

T.C.

İSTANBUL TİCARET ÜNİVERSİTESİ

SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ

ÖZEL HUKUK ANA BİLİM DALI

ÖZEL HUKUK DOKTORA PROGRAMI

KEFALET SÖZLEŞMESİNİN GEÇERLİLİK

KOŞULLARI VE SONUÇLARI

DOKTORA TEZİ

Emrah AKTÜRK

100025155

İstanbul,2019

T.C.
İSTANBUL TİCARET ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK ANA BİLİM DALI
ÖZEL HUKUK DOKTORA PROGRAMI

**KEFALET SÖZLEŞMESİNİN GEÇERLİLİK
KOŞULLARI VE SONUÇLARI**

DOKTORA TEZİ

Emrah AKTÜRK
100025155

Tez Danışmanı
Prof. Dr. Muzaffer ŞEKER

İstanbul,2019



T.C. İSTANBUL TİCARET
ÜNİVERSİTESİ

T.C.
İSTANBUL TİCARET ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ

DOKTORA TEZİ ONAY FORMU

ÖZEL HUKUK Doktora
programı öğrencisi ENURAH AKTÖRK 'ın
"KEFALETİN GECERLİLİK KOŞULLARI VE SONUÇLARI"
..... başlıklı tez çalışması,
Enstitümüz Yönetim Kurulu 31.05.2019 tarih ve 2019 / 495 / 02 sayılı kararıyla oluşturulan jüri tarafından
oybirliği/oyçokluğu ile Doktora Tezi olarak kabul edilmiştir.

	UNVANI, ADI SOYADI	İMZA
TEZ DANIŞMANI	Prof. Dr. Murat Akın	
JÜRİ ÜYESİ	Prof. Dr. Hüseyin Hatemi	
JÜRİ ÜYESİ	Prof. Dr. Emin Zeytinoplu	
JÜRİ ÜYESİ	Doç. Dr. Ömer Genar	
JÜRİ ÜYESİ	Doç. Dr. Nizam Selvi	

İÇİNDEKİLER

İÇİNDEKİLER.....	İİ
ÖZET	Xİ
ABSTRACT	Xİİ
KISALTMALAR.....	Xİİİ
GİRİŞ.....	1
BİRİNCİ BÖLÜM	2
KEFALET SÖZLEŞMESİ	2
I. TEMİNAT SÖZLEŞMESİ KAVRAMI VE KEFALET SÖZLEŞMESİNİN TEMİNAT SÖZLEŞMELERİ İÇİNDEKİ YERİ	2
II. KEFALET SÖZLEŞMESİNİN TARİHSEL GELİŞİMİ	4
A. GENEL OLARAK.....	4
B. ROMA HUKUKUNDA KEFALET.....	4
C. OSMANLI HUKUKUNDA KEFALET	8
III. KEFALET SÖZLEŞMESİNİN TANIMI, KURULMASI TARAFLARI, KONUSU VE ÖZELLİKLERİ.....	12
A. KEFALET SÖZLEŞMESİNİN TANIMI.....	12
B. KEFALET SÖZLEŞMESİNİN KURULMASI	13
1. Kefalet Sözleşmesinin Kurulmasındaki İradelerin Güven Teorisi Açısından Yorumlanması	16
2. Şarta Bağlı Kefalet Beyanı	20
C. KEFALET SÖZLEŞMESİNİN TARAFLARI.....	21
D. KEFALET SÖZLEŞMESİNİN (KEFİLİN EDİMİ) KONUSU	22

E.	KEFALET SÖZLEŞMESİNİN SEBEBİ.....	23
F.	KEFALET SÖZLEŞMESİNİN ÖZELLİKLERİ	24
1.	Kefilin Borcunun Niteliğinin Fer'i Olması.....	24
2.	Kefalet Sözleşmesinin Bağımsız Sözleşme Olması.....	26
3.	Kefilin Borcunun İkinci Derecede (Tali) Borç Olması	27
4.	“Kefalet Sözleşmesinin Tek Tarafa Borç Yükleyen Sözleşme Olması.....	28
5.	Kefalet Sözleşmesinin Başkasına Ait Bir Borcu Güvence Altına Almak için Yapılması	29
6.	Kefilin Borcunun Para Borcu Olması	30
7.	Kefalet Borcunun Asıl Borca Yabancı Bir Borç Olması	31
IV.	KEFALET SÖZLEŞMESİNİN HÜKÜM VE SONUÇLARI	32
A.	KEFİLİN SORUMLULUĞUNUN KAPSAMI VE BAŞLANGICI	32
B.	KEFİL İLE ALACAKLI ARASINDAKİ İLİŞKİ	32
1.	Alacaklıya Karşı Kefilin Savunma İmkânları (Def'iler)	32
a)	Kefilin Asıl Borçluya Ait Savunma İmkânları (Def'ileri)	32
b)	Kefalet Sözleşmesine Ait Savunma İmkânları (Def'ileri)	33
2.	Alacaklının Yüküm ve Külfetleri	34
a)	Teminatları ve İspat Vasıtalarını Saklama, Kefile Nakli ve Tevdi Yükümü.....	34
b)	Ödemeyi Kabul ve Kefili Kefalet Borcundan Kurtarma Külfeti	34
c)	Asıl Borçlunun Anaparaı veya Faizi Ödememesi ya da İflası Halinde Masaya Başvurma ve Kefile İhbar Yükümü.....	35
C.	KEFİL İLE ASIL BORÇLU ARASINDAKİ İLİŞKİ	36
1.	Kefilin Ödemeyi İhbar Yükümü	36
2.	Kefilin Asıl Borçludan Teminat Verilmesini veya Borçtan Kurtarılmasını İsteme Hakkı.....	36
3.	Kefilin Rücu Hakkı	36
a)	Kefalet Sözleşmesinin Geçerli Olması	37
b)	Kefilin Alacaklıya Karşı Kefalet Borcunu Yerine Getirmiş Olması..	40

c) Esas Borcun Muaccel Olması.....	40
d) Kefalet Sözleşmesinin Mahiyetinin Rücu Hakkını Engellememesi ..	41
V. KEFALET SÖZLEŞMESİNİN TÜRLERİ	41
A. ADİ KEFALET.....	42
a) Tartışma (Peşin Dava) Def'i.....	42
b) Rehnin Paraya Çevrilmesi Def'i	42
B. MÜTESELSİL KEFALET	43
C. RÜCUA KEFALET.....	45
D. AÇIĞA (ZARARA) KEFALET	45
E. KEFİLE KEFALET	46
F. TOPLU (BİRLİKTE) KEFALET	46
1. Bağımsız Kefalet (Gerçek Olayan Birlikte Kefalet).....	46
2. Kısmi Kefalet.....	46
3. Birlikte Kefalet (Gerçek Birlikte Kefalet)	47
VI. KEFALET SÖZLEŞMESİNİN SONA ERMESİ.....	48
A. ASIL BORCA BAĞLI SONA ERME SEBEPLERİ.....	48
B. KEFALET SÖZLEŞMESİNE ÖZGÜ SONA ERME SEBEPLERİ	48
1. Asıl Borçlunun Değişmesi	48
2. Süreli Kefalet Sözleşmesinin Sona Ermesi.....	49
3. Süreli Olmayan Kefalet Sözleşmesinin Sona Ermesi	49
4. Kefaletten Dönme	49
5. Çalışanlara Kefalet Verilmesi Halinde Özel Sona Erme Hali	49
6. Kefalet Sözleşmesinin Diğer Sona Erme Sebepleri.....	50
İKİNCİ BÖLÜM	51
KEFALET SÖZLEŞMESİNİN GEÇERLİLİK KOŞULLARI.....	51
I. GENEL OLARAK SÖZLEŞMELERİN GEÇERLİLİK KOŞULLARI	51
II. KEFALET SÖZLEŞMESİNİN GEÇERLİLİK KOŞULLARI	53

III. GEÇERLİ BİR ASIL BORCUN BULUNMASI.....	53
A. GENEL OLARAK.....	53
B. EKSİK BORÇLAR.....	55
C. BORÇLUNUN SORUMLU OLMADIĞI BORÇLAR.....	59
IV. KEFİLİN KEFİL OLMA EHLİYETİNE SAHİP OLMASI	60
A. GENEL OLARAK.....	60
B. GERÇEK KİŞİLERİN KEFİL OLMA EHLİYETİ.....	61
1. Genel Olarak	61
2. Tam Ehliyetli ve Tam Ehliyetsiz Kişilerin Kefalet Ehliyeti.....	61
3. Sınırlı Ehliyetsiz Kişilerin Kefalet Ehliyeti	62
4. Sınırlı Ehliyetli Kişilerin Kefalet Ehliyeti	66
5. Özel Durumlara İlişkin Kişilerin Kefalet Ehliyeti	66
C. TÜZEL KİŞİLERİN KEFİL OLMA EHLİYETİ.....	67
V. KEFALET SÖZLEŞMESİNİN İMKÂNSIZ, KİŞİLİK HAKLARINA, HUKUKA VEYA AHLAKA AYKIRI OLMAMASI	72
VI. MUVAZAA BULUNMAMASI.....	75
VII. EŞİN RIZASININ ALINMIŞ OLMASI.....	76
A. GENEL OLARAK.....	76
B. EŞİN RIZASININ ARANACAĞI DURUMLAR.....	81
1. Kefalet Sözleşmesi Kurulurken	81
2. Kefilin Sorumluluğunu Ağırlastıran Sözleşme Değişikliğinde	82
3. Ön Sözleşme Yapılmasında veya Temsil Yetkisi Verilmesi	84
4. TBK. m. 603 Kapsamında Yer Alan Şahsi Teminat Sözleşmelerinde.....	86
C. EŞİN RIZASININ ARANMAYACAĞI DURUMLAR	88
1. Mahkemece Verilmiş Bir Ayrılık Kararı Olması	88

2.	Yasal Olarak Ayrı Yaşama Hakkının Doğması	88
3.	TBK. m. 584/III’te Belirtilen Hallerden Birinin Varlığı	90
a)	Ticaret Siciline Kayıtlı Ticari İşletmenin Sahibi Olan Gerçek Kişi Tacirin Ticari İşletmesi İlgili Vereceği Kefaletler	91
b)	Ticaret Şirketinin Ortak ya da Yöneticisi Tarafından İşletme veya Şirketle İlgili Olarak Verilecek Kefaletler	92
c)	Esnaf ve Sanatkârlar Siciline Kayıtlı Esnaf veya Sanatkârlar Tarafından Mesleki Faaliyetleri İle İlgili Olarak Verilecek Kefaletler	94
d)	27.12.2006 Tarihli ve 5570 sayılı Kanun Kapsamında Kullanılacak Kredilerde Verilecek Kefaletler	94
e)	Tarım Kredi, Tarım Satış ve Esnaf ve Sanatkârlar Kredi ve Kefalet Kooperatifleri ile Kamu Kurum ve Kuruluşlarınca Kooperatif Ortaklarına Kullanılacak Kredilerde Verilecek Kefaletler	95
D.	RIZANIN VERİLMESİ	95
1.	Rıza Vermeye Yetkili Kişi	95
2.	Rızanın Şekli ve İçeriği	97
3.	Özel Durumlar	98
a)	Eşin Ehliyetsiz Olması	98
b)	Eşin, Eş Lehine Kefil Olması	99
c)	Kefaletin Türünün Anlaşılamaması Durumunda Eşin rızası	101
E.	RIZANIN ARANACAĞI ZAMAN	102
F.	RIZANIN VERİLMEMESİNİN YAPTIRIMI	103
G.	EŞİN RIZASININ ŞAHSİ TEMİNAT SÖZLEŞMELERİNE UYGULANMA SORUNU	105
1.	Garanti Sözleşmeleri Açısından Konunun Değerlendirilmesi	107
2.	Borca Katılma (Teminat Amaçlı) Açısından Konunun Değerlendirilmesi	108
3.	Müteselsil Borç Üstlenme Açısından Konunun Değerlendirilmesi ..	109
4.	Kredi Emri Açısından Konunun Değerlendirilmesi	109
5.	Aval Açısından Konunun Değerlendirilmesi	109

VIII. KEFİL OLMA İRADESİNİN SAĞLIKLI OLMASI.....	118
A. GENEL OLARAK.....	118
B. BEYANIN İRADEYE UYMAMASI.....	119
C. İRADENİN OLUŞUMUNDAKİ BİR ETKENDEN KAYNAKLANAN İRADE BOZUKLUKLARI.....	120
1. Yanılma.....	121
a) Esaslı Yanılma Niteliğini Taşıyan Beyanda Yanılma.....	121
aa) Sözleşmenin Niteliğinde Yanılma	122
bb) Sözleşmenin Konusunda (Şeyde) Yanılma	122
cc) Sözleşmenin Tarafında Yanılma.....	123
dd) Sözleşme Yapılırken Bu Sözleşmenin Konusunu İlgilendiren Kişide Yanılma.....	123
ee) Miktarda Yanılma	124
b) Esaslı Sayılan Saik Yanılması.....	125
c) İletmede Yanılma	126
2. Aldatma.....	127
3. Korkutma	129
4. Aşırı Yararlanma (Gabin)	131
D. TEMSİLCİ ARACILIĞIYLA YAPILAN İŞLEMLERDE İRADE SAKATLIĞI.....	132
E. İPTAL HAKKININ KULLANILMASI.....	133
1. Genel Olarak	133
2. Borçlunun İptal Hakkını Kullanmamasının veya İptal Hakkını Kullanmaktan Feragat Etmesinin Kefalet Sözleşmesine Etkisi.....	134
IX. KEFALET SÖZLEŞMESİNDE ARANAN ŞEKİL ŞARTININ GERÇEKLEŞTİRİLMİŞ OLMASI.....	135
A. ŞEKLİN AMACI.....	135
B. ŞEKİL KURALLARININ NİTELİĞİ.....	137

C.	ŞEKİL ZORUNLULUĞUNUN KAPSAMI	142
1.	Objektif Esaslı Unsurların Belirtilmesi.....	144
a)	Asıl Borcun Bireyselleştirilmesi	144
b)	Kefilin Sorumlu Olacağı Azami Miktar.....	145
aa)	Genel Olarak	145
bb)	Azami Miktarın Asıl Borcun Belirli Bir Miktarıyla Sınırlandırılması.....	152
cc)	Azami Miktarın Yabancı Para Cinsinden Belirtilmesi	153
2.	Sübjektif Esaslı Unsurların Belirtilmesi	156
a)	Genel Olarak.....	156
b)	Müteselsil Kefil Olma İradesinin Ortaya Konulması.....	156
3.	Kefalet Tarihinin Belirtilmesi	157
4.	Kefilin Durumunu Ağırлаştıran Anlaşmalar	157
5.	TBK. m. 583/II Kapsamında Özel Yetki ve Kefil Olma Vaadinin Değerlendirilmesi.....	159
a)	Genel Olarak.....	159
b)	Özel Temsil Yetkisi Verilmesi.....	161
c)	Kefil Olma Vaadinde Bulunma	163
D.	KEFALET METNİNİN DÜZENLENMESİ VE İMZALANMASI	164
1.	Metin Unsuru	164
a)	Düzenlenme Şekli.....	164
b)	TBK. m. 583 kapsamında; Fiziksel Yetersizliği Bulunan, Okuma Yazma Bilmeyen ve Görme Engellilerin Durumu	165
aa)	Genel Olarak	165
bb)	Fiziksel Yetersizliği Bulunanlar	166
cc)	Okuma Yazma Bilmeyenler	167
dd)	Görme Engelliler	167
c)	TBK. m. 583 kapsamında Tüzel Kişilerin Durumu.....	169
d)	Metnin Dili	170
2.	İmza Unsuru.....	172
3.	Metnin ve İmzanın Tek Bir Belgede Yer Alması	177
4.	Kefalet Sözleşmesinin Teknolojik İmkânlarla Düzenlenmesi.....	179

a) Telgraf	180
b) Teyit Edilmiş Faks	180
c) Teleks	183
d) Güvenli Elektronik İmza	184
5. Beyaza İmza Meselesi	185
ÜÇÜNCÜ BÖLÜM	187
KEFALET SÖZLEŞMESİNİN GEÇERLİLİK ŞARTLARINA UYULMAMASININ HUKUKİ SONUÇLARI	187
I. GENEL OLARAK	187
II. KEFİLİN KEFİL OLMA İRADESİNE SAHİP OLMAMASI HALİNİN KEFALET SÖZLEŞMESİNE ETKİSİ VE YAPTIRIMI	187
III. KEFİLİN KEFİL OLMA EHLİYETİNE SAHİP OLMAMASI HALİNİN KEFALET SÖZLEŞMESİNE ETKİSİ VE YAPTIRIMI	189
IV. İRADE SAKATLIĞININ BULUNMASI HALİNİN KEFALET SÖZLEŞMESİNE ETKİSİ VE YAPTIRIMI	191
A. GENEL OLARAK	191
B. İPTAL HAKKININ KULLANILMASI VE SONUÇLARI	193
1. Genel Olarak	193
2. İptal Hakkının Düşmesi	194
3. TBK. m. 582/II Hükmünce Yanılma Halinin Varlığında İptal Hakkının Değerlendirilmesi	194
4. Yanılmaya Bağlı İptal Hakkının Sınırlandırılması	197
5. Kefalet Sözleşmesinin İptali Sebebiyle Karşı Tarafın Uğradığı Zararların Tazmini Yükümlülüğü	198
V. KEFALET SÖZLEŞMESİNDE ARANAN ŞEKİL ŞARTININ GERÇEKLEŞTİRİLMİŞ OLMAMASI HALİNİN KEFALET SÖZLEŞMESİNE ETKİSİ VE YAPTIRIMI	201
A. GENEL OLARAK	201
1. Yokluk Görüşü	202

2.	Kesin Hükümsüzlük Görüşü	204
3.	İptal Edilebilir Olma Görüşü	207
4.	Kendine Özgü Geçersizlik Görüşü	209
B.	ŞEKLE AYKIRILIĞIN İLERİ SÜRÜLMESİ	211
C.	ŞEKLE AYKIRILIĞIN İLERİ SÜRÜLMESİNİN HAKKIN KÖTÜYE KULLANILMASI YASAĞINA AYKIRILIĞI	213
D.	HAKKIN KÖTÜYE KULLANILMASININ SONUÇLARI	215
E.	İFA EDİLEN KEFALET SÖZLEŞMESİNİN ŞEKLE AYKIRI OLMASI	218
F.	ŞEKLE AYKIRI KEFALET SÖZLEŞMESİNDE TAHVİL	225
VI.	KEFALET SÖZLEŞMESİNDE GENEL İŞLEM KOŞULLARI VE DENETİMİ	226
A.	GENEL İŞLEM KOŞULLARI KAVRAMI	226
B.	KEFALET SÖZLEŞMESİNDE GENEL İŞLEM KOŞULLARI DENETİMİ	229
1.	Genel Olarak	229
2.	818 sayılı Eski Borçlar Kanunu Döneminde Yapılan Kefalet Sözleşmelerinde, 6098 Sayılı Yeni Borçlar Kanunu'nda Yer Alan Kefalet Sözleşmelerine İlişkin Geçerlilik Koşulları ile Genel İşlem Koşulları Denetiminin Yapılamaması	231
3.	818 sayılı Eski Borçlar Kanunu Döneminde Yapılan İpotek Senedi İçerisinde Yer Alan Kefalet Kaydının, Genel İşlem Koşulları Nezdinde Denetiminin Yapılamamasının Yargıtay Uygulamaları Nezdinde Değerlendirilmesi	238
	SONUÇ	244
	KAYNAKÇA	256

ÖZET

Çalışmada, 11.01.2011 tarih ve 6098 sayılı TBK. ile “*Kefaletin Geçerlilik Koşulları ve Sonuçları*”na ilişkin getirilen düzenlenmeler incelenecektir. Söz konusu düzenlemelerin yorumlanması ve kapsamının belirlenmesine ilişkin hükümler; mehz İsviçre Borçlar Kanunu ve Mülga 818 sayılı Borçlar Kanunu hükümleri ile İsviçre Federal Mahkemesi içtihatları, öğreti ve Yargıtay kararları çerçevesinde ele alınmıştır.

Anahtar Kelimeler: Kefalet, Kefalet Sözleşmesi, Türk Borçlar Kanunu, Mülga Borçlar Kanunu, Kefaletin Geçerlilik Koşulları ve Sonuçları.



ABSTRACT

This thesis examines in depth the changes introduced by Turkish Code of Obligations (dated 11 January 2011 and No. 6098) in respect of form, validity and consequences of guarantor agreement. In interpreting and determining the scope of such rules of the Turkish Code of Obligations, it largely draws on the Swiss Code of Obligations, the former Turkish Code of Obligations No. 818, the jurisprudence of Swiss Federal courts as well as that of the Turkish Court of Cassation, and the abundant literature on the matter.

Keywords: guarantee; guarantor agreement; Turkish Code of Obligations; the former Turkish Code of Obligations; form, validity and consequences of guarantor agreement.

KISALTMALAR

a.g.e.	: Adı geçen eser
a.g.m.	: Adı geçen makale
b.	: Bent
Bkz.	: bakınız
Bl.	: Bölüm
C.	: Cilt
dpn.	: Dipnot
E.	: Esas
eBK.	: 818 sayılı Borçlar Kanunu
eTK.	: 6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu
f.	: fıkra
HGK.	: Hukuk Genel Kurulu
İBK.	: İsviçre Borçlar Kanunu
K.	: Karar
Karş.	: Karşılaştırınız
m.	: Madde
RG.	: Resmi Gazete
S.	: Sayı
s.	: Sayfa

T. : Tarih

TBK. : 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu

TMK. : 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu

TTK. : 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu

TKHK. : 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun

vb. : ve benzeri

vd. : ve devamı

Yarg. : Yargıtay

y.y. : Yayın yılı belirtilmemiş

GİRİŞ

Karşılıklı güven ve dürüstlük ilişkisine dayanan ticari hayatta teminat müessesesi olan kefalet, insanlığın yerleşik hayata geçmediği dönemlerden itibaren birçok toplumda yaygın ve önemli bir kullanım alanına sahip olmuştur.

Kefalet sözleşmesiyle kefil, borçlunun borcunu ifa etmemesi halinde, bunun sonuçlarından şahsen sorumlu olmayı taahhüt etmektedir. Kural olarak kefilin, bu sözleşmeyle tek taraflı olarak borç altına girmesi, korunması ihtiyacını doğurmuştur. Bu nedenle kanun koyucu, kefaletle ilişkin düzenlemelerinde kefilin korunması amacına üstünlük tanımış ve kefalet sözleşmesinin geçerliliğini, sıhhat şartına tabi tutmuştur.

Çalışmada, 6098 sayılı TBK. kapsamında; *“Kefaletin Geçerlilik Koşulları ve Sonuçları”*na ilişkin hükümler; mehz İsviçre Borçlar Kanunu ve Mülga 818 sayılı Borçlar Kanunu hükümleri ile İsviçre Federal Mahkemesi içtihatları, öğreti ve Yargıtay kararları çerçevesinde ele alınmıştır.

Çalışmanın birinci bölümünde; konunun anlaşılabilmesi açısından, kefalet sözleşmesi başlığı altında, kefalet sözleşmesinin tarihsel gelişimi, tanımı, niteliği ve konusu genel hatlarıyla incelenmiştir. İkinci bölümde; çalışmaya amaç ve konu teşkil eden, kefalet sözleşmesinin geçerlilik koşulları açıklanmıştır. Son bölüm olan üçüncü bölümde ise; kefalet sözleşmesinin geçerlilik koşullarına uyulmaması halinde ortaya çıkacak sonuçlar ve yaptırımlar, uygulamadaki örneklerle somut olarak değerlendirilmiştir.

BİRİNCİ BÖLÜM

KEFALET SÖZLEŞMESİ

I. TEMİNAT SÖZLEŞMESİ KAVRAMI ve KEFALET SÖZLEŞMESİNİN TEMİNAT SÖZLEŞMELERİ İÇİNDEKİ YERİ

Geniş anlamıyla teminat sözleşmesi; bir kimsenin, başkasının karşı karşıya olduğu tehlikeyi (rizikoyu) kendi üzerine almasını öngören sözleşmeyi ifade eder¹. Teminat sözleşmesine konu tehlike (riziko), malvarlığıyla ilgili bir zararın ortaya çıkma olasılığıdır. Bu olasılık, malvarlığı kaybına ilişkin bir olaya dayanabileceği gibi, kazancın gerçekleşmemesine veya ekonomik anlamda yarar getirecek bir beklentinin boşa çıkmasına ilişkin olaydan da kaynaklanabilecektir². Söz konusu olayın gerçekleşmesi objektif açıdan imkânsız veya kesin ise rizikodan bahsedilemeyecektir³. Bununla birlikte, gerçekleşmesi taraflar açısından belirsizlik oluşturan olaylar, halin gereklerine göre, tehlike teşkil edecektir. Örneğin; ünlü bir ressam tarafından yapıldığı belirtilerek satılan tablonun, gerçekten o kişinin eseri olup olmadığı, satış anında alıcı tarafından bilinemediği için, sonradan eserin sahteliğinin ortaya çıkma olasılığı, tehlike sayılacaktır. Teminat sözleşmesi ile teminat veren, belirtilen zarar olasılıkları

¹ Haluk Tandoğan, **Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri (İstisna (Eser) ve Vekalet Sözleşmeleri, Vekaletsiz İş Görme, Kefalet ve Garanti Sözleşmeleri)**, C. II, 1989 Yılı Dördüncü Tıpkı Basımdan Beşinci Tıpkı Basım, İstanbul, Vedat, 2010, s. 684; Hüseyin Hatemi/Rona Serozan/Abdülkadir Arpacı, **Borçlar Hukuku Özel Bölüm**, İstanbul, Filiz, 1992, s. 518; Cevdet Yavuz/ Faruk Acar/ Burak Özen, **Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler**, Güncellenmiş ve Yenilenmiş 10. Baskı, İstanbul, Beta, 2014, s. 1395; Burak Özen, **6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu Çerçevesinde Kefalet Sözleşmesi (Özellikleri, Kuruluşu, Geçerlilik Koşulları, Türleri, Kefil ve Alacaklı Arasındaki İlişki, Kefil ve Borçlu Arasındaki İlişki, Sona Ermesi)** Genişletilip Güncelleştirilmiş 4. Bası, İstanbul, Vedat, 2017, s. 1.

² Teminat sözleşmesiyle üstlenilen zarar tehlikesi, objektif açıdan gerçekleşmesi mümkün bir tehlike olması gerekir. Teminat sözleşmesi yapıldığı sırada sözleşmenin konusu olan zarar tehlikesinin ortaya çıkması objektif açıdan imkânsız ise teminat sözleşmesinin konusunda “baştan objektif imkânsızlık” varlığı kabul edilecek ve sözleşme TBK. m. 27 gereği “kesin hükümsüz” sayılacaktır. Ne var ki, riskin gerçekleşmesi objektif açıdan imkansız olmasa bile, teminat sözleşmesinin tarafları için (sübjektif açıdan) bir belirsizlik bulunabilir. Böyle durumlarda da gerçekleşip gerçekleşmeyeceği taraflar için belirsiz olan tehlike teminat sözleşmesine konu edilebilecektir. Örneğin, bir sanat eseri alınırken gerçekliği konusunda kuşku duyulması ihtimalinde, alıcıya, sanat eserinin sahte çıkma olasılığına karşı, bu olasılıktan kaynaklanabilecek olan zarar üstlenebilecektir. Tandoğan, **C. II**, s. 684; Arpacı (Hatemi/Serozan), **a.g.e.**, s. 518. Nami, Barlas **Türk Hukuk Sisteminde Banka Teminat Mektupları**, İstanbul, 1986, s.26.

³ Tandoğan, **C. II**, s. 684; Yavuz/Acar/Özen, **a.g.e.**, s. 1395; Özen, **Kefalet**, s. 1.

gerçekleştiği takdirde, teminat verilen kimsenin uğrayacağı zararı karşılayacağını taahhüt etmektedir⁴.

Dar anlamıyla, teminat sözleşmesi ise; teminat verenin, teminat alan kişiye borçlu olan bir kimsenin borcunu yerine getirmeme tehlikesini üstlendiği sözleşmedir⁵. Teminat veren, borcun ifa edilmemesi rizikosunu, bu borcun geçerliliğinden bağımsız olarak üstlenebileceği gibi, söz konusu borcun geçerli olarak doğması ve devam etmesi gereğine bağlı olarak da üstlenebilecektir.

Dar anlamıyla teminat sözleşmeleri, aynı (nesnel) teminat sözleşmeleri ve kişisel teminat sözleşmeleri olarak ikiye ayrılır⁶. Aynı (nesnel) teminat sözleşmeleri, alacaklının borçluya veya üçüncü bir kişiye ait malvarlığı unsurları üzerinde herkese karşı ileri sürülebilir (aynı) bir hak temin ettiği sözleşmelerdir⁷. Kendisine borçlusu tarafından aynı bir teminat verilen alacaklı, alacağını elde etmek amacıyla, teminatı paraya çevirme ve borçlusunun diğer alacaklılarına göre, öncelikle alacağını karşılamak imkânına sahip olur⁸.

Kişisel (şahsi) teminat sözleşmelerinde ise alacaklı, paraya çevirerek öncelikle alacağını karşılayacağı bir aynı hakka sahip olmayıp, borçlusunun malvarlığı yanında kişisel teminat veren kişinin malvarlığına da başvurabilme hakkına sahiptir⁹. Alacaklıya borçlusu dışında birinin malvarlığına başvurabilme imkânı oluşturmak, kişisel teminat sözleşmelerinin temel amacıdır¹⁰. Bu bağlamda, kişisel (şahsi) teminat sözleşmelerinde teminat veren kişinin, borçludan başka bir kişi olması gerektiği söylenebilecektir.

⁴ Andreas Schwarz, **Borçlar Hukuku Dersleri**, (Çev) Bülent Davran, İstanbul 1948, s. 29; Ferit, Saymen/ Halid Elbir, **Türk Borçlar Hukuku**, İstanbul, İsmail Akgün, 1958, s. 30; Kenan Tunçomağ, **Türk Borçlar Hukuku**, C. 1, 6. Bası, İstanbul, Sermet, 1976, s. 23; Özen, **Kefalet**, s. 1.

⁵ Necip Bilge, **Borçlar Hukuku, Özel Borç Münasebetleri**, Ankara, Sevinç, 1971, s. 363; Fahrettin Aral/Hasan Ayrancı, **Borçlar Hukuku-Özel Borç İlişkileri**, Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 11. Bs, Ankara, Yetkin, 2015, s. 51; Yavuz/Acar/Özen, **a.g.e.**, s. 1396; Özen, **Kefalet**, s. 2.

⁶ Tandoğan, **C. II**, s. 688; Arpacı (Hatemi/Serozan), **a.g.e.**, s. 519; Özen, **Kefalet**, s. 2.

⁷ Arpacı (Hatemi/Serozan), **a.g.e.**, s. 520; Erden Kuntalp, "Teminat Kavramı, Teminat Türleri ve Bunlardan Doğan Sorumluluk", **Prof. Dr. Reha Poroy'a Armağan**, İstanbul, 1995, s. 280.

⁸ Arpacı (Hatemi/Serozan), **a.g.e.**, s. 520; Yavuz/Acar/Özen, **a.g.e.**, s. 1395. Belirtmek gerekir ki, bir eşya veya hakkın teminat amaçlı devredilmesi borcunu doğuran sözleşmeler ile bir eşya veya hak üzerinde rehin hakkı kurma borcu doğuran sözleşmeler, aynı teminat sözleşmeleri niteliği taşır. Kuntalp, **a.g.m.**, s. 282; Özen, **Kefalet**, s. 2.

⁹ Tandoğan, **C. II**, s. 689; Yavuz/Acar/Özen, **a.g.e.**, s. 1396; Özen, **Kefalet**, s. 6.

¹⁰ Bilge, **Borçlar Hukuku**, s. 365; Arpacı (Hatemi/Serozan), **a.g.e.**, s. 519; Tandoğan, **C. II**, s. 689.

Kefalet sözleşmesi (*die Bürgschaft*), garanti sözleşmesi, birlikte borç üstlenme (borca katılma), sigorta sözleşmesi kişisel (şahsi) teminat sözleşmelerinin bilinen örnekleri arasındadır¹¹.

II. KEFALET SÖZLEŞMESİNİN TARİHSEL GELİŞİMİ

A. GENEL OLARAK

Şahsi bir teminat aracı olan kefalet, tarihten günümüze gelene dek birçok hukuk sisteminde farklı adlar altında uygulama alanına sahip olmuş, önemli bir kurumdur¹². Bir taraftan, taraflar arasındaki borç ilişkisinde alacaklı tarafın ifaya olan menfaatini güvence altına alırken, diğer taraftan, toplumda bireyler arasında sosyal yardımlaşma ve dayanışmayı güçlendirme işlevini taşımıştır.

İnsanların yerleşik düzende yaşamaya başlamadıkları dönemlerde, şahsi teminatlar, aynı teminatlar karşısında daha fazla değer taşımaktaydı¹³. Borç ilişkilerinde teminat, borçlunun yanında borç ilişkisine katılmak suretiyle sağlanmaktaydı. Bu sebeple, kefalet sözleşmesi, eski dönemlerden beri yaygın olarak kullanılmıştır.

B. ROMA HUKUKUNDA KEFALET

Modern Borçlar Hukuku üzerinde oldukça önemli katkılar sağlayan Roma Hukuku'nda¹⁴ da kefalet en eski devirlerinden beri kabul edilen önemli bir müessesedir¹⁵. “*Sponsio*”, “*fidepromissio*”, “*fideiussio*” olmak üzere üç ayrı nev'i olan kefalet sözleşmesi, günümüzde olduğu gibi, şahsi teminat sağlamak amacına sahiptir¹⁶. Roma toplumunda, insanlar arasındaki dostluk ve güven ilişkisinin korunması

¹¹ Seza Reisoğlu, **Türk Kefalet Hukuku**, Ankara, Cem Web Ofset, 2013, 20; Bilge, **Borçlar Hukuku**, s. 363; Yavuz/Acar/Özen, **a.g.e.**, s. 1396; Aral/Ayrancı, **a.g.e.**, s. 51.

¹² Bülent Tahiroğlu, **Roma Borçlar Hukuku**, İstanbul, Der Yayınları, 2010, s. 20; H. Cahit Oğuzoğlu, **Roma Hukuku**, Ankara, 1959, s. 200.

¹³ Kadir Gürten, **Roma Hukuku'nda Kefalet Akdi**, Ankara, Adalet, 2000, s. 16.

¹⁴ Roma Hukuku'nun günümüz hukuk sistemleri üzerindeki etkisi hakkında bkz. Paul Koschaker/Kudret Ayiter, **Modern Hususi Hukuka Giriş Olarak Roma Hususi Hukukunun Ana Hatları**, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları No: 370, Ankara 1975, s. 1-8.

¹⁵ Koschaker/Ayiter, **a.g.e.**, s. 214; Türkan Rado, **Roma Borçlar Hukuku Dersleri- Borçlar Hukuku**, İstanbul, Filiz Kitapevi, 2016, s. 1-3 ve 80.

¹⁶ Rado, **Roma Hukuku**, s. 78; Şahin Akıncı, **Roma Borçlar Hukuku (818 sayılı BK. ve 6098 sayılı TBK. ile Mukayeseli)**, Yedinci Baskı, Konya, Sayram, 2017, s. 111; Tahiroğlu, **a.g.e.**, s. 142; Gürten, **a.g.e.**, s. 71.

gerektiğine duyulan inanç, kefalet müessesesine ayrı bir önem ve uygulama alanı kazandırmıştır¹⁷. Bu sebeptendir ki, Eski Hukuk Devri'nde¹⁸ şahsi teminata aynı teminattan daha fazla değer ve etki gücü verilmiştir¹⁹. Ancak Roma Hukuku'nun son döneminde, menkul zenginliğin artması ve ferdi toprak mülkiyetinin yayılması ile aynı teminatlar daha önemli hale gelmiştir. Bununla birlikte kefalet sözleşmesi, Roma Hukuku'nda her zaman önemini korumuştur²⁰.

Roma Hukuku'nda, kefalet sözleşmenin *stipulatio* (sözlü sözleşmeler) yoluyla kurulacağı kabul edilmiştir²¹. Roma Hukuku'nun en önemli sözleşmeleri arasında yer alan *stipulatio*'lar, Eski Hukuk Dönemi'nden beri, *sözlü şekle tabi, tek taraflı, dar hukuk davaları doğuran sözleşmelerdir*. Bu sözleşmeler, bir tarafın belli kelimeler (*verba*) kullanarak sorduğu soruya, diğer tarafın, aynı kelime ile kayıtsız şartsız rıza göstermesiyle kurulmaktaydı (*verbis contrahitur*)²².

Roma Hukuku'nun, imparatorluk içerisinde yaşayan ve birbirinden farklı hukuk, kültür ve adetlere sahip halklara uygulanması ihtiyaç ve zarureti, *stipulatio*'ya ilişkin sıkı şekilci anlayışın değişmesine yol açmıştır²³. Bu bağlamda, M.S. 472 yılında imparator Leo tarafından çıkarılan düzenlemelerle, eski şekilci soru ve cevap merasimi kaldırılarak, kullanılan sözler ne olursa olsun tarafların sözlü olarak irade beyan etmeleri yeterli sayılarak, *stipulatio*'nun kurulmasına ilişkin katı şekilci anlayış terkedilmiştir²⁴.

¹⁷ İnsanlar arasındaki dostluk ve güven ilişkisi, çok dikkat ve titizlik gerektiren bir sorumluluk doğurmaktaydı. Bu güvenin her ne durum ve koşul altında olunursa olunsun korunması gerektiği kabul edilmiştir. Gürten, **a.g.e.**, s. 72.

¹⁸ Umur tarafından yapılan tasnife göre, Eski Hukuk devri, Milattan önce 754 ile 150. Yıllarını kapsamaktadır. Bu devre, "Quiretes Hukuku" veya "Ius Civile" denir. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Ziya Umur, **Roma Hukuku Ders Notları (Usul Hukuku-Borçlar Hukuku-Eşya Hukuku-Miras Hukuku)**, 3. Bs., İstanbul, Beta, 1999, s. 74.

¹⁹ Bununla birlikte Cumhuriyet Dönemi ile birlikte aynı teminat sözleşmeleri, daha etkin sonuçlara sahip bir müessese haline gelmiştir. Gürten, **a.g.e.**, s. 71.

²⁰ Tahiroğlu, **a.g.e.**, s. 324.

²¹ *Stipulatio*, alacaklı tarafın (*stipulator*) sözleşmenin içeriğini kapsayan ve belirli sözlerle ilettiği sorusu ile borçlunun (*promissor*) da sözleşmenin içeriğini yerine getireceğine *dair derhal, kayıtsız şartsız olarak*, belirli sözleri kullanarak verdiği cevapla kurulmaktadır., Bkz. Alan Watson, **Roman Law And Comperative Law**, Athens And London, 1991 s. 53; Oğuzoğlu, **a.g.e.**, s. 224; Koschaker/Ayiter, **a.g.e.**, s. 214; Rado, **Roma Borçlar**, s. 79.

²² Koschaker/Ayiter, **a.g.e.**, s. 205; Rado, **Roma Borçlar**, s. 67-68; Akıncı, **Roma Hukuku**, s. 16-17.

²³ Rado, **a.g.e.**, s. 69; Koschaker/Ayiter, **a.g.e.**, s. 209.

²⁴ Oğuzoğlu, **a.g.e.**, s. 233.

Ayrıca yazılı, aynı veya rızai sözleşmelerden doğan borçların da kefaletle konu edilmesi ihtiyacı, *sponsio* ve *fidepromissio* dışında yeni bir kefalet türünün ortaya çıkmasına neden olmuştur. *Fideiussio* ile sözlü borçlar dışındaki, aynı, yazılı veya rızai tüm sözleşmelerden doğan borçların teminat altına alınabileceği benimsenmiştir²⁵.

“*Fideiussio*”²⁶ ile kefalet borcu altına giren kefilin borcu, günümüz hukukunda olduğu gibi, fer’i özellik göstermekteydi. Kefilin borcunun fer’i olması, çeşitli sonuçlar doğurmaktaydı. Bu bağlamda, öncelikle, kefilin borcunun varlığı ve geçerliliği, asıl borca bağlı sayılmıştır. Buna göre, *Fideiussio* ile kefalet sözleşmesinin kurulabilmesi ve hüküm ifade etmesi için, geçerlilik şartlarını taşıyan asıl borç ilişkisinin kurulmuş olması gerekeceği sonucunu çıkarabiliriz.

İkinci olarak, kefilin sorumluluğunun, hiçbir zaman asıl borçlunun durumundan daha ağır olamayacağı, aksi yöndeki sözleşmelerin batıl sayılacağı kabul edilmiştir²⁷. Fer’ilik niteliğinin bir diğer sonucu ise asıl borçlu herhangi bir sebeple borcundan kurtulursa, kefilin de borcundan kurtulacağı, bir dava ile takip edilemeyeceğidir²⁸. Bununla birlikte, bazı hallerde dava ile takip edilemeyen bazı tabii (eksik) borçlar, kefilin tahahhüdü ile teminat altına alınabilirdi²⁹.

Roma Hukuku’nda kefaletin bir diğer özelliği kefilin borcunun tali olmasıydı³⁰. Buna göre, asıl borçluya başvurmadan kendisini takip eden alacaklı karşısında kefil, “*beneficium excussionis*” def’iyi ileri sürebilir. Böylece kefilin borcunun ikinci derece

²⁵ Tahiroğlu, **a.g.e.**, s. 325.

²⁶ Seda Seyman, **Kefalet Sözleşmesinin Geçerlilik Koşulları, Yüksek Lisans Tezi**, Yaşar Üniversitesi 2013, s. 6.

²⁷ Rado, **Roma Borçlar**, s. 80.

²⁸ Rado, **Roma Borçlar**, s. 80.

²⁹ Gürten, **a.g.e.**, s. 98.

³⁰ Justinianus’un 4. Novella ile getirdiği yenilikle birlikte, kefilin sorumluluğunun tali (ikincil borç) nitelikte olduğu kabul edilmiş ve alacaklının önce kefile başvurması önlenmiştir. Bu değişiklik öncesinde ise alacaklı, asıl borçluyu takip etmek zorunda olmaksızın, kefile başvurma hakkına sahipti. Bu yönüyle, Roma Hukuku’nda kefalet, modern hukukta düzenlenen müteselsil kefalet müessesesi (TBK. m. 487) ile benzerlik göstermektedir. Justinianus’un koyduğu ve kefilin koruyan prensipler günümüz hukuk sistemlerinde de kabul edilmiştir. Nitekim TBK. m. 587. hükmünde düzenlenen adi kefalette, kural olarak, alacaklının öncelikle asıl borçluya başvurması gerektiği öngörülmüştür. Rado, **Roma Borçlar**, s. 81.

bir borç olduğu öngörölmüştür. Bu sebeple alacaklının, bir şey elde edemeyeceğini bilse dahi önce asıl borçluyu takip etmesi gerekiyordu³¹.

Roma’da kefaletin bir diğeri özelliğı ise, sadece kefilin borç altına girmesidir. Roma Hukuku’nda, arkadaşlık, dostluk ve güven ilişkisinin çok büyük önem ifade etmesi, kefaletin ivazsız bir sözleşme olmasında önemli bir etken olmuştur³².

Roma Hukuku’nda, kefalet sözleşmesinin hüküm ve sonuçları, kanun ve Pretor’ların yarattığı hukuk kuralları ile belirlenmiştir. Roma Hukuku’nun ilk dönemlerinde kefilin alacaklı karşısındaki sorumluluğı oldukça ağırdı. Bu ağır sorumluluk, yapılan çeşitli düzenlemeler yumuşatılmaya çalışılmış, nihayet, *fideiussor*’a ilişkin düzenlemeler öngören Cornelia Kanunu ile kefilin sorumluluğı sınırlanmıştır³³.

Asıl borçlu ile kefil (*fideiussor*) arasındaki ilişkide, kefilin veya kefillerin asıl borçlunun borcunu ödemesi halinde rücu hakkı doğmaktaydı. Rücu hakkı, kefilin alacaklıya ödemiş olduğunu, asıl borçludan isteyebilmesi hakkını ifade etmekteydi. Roma Hukuku’nun, kefilin rücu hakkına ilişkin düzenlemeleri, günümüz hukuk sistemlerine de tesir etmiş olup, kefil Roma’da olduğu gibi, günümüzde de rücu hakkına sahiptir. Bununla birlikte, günümüz hukukunda, asıl borcu ödeyen kefilin, devir işlemine gerek olmaksızın, alacaklının haklarına halef olduğu kabul edilmiştir (TBK. m. 596).

Kefalet sözleşmesinde birden fazla kefilin bulunması halinde, kefillerin müteselsil borçlu olduğu kabul edilmişti. Bundan dolayı, alacaklı, dilediğı kefile karşı borcun tamamı (*in solidum*) için başvurabilirdi. Ancak İmparator Hadrianus çıkardığı Emirname ile kendisinden borcun tamamı istenen kefile, “*beneficium division (borcun bölünmesini istemek imtiyazı)*” denilen bir imtiyaz hakkı tanınmıştır. Bu imtiyaz sayesinde, kefil, alacaklıdan alacağını ödeme kabiliyeti olan kefiller arasında bölmesini ve her birinden payına düşen miktarı talep etmesini isteme hakkına kavuşmuştur. Söz

³¹ Gürten, **a.g.e.**, s. 85.

³² Gürten, **a.g.e.**, s. 85.

³³ Sosyal ve ekonomik amaçlarla getirilen bu sınırlamaya göre, kefil; aynı borçlu için aynı yıl içinde, aynı alacaklıya karşı 20.000 Sesterz’den daha fazla borçlanamayacaktır. Bununla birlikte, istisnai bazı durumlarda, kefilin sınırsız bir teminat borcu altına girebileceğı öngörölmüştür. Gürten, **a.g.e.**, s. 113.

konusu bu uygulama, Justinianus devrinde de devam etmiştir. Böylece kefiller arasındaki müteselsil borçluluk ilişkisi, kısmi borçluluk haline gelmiştir³⁴.

C. OSMANLI HUKUKUNDA KEFALET

Osmanlı Hukukunda kefalet sözleşmesi incelenirken ana kaynaklarımız; İslam Hukuku kaynakları ile Mecelle-i Ahkam-ı Adliye³⁵'de bulunan hükümlerdir.

Osmanlı Hukukunda kefaletle ilişkin hükümler Mecelle öncesi; kadılar, fıkıh ve fetva kitaplarına bakarak düzenlenmekte iken, Mecelle sonrası; yine İslam Hukukundan yararlanılarak kanun maddesi olarak karşımıza çıkmış ve kullanılmıştır. (Mecelle-i Ahkam-ı Adliye m.612).

Kefalet kelimesi Arapça k-f-l kökünden gelen bir isimdir³⁶. İslam hukukunda kefalet sözleşmesi, teminat sözleşmeleri arasında yer alır³⁷. Osmanlı Hukukunda konu bakımından yapılan tasnife göre, kefalet sözleşmeleri, şahsa kefalet³⁸, mala kefalet³⁹ ve teslim kefalet⁴⁰ olmak üzere üçe ayrılmaktadır. Günümüz kefalet sözleşmesine benzerliği yönüyle, mala kefalet ile teslim kefaletle ilişkin esaslara değinilecektir.

³⁴ Gürten, **a.g.e.**, s. 117; Serap Samancı, **Roma Hukukundan Günümüze Kefalet Sözleşmesi**, (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi) , Ankara,2015,s.29.

³⁵ Mecelle-i Ahkam-ı Adliye; Osmanlı İmparatorluğu'nda 1868-1876 yıllarında uygulanan, borçlar, kısmen eşya ve şahıs hukuku hükümlerinin yer aldığı özel hukuk kuralları kanunu, Detaylı bilgi için bkz.; Cengiz İlhan, **Günümüz Türkçesi İle Mecelle**, Ankara, Yetkin,2014, s.1 vd.

³⁶ Osman Safa Bursalı, **Osmanlı Hukuku'nda Kefalet Sözleşmesi İstanbul ve Galata Mahkemeleri Şer'iyet Sicillerine Göre Mala Kefalet, (1971-1975/1206-1210)**, (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), İstanbul,2010, s.10.

³⁷ İslam Hukukuna göre, teminat sözleşmeleri (akd-i tedamün); kefalet, rehin ve bey'-i vefa olmak üzere üç ayrı görünüme sahiptir. Halil Cin/Ahmet Akgündüz, **Türk Hukuk Tarihi**, İstanbul, Osav,2018, s. 238.

³⁸ Şahsa kefalet, bir adamın şahsına kefil olup, onun alacaklıya teslim edilmesi veya mahkemede hazır bulundurulmasına yönelik sözleşmelerdir. Bkz. Abdullah Kahraman, **“İslam Hukukunda Şahsa Kefalet Müessesesi ve Türk Ceza Muhakemeleri Hukuku'ndaki Teminatla Salıverme Müessesesi İle Mukayesesi”**, Cumhuriyet Üniversitesi İlahiyet Fak. Dergisi, Sivas, S. 2, 1998, s. 308; Ali Haydar, **Dürerü'l-Hükkâm Şerhu Mecelleti'l-Ahkâm**, İstanbul, c. 2. 1330, s. 5; Yılmaz Yörem, **“Osmanlı Hukukunda Kefalet Sözleşmesi”**, Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 21, S. 34, Y. 2016, s.26. Bursalı, **Osmanlı Hukuku'nda Kefalet**,17.

³⁹ Mala kefalet ise bir borcun ödenmesine yönelik sözleşmedir. Bu ilişkide kefil, asıl borçlunun mal veya borcunu ödememesi halinde, alacaklıya ödenmesini tekeffül etmektedir (Mecelle m. 158 ve 614). H. Yunus Apaydın, **“Kefalet”**, C. 25, Ankara, Diyanet Araştırma Vakfı, 2002, s. 173; Ali Haydar, **Şerhu Mecelle**, s. 5. Bursalı, **Osmanlı Hukuku'nda Kefalet**,21.

⁴⁰ Teslime kefalette ise kefil, satılan, kiralanan ya da rehin verilen bir malın teslimini üstlenmektedir. Ali Haydar, **Şerhu Mecelle**, s. 17. Bursalı, **Osmanlı Hukuku'nda Kefalet**, s.17.

Hanefi mezhebindeki fıkıh kitaplarını esas alan Mecelle-i Ahkam-ı Adliye’de kefalet sözleşmesi, “*Bir şeyin mütalebesi hakkında zimmeti*⁴¹ zimmete zammektir. Yani, bir kimse zatını diğerinin zatına zammedüb ve onun hakkında lazım gelen mütalebeyi kendi dahi iltizam etmektedir (m. 612)”, olarak tanımlanmıştır. Bu düzenlemeden hareketle, kefaletle ilişkin iki ayrı tanım ortaya konulmuştur⁴².

Bir tanıma göre, kefalet sözleşmesi ile asıl borç kefilin zimmetine geçmeyip, alacaklı kefiliden sadece asıl borcun ödenmesini talep hakkını kazanmaktadır⁴³. Diğer tanıma göre, asıl borç hem kefilin hem asıl borçlunun zimmetinde yer almaktadır⁴⁴.

Ebu Hanife ve İmam Muhammed’e göre, kefalet sözleşmesinin kurulması için kefil ve alacaklının, “kefil oldum ve kabul ettim” mealindeki icap ve kabulleri gereklidir. Mecelle’de kabul gören Yusuf’un görüşüne göre ise kefaletin kurulması için kefilin icap beyanı yeterli olup, alacaklının kabul beyanına gerek yoktur⁴⁵. Buna göre; “*Yalnız kefilin icabıyla kefalet münakid ve nafiz olur (kurulur ve geçerli olur). Fakat mekfulün leh (alacaklı) dilerse reddedebilir. Mekfulün leh reddetmedikçe kefalet baki kalır (m.621)*”.

Mecelle’ye göre, kefaletin kuruluşunda ve geçerliğinde asıl borçlunun iradesinin herhangi bir etkisi yoktur. Bununla birlikte borçlunun iradesi, kefilin asıl borçluya rücu’unda önem kazanmaktadır. Buna göre, kefalet sözleşmesi asıl borçlunun kefiliden talebi üzerine kurulmuşsa, alacaklıya ödemede bulunan kefil asıl borçluya rücu hakkını elde edebilecektir⁴⁶.

Kefaletin geçerlilik şartları; kefilde, alacaklıda, asıl borçluda ve kefaletin konusunda bulunması gereken şartlar olmak üzere dört ayrı başlık altında değerlendirilmektedir⁴⁷.

⁴¹ Düzenlemedeki zimmet kelimesi insanın kişiliğini ifade etmektedir. Bkz. Yördem, **Osmanlıda Kefalet**, s. 28.

⁴² Bursalı, **Osmanlı Hukuku’nda Kefalet**,21.

⁴³ Yördem, **Osmanlıda Kefalet**, s. 27.

⁴⁴ Ömer Nasuhi Bilmen, **Hukuk-ı İslamiyye Kamusu**, İstanbul, C. 6, 1985, s. 249-250; Apaydın, **Kefalet**, s. 170.

⁴⁵ Bilmen, **Hukuk-ı İslamiyye**, s. 247; Yördem, **Osmanlıda Kefalet**, s. 27.

⁴⁶ Apaydın, **Kefalet**, s. 172.

⁴⁷ Bursalı, **Osmanlı Hukuku’nda Kefalet**,26.

Bunlardan ilki, kefilde bulunması gereken şartların sağlanmış olmasıdır. Buna göre; kefilin akıllı olması, ergin olması, rızasının bulunması, özgür olması ve ölüm hastası olmaması gereklidir⁴⁸.

Alacaklıda aranan şartlar; alacaklının akıllı olması, sözleşmenin kurulduğu yer olan akit meclisinde hazır bulunması ve alacaklının bilinen bir şahıs olması şeklindedir⁴⁹.

Asıl borçluda bulunması gereken şartlar ise asıl borçlunun borcu ödeme gücüne sahip bulunması⁵⁰ ve kefilin asıl borçluyu şahsen tanınmasıdır (Mecelle m. 630).

Son olarak, kefaletin konusuna ilişkin aranan şartlar ise kefalet konusunun belli olması, kefil olunan borcun ödenmesi zorunlu borçlardan olması ve borcun mevcut ve geçerli olmasıdır⁵¹.

Modern Hukukta olduğu gibi İslam Hukukunda da kefalet, fer'i borç doğuran bir sözleşme özelliğine sahiptir. Ayrıca çoğunluk ulema (öğreti) bu sözleşmenin tek taraflı bir sözleşme olduğunu savunmaktadır. Ancak Ebu Hanife ve İmam Muhammed, kefalet akdinin kefil ve alacaklının karşılıklı ve birbirine uygun irade uyuşmalarıyla kurulan bir sözleşme olduğu görüşündedirler⁵². Öte yandan kefalet asıl borç ilişkisinden bağımsızdır. Asıl borç şarta veya vadeye bağlı olmasa bile kefalet şart veya vadeye bağlanabilir⁵³.

Osmanlı Hukukunda kefilin hakları; asıl borçluya rücu hakkı⁵⁴, asıl borçludan teminat verilmesini veya borcunu ödemesini talep hakkı⁵⁵, asıl borçluyu hapis hakkı⁵⁶

⁴⁸ Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Bilmen, **Hukuk-ı İslamiyye**, s. 256; Yördem, **Osmanlıda Kefalet**, s. 31.

⁴⁹ Vehbe Zuhayli, **İslam Fıkı Ansiklopedisi**, İstanbul, c. 6. 1985, s. 281.

⁵⁰ Müflis olarak ölmüş ve borcunu ödeyecek terekesi olmayan bir kimsenin borcuna yönelik kefalet sözleşmesi sahih değildir. Yördem, **Osmanlıda Kefalet**, s. 32.

⁵¹ Apaydın, **Kefalet**, s. 174.

⁵² Apaydın, **Kefalet**, s. 171.

⁵³ Apaydın, **Kefalet**, s. 168.

⁵⁴ Belirtildiği üzere, kefilin asıl borçluya karşı rücu hakkının doğması için kefalet sözleşmesinin asıl borçlunun talebi neticesinde kurulmuş olması zorunludur. Buna göre, asıl borcu ifa eden kefil asıl borçluya rücu edebilecektir. Ancak kefil kendiliğinden kefil olmuşsa asıl borçluya rücu edemez. Bilmen, **Hukuk-ı İslamiyye**, s. 273.

⁵⁵ Alacaklının asıl borçlunun teslim olmasını istemi üzerine, asıl borçlu, kefilin, bu yöndeki talebine uymakla yükümlüdür. Yördem, **Osmanlıda Kefalet**, s. 34.

ve asıl borçluyu yolculuktan engelleme olarak sıralanabilecektir. Kefalet sözleşmesi, kefil açısından bağlayıcı özellik taşıırken, alacaklı açısından ise bağlayıcı olmayan bir sözleşmedir⁵⁷.

Mala kefalette, alacaklı söz konusu malı, asıl borçludan isteyebileceği gibi kefilden de isteyebilecektir. Öte yandan malı birisinden istemesi, diğerinden istemesine engel teşkil etmediği gibi hem kefilden hem de asıl borçludan aynı anda talep etmesine engel yoktur⁵⁸. Mala kefalette kefil, mal mevcut ise aynen eda etmekle, borç konusu mal yok olmuşsa da malın kıymetini veya benzerini teslimle yükümlüdür⁵⁹.

Teslime kefalette ise kefil, kefalete konu mevcut ise teslimini tekeffül etmekte, mevcut değil ise teslim borcu sona ermektedir.

Kefalet sözleşmesinin sona erme sebepleri, borcun ödenmesi, asıl borcun sona ermesi, kefilin ölmesi, kefaletin feshi, sulh ve bağışlama şeklindedir⁶⁰.

Osmanlı Özel Hukukunun temelini oluşturan Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye; Türk Medenî Kanunu'nun 17 Şubat 1926'da, 818 sayılı eski Borçlar Kanunu'nun ise 22 Nisan 1926'da Türkiye Büyük Millet Meclisi'nde kabul edilmesi ve her iki kanunun 4 Ekim 1926'da yürürlüğe girmesiyle kaldırılmıştır.

Buna mukabil kefalete ilişkin, 1926 Tarihli mülga 818 Sayılı Borçlar Kanunu m. 483-503 hükümleri, 1911 sayılı İsviçre Borçlar Kanunu m. 492-512 hükümleri dikkate alınarak düzenlenmiştir.

Son olarak ise; 1 Temmuz 2012 tarihi itibarıyla yürürlüğe giren 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'nda kefalete ilişkin m. 581-603 hükümleri, 1 Temmuz 1942 tarihinde yürürlüğe giren İsviçre Borçlar Kanunu hükümleri dikkate alınarak düzenlenmiş ve günümüzde uygulanmaktadır.

⁵⁶ Zuhayli, **İslam Fıkı Ansiklopedisi**, s. 281.

⁵⁷ Bursalı, **Osmanlı Hukuku'nda Kefalet**,35-38.

⁵⁸ Ali Haydar, **Şerhu Mecelle**, s. 72; Bilmen, **Hukuk-ı İslamiyye**, s. 270.

⁵⁹ Ali Haydar, **Şerhu Mecelle**, s. 72; Bilmen, **Hukuk-ı İslamiyye**, s. 270; Bursalı, **Osmanlı Hukuku'nda Kefalet**,45.

⁶⁰ Yördem, **Osmanlıda Kefalet**, s.37.

III. KEFALET SÖZLEŞMESİNİN TANIMI, KURULMASI TARAFLARI, KONUSU VE ÖZELLİKLERİ

A. KEFALET SÖZLEŞMESİNİN TANIMI

6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu m. 581'e göre kefalet sözleşmesi; kefilin, borçlunun borcunu ifa etmemesinden dolayı alacaklıya karşı kişisel olarak sorumlu olmayı üstlendiği sözleşme olarak tanımlanmıştır. İlgili tanım, Alman Hukuku BGB m.765/I hükmü⁶¹ ve İsviçre Borçlar Kanunu m.492/I hükmünde⁶² de aynı şekilde yer almaktadır. Böylece kanun koyucu, 818 sayılı Kanunun kefalet sözleşmesi tanımındaki eksiklikleri gideren⁶³, diğer bir deyişle, kefalet sözleşmesinin bütün özelliklerini bünyesinde ihtiva eden bir tanım ortaya koymuştur⁶⁴.

TBK.'da yer verilen tanımla, bir yandan kefalet sözleşmesinin taraflarının kefil ve alacaklı olduğu, diğer yandan kefilin başkasına ait bir borçtan kişisel olarak sorumluluk üstlendiği kabul edilmiştir. Kişisel olarak sorumlu olmayı üstlenen kefil, borcun ifa edilmemesi üzerine alacaklının uğradığı zararı bir miktar para ödeyerek karşılayacaktır. Ayrıca TBK. m. 581'in ifade biçimiyle, kefilin kişisel sorumluluk üstlendiği borcun bir sözleşmeden doğması veya mevcut bir borç olması gerektiği gibi yanılgılar da ortadan kaldırılmıştır⁶⁵. Öte yandan kefilin sadece sözleşmeden doğan borçlara değil, her türlü borca (haksız fiilden, sebepsiz zenginleşmeden veya kanunda

⁶¹ Asuman Sarı İyim, **Alman Hukuku Kıyası ile Kefalet Sözleşmesinin Geçerlilik Şartları**, Yüksek Lisans Tezi 2015, s. 3.

⁶² İsmet Sungurbey, **İsviçre Borçlar Kanunu Şerhi**, Ankara, Gürsoy Matbaası, 1964, s.83.

⁶³ 818 sayılı BK m. 483 lafzında, "Kefalet, bir akittir ki onunla bir kimse, borçlunun akdettiği borcun edasını temin etmeği alacaklıya karşıtaahhüt eder." denilerek kefalet sözleşmesinin konusu, sadece sözleşmeden doğan borçlar olabileceği öngörülmüştür. Oysa sadece sözleşmeden doğan borçlara değil, her türlü borca kefil olunabilecektir. İkinci olarak, 818 sayılı Kanun'da, kefilin edimi, "borcun edasını temin etmek" olarak belirtilmiştir. Hâlbuki kefil, borcun ifa edilmesi için gayret gösterme edimini değil, temin ettiği borcun ifa edilmemesi veya kötü ifa edilmesinden "kişisel olarak" sorumlu tutulmayı üstlenmektedir. Öte yandan 818 sayılı Kanunda yer verilen "borçlunun akdettiği borcun" ibaresinden, kefilin temin ettiği borcun kefalet sözleşmesinin yapıldığı sırada mevcut olması gerektiği söylenebilir. Oysa böyle bir zorunluluk söz konusu olmayıp, ileride doğacak borçlar da kefalet sözleşmesine konu edilebilecektir. 818 sayılı BK'da yer verilen tanıma ilişkin eleştiriler için bkz. Seza Reisoğlu, **Türk Hukukunda ve Bankacılık Uygulamasında Kefalet**, Ankara, (y.y), 1992, s. 2; Tandoğan, **C. II**, s. 693; Arpacı (Hatemi/Serozan), **a.g.e.**, s. 520; Yavuz/Acar/Özen, **a.g.e.**, s. 1397; Özen, **Kefalet**, s. 57.

⁶⁴ Reisoğlu, **Kefalet Hukuku**, s. 21; Yavuz/Acar/Özen, **a.g.e.**, s. 1399.

⁶⁵ Reisoğlu, **Kefalet Hukuku**, s. 21; Özen, **Kefalet**, s. 59.

tanımlanmış herhangi bir olgudan, kamu hukukundan kaynaklanan borçlara⁶⁶) kefil olabileceği kabul edilmiştir.

B. KEFALET SÖZLEŞMESİNİN KURULMASI

Kefalet sözleşmesi, kefil olmak isteyen kişi ile alacaklının karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanıyla kurulur (TBK m. 1). Kefalet sözleşmesinin genellikle tek tarafa borç yükleyen bir sözleşme niteliği, bu sözleşmenin kurulması bakımından, kefil olma iradesinin anlaşılabilmesini önemli kılmaktadır. Bu iradenin ve irade uyuşmasının tespitinde Borçlar Kanunu'nun sözleşmelerin kurulması ve yorumuyla ilgili hükümleri uygulama alanı bulur⁶⁷.

Kefil olma önerisi, kefil tarafından yapılabileceği gibi; alacaklı tarafından da kefalet sözleşmesine ilişkin belge metninin hazırlanıp, kefile gönderilmesi şeklinde yapılabilir. Kefaletin hazır olanlar veya hazır olmayanlar arasında kurulması bakımından çeşitli ihtimaller söz konusu olacaktır.

Öncelikle, önerinin kefil tarafından alacaklıya yöneltilmesi ihtimalinde, kefil olma iradesinin açıklamasının şekle tabi edilmiş olması sebebiyle (TBK. m. 583)⁶⁸, kefil olmak isteyen tarafın, önerisini kanunda öngörüldüğü şekilde alacaklıya yöneltilmesi gereklidir. Şekle uyulmaksızın yapılan öneri, geçerli değildir⁶⁹. Diğer bir deyişle, sıhhat şekline uygun olmayan önerinin alacaklı tarafından kabulü, sözleşmeyi kurar ancak sözleşme geçerli olmaz.

⁶⁶ Kamu hukukundan kaynaklı borçlarda kefilliğe ilişkin tartışmalar için bkz. Özen, **Kefalet**, s. 57-58, dpn,2.

⁶⁷ Silvio Giovanoli, **Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht**, Band IV, II. Abteilung, 7. Teilband, Bern 1978., Art. 492, N. 4; Christoph M Pestalozzi, **Basler Kommentar, Obligationenrecht I**, Art. 1-529 OR, 4. Aufl. Basel/Genf/München 2007, Art. 492, N. 3; Özen, **Kefalet**, s. 162.

⁶⁸ TBK. md. 583'e göre; "Kefalet sözleşmesi, yazılı şekilde yapılmadıkça ve kefilin sorumlu olacağı azamî miktar ile kefalet tarihi belirtilmedikçe geçerli olmaz. Kefilin, sorumlu olduğu azamî miktarı, kefalet tarihini ve müteselsil kefil olması durumunda, bu sıfatla veya bu anlama gelen herhangi bir ifadeyle yükümlülük altına girdiğini kefalet sözleşmesinde kendi el yazısıyla belirtmesi şarttır. Kendi adına kefil olma konusunda özel yetki verilmesi ve diğer tarafa veya bir üçüncü kişiye kefil olma vaadinde bulunulması da aynı şekil koşullarına bağlıdır. Taraflar, yazılı şekle uyarak kefilin sorumluluğunu borcun belirli bir miktarıyla sınırlandırmayı kararlaştırabilirler. Kefalet sözleşmesinde sonradan yapılan ve kefilin sorumluluğunu artıran değişiklikler, kefalet için öngörülen şekle uyulmadıkça hüküm doğurmaz."

⁶⁹Kemal Oğuzman/ Turgut Öz, **Borçlar Hukuk Genel Hükümler C. I**, Gözden geçirilmiş 16. Bası, İstanbul, Vedat,2018, s. 49 vd.

Alacaklının kefilin önerisini kabulü açık veya örtülü şekilde gerçekleşebilir. Alacaklının kefalet belgesini (önerisini) aldıktan sonra sessiz kalması, örtülü kabul sayılır (TBK. m. 6)⁷⁰ ve sözleşme imzalı kefalet belgesinin alacaklıya ulaştığı anda hükümlerini doğurur (TBK. m. 11/II)⁷¹.

Önerinin alacaklı tarafından yapılması ihtimalinde de kefil, alacaklı tarafından düzenlenen kefalet önerisini, TBK. m 583 uyarınca, el yazısıyla, ilgili unsurları doldurup imzalayarak alacaklıya ulaştırmalıdır. Kefil olmak isteyen taraf, kabul beyanını alacaklıya ulaştırılmadığı takdirde, kabul beyanından ve sözleşmenin kurulduğundan bahsedilemeyecektir⁷². Aynı şekilde, kefalet önerisinin kefil tarafından yapıldığı hallerde sözleşmenin kurulabilmesi için önerinin kefilin etki ve egemenlik sahasından çıkması gereklidir. Bu bağlamda, örneğin, kefalet belgesinin TBK. 583. maddesi uyarınca kefil tarafından öneri veya kabul beyanı olarak düzenlenmesi ve faks yoluyla alacaklıya ulaştırılması halinde, ilgili madde kapsamında sözleşmenin kurulup kurulamayacağı hususuna ilerde faks konusunda detaylı olarak değinilecektir⁷³.

Kanaatimce; öneri veya kabul beyanının, gönderenin etki ve egemenlik alanından çıkması ve TBK. 583 maddesi gereğince şekil şartlarına tam olarak uyularak yapılmış olan kefalet belgesinin aslının karşı tarafa ulaştırılması halinde kefalet sözleşmesinin geçerli olarak kurulması⁷⁴ gerekmektedir. Aksi düşüncenin

⁷⁰ Gökhan Antalya, **Borçlar Genel C. I**, İstanbul, Legal,2018, s. 95. Kefalet belgesi alan alacaklının sessiz kalmasının her zaman için yapılan önerinin kabulü anlamını taşımayabileceğini, TBK. m. 6 gereğince durum ve koşulların susmanın “kabul” anlamı taşıdığını göstermesi gerektiğini unutmamak gerekir. Kefalet belgesini alan bankanın yetkili organı tarafından onaylanmadıkça kefalet sözleşmesinin kurulmayacağı, böyle bir onay gerçekleşene kadar bankanın sessiz kalmasının kabul anlamı taşımayacağı söylenebilir. Buna karşılık, kefalet belgesini alan kişi, bu tür bir sözleşmeyi yapmak bakımından yetkili bir kişi ise veya söz konusu kefaletin onaylanacağına dair yetkili bir kişinin önceden yapılmış açıklamaları bulunuyorsa, belgeyi alan bankanın sessiz kalmasının kabul anlamı taşıdığını söylemek mümkündür. Susmanın kabul anlamı taşıyıp taşımadığı araştırılırken teamülünde göz önünde tutulması gerektiği açıktır. Giovanoli, **Art.492**, N.53; Aktaran: Özen, **Kefalet**, s.163, dñn.30.

⁷¹ Pestalozzi, Art. 492, N. 3; Özen, **Kefalet**, s. 163.

⁷² Alacaklı tarafından gönderilen kefalet önerisine ilişkin belge, kefilin etki ve egemenlik alanında kaldığı ve onun serbestçe tasarruflarına açık olduğu sürece, kabul beyanından bahsedilemeyecektir. Zira kabul beyanı, kabul edenin önerene yönelmesi gerekli irade beyanıdır. Özen, **Kefalet**, s. 162.

⁷³ Fax için bkz. B1.2, Ba. IX, D.4.

⁷⁴ E. S. Özmen, “**Telefaks Cihazları (Facsimilie) ile Gönderilen İrade Beyanlarının Medeni Hukuk ve Usul Hukuku Açısından Sonuçları**”, ABD 1990/1 s.72-84.

benimsenmesi, kefilin el yazılı şekilde özel olarak korunması amacının gerçekleşmesine engel olabilecektir⁷⁵.

Kefilin 583. maddede belirtilen şekle uymadan alacaklının önerisini kabulü halinde ise sözleşme kurulacak ancak geçersizlik yaptırımına tabi olacaktır⁷⁶. Buna karşılık, alacaklı önerisinde 583. maddede öngörülen şekil şartlarına ek iradi şekil şartı öngörmüş olmasına rağmen kefilin bu şekle uymaksızın yapacağı beyan, kabul sayılmaz ve sözleşme kurulmaz⁷⁷. Örneğin banka kredi sözleşmesi kapsamında banka tarafından hazırlanan kefalet sözleşmesi önerisinde, kabul beyanının, 583. maddeye göre düzenlenip noterde tasdik edilmesi şartına tabi kılındığı durumlarda, noterde tasdik edilmeksizin kefil tarafından kabul edilirse sözleşme kurulmamış sayılacaktır.

Kefalet sözleşmesi bir kere kurulduktan sonra alacaklının kefalet belgesi üzerindeki zilyetliğini kaybetmesi sözleşmenin sona ermesi sonucunu doğurmaz. Zira sözleşmenin devamı açısından, kefalet belgesi zilyetliğinin devamı zorunlu değildir. Ancak belirtmek gerekir ki, kefalet senedinin alacaklı tarafından kefile verilmesi, kefalet sözleşmesinin ikale ile ortadan kaldırılmasına öneri olarak nitelenebilecektir. Bu öneri ve buna yönelik kefilin kabul iradesinin, güven teorisi⁷⁸ çerçevesinde tespiti halinde kefalet sözleşmesinin sona erdiği varsayılır⁷⁹. Bu görüşe ek olarak, kefalet sözleşmesinin kefile iadesi ile kefalet borcunun sona erdiğine ilişkin varsayım TBK. m.104/III hükmünce de desteklenmektedir. Bu hükme göre; borç senedi alacaklı

⁷⁵ Özen, **Kefalet**, s. 164-166.

⁷⁶ Türk ve İsviçre hukukunda çoğunluk tarafından benimsenen kesin hükümsüzlük görüşüne göre, kanunda öngörülen şekle aykırı olarak yapılan sözleşmeler kurulur ancak kesin hükümsüzlük yaptırımına tabi olur. Bkz. Bl. 3, Ba. V, A, 2.

⁷⁷ Sözleşmenin yokluğu ile kesin hükümsüz sayılmasının pratik önemi, yokluk halinde sözleşmenin kurulmadığını ileri sürmenin hakkın kötüye kullanılması sayılarak önlenmesinin mümkün olmamasıdır. Oğuzman/Öz, **C. I**, s. 66.

⁷⁸ İrade açıklamalarının birbirine uygunluğunun tespiti bakımından, irade prensibi, anlam verme prensibi, beyan prensibi ve güven prensibi (teorisi) olmak üzere çeşitli çözüm yolları ortaya konulmuştur. Türk-İsviçre Hukukunda hakim görüş, bu çözüm yollarından güven teorisine (nazariyesi) üstünlük tanınması noktasındadır. Güven teorisine göre, sözleşmenin kurulup kurulmadığının tayini için muhatapın dürüstlük kuralı çerçevesinde vereceği anlamın ne olması gerektiği araştırılmalıdır. Halin özelliklerine göre muhatap kendisine yöneltilen irade beyanına hangi anlamı vermeli veya vermekte haklı ise, bu anlama üstünlük tanınmalıdır. Güven teorisi hakkında bkz. Necip Kocayusufoğlu, **Güven Nazariyesi Karşısında Borç Sözleşmelerinde Hata Kavramı**, İstanbul, Garanti Matbaası, 1968, s. 5 vd; Selahattin Sulhi Tekinay, Sermet Akman, Haluk Burcuoğlu, Atilla Altop; **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Yeniden Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 7. Bs., İstanbul, Filiz, 1993 s.72-73; Oğuzman/Öz, **C. I**, s. 69; Burcu Kalkan Oğuztürk, **Güven Sorumluluğu**, İstanbul, Vedat, 2008, s. 44.

⁷⁹ Dietrich Reinicke, Klaus Tiedtke, **Bürgschaftrecht**, 3. Auflage, Carl Heymanns Verlag, 2008, s. 32-34; Özen, **Kefalet**, s. 167-168.

tarafından borçluya geri verilir ise borcun sona ereceği kabul edilmiştir. Kefalet sözleşmesi, içerisinde; kefilin teminat borcu iradesi, nitelikli şekil koşulu ve eşin rızasına ilişkin bir takım geçerlilik koşulları bulunduran, kanun koyucu tarafından bu koşullar olmadan kefalet borcunun geçerli olamayacağı belirtilmiş bir sözleşmedir. Bu sebeple, genel olarak kefilin tek taraflı olarak borçlanması sebebiyle, kefalet sözleşmesinin alacaklının egemenlik alanında olması gerektiği kabul edilir⁸⁰. Eğer ki alacaklı, kendi egemenlik alanında bulunan kefalet sözleşmesini kefile teslim ediyor ise kefalet sözleşmesini sona erdirmeye iradesinin olduğu varsayılır. Bu yüzden; TBK. m. 104/III hükmü de gözetilerek, kefalet sözleşmesinin alacaklı tarafından kefile teslimi ile güven teorisi nezdinde kefilinde senedin iadesini kabul etmesi sonucunda kefalet borcunun sona ereceği varsayımına katılmaktayım.

1. Kefalet Sözleşmesinin Kurulmasındaki İradelerin Güven Teorisi Açısından Yorumlanması

Kefil olma iradesinin, sözleşmeden açıkça anlaşılamadığı hallerde, kefalet belgesinde yer verilen ifadelerin yorumuna başvurulacaktır. Kefaletin çok defa ivazsız ve asıl borçlu veya alacaklının menfaatine olması, dar bir yorumun kabulünü zorunlu kılmaktadır⁸¹. Diğer bir deyişle, sadece kefilin borç altına girdiği sözleşmelerin yorumlanmasında, kefil, dürüstlük kuralı korumasından geniş ölçüde yararlanmalıdır⁸². Buna göre dürüstlük kuralı çerçevesinde, sözleşmeden doğan borcun kapsamı ve niteliği belirlenecektir⁸³. Buna karşılık kefilin de menfaat elde ettiği, örneğin komisyon karşılığı kefalet borcu altına girmesi veya mal sattığı kişinin mal bedelini ödeyebilmek için alınan krediye kefil olması gibi hallerde, dürüstlük kuralının uygulanması, “kefili özel olarak koruyucu” bir yaklaşımı gerektirmeyecektir⁸⁴.

⁸⁰ Özen, **Kefalet**, s. 164.

⁸¹ Reisoğlu, **Kefalet Hukuku**, s. 61; Özen, **Kefalet**, s. 169.

⁸² Reisoğlu, **Kefalet Hukuku**, s. 62,63.

⁸³ Nitekim Federal Mahkeme kararları, kefil olma iradesinin yorumunda, iyi niyet kuralları geniş bir uygulama alanına sahip olacağı yönündedir. BGE 38 II 615; BGE 62 II 152. Aktaran: Reisoğlu, **Kefalet Hukuku**, s. 62, dpn.162.

⁸⁴ Beck Emil, **Das neue Bürgerrechtsrecht, Kommentar**, Zürich 1942 Art. 492, N. 47; Özen, **Kefalet**, s. 168,169.

Kefalet sözleşmesinin yorumlanmasından iki tür yaklaşım karşımıza çıkar. Bunlarda ilki olan Türk-İsviçre Hukuku'ndaki hâkim görüşe göre; kefilin iradesinin yorumunda, kefalet belgesinde kullanılan ifadelerle birlikte sözleşmeye ilişkin diğer hususlar da göz önünde bulundurulmalıdır⁸⁵. Sözleşme taraflarının gerçek iradelerinin belirlenmesi bakımından, bu iradeyi gösteren her olgu, kefalet belgesinde bir dayanak olup olmadığına bakılmaksızın dikkate alınabilir⁸⁶. İsviçre Federal Mahkemesi çeşitli kararlarında⁸⁷, kefaletin dürüstlük kuralının koruması altında olduğunu belirtmiştir. Nitekim Yargıtay Hukuk Genel Kurulu örnek bir kararında⁸⁸, satıştan herhangi bir surette cayılması halinde alınan nakit ve tahsil edilen bono bedellerinin alıcıya iadesinin kararlaştırıldığı taşınmaz satım sözleşmesinde, satıcının üstlendiği edimlerin tekeffül edildiği kefalette, sözleşmenin veya hukuki ilişkinin geçersiz olmasının⁸⁹, kefilin sorumluluğunu sona erdirmeyeceğine hükmetmiştir. Böylece Yüksek Mahkeme kefilin sorumluluğunun kapsamını, yorum yoluyla ortaya koymuştur⁹⁰. Diğeri ise; Alman

⁸⁵ Beck, Art. 492, N.47; Oser Hugo/Schönnerberger Wilhelm, **Zürcher Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Band V**, Obligationenrecht, 3. Teil: Art. 419-529 OR, Zürich, 1945 Art. 492, N.86; Becker, Art. 492, N. 6; Reisoğlu, **Kefalet Hukuku**, s. 61; Özen, **Kefalet**, s. 169.

⁸⁶ Reisoğlu, **Kefalet Hukuku**, s. 62-63.

⁸⁷ **BGE 64 II 211**; “Tarafların iradesini tespit ve diğer ilişkilerinde, kefaletin özel niteliğinin, yani bilhassa alacaklının menfaatine ve asıl borçlunun lehine olmak üzere bir tarafa mükellefiyet yüklediğinin göz önünde tutulması gerekir. Kefaletin özelliği nedeniyle, geniş ölçüde objektif iyi niyet kurallarının uygulanmasını gerektiren bir hukuki müessesedir. Kefalet senedinde gösterilmemiş olsa bile, alacaklı kefaletten doğan haklarını ancak kefaletin inikadı sırasında tarafların niyetlerine uygun şekilde kullanabilir. Davalı tarafından hangi alacak için kefil olduğu hususu, kefalet senedinin yanı sıra, tarafların iradelerine tesir eden diğer unsurlarda nazarı itibar alınarak yorumlanmak gerekir. Bidayet Mahkemesi, iradelerin yorumunda bu kuralları göz önünde tutmamış, sadece kefalet senedinin metnine bağlı kalmıştır.” **BGE 49 II 377**; “Bir kimsenin asıl borç senedini kefil sıfatıyla imzalaması geçerlidir. Ancak satış akdinde alıcıya çeşitli mükellefiyetler yüklenmiştir. Acaba kefalet bütün bu yükümlülükler için mi, yoksa bunlardan biri veya birkaçı için mi verilmiş sayılacaktır? Kefalet özelliği nedeniyle tek taraflı, ivazsız bir akit olduğundan dar bir yoruma tabi tutulacak, kefaletin sadece asıl yükümlülük olan satış bedeli için verildiği kabul edilecektir.” Aktaran; Reisoğlu, **Kefalet Hukuku**, s.63, dpn.163,164.

⁸⁸ “Olayda, yukarıda da değinildiği üzere taşınmaz malın satışını düzenleyen 1. sözleşme geçersizdir. O halde satımın geçersizliğinin sonucu olarak bu satım zımında verilen 50.000 liranın iadesi borcu doğmuştur. Bu iade borcu geçerli bir borçtur ve kefil de geçerli bir biçimde doğan bu iade borcuna kefil olmuştur. Şu halde 485. maddenin az önce değinilen hükmünde öngörülen koşulun da gerçekleştiğinin kabulü icabeder. Şu hususun da özellikle belirtilmesi gerekir: Satım akdinin geçersizliği 50.000 liranın iadesi konusundaki borcun da geçersizliği sonucunu doğurmamaktadır...”. Yarg. HGK. 09.03.1977 T., E. 976/13-22, K. 1977/216. (Kazancı İçtihat Bankası, (Çevrimiçi), <http://www.kazanci.com>, (Erişim Tarihi:28.10. 2017). Karara ilişkin eleştiri için bkz. Elçin Grassinger, **Kefilin Hakları**, s. 20.

⁸⁹ Kefalet sözleşmesi yapılırken, esas borcun kaynaklandığı hukuki ilişki geçersiz olduğu kefil ve alacaklı tarafından biliniyorsa, en azından bilinmesi gerekiyorsa, sebepsiz zenginleşmeye dayanan iade taleplerinin de kefalet güvencesine alınmak istendiği kabul edilebilir. Geçersiz olduğunu bildiği bir borç ilişkisinde kefil olan kişinin, bu ilişki vesilesiyle alınanların iadesine yönelik sebepsiz zenginleşmeye dayalı talebi de güvence altına almak istediği (güven teorisine göre) kabul edilebilir. Reinicke/Tiedtke, **a.g.e.**, s. 222

⁹⁰ Özen, **Kefalet**, s. 169.

öğreti⁹¹ ve uygulaması olarak karşımıza çıkmaktadır. Alman öğretisine göre ise; kefalet sözleşmesinin yorumlanmasında öncelikle kefalet belgesine bakılmalı, kefalet belgesinin yol göstericiliğiyle dışardaki olgulara bakılabilmelidir. Yani; dışardaki olgulara başvurabilmek için, kefalet belgesinde mutlaka bir işaret bulunmalıdır. Bu konuda Alman Federal Mahkemesi⁹² ve Alman öğretisinin, belgeye bağlı kalması ve belgeden işaretle yorum yapması “sübjektif” bir yargı ile hareket ettiğini göstermektedir⁹³. Çünkü kimi olaylarda; kefalet belgesinde belirtilen esas borçtan sorumluluk üstlenilmesi yönünde kefilin sorumluluğuna gidilebilecek iken, kimi olaylarda ise, kefalet belgesinde bir dayanak bulunmaması noktasında, kefilin sorumluluğuna gidilemeyecektir⁹⁴.

Yukarıda belirtilen bu iki görüş kapsamında; katıldığımız görüş, “sübjektif” değerlendirmelerin önüne geçmek adına Türk/İşviçre Hukuku hakim görüşüdür. Kanaatimce sözleşme taraflarının gerçek iradelerinin belirlenmesinde, bu iradeyi ortaya koyan her olgu, kefalet senedinde bir dayanağının olması aranmaksızın dikkate alınmalıdır. Zira kefalet belgesi dışındaki olguların kefalet belgesinde dayanağının olup olmadığı değerlendirmesi, “sübjektif” bir yargının ortaya çıkmasına, bu ise somut olayla uyumlu olmayan değerlendirmelere kapı aralayacaktır.

Kefalet sözleşmesinin kıymetli evrak gibi “sıkı şekle bağlı bir hukuki işlem” olmaması, hâkim görüşün kefaletin yorumuna ilişkin değerlendirmesini haklı hale getirmektedir⁹⁵. Bu nedenle, kefalet belgesinde belirli ifadelerin kullanılıp kullanılmadığına bakılmaksızın, diğer sözleşmelerde olduğu gibi, tarafların gerçek iradeleri, TBK. m. 19 uyarınca yorum yoluyla belirlenecektir. Bu bağlamda, kefalet sözleşmesinin varlığını kabul etmek için “kefalet”, “kefil olma”, “kefil olarak” gibi belirli ifadelerin bulunması zorunlu değildir. Kefil olma iradesini açıklayan herhangi bir

⁹¹ Reinicke/Tiedtke, **a.g.e.**, s. 26.

⁹² Alman Federal Mahkemesi önüne gelen bir olayları, “adalete uygunluk açısından” ele almaktadır. Böylelikle kefalet belgesinde bono bedelinden ötürü sorumluluk üstlenildiğinin belirtildiği kimi olaylarda, kefilin gerçek iradesinin bononun düzenlenmesine esas olan borçtan sorumluluk üstlenmek olduğunu kabul ederek, kefilin sorumlu tutulabilmesini kabul etmekte, kimi olaylarda ise; tersi sonucuna varmaktadır. Böylelikle benzer olaylarda yorum için başvuru olguların kefalet belgesinde bir dayanak bulunup bulunmama noktasında, belgede kullanılan ifadelerin özdeşliğine rağmen farklı sonuçlara ulaşılmaktadır. Reinicke/Tiedtke, **a.g.e.**, s. 28.; Aktaran: Özen, **Kefalet**, s.171, dpn.42.

⁹³ Özen, **Kefalet**, s. 172.

⁹⁴ Detaylı bilgi için bkz, Özen, **Kefalet**, s.172,173, dbp.43.

⁹⁵ Özen, **Kefalet**, s. 173.

ifade biçiminin kullanılması yeterlidir⁹⁶. Nitekim TBK. 583. maddenin ikinci fıkrasına yer verilmekle bu düşünce benimsenmiştir.

Tarafların, gerçek amaçlarını gizlemek için veya yanlışlıkla kefalet senedinde kullandıkları ifadelere bağlı olmaksızın, gerçek iradeleri araştırılacaktır (TBK. m. 19). Bu şekilde yapılacak yorum sonucunda, kefil olma iradesi açık ve şüpheye yer vermez bir şekilde ortaya konulmalıdır⁹⁷. Ancak uygulamada, kefalet belgelerinde, genellikle, kefil olma iradesinin şüpheye yer veremeyecek ifadeler yerine, genel olarak bir borçtan sorumluluk üstelendiğini belirten ifadeler kullanılmaktadır. Bu tür durumlarda, taraf iradelerinin yorumlanması hususu güven ilkesi gereği serbestçe saptanmalıdır⁹⁸.

Hâkim görüş, kefalet sözleşmesinin yorumlanmasında; kefalet belgesi dışında kalan olgulara da başvurulabileceği, sözleşme taraflarının gerçek iradelerinin saptanması için bu iradeyi gösteren her olgunun kefalet belgesinde bir dayanak olup olmadığına bakılmaksızın nazara alınacağı yönündedir⁹⁹. Bu bağlamda, tarafların bilgisi ve tecrübesi, ifadelerin yorumlanmasında dikkate alınacaktır. Yapılan sözleşmeye ilişkin hukuki bilgileri sınırlı kişiler için kullanılan ifadelerin, “günlük konuşma dilinde taşıdığı anlam” önem kazanacaktır. Örneğin “bir borcu garanti ettiğini” belirten, ne var ki garanti etmekle kefil olmak arasındaki ayrımı kavrayamayan, akdedilen sözleşmenin doğuracağı sorumluluk bakımından fazla bilgisi olmayan ve daha çok hatır için hareket eden kişilerin, kefil olma iradesi taşıdığı söylenebilecektir. Zira bilgisiz ve tecrübesiz bir kişinin bir borcun yerine getirilmemesine ilişkin olarak bağımsız bir sorumluluk üstlenmek istemesi, hayatın olağan akışına terstir. Buna karşılık iş tecrübesi ve hukuki bilgiye sahip olan kişiler açısından kullanılan ifadelerin, teknik hukuki anlamı ön planda olacaktır¹⁰⁰.

⁹⁶ Beck, Art. 492, N. 49; Giovanoli, Art. 492, N. 4.

⁹⁷ Beck, Art. 492, N. 49.

⁹⁸ Özen, **Kefalet**, s. 171.

⁹⁹ Beck, Art. 492, N. 48; Reisoğlu, **Kefalet Hukuku**, s. 62-63; Elçin Grassinger, **Kefilin Hakları**, s. 1-19; Özen, **Kefalet**, s. 168.

¹⁰⁰ Özen, **Kefalet**, s. 175

Kuşku yaratan, şüpheli ve açık ifadeleri olmayan sözleşmeleri ise; kefalet sözleşmesine ilişkin emredici kuralların dolanılabilmesi ihtimalinin varlığı sebebiyle, kefalet sözleşmesi olarak nitelendirmemiz gerekmektedir¹⁰¹.

Son olarak; kefilin iradesinin yorumunu, bilhassa matbu kefalet sözleşmeleri açısından da değerlendirmek gerekmektedir. Bu konuda, TBK. m.20-25 hükümlerince getirilen Genel İşlem Koşulları ile TBK. m. 582 son fıkra hükmünce; önceden yapılan feragatlerin geçersiz olacağı belirtilerek, matbu sözleşmelerin içinde yer alan kefaletle ilişkin hükümlerin bir kısmının veya tamamının, işin özelliği ve niteliğine göre yazılmamış sayılma yaptırımına tabi olacağı hususu, ilerki konuda detaylı olarak anlatılmıştır¹⁰².

2. Şarta Bağlı Kefalet Beyanı

Asıl borç vade veya şarta tabi olmasa bile kefalet beyanı vadeye veya şarta bağlanabilir. Kefilin içinde bulunduğu durum, onu böyle bir karar almaya yönlendirebilecektir¹⁰³. Örneğin kefil, başka kefillerin veya aynı teminatların bulunduğu veyahut da asıl borçlunun ödeme gücüne sahip olduğu düşüncesiyle taahhüt altına girebilecektir.

Kefilin yükümlülük altına girerken, iradesini etkileyen bu veya buna benzer olguların, TBK. m. 170 anlamında “*şart*” olup olmadığı değerlendirilmelidir. Bu noktada bir şarttan söz edebilmek için, söz konusu olgu veya olayın, geleceğe ilişkin olması ve gerçekleşip gerçekleşmeyeceğinin belirsiz olması gereklidir (TBK. m. 170/I). Ayrıca alacaklının da kefilin iradesini şarta bağladığını bilerek hareket etmesi ve bu isteğe uygun sonuçların ortaya çıkmasını kabullenmesi aranır¹⁰⁴. Kefilin yükümlülük altına girmesinde etkili olan saikin gerçek bir olguya dayanmaması, bazı durumlarda temel hatasına dayanarak sözleşmeyi iptal etme olanağı verir¹⁰⁵.

¹⁰¹ Tandoğan, C. II, s. 709.

¹⁰² B1.3, Ba.VI, A.2.

¹⁰³ Reisoğlu, **Kefalet Hukuku**, s. 31.

¹⁰⁴ Beck, Art. 492, N. 49; Reisoğlu, **Kefalet Hukuku**, s. 61.

¹⁰⁵ Beck, Art. 492, N. 53; Reisoğlu, **Kefalet Hukuku**, s. 31.

C. KEFALET SÖZLEŞMESİNİN TARAFLARI

Kanunda yer verilen tanımdan anlaşılacağı üzere, kefalet sözleşmesinin tarafları, kefil ile kefalet güvencesine bağlanan borcun alacaklısıdır¹⁰⁶. Kefalet konu borcun borçlusu, diğer bir deyişle asıl borçlu, kefalet sözleşmesine taraf değildir. Kefalet sözleşmesi kapsamında borçlu, alacaklı ve kefil ilgilendiren üç köşeli bir ilişki meydana gelmesi, asıl borçluyu kefalet sözleşmesinin tarafı haline getirmeyecektir. Kefalet sözleşmesinin tarafları, her zaman, asıl borcun alacaklısı ve kefildir¹⁰⁷. Bununla birlikte asıl borçlu, alacaklı veya kefilin temsilcisi veya habercisi sıfatıyla kefalet sözleşmesinin kurulmasında etkili olabilir¹⁰⁸. Ayrıca kimi yazarlarca, kefil ile asıl borçlunun, alacaklı lehine kefalet sözleşmesi yapabileceği kabul edilmektedir¹⁰⁹. Ancak; bu tür yapılacak kefalet sözleşmelerinde alacaklıya ait olacak yükümlülük ve külfetlerin *(alacaklının teminat ve ispat vasıtalarını kefile aktarma zorunluluğu ile borçlunun iflasını kefile bildirmek ve alacağını iflas masasına yazdırmak)*, alacaklının taraf olmadığı, alacaklı yararına yapılan kefalet sözleşmesinde nasıl yerine getirileceğine ilişkin belirsizlik mevcuttur¹¹⁰.

Kanaatimce; alacaklının yüküm ve külfetlerinin yerine getirilmesi için, üçüncü kişi lehine yapılan kefalet sözleşmesinin, TBK. m.129/II hükmünce tam üçüncü kişi yararına sözleşme olarak yapılması gerekmektedir. Çünkü alacaklının, kefilden talepte bulunmasını sağlayacak bu sözleşme ile kefile başvuran alacaklıya karşı kefil, alacaklıdan yükümlülüklerini yerine getirmesini isteyebilir. Ancak; TBK. m. 129/I. hükmünce “eksik üçüncü kişi yararına sözleşme” yapılırsa, alacaklının doğrudan bir talepte bulunamaması sebebiyle, kefilin alacaklıyı zorlaması mümkün değildir. Bu sebeple; alacaklının yüküm ve külfetlerini yerine getirmesi noktasında belirsizlik devam edecektir.

¹⁰⁶ Tandoğan, C. II, s. 693, 694; Aral/Ayrancı, a.g.e., s. 465.

¹⁰⁷ Oser-Schönenberger, Art. 499, N.25; Beck, Art. 492, N. 9; Giovanoli, Art. 492, N. 2; Pestalozzi, Art. 492, N. 2; Heinrich Honsell, **Schweizerisches Obligationenrecht**, Besonderer Teil, 7. Auflage, Bern 2003, s. 392; Albino Biasio, **Der Uebergang der Glaubigerrechte auf den Burgen und dessen Regressrechte** : Bern : Stampfli & Cie., 1944 s. 1; Yavuz/Acar/Özen, a.g.e., s. 1400; Özen, **Kefalet**, s. 60.

¹⁰⁸ Özen, **Kefalet**, s. 60.

¹⁰⁹ Reinicke/Tiedtke, s. 222; Eugen Bucher, **Obligationenrecht**, Besonderer Teil, 3. Auflage Zürich 1999 s. 287; Özen, **Kefalet**, s. 60.

¹¹⁰ Özen, **Kefalet**, s. 61.

D. KEFALET SÖZLEŞMESİNİN (KEFİLİN EDİMİ) KONUSU

6098 Sayılı TBK. m. 581’de tanımına yer verilen kefalet sözleşmesiyle kefil, alacaklıya, asıl borçlunun borcunu ifasına yönelik güvence vermektedir¹¹¹. Kefil olan kişi, bir borcu devralan kişiden farklı olarak, başkasına ait borcun borçlusu haline gelmediği gibi, güvence altına alınan borç ilişkisinin tarafı haline de gelmemektedir. Kefalet sözleşmesi ile alacaklı ile kefil arasında yeni bir borç ilişkisi doğmaktadır. Kefilin kefalet sözleşmesinden kaynaklanan edim borcu, asıl borcun yerine getirilmemesi yüzünden alacaklının uğrayacağı zararı, diğer bir deyişle müspet zararı, bir miktar para ödeyerek karşılamaktır¹¹².

Öğretide hâkim görüşe göre, kefil, aksi kararlaştırılmadıkça, sözleşmenin ortadan kaldırılmasından veya sözleşmeden dönmeden doğan menfi zararın tazminiyle yükümlü olmayacaktır¹¹³. Dönme işlemiyle birlikte, sözleşmenin muhtevasının değiştiği ve organizma olarak borç ilişkisinin sona ermeden devam ettiği fikri¹¹⁴ kabul edilerek, kefilin menfi zararlardan da sorumlu olacağı kararlaştırılabilecektir¹¹⁵. Nitekim İsviçre Borçlar Kanunu’nda kefilin, kefalet sözleşmesiyle, sözleşmeden dönmeden doğan menfi zararı üstlenebileceği öngörülmüştür (İBK. m. 499/II).

Buna karşılık, kefilin menfi zararı da tazmin edeceğine ilişkin sözleşmelerin, kefaletin fer’iliği niteliği ile bağdaşmayacağını savunan öğreti, kefilin menfi zarardan

¹¹¹ Bilge, **Borçlar Hukuku**, s. 364-365; Tandoğan, **C. II**, s. 694.

¹¹² Reisoğlu, **Kefalet Hukuku**, s. 27; Tandoğan, **C. II**, s. 697; Yavuz/Acar/Özen, **a.g.e.**, s. 1401.

¹¹³ Oser-Schönenberger, Art. 499, N.25; Beck, Art. 492, N.108; Reisoğlu, **Kefalet Hukuku**, s. 28; Tandoğan, **C. II**, s. 698; Arpacı (Hatemi/Serozan), **a.g.e.**, s. 532.

¹¹⁴ Bu görüşe göre, dönme işlemi, sözleşme taraflarının edim borçlarını ortadan kaldırarak önceki halin iadesi borcunu doğuran bir işlem olarak tanımlamıştır. Dönme ile borç ilişkisi tersine dönmekte, yerine getirilen edimlerin alacaklısı dönme ile aynı edimin geri verme borçlusu haline gelmektedir. Sözleşmeden dönme işlemi, inkar faraziyesine başvurmada açıklayan bu görüş, İsviçre ve Alman Hukuku’nda ve aynı zamanda hukukumuzda kabul görmektedir. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Özer Seliçi, **Borçlar Kanunu’na Göre Sözleşmeden Doğan Sürekli Borç İlişkilerinin Sona Ermesi**, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Yayın No: 2247, Hukuk Fakültesi Yayın No: 505, 1976, s. 208 Rona Serozan, **Sözleşmeden Dönme**, İstanbul, Beta, 1975, s. 603.

¹¹⁵ Beck, Art. 499, N. 22; Tandoğan, **C. II**, s. 698.

da sorumlu olacağı yönündeki sözleşmelerin, garanti sözleşmesi olarak nitelendirileceği fikrini ileri sürmüştür¹¹⁶.

Bu konudaki tartışmayı sonlandırmak isteyen kanun koyucu, TBK. m. 589/IV ile kefalet sözleşmesi ile kefilin menfi zararlardan da sorumlu olacağı yönünde yapılan anlaşmaların kesin hükümsüz sayılacağına ilişkin düzenleme ortaya koymuştur.

E. KEFALET SÖZLEŞMESİNİN SEBEBİ

Kefalet sözleşmesiyle, asıl borçlunun ödeme güçsüzlüğüne karşı, alacaklıya teminat verilmesi amaçlanır. Bu bağlamda, kefalet sözleşmesinin sebebinin, “alacaklıya teminat vermek” olduğu söylenebilecektir¹¹⁷.

Kefilin başkasına ait bir borçtan dolayı kişisel sorumluluk üstlenmesinin sebebi, asıl borçluyla kefil arasındaki ilişkide aranmalıdır. Bu noktada, kefaletin sebebi olan “alacaklıya teminat vermek” amacını, kefil kefalet sözleşmesini yapmaya sevk eden etkenlerle karıştırmamak gerekir¹¹⁸.

Kefil, genellikle, asıl borçlunun kendisine başvurması üzerine kefalet sözleşmesi ile borç altına girer. Asıl borçlu ile kefil arasındaki ilişki hatır ilişkisine dayanabileceği gibi sözleşme ilişkisine de dayalı olabilir¹¹⁹. Örneğin kefil asıl borçlu ile arasındaki, vekâlet sözleşmesinden kaynaklanan iş görme borcunun bir gereği olarak kefalet sözleşmesi yapılabilir. Ancak bu durumda, TBK. m. 596/I hükmünce borçluya rücu hakkı olan kefil, daha fazla zarar ve masrafı olduğunu ispat ederse TBK. m. 510 hükmünce, rücu hakkı dışında yaptığı birtakım giderleri vekalet ilişkisine bağlı olarak isteyebilecektir¹²⁰.

¹¹⁶ Bu görüşteki yazarlara göre, kefil, alacaklının ifaya olan menfaatini teminat altına almakta, sözleşme feshedilince asıl borçlu ortadan kalkacağından onun fer'i olan kefalet de ortadan kalkacaktır. Cevdet Yavuz, **Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler (İş Görme Sözleşmeleri- Saklama (Muhafaza) Sözleşmeleri, Şahsi (Kişisel) Teminat Sözleşmeleri- Sonuçları Talih ve Tesadüfe Bağlı Sözleşmeler- Ortaklık Sözleşmeleri (Adi Ortaklık))**, C. II, İstanbul, Beta, 2014, s. 1405.

¹¹⁷ Becker Art. 492, N. 12; Beck, Art. 492, N. 95; Bilge, **Borçlar Hukuku**, s. 364; Tandoğan, **C. II**, s. 694; Yavuz/Acar/Özen, **a.g.e.**, s. 1401; Özen, **Kefalet**, s. 68.

¹¹⁸ Tandoğan, **C. II**, s. 694; Yavuz/Acar/Özen, **a.g.e.**, s. 1401; Aral/Ayrancı, **a.g.e.**, s. 469.

¹¹⁹ Özen, **Kefalet**, s. 68.

¹²⁰ Özen, **Kefalet**, s. 70.

Öte yandan kefil asıl borçlunun haberi olmadan hareket etmiş de olabilir. Bu durumda, vekâletsiz iş görme hükümleri, kefil ile asıl borçlu arasındaki ilişkiye uygulanabilecektir¹²¹. Hatta kefil, esas borçluya bağışlama kastıyla yardım etmiş olabilir. Bu durumda kefil esas borçluya karşı rücu hakkını kullanamaz¹²². Eğer ki borçlu, kefilin rücü hakkını engellemek istiyorsa, rücu hakkını engelleyecek özel durumların (*bağışlama kastı vs.*) varlığını ispatlamalıdır¹²³.

Belirtmek gerekir ki asıl borçlu ile kefil arasındaki ilişki, kefalet sözleşmesinin sebebini oluşturmaz. Alacaklı ile kefil arasında yapılan kefalet sözleşmesinin sebebi, alacaklıya teminat verilmesidir.

F. KEFALET SÖZLEŞMESİNİN ÖZELLİKLERİ

1. Kefilin Borcunun Niteliğinin Fer'i Olması

Kefalet sözleşmesinin ayırıcı ve vazgeçilmez niteliği, kefilin borcunun fer'i nitelik göstermesidir¹²⁴. Buna göre, kefalet sözleşmesinin varlığı için, teminat sunulan borç, mevcut ve geçerli olmalıdır¹²⁵. Bununla birlikte gelecekte doğacak veya geciktirici koşula bağlı bir borç da kefalet sözleşmesine konu teşkil edebilecektir. Ancak alacaklının kefilin sorumluluğuna başvurabilmesi, borcun doğması veya koşulun gerçekleşmesi halinde mümkün olabilecektir. O halde, borcun, kefiliden talepte bulunulduğu anda; mevcut, geçerli ve dava/takip edilebilir olması gereklidir¹²⁶.

Kefalet sözleşmesinin fer'i nitelik gösteren bir sözleşme olmasının çeşitli sonuçları vardır¹²⁷. Öncelikle fer'i sorumlu olan kefile, asıl borçlunun sorumluluğundan daha fazla sorumluluk yüklenemeyecektir. Kefilin menfaatini gözetken bu ilke gereği taraflar, kefilin sorumluluğunun kapsamını asıl borçlunun sorumluluğunu aşacak şekilde

¹²¹ Bilge, **Borçlar Hukuku**, s. 389; Reisoğlu, **Kefalet Hukuku**, s. 20; Özen, **Kefalet**, s. 70.

¹²² Özen, **Kefalet**, s. 70; Reisoğlu, **Kefalet Hukuku**, s. 20; Becker Art. 492, N. 74.

¹²³ Özen, **Kefalet**, s. 70.

¹²⁴ Tandoğan, **C. II**, s. 695; Reisoğlu, **Kefalet Hukuku**, s. 22; Yavuz/Acar/Özen, **a.g.e.**, s. 1404, 1405.

¹²⁵ Bir borcun mevcut ve geçerli olup olmadığına bakılmaksızın verilecek bir teminat garanti sözleşmesi işlevine sahip olağanüstü bir teminat olacaktır. Bkz. Oser/Schönenberger-ZK Or Art. 492, N. 21; Giovanoli-BK OR Art. 492, N. 2; Fikret Eren, **Borçlar Hukuku Özel Hükümler, 4. Baskı, Ankara, 2017 (Genel Hükümler)**, s. 764; Özen, **Kefalet**, s. 88.

¹²⁶ Theo Guhl, **Das Neue Bürgschaftstrect Der Schweiz**, Zürich, 1942, s. 36; Özen, **Kefalet**, s. 154.

¹²⁷ Reisoğlu, **Kefalet Hukuku**, s. 22; Tandoğan, **C. II**, s. 695.

belirleyemeyeceklerdir. Bu nedenle, asıl borç şarta bağlı olduğu halde kefilin şartsız olarak borçlanacağı gibi veya asıl borçlu sadece ağır kusurundan sorumlu olduğu halde kefilin asıl borçlunun hafif kusurundan sorumluluğunun doğacağı gibi düzenlemeler geçersizdir. Aynı şekilde alacak asıl borçluya karşı muaccel olmadan kefile karşı muaccel olamayacaktır¹²⁸. Bu sebeple, TBK. m. 590/III fıkrasında, asıl borcun muaccel olması, borçlu veya alacaklının önceden süre içeren bildirimde bulunması koşuluna tabi kılınmış ise bu süre, bildirim kefile yapıldığı tarihte işlemeye başlayacaktır.

Fer'iliğin bir diğer sonucu, kefalet sözleşmesi ile teminat altına alınan mevcut veya gelecekteki asıl borcun, belirli veya belirlenebilir olması gerekliliğidir¹²⁹. Kefaletle belirlilik olarak nitelenen bu ilke gereği, Türk Borçlar Kanunu'nda, kefilin sorumlu olacağı azamî miktar belirtilmedikçe kefalet sözleşmesinin geçerli olmayacağı öngörülmüştür (TBK. m. 583/I). Belirlilik ilkesinin hüküm ve sonuçları, çalışmamızın “kefalet sözleşmesinin geçerlilik koşulları” bölümünde¹³⁰ inceleneceğinden burada ayrıntılı olarak irdelenmeyecektir.

Fer'iliğin ayrı bir sonucu ise; kefilin sorumluluğunun, asıl borcun kaderini takip etmesidir. Yargıtay içtihatlarında da¹³¹ belirtilen bu sonuca göre, asıl borcun devredilmesi ile kefaletten doğan haklar da devredilecek veya sona ermesi ile kefaletten

¹²⁸ Tandoğan, C. II, s. 695; Reisoğlu, **Kefalet Hukuku**, s. 23.

¹²⁹ Beck, Art. 492 N. 107; Pestalozzi, Art. 502 N. 19; Özen, **Kefalet**, s. 73.

¹³⁰ Bkz. B2, s.49 vd.

¹³¹ Yarg. HGK E. 2013/19-557 K. 2014/379 T. 19.3.2014; “Dava, menfi tespit istemine ilişkindir. Eldeki davanın yargılaması devam ederken, davalı banka ile feri müdahil (asıl borçlu) şirket arasında, icra takibine konu yapılan kredi sözleşmesindeki borç ile ilgili, bonrcun tecdidi anlamına gelmemek kaydıyla protokol düzenlendiği, kredi borcunun anılan protokolle tasfiye amaçlı olarak yeniden yapılandırıldığı; bu iffa planı kapsamında protokolde belirtilen borcun bir kısmı feri müdahil (asıl borçlu) şirket tarafından vadesi geçirilmek suretiyle davalı bankaya ödendiği, yargılama sırasında protokolde öngörülen feri müdahil (asıl borçlu) şirketin kredi anapara borcunun kapandığı, ancak gecikmeli ödemeler nedeniyle davalı bankanın faiz, masraf ve vekalet ücreti alacağını bulunduğu, anlaşılmaktadır. Protokol kapsamında gecikmiş de olsa kredi anapara borcunun ödendiğine ilişkin ileri sürülen iddia ve ibraz edilen delillerin (borcu söndüren belgenin), mahkemece, dikkate alınması gerekir. Önemle belirtilmelidir ki, itirazın iptali davasında dava tarihinden sonra yapılan ödemelerin infazda dikkate alınacağına ilişkin kural, eldeki menfi tespit istemine konu davada uygulanamayacağından, yerel mahkemenin buna ilişkin gerekçesi isabetli değildir. Bu durumda, mahkemece, kefaletin fer'iliği ilkesi uyarınca, asıl borca ilişkin protokol ve bu protokole göre yapılan ödemeler gözetilerek, sonucuna göre davacı kefilin borç miktarının tesbiti gerekir.” (Çevrimiçi) <http://www.kazanci.com> (Erişim Tarihi:15.12.2018).

doğan haklar da sona erecektir¹³². Kefil, fer'ilik ilkesi gereği, asıl borçluya ait tüm def'i ve itirazları, alacaklıya karşı da ileri sürme hak ve yükümlülüğüne sahiptir¹³³.

Kefilin sorumluluğunun asıl borcun kaderine bağlı olması sebebiyle, alacaklı ile asıl borçlu, kefilin rızası olmaksızın, kefilin sorumluluğunu ağırlaştıramayacaklardır. Bu bağlamda, alacaklı ile asıl borçlu arasında yapılan ibradan kefilin yararlanamayacağı yönündeki düzenlemeler geçersiz olacaktır. Alacaklı ile asıl borçlunun, borcu sona erdirmeye yönündeki düzenlemeleri, fer'ilik ilkesi gereği, aynı ölçüde kefalet borcunun da sona ermesine neden olacaktır. Kefalet borcunun fer'i olmasının bir diğer sonucu, kefalet alacağının, esas alaktan bağımsız olarak temlik edilememesidir¹³⁴.

Öğretide hâkim olan ve aynı zamanda kanun koyucu tarafından benimsenen görüşe göre, fer'ilik niteliği sözleşmenin asli unsuru olması yönüyle, tarafların fer'i niteliğinden kısmen dahi feragat etmeleri mümkün değildir¹³⁵. Bununla birlikte kefilin sorumluluğunun fer'i olmasına ilişkin kanun ile getirilmiş istisnalar vardır. Konkordatonun tasdik edilmesi üzerine, asıl borçlu, konkordatoda belirlenen oranda sorumlu olacaktır. Ancak 2004 sayılı İcra ve İflas Kanunu m. 303 uyarınca; kefil, konkordatoya muvafakat etmeyen alacaklı karşısında, asıl borçtan sorumlu olacaktır.

Fer'ilik ilkesine ilişkin diğer istisna ise TBK. m. 134/III hükmüyle de karşımıza çıkmaktadır. Buna göre, bir cari hesapta bulunan borç kalemlerinden birisi için verilmiş (güvence) kefalet, aksi kararlaştırılmamışsa cari hesabın kat edilmesi ve bakiyenin onaylanması halinde sona ermeyecek olup, onaylanan bakiye için güvence teşkil etmeye devam edecektir.

Fer'ilik ilkesinin bir diğer istisna ise TMK. m. 629 hükmünde öngörülmüştür. Söz konusu hükümle, alacağını kusuru olmaksızın terekeye yazdırmayan alacaklıya karşı mirasçıların sorumluluğu sınırlanmış olduğu halde, bu alacak için kefil olan kişinin sorumluluğunda herhangi bir sınırlama olmayacağı kabul edilmiştir.

¹³² Tandoğan, C. II, s. 695; Arpacı (Hatemi/Serozan), a.g.e., s. 522-523; Özen, **Kefalet**, s. 96-97.

¹³³ Oser-Schönenberger-ZK OR Art. 492, N. 21; Mustafa Reşit Karahasan, **Türk Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri (Notlandırılmış Yasa Maddeleri ve Yargıtay Kararları)**, C. II, İstanbul, Beta, 2014, s. 1230.

¹³⁴ Becker, Art. 492, N.23; Oser-Schönenberger, Art. 164, N. 32.

¹³⁵ Oser/Schönenberger, Art. 492, N. 21; Beck, Art. 492, N. 88; Reisoğlu, **Kefalet Hukuku**, s. 22; Özen, **Kefalet**, s. 91.

2. Kefalet Sözleşmesinin Bağımsız Sözleşme Olması

Kefalet sözleşmesi, fer'i sorumluluk doğuran bir sözleşme olmakla birlikte, asıl borcu doğuran sözleşmeden ayrı hukuki sebebi ve muhtevası olan bağımsız bir ilişkidir¹³⁶. Bu sebeple kefalet sözleşmesinin, geçerlilik koşulları, hükümleri ve sonuçları bakımından, kefalet sözleşmesine özgü kurallar kabul edilmiştir¹³⁷. Asıl borcu doğuran sözleşmenin yapılışı geçerlilik koşuluna tabi olmasa bile, kefaletin kanunda belirtilen şekil kurallarına uygun olarak yapılacağı düzenlenmiştir (TBK. m. 583). Bu bağlamda, asıl borcu doğuran sözleşme geçerli olmasına rağmen, kefalet sözleşmesi, kefilin ehliyetsizliği, irade bozuklukları gibi sebeplerle geçerli olmayabilecektir.

Ayrıca kefalette taraflar, bağımsız bir sözleşme olması gereği, esas sözleşmeden ayrı kurallar belirleyebileceklerdir. Borç şarta veya vadeye bağlı olmasa dahi kefalet şarta veya vadeye bağlanabilecektir. Aynı şekilde asıl borç ortadan kalkmadan kefaletin belli bir süre sonra sona ereceği kararlaştırılabilecektir¹³⁸.

Kefalet sözleşmesinin ayrı bir hukuki ilişki olmasının bir diğer sonucu, ifa yeri ve yetkili mahkemenin belirlenmesinde etkisini göstermektedir. Kefilin borcunu nerede ifa edeceği ve ifa etmediği takdirde hakkındaki dava ve icra takibinin nerede yürütüleceği hususunda, salt kefalet sözleşmesi hükümleri dikkate alınır¹³⁹. Para borcu olması itibarıyla kefilin borcunu ifa edeceği yer, aksi kararlaştırılmadıkça, alacaklının ifa zamanındaki yerleşim yeri olacaktır (TBK. m. 89/I).

3. Kefilin Borcunun İkinci Derecede (Tali) Borç Olması

Kefalet sözleşmesinin ikinci derecede (tali) bir sorumluluk doğurması, geniş ve dar anlam olmak üzere iki ayrı şekilde yorumlanmaktadır¹⁴⁰. Geniş anlamıyla, ikincil (tali) sorumluluk, her türlü kefalet sözleşmesinde geçerli olmak üzere, alacaklının kefile

¹³⁶ Beck. Art. 492, N. 24-25; Tandoğan, **C. II**, s. 700; Reisoğlu, **Kefalet Hukuku**, s. 21; Özen, **Kefalet**, s. 72.

¹³⁷ Tandoğan, **C. II**, s. 701; Özen, **Kefalet**, s. 73.

¹³⁸ Beck, Art. 492, N. 95; Tandoğan, **C. II**, s. 701; Yavuz/Acar/Özen, **a.g.e.**, s. 1408.

¹³⁹ Reisoğlu, **Kefalet Hukuku**, s. 25; Tandoğan, **C. II**, s. 701; Özen, **Kefalet**, s. 73.

¹⁴⁰ Tandoğan, **C. II**, s. 697; Eren, **Borçlar Özel**, s. 765; Özen, **Kefalet**, s. 118.

başvurmasının, asıl borçlunun ifayı zamanında yerine getirmemesi halinde mümkün olacağı esasını ifade etmektedir. Bu anlamıyla kefalet borcunun ikincilliği her türlü kefalet sözleşmesinde belirgindir¹⁴¹.

Dar anlamıyla sorumluluğun ikincil olması ise, kefilin peşin dava (tartışma) def'ini kullanarak önce asıl borçlunun takip edilmesini isteyebileceği sorumluluğu ifade eder. Bu açıdan, kefile başvurmak isteyen alacaklının öncelikle asıl borçluyu takip etmek ve rehinleri paraya çevirmek zorunda olması, kefilin sorumluluğunun dar anlamıyla ikincilliğini göstermektedir¹⁴². Bu yönüyle, kefalet borcunun ikincil olma niteliği, adi kefalette belirgindir.

6098 sayılı Borçlar Kanunumuzda belirtilen müteselsil kefalet düzenlemesi de dar anlamda ikincillığe verilecek en iy örnektir. Zira, müteselsil kefaleti düzenleyen TBK. m. 586'a göre; önce rehinlerin paraya çevrilmesi def'i, kefile kullanması için verilmiştir. Eğer ki taşınır rehni veya alacak rehni söz konusu ise kefil, alacaklıdan, öncelikle bu rehinlerin paraya çevrilmesini isteyebilecektir¹⁴³.

4. “Kefalet Sözleşmesinin Tek Tarafa Borç Yükleyen Sözleşme Olması

Kural olarak, kefalet sözleşmesinde kefil, tek taraflı olarak borç üstlenmektedir¹⁴⁴. Bununla birlikte, kefilin üstlendiği edime karşılık, alacaklının bir karşı edim üstlendiği durumlar da söz konusu olmaktadır. Örneğin alacaklı kefile, riziko altına girme primi olarak da nitelenen bir bedel ödemeyi taahhüt edebilmektedir. Bu tür “*edim-karşı edim*” ilişkisinin benimsendiği durumlarda, kefalet sözleşmesinin her iki tarafa borç yükleyen sözleşme olduğu kabul edilecek ve karşılıklı borç yükleyen sözleşmelere ilişkin hükümler uygulama alanı bulacaktır¹⁴⁵.

Bu noktada belirtmek gerekir ki, kefalet sözleşmesinde alacaklının kefil karşısında üstlendiği her yükümlülük, “karşı edim” niteliğini taşımayacaktır. Örneğin

¹⁴¹ Giovanoli, Art. 492, N. 4; Reisoğlu, **Kefalet Hukuku**, s. 25; Özen, **Kefalet**, s. 119.

¹⁴² Oser/Schönenberger, Art. 492, N.19; Özen, **Kefalet**, s. 118.

¹⁴³ Özen, **Kefalet**, s. 118.

¹⁴⁴ Giovanoli, Art. 492 N. 35, s. 43; Tandoğan, **C. II**, s. 694.

¹⁴⁵ Tandoğan, **C. II**, s. 694; Reisoğlu, **Kefalet Hukuku**, s. 26.

alacaklının kefile belirli zamanlarda asıl borçlu hakkında bilgi vermeyi vaat etmesi, karşı edim sayılmayacaktır. Üstlendiği bu tür edimleri yerine getirilmeyen alacaklı, kefile karşı sorumlu olacaktır. Ancak bu tür edimler, kefile karşılıklı sözleşmelere özgü hükümlerden yararlanma olanağı vermez¹⁴⁶.

Öte yandan TBK. m. 592’de, “*özen gösterme, rehin ve borç senetlerinin teslimi*” başlıklı düzenleme ile alacaklı için bazı yükümlülük ve külfetler öngörülmüştür. Söz konusu yükümlülükleri yerine getirmeyen alacaklının, kefile karşı sahip olduğu hakları yitireceği ve kefilin uğradığı zararları tazmin edeceği belirtilmiştir (TBK. m. 592/3, 4). Aynı şekilde, TBK. 593 ve 594. maddelerinde, alacaklı açısından gerçek anlamda yükümlülük olmayıp, “külfet” teşkil eden davranışlar düzenlenmiştir. Külfet olarak nitelenen söz konusu davranışları yerine getirmeyen alacaklı, kefile karşı sahip olduğu hakkı kısmen veya tamamen kaybetmektedir.

TBK. m. 592 ile alacaklı için öngörülen yükümlülükler sebebiyle, kefalet sözleşmesi, “eksik iki tarafa borç yükleyen sözleşme” olarak tanımlanabilecektir¹⁴⁷. Buna karşılık Gümüş, alacaklı için öngörülen yükümlülüklere rağmen alacaklı için bir “karşı edim” kararlaştırılmadığı durumlarda, kefalet sözleşmesinin, tek tarafa borç yükleyen bir sözleşme olarak nitelendirileceği görüşü savunmaktadır¹⁴⁸.

Kefalet sözleşmesinin iki tarafa veya tek tarafa borç yükleyen bir sözleşme olarak nitelendirilmesi, kefilin sorumluluğunun belirlenmesi noktasında büyük bir öneme sahiptir. Zira TBK. m. 114/I, c. son’ a göre, “*iş özellikle borçlu için bir yarar sağlamıyorsa, sorumluluk daha hafif olarak değerlendirilir*” denilmiştir. Bu hükmü ve MK m. 2’de vücut bulan “güven ilkesini” esas alan yazarlar, kefalet sözleşmesinin, sözleşmeden hiçbir yarar elde etmeyen kefil lehine yorumlanması gerektiğini belirtmişlerdir¹⁴⁹.

¹⁴⁶ Beck, Art. 492, N. 101; Tandoğan, **C. II**, s. 694-695; Reisoğlu, **Kefalet Hukuku**, s.6-7.; Özen, **Kefalet**, s. 120, dpn.154.

¹⁴⁷ Özen, **Kefalet**, s. 123.

¹⁴⁸ Gümüş’e göre, alacaklının elindeki teminatları koruması için öngörülenlerin yüküm olmayıp külfet teşkil etmektedir. Bu itibarla, kefaletin eksik iki yana borç yükleyen bir akit olduğu değerlendirmesi isabetli değildir. Mustafa Alper Gümüş, **Borçlar Hukuku Özel Hükümler**, İstanbul, Filiz,2018, s. 543.

¹⁴⁹ Ayrıntılı bilgi için bkz. Pestalozzi, Art. 492, N. 1; Özen, **Kefalet**, s. 125.

5. Kefalet Sözleşmesinin Başkasına Ait Bir Borcu Güvence Altına Almak için Yapılması

Kişisel teminat sözleşmelerinde yer alan kefalet sözleşmesiyle kefil, başkasına ait bir borç için kişisel sorumluluk üstlenir¹⁵⁰. Böylece alacaklı, asıl borcun ifası kapsamında, borçlusunun malvarlığı yanında bir başkasının malvarlığına başvurabilme imkanı elde eder. Bu itibarla, kişinin kendi borcuna kefil olamayacağı kabul edilir. Bununla birlikte, öğretide, asıl borcun bir başkası tarafından üstlenilmesi halinde hüküm ifade etmek üzere alacaklı ile asıl borçlu arasında kefalet sözleşmesinin yapılabileceği belirtilmiştir. Bu görüşe göre, burada geciktirici koşula bağlanmış bir kefalet sözleşmesi kurulmuş olacaktır¹⁵¹. Ayrıca kimi durumda kefil sıfatıyla asıl borçlu sıfatı sonradan (şirket birleşmesi, miras vs.) birleşebilmektedir. Bu durumda kefalet sözleşmesinin sona ermeyeceği, TBK. m. 598/II’de “*borçlu ve kefil sıfatı aynı kişide birleşmiş olursa, alacaklı için kefaletten doğan özel yarar saklı kalır.*”, denilmekle, açıkça kabul edilmiştir.

Bir kimsenin kendi borcuna kefil olamayacağını savunan yazarlar, aynı şekilde, kişinin kendisine ait bir alacak için de kefil olamayacağını belirtmişlerdir. Bu yazarlara göre, ancak alacağın başkasına devredilmesiyle hüküm ifade etmek üzere, bir kimse kendi alacağı için kefil olabilecektir¹⁵².

6. Kefilin Borcunun Para Borcu Olması

Kefalet sözleşmesinde, asıl borcun konusunu oluşturan edim, bir şey vermeye, bir şey yapmaya veya yapmamaya ilişkin olabilir. Kefilin edim borcu, her ihtimalde para borcudur¹⁵³. Bununla birlikte, borçlunun kişiliğinin önemi olmayan borçlarda, kefilin de TBK. m. 83 hükmünden yararlanarak, asıl borcu aynen yerine getirmesine yasal bir engel bulunmamaktadır. Kefilin asıl borcu aynen ifası halinde, alacaklıya halef olup olamayacağı sorunu doğacak olsa bile, bu sorun karşısında TBK. m. 596/I hükmünde yer verilen “*alacaklıya ifada bulunduğu ölçüde*” ibaresinden ve kefilin koruması

¹⁵⁰ Tandoğan, **C. II**, s. 699; Yavuz/Acar/Özen, **a.g.e.**, s. 1403.

¹⁵¹ Beck, Art. 492, N. 38; Reisoğlu, **Kefalet Hukuku**, s. 26; Özen, **Kefalet**, s. 126.

¹⁵² Özen, **Kefalet**, s. 63, 127; Reisoğlu, **Kefalet Hukuku**, s. 32.

¹⁵³ Özen, **Kefalet**, s. 65.

amacından hareketle, kefilin aynen ifa yolunu kullanması halinde de alacaklıya halef olacağı düşüncesinin kabulü yerinde olacaktır.

Bu noktada değinilmesi gereken bir husus ise kefilin borcunun tazminat borcu olup olmadığı hususudur. Bir görüşe göre kefilin borcu, alacaklıya karşı asıl borcun yerine getirilmesinden beklediği menfaati, diğer bir deyişle, müspet zararı tazmin borcudur¹⁵⁴. Buna karşı katıldığımız görüş ise; kefilin borcunun bir tazminat borcu olarak ifade edilmemesi gerektiğidir¹⁵⁵. Zira tazminat borcu altına giren kişinin, asıl borca aykırı davranış içerisinde bulunan asıl borçlu olduğu, kefilin borcunun ise asıl borcu doğuran hukuki ilişkiden ayrı bir sözleşmeyle (kefaletle), kapsamı alacaklının müspet zararına göre belirlenecek bir para borcu olduğu kanaatindeyiz.

Asıl borcun yerine getirilmemesi yüzünden alacaklının uğradığı zarar için alacaklıya ödeme yapan kefil, kefalet sözleşmesinden kaynaklanan kendi borcunu ifa etmiş olur ancak asıl borç sona ermez¹⁵⁶. Bu ödeme asıl borcu sona erdirmeyip, kefil tatmin ettiği ölçüde alacaklıya halef olur ve asıl borç kefile karşı devam eder.

Belirtildiği gibi kefil asıl borcun ifa edilmemesi veya kötü ifa edilmesinden “kişisel olarak” sorumlu tutulmayı üstlenmektedir. Asıl borcun yerine getirilmemesi halinde kefil, alacaklının uğradığı zararı, diğer bir deyişle müspet zararı tazmin etmekle yükümlü olacaktır. Bununla birlikte sözleşmede kefilin dilerse asıl borcu aynen yerine getirebileceği kararlaştırılabilecektir¹⁵⁷. Ancak kefilin yalnız asıl borcu aynen eda ile yükümlü olduğu şeklinde kayıt konulması halinde, sözleşmenin birlikte borç üstlenme olacağı ileri sürülmektedir¹⁵⁸.

¹⁵⁴ Tandoğan, **C. II**, s. 690; Reisoğlu, **Kefalet Hukuku**, s. 28; Yavuz/Acar/Özen, **a.g.e.**, s. 1401; Detaylı bilgi için bkz. Özen, **Kefalet**, s. 65, dn. 18.

¹⁵⁵ Guhl, s. 9; Biasio, s. 8; Nami Barlas, **Kefalet Hukukuna İlişkin Bazı Sorunlar ve Yargıtay Kararları Sempozyumu**, **Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu**, XXI. (9-10 Aralık 2005), BATİDER, Ankara, 2006, s. 43; Özen, **Kefalet**, s. 66, dn. 18.

¹⁵⁶ Oser/Schönenberger, Art. 492, N. 6; Reisoğlu, **Kefalet Hukuku**, s. 25.

¹⁵⁷ Reisoğlu, **Kefalet Hukuku**, s. 28; Tandoğan, **C. II**, s. 698; Yavuz/Acar/Özen, **a.g.e.**, s. 1404.

¹⁵⁸ Oser-Schönenberger, Art. 492, N. 17; Beck. Art. 492, N. 108; Arpacı (Hatemi/Serozan), **a.g.e.**, s. 538.; Tandoğan, **C. II**, s. 698.

7. Kefalet Borcunun Asıl Borca Yabancı Bir Borç Olması

Kefilin borcu, para borcu olup¹⁵⁹, asıl borca göre yabancı bir borç olarak ortaya çıkmaktadır¹⁶⁰. Bu sebeple, kefilin kendi borcunu yerine getirmesi, asıl borç ilişkisini sona erdirmeyip, yapılan ödeme ölçüsünde alacaklının hakları, halefiyet yoluyla kefile geçmektedir.

IV. KEFALET SÖZLEŞMESİNİN HÜKÜM VE SONUÇLARI

A. KEFİLİN SORUMLULUĞUNUN KAPSAMI VE BAŞLANGICI

Kefilin sorumluluğunun kapsamı, Türk Borçlar Kanunu’nun 589. maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre, kefil, kefalet sözleşmesinde belirtilen azami miktara kadar sorumludur. Öte yandan sözleşmede açıkça kararlaştırılmamışsa kefil, kefalet sözleşmesinin kurulmasından sonraki borçlardan sorumludur. (TBK. m. 589/II)¹⁶¹.

Fer’i bir borç olması sebebiyle, asıl borcun muaccel olması ile birlikte kefalet borcu da muaccel hale gelecek ve kefil bu borçtan sorumlu tutulabilecektir. Bununla birlikte, TBK. m. 590/I hükmünce, “borçlunun iflas etmesi durumunda muaccel hale gelecek asıl borç yönünden, kefile karşı vade gelmeden takibat yapılamayacağı” öngörülmüştür¹⁶².

B. KEFİL İLE ALACAKLI ARASINDAKİ İLİŞKİ

Kefil ile alacaklı arasındaki ilişki, Türk Borçlar Kanunu’nda, kefilin alacaklıya karşı sahip olduğu def’iler ve alacaklının yüküm ve külfetleri şeklinde ele alınmıştır.

¹⁵⁹ Tandoğan, C. II, s. 690; Reisoğlu, **Kefalet Hukuku**, s. 7; Barlas, **Bazı Sorunlar**, s. 43.

¹⁶⁰ Oser-Schönenberger, Art. 492, N.17.

¹⁶¹ Özen, **Kefalet**, s. 131 vd.

¹⁶² Yavuz/ Acar/ Özen, **Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler**, s. 1445.

1. Alacaklıya Karşı Kefilin Savunma İmkânları (Def'iler)

a) *Kefilin Asıl Borçluya Ait Savunma İmkânları (Def'ileri)*

Türk Borçlar Kanunu'nun 591. maddesinde, kefilin asıl borçluya ait def'ileri ileri sürme hakkı ve zorunluluğu düzenlenmiştir. Esasen söz konusu düzenleme ile alacaklıya karşı kefilin sahip olduğu itirazları da içine alan, geniş anlamda def'i imkanı hüküm altına alınmıştır¹⁶³. Buna göre kefil TBK. m. 591/I gereği; “asıl borçluya veya mirasçılara ait olan ve asıl borçlunun ödeme güçsüzlüğünden doğmayan bütün def'ileri alacaklıya karşı ileri sürme hakkına sahip olduğu gibi, bunları ileri sürmek zorundadır.” Söz konusu bu def'iler, asıl borcun geçerli olarak doğmadığına yahut asıl borcun sonradan kısmen veya tamamen ortadan kalktığına ilişkin olabilecektir.

Asıl borçluya ait bu def'ileri ileri sürmeyen kefil, rücu hakkını kaybedecektir¹⁶⁴. Bununla birlikte, kefilin bu def'ileri bilmeden alacaklıya ödeme yapması durumunda rücu hakkını kullanacağı kabul edilmiştir. Ancak asıl borçlu, TBK. m. 591/III hükmünce kefilin bu def'ileri bildiğini veya bilmesi gerektiğini ispat ederse, kefil, bunlar ileri sürülmüş olsaydı, ödemedi kurtulacağı ölçüde, rücu hakkından mahrum kalacaktır.

Asıl borçlunun kendi davranışıyla kefilin durumunu ağırlaştıramayacağı ilkesi gereği asıl borçlu, kendisine ait def'ilerden feragat etse bile kefilin bu def'ileri alacaklıya karşı ileri sürebileceği kabul edilmiştir (TBK. m. 591/II)¹⁶⁵. Ayrıca kefilin asıl borçluya ait def'ilerden kefalet sözleşmesi hükümleri çerçevesinde feragati mümkün değildir. Bu yönde bir feragatin gerçekleştiği durumlarda, kefalet sözleşmesinin varlığından bahsedilemeyecek olup; taraflar arasındaki sözleşmenin garanti sözleşmesi olduğu kabul edilecektir.

Öte yandan, kefil için öngörülen, asıl borçluya ait def'ileri ileri sürme kuralına, yanılma, ehliyetsizlik ve zamanaşımı sebebiyle asıl borçlunun ifa yükümlülüğü bulunmayan hallerde, bu durumun bilinerek kefalet verilmesinde bir istisna

¹⁶³ Yavuz/Acar/Özen, **a.g.e.**, s. 1450-1451; Aral/Ayrancı, **a.g.e.**, s. 493.

¹⁶⁴ Bilge, **Borçlar Hukuku**, s. 393; Reisoğlu, **Kefalet Hukuku**, s. 279.

¹⁶⁵ Arpacı (Hatemi/Serozan), **a.g.e.**, s. 535; Yavuz, **Özel Hükümler**, s. 465.

getirilmektedir (TBK. m. 591/I, c. 2). Buna göre, söz konusu durumlarda, kefil bilerek bu tür bir borca kefil olduğundan, asıl borç ilişkisinden kaynaklanan def'ileri ileri süremeyecektir. Söz konusu hükmü, kefalet sözleşmesinin en önemli ve ayırıcı niteliği olan “fer’ilik özelliği” ile bağdaştırmak mümkün gözükmemektedir.

b) Kefalet Sözleşmesine Ait Savunma İmkânları (Def’ileri)

Kefil, alacaklı karşısında, asıl borçluya ait def’ilerden başka ve onlardan bağımsız olarak, kefalet sözleşmesine ilişkin veya şahsına ait savunma imkanlarına da sahiptir. Kefaletin geçerliliğine ilişkin def’iler, kefaletin çeşidine göre tartışma ve bölme def’ileri, kefalet borcunun muaccel olmadığı gibi def’iler, bu grup savunma sebeplerine örnek teşkil etmektedir¹⁶⁶.

2. Alacaklının Yükümü ve Külfetleri

a) Teminatları ve İspat Vasıtalarını Saklama, Kefile Nakli ve Tevdi Yükümü

Kefilin rücu hakkını güvence altına almak maksadıyla, alacaklının, borcu ödeyen kefile, haklarını kullanmasına yarayabilecek borç senetlerini teslim etmek ve gerekli bilgileri vermek yükümlülüğü altında olduğu kabul edilmiştir¹⁶⁷. Ayrıca, alacaklının, kefalet sırasında var olan veya asıl borçlu tarafından alacak için sonradan sağlanan rehinleri ve diğer güvenceleri de kefile teslim etmek¹⁶⁸ veya bunların devri için gerekli işlemleri yapmak zorunda olduğu hükme bağlanmıştır (TBK. m. 592/I).

Alacaklı söz konusu yükümlülüklerini yerine getirmez, asıl borcun temini için, kefalet sözleşmesinin kurulmasından önce veya sonra verilen her türlü teminat veya elindeki belgeleri elinden çıkarır ise, kefil borcundan kurtulacaktır (TBK. m. 592/IV).

Alacaklı, çalışanlara kefalet durumunda, gözetim ve özen gösterme yükümlülüklerini ihmal ederse, kefalet borcunun doğmasına ve artmasına neden olursa, ilgili borç ve varsa artan kısmını kefilden talep edemeyecektir (TBK. m. 592/II).

¹⁶⁶ Yavuz/ Acar/ Özen, **Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler**, s. 1428.

¹⁶⁷ Yavuz/ Acar/ Özen, **Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler**, s. 1452.

¹⁶⁸ Özen, **Kefalet**, s. 436 vd.

b) Ödemeyi Kabul ve Kefili Kefalet Borcundan Kurtarma Külfeti

Borçlu iflas etmiş bile olsa, borç muaccel olduğunda kefil, alacaklıdan, her zaman yapacağı ifayı kabul etmesini isteyebilecektir¹⁶⁹. Kefalet konusu borca birden fazla kişinin kefil olması halinde ise alacaklı, kefillerden birinin kendi payına düşen kısmi ödemesini kabul etmek zorundadır (TBK. m. 593/I).

Alacaklının ödemeyi kabul külfetini haklı sebep olmaksızın yerine getirmemesi üzerine, kefilin kefalet borcundan kurtulacağı, birlikte müteselsil kefalette ise, kefillerin sorumluluğunun kendilerine düşen pay miktarınca azalacağı öngörülmüştür (TBK. m. 593/II). Alacaklı temerrüdüne ilişkin genel hükümlerden (TBK. m. 106-111) farklı olarak, kefile kefalet borcundan kurtulma imkânı tanınmakla, asıl borçlunun durumunun kötüleşmeye başlaması üzerine kefile rücu ve temerrüdün sonuçları ile dava ve takip masraflarından tasarruf etme imkanı sağlanmak istenilmiştir¹⁷⁰.

TBK. m. 96 gereğince, sözleşmenin hükümlerinden veya işin mahiyetinden tarafların aksini arzu ettikleri anlaşılmadığı durumlarda, borçlu erken ifa hakkına sahiptir. Bu imkan, kefil için TBK. m. 593/III hükmüyle açıkça düzenlenmiştir. Buna göre, alacaklının rızasının varlığı halinde kefil, asıl borç muaccel olmadan, kefalet borcunu yerine getirebilecektir. Ancak, bu durumda kefil, asıl borçluya karşı rücu hakkını, asıl borç muaccel olduktan sonra ileri sürebilecektir.

c) Asıl Borçlunun Anapara ya da Faizi Ödememesi ya da İflası Halinde Masaya Başvurma ve Kefile İhbar Yükümü

Türk Borçlar Kanunu'na göre, asıl borçlu, anaparanın veya yarım yıllık döneme ait faizin ödenmesinde ya da yıldan yıla yapılması öngörülen anapara ödemelerinde altı ay gecikirse, alacaklının durumu kefile bildirmesi gerekmektedir¹⁷¹.

¹⁶⁹ Reisoglu, **Kefalet Hukuku**, s. 244.

¹⁷⁰ Beck, Art. 504, N. 4; Tandoğan, **C. II**, s. 787.

¹⁷¹ Özen, **Kefalet**, s. 434.

Ayrıca kefilin isteği halinde alacaklı, her zaman asıl borcun kapsamı hakkında kefile bilgi vermek zorundadır (TBK. m. 594/I)¹⁷².

İkinci olarak, asıl borçlunun iflasına karar verilmesi veya borçlunun konkordato istemesi durumlarında, alacaklının, alacağını kaydettirmek ve haklarının korunması için gerekeni yapmak zorunda olduğu¹⁷³ ve ayrıca borçlunun iflas ettiğini veya borçluya konkordato mehili verildiğini öğrendiği anda, durumu kefile bildirmesi gerektiği kabul edilmiştir (TBK. m. 594/II).

Belirtilen bu yükümlülükleri yerine getirmeyen alacaklı, kefilin bu yüzden uğradığı zarar miktarınca ona karşı haklarını kaybedecektir (TBK. m. 594/III).

C. KEFİL İLE ASIL BORÇLU ARASINDAKİ İLİŞKİ

1. Kefilin Ödemeyi İhbar Yükümü

Alacaklıya karşı mükerrer ödemeyi önlemek isteyen kanun koyucu, kefile, alacaklıya yaptığı ödemeyi, asıl borçluya ihbar etme görevi yüklemiştir¹⁷⁴. Kefil, ödemeyi bildirim yükümlülüğünü yerine getirmez ise TBK. m. 597 gereği rücu hakkını kaybedecektir. Bu durumda, kefil, alacaklıya yapmış olduğu ödemenin sebepsiz zenginleşme hükümleri çerçevesinde iadesini talep edebilecektir¹⁷⁵.

2. Kefilin Asıl Borçludan Teminat Verilmesini veya Borçtan Kurtarılmasını İsteme Hakkı

Kefalet sözleşmesinin ivazsız bir sözleşme olması karşısında, kefilin rücu hakkını güvence altına almak isteyen kanun koyucu, belirli hallerin varlığında, kefile asıl borçludan teminat verilmesini¹⁷⁶ veya borç muaccel ise kefalet borcundan kurtarılmasını isteme hakkı tanımıştır (TBK. m. 595)¹⁷⁷.

¹⁷² Özen, **Kefalet**, s. 433.

¹⁷³ Reisoğlu, **Kefalet Hukuku**, s. 243.

¹⁷⁴ Reisoğlu, **Kefalet Hukuku**, s. 262., Özen, **Kefalet**, s. 465., Yavuz/ Acar/ Özen, **Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler**, s. 1458.

¹⁷⁵ Özen, **Kefalet**, s. 550. Yavuz/ Acar/ Özen, **Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler**, s. 1465.

¹⁷⁶ Yavuz/ Acar/ Özen, **Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler**, 1465 vd.

¹⁷⁷ Özen, **Kefalet**, s. 467 vd.

3. Kefilin Rücu Hakkı

Kefilin rücu hakkı; alacaklıya ifada bulunan kefilin, alacaklının asıl borçluya karşı olan haklarına halef olmak suretiyle, asıl borçluya ifa talebi ile başvurma imkânı veren hak, şeklinde tanımlanabilecektir¹⁷⁸. Buna göre, alacaklıya kefalet borcunu ifa eden kefil, alacaklının asıl borçluya karşı sahip olduğu hakları kazanacaktır. Kefilin ifası ile birlikte sadece kefalet borcu sona ereceğinden, kefil, alacaklının yerine geçerek asıl borçludan alacaklıya ifa ettiği kısım oranında asıl borçlunun kendisine ifada bulunmasını isteyecektir. Asıl borçlu kefile ödemede bulunduğu ölçüde asıl borç sona erecektir.

Kefilin rücu hakkının kaynağı, kefil ile asıl borçlu arasında mevcut bir hukuki ilişkiye, örneğin vekâlet, vekaletsiz iş görme veya sebepsiz zenginleşme ilişkisine dayanabileceği gibi (TBK. m. 596/III), kefil ile asıl borçlu arasında mevcut bir hukuki ilişkinin bulunmadığı durumlarda, kanuni halefiyete de (TBK. m. 596/I) dayanabilir.

Asıl borçlu ile kefil arasındaki özel hukuki ilişkinin yanı sıra, kefilin, kanundan doğan rücu hakkı kapsamında, özellikle de asıl borçlu ile arasında hiçbir hukuki ilişkinin bulunmadığı hallerde, korumak ve asıl borçluya karşı savunmasız bırakmamak için, kefalet altına alınmış borç için verilmiş diğer teminatlardan da yararlanmasını sağlamak amaçlanmıştır¹⁷⁹.

Asıl borçlu ile arasında mevcut özel hukuki ilişkiden kaynaklanan rücu hakkına sahip olması halinde kefil ister bu özel hukuki ilişkiye ister kefalet sözleşmesi açısından düzenlenen kanuni halefiyete dayanarak rücu hakkını kullanabilecektir¹⁸⁰. Bununla birlikte, kanuni halefiyet kaynaklı rücu hakkını kullanmayı tercih eden kefil, bu hüküm (TBK. m. 596/I) kapsamına girmeyen masraflarını, özel borç ilişkisinden doğan rücu hakkına dayanarak asıl borçludan talep edebilecektir¹⁸¹. Ancak ifade etmek gerekir ki, kanundan kaynaklanan rücu imkanının kullanılabilmesi için belirli koşulların varlığı

¹⁷⁸ Bilge, **Borçlar Hukuku**, s. 392; Ahmet M. Kılıçoğlu, **Türk Borçlar Hukukunda Halefiyet**, Ankara, Sevinç Matbaası, 1979, s. 80.

¹⁷⁹ Oser-Schönenberger Art. 507 N. 12-13; Kılıçoğlu, **Halefiyet**, s. 15; Reisoğlu, **Kefalet Hukuku**, s. 272.

¹⁸⁰ Biasio, s. 12; Reisoğlu, **Kefalet Hukuku**, s. 272.

¹⁸¹ Oser-Schönenberger Art. 507, N. 20.

gereklidir. Bunlar; i. *geçerli bir kefalet sözleşmesinin olması*, ii. *kefilin, alacaklıya karşı kefalet borcunu yerine getirmiş olması*, iii. *asıl borcun muaccel olması ile iv. kefalet sözleşmesinin mahiyetinin rücu hakkını engellememesi* şeklinde sıralanabilecektir.

a) Kefalet Sözleşmesinin Geçerli Olması

Kefilin, TBK. m. 596/I'de öngörülen rücu hakkını kullanabilmesi için, geçerli bir kefalet sözleşmesinin varlığı gereklidir. Kefalet sözleşmesi herhangi bir sebepten dolayı geçersiz ise ödemede bulunan kefil, TBK. m. 596/I'e göre, borçluya karşı rücu hakkını kullanamayacaktır¹⁸². Bu takdirde kefilin, alacaklıya yaptığı ödemeyi, kimden ve hangi gerekçe ile isteyeceği tartışma konusudur.

Alman Hukuku'nda, kabul edilen düzenlemeye göre, geçerlilik şekli olan yazılı şekil koşulu yerine getirilmediği halde, kefil sözleşmeden kaynaklanan asıl edimini yerine getirirse, geçersiz kefalet sözleşmesi sağlık kazanacaktır. Bu durumda kefil, sadece asıl borçluya rücu imkanına sahip olacaktır. Kefil, yaptığı ödemeyi borcun varlığı konusunda yanılmış olsa bile alacaklıdan geri talep edemeyecektir¹⁸³.

Türk ve İsviçre Hukuku'nda ise sözleşme geçersiz olmasına rağmen ifade bulunan kefil, sebepsiz zenginleşme hükümleri (TBK. m. 77-82) çerçevesinde, verdiğinin iadesini talep edebilecektir. Buna göre, kefalet sözleşmesinin şekle aykırı olduğunu veya şekle aykırı sözleşmenin geçersiz olduğunu, dolayısıyla bundan kendisi aleyhine bir borç doğmayacağını bilmediğini ve bu konuda hataya düştüğünü ispat eden kefil, sebepsiz zenginleşme hükümlerinden yararlanabilecektir (TBK. m. 78/I). Ancak kefilin sebepsiz zenginleşme talebini kime karşı ileri süreceği tartışmalıdır.

İsviçre Federal Mahkemesi vermiş olduğu bir kararında, şekil noksanı dolayısıyla geçerli olmayan bir kefalet istinaden ödemede bulunan kefilin, sebepsiz zenginleşme iddiasında bulunabileceğini kabul etmiştir¹⁸⁴.

¹⁸² Geçerli bir kefalet sözleşmesi bulunmamasına karşın, ifade bulunan kefilin, alacaklının haklarına halef olacağı, asıl borçlu tarafından ifadan önce alacaklıya bildirilmişse, kefil, TBK. m. 127/I, b. II kapsamında, alacaklının haklarına halef olacağından, borçluya rücu edebilecektir. Kılıçoğlu, **Halefiyet**, s. 80.

¹⁸³ Sarı İyim, **Alman Hukuku Kıyası ile Kefalet Sözleşmesinin Geçerlilik Şartları**, s. 56.

¹⁸⁴ “Ödemede bulunan kefil, asıl borçlunun değil, kefalet sözleşmesinden doğan kefalet borcunu yerine getirmektedir. Bunun sonucu olarak da ödeme ile alacaklıya karşı olan kendi bağımsız borcu sona

Federal Mahkeme kararında ortaya koyduğu çözümün isabetli olduğu, kimi yazarlarca belirtilmiştir. Bu görüşte olan yazarlara göre de kefalet sözleşmesi geçersiz ise, kefil yaptığı ödemeyi alacaklıdan, sebepsiz zenginleşme kuralları çerçevesinde (TBK. m. 77-82) talep edebilecektir¹⁸⁵. Zira kefilin, yapmış olduğu ödeme asıl borcu sona erdirmedeğinden; alacaklı ile asıl borçlu arasında bulunan borç ilişkisi devam etmektedir. Diğer bir deyişle, kefilin yapmış olduğu ödeme, alacaklının malvarlığının aktif kısmını artırdığından, kefil, sebepsiz zenginleşme hükümleri uyarınca ödediğini alacaklıdan isteyebilecektir.

Diğer bir görüş ise, kefilin alacaklıya yaptığı ödemenin asıl borçlu açısından sebepsiz zenginleşme teşkil edeceği durumlarda, kefilin asıl borçluya, sebepsiz zenginleşme hükümleri çerçevesinde başvurabileceğini savunmaktadır¹⁸⁶. Bu görüşe göre, alacaklının iflas etmesi veya başka bir surette kendisinden alacağın tahsil edilemediği hallerde veyahut sözleşmenin geçerli olduğu noktasındaki hatanın ispatının yapılamadığı hallerde, kefile asıl borçluya karşı sebepsiz zenginleşme talebi ileri sürme hakkı tanınmalıdır. Ancak kefilin belirtilen bu hallerde asıl borçluya sebepsiz zenginleşme talebi ileri sürebilmesi için, öncelikle, alacaklıya karşı kullanabileceği sebepsiz zenginleşme talebinden feragat etmesi veya bu alacağın zamanaşımına uğraması gereklidir. İkinci olarak, asıl borçlu, kefil tarafından ödemenin yapılmış olması nedeniyle, herhangi bir şekilde alacaklının talebiyle karşılaşmayacağı bir durumda bulunmalıdır.

ermektedir. Buna karşılık asıl borç sona ermemekte, bilakis kefalet geçerli ise rücu talebi şeklinde kefile intikal etmektedir. Kefalet geçerli değilse, kefil alacaklıya hakkı olmayan bir ödemede bulunduğundan, alacaklı sebepsiz zenginleşme davasına muhatap olacaktır. Bu düşünüş tarzı ki Roma ve Müsterek hukuk anlayışı da böyleydi, kefalet ilişkisinin hukuki niteliğine olduğu kadar, adalet ve pratik mantık kurallarına da en uygun olanıdır. Zira ekseriya kefil, asıl borçlu ödemededen aciz olduğundan, teminat vermek zorunda kalmaktadır. Kefili asıl borçluya müracaata mecbur etmek gayri adil, sert bir davranış olacaktır.” BGE 70 II 271. Karar için bkz, Deren Gündüz, **6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu’na Göre Kefalet Sözleşmesinin Şekli**, İstanbul XII Levha, 2015, s. 197, dipnot, 52.

¹⁸⁵ Beck, Art. 507, N. 16; Or-Pestalozzi, Art. 507, N. 5; Seza Reisoğlu, “Kefilin Rücuu ile İlgili Meseleler”, **BATİDER**, C. I, S. 4, 1962, s. 489 vd.; Gülçin Elçin Grassinger, **Borçlar Kanunu’na Göre Kefilin Alacaklıya Karşı Sahip Olduğu Savunma İmkânları**, İstanbul, 1996, s. 100.

¹⁸⁶ OR/Pestaloz/i. Art. 493, N. 4; BGE 70 II 271 f. E. 5, Bkz, Deren Gündüz, **6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu’na Göre Kefalet Sözleşmesinin Şekli**, s. 197, dipnot, 52.

Yargıtay ise sebepsiz zenginleşme talebinin borçluya yöneltilmesi gerektiğini kabul etmektedir¹⁸⁷. Oysa Federal Mahkeme kararında belirtildiği üzere, kefilin alacaklıya yaptığı ifa, kefalet borcunun ifasına yönelik olup, asıl borcu sona erdirmeyecektir¹⁸⁸. Bu itibarla, kefalet sözleşmesinin genel özellikleriyle bağdaşmayan ve hakkaniyet duygusuyla bağdaşmayacak sonuçlar doğurabilecek olan söz konusu karara katılmak mümkün değildir.

Kanaatimce geçersiz bir kefalet sözleşmesine dayanarak alacaklıya ödemede bulunan kefil, sebepsiz zenginleşme kuralları çerçevesinde ödediğini alacaklıdan talep edebilmelidir. Bununla birlikte, kefilin yapmış olduğu ödemenin, asıl borçlu açısından sebepsiz zenginleşme teşkil ettiği durumlarda, sebepsiz zenginleşme talebinin asıl borçluya yöneltileceği de kabul edilmelidir.

b) Kefilin Alacaklıya Karşı Kefalet Borcunu Yerine Getirmiş Olması

Kefilin alacaklıya olan kefalet borcunu sona erdirmiş olması gereklidir. Bu durum, kefilin alacaklıya kefalet borcunu ifa etmesiyle mümkün olabileceği gibi¹⁸⁹, takas veya ifa yerine geçen edim gibi bir sebeplerle de gerçekleşebilecektir. Buna karşılık, alacaklının bağışlama kastıyla kefilini ibra etmesi halinde, kefilin asıl borçluya karşı rücu hakkı söz konusu olamayacaktır¹⁹⁰.

c) Esas Borcun Muaccel Olması

Kefilin asıl borçluya karşı rücu hakkının söz konusu olabilmesi için bir diğer koşul, asıl borcun muaccel olmasıdır. Aksi takdirde, asıl borçlu, kefile, asıl borcun

¹⁸⁷ “...Ancak, şekil noksanı veya yokluğu nedeniyle geçerli bulunmayan bir kefaletle dayanılarak ödemede bulunan kefilin nedensiz zenginleşme iddiasında bulunabileceğine hiçbir yasal engel bulunmamaktadır. Zira ödeme sonucunda alacak sona ermiş ise, haksız olarak borçlu (davalı)nun zenginleştiğinin kabulü gerekir. Öyle ki alacağın sona ermesiyle, alacaklı hakkı olan bir edayı kabul etmiş olacak, buna karşılık borçlu nedensiz olarak borcundan kurtulmuş, malvarlığında haklı olmayan bir artış meydana gelmiş bulunacaktır.” Yargıtay 3.HD. 6.4.1989 9431/3528 bkz. Seza Reisoğlu, **Türk Hukukunda ve Bankacılık Uygulamasında Kefalet**, Ankara, 1992.

¹⁸⁸ Özen, **Kefalet**, s. 253 vd.

¹⁸⁹ TBK. m. 596/I’de geçen “ifada bulunduğu ölçüde” ibaresinden de anlaşılacağı gibi, kefilin kısmen ifada bulunduğu hallerde de rücu hakkı söz konusu olacaktır. Beck. Art. 507, N. 20; Aral/Ayrancı, **a.g.e.**, s. 502.

¹⁹⁰ Beck. Art. Giovanoli, Art. 507, N. 4; Grassinger, **Kefil ile Asıl Borçlu Arasındaki Hukuki İlişki**, s. 404.

muaccel olmadığı def'ini ileri sürerek, kefilin rücu talebini engelleyecektir. Ancak muacceliyet def'inin varlığını bilmeksizin kefalet borcunu ifa eden kefilin rücu hakkı varlığını devam ettirecektir. Asıl borçlunun, kefilin bu def'iyi bildiğini veya bilmesi gerektiğini ispat etmesi halinde kefilin ifa etmek zorunda kalmayacağı miktar ölçüsünde rücu hakkı ortadan kalkacaktır¹⁹¹ (TBK. m. 591/III).

d) Kefalet Sözleşmesinin Mahiyetinin Rücu Hakkını Engellememesi

Kanunda, belirli kefalet sözleşmelerinin mahiyeti gereği, kefilin rücu hakkına sahip olamayacağı öngörülmüştür¹⁹². Bu bağlamda, TBK. m. 596/VI hükmünce kefilin rücu hakkının sınırları ile zamanaşımına uğramış bir asıl borca vekil sıfatıyla kefil olunması durumunda, kefilin alacaklıya yapmış olduğu ödemeler için, asıl borçluya, vekâlet sözleşmesi hükümlerince başvurabileceği belirtilmiştir. (TBK. m. 596/VI).

İkinci olarak, kumar ve bahis borcuna kefalette de bu borcun mahiyetini bilerek alacaklıya ifada bulunan kefil rücu hakkına sahip olamayacaktır (TBK. m. 591/IV).

V. KEFALET SÖZLEŞMESİNİN TÜRLERİ

Türk Borçlar Kanunu'nda (m. 585-588) kefalet sözleşmesinin türleri, adi kefalet, müteselsil kefalet, birlikte kefalet, kefile kefalet, rücu kefalet ve açığa (zarara) kefalet şeklinde düzenlenmiştir. Öğretide söz konusu kefalet türleri, bireysel kefalet ve toplu kefalet olmak üzere iki kategoride incelenmektedir¹⁹³. Bu ayrıma göre, bireysel kefalet, alacaklı karşısında, bir ve aynı borç için tek bir kefilin yer aldığı ilişkiyi ifade etmektedir. Adi kefalet, müteselsil kefalet, kefile kefalet, rücu kefalet ve açığa (zarara) kefalet, bireysel kefalet türleridir. Toplu kefalet ise birden fazla kefilin aynı borç için kefil olması durumudur. Toplu kefalet ilişkisinde kefiller aynı borca birbirlerinden bağımsız olarak kefil olabilecekleri gibi her bir kefil bölünebilir bir borca birlikte kefil olabileceklerdir. Ayrıca toplu kefalet ilişkisinde kefiller diğer kefilden sorumlu

¹⁹¹ Reisoğlu, **Kefalet Hukuku**, s. 280. Yavuz/ Acar/ Özen, **Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler**, , s. 1450.

¹⁹² Grassinger, **Kefil ile Asıl Borçlu Arasındaki Hukuki İlişki**, s. 403.

¹⁹³ Yavuz/Acar/Özen, **a.g.e.**, s. 1427.

olmaksızın borcun bir kısmı için kefil olabileceklerdir. Kanunda yer verilen düzenlemeler ışığında kefalet türleri irdelenecektir.

A. ADİ KEFALET

Türk Borçlar Kanunu'na göre, adi kefalet, asıl olan kefalet türüdür. Taraflarca kefaletin müteselsil olduğu açıkça kararlaştırılmadığı veya bu hususta tereddüt bulunduğu takdirde kefaletin adi kefalet olacağı kabul görmektedir¹⁹⁴.

Adi kefalet sözleşmesinde, kefilin borcu, fer'i ve tali niteliktedir. Bu nedenle, kefil, alacaklıya karşı "*tartışma (peşin dava) def'i*" imkânına ve asıl borcun kefaletten önce veya kefaletle aynı zamanda rehin ile temin edildiği durumlarda, "*rehinin paraya çevrilmesi def'i*" hakkına sahiptir¹⁹⁵.

a) *Tartışma (Peşin Dava) Def'i*

Adi kefalette, kefil, kanunda belirtilen durumlar dışında, asıl borçluya başvurmaksızın kendisine başvuran alacaklıya karşı, önce asıl borçluya karşı takibe geçilmesi def'ini ileri sürebilecektir (TBK. m. 585/I). Tartışma def'i olarak nitelenen bu hakkını kullanmaksızın alacaklıya ödemede bulunan kefil, ödediği parayı alacaklıdan geri isteyemeyecektir. Ancak bu durum kefilin asıl borçluya karşı sahip olduğu rücu hakkını sona erdirmeyecektir¹⁹⁶. Öte yandan kefilin, tartışma def'i hakkından başlangıçta veya sonradan feragat etmesi mümkündür.

Türk Borçlar Kanunu'nda, kefilin tartışma def'ini ileri süremeyeceği haller TBK. m. 585/I'de sıralanmıştır¹⁹⁷.

¹⁹⁴ Bilge, **Borçlar Hukuku**, s. 374; Arpacı (Hatemi/Serozan), **a.g.e.**, s. 525; Yavuz/Acar/Özen, **a.g.e.**, s. 1428.

¹⁹⁵ Reisoğlu, **Kefalet Hukuku**, s. 161; Reisoğlu, **Kefalet Hukuku**, s. 161; Tandoğan, **C. II**, s. 772.

¹⁹⁶ Reisoğlu, **Kefalet Hukuku**, s. 235; Yavuz/Acar/Özen, **a.g.e.**, s. 1428.

¹⁹⁷ Kesin aciz belgesi, asıl borçlu aleyhine 2004 sayılı İİK uyarınca başlatılan haciz yoluyla yapılan takip sonucunda paraların paylaşılmasından sonra veya haczi kabil hiçbir malvarlığı değeri bulunmaması dolayısıyla, borçlu hakkında verilen belgeyi ifade eder. Kesin aciz belgesinin, kefalete Asıl Borca yönelik yapılan haciz yoluyla takip sonucunda düzenlenmiş olması gerekir. Takip, alacaklının kusuru nedeniyle semeresiz kalmışsa, alacaklı kefile karşı sahip olduğu hakları kaybeder. Bilge, **Borçlar Hukuku**, s. 389; Reisoğlu, **Kefalet Hukuku**, s. 165; Yavuz/Acar/Özen, **a.g.e.**, s. 1429.

b) Rehnin Paraya Çevrilmesi Def'i

Rehnin paraya çevrilmesi def'i gereği, alacaklının asıl borçludan olan alacağı, kefalet işleminden önce veya onunla aynı zamanda rehinle teminat altına alınmış ise, adi kefil, kendisine başvuran alacaklıdan, borcun önce rehin konusundan tahsil edilmesini isteyebilecektir (TBK. m. 585/II). Asıl borç için verilen rehnin kapsamına taşınır, taşınmaz, kanuni veya akdi rehin hakları ile hapis hakkı girecektir¹⁹⁸. Ayrıca rehin konusu mal, borçluya veya kefil dahil olmak üzere üçüncü kişiye ait olabilecektir¹⁹⁹.

Kanunda yer verilen “*kefaletten önce veya kefalet sırasında*” ibaresini dikkate alan kimi yazarlara göre, üçüncü kişiler tarafından verilen rehnin, kefalet sözleşmesi ile birlikte yada kefalet sözleşmesinin yapılmasından önce olmaması halinde, kefil rehnin paraya çevrilmesi def'ini ileri süremeyecektir²⁰⁰. Rehin bizzat borçlu tarafından verilmesi halinde ise rehin ne zaman verilmiş olursa olsun rehnin paraya çevrilmesi def'i ileri sürülebilecektir. Zira adi kefalette, tartışma (peşin dava) def'i gereği, alacaklı, öncelikle asıl borçluya başvurmak zorunda olduğu için, ona ait merhun kapsamında olan rehin konusu malvarlığı da takibe uğrayacaktır. Buna karşılık, Yavuz/Acar/Özen, rehnin “*kefaletten önce veya kefalet sırasında*” olmasını arayan ibarenin gerek borçlu gerek üçüncü kişiler açısından bir önem taşımadığı, kaldı ki rehnin paraya çevrilmesi def'i, TBK. m. 585 ile düzenlenmemiş olsaydı bile, İİK m. 45 gereği, kefil tarafından ileri sürülebileceği görüşündedir²⁰¹.

Borçlar Kanunu'nda, tartışma (peşin dava) def'inde olduğu gibi, asıl borçlunun iflas etmesi veya hakkında konkordato mehli verilmesi halinde, kefilin, rehnin paraya çevrilmesi def'i imkanından yararlanamayacağı kabul edilmiştir (TBK. m. 585/II).

B. MÜTESELSİL KEFALET

TBK. m. 586 hükmünce düzenlenen müteselsil kefalet, kefilin, müteselsil kefil olarak veya bu anlama gelen başka bir ifade kullanmak suretiyle sorumluluk altına

¹⁹⁸ Hapis hakkının rehnin paraya çevrilmesi def'i kapsamında değerlendirilemeyeceği fikri, TBK. m. 585/I'in kefilin koruma amacıyla bağdaşmayacağı öğretide dile getirilmiştir. Bu yönde görüş için bkz. Bilge, **Borçlar Hukuku**, s. 376; Aral, **a.g.e.**, s. 482.

¹⁹⁹ Yavuz/Acar/Özen, **a.g.e.**, s. 1430.

²⁰⁰ Bilge, **Borçlar Hukuku**, s. 364; Reisoğlu, **Kefalet Hukuku**, s. 161.

²⁰¹ Yavuz/Acar/Özen, **a.g.e.**, s. 1430; Aral/Ayrancı, **a.g.e.**, s. 483.

girdiği kefalet sözleşmesidir. Bu sözleşme uyarınca alacaklı, asıl borçluya gitmeden veya taşınmaz rehnini paraya çevirmeden kefile başvurabilecektir. Bu başvuru için, borçlu ödemede gecikmeli ve borçluya gönderilen ihtar sonuçsuz kalmalı veya borçlunun borcu ödeyemeceği belli olmalıdır. Ayrıca öğretilde, asıl borçlunun Türkiye’de takibinin imkânsızlaşması veya çok güçsüzleşmesi halinde de borçluya ihtar edilmeksizin müteselsil kefile başvurulabileceği fikri ileri sürülmüştür²⁰².

Tartışma def’i hakkından yararlanamayan kefil, asıl borçlunun ödemede gecikmesi ve gönderilen ihtarın sonuçsuz kalması²⁰³ veya borçlunun açıkça ödemeyeceğinin belirlenmesi koşulunda, kendisine başvuran alacaklıya ödeme yapmakla yükümlü olacaktır. Bununla birlikte alacak, teslim bağli taşınır rehni²⁰⁴ ile veya alacak rehni ile teminat altına alınmışsa, alacaklı önce rehlin paraya çevrilmesi yoluna başvurmak zorundadır. Ancak asıl borçlunun iflas etmesi veya hakkında konkordato mehli verilmesi ya da kefaletle konu asıl borç için verilen alacak rehni ile borcun karşılanmayacağı hususunun hakim tarafından önceden belirlenmiş olması halinde, alacaklının, rehne başvurmadan doğrudan doğruya kefile gidebilmesi mümkün olacaktır (TBK. m. 586/II). Teslime bağli taşınır rehni ve alacak rehlinin asıl borçlu veya üçüncü kişi tarafından yahut kefaletten önce veya sonra verilmesi, müteselsil kefilin def’i hakkını kullanması bakımından fark yaratmayacaktır²⁰⁵. Kefalet

²⁰² Beck, Art. 496, N. 22; Pestalozzi, Art. 496, N. 8; Giovanoli, Art. 496, N. 22; Özen, **Kefalet**, s. 342.

²⁰³ Asıl borçluya yapılacak temerrüt ihtarıyla müteselsil kefalet için yapılan ihtar, ayrı hükümlere tabi olup karıştırılmaması gerekir. Örneğin temerrüt için ihtarın gerekmediği hallerden biri bulunsa bile, müteselsil kefile başvurabilmek için asıl borçlunun ihtar edilmesi gerekli olacaktır. Beck, Art. 496, N. 22; Pestalozzi, Art. 496, N. 8; Giovanoli, Art. 496, N. 22; Özen, **Kefalet**, s. 338. Müteselsil kefile başvurabilmek için asıl borçluya yapılması gereken ihtar, geçerlilik şekline bağli olmadığından, yazılı veya sözlü olarak yapılabilecektir. İhtarda, borçludan ifanın yerine getirilmesi isteğinin ortaya konulması yeterli olacaktır. İhtarın sonuçlarını doğurması için süre tanınması gerekli olmayıp asıl borçluya ulaşması yeterlidir. İhtara rağmen borcun hiç veya gereği gibi ifa edilmemesi, ihtarın sonuçsuz kaldığını gösterir. Beck, Art. 496, N. 20; Pestalozzi, Art. 496, N. 7; Giovanoli, Art. 496, N. 22; Özen, **Kefalet**, s. 339.

²⁰⁴ Teslime bağli taşınır rehlinin kapsamına, kıymetli evraka bağlanmış haklara ilişkin reinler girecektir. Her ne kadar taşınmaz rehni türleri arasında olsa da ipotekli borç senedi ve irat senedi ile alacak teminat altına alınmışsa müteselsil kefile başvurmadan önce bunların paraya çevrilmesi gerekir. Zira bu tür değerlerin kıymetli evrak niteliği, taşınmaz rehinden ziyade teslim bağli taşınır rehniyle benzerlik göstermektedir. Beck, **Art. 496**, N. 25; Pestalozzi, **Art. 496**, N. 11.

²⁰⁵ Özen, **Kefalet**, s. 347; Yavuz/Acar/Özen, **a.g.e.**, s. 1434.

hükümlerinin nisbi emredici nitelik taşıması itibariyle, müteselsil kefil, kısmen sahip olduğu rehnin paraya çevrilmesi def'i hakkından vazgeçemeyecektir²⁰⁶.

Belirtildiği üzere, müteselsil kefalet sözleşmesinde, kefilin borcunun tali olma niteliği oldukça zayıftır. Buna karşılık, müteselsil kefalette kefilin borcu, asıl borcun varlığına ve muhtevasına bağımlı olup “fer’ilik” niteliği, adi kefalette olduğu gibi belirgindir²⁰⁷. Bu sebeple, müteselsil kefil, adi kefil gibi, talilik niteliğine bağlı def’ileri kullanabilecektir²⁰⁸.

Kanuna göre, müteselsil kefaletin varlığı için, kefilin müteselsil kefil sıfatıyla borçlanma iradesinin kefalet sözleşmesinden anlaşılması gerekli ve yeterlidir. Bu itibarla, kefilin bu iradeyi ortaya koyarken mutlaka “müteselsil kefil” deyiminin kullanmak zorunda olmadığı düzenlenmiştir (TBK. m. 583). Öte yandan, Türk Ticaret Kanunu’nda, ticari borçlara kefalette, sözleşmede aksi kararlaştırılmadıkça, kefalet sözleşmesinin müteselsil kefalet olacağı öngörülmüştür (TTK. m. 7/II). Aynı şekilde 2004 sayılı İİK’ya göre, icra zaptına geçirilen kefaletler de müteselsil kefalet niteliğindedir.

C. RÜCUA KEFALET

Rücu kefalet, rücu kefil ile kefil arasında yapılan ve kefilin asıl borçluya karşı sahip olduğu rücu alacağının tekeffül edildiği sözleşmedir (TBK. m. 588/II). Bu sözleşme, çoğunlukla adi kefalet şeklinde yapılmaktadır. Bununla birlikte, rücu kefalet, asıl borçlu ile müteselsil borç altına girmek suretiyle de ihdas edilebilecektir²⁰⁹.

D. AÇIĞA (ZARARA) KEFALET

Açığa kefalet, kefilin, alacaklının asıl borçludan tahsil edemediği alacak miktarı için adi kefil sıfatıyla sorumlu olmayı taahhüt ettiği sözleşmedir (TBK. m.

²⁰⁶ Özen, **Kefalet**, s. 315.

²⁰⁷ Arpacı (Hatemi/Serozan), **a.g.e.**, s. 527; Aral/Ayrancı, **a.g.e.**, s. 484.

²⁰⁸ Bu bağlamda kefil asıl borcun geçerli olmaması nedeniyle kefaletin de geçersiz olacağı def’ini alacaklıya karşı ileri sürebilecektir. Becker, Art. 496, N. 1; Reisoğlu, **Kefalet Hukuku**, s. 169; Tandoğan, **C. II**, s. 770.

²⁰⁹ Örnek olarak, müteselsil kefalet niteliği taşıyan *banka teminat mektuplarında (Yargıtay görüşü)*, kontragaranlar, rücu kefil gibi sorumluluk altına girmektedir. HGK.,04.07.2001,19-534/583, Ank. Bar. Der.,2001/3,s,248, Bkz; Reisoğlu, **Kefalet Hukuku**, s.124,dpn.374; Beck, **Art**, N. 10; Tercier, N. 3675; Tandoğan, **C. II**, s. 769; Aral/Ayrancı, **a.g.e.**, s. 488.

495/II). Zarara kefalette, asıl borçlu hakkında konkordato kararı verilmesi halinde, alacaklı, konkordato dışında kalan alacağı için, konkordato sonucunu beklemezsizin zarara kefile başvurabilecektir. Aynı şekilde, alacaklı, asıl borçlunun iflası durumunda, iflas takibinin kesinleşmesi ve tasfiyenin gerçekleşmesinden sonra alacağının elde edemediği bölümü için zarara kefil hakkında takip başlatabilecektir²¹⁰.

E. KEFİLE KEFALET

Kefile kefalet ise kefilin, alacaklı ile arasındaki kefalet sözleşmesinden doğan kefalet borcunu yerine getirmemesinden sorumlu olmanın taahhüt edildiği sözleşmedir. Kefile kefil ile kefilin, alacaklı karşısındaki sorumluluğu, adi kefalet sözleşmesindeki kefil ile asıl borçlunun sorumluluğu gibidir (TBK. m. 588/I).

F. TOPLU (BİRLİKTE) KEFALET

Toplu kefalet, birden çok kefilin bir ve aynı borç için kefil olduğu sözleşmedir²¹¹. Toplu kefalet sözleşmelerinin; bağımsız (gerçek olmayan anlamda) kefalet, kısmi kefalet ve birlikte kefalet olmak üzere üç ayrı görünümü vardır²¹².

1. Bağımsız Kefalet (Gerçek Olayan Birlikte Kefalet)

Gerçek olmayan anlamda birlikte kefalet olarak da nitelenen bağımsız kefalet sözleşmesi, birden fazla kimsenin birbirinden habersiz olarak aynı borca kefil oldukları ilişkiyi ifade etmektedir (TBK. m. 587/IV). Bağımsız kefalet sözleşmesi adi veya müteselsil kefalet şeklinde kurulabilecektir²¹³.

Bağımsız kefillerden her biri, alacaklı karşısında asıl borcun tamamından sorumludur. Ancak her bir kefil diğer kefillerle arasındaki iç ilişkide sorumluluğun paylaştırılmasını isteyebilecektir. Birlikte kefiller aksini kararlaştırmadıkça iç ilişkide paylaştırma eşit bir biçimde gerçekleşecektir (TBK. m. 587/IV). Buna göre, alacaklıyı

²¹⁰ Tandoğan, **C. II**, 769; Arpacı/Hatemi/Serozan, **a.g.e.**, s. 531.

²¹¹ Arpacı (Hatemi/Serozan), **a.g.e.**, s. 528; Aral/Ayrancı, **a.g.e.**, s. 485.

²¹² Yavuz/Acar/Özen, **a.g.e.**, s. 1427; Eren, **Borçlar Özel**, s. 779. Reisoğlu ve Tandoğan'a göre, toplu kefalet, bağımsız ve birlikte kefalet olmak üzere iki ayrı görünüme sahiptir. Reisoğlu, **Kefalet Hukuku**, s. 175; Tandoğan, **C. II**, s. 771.

²¹³ Giovanoli, Art, N. 30; Aral/Ayrancı, **a.g.e.**, s. 485.

kısmen veya tamamen tatmin eden her bir kefil, iç ilişkide kendine düşen paydan fazla yapmış olduğu ödeme için, diğer kefillere rücu edebilecektir.

2. Kısmi Kefalet

Kısmi kefalet, kefillerden tamamının asıl borcun belirli bir kısmından, diğer kefillerden bağımsız olarak ve diğer kefillerden sorumlu olmaksızın, sorumlu olmayı tekeffül ettikleri sözleşmedir²¹⁴. Bu tür sözleşmelerde, kefiller arasında herhangi bir ilişki bulunmamakla birlikte her kefilin sorumluluğu bir araya getirilmiştir. Öğretide kabul gören kısmi kefalet sözleşmesine ilişkin ne Türk Borçlar Kanunu'nda ne de İsviçre Borçlar Kanunu'nda herhangi bir düzenlemeye yer verilmemiştir.

3. Birlikte Kefalet (Gerçek Birlikte Kefalet)

Birlikte kefalet, birden fazla kefilin, aynı borca ve bölünebilir bir borca müşterek kefil oldukları sözleşmedir (TBK. m. 587/II).²¹⁵ Gerçek birlikte kefalet olarak nitelenen bu sözleşmenin varlığı için üç unsurun varlığı aranmıştır. İlk olarak, birden fazla kişinin aynı ve tek bir borca kefil olmasıdır²¹⁶.

İkinci olarak, birden fazla kefilin müşterek bir kefalet taahhüdü altına girmesi koşuludur. Bu noktada belirtelim ki, birden fazla kimsenin, aynı borca, her birinin diğerinin veya diğerlerinin de kefil olduğunu veya olacağını düşünerek kefil olmaları yeterli olup, bu konuda açık bir anlaşma yapmaları gerekli değildir. Ayrıca birlikte kefillerin aynı anda kefalet taahhüdü altına girmeleri de aranmayacaktır²¹⁷. Türk Borçlar Kanunu'nda, birlikte kefiller arasında kurulması gereken subjektif bağ olarak da nitelenen bu koşulun varlığına güvenerek kefil olan kişilerin, bu koşulun sonradan gerçekleşmemesi halinde kefalet borcundan kurtulacağı öngörülmüştür. Ayrıca, TBK. m. 587/III gereği birlikte kefalette, kefillerden biri alacaklı tarafından kefalet borcundan kurtarılır ya da kefaletinin hükümsüz olduğuna karar verilir ise kefilin borcu sona erecektir.

²¹⁴ Giovanoli, Art 497, N. 5; Yavuz/Acar/Özen, **a.g.e.**, s. 1437.

²¹⁵ Kasım Buluş, **6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'na Göre Birlikte Kefaletin Türleri ve Hükümleri**, İstanbul, Seçkin, 2017, s.109 vd.

²¹⁶ Reisoğlu, **Kefalet Hukuku**, s. 175 vd.

²¹⁷ Giovanoli, Art, 497, N. 2; Aral, **a.g.e.**, s. 486.

Üçüncü koşul ise, birlikte kefaletin varlığı için birden fazla kişinin aynı borca kefil olmalarıdır. 818 sayılı Kanun'da, aynı ve bölünebilir borca birden fazla kişinin kefil olması şeklinde belirtilen bu koşul, kefilin borcunun daima para borcu olması itibarıyla, “*bölünebilir borca*” kısmı olmaksızın TBK.'da düzenlenmiştir. Öte yandan birden fazla kefilin aynı tür ve kapsamda kefalet sözleşmesi ile tekeffül borcu altına girmesi zorunlu değildir. Aynı şekilde kefalet sözleşmelerinin koşul ve sürelerinin de aynı olması aranmayacaktır. Nitekim Türk Borçlar Kanunu'nda, gerçek birlikte kefalet ilişkisinin adi birlikte kefalet (m. 587/I) veya müteselsil birlikte kefalet (m. 587/II) şeklinde olabileceği düzenlenmiştir.

VI. KEFALET SÖZLEŞMESİNİN SONA ERMESİ

A. ASIL BORCA BAĞLI SONA ERME SEBEPLERİ

Kefalet borcunun fer'i bir borç olmasının bir gereği olarak, asıl borcun herhangi bir sebeple sona ermesi halinde, kefilin borcundan kurtulacağı öngörülmüştür (TBK. m. 598)²¹⁸. Buna göre ifa²¹⁹, ibra, borçlunun sorumlu olmadığı sonraki imkânsızlık, takas gibi borcu sona erdiren sebeplerle asıl borç sona erince, kefalet borcu da sona erecektir. Ancak borcu sona erdiren sebepler arasında kabul edilen; alacaklı ve borçlu sıfatının birleşmesi durumunda, asıl borç sona ermesine karşılık, alacaklı için kefaletten doğan özel yararların varlığı devam edecektir (TBK. m. 598/II).

B. KEFALET SÖZLEŞMESİNE ÖZGÜ SONA ERME SEBEPLERİ

1. Asıl Borçlunun Değişmesi

Borçluyu borçtan kurtararak borcun üstlenilmesi durumunda, kefilin sorumluluğu ancak borcun üstlenilmesine rıza gösterdiği takdirde devam edecektir (TBK. m. 198/II). Aynı şekilde, bir malvarlığı veya işletmenin devralınması veyahut bir

²¹⁸ Ömer Çınar, **Türk Borçlar Kanunu'na Göre Kefilin Sorumluluğunun Sona Ermesi**, İstanbul, On İki Levha Yayınları, 2013, s. 5.

²¹⁹ Asıl Borcun bir üçüncü kişi tarafından ödemesi durumunda, eğer üçüncü kişi halefiyet kuralları gereği, alacaklının haklarına halef olur ise, kefilin kefalet borcunun varlığını sürdürecektir. Yavuz, **Özel Hükümler**, s. 468.

işletmenin diğeriyle birleşmesi ya da tür değıştirmesi durumunda kefilin yeni borçlu ile birlikte sorumlu tutulabilmesi için kefilin muvafakatinin olması gereklidir (TBK. m. 202 ve 203). Belirtilen bu durumlara muvafakati olmayan kefilin sorumluluğı sona erecektir²²⁰.

2. Süreli Kefalet Sözleşmesinin Sona Ermesi

Süreli kefalet sözleşmesinde kefil, sürenin sonunda kefalet borcundan kurtulacaktır (TBK. m. 600). Kefaletin süreli olup olmadığı, kefalet sözleşmesinde belli bir tarih belirtilmesinden, asıl borcun niteliğinden veya diğeri olayların yorumlanmasından anlaşılabilir²²¹. Ancak tereddüt halinde, kefaletin süresiz olduğu esastır²²².

3. Süreli Olmayan Kefalet Sözleşmesinin Sona Ermesi

TBK. m. 601’de düzenlenen süreli olmayan kefalet sözleşmesinde, sözleşmenin türüne göre, kefile sözleşmenin sona ermesini sağlamak için çeşitli imkanlar tanınmıştır.

O halde, bu düzenlemeye dayanarak, adi kefil her zaman, müteselsil kefil kanunun öngördüğü hallerde, süresiz kefalet sözleşmesinin sona ermesini sağlayabilecektir (TBK. m. 601/III).

4. Kefaletten Dönme

TBK. m. 599 ile kefilin belirli koşullarda sözleşmeden dönebileceğı kabul edilmiştir. Ancak bu durumlarda, kefil alacaklının kefalet sözleşmesine güveni nedeniyle uğradığı zararı gidermekle yükümlüdür (TBK. m. 599/II).

²²⁰ Çınar, **Sona Erme**, s. 169.

²²¹ Reisoğlu, **Kefalet Hukuku**, s. 173; Yavuz/Acar/Özen, **a.g.e.**, s. 1468.

²²² Tandoğan, **C. II**, s. 800; Reisoğlu, **Kefalet Hukuku**, s. 298; Çınar, **Sona Erme**, s. 45.

5. Çalışanlara Kefalet Verilmesi Halinde Özel Sona Erme Hali

Çalışanlar lehine belirli süreli olmayan kefalet verilmesi halinde, kefilin her üç yılda bir sözleşmeyi feshetme hakkına sahip olduğu kabul edilmiştir. Fesih hakkı, fesih beyanının kullandığı yılı takip eden yılın sonunda sonuçlarını doğuracak ve sözleşme sona erecektir (TBK. m. 602)²²³.

6. Kefalet Sözleşmesinin Diğer Sona Erme Sebepleri

Asıl borcun muaccel olması halinde, kefil alacaklıdan ödemenin kabulünü talep edebilecektir. Alacaklının haklı bir sebep bulunmaksızın bu ödemeyi kabul etmemesi kefilin borcundan kurtulmasına yol açacaktır (TBK. m. 593/II)²²⁴.

İkinci olarak, *“kefilin aynı alacak için başka kişilerin de kefil olduğunu veya olacağını varsayarak kefalet ettiğini biliyor veya bilmesi gerekiyorsa, bu varsayımın sonradan gerçekleşmemesi veya kefillerden birinin alacaklı tarafından kefalet borcundan kurtarılması ya da kefaletinin hükümsüz olduğuna karar verilmesi”* durumunda da kefilin kefalet borcundan kurtulacağı öngörülmüştür (TBK. m. 587/III).

Öte yandan kefalet sözleşmesinin sona ermesi, alacaklı ile kefil arasında yapılacak bir anlaşma ile mümkün olabileceği gibi, alacaklının kefilin borcunu ibra etmesi halinde de söz konusu olabilecektir²²⁵. Kefalet borcunun sona ereceği bir diğer durum ise, asıl borçlunun ya da kefilin ölmesi halinde söz konusu olmaktadır. Buna göre, asıl borçlunun ölümü halinde mirasçılarının talebi üzerine tutulan tereke defterine, alacaklının öngörülen sürede alacağını kusurlu olarak kaydettirmemesi, kefilin, kefalet borcundan kurtulması sonucunu doğuracaktır (TMK. m. 629). Aynı şekilde, kefilin ölümü halinde mirasçılarının talebi üzerine tutulan tereke defterine, alacaklının öngörülen sürede alacağını, kusurlu olarak kaydettirmemesi, mirasçılarının kefalet borcu sorumluluğundan kurtulmasını sağlayacaktır (TMK. m. 630).

Son olarak, TBK. m. 598/II hükmü gereği, gerçek kişi tarafından verilmiş olan her türlü kefaletin, başlangıcından on yılın geçmesiyle kendiliğinden ortadan kalkacağı

²²³ Çınar, **Sona Erme**, s. 163.

²²⁴ Çınar, **Sona Erme**, s. 121.

²²⁵ Reisoğlu, **Kefalet Hukuku**, s. 291.

belirtilmiştir²²⁶. Buna göre, kefilin sorumluluğunun on yıldan sonra devamı için yeni bir kefalet sözleşmesi yapılması veya kefilin sorumluluğunun uzatılmasına ilişkin bir sözleşme yapılması gereklidir²²⁷. TMK. m. 23/II'nin bir görünümü olarak kabul edilecek bu düzenleme ile kanun koyucu, kefilin, ekonomik ve sosyal hakkını kendi tasarrufları karşısında korumayı amaçlamıştır.

İKİNCİ BÖLÜM

KEFALET SÖZLEŞMESİNİN GEÇERLİLİK KOŞULLARI

I. GENEL OLARAK SÖZLEŞMELERİN GEÇERLİLİK KOŞULLARI

Sözleşmelerin hüküm ve sonuçlarını doğurmaları için kanunda birtakım koşullar öngörülmüştür. Geçerlilik koşulları olarak nitelenen bu koşulların bir kısmı; tüm sözleşmeler bakımından, bir kısmı ise bazı sözleşmeler için söz konusudur. Tüm sözleşmeler için aranan koşulları; *i. tarafların ehil olması (TMK. m. 15)*, *ii. sözleşmenin konusunun emredici hukuk kurallarına, kamu düzenine, genel ahlaka, kişilik haklarına aykırı olmaması veya sözleşme konusunun imkânsız olmaması (TBK. m. 27)*, *iv. irade beyanlarının sıhhatli olması (TBK. m. 30-39)*, *v. muvazaa bulunmaması* şeklinde sıralamak mümkündür. Bazı sözleşmeler için aranan koşullar ise *i. geçerlilik şekline uyulması (TBK. m. 12)*, *ii. aşırı yararlanma bulunmaması (TBK. m. 28)* ve *iii. genel işlem koşullarına getirilen sınırlara uyulması (TBK. m. 20-24)* şeklindedir²²⁸.

Geçerlilik koşullarından bir veya birkaçının eksikliği, koşulun önem derecesine göre, sözleşmenin tamamen veya kısmen hükümsüz olmasına neden olur²²⁹. Buna göre, geçerlilik koşullarından kamu düzenini ilgilendirecek önemde bulunanların gerçekleşmemesi halinde sözleşme kesin hükümsüz olacaktır²³⁰. Bir sözleşmenin kesin

²²⁶ Çınar, **Sona Erme**, s. 62.

²²⁷ Çınar, **Sona Erme**, s. 69.

²²⁸ Kenan Tunçomağ, **Borçlar Hukuku Dersleri**, I. Cild Genel Hükümler, İstanbul, Fakülteler Matbaası, 1965, s. 116; Oğuzman/Öz, **C. I**, s. 82 vd.

²²⁹ Schwarz, s. 365-366; Tunçomağ, **Genel Hükümler**, s. 116.

²³⁰ Kesin hükümsüzlük herkes tarafından ileri sürülebilen ve sonuçlarını kendiliğinden doğuran hükümsüzlük halidir. Sakat unsurun düzeltilmesi veya bir sürenin geçmesi, kesin hükümsüz sözleşmeye geçerlilik kazandırmaz. Aynı şekilde kesin hükümsüz olan sözleşmeden doğan edimlerin ifası da

hükümsüzlüğünü gerektiren sebepler, *irade beyanında bulunan kimsenin ehliyetsizliği, sözleşme konusunun kanunun emredici hükümlerine, ahlaka, kamu düzenine, kişilik haklarına aykırı veya konusu imkânsız olması, geçerlilik şekline uyulmaması*²³¹ olarak sıralayabiliriz.

Geçerlilik koşullarından kamu düzenini ilgilendirmeyen, sözleşme taraflarının menfaatlerini korumak amacıyla öngörülen koşulların eksikliği ile yanılma, hile, korkutma ve aşırı yararlanmada da iptal edilebilirlik²³² yaptırımı söz konusu olacaktır²³³. Bu durumlarda, irade bozukluğu sebebiyle korunan taraf, sözleşmeyi onayacak ya da onun geçersizliğini devam ettirecek ve iradesi bozulan taraf iptal hakkını kullanana kadar sözleşme belirsizlik döneminde olacaktır²³⁴. Bu belirsizlik dönemi içerisinde iptal edilebilirlik yaptırımını; Türk ve İsviçre Hukuku, gerçek anlamda iptal hakkı doğuran (Bozulabilir geçerlilik) ve gerçek olmayan anlamda iptal hakkı doğuran (Düzelebilir hükümsüzlük) görüşler nezdinde ikiye ayırmaktadır²³⁵. Bu ayırımdaki temel fark, sözleşmenin baştan itibaren geçerli olup olmadığı noktasında toplanmışken, temel benzerlik ise iki görüş açısından da iptal hakkının kullanılması halinde sözleşmenin baştan itibaren kesin hükümsüzlük sonucunu doğurmasıdır²³⁶.

Son olarak, noksanlık yaptırımına değinelim. Buna göre kurucu unsurları bulunmakla birlikte hüküm ifade etmesi bakımından bir veya birkaç unsurla tamamlanması gereken sözleşmeler, noksan bir diğer deyişle tamamlanmamış durumdadır. Bu tür hallerde sözleşmenin hüküm ifade etmesi askıda olup; ya

sözleşmeyi geçerli hale getirmez. Ancak kesin hükümsüzlüğü ileri sürme hakkının kötüye kullanılması hallerinde kesin hükümsüzlüğün ileri süren hukuk düzenince korunmaz (TMK. m. 3). Andreas Von Tuhr, **Borçlar Hukuku, Cilt 1**, İstanbul 1952, s. 222; Oğuzman/Öz, **C. I**, s. 177-178.

²³¹ Geçerlilik şekline uyulmaması halinde uygulanacak yaptırımın ne olacağı konusunda farklı görüşler için bkz. Bl. 3, Ba. V.

²³² Bl. 3, Ba. IV.

²³³ İptal edilebilirlik yaptırımında, sözleşme ilişkisi kendiliğinden hükümsüz sayılmamakta, fakat bir kimseye iradesini o yönde açıklamak suretiyle hukuki işlemi ortadan kaldırma yetkisi tanınmaktadır. Böylece bir yandan sözleşmenin geçerliliğini etkileyen sakatlığı gidererek sözleşme ilişkisini geçerli hale getirmek, diğer yandan sakatlık yüzünden sözleşmeyi kesin olarak hükümsüz kılma imkanına sahiptir. İptal hakkı yenilik doğuran bir haktır, tek taraflı bir beyanla kullanılır. Tunçomağ, **Genel Hükümler**, s. 123; Oğuzman/Öz, **C. I**, s. 178.

²³⁴ Antalya, **Borçlar Genel C. I**, s. 146; Hüseyin, Hatemi/Emre, Gökyayla, **Borçlar Hukuku Genel Bölüm**, İstanbul, Vedat, 2015., s. 106; Fikret, Eren **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 23. Bs., Ankara, Yetkin Yayınları, 2018, s.361.

²³⁵ Kocayusufpaşaoğlu, **Borçlar**, s. 588; Antalya, **Borçlar Genel C. I**, s. 146; Eren **Borçlar Genel**, s.361; Tunçomağ, **Genel**, s. 192.

²³⁶ Detaylı bilgi için bkz, Bl 3, Ba. IV.

tamamlayıcı unsurlar gerçekleşecek ve sözleşme hüküm ifade edecek ya da söz konusu unsurun gerçekleşmeyeceği kesinleşecek ve sözleşme kesin olarak hükümsüzleşecektir. Örneğin; sınırlı ehliyetsiz kimsenin yasal temsilcinin izni olmaksızın yaptığı borçlandırıcı sözleşme veya eşin rızası alınmaksızın aile konutu üzerinde yapılan kısıtlayıcı işlemler noksanıdır. Yasal temsilcinin veya eşin izin verip vermeyeceğinin belli olmadığı aşamada sözleşme askıda hükümsüzdür. Söz konusu noksanlığın giderilemeyeceğinin kesinleşmesiyle sözleşme kesin hükümsüz hale gelir²³⁷.

II. KEFALET SÖZLEŞMESİNİN GEÇERLİLİK KOŞULLARI

Yukarıdaki genel geçerlilik koşulları dışında, kefalet sözleşmelerinde kanun koyucu, sözleşmenin geçerli şekilde kurulabilmesi için bazı özel koşullar öngörmüştür²³⁸. Böylece genellikle herhangi bir çıkar elde etmeksizin taahhüt altına giren kefilin, düşünmeden borç altına girmesini önlemek amaç edinilmiştir. Söz konusu bu koşulları; *geçerli bir asıl borcun bulunması, kefil olma iradesi ve ehliyetine sahip olunması, eşin rızası ve geçerlilik şekline uyulması* olarak sıralamak mümkündür.

III. GEÇERLİ BİR ASIL BORCUN BULUNMASI

A. GENEL OLARAK

Kefalet sözleşmesinin kurulabilmesi için öncelikle, mevcut ve geçerli bir borcun bulunmasına ihtiyaç vardır (TBK. m. 582/I, c. I). Kefalet sözleşmesine konu olan asıl borcun herhangi bir sebeple hükümsüz olması halinde, kefalet sözleşmesi de fer'i niteliğinden dolayı hüküm ifade etmeyecektir²³⁹. Mevcut ve geçerli bu borcun,

²³⁷ Oğuzman/Öz, C. I, s. 182.

²³⁸ Seza Reisoğlu, "Kefalet Kavramı ve Muteberlik Şartları", AÜHFD, C. 19, Y. 1962, s. 327 vd; Seyman, **Kefalet Sözleşmesinin Geçerlilik Koşulları, Yüksek Lisans Tezi**, s. 59; Sarı İyim, **Alman Hukuku Kıyası ile Kefalet Sözleşmesinin Geçerlilik Şartları**, s. 5.

²³⁹ Reisoğlu, **Kefalet Hukuku**, s. 45; Aral/Ayrancı, a.g.e., s. 426; Hüseyin Murat Develioğlu, **Kefalet Sözleşmesini Düzenleyen Hükümler Işığında Bağımsız Garanti Sözleşmeleri**, İstanbul, 2009, s.222. "Dosyadaki yazılara kararın dayandığı delillerle gerektirici sebeplere ve özellikle Adli Tıp Kurumu Başkanlığı 4.İhtisas Kurulunun 5.7.2000 tarihli raporu ile Ahmet Bazan'ın beş yaşında başlayıp hayatı boyunca devam edecek zeka geriliği (ensefalit) nedeniyle bononun tanzim tarihinde hukuki ehliyeteye sahip olmadığına anlaşılmışna, BK.nun 485. maddesi gereği kefaletin, kefilin sorumlu olmayı taahhüt ettiği geçerli bir asıl borcun bulunmasına bağlı olup, ortada asıl borç bulunmadığından kefil Ahmet Taş'ında bono ile sorumlu tutulamayacak olmasına göre, davalılardan İbrahim Oğur vekilinin yerinde görülmeyen bütün temyiz itirazlarının reddiyle..." Yargıtay 19. HD. E. 2001/1881

kefaletin kurulması anında olması zorunlu değildir. Buna göre, alacaklının kefilen talepte bulunduğu sırada, asıl borcun mevcut olması yeterlidir. Bu itibarla, gelecekte doğacak veya koşula bağlı bir borç için de bu borç doğduğunda veya koşul gerçekleştiğinde, hüküm ifade etmek üzere, kefalet sözleşmesi yapılabilecektir (TBK. m. 582/I, c. II). Örneğin; kira sözleşmesinden doğmamış kira bedeline ilişkin veya çerçeve nitelikteki kredi açma sözleşmeleri bağlamında yapılacak kredi sözleşmelerine yönelik kefalet sözleşmesi yapılabilecektir²⁴⁰. Yine bu sayede, çalışanın işverene verebileceği zararlara yönelik kefalet sözleşmesi akdedilebilecektir.

Geciktirici koşula bağlı bir borç için kefil olunması halinde, kefalet borcu, sözleşmenin kurulmasıyla doğacak ancak koşulun gerçekleşmesiyle hüküm ifade edecektir. Bozucu koşula bağlı bir borç için yapılan kefalette ise sözleşme kurulmasıyla hüküm ifade edecek, şartın gerçekleşmesi halinde, sözleşme ortadan kalkacak ve kefilin borcu sona erecektir²⁴¹.

818 sayılı Kanun döneminde hükme yer verilmemesine karşın, asıl borçlunun mevcut ya da gelecekte doğacak borçlarından hangisi için kefil olduğuna dair tereddüt halinde, kefaletin; asıl borçlunun gelecekte doğacak borçları için olduğu görüşü kabul görmektedir²⁴². Nitekim 6098 sayılı Kanun ile bu görüş yönünde tamamlayıcı hukuk kuralına yer verilmiştir (m. 589/III). Buna göre, sözleşmede açıkça kararlaştırılmamışsa kefil, borçlunun sadece kefalet sözleşmesinin kurulmasından sonraki borçlarından sorumlu olacaktır. Bu karinenin aksini iddia eden alacaklı, iddiasını ispatla yükümlüdür²⁴³. Böylece uygulamada özellikle cari hesap sözleşmesi ve kredi ilişkilerine yönelik kefalet sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıklar, çözüme kavuşturulmak istenmiştir.

K.2001/5269T.6.7.2001, (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, (Çevrimiçi); <http://www.kazanci.com>, (Erişim Tarihi:20.01.19).

²⁴⁰ Yargıtay kararlarına göre, çerçeve nitelikteki kredi sözleşmelerinde, kredi müşterisine kefil olunması halinde, ilgili kredi sözleşmesi kapsamında gerçekleşen münferit kredi işlemleri, genel kredi sözleşmesinin uygulaması olarak kabul görmekte, kefilin, kefalet belgesinde öngörülen limit miktarınca, kredi müşterisinin asıl borç ve temerrüdünden sorumlu olacaktır. Bkz. Yarg. 19. HD., T. 30.12.2014, E. 2015/5485, K. 2015/13282; Yarg. 19. HD., T. 19.01.2015, E. 2011/240, K. 2013/808, bu kararlar ve değerlendirmeleri için Bkz. Özen, **Kefalet**, s. 150, dpn 2.

²⁴¹ Reisoğlu, **Kefalet Hukuku**, s. 48; Yavuz/Acar/Özen, **a.g.e.**, s. 1409-1412.

²⁴² Tandoğan, **C. II**, s. 720; Reisoğlu, **Kefalet Hukuku**, s. 47.

²⁴³ Yavuz, **Bazı Yenilikler**, s. 294; Gümüş, **Borçlar Özel**, s. 299; Seyman, **a.g.e.**, s.61.

Kefalet sözleşmesi ile güvence altına alınabilecek borçlara ilişkin herhangi bir sınırlama öngörülmediğinden, kural olarak, her türlü borç için kefalet verilebilecektir²⁴⁴. Buna göre, sözleşmeden kaynaklanan borçlar için kefalet altına girilebileceği gibi, haksız fiil ya da sebepsiz zenginleşmeden kaynaklanan borçlar için de kefil olunabilmesi mümkündür. Aynı şekilde kamu hukukundan kaynaklanan vergi borcu için de kefalet sözleşmesi yapılabilecektir.

Kefalet sözleşmesi ile kefil, borçlu tarafından borcun yerine getirilmemesi halinde ortaya çıkacak olan zararları tazmin etmeyi taahhüt ettiğinden, asıl borçlunun ediminin borçlunun kişiliğine bağlı olup olmaması önem arz etmeyecektir. Dolayısıyla borçlunun kişiliğine bağlı edimlere ilişkin olarak da kefalet sözleşmesinin akdedilmesi mümkündür²⁴⁵.

B. EKSİK BORÇLAR

Alacaklının borçluya karşı sahip olduğu talep, dava veya cebri icraya başvurma yetkilerinden tamamen veya kısmen yoksun olduğu borçları ifade eden eksik borçların²⁴⁶, kefalet ile teminat altına alınıp alınamayacağına ilişkin, 818 sayılı Kanun'da herhangi bir hükme yer verilmeyişi, bu konuda çeşitli görüşlerin ileri sürülmesine neden olmuştur. Öğretide bu konuda bütüncül bir değerlendirme yapmanın isabetli olmayacağı ve eksik borcun özelliğine göre bir sonuca ulaşılması gerektiği dile getirilmiştir²⁴⁷. Bu bağlamda, eksik borçlar arasında yer alan zamanaşımına ilişkin mehzaz kanunda ki düzenlemeyi (İBK. m. 507/II) göz önünde bulunduran kimi yazarlar, zamanaşımına uğramış olduğunu bildiği bir borcun ifasını üstlenen kişinin sorumluluğunun, kefalet hukuku koşullarına ve hükümlerine tabi olduğu ve böylece kefalet hükümlerinin uygulandığı bir garanti sözleşmesi biçimi oluştuğunu belirtmişlerdir²⁴⁸.

Buna karşılık çoğunluğu temsil eden yazarlar, kanunda aksi öngörülmedikçe, zamanaşımına uğradığı bilinen bir borcun yerine getirilmesinden kaynaklı

²⁴⁴ Özen, **Kefalet**, s. 149; Gümüş, **Borçlar Özel**, s. 299.

²⁴⁵ Özen, **Kefalet**, s. 149.

²⁴⁶ Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Alttop, **a.g.e.**, s. 23.

²⁴⁷ Özen, **Kefalet**, s. 159.

²⁴⁸ Bilge, **Borçlar Hukuku**, s. 369; Tandoğan, **C. II**, s. 724.

sorumluluğun üstlenildiği sözleşmelerin garanti sözleşmesi olarak nitelendirilerek kefaletle ilişkin kanun hükümlerince sorumlu olunacağını ve kefilin, tanınan haklardan yararlanacağını belirtmişlerse de şekle ve rücuyla ilişkin kuralların kıyas yoluyla dahi sözleşmeye uygulanamayacağını benimsemişlerdir²⁴⁹. Bu yazarlara göre, burada kefaletle ilişkin hükümlerin uygulanabilmesi için mehzaz kanunda yer verilen düzenlemeye benzer bir değişikliğin yapılması gereklidir. Aksi takdirde alacaklının dava ve takip yoluyla ifaya zorlayamayacağı asıl borçlunun, ona ödemede bulunan garanti verenin kefil gibi rücu hakkından yararlanıp zorlaması söz konusu olacak ki, bu sonuç eksik borç kavramıyla bağdaşmayacaktır.

Zamanaşımı gibi kumar ve bahis borcu ile evlenme tellallığından doğan ücret borcunun kefalet sözleşmesi ile teminat altına alınıp alınmayacağı da 818 sayılı Kanun döneminde tartışmalara konu edilmiştir²⁵⁰.

818 sayılı Borçlar Kanunu'nun 504. Maddesi gereği; “kumar ve bahis bir alacak hakkı tevdi etmez...” denilmekteydi. Aynı Kanunun 408. Maddesinde ise; “Evlenme tellallığı ücrete bahşetmez...” hükmü yer almıştır. İlgili kanun hükümleri dikkatlice irdelendiğinde, kumar ve bahis ile evlenme tellallığından hiçbir borcun doğmadığı kabul edilebilirdi²⁵¹.

Öğretide çoğunluk görüş, kumar ve bahis borcu ile evlenme tellallığından doğan ücret borcunun, kefalet sözleşmesi ile teminat altına alınamayacağı yönündeydi²⁵². Bu görüşü savunan yazarlara göre, bu tür eksik borçların kefalet ile teminat altına alınması kabul edilecek olursa, dolaylı olarak söz konusu bu borçların ifasının talep edilmesi mümkün hale gelecektir ki bu durum eksik borç kavramıyla uyumlu olmayacaktır.

Buna karşılık aksi görüşteki yazarlar²⁵³, kumar ve bahis borcu ile evlenme tellallığından doğan ücret borcu için kefalet verilmesinin geçerli olduğunu

²⁴⁹ Reisoğlu, **Kefalet Hukuku**, s. 52; Aral/Ayrancı, **a.g.e.**, s. 448; Tandoğan, **C. II**, s. 722,724.

²⁵⁰ Elçin Grassinger, **Kefilin Hakları**, s. 66 vd.

²⁵¹ Özen, **Kefalet**, s. 161.

²⁵² Becker, Art. 513, N. 5; Oser-Schönenberger, Art. 492, N. 33-34.; Bkz., Elçin Grassinger, **Kefilin Hakları**, s. 66,68.

²⁵³ Özen, **Kefalet**, s. 160; Yavuz/Acar/Özen, **a.g.e.**, s. 1412.; Elçin Grassinger, **Kefilin Hakları**, s.68.

savunmuşlardır. Ancak kefil, eBK m. 497/II'e göre; fer'ilik ilkesi uyarınca, asıl borçludan daha ağır koşullarda sorumlu olamayacağından, alacaklı kendisine başvurduğunda (eksik borca ilişkin kefalet sebebiyle), dava edilmezlik itirazını ileri sürebilecektir²⁵⁴. Ayrıca kefilin kumar ve bahis borcu ile evlenme tellallığından doğan ücret borcu için, asıl borcun eksik olduğunu bilerek kefalet altına girmiş olması, itiraz hakkından feragat ettiği anlamına gelmeyeceği gibi sözleşmeye garanti mahiyeti de kazandırmayacaktır.

İsviçre Hukuku'nda, 1941 revizyonu ile Borçlar Kanunu'nda yapılan değişiklikle, kumar ve bahis borcunun kefalet ile teminat altına alınabileceği kabul edilmiştir. Buna göre, kefil, borcun eksik borç olduğunu bilerek kefalet altına girmiş olsa bile asıl borçluya tanınmış savunma imkânına sahip olup bu hakkı kullanabilecektir. Diğer bir deyişle kefil, alacaklıya, borcun eksik olduğu itirazında bulunabilecektir. Bu itiraz hakkını kullanmaksızın alacaklıya ödeme yapan kefil, asıl borçluya karşı rücu hakkını kaybedecektir (İBK. m. 507/son)²⁵⁵.

Nitekim, Türk Hukuku açısından yukarıda belirttiğimiz gibi, 818 Sayılı Kanundaki eksik borçlara ilişkin belirsizliği ortadan kaldırmak amacıyla 6098 sayılı Kanun'da, "*Kumar veya bahisten doğan bir borca kefalette kefil, borcun bu niteliğini bilmiş olsa bile, asıl borçlunun sahip olduğu def'ileri ileri sürebilir.(m. 591/IV)*" şeklinde bir hükme yer vermiştir. Bu hükme göre eksik borçlar olan; kumar ve bahis borcuna ilişkin kefalet sözleşmesi yapılabileceği ortaya çıkmıştır. Bu hükümde yer verilmesine de TBK. m. 524'e göre eksik borç olarak tanımlanan evlenme tellallığından kaynaklanabilecek borç için de kefalet sözleşmesi yapıp yapılamayacağına ilişkin bir belirsizlik olsada, eksik borçların temel özelliklerine göre tek çatı altında düşünürsek, kanaatimce dava edilemeyen ve takip yapılamayan bu borçlara ilişkin kefalet sözleşmesi yapılabilecektir.

Ayrıca TBK. m. 591/I, c. II hükmü ile zamanaşımına uğramış bir borç için kefalet altına girilebileceği kabul edilmiştir. Ancak TBK. m. 591/I, c. II hükmü ve Reisoğluna göre; asıl borcun zamanaşımına uğradığını bilen kefile, asıl borçlunun sahip

²⁵⁴ Beck, Art. 492, N. 131; Elçin Grassinger, **Kefilin Hakları**, s. 68.

²⁵⁵ Açıklamalar için bkz. Tandoğan, **C. II**, s. 724; Reisoğlu, **Kefalet Hukuku**, s. 48 ve 270; Elçin Grassinger, **Kefilin Hakları**, s. 68.

olduğu tüm def'ileri ileri sürme hakkı tanınmamıştır²⁵⁶. Buna göre, TBK. m. 591/IV hükmünce kumar veya bahisten doğan bir borç için kefil olan kişi, alacaklıya karşı asıl borcun eksik borç olduğu def'isini ileri sürebilecekken, zamanaşımı def'inde teminat veren açısından bu imkân söz konusu olamayacaktır. Bu halde zamanaşımını bilerek teminat borcu altına giren kişi alacaklıya ödeme yaptıktan sonra, aralarında sözleşme olmadıkça, asıl borçluya rücu edemeyecektir²⁵⁷.

Özetle, zamanaşımını bilerek teminat borcu altına giren kefil açısından, kefalet hükümlerine tabi garanti sözleşmesini yaptığı kabul edilirken²⁵⁸, TBK. m. 591/I hükmünce asıl borçlunun sahip olduğu def'i haklarını kaybedeceği belirtilirken, kumar ve bahis borçları ile evlenme tellallığından doğan borçlar için yapılan teminat sözleşmesinin kefalet olarak niteleneceği ve kefilin bilerek ifa etmesi veya teminat vermesi durumunda, asıl borçluya ilişkin def-i haklarını TBK. m. 591/IV hükmünce kaybetmeyeceği belirtilmiştir.

Haklı bir gerekçeye dayanmaması sebebiyle, eksik borç türleri açısından, bilerek ifa edilmesi hususunda farklı sonuçlara yer verilmesinin isabetli olmadığı kanısındayım. Kanaatimce kanun koyucunun temel amacının kefilin korumak olduğu gözetildiğinden, kumar ve bahis borçları ile evlenme tellallığından kaynaklanan borçlar veya zamanaşımına uğramış borçların kefilce bilerek ifa edilmesi durumunda (TBK. m.582/II), yani ayırım yapılmaksızın bütün eksik borçlarda TBK. m.591/IV hükmü uygulanmalı ve def'i hakkı kefilin alınmamalıdır. Bu sebeple; TBK. m. 582/II hükmünün zamanaşımı yönünden, çağdaş hukuk sistemlerinin odak noktası olan kefilin korunması görüşüne ek olarak, kefilin lehine bir uygulama olmaması sebebiyle değiştirilmesi ile TBK. m. 591/IV hükmünün uygulama alanına sokulması gerektiğini yineliyorum.

Ayrıca TBK. m. 591/IV hükmünde, eksik borçların sınırlı olarak sayılması, diğer eksik borçlara ilişkin belirsizliğin devam etmesi sonucunu doğurmaktadır.

²⁵⁶ Reisoğlu, **Kefalet Hukuku**, s. 52.

²⁵⁷ Tandoğan, **C. II**, s. 723.

²⁵⁸ Bu sebeptir ki, 6098 sayılı Kanun'da, 818 sayılı Kanun m. 485'te yer verilen "*zamanın hülûlü ve şartın tahakkuku halinde muteber olmak üzere kefaletle raptolunabilir*" hükmü yerine, zamanaşımına uğramış borçlara ilişkin şahsi teminat sözleşmelerinde, kefaletle ilişkin kuralların uygulanacağı, isabetli olarak kabul edilmiştir. Barlas, **Geçerlilik Şartları**, s. 352.

Kanaatimce, kumar veya bahis borcunda olduğu gibi, evlenme tellallığı ve diğer eksik borçlarda da mevcut bir borcun varlığı, TBK. m. 591/IV hükmünün onlar içinde uygulanmasını haklı ve mümkün kılmaktadır.

C. BORÇLUNUN SORUMLU OLMADIĞI BORÇLAR

Kefalet sözleşmesi, fer'i niteliği sebebiyle, asıl borcun hükümsüz olması halinde hüküm ifade etmeyecektir²⁵⁹. Buna göre asıl borç TBK. m. 27 vd. hükümler gereği; *hukuka ya da ahlaka ve adaba aykırılık, başlangıçtaki imkânsızlık, şekle aykırılık, muvazaa* gibi bir sebeple kesin hükümsüz olan bir hukuki işlemde doğmuş ise, kefalet sözleşmesi geçersiz olacaktır. Kefilin asıl borçla ilgili kesin hükümsüzlük sebebini bilmesi kefaletin geçerliliğini etkilemeyecektir²⁶⁰. Ayrıca asıl borcun kaynaklandığı kesin hükümsüz sözleşmenin yerine geçerli bir sözleşmenin yapılması, söz konusu kefalet hayat kazandırmayacaktır. Ancak taraflar söz konusu teminat sağlama ihtiyacını geçerli sözleşmeye yönelik yeni bir kefalet yaparak temin edebileceklerdir²⁶¹.

Öte yandan asıl borcun kaynaklandığı sözleşme, irade sakatlığı ve aşırı yararlanma sebebiyle, asıl borçlu açısından iptal edilebilirlik gibi bir geçersizliğin hüküm ve etkisi altında kalmış olabilir. Bu tür geçersizlik hallerinde, asıl borçlunun iptal hakkını kullanmadığı sürede, kefalet kurulduğu andan itibaren hükümlerini doğurmaya devam etmektedir²⁶². Asıl borçlunun iptal hakkını kullanmasıyla birlikte, asıl borç geçersiz hale geleceğinden kefalet sözleşmesi de hüküm ifade etmeyecektir.

Bu noktada eklemek gerekir ki, yanılma ve ehliyetsizlik sebepleriyle borçlunun yükümlü olmadığı bir borç için kefalet altına girdiğini bilen kişi kefalet sözleşmesinin koşullarına göre sorumlu olacaktır (TBK. m. 582/II). eBK m.485 hükmüne, kefilin ehliyetsizliği bilerek ifada bulunması, sözleşmeyi “muteber” (geçerli) hale getirecekti. Bu düzenlemede 6098 sayılı Borçlar Kanunu ile eski 818 sayılı Borçlar Kanunu iki yönden farklılık göstermektedir. Birincisi 6098 sayılı Kanun 582. maddesinde zamanaşımı unsurunu da eklemiştir. İkinci olarak ise;818 sayılı Kanun gibi

²⁵⁹ Yavuz, **Bazı Yenilikler**, s. 57.

²⁶⁰ Yavuz/Acar/Özen, **a.g.e.**, s. 1409; Özen, **Kefalet**, s. 155.

²⁶¹ Özen, **Kefalet**, s. 155.

²⁶² Yavuz, **Bazı Yenilikler**, s. 58; Özen, **Kefalet**, s. 156-157.

“muteberdir” demeyip, kefalet sözleşmesinin geçerliliği hususundan bahsetmeyerek, kefalet sözleşmesine ilişkin kuralların uygulanacağı hükme bağlanmıştır. Bu yapılacak sözleşme kanaatimce ve kefalet sözleşmesinin fer’ilik niteliğini göz önünde bulunduran yazarların da²⁶³ haklı olarak belirttiği üzere, bir garanti sözleşmesidir. Yanılma, ehliyetsizlik veya zamanaşımı²⁶⁴ sebebiyle asıl borçlunun sorumlu olmadığı bir borç için bilerek kişisel güvence veren kişi, kefalet hükümlerine göre garanti borcu altına girmektedir²⁶⁵. Bu görüşlere ilişkin tartışmalar ve kanaatim üçüncü bölümde detaylı olarak işlenmiştir²⁶⁶.

IV. KEFİLİN KEFİL OLMA EHLİYETİNE SAHİP OLMASI

A. GENEL OLARAK

Tüm sözleşme ilişkilerinde olduğu gibi, kefalette de borç altına giren tarafın (kefil) ehil olması, diğer bir deyişle, TMK. m. 10’a göre fiil ehliyetine sahip olması zorunludur²⁶⁷. Ancak kefaletin ekonomik özgürlüğü önemli ölçüde kısıtlayıcı sonuçlar doğuran bir sözleşme olma özelliği, fiil ehliyetine ilişkin genel esaslardan bazı noktalarda ayrılmayı gerekli kılmıştır. Bu bağlamda, fiil ehliyetine sahip gerçek ve tüzel kişiler serbestçe kefalet sözleşmesi yapabileceklerdir²⁶⁸.

Çalışmamızda kefil olma ehliyeti, gerçek kişiler ve tüzel kişiler açısından olmak üzere ayrı ayrı incelenecektir. Bu noktada, 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu’nun genel hükümleri ve kefilin korumak amacıyla getirilen hükümleri dikkate alınacaktır.

²⁶³ Tandoğan, C. II, s. 724; Özen, **Kefalet**, s. 159.

²⁶⁴ B1.2, Ba. II, B.

²⁶⁵ Tandoğan, C. II, s. 722; Yavuz/Acar/Özen, **a.g.e.**, s. 1409-1410.

²⁶⁶ Detaylı bilgi için bkz. B1.3, B.IV, B.3.

²⁶⁷ Fiil ehliyeti, kişinin iradi davranışla hukuki sonuç meydana getirebilme ehliyetini ifade eder. Bu sonuç, failin hak kazanması olabileceği gibi yükümlülük altına girmesi de olabilir. Bundan dolayı, fiil ehliyeti, kişinin kendi fiili ile hak kazanabilme ve yükümlülük altına girebilme ehliyeti olarak tanımlanmaktadır. Hiç şüphesiz bu ehliyet, haklarda ve borçlarda değişiklik yapabilmeyi, bunları devredebilmeyi veya sona erdirebilmeyi de kapsar. TMK. m. 10’da, “ayırt etme gücüne sahip ve kısıtlı olmayan her ergin kişinin fiil ehliyeti vardır”, hükmüne yer verilmekle; tam ehliyet için, i) ayırt etme gücüne sahip bulunmak, ii) ergin olmak ve iii) kısıtlı olmamak üzere üç şart öngörülmüştür. Ayrıntılı bilgi için bkz. Oğuzman/ Seliçi/ Oktay -Özdemir, **Kişiler Hukuku (Gerçek ve Tüzel Kişiler)**, s. 49.

²⁶⁸ Aydın Zevkliler, Emre Gökyayla, **Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri**, Eylül, Turhan Kitapevi, 2017. s. 663; Yavuz/Acar/Özen, **a.g.e.**, s. 707.

B. GERÇEK KİŞİLERİN KEFİL OLMA EHLİYETİ

1. Genel Olarak

Gerçek kişiler ehliyet bakımından; tam ehliyetliler, tam ehliyetsizler, sınırlı ehliyetsizler ve sınırlı ehliyetliler olmak üzere dört grupta incelenebilecektir. Bu gruplara göre kefalet sözleşmesi yapabilme ehliyetleri incelenecektir.

2. Tam Ehliyetli ve Tam Ehliyetsiz Kişilerin Kefalet Ehliyeti

Tam ehliyetliler²⁶⁹, kefil olma ehliyetine de sahiptir. Buna karşılık, tam ehliyetsiz²⁷⁰ kişilerin ne kendilerinin ne de kendilerine yönelik açıklanan irade

²⁶⁹ Tam ehliyetliler, “ayırt etme gücüne sahip” ve “kısıtlı olmayan” her ergin kişiyi ifade eder (TMK. m. 10). Buna göre, tam fiil ehliyeti için ikisi olumlu (ayırt etme gücüne sahip olmak ve ergin olmak) biri olumsuz (kısıtlı olmamak) olmak üzere üç şart öngörülmüştür. “Yaşının küçüklüğü, akıl hastalığı, akıl zayıflığı, sarhoşluk ya da bunlara benzer sebeplerden biriyle akla uygun biçimde davranma yeteneğinden yoksun olmayan herkesin ayırt etme gücüne sahip olduğu kabul edilir” (TMK. m. 13). Ergin olma ise kanunun öngördüğü erginlik yaşına (on sekiz yaşını doldurma) erişmiş veya kanunun öngördüğü başka yolla (evlenme veya mahkeme kararı) ergin duruma getirilme suretiyle gerçekleşmiş olur. Kısıtlı olmama ise TMK. m. 405 ile 408. arasında düzenlenen kısıtlanma sebeplerinin (i. *akıl hastalığı veya akıl zayıflığı*; ii. *savurganlık, alkol veya uyuşturucu bağımlılığı, kötü yaşam tarzı, kötü yönetim*; iii. *bir yıl veya daha uzun süreli hapis cezasına mahkûmiyet*; iv. *ilgilinin gerekli şartların varlığı üzerine talebi*) varlığı sebebiyle kısıtlanmamış olmayı ifade eder. Ayrıntılı bilgi için bkz. Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, **a.g.e.**, s. 53; Hatemi/ Kalkan Oğuztürk, **Kişiler Hukuku**, s. 12.

²⁷⁰ Ayırt etme gücüne sahip olmayanlar tam ehliyetsiz sayılırlar. Ayırt etme gücüne sahip olmayan kişi ergin kişi olabileceği gibi küçük veya kısıtlı da olabilir. Eğer küçük veya kısıtlı ise onun adına ve hesabına hareket eden bir yasal temsilci bulunur. Şayet kısıtlanmamış ise sürekli ayırt etme gücünden yoksunluk, yasal bir kısıtlanma sebebi olduğundan, ona bu şekilde kısıtlanma kararı verilerek yasal temsilci atanır. Sürekli ayırt etme gücüne sahip olmayanlar kural olarak kendi fiilleri hak kazanmaz ve borç üstlenemezler (TMK. m. 15). O halde, tam ehliyetsizin borçlandırıci işlemleri, tasarruf işlemleri, tek taraflı hukuki işlemleri kesin hükümsüzdür. Bu itibarla, tam ehliyetsizlerin taraf olduğu kefaletler kesin hükümsüz sayılır. Bununla birlikte tam ehliyetsizin, yaptığı kefalet sözleşmesinin kesin hükümsüzlüğünü ileri sürmesi hakkın kötüye kullanılması oluşturduğu hallerde, işlem geçerliymiş gibi sonuç doğuracağı kabul edilir. Nitekim 9.3.1955 tarih ve 22 Esas ve 2 sayılı Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararında, “*Temyiz kudretine sahip olmayan kimse temyiz kudretine sahip olsa idi aynı surette hareket edecek, yani normal zekalı bir insan dahi aynı tarzda muamelede bulunacak idi ise, temyiz kudretinden mahrum olduğunu ileri sürerek muamelenin hükümsüzlüğünü dermeyeran edememelidir.*” denilmekle, tam ehliyetsizler açısından da MK m. 2/2’nin uygulama alanı bulacağı ortaya konulmuştur. İçtihat için bkz. RG. 27.06.1955, S. 9039. Aynı yönde bkz. Yarg. HGK. T. 17.2.2010, 19-97/83; yarg. 19. Hd., T. 03.07.2014, 16226/12206; Yarg.19. HD. T. 14.12.2006, 6489/12076 (Çevrimiçi), <http://www.kazanci.com>, (Erişim Tarihi: 07.11.2017). Tam ehliyetsiz adına hukuki işlemlerin, yasal temsilcileri tarafından yapılacağı öngörülmüştür. Ancak yasal temsilci ayırt etme gücü olmayan kimsenin önemli değerdeki malını bağışlayamaz, vakfedemez ve onun adına kefil olamaz (TMK. m. 342; 449). Fiil ehliyetine ilişkin bu kısıtlama esasen tam ehliyetsizler açısından hak ehliyetini ortadan kaldırıci etkiye sahiptir. Tam ehliyetsizler hakkında bkz. Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, **a.g.e.**, s. 79 vd.

beyanlarının hukuki sonuç doğurması mümkün olmadığından, kefalet sözleşmesi ile kendilerini borç altına sokmaları mümkün değildir²⁷¹.

3. Sınırlı Ehliyetsiz Kişilerin Kefalet Ehliyeti

Sınırlı ehliyetsiz kişiler²⁷² bakımından da kefalet yapma yasağının uygulama alanı bulacağı kabul edilmiştir. Zira vesayet altındaki kişiler bakımından, kefalet sözleşmesi, yasak işlemler arasında sayılmıştır (TMK. m. 449). Buna göre, vesayet altındaki kimseler kefalet akdedemeyeceği gibi, yasal temsilci konumundaki vasiler de bunlar adına kefalet yapamaz²⁷³. Türk Medeni Kanunu'nun 342. maddesinin 3. fıkrasında yapılan atıf gereğince, vesayet makamına ilişkin kefalet yasağı, veliler hakkında da uygulama alanı bulacaktır. Buna göre, anne ve baba da velayet altındaki çocukları adına kefalet taahhüdünde bulunamazlar. Ayrıca küçük ve kısıtlının yaptığı

²⁷¹ Özen, **Kefalet**, s. 178; Elçin Grassinger, **Kefilin Hakları**, s. 72-81.

²⁷² Türk Medeni Kanunu'na göre (m.16), sınırlı ehliyetsiz kişiler, ayırt etme gücüne sahip küçükler ve ayırt etme gücüne sahip kısıtlılardan oluşur. Bu gruba giren kişiler kural olarak ehliyetsiz olup, bazı işlemleri bakımından ehliyet sahibidir. Buna göre sınırlı ehliyetsizler, yasal temsilcilerinin rızası olmadıkça kendilerini borç altına sokan işlemler yapamazlar. Ancak karşılıksız kazandırma sağlayan işlemleri ve kişiye sıkı sıkıya bağlı hakları yasal temsilcinin izni/onayı olmaksızın kullanabilirler. Ayrıca bu kişiler haksız fiillerinden sorumludurlar. Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 91; Hatemi/Kalkan Oğuztürk, **Kişiler**, s. 23.

²⁷³ Yargıtay HGK E. 2005/1-298 K. 2005/308 T.4.5.2005; Karşı Oy; "...Uyuşmazlık konusu işlemle açıklanan yasa maddeleri birlikte değerlendirildiğinde bağışlama işleminin yapıldığı tarihte Mümine Erol henüz 14 yaşındadır. TMK. 449. maddesinde açıklanan yasak tasarruflar hakkında, vasi için konulmuş olan yasak tasarruflara ilişkin hükümler kıyasen uygulanır. Yani veli, velayeti altındaki çocuğun malını bağış veya vakfedemeyeceği gibi, çocuk aleyhine kefalet sözleşmesi de yapamaz. Bunları, vesayet makamlarının sonradan vereceği olur ile de geçerlilik kazanamaz. Bu tasarruflar vesayet altındaki kimsenin mal varlığında karşılıksız olarak bir eksilmeye neden oldukları veya bu mal varlığı, gelecekte tehlikeye düşürebilecek nitelik taşıdıkları için kanun koyucu tarafından yasak muamelelerden sayılmıştır. (Hıfzı Veldet Velidedeoğlu, Aile Hukuku, Cilt 2, 5.Bası, İstanbul 1965, Sayfa 387 ve 513) Bundan ayrı; temsilci, ehliyetsiz kimsenin yerine işlem yapabilir. Ancak, temsilcinin tasarruf ehliyeti mevcut değilse, temsilcinin bu tasarruf işlemini yapması olanaksızdır. Yine vasinin (velinin) TMK. 449 maddesinde sayılan işlemleri çocuk adına yapmaları mümkün bulunmadığı gibi çocuğun yaptığı bu işlemlere sonradan olur vermeleri de mümkün değildir. (Antreas Von Tuhr, Borçlar Hukuku, Cilt 1, İstanbul 1952 Bazı, sayfa 215-216 ve 229) O halde, Mümine Erol, işlem yapıldığı tarihte henüz 14 yaşında bulunduğu göre velisi veya velisinin verdiği yetki ve vekalet üzerine yapılan bağış işlemi hükümsüz olup, mutlak butlanla batıl bir işlemdir. Yani yapılan bağış işlemi yok hükmündedir. Yok olan ve başlangıçtan beri hukuki sonuç doğurmayan bir işleme, velayet altında bulunan kişinin sonradan olur vermesi düşünülemeyeceği gibi, 18 yaşını doldurduktan sonra 1 yıllık hak düşürücü sürenin geçtiğinden söz edilmesine de olanak bulunmamaktadır. Diğer bir deyişle hükümsüz olan bir işleme sonradan olur verilmesi ve bu işlem hakkında 1 yıllık hak düşürücü sürenin kabul edilmesi mümkün bulunmamaktadır. Bu bakımdan davacılarından Mümine Erol'un payıyla ilgili olarak kabulüne karar verilen mahkeme hükmünün ONANMASINA karar verilmesi gerekirken, diğer davacıların paylarıyla birlikte, Mümine'nin 18 yaşını doldurduktan sonra yapılan işleme olur verdiği ve 1 yıllık hak düşürücü sürenin geçtiği gerekçesiyle Yüksek Genel Kurul çoğunluğunca BOZULMASINA karar verilmesi şeklinde gerçekleşen sayın çoğunluğun görüşüne açıklanan nedenlerle katılmıyorum." (Çevrimiçi) <http://www.kazanci.com> (Erişim tarihi:28.01.2019).

kefalet sözleşmesine velisinin veya vasisinin izin veya onay vermesi kefalet sözleşmesini geçerli hale getirmeyecektir. Vesayet ve denetim makamının izniyle de olsa vesayet altındaki kişiler adına kefalet yapabilmesi mümkün değildir²⁷⁴. Bu itibarla, velayet altındaki küçükler kendileri veya yasal temsilcileri (veli) bunlar adına kefalet sözleşmesi yapamayacaklardır.

Ancak; velisi veya vasisinin küçük ve kısıtlı yararına olmak üzere kefalet sözleşmesi yapması geçerlidir²⁷⁵. Bununla birlikte bir meslek veya sanatı yürütmesi için izin verilen sınırlı ehliyetsizler, izin verilen meslek ve sanatın yürütülmesi kapsamında kefalet yapabilecekleri kabul edilir (TMK. m. 453)²⁷⁶. Ayrıca sınırlı ehliyetsizlerin, “kefalet sözleşmesi yapma yasağına” ilişkin, kısıtlanmadan önceki zamanda kefil olmaları veya “mirasçı” sıfatıyla miras bırakanca yapılmış bir kefalet sözleşmesine taraf olup “kefil” durumuna gelmeleri gibi istisnai birtakım durumlarda da²⁷⁷, mirasçılık sıfatıyla diğer mirasçılarla müteselsil olarak sorumluluk yükleneceği süre, kefil sıfatıyla yükleneceği sorumluluk süresinden daha kısa olacağından, yasal temsilcinin küçük veya kısıtlı adına kefil olma yasağı burada da uygulanmalıdır²⁷⁸.

²⁷⁴ Tandoğan, **C. II**, s. 726; Özen, **Kefalet**, s. 178.

²⁷⁵ Beck, Art. 492, N. 14.

²⁷⁶ Beck, Art. 492, N.17; Tandoğan, **C. II**, s. 726; Yavuz/Acar/Özen, s. 1413.

²⁷⁷ “Yasal temsilci tarafından velayet ve vesayet altındaki kimseler adına kefalet sözleşmesi yapma yasağı bakımından istisnai durumlar söz konusu olabilir. Vesayet altındaki kişinin kısıtlanmasından önce kefil olduğu bir olasılıkta, yasal temsilci mevcut kefalet sözleşmesini bu kişi adına yenileyebilir. Bunun gibi, küçük veya kısıtlı, mirasçı sıfatıyla, miras bırakanca yapılmış bir kefalet sözleşmesine taraf olmuş ve “kefil” durumuna gelmişse, yasal temsilci söz konusu kefalet sözleşmesini yenileyebilir. Yasal temsilcinin kefalet sözleşmesini yenilemesi, küçük veya kısıtlının malvarlığına yeni bir yük getiren bir işlem olarak görülmez. Ne var ki, şu olasılık tartışmalıdır. Miras bırakanın bir borcunu, mirasçılardan biri, alacaklı ile yaptığı ve diğer mirasçıları borçtan kurtarıcı bir borcun nakli sözleşmesi ile üzerine alıyor ve küçük veya kısıtlı durumdaki diğer mirasçının yasal temsilcisi, borçtan kurtulan bu mirasçı adına alacaklı ile kefalet sözleşmesi yapıyor. Bu olasılıkta da, yapılan kefalet sözleşmesinin küçük veya kısıtlının malvarlığı bakımından yeni bir “yük” anlamına gemediği ve geçerli olduğu belki savunulabilir. Mirasçı durumundaki küçük veya kısıtlı, diğer bir mirasçı tarafından kurtarılmasaydı, miras bırakanın borcundan ötürü kişisel olarak sorumlu tutulacaktı. “Mirasçı” sıfatıyla sorumluluk taşınması yerine “kefil” olarak sorumluluk taşınmasının bir şey değiştirmeyeceği ve “kefil olma yasağının” gündeme gelmeyeceği ileri sürülebilir.” Ne var ki bu sonuca, Giovanoli ve Özen karşı çıkmaktadır. Giovanoliye göre, “...küçük veya kısıtlının mirasçı olarak borçtan sorumlu olmak yerine kefil olarak sorumlu olması, sorumluluğunu ağırlaştırıcı bir etki yapar. Küçük veya kısıtlının, mirasçı sıfatıyla miras bırakanın borçlarından ötürü diğer mirasçılarla müteselsil olarak sorumlu olacağı süre, kefil sıfatıyla taşıyacağı sorumluluğun süresine göre daha kısa olacaktır. Bu nedenle yasal temsilcinin, küçük veya kısıtlı adına kefil olma yasağı burada da uygulanır.” Bkz. Giovanoli, Art.492, N.35.; Özen, **Kefalet**, s. 179.

²⁷⁸ Giovanoli, Art.492, N.35.; Özen, **Kefalet**, s. 179.

Sınırlı ehliyetsizlere ilişkin diğer bir konu ise; “kefil olma yasağına aykırılık” durumunda ne tür bir geçersizliğin olacağı hususudur. Baskın görüş, resen dikkate alınabilecek ve herkes tarafından ileri sürülebilecek olan kesin hükümsüzlük görüşüdür²⁷⁹. Diğer görüş ise; “tek taraflı bağlamazlık” olarak karşımıza çıkar²⁸⁰. Bu görüşe göre, resen dikkate alınacak ve herkes tarafından ileri sürülebilecek bir hükümsüzlük bulunmamaktadır. Velayet veya vesayet altındaki kimse (veya onun yasal temsilcisi) bu geçersizliği ileri sürebilir²⁸¹. Bu görüşe ek olarak, vesayet altındaki kimse vesayet kalktığında, velayet altındaki kimse de ergin olduğunda söz konusu kefalet sözleşmesine onay verebilecektir²⁸². Reisoğlu’na ve Özen’e göre, bu görüşün savunulabilmesindeki temel koşul, ayırt etme gücüne sahip küçük veya kısıtlılarca yapılmış olan bir kefalet sözleşmesinin bulunmasıdır²⁸³. Bu açıdan değerlendirildiğinde, kısıtlılığı kalkan veya ergin olan kişi, kendisini geçmiş süre boyunca “tek taraflı bağlamayan” sözleşmeye onay verebilir. İsviçre Federal Mahkemesi bir kararında; “sonradan verilebilen bir icazet sonucu kefalet akdinin sıhhat kazanacağını kabul etmekle beraber, icazetin kefaletin inikadı için aranan şekilde verilmesi gerekeceği görüşünü savunmuştur²⁸⁴. Kefalet sözleşmesini ayırt etme gücüne sahip küçük veya kısıtlı değil de yasal temsilcileri veya velileri yapmışsa, sonradan onay vermek mümkün değildir²⁸⁵. Ayrıca küçük veya kısıtlı, kefalet sözleşmesinin yapıldığı sırada ayırt etme gücüne haiz değil iseler, ilgili sözleşme geçersizdir ve onay verilmesiyle de geçerli hale getirilemez²⁸⁶.

Kanaatimce kanundaki istisnai haller dışında; yasal temsilcinin küçük ve kısıtlı adına yaptığı kefalet sözleşmeleri ile ayırt etme gücüne sahip olmayan küçük ve kısıtlının yaptığı kefalet sözleşmeleri kesin hükümsüzdür.

²⁷⁹ Oser/Schönenberger, Art. 492, N. 80; Özen, **Kefalet**, s.179.

²⁸⁰ Reisoğlu, **Kefalet Hukuku**, s.58.; Beck, Art. 492, N. 14; Oser/Schönenberger, Art. 492, N. 80.

²⁸¹ Özen, **Kefalet**, s.179.

²⁸² Reisoğlu, **Kefalet Hukuku**, s.59.

²⁸³ Özen, **Kefalet**, s.180; Reisoğlu, **Kefalet Hukuku**, s.59.

²⁸⁴ JDT,1929, s.17: “EBK m. 32’ye göre; gerekli izin olmadan yapılan bir sözleşmeye daha sonra medeni hakları kullanma ehliyetine sahip olan akid tarafından icazet verilebilir. Bu hüküm medeni kanuna geçmemiştir. (IBK 410.) Eski hükmün ortadan kaldırılmak istendiğine dair en ufak bir işaret yoktur. Medeni hakları kullanma ehliyetinin kısıtlanmasılhalinde de durum aynıdır. Ancak kanun tarafların menfaati bakımından bir akdin geçerliliğini belli bir şekil şartına tabi tutmuşsa, sonradan medeni hakları kullanmaya ehil hale gelen tarafından böyle bir akde ancak talep edilen şekle riayet halinde icazet verilebilir.” Detaylı bilgi için bkz; Reisoğlu, **Kefalet Hukuku**, s.58, dpn.145.; Özen, **Kefalet**, s.180.

²⁸⁵ Tandoğan, **C. II**, s.76.

²⁸⁶ Tandoğan, **C. II**, s.76, dpn.25.

Son olarak, ayırt etme gücüne sahip küçük ve kısıtlı tarafından yapılan ve sonradan icazet verebilecek kefalet sözleşmesinin tek taraflı bağlamazlık mı yoksa kesin hükümsüz mü olduğu düşünüldüğünde, Özen'in de görüşünü²⁸⁷ destekler nitelikteki kanaatim, kesin hükümsüzlük yönündedir. Çünkü TMK. m. 449 hükmü gereğince, “yasak işlem” kuralı, kanun koyucunun konu ile alakalı olarak net duruşunu göstermektedir. Ayrıca; ilgili hükümsüzlüğün tek taraflı bağlamazlık olmasının pratikte tek yararı, sonradan onay verilerek kefalet sözleşmesi canlandırmaktır. Ancak onay, geçerlilik şekil şartlarına uygun verilmesi gerektiğinden, tarafların kefalet sözleşmesi yapması da aslında zor değildir.

Sınırlı ehliyetsiz kişi ile kefalet sözleşmesi yapan alacaklının iyi niyet iddiaları dinlenmez. Çünkü ehliyetsizlik hususunda iyi niyet iddiası dinlenemeceğinden, kefalet sözleşmesi geçersiz olur. Ancak; eğer ki kısıtlıya ait kısıtlanma kararı ilan edilmemişken alacaklı ile kısıtlı arasında kefalet sözleşmesi yapılmış ise; TMK. m.410/II gereği iyi niyet ileri sürülebilir.

Sınırlı ehliyetsizlere ilişkin son olarak, küçük veya kısıtlı adına, “yasak işlem” olan kefalet yapma yasağının dolanılması yoluyla yapılacak işlemlerin de kesin hükümsüz olacağı belirtilmiştir²⁸⁸. Bu konuda en çok verilen örnek; yasal temsilcinin kendi çıkarı için, kefalet sözleşmesi yapmasının yasak olması sebebiyle küçük ve kısıtlı adına kredi sözleşmesi yapması ve krediyi küçük veya kısıtlı için çekiyormuş gibi göstererek menfaat sağlaması olayıdır. Bu durumda; TMK. m. 449'da ki yasağı dolanma amacı aşıkardır. Böyle bir durumda kanuna karşı hile olduğu varsayılarak, kredi sözleşmesinin de kesin hükümsüz olduğunu belirtmek gerekir²⁸⁹.

²⁸⁷ Özen, **Kefalet**, s.181.

²⁸⁸ Özen, **Kefalet**, s.181.

²⁸⁹“Beck, Reisoglu ve Beck'in atıf yaptığı İsviçre Federal Mahkemesinin bir kararı, kefil olma yasağını dolanmak için yapılan kefalet sözleşmesinin “kesin hükümsüz” değil, iptal edilebilir olduğunu söylemektedirler. Beck, **Art.492** N.18 ve burada atıf yapılan İsviçre Federal Mahkemesi Kararı için bkz. BGE 4V5 II 121. Reisoglu, **Kefalet Hukuku**, s.30.Yazarlar ve Yüksek Mahkemenin bu sonuca varmasının nedeni kefil olma yasağına aykırı düşen sözleşmeleri “kesin hükümsüz” değil de “tek taraflı bağlamaz” saymalarıdır. Yazarlara göre yasağı aykırı kefalet sözleşmeleri kefil bağlamayacağından, bu yasağı dolanmak için yapılan kredi sözleşmeleri de kefil bağlamayacak ve kefil ilgili sözleşmeyi iptal edebilecektir. Nitekim “tek taraflı bağlamazlık” ve “iptal edilebilirlik”, konumuzu oluşturan yasağı aykırı kefalet sözleşmelerinin geçersizliği hakkında eş anlamlı olarak kullanılmaktadır. Bkz. Giovanoli, ART.492, N.38. Yasağı aykırı kefalet sözleşmesinin “kesin hükümsüz” olduğunu kabul edenler için, bu yasağı dolanmak amacıyla yapılan kredi sözleşmesinin de kesin hükümsüz sayılması gerekir. Kanuna

4. Sınırlı Ehliyetli Kişilerin Kefalet Ehliyeti

Sınırlı ehliyetlilerin²⁹⁰, kefalet sözleşmesi yapabilmeleri için yasal danışmanın izni gerekir (TMK. m. 429). Aynı şekilde TBK. m. 584 ile evli kişilerin kefil olma ehliyetini sınırlayan bir düzenleme getirilmiştir. Buna göre, evli kişilerin yaptığı kefalet sözleşmesinin geçerliliği diğer eşin rızasına bağlıdır²⁹¹.

Gelişi güzel bir biçimde, kendi mali olanaklarını aşacak şekilde kefalet yükümlülüğü altına giren kişinin bu tutumu, ileride tutumunu değiştirme olasılığı görünmüyorsa bir kısıtlama sebebi olarak dikkate alınabilir²⁹². Bu durumda bir kısıtlanma halinde, yasal temsilcinin TMK. 429. hükmünce, izin veya onayı olmadan kefil olunamaz²⁹³. Bir kimseye yasal danışman atandığı ilan edilmemişse, o kişinin kefil olma ehliyeti bakımından ortaya çıkan sınırlama, iyi niyetli 3. kişiye karşı ileri sürülemez²⁹⁴.

5. Özel Durumlara İlişkin Kişilerin Kefalet Ehliyeti

Bir kişiye kayyum tayin edilmesi kefalet ehliyetine zeval vermez. Bu kişiler tek başlarına kefil olabilirler²⁹⁵. Bir kişiye konkordato için verilen sürenin ilanından itibaren, o kişinin kefil olma ehliyeti İİK m. 290/II'ye göre²⁹⁶ sınırlanır²⁹⁷. Bu kişi

karşı hilenin yaptırımı, dolanmak istenilen hükmün ve bu hükümde var olduğu kabul edilen yaptırımın uygulanmasıdır. O halde, TMK. m. 492'nin kefil olma yasağına aykırı işlemler için öngördüğünü kabul ettiğimiz kesin hükümsüzlük yaptırımını, bu yasağı dolanmak için yapılan hukuki işleme uygulamamız kaçınılmazdır..." Bkz, Özen, **Kefalet**, s.182, dpn.73.

²⁹⁰ Sınırlı ehliyetliler, ayırt etme gücüne sahip, ergin ve kısıtlanmamış kimselerdir. Bu yönüyle, durumları tam ehliyetlilere oldukça yakındır. Bu kişilerin ehliyetli olmaları kural, ehliyetsizlikleri istisnadır. Ayırt etme gücüne sahip ve kısıtlanmamış evli kişiler (TMK. m. 184; 194; 199) ile TMK. m. 429 uyarınca yasal danışman atanan kişiler sınırlı ehliyetli sayılırlar. Bu kimseler ehliyetlerinin sınırlandığı işlemler dışındaki tüm işlemler bakımından tam ehliyetlidir. Ayrıca tam ehliyetliler gibi haksız fiil sorumlulukları tamdır. Mehmet Ayan/Nurşen Ayan, **Kişiler Hukuku (Genel Bilgiler, Gerçek Kişiler, Tüzel Kişiler)**, Ankara, Mimoza, 2007, s. 26-29; Hatemi/Kalkan Oğuztürk, **Kişiler**, s. 40.

²⁹¹ Eşin rızasının ehliyet şartı olduğu görüşü hakkında bkz.Bl. 2, Ba. VII.

²⁹² Beck, Art. 492, N. 14.

²⁹³ Özen, **Kefalet**, s. 183.

²⁹⁴ Beck, Art. 492, N. 15.

²⁹⁵ Beck, Art. 492, N. 15; Gümüş, **Borçlar Özel**, s.341; Reisoğlu, **Kefalet Hukuku**, s.59; Özen, **Kefalet**, s. 183.

²⁹⁶ İİK m. 290 f.2'ye göre; "Borçlu, icra mahkemesinin izni dışında mühlet kararından itibaren rehin tesis edemez, kefil olamaz, taşınmaz ve işletmenin devamlı tesisatını kısmen dahi olsa devredemez ve takyit edemez ve ivazsız tasarruflarda bulunamaz. Aksi halde yapılan işlemler hükümsüzdür."

²⁹⁷ Özen, **Kefalet**, s. 183; Reisoğlu, **Kefalet Hukuku**, s.58.

tarafından yapılan kefalet sözleşmesi geçersiz olur²⁹⁸. Bu geçersizlik kesin hükümsüzlüktür. İlandan itibaren, konkordato komiserince verilecek izin veya konkordatonun reddine ilişkin çıkacak karar bile olsa ilgili kefalet sözleşmesi geçerli hale gelmez²⁹⁹.

Bir kişinin iflas etmesi, o kişinin kefalet sözleşmesini yapmasını engellemez³⁰⁰. İİK m. 191³⁰¹ hükmünce, iflasın açılmasıyla birlikte tasarruf yetkisi müflis açısından ortadan kalksa da kefalet sözleşmesi yapmasına engel bir husus yoktur. Çünkü kefil olmak bir borçlandırıcı işlemdir. Ne var ki hakkında iflas açılmış biriyle kefalet sözleşmesi yapan alacaklı, kefalet sözleşmesinden kaynaklanan alacağını iflas masasına karşı ileri süremez. İflas kaldırıldıkta sonra kefilden talepte bulunabilir³⁰².

Kefil olma ehliyetine ilişkin; noterler adına kanundan doğan özel bir sınırlama hali de mevcuttur. Noterlik Kanunu m. 50/III fıkrası ile, noterlerin kefalet ehliyetleri yasaklanmıştır. Dolayısıyla noterler hiçbir şekilde kefalet sözleşmesi yapamazlar³⁰³. Ancak bu kurala aykırılık geçersizlik sebebi oluşturmamakla birlikte, Noterlik Kanunu 157/I hükmünce, disiplin cezası olarak kararlaştırılan bir fiil niteliğinde olduğu kabul edilir³⁰⁴.

C. TÜZEL KİŞİLERİN KEFİL OLMA EHLİYETİ

Tüzel kişileri³⁰⁵, özel hukuk tüzel kişileri ve kamu hukuku tüzel kişileri olarak iki grupta toplamak mümkündür. Özel hukuk tüzel kişileri şirketler, dernekler ve

²⁹⁸ Reisoğlu, **Kefalet Hukuku**, s.58; Özen, **Kefalet**, s. 183.

²⁹⁹ Özen, **Kefalet**, s. 183; Reisoğlu, **Kefalet Hukuku**, s.58.

³⁰⁰ Özen, **Kefalet**, s. 183; Tandoğan, **C. II**, s.727; Reisoğlu, **Kefalet Hukuku**, s.29.

³⁰¹ İİK m. 191 f/1'e göre; "Borçlunun iflas açıldıktan sonra masaya ait mallar üzerinde her türlü tasarrufu alacaklılara karşı hükümsüzdür."

³⁰² Guhl, s.37; Tandoğan, **C. II**, s.37.

³⁰³ Bilgen, **Kefalet ve Yargılama Hukukuna İlişkin Uyuşmazlıklar/6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Işığında**, s.72.

³⁰⁴ Tandoğan, **C. II**, s.730.

³⁰⁵ Tüzel kişiler, ortak bir amacın sürekli olarak gerçekleşmesini sağlayacak örgütlenmeye sahip kişi veya mal topluluklarına birleşen kişilerden veya malı tahsis eden kişiden bağımsız kişileri ifade eder. Gerçek kişilerin faniliği ve güçlerinin sınırlı olması gerçeği karşısında bir kısım işleri başarabilmek amacıyla ihdas edilen tüzel kişiler, gerçek kişi gibi hukuk düzeninin bir öznesi kabul edilmiştir. Buna göre, tüzel kişiler de gerçek kişiler gibi hak ve fiil ehliyetine sahiptir. Ancak tüzel kişilerin hak ve fiil ehliyeti, amaçlarını gerçekleştirmeye yönelik ve bunla sınırlıdır. Öte yandan tüzel kişiler, gerçek kişilerden bünyeleri itibarıyla farklı olmaları itibarıyla, TMK. m. 48' e göre; cins, yaş, hısımlık gibi sadece insan özgü olan vasıflar dolayısıyla gerçek kişilere tanınan haklardan yararlanmazlar. Bu konuda ayrıntılı bilgi

vakıflardır. Bunların ehliyetleri Medeni Kanun ve Ticaret Kanunu hükümlerine tabi tutulmuştur. Kamu hukuku tüzel kişilerinin ehliyetleri ise; bunlara tüzel kişilik tanıyan yasalara göre belirlenmiştir³⁰⁶.

Medeni hukuk tüzel kişileri olarak adlandırılan dernek ve vakıfların ehliyeti bakımından, ultra vires kuralı (amaç dışı işlem yapma yasağı) etkili olur. Dolayısıyla kefalet sözleşmesinin dernek veya vakfın amacının gerçekleşmesine hizmet etmesi aranır. Dernek veya vakfın; amacının kazanç elde etmek olmaması ve kamusal bir yararlarının olması sebebiyle, amacına uygun olmayan işlemler yönünden ehliyetsizlik tedbiri ile korunması zorunluluğunu doğurmuştur³⁰⁷. Bu sebeple; ilgili tüzel kişilerin kuruluş belgelerinde kefalet sözleşmesi yapabilmeleri hususunun sarıh bir şekilde belirtilmesi kanaatimce ilerde çıkabilecek uyuşmazlıkların önünü kapatacaktır.

6102 sayılı Kanun'da tüzel kişi şirketlerin ehliyetine ilişkin düzenlemede (TTK m. 125/II), eTTK m. 137 hükmünün aksine ultra vires ilkesine yer verilmemiştir. Buna göre ticaret şirketlerinin, medeni hukuk tüzel kişileri gibi, ultra vires kuralına (amaç dışı işlem yapma yasağı) sıkı sıkıya bağlı olmadığı görülmektedir.

TTK m. 125'e göre; *"Ticaret şirketleri, Türk Medenî Kanununun 48 inci maddesi çerçevesinde bütün haklardan yararlanabilir ve borçları üstlenebilirler. Bu husustaki kanuni istisnalar saklıdır."* denilerek, ultra vires kuralından söz edilmeyerek, kanaatimce; ticari hayatın normal seyri ve hızlı akışını gözetken kanun koyucu, uygulama ile kanunda birliği sağlamıştır.

Yargıtay da 6726 sayılı Eski Ticaret Kanunu m. 137 hükmüne ilişkin son dönem kararlarında, kefalet ehliyeti bakımından ultra vires ilkesini geniş yorumlamaya başlamıştır³⁰⁸. Böylece bir ticari şirketin kefil olduğu borcun, o şirketin faaliyet alanı

için bkz. Hüseyin Hatemi, **Medeni Hukuk Tüzel Kişileri I** (Giriş, Tarihi Gelişim, Eski Vakıflar) İstanbul, Sulhi Garan Matbaası, 1979, s. 1; Ayan/Ayan, s. 123; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, **a.g.e.** s. 274.

³⁰⁶ Reisoğlu, Kefalet, s.53. Turgut Akıntürk, **Türk Medeni Hukuku, Yeni Medeni Kanun'a Uyarlanmış Başlangıç Hükümleri**, Kişiler Hukuku, C.I, Yenilenmiş 4. Bası, İstanbul 2002, s. 102.

³⁰⁷ Tandoğan, **C. II**, s.730,731; Özen, **Kefalet**, s.184.

³⁰⁸ Yarg.11. HD. T. 23.03.1982, E. 851/ K. 1225 karar için bkz. Tandoğan, **C. II**, s.734-735.

içinde olma kıstası terk edilmiştir³⁰⁹. Bu koşulun ortadan kalkması ile ticari şirketler, kredi alma ihtiyaçlarını karşılayabilmek için faaliyet konuları arasında hiçbir benzerlik bulunmasa dahi birbirlerine kefil olabileceklerdir.

Dernek ve vakıflar haricinde ticari şirketlerde ultra vires ilkesinden vazgeçiliyor olsa da, kefalet ehliyetlerini incelediğimizde; TTK m. 125 hükmüne, şirketlerin kanuni ve iradi temsilcilerine sınırsız bir yetki verilmiş değildir. Bu sebeple; şirketlerin yapacağı kefalet sözleşmelerine ilişkin ehliyet konusu, şirket türlerine özgü kurallara bırakılmış ve kural yoksa Türk Medeni Kanunu'ndaki kuralın geçerli olacağı bildirilmiştir³¹⁰. Fiil ehliyeti; şahıs (kollektif ve komandit) ve sermaye (limited ve anonim) şirketlerinin ortaklarına etkisi yönünden farklı şekilde düzenlenmiştir³¹¹.

Kollektif şirket yönetiminin kapsamı TTK m. 223'de düzenlenmiştir. Bu madde hükmüne; kollektif şirketlerin sadece bağışlama yapması değil, kefalet ve garanti sözleşmeleri gibi birçok önemli konuda, oy birliğiyle karar alması gerektiği belirtilmiştir³¹².

³⁰⁹ Eski içtihadına örnek teşkil eden bir kararında, "...kefil olmanın, şirketin maksadı ve mevzuu ile ilgili görülebilirse, şirketin mutat muamelelerinden sayılacağı görüşünü benimsemiş ve tirikotaj ve tuhaftıyeciliğin şirketin mevzuuna girdiğini tespit ettikten sonra iplik alım satımı için şirketçe verilen kefaletin geçerli olduğu" hükmüne varılmakla, şirketin, "işletme mevzuu çerçevesi içinde kalan mutat iş ve muamelelerden ibaret olduğu kabul edilmiştir. Yarg. Tic. D., T. 10.12.1960, E: 3281, K: 3381, **İlmi ve Kazai İçtihat Dergisi**, 1961, s. 4276. "Kaldı ki, şirket statüsünün 5. maddesinde, şirketin işgal mevzuu otomobil yedek aksamı parekendeciliği yapmak olup, aynı kanunun 137. maddesi gereğince ortaklıkların hukuki ehliyeti şirket sözleşmesinde yazılı işletme konusunun çevresi içinde kalmakla sınırlıdır. Bu bakımdan konularına girmeyen işlerde hakları iktisap ve borçları iltizam edemezler. Dava konusu borç, şirket mevzuuna giren işlerden bulunmadığından davalının bu yönden de sorumlu tutulmaması gerekir." (Çevrimiçi) <http://www.kazanci.com>, (Erişim Tarihi: 20.01.2019).

³¹⁰ Ahmet Battal, **Kefalet Ehliyeti Yönünden Şahıs ve Sermaye Şirketleri**, BFHD- Cilt.1, Sayı.2, Legal,2012, s.42.

³¹¹ Sarı İyim, **Alman Hukuku Kıyası ile Kefalet Sözleşmesinin Geçerlilik Şartları**, s. 17.

³¹² TTK m. 223'e göre; "Şirketin yönetimi kapsamındaki hususlar, şirketin amacını ve konusunu elde etmek için yapılması gereken olağan işlem ve işlemlerle sınırlıdır. Şirketi yönetenler, şirket menfaatine uygun gördükleri işlemlerde, olağan işlem ve işlemlerle sınırlı olmak şartıyla, sulh, feragat ve kabul ile tahkime de yetkilidirler. Şu kadar ki, bağışta bulunmak, kefil olmak, üçüncü kişi lehine garanti vermek, ticari mümessil tayin etmek ve şirket konusuna girmiyorsa taşınmazları satmak, satın almak, teminat göstermek, şirketin özüne ilişkin üretim araçlarını elden çıkarmak, rehnetmek veya ticari işletme rehni kurmak gibi olağan iş ve işlemler dışında kalan hususlarda ortakların oybirliği şarttır."

Komandit şirketler için ise; TTK m. 223, TTK m 317³¹³'deki atıf sebebiyle, kollektif şirketlere özgü oybirliği esası aynen geçerlidir. Anlaşıldığı üzere; TTK m. 223 şahıs şirketleri için genel hüküm niteliğindedir³¹⁴.

Sermaye şirketleri için özel bir düzenleme bulunmamaktadır³¹⁵. TTK m. 371/II anonim şirkette temsil yetkisini düzenlemektedir. İlgili hükümde; *“Temsile yetkili olanların, üçüncü kişilerle, işletme konusu dışında yaptığı işlemler de şirketi bağlar; meğer ki, üçüncü kişinin, işlemin işletme konusu dışında bulunduğunu bildiği veya durumun gereğinden, bilebilecek durumda bulunduğu ispat edilsin.”* denilerek, temsil eden organ tarafından, işletme konusu dışında bile olsa, üçüncü kişiler ile yapacağı hukuki işlemlerin şirketi bağlayacağı belirtilmektedir. Ancak bu işlemin işletme konusu dışında kaldığını üçüncü kişi biliyorsa, bu durumda işlem şirketi bağlamayacaktır. Kanun koyucu burada üçüncü kişinin iyi niyetini koruma altına almıştır. Ancak, temsilde yetkili organın üçüncü kişilerle yapacağı işlemleri de işletme konusu ile sınırlandırmıştır.

Burada kanaatimce, ultra vires ilkesinin Yargıtay içtihatları ışığındaki son durumu ile TTK m. 371/II'de yer alan anonim şirketlerin hukuki işlem yapması konusunda “işletme konusu sınırı” çelişki yaratmaktadır. Günümüz ticari koşullarının gelişmekte ve hızla değişmekte olduğu düşünüldüğünde ultra vires ilkesinden, en azından sermaye şirketleri nezdinde vazgeçmiş Yargıtay, oluşturduğu içtihatlarla³¹⁶ TTK m. 371/II'de yer alan işletme konusu sınırının aşılmasını sağlamıştır.

³¹³ TTK m. 317'göre; “Şirket ve ortakların üçüncü kişilerle olan ilişkilerinde, bu bölümdeki özel hükümler saklı kalmak şartıyla, kollektif şirkete ilişkin 232 ilâ 242. maddeler uygulanır.”

³¹⁴ Battal, **Kefalet Ehliyeti**, s.53.

³¹⁵ Battal, **Kefalet Ehliyeti**, s.53.

³¹⁶ “...TTK.`nın 137. Maddesi gereğince ticaret ortaklıkları tüzel kişiliği haiz olduğundan şirket ana sözleşmesinde yazılı işletme konusu çevresi içinde kalmak koşulu ile bütün hakları edinebilir ve borçları yüklenebilirler. Ticaret ortaklıklarının işletme konuları içinde (kefalet etmek) gibi işlemler yer almaz. Bir ticaret işletmesinin belli konudaki faaliyetini sürdürebilmesi için gerektiğinde kredi temini yoluna gitmesi ve bu nedenle başkasının kefaletini temin etmesi iktiza ettiği gibi aynı suretle başkasına kefil olması olanağı da vardır. Olayda iki davalının ortağı bulundukları kollektif şirketi her iki ortağın ayrı ayrı müferrerden temsil ve borçlandırmağa yetkisi vardır. Kendilerinin ortaklığın işlerini yürütmeleri TTK.`nın 160. maddesi hükmüne dayanmaktadır. Bu yetkinin kapsamı aynı kanunun 165. maddesi hükmü ile sınırlıdır. Bu hükme göre şirketin idaresine giren hususlar ortaklık amaç ve konusunu gerçekleştirmek için yapılması gereken mutad işlem ve işlerden ibarettir. Şirketi idare edenler ortaklık menfaatlerine uygun gördükleri işlerde sulh, kabul ve feragat ile tahkime dahi yetkilidirler. Teberruda bulunmak ve ortaklık konusuna girmiyorsa taşınmazları satmak ve satın almak ve teminat olarak göstermek gibi mutad

Diğer taraftan, kısmen de olsa ortaklık yapıları ve müdürleri aynı olan anonim şirketlerin, banka ile kredi sözleşmesi yapılmasında birbirlerine kefil olmaları durumunda, krediden yararlanıp, sonradan “işletme konusu” sınırını ileri sürerek, kefaletin geçersizliği iddia etmeleri, dürüstlük kurallarına aykırılık teşkil edecektir. Yargıtayca da desteklenen bu görüşe göre³¹⁷; “Kısmen ortak ve yöneticilerinin aynı olduğu iki anonim şirketin, kredi alırken kefalet veya ipotek vermesi, sonrasında esas borcun ödenmemesi sebebiyle şirketlerden biri adına hukuki yollara girilmesi durumunda, kefalet veya ipotek vermenin şirketin konusuna girmediği iddiasına sığınmak, MK m.2 hükmünce objektif iyi niyet kurallarına aykırılık olacağı...” benimsenmiştir.

Son olarak, ticari şirketlere ait kefalet sözleşmesi akdedilirken, usulen bir veya birkaç yöneticinin sözleşmeyi imzalarken, ticaret unvanının altını imzalamaları gerekmektedir³¹⁸. Yargıtay emsal bir kararında,³¹⁹ “Bu kişi kredi mukavelesini şirket adına imzaladığını belirtmişse de, şirkette imza yetkisinin bulunmaması ve bu davalıya şirketin verdiği vekaletnamenin de (22.03.1986) tarihli olup, kredi mukavelesinin tanziminden sonraki tarihe ait bulunması nedeniyle, bu imzanın şirketi bağlayıcı bir yönü bulunmamaktadır. Kaldı ki imza şirket kaşesinin de tamamen uzağa ve açığa atılmakla müstakil bir durum da arz etmektedir...” diyerek, usulü bir sınırlama belirtmiştir.

Kamu tüzel kişileri nezdinde ehliyet hususu, bu tüzel kişilikleri kuran yasalarla belirlenmektedir.³²⁰ Buna bağlı olarak kefalet sözleşmesi yapabilme ehliyetleri de bu

iş ve muameleler dışında kalan hususlarda ortakların ittifakı şarttır. Uyuşmazlık konusu olan kefalet, mutad iş ve muameleler arasına girer.” Yarg. 11. HD E. 1978/7 K. 1978/354 T. 7.2.1978, (Çevrimiçi), <http://www.kazanci.com>, (Erişim Tarihi: 20.01.2018) Aynı yönde güncel karar bkz, Yarg. 11. HD E. 2015/12054 K. 2016/6142 T. 2.6.2016, (Çevrimiçi), <http://www.kazanci.com>, (Erişim Tarihi:10.01.2019), Tandoğan, C. II, s.734,735.

³¹⁷ Yarg. 11. HD. 08.02.1985,6019/574; Detaylı bilgi için bkz, Reisoğlu, **Kefalet Hukuku**, s.56, dpn.138.

³¹⁸ Reisoğlu, **Kefalet Hukuku**, s.57.

³¹⁹ Yarg. 11. HD. 13.05.1986,2417/2891; Detaylı bilgi için bkz, Reisoğlu, **Kefalet Hukuku**, s.57, dpn.139. Aynı yönde kararlar için bkz. Yarg. 19. HD E. 2018/1854 K. 2018/6354 T. 5.12.2018 (Çevrimiçi), <http://www.kazanci.com>, (Erişim Tarihi:19.05.2019)

³²⁰ Reisoğlu, **Kefalet Hukuku**, s.57.

yasaların içerisinde verilebilecek yetki ile çözümlenebilecektir ³²¹. Eğer ki böyle bir yetki verilirse, kamu tüzel kişilerinin kefil olma ehliyeti vardır.

Kooperatifler 1163 sayılı Kooperatifler Kanunu'na tabi özel hukuk tüzel kişileridir. İlgili kanunda kooperatiflerin kefalet ehliyetine ilişkin bir düzenleme bulunmayıp, kanunun 98. Maddesinde; *“Bu kanunda aksine açıklama olmayan hususlarda Türk Ticaret Kanunundaki anonim şirketlere ilişkin hükümler uygulanır.”* denildiğinden kooperatifler hakkında da TTK m. 125/II, MK m. 48 ve anonim şirketler hakkında kanuni istisna hükmü olan TTK 371/II hükmü uygulanacaktır³²².

V. KEFALET SÖZLEŞMESİNİN İMKÂNSIZ, KİŞİLİK HAKLARINA, HUKUKA VEYA AHLAKA AYKIRI OLMAMASI

Sözleşme özgürlüğü (TBK. m. 26) ilkesi uyarınca, taraflar sözleşme konusunu belirleme serbestisine sahiptir. Ancak tarafların bu haklarını, kanunda öngörülen sınırlar içerisinde kullanacakları hüküm altına alınmış, buna aykırı sözleşmelerin kesin hükümsüz olacağı belirtilmiştir (TBK. m. 27/I). Buna göre, kefalet sözleşmesinin geçerliliği için, emredici hukuk kurallarına, kamu düzenine³²³, kişilik haklarına³²⁴ ve ahlaka aykırı olmaması³²⁵ ayrıca imkansız³²⁶ olmaması gereklidir.

³²¹ Reisoğlu, **Kefalet Hukuku**, s.57.

³²² Reisoğlu, **Kefalet Hukuku**, s.57.

³²³ Kamu düzeni, toplumun önemli ve doğrudan doğruya menfaatlerini koruyan hukuk kurallarını ifade eder. Bütün kişi özgürlükleri gibi sözleşme serbestisinin de kamu düzenine aykırı olmayacak şekilde kullanılması gerekir. Şayet sözleşme, kamu düzenini koruyan bir hükme aykırı ise emredici hukuk kurallarına aykırılığın varlığı kabul edilecektir. Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp, **a.g.e.**, s. 540; Eren, **Borçlar Genel**, s. 342; Oğuzman/Öz, **C. I**, s. 83. Buna karşılık öğretide sözleşmenin kanun hükmüne aykırı düşmedikçe kamu düzenine aykırılığının esas alınmasının tehlikeli bir belirsizliğe yol açacağı, bu sebeple, kanundaki bir hükme aykırı düşmeyen bir hususun kamu düzenine aykırı olduğunun ileri sürülemeyeceği görüşü hakkında bkz. Hüseyin Hatemi, **Hukuka ve Ahlaka Aykırılık Kavramı ve Sonuçları**, Özellikle BK m. 65 Kuralı, İstanbul, s. 42.

³²⁴ Kişilik hakkı, mutlak hak niteliğinde olan ve kişilik değerlerini koruma kapsamına alan temel kişi varlığı hakkıdır. Kanun koyucu, kişinin, TBK. m. 27 ile kişilik hakkının koruma alanına giren hak ve fiil ehliyeti ile özgürlüğünden vazgeçmesini, hukuka aykırı saymıştır. Hüseyin Hatemi/Burcu Kalkan Oğuztürk, **Kişiler Hukuku (Gerçek Kişiler-Tüzel Kişiler)**, İstanbul, Vedat, 2013, s. 12.; M. Kemal Oğuzman/ Özer Seliçi/ Saibe Özdemir Oktay, **Kişiler Hukuku (Gerçek ve Tüzel Kişiler)**, İstanbul, Filiz, 2016, s. 39.

³²⁵ TBK. m. 27 ile kanun koyucu, genel ahlaka aykırı sözleşmelerin geçersiz olacağını hükme bağlamıştır. Genel ahlak kavramı ile kastolunan, bir toplumda, belirli bir zamanda orta zeka da, dürüst ve makul kişilerin düşünce ve telakkileridir. Sözleşmelerin ahlaka aykırılığı, bizzat sözleşmenin yapılması ya da sözleşmenin içerdiği edimin ahlaka aykırı olması veya sözleşmenin amacının ahlaka aykırı olması şeklinde söz konusu olabilir. Kanun koyucu genel ahlaka aykırı işlemlerin geçersiz olacağını kabul

Ahlaka ve kişilik haklarına aykırılık konusunda üzerinde durulması gereken mesele, kefilin üstlenmiş olduğu kefalet borcunu, mali olanaklarının elvermemesi sebebi ile yerine getiremeyecek olmasının, kişilik haklarına veya ahlaka aykırı sayılmasının mümkün olup olmadığıdır³²⁷.

İsviçre Federal Mahkemesi önüne gelen bir uyuşmazlıkta, kefilin kendi mali olanaklarını aşacak şekilde kefalet altına girmesinin, ahlaka aykırı olmadığına hükmetmiştir³²⁸. Federal Mahkeme Kararının da yardımıyla TMK. m. 23/II hükmünü yorumlayan yazarlar³²⁹; bu hükmün, kişiyi sadece kişilik haklarını ahlaka aykırı biçimde ihlal eden sözleşmelerde uygulanacağını, ancak kişinin ekonomik gücünün üzerinde yükümlülük altına girmesine engel olmayacağını belirtmişlerdir. Buna göre, bir sözleşmenin ahlaka aykırılığı, sözleşmenin içeriğine göre saptanacaktır. Olayda her ne kadar kefilin, müteselsil olarak 84 bin Frank borç altına girmesi, kendisinin ödeme gücünü aşıya da, onun sahip olduğu malvarlığı değerleri göz önüne alındığında, kefalet borcunun önemli bir kısmını ifa edebilecek olması kanaatini uyandırmıştır. Bu sebeple, kefalet sözleşmesinin ahlaka veya kişilik haklarına aykırılığı iddiası yerinde görülmemiştir.

Federal Mahkeme bu kararı ile kefalet sözleşmesinin bakımından ahlaka aykırılığı; kefilin mali durumunu ve kefilin üstlendiği yükümlülüğü yerine getirip getiremeyeceği hususları açısından dikkate almıştır. Böylece kefilin üstlenmiş olduğu yükümlülüğü, kendi malvarlığıyla, mali durumunda esaslı değişiklik olmadığı sürece yerine getiremeyecek olduğu sözleşmelerin ahlaka aykırı olacağı neticesine ulaşılmıştır. Dolayısıyla kefilin kefalet borcunu yerine getirmesini, ekonomik açıdan fevkalade güç duruma düşüren sözleşmeler, TMK. m. 23/II anlamında ahlaka aykırılık yaptırımına tabi

etmekle, ahlak kurallarının toplumsal düzen açısından önemine dikkat çekmiştir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Hatemi, **Ahlaka Aykırılık**, s. 83; Antalya, **Borçlar Genel C. I**, s. 382; Eren, **Borçlar Genel**, s. 338-342.

³²⁶ Sözleşmenin yapılmasından önce ortaya çıkan objektif nitelikteki imkansızlığın varlığı, sözleşmenin kesin hükümsüz olması sonucunu doğurur. Bu imkansızlık fiili bir imkansızlık olabileceği gibi hukuki bir imkansızlık da olabilir. Oğuzman/Öz, **C. I**, s. 87; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp, **a.g.e.**, s. 542; Eren, **Borçlar Genel**, s. 342.

³²⁷ Elçin Grassinger, **Kefilin Hakları**, s. 70.

³²⁸ BGE 95 II 58, bkz, Özen, **Kefalet**, s. 257, dp.224.

³²⁹ Kocayusufpaşaoğlu, **Borçlar**, s. 577; Özen, **Kefalet**, s. 257-258.

olacaktır. Bu noktada somut olayın kendi şartları çerçevesinde, kefalet yükümlülüğünün miktarı ile kefilin ekonomik durumu dikkate alınacaktır³³⁰.

İkinci olarak, öğretide alacaklının, asıl borçlunun bu alacağa olan ihtiyacını ve kefil ile asıl borçlu arasındaki ilişkiyi kötüye kullanarak, kefil, çok ağır yükümlülük altına sokması halinde de ahlaka aykırılığın söz konusu olacağı belirtilmiştir³³¹. Örneğin; maddi imkânı olmadığı halde asıl borçlunun zor durumda olduğunu ve kurtuluş yolunun ancak alacaklının vereceği kredi alacağına olduğunu görerek kefalet altına giren kefilin, mali durumunun çok üzerinde sorumluluk altına girerek kefalet sözleşmesine taraf olması halinde, sözleşmenin ahlaka aykırılığı iddiası geçerli sayılacaktır³³².

Nitekim Alman Anayasa Mahkemesi, kendine ait malvarlığı olmayan ve mesleki eğitimi bulunmayan 21 yaşındaki işsiz çocuğun, babasının 2.4 milyon Marka ulaşan bir asıl borç için verdiği kefaletle ilişkin uyuşmazlıkta, sözleşmenin ahlaka aykırı olduğuna hükmetmiştir³³³.

Sözleşmenin kesin hükümsüz olması sonucu doğuran bir diğer durum ise konusu veya amacı genel ahlaka aykırı sözleşmelerin geçersiz olmasıdır³³⁴. Öğretide hâkim görüşe göre, ahlaka aykırılık sebebiyle TMK. m. 23/II ve TBK. m. 27/I (eBK m.

³³⁰ Elçin Grassinger, **Kefilin Hakları**, s. 70.

³³¹ Özen, **Kefalet**, s. 257 vd.

³³² Honsell, OR 292; Reinicke/Tiedtke, s. 613; Elçin Grassinger, **Kefilin Hakları**, s. 70.

³³³ Karar gerekçesine göre, “...Sözleşmenin içeriği bir taraf için çok aşırı yük getiriyorsa ve menfaatler dengesini açıkça bozuyorsa, mahkemeler, “sözleşme sözleşmedir” düşüncesi ile karar vermemelidir. Sözleşmede yer alan hükümlerin mahiyetleri itibarıyla taraflar arasındaki dengeyi bozup bozmadığına bakmak gerekir. Tarafların üstlendikleri yükümlülükler arasında dengenin bozulduğu göz ardı edilmişse anayasa ile güvence altına alınan irade serbestisi prensibine aykırılık söz konusudur. Federal Mahkeme kararına konu olayda kefil, teminat sözleşmesinden şahsi menfaati olmaksızın, kefil koruyucu hükümlerden de önceden feragat ederek müteselsil kefil olarak yükümlülük altına girmiştir. Alacaklının ne bu durumu ne de kefilin yaşı ve eğitimini de dikkate alarak, üstlenmiş olduğu yükümlülüğü kendi gücü ile hayatının sonuna kadar yerine getirmesinin imkansızlığını dikkate almaması, irade serbestisine aykırı sayılmalıdır.” Karar için bkz. BGH NJW 1989, 1605. Aktaran: Elçin Grassinger, **Kefilin Hakları**, s. 71, dpn.23.

³³⁴ “...Asıl borcun geçersizliği iadeye ilişkin borcun da geçersizliği sonucunu doğuracak hallerde söz konusu olabilir. Örneğin ahlaka ve adaba aykırı bir gayenin gerçekleşmesi için verilen paranın gayenin gerçekleşmemesi halinde iadesine kefalette Borçlar Kanunu’nun 65. Maddesi hükmünce bu iade borcunun geçerli bir surette doğduğundan söz edilemez...” (Yargıtay HGK. E. 1976/13-22 K. 1977/216 T. 9.3.1977), (Çevrimiçi), <http://www.kazanci.com>, (Erişim Tarihi:20.01.2019) bkz. Seyman, **a.g.e.**, s.90., (www.kazanci.com.tr, 15.07.2013) Aynı yönde kararlar için bkz; Yarg. 23. HD E. 2015/9886 K. 2018/3074 T. 10.5.2018; Yarg.13. HD E. 2015/27857 K. 2018/2958 T. 12.3.2018 (Çevrimiçi), www.kazanci.com.tr, (Erişim Tarihi:20.01.2019).

20/I) gereği geçersiz olan kefalet sözleşmesi kendiliğinden kesin hükümsüz olacaktır³³⁵. Buna karşılık Hatemi, ahlaka aykırılık halinde, kesin hükümsüzlük yaptırımının doğrudan uygulanması yerine, ahlaka aykırılığın niteliğine göre, belirli koşulların varlığı halinde kefilin sorumluluğunun indirilmesi tedbirine başvurulması gerektiği görüşündedir³³⁶. Yazara göre, hâkim tarafından, ahlaka aykırılık teşkil eden düzenlemenin bütünü ile mi yoksa belli sınırları aştığı için mi ahlaka aykırılık teşkil ettiği araştırılmalıdır. Bu kapsamda, kefaletin belirli sınırları aştığı için kefile aşırı ölçüde sorumluluk yüklediği kanaatine varılırsa, hâkim somut olayın koşulları çerçevesinde, takdir yetkisini kullanacak ve sorumluluk miktarı belli ölçüde indirecektir.

Son olarak, kefalet sözleşmesinin geçerliliğinin değerlendirilmesinde imkansızlık hususuna değinelim. TBK. m.27'ye göre sözleşmenin akdedilmesi esnasında imkansızlık mevcut ise, sözleşme kesin hükümsüz sayılacaktır³³⁷. Asıl borç, esas borçlunun kusuru olmaksızın sonradan imkansız hale gelmiş ise, asıl borç ile birlikte kefalet sözleşmesi de geçersiz hale gelecektir. Burada bahsedilen imkansızlık sonraki objektif imkansızlıktır. Ancak, kefilin ödeme güçlüğünden kaynaklı subjektif bir imkansızlık var ise, bu durumda kefil kefalet borcundan kurtulamaz³³⁸. Ayrıca; sonradan ortaya çıkan imkansızlıkta kefilin kusuru varsa, kefil sorumluluktan kurtulamaz³³⁹.

VI. MUVAZAA BULUNMAMASI

Bir sözleşmede muvazaa, tarafların yaptıkları sözleşmenin hiç hüküm doğurmaması veya görünüşteki sözleşmeden başka bir sözleşmenin hükümleri doğurması yönünde anlaşmalarıdır³⁴⁰. Bu anlaşma ile taraflar, üçüncü kişilere karşı istemedikleri beyanlarıyla meydana gelen sözleşme ile görünmeyi, ama gerçekte

³³⁵ Elçin Grassinger, *Kefilin Hakları*, s. 72.

³³⁶ Hüseyin Hatemi, *Türk Hukukunda Hukuka ve Ahlaka Aykırı Amaçla Verilenin Geri Alınmaması Kuralı*, BK. Md. 65, İstanbul, y.y, 1973, s. 218.

³³⁷ Develioğlu, *Kefalet Sözleşmesini Düzenleyen Hükümler Işığında Bağımsız Garanti Sözleşmeleri*, s. 189.

³³⁸ Özen, *Kefalet*, s. 257 vd

³³⁹ Sungurbey, *İsviçre Borçlar Kanunu Şerhi*, s.342 vd.

³⁴⁰ Tunçomağ, *Genel Hükümler*, s. 188; Oğuzman/Öz, *C. I*, s. 127.

yaptıkları sözleşmenin ya hiçbir sonuç doğurmamasını veya başka bir sözleşmenin hükümlerini meydana getirmesini arzu etmektedir.

Muvazaalı sözleşmenin hüküm doğurmayacağı kabul edilmekle³⁴¹ buradaki geçersizliğin, butlan mı yokluk mu olduğu hususu tartışmalıdır³⁴².

Taraflar yaptıkları kefalet sözleşmesinin hiç hüküm doğurmaması hususunda anlaşmışlarsa mutlak (basit) muvazaanın, buna karşılık, muvazaalı kefaletin arkasında başka bir sözleşme örneğin bağışlama sözleşmesini gizlemek için yapmışlar ise bu takdirde nitelikli (mevsuf) muvazaanın varlığı kabul edilir.

Türk Hukukunda hâkim görüşe göre, mutlak muvazaalı sözleşme, kesin hükümsüzlük yaptırımına tabidir³⁴³. Nitelikli muvazaa söz konusu ise görünüşteki işlem de muvazaa sebebiyle kesin hükümsüz sayılır. Buna karşılık gizli sözleşme, geçerlilik şartlarına sahip ise muvazaadan etkilenmeyecek, geçerli bir sözleşme hükümlerini doğuracaktır³⁴⁴.

Yokluk görüşüne göre, TBK. m. 19'da irade teorisi³⁴⁵ kabul edildiğinden, bir sözleşmenin türünün ve içeriğinin belirlenmesinde veya yorumlanmasında tarafların gerçek ve ortak iradeleri nazara alınmalıdır. Muvazaa anlaşmasının varlığında tarafların ortak iradesi, sözleşmenin meydana gelmemesi, hüküm ve sonuç doğurmaması yönündedir. Bu itibarla, muvazaadaki işleme bağlanan yaptırım yokluk olmalıdır³⁴⁶. Kanaatimce, ortada iki tarafın da görünüşte veya gizli olarak, şeklen de olsa karşılıklı

³⁴¹ Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 547; Eren, **Borçlar Genel**, s. 373; Hüseyin, Hatemi/Emre, Gökyayla, **Borçlar Hukuku Genel Bölüm**, İstanbul, Vedat, 2015., s. 90-91; Yarg. İkt. Bir. 7.10.1953, 7/8, RG. 28.11.1953, S. 8569. (Çevrimiçi) <http://www.turkhukuksitesi.com> (Erişim Tarihi:11.10.2018).

³⁴² Ayrıca karşılaştırmalı hukukta, muvazaada, kendine özgü geçersizlik görüşü ileri sürülmüştür. Bkz. Oğuzman/Öz, **C. I**, s. 131, dn 327.

³⁴³ Tunçomağ, Genel, s. 192; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 554; Oğuzman/Öz, **C. I**, s. 130; Hatemi/Gökyayla, **Borçlar Genel**, s. 91. Yarg. T. 16.06.2010, HGK E. 2010/1-275, K. 2010/327, (Çevrimiçi, <https://www.kararara.com>. (Erişim Tarihi: 20.01.2019) Aynı yönde kararlar bkz.; İst. BAM-9HD 25.10.2018 E. 2017/2684 K. 2018/1416; İzmir BAM-1HD 17.5.2018 E. 2018/564 K. 2018/788; İst. BAM-35HD 3.5.2018 E. 2018/1268 K. 2018/771; İst BAM-35HD 21.2.2018 E. 2018/424 K.2018/296 (Çevrimiçi) <http://www.kazanci.com> (Erişim Tarihi :18.11.2018).

³⁴⁴ Oğuzman/Öz, **C. I**, s. 132.

³⁴⁵ İrade teorisi, irade beyanlarının yorumlanmasında ileri sürülmüş bir teoridir. Buna göre, irade beyanı ancak gerçek iradeye uygun oldukça değer kazanır ve etkili olur. İradeyi açığa vurma vasıtası olarak kullanılan söz ve davranışlar, iradeyi doğru olarak yansıtmadıkça sonuç doğurmamalıdır. Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, **a.g.e.**, s. 94.

³⁴⁶ Eren, **Borçlar Genel**, s. 373. Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı, **Borçlar Hukukuna Giriş Hukuki İşlem Sözleşme**, s. 579.

irade beyanları mevcut olduğundan yokluktan söz edilemeyecektir. Kefalet sözleşmeleri bakımında muvazaa hükümlerinin uygulanması noktasında en önemli konulardan biri, garanti ve borca katılma sözleşmelerinin yapılmasında ortaya çıkmaktadır. TBK. m. 603 öncesi eğer taraflar garanti veya borca katılma sözleşmesi yapmayı arzu ediyorsa, şekil koşuluna ihtiyaç duymamaktaydılar. Bu durumda, tarafların iradesi gerçekten bir kefalet sözleşmesi yapmaya yönelik ise ve sözleşmede hataen veya kasten kefalet hükümlerinden uzaklaşmak için garanti veya borca katılma belirtilmişse, bu takdirde muvazaa hükümleri uygulanabilirdi³⁴⁷.

VII. EŞİN RIZASININ ALINMIŞ OLMASI

A. GENEL OLARAK

İsviçre Hukukunda, hatır ilişkisi ve duygusal temelli kefaletlerin kısa sürede yaygın hale gelmesi, kefil olmanın tehlikeleri karşısında kişilerin korunması ihtiyacını doğurmuştur³⁴⁸. Bu ihtiyacın karşılanması düşüncesiyle, 1941 Revizyonu kabul edilmiştir. Kefalet reformu olarak da nitelenen bu düzenleme ile kefaletle ilişkin hükümlerde büyük çaplı değişiklikler öngörülmüştür. Böylece düşüncesizce girilen kefaletlerin önüne geçilmek ve kefile daha fazla hukuki koruma sağlamak amaçlanmıştır³⁴⁹.

İsviçre Borçlar Kanunu'nda eşin rızasına ilişkin düzenleme, 1941 Revizyonu ile getirilen en önemli değişikliklerden biridir (İBK. m. 494). Buna göre evli bir kişi, eşler hakkında mahkemece verilen bir ayrılık kararı olmadıkça, ancak eşinin yazılı rızasıyla geçerli olarak kefil olabilir³⁵⁰. Eşin rızası, işlemin yapılmasından önce veya en

³⁴⁷ Tandoğan, C. II, s. 702; Reisoğlu, **Kefalet Hukuku**, s. 108.

³⁴⁸ İsviçre'nin istikrarlı ekonomisi ve nispeten dar bir mekan içinde kalmış olması, kefalet sözleşmesinin yaygınlık kazanmasında etkili olmuştur. Kefalet sözleşmesi o kadar yaygın hale gelmişti ki, dönemin ileri gelen kefalet hukukçuları, İsviçre'yi "tipik kefalet ülkesi" olarak tanımlamaktaydı. Ancak bu durum kefalet sebebiyle yüksek oranda borç altına giren bir halk kitlesinin oluşmasına sebebiyet vermiştir. Kefaletin bu ölçüde yaygın kullanımı, kefalet hukukunda kapsamlı bir değişikliğe gidilmesine yol açmıştır. Christiana Fountoulakis, **"İsviçre Hukukunda Kefilin Korunması"**, (Çev.) Mine Tan Dehmen, Banka ve Tüketici Hukuku Sorunları Sempozyumu, İstanbul 2010, s. 311- 312.

³⁴⁹ Ancak bu yöndeki değişiklikler, fazlasıyla katı ve şekilci bir anlayışın benimsenmesi sonucu doğurmuştur. Bundan dolayı kefalet sözleşmesi, teminat ihtiyacının karşılanmasında cazip bir seçenek olma özelliğini kaybetmiştir. Oser/Schönenberger, Art. 492, N. 6, 8; Fountoulakis, **a.g.e.**, s. 311-312.

³⁵⁰ Maddenin düzenlenmesinde, kaynak İsviçre Borçlar Kanunu'nun 494 (Art. 494 OR)' üncü maddesi göz önünde tutulmuştur. Bkz. Madde gerekçesi; Art. 494 OR'e göre: "Evli bir kişi, eşler hakkında

geç işlemin yapıldığı anda verilmiş olmalıdır. Ayrıca kefalet sözleşmesinde sonradan yapılan değişiklikler, adi kefaletin müteselsil kefalete dönüşmesine veya kefilin sorumlu olacağı miktarın artmasına ya da kefil yararına olan güvencelerin önemli ölçüde azalmasına sebep olmadıkça, eşin rızasına tabi olmayacaktır. İsviçre hukukunda söz konusu düzenlemenin hazırlık sürecinde, kefil olmada eşin rızasının aranmasının uygun olup olmayacağı hususunda önemli tartışmalar yaşanmıştır. Bu hususta temel tartışmalar, aile birliğinin ve ailenin korunması amacıyla getirilen bu düzenlemenin her durumda uygulanması gerekip gerekmediği ile her durumda eşin rızasının aranmasının, ticaret hayatını sekteye uğratarak uğratmayacağı ekseninde yapılmıştır³⁵¹. Nihayet, eşin rızasına ilişkin birtakım istisnalar³⁵² getirilmek suretiyle anılan hüküm kabul edilmiştir. Ancak ticari hayatın ihtiyaçlarına yönelik yer verilen ikinci fıkra, kuralın uygulama alanını oldukça daraltarak hükmün koruma amacının gerçekleşmesine engel olduğu düşüncesiyle³⁵³, 1.12.2005’de yürürlüğe giren 17.06.2005 tarihli Kanun ile ilga edilmiştir. Hukukumuzda ise eşin rızası şartı ilk kez 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu’nun 584. maddesi ile kabul edilmiştir. Ailenin korunması amacıyla³⁵⁴ getirilen

mahkemece verilmiş bir ayrılı kararı olmadıkça; ancak eşinin rızası ile, geçerli olarak kefil olabilir; bu rızanın, işlemin yapılmasından önce veya en geç işlemin yapıldığı anda verilmiş olması gerekir (f. 1). Kefalet sözleşmesinde sonradan yapılan değişiklikler için, kefaletin toplam miktarı artırılmadıkça veya adi kefalet, müteselsil kefalete dönüştürülmedikçe ya da değişiklikler, güvencelerin önemli ölçüde azaltılması sonucunu doğurmadıkça, eşin rızası gerekmez (f. 2). Çeviri için bkz. Koç, Nevzat.: **İsviçre Borçlar Kanunu’nun Kefalet Sözleşmesine İlişkin Hükümleri**, Prof. Dr. Mahmut Tevfik Birsel’e Armağan, İzmir 2001, s. 268.; Sungurbey, **İsviçre Borçlar Kanunu Şerhi**, s.1 vd.

³⁵¹ İBK m. 494’ün hazırlık çalışmaları hakkında bkz. Beck, Art. 494, N. 2; Giovanoli, Art. 494, N. 1.

³⁵² Mülga ikinci fıkraya göre ticaret siciline kayıtlı 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 müdürü veya bir limited ortaklığın yönetici ortağı tarafından işletmeyle ilgili olarak verilmişse, eşin rızası aranmayacaktır. (Mülga İBK m. 494/II).

³⁵³ İBK m. 494/II’nin kaldırılmasına dayanak Komisyon raporuna göre, 2. fıkra kapsamında sayılabilecek orta ve küçük işletmelerin- özellikle isteğe bağlı olarak ticaret siciline tescil edilebilen esnaf işletmelerinin, oldukça fazla olması, kuralın uygulama alanını daraltıcı bir etki doğurmaktadır. Bu nedenle, belirtilen istisnanın kaldırılması gereklidir. İlgili rapor için bkz. (Çevrimiçi) (<https://www.admin.ch>, (Erişim Tarihi:10 Mayıs 2017).

³⁵⁴ Hükümün aile birliğini koruma amacı, Anayasa Mahkemesi’nin, TBK m. 584 ve 603’te yer alan “... ve eşin rızasına...” ibaresinin anayasaya aykırılığı iddiasını oybirliğiyle reddettiği kararında, “...Bu hükümlerle getirilen sınırlamaların amacı öncelikle ailenin ekonomik varlığının, bunun sonucu olarak da ailenin huzurunun korunmasıdır. Dolayısıyla itiraz konusu kurallarla, eşlerden biri tarafından malvarlığının tüketilmesinin önüne geçilmesi suretiyle Anayasa’nın 41. maddesinin hükmü doğrultusunda ailenin huzurunu korumanın ve sonuç olarak da evlilik birliğinin geleceğini garanti altına almanın hedeflendiği dikkate alındığında, müdahalenin demokratik toplum düzeninin gereklerine aykırı olmadığı açıktır. Öte yandan bu sınırlama ile aile birliğinde istenmeyen anlaşmazlıkların önüne geçerek ailenin geleceği için risk oluşturabilecek davranışların önlenmesi amaçlanmaktadır. Bu amacın kamu yararına olduğu kuşkusuzdur.” denilmekle açıkça vurgulanmıştır. Anayasa Mahkemesi Kararlar Bilgi Bankası, (Çevrimiçi), <http://www.anayasa.gov.tr>, (Erişim Tarihi:15.08. 2017).

bu düzenleme ile TMK. m. 193'te öngörülen, eşlerin³⁵⁵ birbirleri ve üçüncü kişilerle her türlü hukuki işlemi serbestçe yapabileceklerine ilişkin kurala bir istisna oluşturulmuştur³⁵⁶.

TBK. m. 584'e göre, "*mahkemece verilmiş bir ayrılık kararı olmadıkça*" veya "*yasal olarak ayrı yaşama hakkı doğmadıkça*", eşlerden biri ancak diğer eşin izni ile kefil olabilmektedir. Söz konusu bu izin sözleşmenin kurulmasından evvel ya da en geç kurulması anında verilmiş olmalıdır. (TBK. m. 584/I). Ayrıca eşin rızası; kefalet sözleşmesinde sonradan yapılan; adi kefaletin müteselsil kefalete dönüşmesine, kefilin sorumlu olacağı miktarın artmasına ya da kefil yararına olan güvencelerin önemli ölçüde azalmasına neden olmayan değişikliklerde aranmaz (TBK. m. 584/II).

O halde, TBK. m. 584/II kapsamında olmayan evli bir eşin yapacağı kefalet sözleşmesinin geçerliliği, "*mahkemece verilmiş bir ayrılık kararı olmadıkça*" veya "*yasal olarak ayrı yaşama hakkı doğmadıkça*", diğer eşin rızasına bağlıdır. TBK. m. 584 hükmü emredici nitelikte olduğundan, tarafların hükmün aksini kararlaştırmaları veya hükümde öngörülen haktan feragat etmeleri mümkün değildir³⁵⁷. Ayrıca eşler arasında geçerli olan mal rejimi türünün eşin rızasının uygulanmasında önemi bulunmamaktadır. Bu itibarla, eşler arasındaki mal rejimi, mal ayrılığı olması halinde de eşin rızası aranacaktır. Öte yandan eşin rızası konusunda, kefaletin türleri açısından da

³⁵⁵ Türk Medeni Kanunu'nda (m. 193), evliliğin eşlerin fiil ehliyetlerini sınırlamadığı kuralı kabul edilmekle birlikte, aile birliğinin çıkarlarını korumak düşüncesiyle, bazı hukuki işlemler bakımından eşlerin fiil ehliyetinin sınırlı olduğu hükme bağlanmıştır. Bu bağlamda, TMK. m. 194/I hükmüyle, "Eşlerden birinin, diğer eşin rızası bulunmadıkça, aile konutu ile ilgili kira sözleşmesini feshedemeyeceği, aile konutunu devredemeyeceği veya aile konutu üzerindeki hakları sınırlayamayacağı öngörülmüştür." Aynı yönde olan TBK. m. 349/I'de, "Aile konutu olarak kullanılmak üzere kiralanmış taşınmazlarda kiracı eşin, diğer eşinin açık rızası olmadıkça kira sözleşmesini feshedemeyeceği belirtilmiştir." Evli kişilerin hukuki işlem ehliyeti ile ilgili geniş bilgi için bkz. Muzaffer Şeker, "Evli Kişilerin Hukuki İşlem Ehliyeti", *Legal Mali Hukuk Dergisi* – Mart 2008, C. 4, S. 39; Dural/Öğüz/Gümüş, *Borçlar Özel*, s. 200.

³⁵⁶ Muzaffer Şeker, *Kefalet ve Avalde Eşin Rızası*, İstanbul, 2017, s. 1; Muzaffer Şeker, "Kefalet Sözleşmesinde Eşin Rızası (BK. m. 584)", *İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi*, Y. 15 Güz Sayı:30 2016/3 s. 107 vd; Muzaffer Şeker, "6098 Sayılı Türk Borçlar Kanununun 584. Maddesine Göre Kefalet 603. Maddesine Göre Avalde Eşin Rızası", *Prof. Dr. Zafer Gören Armağanı*, Ankara, Yetkin, 2017, s. 395; Erden Kuntalp/Nami Barlas/Ahu Ayanoglu Morali/Pelin Çavuşoğlu Işıntan/ Mehtap İpek/ Mert Yaşar/Sedef Koç, *Türk Borçlar Kanunu Tasarısı'na İlişkin Değerlendirmeler*, İstanbul 2005, s. 267; İsmail Kırca, "Türk Borçlar Kanunu Tasarısı-Kefalet Eşin İzni", *Prof. Dr. Tuğrul Ansay'a Armağan*, Ankara 2006, s. 436; Ece Baş, "6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'nda Kefalet Sözleşmesinin Geçerlilik Şartlarına İlişkin Bazı Yenilikler", *İÜHFM*, C. 70, S. 2, 2012, s. 116; Meltem Bulut, *Teminat Sözleşmelerinde Eşlerin Hukuki İşlem Özgürlüğüne Getirilen Sınırlamalar*, İstanbul, Seçkin, 2017, s. 35.

³⁵⁷ Beck, Art. 494, N. 4; Giovanoli, Art. 494, N. 1; Gümüş, *Borçlar Özel*, s. 347; Şeker, *Eşin Rızası*, s. 19.

herhangi bir ayırım yapılmamıştır³⁵⁸. Bu nedenle, eşin kendi adına yaptığı her türlü kefalette, eşin rızası aranacaktır. Buna karşılık, eşin temsilci sıfatıyla kefalet sözleşmesi akdettiği durumlarda, kefalet borcu eşin üzerinde doğmayacağından, eşin rızası zorunlu olmayacaktır³⁵⁹.

Eşin rızasının aranmasına ilişkin bu düzenleme, ticari hayatın sürat ve güven ihtiyacıyla bağdaşmadığı, gerçek kişilerin kendi şirketleri için ticari işlemlerinde dahi diğer eşin rızasını almak zorunda kalmalarının ticari hayatı sekteye uğratacağı, ayrıca aile konutuna ilişkin tasarruf işlemlerinde olduğu gibi (TMK. m. 194) haklı neden olmaksızın rıza verilmemesi halinde hâkimden müdahale talebi hakkını içermediği gerekçesiyle, eleştirilere maruz kalmıştır³⁶⁰. Keza 6098 sayılı Kanun'un hazırlık çalışmaları sırasında, Meclis Adalet Komisyonu'nun kararına karşı ileri sürülen muhalefet şerhinde³⁶¹ de, kefaletin geçerliliği için eşin rızasını arayan bu hükmün, ticari hayatın ihtiyaçlarıyla bağdaşmadığı dile getirilmiştir. Ayrıca öğretide hükmün koruma amacının aksine sonuçlar doğurabileceği belirtilmiştir³⁶². Diğer bir deyişle, ticari hayatın gerçeklerinden uzak olan eşten mahiyetini ve önemini anlamakta zorlanacağı bir sözleşmeye rıza verilmesinin aranması, aile içi huzursuzlukları da beraberinde getirebilecektir. Gerçekten ticari hayat içerisinde kendisinin de kefile ihtiyaç duyduğu anda kefil bulabilmesi düşüncesiyle, komşu veya arkadaşına kefil olunması ihtimalinde veya icra dosyalarının oldukça fazla olması sebebiyle, çok kısa süre tayin edilen haciz işlemleri sırasında icra kefil olmak isteyen kişinin hangi zaman zarfında eşini haciz mahalline getireceği veya ne şekilde aydınlatacağı yahut eş tarafından verilen rızanın ne

³⁵⁸ Kırca, **a.g.m.**, s.439; Develioğlu, **Kefalet Sözleşmesini Düzenleyen Hükümler Işığında Bağımsız Garanti Sözleşmeleri**, s. 179-780; Seda Öktem Çevik, "6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Uyarınca Kefalet Sözleşmelerinde Eşin Rızası", **Kazancı Hakemli Hukuk Dergisi**, Y. 2012, C. 8, S. 89-90, s. 120; Baş, **a.g.m.**, s. 119.

³⁵⁹ Beck, Art. 494, N. 7; Öktem Çevik, **a.g.m.**, s. 120; Develioğlu, **Garanti Sözleşmeleri**, s. 179; Kırca, **a.g.m.**, s. 439; Özen, **Kefalet**, s.190.

³⁶⁰ 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 Sözleşmelerde de Bulunmasına Dair Türk Borçlar Kanunu'nda Yapılan Düzenlemenin Değerlendirilmesi**, **İÜHF C. LXXIV**, S. 1, 2016, s. 465.

³⁶¹ "584. maddede kefalet için "eşin rızası"nı arayan hükmün, ticari işlem hayatını güçleştirdiği açıktır." denilmekle bu eleştiri ortaya konulmuştur. Bkz. Türk Borçlar Kanunu Tasarısı ve Adalet Komisyonu Raporu (1/499), s. 292, (Çevrimiçi), <https://www.tbmm.gov.tr>, (Erişim Tarihi:10 Eylül 2017).

³⁶² Sönmez, M.: "6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'nda Kefalet Sözleşmesi", **İzmir Barosu Dergisi**, Y. 77, S. 2, Mayıs 2012, s. 175.Yalçınduran, **a.g.m.**, s. 481.

kadar sağlıklı olacağı gibi sorunlar bu yöndeki eleştirileri haklı kılmaktadır³⁶³. Ayrıca kefalet bakımından ailenin korunması amacının gerçekleştirmeye çalışan kanun koyucunun diğer taraftan, “eşler arasında cebri icra yasağını” kaldırması izahtan varestedir³⁶⁴.

Öte yandan, eşin rızasının aranmasına ilişkin hükmün, ticari hayatın sürat ve güven ihtiyacıyla bağdaşmadığı şeklindeki eleştiriler³⁶⁵ üzerine, 28.03.2013 tarih ve 6455 sayılı Gümrük Kanunu ile Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun’un 77. maddesi ile TBK. m. 584/III hükmü eklenmiştir. TBK. m. 584 kamu düzeninden olmayışı, eşin rızası koşulunun 6098 sayılı TBK.döneminde yapılan kefaletler bakımından uygulanması sonucunu doğurmaktadır³⁶⁶.

Son olarak eşin rızasının aranmasına ilişkin bu hükmün bir şekil koşulu mu yoksa ehliyet sınırlaması mı olduğu hususuna değinmek gerekir. Mehaz Kanunu’nda benzer yöndeki hükmün, İsviçre öğretisinde, kefil olma ehliyeti açısından getirilen bir düzenleme olduğunu ileri süren görüş³⁶⁷, Türk Hukuku’nda da kabul görmüştür³⁶⁸.

³⁶³ Sönmez, **a.g.m.**, s. 175.

³⁶⁴ Yalçınduran, **a.g.m.**, s. 479- 480.

³⁶⁵ Eleştiriler hakkında bkz. Özen, **Kefalet**, s. 192.

³⁶⁶ Gümüş, **Borçlar Özel**, s. 360; Kırca, **a.g.m.**, s. 438; Şeker, **Eşin Rızası**, s. 19. *Kefalet sözleşmesi 818 sayılı BK yürürlükte iken kanuna uygun olarak kurulduğundan 6098 sayılı TBK.’nın 584.maddesindeki düzenlemeden dolayı geçersiz kabul edilemez. 6101 sayılı TBK.’nın Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkındaki Kanun’un 7.maddesinde 6098 sayılı TBK.’nın derdest davalara uygulanması ile ilgili düzenleme yapılmışsa da bu hüküm 818 sayılı BK’ya uygun olarak kurulan kefaletin kamu düzenine aykırı olduğu sonucunu doğurmayacağından somut olayda uygulama yeri bulunmamaktadır...* Yarg. 19. HD., T. 10.06.2013, E. 2013/7678, K.2013/10719 (UYAP Bilgi Bakası- Yargıtay Emsal Karar Arama, (Çevrimiçi), <https://emsal.yargitay.gov.tr>, (Erişim Tarihi 05.12.2017) Aynı yönde bir başka karara göre, “...Davacı vekili 28.01.2011 tarihinde kefiller hakkında başlattığı icra takibi ile ödenmeyen toplam 113.698 TL damga vergisi bedelinin tahsilini talep etmiştir. Davalı kiracının şirket olması karşısında, kefillerin kira sözleşmesini müşterek borçlu ve müteselsil kefil sıfatıyla imzaladığına ilişkin uyumsuzluk yoktur. Ne var ki, sözleşmenin kefil sıfatıyla imzalanmış olması, doğrudan davalıların kefil olarak sorumlu olması sonucunu doğurmaz. Kefaletin, yasanın aradığı şekil şartlarına uygun olması da zorunludur. 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu ise 01.07.2012 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Yukarıda açıklandığı üzere, davalı kefillerin, kefilliğine ilişkin kira sözleşmesi, 6098 Sayılı TBK.’nın yürürlüğe girmesinden önce imzalanmış olduğundan, kefaletin şekil şartları 818 Sayılı Borçlar Kanunu hükümlerine tabidir...” Yarg. 3. HD., T. 23.05.2017, E. 2017/11052, K. 2017/7798.(Çevrimiçi),<http://www.kazanci.com> (Erişim Tarihi:20.01.2019).

³⁶⁷ Beck, Art. 494, N. 3; Pestalozzi, Art. 494, N. 1; Giovanoli, Art. 494, N. 3.

³⁶⁸ Özen, **Kefalet**, s. 189; Kırca, **a.g.m.**, s. 438; Ahmet Kılıçoğlu, **Medeni Kanun’umuzun Getirdiği Yenilikler**, Ankara 2003, s. 39, 40; Şükran Şıpka, **Türk Medeni Kanunu’nda Aile Konutu ile İlgili İşlemlerde Diğer Eşin Rızası (TMK. m.194)**, İstanbul 2002, s. 39; Akıntürk, **Türk Medeni Hukuku**,

B. EŞİN RIZASININ ARANACAĞI DURUMLAR

1. Kefalet Sözleşmesi Kurulurken

Kanunda belirtilen istisnai haller dışında, evli kişilerin, kefalet sözleşmesi yaparken eşlerinin rızalarını almaları şarttır (TBK. m. 584/I). Erkek eş kadın eş ayrımı yapılmaksızın, eşlerden hangisi kefil olacaksa, diğerinin rızası alınmalıdır³⁶⁹. Kanunda kefalet sözleşmesinin türleri arasında bir ayrım yapılmadığından, hangi tür kefalet yapılırsa yapılısın söz konusu şart uygulama alanı bulacaktır³⁷⁰.

Buna göre eşin rızası, kefalet sözleşmesinin kurulmasından önce, en geç kefalet sözleşmesinin kurulduğu anda verilmiş olmalıdır. Yargıtay'ın aynı doğrultudaki Kararı'nda, "... Öte yandan aynı kanunun 584. maddesinde *"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."* düzenlemesi yer almakta olup kira sözleşmesi tarihi itibarıyla davalı borçlunun evli olması halinde eşin rızasının da bulunması gerektiği dikkate alınmalıdır." denilmekle bu husus açıkça kabul edilmiştir³⁷¹. Bundan dolayı kefalet sözleşmesinin kurulmasından sonra eşin rızasının gerçekleşmesi sözleşmeyi geçerli kılmayacaktır.

Bu anlamda, "kefalet sözleşmesinin yapıldığı an" kavramına değinmek gerekir. Bilindiği üzere, kefalet sözleşmesi, kefil ile alacaklı arasında karşılıklı ve birbirine uygun irade uyuşmasının gerçekleşmesiyle kurulmaktadır. Dolayısıyla, kefilin

Yeni Medeni Kanun'a Uyarlanmış Başlangıç Hükümleri, Kişiler Hukuku, C.I, s. 352-354; Seda Öktem Çevik, **a.g.m.** s. 119; Baş, **a.g.m.**, s. 117; Detaylı bilgi için bkz. Bl. 2, Ba. VII, F.,s.106 vd.

³⁶⁹ "...743 sayılı Kanun'da benimsenen mahkemenin onayıyla, 6098 sayılı Kanun'da benimsenen eşin rızası normları arasındaki temel fark, kısıtlamaların düzenlenme nedenine ilişkindir. İlk düzenleme, evlilik birliğindeki ekonomik olarak güçsüz ve etki altında kalmaya müsait olan tarafı -yani karıyı- kişi olarak korumayı amaçlarken; ikinci düzenleme, karı ya da kocayı kişisel olarak birbirlerinin kefalet sözleşmelerinden korumaya değil, evlilik birliğini korumaya yöneliktir. Bu fikri, TBK.'nın 584. maddesinde, herhangi bir mal rejimi ayrımı yapılmaksızın eşin rızasının geçerlilik şartı olarak benimsenmiş olması da desteklemektedir." Bkz., Emel Badur, **Eşin Rızası**, TBB Dergisi, Kasım-Aralık 2013, Y. 26, S. 109, s. 276 (Çevrimiçi), <http://tbbdergisi.barobirlik.org.tr/m2013-109-1328>, (Erişim Tarihi:12.07.2017); Özen, **Kefalet**, s. 189; Kırca, **a.g.m.**, s. 438; Gümüş, **Borçlar Özel**, s. 341; Baş, **a.g.m.**, s. 1117.

³⁷⁰ Şeker, **Eşin Rızası**, s. 20.; Kırca, **a.g.m.**, s. 439; Kefalet sözleşmesinin kurulması bahsi için bkz. Bl. 1, Ba. III, B.

³⁷¹ Yarg. 12. HD E. 2017/1209 K. 2017/9442 T. 15.6.2017. (Çevrimiçi), <http://www.kazanci.com>, (Erişim Tarihi:21.01.2019).

iradesinin kefil tarafından imzalanmış kefalet belgesinde cisimleştiği anda, eşinin rızası da mevcut olmalıdır. Ancak öğretilde³⁷² sözleşmenin kurulması anı kavramının geniş yorumlanması gerektiği, kefalet sözleşmesi yapıldığı sırada kefilin eşi de hazır bulunuyorsa, eşin sözleşme metnini kefinden sonra da kefalet belgesini imzalayabileceği belirtilmektedir. Sözleşmenin hazır olmayanlar arasında yapılması halinde sözleşmenin kurulması anı, duruma göre, alacaklının kabul beyanının kefile ulaştığı veya alacaklının susmasının kabul olarak yorumlandığı andır. Bu ihtimalde de kefilin eşinin rızasının, kefalet sözleşmesinin alacaklının kabulüyle kurulduğu daha sonraki anda değil, kefilin yazılı beyanını yaptığı anda mevcut olması aranır.

2. Kefilin Sorumluluğunu Ağırлаştıran Sözleşme Değişikliğinde

TBK. m. 584/II hükmünün zıt anlamından çıkan yorum ve TBK. 584/I'nin amacından hareketle, kefalet sözleşmesi kurulduktan sonra kefilin sorumluluğu ağırlaştırmaya yönelik sözleşme değişikliklerinde eşin rızasının aranacağı görüşü kabul görmektedir³⁷³. Dolayısıyla, kefalet sözleşmesinde sonradan yapılan ve “*kefilin sorumlu olacağı miktarın artmasına*” ya da “*adi kefaletin müteselsil kefalete dönüşmesine*” veya kefil yararına olan “*güvencelerin önemli ölçüde azalmasına*” neden olan değişiklikler için de eşin rızası aranacaktır. Öte yandan TBK. m. 584/II hükmünün zıt anlamından çıkarılmasa da öğretilde, adi birlikte kefil olan kişiler arasındaki bölme def'inden vazgeçmeyi öngören değişikliklerde de eşin rızasının aranacağı belirtilmiştir. Bu görüşe göre, belirtilen bu ihtimalde de kefilin sorumluluğu ağırlaşacağından, eşin rızası aranmalıdır³⁷⁴.

Hükümde yer verilen “*güvencelerin önemli ölçüde azalması*” kavramından ne anlaşılması gerektiği açıklanmamıştır. Hükümün amacının eşin rızasının aranmasına ilişkin kuralın dolanılmasını engellemek olduğunu belirten yazarlar³⁷⁵, bu kavramın geniş yorumlayarak, farklı durumlarda da eşin rızasına ihtiyaç duyulabileceğini belirtmişlerdir. Bu bağlamda “güvence” kavramının olabildiğince geniş anlaşılması hem

³⁷² Beck, **Art. 494**, N. 23; Özen, **Kefalet**, s. 198.

³⁷³ Beck, Art. 494, N. 15; Giovanoli, Art. 494, N.17; Pestalozzi, Art. 494, N.4; Özen, **Kefalet**, s. 196; Kırca, **a.g.m.**, s. 441; Şeker, **Eşin Rızası**, s. 40; Baş, **a.g.m.**, s. 120.

³⁷⁴ Beck, Art. 494, N. 17; Özen, **Kefalet**, s. 196; Gümüş, **Borçlar Özel**, s. 344; Kırca, **a.g.m.**, s. 441; Şeker, **Eşin Rızası**, s. 43.

³⁷⁵ Beck, Art. 494, N. 18; Özen, **Kefalet**, s. 196-197; Kırca, **a.g.m.**, s. 442

kefil için hem de korunmak istenen ailenin menfaatleri açısından olumlu etki doğuracaktır. Bundan dolayı güvence kavramı kapsamına şahsi ve ayni teminatların gireceği kabul edilmelidir³⁷⁶. Değişikliklerin kefil yararına olan güvencelerde önemli ölçüde azalması sonucu doğurup doğurmadığı hususu, somut olayın özellikleri çerçevesinde belirlenecektir³⁷⁷. Örneğin ipoteğin kısmen veya tamamen çözülmesi, borcun nakli, müteselsil borçlulardan birinin ibrası ya da varlığına güvenilerek kefil olan kişilerden birinin alacaklı tarafından ibrası gibi, kefilin yararına olan güvencelerin önemli ölçüde azalması sonucu doğuran durumlarda, kefilin sorumluluğunun devam edebilmesi için, kefil olan eş ile TBK. m. 584/I uyarınca diğer eşin rızası da aranacaktır³⁷⁸. Aksi takdirde, alacaklının kefilin rızasını almadan elindeki rehinlerden vazgeçmesinin veya kefillerden bazılarını ibra etmesinin sonucunda, kefilin borçtan kurtulması sonucu oluşur³⁷⁹.

Aynı şekilde hükümde yer verilen “önemli ölçüde azalma” kavramı da geniş yorumlanmalıdır. Güvencenin önemli ölçüde azalıp azalmadığı hususu, somut olayın tüm şartları göz önüne alınarak hâkim tarafından takdir edilecektir. Bu bağlamda, güvencenin değeri ile asıl borcun miktarı arasındaki ilişki, belirleyici bir ölçüt sayılacaktır³⁸⁰.

Ayrı bir konu ise; esas borçlunun değişmesinde eşin rızasının aranıp aranmayacağı hususudur. Bu konuda ki belirsizlik hakkında katıldığımız Reisoğlu’na göre; *asıl borçlunun yerine yeni bir borçlunun geçmesi durumunda, eşin rızası alınması gerektiğini*³⁸¹ belirterek, *ayrıca yeni borçlu, eskisine nazaran daha zengin biriyse, eşin rızasının olmadığının ileri sürülmesi hakkın kötüye kullanılması sayılmalıdır*³⁸² demiştir.

Söz konusu değişiklikler için verilmesi gereken rızanın, TBK. m. 584/I kapsamında verilmesi gereken rıza gibi, “sözleşmenin değiştirilmesinden önce” ya da

³⁷⁶ Beck, Art. 494, N. 18; Özen, **Kefalet**, s. 197; Kırca, **a.g.m.**, s. 442; Yavuz, **Değişiklikler**, s. 812; Baş, **a.g.m.**, s. 120.

³⁷⁷ Şeker, **Eşin Rızası**, s. 44.

³⁷⁸ Şeker, **Eşin Rızası**, s. 44.

³⁷⁹ Özen, **Kefalet**, s.197.

³⁸⁰ Giovanoli, Art. 494, N. 21; Özen, **Kefalet**, s. 197; Baş, **a.g.m.**, s. 121.

³⁸¹ Özen, **Kefalet**, s.198.

³⁸² Reisoğlu, **Kefalet Hukuku**, s.92.

“en geç değiştirilmesi sırasında verilmiş olması” şarttır³⁸³. Değişikliğe konu kefalet sözleşmesinde, kefil olan eşin sorumluluğunu artıran değişikliklerde de diğer eşin rızası aranacaktır. Zira bu ihtimalde de evliliğin ekonomik birliğini tehlikeye düşürebilecek bir kefalet yapma iradesi ortaya konulmaktadır³⁸⁴.

3. Ön Sözleşme Yapılmasında veya Temsil Yetkisi Verilmesi

Kefalet sözleşmesinin temsilci vasıtası ile yapılabilmesi mümkündür. 818 sayılı eBK’da kefalet sözleşmesi yapmak için temsilciye, temsil yetkisinin özel olarak verilip verilmeyeceğine ilişkin açık bir hüküm olmaması doktrin³⁸⁵ ve Yargıtay kararlarında tartışmalıydı. Zira Yargıtay bir kararında; vekaletnamenin kapsamlı olması halinde kefalet yetkisini de taşıdığını belirtmişken³⁸⁶, başkaca bir kararında³⁸⁷ vekilin kefil olması için özel yetkiye sahip olması gerektiğini vurgulamıştır.

Bu konuda kanun koyucu TBK. m. 504 ile tartışmalara son noktayı koymuş ve kefalet için, temsilcinin özel yetkiye sahip olması gerektiğini belirtmiştir. Peki kefalet sözleşmesine ilişkin şekil ve ehliyet kuralları, verilen özel yetkili vekalette ve diğer tarafa veya bir üçüncü kişiye kefil olma vaadinde (ön sözleşme) de uygulanacak mıdır?

³⁸³ Şeker, **Eşin Rızası**, s. 41.

³⁸⁴ Bu yönde olan yazarlar için bkz. Badur, **Eşin Rızası**, s. 252.

³⁸⁵ “...Dava, kredi borcunun kefil olduğu ileri sürülen davalılardan tahsili istemine ilişkindir. Borçlar Kanunu'nun 388. maddesinde de vekaletin kapsamı düzenlenmiştir. Maddenin 1. fıkrasına göre, vekaletin kapsamı sözleşme ile açıkça tespit edilmemişse, ilişkin olduğu işin mahiyetine göre tayin edilir. İşin niteliği, işgörme ile erişilmek istenilen amaç, olayın özellikleri, bu konudaki teamüller vekilin neler yapması ve nelerden kaçınması gerektiğini belli eder. Borçlar Kanunu'nun 388/III. maddesine göre de, “vekil özel olarak yetkili kılınmadıkça, dava açamaz, sulh olamaz, tahkim sözleşmesi yapamaz, mal bağışlayamaz, bir taşınmaz mülkiyetini devredemez ve haklarla takyit edemez, kambiyo senetleri düzenleyemez.” Böylece, kendisine, bazı işlemleri yapabilmesi için özel yetki alması gerektiği (olmadıkça yapamayacağı) hususu anılan madde ile öngörülmüştür. Borçlar Kanunu'nun 388/III. maddesinde böylece vekaletin kapsamına yasal bir sınırlama getirmiş bulunmaktadır. Bu sınırlama iyiniyetli üçüncü kişilere karşı da ileri sürülebilir...” Bkz. Tandoğan, **C. 1/2**, s. 135; **C. 2**, s. 396.

³⁸⁶ Yarg. 11. HD E. 2010/9069 K. 2010/8312 T. 13.7.2010; “...Görüldüğü üzere, davalılar tarafından verilen vekaletnamelerde vekile çok geniş yetkiler verilmiş olup, davaya konu kredi sözleşmesine vekilin davalılar adına kefil sıfatı ile imza atması için BK’nın 388. maddesine göre özel bir yetki gerekmez. Bu itibarla, mahkemece, davacı banka ile yapılan kredi sözleşmesindeki kefaletin davalılar adına geçerli olduğunun kabulü ile işin esasına girilmesi gerekirken, eksik incelemeye dayalı yazılı şekilde hüküm tesisi doğru olmamış, kararın bu nedenle bozulması gerekmiştir.” (Çevrimiçi) <http://www.kazanci.com> (Erişim tarihi:20.01.2019).

³⁸⁷ Yargıtay 19. HD. E. 2009/70, K. 2009/8991 T. 07.10.2009, Yargıtay 19. HD. E. 2007/2177 K. 2007/7051 T. 04.07.2007. Aktaran: Bilgen, **Kefalet ve Yargılama Hukukuna İlişkin Uyuşmazlıklar/6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Işığında**, s. 92.

TBK. m. 504 uyarınca “kefil olma konusunda özel yetki verilmesi” ve “diğer tarafa veya bir üçüncü kişiye kefil olma vaadinde (ön sözleşme) bulunulması” halinde de kefaletin yapılmasına ilişkin şekil kurallarının uygulanacağı kabul edilmiştir (TBK. m. 583/II). Böylece eşlerin kendi adına kefil olması için üçüncü kişiye özel yetki vererek veya kefalet sözleşmesi kurmadan önce kefil olma vaadinde bulunarak, kefaletin şekline ilişkin kuralları bertaraf etmeleri engellenmek istenmiştir. Hüküm fıkrasında, kefaletin şekline ilişkin kuralların, temsil yetkisi verilmesi ve kefil olma vaadinde uygulanacağı belirtilmiş ise de, ehliyeteye ilişkin olduğu kabul edilen eşin rızası koşulunun TBK. m. 504 hükmüne ek olarak uygulanıp uygulanmayacağı belirsizdir. Kanaatimce ve baskın görüşe göre; TBK. m. 584 hükmünün dolanılmasını engelleme kaygısı sebebiyle, eşin kendi adına kefil olma konusunda özel yetki vermesi veya diğer tarafa ya da bir üçüncü kişiye kefil olma vaadinde bulunması işlemlerinde, eşin rızası aranacaktır³⁸⁸. Ancak kendi adına kefil olma konusunda özel yetki verilmesi veya kefil olma vaadi sırasında eşin rızası alınması hallerinde, ayrıca kefalet sözleşmesi yapılırken eşin rızasının aranmasına gerek yoktur³⁸⁹.

Buna karşılık, diğer görüş ise, TBK. m. 583/II hükmünün lafzından hareketle, temsilde ve ön sözleşmede eşin rızasına gerek olmadığı yönündedir³⁹⁰. Bu görüşe göre, ancak temsil ve ön sözleşmede kefalet sözleşmesinin yarattığı rizikoya yaklaşılmaması halinde, TBK. m. 584 kuralının koruma amacın gereği eşin rızasına ihtiyaç duyulacaktır. Bu bakımdan, eşin temsil yetkisi verirken veya ön sözleşme yaparken borç altına girip girmediğine bakılarak değerlendirme yapılmalıdır. Ön sözleşme yapılırken eş, kefalet sözleşmesi kurma borcu altına girdiğinden eşin rızası aranmalıdır³⁹¹. Ancak ön sözleşmede verilen rıza kapsamında yapılan kefalet için ayrıca eşin rızasına ihtiyaç duyulmayacaktır.

³⁸⁸ Pestalozzi, Art. 494, N. 3; Beck, Art. 494, N. 17; Özen, **Kefalet**, s. 194; Kırca, **a.g.m.**, s. 442; Şeker, **Eşin Rızası**, s. 45. Ancak belirtelim ki, temsil yetkisi verilmesinde ise bu görüşü savunan yazarlar arasında görüş ayrılığı mevcuttur. Bir kısım yazarlar, temsil yetki verilmesiyle eş kefalet borcu altına girmediğinden ve diğer eşin temsil yetkisi verildikten sonra da kefalet sözleşmesi akdedilmesini engelleme imkânı olduğundan, eşin rızası bu aşamada gerekmeceğini ancak temsil yetkisinin kullanılması sırasında gerekli olacağını belirtmişlerdir. Bkz. Oser-Schönenberger, Art. 494, N. 21, 22; Özen, **Kefalet**, s. 195; Kırca, **a.g.m.**, s. 441; Baş, **a.g.m.**, s. 122.

³⁸⁹ Pestalozzi, Art. 494, N. 3; Beck, Art. 494, N. 17; Özen, **Kefalet**, s. 195; Kırca, **a.g.m.**, s. 440; Şeker, **Eşin Rızası**, s. 45.

³⁹⁰ Bu görüş için bkz. Baş, **a.g.m.**, s. 121.

³⁹¹ Özen, **Kefalet**, s.195.

Her ne kadar eşin rızası şartının ehliyetle dair bir kural olduğu görüşüne³⁹² katılıyor olsak da, TBK. m. 584 hükmünün dolanılmasını engelleme kaygısının dikkate alınması, ailenin korunması amacına ve kefilin korunması amacına hizmet edecektir. Bu itibarla, kendi adına kefil olma konusunda özel yetki vermesi veya diğer tarafa ya da bir üçüncü kişiye kefil olma vaadinde bulunması işlemlerinde, eşin rızası şartının aranması gerektiğine inanıyoruz.

4. TBK. m. 603 Kapsamında Yer Alan Şahsi Teminat Sözleşmelerinde

Kefalet sözleşmesinin; şekil, ehliyet ve eşin rızasına ilişkin koşullarının farklı isimler altında yapılan şahsi teminat sözleşmeleri ile bertaraf edilmesini önlemek amacıyla, “*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.*” hükmüne, TBK. m. 603’de yer vermiştir.

TBK. m. 603 hükmü uyarınca, kefalet dışındaki tüm şahsi teminat sözleşmelerinde, kefaletin şekline, kefil olma ehliyeti ve eşin rızasına ilişkin düzenlemenin uygulama alanı bulup bulmayacağı noktasında öğretide görüş ayrılığı mevcuttur. Zira TBK. m. 603 öncesinde, kişisel güvence verilen sözleşmeler yönünden ağır sorumluluklar doğuran bankaca imzalatılan sözleşmelerde de, kefalet hükümlerinin uygulanması gerektiğine ilişkin Yargıtay İçtihatları da bulunmaktadır³⁹³.

Katıldığımız görüşe göre, aile birliğinin korunması amacıyla getirilen eşin rızası şartı, diğer şahsi teminat sözleşmeleri açısından da uygulama alanı bulmalıdır. Özellikle kefalet sözleşmesine kıyasen, teminat verenin daha ağır sorumluluk altına girdiği sözleşmelerde, örneğin garanti sözleşmelerinde, eşin rızasına ilişkin hükmün evleviyetle uygulanması gereklidir³⁹⁴.

³⁹² B1 2, Ba. VII, A, dn. 283-284.

³⁹³ Yarg. HGK E. 2001/19-534 K. 2001/583 T. 4.7.2001(Çevrimiçi)<http://www.kazanci.com>(Erişim Tarihi: 18.11.2018) Aynı yönde karar; Yargıtay 19. HD 18.12.2000 2000/7107-8738. (Çevrimiçi) <http://www.kazanci.com> (Erişim Tarihi:22.12.2018).

³⁹⁴ Atilla Altop, “Türk Borçlar Kanunu Tasarısı’nda Genel İşlem Koşulları ve Kefalet Sözleşmesi”, *İsviçre Medenî Kanunu ve Borçlar Kanunu’nun Alınışının 80. Yılı*, İstanbul 2007, s. 160; Haluk

TBK. m. 603'ün, Anayasa m. 48 ile güvence altına alınan sözleşme özgürlüğünün unsurlarından olan şekil serbestisini aşırı ölçüde sınırlayan bir hüküm olması yönüyle, hukukun genel ilkelerine ve ruhuna aykırı düştüğünü savunan yazarlar ise, TBK. m. 603'ün uygulama alanının belirsizliği sebebiyle örtülü bir boşluğun söz konusu olduğunu, bu boşluğun amaca uygun bir sınırlama ile yargı kararlarıyla doldurulması gerektiğini ifade etmişlerdir³⁹⁵. Bu görüşe göre, “*kişisel güvence verilmesine ilişkin olarak başka ad altında yapılan diğer sözleşmeler*” şeklinde ifade edilen ölçüt yetersiz olup sonuçları objektif iyiniyetli kişiler açısından öngörülebilir değildir³⁹⁶. Kanun yapma tekniğine uygun olarak düzenlenmeyen TBK. m. 603 hükmünün, uygulamada sorun yaratacağını belirten bu yazarlar, bu maddenin yeniden ele alınmasının kaçınılmaz olduğunu belirtmişlerdir.

C. EŞİN RIZASININ ARANMAYACAĞI DURUMLAR

1. Mahkemece Verilmiş Bir Ayrılık Kararı Olması

Açılan boşanma davasında, boşanma sebeplerinin ispatlanması halinde, hâkime, evlilik birliğinin devamının mümkün olabileceği hallerde, boşanma kararı yerine ayrılık kararı verme hakkı tanınmıştır (TMK. m. 170/I). Ayrılık kararının kesinleşmesine gerek yoktur³⁹⁷. Ayrıca taraflar boşanma davası açmaksızın mahkemeden ayrılık kararı talep edebileceklerdir. Hiçbir karar olmaksızın, ayrı yaşayan eşler arasında da eşin rızası aranır.³⁹⁸ Belirtilen her iki durumda da eşler, diğer eşin rızası olmaksızın kefalet sözleşmesi yapabileceklerdir (TBK. m. 584/I).

Burcuoğlu, “Türk Borçlar Kanunu Tasarısında Yeni Kefalet Düzenlemesi ile İlgili Bazı Gözlemler”, **Türk İsviçre Hukuk Günleri, Banka ve Tüketici Hukuku Sorunları Sempozyumu**, İstanbul 2010, s. 291; Şamil Demir, “Kefalet Sözleşmesinin Uygulama Alanı”, **TBBĐ, S. 108**, 2013, s. 99 dn. 46; Şeker, **Eşin Rızası**, s. 77. Bu yöndeki görüşlere ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Bl. 2. B. V, H.

³⁹⁵ Ali Bozer/Celal Göle, Kıymetli Evrak Hukuku, 6. Bası, Ankara, 2017, s. 156; Sefer Oğuz, **6098 Sayılı TBK. m. 584/I'nın Bankacılık Uygulamasında Yarattığı Sorunlar ve Özellikle Evli Gerçek kişilerin Aval Vermesinde Eş Rızasının Bulunmasının Gerekliliği Üzerine Düşünceler**, **Bankacılar Dergisi**, 2013, (Çevrimiçi) <https://www.tbb.org.tr>, s.67 vd. (Erişim Tarihi:10.07.2018).

³⁹⁶ Demir, **a.g.m.**, s. 120.

³⁹⁷ Reisoğlu, **Kefalet Hukuku**, s.89.

³⁹⁸ Özen, Kefalet, s.188,189.; Reisoğlu, **Kefalet Hukuku**, s.90.

2. Yasal Olarak Ayrı Yaşama Hakkının Doğması

TMK. m. 197/I eşlere; kişiliği, ekonomik güvenliği veya huzurunun tehlikeye düşmesi durumunda, ayrı yaşama hakkı tanınmıştır. Bu koşulların varlığı halinde, “yasal olarak ayrı yaşama hakkı”, mahkeme kararı olmaksızın kullanılabilir³⁹⁹. Yürürlükten kaldırılan 743 sayılı Medeni Kanun (m. 162/II)’da boşanma davasının açılması, ayrı yaşama için haklı bir sebep olarak düzenlenmesine karşın, 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu’nda bu yönde bir hükme yer verilmemiştir. Ancak öğretide ve yargı kararlarında, boşanma davasının açılmasıyla birlikte eşleri yasal olarak ayrı yaşama hakkına sahip olacağı benimsenmektedir⁴⁰⁰. Bu görüş, TBK. 584. Maddenin uygulanması açısından boşanma davasının açılmasıyla ayrı yaşama hakkının doğduğu ve eşin rızasının aranmayacağı sonucunu doğurur⁴⁰¹. Ancak; kanaatimce, “kanuna karşı hile” yapılarak, eşin rızası şartını dolanmak için, boşanma davası açılabilme ihtimalinin de göz önünde bulundurulması gerekmektedir.

İsviçre Borçlar Kanunu’nda ise, yasal olarak ayrı yaşama hakkının doğması, eşin rızasının aranması kuralına ilişkin istisnai bir hal olarak düzenlenmemiştir. Türk kanun koyucunun bu yöndeki tercihinin, çekişmeli boşanma davasına taraf eşler açısından, olumlu etki doğuracağı kanısındayım. Zira uygulamada çekişmeli boşanma davalarının uzun sürmesi ve bu süre içerisinde, husumetli olunan eşin rızasının alınmasının oldukça güç olması, özellikle ticaretle uğraşan eşi menfaat kaybına uğratacaktır. Bu itibarla, eşlerin ayrı yaşama hakkının ortaya çıktığı olasılıkta da eşin rızasının aranmayacağına ilişkin düzenlemenin öngörülmesi isabetli olmuştur.

Öğretide, TMK. m. 197 kapsamında yasal olarak ayrı yaşama hakkı olmasına rağmen eşlerin fiilen birlikte yaşamaya devam etmeleri halinde, kefalet sözleşmesinin geçerliliği için eşin rızasının aranması gerekeceği görüşü ileri sürülmüştür⁴⁰². Bu görüşe göre; belirtilen ihtimalde de ailenin ekonomik bütünlüğünün korunması gereklidir.

³⁹⁹ Mustafa Dural/Tufan Ögüz/Mustafa Alper Gümüş, **Türk Özel Hukuku, C. III, Aile Hukuku**, İstanbul, Filiz, 2014, s. 179.

⁴⁰⁰ Dural/Ögüz/Gümüş, **a.g.e.**, s. 131; Şeker, **Eşin Rızası**, s. 55. Bu yönde karar için bkz. Yarg. HGK. T. 05.03.2008, E. 2008/2-231, K. 2008/235. (Çevrimiçi) <http://www.kazanci.com> (Erişim Tarihi:20.10.2018).

⁴⁰¹ Reisoğlu, **Kefalet Hukuku**, s.89.

⁴⁰² Baş, **a.g.m.**, s. 118.

Ayrıca ayrı yaşama hakkının varlığında, kefalet sözleşmesine diğer eşin rıza verememesinin bir nedeni de o eşe ulaşma ve bu konuda izin almada bir zorluğun olmamasıdır⁴⁰³.

Bu görüşe karşılık, öğretide Şeker, belirtilen durum için genel bir değerlendirme yerine somut olayın özellikleri dikkate alınarak bir çözüm ortaya konulması gerektiğini dile getirmiştir⁴⁰⁴. Gerçekten ayrı yaşama hakkı olmasına rağmen eşlerin fiilen birlikte yaşamaya devam etmeleri halinde, eşin rızasının aranması gerekli olacağı şeklinde genel bir çözüm benimsemekten ziyade, ayrı yaşama hakkının amacı ve somut olayın özellikleri çerçevesinde bir değerlendirme yapılmasının daha doğru olacağı kanısındayım.

Yasal olarak ayrı yaşama hakkına sahip olmamasına karşın birlikte yaşamaktan kaçınan eşin, kefalet sözleşmesi yapabilmesi, diğer eşin rızasına bağlıdır. Zira burada (TBK. m. 584) eşin rızasının aranmayacağı istisna hal gerçekleşmemiştir. Bu halde rızası alınmaksızın kefalet sözleşmesi yapılan eş, TMK. m. 197 kapsamında, hâkimden, ayrı yaşayan eşin haklı bir neden olmaksızın ayrı yaşadığını ve rızası olmadan yapılan kefalet sözleşmesinin geçersiz olduğunun tespitini talep edebilecektir⁴⁰⁵.

Diğer taraftan, haklı bir sebep olmaksızın birlikte yaşamaktan kaçınılan eşin, diğer eşin (birlikte yaşamaktan kaçınan) rızası olmadan, kefalet sözleşmesi yapabileceği öğretide savunulmaktadır⁴⁰⁶. Bizce de haklı bir sebep olmaksızın ayrı yaşama durumunda, TMK. m. 197/I anlamında haklı bir sebep teşkil edilebildiği ölçüde, ayrı yaşayan eşin rızasına başvurulmadan kefalet sözleşmesi yapılabilecektir. Zira bu durumda haklı bir sebebe dayanmayan ayrı yaşama olgusu, diğer eş açısından yasal ayrı yaşama hakkı için geçerli bir sebep arz edecektir.

3. TBK. m. 584/III'te Belirtilen Hallerden Birinin Varlığı

Eşin rızasının aranmayacağı istisnai hallerden bir diğeri, TBK. m. 584/III hükmünde düzenlenmiştir. Bu hükmün, ticari hayatın gereğinden olan sürat ve güven

⁴⁰³ Baş, **a.g.m.**, s. 119.

⁴⁰⁴ Şeker, **Eşin Rızası**, s. 53.

⁴⁰⁵ Şeker, **Eşin Rızası**, s. 54; Reisoğlu, **Kefalet Hukuku**, s.89,90.

⁴⁰⁶ Şeker, **Eşin Rızası**, s. 54.

ihtiyacıyla bağdaşmadığı şeklindeki yoğun eleştiri⁴⁰⁷ üzerine, 28.03.2013 tarih ve 6455 sayılı Kanun ile eklendiğini belirtmiştik. Söz konusu bu hükmün bazı farklılıklar içeren benzer bir haline⁴⁰⁸ (İBK. m. 494/II) 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu’nun taslağında yer verilmekteydi⁴⁰⁹. Ne var ki bu hükme kaynak teşkil eden düzenleme, ailenin birliğinin daha iyi korunması düşüncesiyle, 6098 sayılı Kanunu’nun yürürlük metninden çıkartılmıştır.

Nihayet belirtilen eleştirilerin etkisiyle söz konusu hüküm fıkrası Türk Borçlar Kanunu’na, 28.03.2013 tarih ve 6455 sayılı Kanun ile eklenmiştir. Buna 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*” de eşin rızası şartı aranmaz. Ticaret hayatı konusunda gerekli bilgi, tecrübe ve idrake sahip olmaları dolayısıyla düşüncesizce taahhüt altına girmeyecekleri varsayımı⁴¹⁰ ile TBK. m. 584/III kapsamında belirtilen kişileri sırasıyla incelemek de fayda vardır.

⁴⁰⁷ Oğuz, **a.g.e.**, s. 76.

⁴⁰⁸ Mülga İBK m. 494/II’e göre “*kefalet, ticaret siciline kayıtlı bir işletmenin sahibi; bir kolektif ortaklığın ortağı; bir komandit ortaklığın sınırlı sorumlu ortağı; bir anonim ortaklığın yöneticisi veya müdürü, bir sermayesi paylara bölünmüş komandit ortaklığın müdürü veya bir limited ortaklığın yöneticisi ortağı tarafından işletmeyle ilgili olarak verilmişse, eşin rızası aranmaz*”. Ticaret hayatı konusunda gerekli tecrübeye ve idrake sahip kişilerin açısından uygulanmasının isabetli olmadığı, zira bu kişilerin düşüncesizce borç altına girmeyecekleri, gerekçesiyle, kabul edilen bu düzenlemenin, kefil ve ailesi bakımından olumsuz sonuçlar doğurabileceği düşüncesiyle yürürlükten kaldırılmıştır. Beck, Art. 494 N. 10; Giovanoli, Art. 494 N. 16, 18; Oser/Schönenberger, Art. 494, N. 11.

⁴⁰⁹ Söz konusu hüküm fıkrasına göre, “*Kefalet, ticaret siciline kayıtlı bir işletmenin sahibi; bir kolektif ortaklığın ortağı; bir komandit ortaklığın sınırsız sorumlu ortağı; bir anonim ortaklığın yöneticisi veya müdürü, bir sermayesi paylara bölünmüş komandit ortaklığın müdürü veya bir limited ortaklığın yöneticisi ortağı tarafından işletmeyle ilgili olarak verilmişse, eşin rızası aranmaz*”.

⁴¹⁰ Kırca, **a.g.m.**, s. 482; Kübra Koroğlu, **Gerçek Kişilerin Taraf Olduğu Kefalet Benzeri Garanti Sözleşmelerinin Tabi Olduğu Geçerlilik Şartları**, BÜSBE, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2014, s. 102; Yalçınduran, **a.g.m.**, s. 477.

a) Ticaret Siciline Kayıtlı Ticari İşletmenin Sahibi Olan Gerçek Kişi Tacirin Ticari İşletmesi İlgili Vereceği Kefaletler

Ticaret siciline kayıtlı ticari işletme sahibi olan gerçek kişi tacirin ticari işletmesiyle ilgili⁴¹¹ vereceği kefaletler için eşin rızası aranmayacaktır (TBK. m. 584/III). Dolayısıyla 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu uyarınca, tacir sıfatına sahip ve ticari işletmesini ticaret siciline tescil ettiren kişiler eşlerinin rızası olmaksızın kefalet sözleşmesi yapabileceklerdir⁴¹². Ancak ticari işletmesini TTK. m. 40/I uyarınca ticaret siciline tescil ettirmeyen tacirler tarafından veya ticaret siciline kayıtlı olmakla birlikte ticari işletmesini ilgilendirmeyen konulara ilişkin yapılacak kefaletlerde eşin rızası aranmaktadır⁴¹³.

b) Ticaret Şirketinin Ortak ya da Yöneticisi Tarafından İşletme veya Şirketle İlgili Olarak Verilecek Kefaletler

6098 sayılı Kanun'un yürürlük metninden çıkarılan hüküm fıkrasında, mehz kanunda (İBK. m. 494/II) olduğu gibi, eşin rızanın aranmayacağı şirket ortaklığı ve yöneticilikleri tek tek sayılarak ortaya konulmuştur. Ancak 6455 sayılı Kanun ile eklenen hüküm fıkrasında, eşin rızasının aranmayacağı haller sayımı yapılmadan, "...ticaret şirketinin ortak ya da yöneticisi tarafından... şirketle ilgili olarak..." ibaresine yer verilmiştir. Buna göre, herhangi bir ticari şirketin ortak veya yöneticisinin şirketle ilgili vereceği kefaletlerde eşin rızası aranmayacaktır. Örneğin; ticari şirket ortak ya da yöneticisinin, şirketin bankaya olan kredi borcu için kefil olması durumunda, eşin rızası aranmaz⁴¹⁴. Buna karşılık bir ticari şirketin ortak ya da

⁴¹¹ Şeker'e göre "Bu konuda eşin rızasının aranmasındaki temel ölçüt, kefaletin işletme ile ilgili bir kefalet olup olmadığı hususudur. Bu konuda bir uyuşmazlık halinde somut olaya göre hakim çözmelidir..." Şeker, **Eşin Rızası**, s. 59.

⁴¹² "Ticaret siciline kayıtlı ticari işletmenin sahibi olan gerçek kişi tacirin ticari işletmesi ile ilgili vereceği kefaletler için eşin rızası aranmayacağına göre, gerçek kişi bir tacirin, ticari işletmesi ile ilgili olarak, diğer bir gerçek kişi veya tüzel kişi tacir borcu için vereceği kefaletle ilgili eşin rızası aranmaz. Ayrıca asıl borçlunun tacir olması gerekmez. Yine kendisinden mal alacak olan tüketicinin bankadan alacağı bağlı krediye gerçek kişi bir tacirin kefil olması halinde de eşin rızası aranmaz." Bkz. **Gümüş, Borçlar Özel, s.346.**

⁴¹³ Şeker, **Eşin Rızası**, s. 58 vd.

⁴¹⁴ "İhtiyati haciz talep dilekçesi içeriğinde müteselsil kefil ...'ın asıl borçlu şirketin ortak ya da yöneticisi olduğuna ilişkin herhangi bir beyana yer verilmemiş ise de, mahkemece talep dilekçesinde anılan şahsın tüzel kişiliğin yetkilisi olduğuna ilişkin ticaret sicil gazetesi suretinin eklendiğinin belirtildiği kabul edildiğine göre, gerektiğinde bu belgenin temininin sağlanması ve kredi sözleşmelerinin imzalandığı tarihte yürürlükte bulunan 6098 sayılı'nın 584/....maddesine göre ticaret şirketinin ortakları ya da

yöneticisinin, kendi şirketi ile ilgisi olmayan, diğer bir gerçek kişi veya ticari şirketin borcu için vereceği kefaletlerde eşin rızası, TBK. m. 584/III gereği aranacaktır⁴¹⁵. Oysa Mülga İsviçre Borçlar Kanunu m. 494/II hükmünde, belirtilen kişiler açısından konu bakımından herhangi bir sınırlama öngörülmemiştir. Buna göre belirtilen şirket ortak veya yöneticileri, hangi borç için kefalet verirse versinler, istisnadan yararlanabilmekteydi.

Özetle, burada da iki bağlı koşulun; (*ticaret şirketinin ortak ya da yöneticisi olma ve kefaletin şirketle ilgili hukuki işlemlere ilişkin olması*) gerçekleşmesi halinde, eşin rızasının aranmaksızın kefalet sözleşmesinin kurulabileceği kabul edilmiştir.

TBK. 584/III maddesi istisnaları hususunda önemli bir eleştiri Özen tarafından yapılmaktadır⁴¹⁶. Kanuna eklenen; “...Ticaret şirketi ortak ya da yöneticisi tarafından ... şirketle ilgili olarak...” ibaresi ile işletme sahiplerinin, işletmesi ile alakalı işlerde

yöneticisi tarafından şirketle ilgili olarak verilecek kefaletlerde eş rızası aranmayacağı nazara alınarak bir değerlendirme yapılması gerekirken, yazılı gerekçe ile müteselsil kefil ... yönünden ihtiyati haciz talebinin reddi doğru olmamış, hükmün ihtiyati haciz talep eden yararına bozulması gerekmiştir.” Yarg. 11. HD, T. 30.06.2016, E. 2016/12388, K. 2016/8554. Aynı yönde olan bir diğer kararda, “...Bu itibarla, alacaklı banka tarafından müteselsil kefil Nedim...’in ortağı olduğu D... D. Demir San. İnş. Ve Tic. A. Şti’ne 25.06.2016 tarihli Gnel Kredi ve Teminat Sözleşmesine istinaden kredi kullandırılmış olup, talebe dayanak kredi sözleşmesinin imzalandığı tarihte yürürlükte bulunan 6098 sayılı TBK.’nın 584/3 maddesine göre ticaret şirketinin ortakları tarafından şirketle ilgili olarak verilecek kefaletlerde eş rızası aranmayacağı nazara alınmadan yazılı gerekçeyle, müteselsil kefil Nedim ... yönünden talebin reddi doğru olmamış, bozmayı gerektirmiştir...”denilmektedir.(Çevrimiçi) <http://www.kazanci.com>, (Erişim Tarihi:07.11.2017). Yarg. 11 HD. T. 29.04.2015, E. 2015/4997, K. 2015/6071. Aynı yönde kararlar için bkz. “...Bu itibarla, alacaklı banka tarafından müteselsil kefil kefil İbrahim K..’in ortağı olduğu Y... ve Ticaret Limited Şirketi’ne 26.09.2013 tarihli genel kredi sözleşmesine istinaden kredi kullandırılmış olup, talebe dayanak kredi sözleşmesinin imzalandığı tarihte yürürlükte bulunan 6098 sayılı TBK.’nın 584/3 maddesine göre ticaret şirketinin ortakları tarafından şirketle ilgili olarak verilecek kefaletlerde eş rızası kefaletlerde eş rızası aranmayacağı nazara alınmadan yazılı gerekçeyle, müteselsil kefil İbrahim K ... yönünden talebin reddi doğru olmamış, bozmayı gerektirmiştir.” Yarg. 11 HD. T. 10.02.2016, E. 2016/1370, K. 2016/1236. “Bu itibarla, alacaklı banka tarafından müteselsil kefiller İsmet M.. ve Fatma M..’nin ortağı oldukları M.. Kollektif Şirketi İsmet M.. ve Ortağı unvanlı şirkete 22.11.2013, 27.12.2013, 18.04.2014 ve 18.12.2014 tarihli Genel Kredi ve Teminat Sözleşmelerine istinaden kredi kullandırılmış olup, talebe dayanak kredi sözleşmesinin imzalandığı tarihte yürürlükte bulunan 6098 sayılı TBK.’nın 584/3 maddesine göre ticaret şirketinin ortakları tarafından şirketle ilgili olarak verilecek kefaletlerde eş rızası kefaletlerde eş rızası aranmayacağı nazara alınmadan, yine talebe dayanak 30.03.2009 tarihli kredi sözleşmesinin imzalandığı tarihte de müteselsil kefillerin birbirleri ile evli oldukları ve kredi sözleşmesini müteselsil kefil sıfatıyla birlikte imzaladıkları için kefaletlerinde rıza aranmayacağı değerlendirilmeden yazılı gerekçeyle, müteselsil kefil İbrahim K ... yönünden talebin reddi doğru olmamış, bozmayı gerektirmiştir”. Yarg. 11 HD. T. 10.02. 2016, E. 2016/1306, K. 2016/1277.(Çevrimiçi), www.kazanci.com, (Erişim Tarihi: 22.08.2018), Mahmut Bilgen, **Kefalet ve Yargılama Hukukuna İlişkin Uyuşmazlıklar/6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Işığında**, Adalet, Ankara,2013, s. 97-100.

⁴¹⁵ Gümüş, **Borçlar Özel**, s. 346; Şeker, **Eşin Rızası**, s. 60.

⁴¹⁶ Özen, **Kefalet**, s.193.

eşin rızasının aranmayacağı hususu belirtilmiş olsa da işletmesi ile alakalı olmayan birçok işletmeye veya gerçek kişiye kefil olabilmek⁴¹⁷ ve eşinin rızasını almama tehlikesi de vardır. Örneğin; bir gerçek kişi tacir, yarın kendisine kredi açılmasını mümkün kılacak bir kefil rahatlıkla bulabilmek için, bugün bir başkasının alacağı krediden doğan borca kefil olmayı uygun görebilir. Bu husus da yapılan kefalet sözleşmesinin, işletmesinin sonradan alacağı krediyle ilgili olduğu gerekçesi ile eşin rızasının alınmaması sağlanabilir. Yine aynı şekilde, gerçek kişi tacirin kendisine mal temin eden kişinin borçlarına kefil olması durumunda da işletmesi ile ilgili ve eşinin rızasını gerektirmeyen bir kefalet sözleşmesi yaptığı söylenebilir.

Kanaatimce; Özen'in eleştirisi dikkate alınmalıdır. TBK. 584/III maddesi, eşin rızası hükmünün gerekliliğine ve uygulamasına gölge düşürmektedir. Yukarıda verilen örneklerde de görüleceği üzere, ailenin korunması amacı taşıyan “eşin rızası” kavramının uygulaması daraltılmış ve kanun koyucunun başlangıçta ortaya koyduğu amaç dolanılarak etkisiz hale getirilmiştir. Bu yüzden, mehz İsviçe Kanunu gibi, daha sonradan getirilen ve istisnaları sıralandığı hüküm olan TBK. 584/III maddesinin öncelikle kaldırılması aksi halde kanun koyucunun esas amacı unutulmadan, istisnaların netleştirilmesi ile amacın dolanılmasının engellenmesi kanaatindeyiz.

c) Esnaf ve Sanatkârlar Siciline Kayıtlı Esnaf veya Sanatkârlar Tarafından Mesleki Faaliyetleri İle İlgili Olarak Verilecek Kefaletler

TBK. m. 584/III'e göre, kişi ve konu odaklı oluşan istisnai hükümle, “esnaf ve sanatkârlar siciline kayıtlı esnaf veya sanatkârlar tarafından mesleki faaliyetleri ile ilgili olarak verilecek” kefaletlerde eşin rızası aranmayacaktır. Buna göre, esnaf ve sanatkârlar siciline kayıtlı olmayan kişilerce veya bu sicile kayıtlı olmakla birlikte bu kişilerin mesleki faaliyetleriyle ilgili olmayan konularda yapılacak kefaletlerde eşin rızası gerekecektir. Burada önemli koşul, kefaletin mesleki faaliyetlerle alakalı verilip verilmediğidir⁴¹⁸. Oysa Mülga İBK. m. 494/II düzenlemesinde, “mesleki faaliyetleri

⁴¹⁷ Özen, **Kefalet**, s.192.

⁴¹⁸ Şeker, **Eşin Rızası**, s. 63.; Gümüş, **Borçlar Özel**, s.346.

ilgili olarak” belirtilen kişilerin yapacağı kefaletler açısından bir istisnaya yer verilmemişti, bu kişiler açısından da eşin rızası aranmaktaydı⁴¹⁹.

d) 27.12.2006 Tarihli ve 5570 sayılı Kanun Kapsamında Kullanılacak Kredilerde Verilecek Kefaletler

27.12.2006 tarih ve 5570 sayılı Kamu Sermayeli Bankalar Tarafından Yürütülen Faiz Destekli Kredi Kullanılmasına Dair Kanun kapsamında kullanılacak kredilerde verilecek kefaletler için de eşin rızasının aranmayacağı öngörülmüştür (TBK. m. 584/III). Böylece ticari hayatın vazgeçilmez bir parçası haline gelen kredi işlemlerin daha kolay gerçekleşmesi amaçlanmıştır⁴²⁰.

e) Tarım Kredi, Tarım Satış ve Esnaf ve Sanatkârlar Kredi ve Kefalet Kooperatifleri ile Kamu Kurum ve Kuruluşlarınca Kooperatif Ortaklarına Kullanılacak Kredilerde Verilecek Kefaletler

5570 sayılı Kanun kapsamında kullanılan krediler de olduğu gibi, “tarım kredi, tarım satış ve esnaf ve sanatkârlar kredi ve kefalet kooperatifleri ile kamu kurum ve kuruluşlarınca kooperatif ortaklarına kullanılacak kredilerde” verilecek kefaletler için de eşin rızası aranmayacağı hükme bağlanmıştır. Bu bağlamda, devlet bankaları da bir kamu kurum ve kuruluşu niteliğinde olduğundan, devlet bankalarınca, kooperatif ortaklarına kullanılacak kredilere verilecek kefaletlerde de kefilin eşinin rızası gerekmeyecektir⁴²¹.

D. RIZANIN VERİLMESİ

1. Rıza Vermeye Yetkili Kişi

Kanundan da anlaşılacağı üzere, rızayı vermeye yetkili olan kefilin eşidir. Bununla birlikte öğretide, söz konusu hakkın kişiye sıkı sıkıya bağlı bir hak olarak düzenlenmeyişiinden hareketle, bu yetkinin yasal veya kanuni temsilci aracılığıyla da

⁴¹⁹ Şeker, *Eşin Rızası*, s. 56.

⁴²⁰ Şeker, *Eşin Rızası*, s. 60,64.

⁴²¹ Gümüş, *Borçlar Özel*, s. 346, 347; Şeker, *Eşin Rızası*, s. 64.

kullanılmasının mümkün olacağı kabul edilmiştir⁴²². Kefil olma iradesinin temsilci aracılığıyla açıklanabileceğine ilişkin düzenlemenin (TBK. m. 583/II) varlığı, bu görüşün bir diğer dayanak noktasıdır. Kefilin ve ailenin korunması amacıyla uyumlu olması yönüyle bu düşüncenin isabetli olduğu kanısındayım. O halde, kefilin eşi, rıza beyanını bizzat veya temsilci aracılığıyla açıklayabilecektir.

Her ne kadar, TMK. m. 449 uyarınca kefalet sözleşmesi, ehliyetsizler için yasak işlemlerden olsa bile, rızası aranan eşin ehliyetsiz olması, rıza şartının uygulamasına engel olmayacaktır⁴²³. Zira TMK. m. 449 ile getirilen yasak, ehliyetsizler ve bunların temsilcilerinin kefalet sözleşmesi yapmalarına ilişkindir.

Bu bağlamda, kefaletin geçerliliği için eşe tanınan rıza verme yetkisinin, yargısal bir denetime tabi olup olmayacağının ortaya konulması gerekir. Evlilik birliğinin korunması düşüncesiyle, aile konutu üzerinde yapılacak hukuki işlemlerde eşin rızasının aranması şartını öngören kanun koyucu bu kurala ilişkin düzenlemelerinde (TMK. m. 194/II ve TBK. m. 349/II), eşten gerekli izin alınmaması halinde diğer eşe hâkime müracaat etme hakkı vermiştir. Böylece, eşe tanınan yetkinin mutlak bir yetki olmadığı benimsenmiştir. Bu düzenlemeden hareket eden kimi yazarlar, TMK. m. 195 uyarınca; haklı bir neden olmaksızın kefalet sözleşmesine rıza vermekten kaçınılması halinde, dürüstlük kuralı (TMK. m. 2) kapsamında hâkimin müdahalesinin istenebileceğini savunmaktadır⁴²⁴.

Buna karşılık katıldığımız diğer kısım yazarlar⁴²⁵, TBK. m. 584'te eşe tanınan yetkinin mutlak bir yetki olduğunu, TMK. m. 194/II ve TBK. m. 349/II hükmünde açıkça düzenlenmekle tanınan "*hâkimden müdahale talebi*" hakkının, dürüstlük kuralı gerekçe gösterilerek ihdas edilemeyeceğini vurgulamışlardır. TMK. m. 195 kapsamında, TBK. m. 584 tarafından tanınmayan bir hakkı tanımak, kanun koyucunun

⁴²² Giovanoli, Art. 494, N. 15; Oser/Schönenberger Art. 494, N.32; Pestalozzi, Art. 494, N.3; Reisoğlu, **Kefalet Hukuku**, s. 90,91; Zevkliler/Gökyayla, **a.g.e.**, s. 716; Şeker, **Eşin Rızası**, s. 25.

⁴²³ Beck, Art. 494, N. 8; Reisoğlu, **Kefalet Hukuku**, s. 93; Özen, **Kefalet**, s. 190; Şeker, **Eşin Rızası**, s. 25.

⁴²⁴ Necati, Aksoyoğlu, Borçlar Kanunu Tasarısı'ndaki Kefalet Sözleşmelerine İlişkin Önemli Değişikler, **Bankacılar Dergisi**, İstanbul, 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. 7, Ankara 2011, s. 77. Badur, **Eşin Rızası**, s. 288.

⁴²⁵ Beck, Art. 494, N. 31; Reisoğlu, **Kefalet Hukuku**, s. 92; Özen, **Kefalet**, s. 200-201; Şeker, **Eşin Rızası**, s. 28.

TBK. m. 584'ü koyma iradesine ters düşmektedir. Bu şekilde, TMK. m. 195 hükmü ile TBK. m. 584 hükmünün uygulamasının ortadan kaldırılması, kanuna karşı hile ve kanunun dolanılması tehlikesini karşımıza çıkaracaktır⁴²⁶. Gerçekten aksi yöndeki düşüncenin kabulü, kanun koyucunun iradesine ve aile birliğinin korunması düşüncesiyle bağdaşmayacaktır. Bu itibarla, rıza konusunda mutlak bir yetkiye sahip olan eş, hiçbir gerekçe göstermeden rıza vermekten kaçınabilecek, ailesinin ve eşinin durumunu serbest iradesi ile değerlendirebilecek⁴²⁷ ve buna karşı diğer eş hâkimden müdahale talep edemeyecektir.

Ancak eşin rıza beyanına ilişkin irade bozuklukları kapsamında değerlendirilecek bir halin varlığında, verilen rızanın iptal edilebileceğini belirtmek gerekir. Bu kapsamda, yanıltma (TBK. m. 30), aldatma (TBK. m. 36) veya korkutmanın (TBK. m. 37) şartlarının varlığı halinde eşin rızası iptal edilebilecektir.

Son olarak eşe rıza yetkisi tanıyan düzenlemenin emredici nitelikte olduğunu hatırlatmak gerekir. Bundan dolayı eşin bu hakkından feragat edemeyeceği, buna ilişkin sözleşmelerin de geçersiz sayılacağı kabul edilir⁴²⁸.

2. Rızanın Şekli ve İçeriği

TBK. m. 584/I'e göre eşin rıza beyanının geçerliliği, adi yazılı şekle tabidir. Bu itibarla, eşin kefalet sözleşmesine ilişkin rızasını, yazılı olarak beyan etmesi ve bu beyanı imzalaması gereklidir. Noter tarafından düzenlenmesi ve onaylanmasına gerek yoktur⁴²⁹. TBK. m. 15/I uyarınca bu imza, el yazısıyla atılmalıdır. Rızası aranan eş imza atamayan kişilerden ise, imza yerine usulüne göre onaylanmış olması koşuluyla; müdür, parmak izi ya da el ile yapılmış bir işaret kullanabilecektir (TBK. m. 16/I). Ayrıca 5070 sayılı Elektronik İmza Kanunu ile düzenlenen, güvenli elektronik imzanın, el yazısıyla atılmış imzaya ait bütün hukuki sonuçlarını doğuracağından, eşin rızası, güvenli

⁴²⁶ Şeker, **Eşin Rızası**, s. 28.

⁴²⁷ Şeker, **Eşin Rızası**, s. 27.

⁴²⁸ Pestalozzi, Art. 494. N. 1; Beck, Art. 494, N. 4; Gümüş, **Borçlar Özel**, s. 347; Şeker, **Eşin Rızası**, s. 30.

⁴²⁹ Kırca, a.g.m., s. 443.

elektronik imza yolu ile verilebilecektir⁴³⁰. Buna karşılık kefalet sözleşmesinin 5070 sayılı Elektronik İmza Kanunu'nun 5. maddesinin ikinci fıkrası kapsamında yer alan bir teminat sözleşmesi olması sebebiyle, güvenli elektronik imza ile kurulması mümkün olmayacaktır.

TBK. m. 584/I uyarınca eş tarafından verilecek rıza beyanı, açık ve anlaşılır olmalıdır. Bu irade, kefalet senedinde ortaya konulabileceği gibi ayrı bir belge ile de açıklanabilecektir⁴³¹. Önemli olan rıza beyanının içeriğinden, kefalet sözleşmesi ile üstlenilen sorumluluğun eş tarafından kabul edilmiş olduğunun anlaşılmasıdır. Bu bağlamda ayrı belgede açıklanan rızanın, hangi kefalet sözleşmesine ilişkin olduğu birtakım verilerle somutlaştırılmalıdır. Ancak önemle belirtelim ki, eşin rızası için adi yazılı şekil şartı öngörüldüğünden, rıza beyanının kefalet sözleşmesine ilişkin birtakım verilerle somutlaştırılması sadece ispat kolaylığı sağlayacaktır⁴³². Bu noktada ispat külfeti kefalet sözleşmesinde alacaklı olan tarafa yüklenmiştir. Öte yandan rıza beyanı ile kefalet sözleşmesi arasında uyumsuzluk olmamalıdır⁴³³.

Rıza beyanını içeren yazı, rıza verecek eş tarafından hazırlanabileceği gibi, kefil olacak eş veya üçüncü kişi tarafından da düzenlenebilecektir. Bu beyanda, eşin yapacağı kefalet sözleşmesine rıza verdiğine dair herhangi bir ifadenin bulunması yeterli olacaktır. Belirtmek gerekir ki, kanunda aksi öngörülmediğinden, rıza beyanının kefalet belgesi içerisinde düzenlenmesi ve bu belgenin rızası aranan eş tarafından da imzalanması da “rıza” şartının yerine gelmesini sağlayacaktır. Bu noktada Şeker, kefalet senedinde rıza beyanını içeren bir yazı olmasa bile, rızası aranan eş tarafından rıza maksadıyla atıldığı anlaşılan bir imzanın, rıza beyanı olarak kabul edilebileceği görüşündedir⁴³⁴.

Eşin rızasının belirli bir kefalet sözleşmesine yönelik olması gerekli olup gelecekte yapılacak kefalet sözleşmelerini de kapsayacak genel rıza beyanları geçerli

⁴³⁰ Şeker, **Eşin Rızası**, s. 403; Kırca, s. 443; Yavuz, **Değişiklikler**, s. 815; Baş, **a.g.m.**, s.122 dn. 44. Aksi görüşte olan Bilgen'e göre, 5070 sayılı Elektronik İmza Kanunu'nun 5. maddesinin ikinci fıkrası uyarınca, eşin rızasında da elektronik imza geçerli olmamalıdır. Bilgen, **a.g.e.**, s. 90 dn. 99.

⁴³¹ Giovanoli, Art. 494, N. 5; Özen, **Kefalet**, s. 199; Kırca, **a.g.m.**, s. 444; Yavuz, **Değişiklikler**, s. 815; Baş, **a.g.m.**, s.123; Şeker, **Eşin Rızası**, s. 32.

⁴³² Kırca, **a.g.m.**, s. 443; Yavuz, **Değişiklikler**, s. 815; Baş, **a.g.m.**, s.123; Şeker, **Eşin Rızası**, s. 32-33.

⁴³³ Özen, **Kefalet**, s. 199; Kırca, **a.g.m.**, s. 445. Detaylı bilgi için bkz., B1.II.B.VIII, F.

⁴³⁴ Şeker, **Eşin Rızası**, s. 32.

olmayacaktır⁴³⁵. Bununla birlikte gelecekte yapılması düşünülen kefalet sözleşmesinin hüküm ve özellikleri belirtilerek, tek bir yazılı beyanla rıza verilebilecektir⁴³⁶.

3. Özel Durumlar

a) Eşin Ehliyetsiz Olması

Rızası aranan eşin ehliyetsiz olması halinde ne olacağı kanunda düzenlenmeyen özel durumlardan biridir. Söz konusu bu ihtimalde eşin rızasının alınması ne şekilde sağlanacağı, genel hükümler çerçevesinde öğretide ele alınmıştır. Bilindiği üzere, yasal temsilcinin, ehliyetsiz kişi adına kefalet sözleşmesi akdetmesi yasak bir işlemdir (TMK. m. 449).

İsviçre Federal Mahkemesi bir kararında, İBK. m 494 maddesi kapsamında verilecek rızanın şahsa sıkı suretle bağlı bir hak olmadığı, bu sebeple ehliyetsiz eş adına yasal temsilcinin rıza göstermesi ile kefalet sözleşmesinin kurulmasının mümkün olacağını kabul etmiştir⁴³⁷. Türk Hukuku'nda bu görüşü benimseyen yazarlara göre, kefalet sözleşmesini kuran irade ile ehliyetsiz eş adına yasal temsilcinin rıza göstermesi farklı ağırlıktadır⁴³⁸. Bu nedenle, rızası gereken eşin ehliyetsizliği durumunda, yasal temsilcisinin, yazılı şekilde rıza göstermesi mümkün sayılmalıdır. Ancak kefalet sözleşmesi yapacak eşin, rızası aranan eşin yasal temsilcisi olarak rıza vermesi, ailenin korunması amacıyla uygun olmayan sonuçlar doğurabileceğinden, ehliyetsiz eşe, TMK. m. 426 gereği, temsil kayyımı atanması ve rızanın temsil kayyımınca verilmesi düşüncesini haklı kılmaktadır⁴³⁹. Yasal temsilci kefil ise, kefalet geçersizdir⁴⁴⁰.

b) Eşin, Eş Lehine Kefil Olması

Eşinin borcu için veya eş lehine kefil olması hali de kanunda düzenlenmeyen özel durumlardan bir diğeridir. Öğretide bir görüşe göre, kefalet sözleşmesinin eşin borcunu güvence altına almak amacıyla kurulması halinde, eşin rızasına ihtiyaç

⁴³⁵ Oser/Schönenberger, Art. 494, N. 24; Kırca, **a.g.m.**, s. 444; Yavuz/Acar/Özen, **a.g.e.**, s. 1400.

⁴³⁶ Beck, Art. 494, N. 17; Özen, **Kefalet**, s. 199.

⁴³⁷ BGE 68 II 144. (Çevrimiçi) <http://www.servat.unibe.ch> (Erişim Tarihi: 30.01.2019).

⁴³⁸ Özen, **Kefalet**, s. 190; Öktem Çevik, **a.g.m.**, s. 120; Baş, **a.g.m.**, s.123.

⁴³⁹ Öktem Çevik, **a.g.m.**, s. 120; Baş, **a.g.m.**, s.124.

⁴⁴⁰ Reisoğlu, **Türk Kefalet Hukuku**, s.93.

duyulacaktır⁴⁴¹. Zira asıl borçlu eş, aile bütçesine ayrıca kefalet borcunun yüklenmesini istemeyebilecektir. Bu itibarla, bir eşin, kendi eşinin borcu için kefil olması halinde de, lehine kefil olunan eşin rızası aranmalıdır. Aynı şekilde eşlerin müteselsil kefil olmaları halinde, her iki eşin rızası gereklidir⁴⁴².

Diğer bir görüşe göre, eşin borcu için kefalet altına girilmesi halinde eşin rızası gerekmeyecektir⁴⁴³.

Yargıtay ise her iki görüş yönünde kararlar ortaya koymuştur. Bu kapsamda, Yargıtay 12. Hukuk Dairesi'nin, ilk görüşü benimseyen örnek bir kararında⁴⁴⁴, "...Öte yandan icra kefaletinin diğer eşin borcu nedeniyle verilmiş olması, anılan maddede öngörülen eşin rızası koşulunu da ortadan kaldırmaz.", denilmektedir.

Buna karşılık Yargıtay'ın aksi yöndeki kararında⁴⁴⁵; "...Söz konusu madde, işletmeler için düzenlenmiş ise de; kanuni düzenlemenin amacının, işletmenin yetkilileri tarafından işletme için verilecek kefaletlerde, kefaletle konu borçtan bu kişilerin de fayda sağlamış olmaları sebebiyle eş rızasının aranmadığı anlaşıldığından, temyiz incelemesine konu olayda da kefaletle rıza gösterecek eşin, borçlunun bizatihi kendisi olması sebebiyle ve de kefil olunacak borçlu eşin, kendisine verilecek kefaletle rıza göstermeyeceğinin kabulünün de hayatın olağan akışına aykırı olacağı düşüncesiyle, eşin, borçlu eşi kefil olmak istemesi halinde, kefaletin geçerli olması için eş rızasına lüzum olmadığının kabulü gerekir. Kaldı ki, eş rızasının aranmasına yönelik kanuni düzenlemenin temel maksadının, eşlerin birbirlerinin borçlandırıci tasarruflarından haberdar olma ve borçlandırıci işlemleri aile bütünlüğü içerisinde birlikte yapma olduğu nazara alındığında, somut olaydaki gibi borçlu eşin diğer eşin kefaletine rıza göstermesi şartının aranmasının fuzuli olacağı tabiidir", diyerek eşin borcu için kefalet borcu altına giren eş bakımından eşin rızası aranmayacağı kabul edilmiştir.

⁴⁴¹ Giovanoli, Art. 494, N.6; Özen, **Kefalet**, s. 195; Şeker, **Eşin Rızası**, s. 21; Öktem Çevik, **a.g.m.**, s. 121; Baş, **a.g.m.**, s.124.

⁴⁴² M. Turgut Öz, **Yeni Borçlar Kanunu'nun Getirdiği Başlıca Değişiklikler ve Yenilikler**, Gözden Geçirilmiş 2. Bası, İstanbul 2012, s. 122; Develioğlu, **a.g.e.**, s. 181; Kırca, **a.g.m.**, s. 446; Öktem Çevik, **a.g.m.**, s. 121; Baş, **a.g.m.**, s.124; Gümüş, **Borçlar Özel**, s. 344; Şeker, **Eşin Rızası**, s. 21.

⁴⁴³ Reisoğlu, **Kefalet Hukuku**, s. 91; Gülçin Elçin, "Bankaların Genel Kredi Sözleşmelerinde Yer Alan Kefalet Hükümlerinin Türk Borçlar Kanunu Kefalet Hükümleri Çerçevesinde Değerlendirilmesi", **İBD**, C. 87, S. 3, Y. 2013, s. 24.

⁴⁴⁴ Yarg. 12. HD., T. 15.06.2017, E. 2017/4099, K. 2017/9461 (UYAP Bilgi Bakası- Yargıtay Emsal Karar Arama, (Çevrimiçi), <https://emsal.yargitay.gov.tr> (Erişim Tarihi:05.12.2017); Aynı yönde karar için bkz. Yarg. 12. HD., T. 08.03.2016, E. 2015/31448, K. 2016/6614, Bilgen, **a.g.e.**, s. 95.

⁴⁴⁵ Yarg. 12. HD., T. 13.10.2016, E. 2016/12256, K. 2016/21462 (Çevrimiçi), <http://www.kazanci.com>, (Erişim Tarihi: 28.10.2017).

Ailenin korunması amacıyla getirilen söz konusu hüküm açısından, koruma amacıyla bağdaşmayan bir yorum yoluyla kurala ilişkin istisna ihdas edilmesi isabetli olmamıştır. Ayrıca eşin rızasına ilişkin düzenlemenin amacı, “*eşlerin birbirlerinin borçlandırıcı tasarruflarından haberdar olma ve borçlandırıcı işlemleri aile bütünlüğü içerisinde birlikte yapma bildirimi*” olmayıp; evli kişilerin eşlerinin rızasıyla kefalet yapabilecekleri ve böylece ailenin ekonomik geleceğini tehlikeye sokarak, aile birliğine zarar verebilecek hatır kefaletlerinin önüne geçilmesidir. Bu amacın bildirim yükümlülüğü öngören bir kurum ile gerçekleştirilemeyeceği açıktır. Ayrıca söz konusu kararda isabetli olmayan, kanunda adi şekle tabi kılınmış rıza beyanı yerine, örtülü bir rızanın sözleşmenin kurulması için yeterli olacağı tespitin de yapılmış olmasıdır. Nitekim hükmün lafzı ve amacıyla bağdaşmayan bu hüküm, karşı oy gerekçesinde⁴⁴⁶ eleştirilmiştir. Belirtilen nedenlerle, eşin borcu için kefalet altına girilmesi halinde de eşin rızası aranması gerektiği kanısındayım.

Kefalet sözleşmesinin eşler arasında kurulması ihtimalinde ise, alacaklı olan eşin kefalet sözleşmesini kurma yönündeki iradesinin, eşinin kendisiyle kefalet sözleşmesi yapmasına rıza göstermesini de kapsayacağı, öğretide haklı olarak kabul edilmektedir⁴⁴⁷. Ancak belirtmek gerekir ki, alacaklı eşin kefalet sözleşmesini kurma iradesini adi yazılı şekil şartına uygun olarak beyan etmesi gerekmektedir. Adi yazılı irade beyanını karşı tarafa bildirmeyen alacaklı eş için, eşin rızasının aranmayacağı görüşünü, TBK. m. 584/I’e rağmen savunmanın güç olduğu kanısındayım. Zira TBK. m. 584/I hükmünde, “...*ancak diğerinin yazılı rızasıyla kefil olabilir...*” denilmekle, eşin rızasının veya buna eş değer kefalet sözleşmesi yapma iradesinin en azından adi yazılı şekil kuralına uyularak verilmesi gerektiği kabul edilmiştir.

⁴⁴⁶ “.. Zira bir kişi kendisi borç altına girmekle birlikte aynı şekilde eşinin de kendi malvarlığı ile sorumluluk altına girmesini istemeyebilir. Bu nedenle asıl borçlu eşin izni aranmaktadır (Ayan, Serkan; Kefalet Sözleşmesinde Kefilin Sorumluluğu Birinci Baskı, Ankara 2013 s. 126). Kefaletin borçlu eşin yararına olduğu gerekçesi ile eşin iznine tabi olmadığı söylenemez. Kendisi aile bütçesine yük getirmiş olan borçlu kişi, bu kez de eşinin kefil sıfatı ile bir yük daha getirmesine yanaşmayabilir (Özen, Burak: 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu Çerçevesinde Kefalet Sözleşmesi, 2.Bası, İstanbul 2012, s. 177). Bu sebeplerle kefalet rıza gösterecek eşin borçlunun bizatihi kendisi olması sebebiyle eş rızasının aranmayacağı yönündeki çoğunluk görüşüne katılmıyorum. Eş rızası alınmaya kefalet geçerli olmadığından icra emrinin iptali yönündeki mahkeme kararının onanması görüşündeyim.” denilmiştir. Karar künyesi için bkz. dpn.455.

⁴⁴⁷ Öz, **Başlıca Değişikler**, s. 122; Özen, **Kefalet**, s. 196; Baş, **a.g.m.**, s. 124; Şeker, **Eşin Rızası**, s. 21.

c) *Kefaletin Türünün Anlaşılammaması Durumunda Eşin rızası*

Kefalette eşin rızası konusunda kanunda düzenlenmeyen özellikli bir diğer durum ise, eşin rızasının ne tür kefaletle ilişkin olduğunun anlaşılammaması halidir. Normun koruma amacı gereği, belirtilen bu durumda eşin rızasının adi kefalet yönünde sayılması uygun olacaktır⁴⁴⁸. Ancak öğretide, ticari hayatta müteselsil kefaletin esas olması sebebiyle, ticari bir borca kefil olduğundan haberdar olan eşin verdiği rızanın, açıkça belirtilmese bile, müteselsil kefaletle yönelik olduğunun kabul edilmesi şeklinde bir görüş ileri sürülmüştür⁴⁴⁹. Öğretide Baş tarafından da ifade edildiği üzere, ailenin ekonomik bütünlüğünün korunması amacıyla getirilen rıza şartı, dar yorumlanmalıdır⁴⁵⁰. Gerçekten uygulamada genellikle rızası aranan eşin, kefil olunan borcun ticari borç mu adi borç mu olduğunu bilmesi mümkün olmamaktadır. Bu nedenle, ticari borca ilişkin kefalet sözleşmesinde, eşin rızasının müteselsil kefaletle ilişkin olduğu belirtilmelidir. Aksi takdirde rızanın adi kefalet sözleşmesi yönünde olduğu kabul edilecektir.

Son olarak, kefil olmak isteyen kişinin evli olduğu hususunda yanıltıcı beyanda bulunması veya kasten hiç beyanda bulunmamasına değinmek gerekir. Örneğin evli bir kişinin yeni kimlik kartlarından bu hususun anlaşılammamasından dolayı, evli olmadığını belirterek kefalet sözleşmesi akdetmesi imkân dâhilindedir. Gerek yanıltıcı beyanda bulunarak gerekse kasten beyanda bulunmayarak rıza şartının yerine getirilmediği bu tür durumlarda, geçerlilik şartı yerine getirilmediğinden sözleşme geçersiz sayılacaktır. Bu suretle alacaklıyı zarara uğratan kişinin, *culpa in contrahendo* temeline dayanan bir tazminat sorumluluğunun doğacağı öğretide dile getirilmiştir⁴⁵¹.

E. RIZANIN ARANACAĞI ZAMAN

Türk Borçlar Hukuku'nda geçerlilik koşulu olarak öngörülen “rıza” işleminin, söz konusu hukuki işlemde önce veya işlem sırasında verilebileceği belirtilmiştir. Bu esas dikkate alan kimi yazarlar, TBK. m. 584/I hükmünde her ne kadar “rıza”

⁴⁴⁸ Baş, **a.g.m.**, s.124; Bilgen, **a.g.e.**, s. 100.

⁴⁴⁹ Giovanoli, Art. 494, N. 6; Oser/Schönenberger, Art. 494, N. 22; Kırca, **a.g.m.**, s. 446; Öktem Çevik, **a.g.m.**, s. 124.

⁴⁵⁰ Baş, **a.g.m.**, s.124.

⁴⁵¹ Baş, **a.g.m.**, s.125.

kavramına yer verilmiş olsa bile burada öngörülme istenenin, eşin kefaletle “izin” vermesi olduğu görüşünü ileri sürmüşlerdir⁴⁵². Zira hükümde, eşin rızasının, kefalet sözleşmesi kurulmadan önce veya en geç kurulması anında verilmesi gerektiği kabul edilmiştir.

O halde kefilin iradesini açıkladığı anda, eşin rızası da mevcut olmalıdır. Eşin rızasının en geç kefalet sözleşmesi kurulması anına kadar verilmesi öngörülmekle, kefilin eşinin kefalet sözleşmesi akdedildikten sonra baskı altında sözleşmeye icazet vermesini engellemek istediği anlaşılmaktadır⁴⁵³. Ancak eşin rızasının, sözleşme kurulduktan sonra verilmesi hallerinde, bu durumun tespitinin oldukça güç olması, bu amacın gerçekleşmesini zorlaştıracaktır⁴⁵⁴. Örneğin eşinden habersiz akdettiği kefalet sözleşmesi için eşinden alınan rızanın yanına sözleşme tarihinin atılması mümkün olacaktır.

Eşin rızası ile sözleşme iradesi işlem bütünlüğü ortadan kalkmadan, kefalet sözleşmesi imzalandıktan hemen sonra, eşin rızasını içeren beyanın ortaya konulması halinde rıza koşulunun sağlanmış olacağı öğretide kabul edilmektedir⁴⁵⁵. Bu noktada önemli olanın işlem bütünlüğünün ortadan kalkmaması olduğu vurgulanmıştır.

F. RIZANIN VERİLMEMESİNİN YAPTIRIMI

Eşin rızası, geçerlilik koşulu olarak düzenlendiğinden, kefalet sözleşmesinin geçerli olarak kurulabilmesi için eşin rızası zorunludur. Bu şartın hiç veya öngörülen usule uygun olarak verilmemesi halinde, kefalet sözleşmesinin, fiil ehliyeti eksikliğinden mi yoksa şekle aykırılıktan dolayı mı geçersiz olacağı tartışmalıdır.

Katıldığımız görüş uyarınca; geçerlilik koşullarına uyulmadan yapılan kefalet sözleşmesi, kesin hükümsüzlük yaptırımına tabi olacaktır⁴⁵⁶. Buna göre, kurulmak istenen gibi, kefalet sözleşmesinde değişiklik öngören kefalet sözleşmesi de, kesin hükümsüz olacaktır. Bu halde eşin rızasının olduğu ve değiştirilmek istenen kefalet

⁴⁵² Kırca, **a.g.m.**, s. 435; Baş, **a.g.m.**, s.122; Şeker, **Eşin Rızası**, s. 34.

⁴⁵³ Beck, Art. 494, N.24, Giovanoli, Art. 494, N.10; Özen, **Kefalet**, s. 198; Kırca, **a.g.m.**, s.447; Öktem Çevik, **a.g.m.**, s.126; Yavuz, **Değişiklikler**, s. 818.

⁴⁵⁴ Kırca, **a.g.m.** s. 447; Baş, **a.g.m.**, s. 122.

⁴⁵⁵ Beck, Art. 494, N. 23; Özen, **Kefalet**, s. 198-199; Kırca, **a.g.m.**, s. 447; Yavuz, **Değişiklikler**, s. 818.

⁴⁵⁶ Öktem Çevik, **a.g.m.**, s. 128; Baş, **a.g.m.**, s.126; Şeker, **Eşin Rızası**, s. 34.

sözleşmesi geçerliliğini koruyacaktır. Eklemek gerekir ki, sonradan verilen rıza kefalet sözleşmesini geçerli hale getirmeyecektir. Örneğin eşlerin sonradan boşanması bile rıza eksikliği nedeni ile geçersiz olan kefalet sözleşmesine geçerlilik kazandırmayacaktır⁴⁵⁷. Söz konusu geçersizlik hali, hâkim tarafından re'sen dikkate alınacaktır⁴⁵⁸.

Nitekim bu görüş, Hukuk Genel Kurulu Kararı'nda; "...*Türk Borçlar Kanunu'nun 584/1. maddesine göre rıza sonradan verilecek icazet ile tamamlanmadığından, eşin izni tamamlayıcı unsur değil geçerlilik unsurudur. Yani kefalet sözleşmesinin geçerli olarak kurulabilmesi için eşin rızası mutlaka gereklidir. Aksi halde kefalet sözleşmesi geçersiz olacaktır. Zira rıza, eşin kefil olma ehliyetini sınırlar ve rızanın yokluğunun yaptırımı kesin hükümsüzlüktür. Bu geçersizlik hakim tarafından resen dikkate alınır.*" denilmek suretiyle, açıkça kabul edilmiştir⁴⁵⁹.

Eşin rızası ile kefalet sözleşmesi arasında uyumsuzluğun olması haline de değinmek gerekir. Kanunda düzenlenmeyen bu konuya ilişkin öğretide aşağıda belirtilen çeşitli görüşler ileri sürülmüştür. Bu bağlamda öncelikle, kefalet sözleşmesinde üstlenilen sorumluluğun rıza beyanında ortaya konulan sorumluluktan daha fazla veya ağır olması ihtimalini inceleyelim. Rıza beyanından daha yüksek miktar içeren kefalet sözleşmesinin yapılması veya rıza beyanı adi kefalet sözleşmesi için verilmesine rağmen müteselsil kefalet sözleşmesi yapılması, bu uyumsuzluğun bir örneğidir.

Bir görüş uyarınca, rıza beyanı olmakla birlikte kefalet sözleşmesiyle üstlenilen sorumluluğun tamamına yönelik rızanın verilmediği bu tür hallerde, rıza koşulu sağlanmış olmayacağından kefalet sözleşmesi geçersiz sayılmalıdır⁴⁶⁰. Buna karşılık diğer görüş ise, söz konusu hallerde sözleşmenin, kesin hükümsüz sayılması yerine, kısmi hükümsüzlük kuralları çerçevesinde, eşin rıza gösterdiği miktara kadar olan

⁴⁵⁷ Beck. Art. 494, N. 32; Özen, **Kefalet**, s. 200.

⁴⁵⁸ Giovanoli, Art. 492, N. 3; Pestalozzi, Art. 494, N. 1; Kırca, **a.g.m.**, s. 438.

⁴⁵⁹ YHGK, T. 24.5.2017, E. 2017/12-1135, K. 2017/1012; Bu yönde kararlar için bkz. Yarg. 8. HD. T. 10.5.2017, E. 2017/2060, K. 2017/6760 (Çevrimiçi), <http://www.kazanci.com>, (Erişim Tarihi: 28.10.2017).

⁴⁶⁰ Özen, **Kefalet**, s. 201; Baş, **a.g.m.**, s.126; Şeker, **Eşin Rızası**, s. 32.

kısmıyla ayakta tutulmasının daha yerinde olacağı yönündedir⁴⁶¹. Bu görüş uyarınca, müteselsil kefalet sözleşmesinde, eşin rızası adi kefaletle yönelikse, kefalet sözleşmesi adi kefalet olarak ayakta tutulabilecektir. Bu görüşlerden kanaatimce birinci görüş; eşin rızası kavramının uygulanması ve kanun koyucunun temel amacına uygun bir sonuçtur. Çünkü, eşin rızası bir ehliyet unsurudur. Bu koşulun sözleşmenin kuruluş aşamasında yerine getirilmemesi, kefalet sözleşmesinin zaten geçerli olarak kurulmadığı anlamına gelmektedir.

Rıza beyanı ile sözleşme arasında uyumsuzluk teşkil eden bir diğer ihtimal ise sözleşmenin rıza beyanından daha az sorumluluk içermesi halidir. Bu ihtimal karşısında, çoğu için rızası olan eşin azı için de rızası olacağını belirten hâkim görüşe göre⁴⁶², rıza koşulu yerine geldiğinden kefalet sözleşmesinin geçerli olacaktır. Ailenin korunması amacıyla da uyumlu olan bu görüşün isabetli olduğu kanısındayım.

Eşin rızasının eksik olması hususunu, birlikte kefalet açısından da ayrıca değerlendirmek gerekmektedir. TBK m. 587/III hükmüne göre; birlikte kefillerden birinin eşinin rızası eksik ise kefil için kefalet sözleşmesi geçersiz olur. Hükmün diğer şartları da gerçekleşmiş olursa, diğer kefiller içinde kefalet sözleşmesi sona erer⁴⁶³. Diğer bir deyişle; birlikte kefillerden birinin eşinin rıza vermemesi, o kefil için kefalet sözleşmesini geçersiz hale sokacağından, eşi rıza vermeyen kefile güvenerek veya başka kefiller olduğu/olacağı düşüncesiyle kefil olan kefillerin yaptığı kefalet sözleşmeleri de, alacaklının bu durumu biliyor ya da bilmesi gerekiyorsa, geçersiz olacaktır⁴⁶⁴.

G. EŞİN RIZASININ ŞAHSİ TEMİNAT SÖZLEŞMELERİNE UYGULANMA SORUNU

6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu ile kefaletin şekline, kefil olma ehliyetine ve eşin rızasına ilişkin hükümler, gerçek kişilerce, kişisel güvence verilmesine ilişkin olarak başka ad altında yapılan diğer sözleşmelere de uygulanacağı hükme bağlanmıştır

⁴⁶¹ Giovanoli, Art. 494, N.4-5; Nihat Taşdelen, “Kefalet Sözleşmesinde Şekil”, **Prof. Dr. Oğuz İmregün’e Armağan**, İstanbul 1998, s.753-754; Yavuz, **Değişiklikler**, s. 816; Demir, **a.g.m.**, s. 33.

⁴⁶² Şeker, **Eşin Rızası**, s. 34.

⁴⁶³ Bilgen, **Kefalet ve Yargılama Hukukuna İlişkin Uyuşmazlıklar**, s.70.

⁴⁶⁴ Baş, “**6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu’nda Kefalet Sözleşmesinin Geçerlilik Şartlarına İlişkin Bazı Yenilikler**”, s.125-126.

(m. 603). Böylece, meselâ kefalet sözleşmesi yerine, üçüncü kişinin fiilini üstlenme sözleşmesi yapılmasında olduğu gibi, alacaklıların kefil koruyucu hükümlerden kurtulmalarının ve bunları dolanmalarının önlenmesi amaçlanmıştır.

İBK.’nın revizyonu sırasında, TBK. m. 603 benzeri bir hüküm teklif edilmiş ancak bu yönde bir düzenlemenin belirsizliği ortadan kaldırmak yerine daha da artıracığı ve kefaleti diğer kurumlardan ayırması noktasında, İBK.’nin “*sözleşmelerin yorumu, muvazalı işlemler*” başlıklı 18. maddesinin (TBK. m. 19) yeterli olduğu belirtilerek bu teklif reddedilmiştir⁴⁶⁵. Nitekim Türk öğretisinde TBK. m. 603 düzenlemesi, sözleşme özgürlüğünün unsurları arasında kabul edilen şekil serbestisini (TBK. m. 12/I) aşırı derecede sınırlandırdığı ve hükmün uygulama alanının bu ölçüde geniş tutulmasının, kanunların “kesinlik ve belirlilik” niteliğiyle de bağdaşmadığı gerekçesiyle kimi yazarlarca eleştirilmiştir⁴⁶⁶. Bu görüşteki yazarlar, tarafların sözleşme özgürlüğü ilkesi çerçevesinde her türlü teminat sözleşmesi yapabilecekleri, örneğin garanti sözleşmesi akdedebilecekleri, hâkimlerin özellikle garanti sözleşmesi olarak kaleme alınan ve gerçekten de bu nitelikte olan sözleşmeleri de kefalet hükümlerine tabi tutma eğilimine girebilecekleri ki bunun son derece tehlikeli bir yaklaşım olacağı belirtilmekle; hükmün kefaletle ilişkin düzenlemeleri içinde en hatalı ve anlamsız düzenleme olduğunu vurgulamışlardır. Ayrıca asla bir zorunluluk unsuru olmamasına rağmen garanti veren açısından sözleşmeye azami sorumluluk miktarı konulmaması ve garanti verenin el yazısıyla tarih atmaması durumunda teminat sözleşmesinin tümüyle geçersiz sayılacağı, madde gerekçesinde “*Madde kefil koruyucu hükümlerden kurtulmak amacıyla, başka adlar altında yaptıkları sözleşmelere de kefalet hükümlerinin uygulanacağı belirtmektedir*” denildiği ki bunun son derece anlamsız bir endişe olduğu, çünkü sözleşmenin niteliğinin ne olduğunu belirleme yetkisinin hâkime ait olduğu ve hâkimin bu konuda tarafların kullandıkları deyimlere bakmaksızın tarafların gerçek ve ortak iradelerini araştıracağı, bu sebeple, söz konusu hükme bir

⁴⁶⁵ Reisoğlu, **Kefalet**, s. 320-322; Ş. Deren Gündüz, **6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu’na Göre Kefalet Sözleşmesinin Şekli**, s. 176.

⁴⁶⁶ Kuntalp/Barlas/AyanoğluMoralı/Işıntan/İpek/Yaşar/Koç, **a.g.m.**, s. 273-274.

gerek bulunmadığı, hiçbir yarar sağlamayacağı gibi hatalı yaklaşımlara da zemin hazırlayacağı ifade edilmiştir⁴⁶⁷.

Buna karşılık diğer kısım yazarlar, kefaletle ilişkin hükümlerin, gerçek kişilerce verilen kefaletle denk şartlarda ya da daha ağır şartlarda kişisel teminat verilmesine ilişkin sözleşmelere evleviyetle uygulanması gerektiğini, bu yöndeki TBK. m. 603 hükmünün isabetli olduğunu savunmuşlardır⁴⁶⁸. Bu görüşteki yazarlara göre, bir kimse eşinin rızası olmadan fer'i nitelikte bir kefalet sözleşmesinin tarafı olamıyorsa, garanti sözleşmesinde olduğu gibi bağımsız bir sorumluluğun öngörüldüğü bir sözleşmenin tarafı hiç olamamalıdır.

TBK. m. 603'e ilişkin öğretideki farkı yöndeki değerlendirmeler, hükmün uygulama alanı bakımından da etkisini göstermiş olup; "*Kefaletin şekline, kefil olma ehliyetine ve eşin rızasına ilişkin*" düzenlemelerin, tüm şahsi teminat sözleşmelerinde uygulama alanı bulup bulmayacağı noktasında ayrı görüşlerin ileri sürülmesine neden olmuştur. Bu görüşler ve Yargıtay içtihatları ışığında, eşin rızasının, kefalet sözleşmesi dışındaki şahsi teminat sözleşmelerinde aranıp aranmayacağı sorununı inceleyelim.

1. Garanti Sözleşmeleri Açısından Konunun Değerlendirilmesi

TBK. m. 603 hükmü uyarınca, gerçek kişilerce yapılacak garanti sözleşmelerinde, eşin rızasının geçerlilik şartı olduğu kabul edilmektedir⁴⁶⁹. Nitekim TBK. m. 603 gerekçesinde, "*üçüncü kişinin fiilini üstlenme sözleşmesi*" gibi şahsi teminat sözleşmelerinin, hükmün uygulama alanını belirlediği aşikardır. Bu noktada garanti sözleşmesinin, kendine özgü bir sözleşme olduğu görüşü karşımıza çıkmakta ve bundan hareketle, garanti sözleşmesinde 603. maddenin uygulanamayacağı yönündeki görüşler ortaya çıkabilmektedir. Ancak garanti sözleşmelerinin üçüncü kişinin fiilini

⁴⁶⁷ Kuntalp/Barlas/Ayanoğlu Morali/Işıntan/İpek/Yaşar/Koç, **a.g.m.**, s. 273, 274; TBK. m. 603'e karşılık gelen TBK. tasarı madde 608'e yönelik ortaya konulan bu eleştirilerin hükmün benzerliği sebebiyle, geçerliliğini koruduğu öğretide ileri sürülmüştür. Aksoyoğlu, **a.g.m.**, s. 112.

⁴⁶⁸ Altop, **Kefalet**, s.160; Nami Barlas, "Kefalet Hukukuna İlişkin Bazı Sorunlar ve Yargıtay Kararları Sempozyumu", Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu, XXI. (9-10 Aralık 2005), **BATİDER**, Ankara, 2006 s. 64; Yavuz, **Değişiklikler**, s. 864-865; Baş, **a.g.m.**, s. 139; Özen, **Kefalet**, s. 48; Demir, **a.g.m.**, s. 113-114.; Şeker, **Eşin Rızası**, s. 46,47.

⁴⁶⁹ Eren, **Borçlar Özel**, s. 772; Reisoğlu, **Kefalet Hukuku**, s. 323; Bilgen, **a.g.e.**, s. 161; Deren Gündüz, **Kefaletin Şekli**, s. 170.

taahhüt sözleşmesinde farklı bir sözleşme olduğunun kabulü⁴⁷⁰, garanti sözleşmelerinin şahsi teminat sözleşme olması gerçeğini değiştirmeyecektir. Bundan dolayı gerek yöneltmeyi amaçlayan (saf) gerekse kefalet benzeri (teminat amaçlı)⁴⁷¹ garanti sözleşmelerinin geçerliliği için eşin rızası zorunlu bir unsur olarak kabul edilmelidir. Ayrıca ailenin korunması amacıyla kefalette öngörülen bu şartın, kefaletle nazaran daha ağır sorumluluğun öngörüldüğü, şekil zorunluluğu ve rucü hakkı bulunmayan⁴⁷² garanti sözleşmesinde uygulanması, evleviyet ilkesinin de bir gereğidir.

2. Borca Katılma (Teminat Amaçlı) Açısından Konunun Değerlendirilmesi

Teminat amaçlı borca katılmada, borca katılan kişi, katıldığı borcun borçlusuyla birlikte müteselsil sorumluluk⁴⁷³ altına girmektedir. Borca katılmada şekil zorunluluğu olmadığı gibi, kefil teminat amaçlı kendi borç sebebinden sorumlu iken, borca katılan asıl borç ile sorumludur⁴⁷⁴. Borca katılan için söz konusu olacak müteselsil borçluluk durumunun, kefaletin doğuracağı fer'i sorumluluğa kıyasen daha ağır olacağını belirten görüş, kefaletin şekline ve ehliyet sınırlamalarına ilişkin hükümlerin, teminat amaçlı borca katılmada da uygulanacağını savunmaktadırlar⁴⁷⁵. Katıldığımız bu görüşe göre, borca katılmada öngörülen sorumluluk başlangıçta fer'i bir karakter taşısa da sonradan bağımsız bir sorumluluk niteliğini kazanmaktadır. Ancak burada önemli olan kıstas şahsi bir menfaatin olup olmadığı noktasında toplanmıştır⁴⁷⁶.

Kanaatimce; sorumluluk bakımından fer'ilik ve bağımsızlık niteliklerinin bir arada bulunması yönüyle, borca katılmanın, garanti ve kefalet sözleşmeleri arasında bir yerde olduğu ileri sürülebilecektir. Bu nedenle, teminat amaçlı borca katılma sözleşmelerinde eşin rızası zorunlu bir geçerlilik koşulu olarak kabul edilmelidir.

⁴⁷⁰ Reisoğlu, teminat amaçlı garanti sözleşmesinin, başkasının fiilini taahhü sözleşmesi şeklinde garanti sözleşmesi olarak tanımlamaktadır. Reisoğlu, **Kefalet Hukuku**, s.121.

⁴⁷¹ Tandoğan, **C. II**, s. 804

⁴⁷² Garanti ve kefalet sözleşmesine ilişkin karşılaştırmalar için bkz. Tandoğan, **C. II**, s. 804.; Özen, **Kefalet**, s. 26,28; Reisoğlu, **Kefalet Hukuku**, s.121,134; Barlas, Bazı Sorunlar, s.56,57.

⁴⁷³ Turgut Akıntürk, “**Müteselsil Borçluluk**”, AÜHF Yayınları No: 295, Ankara, Sevinç Matbaası, 1971, s.75, Eren, **Borçlar Genel**, s.91.

⁴⁷⁴ Borca katılma ve kefalet sözleşmesine ilişkin karşılaştırmalar için bkz. Tandoğan, **C. II**, s. 702; Reisoğlu, **Kefalet Hukuku**, s.110; Özen, **Kefalet**, s. 15.

⁴⁷⁵ Özen, **Kefalet**, s. 50-51; Tandoğan, **C. II**, s. 706.

⁴⁷⁶ Reisoğlu, **Kefalet Hukuku**, s.111.

Aksi görüşte olan Develioğlu'na göre ise, borca katılma sözleşmeleri, TBK. m. 603 kapsamında değerlendirilemeyecek, bu sebeple, kefaletin şekline ve ehliyetine ilişkin hükümler bu sözleşme bakımından uygulama alanı bulamayacaktır⁴⁷⁷.

3. Müteselsil Borç Üstlenme Açısından Konunun Değerlendirilmesi

Katıldığımız görüş, baştan müteselsil borç üstlenmenin de teminat işlevine sahip olabileceği ve bu ilişkide de kefalete kıyasen daha ağır bir sorumluluğun doğacağı⁴⁷⁸; bu nedenle, kefaletin şekline ve ehliyetine ilişkin hükümlerin, müteselsil borç üstlenme halinde de uygulanması gerektiği yönündedir⁴⁷⁹. Örneğin alım-satım sözleşmesinde, satıcının, alıcının yanında satım bedelini güvence altına almak amacıyla, birden fazla borçlu kişi görmesi talebi üzerine, alıcının yanında müteselsil olarak borç üstlenilmesi halinde, alıcının yanında borç altına giren kişi bakımından TBK. m. 603 hükmü uygulama alanı bulacaktır⁴⁸⁰.

4. Kredi Emri Açısından Konunun Değerlendirilmesi

Kredi emri ilişkisinde, kredi veren ve alan arasında vekâlet ilişkisi kurulmasına rağmen kredi emri verenin, üçüncü kişiye temin edilen kredi dolayısıyla ortaya çıkan borçtan kefil gibi sorumlu tutulması⁴⁸¹, TBK. m. 603 düzenlemesinin kapsamına girip girmeyeceği tartışmalarını doğurmuştur. Bir görüşe göre, kefalete ilişkin şekil ve ehliyet sınırlamaları, kredi ilişkisinde de uygulanmalıdır⁴⁸². Dolayısıyla eşin rızası burada da aranacaktır. Kanaatimce kefil koruma amacıyla getirilen düzenlemelerin, kredi emri ilişkisi kapsamında bertaraf edilebileceği gerçeği, bu görüşü haklı kılmaktadır.

⁴⁷⁷ Hüseyin Murat Develioğlu, “İsviçre Federal Mahkemesi’nin 23 Eylül 2003 tarihli Kararı Işığında Kefalet Sözleşmesi- Borca Katılma Ayrımı”, **GÜHFD, Prof. Dr. Erden Kuntalp’e Armağan**, C. I, Y. 3, S. 1, 2004/I, s. 320.

⁴⁷⁸ Müteselsil borçluluk ve kefalet sözleşmesine ilişkin karşılaştırmalar için bkz. Tandoğan, **C. II**, s. 709; Reisoğlu, **Kefalet Hukuku**, s.113,114.

⁴⁷⁹ Özen, **Kefalet**, s. 51-52. Bilge’ye göre kefalete ilişkin kuralları bertaraf etmek kastıyla kurulan müteselsil borçluluk ilişkisinde kefalete ilişkin kurallar uygulanmalıdır. Bkz. Bilge, **Borçlar Hukuku**, s. 367.

⁴⁸⁰ Özen, **Kefalet**, s. 51; Aksi görüşte olan Gümüş, teminat amaçlı borç üstlenmede nitelikli yazılı şeklin aranmayacağını belirtmiştir. Gümüş, **Borçlar Özel**, s. 330.

⁴⁸¹ Kredi emri ve kefalet sözleşmesine ilişkin karşılaştırmalar için bkz., Özen, **Kefalet**, s. 43; Reisoğlu, **Kefalet Hukuku**, s.138,139.

⁴⁸² Gümüş, **Borçlar Özel**, s. 329-330; Özen, **Kefalet**, s. 52.

5. Aval Açısından Konunun Değerlendirilmesi

TBK. m. 603'ün, Türk Ticaret Kanunu'nda özel olarak düzenlenmiş ve kambiyo senetlerine özgü şahsi bir teminat kurumu olan avalde uygulanıp uygulanamayacağı öğretide tartışma konusu olmuştur⁴⁸³. Öğretide çoğunluğu temsil eden yazarlara göre⁴⁸⁴, eşin rızasının aranmayacağı haller, TBK. m. 584 hükmünde açıkça düzenlenmiş olup, bu kapsamda ticari hayatın ihtiyaçlarını gözetken kanun koyucu, 584. maddenin üçüncü fıkrasında öngörülen istisnai halleri saymış ve aval bu istisnalarda yer almamıştır. Bu sebeple, ailenin korunması amacıyla getirilen hükmün, kambiyo senetlerine özgü şahsi teminat aracı olan avalde de uygulama alanı bulacağı kabul edilmelidir.

Bu görüşün temsilcileri arasında yer alan Özen'e göre, kefil olma ehliyetine ilişkin sınırlamaların dolanılması olasılığının kaldırılması düşüncesiyle getirilen 603. madde hükmü, aval açısından da uygulama alanı bulmalıdır. Her ne kadar TBK. m. 603'te, kefalete ilişkin şekil ve ehliyet sınırlamalarının, gerçek kişilerce, kişisel güvence verilmesine ilişkin olarak başka ad altında yapılan diğer sözleşmelere de uygulanacağı belirtmiş olsa da, m. 603'ün amaca bağlı yorumu, bir sözleşmeyle değil de tek taraflı beyanla kişisel teminat verilmesine ilişkin olan avalı kapsamına alınmasını gerektirir. Zira TBK. m. 603'te geçen "kişisel güvence verilmesine ilişkin başka ad altında yapılan sözleşmeler" ifadesine yer verilmesinin, avalin tek taraflı beyanla gerçekleştirilen bir kişisel teminat olduğu düşüncesi ile hükmün kapsamı dışında bırakılmasını amaçlayan bilinçli bir terminolojik tercihi yansıttığı söylenemez. Bu noktada kanun hükümlerinin dolanılmasını engelleme kaygısının yeni yasal düzenlemeler yapılmasını gerektirmediği, bu konuda yargıcın gerçekleştireceği titiz bir denetimin yeterli olduğu akla gelebilecektir. Ancak bu düşünce, yargıçların iş yükü ve uygulamadaki kötüye kullanmaların çokluğu sebebiyle pek gerçekçi olmayacaktır⁴⁸⁵.

Bu görüşte olan Altop'a göre; avalin tek taraflı bir hukuki işlem olması, 603. Madde kapsamında olması sonucunu değiştirmeyecektir. Zira söz konusu hüküm ile,

⁴⁸³ Bu tartışmalara ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Şeker, **Eşin Rızası**, s. 65 vd.

⁴⁸⁴ Özen, **Kefalet**, s. 53; Kırca, **a.g.m.**, s. 437; Gümüş, **Borçlar Özel**, s. 369; Hasan Pulaşlı, **Kıymetli Evrak Hukukunun Esasları**, Ankara, Adalet, 2017, s. 189; Şeker, **Eşin Rızası**, s. 65.

⁴⁸⁵ Özen, **Kefalet**, s. 53-54.

gerçek kişilerce, kişisel güvence verilmesine ilişkin olarak başka ad altında yapılan her türlü hukuki işleme kefaletin şekline, kefil olma ehliyetine ve eşin rızasına ilişkin hükümlerin uygulanması gerektiğinin düzenlenmek istendiği, ancak kefaletin bir sözleşme olması nedeniyle sehven “hukuki işlem” yerine “sözleşme” ifadesinin kullanıldığı bir hakikattir⁴⁸⁶. Ayrıca Altop, Anayasa Mahkemesi'nin Borçlar Kanunu'nun 584. maddesinin ve 603. maddesinde yer alan “...ve eşin rızasına...” ibaresinin, Anayasaya aykırılığı iddiasını reddettiği kararında avalde eşin rızasını örtülü olarak kabul ettiğini ifade etmiştir⁴⁸⁷.

Gümüş ise; kişisel teminat niteliği taşıyan garanti sözleşmesi, teminat amaçlı borca katılma, teminat amaçlı sözleşmeye katılma, teminat amaçlı müteselsil sorumlu olacak şekilde sözleşme kurulurken borçlu tarafta yer alma, aval verme ve kredi emrinin 603. madde hükmün kapsamında yer alacağı görüşündedir⁴⁸⁸.

Barlas'a göre ise; 603. madde esas olarak garanti sözleşmeleri esas alınarak düzenlenmiştir. Ancak, kişisel teminat niteliği taşıyan diğer işlemler için de uygulama alanı bulacaktır. Bununla birlikte bu kuralın aval bakımından uygulanıp uygulanamayacağı belirsizdir. Hükümde buna ilişkin bir açıklık mevcut değildir. Aynı şekilde 6102 sayılı Ticaret Kanununda da bu konuda hiçbir işaret bulunmamaktadır. Kanaatimce hükmün mutlak ve istisnasız ifadesi karşısında bu soruya olumlu cevap verilmeli ve aval de hükmün kapsamına sokulmalıdır. Ancak bu sonucun uygulamada ciddi güçlükler yaratacağı ve kıymetli evrak üzerine elle bu unsurların yazılmasının tuhaf olacağı da açıktır. Bu belirsizliğin oluşmaması için madde metninde “Kıymetli evrak ilişkin hükümler saklıdır” şeklinde bir hüküm ilave edilmesi isabetli olurdu. Fakat

⁴⁸⁶ Altop, **Yenilikler**, s. 301-302; Şeker, **Eşin Rızası**, s. 94.

⁴⁸⁷ Yazar bu tespiti şu şekilde özetlemiştir; “Anayasa Mahkemesi, yukarıda değindiğim 26.12.2013 tarihli ve 2013/57 E. 2013/162 K. sayılı kararında, her ne kadar kefalette eşin rızasına ilişkin hükmün - TBK. m. 603 hükmü uyarınca- gerçek kişilerce aval verilmesi işleminde uygulanıp uygulanmayacağına ilişkin açık bir görüş belirtmemişse de, ilk usuli inceleme sonucu verilen karara ilişkin muhalefet şerhinde belirtilen görüşün büyük çoğunlukla benimsenmeyerek esas bakımından incelemeye geçilmiş olmasından, Anayasa Mahkemesi'nin, gerçek kişilerce aval verilmesi işlemine, kefalette eşin rızasına ilişkin hükmün - TBK. m. 603 hükmü uyarınca- uygulanması gerektiğini örtülü olarak kabul ettiği sonucunun çıkarılabileceği kanısına vardım”; Altop, **Yenilikler**, s. 297.

⁴⁸⁸ Gümüş, **Borçlar Özel**, s. 375; Şeker, **Eşin Rızası**, s. 92.

bu yönde bir istisnaya yer verilmemiş olması, hükmün aval için de uygulanmasını gerekli kılmaktadır⁴⁸⁹.

Pulaşlı ise, TBK. m. 603 hükmü, kefaletin şekline, kefil olma ehliyetine ve eşin rızasına ilişkin, gerçek kişilerce, kişisel güvence verilmesine dair başka ad altında yapılan diğer sözleşmelere ve bu arada avale de uygulanacağını belirtmiştir⁴⁹⁰.

Keza Kırca'da 603. madde hükmünün garanti, borca katılma, himaye beyanı, itibar emri/kredi emri ve aval bakımından da dikkate alınacağı görüşündedir⁴⁹¹.

Aval ile kefaletin farklı kurumlar olduğunu dikkat çeken Demir, buna rağmen, avalin gerçek kişiler tarafından verilmesi halinde kambiyo senetlerine özgü bir şahsi teminat niteliğinde olması yönüyle, TBK. m. 603 kapsamında değerlendirilmesi düşüncesindedir⁴⁹². Diğer bir deyişle, yazara göre, TBK. m. 603 hükmü aval verme ehliyeti bakımından poliçe, çek ve bonoya verilen avale de uygulanmalıdır⁴⁹³.

Bu görüşte olan Şeker'e göre, TBK. m. 603 hükmü sayesinde, aileyi korumak amacına hizmet eden TBK. m. 584 hükmü, taraflarca bertaraf edilemeyecek ve kolayca dolanılamayacaktır. Zira ticari hayatın ihtiyaçlarını gözetken kanun koyucu TBK. m. 584/3'te, işletme veya şirketle ilgili olarak verilecek kefaletlerde, eşin rızasının aranmayacağını düzenlemiştir. Burada önemli detay ise, TBK. m.584/III hükmünce sadece işletme veya şirketle ilgili verilecek kefaletler için değil, işletme veya şirketler için verilecek avaller için de eşin rızası aranmayacaktır. Ancak bu istisnalar arasında avalde eşin rızasının aranmayacağına dair bir hükme yer verilmediğinden ve avalin BK. m. 603 kapsamında değerlendirilmesinin ticari hayata çok büyük bir etkisi olmayacağından, aval için eşin rızasının aranmayacağını ileri sürmek mümkün olmamalı ve aval için de eşin rızası aranmalıdır. Aksi düşüncenin kabulü halinde, kefalet sözleşmesi kurmak isteyen kişinin, eşinin ve ailesinin korunma ihtiyacı ile aval

⁴⁸⁹ Nami Barlas, "Yeni Türk Borçlar Kanunu'nun Kefaletle ilişkin Düzenlemeleri", **İzmir Barosu Dergisi**, Y. 76, S. 2, Nisan 2011, s. 28.

⁴⁹⁰ Pulaşlı, **a.g.e.**, s. 200-201; Şeker, **Eşin Rızası**, s. 93.

⁴⁹¹ Kırca, **a.g.m.**, s. 437-438; Şeker, **Eşin Rızası**, s. 90.

⁴⁹² Demir, **a.g.m.**, s. 114; Şeker, **Eşin Rızası**, s. 97.

⁴⁹³ Demir, **a.g.m.**, s. 116; Aynı görüşte olan Badur'a göre, "avalde avalistin eşinin rızasının aranmasını gerektirecek TBK. hükmünün 584. değil; 603. madde olduğu şüphe götürmez açıklıktadır" Emel Badur, "Eşin Rızası", **TBBD**, S. 109, 2013, s. 295-296; Şeker, **Eşin Rızası**, s. 97-98.

vermek isteyen kişinin, eşinin ve ailesinin korunma ihtiyacı arasında bir fark söz konusu olmamasına rağmen, diğer bir deyişle, tehlike ve tehlikeye muhatap olan kişi (eş) ve kurum (aile) aynı olmasına rağmen, birinde eşin rızasını arayıp diğerinde aramamak, kanunun içinde ve uygulamasında çelişkiye neden olacağından, böyle bir ikircikli tutum, eşitlik ilkesine aykırı düşecektir. Diğer bir taraftan, TBK. m. 584 hükmünün, TBK. m. 603 kapsamında avale uygulanmayacağına ilişkin özel hüküm genel hüküm gerekçesine de başvurulmamalıdır. Kanun koyucunun TBK. m.584/III hükmünce istisnaları sayması ve avalu bu istisnalar arasında saymaması, bu tür yorumlar yapma imkanını ortada kaldırmıştır. Gerçekten de TBK. m. 584/III hükmü ile, kanun koyucunun TTK'ya ilişkin özel durumları, TBK.'nın içerisinde bir madde olarak detaylı olarak belirtmesi sebebiyle de özel-genel kanun ayrımına gidilmemesi gerekmektedir. Eşin rızasının aranması açısından, yapılan işlemde “ticari iş” ölçütü konulmamalıdır. Bu ölçüt kanun koyucu tarafından da belirlenmemiştir. Zaten şirketlerin, işletme sahiplerinin, ortakların vs. işletme ile alakalı yapacağı avallerde eşin rızası gerekmemektedir. Ayrıca avalde TBK. m 603 hükmü uygulandığında ticari hayatın yavaşlayacağı değerlendirilmesi yapmak da yanlıştır. TBK. m. 584/III hükmü dışındakiler avalde eşin rızasına uymalıdır. Bu istisnai madde bu sebeple hazırlanmıştır⁴⁹⁴.

Çoğunluk görüşe karşılık diğer bir görüş ise, eşin rızasına ilişkin hükmün; ticari hayatın ihtiyaçlarını karşılamak amacıyla Türk Ticaret Kanunu'nda özel olarak düzenlenen avalde uygulanamayacağı noktasındadır⁴⁹⁵.

Bu görüşü temsil eden Reisoğlu'na göre, 603. madde esas itibariyle kefil koruyucu hükümlerden kurtulmak amacıyla alacaklılar lehine başka adlar altında yapılan sözleşmelere, örneğin garanti sözleşmelerine uygulanacaktır. Buna karşılık şekil ve uygulanacak hükümleri özel olarak düzenlenen ve bir gerçek kişinin asli borçlu olarak yükümlülük altına girdiği kişisel güvencelerde TBK. 603. madde hükmü uygulama alanı bulmayacaktır. Örneğin, şekli ve hükümleri Türk Ticaret Kanunu'nda

⁴⁹⁴ Şeker, **Eşin Rızası**, s. 81.

⁴⁹⁵ Reisoğlu, **Kefalet Hukuku**, s. 323; Şeker, **Eşin Rızası**, s. 100.

açıkça belirtilen, gerçek kişiler tarafından verilen avaller TBK. 603. maddeye tabi olmayacaktır. Bu itibarla, avalde, kefaletle ilgili hükümler uygulanmayacaktır⁴⁹⁶.

Bozer/Göle ise Türk Borçlar Kanunu'nun 603. maddesinin, açıkça kişisel güvence verilmesine ilişkin başka ad altında yapılan diğer sözleşmelere uygulanması öngörüldüğünden ve avalin de sözleşme niteliğinde olmayan tek taraflı bir beyan olduğundan bahisle, avalde, bu hükmün uygulanmayacağı görüşündedirler⁴⁹⁷.

Oğuz'a göre, Türk Ticaret Kanunu'nun avale ilişkin hükümleri, TBK.'da düzenlenen kefaletle ilişkin hükümlere nazaran özel hüküm niteliğindedir. Bu itibarla, evleviyetle bu özel hükümlerin uygulanması gerekir. Ayrıca, TBK. m. 603 hükmü evli gerçek kişilerin hak ve fiil ehliyetlerine kısıtlama öngördüğünden, dar yorumlanması gerekir. Bu nedenle, avalde eşin izni şartı aranmayacaktır. Ticari hayatta hukuki işlemlerin yapılmasında gerekli olan sürat ve güven ihtiyacı bu kabulün haklı dayanağıdır. Ayrıca TBK. m. 603'ün evli kişilerin hak ve fiil ehliyetine ciddi bir sınırlama getiren istisnai bir hüküm olması, bu hükmün dar yorumlanmasını gerekli kılmaktadır. O halde TBK. hükümlerine nazaran daha özel nitelik taşıyan kambyo hukukunda şekil ve uygulanacak hükümleri kanunla açıkça düzenlenmiş olan avalde, 603 madde hükmü uygulanmamalıdır⁴⁹⁸.

TBK. m. 603 düzenlemesinin, bir örtülü boşluk oluşturduğuna dikkat çeken Aksu ise bu boşluğun hükmün amacı çerçevesinde sınırlandırılarak uygulanması gerektiğini belirtmiştir. Yazara göre, kefalet sözleşmesine ilişkin hükümlerin bertaraf edileceği gerekçesiyle, TBK. m. 603'ün avale de uygulanması gerektiği savunulmamalıdır. Zira avalin teminat fonksiyonunun yanında iktisadi bir fonksiyonunun da bulunması, TBK. m. 603'ün avale uygulanmasına engeldir. Öte yandan kefalet sözleşmesine ilişkin ehliyet kuralları da TBK. m. 603'ün avalde uygulanmayacağını ortaya koymaktadır. Zira, Türk Medeni Kanunu m. 449 uyarınca, sınırlı ehliyetsizin ve onların adına yasal temsilcisinin kefalet sözleşmesi yapması yasaktır. Oysa sınırlı ehliyetsiz, yasal temsilcisinin rızasıyla aval verebilecek veya yasal temsilcisi sınırlı ehliyetsiz adına aval verebilecektir. Özetle; ailenin korunması

⁴⁹⁶ Reisoglu, **Kefalet Hukuku**, s. 323.

⁴⁹⁷ Bozer/Göle, **Kıymetli Evrak Hukuku**, s. 156; Şeker, **Eşin Rızası**, s. 100-101.

⁴⁹⁸ Oğuz, **a.g.e.**, s. 76.

ihtiyacının, hukukun diğer dallarına hakim olan ilkeler göz önünde bulundurulmaksızın karşılanması düşüncesi, kambiyo senetleri hukuku sistemi ile bağdaşmamakta ve ailenin korunması amacına da hizmet etmemektedir⁴⁹⁹.

Yargıtay ise öğretide ileri sürülen her iki görüşü benimseyen farklı kararlara hükmetmiştir. Örneğin; Yargıtay 12. Hukuk Dairesi, 04.07.2013 tarihli bir kararında⁵⁰⁰, avalde TBK. m. 603 hükmünün uygulama alanı bulmayacağına hükmetmiştir. Aksi yöndeki bir kararında ise Yüksek Mahkeme, avalin poliçe ile sorumluluk altına girmiş kişi lehine, şahsi teminat sağlamak amacı taşıyan bir müessese olduğunu belirterek, avalin 603 maddenin kapsamında yer alması gerektiğine karar vermiştir⁵⁰¹.

Hukuk dairelerinin arasındaki içtihat farklılığını gidermek amacıyla Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, konuya ilişkin önüne gelen uyuşmazlığı güncel bir kararıyla incelemiş ve aval ile kefalet arasındaki farkları ortaya koyarak eşin rızasının uygulanmayacağına⁵⁰² hükmetmiştir. Ancak Yargıtay Hukuk Genel Kurulu tarafından verilen bu karara rağmen konu hakkında hukuk daireleri arasında içtihat birliğinin sağlanamaması üzerine Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kurulu, 20.04.2018 tarih, 2017/4 Esas, 2018/5 karar sayılı kararında⁵⁰³, öğreti ve yargı kararlarındaki görüşler ayrıntılı

⁴⁹⁹ Raziye Aksu, **Aval Kurumu, Ankara, Seçkin, 2015**, s. 111.

⁵⁰⁰ "...Takibe konu çekin incelenmesinde; Türk Ticaret Kanunu hükümlerine göre düzenlenmiş olup, kambiyo vasfını taşıdığı, borçluların aval veren olduğu görülmektedir. 6102 Sayılı TTK..nun 702 (6762 Sayılı TTK. nun 614).maddesi hükmüne göre, avalist kimin için taahhüt altına girmiş ise tıpkı onun gibi sorumludur. Türk Ticaret Kanunu'nda taahhüt altına girmek için eşin rızası koşulu düzenlenmemiştir. Kıymetli evraklar 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun 3. (6762 Sayılı TTK. nun 3.) maddesine göre ticari iş sayıldıklarından, Türk Ticaret Kanunu hükümleri karşısında genel hüküm sayılan Borçlar Kanunu 584. maddesinin somut olayda uygulama yeri yoktur" denilmiştir. Yarg. 12 HD., 04.07.2013 T., E. 2013/16400, K. 2013/25100. Aynı yönde karar için bkz. Yarg. 12 HD., 27.06.2013 T., E. 2013/10055, K. 2013/24337 (Çevrimiçi), www.kazanci.com, (Erişim Tarihi:15 Kasım 2017). Yarg. 19. HD., T. 05.02.2016, E. 2015/8468, K. 2016/1608; Yarg. 19. HD., T. 09.02.2015, E. 2014/12410, K. 2015/1564, Bilgen, **a.g.e.**, s. 284-285.

⁵⁰¹ "6098 Sayılı TBK.'nın 584 maddesi uyarınca eşlerden biri mahkemece verilmiş bir ayrılık kararı olmadıkça veya yasal olarak ayrı yaşama hakkı doğmadıkça, ancak diğerinin yazılı rızasıyla kefil olabilecek olup, aynı Kanun'un 603. maddesine göre de kefaletin şekline, kefil olma ehliyetine ve eşin rızasına dair hükümler, gerçek kişilerce, kişisel güvence verilmesine dair olarak başka ad altında yapılan diğer sözleşmelere de uygulanacaktır. 'Aval' de poliçe ile sorumluluk altına girmiş kişi lehine, şahsi teminat sağlamak amacı taşıyan bir müessese olup kişisel güvence verilmesinin kıymetli evrak hukukundaki görünümüdür. Şahsi teminat sağlayan akitlere ve özellikle de kefalete benzeri yönünden avale 'poliçe kefaleti' ismi de verilmektedir (Prof. Dr. F. Öztan Kıymetli Evrak Hukuku T. Kitabevi 2. bası s.792). Bu nedenle, kefalette eşin rızasına dair hükümlerin TBK.'nın 603. maddesi uyarınca 'aval'de de uygulanması gerekmekte olup, doktrinde baskın görüş de bu doğrultudadır." Yarg. 11 HD., 25.4.2014 T., E. 2014/1231, K. 2014/7837 (Çevrimiçi), www.kazanci.com, (Erişim Tarihi:15 Kasım 2017).

⁵⁰² Yarg. HGK. T. 24.5.2017, E. 2017/12-1135, K. 2017/1012. (Çevrimiçi), www.kazanci.com, (Erişim Tarihi: 15 Kasım 2017).

⁵⁰³ Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kurulu, 20.04.2018 tarih, 2017/4 Esas, 2018/5 karar sayılı karar için bkz. RG. 16.10.2018, S. 30567. (Çevrimiçi), www.kazanci.com, (Erişim Tarihi: 15.01.2019).

olarak incelenmiş, Yargıtay Hukuk Genel Kurulu tarafından verilen karar ve gerekçesinin haklı olduğuna hükmedilmiştir. Buna göre, kefalette eşin rızasına ilişkin Türk Borçlar Kanunu'nun 584. maddesindeki düzenleme, TBK. m. 603. uyarınca avalde uygulanmayacaktır.

İlgili Yargıtay İçtihatı Birleştirme Kararında, TBK. 603 hükmünün avalde uygulanıp uygulanmayacağı hususu değerlendirirken; şekil, hukuki nitelik ve uygulama temelli yanlış tespitlerle karar verilmeye çalışılmıştır.

İlgili karardaki gerekçeleri detaylı olarak değerlendirdiğimizde ilk olarak eleştiririz; TTK.'nın özel bir kanun olduğu bu sebeple TTK.'da m. 700 ve devamı maddelerince düzenlenen avalde eşin rızasının aranması için, TTK.'da düzenleme olması gerektiği görüşü savunulmasıdır. Ancak; TTK m.1 ve TBK. m. 646 maddelerince, TTK ve TBK., Türk Medeni Kanunu'nun ayrılmaz bir parçasıdır. TTK'da düzenlenen konularda aksine bir hüküm yoksa, genel hükümler yönünden TBK. ve TTK. uygulanmalıdır. TTK m. 670'de "sözleşme ile borçlanmaya ehil olan kişi, kambiyo senetleri ile borçlanmaya da ehildir." denilmiştir. Ehliyeteye ilişkin bu madde, aval için de öngörülmüş ancak açıkça düzenlenmemiştir. Bu sebeple, açıklık olmaması durumunda TBK. hükümleri uygulanmalı ve kefalet sözleşmesi yapılırken şekle ve ehliyeteye ilişkin kurallar bakımından TBK. hükümleri uygulanarak avalde eşin rızası aranmalıdır.

İkinci olarak eleştirimiz ise "aval" işleminin "tek taraflı bir irade beyanı olduğu..." hususuna vurgu yapılmasıdır. TBK. m. 603'ün "sözleşmeler" bakımından geçerli olduğu, tek taraflı irade beyanı olan "aval" işleminde uygulanamayacağı vurgulanmıştır. Avalin niteliği konusunda özel bir düzenleme bulunmasa da, üçüncü kişinin fiilini taahhüt (borcunu ödeme) niteliğinde olduğu öğretide kabul edilmiş genel bir görüştür⁵⁰⁴. Bu görüşü destekleyen; TTK m. 700 ve 702 de avalin "üçüncü kişinin fiilini taahhüt" niteliğinde olduğunu göstermektedir. Bu nitelendirmemizin ardından 6098 sayılı TBK. m. 128'e göre; üçüncü kişinin fiilini taahhüt, garanti sözleşmesi olarak karşımıza çıkmaktadır. Üçüncü kişinin fiilini taahhüdün bir garanti sözleşmesi olduğu,

⁵⁰⁴ Avalin sözleşme niteliği öğretide neredeyse ittifakla kabul görmüştür. Bir kısmı için bkz. Tandoğan, C. II, s.489; Güral, **Kefalet Akdiyle Aval Arasındaki Fark ve Benzerlikler**, AÜHFD, C. VIII, Sayı 3-4, Y. 1951, s. 443-445.

Yargıtayca da ortak görüş olarak birçok kararında belirtilmiştir⁵⁰⁵. İlgili sözleşme, Türk Borçlar Kanunu genel hükümlerine göre kurulan, aval verenin icabı ve alacaklının kabulü ile doğan bir sözleşmedir. Alacaklının zımnen yani susarak aval verene icazet vermesi, sözleşmenin kurulmasını sağlar. Yani aval, üçüncü kişinin fiilini taahhüt işlemidir. Üçüncü kişinin fiilini taahhüt işlemi, Yargıtay ve öğreti tarafından yukarıda belirtildiği üzere; garanti sözleşmesi olduğundan, aslında aval bir garanti sözleşmesidir. İlgili İBK’da ilk gerekçe olarak belirtilen, “aval”ın tek taraflı irade beyanı olmadığı, iki taraflı bir hukuki işlem olduğu açıktır. Bu sebeple ilgili karar, zorlama bir yorumla avali kişisel teminat sağlayan bir sözleşme olmaktan çıkarmaya çalışmaktadır. Kaldı ki öğretide; tek taraflı hukuki işlem olsa bile avalde eşin rızasının uygulanması gerektiği çoğunluk görüşü olarak savunulmaktadır⁵⁰⁶.

Yargıtay İçtihatı Birleştirme Kararına son eleştirimiz ise; TBK. m. 584/III fıkrasında istisna olarak yer almayan avalin, burada yer almamasının önemli olmadığı yönündeki bakış açısıdır. Kanun koyucu, eşin rızasının aranmayacağı istisnai kişileri gösteren bu fıkrayı o kadar geniş tutmuştur ki, ticari hayatın hızını bırakın, neredeyse eşin rızasının aranacağı hiç kimse kalmamıştır. İlgili istisnai hükümle; bütün işletme sahipleri, esnaflar, şirket ortak ve yöneticileri dahil, kamudan ve kamu bankalarından kullandırılan kredilerde bile eşin rızası aranmamaktadır. Aslında uygulamada bakıldığında, ultra vires ilkesi de artık dernek ve vakıflar hariç geçerli olmadığından, istisnai olarak eşin rızasının aranmayacağı kişiler, birçok kez, işletmelerine ait gerekçelermiş gibi göstererek, eşin rızası koşulunu yerine getirmeden kefalet sözleşmesi yapabilecektir. Bu sebeple; bu istisnaların bu kadar geniş tutulması ve avalin içinde yer almaması, kanun koyucunun ailenin bütünlüğüne ilişkin eşin rızasının uygulanması

⁵⁰⁵ “Başkasının fiilini taahhüt” başlığı altında düzenlenmiş olan garanti sözleşmesinin... “Yargıtay 19. Hukuk Dairesi 10.11.2014 T. 2013/19331 E. 2014/15934 K.; Aynı yönde kararlar için bkz; Yargıtay 12. Hukuk Dairesi 25.12.2007 T. 2007/23659 E- 24159 K.; Yargıtay İBHGK 03.12.1967 T. 1966/16 E. 1967/7 K. (Çevrimiçi) <http://www.turkhukuksitesi.com> (Erişim Tarihi:18.01.2019).

⁵⁰⁶ Kırca, **a.g.m.** s. 437-438; Pulaşlı, **a.g.e.**, s. 200-201; Gümüş, **Borçlar Özel** s. 372; Demir, **a.g.m.** s. 115; Badur, **Eşin Rızası**, s. 296; Özen, avali tek taraflı irade beyanı olarak niteleyip, sözleşme olmasa da TBK. m. 603 kapsamına girdiği ve eşin rızasının aranması gerektiğini ifade etmiştir. Bkz. Özen, **Kefalet**, s. 53,54.; TBK. m. 584 ve 603’deki ailenin korunması amacının, ticari kaygılar dahil bütün amaçlardan önce gelmesi gerektiğinden avalde eşin rızasının aranması gerektiği görüşü için bkz. Şeker, **Eşin Rızası**, s. 82.

bakış açısını net olarak ortaya koymaktadır. Bu istisnai hükümde yer almayan aval, kişisel teminat sağlayan bir garanti sözleşmesidir ve avalde eşin rızası aranmalıdır.

Kanaatimce Yargıtay İçtihadı Birleştirme Büyük Kurulu ve Hukuk Genel Kurulu kararı ile benimsenen görüşün uygulanması ancak TBK. m. 603 hükmünde veya TBK. m. 584 yapılacak bir değişiklik ile mümkün olabilecektir. Zira aile birliğinin korunması amacıyla getirilen eşin rızası kuralının uygulama alanı kanun lafız ve gerekçesinde açıkça ortaya konulmuştur.⁵⁰⁷ Ancak Yargıtay İçtihadı Birleştirme Büyük Kurulu kararı ile kanun yorumu ve uygulanmasının ötesine geçilerek, 603. maddeye istisna ihdas edilmesi, hukuk tekniğiyle uyumlu değildir. Bu nedenle çoğunluk görüşü temsil eden yazarların da belirttiği üzere, kefaletle ilişkin koruyucu hükümlerin etrafının dolanılmasını önlemek amacıyla getirilen TBK. m. 603 hükmü gereği, kanun gerekçesinde “poliçe kefaleti”⁵⁰⁸ olarak da nitelendirilen avalde de kefaletin şekline, kefil olma ehliyetine ve eşin rızasına ilişkin hükümler uygulama alanı bulmalıdır.

VIII. KEFİL OLMA İRADESİNİN SAĞLIKLI OLMASI

A. GENEL OLARAK

Tüm sözleşmelerde olduğu gibi, kefalet sözleşmesinde de taraf iradelerinin (arzularının) sağlıklı olması geçerlilik koşulları arasında yer alır. İrade beyanlarının sağlıklı olmaması, diğer bir deyişle irade bozuklukları bakımından Borçlar Kanunu’nun genel hükümleri (m. 30-39) dikkate alınır.

Kefalet sözleşmesinde, çoğunlukla kefilin tek taraflı borç üstleniyor olması, irade sakatlıklarının kefil şahsında gerçekleşmesine neden olur⁵⁰⁹. Bu itibarla, iradenin sağlıklı olması hususu kefil şahsında incelenmektedir. Kefil iradesinin sağlıklı

⁵⁰⁷ Muzaffer Şeker, “Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun Avalde Eşin Rızasının Aranmayacağına Dair Verdiği Karar Kapsamında Kefalet ve Avalde Eşin Rızası” **Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi** “Prof. Dr. Mustafa Dural Anısına” C.5, S. 2, Aralık 2017, s. 155-173.

⁵⁰⁸ Avalin şekliyle ilgili TTK m. 701, esasen 6762 sayılı eTTK m. 613’den aynen alınmış ve mehzaz Cenevre Yeknasak Kuralları’nın 31’inci maddesidir. “Aval içindir” ibaresi bu hükmün Fransızca metninden çevrilmiştir. Alman Kambyo Senetleri Kanunu (Wechselgesetz) Art 31’de ise “kefil olarak ya da aynı anlama gelecek başka bir ibare” denilmiştir. Bunun sebebi ise Alman mevzuatında aval yerine “poliçe kefaleti” teriminin tercih edilmiş olmasıdır. Açıklamalar için bkz. **Türk Ticaret Kanunu Tasarısı ve Adalet Komisyonu Raporu** (1/324), TBMM Dönem:23 C: 90, SS: 96, s. 312 (TTK Gerekçe).

⁵⁰⁹ Özen, **Kefalet**, s. 202.

olmaması, beyanın iradeye uymamasından ya da iradenin oluşumundaki bir etkenden de ileri gelebilecektir⁵¹⁰.

B. BEYANIN İRADEYE UYMAMASI

Kefalet belgesinde beyan ile iradenin uyuşmaması; latife beyanı, zihni kayıt beyan hatası veya müşterek yanılma şeklinde ortaya çıkmaktadır⁵¹¹.

Zihni kayıt, irade ile beyan arasındaki uyumsuzluğun, bilerek ve isteyerek oluşturulduğu durumları ifade eder. Bu tarz durumlarda kefilin iradesi, güven teorisi⁵¹² çerçevesinde yorumlanır ve sonuç doğurur; karşı tarafın durumu bilmemesi halinde beyanı sebebiyle sözleşme kurulmuş sayılır⁵¹³. Kefalet sözleşmesinde; zihni kayıtlı beyanda bulunan, beyanı bilerek yaptığı için yanılma hükümlerine dayanamaz⁵¹⁴.

Bir kimse; karşı tarafın önemsemeyeceği veya ciddiye almayacağını düşünerek, herhangi bir hukuki sonuç doğmasını istemeyerek bir öneri veya kabul beyanında bulunursa, latife beyanı söz konusu olur⁵¹⁵. Bu beyan da güven teorisi çerçevesinde değerlendirilecektir. Alacaklının latife beyanını bilmesinin beklenemediği hallerde sözleşmenin kefalet senedinde yazılan beyan çerçevesinde kurulduğu kabul edilir. Ancak alacaklı taraf, kefilin beyanının ciddi olmadığını anlamış veya hal ve şartlara göre anlaması gerekiyorsa sözleşmenin kurulmadığı varsayılır. Bu durumda kefilin yanılma hükümlerinden yararlanma hakkı vardır⁵¹⁶.

⁵¹⁰ Oğuzman/Öz, **C. I**, s. 92.

⁵¹¹ Oğuzman/Öz, **C. I**, s.90, 92; Eren, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 23. Bs., Ankara, Yetkin Yayınları, 2018, s. 363,365; Antalya, **Borçlar Genel C. I**, s.277,278.; Hatemi/Gökyayla, **Borçlar Genel**, s. 96.; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıparmak, **a.g.e.**, s. 424,425.

⁵¹² Güven Teorisi kavramı ayrıntılı bilgi için bkz. B1., Ba.III, C, dpn. 71.

⁵¹³ BGB S 116'e göre; "Bir irade beyanında bulunan kişinin beyan ettiğinden farklı bir zihni kayda sahip olması geçersizlik sebebi değildir. Meğerki beyanın yapıldığı taraf zihni kaydı biliyor olsun." Aktaran: Oğuzman/Öz, **C. I**, s.91, dpn.161.

⁵¹⁴ Oğuzman/Öz, **C. I**, s.91.

⁵¹⁵ BGB 118'e göre; "Ciddi olmadığını anlaşılabileceği inancıyla yapılan gayri ciddi irade açıklaması sonuç doğurmaz." Aktaran: Oğuzman/Öz, **C. I**, s.91, dpn.162.

⁵¹⁶ Eren, **Borçlar Genel**, s. 348.

Üçüncü olarak, irade beyanı ile irade arasındaki farklılık istenmeyerek ortaya çıkmışsa kefil bakımından açıklamada yanılma (beyan hatası) söz konusu olur ve yanılma hükümleri çerçevesinde sözleşmenin iptali mümkündür⁵¹⁷.

Son olarak, her iki taraf açısından da irade ve beyan arasında istenmeyerek bir farklılık oluşmuş ise müşterek yanılmanın varlığı kabul edilir ki bu takdirde sözleşme irade beyanları ile ortaya çıkan anlaşmaya göre değil, tarafların ortak iradelerine göre yorumlanır. Örneğin asıl borçlunun aynı arsa üzerindeki 3 ayrı projeden; 2 numaralı inşaat projesi için kullanılacak krediye kefil olacağı banka ve kefil tarafından arzu edilmekirken; kefalet belgesinde sehven 1 numaralı projenin yazılması halinde, kefalet sözleşmesinin 2 numaralı proje için yapıldığı kabul edilir⁵¹⁸.

C. İRADENİN OLUŞUMUNDAKİ BİR ETKENDEN KAYNAKLANAN İRADE BOZUKLUKLARI

Kefilin irade beyanındaki bozukluk, iradenin oluşmasındaki bir etkenden kaynaklanıyorsa, ya yanılma (hata), ya aldatma (hile) yahut korkutma (ikrah) sonucu oluşan arzuyu açıklayan bir beyan söz konusu olur⁵¹⁹.

Borçlar Kanunu genel hükümlerinde (m. 30-39), bu tarz irade sakatlıklarının varlığı halinde, irade sahibine (kefil veya alacaklı) sözleşmenin iptali olağı sağlanacağı düzenlenmiştir. Buna göre sözleşme iradesi, yanılma (TBK. m. 30-35), aldatma (TBK. m. 36) ya da korkutma (TBK. m. 37-38) sebeplerinden birisi ile sakatlanan taraflardan kefil, yanılma ve aldatmada durumu öğrenmesinden itibaren, korkutmada korkunun geçmesinden itibaren bir yıl içinde kefalet sözleşmesini iptal edebilecektir (TBK. m. 39). Böylece irade sakatlığı sebebiyle kullanılacak iptal hakkı, hak düşürücü süreye tabi kılınmıştır. Öngörülen bu süre içerisinde iptal hakkının kullanılmaması halinde sözleşmenin onanmış sayılacağı kabul edilmiştir (TBK. m 39/I). Ancak sözleşmenin onanmış sayılması, ilgili tarafın irade sakatlığı sebebiyle kendi lehine doğmuş olan tazminat alacağını ortadan kaldırmayacaktır (TBK. m. 39/II).

⁵¹⁷ Yanılma bahsine ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Bl. 2 Ba. IV. C.

⁵¹⁸ Oğuzman/Öz, C. I, s. 91.

⁵¹⁹ Oğuzman/Öz, C. I, s. 92.

Genel olarak irade bozuklukları konusunu değerlendirirken hem asıl borcu doğuran sözleşmenin hem de kefalet sözleşmesinin, ferilik ilkesi gereği, ayrı ayrı incelenmesi gerekmektedir. Bu yüzden, esas borcun doğduğu sözleşmeyi, borçlunun irade bozukluğu hallerinden biriyle akdetmesi durumunda, kefalet sözleşmesinin geçerliliği, borçluya tanınan iptal hakkının kullanılıp kullanılmamasına göre değişir. Bu noktada borçlu bu iptal hakkını kullanırsa, kefalet sözleşmesi geçersiz olur⁵²⁰. Ancak önemle belirtilecek husus şudur ki; bu iptal hakkının kullanılması sadece esas borçluya aittir⁵²¹. Bununla birlikte öğretiyeye göre; asıl borçlunun iptal hakkını kullanıp kullanmayacağı belirsiz ise; TBK. m. 140 gereği kefilin asıl borçlunun iptal hakkını kullanıp kullanmayacağı netleşene kadar, kefil alacaklının ödeme talebini reddetme hakkına sahiptir⁵²².

1. Yanılma

Yanılma; beyanının istenmeyerek arzuya uygun olmaması (açıklamada yanılma) veya iradenin oluşmasına etken olan bir hususta, düşüncenin gerçek duruma uygun olmaması (saikte yanılma) şeklinde meydana gelir⁵²³. Açıklamada veya saikte yanılığa düşen kefil, sözleşmeyi iptal etme hakkını 1 yıllık hak düşürücü süre içerisinde kullanabilecektir. Ancak kefilin sözleşme yaparken düştüğü bu yanılmanın esaslı olması gereklidir (TBK. m. 30). Söz konusu yanılmanın esaslı olup olmadığı hâkim tarafından takdir edilecektir.

Bir tarafın gerçek iradesine uygun olmayan beyanını, güven teorisi çerçevesinde yapılan beyana göre anlamakta karşı taraf haklı ise, sözleşmeyi bu beyana göre kurabilir ve bu takdirde beyanı iradesine uymayan taraf, yanılma hükümlerine dayanarak sözleşmeden kurtulabilir⁵²⁴.

⁵²⁰ Özen, **Kefalet**, s. 202.

⁵²¹ Özen, **Kefalet**, s. 202.

⁵²² Tandoğan, **C.II**, s. 735; Elçin Grassinger, **Kefilin Hakları**, s. 84, Özen, **Kefalet**, s. 202 vd.

⁵²³ Oğuzman/Öz, **C. I**, s. 92; Şeker, **İnternet Ürün Satımı**, s. 73.

⁵²⁴ Kocayusufpaşaoğlu, **Hata**, s. 17; Oğuzman/Öz, **C. I**, s. 96.

a) Esaslı Yanılma Niteliğini Taşıyan Beyanda Yanılma

İrade ile beyan arasındaki uygunsuzluk olarak tanımlanan beyanda yanılma hali iki şekilde ortaya çıkmaktadır. Bunlardan ilki, beyanda bulunan kişinin esasen o yönde bir beyanda bulunma isteğinin mevcut olmaması halidir⁵²⁵. Örneğin m2 fiyatı 100.000 dolar olan 10 dönüm zeytin bahçesine ilişkin satış teklifinde, yanlışlıkla para cinsini TL cinsinden belirtilmesi üzerine kurulan satım sözleşmesinde, esaslı bir beyan hatasının varlığı söz konusudur. Beyanda yanılmanın ikinci görünümü ise beyanda bulunanın, kullandığı terim ve deyimleri kullanmayı istemiş olmakla birlikte kullandığı terim yahut deyim anlamını iyi bilmediği için farklı bir anlam vererek kullanması halidir⁵²⁶.

Esaslı beyanda yanılma hallerinin neler olduğu TBK. m. 31/I'de, “Özellikle aşağıda sayılan yanılma hâlleri esaslıdır”, denilmek ve beş bent halinde sınırlayıcı olmayan hükümle düzenlenmiştir. Buna göre, *i. sözleşmenin niteliğinde yanılma, ii. sözleşmenin konusunda (şeyde) yanılma, iii. sözleşmenin tarafında yanılma, iv. sözleşme yapılırken bu sözleşmenin konusunu ilgilendiren kişide yanılma, v. miktarda yanılma*, esaslı beyan yanılması niteliğindedir⁵²⁷.

aa) Sözleşmenin Niteliğinde Yanılma

Yanıldığını iddia eden tarafın, bir sözleşme hakkındaki iradesini beyan ederken kefalet sözleşmesi dışında bir sözleşme kastetmiş olması halinde, sözleşmenin niteliğinde yanılığa düştüğü kabul edilir (TBK. m. 31/I, b. I). Bu tür bir yanılma, esaslı sayılacağından, yanılan sözleşmenin iptal hakkını kullanabilecektir. Adi kefalet altına girmek isterken yanılığa düşerek müteselsil kefalet sözleşmesi yapılması ya da taşınır bir malı üzerinde rehin hakkı kurmak isterken kefil olan kişinin durumu, sözleşmenin niteliğinde yanılmaya örnek sayılabilecektir⁵²⁸.

⁵²⁵ Şeker, **İnternet Ürün Satımı**, s. 73; Seyman, a.g.e., s. 43.

⁵²⁶ Özen, **Kefalet**, s. 205; Reisoğlu, **Kefalet Hukuku**, s. 65.

⁵²⁷ Nevzat Koç, **Türk Borçlar Kanunu Tasarısında Genel Hükümlere İlişkin Olarak Yapılması Öngörülen Yenilik ve Değişiklikler**, İTCU SBD, Yıl:6/Sayı:12, Güz 2007/2, Sayfa 71-147.

⁵²⁸ Tandoğan, **C.II**, s. 735; Özen, **Kefalet**, s. 205; Şeker, **İnternet Ürün Satımı**, s. 73.; Yarg.1. HD E. 2013/1676 K. 2013/2179 T. 18.2.2013 (Çevrimiçi) <http://www.kazanci.com> (Erişim Tarihi:21.01.2019).

bb) Sözleşmenin Konusunda (Şeyde) Yanılma

Kefalet ile güvence altına alınmak istenen asıl borçtan başka bir şeyi kast ederek beyanda bulunmuş ise esaslı bir açıklama yanılması söz konusu olur (TBK. m. 31/I, b. II)⁵²⁹. Ancak kefilin gerçek iradesi alacaklı tarafından güven ilkesi uyarınca anlaşılıyor veya anlaşılması gerekiyorsa, bu takdirde kefalet sözleşmesinin kefilin kastettiği borca yönelik olarak kurulduğu kabul edilecektir⁵³⁰. Örneğin eser sözleşmesinden doğan ücret ödeme borcunu güvence (teminat) altına alındığını sanmasına rağmen aslında ödünç sözleşmesinden doğan borcun varlığında ya da ödünç sözleşmesini garanti ettiğini sanmasına rağmen adi şirket ortaklığından doğan borcun teminatında, sözleşmenin konusunda esaslı yanılmanın varlığı sebebiyle sözleşme iptal edilebilecektir⁵³¹. Aynı şekilde, 818 sayılı Kanun döneminde, yalnız doğacak borçlar için kefalet altına girdiğini yanılışına düşen kefilin mevcut borçlardan da sorumlu olduğu ileri sürülmesi hali de bu kapsamda yanılma olarak kabul görmekteydi. Ancak 6098 sayılı Kanun TBK. m. 589/III ile İBK. m. 499/son hükmüne uyumlu olarak, kefilin asıl borçlunun kefalet sözleşmesinin kurulmasından sonra doğacak borçları için kefil olduğu karinesi kabul edilmekle bu yanılış durumu ortadan kaldırılmıştır.

cc) Sözleşmenin Tarafında Yanılma

Sözleşme yapma iradesinin gerçekte sözleşme yapmak istediği kişiden başkasına açıklanması da esaslı yanılma hallerinden biri olarak sayılmıştır (TBK. m. 31/I, b. III). Ancak hâkim görüş, kefilin alacaklının kişiliğinde yanılmasının esaslı yanılma teşkil etmeyeceği yönündedir⁵³². Esasen kefilin alacaklıya karşı bir talep hakkı olmadığı gibi alacağın temliki yoluyla yeni bir alacaklının oraya çıkmasına da bir itiraz imkanı mevcut değildir⁵³³. Bununla birlikte alacaklının mukabil edimi karşılığında

⁵²⁹ Sözleşmenin konusu olan şeyin niteliğinde yanılma, beyan yanılması kapsamına girmez. Şartları varsa temel hatası (TBK. m. 32) kapsamına girebilir. Detaylı bilgi için bkz. Oğuzman/Öz, **C. I**, s. 95.

⁵³⁰ Beck, Art. 492, N. 60; Reisoğlu, **Kefalet Hukuku**, s. 35; Özen, **Kefalet**, s. 206.

⁵³¹ Elçin Grassinger, **Kefilin Hakları**, s. 84.

⁵³² Beck, Art. 492, N. 59; Tandoğan, **C. II**, s. 205; Reisoğlu, **Kefalet**, s. 34-35; Özen, **Kefalet**, s. 205. Aksi yönde bkz. Giovanoli, Art. 492, N. 63.

⁵³³ Beck, Art. 492, N. 58; Reisoğlu, **Kefalet Hukuku**, s. 66.

kefalet altına girildiği hallerde, alacaklının şahsında yanılma esaslı yanılmanın varlığı kabul edilecektir⁵³⁴.

dd) Sözleşme Yapılırken Bu Sözleşmenin Konusunu İlgilendiren Kişide Yanılma

Sözleşme yapılırken kimliği göz önüne alınan kişide yanılması bir diğer esaslı yanılma halidir (TBK. m. 31/I, b. IV). Buna göre, kefil açısından asıl borçlunun şahsı büyük önem taşıdığından, asıl borçlunun kişiliğindeki yanılma⁵³⁵, esaslı yanılma sayılarak sözleşmenin iptaline sebep olabilecektir⁵³⁶.

ee) Miktarda Yanılma

Yanıldığını iddia eden tarafın yüklendiği edimin, kastettiği edimden önemli ölçüde çok veya karşı edimin önemli ölçüde az olması halinde de esaslı yanılma söz konusu olur (TBK. m. 31/I, b. V). Kefilin kefalet ile teminat altına almış olduğu asıl borcun kapsamında yanılması, miktarda yanılma sebebi olabilecektir.

818 sayılı Kanun döneminde özellikle cari hesap ya da kredi sözleşmelerinden doğan borçlara kefalette, kefalet belgesinde kullanılmış ibarelerden, kefaletin mevcut borç için mi yoksa müstakbel borç için mi olduğunun anlaşılamadığı durumlarda, miktarda yanılma ayrı bir önem kazanmaktaydı. Zira bu durumda kefilin sorumluluğunun, asıl borçlunun mevcut borcu için mi, yoksa müstakbel borcu için mi olacağına ilişkin bir hüküm yer almamaktaydı. Bu durum karşısında öğretide çoğunluğu temsil eden yazarlar, İBK. m. 499/son hükmüne uyumlu olarak, kefilin asıl borçlunun mevcut borcu için mi, yoksa müstakbel borcu için mi kefalet altına girdiği hususunda tereddüt edilirse, onun prensip olarak borçlunun kefalet sözleşmesinin kurulmasından sonra doğacak borçları için kefil olduğu görüşünü savunmaktaydı⁵³⁷. Zira bu tür kredi ilişkilerinde kefil, teminat sağlayarak, alacaklının asıl borçluya kredi sağlamasını amaçlamaktadır. Nihayet bu boşluk, TBK. m. 589/III ile çoğunluk görüşü benimseyen

⁵³⁴ Reisoğlu, **Kefalet Hukuku**, s. 35; Elçin Grassinger, **Kefilin Hakları**, s. 84; Tandoğan, **C.II**, s. 735.

⁵³⁵ Sungurbey, **İsviçre Borçlar Kanunu Şerhi**, s.83 vd; Develioğlu, **Kefalet Sözleşmesini Düzenleyen Hükümler Işığında Bağımsız Garanti Sözleşmeleri**, s.199.

⁵³⁶ Tandoğan, **C.II**, s. 735; Özen, **Kefalet**, s. 205.

⁵³⁷ Beck, Art. 494, N. 1; Reisoğlu, **Kefalet Hukuku**, s. 14; Tandoğan, **C. II**, s. 720; Elçin Grassinger, **Kefilin Hakları**, s. 86.

bir düzenleme ile doldurulmuştur. Buna göre kefil, açıkça kararlaştırılmamışsa, borçlunun kefalet sözleşmesinin kurulmasından sonraki borçlarından sorumlu olacaktır.

Diğer taraftan, kefil ne sözleşmenin kuruluş aşamasındaki görüşmelerden ne de kefalet belgesindeki ibarelerden asıl borçlunun alacaklıya karşı daha önceden de mevcut borcu olduğunu ve bu borcunu da garanti ettiğini bilmiyorsa, TBK. m. 31/I, b. V uyarınca esaslı yanılma hükümlerine dayanılabilir⁵³⁸. Buna karşılık; kefalet belgesinde veya başka suretle (sözlü veya yazılı olarak) kefilin o anda doğmuş olan ya da “açılmış ve açılacak krediler için” kefalet altına girmiş olduğu açıkça belirtiliyorsa, alacaklı, sadece doğacak borçları garanti ettiği yolunda hatalı bir kanaatin kefilde uyanmasına sebep olmamış ise kefilin hem mevcut hem de müstakbel bütün borçlar için kefalet altına girdiği kabul edilecektir⁵³⁹. Dolayısıyla belirtilen bu halde kefil, asıl borçlunun alacaklıya karşı daha önceden borçlu olduğunu bilmediğini, sadece müstakbel borçları garanti ettiğini iddia ederek sözleşmenin iptalini talep edemeyecektir⁵⁴⁰.

b) Esaslı Sayılan Saik Yanılması

Bir kimse belirli şartlarla sözleşmeye taraf olmak isterken çeşitli hususları dikkate alır. Şayet kararına etki yapan bu hususlardan birinde veya birkaçında yanılmışsa⁵⁴¹, iradenin oluşmasında, saik yanılması söz konusu olur⁵⁴².

Asıl borçlunun; borcunu ifa edebilme imkânının olduğunu⁵⁴³, krediye layık biri olduğunu, asıl borç için kefaletten başka teminatların varlığını, bu teminatların asıl borcu karşılayacak değerde olduğunu, kefilin kendisi ile birlikte diğer kefillerin de bulunduğunu düşünmesi ile rücu kefil olunacağı saikiyle ya da asıl borçlunun taahhüdüne güvenerek kefalet altına girmesi gibi hallerde kefilin bu tasavvurlarının gerçekleşmemesi, uygulamada karşılaşılan başlıca saik yanılığın halleridir⁵⁴⁴. Örnek olarak; birlikte kefalet bakımından, TBK. m. 587/III’ü gösterebiliriz. Bu hükümde;

⁵³⁸ Elçin Grassinger, **Kefilin Hakları**, s. 84-85.

⁵³⁹ Beck, Art. 494, N. 1; Giovanoli, Art. 499, N. 22; Pestalozzi, Art. 499, N. 21; Oser-Schönenberger, Art. 499, N. 43; Reisoğlu, **Kefalet Hukuku**, s. 41.

⁵⁴⁰ Elçin Grassinger, **Kefilin Hakları**, s. 85.

⁵⁴¹ Antalya, **Borçlar Genel C. I**, s.313 vd.

⁵⁴² Oğuzman/Öz, **C. I**, s. 99. Eren, **Borçlar Genel**, s. 403 vd.

⁵⁴³ BGE 56 II 96; Detaylı bilgi için bkz, Reisoğlu, **Kefalet Hukuku**, s. 67, dpn.179.

⁵⁴⁴ Elçin Grassinger, **Kefilin Hakları**, s. 82.

“Alacaklı, kefilin aynı alacak için başka kişilerin de kefil olduğunu veya olacağını varsayarak kefalet ettiğini biliyor veya bilmesi gerekiyorsa, bu varsayımın sonradan gerçekleşmemesi veya kefillerden birinin alacaklı tarafından kefalet borcundan kurtarılması ya da kefaletinin hükümsüz olduğuna karar verilmesi durumunda kefil, kefalet borcundan kurtulur.” denilmiştir.

Türk Borçlar Kanunu’na göre, saikte yanılığa düşülmesi kural olarak sözleşmesinin geçerliliğini etkilemeyecektir (TBK. m. 32/I, c. I). Ancak saikte yanılığın esaslı olması halinde sözleşmenin iptaline imkan verecektir. Bunun için *saikin sözleşme yapma iradesi açısından vazgeçilmez bir unsura (condictio sine qua non) ilişkin olması ile karşı tarafça bilinebilir olma ve ayrıca iş hayatındaki dürüstlük kuralları, yanılmanın sözleşmenin geçerliliğini etkilemesini haklı göstermesi* gereklidir (TBK. m. 32/I, c. 2)⁵⁴⁵.

6098 sayılı Kanun (m. 599/I), İsviçre Borçlar Kanunu’nda (m. 510/I) olduğu gibi, ileride doğması beklenen borçlar için yapılan kefalet sözleşmelerinde, asıl borçlunun ekonomik durumunun belirsizliği riskine karşı, kefile sözleşmeden dönme hakkını tanımıştır.

Kefilin kefalet sözleşmesini kurmasına etki eden düşüncesi, kimi zaman onun saiki olmayıp, sözleşmenin koşulu olarak ortaya çıkmaktadır⁵⁴⁶. Örneğin; asıl borç için kefaletten ayrı teminat verilmesi, rücu kefaletinin tesis edilmesi kaydıyla kefalet altına girilmesi halinde, koşula bağlı kefaletinin varlığı söz konusudur. Sözleşmede kararlaştırılan koşul; geciktirici koşul ise koşulun gerçekleşmesi ile kefalet hükümlerini doğuracak (TBK. m. 170/II), bozucu koşul ise koşulun gerçekleşmesi ile sözleşme ortadan kalkacaktır (TBK. m. 173/II).

Kefilin kefaleti kurmasına esas saikin mi yoksa şarta bağlı kefaletinin mi söz konusu olduğunun sözleşmeden anlaşılamadığı durumlarda, tarafların iradelerinin yorumlanmasına başvurulacaktır.

⁵⁴⁵ Yanılma konusu husus, yanılan açısından sözleşmeyi yapması için vazgeçilmez bir unsur (*condictio sine qua non*) olmalıdır. Diğer bir anlatımla, yanılan bu hususta yanıldığını bilmesi halinde sözleşmeyi hiç veya mevcut şartlarla yapmayacağı kabul edilebiliyorsa, esaslı bir saik yanılmasının varlığı söz konusu olacaktır. Ayrıntılı bilgi için bkz. Oğuzman/Öz, **C. I**, s. 100 vd.

⁵⁴⁶ Elçin Grassinger, **Kefilin Hakları**, s. 83.

c) İletmede Yanılma

TBK. m. 33'e göre, sözleşmenin kurulmasına yönelik iradenin haberci veya çevirmen gibi bir aracı ya da bir araç tarafından yanlış iletilmiş olması hâlinde⁵⁴⁷, açıklamada esaslı yanılmaya ilişkin hükümler uygulanır. Habercinin haberi yanlış nakletmesi, çevirmenin kelimeleri yanlış çevirmesi, telgraf çekilirken metnin değişmesi halleri iletmede yanılmaya örnek teşkil etmektedir. Bu tür yanılma hallerinde yanılan iptal hakkına sahip olacaktır⁵⁴⁸.

2. Aldatma

Taraflardan birinin, sözleşme kurması için aldatma kastıyla hareket ederek, diğerini hataya düşürmesi halinde aldatmadan söz edilecektir. Bu anlamda yanılmanın esaslı olması aranmaksızın sözleşmenin iptali, aldatmaya maruz kalan tarafından talep edilebilecektir (TBK. m. 36/I). Aynı şekilde üçüncü bir kişinin aldatması sonucu bir sözleşme yapan tarafça, sözleşmenin yapıldığı sırada karşı tarafın aldatmayı bilmesi veya bilecek durumda olması hâlinde de aldatmaya dayanılarak sözleşmenin iptali söz konusu olabilecektir (TBK. m. 36/II). Bu noktada somut olayda, aldatma olmasaydı sözleşmenin bu şekilde yapılmayacak olması, diğer bir deyişle, alelade illiyet bağının varlığı, sözleşmenin iptali için yeterli ve gereklidir⁵⁴⁹.

Kefil açısından alacaklının aldatma teşkil eden davranışları, asıl borçlunun ekonomik durumu, borcun kullanılma amacı, niteliği gibi konularda gerçeğe aykırı beyanda bulunmak gibi aktif davranışlar olabileceği gibi, dürüstlük kuralına göre kefile sözleşmenin kurulması aşamasında açıklamada bulunması gereken hallerde bu yükümlülüğünü uymayarak, susmak suretiyle de icra edilen pasif davranışlar da olabilecektir⁵⁵⁰. Bu noktada eklemek gerekir ki, kural olarak alacaklının, kefile, üstlendiği sorumluluk hakkında bilgi verme yükümlülüğü TBK. m. 594/I'de sayılan hususlar haricinde yoktur. Zira kefilin, kefalet borcu altına girmeden önce, bizzat asıl

⁵⁴⁷ Antalya, **Borçlar Genel C. I**, s.319.

⁵⁴⁸ Eren, **Borçlar Genel**, s. 410.

⁵⁴⁹ Oğuzman/Öz, **C. I**, s. 111; Elçin Grassinger, **Kefilin Hakları**, s. 88.

⁵⁵⁰ Oğuzman/Öz, **C. I**, s. 110.

borçlunun ekonomik durumu, borcun kapsamı, niteliği gibi sözleşme iradesinde önemli olan hususlarda bilgi alması, araştırma yapması gerekir⁵⁵¹.

Bununla birlikte istisnai bazı hallerde, alacaklının kefile, kendiliğinden açıklama yapma yükümlülüğü doğabilir⁵⁵². Örneğin, alacaklının kendi davranışları neticesinde kefilin hataya düşmesi ya da kefilin, kefalet sözleşmesini kurmasında esas olan noktalarda yanlış bilgiye sahip olduğunu anlaması gerektiği hallerde, alacaklının bilgi verme yükümlülüğü söz konusu olacaktır⁵⁵³. Aynı şekilde kefilin sorusu üzerine kefile bilgi veren alacaklının, ona karşı tam ve doğru açıklamada bulunma yükümlülüğü altında olduğu kabul edilir⁵⁵⁴. Bu tür istisnai hallerde alacaklı, kefilin sözleşme kurma iradesinde esas olabilecek noktalarda, özellikle kefile üstlendiği yükümlülüğün niteliğini ve sorumluluğunun kapsamını yanlış anlamaya olanak vermeyecek şekilde aktarmakla yükümlüdür⁵⁵⁵.

Alacaklının normal koşullarda kefilin kabul etmeyeceğini bildiği halde susması, örneğin; alacaklının, asıl borçlunun kefile asıl borca ilişkin yanlış veya eksik bilgi verdiğinin bilincinde olması, kefilin bunları bildiğinde kefalet akdini yapmayacağını bilincinde olması ve susması durumunda aldatma nettir⁵⁵⁶. Ayrıca, kefilin herhangi bir bilgi talep etmemesine rağmen, alacaklının kendiliğinden kefilin kandırmak maksadı ile asıl borçlunun malvarlığına ilişkin olarak yanıltıcı beyanda bulunması halinde de aldatma gerçekleşmiş olacaktır⁵⁵⁷.

⁵⁵¹ Oser-Schönenberger, Art. 492, N. 88; Reisoğlu, **Kefalet Hukuku**, s. 69; Elçin Grassinger, **Kefilin Hakları**, s. 88.

⁵⁵² Alacaklının bilgi verme yükümlülüğü hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Elçin Grassinger, **Kefilin Hakları**, s. 88.

⁵⁵³ Özen, **Kefalet**, s. 213-214.

⁵⁵⁴ Nitekim Federal Mahkeme kefil olunan bir borç ile ilgili olarak bir banka tarafından verilen yanlış bilgiyi hileli olarak kabul etmiştir. “Bu ve diğer gerçeğe uymayan beyanlar kefilde hatalı düşüncelerin dogmasına yol açmıştır. Mevcut kefalet senedinde bazı hususlar sükûtle geçirilmemiş, fakat asıl borç, teminatlar, bunların hukuki niteliği, mali kapsamı hakkında gerçeğe aykırı beyanlarda bulunulmuştur. Alacaklının burada satış vs. akitlerinden çok daha fazla gerçeği bildirme mükellefiyeti, bu tür ilişkilerdeki itimat unsurunun bir sonucudur. Kefalet özel durumu dolayısıyla geniş miktarda iyi niyet kurallarının koruması altındadır.”, BGE 38 II 613. Aktaran: Reisoğlu, **Kefalet Hukuku**, s. 69, dñn.190; Beck, Art. 492, N. 63-64.

⁵⁵⁵ Beck, Art. 492, N. 63-64; Guhl, s. 49.

⁵⁵⁶ Oser/Schönenberger, Art. 492, N. 88, Develioğlu, **Kefalet Sözleşmesini Düzenleyen Hükümler Işığında Bağımsız Garanti Sözleşmeleri**, s.212.

⁵⁵⁷ Reisoğlu, **Kefalet Hukuku**, s.69; Oser/Schönenberger, Art. 492, N. 88; Elçin Grassinger, **Kefilin Hakları**, s. 199.

Bu sebeple; TBK. m. 594/I ve somut olaya göre kefilin bilgi istediği hallerde; alacaklı taraf eğer kefil bilerek aldatırsa, susarsa⁵⁵⁸, bilgi vermekten kaçınırsa ve çeşitli hususları saklarsa, alacaklının herhangi bir hilesi olmasa dahi, TBK. m. 594/III'e göre, kefilin uğradığı zararı karşılamakla yükümlüdür⁵⁵⁹.

Alacaklı gibi, asıl borçlu da kefilin yanılmasına sebep olabilecektir. Bu durumda, asıl borçlunun alacaklının temsilcisi olarak hareket edip etmediğine göre, aldatma hükümleri uygulama alanı bulacaktır⁵⁶⁰. Buna göre, asıl borçlunun alacaklının temsilcisi sıfatına sahip olmadığı hallerde, asıl borçlunun aldatmasına dayanarak sözleşmenin iptal edilebilmesi için, alacaklının, kefilin ve asıl borçlunun aldatmasını bilmesi veya bilecek durumda olması gerekecektir⁵⁶¹. Esas borçlunun aldatması ile sözleşme yapan kefil, durumdan haberdar olmayan alacaklıya karşı iptal hakkına sahip değildir⁵⁶². Ancak üçüncü kişinin aldatması, kefilin esalı yanılmaya düşmesine yol açmışsa, yanılmaya dayanarak iptal hakkını kullanabilir⁵⁶³. Ayrıca, borçlunun alacaklının temsilcisi sıfatına sahip olduğu durumlarda, asıl borçlunun hilesi alacaklının hilesi sayılacak ve asıl borçlunun hilesini alacaklının bilmesi veya bilecek durumda olması şartı aranmaksızın sözleşmenin iptali talep edilebilecektir⁵⁶⁴. Sözleşmeye onay vermiş olma, tazminat hakkını ortadan kaldırmayacaktır (TBK. m. 39/II).

3. Korkutma

Taraflardan biri, diğerinin veya üçüncü bir kişinin korkutması sonucu bir sözleşme yapmışsa, sözleşmeyle bağlı değildir (TBK. m. 37/I). Korkutma, hukuka aykırı şekilde yapılan tehditle, sözleşme yapma hususunda istenilen irade beyanında

⁵⁵⁸ Federal Mahkeme kefaletle alakalı bir kararında; “sukut etmenin iyi niyet kurallarına aykırı olması halinde, bundan doğan zararın tazminin istenebileceğini...” hükme bağlamıştır. BGE 40 II 612. Aktaran: Reisoğlu, **Kefalet Hukuku**, s. 70.

⁵⁵⁹ Elçin Grassinger, **Kefilin Hakları**, s. 199.

⁵⁶⁰ Özen, **Kefalet**, s.212.

⁵⁶¹ Giovanoli, Art. 492, N. 65; Pestalozzi, Art 492, N. 26; Beck, Art. 492, N. 2; Reisoğlu, **Kefalet Hukuku**, s. 70; Elçin Grassinger, **Kefilin Hakları**, s. 94.

⁵⁶² Özen, **Kefalet**, s.210.

⁵⁶³ Özen, **Kefalet**, s.211.

⁵⁶⁴ Beck, Art. 492, N. 61; Giovanoli, Art. 492, N. 66; Reisoğlu, **Kefalet**, s. 38.

bulunmadığı takdirde, bir kimsede bir kötülüğe maruz kalacağı kanısı uyandırılmasıdır⁵⁶⁵.

Sözleşme iradesi karşı tarafın korkutması sebebiyle sakatlanan taraf, irade sakatlığına dayanarak sözleşmenin iptalini talep edebilecektir. Aldatmadan farklı olarak, üçüncü kişinin yaptığı korkutmayı, bundan yararlanan taraf bilmese ya da bilmesi gerekmesi bile, işlemin hükümsüzlüğünü ileri sürebilecektir. Ancak üçüncü kişinin korkutmasını bilmeyen veya bilmesi gerekmeyen karşı tarafın uğradığı zararlar, hakkaniyetin gerekli kıldığı hallerde, korkutulan tarafından tazmin edilir (TBK. m. 37/II).

Sözleşmenin geçerliliğini etkileyen bir korkudan söz edilmesi için gerekli şartlar, TBK. m. 38’de düzenlenmiştir. Buna göre, i) *iradesi sakatlanan taraf bir tehdide maruz kalmış olmalı*, ii) *yapılan tehdit, ağır ve yakında gerçekleşecek bir tehlikenin mevcut olduğu kanısını uyandırmalı*, iii) *tehditte belirtilen tehlike karşı tarafın şahsına veya yakınlarına yönelik olmalı*, iv) *söz konusu tehdit hukuka aykırı olmalı ve son olarak v) sözleşme tehdidin yarattığı korku sonucu yapılmış olmalıdır*⁵⁶⁶. Belirtilen şartların varlığı halinde, korkutmaya maruz kalan, TBK. m. 39’da öngörülen 1 yıllık süre içerisinde sözleşmenin iptalini talep edebilecektir.

Gerçek kişiler gibi tüzel kişiler de korkutma sebebiyle sözleşme akdetmiş olabilirler. Bu durumda korkutmanın yöneldiği kişi, tüzel kişiliği temsil eden organdan yer alan gerçek kişilerdir. Bu sebeple; temsil eden organdaki korkutmaya uğramış gerçek kişiler, korkutma sebebiyle sözleşmenin hükümsüzlüğünü ileri sürebilme hakkına sahiptir⁵⁶⁷.

Kefalet sözleşmesi açısından değerlendirildiğinde; sözleşmenin geçerli olması için, fer’ilik ilkesi gereği hem asıl borcu doğuran sözleşmenin hem de kefalet sözleşmesinin korkutma sebebiyle yapılmamış olması gerekmektedir. Bu sebeple; eğer asıl borçlu, korkutma sebebiyle, asıl borç ile bağlı olmadığını bildirir ise, kefalet sözleşmesi de hüküm doğurmayacaktır. Ancak burada önemli olan nokta, asıl borçlunun

⁵⁶⁵ Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp, **a.g.e.**, s. 449; Oğuzman/Öz, **C. I**, s. 113.

⁵⁶⁶ Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Oğuzman/Öz, **C. I**, s. 113.

⁵⁶⁷ Eren, **Borçlar Genel**, s.423; Antalya, **Borçlar Genel C. I**, s.335 vd.

TBK. m. 39'da ki süreler uygun olarak iptal hakkını kullanmasıdır. Aksi halde, kefalet sözleşmesi geçerlidir.

Korkutma teşkil eden davranış, korkutulana ya da yakınlarına, hukuka aykırı eylemde bulunacağı tehdidi şeklinde olabileceği gibi, bu kimselere karşı kanuni hakkını kullanacağı tehdidi ile de gerçekleşebilecektir⁵⁶⁸. Ancak hakkın veya kanundan doğan bir yetkinin kullanılacağı tehdidinin korkutmaya esas sayılabilmesi için, bu hakkı veya yetkiyi kullanacağını açıklayanın, diğer tarafın zor durumda kalmasından aşırı bir menfaat sağlamış olması gereklidir (TBK. m. 38/II). Örneğin; alacaklının kefil olmasını istediği kimseyi ya da bu kimsenin yakınlarını, kefalet altına girmediği takdirde, kendisine olan borçları için kanuni yollara başvurarak takip edeceğini belirtmesi, korkutma teşkil edecektir. Zira alacaklı sahip olduğu hakkı, kendi menfaati için ve hukuken caiz olmayacak şekilde, baskı aracı olarak kullanmaktadır⁵⁶⁹. Ancak alacaklının, kefile, kefil olmadığı takdirde asıl borçluya karşı icra takibi başlatacağını söylemesi, korkutma olarak değerlendirilmeyecektir. Zira alacaklı takip başlatmakla, hakkı olandan daha fazla bir menfaat sağlamış olmayacaktır⁵⁷⁰. Ayrıca; borçluya yönelik korkutmada bulunan alacaklının, borçludan birden çok alacağı mevcut ise, bu alacaklar için korkutmanın varlığının araştırılması hususunda ayrı ayrı değerlendirilme yapılması gerekirken, kefil olunmadığı takdirde cezai takipte bulunulacağına ilişkin her türlü beyan korkutma teşkil etmektedir⁵⁷¹.

Korkutmaya maruz kalan; korkutma karşı tarafın eylemi neticesinde gerçekleşmiş ise bu taraftan (TBK. m. 39/II), üçüncü kişi yapmış ise haksız fiil olması sebebiyle (TBK. m.49) ondan, korkutma sebebiyle uğradığı zararın tazminini talep edebilir⁵⁷². Tıpkı aldatmadaki gibi, sözleşmeye onay vermiş olma, tazminat hakkını ortadan kaldırmayacaktır (TBK. m. 39/II).

⁵⁶⁸ Antalya, **Borçlar Genel C. I**, s.335 vd.

⁵⁶⁹ Elçin Grassinger, **Kefilin Hakları**, s. 96.

⁵⁷⁰ Beck, Art. 492, N. 67; Reisoğlu, **Kefalet**, s. 71; Elçin Grassinger, **Kefilin Hakları**, s. 96.

⁵⁷¹ Reisoğlu, **Kefalet Hukuku**, s. 71; Özen, **Kefalet**, s.217.

⁵⁷² Eren, **Borçlar Genel**, s. 424.

4. Aşırı Yararlanma (Gabin)

818 sayılı Borçlar Kanunu “gabin” terimini kullansa da 6098 sayılı Borçlar Kanunumuz “aşırı yararlanma” olarak ifade etmiştir. TBK. m.28’de belirtilen gabin; aşırı yararlanma, bir sözleşmede tarafların edimleri arasında aşırı oransızlık bulunması anlamına gelir⁵⁷³.

Öncelikle yukarıda belirttiğimiz üzere; kefalet sözleşmesini doğuran asıl borç ilişkisinde aşırı yararlanmanın olması durumunda, asıl borç ilişkisi hükümsüz olduğunda, ferilik ilkesi gereği, kefalet sözleşmesi de hükümsüz olur. Yani, asıl borç ilişkisinde, asıl borçlunun aşırı yararlanma sebebiyle iptal hakkının varlığı mevcuttur⁵⁷⁴. Ancak kefalet sözleşmesinde aşırı yararlanmanın mümkün olup olmadığı hususu öğretilerde tartışma konusudur.

Bu konuda Kalkan’a göre;⁵⁷⁵ kefalet sözleşmesinde aşırı yararlanma hükümlerinin uygulanması mümkündür. Kalkan bu görüşünde; kefalet sözleşmesinin tek tarafa borç yükleyen bir sözleşme olmasının, kefilin bir edim karşılığında kefalet borcu altına girmesini engellemeyeceğini ve bu sebeple; borçlunun içinde bulunduğu zor durumu kullanarak, alacaklının kefile imzalattığı kefalet sözleşmesinde, aşırı yararlanmanın gündeme geleceğini savunmuştur. Bu bağlamda alacaklının, borçlunun içinde bulunduğu zor durumu kullanılarak kefile, zorla aşırı yararlanma teşkil eden kefalet sözleşmesi imzalatması aşırı yararlanma teşkil etmektedir ve kefil sözleşmenin iptalini talep edebilecektir.

Bu konuda; baskın ve çoğunluk görüşünü yansıtan Develioğlu ise⁵⁷⁶; kefalet sözleşmesinde edim- karşı edim dengesinde büyük bir fark ve taraflardan birinin diğerinin deneyimsizliğinden veya düşüncesizliğinden yararlanmasının söz konusu olmadığını ve bu sebeple kefilin iptal hakkının doğmayacağını belirtmiştir.

⁵⁷³ Antalya, **Borçlar Genel C. I**, s. 105; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, a.g.e., s. 458; Tahir Çağa, **Rızadaki Fesat Sebeplerinden Biri veya Gabin ile Malul Sözleşmelerde Fesih Beyanı ve Bunun Süresi**, Ord. Prof. Dr. A.B. Shwarz Anısına, Ege Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 1980, Sayı: 1, s. 39-49; Oğuzman/Öz, **C. I**, s. 134; Eren, **Borçlar Genel**, s. 435.

⁵⁷⁴ Tandoğan, **C. II**, s. 721-722.

⁵⁷⁵ Burcu Kalkan Oğuztürk, **Türk Hukukunda Gabin**, İstanbul, Vedat, 2004, s.107.

⁵⁷⁶ Develioğlu, **Kefalet Sözleşmesini Düzenleyen Hükümler Işığında Bağımsız Garanti Sözleşmeleri**, s.222.

Katıldığımız ikinci görüşe ek olarak; 6098 sayılı Borçlar Kanunumuz 583, 584 vd. maddelerince getirilen yeni düzenlemelerle, hem kefilin ehliyeti bakımından eşin rızası kavramının yerleşmesi, hem de dar anlamda nitelikli yazılı şekil ile el yazısı koşulunun getirilmesi, aşırı yararlanma hususunda kefile iptal hakkı tanımayacaktır.

D. TEMSİLCİ ARACILIĞIYLA YAPILAN İŞLEMLERDE İRADE SAKATLIĞI

Türk Borçlar Kanunu'nda temsilci aracılığıyla yapılan işlemlerde irade sakatlığının temsilcide mi, yoksa temsil olunanda mı aranacağı konusunda herhangi bir düzenlemeye yer verilmemiştir. Bu durum karşısında öğretilde, Alman Hukuku'nda yer verilen düzenlemeden hareketle⁵⁷⁷, temsilcinin irade bozukluğunun sonuç doğuracağı görüşü ileri sürülmüştür⁵⁷⁸. Bununla birlikte, temsilcinin irade bozukluğu sebebiyle sakat olan işlemi bu sebeple iptal hakkı, temsil olunana aittir⁵⁷⁹. O halde kanunda öngörülen şekilde kefalet kurma temsil yetkisi veren kişi, temsilcinin iradesinin sakat olması karşısında iptal hakkını kendisi kullanabilecektir. Örneğin 50.000,00 TL azami sorumluluk miktarına yönelik, komşusu (A)'nın ipotek tesisli konut kredi sözleşmesine kefil olma konusunda (B)'ye yetki veren (C), (A)'nın yanılı ile (B)'nin ipoteksiz bir kredi sözleşmesine kefil olması durumunda iptal hakkını kullanılabilecektir.

Bu konuda ileri sürülen bir diğer görüş ise irade bozukluğunun sadece temsil olunanda bulunduğu durumlarda, temsilcinin iradesinde bozukluk bulunmamasına rağmen, işlemin iptali imkânı bulunacağı noktasındadır⁵⁸⁰.

E. İPTAL HAKKININ KULLANILMASI

1. Genel Olarak

Türk Borçlar Kanunu genel hükümlerinde (m. 30-39), yanılma, aldatma ve korkutma gibi sebeplerden ötürü iptal hakkının kullanılacağından yukarıda

⁵⁷⁷ BGB S 166'e göre, temsilci aracılığıyla yapılan işlemlerde irade sakatlığında, temsil olunanın değil temsilcinin şahsı göz önüne alınır. (Çevrimiçi) <https://dejure.org/gesetze/BGB/166.html> (Erişim Tarihi: 30.01.2019).

⁵⁷⁸ Oğuzman/Öz, **C. II**, s. 127.

⁵⁷⁹ Eren, **Borçlar Genel**, s. 393.

⁵⁸⁰ Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Alttop, **a.g.e.**, s. 189-190.

bahsetmiştik⁵⁸¹. Ancak, ilgili iptal hakkının kullanılmasının, TMK. m. 2 uyarınca her zaman ileri sürülmesi mümkün değildir. Bu husus, yanılma sebebiyle irade sakatlığı yaşayan taraf açısından önem arz etmektedir.

Kanun koyucu, TMK. m. 2 hükmüne rağmen yanılmaya ilişkin düzenlemelerinde, yanılma sebebiyle kullanılacak iptal hakkının dürüstlük kuralına uygun olarak ileri sürülebileceğini öngörmüştür (TBK. m. 34). Buna göre, karşı tarafın hataya düştüğünü bilen ya da bilebilecek durumda olan tarafın sözleşmeye razı olması⁵⁸² halinde, irade uyuşmasının yanılanın iradesi noktasında olduğu kabul edilecek ve yanılma hükümlerine dayanılamayacaktır. Örneğin kefilin, asıl borç için ayrıca aynı teminatların olduğu düşüncesiyle kefalet borcu altına girdiği durumda, alacaklı bunu biliyor ya da bilmesi gerekiyor olmasına rağmen sözleşmeye razı olmuş ise, sözleşme, kefilin gerçek niyeti doğrultusunda kurulacaktır. Bu durumda kefil, alacaklıya sanki aynı teminat varmış gibi, gerçek iradesi doğrultusunda sorumlu olacaktır⁵⁸³.

Sözleşmenin yanılma sebebiyle iptaline neden olan taraf, yanılmasında kusurlu ise, sözleşmenin hükümsüzlüğünden doğan zararını tazmin edecektir. Ancak, diğer taraf yanılmayı biliyor veya bilmesi gerekiyorsa, zararın tazmini talep edilemeyecektir (TBK. m. 35/I).

2. Borçlunun İptal Hakkını Kullanmamasının veya İptal Hakkını Kullanmaktan Feragat Etmesinin Kefalet Sözleşmesine Etkisi

İptal hakkının kullanılması, borçlunun dilediği gibi tasarruf etmeye haiz olduğu yenilik doğuran hakkıdır⁵⁸⁴. Kefilin, borçlunun bu hakkını kullanmamasından veya bu hakkı kullanmaktan açıkça feragat etmesi sebebiyle, kefalet sözleşmesinin iptaline ilişkin bir talep hakkı bulunmamaktadır⁵⁸⁵. Yani kefil, asıl borçluya ait bir yenilik doğuran hakkı kullanma yetkisine sahip olamadığından, kefaletten yükümlü olmadığını

⁵⁸¹ Detaylı bilgi için bkz. B2, s.59-61.

⁵⁸² Antalya, **Borçlar Genel C. I**, s. 322.

⁵⁸³ Beck, Art. 497, N. 51; Oser-Schönenberger, Art. 492, N. 87; Reisoğlu, **Kefalet Hukuku**, s. 66; Elçin Grassinger, **Kefilin Hakları**, s. 87.

⁵⁸⁴ Reisoğlu, **Kefalet Hukuku**, s. 50; Elçin Grassinger, **Kefilin Hakları**, s.64; Özen, **Kefalet**,415.

⁵⁸⁵ Reisoğlu, **Kefalet Hukuku**, s. 50; Elçin Grassinger, **Kefilin Hakları**, s.64; Özen, **Kefalet**,415.

ileri süremez⁵⁸⁶. Asıl borçlu sözleşmeyi iptal ederse kefil de borcundan kurtulur; aksi takdirde kefalet yükümlülüğü kesin olarak ortaya çıkar⁵⁸⁷.

Kefalet sözleşmesinin ferilik özelliğine dayanan bu etki, irade sakatlığı halleri olan; yanıltma, aldatma ve korkutma sonucunda, esas borç bakımından, borçlunun iptal hakkını süresi içinde kullanmaması veya bu haktan feragat etmesi hallerinin ikisinde de geçerliliğini korumaktadır⁵⁸⁸.

Kanaatimce, esas borca ilişkin, kefilin, esas borçluya ait yenilik doğuran iptal hakkını kullanamaması nedeniyle, aslında baştan itibaren geçersiz olan bir sözleşmenin geçersiz olduğuna ilişkin başvuru hakkı yoktur. Yani borçlunun, yanıltma ve adatmanın öğrenilmesinden, korkutmanın da ortadan kalkmasından itibaren 1 yıl sonra iptal hakkını hiç kullanmaması veya bu 1 yıllık sürede iptal hakkından feragat etmesi, sözleşmeyi geçerli hale getirecek ve kefalet sözleşmesi baştan beri geçerli olarak kurulmuş sayılacaktır.

Ancak eğerki borçlu, kefilin zarara uğratmak kastıyla, kötü niyetli olarak iptal hakkını kullanmamış veya iptal hakkını kullanmaktan feragat etmiş ise bu durumda kefilin bir başvuru hakkı mevcut mudur? TMK. m. 2 ışığında ilgili hususu değerlendirmek gerektiği kanısındayım. Çünkü kefil esas borca ilişkin, esas borcun kaynaklandığı sözleşmenin geçerli olarak kurulmadığını, esas borçlunun ehliyetsizliğini, esas borcun konusunu oluşturan edimin imkansızlığını, hukuka veya ahlaka aykırı olmasını her zaman ileri sürülebilmektedir⁵⁸⁹. Esas borçlunun bu savunmaları yapmaması veya yapmaktan feragat etmesi, kefilin savunma yapmasını asla engellemez⁵⁹⁰.

Kanaatimce; bir önceki paragrafta belirtilen hususlarda, kanun koyucunun kefilin sınırsız korunmaya çalışması, 6098 sayılı TBK.'nın kefaletle ilişkin hükümler temelinde “kefilin koruma ve uyarma” odaklı hazırlanmış hükümler olması göstermektedir ki, esas borçlunun kefilin zarar görmesi için iptal hakkından feragat

⁵⁸⁶ Reisoğlu, **Kefalet Hukuku**, s. 50.

⁵⁸⁷ Oser/Schönenberger, Art. 493, N. 31.

⁵⁸⁸ Özen, **Kefalet**, 414.

⁵⁸⁹ Özen, **Kefalet**, 414; Elçin Grassinger, **Kefilin Hakları**, s.64.

⁵⁹⁰ Özen, **Kefalet**, 414; Elçin Grassinger, **Kefilin Hakları**, s.64.

etmesi veya süresi içerisinde kullanmaması, TMK. m. 2 çerçevesince değerlendirilmeli ve borçlunun hakkını kötüye kullandığı düşünülmelidir. Bu sebeple borçlu, ilerde detaylı olarak incelediğimiz hakkın kötüye kullanılması sonuçlarıyla karşı karşıya kalmalıdır⁵⁹¹. Her somut olayın kendi içerisinde değerlendirilerek çözülmesi gerektiğini vurgulayarak, borçlunun dürüstlük kuralına aykırı davrandığının tespiti hallerinde, kefalet sözleşmenin fer’ilik ilkesine bir istisna oluşturulmalı ve bu tür durumlarda kefilin iptal hakkını kullanması engellenmemelidir.

IX. KEFALET SÖZLEŞMESİNDE ARANAN ŞEKİL ŞARTININ GERÇEKLEŞTİRİLMİŞ OLMASI

A. ŞEKLİN AMACI

Kefilin acele karar vermesinin önüne geçmek ve böylece altına girdiği yükümlülüğün önemini idrak etmesini sağlamak maksadını gözeten kanun koyucu, kefalet sözleşmesi bakımından şekil serbestisi ilkesinden⁵⁹² ayrılarak sözleşmenin geçerli olabilmesi için şekle bağlı olarak yapılmasını öngörmüştür (TBK. m. 583). Kural olarak, kefilin tek taraflı olarak borç altına girmesi, şekil kurallarıyla kefilin korunması ihtiyacını beraberinde getirmiştir. Bu itibarla, kefaletle ilişkin düzenlemeleriyle, hiçbir menfaati olmadan, çoğunlukla hatır için borç altına giren kefilin korumayı amaçlayan kanun koyucunun, şekle ilişkin düzenlemesi de kefilin korumaya yöneliktir. Öte yandan kefaletle ilişkin şekil kurallarının, doğrudan kamu düzenini sağlama işlevine sahip olmasa da kefilin iyi düşünmesini sağlamak suretiyle, bilinçli borçlanmanın etkisiyle kamu düzeni ve hukuk güvenliğine dolaylı olarak katkıda

⁵⁹¹ Detaylı bilgi için bkz. B1.3, B.V.D.

⁵⁹² Sözleşme özgürlüğü ilkesi uyarınca tarafların, borç ilişkilerinin içeriğini, kanunun belirlediği sınırlar içerisinde, özgürce belirleyebilecekleri kabul edilmiştir (TBK. m. 26). Yine bu ilkenin bir gereği olarak, tarafların, kanunun belirlediği sınırlar içerisinde, borç ilişkisinin şeklini özgür iradeleriyle seçme imkânı tanınmıştır. Şekil serbestisi olarak nitelenen bu imkân, Türk Borçlar Kanunu’nun 12. maddesinin birinci fıkrasında şu şekilde hükme bağlanmıştır. “Sözleşmelerin geçerliliği, kanunda aksi öngörülmedikçe, hiçbir şekle bağlı değildir.” Böylece borç ilişkisi kurmak isteyen tarafların, şekil şartını sağlamak için gerekli zaman ve masraflardan kurtulmaları önlenmiştir. Ayrıca şekil serbestisi sayesinde kişiler gizli kalmasını istedikleri işlemleri alenileştirmek zorunda da kalmayacaklardır. Şekil serbestisi ilkesini genel kural olarak benimsendiği Türk Borçlar Hukuku sistemimizde, taraf menfaatleri ve kamu düzenini güvence altına almak maksadıyla, istisnai hükümlerle, belirli hukuki işlemlerin sıhhat şartına (geçerlilik şartı) tabi olacağı öngörülmüştür (TBK. m. 12/II). Hükümün emredici niteliği gereği, taraflar kanunun şekil şartına ilişkin düzenlemelerini bertaraf edemeyecektir. Adnan Tuğ, **Türk Özel Hukukunda Şekil**, 2. Bs., Ankara, Mimoza, 1992, s. 9; Oğuzman/Öz, **C. I**, s. 138.

bulunduğu kabul edilir⁵⁹³. Bu yönüyle şekil kurallarının olumlu ve isabetli sonuçlarının olduğu kabul edilecektir.

Gerçekten kanun koyucunun şekle ilişkin hükümleri, taraf menfaatlerini koruma ve kamu düzenini sağlamak amacıyla getirilmiştir. Zira bu hükümler tarafların, acele karar vermelerinin önüne geçerek, daha iyi düşünmesini sağlayıp, hak ve yükümlülüklerini tespit etmelerine ve kendilerini kanun önünde savunabilmelerine yardımcı olacaktır. Özellikle resmi yazılı şeklin öngörüldüğü hallerde, resmi memurlar tarafından, çoğunlukla hukuk bilgisinden yoksun olan kişilerin iradelerine açıklık getirilerek, ileride beklenilmeyen durumlara düşmeleri önlenmiş olur. Diğer taraftan şekil kuralları, hukuki ilişkinin kurulup kurulmadığının kesinleşmesini sağlamak, işlemin içeriğine açıklık getirmek, resmi sicillerin sağlam temele dayanmasını sağlamak, işlemin yorumlanmasında sağlam bir temel oluşturmak ve işlemin ispatını kolaylaştırmak gibi işlevleriyle kamu düzenini sağlama amacına hizmet etmektedir. Böylece hukuk düzenine duyulan güven ve iyiniyetli üçüncü kişi menfaatleri korunacaktır. Ancak kefaletin şekline ilişkin kuralların bu ölçüde ağır olması öğretide eleştirilmiştir⁵⁹⁴.

Kefalet sözleşmesinin geçerliliği için öngörülen şekil kuraları, emredici nitelikte olduğundan, taraf iradesiyle şekil kurallarını ortadan kaldırılamayacaktır. Bununla birlikte, kefalet sözleşmesinin tarafları, koruyucu etkiyi artıracak anlaşmalar yapabilecektir⁵⁹⁵.

⁵⁹³ Deren Gündüz, **Kefaletin Şekli**, s. 13.

⁵⁹⁴ Fountoulakis'e göre, "...kefaletin şekline ilişkin düzenlemelerin, oldukça katı ve herhangi bir cazibeye sahip olmaktan uzak olduğu, menfaat dengesinin tek taraflı olarak düzenlenmesinin sözleşmeden beklenen amaca uygun olmadığı, borç veren kimse için alacağını teminat altına almanın meşru bir ihtiyaç olduğu, asıl gerekli olanın teminat verenin korunması ile alacaklı menfaatleri arasında makul bir dengenin kurulması olduğu ve uygulamanın kefalet hukukuna ilişkin bu kurallara tepki göstermesinin fazla uzun sürmediği ve artık kefalet sözleşmelerinin nadiren yapıldığı", Fountoulakis, **Banka ve Tüketici Hukuku Sorunları Sempozyumu**, s. 319. Gerçekten TBK. m. 603 benzeri bir düzenlemenin yer verilmediği İsviçre Hukuku'nda, şahsi teminat ihtiyacının, teminat amaçlı (kefalet benzeri) garanti sözleşmeleriyle karşılanması sonucunu doğurmuştur. Oysa TBK. m. 603 hükmü ile Türk Hukuku açısından şahsi teminat ihtiyacının başka adlar altında da olsa ancak kefaletin şekline (ve ehliyetine) ilişkin kurallara uyulmakla mümkün olacağı öngörülmüştür.

⁵⁹⁵ Necip Kocayusufoğlu/Hüseyin Hatemi/ Rona Serozan/Arpacı, **Borçlar Hukukuna Giriş, Hukuki İşlem Sözleşme**, İstanbul, Filiz Kitapevi, 2008, s. 275; Eren, **Özel**, s. 268; Deren Gündüz, **Kefaletin Şekli**, s. 13.

B. ŞEKİL KURALLARININ NİTELİĞİ

TBK. m. 583 hükmü ile kefalet sözleşmesinin geçerliliğini; “*kefilin sorumlu olacağı azami miktarın*”, “*kefalet tarihinin*” ve “*müteselsil kefil olma iradesi varsa bunun*”, “*kefilin kendi el yazısıyla kefalet senedinde belirtilmesine bağlanmış*”, böylece yazılı şekil şartı öngörmüştür. İlgili hükümde görüleceği üzere, belirtilen şekil şartı geçerlilik koşuludur. Geçerlilik koşulu olması sebebiyle kefil, mahkeme önünde kefalet borcunu kabul etse⁵⁹⁶ ya da kefil olmadığını beyan için kendisine yemin teklifinde bulunulduğunda teklifi reddetse bile⁵⁹⁷, şekle aykırı şekilde kurulmuş kefalet sözleşmesi geçerli olmaz. Ayrıca kefilin kefalet borcunun varlığı tanıkla da ispat edilemez⁵⁹⁸.

TBK. m. 583 uyarınca; belirtilen hususların kefalet metnine kefilin kendi el yazısıyla eklenmesi koşulunun, kanun koyucu tarafından hükümde ayrıca düzenlenmesinin, yazılı şekli nitelikli hale getirip getirmediği hususunda öğretide farklı görüşler ileri sürülmüştür⁵⁹⁹.

Bir kısım yazarlar, ilgili düzenlemenin kefalet sözleşmesine içerik ya da şekil açısından bir müdahale teşkil etmediği, bu sebeple, kefalet sözleşmesine ilişkin yazılı şekil kuralının, “adi şekil” niteliğinde olduğu görüşündedir⁶⁰⁰. Buna karşılık, kefalet sözleşmesinin şekil bakımından kapsamına kanun koyucunun müdahale ettiğini kabul eden yazarlar, TBK. m. 583 hükmüyle, “nitelikli yazılı şekil” kuralının düzenlendiği görüşünü savunmuşlardır⁶⁰¹.

Kanaatimce 818 sayılı Kanun m. 484 hükmü ile birlikte varlık kazanan bu tartışmalar, 6098 sayılı Kanun ile getirilen düzenleme karşısında değerini kaybetmiştir. Zira 818 sayılı Kanun’da kefaletin geçerliliği için “*yazılı şekle uyulması*” ve “*kefilin sorumlu olacağı belirli bir miktarın kefalet senedinde belirtilmesi*” koşuluna bağlanmış,

⁵⁹⁶Yargıtay 4. Hukuk Dairesi 10.11.1933 2403/1515; Yargıtay 3. Hukuk Dairesi 06.04.1989 9431/3528 bkz. Nihat Yavuz, **Öğretide ve Uygulamada Türk Kefalet Hukuku**, Adalet, Ankara,2009, s.647.

⁵⁹⁷ Yargıtay 4. Hukuk Dairesi 31.12.1964 863/6342; Yargıtay 3. Hukuk Dairesi 06.04.1989 9431/3528 bkz. Yavuz.N. **Öğretide ve Uygulamada Türk Kefalet Hukuku**, s.647.

⁵⁹⁸ Reisoğlu, **Türk Kefalet Hukuku**, s.78.

⁵⁹⁹ Bu tartışmalar hakkında bkz. Özen, **Kefalet** s. 224 vd.; Barlas, **Sempozyum**, s. 47.

⁶⁰⁰ Tandoğan, **C. II**, s. 743; Hatemi/Serozan/Arpacı, **a.g.e.**, s. 524; Zevkliler/ Gökyayla, **a.g.e.**, s. 688; Taşdelen, **a.g.m.**, s. 732.

⁶⁰¹ Bu yöndeki görüş bkz. Kocayusufoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı, **Borçlar Hukukuna Giriş Hukuki İşlem Sözleşme**, s. 277; Gümüş, **Borçlar Özel**, s. 352.

bu düzenleme karşısında, yazılı şekil şartının nitelikli olmadığı görüşü ileri sürülmüştür⁶⁰². Halbuki 6098 sayılı Kanunu 583. maddesinde, “*kefilin sorumlu olacağı azami miktarın*”, “*kefalet tarihinin*” ve “*müteselsil kefil olma iradesi varsa bunun*” kefalet senedinde “*kefilin kendi el yazısıyla*” belirtilmesi gerektiği düzenlenmiştir. Kefalet metnine müdahale teşkil eden söz konusu bu değişiklik sonrasında, yazılı şeklin adi nitelikte olduğu yönündeki görüşe katılmak mümkün değildir.

İsviçre Hukuku’nda ise kefaletin geçerliliği için genel olarak, kefil olma iradesinin senette yazılı olarak açıklaması ve aynı belgede sorumlu olduğu azami miktarın rakamla belirtmesi esaslı unsurlarının varlığını aramaktadır. (İBK. m. 493/I). Bununla birlikte, söz konusu hükümde, birtakım ayrımlara göre uygulanacak şekil kuralları öngörülmüştür⁶⁰³. Gerçek kişiler tarafından yapılan tüm kefalet sözleşmelerinin geçerliliği ise, “*dar anlamda nitelikli yazılı şekil*” veya “*resmi şekil*” kuralına tabi kılınmıştır⁶⁰⁴. Diğer bir anlatımla, genel olarak “*geniş anlamda nitelikli yazılı şekil*” kuralının yanı sıra sorumluluğun miktarı, sözleşmenin konusu ve taraflarına göre “*resmi şekil*” veya “*dar anlamda nitelikli yazılı şekil*” kurallarının da geçerli olabileceği kabul edilmiştir⁶⁰⁵. Bu yönüyle 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu’ndaki düzenleme, İsviçre Borçlar Kanunu’nda yer verilen hükümden ayrılmaktadır. Öğretide de belirtildiği üzere, bu yönde oluşturulan farklılık, hükmün uygulanması noktasında çeşitli sorunları beraberinde getirmiştir⁶⁰⁶.

Yukarıda belirttiğimiz üzere; İBK. m. 493/II hükmünde gerçek kişilerce yapılacak kefalet sözleşmelerine ilişkin şekil kuralları düzenlenmiştir. Bu hükümle, kefalet sözleşmelerinin kural olarak “*resmi şekle*” tabi olarak yapılacağı öngörülmüştür.

⁶⁰² Barlas, **Geçerlilik Şartı**, s. 354; Taşdelen, **a.g.m.**, s. 354. Buna karşılık diğer kısım yazarlar, kefilin sorumlu olacağı miktarın belirtilmesi zorunluluğunu öngören eBK m. 484 hükmünün, adi yazılı şekil kuralından daha ağır bir şekil kuralı öngördüğünden, “geniş anlamda nitelikli yazılı şekil” kuralı niteliği gösterdiğini savunmaktadır. Bu yöndeki yazarlar için bkz. Özen, **Kefalet**, s. 220; Baş, **a.g.m.**, s. 127.

⁶⁰³ Deren Gündüz, **Kefaletin Şekli**, s. 13.

⁶⁰⁴ Giovanoli, Art. 493, N. 3; Beck, Art. 493, N. 4.

⁶⁰⁵ Özen, **Kefalet**, s. 218-221. Ancak öğretide bir kısım yazarlar, İBK m. 493 kapsamında “geniş anlamda nitelikte şekil” kuralının öngörüldüğü haller için “adi yazılı şekil” kavramını kullanılmayı tercih etmişlerdir. Oser/Schönenberger, Art. 493, N. 53; Beck, Art. 493, N. 31-35; Buna karşılık diğer kısım yazarlar ise, “geniş anlamda nitelikte şekil” kuralının öngörüldüğü hallerde, “alelade nitelikte yazılı şeklin”; “dar anlamda nitelikli yazılı şekil” kuralının öngörüldüğü hallerde ise “kısmen el yazısına bağlanmış nitelikli yazılı şeklin” söz konusu olduğunu belirtmişlerdir. Bu görüşler için bkz. Pestalozzi, Art. 493, N. 2; Giovanoli, Art. 493, N. 8.

⁶⁰⁶ Deren Gündüz, **Kefaletin Şekli**, s. 14.

Ancak azami sorumluluk miktarı 2000 frangı geçmeyen sözleşmelerin, resmi şekilde düzenlenmesine gerek olmadığı düzenlenmiştir (İBK. m. 493/II). Azami sorumluluk miktarı 2.000 frangı geçmeyen bu tür sözleşmelerde, İBK. m. 493/II’de öngörülen kural uyarınca gerçek kişi kefil; azami sorumluluk miktarını ve varsa müteselsil kefil olma iradesini el yazısıyla belirtmek zorundadır⁶⁰⁷. Ayrıca kefalet tarihinin yazılması zorunlu değildir⁶⁰⁸. Bununla birlikte, azami sorumluluk miktarı 2000 frangı geçmeyen sözleşmelerin resmi şekilde düzenlenmesine bir engel yoktur⁶⁰⁹. Dolayısıyla istisna öngörülen bu halde, kefilin resmi ya da nitelikli yazılı şekil arasında seçim yapma hakkı mevcuttur. TBK.’da ise sorumluluk miktarı bakımından bir ayırım benimsenmemiştir. Kanun koyucunun bu tercihini isabetli karşılamayan Deren Gündüz, yüksek meblağlı kefaletlerde, kefilin uyarma işlevi ve alacaklı lehine kefalet sözleşmesinin şekli geçerliliğini sağlamlaştırmak açısından resmi şeklin öngörülmeişinin sorun yaratacağını belirtmiştir⁶¹⁰. Buna karşılık Ayan, TBK. m. 583’te belirli bir meblağı aşan kefaletler için resmi şekil şartı öngörülmemiş olmasını, belirtilen kapsamda kefalet sözleşmesi yapacak kişiler açısından aşırı derecede haksız bir ekonomik baskı teşkil edeceğinden hareketle isabetli bulmaktadır⁶¹¹.

TBK. m. 583’e göre aranacak şekil şartlarının “resmi şekil” ile yapılacak kefaletlerde uygulanıp uygulanmayacağı hususunda kanunumuzda bir açıklama yoktur. Ancak; kanaatimce, TBK. 583. Madde gereğince kefilin el yazısıyla “azami miktarı”, “kefalet tarihini” ve “varsa müteselsil kefalet veya aynı anlamı taşıyan ibareyi” yazması, düzenleme şeklinde resmi yapılacak bir kefalet sözleşmesi için aranmamalı, onaylama şeklinde yapılacak kefalet sözleşmelerinde aranmalıdır. Öncelikli amaç, kefilin korumak ve uyarmaktır. İlgili resmi kurumlarca veya noterlerce yapılacak kefaletlerde bu uyarılar, resmi memurlar tarafından bizzat kefile iletilecek ve kefil bilgilendirilecektir.

⁶⁰⁷ Pestalozzi, Art. 493, N. 2; Giovanoli, Art. 493, N. 5.

⁶⁰⁸ Reisoğlu, **Türk kefalet Hukuku**, s.88.

⁶⁰⁹ Beck. Art. 493, N. 63; Oser/Schönenberger, Art. 493, N. 59.

⁶¹⁰ Deren Gündüz, **Kefaletin Şekli**, s. 26. Aynı yönde görüş için bkz. Özen, **Şekil**, s. 750; Atilla Altop, “Kefalet Sözleşmesi”, **Prof. Dr. İsmet Sungurbey’e Armağan, Borçlar Kanunu Genel Hükümler Konferansları III, Sebepsiz Zenginleşmeden Doğan Borç İlişkilerinde Özel Durumlar-Taraf Değişiklikleri- TBK. Değerlendirmeleri ve İrdelemeleri**, 26-27 Mayıs 2012, İstanbul Barosu Yayınları, 2014, s. 291.

⁶¹¹ Ayan, **Kefilin Sorumluluğu**, s. 148.

Ayrıca uygulamada, evleviyet kuralı⁶¹² gereğince de, resmi şeklin koruma yönü, nitelikli yazılı şekle göre daha etkilidir. Bu sebeple resmi şeklin evleviyetle uygulanabilmesinin ve mehzaz kanun çerçevesince daha fazla riziko içeren kefaletlerde resmi şeklin aranmasının gerektiği kanaatindeyim.

Bu noktada önemli bir husus olan icra kefaletlerine değinmek de gerekir. 2004 sayılı İcra İflas Kanunu m. 38 hükmünce düzenlenen icra kefaleti, yetkili icra memuru önünde yapılan kefalet sözleşmesinin resmi şekilde yapıldığını belirtmektedir. Yargıtay son yıllardaki kararlarında⁶¹³; resmi memur önünde yapılan icra kefaletinde de TBK. m. 583 ve 584. hükümleri gereği geçerlilik koşulları denetimi yapmakta ve bu eksiklikler yönünden ilgili kefalet sözleşmesini hükümsüz saymaktadır. Yukardaki görüşümüz olan, resmi şekilde noter önünde düzenleme şeklinde yapılacak kefalet sözleşmelerinin, evleviyet ilkesi gereği kabul edilmesini belirttiğimiz için, yine resmi şekilde yapılan icra kefalet sözleşmelerinde Yargıtay’ca ayrıca dar anlamda nitelikli şekil şartı araması, ilerde Yargıtayca noter önünde yapılan kefalet sözleşmelerinin geçerli olup olmaması noktasında bir örnek teşkil edebilir. Zira kanunda kefalet sözleşmelerinin yapılmasında resmi şekle ilişkin bir kısıtlama olmadığından, Yargıtay’ın icra kefaletleri için öngördüğü bakış açısının, noter önünde yapılacak olan düzenleme şeklinde kefalet sözleşmelerini nasıl etkileceğini ilerdeki içtihatlarında göreceğiz. Ancak kanaatimizce Yargıtay burada, kefalet sözleşmesinin icra tehlikesiyle karşı karşıya kalan borçluyu zor durumdan kurtarmak için kefil tarafından düşünülmeden yapılan bir sözleşme olduğu kanaatindedir. Bu sebeple; kefil koruma iç güdüsüyle hareket etmiş ve TBK. m. 583 koşullarının da uygulanması gerektiğini kararlarında belirtmiştir. Ancak, notere gelmiş ve hür iradesi ile kefalet sözleşmesi yapmak isteyen; okuma yazma bilmeyen, fiziksel yetersizliği bulunan, yazı yazamayan görme engellinin veya hiçbir engeli bulunmayan kişinin, TBK. m. 583’deki şekil kurallarına uymadan düzenleme şeklinde kefalet sözleşmesi yapması gerektiğini savunmaktayız.

⁶¹² Ali Nazım Sözer, **Hukukta Yöntembilim**, İstanbul, Beta, 2012, s.134,135.

⁶¹³ Yarg. 12. HD., T., 15.06.2017, E. 2017/4099, K. 2017/9461 (UYAP Bilgi Bakası- Yargıtay Emsal Karar Arama, (Çevrimiçi), <https://emsal.yargitay.gov.tr> (Erişim Tarihi:05.12.2017); Aynı yönde karar için bkz. Yarg. 12. HD., T. 08.03.2016, E. 2015/31448, K. 2016/6614.

İBK. m. 493'te yer verilen bir diğer ayrım, tüzel kişilerin kefil olmaları noktasındadır. Buna göre, tüzel kişilerin yapacağı kefalet sözleşmelerinde, sadece İBK. m. 493/I'de öngörülen şeklin aranacağı ifade edilmiştir (İBK. m. 493/III). Böylece tüzel kişiler, kefil olma iradesini yazılı olarak açıklamak ve senette azami sorumluluk miktarını belirtmek suretiyle kefalet sözleşmesi yapabileceklerdir⁶¹⁴. Tüzel kişiliğin mahiyeti gereği, dar anlamda nitelikli şeklin öngörülmemiş, geniş anlamda nitelikli yazılı şeklin yeterli sayılması isabetli olmuştur. Oysa Türk Borçlar Kanunu'nda, gerçek kişi-tüzel kişi ayrımına yer verilmeyip tüm kefaletler bakımından dar anlamda nitelikli şeklin zorunlu olduğu kabul edilmiştir (TBK. m. 583). Ayrıca Türk Borçlar Kanunu'nda, tüzel kişiliğin birden fazla temsilcisinin olması ihtimalinde el yazısı koşulunun ne şekilde sağlanacağı da açıklanmamıştır. Mevzu Kanun düzenlemesinden ayrılmak suretiyle oluşan bu belirsizlik öğretide ileri sürülen görüşler ile doldurulmaya çalışılmıştır⁶¹⁵. Özen tarafından haklı olarak ileri sürüldüğü üzere, tüzel kişilerin yaptığı kefalet sözleşmesi bakımından el yazısı koşulu aranmamalıdır⁶¹⁶.

İsviçre Borçlar Kanunu'nda yer verilen bir diğer ayrım ise kamu hukukundan kaynaklanan bir borca kefil olunması konusundadır. Tüzel kişilerin kefil olmasında olduğu gibi burada da geniş anlamda nitelikli yazılı şeklin yeterli sayılacağı hükme bağlanmıştır (İBK. m. 493/III). Buna göre, kamu hukukundan kaynaklan borçlara kefil olmak isteyen kişinin kefil olma iradesinin senette yazılı olarak açıklaması ve aynı belgede sorumlu olduğu azami miktarı rakamla belirtmesi, şekli açıdan yeterli olacaktır⁶¹⁷.

C. ŞEKİL ZORUNLULUĞUNUN KAPSAMI

Zorunlu şekil kurallarının kapsamı, kişisel kapsam ve maddi kapsam olmak üzere ikili ayrım çerçevesinde ortaya konulabilmektedir⁶¹⁸. Kişisel kapsam, kimin iradesinin şekle bağlanması gerektiğini, maddi kapsam ise şekle bağlanması gereken irade beyanının neleri içermesi gerektiğini ifade etmektedir.

⁶¹⁴ Beck. Art. 493, N. 6.

⁶¹⁵ Bu konuda bkz. B:VI, E, 1.

⁶¹⁶ Özen, **Kefalet**, s. 226-227.

⁶¹⁷ Beck. Art. 493, N. 6.

⁶¹⁸ Hüseyin Altaş, **Şekle Aykırılığın Olumsuz Sonuçlarının Düzeltilmesi**, Ankara, Yetkin, 1998, s. 50.

Türk Borçlar Kanunu'nda, kefaletin şekline ilişkin kuralların kişisel kapsamına sadece kefilin gireceği kabul edilmiştir⁶¹⁹. Şeklin maddi kapsamına ise nelerin gireceği noktasında çeşitli görüşler ileri sürülmekle birlikte TBK. m. 2/I hükmü uyarınca, objektif esaslı noktaların⁶²⁰ maddi kapsam içerisinde yer alacağı konusunda bir tartışma yoktur⁶²¹. Bu bağlamda, kefalet sözleşmesinin en önemli objektif esaslı unsuru olan fer'ilik özelliği, şeklin maddi kapsamı içerisinde kabul edilmiştir⁶²². Bu sebeptendir ki, kefilin borcunun kefalet senedinde bireyselleştirilmesi, geçerlilik koşulu olarak düzenlenmiştir. Ayrıca kefilin azami sorumluluk tutarının belirtilmesi de objektif bakımdan sözleşmenin esaslı bir unsurudur⁶²³.

Sübjektif esaslı noktaların⁶²⁴ maddi kapsama dâhil olup olmayacağı hususunda çeşitli teoriler ortaya konulmuştur⁶²⁵. Öğretide çoğunluk tarafından benimsenen karma teoriye göre, şeklin maddi kapsamına öncelikle sözleşmenin objektif esaslı noktaları girecektir⁶²⁶. Bununla birlikte sözleşme taraflarından her ikisi veya en azından birisi tarafından sözleşmenin kurulma şartı (*condictio sine qua non*) haline getirilen, sözleşmenin tipini belirleyen, objektif esaslı noktalarla doğrudan doğruya ilişki içinde bulunup edimleri açıklayan sübjektif esaslı unsurlar, şeklin maddi kapsamında değerlendirilmelidir⁶²⁷. Nitekim Türk Borçlar Kanunu'nda, kefilin sorumluluğunu ağırlaştıran bir sübjektif unsur olması sebebiyle, müteselsil kefil olma iradesinin, zorunlu şekle bağlı olarak beyan edileceği düzenlenmiştir (TBK. m. 583/I, c. 2).

⁶¹⁹ Tandoğan, **C. II**, s. 740; Reisoğlu, **Kefalet Hukuku**, s. 72; Özen, **Kefalet**, s. 219; Deren Gündüz, s. 27.

⁶²⁰ Objektif esaslı unsur, sözleşmenin meydana gelmesi için zorunlu olan unsurlardır. Tarafların birbirine uygun irade beyanlarının sözleşmenin objektif esaslı noktalarını kapsamı sözleşmenin kurulması için yeterli ve gereklidir. Oğuzman/Öz, **C. II**, s. 151.

⁶²¹ Oğuzman/Öz, **C. II**, s. 151; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, **a.g.e.**, s. 130; Eren, **Genel**, s. 234; Altaş, **Şekle Aykırılık**, s. 51.

⁶²² Oser-Schönenberger, Art. 493, N. 23; Tandoğan, **C. II**, s. 749.

⁶²³ Tandoğan, **C. II**, s. 749; Reisoğlu, **Kefalet Hukuku**, s. 73; Özen, **Kefalet**, s. 228.

⁶²⁴ Taraflarca üzerinde anlaşmaya varılması gerekmeyen yan noktalardan biri, sözleşmenin taraflarınca veya bir tarafın bilgisi dahilinde sözleşmenin kurulması için zorunlu unsuru, bir diğer deyişle sübjektif esaslı unsuru haline getirilebilecektir. Oğuzman/Öz, **C. II**, s. 73; Eren, **Borçlar Genel**, s. 235.

⁶²⁵ Bu teorileri, sübjektif esaslı noktaların da objektif esaslı noktalar gibi şekil zorunluluğunun kapsamına girdiğini savunan, *sübjektif teori*; objektif esaslı noktalar dışındaki unsurların şekil zorunluluğunun dışında yer aldığını savunan, *objektif teori*; ve objektif esaslı noktalarla birlikte bazı sübjektif esaslı unsurların şeklin kapsamı içerisinde olduğunu savunan, *karma teori* olarak sıralanabilecektir. Bu teoriler hakkında bkz. Eren, **Borçlar Genel**, s. 285; Hatemi/Gökyayla, **Borçlar Hukuku**, s. 31; Altaş, **Şekle Aykırılık**, s. 56-60.

⁶²⁶ Oğuzman/Öz, **C. I**, s. 152; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 171; Hatemi/Gökyayla, **Borçlar Hukuku**, s. 30-33; Altaş, **Şekle Aykırılık**, s. 59.

⁶²⁷ Altaş, **Şekle Aykırılık**, s. 59.

Bununla birlikte objektif unsurlar gibi edim-karşı edim ilişkisi üzerinde sonuç doğurmayan ya da sözleşmenin karakteristik özelliğine etki etmeyen sübjektif esaslı unsurlar şekil zorunluluğuna dâhil olmayacaktır. Örneğin kefalette olduğu gibi, sadece tek bir tarafın irade açıklamasının şekle bağlı olduğu borçlandırıcı işlemlerde, borç altına girenin sorumluluğunu kolaylaştıran sübjektif esaslı noktalar zorunlu şekle tabi olmayacaktır⁶²⁸. Bu açıdan kefilin sorumluluğunu azaltan anlaşmaların kefaletin şekline bağlı olarak yapılması gerekmeyecektir.

Son olarak belirtmek gerekir ki, “*kefalet tarihi*”, objektif veya sübjektif unsur olmamasına rağmen, kefilin korumak amacıyla şeklin maddi kapsamına dâhil edilmiştir (TBK. m. 583/I)⁶²⁹.

1. Objektif Esaslı Unsurların Belirtilmesi

a) *Asıl Borcun Bireyselleştirilmesi*

Asıl borcun bireyselleştirilmesi, kural olarak, alacaklının ve asıl borçlunun isimlerinin, borcun niteliğinin, kapsamının, borçlanma sebebinin, kefalet belgesinde belirtilmesi şeklinde olur⁶³⁰. Ancak bu unsurlardan bazılarının eksikliğine rağmen kefalet senedinden asıl borcun ve asıl borçlunun belirlenebilir olması, borcun bireyselleştirilmesi için yeterli sayılacaktır⁶³¹. Diğer bir deyişle, kefalet sözleşmesinin geçerli olması için asıl borcun ve asıl borçlunun belirli veya belirlenebilir olması gerekli ve yeterlidir. Nitekim YHGK. Kararı’nda, “... *asıl borcun sözleşmede yeteri kadar tanımlanmış veya belli edilebilir olması gereklidir. Herhangi bir borç için verilmiş soyut kefalet geçerli olmaz...*” denilmekle bu esas kabul edilmiştir⁶³².

⁶²⁸ Altaş, **Şekle Aykırılık**, s. 59.

⁶²⁹ Deren Gündüz, **Kefaletin Şekli**, s. 145.

⁶³⁰ Oser-Schönenberger, Art. 492, N.28.

⁶³¹ Asıl borcun, kefalet belgesinde açıkça belirtilmiş ya da kefalet senedinde yer alan bilgilerin yorumlanması sonucu belirlenebilir olması gerekli ve yeterlidir. Buna göre, asıl borç, kefalet belgesinden tam olarak anlaşılamamakla birlikte, asıl borcun muaccel olma tarihinin belirtilmiş olmasından ya da alacaklı veya asıl borçlunun şahıslarından çıkarılabiliyorsa belirlenmiş kabul edilecektir. Tandoğan, **C. II**, s. 751; Elçin Grassinger, **Kefilin Hakları**, s. 101; Özen, **Kefalet**, s. 233-235.

⁶³² Yarg. HGK. T. 04.01.1953, E. 1953/150, K. 1953/14, Bkz, Senai Olgaç, **Kefalet Sözleşmesi**, Ankara, Olgaç Matbaası, 1978. **a.g.e.**, s. 66.

Asıl borcun bireyselleştirilmiş sayılması için söz konusu borcun ne olduğunun, kefalet belgesinde yeterli açıklıkta gösterilmesi zorunludur⁶³³. Bu noktada asıl borcun tutarının belirtilmesi veya doğru bir biçimde nitelendirilmesi gerekli değildir. Ancak bir kimsenin belirli bir alacaklıya karşı üstlenmiş olduğu birden fazla borçtan; tamamı için kefil olma iradesinin ortaya konulmadığı kefalet sözleşmelerinde, hangi borç için kefil olduğu kefalet senedinden anlaşılmıyorsa, sözleşme geçersiz kabul edilecektir⁶³⁴. Bununla birlikte bir borçluya ait birden fazla borcun tek bir kefalet sözleşmesiyle teminat altına alınması mümkündür⁶³⁵.

Asıl borçlunun kefil olma iradesinin oluşmasında büyük önem taşıması, “*asıl borçlunun kimliğinin belli veya belirlenebilir olmasını*” zorunlu unsur haline getirmiştir⁶³⁶. Dolayısıyla sözleşmenin geçerli olabilmesi için, asıl borçlunun belirlenmesini sağlayacak bilgilerin kefalet belgesinde yer alması gereklidir⁶³⁷.

Asıl borcun bireyselleştirilmesi için gerekli bir diğer unsur ise alacaklının kefalet belgesinde anlaşılır kılınmasıdır⁶³⁸. Bu noktada, kefil olma iradesinin oluşmasında alacaklıdan ziyade asıl borçlunun kişiliğinin önem taşıması ve ayrıca alacağın devri yoluyla alacaklının değişmesinin her an mümkün olması, alacaklının ismen belirtilmesini gereksiz kılar⁶³⁹. Öte yandan gelecekte doğacak asıl borçlar için kefalet verilebilecek olması, kefalet belgesinin alacaklının ismi geçmeden düzenlenmesini mümkün hale getirmektedir. Bu tür, alacaklının ismini içermeyen bir

⁶³³ Beck, Art. 493, N. 8; Elçin Grassinger, **Kefilin Hakları**, s. 101.

⁶³⁴ Aynı yönde Yarg. 13 HD. 3.12.1991, E. 1991/7229, K. 1991/10997 sayılı kararına göre, “*Asıl borçlunun çeşitli yükümlülüklerinden hangisi için verildiği saptanamayan kefalet hüküm taşımaz*”, YKD, Y. 1992, C. 18, S. 3, s. 366 vd.

⁶³⁵ Özen, **Kefalet**, s. 236.

⁶³⁶ Pestalozzi, Art. 493, N. 7; Özen, **Kefalet**, s. 235; Özlem Acar, **Türk Borçlar Hukukunda Müteselsil Kefalet Sözleşmesi**, İstanbul, On İki Levha, 2014, s. 154.

⁶³⁷ Kefalet senedinde asıl borçlunun ismen belirtilip belirtilmeyeceği hususunda iki ayrı görüş ileri sürülmüştür. Bir kısım yazarlara göre, asıl borçlunun malvarlığı durumu ve ödeme gücü kefil için büyük önem taşır. Bu sebeple, kefalet belgesinde asıl borçlunun ismen belirtilmesi zorunludur. Bu görüşteki yazarlar için bkz. Beck, Art. 493, N. 8; Oser-Schönenberger, Art. 493, N.24; Tandoğan, **C. II**, s. 752; Reisoglu, **Kefalet Hukuku**, s. 52. Buna karşılık diğer görüşteki yazarlar ise asıl borçlunun ismen belirtilmesinin gerekli olmadığını savunmaktadır. Pestalozzi, Art. 493, N. 7; Özen, **Kefalet**, s. 235.

⁶³⁸ Beck, Art. 492, N. 36-39; Oser-Schönenberger, Art. 492, N. 28; Özen, **Kefalet**, s. 234.

⁶³⁹ Giovanali, Art. 493, N. 15; Tandoğan, **C. II**, s. 749; Reisoglu, **Kefalet**, s. 51.

kefalet belgesi, belli olmayan bir muhataba yönelik öneri hükmünde olup, söz konusu belgede cisimleşmiş önerinin biri tarafından kabul edilmesiyle sözleşme kurulacaktır⁶⁴⁰.

b) Kefilin Sorumlu Olacağı Azami Miktar

aa) Genel Olarak

1911 tarihli İsviçre Borçlar Kanunu m. 493 hükmünde olduğu gibi, 818 sayılı Kanun ile kefaletin geçerliliği için kefilin yazılı açıklaması ve sorumluluğun belirli bir tutarının bildirilmesi şartı aranmıştır (eBK m. 484). Kanunda her ne kadar “*belirli bir miktar*” ibaresine yer verilse de, öğretide belirli miktar ibaresi, kefilin koruma amacı dolayısıyla, “*azami miktar*” (lex Oser)⁶⁴¹ olarak kabul edilmiştir⁶⁴².

İsviçre Borçlar Kanunu’nda 1941 tarihli revizyon ile getirilen düzenlemeye göre kefaletin geçerliliği; kefilin yazılı açıklamasına ve “*aynı senette*” kefilin sorumlu olduğu azami miktarın “*rakamla*” belirtilmesine bağlıdır (İBK. m. 493/I). Ne var ki bu düzenleme ile getirilen değişiklik 818 sayılı Kanun’a yansımamıştır. Bununla birlikte 6098 sayılı Kanun ile söz konusu değişiklik aynen olmasada, *kefilin sorumlu olacağı azamî miktarın, kefalet tarihinin ve varsa müteselsil kefil olma ibaresinin kefalet senedine kefilin el yazısıyla yazılması*, geçerlilik şartı olarak düzenlenmekle, hukukumuzda uyarlanmıştır (TBK. m. 583/I, c. I).

Kefilin sorumlu olacağı azami miktar sözleşmenin esaslı noktalarından olup, kefilin korunması amacı bakımından önem ifade etmektedir. Zira kefilin sorumlu olacağı en üst miktarın belirtilmesi, kefilin, sözleşmenin en başından itibaren üstlendiği edim yükümlülüğünün kapsamını bilmesini sağlayacaktır.

⁶⁴⁰ Reisoğlu, **Muteberlik**, s. 381; Özen, **Kefalet**, s. 234; Deren Gündüz, **Kefaletin Şekli**, s. 99.

⁶⁴¹ 1911 tarihli BK. m. 493, kefilin açıklamasının yazılılığına ikinci bir geçerlilik gereği, kefilin sorumluluğunun belirli bir tutarının gösterilmesini ekledi. Federal Yargıç Oser’in ilk önce kefilin borcunu görülebilir kılmak, gerekse görev, hizmet kefilliklerinde kefilin uyandırma gereğiyle önerilmiş bu yeni yasama düşüncesi, bütün kefilliklere yayıldı. Kefil sorumlunun en yüksek tutarının gösterilmesi konusundaki m. 493’ün “lex Oser” diye tanınmış bu kuralını Reichel (SJZ 20,1923/1924, s.173) “İsviçre borçlar hukuku tarihinde övünç yaprağı...” olarak göstermiştir. Detaylı bilgi için bkz. Sungurbey, **İsviçre Borçlar Kanunu Şerhi**, s.125.

⁶⁴² Reisoğlu, **Kefalet**, s. 55; Elçin Grassinger, **Kefilin Hakları**, s. 109; Olgaç, **Kefalet Sözleşmesi**, s. 17; Bilge, **Borçlar Hukuku**, s. 381.

Öte yandan TBK. m. 583 hükmünde, kefilin sorumlu olacağı azami miktarın kefalet senedinde belirtilmesi şartı öngörülmeyle, “*azami miktarın kefalet senedinde mi yoksa kendisine yollama yapılan asıl borç ilişkisine esas sözleşme metninde mi belirtilmesi gerektiğine*” ilişkin 818 sayılı Kanun döneminde ortaya çıkan tartışma önemini yitirmiştir⁶⁴³. Ancak 1941 tarihli revizyonla İsviçre Borçlar Kanunu’nda öngörülen, kefilin sorumlu olacağı azami miktarın “*rakamla belirtilmesi*” zorunluluğuna, 6098 sayılı Kanun’da da yer verilmemesi, 818 sayılı Kanun döneminde ortaya çıkan tartışmaların devam etmesine neden olacaktır.

TBK. m. 583/I, c. 2 ile kefaletin geçerliliği için kefilin sorumlu olacağı azami miktarı “kefalet senedinde”, “el yazısıyla” belirtmesi şartı öngörülmüş ise de bu miktarın mutlaka rakamla mı gösterilmesi gerekeceği, yoksa basit bir hesaplamayla belirlenebilir olmasının yeterli olup olmayacağı hususu açıkça ortaya konulmamıştır. Azami miktarın belirtilme şekline ilişkin bu boşluk, 818 sayılı Kanun zamanında ileri sürülen görüşler ışığında doldurulabilecektir.

Kefilin sorumlu olacağı azami miktarın “*rakamla*” belirtilmesi şartına yer verilmediği Mehaz Kanun döneminde, Federal Mahkeme, önceleri, kefilin sorumlu olacağı azami miktarın kefalet senedinde, “*rakamla*” gösterilmesinin zorunlu olmadığı görüşünü benimsemekteydi⁶⁴⁴. Ancak bu düşüncenin, öğretide⁶⁴⁵ kefaletin şekline

⁶⁴³ 818 sayılı Kanun uygulamasında, Yargıtay’ın farklı yönde kararları mevcuttu. Eski tarihli kararlarında, kefilin sorumlu olacağı tutarın mutlaka kefalet senedinde açıkça gösterilmesi aranmıyor, bu miktarın asıl borç senedine atıf yapılarak ya da kefalet senedi dışındaki başka unsurlara başvurularak belirlenebilir olması da yeterli sayılıyordu. Bu yöndeki karar için bkz. Yarg. 4. HD. T. 20.11.1939, E. 3013/K. 2237, Bkz., Muhsin Tuğsavul/Abdülkadir Özoğuz, **Emsal İçtihatlar (Yargıtay 4. Hukuk Dairesi)**, Ankara, Yeni Cezaevi, 1949, s. 241. Ancak son tarihli kararlarında, azami sorumluluk miktarının kefalet senedinden açıkça veya basit bir hesaplama sonucu tespit edilebiliyorsa kefalet sözleşmesinin geçerli sayılacağı kabul edilmekteydi. Örnek kararına göre, “*B.K’nın 484.maddesi uyarınca kefalet aktinin geçerli olabilmesi için akdin, yazılı ve sorumlu olunacak miktarın açıkça belirtilmiş olması ya da 14.4.1944 tarih ve 14-13 sayılı içtihadı birleştirme kararında değinildiği gibi sözleşmeden böyle bir miktarın anlaşılmasının mümkün olması koşuluna bağlıdır. Davalı sözleşmede kefalet limitinin yazıldığı sonradan davacı tarafından doldurulduğunu savunmuştur. Davalı tarafından ibraz edilen sözleşme örneğinde kefalet miktarının gösterilmemiş olduğu gibi davalı tarafından yaptırılan tespit de sözleşmede kefalet miktarının belirtilmediği anlaşılmaktadır. Bu yönler üzerinde durularak geçerli bir kefalet aktinin olup olmadığı saptanıp sonucuna uygun bir karar verilmesi gerekirken eksik inceleme sonucu yazılı gerekçe ile karar verilmesi isabetli görülmeyip hükmün bozulması gerekmiştir*”; Yarg. 19. HD. T. 7.6.2002, E. 2002/159, K. 2002/4444; aynı yönde karar için bkz. Yarg. 19. HD, T. 18.2.2010, E. 2009/3755, K. 2010/1701; Yarg. 13. HD., T. 22.5.2007, E. 2007/3171, K. 2007/7154; Yarg. 13. HD T. 30.11.2005, E. 2005/10966, K. 2005/17589 (Çevrimiçi), <http://www.kazanci.com>, (Erişim Tarihi:07.11.2017).

⁶⁴⁴ Konuya ilişkin örnek bir kararında; “*...Kefilin sorumlu olduğu miktarın kefalet senedinde belirli bir rakamla gösterilmesi zorunlu değildir; kefalet ettiği sırada kefilin, kefalet senedindeki yazılı hususla malumat ve mantıki yorumla veya basit bir hesaplama sorumluluğun azami haddini tayin edebilmesi*

ilişkin şartları zayıflattığı gerekçesiyle yoğun bir şekilde eleştirilmesi üzerine Federal Mahkeme, yeni içtihatlarında, sorumlu olunacak azami miktarın “belirlenebilir” olmasını yeterli saymamış, “rakamla” kefalet senedinde gösterilmesi gerektiğini kabul etmiştir⁶⁴⁶.

Federal Mahkeme tarafından benimsenen bu görüş, 1941 tarihli revizyon ile birlikte hükme bağlanmış ve kefaletin geçerli olması için, kefilin sorumlu olacağı azami miktarın “mutlaka rakamla” ve doğrudan kefalet senedinde gösterilmesi şartı getirilmiştir (İBK. m. 493/I). Buna göre, kefilin sorumlu olacağı miktarın para cinsinden “rakamla” belirtilmesi gereklidir. Dolayısıyla kefilin sorumlu olacağı miktarın, rakamla belirtilmeyip, basit bir hesap işlemiyle ve başka bir özel bilgiye ihtiyaç duyulmaksızın belirlenebilir olduğu sözleşmeler ile asıl borç sözleşmesine atıf yapılan kefalet sözleşmeleri geçersiz sayılacaktır⁶⁴⁷. Ayrıca kefalet senedinin, asıl borcun “rakamla” yazıldığı asıl borç senedine bağlandığı hallerde, kefaletin geçerli olabilmesi için kefilin yazılı beyanı içerisinde azami sorumluluk miktarı rakamla belirtilecektir⁶⁴⁸. Bununla birlikte kefalet senedinin, asıl borcun “rakamla” yazıldığı asıl borç senedine bağlandığı hallerde, doğrudan asıl borç tutarından sorumlu olunacak azami miktar anlaşılabilirse, kefalet sözleşmesi geçerli olacaktır⁶⁴⁹.

Yargıtay ise, konuya ilişkin 1944 tarihli İçtihadı Birleştirme Kararı’nda, “...kefalet senedinde kefilin ödeyeceği muayyen bir miktarın gösterilmiş olup olmadığı ve senetten böyle muayyen miktarın anlaşılması kabil olup olmayacağı hususunun hakim tarafından resen nazara alınması lazımdır...” demekle, kefilin sorumlu olduğu azami miktarın mutlaka rakamla belirtilmesinin zorunlu olmadığını ortaya koymuştur⁶⁵⁰.

yeterlidir...” hükmüne varılmıştır. BGE 42 II 152. Aynı yönde karar için bkz. BGE 47 II 306; BGE 50 II 290; BGE 57 II 526; BGE 61 II 101. Bkz., Deren Gündüz, **6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu’na Göre Kefalet Sözleşmesinin Şekli**, s.120, dpn 159.

⁶⁴⁵ Reisoğlu, **Kefalet Hukuku**, s. 82.

⁶⁴⁶ BGE 64 II 351; BGE 65 II 35. Bkz., Deren Gündüz, **6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu’na Göre Kefalet Sözleşmesinin Şekli**, s.120, dpn 163.

⁶⁴⁷ Elçin Grassinger, **Kefin Hakları**, s. 106; Reisoğlu, **Kefalet Hukuku**, s. 84.

⁶⁴⁸ Reisoğlu, **Kefalet Hukuku**, s. 83-84; Özen, **Kefalet**, s. 232-233.

⁶⁴⁹ Beck, Art. 493, N. 28. Aynı yönde görüş için bkz., Deren Gündüz, **Kefaletin Şekli**, s. 127.

⁶⁵⁰ Azami miktarın rakamla belirtilmesi zorunluluğuna yer veremeyen bir karara göre, “Mahkemece, iddia, savunma ve dosya kapsamına göre, davacının müteselsil kefil olarak imzaladığı 10.12.2006 tarihli

Buna göre, kefilin sorumlu olacağı azami miktar, senetteki unsurlardan basit veya güç bir hesap işlemiyle tespit edilebiliyorsa ya da asıl borç senedi üzerine yapılan kefaletlerde asıl borç tutarına atıfta bulunulmuş ve asıl borç senedinden sorumluluk tutarına ulaşılabilirse, kefalet sözleşmesi geçerli sayılacaktır⁶⁵¹. Ayrıca Yargıtay TBK. m. 583 hükmü öncesi birtakım sözleşmelerde (kira sözleşmesi⁶⁵², kredi

genel kredi sözleşmesinde kefalet miktarının gösterilmediği, dava tarihinde yürürlükte bulunan 818 sayılı BK'nın 484. maddesi (6098 Sayılı TBK'nın 583.) uyarınca kefaletin geçerliliğinin kefilin sorumlu olduğu belli bir miktarın gösterilmesi koşuluna bağlı bulunduğu, bu haliyle geçerli bir kefaletten bahsedilemeyeceği gerekçesiyle, davanın kabulü ile davacının davalı kooperatife borcu bulunmadığının tespitine karar verilmiştir. Kararı, davalı vekili temyiz etmiş, mahkemece verilen karar Dairemizin 26.03.2015 günlü, 2014/4846 E., 2015/1956 K. numaralı kararı ile onanmıştır. Bu kez davalı vekili karar düzeltme talebinde bulunmuştur. Dosyadaki yazılara, mahkeme kararında belirtilip Yargıtay ilamında benimsenen gerekçelere göre, HUMK'nın 440. maddesinde sayılan hallerden hiçbirisine uymayan karar düzeltme isteminin reddi gerekmiştir” Yarg. 23. HD., T. 12.09.2017, E. 2015/4800, K. 2017/2117.(Çevrimiçi), <http://www.kazanci.com> (Erişim Tarihi:21.10.2018).

⁶⁵¹ Tandoğan, C. II, s. 756; Melek Fettah, “**Kefaletin Geçerliliği Bakımından Azami Miktarın Belirtilmesi**”, Prof. Dr. Hüseyin Hatemi’ye Armağan, İstanbul, Vedat, 2009, s. 712; Taşdelen, a.g.m, s. 748.

⁶⁵² Yargıtay’ın azami miktarın belirtilmesi zorunluluğuna ilişkin kira sözleşmesinde farklı bir uygulamaya gitmiştir. Yargıtay, 6570 sayılı Gayrimenkul Kiraları Hakkında Kanun’un (RG 27.05.1955, S.9013) 11. maddesine (TBK. m. 347/f. 1 c. 1) göre; bir yıl süreli olarak akdedilen ve sürenin sonunda yenilenen kira sözleşmelerini, “azami sorumluluk miktarını” ve sorumluluğun devam edeceği “kefalet süresini” belirtmeden imzalayan kefilin, kefaletle ilişkin azami sorumluluk miktarının bir yıllık kira olduğu yönünde bir görüş içerisindedir. (Barlas, **Bazı Sorunlar**, s. 51; Y.HGK. 22.03.2006 E. 6-78 K. 88; Y. HGK. 24.05.2006 E.6-346 K. 300; Y. 6. HD. 26.06.2006 E.5059 K. 7401; Y.12.HD. 19.09.2000 E. 12141 K. 13131; Y.12.HD. 18.05.2001 E. 7879 K. 8755; Y. 13.HD. 05.12.2000 E. 10649 K. 10948; Y.13.HD. 12.06.2003 E. 2918 K. 7676; Y.13.HD. 03.06.2004 E. 1406 K. 8672.) Yani, kefilin azami sorumluluk miktarı açıkça gösterilmese de, aylık kira ödemesinin gösterilmesi, dolayısıyla 1 yıllık kira ücretinin hesaplanacağından bahisle, azami miktarın tespit edileceği yönünde bir görüş hakimdir. (Tandoğan, C. II, s.758. Y.12. HD. 02.03.1976 E. 12 K. 2171, Bkz. Y.4.HD. 10.11.1966 E. 9451 K. 9748 Y.İİD, 13.03.1967 E.2388 K.2512 (Olgaç, Kefalet, 65).Y. 13.HD. 95.12.200 E. 10649 K.10948.) Bu süre 6570 sayılı Kanun’a göre uzasa bile, kefil, uzayan süreye dair kira bedelinden (ve kötü kullanımdan kaynaklanan zararın tazmini gibi diğer borçlarından) sorumlu olmayacaktır, zira bu durumda kira sözleşmesinin daha ne kadar uzayacağı ve dolayısıyla kira parasının ne olacağı belli olmayacağından kefilin sorumluluğunun ancak kira sözleşmesinde belirtilen kira süresi kadar olacağının kabul edilmesi gerekmektedir.(Reisoğlu, a.g.e., s. 54.) Yargıtay, kefil, “asıl borçlunun tahliye anına kadar tüm borçlarından sorumlu olacağını” belirtmiş olsa dahi kefalet limitini belirtmemişse, kefaleti geçersiz saymak yerine, sözleşmede gösterilen kira parası ve süresi dâhilinde kefil sorumlu tutmaktadır. Uygulamada da kira sözleşmeleri genellikle bir yıllık yapıldığı için kefil, bir yıllık kira parasıyla sorumlu olmaktadır. Ancak Yargıtay’ın bu konudaki gerekçesi, “belirsiz süre için kefalet akdedilemez” şeklindeki hukuka uygun olmayan bir gerekçedir. Ancak 818 sayılı BK açısından, kefalet sözleşmesinin süresiz olarak kurulması mümkündür. Yargıtay’ın burada kastettiği kefilin ucu bucağı belirli olmayan bir şekilde sorumlu tutulamayacağıdır.(Barlas, Bazı Sorunlar, s. 52) Kira sözleşmesine kefalette, kefilin ancak kira sözleşmesinde öngörülen süre kadar sorumlu olacağının, sürenin uzaması halinde kefilin sorumlu olmayacağının öngörülmesi, kefalet sözleşmesinin belirli ya da belirsiz süreli olmasıyla ilgili değil, azami miktarın belirlenmesini öngören BK m. 484 ve kefilin sorumluluğunu düzenleyen BK m. 490 ile ilgilidir.Yargıtay’ın bu uygulaması da, Deren Gündüz’ce eleştirilmiştir.Zira BK m. 484’e göre; azami miktarın belirlenebilirliği, kefalet senedinde açıkça ya da kefalet senediyle asıl borç senedi arasında doğal bağ bulunduğu hallerde mümkündür. Ancak Yargıtay’ın kira sözleşmelerine ilişkin bu uygulaması, kefilin azami miktarı belirlemeye yönelik bir iradesi olmasa da varmış gibi kefalet senedine sonuç bağlamaktadır. Kanaatimce de; Yargıtay’ın azami sorumluluk miktarının gösterilmediği bu tür kefaletleri geçerli sayması sonucunda, asıl borç miktarına atıf dahi olmadan asıl borç miktarını azami miktar gibi

sözleşmesi⁶⁵³ vs.) kendince çözümler bularak, sanki kefilin iradesi varmış gibi kefalet senedine sonuç bağladığı da görülmektedir.

Buna karşılık, Yargıtay kararlarıyla benimsenen çözümün kefilin koruma amacıyla bağdaşmadığını ileri süren Reisoğlu'na göre, kefilin sorumlu olacağı azami

kabul etme ve sorumluluğu da bir yılla sınırlamaya gitme gibi kanunda yer almayan çözümler ürettiği görülmektedir. Oysa bu kefaletlerin hükümsüz sayılması gerekmektedir. Böylece; BK m. 484'ün ihlali ortadan kalkmaktadır. TBK m. 583 hükmünün yürürlüğe girmesiyle de azami miktarın mutlaka kefalet senedinde açıkça yer alması gerektiğinden, Yargıtay'ın bu uygulamaya devam etmesi mümkün değildir. Bkz., Deren Gündüz, **6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'na Göre Kefalet Sözleşmesinin Şekli**, s.136. Yargıtayın son yıllardaki kararlarına bakıldığında, TBK m. 583 hükmü net bir şekilde uygulanmaya başlamış ve yukarıda belirtilen kendince ürettiği basit çözüm yollarından vazgeçmiştir. Bu hükümleri detaylı olarak incelendiğinde, "azami miktarın" veya "kefalet tarihinin" yer almadığı bir kira sözleşmesinde kefilin sorumluluğuna gidilemeyeceği artık netleşmiştir. Bkz., Yargıtay 3. HD E. 2017/4076 K. 2018/11475 T. 14.11.2018; E. 2017/4497 K. 2018/12457 T. 6.12.2018; Yargıtay 19. HD E. 2017/5497 K. 2018/6693 T. 18.12.2018, www.kazanci.com, (Erişim Tarihi 16.04.2019).

⁶⁵³ Banka kredi veya kredi kartı üyelik sözleşmelerinde yer almayan azami miktar yazılmayan sözleşmeye imza atan kefilin sorumluluğuna ilişkin Yargıtay'ca; aynı belge üzerinde yazılan asıl borç miktarını, yani kredi sözleşmelerinde kredi limitini; kredi kartı sözleşmelerinde kart sahibine tanınan aylık harcama limitini, kefilin 818 sayılı BK m. 484 uyarınca, kefaletin şekli açıdan geçerli olarak kurulması için belirtmesi gerektiği muayyen miktar olarak algılamaktır. (Tandoğan, C. II, s. 756; Reisoğlu, a.g.e., s. 55., 11.HD. 15.05.1986 E. 1715 K. Barlas, Bazı Sorunlar, s. 49; Y. 19. HD. E.09. 06.2000 E.2387 K.4536; Y.19.HD. 03.05.2002 E.4988 K.3350; Y.19.HD. 15.03.2002 E.1052 K.1842; Y. 11. HD. 28.05.2002 E.2649 K.5315; Y.HGK 22.03.1995 E. 19-829 K. 214.) Ancak bazı kararlarında, bu gibi durumlarda yapılan kefalet sözleşmesini geçersiz saymaktadır. (Y.19. HD. 7.6.2002 E.159 K. 4444; Y. 13. HD. 31.1.2001 E. 11830 K. 827- www.kazanci.com (Erişim Tarihi 06.10.2018) Yargıtay'ın bu uygulaması da tıpkı yukarıda kira sözleşmeleri yönünden bahsettiğimiz gibi BK m. 484 hükmüne aykırıdır. Zira bu hüküm gereği, kefilin sorumlu olacağı azami miktarın mutlaka kefalet senedinde mi belirtilmeli mi, yoksa başka bir senede atıf yapılması yoluyla da soun çözülebilir mi noktasındadır. Yani; azami miktar senette ya açıkça belirtilmiş olacak ya da senette azami miktarı belirlemeye yönelik bir dayanak bulunacaktır. Olması gereken hukuk (de lege feranda), azami miktarın asıl borç senediyle ister doğal bağlantı bulunsun ister bulunmasın mutlaka kefalet senedinde açıkça belirtilmesi yönünde olsa da, BK m. 484'ün yürürlükte olduğu dönemde (de lege lata) bu yönde bir zorunluluk belirtilmediğinden azami miktar, dolaylı atıf yoluyla da belirtilebilecektir. Zira Yargıtay'ın diğer sözleşmelere ilişkin uygulaması da bu yöndedir. Ancak Yargıtay'ın banka kredi sözleşmeleri açısından bu uygulaması, her ne kadar kefalet asıl borç senedi üzerinde yapılmış olsa da kefilin azami miktarı belirlemeye yönelik bir iradesinin olmadığı hallerde dahi, böyle bir irade varmış gibi bu duruma sonuç bağlamaktadır. Bu husus doktrinde de eleştirilmiştir. (Barlas, Bazı Sorunlar, s. 48, 50.) Barlas, bu konuya ilişkin eleştirisini şu şekilde ifade etmiştir: "*Kaldı ki kanunumuzda 'kefalet sözleşmesinde asıl borç tutarından daha azına veya fazlasına kadar sorumlu olunacağı belirtilmediği takdirde kefil asıl borç tutarı kadar sorumlu olur.'* şeklinde bir hüküm de mevcut değildir. Tam aksine, kefalet limitinin gösterilmesi bir zorunlu şekil şartıdır ve limit gösterilmemişse kefalet geçersiz demektir." Bu ifadeden de anlaşıldığı üzere, azami miktarı asıl borç senedine atıfta bulunmak suretiyle göstermekle, asıl borcu doğrudan azami miktar saymak farklı şeylerdir. TBK m. 583 hükmünün yürürlüğe girmesiyle azami miktarın mutlaka kefalet senedinde açıkça yer alması gerektiğinden, Yargıtay'ın bu uygulamaya devam etmesi, tıpkı yukarıda belirttiğimiz kira sözleşmelerinin uygulanması açısına benzer olarak mümkün değildir. (Reisoğlu, **Türk Kefalet Hukuku**, s.84, Zevkliler/ Gökyayla, a.g.e., s. 687, 688) Zira yeni düzenleme sonucunda, artık azami sorumluluk miktarının el yazısıyla, rakamla belirtilerek yazılacağı belirtilmiştir. Bkz., Deren Gündüz, **6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'na Göre Kefalet Sözleşmesinin Şekli**, s.132,134. Yargıtay tarafından da artık TBK m. 583 hükmü banka kredile sözleşmelerinde net olarak uygulanmaktadır. Yargıtay 12.HD E. 2017/4099 K. 2017/9461 T. 15.6.2017; Yargıtay 19. HD E. 2017/3217 K. 2018/4585 T. 27.09.2018; E. 2016/19038, K. 2018/4334, T. 20.9.2018 www.kazanci.com, (Erişim Tarihi 16.04.2019).

miktarın, kefalet senedinde “rakamla” gösterilmesi gerektiği kabul edilmelidir⁶⁵⁴. Aksi yöndeki çözümler, uygulamada çoğu zaman atıf yapılan asıl borç senedini görmeyen, bu sebeple, basit hesaplar sonucu tespit edebileceği azami sorumluluk miktarı hakkında bir fikir sahibi olmayan kişilerin kefil olmasını sağlayacak, bu ise kanunun kefil koruma amacıyla bağdaşmayacaktır⁶⁵⁵. Ayrıca azami miktarın yazıyla ve rakamla yazılması halinde hangisinin geçerli olacağına ilişkin Reisoğlu; rakamın değiştirilmesinin daha kolay olacağı bu sebeple, yazı ile yazılan miktarın geçerli olması gerektiğini belirtmiştir⁶⁵⁶.

Aynı yönde olan Özen ise, kefalet için aranan şeklin, kefil üstlendiği sorumluluğun kapsamı hakkında işin en başında uyarması gerektiği; bu uyarı işlevinin en iyi bir biçimde gerçekleştirecek olanın ise, kefilin üstlendiği azami sorumluluk miktarının kesin bir rakam olarak gösterilmesi olduğunu belirtmiştir. Bu itibarla yazar, Reisoğlu’nun 818 sayılı BK m. 484 hükmü uygulaması dönemindeki yorumunun, 6098 sayılı Kanun’un amacı dikkate alındığında, TBK. uygulamasında evleviyetle kabulü gerektiğini belirtmiştir⁶⁵⁷.

Deren Gündüz’e göre, TBK. m. 583/I hükmü, İBK. m. 493 gibi sorumlu olunacak miktarın kefalet senedinde “rakamla” belirtilmesi koşulu içermese de kefaletle ilişkin hükümlerin kefil koruma amacından hareketle, hükümde yer alan “miktar” ibaresi “rakam” olarak yorumlanabilecektir⁶⁵⁸.

Kanaatimce TBK. m. 583 hükmünün lafzından hareketle, kefilin sorumlu olacağı azami miktarı rakamla belirtmesi şartının arandığı ileri sürülemese dahi, amaçsal yorum çerçevesinde bu sonuca ulaşılabileceği kanısındayım. Zira kefaletin şekline ilişkin kurallar ile kefil daha ciddi düşünmeye sevk etmek, acele karar vermesini önlemek ve altına girdiği yükümlülüğün önemini anlamasını sağlamak amaçlanmış olup, bu amaç, azami miktarın kefalet senedinde rakamla belirtilmesi halinde gerçekleşebilecektir. Buna ek olarak; kefalet sözleşmesinin alacaklıda kalması

⁶⁵⁴ Reisoğlu, **Kefalet Hukuku**, s. 83.

⁶⁵⁵ Tandoğan, **C. II**, s. 756.

⁶⁵⁶ Reisoğlu, **Kefalet Hukuku**, s. 85.

⁶⁵⁷ Özen, **Kefalet**, s. 233.

⁶⁵⁸ Deren Gündüz, **Kefaletin Şekli**, s. 130.

sebebiyle, sorumluluk miktarının değiştirilmesi tehlikesi mevcut olduğundan, yazı ve rakam arasında fark olması durumunda, kefilin korunması açısından az olanın kabul edilmesi gerekmektedir.

818 sayılı Kanun'da (m. 484), kefaletin geçerliliği kefalet borcunun belirli bir miktarla sınırlandırılması koşuluna bağlanmasına rağmen, kefilin sorumluluğunun kapsamı olay ve şartlara değişebilecek şekilde belirlenmiştir⁶⁵⁹. Bu ise kefalet senedinde kefalet borcu açısından getirilen sınırlamanın, asıl borç bakımından mı yoksa asıl borçla birlikte diğer tüm sorumluluk kalemlerinin de dahil olduğu miktar bakımından mı olacağı hususunu tartışma konusu haline getirmiştir⁶⁶⁰.

Nihayet sorumluluk kapsamına ilişkin bu belirsizlik, 1941 tarihli revizyonla, kefaletin geçerliliği için, azami sorumluluk miktarının kefalet senedinde mutlaka rakamla belirtilmesi gerektiği şartı araması (İBK. m. 493/I) ve azami sorumluluk miktarının sadece asıl borç bakımından değil, diğer tüm sorumluluk kalemlerini de içine alacak şekilde söz konusu olmasının belirtilmesiyle giderilmiştir⁶⁶¹. Nitekim 6098 sayılı Kanun'un 589. maddesinin birinci fıkrasıyla, revizyonla getirilen değişiklik hukukumuzda ifadesini bulmuştur. Buna göre, azami sorumluluk miktarı, asıl borçla birlikte diğer sorumluluk kalemlerini de içine alacaktır. Dolayısıyla kefil, asıl borç ve TBK. m. 589/II'de öngörülen sorumluluk kalemlerinden, kefalet senedinde belirtilen azami miktar kadar sorumlu olacaktır⁶⁶².

bb) Azami Miktarın Asıl Borcun Belirli Bir Miktarıyla Sınırlandırılması

Kefalet senedinde sadece kefilin sorumlu olacağı azami miktarın kefalet senedinde gösterilmesi, her zaman kefilin koruma fonksiyonunu gerçekleştirmeyecektir⁶⁶³. Şöyle ki, sorumluluğun, borcun belirli bir kısmı ile

⁶⁵⁹ Necip Bilge, "Borçlar Kanunu'nun 484 ve 490.ıncı maddeleri Arasındaki Münasebet", *AÜHFD*, C. 12, S. 1, Y. 1965, s. 202; Yılmaz, *Geçerlilik Şartları*, s. 158.

⁶⁶⁰ Özen, *Kefalet*, s. 142; Bilge, *BK m. 490 Münasebeti*, s. 204; Barlas, *Sempozyum*, s. 53; Deren Gündüz, *Kefaletin Şekli*, s. 143.

⁶⁶¹ Seda Kara Kılıçarslan, "Kefilin Sorumluluğunun Kapsamı", *GÜHFD*, C. 8, S. 1-2, Y. 2009, s. 45.

⁶⁶² Reisoglu, *Kefalet Hukuku*, s. 83; Özen, *Kefalet*, s. 228,229.

⁶⁶³ Oser/Schönenberger, Art. 492, N. 73; Kadir Berk Kapancı, *Birlikte Borçlulukta Borçlular Arası İlişkiler*, İstanbul, Vedat, 2014, s. 95; Deren Gündüz, *Kefaletin Şekli*, s. 137.

sınırlandırılmadığı ancak kefilin sorumlu olacağı miktarın asıl borçtan daha az olması hallerinde, kefalet borcunun sona erme zamanı, kefilin korunması amacıyla bağdaşmayacaktır. Örneğin, 20.000,00 TL’lik kredi sözleşmesi için yapılan kefalet sözleşmesinde, kefilin azami sorumluluk miktarının 10.000,00 TL olarak belirtilmesi halinde, asıl borcun ilk 10.000 TL’lik kısmının asıl borçlu veya üçüncü kişiler tarafından ödenmesi kefalet borcunu sona erdirmeyecektir. Bu itibarla, İsviçre Borçlar Kanunu’nda 1941 tarihli revizyonla, kefilin korumak amacıyla kefilin sorumluluğunun asıl borcun ilk sona erecek belli bir miktarıyla sınırlı olduğu şeklinde yazılı anlaşmaların yapılabileceği hükmüne yer verilmiştir (İBK. m. 493/VI)⁶⁶⁴. Buna göre, kefalet borcunun asıl borçtan daha az olarak belirlendiği sözleşmelerde, kefilin sorumluluğu ilk ödenecek kısmın ifasıyla sona erecektir.

Ancak söz konusu bu değişiklik, hukukumuzda, “*Taraflar, yazılı şekle uyarak kefilin sorumluluğunu borcun belirli bir miktarıyla sınırlandırmayı kararlaştırabilirler.*” şeklindeki hükümle uyarlanmıştır (TBK. m. 583/II, c. 2). Buna göre, kefalet sözleşmesi, kefilin asıl borcun ilk olarak ifa edilecek belli bir kısmından sorumlu olacağına yönelik yapılmışsa, bir kısmi kefalet söz konusu olacaktır. Kısmi kefalette kefil, asıl borcun ilk ödenecek kısmından sorumlu olmayı taahhüt etmekte olduğundan, sorumlu olduğu borç tutarı ödenince sorumluluğu sona erecektir. Örneğin; 100.000 TL’lik araç kredisinin 20.000 TL’sini üstlenen kefilin sorumluluğu, alacaklının 20.000 TL’sini elde etmesi üzerine sona erecektir. Taraflar arasında bu yönde bir anlaşmanın söz konusu olmadığı hallerde, normal bir kefaletin (limit kefalet) varlığı kabul edilecek olup, kefilin sorumluluğu asıl borç ödeninceye kadar devam edecektir⁶⁶⁵.

cc) Azami Miktarın Yabancı Para Cinsinden Belirtilmesi

Türk Hukuku’nda kefilin yabancı para cinsinden borçlanmasına herhangi bir sınırlama getirilmediğinden, azami sorumluluk miktarı yabancı para cinsinden

⁶⁶⁴ Tandoğan tarafından belirtildiği üzere, söz konusu hüküm olmasa dahi tarafların sözleşme özgürlüğü çerçevesinde bu yönde anlaşma yapmaları mümkün olacaktır. Tandoğan, **C. II**, s. 756.

⁶⁶⁵ Beck, Art. 493, N. 12; Giovanoli, Art. 493, N. 3; Elçin Grassinger, **Kefilin Hakları**, s. 124; Gümüş, **Borçlar Özel**, s. 361; Deren Gündüz, **Kefaletin Şekli**, s. 138.

belirtilebilecektir⁶⁶⁶. Nitekim 1567 sayılı Türk Parasını Koruma Hakkındaki Kanun uyarınca çıkarılan 32 sayılı Tebliğ⁶⁶⁷ m. 18/I, b. f ile bankaların yabancı para üzerinden garanti ve kefalet verebilecekleri açıkça düzenlenmiştir.

Her ne kadar kefalet sözleşmesi açısından yabancı para cinsinden borçlanmaya ilişkin bir sınırlama olmasa da, 2018 yılında yabancı paranın ülkemiz parasına karşı aşırı derecede artması karşısında Cumhurbaşkanlığı Kararı⁶⁶⁸ ile “Yurtdışında işçi, serbest meslek ve müstakil iş sahibi Türk vatandaşları dahil Türkiye’de kanuni yerleşim yeri bulunan gerçek ve tüzel kişiler”, Hazine ve Maliye Bakanlığınca belirlenen haller dışında kendi aralarındaki; menkul alım satımı, gayrimenkul alım satımı, her türlü menkul kiralama, her türlü gayrimenkul kiralama, leasing, iş sözleşmeleri, hizmet sözleşmeleri, eser sözleşmeleri, yaparken sözleşme bedelini ve bu sözleşmelerden kaynaklanan diğer ödeme yükümlülüklerini döviz cinsinden veya dövize endeksli olarak belirleyemeyeceklerdir. 13 Eylül 2018 tarihinden itibaren otuz (30) gün içinde, daha önce akdedilmiş yürürlükteki, menkul ve gayrimenkul alım satım, taşıt ve finansal kiralama dâhil her türlü menkul ve gayrimenkul kiralama, leasing ile iş, hizmet ve eser sözleşmelerinde yer alan döviz cinsinden kararlaştırılmış bulunan bedellerin, Bakanlıkça belirlenen haller dışında; Türk parası olarak yeniden belirlenmesi gerekmektedir.” denilerek, yabancı para ile yukarıda sayılan sözleşmelerin yapılması konusunda bir sınırlama getirilmiş, akabinde, Hazine ve Maliye Bakanlığı’nın 16 Kasım 2018 tarihli 2018-32/52 Tebliğ Nolu yürütme tebliğiyle⁶⁶⁹ ilgili kararın yürütmesinin çerçevesi çizilmiştir. Bu karar ve yürütme tebliğine göre sözleşmeler

⁶⁶⁶ Reisoğlu, **Kefalet Hukuku**, s. 87; Taşdelen, **a.g.e.**, s. 751; Elçin Grassinger, **Kefilin Hakları**, s. 109.

⁶⁶⁷ RG. 11.08.1989, S. 20249.(Çevrimiçi), <http://www.resmigazete.gov.tr> (Erişim Tarihi:12.06.2018).

⁶⁶⁸ 13 Eylül 2018 tarih ve 30534 sayılı Resmî Gazete’de yayımlanan 12 Eylül 2018 tarih ve 85 sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararı ile 32 sayılı Türk Parası Kıymetini Koruma Hakkında Kararın “Döviz” başlıklı 4 üncü maddesine 13 Eylül 2018 tarihinden itibaren aşağıdaki (g) bendi ile geçici 8 inci madde eklenmiştir: “g) Türkiye’de yerleşik kişilerin, Bakanlıkça belirlenen haller dışında, kendi aralarındaki menkul ve gayrimenkul alım satım, taşıt ve finansal kiralama dâhil her türlü menkul ve gayrimenkul kiralama, leasing ile iş, hizmet ve eser sözleşmelerinde sözleşme bedeli ve bu sözleşmelerden kaynaklanan diğer ödeme yükümlülükleri döviz cinsinden veya dövize endeksli olarak kararlaştırılmaz.” “Geçici Madde 8- Bu Kararın 4 üncü maddesinin (g) bendinin yürürlüğe girdiği tarihten itibaren otuz gün içinde, söz konusu bentte belirtilen ve daha önce akdedilmiş yürürlükteki sözleşmelerdeki döviz cinsinden kararlaştırılmış bulunan bedeller, Bakanlıkça belirlenen haller dışında; Türk parası olarak taraflarca yeniden belirlenir.”

⁶⁶⁹ Hazine ve Maliye Bakanlığı’nın 16 Kasım 2018 tarihli 2018-32/52 Tebliğ Nolu yürütme tebliği için bkz. (Çevrimiçi) <http://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2018/11/20181116-8.htm> (Erişim Tarihi: 24.04.2019).

belirlenmiş, yabancı para kullanılmaması ve kur miktarlarını sabit artışları da belirtilmiştir. Bu hususda kefalet sözleşmeleri iş bu kısıtlamadan etkilenecek midir?

Kanaatimce; kefalet sözleşmesine ilişkin temel özelliğin, fer'ilik ilkesi olması⁶⁷⁰ ve kefilin borcunun, istisnalar haricinde genel olarak asıl borçlunun borcunun kaderini yaşaması sebebiyle, yukarıdaki sayılan bütün sözleşmeler açısından, kefil olan kişilerin de borçları, yabancı paraların aşırı artmasına önlemek amacıyla çıkarılmış bu karardan, olumlu olarak aynı şekilde değişmiş olmalıdır. Kefilin yararına olan bu gelişme için eşin rızasına da gerek yoktur. İlgili Cumhurbaşkanlığı Kararı neticesinde, borçlunun sorumluluğunun daha da artmaması sebebiyle böyle bir önlemin alınması, kefilin teminat borcunun da sınırlarını çizecektir.

Ayrıca kefil, azami sorumluluk miktarının yabancı para üzerinden belirlendiği ve daha sonra yabancı paranın aşırı derecede değer kazanması hallerinde, TBK. m. 599 hükmüne bağlı kefaletten dönmeyi talep edemese de⁶⁷¹, aşırı ifa güçlüğü ile işlemin temelinden çöktüğünü⁶⁷² TBK. m. 138 hükmü kapsamında ileri sürerek sözleşmenin önce yeni koşullara uyarlanmasını aksi halde uyarlamaya uygun olmayan bir borcun olması veya karşı taraf açısından sözleşme katlanılması imkansız bir hal aldığını ispat ederek sözleşmeden dönmeyi talep edebilme hakkına da sahiptir⁶⁷³. Bunun yanında sözleşmeden dönme gerçekleşir ise kefil, alacaklının kefalet sözleşmesinin devam edeceğine güveninden ötürü uğradığı menfi zararı karşılamak zorunda olabilir⁶⁷⁴.

Kefilin sorumluluğunun yabancı para cinsinden belirlendiği sözleşmelerde, *“aynen ödeme veya bu anlama gelen herhangi bir ifade bulunmadığı sürece”* kefil,

⁶⁷⁰ Tandoğan, C. II, s. 695; Reisoğlu, **Kefalet Hukuku**, s. 22; Yavuz/Acar/Özen, **a.g.e.**, s. 1404, 1405; Detaylı bilgi için bkz. B1.1, B.III, F.1.

⁶⁷¹ Beck, Art. 510, N.4 vd.; Giovanoli, a.g.e., Art. 510, N. 2 vd.; Guhl, a.g.e., s. 23, 24; Pestalozzi, a.g.e., Art. 510, N. 4 vd.; Oser, Schönenberger, a.g.e., Art. 510, N. 2 vd.; Scyboz, a.g.e., s. 436, 437; Elçin Grassinger, **Kefilin Hakları**, s. 185, 186.

⁶⁷² Özen, **Kefalet**, s.281-282.

⁶⁷³ Kefilin bu imkandan yararlanabilmesi için sözleşme kurulurken öngörülemez ve öngörülmesi de beklenilmeyen bir durum sebebiyle, edimler arasındaki dengenin, kefilden borcunun ifasının dürüstlük kuralı uyarınca beklenilmeyecek ölçüde bozulmuş olması ve kefalet borcunu yerine getirmemiş olması gereklidir. Oğuzman/Öz, C. II, s. 581; Özen, **Kefalet**, s. 280-282; Elçin Grassinger, **Kefilin Hakları**, s. 109.

⁶⁷⁴ Elçin Grassinger, **Kefilin Hakları**, s. 185.

TBK. m. 99/II gereği, borcunu yabancı para ile ödeyebileceği gibi yabancı paranın TL karşılığı ile de yapabilecektir⁶⁷⁵.

Son olarak 32 sayılı karara uyulmaması halinde, yapılan kefalet sözleşmesinin mi yoksa kefalet sözleşmesinin içerisindeki döviz transferinin mi yapılamayacağı uygulamada karşımıza çıkabilecek sorundur. Reisoğlu'na göre; 32 sayılı kararın emredici nitelikte olduğu, bu sebeple TBK. m. 26-27 hükümlerince kefalet sözleşmesinin mutlak butlanla batıl olduğu savunulmuştur⁶⁷⁶.

2. Sübjektif Esaslı Unsurların Belirtilmesi

a) Genel Olarak

Sübjektif esaslı noktalar, taraflardan biri veya her ikisinin sözleşme kurma iradelerinin zorunlu şartı saydıkları noktalardır⁶⁷⁷. Bu sebeple; kefalet senedinde sübjektif esaslı unsurlara yer verilmemesi hususu kanunda açıkça düzenlenmemiştir. Bu konuya ilişkin öğretide iki ayrı görüş ortaya konulmuştur. Bir görüşe göre, sübjektif esaslı unsurlara yer verilmemesi halinde, kefilin iradesi ile beyanı arasında uyumsuzluk olacağından, beyan hatasına dayanarak sözleşmeyi iptal edebilecektir⁶⁷⁸. Buna karşılık katıldığımız diğer görüş ise, şekle tabi sözleşmelerde, şekil şartının yerine getirilmesi için hem objektif hem de sübjektif esaslı noktaların kefalet senedinde yer alması gerekli olduğu, dolayısıyla kefil açısından sübjektif esaslı noktalara yer verilmeyen sözleşmelerin geçersiz sayılması gerekeceği noktasındadır⁶⁷⁹.

b) Müteselsil Kefil Olma İradesinin Ortaya Konulması

Müteselsil kefil olma iradesi, objektif esaslı unsurlar arasında yer almamasına karşın, kefilin koruma amacını gözetken kanun koyucu tarafından, geçerlilik şartları arasında düzenlemiştir (TBK. m. 583/I, c. 2). Buna göre müteselsil kefil olma iradesinin, kefalet senedinde el yazısıyla, müteselsil kefil sıfatıyla veya bu anlama gelen

⁶⁷⁵ Oğuzman/Öz, C. I, s. 296.

⁶⁷⁶ Reisoğlu, **Kefalet Hukuku**, s. 22.

⁶⁷⁷ Fahrettin Aral, Hasan Ayrancı, **Borçlar Hukuk Özel Borç İlişkileri**, 11. Bası, Ankara, Yetkin Yayınevi, 2018, s.440.

⁶⁷⁸ Giovanoli, Art. 493, N. 17; Pestalozzi, Art. 493, N. 8.

⁶⁷⁹ Özen, **Kefalet**, s. 237; Acar, **Müteselsil Kefalet**, s. 176; Deren Gündüz, **Kefaletin Şekli**, s. 147.

herhangi bir ifadeyle ortaya konulması gerekecektir. Şayet bu şart yerine getirilmezse, kefaletin adi kefalet olduğu varsayılacaktır⁶⁸⁰. Ancak Yargıtay kararlarında, ticari borçlar için verilecek kefaletlerin TTK. m. 7 uyarınca müteselsil kefalet olacağı karinesinden hareketle, kefilin ayrıca el yazısıyla “müteselsil kefil” ibaresini yazmasının zorunlu olmadığı kabul edilmektedir⁶⁸¹. Ayrıca; 2004 sayılı İcra İflas Kanunu 38. maddede belirtilen icra kefaletleri ile TKHK. m. 6/6 hükmünce, tüketici alacaklarına ilişkin verilen şahsi teminatların, başka kanunlarda aksi hüküm bulunmadıkça müteselsil kefalet sayılacağı belirtilmektedir.

3. Kefalet Tarihinin Belirtilmesi

Kefalet borcunun kapsamının belirli olmasını isteyen kanun koyucu, Mehaz’da yer almamasına rağmen, “*kefalet tarihini*” kefalet sözleşmesinin şekil bakımından geçerliliği için zorunlu unsurlar arasında düzenlemiştir (TBK. m. 583). Buna göre kefilin, el yazısıyla, kefalet senedinde, “*kefalet tarihini*” yazması gereklidir⁶⁸². Böylece kefalet tarihinin alacaklı tarafından doldurulması şeklindeki uygulamalar engellenmek istenilmiştir.

Madde gerekçesinde belirtildiği üzere, kefilin aksi kararlaştırılmadıkça kefalet sözleşmesi kurulduktan sonra doğacak borçlardan sorumlu olacağına ilişkin hükmün (TBK. m. 589/II) uygulanması ve süreli kefalet sözleşmesinde kefaletin ne zaman sona

⁶⁸⁰ Beck, Art. 493, N. 16; Becker, Art. 493, N. 14; Giovanoli, Art. 493, N. 11; Tandoğan, **C. II**, s. 742; Elçin Grassinger, **Kefilin Hakları**, s. 112.

⁶⁸¹ Karara göre, “*Somut olayda davalılar, dava dışı ... ile davacı ... arasındaki ticari ilişkiden kaynaklanan her türlü borçlara 2.500.000 TL limitle müteselsil kefil olarak kefalet senedini imzalamışlardır. Görüldüğü gibi, kefalet senedinde kefaletin müteselsil kefalet olduğu açıkça belirtildiği gibi, 6102 Sayılı TTK’nın 7.maddesinde hükme bağlanan ticari teselsül karinesi karşısında ticari borçlara kefaletin müteselsil kefalet olduğunun kabulü gerekir. Bu itibarla olayımızda “müteselsil kefalet” sözcüklerinin kefillerin el yazısı ile yazılmamış olması, kefaletlerinin müteselsil kefalet olarak yorumlanmaması sonucunu doğurmaz. Kefaletle dair diğer geçerlilik koşullarının ise gerçekleşmiş olduğu dosya içeriğinden anlaşılmaktadır. Bu durumda mahkemece davalılar ... ve ...’ın kefaletlerinin de müteselsil kefalet niteliğinde olduğu kabul edilerek deliller bu çerçevede değerlendirilip sonucuna göre bir karar verilmesi gerekirken, adı geçenlerin kefaletlerinin niteliğinin yorumlanmasında yanılığa düşülerek yazılı şekilde hüküm kurulması doğru görülmemiştir*”, Yarg. 19. HD., T. 18.6.2016, E. 2016/2405, K. 2016/10936, (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, (Çevrimiçi), <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/19hd-2016-2405.htm>, (Erişim Tarihi: 07.11.2017).

⁶⁸² Öğretide kimi yazarlar, el yazılı vasiyetnamede düzenlenme tarihinin, metin içerisinde anlaşılmasının yeterli olacağının kabul edilmesinden hareketle, kefalet tarihinin imzalandığı tarihinin belirtilmesi halinde, kefalet tarihinin açıkça belirtilmesi koşulun yerine gelmiş olacağı görüşünü ileri sürmüşlerdir. Ayan, **Kefilin Sorumluluğu**, s. 168; Deren Gündüz, **Kefaletin Şekli**, s. 145.

ereceği hususunun tespiti açısından, kefaletin tarihinin sözleşmede yer alması, kefilin koruması amacına hizmet edecektir⁶⁸³.

4. Kefilin Durumunu Ağırлаştıran Anlaşmalar

6098 sayılı Kanun ile getirilen değişikliklerden biri de kefalet sözleşmesinde sonradan yapılan ve kefilin sorumluluğunu artıran değişikliklerin, kefalete ilişkin öngörülen şekle uyulmadıkça hüküm doğurmayacağı düzenlemesidir (TBK. m. 583/III)⁶⁸⁴. Böylece Türk Kanun koyucu, mehz hükümden (İBK m. 493/V) ayrılarak, kefilin sorumluluğunu artıran değişikliklerden sadece kefalet miktarının artırılması ve adi kefaletin müteselsil kefalete dönüştürülmesini değil, kefilin sorumluluğunu artıran tüm değişikliklerin kefaletin şekline tabi olması gerektiğini kabul etmiştir.

Alacaklı ve esas borçlu anlaşarak, esas borç için belirlenmiş bir koşulu, (örneğin; vade) kefilin sorumluluklarını arttırıcı bir şekilde değiştirmeye kalkmaları durumunda (örneğin; vadenin öne alınması), bu değişiklik, kefaletin geçerlilik şekline göre onay vermemiş kefilin etkilemeyecektir. Kefilin sorumluluğu, kefalet sözleşmesi yapıldığı anda yüklendiği sorumluluk olarak devam edecektir⁶⁸⁵.

Kefilin sorumluluğunu ağırлаştıran sözleşmelerin neler olduğunun kanunda açıkça düzenlenmeyişi, hangi hallerin bu kapsamda değerlendirileceği sorunu doğurmuştur. Kefalet miktarının artırılması, adi kefaletin müteselsil kefalete dönüştürülmesi ve güvencelerin önemli ölçüde azaltılması hallerinde görüş birliği⁶⁸⁶ olmakla birlikte süreli kefaletin süresiz kefalete dönüşmesinin bu kapsamda olup olmayacağı tartışmalıdır. Bir görüşe göre, süreli kefalette kefilin belirli bir süre ile sınırlı olarak borç altına girmesi ve belirsiz süreli kefalete göre sorumluluğunun

⁶⁸³ Kefalet tarihinin kefalet sözleşmesi açısından taşıdığı önem hakkında bkz. Deren Gündüz, **Kefaletin Şekli**, s. 145.

⁶⁸⁴ 818 sayılı Kanun döneminde bu yönde bir hükme yer verilmemesine karşın öğretide, kefilin korunması amacı nazara alınarak, kefilin sorumluluğunun kapsamını artırılmasına ilişkin ek anlaşmaların eBK m. 12 gereğince yazılı şekilde yapılması gerektiği görüşü ileri sürülmekteydi. Tandoğan, **C. II**, s. 761; Elçin Grassinger, **Kefilin Hakları**, s. 111.

⁶⁸⁵ Reisoğlu, **Kefalet Hukuku**, s. 161.

⁶⁸⁶ Oser-Schönenberger, Art. 493, N. 82; Beck, Art. 493, N. 1; Giovanoli, Art. 493, N. 8; Tandoğan, **C. II**, s. 761; Yavuz/Acar/Özen, s. 1426; Özen, **Kefalet**, s. 238;

ağırlaşmaması nedeniyle, süresiz kefaletin süreli kefalete dönüşmesine ilişkin değişiklikler, herhangi bir şekilde tabi olmadan yapılabilecektir⁶⁸⁷.

Buna karşılık, öğretide Özen ve Çınar'ın da savunduğu ve bizce de isabetli olan görüş, süreli kefalette kefilin sorumluluğunun, her zaman süreli olmayan kefalete göre daha kısa süreli ve avantajlı olmayacağından bahisle, genel bir değerlendirme yapmak yerine, somut olayın özelliklerine göre değerlendirilmelidir. Şayet süreli kefalette kefilin sorumluluğu, süreli olmayan kefalete göre daha uzun olacaksa, süresiz kefaletlerin süreli kefalete dönüşmesine ilişkin sözleşmelerin de kefaletin şekline tabi olacağı bellidir⁶⁸⁸. Bunun yanında ilgili bu halde, TBK. m. 584/II'de sayılan hallerden biri olarak sayılmadığı için, eşin rızası gerekmez.

⁶⁸⁷ Pestalozzi, Art. 510, N. 11; Tandoğan, **C. II**, s. 800; Yavuz, **Kefalet**, s. 800; Reisoğlu, **Kefalet Hukuku**, s. 300; Özen, **Kefalet**, s. 583.

⁶⁸⁸ Beck, Art. 510, N. 36; Çınar, **Sona Erme**, s. 49-51; Özen, **Kefalet**, s. 583; "...TBK. 583(BK 484) maddesine göre; kefalet sözleşmesinin geçerli olabilmesi için yazılı şekilde düzenlenmesi ve kefilin sorumlu olacağı miktarın açıkça gösterilmesi gerekir. 12.4.1944 tarih ve 14/13 sayılı içtihadı birleştirme kararın da" sözleşmede kefilin ödeyeceği muayyen bir miktarın gösterilmiş olup olmadığının ve sözleşme içeriğinden böyle muayyen bir miktarın anlaşılmasına olanak bulunup bulunmadığının hakim tarafından resen gözetilmesi gerektiği belirtilmiştir. Sözleşmenin özel şartlarında kefil müteselsil kefil sıfatına haiz olup sözleşmenin herhangi bir nedenle uzaması halinde kefilin kefaletinin de kendiliğinden uzayacağı belirtilmiş ise de kefilin gerek sorumlu olacağı süre ve gerekse sorumlu tutulacağı azami miktar gösterilmemiştir. Davacı, TBK. 583(BK 484) maddeleri gereğince kefalet sözleşmesindeki süre ve miktar itibarıyla sorumludur. Davalı ile dava dışı Gökhan Özgan arasında yapılan 01/10/2009 başlangıç tarihli kira sözleşmesi gereğince kiralayan Bakırköy 17. İcra Müdürlüğü'nün 2011/3896 E sayılı dosyasında ödenmeyen Nisan 2009 tarihinden Eylül 2009 tarihine kadar işleyen kira alacaklarının tahsilini istemiş, müşterek borçlu müteselsil kefil olan davacı takibe itiraz etmediğinden takip kesinleşmiştir. İş bu takipte talep edilen ödenmeyen 6 aylık kira bedelinden davacı sorumludur ancak icra takibinde 1.100 TL hesabı ile kira alacağı miktarı 6.600 TL'si olması gerekirken, davacı alacaklının sehven 7.700 TL'si yazarak takip başlattığı anlaşılmaktadır. Davacı, Bakırköy 17.İcra Müdürlüğü'nün 2011/3896 esas, sayılı dosyasında alacağa mahsuben 10/01/2012 tarihinde davalı vekiline 9.245 TL'si ödeme yapmıştır. Bu durumda davacı kefil, Bakırköy 17.İcra Müdürlüğü'nün 2011/3896 esas, sayılı dosyasında talep edilen 6600 TL'si asıl alacak ve işlemiş faizden sorumlu olup, icra dosyasına yapmış olduğu fazla ödemesi varsa bunun iadesi gerekmektedir", denilmektedir. Yarg. 3. HD. T. 24.05.2017, E. 2017/1767, K. 2017/7926. Benzer karar için bkz. Yarg. 3. HD. T. 23.05.2017 E. 2017/11052, K. 2017/7798; Yarg. 8. HD., T. 10/05/2017, E. 2017/2060 ,K. 2017/6760. (Çevrimiçi) www.kazanci.com (Erişim Tarihi:25.09.2018).

5. TBK. m. 583/II Kapsamında Özel Yetki ve Kefil Olma Vaadinin Değerlendirilmesi

a) Genel Olarak

Kefalet sözleşmesinin yapılmasında temsilci kullanılması, hem alacaklı hem de kefil bakımından caizdir⁶⁸⁹. Temsilci herhangi bir üçüncü kişi olabileceği gibi, kefalet sözleşmesi bakımından üçüncü kişi konumunda bulunan asıl borçlu da taraflardan birinin temsilcisi sıfatıyla hareket edebilir⁶⁹⁰. İsviçre Federal Mahkemesi bir kararında, *“kefalet de diğer akitler gibi temsil suretiyle inikat ettirilebilir. Asıl borçlunun kefilin vekili sıfatıyla, onun irade beyanını alacaklıya bildirmesinde ve ekseriya zımni olarak tezahür eden alacaklının kabulünü kefil adına tebellüğ etmesinde hiçbir sakınca yoktur. Genel hükümler dairesinde kefil, alacaklının seçimini de asıl borçluya bırakabilir. Asıl borçlu burada tamamlanmış bir iradeyi nakleden bir vasıta değil, fakat alacaklının şahsı bakımından kefalet beyanını tamamlamakla görevlendirilmiş gerçek bir temsilcidir”* diyerek taraflarında temsilci olabileceğini belirtmiştir⁶⁹¹.

Türk ve İsviçre doktrinince genel görüş, şekle tabi olsun veya olmasın bütün sözleşmeler için temsil yetkisinin hiçbir şekle tabi olmadan verilebileceği yönündedir⁶⁹². Bu görüşü destekleyen bu yazarlara göre; şekle aykırılığa ilişkin incelemenin, temsil yetkisinin verilmesinde değil, temsilcinin, şekil şartı gerçekleşecek olan sözleşmede şekil şartına uyup uymamasının önemli olduğu gerekçesiyle, temsilciye verilen yetkinin şekle bağlı olmaması gerektiğini savunmuşlardır. Bu görüş karşıtı yazarlar ise, şekle tabi olan sözleşmelerde, özellikle kefalet sözleşmesinde, amaç kefil uyarmak olduğundan, temsil yetkisinin verilmesinin de özel olarak şekle tabi olması gerektiği ve yapılmaması halinde sözleşmenin şekil şartıyla bağdaşmayacağı yönünde görüş bildirmişlerdir⁶⁹³.

Nihayet İsv. BK m. 493/ f.6 ile, temsilciye verilecek yetkinin şekil şartlarına uyması gerektiği belirlenmiş ve 6098 sayılı TBK. m. 583/f. 1 c. 1 uyarınca da kefalete

⁶⁸⁹ Tandoğan, C. II, s. 739.

⁶⁹⁰ Tandoğan, a.g.e., s. 740; Reisoğlu, **Kefalet Hukuku**, s. 99; Akkanat, **Temsil**, s. 55.

⁶⁹¹ BGE 33 II 402, Aktaran; Reisoğlu, **Kefalet Hukuku**, s. 99, dpn.293.

⁶⁹² Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp, a.g.e., s. 119; von Tuhr, a.g.e., s. 321; Feyzioğlu, a.g.e., s.389.

⁶⁹³ Elçin Grassinger, **Bazı Hukuki Sorunlar**, s. 303; Tandoğan, a.g.e., s. 760; Özen, **Kefalet**, s. 267.

ilişkin temsil yetkisi verilmesinin kefaletin şekliyle aynı şekilde yapılması gerektiği düzenlenmiştir⁶⁹⁴.

İsv. BK. m. 493/f. 6 ile aynı yönde olan TBK. m. 583/f. 2 c.1 hükmünce öngörülen, “*kendi adına kefil olma konusunda özel yetki verilmesinin de kefaletle ilişkin şekle tabi olduğu*” düzenlemesi ile problem çözüme kavuşturularak, kefalet sözleşmesi kurmak için verilen özel yetkinin geçerliliği için, kefaletin şekil şartına tabi olması gerektiği netleşmiştir. Yani; özel yetkili vekâletnamede, asıl alacağın belirlenebilir olması, müteselsil kefaletin belirtilmesi, azami miktarın ve kefalet tarihinin el yazısıyla belirtilmesi ile kefil evli ise yukarıda anlattığımız üzere⁶⁹⁵ eşinin rızasında alınması gerekmektedir⁶⁹⁶. Buradan çıkarılan sonuç ise; kefalet sözleşmesi yapmak için temsilciye verilen vekaletnamede şekil şartlarına uyulacak ve devamında kefalet sözleşmesi yapılırken de aynı şekil şartlarına bu kez temsilci uyacaktır. İki kez şekil şartı kontrolü yapılmaktadır⁶⁹⁷.

Tüzel kişiler açısından değerlendirdiğimizde ise; bir tüzel kişinin organı, tüzel kişinin kendisi olduğundan; tüzel kişi adına organın kefil olması halinde, özel temsil yetkisine gereksinim olmayacaktır⁶⁹⁸. Temsil yetkisinin kapsamının kanun hükmü tarafından belirlendiği hallerde, bu kapsama kefalet sözleşmesi kurmak da girmekteyse, ayrıca bir özel yetkiye gerek olmayacaktır⁶⁹⁹. Bu kapsamda ticari temsilciler için TTK m. 548 hükmünde sayılan haller ile ticari vekiller için TTK m.551 hükmünce sayılan hallerde de kefaletin olmaması, kefalet sözleşmesi kurmak “*işletmenin amacına giren olağan işlemlerinden sayılıyorsa*” özel yetkiye gerek kalmayacak aksi halde kefalet sözleşmesi yapmaları ancak özel yetkiyle sağlanabilecektir⁷⁰⁰.

⁶⁹⁴ Özen, **Kefalet**, s. 268.

⁶⁹⁵ Bkz, B1.II, B.VII, B.3.

⁶⁹⁶ Reisoğlu, **Kefalet Hukuku**, s. 101; Özen, **Kefalet**, s. 268.

⁶⁹⁷ Ayan, **Kefilin Sorumluluğu**, s. 159; Gümüş, **Borçlar Özel**, s. 366; Barlas, **Geçerlilik Şartları**, s. 355.

⁶⁹⁸ Reisoğlu, **Kefalet Hukuku**, s. 101; Karşı görüş için bkz, Özen, **Kefalet**, s. 268.

⁶⁹⁹ Ayan, **Kefilin Sorumluluğu**, s. 191-204.

⁷⁰⁰ Reisoğlu, **Kefalet Hukuku**, s. 101; Ayan, **Kefilin Sorumluluğu**, s. 192-193; Acar, **a.g.e.**, s. 195.

b) Özel Temsil Yetkisi Verilmesi

TBK. m. 504 hükmü ve TBK. m. 583/II maddelerince bu konuya ilişkin getirilen önemli bir yenilik, yine İsv. BK m. 493/f. 6'ya uygun olarak, kefalet sözleşmesi kurmak için özel temsil yetkisi verilmesinin gerekmesidir⁷⁰¹.

818 sayılı eBK zamanında, özel bir vekâletnameyle, kefil olma yetkisinin temsilciye verilmesine ilişkin bir düzenleme yoktu ve eBK m. 388/f. 2'de sayılan özel vekâletnameyi gerektiren haller arasında da kefil olma sayılmamaktaydı⁷⁰². Yargıtayca da bu aynı yönde içtihatlar bulunmaktaydı⁷⁰³. Ancak bu dönemde doktrinde çoğunlukla, genel vekâletname ile temsilci atanıp, bu temsilcinin kefil olması durumunda, kefalet sözleşmesinin olağanüstü bir işlem olduğu sonucuna varılmış ve genel vekaletname ile işlem yapılamayacağı, kefile özel yetki verilmesi gerektiği sonucuna varılmıştır⁷⁰⁴. Bu sebeple 6098 sayılı TBK. m. 504/III hükmünde; kefalet sözleşmesi içinde özel yetki aranması gerektiği belirtilmiştir.

Özel yetki verilmesi, uygulamayla alakalı birtakım problemleri de beraberinde getirmektedir. Örneğin; özel yetkiyi içeren vekaletin noterde verilmesi halinde, temsilci kefil, kefalet sözleşmesi yaparken, tekrardan el yazısıyla TBK. m. 583 hükmünü uygulayacak mıdır? Kanaatimce, noterde temsil yetkisi verilir iken, temsil olunan esas kefil, kefaletin şekil şartlarına ilişkin bütün unsurları tam olan bir özel yetki verdiğinden, tekrardan temsilci kefilin el yazısı şartını gerçekleştirmesine gerek yoktur. Çünkü resen noter tarafından yapılan işlemle esas temsil olunan kefil uyarılmış ve kefalet sözleşmesine ilişkin bütün şekil şartlarını tamamlamıştır⁷⁰⁵.

Kefalet sözleşmesinin özel yetkili temsilci tarafından yapılacak olması durumunda hangi temsil türü yolula yapılacağı da uygulamada tartışmalıdır. Kanatimce, kefaletin temelinde şahsi teminat verilmesi odaklı düşünüldüğünde, temsilcinin

⁷⁰¹ Ayan, **Kefilin Sorumluluğu**, s. 204.

⁷⁰² Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı, **Borçlar Hukukuna Giriş**, s. 657.

⁷⁰³ Y. TD. 31.03.1971 E. 840 K. 2594 (Ankara Barosu Dergisi, Y. 1972, s. 148), Bkz., Deren Gündüz, **Kefaletin Şekli**, s. 155, dpn.17; Bkz. Tandoğan, **C. II**, s. 739,dpn.96.

⁷⁰⁴ Elçin Grassinger, **Borçlar Kanunu'na Göre Kefilin Alacaklıya Karşı Sahip Olduğu Savunma İmkânları**, s. 119; Tandoğan **C. II**, s. 760; Özen, **Kefalet**, s. 267; Reisoğlu, **Kefalet Hukuku**, s. 99; Akkanat, **Temsil**, s. 55.

⁷⁰⁵ Ayan, **Kefilin Sorumluluğu**, s. 204; Barlas, **Geçerlilik Şartları**, s. 355; Karşı görüş için bkz. Reisoğlu, **Kefalet Hukuku**, s. 101; Baş, **a.g.m.**, s.138.

doğrudan temsil yoluyla⁷⁰⁶ sözleşme kurması gerekecektir. Bu nedenle karşı taraf, kefilin şahsı hakkında bilgi sahibi olarak, esasen sorumluluğu kimin aldığını bilmektedir. Aksi düşünüldüğünde, şahsi teminat amacı güden kefalet kurumunun dolaylı temsil ile kurulması, alacaklının kim olduğunu bilmediği kefil ile böyle bir sözleşme yapması hayatın olağan akışın aykırıdır⁷⁰⁷.

Kefalet sözleşmesi yapılırken, kefilin sözleşmeyi nasıl imzalayacağı da uygulamada bir problem olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu hususta ilk görüş, kefilin temsil olunanın adını yazıp kendi imzasını atması yönündedir⁷⁰⁸. Aksi görüş ise; 818 sayılı BK m. 13/f. 1 (TBK. m. 14/f. 1)'deki imzanın borç altına girenlerce atılması kuralına atıfta bulunarak, imzanın kefilin kendi imzasını atmasının bu hükme aykırılık oluşturacağı, bu sebeple kefilin, temsil olunanın adını yazıp kendi imzasını atmasının sözleşmeyi kuramayacağı yönündedir⁷⁰⁹. İkinci görüşü savunan yazarlarca gerekçe ise; temsil olunanın adının yazılıp temsilcinin altına imza atması iş hayatında güvensizlik ve karışıklığa yol açabileceğidir⁷¹⁰. Katıldığımız ikinci görüşe göre; imzanın belirleyiciği kaybolmadan, temsilci temsil olunan adına hareket ettiğini belirterek, kendi adını yazıp imzalamalı ve sözleşme kurulmalıdır⁷¹¹. Temsilcinin temsil yetkisi veren kefilin adını yazıp, kendi imzasını atması halinde ise temsilcinin bu sıfatını belirtmesi gerekir⁷¹².

Şekle uygun olmayan özel yetki ile kefalet sözleşmesi kuran temsilci, kefile karşı yetkisiz temsil hükümlerince sorumlu olacak ve temsil olunan kefil işleme onay verinceye kadar kefalet sözleşmesinin geçerliliği askıda kalacaktır⁷¹³. Onay, temsil yetkisi verme şekle tabi olduğu için⁷¹⁴, kefalet sözleşmesinin şekline uygun olarak verilecektir⁷¹⁵.

⁷⁰⁶ Elçin Grassinger, **Borçlar Kanunu'na Göre Kefilin Alacaklıya Karşı Sahip Olduğu Savunma İmkanları**, s. 119; Akkanat, **Temsil**, s. 55.

⁷⁰⁷ Akkanat, **Temsil**, s. 55.

⁷⁰⁸ Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, **a.g.e.**, s. 114.

⁷⁰⁹ Elçin Grassinger, **Savunma İmkanları**, s.120; Reisoğlu, **Kefalet Hukuku**, s. 101; Elçin Grassinger, **Bazı Hukuki Sorunlar**, s. 304.

⁷¹⁰ Elçin Grassinger, **Savunma İmkanları**, s.120.

⁷¹¹ Reisoğlu, **Bankacılık Uygulamaları**, s. 101; Akkanat, **Temsil**, s. 55; Elçin Grassinger, **Savunma İmkanları**, s.120; Elçin Grassinger, **Bazı Hukuki Sorunlar**, s. 305.

⁷¹² Elçin Grassinger, **Bazı Hukuki Sorunlar**, s. 304-305.

⁷¹³ Deren Gündüz, **Kefaletin Şekli**, s. 159.

⁷¹⁴ Oğuzman/Öz, **C. I**, s. 250; Deren Gündüz, **Kefaletin Şekli**, s. 159.

⁷¹⁵ Beck, Art. 492, N. 14.

c) Kefil Olma Vaadinde Bulunma

818 sayılı eBK m. 484'te kefil olma vaadinde bulunmanın ne şekilde yapılacağı düzenlenmemiştir⁷¹⁶. Ön sözleşme yapılmasına ilişkin eBK m. 22/f. 2 hükmü; taraf menfaatleri ayrı bir şekil öngörmediğinde, yapılacak olan ön sözleşmenin esas sözleşme şekline uygun olacağı belirttiğinden, kefaletle ilişkin yapılacak ön sözleşmesinde kefalet sözleşmesinin geçerlilik şartına uyması gerektiği kabul edilmiştir⁷¹⁷. Burada temel amaç; kefalet sözleşmesinin temelindeki kefil koruma eğilimi olduğundan, kefil olma vaadini de kefalet sözleşmesi ile aynı şekil şartına tabi tutmuştur⁷¹⁸. Bu görüş, kefilin alacaklıya vaadde bulunması, kefilin borçluya vaadde bulunması veya kefilin bir başka üçüncü kişiye vaadde bulunması açısından genel görüş olarak belirtilmiştir⁷¹⁹.

TBK. m. 583/f. 2 ile İsv. BK m. 493/f. 6'ya uygun olarak öngörülen, diğer tarafa (alacaklıya) veya üçüncü bir kişiye kefil olma taahhüdünde bulunulmasını kefaletin şekline bağlayan hüküm sayesinde, artık bu konu açıklık kazanmıştır⁷²⁰. Bu hükümle kefilin gerek alacaklı, gerek asıl borçluya karşı kefil olma vaadi, kefalet sözleşmesinin geçerlilik şekline uygun yapılacaktır.⁷²¹ Bu sayede, kanun koyucunun şekle biçtiği amaç sağlanacak, kanuna karşı hile yapılmasının önüne geçilecek⁷²² ve kefil olma vaadinin hazırlanmasında kefil detaylı olarak bilgi sahibi olacaktır⁷²³.

Kefil olma vaadi esas olarak asıl borçlu ile yapıldığında şahsi teminat sağlama özelliği bakımından esas anlamını kazanmaktadır⁷²⁴. Alacaklı ile kefil olma vaadi yapılması halinde ise; bir görüşe göre; ön sözleşmenin aslında bir kefalet sözleşmesi sayılabileceği⁷²⁵ söylenirken, bizimde katıldığımız diğer görüşe göre; ortada kefalet

⁷¹⁶ Deren Gündüz, **Kefaletin Şekli**, s. 159.

⁷¹⁷ Elçin Grassinger, **Savunma İmkanları**, s.120; Tandoğan, **C. II**, s. 750.

⁷¹⁸ Tandoğan, **C. II**, s. 760.

⁷¹⁹ Elçin Grassinger, **Savunma İmkanları**, s.120; Tandoğan, **C. II**, s. 760.

⁷²⁰ Elçin Grassinger, **Savunma İmkanları**, s.120; Tandoğan, **C. II**, s. 750; Deren Gündüz, **Kefaletin Şekli**, s. 160.

⁷²¹ Deren Gündüz, **Kefaletin Şekli**, s. 159.

⁷²² Elçin Grassinger, **Savunma İmkanları**, s.120.

⁷²³ Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı, **Borçlar Hukukuna Giriş**, s. 105.

⁷²⁴ Tandoğan, **C. II**, s. 750; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, **a.g.e.**, s. 114; Deren Gündüz, **Kefaletin Şekli**, s. 161.

⁷²⁵ Özen, **Kefalet**, s.267-280.

sözleşmesini kuracak bir irade henüz doğmamışken, ilerde bu borcun yüklenilmiş olma ihtimalinden hareketle kurulmuş bir kefalet sözleşmesi olduğunu düşünmek yersizdir⁷²⁶.

Eğer ki, üçüncü bir kişi borçluya veya alacaklıya veya borçlu alacaklıya, “kefil bulma taahhüdünde” bulunarak sözleşme yapmışsa, bu durumda kefalet benzeri bir risk söz konusu olmadığından, şekil kurallarının uygulanmasına gerek kalmaz⁷²⁷.

D. KEFALET METNİNİN DÜZENLENMESİ VE İMZALANMASI

Kefalet sözleşmesi için öngörülen yazılı şekil şartı, “metin unsuru” ve “imza unsuru” olmak üzere iki unsurun tamamlanması halinde yerine getirilecektir.

1. Metin Unsuru

a) Düzenlenme Şekli

818 sayılı Kanun’da, kefilin el yazısı koşulu aranmadığından, kefalet metninin herhangi bir surette düzenlenebileceği kabul edilirdi. Bu bağlamda kefalet metni, tarafların ya da başkasının el yazısıyla veya daktilo gibi araçlarla yazılabileceği gibi matbu kalıplar aracılığıyla da yapılabilirdi. Buna karşılık, 6098 sayılı Kanun m. 583 ile kefilin, kefalet sözleşmesinde; azami miktar, tarih ve müteselsil kefalet kayıtları yönünden *kendi el yazısını kullanması* koşulu öngörülmüştür⁷²⁸. Buna göre kefalet senedinin tamamı kefilin el yazısıyla yazılacağı gibi, alacaklı tarafından hazırlanan metnin, kefil tarafından yazılması gereken yerlerinin boş bırakılıp daha sonra kefil tarafından doldurulmasıyla da yazılabilecektir.

6098 sayılı Kanun ile el yazısı koşulu getiren kanun koyucunun, bu sayede, kefalet müessesesinin uygulamada özellikle bankalar tarafından kötüye kullanılması sorununu ortadan kaldırmaya çalıştığı anlaşılmaktadır⁷²⁹. Şöyle ki, uygulamada kullanılan matbu sözleşme metinlerinde, kefilin sorumlu olacağı azami miktar veya

⁷²⁶ Ayan, **Kefilin Sorumluluğu**, s. 209, dpn.732; Deren Gündüz, **Kefaletin Şekli**, s. 159.

⁷²⁷ Elçin Grassinger, **Savunma İmkanları**, s.120; Tandoğan, **C. II**, s. 760.

⁷²⁸ Reisoğlu, **Kefalet Hukuku**, s. 88.

⁷²⁹ Deren Gündüz, **Kefaletin Şekli**, s. 38.

tarih kısmı boş bırakılarak, sonradan dava aşamasında alacaklı tarafından kefilin iradesine aykırı olacak şekilde doldurulmaktaydı. TBK. m. 583 hükmüyle bu tür haksız uygulamaların önüne geçilmek amaçlanmıştır⁷³⁰. Diğer taraftan, el yazısının kişiye özgü bir karakter taşıması gerçeği, sözleşmenin ispatını kolaylaştıracağı gibi, kefalet senedinin düzenlendikten sonra tahrif edilmesi tehlikesi ihtimalini en aza indirilecektir. Ayrıca kefil, kefalet taahhüdüyle nasıl bir sorumluluk altına girdiği bilincinde olarak borç altına girecektir.

b) TBK. m. 583 kapsamında; Fiziksel Yetersizliği Bulunan, Okuma Yazma Bilmeyen ve Görme Engellilerin Durumu

aa) Genel Olarak

Kefalet sözleşmesi için öngörülen el yazısı koşulunun uygulamada, “fiziksel yetersizliği bulunan”, “okuma yazma bilmeyen” ve “görme engelli” kişiler hakkında ne şekilde uygulanacağı hususu TBK. m. 583’te düzenlenmemiştir⁷³¹. Bu hususda aşağıda detaylandıracağımız mağduriyetlerin giderilmesi için önerimiz; resmi şekle uygun olarak, noterler vasıtasıyla düzenleme şeklinde kefalet sözleşmesi yapılabilinmesi sağlamalıdır.

bb) Fiziksel Yetersizliği Bulunanlar

Bu konuda, Türk Medeni Kanunu’nda yer alan el yazılı vasiyetnameye ilişkin, öğretide ileri sürülen görüş⁷³² çerçevesinde ve TBK. m. 583 hükmün düzenlenme amacı olan “*kefili koruma amacından*” hareketle, kefalet senedindeki yazının kefilden sadır

⁷³⁰ Barlas, **Geçerlilik Şartları**, s. 355.

⁷³¹ Deren Gündüz, **Kefaletin Şekli**, s. 37.

⁷³² Türk Medeni Kanunu’nun 538. maddesinde, vasiyetname metninin vasiyet edenin el yazısı ile yazılmış olmasını öngörmekte, dolayısıyla yazımda kullanılacak organın el olması gerektiğini kabul edilmektedir. Ancak hükmün konuluş amacından hareketle, el ile yazma imkânı olmayan, örneğin iki elini de kaybetmiş ya da felç geçirmiş kişilerin diğer bir organını kullanarak kaleme aldıkları vasiyetnamelerin geçerli olacağı görüşü ileri sürülmüştür. Bu görüş için bkz. Mustafa Dural/Turgut Öz, **Türk Özel Hukuku, C. IV, Miras Hukuku**, İstanbul, Filiz, 2013, s. 81; Zahit İmre/Hasan Erman, **Miras Hukuku**, İstanbul, Der Yayınları, 2011, s. 67; Bülent Köprülü, **Miras Hukuku Dersleri**, İstanbul, Fakülteler Matbaası, 1985, s. 153; Doruk Gönen, “El Yazılı Vasiyetname” Yüksek Lisans Tezi, s. 33; Halil Akkanat, “El Yazısı ile Vasiyetnamede Vasiyetname Metninin Özellikleri”, **C. II, Prof. Dr. Hayri Domaniç’e 80. Yaş Günü Armağanı**, İstanbul, Beta, 2001, s. 804. Aksi görüş için bkz. M. Kemal Oğuzman, **Miras Hukuku**, İstanbul, Filiz, 1995, s.118; Rona Serozan/Baki İlkay Engin, **Miras Hukuku**, Ankara, Seçkin, 2012, s. 257; Gökhan Antalya, **Miras Hukuku**, İstanbul, Legal, s. 130-131.

olduğunu anlamaya ve teşhis fonksiyonunu sağlamaya yarayan her çeşit organla, TBK. m. 583. hükmünde belirtilen unsurların yazılabileceği savunulabilecektir⁷³³.

Bu görüş uyarınca, kefilin belirtilen unsurları el organı dışındaki organlarla da (ağız, ayak ya da protez el yardımıyla) yazması mümkün olacaktır⁷³⁴. Buna karşılık fiziksel yetersizliği sebebiyle herhangi bir suretle yazı yazamayan kişiler, TBK. m. 583 hükmünce şekil koşulunu yerine getiremeyeceğinden kefil olamayacaklardır. Oysa okuma bilmesine karşın fiziksel engeli sebebiyle yazı yazamayan kişilerin noterler tarafından re'sen düzenlenen resmi şekil yoluyla kefil olmaları mümkün olmalıdır⁷³⁵. Zira kefalet taahhüdünün noter tarafından re'sen düzenlenen senette yer alması halinde, TBK. m. 583 hükmünün koruma amacı gerçekleşmiş olacaktır. Şöyle ki, kefalet senedinde el yazısıyla belirtilmesi gerekli hususlar noter tarafından yazılacağından, kefil aleyhine sonuçların ortaya çıkması önlenecektir. Ayrıca noter memurunun, hukuki işlemin önemi, anlamı ve mahiyeti hakkında, kefile ayrıntılı bilgi verecek olması sebebiyle, tıpkı resmi vasiyetnamede olduğu gibi (TMK. m. 535), re'sen düzenlenen resmi şekilde, şeklin bilgilendirme ve bilinçlendirme işlevi sağlanmış olacaktır.

cc) Okuma Yazma Bilmeyenler

Okuma yazma bilmeyen kişiler ise kefalet senedinin içeriğini anlayamayacakları ve yazma yetisinden mahrum oldukları için kefil olamayacaklardır. Ancak konuya ilişkin bir Yargıtay kararında⁷³⁶, “ *Mahkemece, kredi sözleşmesindeki kefalet imzasının alınan bilirkişi raporu ile davalının eli ürünü olduğunun tespit edildiği, gerek TBK.'da, gerekse de HMK'da okuma yazma bilmeyenlerin sözleşme yapamayacağı, yaptıkları sözleşmenin geçersiz olacağı konusunda bir hüküm olmadığı, TBK.'nın 26 v.d. maddelerinde sözleşmelerin nasıl olacağı, hangi hallerde geçersiz sayılacağına belirtildiği, davalının, hile veya yanılmaya dayanmadığı, dolayısıyla davalının sözleşmenin geçersiz olduğuna dair ileri sürdüğü olguların kanuni dayanaktan yoksun olduğu, davalının davaya konu genel kredi sözleşmesinde müteselsil*

⁷³³ Deren Gündüz, **Kefaletin Şekli**, s. 39.

⁷³⁴ Aksi yöndeki yazarlar için bkz. Deren Gündüz, **Kefaletin Şekli**, s. 39 dpn 108.

⁷³⁵ Deren Gündüz, **Kefaletin Şekli**, s. 40 dn 108; Antalya, **Borçlar Genel C. I**, s. 471,472.

⁷³⁶ Yarg. 19. HD. T. 17/05/2017, E., 2016/13764, K. 2017/3903. (Çevrimiçi), <http://www.kazanci.com> (Erişim Tarihi:08.08.2018).

kefil olarak imza attığı, ödenmeyen borçtan sorumlu olduğu gerekçesiyle alınan bilirkişi raporu doğrultusunda davanın kısmen kabulüne, %20 icra inkar tazminatının davalıdan tahsiline karar verilmiş, hüküm davalı vekili tarafından temyiz edilmiştir.”, denilmekle, el yazılı olma koşuluyla ve diğer içtihatlarla uyumlu olmayan bir gerekçe ortaya konulmuştur. Diğer bir anlatımla okuma yazma bilmeyen kişi, el yazısıyla yazılması gereken unsurları yazamayacağından, geçerlilik şartı olan şekil şartını yerine getirmeyecektir. Bu itibarla, ilgili karar gerekçesinde yer verilen, “gerek TBK.'da, gerekse de HMK'da okuma yazma bilmeyenlerin sözleşme yapamayacağı, yaptıkları sözleşmenin geçersiz olacağı konusunda bir hüküm olmadığı” şeklindeki düşünceye katılmak mümkün değildir. Bu kişilerin de noterler tarafından düzenleme şeklinde yapılacak olan kefalet sözleşmeleri ile kefil olabilmeleri sağlanmalıdır. Aksi halde bu kişiler, sözleşme özgürlüğü prensibiyle bağdaşmayan kısıtlayıcı ve çözümsüz bir uygulamayla karşı karşıya kalmaktadırlar.

dd) Görme Engelliler

Görme engelli kişiler⁷³⁷ ise kefalet senedinin içeriğini ve yazdıklarını göremeyeceklerinden kefil olamayacaklardır. Bununla birlikte görme engellilerin imzalarına ilişkin TBK. m. 15/III hükmünden hareketle “yazı yazma yeteneğine sahip görme engelli kimselerin” hiçbir şart olmadan kefil olabilmesi görüşünü savunmaktayız. Kanun lafzına bakıldığında, görme engelli kimsenin, bizzat kendisinin talebi halinde şahit aranacağı, aksi takdirde şahit bulundurmada da imzasının geçerli olacağı yani kefil olabileceği anlaşılmaktadır. TBK. m. 15/III hükmünü ortadan kaldıran başkaca bir düzenleme olmaması sebebiyle, kanunda öngörülmeyen bir kısıtlamaya gidilmemesi gerekmektedir.

Ancak yazı yazma yeteneğine sahip olmayan görme engelliler, metnin içeriğinden haberdar olsa dahi el yazısı koşulunu yerine getiremeyeceğinden kefil olamayacaklardır⁷³⁸. Bu noktada, görme engellilere özgü kabartma yazı sistemi (Braille alfabesi) kullanılmak suretiyle şekil şartının yerine getirilip getirilemeyeceği bahsine değinmek gerekir. Görme engellilere özgü kabartma yazı sisteminin, kişiyi teşhis

⁷³⁷ Reisoğlu, **Kefalet Hukuku**, s. 89.

⁷³⁸ Deren Gündüz, **Kefalet'in Şekli**, s. 42.

fonksiyonuna sahip olmaması sebebiyle, bu yazı tipi kullanılarak kefil olunamayacağı kabul edilmelidir⁷³⁹. Zira TBK. m. 583 hükmünün emredici niteliği gereği, el yazısıyla yazması gereken yerlerin, bizzat kendisi tarafından doldurulması gerekir. Kefilin rızasıyla dahi olsa söz konusu yerlerin başkası tarafından doldurulması veya belirtilen hususları mekanik araçlarla yazması, şekil şartına aykırılık teşkil edeceğinden, kefalet sözleşmesinin geçersiz olmasına sebep olacaktır.

Bu bağlamda üçüncü kişilerin kefalet senedine müdahalesi hususuna değinmek gerekir. El yazılı vasiyetname metnine üçüncü şahsın müdahalesine ilişkin değerlendirmeler⁷⁴⁰ burada dikkate alınabilecektir⁷⁴¹. Buna göre, müdahalenin niteliğine göre bir ayırım yapmak yararlı olacaktır. Örneğin üçüncü şahsın müdahalesi bedeni zayıflığı, hastalığı ya da durumu haklı kılacak benzeri sebeplerle, üçüncü kişinin kefilin elini desteklemesi ihtimalinde, yapılan müdahale kefilin özgür iradesine ve yazısının teşhis fonksiyonuna bir müdahale sayılmadığı ölçüde, bu şekilde düzenlenen kefalet sözleşmeleri geçerli kabul edilmelidir. Bunun dışındaki her türlü ihtimalde üçüncü kişinin müdahalesi, TBK. m. 583'ün emredici niteliği gereği, kefalet senedini geçersiz hale getirecektir. Örneğin; kefilin rızası olsun veya olmasın, kefilin sorumlu olacağı miktarın veya kefalet tarihinin alacaklı veya üçüncü kişi tarafından doldurulması, kefaletin geçersiz olmasına neden olacaktır. Ancak kefalet senedinde kefilin beyanları aleyhine üçüncü kişi veya alacaklı tarafından yapılacak değişiklikte, sadece yapılan değişiklik geçersizlik yaptırımına tabi olacak olup, başlangıçta yapılan kefalet senedi bağlamında kefalet geçerliliğini koruyacaktır.

Bilim ve teknoloji alanındaki hızlı değişimler ve gelişmeler, okuma yazma bilmeyenlerin, fiziksel yetersizliği bulunması sebebiyle yazma yeteneği olmayan kimselerin veya yazı yazma yeteneğine sahip olmayan görme engelli kimselerin, başkaca teşhis yolları ile kefalet sözleşme yapabileceklerini göstermektedir. Şöyle ki, 3D yazıcıların hayatımızın parçası haline geldiği günümüz imkânlarında, el yazısı

⁷³⁹ Necip Kocayusufpaşaoğlu, **Miras Hukuku**, 2. Bs, İstanbul, Filiz, 1978, s. 193; İmre/Erman, s. 69; Samim Gönensay/Kemaleddin Birsen, **Miras Hukuku**, 2. Bs, İstanbul, Ahmed Said Matbaası, 1963, s. 102; Akkanat, **El Yazılı Vasiyetname**, s. 804; Deren Gündüz, s. 42.

⁷⁴⁰ Oğuzman, **Miras Hukuku**, s. 120; Kocayusufpaşaoğlu, **Miras**, s. 195; İmre/Erman, s. 69; Akkanat, **Vasiyetname**, s. 811.

⁷⁴¹ Deren Gündüz, **Kefalet Şekli**, s. 42.

koşuluyla sağlanmak istenen teşhis fonksiyonunu yerine getirebilecek araçların üretilmesi halinde, okuma ve anlama yeteneği olmasına karşın yazı yazamayan kişilerin, söz konusu araçlarla el yazısı koşulunu yerine getirmesi mümkün olabilecektir. Bu sonucun kabulü, gerek TBK. m. 583 ile güvence altına almak istediği kefilin korunması amacıyla gerekse eşitlik ilkesiyle uyumlu olacaktır. Mevcut düzenlemenin yarattığı olumsuz tablonun bir örnek üzerinde izahı yararlı olacaktır. Gerek TBK. m. 583'ün lafzından ziyade amacını esas alan görüş açısından gerekse TBK. m. 583'ün lafzını esas alan görüş açısından⁷⁴², teknolojik imkanları kullanmak suretiyle yaşamsal faaliyetini sağlayan ve çok önemli bilimsel çalışmalar ortaya koyan Stephen Hawking kefil olamayacaktır. Görüleceği üzere, kefilin koruma amacıyla ortaya konulan mevcut düzenleme ve görüşler, sözleşme serbestisi ilkesini kısıtlayıcı niteliktedir.

c) TBK. m. 583 kapsamında Tüzel Kişilerin Durumu

Son olarak, tüzel kişiliklerin el yazısı koşulunu ne şekilde yerine getireceği bahsini incelemek yararlı olacaktır. Konunun kanunda düzenlenmemesi üzerine, öğretide, tüzel kişiliğin tek veya birden fazla kişiden temsil edilmesi ihtimaline göre bir çözüm ortaya konulmuştur⁷⁴³. Buna göre, tüzel kişiliği temsil eden organın tek bir kişi tarafından temsilinde, 583. maddede belirtilen hususlar bu kişi tarafından yazılacaktır. Tüzel kişiliği temsil eden organ birden fazla kişiden oluşuyorsa, belirtilen hususların tek bir kişi tarafından yazılması ancak her bir kişi tarafından imzalanması gerekecektir⁷⁴⁴.

d) Metnin Dili

Karşılıklı ve birbirine uygun irade uyuşması halinde sözleşme ilişkisi kurulacağından, sözleşme metninde kullanılan dilin tarafların anlayabildikleri bir dil olması gerekir. Bununla birlikte 1926 tarihli ve 805 İktisadi Müesseselerde Mecburi Türkçe Kullanılması Hakkında Kanunu ile Türk tabiiyetindeki her çeşit şirket ve müesseselerin, *Türkiye dahilindeki her nevi sözleşmelerini, işlemlerini, yazışma ve hesap defterini*; yabancı şirket ve müesseselerinse *Türk vatandaşı kişiler veya Türk*

⁷⁴² Görüşler için bkz. Bl. 2, Ba. VIII, D, 1.

⁷⁴³ Yılmaz, **Geçerlilik Şartları**, s. 16; Aksoyoğlu, **a.g.m.**, s. 96; Deren Gündüz, **Kefaletin Şekli**, s. 26; Baş, **a.g.m.**, s.129.

⁷⁴⁴ Deren Gündüz, **Kefaletin Şekli**, s. 108 dn 127.

Müesseseleri ile yapacakları işlemlerini, yazışmalarını ve Türk Devlet görevlilerine verecekleri evrak ve defterlerini Türkçe tutmak zorunda olduğu kabul edilmiştir.

805 sayılı Kanun'un lafzını esas alan kimi yazarlar⁷⁴⁵, yabancı şirket ya da müesseselerin Türk vatandaşı kişiler ve Türk müesseseleriyle yapacakları "sözleşme" bakımından Türkçe kullanmanın zorunlu sayılmadığını belirtmişlerdir. Bu sebeple taraflardan birinin yabancı uyruklu şirket veya müessese olması halinde, kefalet sözleşmesi yabancı dilde geçerli olarak kurulabilecektir. Buna karşılık katıldığımız görüş, kanun koyucunun Türkçe kullanım zorunluluğuna ilişkin hüküm fıkrasında (805 sayılı Kanun m. 2), "sözleşme" ibaresine yer verilmemiş olsa bile, düzenlemede yer alan "hukuki işlem" unsurunun, hukuki bir işlem olan sözleşmeleri de ihtiva ettiği, bu itibarla, yabancı şirket veya müesseselerinin Türk vatandaşı veya müesseseleriyle yapacakları sözleşmelerin Türkçe düzenlenmesinin zorunlu olduğu yönündedir⁷⁴⁶.

Öte yandan 805 sayılı Kanun ile getirilen Türkçe kullanma zorunluluğuna uyulmamasının yaptırımının düzenlenmemiş olması, bu hükme aykırı sözleşmelerin geçerliliğini tartışma konusu haline getirmiştir.

Tandoğan'a göre, 805 sayılı Kanunu'nun ilgili hükümleriyle düzenlenmek istenilen, geçerlilik şekli olmayıp, bir yorum aracı ve ispat şeklidir. Zira aksi düşüncüyü benimseyen kanun koyucu tarafından 805 sayılı Kanun m. 4'te, yabancı dilde yapılan sözleşmelerin şirket lehine değil aleyhine de hüküm doğurmayacağı hükme bağlanırdı⁷⁴⁷. Ayrıca yazar, özel hukuk bakımından geçerlilik konusunun, Medeni Kanun, Borçlar Kanunu, Ticaret Kanunu gibi esasa ait maddi nitelikteki kanunlarla düzenlenmesi gerektiğini, usule ilişkin bu tarz kanunlar ile geçerlilik şartı ihdas edilmemesi gerektiğini savunmaktadır. Bundan dolayı, 805 sayılı Kanun 1 ve 2. maddelerinde öngörülen Türkçe düzenlenmesi hükmü geçerlilik şekli olarak yorumlanmamalıdır.

⁷⁴⁵ Reisoglu, **Kefalet Hukuku**, s. 74; Elçin Grassinger, **Kefilin Hakları**, s. 115.

⁷⁴⁶ Murat Çalışkan, "İktisadi Müesseselerde Mecburi Türkçe Kullanma Zorunluluğu", **EÜHFD**, C. 9, S.1-2, Y. 2005, s. 352; Deren Gündüz, **Kefalet'in Şekli**, s. 33.

⁷⁴⁷ Deren Gündüz, **Kefalet'in Şekli**, s. 33.

Tandoğan tarafından ileri sürülen görüşün zorlayıcı bir görüş olduğunu belirten Oğuzman/Öz, burada kanun koyucunun butlanı amaçladığını ancak zamanı dolmuş bu hüküm kaldırılana dek yargıya konu uyuşmazlıklarda, sözleşme diline dayana geçersizlik savunmalarını, tarafların bu sözleşme içeriğini bilerek imzaladıkları açık ise; TMK. m. 2 gereği Dürüstlük Kuralına aykırı saymak gerekeceğini belirtmiştir⁷⁴⁸.

Elçin Grassinger ise Türkçe kullanma zorunluluğu öngören düzenlemenin, düz ve zıt anlamı ışığında yabancı dil kullanılan sözleşmenin geçerliliğinin değerlendirilmesi gerektiğini savunmuştur. Yazara göre, uyuşmazlık halinde, yabancı dilde şartı koyan, iddia ettiği hususu kendisi ispat etmek zorunda kalacak, önceden yabancı dilde hazırlanan belge kendisi lehine delil teşkil etmeyecektir⁷⁴⁹.

Tandoğan ve Elçin Grassinger'in görüşleriyle ortaya koyduğu gerekçeleri isabetli sayan Deren Gündüz⁷⁵⁰, söz konusu kanun hükümlerinin, Cumhuriyetin kuruluş yıllarında Türkçe'yi korumak maksadıyla düzenlendiğini, ancak günümüz ihtiyaçları karşısında sözleşme özgürlüğünü ağır bir şekilde kısıtladığını ve bu sebeple, 805 sayılı Kanun m. 1 ve 2 hükmünün geçersizlik yaptırımı öngören bir düzenleme olarak yorumlanmaması gerektiği belirterek, aksi yorum kabul edilse dahi, sözleşmenin içeriğini bilen tarafların, ilgili hükme dayanarak sözleşmenin geçersizliği iddiasını ileri sürmesi, dürüstlük kuralı (MK m. 2) ile bağdaşmayacağı ileri sürmüştür.

Yargıtay kararları⁷⁵¹ ise, tarafların “işin niteliği ve özelliği gerektirdiği ölçüde” uluslararası terim ve deyimleri yabancı dilde kullanabileceklerini, bunun dışında sözleşmeye konulan yabancı dilde konulan şartların 805 sayılı Kanun'un 4. maddesi uyarınca, sözleşmeyi düzenleyenin yararına dikkate alınmayacağı yönündedir.

Kanaatimce, 805 sayılı Kanun 1. ve 2. maddelerinde öngörülen Türkçe kullanma zorunluluğuna ilişkin düzenlemenin, kanunun çıkarıldığı şartlarda, Türkçe'yi korumak amaçlı olduğu aşikardır. Günümüz globalleşme ve internet çağıdır. Dünya

⁷⁴⁸ Oğuzman/Öz, C. I, s. 143.

⁷⁴⁹ Elçin Grassinger, **Kefilin Hakları**, s. 115-116.

⁷⁵⁰ Deren Gündüz, s. 36.

⁷⁵¹ Yarg. 11. HD. T. 07.04.1980, E. 1912, K. 1864; Bkz. Tandoğan, C. II, s. 744; Yarg. 11. HD. T. 13.5.1977, E. 1651, K. 2245; Yarg. 11 HD. T. 7.10.1986, E. 4231, K. 50532, Bkz, Mehmet Bahtiyar, “805 Sayılı İktisadi Müesseselerde Türkçe Kullanılması Hakkında Kanun'un Kapsamı Ve Yaptırımı Sorunu”, Prof. Dr. Hüseyin Ülgen'e Armağan, C. 2, İstanbul, vedat, 2007, s. 1741-1743.

küçülmüş, birçok yabancı gerçek ve tüzel kişi ülkemizde sözleşmeler yapmaktadır. İlgili kanun hükümleri, günümüz koşulları ile değerlendirildiğinde sözleşme özgürlüğü aşırı derecede kısıtlanabilir. Bu sebeple; geçersizlik yaptırımını ağır bir sonuç olacaktır.

2. İmza Unsuru

TBK. m. 14/I hükmü, yazılı şekilde yapılması öngörülen sözleşmelerde borç altına giren tarafın imzasının bulunması koşulu öngörmektedir. Kefalet sözleşmesinin kural olarak tek taraflı borç yükleyen sözleşme olması, imza koşulunun kefil açısından aranmasını gerektirmektedir. Diğer bir anlatımla, kefalet sözleşmesinin geçerli olabilmesi için kefilin imzası gerekli ve yeterlidir. Kefilin imzası, kefalet taahhüdünün tamamını kapsayacak şekilde beyanın altına atılmalıdır. Başka belgeye atılan imza sözleşmeyi şekil bakımından sakat hale getirecektir⁷⁵².

İmza, beyan sahibinin iradesini açığa vurma ve kimliğini tespit etmeye yarayan bir işarettir. Bu yönüyle imza, hukuki işlemin tarafını belirleme ve metnin içinde yer alan hukuki sonucun imza eden tarafından kabul edildiğini tespit işlevine sahiptir⁷⁵³. Kanunda imzanın, borç altına girenin el yazısıyla yazılması şartı aranmıştır (TBK. m. 15/I). Böylece imzanın belirtilen işlevleri yerine getirmesi amaçlanmıştır.

Kefalet sözleşmesinin tam iki tarafa borç yükleyen sözleşme niteliği taşıdığı durumlarda, alacaklının da imzası gerekecektir. Bu takdirde kefalet senedi, kefil ve alacaklı tarafından imzalanmadıkça hüküm ve sonuçlarını doğurmayacaktır⁷⁵⁴.

Öğretide, imzanın el yazısıyla yazılması şartının, imzanın işlevi dikkate alınarak, geniş olarak yorumlanması gerektiği dile getirilmiştir⁷⁵⁵. Bu görüşe göre, kanunda aksi öngörülmediği hallerde, borçlu iradesini ortaya koymak ve kimliğini teşhise yaramak kaydıyla, el dışında atılan imza da geçerli olmalıdır. Böylece fiziksel engeli bulunan kişilerin fiil ehliyetini kullanmaları mümkün olabilecektir. Sözleşme serbestisi ilkesi ile uyumlu olan bu görüşün, nitelikli yazılı şekil şartının arandığı kefalet sözleşmelerindeki uygulamasını incelemek yerinde olacaktır. Bu bağlamda, öncelikle

⁷⁵² Tandoğan, C. II, s. 749; Reisoğlu, **Kefalet Hukuku**, s. 77; Deren Gündüz, **Kefaletin Şekli**, s. 37.

⁷⁵³ Antalya, **Borçlar Genel C. I**, s. 457.

⁷⁵⁴ Deren Gündüz, **Kefaletin Şekli**, s. 37.

⁷⁵⁵ Deren Gündüz, **Kefaletin Şekli**, s. 39.

elle imza atamayan kişiler için TBK. m. 16 hükmü ile öngörülen imkanın, kefalet sözleşmesinde söz konusu olup olmayacağı değerlendirilecektir. İkinci olarak, görme engellilerin kefalet sözleşmesi düzenleyip düzenleyemeyecekleri hususuna değinilecektir.

TBK. m. 16'ya göre, okuma yazma bilmemesi veya fiziksel engeli olması gibi sebeplerle imza atamayan kimseler, kambiyo senetlerine ilişkin hükümler saklı kalmak üzere, imza yerine parmak izi onayı veya usulüne göre onaylanmış olması koşuluyla, el ile yapılmış bir işaret ya da mühür kullanabileceklerdir⁷⁵⁶. Katıldığımız görüşe göre⁷⁵⁷, elle imza atamayan kişiler, TBK. m. 16'da öngörülen imkana rağmen kefalet sözleşmesi düzenleyemeyeceklerdir. Zira ilgili hüküm bu kişiler kefalet senedinde imza koşulunu tamamlasalar dahi, TBK. m. 583'te belirtilen hususları el ile yazması şartını yerine getiremeyeceklerdir. TBK. m. 16'nın koruma amacının kefalet sözleşmelerine de inhisar etmesini savunan bu görüşteki öğreti, bu kişilerin resmi şekil yoluyla kefalet sözleşmesi yapabileceklerini öngören bir düzenleme yapılması gerektiğini belirtmiştir⁷⁵⁸. Bu engelin aşılması bakımından düzenleme suretiyle kefalet sözleşmesinin yapılabileceği yönünde bir değişikliğin yapılması kanaatindeyiz.

TBK. m. 15/III hükmüyle, imza atabilen görme engellilerin talepleri halinde imzalarında şahit aranacağı, aksi takdirde imzalarını el yazısı ile atmalarının yeterli olacağı düzenlenmiştir. Kanun lafzına bakıldığında, görme engelli kimsenin, bizzat kendisinin talebi halinde şahit aranacağı, aksi takdirde şahit bulundurmada da imzasının geçerli olacağı yani kefil olabileceği anlaşılmaktadır. TBK. m. 15/III hükmünü ortadan kaldıran başkaca bir düzenleme olmaması sebebiyle, kanunda öngörülmeyen bir kısıtlamaya gidilmemesi gerekmektedir. Bu bağlamda, okuma ve yazması olan görme engellilerin, kefalet sözleşmesi kurabilecekleri kabul edilmelidir. Buna karşılık, yazı yazma yeteneği olmayan görme engelliler, TBK. m. 583'te öngörülen nitelikli yazılı şekil şartını yerine getiremeyeceğinden, kefalet sözleşmesi

⁷⁵⁶ Bu şekilde parmak izi veya el işareti veya mühür basıldıktan sonra, ilgili işlem, Noterlik Kanunu m. 93'e göre noter tarafından onaylanır.

⁷⁵⁷ Deren Gündüz, **Kefaletin Şekli**, s. 46.

⁷⁵⁸ Deren Gündüz, **Kefaletin Şekli**, s. 46; Antalya, **Borçlar Genel C. I**, s. 471,472.

yapamayacaklardır. TBK. m. 16 kapsamında zikredilen görüş, görme engellilerin de resmi şekil yoluyla kefalet sözleşmesi yapabilmeleri gerektiğini yönündedir⁷⁵⁹.

Öte yandan güvenli elektronik imza yoluyla kefalet sözleşmesi yapılıp yapılamayacağı hususuna değinmek gerekir. Türk Borçlar Kanunu'nun imzaya ilişkin düzenlemesinde, gelişen ticari hayatın ihtiyaçlarını karşılamak maksadıyla, güvenli elektronik imzanın⁷⁶⁰ da el yazısıyla atılmış imzanın bütün hukuki sonuçlarını doğuracağı kabul edilmiştir (TBK. m. 15/I, c. II). Ancak 5070 sayılı Elektronik İmza Kanunu'nun 5. maddesinin ikinci fıkrasında resmi şekle veya özel merasime tabi işlemler ile "teminat sözleşmelerinin" elektronik imza ile gerçekleştirilemeyeceği öngörülmüştür. Bundan dolayı, kefalet sözleşmesi de elektronik imza yoluyla yapılamayacaktır. Kaldı ki, Elektronik İmza Kanunu'nun ilgili hükmü olmasa dahi, TBK. m. 583 ile aranan nitelikli yazılı şekil koşulu, güvenli elektronik imzanın kullanıldığı elektronik ortamlarda gerçekleştirilemeyeceğinden, güvenli elektronik imza ile kefalet sözleşmesinin kurulamayacağı sonucuna ulaşılabacaktır⁷⁶¹.

Ancak; kanun koyucunun, ticari hayatın hızı ve teknolojik gelişmeler ışığında, güvenli elektronik imza ile kefalet sözleşmesinin yapılmasını mümkün kılan bir düzenleme yapması gerektiği kanısındayım. Bu husus da Kocayusufpaşaoğlu; *"Dünyayı saran iletişim ağı, teknolojik gelişmeler ve bunlardan yararlanan iş aleminin baskısı, hiç kuşkusuz gelecekte "el yazısı ile orijinal imza şartının" kanun koyucular sayesinde tamamen veya geniş ölçüde terk edimesine yol açacaktır. Bunun milletler arası alanda en belirgin örneği Viyana Sözleşmesinin 13. Maddesidir."*⁷⁶² diyerek ilerde bu tür araçların tamamen kullanılacağını işaret etmiştir.

⁷⁵⁹ Deren Gündüz, **Kefaletin Şekli**, s. 48.

⁷⁶⁰ 5070 sayılı Elektronik İmza Kanunu m. 3/I, b'e göre, elektronik imza, başka bir elektronik veriye eklenen veya elektronik veriyle mantıksal bağlantısı bulunan ve kimlik doğrulama amacıyla kullanılan elektronik veriyi ifade etmektedir. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Özen, **Kefalet**, s. 223, dpn.155.

⁷⁶¹ Oğuzman/Öz, **C. I**, s. 150; Özen, **Kefalet**, s. 223.

⁷⁶² 1 Ağustos 2011 tarihi itibarıyla 'Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması' (CISG) Türk iç hukukunun parçası haline gelmiştir. Antlaşmaya taraf olan 83 ülkenin "ortak" satım hukukunu oluşturan bu kurallar Türk Borçlar Kanunu'nun yanı sıra iç hukukumuzda da yerini almıştır. <http://cisg.bilgi.edu.tr/tr/cisg/>; Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması, 07.04 2010, 2010/247K. Sayılı, 13'e göre; "Bu Antlaşmanın amacı çerçevesinde "yazılı" terimi telgraf ve teleksle yapılan bildirimleri de kapsar." denilerek, uluslararası alanda bile orijinal imza ve metin uygulamasının kalktığı görülmektedir. Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı, **Borçlar Hukukuna Giriş**, s. 300.

Ayrıca; iş hayatında çok sık kullanılan ve tarafların anlaşması ile teknolojik gelişmelerden yararlanarak “*mesajın gerçekliği*” ve “*gönderenin kimliği*” açısından, en az el yazısı ile orijinal imza kadar güvenlik sağladığı ileri sürülen usullere başvurulmakta ve bankalar arası iletişim açısından, 1973 yılında Brüksel’de kurulan SWIFT (Society for Worldwide Interbank Financial Telecommunication) şebekesi bunun en başta gelen örneklerinden biri olarak karşımıza çıkmaktadır⁷⁶³. Ülkeler bilişim ve hukuki alt yapı ile el yazısıyla atılan imzadan daha güvenli yollarla ticari hayatın hızına ayak uydurmaktadır.

Bu görüşümüzü destekler nitelikte bir uygulama Fransız Medeni Kanun’unda mevcuttur. Her ne kadar bu kanuna göre de kefalet için özel olmasa da bütün tek tarafa borç yükleyen sözleşmelerde borç altına giren kişinin el yazısıyla sorumluluk miktarını, faiz miktarını yazması istense de sorumluluk altına giren kişinin imzasının elektronik yolla atılabileceği belirtilmiştir⁷⁶⁴.

Yine öğretide, Şeker’in de belirttiği üzere⁷⁶⁵, elektronik ticaretin⁷⁶⁶, ticari yaşamın merkezi haline geldiği günümüz şartlarında, elektronik imzanın belli alanlar için yasaklanması günümüz ihtiyaçlarıyla uyumlu değildir. Oysa güvenli elektronik

⁷⁶³ Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı, **Borçlar Hukukuna Giriş**, s. 301.

⁷⁶⁴ Serkan Ayan, **Kefalet Sözleşmesi**, Ankara, Adalet Yayınevi, 2018, s.180.

⁷⁶⁵ 21. yüzyılın en büyük teknolojik gelişmesi olan internet, birçok faaliyetin yanı sıra hukuki işlemleri için önemli bir alan olma işlevine sahiptir. Kişiler internette, fiziki olarak birbiri ile karşılaşmaksızın, zahmetsizce, sözleşmeler yapabilmekte, mağaza açılış saatlerine bağlı olmaksızın ve belirli bir yere gitmek zorunda kalmaksızın online mağazalar aracılığıyla sınırsız mal ve hizmete ulaşarak, istedikleri ürün ve hizmeti satın alabilmektedir. Mal ve hizmetlerin reklamının yapılması, bunlara ilişkin müzakere ve sözleşmelerin yapılması, online müzayedeler düzenlenmesi, kredi kartı ile sözleşme bedelinin ödenmesi, satılan dijital ürünün direkt internetten alıcının bilgisayarına yüklenmesi ile edimin ifa edilmesi gibi işlemler internet üzerinden kolaylıkla yapılabilir. Bu özelliği ile internet malın, hizmetin ve sermayenin serbest bir şekilde dolaştığı dünya çapında bir pazarın kurulmasına olanak sağlamaktadır. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Muzaffer Şeker, **İnternette Menkul Mal ve Software Dijital Ürün Satımı**, Alternatif Düşünce Yayınevi Dağıtım, 2008, s. 32; Muzaffer Şeker, “**6098 Sayılı Yeni Türk Borçlar Kanunu’na Göre İnternet Üzerinden Sözleşmelerin Kurulması**”, **İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi**, “**10. Yıl’a Armağan**”, Yıl:11 Sayı: 22 Güz 2012/2 s.127 vd.

⁷⁶⁶ Elektronik ticaret, internet üzerinden mal alışverişi, hizmet sunulması, ürünlerin ve hizmetlerin tanıtılması ve bunların ticari amaçlarla piyasaya arz edilmesi, satışlarının yapılması ve satış bedellerinin tahsilmesine yönelik sözleşmeleri ifade eder. Elektronik ticaret hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Muzaffer Şeker, “**Elektronik Ödeme Sistemleri**”, **İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi**, Y. Güz 2011, S. 20, s. 55-73.

imza ile kefalet sözleşmesi ve garanti sözleşmesinin akdedilebilmesi, elektronik ticaretin ve bankacılığın gelişmesine⁷⁶⁷ katkıda bulunacaktır.

Ülkemizde de dijital yollarla hızlı ve güvenli bir şekilde, bankalar veya devlet kurumları nezdinde kişilerin işlem yapması için çalışmalar sürmektedir. Bu işlemlerde kullanılacak olan imzalar, el yazılı olmamakla birlikte, elektronik sertifikalı elektronik imzalar olarak karşımıza çıkmaktadır. Örneğin; Cumhurbaşkanlığı Dijital Dönüşüm Ofisi'nin koordinasyonunda 82 milyon vatandaşın kimliğine, "Elektronik sertifika" yükleme çalışması resmen başlatılarak, bu yöntemle, çevrimiçi alışverişten dijital bankacılık işlemlerine, sağlık hizmetlerinden noterlik hizmetlerine hatta sosyal medya hesaplarının yönetilmesine kadar birçok alanda TC. Kimlik Kartı'na yüklü elektronik imza ile işlem yapılması sağlanacaktır⁷⁶⁸.

Kanaatimizce kanun koyucu, yukarıda saydığımız bu tür teknolojik gelişmelerin ve ticari hayatın hızını da düşünerek, ilerde yapacağı yeni düzenlemelerle, ilk başta tüzel kişilerin, sonrasında güvenlik ve uyarma mekanizması tam anlamıyla olgunlaştığında ise gerçek kişilerin, elektronik imza ile teminat sözleşmeleri yapabilmelerine olanak sağlayacaktır.

Son olarak, tüzel kişiler tarafından kefalet sözleşmesi yapılırken, elektronik imzanın en azından tüzel kişiler açısından kullanılabilmesi gerektiği kanısındayım. Birden çok yetkilinin olduğu tüzel kişiler açısından kefaletin şekline uyulması hususunda, el yazısı koşulunun uygulanmasındaki belirsizlikten bahsetmiştik⁷⁶⁹. Bu aşamada imza unsurunda ise; bir yetkilinin el yazısıyla unsurları yazıp, diğer yetkililerin aynı yerde olmadan, taraflar veya noter önünde, ortak ağ yoluyla, kendi şahsi elektronik imzaları ile belgeyi imzalayıp, kefalet sözleşmesini kurabilecekleri bir düzenleme yapılabilir. Bu durumda, ticari hayatın hızının engellenmemesi sağlanarak, tüm yöneticilerin ayrı ayrı imzalarının alınmasına ilişkin zaman kaybıda ortadan kalkacaktır.

⁷⁶⁷ Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı, **Borçlar Hukukuna Giriş**, s. 301, dpn 88; Şeker, **Elektronik Ödeme Sistemleri**, s. 55-73.

⁷⁶⁸ Çevrimiçi), <https://www.cnnturk.com/ekonomi/kimlik-kartlarinda-yeni-donem-hepsinin-yerine-kullanilabilecek> (Erişim Tarihi: 11.02.2019).

⁷⁶⁹ B1.II, B.IX, D.1.

Bu sebeplerle; şirketlerin vereceği kefaletlerde, elektronik imzanın kullanılması gerektiği kanısındayım.

3. Metnin ve İmzanın Tek Bir Belgede Yer Alması

İsviçre Borçlar Kanunu'nda 1941 tarihli değişiklikle birlikte kefilin sorumluluk tutarının başka bir belgeye veya sözleşmeye atıf yapılmak suretiyle düzenlenmesi yasaklanmıştır. Bunun üzerine İsviçre öğretisinde, kefilin koruma amacı gereğince, kefilin kefalet yükümlülüğünün tek bir belgede yer alması gerektiği görüşü⁷⁷⁰ kabul görmeye başlamıştır. Söz konusu bu neticenin Türk Borçlar Kanunu'nun kefaletle ilişkin hükümleriyle uyumlu olduğu, Türk Hukuk öğretisinde de savunulmaya başlanmıştır⁷⁷¹. Bu görüşe göre, alacaklı tarafından kefalet sözleşmesi kurulması yönündeki öneri (icap) mektubu ile kefalet sözleşmesinin kurulabilmesi için kefilin aynı mektupta kefil olma iradesini ortaya koyması gereklidir⁷⁷². Öneri mektubundan başka sadece kabul beyanını içeren mektup, şekil açısından yeterli sayılmayacaktır. Keza bu görüş uyarınca, önerinin kefil tarafından yapılması ihtimalinde, bir mektupta belirli bir asıl borç için kefil olma iradesinin, diğer mektupta sorumlu olunacak azami miktarın gösterilmesi halinde, bu mektupların birleştirilmesiyle şekil şartlarının yerine getirildiği iddia edilemeyecektir⁷⁷³. Buna karşılık Özen, kefaletin şekline ilişkin hükümlerden, “*öneri ve kabul beyanının yer alacağı belgenin tekliği*” olarak nitelenen bu kuralın çıkarılamayacağını, kefilin imzasının birbirini tamamlayan birden fazla belgeyi kapsayacak şekilde olması şartıyla, kefilin yazılı beyanının birbirini tamamlayan birden fazla belgede toplanmasının mümkün olabileceğini savunmaktadır⁷⁷⁴. Keza Deren Gündüz, önerinin kefil tarafından gönderildiği hallerde kefilin hafızasına karşı koruma düşüncesi isabetli olmakla birlikte öneri ve kabul mektuplarının birbirini tamamlayacak şekilde sonradan birleştirilmeleri ve kefil tarafından imzanın tüm metinleri kapsayacak şekilde atılmasıyla şekil şartının ve kefilin koruma amacının gerçekleştiğinin kabulü gerektiği görüşünü ileri sürmüştür⁷⁷⁵.

⁷⁷⁰ Oser/Schönenberger, Art. 493, N. 40.

⁷⁷¹ Reisoğlu, **Kefalet Hukuku**, s. 75; Elçin Grassinger, **Kefilin Hakları**, s. 112; Taşdelen, **a.g.m.**, s. 735.

⁷⁷² Tandoğan, **C. II**, s. 747; Elçin Grassinger, **Kefilin Hakları**, s. 112; Deren Gündüz, **Kefalet Şekli**, s. 50.

⁷⁷³ Tandoğan, **C. II**, s. 747; Reisoğlu, **Kefalet Hukuku**, s. 75-76.

⁷⁷⁴ Özen, **Kefalet**, s. 239.

⁷⁷⁵ Deren Gündüz, **Kefalet Şekli**, s. 50.

Biz de taraf iradelerinin hangi noktada uyuştuğunun şüpheyne mahal bırakmadığı ve kefilin korunması amacına uygun olmayan bir duruma sebebiyet verilmediği hallerde, senedin tekliliğinde ısrarcı olmanın isabetli olmadığı kanaatindeyiz.

Bu bağlamda değinilmesi gereken bir diğere husus, belgenin tekliliğere sorununun, tek bir kefilin bulunması haliyle sınırlı olduğudur. Zira birlikte kefalette, kefiller iradelerini tek bir senetle ortaya koyabileceği gibi, senetlerin kendi aralarında bir bütünlüğü olmaları kaydıyla birden fazla senetle de kefil olma iradelerini dile getirebileceklerdir⁷⁷⁶.

Diğere bir husus da, kefalet sözleşmesinde sonradan yapılacak değışikliklerde senedin tekliliğere esasının uygulanmayacağı, bu sebeple değışiklerin başka bir kefalet senedi ile yapılabileceği görüşüdür. Bu görüşe göre şekil kuralları, sadece kefalet taahhüdüne girildiği anda kefilin sorumluluk kapsamını anlayabilmesi için kabul edilmiştir⁷⁷⁷.

Tek bir kefalet senedinde farklı borçlar için kefalet taahhüdünde bulunup bulunamayacağı bahsine de değinmek gerekir. Konuya ilişkin kanunda hüküm olmaması üzerine, öğretilde ileri sürülen katıldığımız görüş, aynı kefalet sözleşmesinde, aynı alacaklının, aynı borçludan ya da farklı borçlulardan olan alacağı için, her bir bağımsız alacak için kanunda aranan şekil şartlarını yerine getirmek suretiyle, kefalet taahhüdünde bulunulabileceği yönündedir⁷⁷⁸.

Bununla birlikte kimi yazarlar, birden çok alacaklının, aynı borçludan ya da farklı borçlulardan olan alacakları için tek bir kefalet taahhüdüne girilemeyeceğini; bu durumda, birden çok kefalet sözleşmesine ihtiyaç olduğunu savunmuşlardır⁷⁷⁹. Bu görüşe göre, kefalet sözleşmesinin alacaklı ile kefil arasında kurulması gereken münferit bir ilişki olması sebebiyle, kefil tek bir kefalet senediyle birden fazla alacaklıya karşı

⁷⁷⁶ Oser/Schönenberger, Art. 493, N. 40; Tandoğan, **C. II**, s. 747; Elçin Grassinger, **Kefilin Hakları**, s. 112; Ayan, **Kefilin Sorumluluğu**, s. 159.

⁷⁷⁷ Oser/Schönenberger, Art. 493, N. 40; Tandoğan, **C. II**, s. 747.

⁷⁷⁸ Beck, Art. 492, N. 42; Tandoğan, **C. II**, s. 748; Reisoğlu, **Kefalet Hukuku**, s. 75; Elçin Grassinger, **Kefilin Hakları**, s. 112; Ayan, **Şekil**, s. 159.

⁷⁷⁹ Reisoğlu, **Kefalet Hukuku**, s. 76; Hasan Ayrancı, “Kefalet Sözleşmesinde Asıl Borcun Belirli Olma İlkesi ve Cari Hesaba Kefalet”, **GAÜHFD**, C. 9, S. 1-2, Y. 2005, s. 117; Deren Gündüz, **Kefaletin Şekli**, s. 52.

kefalet taahhüdü altına giremeyecektir. Kanaatimce kefalet sözleşmesinin tek tarafa borç yükleyen bir sözleşme olması ve şekil kurallarının tek taraflılığı, tek bir kefalet senediyle, her bir borç için şekil kurallarının yerine getirilmesini mümkün kılmaktadır. Bu sebeple bu görüşün isabetli olmadığı kanısındayım.

4. Kefalet Sözleşmesinin Teknolojik İmkânlarla Düzenlenmesi

Teknolojik imkânların çok gelişmiş olması ve kullanım alanlarının artması dolayısıyla, belli teknolojik iletişim araçları ile yazılı şekil şartının sağlanabileceği, gerek 818 sayılı Kanun döneminde gerekse 6098 sayılı Kanun ile kabul edilmiştir (*eBK m. 13/II*⁷⁸⁰; *TBK. m. 14/II*).

Söz konusu bu imkan, 818 sayılı Kanun'da "*Hilafı kanunda yazılı olmadıkça imzalı bir mektup veya aslı borcu üzerine alanlar tarafından imza edilmiş olan telgrafname tahriri şekil makamına kaim olur (eBK m. 13/II)*" denilmekle düzenlenmiştir. Türk Borçlar Kanunu'nda ise "*Kanunda aksi öngörülmedikçe, imzalı bir mektup, asılları borç altına girenlerce imzalanmış telgraf, teyit edilmiş olmaları kaydıyla faks veya buna benzer iletişim araçları ya da güvenli elektronik imza ile gönderilip saklanabilen metinler de yazılı şekil yerine geçer.*" denilerek, teknolojik iletişim araçlarından telgraf yanında, teyit edilmiş olmaları kaydıyla faks ve buna benzer iletişim araçları ya da güvenli elektronik imza yoluyla yazılı şekil şartının yerine getirilebileceği benimsenmiştir.

TBK. m. 14/II kapsamında öngörülen teknolojik imkânlar ile kefalet sözleşmesi yaparken nitelikli şekil şartının sağlanıp sağlanmayacağı hususu, uygulama ve öğretide ortaya konulan görüşler ışığında incelenecektir.

a) *Telgraf*

Teknolojik iletişim araçlarından telgrafla, kefalet sözleşmesinin kurulması, yukarıda yer verilen hükümlerden anlaşılacağı üzere, 818 sayılı Kanun ve TBK. bağlamında mümkün sayılmıştır. Buna göre, TBK. m. 583'te belirtilen hususların el

⁷⁸⁰ İsv. BK m. 13/f. 2'deki aynı yöndeki hüküm, artık ülkede telgraf kullanımının hiç kalmadığı ve imzalı mektubun geçerlilik sağlayacağını zaten m. 13/f. 1'den anlaşılabilir olduğu gerekçesiyle yürürlükten kaldırılmıştır. Bkz. Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı, **Borçlar Hukukuna Giriş**, s. 282.

yazısıyla doldurulduğu ve aslı postanede duran telgraf ile kefalet sözleşmesi şekil açısından geçerli bir biçimde kurulabilecektir⁷⁸¹. Alman hukukunda telgrafla kefalet sözleşmesi kurulamayacağı görüşü hakimdir⁷⁸². İlgili asıl evrak, postanede belli bir süre saklanmak zorundadır. Bu sebeple, kefalet sözleşmesinin yapıldığını ispat edebilme olanağı mevcuttur. Eğer ki telgraf telefon yoluyla gönderilmiş ve asıl örneği mevcut değilse, yazılı şekil şartı yerine getirilmemiştir.

b) Teyit Edilmiş Faks

Günümüzde çok sık kullanılan iletişim araçlarından olan faks hususunda, yazılı şekil şartının yerine gelip gelmeyeceğine ilişkin 818 sayılı Kanun'da hükme yer verilmediğinden, bu husus öğretide, imzanın el yazısıyla sözleşme metni üzerinde yer alması gerekliliği çerçevesinde tartışılmalara konu olmuştur⁷⁸³. Bu konuda öğretide TBK. m. 14/II hükmü çerçevesince birtakım tartışmalar yaşanmıştır.

Öğretide, telgrafta imzalı metnin posta idaresinde saklandığını ve TBK. m. 14/II'ye göre yazılı şekil şartının gerçekleştiğini kabul eden düşünceye dayanak alan kimi yazarlar⁷⁸⁴, faksla gönderilen metnin, karşı tarafın eline imzalı bir metnin geçecek olmasından hareketle, yazılı şekil şartını gerçekleştireceğini kabul etmektedir. Bununla birlikte, metinle imzanın borç altına girenin iradesi dışında birleştirilmesi sonucu gönderilen faks metninde, durumun ispatı halinde, ortada şekle uygun bir irade beyanı olmadığı sonucuna ulaşılabilecek ve şekil şartı gerçekleşmeyecektir⁷⁸⁵.

⁷⁸¹ Oğuzman/Öz, C. I, s. 146; Deren Gündüz, **Kefaletin Şekli**, s. 54.; Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi /Serozan/Arpacı, **Borçlar Hukukuna Giriş**, s. 282.; Eren, **Borçlar Genel**, s. 275; Antalya, **Borçlar Genel C. I**, s. 458.

⁷⁸² Elçin Grassinger, **Kefilin Hakları**, s. 114.

⁷⁸³ Elçin Grassinger, **Kefilin Hakları**, s. 112-113.

⁷⁸⁴ Eren, **Borçlar Genel**, s. 275; Oğuzman/Öz, C. I, s. 148; Elçin Grassinger, 818 sayılı Kanun uygulaması esnasında, fax metninin orijinal olup olmamasının ilk başta teyit edilemeyeceği, ancak, metinde bir imzanın bulunması sebebiyle, günlük hayatın hızına uygun olması sebebiyle, kefalet sözleşmesinin kurulabileceğini belirtmiştir. Ayrıca, uluslararası sözleşmelerde kefil bildirilmesi konusunda fax işleminin çok yararlı olacağı görüşünü savunmuştur. Elçin Grassinger, **Kefilin Hakları**, s. 114.

⁷⁸⁵ Elçin Grassinger, **Kefilin Hakları**, s. 114; Kocayusufpaşaoğlu, BK 13 f.2 bakış açısıyla faksları değerlendirmemek gerektiğini, zira evrak aslının gönderende olmasından kaynaklı, bu maddenin uygulanamayacağını belirterek, bu görüşü eleştirmiştir. Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/ Serozan/Arpacı, **Borçlar Hukukuna Giriş**, s. 299.

Bu konuda ileri sürülen diğer bir görüş, faksla, kefaletle ilişkin öngörülen nitelikli şekil şartının yerine getirilemeyeceği ve bu sebeple geçerli bir kefalet sözleşmesinin kurulmayacağı yönündedir⁷⁸⁶. Bu görüşe göre, her ne kadar imza el yazısıyla atılmış olsa da faksla gönderilen metin, sözleşme metninin bir suretinin faks cihazı ve telefon bağlantısı ile karşı tarafa iletilmiş halidir ki bunun da fotokopiden farkı yoktur⁷⁸⁷. Nitekim İsviçre Federal Mahkemesi 4.9.1986 tarihli bir kararında; sadece fotokopi olarak mevcut el yazısı ile imzanın yeterli olmayacağını ve bu nedenle başvuru dilekçesinin geçerli sayılamayacağını belirtmiştir⁷⁸⁸. Bu nedenle imza koşulunun yerine gelmediği varsayılacaktır. Şeklin koruma amacını, uygulamanın ihtiyaçlarına tercih eden bu görüş⁷⁸⁹, el yazılı belgenin faksla ulaştırılan suretin, sonradan aynı yolla teyit edilmek kaydıyla el yazılı şekli gerçekleştiremeyeceği yönündedir. Bu görüşe göre, TBK. m. 14/II ile getirilen değişiklikler, adi yazılı şekil şartına ilişkin olup bu hükmün uygulaması genişletilmemelidir. Aksi yöndeki değerlendirmeler, nitelikli yazılı şekil şartıyla sağlanmak istenen koruma amacının gerçekleşmemesi sonucunu doğuracaktır. İlgili şekil şartının gerçekleşmesi için teyidin nasıl olacağı hususunda ise; Oğuzman/Öz'e göre; faksla yazılı şekil şartının gerçekleşmesi için teyidin faks metnini alan kişi tarafından uygun ve makul sayılabilecek bir sürede yapılması gerekliliği belirtilmiş⁷⁹⁰, aynı yönde görüşü olan Antalya, faks metnindeki imza, ıslak imza olmadığından yazılı şekil şartının gerçekleşmesinin, faksı alan kişi tarafından makul süre içinde faksın teyit edilmesine bağlı olduğunu dile getirmiştir⁷⁹¹. Özen ise; teyitin kimin tarafından yapılacağı ve yapılan bu teyitin kefil koruyup korumayacağı hususu eleştirilerek, teyitin alacaklı tarafından değil de gönderen kefil tarafından yapılması hatta kefalet belgesinin aslının alacaklıya gönderilmesinin gerektiği, kefilin faksı göndermesinin ardından alacaklının teyidinin kefil koruma amacıyla yarışamayacağı, burada temel amacın kefil korumak olduğundan bahisle, teyit unsurunun kefil

⁷⁸⁶ Oğuzman/Öz, **C. I**, s. 148; Ayan, **Şekil**, s. 159.; Antalya, **Borçlar Genel C. I**, s. 459; Altaş: **Şekle Aykırılık**, 63.

⁷⁸⁷ Antalya, **Borçlar Genel C. I**, s. 459; Altaş: **Şekle Aykırılık**, 63.

⁷⁸⁸ BGE 112/Ia, 173, Karar için bkz; Kocayusufoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı, **Borçlar Hukukuna Giriş**, s. 300.

⁷⁸⁹ Oğuzman/Öz, **C. I**, s. 148; Ayan, **Şekil**, s. 159; Antalya, **Borçlar Genel C. I**, s. 459; Altaş: **Şekle Aykırılık**, 63.

⁷⁹⁰ Oğuzman/Öz, **C. I**, s. 148.

⁷⁹¹ Antalya, **Borçlar Genel C. I**, s. 336.

tarafından asıl belgenin alacaklıya gönderilmesi yoluyla yapılması gerektiği vurgulanmıştır⁷⁹².

Yargıtay'ın, fotokopisi çekilen metnin elden veya postayla karşı tarafa iletilmesi sonucu orijinal el yazısını içermemesi sebebiyle geçerli sayılmayacağı yönündeki içtihatları⁷⁹³ da, faks yoluyla yazılı şekil şartının yerine getirilemeyeceğinin kabulünü gerektirmektedir⁷⁹⁴. Gerçekten fotokopi makinesi ile çekilen orijinal sözleşme metninin borç altına girenin tasarruf alanında kaldığı durumlarda, borç altına girenin bu metin üzerinde rahatça oynama yapabileceği düşüncesi gereği, fotokopi metninin şekil şartını yerine getirmeyeceğinin kabulü, faksla gönderilen kefalet senedinde de şekil şartının sağlanmayacağı sonucunu haklı ve gerekli kılacaktır⁷⁹⁵.

Modern hayatın ihtiyaçlarına cevap vermek isteyen yazarlar, teyit işleminin araya önemli bir zaman parçası girmeden ve imzalı metnin aslının borç altına giren (kefil) tarafından gönderilmesi suretiyle yapılması gerektiğini savunmaktadır⁷⁹⁶. Şekil kurallarının koruma amacıyla uyumlu olan bu görüşün isabetli olduğu kanısındayım. Bu görüşe göre faksla kurulan sözleşmelerde; kefalet sorumluluğunu belirleyen hususların el yazısıyla yazılması ve imzalanması şartının aranması ile; faksla gönderilen metnin teyit edilmesi sağlanıp, oynama yapılma tehlikesini ortadan kaldırılacak ve şeklin koruma amacı sağlanmış olacaktır. Aksi halde yapılan sözleşmenin ilerde, TMK. m. 2 nezdinde hakkın kötüye kullanılması, irade sakatlığı veya hükümsüzlük vs. gibi birçok sonuçları ortaya çıkabilecektir. Gerçekten teyit işleminin metnin aslını elinde bulunduran kişi (kefil) tarafından yapılması, hükmün (TBK. m. 14/II) ve kefilin korunması amacının yerine getirilmesi bakımından daha isabetli bir tercih olacaktır.

⁷⁹² Özen, **Kefalet**, 167.

⁷⁹³ “Davacının, çektiğini ileri sürdüğü faksın davalıya ulaştığını “alındı” belgesini ibraz etmek suretiyle kanıtlaması gerekir...” Yarg. HGK E. 2001/19-932 K. 2001/81 T. 7.11.2001; “Taraflar arasındaki taşıma sözleşmesi, faks yoluyla kurulmuştur. Olmayan bir sözleşme için navlun ücreti ödenemez.” Aynı yönde kararlar için bkz. Yarg. 11. HD E. 1996/6172 K. 1996/6279 T. 30.9.1996; Yarg. 6. HD E. 2015/9617 K. 2016/4542 T. 9.6.2016 (Çevrimiçi), www.kazanci.com, (Erişim Tarihi:07.02.2019).

⁷⁹⁴ Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı, **Borçlar Hukukuna Giriş**, s. 299.

⁷⁹⁵ Gündüz Deren, **Kefaletin Şekli**, s. 56.

⁷⁹⁶ Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı, **Borçlar Hukukuna Giriş**, s. 300.; Özen, **Kefalet**, s.165,166.; Deren Gündüz, **Kefaletin Şekli**, s. 57.

c) *Teleks*

Öğretide hâkim görüş, teleksin sadece metni karşı tarafa ulaştırma imkânına sahip bir iletişim aracı olması sebebiyle, yazılı şekil şartının yerine getirilemeyeceği yönündedir⁷⁹⁷. Gerçekten teleks yoluyla, faksta olduğu gibi, el yazısıyla imzalanmış metin nüshasını dahi karşı tarafa ulaştırılamayacaktır. Ayrıca teleksi üçüncü bir şahsın, gerçekte kefilin haberi olmadan çekmesi de olasılık dahilindedir. Bundan dolayı teleksin kefalet sözleşmesinin kurulmasına imkân vermeyeceği ancak yapılan bir kefaletin ispatında kullanılabileceği kabul edilmelidir⁷⁹⁸. Nitekim İsviçre Federal Mahkemesi, 20.10.1986 tarihli kararı⁷⁹⁹ ile teleks mesajlarının borç altına giren kimselerin imzasını taşımadıkları için teleks yoluyla yazılı şekil şartının gerçekleşmeyeceğine hükmetmiş ve bu kararı içtihat haline gelmiştir. Böylece hâkim görüşü benimseyen Federal Mahkeme, 13.06.1975 tarihli kararıyla⁸⁰⁰ teleks aracılığıyla gönderilen mesajların, eBK m. 13/II hükmünün kıyasen uygulanarak, şekil şartını gerçekleştirebileceği izlenimini uyandıran içtihadından dönmüştür.

Buna karşılık diğer görüş, teleks mesajının kimin tarafından gönderildiği ihtilaf konusu olmadıkça, bu metni eBK m. 13 anlamında imzalı saymak gerektiğini, dolayısıyla yazılı şekil şartının yerine geldiği noktasındadır⁸⁰¹. Modern hayatın gerekleriyle uyumlu olmakla birlikte yazılı şekil kavramı ile bağdaşmayan bu görüş, şekil koşulu olan sözleşmelerde teleksin kullanılmasını oldukça zorlaştırmıştır⁸⁰².

d) *Güvenli Elektronik İmza*

Yukarıda belirttiğimiz üzere⁸⁰³, günlük yaşantının önemli bir parçası haline gelen internet gibi sanal ortamlarda hukuki işlemlerin, imzanın elle atılması kuralı

⁷⁹⁷ Oser-Schönenberger, Art. 13, N. 72; Oğuzman/Öz, **C. I**, s. 148; Eren, **Borçlar Genel**, s. 290; Elçin Grassinger, **Kefilin Hakları**, s. 113.

⁷⁹⁸ Elçin Grassinger, **Kefilin Hakları**, s. 113.

⁷⁹⁹ BGE 112. II. 328. Bkz. Kocayusufpaşaoğlu (Hatemi/Serozan/Arpacı), **Borçlar Hukukuna Giriş**, s. 297, dpn,76.

⁸⁰⁰ BGE 101. III, 65. (Çevrimiçi) http://www.polyreg.ch/bgepub/Band_101_1975/BGE_101_III_65.html (Erişim Tarihi:31.01.2019); Bkz., Kocayusufpaşaoğlu (Hatemi/Serozan/Arpacı), **Borçlar Hukukuna Giriş Hukuki İşlem Sözleşme**, s. 297.,dpn,73.

⁸⁰¹ Bucher, AT, s. 167.

⁸⁰² Oğuzman/Öz, **C. I**, s. 146; Elçin Grassinger, **Kefilin Hakları**, s. 113; Deren Gündüz, **Kefaletin Şekli**, s. 59.

⁸⁰³ Bkz. Bl.2, Ba. VIII, D, 2.

(TBK. m. 15/I; eBK m. 14/I) karşısında mümkün ve pratik hale gelmesi maksadıyla, 15.01.2004 tarih ve 5070 sayılı Elektronik İmza Kanunu ile elektronik imza müessesesi kabul edilmiştir. Buna göre güvenli elektronik imza da el yazısıyla atılmış imzanın bütün sonuçlarını doğuracaktır⁸⁰⁴. Bu bağlamda TBK. m. 14/I’de “*güvenli imza ile gönderilip saklanabilen metinlerin*” de yazılı şekil şartını gerçekleştireceği öngörülmüştür⁸⁰⁵.

Ancak kefilî korumak maksadıyla, güvenli elektronik imzanın Elektronik İmza Kanunu’nun 5. maddesinin ikinci fıkrasında, güvenli elektronik imzanın kefalet bakımından uygulama alanı bulmayacağı istisnasına yer verilmiştir. Hakkın kötüye kullanılması yasağını ihlal eden olumsuz uygulamaları nazara alan kanun koyucunun, sıkı şekilci bir anlayışı benimseyerek, elektronik ticaret ve bankacılık uygulamasının haklı ve menfaatlerinin göz ardı etmesinin isabetli olmadığı kanaatindeyiz. Bu itibarla, en azından tacirler bakımından güvenli elektronik imzanın teminat sözleşmeleri açısından kabulünün yerinde ve gerekli olacağı görüşündeyiz⁸⁰⁶.

5. Beyaza İmza Meselesi

Beyaza imza, boş bir kâğıda imza atılması ve bunun içeriğinin irade açıklamasının muhatabı olan kişi ya da üçüncü bir kişi tarafından, belgeyi verenin gösterdiği sınırlar içerisinde doldurulması suretiyle işlemin hukuki etkisini doğuracağı ilişkiyi ifade etmektedir. Öğretide genel olarak, beyaza imza yoluyla, geçerlilik şekline tabi olmayan hukuki işlemlerin yapılabileceği kabul edilmektedir⁸⁰⁷. Ancak beyaza

⁸⁰⁴ 818 sayılı Kanun m. 14 f.1’de; “Güvenli elektronik imza ile atılan imza ile aynı ispat gücünü haizdir” denilmektedir. Söz konusu bu hükmün geçerlilik şartını düzenlemesine karşın “*ispat gücüne haiz*” olduğunun belirtilmesi, öğretide haklı olarak eleştirilmiştir. Nitekim 6098 sayılı Kanun ile bu eksikliği gidermek isteyen kanun koyucu, “aynı hukuki sonuçları doğurur” ifadesine yer vermiştir. 818 sayılı Kanun m. 14 f.1’e yönelik eleştiriler için bkz. Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı, **Borçlar Hukukuna Giriş**, s. 56; Deren Gündüz, **Kefalet’in Şekli**, s. 57.

⁸⁰⁵ Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı, **Borçlar Hukukuna Giriş**, s. 56; Kılıçoğlu, **Genel Hükümler**, s. 119; Hluk Nami Nomer, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler (6098 Sayılı Kanun’a Göre Hazırlanmış)**, Gözden Geçirilmiş 12. Bs., İstanbul, Beta, 2012., s. 77. Buna karşılık kimi yazarlar, Güvenli elektronik imza ile adi yazılı şekille birlikte geniş anlamda nitelikli şekil şartın da yerine getirilebileceği savunmaktadır. Bkz. Özen, **Kefalet**, s. 222; Deren Gündüz, **Kefalet’in Şekli**, s. 57.

⁸⁰⁶ Bkz B.II, s.145-146.

⁸⁰⁷ Oğuzman/Öz, **C. I**, s. 150; Eren, **Borçlar Genel**, s. 276; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, **a.g.e.**, s. 119; Burak Özen, “Beyaza (Açığa) İmza Sorunu Üzerinde Düşünceler” **Legal Hukuk Dergisi**, S. 62, Y. 6, Şubat 2008, s. 409.

imzanın geçerlilik şekline tabi olan hukuki işlemlerde uygulama alanı kazanıp kazanmayacağı öğretide ve yargı kararlarında⁸⁰⁸ tartışmalıdır.

Bir görüşe göre, yazılı şeklin sadece beyanda bulunanı koruma amacı taşıdığı durumlarda, eksik kalan kısımların karşı tarafça doldurulması halinde koruma amacının gerçekleşmeyeceğinden, şekil şartının yerine gelmeyeceği kabul edilmelidir⁸⁰⁹.

Buna karşılık diğer kısım yazarlar ise; beyaza imzalı belgenin, belgeyi verenle belgeyi dolduran arasındaki anlaşmaya uygun doldurulduğu sürece geçerli sayılacağı, işlemin koruma amaçlı öngörülen geçerlilik şekline tabi olmasının sorun teşkil etmeyeceği görüşündedirler⁸¹⁰. Bu iki görüş ışığında kefalet sözleşmesinin beyaza imza yoluyla kurulup kurulamayacağı sorununı irdeleyelim.

Beyaza imza sorununa ilişkin 818 sayılı Kanun döneminde olduğu gibi 6098 sayılı Kanun ile açıklayıcı bir hükme yer verilmemiştir. Bu durum sebebiyle oluşan boşluk öğretide ileri sürülen görüşler ile doldurulmaya çalışılmıştır. 818 sayılı Kanun döneminde genel kabul gören görüşe göre, beyaza imza yoluyla yapılan kefalet sözleşmeleri şekli açıdan geçerli olarak kurulacaktır; yeter ki senedin, kefilin iradesine aykırı doldurulduğu hususu kefil tarafından ispat edilmesin⁸¹¹.

⁸⁰⁸ "... BK.nun 484. maddesine göre kefaletin sıhhati, tahriri şekle riayet etmeğe ve kefilin mes'ul olacağı muayyen bir miktar iradesine mütevakıftır. Davacı tarafından 24.7.1996 tarihli sözleşmenin 150.000.000.-TL. limit ile imzaladığı ve dava dışı Celal Akyol'a bu sözleşmeye dayalı olarak kredi kullandırıldığı ve çeşitli tarihlerde düzenlenen zeyilnameler ile kullandırılan kredi limitinin yükseltildiği anlaşılmaktadır. Ne varki sözleşmenin 21, 22, 23 sayfelerinde davacı kefilin açığa atılmış imzalarının bulunduğu görülmektedir. Bu durumda kredi sözleşmesi düzenlenirken davalı bankanın davacıdan üzerinde miktar belirtilmeden açığa imza aldığı kabulü gerekir. Boş olarak imzalanan kefaletle ilişkin kısımların sonradan doldurulmak suretiyle kefalet limitinin belirlenmesi yukarıda açıklanan yasal maddesi ile bağdaşmaz. Bir başka deyişle açığa imzalı kısma sonradan limit yazılması, imza atanı o miktar ile sınırlı olarak kefil haline getirmez" (Yargıtay 19. HD. E. 2000/6949 K. 2001/791 T. 2.2.2001), (Çevrimiçi), <http://www.kazanci.com> (Erişim Tarih:20.01.2019).

⁸⁰⁹ Schöenenberger, W./Jäggi, P. (Zürcher) **Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Band V: Obligationenrecht, Teilband V/1a: Allgemeine Einleitung, Vorbemerkungen vor Art. 1 OR**, Kommentar zu den OR, Zürich 1973, Art. 13, N. 45-47.

⁸¹⁰ Necip Kocayusufpaşaoğlu, **Güven Nazariyesi Karşısında Borç Sözleşmelerinde Hata Kavramı**, İstanbul, Garanti Matbaası, 1968, s. 33; Oğuzman/Öz, **C. I**, s. 155; Eren, **Borçlar Genel**, s. 276; Özen, **Beyaza (Açığa) İmza Sorunu Üzerinde Düşünceler**" Legal Hukuk Dergisi, S. 62, Y. 6, Şubat 2008, s. 413.

⁸¹¹ Oser/Schöenenberger, Art. N. 28; Schidlin, Art. 12-15, N. 25-27; Tandoğan, **C. II**, s. 748; Kocayusufpaşaoğlu, **Hata**, s. 33; Altaş, **Şekle Aykırılık**, s. 77; Eren, **Borçlar Genel**, s. 276; Reisoglu, **Kefalet**, s. 49; Özen, **Beyaza İmza**, s. 414; Deren Gündüz, **Kefaletin Şekli**, s. 65.

Kefaletle ilişkin şekil şartının kefil korumak amaçlı konulmasından hareket eden yazarlar ise; imzayı içeren senedin alacaklı veya asıl borçlu tarafından sonradan doldurulmasının, kanunun öngördüğü şekil şartını gerçekleştirmeyeceği, bu sebeple sözleşmenin geçersiz sayılacağını dile getirmişlerdir⁸¹². Bu görüşe göre, imza sahibi kefil, acele kararlardan korumak ve kefil olduğu sırada yaptığı hukuki işlemin yaratacağı tehlikeyi anlamasını sağlamak amacıyla konulan şekil hükmünün amacı gerçekleşmeyecektir.

Belirtilen görüşler 6098 sayılı Kanun m. 583 hükmü çerçevesinde geçerliliğini koruyacaktır. Buna göre genel kabul gören görüşü savunan yazarlar, TBK. m. 583'te belirtilen hususların kefil tarafından el yazısıyla doldurulup imzalanması kaydıyla, geri kalan adi yazılı şekle tabi kısımlar için, beyaz imzalı bir belge oluşturulabileceğini dile getirmişlerdir⁸¹³. İkinci görüş uyarınca ise TBK. m. 583 ile sağlanmak istenen koruma amacı, beyaza imza yoluyla doldurulan kefalet senedinde gerçekleşmeyeceğinden, sözleşmenin geçersiz olduğu kabul edilecektir.

Kanaatimce genel kabul gören görüş uyarınca; beyaza imza yoluyla kefalet sözleşmesi şekli açıdan geçerli olarak kurulacaktır. Zira kefalet senedinde TBK. m. 583'te belirtilen hususlar dışındaki kısımlar, verilen tamamlama yetkisinin içeriğine uygun olarak doldurulacağından, kefil koruma amacı gerçekleşecektir.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

KEFALET SÖZLEŞMESİNİN GEÇERLİLİK ŞARTLARINA UYULMAMASININ HUKUKİ SONUÇLARI

I. GENEL OLARAK

Çalışmamızın ikinci bölümünde açıklamaya çalışıldığı üzere, kefalet sözleşmesinin geçerli olabilmesi için; *kefilin kefil olma iradesine sahip olması, tarafların kefalet yapma hususunda gerekli ehliyet şartlarını taşıması, geçerli bir asıl*

⁸¹² Schöeneberger/Jaggi, Art. 13, N.45; Özen, Beyaza (Açığa) İmza, s.410.

⁸¹³ Kocayusufpaşaoğlu, **Hata**, s. 33; Altaş, **Şekle Aykırılık**, s. 77; Eren, **Borçlar Genel**, s. 276; Reisoglu, **Kefalet**, s. 49; Özen, **Beyaza İmza**, s. 414; Deren Gündüz, **Kefaletin Şekli**, s. 65.

borcun bulunması, kefaletin konusunun hukuka ve ahlaka aykırı olmaması, irade beyanlarının sakatlamamış olması ve öngörülen şekil şartlarına uygun olarak yapılması koşullarının varlığı gereklidir⁸¹⁴. Çalışmamızın bu bölümünde ise; yukarıda belirtilen koşullardan herhangi birinin eksik olması halinde, kefalet sözleşmesinin hangi geçersizlik yaptırımına tabi olacağı ile uygulanacak geçersizlik yaptırımının sonuçları üzerinde durulacaktır.

Ayrıca bu bölümde, hukukumuzda, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu ile ilk kez düzenlenen genel işlem koşulu denetimi, kefalet sözleşmesi kapsamında incelenecektir.

II. KEFİLİN KEFİL OLMA İRADESİNE SAHİP OLMAMASI HALİNİN KEFALET SÖZLEŞMESİNE ETKİSİ VE YAPTIRIMI

Tüm sözleşmeler gibi kefalet sözleşmesinde de karşılıklı ve birbirine uygun irade uyuşmasının varlığı aranır (TBK. m. 1). Bu unsurun bulunmadığı hallerde, sözleşmelerin varlık kazanamayacağı, sözleşme ilişkisinin kurulmadığı kabul edilir. Diğer bir deyişle, belirtilen bu durumda, yokluk yaptırımı uygulama alanı bulur⁸¹⁵.

Bilindiği üzere kefalet sözleşmesinin objektif esaslı noktaları, bu sözleşmenin niteliği ve karakteristik özelliğini ifade eden, “kefalet iradesi” ve “hangi borcun teminat altına alındığı” unsurlarını içerir.⁸¹⁶ Kefalet sözleşmesinde iradenin oluşması ile asıl borcun belirlenmesi aşamasında objektif unsurların olmaması⁸¹⁷ İsviçre ve Türk Hukuku hakim görüşü bakımından yokluk yaptırımına tabidir⁸¹⁸. Bu hususdaki eksiklikler sözleşmenin kurulmasını engelleyeceğinden, sözleşmenin kurulmasından sonra hüküm ifade etmesini sağlayacak olan şekil koşulları denetimi⁸¹⁹ bir sonraki aşamada yapılacaktır.

⁸¹⁴ Bkz. B1.2, Ba. II.

⁸¹⁵ Tunçomağ, **Genel Hükümler**, s. 127; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp, **a.g.e.**, s. 377; Eren, **Borçlar Genel**, s. 200; Hatemi/Gökyayla, **Borçlar Genel**, s. 30; Oğuzman/Öz, **C. I**, s. 175.

⁸¹⁶ Ayan, **Kefilin Sorumluluğu**, s. 152.

⁸¹⁷ B1.2, Ba. IX, C.1.

⁸¹⁸ Elçin Grassinger, **Savunma İmkanları**, s. 101; Barlas, **Geçerlilik Şartları**, s.351; Gümüş, **Borçlar Özel**, s. 292; Akkanat, **Fer-ilik**, s. 811.

⁸¹⁹ Beck, Art. 493, N. 15; Pestalozzi, Art. 493, N. 3; Oğuzman/Öz, **C. I**, s. 127; Eren, **Borçlar Genel**, s. 262; Haluk Tandoğan, **Türk Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri**, **C. I/1** 6. Basım, İstanbul 1990, s. 233; Gümüş, **Borçlar Özel**, s. 365; Altaş, **Şekle Aykırılık**, s. 102 vd; Reisoğlu, **Kefalet Hukuku**, s. 93;

Yokluk, her zaman ve ilgili herkes tarafından ileri sürülebilir bir hükümsüzlük yaptırımıdır⁸²⁰. Yokluk dava veya dava dışı yollarla ileri sürülebilir. Ayrıca hâkim önüne gelen uyuşmazlıkta bir sözleşmenin yokluğu anlaşılıyorsa, bu hususu hiç kimse ileri sürmemiş olsa dahi re'sen⁸²¹ göz önüne almak zorundadır⁸²². Diğer taraftan, yokluğun ileri sürülmesi, hakkın kötüye kullanılması oluşturacağı gerekçeyle engellenemez⁸²³.

Yokluk yaptırımına tabi tutulan bir kefalet işleminin yok olması sebebiyle, düzeltilmesi veya tahvili söz konusu olamaz⁸²⁴. Bir davada yokluk iddiasının ispat külfeti, genellikle, doğmamış bir hukuki işlemi ve bu işleme bağlı hukuki sonuç doğmayacağını iddia edecek taraf olan davalıya (kefile) aittir⁸²⁵.

Kefalet sözleşmesinin kurulması esnasında, irade ile beyan arasındaki uygunsuzluğu, irade beyanında bulunan kişinin bunu bilerek ve isteyerek yapması durumunda, örneğin zihni kayıt veya latife beyanında, bu beyanın modern güven teorisi kapsamında yapılan değerlendirmesi sonucunda, karşı tarafın durumu bilmesi ve bilebilecek olması halinde, hukuki işlem yoktur⁸²⁶. Bu görüşe ek olarak; Kocayusufpaşaoğlu'nca, muvazaalı yapılan işlemlerde, taraflar hukuki sonuç iradesinden yoksun bulundukları için “kesin hükümsüzlük” değil, “yokluk” yaptırımına tabi olduğu belirtilmiştir⁸²⁷.

Kefalet sözleşmeleri uygulamada her ne kadar tek tarafa borç yükleyen sözleşme niteliğinde karşımıza çıksa da, alacaklının sözleşmeye taraf olma iradesini

Muzaffer Şeker, “Şekil Noksanı Nedeniyle Sözleşmenin Hükümsüzlüğünden Kaynaklanan Sorumluluk Halleri ve Zararın Tazmini”, *Legal Hukuk Dergisi*, Yıl 2008 S. 61, s. 51; Altaş, Şekle Aykırılık, s. 102, dpn.80.

⁸²⁰ Bu noktada belirtmek gerekir ki, yokluk, geniş anlamıyla hükümsüzlüğün bir türüdür. Kanunda açıkça düzenlenmeyen bu hükümsüzlük hali, öğreti ve yargı kararlarında kabul edilmektedir. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. M. Kemal Oğuzman, *Medeni Hukuk Dersleri, Giriş Kaynaklar, Temel Kavramlar*, 6. Bası, İstanbul, 1990, s. 139 vd.

⁸²¹ Antalya, *Borçlar Genel C. I*, s. 127.

⁸²² Muzaffer Şeker, *Yazılmamış Sayılma (BK. m. 21/1, 21/2, 24) Yokluk ve Kesin Hükümsüzlük Kıskaçında 6098 sayılı Yeni Türk Borçlar Kanunu'na Göre Genel İşlem Koşullarının Yazılmamış Sayılması*, İstanbul, XII Levha, 2015, s. 63 vd.

⁸²³ Hatemi/Gökyayla, *Borçlar Genel*, s. 86; Oğuzman/Öz, *C. I*, s. 175.

⁸²⁴ Antalya, *Borçlar Genel C. I*, s. 128.

⁸²⁵ Antalya, *Borçlar Genel C. I*, s. 128.

⁸²⁶ Antalya, *Borçlar Genel C. I*, s. 128.

⁸²⁷ Kocayusufpaşaoğlu (Hatemi/Serozan/Arpacı), *Borçlar Hukukuna Giriş*, s. 581.

ortadan kaldırmaz⁸²⁸. Diğer bir deyişle, gerek tek tarafa borç yükleyen kefaletlerde, gerekse tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde alacaklının sözleşme iradesinin bulunması kurucu bir unsurdur. Bu unsurun bulunmaması da sözleşmenin yokluk yaptırımına tabi olması sonucunu doğuracaktır.

III. KEFİLİN KEFİL OLMA EHLİYETİNE SAHİP OLMAMASI HALİNİN KEFALET SÖZLEŞMESİNE ETKİSİ VE YAPTIRIMI

Bir sözleşmenin kurulması için gerekli irade beyanında bulunması gereken kimsenin ehliyetsizliği⁸²⁹, bu sözleşmenin kesin hükümsüz olması sonucunu doğurur⁸³⁰. Kefalet sözleşmesine ilişkin ehliyet hususu, geçerlilik koşulları bölümünde incelendiğinden, burada kesin hükümsüzlük yaptırımının hüküm ve sonuçları ele alınacaktır⁸³¹. Bu noktada belirtelim ki, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu ile kefaletin geçerliliği için “eşin rızası” koşulunun, ehliyete ilişkin bir kısıtlama olduğu görüşüne katıldığımdan, bu koşulun eksikliği halinde, tabii olarak, kefaletin kesin hükümsüz⁸³² olması sonucunu benimsemekteyiz.

Nitekim Yargıtay Hukuk Genel Kurulu kararında⁸³³, “...*Türk Borçlar Kanunu'nun 584/1 inci maddesine göre rıza sonradan verilecek icazet ile tamamlanmadığından, eşin izni tamamlayıcı unsur değil geçerlilik unsurudur. Yani kefalet sözleşmesinin geçerli olarak kurulabilmesi için eşin rızası mutlaka gereklidir. Aksi halde kefalet sözleşmesi geçersiz olacaktır. Zira rıza, eşin kefil olma ehliyetini*

⁸²⁸ Tandoğan, C. II, s. 748; Reisoğlu, **Kefalet Hukuku**, s. 71-72; Özen, Kefalet, s. 163.

⁸²⁹ Özen, **Kefalet**, s. 180.

⁸³⁰ Şeker, **Yazılmamış Sayılma**, s. 67; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, **a.g.e.**, s. 185; Hatemi/Gökyayla, **Borçlar Genel**, s. 72; YİBK.T. 13.5.1964, E. 1964/1, K. 1964/3, (RG. 08.07.1964, S. 11748). “...*Dava, taşınmaz satış işleminin hukuki ehliyetsizlik nedeniyle iptali ve tescil talebine ilişkindir. Ehliyetsiz kişinin fiilleri hukuki sonuç doğurmaz. Akit iki taraflı hukuki işlemdir. Akit karşılıklı olarak iki tarafın iradesinin birleşmesiyle oluşur. Batıl olan bir akit bir taraf için geçerli diğer taraf için geçersiz kabul edilemez.*” Yarg. Hukuk Genel Kurulu E.2002/1-877 K. 2002/1029 T. 27.11.2002 (Çevrimiçi) <http://www.kazanci.com> (Erişim Tarihi:28.01.2019).

⁸³¹ Bkz., B1., BII, Ba. IV.

⁸³² Şeker, **Yazılmamış Sayılma**, s.68.

⁸³³ YHGK, T. 24.05.2017, E. 2017/12-1135, K. 2017/1012. (Çevrimiçi) <http://www.kazanci.com> (Erişim Tarihi:28.01.2019).

sınırlar ve rızanın yokluğunun yaptırımı kesin hükümsüzlüktür. Bu geçersizlik hakim tarafından resen dikkate alınır... ”, denilmekle bu görüş açıkça benimsenmiştir⁸³⁴.

Kesin hükümsüzlük, kurucu unsurları mevcut olduğu için meydana gelen sözleşmelerden, geçerlilik koşullarından kamu düzenini ilgilendirecek önemde bulunanların gerçekleşmemiş olması halinde uygulanan hükümsüzlük yaptırımıdır⁸³⁵. Nitekim TBK. m. 27/I hükmü ile *kanunun emredici hükümlerine, ahlaka, kamu düzenine, kişilik haklarına aykırı veya konusu imkânsız olan sözleşmelerin kesin hükümsüz olduğu düzenlenmiştir.*

Borç doğuran sözleşmeler bakımından, örneğin kefalet sözleşmesinde, kesin hükümsüzlük yaptırımı, her zaman ileri sürülebilir. Ayrıca sözleşmeyi kesin hükümsüz kılmak için dava açmak zorunlu olmadığı gibi, bir beyana da ihtiyaç yoktur. Zira sözleşme ilişkisi kendiliğinden hükümsüzdür. Bu itibarla, hâkim önüne gelen uyuşmazlıkta, kesin hükümsüzlük ileri sürülmesi dahi bu durumu re'sen dikkate almalıdır⁸³⁶. Öte yandan bir sürenin geçmesi veya sakat unsurun düzeltilmesi kesin hükümsüz sözleşmeye geçerlilik kazandırmaz. Bununla birlikte taraflar yeni bir sözleşme yaparak sözleşme iradesini gerçekleştirebileceklerdir. Aynı şekilde, kesin hükümsüz olan sözleşmeden doğan edim borçlarının yerine getirilmesi de sözleşmeyi

⁸³⁴ Yarg. 8. HD, T. 28.11.2017, E. 2017/4164, K. 2017/15697. Aynı yöndeki bir başka karara göre, “Davaya konu genel kredi sözleşmesinde davalı müteselsil kefil konumundadır. Sözleşme tarihi olan 5.9.2012 tarihinde yürürlükte bulunan (28.3.2013 tarihli değişiklikten önceki) TBK. m.584/1 uyarınca eşlerden biri ancak diğerinin yazılı rızası ile kefil olabilir. Her ne kadar dosya içerisinde davalı eş tarafından tarihsiz muvafakatname belgesi var ise de davalı söz konusu muvafakatnamedeki imzanın eşine ait olmadığını ileri sürmüş olup, mahkemece kefaletin geçersizliği konusunda söz konusu imzanın davalının eşine ait olup olmadığı konusunda herhangi bir inceleme yapılmamıştır. Bu nedenle mahkemece muvafakatnamedeki imzanın davalının eşine ait olup olmadığı yönünde araştırma yapılarak, gerektiğinde bilirkişi incelemesi yapılmak suretiyle toplanacak deliller doğrultusunda muvafakatnamedeki imza davalının eşine ait değil ise davalının kefaletinin TBK. 584/1. maddesi uyarınca geçerli olmayacağı kabul edilerek sonucuna göre karar verilmesi gerekirken eksik inceleme ve yanılıklı gerekçeyle karar verilmesi doğru görülmemiştir” Yarg. 19. HD., T. 02.10.2017, E. 2016/11859, K.2017/6509. (çevrimiçi) <http://www.kazanci.com> (Erişim tarihi:15.12.2019).

⁸³⁵ Şeker, **Yazılmamış Sayılma**, s.67-79; Saymen/Elbir, **Borçlar Hukuku**, s. 149; Aydın Aybay, **Borçlar Hukuku Dersleri**, İstanbul, Filiz, 2016. **Borçlar Dersleri**, s. 62.

⁸³⁶ Oğuzman/Öz, C. I, s. 176; Şeker, **Yazılmamış Sayılma**, s. 75; Hatemi/Gökyayla, **Borçlar Genel**, s. 87.; “...Ehliyetsizlik hali irade bildirimini geçersiz kıldığından, bu durumda olan kişinin yapmış olduğu işlemler ve tasarruflar da hukuki sonuç doğurmaz. Takip ehliyeti yerleşik Yargıtay İçtihatlarına göre kamu düzenine dair olduğundan, her zaman (süresiz) şikayet yolu ile ileri sürülebilir. Yukarıda da belirtildiği gibi, icra müdürü ve icra mahkemesi de bu işlemlerin geçersizliğini kendiliğinden (re'sen) gözetmelidir...” Yargıtay 12. Hukuk Dairesi E. 2018/4016 K. 2018/8889 T. 1.10.2018 (Çevrimiçi) <http://www.kazanci.com> (Erişim Tarihi:27.01.2019), Aynı yönde; Yargıtay 12. Hukuk Dairesi E. 1979/2381 K. 1979/2497 T. 22.3.1979 (Çevrimiçi)<http://www.kazanci.com>, (Erişim Tarihi:27.01.2019).

geçerli hale getirmeyecektir. Ancak edim borçlarını yerine getiren kimsenin hükümsüzlüğü ileri sürmesi, dürüstlük kuralıyla bağdaşmıyorsa, hakkın kötüye kullanılması teşkil edebilir. Bu tür hallerde, TMK. m. 2/II uyarınca, şekil eksikliğinin ileri sürülmesi hukuk düzenince korunmayacaktır⁸³⁷.

IV. İRADE SAKATLIĞININ BULUNMASI HALİNİN KEFALET SÖZLEŞMESİNE ETKİSİ VE YAPTIRIMI

A. GENEL OLARAK

Türk Borçlar Kanunu'nda bir sözleşme yapılırken, esaslı yanıltma (m. 30), aldatma (m.36) veya korkutma (m.37) sebebiyle iradesi sakatlanan tarafın o sözleşme ile bağlı olmayacağı kabul edilmiştir. Bu bağlamda, TBK. m. 39/I hükmü ile yanıltma veya aldatma sebebiyle ya da korkutulma sonucunda sözleşme yapan tarafa bir yıl içinde sözleşmeyi iptal etme hakkı tanınmıştır. Söz konusu geçersizlik yaptırımının *iptal edilebilirlik* olduğu hususunda görüş birliği olmakla birlikte, geçersizliğin nasıl bir etki doğuracağı hususu tartışmalıdır⁸³⁸.

Bölünmüş geçersizlik olarak da nitelenen bir görüşe göre, irade sakatlığı sebebiyle uygulanacak geçersizlik yaptırımı sadece iradesi sakatlanan açısından sonuç doğuracak, diğer taraf açısından sözleşme geçerliliğini koruyacaktır⁸³⁹.

İkinci bir görüşe göre⁸⁴⁰, irade sakatlığının varlığı halinde sözleşme ilişkisi daha baştan itibaren her iki taraf açısından da hükümsüzdür. Ancak bu hükümsüzlük, kesin olmayıp, *düzelebilir bir hükümsüzlük* şeklindedir. İradesi sakatlanan, süresi içerisinde iptal hakkını kullanırsa, baştan itibaren mevcut hükümsüzlük kesinleşir. Buna karşılık

⁸³⁷ Hakkın kötüye kullanılmasına ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. B. 3, Ba. VI, G.; Tandoğan, C. I, s. 242; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, **a.g.e.**, s. 105.

⁸³⁸ Bu görüşler hakkında ayrıntılı değerlendirme için bkz. Kocayusufpaşaoğlu (Hatemi/Serozan/Arpacı), **Borçlar Hukukuna Giriş**, s. 430 vd.

⁸³⁹ von Tuhr, **Borçlar Hukuku I**, s. 329; Hatemi/Gökyayla, **Borçlar Genel**, s.103.

⁸⁴⁰ Belirtmek gerekir ki, sözleşmeyi iptal hakkı, yanıltan tarafa tanınmış bir imkândır. Diğer taraf, yanıltan tarafça sözleşme iptal edilmedikçe, baştan itibaren sözleşmeye bağlıdır; Selim Kaneti, **Akdin İfa Edilmediği Def'i**, İstanbul, Ahmet Said Matbaası, 1962. İstanbul, 1962, s. 53; Zekeriyâ Kürşat, **Borçlar Hukuku Alanında Hile Kavramı**, İstanbul, 2003, s. 65; Kocayusufpaşaoğlu, **Borçlar Hukukuna Giriş.**, s. 588. Antalya, **Borçlar Genel C. I**, s. 146.

bir yıllık iptal süresi içerisinde iptal edilmeyen veya iradesi sakatlanan tarafından icazet verilen sözleşme, yapıldığı andan başlamak üzere, her iki taraf için de geçerli hale gelir.

Son olarak *iptal teorisine* göre ise, “*bozulabilir geçerlilik*” görüşünü savunan yazarlar; sözleşmenin baştan itibaren geçerli olduğu ve iradenin sakatlanması nedeniyle uygulanacak hükümsüzlüğün sözleşmenin kurulması anından itibaren her iki taraf için de sonuçlarını doğuracağı noktasındadır. İradesi sakatlananın süresi içinde iptal hakkını kullanması ile sözleşme geçmişe etkili olarak ve kesin biçimde hükümsüz hale gelir⁸⁴¹.

Esasen temel olarak “*düzelebilir hükümsüzlük*” ile “*bozulabilir geçerlilik*” görüşleri arasındaki temel fark; sözleşmenin baştan itibaren geçerli olup olmaması noktasında toplanmaktadır.

Katıldığımız görüş, Türk Borçlar Kanunumuz açısından düzelebilir hükümsüzlük görüşünün daha uygun düşeceği şeklindedir⁸⁴². Buna göre sözleşmede, iradesinde veya beyanında sakatlık olan bakımından düzelebilir hükümsüzlük, karşı taraf bakımından ise “iptal edilme” bozucu şartına bağlı geçerlilik hali söz konusudur. Ayrıca iptal beyanı ile söz konusu bozucu şartın gerçekleşmesi geriye etkilidir. Nitekim TBK. m. 39’da öngörülen hak düşürücü süre içerisinde iptal hakkının kullanılmaması halinde sözleşmenin geçerli hale dönüşeceğini kabul edilmiştir. Şu hâlde, yanılan, aldatma veya korkutmaya maruz kalan taraf, sözleşmenin geçerli hale gelmesini önlemek istiyorsa bu arzusunu hak düşürücü süre içerisinde beyan etmelidir. Bu beyan yapılmadıkça hâkim irade sakatlığını kendiliğinden göz önüne alamaz.

İsviçre Federal Mahkemesi de “Picasso kararı” olarak bilinen 7.6.1988 tarihli kararında, düzelebilir hükümsüzlük görüşünün daha isabetli olduğu ortaya

⁸⁴¹ Bucher, s. 210; Eren, **Borçlar Genel**, s. 369; Karahasan, **Genel Hükümler-I**, s. 353; Tunçomağ, **Genel**, s. 192.

⁸⁴² Oğuzman/Öz, **C. I**, s. 117-118; Tekinay/Akman/Burcuoplu/Altıparmak, **a.g.e.**, s. 452. Yine bu görüşte olan Kocayusufpaşaoğlu, olması gereken hukuk bakımından, yanılmada, sözleşmenin başlangıçtan itibaren hükümlerini doğurmasının ancak iptalinin mümkün olması yönündeki, iptal teorisine üstünlük tanınması ile olabileceğini belirtmiştir. Ancak bu durum, İsviçre Borçlar Kanunu ile benzer sistemin benimsendiği Borçlar Kanunu’muza en uygun olan görüşün, düzelebilir hükümsüzlük olması gerçeğini değiştirmediğini ve özellikle aldatma, korkutma ve onlarla bir tutulan aşırı yararlanma açısından düzelebilir hükümsüzlük görüşünün kabulünün zorunlu olduğunu savunmaktadır. Kocayusufpaşaoğlu (Hatemi/Serozan/Arpacı), **Borçlar Hukukuna Giriş**, s. 586,587.

konulmuştur⁸⁴³. Aynı şekilde, Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, konuya ilişkin güncel sayılacak bir kararında, “*hatanın neticesi, taliki (geciktirici) şarta bağlı sıhhattir*” demekle düzelebilir hükümsüzlük görüşünü kabul etmiştir⁸⁴⁴.

B. İPTAL HAKKININ KULLANILMASI VE SONUÇLARI

1. Genel Olarak

İptal hakkı, genel anlamda irade bozukluğu yaşanan kefalet sözleşmesi dahil bütün sözleşmelerde, iradesi sakatlanan kişi tarafından; yanıltma⁸⁴⁵ veya aldatmayı⁸⁴⁶ öğrendiği ya da korkutmanın⁸⁴⁷ etkisinin ortadan kalktığı andan itibaren bir yıllık hak düşürücü süre içinde kullanılmalıdır (TBK. m. 39)⁸⁴⁸.

İptal hakkının kullanılmasıyla sözleşme baştan itibaren kesin hükümsüz hale geleceğinden ve iptalin kural olarak, geriye etkili olacağından, taraflar edimlerin iadesi taleplerini, şartların gerçekleşmesine göre, istihkak davası yahut bir sebepsiz zenginleşme davası ile ileri sürebileceklerdir⁸⁴⁹. Kefalet sözleşmesinde, para borcu olan kefalet borcunu yerine getiren kefil, alacaklıdan ödediği paranın iadesi talebini, sebepsiz zenginleşme davasına konu edebilecektir. Ancak öğretilde, sözleşmede her iki tarafın

⁸⁴³ BGE 114 II 131. Karar hakkında ayrıca bkz. Kocayusufpaşaoğlu (Hatemi/Serozan/Arpacı), **Borçlar Hukukuna Giriş**, s. 432.

⁸⁴⁴ YHGK, T. 5.4.2006, E. 2006/1-83, K. 2006/143, **YKD.**, 2006/8, s. 1201. Karar için bkz., Kocayusufpaşaoğlu (Hatemi/Serozan/Arpacı), **Borçlar Hukukuna Giriş**, s. 437, dpn,109c.

⁸⁴⁵ T.C. Yargıtay 1. Hukuk Dairesi E. 2017/2166 K. 2017/2961 T. 29.5.2017 (Çevrimiçi) <http://www.kazanci.com> (Erişim Tarihi: 27.01.2019).

⁸⁴⁶ T.C. Yargıtay 1. Hukuk Dairesi E. 2018/3719 K. 2018/12995 T. 1.10.2018 (Çevrimiçi) <http://www.kazanci.com> (Erişim Tarihi:27.01.2019).

⁸⁴⁷ T.C. Yargıtay 14. Hukuk Dairesi E. 2015/3943 K. 2017/6090 T. 12.9.2017 (Çevrimiçi) <http://www.kazanci.com> (Erişim Tarihi:27.01.2019).

⁸⁴⁸ İptal beyanının şekli, kullanılması, sonuçları, şekle tabi olup olmadığı, mahkemece bir inceleme yapıp yapılamayacağı, iptal beyanından vazgeçme, feragat ile İsviçre ve Türk Hukuku uygulamaları açısından detaylı inceleme için bkz.; Oğuzman/Öz, **C. I**, s. 119; Yarg.13 HD., T. 1.2.1989, E. 1989/5415, K. 1989/512, **YKD.** 1990/1, s. 73. karar için bkz., Kocayusufpaşaoğlu (Hatemi/Serozan/Arpacı), **Borçlar Hukukuna Giriş**, s. 432, dpn,117; Kocayusufpaşaoğlu (Hatemi/Serozan/Arpacı), **Borçlar Hukukuna Giriş**, s. 432-438; BGE 128 II 70. Bkz. Kocayusufpaşaoğlu (Hatemi/Serozan/Arpacı), **Borçlar Hukukuna Giriş**, s. 436; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Alttop, **a.g.e.**, s. 121; Oğuzman/Öz, **C. I**, s. 121.

⁸⁴⁹ Söz konusu edim, taşınmaz mülkiyeti olması halinde, taşınmaz mülkiyetinin devri sebebe bağlı bir tasarruf işlemi ile gerçekleştiğinden, burada, TMK. m. 683/II kapsamında istihkak davası açılacaktır. Mülkiyet hakkına dayalı aynı nitelikteki bu dava açısından talep ve zamanaşımına yoktur. Edimin taşınır olması ihtimalinde de aynı şekilde istihkak davası ikame edilecektir. Buna karşılık, mülkiyet hakkına dayalı istihkak davası açılmadığı durumlarda ise sebepsiz zenginleşme davası ile verilen edimin iadesi talep edilebilecektir. Ayrıca iptal sebebiyle uğranılan zararların tazmini yanıltmaya neden olan taraftan talep edilebilecektir. Oğuzman/Öz, **C. I**, s. 120; Kocayusufpaşaoğlu (Hatemi/Serozan /Arpacı), **Borçlar Hukukuna Giriş**, s. 439.

borçlarını ifa ettiği durumlarda, iade talebinde bulunan tarafın, kendi aldığı edimi iade etmiş olması veya iade teklifinde bulunması gerektiği kabul edilmektedir⁸⁵⁰.

2. İptal Hakkının Düşmesi

Hak sahibinin irade beyanındaki sakatlığı bilmesine rağmen, sözleşme ile bağlı kalmayı arzu etmesi, iptal hakkından feragat iradesi olarak değerlendirilerek, kefalet sözleşmesi dahil, genel anlamda bütün sözleşmeler açısından, iptal hakkının düştüğünü ve sözleşmenin geriye etkili olarak geçerli hale geldiği göstermektedir⁸⁵¹.

3. TBK. m. 582/II Hükmünce Yanılma Halinin Varlığında İptal Hakkının Değerlendirilmesi

TBK. m. 582/II⁸⁵² düzenlemesi esas borçlunun yanılması ve ehliyetsiliği yüzünden geçersiz bir borca ilişkin kişisel teminat verilmesini konu alır⁸⁵³. İlk bakışta fer-ilik ilkesinin istisnası gibi görünen bu durumda, yanılma ve ehliyetsizlik sebebiyle geçersiz olan bir sözleşmenin geçersizliğini bilen kişinin “*garanti veren*” olabileceğini ifade ediliyor gibi görünmektedir⁸⁵⁴.

TBK. m. 582/II düzenlemesinin 818 sayılı Borçlar Kanunu m.485/III⁸⁵⁵ hükmünde karşılığı olan sözleşme, “*kefalet*” olmayıp “*garanti*” sözleşmesidir⁸⁵⁶. TBK. m. 582/II’nin amacı, yanılma ve ehliyetsizlik yüzünden geçersiz bir borca konu olan

⁸⁵⁰ Oğuzman/Öz, C. I, s. 120; Antalya, **Borçlar Genel C. I**, s. 353.

⁸⁵¹ İptal beyanının ortaya çıkmasına ilişkin; feragatin onaylanması, dürüstlük ilkesi gereği onamanın zımnen yapılması, onama beyanının irade bozukluğuna uğramasına ilişkin sözleşmenin geçersizliği, iptal hakkına ilişkin sürelerin başlangıcı ile TBK. m. 39/II açısından uğranılan zararların tazminine ilişkin detaylı bilgi için bkz., Oğuzman/Öz, C. I, s. 120; Antalya, **Borçlar Genel C. I**, s. 354; Kocayusufpaşaoğlu (Hatemi/Serozan/Arpacı), **Borçlar Hukukuna Giriş**, s. 444.

⁸⁵² TBK. m. 582/II’ye göre; “Yanılma veya ehliyetsizlik sebebiyle borçlunun sorumlu olmadığı bir borç için kişisel güvence veren kişi, yükümlülük altına girdiği sırada, sözleşmeyi sakatlayan eksikliği biliyorsa, kefaletle ilgili kanun hükümlerine göre sorumlu olur. Aynı kural, borçlu yönünden zamanaşımına uğramış bir borca kefil olan kişi hakkında da uygulanır.”

⁸⁵³ Özen, **Kefalet**, s.107.

⁸⁵⁴ Özen, **Kefalet**, s.107.

⁸⁵⁵ 818 sayılı eBK m. 485/III’e göre; “Hata yahut ehliyetsizlik sebebiyle borçlunun mesuliyetini icap etmeyen bir akitten mütevellit borca kefalet, eğer kefil akdin borçlu yüzünden olan bu fesadına taahhüt esnasında vakıf ise muteber olur.”

⁸⁵⁶ Özen, **Kefalet**, s.108.

edimin yerine getirileceği hususunda hareket eden kişinin kefile benzer bir durumda olduğunu belirtmektedir⁸⁵⁷.

TBK. m. 582/II hükmünün amacının sadece garanti sözleşmelerini, kefalet sözleşmesi geçerlilik şartlarına çektiği anlayışı, TBK. m. 603 olduğu için anlamsız kalacaktır. Çünkü TBK. m. 603, gerçek kişinin vereceği her türlü kişisel teminatta kefalet sözleşmesinin geçerlilik koşullarına tabi olacağını belirtmektedir. Bu sebeple, sırf bu amaç için var olan bir kanun hükmü olduğundan, Özen, burada TBK. m. 582/II hükmünün, “belirli bazı noktalarda bağımsız” bir sorumluluk altında olan kefilin “garanti sözleşmesine” sokulmaya çalışılması ihtimalinde kullanılması gereken bir hüküm olduğunu belirtmektedir⁸⁵⁸. Özen tarafından savunulan ve kanaatimce de uygun olan bu görüşe göre; “garanti veren” kuvvetle muhtemel, “kefil gibi sorumlu olduğunu” hissederek hareket etmiştir ve ilerde alacaklıyı tatmin ettikten sonra halefiyet ayrıcalığından yararlanmak isteyecektir⁸⁵⁹.

Konumuzun özü olan TBK. m. 582/II hükmünün değerlendirilmesinde temel kıstas olan teminat verenin sorumluluğunun “bağımsız” yönü, iptal hakkının kullanılmasıyla ortaya çıkacaktır⁸⁶⁰.

Bu aşamada yanılma sebebiyle iptal hakkını kullanmayan esas borçlu, yapılan sözleşmeyi en baştan itibaren geçerli hale getirdiğinde, teminat veren kefil sıfatıyla sorumlu olacak ve halefiyet ayrıcalığından da yararlanacaktır⁸⁶¹.

Eğer ki borçlu iptal hakkını kullanmış olsaydı, teminat veren, geçersiz olan bir borca teminat vermiş olacak ve “garanti veren sıfatı” ile alacaklı tarafından sorumlu tutulabilecektir⁸⁶². Bu durumda TBK. m. 582/II olmasaydı kefilin yararlandığı haklardan yararlanamayacak ve halefiyet ayrıcalığından faydalanamayacaktır.

Kanatimce konumuzun esas noktası, TBK. m. 582/II hükmünün konuluş amacının; örneğin iptal hakkının kullanılması ile, bazen “garanti” bazen ise “kefalet”

⁸⁵⁷ Beck, **Art.** 493, N. 15; Pestalozzi, **Art.** 493, N. 3; Reisoğlu, **Kefalet Hukuku**, s. 20.

⁸⁵⁸ Özen, **Kefalet**, s.108.

⁸⁵⁹ Özen, **Kefalet**, s.109.

⁸⁶⁰ Beck, **Art.** 493, N. 13.

⁸⁶¹ Özen, **Kefalet**, s.109.

⁸⁶² Özen, **Kefalet**, s.110.

sözleşmesiymiş gibi ortaya çıkan bu “*karma tipli sözleşmenin*”⁸⁶³ her halükarda işin özünü önemseyip “*kefil olma arzusunun*” unutulmadan, “*kefaletle ilgili kanun hükümlerince*” değerlendirilmesi gerektiğidir. TBK. m. 582/II hükmü, TBK. m. 603 hükmünün dolanılmasının ve “*kefilin*” veya “*garanti verenin*” “*bağımsız*” teminat vermek sorumluluğunun da sınırlarının, kefalet hükümleri nezdinde çizilmesini sağlamıştır.

TBK. m. 582/II hükmünün uygulanmasında da en temel konu, kişisel teminat veren kişinin sorumluluk üstlendiği sırada esas borca ilişkin yanılma sebebiyle geçersizliğin farkında olmasıdır⁸⁶⁴. Esas borçlunun yanılmasının veya ehliyetsizliğinin sonradan öğrenilmesi, başta yapılan kefalet sözleşmesinin garanti sözleşmesine dönüşmesini sağlamaz⁸⁶⁵.

Yanılma bilinmeden veya bilinmesine rağmen “*iptal hakkının kullanılması*” koşuluna bağlı olarak kefil olunmuşsa TBK. m. 582/II hükmü uygulanmaz⁸⁶⁶. Bu durumda gerçek bir kefalet sözleşmesi yapıldığı kabul edilerek, iptal hakkının kullanılmasıyla fer-ilik ilkesi gereğince veya koşul gerçekleşmediğinden, kefil sorumlu tutulamaz⁸⁶⁷.

4. Yanılmaya Bağlı İptal Hakkının Sınırlandırılması

Türk Borçlar Kanunu’na göre yanılan taraf, yanıldığını dürüstlük kurallarına aykırı olarak ileri süremeyecektir (m. 34/I). Böylece dürüstlük kuralının, yanılma sebebiyle doğan iptal hakkındaki görünümü açıkça düzenlenmiştir. Şu hâlde, TBK. m. 34/I hükmü, yanılma olgusunun, dürüstlük kuralıyla bağdaşmayacak şekilde, örneğin, kefalet sözleşmesi kurulduktan sonra yanılmayı öğrenmesine rağmen, kefalet sayesinde ortağı olduğu işletme için gerekli kredinin açılmasını sağlayıp uzun süre sonra iptal hakkını ileri sürmesini önleyecektir⁸⁶⁸.

⁸⁶³ Beck, **Art.** 493, N. 129;Özen, **Kefalet**, s.111.

⁸⁶⁴ Özen, **Kefalet**, s.112.

⁸⁶⁵ Beck, **Art.** 493, N. 123.

⁸⁶⁶ Özen, **Kefalet**, s.113.

⁸⁶⁷ Beck, **Art.** 493, N. 13.

⁸⁶⁸ Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp, **a.g.e.**, s. 438; Kocayusufoğlu (Hatemi/Sero-zan/Arpacı, **Borçlar Hukukuna Giriş**, s. 445.

TBK. m. 34/II hükmü ile karşı tarafın iptal beyanının kendisine ulaşmasından sonra, vakit geçirmeksizin, sözleşmeyi yanılgının gerçek iradesine göre yerine getirmeye hazır olduğunu beyan etmesi durumunda, sözleşmenin bu anlamda kurulmuş sayılacağı öngörülmüştür. Örneğin; miktarı aynı olmakla birlikte aynı güvence tanınmış borcuna kefil olmak isterken, esaslı sayılan beyan yanılgısı sonucu, herhangi bir güvenceye bağlı olmayan borcuna kefil olunması üzerine, iptal beyanı kendisine ulaşan alacaklı, vakit geçirmeksizin kefaletin, kefilin kastettiği borca yönelik olacağı beyanında bulunması halinde, kefalet sözleşmesinin kefilin kastettiği borca ilişkin kurulduğu kabul edilecektir⁸⁶⁹. Aynı şekilde asıl borçlunun müstakbel borçları için kefil olma niyetiyle hareket etmesine karşın, esaslı bir beyan hatası sonucu mevcut ve/veya müstakbel borçları için kefalet borcu altına girmesi ihtimalinde, kendisine ulaşan iptal beyanı üzerine, alacaklının, derhal sözleşmenin kefilin niyetine uygun olarak hüküm ifade ettiğini beyan etmesiyle, sözleşmenin bu anlamda kurulduğu varsayılır⁸⁷⁰.

TBK. m. 34/II ile getirilen düzenlemenin esas itibariyle açıklama yanılgılarında uygulama alanı bulacağı kabul edilir⁸⁷¹. Buna karşılık bu hükmün temel yanılmasında uygulama alanı bulup bulmayacağı tartışmalıdır. Bu konuda bir çözüm ortaya koymayan İsviçre Federal Mahkemesi, aynı zamanda yasaklayıcı bir yorum da ortaya koymamıştır⁸⁷². Nitekim Türk öğretisinde de TBK. m. 34/II'nin kıyas yoluyla temel yanılmasında da uygulanabileceği düşüncesi benimsenmiştir⁸⁷³.

5. Kefalet Sözleşmesinin İptali Sebebiyle Karşı Tarafın Uğradığı Zararların Tazmini Yükümlülüğü

TBK. m. 35/I'e göre, kusuru ile yanılgıya düşen ve sözleşmeyi iptal eden taraf, karşı tarafın sözleşmenin geçerliliğine güvenmesinden ötürü uğradığı olumsuz zararı

⁸⁶⁹ Tandoğan, **C. II**, s. 737; Reisoğlu, **Kefalet**, s. 36; Özen, **Kefalet**, s. 206.

⁸⁷⁰ Esaslı sayılan beyan yanılgılarına ilişkin bkz. Bl. 2, B. VI, B. 1.

⁸⁷¹ Oğuzman/Öz, **C. I**, s. 127; Kocayusufoğlu (Hatemi/Serozan/Arpacı), **Borçlar Hukukuna Giriş**, s. 445.

⁸⁷² BGE II 106., Karar için bkz. Kocayusufoğlu (Hatemi/Serozan/Arpacı), **Borçlar Hukukuna Giriş**, s. 442.

⁸⁷³ Kocayusufoğlu (Hatemi/Serozan/Arpacı), **Borçlar Hukukuna Giriş**, s. 445. Bu konuda, Oğuzman/Öz ise TBK. m. 34/II hükmünün temel yanılmasında da uygulanmasına teorik bir engel bulunmadığını ancak böyle bir uygulamaya rastlanması ihtimalinin oldukça zor olduğunu belirtmiştir. Oğuzman/Öz, **C. I**, s. 106.

(menfi zarar) tazmin etmekle yükümlü olacaktır⁸⁷⁴. Ancak karşı tarafın, *sözleşme kurulurken yanılanın hataya düştüğünü bildiği veya bilmesi gerektiği hallerde*, tazminat talebi söz konusu olmayacaktır⁸⁷⁵.

TBK. m. 35 hükmüyle, sözleşme öncesi ilişkiden doğan sorumluluk (*culpa in contrahendo*) ilkesi uyarınca, sözleşmenin iptali üzerine, karşı tarafın uğradığı zararların tazmini kabul edilmiştir. İsviçre Federal Mahkemesi bir kararında; yanılıya düşmede kusurun hafif olmasının bu sorumluluğu ortadan kaldırmayacağını belirtmiştir.⁸⁷⁶ Bu sorumluluk için, borca aykırılık hükümlerinin mi yoksa haksız fiil hükümlerinin mi uygulanması gerektiği hususunda görüş ayrılığı mevcuttur⁸⁷⁷. Ancak borca aykırılık hükümlerinin, kusurun ispat yükü ve zamanaşımı bakımından daha elverişli olması, bu yöndeki düşüncenin kabulünü yerinde kılmaktadır. Yanılan tarafın isteyeceği zararın kapsamına sözleşmenin yapılmasına güvenen tarafın yaptığı bütün masraflar ile kaçan fırsatlara ilişkin zararlar da eklenir⁸⁷⁸. Şu hâlde, kefalet sözleşmesinin varlığına dayalı olarak asıl borçluya ek kredi sözleşmesi yapan ve kefilin de onayını alan banka, kusuru ile yanılıya düşen kefilin kefalet sözleşmesini iptali üzerine, söz konusu kredinin başkasına verilmesi durumunda elde edilecek faiz kazancını, olumsuz zarar kalemi olarak kefilden talep edebilecektir.

⁸⁷⁴ BGE 105 II 26; BGE 105 II 27; BGE 113 II 27; Karar için bkz. Kocayusufpaşaoğlu (Hatemi/Serozan/Arpacı), **Borçlar Hukukuna Giriş**, s. 446.; Oğuzman/Öz, **C. I**, s. 107,108; Eren, **Borçlar Genel**, s. 412,413; Antalya, **Borçlar Genel C. I**, s. 323.

⁸⁷⁵ Tazminat talebinin söz konusu olamayacağı hali düzenlenen bu hüküm (TBK. m. 35 f.2, c. 2), güven teorisi uyarınca, beyanda yanılma hallerinde uygulama alanı bulamayacaktır. Zira karşı taraf, yanılanın beyan hatasına düştüğünün farkına varmış veya varabilecek durumdaysa, burada iki ihtimal söz konusu olacaktır. Birincisi karşı tarafın kabulü, beyana uygun olacağından, sözleşme yanılan tarafın gerçek arzusuna göre kurulmuş sayılacaktır. İkinci ihtimalde ise, karşı tarafın kabul beyanı, yanılan gerçek iradesine uygun değilse, burada karşılıklı ve birbirine uygun irade uyumu olmadığından sözleşme kurulmamış kabul edilecektir. Dolayısıyla TBK. m. 35/I, c.2 hükmüyle getirilen düzenleme, esaslı sayılan saik yanılmalarında (temel hatasında), uygulama alanı bulacaktır. Kocayusufpaşaoğlu (Hatemi/Serozan/Arpacı), **Borçlar Hukukuna Giriş**, s. 453; Oğuzman/Öz, **C. I**, s. 109.

⁸⁷⁶ BGE 105 II 27; Aktaran: Şeker, **İnternet Ürün Satımı**, s. 75, dpn.366.

⁸⁷⁷ Bu konudaki tartışmalar için bkz. Oğuzman/Öz, **C. I**, s. 37 ve 107; Kocayusufpaşaoğlu (Hatemi/Serozan/Arpacı), **Borçlar Hukukuna Giriş**, s. 454.

⁸⁷⁸ Yanılan tarafından tazmin edilecek olumsuz zarar, varlığına ve geçerliliğine güvenilen sözleşme hiç kurulmamış olsaydı hangi durum geçeleşecek idiyse o durumun elde edilmesine yönelik talepleri içermektedir. Bu bağlamda zarar görenin; sözleşmenin kurulması için yapılan masraflar (noter harçları, posta masrafları vb.) ile sözleşmenin geçerliliğine güvenerek diğer tarafa karşı yerine getirilen edime ilişkin masraflar (örneğin satılan ürünün teslimi için yapılan kargo masrafı) ve sözleşmenin varlığına ve geçerliliğine güvenerek başka bir sözleşmeyi yapma fırsatını kaçırmış olmasından dolayı uğradığı zararlar, olumsuz zarar kalemlerinin başlıcalarıdır. Detaylı bilgi için Bkz.Şeker, **İnternet Ürün Satımı**, s. 75; Ayrıca bkz. Kocayusufpaşaoğlu (Hatemi/Serozan/Arpacı), **Borçlar Hukukuna Giriş**, s. 447;

Olumsuz zarar miktarının, olumlu zarar miktarından daha az çıkabileceği durumları gözetken kanun koyucu, TBK. m. 35/II hükmüyle, sadece olumsuz zararın tazminini istenebilmesi ilkesine bir istisna öngörmüştür⁸⁷⁹. Buna göre hâkim, hakkaniyetin gerekli kıldığı hallerde, *ifadan beklenen yararı aşmamak kaydıyla*, daha fazla tazminata hükmedebilecektir. Böylece hakkaniyetin gerekli kıldığı istisnai hallerde, örneğin yanılanın ağır kusurlu olduğu veya iptal ile karşı tarafın oldukça zor duruma düşmesi hallerinde hâkim, olayı bütün özelliklerini dikkate alarak, olumlu tazminat miktarını aşmayacak şekilde, olumsuz tazminattan daha fazla bir miktara yani olumlu zarar miktarına kadar bir sorumluluğa hükmedebilecektir.

Diğer taraftan; miktarda yanılma hususunda uygulamada karşımıza çıkması muhtemel bir problem; TBK. m. 582 hükmü gereğince, kefilin azami miktarı el yazısıyla yazma zorunluluğu sebebiyle, kefilin el yazısıyla yazdığı bu azami miktarı yanlış yazması durumunda, yanılma (hata) hükümlerinden faydalanabilecek olup olmadığı hususudur. Bu problemi birkaç farklı noktadan tartışabiliriz.

İlk olarak kefilin yanlış yazması bir hesap hatasından kaynaklanıyor ise; örneğin bankaya verilen bir kefalette, kefalet miktarının yazılması hususunda, hesap hatası sebebiyle azami miktar yanlış yazılmış ise, kefil bu durumda TBK. m.31/V/2 hükmü gereği yanılma hükümlerinden faydalanamaz. Sadece azami miktar düzeltilir ve sözleşmenin geçerliliği etkilenmez.

İkinci olarak ise; kefil, TBK. m. 582 hükmü gereği el yazısı ile azami miktarı yazar iken; garanti ettiği miktardan daha fazla bir miktar yazar ise bu durumda yanılma hükümlerinden yararlanabilir mi? Burada önemli husus, şekle uygun bu kefalet sözleşmesinin kurulması sırasında, alacaklının veya üçüncü bir şahsın etkisinin olup olmaması veya kefilin kusurunun olup olmadığıdır.

Kanaatimce, alacaklının veya üçüncü kişinin etkisiyle azami miktarın yanlış yazılması, “aldatma” hükümlerince iptali gerekecek bir durumdur. Bu sebeple yanılma hükümlerine dayanamaz. Ancak kefil, kendi kusuru sebebiyle azami miktarı el yazısıyla

⁸⁷⁹ 818 sayılı BK m. 26/II’de, “*ifadan beklenen yararı aşmamak kaydıyla*” ibaresine yer verilmemesine karşın, hakim görüş, olumlu tazminatın daha fazla tazminatın üst sınırı olduğu noktasındaydı. Kocayusufpaşaoğlu (Hatemi/Serozan /Arpacı), **Borçlar Hukukuna Giriş**, s. 452.

yanlış yazmış ise bu durumda yukarıda belirttiğim üzere; TBK. m. 35 hükmü gereği, yanılma hakkını kullanabilecek ancak sözleşmenin hükümsüzlüğünden doğan zararı gidermekle yükümlü olacaktır. Aynı hüküm gereği, eğer ki alacaklı, kefilin sorumlu olacağı miktarı yazarken yanlış yazdığını biliyor veya bilmesi gerekiyorsa, kefil bu kusurundan kaynaklı olarak kullandığı yanılma hakkına bağlı olarak tazminat ödemekten kurtulabilecektir.

Son olarak aldatılan veya korkutulan taraf sözleşmeye açıkça veya örtülü biçimde icazet vermiş ya da bir yıllık iptal süresini bilerek geçirmiş ise; tazminat hakkı düşer mi? İsviçre Federal Mahkemesi bir kararında;⁸⁸⁰ somut olayın değerlendirilmesine göre sonuca gidilmesi gerektiğini vurgulamıştır. Hukukumuzda ise kanun koyucu, 6098 sayılı Kanun m. 39/II hükmüyle aldatılan veya korkutulanın sözleşmeye onay vermeleri halinde tazminat isteme haklarının kaybolmayacağını belirterek çelişkiyi ortadan kaldırmıştır.

V. KEFALET SÖZLEŞMESİNDE ARANAN ŞEKİL ŞARTININ GERÇEKLEŞTİRİLMİŞ OLMAMASI HALİNİN KEFALET SÖZLEŞMESİNE ETKİSİ VE YAPTIRIMI

A. GENEL OLARAK

Kefalet sözleşmesinde şekil şartlarına aykırılık, öncelikle kefil olma iradesinin ortaya konulmasına ilişkin TBK. m. 583/I ile öngörülen nitelikli yazılı şekil kurallarına uyulmaması halinde söz konusu olacaktır. Buna göre; kefalet sözleşmesinin yazılı olarak yapılmaması veya kefilin sorumlu olduğu azamî miktarı⁸⁸¹, kefalet tarihini ve müteselsil kefil olması durumunda bu sıfatla veya bu anlama gelen herhangi bir ifadeyle

⁸⁸⁰ “Aldatılan, iptal yoluyla uğradığı zararı bertaraf etme imkanına sahipken, sözleşmeye icazet vermişse, tazminat talep hakkını kaybeder. Sözleşmeyi iptal ederek zararını azaltabilecek durumda olan aldatılanın eBK.m. 31/II'ye göre, talep edeceği tazminatta indirim yapılmasını öngörmektedir.” BGE 109 Ia,10. Aktaran: Kocayusufoğlu (Hatemi/Serozan/Arpacı), **Borçlar Hukukuna Giriş**, s. 446, dñn.58.

⁸⁸¹ Yarg. 19. HD., T. 16/05/2017, E. 2016/18204, K. 2017/3830 sayılı karara göre, “818 sayılı BK'nın 484. maddesi (TBK'nın 583. maddesi) uyarınca kefilin sorumlu olacağı azami miktar belirtilmedikçe kefalet geçerli olmaz. Bu nedenle davalılar ...'in kefalet hükümleri uyarınca borçtan sorumlu tutulamayacakları gözetilmeden yazılı şekilde karar verilmesi doğru görülmemiş, mahkeme kararının bozulması gerektirmiştir”. (Çevrimiçi), <http://www.kazanci.com> (Erişim Tarihi:30.01.2019).

yükümlülük altına girdiğini kefalet sözleşmesinde kendi el yazısıyla belirtmemesi⁸⁸², sözleşmenin şekle aykırı olması sonucunu doğuracaktır⁸⁸³. Ayrıca sözleşme kapsamında yer alması gereken objektif ve sübjektif esaslı noktaların eksikliği de şekle aykırılık olarak karşımıza çıkacaktır⁸⁸⁴.

TBK. m. 583'te, "*Kefalet sözleşmesi, yazılı şekilde yapılmadıkça ve kefilin sorumlu olacağı azamî miktar ile kefalet tarihi belirtilmedikçe geçerli olmaz.*" hükmüne yer verilmekle, şekle ilişkin kuralların geçerlilik koşulu olduğu açıkça kabul edilmiştir. Esasen söz konusu düzenlemede "*geçerli olmaz*" ibaresine yer verilmemiş olsa dahi, TBK. m. 12/II gereği, bu kuralların geçerlilik şartı olduğu sonucuna ulaşmak mümkündür⁸⁸⁵.

⁸⁸² "...6098 Sayılı TBK.nun yürürlüğe girmesinden sonra imzalanmıştır... Bu durumda TBK.nun 583.maddesinde belirtilen şekil şartlarına uyulmadan yapılan kefalet sözleşmesi geçersiz olduğundan, mahkemece davalı kefil ... hakkındaki davanın bu nedenle reddine karar verilmesi gerekirken, yazılı şekilde kefil hakkındaki itirazın kaldırılması davasının konusu kalmadığından esas hakkında karar verilmesine yer olmadığına karar verilmesi doğru değildir." Yarg. 8. HD. T. 06.06.2017, E. 2017/3475, K. 2017/8513, (Çevrimiçi), <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/dsp.php?fn=8hd-2017-3475.htm&kw=2017/3475`#f> m (Erişim Tarihi:30.01.2019); Aynı yöndeki bir başka karara göre, "Dosyadaki yazılara kararın dayandığı delillerle gerektirici sebeplere, delillerin takdirinde bir isabetsizlik bulunmamasına ve özellikle dava konusu genel kredi sözleşmesinde kefil olarak imzası bulunan davacının kefaletinin geçerli olabilmesi için kefil olunan miktarın el yazısıyla belirtilmemiş olmasına göre TBK.'nın 583. maddesi uyarınca davalı vekilinin aşağıdaki bendin kapsamı dışında kalan sair temyiz itirazlarının reddine karar verilmiştir", Yarg. 19. HD. T. 22/05/2017 E. 2016/7935, K. 2017/4041. (Çevrimiçi) <http://www.kazanci.com> (Erişim Tarihi:30.1.2019).

⁸⁸³ Yarg. 3. HD. T. 01.06.2017, E. 2017/2148, K. 2017/8827 sayılı karara göre, "...kefaletin geçerli olması için kefilin sorumlu olduğu azami miktarı, kefalet tarihini ve müteselsil kefil olması durumunda bu sıfatla ve bu anlama gelen herhangi bir ifadeyle yükümlülük altına girdiğini kefalet sözleşmesinde kendi el yazısıyla belirtmesinin şart olduğunu öngörmüştür. Davaya konu 01.05.2014 başlangıç tarihli kira sözleşmesinde ise düzenlemeye uygun bir kefaletin mevcut olmadığı anlaşılmaktadır. O halde kefalet sözleşmesinin geçerli olmadığı gibi, kefilin sorumluluğu sözleşme kapsamındaki borçlar için ve sözleşme süresince geçerli olup, davada talep edilen ve tazminat niteliğinde olan erken tahliye nedeniyle yeniden kiraya verme süresi (makul süre) kira bedelinin belli muayyen olduğundan sözedilemez. Taraflar arasında düzenlenen kira sözleşmesinde de bu bedellerden davalı kefilin sorumlu olacağına dair bir düzenleme bulunmamaktadır. Bu durumda mahkemece davalı kefil hakkındaki davanın bu nedenlerle reddine karar verilmesi gerekirken yazılı şekilde kefil hakkındaki davanın kabulüne karar verilmesi doğru görülmemiş, bozmayı gerektirmiştir". (Çevrimiçi) <http://www.kazanci.com>. (Erişim Tarihi:30.01.2019).

⁸⁸⁴ Özen, Şekil, s. 759; Ayrancı, **İfanın Sonuçları**, s. 103; Deren Gündüz, **Kefaletin Şekli**, s. 185. Yarg. 8. HD. T. 08.11.2017, E. 2017/14008, K. 2017/14801 sayılı karara göre, "6098 sayılı TBK.'nın 583. maddesi hükmüne göre kefaletin geçerli olabilmesi için kefalet süresinin ve kefilin sorumlu olacağı azami miktarın sözleşmede gösterilmesi gerekir. Kefalet süresinin ve kefilin sorumlu olacağı azami tutarın gösterilmemesi halinde kefilin sorumluluğunun ancak kira sözleşmesinde kararlaştırılan kira süresi ile sınırlı olduğunun kabulü gerekir...". Aynı yönde bkz. Yarg. 8. HD., T. 01.11.2017, E. 2017/4080, K. 2017/14348; Yarg. 19. HD. T. 01.11.2017, E. 2016/16749, K. 2017/7507.(Çevrimiçi) <http://www.kazanci.com> (Erişim Tarihi:30.01.2019).

⁸⁸⁵ Deren Gündüz, **Kefaletin Şekli**, s. 185.

Ancak öğretide, “*hüküm doğurmaz*” ibaresinin, şekil şartlarına uyulmadan yapılan hukuki işlemlerde ne tür bir anlam taşıdığı tartışmalıdır. Diğer bir deyişle, şekle aykırılık halinde uygulanacak geçersizlik yaptırım türünün ne olacağı hususunda çeşitli görüşler ileri sürülmüştür⁸⁸⁶. İleri sürülen bu görüşlerin en önemlilerini; *yokluk görüşü*, *iptal edilebilir olma görüşü*, *kesin hükümsüzlük görüşü* ve *kendine özgü (sui generis) hükümsüzlük görüşü* olmak üzere dört grupta incelemek mümkün olacaktır⁸⁸⁷.

1. Yokluk Görüşü

Yokluk görüşüne göre şekle tabi sözleşme, öngörülen şekilde yapılmadıkça meydana gelmez. Zira şekil zorunluluğu olan bir sözleşmenin kurulabilmesi için taraf iradelerinin öngörülen şekil içinde beyan edilmesi gereklidir. Diğer bir deyişle, Roma Hukukunca temellendirilmiş, irade ve şeklin iç içe geçerek ayrılmaz bir parçaymış gibi düşünülmesi, geçerlilik şartı olarak kabul edilen şekil kurallarını, sözleşmenin kurucu unsuru haline getirmektedir⁸⁸⁸. Bu görüşteki yazarlar⁸⁸⁹, kanunda öngörülen şekle uyulmadan yapılan bir sözleşmeyi meydana gelmiş sayarak geçersizlik yaptırımına tabi tutmanın, şekil kurallarının amacıyla bağdaşmayan sonuçlar doğuracağını belirterek, ayrıca TBK. m. 17’de düzenlenen iradi şekle aykırılık halinde de sözleşmenin meydana gelmeyeceği görüşündedir.

Bu görüşe göre; şekle tabi olan kefalet, öngörülen şekle uyulmadan meydana gelmediği için, kural olarak hiçbir hüküm ve sonuç doğurmayacaktır⁸⁹⁰. Bu görüş uyarınca şekil eksikliği, hâkim tarafından re’sen dikkate alınacaktır. Zira sözleşmenin şekline ilişkin sorun, hukuki bir sorun olduğundan, hâkimin bu uyuşmazlığı, “*iura novit*

⁸⁸⁶ Öğretide bu geçersizliğin yokluk, kesin hükümsüzlük, iptal ve kendine özgü geçersizlik olduğu yönünde çeşitli görüşler ileri sürülmüştür. Bu görüşler hakkında bkz. Tuğ, **Türk Özel Hukukunda Şekil**, 2s., 100 vd; Altaş, **Şekle Aykırılık**, s. 93.

⁸⁸⁷ Bu konuda ileri sürülen görüşler ve değerlendirmeler için bkz. Hatemi/Gökyayla, **Borçlar Genel**, s. 52; Altaş, **Şekle Aykırılık**, s. 89 vd.

⁸⁸⁸ Bu konuda ileri sürülen görüşler, değerlendirmeler ve tartışmalar için bkz., Fikret Eren, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 23. Bs., Ankara, Yetkin Yayınları, 2018, s.309; Keller/Schöbi, s. 25; Andreas Furrer, **Obligationenrecht: allgemeiner teil**, Zürich.; Aktaran: Altaş, **Şekle Aykırılık**, s. 100; Kocayusufpaşaoğlu (Hatemi/Serozan/Arpacı), **Borçlar Hukukuna Giriş**, s. 309; Tuğ, **a.g.e.**, s. 182.

⁸⁸⁹ Bu konuda ileri sürülen görüşler ve değerlendirmeler için bkz. Keller/Schöbi, s. 25; Andreas Furrer, **Obligationenrecht: allgemeiner teil**, Zürich.; Aktaran: Altaş, **Şekle Aykırılık**, s. 100.

⁸⁹⁰ Keller/Schöbi, s. 25; Furrer, s. 69. Aktaran: Altaş, **Şekle Aykırılık**, s. 100.

curia” re’sen çözmesi gerekir⁸⁹¹. Bu nedenle şekle aykırılık sorunu, sözleşmenin tarafları veya üçüncü kişiler tarafından ileri sürülebilecektir. Öte yandan taraflar sözleşmenin şekil eksikliğine rağmen kurulduğunu kabul etseler, diğer bir deyişle, geçerlilik şekline ilişkin kurallardan feragat etseler bile, hâkimin sözleşme ilişkisinin kurulup kurulmadığını araştırma görevini etkilemeyecektir. Bu itibarla, hâkim önüne gelen uyuşmazlıkta şekil eksikliğini görmesi halinde, şekle aykırı işlemin kurulmadığını kanun gereği tespit edecektir.

Kanaatimce yokluk görüşü; modern hukukun sözleşmeye öngördüğü şekil şartlarıyla bağdaşmamaktadır. Çünkü bu görüş, sözleşmelerde taraf iradelerinin yanında, ek, bitişik ve özümsemiş olan şekil koşulunu da aramaktadır. Bugün modern hukukta şekil serbestliği ve sözleşme özgürlüğü ilkeleri mevcut ve geçerli olduğundan, genel anlamda şekil kurallarının yaptırımlarının azaltılması eğilimi mevcuttur. Türk Hukuku açısından da TBK. m. 12 maddesi gereği uygulanması mümkün değildir. Kefalet sözleşmeleri açısından değerlendirildiğinde ise; şeklin amacının tarafları uyarma ve koruma olduğu düşünüldüğünde, şeklin, sözleşmenin kurucu unsurları olan taraf iradeleriyle eş değer bir nitelikte olduğu düşünülemez. Bu sebeple; hukukumuzda şekil serbestliği (TBK. m. 12) ve sözleşme yapma özgürlüğü (TBK. m.26) birlikte değerlendirildiğinde, şekle aykırılığın yokluk yaptırımına tabi olması mümkün değildir.

2. Kesin Hükümsüzlük Görüşü

Kanunda öngörülen şekil kurallarının geçerlilik koşulu olduğunu belirten yazarlar, şekle aykırı olarak yapılan sözleşmelerin, kesin hükümsüzlük yaptırımına tabi olacağı görüşündedir⁸⁹². Bu yazarlara göre, geçersizlik türlerinden eksiklik veya iptalin burada uygulanması mümkün değildir⁸⁹³. Zira iptal edilebilir bir işlem başlangıçtan

⁸⁹¹ Tuğ, **a.g.e.**, s. 182; Altaş, **Şekle Aykırılık**, s. 100.

⁸⁹² Bu konuda ileri sürülen görüşler, değerlendirmeler ve tartışmalar için bkz. Beck, Art. 493, N. 15; Pestalozzi, Art. 493, N. 3; Oğuzman/Öz, **C. I**, s. 127; Eren, **Borçlar Genel**, s. 262; Haluk Tandoğan, **Türk Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, C. I/1** 6. Basım, İstanbul 1990, s. 233; Gümüş, **Borçlar Özel**, s. 365; Altaş, **Şekle Aykırılık**, s. 102 vd; Reisoğlu, **Kefalet Hukuku**, s. 93; Muzaffer Şeker, “**Şekil Noksanı Nedeniyle Sözleşmenin Hükümsüzlüğünden Kaynaklanan Sorumluluk Halleri ve Zararın Tazmini**”, **Legal Hukuk Dergisi**, Yıl 2008 S. 61, s. 51; Altaş, **Şekle Aykırılık**, s. 102, dpn.80.

⁸⁹³ Bucher, s. 210; Eren, **Borçlar Genel**, s. 305; Karahasan, **Genel Hükümler-I**, s. 353.

itibaren hüküm ve sonuçlarını doğurmaktadır. Oysa şekil kurallarına uyulmadan yapılan bir işlem başlangıçtan itibaren hüküm ve sonuç doğurmaz⁸⁹⁴.

Kesin hükümsüzlük görüşü, Türk öğretisinde çoğunluk tarafından benimsenmektedir. Nitekim Yargıtay da İsviçre Federal Mahkemesi gibi, şekle aykırılık halinde uygulanacak yaptırımın, kural olarak kesin hükümsüzlük olduğu görüşündedir⁸⁹⁵.

Bu görüş uyarınca, önüne gelen uyuşmazlıkta hâkim, şekle aykırılık unsurunu re'sen göz önünde tutar. Zira şekil kuralları genellikle kamu yararını gözetmek amacıyla varolduğundan, Yargıtay'a kefaletin şekline ilişkin verilen kararlarda da re'sen inceleme yetkisi kabul edilmiştir⁸⁹⁶.

Öte yandan kesin hükümsüzlüğün sonuçları geneldir. Bu nedenle, kesin hükümsüzlük sadece taraflar arasında değil, herkese karşı hüküm ifade eder ve ileri sürülebilir. Şu hâlde menfaati olan herkes, kesin hükümsüzlüğü ileri sürebilecektir⁸⁹⁷.

⁸⁹⁴ Altaş, **Şekle Aykırılık**, s. 102.; Kocayusufoğlu (Hatemi/Serozan/Arpacı), **Borçlar Hukukuna Giriş**, s.309.

⁸⁹⁵ BGE 104 II 101, BGE 115 II 337, BGE 112 II 334, BGE 106 II 151, BGE 98 II 316; BGE 112 II 334, BGE 106 II 151, BGE 86 II 398, BGE 85 II 569. Kararlar için bakınız Altaş, **Şekle Aykırılık**, s.103, dpn.82. Bu yönde Yargıtay kararları için bkz. YİBK., T: 30.09.1988, E. 1987/2, K. 1988/2, YKD, 1989/2, s. 104. Güncel bir Yargıtay bir kararında da “*TBK. 583. maddesine göre (mülga 818 sayılı BK. 484) kefalet sözleşmesinin geçerliliği için yazılı şekilde yapılması şarttır. Bu nedenle kefalet sözleşmesinin, sıhhat şartı olan yazılı delille ispat edilmesi gerekmekte olup sıhhat şartı olan yazılı şekilde yapılmamış olan sözleşmenin varlığı, yemin delili ile ispatlanamayacak olmasına göre, davacının yazılı bir kefalet sözleşmesi sunmadığı gerekçesiyle ispatlanamayan davanın reddine karar verilmesi gerekirken...*” denilmekle bu görüş benimsenmiştir. Karar için bkz. Yarg. 11. HD. T. 17.10.2017, E. 2017/3502, K. 2017/541. Aynı yönde kararlar için bkz. Yarg. HGK E. 2017/12-1135 K. 2017/1012 T. 24.5.2017; Yarg. 19. HD E. 2016/9549 K. 2017/2962 T. 11.4.2017.; Yarg 19. HD E. 2015/11095 K. 2016/1859 T. 8.2.2016 (Çevrimiçi) <http://www.kazanci.com> (Erişim tarihi:28.01.2019).

⁸⁹⁶ Şeker, **Sözleşmenin Hükümsüzlüğü**, s. 52. Yargıtay içtihatlarına örnek teşkil eden güncel bir karara göre; “*Sözleşme 26.06.2014 tarihlidir. Sözleşme tarihinde yürürlükte bulunan 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 583. maddesinin 1. fıkrası 2. cümlesinde; kefilin, sorumlu olduğu azami miktarı, kefalet tarihini ve müteselsil kefil olması durumunda, bu sıfatla veya bu anlama gelen herhangi bir ifadeyle yükümlülük altına girdiğini kefalet sözleşmesinde kendi el yazısıyla belirtmesinin şart olduğu hükmü konulmuştur. Yasada öngörülen bu şekil, geçerlilik şartı olup, görevi gereği mahkemelerce, istinaf ve temyiz halinde bölge adliye mahkemesi ve Yargıtay'ca kendiliğinden gözetilmelidir*”⁸⁹⁶. Yarg. 15.HD. T. 21.02.2018, E. 2016/4964, K. 2018/722. Aynı yönde kararlar için bkz. YHGK, T. 24.05.2017, E. 2017/12-1135, K. 2017/1012 Yarg. 12. HD. T. 03.05.2017, E. 2016/15204, K. 2017/7052. Yarg. 12. HD. T. 26.01.2018, E. 2016/26585, K. 2018/624; Yarg. 12. HD, T. 14/12/2017, E. 2016/25067, K. 2017/15637. Benzer karar için bkz. T.03/05/2017, E. 2016/15041, K. 2017/6992.; Yar. 19. HD E. 2016/13846 K. 2018/289 T. 31.1.2018.(Çevrimiçi) www.kazanci.com. (Erişim Tarihi:28.01.2019).

⁸⁹⁷ Şeker, **Sözleşmenin Hükümsüzlüğü**, s. 52.

Kesin hükümsüzlük herhangi bir şekilde ileri sürülebilecektir. Dolayısıyla bu amaçla dava açmak zorunlu değildir.

Kesin hükümsüzlük görüşüne yöneltilen bir takım haklı eleştiriler üzerine⁸⁹⁸, bu görüşü savunan yazarlar⁸⁹⁹, şekle aykırılık nedeniyle hükümsüzlüğün sonuçlarını, hakkın kötüye kullanılması yasağıyla yumuşatmaya çalışmışlardır⁹⁰⁰. *Yumuşak kesin hükümsüzlük görüşü* olarak da nitelenen bu düşünceye göre, şekle bağlı bir sözleşme, öngörülen şekle uyulmadan yapılmışsa kesin hükümsüzdür. Ancak şekil eksikliği nedeniyle kesin hükümsüzlüğün mutlak olarak uygulanması, dürüstlük kuralıyla bağdaşmayan sonuçlar doğuracak ise bu durum hakkın kötüye kullanılması sayılır. Bu takdirde, Yargıtayca da çeşitli kararlarında savunulan bu görüşe göre, kesin hükümsüzlük nazara alınmaz ve sözleşme geçerliymiş gibi kabul edilir⁹⁰¹.

⁸⁹⁸ “Kesin hükümsüzlük görüşüne yöneltilen en önemli eleştiri, şekil eksikliği nedeniyle kesin hükümsüz olan bir işleme sonradan geçerlilik kazandırılmamasıdır. Bir diğer eleştiri ise şekil kurallarının çoğunlukla taraf menfaatlerini korumak amacıyla getirildiği, bu nedenle, hakim tarafından re’sen göz önünde bulundurulmasının doğru olmadığıdır. Ayrıca kesin hükümsüzlüğün herkese karşı ileri sürülmesi ve hüküm ifade etmesi, şeklin özel koruma amacıyla bağdaşmamaktadır. Eleştirenlere göre, şekle aykırılık nedeniyle geçersizlik, herkes tarafından değil, sadece taraflarca def’i olarak veya dava yoluyla ileri sürülmelidir. Taraflar, şekil eksikliğine rağmen sözleşmeye geçerlilik kazandırmak isterlerse, hukuk düzeninin buna izin vermesi sözleşme özgürlüğünün en tabii bir gereğidir.” Bu eleştiriler için bkz. Schönerberger/Jaggi, Art. 11, N. 73; Altaş, **Şekle Aykırılık**, s. 108-110.

⁸⁹⁹ M. Kemal Oğuzman, “**Şekil Noksanı Sebebiyle Butlan Dermeyanı- Hakkın Suistimali**”, İBD, C. XXIX, S. 6, İstanbul 1955, s. 249.

⁹⁰⁰ “Şekil noksanlığına karşı tarafı aldatarak, yani kasten sebep olan taraf, dava sonra bu eksikliğe dayanarak akdin butlanını talep ve dava edemez.” Zira aksi halin kabulü, hakkın kötüye kullanılmasına prim vermek, dürüstlük kuralına ters düşmek olur. Eren, **Borçlar Genel**, s.305,306; Altaş, **Şekle Aykırılık**, s. 109, dpn.132.

⁹⁰¹ Bu konuda ileri sürülen görüşler, değerlendirmeler ve tartışmalar için bkz. Serozan, **Formmangels**, s. 27; M. Kemal Oğuzman, “**Şekil Noksanı Sebebiyle Butlan Dermeyanı- Hakkın Suistimali**”, s. 249; Yargıtay 12. HD E. 2018/3657 K. 2018/8247 T. 18.9.2018 “..4721 Sayılı TMK’nun Hukukun Uygulanması Ve Kaynakları başlıklı 1. maddesinde “Kanun, sözüyle ve özüyle değindiği bütün konularda uygulanır. Kanunda uygulanabilir bir hüküm yoksa, hakim, örf ve adet hukukuna göre, bu da yoksa kendisi kanun koyucu olsaydı nasıl bir kural koyacak idiyse ona göre karar verir. Hakim, karar verirken bilimsel görüşlerden ve yargı kararlarından yararlanır.”..... Davranma” başlıklı 2. maddesinde “Herkes, haklarını kullanırken ve borçlarını yerine getirirken dürüstlük kurallarına uymak zorundadır. Bir hakkın açıkça kötüye kullanılmasını hukuk düzeni korumaz.”, Hakimın Takdir Yetkisi başlıklı 4.maddesinde “Kanunun takdir yetkisi tanıdığı veya durumun gereklerini ya da haklı sebepleri göz önünde tutmayı emrettiği konularda hakim, hukuka ve hakkaniyete göre karar verir.”, Hukukun Uygulanması başlıklı 33. maddesinde ise; “Hâkim, Türk hukukunu resen uygular.”denilmiştir. Hakkın kötüye kullanılmasını; hukuken var olan bir hakkın sınırlarını aşarak ya da o hakkı gerekçe göstererek hukuka aykırı eylemler yapma durumu olarak veya bir hakkın, yasaların tanıdığı yetkilerin sınırları içinde olmakla birlikte, amacından saptırarak kullanılması olarak da açıklayabiliriz. Türk Medeni Kanun’un 2. maddesine göre herkes, haklarını kullanırken ve borçlarını yerine getirirken dürüstlük kurallarına uymak zorundadır. Bir hakkın açıkça kötüye kullanılmasını hukuk düzeni korumaz. Yani bir hak sahibi hakkını kullanırken ve borçlu borcunu öderken objektif iyi niyet kurallarına uymak, dürüst davranmak, başkalarını zarara uğratmamak zorundadır. Hak sahibi başkasına zarar vermek amacını taşıyorsa bile hareketi açıkça iyi

Katıldığımız görüş olan kesin hükümsüzlük görüşüne göre; kefalet sözleşmesinde TBK. m. 583/I'de öngörülen şekil kurallarına hiç uyulmaması durumunda sözleşme tamamen kesin hükümsüz olacaktır. Bununla birlikte şekil kurallarına kısmen aykırılık halinde aykırılığın esaslı olup olmamasına göre, kefalet sözleşmesinin geçersizliği gündeme gelecektir. Örneğin; müteselsil kefalet ibaresi elle yazılması gerekirken bilgisayarla yazılmışsa, kefalet sözleşmesini tamamen geçersiz saymak yerine, adi kefalet sözleşmesi olarak kabul edip geçerli saymak gerekecektir. Aynı şekilde sorumlu olunacak azami sorumluluk miktarı eksik belirtilmişse, kefil, kefalet senedinde belirtilen miktar kadar sorumlu olacaktır. Diğer bir deyişle, kefalet senedine yansımayan kısımlar hükümsüz sayılarak, sözleşme geçerliliğini koruyacaktır. Ancak sözleşmenin kurulması açısından vazgeçilmez nitelikteki kısımları içeren kefaletler açısından hükümsüzlük tamamını kapsayacaktır⁹⁰².

Şekle aykırı bir kefalet sözleşmesine dayanarak kendisine başvuran alacaklı karşısında kefil, geçersizlik itirazında bulunabilecektir. Böyle bir durumda alacaklı, kefilden sözleşmenin ifasını talep edemeyecektir. Ayrıca alacaklı, bu durum sebebiyle, kefilden şekle uygun bir kefalet sözleşmesi yapılmasını veya tazminat talep edemeyecektir⁹⁰³. Şayet alacaklı, kefalet borcunun ifasını dava yoluyla ileri sürecektse olursa, hâkim, kefil şekle aykırılığa dayanan geçersizliğe dayanmayacağını açıkça

niyet kurallarına aykırı ise ve başkasını zarara uğratiyorsa veya hak sahibine sağladığı yarar ile başkasına verdiği zarar arasında aşırı dengesizlik varsa bu durumu hakkın kötüye kullanılması olarak değerlendirebiliriz. Anayasa başta olmak üzere, Hukuk Muhakemeleri Kanunu, Türk Medeni Kanunu ve Türk Borçlar Kanunu hak sahibinin hakkını kullanırken objektif iyi niyet kuralları içinde hareket etmesini emretmiş aksi davranışın hukuk düzeni tarafından korunamayacağını belirtmiştir.” (Çevrimiçi) Aynı yönde kararlar için bkn, Yargıtay 17. HD E. 2015/17394 K. 2018/7161 T. 16.7.2018; Yargıtay 8. HD E. 2018/11016 K. 2018/14532 T. 27.6.2018; Yargıtay 15. HD E. 2017/2797 K. 2018/2148 T. 24.5.2018. (Çevrimiçi) <http://www.kazanci.com> (Erişim Tarihi:29.01.2019); BGE 86 II 636, BGE 104 II 99, BGE 112 II 111. YİBK., T: 30.09.1988, E. 1987/2, K. 1988/2, YKD, 1989/2, s. 152; Aktaran: Kocayusufpaşaoğlu (Hatemi/Serozan/Arpacı), **Borçlar Hukukuna Giriş**, s. 308, dpn 5.; Şeker, **Sözleşmenin Hükümsüzlüğü**, s. 52; Serozan, **Formmangels**, s 27; Alfred Koller, **Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Grundriss des allgemeinen Schuldrechts ohne Deliktsrecht**, Bd. I, Bern,1996, N.361. Aktaran: Altaş, **Şekle Aykırılık**, s. 138,139.; Koller, **a.g.e.**, N.352-354. Aktaran: Altaş, **Şekle Aykırılık**, s. 112, dpn.177; Eren, **Borçlar Genel**, s.306.; Yargıtay HGK E. 2017/5-788 K. 2017/1711 T. 13.12.2017 (Çevrimiçi) <http://www.kazanci.com> (Erişim Tarihi:29.01.2019); Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, **a.g.e.**, s. 102.

⁹⁰² Beck, Art. 493, N. 16; Giovanoli, Art. 493, N. 11; **Reisoğlu, Kefalet Hukuku**, s. 94; Tandoğan, **C. II**, s. 742; Elçin Grassinger, **Kefilin Hakları**, s. 111; Ayan, **Kefilin Sorumluluğu**, s. 152; Ayrancı, **İfanın Sonuçları**, s. 103; Deren Gündüz, **Kefalet Şekli**, s. 187.

⁹⁰³ Beck, Art. 493, N. 17; Reisoğlu, **Kefalet Hukuku**, s. 94.

bildirmiş veya başka bir savunma sebebine dayanmış olsa dahi, şekle aykırılığı re'sen dikkate alacak ve davayı reddedilebilecektir⁹⁰⁴.

Öte yandan şekle aykırılık nedeniyle kesin hükümsüz olan bir kefalet sözleşmesine, tarafların sonradan açık ya da zımni olarak icazet vermeleri sözleşmeye geçerlilik kazandırmayacaktır. Zira kanun koyucu kefil olma iradesinin TBK. m. 583 hükmünde öngörüldüğü şekilde ortaya konulması gerektiğini kabul etmiştir. Dolayısıyla taraflar teminat ihtiyacını ancak yeni bir kefalet sözleşmesi yapmak suretiyle karşılayabileceklerdir.

3. İptal Edilebilir Olma Görüşü

İptal edilebilir olma görüşüne göre, şekle aykırı olarak yapılan bir sözleşme, şekil eksikliğine rağmen geçerli olarak kurulmuştur⁹⁰⁵. Ancak şekle aykırılık, bir iptal nedenidir. Bu görüş uyarınca, şekle uyulmadan yapılan sözleşme açısından “askıda geçerlilik” hali söz konusu olacak, iptal hakkı kullanılıncaya kadar hüküm ve sonuçlarını doğuracaktır.

Bu görüşün savunucusu olan Guggenheim, buradaki iptal hakkının kurucu bir etkiye sahip olduğu ve bu sebeple iptal hakkının ancak dava yoluyla kullanılabileceği görüşündedir⁹⁰⁶. Yazara göre, şekil kurallarının sadece taraf menfaatleri için kabul edildiği hallerde iptal yaptırımı uygulanabilecektir. Buna karşılık şekil kurallarının, kamu menfaatini korumak amacıyla öngörülmesi halinde, söz konusu yaptırım mutlak geçersizlik olacaktır.

İptal hakkı, şekil kuralıyla korunmak istenen tarafça kullanılacaktır. Yenilik doğuran bir hak olması yönüyle, iptal hakkının kullanılması hak sahibinin iradesine bırakılmıştır. Bu görüşe göre, şekle aykırı olmakla birlikte, başlangıçtan itibaren geçerliliği askıda olan işlem, şu iki ihtimalde kesin geçerli hale gelir. Birincisi, tarafların şekle aykırılığa rağmen sözleşmeden doğan edim borçlarını, her türlü yanılmadan uzak,

⁹⁰⁴ Deren Gündüz, **Kefaletin Şekli**, s. 188.

⁹⁰⁵ Bu konuda ileri sürülen görüşler, değerlendirmeler ve tartışmalar için bkz. Daniel Guggenheim, **L'invalidité des actes juridiques en droit suisse et compare**, Genf 1970, s. 105; Altaş, **Şekle Aykırılık**, s. 150-169.

⁹⁰⁶ Guggenheim, s. 106.

bilerek ve isteyerek ifa etmeleridir. İkincisi ise iptal hakkının 10 yıllık zamanaşımı süresi içerisinde kullanılmaması durumudur⁹⁰⁷.

Bu görüşün kanaatimce kefalet sözleşmesi açısından uygulanmasında birtakım tutarsızlıkları barındırmaktadır. Öncelikle; 10 yıllık süre uzun bir belirsizlik süresidir. Bu süre zarfında iptalle sözleşmenin hükümsüzlüğüne ilişkin verilebilecek ani bir karar, uzunca devam eden kefalet sözleşmenin geçmişe etkili olarak hükümsüz olabilme ihtimali, hakkaniyetli bir hükümsüzlük doğurmayabilir. Ayrıca; yokluk görüşünde de belirttiğimiz üzere şekil koşulu, özellikle Türk ve İsviçre doktrini, Federal Mahkeme ve Yargıtay kararları nezdinde geçerlilik koşuludur. Bu görüşün, şekle aykırı işlemi başlangıçtan itibaren geçerli sayabilecek olması, iptali kabul etmekle 10 yıllık genel süreye tabi tutması ve bu hakkın sadece mahkeme aracılığıyla kullanılması durumlarında birçok hukuki problem ortaya çıkacaktır. Bu sebeple, şekil koşulunun yerine getirilmemesinde uygulanacak bir yaptırım olmadığı görüşündeyiz.

4. Kendine Özgü Geçersizlik Görüşü

Öğretide kesin hükümsüzlük görüşünün sert ve katı sonuçlarını yumuşatmak amacıyla ileri sürülen bir diğer görüş, *kendine özgü hükümsüzlük* görüşüdür⁹⁰⁸. Yalnız ifa sadece şekle aykırılığı ortadan kaldırmaktadır. Başkaca bir geçersizlik mevcut ise onlara etkisi olmayacaktır. Hukukumuzda da ileri sürülen, şeklin asıl amacının tarafları korumak olduğunu kabul eden bu görüşe göre, hükümsüzlük sadece taraflar arasında etkili olacak ve onlar tarafından ileri sürülebilecektir. Şekle aykırı olarak yaptıkları bir sözleşmeden doğan edimini ifa ederek, şeklin koruma amacından bilerek ve isteyerek vazgeçmiş kişilere, şekle aykırılık nedeniyle koruma sağlamak, şeklin amacıyla bağdaşmadığı gibi taraf iradelerine de ters düşecektir⁹⁰⁹. Zira bu kişiler açısından şeklin, *hukuki işlem yapmadan önce düşünmeye sevk etme*, diğer bir deyişle, *uyarma*

⁹⁰⁷ Guggenheim, s. 149-169.

⁹⁰⁸ Jörg Schmid, **Die öffentliche Beurkundung von Schuldverträgen**, Freiburg Schw: Universitätsverl, 1988, N. 627; Butlan görüşünü yumşatan görüşleri, kendine özgü butlan ve kendine özgü geçersizlik olarak sınıflandırmak mümkündür. Ancak kendine özgü butlan ve kendine özgü geçersizlik hükümlerinin karışma ihtimaline binaen biz, ilk görüşe yumuşatılmış butlan, ikincisine ise, kendine özgü geçersizlik demeyi daha uygun buluyoruz...” Aktaran: Altaş, **Şekle Aykırılık**, s. 134.

⁹⁰⁹ Bu konuda ileri sürülen görüşler, değerlendirmeler ve tartışmalar için bkz. Altaş, **Şekle Aykırılık**, s. 140; Koller, N. 764; Aktaran: Altaş, **Şekle Aykırılık**, s. 134; Eren, Borçlar Genel, s. 307; Schönenberger/Jaggi, Art. 11, N. 73.

fonksiyonu gerçekleştiği kabul edilmelidir. Bu itibarla, taraflarca edimlerin ifasından sonra sözleşmenin geçersizliği ileri sürülemeyecektir. Diğer taraftan, ifadan sonra sözleşmenin şekle aykırılık nedeniyle geçersizliğini ileri sürmek aynı zamanda, dürüstlük kuralıyla bağdaşmayacak ve hakkın kötüye kullanılması oluşturacaktır⁹¹⁰.

Türk ve İsviçre Hukuku'nda benzer bir düzenleme olmamakla birlikte, kefalet sözleşmesinde kendine özgü bir geçersizlik görüşü, kimi yazarlarca kabul görmektedir⁹¹¹. Bu görüşteki yazarlara göre, geçersiz kefalet sözleşmesi, kefilin sözleşme borcunu ifasıyla birlikte hüküm ve sonuçlarını doğuracak ve alacaklıdan edimin iadesini sebepsiz zenginleşme hükümleri çerçevesinde talep edemeyecektir. Alacaklıya ifada bulunarak onun haklarına halef olan kefil, asıl borçluya karşı rücu hakkını kullanabilecektir.

Kendine özgü geçersizlik görüşünü savunan Ayrancı, bu görüşün kesin hükümsüzlük görüşüne göre kefilin korunması amacıyla daha uyumlu olduğunu belirtmiştir. Yazara göre, kendine özgü geçersizlik görüşünde, kefilin iade talebinde bulunabilmesi için şekle aykırı bir kefalet sözleşmesi olduğunu ve bunun geçersiz olup bir borç doğurmayacağını bilmemesi şartı aranırken, kesin hükümsüzlük görüşünde ise kefilin borçlu olduğuna dair hataya düştüğünü ispat edebilmesi şartı aranmaktadır. Diğer bir ifadeyle, kendine özgü geçersizlik yaptırımının uygulanması halinde kefil kendini borçlu sanıyorsa verdiği iadesini talep edebilecektir⁹¹². Buna karşılık kesin hükümsüzlük yaptırımında, kefil ancak kendini borçlu sanmaya hata ile düşmüşse verdiği geri talep edebilecektir.

Kendine özgü geçersizlik görüşünü daha isabetli olduğunu savunan Ayrancı, ilgili eserinde, *“Biz Federal Mahkeme ve Yargıtay tarafından savunulan görüşe katılmıyoruz. Zira, alacaklının sebepsiz zenginleşmesini alamayan kefil asıl borçluya rucu etmelidir. Asıl borçlu kefalet sözleşmesinin geçersizliğini ileri sürecektir olursa, kefilin şekil şartının koruma amacını gerçekleştirdiği ve hakkın kötüye kullanıldığı savunması yapmalıdır. Sebepsiz zenginleşme kurumunun zorlanarak kefile asıl borçluya*

⁹¹⁰ Koller, N. 764; Aktaran: Altaş, **Şekle Aykırılık**, s. 134; Eren, **Borçlar Genel**, s. 307.

⁹¹¹ Becker, Art. 493, N. 7; Honslel, OR 287; Bucher, s. 293; Hasan Ayrancı, **“Şekil Şartına Uyulmadan Yapılan Kefalet Sözleşmesinde İfanın Sonuçları”**, AÜHFD, C. 53, S. 2, Y. 2004, s. 109-112.

⁹¹² Ayrancı, **İfanın Sonuçları**, s. 106-107.

karşı sebepsiz zenginleşme talebini ileri sürme hakkının tanınmasını isabetli bulmuyoruz.” demekle, kendine özgü geçersizlik görüşüyle çelişen değerlendirmeler ortaya koymuştur⁹¹³. Şöyle ki kendine özgü geçersizlik yaptırımının uygulanması halinde, kefilin kefalet borcunu ifasıyla birlikte sözleşme geçerlilik kazanacak ve asıl borçluya rücu hakkı elde edecektir. Bu itibarla, alacaklının haklarına halef olma suretiyle kendisine başvuran borçlu, kefil karşısında asıl borcun geçersizlik itirazında bulunamayacaktır. Diğer bir deyişle, kefil hakkın kötüye kullanılması savunmasına gerek olmaksızın rücu hakkı kapsamında asıl borçludan ödediğini talep edebilecektir⁹¹⁴.

Kanaatimce, kendi içerisinde birtakım çelişkileri olan bu görüşe göre, şekil şartları yerine getirilmeden ifa edilen sözleşmelerin geçerli sayılması hususunda zorlama bir yoruma gidilmiştir. Her ne kadar sözleşme özgürlüğü ve sözleşme serbestliği ilkelerini göz önünde bulundursak da hayatın içerisinde, kefalet gibi hem manevi/duygusal hem de ailesel baskı dolu yaklaşımlarla, kişileri sözleşme yapmaya zorlayan bir durumun yaşandığı ve bunun akabinde, tek tarafa borç yükleyen sözleşmelerin yapıldığı yatsınamaz. Bu tür tek tarafa ağır sorumluluk yükleyecek sözleşmelerde, kanun koyucunun uyarma ve düşündürme fonksiyonunu temel tutması karşısında, kefile hiçbir bilgi verilmeden, sorumluluğu belirtilmeden ve ilerde başına gelebilecek kötü ihtimaller anlatılmadan, oldu bittiye getirilerek sözleşme imzalatıp, akabinde yine aynı baskı ile, kefalet sözleşmesi yaptığı gerekçesiyle, borç ifa ettirilmeye çalışılabilir. Aslında sözleşmeyi yapmak istemeyen kefile, başta hiçbir şey olmayacak algısı yaratarak, zaten şekil şartlarının yerine getirmesi de gerekmediği için, kefalet sözleşmesi yaptırılabilir. Şekil şartlarına uyulması hususunda, yapacağı her işlem ve atacağı her adımda, kefalet sözleşmesinden dönme veya yapmama özgürlüğü bulunan kefilin bu hakkı elinden alınmaktadır. Bu sebeple uygulamada şekil şartlarının, bilerek ifadan sonra öne sürülememesi temelli bu görüşün uygun olmadığı düşünmekteyiz. Ayrıca; görüş içerisinde, hakkın kötüye kullanılmasının uygulanması konusunda da çelişki mevcuttur. Kendine özgü geçersizlik görüşüne göre; ifadan sonra kefalet sözleşmesi geçerlilik kazanacak ve borçluya rücu hakkı doğacaktır. Bu aşamada, ifadan sonra borçlunun itirazı hakkın kötüye kullanılmasına bağlı değil, geçerli olan

⁹¹³ Ayrancı, **Ifanın Sonuçları**, s. 111.

⁹¹⁴ Özen, **Kefalet**, s. 256; Deren Gündüz, **Kefaletin Şekli**, s. 201.

kefalet sözleşmesinden kaynaklanan rücu hakkına dayalıdır. Yukarıda bahsettiğim gerekçelerle; kanun lafzından da anlaşılacağı üzere, şekle uyulmadan yapılan kefalet sözleşmesinin kesin hükümsüzlük yaptırımına tabi olacağı, amaç tarafları uyarma ve düşündürme olduğundan ağır mağduriyetler yaşanmaması için hakim tarafından resen müdahale edilebileceği ve şartları oluştuğunda hakkın kötüye kullanılması itirazı yapılabileceği kanaatindeyiz.

B. ŞEKLE AYKIRILIĞIN İLERİ SÜRÜLMESİ

Geçerlilik şartlarına uyulmadığı için geçersiz olan kefalet sözleşmesinde kefil, kefalet borcunu ifa mecburiyeti altında olmayacak ve kendisine başvuran alacaklıya geçersizlik sebeplerini itiraz olarak ileri sürebilecektir⁹¹⁵.

Nitekim örnek bir Yargıtay Kararında; “...Somut olayda, davalı kefilin, kefilliğine ilişkin kira sözleşmesi, 6098 Sayılı TBK.'nun yürürlüğe girdiği gün imzalanmış olduğundan, kefaletin şekil şartları 6098 Sayılı TBK. hükümlerine tabidir. Kira sözleşmesinde, kefilin sorumlu olduğu miktar, kefalet tarihi ve müteselsilen kefil olduğuna ilişkin açıklamalar kefilin el yazısı ile belirtilmediğinden, yasal şekle uygun verilen bir kefillik söz konusu olmadığından, adı geçen davalının borçtan sorumlu tutulması mümkün değildir”, denilmekle, şekle aykırı olarak kurulan bir sözleşmeden kefilin sorumluluğunun doğmayacağı kabul edilmiştir⁹¹⁶.

Kira sözleşmesine ilişkin benzer bir başka karara göre, “... Somut olayda, davalı kefilin, kefilliğine ilişkin kira sözleşmesi, 6098 Sayılı TBK.'nun yürürlüğe girmesinden sonra imzalanmış olduğundan, kefaletin şekil şartları 6098 Sayılı TBK. hükümlerine tabidir. Kira sözleşmesinde, kefilin sorumlu olduğu miktar, kefalet tarihi ve müteselsilen kefil olduğuna ilişkin açıklamalar kefilin el yazısı ile belirtilmediğinden, yasal şekle uygun verilen bir kefillik

⁹¹⁵ Elçin Grassinger, **Kefilin Hakları**, s. 65; Şeker, **Sözleşmenin Hükümsüzlüğü**, s. 51-52.

⁹¹⁶ Yarg. 3. HD. T. 28.12.2017, E. 2017/13632 K. 2017/18443. “...Sözleşme tarihine göre uygulanması gereken ve kefalette şekil şartını düzenleyen TBK. 583.maddesi (BK.484.md) hükmüne göre kefillerin sorumlu olacağı azami miktar ile kefalet tarihi belirtilmedikçe kefalet geçerli olamaz. Müteselsil kefillerin sorumluluğu kira sözleşmesinde belirtilen süre için geçerlidir. Yenilenen dönemlerde de sorumlu tutulabilmesi için kefalet süresi ile kefil olunan miktarın açıkça karşılaştırılması gerekmektedir. Davacının dayandığı kira sözleşmesinde uzayan dönem için kefilin sorumlu olduğu süre ve kefalet miktarı açıkça karşılaştırılmadığına göre, yenilenen döneme ait kira parasından kefilin sorumlu tutulması doğru olmadığından kefil hakkındaki kararın bozulması gerekmektedir.” Yarg. 8. HD. T. 11.10.2017, E. 2017/13653, K. 2017/12771. Aynı yönde karar için bkz. Yarg. 3. HD., T. 04.10.2017, E. 2017/4754, K. 2017/13320; Yarg. 8. HD. T. 04.10.2017. E. 2017/13168, K. 2017/12162, (Çevrimiçi) <http://www.kazanci.com> (Erişim Tarihi:29.01.2019).

söz konusu olmadığından, adı geçen davalının borçtan sorumlu tutulması mümkün değildir. Bu nedenle, kefil olan davalı... hakkındaki davanın reddine karar verilmesi gerekirken yazılı şekilde karar verilmesi doğru değildir...” denilmiştir⁹¹⁷.

Hemen belirtelim ki, kefilin asıl borçluya karşı rücu hakkını ileri sürebilmesi için geçersizlik itirazını ileri sürmesi zorunluluk arz etmektedir. Diğer bir deyişle, geçersizlik itirazında bulunmayan kefil rücu hakkını kaybedecektir⁹¹⁸. Öte yandan kefilin, kefalet sözleşmesini yaptığı sırada, üstlendiği tehlikenin bilincinde olması ve samimi olarak kefil olma iradesini taşıması, geçersizliği sonradan ileri sürme hakkını ortadan kaldırmayacaktır⁹¹⁹.

C. ŞEKLE AYKIRILIĞIN İLERİ SÜRÜLMESİNİN HAKKIN KÖTÜYE KULLANILMASI YASAĞINA AYKIRILIĞI

Kefilin, geçerlilik şekline uyulmadığını ve bu nedenle kefalet sözleşmesinin kesin hükümsüz olduğunu ileri sürmesi, kural olarak hakkın kötüye kullanılması sayılmaz⁹²⁰. Bununla birlikte, bazı istisnai hallerde, kefilin şekle aykırılığı ileri sürerek ifadan kaçınması, TMK. m. 2/II’ye göre hakkın kötüye kullanılması sayılabilecektir⁹²¹. Böylece karşı tarafın “*korunmaya değer olan güveni*” hukuk düzenince güvence altına alınır. Zira sözleşme yapılırken ve hatta ifa edilirken hükümsüzlüğün ileri sürülmemesi karşı tarafta bir güven doğurur. Ayrıca iki tarafa borç yükleyen sözleşme ilişkilerinde alacaklının edimini kabul ederken şekle aykırılık iddiasında bulunmayıp, kendi ediminin ifası esnasında şekle aykırılık iddiası çelişkili davranış yasağının ihlali (*venire contra factum proprium*) teşkil edecektir⁹²².

İsviçre Federal Mahkemesi ve Yargıtay içtihatlarına göre hâkim, önüne gelen uyuşmazlıkta, somut olayın özellikleri çerçevesinde, şekil eksikliğine bağlı

⁹¹⁷ Yarg. 3. HD., T. 30.11.2017, E. 2017/16049, K. 2017/16890. Aynı yönde kararlar için bkz. Yarg. 3. HD., T. 08.11.2017, E. 2017/5741, K. 2017/15502; Yarg. 8. HD., T. 01.11.2017, E. 2017/4029, K. 2017/14296; Yarg. 8. HD., T. 20/09/2017, E. 2017/3706, K. 2017/11105. (Çevrimiçi) <http://www.kazanci.com> (Erişim Tarihi:29.01.2019).

⁹¹⁸ Reisoğlu, **Kefalet Hukuku**, s. 94.

⁹¹⁹ Giovanoli, Art. 493, N. 17; Reisoğlu, **Kefalet Hukuku**, s. 94; Özen, **Kefalet**, s. 250.

⁹²⁰ Beck, Art. 493, N. 20; Reisoğlu, **Kefalet Hukuku**, s. 97; Gümüş, **Borçlar Özel**, s. 366.

⁹²¹ Beck, Art. 493, N. 18; Giovanoli, Art. 493, N. 12; Tandoğan, **C. II**, s. 741; Şeker, **Sözleşmenin Hükümsüzlüğü**, s. 52.

⁹²² Akyol, **Hakkın Kötüye Kullanılması**, s. 82.

hükümsüzlüğü ileri sürme hakkının kötüye kullanılması olup olmadığını takdir edecektir⁹²³. Özellikle kefilin şeklin gerçekleşmesine engel olduğu ve bu sözleşme gereğince menfaat elde ettiği hallerde, kefilin geçersizlik iddiası hakkın kötüye kullanılması sayılacaktır⁹²⁴. Hangi hallerin hakkın kötüye kullanılması sayılacağı⁹²⁵ önceden prensiplere bağlanamazsa da şekle ilişkin kuralların kefilin koruma amacından yola çıkan hâkim görüş, hakkın kötüye kullanılması sayılacak hallerin olabildiğince dar yorumlanması gerektiği noktasındadır⁹²⁶. Nitekim Yargıtay kararlarında, hakkın kötüye kullanılması yasağının olağanüstü zorunlu hallerde uygulama alanı bulacağı kabul edilmiştir. Bu yaklaşımına örnek sayılan bir kararında, *“her somut olayda butlan iddiasının ileri sürüldüğü hal ve şartlara bakılmalı ve hakkın kötüye kullanılmasına ilişkin adalet duygularını rahatsız edici çok açık unsurların varlığı esas alınmalı”* denilmektedir⁹²⁷.

Diğer taraftan, İsviçre Federal Mahkemesi ve Yargıtay⁹²⁸, şekle aykırılık sebebiyle hükümsüzlüğü ileri sürme hakkının, hakkın kötüye kullanılması sayılacağına ilişkin yol gösterici kararlar ortaya koymuştur. Buna göre, *iki tarafın bilerek serbestçe*

⁹²³ BGE 104 II 99, BGE 84 II 636, BGE 112 II 111. Kararlar için bakınız Altaş, **Şekle Aykırılık**, s.156, dn.433; Yargıtay’ın 30.09.1989 tarih, E. 1987/2, K. 1988/2 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararı’na göre, *“Hakkın kötüye kullanıldığı savunma olarak ileriye sürülmüş olmasa dahi bu husus def’i değil itiraz olarak kabul edildiğinden hâkim, dava dosyasından anlaşılan böyle bir durumu resen göz önüne almak zorundadır (Yargıtay Hukuk Genel Kurulu’nun 04.11.1964 gün 1964/2-953 E. ve 1964/640 K. sayılı ilamı ile 14.2.1951 tarih ve 1949/17 E, 1951/1 K. sayılı; 8.11.1991 tarih 1990/4 E., 1991/13 K. sayılı Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararları). (Çevrimiçi) <http://www.kazanci.com> (Erişim Tarihi: 29.01.2019).*

⁹²⁴ Nitekim Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, şekle uyulmadan yapılan ölünceye kadar bakma sözleşmesi uyarınca bakım borçlusunun yıllarca bakım alacaklısına bakmış olması durumunda, bu sözleşmenin şekle aykırılık sebebiyle geçersizliği iddiasının bakım alacaklısının mirasçıları tarafından ileri sürülmesi, hakkın kötüye kullanılması olarak değerlendirilmiştir. Yarg. HGK, T. 02.11.1955, 2/42-50. Aktaran; Akyol, **Hakkın Kötüye Kullanılması**, s. 80-81.

⁹²⁵ Öğretide hakkın kötüye kullanılması teşkil edebilecek bazı haller şu şekilde tüketici olmayarak sıralanmıştır; *“Kanundan veya sözleşmeden doğan hakkın kötüye kullanılması, “”çelişkili davranışlar”, “ahlaka ve sözleşmeye aykırı durumdan hileli yararlanma”, “işlem temelinin sarsılması veya çökmesinden yararlanma”, “bir sözleşmenin özellikle şekil eksikliği sebebiyle geçersizliğini haksız ileri sürme”, “zamanaşımı def’ini haksız ileri sürme”, “bir başka sürenin haksız ileri sürülmesi”, “daha sonra iade edilecek şeyi talep etme”, “objektif olarak doğru olmayan bir mahkeme kararından haksız yararlanma” vb. şeklinde ortaya çıkan ve hakkın amaç dışı kullanım halleridir. Bu tür hak kullanımlarında, hak sahibinin menfaatinin bulunmamakta veya çok az olmaktadır. Akyol, Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağı, s. 25.*

⁹²⁶ Reinicke/Tiedtke, s. 39; Şeker, **Sözleşmenin Hükümsüzlüğü**, s. 53; Özen, **Kefalet**, s. 250.

⁹²⁷ Yarg. 13. HD., T. 2.12.1991, E. 1991/7217, K. 1991/10901, YKD 1992/2, s. 239.

⁹²⁸ Yarg. HGK E. 2017/13629 K. 2017/436 T. 8.3.2017. (Çevrimiçi) <http://www.kazanci.com> (Erişim Tarihi: 29.01.2019).

*borçlarını ifa etmelerinden sonra şekle aykırılığın ileri sürülmesi*⁹²⁹ ve *şekle aykırılığa hükümsüzlüğü ileri süren tarafın kasten sebep olması*⁹³⁰ başlıca hakkın kötüye kullanılması sayılan durumlardır. Bu bağlamda, kefilin sonradan şekle aykırılığa dayanmak amacıyla şekil eksikliğine bizzat kendisi sebep olmuşsa, şekle aykırılığın kefil tarafından ileri sürülmesi, hakkın kötüye kullanması kabul edilebilecektir⁹³¹.

Aynı şekilde, *şekle aykırılığa rağmen, tarafların uzun süre geçerliymiş gibi hareket edip, karşı tarafta haklı bir güven yaratan kefilin, sonradan şekle aykırılığı ileri sürmesi* de hakkın kötüye kullanılması olarak değerlendirilecektir. Özellikle kefilin, kefalet sözleşmesi sebebiyle menfaat elde ettiği durumlarda, şekle aykırılığa kasıtlı olarak yol açması ve kendi yol açtığı şekle aykırılığa dayanarak sorumluluktan kurtulmaya çalışması, hakkın kötüye kullanması sayılacaktır. Örneğin; şirketin aldığı kredi için, bu şirket ortağının kefil olması ve kredinin bu kefalet sayesinde açılması halinde, şekle aykırılığa dayanmanın hakkın kötüye kullanılması olarak nitelenebileceği belirtilmiştir⁹³². Yine aynı şekilde, alacaklıya bir karşı edim yükleyen kefalet sözleşmesinin şekle aykırı olarak yapılması halinde kefilin şekle aykırılığa rağmen yükümlülüğünü yerine getirme teklifine karşılık, alacaklının edim borcundan kurtulmak amacıyla şekle aykırılığa dayanması hakkın kötüye kullanılmasına bir örnek teşkil edebilecektir⁹³³. Yine asıl borçlunun yerine yeni bir borçlunun geçmesi halinde ,yeni borçlunun eskisine göre daha güçlü ve güvenilir olması halinde, eşin muvaffakatinin olmadığını ileri sürmek,hakkın kötüye kullanılması olarak kabul edilebilecektir.⁹³⁴

⁹²⁹ BGE 87 II 21; YHGK, T. 9.6.1982, E. 1982/15-1613, K. 1982/565, YKD 1982/10, s. 1386. (Çevrimiçi), <http://www.kazanci.com> (Erişim tarihi:02.11.2018).

⁹³⁰ BGE 104 II 99; BGE 90 II 21. Aktaran: Altaş, **Şekle Aykırılık**, s. 156.

⁹³¹ Beck, Art. 493, N. 18; Giovanoli, Art. 493, N. 12; Pestalozzi, Art. 493, N. 3; Oğuzman/Öz, **C. I**, s. 160; Ayrancı, **İfanın Sonuçları**, s. 105; Elçin Grassinger, **Kefilin Hakları**, s. 121; Demet Çeliktaş, “Şekle Aykırılık ve Şekle Aykırılığı İleri Sürmenin Sınırı Olarak Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağı”, **Prof. Dr. Kudret Ayiter Armağanı**, Ankara, 1988, s. 620; Şeker, **Sözleşmenin Hükümsüzlüğü**, s. 53.

⁹³² Özen, **Kefalet**, s. 250. Bu konuda bkz. Yarg. 11. HD, T. 07.10.1991, E. 1991/3178, K. 1991/ 5162; Halil Akkanat, “Şekle Aykırılığın Olumsuz Sonuçlarının MK m. 2 Hükümü Aracılığı ile Aşılması: Örnek Bir Yargıtay Kararı ve Değerlendirilmesi”, **Prof. Dr. Hüseyin Ülgen’e Armağan**, İstanbul, Vedat, 2007, s. 1665.

⁹³³ Özen, **Kefalet**, s. 760; Acar, **a.g.e.**, s. 186; Deren Gündüz, **Kefaletin Şekli**, s. 190.

⁹³⁴ Reisoglu, **Kefalet Hukuku**, s. 92.

Öğretide, her olayın özelliklerine göre karar verme yaklaşımının keyfi kararlara yol açabileceği görüşü ileri sürülmüştür. Bu görüşteki yazarlara göre⁹³⁵, somut olayın özellikleriyle birlikte belirli olay grupları ve bunlara uygulanacak ilkelerin önceden tespit edilmesi gerekir. Böylece her özel olayın bahis konusu olaylar grubuna girip girmediği ve o olay grubu için öngörülen ilkeye tabi olup olmadığı araştırılarak sonuca ulaşılmalıdır⁹³⁶.

D. HAKKIN KÖTÜYE KULLANILMASININ SONUÇLARI

Şekle aykırılığın ileri sürülmesinin hakkın kötüye kullanılması oluşturduğu hallerde, nasıl bir etki doğuracağı hususu öğretilerde tartışmalıdır. Zira “*Bir hakkın açıkça kötüye kullanılmasını hukuk düzeni korumaz.*” şeklindeki TMK. m. 2/II hükmüyle, öngörülen yaptırımın sonuçları açıkça ortaya konulmamıştır.

Katıldığımız görüşe göre, TMK. m. 2/II’nin uygulama alanı bulduğu bütün hallerde, şekil eksikliğine rağmen sözleşme geçerli olarak kabul edilecektir. Ancak burada, şekle aykırılık sebebiyle kesin hükümsüz olan bir işlemin düzelmesi söz konusu olmayıp, TMK. m. 2/II hükmünün işe karışmasıyla, kesin hükümsüzlük etkisiz kalacak ve işlem daha baştan geçerli olarak kurulmuş sayılacaktır⁹³⁷. Ayrıca TMK. m. 2/II’nin uygulanmasına yol açan bütün ihtimallerde, bu hükme dayanarak, sözleşmenin geçerlilik kazanması sadece mağdur taraf yararına hüküm doğuracaktır.

Şu hâlde TMK. m. 2/II korumasından yararlanan taraf, sözleşmenin ifasını isteyebileceği gibi, hükümsüzlüğe dayanıp ifadan kaçınabilecektir. Buna karşılık, şekle aykırılığı ileri sürmesi hakkın kötüye kullanılması sayılan taraf, TMK. m. 2/II’yi kendi yararına kullanarak, şekil eksikliğine rağmen sözleşmenin geçerli sayılmasını talep edemeyecektir⁹³⁸.

⁹³⁵ Kocayusufpaşaoğlu (Hatemi/Serozan/Arpacı), **Borçlar Hukukuna Giriş**, s. 316; Kılıçoğlu, Genel Hükümler, s. 97.

⁹³⁶ Detaylı bilgi için bkz., Kocayusufpaşaoğlu (Hatemi/Serozan/Arpacı), **Borçlar Hukukuna Giriş**, s. 316; Kılıçoğlu, **Genel Hükümler**, s. 97.

⁹³⁷ Kocayusufpaşaoğlu (Hatemi/Serozan/Arpacı), **Borçlar Hukukuna Giriş**, s. 327; Akyol, Hakkın Kötüye Kullanılması, s. 81; Şeker, **Sözleşmenin Hükümsüzlüğü**, s. 53.

⁹³⁸ Kocayusufpaşaoğlu (Hatemi/Serozan/Arpacı), **Borçlar Hukukuna Giriş**, s. 327.

O halde, şekle aykırılık iddiasıyla TMK. m. 2/II'nin uygulanmasına sebep olan kefil karşısında alacaklı, aynen ifa talebinde bulunabilecektir⁹³⁹. Alacaklının talebine rağmen kefalet borcunu yerine getirmeyen kefil, borca aykırılığa ilişkin hükümler (TBK. m. 112 vd.) uyarınca sorumlu olacaktır. Bu durumda kefil, alacaklının, borcun ifa edilmemesinden kaynaklanan müspet (olumlu) zararını tazmin etmekle yükümlüdür⁹⁴⁰.

Bazı şartların eksikliği sebebiyle, hakkın kötüye kullanılması yaptırımının (TMK. m. 2/II) uygulama alanı bulamadığı ve bu sebeple de şekle aykırılığa bağlı olarak kesin hükümsüz olan sözleşmelerde, şekle aykırılığa kusuruyla yol açan veya karşı tarafta uyandırdığı güvenin gereğini yerine getirmeyen tarafın, aralarında dürüstlük kuralı gereğince oluşmuş güven ilişkisine aykırı davranmış olması yüzünden *culpa in contrahendo* sorumluluğu doğacaktır. Bu takdirde, karşı tarafın uğradığı olumsuz zararları tazminle yükümlü olacaktır⁹⁴¹.

Buna karşılık öğretide bir diğer görüş, bir kimsenin şekle aykırılığa kasten yol açması ve daha sonra buna dayanarak sözleşmenin geçersizliğinin ileri sürmesi halinde, TMK. m. 2/II hükmü uyarınca sözleşmenin geçerli sayılamayacağı yönündedir⁹⁴². Bu görüşteki yazarlara göre, sözleşme geçersiz sayılarak şekle aykırılığa kasten yol açan tarafın TBK. m. 49/II (eBK m. 41/II) anlamında tazminat yükümlülüğü kabul edilmelidir. Bu itibarla, kefalet sözleşmesinin şekle aykırı kurulmasına kasten yol açan kefil, kefalet sözleşmesinin geçersiz olmasından dolayı alacaklının uğradığı zararı, TBK. m. 49/II hükmü uyarınca tazmin edecektir. Bu görüşe ilişkin eleştirilerine katıldığımız Deren Gündüz'e göre; şekle aykırılığa kasten yol açan kefilin, şekle aykırılık iddiası sonucu sözleşmenin geçersiz olacağı görüşünün kabul edilmesi halinde dahi, tazminat talebinin dayanağı TBK. m. 49/II olmamalıdır. Zira TBK. m. 49/II, zarar verici fiili yasaklayan bir hukuk kuralı bulunmasa bile adalet ve ahlak duyguları gereğince verilen zararın karşılanması gerektiren istisnai hallerde uygulanabilecek

⁹³⁹ Reinicke/Tiedtke, s. 38; Özen, **Kefalet**, s. 251.

⁹⁴⁰ Tandoğan, **C. II**, s. 742; Oğuzman/Öz, **C. I**, s. 396.

⁹⁴¹ Kocayusufpaşaoğlu (Hatemi/Serozan/Arpacı), **Borçlar Hukukuna Giriş**, s. 327; Şeker, **Sözleşmenin Hükümsüzlüğü**, s. 57-58.

⁹⁴² Andreas Schwarz, **Borçlar Hukuku Dersleri**, s. 247; İhsan Erdoğan, "Hukuki Muamelelerde Şekle Aykırılığın Sonuçları", **G. ÜHFD**, C. I, S. I, Y. 1997, s. 119-120.

düzenlemedir. Ayrıca hükme dayanmak isteyen alacaklının, kefilin zarar verme kastını (kusurunu) ispat yükü yükleyeceği ve TBK. m. 72'deki iki yıllık zamanaşımı süresine uyması gerekeceği için, kendi menfaatine de uygun düşmeyecektir⁹⁴³.

Gerçekten kasten şekle aykırılığa yol açarak alacaklıyı zarara uğratan kefilin bu tutumu, alacaklı ile aralarında dürüstlük kuralı (TMK. m. 2/I) uyarınca oluşmuş güven ilişkisini ihlal edici niteliktedir. Bu ise kefil, *sözleşme görüşmelerine başlayan tarafların, birbirlerinin hukuki işlemin geçerli bir şekilde kurulması ve hükümlerini doğurmasına ilişkin çıkarlarını koruma yükümlülüğü ifade eden culpa in contrahendo sorumluluğuna* muhatap kılılmaktadır. Buna göre, şekle aykırılığa kasten yol açan kefilin, *culpa in contrahendo* sorumluluğu doğacaktır. Dolayısıyla alacaklı, kurulmasını arzu ettiği sözleşme ilişkisinin geçersiz olmasına sebebiyet veren kefinden, uğradığı menfi zararın tazmini talep edebilecektir⁹⁴⁴. Ancak, öğretide şekil eksikliği nedeniyle sözleşmenin hükümsüz olması halinde sadece menfi zararlar yetinilmesi hakkaniyetle bağdaşmayacak ise, daha fazla tazminata hükmedileceği kabul edilmektedir⁹⁴⁵.

Baskın görüşe göre⁹⁴⁶, şekle aykırılığa ilişkin sorumluluğun *culpa in contrahendo* esasına dayandırılması gerekmektedir. Bu itibarla, alacaklının kefilin kusurunu ispatlama yükümlülüğü bulunmayacak ve tazminat talebi genel zamanaşımına tabi olacaktır⁹⁴⁷. Ancak bu ihtimalde alacaklının da şekil eksikliğini bilerek sözleşmeyi yapması (TBK. m. 52/818 sayılı BK m. 44) gereği tazminatta indirim sebebi oluşturabilecektir.

Bizim de katıldığımız görüşe göre; MK m. 2/II hükmü ile şekle aykırılığa kasten sebep olan tarafın geçersizlik iddiasının engellenemeyeceği ve bu sebeple şekle aykırılığa yol açan tarafın sözleşmesinin geçersiz olmasından dolayı TBK. m. 49/II ya da culpa in contrahendo sorumluluğuna göre tazminatla yükümlü olması, iyiniyetli alacaklı taraf açısından yetersiz kalacaktır. Bu sebeple menfaatler dengesinin

⁹⁴³ Deren Gündüz, **Kefaletin Şekli**, 191.

⁹⁴⁴ Özen, **Şekil**, s. 761; Elçin Grassinger, **Kefilin Hakları**, s. 121; Acar, **Müteselsil Kefalet**, s. 187; Deren Gündüz, **Kefaletin Şekli**, s. 192.; Şekil eksikliği sebebiyle menfi zararın istenebilmesi hakkında bkz., Şeker, **Sözleşmenin Hükümsüzlüğü**, s. 60.

⁹⁴⁵ Şeker, **Sözleşmenin Hükümsüzlüğü**, s. 60.

⁹⁴⁶ Oğuzman/Öz, **C. I**, s. 491; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp, **a.g.e.**, s. 979; Tunçomağ, **Genel Hükümler**, s. 211; Serozan, **Borçlar**, s. 252; Eren, **Borçlar Genel**, s. 1131.

⁹⁴⁷ Özen, **Kefalet**, s. 252; Deren Gündüz, **Kefaletin Şekli**, s. 192.

sağlanabilmesi açısından kefalet sözleşmesinde şekle aykırılığa kasten yol açan kefilin, bu davranışlarını hakkın kötüye kullanılması yasağı ile müeyyidelendirerek sözleşmeyi geçerli saymak daha uygun olacaktır⁹⁴⁸.

E. İFA EDİLEN KEFALET SÖZLEŞMESİNİN ŞEKLE AYKIRI OLMASI

Şekle aykırılık halinde uygulanacak yaptırım noktasındaki tartışmalar, geçersiz kefalet sözleşmesinin ifa edilmesinin hüküm ve sonuçlarının ne olacağı hususunu da tartışmalı hale getirmektedir⁹⁴⁹.

Öğretide hâkim görüşe göre, geçerlilik şekline uyulmadan yapılan kefalet sözleşmesi kesin hükümsüz sayılacak olup, buna rağmen tarafların sözleşmeden doğan edim borçlarını yerine getirmeleri sözleşmeye geçerlilik kazandırmayacaktır⁹⁵⁰. Diğer bir deyişle, ifanın kesin hükümsüz bir işleme hayat kazandırıcı bir etkisi olmayacaktır. Sözleşmenin geçersiz olduğunu bilmeden borcunu yerine getiren kefilin⁹⁵¹, sebepsiz zenginleşme (*condictio indebiti*) hükümleri (TBK. m. 78) uyarınca alacaklıya verdiğini geri alacağı kabul edilmektedir⁹⁵². Nitekim İsviçre Hukuku'nda 1941 tarihli revizyon çalışmaları sırasında, şekil eksikliğini bilmeden ödemede bulunan kefilin, sebepsiz zenginleşme talebiyle ödediğini geri alabileceğine ilişkin hüküm önerilmiş ancak bu öneri sebepsiz zenginleşmeye ilişkin genel olarak geçerli bir ilkenin tekrarı olarak görüldüğünden reddedilmiştir⁹⁵³. Aynı düşüncenin kabul edildiği 6098 sayılı Türk

⁹⁴⁸ Aynı görüş için bkz. Çeliktas, **Şekle Aykırılık**, 618, 619; Deren Gündüz, **Kefalet Şekli**, 193.

⁹⁴⁹ Bu konuda bkz. Ayrancı, **İfanın Sonuçları**, s. 105 vd.

⁹⁵⁰ Beck, Art. 493, N. 20; Giovanoli, Art. 493, N. 12; Reisoğlu, **Kefalet Hukuku**, s. 94; Özen, **Kefalet**, s. 253; Gümüş, **Borçlar Özel**, s. 366; Şeker, **Sözleşmenin Hükümsüzlüğü**, s. 51.

⁹⁵¹ “Dava, banka ihbarnamesi üzerine ödenen 2 adet bono bedelinin iadesi istemiyle açılmıştır. Davacı hakkında bir icra takibi yapılmadan borçlu görüldüğü 2 adet bono bedelini (3.7.2013 ve 30.7.2013 tarihinde) ödemiş, istirdat davasını ise 21.4.2014 tarihinde açmıştır. TBK. m.78'e göre bir kimse borçlanmadığı edimi kendi isteğiyle yerine getirirse, kendisini borçlu sanarak yerine getirdiğini ispat ederse geri isteyebilir. Mahkemece ispat yükünün davacı da olduğu kabul edilip değerlendirilmesinden sonra bir karar verilmesi gerekirken bu yönde bir inceleme yapılmadan eksik inceleme ile karar verilmesi doğru olmamıştır...” Yarg. 19. HD E. 2016/11904 K. 2017/5980 T. 18.9.2017, Aynı yönde karralar için bkz. Yarg.4.HD 1.3.2017 E. 2016/16593 K. 2017/1234; Yarg. 23.HD 18.1.2016 E. 2015/7613 K. 2016/190; Yarg. 3.HD 22.12.2014 E. 2014/21639 K. 2014/17029 (Çevrimiçi), <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.html> (Erişim Tarihi:02.09.2018).

⁹⁵² Beck, Art. 493, N. 21; Giovanoli, Art. 493, N. 12; Tandoğan, **C. II**, s. 741; Elçin Grassinger, **Kefilin Hakları**, s. 100; Aral/Ayrancı, **a.g.e.**, s. 435; Reisoğlu, **Kefalet Hukuku**, s. 94; Akkanat, **Şekle Aykırılık**, s. 1661; Özen, **Kefalet**, s. 253; Deren Gündüz, **Kefalet Şekli**, s. 194.

⁹⁵³ Beck, Art. 493, N. 21.

Borçlar Kanunu sisteminde de, borçlu bulunmadığı bir meblağı kendisini borçlu zannederek ödeyen kefilin, ödediğini sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre geri alabileceğine ilişkin ayrı bir düzenlemeye yer verilmemiştir. Buna göre kefil, “*Borçlanmadığı edimi kendi isteğiyle yerine getiren kimse, bunu ancak, kendisini borçlu sanarak yerine getirdiğini ispat ederse geri isteyebilir (TBK. m. 78/I)*”, hükmü uyarınca, ödediğini geri alabilecektir. Hemen eklemek gerekir ki, TBK. m. 78/I hükmü kapsamındaki sebepsiz zenginleşme talebinin ileri sürülebilmesi için, *kazandırmanın ifa amacıyla ve kefilin yanılması sonucu-serbest iradesiyle yapılmış olması gerekir*⁹⁵⁴. Bu noktada kefilin kendisini borçlu zannetmesinin, makul bir sebebe dayanması aranmayacaktır. Ayrıca *yanılgıya düşmede kusurlu olup olmaması* sebepsiz zenginleşme talebine etki etmeyecektir. Keza kefilin düştüğü yanılgının hukuki bir yanılgıdan kaynaklanması da önem taşımayacaktır. Ancak kefil yanılgıya düşerek borcu ödediğini ispatla yükümlüdür.

Kazandırmanın ifa amacıyla yapılmadığı durumlarda ise sebepsiz zenginleşme talebi, TBK. m. 78/I hükmü yerine, genel hüküm olan TBK. m. 77’ye göre uygulama alanı bulacaktır⁹⁵⁵. Alacaklıya ödemeyi icra tehdidi altında yapması halinde ise kefil, 2004 sayılı İİK m. 72/VII gereğince, ödediğini iadesini talep edebilecektir⁹⁵⁶.

Kefilin sebepsiz zenginleşme talebini kime yönelteceği hususunda çeşitli görüşler ileri sürülmüştür⁹⁵⁷. İsviçre Federal Mahkemesi ve öğretide çoğunluk tarafından kabul edilen görüşe göre, sebepsiz zenginleşme talebi, öncelikle alacaklıya yöneltilmelidir. Zira kefilin yaptığı ödeme, asıl borçlunun borcuna yönelik olmayıp, alacaklı ile aralarında kurulan kefalet sözleşmesinden kaynaklanan kendi borcunu ifaya yöneliktir. Kefilin *bu ifasıyla kendi borcu sona ereceğinden ve borç olmayan şeyin ifasıyla alacaklı sebepsiz zenginleşmiş olacağından*, sebepsiz zenginleşme talebi alacaklıya yöneltilmelidir. Bununla birlikte kefilin, alacaklıya yönelik sebepsiz

⁹⁵⁴ Beck, Art. 493, N. 21; Seza Reisoğlu, **Sebepsiz İktisap Davasının Genel Şartları**, Ankara, Ajans Türk Matbası, 1961, s. 146; Turgut Öz, **Öğreti ve Uygulamada Sebepsiz Zenginleşme**, İstanbul, Kazancı Kitap Ticaret A.Ş., 1960, s. 89; Deren Gündüz, **Kefaletin Şekli**, s. 196.

⁹⁵⁵ Oğuzman/Öz, **C. II**, s. 347; Deren Gündüz, **Kefaletin Şekli**, s. 195. Ayrıca TBK. m. 77-78 hükümlerinin amaç ve kapsamı hakkında bkz. Seza Reisoğlu, **Sebepsiz İktisap davasının Genel Şartları**, Ankara, Ajans Türk Matbası, 1961, s. 136-137; Öz, **Sebepsiz Zenginleşme**, s. 83 vd.

⁹⁵⁶ Tandoğan, **C. II**, s. 741; Elçin Grassinger, **Kefilin Hakları**, s. 99; Reisoğlu, **Sebepsiz İktisap**, s. 158; Öz, **Sebepsiz Zenginleşme**, s. 92; Deren Gündüz, **Kefaletin Şekli**, s. 196.

⁹⁵⁷ Bu görüşler için bkz. Gümüş, **Borçlar Özel**, s. 366 vd.

zenginleşme talebinden feragat etmesi veya bu talep hakkının zamanaşımına uğraması, alacaklının iktisabını kesinleştireceğinden, sebepsiz zenginleşme talebinin muhatabı asıl borçlu olacaktır⁹⁵⁸. Yine aynı şekilde, kefilin, asıl borcu ifa ettiği hususunda alacaklıyla anlaşması halinde, asıl borcun kefil tarafından ifa edildiği kabul edilecek ve sebepsiz zenginleşme talebi asıl borçluya yöneltilebilecektir⁹⁵⁹.

Çoğunluk görüşünü benimseyen Federal Mahkeme⁹⁶⁰, şekle aykırı sözleşmeye dayanarak ifada bulunan kefilin, kendi borcunu ifa etmek niyetiyle hareket ederek borç olmayan bir şeyi ifa ettiği ve böylece alacaklıyı sebepsiz olarak zenginleştirdiğini kabul etmektedir. Bu çerçevede, kefilin sebepsiz zenginleşme talebini öncelikle alacaklıya yöneltmesi gereklidir. Bu görüş, İsviçre ve Türk öğretisinde kimi yazarlarca benimsenmiştir⁹⁶¹.

Öğretide ileri sürülen bir diğer görüş, kefilin geçersiz sebebe dayalı ifası sonucu, alacaklının malvarlığında sebepsiz zenginleşmenin, kefilin malvarlığında ise fakirleşmenin meydana geldiği; bu itibarla, sebepsiz zenginleşme talebinin sadece alacaklıya yöneltilmesi gerektiği yönündedir⁹⁶². Kefilin menfaatlerini yeterince

⁹⁵⁸ Pestalozzi, Art. 493, N. 4; Reisoğlu, **Kefalet Hukuku**, s. 97; Tandoğan, **C. II**, s. 741; Elçin Grassinger, **Kefilin Hakları**, s. 100; Özen, **Kefalet**, s. 254-255; Acar, **Müteselsil Kefalet**, s. 190; Serozan, **Haksız Zenginleşme**, s. 371; Ayrancı, **Şekil**, s. 111; Deren Gündüz, **Kefaletin Şekli**, s. 197.

⁹⁵⁹ Pestalozzi, Art. 493, N. 4; Özen, **Kefalet**, s. 255; Ayrancı, **Şekil**, s. 111; Deren Gündüz, **Kefaletin Şekli**, s. 196-197.

⁹⁶⁰ “Ödemede bulunan kefil, asıl borçlunun değil; fakat kendi borcunu, alacaklı ile kendi arasındaki kefalet sözleşmesine bağlı olarak asıl borçlunun ödememesi yüzünden ortaya çıkan tazminat yükümlülüğünü yerine getirmektedir. Bunun sonucu olarak da ödeme ile alacaklıya karşı olan kendi bağımsız borcu (kefalet borcu) sona ermektedir. Buna karşılık asıl borç sona ermemekte, aksine kefalet geçerli ise, rücu talebi şeklinde kefile intikal etmektedir. Kefalet geçerli değilse, kefil alacaklıya hakkı olmayan bir ödemede bulunduğundan, alacaklı sebepsiz zenginleşme davasına muhatap olacaktır. Ancak eğer kefil alacaklıya karşı olan sebepsiz zenginleşme talebinden feragat eder ya da bu hakkı zamanaşımına uğrarsa, sebepsiz zenginleşme talebi asıl borçluya karşı yöneltilen olacaktır. Zira alacaklıya karşı sebepsiz zenginleşme talebi sona erip, böylece alacaklının kazanımı kesinleşince, asıl borçlunun asıl borçlunun alacaklının takibini dikkate almasına gerek kalmayacaktır. Bu durumda asıl borçlu kefil tarafından yapılmış ifa ile zenginleşmiş olacaktır. Öyle ki kefil, asıl borçluya karşı, ikinci derecede ortaya çıkmış zenginleşmenin iadesi talebini yöneltebilecektir. Roma ve Müsterek hukuk anlayışından beri geçerli olan bu düşünce tarzı, kefalet ilişkisinin hukuki niteliğine olduğu kadar, adalet ve pratik mantık kurallarına da en uygun olanıdır. Zira çoğunlukla kefil, asıl borçlu ödemededen aciz olduğundan, teminat vermek zorunda kalmaktadır. Buna rağmen kefilin asıl borçluya müracaata mecbur etmek gayri adil, sert bir davranış olacaktır”, denilmektedir. BGE 70 II 271. Karar için bkz, Deren Gündüz, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu’na Göre Kefalet Sözleşmesinin Şekli, s. 197, dñn, 52.

⁹⁶¹ Federal Mahkeme kararı için bkz. BGE 70 II 271. Bu yöndeki yazarlar için bkz. Beck. Art. 493, N. 21; Giovanoli, Art. 493, N. 12; Pestalozzi, Art. 493, N. 4; Tandoğan, **C. II**, s. 741; Reisoğlu, **Kefalet Hukuku**, s. 98; Özen, **Kefalet**, s. 253.

⁹⁶² Reisoğlu, **Kefalet Hukuku**, s. 98; Elçin Grassinger, **Kefilin Hakları**, s. 100.

korumadığı gerekçesiyle bu görüşü eleştiren Ayrancı ise alacaklının iflas etmesi veya başka bir surette kendisinden alacağın tahsil edilemediği ve hatanın ispatının yapılamadığı durumlarda kefilin geçerli bir ifada bulunduğu kabul edilerek asıl borçluya rücu hakkı tanınması gerektiğini belirtmiştir⁹⁶³.

Yargıtay'ın ise farklı yönlerde kararları mevcuttur. Ancak güncel kararları, kefilin, TBK. m. 78/I (eBK m. 62/c. I) hükmü uyarınca, sebepsiz zenginleşme talebinin muhatabının alacaklı olduğu yönündedir. Ancak eski tarihli bir kararında ise⁹⁶⁴, *“...Ancak, şekil noksanı veya yokluğu nedeniyle geçerli bulunmayan bir kefalet dayanılarak ödemede bulunan kefilin nedensiz zenginleşme iddiasında bulunabileceğine hiçbir yasal engel bulunmamaktadır. Zira ödeme sonucunda alacak sona ermiş ise, haksız olarak borçlunun (davalı) zenginleştiğinin kabulü gerekir. Öyle ki alacağın sona ermesiyle, alacak hakkı olan bir edayı kabul etmiş olacak, buna karşılık borçlu nedensiz olarak borcundan kurtulmuş, mal varlığında haklı olmayan bir artış meydana gelmiş bulunacaktır.”*, denilmektedir. Yüksek Mahkeme bu kararı ile Federal Mahkeme'nin aksine, geçersiz kefalet sözleşmesine rağmen alacaklıya ifada bulunan kefilin, asıl borcu ortadan kaldırarak esas borçluyu zenginleştirdiğini ve kefilin sebepsiz zenginleşme talebini asıl borçluya yönelteceğini kabul etmiştir.

Yargıtay'ın belirtilen kararı, öğretide Elçin Grassinger tarafından, kefalet sözleşmesi ve sebepsiz zenginleşme hükümleriyle bağdaşmadığı gerekçesiyle, eleştirilmiştir⁹⁶⁵. Yazara göre kefil, alacaklı ile asıl borçlu arasındaki hukuki ilişkiden doğan borcu değil, kefalet sözleşmesinden doğan kefalet borcunu ifa etmektedir. Bu itibarla, Yargıtay kararında belirtildiğinin aksine kefilin yaptığı ödeme kefalet borcunu sona erdirmektedir. Alacaklıya karşı borcunu yerine getiren kefil, kanun gereği, alacaklının asıl borçluya karşı haklarına halef olur ve rücu hakkı kapsamında asıl borçluya başvurma hakkı elde edecektir. Yazar ayrıca, geçersiz kefaletin ifası halinde kefilin, alacaklının malvarlığında haksız (sebepsiz) zenginleşme meydana getirdiğini, bu sebeple sebepsiz zenginleşme talebinin alacaklıya yöneltilmesi gerektiğini belirtmiştir.

⁹⁶³ Ayrancı, **İfanın Sonuçları**, s. 111-112.

⁹⁶⁴ Yarg. 3. HD. T. 06.04.1989, E. 1989/9431, K. 1989/3528. Eski tarihli kararlar için bkz. Elçin Grassinger, **Kefilin Hakları**, s. 100.

⁹⁶⁵ Elçin Grassinger, **Kefilin Hakları**, s. 100. Aynı yönde bkz. Ayrancı, **İfanın Sonuçları**, s. 111.

Bizce de söz konusu karar gerekçesinde yer verilen esaslar, kefalet sözleşmesinin hukuki niteliğiyle bağdaşmamaktadır. Ancak her halde sebepsiz zenginleşme talebinin alacaklıya yöneltilmesi gerektiği görüşünü paylaşmıyoruz.

Kanaatimce bu noktada kefilin, kefalet borcunu yerine getirirken, sözleşmenin geçersiz olduğunu bilip bilmemesine göre bir sonuca ulaşılması daha isabetli olacaktır. Bu sonuç taraf iradelerine uygun olacağı gibi, hakkaniyetin sağlanması amacına da hizmet edecektir.

Öncelikle kefilin, sözleşmenin geçerli olduğu ve kendisinin borçlu olduğu inancıyla ifade bulunması haline değinmek gerekir. Diğer bir deyişle, kefilin geçerli bir borcu ifa ettiği hususunda yanılğıya düşmesi durumunda, sebepsiz zenginleşme talebini kime yönlendirmesi gerektiği sorununı ele alalım. Söz konusu bu olasılıkta, TBK. m. 78/I hükmü uygulama alanı bulacaktır⁹⁶⁶. Zira kefil, alacaklıya borç olmayan *kendisini borçlu sanarak yerine getirmek* suretiyle alacaklıyı sebepsiz olarak zenginleştirmektedir⁹⁶⁷. Kefilin bu yanılğısının kefilin kusuruna dayanması veya hukuki bir hatadan kaynaklanması önemli olmayıp, geçerli bir kefalet borcunun ifa edildiği inancıyla hareket etmesi yeterlidir⁹⁶⁸. O halde kefil, kefalet sözleşmesinin geçerli olduğu yanılğısını ispat ederek, alacaklıdan yaptığı ifanın iadesini talep edebilecektir. Bununla birlikte kefil, TBK. m. 78/I'den doğan sebepsiz zenginleşme talebini, alacaklıya karşı, zamanaşımı, rücu alacağından feragat etmesi vb. nedenlerle ileri süremez ise bu durum asıl borçlunun alacaklıya karşı borçtan kurtulması sonucu doğuracaktır. Bundan dolayı, bu olasılıkta kefil, ikincil olarak asıl borçluya sebepsiz zenginleşme talebi ileri sürebilecektir⁹⁶⁹.

İkinci olarak, kefilin, sözleşmenin şekle aykırılık nedeniyle geçersiz olduğunu bilerek kefalet borcunu yerine getirdiği durumu ele almak gerekir. Belirtilen bu durumda, "*kendisini borçlu sanarak yerine getirme*" şartı gerçekleşmediğinden kefil, TBK. m. 78/I kapsamında alacaklıya sebepsiz zenginleşme yöneltmeyecektir⁹⁷⁰. Bu

⁹⁶⁶ Reisoğlu, **Kefalet Hukuku**, s. 97.

⁹⁶⁷ Öz, **Sebepsiz Zenginleşme**, s. 90.

⁹⁶⁸ Reisoğlu, **Kefalet Hukuku**, s. 59; Tandoğan, **C. II**, s. 741; Ayrancı, **İfanın Sonuçları**, s. 109; Özen, **Kefalet**, s. 254.

⁹⁶⁹ Pestelozzi, Art. 493, N. 4; Özen, **Kefalet**, s. 251.

⁹⁷⁰ Elçin Grassinger, **Kefilin Hakları**, s. 101; Deren Gündüz, **Kefaletin Şekli**, s. 60.

noktada kefilin ifa davranışına yüklenecek anlam, kefil ve alacaklının niyetiyle uyumlu olmalıdır.

Diğer taraftan kefilin sırf saygınlığının zedelenmemesi veya kendisine duyulan güvenin boşa çıkmaması gibi moral değerlerle hareket ederek, geçersiz olduğunu bildiği kefalet borcunu, bağışlama kastıyla ödemesi hususuna değinelim. Söz konusu bu durumda, kefil sebepsiz zenginleşme talebiyle verdiğini alacaklıdan veya asıl borçludan talep edemeyecektir. Zira kefilin alacaklıya bağışlama kastıyla ifasının, bağışlama sözleşmesinin bir gereği olması yönüyle, alacaklı geçerli bir sebebe bağlı olarak zenginleştiğinden verilen şey geri alınamaz⁹⁷¹. Bu durumda esas borçlunun borcu, alacaklıya yapılan bağışlama ile sona erdiğinden, alacaklı tekrardan borçludan borcun ödenmesini isteyemeyecek ve kefil ise taraflara karşı iade talebinde bulunamayacaktır.

Kefilin bağışlama kastı olmaksızın geçersiz sözleşmeyi bilerek ifa etmesi halinde ise kefil, “*kendisini borçlu sanarak yerine getirme*” şartı gerçekleşmediğinden, TBK. m. 78/I gereğince, ödediğinin iadesini talep edemeyecektir. Ancak öğretide Özen’in de belirttiği üzere, kefil, sözleşmenin geçersizliğine rağmen kefalet borcunu ifa etmekle, asıl borçlunun alacaklı ile arasındaki ilişkiden doğan borcundan kurtarmakta ve böylece asıl borçluyu sebepsiz olarak zenginleştirmektedir⁹⁷². Bu itibarla kefil, bu durumda, alacaklıya yaptığı ifayı, asıl borçludan sebepsiz zenginleşme hükümleri uyarınca talep edebilecektir. Hemen ekleyelim ki, TBK. m. 78/I’de öngörülen, “*kendisini borçlu sanarak yerine getirme*” şartının gerçekleşmemesi, TBK. m. 77/II gereğince, sebepsiz zenginleşme talebine engel teşkil etmeyecektir. Zira TBK. m. 78/I hükmüyle sebepsiz zenginleşme talebinin önüne koyulan bilerek ifada bulunma engeli, ifaya dayanan sebepsiz zenginleşme talebine özgüdür. Borçtan kurtulma yoluyla zenginleşme veya müdahale zenginleşmesi gibi diğer sebepsiz zenginleşme türlerine dayanan talepler için bu engel uygulama alanı bulamayacaktır⁹⁷³. Ulaşılan bu netice gerek kefilin koruma amacıyla gerekse üçlü ilişkide taraf iradeleriyle uyum arz etmektedir.

⁹⁷¹ Andregg, s. 61; Reisoğlu, **Kefalet Hukuku**, s. 94; Tandoğan, **C. II**, s. 741; Deren Gündüz, **Kefaletin Şekli**, s. 199.

⁹⁷² Özen, **Kefalet**, s. 255.

⁹⁷³ Serozan, **Haksız Zenginleşme**, s. 764-766; Özen, **Kefalet**, s. 254-255.

Ancak öğretide çoğunluk, kefaletin geçersizliğini bilerek ödemede bulunan kefilin, bu edimi geri isteyemeyeceği görüşündedir⁹⁷⁴. Bu görüşte olan Reisoğlu, sözleşmenin geçersizliğine rağmen ifada bulunan kefilin, amacının alacaklıya bağışlamada bulunmak olduğunu, bu sebeple, sebepsiz zenginleşme talebinin söz konusu olamayacağını belirtmiştir⁹⁷⁵. Elçin Grassinger'e göre, şekil noksanlığını bildiği halde ifada bulunan kefil, eBK m. 62/c. 1 (TBK. m. 78/I) hükmü uyarınca, ödediğini geri alamayacaktır. Gümüş ise, kefilin kefalet sözleşmesinin geçersiz olduğunu bilerek kefalet borcunu ödediği hallerde, kefilin ödediğini ne alacaklıdan ne de asıl borçludan sebepsiz zenginleşme talebi ile isteyemeyeceği görüşündedir⁹⁷⁶.

Kendine özgü geçersizlik görüşünü savunan Ayrancı, kefilin şekle aykırı surette kurduğu sözleşmeyi daha sonra bilerek ve isteyerek ifa etmesi hallerinde, sözleşmenin en baştan itibaren geçerlilik kazanacağını belirtmiştir. Yazara göre, şekil şartlarının sırf tarafları korumak amacıyla konulduğu bu tür sözleşme ilişkilerinde, katılmış şekil kuralları yerine, bu kuralların şekil hükümlerini anlamsız ve yararsız kılmayacak surette yumuşatılarak uygulanması gerekmektedir. Bu bağlamda, sırf kendisini koruyan şekil nedeniyle, geçersiz sayılan kefaleti ifa eden kefilin, şeklin korumasından vazgeçtiği kabul edilmeli ve sözleşmeye geçerlilik kazandırılmalıdır. Dolayısıyla asıl borçlu rücu hakkını kullanan kefile karşı sözleşmenin geçersizliğini ileri süremeyecektir⁹⁷⁷. Ayrıca yazar, söz konusu durumda geçersizlik itirazının ileri sürülmesinin hakkın kötüye kullanılması sayılacağını belirtmiştir⁹⁷⁸.

Kanaatimce TBK. m. 78/I hükmüyle sebepsiz zenginleşme talebinin önüne koyulan bilerek ifada bulunma engeli, ifaya dayanan sebepsiz zenginleşme talebine özgüdür. Ancak bu ödeme; bağışlama, saygınlığını zedelememe gibi sebeplerden biri veya her ne sebeple olursa olsun ifa dışı bir ödeme ise, borçlunun sebepsiz olarak zenginleşmesine sebep verecektir. Bu sebeple; genel hüküm olan TBK. m. 77 uyarınca, kefilin borçludan bu zenginleşmeyi istemesinde bir engel bulunmamaktadır.

⁹⁷⁴ Reisoğlu, **Kefalet Hukuku**, s. 94; Tandoğan, **C. II**, s. 741; Elçin Grassinger, **Kefilin Hakları**, s. 101.

⁹⁷⁵ Reisoğlu, **Kefalet Hukuku**, s. 94.

⁹⁷⁶ Gümüş, **Borçlar Özel**, s. 367.

⁹⁷⁷ Ayrancı, **İfanın Sonuçları**, s. 116-117.

⁹⁷⁸ Ayrancı, **İfanın Sonuçları**, s. 117.

F. ŞEKLE AYKIRI KEFALET SÖZLEŞMESİNDE TAHVİL

Tahvil⁹⁷⁹, geçerlilik şartlarını taşıyamaması sebebiyle kesin hükümsüz bir işlemin unsurlarını taşıyan ve taraf iradelerine uygun başka bir işlem olarak ayakta tutulması kurumudur⁹⁸⁰. Bu kurumun söz konusu olabilmesi için; i) *kesin hükümsüz bir işlem bulunmalı*, ii) *işlemin geçersiz olduğu taraflarca bilinmemeli*, iii) *işlemin tahvili hükümsüzlüğü öngören kanun hükmünün anlam ve amacına aykırı olmamalı*, iv) *tahvil edilecek diğer işlemin geçerlilik şartlarını taşımalı*, v) *tahvil edilecek işlemin kesin hükümsüz olan işlemler aynı veya benzer sonuçlar doğurmalı*, vi) *tahvil edilecek işlemin taraflar açısından daha ağır sorumluluk öngörmemeli ve vii) tarafların yaptıkları işlemin geçersiz olduğunu bilselerdi tahvil edilecek işlemi yapacakları söylenebilir*⁹⁸¹.

Tahvil kurumu, Alman Medeni Kanunu'nda⁹⁸² açıkça düzenlenmesine karşın Türk ve İsviçre Hukuklarında, öğreti ve yargı kararlarıyla kabul edilmiştir. Nitekim 818 sayılı Kanun döneminde, şekle aykırılık sebebiyle kesin hükümsüz sayılan kefalet sözleşmelerini garanti sözleşmeleri olarak ayakta tutma düşüncesi, öğretide kimi yazarlar ve bazı yargı kararlarında benimsenmekteydi⁹⁸³. Ancak geçersiz bir kefalet sözleşmesinin garanti sözleşmesi olarak ayakta tutulmasının tahvil kurumuyla bağdaşmayacağı öğretide haklı olarak dile getirilmiştir⁹⁸⁴. Zira garanti sözleşmesiyle üstlenilen sorumluluğun kefalet sözleşmesine göre daha ağır olması, tahvil şartları arasında yer alan, “*tahvil edilecek işlemin kesin hükümsüz olan işlem taraflar açısından daha ağır sorumluluk öngörmemesi*”, şartının gerçekleşmesine engel olmaktadır. Ayrıca kefaletin şekline ilişkin kuralların kefilin koruma amacına yönelik olması da tahvilin

⁹⁷⁹ Antalya, **Borçlar Genel C. I**, s. 481-488

⁹⁸⁰ Eren, **Borçlar Genel**, s. 502.

⁹⁸¹ Selim Kaneti, **Hukuki İşlemlerin çevrilmesi (Tahvili)**, İstanbul, Fakülteler Matbaası, 1972, s. 1; Kocayusufpaşaoğlu (Hatemi/Serozan/Arpacı), **Borçlar Hukukuna Giriş**, s. 614; Şeker, **Sözleşmenin Hükümsüzlüğü**, s. 52.

⁹⁸² Alman Medeni Kanun'u §140'a göre, “Kesin hükümsüz bir hukuki işlem, bir başka işlemin şartlarını gerçekleştiriyorsa ve tarafların yaptıkları işlemin batıl olduğunu bilselerdi diğer işlemi istemiş olacakları farz ve kabul edilebiliyorsa, sözü geçen ikinci işlem geçerli olur.” Aktaran; Deren Gündüz, **Kefaletin Şekli**, s. 202.

⁹⁸³ Yarg. 15. HD. T. 06.07.1989, E. 1989/391, K. 1989/3267, **Yasa Dergisi**, C. 8, S. 2, Y. 1990, s. 257; Murat Aydoğdu/ Nalan Kahveci, **Türk Borçlar Özel Hukuku Özel Borç İlişkileri**, 2. Bs., Ankara, Adalet Yayınevi, 2014, s. 810. YHGK, T. 15.02.1985, E.1985/ 15-7, K. 1985/108 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/yargitay/yd4.htm>, 10 Ekim 2017). Yarg. 15. HD., T. 06.07.1989, E. 1989/391, K. 1989/3267, **Yasa Dergisi**, C. 13, S. 2, Y. 1990, s. 257.

⁹⁸⁴ Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı, **Borçlar Hukukuna Giriş**, s. 619; Gümüş, **Borçlar Özel**, s. 368; Elçin Grassinger, **Kefilin Hakları**, s. 122; Reisoglu, **Kefalet Hukuku**, s. 86; Deren Gündüz, **Kefaletin Şekli**, s. 203.

uygulanamayacak olmasına bir sebeptir⁹⁸⁵. Öte yandan 6098 sayılı Kanun'un 603 maddesi gereği, garanti sözleşmeleri bakımından da kefaletin şekline ve ehliyeteye ilişkin kuralların uygulanacağından tahvil kurumunun kefalet sözleşmesinde uygulamayacağı netlik kazanmıştır⁹⁸⁶.

VI. KEFALET SÖZLEŞMESİNDE GENEL İŞLEM KOŞULLARI VE DENETİMİ

A. GENEL İŞLEM KOŞULLARI KAVRAMI

6098 sayılı Kanun'da yer verilen tanıma göre genel işlem koşulları; bir sözleşme yapılırken düzenleyenin, ilerde çok sayıdaki benzer sözleşmede kullanmak amacıyla, önceden tek başına hazırlayarak, karşı tarafa sunduğu sözleşme hükümlerini ifade eder (m. 20). Bu tanım ışığında öğreti, genel işlem koşullarının unsurlarını; i) *Bir sözleşmenin koşullarını oluşturma*, ii) *önceden tek yanlı olarak hazırlanma*, iii) *genel ve soyut nitelikte olma*, iv) *ileride çok sayıda benzer sözleşmede kullanmak amacıyla hazırlanma* ve v) *taraflarca müzakere edilmeme* olarak sıralamıştır⁹⁸⁷.

Genel işlem koşullarının⁹⁸⁸ sözleşme özgürlüğü prensibiyle bağdaşmayan sonuçlar içermesi, bu tür sözleşmelerin denetimi ihtiyacını beraberinde getirmiştir. Zira bu tür sözleşmelerde hazırlayan, sözleşme düzenini kendi menfaatine göre belirlemekte ve kendisi menfaatlerine kavuşurken tüm riskleri sözleşmenin diğer tarafına yükleyerek

⁹⁸⁵ Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı, **Borçlar Hukukuna Giriş**, s. 619.

⁹⁸⁶ Deren Gündüz, **Kefaletin Şekli**, s. 203.

⁹⁸⁷ Şeker, **Yazılmamış Sayılma**, s. 9; Turhan, Esener/Fatih, Gündoğdu, **Borçlar Hukuku I Sözleşmenin Kuruluşu ve Geçerliliği**, İstanbul, Vedat, 2017, s. 233-236; Ömer Çınar, **Tüketici Hukukunda Haksız Şartlar**, İstanbul, XII Levha, 2009, s.29 v.d.

⁹⁸⁸ Sosyal ve ekonomik alanda yaşanan önemli gelişmeler, geniş kitlelere yönelik hizmet ve mal üretimini yaygınlaştırmıştır. Bu kapsamda, oluşan ihtiyaçların karşılanması amacıyla, bireysel sözleşme modeli yanında, yeni bir sözleşme modeli olarak standart sözleşme modeli ortaya çıkmıştır. Bankalar, sigorta şirketleri, seyahat ve taşıma işletmeleri, dayanıklı tüketim mal üretimi ve pazarlaması yapan girişimciler tarafından yoğunlukla kullanılmaya başlayan bu sözleşme modelinde, sözleşme koşulları tek yanlı ve soyut olarak belirlenmektedir. Genel işlem koşulu (GİK) veya standart sözleşme kaydı olarak da nitelenen bu koşullar, gelecekte belirsiz sayıda, aynı şekil ve tipteki hukuki işlemlerde kullanmak üzere düzenlenmektedir. Yeşim M. Atamer, **Sözleşme Özgürlüğünün Sınırlandırılması Sorunu Çerçevesinde Genel İşlem Şartlarının Denetlenmesi**, İstanbul, Beta, 2001, s. 25; Ayşe Havutçu, **Açık İçerik Denetimi Yoluyla Tüketicinin Genel İşlem Şartlarına Karşı Korunması**, İzmir, Güncel, 2013, s. 13; Umut Yeniocak, **Borçlar Kanunu Hükümlerine Göre Genel İşlem Koşullarının Yargısal Denetimi**, TTB, S. 107, Y. 2013, s. 78; Murat Aydoğdu, **Türk Borçlar Hukuku'nda Genel İşlem Koşullarının ve Tüketici Hukuku'nd Haksız Şartlar Denetimi**, Ankara, Seçkin, 2014, s. 24; Şeker, **Yazılmamış Sayılma**, s.18-19.

sözleşmeden beklenen yarar dengesini karşı taraf aleyhine bozmaktadır⁹⁸⁹. Diğer taraftan bu tür sözleşmeye taraf olan kişiler, sözleşme koşullarını müzakere etme imkânından da mahrum kalmaktadır (*take it or leave it*)⁹⁹⁰. Bunun sonucu olarak, sosyal devlet ilkesi uyarınca, devletin sözleşmeye müdahale etmesi gündeme gelmektedir. Söz konusu bu müdahalenin, sözleşmelere getirilen idari denetim yanında, hâkimin sözleşmeye müdahale denetimi olmak üzere iki şekilde olacağı öngörülmüştür. Buna göre, *idari denetim yolu ve yargısal denetim yolu* olmak üzere iki ayrı müdahale şekli düzenlenmiştir⁹⁹¹.

Genel işlem koşullarının denetimine ilişkin, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu ile tüm borç ilişkilerine uygulanmak üzere; yürürlük, yorum ve içerik denetiminden oluşan yargısal denetim sistemi benimsemiştir (TBK. m. 20-25)⁹⁹². Sözleşmelerde sosyal adalet düşüncesini gerçekleştirmek üzere getirilen bu düzenlemeler emredici niteliktedir⁹⁹³. Ayrıca 6098 sayılı Kanun ile yapılan bu düzenlemeler, ticari iş veya tüketici işlemleri açısından genel hüküm vasfına sahiptir. Bu nedenle, ticari iş veya

⁹⁸⁹ Şeker, **Yazılmamış Sayılma**, s. 35; Yeşim M. Atamer, “Yeni Türk Borçlar Kanunu Hükümleri Uyarınca Genel İşlem Koşullarının Denetlenmesi- TKHK m. 6 ve TTK m. 55, f. 1, (f) ile Karşılaştırılmalı Olarak”, **Türk Hukukunda Genel İşlem Şartları Sempozyumu, Bildiriler-Tartışmalar**, 8 Nisan 2011, **BTHAE**, s. 32; Havutçu, **a.g.e.**, s. 7.

⁹⁹⁰ Zira sosyal devlet ilkesi; devlete, piyasa şartlarının taraflar arasındaki dengesizliği ortadan kaldırmada yetersiz kaldığı durumlarda, doğrudan sözleşmeye müdahale ederek adaleti sağlama görevi yüklemektedir. Aynı zamanda zayıf olan tarafı koruma düşüncesi de bu müdahaleyi haklı ve gerekli kılmaktadır. Belirtilen bu sebeplerle, diğer hukuk sistemlerinde olduğu gibi, hukukumuzda da genel işlem koşulları içeren sözleşmelere müdahale edilebileceği kabul edilmiştir Antalya, **Borçlar Genel C. I**, s. 399; Detaylı bilgi için bkz. Şeker, **Yazılmamış Sayılma**, s.12.

⁹⁹¹ Şeker, **Yazılmamış Sayılma**, s.26; Nomer, **Genel**, s. 51; Atamer, **Karşılaştırmalı**, s. 11; Antalya, **Borçlar Genel C. I**, s. 399.

⁹⁹² Yargısal denetime ilişkin hukukumuzda ilk düzenleme, mülga 4077 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun’da 4822 sayılı Kanun ile yapılan değişiklikle, sadece tüketici işlemlerini kapsamına alan “haksız şartlar” başlığı taşıyan hükmüyle yapılmıştır (m. 6/II). Ayrıca 4077 sayılı Kanun madde 6 kapsamında, haksız şartlara ilişkin usul ve esasların düzenlendiği, Tüketici Sözleşmelerindeki Haksız Şartlar Yönetmeliği çıkarılmıştır. 4077 sayılı Kanunu ilga eden 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun’da (TKHK) da “haksız şartlar” başlığı altında ve sadece tüketici işlemlerini kapsamına alan benzer düzenlemeye yer verilmiştir (6502 sayılı Kanun m. 5/II). Genel işlem koşullarının denetimine ilişkin bir diğer düzenleme ise 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu’nun 55. maddesinde “haksız rekabet” başlığı altında yapılmıştır. 6102 sayılı Kanun kapsamındaki ticari işlerde uygulama alanı bulacak bu hükümle, genel işlem koşullarının denetimi kabul edilmiştir. Anlaşılabileceği gibi, her iki düzenlemenin de uygulama alanı sınırlı olup; tüketici veya ticari işlem niteliği taşımayan işlemler bakımından bir denetim söz konusu değildir. Bu itibarla, Türk kanun koyucu, 6098 sayılı Kanun ile tüm işlemlere uygulanmak üzere genel kuralları öngörmüştür (TBK. m. 20-25). Bu konuda ileri sürülen görüşler, değerlendirmeler ve tartışmalar için bkz. Antalya, **Borçlar Genel C. I**, s. 397; Eren, **Borçlar Genel**, s.220; Oğuzman/Öz, **C. I**, s. 165; Hatemi/Gökyayla, **Borçlar Genel**, s. 63; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Alttop, **a.g.e.**, s. 154; Şeker, **Yazılmamış Sayılma**, s.27-28.

⁹⁹³ Şeker, **Yazılmamış Sayılma**, s. 21; Antalya, **Borçlar Genel C. I**, s. 402.

tüketici işlemlerine yönelik genel işlemlerde öncelikle özel kanun olan 6102 sayılı TTK veya 6502 sayılı TKHK hükümleri uygulama alanı bulacaktır⁹⁹⁴. Öte yandan 6098 sayılı Kanun uyarınca, genel işlem koşullarına ilişkin hükümler, özel hukuk kişilerince yapılan işlemler gibi kanun veya yetkili makamlar tarafından verilen izinle yürütülmekte olan kişi ve kuruluşların hazırladıkları sözleşmelerin niteliklerine bakılmaksızın uygulama alanı bulacaktır (TBK. m. 20/IV). Ancak 6098 sayılı Kanun'da genel işlem koşullarına ilişkin yer verilen hükümlerin yapılışında, karşılaştırmalı hukukta ortaya konulan esasların ve 6102 sayılı TTK m. 55 ile 6502 TKHK m.5 hükmünün göz ardı edilmesi, öğretilde haklı olarak eleştirilmektedir⁹⁹⁵.

Türk Hukuku'nda idari denetime ilişkin usul ve esaslar ise; TTK. m. 1425/II, 5684 sayılı Sigortacılık Kanunu⁹⁹⁶ m. 11 ve Sermaye Piyasası Kurulu'nun V Seri 19 Nolu Aracılık ve Aracı Kuruluşlara İlişkin Esaslar Tebliği⁹⁹⁷ ile getirilen düzenlemelerle ortaya konulmuştur. TTK. m. 1425/II'ye göre, *“Poliçenin ve zeyilnâmenin eklerinin içeriği teklifnameden veya kararlaştırılan hükümlerden farklıysa, anılan belgelerde yer alıp teklifnameden değişik olan ve sigorta ettirenin, sigortalının ve lehtarın aleyhine öngörülmüş bulunan hükümler geçersizdir”*. Bu denetim, sigorta poliçelerinin Hazine Müsteşarlığı'nın onaylanması safhasıyla gerçekleşmektedir (5684 sayılı Sigortacılık Kanunu m. 11/I). Ancak idari denetimin yapılması yargısal denetime engel teşkil etmez.

⁹⁹⁴ Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Antalya, **Borçlar Genel C. I**, s. 407-411; Şeker, **Yazılmamış Sayılma**, s.4.

⁹⁹⁵ Atamer, **Karşılaştırmalı**, s. 10.; 6502 sayılı Kanun ve 6102 sayılı Kanun'un konuya ilişkin düzenlemelerinin AB düzenlemeleriyle daha uyumlu olması, kanun koyucunun belirtilen tutumunu daha da yadırgatıcı hale getirmektedir. 6502 sayılı Kanun m. 5 uyarınca yapılacak içerik denetiminin, 6098 sayılı Kanun düzenlemesine göre daha geniş olması ise belirtilen eksikliğin bir diğer görünümüdür. Zira 6502 sayılı Kanun m. 5 uyarına, haksız şartın varlığı için *“tek tarafça müzakere edilmeden hazırlanma”* koşulu aranmıştır. Oysa 6098 sayılı Kanun'a göre bu koşullara ek olarak, *“birden fazla sözleşmede kullanmak için ve önceden hazırlanma”* koşulu öngörülmüştür. Böylece, 6098 sayılı Kanun ile 6502 sayılı Kanuna nazaran daha dar bir denetim alanı oluşturulmuştur. Atamer, **Karşılaştırmalı**, s. 20; Şeker, **Yazılmamış Sayılma**, s.4, dpn.4.

⁹⁹⁶ RG. 14.06.2007, S. 26552. (Çevrimiçi), <http://www.resmigazete.gov> (Erişim Tarihi: 10.10.2018).

⁹⁹⁷ RG. 01.03.1995, S. 22217. (Çevrimiçi), <https://sites.google.com.ku> (Erişim Tarihi: 10.10.2018).

B. KEFALET SÖZLEŞMESİNDE GENEL İŞLEM KOŞULLARI DENETİMİ

1. Genel Olarak

6098 sayılı yeni Borçlar Kanunumuza göre; genel işlem koşulu sayılan çok sayıda benzer sözleşmelerde kullanılmak üzere hazırlanan matbu, standart kefalet sözleşmelerinde özellikle (BK m. 20/I) “*işin özelliğine ve sözleşmenin niteliğine yabancı olan genel işlem koşulları yazılmamış sayılır.*” (BK m. 21/II) şeklindeki düzenlemenin göz önünde tutulması gerekmektedir⁹⁹⁸.

Örneğin uygulamada, alacaklı banka ile kredi kullanan arasında imzalanan kredi sözleşmesi, aynı zamanda kefalet hükümlerini de içeren ve her üç tarafın da imzaladığı genel işlem şartlarını içeren bir sözleşme niteliği taşır⁹⁹⁹. Bu sebeple iş bu kefalet sözleşmesinin genel işlem şartları biçiminde yapılması durumunda genel işlem şartlarının kapsam ve içerik denetimine ilişkin bütün ilke ve kuralları uygulanacaktır¹⁰⁰⁰. Ayrıca; özellikle işin ticari nitelik taşıması veya kefilin tacir olması, bu hükümlerin uygulanmasına engel olmaz¹⁰⁰¹.

Kanunun, kefalet sözleşmesinde kefil aleyhine düzenleme yapılmasına izin verdiği hallerde, bu değişikliklerin genel işlem şartıyla gerçekleştirilmesi de mümkündür¹⁰⁰². Yeter ki bu genel işlem şartına ilişkin maddeler kapsam ve içerik denetiminden olumlu olarak geçebilsin¹⁰⁰³. Burada dikkat edilmesi gereken husus, örneğin bireysel kredilerde kefilin sorumluluğunun, borçlunun doğmuş ve doğacak tüm borçlarına kefil olacağına ilişkin bir sorumluluk olduğu kaydının yazılmasının, geçerli bir kayıt olmadığı ve işlenen bu kaydın şaşırtıcı kayıt olduğu kolaylıkla söylenebilecektir. Yani bireysel kredilerde böyle genel bir hükümle, başka borçların da

⁹⁹⁸ Şeker, **Yazılmamış Sayılma**, s. 21; Reisoğlu, **Kefalet Hukuku**, s.75; Atamer, **Karşılaştırmalı**, s. 28.

⁹⁹⁹ Ayan, **Kefalet Sözleşmesi**, s.53.

¹⁰⁰⁰ Müller (Schutz),107; Aktaran; Ayan, **Kefalet Sözleşmesi**, s.53, dpn.194; Şeker, **Yazılmamış Sayılma**, s.28.

¹⁰⁰¹ Ayan, **Kefalet Sözleşmesi**, s.53, dpn.194.

¹⁰⁰² İsviçre hukukunda 1941 değişikliği sırasında, kefalet sözleşmelerinde genel işlem şartıyla kefil aleyhine düzenleme yapılmasının hükümlerinin kabul edilmediği hakkında: Beck. Art. 492, N. 45.

¹⁰⁰³ Ayan, **Kefalet Sözleşmesi**, s.53.

dahil edilmesi, çoğunlukla şaşırtıcı kayıt olarak değerlendirilmelidir¹⁰⁰⁴. Ancak ilgili kredi bireysel bir kredi olmayıp, genel bir kredi sözleşmesi olduğunda, burada meselenin çözümü genel işlem koşulları yönünden değil, irade bozukluğu yönünden değerlendirilmelidir¹⁰⁰⁵.

GİK kullanımına ilişkin uyarma görevi, karşı tarafın açıkça uyarılması şeklinde anlaşılmalıdır¹⁰⁰⁶. Herhangi bir şekil koşuluna bağlı olmayan uyarma görevi, sözlü olarak da iletilebilir ve bilgilendirme sağlanmış olur. Ayrıca, GİK içeren metnin karşı tarafa verilerek, karşı tarafın öğrenme imkanı da sağlanmalıdır.¹⁰⁰⁷ Örneğin banka kredi sözleşmesi çerçevesinde yapılan kefalet sözleşmesi metninde, “*banka genel işlem koşulları uygulanır*” hükmüne yer vermekle, öğrenme yükümlülüğü yerine getirilmiş sayılmaz, ayrıca GİK metninin bir suretinin kefile verilmesi gerekir¹⁰⁰⁸.

GİK kapsamında öngörülen bilgilendirmeye ve öğrenmeye imkan sağlama yükümlülüklerinin, “*sözleşmesinin yapılması sırasında*” olması gereklidir. Buna göre, en geç sözleşme kuruluncaya kadar, GİK kullananın bu yükümlülükleri yerine getirmesi gerekir. Aksi takdirde; sözleşme kurulduktan sonra yapılan bilgilendirme ve öğrenmeye imkan sağlama bir anlam taşımayacaktır. Örneğin; kefalet sözleşmesi kurulduktan sonra GİK koşullarının banka tarafından kefile verilmesi, yürürlük denetimi açısından önem taşımayacak ve yazılmamış sayılma yaptırımına tabi olmasına engel olmayacaktır¹⁰⁰⁹.

¹⁰⁰⁴ Şeker, **Yazılmamış Sayılma**, s.42; Ayan, **Kefalet Sözleşmesi**, s.53.

¹⁰⁰⁵ Ayan, **Kefalet Sözleşmesi**, s.54.

¹⁰⁰⁶ Şeker, **Yazılmamış Sayılma**, s.37-38; Atamer, **Karşılaştırmalı**, s. 28.

¹⁰⁰⁷ Şeker, **Yazılmamış Sayılma**, s.37-38.

¹⁰⁰⁸ Uygulamada bunun ek pratik yolu GİK’in bir suretinin imza karşılığı karşı tarafa, e-mail, CD veya metin çıktısı yoluyla teslimidir. Atamer, **Karşılaştırmalı**, s. 27-29; Şeker, **Yazılmamış Sayılma**, s.37-38.

¹⁰⁰⁹ Şeker, **Yazılmamış Sayılma**, s. 38-41; Atamer, **GİŞ**, s. 90.

2. 818 sayılı Eski Borçlar Kanunu Döneminde Yapılan Kefalet Sözleşmelerinde, 6098 Sayılı Yeni Borçlar Kanunu'nda Yer Alan Kefalet Sözleşmelerine İlişkin Geçerlilik Koşulları ile Genel İşlem Koşulları Denetiminin Yapılamaması

Bu hususda öncelikle 6101 sayılı Yürürlük Kanunu hükümlerini değerlendirmek gerekecektir¹⁰¹⁰.

6101 sayılı Yürürlük Kanunu'nun "A. Geçmişe Etkili Olmama" başlıklı 1. maddesi uyarınca; *"Türk Borçlar Kanunu Tasarısının yasalaşıp 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 hükümlerinin uygulanır."* denilmiştir. Bu kurala, aynı kanunun "B. Geçmişe etkili olma / I. Kamu düzeni ve genel ahlâk" kenar başlıklı 2. maddesinde; *"Türk Borçlar Kanunu Tasarısının kamu düzenine ve genel ahlâka ilişkin kuralları, hangi tarihte gerçekleşmiş olursa olsunlar, bütün fiil ve işlemlere uygulanacaktır."* hükmünce istisna getirilmiştir.

Burada esas olan husus, 818 sayılı eski BK döneminde yapılmış olan kefalet sözleşmelerine, 6098 sayılı yeni TBK.'da yer alan kefalet sözleşmelerinin geçerlilik koşullarına ilişkin denetim ile genel işlem koşulları nezdinde denetimin yapıp yapılamacağı sorunudur.

Bu sebeple öncelikle, kefalet sözleşmelerinin geçerlilik koşulları ile genel işlem koşullarına ilişkin denetimlerin kamu düzeni ve genel ahlakı ilgilendirip ilgilendirmediğine bakılması gerekmektedir.

¹⁰¹⁰ İsviçre hukukunda kefaletle ilişkin hükümlerin yürürlüğe girmesi sırasında geçiş hükümşeri ayrıntılı bir şekilde konulmuştur. Bu Yürürlük Kanunu'na göre, değişikliklerin yürürlüğe girmesinden önceki yapılan bütün kefalet sözleşmelerinin varlığını koruduğu, fakat değişiklik yürürlüğe girdikten sonra sözleşmede değişiklik yapılması halinde, bunun yeni kurallara tabi olacağı belirtilmiştir. Guhl, **a.g.e.**, s. 136-137. Buna göre; Kanunun yürürlüğe girmesinden önce yapılan kefalet sözleşmeleri, eşin iznine ve yeni şekil koşullarına uygun olmasa bile, önceki kanun hükümlerine uygun olarak yapılmışsa geçerliliğini koruyacaktır. Ayan, **Kefalet Sözleşmesi**, s.284, dpn. 866.

6101 sayılı Yürürlük Kanunu'nun geçmişe etkili olmama kuralına ilişkin 1. Maddesinde yer alan gerekçesinde; *"Tasarının tek fıkradan oluşan "A. Geçmişe etkili olmama kuralı" kenar başlıklı 1 inci maddesinde, Türk Borçlar Kanunu Tasarısının yasalaşıp yürürlüğe girmesinden sonra, zaman bakımından uygulanması düzenlenmektedir. Maddenin kenar başlığında, "Geçmişe etkili olmama kuralı" şeklinde bir ibarenin kullanılmasının sebebi, maddede kanunların kural olarak geçmişe etkili olamayacağına ilişkin temel hukuk ilkesine yer verilmesi gereğidir. Buna göre, her hukukî fiil ve işleme, gerçekleştiği dönemde yürürlükte olan kanun hükümleri uygulanacaktır.*

Yine evli bir kişi, 31 Aralık 2009 tarihinde kefil olmuşsa, bu kefaletin geçerli olması için eşinin rızası aranmayacaktır. Böylece, 1 Ocak 2010 ve daha sonrası itibarıyla eşin rızası, kefalet sözleşmesinin geçerlilik koşullarından birini oluşturduğu hâlde, 31 Aralık 2009 tarihinde kefil olan evli bir kişinin eşinin rızasının bulunmaması, bu kefaletin geçersizliği sonucunu doğurmayacaktır. Bu durumda kefil, Türk Borçlar Kanunu Tasarısının yasalaşıp yürürlüğe girmesinden sonra, Tasarının 11 inci maddesine dayanarak kefalet sözleşmesinin geçersizliğini ileri süremeyecektir." denilmiştir.

Aslında 6101 sayılı Yürürlük Kanunu Tasarısında, kefaletle ilişkin özel bir hüküm konulması ile 6098 sayılı Yeni Borçlar Kanunu döneminde kefalet sözleşmesine ilişkin 581-603. maddelerinin kefil koruyucu hükümlerinin, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu yürürlüğe girmeden önceki kefalet sözleşmelerinde de uygulanmasının gerektiğine ilişkin genel bir görüş hakim olsa da Meclis Adalet Komisyonu görüşmeleri sırasında bu öneri tasarıdan çıkarılmıştır¹⁰¹¹.

Meclis Adalet Komisyonu raporunda görüldüğü üzere, kefalet sözleşmesi ve genel işlem koşulları denetiminin geriye yürümesi, kanun koyucu tarafından oy çokluğu engellenmiştir. İlgili Meclis Adalet Komisyonu Raporuna sunulan muhalet şerhinde

¹⁰¹¹ "Yoğun müzakerelerden sonra, söz konusu bölüm içindeki "Genel işlem koşulları" başlıklı 7 nci, "Kısmi ödemeli satışlar" başlıklı 8 inci, "Kira sözleşmesi" başlıklı 9 uncu, "Hizmet sözleşmeleri" başlıklı 10 uncu, "Kefalet sözleşmesi" başlıklı 11 inci maddeleri, Hükümetin de katıldığı ortak gerekçeli önergeler doğrultusunda tasarı metninden çıkarılmıştır." Tam metin için bkz. (Çevrimiçi) <https://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem23/yil01/ss375.pdf>. (Erişim Tarihi:21.04.2019).

ise;¹⁰¹² “Türk Borçlar Kanunu’nun genel ahlak ve kamu düzeni gerekçeleriyle açıklanan genel işlem koşulları ve kefaletle ilişkin hükümleri, bu kanunun yürürlüğe girmesinden önce akdedilmiş bulunan genel işlem koşulları içeren katılma sözleşmelerine ve kefalet sözleşmelerine de derhal uygulanmalıdır denilebilecektir. Bankalar, Türk Borçlar Kanunu ve bu kanunun yürürlüğü ile ilgili kanun nedeniyle mağdur olacaklarını ileri sürmüşlerse de bunun gerçeklik payı yoktur. Tüm çağdaş hukuk sistemlerinde, genel işlem koşullarına karşı katılanı koruma eğilimi vardır. Gene tüm çağdaş hukuk sistemlerinde, kısmi ödemeli satışlarda alıcılar; kira sözleşmelerinde kiracılar; hizmet sözleşmelerinde işçiler ve kefalet sözleşmelerinde kefiller korunmaktadır. Bu koruyucu düzenlemelerin Anayasamızın 48. maddesine aykırı olduğu düşüncesine katılmak mümkün değildir. Yürürlükteki hukukumuzda da kiracı ve işçilerin gerek yasada, gerekse uygulamada korunduğu bilinen gerçektir. Tasarıda yapılan değişiklikler çağdaş, sosyal hukuk devlet ilkesine uygun olmadığı kanısıyla düşüncelerimizi saygıyla sunuyoruz.” denilerek, özellikle kefaletle ve genel işlem koşullarına ilişkin geriye yürüme yasağının sosyal devlet ilkesine aykırı olduğu açıkça vurgulanmıştır.

Doktrinde ise kefalet sözleşmelerinin geriye yürümeme sorununa karşı hakim görüşe göre; kefalet sözleşmesinde şekil ve eşin rızasına ilişkin hükümlerin emredici olmakla birlikte kamu düzenine ve genel ahlaka ilişkin olmadığı, 818 sayılı Kanun döneminde akdedilen kefalet sözleşmelerinin geçerliliğinin, 6098 sayılı yeni Borçlar

¹⁰¹² Meclis Adalet Komisyonuna sunulan muhalefet şerhi; “Tasarının 7 ilâ 12 nci maddelerinin, özellikle 12 nci maddesinin çıkarılması nedeniyle, örneğin, Türk Borçlar Kanununun yürürlüğe girmesi ile birlikte, Tasarı’nın 2. maddesi aracılığıyla, genel işlem koşulları ve kefalet sözleşmelerine derhal uygulanması gerektiği ileri sürülebilir. Türk Borçlar Kanunu’nun genel ahlak ve kamu düzeni gerekçeleriyle açıklanan genel işlem koşulları ve kefaletle ilişkin hükümleri, bu kanunun yürürlüğe girmesinden önce akdedilmiş bulunan genel işlem koşulları içeren katılma sözleşmelerine ve kefalet sözleşmelerine de derhal uygulanmalıdır denilebilecektir. Bankalar, Türk Borçlar Kanunu ve bu kanunun yürürlüğü ile ilgili kanun nedeniyle mağdur olacaklarını ileri sürmüşlerse de bunun gerçeklik payı yoktur. Tüm çağdaş hukuk sistemlerinde, genel işlem koşullarına karşı katılanı koruma eğilimi vardır. Gene tüm çağdaş hukuk sistemlerinde, kısmi ödemeli satışlarda alıcılar; kira sözleşmelerinde kiracılar; hizmet sözleşmelerinde işçiler ve kefalet sözleşmelerinde kefiller korunmaktadır. Bu koruyucu düzenlemelerin Anayasamızın 48. maddesine aykırı olduğu düşüncesine katılmak mümkün değildir. Yürürlükteki hukukumuzda da kiracı ve işçilerin gerek yasada, gerekse uygulamada korunduğu bilinen gerçektir. Tasarıda yapılan değişiklikler çağdaş, sosyal hukuk devlet ilkesine uygun olmadığı kanısıyla düşüncelerimizi saygıyla sunuyoruz...” diğer komisyon üyeleri tarafından verilmiştir. Tam metin için bkz. (Çevrimiçi) <https://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem23/yil01/ss375.pdf>. (Erişim Tarihi:21.04.2019).

Kanunu döneminde de korunması gerektiği belirtilmiştir¹⁰¹³. Yargıtay ve İsviçre Federal Mahkemesi de hakim görüşü destekler nitelikte hükümler kurmuşlardır¹⁰¹⁴.

İlgili Meclis Adalet Komisyonu'nun raporu ile doktrin ve yüksek mahkeme kararları birçok açıdan eleştirilebilir. Çünkü;

- 1- Kanun koyucunun kefilî koruma esasına dayanan, Mevzuat Kanununda bile olmayan TBK. m. 603 hükmü gibi çok önemli ve çığır açan hükümler koyması da göz önünde bulundurulduğunda, kefalet sözleşmesinin ve buna ek olarak genel işlem koşulları denetiminin, kamu düzenini ve genel ahlakı ilgilendirmede kanaati yerinde değildir. Mağduriyetin en fazla yaşandığı, özellikle tüketicileri koruma iç güdüsü ile gelişen ve günden güne değişen tüketici hukuku açısından, genel işlem koşulu içeren kefalet sözleşmelerinin, hiçbir sebep veya dönem belirtilmeden derhal genel işlem koşulu denetimine tabi tutulması gerekmektedir.
- 2- Hukukumuzda ilk defa genel işlem koşullarına ilişkin pozitif düzenleme 4077 sayılı eski Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanun m. 6'da (Değişik: 6/3/2003- 4822/7 md.) belirtilen haksız şart hükmüyle görülmektedir. 2003 yılından beridir tüketici hukuku açısından genel işlem koşulları denetimi için düzenleme yapan kanun koyucunun, 6101 sayılı Yürürlük Kanunu ile eski BK. döneminde yapılmış olan kefalet sözleşmelerinde, kefaletin geçerlilik koşullarına ve genel işlem koşullarına ilişkin denetim yapılamayacağını belirten bu tasarıyı kabul etmesi, eski BK. döneminde farkında bile olmadan, düşünmeden kefalet sözleşmesi yapmış birçok kişinin ve ailenin mağduriyetlerini her geçen gün daha da arttırmaktadır.

¹⁰¹³ Reisoğlu, **Kefalet Hukuku**, s.330; Ayan, **Kefalet Sözleşmesi**, s.288; Baş, “Kefalet Sözleşmesinin Geçerlilik Şartlarına İlişkin Bazı Yenilikler, s.115;

¹⁰¹⁴ Yarg.13.HD., 08.05.2014 T.,2014/8118 E., 2014/14753 K.; (Çevrimiçi), <http://www.kazanci.com> (Erişim Tarih:20.01.2019); Yargıtay 4HD.,20.04.1957, 2318., Bkz; Reisoğlu, **Kefalet Hukuku**, s.329, dpn. 943; BGE 6 II 350; BGE 65 237., Bkz; Reisoğlu, **Kefalet Hukuku**, s.330, dpn.944-945.

3- İlgili komisyon kararında, kefaletin geçerlilik koşullarının da geçmişe yürümeyeceği belirtilmiştir. Ancak bu özel koşullara detaylı olarak baktığımızda; şekil ve eşin rızasına ilişkin bu koşullarla kanun koyucu, kefilî korumak, uyarmak ve ilerde mağduriyetinin artmaması için tekrar tekrar kefilî düşünmeye sevk etmek istemiştir. Özellikle 6098 sayılı yeni TBK. m. 583’de nitelikli yazılı şekil koşulu kabul edilerek, el yazısı ile azami miktarın, kefalet tarihinin ve müteselsil kefil olma ibaresinin yazılması zorunluluğu kefilî uyarmak içgüdüleriyle hazırlanmıştır. Zira Yargıtay’ın önceki tarihli bir kararında, şekil unsurunun kişiyi uyarmaya yönlendirdiğini ve bu sebeple şeklin kamu düzeninden olduğu belirtilmiş, tartışılmıştır¹⁰¹⁵. 818 sayılı eski BK döneminde yapılmış olan kefalet sözleşmelerinde, şekil koşulunun adi yazılı şekil koşulu olması ve eş rızası koşulunun olmaması, şeklin uyarma fonksiyonunun çok zayıf olduğunu göstermektedir. Bu sebeple, eski BK döneminde yapılan kefalet sözleşmelerinde yeteri kadar uyarılmamış kefilin ilerde ağır mağduriyetler yaşamaması için kefaletle ilişkin geçerlilik koşulları denetiminin eski Borçlar Kanunu döneminde yapılmış olan kefalet sözleşmeleri açısından da geçerli olması gerekmektedir.

4- TBK. m. 20-25 (*Genel işlem koşulları*) ile TBK. m. 581- 603 (*Kefalet Sözleşmesi*) emredici hükümler olarak karşımıza çıkmaktadır. Yargıtay’ın bir kararında¹⁰¹⁶; “*Emredici kanun hükümleri kamu düzeni ile ilgili olup bağlayıcı niteliktedir. Bu hükümler hıllafına hiç işlem yapılamaz. Yapıldığı takdirde o işlem ölü doğacağı için geçerliliğinden söz edilemez.*” görüşü karşı oy olarak belirtilmiş ve emredici hükümlerin kamu düzeninden olup olmadığı tartışılmıştır. Her ne kadar genel görüş olarak taraflar arasındaki işlemlerde kamu düzeni olgusunun aranmayacağı hakimse de¹⁰¹⁷, kanun

¹⁰¹⁵ Yarg. İBGK E. 1987/2 K. 1988/2 T. 30.9.1988. (Çevrimiçi), <http://www.kazanci.com> (Erişim Tarih:20.01.2019).

¹⁰¹⁶ Yarg. İBGK E. 1996/5 K. 1997/3 T. 28.11.1997 (Çevrimiçi), <http://www.kazanci.com> (Erişim Tarih:20.01.2019).

¹⁰¹⁷ “*Amme intizamı (kamu düzeni) tabirinden, korunmasında ve uygulamasında topluluğun (devlet, cemiyet) büyük bir yararı olduğu hususundaki hukuk kuralları anlaşılmalı gelir. Bu kurulların çoğu aile hukukunda ve aynı haklarda ve bir kısmı da miras hukukunda bulunur. Borçlak hukuku prensip*

koyucu birden fazla emredici hüküm koyarak, özellikle genel işlem koşulları ve kefalet sözleşmesinin geçerlilik koşulları yönünden kefilin uyarılmasını ve korunmasını defalarca ve birçok alanda emredici olarak ortaya koymuştur. Kanun koyucunun bu tavrı, sadece tarafları değil bütün kamuyu bilinçlendirme ve uyarma kanaatinde olduğunu göstermektedir. Bu sebeple; emredici hükümler olan TBK. m. 20-25 ile TBK. m. 581-603'ün kamu düzenini ilgilendirdiği kanaatindeyim.

5- Yine belirtmek gerekir ki; tüm gelişmiş hukuk sistemlerinde, genel işlem koşullarına karşı katılanı koruma, kefalet sözleşmelerinde ise kefilleri korunma bakış açısı mevcuttur. Diğer taraftan; kapitalist ekonomilerin karmaşık yapısına ve güçlü aktörlerine (Bankalar, finans kuruluşları vs.) karşı bireylerin zayıflığı, diğer yandan sosyal devlet anlayışı ve özellikle tüketicinin korunması eğilimleri,¹⁰¹⁸ hem genel işlem koşulları denetiminin hem de kefalet sözleşmelerine ilişkin geçerlilik koşullarının hiçbir kıtas veya süre olmadan uygulanması gerektiğini de bize göstermektedir.

6- Ayrıca yukarıda bahsedilen 25 üyeden oluşan Meclis Adalet Komisyonunca iş bu tasarının kabul edildiği gün, 7 üye toplantıya katılmamış, 5 üye ise muhalafet şerhi vererek iş bu tasarı oy çokluğuyla kabul edilmiştir. Görüldüğü üzere; 6101 sayılı Yürürlük Kanunu'na ilişkin, geçmişe yürümeme noktasında, özellikle kefalet sözleşmesi ve genel işlem koşulu denetimin geriye yürümemesi hususunda yarıdan 1 fazla oyla kabul edilen ve kanun koyucunun önüne giden tasarının oluşturulmasında muhalef şerhi de dikkate alınarak, bir consensus oluşmadığı açıktır.

itibariyle ancak tarafların yararlarına ilişkin olup kamu düzenine dahil değildir. Borçlar Kanunu'nun hiçbir kuralı emredici hüküm değildir. Federal Mahkeme; 2. Hukuk D. 8.3.1962 tarihli bir kararında kamu düzeninin anlam ve kapsamı bakımından tarafların bir yana bırakmayacakları toplumsal siyaset ve ahlak düşüncelerine dayanmalarından ötürü bütün hal ve şartlarda uyulması zorunluğu olan kuralların kamu düzenine ilişkin olduklarını belirtmişti, daha sonra kesinlikle tanımlamaktan kaçındığı kamu düzeni kavramını darlaştırmak eğilimini göstermiştir. En son içtihadı göre bir kuralın kamu düzenine ilişkin sayılması için bu kurala aykırılığın, memleketin genel hukuk duygusunu ağır şekilde zedelemesi zorunlu olduğunu kararlaştırmıştır.” Yarg. İBGK E. 1969/6 K. 1969/7 T. 5.11.1969, (Çevrimiçi), <http://www.kazanci.com> (Erişim Tarih:20.01.2019).

¹⁰¹⁸ Oğuzman/Öz, C. I, s. 161; Atamer, *GİŞ*, s. 234; Şeker, *Yazılmamış Sayılma*, s. 43.

7- Son olarak, Yargıtay uygulamalarında da önemli çelişkiler mevcuttur. 818 sayılı eski Borçlar Kanunu döneminde Yargıtay, genel işlem koşullarına ilişkin hüküm olmamasına rağmen, dürüstlük kuralı çerçevesinde içerik denetimi yapmakta ve dürüstlük kuralına aykırı nitelikteki GİK'lerin kesin hükümsüz olacağına ilişkin kararlar vermektedir¹⁰¹⁹. Ayrıca Yargıtay; 6098 sayılı TBK. döneminde birçok kararında özellikle tüketiciler açısından genel işlem koşullarına ilişkin denetimin kamu düzeninden olduğunu belirtmiştir¹⁰²⁰. Buna rağmen; yürürlük kanununa atıfta bulunarak, 818 sayılı eski BK. döneminde yapılmış olan kefalet sözleşmelerinin kamu düzenini ve genel ahlakı ilgilendirmedikinden genel işlem koşullarına ilişkin denetlenemeyeceğini belirterek tam tersine kararlar vermesi¹⁰²¹

¹⁰¹⁹ 818 sayılı Kanunda, her ne kadar genel işlem koşulu denetimine ilişkin hüküm olmasa da Yargıtay, sözleşmenin bir tarafının güçlü konumda olması sebebiyle mağdur duruma düşen taraf menfaatinin güvence altına almak amacıyla, eBK m. 19-20, 21, 23, 28, TMK. m. 2 ve 24 kapsamında genel işlem koşulu denetimi yapmaktaydı. Ayrıntı için bkz. Esener/Gündoğdu, a.g.e., s. 231. Bu yönde kararlar için bkz. Yargıtay 13. HD E. 2011/1223 K.2011/4133 T. 21.3.2011; Yargıtay 13. HD. E. 2012/1414 K. 2012/679 T. 19.1.2012. (Çevrimiçi) www.kazanci.com (Erişim Tarihi:20.02.2019).

¹⁰²⁰ Yarg.13. HD., 05.03.2013 T., 2013/3676 E., 2013/5247 K. sayılı kararı; “Tüketiciden tahsil edilen kapama ücretinin herhangi bir hizmet karşılığı olarak tahakkuk ettirilmediği, kredi sözleşmesinde kararlaştırılan faiz oranının, düşük faiz oranı üzerinden uyarlanması işleminin, bankaya herhangi bir maliyetinin bulunmadığı, ödeme planının değiştirilmesi sırasında herhangi bir zorunlu masrafta bulunulmadığı, bu hali ile ödeme plan değişikliği ücreti alınması işlemi ticari ahlak ve iyiniyet kurallarına aykırı olduğu, banka tarafından yapılan işlemin, kredi ilişkisinin düşük faiz oranı üzerinden devam ettirilmesinden ibaret olduğu, sözü geçen işlem bakımından ücret alınacağı hususunda tüketiciyi bağlayıcı nitelikte herhangi bir yasal mevzuat da bulunmadığı, bankanın erken kapama ücreti alınacağına ilişkin yönetsel kararının da yukarıda açıklandığı şekilde tek taraflı olarak kararlaştırılıp tüketiciyle müzakere edilmeden tüketiciye dayatılan haksız şart niteliğinde olduğu, <6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu’nda genel işlem koşullarına, dürüstlük kurallarına aykırı olarak karşı tarafın aleyhine ve onun durumunu ağırlaştırıcı nitelikte hükümler konulamayacağı> düzenlendiği, bu maddenin normunun kamu düzeninden oluşu nedeni ile derhal uygulanacağı, dolayısıyla herhangi bir hizmet karşılığı olmaksızın erken kapama ücreti adı altında ücret alınmasının dürüstlük kuralına aykırı olduğu, geçerli olmadığı, alınan ücretin tüketiciye iadesi gerektiğine karar verilmiş olması isabetlidir.” (Çevrimiçi), <http://www.kazanci.com> (Erişim Tarih:20.01.2019)

¹⁰²¹ Yarg.13.HD., 08.05.2014 T.,2014/8118 E., 2014/14753 K. “Somut olayda dayanak mülga 818 sayılı Yasa’nın yürürlükte olduğu tarihte düzenlenerek, aynı ve nakdi yardımların da o zaman verilmiş olduğu, yine sözleşme kapsamında üretilen domateslerinde mülga 818 sayılı Borçlar Kanunu zamanında teslim edildiği anlaşılmaktadır. Hal böyle olunca, 6101 sayılı yürürlük Yasası’nın 1. maddesi hükmüne göre olayda temerrüt, sona erme ve tasfiye halinin mevcut olmamasına ve salt genel işlem şartlarına aykırılığın ise kamu düzeni ve genel ahlak kapsamında bulunmamasına göre 6098 sayılı Yasa’nın Genel İşlem Koşullarına ilişkin 20-25 maddelerinin somut uyuşmazlığın çözümünde uygulama olanağı bulunmadığı anlaşılmaktadır.” (Çevrimiçi), <http://www.kazanci.com> (Erişim Tarih:20.01.2019) “Her ne kadar mahkemece, kredi sözleşmesindeki kefil aleyhine düzenlemelerin 6098 sayılı TBK’nın 21. maddesi kapsamında yazılmamış sayılacağı belirtilerek yazılı şekilde karar verilmiş ise de, kredi sözleşmesinin 06.02.2006 tarihli olması nedeniyle uyuşmazlığa 6098 sayılı TMK’nın uygulanması mümkün değildir. Bu durumda, sözleşmenin kefalet başlıklı 70. maddesindeki “kefilin asıl borçlunun tüm borçlarına kefil

uygulamadaki en büyük çelişkidir. Yargıtay, 6098 sayılı yeni Borçlar Kanunu dönemine açık hükümler olmasına rağmen 818 sayılı eski Borçlar Kanunu döneminde yapılan kefalet sözleşmelerinde genel işlem koşulları denetimi yapmamakta ısrar etmektedir. Bu kararların tam aksine, açık hüküm yokken bile denetim yapan Yargıtay'dan, açık birçok emredici hüküm bulunan 6098 sayılı yeni Borçlar Kanunu döneminde de, eski Borçlar Kanunu döneminde yapılmış olan kefalet sözleşmelerini genel işlem koşulları denetimine tabi tutması beklenmektedir.

Kanaatimce, kefalet sözleşmesinin geçerlilik koşullarına ilişkin denetim ile genel işlem koşullarına ilişkin denetimin kamu düzeninden olması¹⁰²², bu denetimlerin 818 sayılı Borçlar Kanunu döneminde yapılan sözleşmeler bakımından da uygulanmasını gerektirir. Bu itibarla, 818 sayılı Borçlar Kanunu döneminde dahi izahı kabil olmayan bir uygulamanın, 6098 sayılı Kanun'un emredici hükmüne rağmen devam ettirilmesi, hakkaniyet duygusunu zedelemektedir.

3. 818 sayılı Eski Borçlar Kanunu Döneminde Yapılan İpotek Senedi İçerisinde Yer Alan Kefalet Kaydının, Genel İşlem Koşulları Nezdinde Denetiminin Yapılamamasının Yargıtay Uygulamaları Nezdinde Değerlendirilmesi

Uygulamada en çok karşılaşılan prolemlerin başında, bankaların veya 3. kişilerin lehine ipotek veren kişinin; tapu müdürlüğünde yapılan ipotek işleminde, ipotek iradesinin yanında, hiç haberi olmadan, “kefalet” veya “müteselsil kefil” kaydının ipotek belgesine yazılması durumu karşımıza çıkar. Bu durumda ipotek veren, aynı teminat vermesinin yanında ayrıca asıl borca kişisel olarak teminat veren kişi olma

*olduğu" yönündeki düzenleme geçerlidir. Ayrıca, asıl borçlunun kredi sözleşmesi kapsamında kullandığı 2 adet meri teminat mektubundan kaynaklanan riski de devam ettiğine göre bankanın davacı kefilin hesabına koyduğu blokede bir usulsüzlük bulunmamakta olup, mahkemenin sözleşmedeki kefil aleyhine düzenlemelerin geçersiz olduğu, asıl borçlunun aracı üzerinde rehnin ve hesabındaki blokenin kaldırılmasına rağmen kefilin hesabına bloke konulmasının doğru olmadığı yönündeki gerekçesi yerinde görülmemiş, davalı vekilinin temyiz itirazlarının kabulü ile kararın davalı yararına bozulması gerekmiştir". Yarg. 11. HD., T. 03.06.2014, E. 2014/192, K. 2014/10334 (UYAP Bilgi Bakası- Yargıtay Emsal Karar Arama, (Çevrimiçi), <https://emsal.yargitay.gov.tr> (Erişim Tarihi:05.12.2017); Yarg. 19. HD., T. 26.03.2013, E. 2013/824, K. 2013/5175; Yarg. 11. HD., T. 06.03.2013, E. 2013/2482, K.; Aynı yönde karar bkz. Bilgen, **a.g.e.**, s. 643 vd.*

¹⁰²² Atamer, **Karşılaştırmalı**, s. 70.

tehlikesiyle karşı karşıya kalmaktadır. Bu sorunu; kefaletin geçerlilik koşulları ve genel işlem koşulları denetimi açısından, Yargıtay uygulamaları nezdinde değerlendirmemiz gerekecektir.

Problemimizin özünün işlendiği örnek bir Yargıtay kararında¹⁰²³ “Genel işlem koşulları ile ilgili düzenlemeler 1.7.2012 tarihinde yürürlüğe giren 6098 Sayılı TBK.'nun 20-25. maddeleri arasında yer almaktadır. İpotek senedinin düzenlendiği tarih itibariyle 6098 Sayılı TBK. yürürlükte olmadığından genel işlem koşullarıyla ilgili hükümler somut olaya uygulanamayacağı gibi, bu hükümlerin 6101 Sayılı TBK.'nın Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkındaki Kanunun 2. maddesi uyarınca kamu düzeni ve genel ahlaka dair bir kural niteliğinde bulunmaması sebebiyle geçmişe etkili şekilde

¹⁰²³ “...Genel işlem koşulları ile ilgili düzenlemeler 1.7.2012 tarihinde yürürlüğe giren 6098 Sayılı TBK.'nun 20-25. maddeleri arasında yer almaktadır. İpotek senedinin düzenlendiği tarih itibariyle 6098 Sayılı TBK. yürürlükte olmadığından genel işlem koşullarıyla ilgili hükümler somut olaya uygulanamayacağı gibi, bu hükümlerin 6101 Sayılı TBK.'nın Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkındaki Kanunun 2. maddesi uyarınca kamu düzeni ve genel ahlaka dair bir kural niteliğinde bulunmaması sebebiyle geçmişe etkili şekilde somut olaya uygulanması da mümkün değildir. Bu olgular karşısında ipotek senedinin düzenlendiği tarih itibariyle davalının ipotek sorumluluğunun yanı sıra davadışı şirket lehine müteselsil kefil olmayı da taahhüt ettiğinin gözetilerek tüm deliller birlikte değerlendirilip varılacak uygun sonuç dairesinde bir karar verilmesi gerekirken... KARŞI OY YAZISI; Dava, ipotek senedinde yer alan kefalet kaydına dayalı itirazın iptali davasıdır. Kural olarak banka kredilerinin teminatı için verilen ipotek senedi tapu sicil müdürlüğünde, kefalet sözleşmesi ise bankada düzenlenip imzalanır. Banka tarafından verilecek kredi için sınırlı bir teminat vermek isteyen kişiye tapu sicil müdürlüğünde düzenlenen ipotek senedi içine bir kefalet kaydı yerleştirilerek imzalatılması halinde bu kefalet kaydı sözleşmenin niteliğine ve işin özelliğine yabancı bir genel işlem şartı olup 6098 Sayılı TBK.'nun 21/2.maddesi gereğince yazılmamış sayılır. Ayrıca banka tarafından düzenlenen ipotek senedinde kullandırılan krediye sadece ipotek ile sınırlı bir teminat vermek isteyen kişi aleyhine ipotek senedine ayrıca kefalet kaydı eklenmesi dürüstlük kuralına aykırı olarak onun aleyhine ve onun durumunu ağırlaştıracak nitelikte bir genel işlem şartıdır. Bu işlem 6098 Sayılı TBK.'nun 25.maddesi gereğince yasaklanmış olduğundan, mutlak butlanla batıldır. Davaya dayanak yapılan ipotek senedi TBK.'nun yürürlüğe girdiği 1.7.2012 tarihinden önce düzenlenmiştir. Ancak 6101 Sayılı TBK.'nın Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun'un 2.ve 7.maddeleri gereğince TBK.'nun kamu düzenine ve genel ahlaka dair kuralları gerçekleştikleri tarihe bakılmaksızın görülmekte olan davalarda da uygulanır. Banka tarafından verilecek bir krediye hem ipotek vererek hem de kefil olarak teminat vermek isteyen kişiye ipotek senedi tapu sicil müdürlüğünde, kefalet sözleşmesi ise bankada imzalatılmalıdır. Nitekim ipotek vermeyen kişiler kefalet sözleşmesini bankada imzalamaktadırlar. Bir krediye sadece ipotek teminatı veren kişiye tapu sicil müdürlüğünde düzenlenen ipotek senedi içine bir cümle kefalet kaydı eklenerek onun banka kredisine kefil yapılmak istenmesi ipotegin tesisi amacına aykırıdır. Böyle bir davranışın bir itibar ve güven müessesesi olan bankalar tarafından yapılmış olması hukuk düzenince kabul edilemez. Somut olayda TBK.'nun 21/1 ve 25.maddeleri gereğince hem yazılmamış sayılma (yokluk), hem de mutlak butlan (hükümsüzlük) nedenleriyle hukuki kıymeti bulunmayan ipotek senedinde yer alan kefalet kaydına değer verilmesi mümkün değildir. Bu itibarla doğru bir hukuki değerlendirmeye dayalı olan yerel mahkeme kararının onanması gerekirken, aksi düşüncelerle verilen saygıdeğer çoğunluğun bozma kararına muhalifim.” Yarg. 19. HD E. 2015/6276 K. 2015/16034 T. 2.12.2015; Aynı yönde kararlar için bkz. Yarg. 19. HD., T. 26.03.2013, E. 2013/824, K. 2013/5175; Yarg. 11. HD., T. 06.03.2013, E. 2013/2482, K.(Çevrimiçi) www.kazanci.com (Erişim Tarihi:20.02.2019).

somut olaya uygulanması da mümkün değildir.” denilmiş ve Yargıtay’ca genel işlem koşulu denetimi yapılamamıştır.

İlgili Yargıtay hükmü birçok noktadan eleştirilebilir. Öncelikle;

1- İlgili dava kamu düzenini ilgilendiren bir davadır. Yargıtay’ın “...*ipoteğin düzenlendiği tarih gerekçe gösterilerek, eski kanuna tabi olması ve kamu düzeni ile genel ahlaka aykırı bir kural olmaması...*” gerekçe göstererek 6098 Sayılı TBK. nezdinde GİK denetimine tabi tutulamayacağını belirtilen düşüncesine katılmak yerinde değildir. Yargıtay’ın tamamen banka veya alacaklı üçüncü kişiyi koruyucu bir bakış açısıyla yaklaştığı bu görüşün temelinde; 6101 Sayılı TBK.’nın Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun’un 2. ve 7.maddeleri bulunmaktadır. Bu mesele bir önceki başlıkta detaylı olarak tartışılmıştır¹⁰²⁴.

2- İpotek işleminin uygulamasına gelindiğinde ise; ilgili ipotek işlemi, tapu müdürlüklerinde yapılmaktadır. Uygulamada çoğunlukla ipotek resmi senedi içerisinde “*müteselsil kefalet*” kaydına yer verilmesi TMK. m. 855 hükmünce birden çok taşınmazın aynı anda ipotek verilmesi hallerinde karşımıza çıkmaktadır¹⁰²⁵. Tapu ve Kadastro Genel Müdürlüğü’nün Tapu Bölge Müdürlüklerine gönderdiği yazıda; “*Borçlu ile taşınmaz malikinin aynı kişi olmadığı durumlarda, düzenlenecek ipotek belgesinin içerisinde yer alması istenen kefalet kaydı veya herhangi bir kişisel teminata ilişkin, TBK. m. 603 hükmü gereği; TBK. m. 583, 584 hükümlerinde belirtilen şekil şartlarına uyulacaktır...*” denilmiştir¹⁰²⁶. Şekil şartlarının uygulanması noktasında bu idari bildirim de göstermektedir ki, ilgili ipotek sözleşmesine konulan kefalet kaydında, kefaletin ehliyet, şekil ve eşin rızasına ilişkin hükümlerinin uygulanmaması, kesin hükümsüzlük yaptırımına tabidir¹⁰²⁷. Bunun yanında; dürüstlük kuralına aykırı olarak ipotek verenin aleyhine ve

¹⁰²⁴ B1.3. B.IV. B.2.

¹⁰²⁵ Reisoğlu, **Kefalet Hukuku**, s.222.

¹⁰²⁶ 22 Ekim 2012 tarih ve 20/18749 sayılı yazı.

¹⁰²⁷ Şeker, **Eşin Rızası**, s. 36; Reisoğlu, **Kefalet Hukuku**, s.98; Özen, **Kefalet**, s.248.

onun durumunu ağırlaştıracak¹⁰²⁸, kefilin ekonomik varlığını mahvedecek¹⁰²⁹ nitelikte konulan bu kayıt bir genel işlem şartıdır¹⁰³⁰. Bu işlem 6098 Sayılı TBK.'nın 25.maddesi gereğince yasaklanmış olduğundan kesin hükümsüzdür.

3- Ayrıca banka lehine hem ipotek vererek hem de kefil olarak teminat vermek isteyen kişiye, kefalet sözleşmesi bankada, ipotek senedi ise tapu sicil müdürlüğünde imzalatılmalıdır. Nitekim ipotek vermeyen kişiler kefalet sözleşmesini bankada imzalamaktadırlar. İpotek teminatı veren kişi, tapu sicil müdürlüğünde düzenlenen ipotek senedi içine bir cümle ile “kefalet” kaydı eklenerek kefil yapılmak istenmiş olabilir. İradesinin aynı teminat vermek olduğu düşünüldüğünde, ek olarak kişisel teminatın da verilmesi ipoteğin tesisi amacına aykırıdır. Böyle bir davranış, bankalar tarafından kullanılmış ve kefil koruma amacını taşıyan kanun koyucunun en önemli koşulu olan şekil, ehliyet ve eşin rızası ile kefil uyarma koşulu tam anlamı ile uygulanmamış olabilir.

4- Ek olarak; 6098 sayılı yeni Türk Borçlar Kanunu’muzda 582/II hükmünce *“yanılma ve ehliyetsizlik sebebiyle borçlunun sorumlu olmadığı borca bilerek kefil olan kişiye kefalet hükümlerinin uygulanacağı...”* veya 591/IV hükmünce; *“Kumar ve bahis doğan borçlara bile bilerek kefil olan kişi, asıl borçlunun bütün def’ilerini kullanabileceği...”* kanun koyucunun kefil koruma bakış açısı bellidir. Yani yeni TBK. döneminde kanun koyucu; eksik, yanılmaya uğramış veya ehliyetsizlikle kurulan borçlara bile, bilerek kefil olan kişiyi koruma iradesinin olduğunu göstermiştir. Ancak Yargıtay verdiği kararlarla; 818 sayılı eski Borçlar Kanunu döneminde yapılan ipotek senedi içerisine kefilin hiç haberi olmadan konulan “kefalet” kayıtlarının, 6098 sayılı yeni TBK. döneminde, kefalet sözleşmesinin

¹⁰²⁸ Şeker, **Yazılmamış Sayılma**, s. 114, dpn.263, s. 181.

¹⁰²⁹ Veysel Başpınar, “Kişilik Hakkı Açısından Kelepçeleme Sözleşmeleri”, **Ankara Barosu Dergisi**, S. 1, Y.1999 s. 17-34 (Çevrimiçi), <http://www.ankarabarusu.org.tr> (Erişim Tarihi:25.09.2018); Bilgen, s. 626.

¹⁰³⁰ Şeker, **Yazılmamış Sayılma**, s. 43; Esener/Gündoğdu, **a.g.e.**, s. 240; Atamer, **Karşılaştırmalı**, s. 44.

geçerlilik koşulları ve genel işlem koşulları yönünden denetime tabi tutulmaması görüşüne malesef devam etmektedir. 818 sayılı Borçlar Kanunu döneminde matbu hazırlanıp, içerisine sözleşmenin taraflarından birinin hiç haberi olmadan konulacak “kefalet” kaydının, o kişinin mahvına sebep olabileceği açıktır. Bu durumda mağdur olan o kişi, 818 sayılı Borçlar Kanunu döneminde iş bu sözleşmenin imzalanması sebebiyle, borçluya ait bütün borca “kefil” olarak kişisel teminat vermiş olacaktır. Yargıtay’ca bu kararlarda ısrar edildiğinde, ilgili kayıttan hiç haberi olmayan ipotek veren, kişisel olarak bütün borca teminat vermiş olacak ve ağır mağduriyetler yaşanacaktır. Buradan çıkabilecek mağduriyetin kamu düzenini ve genel ahlakı ilgilendirmedeği tezi bu sebeple yerinde değildir.

Yukarıda bahsedilen sebepler ışığında kanaatimce; ilgili Yargıtay Kararında, ipotek işlemine ek olarak, ipotek veren aleyhine kefalet kaydının konulup, kişisel olarak ek teminat yüklenmeye çalışılması, hiçbir dönem, süre ve eski-yeni kanun ayrımı gözetilmeden, *genel anlamda kefaletin geçerlilik koşullarının (TBK. m. 583-584. ehliyet, şekil, eşin rızası vs.) yerine getirilmemesinden kaynaklı* olarak kesin hükümsüzlük yaptırımına (TBK. m. 12), genel işlem koşulları yürürlük denetimi açısından, *sözleşmenin niteliğine ve işin özelliğine yabancı şaşırtıcı kayıt*¹⁰³¹ olması

¹⁰³¹ Uygulamada gayri nakdi kredi sözleşmelerine yönelik ipotek teminine yönelik sözleşmelerde bankalar ipotek veren kişinin aynı zamanda kefil olduğuna ilişkin genel işlem koşullarına yer verilmekteydi. Bu tür şaşırtıcı kayıtların 6098 sayılı Kanun ile yazılmamış sayılma yaptırımına tabi kılınmıştır. Kanaatimce şaşırtıcı kayıtlara ilişkin denetimin 818 sayılı Kanun döneminde yapılan sözleşmeler bakımından da uygulanması gerekir. Ancak Yargıtay kararları aksi yöndedir. Konuya ilişkin karara göre, “*Dava, ticari kredi sözleşmesi sebebiyle alacak istemine ilişkindir. Mahkemece, davalı ... yönünden davanın kabulüne, davalı ... yönünden bu davalı tarafından verilen 06/08/2008 tarihli ipotek senedinin 3. maddesinin 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu’nun 21/2. maddesine aykırı olduğu, davaya konu borçtan sorumlu olmadığı gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiştir. Ancak, taraflar arasında akdedilen ve davalıların kefil olduğu davaya konu kredi sözleşmelerinin 02/06/2006 ve 05/08/2008 tarihli olduğu, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu’nun yürürlük tarihinin 01.07.2012 olduğu, bu durumda 02/06/2006 ve 05/08/2008 tarihli kredi sözleşmelerinin imza tarihi itibarıyla henüz yürürlüğe girmemiş olan 6098 Sayılı Kanun’un genel işlem şartlarına dair hükümlerinin somut olaya uygulanma kabiliyeti bulunmadığı gözetilmeksizin yazılı gerekçelerle davalı ... yönünden davanın reddine karar verilmesi doğru görülmemiş, kararın davacı yararına bozulması gerekmektedir*”, Yarg. 11. HD. T. 8.10.2018, E. 2017/771, K. 2018/6068, Aynı yönde bkz. “*Davalı tarafından ipotek verilmiş ve ipotek resmi senedinde davalının ayrıca ipotek limiti miktarınca kefil sıfatıyla imza attığı dosya içeriğinden anlaşılmıştır. Kefalet akdinin de yer aldığı ipotek resmi senedinin 04/11/2011 tarihinde düzenlendiği görülmüştür. Bu durumda somut olayda uyumsuzluğun çözümü yönünden 818 Sayılı BK’nun 484. maddesi hükmünün uygulanması gerekmektedir... Mahkemece ortada geçerli bir kefalet bulunduğu gözetilmeksizin eksik inceleme ve yanılgılı değerlendirme sonucu yazılı şekilde hüküm kurulması doğru görülmemiştir.*”, Yarg. 19. HD. T. 23.3.2016, E. 2015/12903, K. 2016/5230; Benzer karar için bkz Yarg. 11. HD. T. 3.6.2014, E. 2014/192,

sebebiyle yazılmamış sayılma yaptırımına¹⁰³² (TBK. m.21/II), en son ise; *dürüstlük ilkesine aykırı davranılıp ipotek verenin durumunu ağırlaştırıcı ve mahvedici bir kayıt olması sebebiyle genel işlem koşulları içerik denetimi bakımından da kesin hükümsüzlük yaptırımına*¹⁰³³ (TBK. m. 25) tabi olacaktır. Kanaatimce kefilin, ilgili kefalet kaydına ilişkin irade sakatlığı hallerine başvurma hakkı saklıdır.

K. 2014/10334, Yarg. 19. HD E. 2015/12623 K. 2016/4927 T. 21.3.2016 (Çevrimiçi), <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.htm>, (Erişim Tarihi:28.10. 2017) Aynı görüşte ancak karşı oy yazılmamış sayılma olarak değerlendirilmesi gerektiğine ilişkin karar bkz. Yarg. 19. HD.25.10.2017, E. 2016/12655, K.2017/7280; “KARŞI OY YAZISI;Dava, ipotek senedinde yer alan kefalet kaydına dayalı icra takibine karşı açılmış menfi tespit davasıdır.Kural olarak banka kredilerinin teminatı için verilen ipotek senedi tapu sicil müdürlüğünde, kefalet sözleşmesi ise bankada düzenlenip imzalanır.Banka tarafından verilecek kredi için sınırlı bir teminat vermek isteyen kişiye tapu sicil müdürlüğünde düzenlenen ipotek senedi içine bir kefalet kaydı yerleştirilerek imzalatılması halinde bu kefalet kaydı sözleşmenin niteliğine ve işin özelliğine yabancı bir genel işlem şartı olup 6098 Sayılı TBK.'nun 21/2.maddesi gereğince yazılmamış sayılır.Ayrıca banka tarafından düzenlenen ipotek senedinde kullandırılan krediye sadece ipotek ile sınırlı bir teminat vermek isteyen kişi aleyhine ipotek senedine ayrıca kefalet kaydı eklenmesi dürüstlük kuralına aykırı olarak onun aleyhine ve onun durumunu ağırlaştıracak nitelikte bir genel işlem şartıdır. Bu işlem 6098 Sayılı TBK.'nun 25.maddesi gereğince yasaklanmış olduğundan, mutlak butlanla batıldır.Davaya dayanak yapılan ipotek senedi TBK.'nun yürürlüğe girdiği 01.07.2012 tarihinden önce düzenlenmiştir.Ancak 6101 Sayılı TBK.'nun Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun'un 2.ve 7.maddeleri gereğince TBK.'nun kamu düzenine ve genel ahlaka dair kuralları gerçekleştikleri tarihe bakılmaksızın görülmekte olan davalarda da uygulanır.Banka tarafından verilecek bir krediye hem ipotek vererek hem de kefil olarak teminat vermek isteyen kişiye ipotek senedi tapu sicil müdürlüğünde, kefalet sözleşmesi ise bankada imzalatılmalıdır. Nitekim ipotek vermeyen kişiler kefalet sözleşmesini bankada imzalamaktadırlar. Bir krediye sadece ipotek teminatı veren kişiye tapu sicil müdürlüğünde düzenlenen ipotek senedi içine bir cümle kefalet kaydı eklenerek onun banka kredisine kefil yapılmak istenmesi ipoteğin tesisi amacına aykırıdır.Böyle bir davranışın bir itibar ve güven müessesesi olan bankalar tarafından yapılmış olması hukuk düzenince kabul edilemez.Somut olayda TBK.'nun 21/1 ve 25.maddeleri gereğince hem yazılmamış sayılma (yokluk), hem de mutlak butlan (hükümsüzlük) nedenleriyle hukuki kıymeti bulunmayan ipotek senedinde yer alan kefalet kaydına değer verilmesi mümkün değildir.Bu itibarla yerel mahkemenin ipotek senedinde yer alan kefalet kaydına değer vermesi doğru olmadığından yerel mahkeme kararının bu yönden bozulması gerektiği görüşünde olduğumdan saygıdeğer çoğunluğun davacının bu yöne dair temyiz itirazının reddi kararına muhalifim.25.10.2017, (Çevrimiçi), <http://www.kazanci.com> (Erişim Tarihi:13.02.2018); Şeker, **Yazılmamış Sayılma**, s.42.

¹⁰³² Şeker, **Yazılmamış Sayılma**, s.42.

¹⁰³³ Şeker, **Yazılmamış Sayılma**, s.71.

SONUÇ

Çalışmada, 1 Temmuz 2012 tarihinde yürürlüğe giren 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun kefalet sözleşmesinin geçerlilik koşulları ve sonuçlarına ilişkin düzenlemeler, öğreti ve yargı kararlarında kabul gören görüşler ışığında ele alınmıştır.

Uygulamada, kefilin, genellikle bir çıkar elde etmeksizin şahsi bir teminat borcu altına girmesi, korunması ihtiyacını doğurmuştur. Bu ihtiyacı karşılamayı amaç edinen kanun koyucu, kefaletle ilişkin düzenlemelerinde, kefil menfaatlerini güvence altına almaya çalışmıştır. Kefil gerçekten çoğu zaman; arkadaşlık, akrabalık gibi ilişkilerin psikolojik baskısı altında ve hiçbir menfaat elde etmeksizin, sözleşme ile üstlendiği riskin ağırlığını doğru bir şekilde değerlendirme olanağından mahrumdur. Oysa söz konusu borç sebebiyle tüm malvarlığını ve dolayısıyla elde ettiği sosyal statüyü kaybetme tehlikesiyle karşı karşıya kalmaktadır. Diğer taraftan, kefil, çoğunlukla, sözleşmenin içeriğini belirleme olanağına da sahip değildir. Bu ise sözleşmede olması beklenen adil dengeyi ortadan kaldıran ve irade serbestisi ilkesiyle bağdaşmayan olumsuz durumlara ortam oluşturmaktadır. Bu durumu gözetken kanun koyucu, kefalet sözleşmesinin geçerliliğine ilişkin, tüm sözleşmelerin geçerliliği için aranan koşullar dışında ek bir takım özel koşullar öngörmüştür. Bunları; “*geçerli bir asıl borcun bulunması*”, “*kefil olma iradesi ve ehliyetine sahip olması*”, “*eşin rızası*”, “*geçerlilik şekline uyulması*” şeklinde sıralamak mümkündür.

818 sayılı Mülga Borçlar Kanunu döneminde ortaya çıkan sorunları gidermek için İsviçre Borçlar Kanunu'nun 1941 tarihli Revizyonu ile kabul edilen birtakım yenilikleri hukukumuzda aktarmayı irade eden kanun koyucu, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu ile önemli değişiklikler getirmiştir.

1-Bu değişikliklerden en önemlisi Türk Borçlar Kanunu'nun, “eşin rızası” başlıklı 584. maddesidir. Bu düzenleme ile hukukumuzda ilk kez kefalet sözleşmesinin geçerlilik şartları arasında “eşin rızası” şartı kabul edilmiştir. Ailenin korunması amacıyla getirilen hükümle, ailenin ekonomik geleceğini tehlikeye sokarak, aile birliğine zarar verebilecek hatır kefaletlerinin önüne geçilmek istenmiştir.

2- Eşin rızasının aranmasına ilişkin bu düzenleme, ticari hayatın sürat ve güven ihtiyacıyla bağdaşmadığı, gerçek kişilerin kendi şirketleri ile alakalı ticari işlemlerinde dahi diğer eşin rızasını almak zorunda kalmalarının ticari hayatı sekteye uğratacağı eleştirilerini gözetken kanun koyucu, 28.03.2013 tarih ve 6455 sayılı Gümrük Kanunu ile Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un 77. maddesi ile TBK. m. 584/III hükmünü eklemiştir. Böylece hüküm fıkrasında belirtilen kişi ve işlemler açısından eşin rızasının aranmayacağı kabul edilerek, eşin rızasına ilişkin düzenlemenin uygulama alanı daraltılmıştır.

3- Aile birliğinin korunması amacıyla getirilen TBK. m. 584 hükmünün şekle mi ehliyeteye mi ilişkin olduğu hususu da Türk-İsviçre Hukuku'nda hâkim görüşe göre şekillenmiş ve eşin rızasının kefil olma ehliyetine ilişkin olduğu belirtilmiştir.

4- TBK. m. 584 hükmünün emredici nitelikte olması, tarafların hükmün aksini kararlaştırmasına ve bu haktan feragat etmelerine engeldir. Bu itibarla, eşin rıza verme yetkisinden önceden feragati mümkün değildir. Ancak söz konusu hükmün kamu düzeninden olmayışı, eşin rızası şartının 6098 sayılı TBK. döneminde yapılan kefaletler bakımından uygulanması sonucunu doğurmaktadır.

5- Eşin rızasını vermeye yetkili, kural olarak kefilin eşidir. Bununla birlikte, söz konusu hakkın kişiye sıkı sıkıya bağlı bir hak olarak düzenlenmeyişi, bu yetkinin yasal veya kanuni temsilci aracılığıyla da kullanılmasını mümkün hale getirmektedir. Nitekim TBK. m. 583/II'de, kefil olma iradesinin temsilci aracılığıyla açıklanabileceği öngörülmüştür.

6- Eşin rızasına ilişkin TBK. m. 584'te tanınan yetkinin mutlak bir yetki olması sebebiyle, diğer eş tarafından TMK. m. 194/II ve TBK. m. 349/II hükmünde açıkça düzenlenmekle tanınan "hâkimden müdahale talebi" hakkı, dürüstlük kuralı gerekçe gösterilerek ihdas edilemez. Dolayısıyla rıza konusunda mutlak bir yetkiye sahip olan eş, rıza vermekten kaçınabilecek ve buna karşılık diğer eş, hâkimin müdahalesini talep edemeyecektir.

7-Eşin rızasına ilişkin olarak, adi yazılı şekil şartı kabul edilmiştir (TBK. m. 584/I). Buna göre, eşin kefalet sözleşmesine ilişkin rızasını, yazılı olarak beyan etmesi

ve bu beyanı imzalaması gereklidir. TBK. m. 15/I uyarınca, bu imzanın, el yazısıyla atılması zorunludur. Rızası aranan eş imza atamayan kişilerden ise imza yerine usulüne göre onaylanmış olması koşuluyla, el ile yapılmış bir işaret, parmak izi ya da mühür kullanabilecektir (TBK. m. 16/I). Ayrıca 5070 sayılı Elektronik İmza Kanunu uyarınca, güvenli elektronik imza da el yazısıyla atılmış imzanın bütün hukuki sonuçlarını doğuracağından, eşin rızası güvenli elektronik imza yolu ile verilebilecektir.

8- Eş tarafından verilecek rıza beyanı, açık ve anlaşılır olmalıdır. Bu irade, kefalet senedinde ortaya konulabileceği gibi ayrı bir belge ile de ortaya konulabilecektir. Önemli olan rıza beyanı içeriğinden, kefalet sözleşmesi ile üstlenilen sorumluluğun eş tarafından kabul edilmiş olduğunun anlaşılmasıdır. Ayrıca eşin rızasının belirli bir kefalet sözleşmesine yönelik olması gereklidir. Gelecekte yapılacak kefalet sözleşmelerini de kapsayacak genel rıza beyanları geçerli olmayacaktır. Bununla birlikte gelecekte yapılması düşünülen kefalet sözleşmesinin hüküm ve özellikleri belirtilerek, diğer bir deyişle, rızanın hangi kefalet sözleşmesine yönelik olduğu açıkça ortaya konularak birden fazla kefalet sözleşmesi ile ilgili tek bir yazılı beyanla rıza verilebilecektir. Bu noktada ispat külfeti kefalet sözleşmesinde alacaklı olan tarafa yüklenmiştir.

9- Rızası aranan eşin ehliyetsiz olması hususu kanunda düzenlenmemiştir. Söz konusu bu ihtimalde eşin rızasının alınmasının ne şekilde sağlanacağı, genel hükümler çerçevesinde öğretide ele alınmıştır. Bilindiği üzere, yasal temsilcinin, ehliyetsiz kişi adına kefalet sözleşmesi akdetmesi yasak bir işlemdir (TMK. m. 449). Burada hareketle, ehliyetsiz eşin yasal temsilcisinin kefalet sözleşmesine rıza vermesinin de yasak olduğu düşünülebilir. Kefalet sözleşmesini yapacak eşin, ehliyetsiz eşin aynı zamanda yasal temsilcisi olması ihtimalinde, söz konusu rıza, TMK. m. 426 gereği, ehliyetsiz eşe atanacak temsil kayyımından alınmalıdır.

10- Kefalet sözleşmesinin eşin borcunu güvence altına almak amacıyla kurulması halinde diğer eşin rızası aranmalıdır. Zira asıl borçlu eş, aile bütçesine ayrıca kefalet borcunun yüklenmesini istemeyebilecektir. Bu itibarla, bir eşin, kendi eşinin borcu için kefil olunması halinde de lehine kefil olunan eşin rızası gereklidir. Aynı şekilde eşlerin müteselsil kefil olmaları halinde, her iki eşin rızası gereklidir. Zira eşin

rızasına ilişkin düzenlemenin amacı, “eşlerin birbirlerinin borçlandırııcı tasarruflarından haberdar olma ve borçlandırııcı işlemleri aile bütünlüğü içerisinde birlikte yapma bildirim” olmayıp; evli kişilerin ancak eşlerinin rızasıyla kefalet yapabilmelerini mümkün kılıp, böylece ailenin ekonomik geleceğini tehlikeye sokarak aile birliğine zarar verebilecek hatır kefaletlerinin önüne geçilmesidir. Bu amacın bildirim yükümlülüğü ile değil, eşe tanınan mutlak yetkiyle gerçekleştirilmek istendiği aşıkardır.

11- Eşin rızası konusunda, kanunda düzenlenmeyen özellikli bir diğer durum ise eşin rızasının ne tür kefaletle ilişkin olduğunun anlaşılamaması halidir. Normun koruma amacı gereği “dar yorumlanması” gerektiği ve bu sebeple; ticari iş ve müteselsil kefalet belirtilmediğinde, eşin rızasının adi kefalet yönünde sayılması gerektiğidir.

12- Eşin rızasının en geç kefalet sözleşmesi kurulması anında verilmesini öngören kanun koyucu, böylece, kefilin eşinin kefalet sözleşmesi yapıldıktan sonra baskı altında sözleşmeye icazet vermesini engellemek istemiştir. Ancak eşin rızasının, sözleşme kurulduktan sonra verilmesi halinde, bu durumun tespitinin oldukça güç olması, bu amacın gerçekleşmesini zorlaştıracaktır.

13- 6098 sayılı TBK. ile getirilen bir diğer önemli yenilik içeren hüküm ise 603. maddedir. Bu maddeye ilişkin, eşin rızası hükmünün, garanti sözleşmeleri, kredi emri, teminat amaçlı borca katılma ve müteselsil borç üstlenme sözleşmelerinde uygulanması konusunda bir görüş birliği olsa da aval de uygulanması konusunda derin tartışmalar mevcuttur. Bu tartışmalara son noktayı; Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kurulu, 20.04.2018 tarih, 2017/4 Esas, 2018/5 karar sayılı kararı koymuştur. Katılmadığımız bu kararda, aval ile kefalet arasındaki farkların olduğu, TBK. m. 603 hükmünün ticari hayatın hız ve çabukluk ihtiyacıyla bağdaşmayacağı, avalin sözleşme olmadığı ve özel kanunla düzenlendiği gerekçeleri ile, avalde eşin rızasının uygulanmayacağı belirtilmiştir.

14- Bir üst paragrafta belirtilen YİBK’den önce, Anayasa Mahkemesi 26.12.2013 tarihli ve 2013/57 E. 2013/162 K. sayılı kararıyla; TBK. m. 603. Madde esas açısından incelenmiş ve anayasaya aykırılık iddiaları reddedilmiştir. Bu durumda iki yüksek mahkeme karşı karşıya gelmiştir. İlerde bireysel hak ihlallerine karşı

Anayasa Mahkemesi'ne başvurulması halinde ortaya çıkacak sonuç kanaatimce hak ihlaline ilişkin olacaktır.

15- Kefaletin geçerlilik koşullarına ilişkin en önemli değişikliklerin yaşandığı bir diğer koşul olan şekil koşulunun “dar anlamda nitelikli şekil” olduğu kabul edilmiştir. Böylece 818 sayılı Kanun döneminde kefaletin nitelikli şekle tabi olup olmadığı tartışmaları nihayet kazanmıştır.

16- Mehaz Kanun İBK.'nın aksine 6098 sayılı TBK.'da; sorumluluk miktarı, gerçek kişi-tüzel kişi ayrımı veya kamu hukukuna ilişkin kefaletler ile ilgili bir ayrıma yer verilmemiş, tüm kefaletler bakımından dar anlamda nitelikli şeklin zorunlu olduğu kabul edilmiştir (TBK. m. 583). TBK. m. 583 hükmü gereği öngörülen şeklin hükümleriyle amaç kefilin korunmasını sağlamaktır. Ancak; hiçbir ayırt edici tarafın olmaması, borcun kaynağı, miktarı vs. konularında bir ayırım yapılmaması, kefilin korunması amacının tam uygulanamaması anlamına gelebilir. Bu sebeple; İBK 493. maddesindeki gibi bir ayırımın yapılması, korumayı daha da nitelikli bir hale sokacaktır.

17- Kefalet sözleşmelerinin en önemli yönü katı şekil kurallarına tabi olmasıdır. “Dar anlamda nitelikli yazılı şekil” kuralının uygulanması bunun en net görünümüdür. TBK. 583. Maddeye göre aranacak şekil şartlarının “resmi şekil” ile yapılacak kefaletlerde uygulanıp uygulanmayacağı hususunda kanunumuzda bir açıklama yoktur. Ancak; kanaatimce, TBK. 583. Madde gereğince kefilin el yazısıyla “azami miktarı”, “kefalet tarihini” ve “varsa müteselsil kefalet veya aynı anlamı taşıyan ibareyi” yazması, düzenleme şeklinde resmi yapılacak bir kefalet sözleşmesi için aranmamalı, onaylama şeklinde resmi yapılacak vekalet sözleşmelerinde aranmalıdır. Öncelikle amaç, kefilin yaptığı sözleşmede kefile uyardır. İlgili resmi kurumlarca yapılacak kefaletlerde bu uyarılar, resmi memurlar tarafından bizzat kefile iletilecek ve kefil bilgilendirilecektir. Ayrıca uygulamada, evleviyet kuralı gereğince de, resmi şeklin koruma yönü, dar anlamda nitelikli yazılı şekle göre daha etkilidir.

Resmi şekil, evleviyetle uygulanabilmeli ve mehaz kanun çerçevesince daha fazla riziko içeren kefaletlerde, bu şeklin aranmasına ilişkin görüşümüz desteklenmelidir.

18- Kefilin sorumluluğunu ağırlaştıran sözleşmelerin neler olduğu kavramının kanunda açıkça düzenlenmeyişi, hangi hallerin bu kapsamda değerlendirileceği sorununı doğurmuştur. Kefalet miktarının artırılması ve adi kefaletin müteselsil kefalete dönüştürülmesi hallerinde görüş birliği olmakla birlikte süreli olmayan kefaletin süresiz kefalete dönüşmesinin bu kapsamda olup olmayacağı tartışmalıdır. Kanaatimce; her halde süreli kefalette kefilin sorumluluğunun, her zaman süreli olmayan kefalete göre daha kısa süreli ve avantajlı olmayacağından bahisle, genel bir değerlendirme yapmak yerine, somut olayın özelliklerine göre, şayet süreli kefalette kefilin sorumluluğu, süreli olmayan kefalete göre daha uzun olacaksa, süresiz kefaletlerin süreli kefalete dönüşmesine ilişkin sözleşmelerin de kefaletin şekline tabi olacağı noktasındadır.

19- TBK. m. 583, 818 sayılı Kanun döneminde, yoğunlukla bankaların taraf olduğu kefaletler sebebiyle kefillerin yaşadığı önemli mağduriyetlerin giderilmesi adına önemli koşullar öngörmüştür. Diğer bir deyişle, kanun koyucunun, kefilin sömürülmesini önleme amacı, dar anlamda nitelikli yazılı şekil şartı tercihinin kabul edilebilir kılınmasıdır. Ancak şeklin koruma amacı karşısında sözleşme özgürlüğünün ölçsüzce sınırlandırılmasının çok isabetli olmayacağı kanaatindeyiz.

Zira mevcut düzenleme gereğince; el yazısı koşulunu yerine getiremeyecek olan “okuma yazma bilmeyen” veya “yazabilecek eli olsa da kefalet sözleşmesinin içeriğini bilebilecek kadar bilgisi olmayan” kimseler, “fiziksel yeterliliğe sahip olmayan” eli dışında başka bir organı veya olanağı olmayan kimseler ile “yazı yazma yeteneğine sahip olmayan görme engellilerin” noter önünde re’sen düzenleme şeklinde sözleşme ile kefil olabilmeleri kanaatimce uygulanmalıdır. “Yazı yazma yeteneğine sahip görme engelliler”, TBK. m. 15/III hükmünden hareketle hiçbir şart olmadan kefil olabilmelidirler. Kanun lafzına bakıldığında, görme engelli kimsenin, bizzat kendisinin talebi halinde şahit aranacağı, aksi takdirde şahit bulundurmada imzasının geçerli olacağı yani kefil olabileceği anlaşılmaktadır. TBK. m. 15/III hükmünü ortadan kaldıran başkaca bir düzenleme olmaması sebebiyle, kanunda öngörülmemiş bir kısıtlamaya gidilmemesi gerekmektedir.

Görme engellilere ilişkin alfabe (Braille alfabesi) ise; kefilin teşhis edilememesi yönüyle kefil olabilmek için şekil koşullarını sağlamayacaktır.

20- Tüzel kişiler açısından ise el yazısı koşulunun birden fazla temsilcinin varlığı halinde nasıl sağlanacağı sorunu doğurmaktadır. Kanaatimce belirtilen bu ihtimalde, 583. maddede belirtilen hususların, tek bir kişi tarafından yazılması ancak her bir kişi tarafından imzalanması yeterli sayılmalı hatta elektronik imza tüzel kişiler açısından kullanılabilmelidir. Bu çözüm hükmün koruma amacıyla uyumlu olduğu gibi, tüzel kişiliğin niteliğiyle de uyumludur.

21- Yukarıda belirtilen, kefalet sözleşmesinde şekil koşulunu incelerken olumsuz tespitlerimize ilişkin; 6098 sayılı Kanun md.583'ün aşağıda yer verilen öneri bağlamında değişikliğe uğraması, kefilin koruma amacıyla ve sözleşme kurma serbestisiyle bağdaşan sonuçlar sağlayacaktır. Gerçekten de 818 sayılı Kanun döneminde özellikle bankacılık işlemleri bağlamında yapılan kefalet sözleşmelerinde, kefilin korunması amacıyla bağdaşmayan durumları ortadan kaldırmayı irade eden kanun koyucu, dar anlamda nitelikli yazılı şekil koşulunu öngörmüş, bu koşul ise yukarıda belirtilen kişiler açısından sözleşme kurma serbestisini ortadan kaldıran bir duruma neden olmuştur. Ayrıca; İsviçre Borçlar Kanunu 493. Madde gereğince kefaletle ilişkin şekil; borcun kaynağı, miktarı vs. yönlerinden bir ayrıma tabi tutulmuş, üç tür şekil öngörülmüş ve resmi şekil kabul edilmekle sözleşme özgürlüğü ve serbestisi de garanti altına alınmıştır. Yani, şeklin koruma amacıyla, sözleşme yapma özgürlüğü dengelenmiştir. Bu bağlamda, Türk Hukuku açısından, aşağıdaki düzenlemenin isabetli olacağı kanısındayım.

TBK. m. 583 (Değişiklik önerisi)

“Gerçek kişiler tarafından; azami sorumluluk miktarı 300.000,00 TL ve üzerindeki borçlara yönelik kefaletler, resmi şekilde re’sen düzenleme usulüyle; miktarı 300.000,00 TL’yi geçmeyen kefaletler ise yazılı şekilde yapılmadıkça ve kefilin sorumlu olacağı azamî miktar rakamla ve kefalet tarihi belirtilmedikçe geçerli olmaz. Kefilin; sorumlu olduğu azamî miktarı, kefalet tarihini ve müteselsil kefil olması durumunda bu sıfatla veya bu anlama gelen herhangi bir ifadeyle yükümlülük altına girdiğini, kefalet sözleşmesinde kendi el yazısıyla belirtmesi şarttır.

Azami sorumluluk miktarı 300.000,00 TL altında olan kefaletler ayrıca resmi şekilde resen düzenlenme usulüyle de yapılabilecektir.

Tüzel kişiler tarafından yapılan kefalet sözleşmeleri ise; temsil eden organ yöneticilerinden biri tarafından, yazılı şekilde yapılmadıkça ve azami sorumluluk miktarı ile kefalet tarihi belirtilmedikçe geçerli olmaz. Bununla birlikte tüzel kişilerin resmi şekilde resen düzenleme usulüyle kefalet yapmaları mümkündür.

Kendi adına kefil olma konusunda özel yetki verilmesi ve diğer tarafa veya bir üçüncü kişiye kefil olma vaadinde bulunulması da aynı şekil koşullarına bağlıdır. Taraflar, yazılı şekle uyarak kefilin sorumluluğunu borcun belirli bir miktarıyla sınırlandırmayı kararlaştırabilirler.

Kefalet sözleşmesinde sonradan yapılan ve kefilin sorumluluğunu artıran değişiklikler, kefalet için öngörülen şekle uyulmadıkça hüküm doğurmaz”.

Bu düzenleme sayesinde fiil ehliyetine sahip olmasına karşın el yazısı koşulunu yerine getiremeyen kişilere kefalet yapma hakkı tanınırken, diğer taraftan bu kişiler açısından resmi şekil yoluyla koruma amacının gerçekleşmesi mümkün olacaktır. 300.000,00 TL uygulama açısından tüketici kredilerinde ortalama gereksinimleri karşılama işlevine sahip olması ve 18/06/2014 tarih 6545 Sayılı Yasa ile Asliye Ticaret Mahkemeleri’nde heyet hâkim sınırı bedeli olarak kanun koyucu tarafından tespit edilmesi yönüyle tercih edilmiştir. Öte yandan azami sorumluluk miktarı 300.000,00 TL üzerindeki kefaletler bakımından nitelikli yazılı şekil ile resmi şekil arasında tercih imkanı tanınmakla, usul ekonomisi açısından yüksek harç ödenme mecburiyeti ortadan kaldırılmış olmaktadır. Ayrıca; tüzel kişilerce kefalet sözleşmesinin kimin tarafından yazılacağı ve imzalanacağı sorunu da çözülmüştür.

22- TBK. m. 14/II hükmü ile TBK. m. 583 maddeleri uyarınca; kefalet sözleşmesinin zorunlu unsurları yazılmış ve faks ile alacaklıya gönderilmiş ise; iradeler uyuşmuş ve kefalet sözleşmesi kurulmuştur. Bu aşamadan sonra, faksla gönderilen sözleşmenin aslının bir örneğinin karşı tarafa gönderilmesi ile ilgili sözleşme geçmişe etkili olarak gerçekleşmiş sayılmalıdır.

23- Elektronik haberleşme ve ticaretin ticari yaşamın merkezi haline geldiği günümüz şartları ve ihtiyaçlarıyla uyumlu olarak, güvenli elektronik imza ile kefalet sözleşmesi ve garanti sözleşmesinin akdedilebilmesi, elektronik ticaretin ve bankacılığın gelişmesine katkıda bulunacaktır. Uluslararası alanda yapılan ticari

anlaşmalardaki güvenlik ve çok hızlı gerçekleşen güvenli para transferleri, ilerde teminat amacıyla yapılacak sözleşmelerinde güvenli olarak elektronik imza ile yapılabileceğini mümkün kılacaktır. Bu itibarla kanun koyucunun, güvenli elektronik imza ile kefalet sözleşmesinin yapılmasını mümkün kılan bir düzenleme yapması; en azından tüzel kişiler açısından bu imkânı tanınması gerektiği kanısındayım.

24- 6098 sayılı Kanun ile getirilen bir diğer önemli değişiklik, TBK. m. 589/III düzenlemesidir. Buna göre, sözleşmede açıkça kararlaştırılmamışsa kefil, borçlunun sadece kefalet sözleşmesinin kurulmasından sonraki borçlarından sorumlu olacaktır. Böylece özellikle bankacılık uygulamasındaki kefaletlerde yer verilen, “asıl borçlunun doğmuş ve doğacak bütün borçlarına kefil olunduğu” ibaresine bağlı belirsizlik, fiili karinenin yasaya bağlanması ile ortadan kaldırılmıştır.

25- Kefalet sözleşmesinde yer alacak azami miktarın nasıl gösterileceği hususunda ise; TBK. m. 583 ile benimsenen kefil koruma işlevinin, hükmün İBK. m. 493’ten oluşturulan ayrılığa rağmen, İBK.’da olduğu gibi yorumlanmasını ve bu nedenle, azami sorumluluk miktarını rakam olarak el yazısıyla belirtilmesi gerektiği yönündedir. Diğer bir deyişle, kefaletin geçerliliği için kefilin azami sorumluluk miktarının rakam olarak el yazısıyla belirtilmesi gereklidir.

26- TBK. m. 583/f. 2 c.1 hükmünce öngörülen, “kendi adına kefil olma konusunda özel yetki verilmesinin de kefaletle ilişkin şekle tabi olduğu” düzenlemesi ile kefalet sözleşmesi kurmak için verilen özel yetkinin geçerliliği için, kefaletin şekil şartına tabi olması gerektiği netleşmiştir. Yani; özel yetkili vekaletnamede, asıl alacağın belirlenebilir olması, müteselsil kefaletin belirtilmesi, azami miktarın ve kefalet tarihinin el yazısıyla belirtilmesi ile kefil evli ise eşinin rızasında alınması gerekmektedir. Kefalet sözleşmesi yapmak için temsilciye verilen vekaletnamede şekil şartlarına uyulacak ve devamında kefalet sözleşmesi yapılırken de aynı şekil şartlarına bu kez temsilci uyacaktır. Aynı hüküm gereği “kefil olma vaadinde” de kefaletin şekline ilişkin koşullar uygulanmaktadır.

27- TBK. m. 583 hükmünce; kefilin sorumlu olduğu azami miktar, kefalet tarihi ve müteselsil kefalet veya benzeri ifadenin kefilin el yazısıyla yazılması şarttır. Bu hususların yazılıp, imzalanıp, arda kalan kısımlar için “kısmi beyaza imzalı belge” oluşturulabilir. Bu hususta tamamlama yetkisinin sınırının net olarak ortaya konulması gerekir.

28- Bilindiği üzere kefalet sözleşmesinin objektif esaslı noktaları, bu sözleşmenin niteliği ve karakteristik özelliğini ifade eden, “kefalet iradesi” ve “hangi borcun teminat altına alındığı” unsurlarını içerir. Kefalet sözleşmesinde iradenin oluşması ile asıl borcun belirlenmesi aşamasında objektif unsurların olmaması yokluk yaptırımına tabidir. Ancak, objektif unsurlar içerisinde olmayan ve şekle ilişkin olmayan sübjektif esaslı unsurların sözleşmede olmaması, kefalet sözleşmesinin geçersiz olması sonucunu doğurmaz.

29- İrade bozukluğunun varlığı halinde ise, diğer bir deyişle, esaslı yanılma (TBK. m. 30), aldatma (TBK. m. 36) veya korkutma (TBK. m. 37) sebebiyle iradesi sakatlanan kefil, TBK. m. 39 hükmünce sözleşmeyi iptal etme hakkına sahiptir.

30- TBK m. 582/II hükmünün uygulanacağı kefalet sözleşmesi; iptal hakkının kullanılması ile, bazen “garanti” bazen ise “kefalet” sözleşmesiymiş gibi görünen “karma tipli” bir sözleşmedir. Ancak her durumda işin özünü önemseyip, kefil olma iradesinin unutulmaması ve kefaletle ilgili kanun hükümlerince değerlendirme yapılması gerekmektedir. Çünkü; TBK. m. 582/II hükmü, TBK. m. 603 hükmünün dolanılmasını önlediği gibi, “kefilin” veya “garanti verenin”, “bağımsız” teminat vermek iradesinin sınırlarını, kefalet sözleşmesi sınırları içerisinde çizmek için kanun koyucu tarafından özel olarak düzenlenmiş bir maddedir.

31- Geçerlilik koşulları arasında olan bir diğer unsur ise kefilin fiil ehliyetine sahip olmasıdır. Buna göre, kefilin ehliyetsizliği, bu sözleşmenin kesin hükümsüz olması sonucunu doğurur. “Eşin rızası” şartının, ehliyeteye ilişkin bir kısıtlama olduğu görüşüne katıldığımızdan, bu koşulun eksikliği halinde de sözleşme kesin hükümsüz olacağı düşüncesindeyim.

32- Şekil kurallarına uyulmadan yapılan kefaletler, kurulmuş olmakla birlikte, geçerli bir hüküm ve sonuç doğurmaz. Dolayısıyla böyle bir sözleşme taraflar için hak

ve borç doğurmaz. Ayrıca şekle aykırı bir sözleşme, başlangıçtan itibaren geçersiz olup sonradan geçerli hale getirilemez. Bu bağlamda, tarafların icazeti veya belirli bir zaman geçmesi de bu sonucu değiştirmez. Bu görüş uyarınca, önüne gelen uyuşmazlıkta hâkim, şekle aykırılık unsurunu re'sen göz önünde tutar.

O halde, kesin hükümsüzlük görüşü uyarınca, geçerlilik şartlarına uyulmadığı için geçersiz olan kefalet sözleşmesinde kefil, kefalet borcunu ifa mecburiyeti altında olmayacak ve kendisine başvuran alacaklıya geçersizlik sebeplerini itiraz olarak ileri sürülebilecektir. Bununla birlikte, bazı istisnai hallerde, kefilin şekle aykırılığı ileri sürerek ifadan kaçınması, TMK. m. 2/II'ye göre hakkın kötüye kullanılması sayılabilecektir.

33- Kefalet sözleşmelerinde hakkın kötüye kullanılmasının TMK. m. 2/II kapsamında uygulama alanı bulduğu bütün hallerde, şekil eksikliğine rağmen sözleşme geçerli olarak kabul edilecektir. MK m. 2/II hükmü ile şekle aykırılığa kasten sebep olan tarafın geçersizlik iddiasının engellenemeyeceği ve bu sebeple şekle aykırılığa yol açan tarafın sözleşmesinin geçersiz olmasından dolayı TBK. m. 49/II ya da culpa in contrahendo sorumluluğuna göre tazminatla yükümlü olması, iyiniyetli alacaklı taraf açısından yetersiz kalacaktır. Bu sebeple menfaatler dengesinin sağlanabilmesi açısından kefalet sözleşmesinde şekle aykırılığa kasten yol açan kefilin, bu davranışlarını hakkın kötüye kullanılması yasağı ile müeyyidelendirerek sözleşmeyi geçerli saymak daha uygun olacaktır.

34- Sözleşmenin geçersiz olduğunu bilmeden borcunu yerine getiren kefilin, sebepsiz zenginleşme (condictio indebiti) hükümleri (TBK. m. 78) uyarınca alacaklıya verdiğini geri alacağı kabul edilmektedir.

Kefilin, sözleşmenin şekle aykırılık nedeniyle geçersiz olduğunu bilerek kefalet borcunu yerine getirdiği durumda ise “kendisini borçlu sanarak yerine getirme” şartı gerçekleşmediğinden, kefil TBK. m. 78/I kapsamında, alacaklıya sebepsiz zenginleşme yöneltemeyecektir. Ancak, bu ödeme ifa dışı bir ödeme olması sebebiyle borçlunun sebepsiz olarak zenginleşmesine sebep verecektir. Bu sebeple; TBK. m. 77 uyarınca, kefilin borçludan bu zenginleşmeyi istemesinde bir engel bulunmamaktadır.

35- 818 sayılı Kanun döneminde, şekle aykırılık sebebiyle kesin hükümsüz sayılan kefalet sözleşmelerini, tahvil yolu ile garanti sözleşmeleri olarak ayakta tutma düşüncesi kanaatimce TBK. m. 603 sonrası mümkün değildir.

36- 818 sayılı eski Borçlar Kanunu döneminde yapılan kefalet sözleşmeleri ile matbu hazırlanan sözleşmeler içerisine koyulan “kefalet” kayıtları yönünden şekil, ehliyet ve eşin rızası koşulları ile genel işlem koşullarına ilişkin denetimlerin yapılamaması, kanatimce adalet duygusunu inciten bir uygulamadır. Bu hususda Yargıtay ve doktrince hakim görüş, kefalet sözleşmesinin geçerlilik koşullarına ve genel işlem koşullarına ilişkin denetimin kamu düzeninden olmadığı yönünde olsa da, kanun koyucunun yeni TBK. m. 603, m. 582/II ile m. 591/IV hükümleri ile Tüketici Kanunu’nda kefil koruyucu bakış açısı net olarak görülmekte olduğundan, 818 sayılı Borçlar Kanunu döneminde yapılan sözleşmeler bakımından da, kefaletin geçerlilik koşulları ile genel işlem koşulları denetiminin uygulama alanı bulması gerekir. Bu itibarla, 818 sayılı Borçlar Kanunu döneminde dahi izahı kabil olmayan bir uygulamanın, 6098 sayılı Kanun’un emredici hükmüne rağmen devam ettirilmesi, hakkaniyet duygusunu zedelemektedir.

KAYNAKÇA

- Acar, Özlem : **Türk Borçlar Hukukunda Müteselsil Kefaet Sözleşmesi**, İstanbul, On İki Levha, 2014.
- Akıncı, Şahin : **“Roma Borçlar Hukuku” (818 sayılı BK. ve 6098 sayılı TBK.: ile Mukayeseli)**, 7. Bs., Konya, Sayram, 2017.
- : **“Borçlar Hukuku Bilgisi”**, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Hükümlerine Göre Hazırlanmış 10. Bs, Konya, Sayram, 2017.
- Akıntürk, Turgut : **“Müteselsil Borçluluk”**, AÜHF Yayınları No: 295, Ankara, Sevinç Matbaası, 1971.
- : **“Türk Medeni Hukuku, Yeni Medeni Kanun’a Uyarlanmış Başlangıç Hükümleri”**, Kişiler Hukuku, C.I, Yenilenmiş 4. Bası, İstanbul, Beta, 2002.
- Akkanat, Halil : **“El Yazısı ile Vasiyetnamede Vasiyetname Metninin Özellikleri”**, **Prof. Dr. Hayri Domaniç’e 80. Yaş Günü Armağanı**, C.2, İstanbul, Beta, 2001, s. 799-815.
- : **“Kefaletin Fer’iliği İlkesi ve Banka Ticari Kredi Sözleşmeleri”**, Prof. Dr. Necip **Kocayusufpaşaoğlu İçin Armağan**, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2004, s. 275-289.
- : **“Şekle Aykırılığın Olumsuz Sonuçlarının MK m.2 Hükmü Aracılığı ile Aşılması: Örnek Bir Yargıtay Kararı ve Değerlendirmesi”**, **Prof. Dr. Hüseyin Ülgen’e Armağan**,

İstanbul, Vedat kitapçılık, 2007, s.1655-1668.

: “Temsilci Aracılığıyla Kefalet Sözleşmesi Akdedilebilir mi?”,
Prof. Dr. Rona Serozan’a Armağan, C. 1, İstanbul, On İki
Levha Yayınevi, 2010, s. 55-67.

Aksu, Raziye : **“Aval Kurumu”**, Ankara, Seçkin, 2015.

Akyazan, Sıtkı: : **“Banka Teminat Mektupları”**, BATIDER, 1969, C. V, s. 1,
s. 16vd.

Aksoyoğlu, Necati : **“Borçlar Kanunu Tasarısı’ndaki Kefalet Sözleşmelerine
İlişkin Önemli Değişikler”**, Bankacılar Dergisi, İstanbul,
S.72, İstanbul, 2010.

Altaş, Hüseyin : **“Şekle Aykırılığın Olumsuz Sonuçlarının Düzeltilmesi”**,
Ankara, Yetkin, 1998.

Alttop, Atilla : **“Türk Borçlar Kanunu Tasarısı’nda Genel İşlem
Koşulları ve Kefalet Sözleşmesi”**, İsviçre Medeni Kanun’u
ve Borçlar Kanunu’nun Alınışının 80. Yılı, İstanbul 2007, s.
160 vd.

: **“Genel İşlem Koşulları”**, **Türk Borçlar Kanunu
Sempozyumu**, Der. Doç. Dr. Murat İnceoğlu, İstanbul, 2012
(Yenilikler).

: **“Kefalet Sözleşmesi”**, Prof. Dr. İsmet Sungurbey’e Armağan,
Borçlar Kanunu Genel Hükümler Konferansları III, Sebepsiz
Zenginleşmeden Doğan Borç İlişkilerinde Özel Durumlar-

Taraf Değişiklikleri- TBK. Değerlendirmeleri ve İrdelemeleri, 26-27 Mayıs 2012, İstanbul Barosu Yayınları, 2014, s. 290-300.

Antalya, O. Gökhan : **“Borçlar Hukuku Genel Hükümler”**, C. I, İstanbul, Legal, 2015.

Aral, Fahrettin / : **Borçlar Hukuk Özel Borç İlişkileri**, 11. Bası, Ankara, Yetkin Yayınevi, 2018.

Apaydın, H. Yunus : **“Kefalet”**, C. 25, Ankara, Diyanet Araştırma Vakfı, 2002.

Atamer, Yeşim M. : **Yeni Türk Borçlar Kanunu Hükümleri Uyarınca Genel İşlem Koşullarının Denetlenmesi**”-TKHK m. 6 ve TTK. m. 55, f. 1, (f) ile Karşılaştırılmalı Olarak, Türk Hukukunda Genel İşlem Şartları Sempozyumu, Bildiriler-Tartışmalar, 8 Nisan 2011, BTHAE, s. 32 vd (**Karşılaştırmalı**).

: **“Sözleşme Özgürlüğünün Sınırlandırılması Sorunu Çerçevesinde Genel İşlem Şartlarının Denetlenmesi”**, İstanbul, Beta, 2001 (**GİŞ**).

Ayan, Serkan : **“Kefalet Sözleşmesi”**, Ankara, Adalet Yayınevi, 2018.

: **“Kefalet Sözleşmesinde Kefilin Sorumluluğu”**, Ankara, Adalet Yayınevi, 2013.

Ayan, Mehmet / Ayan, : **Kişiler Hukuku** (Genel Bilgiler, Gerçek Kişiler, Tüzel Kişiler), 8. Bası, Ankara, Seçkin, 2016.

Aybay, Aydın : **“Borçlar Hukuku Dersleri”-Genel Bölüm**, İstanbul, Filiz, 2016.

- Aydoğdu, Murat / : **“Türk Borçlar Özel Hukuku Özel Borç İlişkileri”**, 2. Bs., Kahveci, Nalan Ankara, Adalet Yayınevi, 2014.
- Aydoğdu, Murat : **“Türk Borçlar Hukuku’nda Genel İşlem Koşullarının ve Tüketici Hukuku’nda Haksız Şartlar Denetimi”**, Ankara, Seçkin, 2014.
- Ayrancı, Hasan : **“Kefalet Sözleşmesinde Asıl Borcun Belirli Olma İlkesi ve Cari Hesaba Kefalet”**, GAÜHFD, C. 9, S. 1-2, Y. 2005, s. 117 vd.
- : **“Şekil Şartına Uyulmadan Yapılan Kefalet Sözleşmesinde İfanın Sonuçları”**, AÜHFD, C. 53, S. 2, Y. 2004, s. 109 vd (İfanın Sonuçları).
- Badur, Emel : **“Eşin Rızası”**, TBB Dergisi, Kasım-Aralık 2013, Y. 26, S. 109, s. 252 vd. (Çevrimiçi, <http://tbbdergisi.barobirlik.org.tr/m2013-109-1328>, 12.07.2017).
- Bahtiyar, Mehmet : **“Sigorta Poliçesi Özel Koşulları, Genel Koşulların Ayırdedilmesi ve Bazı Sorunlar”**, Prof. Dr. Ali Bozer’e Armağan, Ankara, 1998, s. 130 vd.
- Barlas, Nami : **“Kefalet Hukukuna İlişkin Bazı Sorunlar ve Yargıtay Kararları”** Sempozyumu, Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu, XXI. (9-10 Aralık 2005), BATİDER, Ankara, 2006 s. 60 vd (Sempozyum).
- : **“Yeni Türk Borçlar Kanunu’nun Kefalete ilişkin Düzenlemeleri”**, İzmir Barosu Dergisi, Y. 76, S. 2, Nisan

2011, s. 25 vd.

: **“Türk Hukuk Sisteminde Banka Teminat Mektupları”**, İstanbul, (y.y.), 1986 (Teminat Mektupları).

: **“Kefalet Sözleşmesinin Geçerlilik Şartları Türk Borçlar Kanunu Sempozyumu”**, Bilgi Üniversitesi, İstanbul, XII Levha Yayınları, 2012 (Kefalet).

Baş, Ece : **“6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'nda Kefalet Sözleşmesinin Geçerlilik Şartlarına İlişkin Bazı Yenilikler”**, İÜHFM, C. 70, S. 2, 2012, s. 116.

Başpınar, Veysel : **Kişilik Hakkı Açısından Kelepçeleme Sözleşmeleri Ankara Barosu Dergisi**, S. 1, Y.1999.

Beck, Emil : **“Das neue Bürgerschaftsrecht”**, Kommentar, Zürich 1942.

Bekri, Şakir : **“Roma Hukuku: Giriş ve Roma Hukukunun İçinde İnkişaf Ettiği Devirler, Dava Hukuku, Şahsın Hukuku, Aile Hukuku, Miras Hukuku, Ayni Haklar Ve Borçlar Hukuku”**, Ankara, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, 1949.

: **“Borçlar Hukuku (Özel Hükümler)”**, Ankara, Sevinç, 1973 (Özel Hükümler).

Bilge, Necip : **“Borçlar Kanunu'nun 484 ve 490.ıncı maddeleri Arasındaki Münasebet”**, AÜHFD, C. 12, S. 1, Y. 1965, s.

202 vd (BK m. 490 Münasebeti).

: **“Borçlar Hukuku, Özel Borç Münasebetleri”**, Ankara, Sevinç, 1971, s. 363.

Bilgen, MAHMUT : **“Kefalet ve Yargılama Hukukuna İlişkin Uyuşmazlıklar” / 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Işığında**, Ankara, Adalet, 2013.

Bilmen, Ömer Nasuhi : **“Hukuk-ı İslamiyye Kamusu”**, İstanbul, C. 6, 1985.

Bozer, Ali / Göle, Celal : **“Kıymetli Evrak Hukuku”**, 6. Bası, Ankara, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 2017.

Bucher, Eugen : **“Obligationenrecht”**, Besonderer Teil, 3. Auflage Zürich 1988.

Bulut, Meltem : **“Teminat Sözleşmelerinde Eşlerin Hukuki İşlem Özgürlüğüne Getirilen Sınırlamalar”**, İstanbul, Seçkin, 2017.

Buluş, Kasım : **6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu’na Göre Birlikte Kefaletin Türleri ve Hükümleri**, İstanbul, Seçkin, 2017.

Burcuoğlu, Haluk : **“Türk Borçlar Kanunu Tasarısında Yeni Kefalet Düzenlemesi ile İlgili Bazı Gözlemler”**, Türk İsviçre Hukuk Günleri, Banka ve Tüketici Hukuku Sorunları Sempozyumu, İstanbul 2010, s. 291 vd.

Bursalı, Osman Safa : **Osmanlı Hukuku’nda Kefalet Sözleşmesi İstanbul ve Galata Mahkemeleri Şer’iye Sicillerine Göre Mala Kefalet,**

(1971-1975/1206-1210), (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), İstanbul, 2010.

Cin, Halil/Akgündüz, : **“Türk Hukuk Tarihi”**, İstanbul, Osav,2018, s. 238.
Ahmet

Çağa, Tahir : **“Rızadaki Fesat sebeplerinden Biri veya Gabin ile Malul Sözleşmelerde Fesih Beyanı ve Bunun Süresi”**, EÜHFD, 1980, s. 1 vd.

Çalışkan, Murat : **“İktisadi Müesseselerde Mecburi Türkçe Kullanma Zorunluluğu”**, EÜHFD, C. 9, S.1-2, Y. 2005, s. 352 vd.

Çeliktaş, Demet : **“Şekle Aykırılık ve Şekle Aykırılığı İleri Sürmenin Sınırı Olarak Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağı”**, Prof. Dr. Kudret Ayiter Armağanı, Ankara, 1988.

Çınar, Ömer : **Türk Borçlar Kanunu’na Göre Kefilin Sorumluluğunun Sona Ermesi**, İstanbul, On İki Levha Yayınları, 2013.

: **Tüketici Hukukunda Haksız Şartlar**, İstanbul, On İki Levha Yayınları, 2009.

de Biasio, Albino : **“Der Uebergang der Glaubigerrechte auf den Burgen”** und dessen Regressrechte: Bern : Stampfli & Cie., 1944.

Demir, Şamil : **“Kefalet Sözleşmesinin Uygulama Alanı”**, TBBD, S. 108, 2013, s. 99 vd.

Develioğlu, Hüseyin : **“İsviçre Federal Mahkemesi’nin 23 Eylül 2003 tarihli**

- Murat : **Kararı Işığında Kefalet Sözleşmesi- Borca Katılma Ayrımı**”, GÜHFD, Prof. Dr. Erden Kuntalp’e Armağan, C. I, Y. 3, S. 1, 2004/I, s. 320 vd.
- : **Kefalet Sözleşmesini Düzenleyen Hükümler Işığında Bağımsız Garanti Sözleşmeleri**, İstanbul, Vedat,2009.
- Domaniç, Hayri : **Kıymetli Evrak Hukuku ve Uygulaması- TTK. Şerhi-IV (TTK. m. 577-772)**, İstanbul, Eskin Matbası, 1990.
- Dural, Mustafa / Ögüz, Tufan / Gümüş, Alper Mustafa : **Türk Özel Hukuku, C. III, Aile Hukuku**, İstanbul, Filiz, 2014.
- Dural, Mustafa / Ögüz, Tufan : **Türk Özel Hukuku Cilt II Kişiler Hukuku**, İstanbul, Filiz, 2017.
- Dural, Mustafa / Sarı, Suat : **Türk Özel Hukuku Cilt I Temel Kavramlar ve Medeni Kanunun Başlangıç Hükümleri**, İstanbul, Filiz 2013.
- Dural, Mustafa : **“İsviçre’de Eşcinsel Hayat Ortaklığının Düzenlenişi”**, e-Journal of Yasar University, C. 8, Özel Sayı, 2013, (Çevrimiçi, <https://journal.yasar.edu.tr/wp-content/uploads/2014/01/26-Mustafa-DURAL.pdf>, 13.09.2017).
- Elçin Grassinger. : **Borçlar Kanunu’na Göre Kefilin Alacaklıya Karşı Sahip Olduğu Savunma İmkânları**, İstanbul, Alfa Basım Yayım Dağıtım, 1996 (**Kefilin Hakları**).
- Gülçin : Bankaların Genel Kredi Sözleşmelerinde Yer Alan Kefalet Hükümlerinin Türk Borçlar Kanunu Kefalet Hükümleri

Çerçevesinde Değerlendirilmesi, İBD, C. 87, S. 3, Y. 2013, s. 16-34 (**Değerlendirme**).

“Belirsiz Süreli Kefalette Kefilin Hakları”, **Prof. Dr. Necip Kocayusufpaşaoğlu İçin Armağan**, Ankara, Seçkin : Yayıncılık, 2004, s.209-236. (**Belirsiz Süreli Kefalet**).

“Kefalet Sözleşmesinden Doğan Bazı Sorunlar”, **Banka ve Tüketici Hukuku Sorunları Sempozyumu, İstanbul : Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırma ve Uygulama Merkezi, Türk-İsviçre Hukuk Günleri**, İstanbul, Oniki Levha Yayıncılık, 2010, s. 293-308.

“Yeni Borçlar Kanunu Hükümleri Çerçevesinde Kefilin Defi’i İtirazları ve Kefalet Sözleşmesinin Sona Ermesi”, Prof. Dr. : Cevdet Yavuz’a Armağan, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Hükümlerinin Değerlendirilmesi Sempozyumu (3-4 Haziran), Sempozyum No:III, Marmara Üniversitesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Özle Hukuk Sempozyumu Özel Sayısı, İstanbul,2011,s.119-132 (**Sempozyum**).

Erdoğan, İhsan : “Hukuki Muamelelerde Şekle Aykırılığın Sonuçları”, **G. ÜHFD**, C. I, S. I, Y. 1997, s. 119 vd.

Eren, Fikret : **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 23. Bs., Ankara, Yetkin Yayınları, 2018.

: **Borçlar Hukuku Özel Hükümler**, 4. Baskı, Ankara, 2017.

Erzurumluoğlu, Erzan : **Sözleşmeler Hukuku (Özel Borç İlişkileri)**, Ankara, Yetkin Yayınları, 2017.

- Esener, Turhan/ : **Borçlar Hukuku I Sözleşmenin Kuruluşu ve Geçerliliği**,
Gündoğdu, Fatih İstanbul, Vedat, 2017.
- Fettah, Melek : “Kefaletin Geçerliliği Bakımından Azami Miktarın
Belirtilmesi”, **Prof. Dr. Hüseyin Hatemi’ye Armağan**,
İstanbul, Vedat, 2009, s. 712 vd.
- Fountoulakis, : “İsviçre Hukukunda Kefilin Korunması”, (Çev.) Mine Tan
Christiana Dehmen, **Banka ve Tüketici Hukuku Sorunları
Sempozyumu**, İstanbul 2010, s. 319 vd.
- Furrer, Andreas. : **Obligationenrecht: allgemeiner teil**, Zürich: Schulthess,
2012.
- Gauch, Peter : **Modifizierte Teilnichtigkeit Ammerkung** zu BGB ss 107/II,
Rech 1983.
- Gauch, Peter /Walter, : **Schweizerisches Obligationenrecht**, All. T. Bd. I, 4. Aufl.
R. Schluep Zürich, 1987.
- Giger, Hans : **Geltungs-und Inhaltskontrolle Allgemeiner
Geschäftsbedingungen**, Zürich 1983.
- Giovanoli, Silvio : **Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht**,
Band IV, II. Abteilung, 7. Teilband, Bern 1978.
- Guggenheim, Daniel : **L’invalidite des actes juridiques en droit suisse et
kompare**, Genf 1970.
- Guhl, Theo : **Das Neue Bürgschaftstrect der Schweiz**, Zürich, 1942.
- Güral, Jale : **Kefalet Akdiyle Aval Arasındaki Fark ve Benzerlikler**,

AÜHFD, C. VIII, Sayı 3-4, Y. 1951.

- Gürten, Kadir : **Roma Hukuku’nda Kefalet Akdi**, Ankara, Adalet, 2007.
- Gümüş, Mustafa Alper : **Borçlar Hukuku Özel Hükümler**, İstanbul, Filiz, 2018.
- Gündüz, Ş. Deren : **“6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu’na Göre Kefalet Sözleşmesinin Şekli”**, İstanbul XII Levha, 2015.
- Hatemi, Hüseyin / : **Borçlar Hukuku Özel Bölüm**, İstanbul, Filiz, 1992.
Serozan, Rona / Arpacı,
Abdülkadir
- Hatemi, Hüseyin : **Türk Hukukunda Hukuka ve Ahlaka Aykırı Amaçla Verilenin Geri Alınmaması Kuralı**, BK. Md. 65, İstanbul, y.y, 1973.
- Hatemi Hüseyin, : **Borçlar Hukuku Genel Bölüm**, İstanbul, Vedat, 2015.
Gökyayla Emre
- Havutçu, Ayşe : **“TBK. Tasarısının Değerlendirilmesi Sempozyumu”**, **Legal Hukuk Dergisi**, C. 3, S. 34, Y. 2005, s. 3618 vd.
- : **Açık İçerik Denetimi Yoluyla Tüketicinin Genel İşlem Şartlarına Karşı Korunması**, İzmir, Güncel, 2013.
- Haydar, Ali : **Dürerü’l-Hükkâm Şerhu Mecelleti’l-Ahkâm**, İstanbul, c. 2. 1330.
- Honsell, Heinrich : **Scweizerisches Obligationenrecht, Besonderer Teil**, 7.

Auflage, Bern 2010.

- İlhan, Cengiz : **Günümüz Türkçesi İle Mecelle**, Ankara, Yetkin, 2014, s.1 vd.
- Kahraman, Apdullah : **“İslam Hukukunda Şahsa Kefalet Müessesesi ve Türk Ceza Muhakemeleri Hukuku’ndaki Teminatla Salıverme Müessesesi İle Mukayesesi”**, Cumhuriyet Üniversitesi İlahiyet Fak. Dergisi, S. 2, 1998.
- Kaneti, Selim : **Akdin İfa Edilmediği Def’i**, İstanbul, Ahmet Said Matbaası, 1962.
- : **Hukuki İşlemlerin çevrilmesi (Tahvili)**, İstanbul, Fakülteler Matbaası, 1972.
- Kapancı, Kadir Berk : **Birlikte Borçlulukta Borçlular Arası İlişkiler**, İstanbul, Vedat, 2014.
- Kara Kılıçarslan, Seda : **“Kefilin Sorumluluğunun Kapsamı”**, GÜHFD, C. 8, S. 1-2, Y. 2009, s. 45 vd.
- Karabağ Bulut, Nil : **Türk Medeni Kanunu 23. Maddesi Kapsamında Kişilik Hakkının Sözleşme Özgürlüğüne Etkisi**, İstanbul, XII Levha, 2014, s. 254 vd.
- Karahasan, R. Mustafa : **Türk Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri (Notlandırılmış Yasa Maddeleri ve Yargıtay Kararları)**, C. II, İstanbul, Beta, 2014.
- Karlı, Abdurrahim : **İcra ve İflas Hukuku**, İstanbul, Alternatif Yayıncılık, 2014.

Keller, Max/ Schöbi : **Das Schweizerische Schuldrecht**, Bd. I: Allgemeine Lehren des Vertragsrechts, 3. Aufl., Basel und Frankfurt a. M. 1988.

Kılıçoğlu Ahmet M. : **Türk Borçlar Hukukunda Halefiyet**, Ankara, Sevinç Matbaası, 1979.

: **Medeni Kanun’umuzun Getirdiği Yenilikler**, Ankara, Turhan Kitabevi, 2003.

Kırca, İsmail: : “Türk Borçlar Kanunu Tasarısı-Kefalette Eşin İzni”, **Prof. Dr. Tuğrul Ansay’a Armağan**, Ankara, Turhan Kitabevi 2006, s. 436 vd.

Kocayusufpaşaoğlu, Necip : **Güven Nazariyesi Karşısında Borç Sözleşmelerinde Hata Kavramı**, İstanbul, Garanti Matbaası, 1968.

Kocayusufpaşaoğlu, Necip/ Hatemi, Filiz : **Borçlar Hukukuna Giriş Hukuki İşlem Sözleşme**, İstanbul, Filiz Yayınevi, 2017.

Hüseyin/

Arpacı, Abdülkadir/

Serozan, Rona

Koç, Nevzat : **İsviçre Borçlar Kanunu’nun Kefalet Sözleşmesine İlişkin Hükümleri**, Prof. Dr. Mahmut Tevfik Birsal’e Armağan, İzmir, 2001.

: **Türk Borçlar Kanunu Tasarısında Genel Hükümlere İlişkin Olarak Yapılması Öngörülen Yenilik ve Değişiklikler**, İTCU SBD, Yıl:6/Sayı:12, Güz 2007/2, Sayfa

71-147.

- Koller, Alfred, : **Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Grundriss des allgemeinen Schuldrechts ohne Deliktsrecht, Bd. I, Bern,1996.**
- Koschaker, Paul / : **Modern Hususi Hukuka Giriş Olarak Roma Hususi Ayiter, Kudret Hukukunun Ana Hatları, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları No: 370, Ankara 1975.**
- Köroğlu, Kübra : **Gerçek Kişilerin Taraf Olduğu Kefalet Benzeri Garanti Sözleşmelerinin Tabi Olduğu Geçerlilik Şartları, BÜSBE, Yayınlanmamış Yüksek Lisan Tezi, İstanbul 2014.**
- Kramer, Ernst : **Das Obligationenrecht, Bd. VI/I, Abteilung: Allgemeine Bestimmungen, 1. Teilband, Allgemeine Einleitung in das schweizerische obligationenrecht und kommentar zu Art. 1-18 Or, 1986, Art. 1, Or N. 210.**
- Kuntalp, Erden / Barlas, : **Türk Borçlar Kanunu Tasarısı'na İlişkin Nami / Ayanoğlu Değerlendirmeler, İstanbul 2005, s. 267 vd.**
Moralı, Ahu /
Çavuşoğlu Işintan,
Pelin / İpek, Mehtap /
Yaşar, Mert / Koç,
Sedef
- Kuntalp, Erden : **“Teminat Kavramı, Teminat Türleri ve Bunlardan Doğan Sorumluluk”, Prof. Dr. Reha Poroy’a Armağan, İstanbul, 1995, s. 280 vd.**
- Kuru, Baki /Arslan, : **İcra ve İflas Hukuku, Ankara, Yetkin, 2013.**

Ramazan / Yılmaz,
Ejder

Kürşat, Zekeriya : **Borçlar Hukuku Alanında Hile Kavramı**, İstanbul, Kazancı Hukuk Yayınları, 2003.

Larenz Karl : **Lehrbuch des Schuldrechts**, 1. Band, Allgemeiner Teil, 14. Aufl., München, 1987.

Nomer N., Haluk : **Borçlar Hukuku Genel Hükümler (6098 Sayılı Kanuna Göre Hazırlanmış)**, Gözden Geçirilmiş 14. Bs., İstanbul, Beta, 2015.

Oğuz, Sefer : 6098 Sayılı TBK. m. 584/T'in Bankacılık Uygulamasında Yarattığı Sorunlar ve Özellikle Evli Gerçek kişilerin Aval Vermesinde Eş Rızasının Bulunmasının Gerekliliği Üzerine Düşünceler, **Bankacılar Dergisi**, 2013i https://www.tbb.org.tr/Content/Upload/dergiler/dosya/60/TBB_dergi_86-web.pdf, erişim: 08/08/2017, s.67 vd.

Oğuzman, M. Kemal / Öz, Turgut : **Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt-1**, Gözden Geçirilmiş 14. Bs., İstanbul, Vedat, 2016.

: **Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. II., Gözden Geçirilmiş** 10. Bs., İstanbul, Vedat, 2013.

Oğuzman, M. Kemal / Seliçi, Özer / Özdemir Oktay, Saibe : **Kişiler Hukuku (Gerçek ve Tüzel Kişiler)**, İstanbul, Filiz, 2016.

- Oğuzman, M. Kemal : “Şekil Noksanı Sebebiyle Butlan Dermeyanı- Hakkın Suistimali”, **İBD**, C. XXIX, S. 6, İstanbul 1955, s. 249 vd. (Hakkın Suistimali).
- : **Medeni Hukuk Dersleri, Giriş Kaynaklar, Temel Kavramlar**, 6. Bs., İstanbul, 1990.
- Oğuzoğlu, H. Cahit : **Roma Hukuku**, Ankara, Yeni Desen Matbaası, 1959.
- Oğuztürk, Burcu : **Güven Sorumluluğu**, İstanbul, Vedat, 2008.
- Kalkan : **Türk Hukukunda Gabin**, İstanbul, Vedat, 2004.
- Olgaç, Senai : **Kefalet Sözleşmesi**, Ankara, Olgaç Matbaası, 1978.
- Otto, Sandrock : **Subjektive und Gestaltungskräfte bei der teilnichtigkeit von Rechtsgeschäften**, ACP, 1960.
- OSER, Hugo/
SCHÖNENBERGER,
Wilhelm : **Zürcher Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch**, Band V, Obligationenrecht, 3. Teil: Art. 419-529 OR, Zürich 1945.
- Öktem Çevik, Seda : “6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Uyarınca Kefalet Sözleşmelerinde Eşin Rızası”, **Kazancı Hakemli Hukuk Dergisi**, Y. 2012, C. 8, S. 89-90, s. 120 vd.
- Öz, Turgut : **Öğreti ve Uygulamada Sebepsiz Zenginleşme**, İstanbul, Kazancı Kitap Ticaret 1990.

: **Yeni Borçlar Kanunu’nun Getirdiği Başlıca Değişiklikler ve Yenilikler**, Gözden Geçirilmiş 2. Bs., İstanbul 2012.

Özen, Burak

: “Beyaza (Açığa) İmza Sorunu Üzerinde Düşünceler” **Legal Hukuk Dergisi**, S. 62, Y. 6, Şubat 2008, s. 409 vd.

: **6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu Çerçevesinde Kefalet Sözleşmesi (Özellikleri, Kuruluşu, Geçerlilik Koşulları, Türleri, Kefil ve Alacaklı Arasındaki İlişki, Kefil ve Borçlu Arasındaki İlişki, Sona Ermesi)** Genişletilip Güncelleştirilmiş 4. BS, İstanbul, Vedat, 2017.

: “6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu Çerçevesinde Kefilin Sorumluluğunun Kefalet Sözleşmesine Özgü Sebeplerle Sona Ermesi”, **İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 2, S. 2, Y. Temmuz 2011, s. 53-77 (Sona Erme).

: “Kefalet Sözleşmesinde Şekle Aykırılık ve Şekle Aykırı Kefalet Sözleşmesinin Kefil Tarafından İfa Edilmesi”, **Prof. Dr. Belgin Erdoğan’a Armağan**, İstanbul, Der Yayınları, 2011, s. 747-768 (Şekil).

Pestalozzi, Christoph : **Basler Kommentar**, Obligationenrecht I, Art. 1-529 OR, 4. Aufl. Basel/Genf/München 2002.

Poroy, Reha/ Tekinalp, Ünal : **Kıymetli Evrak Hukuku Esasları**, B. 22, İstanbul, Vedat 2018.

Pulaşlı, Hasan : **Kıymetli Evrak Hukukunun Esasları**, Ankara, Adalet, 2017.

Rado, Türkan : **Roma Borçlar Hukuku Dersleri- Borçlar Hukuku**, İstanbul, Filiz Kitapevi, 2016.

Reinicke, Dietrich/Tiedtke, Klaus : **Bürgschaftrecht**, 3. Auflage, Carl Heymanns Verlag, 2008.

Reisoğlu, Safa : **Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, İstanbul, Beta, 2014.

Reisoğlu, Seza : "Kefalet Kavramı ve Muteberlik Şartları", **AÜHFD**, C. 19, Y. 1962, s. 327 vd.

- : “Kefilin Rücuu ile İlgili Meseleler”, **BATİDER**, C. I, S. 4, 1962, s. 489 vd.
- : **Türk Kefalet Hukuku**, Ankara, Cem Web Ofset, 2013 (Kefalet Hukuku).
- : **Sebepsiz İktisap davasının Genel Şartları**, Ankara, Ajans Türk Matbası, 1961.
- : **Türk Hukukunda ve Bankacılık Uygulamasında Kefalet**, Ankara, 1992 (Kefalet).
- : **Türk Hukukunda ve Uygulamasında Teminat Mektupları Kontrgarantiler**, Ankara, Sevinç Matbası, 1983.
- Samancı, Serap : **Roma Hukukundan Günümüze Kefalet Sözleşmesi**, Yüksek Lisans Tezi, Ankara, 2015.
- Sarı İyim, Asuman : **Alman Hukuku Kıyası ile Kefalet Sözleşmesinin Geçerlilik Şartları**, **Yüksek Lisans Tezi**, İstanbul Kültür Üniversitesi, 2015.
- Saymen, Ferit/ Elbir, Halid : **Türk Borçlar Hukuku**, İstanbul, İsmail Akgün Matbaası, 1958.
- Schmid, Jörg : **Die öffentliche Beurkundung von Schuldverträgen**, Freiburg Schw : Universitätsverl, 1988.
- Schönenberger, W./Jäggi, P. : **(Zürcher) Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch**, Band V: Obligationenrecht, Teilband V/1a: Allgemeine Einleitung, Vorbemerkungen vor Art. 1 OR, Kommentar zu den OR, Zürich 1973.

- Schwarz, Andreas : **Borçlar Hukuku Dersleri**, (Çev) Bülent Davran, İstanbul 1948.
- Seliçi, Özer : **Borçlar Kanunu’na Göre Sözleşmeden Doğan Sürekli Borç İlişkilerinin Sona Ermesi**, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Yayın No: 2247, Hukuk Fakültesi Yayın No: 505, 1976.
- Serozan, Rona : “Culpa in Contrahendo”, “Akdin Müsbet İhlali” ve “Üçüncü Kişiyi Koruyucu Etkili Sözleşme” Kurumlarının Ortak Temeli: Edim Yükümünden Bağımsız Borç İlişkisi, **MHAD** 1968, Y. 2, S. 3. S. 110 vd.
- : **Die Überwindung der Rechtsfolgen des Formmangels im Rechtsgeschäft nach deutschem, Schweizerischem und Türkischem rech**, Tübingen 1968.
- : **Medeni Hukuk Genel Bölüm/Kişiler Hukuku**, İstanbul, Vedat, 2015.
- : **Sözleşmeden Dönme**, İstanbul, Beta, 1975.
- Seyman, Seda : “Kefalet Sözleşmesinin Geçerlilik Koşulları”, **Yüksek Lisans Tezi**, Yaşar Üniversitesi, 2013.
- Sönmez, M. : “6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu’nda Kefalet Sözleşmesi”, **İzmir Barosu Dergisi**, Y. 77, S. 2, Mayıs 2012, s. 175 vd.
- Sözer, Ali Nazım : **Hukukta Yöntembilim**, İstanbul, Beta, 2012, s.134,135.
- Stein, G : **Die Inhaltskontrolle vorformulierter Verträge des allgemeinen privatrechts-Zum Spannungsverhältnis der kontrollverfahren aufgrund des AGB Gesetzes und 242**, Berlin

1982.

Sulhi Tekinay, : **Tekinay Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Yeniden
Selahattin/ Akman, Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 7. Bs., İstanbul, Filiz,
Sermet/ Burcuoğlu, 1993.
Haluk/ Altop, Atilla

Sungurbey İsmet : **İsviçre Borçlar Kanunu Şerhi**, Ankara, Gürsoy Matbaası,
1964.

Şeker, Muzaffer : **Kefalette ve Avalde Eşin Rızası**, İstanbul, On İki Levha 2017
(Eşin Rızası).

: **Yazılmamış Sayılma (BK. m. 21/1, 21/2, 24) Yokluk ve Kesin Hükümsüzlük Kıskaçında 6098 sayılı Yeni Türk Borçlar Kanunu'na Göre Genel İşlem Koşullarının Yazılmamış Sayılması**, İstanbul, XII Levha, 2015 (Yazılmamış Sayılma).

: “6098 Sayılı Borçlar Kanunu’nda Düzenlenen Değişirme Yasağı Başlıklı 24. Maddenin Değerlendirilmesi ve Kaldırılma İmkânı”, **İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi** Yıl:15 Özel Sayı:29 Bahar 2016/1 s.375-401 (<http://ticaret.edu.tr/uploads/dosyalar/215/0936F%20ITU%20sosyal%20dergisi%20hukuk.pdf>) (Değişirme Yasağı).

: “Kefalet Sözleşmesinde Eşin Rızası (BK. m. 584)”, **İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi** Yıl:15 Güz Sayı:30 2016/3 s. 107-130

(http://ticaret.edu.tr/uploads/dosyalar/215/SBD_29_1_Ozel_Sa_yi_1685F%20ITU.pdf) (Kefalet).

: “Evli Kişilerin Hukuki İşlem Ehliyeti”, **Legal Mali Hukuk Dergisi** – Mart 2008, C. 4, S. 39, s. 591-605.

: “Şekil Noksanı Nedeniyle Sözleşmenin Hükümsüzlüğünden Kaynaklanan Sorumluluk Halleri ve Zararın Tazmini”, **Legal Hukuk Dergisi**, Yıl 2008 S. 61, s. 49-65 (Sözleşmenin Hükümsüzlüğü).

: “6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu’nun 584. Maddesine Göre Kefalette 603. Maddesine Göre Avalde Eşin Rızası”, **Prof. Dr. Zafer Gören Armağanı**, Ankara, Yetkin, 2017, s. 395-414 (Rıza).

: “6098 sayılı Yeni Türk Borçlar Kanunu’na göre internet üzerinden sözleşmelerin kurulması”, **İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi “10. Yıl’a Armağan”** Y. 11, S. 22, Güz 2012/2, s. 127-155.

: “Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun Avalde Eşin Rızasının Aranmayacağına Dair Vermiş Olduğu Karar Kapsamında Kefalette ve Avalde Eşin Rızası” **Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi “Prof. Dr. Mustafa Dural Anısına”** C.5, S. 2, Aralık 2017, s. 155-173.

Şıpka, Şükran

: **Türk Medeni Kanunu’nda Aile Konutu ile İlgili İşlemlerde Diğer Eşin Rızası (TMK. m. 194)**, İstanbul, Beta, 2002.

- Tahiroğlu, Bülent : **Roma Borçlar Hukuku**, İstanbul, Der Yayınları, 2010.
- Tandoğan, Haluk : **Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri (İstisna (Eser) ve Vekalet Sözleşmeleri, Vekaletsiz İş Görme, Kefalet ve Garanti Sözleşmeleri)**, C. II, 1989 Yılı Dördüncü Tıpkı Basımdan Beşinci Tıpkı Basım, İstanbul, Vedat, 2010.
- : **Türk Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, C. I/1 6. Basım**, İstanbul, Evrim Basım Yayım Dağıtım, 1990.
- Taşdelen, Nihat : “Kefalet Sözleşmesinde Şekil”, **Prof. Dr. Oğuz İmregün’e Armağan**, İstanbul 1998, s.753 vd.
- Timuçin Muşul : **İcra ve İflas Hukuku**, C. II, Ankara 2013.
- Tuğ, Adnan : **Türk Özel Hukukunda Şekil**, 2. Bs., Ankara, Mimoza, 1992.
- Tunçomağ, Kenan : **Türk Borçlar Hukuku**, C. 1, 6. BS, İstanbul, Sermet, 1976.
- Tuğsavul, Muhsin / : **Emsal İçtihatlar (Yargıtay 4. Hukuk Dairesi)**, Ankara, Yeni Cezaevi, 1949.
- Özoğuz, Abdülkadir
- Umur, Ziya : **Roma Hukuku Ders Notları (Usul Hukuku-Borçlar Hukuku-Eşya Hukuku-Miras Hukuku)**, 3. Bs., İstanbul, Beta, 1999.
- Vischer, Markus in : **Handkommentar zum Schweizer Privatrecht**, Huguenin/Müller-Vertragsverhältnisse Teil 2: Arbeitsvertrag, Werkvertrag, Chen/Girsberger Auftrag, GoA, Bürgschaft, 2. Auflage, Zürich/Basel/Genf (Hrsg.) 2012.
- Von Tuhr, Andreas : **Borçlar Hukuku**, Cilt 1, İstanbul 1952.

- Watson, Alan : **Roman Law And Comperative Law**, Athens And London, 1991.
- Wiegand, Wolfgang : **Bemeerkungen zum Picasso-Entscheid**, recht 1989.
- 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**, İÜHFM C. LXXIV, S. 1, 2016.
- Yavuz, Cevdet / Acar, Faruk / Özen, Burak : **Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler**, Güncellenmiş ve Yenilenmiş 10. Baskı, İstanbul, Beta, 2014.
- Yeniocak, Umut : **Borçlar Kanunu Hükümlerine Göre Genel İşlem Koşullarının Yargısal Denetimi**”, **TTB**, S. 107, Y. 2013, s. 78 vd.
- Yılmaz, Merve : **Türk Borçlar Kanunu’na Göre Kefalet Sözleşmesinin Geçerlilik Şartları**, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, C. 1, Y. 2, S. 7, Ankara 2011.
- Yılmaz, Yasemin : **“Garanti Sözleşmesi”**, **TAAD**, Y. 5, S. 19, Ekim 2014, s. 1088.
- Yördem, Yılmaz : **“Osmanlı Hukukunda Kefalet Sözleşmesi”**, **Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 21, S. 34, Y. 2016.

Zevkliler, Aydın/ : **Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri**, Eylül, Turhan Gökyayla, Emre Kitapevi, 2017.

Zuhayli, Vehbe : **İslam Fıkı Ansiklopedisi**, İstanbul, Risale, C.6, 1985.

