli olduğunun kabul edilmekte olduğu ifade edilmektedir²⁶⁴. Madde hükmü düzenlenirken, her ne kadar İsviçre Borçlar Kanunu'nun 494. maddesi göz önünde tutulmuş olsa da, Türk Borçlar Kanunu'nun getirdiği birçok istisnai hüküm aracılığıyla kaynak İsviçre Borçlar Kanunu'ndan farklılıklar ortaya çıkmıştır²⁶⁵. Örneğin İsviçre Borçlar Kanunu'nun 494. maddesi ile eşin rızasının alınması kuralına getirilen tek istisna hükmü, eşler arasında mahkeme tarafından verilmiş bir ayrılık kararı olması iken, Türk Borçlar Kanunu'nda ise eşlerin yasal olarak ayrı yaşama hakkına sahip olması halinde de eşin rızasının aranmayacağı kabul edilerek istisna kapsamı genişletilmiştir²⁶⁶.

Doktrinde, rıza kavramının izin ve icazeti kapsayan bir üst kavram olması nedeniyle, eşin rızası yerine eşin izni kavramının kullanılmasının daha isabetli olacağı

Sözleşmelerde De Bulunmasına Dair Türk Borçlar Kanunu'nda Yapılan Düzenlemenin Değerlendirilmesi”, *İÜHFİM*, C. LXXIV, S. 1, 2016, s. 462.

²⁶³ Erden Kuntalp, Nami Barlas, Ahu Ayanoğlu Moralı, Pelin Işıntan Çavuşoğlu, Mehtap İpek, Mert Yaşar ve Sedef Koç, *Türk Borçlar Kanunu Tasarısı'na İlişkin Değerlendirmeler*, İstanbul, 2005, s. 267; İsmail Kırca 2006, agm. s. 436; Nihat Yavuz, *6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun Getirdiği Değişiklikler ve Yenilikler*, Ankara, 2011, s. 808; Mustafa Alper Gümüş 2014, age. s. 341; Burak Özen 2017, age. s. 174.

²⁶⁴ Erden Kuntalp, Nami Barlas, Ahu Ayanoğlu Moralı, Pelin Işıntan Çavuşoğlu, Mehtap İpek, Mert Yaşar ve Sedef Koç 2005, age. s. 267.

²⁶⁵ Burak Özen 2017, age. s. 183.

²⁶⁶ Muzaffer Şeker, *Kefalet ve Avalde Eşin Rızası*, İstanbul, 2017, s. 54; Emel Badur, “Eşin Rızası”, *TBB Dergisi*, C. 26, S. 2013, s. 280; Serkan Ayan 2018, age. s. 129; Arif Kocaman ve Kübra Kaya 2020, agm. s. 5; Burak Özen 2017, age. s. 173-174.

ileri sürülmektedir²⁶⁷. Bu görüş, kanun hükmü gereği, eşin rızaya ilişkin irade beyanının en geç kefalet sözleşmesinin kurulması anına kadar verilmesi gerektiği ve bu çerçevede kefalet sözleşmesinin kurulmasından sonra eşin “icazet” (onay) vermesi kefalet sözleşmesini geçerli hale getirmeyeceğinden izin kavramının kullanılmasının daha uygun olacağını savunmaktadır²⁶⁸.

Türk Borçlar Kanunu’nun 584. maddesinin birinci fıkrasında yer alan *“Eşlerden biri mahkemece verilmiş bir ayrılık kararı olmadıkça veya yasal olarak ayrı yaşama hakkı doğmadıkça, ancak diğerinin yazılı rızasıyla kefil olabilir; bu rızanın sözleşmenin kurulmasından önce ya da en geç kurulması anında verilmiş olması şarttır.”* ifadesini taşıyan düzenleme çerçevesinde, kanun koyucu, evli olan bir kişinin yapmış olduğu kefalet sözleşmesinin geçerliliğini diğer eşin rızasına bağlamış bulunmaktadır.

Yine hükmün uygulanması bakımından eşler arasında mevcut mal rejiminin herhangi bir önemi bulunmamaktadır. Hâlihazırda madde metninde de böyle bir ayrıma gidilmemiştir²⁶⁹. Dolayısıyla Türk Medeni Kanunu’nda yer alan tüm mal rejimleri bakımından madde hükmü uygulanacaktır.

Türk Borçlar Kanunu’nun 584. maddesinin ikinci fıkrası; *“Kefalet sözleşmesinde sonradan yapılan ve kefilin sorumlu olacağı miktarının artmasına veya adi kefaletin müteselsil kefalete dönüştürülmesine ya da kefil yararına olan güvencelerin önemli ölçüde azalmasına sebep olmayan değişiklikler için eşini rızası gerekmez.”* düzenlemesini içermektedir.

Bu hükümde kanun koyucu, sadece kefalet sözleşmesinin kurulmasında değil, kurulmasından sonra sözleşmede yapılacak bazı değişiklikler bakımından da diğer eşin rızasının gerektiğini işaret etmiştir.

6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu’nun 584. maddesi, yürürlüğe girdiği 01.07.2012 tarihinde sadece iki fıkra hükmünden oluşmaktaydı. Daha sonra 28.03.2013 tarih ve 6455 sayılı Kanun’un 77. maddesi ile 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu’nun 584. maddesine bir üçüncü fıkra eklenmiştir. Söz konusu düzenlemeye göre, ticaret siciline kayıtlı ticari işletmenin sahibi veya ticaret şirketinin ortak ya da yöneticisi tarafından işletme veya şirketle ilgili olarak verilecek kefaletler, mesleki

²⁶⁷ Ece Baş, “6098 Sayılı Türk Borçlar Kanununun’da Kefalet Sözleşmesinin Geçerlilik Şartlarına İlişkin Bazı Yenilikler”, *İÜHFİM*, C.LXX, S. 2, 2012, s. 122; Serkan Ayan 2018, age. s. 113, dn. 357; İsmail Kırcı 2006, agm. s. 435.

²⁶⁸ Ece Baş 2012, agm. s. 122; Serkan Ayan 2018, age. s. 113, dn. 357; İsmail Kırcı 2006, agm. s. 435.

²⁶⁹ Agm. s. 439; Arif Kocaman ve Kübra Kaya 2020, agm. s. 6.

faaliyetleri ile ilgili olarak esnaf ve sanatkârlar siciline kayıtlı esnaf veya sanatkârlar tarafından verilecek kefaletler, 27.12.2006 tarihli ve 5570 sayılı Kamu Sermayeli Bankalar Tarafından Yürütülen Faiz Destekli Kredi Kullanılmasına Dair Kanun kapsamında kullanılacak kredilerde verilecek kefaletler ile tarım kredi, tarım satış ve esnaf ve sanatkârlar kredi ve kefalet kooperatifleri ile kamu kurum ve kuruluşlarınca kooperatif ortaklarına kullanılacak kredilerde verilecek kefaletler için eşin rızası aranmayacaktır. Türk Borçlar Kanunu'nun 584. maddesinin birinci fıkrası kamuoyunda özellikle iş dünyası tarafından, kefalet sözleşmesinde eşin rızasının aranması sebebiyle ticari hayatı yavaşlattığı, kredi teminini zorlaştırdığı, eşin rızasına ilişkin düzenlemenin iş insanını eşine bağlı bir iş temposuna soktuğu, kefil olmak isteyen kişiyi eşi ile işi arasında bir ikilemde bıraktığı, ticari hayatın gereklerine uygun düşmediği gibi hususlar gerekçe gösterilerek yoğun bir şekilde eleştirilmiştir²⁷⁰. Bu eleştirileri dikkate alan kanun koyucu, Türk Borçlar Kanunu'nun 584. maddesine anılan üçüncü fıkra hükmünü eklemiştir.

Türk Borçlar Kanunu'nda kefaletin düzenlendiği hükümler arasında, son hüküm olarak yer alan ve kefaletin uygulama alanını gösteren 603. madde hükmünde, kefaletin şekline, kefil olma ehliyetine ve eşin rızasına ilişkin hükümlerin, gerçek kişilerce kişisel güvence verilmesine ilişkin olarak başka ad altında yapılan diğer sözleşmelere de uygulanacağı düzenlenme altına alınmıştır. Doktrinde bu hükmün İsviçre Borçlar Kanunu'nda yer almamasına karşın Türk Borçlar Kanunu'nda yer almasının, kefil olmada eşin rızası konusunun önemini Türk Hukuku bakımından bir kat daha artırdığı belirtilmektedir²⁷¹. Bu çerçevede söz konusu madde hükmü ile kefalet sözleşmesi hükümlerinin uygulama alanı genişletilmiştir. Madde hükmünün gerekçesine bakıldığında, kanun koyucunun, kefil koruyucu hükümlerden kurtulmak amacıyla başka ad altında yapılan sözleşmelere de kefalet hükümlerinin uygulanacağını düzenlemek suretiyle, kanunun dolanılmasının önlenmesinin amaçlandığı görülmektedir. Böylece, örneğin kefalet sözleşmesi yerine, üçüncü kişinin fiilini taahhüt sözleşmesi yapılmasında olduğu gibi, alacaklıların kefil koruyucu hükümlerden kurtulmalarının ve bu hükümleri dolanmalarının önlenmesi

²⁷⁰ Ankara Ticaret Odası Başkanı, Türkiye Esnaf ve Sanatkârları Konfederasyonu, OSTİM Sanayici ve İş Adamları Derneği Başkanının görüşlerinin yer aldığı haber için bakınız; Dünya, “Eş Rızası Kalktı İş Dünyası Rahatladı” (<https://www.dunya.com/ekonomi/es-rizasi-kalkti-is-dunyasi-rahatladi-haberi-207900>), 13 Nisan 2013, SET: 21.10.2020, Murat Sönmez, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanununda Kefalet Sözleşmesi, *İzmir Barosu Dergisi*, S. 2, Y. 2012, s. 175-176.

²⁷¹ İsmail Kırcı 2006, agm. s. 437, 438.

amaçlanmıştır. Türk Borçlar Kanunu'nun 603. maddesinden açıkça anlaşılacağı üzere, eşin rızasına ilişkin hükümler, sadece gerçek kişilerce yapılan, kişisel güvence verilmesine ilişkin sözleşmeler için geçerli olacaktır. Bu çerçevede gerçek kişilerce verilmiş olsalar dahi aynî teminat sözleşmeleri veya tüzel kişilerce verilen kişisel teminat sözleşmeleri bu kapsamda değerlendirilmemektedir²⁷².

Türk Borçlar Kanunu'nun 584. maddesinde yer alan ve doktrinde Türk Borçlar Kanunu ile getirilen en önemli yeniliklerden birisi olarak görülen²⁷³ bu düzenlemenin, kefile sorumluluk yükleyen kefalet sözleşmesi dolayısıyla ailenin zarar görmesini engelleme ve evlilik birliğinin korunması amacına hizmet ettiği kabul edilmektedir²⁷⁴. 4721 sayılı Türk Medenî Kanunu'nun yürürlüğe girmesi ile aynı Kanun'un 193. maddesinde, makul surette hareket edebilen evli kişilerin hukukî işlem özgürlüğüne sahip olduğu, üçüncü kişilerle her türlü hukukî işlem yapabileceği kabul edilmiştir. Ancak kanun koyucu, rizikosu yüksek ve zararlarının telafisi zor olan işlemler açısından istisnai nitelikteki 584. madde düzenlemesini getirerek kefalet sözleşmesinde eşin rızasını aramıştır²⁷⁵. Dolayısıyla Türk Borçlar Kanunu'nun 584. maddesi de eşlerin hukukî işlem özgürlüğüne getirilen istisnalardan birini oluşturmaktadır.

Öğretide kefalet sözleşmesinde diğer eşin rızasının aranacağına ilişkin düzenlemenin yer aldığı Türk Borçlar Kanunu'nun 584. madde hükmünün emredici nitelikte olduğu ve fakat kamu düzenine ilişkin olmadığı ileri sürülmektedir²⁷⁶. Hükmün emredici nitelikte olması, tarafların hükmün aksini kararlaştırmasına engel olmakla birlikte, eşin ve kefilin önceden bu haktan feragat etmesinin de mümkün olmayacağını göstermektedir²⁷⁷. Dolayısıyla diğer eşin rızası kefalet sözleşmesi açısından bir geçerlilik şartıdır ve diğer eşin rızası alınmadan kurulan kefalet

²⁷² Emel Badur 2013, agm. s. 294; Mahmut Bilgen 2013, age. s. 143.

²⁷³ Erden Kuntalp, Nami Barlas, Ahu Ayanoğlu Moralı, Pelin Işıntan Çavuşoğlu, Mehtap İpek, Mert Yaşar ve Sedef Koç 2005, age. s. 267; İsmail Kırca 2006, agm. s. 436; Nihat Yavuz, *6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun Getirdiği Değişiklikler ve Yenilikler*, Ankara, 2011, s. 808; Mustafa Alper Gümüş 2014, age. s. 341; Burak Özen 2017, age. s. 174.

²⁷⁴ Serkan Ayan, *Kefalet Sözleşmesi- Eşin Rızası, İstanbul Şerhi Türk Borçlar Kanunu*, C. 8, İstanbul, 2019, s. 4202; Arif Kocaman ve Kübra Kaya 2020, agm. s. 4; Seda Öktem Çevik, "6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Uyarınca Kefalet Sözleşmelerinde Eşin Yazılı Rızası, *BÜHFD, Kazancı Hakemli Hukuk Dergisi*, C. 8, S. 89-90, 2012, s.115; Muzaffer Şeker 2017, age. s. 16; Mustafa Alper Gümüş 2014, age. s. 341; Burak Özen 2017, age. s. 174; Aydın Zevkliler ve Emre Gökyayla 2018, age. 675.

²⁷⁵ Muzaffer Şeker 2017, age. s. 16.

²⁷⁶ Serkan Ayan 2019, agm. s. 4203; Mustafa Alper Gümüş 2014, age. s. 341; İsmail Kırca 2006, agm. s. 438.

²⁷⁷ Ece Baş 2012, agm. s. 117; H. Murat Develioğlu 2009, age. s. 179; Mustafa Alper Gümüş 2014, age. s. 347; İsmail Kırca 2006, agm. s. 438; Seda Öktem Çevik 2012, agm. s. 119; Muzaffer Şeker 2017, age. s. 19; Seza Reisoğlu 2013, age. s. 89;

sözleşmesi de kendiliğinden kesin olarak hükümsüz olacaktır²⁷⁸. Kesin hükümsüzlük hâkim tarafından resen dikkate alınmaktadır. Eşin rızasının eksikliği sebebiyle geçersiz olan kefalet sözleşmesini, eşlerin sonradan boşanması durumunda olduğu gibi geçersizliğin sonradan kendiliğinden veya tarafların anlaşması ile giderilmesi durumları geçerli hale getirmez²⁷⁹

Kefalet sözleşmesinin geçerlilik şartı olan diğer eşin rızasının, rızanın bir şekil şartı mı yoksa ehliyet şartı mı olduğu konusu doktrinde tartışmalıdır.

Doktrinde ileri sürülen bir görüşe göre, evli kadının ehliyetini sınırlandıran 743 sayılı Türk Kanunu Medenîsi'nde düzenlenen 169. madde hükmünün yürürlükten kalkmış olmasından yola çıkarak, tam ehliyetli kişilerin evlenmek suretiyle sınırlı ehliyetli hale gelmelerinin isabetli bir yorum olmayacağı ifade edilerek, diğer eşin rızasının kefalete özgü bir kural olduğu belirtilerek sadece şekil şartı olduğu kabul edilmektedir²⁸⁰.

Doktrinde baskın olarak kabul edilen görüşe göre ise, kefalet sözleşmesinde diğer eşin rızasını düzenleyen Türk Borçlar Kanunu'nun 584. madde hükmünün, evli kişilerin kefil olma ehliyetini sınırlayan, evlilik birliğindeki eşlerden birinin fiil ehliyetinin bir alt türü olarak kabul edilen kefil sıfatıyla kefalet ehliyetini, kural olarak diğer eşin yazılı rızası ile sınırlandırması şeklinde kabul edilmektedir.²⁸¹ Bu görüşe göre, eşin rızası gerekliliğini kefil olma ehliyeti bakımından getirilen bir sınırlama olarak görmenin önemi, rıza eksikliği durumunda, eşin kefil olmasında diğer eşin rızasının bulunmaması durumunda kefalet sözleşmesinin fiil ehliyeti eksikliği nedeniyle geçersiz olmasında kendisini göstermektedir²⁸². Bu görüşe göre, kefalet sözleşmesinde rıza göstermekten kaçınan eşin bu tutumuna karşı hâkimin müdahalesini talep etme imkânının kanunda düzenlenmemiş olması da söz konusu diğer eşin rızasının aranmasının, ehliyet sınırlaması olduğu yönündeki görüşü destekler niteliktedir.

²⁷⁸ Mustafa Alper Gümüş 2014, age. s. 348; İsmail Kırca 2006, agm. s. 448; Burak Özen 2017, age. s. 181; Seza Reisoğlu 2013, age. s. 92; Cevdet Yavuz, Faruk Acar ve Burak Özen 2018, age. s. 796.

²⁷⁹ Mustafa Alper Gümüş 2014, age. s. 348; Cevdet Yavuz, Faruk Acar ve Burak Özen 2018, age. s. 796.

²⁸⁰ Ece Baş 2012, agm. s. 117-118; Seza Reisoğlu 2013, age. s. 89-90.

²⁸¹ Emel Badur 2013, agm. s. 287; Mahmut Bilgen 2013, age. s. 66; Seda Öktem Çevik 2012, agm. s. 119; H. Murat Develioğlu 2009, age. s. 178; Mustafa Alper Gümüş 2014, age. s. 342; Arif Kocaman ve Kübra Kaya 2020, agm. s. 8; Burak Özen 2017, age. s. 174; Şükran Şıpka 2004, age. s. 45-50; Nihat Yavuz 2011, age. s. 809; Cevdet Yavuz, Faruk Acar ve Burak Özen 2018, age. s. 792.

²⁸² Burak Özen 2017, age. s. 174.

Doktrinde ileri sürülen ve bizim de katıldığımız diğer bir görüşe göre ise, kefalet sözleşmesinde Türk Borçlar Kanunu'nun 584. maddesinde düzenlenen diğer eşin rızasının aranması şartı, eşlerin sözleşme özgürlüğüne kanunla getirilen bir sınırlamadır²⁸³. Bu görüşe göre, Türk Kanunu Medenî'si'nin evli kadını sınırlı ehliyetliler grubuna dâhil eden hükümleri, 4721 sayılı Türk Medenî Kanunu'nun yürürlüğe girmesi ile, değişikliğin temel amacına uygun olarak yürürlükten kaldırılmıştır. Bu çerçevede Türk Medenî Kanunu'nun 193. maddesi ile ana kural olarak evlilik birliğinde eşlere, hukukî işlem yapma serbestisi getirilerek, kural olarak hukukî işlem ehliyeti açısından tam ehliyetli sayılmalarına²⁸⁴ olanak tanırken, kanunda “*aksine hüküm bulunmadıkça*” deyimini ile bu özgürlüklerinin çeşitli yasal düzenlemelerle kısıtlanabileceği vurgulanmıştır. Bu şekilde, ana kuralda açıkça belirtilen sözleşme özgürlüğünün, getirilen bu sınırlama ile, evli kişilerin ayrı bir ehliyet grubuna sokularak, evlenme ile tam ehliyetli bir kişiyi sınırlı ehliyetli kişi haline getirmesinin kabul edilmemesi gerektiği sonucuna ulaşılmaktadır²⁸⁵.

Yargıtay da kararlarında²⁸⁶, eşlerden birinin yaptığı kefalet sözleşmesinin geçerliliğini diğer eşin rızasına bağlayan Türk Borçlar Kanunu'nun 584. maddesini, kefalet sözleşmesinin şekil şartına ilişkin bir unsur olarak değerlendirilmektedir.

6101 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun'un 1. maddesinde,

“Türk Borçlar Kanunu'nun yürürlüğe girdiği tarihten önceki fiil ve işlemlere, bunların hukuken bağlayıcı olup olmadıklarına ve sonuçlarına, bu fiil ve işlemler hangi kanun yürürlükte iken gerçekleşmişse, kural olarak o kanun hükümleri uygulanır. Ancak, Türk Borçlar Kanunu'nun yürürlüğe girmesinden sonra bu fiil ve işlemlere ilişkin olarak gerçekleşecek temerrüt, sona erme ve tasfiye, Türk Borçlar Kanunu hükümlerine tabidir.” şeklinde bir düzenlemeye yer verilmiştir.

Bu düzenleme gereği evli kimsenin yapacağı kefalet sözleşmesinin geçerliliğini eşin rızasına bağlayan Türk Borçlar Kanunu 584. maddesi, 818 sayılı Borçlar Kanunu döneminde yasaya uygun şekilde kurulmuş olan kefalet sözleşmeleri bakımından uygulanmayacaktır. Yargıtay da aynı yönde verdiği bir kararında²⁸⁷, 818

²⁸³ Ahmet Kılıçoğlu 2014, age. s. 48-49.

²⁸⁴ Şükran Şıpka 2015, agm. s. 49-50.

²⁸⁵ Ahmet Kılıçoğlu 2014, age. s. 49.

²⁸⁶ Yargıtay, 12. HD., T. 15.06.2017, E. 2017/4099, K. 2017/9461, www.kazanci.com, SET: 16.10.2020.

²⁸⁷ Yargıtay 19. HD., T. 10.06.2013, E. 2013/7678, K. 2013/10719, www.kazanci.com, SET: 16.10.2020.

sayılı Borçlar Kanunu'nun yürürlükte olduğu dönemde kurulan kefalet sözleşmesini, eşin rızasının bulunmaması sebebiyle geçersiz sayan ilk derece mahkemesinin kararını bozarak, Türk Borçlar Kanunu'nun yürürlüğe girmesinden önce kurulan kefalet sözleşmelerinde eşin rızasına ilişkin madde hükmünün uygulanmayacağını kabul etmiştir.

3.2.2. Yasal Düzenlemenin Amacı

6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun kanunlaşması sürecinde, aile bütçesi göz önünde bulundurulmadan ve aile bireylerine haber verilmeden, insanların birçok kez asıl borçlunun borcunu ödeyeceği yönündeki inançlarla kefil oldukları görülmüştür. Kefalet sözleşmesinden doğan sorumluluk nedeniyle de ailelerin temel yaşam ihtiyaçlarını dahi karşılamayacak duruma geldikleri, bunun sonucu olarak da ailelerin dağıldığı ve aile bireylerinin oldukça zor şartlar altında hayatlarını devam ettirdikleri gözlemlendiğinden, kanun koyucu tarafından bu durumun önlenmesi ve ailenin korunması amacıyla, Türk Borçlar Kanunu'nun 584. maddesinde evlilik birliği içerisinde eşlerden birinin kefil olabilmesi için, diğer eşin rızasının aranması şartı getirilmiştir.

Kanun koyucunun bu perspektifi ile aynı doğrultudaki bir görüşe göre²⁸⁸, Türk Borçlar Kanunu'nun 584. maddesinde, evlilik birliğinde eşlerden birinin kefil olabilmesi için diğer eşin rızasının getirmesindeki amaç, aile birliği için sıkıntı yaratabilecek ve ailenin ekonomik geleceğini tehlikeye düşürebilecek hatır kefaletlerinin olabildiğince engellenebilmesi, eşlerin düşüncesizce giriştiği kefaletler ile hatır kefaletlerinin sebebiyet verdiği ekonomik yıkımlara karşı evlilik birliğinin ve ailesinin korunmasıdır. Esasında madde hükmü ile evlilik birliği ve genel anlamda ailenin korunması amaçlanırken dolaylı olarak da kefilin korunması amaçlanmıştır²⁸⁹. Söz konusu madde hükmünün düzenlenmesi ile, rıza verecek olan eş kefalet sözleşmesinin yapıldığından haberdar olduğundan, ödeme gününe kadar ya da kefil eşin ölümüne kadar bilinmeyen kefalet sözleşmelerinin de önüne geçilmiş olunacaktır²⁹⁰.

²⁸⁸ Serkan Ayan 2018, age. s. 115; Ece Baş 2012, agm. s. 115-116; Mustafa Alper Gümüş 2014, age. s. 499; İsmail Kırcı 2006, agm. s. 437; Seda Öktem Çevik 2012, agm. s. 115; Burak Özen 2017, age. s. 174; Muzaffer Şeker 2017, age. s. 16.

²⁸⁹ Serkan Ayan 2018, age. s. 115.

²⁹⁰ Ece Baş 2012, agm. s. 116; Nihat Yavuz 2011, age. s. 809.

743 sayılı Türk Kanunu Medenîsi'nin 169. maddesinde, evli kadının eşi lehine verdiği kefalette sulh hâkiminin onayının almasında, ekonomik olarak güçsüz ve etki altında kalmaya müsait olarak görülen kadının korunması amaçlanırken, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanununun 584. maddesinde düzenlenen eşin rızasının aranması şartı ile, kadın erkek fark etmeksizin eşlerden her birini kişisel olarak yapacağı kefalet sözleşmesinden korunması değil, evlilik birliğinin korunması amaçlanmıştır²⁹¹.

Anayasa Mahkemesi, Türk Borçlar Kanunu'nun 584. ve 603. maddelerinin "...eşin rızasına..." ibaresinin Anayasanın 12., 13. ve 48. maddelerine aykırı oldukları iddiasını reddettiği kararında²⁹²; Anayasanın 41. maddesi ile toplumun temeli olan ailenin huzur ve refahı ve özellikle ana ve çocuğun korunması için gerekli önlemleri almak ve teşkilatı korumak görevinin Devlete verildiğini, bu yükümlülük gereği kanun koyucunun ailenin korunmasına yönelik kurallarla aldığı tedbir, sözleşme hürriyetini ve mülkiyet hakkını sınırlandırmakta ise de bu sınırlandırmanın Anayasanın 41. maddesindeki ailenin korunması için gerekli tedbirleri alma yönünde Devlete verilen görevin yerine getirilmesi gerekliliğinden kaynaklandığı belirtilmektedir. Bu çerçevede ailenin huzur ve refahının korunması için gerekli tedbirleri almak ve teşkilatı kurmak devletin görevlerinden birisi olarak sayılmıştır. Dolayısıyla itiraz konusu kurallarla, eşlerden biri tarafından malvarlığının tüketilmesinin önüne geçilmesi suretiyle Anayasanın 41. maddesinin hükmü doğrultusunda, ailenin huzurunu korumanın ve sonuç olarak da evlilik birliğinin geleceğini garanti altına almanın hedeflendiği dikkate alındığında söz konusu maddelerin demokratik toplum düzeninin gereklerine aykırı olmadığı sonucuna ulaşılmıştır. Yine aynı kararda, söz konusu madde hükümlerinin kişisel borçlanma ya da ticari hayatın gereği olan kefalet ve borçlanma sözleşmelerine engel oluşturmayarak, sadece evli kişilerin üçüncü kişiler lehine kişisel güvence doğuran tüm sözleşmelerine uygulanması nedeniyle evli kişilerin kişisel borçlanma haklarına müdahale edilmediği, burada eşin hukukî işlem ehliyetine getirilmiş bir kısıtlama da söz konusu olmadığı, dolayısıyla söz konusu kuralların ailenin ortak kararı olmaksızın üçüncü kişiler lehine güvence verilmek suretiyle borçlanılmasına engel olarak ailenin huzur ve refahını koruduğundan, sınırlandırmanın bu açıdan ulaşılmak istenen amaç ile orantılı olduğunun açık olduğu ifade edilmiştir. Anayasa Mahkemesi bu kararı ile Türk Borçlar Kanunu'nun 584. maddesinin getiriliş amacını tüm ayrıntıları ile açıklamıştır.

²⁹¹ Emel Badur 2013, agm. s. 276.

²⁹² Anayasa Mahkemesi, T. 26.12.2013, E. 2013/57, K. 2013/162, 12.12.2014 tarih ve 29203 sayılı R.G.

3.2.3. Bu Yasal Düzenlemenin Eşin Rızasının Arandığı Diğer Yasal Düzenlemelerle İlişkisi

3.2.3.1. Türk Medenî Kanunu'nda Yer Alan Eşin Rızasının Arandığı Diğer Yasal Düzenlemelerle İlişkisi

4721 sayılı Türk Medenî Kanunu'nda eşin rızasının arandığı tüm haller, Aile Hukuku Bölümünde düzenlenmiştir. Türk Medenî Kanunu'nun 193. maddesine göre aksine bir hüküm bulunmadıkça, eşlerden her biri, diğer eş ve üçüncü kişilerle her türlü hukukî işlem yapabilmektedir. Söz konusu madde gereği, evli kişilerde sözleşme yapma serbestisi ana kural, bir eşin hukukî işlem yaparken diğer eşin rızasının aranması ise istisnadır. Burada kural olan eşlerin sözleşme özgürlüğü kanun ile düzenlendiğinden, istisna olarak gelen, eşin rızasının arandığı tüm haller de kanunla düzenlenmek zorundadır. Dolayısıyla 4721 sayılı Türk Medenî Kanunu'nda yer verilen bu yasal istisnalara, mal rejimine ilişkin 229, 263 ve 265 maddesi hükümlerinde, aile konutuna ilişkin 194. maddesinde, eşin tasarruf yetkisinin sınırlandırılmasına ilişkin 199. maddesinde, paylı mülkiyet konusu malda tasarrufa ilişkin 223. maddenin ikinci fıkrasında, evli erginlerin evlat edinilmesine ilişkin 313. maddenin ikinci fıkrasında yer verilmiştir. Getirilen bu hükümlerle, bir taraftan eşlerin birlikte ortak bir irade oluşturmaları sağlanmaya çalışılırken, diğer taraftan eşin rızası ile yapılacak olan hukukî işlemin eşin denetimine sunulması amaçlanmıştır.

Türk Medenî Kanunu'nda, eşin rızasının aranması şartına ilişkin hükümlerden, bir kısmı mal rejimlerine ilişkin olarak düzenlenmiş olup, bu hükümlerden ilki 229. maddede yer almaktadır. Bu maddeye göre, kişi yönünden sadece eşlerin üçüncü kişilere yapmış olduğu ivazsız sağlararası kazandırmalar, eşlerden birinin mal rejiminin sona ermesinden önceki bir yıl içinde diğer eşin rızası olmadan, olağan hediyeler dışında yaptığı karşılıksız kazandırmalar, edinilmiş mallara eklenecek değer olarak dikkate alınacaktır. Burada eklenebilecek kazandırmanın, sağlararası, üçüncü kişilere ve karşılıksız olarak yapılmış olması gerekmektedir. Karşılıksız kazandırma bir edinilmiş malın, karşılık alınmaksızın bir üçüncü kişiye devredilmesi ile gerçekleştirilmektedir²⁹³. Bu tür devirlerin en çok görülen türü bağışlama olmakla birlikte, doktrinde eşin ücret almadan bir üçüncü kişinin hizmetinde çalışmasının, karşılıksız olarak alacaktan vazgeçmenin, vakıf kurmanın ve hayat sigortalarından

²⁹³ Şafak Parlak 2007, agt. s. 162.

doğın yararlanmaların da karşılıksız kazandırma kavramına dâhil olduğu kabul edilmektedir²⁹⁴. Türk Medenî Kanunu'nun 229. maddesinin birinci bendi, açıkça mutad, doğum günü, evlilik, mezuniyet vb. özel günlerde verilen ve bağışlayanın mali durumuna uygun düşen hediyeleri eklemekten istisna etmiştir²⁹⁵.

Eşler bir mal rejimi sözleşmesi ile mal ortaklığını seçmişlerse, Türk Medenî Kanunu'nun 263. maddesi gereğince, ortaklık malları üzerinde, olağan yönetim dışında kalan konularda ortaklığı yükümlülük altına sokan işlemler ile ortak mallarında tasarrufta bulunurken her bir eşin diğere eşin rızasını alması gerekir. Maddenin ikinci fıkrasında, diğere eşin rızasının bulunmadığını bilmeyen ya da bilecek durumda olmayan üçüncü kişilerin iyi niyeti korunmuştur.

Eşin rızasına ilişkin kefalet sözleşmesinde ve Türk Medenî Kanunu'ndaki bazı hukukî işlemlerde, eşin rızasının aranması bir geçerlilik şartı olup, eşin rızası alınmadan yapılan işlem geçersiz olmaktadır. Ancak Türk Medenî Kanunu'nun 229. maddesi kapsamında, eşin rızasının alınmamış olması geçersizlik yaptırımını ortaya çıkarmamaktadır²⁹⁶. Burada eşin rızası olmadan yapılan hukukî işlem başka hukukî sonuçlara yol açmaktadır²⁹⁷. Bu çerçevede, eşin rızası olmadan işlemde bulunan eş, karşılıksız kazandırıcı işlemi iptal ettirmeyecek, bu işlem nedeniyle elde edemediği katılma alacağının, karşılanmayan kısmının tazminini talep edebilecektir²⁹⁸. Eşin rızası alınmadan kurulan kefalet sözleşmesi geçersiz olduğundan, bu yönü ile buradaki diğere eşin rızasından ayrılmaktadır. Keza kanun koyucu Türk Medenî Kanunu'nun 229. maddesinde aranan diğere eşin rızasını herhangi bir geçerlilik şartına bağlamamıştır²⁹⁹. Bu çerçevede burada durum kefalet sözleşmesinden farklıdır. Zira kefalet sözleşmesinde eşin rızası yazılı şekil şartına tabidir.

Türk Medenî Kanunu'nda, diğere eşin rızasının arandığı hükümlerden bir diğere, 194. maddenin birinci fıkrasında yer almaktadır. Söz konusu madde hükmüne göre, eşlerden biri, diğereinin açık rızası bulunmadıkça, aile konutu ile ilgili kira sözleşmesini feshedemez, aile konutunu devredemez veya aile konutu üzerindeki haklarını

²⁹⁴ Zafer Zeytin, *Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi ve Tasfiyesi*, Ankara, 2005, s. 159; Mustafa Dural, Tufan Öğüz ve Mustafa Alper Gümüş, *Türk Özel Hukuku Aile Hukuku*, C. III, İstanbul, 2013, age. s. 225-226.

²⁹⁵ Age. s. 225.

²⁹⁶ Emel Badur 2013, agm. s. 256.

²⁹⁷ Ahmet Kılıçoğlu, *Diğere Eşin Rızasına Bağlı Hukukî İşlemler ve Yasal Alım Hakkı*, Ankara, 2002, s. 36.

²⁹⁸ Age. s. 38.

²⁹⁹ Öztan, Bilge, *Aile Hukuku*, 5. Baskı, 2015, Ankara, s. 287; Mustafa Dural, Tufan Öğüz ve Mustafa Alper Gümüş 2013, age. s. 225.

sınırlayamaz. Kanun koyucu, madde hükmü ile mülkiyeti eşlerden birinde bulunan aile konutuna ilişkin işlemler ile kira sözleşmesine dayanarak zilyetliği elde edilmiş aile konutuna ilişkin bazı işlemler bakımından düzenleme getirmiş bulunmaktadır. Kira sözleşmesinin konusunu oluşturan aile konutuna ilişkin, Türk Borçlar Kanunu'nun 349. maddesinde de ayrı bir düzenleme bulunduğundan, burada sadece eşlerden birinin üzerinde aynî hak sahibi oldukları aile konutu incelenecektir.

Kanun koyucu, Türk Hukuku'na ilk kez 4721 sayılı Türk Medenî Kanunu ile eklenen “*aile konutu*” kavramını içerdiği anlamı daraltmak amacıyla tanımlamaktan kaçınmış, bu kavramın içinin doldurulmasını doktrin ve uygulamaya bırakmıştır³⁰⁰. Maddenin gerekçesinde aile konutu, eşlerin bütün yaşam faaliyetlerini gerçekleştirdiği, yaşantısına buna göre yön verdiği, acı ve tatlı günleri içinde yaşadığı, anılarla dolu bir alan olarak tanımlanmıştır³⁰¹. Yargıtay da kararlarında görüldüğü üzere, aile konutu ile ilgili aynı tanımlı benimsenmektedir³⁰². Doktrinde ise aile konutu, eşlerin iradesiyle onların barınmasına sürekli olarak tahsis edilen, ailenin hayat merkezini oluşturan, yerine göre sahip olunmak için uzun yıllar boyunca eşlerin çalışıp didindikleri, ailenin bütün yaşam faaliyetlerini gerçekleştirdiği yer (mesken) olarak tanımlanmaktadır³⁰³. Bu madde ile aile üyelerinin hayatlarında önemli bir yeri olan aile konutunun, gerek diğer eş tarafından eşe zarar vermek amacıyla kasıtlı olarak gerekse de düşüncesizlik veya deneyimsizlik nedeniyle devredilmesi veya üzerinde sınırlı aynî hak tesis etmesinin önüne geçilerek, aile birliğinin korunması amaçlanmıştır. Dolayısıyla kanun koyucu söz konusu madde ile aile konutu üzerinde, Türk Medenî Kanunu'nun 193. maddesinde düzenlenen eşlerin hukukî işlem özgürlüklerine sınırlama getirmiştir³⁰⁴. Söz konusu sınırlamanın temeli, Anayasa'nın 41. maddesine göre, Devletin ailenin korunmasına ilişkin gerekli tedbirleri almasına dayanmaktadır. Geçerli bir evlilikte, eşlerin bir aile konutu edinmeleri ile Türk Medenî

³⁰⁰ Cengiz Koçhisarlıoğlu, “İsviçre’de Evlilik Hukuku’ndaki Son Gelişmeler”, *Prof. Dr. Lale Akipek’e Armağan*, Konya, 1991, s. 443

³⁰¹ Bknz 4721 sayılı Türk Medenî Kanunu'nun 194. maddesinin gerekçesi.

³⁰² Yargıtay 2. HD., T. 04.10.2006, E. 2006/2592, K. 2006/624 sayılı karar için bakınız, Faruk Acar, *Aile Konutu Mal Rejimleri Eşin Yasal Miras Payı*, Ankara, 2012, s. 12 dn. 6.

³⁰³ Nami Barlas, “Yeni Medenî Kanun’a Göre Eşler Arasındaki Hukukî İşlem Rejimi”, *Makalelerim C. I*, İstanbul, 2008, s. 335-336; Cem Baygın, “4721 Sayılı Yeni Medenî Kanunu’nun Evlenme, Boşanma ve Evliliğin Genel Hükümleri Konusunda Getirdiği Değişiklikler”, *Ünal Tekinalp’e Armağan*, C. II., İstanbul, 2003, s. 455; Ebru Ceylan, “Yeni Türk Medenî Kanunu’nda Aile Konutunun Önemi”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Y. 2017, S. 128, s. 205-206; Mert Namlı, “Yeni Medenî Kanunu’nun Evlilik Hukuku’nda Yaptığı Değişiklikler”, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Y. 2, S.2, İstanbul, 2003, s. 294; Faruk Acar 2012, age. s. 17-18; Murat Doğan 2003, agm. s. 106; Ahmet Kılıçoğlu 2002, age. s. 8-9; Ahmet Kılıçoğlu 2014, age. s. 40-41; Şükran Şıpka 2015, agm. s. 50-51.

³⁰⁴ Faruk Acar 2012, age. s. 46-50; Emel Badur 2013, agm. s. 259-260.

Kanunu'nun 194. maddesi uygulama alanı bulur ve evlilik birliği hukuken sonra erinceye kadar da uygulanmaya devam eder³⁰⁵. Aile konutunun, kanunda öngörölen bu korumadan yararlanabilmesi için, evlilik birliğinin devam ediyor olması yeterlidir. Söz konusu madde hükmü ile aile konutuna ilişkin kira sözleşmesini feshetmek, aile konutunu devretmek veya aile konutu üzerindeki hakları sınırlandırmak isteyen eş diğer eşin rızasını almak zorundadır. Buradaki diğer eşin rızasının aranması şartı da geçerlilik şartı olup, bu yönüyle kefalet sözleşmesindeki eşin rızası ile benzerlik göstermektedir.

Türk Medenî Kanunu'nun 194. maddesinde belirtilen söz konusu rızanın belirsiz, soyut ve genel nitelikte olmaması, hangi hukukî işlem için verildiğinin somutlaştırarak belirlenmiş olması gerekir³⁰⁶. Örneğin, hak sahibi eşin aile konutu üzerinde taşınmaz rehni kurmak istemesi halinde, diğer eşin vereceği rızanın ilgili taşınmaz rehнинin kurulmasına yönelik olması gerekir³⁰⁷. Bu çerçevede belirli bir işlemin yapılmasına yönelik olarak önceden verilmiş genel ve soyut bir rıza da yeterli deđildir³⁰⁸. Anılan nedenlerle aile konutu üzerinde belirsiz bir zamanda kurulacak taşınmaz rehni işlemine verilecek genel bir rıza hüküm ifade etmeyecektir. Bu rızanın geçerliliği için, en azından bu işlemin ne zaman yapılacağının bilinebilir olması gerektiği ifade edilmektedir³⁰⁹.

Eşin rızasının aranması şartına ilişkin hükümlerden bir diğeri, Türk Medenî Kanunu'nun 199. maddesinde düzenlenmiştir. İlgili hüküm şu şekildedir:

“Ailenin ekonomik varlığının korunması veya evlilik birliğinden doğan mali bir yükümlölüğün yerine getirilmesi gerektiği ölçüde, eşlerden birinin istemi üzerine hâkim, belirleyici malvarlığı değeri ile ilgili tasarrufların ancak onun rızasıyla yapılabileceğine karar verebilir. Hâkim bu durumda gerekli önlemleri alır. Hâkim

³⁰⁵ şebnem Öner Nebioğlu, “Aile Konutunun Özellikleri, Unsurları, Koruma Süresi ve Koruma Nedenleri”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, C. 24, S. 97, Y. 2011, s. 123; Murat Doğan 2003, agm. s. 108; şükran şıpka 2004, age. s. 89.

³⁰⁶ Mahmut Kamacı, “Aile Konutu ve Hak Sahibi Eşin Bu Konutla İlgili Tasarruflarına Diğer Eşin Katılma Hakkı (Rıza)”, *Yargıtay Dergisi*, C. 30, S. 1-2, Ocak-Nisan 2004, s. 131; Nami Barlas 2008, agm. s. 128; Mustafa Dural, Tufan Öğüz ve Mustafa Alper Gümüş 2013, age. s. 168; Bilge Öztan 2015, age. s. 207.

³⁰⁷ Meltem Bulut, *Teminat Sözleşmelerinde Eşlerin Hukuki İşlem Özgürlüğüne Getirilen Sınırlamalar*, 1. Baskı, Ankara, 2016, s. 110.

³⁰⁸ Rona Serozan, “Aile Konutunun şerhine Değişik Bir Yaklaşım”, *Prof. Dr. Zahir İmre'ye Armağan*, İstanbul, 2009, s. 282.

³⁰⁹ Aybike Tunç, *Diğer Eşin Rızasına Bağlı Hukuki İşlemler, Yüksek Lisans Tezi, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı*, Ankara, 2013, s. 58; şükran şıpka 2004, age. s. 141.

eşlerden birinin taşınmaz üzerinde tasarruf yetkisini kaldırır, re'sen durumun tapu kütüğüne şerh edilmesine karar verir.”

Madde metninde hükmün amacı, ailenin ekonomik varlığının korunması ve evlilik birliğinden doğan mali yükümlülüğün yerine getirilmesinin sağlanması olarak ifade edilmiştir. Söz konusu hükmün uygulanabilmesi için, ailenin ekonomik varlığında tehlikenin ortaya çıkması yeterli olmakla birlikte, ayrıca zararın doğmuş olması şart değildir³¹⁰. Ailenin ekonomik varlığındaki tehlike, eşlerden birinin evlilik birliğinden doğan mali bir yükümlülüğü yerine getirmiyor olması ya da eşlerden birinin düşüncesizce malvarlığını çok düşük bedellere satması veya eşlerden birinin ailenin geçimini sağlayan ekonomik kaynağı sonlandırması şeklinde ortaya çıkabilir³¹¹. Bu gibi durumlarda diğer eş hâkimden belirli malvarlığı değerlerine ilişkin tasarrufların ancak kendi rızası ile yapılabileceğine yönelik bir karar verilmesini isteyebilir. Bu çerçevede hâkimin eşlerden birinin tasarruflarının geçerliliğini diğer eşin rızasına bağlayabilmesi için, eşlerden birinin bu yönde bir talebinin bulunması gerekir. Bu talep hakkı sadece eşlere tanınmış olmakla birlikte, hâkim tarafından resen göz önünde alınmaz. Diğer taraftan evlilik birliğinin korunması ile ilgili genel hükümler içerisinde bulunan Türk Medenî Kanunu'nun 199. maddesi, sadece eşlerin ekonomik geleceği ve mali yükümlülükleri ile ilgili özel düzenlemelerin bulunmaması halinde uygulanabilir. Örneğin, aile konutunun devri ve üzerindeki hakların sınırlandırılabilmesi için diğer eşin rızasının arandığı, Türk Medenî Kanunu'nun 194. maddesi karşısında, aynı Kanun'un 199. maddesine göre aile konutu ile ilgili işlemlerin diğer eşin rızasına bağlanması için mahkemeden herhangi bir talepte bulunulması mümkün değildir³¹². Doktrinde ileri sürülen bir görüşe göre, söz konusu madde hükmüyle getirilen sınırlama, mahkeme kararı ile sağlanan bir tasarruf yetkisi sınırlamasıdır³¹³. Türk Medenî Kanunu'nun 194. maddesi kapsamında eşin rızası ile eşlerin hukukî işlem özgürlüğüne getirilen sınırlama kendiliğinden değil de, bir yargı kararı ile ortaya çıktığından, bu yönü ile kefalet sözleşmesinde aranan rızadan ayrılmaktadır. Zira kefalet sözleşmesinde, bir eşin kefil olabilmesi için, mahkemeden

³¹⁰ Serkan Ayan, *Evlilik Birliğinin Korunması*, Ankara, 2004, s. 193

³¹¹ Emel Badur 2013, agm. s. 265; Ahmet Kılıçoğlu 2014, age. s. 63-64; Şafak Parlak 2007, agt. s. 184.

³¹² Ayşen Şahinci, “Eşlerin Tasarruf Yetkisinin Sınırlandırılması”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, S. 59, 2010, s. 314; Ahmet Kılıçoğlu 2002, age. s. 29;

³¹³ Mustafa Dural, Tufan Ögüz ve Mustafa Alper Gümüş 2013, age. 184-185; Murat Doğan 2003, agm. s. 121; Ahmet Kılıçoğlu 2014, age. s. 36-37; Seda Öktem, “Aile Birliğinde Eşlerin Tasarruf Yetkisinin Kısıtlanması”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, S.67, 2006, ss.317-338, s. 326; Şükran Şıpka 2004, age. s. 45-50.

eşin rızasının aranmasına ilişkin talepte bulunulması gerekmeksizin, kanun hükmü gereği diğer eşin rızasının aranması söz konusudur.

Türk Medenî Kanunu'nda, diğer eşin rızasının aranması şartına ilişkin hükümlerden bir diğeri, 223. maddenin ikinci fıkrasında düzenlenmiştir. Madde hükmü, yasal mal rejimi olan edinilmiş mallara katılma rejimine ilişkin olarak,

“Her eş, yasal sınırlar içerisinde kişisel malları ile edinilmiş mallarını yönetme, bunlardan yararlanma ve bunlar üzerinde tasarrufta bulunma hakkına sahiptir (f.1). Aksine anlaşma olmadıkça, eşlerden biri diğerinin rızası olmadan paylı mülkiyet konusu maldaki payı üzerinde tasarrufta bulunamaz.” düzenlemesini içermektedir.

Maddenin ilk fıkrasında kural, ikinci fıkrasında ise bu kuralın istisnası bulunmaktadır. Edinilmiş mallara katılma rejimi eşlere, diğer eşin malları üzerinde ortaklık veya mülkiyet hakkı vermemekle birlikte, sadece edinilmiş olan malların değerlerinin dikkate alınması suretiyle belirlenecek bir alacak hakkı sağlamaktadır³¹⁴. Bu durumun doğal sonucu, eşlerin gerek kişisel gerekse edinilmiş mallarının yönetimi, onlardan yararlanma ve onlar üzerinde tasarrufta bulunma konusunda serbest olmalarıdır³¹⁵. Ancak eşlerin paylı mülkiyete tabi malları bulunuyorsa, kanun koyucu istisnai bir düzenlemeyle, eşlerin payları üzerindeki tasarruflarını diğer eşin rızasına tabi kılmıştır. Burada paydaş eşin payı üzerinde tasarrufta bulunması yasaklanmamakta, sadece tasarruf özgürlüğü diğer eşin rızasına tabi tutularak sınırlandırılmaktadır³¹⁶. Madde hükmünde açıkça eşlerin paylı mülkiyete tabi mallarından söz edilmiş olmakla birlikte, söz konusu mallar üzerinde pay oranlarının, eşin rızasının aranması açısından belirleyici bir etkisi de bulunmamaktadır. Bu açıdan Türk Medenî Kanunu'nun 223. maddesinin ikinci fıkrasının, eşler arasında edinilmiş mallara katılma rejimi geçerli olduğu sürece, Türk Medenî Kanunu'nun 688. maddesinin üçüncü fıkrasında yer alan payın devredilmesinde ve rehnedilmesinde de öncelikle uygulanması gerekmektedir. Dolayısıyla Türk Medenî Kanunu'nun 223. maddesinin ikinci fıkrası, eşlerin paylı mülkiyet konusu mallarda, payı üzerinde tasarrufta bulunabileceğini düzenleyen genel hüküm olan Türk Medenî Kanunu'nun 688. maddesinin de istisnasını oluşturmaktadır. Burada diğer eşin rızası konusunda herhangi bir şekil öngörülmemiş olduğundan rıza yazılı veya sözlü verilebileceği gibi,

³¹⁴ Mehmet Erdem, *Aile Hukuku*, 2. Baskı, Ankara, 2019, s. 281.

³¹⁵ Zarife Şenocak, “Edinilmiş Mallara Katılma Rejiminde Artık Değere Katılma İle İlgili Mal Rejimi Sözleşmeleri ve Tenkisi”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Y. 2009, S. 2, s. 382-383.

³¹⁶ Mustafa Dural, Tufan Ögüz ve Mustafa Alper Gümüş 2013, age. s. 209.

hukukî işlem den önce ya da sonra da verilebilir³¹⁷. Madde hükmünde “aksine anlaşma olmadıkça” ibaresine yer verilmiş olması, hükmün emredici nitelikte olmadığını göstermektedir. Dolayısıyla taraflar aralarında anlaşma yaparak aksini kararlaştırabilirler³¹⁸. Türk Medenî Kanunu’nun 223. maddesinde düzenlenen eşin rızasının aranması şartı, madde hükmünün emredici nitelikte olmaması ve herhangi bir şekilde bağlı olmaması yönüyle Türk Borçlar Kanunu’nun 584. maddesinde düzenlenen eşin rızasından ayrılmaktadır. Zira kefalet sözleşmesinde eşin rızasının aranması şartını getiren Türk Borçlar Kanunu’nun 584. maddesi emredici nitelikte olup, taraflarca aksi kararlaştırılmaz. Ayrıca şekil şartı açısından da, kefalet sözleşmesi kurulurken bir eşin kefil olabilmesi için diğer eşin rızasının yazılı olması gerekmektedir. Aksi halde eşin rızası alınmamış sayılarak kefalet sözleşmesi geçersiz olacaktır. Yine kefalet sözleşmesinde rızanın mutlaka kefalet sözleşmesinden önce verilmesi gerekmektedir. Ancak Türk Medenî Kanunu’nun 223. maddesinde düzenlenen eşin rızası, hukukî işlem den önce ya da sonra verilebilir.

Eşin rızasının aranması şartına ilişkin hükümlerden bir diğeri, Türk Medenî Kanunu’nun 313. maddesinin ikinci fıkrasında düzenlenmiştir. Söz konusu madde hükmüne göre, evli bir kimse ancak eşinin rızasıyla evlat edinebilir. Burada rızası alınacak eş, evlat edinilecek olan kişinin eşidir. Kanun koyucu, evli olan eş ile evlat edinen arasında kurulan soybağı ilişkisinin doğrudan evlatlığın eşini ve evlilik birliğini etkileyeceğini düşündüğünden, bu ilişkinin kurulmasını diğer eşin rızasına bağlamıştır³¹⁹. Eşin rızasının açıklanması herhangi bir şekilde tabi değildir. Hatta kanun koyucu eşin rızasının açık olarak verilmesi gerektiğini dahi düzenlememiştir³²⁰. Bu yönü ile Türk Medenî Kanunu’nun 313. maddesinde düzenlenen eşin rızası, kefalet sözleşmesinde aranan eşin rızasının yazılı şekil şartına bağlı olması karşısında farklılık göstermektedir.

3.2.3.2. 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu’nda Yer Alan Eşin Rızasının Arandığı Yasal Düzenlemelerle İlişkisi

6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu’nda, 818 sayılı Borçlar Kanunu’nda yer almayan, eşin rızasına ilişkin iki yeni hükme yer verilmiştir. Bu hükümlerden ilki,

³¹⁷ Age. s. 209; Mehmet Erdem 2019, age. s. 282.

³¹⁸ Emel Badur 2013, agm. s. 270; Murat Doğan 2003, agm. s. 121; Mustafa Dural, Tufan Ögüz ve Mustafa Alper Gümüş 2013, age. s. 210.

³¹⁹ Age. s. 312; Şafak Parlak 2007, agt. s. 176.

³²⁰ Emel Badur 2013, agm. s. 271.

Türk Borçlar Kanunu'nun 349. maddesi, ikincisi Türk Borçlar Kanunu'nun 584. maddesidir. Türk Borçlar Kanunu'nun 349. maddesinde aile konutu olarak kiralanan taşınmazlarda kiracının eşinin açık rızası olmadıkça kira sözleşmesini feshedemeyeceği düzenlenmiştir. Türk Borçlar Kanunu'nun 584. maddesinde ise, bu çalışmanın da konusu olan, evli kişinin kefil olmak üzere yapmış olduğu kefalet sözleşmesinin geçerliliğini, eşinin yazılı rızasına bağlaması düzenlenmiştir.

Türk Borçlar Kanunu'nun 349. maddesinin birinci fıkrasında eşin rızası, “*aile konutu olarak kullanılmak üzere kiralanan taşınmazlarda kiracı, eşinin açık rızası olmadıkça kira sözleşmesini feshedemez.*” şeklinde düzenlenmiştir. Aslında kiralanan aile konutuna ilişkin kira sözleşmesinin feshinde eşin rızasının aranacağına ilişkin düzenleme Türk Medenî Kanunu'nun 194. maddesinde daha önceden düzenlenmiştir. Kanun koyucu, Türk Medenî Kanunu'nun 194. maddesinde yer alan kira sözleşmesine ilişkin kısmı, Türk Borçlar Kanunu'nun 349. maddesinde tekrar etmiştir. Söz konusu madde hükmüne göre, aile konutunun kira sözleşmesi ile temin edilmesi durumunda, aile konutu olarak kiralanan taşınmaza ilişkin, eşlerden biri diğer eşin açık rızası olmadan kira sözleşmesini feshedemeyecektir. Maddenin gerekçesine bakıldığında, tüm aile bireyleri için önem arz eden aile konutuna ilişkin kira sözleşmesini, kiracı eşin tek başına hareket ederek sona erdirmesinin engellenmesi ile evlilik birliğinin korunması amaçlanmıştır. Madde metninde yer alan fesih kavramına, hem olağan feshin hem de haklı sebebe dayalı olarak olağanüstü feshin dâhil olduğu kabul edilmektedir³²¹. Bu çerçevede fesih kavramı Türk Borçlar Kanunu'nun 328. maddesinde yer alan belirsiz süreli kira sözleşmelerinin feshini, Türk Borçlar Kanunu'nun 331. maddesinde yer alan haklı nedenle feshi, Türk Borçlar Kanunu'nun 347. maddesinde yer alan konut ve çatılı işyeri kiralalarına ilişkin kiracıya tanınan fesih hakkını kapsamaktadır³²². Yine feshin haklı veya haksız olması farklılık yaratmayacağı gibi, fesih ve sözleşmeden dönme ayrımı da önem arz etmeyecektir. Türk Borçlar Kanunu'nun 349. maddesinin birinci fıkrasında sadece fesih kavramına yer verilse de, fesih kavramının maddenin amacına uygun olarak yorumlanması gerekir. Fesih ile aynı sonucu doğuracak, kiracı eşin tahliye taahhüdünde bulunması, ikale sözleşmesi akdetmesi, açılmış tahliye davasının kabulü, kira sözleşmesini kısaltan veya yer olarak daraltan tadil sözleşmeleri yapması, kiralananın zamanından

³²¹ Cevdet Yavuz, Faruk Acar ve Burak Özen 2018, age. s. 332.

³²² Emel Badur 2013, agm. s. 274; Cevdet Yavuz, Faruk Acar ve Burak Özen 2018, age. s. 332.

önce devredilmesi vb. bu kapsamda değerlendirilerek eşin rızasına tabi olmalıdır³²³. Buna karşılık kiracı eşin kira sözleşmesinin sona ermesine yol açacak, kira bedelinin ödenmemesi ya da kiralananın akde uygun kullanılmaması gibi pasif davranışları diğer eşin rızasına tabi değildir³²⁴. Kanunda eşin rızası için şekil şartı öngörülmemiştir. Ancak öğretide ileri sürülen görüşe göre, taraflar iradi şekil olarak kira sözleşmesinin şeklini yazılı şekilde öngörmüşlerse, eşin rıza bildiriminin de yazılı şekilde yapılması gerekir³²⁵. Eşin rızası açık irade beyanı ile yapılmalıdır. Rıza beyanının muhatabı kiraya verendir. Diğer eşin rızasının fesih beyanının yapıldığı anda yapılması gerekli ve yeterlidir. Ancak bu zorunlu değildir. Fesih beyanından sonra da rızanın alınması mümkündür. Bu açıdan fesih bildirim için süre öngörülmüş ise bu sürenin dolmasına kadar eşin rızasının alınması gerekir. Ancak herhangi bir süre öngörülmemişse, fesih beyanının yapıldığı anda eşin rızasının bulunması gerekir. Türk Borçlar Kanunu'nun 349. maddesi emredici niteliktedir. Bu sebeple eşin rızası olmadan, diğer eşin aile konutu olarak kiralanan taşınmazın kira sözleşmesini feshetmesi durumunda, söz konusu fesih hüküm doğurmayacak ve bu çerçevede kira sözleşmesi devam edecektir³²⁶. Bu yönü ile bu halde aranan eşin rızası kefalet sözleşmesinde aranan eşin rızası ile benzerlik göstermektedir. Zira kefalet sözleşmesinde eşin rızasını düzenleyen Türk Borçlar Kanunu'nun 584. maddesi de emredici niteliktedir.

6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nda yer alan eşin rızasının arandığı yasal düzenlemelerden ikincisi, 584. maddede yer almaktadır. Hâlihazırda bu çalışmanın da konusunu oluşturan bu madde hükmü göre, eşlerden birinin kefil olabilmesi için diğer eşin rızasının bulunması gerekir. Bu düzenleme, ilerleyen bölümlerde ayrıntılı olarak incelenecektir.

3.3. DİĞER EŞİN RIZASININ GEÇERLİLİK ŞARTLARI

3.3.1. Genel Geçerlilik Şartları

Diğer eşin rızası, karşı tarafa varması gerekli, tek yanlı bir irade beyanında somutlaşan bir hukukî işlemdir³²⁷. Dolayısıyla bir hukukî işlemde bulunması gereken geçerlilik unsurlarını taşıması gerekir.

³²³ Murat Aydoğdu ve Nalan Kahveci, *Türk Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*, Ankara, 2019, s. 329; Şükran Şıpka 2015, agm. s. 55; Cevdet Yavuz, Faruk Acar ve Burak Özen 2018, age. s. 333.

³²⁴ Emel Badur 2013, agm. s. 74; Cevdet Yavuz, Faruk Acar ve Burak Özen 2018, age. s. 333.

³²⁵ Age. s. 333.

³²⁶ Age. s. 334-335.

³²⁷ Rona Serozan 2015, age. s. 396, Şükran Şıpka 2015, agm. s. 55-56.

Tüm hukukî işlemlerde aranan genel geçerlilik şartlarından ilki, hukukî işlemi yapan kişi veya kişilerin, hukukî işlem ehliyetine sahip olmasıdır. Kişinin haklar karşısındaki durumu ve onları kullanma konusundaki yeteneği ehliyet olarak tanımlanmaktadır³²⁸. Buna göre kişinin haklar karşısındaki durumu hak ehliyetini, hakları kullanma konusundaki yeteneği ise fiil ehliyetini oluşturur³²⁹. Bu çerçevede hak ehliyeti, bir hakka sahip olabilmeyi ve borç altına girebilmeyi ifade ettiğinden pasif, fiil ehliyeti ise kişinin kendi fiilleriyle hak elde edip borç altına girebilmesini ifade ettiğinden aktif niteliktedir³³⁰. Ehliyet bakımından yapılan değerlendirmede kişilerin hukukî işlemi yaptıkları sıradaki ehliyet durumu incelenmektedir. Bu çerçevede kişilerin hukukî işlemi yaptıkları sırada, ayrımda yer alan ehliyet statülerinden hangisinin özelliklerine sahip olduğu tespit edilir. Sonrasında bu tespite bağlı olarak yaptıkları hukukî işlemin ehliyet bakımından akıbeti hakkında karar verilir³³¹.

Ehliyet, kendi içerisinde ikiye ayrılmaktadır. Bunlar, hak ehliyeti ve fiil ehliyetidir. Hukukî işlemin geçerlilik şartı olarak inceleyeceğimiz ehliyet türü ise, fiil ehliyetidir.

Kişiler, fiil ehliyeti açısından, tam ehliyetli, sınırlı ehliyetli, sınırlı ehliyetsiz ve tam ehliyetsiz olmak üzere dört gruba ayrılır. Fiil ehliyetini herkes değil, yalnızca Kanun'un aradığı şartlara sahip olan kişiler haizdirler. Türk Medenî Kanunu'nun 10. maddesine göre, ayırt etme gücüne sahip, ergin olup, kısıtlı olmayan kişiler tam fiil ehliyetine sahip kişilerdir. Fiil ehliyeti tam olan bu kişiler, her türlü hukukî işlemi yapabilir; yaptıkları hukukî işlemler aracılığıyla hak kazanabilir, borç altına girebilir ve hukuka aykırı işlemlerden de sorumlu tutulabilirler³³².

Ayırt etme gücünün fiil ehliyetindeki önemi ilk sırada yer almaktadır. Ayırt etme gücü, kişinin fiil ve işlemlerinin sebebini, sonuçlarını, kapsam ve etkilerini tahmin edip bunlara uygun olarak hareket edebilme yeteneğidir³³³. Kanunda doğrudan

³²⁸ Bülent Köprülü, *Medeni Hukuk Genel Prensipler (Kişinin Hukuku)*, 1984, İstanbul, s. 187.

³²⁹ Gökhan Antalya ve Murat Topuz 2019, age. s. 248; Bülent Köprülü 1984, age. s. 187.

³³⁰ Mustafa Dural ve Tufan Ögüz, *Türk Özel Hukuku C. II Kişiler Hukuku*, İstanbul, 2011, s. 45; Serap Helvacı, *Gerçek Kişiler*, İstanbul, 2012, s. 48; Aydın Zevkliler, Şeref Ertaş, Ayşe Havuçtu ve Damla Gürpınar, *Medeni Hukuk Temel Bilgiler*, Ankara, 2012, s. 85.

³³¹ Gökhan Antalya Murat Topuz 2019, age. s. 248.

³³² Age. s. 249; Kemal Oğuzman, Özer Seliçi ve Saibe Özdemir Oktay, *Kişiler Hukuku*, 9. Baskı, 2009, İstanbul, age. s. 68.

³³³ G. Jale Akipek ve Turgut Akıntürk, *Yeni Medeni Kanuna Uyarlanmış Başlangıç Hükümleri- Kişiler Hukuku*, C. I, 2007, İstanbul, s. 286; İlhan Helvacı, "Temyiz Kudretinden Yoksun Şahısların Hukukî Sorumluluğu Üzerine", *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, (Prof. Dr. Orhan Münir Çağıl'a Armağan Sayısı), C. LV, S. 4, İstanbul 1997, s. 146; Zahit İmre, "Gayrimüeyyizlerin Hakları

ayırt etme gücü tanımlanmış olmamakla birlikte ayırt etme gücüne sahip kişilerin kimler olduğu Türk Medenî Kanunu'nun 13. maddesinde,

“Yaşının küçüklüğü yüzünden veya akıl hastalığı, akıl zayıflığı, sarhoşluk ya da bunlara benzer sebeplerden biriyle akla uygun biçimde davranma yeteneğinden yoksun olmayan herkes, bu kanuna göre ayırt etme gücüne sahiptir.” şeklinde düzenlenmiştir.

Kanun kapsamında ele alınan ayırt etme gücü, meydana gelen bir olayda akla uygun bir davranışın sergilenmesi ile ilgili değil, akla uygun hareket edilmesi konusunda yeteneğinin ya da algılayabilme kapasitesinin olup olmadığı ile ilgilidir. Ayırt etme gücünün bulunduğu kabul edilebilmesi için, gerekli olan iki unsurun mevcut olması gereklidir. Bunlardan birincisi, kişinin makul surette hareket edebilme yeteneğinin bulunmasıdır. Makul surette hareket edebilme yeteneği, kişinin hareketlerinin neden ve sonuçlarını doğru olarak kavramasını ve bu idrake uygun olarak davranabilmesini ifade eder³³⁴. Diğer unsur ise, Türk Medenî Kanunu'nun 13. maddesinde belirtilen ayırt etme gücünden yoksunluk hallerini meydana getiren durumların bulunmaması oluşturur. Maddede belirtilen bu haller, genel olarak, yaş küçüklüğü, akıl hastalığı, akıl zayıflığı, sarhoşluk ve buna benzer diğer sebeplerdir³³⁵. Kanunda belirtilen bu belli hallerin bir veya bir kaçının varlığı halinde, kişinin ayırt etme gücüne sahip olmadığı yolunda bir karine söz konusu olmaktadır³³⁶. Kanunda sayılan bu durumların varlığı halinde, ayırt etme gücüne sahip olduğunu iddia eden kişi, iddiasını ispatla yükümlüdür.

Ayırt etme gücü nisbi bir kavramdır³³⁷. Bu çerçevede bir kişi bazı işlemleri yaparken, ayırt etme gücüne sahip olduğu halde, bazı işlemleri yaparken ayırt etme gücüne sahip olmayabilir. Dolayısıyla hâkim, her somut olayı, ayırt etme gücü açısından kendi dinamikleri içerisinde değerlendirmelidir³³⁸.

Kefalet sözleşmesinde de, kefilin eşinin rızası alınırken, eşin ayırt etme gücüne sahip olması gerekir. Eşin rızayı verirken, verdiği rızanın kapsamını aile birliğini

Kullanma Ehliyetsizliğine ve Bunun İstisnalarına İlişkin Meseleler”, *Tahsin Bekir Balta'ya Armağan*, Ankara, 1974, s. 340; Bilge Öztan, *Şahsın Hukuku (Hakiki Şahıslar)*, Ankara, 2000, s. 71; Ferit H. Saymen, *Türk Medeni Hukuku, C. I, Umumi Prensipler*, İstanbul, 1948, s. 270-271; Gökhan Antalya ve Murat Topuz 2019, age. s. 247; Bülent Köprülü 1984, age. s. 200-201; Hıfzı Veldet Velidedeoğlu 1969, age. s. 97.

³³⁴ Vehbi Umut Erkan ve İpek Yücer, “Ayırt Etme Gücü”, *AÜHFD*, S. 60 (3), 2011, s. 489.

³³⁵ Kemal Oğuzman, Özer Seliçi ve Saibe Özdemir Oktay 2009, age. s. 49.

³³⁶ Bilge Öztan, *Medenî Hukuk'un Temel Kavramları*, 39. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2014, s. 253.

³³⁷ Age. s. 255; Aybike Tunç 2013, agt. s. 8.

³³⁸ Ergun Özsunay, *Gerçek Kişilerin Hukukî Durumu*, İstanbul, 1982, s. 34.

koruyacak kurallar çerçevesinde sınırlı tutabilme kabiliyetine sahip, kefil olacak eşinin yüklendiği sorumluluğu algılayabilecek ve akla uygun hareket edebilecek durumda olması gerekmektedir. Türk Medenî Kanunu'nun "*Ayırt etme gücünün bulunmaması*" başlıklı 15. maddesinde: "*Kanunda gösterilen ayırık durumlar saklı kalmak üzere, ayırt etme gücü bulunmayan kimsenin fiilleri hukukî sonuç doğurmaz.*" düzenlemesine yer verilmiştir. Söz konusu hüküm gereği, ayırt etme gücü olmayan bir kimse tarafından yapılan hukukî işlem kesin olarak hükümsüz olarak nitelendirilecektir³³⁹. Dolayısıyla ayırt etme gücünden yoksun olan eşin verdiği rıza, kesin olarak hükümsüz olacak ve kefil olan eşin yaptığı bu işlemin geçerli olması sonucunu da doğurmayacaktır.

Tam fiil ehliyetinin ikinci unsuru ergin olmaktır. Ergin olmak, belirli bir olgunluğa ulaşmayı ifade eder ve üç şekilde elde edilebilir³⁴⁰. Bunlar, belirli bir yaşa gelme ile, evlenme ile ve mahkeme kararı ile erginlik kazanmaktır. Türk Medenî Kanunu'nun 11. maddesine göre, belli bir yaşa gelme ile erginlik, 18 yaşın doldurulması ile kazanılır. Bu yaşa ulaşan bir kimse kendiliğinden kanun gereği ergin olmaktadır. İkinci olarak, evlenme yolu ile ergin olma söz konusudur. Türk Medenî Kanunu'nun 124. maddesinde,

"Erkek veya kadın on yedi yaşını doldurmadıkça evlenemez (f. 1). Ancak, hâkim olağanüstü durumlarda ve pek önemli bir sebeple on altı yaşını doldurmuş olan erkek veya kadının evlenmesine izin verebilir. Olanak buldukça karardan önce ana ve baba veya vasi dinlenir (f. 2)." düzenlenen hüküm ile, kanun koyucu evlilik yaşını düzenlemiştir.

Madde hükmüne göre, evlenme yaşı, kadın ve erkek için 17 yaşın doldurulması olarak kabul edilmiştir. Olağanüstü durumlarda ise 16 yaşını dolduran kadın ve erkek, hâkimin izniyle evlenebilir. Bu çerçevede kişi, Türk Medenî Kanunu'nun 11. maddesinin ikinci fıkrasına göre, erginlik yaşı olan 18 yaşını henüz doldurmamış olmasına rağmen, 17 yaşını doldurmuşsa yasal temsilcisinin izni alınarak veya 16 yaşını doldurmuşsa ve olağanüstü sebepler evlenmesini haklı gösteriyorsa hâkimin izniyle evlenerek erginliği kazanabilir. Burada, kanun koyucu, evlilik gibi ciddi ve kişiye ağır sorumluluklar yükleyen bir kuruma ehil olacak kişilerin, hukukî işlemler açısından fiil ehliyetine sahip olması gerektiği düşüncesiyle evlenmenin kişiyi ergin

³³⁹Gökhan Antalya ve Murat Topuz 2019, age. s. 247; Mehmet Ayan ve Nurşen Ayan, *Kişiler Hukuku*, 6. Baskı, 2014, Konya, s. 32; Bilal Köseoğlu, *4721 Sayılı Türk Medeni Kanunu ve Yargısal Yorumlar*, 2014, Ankara, Bilge Yayınevi, s.100; Serdar Nart, *Ayırt Etme Gücünden Yoksun Olan Kimselerin Hukukî Sorumluluğu*, Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı, Doktora Tezi, 2007, İzmir, s. 33.

³⁴⁰ Gökhan Antalya ve Murat Topuz 2019, age. s. 250.

kılacağı hükmünü düzenlemiştir³⁴¹. Bu durumda kişi sadece evliliğin tamamlanmasıyla, başka hiçbir işleme gerek olmaksızın ergin olacaktır³⁴². Evlenme ile kazanılan erginlik, evliliğin boşanma, ölüm ya da gaiplik sebebiyle sona ermesinden etkilenmeyerek devam eder³⁴³. Ancak evlenmenin mutlak butlan ya da nisbi butlan sebeplerinden biri ile iptal edilmesi halinde, evlenme ile kazanılan erginliğin kaybedilip kaybedilmeyeceği hususu doktrinde tartışmalıdır. Konuya ilişkin olarak ileri sürülen bir görüşe göre, evliliğin butlanına ilişkin kararın geçmişe etkili olarak sonuç doğurması nedeniyle kişi kazanmış olduğu erginliği kaybeder³⁴⁴. İleri sürülen bir diğer görüşe göre ise, evlilik ile kazanılan erginlik, evlilik ne şekilde sona ermiş olursa olsun kaybedilemez³⁴⁵. Doktrinde baskın olan üçüncü bir görüşe göre ise, eşin iyi niyetli olup olmamasına göre bir ayırım yapılmalı, eşin iyi niyetli olması halinde, evlenme ile kazanılmış olan erginliğin korunacağı ve devam edeceği, eşin iyi niyetli olmaması halinde ise evlenme ile kazanılan erginliğin kaybedileceği kabul edilmelidir³⁴⁶. Kanun koyucu, Türk Medenî Kanunu'nun 12. maddesinde yer alan, “15 yaşını dolduran küçük kendi isteği ve velisinin rızasıyla mahkemece ergin kılınabilir.” hükmü ile, mahkeme kararıyla erginliğin kazanılması durumunu düzenlemiştir. Bu maddeye göre, küçüğün mahkeme kararıyla ergin kılınabilmesi için 15 yaşını doldurmuş olması ve ergin olmayı kendisinin istemiş olması gerekmektedir. Zira ergin kılınmayı isteme kişiye sıkı sıkıya bağlı bir hak olduğundan, kişinin bizzat kendisinin ergin olmayı istemiş olması gerekir. Yine madde hükmüne göre, velayet altında bulunan küçüğün ergin kılınmasına karar verilebilmesi için, velisinin rızası gerekmektedir. Küçük, vesayet altında ise, küçüğün ergin kılınması için, vesayet makamının izninden sonra denetim makamının da izni gereklidir. Keza hâkimin, küçüğün erginliği hakkında karar verebilmesi için, erginliğin küçüğün menfaatine olması gerekmektedir³⁴⁷. Hâkim, kanunda sayılan şartlar gerçekleşmiş olsa dahi, ergin

³⁴¹ Hüseyin Hatemi, *Aile Hukuku I Evlilik Hukuku*, İstanbul, 2015, s. 34; Kemal Oğuzman, Özer Seliçi ve Saibe Oktay Özdemir 2009, age. s. 52.

³⁴² Gökhan Antalya ve Murat Topuz 2019, age. s. 250; Serap Helvacı 2012, age. s. 51.

³⁴³ Aytekin Ataay, *Şahıslar Hukuku Giriş Hakiki Şahıslar*, İstanbul, 1978, s. 70; Ergun Özsunay 1982, age. s. 36.

³⁴⁴ Kemal Oğuzman, Özer Seliçi ve Saibe Oktay Özdemir 2009, age. s. 53; Bilge Öztan 2015, age. s. 206.

³⁴⁵ G. Jale Akipek ve Turgut Akıntürk 2007, age. s. 297; Gökhan Antalya ve Murat Topuz 2019, age. s. 250; Serap Helvacı 2012, age. s. 53.

³⁴⁶ Abdülkadir Arpacı, *Kişiler Hukuku Gerçek Kişiler*, İstanbul, 2000, s. 29; Mehmet Ayan ve Nurşen Ayan 2016, age. s. 57; Aytekin Ataay 1978, age. s. 70; Ergun Özsunay 1982, age. s. 36.

³⁴⁷ Gökhan Antalya ve Murat Topuz 2019, age. s. 250; Serap Helvacı 2012, age. s. 56.

kılınmak küçüğün menfaatine olmayacaksa, küçük hakkında erginlik kararı vermemelidir³⁴⁸.

Tam ehliyetli olmanın üçüncü unsuru, kısıtlı olmamaktır. Kısıtlanma, ergin bir kişinin fiil ehliyetinin, Türk Medenî Kanunu'nun 405 ilâ 408 maddelerinde sayılan sebeplerin varlığı halinde, mahkeme kararıyla sınırlandırılması veya tamamen ortadan kaldırılmasıdır. Bu maddeler arasında, kısıtlama sebepleri sınırlı sayı ilkesine bağlı olarak sayılmış olup, kişinin kanunda sayılan sebepler dışında bir sebeple kısıtlanması mümkün değildir³⁴⁹. Türk Medenî Kanunu'nun 405. maddesine göre, akıl hastalığı veya akıl zayıflığı sebebiyle işlerini göremeyen veya korunması ve bakımı için kendisine sürekli yardım gereken ya da başkalarının güvenliğini tehlikeye sokan ergin kişi kısıtlanır. Aynı Kanun'un 406. maddesine göre, savurganlığı, alkol veya uyuşturucu madde bağımlılığı, kötü yaşam tarzı veya malvarlığını kötü yönetmesi sebebiyle kendisini veya ailesini darlık veya yoksunluğa düşürme tehlikesine yol açan ve bu yüzden devamlı korunmaya ve bakıma muhtaç olan ya da başkalarının güvenliğini tehdit eden ergin kısıtlanacaktır. Yine aynı Kanun'un 407. maddesine göre, bir yıl veya daha uzun süreli özgürlüğü bağlayıcı bir cezaya mahkûm olan ergin kişiler de kısıtlanacaktır. Aynı Kanun'un 408. maddesine göre ise, yaşlılığı, engelliliği, deneyimsizliği veya ağır hastalığı sebebiyle işlerini gerektiği gibi yönetmediğini ispat eden her ergin, kısıtlanmasını talep edebilir. Kanun koyucunun düzenlediği bu son hâl, ihtiyari kısıtlılıktır³⁵⁰. Kişilerin kanun hükmüne dayanarak kısıtlılık kararı alınmasını talep etmesi halinde hâkim, kanunda sayılan hallerin gerçekleşmiş olup olmadığını tetkik ederek karar verecektir. Kısıtlanan kişilerin ehliyeti belli ölçüde ellerinden alınmış olarak, küçüklerin durumuna benzer bir duruma getirilmiş olur³⁵¹. Kısıtlanmış bir kişi, ya anne ve babasının velayeti altına konur ya da bu kişiye bir vasi tayin edilir. Kısıtlanan kişi ayırt etme gücüne sahipse, kısıtlanmadan önce tam ehliyetli iken, kısıtlanma ile durumu değişerek, ehliyeti sınırlı ehliyetli haline gelmektedir.

Ayırt etme gücüne sahip olmamak, fiil ehliyetini tamamen ortadan kaldıran bir sebeptir. Bu çerçevede ayırt etme gücüne sahip olmayan bir kişi tam ehliyetsizdir. Türk Medenî Kanunu'nun 15. maddesine göre ayırt etme gücüne sahip olmayan kişilerin

³⁴⁸ Age. s. 54; Bülent Köprülü 1984, age. s. 213; Kemal Oğuzman, Özer Seliçi ve Saibe Oktay Özdemir 2009, age. s. 53.

³⁴⁹ Kemal Oğuzman, Özer Seliçi ve Saibe Oktay Özdemir 2009, age. s. 57; Bilge Öztan 2015, age. s. 758; Ali İhsan Özuğur, *Velayet, Vesayet, Soybağı ve Evlat Edinme Hukuku, Aile Mahkemeleri*, Ankara, 2003, s. 667.

³⁵⁰ Mehmet Ayan ve Nursen Ayan 2016, age. s. 59-60; Aybike Tunç 2013, agt. s. 14.

³⁵¹ Gökhan Antalya ve Murat Topuz 2019, age. s. 251.

yaptıkları hukukî işlemler kesin hükümsüzdür. Ayrıca yine tam ehliyetsizler borca aykırı davranışlarından da, haksız fiillerinden de sorumlu tutulmamaktadırlar³⁵². Tam ehliyetsizlerin üçüncü kişilerle olan her türlü hukukî işlemlerini, bu kişilerin yasal temsilcileri olan, velisi veya vasisi yapar. Ancak Türk Medeni Kanunu'nun 449. maddesinde düzenlenen işlemler ise, tam ehliyetsiz kişi adına yasal temsilcisi tarafından dahi yapılamayacak yasak işlemlerdir. Bu çerçevede yasal temsilci, tam ehliyetsizin malını bağışlayamaz, vakıf kuramaz ve bu kişi adına kefil olamaz³⁵³. Dolayısıyla tam ehliyetsizler kefalet sözleşmesi yapamayacağı gibi, yasal temsilcisi de onlar adına kefalet sözleşmesi yapamaz. Yine yasal temsilci, tam ehliyetsizin de kullanamadığı, kişiye sıkı sıkıya bağlı haklarını da onun adına kullanamaz³⁵⁴. Ancak bazı durumlarda, tam ehliyetsiz kişinin saygınlığının korunabilmesi ve zarara uğramaması bakımından, kişiye sıkı sıkıya bağlı hakkın kullanılmasının zorunlu olduğu hallerde, yasal temsilcisi tarafından kullanılması kabul edilebilir³⁵⁵. Yasal temsilcinin, tam ehliyetsiz adına yaptığı işlemleri, hukukî işlemin başından itibaren kendisi yapması gerekmez. Aksi halde önceden tam ehliyetsizin yaptığı işlem, sonradan yasal temsilcinin onay vermesi ile geçerli hale gelmez³⁵⁶. Türk Medenî Kanunu'nun 449. maddesinin, rıza gösterecek eşin tam ehliyetsiz olması durumunda kıyasen uygulanıp uygulanmayacağı konusu tartışmalıdır. Doktrinde baskın olarak kabul edilen görüşe göre, eşin rızası kişiye sıkı sıkıya bağlı bir hak olmaması sebebiyle rızası gereken eşin ehliyetsizliği durumunda Türk Medenî Kanunu'nun 449. maddesinin uygulanmayacağı, kefalet sözleşmesinde rızası gereken eşin ehliyetsizliği durumunda yasal temsilcisinin yazılı şekilde rıza vermesinin kabul edilmesi gerektiği ileri sürülmektedir³⁵⁷.

Fiil ehliyetinin ayırt etme gücüne sahip olma koşulunu sağlayan ancak ergin olma veya kısıtlı olmama koşullarından birine sahip olmayan kişilere sınırlı ehliyetsiz denilmektedir. Sınırlı ehliyetsizler, ayırt etme gücüne sahip küçükler ile ayırt etme

³⁵² Age. s. 252; Serap Helvacı 2012, age. s. 65; Kemal Oğuzman, Özer Seliçi ve Saibe Oktay Özdemir 2009, age. s. 63.

³⁵³ Gökhan Antalya ve Murat Topuz 2019, age. s. 252; Mehmet Ayan ve Nurşen Ayan 2016, age. s. 78-79; Bilge Öztan 2014, age. s. 263.

³⁵⁴ Gökhan Antalya ve Murat Topuz 2019, age. s. 252; Bilge Öztan 2014, age. s. 263.

³⁵⁵ Gökhan Antalya ve Murat Topuz 2019, age. s. 252-253; Mehmet Ayan ve Nurşen Ayan 2016, age. s. 79; Boşanmaya ilişkin zina ve pek fena muamele halinde, yasal temsilcisinin kişiye sıkı sıkıya bağlı bu hakları kullanmasına müsaade edilmektedir. Bilge Öztan 2014, age. s. 259.

³⁵⁶ Serap Helvacı 2012, age. s. 70.

³⁵⁷ Ece Baş 2012, agm. s. 123; Özlem Acar 2014, agt. s. 105; Mustafa Alper Gümüş 2014, age. s. 347; Seda Öktem Çevik 2012, agm. s. 120; Burak Özen 2017, age. s. 175; Seza Reisoğlu 2013, age. s. 91; Muzaffer Şeker 2017, age. s. 26; Eşin ehliyetsiz olması konusunda bakınız, 4.3.2.

gücüne sahip kısıtlılardan meydana gelir. Kural sınırlı ehliyetsiz kişilerin ehliyetsiz olmaları ve yaptıkları hukukî işlemlerin geçerli olmamasıdır. Ancak Türk Medenî Kanunu'nun 16. maddesinde, sınırlı ehliyetsiz kişilerin bazı işlemleri tek başına yapabileceği düzenlenmiştir. Söz konusu madde hükmüne göre sınırlı ehliyetsizler, karşılıksız kazanmada, kişiye sıkı sıkıya bağlı hakları kullanmada ve haksız fiillerinden sorumlu tutulmalarında ehliyetli sayılmaktadırlar. Kanun koyucu, bunlar dışındaki sınırlı ehliyetsizlerin gerçekleştirdiği işlemlerin geçerliliğini yasal temsilcilerinin onayına bağlamıştır. Geçerliliği yasal temsilcinin rızasına bağlanmış olan bu işlemlerde, yasal temsilci ister işlemin yapılmasından önce izin vermiş olsun, isterse işlem yapıldıktan sonra icazet vermiş olsun, her iki durumda da işlem geçerli olacaktır³⁵⁸. Ancak söz konusu hukukî işlem, yasal temsilcinin izni alınmadan yapılmışsa ve yasal temsilci henüz icazet vermemiş ise, yasal temsilcinin icazet göstermesine kadar işlem askıda hükümsüz olacaktır³⁵⁹. Yasal temsilcinin söz konusu işleme icazet vermeyi reddetmesi halinde ise, işlem baştan itibaren geçersiz olacaktır³⁶⁰. Türk Medenî Kanunu'nun 451. maddesine göre, yasal temsilci işleme açıkça icazet vermez ve yine açıkça icazet vermeyi ret etmezse üçüncü kişi yasal temsilciye icazet vermesi veya reddetmesi için süre verebilir. Yasal temsilci bu sürede susarsa icazet vermeyi reddetmiş sayılır. Yasal temsilci bu süre içerisinde işleme icazet verirse, işlem yapıldığı andan itibaren sınırlı ehliyetsiz açısında da bağlayıcılık kazanır³⁶¹. Buradaki onaylama açık veya örtülü olabilir. Bu süre içerisinde sınırlı ehliyetsizin ergin olması veya vesayetten kurtularak tam ehliyet kazanması da aynı sonucu doğurmaktadır³⁶². Türk Medenî Kanunu'nun 449. maddesinde vesayet altındaki sınırlı ehliyetsizler için yasak işlemler düzenlenmiştir³⁶³. Sınırlı ehliyetsiz kişi adına yasal temsilcisi tarafından dahi yapılamayacak yasak işlemlerdir. Bu çerçevede yasal temsilci, sınırlı ehliyetsizin malını bağışlayamaz, vakıf kuramaz ve bu kişi adına kefil olamaz³⁶⁴. Dolayısıyla sınırlı ehliyetsizler kefalet sözleşmesi

³⁵⁸ Serap Helvacı 2012, age. s. 78; Gökhan Antalya ve Murat Topuz 2019, age. s. 254.

³⁵⁹ Age. s. 254; Rona Serozan 2015, age. s. 396; Aydın Zevkliiler, Şeref Ertaş, Ayşe Havutçu ve Damla Gürpınar 2012, age. s. 95.

³⁶⁰ Serap Helvacı 2012, age. s. 78; Gökhan Antalya ve Murat Topuz 2019, age. s. 254; Rona Serozan 2015, age. s. 396-397.

³⁶¹ Mehmet Ayan ve Nurşen Ayan 2016, age. s. 73; Serap Helvacı 2012, age. s. 78;

³⁶² Mehmet Ayan ve Nurşen Ayan 2016, age. s. 73.

³⁶³ Burak Özen 2017, age. s. 178; Serkan Ayan 2018, age. s. 106; Kemal Oğuzman, Özer Seliçi ve Saibe Oktay Özdemir 2009, age. s. 89.

³⁶⁴ Gökhan Antalya ve Murat Topuz 2019, age. s. 252; Mehmet Ayan ve Nurşen Ayan 2016, age. s. 78-79; Bilge Öztan 2014, age. s. 263.

yapamayacağı gibi, yasal temsilcisi de onlar adına kefalet sözleşmesi yapamaz³⁶⁵. Yine yasal temsilci, tam ehliyetsizin de kullanamadığı, kişiye sıkı sıkıya bağlı haklarını da onun adına kullanamaz³⁶⁶. Türk Medenî Kanunu'nun 343. maddesinin birinci fıkrasına göre, velayet altındaki ayırt etme gücüne sahip olan küçüklerin fiil ehliyetine, vesayet altındaki kısıtlılara ilişkin hükümler uygulanmaktadır. Bu sebeple aynı Kanun'un 449. maddesinde düzenlenen yasak işlemler velayet altındaki sınırlı ehliyetsizler içinde yasak işlemlerdendir. Dolayısıyla velayet altındaki ayırt etme gücüne sahip olan küçükler, ne kendi başına ne de yasal temsilcisinin izni veya icazeti ile kefil olamazlar.

Fiil ehliyetinin unsurlarının tümünü taşımasına rağmen, korunmaları amacıyla bazı hukukî işlemlerinin geçerliliği belli bir kişinin ya da kendisine atanmış olan yasal danışmanın onayına bağlanmış olan kişiler sınırlı ehliyetlidir³⁶⁷. Bu kişiler kural olarak fiil ehliyetine sahip olmakla birlikte, istisnai olarak bu kişilerin ehliyetleri bazı işlemler açısından sınırlandırılmıştır³⁶⁸. Ancak konuya ilişkin olarak ileri sürülen bir görüşe göre ise, kendilerine yasal danışman atanan kişilerin fiil ehliyetlerine ilişkin herhangi bir sınırlamanın söz konusu olmadığı kabul etmektedir³⁶⁹. Bu görüşe göre kendilerine yasal danışman atanan kişiler tam ehliyetli durumundadır. Türk Medenî Kanunu'nun 429. maddesine göre, yasal danışmanın onayının alınması gereken işlemler sınırlı bir biçimde sayılmıştır. Söz konusu maddede oy ve yönetim danışmanlığı şeklinde iki yasal danışmanlık türü düzenlenmiştir. Kendisine oy danışmanı tayin edilen kimse, dava açma ve sulh olma, taşınmazların, alımı, satışı, rehnedilmesi ve taşınmazlar üzerinde başka bir aynı hak kurulması, kıymetli evrakın alımı, satışı ve rehnedilmesi, olağan yönetim sınırları dışında kalan yapı işleri, ödünç verme alma işlemleri, anaparayı alma, bağışlama, kambiyo taahhüdü altına girme ve kefil olma, işlemi bakımından, yasal danışmanın oyunu ve bu bağlamda olumlu görüşünü kanunda sayılan dokuz ayrı işlem ve bu çerçevede almak zorundadır. Yasal danışmanın bu işlemlere onay vermemesi durumunda, işlem geçersiz olacaktır³⁷⁰.

³⁶⁵ Kemal Oğuzman, Özer Seliçi ve Saibe Oktay Özdemir 2009, age. s. 89.

³⁶⁶ Gökhan Antalya ve Murat Topuz 2019, age. s. 252; Bilge Öztan 2014, age. s. 263.

³⁶⁷ Gökhan Antalya ve Murat Topuz 2019, age. s. 253; Mehmet Ayan ve Nurşen Ayan 2016, age. s. 63; Serap Helvacı 2012, age. s. 67; Aybike Tunç 2013, agt. s. 15.

³⁶⁸ Mehmet Ayan ve Nurşen Ayan 2016, age. s. 62-66; Gökhan Antalya ve Murat Topuz 2019, age. s. 254; Serap Helvacı 2012, age. s. 64; Bilge Öztan 2014, age. s. 272.

³⁶⁹ Mustafa Dural ve Tufan Ögüz 2011, age. s. 62; Rona Serozan 2015, fiil ehliyetini tam ehliyetliler, sınırlı ehliyetsizler ve tam ehliyetsizler olarak ayırarak, sınırlı ehliyetli ayırımına yer vermemiştir, s. 428.

³⁷⁰ Bilge Öztan 2014, age. s. 272; Gökhan Antalya ve Murat Topuz 2019, age. s. 253-254; Mehmet Ayan ve Nurşen Ayan 2016, age. s. 65.

Kendisine yönetim danışmanı atanan kimse ise, malvarlığının geliri ve kendi kazancı üzerinde dilediği gibi tasarruf etme hakkına sahipken, malvarlığının sermaye bölümünde tasarruf hakkı bulunmamaktadır. Kendisine yönetim danışmanı atanan kişinin malvarlığının sermaye bölümü ile ilgili işlemler, bizzat kişinin kendisi tarafından gerçekleştirildikten sonra yasal yönetim danışmanının onayına sunulabilir ya da işlem doğrudan yönetim danışmanı tarafından gerçekleştirilebilir. Burada da yönetim danışmanı tarafından bizzat yapılmayan veya yapılmasına onay vermediği işlemler geçersiz sayılacaktır³⁷¹. Oy danışmanlığı ile yönetim danışmanlığının birleşmesi ile oluşan danışmanlığa karma yasal danışmanlık denir³⁷². Bu danışmanlık türü, Türk Medenî Kanunu'nda yer almamaktadır. Kendisine karma danışman atanan kişi, malvarlığının sermaye bölümünde karma danışmanın onayı ile tasarrufta bulunabilir, ancak malvarlığının geliri üzerinde ise, Türk Medenî Kanunu'nun 429. maddesinde sayılan dokuz işlemde birini geçerli olarak yapabilmek için karma danışmanın oyunu alması gerekir³⁷³. Kendisine yasal danışman atanmış kişinin kefil sıfatı ile yaptığı kefalet sözleşmesi, yasal danışmanın onay vermesi halinde baştan itibaren geçerli olur³⁷⁴. Bu onay verilinceye kadar kefalet sözleşmesi tek taraflı bağlamazlık yaptırımına tabidir³⁷⁵. Söz konusu kefalet sözleşmesine yasal danışmanın onay vermemesi halinde ise, sözleşme baştan itibaren geçersiz hale gelecektir³⁷⁶.

Tüm hukukî işlemlerde aranan genel geçerlilik unsurlarından ikincisi, hukukî işlemin konusunun hukuka, ahlâka veya kişilik haklarına aykırı veya imkânsız olmamasıdır. Dolayısıyla kefalet sözleşmesinde, bir eşin kefil olabilmesi için diğer eşin rızasının konusunun hukuka, ahlâka veya kişilik haklarına aykırı olmaması ve keza imkânsız olmaması gerekmektedir.

Hukukî işlemin geçerlilik şartlarından bir diğeri, işlemi doğuran irade beyanlarının yanılma, aldatma ve korkutma sebepleriyle sakatlanmamış olmasıdır. Kişi, sağlıklı irade beyanı ile hukukî işlemi gerçekleştirmelidir. Kefalet sözleşmesinde, kefil olmak isteyen kişinin eşi, eşinin kefil olması için rıza gösterirken bir irade beyanı ortaya koymaktadır. Diğer eşin rızasının geçerli olabilmesi için, rıza veren eşin bu yöndeki iradesinin sağlıklı olması ve bu çerçevede yanılma, aldatma veya korkutma

³⁷¹ Gökhan Antalya ve Murat Topuz 2019, age. s. 254

³⁷² Age. s. 254; Bilge Öztan 2014, age. s. 273;

³⁷³ Gökhan Antalya ve Murat Topuz 2019, age. s. 254; Serap Helvacı 2012, age. s. 67 vd.

³⁷⁴ Serkan Ayan 2018, age. s. 107.

³⁷⁵ Saftar Guliyev, *Kefalet Özgü Geçerlilik Koşulları, Bahçeşehir Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı, Yüksek Lisans Tezi*, 2020, İstanbul, s. 36.

³⁷⁶ Serkan Ayan 2018, age. s. 107.

hallerinden biriyle sakatlanmamış olması gerekmektedir. Kefilin eşinin, rızasını ortaya koyarken iradesinin sakatlanmış olması halinde, Türk Borçlar Kanunu'nun 39. maddesinin birinci fıkrasına göre, yanıltma veya aldatmanın öğrenildiği; korkutmanın etkisinin ortadan kalktığı tarihten itibaren bir yıl içinde iptal hakkını kullanabilecektir. Söz konusu irade sakatlıkları sebebiyle hukukî işlemi iptal ettirmek için kural olarak dava açmak gerekmemektedir. Tek taraflı olarak iptal iradesinin açıklanması ve bu iradenin karşı tarafa varması gerekli ve yeterlidir³⁷⁷. Eğer eş iptal hakkını kullanırsa, iptal edilmiş rızaya dayanılarak kurulmuş olan kefalet sözleşmesi de hükümsüz olacaktır³⁷⁸. Bu durumda kefil olan eş diğer eşin rızasının iptali sebebiyle kefalet sözleşmesinin hükümsüz olduğunu alacaklıya karşı ileri sürülebilir. Doktrinde ileri sürülen bir görüşe göre, irade sakatlığına kefil olan eşin korkutmasının sebep olması durumunda, kefilin diğer eşin rızasının iptali sebebiyle kefalet sözleşmesinin hükümsüz olduğunu alacaklıya karşı ileri sürmesi dürüstlük kuralına aykırı sayılmaması gerektiği kabul edilmektedir³⁷⁹.

Kefalet sözleşmesinin tarafı olmayan esas borçlunun aldatması, hem kefil hem de rıza gösterecek olan kefilin eşi için, üçüncü kişinin aldatması olarak değerlendirilebilir³⁸⁰. Bu durumda asıl borç ilişkisindeki alacaklının aldatmayı bilip bilmemesi önem arz edecektir. Alacaklı eğer aldatmayı biliyorsa ya da bilmesi gerekiyorsa, Türk Borçlar Kanunu'nun 36. maddesinin ikinci fıkrasına göre, kefilin eşi üçüncü kişinin aldatmasına dayanarak rızayı iptal edebilir.

Kefilin eşi, adi kefalet sözleşmesine rıza vermek isterken yanılarak, müteselsil kefalet sözleşmesine rıza göstermiş ise, irade beyanında esaslı bir yanıltma olduğunu ileri sürerek rızayı iptal edebilir. Örneğin, rıza verilecek olan kefalet sözleşmesinin dayanağı bir genel kredi sözleşmesi iken, kefilin eşi rıza gösterdiği esnada kefil olunan hukukî ilişkinin basit bir bireysel kredi olduğunu sanarak rıza göstermişse, bunu fark ettiği andan itibaren bir yıl içinde esaslı yanıltmaya dayanarak daha önce vermiş olduğu rızayı iptal edebilir³⁸¹.

Ancak asıl borç ilişkisindeki alacaklının, kefalet sözleşmesinin rıza veren eşin iradesine uygun olarak adi kefalet sözleşmesi olarak kurulmasına razı olduğunu

³⁷⁷ Gökhan Antalya ve Murat Topuz 2019, age. s. 261,

³⁷⁸ Fikriye Ceren Sadioğlu, "6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'na Göre Kefalet Sözleşmesinde Eşin Rızası", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, S. 133 (Özel Sayı), 2017, s. 211; Serkan Ayan 2018, age. s. 124; İsmail Kırca 2006, agm. s. 446; Burak Özen 2017, age. s. 182; Seza Reisoğlu 2013, age. s. 93.

³⁷⁹ Serkan Ayan 2018, age. s. 126.

³⁸⁰ Burak Özen 2017, age. s. 88; Emel Badur 2013, agm. s. 291; Muzaffer Şeker 2017, age. s. 29.

³⁸¹ Serkan Ayan 2018, age. s. 125.

bildirmediği durumunda, dürüstlük kuralı kapsamında sözleşme adi kefalet sözleşmesi olarak kurulmuş sayılacaktır³⁸². Bu durumda kefilin eşi, rıza beyanında yanılma hükümlerine dayanarak, rızasını iptal edemeyecektir. Türk Borçlar Kanunu'nun 35. maddesinin birinci fıkrasına göre, kefilin eşi, rıza beyanında yanılma sebebiyle iradesinin sakatlandığını ileri sürerek rızasını iptal ederken, yanılmasında kusurlu ise, kefalet sözleşmesinin rızanın iptali sonucu geçersiz hale gelmesi nedeniyle alacaklının uğradığı menfi zararı tazmin etmekle yükümlü olur³⁸³.

3.3.2. Özel Geçerlilik Şartları

3.3.2.1. Somut Bir Kefalet Sözleşmesi İçin Verilmesi

Evlilik birliği içerisinde kurulan kefalet sözleşmeleri için diğer eşin rızası aranmaktadır. Ancak burada önemli olan nokta, diğer eşin rızasının soyut ve genel değil, somut ve belirli bir kefalet sözleşmesi için verilmiş olmasıdır³⁸⁴. Bu çerçevede diğer eşin rızasının düzenlendiği hükmün aileyi koruyucu amacına uygun olarak eşin, kefalet sözleşmesinde kefil olacak eşinin içine girdiği borç ilişkisini ve bununla birlikte üstlendiği sorumluluğu bilerek rıza göstermesi gerekmektedir. Bu şekilde, genel olarak veya gelecekte yapılacak belirsiz sayıda kefalet sözleşmelerine yönelik olarak rıza verilmesi mümkün olmadığı gibi, her somut kefalet sözleşmesi için ayrı ayrı rıza verilmesi gerekmektedir³⁸⁵. Ancak diğer eşin koşullarını incelediği, doğabilecek rizikonun bilinebilir olduğu birden fazla kefalet sözleşmesini kapsar şekilde vereceği tek bir rızanın geçerli olduğu kabul edilmektedir³⁸⁶.

Eşin rızasının somut bir kefalet sözleşmesine ilişkin verilmiş olmasının sonucu, eşin rızası ile rıza verdiği kefalet sözleşmesinin birbiriyle uyum içerisinde olması gerekliliğidir. Dolayısıyla eşin rıza beyanında belirttiği kefalet sözleşmesinden daha ağır şartları taşıyan kefalet sözleşmesi geçersiz olacaktır³⁸⁷. Burada eşin rızası ile kefalet sözleşmesinin birbiriyle uyumsuzluğu, asıl borca, alacaklıya veya asıl borçluya ilişkin olabilmektedir. Örneğin, kefilin eşinin rıza beyanında gösterilen miktardan, daha fazla bir miktar için kefil olunması durumunda olduğu gibi...

³⁸² Muzaffer Şeker 2017, age. s. 29.

³⁸³ Serkan Ayan 2018, age. s. 125, dn. 405.

³⁸⁴ Burak Özen 2017, age. s. 180; Emel Badur 2013, agm. s. 290; Ece Baş 2012, agm. s. 118; Mahmut Bilgen 2013, age. s. 66; Seda Öktem Çevik 2012, agm. s. 124; H. Murat Develioğlu 2009, age. s. 179; İsmail Kırca 2006, agm. s. 444.

³⁸⁵ Burak Özen 2017, age. s. 180; Ece Baş 2012, agm. s. 118; H. Murat Develioğlu 2009, age. s. 179 dn. 685; Mustafa Alper Gümüş 2014, age. s. 347; Seza Reisoğlu 2013, age. s. 91; Muzaffer Şeker 2017, age. s. 32.

³⁸⁶ Burak Özen 2017, age. s. 180; Seza Reisoğlu 2013, age. s. 91.

³⁸⁷ İsmail Kırca 2006, agm. 445; Emel Badur 2013, agm. s. 291.

Öte yandan kefalet sözleşmesi adi kefaletle göre daha ağır şartları olan müteselsil kefaletle ilişkinse, kefilin eşi adi kefaletle rıza vermişse, bu durumda rızanın kabul edilip edilmeyeceği konusunda doktrinde farklı görüşler bulunmaktadır. Doktrinde ileri sürülen bir görüşe göre, eşin rızası adi kefaletle ilişkin olduğundan, eşin rıza gösterdiği kısım geçerli sayılıp, sözleşmenin adi kefalet olarak ayakta tutulması gerekir³⁸⁸. Doktrinde ileri sürülen diğer bir görüşe göre, eşin rızasının adi kefaletle yönelik olması, müteselsil kefaletin yapılmasına ilişkin bir rızasının olmadığını göstermesi sebebiyle müteselsil kefalet sözleşmesinin geçersiz sayılması gerekir³⁸⁹. Doktrinde ileri sürülen üçüncü bir görüşe göre ise, eşin adi kefalet sözleşmesine yönelik rızasının varlığı ve rıza veren eşin rızasını yanılma nedeniyle iptal etme hakkı varken bunu yapmaması nedeniyle müteselsil kefalet sözleşmesinin tamamen geçersiz sayılması yerinde olmayacaktır³⁹⁰. Bu görüşe göre, alacaklının, sözleşmenin adi kefalet olarak devam etmesine hazır olduğunu bildirmesi halinde, sözleşmenin adi kefalet sözleşmesi olarak devam etmesi daha uygun olacaktır³⁹¹.

3.3.2.2. Kefalet Sözleşmesinden Önce Verilmesi

Türk Borçlar Kanunu'nun 584. maddesinin birinci fıkrasına göre, eşin rızası, *“sözleşmenin kurulmasından önce ya da en geç kurulması anında”* mevcut olmalıdır. Kanun koyucunun madde hükmünde, eşin rızasına ilişkin zamansal bir sınırlama getirmesinin amacı, rızası aranan eşin sözleşme yapıldıktan sonra baskı altında rıza göstermesine engel olmaktır³⁹². Madde hükmünden de anlaşılacağı üzere, kefalet sözleşmesinin kurulmasından sonra, eş tarafından verilen onay sözleşmeyi geçerli hale getirmemektedir³⁹³. Doktrinde, sonradan rıza verilmesi halinde sözleşmenin geçerli hale gelmemesi eleştirilerek, bu düzenleme aşırı bulunmuştur³⁹⁴. Fakat doktrinde ileri sürülen bir diğer görüşe göre, kefalet sözleşmesi yapıldıktan sonra, baskı altında verilmiş bir rıza olma ihtimali yüksek olduğundan, kanun koyucunun aileyi koruma amacı göz önüne alındığında, başlangıçta eşin rızası şartını taşımayan kefalet

³⁸⁸ Nihat Yavuz 2011, age. s. 816.

³⁸⁹ H. Murat Develioğlu 2009, age. s. 197; İsmail Kırcı 2006, agm. s. 445; Burak Özen 2017, age. s. 182-183.

³⁹⁰ Özlem Acar 2014, agt. s. 118-119.

³⁹¹ Age. s. 118-119.

³⁹² İsmail Kırcı 2006, agm. 447; Ece Baş 2012, agm. s. 122; Seda Öktem Çevik 2012, agm. s. 126; Nihat Yavuz 2011, age. s. 818.

³⁹³ Ece Baş 2012, agm. s. 122; Emel Badur 2013, agm. s. 292; Aybike Tunç 2013, agt. s. 96.

³⁹⁴ Turgut Öz 2012, age. s. 103.

sözleşmesine icazet yoluyla geçerlilik kazandırılmayacağını düzenlenmiş olması yerindedir³⁹⁵.

Hükümde belirtilen sözleşmenin kurulma anından, kefilin kefil olma iradesini kefalet senedine yansıttığı an ve bu çerçevede sözleşmeyi imzaladığı an kastedilmektedir³⁹⁶. Ancak, diğer eşin rıza beyanının, en geç sözleşmenin kurulması anında açıklanması gerektiğinden buradaki “an” kavramının geniş yorumlanması gerekmektedir³⁹⁷. Bu geniş yorumlama kefalet sözleşmesinin hazırlar arasında yapılmasında önem arz etmektedir. Çünkü kefalet sözleşmesi hazırlar arasında yapılıyor ve diğer eş de orada bulunuyorsa, eşin sözleşmeyi kefinden hemen sonra imzalamış olması, sözleşmenin kurulması anında rızanın verilmiş olduğu şeklinde yorumlanabilecektir³⁹⁸. Bu noktada önemli olan, süreçte herhangi bir kesintinin yaşanmaması, işlemin bütünlük arz etmesidir³⁹⁹. Kefalet sözleşmesi hazır olmayanlar arasında yapılıyor ve kefilin beyanıyla alacaklının beyanı aynı zamanda gerçekleşmiyorsa, bu durumda kefilin eşinin rızasının, kefilin yazılı olarak yapması gereken beyanından önce, en geç bu beyanın yapıldığı anda mevcut olması gerekir. Bu çerçevede eşin rıza gösterebileceği son an olarak, kefalet senedinin kefilin hâkimiyet alanından çıktığı an esas alınmalıdır⁴⁰⁰. Bu halde kefalet sözleşmesinin kurulduğu an, kefilin yazılı beyanının alacaklıya ulaşmasından sonra, alacaklının kabul beyanının kefile ulaştığı an olmasına rağmen, kefilin eşinin rızasının bu ana kadar değil, kefilin yazılı beyanının oluşturulmasına kadar verilmiş olması gerekir⁴⁰¹.

Kefilin eşinin rızası bir koşula bağlı olarak da verilebilir⁴⁰². Bu durumda eşin rızasının kefalet sözleşmesinin yapılmasından önce veya kurulma anında verilmiş olmasının yeterli olduğu; rızanın bağlandığı koşulun, kefalet sözleşmesinin yapılmasından sonra gerçekleşecek olmasının kefalet sözleşmesinin geçerliliğini etkilemeyeceği kabul edilmektedir⁴⁰³.

³⁹⁵ Murat Aydoğdu ve Nalan Kahveci, age. s. 515-516; s. 709; Arif Kocaman ve Kübra Kaya, agm. s. 10.

³⁹⁶ H. Murat Develioğlu 2009, age. s. 179.

³⁹⁷ Emel Badur 2013, agm. s. 293; Aybike Tunç 2013, agt. s. 97; Cevdet Yavuz, Faruk Acar ve Burak Özen 2018, age. s. 783.

³⁹⁸ Burak Özen 2017, age. s. 179; İsmail Kırca 2006, agm. s. 447; Ece Baş 2012, agm. s. 122; Seda Öktem Çevik 2012, agm. s. 127; Muzaffer Şeker 2017, age. s. 35; Cevdet Yavuz, Faruk Acar ve Burak Özen 2018, age. s. 783; Nihat Yavuz 2011, age. s. 814.

³⁹⁹ İsmail Kırca 2006, agm. s. 447; Özlem Acar 2014, agt. s. 1316; Seda Öktem Çevik 2012, agm. s. 126; Muzaffer Şeker 2017, age. s. 35; Nihat Yavuz 2011, age. s. 818.

⁴⁰⁰ Fikriye Ceren Sadioğlu 2017, agm. s. 212.

⁴⁰¹ Burak Özen 2017, age. s. 180; Cevdet Yavuz, Faruk Acar ve Burak Özen 2018, age. s. 783.

⁴⁰² Burak Özen 2017, age. s. 179; Aydın Zevkliler ve Emre Gökyayla 2018, age. s. 669.

⁴⁰³ Burak Özen 2017, age. s. 179.

3.3.2.3. Diğer Eşin Rızasının Yazılı Olması

Eşin rızası, Türk Borçlar Kanunu'nun 584. maddesi gereği yazılı olarak verilmelidir. Eşin rızasının adi yazılı şekle tabi olması esastır⁴⁰⁴. Adi yazılı şekil kapsamında eş rızasını, herhangi bir makamın tasdik ya da işaretine ihtiyaç duymadan, sadece anlaşıkları hususları el ya da herhangi bir alet ile herhangi bir şey üzerine yazdıktan sonra imzalaması ile vermiş olur⁴⁰⁵. Bu halde irade serbestisinin bir uzantısı olan şekil serbestisinin bir istisnası vardır. Bu halde eşin rızası bakımından aranan yazılı şekil geçerlilik şeklidir. Halihazırda bu durum Türk Borçlar Kanunu'nun 12. maddesinin birinci fıkrasında yer alan düzenlemenin de gereğidir. Anılan düzenleme şu şekildedir.

“Sözleşmelerin geçerliliği, kanunda aksi öngörülmedikçe, hiçbir şekle bağlı değildir (f. 1). Kanunda sözleşmeler için öngörülen şekil, kural olarak geçerlilik şeklidir. Öngörülen şekle uyulmaksızın kurulan sözleşmeler hüküm doğurmaz (f. 2).” Dolayısıyla eşin rızasının sözlü olarak verilmesi söz konusu değildir.

Rıza verecek eş, imza atamayan kişiler arasında ise, Türk Borçlar Kanunu'nun 16. maddesi hükmü uyarınca imza yerine usulüne uygun olarak onaylanmış olması koşuluyla, parmak izi ile yapılmış bir işaret ya da mühür kullanabilir⁴⁰⁶. Eşin rızasının mevcudiyetini ve zamanında verilmiş olduğunu ispat yükü alacaklıya aittir.

Eşin yazılı rıza beyanında, kefilin sorumlu olacağı azamî miktara, kefalet sözleşmesinin tarihine, asıl borca, alacaklıya, kefaletin türüne ilişkin bilgilere yer vermesi, rızanın belirli bir kefalet sözleşmesine ilişkin olduğunu göstereceği gibi, ileride geçerli bir rızanın varlığı konusunda ortaya çıkacak ispat sorunlarının aşılması açısından da faydalı sağlayacaktır⁴⁰⁷. Ancak rıza beyanında bu bilgilerin yazılması zorunlu değildir.

Türk Borçlar Kanunu'nun 583. maddesinin birinci fıkrasında düzenlenmiş olan kefilin kısmen el yazısı ile beyanda bulunması zorunluluğu, diğer eşin vereceği yazılı rıza beyanı bakımından aranmamıştır⁴⁰⁸. Rıza beyanının, kefilin eşi tarafından el yazısı

⁴⁰⁴ Mustafa Alper Gümüş 2014, age. s. 343; İsmail Kırca 2006, agm. s. 447; Burak Özen 2017, age. s. 180; Nihat Yavuz 2011, age. s. 818; Aydın Zevkliler ve Emre Gökyayla, age. s. 716.

⁴⁰⁵ Şefika Deren Gündüz, *6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'na Göre Kefalet Sözleşmesinin Şekli, Yüksek Lisans Tezi*, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı, İstanbul, 2012, s. 161.

⁴⁰⁶ Burak Özen 2017, age. 180; Emel Badur 2013, agm. s. 289; Ece Baş 2012, agm. s. 123; Seda Öktem Çevik 2012, agm. s. 124; Seza Reisoğlu 2013, age. s. 89.

⁴⁰⁷ İsmail Kırca 2006, agm. s. 444.

⁴⁰⁸ Arif Kocaman ve Kübra Kaya 2020, agm. s. 8; Burak Özen 2017, age. s. 180; Muzaffer Şeker 2017, age. s. 30.

ile yazılması zorunluluğu bulunmamakla birlikte imzanın mutlaka kefilin eşi tarafından atılması gerekmektedir. Türk Borçlar Kanunu'nun 14. maddesinin ikinci fıkrasına göre, rızanın, mektupla, telgrafla, teyit edilmiş olmak kaydıyla faks ve buna benzer iletişim araçları ya da güvenli elektronik imza ile gönderilmesi geçerli sayılmaktadır. Yine 5070 sayılı Elektronik İmza Kanunu'nun 5. maddesinin birinci fıkrası ile güvenli elektronik imzanın elle atılan imza ile aynı hukukî sonucu doğuracağı düzenlemiştir. Eşin rıza beyanının elektronik imzalı olması elle atılan imza ile aynı sonucu doğuracağından geçerli olarak kabul edilecektir. 5070 sayılı Kanun'un 5. maddesinin ikinci fıkrasında, teminat sözleşmelerinin elektronik imza ile gerçekleştirilemeyeceği düzenlenmiştir. Dolayısıyla kefalet sözleşmesi bir teminat sözleşmesi olduğundan elektronik imza ile akdedilemeyecektir. Ancak bu durum eşin rızasını elektronik imza ile vermesini etkilememektedir⁴⁰⁹. Zira eşin rıza beyanı tek taraflı bir hukukî işlem niteliğindedir ve eş rıza göstermekle kefalet sözleşmesine taraf olmamaktadır.

Eşin rızası, kefalet sözleşmesi metninde yer alabileceği gibi ayrı bir belgede de yer alabilir. İspat kolaylığı açısından, rızanın kefalet sözleşmesi metninde yer alması daha uygun olacaktır. Öğretide ileri sürülen bir görüşe göre, kefalet sözleşmesi metninde, kefilin imzasının yanında eşinin imzasının bulunması halinde eşin imzası, kefalet sözleşmesine rızası olarak kabul edilmelidir⁴¹⁰. Rızanın ayrı belgede yer alması halinde, kefalet sözleşmesinin tarihinin, kefalet sözleşmesinde sorumlu olunacak azamî miktarın ve diğer esaslı unsurların, rızaya ilişkin belge üzerinde de yer alması gerekir⁴¹¹.

Eşin boş bir kâğıda imza atması (ki bu işlem beyaza imza olarak da nitelendirilir) ve üstünün sonradan doldurulması yoluyla verilen rızasının geçerli olup olmayacağı konusu doktrinde tartışmalıdır. Doktrinde ileri sürülen bir görüşe göre, eşin rızasının somut ve belirli bir kefalet sözleşmesi için verilmesi gerektiğinden, verilen rızanın hangi kefalet sözleşmesi için verildiğinin anlaşılması gerekir ve bu nedenle de eşin rızasını boş bir sayfaya atılan imza şeklinde vermesi mümkün değildir⁴¹². Konuya ilişkin olarak ileri sürülen karşıt görüş ise, rıza verecek olan eşin boş bir kâğıda imza atması ve daha sonra imzanın üst kısmının rıza verdiği şekilde

⁴⁰⁹ İsmail Kırca 2006, agm. s. 443; Ece Baş 2012, agm. s. 122.

⁴¹⁰ İsmail Kırca 2006, agm. s. 445.

⁴¹¹ Arif Kocaman ve Kübra Kaya 2020, agm. s. 8; Aydın Zevkliler ve Emre Gökyayla 2018, age. s. 717.

⁴¹² Muzaffer Şeker 2017, age. s. 32, dn. 101.

doldurulması halinde, güven teorisi uyarınca, boş metnin eşin rızası doğrultusunda doldurulması durumu bakımından geçerli rızanın varlığını kabul etmektedir⁴¹³. Ancak boş metin, eşin iradesine aykırı bir şekilde doldurulmuş ise, eş esaslı yanılma hükümlerine dayanarak vermiş olduğu rızasını iptal edebilir⁴¹⁴.

3.3.2.4. Rızanın İkamesi

Kural olarak kefilin eşi rızayı bizzat kendisi verir. Rızayı sağlayamayan veya haklı bir sebep olmaksızın kendisine rıza verilmeyen eşin, hâkimin müdahalesini isteyip isteyemeyeceği konusunda doktrinde farklı görüşler ileri sürülmektedir.

Doktrinde ileri sürülen bir görüşe göre, aile konutu ile ilgili olarak eşin rızasının arandığı Türk Medenî Kanunu'nun 194. maddesindeki düzenlemeye benzer bir şekilde, rızası aranan eş makul bir sebep olmaksızın eşinin kefil olması konusunda rıza vermektan kaçınıyorsa veya herhangi bir sebeple eşin rızası sağlanamıyorsa Türk Medenî Kanunu'nun 2. maddesinde yer alan dürüstlük kuralı kapsamında hâkimin müdahalesi istenebilir⁴¹⁵. Bu görüşe göre, eşlerden birinin müştereken alınacak bir karara haklı bir sebep olmaksızın katılmaması aile birliğine karşı yerine getirmek zorunda olduğu görevin bir ihlali olarak görülmesi⁴¹⁶ sebebiyle eşin rıza vermektan kaçındığı durumlarda hâkimin müdahalesi istenebilir. Yine evlilik birliği için önem taşıyan bir konuda eşlerin farklı fikirlere sahip olmaları başvuru için yeterli kabul edileceğinden⁴¹⁷, bu durumun eşin rıza vermektan kaçınması durumuna da uygulanarak, haklı bir neden olmaksızın eşin rıza vermektan kaçındığı durumlarda Türk Medenî Kanunu'nun 195. maddesi kapsamında hâkimin müdahalesinin istenebileceği kabul edilmektedir⁴¹⁸.

Doktrinde ileri sürülen diğer bir görüşe göre, rızası gereken eş haklı bir sebep göstermeksizin rıza vermektan kaçındığı takdirde, diğer eş mahkemeye başvurarak veya cebri icra yoluyla eşin rızasının yerine geçecek bir karar verilmesini talep

⁴¹³ Emel Badur 2013, agm. s. 290; Ece Baş 2012, agm. s. 123; Seda Öktem Çevik 2012, agm. s. 125-126.

⁴¹⁴ Seda Öktem Çevik 2012, agm. s. 126.

⁴¹⁵ Necati Aksoyoğlu, "Borçlar Kanunu Tasarısındaki Kefalet Sözleşmesine İlişkin Önemli Değişiklikler", *Bankacılar Dergisi*, S. 72, İstanbul 2010, s. 99; Merve Yılmaz, "Türk Borçlar Kanunu'na Göre Kefalet Sözleşmesinin Geçerlilik Şartları", *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, C. 1; Y. 2, S. 2, 2011, Ankara, s. 77; Emel Badur 2013, agm. s. 288-299.

⁴¹⁶ Öztan, Bilge, Aile Hukuku, 5. Baskı, 2015, Ankara, s. 213.

⁴¹⁷ Mustafa Dural, Tufan Ögüz ve Mustafa Alper Gümüş 2013, age. s. 245.

⁴¹⁸ Emel Badur 2013, agm. s. 289.

edemez⁴¹⁹. Rıza verip vermeme konusunda eş mutlak bir yetkiye sahip olduğundan, takdir yetkisi tamamen eşe aittir⁴²⁰. Eş kendi durumunu, eşinin durumunu ve ailesinin durumunu değerlendirerek, serbest iradesiyle rıza verecek veya vermeyecektir. Bu konuda kefil olmak isteyen eş, rızasını vermek istemeyen diğer eşini zorlayamaz. Eş rızasını vermeyerek kefalet sözleşmesinin geçerli olmasını tek başına engelleyebilir⁴²¹. Eşin rıza vermemesi durumunda, rıza verilmeyen kefalet sözleşmesi iptal beyanında bulunmaya gerek kalmaksızın geçersiz olur⁴²². Türk Borçlar Kanunu'nun 584. maddesi, eşin hiçbir baskı altında kalmadan rıza vermesini sağlamak amacıyla getirilmiştir. Dolayısıyla kanun koyucu bilinçli olarak eşin rızası konusunda kefil olacak eşe, hâkime müracaat hakkı tanımamıştır. Bu sebeple, kefil olmak isteyen eş, Türk Medenî Kanunu'nun 195. maddesine veya 2. maddesine dayanarak rıza vermeyen eşini, rıza vermesi için zorlayamazdır.

⁴¹⁹ Ece Baş 2012, agm. 126-127; H. Murat Develioğlu 2009, age. s. 181; Mustafa Alper Gümüş 2014, age. s. 347; İsmail Kırcı 2006, agm. s. 447; Seda Öktem Çevik 2012, agm. s. 129; Burak Özen 2017, age. s. 181; Seza Reisoğlu 2013, age. s. 90; Fikriye Ceren Sadioğlu 2017, agm. s. 213; Muzaffer Şeker 2017, age. s. 27; Aybike Tunç 2013, agt. s. 99; Nihat Yavuz 2011, age. s. 818.

⁴²⁰ Burak Özen 2017, age. s. 181.

⁴²¹ Age. s. 181.

⁴²² Age. s. 181.

BÖLÜM IV

KEFALET SÖZLEŞMESİNDE EŞİN RIZASININ ARANDIĞI HALLER, ARANMADIĞI HALLER, ÖZEL BAZI DURUMLAR VE DİĞER TEMİNAT SÖZLEŞMELERİ BAKIMINDAN DURUM

4.1. KEFALET SÖZLEŞMESİNDE EŞİN RIZASININ ARANDIĞI HALLER

4.1.1. Evli Kişinin Kefalet Sözleşmesi Akdetmesi

Türk Borçlar Kanunu'nun 584. maddesi ile, kefil olacağı sırada evli olan kişinin yapacağı kefalet sözleşmesinin geçerliliği eşinin yazılı rızasına bağlanmıştır. Kefalet sözleşmesinin kefilin eşinin yazılı rızasına bağlanması kuralı, ancak kefilin evli olması halinde uygulanır. Zaten kanun koyucunun bu hükmü düzenlemesindeki temel amaç, yukarda da açıklandığı üzere evlilik birliğini ve aileyi korumaktır.

Ortak bir hayat kurmak, aile olmak amacıyla evlenen eşlere kanunda aile ortamının sağlanması ve korunması için birçok yükümlülük getirilmiştir. Eşler Türk Medenî Kanunu'nun 185. maddesi gereği, birliğin mutluluğunu, çocukların bakımını ve eğitimini birlikte sağlamak, birlikte yaşamak, birbirine sadık kalmak ve yardımcı olmak zorundadır. Kanun koyucunun, evlilik birliğini koruma amacının iki yönlü olduğu ifade edilmektedir⁴²³. Bu çerçevede bunlardan ilki evlilik birliğinde eşlerin kişilik haklarının korunmasıdır. Çünkü evlilik birliğinin kurulmasıyla eşlere yüklenen karşılıklı yardım ve sadakat borcunun özünde, kişilik haklarının korunması yer almaktadır⁴²⁴. Diğer amaç ise evlilik birliğinin devamı süresince, eşler arasında oluşan bazı sorunları, boşanma aşamasına gelmeden önce çözüp, toplumun temel taşı sayılan aileyi korumak ve ayakta tutmaktır⁴²⁵.

⁴²³ Serkan Ayan 2004, age. s. 23; Mustafa Dural, Tufan Ögüz ve Mustafa Alper Gümüş 2013, age. s. 185; Cengiz Koçhisarlıoğlu 1991, agm. s. 450.

⁴²⁴ Mustafa Alper Gümüş, Teoride ve Uygulamada Evliliğin Genel Hükümleri ve Mal Rejimleri, 2008, İstanbul, s. 131; Serkan Ayan 2004, age. s. 23; Cengiz Koçhisarlıoğlu 1991, agm. s. 450.

⁴²⁵ Feyzioğlu, Feysi Necmeddin, *Aile Hukuku*, Filiz Kitabevi, 3. Bası, İstanbul, 1986, s. 201; A. Samim Gönensay, *Medeni Hukuk*, İstanbul Üniversitesi Yayınları, İstanbul 1937, C. II (Aile Hukuku), s. 136; Ömer Uğur Gençcan, *4721 sayılı Türk Medeni Kanunu, Bilimsel Açıklama, İçtihatlar, İlgili Mevzuat*, Yetkin, 2. Bası, Ankara 2007, C. II (Madde 185-530), s. 1753; Bülent Köprülü ve Selim Kaneti, *Aile Hukuku*, Filiz Kitabevi, 2. Bası, İstanbul, 1989, s. 124; Serkan Ayan 2004, age. s. 23; Bilge Öztan 2000, age. s. 328; Mustafa Alper Gümüş 2008, age. s. 131; Hıfzı Veldet Velidedeoğlu 1969, age. s. 120.

Evlenme şekle tabi hukukî bir işlemdir. Bir aile hukuku sözleşmesi olan evlenme için kanun koyucu, özel ehliyet şartları koymuş, bazı engellerin bulunmamasını aramış ve belirli bir şekle uyulmasını öngörmüştür. Bu şartlardan birinin eksikliği evlenmenin yapılmasına engel olmaktadır⁴²⁶. Geçerli bir evlilik birliği sürecinde, eşlerden birinin kefalet sözleşmesi ile kefil olması, diğer eşin rızası ile mümkün olmaktadır. Dolayısıyla kefalet sözleşmesinde eşin rızası, evlenmenin gerçekleştiği andan, evlenmenin sona erdiği ana kadar aranacaktır. Nişanlılık aşamasında, hatta evlilik akdinin kurulmasına çok az bir süre kala yapılan ve evlilikten sonra doğacak bir borca kefil olunması durumunda dahi diğer eşin rızasının aranması zorunluluğu bulunmamaktadır⁴²⁷.

Evlilik dışında fiilen birlikte yaşayan kişiler için herhangi bir düzenleme bulunmamaktadır. Bu bağlamda kefalet sözleşmesinin kurulmasında eşin rızasının aranmasına ilişkin kural, ortak hayat süren birinin kefalet sözleşmesi kurması halinde uygulanmayacak ve diğer tarafın rızasının alınmasına gerek olmayacaktır⁴²⁸. Özellikle imam nikâhlı bir şekilde birlikte yaşayanlar için bu durum söz konusudur. Bu gibi hallerde kefalet sözleşmesinin kurulması için eşin rızası aranmaz⁴²⁹. Bu çerçevede, evliliğin yokluk yaptırımına tabi olduğu bütün durumlar bakımından eşin rızasının alınması zorunluluğunun bulunmadığı kabul edilmektedir⁴³⁰. Ancak evliliğin kurucu şartlarının gerçekleşmiş olması kaydıyla, evliliğin mutlak butlan ya da iptal edilebilirlik yaptırımına tabi olması durumunda dahi evlilik hâkim kararıyla ortadan kaldırılıncaya kadar geçerli bir evliliğin hüküm ve sonuçlarını doğurduğundan bu ana kadar eşin rızasının aranacağı kabul edilmektedir⁴³¹.

Eşin rızası, kefilin kendi ad ve hesabına akdettiği kefalet sözleşmeleri için söz konusudur. Kişinin doğrudan temsilci veya tüzel kişinin organı sıfatı ile hareket ederek imzaladığı kefalet sözleşmeleri için eşin rızasının alınmasına gerek yoktur⁴³². Çünkü temsil ilişkisi veya organ vasfı sonucunda kefalet sözleşmesinin hukukî sonuçları, temsil olunan kişi ya da tüzel kişi üzerine doğacaktır⁴³³. Dolayısıyla eş bizzat kefil sıfatını ve kefilin sorumluluğunu üstlenmemektedir.

⁴²⁶ Mustafa Dural, Tufan Ögüz ve Mustafa Alper Gümüş 2013, age. s. 47.

⁴²⁷ Saftar Guliyev 2020, agt. s. 49.

⁴²⁸ Muzaffer Şeker 2017, age. s. 25.

⁴²⁹ Age. s. 25.

⁴³⁰ Serkan Ayan 2018, age. s. 128.

⁴³¹ Age. s. 128.

⁴³² İsmail Kırca 2006, agm. s. 439.

⁴³³ Mustafa Alper Gümüş 2014, age. s. 306; İsmail Kırca 2006, agm. s. 439; Burak Özen 2017, age. s. 175; Merve Yılmaz 2011, agm. s. 77.

4.1.2. Türk Borçlar Kanunu'nun 584. Maddesinin İkinci Fıkrasına Göre Eşin Rızasının Arandığı Haller

6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 584. madde hükmüne göre, kefalet sözleşmesinde eşin rızası, Türk Borçlar Kanunu'nun 584. maddesinin birinci fıkrasında kefalet sözleşmesinin kurulması bakımından, yine aynı maddenin ikinci fıkrasında, kefalet sözleşmesinde sonradan yapılan bazı değişiklikler bakımından gerekli görülmektedir. Diğer eşin rızasının var olabilmesi için tarafların aralarında kefalet sözleşmesi kurma iradelerinin bulunması gerekmektedir. Bu çerçevede evlilik birliği içerisinde, eşlerden birinin kefil olma iradesinin var olması gerekir ki, diğer eşin rızasına ihtiyaç duyulabilsin. Bunun yanı sıra kanun koyucu kefalet sözleşmesinde eşin rızasının alınması gerektiğini öngördükten sonra, aşağıda ayrıntılı olarak inceleneceği üzere, Türk Borçlar Kanunu'nun 603. maddesi kapsamında gerçek kişilerce kişisel güvence verilmesine ilişkin diğer teminat sözleşmelerinde de eşin rızasının alınması gerektiğini düzenlemiştir.

Türk Borçlar Kanunu'nun 584. maddesinin ikinci fıkrasında düzenlenen haller, eşin rızasının aranmadığı hallerdir. Madde hükmündeki cümle olumlu yapıya dönüştürüldüğünde, kefalet sözleşmesinde sonradan yapılacak değişikliklerde eşin rızasının aranacağı düzenlenmiştir. Madde hükmüne göre, kefalet sözleşmesinde eşin rızasının arandığı bu değişiklikler, kefilin sorumlu olacağı miktarın artmasına sebep olan değişiklikler, adi kefaletin müteselsil kefalete dönüştürülmesine sebep olan değişiklikler, kefil yararına olan güvencelerin önemli ölçüde azalmasına ilişkin değişiklikler olarak sayılmıştır⁴³⁴. Ancak doktrinde Baş tarafından ileri sürülen görüşe göre, güvencelerin önemli ölçüde azalması durumu geniş yorumlanmalı ve bu çerçevede farklı durumlarda da eşin rızasına ihtiyaç duyulacağı sonucuna ulaşılmalıdır⁴³⁵. Bu değişikliklerin ortak noktası, kefillerin durumunu ağırlaştırıcı nitelikte olması ve kefil olmaya benzer riskler taşımasıdır⁴³⁶. Madde hükmüne göre, kefilin sorumluluğunu arttırmayacak değişiklikler için eşin rızasının alınmasına gerek yoktur.

Geçerli bir kefalet sözleşmesinin kurulması için aranan eşin rızasına ilişkin şartlar, kurulmuş bir kefalet sözleşmesinde sonradan yapılan bu değişiklikler

⁴³⁴ İsmail Kırca 2006, agm. s. 441; Arif Kocaman ve Kübra Kaya 2020, agm. s. 15; Burak Özen 2017, age. s. 177; Nihat Yavuz 2011, age. s. 812.

⁴³⁵ Ece Baş 2012, agm. s. 120.

⁴³⁶ Necati Aksoylu 2010, agm. s. 99; Nami Barlas, "Yeni Borçlar Kanunu Tasarısının Getirdikleri", *Makalelerim*, C. I, İstanbul, 2008, s. 268; Muzaffer Şeker 2017, age. s. 41.

bakımından da, en geç değişikliğin yapılması anına kadar aranmaktadır⁴³⁷. Kefil lehine yapılan değişiklikler için eşin rızası gerekmemektedir⁴³⁸.

4.1.2.1. Kefalet Sözleşmesinde Sonradan Yapılan ve Kefilin Sorumlu Olacağı Miktarın Artmasına Sebep Olan Değişiklikler

Kefalet sözleşmesinde kefil ile alacaklı arasında sonradan yapılan ve kefilin sorumlu olacağı miktarın artmasına sebep olan değişiklikler için eşin rızası gereklidir. Kefilin sorumlu olacağı miktarı arttıran değişiklikler, alacaklı ve kefil tarafından kararlaştırılır ve bu değişiklikte diğer eşin rızası gereklidir. Burada kefilin sorumlu olacağı miktarı, Türk Borçlar Kanunu'nun 583. maddesinin birinci fıkrasında belirtilen azamî miktar olarak anlamak gereklidir⁴³⁹. Madde hükmüne göre, kefalet sözleşmesinin geçerli olabilmesi için, kefilin sorumlu olduğu azamî miktarı kefalet sözleşmesinde kendi el yazısıyla belirtmesi şarttır. Dolayısıyla bu azamî miktar için eş tarafından önceden rıza gösterilmiştir. Türk Borçlar Kanunu'nun 583. maddesinin birinci fıkrası kapsamında, daha önce rıza gösterilmiş olan kefilin sorumlu olacağı azamî miktarın üstüne çıkmayan değişiklikler bakımından eşin rızasının aranmasına gerek yoktur⁴⁴⁰. Ancak doktrinde Kırcı tarafından ileri sürülen görüşe göre, Türk Borçlar Kanunu'nun 584. maddesinin ikinci fıkrası gereği, kefil olan eşin sorumlu olacağı miktardaki her artış diğer eşin rızasına bağlıdır⁴⁴¹. Burada eşin rızasının aranması bakımından, artışın az veya çok olmasının bir önemi yoktur⁴⁴². Kefilin eşi, miktar artırımına rıza göstermediği takdirde, kefalet sözleşmesi eski miktar üzerinden geçerliliğini koruyacaktır⁴⁴³.

4.1.2.2. Kefalet Sözleşmesinde Sonradan Yapılan ve Âdi Kefaletin Müteselsil Kefalet Dönüşmesine Sebep Olan Değişiklikler

Türk Borçlar Kanunu'nun 584. maddesinin ikinci fıkrasına göre, kefalet sözleşmesinde sonradan yapılan ve âdi kefaletin müteselsil kefalet dönüşmesine

⁴³⁷ Ece Baş 2012, agm. s. 120; İsmail Kırcı 2006, agm. s. 444; Seza Reisoğlu 2013, age. s. 91; Nihat Yavuz 2011, age. s. 3007; Aydın Zevkliler ve Emre Gökyayla 2018, age. s. 669.

⁴³⁸ Seza Reisoğlu 2013, age. s. 91; Aydın Zevkliler ve Emre Gökyayla 2018, age. s. 675.

⁴³⁹ Emel Badur 2013, agm. s. 281-282; Mustafa Alper Gümüş 2014, age. s. 344; Fikriye Ceren Sadioğlu 2017, agm. s. 213, Muzaffer Şeker 2017, age. s. 42.

⁴⁴⁰ Mustafa Alper Gümüş 2014, age. s. 344; Fikriye Ceren Sadioğlu 2017, agm. s. 213; Muzaffer Şeker 2017, age. s. 42

⁴⁴¹ İsmail Kırcı 2006, agm. s. 441.

⁴⁴² Agm. s. 441.

⁴⁴³ Emel Badur 2013, agm. s. 282.

ilişkin olan değişiklik bakımından eşin rızası aranacaktır. Müteselsil kefalet sözleşmesi ile âdi kefalet sözleşmesi arasındaki temel fark tartışma def'îdir. Bu bağlamda âdi kefalet sözleşmesinde, alacaklının kefilden önce asıl borçluyu takip etmesi ve alacağını ondan elde etmeye çalışılması zorunluluğu bulunurken; müteselsil kefalet sözleşmesinde, alacaklı, borçlunun ifada gecikmesi ve ihtarın sonuçsuz kalması veya açıkça ödeme güçsüzlüğü içinde olması halinde borçluyu takip etmeden müteselsil kefile de başvurabilmektedir. Yine âdi kefalet sözleşmesinde kefil rehni paraya çevrilmesi def'îne sahipken, müteselsil kefalet sözleşmesinde bu def'î kefile, alacağın teslimine bağlı taşınır rehni veya alacak rehni ile güvence altına alınması halinde sınırlı şekilde tanınmıştır⁴⁴⁴. Bu farklılıklar gözönüne alındığında, kefalet sözleşmesinde sonradan yapılan âdi kefaletin müteselsil kefaletle dönüştürülmesi ile ilgili değişiklik kefilin sorumluluğunu arttıracığından, eşin rızasının alınması gerekliliği olağandır.

Kefalet sözleşmesi kurulurken, adi birlikte kefil olarak sözleşmeye imza atan birden fazla kefilin, sonradan sadece aralarında bölme def'inden vazgeçme sonucunu doğuracak şekilde müteselsil birlikte kefil olmayı kararlaştırmaları halinde, eşin rızasının aranıp aranmayacağı konusunda madde hükmünde açıklık bulunmamaktadır. Doktrinde baskın olarak kabul edilen görüşe göre, adi birlikte kefil olan kişiler arasında, aralarında bölme def'inden vazgeçme sonucunu doğuracak olan müteselsil kefaletin kararlaştırılması halinde de eşlerin rızasının aranması gerekir⁴⁴⁵. Doktrinde ileri sürülen karşıt görüşe göre ise, adi birlikte kefaletin kefiller arasında bölme def'inden vazgeçilerek müteselsil sorumluluk doğuracak biçime dönüştürülmesi, asıl borçlu ile olan ilişkide adi, ancak kendi aralarında müteselsil özellik göstermesi sebebiyle adi kefalet olma özelliği değişmeyeceğinden, eşin rızasının aranmasına gerek yoktur⁴⁴⁶.

Adi kefalet sözleşmesinin, müteselsil kefaletle dönüştürülmesi ya da teselsül sözleşmesine eşin rıza vermemesi durumunda, kefalet sözleşmesi, değişiklikten önceki eski şartlarıyla geçerliliğini koruyacaktır⁴⁴⁷.

⁴⁴⁴ Burak Özen 2006, agm. s. 480; Özlem Acar 2014, agt. s. 69; Mustafa Alper Gümüş 2014, age. s. 349.

⁴⁴⁵ Age. s. 344; İsmail Kırca 2006, agm. s. 441; Burak Özen 2017, age. s. 178; Fikriye Ceren Sadioğlu 2017, agm. s. 214; Muzaffer Şeker 2017, age. s. 42-43.

⁴⁴⁶ Serkan Ayan 2018, age. s. 159.

⁴⁴⁷ Burak Özen 2017, age. as.195; Emel Badur 2013, agm. s. 282; Arif Kocaman ve Kübra Kaya 2020, agm. s. 16.

4.1.2.3. Kefalet Sözleşmesinde Sonradan Yapılan ve Kefil Yararına Olan Güvencelerin Önemli Ölçüde Azalmasına Sebep Olan Değişiklikler

Türk Borçlar Kanunu'nun 584. maddesinin ikinci fıkrasına göre, kefalet sözleşmesinin kurulmasından sonra yapılan ve kefil yararına olan güvencelerin önemli ölçüde azalmasına sebep olan değişiklikler için de eşin rızası gereklidir. Burada kefil yararına olan güvence, sadece ayni ve nakdi nitelikteki güvenceler olarak değil, aynı zamanda kişisel nitelikteki güvenceleri de kapsayacak şekilde geniş yorumlanmalıdır⁴⁴⁸.

Asıl borcu kefalet ile birlikte teminat altına alınan ipoteğin tamamen veya kısmen çözülmesi, birlikte kefillerden birinin alacaklı tarafından ibra edilmesi veya birlikte kefilin kefalet borcunu üçüncü bir kişiye nakletmesi, kefalet süresinin uzatılması, kefil yararına olan güvencelerin önemli ölçüde azaltılmasına verilebilecek örneklerdir⁴⁴⁹. Bu gibi örneklerde sadece kefilin rızasının aranması yeterli olmayıp, aynı zamanda eşinin de rızasının alınması gereklidir⁴⁵⁰. Doktrinde, kefalet sözleşmesinde yapılan değişiklik ile kefilin hukukî durumunun ağırlaştığı ve eşin böyle bir değişikliğe başlangıçta olmuş olsa rıza vermeyeceğinin kabul edildiği durumların, güvencenin esaslı ölçüde azaldığının göstergesi olarak düşünülmesi gerektiği ifade edilmektedir⁴⁵¹. Eşin rızasının alınmaması, kefilin rızasının alınmaması ile aynı yaptırıma tabi olacağından, kefilin rızası alınmadan yapılan değişiklikler sonucu kefil borçtan kurtulurken, eşin rızasının bulunmaması da aynı sonucu doğuracaktır⁴⁵².

Türk Borçlar Kanunu'nun 198. maddesinin ikinci fıkrasına göre, borcun naklinde kefaletin borcu üstlenen bakımından devam edebilmesi için kefilin yazılı olarak rıza göstermesi gerekir. Bu halde kefil borcun nakline yazılı olarak rıza verirken Türk Borçlar Kanunu'nun 583. maddesinin üçüncü fıkrası göz önünde tutulmalıdır⁴⁵³. Zira kefilin rızası olmadan borcun nakli gerçekleşirse kefalet sözleşmesi kendiliğinden sona erer. Keza diğer teminatlar bakımından da ancak teminat verenler yazılı olarak

⁴⁴⁸ Mustafa Alper Gümüş 2014, age. s. 344-345; İsmail Kırca 2006, age. s. 441; Burak Özen 2017, age. s. 178; Seza Reisoğlu 2013, age. s. 92; Cevdet Yavuz, Faruk Acar ve Burak Özen 2018, age. s. 790; Aydın Zevkliler ve Emre Gökyayla 2018, age. s. 676.

⁴⁴⁹ İsmail Kırca 2006, agm. s. 442; Burak Özen 2017, agm. s. 178; Seza Reisoğlu 2013, age. s. 92.

⁴⁵⁰ H. Murat Develioğlu 2009, age. s. 180; Mustafa Alper Gümüş 2014, age. s. 345; İsmail Kırca 2006, agm. s. 442; Burak Özen 2017, age. s. 178; Seza Reisoğlu 2013, age. s. 92; Fikriye Ceren Sadioğlu 2017, agm. s. 214.

⁴⁵¹ Gülçin Elçin Grassinger 1996, age. s. 25.

⁴⁵² Özlem Acar 2014, agt. s. 110.

⁴⁵³ Seza Reisoğlu 2013, age. s. 307-308; Haluk Tandoğan 2010, age. s. 796.

rıza gösterirse borcu üstlenen bakımından bu teminatlar devam eder. Doktrinde, kefilin, borcun üstlenilmesine peşin olarak rıza göstermesi halinde bu rızanın geçerli bir rıza olmadığı belirtilmektedir⁴⁵⁴. Asıl borç ilişkisindeki borcun üstlenilmesi halinde, asıl borçlu değişeceğinden, bu durumda da eşin rızasının alınması gerekmektedir⁴⁵⁵. Güvence kavramının geniş yorumlanmasıyla, borcu ödeyen kefil alacaklıya halef olduğunda borçlunun malvarlığına başvurabileceğinden, buradaki borçlunun malvarlığı kefil için bir güvence olarak düşünülmektedir. Nasıl ki, kefil asıl borçlunun ödeme gücüne güvenerek kefil olmayı kabul ediyorsa, kefilin eşi de asıl borçlunun ödeme gücünü dikkate alarak rıza göstermiş olabilir. Doktrinde ileri sürülen bir görüşe göre, eğer borcun üstlenilmesi ile ekonomik açıdan zayıf yeni bir borçluya kefil olunmuş ise, güvencenin azalmış sayılması ve eşin rızasının aranması gerektiği kabul edilmektedir⁴⁵⁶. Diğer taraftan ise doktrinde, borcu üstlenen yeni borçlunun, eski borçluya kıyasla ödeme gücünün daha fazla ve daha güvenilir olması halinde eşin rızasının alınmasına gerek olmadığı ileri sürülmesinin hakkın kötüye kullanılması olarak nitelendirilebileceği de ileri sürülmüştür⁴⁵⁷. Ancak her durumda borcu üstlenen borçlunun ekonomik durumunun nasıl olduğu belirlenemeyebilir. Bu sebeple borcun üstlenildiği her durumda, Türk Borçlar Kanunu'nun 198. maddesinin ikinci fıkrası gereği yalnızca kefilin rızasının alınması yeterli olmayıp, aynı zamanda kefilin eşinin rızasının da alınması gerekir⁴⁵⁸. Borcun üstlenilmesinde eşin rızasının bulunmaması durumunda ise, Türk Borçlar Kanunu'nun 198. maddesinin ikinci fıkrası gereği, kefilin rızasının bulunmaması ile aynı sonucun doğacağı kabul edilmektedir⁴⁵⁹.

Taksitle ödenen bir borca kefil olunması durumunda, ödeme tarihlerinin ertelenmesi kefil yararına olan güvencelerin önemli ölçüde azalmasına sebep olan değişiklik olarak görülmeyebilir⁴⁶⁰. Yine kefil lehine olan güvencelerin azalmadığını gösteren, değişim anında yenisinin eskisi ile en az aynı değere sahip olması kaydıyla rehin konusunun değiştirilmesi, birlikte kefilin ödeme gücünü kaybetmesi veya piyasadaki gelişmeler sonucunda rehne konu olan şeyin değerinin düşmesi gibi

⁴⁵⁴ Burak Özen 2017, age. s. 215.

⁴⁵⁵ Age. s. 179; Ece Baş 2012, agm. s. 120; Özlem Acar 2014, agt. s. 110; İsmail Kırca 2006, agm. s. 442; Seza Reisoğlu 2013, age. 92

⁴⁵⁶ Ece Baş 2012, agm. s. 120.

⁴⁵⁷ Seza Reisoğlu 2013, age. s. 92.

⁴⁵⁸ Ece Baş 2012, agm. s. 120.

⁴⁵⁹ Arif Kocaman ve Kübra Kaya 2020, agm. s. 16; Özlem Acar 2014, agt. s. 110-111; Ece Baş 2012, agm. s. 120; Seda Öktem Çevik 2012, agm. s. 123.

⁴⁶⁰ Arif Kocaman ve Kübra Kaya 2020, agm. s. 16; Ece Baş 2012, agm. s. 120; Seda Öktem Çevik 2012, agm. s. 123.

güvencelerin objektif nedenlerle azaldığı durumlar, güvencelerin önemli ölçüde azalmasına sebep olan değişikliklerden sayılmadığından, bu gibi hallerde eşin rızasının alınması gerekmeyecektir⁴⁶¹.

Kefil yararına olan güvencelerin önemli ölçüde azalıp azalmadığı, her somut olayın şartlarına göre değerlendirilmelidir⁴⁶². Güvencede azalmanın olup olmadığını hâkim, her somut olayın özelliklerini nazara alarak tespit edeceğinden, tedbiren her değişiklikte eşin rızasının alınması en garanti yol olarak görünmektedir.

4.1.3. Türk Borçlar Kanunu'nun 583. Maddesinin İkinci Fıkrasına Göre Eşin Rızasının Arandığı Haller

Türk Borçlar Kanunu'nun 583. maddesinin ikinci fıkrası gereği; kendi adına kefil olma konusunda özel yetki verilmesi ve diğer tarafa veya üçüncü bir kişiye kefil olma vaadinde bulunulması, kefalet sözleşmesi ile aynı şekil koşullarına bağlanmıştır. Ancak söz konusu hükümden, kefalet sözleşmesi için temsil yetkisi verilmesinde ve kefalet vaadinde, kefalet sözleşmesinin geçerlilik koşulu olarak eşin rızasının aranıp aranmayacağı hususunda açık bir sonuca ulaşılamamaktadır. Doktrinde baskın olan görüşe göre, kendi adına kefil olması için özel yetki verilerek veya kefalet sözleşmesi kurmadan önce kefil olma vaadinde bulunularak, kefalet sözleşmesinde eşin rızasının aranması kuralı dolanılabileceğinden, kefalet için yetki verilmesinde ve kefalet vaadi yapılmasında eşin rızasının aranması gerekir⁴⁶³. Bu görüşe göre, kendi adına kefil olması için temsil yetkisi verilmesi veya kefil olma vaadinde bulunulması sırasında, eşin rızası yeterli olup, bu işleme dayanılarak sonradan kurulan kefalet sözleşmesi için ayrıca tekrardan eşin rızasının alınmasına gerek yoktur⁴⁶⁴. Doktrinde ileri sürülen diğer bir görüşe göre ise, kefalet için temsil yetkisi verilmesi kişiyi borç altına sokan bir işlem olmadığından temsil yetkisi verilmesi sırasında eşin rızasının alınmasına gerek yoktur⁴⁶⁵. Ancak bu görüşe göre, temsilcinin bu yetkiye dayanarak kefalet sözleşmesi kurduğu sırada ve kefalet vaadinde, vadin alacaklıya ya da borçluya yapılmasına

⁴⁶¹ Mustafa Alper Gümüş 2014, age. s. 345; İsmail Kırca 2006, agm. s. 342; Burak Özen 2017, age. s. 178.

⁴⁶² Burak Özen 2017, age. s. 178; Emel Badur 2013, agm. s. 282; Ece Baş 2012, agm. s. 120; Mustafa Alper Gümüş 2014, age. s. 345; İsmail Kırca 2006, agm. s. 342.

⁴⁶³ Burak Özen 2017, age. s. 176; Emel Badur 2013, agm. s. 284; İsmail Kırca 2006, agm. s. 440; Mustafa Alper Gümüş 2014, age. s. 348; Seda Öktem Çevik 2012, agm. s. 122; Muzaffer Şeker 2017, age. s. 45; Seza Reisoğlu 2013, age. s. 91-92.

⁴⁶⁴ Burak Özen 2017, age. s. 176; Seza Reisoğlu 2013, age. s. 91-92.

⁴⁶⁵ Emel Badur 2013, s. 284-285; İsmail Kırca 2006, agm. s. 439-440; Fikriye Ceren Sadioğlu 2017, agm. s. 216.

bakılmaksızın vaat eden açısından borçlandırıcı nitelikte bir işlem söz konusu olduğundan, diğer eşin rızasının aranması gerekir⁴⁶⁶.

4.2. EVLİ KEFİL BAKIMINDAN EŞİN RIZASININ ARANMADIĞI HALLER

Kanun koyucu aileyi korumak amacıyla kefalet sözleşmesinde eşin rızasının aranması gerektiğini düzenlemek suretiyle önemli bir hüküm getirmiştir. Ancak pek çok istisnai hüküm de getirerek, düzenlemenin uygulama alanını daraltmıştır.

4.2.1. Türk Borçlar Kanunu'nun 584. maddesinin Birinci Fıkrasına Göre Eşin Rızasının Aranmadığı Haller

4.2.1.1. Evlilik Birliğine İlişkin Mahkemece Verilmiş Bir Ayrılık Kararı Olması

Türk Borçlar Kanunu'nun 584. maddesinin birinci fıkrasına göre, mahkemece verilmiş bir ayrılık kararı varsa kefalet sözleşmesinde eşin rızası aranmayacaktır. Hükmün amacı ailenin ekonomik bütünlüğünü, gelecekte doğması muhtemel bir tehlikeye karşı korumaktır. Bu çerçevede mahkemece ayrılık kararı verilmesi durumunda ailenin ekonomik bütünlüğü bozulmuş olacağından, kanun hükmünün uygulama amacı da ortadan kalkmış olacaktır⁴⁶⁷.

Doktrinde boşanma davası açılmış olması durumunda eşlerin ayrı yaşama hakkı bulunduğu kabul edildiğinden, dava süresi içerisinde eşlerden birinin yapacağı kefalet sözleşmesinde, diğer eşin rızasının alınması zorunluluğu bulunmadığı ileri sürülmektedir⁴⁶⁸.

Türk Medenî Kanunu'nun 167. maddesi “*Boşanma davası açmaya hakkı olan eş dilerse boşanma, dilerse ayrılık isteyebilir.*” hükmüne göre boşanma sebebinin varlığı halinde eşlere boşanmaya veya ayrılmaya karar verilmesini talep etme hakkı tanınmıştır. Boşanma, evliliğin sona ermesine; ayrılık ise ortak hayatın tatil edilmesine yönelik bir karardır⁴⁶⁹. Ayrılık kararının verilebilmesi için boşanma sebeplerinden birisinin mevcut olması gerekir. Fakat anlaşmaya dayanan boşanma davaları ve fiili ayrılık sebebi ile açılacak boşanma davalarında, ayrılık talep edilememektedir. Çünkü

⁴⁶⁶ Emel Badur 2013, agm. s. 284-285; İsmail Kırcı 2006, agm. s. 439-440; Fikriye Ceren Sadioğlu 2017, agm. s. 216.

⁴⁶⁷ Ece Baş 2012, agm. s. 117-118; Seda Öktem Çevik 2012, agm. s. 119.

⁴⁶⁸ Turgut Akıntürk ve Derya Ateş Karaman, *Türk Medeni Kanunu C.II Aile Hukuku*, Beta Yayınevi, 2011, İstanbul, s.274; Özlem Acar 2014, agt. s. 124; Mustafa Dural, Tufan Ögüz ve Mustafa Alper Gümüş 2013, age. s. 129.

⁴⁶⁹ Ebru Ceylan, *Türk ve İsviçre Hukukunda Boşanmanın Hukuki Sonuçları*, İstanbul, 2006, s. 28; Mustafa Dural, Tufan Ögüz ve Mustafa Alper Gümüş 2013, age. s. 122; Bilge Öztan 2015, age. s. 428.

bu hallerde evlilik birliğinin temelden sarsıldığı karine olarak kabul edildiğinden ve barışma ihtimalinin bulunmayacağı düşünöldüğünden, ayrılık istenememektedir⁴⁷⁰.

Türk Medenî Kanunu'nun 170. maddesine göre, boşanma talep edilen bir davada, hâkim boşanmaya karar verebileceği gibi, tarafların barışma ihtimalinin bulunduğu hallerde, ayrılığa da hükmedebilir. Tarafların sadece ayrılık talebinde bulunmaları halinde, hâkim burada taleple bağlı kalarak ancak ayrılığa karar verebilecektir. Yargıtay da kararlarında aynı görüŖe sahip olup, boşanma sebepleri gerçekteŖinde, boşanmaya veya ayrılığa karar verme hakkının hâkime ait olduğu kabul edilmektedir⁴⁷¹.

Hâkimin ayrılık kararı vermesi ile birlikte, eŖlerin hak ve yükümlölükleri kısmen deđiŖmekte iken, evlilik birliği varlığını sürdürmektedir. Yine Türk Medenî Kanunu'nun 171. maddesine göre, ayrılık süresi bir yıldan üç yıla kadar olabilir. Ayrılık süresinin tespiti, boşanma sebebinin ağırlığı, tarafların barışma olasılığının gerçekteŖebilmesi süresi, eŖlerin ve çocukların durumları dikkate alınarak hâkim tarafından takdir edilir⁴⁷². Bu süre ayrılık kararının kesinleŖmesi ile birlikte işlemeye baŖlar. Dolayısıyla ayrılık kararının kesinleŖtiđi tarihten itibaren, hâkimin ayrılık kararında belirtmiŖ olduğu sürenin sonuna kadar eŖlerden birinin yapacağı kefalet sözleşmesinde diğer eŖin rızası aranmayacaktır⁴⁷³. Ancak doktrinde ileri sürölen bir görüŖe göre, ayrılık kararının kesinleŖmesi beklenilmeden, mahkeme tarafından ayrılık kararı verilmesiyle, eŖ, diğer eŖin rızasını almadan kefalet sözleşmesi akdedebilir⁴⁷⁴.

Türk Medenî Kanunu'nun 172. maddesine göre, ayrılık için hâkimin belirtmiŖ olduğu sürenin sona ermesi ile ayrılık durumu kendiliğinden sona erer. Bu durumda kanunda belirtilen eŖin rızasına iliŖkin istisnai durum sona ereceğinden, sürenin dolmasından sonra yapılacak kefalet sözleşmesi için diğer eŖin rızası aranacaktır. Ayrılık süresi sonunda eŖlerin ortak yaŖam kuramaması halinde, eŖlerden her biri kusur oranına bakılmaksızın boşanma davası açabilir⁴⁷⁵.

⁴⁷⁰ Turgut Akıntürk, *Türk Medeni Hukuku Aile Hukuku (Yeni Medeni Kanuna UyarlanmıŖ)*, C. 2, B. 11, 2008, İstanbul, s. 274; Ebru Ceylan 2006, age. s. 28; Mustafa Dural, Tufan Öğüz ve Mustafa Alper GümüŖ 2013, age. s. 122; Bilge Öztan 2015, age. s. 429.

⁴⁷¹ Yargıtay, 2. HD., T. 15.09.1986, E. 1986/6873, K. 1986/7417, www.kazanci.com, SET; 29.12.2020.

⁴⁷² Ebru Ceylan 2006, age. s. 29.

⁴⁷³ Burak Özen 2017, age. s. 176; Seza Reisoğlu 2013, age. s. 89.

⁴⁷⁴ Özlem Acar 2014, agt. s. 124.

⁴⁷⁵ Ebru Ceylan 2006, age. s. 29.

4.2.1.2. Eşlerin Yasal Olarak Ayrı Yaşama Hakkının Ortaya Çıkması

Türk Borçlar Kanunu'nun 584. maddesinin birinci fıkrasına göre, kefalet sözleşmesinde diğer eşin kefil olmasında, eşin rızasının aranabilmesi için, eş bakımından yasal olarak ayrı yaşama hakkının doğmamış olması gerekmektedir. Bu çerçevede aslında kefalet sözleşmesinde eşin rızasının aranması koşulunun istisnası, eşlerden birinin yasal olarak ayrı yaşama hakkına sahip olmasıdır.

Eşler evlilik birliğinin kurulması üzerine, birlikte yaşama yükümlülüğü altına girerler⁴⁷⁶. Türk Medenî Kanunu'nun 197. maddesinin birinci fıkrası gereği, belli şartların varlığı halinde, ortak hayat sebebiyle kişiliği, ekonomik güvenliği veya ailenin huzuru ciddi biçimde tehlikeye düşen eş ayrı yaşama hakkına sahiptir. Ayrı yaşama hakkının doğması için madde hükmündeki şartların gerçekleşmesinin yanında, ayrıca bir mahkeme kararı almaya gerek olup olmadığı doktrinde tartışmalıdır. Doktrinde baskın olarak kabul edilen görüşe göre, eşlerden birinin ortak yaşam sebebiyle ekonomik varlığı, güvenliği tehlikeye düşecekse veya ailenin huzuru ciddi biçimde ve olumsuz şekilde ortak yaşamdan etkilenecekse hâkimden izin alınması gerekmeksizin ayrı yaşama hakkı kendiliğinden doğar⁴⁷⁷. Bunun yanı sıra eşin ayrı yaşamasında haklı olduğunun hâkim tarafından tespitinin, eş için faydalı olacağı, böylece ileride boşanma davası söz konusu olduğunda haksız yere evi terk etmiş duruma düşmeyeceği de belirtilmektedir⁴⁷⁸.

Mahkeme kararı olmaksızın eşlerin ayrı yaşama hakkının doğması neticesinde, eşlerden birinin diğer eşin rızasını almadan kefil olması konusunda doktrinde farklı görüşler ileri sürülmüştür. Doktrinde genel olarak kabul edilen görüşe göre, ayrı yaşama hakkının doğması ile birlikte herhangi bir mahkeme kararına gerek olmaksızın eşlerden biri diğer eşin rızasını almadan kefil olabilir⁴⁷⁹. Ancak eş ayrı yaşama hakkına sahip olmasına rağmen birlikte yaşamaya devam ediyorsa, bu durumda kefil olmak

⁴⁷⁶ Aydın Zevkliler, Ayşe Havutçu ve Damla Gürpınar, *Medeni Hukuk (Temel Bilgiler)*, Ankara, 2008, s.296; Bilge Öztan 2015, age. s. 218.

⁴⁷⁷ M. Kemal Oğuzman ve Mustafa Dural, *Aile Hukuku*, 2. Bası, İstanbul 1998, s. 163; Hüseyin Hatemi ve Rona Serozan, *Aile Hukuku*, İstanbul 1993, s. 195; Murat Samat, *Evlilik Birliğinin Korunması, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı, Yüksek Lisans Tezi*, Ankara 2010, s. 85; Mustafa Dural, Tufan Öğüz ve Mustafa Alper Gümüş 2013, age. s. 174; A. Samim Gönensay 1937, age. s. 140; Feyzi Necmeddin Feyzioğlu 1986, s. 204; Bülent Köprülü ve Selim Kaneti 1989, age. s. 126; Seza Reisoğlu 2013, age. s. 90; Fikriye Ceren Sadioğlu 2017, age. s. 208; Selahattin Sulhi Tekinay 1990, age. s. 341; Hıfzı Veldet Velidedeoğlu 1965, age. s. 125.

⁴⁷⁸ Turgut Akıntürk ve Derya Ateş 2011, age. s. 136; Bilge Öztan 2015, age. s. 355; Selahattin Sulhi Tekinay 1990, age. s. 341.

⁴⁷⁹ Emel Badur 2013, agm. s. 279; Mahmut Bilgen 2013, age. s. 66; Seda Öktem Çevik 2012, agm. s. 119; Seza Reisoğlu 2013, age. s. 90; Muzaffer Şeker 2017, age. s. 53; Aydın Zevkliler ve Emre Gökyayla, age. s. 675.

isteyen taraf, eşinin rızasını almak zorundadır⁴⁸⁰. Doktrinde ileri sürülen karşıt görüşe göre ise, eşlerin hâkim kararı olmaksızın fiilen ayrı yaşamaları durumunda, haklı sebeplerin olup olmadığına bakılmaksızın, eşin kefil olabilmesi için eşinin rızasını alması gerekir⁴⁸¹.

Boşanma davasının açılması halinde, yasal olarak ayrı yaşama hakkının doğup doğmayacağı hususu belirsizdir. Çünkü 743 sayılı Türk Kanunu Medenî'si'nin 162. maddesinin ikinci fıkrasında yer alan “*boşanma davası açılmakla eşler ayrı yaşamaya hak kazanır.*” hükmünün, 4721 sayılı Türk Medenî Kanunu'nda yer almaması, bu konuya ilişkin sorunları da beraberinde getirmiştir. Doktrinde baskın olarak kabul edilen görüşe göre, her ne kadar mevcut kanunda açık bir hüküm bulunmasa da, boşanma veya ayrılık davası açıldıktan sonra eşlerin ayrı yaşama hakları doğar⁴⁸². Yargıtay vermiş olduğu 04.12.2018 tarihli ve 2017/1473 E. 2018/1824 sayılı Hukuk Genel Kurulu kararında⁴⁸³ aynı görüşü benimseyerek, eşlerin boşanma davası açtıktan sonra ayrı yaşama hakkına sahip olduğunu kabul etmiştir. Ancak doktrinde ileri sürülen karşıt görüşe göre, boşanma davasının açılmış olması, yasal olarak ayrı yaşama hakkının doğmuş olması olarak değerlendirilemez, aksine yorum “*istisnalar dar yorumlanır*” şeklindeki genel hukuk ilkesine ters düşer⁴⁸⁴. Bu görüşe göre, kanun metninde yasal olarak ayrı yaşama hakkının doğmuş olması ifadesi ile kastedilenin Türk Medenî Kanunu'nun 197. maddesinin birinci fıkrasından ibarettir. Bu sebeple boşanma davası açıldıktan sonra eşin yaptığı kefalet sözleşmesine, diğer eşin rıza vermemesi durumunda kefalet sözleşmesinin geçersiz olacağı kabul edilmelidir. Yine karşıt görüşe göre, boşanma davası açıldıktan sonra eşlerin ayrı yaşama hakkına sahip olduğunun kabulü, kefil olmak isteyen ancak eşinin rızasını temin edemeyen kişinin, formalite bir boşanma davası açarak kanunu rahatlıkla dolanmasına imkân verir⁴⁸⁵. Bu bağlamda istisnanın kural haline getirilmesinin, kanunun kefalette eşin rızasını arayan hükmünün faydasızlaşma ihtimali ile karşı karşıya kalmasına sebep olacağı belirtilerek, Türk Borçlar Kanunu'nun 584. maddesinde açıkça eşler arasında boşanma

⁴⁸⁰ Ece Baş 2012, agm. 118-119.

⁴⁸¹ Mustafa Alper Gümüş 2014, age. s. 343; İsmail Kırca 2006, agm. s. 439; Burak Özen 2017, age. s. 176.

⁴⁸² Eylül Can Köse, “Tmk'nın 197. Maddesi Kapsamında Eşlerin Ayrı Yaşama Hakkı ve Hâkimin Alacağı Önlemler”, *TBB Dergisi*, 2017, S. 133, s.357; Turgut Akıntürk ve Derya Ateş Karaman 2018, age. s. 283; Ece Baş 2012, agm. s. 118; Mustafa Dural, Tufan Ögüz ve Mustafa Alper Gümüş 2013, age. s. 128; Mustafa Alper Gümüş 2014, age. s. 293; Seda Öktem Çevik 2012, agm. s. 119; Seza Reisoğlu 2013, age. s. 90.

⁴⁸³ YHGK, T. 04.12.2018, E. 2017/1473, K. 2018/1824, www.kazanci.com

⁴⁸⁴ Arif Kocaman ve Kübra Kaya 2020, agm. s. 11-12.

⁴⁸⁵ Agm. s. 12.

davası açılması ve tahkikat aşamasına geçilmiş olması halinde kefalet sözleşmesinde diğer eşin rızasının aranmayacağı düzenlenmesi gerektiği savunulmaktadır⁴⁸⁶.

Ayrı yaşama hakkının, evliliğin iptali davası açılması halinde de söz konusu olduğu ileri sürülmektedir⁴⁸⁷. Bu görüşe göre, evliliğin iptali için dava açılması halinde, tarafların ayrı yaşama hakkı doğacağından dava süresi içerisinde, eşin kefil olabilmesi için diğer eşin rızasının aranmasına gerek olmadığı kabul edilmektedir. Açılan dava sonrasında eşlerden birinin kefil olabilmesi için, evlenmenin mutlak butlan veya nispi butlan ile geçersiz olduğunun kesinleşmesinden sonra, diğer eşin rızası gerekmez⁴⁸⁸.

Haklı bir sebebe dayanmaksızın, eşlerden birinin birlikte yaşamaktan kaçınması halinde ise, birlikte yaşamaktan kaçınan eşin kefil olabilmesi için eşinin rızasının aranması gerekir⁴⁸⁹. Örneğin, kadın, eşinin haklı bir neden olmaksızın ayrı yaşadığını ve eşinin rızası olmadan yaptığı kefalet sözleşmesinin geçersiz olduğunu iddia edebilir⁴⁹⁰. Böyle bir durumda, asıl borç ilişkisindeki alacaklının, açacağı tespit davasında hukukî yararının olduğu kabul edildiğinden, kefil olmak isteyen eşin Türk Medenî Kanunu'nun 197. maddesine göre ayrı yaşama hakkı bulunduğunu ispat etmek için mahkemeye başvurması gerekmektedir⁴⁹¹.

4.2.1.3. Eşlerden Biri Hakkında Gaiplik Kararı Verilmesi Durumu

Eşlerden birinin, gaipliğe karar verilmesi halinde, evliliğin durumu Türk Medenî Kanunu'nun 13. maddesinde düzenlenmiştir. Madde hükmüne göre, gaipliğine karar verilen kişinin eşi, mahkemece evliliğin feshine karar verilmedikçe yeniden evlenemez. Gaibin eşi evliliğin feshini, gaiplik başvurusu ile birlikte talep edebileceği gibi ayrıca açacağı bir dava ile de isteyebilir. Dolayısıyla hükümden anlaşılacağı üzere, gaiplik kararı evliliği kendiliğinden sona erdirmemekte, mahkeme tarafından evliliğin feshine karar verilmesi gerekmektedir. Evliliğin feshi kararı ile birlikte evlilik birliği artık sona ermiş olur. Evliliğin feshinden sonra hakkında gaiplik kararı verilen kişinin eşi evlenmişse, bu evlilik, gaip sonradan dönse bile geçerli olmaya devam edecektir⁴⁹².

⁴⁸⁶ Agm. s. 12.

⁴⁸⁷ Serkan Ayan 2018, age. s. 133.

⁴⁸⁸ Muzaffer Şeker 2017, age. s. 55.

⁴⁸⁹ Seza Reisoğlu 2013, age. s. 90.

⁴⁹⁰ Age. s. 89-90.

⁴⁹¹ Age. s. 90; Muzaffer Şeker 2017, age. s. 54.

⁴⁹² Kemal Oğuzman, Özer Seliçi ve Saibe Oktay Özdemir 2009, age. s. 33.

Eşlerden biri hakkında gaiplik kararı verilmiş olduğu, ancak evliliğin feshine ilişkin olarak bir mahkeme kararının bulunmadığı durumlarda, gaip olan kişinin eşinin nasıl kefil olabileceği konusunda açık bir hüküm bulunmamaktadır.

Doktrinde konuya ilişkin olarak ileri sürülen bir görüşe göre, gaiplik kararının verilmesi üzerine, artık kefalet sözleşmesinde diğer eşin rızasının aranmasına ilişkin düzenlemedeki koruma amacı ortadan kalkacağından, gaip olmayan eş serbestçe kefalet sözleşmesi akdedebilir⁴⁹³. Konuya ilişkin aynı sonucu farklı gerekçelendiren diğer bir göre, eşlerden biri hakkında gaiplik kararı verilmiş olması halinde, diğer eşin kefil olması için eşin rızasının aranıp aranmayacağı hususunda, Türk Medenî Kanunu'nun 197. maddesi kapsamında değerlendirme yapılması gerekir⁴⁹⁴. Buna göre, nasıl ki ayrı yaşama hakkının kanun koyucunun öngördüğü sonuçlar gerçekleştiğinde kendiliğinden doğmakta olduğu kabul ediliyor ve bunun için bir mahkeme kararına ihtiyaç duyulmuyorsa gaiplik durumunda da mahkeme kararına ihtiyaç olmaksızın gaip olan eşin diğer eşin yapacağı kefalet sözleşmesinde rızasının aranmaması gerektiği kabul edilmektedir⁴⁹⁵. Ancak bu halde, diğer eşin mahkemeden evliliğin feshini talep etmediği sürece, gaip olan eşin rızasını almadan yapacağı kefalet sözleşmesinin geçersiz sayılması gerektiği de ileri sürülebilir. Zira kanunda geride kalan eşe, evliliğin feshini talep etmeye ilişkin imkân tanınmıştır. Mahkeme tarafından feshine karar verilmeyen evliliklerin, halen geçerli olduğu, ayrıca kefalet sözleşmesinde eşin rızasının aranmasına ilişkin istisnaların sınırlı sayıda olduğu dikkate alındığında, evliliğin feshini talep etme imkânını kullanmayan eş kefalet sözleşmesi yaparken diğer eşin rızasının aranması kuralını uygulamayacağından, bu durumun kanunun eşin rızasını düzenlemesindeki amaca uygun olmadığı düşünülebilir. Ancak bu gibi hallerde gaibin eşi hâkimden gaip olan tarafın rızasının alınma imkânı bulunmamasına istinaden kefil olmasına temel teşkil edecek şekilde hâkimin müdahalesini isteyebileceği de dikkate alınmalıdır.

⁴⁹³ Leo DUFT, "Die Zustimmung des Ehegatten als Gültigkeitserfordernis für die Bürgerschaft, Freiburg, 1943, s. 95 (naklen, Serkan AYAN 2018, age. s.135, dpn.135)

⁴⁹⁴ Meltem Bulut 2016, age. s. 51; Arif Kocaman ve Kübra Kaya 2020, agm. s. 14.

⁴⁹⁵ Meltem Bulut 2016, age. s. 51; Arif Kocaman ve Kübra Kaya 2020, agm. s. 14.

4.2.2. Türk Borçlar Kanunu'nun 584. Maddesinin Üçüncü Fıkrasına Göre Eşin Rızasının Aranmadığı Haller

4.2.2.1. Genel Olarak

Kefalet sözleşmelerinde eşin rızasının aranması, özellikle ticari hayatta, işleri yavaşlattığı gerekçesiyle büyük sıkıntılara sebep olmasından dolayı eleştirilmekteydi. Kefalet sözleşmesinde eşin rızasının aranmayacağı durumlara ilişkin olarak İsviçre Hukukunda 1942 yılında yapılan değişikliklerle İsviçre Borçlar Kanunu'nun 494. maddesinin ikinci fıkrasında şu ifadeye yer verilmişti,

*“Ticaret sicilinde; bireysel bir işletmenin sahibi; bir kollektif ortaklığın ortağı, bir komandit ortaklığın sınırsız sorumlu ortağı; bir anonim ortaklığın yöneticisi veya müdürü, bir sermayesi paylara bölünmüş komandit ortaklığın yönetim kurulu üyesi veya limited şirket müdürü olarak kayıtlı olanların yapacağı kefalet sözleşmelerinde bu izin aranmaz.”*⁴⁹⁶.

Ancak söz konusu hüküm, İsviçre'de 01.12.2005 tarihi itibarıyla, ailenin daha iyi korunması amacıyla yürürlükten kaldırılarak, ticari işlerdeki kefalette de eşin rızasının aranması zorunluluğu getirilmiştir⁴⁹⁷. Söz konusu hükme benzer bir düzenleme bazı farklılıklarla birlikte Türk Borçlar Kanunu'nun 2005 tarihli ilk tasarısında yer almaktaydı⁴⁹⁸. Ancak Türk Borçlar Kanunu'nun 22.01.2008 tarihli son tasarısında bu hüküm tasarıdan çıkarılarak, söz konusu düzenlemeye yer verilmemiştir. Kanun'un 584. maddesi başlangıçta birinci ve ikinci fıkradaki hükümlerle yürürlüğe girmiştir⁴⁹⁹. Dolayısıyla ticari işler için, eşin rızasının aranmayacağına ilişkin istisna da kaldırılmıştır. Ancak eşin rızasının aranması zorunluluğu, iş hayatında yarattığı sorunlar sebebiyle ve uygulamada ortaya çıkan aksaklıkların giderilmesi amacıyla, 28.03.2013 tarih ve 6455 Sayılı Gümrük Kanunu ile Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un 77. maddesi ile Türk Borçlar Kanunu'nun 584. maddesine üçüncü bir fıkra eklenmiştir.

Eklenen bu yeni hüküm şu şekildedir,

“ Ticaret siciline kayıtlı ticari işletmenin sahibi veya ticaret şirketinin ortak ya da yöneticisi tarafından işletme veya şirketle ilgili olarak verilecek kefaletler, mesleki

⁴⁹⁶ Nevzat Koç, “İsviçre Borçlar Kanunu'nun Kefalet Sözleşmesine İlişkin Hükümleri”, Prof. Dr. Mahmut Teyfik Birsal'e Armağan, 2001, s.268 ve Serkan Ayan 2018, age. s. 135'ten naklen.

⁴⁹⁷ Serkan Ayan 2018, age. s. 135.

⁴⁹⁸ Age. s. 139.

⁴⁹⁹ İsmail Kırcı 2006, agm. s. 448; Muzaffer Şeker 2017, age. s. 56-57.

faaliyetleri ile ilgili olarak esnaf ve sanatkârlar siciline kayıtlı esnaf veya sanatkarlar tarafından verilecek kefaletler, 27/12/2006 tarihli ve 5570 sayılı Kamu Sermayeli Bankalar Tarafından Yürütülen Faiz Destekli Kredi Kullanılmasına Dair Kanun kapsamında kullanılacak kredilerde verilecek kefaletler ile tarım kredi, tarım satış ve esnaf ve sanatkarlar kredi ve kefalet kooperatifleri ile kamu kurum ve kuruluşlarınca kooperatif ortaklarına kullanılacak kredilerde verilecek kefaletler için eşin rızası aranmaz”.

Madde hükmüne eklenen bu üçüncü fıkra aracılığıyla, eşin rızasının alınmasına istisna getirilmesinin sebebi, hükümde sayılan kişilerin ticaret hayatı konusunda yeterli tecrübeye sahip olmalarından dolayı aileyi ekonomik olarak yıkama uğratacak şekilde düşüncesizce kefil olmayacakları kabul edilerek, işi gereği sürekli bu tür akitler yapması gereken kişilerin eşin rızasını almak zorunda kalmalarının ticari hayattaki hızı gereksiz bir şekilde yavaşlatacağı düşüncesidir⁵⁰⁰. Ancak bu konuda dikkat çekici husus, söz konusu hükmün ticaret hayatı konusunda tecrübeye sahip kişilerin istisnadan yararlanacakları şeklinde genel ve istisnanın kurala dönüşmesine yol açabilecek nitelikte bir hüküm olması engellenerek, istisnadan yararlanacak kişilerin kimlerden ibaret olduğunun sınırlayıcı bir biçimde sayılmış olmasıdır⁵⁰¹. Dolayısıyla bir kişi, sıra dışı bir ticari tecrübeye sahip olsa dahi, hükümde sayılan kişiler kapsamına girmediği takdirde eşin rızasının aranmayacağına ilişkin istisnadan yararlanamayacaktır.

Söz konusu fıkranın, maddeye eklenmesi pek çok yönden de eleştirilmiştir. Doktrinde ileri sürülen bir görüşe göre, Türk Borçlar Kanunu’nun genel nitelikli bir kanun, buna karşılık 5570 sayılı Kamu Sermayeli Bankalar Tarafından Yürütülen Faiz Destekli Kredi Kullanılmasına Dair Kanun’un özel nitelikte olduğu göz önüne alındığında, genel kanuna getirilen bir düzenlemenin özel kanuna atıf yapılarak içinin boşaltılması, kanun yapma tekniğine uygun değildir⁵⁰². Yine, Türk Borçlar Kanunu’nun 584. maddesinin üçüncü fıkrasında, eşin rızasının aranacağı kişiler bakımından istisna getirilmiş olmasının, kuralın uygulama alanını oldukça daralttığı, bu doğrultuda ailenin korunma amacını da oldukça sınırlandırdığı da belirtilmektedir⁵⁰³. Diğer taraftan, doktrinde eşin rızasının aranması hükmü

⁵⁰⁰ İsmail Kırca 2006, age. s. 450.

⁵⁰¹ Age. s. 450.

⁵⁰² Arif Kocaman ve Kübra Kaya 2020, agm. s. 13.

⁵⁰³ Fikret Eren 2019, age. s. 772; Fikriye Ceren Sadioğlu 2017, agm. s. 122; Aydın Zevkliler ve Emre Gökyayla 2018, age. s. 677.

çerçevesinde, esnaf ve tacirlerin faaliyetlerini kısıtlamanın aile bütçesine zarar verici sonuçlar doğurabileceği göz önüne alındığında, istisna içeren bu düzenlemenin ticaret hayatının gereklerine uygun olduğu da ileri sürülmektedir⁵⁰⁴. Yine Kanun'un yürürlüğe girmesinden kısa bir süre sonra, eşin rızasına ilişkin istisna getirilerek böyle bir değişikliğin yapılmış olması, aslında maddenin önceki haliyle, evlilik birliğinin ve kefilin korunması amacıyla aşırıya gidildiğini gösterdiği de ifade edilmektedir⁵⁰⁵.

Madde hükmüne göre, eşin rızasına ilişkin getirilen istisnaların bir kısmında, asıl borcun özelliğinden çok kefilin kişiliği ve sıfatı esas alınırken, bir kısım istisnaların temelinde ise, kefilin sıfatından çok asıl borcun niteliği esas alınmıştır⁵⁰⁶.

4.2.2.2. Ticaret Siciline Kayıtlı Ticari İşletmenin Sahibi Olan Gerçek Kişi

Tacirin Ticari İşletmesi ile İlgili Vereceği Kefaletler

Türk Borçlar Kanunu'nun 584. maddesinin üçüncü fıkrasına göre, ticaret siciline kayıtlı ticari işletmenin sahibi olan gerçek kişi tacirin sadece ticari işletmesi ile ilgili vereceği kefaletler için eşin rızası aranmayacaktır. Ticaret siciline kayıtlı olmayan tacirin vereceği kefaletler için ise eşin rızası aranacaktır. Burada istisnanın uygulanabilmesi için kefil olacak kişi yönünden ve kefil olunacak asıl borçlu yönünden, söz konusu iki koşulun birlikte gerçekleşmesi gerekmektedir. Kefil olacak kişi yönünden, Ticaret siciline tescil, madde hükmünün uygulanabilmesi için aranan bir şarttır. "Tescil" başlıklı Türk Ticaret Kanunu'nun 40. maddesinin birinci fıkrasına göre, her tacir, ticari işletmenin açıldığı günden itibaren on beş gün içinde, ticari işletmesini ve seçtiği ticaret unvanını, işletme merkezinin bulunduğu yer ticaret siciline tescil ve ilan ettirir. Türk Ticaret Kanunu'nun 12. maddesinin birinci fıkrasına göre, bir ticari işletmeyi kısmen de olsa kendi adına işleten kişiye tacir denir. Dolayısıyla eşin rızasının aranmaması için Türk Ticaret Kanunu'nun 12. maddesine göre tacir olmak yeterli olmamakta, ticari işletmenin Türk Ticaret Kanunu'nun 40. maddesi kapsamında ticaret siciline de tescil edilmiş olması gerekmektedir⁵⁰⁷. Öte yandan Türk Ticaret Kanunu'nun 12. maddesinin üçüncü fıkrası kapsamında iyi niyetli üçüncü kişilere karşı tacir gibi sorumlu olan kişilerin kuracağı kefalet sözleşmelerinde de eşin rızasının aranacağı kabul edilmektedir⁵⁰⁸.

⁵⁰⁴ Ali Çelik, *Müteselsil Kefaletin Kurulması ve Geçerlilik Şartları*, Ankara, 2016, s. 63.

⁵⁰⁵ Türker Yalçınduran 2016, agm. s. 465-466.

⁵⁰⁶ Serkan Ayan 2018, age. s. 141.

⁵⁰⁷ Muzaffer Şeker 2017, age. s. 58;

⁵⁰⁸ İsmail Kırcı 2006, agm. s. 451-452; Muzaffer Şeker 2017, age. s. 59.

Eşin rızasının aranmayacağına ilişkin istisnasının uygulanabilmesi için varlığı aranan, ikinci koşul ise kefil olunacak asıl borcun, ticaret siciline kayıtlı ticari işletmenin sahibi olan gerçek kişi tacirin kefil olduğu ticari işletmenin faaliyetleri ile ilgili olmasıdır. Kefalet sözleşmesinin konusu, ticari işletme faaliyetleri ile ilgili ise eşin rızası aranmayacak, ancak ticari işletme faaliyetleri ile ilgili değilse eşin rızası aranacaktır. Söz konusu kefaletin ticari işletmeyle ilgili olup olmadığı konusunda anlaşmazlığa düşülmesi halinde, bu durum somut olayın özelliklerine göre hâkim tarafından tespit edilecektir. Burada asıl borç ilişkisindeki borçlunun tacir olması gerekmemektedir. Gerçek kişi bir tacirin ticari işletmesiyle ilgili olarak diğer bir gerçek kişi veya tüzel kişi tacirin borcu için vereceği kefalette de eşin rızası aranmamalıdır⁵⁰⁹. Keza bir gerçek kişi tacirin, kendisinden mal alacak olan tüketicinin, bankadan çekeceği (bağlı) krediye kefil olması halinde de eşin rızasının aranmasına gerek olmadığı kabul edilmektedir⁵¹⁰.

4.2.2.3. Ticaret Şirketinin Ortak ya da Yöneticisi Tarafından Şirketle İlgili

Olarak Verilecek Kefaletler

Türk Borçlar Kanunu'nun 584. maddesinin üçüncü fıkrasında, ticaret şirketinin ortak ve yöneticisi tarafından şirketle ilgili olarak verilecek kefaletlerin geçerliliği için tacirin eşinin rızası aranmayacağı düzenlenmiştir. Yürürlükten kaldırılan İsviçre Borçlar Kanunu'nun 494. maddesinin ikinci fıkrasında, eşin rızasının aranmayacağı şirket ortaklığı ve yöneticiliklerinin tek tek sayılması yoluna gidilmiştir. Ancak Türk Borçlar Kanunu'nun 584. maddesinde kanun koyucu bilinçli olarak böyle bir sayma yoluna gitmeden, "*ticaret şirketinin ortak ya da yöneticisi tarafından... şirketle ilgili olarak verilecek kefaletler*" için eşinin rızasının aranmayacağı ifadesine yer verilmiştir⁵¹¹.

Madde hükmüne göre eşin rızası konusundaki bu istisnanın uygulanabilmesi için burada da, birinci koşul olan kişiye yönelik koşul, kefilin bir ticaret şirketinin ortağı veya yöneticisi olarak ticaret siciline kayıtlı bulunması ile ikinci koşul olan kefaletin konusuna ilişkin asıl borcun şirketin faaliyetleri ile ilgili olmasının birlikte bulunması gerekmektedir. Dolayısıyla bu koşulların birlikte gerçekleşmesi durumunda

⁵⁰⁹ Mustafa Alper Gümüş 2014, age. s. 346; Burak Özen 2017, age. s. 188-189; Muzaffer Şeker 2017, age. s. 59.

⁵¹⁰ Mustafa Alper Gümüş 2014, age. s. 346.

⁵¹¹ Şamil Demir, "Kefalet Sözleşmesinin Uygulama Alanı", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, C. 26, S. 108, 2013, s. 96; Muzaffer Şeker 2017, age. s. 60.

eşin rızası aranmayacaktır. Ticaret şirketinin ortak ya da yöneticisinin, şirketin bankaya olan kredi borcu için kefil olması halinde eşin rızası aranmamaktadır⁵¹². Buna karşılık bir ticaret şirketinin ortak ya da yöneticisinin, diğer bir gerçek kişi veya tüzel kişi tacirin borcu için vereceği, kendi şirketi ile ilgili olmayan kefaletlerde eşin rızasının aranması gerekmektedir⁵¹³.

Adi ortaklıkta, ortakların, adi ortaklık ile ilgili verecekleri kefaletler ile ticaret şirketleri payı üzerinde intifa hakları sahiplerinin veya denetçilerin vereceği kefaletlerde, eşin rızası hakkındaki istisnai hüküm uygulanmayacak, eşin rızası ana kural uyarınca aranacaktır. Ancak adi ortaklık sözleşmesi kapsamında, bir ticari işletmeyi işletmek üzere bir araya gelen ve ticari işletmenin her biri adına ayrı ayrı tescil edildiği gerçek kişilerin kuracakları kefalet sözleşmeleri için, bir önceki istisna olan ticaret siciline kayıtlı ticari işletmenin sahibi olan gerçek kişi tacirin ticari işletmesi ile ilgili vereceği kefaletler için eşin rızası aranmayacağı kuralı gereğince eşin rızası aranmayacaktır⁵¹⁴.

Yargıtay 12. Hukuk Dairesi tarafından verilen bir kararda⁵¹⁵ da,

“Somut olayda, şirket yetkilisi şirket adına icra kefaletinde bulunduğundan Borçlar Kanunu’nda 28.03.2013 tarihinde yapılan Değişiklik 584/2 madde hükmünde belirtildiği gibi, şirket yöneticisinin işletme veya şirketle ilgili olarak vereceği kefaletlerde eşin rızasının aranmayacağı düzenlenmiş olduğundan, bu olayda eşin rızası aranmaz...” ifadesine yer vererek, ilgili karar özelinde şirket yetkilisini de hüküm kapsamına almıştır.

4.2.2.4. Esnaf ve Sanatkârlar Siciline Kayıtlı Esnaf veya Sanatkârlar

Tarafından Mesleki Faaliyetleri ile İlgili Olarak Verilecek Kefaletler

Esnaf ve sanatkârlar siciline kayıtlı, esnaf veya sanatkârlar tarafından mesleki faaliyetleriyle ilgili olarak verilecek kefaletler için eşin rızası aranmamaktadır. Burada da yine kefil olacak kişinin, esnaf ve sanatkârlar siciline kayıtlı olan, esnaf veya sanatkâr olması koşulu ile kefaletin konusunun mesleki faaliyetleriyle ilgili olması koşulunun birlikte gerçekleşmesi gerekmektedir.

Esnaf ve sanatkârlar siciline kayıtlı olmayan, esnaf ve sanatkâr için ise, mesleki faaliyet ile ilgili olup olmadığına bakılmaksızın yapılacak kefalet sözleşmesinde eşin

⁵¹² Mustafa Alper Gümüş 2014, age. s. 346; Burak Özen 2017, age. s. 187.

⁵¹³ Mustafa Alper Gümüş 2014, age. s. 346; Muzaffer Şeker 2017, age. s. 60.

⁵¹⁴ İsmail Kırca 2006, agm. s. 451; Muzaffer Şeker 2017, age. s. 61.

⁵¹⁵ Yargıtay, 12. HD., T. 16.03.2015, 2014/31820 E., 2015/5930 K., www. kazanci.com, SET: 20.12.2020.

rızası aranır. Çünkü madde hükmündeki istisnada açıkça belirtmiş olduğu üzere, sadece sicile kayıtlı olan esnaf ve sanatkârlar istisnadan faydalanabilir.

Esnaf ve sanatkârlar siciline kayıtlı olan bir esnafın, mesleki faaliyetle ilgili olması koşulu ile bir başka esnafın veya gerçek kişi tacirin ya da ticaret şirketinin borcu için kefil olması durumunda da eşinin rızası aranmayacaktır⁵¹⁶.

4.2.2.5. 27.12.2006 Tarih ve 5570 Sayılı Kamu Sermayeli Bankalar Tarafından Yürütülen Faiz Destekli Kredi Kullandırılmasına Dair Kanun Kapsamında Kullanılacak Kredilerde Verilecek Kefaletler

Madde hükmünde yer alan bu düzenleme ile eşinin rızasını almaya gerek olmaksızın kefil olunabilecek krediler belirtilmiştir. Burada söz konusu istisnanın uygulanması bakımından, kefilin tacir veya esnaf olmasının yahut bir diğer hususun herhangi bir önemi bulunmamakta olup, kefaletin konusu önem arz etmektedir.

Bu çerçevede, 27.12.2006 tarih ve 5570 sayılı Kamu Sermayeli Bankalar Tarafından Yürütülen Faiz Destekli Kredi Kullandırılmasına Dair Kanun kapsamında, tarımsal üretim, esnaf ve sanatkârların desteklenmesi gibi amaçlarla kullanılacak kredilere verilecek kefaletlerde eşin rızası aranmayacaktır⁵¹⁷. Bu bağlamda kanun koyucu, bu kredilerin daha kolay kullanılmasını sağlamak istemiştir⁵¹⁸.

4.2.2.6. Tarım Kredi, Tarım Satış ve Esnaf ve Sanatkârlar Kredi ve Kefalet Kooperatifleri ile Kamu Kurum ve Kuruluşlarınca Kooperatif Ortaklarına Kullandırılacak Kredilere Verilecek Kefaletler

Madde hükmündeki düzenlemeye göre, tarım kredi, tarım satış ve esnaf ve sanatkârlar kredi ve kefalet kooperatifleri ile kamu kurum ve kuruluşlarınca kooperatif ortaklarına kullandırılacak kredilerde verilecek kefaletler için eşin rızası aranmayacaktır. Burada düzenlenen bu istisnanın temelinde de, kredinin kullandırılacağı kişinin kim olduğu ve asıl borcun niteliği önem arz etmektedir. Çünkü burada kooperatif ortaklarına kullandırılacak kredilere ilişkin verilecek kefaletler istisna kapsamındadır⁵¹⁹. Yine burada da eşin rızası alınmadan kefil olunabilecek krediler belirtilmiş olup, bu kredilerin eşin rızasının aranmaması yoluyla daha kolay kullandırılması sağlanmak istenmiştir⁵²⁰.

⁵¹⁶ Burak Özen 2017, age. s. 188; Muzaffer Şeker 2017, age. s. 63.

⁵¹⁷ Mustafa Alper Gümüş 2014, age. s. 346; Muzaffer Şeker 2017, age. s. 64.

⁵¹⁸ Age. s. 63.

⁵¹⁹ Saftar Guliyev 2020, agt. s. 84.

⁵²⁰ Muzaffer Şeker 2017, age. s. 64.

Devlet bankalarının da kamu kurum ve kuruluşu niteliğinde olması sebebiyle devlet bankalarınca kooperatif ortaklarına kullanılacak kredilere verilecek kefaletlerde de, kefilin eşinin rızasının aranmaması gerekir⁵²¹. Yine 5411 sayılı Bankacılık Kanunu'nun 32. maddesi kapsamında fona devredilen bankalar, fonda kaldıkları süre boyunca kamu kurum ve kuruluşu olarak nitelendirilmeleri gerekeceğinden, fonda kaldıkları süre boyunca kooperatif ortaklarına verecekleri krediler için alınacak kefaletlerde de eşin rızası aranmayacaktır⁵²².

4.3. EŞİN RIZASINA İLİŞKİN BAZI ÖZEL DURUMLAR

4.3.1. Eşin Rızasından Kefaletin Türünün Anlaşılabilmesi

Eşin rızasının aranması konusunda kanunda kefalet sözleşmesinin türleri arasında herhangi bir ayırım yapılmamıştır. Ancak eşin rıza beyanından kefaletin türü belirlenemiyor ise hangi tür kefaletin kabul edileceği belirsizdir. Buradaki asıl sorun ise, müteselsil bir kefalet sözleşmesinde, eşin rızasından kefaletin türü anlaşılabilir veya adi kefalet izin verdiği anlaşılıyor ise kefalet sözleşmesinin geçerliliğinin ne olacağı konusudur. Bu konuda doktrinde farklı görüşler mevcuttur.

Doktrinde ileri sürülen bir görüşe göre, eşin rıza beyanından kefaletin türü anlaşılabilirse, hükmün amacına uygun olarak adi kefalet için rıza verildiği kabul edilmelidir⁵²³. Doktrinde ileri sürülen karşıt görüş ise, eşin yazılı rızasında kefaletin türünün belirtilmediği durumlarda, eşin bulunduğu yerdeki uygulamada müteselsil kefalet olağan ve yaygın ise, uygulamada daha çok müteselsil kefalet türüne rastlanacağından, müteselsil kefaletle ilişkin rıza gösterdiğinin kabul edilmesi gerektiği fikrini benimsemektedir⁵²⁴.

Rıza beyanından ticari bir borç için verildiğinin anlaşıldığı ancak kefaletin türünün anlaşılabilmediği durumlar bakımından doktrinde ileri sürülen bir görüş, ticari borca kefil olduğunu bilen eşin rızasının, Türk Ticaret Kanunu'nun 7. maddesinde düzenlenen teselsül karinesi gereği müteselsil kefalet için verilmiş olduğunun kabul edilmesi gerektiğini savunmaktadır⁵²⁵. Doktrinde ileri sürülen diğer bir görüşe göre ise, iş ve işlem hayatında olağan ve yaygın olarak kullanılan kefalet tipi müteselsil kefalet olduğundan, rıza gösterirken açıklık getirmeyen eşin rızasına ilişkin beyanın

⁵²¹ Age. s. 64.

⁵²² Mustafa Alper Gümüş 2014, age. s. 346-347.

⁵²³ Ece Baş 2012, agm. s. 124; Muzaffer Şeker 2017, age. s. 20-21.

⁵²⁴ Age. s. 21; Cevdet Yavuz Faruk Acar ve Burak Özen 2018, age. s. 784.

⁵²⁵ Emel Badur 2013, agm. s. 291; İsmail Kırca 2006, agm. s. 446; Seda Öktem Çevik 2012, agm. s. 124.

güven ilkesi çerçevesinde yorumu yapılarak, rızanın müteselsil kefaletle ilişkin olduğu kabul edilmelidir⁵²⁶.

Doktrinde ileri sürülen üçüncü bir görüşe göre ise, eşin rızasının geçerlilik şartı olmasındaki amacın ailenin ekonomik bütünlüğünün korunması olması sebebiyle hüküm dar yorumlanmalıdır. Bu görüşe göre, müteselsil kefalette alacaklıya doğrudan kefile başvurma hakkı veren ağır sonuçlar söz konusudur ve çoğu kez eş tarafından kefil olunan borcun ticari borç olduğunun bilinmesi mümkün değildir. Bu nedenle, bu son görüşe göre, eşin rızasının müteselsil kefaletle ilişkin olduğu açıkça belirtilmediği sürece rızanın adi kefalet için verilmiş olduğunun kabul edilmesi gerekir⁵²⁷.

Kefalet sözleşmesi müteselsil kefaletle ilişkinse ve kefilin eşi adi kefaletle yönelik olarak rızasını ortaya koymuşsa, bu durumda geçerli bir rızanın varlığının kabul edilip edilmeyeceği konusunda doktrinde farklı görüşler ileri sürülmüştür. Doktrinde ileri sürülen bir görüşe göre, eşin rızası adi kefaletle ilişkin olduğundan, eşin rıza gösterdiği kadarıyla geçerli sayılıp, sözleşmenin adi kefalet olarak ayakta tutulması gerekir⁵²⁸. Doktrinde ileri sürülen bir diğer görüşe göre ise, eşin rızasının adi kefaletle yönelik olması, müteselsil kefaletin yapılmasına ilişkin bir rızasının olmadığını gösterdiğinden, rıza eksikliği sebebiyle müteselsil kefalet sözleşmesinin geçersiz sayılması gerekir⁵²⁹. Doktrinde ileri sürülen bir diğer görüşe göre ise, müteselsil kefalet sözleşmesinde eşin adi kefalet sözleşmesine yönelik rızasının olması müteselsil kefalet sözleşmesinin tamamen geçersiz sayılmasına neden olmaz, alacaklının sözleşmenin adi kefalet olarak devam etmesine hazır olduğunu bildirmesi halinde adi kefalet sözleşmesi olarak sözleşme devam eder. Bu halde, eşin yanılma sebebiyle rızasını iptal etme hakkı olduğu, eşin bu iptal hakkını kullanmaması durumunda rızanın şarta bağlı olarak verildiğinin kabul edilerek müteselsil kefalet sözleşmesinin ayakta tutulabileceği bu son görüş taraflarınca savunulmaktadır⁵³⁰.

4.3.2. Eşin Ehliyetsiz Olması Durumu

Kural olarak bir kefalet sözleşmesi kurulurken kefilin eşi, rızasını bizzat kendisi verir. Ancak rızası gereken eşin ehliyetsiz olması durumunda, ehliyetsiz eşin yerine onun yasal temsilcisinin rızasının geçerli olup olmayacağı ve eşin rızasının

⁵²⁶ Burak Özen 2017, age. s. 183.

⁵²⁷ Arif Kocaman ve Kübra Kaya 2020, agm. s. 9; Ece Baş 2012, agm. s. 124-125.

⁵²⁸ Yavuz, Yenilikler, s. 816.

⁵²⁹ H. Murat Develioğlu 2009, age. s. 197; Burak Özen 2017, age. s. 182-183.

⁵³⁰ Özlem Acar 2014, agt. s. 118-119.

kişiyeye sıkı sıkıya bağılı bir hakkın kullanılması olarak nitelendirilip nitelendirilmeyeceğı konusunda kanundaki düzenlemede herhangi bir açıklık bulunmadığından, hükmün yorumlanması genel hükümler çerçevesinde, doktrinde ileri sürülen görüşler ve yargı kararları dikkate alınarak yapılacaktır.

Türk Medenî Kanunu'nun 449. maddesine göre, yasal temsilci ehliyetsiz kişi adına kefalet sözleşmesi akdedemez, akdetmiş olursa da söz konusu sözleşme kesin olarak hükümsüz olur⁵³¹. Doktrinde bu hükmün ehliyetsiz olan eşin rızasına kıyasen uygulanıp uygulanmayacağı hususu tartışmalı olup, bu tartışmanın kaynağı ise eşin kefalet sözleşmesine rıza vermesinin, kişiyeye sıkı sıkıya bağılı olan bir hakkın kullanılması niteliğinde olup olmadığı meselesidir. Doktrinde baskın olarak kabul edilen görüşe göre eşin rıza vermesi kişiyeye sıkı sıkıya bağılı bir hak değildir⁵³². Kefalet sözleşmesine rıza gösteren eş, kefalet sözleşmesinin tarafı olmamaktadır. Madde hükmü, ehliyetsiz kefil olmak isteyen eşin ve yasal temsilcisinin kefalet sözleşmesi kurması ile ilgilidir. Bu bağlamda, söz konusu hüküm ehliyetsiz eşin kefil olmak isteyen eşine vereceğı rıza ile ilgili değildir⁵³³. Bu çerçevede, Türk Medenî Kanunu'nun 449. maddesinin eşin rızası konusuna uygulanmaması gerektiğı, kefalet sözleşmesinde rızası gereken eşin ehliyetsizliği durumunda yasal temsilcisinin yazılı şekilde rıza verebileceğinin kabul edilmesi gerektiğı ifade edilmektedir⁵³⁴.

Ancak kefalet sözleşmesinde kefil olacak eş, ehliyetsiz eşin aynı zamanda yasal temsilcisi ise, burada menfaat çatışması söz konusu olacaktır. Bu durumda yasal temsilci ve kısıtlının menfaat çatışmasının düzenlendiğı, Türk Medenî Kanunu'nun 426. maddesinin kıyasen uygulanması yoluyla ehliyetsiz olan eşin rızasının vesayet makamınca tayin edilecek vesayet kayyımı tarafından verilmesi daha uygun olacaktır⁵³⁵.

4.3.3. Eşin Borcu İçin ya da Eş Lehine Kefil Olunması Durumu

Kefalet sözleşmesinde, evlilik birliğı içerisinde eşlerden birinin diğere eşin borcuna kefil olması durumunda, eşin rızasının aranıp aranmayacağı konusunda

⁵³¹ Mustafa Alper Gümüş 2014, age. s. 340-341; Burak Özen 2017, age. s. 162-163.

⁵³² Burak Özen 2017, age. s. 175; Ece Baş 2012, agm. s. 123; Mustafa Alper Gümüş 2014, age. s. 347; Seda Öktem Çevik 2012, agm. s. 120; Seza Reisoğlu 2013, age. s. 91; Muzaffer Şeker 2017, age. s. 26.

⁵³³ Burak Özen 2017, age. s. 175; Ece Baş 2012, agm. s. 123; Seda Öktem Çevik 2012, agm. s. 120; Muzaffer Şeker 2017, age. s. 26.

⁵³⁴ Burak Özen 2017, age. s. 175; Özlem Acar 2014, agt. s. 105; Ece Baş 2012, agm. s. 123; Mustafa Alper Gümüş 2014, age. s. 347; Seda Öktem Çevik 2012, agm. s. 120; Seza Reisoğlu 2013, age. s. 91; Muzaffer Şeker 2017, age. s. 26.

⁵³⁵ Emel Badur 2013, agm. s. 285; Ece Baş 2012, agm. s. 123; Seda Öktem Çevik 2012, agm. s. 120.

doktrinde görüş birliği bulunmamaktadır. Eşlerden birinin aldığı kredi için, diğer eşin kefil olması, uygulamada çok karşılaşılan bir durumdur. Bu sebeple madde hükmünün doğru uygulanması önem arz etmektedir.

Doktrinde ileri sürülen bir görüşe göre, eşlerden birinin diğer eşin borcu için kefil olması durumunda, kefalet sözleşmesi kurulmuş olsa dahi asıl borçlu eşin rızasının yine de alınması gerekir⁵³⁶. Bu görüşe göre, aile bütçesine yük getiren asıl borçlu eş, kefalet sözleşmesi ile bu yükün ağırlaşmasını, borcun iki katına çıkmasını istemeyebilecektir⁵³⁷. Özellikle yasal mal rejimi olan edinilmiş mallara katılma rejiminde bu durum önem arz eder. Mal rejimi devam ederken eşlerin malları birbirinden ayrı olduğu ve bir eşin borcundan diğerinin sorumlu olmadığı düşünüldüğünde, borçlu eşin alacaklısı, borçlu eş dışında diğer eşi de borçtan dolayı sorumlu tutmamalıdır. Bu görüşe göre, asıl borçlu eşin kendi borcunu teminat altına almak için kefalet sözleşmesini akdetmesi eşin rızasının aranması kuralının istisnasını oluşturmak için gerekli bir neden olarak görülmemektedir. Doktrinde ileri sürülen diğer görüşe göre ise, eşlerden biri asıl borç ilişkisinin tarafı olduğuna göre, artık evlilik birliği içerisinde korunacak bir menfaat kalmaması sebebiyle, eşin kefil olabilmesi için asıl borçlu olan eşin rızasının aranmasına gerek yoktur⁵³⁸. Yargıtay da bu yöndeki kararı⁵³⁹ ile, kefalet rıza gösterecek eşin, borçlunun bizzat kendisi olması sebebiyle ve de kefil olunacak borçlu eşin, kendisine verilecek kefalette rıza göstermeyeceğinin kabulünün de hayatın olağan akışına aykırı olacağı düşüncesiyle, eşin borçlu eşe kefil olmak istemesi halinde, kefaletin geçerli olması için eş rızasına gerek olmadığını kabul etmektedir. Kararda, eşin rızasının aranmasına yönelik kanunî düzenlemenin temel amacının, eşlerin birbirlerinin borçlandırıcı tasarruflarından haberdar olma ve borçlandırıcı işlemleri aile bütünlüğü içerisinde birlikte yapma olduğu dikkate alındığında, borçlu eşin diğer eşin kefaletine rıza göstermesi şartının aranmasının fuzuli olacağı ifade edilmiştir.

⁵³⁶ Burak Özen 2017, age. s. 177; Ece Baş 2012, agm. s. 124; Mustafa Alper Gümüş 2014, age. s. 342; Seda Öktem Çevik 2012, agm. s. 121; Turgut Öz 2012, age. s. 103; Muzaffer Şeker 2017, age. s. 21; Serkan Ayan 2018, age. s. 156. Ayan'a göre, eşlerden birinin aldığı kredi için diğer eşin kefil olması durumunda, kefalet metninin, asıl borç senedi ile aynı metin içinde bulunması ve birlikte aynı anda imzalanması kaydıyla rızaya gerek olmadığını kabul etmektedir. Ancak kefalet sözleşmesi daha sonra akdedilecek ise, eşin rızasının aranması gerektiğini belirtmektedir.

⁵³⁷ Burak Özen 2017, age. s. 177.

⁵³⁸ Emel Badur 2013, agm. s. 286.

⁵³⁹ Yargıtay, 12. HD., T. 13.10.2016, E. 2016/12256, K. 2016/21462; Serkan Ayan 2018, age. s. 157.

Eşlerin aynı anda müteselsil kefil olmaları halinde ise, öğretide her bir eşin diğer eşin müteselsil kefaletine yönelik yazılı rızasını, ayrı bir imza ile sunması gerektiği ileri sürülmektedir⁵⁴⁰.

Eşlerden biri, asıl borç ilişkisindeki borcun alacaklısı, diğeri kefil olmak isteyen eş ise, bu durumda eşin rızasının aranmaması gerekmektedir⁵⁴¹. Çünkü alacaklı olan eş, sözleşmeyi kuran iradelerden biri olduğundan, rızası zaten olacaktır. Bu sebeple, kefalet sözleşmesinin geçerliliği için eşin rızasının alınması gereksiz olacaktır.

4.4. DİĞER TEMİNAT SÖZLEŞMELERİ BAKIMINDAN DURUM

4.4.1. Yasal Düzenleme

6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun "Uygulama Alanı" başlıklı 603. maddesinde, kefaletin şekline, kefil olma ehliyetine ve eşin rızasına ilişkin hükümlerin, gerçek kişilerce kişisel güvence verilmesine ilişkin olarak başka ad altında yapılan diğer sözleşmelere de uygulanacağı düzenlenmiştir. 818 sayılı Borçlar Kanunu ve kaynak İsviçre Borçlar Kanunu'nda yer almayan bu hüküm ile, kefalet sözleşmesi hükümlerinin uygulama alanı genişletilmiştir⁵⁴². Kanun koyucu söz konusu hükmün düzenlenmesi ile, kefalet sözleşmesi yerine üçüncü kişinin fiilini üstlenme sözleşmesi yapılması gibi başka ad altında yapılan sözleşmelerle, kefil koruyucu hükümlerden kurtulmak maksadıyla hükmün dolanılmasını önlenmeyi amaçlamıştır. Zira asıl borç ilişkisindeki alacaklı, kefaletin geçerlilik şekline ilişkin hükümlerin kefil koruyucu nitelikte olmasından dolayı, bu hükümlerden kurtulmak amacıyla başka bir kişisel teminat sözleşmesi yapılmasını isteyebilir. Aynı şekilde kefil olmak isteyen eş de, kefil olması konusunda eşinin rızasını alamamış ise, eşin rızasının aranması kuralından kurtulmak amacıyla başka bir kişisel teminat sözleşmesi yapmayı isteyebilir⁵⁴³.

Yukarıda da belirtildiği üzere kefalet sözleşmesinin uygulama alanını genişleten Türk Borçlar Kanunu'nun 603. maddesine benzer bir hüküm, kaynak İsviçre Borçlar Kanunu'nda bulunmamaktadır⁵⁴⁴. Kefalet sözleşmesinde eşin rızasının

⁵⁴⁰ Mustafa Alper Gümüş 2014, age. s. 344; Muzaffer Şeker 2017, age. s. 21.

⁵⁴¹ Burak Özen 2017, age. s. 177; Serkan Ayan 2018, age. s. 157; Ece Baş 2012, agm. s. 124; Seda Öktem Çevik 2012, agm. s. 121.

⁵⁴² Muzaffer Şeker 2017, age. s. 46; Fikriye Ceren Sadioğlu 2017, agm. s. 217; Türker Yalçınduran 2016, agm. s. 474.

⁵⁴³ Ece Baş 2012, agm. s. 139; Muzaffer Şeker 2017, age. s. 46.

⁵⁴⁴ Ece Baş 2012, agm. s. 139; Meltem Bulut 2016, age. s. 71; İsmail Kırca 2006, agm. s. 437; Seza Reisoğlu 2013, age. s. 323.

uygulama alanına ilişkin Türk Borçlar Kanunu'nun 603. maddesindeki düzenlemeye İsviçre Borçlar Kanunu'nda yer verilmemiş olması, eşin rızasının Türk Hukuku bakımından önemini daha da arttırmaktadır⁵⁴⁵. İsviçre Borçlar Kanunu'nun 494. maddesi ile, sadece eşin rızası olmadan kefalet sözleşmesinin yapılması yasaklanmış olup, eşin rızası olmadan herhangi bir kişisel teminat verilmesi yasaklanmamıştır⁵⁴⁶. Dolayısıyla evli bir kişinin, eşinin rızası olmadan, kişisel teminat sözleşmeleri (örneğin garanti sözleşmesi) yapması, kanuna karşı hile sayılmamaktadır⁵⁴⁷. Aynı durum şekil kuralları açısından da geçerli olup, kefalet sözleşmesinin şekline ilişkin hükümler, garanti sözleşmesi, aval, teminat amaçlı borca katılma gibi diğer kişisel teminat sözleşmelerine uygulanmamaktadır⁵⁴⁸.

Türk Borçlar Kanunu'nun 603. maddesinde, gerçek kişilerce verilen kişisel teminatlara kefalet sözleşmesinin şekline, kefalet ehliyetine ve eşin rızasına ilişkin hükümlerin uygulanacağı emredici olarak düzenlenmiştir. Burada madde hükmünün uygulama alanı gerçek kişilerce kişisel güvence verilmesine ilişkin olarak yapılan sözleşmeler olduğundan, tüzel kişiler tarafından verilen teminatlara söz konusu hüküm uygulanmamaktadır⁵⁴⁹. Dolayısıyla banka teminat mektupları bakımından da madde hükmü uygulama alanı bulmayacaktır⁵⁵⁰. Yine madde hükmü verilecek teminatları kişisel teminatlarla sınırladığından, aynı teminatlar, Türk Borçlar Kanunu'nun 603. maddesinin uygulama alanı dışında kalacaktır. Bu kapsamda teminatı amaçlayan inanlı mal veya alacak devri ile rehin ve mülkiyeti saklı tutma anlaşmaları aynı teminat niteliğinde olduklarından söz konusu madde hükmüne tabi olmayacaklardır⁵⁵¹.

Türk Borçlar Kanunu'nun 603. maddesinin gerekçesinde, kefalet sözleşmesinin uygulama alanı genişletilerek, kefil koruyucu hükümlerin, söz konusu bu hükümlerden kurtulmak amacıyla başka adlar altında yapılan kişisel güvence verilmesine ilişkin sözleşmelere de uygulanacağı belirtilmektedir. Bu gerekçe kapsamında, doktrinde kanun koyucunun kişisel teminat sözleşmelerine getirdiği bu düzenlemenin uygun olup olmadığı konusunda farklı görüşler ileri sürülmüştür. Doktrinde ileri sürülen bir görüşe göre, kefalet için düzenlenen hükümlerin gerçek kişilerce verilen kefaletle denk şartlarda veya daha ağır şartlarda olan kişisel teminat

⁵⁴⁵ İsmail Kırca 2006, agm. s. 437; Türker Yalçınduran 2016, agm. s. 474.

⁵⁴⁶ Ece Baş 2012, agm. s. 139.

⁵⁴⁷ Agm. s. 139; Şamil Demir 2013, agm. s. 95; İsmail Kırca 2006, agm. s. 438, dn. 11.

⁵⁴⁸ Ece Baş 2012, agm. s. 139.

⁵⁴⁹ Agm. s. 139; Mustafa Alper Gümüş 2014, age. s. 369; Muzaffer Şeker 2017, age. 47.

⁵⁵⁰ Mustafa Alper Gümüş 2014, age. s. 369;

⁵⁵¹ Age. s. 369; Muzaffer Şeker 2017, age. 47-48; Türker Yalçınduran 2016, agm. s. 475.

sözleşmelerine de evleviyetle uygulanması gerekir⁵⁵². Hatta İsviçre Borçlar Kanunu'nda karşılığı olmayan bu hükmün bir devrim niteliği taşıdığı, Türk Borçlar Kanunu'nun en önemli hükümlerinden biri olduğu ileri sürülmektedir⁵⁵³. Evli bir kişi eşinin rızası olmadan fer'î nitelikte bir kefalet sözleşmesinin tarafı olamıyorsa, kefaletten daha ağır şartları olan garanti sözleşmesinde olduğu gibi bağımsız bir sorumluluğun tarafı hiç olamamalıdır⁵⁵⁴.

Uygulamada işlem hayatında, taraflar aynı borç için, kefalet, garanti veya borca katılma gibi teminat amacı taşıyan sözleşmeleri yapabilmektedirler. Bu sözleşmelerin aynı amaca hizmet etmeleri ve teminat verenin üstlendiği borcun niteliği gereği korunmaya layık olduğu düşüncesi, teminat amaçlı tüm sözleşmelerin şekil yönüyle de aynı rejime bağlanmasını haklı göstermektedir⁵⁵⁵. Bu nedenle gerçek kişilerce kişisel teminat verilmesine ilişkin sözleşmelere, özellikle kefaletten daha ağır şartlar taşıyan sözleşmelere, kefalet sözleşmesinin şekil, ehliyet ve eşin rızasına ilişkin hükümlerinin uygulanmasının isabetli olduğu kabul edilmektedir.

Konuya ilişkin olarak ileri sürülen diğer görüş ise, madde hükmünün hukukun genel ilkelerine ve ruhuna aykırı olduğunu, sözleşme serbestisine ve dolayısıyla şekil serbestisine ve de Anayasanın 48. maddesinde güvence altına alınan sözleşme özgürlüğü ilkesine aykırı olduğunu, madde hükmünün hangi sözleşmeler için uygulanacağını belirsiz olduğunu ve bu sebeple uygulamada büyük problemlerle karşılaşılacağını ve madde hükmünün uygulamasının bu kadar genişletilmesinin doğru olmadığını kabul etmektedir⁵⁵⁶. Bu görüşe göre, Türk Borçlar Kanunu'nun 603. maddesi ile getirilen istisna soyut ve geneldir; düzenlemenin yarattığı belirsizlik kanun yapma tekniğine de uygun değildir. Bu çerçevede ilgili görüş, bu sorunların madde hükmünün hangi sözleşmeler için uygulanacağını sayma yoluyla açıkça belirtilmesi ile çözülebileceğini kabul etmektedir⁵⁵⁷. Yine şekle ilişkin getirilen her sınırlamanın

⁵⁵² Atilla Altop, “ Türk Borçlar Kanunu Tasarısı'nda Genel İşlem Koşulları ve Kefalet Sözleşmesi”, *İsviçre Medeni Kanunu ve Borçlar Kanunu'nun Alınışının 80. Yılı*, İstanbul, 2007, s. 160; Haluk Burcuoğlu, “ Türk Borçlar Kanunu Tasarısında Yeni Kefalet Düzenlemesi ile İlgili Bazı Gözlemler”, *Türk İsviçre Hukuk Günleri, Banka ve Tüketici Hukuku Sorunları Sempozyumu*, İstanbul, Onikilevha Yayıncılık, 2010, s. 291; Nami Barlas 2006, agm. s. 64; Ece Baş 2012, agm. s. 139; Burak Özen 2017, age. s. 48.

⁵⁵³ Haluk Burcuoğlu 2010, agm. s. 291.

⁵⁵⁴ Burak Özen 2017, age. s. 48.

⁵⁵⁵ Sabah Altay 2010, agt. s. 140.

⁵⁵⁶ Şamil Demir 2013, agm. s. 100-101, Erden Kuntalp, Nami Barlas, Ahu Ayançoğlu Morali, Pelin Işıntan Çavuşoğlu, Mehtap İpek, Mert Yaşar ve Sedef Koç 2005, age. s. 273-274; Emel Badur 2013, agm. s. 294.

⁵⁵⁷ Agm. s. 294.

aynı zamanda bir geçerlilik şartı haline gelmesi sebebiyle, şekle uygun sözleşme akdedilmediği zaman kesin hükümsüzlük yaptırımıyla karşılaşılacağından, pek çok borcun güvencesiz kalacağı, madde hükmündeki belirsizliğin uygulamada ciddi problemler ortaya çıkaracağı da ileri sürülmektedir⁵⁵⁸. Bu çerçevede hükmün amacının kefalet sözleşmesinin dolanılmasını önlemek olduğu, bu amaç için hükmün uygulama alanının gereğinden fazla genişletildiği; kefalet sözleşmesinin dolanılmasının engellenmesi için Türk Borçlar Kanunu'nun 19. maddesinin yeterli olduğu, bu sebeple Türk Borçlar Kanunu'nun 603. maddesinin uygulama alanının bu denli genişletilmesinin doğru olmadığı ileri sürülmektedir⁵⁵⁹. Yine madde hükmünün somut olaylara uygulanması halinde, özellik taşıyan bazı sözleşmeler bakımından sorunlara yol açtığı, daraltıcı yorum çabalarının ise somut olayın özelliklerine uymaması sebebiyle adalete uygun olmayan sonuçlar doğurduğu, madde hükmünde sözleşmeler için ifade edilen ölçütün yetersiz olduğu, düzenlemenin sonuçlarının objektif iyi niyetli kişilerce öngörülebilir olmadığı belirtilerek, Türk Borçlar Kanunu'nun 603. maddesinde örtülü (gizli) boşluk söz konusu olduğu ve bu boşluğun amaca uygun sınırlama ile doldurulması gerektiği kabul edilmektedir⁵⁶⁰.

Türk Borçlar Kanunu'nun 603. maddesinin uygulama alanı kişisel teminat sözleşmeleridir. Ancak madde metninde, madde hükmünün kişisel teminat sözleşmelerinden hangilerine uygulanacağı konusunda sayma yöntemi kullanılmamış olup, genel olarak “gerçek kişilerce kişisel güvence verilmesine ilişkin sözleşmeler” ifadesine yer verilmiştir. Kişisel teminat sözleşmelerine, kefalet sözleşmesi, teminat amaçlı garanti sözleşmesi, teminat amaçlı borca katılma, aval, kredi emri sözleşmeleri örnek olarak gösterilebilir. Bu sözleşmelerden hangilerine Türk Borçlar Kanunu'nun 603. maddesinin uygulanacağı konusunda ise doktrinde farklı görüşler ileri sürülmektedir.

4.2.2. Borca Katılmada Uygulanması Durumu

Türk Borçlar Kanunu'nun 603. maddesi uyarınca, borca katılmada eşin rızasının aranıp aranmayacağı konusunda, doktrinde görüş birliği bulunmamaktadır.

Doktrinde ileri sürülen bir görüşe göre, borca katılmanın ana işlevi teminat

⁵⁵⁸ Erden Kuntalp, Nami Barlas, Ahu Ayanoğlu Moralı, Pelin Işıntan Çavuşoğlu, Mehtap İpek, Mert Yaşar ve Sedef Koç 2005, age. s. 273.

⁵⁵⁹ Şamil Demir 2013, agm. s. 100; Erden Kuntalp, Nami Barlas, Ahu Ayanoğlu Moralı, Pelin Işıntan Çavuşoğlu, Mehtap İpek, Mert Yaşar ve Sedef Koç 2005, age. s. 273.

⁵⁶⁰ Şamil Demir 2013, agm. s. 101-102.

sağlama olmadığından, herhangi bir şekle tabi bulunmayan bir sözleşmeden doğan borca katılma için şekil veya ehliyet kurallarına tabi olma şartı aranmamalıdır⁵⁶¹.

Doktrinde baskın olarak kabul edilen diğer görüşe göre ise, gerçek kişilerin teminat amacıyla mevcut bir borca katılmasında madde hükmünün uygulanması gerekir⁵⁶². Bu görüşe göre borca katılma ile birlikte, kişi katıldığı borcun borçlusu ile birlikte müteselsil sorumluluk altına girecektir. Bu durum, kefaletin doğuracağı fer'î sorumluluğa oranla daha ağır bir sorumluluk oluşturduğundan, teminat amaçlı borca katılmada Türk Borçlar Kanunu'nun 603. madde hükmünün uygulanması gerekir. Böylece kefil ve evliliği koruyucu bu hükümlerden borca katılan da faydalanacaktır. Dolayısıyla alacaklıya teminat vermek için mevcut bir borca katılan kişi, borca katılmayı kefalet sözleşmesinin şekil kurallarına uyarak gerçekleştirmeli ve en geç borca katılmanın gerçekleştiği anda eşinin yazılı rızasını da almış olmalıdır. Ancak borca katılmanın teminat amaçlı yapılmadığı durumlar, Türk Borçlar Kanunu'nun 603. maddesinin uygulama alanı dışında kalacaktır⁵⁶³. Kanun koyucunun kefalet sözleşmesine ilişkin kuralların dolanılmasını önlemeye çalışması amacıyla Türk Borçlar Kanunu'nun 603. maddesine düzenleme getirmiş olması bu sonucun kabul edilmesini gerektirmektedir⁵⁶⁴.

4.4.3. Sözleşmeye Katılma ve Sözleşmenin Devrinde Uygulanması Durumu

Önceki Borçlar Kanunu'nda yer almayan ve Türk Borçlar Kanunu'nun 205. ve 206. maddelerinde düzenlenen, sözleşmenin devri ve sözleşmeye katılmada, aynı Kanun'un 603. maddesinin uygulanıp uygulanmayacağı konusunda doktrinde bir görüş birliği bulunmamaktadır. Sözleşmeye katılma, sözleşmenin tarafları ile sözleşmeye katılan arasında yapılan ve katılanın yanında yer aldığı tarafla birlikte hak ve borç sahibi olma sonucunu doğuran bir sözleşmedir⁵⁶⁵. Sözleşmeye katılan kişi,

⁵⁶¹ H. Murat Develioğlu 2004, agm. s. 320; Nihat Yavuz 2011, age. s. 865.

⁵⁶² Sabah Altay 2010, agt. s. 140. Altay'a göre, borca katılmanın, kefaletin tabi olduğu yazılı şekil kurallarının, niteliğine uygun düştüğü ölçüde uygulanması gerektiği, zira borca katılmada borçlunun borcu ne ise, kural olarak borca katılanın da borcu o olduğundan, Türk Borçlar Kanunu'nun 583. maddesinde yer alan azami kefalet miktarının gösterilmesinin kural olarak borca katılma da uygulanamayacağı belirtilmektedir. Aynı yönde, Mustafa Alper Gümüş 2014, age. s. 371. Gümüş'e göre, Türk Borçlar Kanunu'nun 603. maddesinin, kefaletin şekline ilişkin hükümlerinin teminat amaçlı borca katılmaya kıyasen uygulanması gerektiği belirtilmektedir; Emel Badur 2013, agm. s. 295; Ece Baş 2012, agm. s. 140; Meltem Bulut 2016, s. 78; Şamil Demir 2013, agm. s. 109; İsmail Kırcı 2006, agm. s. 437; Hüseyin Hatemi ve Emre Gökyayla 2012, age. s. 377; Burak Özen 2017, age. s. 48-49.

⁵⁶³ Ece Baş 2012, agm. s. 140; Meltem Bulut 2016, age. s. 81; İsmail Kırcı 2006, agm. s. 437; Burak Özen 2017, age. s. 48.

⁵⁶⁴ Ece Baş 2012, agm. s. 140; Meltem Bulut 2016, age. s. 81.

⁵⁶⁵ Ahmet Kılıçoğlu 2019, Genel, age. s. 1055; Kemal Oğuzman ve Turgut Öz 2017, age. s. 635.

sözleşmede aksi kararlaştırılmadıkça, diğer tarafa karşı kendisine katıldığı kişinin borcundan da sorumlu olacağından, alacaklıya kişisel bir teminat sağlamaktadır⁵⁶⁶. Konuya ilişkin öğretide ileri sürülen bir görüşe göre, sözleşmeye katılma ve sözleşmenin devrine, Türk Borçlar Kanunu'nun 603. maddesi gereğince, kefalet sözleşmesinin şekline, ehliyetine ve eşin rızasına ilişkin hükümler uygulanmalıdır⁵⁶⁷. Keza, sözleşmeyi kefilin yerine devralan veya sözleşmeye kefilin yanında katılan kişilerin eşlerinin rızasının da alınması gerekir. Aksinin kabul edilmesi halinde, kefil olmak isteyen ve fakat eşinin rızasını alamayan kişi, sözleşmeye katılmak suretiyle, eşin rızasına ilişkin kefalet hükümlerinden kurtulabilir. Doktrinde ileri sürülen karşıt görüşe göre ise, sözleşmeye katılma, kişisel teminat işlevine sahip olmasına rağmen, Türk Borçlar Kanunu'nun 206. maddesinde ayrıca düzenlenmiş, şekil ve hükümleri açıkça belirlenmiş bir sözleşme olduğundan Türk Borçlar Kanunu'nun 603. maddesi kapsamında değerlendirilmemelidir⁵⁶⁸.

4.4.4. Müteselsil Borçlulukta Uygulanması Durumu

Teminat verme amacıyla yapılan müteselsil borçluluk Türk Borçlar Kanunu'nun 603. maddesi kapsamındadır. Müteselsil borçlulukta, alacaklı karşısında aynı hukukî sebebe dayanarak birden çok kişinin borç altına girmesi söz konusudur. Burada borçlulardan her biri alacaklıya karşı borcun tamamından asıl borçlu sıfatıyla sorumlu olurlar⁵⁶⁹. Borçlulardan birinin ifada bulunması ile borç o oranda sona erer ve ifa edilen miktar oranında diğer borçlular da borçtan kurtulurlar⁵⁷⁰. Müteselsil borçlulukta, alacaklı bir borçludan elde edemediği borç miktarını diğer borçlulardan talep edebilmektedir. Bu da alacağı teminat altına alma fonksiyonunu göstermektedir. Dolayısıyla madde hükmünde düzenlenen “gerçek kişilerce kişisel güvence verilmesi” durumu burada da söz konusudur. Bu yüzden müteselsil borçlu olmak isteyen kişiler

⁵⁶⁶ Seza Reisoğlu 2013, age. s. 323.

⁵⁶⁷ Emel Badur 2013, agm. s. 295; Meltem Bulut 2016, age. s. 81; Mustafa Alper Gümüş 2014, age. s. 371. Gümüş'e göre, teminat amaçlı sözleşmeye katılmaya, Türk Borçlar Kanunu'nun 603. maddesinin kıyasen uygulanması gerektiği, borçlu tarafta yer alma iradesinin asgari yazılı olması dışında, ayrıca metne el yazısı ile yazılmasına gerek olmadığı, sorumlu olunacak azami miktarın yazılması bu işlemin yapısal unsuru olmadığından, el yazısı ya da mekanik olarak teminat senedinde gösterilmesinin zorunlu olmadığını, teminat tarihinin de el yazısı ile yazılmasının zorunlu olmadığını belirtmektedir.

⁵⁶⁸ Seza Reisoğlu 2013, age. s. 323.

⁵⁶⁹ Kemal Oğuzman ve Turgut Öz 2017, age. s. 460; Selahattin Sulhi Tekinay, Sermet Akman, Haluk Burcuoğlu ve Atilla Altop 1993, age. s. 285.

⁵⁷⁰ Kemal Oğuzman ve Turgut Öz 2017, age. s. 460; Selahattin Sulhi Tekinay, Sermet Akman, Haluk Burcuoğlu ve Atilla Altop 1993, age. s. 285; Zahit Çandarlı, “Müteselsil Borçlu ve Alacaklıların Zamanlaşımı Kesimi”, *Adalet Dergisi*, Y.36, S. 12, 1945, s. 1288; Kadir Berk Kapancı, *Birlikte Borçlulukta Borçlular Arası İlişkiler*, İstanbul, 2014, s. 23.

kefaletin geçerlilik şekillerine uygun olarak müteselsil borçlu olma yönünde iradelerini açıkladıkları an itibariyle eşlerinin yazılı rızasını da almış olmaları gerekmektedir⁵⁷¹.

4.4.5. Kredi Emrinde Uygulanması Meselesi

Kredi emri, Türk Borçlar Kanunu'nun 516. maddesinde düzenlenmiştir. Kredi emri ile, kredi emri alan kişi kredi emri verenin talimatına uygun olarak, kendi adına ve hesabına bir üçüncü kişiye kredi verme ya da bir krediyi yenileme borcu altına girer. Madde hükmüne göre, kredi emrinin yazılı olması durumunda, kredi emri veren, kredi alan üçüncü kişinin borcundan kefil gibi sorumlu olur. Dolayısıyla kişisel güvence verilmesi amacıyla gerçek kişilerce verilen kredi emri, Türk Borçlar Kanunu'nun 603. maddesi uyarınca kefaletin şekline, kefil olma ehliyetine ve eşin rızasına ilişkin hükümlere tabidir⁵⁷². Ancak Türk Borçlar Kanunu'nun 584. maddesinin üçüncü fıkrasına göre, ticaret siciline kayıtlı ticari işletmenin sahibi veya ticaret şirketinin ortak veya yöneticisi tarafından işletme ya da şirketle ilgili olarak verilen, mesleki faaliyetleri ile ilgili olarak esnaf ve sanatkârlar siciline kayıtlı esnaf veya sanatkârlar tarafından verilen ya da Kanun'da sayılan kredilerin alınabilmesi için verilen kredi emirlerinin geçerliliği eşin rızasına bağlı değildir⁵⁷³. Kredi emrinin Türk Borçlar Kanunu'nun 603. maddesi kapsamında değerlendirilmesi ayrı bir önem arz etmektedir. Zira Türk Borçlar Kanunu'nun 516. maddesinde açıkça belirtildiği üzere, kredi emri yazılı olmadıkça, kredi emri verenin, emri alanın üçüncü kişiye verdiği krediden, kefil gibi sorumlu olması söz konusu değildir. Bu kapsamda kredi emri verenin, kefil gibi sorumlu olabilmesi Türk Borçlar Kanunu'nun 603. maddesinin uygulanıp uygulanmayacağı konusuna bağlıdır⁵⁷⁴. Kredi emri verilmesi, Türk Borçlar Kanunu'nun 603. maddesi kapsamında değerlendirildiğinde, kefaletin şekline ilişkin hükümler burada da uygulanacak ve yazılı kredi emri verenin kefil gibi sorumluluğu söz konusu olacaktır⁵⁷⁵.

⁵⁷¹ Burak Özen 2017, age. s. 51-52; Meltem Bulut 2016, age. s. 79.

⁵⁷² Ece Baş 2012, agm. s. 140-141; Meltem Bulut 2016, age. s. 83; Şamil Demir 2013, agm. s. 110; Mustafa Alper Gümüş 2014, age. s. 369-370; Burak Özen 2017, age. s. 49.

⁵⁷³ Ayrıntılı bilgi için bakınız, 4.2.2.

⁵⁷⁴ Age. s. 49

⁵⁷⁵ Age. s. 49.

4.4.6. Teminat Amaçlı Garanti Sözleşmesinde Uygulanması Meselesi

Garanti sözleşmesinin türlerinden biri olan teminat amaçlı garanti sözleşmesinde, garanti verenin temel borç ilişkisindeki alacaklıya karşı teminat sağlamak amacıyla, temel borç ilişkisinden bağımsız olarak, borcun konusunu oluşturan edimin yerine getirilmemesi durumunda, borçlunun edimi için sorumlu olmayı üstlenmesi söz konusudur⁵⁷⁶. Burada garanti alan, garanti veren ve edimi garanti edilen arasında üçlü bir ilişki ortaya çıkmaktadır. Garanti sözleşmesi, Türk Borçlar Kanunu'nda düzenlenmemiş olup, daha çok bankalar tarafından verilen alacağın güvence altına alınmasına yönelik bir sözleşme olması nedeniyle önem arz etmektedir. Garanti verenin, borçluya karşı kanunen rücu hakkına sahip olmaması ve halefiyetten faydalanamaması, garantörün korunmaya olan ihtiyacını kat kat arttırmaktadır⁵⁷⁷.

818 sayılı Borçlar Kanunu'nda, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 603. madde hükmünün karşılığı bulunmamaktaydı. Bu sebeple uygulamada, özellikle bankaların kefalet sözleşmesinin şekil şartlarından kurtulmak amacıyla, teminat amaçlı garanti sözleşmesi kurdukları sıklıkla görülmekteydi⁵⁷⁸. Yargıtay bu soruna çözüm bulabilmek için kararlarında⁵⁷⁹, sözleşmelere garanti sözleşmesi adı verilse de, bazı kıstasları⁵⁸⁰ taşıyorsa Türk Borçlar Kanunu'nun 19. maddesi gereği, bu sözleşmelerin aslında kefalet sözleşmesi olduğunu kabul ederek, söz konusu sözleşmelerin geçersiz olduğu sonucuna ulaşmakta ve bu şekilde kanunun dolanılmasını engellenmeye çalışmaktaydı⁵⁸¹. 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 603. maddesindeki düzenlemeyle, kefalet sözleşmesinin şekil, ehliyet ve eşin rızasına ilişkin hükümlerinin, diğer gerçek kişilerce kişisel güvence verilmesine ilişkin sözleşmelere uygulanmasıyla, hükmün dolanılmasının önüne geçilmiş ve bu şekilde, Yargıtay'ın uygulama yolu ile sorunu çözmesine gerek kalmamıştır. İsviçre Borçlar Kanunu'nda benzer bir düzenleme bulunmadığı göz önüne alındığında, Türk Borçlar

⁵⁷⁶ Ferhat Canpolat ve Seçkin Topuz 2008, s. 54; Emin Cem Kahyaoğlu 1995, s. 8; H. Murat Develioğlu 2009, age. s. 16; Mustafa Alper Gümüş 2014, age. s. 508; Burak Özen 2017, age. s. 23-24; Seza Reisoğlu 2013, age. s. 79; Haluk Tandoğan 2010, age. s. 804.

⁵⁷⁷ Türker Yalçınduran 2016, agm. s. 474.

⁵⁷⁸ Ece Baş 2012, agm. s. 139-140; Meltem Bulut 2016, age. s. 71; Türker Yalçınduran 2016, agm. s. 475.

⁵⁷⁹ Yargıtay 13. HD., T. 22.05.2007, E. 2007/3171, K. 2007/7154; Yargıtay, 13. HD., T. 21.06.2006, E. 2006/6415, K. 2006/10589, Ece Baş 2012, agm. s. 140.

⁵⁸⁰ Bakınız, Kefalet Sözleşmesi ve Teminat Amaçlı Garanti Sözleşmesi Ayrımı Tespiti İçin Kıstaslar, 2.2.3.

⁵⁸¹ Yargıtay 13. HD., T. 22.05.2007, E. 2007/3171, K. 2007/7154; Yargıtay, 13. HD., T. 21.06.2006, E. 2006/6415, K. 2006/10589, Baş, s. 140.

Kanunu'nun 603. maddesinin düzenlenmesinde, Yargıtay'ın yerleşik içtihatlarının esas alındığı görülmektedir⁵⁸².

Türk Borçlar Kanunu'nun 603. maddesi gereğince, kefaletin şekline, kefil olma ehliyetine ve eşin rızasına ilişkin hükümlerin, gerçek kişilerce kişisel güvence verilmesine ilişkin sözleşmelerden sayılan, teminat amaçlı garanti sözleşmesine de uygulanmasının tartışmasız olarak kabul edilmesi gereklidir⁵⁸³. Zira garanti sözleşmesinin kefalet sözleşmesinden daha ağır sorumluluklar doğurduğu düşünüldüğünde, bu sözleşmenin kefalet sözleşmesinden daha hafif geçerlilik koşullarına tabi olması amaca aykırılık teşkil edecektir⁵⁸⁴. Yine aynı durum, kefalet sözleşmesi ile fer'î sorumluluk altına giren kefilin sorumlu olacağı hakkında uyarılması ve korunması amacıyla, sözleşmeyi nitelikli bir yazılı şekle uyararak yapması gereği bakımından da söz konusudur. Bu çerçevede garanti sözleşmesi ile bağımsız bir sorumluluk altına giren garanti verenin de evleviyetle şekil aracılığıyla uyarılmaya ve korunmaya ihtiyacı olduğundan nitelikli yazılı şekle uyararak hareket etmesi gerekir⁵⁸⁵. Ayrıca nasıl ki evli bir kişi, eşinin rızası olmadan kefalet sözleşmesinde fer'î bir sorumluluğa giremiyorsa, pek tabi eşinin rızası olmadan garanti sözleşmesinde kefaletten daha ağır ve bağımsız nitelikte bir sorumluluk altına hiç girememelidir⁵⁸⁶.

Burada önemle belirtmek gerekir ki, kefalet sözleşmesi hükümlerinden ehliyet, şekil ve eşin rızasına ilişkin kuralların teminat amaçlı garanti sözleşmesi için de uygulanacak olması, artık bu iki sözleşme arasında bir fark kalmadığı anlamına gelmemektedir. Zira Türk Borçlar Kanunu'nun 603. maddesinin, teminat amaçlı garanti sözleşmesine uygulanması, kefalet sözleşmesi ile garanti sözleşmesi arasındaki derin yapısal farklılıkları ortadan kaldırmamaktadır. Örneğin, kefil asıl borçluya ait def'îlerini alacaklıya karşı ileri sürebilirken, garanti verenin aslî ve bağımsız bir sorumluluk yüklenmesinden dolayı böyle bir hakkı bulunmaması, madde hükmünün uygulanmasından sonra da değişmeyecektir. Kefalet sözleşmesi ile garanti sözleşmesi arasındaki farklılıklar çalışmamızın önceki bölümlerinde⁵⁸⁷ incelenmiştir.

⁵⁸² Seza Reisoğlu 2013, age. s. 323.

⁵⁸³ Burak Özen 2017, age. s. 4; Ece Baş 2012, agm. s. 139-140; Meltem Bulut 2016, age. s. 70; Şamil Demir 2013, agm. s. 104-105; Mustafa Alper Gümüş 2014, age. s. 369; Türker Yalçınduran 2016, agm. s. 474; Aydın Zevkliler ve Emre Gökyayla 2018, age. s. 664.

⁵⁸⁴ Burak Özen 2017, age. s. 48.

⁵⁸⁵ Burak Özen 2017, age. s. 48; Türker Yalçınduran 2016, agm. s. 474.

⁵⁸⁶ Nami Barlas 2006, agm. s. 64-65; Burak Özen 2017, age. s. 48.

⁵⁸⁷ Bakınız, Garanti Sözleşmesinden Farkı, 2.2.

Türk Borçlar Kanunu'nun 603. maddesinin teminat amaçlı garanti sözleşmesine uygulanmasıyla, eşin rızasına ilişkin Türk Borçlar Kanunu'nun 584. maddesi de teminat amaçlı garanti sözleşmelerine uygulanacaktır. Bu durumda, garanti sözleşmesinin geçerli olabilmesi için, evli olan ve Türk Borçlar Kanunu'nun 584. maddesinin üçüncü fıkrası kapsamında garantörün mahkemece verilmiş bir ayrılık kararı veya yasal olarak ayrı yaşama hakkı olmadıkça, en geç garanti verme anına kadar eşinin yazılı rızasını alması gerekir. Kefalet sözleşmesinde eşin rızasının aranmadığı durumlar, teminat amaçlı garanti sözleşmesinde de eşin rızasının aranmaması sonucunu doğuracaktır⁵⁸⁸.

4.4.7. Avalde Uygulanması Meselesi

Aval, kambiyo senetlerine özgü kişisel teminatlar arasında yer almaktadır. Ancak aval ile kefalet sözleşmesi, kişisel teminat sağlama amacı gütmesine rağmen birbirinden tamamen farklı kurumlardır⁵⁸⁹. Avalin gerçek kişilerce verilmesi halinde, Türk Borçlar Kanunu'nun 603. maddesi kapsamına alınıp alınmayacağı konusu, doktrinde ve Yargıtay uygulamasında tartışmalıdır.

Doktrinde ileri sürülen bir görüşe göre, aval gibi, kanunlarda şekil ve uygulanacak hükümleri özel olarak düzenlenen ve bir gerçek kişinin asıl borçlu sıfatıyla sorumluluk altına girdiği kişisel teminatlarda, genel hükümlerdeki şekle ilişkin sınırlandırmaların ve istisnaların dar yorumlanması çerçevesinde avalde Türk Borçlar Kanunu'nun 603. maddesi uygulanmayacaktır⁵⁹⁰. Bu görüşe göre, avalin şeklini özel olarak düzenleyen Türk Ticaret Kanunu'nun 701. maddesi hükmü karşısında, Türk Borçlar Kanunu'nun 603. maddesinin uygulama alanı bulması mümkün değildir. Buna göre, aval verilebilmesi için eşin yazılı rızasına da ihtiyaç yoktur⁵⁹¹. Anılan bu görüş, kefalet ile avalin koruduğu değerler bakımından farklı olduğunu; kefalette amaç alacaklının korunması iken, avalde piyasa güvenliğinin sağlanmasının amaçlandığını; aval taahhüdü için eşin rızasının aranmasının hem avalin amacı ile çeliştiğini hem de piyasa hayatında aksaklıklara neden olabileceğini; kefalet

⁵⁸⁸ Bakınız, Eşin Rızasının Aranmadığı Haller, 4.2.

⁵⁸⁹ Bakınız, Aval ile Kefalet Sözleşmesinin Farklılıkları, 2.3.2.

⁵⁹⁰ Raziye Aksu Özkan, *Aval Kurumu*, Ankara, 2019, s. 113; Ali Bozer ve Celal Göle, *Kıymetli Evrak Hukuku*, 5. Bası, Ankara, 2016, s. 156; Sefer Oğuz, "6098 sayılı TBK m. 584/P'in Bankacılık Uygulamasında Yarattığı Sorunlar ve Özellikle Evli Gerçek Kişilerin Aval Vermesinde Eş Rızasının Bulunmasının Gerekliliği Üzerine Düşünceler", *Bankacılar Dergisi*, S. 86, Y. 2013, s. 75; Ayşegül Sezgin Huysal, "TBK Madde 603'ün Avale Uygulanabilirliği", *İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 4, S. 2, Güz 2017, s.186; Seza Reisoğlu 2013, age. s. 323; Mehmet Bahtiyar 2013, age. s. 80-81.

⁵⁹¹ Sefer Oğuz 2013, agm. s. 75; Seza Reisoğlu 2013, age. s. 323.

özel şekil şartlarına tabi bir sözleşme iken, avalin sözleşme değil tek taraflı kişisel bir teminat olduğunu belirterek, Türk Borçlar Kanunu'nun 603. maddesinin avale uygulanmasının mümkün olmadığını ileri sürmektedir⁵⁹². Bu görüş, Türk Borçlar Kanunu'nun 603. maddesinin, evli kişilerin hak ve fiil ehliyetine ciddi bir sınırlama getiren istisnai bir hüküm olması sebebiyle dar yorumlanması gerektiğini, bu çerçevede ilgili hükmün garanti sözleşmesi veya en azından genel hükümlerde düzenlenmiş olan şahsi güvence sağlamaya yönelik sözleşme tipleri ile sınırlanması gerektiğini ileri sürmektedir⁵⁹³. Bu çerçevede Türk Borçlar Kanunu hükümlerine nazaran daha özel nitelik taşıyan kambiyo hukukunda şekil ve uygulanacak hükümleri kanun ile açıkça düzenlenmiş olan avalin bu kapsamda değerlendirilmemesi gerektiği kabul edilmektedir⁵⁹⁴. Bu görüş içerisinde bir alt görüş, Türk Borçlar Kanunu'nun 603. maddesinin gerekçesinden yola çıkmakta ve eşler arasındaki ilişkilerin önemli olduğunu ancak bu gerekliliğin hukukun diğer dallarına hakim olan ilkeler göz önünde bulundurulmaksızın eşin rızasının alınmasına ilişkin hükmün getirilmesini haklı kılmayacağını, eşin rızası müessesesinin kambiyo senetleri hukukunun oluşturduğu sistem ile bağdaşmayacağını ve uygulanmayacağını kabul etmektedir⁵⁹⁵.

Doktrinde ileri sürülen diğer bir görüşe göre, avalin gerçek kişi tarafından kişisel bir teminat verilmesi anlamına gelmesi sebebiyle aval, Türk Borçlar Kanunu'nun 603. maddesi kapsamına girmeli, fakat avalin şeklinin Türk Ticaret Kanunu'nun 701. maddesinde özel olarak düzenlenmiş olması sebebiyle Türk Borçlar Kanunu'nun 603. maddesi kısmen avale uygulanmalı, kefaletin şekline ilişkin hükümlerden olan Türk Borçlar Kanunu'nun 583. maddesi aval bakımından uygulanmamalıdır⁵⁹⁶. Bu görüşe göre, gerçek kişiler tarafından gerçekleştirilen avale Türk Borçlar Kanunu'nun 603. maddesi, kefaletin şekline ilişkin kural hariç olmak üzere uygulanmalıdır⁵⁹⁷. Dolayısıyla Türk Borçlar Kanunu'nun 603. maddesinde yer alan kefilin ehliyetine ve eşin rızasına ilişkin kural, aval bakımından da uygulanacaktır. Zira avalde Türk Borçlar Kanunu'nun 603. maddesi hükmündeki eşin rızasına ilişkin hükmün uygulanmayacağı kabul edilecek olursa, kefil olmayı isteyen

⁵⁹² Tamer Bozkurt, *Kıymetli Evrak Hukuku*, 8. Baskı, İstanbul, 2013, s. 174; Ali Bozer ve Celal Göle 2016, age. s. 156.

⁵⁹³ Sefer Oğuz 2013, agm. s. 76.

⁵⁹⁴ Agm. s. 76; Seza Reisoğlu 2013, age. s. 323.

⁵⁹⁵ Raziye Aksu 2019, age. s. 113-114.

⁵⁹⁶ Burak Özen 2017, age. s. 49-50; Ece Baş 2012, agm. s. 140; Ertan Demirkapı, "Gerçek Kişilerin Aval Verme Ehliyeti", *Ünal Tekinalp'e Armağan*, C. I, İstanbul, 2003, s. 753; Fikriye Ceren Sadioğlu 2017, agm. s. 219.

⁵⁹⁷ Burak Özen 2017, age. s. 50; Ece Baş 2012, agm. s. 140.

ancak eşinin rızasını alamayan kişiler, esas borç için düzenlenen bir bonoya aval veren olarak imza atabilecek ve Türk Borçlar Kanunu'nun 584. maddesini dolanabileceklerdir. Bu durumda ise, hükmün evlilik ve aile birliğinin korumasına ilişkin amacı zedelenecektir. Dolayısıyla aval veren kişi en geç aval verildiği anda eşinin yazılı rızasını almış olmalıdır. Bu görüş taraftarları, avalin kişisel teminat verilmesine ilişkin bir sözleşme olmaması sebebiyle Türk Borçlar Kanunu'nun 603. maddesi kapsamına girmeyeceği yönündeki savı eleştirerek, hükümde geçen “*kişisel güvence verilmesine ilişkin başka ad altında yapılan sözleşmeler*” ifadesinin, avalin tek taraflı beyanla gerçekleştirilen kişisel bir teminat olması sebebiyle hükmün kapsamı dışında bırakılmasını amaçlayan bilinçli bir terminolojik tercihi yansıtmadığını; kanun koyucunun kefalete ilişkin şekil ve ehliyet sınırlamalarının uygulanamaz hale getirilmesi kaygısını taşıdığını ve bu kaygıyı gidermek için de söz konusu sınırlandırmaların uygulama alanını hiç bir ayırım gözetmeksizin her türlü kişisel teminata yaymak isteğinde olduğunun açık olduğunu ileri sürmektedirler. Bu konuda yasa hükmünün dolanılmasını engellemek amacıyla yeni yasal düzenlemeler getirilmesinin gerek olmadığı, yargıcın gerçekleştireceği titiz bir denetimin yeterli olacağı yine görüş taraftarlarınca ifade edilmektedir⁵⁹⁸.

Doktrinde ileri sürülen diğer bir görüşe göre, aval, poliçe veya bonodan doğan bir borcu teminat altına alan, kıymetli evrak hukukuna özgü kişisel bir teminat çeşidi olduğundan Türk Borçlar Kanunu'nun 603. maddesi kapsamındadır⁵⁹⁹. Dolayısıyla avale, eşin rızasına ilişkin Türk Borçlar Kanunu'nun 584. maddesi de uygulanacaktır.

Bu görüşe göre, Türk Borçlar Kanunu'nun 603. maddesinin mutlak ve istisnasız ifadesinin emredici nitelikte olmasından dolayı, her ne kadar avalin bu düzenleme kapsamına girmesi ile kıymetli evrak metni üzerinde gereken unsurların elle yazılarak gerçekleştirilmesinin tuhaf olacağı, uygulamada ciddi güçlükler yaratacağı düşünülse de gerçek kişilerce gerçekleştirilen kişisel teminat niteliğinde olan avale de şekle ilişkin hükümler uygulanacaktır⁶⁰⁰. Bu görüş kapsamında, avalin

⁵⁹⁸ Burak Özen 2017, age. s. 53-54.

⁵⁹⁹ Atilla Altop, “Gerçek Kişilerce Gerçekleştirilen Aval İşlemlerine, TBK m. 603 Hükmü Uyarınca Kefaletin Şekline, Kefil Olma Ehliyetine ve Eşin Rızasına İlişkin Hükümler Uygulanacak Mıdır?”, *İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 15, S.1, Ocak 2016, s. 298; Emel Badur 2013, agm. s. 295-296; Nami Barlas 2013, agm. s. 230; Meltem Bulut 2016, age. s. 86; Şamil Demir 2013, agm. s. 114-116; Mustafa Alper Gümüş 2014, age. s. 369-370; İsmail Kırca 2006, agm. s. 437-438; Fırat Öztan 2012, age. s. 170; Muzaffer Şeker 2017, age. s. 77.

⁶⁰⁰ Nami Barlas, “Yeni Türk Borçlar Kanunu'nun Kefaletle İlişkin Düzenlemeleri”, *İzmir Barosu Dergisi*, Y. 76, S. 2, Nisan 2011, s. 28; Nami Barlas 2013, agm. s. 230; Mustafa Alper Gümüş 2014, age. s. 369-370; Fırat Öztan 2012, age. s. 170.

tek taraflı bir hukukî işlem olmasının, madde hükmü kapsamına girip girmeyeceği konusunda bir ölçüt olmaması gerektiği, gerçek kişilerce kişisel güvence verilmesine ilişkin olarak başka ad altında yapılan her türlü hukukî işleme uygulanacağı, kefaletin sözleşme olması nedeniyle Kanun'da sehven hukukî işlem yerine “sözleşme” ifadesinin kullanıldığı, kanunda sözleşme ifadesinin kullanılmış olmasının tek taraflı hukukî işlemleri hükmün kapsamı dışında bırakmaya yönelik bilinçli bir terminolojik tercihi yansıtmadığı ifade edilmektedir⁶⁰¹. Söz konusu maddenin amacından yola çıkarak bakıldığında, gerçek kişilerce sözleşme ile ya da tek taraflı bir hukukî işlem ile kişisel güvence verilmesinin, güvenceyi veren gerçek kişilerin ve onların ailelerinin korunması amacının gerçekleştirilebilmesi bakımından hiçbir farklılık yaratmadığı sonucuna ulaşılmaktadır. Ayrıca Türk Borçlar Kanunu'nun 584. maddesinin tek taraflı hukukî işlemlerle de rahatlıkla dolanılacağı açıktır. Dolayısıyla hüküm kapsamında, eşin rızasının, aval verilmesinden önce ya da en geç aval verilmesi işlemi sırasında verilmesi gerekmektedir. Burada eşin yazılı rızasının mutlaka kambiyo senedi üzerinde olması gerekmediğinden eş, rızayı ayrı bir belge olarak da verilebilecektir. Her iki durumda da, eşin rızasının aval verilmesinden önce alındığının kanıtlanması açısından sorun yaşamamak için rızanın hangi tarihte verildiğinin belirtilmesinde büyük yarar olacağı ifade edilmektedir⁶⁰². Avalin Türk Borçlar Kanunu'nun 603. maddesi kapsamına alınması halinde ortaya çıkan bir diğer sonuç ise, avalde de aynı Kanun'un 584. maddesinin üçüncü fıkrasındaki eşin rızasının aranmayacağı durumlardan faydalanılmasıdır. Dolayısıyla söz konusu madde hükmünde yer alan, ticaret siciline kayıtlı ticari işletmenin sahibi veya ticaret şirketinin ortak ya da yöneticisi tarafından işletme veya şirketle ilgili olarak verilecek olan avalde eşin rızası aranmayacaktır. Kanun koyucu burada, eşin rızasının aranması açısından işlemin ticari bir ticari iş olup olmasını bir ölçüt olarak kabul etmemiştir. Buradaki ölçüt, Türk Borçlar Kanunu'nun 584. maddesinin üçüncü fıkrası kapsamında kefalet sözleşmesinde veya avalde eşin rızasının aranmamasının, avalin verildiği senedin Türk Borçlar Kanunu'nda veya Türk Ticaret Kanunu'nda düzenlenmiş olup olmamasına ve senedin ticari olup olmamasına bakılmaksızın, kredi veya borç ilişkisinin ticari işletmeyi ilgilendirip ilgilendirmemesidir⁶⁰³.

⁶⁰¹ Atilla Altop 2016, agm. s. 298-299

⁶⁰² Agm. s. 301-302.

⁶⁰³ Hasan Pulaşlı, *Kıymetli Evrak Hukukunun Esasları*, 7. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2019, s. 213-214; Muzaffer Şeker 2017, age. s. 79-80.

Burada belirtmek gerekir ki, avalin Türk Borçlar Kanunu'nun 603. maddesi kapsamında değerlendirilmesine getirilen eleştirilerden “ticari hayatı yavaşlatacağı” ve “ticari hayatta çok büyük aksaklıklar olacağı” şeklindeki değerlendirmelerin, avalin Türk Borçlar Kanunu'nun 603. maddesi gereği aynı Kanun'un 584. maddesinin üçüncü fıkrası kapsamına da dahil olması ile, isabetli bir değerlendirme olmadığı görülmektedir⁶⁰⁴. Zira ticaret siciline kayıtlı ticari işletmenin sahibi veya ticaret şirketinin ortak ya da yöneticisi tarafından işletme veya şirketle ilgili olarak verilecek avallerde, kredi veya borç ilişkisinin ticari işletmeyi ilgilendirmesi şartı ile eşin rızasının alınmaması, eşin rızasının ticari hayatta çok büyük bir etkisi olmadığını göstermektedir⁶⁰⁵. Ayrıca 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun yürürlüğe girmesinden sonra yürürlüğe giren, 6455 sayılı Gümrük Kanunu ve Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un⁶⁰⁶ 77. maddesiyle, Türk Borçlar Kanunu'nun 584. maddesine eklenen üçüncü fıkra, madde hükmüne karşı yapılan birçok eleştirinin neticesinde kanun koyucu tarafından, eşin rızasına getirilen istisnalar şeklinde düzenlenmiştir. Yapılan eleştiriler arasında avalde eşin rızasının aranıp aranmayacağı hususunun bulunmasına rağmen, getirilen bu istisnaların içerisinde avalin yer almaması, aslında kanun koyucunun Kanun'un 603. maddesinde sehven hukukî işlem yerine “*sözleşme*” ifadesini kullanıldığını, kanunda sözleşme ifadesinin kullanmış olmasının tek taraflı hukukî işlemleri hükmün kapsamı dışında bırakmaya yönelik bilinçli bir terminolojik tercihi yansıtmadığını göstermektedir. Bu şekilde, avalin de bu madde kapsamında olduğu sonucuna ulaşılmaktadır.

Anayasa Mahkemesi'nin Türk Borçlar Kanunu'nun 584. ve 603. maddesinde yer alan “... ve eşin rızasına” ibaresinin anayasaya aykırılık iddiasını reddettiği kararında, Anayasa Mahkemesi üyesi M. Emin Kuz tarafından, ret kararına karşı oy gerekçesinde, avalin kefaletten farklı olarak bütün kambiyo borçları gibi tek taraflı bir irade beyanı ile verildiği, özelliği itibariyle tek taraflı bir hukukî işlem olduğu bu nedenle de avalin Türk Borçlar Kanunu'nun 603. maddesinde belirtilen sözleşmelerden sayılmasına imkan bulunmadığı, bu madde kapsamına girmediği belirtilmiştir. Anayasa Mahkemesi'nin ilk usuli inceleme sonucu verilen karara ilişkin

⁶⁰⁴ Age. s. 80-82.

⁶⁰⁵ Age. s. 80-82.

⁶⁰⁶ 28.03.2013 tarih ve 6455 sayılı Gümrük Kanunu ve Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun (RG, 11.04.2013 tarih, s. 28615).

muhalefet şerhinde belirtilen bu görüşün, büyük çoğunlukla benimsenmeyerek esas bakımından incelemeye geçilmiş olmasından, Anayasa Mahkemesi'nin gerçek kişilerce aval verilmesi işlemine, kefalette eşin rızasına ilişkin hükmün uygulanması gerektiğini örtülü olarak kabul ettiği sonucu çıkarılmaktadır⁶⁰⁷.

Türk Borçlar Kanunu'nun 603. maddesine göre gerçek kişilerce kişisel güvence verilmesine ilişkin sözleşmelere kefalet sözleşmesinin şekline, ehliyetine ve eşin rızasına ilişkin hükümlerin uygulanmasına ilişkin olarak, aval bakımından eşin rızasının aranıp aranmayacağına ilişkin doktrinde olduğu gibi Yargıtay'da da görüş birliği olmamakla birlikte farklı kararlar verilmiş bulunmaktadır. Yargıtay 11. Hukuk Dairesi vermiş olduğu bir kararında⁶⁰⁸ avalde eşin rızasının alınması gerektiğini kabul etmiştir. Dava konusu olayda ihtiyati hacze itiraz edenin vekili, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 584. maddesinin birinci fıkrasında eşlerden birinin ancak diğer eşin yazılı rızası ile kefil olabileceğinin düzenlendiğini, avalin de kefalet hükmünde olduğunu, bu sebeple aynı Kanun' nun 603. maddesi uyarınca eşin rızasının aranmasına ilişkin kuralın avale de uygulanması gerektiğini ileri sürerek, ihtiyati hacze konu olan çekte aval verenin eşinin yazılı rızası olmadan sadece "avalımdır" ibaresinin çek üzerinde imzalandığını, bu sebeple avalin geçersiz olduğunu ve ihtiyati haciz kararının kaldırılmasını talep etmiştir. İlk derece mahkemesi, iddia, savunma ve tüm dosya kapsamında yaptığı değerlendirmede, kefaletin Türk Borçlar Kanunu'nda, avalin ise Türk Ticaret Kanunu'nda düzenlendiğini, farklı kurumlar olduğunu, kefalete dair hükümlerin kıyasen avalde uygulanamayacağını, itiraza dayanarak gösterilen yasa maddesinin de aval için değil kefalet için düzenlenmiş olduğunu gerekçe göstererek, ihtiyati hacze itirazın reddine karar vermiştir. İhtiyati hacze itiraz eden borçluların vekili tarafından gidilen temyiz neticesinde, Yargıtay 11. Hukuk Dairesi'nin vermiş olduğu bozma kararında, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 584. maddesi uyarınca eşlerden birinin, mahkemece verilmiş bir ayrılık kararı olmadıkça veya tam olarak ayrı yaşama hakkı doğmadıkça, ancak diğer eşin yazılı rızasıyla kefil olabileceğini; aynı Kanun'un 603. maddesine göre kefaletin şekline, kefil olma ehliyetine ve eşin rızasına dair hükümlerin, gerçek kişilerce kişisel güvence verilmesine dair başka ad altında yapılan diğer sözleşmelere de uygulanacağını; avalin de poliçe ile sorumluluk altına

⁶⁰⁷ Atilla Altop 2016, agm. s. 297, dn. 15.

⁶⁰⁸ Yargıtay 11. HD., T. 25.04.2014, E. 2014/1231, K. 2014/7837; Yargıtay 11. HD., T. 31.10.2016, E. 2016/12044, K. 216/8541; Yargıtay 11. HD., T. 17.02.2016, E. 2016/970, K. 2016/1578, www.kazanci.com, SET:15.12.2020.

girmiş kişi lehine şahsi teminat sağlamak amacı taşıyan bir müessese olduğunu; kişisel güvence verilmesinin kıymetli evrak hukukundaki görünümü olduğunu; bu sebeple kefalette eşin rızasına dair hükümlerin Türk Borçlar Kanunu'nun 603. maddesi uyarınca avalde de uygulanması gerektiğini ifade etmiştir⁶⁰⁹. Dolayısıyla Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, avalî Türk Borçlar Kanunu 603. maddesi kapsamında değerlendirerek, avalde eşin rızasının alınması gerektiğini kabul etmiştir.

Yargıtay'ın 12. Hukuk Dairesi ise verdiği kararlarında⁶¹⁰, avalin Türk Ticaret Kanunu hükümlerine göre düzenlenmiş olduğunu, kambiyo vasfını taşıdığını ve ticari iş sayıldığını, borçluların aval veren olduğunu, 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun 702. maddesi hükmüne göre avalist kimin için taahhüt altına girmiş ise tıpkı onun gibi sorumlu olacağını belirtmiştir. Yine aynı kararlarda, Türk Ticaret Kanunu'nda taahhüt altına girmek için eşin rızası koşulunun düzenlenmemiş olması, Türk Ticaret Kanunu'nda yer alan hükümlerin özel hüküm niteliğinde olması gerekçe gösterilerek kambiyo senetlerine Türk Ticaret Kanunu karşısında genel hüküm sayılan Türk Borçlar Kanunu'nun 584. ve 603. maddelerinin uygulanamayacağı belirtilerek, avale Türk Borçlar Kanunu'nun 584. ve 603. maddelerinin uygulanmayacağı kabul edilmiştir. Söz konusu karar doktrinde bir görüş tarafından, Türk Ticaret Kanunu'nda avalin şekline ilişkin düzenlemeler bulunmasına rağmen aval verenin ehliyetiyle ilgili düzenlemelerin bulunmadığı, kefaletin kefil olma ehliyetine ilişkin Türk Borçlar Kanunu'nun 584. maddesine nispetle özel hüküm niteliği taşıyan bir düzenlemenin Türk Ticaret Kanunu'nda yer almadığı, Türk Borçlar Kanunu'nun 603. maddesinin ise doğrudan şekil ve ehliyetle ilgili bir düzenleme olmayıp kefalete ilişkin bu nitelikteki düzenlemelerin uygulama alanını belirleyen bir madde olduğu, aval veren gerçek kişinin ehliyetine ilişkin özel bir düzenlemenin varlığı iddia edilerek avalin Türk Borçlar Kanunu 603. maddesi kapsamına girmediğinin söylenmesinin yerinde olmadığı belirtilerek eleştirilmiştir⁶¹¹. Yine bu görüşte, bu konuda dayanılacak gerekçenin olsa olsa avalin bir sözleşme değil de tek taraflı bir beyana dayanması sebebiyle olabileceği, gerçek kişilerin kişisel teminat verdiği sözleşmelerine kefaletin şekline ve ehliyet sınırlamalarına ilişkin kuralların uygulanmayacağını belirten

⁶⁰⁹ Yargıtay 11. HD., T. 25.04.2014, E. 2014/1231, K. 2014/7837, www.kazanci.com, ayrıca bakınız Hasan Pulaşlı 2019, age. s. 214-215; Muzaffer Şeker 2017, age. s. 86-87.

⁶¹⁰ Yargıtay 12. HD., T. 04.07.2013, E. 2013/16400, K. 2013/25100; T. 11.05.2015, E. 2015/11249, K. 2015/13095, www.kazanci.com

⁶¹¹ Burak Özen 2017, age. s. 55; Mustafa Alper Gümüş 2014, age. s. 369; Emel Badur 2013, agm. s. 295-296.

Yargıtay'ın, konuyu ele alış biçimine oranla çok daha savunulabilir bir açıklama getirmesi gerektiği belirtilmektedir⁶¹².

Yargıtay'ın 19. Hukuk Dairesi ve Hukuk Genel Kurulu verdiği kararlarda⁶¹³, Türk Ticaret Kanunu'nun, Türk Borçlar Kanunu'na göre daha özel nitelikte bir Kanun olduğunu, ancak Türk Ticaret Kanunu'nda düzenleme bulunmaması halinde genel hüküm niteliğindeki Türk Borçlar Kanunu'nun uygulanacağını, avale dair hükümler kendi içinde bir bütünlük teşkil ettiğinden ve münhasıran kambiyo hukuku içinde düzenlendiğinden özel nitelikte bir şahsi teminat türü olan aval bakımından genel nitelikli kefalet hükümlerine gidilmesine yasal olanak bulunmadığını kabul etmektedirler. Yine bu kararlarda, Türk Ticaret Kanunu'nda aval taahhüdü altına girmek için eşin rızasının aranmadığı, Türk Ticaret Kanunu'nun 3. maddesi hükmüne göre ticari iş sayılan kambiyo senetlerine Türk Ticaret Kanunu hükümleri karşısında genel hüküm sayılan Türk Borçlar Kanunu'nun 584. maddesi hükmünün uygulanamayacağı ifade edilmiştir⁶¹⁴.

Nitekim Yargıtay'ın anılan Hukuk Daireleri kararları ile Hukuk Genel Kurulu içtihatları arasındaki aykırılığın giderilmesi amacıyla Yargıtay İçtihatları Birleştirme Büyük Genel Kurulu tarafından İçtihadı Birleştirme Kararı⁶¹⁵ verilmiştir. Bu kararda, Türk Borçlar Kanunu'nun 603. maddesinin gerçek kişilerce kişisel güvence verilmesine ilişkin olarak başka ad altında yapılan sözleşmeler için uygulanacağı, sözleşmeler dışındaki hukukî işlemler için bu maddenin uygulanamayacağı belirtilmiştir. Yine aynı kararda Yargıtay İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulu, avale ilişkin şekil koşullarının Türk Ticaret Kanunu'nun 701. maddesinde açık biçimde ve özel hükümlerle düzenlendiği; Türk Ticaret Kanunu'nun aval için belirlediği bu şekil şartlarından başka unsurların senede dâhil edilmesi halinde, bu ibarelerin aval bakımından tereddüt uyandırabileceğini ve bu şekilde de bütün senedin güvenilirliğinin etkileneceğini ve senet güvenliği zayıflatılmış olacağından senedin tedavül kabiliyetini kaybetmesine neden olunabileceğini belirterek, şekil koşullarının aval üzerindeki etkisini açıklamıştır. Aval için eşin rızasının aranacağını öngörülmesi

⁶¹² Burak Özen 2017, age. s. 55.

⁶¹³ Yargıtay 19. HD., T. 16.10.2014, E. 2014/12290, K. 2014/15241, Yargıtay HGK, T. 24.05.2017, E. 2017/12-1135, K. 2017/1012, Hasan Pulaşlı 2019, age. s. 215; Atilla Altop 2016, agm. s. 298.

⁶¹⁴ Yargıtay 19. HD., T. 16.10.2014, E. 2014/12290, K. 2014/15241, Yargıtay HGK, T. 24.05.2017, E. 2017/12-1135, K. 2017/1012, Hasan Pulaşlı 2019, age. s. 215; Atilla Altop 2016, agm. s. 298.

⁶¹⁵ Yargıtay İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulu, T. 20.04.2018, E. 2017/4, K. 2018/5, 16.10.2018 tarihli ve 30567 sayılı Resmi Gazete.

durumunda ise, her şeyden önce aval veren kimsenin evli olup olmadığının senetten anlaşılması gerektiği, avalistin nüfus bilgilerinin ve medeni halinin senede dâhil edilmesi ya da buna ilişkin resmi kayıtların senede eklenmesinin, uygulama bakımından doğru ve işlevsel olmayacağı ifade edilmiştir. Yine ilgili İçtihadı Birleştirme Kararı'nda şekle ilişkin bu sakıncanın avalin hukukî niteliği ve aval dolayısıyla ortaya çıkan sorumluluk açısından bakıldığında, eşin rızasının ne surette kambiyo senedi üzerine konulacağının belirsiz olduğu, öte yandan senedin ön yüzüne eşin rızasının konulması halinde Türk Ticaret Kanunu'nun 701. maddesinin 3 numaralı bendini göre “*poliçenin yüzüne atılan her imza aval şerhi sayılır*” ilkesi gereği eşin de avalist konumuna girmesinin söz konusu olacağı, eşin rızasına ilişkin şerh anlamına gelmek üzere eşin imzasının senedin arka yüzüne konulması durumunda ise bunun ciro ile karıştırılmasının mümkün olabileceği belirtilmiştir. Kararda, kefalet ile avalin, her ikisinin de kişisel güvence sağladığı konusunda tereddüt bulunmadığı belirtilerek, kefaletle dair hükümler kefil alacaklıya karşı korurken, avale ilişkin hükümlerin hamili asıl borçlu ile müracaat borçlularına karşı koruduğu, bu nedenle de kefalet ile aval hükümlerinin birbiri ile kıyaslanmasının normun koruma amacına uygun düşmediği kabul edilmiştir. Yargıtay İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulu tarafından, kanunun koyucunun madde hükmünün düzenlenmesine ilişkin amacı hakkında, ailenin ekonomik bütünlüğünün korunmasına ilişkin olarak, tarafların başka adlar altında akdedecekleri sözleşmelerle, kefaletle ilişkin şekil şartlarını dolanmaya çalışmalarının elbette aval için de benzer endişeleri gündeme getireceği belirtilerek, alacağı güvence altına alabilmek için kambiyo senetlerinde aval dışında başvurulabilecek farklı yöntemlerin mevcut olduğu, ailenin ekonomik bütünlüğüne yönelebilecek tehditlerin her zaman için Türk Medeni Kanunu'nun hakkın kötüye kullanılmasını engelleyen 2. maddesi ile bertaraf edilmesinin mümkün olduğu belirtilerek, kefalette eşin rızasına ilişkin Türk Borçlar Kanunu'nun 584. maddesindeki düzenlemenin aynı Kanun'un 603. maddesi uyarınca avalde uygulanmasının gerekmediği yönünde oyçokluğu ile karar verilmiştir⁶¹⁶.

Üstte anılan bu İçtihadı Birleştirme Kararı⁶¹⁷ oy çokluğu ile verilmiş olup, karara ilişkin karşı oy yazısı dikkat çekicidir. Bu karşı oy yazısında, avalin Türk

⁶¹⁶ Yargıtay İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulu, T. 20.04.2018, E. 2017/4, K. 2018/5, 16.10.2018 tarihli ve 30567 sayılı Resmi Gazete.

⁶¹⁷ Yargıtay İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulu, T. 20.04.2018, E. 2017/4, K. 2018/5, 16.10.2018 tarihli ve 30567 sayılı Resmi Gazete.

Borçlar Kanunu'nun 603. maddesi kapsamına alınması gerekliliği tüm açıları ile değerlendirilerek ayrıntıları ile açıklanmıştır.

Karşı oy yazısı şu şekildedir⁶¹⁸:

"... Esasen bir hukukî işlemin ya da bir taahhüdün sözleşme mahiyetinde olup olmadığının tespit için TBK' daki sözleşmelerin kurulmasına ilişkin hükümlere bakmak gerekmektedir. TBK' nin 1. maddesi uyarınca, sözleşme, tarafların iradelerini karşılıklı ve birbirine uygun olarak açıklamalarıyla kurulur. İrade açıklaması, açık veya örtülü olabilir. Keza TBK' nin 6. maddesi uyarınca, öneren, kanun veya işin özelliği ya da durumun gereği açık bir kabulü beklemek zorunda değilse, öneri uygun bir sürede reddedilmediği takdirde, sözleşme kurulmuş sayılır. Diğer bir anlatımla sözleşme önerisi örtülü olarak kabul edilmiş olur. TBK' nin 5. maddesi uyarınca, sözleşmenin kurulması için de sözleşmenin taraflarının aynı anda aynı yerde bulunmaları gerekmez. Bir kambiyo sözleşmesine verilen avalde de durum böyledir. Aval veren üçüncü kişinin fiilini taahhüt etmiştir. Ancak kambiyo senedi üzerine attığı imza ile senet lehtarına yaptığı taahhüt, senet lehtarının açık veya örtülü kabul beyanıyla sözleşmeye (garanti sözleşmesine) dönüşmüştür. Lehtar, aval verenle aynı zamanda aynı yerde olmasa bile söz konusu imzalı taahhüdü açık veya örtülü olarak kabul ederek sözleşmenin kurulmasına imkân sağlayacağı gibi, aval verenin ismini veya imzasının üzerini çizerek veya aval beyanının yanına bu önermeyi reddettiğine ilişkin bir ifade yazmak suretiyle öneriyi reddederek, kambiyo senedinin geçerliliğine olumsuz etkisi olmaksızın aval sözleşmesinin (garanti sözleşmesinin) kurulmasına engel de olabilecektir. Esasen aval bir yerde, garanti sözleşmelerinin kambiyo senetleri üzerinde gerçekleşen bir türünden ibarettir (Öğretide de avalin garanti sözleşmesi mahiyetinde bir sözleşme olduğuna ilişkin geniş açıklamalar için bkz. Jale Güral, "Kefalet Akdiyle Aval Arasındaki Fark ve Benzerlikler, s.444, 445, 478, yöneliş: Esat Arsebük, Borçlar Hukuku, 1950 s.932). Öğretide bu alanda yayınlanan en son makalede de ifade olunduğu üzere, avalin bir sözleşme olduğu konusunda öğretide neredeyse tam bir ittifak bulunmaktadır (M. Çelebi Can, "Avalde Eşin Rızası Aranmalı Mı?", Gazi Üniv. HFD, C.21, S.3, , Baskı T,:24.01.2018 s.65, Dipnot 83, yöneliş: Poroy/Tekİnalp, "Aval şerhinin imzalanmasıyla değil, senedin teslimi ile hüküm doğuran bir kambiyo sözleşmesi olduğuna" dair açıklaması, s. 207; F.Öztan, 2016, s. 164-165; Tandoğan, s.489;Karayalçın, s.220; Demirkapı, s. 104-110, Güral, s.443-445; Jacobi, 1956, s.676)"

Konunun açıklığa kavuşturulması bakımından öncelikle burada avalin sözleşme mi yoksa tek taraflı bir hukukî işlem mi olduğu meselesine değinmek

⁶¹⁸ Her satırı önem arz ettiğinden karşı oy yazısına metinde tam olarak yer vermiş bulunmaktayız.

gerekmektedir. Bu konuda doktrinde farklı görüşler ileri sürülmektedir. Doktrinde ileri sürülen bir görüşe göre, karşı oy yazısı doğrultusunda aval, hukukî niteliği itibariyle, kıymetli evrak hukukuna özgü bir sözleşmedir. Türk Ticaret Kanunu'nun 700 ilâ 702 maddeleri arasında düzenlenen aval kambiyo senetlerine özgü bir tür kefalet olarak görülmektedir⁶¹⁹. Bu görüşe göre, aval veren, kambiyo senedi üzerine attığı imza ile senet lehtarına yaptığı taahhüt (önerme), senet lehtarının açık veya örtülü kabul beyanıyla sözleşmeye dönüşmüş olmaktadır. Karşı oy yazısında da belirtildiği üzere, lehtar, aval veren ile aynı zamanda aynı yerde bulunmasa bile söz konusu imzalı taahhüdü açık veya örtülü olarak kabul ederek sözleşmenin kurulmasına imkân sağlayacağı gibi, aval verenin ismini veya imzasının üstünü çizerek veya aval beyanının yanına bu önermeyi reddettiğine ilişkin bir ifade yazmak suretiyle öneriyi reddederek, senedin geçerliliğine etkisi olmaksızın, aval sözleşmesinin kurulmasına engel olabilecektir. Burada aval veren ile lehine aval verilen anlaştıktan sonra, senedin teslimi ile aval anlaşmasının kurulduğu ifade edilmektedir⁶²⁰. Doktrinde ileri sürülen bir diğer görüşe göre ise, aval, yapılan hukukî işlemlerin türleri ayrımında tek taraflı hukukî işlem kategorisinde yer almaktadır⁶²¹. Bu görüşe göre, aval verenin veya yetkili temsilcisinin poliçe veya alonj üzerine atılan imzasıyla aval oluşmaktadır. Türk Ticaret Kanunu'nun 701. maddesinin birinci ve ikinci fıkrasında avalin şekline ilişkin hükümler düzenlenmiş olup, bu suretle bir poliçe borçlusunun lehine aval verilebilmesi için sadece aval verenin veya yetkili temsilcisinin irade beyanı yeterli görülmüştür. Kambiyo senedinin tedavül edilebilmesi için bu senedin geri verilmesi gerekmektedir. Ancak buradaki geri verme unsurunun, maddi bir fiil olduğu; hukukî işlemin kurucu unsuru değil, etkinlik unsuru olduğu ifade edilmektedir⁶²². Çünkü zaten imza atmakla birlikte aval ilişkisi kurulmuş olup, hukukî sonuçlarını poliçenin geri verilmesi ile doğurmaktadır⁶²³. Yine aynı Kanun'un üçüncü fıkrasında, muhatabın veya düzenleyenin imzaları dışında, poliçenin yüzüne atılan her imzanın aval şerhi sayılacağı belirtilmiştir. Dolayısıyla burada kanun koyucunun açıkça sadece senedin ön yüzüne atılan imza ile avalin kurulacağını düzenleyerek, avalin kurulması için başka bir irade beyanı aramadığı görülmektedir.

⁶¹⁹ Hasan Pulaşlı 2019, age. s. 205; Fırat Öztan 2012, age. s. 161.

⁶²⁰ Jale Güral 1951, agm. s. 443.

⁶²¹ Raziye Aksu 2019, s. 81; Mertol Can, *Kıymetli Evrak Hukuku*, İmaj Yayınları, Ankara, 2012, s. 94; Şaban Kayıhan, *Kıymetli Evrak Hukuku*, Seçkin Yayınları, Ankara, 2019, s. 140; Ali Bozer ve Celal Göle 2016, age. s. 163; Burak Özen 2017, age. s. 53.

⁶²² Raziye Aksu 2019, age. s. 54.

⁶²³ Age. s. 54.

Karşı oy yazısının devamında,

“... TBK'nın 584. maddesindeki avalde eşin rızasının gerekliliğine ilişkin kurala 3. fıkra ile getirilen istisnalar uyarınca, "Ticaret siciline kayıtlı ticari işletmenin sahibi veya ticaret şirketinin ortak ya da yöneticisi tarafından işletme veya şirketle ilgili olarak verilecek kefaletler, mesleki faaliyetleri ile ilgili olarak esnaf ve sanatkârlar siciline kayıtlı esnaf veya sanatkârlar tarafından verilecek kefaletler, 27/12/2006 tarihli ve 5570 sayılı Kamu Sermayeli Bankalar Tarafından Yürütülen Faiz Destekli Kredi Kullanılmasına Dair Kanun kapsamında kullanılacak kredilerde verilecek kefaletler ile tarım kredi, tarım satış ve esnaf ve sanatkârlar kredi ve kefalet kooperatifleri ile kamu kurum ve kuruluşlarınca kooperatif ortaklarına kullanılacak kredilerde verilecek kefaletler" yönünden eşin rızası şartı kaldırılmış, böylelikle kendi ticari işletmesi, ortağı veya yöneticisi olduğu şirketin ihtiyacı veya mesleki faaliyetle kapsamında alınacak bir takım krediler yönünden yaşanan sıkıntılar ortadan kaldırılmıştır.” ifadesine yer verilmiştir.

Buna göre Türk Borçlar Kanunu'nun 584. maddesinin üçüncü fıkrası ile diğer eşin rızasının aranması şartına getirilen istisnaların, avalde de uygulanması söz konusu olup, kredi veya borç ilişkisinin ticari işletmeyi ilgilendirmesi durumunda zaten eşin rızası aranmayacağından, ticari hayatı yavaşlatacağı ya da aksaklıklara neden olacağı gibi bir durum da söz konusu olmayacaktır.

Karşı oy yazısında ayrıca,

“... Kanun koyucu. 603. madde ile eşin rızasına ilişkin hükümleri, kişisel teminat borcu doğuran diğer sözleşmeler için de aramış olup, kanun koyucu aval için eşin rızasının aranmaması gerektiği düşüncesinde olsa idi, 27/12/2006 tarihli ve 5570 sayılı Kanun ile getirilen istisnaların arasına mutlaka "avali " de koyabilirdi. Tam tersine kanun koyucu, kefalette eşin rızası yasağının kanunu dolanma yoluyla aşılmasını önlemek amacıyla, kişisel teminat borcu doğuran tüm sözleşmeler yönünden eşin rızası şartını aramış ve gerekçesinde de çok açık bir şekilde bu düşüncesini dile getirmiştir.” ifadesine yer verilmiştir.

Buna göre, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun yürürlüğe girmesinden sonra, 584. maddeye eklenen üçüncü fıkra, madde hükmüne karşı yapılan birçok eleştirinin neticesinde kanun koyucu tarafından, eşin yazılı rızasının alınması gerekliliğine istisnalar getirilmiştir. Getirilen bu istisnaların içerisinde avalin yer almaması, bu karşı oy yazısına göre kanun koyucunun 603. maddede sehven hukukî işlem yerine “sözleşme” ifadesini kullanmış olduğunu, kanunda sözleşme ifadesinin kullanmış olmasının tek taraflı hukukî işlemleri hükmün kapsamı dışında bırakmaya yönelik

bilinçli bir terminolojik tercihi yansıtmadığını⁶²⁴ gösterdiğinden, aval de madde kapsamında addedilmelidir.

Söz konusu karşı oy yazısında ayrıca,

“... TBK'nın 584. maddesinde yer alan ve üçüncü kişilerin borçları nedeniyle kefalete karşı aileyi koruyucu hükümler, Kanunun 603. maddesindeki "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" şeklindeki düzenleme ile, kefalet sözleşmesi niteliğinde olmayan diğer kişisel teminat sözleşmelerini de kapsayacak şekilde genişletilmiştir. Diğer bir anlatımla, kanun koyucu, kefalete karşı eşin rızasını alma şartını dolanmak amacıyla yapılabilecek diğer sözleşmeler yönünden de bu dolanmanın önüne geçilmek ve aileyi, aileyle alakası olmayan üçüncü kişilerin borçlarının olumsuz etkilerinden korumak istemiştir. Kanunun gerekçesinde de ifade olunduğu gibi, İsviçre Federal BK'da sadece kefalet yönünden eşin rızası yasağı olmasına rağmen, Türk kanun koyucusu aileye verdiği daha yüksek önemden dolayı, kefaletten farklı olan ancak, kişisel teminat borcu doğuran benzer sözleşmelere karşı da, aileyle alakası olmayan üçüncü kişilerin borçları yüzünden ailelerin dağılmasının önüne geçmek istemiştir. Kanun koyucu Kanunun gerekçesinde, Kanun metninde belirtilen benzer sözleşmelerle örnek olarak, öğreti ve uygulamada "garanti sözleşmeleri" olarak tanımlanan ve TBK'nın 128. maddesinde düzenlenen "üçüncü kişilerin fiilini üstlenme" sözleşmesini göstermiştir.... TBK'nın 603. maddesindeki, kefalete karşı ailenin korunması uygulamasının kapsamını genişleten bu düzenlemenin kambiyo senetlerine mahsus bir müessese olan "aval" kurumu için de geçerli olup olmayacağı içtihadı birleştirme toplantısının ve daireler arasındaki görüş ayrılığının temelini oluşturmaktadır. Her şeyden önce, TBK'nın 603. maddesinde yer alan ve kefalet için eşin rızasının aranmasına ilişkin hükümlerin başka hukukî işlemlere uygulanması için, 1- Bu işlemin sözleşme niteliğinde olması, 2- Kişisel teminat amacı gütmesi, 3- TBK'nın 584/3.maddesindeki istisnaların söz konusu olmaması, 4- Avalin gerçek kişi adına verilmiş olması şartlarının hepsinin bir arada gerçekleşmesi gerekmektedir. Söz konusu şartlar "aval" müessesesine uygulandığında, avalin bir sözleşme niteliğinde olduğu, gerçek kişilerce de aval verilebildiği, kişisel teminat borcu doğurduğu konusunda hiçbir tereddüt bulunmadığı, 584/3.maddede yer alan istisnalar dışındaki hukukî işlemler yönünden kefalete ilişkin eşin rızası şartının aval için de aranması gerektiğini düşünmekteyiz.” ifadesi yer almaktadır.

⁶²⁴ Atilla Altop 2016, agm. s. 298-299.

Yukarıda da açıklanmış olduğu üzere, aval kambiyo senetlerine özgü kişisel teminatlar arasında yer almaktadır. Ancak aval veren kişi, kimin için taahhüt altına girmiş ise, aynı onun gibi sorumlu olduğundan, vermiş olduğu taahhüt, aval ile teminat altına alınan kambiyo taahhüdünden bağımsız bir taahhüttür⁶²⁵. Aval veren kişinin sorumluluğu tıpkı garanti sözleşmesinde garanti verenin sorumluluğunda olduğu gibi bağımsızdır. Kefalet sözleşmesinde fer'îlik dolayısıyla asıl borç ilişkisi geçersiz olursa veya borç sona ererse, kefalet sözleşmesi de ortadan kalkar. Ancak avalde durum bu şekilde değildir. Türk Ticaret Kanunu'nun 702. maddesinin ikinci fıkrasında da açıkça belirtildiği üzere, avalde aval verenin taahhüdü, teminat altına alınan borcun şekil eksikliği dışında bir sebepten geçersiz olması durumundan etkilenmeyerek yine de geçerliliğini koruyacaktır. Ancak avale konu olan poliçe, bono ya da çekin zorunlu şekil şartlarına aykırı yapılması durumunda aval veren sorumluluktan kurtulabilecektir⁶²⁶. Bu durumun sonucu olarak, kefalet sözleşmesinde kefil, asıl borç ilişkisine ait bütün def'î ve itirazları alacaklıya karşı ileri sürme hakkına sahipken, avalde aval veren, sadece senedin şeklen geçersizliğini ileri sürebilecek olup, aval veren kişinin avale konu olan asıl borca ait diğer def'î ve itirazları ileri sürmesi mümkün değildir⁶²⁷. Kefalet sözleşmesi ile avalin arasında diğer farklıların yanı sıra, avalin bu yönü, avalin kefalet sözleşmesine nazaran arz ettiği önemli bir farklılığı ortaya koymaktadır. Zira kefalet sözleşmesinde kefilin sorumluluğu fer'î nitelikte olup, kefaletin asıl borç ilişkisine bağlı olmasından dolayı kefil, asıl borç ilişkisinde borçlunun alacaklıya karşı ileri sürebileceği def'î ve itirazları alacaklıya karşı ileri sürebilmektedir. Ayrıca kefil ödeme yaptığı takdirde alacaklıya halef olmaktadır. Tüm bu hususlar göz önüne alındığında, nasıl ki kişisel teminatlardan olan garanti sözleşmesinde, kefalet sözleşmesine kıyasla garanti verene daha ağır sorumluluk yüklemesi sebebiyle bu sözleşme Türk Borçlar Kanunu'nun 603. maddesi kapsamına alınıyor ve garantör, kefil ve ailesini koruyan hükümlerden faydalanabiliyorsa, aynı şekilde avalin aval verene kefaletten daha ağır sorumluluk yüklemesi sebebiyle, avalin

⁶²⁵ Raziye Aksu 2019, age. s. 59; Ertan Demirkapı 2005, age. s. 11, Şaban Kayıhan 2019, age. s. 139; Muzaffer Şeker 2017, age. s. 67.

⁶²⁶ Mehmet Bahtiyar 2013, age. s. 82; Hayri Domaniç 1990, age. s. 218; Burak Özen 2017, age. s. 45-46; Reha Poroy ve Ünal Tekinalp 2013, age. s. 211; Seza Reisoğlu 1992, age. s. 89; Haluk Tandoğan 2010, age. s. 713-714; Hüseyin Ülgen, Mehmet Helvacı, Abuzer Kendigelen ve Aslan Kaya 2013, age. s. 172.

⁶²⁷ Fatih Bilgili ve Ertan Demirkapı, *Kıymetli Evrak Hukuku*, 9. Baskı, Dora Yayıncılık, Bursa, 2018, s. 103; Raziye Aksu 2019, age. s. 59; Ali Bozer ve Celal Göle 2016, age. s. 102; Ertan Demirkapı 2005, age. s. 132; Jale Güral 1951, agm. s. 440; Fırat Öztan 2012, age. s. 169; Reha Poroy ve Ünal Tekinalp 2013, age. s. 207; Seza Reisoğlu 1992, age. s. 90.

de bu hüküm kapsamına alınması kabul edilmelidir. Buna göre bir kimse, eşinin rızası olmadan fer'î sorumluluk altında kefil olamıyorsa, eşinin rızası olmadan aval veren olarak bağımsız bir sorumluluk altına da girmemelidir.



SONUÇ

Kişisel teminat sözleşmeleri arasında en çok karşımıza çıkan ve en önemli yere sahip sözleşme kefalet sözleşmesidir. Kişisel (şahsî) teminat sözleşmeleri, bir borcun ifa edilmemesi riskinin borçlu dışında başka bir kişi tarafından üstlenilmesidir. Kefalet sözleşmesi Türk Borçlar Kanunu'nun Özel Borç İlişkileri başlığını taşıyan İkinci Kısımının 15. Bölümünde 581 ilâ 603. maddeleri arasında düzenlenmiştir. Kefalet sözleşmesinin yasal tanımı ise, Türk Borçlar Kanunu'nun 581. maddesinde “*kefalet sözleşmesi, kefilin alacaklıya karşı, borçlunun borcunun ifa etmemesinin sonuçlarından kişisel olarak sorumlu olmayı üstlendiği sözleşmedir.*” şeklinde ifade edilmiştir.

Kefalet sözleşmesi, kefil ile alacaklı arasında yapılan, alacaklıya borçlunun malvarlığının yanı sıra, kefilin kişisel malvarlığına başvurmaya ilişkin alacak hakkı tanıyan, verilen kişisel teminatın asıl borcun geçerliliğine ve devamına bağlı olduğu bir sözleşmedir. Buradaki teminat fonksiyonu, kefalet sözleşmesinin asıl amacını oluşturmaktadır. Bu teminat fonksiyonu doğrultusunda kefil, kefalet sözleşmesi ile asıl borçlunun borcunu ifa etmemesinin hukukî sonuçlarından kişisel olarak sorumlu olmayı üstlenmektedir.

Kefalet sözleşmesinin tarafları asıl borç ilişkisinde teminat altına alınan borcun alacaklısı olan kişi ile kefildir. Asıl borç ilişkisindeki teminat altına alınan borcun borçlusu kefalet sözleşmesinin tarafı değildir. Bu şekilde sadece asıl borç ilişkisindeki alacaklı ile kefil kefalet sözleşmesinin tarafı olmalarına rağmen kefalet sözleşmesinde üç köşeli bir hukukî ilişki söz konusudur. Bu üç köşeli hukukî ilişkinin birinci ayağı, asıl alacaklı ve asıl borçlu arasındaki hukukî ilişkidir. Bu hukukî ilişki ve bu çerçevede esas borç ilişkisi, kefalet sözleşmesinden farklı olarak, herhangi bir sözleşmeden (satış, kira, ödünç gibi), sebepsiz zenginleşmeden veya haksız fiilden kaynaklanabilir. Asıl alacaklı ve asıl borçlu arasındaki bu ilişki, kefalet sözleşmesinden bu yönü ile bağımsızdır. İkinci ayağı alacaklı ve kefil arasındaki hukukî ilişkidir. Bu ilişki, doğrudan kefalet sözleşmesi ile sonuçlanan ve kefalet sözleşmesinin konusunu oluşturan, esas borç ilişkisindeki alacağı teminat altına alan hukukî ilişkidir. Üç köşeli ilişkinin üçüncü ayağı ise, kefil ve asıl borçlu arasındaki ilişkidir. Bu ilişki, ödeme

yapan kefilin kullanabileceği rücu hakları ve yaptığı ödeme oranında alacaklıya kanunen halef olmasını sağlayan ilişkidir.

Kefalet sözleşmesi niteliği itibariyle tek tarafa borç yükleyen, ivazsız, fer'î ve talî nitelikli bir teminat sözleşmesidir. Kefalet sözleşmesinde kefilin borcu fer'î ve talî nitelikte, asıl borç ilişkisinden farklı bağımsız bir borçtur. Esas borç ilişkisindeki borç ister para borcu ister bir şey yapma veya yapmama borcu olsun, kefilin borcu her zaman bir miktar para borcudur.

Fer'îlik bir borcun doğuş, devam ve geçerlilik bakımından başka bir borca bağlı olmasını ifade eder. Kefalet sözleşmesinin geçerliliği için, asıl borç ilişkisindeki borcun varlığı da gerekmektedir. Bu sebeple kefalet sözleşmesi ile kefilin üstlendiği borç, niteliği itibariyle bu asıl borca bağlı fer'î bir borçtur. Kefilin borcunun fer'î nitelikte olmasının bazı sonuçları vardır. Bunlardan birincisi, kefilin sorumluluğunun, asıl borçlunun sorumluluğundan daha ağır olamamasıdır. İkincisi, kefalet sözleşmesi ile güvence altına alınan alacak başkasına devredilirse, kefaletten doğan hakların da yeni alacaklıya geçmesidir. Ancak kefalet sözleşmesinin bağımlı fer'îlerden biri olması nedeniyle, kefalet alacağı, asıl alacaktan bağımsız olarak bir başkasına devredilemez. Kefaletin fer'îliğinin sonuçlarının üçüncüsü ise, asıl borç ilişkisinde alacak muaccel olmadan, kefilin borcunun da muaccel olmamasıdır. Sonuçların dördüncüsü, kefilin borcunun fer'î nitelikte olmasının kefile, asıl borç ilişkisinde borçlunun sahip olduğu savunmaları alacaklıya karşı ileri sürme imkânını sunmasıdır. Elbette borçlunun alacaklının şahsına karşı sahip olduğu kişisel savunmalar bu kurala istisna teşkil eder. Öte yandan asıl borç ilişkisinde borçlunun söz konusu savunma imkânlarını kullanmaması veya bu imkânlardan feragat etmiş olması, kefilin bu savunma imkânlarından faydalanmasını etkilemeyecektir.

Kefalet sözleşmesinin talî niteliği gereği, asıl borç ilişkisindeki alacaklı, önce borçluya başvurup, borçluyu hukukî yollarla takip etmesine rağmen, borçlunun borcunu ödememesi durumunda kefile başvurabilecektir. Müteselsil kefalet ilişkisi, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 586. maddesindeki düzenlemeyle, müteselsil kefalette kefilin borcunun talîliği daha da belirginleştirmiştir. Bu düzenlemeye göre asıl borç ilişkisindeki alacaklının müteselsil kefile başvurabilmesi için, asıl borç ilişkisindeki borçlunun ifada gecikmesi ve asıl borçluya yönelik ihtarin sonuçsuz kalması veya açıkça ödeme güçsüzlüğü içerisinde olması gerekmektedir. Kefalet sözleşmesi ile kefil, asıl borç ilişkisindeki borçluya ait bir borç için, kişisel sorumluluk

üstlenmektedir. Kişisel teminat sözleşmelerinden biri olan kefalet sözleşmesinin de en belirgin özelliği, asıl borç ilişkisindeki borcu güvence altına almaktır.

Kefalet sözleşmesi, kendisine benzer kurumlardan olan borca katılma, garanti sözleşmesi ve avalden farklıdır. Borca katılma, alacaklı ve borçlu arasında devam eden bir borç ilişkisine, üçüncü bir şahsın alacaklıyla yaptığı bir sözleşmeyle, borçlu yanında olmak üzere bu borç ilişkisine dâhil olması ve söz konusu borç için alacaklıya karşı, borçluyla birlikte müteselsilden sorumlu olmasıdır.

Kefalet sözleşmesi ile borca katılma arasındaki farklılıklar şu şekildedir: Kefalet sözleşmesi yazılı şekle tabii iken borca katılma da herhangi bir şekil zorunluluğunun bulunmamaktadır. Kefalet sözleşmesi fer'î nitelikte iken, borca katılma, borca katılanın borcunun kapsam ve içeriği bakımından asıl borçtan bağımsız ve aslî bir borç niteliğindedir. Kefalet sözleşmesinde kefilin yükümlülüğünün kapsamı, ortaya çıkması, devamı ve icrası, güvence altına alınan asıl borca tabii iken, borca katılmada, borca katılanın borcu bir defa geçerli olarak doğduktan sonra müteselsil borç olma niteliğinden dolayı bağımsızlaşır, asıl borcun devamlılığına bağlı değildir. Bu durumun sonucu olarak, kefil alacaklıya karşı, esas borçlunun yapabileceği itiraz ve def'î türünden bütün savunmaları yapabilirken, borca katılma sözleşmesi bağımsız olduğundan, borca katılan kişi ilk borçlu ile birlikte müteselsil borçlu olduğundan, borca katılan ilk borçluya ait kişisel savunma araçlarından faydalanamaz.

Kişisel (şahsi) teminat sözleşmelerinden bir diğeri de garanti sözleşmesidir. Garanti sözleşmesi kendi içerisinde saf garanti sözleşmesi ve teminat amaçlı garanti sözleşmesi olarak ikiye ayrılmaktadır. Teminat amaçlı garanti sözleşmesi, garanti verenin temel borç ilişkisindeki alacaklıya karşı teminat sağlamak amacıyla, temel borç ilişkisinden bağımsız olarak, borcun konusunu oluşturan edimin yerine getirilmemesi durumunda, borçlunun edimi için sorumlu olmayı üstlenmesi söz konusudur. Burada garanti alan, garanti veren ve edimi garanti edilen olmak üzere üç ayrı kişi bulunduğundan bu halde bir üçlü borç ilişkisi bulunmaktadır. Teminat amaçlı garanti sözleşmesi bu açıdan kefalet sözleşmesi ile benzerlik gösterdiğinden, iki sözleşme arasındaki farklılıklar ortaya konulmuştur. Kişisel bir teminatın, kefalet sözleşmesi mi yoksa garanti sözleşmesi mi olduğu konusunda yapılacak ayırım, sözleşmelerin geçerlilik şartları ve hukukî sonuçları açısından büyük farklılıklar göstermesi sebebiyle büyük önem taşımaktadır. Bu ayırımın en önemlisi teminat verenin sorumluluğunda görülmektedir. Garanti sözleşmesindeki borç aslî nitelikte bir borç

iken kefalet sözleşmesindeki borç ise fer'î nitelikte bir borçtur. Bunun sonucu olarak kefalet sözleşmesinde, sözleşmenin fer'î niteliği, kefilin sorumlu tutulabilmesi için esas borcun mevcut, geçerli ve dava edilebilir olmasını gerektirirken, teminat amaçlı garanti sözleşmesinde, sözleşme asıl borç ilişkisinden bağımsız bir sözleşme olduğundan, kefaletin aksine, garanti verenin yükümlülüğü açısından, asıl borcun meydana gelmesi, mevcut olması, varlığını sürdürmesi veya dava edilebilir olması şartları aranmayacaktır. Kefalet sözleşmesinin fer'î niteliğinin sonucu kefil, kefalet sözleşmesinden kaynaklanan def'î ve itirazların yanı sıra asıl borç ilişkisine ait def'î ve itirazları da ileri sürme hakkına sahipken, teminat amaçlı garanti sözleşmesinde, sözleşmenin bağımsız niteliğinden dolayı garanti veren, temel borç ilişkisinde borçlu kişinin edimi garanti edilen kimseye karşı olan def'î ve itirazlarını garanti alana karşı ileri süremez.

Kefalet sözleşmesi ile aval arasında da benzerliklerinin yanı sıra birçok farklılıklar bulunmaktadır. Bu farklılıklardan ilki, kefalet sözleşmesi her türlü borç için yapılabilirken, aval sadece ticari senetlerden doğan borçlar için verilebilir. Yine kefalet sözleşmesinde kefilin sorumluluğu, fer'î nitelikte bir sorumluluk iken, aval verenin sorumluluğu lehine aval verdiği kimsenin borcundan bağımsız bir sorumluluktur. Diğer bir fark, kefilin rücu hakkı Türk Borçlar Kanunu'nun 596. maddesinde düzenlenmiş yasal bir rücu hakkı iken, avalde aval veren, halefiyet söz konusu olmaksızın, kıymetli evrak hukukuna özgü şekilde, lehine aval verdiği kişiye veya bu kişiye karşı sorumlu olan kişilere karşı bağımsız bir rücu hakkına sahiptir.

Hukukî işlem, olgular ve hukukî sonuç kısmından oluşmaktadır. Olgular ise kurucu olgular ve tamamlayıcı olgular olmak üzere iki bölüme ayrılmaktadır. Tamamlayıcı olgular gerçekleşmediği sürece, işlem kurulduğu halde, işlemin hukukî sonuç ve hükümleri taraflar arasında doğmayacaktır. İşte burada, rıza hukukî işlemin tamamlayıcı ögesine ve hukukî geçerlilik koşuluna dönüştürülmüş olur. Rıza, karşı tarafa varması gerekli, tek yanlı bir irade beyanında somutlaşan bir hukukî işlemdir. Rıza, hukukî işlemin başında verildiğinde “*izin*,” sonradan verildiğinde “*icazet*” veya “*onay*” şeklinde ifade edilmektedir. Kefalet sözleşmesinde kefil olmak isteyen eş için diğer eşin rızasının aranacağı düzenlendiği Türk Borçlar Kanunu'nun 584. maddesine göre, eşin rızasının, sözleşme yapılmadan önce ya da en geç sözleşmenin kurulması anında verilmesi şarttır. Dolayısıyla buradaki rıza, hukukî işlemin başında verilen “*izin*” olarak nitelendirilebilecektir. Evli olan eşlerden biri, diğer eşin kefil olması için rıza göstermiş ise, diğer eşin kefil olarak borç altına girmesini kabul etmiş

olmaktadır. Bu anlamda tamamlayıcı olgu olan diğer eşin rızasının tamamlanması ile kefalet sözleşmesinin diğer koşulları da sağlanmış ise geçerli bir kefalet sözleşmesi kurulmuş olacaktır.

743 sayılı Türk Kanunu Medenîsi'nin 4 Ekim 1926 yılında yürürlüğe girmesiyle, medeni hukuk ilişkilerinin düzenlenmesi açısından İslam Hukuk sisteminden ayrılmış, Kıta Avrupası hukuk sistemine dâhil olunmuştur. Kefalet sözleşmesine ilişkin olarak, aynı Kanun'un 169. maddesindeki düzenlemeyle, kadının şahsî mallarına veya mal ortaklığı rejimine tabi mallara ilişkin hukukî tasarrufların geçerliliği ve kadın eşin kocası lehine üçüncü kişilere borçlanması sulh hâkiminin onayına bağlanmıştı. Söz konusu hüküm, İsviçre'de evli kadının işlem ehliyetini sınırladığı ve alacaklılar için tuzak olarak kullanılabilirdiği yönündeki şiddetli eleştiriler sebebiyle, 1984 tarihli kanun değişikliği ile İsviçre Medeni Kanunu'ndan çıkarılmıştır. Dünyada sosyal ve toplumsal alanda önemli değişimlerin yaşanması ile birlikte, geleneksel aile yapısı ve aile fertlerine ilişkin kalıplaşan roller değişerek, evlilik eşit haklara dayalı bir hayat ortaklığı olarak görülmeye başlanmıştır. Değişim çalışmaları kendisini, 743 sayılı Türk Kanunu Medenîsi'nin yürürlükten kaldırılarak, 01.01.2002 tarihinde, 4721 sayılı Türk Medenî Kanunu'nun yürürlüğe girmesi ile göstermiştir. 4721 sayılı Türk Medenî Kanunu'nda eşlerin serbestçe hukukî işlem gerçekleştirebilmesi konusu, Kanun'un 193. maddesinde düzenlenerek, getirilen yenilikler arasında yerini almıştır. Bu hüküm ile 743 sayılı Türk Kanunu Medenîsi'nin uygulamada işlevi olmayan, kadının bazı hukukî işlemler yapabilmesini sulh hâkiminin onayına bağlayan 169. maddesinde yer alan sınırlamalar büyük ölçüde kaldırılmıştır. Böylece eşler, kural olarak hukukî işlem ehliyeti açısından tam ehliyetli sayılmışlardır. Ancak söz konusu maddede yer alan "...kanunda aksine hüküm bulunmadıkça..." deyimini ifadesi çerçevesinde, eşlerin bu özgürlüklerinin çeşitli yasal düzenlemeler doğrultusunda kısıtlanabilir. Söz konusu sınırlamalar, kanunda özel olarak belirtilen bazı hukukî işlemlerin geçerliliğini, aile kurumu dışında kalan hâkimin onayına bağlamamıştır. Kanun koyucu aile kurumu ve evlilik birliğinin geleceği açısından önem arz eden işlemlerde, eşlere birbirini kontrol görevi vererek, bu işlemlerin eşlerden biri tarafından yapılması durumunda işlemin hüküm ve sonuç doğurmasını diğer eşin rızasına bağlamıştır. Eşlerin sözleşme özgürlüğüne getirilen sınırlamalar, Anayasanın 13. maddesinde öngörülen temel hak ve özgürlüklerin ancak kanunla sınırlanabileceği ve 48. Maddesinde öngörülen sözleşme özgürlüğünün temel hak ve özgürlük olarak düzenlenmesi sebebiyle ancak kanunla düzenlenebilir.

Eşlerin hukukî işlem özgürlüğünü sınırlayan düzenlemeler, Türk Medenî Kanunu ile Türk Borçlar Kanunu'nda yer almaktadır.

Türk Medenî Kanunu'nda eşlerin hukukî işlem özgürlüğüne yönelik olarak getirilen sınırlamalardan ilkinin, Kanun'un 194. maddesindeki düzenleme oluşturur. Bu maddede, eşlerden birinin hükümde belirtilen işlemler bakımından, diğer eşi ve aileyi güç durumda bırakabileceği göz önüne alınarak, diğer eşin rızasını alması gerekliliği aranmıştır. Bir diğer sınırlama, aynı Kanun'un 199. maddesinde yer alan düzenlemeyle, ailenin malvarlığını tehlikeye sokabilecek durumların varlığı halinde diğer eşin hâkimden talepte bulunarak, belirli malvarlığı değerlerine ilişkin tasarrufların ancak kendi rızası ile yapılabileceğine ilişkin bir karar verilmesini talep edebilmesidir. Konu bakımından önem taşıyan diğer bir sınırlama, aynı Kanun'un 202. maddesinin ikinci fıkrasında yer almaktadır. Söz konusu hükümde eşlerin paylı mülkiyete tabi malları üzerinde yapacakları tasarruflara sınırlama getirilmiştir.

Türk Borçlar Kanunu'nda eşlerin işlem özgürlüğüne getirilen sınırlamalardan ilki, kanunun 349. maddesinin birinci fıkrasında düzenlenmiştir. Madde hükmüne göre, aile konutu olarak kullanılmak üzere kiralanmış taşınmazlarda kiracı, eşinin açık rızası olmadıkça kira sözleşmesini feshedemez. Getirilen bir diğer sınırlama ise, Türk Borçlar Kanunu'nun 584. maddesinde yer almaktadır. Kefalet sözleşmesine ilişkin olan bu madde hükmüne göre, eşlerden her birinin kefil olmaya dair irade beyanları ancak diğer eşin rıza göstermesi durumunda geçerli olacaktır. Kanun koyucu bu şekilde kefalet sözleşmesinde, bir eşin kefil olabilmesini diğer eşin rızasına bağlayarak, eşlerin hukukî işlem özgürlüğüne sınırlama getirmiştir.

6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 1 Temmuz 2012 tarihinde yürürlüğe girmesiyle Türk Borçlar Kanunu'na getirilen en önemli yenilikler arasında görülen 584. madde hükmü ile kanun koyucu, evli olan bir kişinin kefil olmak üzere yapmış olduğu kefalet sözleşmesinin geçerliliğini, eşinin yazılı rızasına bağlamıştır. Söz konusu bu düzenleme ile kanun koyucu, kefile sorumluluk yükleyen kefalet sözleşmesi dolayısıyla ailenin zarar görmesini engellemeyi ve evlilik birliğinin korunmasını amaçlamıştır. Madde hükmü düzenlenirken, her ne kadar İsviçre Borçlar Kanunu'nun 494. maddesi göz önünde tutulmuş olsa da, Türk Borçlar Kanunu'nun getirdiği birçok istisnai hüküm aracılığıyla kaynak İsviçre Borçlar Kanunu'ndan farklılaşmalar ortaya çıkmıştır. Örneğin İsviçre Borçlar Kanunu'nun 494. maddesi ile eşin rızasının alınması kuralına getirilen tek istisna hükmü, eşler arasında mahkeme tarafından verilmiş bir ayrılık kararı olması iken, Türk Borçlar Kanunu'nda ise eşlerin

yasal olarak ayrı yaşama hakkına sahip olması halinde de eşin rızasının aranmayacağı kabul edilerek istisna kapsamı genişletilmiştir. Söz konusu düzenleme ile kanun koyucu, evli olan bir kişinin yapmış olduğu kefalet sözleşmesinin geçerliliğini diğer eşin rızasına bağlamış bulunmaktadır. Yine kanun koyucu, söz konusu maddenin ikinci fıkrasında, sadece kefalet sözleşmesinin kurulmasında değil, kurulmasından sonra sözleşmede yapılacak bazı değişiklikler bakımından da diğer eşin yazılı rızasının aranacağı hususunu düzenlemiştir.

6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 584. maddesi yürürlüğe girdiği 01.07.2012 tarihinde sadece iki fıkra hükmünden oluşmaktaydı. Daha sonra 28.03.2013 tarih ve 6455 sayılı Kanun'un 77. maddesi ile 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 584. maddesine bir üçüncü fıkra eklendi. Söz konusu düzenlemeye göre, ticaret siciline kayıtlı ticari işletmenin sahibi veya ticaret şirketinin ortak ya da yöneticisi tarafından işletme veya şirketle ilgili olarak verilecek kefaletler, mesleki faaliyetleri ile ilgili olarak esnaf ve sanatkârlar siciline kayıtlı esnaf veya sanatkârlar tarafından verilecek kefaletler, 27.12.2006 tarihli ve 5570 sayılı Kamu Sermayeli Bankalar Tarafından Yürütülen Faiz Destekli Kredi Kullanılmasına Dair Kanun kapsamında kullanılacak kredilerde verilecek kefaletler ile tarım kredi, tarım satış ve esnaf ve sanatkârlar kredi ve kefalet kooperatifleri ile kamu kurum ve kuruluşlarınca kooperatif ortaklarına kullanılacak kredilerde verilecek kefaletler için eşin rızası aranmayacaktır.

Türk Borçlar Kanunu'nda kefaletin düzenlendiği hükümler arasında, son hüküm olarak yer alan ve kefaletin uygulama alanını gösteren 603. madde hükmünde, kefaletin şekline, kefil olma ehliyetine ve eşin rızasına ilişkin hükümlerin, gerçek kişilerce kişisel güvence verilmesine ilişkin olarak başka ad altında yapılan diğer sözleşmelere de uygulanacağı düzenlenme altına alınmıştır. Söz konusu bu hüküm İsviçre Borçlar Kanunu'nda yer almamasına karşın Türk Borçlar Kanunu'nda yer almaktadır. Bu çerçevede söz konusu madde hükmü ile kefalet sözleşmesi hükümlerinin uygulama alanı genişletilmiştir.

Diğer eşin rızası, karşı tarafa varması gerekli, tek yanlı bir irade beyanında somutlaşan bir hukukî işlemdir. Dolayısıyla bir hukukî işlemde bulunması gereken genel geçerlilik unsurlarını taşıması gerekir. Tüm hukukî işlemlerde aranan genel geçerlilik unsurlarından ilki, hukukî işlemi yapan kişi veya kişilerin, hukukî işlem ehliyetine sahip olmasıdır. Türk Medenî Kanunu'nun 10. maddesine göre, ayırt etme gücüne sahip, ergin olup, kısıtlı olmayan kişiler tam fiil ehliyetine sahip kişilerdir. Fiil

ehliyeti tam olan bu kişiler, her türlü hukukî işlem yapabilir, yaptıkları hukukî işlemler aracılığıyla, hak kazanabilir, borç altına girebilir ve hukuka aykırı işlemlerden de sorumlu tutulabilirler. Kefalet sözleşmesinde de, kefilin eşinin rızası alınırken, eşin ayırt etme gücüne sahip olması gerekir. Ayırt etme gücünden yoksun olan eşin verdiği rıza kesin olarak hükümsüzdür. Ayırt etme gücüne sahip olmamak, fiil ehliyetini tamamen ortadan kaldıran bir sebeptir. Bu çerçevede ayırt etme gücüne sahip olmayan bir kişi tam ehliyetsizdir. Tam ehliyetsizlerin üçüncü kişilerle olan her türlü hukukî işlemlerini, bu kişilerin yasal temsilcileri olan kişi ve bu çerçevede velisi veya vasisi yapar. Rıza verme, kişiye sıkı sıkıya bağlı bir hak olmadığı için, rızaya yetkili eş, rızasını iradî temsilcisi vasıtasıyla açıklayabilir. Bu durumda yasal temsilcisinin dahi rıza vermesinin mümkün olduğu kabul edilmektedir. Hukukî işlemlerde aranan genel geçerlilik unsurlarından bir diğeri, hukukî işlemin konusunun hukuka, ahlâka, kamu düzenine veya kişilik haklarına aykırı veya imkânsız olmamasıdır. Yine bir diğer geçerlilik şartı, işlemi doğuran irade beyanlarının yanılma, aldatma ve korkutma sebepleriyle sakatlanmamış olmasıdır. Kefilin eşinin, rızasını ortaya koyarken iradesinin sakatlanmış olması halinde, Türk Borçlar Kanunu'nun 39. maddesinin birinci fıkrasına göre, yanılma veya aldatmanın öğrenildiği; korkutmanın etkisinin ortadan kalktığı tarihten itibaren bir yıl içinde iptal hakkı kullanabilir. Diğer eşin rızasının bazı özel geçerlilik şartları da bulunmaktadır. Bu şartlardan ilki, diğer eşin rızasının soyut ve genel değil, somut ve belirli bir kefalet sözleşmesi için verilmiş olmasıdır. Dolayısıyla genel olarak veya gelecekte yapılacak belirsiz sayıda kefalet sözleşmelerine yönelik olarak rıza verilmesi mümkün olmadığı gibi, her somut kefalet sözleşmesi için ayrı ayrı rıza verilmesi gerekmektedir. Bir diğer özel geçerlilik şartı, diğer eşin rızasının madde hükmü gereği, sözleşmenin kurulmasından önce ya da en geç kurulması anında mevcut olmasıdır. Başlangıçta eşin rızası şartını taşımayan kefalet sözleşmesine icazet yoluyla geçerlilik kazandırılmayacağını düzenleyen kanun koyucu, böylece kefalet sözleşmesi yapıldıktan sonra kefilin rıza vermesi için eşine baskı yapmasını ve eşinin iradesini etkilemesini engellemeyi amaçlamıştır. Diğer bir özel geçerlilik şartı, madde hükmü gereği eşin rızasının yazılı olmasıdır. Rıza beyanının, kefilin eşi tarafından el yazısı ile yazılması zorunluluğu bulunmama ile birlikte imzanın mutlaka kefilin eşi tarafından atılması ve adi yazılı şekil kapsamına uyulmuş olması gerekmektedir.

Kefalet sözleşmesinde eşin rızası, kefil olacağı sırada evli olan kişinin yapacağı kefalet sözleşmesinin geçerliliği için aranmaktadır. Hâlihazırda kanun koyucunun bu

hükümü düzenlemesindeki amaç, yukarıda da açıklandığı üzere evlilik birliğini ve aileyi korumaktır. Eşin rızası, kefilin kendi ad ve hesabına akdettiği kefalet sözleşmeleri için söz konusudur. Kişinin doğrudan temsilci veya tüzel kişinin organı sıfatı ile hareket ederek imzaladığı kefalet sözleşmeleri için eşin rızasının alınmasına gerek yoktur. Türk Borçlar Kanunu'nun 584. maddesinin ikinci fıkrasına göre, kefalet sözleşmesinde eşin rızasının arandığı sonradan yapılacak olan değişiklikler, kefilin sorumlu olacağı miktarın artmasına sebep olan değişiklikler, adi kefaletin müteselsil kefalete dönüştürülmesine sebep olan değişiklikler, kefil yararına olan güvencelerin önemli ölçüde azalmasına ilişkin değişikliklerdir. Kefalet sözleşmesinde sonradan yapılacak olan bu değişiklikler madde metninde sınırlayıcı bir biçimde sayılmıştır.

Türk Borçlar Kanunu'nun 583. maddesinin ikinci fıkrası gereği; kendi adına kefil olma konusunda özel yetki verilmesi ve diğer tarafa veya üçüncü bir kişiye kefil olma vaadinde bulunulması, kefalet sözleşmesi ile aynı şekil koşullarına bağlanmıştır. Ancak söz konusu hükümden, kefalet sözleşmesi için temsil yetkisi verilmesinde ve kefalet vaadinde, kefalet sözleşmesinin geçerlilik koşulu olarak eşin rızasının aranıp aranmayacağı hususunda açık bir sonuca ulaşılamamaktadır. Öğretide baskın olan görüşe göre, kendi adına kefil olması için özel yetki verilerek veya kefalet sözleşmesi kurmadan önce kefil olma vaadinde bulunularak, kefalet sözleşmesinde eşin rızasının aranması kuralı dolanılabilirliğinden, kefalet için yetki verilmesinde ve kefalet vaadi yapılmasında eşin rızasının aranması gerekir.

Kanun koyucu aileyi korumak amacıyla kefalet sözleşmesinde eşin rızasının aranması gerektiğini düzenlemek suretiyle önemli bir hüküm getirmiştir. Ancak pek çok istisnai hüküm de getirerek, düzenlemenin uygulama alanını daraltmıştır. Türk Borçlar Kanunu'nun 584. maddesinin birinci fıkrasına göre, mahkemece verilmiş bir ayrılık kararı varsa ve eşlerden biri yasal olarak ayrı yaşama hakkına sahipse kefalet sözleşmesinde eşin rızası aranmayacaktır. Eşin rızasının aranmadığı bir diğer durum ise, Türk Borçlar Kanunu'nun 584. maddesinin üçüncü fıkrasında sayılan hallerdir. Kefalet sözleşmelerinde eşin rızasının aranması, özellikle ticari hayatta, işleri yavaşlattığı gerekçesiyle büyük sıkıntılara sebep olmasından dolayı eleştirilmekteydi. Eşin rızasının aranması zorunluluğunun iş hayatında yarattığı sorunlar sebebiyle ve uygulamada ortaya çıkan aksaklıkların giderilmesi amacıyla, 28.03.2013 tarih ve 6455 Sayılı Gümrük Kanunu ile Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un 77. maddesi ile Türk Borçlar Kanunu'nun 584. maddesine üçüncü bir fıkra eklenmiştir. Söz konusu madde hükmüne göre, ticaret

siciline kayıtlı ticari işletmenin sahibi veya ticaret şirketinin ortak ya da yöneticisi tarafından işletme veya şirketle ilgili olarak verilecek kefaletler, mesleki faaliyetleri ile ilgili olarak esnaf ve sanatkârlar siciline kayıtlı esnaf veya sanatkârlar tarafından verilecek kefaletler, 27/12/2006 tarihli ve 5570 sayılı Kamu Sermayeli Bankalar Tarafından Yürütülen Faiz Destekli Kredi Kullandırılmasına Dair Kanun kapsamında kullanılacak kredilerde verilecek kefaletler ile tarım kredi, tarım satış ve esnaf ve sanatkârlar kredi ve kefalet kooperatifleri ile kamu kurum ve kuruluşlarınca kooperatif ortaklarına kullanılacak kredilerde verilecek kefaletler için eşin rızası aranmamaktadır. Eşin rızasının aranmayacağı konusunda düzenlenen bu istisnadan yararlanacak kişilerin kimlerden ibaret olduğu söz konusu fıkra hükmünde sınırlayıcı bir biçimde sayılmıştır.

6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun "Uygulama Alanı" başlıklı 603. maddesinde, kefaletin şekline, kefil olma ehliyetine ve eşin rızasına ilişkin hükümlerin, gerçek kişilerce kişisel güvence verilmesine ilişkin olarak başka ad altında yapılan diğer sözleşmelere de uygulanacağı düzenlenmiştir. Kanun koyucu söz konusu hüküm aracılığıyla, kefalet sözleşmesi yerine üçüncü kişinin filini üstlenme sözleşmesi yapılması gibi başka ad altında yapılan sözleşmelerle, kefil koruyucu hükümlerden kurtulmak amacıyla hükmün dolanılmasını önlenmeyi amaçlamıştır. Söz konusu madde hükmü gerçek kişilerce verilen kişisel teminatlarda uygulanacağından, tüzel kişiler tarafından verilen teminatlar bakımından bu hüküm uygulanmayacaktır. Madde metninde, hükmün, kişisel teminat sözleşmelerinden hangilerine uygulanacağı konusunda sayma yöntemi kullanılmamış olup, genel olarak "gerçek kişilerce kişisel güvence verilmesine ilişkin sözleşmeler" den bahsedilmiştir. Kişisel teminat sözleşmelerine, kefalet sözleşmesi, teminat amaçlı garanti sözleşmesi, teminat amaçlı borca katılma, aval, kredi emri sözleşmeleri örnek olarak gösterilebilir. Bu sözleşmelerden hangilerine Türk Borçlar Kanunu'nun 603. maddesinin uygulanacağı konusunda ise doktrinde farklı görüşler ileri sürülmektedir. Borca katılmada eşin rızasının aranıp aranmayacağı konusunda, doktrinde ileri sürülen bir görüşe göre, borca katılmanın ana işlevi teminat sağlama olmadığından, herhangi bir şekle tabi bulunmayan bir sözleşmeden doğan borca katılma için şekil veya ehliyet kurallarına tabi olma şartı aranmamalıdır. Ancak baskın olarak kabul edilen diğer bir görüşe göre, borca katılmadaki müteselsil sorumluluk kefaletin doğuracağı fer'î sorumluluğa oranla daha ağır bir sorumluluk oluşturduğundan, teminat amaçlı borca katılmada Türk Borçlar Kanunu'nun 603. madde hükmünün uygulanması gerekir.

Benzer bir durum, kefilin borcunun üstlenilmesinde de söz konusudur. Doktrinde ileri sürülen bir görüşe göre, Türk Borçlar Kanunu'nun 205. ve 206. maddelerinde düzenlenen sözleşmenin devri ve sözleşmeye katılmada, Kanun'un 603. maddesinin uygulanmamalıdır. Doktrinde ileri sürülen karşıt görüşe göre ise, sözleşmeye katılma, kişisel teminat işlevine sahip bir hukukî işlem olmakla birlikte, Türk Borçlar Kanunu'nun 206. maddesinde ayrıca düzenlenmiş, şekil ve hükümleri açıkça belirlenmiş bir işlem olduğundan, söz konusu işlem Türk Borçlar Kanunu'nun 603. maddesi kapsamında değerlendirilmemelidir. Yine kişisel teminat sözleşmelerinden olan teminat verme amacıyla yapılan müteselsil borçluluk da Türk Borçlar Kanunu'nun 603. maddesi kapsamındadır. Teminat amaçlı garanti sözleşmesinin Türk Borçlar Kanunu'nun 603. maddesi kapsamında değerlendirilip değerlendirilmeyeceği, garanti verenin, borçluya karşı kanunen rücu hakkına sahip olmaması ve halefiyetten faydalanamaması sebebiyle garantörün korunmaya olan ihtiyacı açısından önem arz etmektedir.

818 sayılı Borçlar Kanunu'nda, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 603. madde hükmünün karşılığı bulunmamaktaydı. Bu sebeple uygulamada, özellikle bankaların kefalet sözleşmesinin şekil şartlarından kurtulmak amacıyla, teminat amaçlı garanti sözleşmesi kurdukları sıklıkla görülmekteydi. Yargıtay bu soruna çözüm bulabilmek için kararlarında, sözleşmelere garanti sözleşmesi adı verilse de, bazı kıstasları taşıyorsa Türk Borçlar Kanunu'nun 19. maddesi gereği, bu sözleşmelerin aslında kefalet sözleşmesi olduğunu kabul ederek, söz konusu sözleşmelerin geçersiz olduğu sonucuna ulaşmakta ve bu şekilde kanunun dolanılmasını engellenmeye çalışmaktaydı. Söz konusu düzenleme ile Yargıtay'ın uygulama yoluyla sorunu çözmesine gerek kalmamıştır. Türk Borçlar Kanunu'nun 603. maddesinin gerçek kişilerce kişisel güvence verilmesine ilişkin sözleşmelerden sayılan, teminat amaçlı garanti sözleşmesine de uygulanması tartışmasız olarak kabul edilmelidir. Zira garanti sözleşmesinin kefalet sözleşmesinden daha ağır sorumluluklar doğurduğu düşünüldüğünde, bu sözleşmenin kefalet sözleşmesinden daha hafif geçerlilik koşullarına tabi olması, amaca aykırılık teşkil edecektir. Madde hükmü gereğince eşin rızasına ilişkin hüküm de uygulanacağından, garanti sözleşmesinin geçerli olabilmesi için, evli olan garantörün, eğer garantör, Türk Borçlar Kanunu'nun 584. maddesinin üçüncü fıkrasındaki istisnalardan da yararlanmakta değilse, mahkemece verilmiş bir ayrılık kararı veya yasal olarak ayrı yaşama hakkı olmadıkça, en geç garanti verme anına kadar eşinin yazılı rızasını alması gerekir.

Avalin gerçek kişilerce verilmesi halinde, Türk Borçlar Kanunu'nun 603. maddesi kapsamına alınıp alınmayacağı konusu, doktrinde ve Yargıtay uygulamasında tartışmalıdır. Doktrinde ileri sürülen bir görüşe göre, aval gibi, kanunlarda şekil ve uygulanacak hükümleri özel olarak düzenlenen ve bir gerçek kişinin asıl borçlu sıfatıyla sorumluluk altına girdiği kişisel teminatlarda, genel hükümlerdeki şekle ilişkin sınırlandırmaların ve istisnaların dar yorumlanması çerçevesinde Türk Borçlar Kanunu'nun 603. maddesi uygulama alanı bulmayacaktır. Doktrinde ileri sürülen diğer bir görüşe göre, avalin gerçek kişi tarafından kişisel bir teminat verilmesi anlamına gelmesi sebebiyle aval, Türk Borçlar Kanunu'nun 603. maddesi kapsamına girmeli, fakat avalin şeklinin Türk Ticaret Kanunu'nun 701. maddesinde özel olarak düzenlenmiş olması sebebiyle kefaletin şekline ilişkin hükümlerden olan Türk Borçlar Kanunu'nun 583. maddesi aval bakımından muaf tutulmalıdır. Doktrinde ileri sürülen diğer bir görüşe göre, Türk Borçlar Kanunu'nun 603. maddesinin mutlak ve istisnasız ifadesinin emredici nitelikte olmasından dolayı, aval, poliçe veya bonodan doğan bir borcu teminat altına alan, kıymetli evrak hukukuna özgü kişisel bir teminat çeşidi olduğundan Türk Borçlar Kanunu'nun 603. maddesi kapsamındadır. Dolayısıyla avale, eşin rızasına ilişkin Türk Borçlar Kanunu'nun 584. maddesi de uygulanacaktır.

Türk Borçlar Kanunu'nun 603. maddesine göre gerçek kişilerce kişisel güvence verilmesine ilişkin sözleşmelere kefalet sözleşmesinin şekline, ehliyetine ve eşin rızasına ilişkin hükümlerin uygulanmasına ilişkin olarak, aval bakımından eşin rızasının aranıp aranmayacağına ilişkin doktrinde olduğu gibi Yargıtay kararlarında da görüş birliği bulunmamaktadır. Yargıtay tarafından konuya ilişkin olarak farklı kararlar verilmiştir. Nitekim Yargıtay'ın ilgili Hukuk Daireleri kararları ile Hukuk Genel Kurulu içtihatları arasındaki aykırılığın giderilmesi amacıyla Yargıtay İçtihatları Birleştirme Büyük Genel Kurulu tarafından, oyçokluğu ile İçtihadı Birleştirme Kararı verilmiştir. Bu Kararda, kanunun koyucunun madde hükmünün düzenlenmesine ilişkin amacı hakkında, ailenin ekonomik bütünlüğünün korunmasına ilişkin olarak, tarafların başka adlar altında akdedecekleri sözleşmelerle, kefalete ilişkin şekil şartlarını dolanmaya çalışmalarının elbette aval için de benzer endişeleri gündeme getireceği belirtilerek, alacağı güvence altına alabilmek için kambiyo senetlerinde aval dışında başvurulabilecek farklı yöntemlerin mevcut olduğu, ailenin ekonomik bütünlüğüne yönelebilecek tehditlerin her zaman için Türk Medeni Kanunu'nun hakkın kötüye kullanılmasını engelleyen 2. maddesi ile bertaraf edilmesinin mümkün olduğu belirtilerek, kefalette eşin rızasına ilişkin Türk Borçlar

Kanunu'nun 584. maddesindeki düzenlemenin aynı Kanun'un 603. maddesi uyarınca avalde uygulanmasının gerekmediği sonucuna ulaşılmıştır. Bu şekilde Türk Hukuku bakımından aval bakımından avalistin eşinin rızasının aranmayacağı hususu netlik kazanmış durumdadır. Ancak bu durum Kararın eleştirilmesine engel teşkil etmemiştir.



KAYNAKÇA

- Acar Özlem, *Türk Borçlar Kanunu'nda Müteselsil Kefalet Sözleşmesi*, “Yayınlanmış Doktora Tezi”, İstanbul Kültür Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2014.
- Akıntürk Turgut, *Müteselsil Borçluluk*, 1971, Ankara.
- Akıntürk Turgut ve Ateş, Derya, *Türk Medeni Kanunu Aile Hukuku*, C. II, Beta Yayınevi, İstanbul, 2011.
- Akıntürk Turgut ve Ateş Derya, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler Özel Borç İlişkileri*, 27. Baskı, Beta Yayınevi, İstanbul, 2018.
- Akipek G. Jale ve Akıntürk Turgut, *Yeni Medeni Kanuna Uyarlanmış Başlangıç Hükümleri- Kişiler Hukuku*, C. I, Beta Yayınevi, İstanbul, 2007.
- Akipek Şebnem, “Tamamlayıcı Olgunun Hukuki İşleme Etkisi”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Y. 1995, C. 44, S.1, ss. 269-291.
- Akman Sermet, “Garantör Sıfatıyla Girişilen Taahhüdün Mahiyeti ve Bu Bağlamda Garanti ve Kefalet Sözleşmelerini Birbirlerinden Ayıran Temel Kriterler”, *Prof. Dr. Hüseyin Ülgen'e Armağan*, C. II, İstanbul, 2007, ss.1669-1677.
- Akkanat Halil, “Temsilci Aracılığıyla Kefalet Sözleşmesi Akdedilebilir mi?”, *Prof. Dr. Rona SEROZAN'a Armağan*, C. I, 2010.
- Akkanat Halil, “Kefaletin Fer'iliği İlkesi ve Banka Ticari Kredi Sözleşmeleri”, *Prof. Dr. Necip KOCAYUSUFPAŞAOĞLU İçin Armağan*, Ankara, 2004, ss. 275-289.
- Aksoyoğlu Necati, “Borçlar Kanunu Tasarısındaki Kefalet Sözleşmesine İlişkin Önemli Değişiklikler”, *Bankacılar Dergisi*, S. 72, İstanbul, 2010, ss. 94 vd.
- Aksu Özkan Raziye, *Aval Kurumu*, 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2019.
- Altay Sabah, *Borca Katılma*, “Yayımlanmamış Doktora Tezi”, T.C. Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı, İstanbul, 2010.

- Altınok Ormancı, Pınar *Sürekli Borç İlişkilerinin Haklı Nedenle Feshi*, “Yayınlanmamış Doktora Tezi”, Ankara, 2011.
- Altop Atilla, “ Gerçek Kişilerce Gerçekleştirilen Aval İşlemlerine, TBK m. 603 Hükümü Uyarınca Kefaletin Şekline, Kefil Olma Ehliyetine ve Eşin Rızasına İlişkin Hükümler Uygulanacak Mıdır?”, *İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 15, S.1, Ocak 2016, ss. 291-303.
- Altop Atilla, “ Türk Borçlar Kanunu Tasarısı’nda Genel İşlem Koşulları ve Kefalet Sözleşmesi”, *İsviçre Medeni Kanunu ve Borçlar Kanunu’nun Alınışının 80. Yılı*, İstanbul, 2007, ss. 141 vd.
- Antalya Gökhan ve Topuz, Murat, *Medeni Hukuk (Giriş, Temel Kavramlar, Başlangıç Hükümleri)*, C. I, 3. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2019.
- Aral Fahrettin, “Banka Teminat Mektuplarının Hukuki Niteliği ve Kefaletten Farkları”, *Prof. Dr. Fikret Eren’e Armağan*, Ankara 2006, ss.131-145.
- Aral Fahrettin ve Ayrancı Hasan, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*, 11. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2018.
- Arkan Sabih, “Teminat Veren Bankanın Hukuki Durumu”, *BATİDER*, C. XVI, 1992, S.4, ss.59-84.
- Arkan Sabih, “Kredi kartıyla İlgili Olarak Verilen Güvencenin Hukuki Niteliği”, *Bilgi Toplumunda Hukuk, Ünal Tekinalp’e Armağan*, C.1, İstanbul 2003, ss. 983-991.
- Arsebük Esat, *Borçlar Hukuku İkinci Kısım*, C. I, İstanbul, 1943.
- Avcı Braun, Cihan, “Kefalet Sözleşmesi TBK 589-590”, *İstanbul Şerhi Türk Borçlar Kanunu*, C.8, İstanbul, 2019.
- Ayan Mehmet ve Ayan Nurşen, *Kişiler Hukuku*, 6. Baskı, 2014, Konya.
- Ayan Serkan, *Evlilik Birliğinin Korunması*, Ankara, 2004.
- Ayan Serkan, *Kefalet Sözleşmesinde Kefilin Sorumluluğu*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2013.
- Ayan Serkan, *Kefalet Sözleşmesi*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2018.
- Ayan Serkan, “Kefalet Sözleşmesi- Eşin Rızası”, *İstanbul Şerhi Türk Borçlar Kanunu*, C. 8, İstanbul, 2019, ss. 4202-4218.

- Aydoğdu Murat ve Kahveci Nalan, *Türk Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri Özel Ders Kitabı*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2019.
- Ayrancı Hasan, “Şekil Şartına Uyulmadan Yapılan Kefalet Sözleşmesinde İfanın Sonuçları”, *AÜHFD*, 2004, S.2, ss.95-120.
- Ayrancı Hasan, “Kefalet Sözleşmesinde Asıl Borcun Belirli Olması İlkesi ve Cari Hesaba Kefalet”, *GÜHFD*, C. IX, S. 1-2, 2005, s. 107 vd
- Baççioğlu Ahmet Erkal, “Tüketici Hukukunda Kefalet”, *Bankacılar Dergisi*, S. 67, 2008, ss. 70-84.
- Badur Emel, “Eşin Rızası”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, C. 26, S. 2013, ss. 251-302.
- Bahtiyar Mehmet, *Kıymetli Evrak Hukuku*, İstanbul, 2013.
- Barlas Nami, *Türk Hukuk Sisteminde Banka Teminat Mektupları*, İstanbul, 1986.
- Barlas Nami, “Kredi Kartı İlişkisinde Bankaya Karşı Verilen Kişisel Teminatın Niteliğinin Belirlenmesi”, *Prof. Dr. Ömer Teoman’a 55. Yaş Günü Armağanı*, C. II, İstanbul, 2002, ss. 937vd.
- Barlas Nami, “Yeni Medeni Kanunun Ayni Teminatlara İlişkin Düzenlemeleri”, *Bilgi Toplumunda Hukuk, Ünal Tekinalp’e Armağan*, C. II, İstanbul 2003, ss. 569 vd.
- Barlas Nami, “Kefalet Hukukuna İlişkin Bazı Sorunlar ve Yargıtay Uygulaması”, *Ticaret Hukuku Ve Yargıtay Kararları Sempozyumu*, (9-10 Aralık 2005), Ankara, 2006, ss. 39-67.
- Barlas Nami, “Kefaletin Şekle İlişkin Geçerlilik Şartları ve Buna Bağlı Sorunlar”, *Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2006, ss. 3-16.
- Barlas Nami, “Yeni Borçlar Kanunu Tasarısının Getirdikleri”, *Makalelerim*, C.I, İstanbul, 2008.
- Barlas Nami, *Yeni Medenî Kanun’a Göre Eşler Arasındaki Hukuki İşlem Rejimi*, *Makalelerim*, C. I, İstanbul, 2008.
- Barlas Nami, “Yeni Türk Borçlar Kanunu’nun Kefaletle İlişkin Düzenlemeleri”, *İzmir Barosu Dergisi*, Y. 76, S. 2, Nisan 2011, ss. 7-28.

- Barlas Nami, “Yeni Türk Borçlar Kanunu’nda Kefalet Sözleşmesi Konusunda Getirilen Yenilikler”, *Yeni Türk Borçlar Kanunu ve Yeni Türk Ticaret Kanunu Sempozyumu*, İstanbul, 2013, ss. 213-230.
- Baş Ece, “6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu’nda Kefalet Sözleşmesinin Geçerlilik Şartlarına İlişkin Bazı Yenilikler”, *İÜHFMC.LXX*, S. 2, 2012, ss. 115-144.
- Baygın Cem, “4721 Sayılı Yeni Medeni Kanunu’un Evlenme, Boşanma ve Evliliğin Genel Hükümleri Konusunda Getirdiği Değişiklikler”, *Ünal Tekinalp’e Armağan*, C. II, İstanbul, 2003.
- Bilge Necip, “Kefilin Mesuliyetinin Şümulü”, *AÜHDF*, 1956, S. 1-2, C. 1-3, ss. 86 vd.
- Bilge Necip, *Borçlar Hukuku Özel Borç Münasebetleri*, Ankara 1971
- Bilgen Mahmut, *6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Işığında Öğreti ve Uygulamada Kefalet ve Yargılama Hukukuna İlişkin Uyuşmazlıklar*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2013.
- Bilgili Fatih ve Demirkapı Ertan, *Kıymetli Evrak Hukuku*, 9. Baskı, Dora Yayıncılık, Bursa, 2018.
- Bozer Ali ve Göle Celal, *Kıymetli Evrak Hukuku*, 5. Bası, Ankara, 2016.
- Bozkurt Tamer, *Kıymetli Evrak Hukuku*, 8. Baskı, İstanbul, 2013.
- Bulut Meltem, *Teminat Sözleşmelerinde Eşlerin Hukuki İşlem Özgürlüğüne Getirilen Sınırlamalar*, 1. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2016.
- Burcuoğlu Haluk, “Türk Borçlar Kanunu Tasarısında Yeni Kefalet Düzenlemesi ile İlgili Bazı Gözlemler”, *Türk İsviçre Hukuk Günleri, Banka ve Tüketici Hukuku Sorunları Sempozyumu*, Onikilevha Yayıncılık, İstanbul, 2010.
- Bursalı Osman Safa, *Osmanlı Hukukunda Kefalet Sözleşmesi: İstanbul ve Galata Mahkemeleri Şer’iye Sicillerine Göre Mala Kefalet, 1791-1795/1206-1210, “Yayımlanmış Yüksel Lisans Tezi”*, İstanbul, 2010.
- Büyükay Yusuf, “Banka Teminat Mektuplarına İlişkin Yargıtay Hukuk Genel Kurulu’nun 2004/4-351 E., 2004/339 K. Ve 09.04.2004 Tarihli Kararının Değerlendirilmesi”, *Haluk Konuralp Anısına Armağan*, C.III, Ankara, 2009, ss. 283-301.

- Can Çelebi Mehmet, “Türk Borçlar Kanunu’nun 603. Maddesinin Kıymetli Evrak Hukukunda Uygulanabilirliği- Avalde Eşin Rızası Aranmalı Mı?”, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. XXI, Y. 2017, S. 3, ss. 35-73.
- Can Mertol, *Kıymetli Evrak Hukuku*, İmaj Yayınları, Ankara, 2012.
- Can Köse Eylül, “Tmk’nın 197. Maddesi Kapsamında Eşlerin Ayrı Yaşama Hakkı ve Hâkimin Alacağı Önlemler”, *TBB Dergisi*, 2017, S. 133, ss. 349-368.
- Canbolat Ferhat ve Topuz Seçkin, “Kefalet ile Garanti Ayırımının Önemi ve Ayırımında Uygulanacak Kıstaslar”, *TBB Dergisi*, S. 78, 2008.
- Ceylan Ebru, *Türk ve İsviçre Hukukunda Boşanmanın Hukuki Sonuçları*, İstanbul, 2006.
- Ceylan Ebru, “Yeni Türk Medenî Kanunu’na Göre Kadının Hukuki Durumu”, *İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 2, S. 1, Y. 2016.
- Ceylan Ebru, “Yeni Türk Medeni Kanunu’nda Aile Konutunun Önemi”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Y. 2017, S. 128, ss. 203-230.
- Çandarlı Zahit, “Müteselsil Borçlu ve Alacaklıların Zamanaşımı Kesimi”, *Adalet Dergisi*, Y.36, S. 12, 1945.
- Çelik Ali, *Müteselsil Kefaletin Kurulması ve Geçerlilik Şartları*, Ankara, 2016
- Demir Şamil, “Kefalet Sözleşmesinin Uygulama Alanı, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, C. 26, S. 108, 2013, ss.87-122.
- Demirkapı Ertan, “Gerçek Kişilerin Aval Verme Ehliyeti”, *Ünal Tekinalp’e Armağan*, C. I, İstanbul, 2003, ss. 753 vd.
- Demirkapı Ertan, *Kambiyo Senetlerinin Aval Yoluyla Temini*, İzmir, 2005.
- Develioğlu Hüseyin Murat, *Kefalet Sözleşmesini Düzenleyen Hükümler Işığında Bağımsız Garanti Sözleşmeleri*, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2009.
- Develioğlu Hüseyin Murat, “İsviçre Federal Mahkemesi’nin 23 Eylül 2003 Tarihli Kararı Işığında Kefalet Sözleşmesi- Borca Katılma Ayrımı”, *Prof. Dr. Erden KUNTALP’e Armağan*, C. I, 2004, İstanbul, ss. 293-322.
- Doğan Murat, “Türk Medenî Kanunu’nun Evliliğin Genel Hükümleri Bakımından Getirdiği Yenilikler”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Y. 2003, C. 52, S. 4, ss. 93-129.

- Doğan Vahit, *Banka Teminat Mektupları*, Seçkin Yayınları, 3. Baskı, Ankara, 2005.
- Domaniç Hayri, *Kıymetli Evrak Hukuku ve Uygulaması*, İstanbul, 1990.
- Dural Mustafa ve Öğüz Tufan, *Türk Özel Hukuku C. II Kişiler Hukuku*, İstanbul, 2011.
- Dural Mustafa, Öğüz Tufan ve Gümüş Mustafa Alper, *Türk Özel Hukuku Aile Hukuku*, C. III, İstanbul, 2013.
- Elçin Grassinger Gülçin, *Borçlar Kanunu'na Göre Kefilin Alacaklıya Karşı Sahip Olduğu Savunma İmkânları*, İstanbul, 1996.
- Elçin Grassinger Gülçin, "Belirsiz Süreli Kefalette Kefilin Hakları", *Prof. Dr. Necip Kocayusufpaşaoğlu için Armağan*, İstanbul, 2004, s. 209-236.
- Erdem Mehmet, *Aile Hukuku*, 2. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara, 2019.
- Eren Fikret, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, 7. Bası, Yetkin Yayıncılık, Ankara, 2019.
- Eren Fikret, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, İstanbul, 2010.
- Erkan Vehbi Umut ve Yücer İpek, "Ayırt Etme Gücü", *AÜHFD*, S. 60 (3), 2011, ss. 485-522.
- Erlüle Fulya, "Müteselsil Kefalet ve Müteselsil Borçluluk Kavramlarının Karşılaştırılması", *Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2003, S. 1-2, ss. 629-644.
- Ertaş Şeref, "Sürekli Borç İlişkilerinde Zamanaşımı", *Prof. Dr. Hakan PEKCANITEZ'e Armağan*, *DEÜHFD*, C.16, Özel Sayı 2014, ss. 3093-3104.
- Erzurumoğlu Erzan, *Sözleşmeler Hukuku Özel Borç İlişkileri*, 9. Baskı, Ankara, 2019.
- Feyzioğlu Feyzi Necmeddin, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, C. II, 2. Bası, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1977.
- Feyzioğlu Feyzi Necmeddin, *Aile Hukuku*, Filiz Kitabevi, 3. Bası, İstanbul, 1986.
- Gençcan Ömer Uğur, *4721 sayılı Türk Medeni Kanunu, Bilimsel Açıklama, İçtihatlar, İlgili Mevzuat*, C. II (Madde 185-530), Yetkin Yayınları, 2. Bası, Ankara, 2007.
- Gönensay A. Samim, *Medeni Hukuk*, C. II (Aile Hukuku), İstanbul Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 1937.

- Guliyev Saftar, Kefaletle Özgü Geçerlilik Koşulları (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Bahçeşehir Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2020.
- Gülçin Elçin Evgen, “Kefalet Sözleşmesinin Konusunun Hukuka ve Ahlaka Aykırı Olması Sebebi İle Kefalet Sözleşmesinin Geçersizliği”, Prof. Dr. Seza REİSOĞLU’na Armağan, Ankara, 2016, ss.505-510.
- Gümüş Mustafa Alper, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu’na Göre*, C.II, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2014.
- Gümüş Mustafa Alper, Teoride ve Uygulamada Evliliğin Genel Hükümleri ve Mal Rejimleri, İstanbul, 2008.
- Gündüz Şefika Deren, *6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu’na Göre Kefalet Sözleşmesinin Şekli, Yüksek Lisans Tezi*, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı, İstanbul, 2012.
- Günsay Töre, “Kefalet Sözleşmesinin Fer’iliği İlkesi”, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Prof. Dr. ŞerefERTAŞ’a Armağan, C.19, Özel Sayı, 2017, ss. 1079-1101.
- Güral Jale, “Kefalet Akdiyle ile Aval Arasındaki Fark ve Benzerlikler”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. VIII, 1951, S. 3-4, s. 435-478.
- Hatemi Hüseyin, Serozan Rona ve Arpacı Abdülkadir, *Borçlar Hukuku Özel Bölüm*, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1992.
- Hatemi Hüseyin ve Serozan Rona, *Aile Hukuku*, İstanbul, 1993.
- Hatemi Hüseyin ve Gökyayla Emre, *Borçlar Hukuku Genel Bölüm*, 2. Bası, İstanbul, 2012.
- Hatemi Hüseyin, *Aile Hukuku I Evlilik Hukuku*, İstanbul, 2015.
- Helvacı İlhan, “Temyiz Kudretinden Yoksun Şahısların Hukukî Sorumluluğu Üzerine”, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, (Prof. Dr. Orhan Münir Çağıl’a Armağan Sayısı), C.LV, S.4, İstanbul, 1997.
- Helvacı Serap, *Gerçek Kişiler*, İstanbul, 2012.
- İmre Zahit ve Erman Hasan, *Miras Hukuku*, İstanbul, 2010.

- İmre Zahit, “ Gayrimüeyyizlerin Hakları Kullanma Ehliyetsizliğine ve Bunun İstisnalarına İlişkin Meseleler”, *Tahsin Bekir Balta'ya Armağan*, Ankara, 1974.
- Kahraman Zafer, “Borca Katılma Sözleşmesiyle Kefalet Sözleşmesinin Birbirinden Ayırt Edilmesi”, *Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2013/1, ss. 149-171.
- Kahyaoğlu Emin Cem, *Banka Garantileri*, İstanbul, 1995.
- Karahasan Mustafa Reşit, *Türk Borçlar Hukuku*, C.1-6, İstanbul 1992.
- Karahasan Mustafa Reşit, *Türk Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*, C.1-2, İstanbul, 2002.
- Kapancı Kadir Berk, *Birlikte Borçlulukta Borçlular Arası İlişkiler*, İstanbul, 2014.
- Kayıhan Şaban, *Kıymetli Evrak Hukuku*, Seçkin Yayınları, Ankara, 2019
- Kılıçoğlu Ahmet M., *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 23. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2019. (Genel)
- Kılıçoğlu Ahmet M., *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, 1. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, Eylül 2019. (Özel)
- Kılıçoğlu Ahmet M., *Diğer Eşin Rızasına Bağlı Hukuki İşlemler ve Yasal Alım Hakkı*, Ankara, 2002.
- Kılıçoğlu Ahmet M., *Medeni Kanun'umuzun Aile-Miras-Eşya Hukukuna Getirdiği Yenilikler*, 2014, Ankara.
- Kırca İsmail, “Türk Borçlar Kanunu Tasarısı- Kefalette Eşin İzni”, *Prof. Dr. Tuğrul Ansay'a Armağan*, Ankara, 2006, ss. 435-457.
- Kocaman Arif, “Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 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, Ankara 2003, ss. 67-86.
- Kocaman Arif Burhanettin ve Kaya Kübra, “Kefalet Sözleşmesinde Eşin Rızası”, *İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 6, S.1, 2020, ss. 1-29.

- Koç Nevzat, “İsviçre Borçlar Kanunu’nun Kefalet Sözleşmesine İlişkin Hükümleri”, *Prof. Dr. Mahmut Teyfik Birsal’e Armağan*, 2001, ss. 267-277.
- Koçhisarlıoğlu Cengiz, “Aile Hukukunda Eşlerin Eşitliği”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 40, S. 1, Y. 1988, ss.251-279.
- Koçhisarlıoğlu Cengiz, İsviçre’de Evlilik Hukuku’ndaki Son Gelişmeler, *Prof. Dr. Lale Akipek’e Armağan*, Konya, 1991.
- Koşer Nihal, “Aval ve Avalin Diğer Kişisel Teminat Sağlayan Sözleşmelerle İlişkisi”, *Prof. Dr. Turgut Önen’e Armağan, Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. I, S. 2, 2016, ss. 241-264.
- Köprülü Bülent, *Medeni Hukuk Genel Prensipler (Kişinin Hukuku)*, İstanbul, 1984.
- Köprülü Bülent ve Kaneti Selim, *Aile Hukuku*, Filiz Kitabevi, 2. Bası, İstanbul, 1989.
- Köseoğlu Bilal, 4721 Sayılı Türk Medeni Kanunu ve Yargısal Yorumlar, Bilge Yayınevi, Ankara, 2014.
- Kuntalp Erden, Teminat Kavramı, “Teminat Türleri ve Bunlardan Doğan Sorumluluk”, *Prof. Dr. Reha POROY’a Armağan*, İstanbul, 1995, ss. 263-299.
- Kuntalp Erden ve Altınok Ormancı, Pınar, “Kefalet Sözleşmesinin Sona Ermesi”, *Prof. Dr. Nevzat TOROSLU’ya Armağan*, Ankara, 2015, ss. 729-751.
- Kuntalp Erden, Barlas Nami, Moralı Ayanoğlu Ahu, Işıntan Çavuşoğlu Pelin, İpek Mehtap, Yaşar Mert ve Koç Sedef, *Türk Borçlar Kanunu Tasarısı’na İlişkin Değerlendirmeler*, İstanbul, 2005.
- Kuru Baki, *İcra ve İflas Hukuku El Kitabı*, İstanbul, 2013.
- Namlı Mert, “Yeni Medenî Kanunu’nun Evlilik Hukuku’nda Yaptığı Değişiklikler”, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Y. 2, S.2, İstanbul, 2003
- Nart Serdar, Ayırt Etme Gücünden Yoksun Olan Kimselerin Hukuki Sorumluluğu, Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı, Doktora Tezi, 2007, İzmir.
- Nebioğlu Öner Şebnem, “Aile Konutunun Özellikleri, Unsurları, Koruma Süresi ve Koruma Nedenleri”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, C. 24, S. 97, Y. 2011, ss. 117-154.

- Nomer Haluk, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2012.
- Oğuz Sefer, “6098 sayılı TBK m. 584/I’in Bankacılık Uygulamasında Yarattığı Sorunlar ve Özellikle Evli Gerçek Kişilerin Aval Vermesinde Eş Rızasının Bulunmasının Gerekliliği Üzerine Düşünceler”, *Bankacılar Dergisi*, S. 86, Y. 2013, ss.67-77.
- Oğuzman Kemal ve Öz Turgut, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, C. II, 13.Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2017.
- Oğuzman Kemal ve Öz Turgut, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, C. I, 16. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2018.
- Olgaç Senai, *Kefalet*, Ankara, 1978.
- Oğuzman, M. Kemal ve Dural Mustafa, *Aile Hukuku*, 2. Bası, İstanbul, 1998.
- Oğuzman Kemal, Seliçi Özer ve Özdemir Oktay Saibe, *Kişiler Hukuku*, 9. Baskı, 2009, İstanbul.
- Öktem Seda, “Aile Birliğinde Eşlerin Tasarruf Yetkisinin Kısıtlanması”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, S.67, 2006, ss.317-338
- Öktem Çevik Seda, “6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Uyarınca Kefalet Sözleşmelerinde Eşin Yazılı Rızası”, *BÜHFD, Kazancı Hakemli Hukuk Dergisi*, C.8, S. 89-90, 2012, ss. 113-133.
- Öz Turgut, *Yeni Borçlar Kanununun Getirdiği Başlıca Değişiklikler ve Yenilikler*, 2. Baskı, İstanbul, 2012.
- Özen Burak, *6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Çerçevesinde Kefalet Sözleşmesi*, İstanbul, 2017.
- Özen Burak, “Borçlar Kanunu Tasarısı m. 585 Hükümünün Müteselsil Kefaletle İlişkin Getirdiği Düzenleme”, *Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. X, S. 3-4, Aralık 2006, ss. 477 vd.
- Özsunay Ergun, *Gerçek Kişilerin Hukukî Durumu*, İstanbul, 1982.
- Öztan Bilge, *Aile Hukuku*, 5. Baskı, 2015, Ankara.
- Öztan Bilge, *Medenî Hukuk’un Temel Kavramları*, 39. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2014.

- Öztañ Bilge, *Şahsın Hukuku (Hakiki Şahıslar)*, Ankara, 2000.
- Öztañ Fırat, *Kıymetli Evrak Hukuku*, 17. Baskı, Ankara, 2012
- Özüğür Ali İhsan, *Velayet, Vesayet, Soybağı ve Evlat Edinme Hukuku, Aile Mahkemeleri*, Ankara, 2003.
- Poroy Reha ve Tekinalp Ünal, *Kıymetli Evrak Hukuku Esasları*, İstanbul, 2013.
- Pulaşlı Hasan, *Kıymetli Evrak Hukukunun Esasları*, 7. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2019.
- Reisoğlu Seza, “Kefalet Kavramı ve Muteberlik Şartları”, *AÜHFD*, C. XIX, Y. 1962, S.1, ss. 327-392.
- Reisoğlu Seza, *Garanti Mukavelesi*, Ankara, 1963.
- Reisoğlu Seza, *Türk Hukukunda ve Bankacılık Uygulamasında Kefalet*, Ankara, 1992.
- Reisoğlu Seza, *Banka Teminat Mektupları ve Kontrgarantiler*, Ankara, 2003.
- Reisoğlu Seza, *Türk Kefalet Hukuku*, Ankara, 2013.
- Ruhi Canan ve Ruhi Ahmet Cemal, *Türk Kefalet Hukuku*, 1. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2018.
- Sadioğlu Fikriye Ceren, “6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu’na Göre Kefalet Sözleşmesinde Eşin Rızası”, *Türkiye Barolar Birliğı Dergisi*, S. 133 (Özel Sayı), 2017, ss. 199-224.
- Samat Murat, *Evlilik Birliğinin Korunması*, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı, Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2010.
- Saymen Ferit H., *Türk Medeni Hukuku, C.I, Umumi Prensipler*, İstanbul, 1948.
- Saymen Ferit H., *Borçlar Hukuku Dersleri, Umumi Hükümler*, C.I, İsmail Akgün Matbaası, İstanbul 1950.
- Seliçi Özer, *Borçlar Kanununa Göre Sözleşmeden Doğan Sürekli Borç İlişkilerinin Sona Ermesi*, İstanbul 1997
- Serozan Rona, *Medeni Hukuk (Genel Bölüm) Kişiler Hukuku*, 6. Bası, Vedat Yayıncılık, İstanbul, 2015
- Serozan Rona, *Sözleşmeden Dönme*, 2. Baskı, İstanbul 2008.

- Serozan Rona, “Aile Konutunun Şerhine Değişik Bir Yaklaşım”, *Prof. Dr. Zahit İmre’ye Armağan*, İstanbul, 2009, ss. 279-288.
- Sezgin Huysal Ayşegül, “TBK Madde 603’ün Avale Uygulanabilirliği”, *İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 4, S. 2, Güz 2017, ss.171-188.
- Sirmen Lale, *Türk Özel Hukukunda Şart*, Ankara, 1992.
- Sönmez Murat, “6098 Sayılı Türk Borçlar Kanununda Kefalet Sözleşmesi”, *İzmir Barosu Dergisi*, S. 2, Y. 2012, ss. 171-191.
- Şahan Gökhan, *Kefalet Sözleşmesinin Sona Ermesi*, Yetkin Yayıncılık, Ankara, 2009.
- Şahinci Ayşen, “Eşlerin Tasarruf Yetkisinin Sınırlandırılması”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, S. 59, 2010, ss. 309-334.
- Şeker Muzaffer, *Kefalette ve Avalde Eşin Rızası*, İstanbul, 2017.
- Şeker Muzaffer, “Evli Kişilerin Hukuki İşlem Ehliyeti”, *Legal Mali Hukuk Dergisi*, Mart 2008, C. IV, S. 39, ss.591-604.
- Şener Oruç Hami, “Sözleşme İle Yapılan Teminat Amaçlı Borca Katılma”, *DEÜHFD*, C.11, Yıl. 2009, Özel Sayı, Prof. Dr. Bilge Umar’a Armağan, II. İzmir 2010, ss. 1279-1322.
- Şenocak Zarife, “Edinilmiş Mallara Katılma Rejiminde Artık Değere Katılma İle İlgili Mal Rejimi Sözleşmeleri ve Tenkisi”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Y. 2009, S. 2, ss. 377 vd.
- Şıpka Şükran, “Türk Hukukunda Eşlerin Hukuki İşlem Özgürlüğünün Sınırları”, *Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni*, C. 32, S. 1, 2015, ss. 47-58.
- Şıpka Şükran, *Aile Konutu İle İlgili İşlemlerde Diğer Eşin Rızası*, 2. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2004.
- Tandoğan Haluk, *Borçlar Hukuku-Özel Borç İlişkileri*, C.II, 5. Tıpkıbasım, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2010.
- Tandoğan Haluk, “Bankaların Verdikleri Teminat Mektuplarının Hukuki Mahiyeti”, *II. Ticaret ve Banka Hukuku Haftası*, Ankara 1962, ss. 791 vd.
- Tekinalp Ünal, *Banka Hukukunun Esasları*, C.I, İstanbul, 1988.

- Tekinay Selahattin Sulhi, Akman Sermet, Burcuoğlu Haluk ve Altop Atilla, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, İstanbul, 1993.
- Tekinay Selahattin Sui, “Müteselsil Borç ile Kefalet Arasında Bir Mukayese”, *Adalet Dergisi* 1956, Y:47, S. 7, ss. 746.
- Tekinay Selahattin Sulhi, “Kefalet mi, Borcun Dış Yüklenilmesi (Borcun Nakli) mi, Mevcut Borca İltihak mı, Üçüncü Şahsın Fiilini Taahhüt mü?”, *İstanbul Barosu Dergisi*, C. XXXII, S. 11-12, Kasım Aralık 1958, ss. 233-238.
- Tekinay Selahattin Sulhi, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, C. II, İstanbul 1985.
- Tekinay Selahattin Sulhi, *Türk Aile Hukuku*, 7. Bası, İstanbul, 1990.
- Tunç Aybike, *Diğer Eşin Rızasına Bağlı Hukuki İşlemler (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi)*, Yüksek Lisans Tezi, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı, Ankara, 2013.
- Tunçomağ Kenan, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, C. I, 6. Bası, Beta Yayınevi, İstanbul 1976.
- Turan Gamze, “Garanti ve Kefalet Sözleşmeleri arasındaki farklar ve Banka Kredi Kartı Sözleşmelerindeki Şahsi Teminatın Niteliği”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, S. 66, Eylül- Ekim 2006, ss. 27-50.
- Turan Başara Gamze, “Türk Borçlar Kanunuyla Getirilen Yeni Bir Müessese: Borca Katılma”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Yıl 2014, C. 63, S. 2, ss. 419-448.
- Ülgen Hüseyin, Helvacı, Mehmet, Kendigelen, Abuzer ve Kaya, Aslan, *Kıymetli Evrak Hukuku*, İstanbul, 2013.
- Velidedeoğlu Hıfzı Veldet, *Medeni Hukuk*, İstanbul 1969.
- Velidedeoğlu Hıfzı Veldet, *Türk Medeni Hukuku C. II (Aile Hukuku)*, 5. Bası, İstanbul, 1965.
- Yalçınduran Türker, “Kefalet Sözleşmesinde Eşin Rızasına Ve Bu Rızanın Türk Borçlar Kanunu’nun 603. Maddesi Gereğince Gerçek Kişilerin Taraf Olduğu Kişisel Güvence Verilmesine İlişkin Diğer Sözleşmelerde De Bulunmasına Dair Türk Borçlar Kanunu’nda Yapılan Düzenlemenin Değerlendirilmesi”, *İÜHFİM*, C. LXXIV, S. 1, 2016, ss. 461-486.

- Yavuz Cevdet, Acar, Faruk ve Özen, Burak, *Borçlar Hukuku Dersleri Özel Hükümler*, 15. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2018
- Yavuz Nihat, *Öğretide ve Uygulamada Türk Kefalet Hukuku*, Ankara, 2010.
- Yavuz Nihat, *6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun Getirdiği Değişiklikler ve Yenilikler*, Ankara, Adalet Yayınevi, 2011.
- Yılmaz Merve, “Türk Borçlar Kanunu’na Göre Kefalet Sözleşmesinin Geçerlilik Şartları”, *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, C. 1; Y. 2, S. 2, 2011, ss. 67 vd.
- Yördem Yılmaz, “Osmanlı Hukukunda Kefalet Sözleşmesi”, *Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 21, S.34, 2016, ss. 25-38.
- Yüce Bilgin, Melek, *Garanti Sözleşmesinin Bir Türü Olarak Üçüncü Kişinin Fülünü Taahhüt Sözleşmesi*, İstanbul, 2007.
- Yüksel Sera Reyhani, “Türk Medenî Kanunu Bakımından Kadın-Erkek Eşitliği”, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. XVIII, Y. 2014, S. 2, ss.175-200.
- Zevkliler Aydın, Ertaş,Şeref, Havutçu Ayşe ve Gürpınar Damla, *Medeni Hukuk Temel Bilgiler*, Ankara, 2012.
- Zevkliler Aydın ve Gökyayla Emre, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*, 18. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara 2018.
- Zeytin Zafer, *Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi ve Tasfiyesi*, Ankara, 2005.
- Ankara Ticaret Odası Başkanı, Türkiye Esnaf ve Sanatkarları Konfederasyonu, OSTİM Sanayici ve İş Adamları Derneği Başkanının görüşlerinin yer aldığı haber için bakınız; Dünya, “ Eş Rızası Kalktı İş Dünyası Rahatladı” (<https://www.dunya.com/ekonomi/es-rizasi-kalkti-is-dunyasi-rahatladi-haberi> 207900)