

İSTANBUL BİLGİ ÜNİVERSİTESİ
LİSANSÜSTÜ PROGRAMLAR ENSTİTÜSÜ
HUKUK YÜKSEK LİSANS PROGRAMI

KEFALET SÖZLEŞMESİNİN ŞEKİL ŞARTLARI ve EŞİN RIZASI

Çağla KOYUNCU

Doç. Dr. Ece BAŞ SÜZEL

İSTANBUL
2020

Kefalet Sözleşmesinin Şekil Şartları ve Eşin Rızası
Requirements Of Bailment Contracts and Spouse's Consent

Çağla Koyuncu

116615076

Tez Danışmanı : **Doç. Dr. Ece BAŞ SÜZEL** (İmza)
İstanbul Bilgi Üniversitesi

Jüri Üyeleri : **Dr. Öğr. Üyesi Gökçe Kurtulan** (İmza)
Güner
İstanbul Bilgi Üniversitesi

Prof. Dr. Burak Özen (İmza)
Marmara Üniversitesi

Tezin Onaylandığı Tarih :

Toplam Sayfa Sayısı :

Anahtar Kelimeler (Türkçe)

- 1) Kefalet Sözleşmesi
- 2) Kefalet sözleşmesinin şekil şartları
- 3) Şekle aykırılığın sonuçları
- 4) Eş rızası
- 5) Türk Borçlar Kanunu 603. Maddesi

Anahtar Kelimeler (İngilizce)

- 1) Bailment contract
- 2) Requirements of bailment contract
- 3) The results of the form infringements
- 4) Consent of spouse
- 5) Turkish Code of Obligations article 603.

ÖNSÖZ

İnsanlık uygarlığının başlangıcından beri var olan temel bilimlerden biri de hukuktur. Medeniyetlerin sağlam temellere oturtulması sürecinde, insanların ve insan topluluklarının birbirleriyle ilişkilerinde ve en nihayetinde evrensel düzeyde hayatın içinde yer alan hukuk, bugün sınırları aşarak dil, din, ırk, cinsiyet ve hatta canlı türü ayrımı gözetmeden yer almaya devam etmektedir. Yaşam var oldukça da kuşkusuz yer almaya devam edecektir. Bu uzun soluklu ve hayatın her alanını kapsayan yola baş koymama nasihatleriyle vesile olan ve destek veren aileme öncelikle sonsuz teşekkürlerimi borç bilirim. Yine, değerli yardım ve yönlendirmeleriyle bu çalışmanın ortaya çıkmasında her anlamda desteklerini esirgemeyen sevgili hocam Doç. Dr. Ece Baş Süzel'e ve bu vesileyle eğitim-öğretim hayatımda şu zamana kadar bana emeği geçmiş tüm öğretmenlerime minnetlerimi sunmak isterim. Ayrıca, rahmetli amcam Av. İlyas Koyuncu'yu da bu fırsatla anar, yardımlarıyla beni destekleyen kuzenim Prof. Dr. A. Emre Yaprak'a, bu tezin savunulması sırasında ve daha da sonrası için verdikleri rehberlik ve önerileriyle sundukları katkılarından dolayı değerli hocalarım Prof. Dr. Burak Özen ve Dr. Öğretim Üyesi Gökçe Kurtulan Güner'e ve daha burada ismen belirtmediğim ama destekleriyle katkı sağlayan herkese tüm içtenliğimle saygı ve teşekkürlerimi sunarım.

İÇİNDEKİLER

ÖNSÖZ.....	iii
İÇİNDEKİLER	iv
KISALTMALAR	vi
ABSTRACT	vii
ÖZET.....	viii
GİRİŞ	1

I. BÖLÜM

GENEL OLARAK KEFALET SÖZLEŞMESİ	4
1.1. TANIMI.....	4
1.2. HUKUKİ NİTELİĞİ.....	6
1.2.1. Kefalet Sözleşmesinin Asıl Borç İlişkisinden Bağımsız Olması	7
1.2.2. Kefaletin Fer'iliği.....	16
1.2.3. Kefaletin İkincil Borç Olması.....	24
1.2.4. Kefalet Sözleşmesinin İvazsız Sözleşme Olması.....	26

II. BÖLÜM

1. KEFALET SÖZLEŞMESİNDE ŞEKİL ŞARTI GETİRİLMESİNİN AMACI.....	28
2. ŞEKLİN KAPSAMI.....	33
2.1. GENEL OLARAK	33
2.2. YAZILILIK	39
2.2.1. Genel Olarak.....	39
2.2.1.1. İcra Kefilliği Yönünden	44
2.2.1.2. Birden Çok Kişinin Aynı Borca Kefil Olması Halinde	46
2.2.1.3. İpotek Akit Tablosundaki Kefalet Beyanları Açısından....	48
2.2.1.4. Ticari İşlerde Verilecek Kefaletler Açısından	49
2.2.1.5. Kira Sözleşmeleri Açısından.....	52

2.2.2. Kefilin İradesinin Sözleşmeye Yansıtılması Açısından.....	57
2.2.3. Asıl Borcun Bireyselleştirilmesi.....	65
2.2.4. Sübjektif Esaslı Unsurlar	69
2.2.5. Sorumlu Olunan Azami Miktarın Belirtilmesi.....	76
2.2.6. Kefalet Tarihinin Belirtilmesi	82
2.3. İMZA	84
2.4. BEYAZA İMZA	88
2.5. KEFİL OLMA VAADİ (ÖN SÖZLEŞMESİ) AÇISINDAN.....	90
2.6. SONRADAN YAPILAN DEĞİŞİKLİKLERDE ŞEKİL.....	91
2.7. KEFALET BORCUNUN ÜSTLENİLMESİNDE ŞEKİL.....	
KURALLARINA UYULUP UYULMAYACAĞI SORUNU	96
2.8. KEFALET SÖZLEŞMESİNİN TEMSİLCİYLE YAPILDIĞI	
DURUMDA ŞEKİL.....	99

III. BÖLÜM

1. KEFALET SÖZLEŞMESİNDE ŞEKLE AYKIRILIĞIN HÜKÜM VE SONUÇLARI	106
1.1. KEFALET SÖZLEŞMESİNDE ŞEKLE AYKIRILIĞIN.....	
YAPTIRIMI.....	107
1.2. KEFİLİN ŞEKLE AYKIRILIĞI İLERİ SÜREREK	
SORUMLULUĞUNDAN KURTULMASI.....	114
1.3. KEFİLİN TAZMİNAT YÜKÜMLÜLÜĞÜ	116
2. ŞEKLE AYKIRI KEFALET SÖZLEŞMESİNDE KEFİLİN BORCU.....	
İFA ETMESİNİN SONUÇLARI.....	120
2.1 KEFİLİN İFASININ İADESİNİ İSTEYEBİLMESİ	121
2.1 KEFİLİN ŞEKLE AYKIRILIĞI BİLEREK İFASI.....	126
3. KEFALET SÖZLEŞMESİNDE TAHVİL.....	129

IV. BÖLÜM

1. KEFALET SÖZLEŞMESİNDE EŞİN RIZASI	131
1.1. GENEL OLARAK	131

1.2. RIZANIN HUKUKİ NİTELİĞİ	134
1.2.1. Genel Olarak.....	134
1.2.2. Eş Rızasının Bir Şekil Düzenlemesi	
Olup Olmadığı Sorunu.....	135
1.3. EŞİN RIZASINI GEREKTİREN DURUMLAR	137
1.3.1. Rızanın Aranacağı Zaman Bakımından	137
1.3.2. Kefaletin Türü Bakımından	139
1.3.3. Sonradan Yapılan Değişikliklerde Eş Rızası	141
1.3.4. Kefalette Temsil Yetkisi Verilmesi, Kefil Olma Vaadi ve	
Kefalet Borcunun Üstlenilmesinde Eş Rızası	142
1.4. EŞİN RIZASI GEREKLİLİĞİNİN İSTİSNASI	145
1.4.1. Eşler Hakkında Ayrılık Kararı Verilmiş Olması.....	145
1.4.2. Kefilin Lehine Değişiklikler	147
1.4.3. TBK m. 584/3’de Sayılan Haller	148
1.5. RIZANIN VERİLMESİ.....	151
1.5.1. Rızanın Şekli.....	151
1.5.1.1. Metne Ait Hususlar	151
1.5.1.2. İmzaya Ait Hususlar	152
1.5.2. Rızanın Verilmesine İlişkin Bazı Özel Durumlar	155
1.5.2.1. Eşin Alacağı, Borcu İçin veya Eşle Birlikte Kefil	
Olunması	155
1.5.2.2. Eşin Ehliyetsiz Olması.....	158
2. RIZANIN VERİLMEMESİNİN YAPTIRIMI	159

V. BÖLÜM

KEFALETİN ŞEKİL ŞARTLARI VE EŞİN RIZASI ŞARTININ TBK M.603 HÜKMÜ DOĞRULTUSUNDA DİĞER SÖZLEŞMELERE	
UYGULANMASI.....	164
1. TBK MD. 603 GÖRÜNÜMLERİ	166
1.1. TEMİNAT AMAÇLI GARANTİ SÖZLEŞMESİ AÇISINDAN.....	166

1.2. TEMİNAT AMAÇLI MEVCUT BORCA KATILMA SÖZLEŞMESİ	
AÇISINDAN	168
2. TBK M. 603'ÜN AVALE UYGULANMAYACAĞI MESELSİ	169
SONUÇ.....	175
KAYNAKÇA	186
MAHKEME KARARLARI DİZİNİ	199



KISALTMALAR

Art.	: Artikel (Madde)
Batider	: Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi
BGB	: Alman Medeni Kanunu
BGE	: İsviçre Federal Mahkemesi Kararı
Bkz.	: Bakınız
BK	: Borçlar Kanunu
c.	: cümle
dipnot	: dn.
Derleyen	: D.
e.t.	: erişim tarihi
HD.	: Hukuk Dairesi
HGK	: Hukuk Genel Kurulu
HMK	: Hukuk Muameleleri Kanunu
İsv. BK	: İsviçre Borçlar Kanunu
İİK	: İcra ve İflas Kanunu
m.	: madde
MÖHUK	: Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun
no	: numara
OR	: Obligationenrecht (İsviçre Borçlar Kanunu)
TBB	: Türkiye Barolar Birliği
TBK	: Türk Borçlar Kanunu
TKHK	: Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun
TMK	: Türk Medeni Kanunu
Y. HD.	: Yargıtay Hukuk Dairesi
Y. HGK.	: Yargıtay Hukuk Genel Kurulu
Y. İBK.	: Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararı
YKD	: Yargıtay Karar Dergisi

ÖZET

Kefalet sözleşmesiyle, alacaklı ve borçlu arasındaki ilişkiye tamamen yabancı olan bir kimse olarak kefil, bu ilişkiden doğan borç ediminin ifa edilmemesi halinde doğacak sonuca yönelik kişisel bir teminat vermektedir. Bu uğurda kefil, böyle bir sorumluluğu üstlenirken çoğu zaman sözleşmenin asıl borçlusu olmadığı için borçlu psikolojisi ile hareket etmez ve üstlendiği sorumluluğun farkında olmaz. Üstelik, ticari ilişkilerdeki karşılıklı güven duygusu, ticari itibar ve serilik ihtiyacı içinde kendisine çoğu zaman imzalamak üzere adeta dayatılan sözleşmeyi detaylıca inceleyemez.

Kefilin korunmaya muhtaç olduğu sözleşmesel işlemlerinde kefile uyarıcı ve yol gösterici olma amacıyla getirilen kefalet sözleşmesine özgü sıkı şekil şartları bu çalışmamızda ele alınmıştır. Bununla birlikte, eş rızasının alınması yönündeki geçerlilik şartının, yasada istisna olarak gereklilik arz etmediği belirtilen durumlarla birlikte incelemesi yapılmıştır. Türk Borçlar Kanunu m. 603 hükmü, uygulama alanı bulacağı sözleşmeler bakımından söz konusu iki türden şarta göre ayrı ayrı incelenmiş, Yargıtay kararları ve doktrin görüşleri aktarılarak sonuçta konu ile ilgili fikirlerimiz beyan edilmiştir.

ABSTRACT

The bailman as a person who has absolute alienage with the obligation between creditor and debtor with the bailment contract, gives a personal guarantee in order to secure the results caused in the case of real debtor does not discharge his debts. In this respect the bailman, while he takes such a responsibility, mostly does not act psychologically like becoming a debtor for not being the real debtor and also is not aware of his responsibilities that he has taken. Moreover, he is not able to analyze the contract properly under the pressure of his business reputation, mutual trust or the needs of urgency which is most of the time forced upon him to sign.

Strict formal conditions specific to the surety agreement, that warnings and guidelines are articulated in the contractual transactions in which the bailman needs protection, are discussed in our study. Therefore, the requirement of spouse's consent has been addressed. The agreements where the Turkish Code of Obligations article 603 can be applied, have been analyzed by considering these two types of validity condition, the orders of the Supreme Court and doctrine opinions were conveyed. Finally, our opinions on this subject have been expressed.

GİRİŞ

Alacaklı ile borçlu arasında yapılan özellikle yüksek meblağlı sözleşmeler ve bu sözleşmelerin ihlali halinde doğacak rizikolar, tarafları kurdukları borç ilişkilerinde teminat isteme ihtiyacında bırakmıştır. Bu teminatlardan biri de kural olarak tek taraflı bir sorumluluk altına giren kefile para borcu yükleyen kefalet sözleşmesidir. Kefilin aslında kendisinin taraf olmadığı bir sözleşmeden kaynaklanan bir borç altına girmesi ve bunu kural olarak karşılıksız yapması onu sözleşmenin zayıf tarafı haline getirmektedir. Üstelik, genellikle zaman baskısı altında ve hatır için üstlendiği bu sorumluluğun bilincinde olmaz ve borçlunun borcu ödeyeceği yönündeki inancı, onu bu yükümlülüğü tekrar düşünmeye sevk etmez. Bu yüzden kefil yasalarla korunmaya muhtaçtır.

818 Sayılı mülga Borçlar Kanunu'nun kaynak İsviçre Borçlar Kanunu'ndaki 1941 değişikliğini takip etmede geç kalması, nihayetinde 2011 yılında 6098 Sayılı Borçlar Kanunu ortaya çıkmış ise de bu süre zarfında uygulamada yaşanan aksaklıkların çözülmesi noktasında yetersizlik yaratmıştır. Bunun sonucunda ortaya çıkan tartışmalar öğretiyi uzun bir süre meşgul etmiş ve Yargıtay kararları açısından içtihat farklılıkları oluşmasına da sebebiyet vermiştir. Kefili koruma amacıyla getirilen şekil şartlarına rağmen birtakım eksikliklerin varlığı hala bu tartışmalardan bazılarının gündemde olmasına sebebiyet vermektedir. Özellikle kefalet sözleşmesindeki parasal üst sınırın yasada rakamla belirtilmesi şartının öngörülmemesi, her ne kadar kefilin el yazısıyla yazılması şartı öngörülmüş ise de rakamla belirtilmediği durumlarda ne olacağı bakımından soru işaretleri doğurmuştur. Bu durumda Yargıtay kefalet metninin asıl sözleşme metniyle aynı yerde olduğu ve kefalet metninde buralara yapılan bir atıf olduğu halde kefalet üst limitinin belirlendiğini ve kefaletin geçerliliğini kabul etmektedir.

Yine, kefilin el yazısını arayan kanun koyucunun görmeyenler ve okuma yazma bilmeyenlerle ilgili açık hüküm öngörmemesi şekle ilişkin resmi şekil tartışmalarını tekrar gündeme getirmiştir. Resmi şeklin yasada kefalet için

öngörülen şekil şartlarını karşılayıp karşılamayacağı belli değildir. Bu yüzden resmi bir şekilde yapılan kefalet sözleşmesinin onaylama şeklinde olursa mı veya düzenleme şeklinde olursa mı şeklen kabul edileceği doktrinde tartışmalıdır. Kefilin el yazısı şartının gereği olarak ancak yasal anlamda belirtilmesi gereken unsurların el yazısıyla yazılmasından sonra yapılan onaylama biçimindeki bir noter kefalet senedi kanımızca kabul görebilir. Bu durumda esasen mevcuttaki şeklen yasaya uygun olarak düzenlenmiş kefalet sözleşmesi noterden onaylanmış olmaktadır.

Yasa, kefalet sözleşmesinin metnine ilişkin öngördüğü şekil şartlarıyla birlikte kefil olan kişinin eş rızasının alınması gereğini de düzenlemiştir. Bunun şekle ilişkin bir düzenleme olduğu doktrinde belirtilmekle beraber, kefilin yaptığı işlemin onaylanması gereği düşünüldüğünde kanaatimizce kefilin ehliyetine ilişkin bir şart olduğunun kabulü gerekir. Bu durum eş rızasının eksikliği halinde uygulanacak yaptırım açısından da sonuç doğurmaktadır.

Yasada şekle aykırılığın yaptırımı genel bir tabirle sözleşmenin geçersizliği olarak belirtilmiş ise de uygulanacak yaptırımın ne olacağı konusu belirli değildir. Kanun koyucu belli bazı durumlarla ilgili bu konuda özel düzenlemeye gitmiş fakat kefalet sözleşmesi açısından böyle bir düzenlemeye yer vermemiştir. Yasanın kefil koruma amacından yola çıkarak yaptırım, doktrinde de hâkim görüş olan kesin hükümsüzlük olacak ve sözleşme baştan itibaren hükümsüz olacaktır. Sözleşmenin metnine ilişkin yasada belirtilen objektif unsurların yanında tarafların sözleşmeye ilişkin kararlaştırdıkları yan unsurların, kefalet şekil şartlarını taşıması halinde sözleşmenin akıbeti de uygulanacak yaptırımın türüne göre farklılık yaratmaktadır. Bu unsurların şekle aykırı düzenlenmesi halinin yaptırımı konusunda da yine şeklin kefil koruma amacı, taraf iradelerinin ayakta tutulması, sözleşmeye güven ilkesi ve dürüstlük kuralı çerçevesinde hakkaniyetin gereğini tartışmak gerekmiştir. En nihayetinde kefil için, geçersiz olduğunu bilseydi sözleşmeyi yapmayacak derecede önem arz eden unsurların, şekle aykırı düzenlenmesi halinde sözleşmenin tamamının geçersiz sayılması bakımından ayırt edilmesi ve kefil koruma amacına göre değerlendirme yapılması gerekmektedir. Bu konu da ilgili Yargıtay kararları

çerçevesinde yüksek mahkemenin yaklaşımı irdelenerek ve görüşlerimizle örtüştüğü noktada söz konusu kararlarla desteklenerek çalışmamızda açıklanmaya çalışılmıştır.

Son olarak hukukumuzda yeni bir düzenleme olan TBK m. 603 hükmünün gerçek kişilere ait diğer kişisel teminat sözleşmelerine uygulanabilirliği bakımından bir değerlendirme yapılmıştır. Burada da doktrinde kişisel teminat özelliği taşıdığı konusunda görüş birliği bulunan teminat amaçlı garanti sözleşmesi ve teminat amaçlı borca katılma sözleşmeleri ele alınmıştır. Her iki sözleşme bakımından TBK m. 583 ve m. 584 hükümleri uygulama alanı bulacaktır. Zira bu sözleşmeler kefaletten daha ağır sorumluluk yüklediğinden evleviyetle söz konusu kefalet koşullarını sağlamaları gerekmektedir. Bununla birlikte her iki sözleşmenin müteselsil nitelikte borç öngörmesi müteselsiliyet ibaresinin ayrıca belirtilmesine gerek bırakmamaktadır. Avale ilişkin Yargıtay İçtihatı Birleştirme Büyük Genel Kurulu'nun TBK m. 603 hükmünün avalde uygulanmayacağı yönündeki kararı ayrıca ele alınmıştır. Kanımızca TBK m. 583 hükmü koşulları avalin özellikleriyle bağdaşmayacağından aranmamalı, buna karşılık TBK m. 584 hükmünün öngördüğü aile birliğini de ilgilendiren geçerlilik şartı, bu yönüyle avale de uygulanmalıdır. Ancak yüksek mahkeme kararı ile TBK m. 603 hükmünün her türden koşul açısından da uygulama alanı bulmayacağına hükmedildiğini belirtmek gerekir.

Sonuçta, kural olarak karşılıksız yapılan kefalet sözleşmesinin uygulamada da çoğunlukla karşılıksız yapıldığı gerçeği karşısında yasada öngörülen şekil şartları ve eş rızası şartı gerekliliği açıklanmaya ve önemi pratik bir şekilde ortaya konmaya çalışılmıştır. Uygulamada ortaya çıkan ve çıkma ihtimalinde olan aksaklıklar ve ihtiyaçlara göre sunulan çözüm önerilerini de ortaya koymak istediğimiz bu çalışmanın ilgililerine yararlı olmasını temenni ederim.

I. BÖLÜM

GENEL OLARAK KEFALET SÖZLEŞMESİ

1.1. TANIMI

Asıl borçlu dışındaki bir şahsın, bir borcun geçerli ve devam eden bir borç olması şartıyla, ifa edilmemesinden kaynaklanan rizikodan kişisel olarak sorumlu olmayı üstlendiği sözleşmelere kefalet sözleşmesi denir¹. Kefil, borcun yerine getirilmemesine yönelik rizikoyu, borcun geçerliliği ve devamına bağlı olarak üstlenir². Kefilin, borcun ifa edilmemesinin sorumluluğunu üstlenmesiyle alacaklı kural olarak, ancak asıl borçluya başvurup ifayı elde edemedikten sonra kefile başvurabilecektir³.

818 Sayılı mülga Borçlar Kanunu'ndaki kefalet sözleşmesi tanımı, kefaletin özelliklerini doğru karşılamayan bir tanım olmakla öğretide çokça eleştirilmiş⁴ ve 6098 Sayılı TBK'da bu konudaki sorun giderilmeye çalışılmıştır. Gerçekten de 818 Sayılı Borçlar Kanunu'nun Kefalet sözleşmesine ilişkin m. 483'teki "*Kefalet, bir akittir ki onunla bir kimse, borçlunun akdettiği borcun edasını temin etmeği alacaklıya karşı taahhüt eder.*" şeklindeki kefalet tanımı, sadece sözleşmeden doğan borç ilişkisini akıllara getirmekte ve kefaleti adeta sınırlamaktadır. Oysaki

¹ Türk Borçlar Kanunu (TBK) m. 581'in tanımı şu şekildedir: "*Kefalet sözleşmesi, kefilin alacaklıya karşı, borçlunun borcunu ifa etmemesinin sonuçlarından kişisel olarak sorumlu olmayı üstlendiği sözleşmedir.*" bkz. <https://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.5.6098.pdf>

² Bakınız (Bkz.) Burak Özen, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Çerçevesinde Kefalet Sözleşmesi (a.g.e.), 4. Bası, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2017, s. 7.

³ Müteselsil kefalet ve önce rehne müracaat kuralına ilişkin hükümler saklıdır. TBK m. 586 hükmü için bkz. <https://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.5.6098.pdf>.

⁴ Haluk Tandoğan, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri (C. 2), C. 2, 5. Basım, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2010, s. 693; E.Gülçin Elçin Grassinger, Borçlar Kanunu'na göre Kefilin Alacaklıya Karşı Sahip Olduğu Savunma İmkânları, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Doktora Bölümü Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul, 1995, s. 1; Seza Reisoğlu, Kefalet Kavramı ve Muteberlik Şartları (Muteberlik), Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 19, Sayı 1, 1962, s. 335; Nami Barlas, Kefaletin Şekline İlişkin Geçerlilik Şartları ve Buna Bağlı Sorunlar (Şekle Bağlı Sorunlar), Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 5, Sayı 1, 2006, s. 4; Cevdet Yavuz/ Faruk Acar/ Burak Özen, Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler, 16. Baskı, İstanbul, Beta Yayıncılık, 2019, s. 783-784; Özen, a.g.e., s. 57; Serkan Ayan, Kefalet Sözleşmesi (a.g.e.), 1. Baskı, Ankara, Adalet Yayınevi, 2018, s. 15 [dipnot (dn.) 61]; Canan Ruhi-Ahmet Celal Ruhi, Türk Kefalet Hukuku, 1. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2018, s. 17.

para ile belirlenebilen haksız fiil, sebepsiz zenginleşme, yasaca tanımlanmış herhangi bir olgudan kaynaklanmış (nafaka borcu, vergi borcu gibi) her türlü borca kefil olunması mümkündür⁵. Kamu hukukundan kaynaklanan⁶ borçlara kefil olunabileceği de Türk-İsviçre hukukunda kabul edilmektedir⁷. TBK m. 581 ise “*Kefalet sözleşmesi, kefilin alacaklıya karşı, borçlunun borcunu ifa edememesinin sonuçlarından kişisel olarak sorumlu olmayı üstlendiği sözleşmedir.*” şeklinde “*borçlunun akdettiği*” ifadesine yer vermeyerek, kefaletin uygulama alanını sınırlayan bu algıyı ortadan kaldırmıştır. Öte yandan eski kanunda kefilin, borcun ödenmesini sağlayacağını taahhüt ettiği anlamına gelen “*borcun edasını temin etmeği*” ifadesi yerine, daha doğru olarak, “*borçlunun, borcunu ifa edememesinin*” diyerek borcun ifa edilmemesinden veya kötü ifa edilmesinden doğacak rizikoyu üstlendiği açıkça ifade edilmiştir. Önceki düzenlemeye göre, ‘kefilin, sorumluluktan kurtulabilmesi için ancak, asıl borçlunun ödemeye yönelik gereken çabayı gösterdiğinin ve borcunu ödememede kusursuz olduğunun ispatının gerektiği’ gibi bir sonuç da ortaya çıkmaktadır⁸. Oysa ki kefalet ilişkisinde kefilin, alacaklının beklediği ifa menfaatini temin etmekten başka bir sorumluluğu olmayacağı kuşkusuzdur.

Değinilmesi gereken bir diğer husus, ileride doğacak bir borca kefil olunması mümkün olduğu halde 818 Sayılı Kanun’un 483. maddesinin “*borçlunun akdettiği*” ifadesiyle sanki halihazırda mevcut bir borca kefil olunmasına yönelik

⁵ Bkz. Yavuz/Acar/Özen, s. 784; Fikret Eren, Borçlar Hukuku Özel Hükümler (Borçlar Özel), 8. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınları, 2020, s. 773; Özen, a.g.e., s. 57.

⁶ 6183 Sayılı Amme Alacaklarının Tahsili Usulü Hakkında Kanun m. 9/2’ye göre, “*Türkiye’de ikametgahı bulunmayan amme borçlusunun durumu amme alacağının tahsilinin tehlikede olduğunu gösteriyorsa, tahsil dairesi kendisinden teminat isteyebilir.*” Aynı kanun m. 10’da teminat biçimleri sayılmış, m. 11’de, m. 10’daki teminatı sağlayamayanların (şahsi) kefalet verebileceği düzenlenmiştir. Teminat aranan aynı kanun m. 14’te bu teminatın ihtiyati haciz taahhüdüne kefalet şeklinde olabileceği ve m. 48’de tecil için kefalet olabileceği belirtilmiştir. Bilgi için bkz. [https://kms.kaysis.gov.tr/\(X\(1\)S\(2m2b1fr0tpcs10pucgmq3xhz\)\)/Home/Goster/30218?AspxAutoDetectCookieSupport=1](https://kms.kaysis.gov.tr/(X(1)S(2m2b1fr0tpcs10pucgmq3xhz))/Home/Goster/30218?AspxAutoDetectCookieSupport=1).

⁷ Özen’e göre İsviçre kaynağında kamu hukuku kökenli borçlara kefaletten söz edilen yerlerde Türk Borçlar Kanunu’nun sessiz kalması, bilinçli bir tavır gibi görünmekte olup kamu hukukundan kaynaklanan borçlara kefil olunması engellenmek istenmiştir. Bkz. Özen, a.g.e., s. 57, 58 (dn. 2).

⁸ Sevgi Kayak, 6098 Sayılı Kanun’un Üçüncü Kişinin Fiilini Taahhüt ve Kefalet Sözleşmesine İlişkin Hükümlerinin Değerlendirilmesi, Banka ve Ticaret Hukuk Dergisi (Batider), C. 31, Sayı 4, 2015, s. 58.

bir düzenleme olduğudur⁹. Yeni düzenlemeyle eski yasal tanımdan çıkarılabilecek bu yanlış anlaşılmanın da önüne geçilmiştir.

Görüldüğü üzere yeni düzenlemeyle kefalet sözleşmesinin taraflarının alacaklı ve kefil olduğu, asıl borçlunun kefalet sözleşmesinin tarafı olmadığı açıkça vurgulanmıştır. Bir başka ifadeyle kefalet sözleşmesi asıl borçlu ile kefil arasındaki ilişkiden bağımsız bir borç ilişkisidir ve asıl borçlunun rızası olmaksızın kefil ile kefalet sözleşmesi yapılması mümkündür¹⁰.

1.2. HUKUKİ NİTELİĞİ

Kefalet sözleşmesi kural olarak, ivazsızdır¹¹. Zira kefil, alacaklıya sağladığı teminat bakımından asıl borçludan bir kazanç sağlamadığı gibi, sözleşmenin niteliği gereği bu teminatı alacaklıya bir bedel karşılığında da vermemektedir. Alacaklıya, asıl borçlunun borcunu yerine getiremeyeceğinin anlaşılması halinde kefile başvurabilme imkânının tanınması, kefalet borcunu ikincil nitelikte bir borç yapmaktadır. Kefilin verdiği taahhüt, yalnızca alacaklının zararının bir miktar parayla karşılanabilmesinin sağlanmasına yöneliktir¹². Yine kefaletle, asıl borca bağlı fakat asıl borç sözleşmesinin kendisi olmayan bir teminat sağlama amacı güdülmüştür ki bu durum asıl borcun mahiyeti ve nevi ne olursa olsun kefalet borcunun kendi başına bir para borcu olmasını değiştirmemektedir¹³. Elbette ki bu durum asıl borcun sona ermesiyle kefilin borcunun da sona ereceği gerçeğini değiştirmeyeceğinden kefaletin ferî niteliğine ters düşmemektedir.

⁹ Özen, a.g.e., s. 59; Barlas, Şekle Bağlı Sorunlar, s. 3-4.

¹⁰ Merve Yılmaz, Türk Borçlar Kanunu'na Göre Kefalet Sözleşmesinin Geçerlilik Şartları, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, C. 1, Yıl 2, Sayı 7, 2011, s. 4.

¹¹ Seza Reisoğlu, Türk Kefalet Hukuku (Kefalet), Ankara, Cem Web Ofset, 2013, s. 25.

¹² Ahmet Battal, Kefalet Ehliyeti Yönünden Şahıs ve Sermaye Şirketleri, Legal Banka ve Finans Hukuku Dergisi, 2012, C. 1, Sayı 2, s. 38.

¹³ Yavuz/Acar/Özen, s. 786-787; Eren, Borçlar Özel, s. 773.

1.2.1. Kefalet Sözleşmesinin Asıl Borç İlişkisinden Bağımsız Olması

Kefalet sözleşmesiyle alacaklıya, borçlunun ödeme güçsüzlüğüne düşmesi ihtimaline karşın bir teminat sağlama amaçlanır. Kefalet sözleşmesinin sebebi bu olmasına rağmen asıl borç ilişkisinin sebebi sebepsiz zenginleşme, haksız fiil ve sözleşmenin muhteviyatından kaynaklanması olabilir¹⁴. Ancak asıl borç bir sözleşmeden doğsa ve kefalet sözleşmesi bu sözleşmenin bir hükmü olarak kabul edilse bile, bu durum kefalet sözleşmesinin temel borç ilişkisinden bağımsız olduğunu değiştirmez¹⁵. Zira her şeyden önce kefalet sözleşmesinin taraflarıyla asıl borç ilişkisinin tarafları birbirinden farklıdır ve kefil ile alacaklı arasında kefalet borcunu doğuran ayrı bir hukuki ilişki olması da gerekmez¹⁶. Yine, asıl borcun konusu, sebebine göre değişebileceği halde kefilin asli borcu bir miktar para ödemekten ibarettir¹⁷. Önemli olan kefilin borcunun para ile belirlenebilir olmasıdır¹⁸. Kefil bunun dışında başka bir teminat vermeyle, edimi yapmayla veya yapmamayla zorunlu tutulamaz¹⁹. Bu paranın ödenmesiyle kefalet sözleşmesi sona erecektir. Bu açıdan kefalet sözleşmesinin sona erme sebepleriyle asıl borcun sona erme sebepleri de birbirinden farklıdır²⁰. Kefalet sözleşmesinde azami limite kadar belirlenmiş para borcunun ödenmesiyle kefalet borcu sona erecektir²¹. Bu

¹⁴ Yavuz/Acar/Özen, s. 784; Reisoğlu, Kefalet, s. 24; Eren, Borçlar Özel, s. 775.

¹⁵ Reisoğlu, Kefalet, s. 24; Yavuz/Acar/Özen, s. 789; Eren, Borçlar Özel, s. 772; Töre Günsay, Kefalet Sözleşmesinin Feriliği İlkesi, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Şeref Ertaş'a Armağan, 2017, C. 19, Özel Sayı, s. 1083-1084; Ayan, a.g.e., s. 26-27.

¹⁶ Ayan, a.g.e., s.46-47.

¹⁷ Elçin Grassinger, s. 2

¹⁸ Reisoğlu, Kefalet, s. 36; Özen, a.g.e., s. 149 vd.

¹⁹ Ne var ki, kefalet borcu esasen para borcu olmasına rağmen, para dışında başka bir edim olarak kararlaştırılması da mümkün görülmektedir. Bkz. Reisoğlu, Kefalet, s. 28.

²⁰ Bu konudaki açıklamaları için bkz. Gizem Özkan Şahin, Kefalet Sözleşmesinin Sona Ermesi, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Prof. Dr. Ferit Hakan Baykal Armağanı, Cilt 25, Sayı 2, 2019, s. 1308 vd.

²¹ Kefalet borcunun bunun dışındaki sona erme sebeplerine ilişkin açıklamaları için bkz. Özkan Şahin, s. 1301 vd.

bakımdan kefalet ilişkisi kural olarak tek tarafa(kefile)²² borç yükleyen ve ani²³ edimli borçtur. Bu nitelendirmeye karşın, asıl borç ilişkisindeki borç, sebebine göre ani veya sürekli edimli²⁴, sinallagmatik²⁵ veya tek tarafa sorumluluk yükleyen olarak değişebilecektir²⁶. TBK m. 582’de kefalet sözleşmesinin geçerli bir şekilde mevcut olan bir borç için yapılacağı düzenlenmekle birlikte, TBK 583. maddesinde nitelikli yazılı şekil şartı öngörülmüş ve kanundaki emredici hükümlerle asıl borç ilişkisinden bağımsız olarak sözleşme serbestisi kısıtlanmıştır. Aynı bağlamda asıl borç ilişkisi de kefalet sözleşmesindeki herhangi bir sakatlıktan etkilenmeyebileceği gibi borçlu ile kefil arasında bir hukuki ilişki bulunup bulunmaması, varsa bu ilişkinin geçerli olup olmaması da kefalet sözleşmesini

²² Kefalet sözleşmesinin tek tarafa borç yükleyecek şekilde düzenlenmiş olması onun bağışlama niteliğinde olduğunu göstermemektedir. Zira burada ödeme yapılacak taraf her ne kadar tek taraflı olarak yalnızca alacaklı olsa da alacaklının bu hakkı esasen asıl borçlu ile yaptığı asıl borç ilişkisine dayanmaktadır. Dolayısıyla alacaklının malvarlığında bağışlamada olduğu gibi bir zenginleşme söz konusu değildir. Ayrıca asıl borç sözleşmesinde de tek taraflı borç altına girilmiş olsa bile sözleşmenin iki tarafının karşılıklı beyanlarının birbirine uygun olması bakımından iki taraflı hukuki işlem söz konusudur. Bkz. Yavuz/Acar/Özen, s. 788; Oğuzman, M. Kemal/M. Turgut Öz, Borçlar Hukuku Genel Hükümler (C. 1), Cilt 1, 18. Bası, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2020., s. 357; Reisoğlu, Kefalet, s. 26 (dn. 38); Eren, Borçlar Özel, s. 771.

²³ Kefalet borcuna konu bir miktar paranın verilmesi ve alacaklının bunu elde etme süresine göre edimin ifa süresi olarak bir çırpıda yerine getirilmiş olması ani edimli borcun varlığını göstermektedir. Bkz. Oğuzman/Öz, C. 1, s. 11-12; Özen, a.g.e., s. 72 (dn.32).

²⁴ İfa süresi açısından borçlunun ifası belli bir süreç sonunda gerçekleşmiş sayılacaksa bile ifanın alacaklı açısından tamamlanması bir anda gerçekleşecekse bu durumda da ani edimli borç söz konusudur. Bu bakımdan buradaki ayrım yalnızca borçlunun ediminin yerine getirilmesi süresine göre değil, alacaklının alacağına kavuşma süresine göre yapılmaktadır. Eğer borçlunun edimi bir süreç boyunca aralıksız bir şekilde devam eden bir davranışın ifası ise sürekli bir edimin varlığı söz konusu olacaktır. Borçlunun edimi aralıklı süreçlerle yerine getirilecek türde bir borç ise aralıklı-dönemli edimler söz konusudur. Bkz. Oğuzman/Öz, C. 1, s. 12-13; TBK m. 602’de düzenlenen çalışana kefalet kurumunda, çalışan kişinin çalıştığı süre boyunca hizmet ilişkisi çerçevesinde sorumlu olduğu edim borcuna aykırılıktan kaynaklanan zarar tazminatı teminat altına alınır. Buna göre eğer kefilin borcu çalışanın çalıştığı süre boyunca verdiği tüm zararların tazminatının teminine yönelik ise sürekli bir kefalet borcu olduğu söylenebilecektir. Bkz. Özen, a.g.e., s. 72 (dn. 32), 621.

²⁵ Kefalet sözleşmesi kural olarak ivazsız yapılmakla birlikte kefilin sorumluluğuna karşılık alacaklının da belli bir edimin ifasından sorumlu tutulmasına ilişkin veya kefilin teminatına karşılık başka bir teminat taahhüdü vermesine yönelik anlaşma yapılması mümkündür. Bkz. Reisoğlu, Kefalet, s. 25-27. Böyle bir durumda alacaklının taahhüt ettiği edim ifasını gerçekleştirmemesi halinde kefil, ödemezlik defi ile kendi edimini ifadan kaçınabilir veya TBK m. 125’ten doğan seçimlik haklarını kullanabilir. Bkz. Özen, a.g.e., s. 120; Ayan, a.g.e., s.19; Eren, Borçlar Özel, s. 771; Bununla birlikte Zevkliler/Gökyayla, alacaklı, kefalet sözleşmesinde kefile karşı üstlendiği borcu ifa etmediği takdirde kefilin sözleşmeden dönemeyeceğini, ancak alacaklının sözleşmeye aykırı davranmasından dolayı uğradığı zararın tazminini talep edebileceğini belirtmektedir. Burada alacaklının üstlendiği edimin bir karşı edim olup olmamasının da bu durumu değiştirmeyeceğini belirtir. Bkz. Aydın Zevkliler/K. Emre Gökyayla, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, 13. Baskı, Ankara, Turhan Kitabevi, 2013, s. 656 (dn. 20)

²⁶ Bkz. Özen, a.g.e., s.72 (dn. 32).

etkilemeyecektir²⁷. Asıl borcun geçersizlik sebebinin aynı zamanda kefaleti de geçersiz kıldığı durumlar da söz konusu olmakla birlikte, asıl borçlunun geçersizlikten ötürü sözleşmenin iptalini talep etmemesi kefilin iptal beyanında bulunmasına engel teşkil etmeyecektir²⁸. Bununla birlikte kefilin asıl borçlu yerine geçerek, asıl sözleşmenin geçersizliğini tespit edip sözleşmeyi iptal etmesinin mümkün olmadığını da belirtmek gerekir²⁹.

Kefaletin asıl sözleşmeden bağımsızlığının bir diğer sonucu, asıl borcun vadeye veya koşula bağlanmamasının kefalet borcunun vadeye veya koşula bağlanmasına engel teşkil etmemesidir³⁰. Bu şart kefilin edimini geciktirecek bir olguya bağlanmış olabilir³¹. Elbette ki kefilin ediminin bir şarta bağlanmasını alacaklının da TBK m. 1 gereği kabul etmesi gerekir³². Yukarıda da belirttiğimiz gibi kefil, kendi borcunu ödemeyi alacaklının bir taahhüdüne veya sunacağı başka bir teminata bağlayabilir. Yine, kefalet borcunun muacceliyeti asıl borcun muacceliyetinden bağımsız olarak daha ileri bir tarihe bağlanabilir³³. Kuşkusuz, kefilin borcunun vadesi asıl borçtan daha önce bir tarih olarak kararlaştırılamayacak ve yine esas borç muaccel olmadan kefiliden talepte bulunulamayacaktır³⁴. Ancak asıl borcun muacceliyeti bir vadeye bağlanmış ise TBK m. 590 hükmü, asıl borcun vade gelmemesine rağmen borçlunun iflasıyla muaccel hale gelmesinde bile, alacaklının belirlenen vadeden önce doğrudan kefile karşı icra takibinde

²⁷ Tandoğan, C. 2, s. 700.

²⁸ Özen, a.g.e., s. 73.

²⁹ Bkz. Özen, a.g.e., s. 155-157.

³⁰ Elçin Grassinger, s. 2; Özen, a.g.e., s. 73; Özkan Şahin, s. 1291; Şart, borcu doğuran asıl işleme bağlı olarak ortaya konulan bir borç olduğundan daima fer'i niteliktedir. Şartın borç doğuran işleme bağlı oluşundan dolayı bağımsız bir irade açıklaması teşkil etmediğinden başlı başına ayrı bir borç olan kefaletin de asıl borcun şarta veya vadeye bağlı olmasına bakılmadan şarta veya vadeye bağlanması mümkündür. Bkz. Hasan Pulaşlı, Şarta veya Vadeye Bağlı İşlemler ve Hukuki Sonuçları, Ankara, Dayınlarlı Hukuk Yayınları, 1989, s.73.

³¹ TBK m. 170'e göre bir sözleşmenin hüküm ifade etmesi gerçekleşmesi beklenen bir olguya bırakılmış ise sözleşme ancak bu koşulun gerçekleştiği andan itibaren hüküm doğuracaktır. Böyle bir şart sözleşmenin sonuçlarını ötelediği için geciktirici bir şarttır. Bkz. <https://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.5.6098.pdf>.

³² TBK m. 1'de sözleşmenin taraf iradelerinin uyuşmasıyla kurulacağı hüküm altına alınmıştır.

³³ Seza Reisoğlu, Kefilin Def'i Hakları (Kefilin Def'i Hakları), Batider, C. 1, Sayı 2, 1962, s. 194; Elçin Grassinger, s. 140.

³⁴ Reisoğlu, Kefalet, s. 255; Buna rağmen aksi yönde yapılan anlaşmalar hükümsüzdür. Bkz. Elçin Grassinger, s. 187.

bulunamayacağını düzenlemiştir. Şu durumda asıl borcun vadeye bağlandığı halde asıl borçlunun iflas etmesinden dolayı muacceliyet eksikliği savunmasının kefil tarafından yapılmasının önünde herhangi bir engel bulunmamakla birlikte bu hüküm kefaletin muacceliyetinin asıl borcun muacceliyetinden daha ileri bir tarihe bağlanabileceğini de göstermektedir³⁵. Yine, kefilin, asıl borçlunun ifasını beklemeden TBK m. 590/3 hükmüne göre erken ifa hakkı da mevcuttur³⁶. Kural olarak kefilin borcu, asıl borçla birlikte muaccel olmakla³⁷ beraber kefilin ifasının kefilin lehine bir sonuç yaratması halinde böyle bir yola başvurusu mümkündür. Zira aksi halde, ödemede bulunan kefilin ifasını alacaklının kabul etmemesi durumunda TBK m. 593'e göre kefil, borcunun sona erdiğini ileri sürebilir. Bununla birlikte kefilin erken ifası halinde vadesinden evvel asıl borçluya rücu hakkı olmadığını da belirtmek gerekir³⁸.

Asıl borç vadeye bağlanmadığı halde bile yasal olarak kefilin doğrudan kendisine başvurulmasını engelleme hakkı vardır. TBK m. 590/2'ye göre, kefil, hâkimden, aynı güvence vermek koşuluyla, mevcuttaki rehinler paraya çevrilinceye, asıl borçluya karşı yapılan takiplerden kesin aciz vesikası alınıncaya ya da asıl borçlu hakkında mahkemeden konkordato kararı verilene kadar kendi aleyhine başlatılan takibin durdurulması kararı verilmesini talep edebilir³⁹. Belirtmek gerekir ki alacaklının kefile doğrudan başvurabilme hakkının olması esasen kefaletin fer'iliği ilkesiyle bağdaşmamaktadır. Zira her ne kadar kefalet borcu asıl borcun dışında başlı başına bir borç teşkil etse de asıl borcun doğurduğu yükümlülüğe bağlı bir borçtur⁴⁰. Aksi kararlaştırılmadığı sürece asıl borcun

³⁵ Özen, a.g.e., s.73; Tandoğan, C. 2, s. 701; Elçin Grassinger, s. 299-300; Reisoğlu, aksinin kararlaştırılabileceğini belirtmiştir. Bkz. Reisoğlu, Kefilin Def'i Hakları, s. 194.

³⁶ Kefilin erken ifası kefilin yararına bir durum yaratabilir. Şöyle ki; kefilin ifası anında belirlenen borcun ödenmesi, daha sonra ödenmesine göre işleyen faiz, daha sonra doğacak takip masrafları veya enflasyon gibi sebeplerle kefil açısından daha olumsuz bir durum yaratabilir. Özellikle kefalet borcunun yabancı para borcu cinsinden kararlaştırıldığı durumlarda böyle bir sonuçla karşılaşılabilir. Bkz. Elçin Grassinger, s. 139 vd.; Kefalet borcunun yabancı para cinsinden kararlaştırılabileceğine ilişkin bkz. Reisoğlu, Kefalet, s. 87.

³⁷ Elçin Grassinger, s. 167.

³⁸ Elçin Grassinger, s. 141-142.

³⁹ Özen, a.g.e., s. 79.

⁴⁰ Özen, a.g.e., s. 88; Ayan, a.g.e., s. 29 vd; Yavuz/Acar/Özen, s. 788; Eren, Borçlar Özel, s. 774.

doğması koşuluyla ancak kefalet borcu doğabilir⁴¹. Bu yüzden asıl borcun, kefilin talepte bulunulduğu sırada geçerli ve var olması kefile başvurulması için yeterlidir⁴². Kefilin borcunun esasen bizatihi asıl borçtan ayrı bir borç olması yani asıl borcun kendisi olmaması bu türden bir düzenlemenin önemini arttırmıştır.

Asıl borçlu ile alacaklının kendi aralarında asıl borcun vadesinin değiştirilmesine ilişkin yapacakları anlaşma, sonuç itibarıyla kefalet sözleşmesi taraflarıyla yapılmamış olduğundan kefil açısından hüküm doğurmayacaktır. Böyle bir anlaşmanın da TBK m. 582/3 gereği kefilin durumunu ağırlaştırmaması gerekmektedir⁴³. Bununla birlikte kararlaştırılan yeni vadenin kefil açısından hüküm ifade etmesinin sağlanabilmesi mümkündür. TBK m. 601 düzenlemesiyle alacaklı kararlaştırılan yeni vadeyi kefile bildirip, kefilin yeni vadeyi kabul etmesini sağlaması halinde vade geldiğinde alacaklı kefile başvurabilecektir. Böylelikle kararlaştırılan yeni vadeye göre kefil borcun henüz muaccel olmadığına ilişkin savunma yapabilecektir⁴⁴.

Değinilmesi gereken bir başka konu ise asıl borçlunun sahip olduğu savunma imkanları açısından. Kefil, asıl borçlunun savunma def'ilerini asıl borçlu ileri sürmese bile kullanabilir⁴⁵. Kefalet borcunun asıl borç yükümlülüğüne bağlı bir borç olması, asıl borçlunun sahip olduğu savunma imkanlarından kefilin de yararlanabilmesini gerektirir. Kefaletin asıl borca bağlı olmasına ilişkin açıklamalarımıza aşağıda kefaletin fer'iliği konusunda yer verildiğinden bu konuyu burada detaylandırmayacağız. Ancak belirtmek gerekir ki, kefilin, asıl borçlu kullanmamış olsa bile bu def'ileri kullanma imkanının olması da başlı başına kefaletin asıl borçtan farklı bir borç olduğunu göstermektedir. Yine asıl borçlunun

⁴¹ Gelecekte doğacak bir borca kefil olunması mümkündür. Ancak bu halde bile, kefalet sözleşmesi yapıldığı vakit kefilin yükümlülüğü doğmuş demektir. Bkz. Reisoğlu, Kefalet, s. 47.

⁴² Özen a.g.e., s. 89 (dn. 77); Günsay, s. 1088; Reisoğlu, Kefalet, s. 25.

⁴³ TBK m. 582/3'e göre, kefilin sahip olduğu haklardan önceden feragat etmesi mümkün değildir. Dolayısıyla kefilin, kendi durumunu öncesine göre veya yasa da öngörülene göre daha ağır bir hale getiren anlaşmalar geçersizdir.

⁴⁴ Özen, a.g.e., s. 76; Reisoğlu, Kefilin Def'i Hakları, s. 194; Elçin Grassinger, s. 14 vd.

⁴⁵ Özen, a.g.e., s. 402-403; Reisoğlu, Kefilin Def'i Hakları, s. 180 vd.; Elçin Grassinger, s. 214.

bu imkanlardan feragat etmiş olması dahi kefil, bu hakları kullanmaktan alıkoymayacaktır⁴⁶. Borçlunun bu def'ileri kefaletten önce veya sonra elde etmiş olması da bu sonucu değiştirmeyecektir.

Kefilin borcunun asıl borcun zamanaşımı ile sona ermesi⁴⁷ dışında kefalet için yasada öngörülen azami sorumluluk süresinin bitimiyle de sona ermesi mümkündür⁴⁸. Bu durum da kefaletin kendine özgü bir sebeple sona erme hallerindendir⁴⁹. TBK m. 598/3'te eğer daha öncesinde sona ereceğine ilişkin bir süreli kefalet kararlaştırılmamış ise kefalet sözleşmesinin kurulmasından başlayarak on yıldan sonra alacaklının kefile başvuramayacağı özel bir hükümle düzenlenmiştir. Yine kefaletin süresinin uzatılmasına ilişkin TBK m. 598/5 hükmüyle de on yıllık sürenin bitmesinden önceki son bir yıl içinde kefaletin on yıl daha uzatılmasının da mümkün olabileceği kararlaştırılmıştır. Bu durum da kefaletin, asıl borca yönelik öngörülen sürenin dışında ayrı bir süreye tabi tutulabileceğini açıkça ortaya koymaktadır⁵⁰.

Kefilin borcunun bağımsız olması, yetkili ve görevli mahkemenin de asıl borç ilişkisine bağlı olmadığı sonucunu doğurur⁵¹. Kefilin, borcunu nerede ifa edeceği ve anlaşmazlık durumunda yetkili mahkemenin belirlenmesi konularında hiç kuşkusuz kefalet borcunun bir para borcu olması göz önünde bulundurulacaktır.

⁴⁶ Reisoğlu, Kefilin Def'i Hakları, s. 180.

⁴⁷ TBK m. 145'te on yıllık genel zamanaşımı süresi öngörülmüştür. Bkz. <https://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.5.6098.pdf>; Özen, a.g.e., s. 403; Burcu Erbayraktar, Kefalet Süresinin Belirlenmesinde İrade Özgürlüğünün Sınırları, Batider, 2016, C. 32., Sayı 4, s. 137.

⁴⁸ Özen, a.g.e., s. 604.

⁴⁹ Elçin Grassinger, s. s. 192.

⁵⁰ Bayraktar, s. 158 vd.

⁵¹ Serkan Ayan, Kefalet Sözleşmesinden Doğan Uyuşmazlıklarda Görevli ve Yetkili Mahkeme (Görevli ve Yetkili Mahkeme), İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 9, Sayı 2, 2018, s. 669; Bununla birlikte Yargıtay'ın hatalı olarak, asıl borç ilişkisinden yola çıkıp kefile ilişkin uyuşmazlıklarda görevli ve yetkili mahkemeyi belirlediği kararları da bulunmaktadır. Bu kararlarından bazıları, Y. 20. HD. 30.01.2017 T., 2016/12710 E., 2017/574 K.; 27.02.2017 T., 2017/720 E., 2017/1586 K.; Y. 12. HD. 18.02.2016 T., 2015/27019 E., 2016/4412 K.; Y. 19. HD. 19.11.2015 T., 2015/4766 E., 2015/15190 K. sayılı kararları için bkz. <https://www.sinerjimevzuat.com.tr/index.jsf?dswid=2582#> (e.t. 09.11.2020)

Buna göre para borcu götürülecek borç⁵² olup TBK m. 89'a göre sözleşmede aksi kararlaştırılmamışsa alacaklının ifa zamanındaki yerleşim yeri ifa yeridir⁵³. Bu durumda yetkili mahkeme alacaklının yerleşim yeri mahkemesi olacaktır. Asıl borcun nerede ifa edileceği meselesi için ise asıl sözleşmenin kendisi belirleyici olacak olup bu durum alacaklının yerleşim yerinden farklı bir ifa yerinin olması sonucunu doğurabilecektir. Kefalet borcunun niteliği itibariyle bir para borcu olmasından dolayı kefilin borcunu, alacaklının ikametgahında veya ifa yeri olarak sözleşmede belirlenen yerde ifa etmesi gerekmektedir⁵⁴.

Yabancılik unsurunun bulunduğu bir durumda, kefalet sözleşmesi varlık ve geçerlilik açısından asıl borcun geçerliliğine bağlı olsa da bağımsız bir sözleşme olarak ele alınır. Örneğin şekil açısından yapıldığı yerin veya esasa uygulanacak ülke hukukunun öngördüğü şekil kurallarına uygun olan kefalet sözleşmesi Türk Hukuku açısından da geçerli sayılacaktır. Uyuşmazlık halinde Türk Hukuku'nun uygulanmasının kararlaştırılmış olmasında da bu sonuç değişmeyecektir. Öte yandan uygulanacak ülke hukukunun kefalet ilişkisi açısından açıkça kararlaştırılmadığı halde de kefilin, sözleşmenin kurulması sırasında mevcut mutad meskeni hukuku, kefil tacir ise veya mesleki faaliyetleri gereği kefalet sözleşmesi kurulmuşsa kefilin işyeri hukuku, eğer kefilin işyeri bulunmuyorsa yerleşim yeri hukuku, birden çok işyeri varsa söz konusu sözleşmeyle en sıkı ilişki içinde bulunduğu işyeri hukuku uygulanır⁵⁵. Kefilin ehliyeti açısından yapılacak değerlendirmede ise temel sözleşmedeki ehliyet kurallarından arı olarak kefilin milli hukuku veya sözleşme (kefalet) hukuku geçerli sayılacaktır⁵⁶. Eğer yetkili yabancı hukuk kamu düzenine aykırı ise MÖHUK m. 5 hükmü uygulama alanı

⁵² Oğuzman/Öz, C. 1, s. 348-349.

⁵³ TBK m. 89/1'e göre para borçları alacaklının ödeme zamanındaki yerleşim yerinde ödenir. TBK m.89/2'ye göre alacaklının yerleşim yeri borcun muacceliyetinden sonra değişirse ve bu durum borçlu için borcun ifasını güçleştirirse borç, alacaklının daha önceki yerleşim yerinde ifa edilebilir.

⁵⁴ Oğuzman/Öz, C. 1, s. 349; Mustafa Reşit Karahasan, Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler C. 1 (Genel Hükümler), 1. Bası, İstanbul, Beta Yayıncılık, 1992, s.1266; Ayan, Görevli ve Yetkili Mahkeme, s. 690.

⁵⁵ Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun (MÖHUK) m. 24 için bkz. <https://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.5.5718.pdf>.

⁵⁶ Ayan, a.g.e., s. 55.

bulur. Söz konusu yasa maddesinde, eğer yetkili yabancı hukuk, Türk kamu düzenine açıkça aykırılık teşkil ediyorsa bu hukukun uygulanmayıp Türk Hukuku'nun uygulanacağı kararlaştırılmıştır. Buna göre yukarıda belirtilen şekil ve ehliyetle ilişkin yetkili yabancı hukuk kuralının Türk Hukuku bakımından kamu düzenine aykırılık oluşturup oluşturmayacağı konusunda farklı görüşler ortaya çıkmıştır. Katıldığımız görüşe göre kefaletin şekline ve ehliyet bakımından eşin rızasına ilişkin hükümler kamu düzenine ilişkin değildir⁵⁷. Zira bir hukuk kuralının kamu düzenine ilişkin olabilmesi için o kuralın toplumsal çaptaki menfaati ilgilendiriyor olması gerekir. Dolayısıyla söz konusu hukuk kuralının ihlali halinde toplum vicdanı açısından kabul edilemez bir durumun ortaya çıkması gerekir⁵⁸. Ancak kefaletle ilişkin getirilen şekil ve eş rızası şartlarının bu türden bir etki yarattığı söylenemez. Zira kanun kefillere ilişkin bazı durumlar ve işin icabına göre belirtilen geçerlilik koşulları açısından kefalet sözleşmesinde istisnalar getirmiştir. Örneğin eş rızasının alınması koşulunun kefilin evli olmasında bile TBK m. 584/3'deki istisnai durumlarda alınmaması, ticari işler açısından verilen kefillikte kefilin borcunun belirtilmese bile müteselsil nitelikte olduğunun kabul edilmesi ve bu sorunun tüzel kişilerin işlerinin yasal anlamda adi niteliğinin bulunmaması sebebiyle yalnızca gerçek kişilerin kefaleti bakımından tartışma yaratabilecek özellikte olması yukarıda bahsedilen derecede bir korumanın amaçlanmadığını göstermektedir. Bu şartların ihlali veya eksikliğinin toplum vicdanını ilgilendiren bir derecede hukuk barışını sarstığı sonucu ortaya çıkmamaktadır. Bu bakımdan kanaatimizce kefaletin kendine özgü şartları kamu düzenine ilişkin değildir.

Kefil, asıl borçlunun sorumlu olduğu bir borç için kişisel güvence veren kişi olduğuna göre kefilin borcuyla asıl borç aynı borç değildir. Bu bakımdan kefilin kendi edim yükümlülüğünü yerine getirmesiyle yalnızca kefilin borcu sona ermiş olup asıl borçlunun borcu sona ermez⁵⁹. Yasal halefiyet çerçevesinde ödeme

⁵⁷ Şekil kurallarının kamu düzenine ilişkin olup olmadığı yönündeki doktrindeki görüşler için bkz. bu çalışma, II., 1., s. 32-33'deki açıklamalar.

⁵⁸ Oğuzman/Öz, C. 1, s. 87.

⁵⁹ Kural olarak üçüncü kişinin yaptığı ifa borcu sona erdirmekle birlikte kanunun öngördüğü hallerde borcu sona erdirmez. Bu ifa ile alacaklının, borcun sona ermediğine ilişkin başvurma hakkı

oranında asıl borcun kefile karşı devam ettiği TBK m. 596 f. 1 c. 1’de “*Kefil, alacaklıya ifada bulunduğu ölçüde, onun haklarına halef olur.*” şeklinde hüküm altına alınmıştır.

Daha önceki açıklamalarımızda da belirttiğimiz üzere aksi sözleşmede öngörülmedikçe kefilin borcunun çeşidi bir para borcudur. Asıl borçlunun borcunun bir yapmama veya para verme dışında bir şey yapma borcu olsa bile kefilin verdiği teminat daima para nevisidir⁶⁰. Bunun anlamı kefilin, teminat olarak, para verme dışında bir ifaya zorlanamamasıdır⁶¹. Sonuç olarak, örneğin, asıl borç bir para borcu olmasına rağmen alacaklının menfaatiyle örtüşüp kabul etmesi halinde kefil, asıl sözleşmede kararlaştırılan paranın ödenmesi dışında başka bir edimi yerine getirerek de borcundan kurtulabilecektir⁶².

Kefalet borcunun asıl borçtan bağımsız ve ona yabancı bir borç olmasının bir diğer sonucu da asıl borçlunun kendi borcuna kefil olamayacağıdır⁶³. Bununla birlikte borcun devri halinde, asıl borçlu ile kefil artık aynı kişi olmayacağından borcun ileride devri hali şart koşularak kefalet sözleşmesinin yapılması mümkündür. Bu durumda geciktirici koşula bağlanmış bir kefalet sözleşmesi söz konusudur⁶⁴. Böylece asıl borçluyla kefilin aynı kişi olamayacağı kuralı yerine getirilmiş olacaktır. Kefil ile borçlu sıfatının sonradan aynı kişide birleşmesi halinde alacaklının, kefalet sözleşmesinden doğan özel yararlarının saklı kalacağı TBK m. 598 f. 2 hükmünde belirtilmiştir. Buna göre, örneğin, alacaklının, kefile

kalmamakla birlikte alacak hakkı halefiyet ilkesi gereği borcu ifa eden üçüncü kişiye geçmektedir. Bkz. Oğuzman/Öz, C. 1, s. 277 vd.

⁶⁰ Yavuz/Acar/Özen, s. 786-787; Eren, Borçlar Özel, s. 773; Özen, a.g.e., s. 65; Reisoğlu, Kefalet, s. 36; Tandoğan, C. 2, s. 701; Karahasan, Özel Hükümler, s.1422.

⁶¹ Reisoğlu, Kefalet, s. 36.

⁶² Reisoğlu’na göre borcun ifasının, borçlunun bizzat ifasında alacaklının menfaati bulunmadıkça başkası tarafından da yapılmasını öngören TBK m. 83 (818 Sayılı Kanun m. 67) hükmü karşısında kefile, isterse uğranılan zararı para ile karşılama isterse de borcu aynen ifa etme imkânı tanınmalıdır. Bkz. Reisoğlu, Kefalet, s. 28; Reisoğlu, Muteberlik, s. 344.

⁶³ Elçin Grassinger, s. 125; E. Gülçin Elçin, Bankaların Genel Kredi Sözleşmelerinde Yer Alan Kefalet Hükümlerinin Türk Borçlar Kanunu Kefalet Hükümleri Çerçevesinde Değerlendirilmesi, İstanbul Barosu Dergisi, C. 87, Sayı 3, 2013, s. 21 (dn. 13); Yavuz/Acar/Özen, s. 787; Eren, Borçlar Özel, s. 772.

⁶⁴ Özen, a.g.e., s. 126; Yavuz/Acar/Özen, s. 792; Elçin, s. 17; Eren, Borçlar Özel, s. 780; Reisoğlu, Kefalet, s. 47-48; Özkan Şahin, s. 1294.

kefil olan kişiye veya kefaletin rehinle temin edildiği durumda rehne başvurma hakları saklı kalacaktır⁶⁵. Bunun dışında vekilin kendi borcu için temsil olunan adına hareket edip kefil olması mümkün olmakla birlikte böyle bir kefaletin geçerli olması için temsil olunanın açık izni veya sonradan vereceği icazeti gerekmektedir⁶⁶

Borçlunun kendi borcuna kefil olamayacağı gibi alacaklı da kendi alacağına kefil olamaz⁶⁷. Bilindiği üzere kefalet sözleşmesi alacaklı ile kefil arasında yapılmaktadır. TBK m. 189 hükmüne göre alacağın devri sonucunda devreden kişinin kişiliğine özgü olanlar hariç olmak üzere alacaklının öncelikli hakları ve buna bağlı olan haklar da devralana geçecektir. Öyleyse müstakbel alacaklıyla kefil arasında bir kefalet sözleşmesi yapmaya lüzum yoktur. Fakat sorun alacaklının kefalet sözleşmesini kendisiyle yaptığı noktada ortaya çıkar. Bu durumda alacaklının, müstakbel alacaklıyla kefalet sözleşmesi imzalaması gerekecektir ki bu sözleşme kefalet sözleşmesi olarak kabul edilebilsin. Öğretide böyle bir durumda alacaklının kefilliğinin, müstakbel alacaklı için yalnızca bir öneri hükmünde olduğu kabul edilmektedir⁶⁸. Müstakbel alacaklı alacağı devraldığında bu öneriyi kabul ederse kefalet sözleşmesi kurulmuş olacak ve eski alacaklı kefil sıfatına haiz olacaktır. Alacaklının kendi alacağına başkasıyla birlikte kefil olması halinde ise yalnızca alacaklı dışındaki kişiler bakımından kefalet sorumluluğu söz konusu olacaktır⁶⁹.

1.2.2. Kefaletin Fer'iliği

Kefilin borcunun asıl borcun varlığına ve geçerliliğine bağlı olması kefaletin feri borç olması sonucunu doğurur⁷⁰. Fer'i hakkın asıl alacakla birlikte bir

⁶⁵ Özen, a.g.e., s. 126; Yavuz/Acar/Özen, s. 833; Eren, Borçlar Özel, s. 789, 795; Özkan Şahin, s. 1295; Reisoğlu, Kefalet, s. 33.

⁶⁶ Tandoğan, Kefalet, s. 26; Elçin Grassinger, s. 103-104; Özen, a.g.e., s. 269 (dn. 243).

⁶⁷ Reisoğlu, Muteberlik, s. 337; Reisoğlu, Kefalet, s. 32-33; Elçin, s. 21.

⁶⁸ Özen, a.g.e., s. 127; Yavuz/Acar/Özen, s. 788; Tandoğan, Kefalet, s. Reisoğlu, Muteberlik, s. 337; Reisoğlu, Kefalet, s. 33.

⁶⁹ Özen, a.g.e., s. 126-127 (dn. 168)

⁷⁰ Kefaletin geçerliliği için esas bakımdan geçerli bir borç olması gerekir. Bkz. Haluk Tandoğan, Kefaletin Geçerlilik Şartları (Kefalet), Cilt 9, Sayı 1, s. 19 vd.

görünümü olması doktrinde alacağın geçerliliği, kapsamı, feri hakkın diğer alacaklı ve borçlunun değişmesinden etkilenmemesi, savunma ve sona erme sebepleri olmak üzere tasniflenip incelenmiştir⁷¹. Kefalet sözleşmesi çoğu zaman kurulduğu anda muacceliyet kesbetmeyebileceğinden sözleşme yapıldığı sırada geçerli bir asıl borcun mevcudiyeti aranmaz, kefile başvurulduğu sırada asıl borcun geçerli olması yeterlidir⁷². Bu noktada belirtmek gerekir ki, bir sözleşmeden kaynaklı iade borcunun⁷³ yerine getirilmesi ediminin de kefaletle teminat altına alındığı bir durumla karşılaşılabılır⁷⁴. Gerçekten de böyle bir uyuşmazlık Yargıtay'ın eski tarihli bir genel kurul kararına konu olmuştur⁷⁵. Uyuşmazlık konusu olayda, bir adi yazılı taşınmaz satış sözleşmesinde, satıcının sözleşme edimini yerine getirmemesi halinde iade yükümlülüğü kefaletle teminat altına alınmıştır. Alıcının ediminin bir kısmını yerine getirmesine rağmen, satıcının tapuyu alıcıya geçirmemesi üzerine alıcı, satıcı ve kefillere başvurmuştur. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu bu uyuşmazlıkta, her ne kadar taşınmaz satış sözleşmesi tapu müdürlüğünde yapılmadığından şeklen geçersiz olsa da satıcının aldığını iade yükümlülüğünün doğacağını ve bu edimi teminen verilen kefalet sözleşmesinin geçerli olacağını, alacaklının da hem satıcıya hem de kefile başvurma hakkının bulunduğu hükmetmiştir. Bu karar, iade borcunun sebepsiz zenginleşmeye mi yoksa sözleşmeye göre mi doğacağı tartışmasını da doğurmuştur. Yargıtay çoğunluk görüşüyle kefaletin geçersiz sayılması halinde sebepsiz zenginleşme söz konusu olacağını düşünerek kefaletin geçerliliğine karar vermiştir. Kararda taşınmaz satış sözleşmesinden doğan edimin yerine getirilmemesinden kaynaklanan borca aykırılık mı yoksa bir sebepsiz zenginleşme mi doğmuş olacağı açıkça belirtilmemiştir. Açıkça hangi borca kefil olduğu belirlenmemesi dışında geçersiz sözleşmeye rağmen kefaletin geçerliliğine karar verilmesi doktrinde

⁷¹ Günsay, s. 1088; Ayan, a.g.e., s.26-27.

⁷² Tandoğan, Kefalet, s. 19.

⁷³ İade borcu sözleşmeye aykırılıktan kaynaklanabileceği gibi, haksız fiile veya sebepsiz zenginleşme hükümlerine de dayanabilir.

⁷⁴ Özen, a.g.e., s. 149.

⁷⁵ Y. HGK. 09.03.1977 T., 976/13-22 E., 977/216 K. (Mustafa Reşit Karahasan, Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler C. 4, 1. Bası (Özel Hükümler), İstanbul Beta Yayıncılık, 1992, s. 1423 (dn. 12).

eleştirilmiştir⁷⁶. Reisoğlu'na göre verilen kararda satıcı ile alıcı arasındaki sözleşmesel ilişki ve bundan doğacak sebepsiz zenginleşmeye kefil olunması da mümkün görülerek kefilin sorumluluğuna karar verilmiştir. Böyle bir anlaşma geçerli olduğundan kefalet de geçerli sayılmıştır. Elçin Grassinger ise kararda, taşınmaz satış sözleşmesinin geçersizliği kabul edildiğine göre ifa edilen edimlerin iadesi borcu söz konusu olduğundan buna ilişkin verilen kefaletin de fer'ilik ilkesi gereği geçerli olmadığını belirtmiştir. Özen de Reisoğlu ile aynı doğrultuda, sebepsiz zenginleşmeye dayanan iade taleplerinin teminat altına alınmak istendiğinin kabulü ile kefile başvurulacağını belirtmektedir. Yargıtay, önüne gelen benzer bir olay için verdiği yakın tarihli bir kararda⁷⁷ ise bu durumu daha net bir şekilde ortaya koymuştur. Olaydaki adi yazılı araç satış sözleşmesinde satıcının vekili, aracın devir borcunun yerine getirilmemesi ihtimaline binaen davacıya teminat olarak verilen senedi kefil sıfatıyla imzalamıştır. Alıcının edimini yerine getirmesine karşın, aracın devrinin yapılmaması sonucu satıcı ve kefilin sorumluluğuna başvurulduğu uyuşmazlıkta Yargıtay, araç satış sözleşmesinin şekle uygun yapılmadığından geçersizliğine, tarafların edimlerini sebepsiz zenginleşmeye göre iade edeceğine ve kefilin buna göre iade talebinden de sorumlu olacağına hükmetmiştir. Kanaatimizce de tarafların şekil şartına uymadan yaptıkları sözleşmede satıcının asli borcu aynı zamanda sözleşmenin kurucu unsuruna ilişkin olduğundan ve bu asli edim yükümlülüğü sözleşmenin geçerliliği ile ilgili olduğundan kefilin teminatı yalnızca borca aykırılığa yönelik yorumlanmamalıdır. Yani satıcı burada sırf kefalet teminatına güvenerek bir borç altına girmiş olabilir. Bu bakımdan kefilin sorumluluğuna ilişkin verilen kararlar sebepsiz zenginleşme borcuna da kefil olunması mümkün olduğundan hukuka uygundur.

Kuşkusuz, asıl borç doğmadan alacaklı kefilin borcu muaccel hale gelmeyecektir⁷⁸. Bu durum kefalet borcu için adeta geciktirici şart işlevi görür⁷⁹.

⁷⁶ Reisoğlu, Kefalet, s. 45-46; Elçin Grassinger, s. 8-9; Özen, a.g.e., s. 169 (dn. 40).

⁷⁷Y. 3. HD., 11.10.2012 T., 2012/14597 E., 2012/21370 K. için bkz. <https://www.lexpera.com.tr/ictihat/yargitay/3-hukuk-dairesi-e-2012-14597-k-2012-21370-t-11-10-2012>.

⁷⁸ Özen, a.g.e., s. 76; Reisoğlu, Kefalet, s. 218.

⁷⁹ Ayan, a.g.e., s.27; Özen, a.g.e., s. 154.

Bununla birlikte asıl alacağın gelecekte doğması koşuluyla kefaletin doğacağı kararlaştırılabilir. Bu durumda gelecekte doğacak bir borca kefil olunmaktadır⁸⁰. Asıl borcun muacceliyetinin, ihbar şartına bağlandığı durumda, asıl borçluya yapılmadan kefile yapılan ihbar geçersiz olup kefil açısından muacceliyet doğurmazdır⁸¹. Alacaklının böyle bir talebine karşı kefilin, asıl borcun muaccel olmadığına ilişkin asıl borçluya ait savunma def'ilerine başvurma hakkı vardır⁸².

TBK m. 590/3 hükmüne göre asıl borç ihbara bağlanmış ise bu ihbarın yapıldığı kefile bildirilmedikçe kefilin borcu doğmayacaktır. Yine asıl borçluya ihbar yapılmadan kefile yapılan ihbar da geçersizdir⁸³. İhbarın yapıldığının kefile bildirilmesi yeterlidir, aynı ihbarın kefile yapılmış olması madde hükmünden de anlaşılacağı üzere aranmamaktadır⁸⁴. Bu ihbarın ne şekilde yapılacağı ve alacaklı veya asıl borçlu tarafından⁸⁵ yapılmış olması önem arz etmemektedir⁸⁶. Asıl borçluya yapılan ihbardan kefilin haberdar olmaması halinde kefil, muacceliyet eksikliği savunmasında bulunabilir. Bu durum, fer'ilik prensibine ilişkin kefalet borcunun asıl borçla birlikte muaccel olacağına ilişkin genel kuralın istisnalarından biridir⁸⁷. Bu konudaki diğer istisnai durum da TBK m. 590/1'de belirtilmiştir. Buna

⁸⁰ Tandoğan, Kefalet, s. 19-20; Reisoğlu, Kefalet, s. 41-42.

⁸¹ Günsay, s. 1092.

⁸² Elçin Grassinger, s. 141 vd.; Reisoğlu, Kefilin Def'i Hakları, s. 193.

⁸³ Reisoğlu, Kefalet, s. 23.

⁸⁴ Her ne kadar madde hükmünden böyle bir yorumun yapılması mümkün ise de Reisoğlu, alacaklının kefilin ödemeyi isteme hakkının doğmasının yeterli olması gerektiğini belirterek bu maddeyi eleştirir. Bkz. Reisoğlu, Kefalet, s. 218-219; Özen, a.g.e., s. 81; Yargıtay'ın aksi yönde, bu hükmü, kefile de ihbar yapılması gerektiği şeklinde yorumlayarak verdiği bazı eski kararları mevcuttur. Bkz. Y.11 HD. 5.12.1988 T., 2597/7405 K. (Karahasan, s. 949); Y.12 HD. 23.11.1993 T., 1993/14291 E., 1993/18329 K. (<https://0-www-lexpera-com-tr.opac.bilgi.edu.tr/ictihat/yargitay/12-hukuk-dairesi-e-1993-14291-k-1993-18329-t-23-11-1993>).

⁸⁵ Belirtmek gerekir ki 818 Sayılı mülga kanun zamanında madde metnine karşılık gelen m. 491/1 c. 2 metnindeki "*borçluya ihbarda bulunulması*" ifadesi, sanki sadece alacaklının yapacağı ihbardan bahsedildiği yönünde bir anlama sebep oluyordu. Oysa ki bu ihbarın borçlu tarafından yapılmasının da öngörülmesi gerektiğinden 6098 Sayılı Kanun'da madde metninin lafzı değiştirilmiştir. 818 Sayılı Kanun'un dayanağı kaynak İsviçre Kanunu m. 500 düzenlemesinde genel bir ifade kullanılmakla birlikte bu durum doktrinde tartışma yaratmıştır. Bundan sonra bu konudaki tartışmaları sonlandıracak düzenleme İsviçre Borçlar Kanunu'nun 1941 değişikliği ile kabul edilmiş ise de bu değişikliğin kanunumuza aktarılması 2012 değişikliği ile yapılabilmektedir. Bkz. Elçin Grassinger, s. 170-171;

⁸⁶ Elçin Grassinger, s. 170; Özen, a.g.e., s. 81-82.

⁸⁷ Elçin Grassinger, s. 168-169; Asıl alacak ihbara bağlanmış ise alacaklının, asıl borçluya yapılan muacceliyet ihbarını kefile de bildirmesi gerektiği konusunun kefaletin fer'iliğinden mi yoksa

göre asıl borçlu iflas etse ve müeccel borçlar asıl borçlunun iflasıyla muaccel hale gelse bile kefilin borcu vadesinden önce muaccel hale gelmez. Kefilin bu haklarından feragat etmesinin de mümkün olmadığını bu noktada belirtmek gerekir⁸⁸.

Fer'ilik ilkesinin en önemli özelliği TBK m. 598 f. 1'de hüküm altına alındığı üzere asıl borcun sona ermesiyle kefalet borcunun da sona ermesidir. TBK m. 131/1 hükmünde de *“Asıl borç ifa ya da diğer bir sebeple sona erdiği takdirde, rehin, kefalet, faiz ve ceza koşulu gibi buna bağlı hak ve borçlar da sona ermiş olur.”* belirtilmekle kefaletin asıl borca bağlı oluşu ve asıl borcun sona ermesiyle kefilliğin de sona ereceği sonucu çıkarılmaktadır. Asıl borç şarta veya vadeye bağlanmadığı halde kefalet şarta veya vadeye bağlanabilmekle birlikte bu şart veya vadenin kefaletin durumunu alacaklıdan daha ağır bir duruma getirmemesi gerekir. TBK m. 582/3 hükmü buna cevaz vermez. Kararlaştırılan bu şart veya vade kefilin, asıl borçlununkinden daha ağır bir sorumluluk üstlenmesine sebebiyet vermiş olabilir. Böyle bir durumda belirtilen vade veya şart geçersizdir. Kefilin borcunun muacceliyeti için öngörülen vade, borçlununkinden daha önceki bir zamana denk geliyorsa bu vade hükümsüz olacak ve kefilin borcunun, en erken asıl borcun muacceliyetiyle doğacağı kabul edilecektir⁸⁹. Aynı durum şart için de geçerlidir⁹⁰. Kefilin sorumluluğunun, asıl borçludan daha ağır şekilde kararlaştırılamaması da kefaletin fer'iliği ile açıklanır⁹¹ aslı borcun şarta bağlandığı durumlarda kefilin kayıtsız şartsız borç altına girmesine yönelik sözleşmedeki düzenlemeler geçersiz kabul edilecektir. Yine, asıl borçlunun durumunda veya asıl sözleşmenin

hakkaniyet gereği kefilin korunması ihtiyacından mı ileri geldiği tartışmalıdır. Bu konudaki görüşler için bkz. Özen, a.g.e., s. 81.; Ayan, a.g.e., s. 29.

⁸⁸ Elçin Grassinger, s. 210.

⁸⁹ Kefalet borcunun vadeye bağlanması kefilin, kefalet sözleşmesinin kurulmasından sonra yükümlülük altına girdiği anlamını vermez. Kefil, kefalet sözleşmesinin kurulduğu anda borç altına girmektedir. Asıl borcun vadeye bağlanıp kefaletin vadeye bağlanmaması halinde bile kefil, sözleşmeyle bağlıdır. Bkz. Reisoğlu, Kefalet, s. 47.

⁹⁰ Vade ile şartın doğurduğu sonuçların benzerliği açısından İsviçre ve Türk Borçlar Kanunu'nda buna ilişkin bir hüküm yer almamasına rağmen olayın özelliği ve niteliği dikkate alınarak şarta uygulanacak kuralların süre veya vade açısından da uygulanacağı kabul edilmektedir. Bkz. Pulaşlı, s. 70-71.

⁹¹ Elçin Grassinger, s. 5.

kurulmasından sonra sözleşmenin şartlarında öngörülemez türden ağır değişikliklerin meydana gelmesi halinde de kefaletin fer'iliği ilkesine bağlı olarak kefilliğin sona ermesi⁹² veya kefalet sözleşmesinin de değişen koşullara uyarlanmasının istenmesi söz konusu olabilecektir⁹³.

Savunma sebepleri bakımından da kefil asıl borçluya bağlıdır⁹⁴. Kefil, alacaklının kendisine sunduğu ifa taleplerine karşı asıl borç için geçerli olan tüm savunma sebeplerini ve defileri ileri sürebilir. Ancak asıl borçlu bu savunmaları yapsa veya savunmalardan feragat etse bile bu kefil etkilmez⁹⁵. Yine savunma sebeplerine ilişkin asıl borçlu ile alacaklı arasında yapılacak anlaşmalar açısından diğer anlaşmalarda olduğu gibi kefilin durumunu ağırlaştırdığı düzeyde geçersiz olacaktır. Aynı şekilde asıl borçlunun durumunu hafifleten anlaşmalar bakımından da sırf kefilin bu anlaşmanın dışında olmasından dolayı asıl borçlununkine nazaran önceki ağır şartlara katlanmasını beklemenin de hem fer'ilik hem de hakkaniyet ilkesiyle bağdaşmayacağı açıktır. Bu bakımdan kefil, asıl sözleşmenin değişen koşullarına göre kefalet sözleşmesinin uyarlanmasını isteyebilir⁹⁶. Ancak belirtmek gerekir ki borçlunun iflası gibi ödeme aciziyetine dayanan savunma sebepleri kefalet kurumunun amacına uygun olarak kefil bakımından kullanılamayacaktır⁹⁷.

⁹² TBK m. 599 hükmüne göre, borçlunun mali durumu, kefalet sözleşmesi yapıldıktan sonra kefilin öngöremediği şekilde borcun doğumundan öncekine göre bozulmuşsa veya kefilin kefil olduğu sırada varsayabileceğinden çok daha kötü duruma gelmişse, kefil alacaklıya kendi borcu doğmadığı sürece yazılı bir bildirimde bulunarak her zaman kefalet sözleşmesinden dönebilir.

⁹³ Bu konudaki takdir yetkisi hâkimde olup doktrinde bununla ilgili çeşitli görüşler ileri sürülmüştür. Ağırlıklı kabul edilen görüşe göre TMK m. 2 dürüstlük kuralından yola çıkarak asıl borçlunun kusur sorumluluğu ve asıl sözleşmeden doğan borcundan sorumluluğunun devam edip etmeyeceğinin tayininin gerekeceği ve kefilin sözleşmenin değişen koşullarına göre kefalet yükümlülüğünün değişebilip sona ereceği yönündedir. Bu konudaki görüşler ve açıklamaları için bkz. Elçin Grassinger, s. 11-13.

⁹⁴ Reisoğlu, Kefilin Def'i Hakları, s. 178 vd.; Elçin Grassinger, s. 7 vd.; Özen, a.g.e., s. 565 vd.; Özkan Şahin, s. 1301 vd.

⁹⁵ Özen, a.g.e., s. 93.

⁹⁶ Reisoğlu, Kefalet, s. 284; Özen, a.g.e., s. 96-97; Ayan, a.g.e., s. 483-484.

⁹⁷ TBK m. 590 hükmü borçlunun iflasıyla muaccel hale gelen borçtan dolayı kefilin sorumluluğu devam etmekle birlikte vadesinden önce kefile başvurulamayacağını düzenlemiştir.; Özen, a.g.e., s. 94.

TBK'nın 189. maddesi uyarınca kefalet, alacaktan bağımsız olarak devredilemez, haczedilemez, rehnedilemez⁹⁸. Bu durumda alacağın temlik edilmesi halinde kefalet de alacakla birlikte yeni alıcıya devredilecektir. Kefil ile alacaklı, kefalet alacağının, devralan alacaklıya geçmeyeceğine ilişkin sözleşme yapabilir⁹⁹ veya devir sözleşmesinde taraflar buna ilişkin bir düzenleme öngörebilirler¹⁰⁰. Böyle bir durumda esas alacağın devri kefalet alacağı için sona erme sebebi olacaktır¹⁰¹. Borcun anlaşmalı olarak devri halinde ise TBK 198. maddesine göre aynı durum söz konusu olmayıp kefilin sorumluluğu ancak borcun üstlenilmesine dair borcun devrinden önce, nakli sırasında veya borcun üstlenilmesinden sonra yazılı olarak rıza göstermesine bağlanmıştır. Dolayısıyla borçlunun değişmesine rıza göstermeyen kefil borca ilişkin sorumluluğundan kurtulacaktır¹⁰². Borcun anlaşma gereği değil de yasa gereği devredildiği durumlarda ise TBK m. 189 ve m. 198 hükümlerinden de anlaşılacağı üzere kefilin rızası aranmayacaktır.

Bir ticari işletmenin veya malvarlığının devralınması bir bütün halinde tüm aktif ve pasifleriyle devralınıp birleşme suretiyle yapılır¹⁰³. TBK m. 202 f. 2'ye göre önceki işletme veya malvarlığı sahibinin borca ilişkin sorumluluğu devrin ilanından itibaren iki yıl boyunca müteselsilen devam eder. Bu durumda da önceki borçlunun borcu şirket aktifleri arasında yer aldığından borçlunun sorumluluğu ve buna bağlı teminatlarla birlikte devam edecektir. Borçlunun sorumluluğun sona erdiği iki yılın dolması halinde kefilin sorumluluğu TBK m. 198/2'ye göre belirlenecektir. Eğer kefil yazılı rızada bulunursa alacaklı kefile başvurabilecektir.

⁹⁸ Bkz. <https://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.5.6098.pdf>; M.Kemal Oğuzman/M. Turgut Öz, Borçlar Hukuku Genel Hükümler (C. 2), Cilt 2, 15. Bası, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2020, s. 585; Erden Kuntalp, Teminat Kavramı, Teminat Türleri ve Bunlardan Doğan Sorumluluk, Prof.Dr.Reha Poroy'a Armağan, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1995, s. 263 vd.

⁹⁹ Özen, a.g.e., s. 96-97; Tandoğan, C. 2, s. 695; Hüseyin Hatemi/Rona Serozan/Abdülkadir Arpacı, Borçlar Hukuku Özel Bölüm, İstanbul, Filiz Kitabevi Basım, 1992. s. 522-523.

¹⁰⁰ Oğuzman/Öz, C. 2, s. 585.

¹⁰¹ Oğuzman/Öz C. 2, s. 585; Özen, a.g.e., s. 97.

¹⁰² Y. 13. HD. 20.10.2009 T., 2009/3897 E., 2009/11793 K. (Mahmut Bilgen, Öğreti ve Uygulamada Kefalet ve Yargılama Hukukuna İlişkin Uyuşmazlıklar, Adalet Yayınevi, 2017, s. 13-14.)

¹⁰³ Oğuzman/Öz, C. 2, s. 584 vd.; Oruç Hami Şener, Teorik ve Uygulamalı Ortaklıklar Hukuku Ders Kitabı, İzmir, Seçkin Yayıncılık, 2012, s. 122.

İpotekli taşınmazın satın alınması halinde TMK m. 888 emrettiği üzere ipotek alacaklısı, eski malike başvurabilmek için, kendisine taşınmazın satıldığının bildirilmesinden itibaren 1 sene içinde eski malike bildirimde bulunarak, ona karşı başvurma hakkını saklı tuttuğunu belirtmelidir¹⁰⁴. Burada da yasadan kaynaklanan bir borç devri söz konusu olmadığından kefil TBK m. 198/2 hükmü gerçekleştiyse sorumlu tutulacaktır.

Kefaletin fer'iliği ilkesinin kabul edilmediği durumlar da mevcut olup yasayla belirtilmiştir. Konkordato talep eden borçlunun alacaklısının konkordatoya muvafakat etmese bile, konkordato tasdik edildiği zaman, borçlu alacaklıya karşı konkordatoda belirtilen miktarla sorumlu olacaktır¹⁰⁵. Ancak İİK 303/1 maddesinde *“Konkordatoya muvafakat etmeyen alacaklı borçtan birlikte sorumlu olanlara karşı bütün haklarını muhafaza eder.”* hükmedildiğinden alacaklının kefile karşı alacağın tamamını talep hakkı saklı kalır. Dolayısıyla bu hükme göre borçlu, konkordatoda tespit edilen miktarla sorumlu olacağı halde, kefil asıl borcu aşan kısımdan da sorumlu olmaya devam edeceğinden¹⁰⁶ alacaklı, asıl borçludan alamadığı, asıl borcu aşan kısımları kefiliden talep edebilecektir. Bu durum kefaletin fer'iliğinden kaynaklanan ‘kefilin sorumluluğunun asıl borçludan daha ağır olamayacağı’ sonucuna aykırılık teşkil etmektedir. Yasa ile getirilen bir diğer istisna ise TMK m. 629/2 hükmüne ilişkindir. Borçlu murisin ölümüyle alacağını, kusuru olmaksızın resmi deftere kaydettiremeyen alacaklıya karşı mirası kabul eden mirasçıların sorumluluğu, zenginleşmeleri oranında devam ederken, kefilin

¹⁰⁴ Bkz. <https://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.5.4721.pdf>.; Bilgehan Çetiner, Taşınmaz Teminatı, İstanbul, Filiz Kitabevi Basım, 2015, s. 231.

¹⁰⁵ Özen, a.g.e., s. 105-106.

¹⁰⁶ Y. 13. HD. 14.05.2018 T., 2015/42830 E., 2018/5759 K. sayılı kararında *“Kefil asıl borçluya ait bütün def'i ve itirazları (aczi ile ilgili olan belli oranda ödeme, faiz ödememe gibi itirazlar dışında) alacaklıya karşı ileri sürme olanağına sahiptir. Kefaletin fer'iliği, bir anlaşmazlık halinde alacaklının sadece kefaletin değil fakat asıl borcun da varlığını ispat etmesini zorunlu kılmaktadır. Fer'ilik prensibinin yasalarla düzenlenmiş bazı istisnaları bulunmaktadır. Bu istisnalar şu şekilde sıralanabilir. Konkordatoya muvafakat etmeyen alacaklı, konkordato tasdik edilse bile kefile karşı alacağın tamamını talep etme hakkını muhafaza eder (İİK m. 295/1). Borçlu konkordatoda tespit edilen oranda yükümlü olurken, kefilin asıl borcu aşan nispette ödeme ile yükümlü olduğu görülmektedir.”* belirtilmiştir. <https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/>

sorumluluğuna ilişkin böyle bir oran sınırlaması yoktur¹⁰⁷. Bir diğer istisna da banka cari hesap ilişkisinden kaynaklanmaktadır. Bir cari hesap ilişkisi için verilmiş kefalet, cari hesap bakiyesinin sıfırlanması ve bakiyenin onaylanması üzerine son bulmaz¹⁰⁸. Yani cari hesap borçlusu aldığı krediyi geri ödemesine rağmen, cari hesabını tamamen kapatıp cari hesap ilişkisini yani dolayısıyla kredi ilişkisini sonlandırmadıkça alacaklı bankaya olan borcu devam etmektedir. Cari hesap sahibi, bu hesap ilişkisi çerçevesinde, cari hesabın müsaade ettiği oranda bir veya birkaç krediyi farklı zamanlarda kullanabilmektedir. Cari hesap sözleşmesine kefil olan kişinin kefaleti sadece verilen bir kredi için değil, cari hesap ilişkisi boyunca hesap limitinin müsaade ettiği miktarda krediye kefil olmaktadır¹⁰⁹. Dolayısıyla her ne kadar kefil cari hesabın açılmasıyla sağlanan ilk krediye kefil olduğunu düşünse de aslında kredi miktarının müsaade ettiği üst limite kadar kefil olmaktadır. Bu yüzden kredi borçlusunun ilk krediyi ödeyip sıfırlamasına rağmen hesabını kapamadıkça kefilin sorumluluğu da devam edecektir.

Asıl borcun sona ermesiyle kefilin sorumluluğu da sona erecektir. Fer’ilik ilişkisini sağlayan hükümler emredici niteliktedir¹¹⁰. Bu bakımdan asıl borç sona erse bile kefalet ilişkisinin devam edeceği yönünde bir anlaşma hükümsüzdür¹¹¹.

1.2.3. Kefaletin İkincil Borç Olması

Alacaklının, alacağını tahsil için, asıl borçluya başvurmasından ve başvurmasının sonucunda alacağını tahsil edememesinden önce kefile

¹⁰⁷ Özen, a.g.e., s. 106.; Y. 13. HD. 14.05.2018 T., 2015/42830 E., 2018/5759 K. sayılı kararı. <https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/>

¹⁰⁸ Özen, a.g.e., s. 105.; Y. 19. HD. 18.10.2016 T., 2016/5195 E., 2016/13423 K. sayılı kararında “Davacı banka ile davalı ... Gıda Ltd. Şti. arasında 19/08/2008 tarihinden başlayan genel kredi sözleşmesi ilişkisi bulunmakta ve davalı ...'nda bu sözleşmelerde kefil olarak imzası bulunmaktadır. Davalının şirket ortaklığından ayrılmış olması kefaletini ortadan kaldırmayacağı gibi hesabın herhangi bir tarihte sıfırlanması da kredi ilişkisini sona erdirmez.” hükmedilmiştir. <https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/>

¹⁰⁹ Hasan Ayrancı, Kefalet Sözleşmesinde Asıl Borcun Belirli Olması İlkesi ve Cari Hesaba Kefalet (Cari Hesaba Kefalet), Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 9, Sayı 1-2, 2005, s. 111 vd.

¹¹⁰ Bülent Davran, Rehin Hukuku Dersleri, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Yayınları, 1972, s. 5.

¹¹¹ Çetiner, s. 18.

başvuramaması kefaletin ikincil borç olmasından ileri gelir. Bu durumu düzenleyen TBK m. 585'te adi kefalet söz konusu olduğunda alacaklının, borçluya başvurmadıkça kanunda sayılan istisnalar haricinde kefil takip edemeyeceği belirtilmiştir. Bununla birlikte müteselsil kefalette, TBK m. 586/1'de alacaklının doğrudan, asıl borçluya başvurmadan veya asıl borcu teminatlandıran rehinleri paraya çevirmeden, kefilden talepte bulunabilmesi, asıl borçlunun ifada gecikmesi, asıl borçluya yapılan ihtarın sonuçsuz kalması ve açıkça asıl borçlunun ödeme güçsüzlüğü içinde kalmasına bağlanmıştır¹¹². Bu durumda alacaklıya belli şartlar altında öncelikle borçluya başvurmasına gerek kalmadan ve rehni paraya çevirmeden müteselsil kefile başvurma imkanı tanınmış olmaktadır¹¹³. Bu durum esasen önce rehne müracaat kuralının da bir istisnasıdır. Bu kurala göre İİK m. 45 uyarınca “*Rehinle temin edilmiş bir alacağın borçlusu iflasa tabi şahıslardan olsa bile alacaklı yalnız rehnin paraya çevrilmesi yoluyla takip yapabilir*”¹¹⁴. Ancak yasayla bu kuralın belli şartlar altında uygulanmayacağı öngörülmüş bulunmaktadır. İpotek veren kişiyle kefilin aynı kişi olması halinde de kefil olarak sorumluluk devam edeceğinden kefile başvurulacaktır¹¹⁵. TBK m. 586/2'de ise teslimine bağlı taşınır rehni veya alacak rehni söz konusu olduğunda, önce rehne müracaat kuralının işleyeceği belirtilmektedir¹¹⁶. TBK m. 586/2 hükmünün devamında kefile doğrudan başvurulması için, alacağın, rehnin paraya çevrilmesi yoluyla tamamen karşılanamayacağının önceden hâkim tarafından belirlenmesi veya borçlunun iflas etmesi ya da konkordato mehli verilmesi hâllerinden birinin bulunması gerektiği belirtilmektedir¹¹⁷. Bu düzenleme ile görülmektedir ki TBK, 818 Sayılı eski Borçlar Kanunu'na kıyasen kefaletin ikincilliğini daha da belirginleştirmiştir. Zira 818 Sayılı Kanun m. 487'de “*asıl borçluya müracaat ve*

¹¹² Doktrinde Özen, müteselsil kefalette ikincillik özelliğinin 818 Sayılı Kanun düzenlemesinde öngörülmediğini kabul etmektedir. Bununla birlikte 6098 Sayılı Kanun düzenlemesiyle bu durumun değiştiğini belirtmektedir. Bkz. Burak Özen, Borçlar Kanunu Tasarısı m. 586 Hükmünün Müteselsil Kefaletle İlişkin Getirdiği Düzenleme (Müteselsil Kefalet), Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 10, Sayı 3-4, 2006, s. 480; Özen, a.g.e., s. 118-119.

¹¹³ Çetiner, s. 279.

¹¹⁴ Bkz. <https://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.3.2004.pdf>.

¹¹⁵ Y. 12. HD. 17.06.1998 T., 1998/6841 E., 1998/7405 K. (<https://0-www.lexpera-com-tr.opac.bilgi.edu.tr/ictihat/yargitay/12-hukuk-dairesi-e-1998-6841-k-1998-7405-t-17-06-1998>)

¹¹⁶ Çetiner, s. 273 vd.

¹¹⁷ Çetiner, s. 279.

rehinleri nakde tahvil ettirmeden evvel kefil aleyhinde takibat icra edilebilir.” hükmedilmiştir¹¹⁸. Alacağın para dışında bir verme, yapma, yapmama borcu olması halinde de asıl borçluya başvurmadan kefile başvuru yapılamaz¹¹⁹.

1.2.4. Kefalet Sözleşmesinin İvazsız Sözleşme Olması

Kefalet sözleşmesi kural olarak, ivazsızdır¹²⁰. Kefalet sözleşmesinde, borçlu, alacaklıya karşı borcundan ötürü sorumlu olmasına rağmen alacaklının kefile karşı sorumluluğu bulunmamaktadır. Alacaklının kefile karşı haklarını kullanabilmesi için yerine getirmesi gereken yükümlülükler, kefilin borcuyla bir değiş tokuş ilişkisi içinde olmadığı sürece kefalet sözleşmesinde alacaklının karşı edimi olarak nitelendirilemez¹²¹. Buna karşılık alacaklının, kefilin yüklendiği edim karşısında bir karşı edim yüklenmesi hususunda herhangi bir engel yoktur¹²². Alacaklının da borç üstlendiği böyle bir durumda kefalet borcuna karşılık alacaklı, kefile örneğin belli bir ücret ödemeyi, mevcut rehin hakkından vazgeçmeyi, mevcut bir veya birden fazla kefil borçtan kurtarmayı, borçluya belli bir süre tanımayı, yeni kredi vermeyi veya bazı teminatları serbest bırakmayı yüklenebilir¹²³. Alacaklının yüklendiği edim bakımından bir “*karşı edim*” yüklenip yüklenmediğinin irdelenmesi gerekir. Kefalet sözleşmesi asli olarak kefile edim yüklemekle birlikte, alacaklının yüklendiği edimin de asli anlamda bir “*karşı edim*” olduğunun kararlaştırılmasına bir engel bulunmamaktadır¹²⁴. Buna göre kefil, karşı edimin gerçekleşmemesi halinde TBK 97. ve 98. maddelerine göre kendi edimini yerine getirmekten kaçınabilecektir¹²⁵. Aynı şekilde karşılıklı borç yükleyen sözleşmeler

¹¹⁸ Bkz. <https://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/5.3.818.pdf> ; Özen, Müteselsil Kefalet, s. 480-481; Özen, a.g.e., s. 119.

¹¹⁹ Bu geniş anlamıyla ikincillik (talilik) her türlü kefalet sözleşmesinde karşımıza çıkar. Zira müteselsil kefalette dahi alacaklının doğrudan kefile başvurması TBK m. 586 f. 1 c. 2’deki hallerin gerçekleşmiş olmasına bağlanmıştır. Bkz. Yavuz/Acar/Özen, s. 788.; Eren, Borçlar Özel, s. 775; Ayan, a.g.e., s. 40.; Özen, a.g.e., s. 118.

¹²⁰ Reisoglu, Kefalet, s. 25; Özen, a.g.e., s. 119.

¹²¹ Ayan, a.g.e., s. 20.; Yavuz/Acar/Özen, s. 788-789; Eren, Borçlar Özel, s. 771.

¹²² Barlas, Şekle Bağlı Sorunlar, s. 4.

¹²³ Yavuz/Acar/Özen, s. 789; Reisoglu, Kefalet, s. 26; Tandoğan, C. 2, s. 694; Özen, a.g.e., s. 120; Ayan, a.g.e., s.18.

¹²⁴ Özen, a.g.e., s. 120; Eren, Borçlar Özel, s. 771.

¹²⁵ Tandoğan, C. 2, s. 694.

bakımından TBK'nın sunduğu borca aykırılıktan kaynaklanan temerrüde ve seçimlik haklara ilişkin hükümlerden faydalanabilecektir¹²⁶. Hatta alacaklı, bu türden yükümlülüklerini yerine getirmediğinde kefil bundan doğan zararının tazminini bile talep edebilecektir. Bununla birlikte alacaklının yalnızca ödev olarak nitelendirilebilecek türden asıl borçlu hakkında ihbar ve şikâyetle bulunmaması, kefile belirli zamanlarda asıl borçlu hakkında bilgi vermesi, kefile karşı belirli koşullar gerçekleşince asıl borçlunun kredisini kesmesi gibi taahhütlerde bulunması alacaklının karşı edimi olarak değerlendirilemeyecektir¹²⁷. Burada kefalet sözleşmesinin bağlandığı bir bozucu şartın varlığının kabul edilmesi daha uygun olup kefile, karşılıklı sözleşmelere özgü seçimlik hakların kullanılmasına ilişkin hükümlerden yararlanma olanağı vermez¹²⁸. Ancak kefilin, TMK m. 2'deki dürüstlük kuralından kaynaklanan özen yükümlülüğü ve sözleşmeye olan güven ilkesini ihlalden kaynaklanan zararlarını karşılamak için alacaklıya başvurusunda herhangi bir engel bulunmamaktadır¹²⁹.

Belirtmek gerekir ki kefalet sözleşmesinin yalnızca kefil tarafına borç yüklemesi bağışlama olarak nitelendirilmesine de imkân vermez¹³⁰. Zira kefalet sözleşmesiyle alacaklının malvarlığında bir zenginleşme söz konusu olmayacağı gibi, asıl borçlunun borcunu ödemek durumunda kalan kefil de alacaklıya yaptığı ödeme miktarınca asıl borçluya karşı bir alacak hakkı elde etmektedir. Bu bakımdan tarafların malvarlığında herhangi bir artış veya azalış söz konusu olmayacağından ivazsız kefalet sözleşmesi bağışlama hükmünde değildir¹³¹. Her ne kadar, asıl borçlunun borcunu ödeyen kefil, TBK m. 596'ya göre asıl borçluya karşı rücu hakkı

¹²⁶ Oğuzman/Öz, C. 1, s. 539 vd.

¹²⁷ Yavuz/Acar/Özen, s. 822; Özen, a.g.e., s. 120; Eren, karşı edimin uygulamadaki görünümünün genellikle üçüncü kişiye yarar sağlanmasına yönelik yapıldığını belirtmektedir. Bkz. Eren, Borçlar Özel, s. 771.

¹²⁸ Özen, a.g.e., s. 120 (dn. 154); Tandoğan, C. 2, s. 694-695; Yavuz/Acar/Özen, s. 822; Reisoğlu, Kefalet, s. 26-27.

¹²⁹ Yavuz/Acar/Özen, s. 822 vd.; Eren, Borçlar Özel, s. 771.

¹³⁰ TBK m. 285'teki bağışlama tanımında her ne kadar kazandırmanın amacının bağış yapma (causa donandi) olması gerektiği belirtilmese de bağış yapma amacı bağış sözleşmesinin esaslı unsurudur. Bkz. Haluk Tandoğan, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri (C. 1), C. 1/1, 6. Basım, Ankara, Evrim Basım-Yayın-Dağıtım, 1990, s. 341; Reisoğlu, Kefalet, s. 26 (dn.38)

¹³¹ Yavuz/Acar/Özen, s. 789; Eren, Borçlar Özel, s. 770.

elde ederse de çoğu zaman ödeme gücünü kaybettiği açık olan borçluya karşı kefilin üstlendiği riskin telafisi uygulamada imkânı zor gözükmektedir. Bu durumun farkında olan kanun koyucu TBK m. 595’de kefile, asıl borçludan kendisine güvence vermesini isteme ve borç muaccel olmuşsa borçtan kurtulmasını isteme hakkı tanımıştır. Bu açıdan kanun koyucu diğer tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelere nazaran farklı bir hak öngörmüştür¹³².

II. BÖLÜM

1. KEFALET SÖZLEŞMESİNDE ŞEKİL ŞARTI GETİRİLMESİNİN AMACI

Bir sözleşme yapmak isteyen taraflar, sözleşmeyi istedikleri şekilde düzenlemekte serbesttir. TBK m. 12/1’de “*Sözleşmelerin geçerliliği, kanunda aksi öngörülmedikçe, hiçbir şekle bağlı değildir.*” denilerek şekil serbestisi prensibi genel olarak kabul edilmiştir. Bununla birlikte TBK m. 12 f. 2 c. 1’de “*Kanunda sözleşmeler için öngörülen şekil, kural olarak geçerlilik şeklidir*” denilerek, bu prensibin istisnalarının mevcut olabileceği de belirtilmiştir. Kefalet sözleşmesinde şekil meselesi de TBK m. 583’de belirtildiği üzere bu istisnalardan birini teşkil eder. TBK m. 583/1’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*”. Azami miktarın, kefalet tarihinin ve müteselsil kefalet türünün kefilin el yazısıyla sözleşmede belirtilmesi şartı düşünüldüğünde, kanunun bu düzenlemesi nitelikli yazılı şekil şartı öngörüldüğünü ve bunun bir sıhhat (geçerlilik) şartı olarak düzenlendiğini gösterir¹³³. Bu şekil şartının noksanlığı kesin hükümsüzlük

¹³² Battal, s. 39.

¹³³ Yavuz/Acar/Özen, s. 801; Eren, Borçlar Özel, s. 782; Oğuzman/Öz, C. 1, s. 162; Hüseyin Hatemi/Emre Gökyayla, Borçlar Hukuku Genel Bölüm, Vedat Kitapçılık, 2015, s. 302; Hasan Ayrancı, Şekil Şartına Uyulmadan Yapılan Kefalet Sözleşmesinde İfanın Sonuçları (İfanın Sonuçları), Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2004, C. 53, Sayı 2, s. 98.

yaratacaktır¹³⁴. Maddede ayrıca ifade edilmiş olmasından ziyade şartın niteliği itibariyle bu sonuç ortaya çıkmaktadır. Kanunun bu şekilde sözleşmeyi sıhhat şartına tabi tutmasının birkaç sebebi olabilir:

- Şekil ile sözleşmenin taraflarını korumak hedeflenmiştir¹³⁵. Zira şekle uyma zorunluluğu tarafları sözleşme yapmadan önce düşünmeye sevk edecektir. Bu uğurda kefalet sözleşmesi açısından, hiçbir menfaat elde etmeden üstlendiği sorumluluğun bilincinde olmayan kefil uyarma amacı güdülmüştür¹³⁶. Yani burada yalnızca kefil korumak amaçlanmaktadır. Zira kefil çoğu zaman sorumluluğunun hemen doğmayacağı ve asıl borçlunun borcu ödeyeceği inancında olup iyiniyetlidir. Maalesef bu durum, bir formalite icabı imza attığını düşünerek hareket eden kefilin aceleci davranmasına ve tedbirli olmamasına yol açar. Bu bakımdan kefilin iradesinin şekle uygun olarak açıklanması gerekmekte olup böylece kefilin, sonucunu öngöremediği durumlarla karşılaşması engellenmeye çalışılmıştır.

- Şeklin diğer sebepleri ise tarafların ve üçüncü şahısların hukuka olan güven ve inancının gereği olarak karşımıza çıkabilmektedir¹³⁷. Kanunda aranan nitelikli yazılılık yerine getirildiğinde kefilin sorumluluk üstlenme iradesi tartışmasız biçimde ortaya konmuş olacaktır. Böylelikle kefilin unuttuğu veya bilmediği eksik kalmış hususların daha sonradan kefil dışında biri tarafından tamamlanmasının önüne geçilmesi de sağlanır¹³⁸.

Kanunumuzda kefalet sözleşmesi açısından öngörülmemiş olmakla birlikte öğretide resmi şekil şartının, yazılı şekil şartına nazaran daha üst düzeyde bir koruma öngördüğünü kabul eden yazarlar mevcuttur¹³⁹. Bu noktada belirtmek

¹³⁴ Reisoğlu, Kefalet, s. 86. Geçersizlik türünün kendine özgü geçersizlik olduğu yönündeki karşı görüş için bkz. Fikret Eren, Borçlar Hukuku Genel Hükümler (Borçlar Genel), İstanbul, Beta Yayıncılık, 2018, s. 307; Eren, Borçlar Özel, s. 187; Hüseyin Altaş, Şekle Aykırılığın Olumsuz Sonuçlarının Düzeltilmesi, Ankara, 1998, s. 105; Bu konu ilerde ayrıntılı olarak incelenmiştir. Bkz. bu çalışma, III., 1.1., s. 107 vd.

¹³⁵ Oğuzman/Öz, C. 1, s. 147.

¹³⁶ Yavuz/Acar/Özen, s. 800.

¹³⁷ Oğuzman/Öz, C. 1, s. 117.

¹³⁸ Yavuz/Acar/Özen, s. 800.

¹³⁹ Ayan, a.g.e., s. 208; Baş, s. 130.

gerekir ki TBK m. 583'ün kaynak İsviçre Borçlar Kanunu (İsv. BK)'ndaki karşılığı Art. 493/2'e baktığımızda şekil açısından önemli bir ayrım görülür. Maddede, *“Gerçek kişi kefillerin kefaletinde, sözleşme, işlemin yapıldığı yerde yürürlükte bulunan resmi şekil kurallarına uygun olarak yapılır. Eğer, kefalet miktarı 2000 frangı aşmıyorsa, sözleşme metnine kefilin kendi el yazısı ile kefalet miktarının ve söz konusu ise müteselsil kefil olduğuna ilişkin beyanın yazılması yeterlidir¹⁴⁰.”* denilmektedir. Buradan, İsviçre Hukuku'nda 2000 frangı aşmayan kefaletler açısından Türk Hukuku'nda olduğu gibi genel anlamdaki nitelikli şeklin kabul edildiği, 2000 frangı aşan kefaletler açısından ise resmi şekil şartı getirildiği ortaya çıkmaktadır. TBK'daki düzenlemede ise böyle bir ayrıma gidilmediği gibi az evvel de belirtildiği üzere genel bir resmi şekil şartı da getirilmemiştir. Şüphesiz, İsv. BK.'da, kefalet miktarına göre şeklin değişeceği düzenlendiğinden azami kefalet miktarının kefilin kendi el yazısı ile rakam olarak belirtilmesi de gerekmiş olup bu noktada da TBK m. 583'de İsviçre'deki düzenlemenin benimsenmediği görülmektedir. Kanun, her ne kadar azami miktarın belirtilmesi gerektiğini ifade etmiş ise de bunun rakam olarak belirtilmesi zorunluluğunu açıkça ifade etmemiştir. Nitekim, doktrinde, azami miktarın rakam olarak belirli olmasa bile kefalet senedinde yapılan atıfla belirlenebilir olması geçerli kabul edilmektedir¹⁴¹. Bu miktarın para cinsinden belirtilmesi gerekmele birlikte ülke parası olarak belirtilmesi şart değildir¹⁴². İsviçre'de bu türden daha ağır şartların getirilmesinin sebebi ekonomik kriz gibi kefilin ekonomik mahvına yol açacak gelişmelerin mevcudiyeti halinde yalnızca adi yazılı şekil şartının kefilin koruma amacıyla yetersiz kaldığının görülmesidir¹⁴³. TBK'nın, İsv. BK'dan ayrıldığı bu noktalarla ilgili söylemek gerekir ki, 818 Sayılı BK zamanında uygulamada doğan sıkıntıları ve bu konuda öğretideki tartışmaları tam olarak sonlandıramamış, 1942 tarihli İsv.

¹⁴⁰ Çeviri için bkz. Ünal Somuncuoğlu, Türk Borçlar Kanunu Genel Hükümleri ile İsviçre Borçlar Kanunu Genel Hükümleri Fransızca Versiyonunun Karşılaştırması ve Bazı Özel Akit Tipleri, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2016, s. 322-323.; Ayan, a.g.e., s. 176-179; Nevzat Koç, İsviçre Borçlar Kanunu'nun Kefalet Sözleşmesine İlişkin Hükümleri (İsv. BK), s. 267-268.

¹⁴¹ Reisoğlu, Kefalet, s. 39-40.

¹⁴² Reisoğlu, Kefalet, s. 81-82.

¹⁴³ Ayrancı, İfanın Sonuçları, s. 99 (dn. 20).

BK'daki nihai koruyuculuğu yakalayamamıştır¹⁴⁴. Özellikle kefilin üstlendiği azami parasal sınırın rakamla belirtilmesi şartının getirilmemiş olmasının önceki kanun yürürlük döneminde uygulamada ortaya çıkan aksaklıkları devam ettirici nitelikte olduğunu söyleyebiliriz.

Teknolojik gelişmelerle hayatımıza giren faks, e-imza kullanımları ticari hayatı kolaylaştırmakla birlikte, uzun yıllardır birbiriyle ticaret ilişkisi içerisindeki taraflar arasındaki güven unsurunun da bir parçası olmuştur. Yaşanan gelişmelere kefilin menfaatleri göz önünde bulundurularak ayak uydurulması kanunun şekil prensibi amacına da kuşkusuz uygun düşecektir. Bu uğurda ele alınan elektronik imzaya ilişkin 5070 Sayılı Elektronik İmza Kanunu m.5/2'de elektronik imzanın teminat sözleşmelerinde kullanılması yasaklandığından bir teminat sözleşmesi olan kefalet sözleşmesi için de madde hükmü geçerli olacaktır. Böylece elektronik imzanın kullanımının çabukluğu dolayısıyla kefilin acele davrandığı veya düşünmeden hareket ettiği durumlarda veya imzanın çalınması halinde oluşabilecek sorunların önüne geçilmiş olacaktır¹⁴⁵. Kefilin şekil koşullarına uygun olarak düzenlediği bir metnin elektronik ortamda alacaklıya ulaştırılması halinde ise bu bir icap hükmünde olacaktır¹⁴⁶. Ancak bu halde bile alacaklıya asıl metnin ulaştırılmış olması gerekecektir. Bu konuda alacaklının asıl metni görmeden kabul beyanında bulunması bile kefalet sözleşmesinin kurulması için yeterli değildir¹⁴⁷.

Bir şekil kuralının geçerlilik veya ispat şekli olması ve eksikliği halinde uygulanacak müeyyide bakımından şekil kuralının kamu düzenini ilgilendirmesi önem taşır. Kefalet sözleşmesine ilişkin yasada öngörülen koşulların eksikliği halinde sözleşmenin geçersiz olacağı belirtilmesine rağmen bu geçersizliğin

¹⁴⁴ Yavuz/Acar/Özen, s. 801; Reisoğlu, Kefalet, s. 85-86; Özen, a.g.e., s. 227-233; Ayan, a.g.e., s. 201-202; Ece Baş Süzel, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'nda Kefalet Sözleşmesinin Geçerlilik Şartlarına İlişkin Bazı Yenilikler, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, 2012, C. 70, Sayı 2, s. 127-130.

¹⁴⁵ Elektronik İmza Kanunu Gerekçesi. <https://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem22/yil01/ss333m.htm>; Baş, s. 130.

¹⁴⁶ Oğuzman/Öz, s. 64-66; Tandoğan, Kefalet, s. 42; Özen, a.g.e., s. 62; Reisoğlu, Muteberlik, s. 380; Kayak, s. 41.

¹⁴⁷ Özen, a.g.e., s. 162.

yaptırımının ne olacağı belirtilmemiştir. Yine, bu konudaki genel hüküm olan TBK m. 12 f. 2 c. 2’de de yaptırım genel bir ifadeyle geçersizlik olarak belirtilmiştir. Bu bakımdan sözleşmenin şekil kurallarına aykırı olarak düzenlenmesi durumunda yaptırımın ne olacağı konusu tartışmalıdır. Türk Hukuku’nda bu konudaki yaptırımın kesin hükümsüzlük olacağı çoğunlukla kabul edilmiştir¹⁴⁸. Kefalet sözleşmesi açısından da çoğunluk görüşü aynı yöndedir¹⁴⁹. Bu bağlamda kefalette şekil kurallarının kamu düzenine ilişkin olmadığı kabul edilmektedir¹⁵⁰. Zira kefil yönünden düzenlenen şekil kurallarına aykırılık halinde bunun uyandıracığı yankının toplum üzerinde etki bırakacak düzeyde olduğu söylenemeyecektir. Örneğin resmi şekil şartına haiz bir taşınmaz satış sözleşmesinin şekle aykırı yapılması halinde doğacak sonuçlar herkesi ilgilendireceğinden bu şekil şartının kamu düzenine ilişkin olduğu söylenecektir¹⁵¹. Esasen, kaynak İsv. BK m. 493’te öngörülen 2000 frangı aşan kefaletler açısından resmi şekil şartı, bu bağlamda şekle aykırılığın kamu düzenini ilgilendirdiğini düşündürebilir. Ne var ki, İsviçre Federal Mahkemesi bir kararında İsv. BK m. 493 (TBK m. 583)’ün emredici nitelikte olmasının kamu düzeniyle ilişkili olduğu anlamına gelmediğini belirtmiştir¹⁵². Ancak Yargıtay’ın aksi yönde görüş bildirdiği kararları bulunmaktadır¹⁵³. Kefalet

¹⁴⁸ Oğuzman/Öz, C. 1, s. 162; Ayan, a.g.e., s.184; Bu konudaki diğer bir görüş olan yaptırımın kendine özgü bir hükümsüzlük olduğu görüşü Türk Hukuku’nda çoğunluk tarafından benimsenmemiştir. Bkz. Özen, a.g.e., s. 248; Reisoğlu, Kefalet, s. 93; Elçin Grassinger, s. 58; Tandoğan, Kefalet, s. 37; Baş, s. 132.

¹⁴⁹ Özen, a.g.e., s. 249; Reisoğlu, Kefalet, s. 93; Elçin Grassinger, s. 99; Ayrancı, İfanın Sonuçları, s. 103; Tandoğan, C. 1, s.233; Ayan, a.g.e., s. 184-186; Bu konu ayrıntılı olarak incelenmiştir. Bkz. bu çalışma, III., 1.1., s. 104 vd.

¹⁵⁰ Bu konudaki görüşleri için bkz. Resioğlu, s. 96; Seza Reisoğlu, Türk Hukuku ve Bankacılık Uygulamasında Kefalet (Bankacılık Uygulamasında Kefalet), Ayyıldız Matbaası, Ankara, 1992, s. 46; Ayan, a.g.e., s. 58, 183; Altaş, s. 117-118; Özen, a.g.e., s. 189 (dn. 90); Emrah Aktürk konuyu ve Yüksek Mahkeme kararlarını genel işlem koşulları açısından da değerlendirmiştir, bkz. Emrah Aktürk, 818 Sayılı Eski Borçlar Kanunu Döneminde Yapılan İpotek Senedi İçerisinde Yer Alan Kefalet Kaydının, 6098 Sayılı Yeni Borçlar Kanunu Döneminde Kefaletin Geçerlilik Koşulları ve Genel İşlem Koşulları Nezdinde Denetlenememesi Sorunu, Leges Hukuk Dergisi, 2019, Cilt 10, Sayı 113, s. 33-37; Elçin Grassinger, s. 83 (dn. 129).

¹⁵¹ Selahattin Sulhi Tekinay/Sermet Akman/Haluk Burcuoğlu/Atilla Altıp Tekinay Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Filiz Kitabevi Yayınları, 7. Bası, 1993, s.402-403; Oğuzman/Öz, C. 1, s. 88.

¹⁵² BGE 84 I 124 [Reisoğlu, Kefalet, s. 96 (naklen)]; Federal Mahkeme bir kararında da milletlerarası özel hukuku ilgilendiren bir kefalet sözleşmesinin şekle ilişkin hükümlerinin kamu düzeninden olduğunu kabul etmiştir. Bkz. BGE 93 II 376, E.4 [Ayrancı, İfanın Sonuçları, s. 99 (dn. 20) (naklen)]

¹⁵³ Yargıtay yeni tarihli şu kararında kefalet unsurlarının sözleşmede gösterilmemesinin açıkça TBK m. 583’e aykırılık teşkil etmesinden dolayı bu hususun kamu düzenine ilişkin olduğunu kabul ederek hâkimin bunu re’sen gözeticeğine hükmetmiştir. Kararın ilgili kısmı şu şekildedir: “*Davacı ile davalı kefiller ... arasında düzenlenen alım satım sözleşmesinde kefillerin kefalet tarihleri, kefalet*

ilişkin şekil şartlarının, kefilî koruma gayesinin yanı sıra elbette ki bir anlamda kefilin ailesinin de gireceği ekonomik külfeti düşünüp toplumsal hukuk barışını koruma açısından sosyal anlamda bir koruma sağlayacağı söylenebilir¹⁵⁴. Bu uğurda tarafların hakkın kötüye kullanılmasını engellemeye yönelik sözleşmeye getirdikleri düzenlemelerin de bu amaca hizmet ettiğini söylemek mümkündür. Bununla birlikte kefalettaki şekil koşullarının yalnızca kefile yönelik olması, buradaki amacın kamu düzenini korumaktan ziyade kefilin kendisini düşünerek hazırlandığını göstermektedir. Her ne kadar şekil kuralları genellikle kamu düzenine ilişkin olsa da¹⁵⁵, hâkim görüşün de belirttiği üzere kefalet sözleşmesi açısından şekil kuralları kamu düzenine ilişkin değildir.

2. ŞEKLİN KAPSAMI

2.1. GENEL OLARAK

TBK’da düzenlenen kefilliğin, kefalet tarihinin, azami miktarının, kefilliğin müteselsilliğinin kefilin el yazısıyla sözleşmede belirtilmesi, kefilin eşinin rızasının sözleşmede yer almasına yönelik kefalet unsurları kefalet sözleşmesinin esaslı unsurlarına yönelik düzenlemelerdir¹⁵⁶. Kanunda düzenlenen bu noktalar sözleşmenin objektif esaslı unsurlarıdır. Bu unsurların kanuni düzenlemelere uygun olmaması yukarıda da belirtildiği gibi sözleşmenin geçersizliğine sebep olacaktır¹⁵⁷. Öte yandan sözleşmede kararlaştırılması zorunlu olmayan unsurlar ikinci derecedeki (yan-tali) unsurlar olup bu unsurlar sözleşmenin geçerliliği için aranmaz. Örneğin kefalet borcunun yerine getirilme yeri, zamanı, işleyecek faiz

limiti, kefaletin cinsi açıkça gösterilmemiştir. Bu durum 1.7.2012 tarihinde yürürlüğe giren Türk Borçlar Kanunu’nun 583. maddesine aykırılık teşkil etmekte olup, bu husus kamu düzenine ilişkin olduğundan re’sen gözetilmesi gerekir.” bkz. Y. 19. HD. 09.10.2017 T., 2016/11096 E., 2017/6724 K. (Ruhi/Ruhi, s. 175-176.); Yine, eş rızasının eksikliği meselesini de kamu düzeninden saymıştır. Y. 12. HD. 05.03.2013 T., 2012/32675 E., 2013/7294 K. sayılı kararı için bkz <https://www.sinerjimevzuat.com.tr/index.jsf?dswid=2582#> (e.t. 06.11.2020)

¹⁵⁴ Ayan, a.g.e., s. 182; Altaş, s. 125.

¹⁵⁵ Altaş, s. 64-66.

¹⁵⁶ Özen, a.g.e., s. 228.

¹⁵⁷ Bkz. bu çalışma, II., 1., s. 28.

miktarı gibi unsurlar şu durumda sözleşmenin yan unsurlarını oluşturacaktır¹⁵⁸. Nitekim TBK m. 2/1’de “*Taraflar sözleşmenin esaslı noktalarında uyuşmuşlarsa, ikinci derecedeki noktalar üzerinde durulmamış olsa bile, sözleşme kurulmuş sayılır.*” belirtilmiştir. Dolayısıyla sözleşmenin yan unsurlarının kararlaştırılması ötelense bile, esaslı unsurlarında taraf iradelerinin uyuşması ve bunların yasada belirtilen şekil koşullarına uygun olarak sözleşmeye yansıtılmasıyla sözleşme kurulmuş sayılacaktır.

Kefalet sözleşmesinde asıl borcun alacaklısının ve borçlusunun, borcun niteliğinin, kapsamının ve borçlanma sebebinin belirtilmesi veyahut belirlenebilir olması gerekmektedir¹⁵⁹. Kefalet sözleşmesinde bu esaslı unsurların kuşkuyla yer bırakmayacak şekilde sözleşmeden anlaşılamaması ve somut bir şekilde belirtilmemesi halinde şeklen geçerli bir kefalet sözleşmesinden söz edilemeyecektir. Nitekim TBK m. 582’de gelecekte doğacak veya koşula bağlı bir borç için de bu borç doğduğunda veya koşul gerçekleştiğinde hüküm ifade etmek üzere kefalet sözleşmesinin kurulabileceği belirtilmiştir. Ancak belirtmek gerekir ki asıl borcun devrinin geçerliliği TBK m. 198/2’ye göre kefilin yazılı rızasına bağlı tutulduğundan asıl borçlunun değişikliğine yönelik anlaşmalarda kefilin yazılı onay veya icazetinin bulunması şarttır¹⁶⁰.

Sözleşmenin objektif esaslı noktalarının kararlaştırılmasının şeklen ötelendiği bir sözleşmede kurucu unsurlar yer almadığından sözleşme henüz kurulmamış sayılacaktır¹⁶¹. Buna rağmen sözleşmenin objektif esaslı unsurlarının ileride objektif kriterlere göre belirlenebilir olduğu halde geçerli bir sözleşmenin kurulduğu kabul edilmektedir¹⁶². Bu doğrultuda sözleşmenin esaslı noktalarının

¹⁵⁸ Köksal Kocağa, Sözleşmenin Kurulabilmesi İçin Tarafların İrade Beyanları Arasındaki Uygunluğun Kapsamında Yer Alması Gereken Noktalar, TBB Dergisi, 2008, Sayı 79, s. 87.

¹⁵⁹ Reisoğlu, Kefalet, s. 37; Yavuz/Acar/Özen, s. 802; Eren, Borçlar Özel, 780; Özen, a.g.e., s. 233-234; Ayan, a.g.e., s. 219.

¹⁶⁰ 818 Sayılı BK’da bu konuda yazılı şekil şartı düzenlenmemekle kaynak İsv. BK’dan ayrılmaktaydı. Bkz. Yavuz/Acar/Özen, s. 802; Reisoğlu, Kefalet, s. 43; Ayan, a.g.e., s. 260.

¹⁶¹ Altaş, s. 52-53; Kocağa, s. 76, 90.

¹⁶² Kocağa, s. 82.

yeterli açıklıkla belirlenmiş olup olmadığı söylenebilir. Sözleşmenin sübjektif esaslı noktaları açısından bakıldığında ise, şekil zorunluluğunun sübjektif esaslı unsurları kapsayıp kapsamadığı konusu doktrinde tartışmalıdır¹⁶³. Bu konuya ileride değinilecek olup kısaca kanaatimizi belirtmek gerekirse, kefalet sözleşmesi açısından temel edim sahibi kefil olduğundan ve sübjektif esaslı unsurlar da kefilin edimine ilişkin yan unsurlar olduğundan kefilin iradesinin ortaya konması açısından önem arz ettiği düşünülmektedir. Bu bakımdan objektif esaslı unsurlarda olduğu gibi kefaletin kendine özgü şekline tabi tutulması ve bu şekle aykırılık halinde sübjektif esaslı unsurun geçersiz olduğunun kabul edilmesi yasanın kefilin koruma amacına daha uygun olacaktır. Bununla birlikte, kefalet sözleşmesi açısından TBK m. 589/son fıkraya göre kefilin, asıl borç ilişkisinin hükümsüz hale gelmesinden kaynaklanan alacaklı zararını karşılayacağı yönündeki anlaşmaların şekle uyulduğuna bakılmadan kesin olarak hükümsüz kabul edildiğini de belirtmek gerekir¹⁶⁴.

Kefilin durumunu ağırlaştıracak anlaşmaların bu anlamda sübjektif esaslı unsur olduğu ve kefalet senedinde şekle uygun olarak yer alması gerektiği kabul edilmektedir¹⁶⁵. Ancak belirtmek gerekir ki TBK m. 582/3'de kanunda aksi kararlaştırılmadıkça kefilin, kendisine tanınan haklardan önceden feragat edemeyeceği kararlaştırıldığından kural olarak kefilin durumunu ağırlaştıran sözleşme hükümleri geçersiz sayılacaktır. Kural bu olmakla birlikte yasa da aksinin kararlaştırılabileceğinin belirtildiği unsurlar açısından bu türden anlaşmaların kayıt

¹⁶³ Altaş, s. 16; Kocaağa, s. 93 vd.; Mehmet Deniz Yener, Kefilin Sorumluluğunun Kapsamı ve 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu ile Yapılan Değişiklikler, Finansal Araştırmalar ve Çalışmalar Dergisi, 2012, C. 3, Sayı 7, s. 110.

¹⁶⁴ TBK m. 589/4'e göre kefilin bu şekilde bir zararın tazmininden sorumlu olmayacağı hüküm altına alınmıştır. Bu hüküm 818 Sayılı BK metninde yer almaması açısından yeni kanunun getirdiği yeni bir hükümdür. Gerçekten de eski kanun yürürlük zamanında kefilin, asıl borcun karşılanmamasından doğacak zararlardan da sorumlu olacağına ilişkin bir anlaşma yapılması mümkündür. Belirtmek gerekir ki benzer bir hüküm İsviçre BK'da da düzenlenmemiştir. Bu konudaki açıklamaları için bkz. Yener s. 110.

¹⁶⁵ Oğuzman/Öz, C. 1, s. 160; Yavuz/Acar/Özen, s. 802-803; Eren, Borçlar Özel, s. 783; Özen, a.g.e., s. 238; Ayan, a.g.e., s. 231; Elçin Grassinger, s. 94-95; Bu noktada objektif esaslı unsurların yanında sübjektif esaslı unsurların da şeklin kapsamında değerlendirilmesi gerektiği yönündeki karma teoriyi benimsediğimizi belirtmeliyiz. Bkz. bu çalışma, II., 2.2.4., s. 69; Bu konudaki sübjektif, objektif ve karma teorilerin açıklamaları için bkz. Altaş, s. 56-60; Eren, Borçlar Genel, s. 285.

altına alınması mümkündür¹⁶⁶. Kefilin durumunu hafifleten anlaşmalar, yasanın kefaletle ilişkin şekil kurallarının amacına uygun olacağından şekil koşulunu taşıması gerekmemektedir¹⁶⁷. Objektif esaslı unsurların yanında sadece sözleşmenin tipiyle ilgili olan sübjektif esaslı unsurların şekle tabi tutulması yönünde bu görüşün biraz daha esnetilmiş halini düşünen bir görüş de mevcuttur. Bu görüşe göre sözleşmenin esasıyla ilgisi olmayan unsurlar için şekil zorunluluğu bulunmamaktadır¹⁶⁸.

Sonuçta, kanunda düzenlenen şekil şartlarının kefile yönelik olması ve yasa koyucunun bu konudaki kefilî koruma amacından hareketle sözleşmenin objektif esaslı unsurlarının ve esaslı nokta haline getirilmiş sübjektif (yan) unsurlarının kefalet sözleşmesinde şekil şartlarına uygun olarak düzenlenmesi gerektiği kabul edilmektedir. Esaslı unsurlar dışında kalan sözleşmenin yan unsurlarının sözleşme şekil şartlarına uygun olarak belirtilmemesi TBK m. 2/1 hükmüne göre sözleşmenin geçerliliğini etkilemeyecektir. Bununla birlikte bu unsurların şekil şartına uygun olarak belirtilmesinin taraflara ispat açısından yarar sağlayabileceğini de belirtmek gerekir.

¹⁶⁶ 818 Sayılı BK zamanında bu konuda hüküm bulunmadığından sözleşmede kefilin sorumluluğunu ağırlaştırıcı sübjektif esaslı unsurların doktrinde, yazılı olarak belirtilmedikçe geçersiz sayılacağı kabul edilmiştir. Bkz. Kocağa, s. 96; Aynı doğrultuda eski kanun yürürlük zamanında, taraflarca, taraflardan birinin durumunu ağırlaştırıcı türden sözleşmenin esaslı unsuru olarak kararlaştırılmış bir yan unsurun da sözleşmede gösterilmesi gerektiği kabul edilmiştir. Söz konusu kararın ilgili bölümü şu şekildedir: *“Taahhütname ile davalı davacı alıcıya, satın aldığı dairesinin önünün yanı sıra deniz manzarasının kapanmayacağını taahhüt etmiştir. Davalı burada üçüncü kişinin değil, kendisinin sattığı binanın vasfını taahhüt etmektedir... Satış sözleşmesini ilgilendiren bütün unsurlar esaslı sayılır. Özellikle manzara hakkı konusundaki davalının açık taahhüdünün, sözleşmenin hem de en esaslı unsuru olarak satış sözleşmesine geçmesi gerekirdi. Sözleşmenin anılan nitelikteki esaslı unsurlarının resmi şekilde yapılan sözleşmeye geçirilmemiş olması halinde davalının velev yazılı olsa dahi sözleşme dışında kalan ve resmi şekle bürünmeyen bu taahhüdü ile ilzam edilmesine yasal olanak yoktur.”* bkz. Y. 4. HD. 16.06.1978 T., 12649 E., 8098 K. [Mustafa Reşit Karahasan, Sorumluluk Hukuku Sözleşmeler (Sözleşmeler), Genişletilmiş 6. Baskı, İstanbul, Beta Yayıncılık, 2003, s. 538].

¹⁶⁷ Yavuz/Acar/Özen, s. 803; Özen, a.g.e., s. 239; Eren, Borçlar Özel, s. 783; Kefilin borcunun muacceliyet zamanını asıl borcunkinden daha sonraki bir zamana öteleyen anlaşmalar da kefilin borcunu hafifleten türdendir. Bkz. Özkan Şahin, s. 1291 (dn. 12); Tandoğan’a göre geçerlilik bakımından olmasa bile ispat bakımından bu tür kayıtların kefilin sorumluluğunu ağırlaştırmamasına rağmen sözleşmede belirtilmesinde yarar vardır. Bkz. Tandoğan, Kefalet, s. 43.

¹⁶⁸ İsviçre Federal Mahkemesi’nin yerleşik içtihatlarının bu yönde olduğuna ilişkin bkz. Kocağa, s. 94 (dn. 82)

Şekle aykırılığın hukuki niteliğine de bu genel açıklamalarla birlikte kısaca yer vermek gerekmiştir. TBK m. 12 f. 2 c. 2’de yasa ile veya taraflarca öngörülen şekil şartına uyulmadan yapılan sözleşmenin hüküm doğurmayacağı belirtilmekle birlikte yaptırımın ne olacağı açıkça belirtilmemiştir. Bu bakımdan sözleşmenin geçerliliğine ilişkin öngörülen şekil kurallarına aykırı olarak düzenlenmesi durumunda yaptırımın ne olacağı konusu tartışmalıdır. Türk Hukuku’nda bu konudaki yaptırımın kesin hükümsüzlük olacağı kabul edilmiştir¹⁶⁹. Bu geçersizliğin bir sonucu olarak, geçersiz kefalet sözleşmesini geçerli zannederek kefil ifada bulunması halinde TBK m. 78/1’e göre sebepsiz zenginleşme hükümleri uyarınca, yaptığı ödemeyi alacaklıdan geri isteyebilecektir¹⁷⁰. Burada kefilin

¹⁶⁹ Ayan, a.g.e., s.184; “...Geçerlilik şekline bağlı sözleşmelerde kanunun öngördüğü şekle uyulmaması halinde sözleşme hükümsüz kalır. Böylece bir sözleşmenin varlığı artık başka bir delil ile ispat olunamaz. İkrar, yemin bu konuda delil olamaz ve geçersizliği hâkim re’sen gözetir...” Y. 13. HD. 26.01.1976 T., 3715/389 K. (Baki Kuru, Hukuk Muhakemeleri Usulü, Cilt II, 5. Baskı, İstanbul, Evrim Basım-Yayın-Dağıtım, 1990, s. 1430); Bu konudaki diğer bir görüş olan yaptırımın kendine özgü bir hükümsüzlük olduğu görüşü Türk Hukuku’nda çoğunluk tarafından benimsenmemiştir. Bkz. Özen, a.g.e., s. 248; Reisoğlu, Kefalet, s. 93; Elçin Grassinger, s. 58; Tandoğan, Kefalet, s. 37; Baş, s. 132. Bunun dışında şekle aykırılığın, kuruluş şartı eksikliği olduğundan böyle bir sözleşmenin “yok” sayılacağını savunan yazarlar ile şekle aykırılığın eksik borç doğuracağını düşünen yazarlar da vardır. Bu görüş daha çok aile hukukuna ilişkin meselelerde taraftar bulmuştur. Bkz. Mustafa Dural/Tufan Ögüz/Mustafa Alper Gümüş, Türk Özel Hukuku Aile Hukuku, C. 3, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2008, s. 68-69; Oğuzman/Öz, C. 1, s. 162, 184; Yine, şekle aykırı olan sözleşmenin geçersiz olmasıyla birlikte taraflar arasında fiili sözleşme ilişkisi olduğuna ilişkin görüşün yanında doktrinde şekle aykırılık halinde yaptırımın iptal edilebilirlik olması gerektiği de ileri sürülmektedir. Bu konudaki açıklamalar için bkz. Altaş, s. 52 vd.; Eren, Borçlar Genel, s. 262 vd.; Tandoğan, C. 1, s. 233; Gümüş, 2018, s. 365

¹⁷⁰ Yargıtay’a göre kefil kendi borcunu değil, asıl borçlunun borcunu ödediğinden asıl borçluyu zenginleştirmiş olmaktadır. Bu yüzden sebepsiz zenginleşme talebinin borçluya yönlendirilmesi gerekmektedir. Bu konudaki Yargıtay kararı için bkz. Y. 3. HD. 06.04.1989 T., 9431/3528 K. (Reisoğlu, Kefalet, s. 98). Ancak Y. 19. HD. 30.09.2015 T., 2014/20091 E., 2015/11694 K. sayılı kararında, genel kredi sözleşmesinde kefil sıfatıyla imzası bulunmasına rağmen bunun kredi kartı sözleşmesini kapsamayacağını, buna göre kredi kartı borcuna ilişkin bankanın kefilden yaptığı tahsilatın haksız olup alacaklı bankadan davacı kefile verilmesi gerektiğini belirtmiştir(<https://0-www-lexpera-com-tr.opac.bilgi.edu.tr/ictihat/yargitay/19-hukuk-dairesi-e-2014-20091-k-2015-11694-t-30-09-2015>). Kanaatimizce, az önceki Yargıtay kararından hareketle hükümsüz olduğunun kabul edildiği bir kefalet sözleşmesine göre alacaklıya yapılan ödemenin alacaklıdan geri alınmasına ilişkin karardaki Yargıtay yaklaşımı da göz önüne alındığında, şekle aykırı olması sebebiyle geçersiz kefalet sözleşmesine göre yapılan ödemenin de yine alacaklıdan geri alınabilmesi mümkün olmalıdır. Nitekim Y. 11. HD. 8.12.2003 T., 2003/4557 E., 2003/11483 K. sayılı kararında “...(kefil) şekil noksanı veya yokluğu nedeniyle geçerli bulunmayan bir kefaletle istinaden ödeme yapmayı ancak o zaman sebepsiz zenginleşme iddiasıyla banka aleyhine dava açabilirdi.” hükmetmiştir Karar için bkz. <https://www.sinerjimevzuat.com.tr/index.jsf?dswid=2582#> (e.t. 10.10.2020). İsviçre Federal Mahkemesi ise bir kararında bu konuyu tartışmış ve kefilin kendi borcunu ödeme niyetiyle ifada bulunduğundan hareketle sebepsiz zenginleşme talebinin alacaklıya yönlendirilmesi gerektiğine hükmetmiştir. Bkz. BGE 70 II 271 [Reisoğlu, Kefalet Kavramı ve Muteberlik Şartları

ifasının, şekle aykırı kefalet sözleşmesini geçerli hale getirmeyeceği kabul edilmektedir¹⁷¹. Türk-İsviçre Hukukunda sebebe bağlılık ilkesi gereği şekil eksikliği sebebiyle geçersiz sayılan bir hukuki işleme dayanılarak yapılan tasarruf işleminin geçersiz olacağı kabul edilmektedir¹⁷².

Türk ve İsviçre Hukuku'ndaki düzenlemeler bu yönde olmasına karşın Alman Medeni Kanunu'nda kefalet sözleşmesi şekle aykırı olsa bile kefilin asıl borcu ifa etmesiyle geçersizliğin düzeleceği kabul edilmiştir¹⁷³. Alman Medeni Kanunu (BGB) m. 766'da kefilin kendi asli edimini yerine getirmesi halinde şekle aykırılığın giderileceği belirtilmiştir¹⁷⁴. Alman Hukuku'na göre şekil eksikliği bir

(Muteberlik), Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 1962, Cilt 19, Sayı 1-4, s. 391-392]; Yavuz/Acar/Özen, s. 801; Elçin Grassinger, s. 85; Tandoğan, Kefalet, s. 37.

¹⁷¹ Özen, a.g.e., s. 252; Ayan, a.g.e., s. 189; Bununla birlikte Reisoğlu, kefilin kefaletin geçersizliğini bile bile ödemede bulunmasını bir bağışlama olarak nitelendirmekte ve verilen şeyin istenemeyeceğini belirtmektedir. Bkz. Reisoğlu, Kefalet, s. 94

¹⁷² Kefalet sözleşmesi açısından bu geçersizlik türünün Türk-İsviçre doktrininde ağırlıklı olarak kesin hükümsüzlük olduğu kabul edilmiştir. Bu konudaki ayrıntılı açıklamalarımız için bkz. bu çalışma, III., 1.1., s. 107.; Doktrinde geçersizlik kavramını geniş anlamıyla bir hukuki işlemin etkisiz, sakat veya geçerli olmayacağı bütün halleri kapsayacak şekilde kullanıldığı görülmektedir. Bu anlamda geçersizlik türleri yokluk, kesin hükümsüzlük (mutlak butlan), iptal edilebilirlik (nisbi butlan) ve noksanlık(eksiklik) olarak sayılmaktadır. Geçersizliğin dar anlamda kullanılmasında ise yokluk yaptırımının katılmadığı görülür. Bu anlamda yokluğun bir yaptırım olup olmadığının doktrinde tartışmalı olduğunu görüyoruz. Bkz. Oğuzman/Öz, C. 1, s. 183; Sinan Sami Akkurt, Hukuki İşlemlerde Geçersizlik Olgusuna Genel Bir Bakış, Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 4, Sayı 1, 2014, s. 102; Nagehan Kırkbeşoğlu, Türk Özel Hukukunda Kısmi Hükümsüzlük, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul, 2010, s. 22.; Yokluk görüşü daha çok aile hukukuna ilişkin geçersizliğin bir yaptırım biçimi olarak ele alınmıştır. Bkz. Mustafa Dural/Tufan Ögüz/Mustafa Alper Gümüş, Türk Özel Hukuku Aile Hukuku, C. 3, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2008, s. 68-69; Oğuzman/Öz, C. 1, s. 162, 184; Yokluk görüşünü savunan Furrer ve Keller/Schöbi'ye göre, sözleşmenin kurulması için kanunda belirli şekil şartlarının öngörüldüğü sözleşmelerde şekle aykırılık durumunda o sözleşmeye geçersizlik yaptırımını uygulamak ve o sözleşmenin kurulduğunu kabul etmek şekil kurallarına aykırılık teşkil eder. Zira kanun koyucunun şekil kurallarını koymasında belli bir amacı vardır ve şekil kurallarını gözardı etmek bu amacın gerçekleşmesine engel teşkil eder. Bununla birlikte kanun koyucu ulaşmak istediği amaca başka yollarla ulaşmış ise örneğin şekle aykırı söz konusu sözleşmeye rağmen taraflar edimlerini yerine getirmişler ise sözleşme baştan itibaren olmasa da ifa anından itibaren meydana gelmiş sayılmalı ve hüküm ve sonuçlarını bu andan itibaren doğurmalıdır. Bkz. Altaş, s. 52-53'ten naklen; Bu konudaki ayrıntılı açıklamalarımız için bkz. bu çalışma, III., 1.1., s. 107 vd.

¹⁷³ Ayrancı, İfanın Sonuçları, s. 106; Altaş, s. 57; Reisoğlu, Kefalet, s. 98; Özen, a.g.e., s. 253 (dn. 214); Ayan, a.g.e., s. 189. Alman Hukuku'nda ifa yapılmış ise şeklin koruma amacının gerçekleşmiş olması önem taşımamaktadır. Reichel, aynı mantıktan hareketle, şekil kuralının sadece kefilin kefalet altına girmekten koruma amacıyla olup ifa etmekten koruma gibi bir amacının olmadığını iddia etmektedir. Bkz. Ayrancı, İfanın Sonuçları, s. 112 (dn. 91'den naklen)

¹⁷⁴ BGB'nin İngilizce metni için bkz. https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_bgb/englisch_bgb.html#p3332.

tür eksik borç yaratmış olup¹⁷⁵ şekil eksikliğindeki geçersizlik, dürüstlük kuralıyla sınırlandırılmalıdır. Zira şekle aykırı olsa bile taraf iradelerine göre sözleşme kurulmuştur ve şekil eksikliğinin ileri sürülmesi hakkın kötüye kullanılmasına sebebiyet vermemelidir¹⁷⁶. Yine belirtmek gerekir ki, Türk ve İsviçre Hukuku'nda da kefaletin geçersizliğini bile bile yapılan ifanın geri talep edilmesinin mümkün olmadığı kabul edilmiştir¹⁷⁷.

2.2. YAZILILIK

2.2.1. Genel Olarak

6098 Sayılı TBK m. 583/1'e göre kefalet sözleşmesinde kefilin sorumlu olacağı azami miktar ile kefalet tarihi yazılı olarak belirtilmedikçe geçerli olmayacaktır. Madde hükmü açıkça kefalet tarihi, kefalet azami miktarının kefilin kendi el yazısıyla belirtilmesini istemiş ve bu koşulların eksikliği halinde geçersizlik öngörmüştür¹⁷⁸. Ek olarak söylemek gerekir ki TBK m. 583 f. 1 c. 2, eğer kefilin müteselsilliği kararlaştırılacaksa bunun kefilin el yazısıyla sözleşmeye yazılmasını şart koşmuştur. Ancak söz konusu şekil şartının eksikliği yalnızca müteselsil kefalet sözleşmesinin geçersizliği açısından etki yaratacak ve böyle bir durumda kefalet diğer şekil şartları da varsa adi kefalet olarak nitelendirilecektir¹⁷⁹.

Kefalet sözleşme metninin tamamının kefilin el yazısıyla yazılması mümkün olmakla birlikte, metnin kefilin dışındaki bir kişi tarafından veya yazıcı vasıtasıyla hazırlanıp, el yazısıyla belirtilmesi kanunen zorunlu kılınan unsurların

¹⁷⁵ Ayrancı, İfanın Sonuçları, s.106.

¹⁷⁶ Altaş, Alman Hukuku'nda kabul edilen şekle aykırılık yaptırımını yumuşatılmış butlan teorisine benzetmektedir. Bu teoriye göre şekle aykırı sözleşmedeki edimler ifa edilmiş ise, sözleşmenin şekle aykırılıktan doğan hükümsüzlüğü düzeltilebilir. Bkz. Altaş, s. 71(dn. 143).

¹⁷⁷ Burada yarattığı sonuç açısından şekle aykırı olduğu bilinerek yapılan ifanın ancak bağış niteliğinde olabileceği ya da ifa ile şekle aykırılığın düzeleceği yönünde iki farklı görüş bulunmaktadır: Bağışlama görüşü için bkz. Reisoğlu, Kefalet, s. 94; Şekle aykırılığın düzeldiği yönündeki görüş için bkz. Ayan, a.g.e., s.192.

¹⁷⁸ Ancak Fransız ve İtalyan Hukuku gibi diğer bazı hukuk sistemlerinde kefalet sözleşmesindeki şekil şartları bir ispat şartı olarak öngörülmüştür. Bkz. Reisoğlu, Muteberlik, s. 373.

¹⁷⁹ Reisoğlu, Kefalet, s. 44.

boş bırakılarak bunların kefil tarafından el yazısıyla doldurulması da mümkündür¹⁸⁰. Bu ihtimallere göre hazırlanan bir kefalet sözleşmesi şekil koşullarına uygun olacaktır.

Metnin yabancı dilde yazılması geçerliliğini etkilemez¹⁸¹. Bununla birlikte 805 Sayılı İktisadi Müesseselerde Mecburi Türkçe Kullanılması Hakkında Kanun m. 1’de Türk tabiiyetindeki işletmeler ve müesseseler Türkiye dahilindeki her nevi muamele, mukavele, muhabere, hesap ve defterlerinin dilinin Türkçe olması zorunluluğu getirilmiştir¹⁸². Bu bakımdan Türkiye’deki ticaret siciline kayıtlı işletme ve şirketlerin yapacağı her türlü hukuki işlem metninin Türkçe olması gerekir.

Yine kefalet beyanının, asıl sözleşme metni üzerinde gösterilme zorunluluğu bulunmamaktadır. Kefalet beyanının ayrı bir kağıtta verilmesi mümkündür¹⁸³. Yine, beyanın birden fazla belgede yer alması kefaletin geçerliliğini etkilemeyecektir¹⁸⁴. Bununla birlikte bu metinde kefilin iradesinin hangi borca ilişkin olduğunun belirtilmesi gerekir. Bu bağlamda kefaletin, asıl borç yönünden ferdileştirilmesi (bireyselleştirilmesi) gerekir. Metinde, asıl sözleşmeye yapılacak atıflarla asıl borcun, kapsamının ne olduğu, asıl borçlunun, alacaklının kimler olduğu anlaşılmalıdır. Bu bağlamda kefaletin, teminat beyanının senet üzerinde belirtilmesi zorunluluğunu öngören avalden ayrıldığını da söylemek gerekir¹⁸⁵.

¹⁸⁰ Özen, a.g.e., s. 221.

¹⁸¹ Reisoğlu, Kefalet, s. 44; “Mahkemece, davacının sözleşmede müteselsil kefil olmayı kabul ettiğine dair ibareyi İngilizce olarak el yazısı ile yazarak imzaladığı, davacının şirketi temsil yetkisinin bulunmadığı ve sözleşmeyi kendi şahsı adına imzaladığının kabulü gerektiği...” Y. 19. HD. 10.02.2016 T., 2015/11300 E., 2016/2075 K. (Bilgen, s. 43-44)

¹⁸² Bkz. <https://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.3.805.pdf>

¹⁸³ Reisoğlu, Muteberlik, s. 378; Tandoğan, Kefalet, s. 41.

¹⁸⁴ Bu konuda her ne kadar doktrinde beyanın tek belgede yer alması gerektiği ifade edilse de biz bu görüşe katılmıyoruz. Bu görüştekiler için bkz. Nihat Taşdelen, Kefalet Sözleşmesinde Şekil, Prof. Dr. Oğuz İmregün’e Armağan, İstanbul, 1998, s. 735; Beyanın tek belgede yer alması gerekmediğine ilişkin bkz. Özen, a.g.e., s. 239; Reisoğlu, Kefalet, s. 75; Tandoğan, Kefalet, s. 41.

¹⁸⁵ Nihal Koşer, Aval ve Avalin Diğer Kişisel Teminat Sağlayan Sözleşmelerle İlişkisi, Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2016, C.1, Sayı: 2, s. 254-255.

Madde düzenlemesinin mülga 818 Sayılı Borçlar Kanunundaki karşılığı olan 484. maddesiyle karşılaştırması yapıldığında 6098 Sayılı Kanun'un şekil şartlarını daha çok kefil koruma amacıyla ele aldığı görülür. Zira mülga kanun maddesinde yalnızca sözleşmenin yazılı yapılması ve kefil olunan azami miktarın gösterilmesi istenmiştir. Ancak kefilin el yazısıyla yazılması gereken noktaların mülga kanunda belirtilmediği görülmektedir. Bu bakımdan iki maddenin şekil türü bakımından bir karşılaştırma yaptığımızda, her iki maddede yazılı şekil şartı öngörülmeyle bunun nitelikli yazılılık şekli olduğunu düşünmekteyiz¹⁸⁶. Öte yandan mülga kanuna göre 6098 Sayılı Kanun'daki düzenlemenin yazıyla belirtilmesi gereken unsurların yanında belli unsurlar için kefilin el yazısı şartını öngörmüş olması dar anlamda nitelikli yazılı şekil şartı getirdiğini, mülga kanun düzenlemesinin ise geniş anlamda nitelikli yazılı şekil şartı olduğunu göstermektedir¹⁸⁷. Böylece TBK düzenlemesiyle mülga kanun yürürlük zamanındaki şekil şartının adi veya nitelikli olduğuna ilişkin doktrindeki tartışmaların¹⁸⁸ sonlandığı söylenebilir.

Mehaz İsv. BK'daki kefalet sözleşmesine ilişkin düzenlemelere bakıldığında kefalet tarihinin ve kefalet iradesinin kefilin el yazısıyla yazılmış olması aranmışken kefalet miktarı açısından bir ayrıma gidildiği görülür¹⁸⁹. Mehaz Kanun kefalet miktarının 2000 frangın altında kararlaştırıldığı kefaletler açısından kefilin el yazısıyla yazılması şartını koşmuşken, bu miktarın üzerindeki kefaletler açısından resmi şekil şartı öngörmüştür. 2000 Frangın altındaki kefaletler için aranan şekil şartının 6098 Sayılı Kanun ile benzeştiği söylenebilecektir. Bu açıdan bakıldığında Türk Borçlar Hukukundaki kefalet sözleşmesi şartlarına ilişkin

¹⁸⁶ Baş, 127; Ayan, a.g.e., s. 193.

¹⁸⁷ Özen, a.g.e., 221.

¹⁸⁸ Nitelikli yazılı şekil olduğuna ilişkin, Özen, a.g.e., s. 219-221; Yavuz/Acar/Özen, s. 800; Ayan, a.g.e., s. 193; Baş, s. 127. Aksi görüşte, Taşdelen, s. 732; Tandoğan, Kefalet, s.39; Barlas, Şekle Bağlı Sorunlar, s. 5; İpek Sağlam, Türk Borçlar Kanunu Tasarısının Değerlendirilmesi Sempozyumu (Kefaletle İlişkin Hükümlerin Değerlendirilmesi), Legal Hukuk Dergisi, 2005, C. 3, Sayı 34, s.3692; Süha Tanrıver, Noterler Tarafından Elektronik Ortamda Yapılabilecek Olan İşlemler ve Bu İşlemlerin Gerçekleştirilmesi Usûlü, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2016, Cilt 65, Sayı 4, s. 3682.

¹⁸⁹ İsv. BK m. 493 (Koç, İsv. BK, s. 267).

düzenlemelerin geçirdiği değişikliklerin mehzaz düzenlemesiyle kısmen örtüştüğü görülür. Kefalet miktarı açısından İsv. BK’da yapılan ayrıma yukarıda değinilip her iki kanun koyucunun taşıdığı amaç ve şeklin koruma işlevinin oranı bakımından konu incelendiğinden burada yinelenmeyecektir¹⁹⁰. Mehaz Kanundaki bir başka farklılık ise tüzel kişilere ilişkin düzenlemelerde ve borcun kamu hukukundan doğan bir borç olması durumuna ilişkindir. İsv. BK m. 493/3’e göre bir gerçek kişinin kamu hukukundan kaynaklanan bir borca kefil olması halinde kefalet iradesinin kefilin el yazısıyla yazılması ve kefalet üst sınırının rakamla yazılı olarak belirtilmesi yeterli görülmüştür¹⁹¹. Şu hâlde kefaletle ilişkin unsurlardan kefilin iradesi dışındakileri kefilin bizzat yazması gerekmemektedir. Yine, tüzel kişilerin kefil olmaları durumunda da kefalet miktarının (üst sınır olarak belirtilmesi dahil) yazılı olarak belirtilmesi gerekmeyle birlikte bunun kefil tarafından yazılmış olması aranmamaktadır¹⁹². Bu açıdan bakıldığında İsv. BK’da, kamu hukukuna ilişkin bir borca kefalette ve tüzel kişilerin kefilliği halinde 818 Sayılı Türk Borçlar Kanunu’ndakine benzer nitelikte şekil şartı öngörüldüğü anlaşılmaktadır. 6098 Sayılı Kanun düzenlemesine göre ise kefilin tüzel kişi olmasına ilişkin şekil şartları açısından ayrı bir düzenleme bulunmamaktadır¹⁹³. Kamu hukukuna ilişkin borçlar bakımından 6183 Sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun’un 11. maddesine¹⁹⁴ bakıldığında kanunun 10. maddesine göre teminat sağlayamayanlar için şahsi kefaletin bir ek olanak olarak düzenlendiği ve kefalet biçiminin müşterek müteselsil olarak kabulünün düzenlendiği görülmektedir. Yine, amme alacaklarına ilişkin şahsi kefalet uygulamasında da geçerlilik ve bu uğurdaki şekil koşulları açısından Borçlar Kanunu hükümleri esas alınacak olup 6183 Sayılı Kanun’un 10. Maddesinde sayılan teminat biçimlerinin sağlanamamasına ilişkin şartın da yerine getirilmesiyle birlikte, alınan kefalet geçerli kabul edilecektir¹⁹⁵.

¹⁹⁰ Bkz. bu çalışma, II., 1., s. 28 vd.

¹⁹¹ Koç, İsv. BK, s. 268; Somuncuoğlu, s. 322-323.

¹⁹² Ayan, a.g.e., s. 178; Özen, a.g.e., s. 225.

¹⁹³ Reisoğlu, Kefalet, s. 101.

¹⁹⁴ Bkz. <https://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.3.6183.pdf>.

¹⁹⁵ Soner Yakar, Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkındaki Kanun’un 11. Maddesine Göre Şahsi Kefalet, Vergi Sorunları Dergisi, 2012, Cilt 35, Sayı 288, s. 193; Mahmut Yüksel/İrem Biçer, Kamu (Vergi) İcra Hukukunda Güvence Mekanizmaları: Teminat ve Şahsi Kefalet, Vergi Sorunları Dergisi, 2016, Cilt 39, Sayı 334, s. 59.

Türk Hukukunda bazı unsurların kefilin el yazısıyla belirtilmiş olmasını arayan yazılı şekil şartı öngörülmüş olmasına rağmen tarafların bunun haricinde resmi şekille kefalet sözleşmesi akdetmesi halinde durum ne olacaktır? Böyle bir ihtimalde tarafların açıkça kanunda düzenlenen şekil şartının dışına çıkmış olduğunu belirtmek gerekir. Noterin taraflar ve 3. kişiler açısından bir güven kurumu olduğu kuşkusuz olmakla birlikte konuyu resmi şekil şartının, kanun koyucunun şekil şartı amacına hizmet edip etmeyeceği açısından değerlendirmek gerekmektedir. Bu konudaki ilk düşünceye göre kefilin, kefalet unsurları konusunda uyarılmış olması açısından kendi el yazısının sözleşmede yer almasının etkisiyle, kefalet sözleşmesinin noterde düzenlenmesinin etkisi aynı olmayacaktır¹⁹⁶. Hatta bu yüzden yazı yazmayı bilmeyenlerin kefaletleri geçerli olmayacak ve bunlar kefil olamayacaklardır¹⁹⁷. Diğer görüş ise, resmi şeklin genel anlamda üst düzeyde koruma getirmesinden hareket eder¹⁹⁸. Bu görüşün savunucularından Ayan, noterde yapılacak sözleşmeyi iki bakımdan ele alır: onaylama biçiminde yapılma ve düzenleme biçiminde yapılma. Kefalet sözleşmesindeki unsurların yasada öngörüldüğü biçimde kefilin el yazısı ile belirtilmesi ve noterin bu noktada sadece kefilin el ürünü (veya yeni teknolojik gelişmeler doğrultusunda elektronik) imzasını onaylayıcı anlamda fonksiyonunun olacağı, bu yüzden de resmi şekle göre düzenlenen kefaletnamenin şekil koşullarına uygun olduğunu belirtmektedir. Bu ihtimalde kefilin imzasının elle atılması zorunluluğunu, noterin de imza atması sebebiyle yazar aramamaktadır. Düzenleme şeklinde, noterin kefalet sözleşmesini metin olarak yazdığı ve kefilin bunun altına noter huzurunda imza attığı sözleşmeler açısından ise İsviçre Hukukunda da benzer şekilde resmi düzenlenen kefaletnamenin kabul edilmesinden cihetle Türk Hukukunda da kabulünün uygun olacağını savunur¹⁹⁹. Bu görüşü savunanlar Türk

¹⁹⁶ Özen, a.g.e., s. 224; Reisoğlu, Kefalet, s. 89.

¹⁹⁷ Reisoğlu, Kefalet, s. 89. Bununla birlikte bu sonuçla okuma yazma bilmeyenlerin hak ve borç sahibi olmalarına göre hak ehliyetlerini kullanmaları açısından TMK m. 9'un öngörmediği bir biçimle sınırlanma ihtimalinin ortaya çıktığını belirtmek gerekir. Bkz. Bilge Öztan, Medeni Hukukun Temel Kavramları, 26. Bası, Ankara, Turhan Kitabevi, 2007, s. 240.

¹⁹⁸ Ayan, a.g.e., s. 208; Baş, s. 130.

¹⁹⁹ Ayan, a.g.e., s. 208 vd.; Aynı görüşü destekler nitelikte olması sebebiyle bkz. Baş, s.130; Elektronik imzaların da noterliklerce onaylanması halinde şekil şartının gerçekleşmiş olacağına ilişkin görüşleri açısından bkz. Tanrıver, s. 3682-3683.

Hukukunda kefalettekiyle benzer şekil şartının kabul edildiği ölüme bağlı tasarruflar için resmi şekil şartının kabul edilmesinden hareketle kanun koyucunun amacına uygun olduğunu belirtmektedir. Eğer kefil için getirilen nitelikli yazıllık şeklinin amacının kefile ait unsurların başkası tarafından doldurulmasının önüne geçilmesi olarak düşünüldüğünde kuşkusuz resmi şekil şartı bu amaca hizmet edecek niteliktedir²⁰⁰. Yine, kaynak kanunda belirtilen parasal sınırın üstündeki kefalet sözleşmeleri için resmi şekil şartı getirildiği düşünülerek kefilin daha fazla sorumluluk üstlenmek istemesinde resmi şekil şartının daha fazla koruyucu nitelikte olduğu düşünülebilir²⁰¹. Ancak Türkiye’deki noter işlevinin uygulama itibariyle sözelimi sayfalar dolusu bir kredi sözleşmesinde üstlenilen sorumluluğu kefilin okuyup anladığının teyidine yönelik olmadığına da göz önünde bulundurulması gerekir. Yine, kanun koyucunun hem İsviçre’deki gibi kefalet azami miktarı açısından bir ayrıma gitmemiş olması, hem de sırf noterde düzenlenmesi sebebiyle kefilin el yazısıyla belirtmesi gereken unsurları yazmadığı bir sözleşmede yasanın düzenlediği şekil şartının bir anlamı kalmamaktadır. Dolayısıyla kanaatimizce böyle bir sözleşmenin ancak yasada belirtildiği şekilde nitelikli yazıllık şartının gerçekleştirilmesi halinde ancak noter tasdiği yapılabilir ki bu durum yalnızca belirtilen unsurların noterin yanında kefil tarafından düzenlenmesi durumunda söz konusu olabilir. Aksi durumda kefaletin geçersizliğinin ileri sürülmesi mümkündür.

2.2.1.1. İcra Kefilliği Yönünden

Konuyu icra kefaletnameleri açısından, İİK m. 38 f. 1 c. 2 düzenlemesiyle birlikte ele almak gerekir. Belirtilen maddeye göre icra kefaletnameleri müteselsil kefalet olarak kabul edilmektedir. Peki, kefalet sözleşmesinde Borçlar Kanunu’nda belirtilen şekil şartına uyulmadan müteselsil kefalet iradesinin kefilin el yazısıyla belirtilmediği bir durumda İİK m. 38’e bakılarak söz konusu kefaletin müteselsilliliğinin kabulü gerekecek midir? Yine aynı bağlamda kefalet azami

²⁰⁰ Atilla Altop, Türk Borçlar Kanunu Tasarısında Genel İşlem Koşulları ve Kefalet Sözleşmesi, İsviçre Medeni Kanunu ve Borçlar Kanunu’nun Alınışının 80. Yılı, İstanbul, 2007, s. 156-157.

²⁰¹ Baş, s. 130.

miktarının ve kefalet tarihinin icra kefaletlerinde BK m. 583’de aranan kefalet unsurlarının yazılılığına ilişkin koşulların yerine getirilmesi gerekecek midir? Öncelikle belirtmek gerekir ki icra kefaletini düzenleyen İİK m.38’de icra kefaletlerinin müteselsilliği ve ilam hükmünde olduğu düzenlenmiş olmasına rağmen icra kefaletinin şekil koşullarına ilişkin özel bir düzenleme bulunmamaktadır. Yargıtay bir kararında bu konuyla ilgili önüne gelen uyuşmazlıkta genel kanun olan 6098 Sayılı Kanun’un şekle ilişkin özel düzenlemelerinin icra kefalet sözleşmeleri için de geçerli olacağına hükmetmiştir²⁰². Gerçekten de icra kefaleti İİK’nda düzenlenen bir kurum olmakla birlikte sonuç itibarıyla bir kefalet sözleşmesi olduğundan özel kanunda düzenlenmeyen konularla ilgili genel hükümlere başvurulması isabetlidir. Buna göre icra kefaletlerinin yazılılık koşulu açısından da 6098 Sayılı Borçlar Kanunu’nda öngörülen şartları taşıyıp taşıyamamasına göre geçerlilik incelemesi yapılabilecektir. Kanaatimizce de böyle bir sonucun, yasanın kefilî koruma amacı doğrultusunda elde edilmesi gerekir. Bununla birlikte takip hukuku müessesesi olan icra kefaletinin geçerliliğine ilişkin uyuşmazlıkların, şekli inceleme yapan İcra Mahkemelerinde değil genel mahkemelerde tartışılması gerektiğini de belirtmek gerekir²⁰³.

İcra kefaletini diğer kefalet senetlerinden ayıran önemli bir özellik, icra kefaletlerinin icra müdürü önünde veya icra dairesinde düzenlenmesi şartıdır. Bu noktada bu şarttan hareketle kefalet metninin icra müdürü önünde veya icra

²⁰² Y. 8. HD. 04.06.2013 T., 2013/15098 E., 2013/20781 K. (Ahmet Şensöz, İcra Kefaletinin Şekline İlişkin Bir Yargıtay Karar İncelemesi, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 16, Özel Sayı 2014, 2015, s. 2953)

²⁰³ Y. 12. HD. 7.9.2015 T., 2015/9591 E., 2015/19863 K. (<https://0-www-lexpera-com-tr.opac.bilgi.edu.tr/ictihat/yargitay/12-hukuk-dairesi-e-2015-9591-k-2015-19863-t-7-9-2015>); Y. 12. HD. 17.12.2015 T., 2015/22190 E., 2015/32110 K. (<https://0-www-lexpera-com-tr.opac.bilgi.edu.tr/ictihat/yargitay/12-hukuk-dairesi-e-2015-22190-k-2015-32110-t-17-12-2015>); Y. 12. HD. 19.4.2018 T., 2018/9151 E., 2018/3422 K. (<https://0-www-lexpera-com-tr.opac.bilgi.edu.tr/ictihat/yargitay/12-hukuk-dairesi-e-2018-9151-k-2018-3422-t-19-4-2018>); İcra kefaletinin 6098 Sayılı Kanun’un m. 584’deki şartları ve eş rızası şartını taşımadığı gerekçesiyle geçersizliğinin tespiti ve iptali talepli olarak genel mahkemede açılan bir davada Yargıtay, davanın kabulüne karar veren Yerel Mahkeme kararını onamıştır. Bkz. Y. 19. HD. 25.4.2016 T., 2015/18015 E., 2016/7423 K. (<https://0-www-lexpera-com-tr.opac.bilgi.edu.tr/ictihat/yargitay/19-hukuk-dairesi-e-2015-18015-k-2016-7423-t-25-4-2016>)

dairesinde düzenlenmesi sonucu, resmi makam önünde düzenlenen kefalet senedinin resmi şekil şartına haiz olup olmayacağının da incelenmesi gerekir. Bilindiği üzere kanunla başka bir kişiye veya kuruma yetki verilmedikçe resmi senetlerin noterler tarafından düzenleneceği kabul edilmiştir²⁰⁴. Doktrinde ise resmi senet, resmi bir makam veya memurun katılması ile düzenlenen senetler olarak tanımlanmıştır²⁰⁵. Buna göre resmi memur önünde düzenlenen icra kefaletlerinin resmi şekil şartını taşıdığı kabul edilecek midir? Bu soruya evet cevabı verildiği takdirde, doktrindeki bir kısım resmi şekil şartını, yazılılık şartından üstün tutan yazarlara göre icra kefaletleri açısından 6098 Sayılı Kanun m. 583’de aranan unsurların kefilin el yazısıyla yazılması gerekmeyeceği sonucu çıkmaktadır. Yargıtay da bir kararında icra memuru tarafından düzenlenen haciz tutanağının düzenleme şeklinde bir senet olduğunu belirtmiştir²⁰⁶. Ancak belirtmek gerekir ki bu durumda Yargıtay’ın icra kefaletinin şekline ilişkin daha evvel değindiğimiz kararlarıyla uyuşmayan bir sonuç ortaya çıkmaktadır. Kanaatimizce, resmi yazılı şeklin kefalet sözleşmeleri açısından yasada öngörülen nitelikli yazılı şekli karşılamayacağı düşünüldüğünden icra kefaletinin resmi makamlar önünde düzenleme şeklinde bir senet oluşu kefaletin geçerlilik şekline hizmet etmeyecektir²⁰⁷.

2.2.1.2. Birden Çok Kişinin Aynı Borca Kefil Olması Halinde

Birden çok kişi aynı borca birlikte kefil olabilirler. Bu durum TBK m. 587’de düzenlenmiştir. Maddenin birinci fıkrasında adi kefaletle ilişkin düzenleme yapılmış iken, ikinci fıkrasında müteselsil kefaletle ilişkin düzenleme yapılmıştır.

²⁰⁴ Noterlik Kanunu m.60, m.82 ve m.84 vd.

²⁰⁵ Seyithan Deliduman, Medeni Usul Hukukunda Senet ve Senetlerle Yazılı Şekil Arasındaki İlişki, 2000, Cilt 4, Sayı 1-2, s. 422. http://hukukdergi.erkincan.edu.tr/wp-content/uploads/2015/10/2000_1_20.pdf

²⁰⁶ "Takibin dayanağı (düzenleme şeklinde müşterek ve müteselsil borç senedi ve kefaletname) başlığını taşıyan 5.10.1979 tarih 25242 sayılı senet münderecat itibariyle İİK'nın 38. maddesine uygun ve para borcu ikrarına havi nitelikte olup ilamların icrasına dair hükümlere tabidir. Nitekim borçluya icra emri tebliğ edilmiştir." Y. 12 HD. 12.02.1985 T., 1984/11667 E., 1985/1164 K. (Şensöz, s. 2959)

²⁰⁷ Aksi görüşe yönelik açıklamaları için bkz. Ayan, a.g.e., s. 210.

Maddenin son fıkrasında ise birlikte kefillerin birbirlerinden haberdar olmayarak aynı borcun tamamından sorumlu oldukları hali düzenlenmiştir. Katıldığımız görüşe göre bu durumda kefil olanlardan her birinin kefalet unsurlarını ayrı ayrı el yazısıyla belirtmesi ve imzalaması gerekecektir. Şekil kurallarının amacına ulaşabilmesi için bu görüşün daha isabetli olduğunu düşünüyoruz. Bunun dışındaki görüşlerden birine göre kefillerden birinin kefalet unsurlarını kendi el yazısıyla belirtip diğerlerinin bunun altına imza atması yeterli olacaktır. Bir başka görüş ise kefalet tarihi dışındaki diğer unsurların her bir kefil tarafından ayrı ayrı yazılıp imzalanması, kefalet tarihinin ise biri tarafından belirtilmesinin yeterli olduğu yönündedir²⁰⁸. Aynı şekilde bir tüzel kişinin yetkili organının birden fazla kişiden oluşması hali için de doktrinde görüş ayrılıkları mevcuttur. Her bir temsilcinin ayrı ayrı kefalet unsurlarını belirtmesi gereği savunulabileceği gibi bunların temsilcilerden biri tarafından yazılması ve her bir temsilcinin kefil olarak sözleşmeyi imzalamalarının yeterli olduğunu savunmak da mümkündür²⁰⁹. Bunun yanında temsilcilerden biri tarafından belirtilen kefalet unsurlarının yanına diğer temsilcinin/temsilcilerin paraf atması da bir başka çözüm olarak ileri sürülmektedir²¹⁰. Bu görüş, kefilin el yazısını arama koşulunun sebebi olan alacaklının boş bırakılan yerleri kendisinin doldurmasının engellenmesi amacının, belirtilen şekilde gerçekleşeceği düşüncesinden hareket eder. Yasada bu konuda açık bir hüküm bulunmadığını belirtmekle birlikte kanaatimizce, kanunun tüzel kişi ve tacirleri, işlemlerinde, tüketicilere olduğu kadar koruma çabası içerisine girmede, tacirlerin tüketicilere nazaran daha çok tecrübeli olduğu ve hukuki destekten faydalanma imkanına sahip olduğu, ayrıca tacirlerden beklenen basiretli iş adamı özelliğinin burada da aranması gerektiği göz önünde tutulmalıdır. Bu doğrultuda ticari hayatın işleyişinde ihtiyaç duyulan pratiklik de göz önüne alındığında tüzel kişi yetkili temsilcilerinden biri tarafından el yazısıyla yazılan

²⁰⁸ Ayan, a.g.e., s. 216.

²⁰⁹ Reisoğlu, Kefalet, s. 101; Yavuz/Acar/Özen, s. 800-801; Ayan, a.g.e., s. 217; Özen, a.g.e., s. 226; Nami Barlas, Kefalet Sözleşmesinin Geçerlilik Şartları Türk Borçlar Kanunu Sempozyumu Makaleler- Tebliğler, Derleyen: M. Murat İnceoğlu (TBK Sempozyum), İstanbul 2012, XII Levha Yayınları, s. 357, 390.

²¹⁰ Baş, s. 129.

kefalet unsurlarının varlığıyla sözleşmenin tüm temsilciler tarafından imzalanması suretiyle kefaletin geçerliliğinin sağlanacağını düşünüyoruz.

2.2.1.3. İpotek Akit Tablosundaki Kefalet Beyanları Açısından

Kredilerin tahsisinde kefaletle birlikte bir başka teminat olarak taşınmaz rehni kayıt altına alınabilir. Böyle bir kredi sözleşmesinde ipotek borcunu teminen alınan kefalet beyanları da ipotek teminatıyla birlikte ipotek akit tablosunda gösterilmektedir. Buradaki işlemin tapu memurunun önünde yapılıyor olmasının da kefaletin nitelikli koşullarına uygunluğu açısından değerlendirilmesi gerekmektedir. Zira çoğu zaman kredi kurumları tarafından hazırlanan matbu metinlerdeki kayıtlar, ipotek tesisine ilişkin sözleşmelerin içeriğine yabancı, taraflarca istişare edilmeden dayatılan ve dikkat çekilmemiş metinlerdir. Kefilin, çoğu kez, zaman ve hatır ilişkisi baskısı altında söz konusu sözleşmelere imza atmak durumunda kalması sebebiyle bu tür kayıtların genel işlem şartı niteliğinde olduğunu kabul etmek gerekir²¹¹. Matbu bir metinde yer almasa bile yasa hükmüne göre böyle bir ipotek senedinde kefalete ilişkin unsurlar kefilin kendi el yazısıyla yazılmadıkça onu hukuken bağlayıcı olmadığının kabulü gerekir²¹². Resmi makam olan tapu müdürlüğünün bu sözleşmeye onay vermiş olmasının da yine BK m. 583 şartlarını karşılamadığı yönündeki kanaatimizi burada da sürdürmekteyiz²¹³. İpotek

²¹¹ Sözleşmenin tümü dikkate alındığında işlem hayatı açısından normal sayılan veya işletmecinin tavırları nedeniyle somut sözleşmede normal kabul edilebilecek olandan farklı, iki tarafın da üzerinde uzlaştığı sözleşme çekirdeğini mantıklı, anlamlı bir şekilde tamamlamayan hükümler o işleme ve sözleşmeye yabancı bir kayıttır. Bkz. Yeşim M. Atamer, Bankaların Kredi Sözleşmelerinden Kaynaklanan Sorunlar ve Hukuki Çözüm Yolları, İstanbul Ticaret Odası Yayınları, İstanbul, 2001, s. 22; Sözleşmede yer alan şartların taraflarca müzakere edilmeden sadece tek tarafça konulması ve birden fazla sözleşmede kullanma gayesiyle hazırlanmış olması bu kuralların genel işlem şartı olarak kabulünü gerektirir. Bkz. Ahmet Hakan Dağdelen, Genel İşlem Şartları ve Teşmil ile Yürürlük Denetiminin Esasları, Prof. Dr. Ferit Hakan Baykal Armağanı, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, 2019, Cilt 25, Sayı 2, s. 639.

²¹² Aktürk'e göre, Yargıtay'ın, 6098 Sayılı Kanun'un kefalete ilişkin hükümleri kamu düzenine ilişkin olmadığından dolayı geriye yürümeyeceği ve 818 Sayılı Kanun zamanında alınan ipotek senetlerinde uygulama alanı bulmayacağı yönündeki kararları, bu tür sözleşmelerin genel işlem denetimine tabi tutulması gereği bakımından isabetsiz bulunmuştur. Bkz. Aktürk, s. 41 vd.

²¹³ Özen, a.g.e., s. 327-330'daki dn. 86'ya ilişkin açıklamalar.

senetleri bakımından da kefalet unsurlarının TBK m. 583'te sayılan nitelikli yazılı şekil unsurlarını karşılaması gerekecektir²¹⁴.

Yine, alınan kredinin niteliğine göre 6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun m. 4, f. 6 hükmünü burada hatırlamak gerekir²¹⁵. Anılan hükme göre tüketici işlemleri için alınan şahsi teminatlar her ne ad altında olursa olsun kefalet sayılacak olup kefalet türü de adi kefalet olarak belirlenmiştir. Örneğin bir tüketici tarafından konut kredisi çekilmesi halinde alınacak kefalet her ihtimalde adi kefalet olacaktır²¹⁶. 'Müteselsil kefalet' ibaresinin nitelikli yazılı şekil koşulları yerine getirilerek belirtilmiş olması da bu durumu değiştirmeyecektir. Dolayısıyla buna ilişkin gerek kredi sözleşmesinde gerekse ipotek akit tablosunda yazacak 'müteselsil' ifadesinin bir anlamı bulunmayacaktır²¹⁷.

2.2.1.4. Ticari İşlerde Verilecek Kefaletler Açısından

Bu açıklamalarımızdan sonra ticari işlemler için verilecek kefaletler açısından da konunun incelenmesi gerekir. TTK m. 7/1'de yer alan karineye göre, ticari özelliği olan işler için yapılan borçlandırma işlemlerinde birlikte borçlular, sözleşmede aksi öngörülmemiş ise müteselsilen sorumlu olacaklardır. Kanunun 2. fıkrasında, 1. fıkrasına yapılan yollama nedeniyle bu hüküm asıl borçlu ile kefil ve kefillerin aralarındaki ilişkide de geçerlidir. Bu karinenin uygulanabilmesi için işin asıl borçlu yönünden ticari iş niteliğinde olması yeterlidir, kefil açısından üstlendiği sorumluluğun da bu nitelikte olması gerekmez²¹⁸. Bunun aksi sözleşmeyle

²¹⁴ Tapu ve Kadastro Genel Müdürlüğü, Tapu Bölge Müdürlüklerine gönderdiği 22 Ekim 2012 gün, 20/18749 sayılı yazı ile "*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.*" belirtmiştir. Bkz. Aktürk, s. 39-40'dan naklen.

²¹⁵ Bkz. <https://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.5.6502.pdf>.

²¹⁶ Özen, a.g.e., s. 335.

²¹⁷ Bununla birlikte böyle bir ifadenin sözleşmenin geçerliliğini etkilemeyeceğini belirtmek gerekir. Her ne kadar müteselsil kefalet olduğu belirtilmiş ise de söz konusu kefalet adi kefalet sayılacaktır. Bu konudaki ayrıntılı inceleme için bkz. bu çalışma, II., 2.2.4., s. 69.

²¹⁸ Kadir Berk Kapancı, Türk Ticaret Kanunu'nun 7. Maddesinde Öngörülen "Ticari İşlerde Teselsül Karinesi" Tam Anlamıyla Uygulanabilir Durumda mıdır, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 7, Sayı 2, 2016, s. 141.

kararlaştırılabilir veya yasada söz konusu borçtan dolayı müteselsilen sorumlu olunamayacağı belirtilmiş olabilir. Böyle bir yasal veya sözleşmesel düzenleme bulunmadığı halde karine olarak söz konusu ticari borçlanma müteselsilen sorumluluk yükleyecektir. Buradaki ticari işten kasıt, TTK m. 3'e göre anılan kanunda düzenlenen tüm hususlarla ilgili işler ve fiiller olarak belirtilmiştir. TTK m. 19 f. 1 c. 1'de ise, ticari iş karinesi düzenlenmiş, bir tacirin veya kendisini iyi niyetli 3. kişilere karşı tacir olarak tanıtarak iş yapan kişinin (TTK m. 12/3) borçlarının ticari iş ve borçlardan sayılacağı belirtilmiştir. Aynı kanunun 2. fıkrasında, ticari iş tanımına devamla, taraflardan biri için ticari iş niteliğindeki borçlanma veya sözleşmenin, aksi kararlaştırılmamışsa ticari iş niteliğinde olacağı kabul edilmiştir. Dolayısıyla borç altına giren kişinin kendisi bir tacir sıfatında olmasa bile karşı taraf için söz konusu iş ticari nitelikteyse aksi belirtilmedikçe o iş ticari iş sayılacaktır. Sonuç olarak, söz konusu karineye istisnaen bir tacirin yapacağı işlemin ticari iş sayılmaması için aksinin sözleşme veya yasal olarak öngörülmüş olması gerekmektedir. Bir diğer istisna da TTK m. 1, f. 1., c. 2'de belirtildiği üzere, tacirin işlem sırasında, söz konusu borçlanmanın ticari olmadığını belirttiği veya işin niteliği icabı anlaşıldığı hallerde mümkün olacaktır.

İşte, karinenin istisnasının bulunmadığı hallerde bir kişinin örneğin ticari bir krediye vereceği kefalet, metinde 'müteselsil' ibaresi yazmasa bile acaba o kefaletin türü TTK m. 7/2 düzenlemesinden yola çıkarak hükmen müteselsil sayılacak mıdır? Böyle bir sorun elbette ki gerçek kişiler tarafından verilen kefaletler açısından ortaya çıkmaktadır. Zira kabul edildiği üzere tüzel kişilerin işlemlerinin adi olma özelliği yoktur²¹⁹. Doktrindeki bir görüşe göre, her ne kadar bir kısım yazarların da belirttiği gibi TBK, TTK'ya göre genel kanun olma özelliğinde ise de buradaki nitelikli yazılı şekil koşullarının öngörüldüğü düzenlemelerin, kefalet sözleşmesine özgü, özel düzenlemeler olduğunun da kabulü gerekecektir. Yine, TTK m. 7/2'de teselsül karinesinin aksinin kanunlarla öngörülebileceği belirtilmiştir. Bu bağlamda TBK m. 583 hükmünün, TTK m. 7/2 hükmünün istisnasını oluşturacağı

²¹⁹ Sabih Arkan, Ticari İşletme Hukuku, 13. Baskı, Ankara, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 2009, s. 66.

savunulmaktadır²²⁰. Yine, TBK m. 583 hükmünün ticari işlere uygulanmayacağına ilişkin bir hüküm de öngörülmemiştir. Bu görüştekilere göre asıl olanın adi kefalet olduğu kuralının²²¹ burada da kabulü gerekir.

Diğer bir görüşe göre, TTK m. 7 kuralı, TBK m. 583 kuralı karşısında özel bir düzenlemedir ve özel bir düzenlemenin bulunduğu bir yerde genel düzenleme uygulanmayacaktır²²². Bu yüzden ticari iş sayılan veya taraflardan birinin tacir ve/veya tacir gibi hareket ettiği işlemlere verilecek kefaletler sözleşmede el yazısıyla belirtilmiş olmasa bile müteselsil kefalet sayılmalıdır. Belirtmek gerekir ki Yargıtay uygulaması da bu yöndedir. Bir kararında²²³, sözleşmede yazmasa bile dava dışı kiracının ticaret şirket olması sebebiyle kira borcuna verilen kefaletin TTK m. 7 hükmü gereği müteselsil kefalet olarak kabul edileceği belirtilmiştir. Başka bir kararında²²⁴ da kiracının tacir olup olmadığının anlaşılamadığı olayda, öncelikli olarak bu durumun tespit edilerek kiracının tacir olduğunun belirlenmesi halinde kefilin müteselsil kefil olduğuna göre sorumluluğu yönünde karar verilmesine hükmedilmiştir.

Asıl olan adi kefalet olup²²⁵ kefalet metninden kefilin iradesinin müteselsil kefaletle ilişkin olduğu anlaşılamıyorsa orada adi kefaletin varlığından söz edilecektir²²⁶. Burada da adi kefalet kuralının istisnası olarak belirtilen durumların

²²⁰ Reisoğlu, Kefalet, s. 35; Nevzat Koç, Kefalet Türleri, İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, C. 15, Sayı 30, 2016, s. 85; Özen, a.g.e., s. 333; Kapancı, s. 160 vd.; Sevgi Bozkurt Yaşar, TTK m. 7/2 Bağlamında Ticari Borca Kefalet Sözleşmesinin Özellikleri-Kefilin Sorumluluğu ve Takibi, Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 14, Sayı 175-176, 2019, s. 458-460.

²²¹ Özen, a.g.e., s. 297; Eren, Borçlar Özel, s. 786.

²²² Baş, s. 134; Serkan Ayan, Kiracının Kira Sözleşmesinden Doğan Borçlarının Kefaletle Teminat Altına Alınması (Kiracıya Kefalet), Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof.Dr. Şeref Ertaş'a Armağan, C.19, Özel Sayı, 2017, s. 300-301; Eren, Borçlar Özel, s. 786; Yavuz/Acar/Özen, s. 809-810.

²²³ Y. 6. HD. 16.03.2015 T., 2015/2381 E., 2015/2504 K. sayılı kararı için bkz. Bilgen, s. 411.

²²⁴ Y. 6. HD. 28.09.2015 T., 2014/13353 E., 2015/7523 K. sayılı kararı için bkz. Bilgen, s. 413.

²²⁵ Eren, Borçlar Özel, s. 786; Kuşku durumlarda kefilin yükümlülüğünün daha fazlaya ilişkin olduğu yorumu kefile yarar sağlamıyorsa kefilin yükümlülüğü dar olarak yorumlanacaktır. Bkz. Özen, a.g.e., s. 169.

²²⁶ Özen, a.g.e., s. 318. Bununla birlikte Özen, müteselsil kefaletin yasayla öngörülmesi halinde de kefilin iradesi anlaşılamıyorsa bile adi kefaletin var olmayacağını belirtmektedir. Bkz. Özen, a.g.e., s. 318.

söz konusu olması açısından konu değerlendirilmiş ve mutlak olarak kefalet türünün belirlenmesi yerine genel kuralların yasal düzenlemeler çerçevesinde alacağı istisnai durumlar açısından sonuca gidilmiştir. Bu durumda sözleşme metninde şüpheyi yer bırakmayan bir açıklıkla kefaletin müteselsil olmadığı anlaşılmadıktan sonra söz konusu kefaletin TTK m. 7 hükmünden hareketle müteselsil olduğu kabul edilebilecektir. Bu durumda el yazısıyla belirtilme şartının yerine getirilmiş olmasına bakılmayacaktır.

Kanaatimizce TTK m.7/2 düzenlemesi adi kefalet karinesine²²⁷ ilişkin özel bir durum öngörmüştür. Ticari hayatın sürat, pratiklik ve alacağın karşılanamaması halinde paranın değer kaybından ve diğer ekonomik problemlerden etkilenilmeden ciroya ulaşılabilmesi ihtiyacı içinde alınan teminatların bir an önce paraya çevrilmesi gerekecektir. Esasen müteselsil kefalet ihtiyacının çıkış noktası da burasıdır. Bunun aksi yönde, bir an önce hareket ihtiyacını kısıtlayıcı düzenlemeler müteselsil kefalet oluşum ihtiyacı açısından bir çözüm sağlamayacaktır. Yine, basiretli tacirden beklenen özen yükümlülüğünün diğer kişilere nazaran hem hukuk düzeni hem de kamuoyunda daha üst bir düzeyde öngörülmesi ve tacirin hukuki destek ve kaynaklar doğrultusunda hareketinin yasa beklentisinin yerine gelmesi için daha fazla olacağı, yasanın en kötü ihtimali düşünerek oluşturduğu koruyucu tavrını burada sürdürmesine ihtiyaç hissettirmemektedir. Bu yüzden şüpheyi düşülmesi halinde adi kefaletin kabulü yönündeki kuralın ticari borca kefalette işletilmeyeceğini ve ticari işlemler bakımından asıl olanın müteselsil kefalet olması gerektiğini düşünüyoruz²²⁸.

2.2.1.5. Kira Sözleşmelerindeki Kefalet Açısından

Kira sözleşmelerine verilen kefaletlerin geçerliliği meselesinde kefaletin gelecekte doğacak, henüz doğmamış kira bedelleri borcuna ilişkin verilmiş olması meselesi önem arz eder. Gelecekte doğacak bir borca kefalet verilmesi için borcun

²²⁷ Özen, a.g.e., s. 297.

²²⁸ Arkan, s. 69.

belirli veya belirlenebilir olması gerekir²²⁹. Aynı şekilde borcun alacaklısının ve asıl borçlunun da belirli bir şekilde kefalet sözleşmesinde yer alması gerekir. Yine, hangi borca kefil olduğu yani borcun sebebi de kefalet metninden anlaşılabilmelidir. Herhangi bir sebepten kaynaklı gelecekte doğacak bir borca kefalet geçerli olmayacağından kira sözleşmesindeki kira borcunun hangi taşınmazın/taşınırın ne kadar süreyle kiraya verilmesinden kaynaklı olduğu belirtilmiş olmalı veya kefalet metninde asıl sözleşmeye yapılan atıfla belirlenebilecek olması gerekir. Yine, kefile ait nitelikli yazılılık koşulunun yerine gelmesi açısından kefil olma tarihinin, azami kefalet limitinin ve müteselsil kefalet iradesinin kefilin el yazısıyla belirtilmesi gerekecektir²³⁰. Kefalet sözleşmesinin aynı kâğıtta veya farklı bir kâğıtta yapılmış olması geçerliliği bakımından önem arz etmez²³¹. Bu konudaki diğer bir sorun kefalet azami limitinin belirtilmesi noktasında çıkabilir. Mülga 818 Sayılı BK döneminde azami kefalet limitinin yazılmaması halinde Yargıtay aylık kira bedelini aylık kira süresiyle çarparak kefilin sorumlu olacağı miktarı belirliyordu ve bunun belirlenebilir olması bakımından kefalet sözleşmesini geçerli sayıyordu²³². Fakat yeni düzenlemeyle kefalet azami limitinin kefilin el yazısıyla belirtilmesi şartı getirildiğinden artık buna gerek kalmamıştır. Bununla birlikte alınacak kefalet azami limitinin kira süresi boyunca ileride doğacak kira bedellerini de kapsaması isteniyorsa azami limitin aylık kira bedeliyle sınırlı olarak belirtilmemesi gerektiğini söylemek gerekir. Zira böyle bir durumda bunun kısmi bir kefalet olarak kabul edilmesi gerekecektir²³³. Eğer aylık belirtilen bir azami limit söz konusu ise bunun yanında kira süresinin veya kefalet süresinin de belirtilmiş olması halinde kanımızca kefilin borcu somutlaşmış olacağından kefaletin ileride doğacak kira bedellerini de kapsadığı kabul edilmelidir²³⁴. Bununla birlikte kira bedelleri dışındaki kiralananı

²²⁹ Reisoğlu, Kefalet, s. 47; Özen, a.g.e., s. 154.

²³⁰ Ayan, Kiracıya Kefalet, s. 299-300.

²³¹ Reisoğlu, Muteberlik, s. 378; Tandoğan, Kefalet, s. 41; Ayan, Kiracıya Kefalet, s. 299.

²³² Y. HGK. 22.03.2006 T., 2006/6-78 E., 2006/88 K.; Y. HGK. 24/05/2006 T., 2006/346 E., 2006/300 K.; Y. 13. HD. 03.06.2004 T., 2004/1406 E., 2004/8672 K.; Y. 12. HD. 18.05.2001 T., 2001/7879 E., 2001/8755 K. sayılı kararlar için bkz. <https://www.sinerjimevzuat.com.tr/index.jsf?dswid=2582#> (e.t. 06.11.2020)

²³³ Özen, a.g.e., s. 355; Reisoğlu, Kefalet, s. 39-40.

²³⁴ Ayan, Kiracıya Kefalet, s. 306.

özensiz kullanması, hasara uğratması, kiranın geciktirilmesi vb. kiracıya ait borçlara da kefil olunması mümkündür²³⁵. Yine, bu hususlar yönünden de kefil olunduğunun anlaşılması için ayrıca söz konusu kalemlerin belirtilmesi gerekecektir. Kanaatimizce buradaki kefaletin geçerli olması için kefilin sorumluluğunun öngörülebilmesi ve bireyselleştirilmesi açısından kefil olunan tüm borçların belirtilmesinden sonra bir azami limit gösterilmesi veya ayrı ayrı kefil olunan borç kalemlerinin belirtilip ayrı ayrı azami limit öngörülmesi suretiyle sözleşmede belirtilmesi gerekli geçerlilik koşulunu sağlayacaktır²³⁶.

Bir diğer sorun ise TBK m. 342 anlamında kiracının vereceği üç aylık kira güvence bedeli bakımından oluşmuştur. Esasen buradaki güvence bedelinin kiracının kefil olacağı azami limit açısından da kabul edilip edilmeyeceği konusu doktrinde tartışma yaratmıştır. Hükmün kaynak İsv. BK'daki karşılığı m. 257-e'ye baktığımızda ise maddenin ilk iki fıkrasının TBK'da yer değiştirildiği görülmektedir. Bununla birlikte İsv. BK'da maddenin ilk fıkrası *“Konut ve işyeri kiralarında kiracı para ya da kıymetli evrakı teminat olarak göstermek borcu altına girmişse...”* diye başlayan cümle²³⁷ karşılığı TBK m. 342/2'de ise *“Güvence olarak para veya kıymetli evrak verilmesi kararlaştırılmışsa...”* olarak başlatılmıştır. Görüldüğü üzere hem kaynak kanunun çevirisindeki farklılığa hem de düzenlemelerin farklı başlatılmasına göre TBK hükmünde anlam farklılığı oluşmuştur. TBK hükmünde kiracının vereceği güvence olarak para veya kıymetli evrak verilmesine ilişkin düzenlemenin ikinci fıkra da belirtilmesi, ilk fıkradaki tüm güvencelere ilişkin genel düzenlemeden sonra ikinci fıkra da daha dar kapsamıyla, sadece para ve kıymetli evrakla ilişkin bir düzenleme yapıldığı izlenimini uyandırmaktadır. Fakat bu yanlışlığı bahsedildiği gibi kaynak kanuna göre yapılan düzenlemedeki farklılıktan kaynaklanmaktadır. Nitekim TBK tasarı gerekçe maddesi m. 341'de bu konuda *“kiraya verenlerin, kiracıdan “depozito” veya başka ad altında ve kira bedeli, dışında kira sözleşmesinin yapıldığı sırada veya başka bir*

²³⁵ Özen, a.g.e., s. 150.

²³⁶ Özen, a.g.e., s. 233 vd.; Reisoğlu, Kefalet, s. 85; Baş, s. 133.

²³⁷ Ayan, Kiracıya Kefalet, s. 308-309.

zamanda güvence parası aldıklarına sıkça rastlandığından, bu uygulamaya karşı kiracıyı korumak amacıyla düzenleme getirilmiştir” denilerek buradaki güvencelerin depozito gibi güvence parası olduğu açıkça belirtilmiştir. Bu bakımdan kaynak kanun düzenlemesi ve tasarı gerekçesi göz önüne alınarak buradaki güvencelerden kastın kefalet olmadığı sonucuna ulaşılır²³⁸.

Belirtmek gerekir ki kefaletin TBK m. 600’e göre süreyle kısıtlanması mümkündür. Kanun koyucu böyle bir kayda ilişkin nitelikli yazılı şekil şartı öngörmediğinden kira sözleşmesinde de bu kaydın adi yazılı şekille belirtilmesi yeterli olacaktır²³⁹. Kira sözleşmesinin kendiliğinden yenilenmesi halinde kefaletin de kendiliğinden yenileneceğine ilişkin bir hükmün kararlaştırılmasıyla yenilenen kira dönemi için kefile başvurulabilmesi kanaatimizce mümkündür²⁴⁰. Esasen, azami sorumluluk sınırını rakamsal olarak belirtme zorunluluğu yasada düzenlenmediğinden, kefilin sorumluluk süresi en nihayetinde TBK m. 598/3 vd. fıkralarla yasal olarak sınırlandırıldığından²⁴¹ ve sorumluluğu böyle bir durumda belirlenebilir de olacağından bu haliyle düzenlenen bir sözleşmeyle kefilin sorumluluğuna gidilebilmelidir. Bununla birlikte böyle bir hüküm kefilin esas borcuna ilişkin sübjektif esaslı unsur olacağından kefilin el yazısıyla yazılması gerekecektir²⁴². Belirtmek gerekir ki mülga kanun yürürlük zamanındaki Yargıtay uygulamalarının TBK m. 583’ün yorumlanmasıyla da devam ettirildiği görülmektedir. Zira mülga kanun zamanında düzenlenen uzayan kira sözleşmeleri açısından, kira bedellerinin belirlenemeyeceği ve kefilin sorumluluk süresinin belirsiz olması nedeniyle böyle bir hükmün TBK m. 583’e aykırı olacağından

²³⁸ Doktrindeki hâkim görüş de bu yönde olup buradaki düzenlemenin depozitoya ilişkin olduğu belirtilmektedir. Açıklamaları için bkz. Yavuz/Acar/Özen, s. 328; Eren, Borçlar Genel, s. 407; Nevzat Koç, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu’nda Kira Sözleşmesine İlişkin Olarak Yapılan Yeni Düzenlemelerin Genel Değerlendirilmesi, İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 1, Sayı 1, 2014, s. 24; Ayan, Kiracıya Kefalet, s. 308-311; Ayan, Kiracıya Kefalet, s. 308.

²³⁹ Yargıtay kefilin borcunun öngörülebilir olması gerektiğinden kefalet süresinin belirtilmesi gerektiğini kabul etmektedir, YHGK 22.03.2006 T., 2006/78 E., 2006/88 K. sayılı ilamı için bkz. <https://www.sinerjimevzuat.com.tr/index.jsf?dswid=2582#> (e.t. 17.11.2020)

²⁴⁰ Ayan, Kiracıya Kefalet, s. 319

²⁴¹ Kefilin azami sorumluluk süresinin düzenlendiği TBK m. 598/3 vd. fıkra hükümleri emredici nitelikte olduğundan kefil bu süre sınırlamasını aşacak süreyle sözleşme yapmış olsa bile, yasada öngörülen nitelikteki süreyi aşan kısımda sorumlu olmayacaktır. Bkz. Özen, a.g.e., s. 604.

²⁴² Altaş, s. 18; Kocaağa, s. 96.

geçerliliği bulunmadığına ilişkin kararlar vermiştir²⁴³. Bununla birlikte yakın tarihli kararlarıyla uzayan kira dönemlerinde kefilin sorumluluğuna ilişkin kayıtların kefilin el yazısıyla yazılması halinde kabulü yönünde karar verildiği görülmektedir²⁴⁴. Kanaatimizce Yargıtay'ın bu uygulamasının hiçbir hukuki dayanağı yoktur. TBK m. 601 hükmüyle süresiz kefalet sözleşmesinin belli şartlarla da olsa öngörülmüş olması Yargıtay uygulamasını haksız kılmaktadır²⁴⁵. Yine, sözleşmeyle belirlenen uzayan kira dönemlerine ilişkin kayıtlar, kefilin sorumluluğunu da belirlenebilir kılacağından böyle bir kayıt yasanın amacıyla ters düşmeyecektir.

Eş rızası bakımından da kefilin borcuna atıf yapılarak rızanın alınması gerekecektir. Bununla birlikte kanaatimizce sözleşmedeki sübjektif esaslı unsurların da diğer objektif esaslı unsurlarla birlikte eş rızası metninde belirtilmiş olması yasanın amacına uygun olacaktır²⁴⁶.

²⁴³ “TBK’un 583. maddesi (BK’un 484.) hükmüne göre kefaletin geçerli olabilmesi için kefalet süresinin ve kefilin sorumlu olacağı miktarın sözleşmede gösterilmesi gerekir.”, Y. 6. HD. 30.11.2016 T., 2016/ 10661 E., 2016/7096 K.; “...583.maddesi hükmüne göre kefaletin geçerli olabilmesi için kefalet süresinin ve kefilin sorumlu olacağı miktarın sözleşmede gösterilmesi gerekir”, Y. 6. HD. 04.05.2016 T., 2015/9155 E., 2016/3632 K.; 01.12.2016 T., 2016/8906 E., 2016/5924 K. sayılı kararları için bkz. <https://www.sinerjimevzuat.com.tr/kullaniciGiris.jsf?dswid=2582#> (e.t. 21.12.2020).

²⁴⁴ Y. 3. HD’nin 19.06.2019 T., 2017/9228 E., 2019 /5563 K.; 07.11.2018 T., 2017/4264 E., 2018/11140 K.; Kararlar için bkz. <https://www.sinerjimevzuat.com.tr/kullaniciGiris.jsf?dswid=2582#> (e.t. 21.12.2020); Aynı hukuk dairesi bir başka kararında ise mülga kanun yürürlük zamanında imzalanan bir kira sözleşmesindeki ‘sözleşme süresi boyunca kefillerin sorumlu olduğu’ yönündeki sözleşme ibaresinin uzayan kira dönemleri için kefilin sorumluluk süresini belirleyeceğini kabul etmiştir. Y. 3. HD. 27.03.2019 T., 2017/6806 E., 2019/2674 K. sayılı kararı için bkz. <https://www.sinerjimevzuat.com.tr/kullaniciGiris.jsf?dswid=2582#> (e.t. 21.12.2020).

²⁴⁵ Ömer Çınar, Kiracı Lehine Yapılan Kefalet Sözleşmesinin Türk Borçlar Kanunu’na Göre Süreli ve Süresiz Kefalet Hükümleri Çerçevesinde Değerlendirilmesi, İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 1, Sayı 5, 2018, s. 165.

²⁴⁶ Baş, s. 124-125.

2.2.2. Kefilin İradesinin Sözleşmeye Yansıtılması Açısından

Bir hakkı kurmaya, değiştirmeye veya sona erdirmeye yönelik olarak söz konusu hukuki işlemin oluşmasını sağlayan temel kurucu unsur irade beyanıdır²⁴⁷. İrade beyanının kurucu unsur vasfı işlem iradesi olarak dışa vurulmasıyla yani açıklanmasıyla hukuk düzeninde dikkate alınır. İrade açıklamasında kullanılacak başlıca araçlardan biri de yazıdır. TBK m. 19/1’de sözleşmede belirtilen irade açıklamalarının yorumlanmasıyla ilgili olarak *“Bir sözleşmenin türünün ve içeriğinin belirlenmesinde ve yorumlanmasında, tarafların yanlışlıkla veya gerçek amaçlarını gizlemek için kullandıkları sözcüklere bakılmaksızın, gerçek ve ortak iradeleri esas alınır.”* hükmedilmiştir. Yargıtay eski tarihli bir kararında hâkimin, tarafların bilmeyerek ve hataen kullandıkları tabir ve isimlere değil, gerçek irade uyuşmasını göz önünde tutarak karar vermek zorunda olduğuna hükmetmiştir²⁴⁸.

Kanun, kefalet sözleşmesine ilişkin bir takım geçerlilik şartları öngörmüş ise de hiçbir zaman sıkı şekle bağlılık öngörmemiştir. Örneğin kıymetli evraklara ilişkin şekil hükümlerine göre senette belli kelimelerin kullanılması gerekmekte iken kefalet sözleşmesi için böyle bir hüküm öngörülmemiştir. Hatta şüpheye düşülmesi halinde kefilin sorumluluğunun dar olarak ve kefil lehine olacak şekilde yorumlanmasıyla taraf iradelerinin belirlenmesi kanunun şekil için güttüğü amaca da uygun olacaktır²⁴⁹.

Kefil olma iradesinin varlığı için kefil olunduğunun açıkça yazılması gerekmeyip, bu iradeyi ortaya koyan herhangi bir biçimde sözleşmenin imzalanmış olması yeterlidir. Yargıtay bir kararında, müşterek müteselsil kefalet şerhi başlığı altındaki imzalara rağmen imzaların üstünde “ipotek borçlusu” sıfatı yazılı olduğu bir banka Genel Kredi Sözleşmesi alacağı için açılan ilamsız takipte, kefalet şerhi

²⁴⁷ Ferhat Canbolat, Hukuki İşlemlerde Amaç, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2012, Cilt 20, Sayı 1, s. 65.

²⁴⁸ Bkz. Y. 15. HD., 04/04/1977 T., 1977/670 E., 1977/798 K. (<https://0-www-lexpera-com-tr.opac.bilgi.edu.tr/Print/PDF/YA801D19770404K1977798E1977670/i>)

²⁴⁹ Reisoğlu, Kefalet, s. 73; Özen, a.g.e., s.169, 173.

başlığı altında imzası bulunanların kefil sıfatıyla borçlu olmadığına kanaat getirmiştir²⁵⁰. Yine başka bir kararında, sözleşmede yer alan “... 'nun, ...'a olan borcunu 18.250,00 TL olarak ilerideki günlerde 01.12.2011 tarihinde ödemezse ben ödeyeceğimi taahhüt ediyorum” şeklindeki davalı beyanına ilişkin, yerel mahkemenin kefil olma beyanında hataya düştüğü gerekçesiyle davayı reddettiği kararı, davalının beyanından sorumlu olduğu yönünde karar vererek bozmuştur²⁵¹. Anılan davadaki davalı beyanının yerel mahkemece yorumlanış biçimi ve Yargıtay incelemesinin irdelenmesi gerekmektedir. Davalının böyle bir taahhütte bulunması sözleşmenin unsurları açısından incelendiğinde acaba kefalet değil de borca katılma olarak nitelendirilmeli midir? Borca katılma kurumu da 6098 Sayılı Kanun ile hayatımıza giren yeniliklerden biridir. Alacaklıya, borçlunun yanında bir başka kişiye başvurma imkânı tanınması açısından müteselsil kefalet kurumuna oldukça benzemekle birlikte birtakım farklılıkları bulunmaktadır. Kısaca

²⁵⁰ “Uyuşmazlık dava konusu takip dosyası dayanağı olan 23.12.2010 tarihli genel kredi sözleşmesini davacıların müşterek borçlu ve müteselsil kefil sıfatıyla imzalayıp imzalamadıkları noktasında toplanmaktadır. Söz konusu genel kredi sözleşmesinin aslının 31. sayfasında müşterek müteselsil kefalet şerhi başlığı altında kefil imzalarının bulunduğu kısımda davacıların imzasının üstünde “ipotek borçlusu” sıfatı yazılıdır. Aynı sayfada davacılar dışında imzaları bulunan kişilerin imzalarının üstünde ise “kefil” sıfatının yazılı olduğu görülmüştür. Bu durumda davacıların bu sözleşmeyi kefil olma iradesi ile imzaladıkları iddia edilemeyeceği gibi A.Ş. olarak kurulan ve bir güven kurumu olan davalı bankanın basiretli bir tacir gibi davranma ve özen yükümlülüklerini ihlal ettiği gözetilmeksizin yanılıgılı değerlendirme ile yazılı şekilde karar verilmesi doğru görülmemiştir.” Y. 19. HD. 09.06.2016 T., 2016/1084 E., 2016/10410 K., ve 23.10.2019 T., 2018/3777 E., 2019/4889 K. Sayılı kararı için bkz. <https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/pf/sorgula.xhtml> (e.t. 04.03.2020)

²⁵¹ “Dava, taraflar arasında imzalanmış olan belgeye dayalı olarak, davalının borçtan sorumlu olup olmadığına ilişkindir. Dosya içerisindeki bilgi ve belgelerin incelenmesinde; 18.10.2011 tarihli belgede ‘... 'nun, ...'a olan borcunu 18.250,00 TL olarak ilerideki günlerde 01.12.2011 tarihinde ödemezse ben ödeyeceğimi taahhüt ediyorum’ şeklinde beyanda bulunulduğu ve belgenin borçlu, Taahhüt eden davalı ... ve alacaklı davacı ... tarafından imzalandığı anlaşılmıştır.” “...davalının cenaze sırasında yanıtılması ve davacı tarafından hakkını helal etmeyeceği söylenerek korkutulması gibi bir olayın varlığı tartışılma konusu olmakla birlikte, cenaze sonrasında kısa sürede bu etkinin kalkmamış olmasının hayatın olağan akışına aykırı olduğu, 818 sayılı BK’nın 31. maddesi (6098 sayılı TBK’nın 39. maddesinde) düzenlenmiş olan ‘hata veya hile ile haledar olan yakut ikrah ile yapılan akit ile mülzem olmayan taraf bu akdi ifa etmemek hakkındaki kararını diğer tarafa beyan yahut verdiği şeyi istirdat etmeksizin bir seneyi geçirir ise akde icazet verilmiş nazariyle bakılır.” ... “..., davalının 1 yıl yıllık hak düşürücü süre geçtikten sonra müzayaka halinde bulunduğu ve borçtan sorumlu olmayacağına ilişkin savunmasının dikkate alınmayacağı ve davanın kabulüne karar verilmesi gerektiği düşünülmeyen davanın reddine karar verilmesi usul ve yasaya aykırı olup, hükmün bozulmasını gerektirmiştir.” Y. 13. HD. 04.03.2019 T., 2016/13844 E., 2019/2821 K. sayılı kararı için bkz. <https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/> (e.t. 04.03.2020)

bahsedecek olursak, borca katılanın borcunun kefaletten farklı olarak ilk başta ferî bir şekilde doğsa da sonraki aşamada ferî özellikte olmayışı onun ‘birlikte borç’ özelliğinde olduğunu göstermektedir. Bu bakımdan kefilin borcu ikincil nitelikteyken, borca katılanın borcu asli ve bağımsız bir borçtur. Dolayısıyla kefil borçlunun borcunu ödememesinden kişisel olarak sorumlu olmayı taahhüt ederken, borca katılan borçlu ile birlikte ödeme sorumluluğu altına girer²⁵². Bunların yanında, bir başka yorumla, doktrinde borca katılanın borcun ifasında ekonomik veya hukuki bir kazancı olacağı da ayırım kıstaslarından biri olarak öne sürülmüştür²⁵³. Ancak böyle bir durumun varlığını her somut olaya göre yorumlayıp ayırım açısından göz önüne almak gerektiği de yine belirtilmektedir. Açıklamalarımıza göre olaydaki taahhüt çeşidini değerlendirecek, öncelikle taahhütte kararlaştırılan vade göze çarpmaktadır. “... tarihinde ödemezse ben ödeyeceğim” ifadesiyle taahhüt verenin borcunun, bu vadede ödemenin yapılmaması halinde ancak doğacağı yönünde bir anlam ortaya çıkmaktadır. Yine buradaki ifadeden, belirtilen ileri tarihte asıl borçlunun borcunu ödeyeceği inancıyla hareket ettiği yönünde de bir kanı uyandırmaktadır. Dolayısıyla her ne kadar açıkça kefilliğe ilişkin ibare bulunmasa bile borca katılanın asıl borçluyla birlikte borç altına girme iradesinde olmadığını düşünüyoruz. Halihazırda asıl borcun zaten doğmuş olması, borca katılma iradesinde olacak kişinin çoktan ödemede bulunmasını gerektirmesi de bu kanımızı desteklemektedir. Buradan, taahhüdün kefalet iradesiyle verildiği şeklindeki yorumlama kanımızca uygun olacaktır. Yine, davalının savunmasında ‘kefillik’ ibaresini kullanmış olması ve mahkemedeki diğer söz ve eylemleri de yerel mahkemenin buradaki kanaatinin oluşmasına katkı sağlamış olabilir. Ayrıca, belirtilen kişisel teminata ilişkin şüphe arz eden durumlarda kefalet karinesinin uygulama alanı bulacağının kabulü de bunu gerektirecektir²⁵⁴. Bununla birlikte belirtmek gerekir ki Yargıtay’ın, sadece davalının sorumlu olacağına ilişkin irade sakatlığı hükümlerinin uygulama alanı

²⁵² Reisoğlu, Kefalet, s. 110; Gamze Turan Başara, Türk Borçlar Kanunu ile Getirilen Yeni Bir Müesses: Borca Katılma, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 63, Sayı 2, 2014, s. 429 vd.

²⁵³ Reisoğlu, Kefalet, s. 111.

²⁵⁴ Özen, a.g.e., s. 21.

bulup bulmayacağı yönündeki incelemesi kanımızca eksiktir. Buradaki kefalet iradesinin ve buna göre geçerlilik şartlarının oluşup oluşmadığının incelenmesi sonucu uyuşmazlığın karara bağlanması, Yüksek Mahkeme'nin hukuk güvenliğine sağlayacağı katkı açısından hiç kuşkusuz önem arz edecektir.

Günlük konuşma dilinde kullanılan ibarelerin bazen tarafların teknik ayrıntıyla ilgili bilgi eksikliği, bazen de yaygın kullanım olması sebebiyle sözleşmede de tercih edilmesi kefalet iradesinin belirlenmesi noktasında şüphe yaratabilmektedir. İradenin diğer kişisel teminat sözleşmelerinden borca katılma, garanti sözleşmesi, üçüncü kişinin fiilini taahhüt, kredi emri, aval, komisyoncu garantisi olup olmadığı noktasında sözleşme açıklanmaya ihtiyaç duyulabilir. Esasen kanunun bu sözleşme tiplerine kefalete ilişkin şekil şartının da uygulanacağını öngören madde²⁵⁵ hükmünün uygulama alanının geniş tutulmasının da bu anlamda uygulamada sorun yarattığı söylenebilir²⁵⁶. Öncelikle belirtmek gerekir ki sözleşmenin nitelendirilmesi konusunda netlik sağlanamamasına rağmen eğer bunun bir kişisel teminat sözleşmesi olduğu açık ise doktrinde kefalet karinesinden söz edilebileceği kabul edilmektedir²⁵⁷. Fakat ortada bir kişisel teminat sözleşmesinin olmadığının kabulü gerektiği hallerde böyle bir karineden bahsedilemeyecektir. Kefalet karinesinin tartışıldığı hallerde ise kuşkusuz sözleşme metni ifadelerine bakmak gerekecektir. Ancak kefalet sözleşmesinin dışındaki farklı hususlar da dikkate alınmalıdır²⁵⁸. Sözleşmede bu iradeyi gösteren kişinin başka bir sözleşme ilişkisinden kaynaklı sorumluluğunun değerlendirilmesinin gerekeceği durumlar mevcut olabilir. Sözleşme yapma konusunda yeterli bilgiye sahip olmayan kişiler bakımından hiç şüphesiz günlük konuşma dilindeki ifadelerle

²⁵⁵ TBK m. 603'de kefaletin şekil şartı ve kefil olma ehliyeti hükümleri, gerçek kişilerin verdiği diğer kişisel güvence teminatı sözleşmelerine de uygulanacağı belirtilmiştir.

²⁵⁶ Şamil Demir, Kefalet Sözleşmesinin Uygulama Alanı, TBB Dergisi, 2013, Sayı: 108, s.100; Ahmet Kılıçoğlu, Kefalet Benzer Sözleşmelerde Şekil (TBK m. 603 Hükmünün Eleştirisi), Banka ve Finans Hukuku Dergisi, C. 8, Sayı 32, 2019, s.2596.

²⁵⁷ Özen, a.g.e., s. 174.

²⁵⁸ Reisoğlu, Kefalet, s. 74.; Özen, a.g.e., s. 173; Özen, İsviçre-Türk Hukuku'ndaki hâkim görüşün, kefilin iradesinin belirlenmesi ve kuşku duyulması halinde kefilin sorumluluğunun fer'iliğine yönelik irade yorumlamasının kefalet sözleşmesi metni dışında kalan hususların da değerlendirilerek yapılması yönünde olduğunu belirtmiştir. Bkz. Özen, a.g.e., s. 176.

önem verilecekken güven müessesesi olma özelliği öne çıkan veya hukuki destekten yararlanma olanağı bulunan tacir kişilerin ve kurumların kullandığı ifadelerin teknik bakımdan daha çok anlam bulacağı açıktır. Fakat yalnızca borç altına girme iradesinin belirtilmesi elbette yeterli olmayacaktır.

Örneğin sözleşmede, bir şahıs şirketi ortağının, şirketin borçlarına yönelik sorumluluk limitini gösterip sorumluluk iradesini belirtmesi halinde, bunu hemen kefalet iradesi olarak nitelendirmek doğru olmaz²⁵⁹. Zira şahıs şirketlerinde ortaklar açısından sınırsız sorumluluk söz konusu olup şirket ortağı yasa gereği şirketin borçlarından ikinci derecede ve tüm malvarlığı ile zaten sorumlu olduğundan ortağın buradaki iradesini bu yönde değerlendirmek gerekir. Eğer ortağın kefalet iradesinde olduğu iddia edilecekse, ortak olarak zaten sorumluluğu bulunduğundan ayrıca kefalet iradesini açıkça belirtmiş olması aranacaktır. Elbette ki söz konusu kefalet iradesi, şirketin devredilmesi hali için daha da önem kazanacağından iradenin belirtilmesi gereklidir. Yine, bir şahıs şirketi ortağının, şirketi temsilen imzaladığı bir kefalet senedi açısından, ortağın şahsen mi yoksa temsil ettiği şirket adına mı işlem yaptığı noktasında kuşkusuz TTK m. 223 maddesine²⁶⁰ uygun kefalet ehliyetinin bulunup bulunmadığının kontrolü gerekecektir. Konu ile ilgili olarak Borçlar Kanunu'nun yetkisiz temsile ilişkin hükümlerine başvurmak gerekmekte birlikte alacaklının yetkisizliği bilip bilmemesi de önem arz edecektir.

Aynı bağlamda, bir Yargıtay İçtihatı Birleştirme Kararında, yerel mahkemenin, bankanın teminat mektubunda kefalet sözcüğünü vurgulamasına rağmen kefilliğinin kabul edilmesini mülga Medeni Kanun 4. Maddesine göre hakkaniyet ve iyiniyet kaidelerine aykırı bulmuş, bunun garantörlük olarak kabul edilmesi gerektiğini belirtmiştir²⁶¹. Yine garanti sözleşmesi ve kefalet sözleşmesi arasındaki farkı bilmesi beklenmeyecek bir kişinin, sözleşmede açıkça kefalet

²⁵⁹ Battal, s. 39-42; Özen, a.g.e., s.174.

²⁶⁰ Bkz. <https://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.5.6102.pdf>.

²⁶¹ Yargıtay İçtihatı Birleştirme Kararı (Y. İBK.) 11.06.1969 T., 1969/4 E., 1969/6 K. <https://www.lexpera.com.tr/ictihat/yargitay/ictihatlar-birlestirme-hgk-e-1969-4-k-1969-6-t-11-06-1969>.

ilişkin ibare kullanmayıp günlük konuşma dilinde kullanıldığı üzere ‘Borçlunun borcu ödeyeceğine garanti veriyorum.’ ya da ‘Borca garanti veriyorum.’ gibi ‘garanti’ ibaresini kullandığı bir irade şeklinde kişinin kefil olma yönünde beyanda bulunduğu kabul etmek gerekir²⁶². Zira bu beyanın temel ilişkideki borçtan bağımsız olarak verildiğini düşünmek, borçlunun edimini yerine getirmemesinden doğacak tüm zararı üstlenmek istediğini düşündürmektedir. Ancak bu durum teminat veren için borçtan daha fazla bir sorumluluk yaratacağından bu durumda kefillik değil de garantör iradesinin olduğunu kabul etmek hakkaniyetli bir yorum şekli olmayacaktır. Yargıtay HGK bir kararında kefalet limiti belirtilmemesi ve teminat verenin teminat vermede menfaatinin olması nedeniyle verilen teminatın Yerel Mahkemece garanti sözleşmesi olarak yorumlandığı bir kararı haksız buluştur. Karara konu sözleşmenin garanti sözleşmesi unsurlarını taşımadığı gibi kefalet limiti belirtilmediğinden ortada yalnızca geçersiz bir kefalet sözleşmesi olduğunun kabul edilmesini gerektiğine hükmetmiştir²⁶³. Yargıtay HGK.’nın 2001 tarihli bir

²⁶² Özen, a.g.e., s. 174-175.

²⁶³ “... Bu sözleşmede “15.08.2007 tarihinden itibaren Kamaş Nakliyat İnş. Ltd. Şti’nin Molu Petrol Ürünleri Ltd. Şti’den alacağı her türlü akaryakıt bedelini senetli veya senetsiz borçlarını ödemediği takdirde kayıtsız şartsız banka faizleri dahil ben ... bizzat tarafımdan ödenecektir (sorumluyum)” denilerek, bu beyanların altı teminat veren sıfatı ile limitle sınırlı olmaksızın hem davalı ... tarafından hem de davacı tarafından imzalanmıştır.

...
Taraflar arasındaki sözleşmenin başlığı “Kefalet Sözleşmesi” olduğundan sözleşmede kullanılan sözcük ve deyimlerin fer’i kıstaslardan olan “sözleşmede kullanılan deyimler” kıstasına göre ilk bakışta bir kefalet sözleşmesi olduğu intibai oluyor ise de, sadece bu deyim ve sözcüklere dayanılarak sözleşmenin niteliğinin belirlenmesi doğru olmayacağı gibi mümkün de değildir. Nitekim yukarıda değinilen 11.06.1969 tarihli ve 1969/4 E, 1969/6 K. sayılı YİBK’da da banka teminat mektuplarında kullanılan kefalet sözcüğü vurgulamasına rağmen, bu ilişkinin bir kefalet değil, garanti sözleşmesi niteliğinde olduğu açık bir şekilde kabul edilmiştir.

Ana kıstasların dava konusu sözleşmeye uygulanmasına gelince; yukarıda da değinildiği üzere, davalı ... tarafından borçlu Kamaş Nakliyat İnş. Ltd. Şti.’nin davacıdan alacağı her türlü akaryakıt bedelini ödememesi durumuna yönelik teminat verilmiştir. O hâlde borçlu ile davacı arasındaki akaryakıt satış sözleşmesinden doğacak borçlar için davalı tarafından teminat verildiği gözetildiğinde buradaki teminat beyanı, bağımsızlığını ve asli niteliğini kaybederek fer’i nitelik yani asıl borca bağlı hâle gelmiştir. Bu hâliyle davalı tarafından verilen teminat ile teminatın kefalet amacına yönelik olduğu intibai borçluya verilmiş bulunmaktadır. Keza, teminat veren sözleşme ile bağımsız bir borcu değil, asıl borçlunun sorumluluğunu yüklenmiş olduğundan ikinci ana kıstas bakımından da bir garanti sözleşmesinin varlığından söz edilemeyecektir.

Diğer bir ana kıstas olan, teminat veren kimsenin bu sözleşmeyi yapmakta menfaati olup olmadığının da incelenmesi gerekmektedir. Her ne kadar dosya kapsamından yol yapım ihalesi alan davalının yol yapım işinin ilerlemesi için dava konusu sözleşmeyi yapmakta menfaatinin olduğu kabul edilse dahi yukarıda bahsedildiği üzere bu kıstas tek başına kesin bir ayırımı imkân vermemektedir. Bu durumda menfaat kıstası diğer kıstaslarla birlikte değerlendirildiğinde dava konusu sözleşmenin garanti sözleşmesi olduğunu göstermemektedir.

kararında ise sözleşmenin niteliğinin tespiti ve yorumunda teminat verenin iradesinin titizlikle değerlendirilmesi gerektiğini, bu konudaki kıstasları doktrine atıfta bulunarak belirtmiştir²⁶⁴.

Türk-İsviçre hukukunda ve örnek içtihatlar doğrultusunda söylenebilir ki Yargıtay'ın da benimsediği ve hâkim olan görüşe göre, her ne kadar kefalet sözleşmesinin geçerli olması kanundaki şekil prensibine uyulmuş olmasıyla doğru orantılı olsa da kefilin iradesi, kefalet metninin lafzıyla bağlı kalınmayarak diğer hususlar çerçevesinde ele alınmak gerekmektedir²⁶⁵. Alman Hukukunda da etkin

...
Bu durumda, dava konusu sözleşmenin kefalet sözleşmesi niteliğinde olduğu ve 818 sayılı BK'nın 484. (6098 sayılı TBK m.583.) maddesi gereğince kefilin sorumlu olduğu miktarın sözleşmede belirtilmemiş olması karşısında kefalet sözleşmenin bu hâli ile geçersiz olduğu anlaşılmaktadır. Bu itibarla mahkemece, anılan hususlar karşısında bu sözleşmeye dayalı olarak davacının dava dışı Kamaş Nakliyat İnş. Ltd. Şti. 'nin borcunu davalıdan talep edemeyeceği gözetilerek davanın reddine karar verilmelidir." Y. HGK. 23.05.2019 T., 2017/1731 E., 2019/608 K. Sayılı kararı için bkz. <https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/> (e.t. 14.03.2020)

²⁶⁴ "Bu kıstaslardan ilk gurubu yardımcı olarak belirlenen kıstaslardır ki, bunlar ana hatları itibarıyla; sözleşmede kullanılan deyimler, üstlenilen rizikonun niteliği, borçlu yerine ifa veya tazminat ödeme yükümlülüğü, para borcunun tekeffülü veya bir fiilin tekeffülü gibi kriterlerdir. Bunlar, aşağıda belirtilecek ana kıstasların yanında kullanılması mümkün olan ferî nitelikteki kriterlerdir. Yine doktrin ve anılan İBK'da belirlenmiş olan ana kıstaslara gelince; bunlardan ilki, asli-ferî yükümlülük kriteridir. Buna göre, garanti veren bağımsız bir borç altına girmekte olup, bu yükümlülüğün bir başka borç ile ilgisi yoktur, Kefalette ise, asıl olan bir başka borcun (temel ilişki) olması ve verilen teminat ile o borcun ödenmesinin sağlanmasıdır. Doktrine göre de bir başka borç ilişkisine yollamada bulunulması ferîlik karinesini teşkil eder. Ana kıstaslardan ikincisi, yükümlülüğün kapsam ve niteliği teşkil eder. Buna göre, asıl borçlu gibi yükümlülük altına girme amacını taşıyan sözleşme kefalet, asıl borçlunun borcunu aşabilecek, bir başka deyimle, lehine taahhüt altına girilen alacaklının hiçbir şekilde zarara uğramayacağını temine yönelik sözleşme ise, garanti sözleşmesi olarak nitelendirilmesi gerekmektedir. Ana kıstaslardan bir diğeri ise, menfaat kıstası olup, buna göre kefalet ilişkisinde kefalet verenin bu ilişkide bir yararlanma amacı olmadığı halde, garanti sözleşmesinde ilke olarak, böyle bir teminat verenin yararı olduğudur. Nihayet, ana kıstaslardan bir diğeri ise, kişiye yönelik teminat verme kıstası olup buna göre teminatın bir kişi göz önünde tutularak verilmesi kefalete işaret olacak, böyle değil de objektif olarak belli bir sonucun gerçekleşmesi amacıyla yönelik olarak verilmesi halinde, garanti sözleşmesinin amaçlandığı kabul edilecektir (Bütün bu açıklamalar için bkz. Prof. Dr. S. Reisoğlu, Türk Hukukunda ve Bankacılık Uygulamasında Kefalet, Ank. 1992 sh. 78 vd., Prof. Dr. H. Tandoğan, Borçlar Hukuku, Özel Borç ilişkileri, C. II 3. Bası, Ank. 1987, Sh. 818 vd., Prof. Dr. K. Tunçomağ, Türk Borçlar Hukuku, İst. 1997 Cilt I, Sh. 980 vd., Dr. H. Becker, İsviçre Medeni Kanun Şerhi, Borçlar Kanunu, Genel Hükümler, Madde 111). " Y. HGK. 4.7.2001 T., 2001/19-534 E., 2001/583 K. Sayılı Kararı için bkz. <https://adanabarasu.org.tr/tr/barodan-haberler/kefilin-sorumlulugu-belirsiz-olamaz> (e.t. 21.04.2020); Başka bir kararında ise sözleşmede belirlenen teminat tipi açısından yalnızca 'garantör' ibaresinin kullanılıp kullanılmadığına bakmamış, ayrıca teminat verenin sorumluluğunun kapsamından yola çıkarak kefalet sözleşmesi yerine garanti sözleşmesinin varlığını kabul etmiştir. Y. 3. HD. 08.04.2019 T., 2017/6543 E., 2019 /3083 K. sayılı kararı için bkz. <https://www.sinerjimevzuat.com.tr/kullaniciGiris.jsf?dswid=2582#> (e.t. 21.12.2020)

²⁶⁵ Reisoğlu, Kefalet, s. 62.

olan diğer görüş ise, kefalet iradesi yorumlanırken sözleşme dışı olgulara ancak kefalet senedinde dayanağı bulunduğu ölçüde başvurulmalıdır²⁶⁶. Eğer kefalet sözleşmesindeki ifadeler, metinde taraf iradelerine uygun hiçbir anlam, işaretle örtüşmüyorsa yazılı şekil şartı gerçekleşmiş sayılmadığından ortada geçerli bir kefalet sözleşmesi bulunmadığı kabul edilecektir. Ancak bu görüş, kefalet sözleşmesindeki dayanağın bulunup bulunmadığı noktasında daha çok sübjektif nitelikte sonuç yaratması sebebiyle öğretide çokça eleştirilmektedir²⁶⁷. Kanaatimizce tereddüt halinde sözleşmenin yorumunda TBK m. 19'a göre tarafların gerçek amaçlarını gizlemek için kullandıkları sözcüklere bakılmaksızın gerçek ve ortak iradeleri esas alınmak gerekir. Bunun için kefalet sözleşmesi metnindeki ifadelerle takılmadan taraf iradelerinin yorumlanması noktasında gerektiğinde sözleşme metni dışındaki kaynaklara da başvurmak gerekmektedir.

Birden fazla sayıdaki işlem için hazırlanmış matbu sözleşmeler, tarafların üzerinde tartışmasına imkân bırakılmadığı ve çoğu zaman bir tarafa dayatılan sözleşmeler olması sebebiyle genel işlem koşulu sayılmaktadır²⁶⁸. Kefalet sözleşmesiyle sorumluluk altına giren kefilin durumunu ağırlaştıran, sözleşmenin niteliğine ve işin özelliğine yabancı olan taraflar arasındaki her türlü anlaşma TBK m. 21/1 ve m. 25'e göre kural olarak genel işlem koşulu sayılacaktır. Kanundaki şekil prensibinin temel amacı kefilin korumak olduğundan buna paralel olarak kefilin sorumluluğunu kaldıran veya hafifleten anlaşmalar herhangi bir şekil prensibinden varestedir²⁶⁹.

²⁶⁶ Dietrich Reinicke/Klaus Tiedtke, Bürgschaftsrecht, Neuwied/Kriftel/Berlin, 1995, s. 26 (Özen, a.g.e., s. 170'ten naklen)

²⁶⁷ Özen, a.g.e., s. 173.

²⁶⁸ Atamer, s. 22; Dağdelen, s. 639 vd.

²⁶⁹ Y. 19. HD. 07.02.2019 T., 2018/1131 E., 2019/754 K. sayılı ilamı için bkz. <https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/pf/sorgula.xhtml> (e.t. 21.04.2020); Aynı yönde bkz. Yavuz/Acar/Özen, s. 803; Özen, a.g.e., s. 239; Eren, Borçlar Özel, s. 783; Tandoğan, Kefalet, s. 43; Özkan Şahin, s. 1291 (dn. 12).

2.2.3. Asıl Borcun Bireyselleştirilmesi

Belirlilik ilkesi gereğince kural olarak sözleşmenin objektif esaslı unsurlarının yani asıl borçlu, alacaklı, borcun niteliği, kapsamı ve borçlanma sebebinin kefalet senedinde gösterilerek asıl borcun bireyselleştirilmesi sağlanmalıdır²⁷⁰. Bu unsurların eksikliği halinde ise kefalet sözleşmesindeki diğer unsurlar vasıtasıyla eksik unsurlar belirlenebiliyorsa kefalet sözleşmesinin geçerliliği etkilenmeyecektir²⁷¹.

Kefaletin fer'iliği ilkesi gereği kefalet borcunun varlığının asıl borcun varlığına ve geçerliliğine bağlı olduğu daha evvelki açıklamalarımızda da değinilmişti²⁷². Kefalet belgesinden kefilin fer'i nitelikte bir sorumluluk üstlendiğinin anlaşılması ve hatta şüpheye düşüldüğü takdirde kefilin bu doğrultudaki beyanlarının incelenmesi ve kefil olma iradesi tayin edilmesi gerekmektedir²⁷³. Zira kefalet borcunun ferî karakteri, ferdileştirilmiş bir borç için tekeffülü zorunlu kılmaktadır²⁷⁴.

Belirtmek gerekir ki daha önce de değindiğimiz üzere Türk-İsviçre Hukuku'ndaki hâkim görüş doğrultusunda kefalet iradesinin belirlenmesinde salt kefalet sözleşmesi metni ifadelerine değil bunun dışındaki farklı hususlar da dikkate alınmalıdır²⁷⁵. Kefalet asıl borca bağlı olmakla birlikte asıl borcun kendisi değildir. Zira kefalet sözleşmesinin, yasa tanımında, borçlunun alacaklıya olan borcunu ifa etmemesinin sonuçlarından kefilin sorumluluk üstlendiği sözleşme olduğu belirtilmiştir. Yani kefilin asıl borcu aynen ifa zorunluluğu yoktur²⁷⁶. Bu yüzden de

²⁷⁰ Ayrancı, Cari Hesaba Kefalet, s. 110 vd.

²⁷¹ Tandoğan, Kefalet, s. 44; Baş, s. 130.

²⁷² Bkz. bu çalışma, I., 1.2.2., s. 16 vd.

²⁷³ Reisoğlu, Kefalet, s. 134; Reisoğlu, Muteberlik, 339; Tandoğan, Kefalet, s.44; Ayrancı, Cari Hesaba Kefalet, s. 111; Elçin Grassinger, s. 88 vd.; Demir, 104.

²⁷⁴ Y. HGK. 6.11.2018 T., 2018/19-689 E., 2018/1624 K. sayılı ilamı için bkz. <http://kazanci.com.tr/gunluk/hgk-2018-19-689.htm>.

²⁷⁵ Reisoğlu, Kefalet, 61 vd., 74; Reisoğlu, Muteberlik, s. 357 vd.; Özen, a.g.e., s. 168 vd.; Tandoğan, Kefalet, s. 44.

²⁷⁶ Reisoğlu, Kefalet, s. 28.

kefil, para ile tazmin edebileceği kanuni her türlü borç için sözleşme yapabilir. Kefalet sözleşmesinde kefaletin azami miktarının belirtilmiş olması da tek başına asıl borcun bireyselleştiğini göstermez. Asıl borç, ileride doğacak veya geciktirici şarta bağlı bir borç olsa bile, tutarının belirli veya belirlenebilir olması gerekir²⁷⁷.

Yine, herhangi bir borç için kefalet verilemez²⁷⁸. Borcun hangi hukuki ilişkiye dayandığının belirli olması gerekir. Eğer birden fazla asıl borç söz konusuysa da bunlardan hangisine kefil olunduğu sözleşmeden anlaşılabilmesi, birden fazla borç için kefil olunmuş ise bunun somutlaştırılması, asıl borçların hangi hukuki ilişkiye dayandığının belirtilmesi gerekmektedir²⁷⁹. Örneğin, “A’nın B’ye olan tüm borçlarına kefilim.” şeklindeki bir ifadede borç belirli veya belirlenebilir değildir, borcun sebebi belirtilmemiştir. Genellikle banka genel kredi sözleşmelerinde banka müşterisinin doğmuş veya doğacak tüm borçlarına kefil olunduğu yönünde kefalet beyanları alındığı görülmektedir. Bu durumda ‘doğmuş borçlar’ ve ‘tüm borçlar’ ifadelerinden hareketle acaba belirlilik ilkesine uyulmadığı söylenmeli midir? Öncelikle belirtmek gerekir ki kefil, asıl borçlu banka müşterisine kefil olurken yalnızca sözleşme imzalandığı zamanki krediye kefil olduğunu sanmasına rağmen bankalar imzalanan genel kredi sözleşmesine dayanarak müşterisine daha sonraki zamanlarda, birden fazla kredi kullandırmaktadırlar. Esasında burada banka ile müşterisi arasında bir tek hesap veya bir cari hesap ilişkisi olup genel kredi sözleşmesinde kredi üst limitine kadar müşteriye kullanılacak tüm kredilere genel kredi sözleşmesinde atıf yapılmaktadır. Bu anlamda kefilin, kefalet sözleşmesi kurulmasıyla mevcut borçlara veya daha sonra banka ile müşterisi arasındaki kredi ilişkisine dayanan doğacak kredi borçlarına kefil olduğu anlaşılmalıdır. Zaten aksi durum yani kefalet

²⁷⁷ Reisoğlu, Kefalet, s. 36-37; Elçin Grassinger, s. 86; Ayrancı, Cari Hesaba Kefalet, s. 111; Baş, s. 131; Özen, a.g.e., s. 234; Barlas, Şekle Bağlı Sorunlar, s. 5; Tandoğan eğer kefilin borçtan sorumlu olduğu tarih itibarıyla kefalet limiti, asıl borç tutarının üstünde ise asıl borç tutarının kefalet sözleşmesinde gösterilmesinin borcun bireyselleştirilmesi bakımından önemli olabileceğini belirtmekle birlikte, bunun mutlaka rakamla belirtilmesinin gerekli olmadığı görüşündedir. Bkz. Tandoğan, Kefalet, s. 46.

²⁷⁸ Yavuz/Acar/Özen, s. 802; Tandoğan, Kefalet, s. 45.

²⁷⁹ Reisoğlu, Muteberlik, s. 381.

sözleşmesi kurulması anına kadar mevcut kredi borçlarına da kefil olunduğunun düşünülmesi TBK m. 589/3 hükmüne de aykırılık teşkil edecektir. Zira madde hükmüne göre sözleşme öncesinde kullandırılan kredilere de kefil olunduğunun kabul edilebilmesi için bunun açıkça kararlaştırılmış olması gerekmektedir²⁸⁰. Sorunun tüm kredi borçlarından sorumluluğa ilişkin kısmı açısından ise, bu türden ifadelerle ilişkin kefalet beyanının güven ilkesi çerçevesinde ele alınması gerekecek ve kefalet sözleşmesinin geçerli olduğu buna göre tayin edilecektir²⁸¹. Belirtmek gerekir ki, kefil her zaman için bu türden borca kefil olduğu halde sözleşmeye kefaletini sınırlayacak bir şerh düşebilecek, örneğin yalnızca kefalet sözleşmesini imzaladığı zamanki kullandırılacak ilk kredi için kefil olduğunu sözleşmede belirtebilecektir²⁸².

²⁸⁰ TBK m. 589/3 hükmü aynen şu şekildedir: “Sözleşmede açıkça kararlaştırılmamışsa kefil, borçlunun sadece kefalet sözleşmesinin kurulmasından sonraki borçlarından sorumludur.”

²⁸¹ Reisoğlu (Muteberlik), s. 341; Reisoğlu ayrıca, bir cari hesaba kefil olduğu takdirde, kural olarak tek bir borç için değil, sınırı belli farklı zamanlarda ve farklı miktarlarda açılan kredi borçlarının kefaletin kapsamında olduğunu belirtmiştir. Bkz. Reisoğlu, Kefalet, s. 41; Barlas’ın da belirttiği üzere, özellikle uygulamada banka sözleşmelerinde sıkça rastlanan “...müşterinin banka ile olan herhangi bir ilişkiden dolayı bankaya karşı ileride doğacak her türlü borçları için... kefilim” şeklindeki ibareler, ileride doğacak borçların hangi borç ilişkisinden kaynaklandığı belli olmadığı veya belirlenemeyeceğinden geçerli değildir. Öte yandan, bir cari hesap ilişkisi kuran genel kredi sözleşmeleri, kullandırılan ve ödemesi yapılan kredilerden sonra boşalan limit dahilinde farklı zamanlarda ve miktarlarda tekrar kredi kullandırıldığı müddetçe kefil ‘doğacak borca kefil’ olmaya devam edecektir. Bu anlamda genel kredi sözleşmeleri, kullandırılan tüm kredi ilişkileri için bir çerçeve sözleşme niteliğinde olacak ve böyle bir borç belirlilik ilkesine aykırılık teşkil etmeyecektir. Bununla birlikte alacaklı bankanın müşterisinden tahsil edemeyeceğini bile bile verdiği krediler açısından alacaklının tutumu TMK m.2 anlamında iyiniyet kurallarıyla bağdaşmayacağından kefilin sözleşmeden dönmesi mümkündür. Bkz. Barlas (Şekle Bağlı Sorunlar), s. 5; Özen’e göre kefil, belirli kredi sözleşmesi görüşmeleri sırasında işin içerisine girdiğinden belirli bir kredinin alınmasını amaçlamaktadır. Bu bakımdan bankanın, kefilin beyanını belirli somut bir kredi ilişkisinden dolayı sorumluluk üstlendiği şeklinde yorumlarsa güven ilkesine uygun davranmış olacaktır. Bkz. Özen, a.g.e., s. 209; Tandoğan da asıl borcun iyi niyet kurallarına göre sadece kefalet senedine göre değil kefaleti çevreleyen koşullara göre yorumlanması gerektiğini belirtmekle birlikte bunun kefilin koruma amacına uygun olarak sorumluluğu genişletici olmaktan çok daraltıcı biçimde yorumlanması gerektiğini belirtmiştir. Bu uğurda yapılacak yorumla, bir genel kredi sözleşmesine veya cari hesaba kefil olunabileceğini belirtmektedir. Bkz. Tandoğan, Kefalet, s. 46; Ayrancı’ya göre, cari hesap sözleşmesinden kaynaklanan borçların ve hukuki sebeplerinin belirli veya belirlenebilir olmasına gerek yoktur. Zira cari hesap ilişkisi sona erdiğinde hesap kat edilecek ve kefil buna göre pasif bakiye için kefalet vermiş olacaktır. Eğer aktif bakiye vermişse aksine bir anlaşma olmadıkça kefilin kefalet sorumluluğu devam edecektir. Bu bakımdan cari hesap sözleşmesinde borçların tespiti zor olmadığından kefalet geçerli olacaktır. Bkz. Ayrancı, Cari Hesaba Kefalet, s. 116; Elçin, s. 16 vd.

²⁸² Elçin Grassinger, s. 128.

Kefalet sözleşmesi ileride belirlenecek bir alacaklı ile yapılabilir²⁸³. Zira kefalet sözleşmesini alacaklının imzalaması zorunluluğu bulunmadığı gibi alacağın devri ile alacaklının değişmesi mümkündür. Bu bakımdan alacaklının kim olacağının sözleşmeden anlaşılması yeterlidir. Zaten yeterince bireyselleştirildiği takdirde hamiline düzenlenen bir kefalet senedinde asıl borca bakılarak alacaklının kim olduğu anlaşılabilir²⁸⁴. Bununla birlikte alacaklının kefalet senedinde ismen belirtilmesine gerek bulunmamasına rağmen asıl sözleşmede taraf belirtilmediği durumda kefaletin geçerliliği için kefalet sözleşmesinde alacaklının isminin belirtilmesi gerekecektir²⁸⁵.

Asıl sözleşmenin bir diğer tarafı olan asıl borçlu bakımından ise durum farklıdır. TBK m. 198/2 hükmüne göre borcun devriyle borçlunun değişmesi halinde kefilin sorumluluğu, ancak buna yazılı olarak rıza vermesi halinde devam edecektir. Gerçekten de borçlunun değişmesi kefil açısından önemli bir durumdur. Zira kefil, ödeme gücünden emin olmadığı veya acze düştüğü, borcu ödeyemeyeceği belli olan bir borçlu için kefil olmaya devam etmek istemeyecektir. Daha evvel de belirttiğimiz üzere kefil en başta asıl borçlunun borcunu ödeyeceğine güven duygusuyla hareket etmektedir. Bu bakımdan asıl borçlunun kim olduğu kefalet sözleşmesinde belirli veya belirlenebilir olmadıkça asıl borcun bireyselleştiği söylenemez. TBK m. 198/2 lafzına bakıldığında da bu konuda sadece borcun belirli veya belirlenebilir olmasının da yeterli olmayacağı anlaşılmaktadır²⁸⁶. Kefilin üstlendiği sorumluluğun öngörülebilir olmasına yarar sağlayacak şekilde borcun bireyselleştirilmesi gerekir.

²⁸³ Reisoğlu, Muteberlik, s. 382.

²⁸⁴ Reisoğlu, Kefalet, s. 37; Özen, alacaklısının isminin geçmediği bir kefalet sözleşmesinin belirli olmayan bir muhabata yönelik öneri niteliğinde olacağını belirtmektedir. Daha sonra asıl borcun alacaklısı konumuna gelmiş kişinin bu öneriyi kabul etmesiyle kefalet sözleşmesinin kurulacağını belirtmektedir. Bkz. Özen, a.g.e., s. 234; Yavuz/Acar/Özen, s. 788; Tandoğan, Kefalet, s. Reisoğlu, Muteberlik, s. 337; Reisoğlu, Kefalet, s. 33.

²⁸⁵ Reisoğlu, Muteberlik, s. 382.

²⁸⁶ Özen, a.g.e., s. 235.

2.2.4. Sübjektif Esaslı Unsurlar

Sözleşmenin kurulması için anlaşmaya varılması zorunlu olmayan yan unsurların, taraflarca sözleşmenin esaslı unsuru haline getirildiği durumlarda sübjektif esaslı unsurun varlığından söz edilecektir²⁸⁷. Sübjektif esaslı unsurlar, kefilin durumunu hafifleten veya ağırlaştıran türden olabilir, sözleşmenin başlangıcında kararlaştırılabilir veya daha sonradan sözleşmede yapılan değişlikle ortaya konabilir. Bu tür kayıtlar kefilin esas edimi olan asıl borçlunun borcunu teminatlandırmanın dışındaki bir yan unsurdur. Eğer bu tür kayıtlar yoklukları halinde sözleşmenin yapılmayacağı anlamına geliyorsa, söz konusu kayıtların sözleşmede yer alması gerekir²⁸⁸.

Genel anlamda sözleşmenin objektif esaslı unsurlarının kefaletin şekline uygun belirtilmesi gereği kabul²⁸⁹ edilmekle birlikte, sübjektif esaslı unsurlar açasından bir takım fikir ayrılıkları bulunmaktadır. Bir görüşe göre, objektif esaslı noktalarda olduğu gibi sübjektif esaslı noktaların da sözleşmenin kurulması için şekil şartlarına uygun düzenlenmesi gerekir²⁹⁰. Buna göre kefilin iradesine yönelik tek taraflı olarak getirilmiş olan kanuni şekil şartlarının, yasada belirtilmese bile kefilin iradesinde belirleyici olan, taraflarca kararlaştırılmış (sübjektif esaslı) unsurlar bakımından da uygulanması gerekecektir. Aynı doğrultuda, sübjektif unsurların şekle tabiyeti örneğin o kaydın başka bir sözleşme niteliği taşımasına sebep verecek nitelikteyse asıl metnin içinde şekle tabi olarak yer verilmesine gerek bulunmamaktadır²⁹¹. Yine bir örnekle açıklamak gerekirse, bir satım sözleşmesinin

²⁸⁷ Oğuzman/z, C. 1, s. 160-161; Yavuz/Acar/zen, s. 803; Tandoğan, C. 1, s. 228; Karahasan, Sözleşmeler, s. 171-173; Pulaşlı, s. 19.

²⁸⁸ Karahasan, zel Hkmler, s. 1432;

²⁸⁹ Oğuzman/z, C. 1, s. 160; Karahasan, zel Hkmler, s. 1432; Yavuz/Acar/zen, s. 802-803; Yavuz, Kefalet, s. 28; Tandoğan, C. 1, s. 228; Karahasan, Szleşmeler, s. 117; Pulaşlı, s. 19; Altaş, s. 12.

²⁹⁰ Oğuzman/z, C. 1, s. 160; Karahasan, zel Hkmler, s. 1432; Yavuz/Acar/zen, s. 803; Yavuz, Kefalet, s. 28; Tandoğan, C.1, s. 228; Karahasan, Sözleşmeler, s. 171; Pulaşlı, s. 19; Ayrancı, İfanın Sonuçları, s. 100; Elçin Grassinger, s. 94. Altaş, s. 16; Kocaağa, s. 93 vd.; Bu konuda doktrindeki diğer görüşler olan objektif görüş ve sübjektif görüşler için bkz. Altaş, s. 56-60; Eren, Borçlar Genel, s. 285.

²⁹¹ Oğuzman/z, C. 1, s. 160-161; Tandoğan, C. 1, s. 228 vd.

içinde yer alacak kullanım edimine ilişkin borca yönelik edimlerin kararlaştırılması, aslında taraflar arasındaki bir kira ilişkisine işaret ediyor olabilir. Bu durumda bu ilişkinin, satış sözleşmesinin şekli koşullarını taşıması gerekmemektedir. Yine, tarafların esaslı edimlerine bağlı olarak bir tarafa edim yükleyen türden veya onun edimini açıklayan, teminat altına alan veya kuvvetlendiren türden edimler de subjektif esaslı unsur olacak ve sözleşmenin şekline uygun olarak yer alması gerekecektir²⁹². Buna örnek olarak, satışla birlikte tarafa rehin tesis etme borcu yükleyen bir kaydın veya edimin yerine getirilmemesi halindeki bir yaptırımın sözleşmede şekle uygun olarak kayıt altına alınması verilebilir. Sözleşmenin objektif esaslı noktalarıyla ilgisi bulunan örneğin cezai şart, pişmanlık akçesi gibi subjektif esaslı unsurlar da bu görüşe uygun olarak sözleşmenin şekil koşulunu taşımalıdır²⁹³. Ancak TBK m. 589/son hükmüyle kefalet sözleşmesinde asıl borcun ifa edilmemesinden kaynaklanan doğan zararı karşılamaya yönelik cezai şart, pişmanlık akçesi gibi sorumluluklara ilişkin anlaşmaların kesin hükümsüz olduğu kararlaştırılmıştır. Bu yüzden mülga kanun zamanındaki bu tür kayıtların geçerliliğine ve sözleşmeye olan etkisine ilişkin tartışmalar artık konusuz kalmıştır.

Doktrinde açığa kavuşmayan bir tartışma kefilin iradesine yönelik subjektif esaslı unsurların kefalet senedinde belirtilmemesi halinde yaptırımın ne olacağı konusuna ilişkindir²⁹⁴. Bir görüşe göre bu unsurların kefaletin şekline aykırı olarak düzenlenmesi kefilin beyanında irade fesadı hali yaratacağından kefilin buna dayanarak sözleşmeyi iptal etmesi mümkündür²⁹⁵. Bu düşünce benimsendiğinde irade fesadına ilişkin ispat yükü kefilde olacağından kanaatimizce kefilin koruma düşüncesinden uzaklaşılacaktır. Bu tür bir sonuç kanun koyucunun amacıyla

²⁹² Tandoğan, C. 1, s. 231; Karahasan, Sözleşmeler, s. 175 (dn. 158/2).

²⁹³ Yargıtay'ın da buna ilişkin eski tarihli bir kararı bulunmaktadır. Y. HGK bir kararında şu şekilde belirtmiştir: "...Taşınmaz satımını güçlendiren cezai şart da satış sözleşmesinin tâbi olduğu resmî şekilde yapılmalıdır. Aksi halde cezai şartın geçerliliğinden söz edilemez..." Bkz. Y. HGK., 10.11.1993 T., 1993/125 E., 1993/711 K. (<https://0-www-lexpera-com-tr.opac.bilgi.edu.tr/ictihat/yargitay/hukuk-genel-kurulu-e-1993-125-k-1993-711-t-10-11-1993>);

Altaş, s. 18; Kocağa, s. 96.

²⁹⁴ Eren, Borçlar Genel, s. 285; Hatemi/Gökyayla, Borçlar Hukuku, s. 31; Altaş, s. 56-60.

²⁹⁵ Bu görüş özellikle İsviçre Hukuku'nda savunulmaktadır. Bkz. Ayan, a.g.e., s. 231(dn. 718); Özen, a.g.e., s. 237.

uyuşmayacağından iptal hükümleri uygulanmamalıdır. Diğer görüşe²⁹⁶ göre sözleşmenin esaslı bir unsurunda eksiklik söz konusu olduğundan geçersizlik söz konusudur ancak sübjektif esaslı unsurun kefil için taşıdığı öneme göre kefalet sözleşmesinin tümünden geçersiz sayılması ya da kısmi geçersiz sayılması söz konusu olabilir. Kısmi geçersizlik sayılması halinde, bu türden esaslı bir unsurun, sözleşmede belirtilmemesinin tarafların sözleşme yapma iradelerini etkilememesi gerektiğinden sözleşme ayakta tutulmaya çalışılmalıdır. Bununla birlikte eğer taraflar o kaydın geçersizliğini bilseydiler o sözleşmeyi yapmayacak idiyse, bu takdirde sözleşmenin bütünüyle geçersiz sayılması gerektiği düşünülmektedir. Buradaki sözleşme iradesinden kasıt elbette ki tek taraflı olarak kefilin kefil olma yönündeki iradesidir. Bu görüş, kefilin sorumluluğunu arttıran kayıtların geçersizliğinden ötürü TBK m. 27/2 gereğince sözleşmenin bütünüyle geçersiz sayılmasının kabul edilemeyeceğini savunmaktadır²⁹⁷. Gerçekten de şekil hükümlerinin yalnızca kefile ilişkin tek taraflı olduğu düşünüldüğünde ve bu objektif unsurlara ilişkin kayıtlar gerçekleştirilse bile diğer kayıtlardaki şekil eksikliği sebebiyle sözleşmenin tümünden geçersiz sayılmasının alacaklı açısından kabul edilmesi mümkün olmamalıdır. Duruma kefil açısından bakıldığında da kefilin durumunu ağırlaştırıcı kaydın tek başına geçersiz sayılması kefilin sorumluluğunu söz gelimi hafiflettiğinden sözleşmenin ayakta tutulması kefilin, kefil olma iradesine de uygun olacaktır. Kanaatimizce de sözleşmenin kısmi olarak hükümsüzlüğünün yani sözleşmenin bütünü yerine sadece şekle uygun olarak belirtilmeyen bu türden bir kaydın geçersizliğinin kabul edilmesinin taraf iradeleri ve menfaatleriyle daha fazla uyuşacağı düşünülmektedir²⁹⁸. Zira buradaki kayıtlar sözleşmenin objektif esaslı unsuru olmayıp sözleşmenin kurulması açısından esasen şeklin kapsamı dışında kalmaktadır²⁹⁹. Örneğin kefilin sorumluluğunu

²⁹⁶ Özen, a.g.e., s. 237-238; Elçin Grassinger, s. 267; Tandoğan, Kefalet, s. 43-44.

²⁹⁷ Özen, a.g.e., s. 238.

²⁹⁸ Reisoğlu, Kefalet, s. 44.

²⁹⁹ Bununla birlikte kaynak İsv. BK ‘da yer almamasına rağmen TBK ‘da kefalet tarihinin kefilin el yazısıyla belirtilmesi, sözleşmenin objektif esaslı unsuru olarak şekil şartı zorunluluğu getirilen unsurlardan sayılmıştır. Bkz. Koç, İsv. BK, s. 267-268. Yine, müteselsil kefalet ibaresinin sözleşmede yer alması sözleşmenin kurulması için zaruriyet teşkil eden, eksikliği halinde sözleşmenin kurulmamış sayılmasına yol açacak bir unsur değildir. Fakat kefaletin nevisinin belirtilmesi alacaklıya kefile başvurma imkânı vermesi ve kefilin sahip olacağı def’iler bakımından

ağırlaştırılan müteselsil kefaletle ilişkin kaydın şekle uygun olarak kefilin el yazısıyla belirtilmediği bir durumda kefaleti sözleşmenin kurulmasına ilişkin diğer şekil şartlarının mevcut olmasından dolayı adi kefalet olarak kabul etmek gerekecektir³⁰⁰. Başka bir ihtimalde, asıl borç sözleşmesi taraflarının sonradan ortaya çıkabilecek borç artışına ilişkin ek sözleşme yapmaları durumunda, bunun, kefilin durumunu ağırlaştıracak bir kayıt olmasına rağmen kefilin böyle bir sorumluluğu üstlenmesine ilişkin anlaşma yapılması mümkündür³⁰¹. Elbette ki bu sorumluluğun kapsamı kefilin üstlendiği azami miktarla sınırlı olmakla böyle bir kaydın konmaması halinde bunun sözleşmenin geçerliliğini etkilemeyecek ve yapılan ek sözleşmelere rağmen kefalet azami limiti dahilinde kefil sorumlu olmaya devam edecektir.

Bir sübjektif unsurun sözleşmenin yapılması bakımından taraf için arz edeceği önem nasıl anlaşılır? Kefalet sözleşmesine ilişkin olmamakla birlikte sözleşmede kararlaştırılan sübjektif unsurun taraf için taşıyabileceği önemin ve bunun şeklen belirtilmesinin öneminin ortaya konması açısından Yargıtay'ın eski tarihli bir kararını incelemek gerekir³⁰². Olaydaki taşınmaz satış sözleşmesi şekle uygun olarak resmi yolla yapılmış ve mülkiyetin nakli gerçekleşmiştir. Uyuşmazlık, tarafların, daha önce, söz konusu taşınmazın satımına ilişkin özel yolla yaptıkları sözleşme açısından doğmuştur. Bu sözleşmede mülkiyeti geçirilen taşınmaz mal fazlasının veya eksiğinin davacılar a ait olacağı kararlaştırılmasına rağmen bu kayıt resmi senede geçirilmemiştir. Böyle bir kayıt sözleşmenin asli edim yükümlülüğüne ilişkin bir yan edim olduğundan sübjektif bir kayıttır. Buna göre bu sübjektif anlaşmanın geçerliliği de tapu mülkiyetinin tapuda devrinde olduğu gibi resmi yolla mı yapılmak gerekmektedir? Yukarıdaki açıklamalarımız ışığında söz konusu sübjektif unsurun asli bir edim olması bu soruya 'evet' cevabının verilmesini gerektirecektir. Nitekim Yargıtay da olayda resmi senede geçirilmeyen

belirtilmesi gerekli bir unsur olup kefilin üstleneceği sorumluluğun düzeyini arttırdığından kanun koyucu tarafından şekil şartı olarak belirtilmiştir. Bkz. Özen, a.g.e., s. 237.

³⁰⁰ Elçin Grassinger, s. 96.

³⁰¹ Yener, s. 108.

³⁰² Y. 4. HD. 15.04.1957 T., 8404/2031 K. (Karahasan, Sözleşmeler, s. 177).

ön sözleşmeyi geçersiz saymıştır. Bununla birlikte mülkiyetin nakline ilişkin işlemin geçerliliğini, ortaya konan sübjektif esaslı kaydın geçersizliğini tespitte rağmen incelememiştir. Oysa ki, böyle bir durumda ön sözleşmeyle adi yolla kararlaştırılan söz konusu kayıt, geçersizliği karşısında taşınmaz sahibi için, taşınmazın mülkiyetini devretmemesine sebep olacak derecede önemlidir. Eğer gerçekten de taşınmaz sahibi taşınmaz tapusunu devirde öne sürdüğü şartın geçersiz olduğunu bilseydi mülkiyeti geçirmeyecek idiyse bu durumda taşınmazın naklinin geçersizliği ileri sürülebilmelidir.

Daha önceki açıklamalarımızda da belirttiğimiz üzere kefilin durumunu ağırlaştıran istisnai anlaşmalar şekil kurallarının kefilin koruma amacından hareketle sübjektif esaslı nokta sayılıp kefalet sözleşmesinde şekle uygun olarak yer almalıdır³⁰³. Ne var ki, TBK m. 582/3'de kanundan aksi çıkarılmadıkça kefilin kendisine tanınan haklardan feragat edemeyeceğine ilişkin hükümden yola çıkarak bu türden kayıtların şekle uygun olsa bile geçersizliği de ileri sürülebilir³⁰⁴. Bununla birlikte yasada aksinin kararlaştırılabileceğinin öngörüldüğü kayıtlar açısından kefaletin şekle yönelik düzenlemelerine uyulduğu müddetçe bu kayıtların geçerliliğini kabul etmek gerekmektedir³⁰⁵. Örneğin TBK m. 589/3 gereğince kefilin kefalet sözleşmesinin imzalanmasından önce doğan borçlardan da sorumlu olacağına ilişkin bir kayıt konmasına yasada imkân tanındığına göre böyle bir kayda ilişkin anlaşma yapılması halinde kuşkusuz kaydın kefalet şekil şartlarını taşıması beklenenecektir. Kefilin sahip olduğu savunma imkanları açısından bakıldığında da bunun ancak yasanın öngördüğü çerçevede yapılması mümkün olup kefilin bu tür savunmalardan feragat ettiğine yönelik bir anlaşmanın da yine kefalet sözleşmesinde mutlaka şekle uygun olarak yer alması gerekir. Ancak belirtmek gerekir ki kefilin, asıl borçludan daha ağır bir sorumluluk üstlenmesi düşünülemeyeceğinden kefil asıl borçluya ait savunma haklarından feragat

³⁰³ Oğuzman/Öz, C. 1, s. 160; Yavuz/Acar/Özen, s. 803; Tandoğan, C. 1, s. 228; Karahasan, Sözleşmeler, s. 171-173; Pulaşlı, s. 19; Özen, a.g.e., s. 416; Elçin Grassinger, s. 94 vd.; Eren, Borçlar Özel, s. 791.

³⁰⁴ Yavuz/Acar/Özen, s. 803; Eren, Borçlar Özel, s. 770.

³⁰⁵ Fahrettin Aral, Hasan Ayrancı, Borçlar Hukuk Özel Borç İlişkileri, 11. Bası, Ankara, Yetkin Yayınevi, 2018, s.440; Eren, Borçlar Özel, s. 783.

edemeyecektir. Bu yüzden bu türden kayıtlar sözleşmede şekle uygun olarak yer alsa bile geçerli olmayacaktır³⁰⁶. Bu türden, kefilin asıl borçluya ait savunma imkanından feragatine ilişkin bir kaydın varlığı sözleşmenin kefalet mi, garanti mi yoksa isimsiz bir sözleşme mi olduğuna yönelik doktrinde başka bir tartışmayı da gündeme getireceğinden³⁰⁷ kuşkusuz konuyu açıklığa kavuşturacak böyle bir kaydın sözleşmedeki varlığının gerekliliğini daha çok ortaya çıkarmaktadır.

Kefilin durumunu hafifleten türden kayıtlar, kefilin sorumluluğunu azalttığından ve onu koruyucu özellikte olduğundan kefalet şekil koşullarını taşıması gerekmemektedir³⁰⁸. Bu açıdan bu türden kaydın sözleşmede belirtilmesi yeterli olup geçerliliği için kefalet şekil koşullarını taşıması aranmayacaktır. Bu kayıtlara, şekil koşulunu taşımasa bile sözleşmede yer verilmesinin taraflara ispat açısından kolaylık sağlayacağını da belirtmek gerekir. Örneğin cari hesaba kefalette, kefilin sadece verilen ilk krediye kefil olduğu yönündeki bir kayıt, kefilin sorumluluğunu azaltan bir anlaşma olacaktır. Böyle bir kaydın sözleşmede belirtilmemesi halinde kefalet sözleşmesinin yapılmayacağı anlamı ortaya çıkıyorsa sözleşmenin tümüyle geçersizliğini kabul etmek gerekir. Zira kefil iradesinin doğru yorumlanması noktasında onun korunması ve hukuk güvenliğinin sağlanması açısından söz konusu kabul daha doğru olacaktır. Sadece böyle bir kaydın nitelikli şekil koşullarını taşımadığı için geçersiz sayılıp sözleşmenin geçerli sayılması, kefilin altına girdiği sorumluluğu ağırlaştırıcı nitelikte olacağından, ortada bir geçersizlik olduğunu kabul etmek gerekecekse kefalet sözleşmesi bütünüyle geçersiz sayılmalıdır. Bu yüzden böyle bir kaydın şekil koşullarını taşımasını aramak yerine sözleşmede yer alması halinde geçerli sayılması gerekmektedir. Bununla birlikte konuyu bir açıdan daha incelemek gerekmektedir. TBK m. 587/3 hükmünden yola çıkılarak, belirtilen kaydın şekle aykırı olduğu bilinseydi kefilin o sözleşmeyi yapmayacağı türden kayıtların alacaklı tarafından geçersizliğinin bilinmesi hali ayırt edilmelidir. Madde hükmüne göre, birlikte

³⁰⁶ Özen, a.g.e., s. 416.

³⁰⁷ Elçin Grassinger, s. 203; Özen, a.g.e., s. 416.

³⁰⁸ Özen, a.g.e., s. 239; Yavuz/Acar/Özen, s. 803; Tandoğan, Kefalet, s. 43; Eren, Borçlar Özel, s. 791; Özkan Şahin, s. 1291 (dn. 12).

kefalette kefil, kendisiyle birlikte başka kefillerin de kefil olacağını varsayarak hareket ediyorsa ve alacaklı da bu durumu biliyor veya bilmesi gerekiyorsa bu varsayımın gerçekleşmemesi halinde veya diğer kefillerden birinin kefalet sözleşmesinden kurtulması ya da sözleşmesinin hükümsüz olduğuna karar verilmesi halinde, kefalet borcundan kurtulacaktır. Burada kefil aslında diğer kefaletlere(teminatlara) güvenerek sözleşmeyi yapmaktadır. Bu yüzden kendi edimine ilişkin böyle bir (yan) kaydın esaslı unsur olduğu, bu yüzden de bunun eksikliği halinde kefilin sözleşmeden sorumlu tutulamayacağı belirtildiğinden sözleşmenin tamamen geçersiz sayılacağı kabul edilmektedir. Gerçekten de kefil, diğer kefillere güvenerek ve sözleşmedeki kefalet üst limitinin tamamından sorumlu olsa bile iç ilişkide diğer kefillere başvurma hakkı olduğunu düşünerek kefil olmayı kabul etmiş olabilir. Diğer kefillerin kefaletinin geçersiz olması durumunda ise kefilin sorumluluğu artacaktır. Bu bakımdan sübjektif esaslı unsur kefilin durumunu hafifletse bile, sözleşme yapmasına sebebiyet verecek derecede önemli ise ve bu kaydın şekle aykırılığı ve geçersizliği alacaklı tarafından da biliniyorsa sözleşmenin tamamen geçersiz olduğu kabul edilmelidir. Burada alacaklının yapacağı iyiniyet savunmasıyla sözleşmenin ayakta tutulmasını sağlamak mümkündür.

Toparlamak gerekirse, kefalet sözleşmesi açısından esas olan, taraf iradelerinin sözleşmeye doğru yansıtılması ve kefilin korunması amacına uygun olarak objektif ve sübjektif esaslı unsurların şekil şartına uygun biçimde sözleşmede yer almasıdır. Yasada şekil şartları yalnızca kefile yönelik düzenlendiğinden tek taraflı şekil şartı öngörüldüğünü daha önceki açıklamalarımızda belirtmiştik. Sübjektif esaslı unsur, taraflardan birine, diğer tarafa yüklenen edimle (esaslı unsur) bağlı olarak bir borç yüklemeye veya bu edimin içeriğini açıklamaya, kuvvetlendirmeye ya da edimi teminatlandırmaya yönelik olabilir. Eğer söz konusu kayıt, yokluğu halinde kefilin, sözleşmeyi imzalamayacağı türden kayıtlardansa esaslı unsur haline gelmiştir. Bu noktada sübjektif esaslı unsurun, kefilin durumunu ağırlaştırıp azaltması bakımından ayırım yapmak gerekir. Kural olarak kefilin durumunu ağırlaştıran unsurlar geçersiz

olmakla birlikte, bazı durumlarda bu türden kayıtların kararlaştırılması kanunen aksinin kararlaştırılmasına izin verildiği ölçüde mümkün olup bunların sözleşmenin esaslı unsuru olarak sözleşmede yer alması gerekir³⁰⁹. Kefilin sorumluluğunu hafifleten kayıtların yer alması ise kefile ispat kolaylığı sağlayacağından sözleşmede en azından adi yazılı olarak belirtilmesi kefilin yararına olup, bunlar için nitelikli yazılı şekil şartlarına uyma denetimi yapmak gerekmeyecektir. Zira sözleşmenin yapılmasına sebebiyet verecek derecede kefil açısından önemli bu tür kayıtların geçersizliği, doğrudan kefilin sözleşme yapma iradesiyle ilişkili olduğundan bu kayıtların geçersiz sayılmasına rağmen kefilin sorumlu tutulmaya devam edilmesi kefaletle ilişkin yasa şartlarının konuluş amacıyla bağdaşmaz. Bununla birlikte böyle bir durumda sözleşmeye güven ilkesine uygun olarak sözleşmenin geçerliliğini tahlil etmek alacaklı açısından da kanaatimizce hakkaniyetli olacaktır.

2.2.5. Sorumlu Olunan Azami Miktarın Belirtilmesi

Mülga 818 Sayılı BK m. 494'e göre kefalet azami limitinin gösterilmesi şekil şartı olarak düzenlenmiş olmakla birlikte bunun rakamla mı gösterilmesi gerektiği veya kefalet senedinde yer almasının zorunlu olup olmadığı belli değildi. 818 Sayılı kanun döneminde kefilin sorumlu olduğu miktarın nasıl belirtilmesi gerektiği konusunda bir açıklık bulunmadığından doktrinde bu konuda farklı görüşler ortaya atılmıştır. Bir kısım yazarlar kefalet senedinde sorumlu olunan azami miktar gösterilmese bile burada yapılan bir yollama ile asıl sözleşmeden veya başka bir belgeden sorumluluğun sınırı anlaşılabiliriyorsa kefaleti geçerli saymak gerektiğini belirtmiştir³¹⁰. Bu düşüncenin sebebi mülga kanunun, kaynak İsv.

³⁰⁹ Özen, a.g.e., s. 237; Tandoğan, Kefalet, s. 42; Yavuz/Acar/Özen, s. 803; Tandoğan, C. 1, s. 231; Karahasan, Özel Hükümler, s. 1432; Eren, Borçlar Özel, s. 790-791.

³¹⁰ Tandoğan, Kefalet, s. 46; Barlas, bu konuda ideal (olması gereken) hukuk (de lege feranda) açısından kefalet limitinin sözleşmede açıkça gösterilmesi gerektiğini ancak mevcut hukuk (de lege lata) bakımından kefalet limitinin mutlaka kefalet sözleşmesinde doğrudan doğruya gösterilmesi gerektiğine ilişkin zorunluluk öngören açık bir hüküm bulunmadığını, bu bakımdan kefalet limitinin dolaylı atf suretiyle gösterilebileceğini belirtmiştir. Bkz. Barlas, Şekle Bağlı Sorunlar, s. 11; Elçin Grassinger, s. 87.

BK'nın 1941 değişikliğinden önceki haline göre doktrinde hâkim olan görüşe ve aynı doğrultuda verilen İsviçre Federal Mahkemesi kararlarına dayanır. Bu dönemde Federal Mahkeme, kefalet limitinin rakamsal olarak gösterilmesini aramamış ve bunun kefalet sözleşmesindeki atıfla başka bir belgede belirli veya belirlenebilir olması koşuluyla kefalet sözleşmesini geçerli sayan kararlar vermiştir³¹¹. Ancak daha sonraki kararlarında bu yöndeki esnekliği bırakarak, en azından kefalet taahhüdünün asıl belgede belirtilmesi şartıyla kefalet tutarına yönelik asıl borç tutarına atıf yapılması gerektiğini ve ancak bu şekilde azami limitin kefalet senedinde gösterilmemesine göz yumulabileceğini belirtmiştir. Doktrindeki ikinci görüş olan bu yaklaşımda asıl borç senedine yapılan atıf yeterli görülmemiş, asıl borç senedinde asıl borç miktarının açık bir şekilde gösterilip kefilin beyanının da bu belgede olduğu durumda verilen kefalet geçerli sayılmıştır. 1942 tarihli İsv. BK'da kefalet azami limitinin mutlaka rakamsal olarak kefalet senedinde gösterilmesi şartı getirilmiş ve bu konudaki tartışmalara son verilmiştir³¹². Ancak kaynak kanunda yapılan söz konusu değişiklik mülga 818 Sayılı BK'ya uyarlanmadığından İsviçre'deki eski uygulama Türk Hukuku'nda devam ettirilmiştir. Bununla birlikte bazı yazarlar İsviçre'deki değişiklikler takip edilmese bile içtihat vasıtasıyla kanun lafzının yorumlanarak bu konudaki karışıklığın giderilmesi gerektiğini belirtmiştir³¹³.

Uygulamada ise kefilin sorumluluğunu oldukça geniş kapsamda tutan, kefilin kendi sorumluluğunu kesin olarak öngöremediği ve sonuçta birçok adaletsizliğe yol açan sözleşmeler yapılmış ve bunların doğurduğu sıkıntılar

³¹¹ Reisoğlu, Muteberlik, s. 384-386; Barlas, Şekle Bağlı Sorunlar, s. 9; Tandoğan, Kefalet, s. 47; İsviçre Borçlar Kanunu'nun Kefalet Hükümlerinin gelişimi açısından bkz. Hüseyin Avni Göktürk, Kefalet Hukukumuzun Kifayetsizliği ve Yeni İsviçre Kefalet Hukuku, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 1950, Cilt 7, Sayı 3, s. 333-334.

³¹² OR. II. Form Art. 493 "Kefaletin geçerliliği, kefilin yazılı açıklamasına ve aynı senette, sorumlu olduğu toplam miktarın rakamla belirtilmesine bağlıdır." İngilizce ve Almanca metni için Bkz. Somuncuoğlu, s. 323.

³¹³ Reisoğlu'na göre kefiliden sorumlu olacağı miktara ilişkin hesaplar yapmasının beklenmesi kefilin korunması gerektiğine yönelik kanun amacına ters düşmektedir. Bununla birlikte kefalet senedinde sorumlu olunan miktarın azami olarak belirtilmesi halinde asıl borç tutarının borç senedinde (kefalet sözleşmesinde) gösterilmesine gerek olmadığını belirtmiştir. Bkz. Reisoğlu Muteberlik, s. 386; Reisoğlu, Kefalet, s. 82.

Yargıtay içtihatlarıyla giderilmeye çalışılmıştır³¹⁴. Bu doğrultuda mülga kanun yürürlük zamanında Yargıtay İçtihadı Birleştirme Genel Kurulu'nun 12.04.1944 T., 1943/41 E., 1943/13 K., sayılı kararına yapılan atıflarla kefilin sözleşmeye göre kefalet ettiği miktarı açıkça bilmese bile kefalet senedinden böyle muayyen bir miktarın anlaşılmasının mümkün olması durumunda bu hususun hâkim tarafından re'sen dikkate alınacağı ve buna göre kefaletin geçerli sayılacağı yönünde kararlar verilmiştir³¹⁵. Bununla birlikte Yargıtay bazı kararlarında İsv. BK değişikliğine ayak uydurmaya çalışarak kefalet limitinin kefalet senedinde gösterilmesi gerektiği yönünde kararlar da vermiş, ancak çoğunlukla asıl borç tutarının gösterildiği hallerde bunu aynı zamanda kefalet limiti olarak da geçerli saymıştır³¹⁶. Özellikle

³¹⁴ Uygulamada yapılan sözleşmelere yönelik Göktürk, halk arasındaki bir deyişi dile getirerek durumun vardığı vehameti "*Paran çoksa kefil ol, işin yoksa şahit ol*" sözleriyle belirtmiş, çıkan sorunlara cevap veren İsviçre Hukuku'ndaki değişikliklerin Türk Hukuku'nun ayak uyduramamasını ve Türk Hukuku'nun ve kamuoyunun bu sorunları yaşamaya adeta maruz bırakılmasını eleştirmiştir. Bkz. Göktürk, s. 342, 326-327.

³¹⁵ Bkz. Y. İBK. 12.04.1944 T., 1943/14 E., 1944/13 K. (<https://0-www-lexpera-com-tr.opac.bilgi.edu.tr/ictihat/yargitay/ictihatları-birlestirme-hgk-e-1943-14-k-1944-13-t-12-04-1944>). Aynı yönde "*BK. 484 maddesine göre kefaletin geçerli olması için yazılı ve kefilin sorumlu olduğu miktarın belli veya 1944 tarihli içtihadı birleştirme kararına göre belirlenebilir olmalıdır. Kefilin sorumluluğu sözleşmedeki sorumlu olduğu miktar ile temerrüdünün sonuçlarından ibarettir.*" Y. 13. HD. 30.11.2005 T., 2005/12076 E. 2005/17600 K. sayılı, Y. 13. HD. 18.4.2005 T., 2005/115 E., 2005/1538 K. sayılı ilamlar için bkz. Ahmet Erkal Baççioğlu, Tüketici Hukukunda Kefalet, Bankacılar Dergisi, Sayı 67, 2008, s. 14; "*Gerçekten bir sözleşmenin geçerli olması için, onun taraflara yüklediği hak ve borçların tereddüde yer vermeyecek şekilde açık, başka bir deyimle konusunun gereği ve yeteri kadar belli ve sınırlı olması gerekir. Belirsizliğin garantisi olmaz. Bu itibarla, limit gösterme şartı bulunmamakla birlikte, garanti sözleşmesinde hangi riskin garanti edildiğinin belli olması ya da garanti edilen riskin boyutlarının tereddüt yaratmayacak biçimde belirlenebilir nitelikte bulunması gerekir.*" ... "*Hal böyle olunca, garanti sözleşmesi düzenlendiği anda garanti edilen edimin sınırlarının açıkça belirlenmemiş olması ya da bunu belirlemeye yarayan koşul ve açıklamaların sözleşmede yer almamış bulunması halinde garanti edenin sorumluluğundan söz edilemez. Sözleşmenin düzenlendiği tarihte asıl borçluya açılan kredi miktarının belli olduğu ya da asıl borçlu yönünden kredi limitinin belirlenmiş bulunduğu kredi sözleşmelerinde garanti eden, garanti ettiği edimin boyutlarını görmekte ve risk gerçekleştiğinde sorumlu olacağı miktarı tahmin edebilmektedir. Böyle bir durumda asıl borçluya verilen kredi borcu miktarının ve fer'ilerinin garanti kapsamında kaldığı açıktır.*" ... "*Öte yandan, sözleşmede limit aşımının da garanti edildiği durumlarda limitin ne miktara kadar aşıldığı taktirde garanti edenin sorumlu tutulacağı hususu da tartışılması gereken bir konudur. Önceden sınırı belirlenmemiş ise, asıl borçlu yönünden saptanan kredi limitinin makul (kabul edilebilir) ölçülerde aşılması durumunda garanti verenin aşılardan limitten de sorumlu tutulabileceği ancak, makul ölçüler dışındaki aşırı limit aşımının (garanti verenin açık ya da zımni muvafakatı olmadıkça) garanti kapsamı dışında kaldığının kabulü gerekir.*" YHGK 4.7.2001 T., 2001/19-534 E., 2001/583 K. (Y. 19. HD. 18.12.2000 gün ve 2000/7107-8738) sayılı ilamı için bkz. <http://www.eyavuz.av.tr/yargitay-hukuk-genel-kurulu-karari-garanti-beyanina-ger-verilmiss-olmasi-sozlesmeyi-tek-basina-garanti-sozlesmesi-haline-getirmez/>.

³¹⁶ Y. 13. HD. 23.06.2003 T., 2003/2543 E., 2003/8151 K. sayılı kararı İBK değişikliğine uygun olarak verilmiştir. Bkz. <https://www.sinerjimevzuat.com.tr/index.jsf?dswid=2582#> (e.t.

banka kredilerine verilen kefaletler açısından bu yöndeki kararlarıyla esnek davranmıştır. Buna rağmen aynı doğrultuda olması gerektiği halde asıl borç tutarı belli olan bayilik sözleşmesi, kampanyalı araba satımı sözleşmeleri gibi sözleşmelere verilen kefaletler açısından ise bu yaklaşımının tersi yönde kararlar vermesi içtihat bakımından çelişki doğurmuştur³¹⁷. Kira sözleşmeleri açısından bakıldığında, kefalet azami limiti belirtilmemesine rağmen kira süresi ve miktarı belirtilmiş ise kefalet limiti hesaplanabileceğinden buna ilişkin kefaleti geçerli saymış, bunun dışındaki kira sözleşmesinin yerine getirilmemesinden kaynaklanan alacaklının tazminat haklarına yönelik anlaşmaları ise kefaletin sorumluluğunun sınırı belli olmaması sebebiyle geçersiz saymıştır³¹⁸. Sonuçta ise kanun boşluğunun giderilemediği ve hukuk güvenliğinin, içtihat birliğinin sağlanamaması nedeniyle sarsıldığı bir tablo ortaya çıkmıştır. Bu sorunun TBK düzenlemesiyle büyük ölçüde aşıldığını söylemek mümkündür. Ancak İsv. BK'daki azami limitin rakamla belirtilmesinin öngörülmemiş olması benzer tartışmaların önünü açmıştır³¹⁹.

Doktrindeki görüşler arasında kuşkusuz en dar yaklaşım ise kefalet azami limitinin kefalet sözleşmesinde açıkça gösterilmesi gerektiği yönündedir. Buna göre kefilin üst sorumluluğu bizzat kendi ifadesiyle kefalet senedinde gösterilmelidir. Zira kefilin sorumluluğu asıl borçla aynı miktarda

16.06.2020); Aksi yönde kararlar için bkz. Y. 19. HD 18.11.1993 T., 1992/9616 E., 1993/7715 K. Y. 19. HD. 13.04.1999 T., 1999/1901 E., 1999/2434 K.; 09.06.2000 T., 2000/2387 E., 2000/4536 K.; 03.05.2002 T., 4988/3350 K. sayılı, 15.03.2002 T., 1052/1842; Y. 11. HD. 28.05.2002 T., 2649/5315 K.; YHGK. 22.03.1995 T., 19-829/214 sayılı kararları için bkz. <https://www.sinerjimevzuat.com.tr/index.jsf?dswid=2582#tabs-6>. (e.t. 16.06.2020); “Kredi kartı sözleşmesinde kredi ve kefalet limiti gösterilmemiş ise BK 484. md.'si hükmüne göre kefalet geçersizdir.” Y. 13. HD. 17.11.2005 T., 2005/11029 E. 2005/17073 K. sayılı ilamı (Baççioğlu, s. 13)

³¹⁷ Y. 19. HD. 11.12.2007 T., 2007/4820 E., 2007/11173 K. sayılı, 18.09.2014 T., 2014/9552 E., 2014/13730 K. sayılı, 11.11.2009 T., 2009/672 E., 2009/10405 K. sayılı, (<https://0-www-lexpera-com-tr.opac.bilgi.edu.tr/ictihat/yargitay/19-hukuk-dairesi-e-2007-4820-k-2007-11173-t-11-12-2007>)

³¹⁸ Süleyman Yılmaz, Yargıtay Kararları Işığında 6570 Sayılı Kanun Kapsamındaki Kira Sözleşmelerinde Kefilin Sorumluluğu, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2008, C. 57, Sayı 3, s. 763; Reisoğlu, Muteberlik, s. 387; Barlas bu konuda kefalet limiti ile asıl borç tutarı farklı şeyler olduğundan Kefilin sırf kira sözleşmesindeki kira süresini ve aylık kira bedelini gördüğünden yola çıkarak aldığı sorumluluğu belirleyebileceğine yönelik görüş ve bu doğrultudaki Yargıtay yaklaşımını eleştirmektedir. Bkz. Barlas, Şekle Bağlı Sorunlar, s. 12.

³¹⁹ Özen, a.g.e., s. 233; Baş, s. 133; Barlas, Şekle Bağlı Sorunlar, s. 11; Reisoğlu, Kefalet, s. 84-85.

kararlaştırılmamış olabilir. Ayrıca kefalet azami sınırının belirlenebilir olduğu durumlarda kefilin bu konuda hesap yapmaya maruz bırakmak da kefilin korunması amacıyla bağdaşmayacağından sorumluluk sınırına ilişkin asıl sözleşmeye yapılan atıfların kefaleti geçerli kılmayacağı dűřünülműřtür³²⁰.

6098 Sayılı TBK değişikliği ile kefalet azami limitinin kefalet sözleşmesinde kefilin el yazısıyla belirtilmesi şekil şartı getirilmekle bu konuda eski düzenlemenin uygulamada ve içtihat tutarsızlığında yarattığı sorunlara büyük ölçűde çözüm getirilmiştir. TBK m. 583/1’de “*Kefalet sözleşmesi, yazılı şekilde yapılmadığça 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 yükümlölük altına girdiğini kefalet sözleşmesinde kendi el yazısıyla belirtmesi şarttır.*” öngörölmele açıkça azami miktarın belirtilmesi gerektiği belirtilmiştir. Buradan bu konuda yapılabilecek en geniş yorum olan kefilin asıl sözleşme belgesine atıf yaptığı kefaletleri geçerli sayan dűřünce tarzının artık geçerlilik bulmadığı söylenebilir. Bununla birlikte doktrinde TBK değişikliğinin, kaynak İsv. BK düzenlemesiyle paralel olarak kefilin azami sorumluluk limitinin rakamsal miktarla belirtilmesi şartını açıkça kararlaştırmamış olmasının eski kanun dönemindeki tartışmaları açabileceğini dűřünüyoruz³²¹. Kanaatimizce, Yargıtay’ın da benimsediği azami limitin rakamla belirtilmese bile kefalet beyanının asıl sözleşmede yer alması sonucu kefilin sorumlu olduğu miktarı tayin edebileceği ve buna göre bu kefaletleri geçerli sayan dűřünce tarzı kanun amacıyla bağdaşmamaktadır. Kefalet beyanında asıl borç senedine yapılacak böyle bir atfın kefalet iradesinin belirlenmesinde yol gösterici olacağı kuşkusuzdur fakat aynı řey üstlenilen azami limit miktarı için söylenemez. Amaç, kefilin üstlendiği sorumluluğu öngörebilmesinin sağlanması ise bunun kefilin bir takım hesaplama vs.

³²⁰ Yavuz/Acar/Özen, s. 803; Özen, a.g.e., s. 231.

³²¹ Özen, a.g.e., s. 233; Barlas ise bu konuda kefilin el yazısıyla kefalet azami limitini belirtme şartı getirilmiş olduğundan kefilin burada sorumlu olduğu azami sınırın farklı olamaması gibi bir durum yaşanmayacağını belirterek sorunun çözüldüğünü belirtmektedir. Bkz. Barlas, şekle Bağlı Sorunlar, s. 9.

yapmasına gerek bırakmadan sorumluluğunu üstlendiği rakamı açıkça belirtmesinden başka yol gözükmemektedir³²².

Eski kanun düzenlemesinin tartışma yarattığı bir diğer konu kefalet azami limitinin asıl alacak dışındaki diğer feri alacakları da kapsayıp kapsamayacağına ilişkin olmuştur. Bu sorun da yine mülga kanunda kefalet azami limitinin açıkça kefalet senedinde gösterilmesi gerektiği yönünde bir düzenlemenin bulunmamasına rağmen mülga BK m. 490'daki kefilin sorumluluğunun asıl borç miktarının yanı sıra buna bağlı olarak ortaya çıkan asıl borcun ifa edilmemesinden kaynaklanan tazminat, faiz gibi alacaklardan da sorumlu olacağına ilişkin düzenlemeden kaynaklanmıştır. Kefalet azami sınırının kefalet senedinde gösterilmediği hallerde asıl borç belgesine bakılarak kefalet üst limitinin belirlenmesi gerektiğini belirten içtihatlar karşısında bunun tazminat ve faiz açısından da belirlenmiş kabul edilmesi gerekip gerekmediği bakımından bu konu, uygulamada ve doktrinde epey sorun teşkil etmiştir. 6098 Sayılı Kanun m. 589'deki düzenlemeyle beraber kefilin, sözleşmede belirtilen azami sınıra kadar olmak üzere asıl borçla birlikte borçlunun kusur ve temerrüdünün yasal sonuçları, takip ve dava masrafları ile işlemiş bir yıllık ve işlemekte olan yıla ait faizlerden sorumlu olacağı açıkça kararlaştırılmakla bu konudaki sorun da çözülmüş olmaktadır.

Azami miktarın yabancı para üzerinden belirtilmesi kefalet sözleşmesinin geçerliliğini etkilemeyecektir³²³. Zira kefilin, Türk Lirasının yabancı para karşısında değerini kaybedebileceğini öngörmesi beklenir. Eğer bir paranın değeri

³²² Özen, a.g.e., s. 233; Baş, s. 133; Bununla birlikte Reisoğlu, bu limitin yazı yerine rakamla belirtilmesinin de rakam üzerinde oynamaların daha kolay yapılabilmesine ve daha başka sıkıntıların oluşmasına sebebiyet verebileceğini belirtmektedir. Ayrıca bir başka sorun da örneğin, 2000,00TL.lik asıl borca 500,00TL.lik bir kefalette kefil 500,00TL.yi ödemekle sorumluluğunun sona ereceğini düşündüğünden çıkabilir. Burada aslında borç miktarı daha fazla olduğundan kefil, ödenecek ilk 500,00TL.lik borca kefil olduğunu belirtmedikten sonra asıl borç sona erinceye kadar sorumluluğu devam edecektir. Bkz. Reisoğlu, Kefalet, s. 85.

³²³ Reisoğlu, Kefalet, s. 87; Nitekim TMK m. 851'de döviz cinsinden kredi verilmesi halinde döviz cinsinden ipotek tesisine cevaz verilmiştir. (<https://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.5.4721.pdf>); Arat ise, TBK m. 595/3 hükmünden hareketle kefilin durumundan ziyade asıl borçlunun durumunun ağırlaşmasının söz konusu olabileceğini, kefil için aşırı ifa güçlüğü söz konusu olmadığını savunmaktadır. Bkz. Ayşe Arat, Sözleşmenin Değişen Şartlara Uyarlanması, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2006, s. 118.

yabancı para karşısında sürekli azalmaktaysa kefilin yabancı para değerinin artacağını öngöremeyeceğini söylemek mümkün değildir³²⁴. Bir görüşe göre Türk Lirası (TL)'nin döviz karşısında öngörülemez miktarda değer kaybetmesi halinde kefil, aradaki devülasyon farkından kaynaklanan kısımdan sorumlu olmadığını iddia edebilecek iken, diğer bir görüş kefilin döviz borcunun ifa tarihindeki TL cinsinden karşılığı miktarınca sorumlu olduğunu savunmaktadır³²⁵. Kanaatimizce ikinci görüş kefilin koruma amacına hizmet etmediğinden bu görüşe katılmıyoruz.

2.2.6. Kefalet Tarihinin Belirtilmesi

Kaynak İsv. BK'dan farklı olarak 6098 Sayılı TBK'da kefalet tarihinin, kefilin el yazısıyla yazılması şartı getirilmiştir. Kanaatimizce bu düzenleme uygulamada yaşanabilecek birtakım sıkıntıların önüne geçmek adına isabetli olmuş ve kefilin koruma düşüncesine hizmet etmiştir. Öncelikle kefilin yerine kefalet tarihinin sonradan alacaklı tarafından doldurulmasının önüne geçilmiştir. Kuşkusuz böyle bir ihtimalin önüne geçilmesiyle kefil korunmuş olmaktadır³²⁶.

Bu konuda çıkabilecek ilk problemler süreye ilişkin olacaktır. TBK m. 600'e göre süreli kefalet sözleşmesinin yapılması mümkündür. Maddeye göre sürenin son bulması ile kefilin sorumluluğu da sona erecektir. Bu konu ile ilgili çıkabilecek sorun açısından ilk iddia edilebilecek çözüm kefalet tarihinin belirtilmediği bir durumda kefilin sorumluluğunun başlangıcının asıl sözleşmeye bakılarak belirlenmesi olabilir. Belirtmek gerekir ki asıl olan kefalet sözleşmesinin süresiz olması olduğundan tereddüt halinde kefaletin süresiz olduğu kabul

³²⁴ Seza Reisoğlu, Yabancı Para Üzerinden Taahhüt Altına Girilmesi ve Hukuki Sonuçları (Yabancı Para Taahhütü), Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, C. 8, sa. 3-4, Ankara, 1987, s.150.

³²⁵ Cevdet Yavuz, Genel Olarak Kefalet Sözleşmesi, Geçerliliği ve Türleri (Kefalet), Avrupa Araştırmaları Dergisi, 2004, C. 12, Sayı 1-2, s. 29-30; Barlas, Şekle Bağlı Sorunlar, s. 13.

³²⁶ Ayan, a.g.e., s. 208.

edilecektir³²⁷. Yine, böyle bir bu durumda, aslında kefilin kefalet sözleşmesini asıl sözleşmeden daha sonra imzaladığı veya buradaki sürenin ancak asıl borcun muaccel olacağı tarihten itibaren başladığı iddia edilebilecek ve bu da uygulamada farklılıklar ve yeni ihtilafların doğumuna sebebiyet verecektir³²⁸.

Sözleşmede açıkça kararlaştırılmadığı takdirde kefilin sorumluluğunun ancak kefalet sözleşmesinin kurulmasından sonraki borçları kapsadığına yönelik TBK m. 589/2 düzenlemesi açısından çıkacak sorunlar da yalnızca kefalet tarihinin belirtilmesiyle aşılabılır. Yine, kefalet borcunun zamanaşımına uğraması açısından getirilen TBK m. 598/3’de düzenlenen on yıllık sürenin hesaplanabilmesi açısından da aynı anlamda çözüm sağlanmış olmaktadır. Süreli olmayan kefaletler açısından ise TBK m. 601/2’de eğer asıl borcun muacceliyetinin alacaklının borçluya ihbarda bulunmasına bağlanmış ise kefile, bu bildirimi yapması için alacaklıya kefalet tarihinden bir yıl sonra başvuruda bulunabilme imkânı getirildiğinden bu sürenin başlangıç tarihinin belirlenmesi açısından kefalet tarihi gereklidir. Asıl borcun gelecekte doğacak bir borç olduğu durumda da TBK m. 598/3 hükmünü dolanmayı engellemek için kefalet sözleşmesinin kurulduğu tarihten itibaren süre hesaplanacağından kefalet tarihine sözleşmede yer verilmesi gerekir³²⁹.

Geçerliliğe ilişkin bir diğer düzenleme olan TBK m. 584’de kefilin eşinin rızasının alınması şartı getirilmiştir. Bu düzenlemeye göre de kefilin kefalet sözleşmesi yaptığı tarihte evli olup olmadığının tayini açısından kuşkusuz kefalet tarihinin belirtilmiş olması önem arz etmektedir. Aynı şekilde kefilin kefalet ehliyetine yönelik bir sınırlamanın olup olmadığı, kefalet verenin kefalet vermeye yetkili olup olmadığı veya kefalet verenin bir tüzel kişi olması halinde temsil ettiği şirketi kefil olduğu tarihte temsil etmeye yetkili olup olmadığının belirlenmesi

³²⁷ E. Gülçin Elçin Grassinger, Belirsiz Süreli Kefaletle Kefilin Hakları, Prof. Dr. Necip Kocayusufpaşaoğlu İçin Armağan, Ankara 2004, s. 210; Tandoğan, C. 2, s. 800; Yavuz/Acar/Özen, s. 834; Zevkliler/Gökyayla, s. 693.

³²⁸ Özkan Şahin, s. 1312.

³²⁹ Erbayraktar, s. 144.

bakımlarından da yaşanacak sıkıntıların önüne geçilmesi açısından isabetli olmuştur³³⁰.

Bu konuda yaşanacak bir diğer sorun kefaletin yanında verilen diğer güvencelerin ve birlikte kefaletin varlığı halinde ortaya çıkacaktır. TBK m. 585/2’de adi kefaletin söz konusu olduğu bir durumda asıl borç kefaletten önce veya kefalet sırasında rehinle de teminat altına alınmış ise adi kefilin, önce rehne müracaat edilmesini isteyerek kendisine yapılan başvuruyu reddedebileceği düzenlenmiştir. TBK m. 596’da da aksi kararlaştırılmadığı takdirde kefilin yalnızca kefalet anı dahil bu zamana kadar var olan rehin hakları ve diğer güvencelere veyahut kefaletten sonra verilmekle birlikte asıl borçlu tarafından sadece asıl alacağı özgü verilmiş güvencelere rücu edebileceği belirtilmiştir. Aynı şekilde TBK m. 587/2’de, kendi aralarında müteselsilen birlikte kefillerin kefaletten önce veya kefalet anında kefil olanlarına karşı takibe geçilmedikçe her birinin kendi payını aşan kısmı ödemekten kaçınabileceği belirtilmiştir. Kefilin bu düzenlemelerden kaynaklanan ödemezlik def’i haklarını ve rücu haklarını kullanabilmesi için kefalet tarihinin belirli olması şarttır.

2.3. İMZA

Kefilin imzası, kefalet metninde kefilin iradesinin tamamını kapsayacak şekilde beyanının altında yer almalıdır. Kefalet, temsilci tarafından verildiği durumda kefalet senedini kefilin temsilcisi imzalayacaktır³³¹. İmzadan irade beyanının imza sahibine ait olduğu anlaşılmalıdır. İmzanın, imza sahibini tespit edecek bir işaretle belirtilmiş olması gerekmekte olup beyanın olmadığı ek bir kâğıda imza atılamaz³³². Alacaklının imzasının kefalet senedinde yer alması zorunlu değildir. Alacaklının, kefalet sözleşmesinde kefile bazı taahhütlerde

³³⁰ Tandoğan, C. 2, s. 722; Battal, s. 3 vd; Fikriye Ceren Sadioğlu, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu’na Göre Kefalet Sözleşmesinde Eşin Rızası, TBB Dergisi, 2017, C. -1, Sayı 2017, s. 205.

³³¹ Oğuzman/Öz, C. 1, s. 152 vd..

³³² Reisoğlu, Muteberlik, s. 379; Ayan, a.g.e., s. 196; Oğuzman/Öz, eğer gerçekte bir irade bulunmuyorsa sadece imzanın atılmış olması ve şekle uyulmuş olmasının sözleşmeyi kurmayacağını belirtmiştir. Bkz. Oğuzman/Öz, C. 1, s. 157.

bulunması veya kefalet sözleşmesi için icapta bulunması halinde dahi alacaklının imza atmaması kefaletin geçerliliğini etkilemeyecektir³³³. Böyle bir durumda kefil kefalet senedini imzaladıktan veya imzaladığını bildirdikten sonra senedi alacaklıya vermesi veya alacaklının hakimiyet alanına girmesinin sağlanması gerekir³³⁴. Nitekim sadece kefilin imzasının yeterli olması, kefalet sözleşmesinin yalnızca kefil tarafına borç yükleyen bir sözleşme olmasından dolayı TBK m. 14/1 düzenlemesine de uygundur.

Kanunun lafzından imza için kullanılacak organın sadece el olduğu şeklinde dar bir yorum yapılmamalıdır. Kanaatimizce kişi günlük hayatında elini kullanmak yerine başka bir oranını kullanarak da yazı yazıp imza atabiliyor ise ve atacağı imza başka belgelerde de imza olarak atılan imza ise bu organıyla atacağı imzanın da kabul edilmesi gerekir³³⁵.

Kişinin bedeni bir engeli veya okuma yazma bilmemesi sebebiyle el yazısıyla imza atamayacak olması halinde imza yerine onaylanmış bir el işareti koyulabileceği TBK m. 16/1’de hüküm altına alınmıştır. Buradaki onay merciinin HMK m. 209’da noter olduğu kabul edilmiştir. Bununla birlikte okuma yazma bilmeyen kişilerin kefalet metninin içeriğini ve asıl sözleşmeyi anlaması ve üstlendiği sorumluluğun farkına varabilmesi için bu metinleri okuması ve okuma yazma bilmesi gerekmektedir. Ayrıca yasanın aradığı nitelikli yazılı şekil şartlarını bizzat yerine getirmeleri gerektiği de yasa lafzından anlaşılmaktadır. Bu bakımdan sadece el imzası yerine kanunen öngörülmüş işaret veya mührün buradaki aranan koşulu sağlamayacağı açıktır. Bu bakımdan okuma yazma bilmeyen kişiler ve okuma yazma bilmeyen görme engelli kişiler kefalet unsurlarını el yazısıyla belirtmeyeceğinden bu kişilerin yukarıda belirtildiği üzere TBK m.16/1’e uygun bir şekilde bir el işareti koyarak kefil olmaları da mümkün değildir³³⁶.

³³³ Tandoğan, Kefalet, s. 42; Reisoğlu, Muteberlik, s. 380; Kayak, s. 41.

³³⁴ Tandoğan, Kefalet, s. 42.

³³⁵ Oğuzman/Öz, imzanın elle atılması şart olmakla birlikte bu kuralın bazı istisnaları olduğunu da belirtmiştir. Örneğin örf ve adetin mekanik olarak veya kopya edilerek atılmasını kabul ettiği haller açısından bu şekilde atılacak imza da geçerlidir. Bkz. Oğuzman/Öz, C. 1, s. 155.

³³⁶ Reisoğlu, Kefalet, s. 89; Özen, a.g.e., s. 219-224; Baş, s. 136.

Yeni teknolojik gelişmeler sonucu ortaya çıkan elektronik imza, hayatımızda ve hukuki işlemlerimizde aktif bir şekilde kullanılmaya devam etmektedir. Elektronik imzaya ilişkin kabul edilen 5070 Sayılı Elektronik İmza Kanunu³³⁷ m. 5/1'e göre oluşturulan "güvenli elektronik imza"nın, hukuki anlamda el ile atılan imzanın sonuçlarını doğuracağı kabul edilmiştir. TBK m. 15/2'de ise esasen böyle bir yöntemle atılan imzanın geçerli olacağı öngörülmüştür. Madde hükmüne göre el yazısı dışında başka bir araç kullanılarak imza atılması örf ve adet hukukunca geçerli kabul edildiği takdirde kanunen de kabul göreceği belirtilmiştir³³⁸. Ancak buna rağmen 5070 Sayılı Kanun m. 5/2'de teminat sözleşmeleri kapsam dışı bırakıldığından kefalet sözleşmesinin elektronik imza ile imzalanması geçersizlik sebebidir. Zaten TBK m. 583 hükmünde kefaletle ilişkin bazı unsurların el yazısıyla yazılması zorunluluğu karşısında buna imkân verilmemektedir. Zira kefilin zorunlu unsurları el yazısıyla belirtip el yazılı imza yerine elektronik imza kullanması ancak söz konusu metnin elektronik ortama taranması sonucu gerçekleşebilir ki böyle bir durumda el yazılı yerlerin özelliği kalmayacaktır. Söz konusu metin artık ıslak el yazısıyla yazılmış metnin fotokopisi niteliğinde olacaktır. Ayrıca bunun aksi şekliyle geçerli olacağını düşünmek kanun koyucunun amacıyla da bağdaşmayacaktır. Yine, bu özelliğiyle elektronik imzanın nitelikli yazılı şekil şartını değil, adi yazılı şekil şartını gerçekleştireceği açıktır³³⁹. Bu bakımdan elektronik imzalı kefalet metni yasanın aradığı şartları karşılamamaktadır.

Okuma yazma bilen görme engellilerin kefil olması ise TBK m. 15/3 hükmüne göre mümkündür. Bu hükme göre görme engellilerin talepleri halinde

³³⁷ <https://www.mevzuat.gov.tr/mevzuat?MevzuatNo=5070&MevzuatTur=1&MevzuatTertip=5>

³³⁸ Örf ve âdet hukukunun yazılı kural bulunmadığında ikincil nitelikte bir kural olarak uygulanacağı kabul edilmiştir. Bkz. Demet Özdamar, Avrupa Sözleşmeler Hukuku'nda ve Türk Borçlar Hukuku'nda Örf ve Adetler ile Teamül ve Uygulamaların Yeri, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof.Dr.Şeref Ertaş'a Armağan, C. 19, Özel Sayı, 2017, s. 114.

³³⁹ Oğuzman/Öz, C. 1, s. 154; İpek Sağlam, Elektronik Sözleşmeler, Legal Yayıncılık, 2007, s. 173-176; Buna ilave olarak el ile imzanın aradan uzun yıllar geçse bile geçerliliğini yitirmemesi, atan kişiyi uyarıcı özellikte olması açısından elektronik imzaya göre daha avantajlı bir durum yarattığı kabul edilmektedir. Bkz. s. Abdurrahman Savaş, İnternet Ortamında Yapılan Tek Taraflı Hukuki İşlemler ve Özellikle Elektronik Vasiyetname, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2007, Cilt 15, Sayı 2, s. 73-74.

şahit huzurunda imza atabilmeleri sağlanabilir. Aksi hale ilişkin, görme engellilerin imzalarını kendi atmaları da yine mümkün kılınmıştır. Ancak belirtmek gerekir ki uygulamada şahit istemeyen görme engelli kefilin attığı imza ve el yazısıyla belirttiği unsurlar açısından hataya düşürüldüğü veya başka şahıslar tarafından doldurulup ekleme yapıldığı iddiasıyla geçersizliğine yönelik sorunların yaşanması da oldukça olasıdır. Zira kefilin şahit istememesi halinde ne olacağı veya ne yapılması gerektiği kanunda belirtilmemiştir. Ayrıca şahidin buradaki fonksiyonu da açıkça belirtilmemiştir. Kanunda sadece kefilin imzası ve el yazısı arandığına göre şahidin metni imzalaması gerekecek midir? Gerekmeyecekse şahit huzurunda işlemlerin yapıldığı veya işlemlerin kefilin iradesine uygun bir şekilde yapıldığı konusunda şahit yazılı beyan vermek durumunda mıdır? Bu beyanın kefalet sözleşmesinde mi gösterilmesi gerekecektir? Ya da şahidin yalnızca mahkemeye taşınan bir uyuşmazlık halinde mi fonksiyonu ortaya çıkacaktır? Tüm doğması pek muhtemel bu ve bunun gibi sorunların açığa kavuşturulması ve yaşanmaması açısından doktrinde bu kişilerin de kefil olabilmeleri için resmi yazılı şeklin kefalet sözleşmesinin geçerliliği açısından kabul edilmesi gerektiği düşünülmektedir³⁴⁰. Yine, uygulamada ortaya çıkacak bu problemler için kanun kefalet özgü geçerlilik şartları öngörmüş olduğuna göre görme engelli vatandaşların şahitliğine ilişkin özel düzenlemeye gidilerek de bu konudaki sorun çözüme kavuşturulabilir. Bununla birlikte, 818 Sayılı BK m. 15'deki "resmi şahadetname" yani resmî belgeleme veya onaylama zorunluluğunun TBK düzenlemesiyle kaldırıldığı düşünüldüğünde kanun koyucunun, görme engellilerin yapacakları işlemlerin güvenilirliği için yalnızca resmi bir makam tasdikine ihtiyaç olmadığını da kabul ettiğini düşünüyoruz. Bu

³⁴⁰ Ayan, a.g.e., s. 208; Baş, s. 130; Esasen 818 Sayılı BK m. 14/3'de amaların imzalarının noter tarafından tasdik edilmedikçe veya imza attıkları metne vakıf oldukları sabit olmadıkça, kendilerini bağlamayacağı belirtilmiş idi. Bu bakımdan mülga kanun yürürlüğünde görme engelli kişilerin ancak resmi şekilde işlem yapabilecekleri ileri sürülmekteydi. Ancak kanunun bu hükmü 5378 Sayılı Kanun m. 50 ile 2005 yılında yürürlükten kaldırılmıştır. Yeni TBK tasarısında da m. 15/3 metni "*Usulüne göre onaylanmadıkça veya imza ettikleri sırada metnin içeriğini bildikleri ispat edilmedikçe, görme engellilerin imzaları onları bağlamaz.*" şeklinde düzenlenmişti. Fakat daha sonra 6111 Sayılı Kanun m. 213 ile madde metni şimdiki haliyle değiştirilmiştir. Tasarıdaki metin için bkz. <https://www2.tbmm.gov.tr/d23/1/1-0499.pdf>; Taşpınar Ayvaz, şahit isteyip istememesi açısından görme engelli kişiye bir ispat yükümlülüğünün doğacağını belirtmiştir. Bkz. Sema Taşpınar Ayvaz, Türk Borçlar Kanunu ve Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun İmza Atamayanlarla İlgili Yeni Düzenlemesine Eleştirel Bir Bakış, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2012, C. 61, Sayı 1, s. 336-338; Aksi görüşte bkz. Özen, a.g.e., s. 224; Reisoğlu, Kefalet, s. 89.

bakımdan TBK m. 16/1’de belirtilen geçerlilik şartından daha ağır olarak ispat için aranan resmi şekil şartı, kefaletin kendine özgü geçerlilik ve özellikle şekil koşullarına tabi olmasından dolayı uygulanmayacağı kanaatindeyiz. Buna ve resmi makamın kim olacağına ilişkin yukarıda II. Bölüm, 2.2. Yazılılık³⁴¹ bölümünde yaptığımız açıklamalar burada da geçerli olacaktır.

2.4. BEYAZA İMZA

Bu konu 818 Sayılı BK’nın yürürlük zamanında öngörülen şekil kurallarına bağlı olarak uygulamada karşılaşılabilecek bir konu olup TBK’nın kefaletle ilişkin şekil kurallarının beyaza imza suretiyle kefil olmayı büyük ölçüde engellediğini ve bundan sonraki sözleşmeler açısından açık hükme göre sorun teşkil etmeyeceğini belirtmek gerekir. Bu durum mülga kanun zamanında özellikle azami kefalet limitini kefilin el yazısıyla belirtme zorunluluğu bulunmamasından kaynaklanmaktaydı. Kefil unsurları daha sonra doldurulmak üzere borçluya beyaza imza atılmış bir kâğıt veriyor, borçlu bunu daha sonra alacaklıya vereceği zaman dolduruyordu. Böyle bir yola kefil ile borçlu elbette ki pratik hayatın ihtiyaçları doğrultusunda başvurabiliyorlardı. Burada borçlu kararlaştırılan üst sorumluluk bedeline uymayarak kefalet sözleşmesini doldurmuş ise kefilin, öngörmediği bir borçtan sorumlu tutulması ve kefilin iradesine aykırı bir durumun yaşanması söz konusu olabiliyordu. Bu sorunun çözümü için doktrinde çeşitli görüşler ortaya atılmıştır. İlk olarak kefilin korumak amacıyla getirilen şekil kurallarına uyulmadan, sonradan doldurulmak üzere verilen beyaza imzanın geçerli olmayacağı bir kısım yazarlarca savunulmuştur. Bir görüşe göre kefalet senedinde kefilin imzası yazılı metin doldurulduktan sonra alınmasıyla geçerli olabilir³⁴². Aynı görüşteki bazı yazarlar ise şekil zorunluluğunun tarafları korumak amacıyla değil de üçüncü kişileri koruma amacıyla getirildiği kabul edildiğinde hukuki işlemin beyaza imza yoluyla kurulacağını düşünmektedir. Ekonomik hayatın gereksinimlerine uygun olarak uygulamada pratik olması açısından tercih edildiğini ve bu yüzden kabul

³⁴¹ Bkz. bu çalışma, II., 2.2., s. 39 vd.

³⁴² Özen, a.g.e., s. 240 (dn. 185).

edilebileceğini savunan bir görüş ise kefilin iradesi açısından konuyu ayırmaktadır³⁴³. Eğer ortada kefilin iradesine uyan bir beyaza imza söz konusu ise bu durumda sorun çıkmayacağından bunu geçerli kabul etmek gerekir. Ancak kefil, iradesine aykırı doldurulan bir beyaza imza olduğu iddiasındaysa burada alacaklının iyiniyetine göre durumun değişeceğini düşünenler de vardır. Eğer alacaklı bu durumu biliyor veya bilmesi gerekiyorsa alacaklının iyiniyetinden söz edilemeyeceğinden kefalet senedi geçerliliğini yitirecektir. Aksi durumda ise güven ilkesi gereği alacaklı iyiniyetinden dolayı kefilin sorumlu tutmaya hak kazanabilmelidir³⁴⁴. Bu konudaki bir diğer düşünce ise kefilin, kefalet sözleşmesinin iradesine aykırı olarak doldurulduğunu ispat ettiği takdirde alacaklının iyiniyetine bakılmaması gerektiği yönündedir. Buradaki bir fikir ayrılığı da alacaklının kefalet sözleşmesinin geçerliliğine duyduğu güvenin korunması gerektiği fakat kefilin, kefalet sözleşmesinde yazıldığı şartlarla değil de kendi iradesine uygun bir şekilde yazılsaydı nasıl sorumlu olacaksa o şartlarla sorumlu tutulmasına ilişkindir. Yani örneğin kefil, aslında 1.000,00TL'lik bir sorumluluğun altına girdiğini iddia edip iradesine aykırı olarak sözleşmede 10.000,00TL'lik kefalet limiti belirtildiğini iddia ediyorsa bu durumda kefalet sözleşmesinin 1.000,00TL azami limitle geçerli kabul edilmesi gerekecektir. Aynı yaklaşımla alacaklı kötüniyetli olsa bile sözleşmenin kefilin gerçek iradesine uygun olarak geçerli kabul edilmesini gerekli gören bir kısım yazarlar da vardır. Buna göre kefilin gerçek iradesi alacaklının gerçeği bilmesi olgusuna göre değerlendirilmemelidir.

Bu konuda yaşanan sorunlar ve tartışmalar, TBK'nın kefalet azami sınırı, kefalet tarihi, müteselsil kefalet hali gibi unsurların kefilin el yazısıyla belirtilmesi zorunluluğu düzenlemesiyle giderilmiştir.

³⁴³ Reisoğlu da bu düşüncededir. Ayrıca, kefil olma iradesiyle borcunun imzasının yanına kefilin imza atması halinde müteselsil borçlu olma iradesi bulunmadığı gibi, feri olarak borç altına girilmek istendiği belli olmadığından sadece imza atılmasının ortaya geçerli bir kefalet senedi çıkarmayacağını belirtmiştir. Bkz. Reisoğlu, Muteberlik, s. 378-379; Tandoğan, Kefalet, s.41.

³⁴⁴ İsviçre Federal Mahkemesi Kararı BGE 88 II 422, bkz. Özen, a.g.e. s. 241(dn. 186'dan naklen). Alman Federal Mahkemesi de aynı yönde kararlar vermiştir. Bkz. Özen, a.g.e., s. 241 (dn. 186-187'den naklen); Oğuzman/Öz, C. 1, s. 157.

2.5. KEFİL OLMA VAADİ (ÖN SÖZLEŞMESİ) AÇISINDAN

TBK m. 583/2’de sözleşmenin diğer tarafında veya bir üçüncü kişiye kefil olma vaadinde bulunulabileceği ve bunun kefaletin şekil koşullarına tabi olacağına hükmedilmiştir. Burada yapılacak kefalet vaadinden kasıt meselenin bir ön sözleşmeyle kararlaştırılmış olmasıdır. Yani bir kişi bir borca ilişkin kefil sıfatıyla kendisinin sorumluluk altına gireceğine yönelik taahhüt vermektedir. Bu bakımdan belirtmek gerekir ki burada verilen taahhüt kefil bulma konusunda değildir.

Yasada kefalet vaadine ilişkin bu düzenlemeye yer verilmesine rağmen TBK m. 29/2’den de aynı sonuç çıkarılabilir. Bu hükümle ön sözleşmelerin geçerliliği de ileride yapılacak sözleşmenin şekil koşullarına bağlandığına göre aynı durum kefalet akdi için de geçerli olacaktır. Bununla birlikte doktrinde kefalet vaadine ilişkin düzenlemenin ön sözleşmeye nazaran daha geniş ihtimallere cevap vermesi açısından ayrıca belirtilmesinin daha doğru olduğu da düşünülmektedir³⁴⁵. Burada kefalet sözleşmesinin yapılacağı alacaklı ile asıl sözleşmede birden fazla alacaklı olması ve diğer alacaklılara kefalet vaadinde bulunulmaması ihtimali düşünülerek böyle bir ihtimalde ancak kefalet vaadine ilişkin düzenlemeyle farklı taraflar arasında yapılacak sözleşmeye cevap verilebileceği savunulmaktadır³⁴⁶.

Kefalet vaadi de ileride kurulacak kefalet sözleşmesinin şekil şartlarını taşıması gerekmele birlikte asıl borç açısından ferdileştirilmesi ve asıl sözleşmenin objektif esaslı unsurlarının kefalet vaadinde gösterilmesi gerekir³⁴⁷. Yine sübjektif esaslı unsurların kefalet sözleşmesinde belirtilmesi gerektiğine ilişkin daha önce yaptığımız açıklamalar³⁴⁸ kefalet vaadi açısından da geçerli olacaktır. Bu doğrultuda kefaletin asli borcuyla ilişkili sübjektif unsurların nitelikli yazılı şekil koşulunun taşıması gerekecektir. Kefilin, yokluğunda veya geçersizliğinde söz

³⁴⁵ Ayan, a.g.e., 254 (dn. 765).

³⁴⁶ Özen, asıl sözleşme tarafları ile akdi taahhüt edilen sözleşme taraflarının aynı olması gerekmediği kuralından yola çıkarak bu gerekçeyi haklı bulmaz. Bkz. Özen, a.g.e., s. 61, 62 (dn. 11).

³⁴⁷ Ayan, a.g.e., s. 255; Özen, a.g.e., s. 61; Reisoğlu, Kefalet, s. 44; Tandoğan, Kefalet, s. 52; Taşdelen, s. 740; Baş, s. 138.

³⁴⁸ Bu çalışma, II., 2.2.4., s. 69.

konusu sözleşmeyi yapmamasına neden olacak sübjektif kayıtlar bu türden kayıtlardır. Bunların kefalet vaadinde belirtilmemesi halinde kefalet vaadi geçersiz sayılır³⁴⁹. Yine kefilin durumunun ağırlaştırılamayacağı kuralının yasayla istisnasının öngörüldüğü hallere ilişkin sübjektif kayıtların da kefilin el yazısıyla belirtilmesi gerekecektir. Bu kayıtların şekil koşuluna aykırı olarak belirtilmesi halinde yalnızca bu kayıtlar hükümsüz olacaktır³⁵⁰. Kefalet vaadinde bulunulmasına yönelik temsil yetkisi verilmesi de aynı şekil koşullarına tabi olmakla birlikte eş rızası açısından durum tartışmalıdır³⁵¹. Bir görüşe göre eş rızası açısından kefalet sözleşmesindeki riskler kefil olma vaadi açısından da bulunmaktadır. Diğer görüş ise kefalet vaadi açıkça sözleşmenin şekline bağlandığı halde eş rızasına ilişkin düzenleme yapılmadığından rızanın alınması gerekmeyecektir³⁵². Ayrıca kefil olma vaadinde bulunan kişi, kefalet iradesini daha sonra açıklayacak ve borçlandırıci işleme daha sonra gireceğinden en geç borçlandırıci işlemin yapıldığı kefalet sözleşmesi sırasında eş rızası alınmış olması yeterli olacaktır. Kefalet vaadi sırasında evli olmayan kefalet vadedenin daha sonra evlenip kefalet sözleşmesi yapıldığı sırada evli olması halinde birinci görüşün kabul edilmesi karışıklığa yol açabileceğinden ikinci görüşün desteklenmesini uygun buluyoruz. Yine belirtmek gerekir ki eş rızasına ilişkin yasa düzenlemesi kanaatimizce şekle ilişkin bir düzenleme olmayıp ehliyet sınırlamasına ilişkin bir düzenleme olduğundan kefalet vaadi açısından da şekli bir mesele olarak değerlendirilmemelidir.

2.6. SONRADAN YAPILAN DEĞİŞİKLİKLERDE ŞEKİL

Kefalet sözleşmesinde sonradan değişiklik yapılarak kefilin sorumluluğunu ağırlaştıran kayıtların eklenmesi mümkündür. TBK m. 583/3'e göre "Kefalet Sözleşmesinde sonradan yapılan ve kefilin sorumluluğunu artıran değişiklikler,

³⁴⁹ Baş, s. 131; Özen, a.g.e., s. 237; Yavuz/Acar/Özen, s. 803; Eren, Borçlar Özel, s. 783.

³⁵⁰ Reisoğlu, Kefalet, s. 91; Tandoğan, Kefalet, s. 53; Elçin Grassinger, s. 94-95; Özen, a.g.e., s. 237-238; Yavuz/Acar/Özen, s. 803; Baş, s. 134-135.

³⁵¹ Bu konu ileride ayrıntılı olarak incelenmiştir. Bkz. bu çalışma, IV., 1.3.4., s. 142 vd.

³⁵² Baş, s. 121; Sadioğlu, s. 216.

kefaletler için öngörülen şekle uyulmadıkça hüküm doğurmaz". Yine, TBK m. 13'te de "Kanunda yazılı şekilde yapılması öngörülen bir sözleşmenin değiştirilmesinde de yazılı şekle uyulması zorunludur." belirtilmiştir. Sorumluluk, kefil olunan azami miktarın arttırılması, adi kefaletin müteselsil kefalete dönüştürülmesi veya kefaletin süreyle sınırlandırılması yönünde olabilir. Belirtmek gerekir ki kanun lafzında buradaki sorumluluğun biçimi tahdidi olarak sayılmayıp genel bir düzenleme yapıldığından sorumluluğu arttıran tüm kayıtların bu kapsamda nitelikli yazılı şekil şartına uygun olarak yapılması gerekmektedir³⁵³. Bu türden sonradan yapılacak değişiklikler asıl kefalet sözleşmesi belgesi üzerine eklenebileceği gibi ek bir belge ile de yapılması mümkündür³⁵⁴. Kefilin evli olması halinde, yine yapılacak değişiklikler için eşin rızasının alınması gerekecektir³⁵⁵. Kefalet sözleşmesinde sonradan şekil şartlarına aykırı değişiklik yapılması halinde ise bu durum TBK m. 27/2 gereğince kefalet sözleşmesinin geçerliliğini etkilemeyecek, sadece bu değişiklikler geçersiz olacaktır³⁵⁶.

Kefilin, sahip olduğu örneğin kefilin ifada bulunması halinde rücu edebileceği başka teminatlar öngörülmesi gibi lehine olan bazı kayıt veya teminatların daha sonradan kaldırılması yönündeki düzenlemelerin ne şekilde yapılacağını değerlendirmek gerekir. Doktrinde³⁵⁷, bu türden kayıtların kaldırılması veya değiştirilmesi de kefilin durumunu ağırlaştıracığından şekil şartına uyulması gerektiği düşünülmektedir. Belirtmek gerekir ki bu türden değişiklikler kefilin aleyhine olmakla birlikte, kefilin bu türden teminatlara güvenerek de kefalet sözleşmesini imzaladığı düşünülebilir. Kanaatimizce böyle bir

³⁵³ Kaynak İsv. BK'da durum farklıdır. İsv. BK. m. 493/5 1. cümlede "Kefalet miktarının artırılması ve âdi kefaletin müteselsil kefalete dönüştürülmesi hâriç olmak üzere, kefalet sözleşmesinde sonradan yapılacak değişiklikler için, yazılı şekle uyulması yeterlidir." denilerek sorumluluğu arttıran kayda göre bir ayırım yapılmıştır. Buna göre sorumluluk limitini arttırmaya ve adi kefaleti müteselsil kefalete dönüştürmeye ilişkin kayıtların kefilin el yazısıyla yapılması gerekirken, diğer biçimdeki sorumluluğu arttıran kayıtların adi yazılı şekil şartına uygun olarak belirtilmesi yeterli olacaktır. Bkz. İsv. BK m. 493/5 (Koç, İsv. BK, s. 268); Reisoğlu, s. 44. Ancak doktrinde buradaki sayılanların tahdidi olmadığı, birer örnek olduğunu ileri sürenler de mevcuttur. Bkz. Ayan, a.g.e., s. 256 (dn. 771).

³⁵⁴ Ayan, a.g.e., s. 256.

³⁵⁵ Baş, s. 119 vd.

³⁵⁶ Reisoğlu, s.44; Ayan, a.g.e., s. 256; Özen, a.g.e., s. 238.

³⁵⁷ Ayan, a.g.e., s. 256.

kayıttaki değişikliği, o kayıt sözleşmenin esaslı unsuru olarak sayılması halinde kefaletin şekline uyarak yapmak gerekmektedir³⁵⁸.

Kefilin sahip olduğu savunma imkanından daha sonradan yapılacak bir anlaşma ile vazgeçmesinin mümkün olup olmadığı TBK m. 582 f. son açısından değerlendirilmelidir. He ne kadar madde lafzında kefilin kendisine tanınan haklardan “*önceden*” feragat edemeyeceği belirtilmiş ise de buradaki feragatin yapılması anı bakımından sadece kefalet sözleşmesinin kurulması anı değil, doğal olarak, savunma hakkını kullanma imkanının ortaya çıkmasından öncesi kastedilmektedir³⁵⁹. Bu bakımdan kefalet sözleşmesinin yapılmasından sonraki bir değişikliğin de madde kapsamına girdiğinin kabulü gerekecektir. Bu bağlamda asıl sözleşmede veya kefalet sözleşmesinde sonradan yapılacak bir değişiklik kefilin durumu ağırlaştırılamayacaktır³⁶⁰. Bununla birlikte bu kuralın yasada aksinin kararlaştırılmasına cevaz verildiği istisnai hallerde bu değişikliklerin yapılması mümkündür³⁶¹. Örneğin TBK m. 589/2 hükmüne uygun olarak asıl borçlunun temerrüdünden sorumlu olmayacağına yönelik bir kefalet sözleşmesindeki kayıt daha sonradan çıkarılmak istenirse de kefilin sorumluluğu kuşkusuz artacağından kefaletin nitelikli yazılı şekle uyularak yapılması gerekecektir.

Kefilin lehine yapılacak değişikliklerin şekil şartının amacı düşünüldüğünde kanundaki nitelikli yazılı şekil şartına uygun olarak belirtilmesi gerekmediğini söylemek gerekir³⁶². Gerçekten de kefilin lehine olan, onun durumunu hafifleten türden değişikliklerin şekle aykırı olarak sözleşmede belirtilmesi halinde geçersiz olacağının kabul edilmesi kefil lehine bir sonuç yaratmayacaktır. Bu bakımdan bu türden değişikliklerin ispat açısından adi yazılı olarak sözleşmeye eklenmesi yeterli

³⁵⁸ Ayan’ın değerlendirmesi aksi yöndedir. Bkz. Ayan, a.g.e., s. 256.

³⁵⁹ Elçin Grassinger, s. 203.

³⁶⁰ Yavuz/Acar/Özen, s. 803; Reisoğlu, Kefalet, s. 43-44; Elçin Grassinger, s. 94-95; Tandoğan, Kefalet, s. 53; Özen, a.g.e., s. 237-238; Eren, Borçlar Özel, s. 783.

³⁶¹ Reisoğlu, Kefalet, s. 30-31; Özen, a.g.e., s. 104 vd.

³⁶² Reisoğlu, s. 44; Özen, a.g.e., s. 239; Ayan, a.g.e., s. 257.

olacaktır. Nitekim TBK m. 583/3 hükmünden de aynı sonuca ulaşılabilecektir³⁶³. Tandoğan ve Barlas, kefilin sorumluluğunun miktarını kısmi oranda azaltan kayıtların kefilin mevcuttaki borçtan kısmen kurtardığından ibra niteliğinde olduğunu belirtmektedir³⁶⁴. İbraya ilişkin TBK m. 132 hükmünden yola çıkarak borcu doğuran sözleşme şekle bağlı olsa bile borcu kısmen veya tamamen ortadan kaldıracak sözleşmelerin şekle bağlı olmadan yapılabileceğinin öngörüldüğünü belirterek aynı sonuca ulaşılmaktadır³⁶⁵. Bununla birlikte kefilin sorumluluğunu azaltsa bile kefaletin çeşidine ilişkin anlaşmaların kefalet senedinde gösterilmesi gerekmektedir. Aksi halde kefaletin türü adi kefalet olarak belirlenecektir³⁶⁶.

Belirtmek gerekir ki bu türden kefilin sorumluluğunu azaltan bir kaydın yazılı olarak belirtilmesi ispat açısından ve hukuk güvenliği açısından yarar sağlayacaktır³⁶⁷. Bununla birlikte TBK m. 583 f. 2 c.2’de “*Taraflar, yazılı şekle uyarak kefilin sorumluluğunu borcun belli bir miktarıyla sınırlandırmayı kararlaştırabilirler.*” hükmedilmiştir. Böyle bir anlaşmanın kefilin lehine olacağı açıktır. Ayrıca TBK m. 100/2’de “*Alacaklı alacağın bir kısmı için kefalet, rehin veya başka bir güvence almış ise, borçlu kısmen yaptığı ödemeyi, güvence altına alınan veya güvencesi daha iyi olan kısma mahsup etme hakkına sahip değildir.*” belirtilmiştir. Buna göre kısmi kefalet söz konusu ise, kısmi ödeme yapan borçlunun, ödemesinin, borcun kefaletle teminat altına alınan kısmından mahsup edilmesine yönelik bir anlaşma yapılmadıkça borçlunun veya kefilin bunu talep etme hakkı bulunmamaktadır. Böyle bir anlaşma kefilin sorumluluğunu arttırmadığı veya azaltmadığı gibi sonuç itibarıyla kefilin sorumluluğunun daha kısa sürede sona ermesini sağlayacağından aynı bağlamda kefilin lehine bir

³⁶³ Madde metninde kefilin sorumluluğunu arttıran sonradan yapılacak değişikliklerin şekle tabi olacağı hüküm altına alınmıştır. Kanun koyucunun düzenlemesi kefil açısından daha aleyhe olan bir duruma ilişkin şekil zorunluluğu getirme yönünde olduğundan lehe olan hükümler açısından böyle bir şartın öngörülmediğini söylemek mümkündür. Bkz. <https://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.5.6098.pdf>.

³⁶⁴ Bkz. Tandoğan, Kefalet, s. 53; Barlas, TBK Sempozyumu, s. 358.

³⁶⁵ Baş da bu yönde görüş bildirmiştir. Bkz. Baş, 135; Özkan Şahin, s. 1308.

³⁶⁶ Yavuz, Kefalet, s. 30; Yavuz/Acar/Özen, s. 804; Tandoğan, Kefalet, s. 43; Eren, Borçlar Özel, s. 786.

³⁶⁷ Reisoğlu, Kefalet, s. 44; Özen, a.g.e., s. 239; Ayan, a.g.e., s. 257; Tandoğan, Kefalet, s. 53; Ayan, a.g.e., s. 259.

anlaşmadır. Şu durumda bu türden, kefilin kısmi sorumluluğunun yapılan ilk ödemeye sona ereceğine ilişkin bir anlaşma her ne kadar kefilin lehine bir anlaşma olsa da TBK m. 100 açısından, aksinin kararlaştırıldığının ispatı ölçüsünde yazılı olarak belirtilmeye muhtaç görünmektedir. Dolayısıyla TBK m. 100/2 kapsamında borçlunun kısmi ödemeyi teminatlı kısma mahsup etme yetkisi tanınmamışsa, kefil ile alacaklı arasında yapılacak kefalet sözleşmesinde kefilin sorumluluğunun borcun ilk ödenecek kısmı ile sınırlı olacağı kararlaştırılabilir. Bu türden kefilin sorumluluğunu belli bir miktarla sınırlandıran kaydın daha sonradan kararlaştırılması halinde, TBK m. 583 f. 2 c. 2'nin açık hükmü gereğince yazılı olarak yapılması gerekecektir³⁶⁸. Aynı durum cari hesaba verilecek kefalet teminatı açısından da söylenebilir.

Kefalet sözleşmesinin süresinin uzatılması konusu TBK m. 598/3'te açıkça düzenlenmiştir. Buna göre bir gerçek kişi tarafından verilmiş olan kefalet, kefalet sözleşmesinin kurulmasından itibaren on yılın geçmesiyle kendiliğinden kalkacaktır. Madde düzenlemesi açıkça gerçek kişilere yönelik olduğundan tüzel kişilerin kefilliğinin yasal süre kısıtlaması bulunmamaktadır³⁶⁹. Kefalet, on yıldan fazla bir süre için öngörülmüş olsa bile kefilin sorumluluğu ancak on yıllık süre için devam edecektir. Kefaletin süresinin daha sonradan uzatılması veya yeni bir kefalet verilmesi mümkündür. TBK m. 598/5'e göre kefalet süresi en erken sürenin sona ermesinden bir yıl önce, kefaletin nitelikli yazılı şekil kurallarına uyularak yeni bir dönem için uzatılabilecektir. Dolayısıyla uzatma beyanında kefalet miktarının, uzatma beyanı tarihinin, varsa müteselsil kefalet beyanının kefilin el yazısıyla belirtilmesi gerekmektedir. Uzatma süresinin ise belirtilmesinin gerekmediği genel olarak kabul edilmektedir³⁷⁰. Sürenin uzatılmasına ilişkin anlaşmalar açısından eş

³⁶⁸ Ayan, a.g.e., s. 258-259.

³⁶⁹ Özen, a.g.e., s. 604; Kaynak kanunda madde karşılığı olan İsv. BK. m. 509/3'te bu süre yirmi yıl olarak düzenlenmiş olup, kamu kurumlarına karşı üstlenilen ve kamu hukukuna ilişkin bir borcu teminen verilen kefaletlerde de gerçek kişinin kefilliği süre kısıtlamasının dışında tutulmuştur. Bkz. Koç, İsv. BK, s. 275.

³⁷⁰ Özen, a.g.e., s. 583; Özen, ayrıca on yıllık uzatmanın yalnızca bir kere söz konusu olabileceğini, bu konuda anlaşmanın değiştirilmiş kısmi butlan hükmünde olduğunu belirtmektedir. Bkz; Özen, a.g.e., s. 609; Reisoğlu, Kefalet, s. 297; Erbayraktar, s. 138-140.

rızasının alınması gerektiği konusu ise tartışmalıdır³⁷¹. TBK m. 584/2’de kefalet sözleşmesinde sonradan yapılan limit artırımı, müteselsil sorumluluk kaydı konulması veya kefil yararına olan güvencelerin önemli ölçüde azalmasına sebep olmayan anlaşmalarda eş rızasına gerek olmadığı kararlaştırılmıştır. Bir görüş, bu hükümden hareketle ‘güvence’ tabirini teknik anlamda lafzi yönden ‘teminat’ olarak yorumlamış, diğer görüş ise madde hükmünü genel bir yorumla süre uzatımına ilişkin değişikliği ‘kefilin sorumluluğunu genişleten düzenleme’ kapsamında ele alarak eş rızasının gerektiği sonucuna ulaşmıştır³⁷². Süre uzatılması sonucunda kefilin daha uzun süreyle sorumluluğunun devam edeceğine ilişkin bir tablo ortaya çıkacağı kuşkusuzdur. Bu şekilde uzun süreli bir sorumluluğun evli kefilin aile ekonomisini de ilgilendirmesi bakımından eş rızasının alınması uygun olacaktır.

Asıl sözleşmede sonradan yapılacak değişikliklerle borçlunun sorumluluğunun genişlemesi durumunda kefil, rızası alınmadıktan sonra bu genişlemeden sorumlu tutulamayacaktır. Aynı şekilde, asıl sözleşmenin yenilenmesi üzerine doğacak borçlardan da aksi kararlaştırılmadıkça sorumlu tutulamaz³⁷³. Asıl borçluya süre verilmesi veya borcun ödeme planında değişiklik yapılması halinde kefalet süresi aşılsa kefil süre sonunda borcundan kurtulacaktır. Bu durum kefil lehine bir durum yarattığından kefilin rızası aranmayacaktır.

2.7. KEFALET BORCUNUN ÜSTLENİLMESİNDE ŞEKİL KURALLARINA UYULUP UYULMAYACAĞI SORUNU

TBK m. 195 hükmüne göre borçlu ile üçüncü bir kişi arasında yapılacak bir iç üstlenme sözleşmesi ile borçlunun borcunun ifası konusunda anlaşma yapılabilir

³⁷¹ Eş rızasının gerekli olmadığını savunanlar: Reisoğlu, s. 297; Özen, a.g.e., s. 608(dn. 115); Eş rızası gerektiği yönünde: Özen, a.g.e., s. 608; Ayan, a.g.e., s. 162; Muzaffer Şeker, Kefalet Sözleşmesinde Eşin Rızası (Eşin Rızası), İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, 2015, C. 2016/3, Sayı 30, s. 120-121; Gümüş, s. 344.

³⁷² Bu konu ileride eş rızasına ilişkin açıklamalarımızda ayrıntılı olarak incelenmiştir. Bkz. bu çalışma, IV., 1.3.3., s. 141.

³⁷³ Zevkliler/Gökyayla, s. 683-684; Özkan Şahin, s. 1298; Reisoğlu, Kefalet, s. 208-211.

veya ifanın üstlenilmesi için alacaklının rızası alınabilir. Buna göre kefil ile üçüncü bir kişi arasında böyle bir sözleşme yapılmasıyla kefilin borcunun üstlenilmesi mümkündür. Burada borcun devri anlaşması söz konusu değil, yalnızca üçüncü kişinin edim konusunda taahhüdü bulunmaktadır³⁷⁴. Üçüncü kişi, kefile, kefilin geçerli bir kefalet sözleşmesinden doğan yükümlülüğünü yerine getireceğinin taahhüdünü vermektedir. Verdiği taahhütle kefilin yerine geçerek onun edimini yani kefil olmayı üstlenmez. Bu yüzden böyle bir sözleşmenin varlığı halinde alacaklı üçüncü kişi yerine yine kefile başvuracaktır. Zira böyle bir sözleşmeye göre yapılacak ifa en nihayetinde sözleşme taraflarını ilgilendireceğinden alacaklının, kefil ile üçüncü kişi arasındaki sözleşme ilişkisini göz önünde bulundurması beklenmez.

Burada kefile ilişkin bir edim üstlenildiğinden kanunun kefil işlem yapmadan önce üstlendiği sorumluluğu düşünmeye sevk ve onu koruma gayesinin kefilin edimini üstlenen üçüncü kişi açısından da aranıp aranmayacağı konusu gündeme gelmektedir. Kural olarak böyle bir sözleşme, asıl sözleşmenin (kefaletin) şekil koşullarına tabi olmayacaktır³⁷⁵. Bununla birlikte her ne kadar kefalet sözleşmesi kural olarak ivazsız yapılsa da bu sözleşme açısından böyle bir kural yoktur. Bu yüzden doktrinde sözleşmenin karşılıksız olarak yapılması halinde bağışlama vaadi niteliğinde olduğu ve TBK m. 288/1 uyarınca bağışlamanın adi yazılı şekil şartına uyularak yapılması gerektiği de belirtilmektedir³⁷⁶.

Aynı sonuca TBK m. 196'da düzenlenen dış üstlenme sözleşmesi için de ulaşılabileceği söylenebilir. Borcun nakli olarak da bilinen³⁷⁷ bu sözleşmede, borcu üstlenen üçüncü bir kişi ve alacaklı arasında yapılacak bir sözleşme ile borçlunun yerine üçüncü kişinin geçmesi sağlanabilir. Borcu üstlenen üçüncü şahsın alacaklıyla böyle bir anlaşma yapmak yerine doğrudan kefilin borcunu ifa etmesiyle de dış üstlenme sözleşmesi yapılmış olacaktır. Borcun dış üstlenilmesi sözleşmesi

³⁷⁴ Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 269 vd.; Özen, a.g.e., s. 247.

³⁷⁵ Oğuzman/Öz, C. 2, s. 609; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop s. 270 vd; Özen, a.g.e., s. 247.

³⁷⁶ Oğuzman/Öz, C. 2, s. 609-610.

³⁷⁷ Oğuzman/Öz, C. 2, s. 614.

de kural olarak şekle bağlı olmayıp tarafların icap ve kabul beyanlarına bağlı olarak sonuç doğurur³⁷⁸. Bu sözleşmenin de aynı düşünceyle karşılıksız yapılması halinde bağışlama vaadi hükmünde olduğu belirtilmektedir.

Doktrinde Özen tarafından bir noktaya dikkat çekilmektedir³⁷⁹: Borcun iç üstlenilmesi sözleşmesinin karşılıksız yapılp adi yazılı şekilde yapılmadığı bir durumda sözleşmenin ifası olarak alacaklıyla borcun dış üstlenilmesi konusunda anlaşıldığını veya ödemedede bulunulduğunu düşünelim. Böyle bir durumda bağışlama vaadinin şekline uyulmadan yapılan borcun iç üstlenilmesi sözleşmesinin geçersizliği artık ileri sürülemeyecektir. Özen'e göre burada, borcun dış üstlenilmesi sözleşmesi yapıldığından, borcun iç üstlenilmesi sözleşmesi açısından artık bir bağışlama vaadi değil, elden bağışlama söz konusu olmaktadır. Bu yüzden borcun iç üstlenilmesi sözleşmesinin karşılıksız yapılması halinde (adi yazılı) şekil şartına uyulmadan yapılmasının mümkün olduğunu düşünmektedir. Böyle bir durumda gerçekten de karşılıksız kazandırmayla yapılan, kefilin borcunu iç üstlenme sözleşmesinden ziyade dış üstlenme sözleşmesinin adi yazılı şekilde yapılması daha gerekli olacaktır. Zira bunun, ispat açısından borcu üstleneni ve aynı zamanda kefilin koruyucu etkisi daha fazla olmaktadır. Bu yüzden karşılıksız iç üstlenme sözleşmesinin şekle bağlı olarak yapılmasına gerek bulunmamaktadır³⁸⁰.

Borcun üstlenilmesinin de kefaletin şekline bağlı yapılması gerektiğini ileri süren diğer görüşe³⁸¹ göre ise, kefaletin şekil şartı amacına uygun olarak borcu üstlenen üçüncü şahsın da üstlendiği riziko konusunda uyarılması gerekmektedir. Bununla birlikte, üçüncü şahsın üstlendiği borç örneğin bir taşınmaz üzerinde kurulacak bir ayni hakka ilişkin olması halinde bunların tesisi resmi şekilde yapılması gerektiğinden üçüncü şahsın üstlendiği borcun da resmi şekilde yapılması gerektiği doktrinde ifade edilmiştir³⁸². Ayan ise, bu tür, kefilin borcunun

³⁷⁸ Oğuzman/Öz, C.2, s. 616; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıparmak, s. 273.

³⁷⁹ Özen, a.g.e., s. 247.

³⁸⁰ Oğuzman/Özen, C. 2, s. 610.

³⁸¹ Özen, a.g.e., s. 247; Ayan, a.g.e., s. 261.

³⁸² Von Tuhr/Escher, Allgemeiner Teil des schweizerischen Obligationenrechts, Bd. II, Zürich 1974, s. 381 (Oğuzman/Öz, C. 2, s. 610'dan naklen). Aynı düşüncede bkz. Özen, a.g.e., s. 247, 248.

üstlenilmesine ilişkin anlaşmaların TBK m. 603 gereği kefaletin şekil şartına uygun olarak yapılması gerektiğini belirtmektedir³⁸³. Kanaatimizce, TBK m. 603 hükmünden ve kanun koyucunun kefalet borcu altına gireni koruma amacından hareketle kefalet borcunu dış üstlenme sözleşmesi yapılması halinde kefalet özgü şekil şartlarına uyulması gerekmektedir. Zira borcun dış üstlenilmesi sözleşmesi yapılması halinde alacaklı bu sözleşmeye dayanarak borcu dış üstlenene başvuracaktır. Böyle bir durumda kefilin borcunun üstlenilmesi sonucu kefalet şekil kurallarının dolanılmasının önüne geçilmesinin engellenmesi gerekmektedir. Ancak borcun iç üstlenilmesi sözleşmesinde alacaklının başvuracağı kişi hala kefilin kendisidir. Borcun iç üstlenme sözleşmesi ise alacaklıyla yapılmayıp, borcu üstlenen kişinin sorumluluğu her zaman için kefilinki gibi kişisel malvarlığını ilgilendirmeyebileceğinden kefaletin şekil kurallarına uyulması gerekmediğini düşünüyoruz. Borcun dış üstlenilmesi sözleşmesi ise alacaklıyla doğrudan yapılan bir sözleşme olup kefaletin şekil kurallarının dolanılmasının önüne geçilmesi için şekil şartlarına uygun düzenlenmelidir³⁸⁴.

2.8. KEFALET SÖZLEŞMESİNİN TEMSİLCİYLE YAPILDIĞI DURUMDA ŞEKİL

Kefalet sözleşmesinin temsilciyle yapılması mümkündür. TBK m. 583/2’de, *“Kendi adına kefil olma konusunda özel yetki verilmesi ... de aynı şekil koşullarına tabidir.”* denilerek, temsilci vasıtasıyla kefil olunması halinde temsilci ile kefilin yapacağı sözleşmenin geçerliliğinin, kefaletin şekil koşullarıyla aynı olduğu hüküm altına alınmıştır. Yine, TBK m. 504/3’te bir kişinin vekaleten kefil olabileceği belirtilmiştir. Yasa hükümlerinden hareketle, kefilin bu konuda vereceği bir yetkide kefil olmak istediği azami miktarın, kefalet tarihinin, varsa müteselsil kefalet iradesinin el yazısıyla belirtilmesi gerekmektedir. Yine, eğer kefil evli ise kefilin

³⁸³ Ayan ayrıca TBK m. 205 ve m. 206’nın da uygulama alanı bulacağını ve borca katılma halinde de kefaletin şekil şartına uyulması gerektiğini belirtmiştir. Bkz. Ayan, a.g.e., s. 261.

³⁸⁴ Özen, a.g.e., s. 248.

eşinin rızasının alınması gerektiği de doktrinde çoğunlukla kabul edilmektedir³⁸⁵. Kefilin iradesiyle hareket eden temsilci kendi adına sorumluluk üstlenmediği için onun eşinin rızası aranmaz³⁸⁶. Kefalet tarihinin kefilin el yazısıyla belirtilmesinin, kefalet sözleşmesi yetki iradesi tarihinde kurulmayabileceğinden cihetle bir önem arz etmeyeceği düşünülebilir³⁸⁷. Bu konuda iki türlü düşünce tarzı benimsenebilir. Bunlardan ilki, yetki beyanında kefilin el yazısıyla kefalet tarihini belirtmesinin aranmamasıdır. Diğer ise, yetkilendirme tarihini kefilin el yazısıyla belirtmiş olmasının aranması, buna karşılık kefalet sözleşmesinde tarihi kefilin el yazısıyla belirtmesinin aranmamasıdır. Ancak kefilin yetki verdiği tarihte evli olup olmadığının veya kefalet sözleşmesi tarihinde temsilcinin işlem yapmaya yetkili olup olmadığının tespiti için kefil olma iradesinin tarihinin yetki beyanında kefilin el yazısıyla belirtilmesi gerekmektedir. Ayrıca kefalet süresinin ve bu konudaki hak düşürücü ve zamanaşımı sürelerinin ne şekilde işlemesi gerektiği konusunun kefalet tarihi belirtilmediği halde ihtilafa müsait durumda olacağını da söylemek gerekir.

818 Sayılı BK'da kefalet sözleşmesinin temsilci vasıtasıyla yapılması için verilecek vekaletin, özel bir yetkiyle verilip verilmeyeceği ve kefaletin geçerlilik koşullarını taşıması gerekip gerekmediği kararlaştırılmamıştı. Bunun sebebi bu konudaki değişikliğin de 1941 yılında kaynak İsv. BK'daki değişiklik ile İsv. Borçlar Hukuku'nda yer alması ve 818 Sayılı Kanun'un bu değişikliğe ancak 6098 Sayılı Kanun ile ayak uydurmasıdır³⁸⁸. Fakat buna rağmen 1941 değişikliğinden önceki dönemde İsviçre Federal Mahkemesi tarafından kefalet için öngörülen şeklin temsil yetkisi için de öngörülmesi gerektiği, aksi halde kefilin koruma amacının gerçekleşmeyeceği kabul edilmiştir³⁸⁹. Bu kararda yüksek mahkeme, kefilin

³⁸⁵ Özen, a.g.e., s. 273; İsmail Kırca, Türk Borçlar Kanunu Tasarısı-Kefalet Eşin İzni, Prof. Dr. Tuğrul Ansay Anısına Armağan, Ankara, 2006, s. 442; Şeker, Eşin Rızası, s. 45; Baş, aksi fikirdedir. Bkz. Baş, s. 121; Bu konu ileride ayrıntılı olarak incelenmiştir. Bkz. bu çalışma, IV., 1.3.4., s. 142.

³⁸⁶ Demir, s. 94.

³⁸⁷ Özen'e göre kefilin yetki sözleşmesinde kefil olma beyanının tarihini el yazısıyla belirtmesi aranmamalıdır. Ne var ki aynı tarihte kefilin evli olup olmamasının eş rızası alınması açısından tarihin yazılmasının önemi olacaktır. Bkz. Özen, a.g.e., s. 273, 274.

³⁸⁸ Elçin Grassinger, s. 103.

³⁸⁹ BGE 65 II 236; Aynı yönde, BGE 33 II 402, BGE 45 II 172, BGE 46 II 97 (Reisoğlu, Muteberlik, s. 371'den naklen).

temsilcisi olarak hareket eden kefilin kardeşinin, temsilci sıfatını belirterek kefalet belgesini imzalamasının kefaleti geçerli kılmayacağını belirtmiş, daha sonradan kefaletin revizyonunda öngörüleceği gibi, verilen temsil yetkisinde de kefaletin şekil şartlarına uyulması gerektiğini belirtmiştir. Bu bakımdan somut olayda kefilin kendisi tarafından imzalanmayan kefalet sözleşmesini geçersiz kabul etmiştir. Bununla birlikte bu karar, bazı yazarlar tarafından kefilin temsilciyle irade açıklamasında bulunmasını engellediği gerekçesiyle eleştirilmiştir³⁹⁰. Nitekim revizyondan sonra İsv. Federal Mahkemesinin bahsedilen kararındaki görüşüne uygun olarak İsv. BK m. 493/6’da da kefalet sözleşmesinin bir temsilci vasıtasıyla kurulabilmesi için özel bir vekaletnamenin kefaletin şekline uygun olarak düzenlenmesi gerektiği hüküm altına alınmıştır³⁹¹. Mülga kanun zamanında da bu konudaki düzenleme doktrinde eleştirilmekteydi. Bir kısım yazarlar bu konuda yasada bir hüküm bulunmadığından şekil şartı ve buna ilişkin özel bir vekaletnameye gerek olmadığını belirtirken diğer düşüncedeki yazarlar aynı kanunun 388. maddesinde sayılan hallerin sınırlı olmadığını ve kefalet için de kefaletin şekline uygun olarak özel yetki verilmesi gerektiğini belirtmekteydi³⁹². Bu konudaki bir Yargıtay kararında da temsil yetkisinin şekle bağlı olarak verilmesi

³⁹⁰ Reisoğlu, Kefalet, s. 100; Özen, a.g.e., s. 267; Bununla birlikte İsv. BK’da, kefalet sözleşmesinin, TBK m. 504’te olduğu şekilde, özel yetki gerektiren işlemler arasında sayılmadığını belirtmek gerekir. Açıklamaları için bkz. Ayan, a.g.e., s. 235.

³⁹¹ Somuncuoğlu, s. 325.

³⁹² Kefilin temsil iradesinin, kefaletle özgü şekil şartlarına uygun olarak verilmesi gerektiğini düşünen yazarlar için bkz. Tasdelen, s.357; Yavuz, Kefalet, s. 27; Elçin Grassinger, s. 102; Bu konuda Tandoğan, kefaletin genel vekil vasıtasıyla yapılmasının kefil için olağanüstü bir işlem doğurup doğurmayacağını her somut olaya göre ayrı değerlendirilmesi ve eğer işlemin kefil için alışılmışın dışında bir durum yaratacağı söylenebilirse özel temsil yetkisi aranması gerektiği kanaatindedir. Ayrıca 818 Sayılı Kanun m. 484’ün konuluş amacından da bu sonucun çıkarılabileceğini belirtmiştir. Bkz. Tandoğan, Kefalet, s. 36, 52; Esasen bu düşünce aynı kanundaki m. 11/1’in “*sarahat olmadıkça*” ifadesine dayandırılmaktadır. Bu ifadeden yola çıkarak yasada açıkça şekil zorunluluğu kararlaştırılmış olabileceği gibi, yasanın yorumu yoluyla da bu sonuca ulaşılabileceği düşünülmektedir. Bkz. Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Alttop, s. 99.; Oğuzman/Öz ise aksi yöndeki düşünceyle şekil şartının kanunda açıkça öngörülmesi gerektiğini belirtmiştir. Bkz. Oğuzman/Öz, C. 1, s. 146; Altaş da şekil özgürlüğünün istisnası olan şekil zorunluluğunun ancak kanun veya taraflarca öngörülebileceğini belirtmiştir. Bkz. Altaş, s. 9.; Reisoğlu aksi kanaattir. Bkz. Reisoğlu, Kefalet, s. 99-100. Bununla birlikte Reisoğlu, Yargıtay’ın bu konuda verdiği bir kararı eleştirmektedir. Y. 11. HD. 13.07.2010 T., 9069/8312 K. sayılı kararında vekaletnameye göre, müvekkiline ait taşınmazları teminat göstermeye dahi yetkili kılınan temsilcinin banka ile akdettiği kredi sözleşmesinde müvekkilini kefil olarak borç altına sokmak için özel yetki aramamasını, kefalette, taşınmaz rehnine göre tüm malvarlığıyla sorumlu olduğundan buradaki yetkinin taşınmaz rehnine göre farklılık arzetmesinin aynı özellikte bir yetkiyi doğurmayacağını bu yüzden özel yetki aranmasına gerek olmadığını belirtmiştir. Bkz. Reisoğlu, Kefalet, s. 100.

bile ispat açısından yazılı olarak yapılmasının uygun olacağı belirtilmiştir³⁹³. TBK'daki m. 504/3 ve m. 583/2 düzenlemelerinin, kaynak İsv. BK'daki düzenlemeyle paralel olması itibariyle, bu konudaki tartışmalar sonlandırılmıştır.

Doktrinde, kefaletle ilişkin kefilin el yazısıyla yazması gereken unsurların, kefalet sözleşmesi yapılırken bu sefer temsilci tarafından el yazısıyla belirtilmesi gerektiği düşünülmüştür³⁹⁴. Buna karşın, kefilin verdiği temsil yetkisi beyanında bu unsurları kendi el yazısıyla belirtmesinin yeterli olduğu, yasanın kefilin koruma amacının gerçekleşmiş olacağı, ayrıca temsilcinin de el yazısıyla kefalet sözleşmesinde bu unsurları belirtmesinin bu amaç açısından bir fark yaratmayacağı da ifade edilmektedir³⁹⁵. Kanaatimizce de kefilin verdiği temsil yetkisinde belirteceği yasayla öngörülen nitelikli yazılı şekle uygun irade beyanı kefilin korunması amacını gerçekleştirmede yeterli olacaktır. Bundan sonra işlemi yapan kişi artık temsilci olduğundan kendi adını ve temsil ettiği kefilin adını belirterek kefalet sözleşmesini imzalaması yeterlidir. Kefilin adının sözleşmede belirtilmesi asıl sorumluluk üstlenenin belirli olması açısından gereklidir. Temsilcinin isminin belirtilmesi ise işlem güvenliği açısından gerekecektir. Zira söz konusu imzanın o temsilciye ait olduğunun şüpheye düşüldüğü durumlarda ispat açısından önem arz

³⁹³ Y. 12. HD. 21.4.1986 T., 1985/10465 E., 1986/4612 K. sayılı kararı için bkz. <https://www.sinerjimevzuat.com.tr/index.jsf?dswid=2582#> (e.t. 11.08.2020); Yargıtay HGK'nun verdiği bir başka kararı da aynı yöndedir. Y. HGK. 28.11.2001 T., 2001/19-1029 E., 2001/1085 K. sayılı kararına konu olayda, vekaletnamede kefaleti kapsayacak biçimde bir yetki verilmemiş ve temsilci bu vekaletnameyle, üçüncü şahsın bankadan alacağı krediye vekil adına kefalet beyanı vermiştir. Davacı temsil olunan, bu vekaletnameye dayalı imzalanan kefaletten sorumlu olamayacağını iddia etmiştir. Yerel Mahkemenin davayı kabulü üzerine temyiz incelemesinde bozulan ve direnme kararı üzerine HGK önüne gelen uyuşmazlıkta, yüksek mahkeme, söz konusu kredinin kullanılmasından sonra ve geriye dönük verilmiş kredileri de kapsayacak şekilde çıkartılan kefalet yetkisi içeren vekaletnamenin varlığı karşısında kefalet sözleşmesini geçerli saymıştır. Kefalet sözleşmesi kural olarak asıl borçlunun önceki borçlarına ilişkin verilemeye de aksinin kararlaştırılması mümkündür. Bununla birlikte olayda verilmiş bir temsilcinin imzaladığı kefalet sözleşmesinden sonra çıkartılan vekaletnamenin geriye dönük temsil yetkisine haiz nitelikte verilmesi icazet hükmündedir. YHGK'nun kefalet yetkisini içeren bu vekaletnameye göre işlemi geçerli kabul etmesi, kaynak kanundaki gelişmeleri takip etmeyen yasa hükmünün doğurduğu aksaklıkları içtihatla düzeltmeye yönelik çalışılmasının bir ürünüdür. Karar için bkz. <https://www.sinerjimevzuat.com.tr/index.jsf?dswid=2582#> (e.t. 11.08.2020).

³⁹⁴ Ayan, a.g.e., s. 233; Gümüş, s. 366; Barlas, Türk Borçlar Kanunu Sempozyumu, s. 355; Krş. Görüş için bkz. Reisoğlu, Kefalet, s. 101; Baş, s. 138.

³⁹⁵ Reisoğlu, bu konuda alacaklının araştırma ve bilme yükümlülüğü olduğunu da belirtmektedir. Bkz. Reisoğlu, Kefalet, s. 101; Özen, a.g.e., s. 276.

edecektir. Ayrıca yetkisiz temsilin veya yetki aşımının söz konusu olduğu halde doğacak mağduriyetlerin de önüne geçilmesi sağlanacaktır.

Temsilciye verilecek kefil olma yetkisini içeren beyanın kefaletin özel şartlarına tabi olması gereği özel temsil yetkisinin verildiği hallerde söz konusu olacaktır³⁹⁶. Yani belirli bir veya birkaç kefalet sözleşmesiyle hangi borç için, ne miktarla kefil olunduğu gibi kefaletle ilişkin unsurlar belirtilerek temsilciye kefalet yetkisi verilebilecektir. Bu bakımdan kefil olma yetkisini de içeren genel olarak verilen bir temsil yetkisinin kefaletin geçerlilik koşullarını taşıması gerekmemektedir. TBK m. 504/3 hükmü de bu açıklamayı doğrulamaktadır. Belirtmek gerekir ki İsviçre Federal Mahkemesi de bu yönde verdiği bir kararla, İsviçre'deki genel doktrin kabulünün de bu doğrultuda olduğunu gözler önüne sermiştir. Karara³⁹⁷ göre olayda, (A) firması (B)'ye, genel bir temsil yetkisini içeren bir genel vekaletname vermiştir. Bu vekaletnameye göre (B)'nin, (A)'yı kefil olarak sorumluluk altına soktuğu sözleşme açısından (A), (B)'ye kefil olma yetkisi vermediğini iddia ederek kefaletin geçersizliğini iddia etmiştir. Federal Mahkeme ise İsviçre'deki doktrinde de kabul edildiği üzere, İsv. BK m. 493/6 hükmünde aranan şekil şartlarını taşımaya gerek kalmadan genel vekaletnameyle kefalet yetkisi verilebileceğinden cihetle (A)'nın talebini reddetmiştir. Karara konu olayda kefaleti de içeren birkaç işleme ilişkin bir genel vekaletname değil de genel bir temsil yetkisiyle verilen vekalet söz konusudur. Türk Borçlar Hukukundaki düzenlemenin aksine İsv. BK'da kefalet açısından TBK m. 504'ü karşılayan bir hüküm olmadığını burada belirtmek gerekir. Bununla birlikte, Türk Borçlar Hukuku açısından da TBK m. 504'deki kefil olma yetkisini içeren genel vekaletname verilmesi kuralının istisnası söz konusu olmaktadır. TBK m. 548/2'de ticari işletme temsilcisine ayrıca ve açıkça verilmesi gereken işlemler taşınmaz devri ve sınırlayıcı bir hak tesis edilmesi olarak sayılmış, aynı maddenin 1. fıkrasında ise ticari temsilci, işletmenin amacına giren her türlü işlemleri yapmaya

³⁹⁶ Özen, a.g.e., s. 272.

³⁹⁷ 1941 değişikliğinden sonra İsviçre Federal Mahkemesi'nin aynı doğrultuda verdiği kararı için bkz. BGE 81 II 458 (Reisoğlu, Kefalet, s. 103).

yetkili kılınmıştır. Şu hâlde, işletme amacına girdiği takdirde, kefil olma işlemini içeren genel bir vekaletname düzenlenmemiş olsa bile ticari temsilcinin yaptığı, işletmeyi kefil sıfatıyla sorumlu tutan anlaşmalar geçerli olacaktır³⁹⁸. Aynı doğrultuda TBK m. 551 f. 2 c. 2 buna cevaz verdiğinden, bu hükme uygun olarak yapılan kefil olma yönündeki işlemler, ticari işletmenin alışılmış işlemleri kapsamında kabul edilebiliyorsa ticari temsilci kefalet sözleşmesi yapabilecektir. Buna karşılık işletmenin amacına girmeyen veya alışılmış işlemlerinden sayılmayan bir kefalet sözleşmesi yapılması halinde bu işlem durumun özelliğine bağlı olarak TBK m. 504 veya m. 583/2 hükmüne uygun yapılmadığı takdirde geçersiz sayılacaktır³⁹⁹. Ticari işletmenin iki temsilciyle temsil edilmesi ve bunlara müşterek imza yetkisi verilmiş olması halinde (TTK m. 370/1 örnek olarak verilebilir.), TBK m. 583/2 hükmü şartlarının her iki üye tarafından da getirilmesi gerekip gerekmediği hususu yasada açıkça düzenlenmemiştir. Bu konuda daha önce yaptığımız açıklamalar⁴⁰⁰ doğrultusunda kefaleti her iki üyenin imzalaması, buna karşılık el yazısıyla belirtilmesi gereken unsurların temsilcilerden birinin el yazısıyla belirtmesinin yeterli olacağını düşünüyoruz.

Temsilcinin, temsil yetkisini kötüye kullanarak kefalet sözleşmesini imzalaması ve bunun alacaklı tarafından bilinmesi durumunda kefalet sözleşmesi, kefil açısından sonuç doğurmayacaktır. Eğer temsilci, kefilin adına kendi borcu için işlem yaparsa kefalet sözleşmesinin geçerli olması için temsil yetkisi veren kefilin buna açıkça izin veya icazet vermesi gerekir⁴⁰¹.

³⁹⁸ Reisoğlu, Kefalet, s. 102-103.

³⁹⁹ Reisoğlu, bir tüzel kişi organı, tüzel kişinin kendisi olduğundan tüzel kişi adına organın kefil olması halinde özel temsil yetkisine gerek olmayacağı kanaatindedir. Bkz. Reisoğlu, Kefalet, s. 101; Ayan ise, TBK m. 504/1 hükmünden yola çıkarak, kefalet işlemi, vekaletin yasal kapsamına girdiği takdirde genel temsil yetkisiyle kurulan kefalet sözleşmesinin geçerli olacağını belirtmektedir. Bkz. Ayan, a.g.e., s. 235; Gümüş, s. 366-367.

⁴⁰⁰ Bkz. bu çalışma, II., 2.2.1.2., s. 46 vd.

⁴⁰¹ Bu durum mülga kanun döneminde de böyledi. Y. 11. HD. 10.6.1988 T., 1988/4317 E., 1988/3844 K. sayılı kararı bu doğrultudadır. Adı geçen kararın belirtildiği Y. 11. HD., 13.07.2010 T., 2010/9069 E., 2010/8312 K. sayılı kararı için bkz. <https://0-www-lexpera-com-tr.opac.bilgi.edu.tr/ictihat/yargitay/11-hukuk-dairesi-e-2010-9069-k-2010-8312-t-13-07-2010>;

Elçin Grassinger, s. 103 (dn. 231); Özen, a.g.e., s. 269; Esasen temsil yetkisinin kötüye kullanılması haline ilişkin özel bir düzenlemeye gidilmediğinden doktrinde buradaki sorumluluğun hukuksal dayanağının ne olduğu konusunda tartışma bulunmaktadır. Bir görüşe göre TBK m. 46 ve m. 47 hükümleri kıyasen uygulanacak, yetkisiz temsilcinin yaptığı işlemlere yetki verenin açık onay veya

Kefalet sözleşmesi için olduğu gibi bu konuda verilecek kefalet yetki beyanının da resmi şekil şartıyla yerine getirilmesi halinde TBK m. 583/2 koşulunun yerine gelmiş olup olmadığı açısından inceleme yapılmalıdır. Daha önce, kefalet sözleşmesindeki şekil şartlarının getirilmesinin amacına göre yaptığımız yorumlamaların yetki konusunda da geçerli olacağını belirtmek gerekir. Öyleyse temelde kefilin koruma amacında olan kanun koyucunun, kefalet sözleşmesiyle alacağı sorumluluğun bilincinde olması ve kefilin uyarılması amacı doğrultusunda kefalet sözleşmesi unsurlarının kefilin el yazısıyla belirtilmesi uygun olacaktır. Bu anlamda noterde düzenlenen beyannamenin yasanın aradığı kısımların boş bırakılması suretiyle kefil tarafından doldurulması yasanın kefilin koruma amacına hizmet edecektir. Ancak yasanın bu konudaki kefilin koruma amacının, kefilin uyarıcı olmasından çok kefil dışındaki kişiler tarafından kefalet unsurlarının rızası dışında doldurulmasının engellenmesi olduğu söylenirse noterde düzenlenecek yetki belgesinin bu amaca hizmet edeceği söylenebilir⁴⁰². Bununla birlikte yasanın kefilin koruma amacının sadece bu yönde olmadığı düşüncesindeyiz. Zira aynı durumda yasanın, kefilin huzurunda ve fakat kefil tarafından kendi el yazısıyla veya bir daktilo yazısıyla tamamlanan kefalet unsurlarının da kefalet sözleşmesinde geçersizlik yaratmayacağı düşüncesine cevaz vermesi gerekirdi ki zaten 818 Sayılı Kanun'daki nitelikli olmayan adi yazılılık koşulu da bu yöndeydi. Mülga kanun düzenlemesi yaşanan sorunlara cevap vermemiş olacak ki bu hüküm nitelikli adi yazılılık koşulu öngörerek yeni bir düzenlemeye gidilme ihtiyacını doğurmuştur. Yine, özel temsil yetkisi resmi şekil koşullarına uygun olarak verilmiş olsa bile en geç kefalet sözleşmesi yapılması anında eş rızasının alınması gerektiği

icazet vermesiyle işlem geçerlilik kazanacaktır. Bu konudaki bir başka görüş, culpa in contrahendo sorumluluğuna gidilerek sözleşmenin kurulması aşamasındaki kusurlu davranışlarına göre doğan sorumluluktan tarafların zararının karşılanması gerektiği yönündedir. Diğer bir görüş, temsil yetkisinin kötüye kullanılmasının tıpkı bir hakkın kötüye kullanılması gibi değerlendirip aynı sonuçları doğuracağını ve TMK m. 2/2'den hareket edilerek karşı tarafın iyiniyetine göre işlemin geçerli sayılması gerektiğini savunmaktadır. Bir diğer görüş ise taraflar açısından sözleşmenin geçerli sayılmasının, tarafların, sözleşmedeki temel ilişkiye dayanan özen ve sadakat yükümlüğüne göre değerlendirilmek gerektiğini belirtmektedir. Bkz. Gülşah Sinem Aydın, Borçlar Hukukunda Temsil Yetkisinin Kötüye Kullanılması, TBB Dergisi, Sayı 148, 2020, s. 239-244; İsviçre Federal Mahkemesi, temsil yetkisinin kötüye kullanılmasının iyiniyet (TMK m. 2) hükmü uyarınca temsil olunanı bağlamayacağına hükmetmiştir. Bkz. BGE 77 II 143 (Reisoğlu, Kefalet, s. 103).

⁴⁰² Özen, a.g.e., s. 272.

kabul edilmektedir⁴⁰³. Aksi durum kanun hükmünün dolanılması sonucuna yol açması mümkündür.

III. BÖLÜM

1. KEFALET SÖZLEŞMESİNDE ŞEKLE AYKIRILIĞIN HÜKÜM VE SONUÇLARI

Bir sözleşmedeki şekil kurallarının geçerlilik şartı veya ispat şartı olması iki farklı sonucu doğurur⁴⁰⁴. Geçerlilik şartı olması kuşkusuz eksikliği halinde sözleşmenin geçersizliğine yol açıp sonuçlarının doğmamasına sebep olacak ve taraflar edimlerini yerine getirmekle sorumlu olmayacaktır. İspat şartı olması halinde ise sözleşmenin geçerliliği etkilenmeyeceğinden sözleşme ispat edildiği ölçüde sonuçlarını doğurup taraflar sözleşme uyarınca üstlendikleri edimleriyle bağlı olacaklardır.

Kefalet sözleşmesindeki şekle aykırılık, daha evvel de açıklandığı üzere kefaletin objektif ve sübjektif esaslı unsurlarının eksikliği halinde mevcut olacaktır⁴⁰⁵. Burada ilkin bahsedilmesi gereken TBK m. 583'te belirtilen kefalet azami miktarının, kefalet tarihinin ve varsa müteselsil kefalet iradesinin kefilin el yazısıyla belirtilmemesi durumunda ortaya çıkacak şekle aykırılıktır. Yine, yasada aksinin kararlaştırılabileceği öngörülen unsurların da anlaşmaya varılması halinde sözleşmede yer alması gerekeceğinden bu türden kayıtların eksikliği halini eklemek gerekir. Kefaletin şekil koşulları tek taraflı olarak kefile yönelik düzenlendiğine göre söz konusu kaydın şekle aykırı olduğu bilinseydi kefilin sorumluluk altına

⁴⁰³ Yavuz/Acar/Özen, s. 796; Eren, Borçlar Özel, s. 782; Ayan, a.e.g., s. 165; Özen, a.g.e., s. 198; Reisoğlu, Kefalet, s. 299; Demir, s. 92.

⁴⁰⁴ Reisoğlu, Kefalet, s. 93; Seza Reisoğlu, Bankacılık Uygulamasında Kefalet, s. 44-46; Yavuz/Acar/Özen, s. 801; Yavuz, Kefalet, s. 28; Erhan Türker, Akitlerde Şekil, Eskişehir İktisadi ve Ticari İlimler Akademisi Dergisi, 1972, C. 8, Sayı 1, s. 249-259; Tandoğan, C. 1, s. 227; Tandoğan, Kefalet, s. 37; Turhan Esener, Borçlar Hukuku I Akitlerin Kuruluşu ve Geçerliliği (BK m.1-40), Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara, 1969, s. 168-169; Bilgen, s. 35.

⁴⁰⁵ Oğuzman/Öz, C. 1, s. 160-161; Karahasan, Özel Hükümler, s. 1432; Yavuz/Acar/Özen, s. 802-803; Yavuz, Kefalet, s. 28; Tandoğan, C.1, s. 228; Karahasan, Sözleşmeler, s. 117, 171-173; Pulaşlı, s. 19; Altaş, s. 12; Ayrancı, İfanın Sonuçları, s. 100; Elçin Grassinger, s. 94; Sübjektif esaslı noktaların şekle tabiyeti konusu yukarıda incelenmişti. Bkz. bu çalışma, II., 2.2.4., s. 69 vd.

girmeyeceği türden önem arz eden ve kefilin durumunu ağırlaştıran kayıtların eksikliği de bu anlamda karşımıza çıkacaktır. Bunun dışında belirtmek gerekir ki eksikliği halinde veya şekle aykırılığı bilinseydi yapılmayacak derecede önem arz eden subjektif kayıtlardaki ve objektif kayıtlardaki şekil eksikliği daha sonra tamamlanırsa kefalet geçerli hale gelmeyecek buna karşılık yeni borç için yeni kefalet sözleşmesi yapmak gerekecektir⁴⁰⁶.

1.1. KEFALET SÖZLEŞMESİNDE ŞEKLE AYKIRILIĞIN YAPTIRIMI

TBK m. 583'te kefalet sözleşmesi için öngörülen şartların eksikliği halinde sözleşmenin geçersiz olacağı belirtilmiştir. Yine, TBK m. 12/2'ye göre, kanunda öngörülen şekil kural olarak geçerlilik şartı kabul edilmekte ve öngörülen şekle uyulmadan yapılan sözleşmelerin hüküm doğurmayacağı belirtilmektedir. Bununla birlikte kanunda kefalet sözleşmesi için öngörülen geçerlilik şartlarının eksikliği halinde yaptırımın ne olacağı konusu açıkça belirtilmemiştir. Bu konuda genel bir düzenleme de yapılmamış, çeşitli maddelerde⁴⁰⁷ bazı hükümsüzlük hallerine değinilmekle yetinilmiş, konu tartışmalı bırakılmıştır⁴⁰⁸.

Bir düşünceye göre, sözleşmenin kurucu unsurlarında ve taraf iradelerindeki eksiklik veya gerçeğe ya da şekle aykırılık halinde sözleşme meydana

⁴⁰⁶ Tandoğan, Kefalet, s. 20-21; Reisoğlu, Kefalet, s. 97; Reisoğlu, Bankacılık Uygulamasında Kefalet, s. 44; Ayan, a.g.e., s. 186.

⁴⁰⁷ TBK m. 17, 27, 28, 30, 36, 37, 39, 46; TMK m. 133, 145, 148, 156; Bununla birlikte bazı istisnai hallerde şekle aykırılığa rağmen sözleşmenin hüküm doğuracağı kabul edilmiştir. Örneğin TBK m. 288'de şekle uyulmadan bağışlama sözü veren eğer bağışlamayı ifa ederse, bunun, elden bağışlama olarak geçerli kabul edileceği belirtilmiştir. Yine, TMK m. 155'te evlendirme memuru önünde yapılmış olan bir evliliğin diğer şekil koşullarını taşımasa bile hükümsüz olduğu iddia edilemeyeceği düzenlenmiştir.

⁴⁰⁸ Adnan Tuğ, Türk Özel Hukukunda Şekil, 2. Baskı, Mimoza Yayıncılık, 1994, s., 100 vd.; Oğuzman/Öz, C. 1, s. 183; Ayan, a.g.e., s. 184 vd.; Reisoğlu, Kefalet, s. 97; Reisoğlu, Bankacılık Uygulamasında Kefalet, s. 44; Ayrancı, İfanın Sonuçları, s. 102-103; Özen, a.g.e., s. 248 vd.; Ayşe (Akdemir) Havutçu, Şekle Aykırılık Nedeniyle Geçersiz Hukuki İşlemlerin Tahvili, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 1987, C. 3, Sayı: 1-4, s.646 vd; Tandoğan, C.1, s. 233; Jale G. Akipek, Türk Eşya Hukuku: Ayni Haklar (Mahdut Ayni Haklar) İkinci Kitap Mülkiyet, 2. Bası, Ankara, Sevinç Matbaası A.Ş., 1973, s. 107-108; Karahasan, Genel Hükümler, s. 176; Altaş, s. 105 vd.

gelmemiştir⁴⁰⁹. Bu durumda yokluk söz konusudur ve hâkim bu durumu taraflar ileri sürmese bile re'sen gözetecektir. Bu düşünceye göre kanun koyucu bir sözleşmenin kurulabilmesi için tarafların karşılıklı birbirine açıkladığı irade beyanlarının birbiriyle örtüşmesini yeterli saymış, bu irade açıklamalarını istisnai olarak şekle bağlamıştır. Eğer söz konusu irade açıklamaları şekle bağlı olmadan yapılırsa taraf iradeleri uygun açıklanmadığından sözleşme kurulmamıştır⁴¹⁰. Bu görüşün, şekil serbestisi prensibinden uzak ve günümüz modern hukuk anlayışıyla bağdaşmadığını belirtmek gerekir. Zira, bugün birçok sözleşme, birbirine uygun taraf iradelerinin açıklanması sonucu kurulmakta ve bunun için şekil şartı öngörülmesine ihtiyaç duyulmadan hukuki sonuç doğurabilmektedir. Nitekim, TBK m. 1'de sözleşmenin kurulması için taraf iradelerinin karşılıklı ve birbirine uyumlu şekilde açıklanması yeterli görülmüş, TBK m. 12/1'de, aksi öngörülmedikçe sözleşmelerin şekle bağlı olmadığı belirtilmiş ve TBK m. 26'da da tarafların sözleşme yapma konusundaki serbestliği ve özgürlüğü hüküm altına alınmıştır. Öyleyse bir işlemin yok sayılması için irade beyanı, icap-kabul gibi kurucu unsurlarının bulunmaması gerektiğini kabul etmek gerekir. İrade beyanının açıklanması için öngörülen şekil ise yalnızca irade beyanının belli kalıplar içinde açıklanmasının öngörülmesi demektir ki sırf bu şekle ilişkin kalıplara uyulmaktan ötürü taraf iradelerini yok saymak mümkün değildir⁴¹¹. İşlemin

⁴⁰⁹ Kocayusufoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı, s. 581; Oğuzman/Öz, C. 1, s. 184; Doktrinde Furrer ve Keller/Schöbi bu görüşün savunuculuğunu yapmaktadır. Bkz. Altaş, s.53; Yokluk kavramı ilk defa, Fransız Medeni Kanunu'nda aynı cinsten iki kişinin evlenmesinin geçersizliği yönünde hüküm bulunmamasına ilişkin görüşleri doğrultusunda Alman Hukukçu Zacharia tarafından ortaya atılmıştır. Bkz. Jale Güral, Hükümsüzlük Nazariyeleri Karşısında Türk Medenî Kanunu'nun Sistemi (Hükümsüzlük), Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara,1953, s. 55 vd; Yargıtay HGK bir kararında resmi şekilde yapılmayan bir taşınmaz satış sözleşmesini yok hükmünde saymış, edimlerin ifasından sonra şekle aykırılığı ileri sürmenin de hakkın kötüye kullanılması teşkil etmeyeceğine hükmetmiştir. Y. HGK. 29.01.1986 T., 1984/14-849 E., 1986/57 sayılı kararı için bkz. <https://www.sinerjimevzuat.com.tr/index.jsf?dswid=2582#> (e.t. 17.08.2020)

⁴¹⁰ Oğuzman/Öz, C. 1, s. 184; Altaş, s. 53-54; Havutçu, s.647; Karahasan, Özel Hükümler, s. 1432; Karahasan, Sözleşmeler, s. 115-117.

⁴¹¹ "...bir hukuki işlemin konusu (içeriği) itibarıyla olduğu gibi meydana geliş bakımından emredici hukuk kurallarına aykırı olabilir, işlemin meydana gelişine ilişkin olan emredici hukuk kuralları hukuki işlemin unsurlarını oluşturan onun mevcudiyeti şartlarını belirleyen şekli nitelikli hükümlerdir ve bu özellikleri itibarıyla konuya (içeriğe) ilişkin olan maddi nitelikteki hükümlerden ayrılırlar. Şekli nitelikteki emredici hukuk kurallarına aykırılık halinde kurucu unsurlarını, örneğin irade beyanının, icap kabulün bulunmaması halinde hukuki işlem şeklen dahi meydana gelmemektedir. İsviçre, Alman ve Türk Hukukunda hukuki işlemin şekli unsurlarını tespit eden emredici hukuk kurallarına aykırılık sebebiyle hukuki işlemin mevcudiyet kazanmaması halinde

şekle aykırılığının ileri sürülmesi hakkın kötüye kullanılması teşkil eder. Yokluk görüşüne göre sözleşmeyi ayakta tutmak da mümkün olmayacaktır⁴¹².

İsviçre, Türk ve Alman Hukuku'nda hâkim olarak benimsenen görüş, bir işlem şekil şartlarına uygun olarak yapılmazsa o işlemin batıl, diğer bir deyişle kesin hükümsüz olduğu yönündedir⁴¹³. Böyle bir durumda TBK m. 27'nin kıyasen uygulanacağı kabul edilir. Bunun sebebi şekil kurallarının amacının kamu hukukundan gelmesine dayandırılmasıdır⁴¹⁴. Zira bir işlem yapmak üzere taraf iradeleri açıklansa bile bu iradeler kanunun öngördüğü şekil kurallarına uygun olarak açıklanmamışsa bu durum kamu yararına aykırılık yaratacaktır. Şekil koşulları da bir geçerlilik koşulu olduğuna göre şekle aykırı bir işlemin hukuk düzeninde sonuç doğurması mümkün değildir. Şekil kurallarının amacından yola çıkarak şekle aykırılığı hâkim re'sen nazara alabileceği gibi herkes tarafından her zaman ileri sürülebilecektir. Yargıtay⁴¹⁵ da şekle aykırılığın hâkim tarafından re'sen

hukuki işlemin yokluğundan söz edilir." Y.HGK. 29.05.2002 T., 2002/2-441 E., 2002/433 K. sayılı kararı için bkz. <https://www.sinerjimevzuat.com.tr/index.jsf?dswid=2582#> (e.t. 17.08.2020)

⁴¹² Altaş, s. 59-60; Ayşe (Akdemir) Havutçu, s.647; Karahasan (Sözleşmeler), s. 117; Karahasan, Özel Hükümler, s. 1432; Oğuzman/Öz, C. 1, s. 184; Bununla birlikte doktrinde bazı yazarlarca şekil ile güdülen amaca başka yollarla ulaşılması halinde sözleşmenin sonradan kurulmuş gibi etki doğurması mümkündür. Bkz Altaş, s. 55 (dn. 45)

⁴¹³ Oğuzman/Öz, C.1, s. 162; Özen, a.g.e., s. 249; Reisoğlu, Kefalet, s. 93; Reisoğlu, Bankacılık Uygulamasında Kefalet, s. 58-60; Yavuz, Kefalet, s. 28; Türker, s. 257-258; İhsan Erdoğan, Hukuki Muamelelerde Şekle Aykırılığın Sonuçları, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 1997, C. 1, Sayı 1, s. 117-119; Demet Çeliktaş, Şekle Aykırılık ve Şekle Aykırılığı İleri Sürmenin Sınırı Olarak Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağı, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 1987, C. 3, Sayı 1-4, s.597-560; Altaş, s. 64-65; Ayan, a.g.e., s.184-186; Elçin Grassinger, s. 99; Havutçu, s. 646; Ayrancı, İfanın Sonuçları, s. 103; Tandoğan, C. 1, s.233; Ayan, a.g.e., s. 184-186; Karahasan, Sözleşmeler, s. 187-188; Kırkbeşoğlu, s. 22.

⁴¹⁴ "Şekle aykırılığın sonuçlarının ilgili bulunduğu hukuk dalıyla çok yakın ilişkisi bulunmaktadır. Bu sonuçlar şeklin geçerlik şartı olduğu durumlarda başka, ispat şartı olarak öngörüldüğü durumlarda ise başkadır. Şekil yokluğu ile şekil eksikliğini de birbirinden ayırmakta büyük yarar vardır. Genellikle şeklin amacı taraflara düşünme imkânı, ispat kolaylığı sağlamak, taraflar arasında güveni geliştirmek olarak ifade edilebilir. Fakat taşınmaz satımındaki şeklin fonksiyonu (işlevi), bunlara ek olarak taşınmazların mülkiyetinin geçişinin (YİBBGK., E. 1987/2 K. 1988/2 T. 30.9.1988 Sayfa 9/24 tescilin) sebebe bağlılığında (illilikte) ve taşınmaz satımına ilişkin şekil hükümlerinin, Suat Bertan'ın da haklı olarak belirttiği gibi "Kamu düzeni" ile ilgili bulunmasında görülür (Bkz. Dr. Suat Bertan, Aynı Haklar, Ankara 1976 Cilt 1, Sh. 508).", YİBBGK. 30.9.1988 T., 1987/2 E., 1988/2 K. sayılı kararı için bkz. <https://0-www-lexpera-com-tr.opac.bilgi.edu.tr/ictihat/yargitay/e-1987-2-k-1988-2-t-30-9-1988>.

⁴¹⁵ "Bu geçersizliğin hukuki mahiyeti doktrinde tartışmalı olup, klasik olarak nitelenen "butlan" görüşüne karşı son yıllarda "kendine özgün geçersizlik görüşü" de savunulmakta ve şekil kurallarının amaçsal yorumundan hareketle (Şekil noksanlığının herkes tarafından değil, bundan zarar gören tarafça def'i olarak ileri sürülebileceği; şekil noksanlığının hâkim tarafından re'sen

göz önüne alınacağını belirtmiştir. Doktrinde butlanın sebebine göre mutlak ya da nisbi (iptal edilebilir-askıda geçerlik) olarak ayırma gidildiği görülmektedir ⁴¹⁶. Bir işlemin konusunun imkânsız olması veya hukuka ya da ahlaka aykırı olması mutlak

gözetilemeyeceği...) ileri sürülmekte ise de; İsviçre Federal Mahkemesi gibi, Yargıtay butlan görüşünü benimsemektedir. Bu itibarla, kanunda öngörülen şekil şartı, emredici niteliktedir ve hâkim şekil noksanlığını (tarafklar ileri sürmemiş olsalar dahi yargılamanın her safhasında) re'sen gözönüne almak zorundadır. Keza, geçersiz bir sözleşmeyi ifadan kaçınmak, kural olarak, ahlaka aykırılık teşkil etmez; ifa edilmeyen edimlerin ifası istenemez ve karşı tarafın iyi niyeti gözönünde tutulamaz. (A. von Tuhr; Oser/Schönenberger; Dr. H. Becker; Prof. Dr. H. Tandoğan; BGE 86 II 400 vd; 92 II 324 vd; 95 II 42 vd; 98 II 316; 104 II 101, 106 II 151; 26.5.1954 gün 8/18 ve 12.4.1944 gün 14/13 sayılı Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararları...)", YİBBGK. 30.9.1988 T., 1987/2 E., 1988/2 K. sayılı kararı için bkz. <https://www.sinerjimevzuat.com.tr/index.jsf?dswid=2582#> (e.t. 17.11.2020); "Kanunen öngörülen şekil şartına aykırılığın yaptırımı TBK'nun 12. maddesinin gereği mutlak butlandır (kesin hükümsüzlüktür.) Mutlak butlan halinde yapılan hukuki işlem/ sözleşme başlangıçtan itibaren geçersiz işlem olup, zaman içerisinde geçerlilik kazanamayacağı gibi hukuki sonuç da doğurmayacaktır. Mutlak butlan (kesin hükümsüzlük) taraflarca ileri sürülme dahi hâkim tarafından re'sen nazara alınır... Bu itibarla, şekle aykırılık nedeniyle geçersiz sözleşmede yer alan cezai şart hükmü de geçersiz olup...", Y. 3. HD. 19.2.2018 T., 2016/10019 E., 2018/1276 K. sayılı kararı için bkz. <https://0-www.lexpera-com-tr.opac.bilgi.edu.tr/ictihat/yargitay/3-hukuk-dairesi-e-2016-10019-k-2018-1276-t-19-2-2018> ; "1163 sayılı Kooperatifler Kanunu'nda ve bu Kanun'un 98. madde uygulaması ile bazı hallerde uygulanması mümkün olan ve dava tarihinde yürürlükte olan 6762 sayılı TTK'nda "yokluk" ya da "butlan" kavramlarına yer verilmemiş olup, doktrinde yapılan eleştiriler üzerine (dava tarihinden sonra yürürlüğe giren) 6102 sayılı TTK'nın 447. maddesinde batıl sayılması gereken genel kurul kararlarına bazı örnekler verilmiş, madde gerekçesinde "butlan" teriminin tercih edildiği, bundan daha geniş olan "Hükümsüzlük" ve "Geçersizlik" terimlerinin tercih edilmediği vurgulanmıştır. Gerekçede 'Tüm butlan hallerinin ve sebeplerinin kanunda gösterilmesi veya tanımlanması ise imkânsızdır. Onun için batıl kararları iki kategoriye ayırmak, şekil yönünden batıl genel kurul kararlarını veya sebeplerini belirlemeyi içtihat ve öğretiyi bırakmak, konu açısından batıl genel kurul kararlarına da sınırlayıcı olmamakla birlikte, örnekler göstererek-kesin çizgilerle işaret etmek en isabetli yol olarak değerlendirilmiştir.' açıklamasına yer verilmiştir.", Y. 23. HD. 05.06.2014 T., 2014/1083 E., 2014/4348 K. sayılı kararı için bkz. <https://0-www.lexpera-com-tr.opac.bilgi.edu.tr/ictihat/yargitay/23-hukuk-dairesi-e-2014-1083-k-2014-4348-t-05-06-2014> . ; Aynı yöndeki, Y. 23. HD. 24.3.2014 T., 2013/8106 E., 2014/2232 K. sayılı kararı için bkz. <https://0-www.lexpera-com-tr.opac.bilgi.edu.tr/ictihat/yargitay/23-hukuk-dairesi-e-2013-8106-k-2014-2232-t-24-3-2014> . ; Y. HGK. 2.10.1970 T., 1970/2-810 E., 1970/1043 K. (Karahasan, Sözleşmeler, s. 531-532).

⁴¹⁶ Oğuzman/Öz, C.1, s. 184; Necip Kocayusufpaşaoğlu/ Hüseyin Hatemi/Abdülkadir Arpacı/Rona Serozan, Borçlar Hukuku Genel Bölüm, C. 1, Borçlar Hukukuna Giriş Hukuki İşlem Sözleşme, İstanbul, Filiz Yayınevi, 2017, s. 430 vd.; Aydın Aybay, Borçlar Hukuku Dersleri, İstanbul, Filiz Kitabevi Basım, 2016, s. 62; Ayrancı, doktrinde, iptal hakkının yalnız taraf menfaatlerini koruyan şekil kuralları bakımından uygulanabileceğini, bununla birlikte kamu menfaatini korumayı amaçlayan şekil kuralları bakımından iptal müeyyidesinin uygulanamayıp işlemin mutlak butlana tabi olacağının kabul edildiğini belirtmiştir. Bu konudaki açıklamaları için bkz. Ayrancı, İfanın Sonuçları, s. 93-94; Fahıman Tekil, Yokluk Hükümsüzlük ve İptal Edilebilirlik Sonuçları, Prof. Dr. Kemal Oğuzman'ın Anısına Armağan, 2000, s. 1094; Kırkbeşoğlu, s. 9-10; Akkurt, s. 124-126; Dağdelen, finansal açıdan aşırı yük getiren kefalet sözleşmelerinin de ahlaka aykırılık denetimine tabi tutulması gerektiği ve TBK m. 27'ye göre kesin hükümsüz sayılması gerektiği görüşündedir. Bkz. Ahmet Hakan Dağdelen, Avusturya Yargı Kararları ve Öğretisi Işığında Finansal Açıdan Aşırı Yük Getiren Kefalet Sözleşmelerinin Ahlaka Aykırılık Denetimi, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C. 74., Sayı 2, 2016, s. 683.

butlan olarak tabir edilmektedir. Eğer tarafların irade beyanlarına ilişkin bir sakatlık veya şekle aykırılık söz konusuysa bu durumda nisbi butlan olarak da tabir edilen bir iptal edilebilirlik söz konusudur. Bu durumda sözleşme kurulmuş olup düzelebilir bir hükümsüzlük mevcuttur. Bununla birlikte taraflardan birinin mevcuttaki geçersizliği düzeltmeyerek sözleşmeyi geriye etkili olarak baştan itibaren kesin hükümsüz hale getirebilmesi de mümkündür. Şu durumda kefilin, irade beyanında yanılma veya aldatılma gibi irade beyanını sakatlayan bir durumun söz konusu olması halinde TBK m. 39'a göre sakatlanma halinin ortadan kalktığı veya sakatlanmayı öğrenmesinden itibaren bir yıllık hak düşürücü süre içinde kefalet sözleşmesinin iptalini isteyebilecektir. Eğer süresinde bu hakkını kullanmazsa veya yaptığı ödemeyi geri istemezse ya da süre geçmese bile sözleşmeyi onamış ise sözleşme geçmişe etkili olarak geçerlilik kazanacaktır⁴¹⁷.

Butlan görüşünün bazı durumlarda hakkın kötüye kullanılması yasağına aykırı sonuçlar da yaratması sebebiyle doktrinde yumuşatılmış butlan görüşü ortaya atılmıştır. Buna göre şekil eksikliği bulunan bir sözleşmenin batıl sayılması dürüstlük kuralına aykırı bir durum yaratıyorsa şekil eksikliğine rağmen sözleşme geçerliymiş gibi kabul edilebilecektir. Örneğin, işletmesine kredi açılması için kefil olan işletme sahibinin, kredinin kullandırılmasından sonra kefalette yanıldığını ileri sürmesi dürüstlük kuralıyla bağdaşmayacaktır. İşletme sahibinin böyle bir durumda kefaleti iptal hakkı da bulunmamaktadır⁴¹⁸. Yine şekil eksikliği hâkim tarafından kendiliğinden dikkate alınacaktır. Ancak hâkim burada şekil eksikliğini ileri sürmenin hakkın kötüye kullanılması durumunu yaratıp yaratmadığını da

⁴¹⁷ Özen, a.g.e., s. 202-206; Oğuzman/Öz, C. 1, s. 163; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 628; Reisoğlu, Kefalet, s. 65-72; Reisoğlu, Bankacılık Uygulamasında Kefalet, s. 34-40; Reisoğlu Muteberlik, s. 347; Karahasan, Sözleşmeler, s. 342-346; Karahasan, Genel Hükümler, s. 306-307; Baş, bir veya birden çok kefalet işlemi için eşin rızasının tek bir beyan ile alınmasının ve beyanı sırasında eşin, kefalet rizikosunu tespit edemeyebileceğini belirtmekte, bu tür durumlar için de irade sakatlığının ileri sürülmesinin mümkün olduğunu düşünmektedir. Bkz. Baş, s. 118.

⁴¹⁸ Reisoğlu, İsviçre Federal Mahkemesinin de bu yöndeki bir kararına dayanarak hakkın kötüye kullanılması yasağının ihlali olduğunu belirtmektedir. Bu konudaki açıklamaları ve İsviçre Federal Mahkemesi kararı için bkz. Reisoğlu (Bankacılık Uygulamasında Kefalet), s. 58-59; Y. 11. HD. 17.6.2016 T., 2015/7552 E., 2016/6810 K. (<https://0-www-lexpera-com-tr.opac.bilgi.edu.tr/ictihat/yargitay/11-hukuk-dairesi-e-2015-7552-k-2016-6810-t-17-6-2016>); Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 438; Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı, s. 445; Aynı görüşteki açıklamaları için bkz. Eren, Borçlar Genel, s.305-306.

inceleyecektir. Şekil eksikliğinin ileri sürülmesi hakkın kötüye kullanılması durumu yaratmıyorsa işlem yine batıl sayılacaktır⁴¹⁹.

Butlan görüşünün sonuçlarının yumuşatılması amacıyla ortaya atılan bir diğer görüş de şekle aykırılığın kendine özgü bir hükümsüzlüğe yol açacağı yönündedir⁴²⁰. Kendine özgü geçersizlik olarak da bilinen bu görüşe göre şekle aykırı yapıldığı için başlangıçtan itibaren geçersiz olan bir sözleşme söz konusu olmasına rağmen, taraflardan biri bu şekle aykırılığı ileri sürene kadar sözleşme hüküm ve sonuçlarını doğuracaktır. Bu bakımdan şekle aykırılığı yalnız taraflardan biri ileri sürebilecek olup hâkim tarafından kendiliğinden dikkate alınmayacaktır. Tarafların sözleşme edimlerini bilerek ifa etmeleri, ifadan itibaren şekle aykırılığı düzeltici etki yaratmaktadır⁴²¹. Bu durumda şekle aykırılığı ileri sürerek edimlerin iadesinin istenmesinin hakkın kötüye kullanılmasına yol açacağı kabul edilmektedir⁴²². İfanın yarattığı sonuçlar açısından genel anlamda kısmi butlandan farklılığının hâkimin şekle aykırılığı kendiliğinden dikkate alması noktasında ortaya çıktığı söylenebilir⁴²³.

Bunların dışında, şekle aykırılığın, eksik borç yaratacağı yönünde görüş bildirilmekle birlikte, şekle aykırı sözleşmenin geçersizliğini taraflar arasındaki fiili ifa ilişkisi çerçevesinde açıklamaya çalışan fiili sözleşme ilişkisi görüşü de ortaya atılmıştır⁴²⁴. Ancak Türk ve İsviçre Borçlar⁴²⁵ Hukuku'nda şekle aykırılığın

⁴¹⁹ Oğuzman/Öz, C. 1, s. 164, 165; M. Kemal Oğuzman, Şekil Noksanı Sebebiyle Butlan Dermeyanı Hakkın Suistimali (Şekil), İstanbul Barosu Dergisi, 1955, C. 2019, S.6, İstanbul, 1955, s. 249; Gümüş, s. 366; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 105; Reisoğlu, Muteberlik, s. 390; Reisoğlu, Kefalet, s. 97; Reisoğlu, Bankacılık Uygulamasında Kefalet, s. 58; Yavuz/Acar/Özen, s. 801; Yavuz, Kefalet, s. 28; Tandoğan, C. 1, s. 239-240; Tandoğan, Kefalet, s. 38; Elçin Grassinger, s. 104-105; Çeliktas, s. 601 vd.; Ayrancı, İfanın Sonuçları, s. 104; Altaş, s. 121 vd.

⁴²⁰ Oğuzman/Öz, C. 1, s. 163; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 102; Eren, Borçlar Genel, s. 307; Altaş, s. 71-77; Karahasan, Sözleşmeler, s. 188; Mustafa Reşit Karahasan, Türk Medeni Kanunu Eşya Hukuku, C. 1, Ankara, Sevinç Matbaası, 1977, s.550-552; K. Tahir Gürsoy/ Fikret Eren/Erol Cansel, Türk Eşya Hukuku, 2. Bası, Ankara, Ankara Üniversitesi Yayınları, 1984, s. 484.

⁴²¹ Eren, Borçlar Genel s. 307; Altaş, s. 111; Çeliktas, s. 629.

⁴²² Ayrancı, İfanın Sonuçları, s. 117; Eren, Borçlar Genel s. 307; Altaş, s. 111.

⁴²³ Ayrancı, İfanın Sonuçları, s. 114.

⁴²⁴ Altaş, s. 79-91; Ayrancı, İfanın Sonuçları, s. 106; Hatemi/Gökyayla, s. 52.

⁴²⁵ Türk Medeni Hukuku ve Türk Borçlar Hukuku açısından şekle aykırılığın yaptırımını konusu farklı açıdan ele alınmaktadır. Türk Medeni Hukuku'nda şekle aykırılığın yaptırımının bazı durumlarda

yaptırımı için ağırlıkla kabul edilen görüş kesin hükümsüzlük (mutlak butlan) olup, kefalet sözleşmesi açısından da doktrin ve Yargıtay yaklaşımı da daha önce ifade edildiği üzere bu yöndedir. Hâkim şekle aykırılığa ilişkin geçersizliği taraflar ileri sürmese bile kendiliğinden göz önüne alacaktır. Bu konuda kefilin, şekle aykırılığı ileri sürmeyi isteyip istememesi önem arz etmeyeceği gibi, alacaklıyla bu konuda anlaşılması da bu sonucu değiştirmeyecektir. Yine kefil ve alacaklının, şekle uygun olarak yeni bir sözleşme yapılmasını talep hakkı da yoktur⁴²⁶. Geçersiz bir kefalet sözleşmesinin kurulduğuna ilişkin tanık dinlenmeyecek, yemin verilemeyecek, ikrar kabul edilmeyecektir⁴²⁷. Kefilin azami limiti yazılı olmayan kefalet sözleşmesinde mahkemede limiti kabul etmesi veya limiti ödemesi şekil eksikliğini gidermeyecektir⁴²⁸. Kefilin, geçersiz kefalet sözleşmesini geçerli zannederek ifade bulunması da aynı şekilde sözleşmenin kurulmasını sağlamaz. Belirtmek gerekir ki geçerli bir kefalet sözleşmesi kurulmadığını kefilin ileri sürmesi de kural olarak hakkın kötüye kullanılması olarak değerlendirilmez⁴²⁹.

iptal edilebilirlik (nisbi butlan) veya yokluk olacağı kabul edilmiştir. Buna ilişkin açıklamaları için bkz. Gral, Hükümsüzlük, s. 55 vd.; eliktaş, s.601-602.; Nevzat Koç, Türk Medeni Hukukunda ve Roma Hukukunda Hükümsüzlük (Hükümsüzlük), Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 2, Sayı 127, 1981, s. 145.

⁴²⁶ Reisoğlu, Kefalet, s. 94; Reisoğlu, Muteberlik, s. 390; Reisoğlu, Bankacılık Uygulamasında Kefalet, s. 58; Ayan, a.g.e., s. 186; Yavuz, Kefalet, s. 28; Yavuz/Acar/zen, s. 801; Y. 4. HD. 10.11.1933 2403/1515; Y. 3. HD. 06.04.1989 T., 9431/3528 (Nihat Yavuz, ğretide ve Uygulamada Türk Kefalet Hukuku, Ankara, Adalet Yayınevi, 2009, s.647; Reisoğlu, Kefalet s. 98).

⁴²⁷ Y. 3. HD. 06.04.1989 T., 9431/3528 (Reisoğlu, Kefalet s. 98); Reisoğlu, Kefalet, s. 94; Reisoğlu, Muteberlik, s. 390; Reisoğlu, Bankacılık Uygulamasında Kefalet, s. 58; Ayan, a.g.e., s. 186; Yavuz, Kefalet, s. 28; Yavuz/Acar/zen, s. 801-802; Bilgen, s. 53.

⁴²⁸ Yavuz/Acar/zen, s. 802; Reisoğlu, Kefalet, s. 95; Y. 19. HD. 17.03.2015 T., 2014/16610 E., 2015/3727 K. sayılı kararı (Bilgen, s. 54-55); Y. 3. HD 14.11.2018 T., 2017/4076 E. 2018/11475 K. için bkz. <https://0-www-lexpera-com-tr.opac.bilgi.edu.tr/ictihat/yargitay/3-hukuk-dairesi-e-2017-4076-k-2018-11475-t-14-11-2018>. ; Y. 19. HD 27.09.2018 T., 2017/3217 E., 2018/4585 K. bkz. <https://0-www-lexpera-com-tr.opac.bilgi.edu.tr/ictihat/yargitay/19-hukuk-dairesi-e-2017-3217-k-2018-4585-t-27-9-2018>. ; Y. 19. HD 18.12.2018 T., 2017/5497 E., 2018/6693 K. için bkz. <https://0-www-lexpera-com-tr.opac.bilgi.edu.tr/ictihat/yargitay/19-hukuk-dairesi-e-2017-5497-k-2018-6693-t-18-12-2018>. ; Mülga 818 Sayılı Kanun'un yürürlük zamanında kefalet azami limitinin sözleşmede belirtilmesi öngörülmüş işe de bunun kefilin el yazısıyla yazılması hususunun kararlaştırılmaması, limitin mutlaka rakamla belirtilmesi gerekip gerekmediği hususunda belirsizlik yaratmıştır. Bu belirsizlik o dönemde Yargıtay kararlarına da yansımıştır. Örneğin, kefalet sözleşmesinde limit belirtilmese bile bunun asıl borcun altında bir rakamla kefil tarafından kabul iradesinde bulunulduğu veya ödendiği durumlarda Yargıtay, kefaletin geçerliliğine karar vermiştir. Bu kararlar için bkz. Y. 19. HD. 13.05.2003 T., 2003/3142-5060; Y. 11. HD. 07.05.2002 T., 2002/630 E., 2002/4497 K.; Y. 19. HD. 08.06.2001 T., 2001/4325 E., 2001/4434 K. Bilgen, s. 54-579).

⁴²⁹ Bu konudaki açıklamaları için bkz. Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altp, s. 105; Aksi yönde ki açıklamaları için bkz. Altaş, s. 158-160, 164.

1.2. KEFİLİN ŞEKLE AYKIRILIĞI İLERİ SÜREREK SORUMLULUĞUNDAN KURTULMASI

Kefil, imzaladığı kefalet sözleşmesinin daha sonradan şekle aykırı olduğunu öğrenmesi halinde buna dayanarak edimin ifasından kaçınabilir. Burada dikkat edilecek husus kefilin, şekil eksikliğini bilmeden taahhütte bulunmuş olması ve şekle aykırılığa kasten yol açmamış olmasıdır. Daha önce de belirtildiği gibi kefilin bu hakkını kullanması kural olarak hakkın kötüye kullanılması yasağına aykırılık teşkil etmez⁴³⁰. Zira, kefilin şekle aykırılığı bilmeden ödeme yapmasıyla sözleşme geçerliliğini kazanmayacağından, kefilin bu ödemeden sonra alacaklının haklarına halef olması da mümkün değildir⁴³¹. Bu durumda asıl borçluya rücu hakkı elde edemeyecek olan kefilin, tabiatıyla en başta ödeme yapmaktan kaçınması TMK m. 2/2 uyarınca dürüstlük kuralı gereğidir. Aksi durum şekil kurallarının amacıyla da bağdaşmayacaktır. Kesin hükümsüzlüğün gereği olarak, kefil olma iradesinin varlığı da bu sonucu değiştirmeyecektir.

Kefilin şekle aykırılığı ileri sürmesinin hakkın kötüye kullanılması teşkil etmesi istisnaen mümkündür. Kefilin şekle aykırılığa kasten yol açtığı durumlar bu istisnai hallerdendir. Şekle aykırılığa kasten yol açıp kefalet sözleşmesinden sorumlu tutulamayacağını iddia etmesi TMK m. 2 dürüstlük kuralıyla bağdaşmaz⁴³². Yine, kefalet sözleşmesine göre belli bir yarar sağlayan kefilin daha sonradan kefalet sözleşmesinin şekle aykırı olduğunu iddia ederek ifadan kaçınmak istemesi haklı görülmez. Aynı şekilde kefilin davranışlarıyla karşı tarafta haklı bir

⁴³⁰ Oğuzman/Öz, C. 1, s. 165; Gümüş, s. 366; Reisoğlu, Muteberlik, s. 390; Reisoğlu, Kefalet, s. 97; Reisoğlu, Bankacılık Uygulamasında Kefalet, s. 58; Yavuz/Acar/Özen, s. 801; Yavuz, Kefalet, s. 28; Tandoğan, C. 1, s. 239-240; Tandoğan, Kefalet, s. 38; Elçin Grassinger, s. 104-105; Çelikaş, s. 601 vd.; Ayrancı, İfanın Sonuçları, s. 104; Altaş, s. 121 vd.

⁴³¹ Özen, a.g.e., s. 250.

⁴³² Oğuzman/Öz, C. 1, s. 165; Tandoğan, C. 1, s. 240; Özen, a.g.e., s. 250; Kocayusufoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı, s. 327; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp, s. 104-105; Akyol, Hakkın Kötüye Kullanılması, s. 81; Eren, Borçlar Genel, s.305, 306; Muzaffer Şeker, Şekil Noksanı Nedeniyle Sözleşmenin Hükümsüzlüğünden Kaynaklanan Sorumluluk Halleri ve Zararın Tazmini (Şekil Noksanı), Legal Hukuk Dergisi, Yıl 2008 S. 61, s. 53.

güven yaratmasından sonra şekle aykırılığı ileri sürmesi de hakkın kötüye kullanılması durumu teşkil edebilecektir. Bu tür durumlarda kefalet sözleşmesi şekle aykırı düzenlense bile geçerli sayılacak ve alacaklının kefilden talepte bulunması mümkün hale gelecektir⁴³³. Yargıtay da önüne gelen bir uyuşmazlıkta bankanın, genel kredi sözleşmesi kapsamında kredi ve teminat mektubu kullandığı bir şirketle imzalanan sözleşmeye kefil olanın, şirkete sağlanan krediler ve teminat mektuplarından sonra asıl sözleşmenin geçersizliği iddiasıyla kefaletin de geçersizliğinin ileri sürülmesini TMK m. 2/2 kapsamında hakkın kötüye kullanılması olarak değerlendirmiştir⁴³⁴.

Hakkın kötüye kullanılması durumu sadece kefilden kaynaklı olarak ortaya çıkmayabilir. Her iki tarafın da borç altına girdiği bir sözleşmede tarafların karşılıklı edimlerini ifa etmelerinden sonra şekle aykırılığın ileri sürülmesinin hakkın kötüye kullanılması teşkil edeceği Yargıtay tarafından da kabul edilmiştir⁴³⁵. Buna göre örneğin kefilin üstlendiği sorumluluğa karşılık alacaklı

⁴³³ Havutçu, s. 647-651; Özen, a.g.e., s. 250; Reisoğlu, Bankacılık Uygulamasında Kefalet, s. 58-59; Halil Akkanat, Şekle Aykırılığın Olumsuz Sonuçlarının MK m. 2 Hükmü Aracılığı ile Aşılması: Örnek Bir Yargıtay Kararı ve Değerlendirilmesi (Şekle Aykırılık), Prof. Dr. Hüseyin Ülgen'e Armağan, İstanbul, Vedat Yayıncılık, 2007, s. 1665.

⁴³⁴ Anılan kararın ilgili kısmı şu şekildedir: "...davanın; İİK'nın 67.maddesi kapsamında açılan itirazın iptali davası olduğu, ...,dava dışı ... Bankası ... Kurumsal Şubesi ile davalı ... Makina İth. Paz. ve Tic. A.Ş. arasında 36.330.000,00 USD tutarlı GKS imzalandığı, sözleşmede davalı ...'nın müşterek borçlu ve müteselsil kefil sıfatıyla imzasının bulunduğu, sözleşme kapsamından davalı şirket adına düzenlenen teminat mektuplarının davalı şirketin girmiş olduğu ...Özelleştirme ihalesi kapsamında ... İdaresine verildiği, ..., teminat mektubunun (...) TL ye çevrilerek tazmin edildiği ve ...ne ödeme yapıldığı, ..., ödenen teminat mektubu bedeli davacının (...) hesabından (...) tahsil edildiği, şirket tarafından kredi kullanılmış olup şirket temsilcisinin temsil yetkisinin üzerinde bir bedelle GKS imzaladığı ve sözleşmenin geçersiz olduğunu ileri sürme yetkisi davalı şirkete ait olup, şirket tarafından bu şekilde bir savunma da bulunulmadığından, dolayısıyla şirket yetkilisinin temsil yetkisinin üzerinde limitle Genel Kredi Sözleşmesi imzalanmasına şirket tarafından icazet verildiğini kabul edildiği, ayrıca GKS kapsamında; 36.330.000,00 USD bedelli teminat mektubu alınmak suretiyle gayrinakdi kredi kullanılmasından sonra sözleşmenin geçersizliğini ileri sürmenin MK. 2. maddesine aykırı olduğu..." bkz. Y. 11. HD. 17.6.2016 T., 2015/7552 E., 2016/6810 K. (<https://0-www-lexpera-com-tr.opac.bilgi.edu.tr/ictihat/yargitay/11-hukuk-dairesi-e-2015-7552-k-2016-6810-t-17-6-2016>)

⁴³⁵ Y. 15. HD. 11.12.1980 T., 1980/419 E., 1980/2649 K. <https://0-www-lexpera-com-tr.opac.bilgi.edu.tr/ictihat/yargitay/15-hukuk-dairesi-e-1980-419-k-1980-2649-t-11-12-1980> ; Y. 13. HD. 13.3.1980 T., 1980/1267 E., 1980/1669 K. için bkz. <https://www.sinerjimevzuat.com.tr/index.jsf?dswid=2582#> (e.t. 01.09.2020); Y. HGK. 9.6.1982 T., 1979/1613 E., 1982/565 K. için bkz. <https://0-www-lexpera-com-tr.opac.bilgi.edu.tr/ictihat/yargitay/hgk-e-1979-1613-k-1982-565-t-09-06-1982> ; Aynı yöndeki açıklamaları için bkz. Altaş, s. 137.

tarafından kefile karşı bir edim üstlenilmesi halinde sözleşmenin şekle aykırılığı ileri sürülerek alacaklının kendi ediminden kaçınmak istemesi de dürüstlük kuralıyla bağdaşmayacaktır. Bu tür durumlarda da kefalet sözleşmesinin şekil kurallarının amacına uygun olarak durumun özelliğine göre kefilin zarar görmesini engelleyecek sonuçların sağlanması gerekir⁴³⁶. Borçlunun, kefile karşı edim üstlendiği durumlarda ise, borçlu ile kefil arasında ayrı bir şarta bağlı sözleşme yapılmış ve kefalet sözleşmesi, taraf iradeleriyle bu sözleşmenin şartı durumuna getirilmiş olmaktadır. Bu bakımdan borçlunun kefil ile aralarındaki sözleşmeye göre verdiği taahhüdün sonuçları açısından, alacaklı ile kefil arasında yapılan kefalet sözleşmesindeki alacaklı taahhüdüyle aynı sonuçları doğurmayacağını söylemek gerekir. Şu durumda kefilin kendi edimini yerine getirmemesi karşısında sözleşmenin alacaklı tarafının kendi edimini ifadan kaçınması mümkündür⁴³⁷.

1.3. KEFİLİN TAZMİNAT YÜKÜMLÜLÜĞÜ

Kefalet sözleşmesinde şekle aykırılığa kasten yol açan kefilin sözleşmeye aykırılığı ileri süremeyeceği doktrinde çoğunlukla kabul edilmektedir⁴³⁸. Bununla birlikte sözleşmenin geçerli kabul edilmeyeceği de düşünülüp, ayrıca sözleşmenin geçersizliğinden doğacak kefilin sorumluluğuna hangi hukuki gerekçeyle başvurulabileceği konularında doktrinde farklı görüşler ileri sürülmüştür.

Öncelikle, kefilin bu duruma kasten yol açması sebebiyle kefalet sözleşmesinin geçerli kabul edilmesi gerektiği savunulmuştur⁴³⁹. Buna göre şekle aykırılıktan ötürü sözleşmenin geçersizliğini düşünmek kefilin kastı karşısında TMK m. 2 dürüstlük kuralıyla bağdaşmayacaktır. Hakkın kötüye kullanılması yasağı sözleşmedeki şekli sakatlığı ortadan kaldırmış ve sözleşmeyi baştan itibaren

⁴³⁶ Aynı yönde hâkimin, her somut olayın özelliklerine göre şekle aykırılığı ileri sürmenin hakkın kötüye kullanılması yaratıp yaratmayacağını inceleyerek karar vermesi gerektiği konusunda bkz. Oğuzman/Öz, C. 1, s. 164-166.

⁴³⁷ Oğuzman/Öz, C. 1, s. 363.

⁴³⁸ Ayan, a.g.e., s. 189; Çeliktas, s. 618-621; Erdoğan, s. 119.

⁴³⁹ Altaş, s. 214; Ayrancı, İfanın Sonuçları, s. 116-117; Ayan, a.g.e., s. 192.

geçerli hale getirmiştir⁴⁴⁰. Bu yüzden hakkın kötüye kullanılmasıyla karşılaşan sözleşmedeki diğer taraf edimin ifasını isteyebilir. Kefalet sözleşmesinde ise bu taraf alacaklı olacağından kefilden sözleşmenin ifasını talep edebilecektir. Edimini yerine getirmeyen kefil ise sözleşmeye aykırı davranmasından dolayı TBK m. 112 uyarınca kusurlu davranışlarından sorumlu tutulmalıdır⁴⁴¹. Burada alacaklının uğrayacağı zarar sözleşmenin ifa edilmemesinden kaynaklanan zararlar olduğu için alacaklı müspet zararını talep edecektir.

Diğer bir görüşe göre, şekle aykırı düzenlenen sözleşme geçersizdir ancak kefil, sözleşme görüşmelerindeki özensiz davranışıyla alacaklıda bir güven uyandırmış ve bu geçersizliğin oluşmasında kusuru vardır⁴⁴². Bu görüşü savunan yazarlara göre şekle aykırı sözleşme baştan itibaren geçersizdir fakat TBK m. 35/1'e göre bu geçersizliğe kusuruyla yol açan taraf, kusurlu davranışından dolayı karşı tarafı zarara uğratmışsa bu zararları tazmin etmelidir. Bu uğurda alacaklı, eğer sözleşmenin geçerliliğine güvenerek herhangi bir masraf yapmışsa veya kaçırdığı fırsatlar varsa bunların tazminini talep edebilir. Bu tür menfi türden zararlar için kefilin culpa in contrahendo sorumluluğuna dayanılarak talepte bulunulacaktır⁴⁴³. Bununla birlikte alacaklının, sözleşmenin geçersiz olduğunu bildiği veya bilmesi gerektiği durumlarda tazminat hakkına başvurması TBK m. 35/2 güven ilkesi ile bağdaşmayacaktır⁴⁴⁴. Bu yüzden böyle bir durumda kefil, kendisine yöneltilen taleplere karşı alacaklının da iyiniyetli olmadığı savunmasını yapabilir. Culpa in contrahendo sorumluluğunun yaptırımını için kanunumuzda yasal bir düzenleme bulunmamakla, doktrinde uygulanacak yaptırımın, haksız fiil hükümleri mi yoksa borca aykırılık mı olacağı konusu tartışmalıdır. Burada zamanaşımı ve ispat yükü

⁴⁴⁰ Altaş, s.103, 153.

⁴⁴¹ Özen, a.g.e., s. 252.

⁴⁴² Oğuzman/Öz, C. 1, s. 40, 511 vd.; Özen, a.g.e., s. 252; Elçin Grassinger, s. 105; Karahasan, Borçlar Genel, s. 86 vd.; Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı, s. 453.

⁴⁴³ Culpa in contrahendo sorumluluğuna ilişkin Türk ve İsviçre Borçlar Hukuku'nda açık bir düzenleme bulunmamakla birlikte TBK m. 35, 39/2, 44/2, 47 gibi çeşitli düzenlemelerde, kendi kusuruyla karşı tarafın yanılğıya düşmesine sebep olan tarafın karşı tarafın uğradığı zararı tazminine yönelik düzenlemeler kabul edilmiştir.

⁴⁴⁴ Oğuzman/Öz, C. 1, s. 514; Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı, s. 453; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp, s. 190.

açısından borca aykırılık hükümlerinin alacaklıyı daha avantajlı duruma getirdiğini söylemek gerekir⁴⁴⁵. Bununla birlikte, durumun özelliklerine ve hakkaniyetin gerekliliğine göre TBK m. 35/2 ve m. 47/2 hükümleri kıyasen uygulanıp, ifa menfaati üst sınır olmak üzere menfi zararı aşan kısmın tazmini de talep edilebilmelidir⁴⁴⁶.

Bunların yanında, kefilin kasıtlı davranışını ahlaka aykırılık açısından değerlendirip TBK m. 49/2 uyarınca tazminat sorumluluğu doğacağı da savunulmaktadır⁴⁴⁷. Buna göre kefil, kasten alacaklının zarara uğramasını isteyerek alacaklıyı sözleşmenin geçerliliği konusunda inandırmış ve ahlaka aykırı davranmıştır. Yargıtay da eski tarihli bir kararında konuyu TBK m. 49/2 (818 Sayılı BK m. 41/2) doğrultusunda ele almış, sözleşmenin geçersizliğini savunarak edimini yerine getirmeyen tarafın, diğer tarafın uğradığı olumlu zararı tazmin etmesi gerektiğine hükmetmiştir⁴⁴⁸. Anılan kararın bir bölümü şu şekildedir: *“Taşınmazın temlikine ilişkin edim ifa edilmeksizin ferağın imkânsız hale getirilmesi, BK.nun 41/2(TBK m. 49/2) maddesine uygun ahlaka aykırı, tazmini gerektirir bir fiil olarak kabul edilmesinde duraksamaya yer olmamalıdır. Böyle hallerde, şekle aykırılığa rağmen, sözleşmenin geçerli olarak kurulmuş olduğu kabul edilmeli, ifa menfaatinin (olumlu zararın) tazmini imkânı tanınmalıdır. Davalı ediminin kusuru ile imkansızlığı tarihteki dairenin sürüm değerine hükmedilmesi gerekir”*. Belirtmek gerekir ki, kanaatimizce kefilin kasıtlı davranışının amacı öncelikle, alacaklıya zarar vermek değil, üstlendiği sorumluluktan kurtulmaktır. Alacaklıya kasten zarar vermek amacı diğerine göre kefil ile alacaklı arasındaki özel başka bir

⁴⁴⁵ Oğuzman/Öz, C. 1, s. 112, 513-514.

⁴⁴⁶ Özgür Güvenç, Culpa in Contrahendo Sorumluluğu Bağlamında Sözleşme Görüşmelerinin Kesilmesi, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2014, C. 18, S. 3-4, s. 397; Şeker, Şekil Noksanı, s. 62-63.

⁴⁴⁷ Reisoğlu, Kefalet, s. 96. Ayrancı, İfanın Sonuçları, s. 105; Andreas Schwarz, Borçlar Hukuku Dersleri (çeviren: Bülent Davran), 1. Cilt, İstanbul, Kardeşler Basımevi, 1948, s. 247; Erdoğan, s. 119-120; Türker, s. 258; İsviçre Federal Mahkemesinin önceki görüşünün haksız fiil sorumluluğuna yönelik olmasına rağmen yeni tarihli kararlarında bu görüşünü terk ettiği ve güven ilkesine göre sorumluluğa hükmettiği yönündeki mahkeme kararları değerlendirmeleri için bkz. Şeker, Şekil Noksanı, s. 55-61

⁴⁴⁸ Y. 13. HD. 2.12.1991 T., 1991/7217 E., 1991/10901 K. sayılı kararı için bkz. <https://www.sinerjimevzuat.com.tr/index.jsf?dswid=2582#> (e.t. 02.09.2020)

münasebetin olması gibi farklı bir durumun varlığını da gerektireceğinden özellikli bir halde mümkün olabilir⁴⁴⁹. Bu yüzden bu hükme dayanılabilmesi için kefilin kasten şekle aykırı sözleşme düzenlemesinde sırf alacaklıya zarar verme kastı olduğunun ayrıca ispat edilmesi gerekir. Yine, burada TBK m. 72'deki iki yıllık zamanaşımı süresi işleyeceğinden TBK m. 112 hükmüne dayanılması halinde işleyecek genel zamanaşımı süresine nazaran bu hükme dayanılması avantajlı da olmayacaktır⁴⁵⁰.

Kanaatimizce, şekle aykırılığa kasten yol açan kefilin davranışına rağmen sözleşmeyi geçerli saymak, kefilin yapacağı ödemeye birlikte ileri sürebileceği rücu, def'i gibi tüm talep haklarının doğmasına yol açacağından kefilin kötünietini karşısında savunulamaz⁴⁵¹. Ayrıca kanunun kefilin koruma yönündeki şekil amacının kefilin kötünietine rağmen savunulmaması gerekir. Dolayısıyla kefilin davranışının yaptırımı olarak sözleşmenin geçersiz olacağı kabul edilmelidir. Bununla birlikte kefilin kastını sırf alacaklıya zarar vermeye yönelik yorumlamak hakkaniyetle de bağdaşmayacaktır. Ancak alacaklı nezdinde doğacak zararın tazmini de hakkaniyet için sağlanması gereken bir husustur. Bu bakımdan alacaklının zararını TBK m. 49/2 hükmü yerine culpa in contrahendo sorumluluğuna göre tazmini yoluna gitmenin alacaklının yaptığı tüm masrafları ve kaçırdığı fırsatları isteyebilmesi imkânı açısından da hakkaniyetli bir sonuç yaratacağını düşünüyoruz. Kuşkusuz bu durumda TBK m. 112'deki genel zamanaşımı işleyeceğinden TBK m. 72'deki zamanaşımı süresine nazaran bir başka avantajı da sağlamış olmaktadır.

⁴⁴⁹ Özen bu konuda “*nitelikli bir kast*” halinin aranacağını belirtir. Bkz. Özen, a.g.e., s. 252.

⁴⁵⁰ Özen, a.g.e., s. 252; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 979; Güvenç, s.396.

⁴⁵¹ Gümüş, Borçlar Özel, s. 367; Erdoğan, s. 119-120.

2. ŞEKLE AYKIRI KEFALET SÖZLEŞMESİNDE KEFİLİN BORCU İFA ETMESİNİN SONUÇLARI

Türk ve İsviçre Hukuku'nda kabul edildiği üzere şekil koşullarına aykırı olarak düzenlenmesi dolayısıyla kesin hükümsüz durumdaki sözleşmenin ifa edilmesiyle sözleşme geçerli hale gelmez⁴⁵². TMK m. 2'ye göre hakkın kötüye kullanılması yasağı iyiniyetli tarafı korumaktadır. Alman Medeni Kanunu (BGB) m. 766'da ise Türk-İsviçre Hukuku'nun aksine ödeme ile kefaletin geçerlilik kazanacağı açıkça düzenlenmiştir⁴⁵³.

Kefilin şekle aykırı kefalet sözleşmesini ifa etmesiyle sözleşme, sonuçlarını doğurmayacaktır. Kefilin mahkemede azami limiti yazılmayan kefalet sözleşmesindeki kefalet miktarını ikrar veya kabul etmesi veya bu miktarı ödemiş olması da sözleşmeyi geçerli hale getirmeyecektir⁴⁵⁴. Zira sonuçta kefil, herhangi bir sözleşmesel ilişkiye ait olmayan bir ödemede bulunmuştur⁴⁵⁵. Bu ödemesi karşı tarafta haksız bir zenginleşme yaratmıştır. Bu yüzden kefil, TBK m. 78/1 uyarınca sebepsiz zenginleşme hükümlerine dayanarak ödediğinin iadesini talep edebilecektir⁴⁵⁶. Belirtmek gerekir ki kefilin geçersiz sözleşmeyi geçerli zannetmesinde kusuru olsa bile bu sonuç değişmeyecek, kefilin borcu olduğunu zannetmesine yol açan geçerli bir mazeretinin olup olmadığına da bakılmayacaktır⁴⁵⁷. Burada kanunun kefilin koruma amacının muktedir olduğu söylenebilir. Zira kefil, zaten çoğu zaman, özellikle zaman baskısı altında ya da

⁴⁵² Reisoğlu, Kefalet, s. 96; Yavuz, Kefalet, s. 28; Ayan, a.g.e., s. 189; Özen, a.g.e., s. 252; Şeker, Şekil Noksanı, s. 52; Erdoğan, s.121.

⁴⁵³ Bilgen, s. 543; Ayan, a.g.e., 189.

⁴⁵⁴ Reisoğlu, Kefalet, s. 97; Y. 19. HD. 17.03.2015 T., 2014/16610 E., 2015/3727 K. sayılı kararı; Y. 19. HD. 13.05.2003 T., 2003/3142-5060 sayılı kararı; Y. 11. HD. 07.05.2002 T., 2002/630 E., 2002/4497 K., sayılı kararı; Y. 19. HD. 08.06.2001 T., 2001/4325 E., 2001/4434 K. sayılı kararı (Bilgen, s. 54-57).

⁴⁵⁵ Özen, a.g.e., s. 253.

⁴⁵⁶ Reisoğlu, Kefalet, s. 96-98; Reisoğlu, Muteberlik, s. 391; Yavuz, Kefalet, s.28; Elçin Grassinger, s. 85; Özen, a.g.e., s. 252; Türker, s. 257-258.

⁴⁵⁷ Ayan, a.g.e., s.189; Reisoğlu, Kefalet, s. 97; Yavuz, Kefalet, s. 28; Özen, a.g.e., s. 254.; Bu konuda şekle aykırılığın yaptırımının kendine özgü geçersizlik olduğu düşüncesinde olanların ifa ile geçersizliğin düzeleceğini savunduklarını daha önce de ifade etmiştik. Bkz. Eren, Borçlar Genel, s. 307; Eren, Borçlar Özel, s. 187; Altaş, s. 214; Ayrancı, İfanın Sonuçları, s. 116-117.

hatır için altına girdiği sorumluluğun bilincinde olmadan ve bunu düşünmeden hareket ettiğinden kefilin ihmalkâr davranışları karşısında onu koruma düşüncesinden hareketle sıkı şekil düzenlemesi gerekmiştir. Kefile özgü şekil şartlarının tek taraflı olarak getirilmesi de aynı sebepten kaynaklanmaktadır.

2.1. KEFİLİN İFASININ İADESİNİ İSTEYEBİLMESİ

Kefilin, kefalet sözleşmesinin şekle aykırı olmasına rağmen onu geçerli zannederek yaptığı ödemeyi isteyebilmesine ilişkin açık hüküm bulunmamakla birlikte bu konudaki genel kural TBK m.78/1'e dayanarak ödediğini geri istemesi mümkündür⁴⁵⁸. Burada kefil şekle aykırılığı bilmemekte ve iyiniyetlidir⁴⁵⁹.

⁴⁵⁸ Özen, a.g.e., s. 253; Reisoğlu, Kefalet, s. 97; Sebepsiz zenginleşme kavramının ilk defa kabul edildiği hukukçu (Roma) Pomponius'un *Digesta*'daki(D. 50.17.206) metnindeki ifade şöyledir: *"Iure naturae aequum est neminem cum alterius detrimento et iniuria fieri locupletiores"* (Tabii hukuka göre hiç kimsenin başkasının zararına ve haksız olarak zenginleşmemesi hakkaniyet gereğidir). Bkz. R. Feenstra (Leyden), Hukuk Tarihi Açısından Sebepsiz Zenginleşme Dogmatığı (çeviren: Doç. Dr. Özcan Karadeniz), Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 29, Sayı 1 ,1972, s. 310'dan naklen.

⁴⁵⁹ Buradaki iyiniyet, kefilin şekle aykırılığa kasten yol açmadığı bir duruma ilişkindir. Zira şekle aykırılık, kefil şekle aykırılığa kendi eylemiyle sebep olmamış olsa bile, alacaklının dikkatli davranmayarak hazırladığı bir sözleşmenin imzalanması sonucu oluşabilir. Kefilin şekle aykırılığa kasten yol açtığı durumdan yukarıda bahsedilmişti. Bkz., bu çalışma, III. Bölüm, 1.3., s. 116; Bunun dışında kefilin geçersiz sözleşmeyi bilmesine rağmen ifada bulunması ise yine bahsedilen durumdan farklı olacaktır. Bu konudaki açıklamalarımız için bkz. bu çalışma, III. Bölüm, 2.2., s. 126; Kural olarak bir sözleşmedeki şekle aykırılığı ileri sürmek iyiniyet kurallarına aykırılık teşkil etmemektedir. Ancak şekle aykırılığa taraflar kendi hile ve kusurları sonucu sebebiyet vermişlerse veya şekle aykırı işleme rağmen sözleşmedeki edimleri bilerek yerine getirmişler ise yapılan hukuki işlemin geçersiz olduğunun ileri sürülemeyeceği genellikle kabul edilmektedir. Buna göre, sözleşmenin imzalanması sırasında üstlenilen sorumluluğun bilerek ve isteyerek kabul edilmiş olması, kural olarak sonradan şekle aykırılıktan dolayı geçersizliğin ileri sürülmesine engel teşkil etmeyecektir. Bununla birlikte edimlerin ifası tamamlanmamasına rağmen sözleşmenin hükümsüzlüğünün ileri sürülmesi hakkın kötüye kullanılması teşkil edebilir. Bu bakımdan tarafların iyiniyetinin tespiti açısından hakim her olayın kendine özgü şartlarına göre değerlendirme yapması gerekecektir. Bkz. Oğuzman/Öz, C. 1., s. 165-166; Özen, a.g.e., s. 250-251; Ayan, a.g.e., s. 187; Reisoğlu, Kefalet, s. 94; Nitekim Yargıtay da her olayın şartlarına göre tarafların iyiniyetinin sübjektif olarak değerlendirilebileceğini belirtmiştir. Y. 8. HD. 15.11.1993 T., 1993/8639 E., 1993/11586 K. sayılı kararında *"Yolsuz tescile dayanarak aynı hak iktisap eden üçüncü şahsın (davamızda davalı A'nin) iyi niyetli olup olmadığı ve yolsuzluğu hangi hallerde bilmesi gerektiği araştırılırken kesin bir ölçü koymak mümkün değil ise de, genel bazı kriterlerle birlikte önemli özel durumların araştırılması gerekir. Genel kriter olarak davalı üçüncü şahsın dayandığı tescilin yolsuz olduğu ve taraflar arasındaki uyumsuzluğun genel hayat tecrübelerine ve hayatın doğal akışına göre bilip bilmediği veya normal görüşlü bir insanın fark etmesi gereken dikkati sarfetseydi yolsuzluğu ve uyumsuzluğu bilecek durumda olup olmadığı araştırılmalıdır. Ayrıca, bazı fiili karinelere de yararlanılmalıdır. Örneğin, temellük edenin üçüncü şahısla akrabalık ilişkisinin bulunup bulunmadığı, taşınmazın el değiştirmesindeki çabukluk, değerinin çok altında bedelle satılması ve*

Kaynak kanunun uygulandığı İsviçre'deki 1941 revizyon çalışmalarında konunun açıklığa kavuşması için kanuni düzenleme önerisinde bulunulmuş ise de mevcut genel hükümlere göre talep imkânı olduğu düşünüldüğünden konunun tekrar düzenlenmesi gereksiz bulunmuştur⁴⁶⁰. Bu konuda kefalet sözleşmesine ilişkin açık bir düzenleme bulunmaması sebepsiz zenginleşme talebinin alacaklıya mı yoksa borçluya mı yöneltilmesi gerektiği konusunda tartışma yaratmıştır⁴⁶¹. İsviçre'de Federal Mahkemenin verdiği bir kararda bu konu tartışılmış ve sonuç olarak bu talebin alacaklıya yöneltilebileceğine hükmedilmiş ve bu hüküm doktrin

tarafların aynı yerde ikamet edip etmedikleri gibi olaylarda araştırılmalıdır. Ayrıca, 14.2.1951 tarih, 7/1 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararı gereğince davalı üçüncü şahıs durumunda olan A'nin vakıa ve karinelerden olayda iyi niyet iddiasında bulunamayacak durumunun mevcut olup olmadığı araştırılmalı ve iyi niyet iddiasında bulunamayacak durumun belirmiş olması halinde kötü niyetin diğer tarafa ispat ettirilmesine sebep ve gerek kalmayacağı ve kötü niyetin mahkemece kendiliğinden gözönünde tutulacağı hususlarının da düşünülmesi gerekir.” belirtilerek tarafların iyiniyetinin tayininde durumun icabını bilmeleri gerekmesinin her durumun özelliğine bakılarak çıkarılacak kriterlerin rol oynayacağı belirtilmiştir. Y. 8. HD. 30.09.2020 T., 2018/5121 E., 2020/5622 K. sayılı başka bir kararında ise, “Malzeme sahibinin TMK'nin 724. maddesine dayanarak tescil talebinde bulunabilmesi bazı koşulların varlığına bağlıdır; a) Birinci koşul, malzeme sahibinin iyiniyetli olmasıdır. TMK'nin 724. maddesi hükmünden açıkça anlaşılacağı üzere, taşınmaz mülkiyetinin yapı sahibine verilebilmesi için öncelikli koşul iyiniyettir. Öngörülen iyiniyetin TMK'nin 3. maddesinde hükme bağlanan sübjektif iyiniyet olduğunda da kuşku yoktur. Bu kural, malzeme sahibinin, el attığı taşınmazın başkasının mülkü olduğunu bilmemesini veya beklenen tüm dikkat ve özeni göstermesine karşılık bilebilecek durumda olmamasını ya da yapıyı yapmakta haklı bir sebebinin bulunmasını ifade eder. Malzeme sahibinin tescil istemi ile açtığı davada iyiniyetin varlığı iddia ve savunmaya bakılmaksızın mahkemece re'sen araştırılmalıdır. Ne var ki, 14.02.1951 tarihli ve 17/1 sayılı Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararında belirtildiği gibi olay ve karinelerden, durumun özelliklerine göre kendisinden beklenen dikkat ve özeni göstermemiş olduğu açık bulunan malzeme sahibinin temlikten tescil talebinde bulunması mümkün değildir. Çünkü bu gibi durumlarda kötüniyet karşı tarafın ispatı gerekmeden belirlenmiş olur. Ayrıca iyiniyet inşaatın başladığı andan tamamlandığı ana kadar devam etmelidir. (Sübjektif koşul)” belirtilerek iyiniyetin varlığını, tarafın uyumsuzluğa sebep olan durumu araştırmış olması ödevinin olduğunu ve bunu yerine getirmiş olmasına rağmen bilememesine bağlamıştır.

⁴⁶⁰ Reisoğlu, Kefalet, s. 97; Reisoğlu, Muteberlik, s. 391. İsviçre BK 2020 Tasarısı'nda şekle ilişkin aykırılığın yaptırımındaki geçersizliğin, sözleşmenin sonradan ortadan kalkması kavramıyla açıklanması sonucunda kesin hükümsüzlük ve borcun ifa edilmemesinin sonuçlarının aynı hükmü doğuracağı düzenlenmiştir. Bunun sonucunda verilen şeylerin geri alınması, bu hakkın doğumunun sebebine bakılmadan sebepsiz zenginleşme ve istirdat kurumlarına başvuru imkânı yerine sözleşmeden dönme hükümlerine başvurulmasına bağlanmıştır. Bu konudaki eleştirileri için bkz. Ümmühan Kaya, İsviçre Borçlar Kanunu/OR 2020'ye İlişkin Eleştirel Düşünceler, Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi, Yıl 2, Sayı 2017/2, s. 194-195.

⁴⁶¹ Reisoğlu, Kefalet, s. 97; Reisoğlu, Muteberlik, s. 392; Özen, a.g.e., s. 253; Alman Medeni Kanunu m. 766'da kefilin asli edimini yerine getirmesiyle sözleşmedeki şekil bozukluğunun giderileceği kabul edilmiştir. Bu durumda şekil bozukluğuna rağmen ödemede bulunan kefilin alacaklıya başvurma imkânı kalmamaktadır. Alman Medeni Kanunu (BGB) İngilizce metni için bkz. https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_bgb/englisch_bgb.html#p3332.

tarafından da çoğunlukla destek bulmuştur⁴⁶². Bu konudaki Yargıtay yaklaşımı ise Federal Mahkemenin aksi yöndedir. Eski tarihli bir kararında⁴⁶³, bu talebin borçluya yöneltilebileceğini belirtilmiş ve bu yaklaşımı doktrinde şekle aykırılığın yaptırımını kesin hükümsüzlük kabul eden yazarlarca çokça eleştirilmiştir⁴⁶⁴. Yargıtay bu yaklaşımını, kefilin, ifasıyla, kendisinin değil, asıl borçlunun borcunu ödediğine, bu yüzden asıl borçlunun malvarlığında zenginleşme gerçekleştiğine ve kefilin borçluya karşı rücu hakkı olmasına dayandırmıştır⁴⁶⁵.

Esasen kefil, kendini borçlu zannettiği için asıl borçlunun borcunu ödemektedir. Ancak sözleşme geçersiz olduğu için aslında burada alacaklının sözleşmeye dayanarak alacağı talep hakkı olmayacaktır. Kefil, buradaki ifayı, kendini borçlu zannederek yaptığı için üçüncü kişinin değil, kendi borcunu ödeme amacındadır. Bu yüzden kefilin ifası üçüncü kişinin ifası da sayılamaz. Doktrinde de çoğunlukla aynı doğrultuda görüş bildirilerek Yargıtay yaklaşımının da İsviçre Federal Mahkemesi ile aynı yönde olması gerektiği belirtilmiştir⁴⁶⁶. Bununla birlikte Ayrancı, doktrindeki bu yaklaşım tarzını, kefilin koruma amacına hizmet etmediği gerekçesiyle eleştirmektedir. Örneğin alacaklının iflas ettiği bir durumda kefilin borçluya başvurma imkânı olmadığından ödediğini geri alması noktasında sıkıntı yaşayacaktır. Kefilin ödediğini geri alması başka bir suretle de zorlaşabilir. Örneğin, kefil alacaklıya karşı sebepsiz zenginleşme davası açmaktan feragat etmiş, kefilin alacağı zamanaşımına uğramış olabilir ya da kefil ödemede hataya düştüğünü ispatlayamayabilir. Bu bakımdan şeklin kefilin koruma amacından yola çıkarak, ortaya çıkacak sonucun kefilin mağdur bırakmaması ve iyiniyetinin korunmasının sağlanması için duruma göre talebin alacaklıya veya borçluya

⁴⁶² Reisoğlu, Kefalet, s. 97; Yavuz, Kefalet, s. 51 (dn. 84); Özen, a.g.e., s. 253; Birgen, s. 544; Elçin Grassinger, s. 85; Tandoğan, C. 2, s. 741.

⁴⁶³ Y. 3. HD. 06.04.1989 T., 9431/3528 bkz. Reisoğlu, Kefalet, s. 98'den naklen.

⁴⁶⁴ Özen, a.g.e., s. 253; Reisoğlu, Kefalet, s. 97-98; Yavuz, Kefalet, s. 51 (dn. 84); Elçin Grassinger, s. 85; Tandoğan, C. 2, s. 741.

⁴⁶⁵ Reisoğlu, Kefalet, s. 98; Y. 11. HD. 15.12.2003 T., 2003/4923 E., 2003/11833 K. sayılı kararı için bkz. Bilgen, s. 545, 546.

⁴⁶⁶ Rona Serozan, Sebepsiz İktisap'ta Yoksullaşma Ögesine Yer Var Mıdır, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, C. 22, Sayı 3, 2016, s. 371; Ayan, a.g.e., s. 189-190; Özen, a.g.e., s.253; Elçin Grassinger, s. 85; Tandoğan, C. 2, s. 741; Özlem Acar, Türk Borçlar Hukukunda Müteselsil Kefalet Sözleşmesi, Oniki Levha Yayıncılık, 2015, s. 190.

yöneltmesinin kabul edilmesi gerektiğini savunmaktadır⁴⁶⁷. Bu görüş, İsviçre Federal Mahkemesi'nin bu konudaki bir kararına dayandırılmaktadır⁴⁶⁸. Bu kararda kefilin, borçluya karşı ikinci kademede bir talep hakkı olduğu ve borçluya yönelttiği bu talebiyle alacaklıya karşı dava açma hakkından fiilen feragat etmiş olduğunun kabulünden bahsedilmektedir. Böyle bir durum yasada konu ile ilgili açık düzenleme bulunmaması karşısında kefilin alacaklıya başvurma imkanının olmadığı ve bu yüzden borçluya başvurmak durumda kaldığında ancak söz konusu olabilecektir. Fakat mevcuttaki düzenlemeler ve Yargıtay kararları doğrultusunda borçluya karşı yöneltilen talepler açısından alacaklıya karşı başvurma hakkından feragat edildiği söylenemez. Kanaatimizce de kefilin yönelteceği sebepsiz zenginleşme alacaklıya karşı olması gerekmele birlikte, kefilin alacaklıya yönelteceği talebin zamanaşımına uğraması gibi bir sebepten ötürü alacaklıya yöneltememesinden dolayı borçluya başvurabilmesi gerekir⁴⁶⁹.

Belirtmek gerekir ki Yargıtay'ın vermiş olduğu bazı kararlarında da borçluya başvurulması gerektiğine ilişkin görüşüne aksi yönde karar verdiği söylenebilir. Ödemede bulunan kefilin alacaklıya karşı istirdat davası açtığı bir olayda⁴⁷⁰ kefilin ihtirazi kayıt koymadan yaptığı ödemeyi kendi serbest iradesiyle yapması sebebiyle alacaklı bankaya karşı istirdat davası açamayacağı belirtilmiştir. Bununla birlikte şekil eksikliği veya yokluğu nedeniyle geçersiz kefalet sözleşmesine dayanarak yapacağı ödemeyi sebepsiz zenginleşme iddiasıyla alacaklı aleyhine dava açarak geri alabileceğine hükmetmiştir. Kefilin icra yoluyla böyle bir ifade bulunduğu takdirde İİK m. 72 f. 7 ve f. 8'e göre alacaklıya istirdat davası açarak ödediğinin iadesini isteyebilmesi mümkündür. Böyle bir durumda kefilin alacaklıya başvuruda bulunması için istirdat davasının açılmasının koşulu

⁴⁶⁷ Bkz. Ayrancı, İfanın Sonuçları, s. 110 vd.

⁴⁶⁸ İsviçre Federal Mahkemesi'nin anılan (BGE 70 II 271) kararına ilişkin açıklamaları için bkz. Ayrancı, İfanın Sonuçları, s. 110; Ayan, a.g.e., s. 190.

⁴⁶⁹ Özen, a.g.e., s. 254-257.

⁴⁷⁰ Anılan, Y. 11. HD. 08.12.2003 T., 2003/4557 E., 2003/11483 K. sayılı kararı için bkz. Bilgen, s. 546-547.

olarak yasada da belirtildiği üzere alacaklıya icra tehdidi altında ödeme yapmış olmalıdır⁴⁷¹.

Yargıtay, yeni tarihli bir başka kararında⁴⁷², kefilin, genel kredi sözleşmesini imzalamasına rağmen kredi kartı sözleşmesinde imzası bulunmadığından kredi kartı sözleşmesinin şekil koşullarını taşımadığını ve kefilin bundan sorumlu olmayacağını bildirmiştir. Bununla birlikte ödeme yapan kefilin, alacaklı bankaya karşı açmış olduğu tazminat davasında bankanın yaptığı tahsilatın haksız olduğunu ve iadesi gerektiğini belirtmesine rağmen bunun hukuki dayanağını belirtmemiştir. Oysa ki böyle bir durumda açıkça alacaklı banka tarafında bir sebepsiz zenginleşme yarattığından Yargıtay'ın kararının dayanağı olsa olsa TBK m. 78/1 hükmü olabilir. Bu konudaki yaptığımız açıklamalar doğrultusunda, durumun kefil nezdinde yaratabileceği olumsuz sonuçlar göz önüne alınarak kefilin alacaklıya veya borçluya talepte bulunmasının haklılığı tartışılıp buna göre kefilin talebinin kabulüne karar verilmesi gerektiği kanaatindeyiz.

İcra kefaletine ilişkin bir başka kararında⁴⁷³ da kefil, haciz sırasında verdiği kefalet beyanının geçersizliğini iddia ederek menfi tespit ve ödediklerinin iadesi için istirdat davası açmıştır. Olay sırasında yürürlükte bulunan 818 Sayılı BK m. 484'e göre verilen kefalet beyanı değerlendirilmiş ve kefilin miktarı belirtilmeyen fer'ilerden dolayı sorumlu olmayacağını bu yüzden buna göre kefilin sorumluluğunun hesaplanarak davanın esası hakkında hüküm verilmesi gerektiği yönünde karar vermiştir. Burada da geçerli olduğunu zannederek kefilin haciz

⁴⁷¹ İİK m.72/7, 8 “Takibe itiraz etmemiş veya itirazının kaldırılmış olması yüzünden borçlu olmadığı bir parayı tamamen ödemek mecburiyetinde kalan şahıs, ödediği tarihten itibaren bir sene içinde, umumi hükümler dairesinde mahkemeye başvurarak paranın geriye alınmasını isteyebilir. Menfi tesbit ve istirdat davaları, takibi yapan icra dairesinin bulunduğu yer mahkemesinde açılabilir. Davacı istirdat davasında yalnız paranın verilmesi *lazım* *gelmediğini* *ispata* *mecburdur.*” <https://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.3.2004.pdf>.; Ayrıca bkz. Reisoğlu, Kefalet, s. 97; Ayan, a.g.e., s. 193.

⁴⁷² Y. 19. HD. 30/09/2015 T., 2014/20091 E., 2015/11694 K. sayılı kararı için bkz. <https://0-www-lexpera-com-tr.opac.bilgi.edu.tr/ictihat/yargitay/19-hukuk-dairesi-e-2014-20091-k-2015-11694-t-30-09-2015>.

⁴⁷³ Y. 19. HD. 25/05/2017 T., 2016/19608 E., 2017/4212 K. (Ruhi/Ruhi, s. 222-223).

baskısıyla ödediği kısma ilişkin iade talebinin alacaklı bankadan isteneceğinin kabul edildiği anlaşılmaktadır.

Belirtmek gerekir ki kefil, hataya düşerek ödemede bulunduğu takdirde TBK m. 39 uyarınca iptal hakkını kullanıp sözleşmenin geçersizliğini ileri sürebilir ve sebepsiz zenginleşme hükümlerine dayanarak ödediklerinin iadesini isteyebilir⁴⁷⁴. Zira bu durumda da geçersiz bir borç olup kefilin kasti davranışı veya bilerek ifası söz konusu değildir⁴⁷⁵.

2.2. KEFİLİN ŞEKLE AYKIRILIĞI BİLEREK İFASI

Kefil şekle aykırılığa kasten yol açmasa bile şekle aykırılığı bilmesine rağmen ifada bulunabilir. Böyle bir durum kefilin şekle aykırılığa kasten yol açmasından farklı bir durum olarak şekle aykırılığı, sözleşmeyi imzaladığı sırada bilmesine veya sonradan öğrenmesine rağmen yine de ödeme yapmasıyla gelişebilir. Bu durumun yaratacağı sonuç açısından iki farklı görüş savunulabilir: Birincisi, şekle aykırılığı bilmesine rağmen ödemede bulunan kefilin ifasının bu konudaki hükümsüzlüğü gidereceği ve sözleşmenin geçerli kabul edilmesi ödediğinin iadesini isteyemeyeceği, diğeri ise ifa olsa bile şekil eksikliğinin giderilemeyeceği, sözleşmenin geçersiz sayılacağı yönündedir. Bununla birlikte kefilin yaptığı ödemenin iadesini isteyip isteyemeyeceği ve isterken dayanması gereken hukuki gerekçeler açısından bir takım görüş ayrılıkları mevcuttur⁴⁷⁶.

Birinci görüşe göre, kefil şekle aykırılığı bile bile ödemede bulunduğundan sözleşme sağlıklı kazanacak, şekle aykırılık ortadan kalkacaktır. İfa şekil eksikliğini tamamlamasa bile buradaki durumu bilerek ödeme yapan kefilin şekle aykırılığı ileri sürmesi artık hakkın kötüye kullanılması teşkil edecektir⁴⁷⁷. Kefil, şekle aykırılığı bilmesine rağmen ifada bulunarak karşı tarafta sözleşmenin geçerliliğine

⁴⁷⁴ Oğuzman/ Öz, C. 1, s.126; Elçin Grassinger, s. 32; Altaş, s.178.

⁴⁷⁵ Reisoğlu, Kefalet, s. 68, 97; Reisoğlu, Muteberlik, s. 391; Bilgen, a. 543.

⁴⁷⁶ Ayan, a.g.e., s. 191.

⁴⁷⁷ Altaş, s.214; Ayrancı, İfanın Sonuçları, s. 115; Ayan, a.g.e., s. 192.

ilişkin bir güven yaratmıştır ve bundan sonra şekle aykırılığı ileri sürmesi hakkın kötüye kullanılması yasağı kapsamında kabul edilmez. Burada artık şeklin kefilî koruma amacının gerçekleşmesinin anlamı kalmamaktadır⁴⁷⁸. Bununla birlikte kefil, sırf kendi itibarını düşünerek de böyle bir ifade bulunmuş olabilir. Karşı tarafta yarattığı güvenilirlik ve ticari hayattaki kurduğu ilişkilerdeki itibarî koruma düşüncesiyle hareket edebilir. Bu hallerde şekle aykırılığın kendine özgü geçersizlik doğuracağını düşünen yazarlar da şekle aykırılığın ifayla düzelebileceğini düşünmektedirler. Şu durumda şekle aykırılığın yaptırımının kendine özgü geçersizlik olduğu kabul edildiğinde ifayla sözleşme hüküm ve sonuçlarını doğuracağından, ödemede bulunan kefil, alacaklının haklarına halef olacak ve asıl borçluya karşı rücu etme imkanına sahip olacaktır. Ancak kabul ettiğimiz görüşe göre şekle aykırılığın yaptırımı kesin hükümsüzlük olduğundan yaptırımın bu sonucu vermesi mümkün olmamaktadır. Ayrıca, şekle aykırılığa rağmen kendi ticari itibarını düşünerek ödeme yapan kefil aynı kaygılarla şekle aykırılığı ileri sürüp ödediklerinin iadesini de istemeyecektir. Aksi yöndeki bir davranış, kefilin kendi davranışları arasında çelişki yaratır.

Bu konudaki diğer görüşe göre, ifa, şeklin hükümsüzlüğünü düzeltmeyecektir. Ancak borcu olmadığını bilmesine rağmen alacaklıya ödemede bulunduğundan ödediğinin iadesi için sebepsiz zenginleşme talebinde de bulunamaz. TBK m. 78/1'in ödemede bulunanın yanılığa düştüğünü ispatı gerektiği hükmü karşısında böyle bir sonucun ortaya çıktığı kabul edilmektedir. Sözleşme hüküm ve sonuçlarını doğurmayacağı için kefilin alacaklının halefi olup borçluya rücu hakkı elde etmesi de mümkün değildir. Zira kefilin yaptığı ödeme bağışlama hükmünde olduğu kabul edilecek ve verilen şeyin iadesi istenemeyecektir⁴⁷⁹. Kural olarak da karşı tarafa isteyerek ve karşılıksız yapılan zenginleştirmeler bağışlama niteliğindedir⁴⁸⁰. Fakat kefilin böyle bir ödemeyi

⁴⁷⁸ Çeliktaş, s. 626; Ayrancı, s. 114.

⁴⁷⁹ Reisoğlu, Kefalet, s. 94; Özen, a.g.e., s. 225; Ayan, a.g.e., s. 192; Tandoğan, Kefalet, s. 38.

⁴⁸⁰ TBK m. 285'de bağışlayanın bağışlama kastıyla hareket etmesi gerektiği açıkça belirtilmemişse de doktrinde bağışlama kastıyla yapılması gerektiği belirtilmektedir. Bkz. Yavuz/Acar/Özen, s. 218; Eren, Borçlar Özel, s. 283.

bağışlama kastıyla yapmaması da mümkündür. Bu durumda ödediklerini geri almak için başvurabileceği bir imkân bulunmamakta mıdır? Böyle bir durumda kefil, genel sebepsiz zenginleşme hükmü TBK m. 77'ye dayanarak ödediğinin iadesini isteyebilir⁴⁸¹. Kefilin sebepsiz zenginleşme talebini borçluya yöneltmesi gerektiğinin Yargıtay tarafından kabul edildiğini daha evvelki açıklamalarımızda da belirtmiştik. Bununla birlikte tarafımızca da kabul edildiği üzere doktrindeki çoğunluk görüşünün bunun alacaklıya yöneltilmesi gereken bir talep olduğunun kabul edildiğini de ifade etmek gerekir. Doktrinde Özen tarafından bir ihtimalde kefilin sebepsiz zenginleşme talebini borçluya yöneltebileceği belirtilmektedir. Yazar esasen, sebepsiz zenginleşme talebinin alacaklıya yöneltilmesi gerektiğini savunmakla birlikte bu türden alacaklıya karşı yöneltilecek talebin işlemez olduğu asıl borçlunun borçtan kurtulması olgusunun gerçekleştiği durumlarda asıl borçluya talepte bulunulabileceğini belirtmektedir. Bu olgunun gerçekleşmesinin ise kefilin alacaklıya yaptığı ödemeye asıl borcun kendisinin dışında, asıl borcun yerine getirilmemesinden doğan zararların da ödenmiş olması veya alacaklıya yönelteceği talebinin zamanaşımına uğraması durumunda olacağı belirtilmektedir. Böylece kefilin yaptığı ödemeye asıl borçlu borçtan kurtulmuş olacak ve bu kurtulmayla zenginleşmiş olacaktır⁴⁸². Şu durumda asıl borçluya karşı sebepsiz zenginleşme ortaya çıkacağından kefilin bu talebini asıl borçluya yöneltebileceği savunulmaktadır. Kanaatimizce de sebepsiz zenginleşme talebinin alacaklıya yönlendirilmesi gerektiğini düşündüğümüzden bu imkânın bulunmadığı hallerde asıl borçluya yönlendirilmesi mümkün olabilmelidir. Fakat burada kefile, asıl borçluya ya da alacaklıya başvurmak üzere tanınan bir seçimlik hak söz konusu olmadığını da ifade etmek gerekir.

⁴⁸¹ Özen her ne kadar kanun maddesini TBK m. 66 olarak belirtmiş ise de bunun m. 77 yerine sehven yazıldığını anlıyoruz. Bkz. Özen, a.g.e., s. 254.

⁴⁸² Özen, a.g.e., s. 255.

3. ŞEKLE AYKIRI KEFALET SÖZLEŞMESİNDE TAHVİL

Yasa hükmünde açık genel bir düzenleme bulunmamakla⁴⁸³ birlikte Türk-İsviçre doktrini ve içtihadında tahvil kurumu benimsenmiştir⁴⁸⁴. Hukuki bir işlemin şekle aykırı olarak düzenlenmesi halinde taraflar şekle aykırılığı bilmiyorlarsa ve eğer bilselerdi şekil koşulları tamam olan diğer işlemi yapma iradesinde oldukları söylenebiliyorsa diğer işlemin geçerli olduğunun kabul edilmesine tahvil denir. Tanımdan da anlaşılacağı üzere şekle aykırılığın taraflarca bilinmemesi gerekmekte ve tarafların, mevcut durumda şekil koşullarını taşıyan ikinci işlemi yapmak istemeleri gerekmektedir. Ayrıca tahvilin kabul edilmesi için tahvil halinde, şeklen hükümsüz olan işleme ilişkin şekil kurallarının amacına aykırı bir durumun ortaya çıkmaması gerekir. Tahvilin ortaya çıktığı ve işlem elverişlilik kazandığı müddetçe taraf iradelerinin açıklanmasına ihtiyaç duyulmadan hâkimin bu durumu re'sen göz önüne alması gerekecektir⁴⁸⁵. Eğer geçersizlik başka yollarla düzeltilebiliyorsa tahvile başvurulmayacaktır⁴⁸⁶.

Tahvil yoluyla, şekle aykırılık yaptırımının kesin hükümsüzlük kabul edilmesi halinde tahville artık baştaki sakatlık giderildiğinden şekle aykırılığı düzeltilen bir sözleşme baştan itibaren geçerli olacaktır. Eğer kendine özgü

⁴⁸³ Bununla birlikte TMK'nun 504/2, 515/2, 519/2, 706 maddelerinde bu kuralın uygulamasına yer verilmiştir.

⁴⁸⁴ Oğuzman/Öz, C. 1, s. 164; "Roma Hukukundan gelen "favor testamenti" yani vasiyetnamenin muteber tutulması kuralı, Türk Medeni Kanunu'nda açıkça belirtilmemekle beraber, gerek doktrinde ve gerek mahkeme içtihatlarında ölüme bağlı tasarrufların yorumlanmasında uygulanacak temel kurallardan biri olarak kabul edilmektedir.", Y. 3. HD. 09.12.2013 T., 2013/13211 E., 2013/17415 K. sayılı kararı için bkz. <https://www.sinerjimevzuat.com.tr/index.jsf?dswid=2582#> (e.t. 05.09.2020); "Uygulamada en çok karşılaşılan şekliyle, işçinin ihbar ve kıdem tazminatı haklarının ödenmesi şartıyla ayrılma talebi istifa olarak değil, ikale (bozma sözleşmesi) yapma yönünde bir icap olarak değerlendirilmelidir. İş Kanunu'nda bu fesih türü yer almasa da, taraflardan birinin karşı tarafa ilettiği iş sözleşmesinin karşılıklı feshine dair sözleşme yapılmasını içeren bir açıklama (icap), ardından diğer tarafın da bunu kabulü ile bozma sözleşmesi (ikale) kurulmuş olur. Bozma sözleşmesinde icapta, iş ilişkisi karşı tarafın uygun irade beyanı ile anlaşmak suretiyle sona erdirmeye yönelmiştir. Bu sebeple, ikale sözleşmesi akdetmeye yönelik icap, fesih olarak değerlendirilip, feshe tahvil edilemez.", Y. HGK. 24.1.2018 T., 2016/2632 E., 2018/107 K. (Y. 22. HD. 18.06.2015 T., 2015/15221 E., 2015/20946 K.) sayılı kararı için bkz. <https://0-www-lexpera-com-tr.opac.bilgi.edu.tr/ictihat/yargitay/hukuk-genel-kurulu-e-2016-2632-k-2018-107-t-24-1-2018>.

⁴⁸⁵ Havutçu, s. 667-668.

⁴⁸⁶ Havutçu, s. 678.

geçersizlik yaptırımı kabul edilirse, sözleşmenin ifa edilip edilmemesine göre durumu değerlendirmek gerekir. Zira daha önce de belirttiğimiz üzere bu düşüncenin kabulü halinde şekle aykırılık ifa ile giderilmiş olacağından tahvil kurumuna ihtiyaç duyulmayacak ve sözleşme ifadan itibaren geçerli sayılacaktır meğer ki ifa hakkın kötüye kullanılması teşkil etmesin⁴⁸⁷.

Kefalet sözleşmesinde tahvil kurumuna başvurulup başvurulmayacağı konusunun kefalet sözleşmesindeki şeklin amacını karşılaması açısından değerlendirilmesi gerekir. Benzeştikleri noktalar itibariyle kefalet sözleşmesinin tahvili ile garanti, borca katılma gibi diğer kişisel teminat sözleşmelerinin varlığı kabul edilerek ayakta tutulabileceği düşünülebilir. Ancak yukarıda da belirttiğimiz gibi bu durumun şeklen hükümsüz olan kefalet sözleşmesi şekil şartlarının amacına aykırı bir sonuç ortaya çıkarmamış olması gerekmektedir. Nitekim, 818 Sayılı Kanun zamanında şekle aykırı olan kefalet sözleşmesi halinde ortada garanti sözleşmesi olduğunun kabulüne ilişkin Yargıtay kararları⁴⁸⁸ verilmiş olmakla beraber bunlar doktrinde haklı olarak eleştirilmiştir⁴⁸⁹. Zira garanti sözleşmesiyle kefilin aldığı sorumluluk kefalet sözleşmesindekinden daha ağırdır⁴⁹⁰.

Bugün gelinen noktada TBK m. 603'ün getirdiği yenilikle kefalet sözleşmesinde tahvil kurumunun işletilmesinin önüne geçilmiştir⁴⁹¹. Zira anılan

⁴⁸⁷ Havutçu, s. 678; Çeliktaş, s. 618 vd.

⁴⁸⁸ Y. 15. HD. 06.07.1989 T., 1989/391 E., 1989/3267 K. (<https://www.sinerjimevzuat.com.tr/index.jsf?dswid=2582#> (e.t. 11.10.2020); bkz. Tandoğan, Kefalet, s. 50.

⁴⁸⁹ Ayan, a.g.e., s. 289; Taşdelen, s. 761; Tandoğan, Kefalet, s. 50-51; Gümüş, s. 370 vd.; Necip Kocayusufpaşaoğlu/ Hüseyin Hatemi/Abdülkadir Arpacı/Rona Serozan, Borçlar Hukuku Genel Bölüm, C. 1, Borçlar Hukukuna Giriş Hukuki İşlem Sözleşme, İstanbul, Filiz Yayınevi, 2008, s.619; Aksi yönde bkz. Murat Aydoğdu/ Nalan Kahveci, Türk Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Adalet Yayınevi, 2. Baskı, 2014, s. 810.

⁴⁹⁰ Atfı yapılan yazarlar garanti sözleşmesinin, üçüncü kişinin fiili üstlenme sözleşmesinin bir türü olduğunu kabul ettikten sonra kefalet sözleşmesine göre şartlarının daha ağır olduğunu belirtmektedir. Bkz. Oğuzman/Öz, C. 2, s. 417-422; Yavuz/Acar/Özen, s.842, 846-847; Eren, Borçlar Özel, s. 777-778; Demir, s. 99.

⁴⁹¹ Bununla birlikte bu hüküm sözleşme özgürlüğü ve şekil serbestisi prensibine aykırılık oluşturduğu gerekçesiyle birtakım yazarlar tarafından eleştirilmektedir. Bkz. Erden Kuntalp/Nami Barlas/Ahu Ayanoğlu Morali/Pelin Çavuşoğlu Işıntan/Mehtap İpek/ Mert Yaşar/ Sedef Koç, Türk Borçlar Kanunu Tasarısı'na İlişkin Değerlendirmeler, İstanbul, 2005, s. 273-274; Ayşegül Sezgin

maddeyle gerçek kişilerin kişisel teminat sözleşmelerinin tabi olacağı şekil ve ehliyet koşullarının, kefalet sözleşmesi için öngörülen koşullar olacağı hüküm altına alınmıştır. Hüküm sadece gerçek kişilerin vereceği kişisel teminatlar için öngörüldüğünden⁴⁹² teorik olarak tüzel kişi teminatları açısından böyle bir kuralın olmadığı söylenebilir. Ancak bu ihtimalde bile, hüküm doğuracağı kabul edilen sözleşme tipi, kefilin iradesiyle bağdaşmayacağından kefalet sözleşmesinde tahvile imkân bulunmamaktadır. Hukuk güvenliğini zedeleyen sonuçların doğmasının önüne geçilmesi, aksi durumun reddini gerektirir. Ayrıca böylelikle kefalet sözleşmesi için öngörülen sıkı şekil şartlarının dolanılmasının da önüne geçilmiş olur⁴⁹³.

IV. BÖLÜM

1. KEFALET SÖZLEŞMESİNDE EŞİN RIZASI

1.1. GENEL OLARAK

6098 Sayılı TBK'nın getirdiği yeniliklerden biri de kefilin evli olması halinde, yaptığı sözleşmesi sırasında eşinin de rıza vermesi gerekliliğine ilişkin düzenlemedir. Düzenlemenin gerekçesinde maddenin hükme alınma sebebi belirtilmemekle birlikte Kaynak İsviçre Kanunu 1941 değişikliğine alınma sebebi açısından bakıldığında kefaletin sıkı şekil şartlarıyla aynı doğrultuda olduğu söylenecektir⁴⁹⁴. Amaç, ticari ilişkilerin seri bir şekilde sürdürülmek istenmesi ve genellikle dostane ilişkilere dayanan taleplerin karşılanmak istenmesi halinde kefilin üstlendiği yükümlülüğün farkında olmaması karşısında onu korumaktır.

Huysal, TBK Madde 603'ün Avale Uygulanabilirliği, İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 4, Sayı 2, 2017, s. 186 vd.

⁴⁹² Bununla birlikte Yargıtay bir kararında eş rızası bulunmadan verilen avalin geçerli olduğuna hükmetmiştir. Bkz. Y. 11. HD. 25.04.2014 T., 2014/1231 E., 2014/7837 K. bkz. <https://0-www-lexpera-com-tr.opac.bilgi.edu.tr/ictihat/yargitay/11-hukuk-dairesi-e-2014-1231-k-2014-7837-t-25-4-2014>.

⁴⁹³ Özen, a.g.e., s. 54.

⁴⁹⁴ Christiana Fountoulakis, İsviçre Hukukunda Kefilin Korunması, (Çev.) Mine Tan Dehmen, Türk-İsviçre Hukuk Günleri Banka ve Tüketici Hukuku Sorunları Sempozyumu, İstanbul, 2010, s. 309-312.

Kefilin üstlendiği sorumluluğun sonuçlarının kefilin evli olması halinde aynı zamanda aile hayatında da zorlayıcı etkileri olacağı ve temelde kendisiyle ilgisi bulunmayan bir borca ilişkin verdiği taahhüdün onu ve ailesinin malvarlığında azalmaya sebep olacağı açıktır. Asıl borç ilişkisi ile ilgileri bulunmadığı halde kefilin ve ailesinin de bu durumdan etkilenecek olmaları onları ve aile birliğini bu anlamda da koruma altına alma ihtiyacı doğurmuştur⁴⁹⁵.

Belirtmek gerekir ki evli kişilerin yapacağı işlemlere ilişkin yasal düzenlemeler sadece kefalet sözleşmesi açısından getirilen bir kısıtlama olarak karşımıza çıkmamaktadır. Bu doğrultuda TMK m. 199'da ailenin ekonomik malvarlığının korunması ve evlilik birliğinden doğan yükümlülüklerin yerine getirilmesinin sağlanması amacıyla eşlerden birinin talebi üzerine hakim diğer eşin belirli bir malvarlığı değeri üzerindeki işlemlerini, talep eden eşin rızasına bağlayabileceği kararlaştırılmıştır. Mülga 743 Sayılı Kanun'un 169/2 maddesinde ise eşlerden birinin yapacağı tasarruflara ilişkin diğer eşin rızası veya izninin gerekliliğinden çok Sulh Hukuk hakiminin izninin gerektiği öngörülmüştür. Uygulamada hakimler tarafından diğer eş dinlendikten sonra buna göre karar verilmekte idiyse de evlilik hayatına müdahale açısından bu hüküm uygun görülmediğinden⁴⁹⁶ hüküm yeni kanun düzenlemesiyle değiştirilmiş, hâkim tarafından izin verilmesi diğer eşin talebine bağlanmıştır. Bu anlamda 4721 Sayılı TMK düzenlemesinin daha uygun olduğunu söylemek gerekir⁴⁹⁷. Bu düzenlemeden yola çıkarak doktrinde kefalet sözleşmesi açısından TBK'daki düzenleme olmadan önce de kefilin eşinin hakimden alacağı karar ile kefilin işlemlerini kısıtlaması

⁴⁹⁵ Mustafa Dural/Tufan Ögüz/Mustafa Alper Gümüş, Türk Özel Hukuku Aile Hukuku, C. 3, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2008, s. 180; Şeker, Eşin Rızası, s. 112.

⁴⁹⁶ Şener Akyol, İsviçre Medeni Kanunu'nun Evlenmenin Genel Hükümlerine Dair Öntasarısı Hükümlerinin Türk Medeni Kanunu Öntasarısı İle Karşılaştırılması Medeni Kanun 50. Yıl Sempozyumu. I. Tebliğler, İstanbul Üniversitesi Mukayeseli Hukuk Enstitüsü, İstanbul, 1978, s. 391; Şeref Ertaş, 1984 Medeni Kanun Öntasarısında Aile Hukuku Alanında Öngörülen Yenilikler, Manisa Barosu Dergisi, C. 4, Sayı 15, 1985, s. 14; Murat Doğan, Türk Medeni Kanunu'nun Evliliğin Genel Hükümleri Bakımından Getirdiği Yenilikler, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 52, Sayı 4, 2003, s. 102.

⁴⁹⁷ Süleyman Yılmaz/Necati Şükrü Bayramoğlu, Eşin Tasarruf Yetkisinin Kısıtlanması, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, C. 22, Sayı 3, 2016, s. 3144.

mümkün görülmekteydi⁴⁹⁸. Ancak TBK düzenlemesiyle böyle bir yoruma gerek kalmamıştır.

Madde lafzındaki “*rıza*” ibaresi de doktrinde eleştirilmekte⁴⁹⁹ ve rızanın işlem sonrasında verilecek icazetleri de kapsadığından yola çıkarak işlem anında aranan onay bakımından daha genel bir tabir olduğu belirtilmektedir. Kanaatimizce de kefilin eşinin izninin en geç işlem anında aranması düşünüldüğünde “*rıza*” ibaresi yerine “*izin*” ibaresinin kullanılması daha uygun olacaktır. Belirtmek gerekir ki kefaletin türü eş rızası alınması açısından herhangi bir özellik yaratmamakla birlikte, her iki eşin de müteselsilen kefil olmaları halinde her ikisinin rızasının alınması gerekecektir⁵⁰⁰.

TBK m. 584/2’de evli eşin vereceği iznin istinasları düzenlenmiştir. Buna göre eşlerin evli olmalarına rağmen haklarında mahkemece verilmiş bir ayrılık kararı bulunması veya eşlerden birinin yasal olarak ayrı yaşama hakkının doğması halinde diğer eşin rızası aranmayacaktır. Bununla birlikte kefilin durumunu hafifleten veya sona erdiren anlaşmalarda da TBK m. 582/3 hükmü nazara alınarak eş rızasının gerekmediğini belirtmek gerekir⁵⁰¹. Yine, temsilciyle yapılan anlaşmalar açısından da temsilcinin kendi malvarlığı ile sorumluluk üstlenmediği durumlarda eş rızası aranmayacaktır.⁵⁰² Bunun dışında, 6455 Sayılı Kanun m. 77 ile de istisnai hallerin kapsamı genişletilmiştir. Buna göre, ticaret siciline kayıtlı olmakla birlikte bir işletmenin veya şirketin sahibi, ortağı, yöneticisi tarafından söz konusu müessesesyle ilgili olarak verecekleri kefaletler ile esnaf ve sanatkârlar

⁴⁹⁸ Barlas, Şekle Bağlı Sorunlar, s. 15; Doktrinde TMK m. 194 ve m. 199 hükmü sınırlamalarının, bu düzenlemelerin sınırlanan kişiyi koruma amacından yola çıkarak, bir tasarruf sınırlaması değil de bir fiil ehliyeti sınırlaması olduğu, dolayısıyla ailenin malvarlığına ilişkin doğan sorumluluk açısından maddenin üçüncü kişileri değil, eşleri koruma amacından ileri geldiği belirtilmektedir. Bkz. Çetiner, s. 35; Dural/Öğüz/Gümüş’e göre bu bir fiil ehliyeti sınırlaması değil mahkeme kararıyla sağlanan bir tasarruf ehliyeti sınırlamasıdır. Bkz. Dural/Öğüz/Gümüş, s. 181; Oğuzman/Öz, C. 1, s. 181-182; Aynı yönde, bkz. Baş, s. 116; Şükran Şıpka, Türk Hukukunda Eşlerin Hukuki İşlem Özgürlüğünün Sınırları, Public and Private International Law Bulletin, C. 35, Sayı 1, s. 51.

⁴⁹⁹ Kırca, s. 441; Baş, s. 122; Şıpka, s. 55-56.

⁵⁰⁰ Şeker, Eşin Rızası, s. 114.

⁵⁰¹ Yavuz/Acar/Özen, s. 803; Baş, s. 119 vd.

⁵⁰² Demir, s. 94; Kırca, s. 441.

siciline kayıtlı olanların mesleki faaliyetleriyle ilgili verecekleri kefaletlerde eş rızası aranmayacaktır⁵⁰³. Söz konusu madde düzenlemesiyle TBK m. 584/3 hükmü değiştirilmiştir. Bu hükümden yola çıkarak ticari işletmeye veya esnaf ve sanatkârlar sicil odasına kayıtlı olmayan müesseseler bakımından böyle bir istisna olmayacaktır.

Bunun dışında kefilin borcunun belirlenmesi açısından asıl borcun ferdileştirilmiş olmasına ilişkin daha önce yaptığımız açıklamalar doğrultusunda, kefilin rızasının verildiği an itibariyle somut borcun belirlilik ilkesi çerçevesinde sözleşmede açıkça gösterilmesi gerektiğini belirtmek gerekir⁵⁰⁴. Nasıl ki kefilin üstlendiği sorumluluğu anlaması ve tetkik etmesi bakımından sözleşmenin unsurlarının sözleşmede ve en azından kefalet sözleşmesinde yapılacak atıfla gösterilmesi önem arz ediyorsa kefilin eşi açısından da durum aynısını gerektirir⁵⁰⁵. Zira önemli olan kefilin ve ona izin verecek eşin, üstlenilen sorumluluğun ağırlığının farkında olmasıdır.

1.2. RIZANIN HUKUKİ NİTELİĞİ

1.2.1. Genel Olarak

Kefaletin şekline ilişkin TBK m. 584 hükmü düzenlemesinin kamu düzenine ilişkin olmadığı yönündeki görüşümüz daha önce belirtilmişti⁵⁰⁶. Aynı bağlamda kefaletteki eş rızasına ilişkin düzenlemenin de kamu düzeninden sayılmadığı kabul edilmektedir⁵⁰⁷. Eş rızasının aile ekonomisindeki düzenin ve

⁵⁰³ Oğuzman/Öz, C. 1, s. 183; Eren, Borçlar Özel, s. 782.

⁵⁰⁴ Reisoğlu, Kefalet, s. 36 vd; Ayrancı, Cari Hesap, s. 110.

⁵⁰⁵ Özen, a.g.e., s. 128; Reisoğlu, Kefalet, s. 40.

⁵⁰⁶ Bkz. bu çalışma, II., 1., s. 27 vd.

⁵⁰⁷ Gümüş, s. 360; Kırca, s. 438 (dn. 13); Yargıtay da verdiği bir kararında, Yerel Mahkemenin, eş rızasına ilişkin hükmü kamu düzeninden sayarak mülga kanun zamanında verilen bir kefalete ilişkin 6101 Sayılı Kanun m. 2 ve 7 hükmüne göre, TBK düzenlemesinin olaydaki kefalet sözleşmesi için de uygulanması gerektiğine ilişkin verdiği kararını bozmuştur. Karar için bkz. Y. 06.02.2017 T., 2016/6751 E., 2017/820 K. sayılı kararı (<https://0-www.lexpera-com-tr.opac.bilgi.edu.tr/ictihat/yargitay/19-hd-e-2016-6751-k-2017-820-t-06-02-2017>.)

nihayetinde aile birliğinin sağlanması açısından gerekli olması onun kuşkusuz toplum düzeyinde bir önem teşkil ettiğini göstermektedir. Ne var ki bu durum, eş rızası şartının kamu düzenini sağlamaya yönelik daha geniş çaplı bir işlevi olduğunu göstermez⁵⁰⁸. Her ne kadar eş rızasına ilişkin düzenleme kamu düzeninden sayılmasa da kanunun lafzı karşısında emredici nitelikte olduğu ve aksinin kararlaştırılmasının mümkün olmadığını söylemek gerekir⁵⁰⁹. Bu yüzden bu hükmün istisnası ancak yasa düzenlemesiyle belirtilebilir⁵¹⁰. Eşlerin medeni hallerine ilişkin sonradan meydana gelecek değişikliklerde de örneğin, kefilin eşinden boşanması ya da başka biriyle evlenmesi de kefalet sözleşmesi imzalandığı sıradaki mevcut evliliğe göre alınmayan eş rızasından dolayı geçersiz olan kefalet sözleşmesini geçerli hale getirmez⁵¹¹.

1.2.2. Eş Rızasının Bir Şekil Düzenlemesi Olup Olmadığı Sorunu

TBK m. 584'te kefilin evli olması durumunda eşinin rızasının alınması geçerlilik koşulu olarak düzenlenmiştir. Eşin rızasının yazılı olarak alınması gerekmekte olup aksi halde kefalet sözleşmesi geçerli sayılmayacaktır⁵¹². Dolayısıyla buradaki rızanın nasıl verilmesi gerektiği konusu kuşkusuz bir şekil meselesidir. Eş rızasının adi yazılı şekilde rızayı verecek eş tarafından beyan edilmiş ve imzalanmış olması yeterlidir⁵¹³. Nitelikli yazılı şekil aranmadığı gibi resmi şekil de aranmaz. Kanunun açık hükmü bu yorumu gerektirir. Kanun, eş rızasının alınmasına ilişkin madde düzenlemesini ayrıntılı ve açık bir şekilde yapmış olmasına rağmen eksikliği halinde ortaya çıkacak hukuki sonuç açısından bir düzenlemeye hükmetmediği için farklı görüşler ileri sürülebilir. Buradaki geçerlilik şartının bir şekli sınırlama mı yoksa bir ehliyet sınırlaması mı olduğu konusu sorun teşkil edebilir. Kaynak İsv. BK'daki benzer düzenleme için doktrinde, bu konuda kefile getirilen bir ehliyet sınırlamasının söz konusu olduğu kabul

⁵⁰⁸ Baş, s. 117(dn. 10)

⁵⁰⁹ Baş, s. 117; Sadioğlu, s. 210; Şeker, Eşin Rızası, s. 113.

⁵¹⁰ Kırca, s. 438; Gümüş, s. 360.

⁵¹¹ Ayan, a.g.e., s. 155; Sadioğlu, s. 210.

⁵¹² Reisoğlu, Kefalet, s. 254.

⁵¹³ Sadioğlu, s. 110.

edilmiştir⁵¹⁴. Ancak bunun ehliyetle yönelik bir düzenleme olduğu kabul edildiğinde bu, kefilin sınırlı ehliyetli olduğu anlamına da gelmemelidir⁵¹⁵.

Belirtmek gerekir ki bu ehliyet sınırlaması bir fiil ehliyeti sınırlamasıdır⁵¹⁶. Bununla birlikte bir kısım yazarlar tarafından, bunun tasarruf yetkisine ilişkin TMK m. 199 kapsamında da ele alınması gerektiği belirtilmektedir⁵¹⁷. Buradaki eş rızası sınırlamasının tasarruf yetkisi sınırlaması olduğuna ilişkin düşünceye göre eş rızası şartı kefilin koruyucu bir düzenleme amacı taşımayıp kefil ekonomik anlamda eşini ve ailesini de ilgilendiren bir sorumluluk alacağından aslında kefilin eşini ve ailesini koruma amacındadır. Bu yüzden buradaki ehliyet sınırlamasının tasarruf yetkisine ilişkin olduğu iddia edilmektedir⁵¹⁸. Esasen bu düşünce, tasarruf yetkisi kısıtlamasının borçlandırıci işlemlere yönelik olmasından ileri gelmektedir. Fakat kefalet sözleşmesi borçlandırıci bir işlem olmasına rağmen bir tasarruf işlemi değildir. Zira tasarruf işlemi, borçlandırıci bir işlemi ifa etmek için yapılır⁵¹⁹. Yani borçlandırıci işlemin kendisi değildir. Bu yüzden kefalet sözleşmesi sırasında eş rızasının alınması da tasarruf yetkisine yönelik bir sınırlama sayılmaması gerekir. Ayrıca eğer kefalet sözleşmesinin tasarruf işlemi olduğu kabul edilirse sözleşmenin tasarrufu (ifası) sırasında eş rızasının alınması gerekir ki bu durum yasa koyucunun amacına hizmet etmeyeceği için zaten (en geç) kefalet akdi sırasında alınması ihtiyacı doğrultusunda yasa maddesi kararlaştırılmış olsa gerekir. Bu bakımdan burada bir tasarruf yetkisi sınırlaması bulunmadığından eş rızası, hâkim kararına bağlanmamalıdır.

⁵¹⁴ Özen, a.g.e., s. 189 (dn. 90); Ayan da ehliyet meselesi olarak görmekle birlikte bunun maddi bir geçerlilik koşulu olduğunu belirtir. Bkz. 115; Baş, s. 117; Reisoğlu, eş rızası gerekliliğini bir şekil koşulu olarak incelemiştir. Bkz. Reisoğlu, Kefalet, s. 89 vd.

⁵¹⁵ Baş, s. 117.

⁵¹⁶ Özen, a.g.e., s.189 (dn. 90).

⁵¹⁷ Her ne kadar doktrinde TMK m. 199 hükmünün tasarruf yetkisine ilişkin bir ehliyet sınırlaması olduğu çoğunlukla kabul edilmiş ve madde başlığı da aynı yönde olmak üzere düzenlenmiş ise de doktrinde bunun bir fiil ehliyeti olduğu düşünülmektedir. Bkz. Çetiner, s. 35 (dn. 67). Aksi yöndeki çoğunluk görüşü için bkz. Dural/Öğüz/Gümüş, s. 181.

⁵¹⁸ Nami Barlas, Yeni Borçlar Kanunu'nun Kefaletle İlişkin Düzenlemeleri (Yeni BK), İzmir Barosu Dergisi, Sayı 2, 2011, s. 17; Barlas, TBK Sempozyum, s. 360; Ayan, a.g.e., s. 115 (dn.362).

⁵¹⁹ Örneğin taşınmaz mülkiyetinin nakli tapu siciline tescil ile sağlandığına göre buradaki tescilin yapılmasına ilişkin tasarruf işleminin borçlandırıci işlem içinde yer aldığı söylenebilecektir. Bkz. Oğuzman/Öz, C. 1, s. 46 (dn. 150).

1.3. EŞİN RIZASINI GEREKTİREN DURUMLAR

Belirtmek gerekir ki eşin rızasının alınması gerektiğine ilişkin kanunun emredici hükmü yasal olarak öngörülme­yen istisnalar haricinde aksinin kararlaştırılmasına imkân bırakmamaktadır. TBK m. 584 hükmü eşin rızasının aranacağı zaman bakımından, kefalet­in türü bakımından, asıl sözleşmede ve kefalet sözleşmesinde daha sonradan meydana gelen değişiklikler bakımından açıklama getirmiştir. Yine, kefalet borcunun temsilci vasıtasıyla üstlenilmesi, kefil olma yönünde alacaklıyla bir ön sözleşme yapılması ve kefalet borcunun 3. bir şahıs tarafından üstlenilmesi bakımlarından da yasa hükmü açıkça eş rızası şartını öngörmüştür. Söz konusu düzenlemeler doğrultusunda durum ve şartlara göre bahsedilen konular, belirtilen başlıklarına göre ayrılarak aşağıda incelenmiştir.

1.3.1. Rızanın Aranacağı Zaman Bakımından

TBK m. 584/3'te açıkça kefilin eşinin vereceği rızanın sözleşmenin kurulmasından önce ve nihayetinde kefalet sözleşmesinin kurulması sırasında verilmiş olması gerektiği düzenlenmiştir. Hüküm lafzından da yola çıkarak kefilin sözleşmeyi yapmasından sonra verilecek eş rızaları geçerli olmayacaktır. Bu uğurda kefilin eşinin, sözleşmeye daha sonradan icazet vermesi de sözleşmeyi geçerli hale getirmez. Hatta daha önce de ifade ettiğimiz üzere madde metninde yer alan “rıza” ifadesi genel anlamda icazeti de kapsamış olacağından hüküm bu yönüyle eleştirilmektedir. Yasa hükmü, en geç sözleşmenin kurulması anını kıstas aldığından sözleşmeyi imzaladığı anda evli olması durumu göz önüne alınacaktır. Buna göre kefilin sözleşmeyi imzaladıktan sonra boşanması, kefaleti imzaladığı sırada evli bulunması sebebiyle eş rızasının alınmaması sözleşmenin geçersizliğini değiştirmeyecektir⁵²⁰. Yine, kefilin daha sonradan başkası ile evlenmesi halinde bu eşin vereceği rıza, kefalet sözleşmesinin imzalanmasından sonra verildiğine ilişkin delil teşkil edecektir.

⁵²⁰ Özen, a.g.e. s. 200; Reisoğlu, Kefalet, s. 92; Yavuz/Acar/Özen, s. 796-797.

Kefalet sözleşmesinin kurulması anı açısından konuyu ele almak gerekirse, sözleşme anı kavramını hazırlar ve hazır olmayanlar açısından değerlendirmek gerekir. Sözleşmenin kurulması bir tarafın sunacağı öneriye (icaba), diğer tarafın kabul beyanı vermesiyle kurulur⁵²¹. Tarafların aynı anda hazır olmamasına rağmen sözleşmenin kurulması mümkün olmakla birlikte yürürlüğe girmesi anı açısından farklılık gösterir⁵²². TBK m. 5'e göre tarafların hazır bulunmaması halinde kabul beyanının hazır bulunmayan icabı yapana ulaşmasıyla kabul anında ve geriye dönük olarak sözleşme kurulur⁵²³. Eğer kendisine icap yöneltilen taraf, tanınan red süresi içinde susup kabul anlamına gelen davranışlar göstermişse veya sözleşme kanunen ya da işin niteliği gereği açıkça bir kabul beyanında bulunmayı gerektirmiyorsa da akit kurulmuş olur⁵²⁴. Buna göre kefalet sözleşmesinin yasa da belirtilen unsurlarının kefilin el yazısıyla yazılması ve sözleşmenin imzalanması zorunluluğu karşısında söz konusu nitelikli yazılı şeklin kefilin hazır olmadığı durumda sağlanması mümkün görünmemektedir⁵²⁵. Bununla birlikte alacaklının hazır olmaması durumunda kefilin hazırlayacağı metne yönelik, alacaklının kabul beyanının kefile ulaşması veya alacaklının susması halinde kurulma geriye dönük olarak gerçekleşecektir. Şu durumda eşin de yazılı rızasının en geç bu sırada alındığı haller açısından mevcutta hazırda bulunması beklenecektir. Mamafih, kefaletin kurulduğu sırada kefilin eşi hazır olmakla beraber rızasını kefalet sözleşmesinin imzalanmasından hemen sonra verebilmesi mümkün görünmektedir⁵²⁶. Burada önemli olan kıstas, rızanın sözleşmenin kurulması anında verilmiş olması ve arada herhangi bir kesintinin yaşanmamasıdır⁵²⁷.

Kefilin evli olmasına rağmen eşi ile arasında, hâkim tarafından ayrılık kararı verilmiş olabilir. TMK m. 170/3'e göre bir boşanma davasında hâkim, tarafların

⁵²¹ Oğuzman/Öz, C. 1, s. 52; Özen, a.g.e., s. 127; Yavuz/Acar/Özen, s. 788; Tandoğan, Kefalet, s. Reisoğlu, Muteberlik, s. 337; Reisoğlu, Kefalet, s. 33.

⁵²² Oğuzman/Öz, C. 1, s. 66.

⁵²³ Özen, a.g.e., s. 162; Oğuzman/Öz, C. 1, s. 66.

⁵²⁴ Oğuzman/Öz, C. 1, s. 71.

⁵²⁵ Özen, a.g.e., s. 162.

⁵²⁶ Baş, s. 122; Şeker, Eşin Rızası, s. 118.

⁵²⁷ Özen, a.g.e., s. 162; Kırca, s. 447.

tekrar bir araya gelmelerinin ihtimal dahilinde olduğu durumlarda aile birliğini koruma amacı gereğinde eşler hakkında ayrılığa karar verebilecektir. Yine TMK m. 167'ye göre de ayrılık kararının verilmesini taraflardan birinin talep etmesi de mümkündür. TMK m. 197/1'e göre ise eşlerden birinin, diğer eşle birlikte yaşamalarından kaynaklı olarak kişiliği, ekonomik güvenliği, aile huzuru önemli derecede tehlikeye düştüğü takdirde ayrı yaşama hakkına sahip olur. İşte, TMK'da belirtilen bu durumların varlığı halinde TBK m. 584'e göre kefil, evli olsa bile eş rızası aranmayacaktır. Buradaki hallerin en geç kefalet sözleşmesinin kurulduğu anda mevcut olması, eş rızası alınmadan yapılan kefaletin geçerliliğini etkilemeyecektir.

Her ne kadar yasada eş rızasının alınması zamansal anlamda sınırlanmış olsa da yasa hükmünün dolanılmasının mümkün olduğunu söylemek gerekir. Kefil, pekâlâ kefalet sözleşmesini daha önceden imzalamasına ve eşinin rızası en erken bir gün sonra alınmasına rağmen tarafların rıza tarihini kefalet sözleşmesi tarihi olarak metne yazmaları mümkündür. Böyle bir durumda mekanik vasıtalarla yazılmış bir eş rızası metni için aksinin ispatı oldukça güç olacaktır. Bununla birlikte eş rızasının yasada belirtilen zamana uygun olarak alındığının ispat külfetinin alacaklıda olduğunu da söylemek gerekir⁵²⁸.

1.3.2. Kefaletin Türü Bakımından

Eş rızası alınması zorunluğunun kefaletin türü bakımından bir farklılığı bulunmamaktadır⁵²⁹. Bu konuda yasada kefaletin türüne göre herhangi bir ayrı düzenleme kabul edilmemiştir. Ancak kefilin eşinin, rızasının alındığı sırada verdiği rızanın hangi kefalete ilişkin olduğunu bilmesi önem arz etmektedir. Zira burada rızası alınan kişinin iradesinin, onu hataya düşürerek alınması dürüstlük kuralıyla da bağdaşmayacaktır⁵³⁰. Bu anlamda önemli olan kefilin sorumlu olacağı

⁵²⁸ Özen, a.g.e., s. 200.

⁵²⁹ Kırca, s. 439.

⁵³⁰ Reisoğlu, Kefalet, s. 93.

rizikonun, kefilin eşi tarafından bilinmesidir. Bunun, eşin vereceği yazılı rıza metninde belirteceği unsurlarla kefalet sözleşmesine yapacağı atıfla anlaşılabilceği düşünülmektedir⁵³¹. Eşin verdiği rızanın her tür kefalet için geçerli olacağı yönündeki bir beyan da geçersiz olacaktır⁵³². Öte yandan ticari borca kefalet yönünden müteselsil kefalet iradesinin beyanının gerekmediği konusu gündeme gelebilir. TTK m. 7’de yer alan söz konusu karineye göre, ticari özelliği olan işler için yapılan borçlandırma işlemlerinde, birlikte borçlular sözleşmede aksi öngörülmemiş ise müteselsilen sorumlu olacaklardır. TTK m. 7/2’ye göre ise maddenin 1. fıkrasına yapılan atıf nedeniyle ticari özellikteki borçlar için verilen kefaletler de müteselsil nitelikte olacaktır. Bu karineden yola çıkarak kefilin eşinin de sorumluluk aldığı borcun niteliği gereği asıl borçluyla birlikte müteselsilen kefil olduğunu bildiği söylenebilir. Buna göre verdiği rızada belirtmese bile bu rızanın müteselsil kefaletle ilişkin olduğu savunulabilir⁵³³. Ancak bu tartışmanın da kanunun, müteselsil kefaletle ilişkin kefilin el yazısı rızasının aranması şartı karşısında eş rızası açısından pek bir hükmü kalmamaktadır. Zira kefilin borcu ticari ilişkiye dayanan bir borç olsa dahi yasa hükmüne göre müteselsil kefalet ibaresi belirtilmedikten sonra söz konusu kefaletin türü adi kefalet olarak kabul edilecektir. Bununla birlikte borcun ticari borca ilişkin olup olmadığı noktasında da kefilin eşinin bilgisizliği, eğitimsizliği gibi unsurlar sebebiyle her daim yapılan işin bir ticari iş olup olmadığını bilmesi mümkün olmayabilir⁵³⁴. Bu bakımdan taraf iradeleriyle uyuşmayan veya açıkça hangi tür kefaletle ilişkin olduğu anlaşılamayan rıza beyanları açısından, kanunun kefilin koruma amacından yola çıkarak rızanın adi kefaletle ilişkin olduğu kabul edilecektir⁵³⁵. Yine, her iki eşin birbirine müteselsilen kefil olmaları halinde bile bu husus belirtilmelidir⁵³⁶.

⁵³¹ Kırca, s. 444; Baş, s. 124.

⁵³² Reisoğlu, Kefalet, s. 91.

⁵³³ Kırca, s. 446.

⁵³⁴ Baş, s. 125; Sadioğlu, s. 203.

⁵³⁵ Baş, s. 124; Taşdelen, s. 753-754.

⁵³⁶ Şeker, Eşin Rızası, s. 114.

1.3.3. Sonradan Yapılan Değişikliklerde Eş Rızası

Kefalet sözleşmesinde sonradan yapılacak değişikliklerle ilgili TBK m. 584/2 hükmü açık düzenleme getirmiştir. Madde metninde yapılacak değişiklikler açıkça sorumlu olunan parasal sınırın artması, adi kefaletin müteselsil kefalete dönüşmesi ve kefil yararına olan güvencelerin önemli ölçüde azalması olarak sıralanmıştır. Tüm bu değişiklikler kefilin sorumluluğunun artmasına sebebiyet verecek düzeyde olduğundan bu yöndeki değişiklikler bakımından eş rızasının aranacağını söylemek gerekir⁵³⁷. Madde metnindeki “*güvencelerin önemli ölçüde azalması*” ibaresinden de neticesi itibariyle kefilin sorumluluğunun ağırlaşmasına neden olacak türden duruma işaret ettiğinden böyle bir sonucun anlaşılması mümkündür. Aynı yönde, birlikte kefillerin birbirleri açısından verdikleri kefalet beyanlarıyla, daha sonradan kendi durumlarını olduğundan ağırlaştıracak bir konuma getiren anlaşmalarda da eş rızası gerekecektir⁵³⁸. Buradan, öğretide yasa metni ibaresinin geniş biçimde anlaşılması gerektiği, bu kapsamda yalnızca aynı nitelikteki değil, kişisel nitelikteki güvencelerin de yer alacağı belirtilmektedir⁵³⁹. Bu kişisel güvenceler kefalet sözleşmesinden kaynaklanan veya kefil ile alacaklı arasındaki kişisel ilişkiye dayanan savunma veya güvenceler olabilir⁵⁴⁰. Bununla birlikte, kefilin durumunu değiştirmeden, söz konusu güvencenin aynı değerdeki başka bir güvence ile değiştirilmesi yönündeki anlaşmalarda eşin rızasını almaya ihtiyaç bulunmayacaktır. Zira madde metninde güvencelerin azalması hali düzenlendiğinden bu etkide olmayan anlaşmalar için tekrar eş rızası alınması beklenmez⁵⁴¹. Yine, bu konudaki takdir yetkisi mahkeme hâkimi tarafından somut olayın özelliklerine göre tetkik edilmelidir. Güvencelerin önemli ölçüde azalmasına eşin rıza göstermemesi durumunda alacaklının TBK m. 592 uyarınca güvenceleri elden çıkarması veya değerini düşürmesi mümkündür⁵⁴².

⁵³⁷ Kırca, s. 442; Baş, s. 120; Şeker, Eşin Rızası, s. 119; Yavuz/Acar/Özen, s. 755.

⁵³⁸ Özen, a.g.e., s. 196; Reisoğlu, Kefalet, s. 91.

⁵³⁹ Kırca, s. 442; Yavuz/Acar/Özen, s. 755; Özen, a.g.e., s. 197.

⁵⁴⁰ Özen, a.g.e., s. 418-419.

⁵⁴¹ Kırca, s. 442; Özen, a.g.e., s. 197.

⁵⁴² Baş, s. 126.

Bir kimsenin eşi, kendi borcu için kefil olabilir. Böyle bir durumda borca kefil olmaya diğer eşin zaten rızası olacağından diğer eşin rızasının alınmasının gerek olmadığını ileri sürmek mümkündür. Bu konuda doktrinde eş rızasının gerektiği⁵⁴³ ve gerekmediği⁵⁴⁴ yönünde iki farklı görüşün savunulduğunu söylemek gerekir⁵⁴⁵. Buradaki durumun, tek eşin kefil veya borçlu olması durumuna göre aile ekonomisine daha fazla etkisi olacağı düşünüldüğünden ve yasanın amacı da göz önüne alındığında bizce eş rızasının alınması gerekecektir. Bununla birlikte sözleşmedeki asıl borçlunun değişmesi ihtimalinin değerlendirilmesi gerekir: Bir sözleşmede borcun devrinin gerçekleşmesi belli şartlar altında olsa da mümkün görüldüğünden, kefalet sözleşmesi açısından da kefilin durumunu ağırlaştırmaması ve rızası alınması şartıyla borcun devri gerçekleştirilebilir⁵⁴⁶. Böyle bir halde kefalet borcunun geçerliliği açısından eş rızasının alınmış olması önem kazanacaktır. Alacaklı, bu şekilde teminatını arttırmak için ve belki de aslında borçlu eşin ailesi üzerinde baskı kurmak amacıyla böyle bir yola başvurarak borçlunun eşinden veya kefilin eşinden teminat vermesini isteyebilir. Bu bakımdan sonradan kefilin borcuna veya eşlerden birinin borcuna diğer eşin kefil olması halinde de borçlu veya kefil olan eşin rızası alınmalıdır.

1.3.4. Kefalette Temsil Yetkisi Verilmesinde, Kefil Olma Vaadinde ve Kefalet Borcunun Üstlenilmesinde Eş Rızası

Kefalet sözleşmesinin temsilci vasıtasıyla yapılmasının mümkün olduğunu daha evvel şekil konusunu incelerken belirtmiştik⁵⁴⁷. TBK m. 504/3 düzenlemesiyle kefilin temsilde özel yetki aranarak, m. 583/2'ye göre de temsil yetkisine ilişkin beyanın kefaletin şekil koşullarını taşıması gerektiğine hükmedilmiştir. Belirtmek gerekir ki kefaletin temsilci vasıtasıyla verilmesi konusu 818 Sayılı Kanun'da

⁵⁴³ Özen, a.g.e., s. 195.

⁵⁴⁴ Reisoğlu, Kefalet, s. 91.

⁵⁴⁵ Bu konu ileride ayrıntılı olarak incelenmiştir. Bkz. bu çalışma, IV., 1.5.2.1., s. 155 vd.

⁵⁴⁶ Yavuz/Acar/Özen, s. 761; Özen, a.g.e., s. 235.

⁵⁴⁷ Bkz. bu çalışma, II., 2.8., s. 99.

açıkça düzenlenmediğinden bu konu tartışmalıydı⁵⁴⁸. Yargıtay kararları açısından da içtihat birliği bulunmaması bir başka problem olarak ortaya çıkıyordu⁵⁴⁹. Bununla birlikte bir şekil koşulu olmamakla beraber kefaletin geçerliliği ve yasa koyucunun kefil koruma amacının gerçekleşmesi açısından kefalette temsil yetkisinin verilmesinde de eş rızasının alınması uygun olacaktır⁵⁵⁰. Bununla birlikte doktrinde, yasanın açıkça şekil koşullarına yönelik düzenlemesi karşısında eş rızasının alınmasının gerekmediği de savunulmaktadır⁵⁵¹. Yine, yasanın koruma amacının gereğine göre durum değerlendirmesi yapıp eş rızasının alınması gerekebileceği de belirtilmektedir. Bu tür durumların, kefilin, temsil yetkisini verirkenki beyanında, kefaletle yaklaşır derecede bir sorumluluk üstlendiği zaman doğacağı düşünülmektedir. Yine, temsil yetkisi verilmesi kefil borç altına sokan bir işlem olmadığından bu sırada eş rızasına ihtiyaç duyulmayacağı savunulmaktadır. Fakat, temsilcinin kefil adına işlem yaptığı sırada eş rızasının alınması gerektiği de belirtilmektedir. Her ne kadar yasada eş rızasının gerekliliği bir geçerlilik şartı olarak belirtilmiş ise de (kefaletle ilişkin şekil şartlarında olduğu gibi) bir şekil şartı veya ehliyet şartı olarak yasada değerlendirmesi yapılmamıştır. Bu bakımdan kanaatimizce, TBK m. 583/2 hükmü lafzından hareketle bunun bir şekil şartı olup olmadığına göre değerlendirme yapmak yerine yasa amacına göre hareket etmek uygun olacaktır. Nitekim, zamansal açıdan yasa hükmü en geç kefalet sözleşmesi yapıldığı sırada eş rızası şartının yerine getirilmesini aradığına göre bunun illa kefilin temsil yetkisini verdiği sırada sağlanması gerekmemelidir. Kefil tarafından temsil yetkisinin verilmesinden çok sonra bile olsa, kefil hala evli ise, eş rızası, kefalet sözleşmesinin temsilci tarafından imzalandığı sırada sunulmasıyla da geçerlilik koşulunun sağlandığı kabul edilmelidir. Bununla birlikte

⁵⁴⁸ Tandoğan, C. 2, s. 760; Elçin Grassinger, s. 102 vd.; Özen, a.g.e., s. 270; Bu konu ayrıntılı olarak yukarıda incelenmiştir. Bkz. bu çalışma, II., 2.8., s. 99 vd.

⁵⁴⁹ Y. HGK. 28.11.2001 T., 2001/19-1029 E., 2001/1085 K. sayılı kararında, vekaletnamede kefaleti kapsayacak biçimde bir yetki verilmemiş ve buna göre temsilcinin üçüncü şahsın bankadan alacağı krediye vekil adına kefalet beyanı vermiş olmakla birlikte, söz konusu kredinin kullandırılmasından sonra ve verilmiş kredileri de kapsayacak şekilde çıkartılan kefalet yetkisini içeren vekaletnamenin bulunmasından dolayı söz konusu kefalet beyanını geçerli saymıştır. Karar için bkz. <https://www.sinerjimevzuat.com.tr/index.jsf?dswid=2582#> (e.t. 13.10.2020).

⁵⁵⁰ Özen, a.g.e., s. 273; Reisoğlu, s. 91-92; Kırca, s. 442; Şeker, Eşin Rızası, s. 45; Demir, s. 94.

⁵⁵¹ Baş, s. 121; Sadioğlu, s. 216.

kefilin, temsil yetkisini verdiği sırada temsilciye karşı kefaletinkine benzer şekilde sorumluluk üstlendiği halde de bu işlem için eş rızası alınmalıdır⁵⁵².

Temsilci, kefil adına kefalet sözleşmesini imzalarken kendisi borç altına girmedikten onun eşinin rızasına gerek olmayacaktır⁵⁵³.

Kefil olma vaadi (ön sözleşmesi) açısından eş rızasının gerekliliği incelendiğinde durum, temsildekinden farklı değildir. TBK m. 583/2’de kefil olma vaadinin de kefaletin şekil koşullarına tabi olacağı, TBK m. 29/2’de ise, ön sözleşme açısından geçerli olacak şeklin ileride yapılacak sözleşmenin (kefaletin) şekline tabi olacağı belirtilmiştir. Madde hükmü şekil koşuluna uymayı gerektirip geçerlilik koşuluna uymayı düzenlemediğinden eş rızasına ilişkin aynı tartışma kefalet vaadi için de yapılmıştır. Yasa hükmünün kefil koruma sebebiyle ilerideki sonuçları düşünmeden hareket etmesinin engellenmesi ve aile ekonomisinin mahfının önüne geçilmesi amacıyla ön sözleşmenin yapıldığı sırada eş rızasının da alınması gerektiği çoğunluk tarafından kabul edilmektedir⁵⁵⁴. Bununla birlikte ileride yapılacak asıl sözleşme anına kadar, her zaman eş rızasının alınabileceği aksi halde ancak ön sözleşme kefil kefalet benzer bir nitelikte sorumluluk yüklenmesine sebep olduğu takdirde eş rızasının ön sözleşme yapıldığı sırada alınması gerektiği diğer görüş olarak karşımıza çıkmaktadır⁵⁵⁵. Kanaatimizin bu yönde olduğunu daha evvel de belirtmiştik. Yine, ön sözleşmenin yapıldığı sırada evli olmayan, ileride yapılacak kefalet sözleşmesi sırasında evli olan kefilin aile hayatı açısından da bu görüşün kabulü daha isabetli olacaktır. Bu konuda Ayan’ın da belirttiği üzere, eş rızasının ön sözleşme sırasında alınmadığı bir durumda, borç ifa edileceği sırada eş rızası gerekliyse, yapılmış kefalet vaadi yalnızca geciktirici şarta bağlı bir ön sözleşme niteliğinde olacaktır⁵⁵⁶.

⁵⁵² Baş, s. 121.

⁵⁵³ Demir, s. 94.

⁵⁵⁴ Özen, a.g.e., s. 273; Reisoğlu, s. 91-92; Kırca, s. 442; Şeker, Eşin Rızası, s. 45; Demir, s. 94.

⁵⁵⁵ Baş, s. 121; Sadioğlu, s. 216.

⁵⁵⁶ Ayan, a.g.e., s. 167-168.

Kefalet borcunun üstlenilmesi açısından bakıldığında, borcun üstlenilmesi için yapılacak iç ve dış üstlenme sözleşmesinin kefaletin şekil şartına tabi olmayacağı doktrinde çoğunlukla kabul edilmektedir⁵⁵⁷. Bu konu daha önce kefaletin şekli bölümünde incelendiğinden burada ayrıntılı olarak değinilmeyecektir⁵⁵⁸. Ancak kanaatimiz borcun dış üstlenme sözleşmesi bakımından kefaletin şekil kurallarına uyulması gerektiği yönünde olduğundan eş rızası konusunu da ele almak gerekmiştir. Kefili ve dolayısıyla ailesini korumak üzere getirilen sıkı şekil kurallarını dolanmak amacıyla alacaklının borcu dış üstlenene daha kolay yolla başvurmasının önüne geçilmelidir. Zira borcu dış üstlenme sözleşmesi yapılması halinde alacaklı bundan sonra kefile değil borcu dış üstlenene başvuracaktır. Borcu dış üstlenen bakımından eş rızasının alınması ise alacaklının kefalet sözleşmesinin koşullarını dolanmasının önüne geçilmesini sağlayacaktır. Bu bakımdan borcu dış üstlenenin de eşinin rızasının alınması gerektiğini düşünüyoruz.

1.4. EŞİN RIZASI GEREKLİLİĞİNİN İSTİSNASI

Kefilin eşinin rızasının istisnaen yasada gösterilen bazı durumlarda alınmasına gerek bulunmamaktadır. Bu durumlar TBK m. 584 düzenlemesinde belirtilmiştir. Aşağıda madde fıkralarına göre ayrılan alt başlıklar halinde incelenmiştir.

1.4.1. Eşler Hakkında Ayrılık Kararı Verilmiş Olması

TBK m. 584/1 hükmüne göre kefil ile eşi hakkında ayrılık kararı verilmesi veya eşlerden birinin ayrı yaşamak için istemde bulunma hakkı doğmuş olması halinde kefilin eşinin rızası aranmayacaktır. Kanun koyucu eşlerin ayrı bulunma halini usulüne uygun mahkeme tarafından verilmiş bir ayrılık kararına bağlamıştır.

⁵⁵⁷ Oğuzman/Öz, C. 2, s. 609, 620; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 270 vd.; Özen, a.g.e., s. 247.

⁵⁵⁸ Bkz. bu çalışma, II., 2.7., s. 96

TMK m. 170/3'e göre hâkim, boşanma sürecindeki tarafların tekrar bir araya gelmelerinin ihtimalini göz önünde bulundurarak aile birliğini koruma amacıyla eşler hakkında bir süreliğine ayrılığa karar verebilir. Yine TMK m. 167'ye göre de ayrılık kararının verilmesini taraflardan birinin talep etmesi de mümkündür. Haklarında ayrılık kararı verilen eşlerin kefil olmaları durumunda boşanmış olmamalarına rağmen eşlerinin rızası gerekmeyecektir.

Yasadaki diğer durum, eşlerden birinin ayrı yaşamayı talep hakkının doğmasıdır. TMK'nın eşlerin ayrı yaşamaları konusunda öngördüğü bir diğer durum olan birlikte yaşamaya ara verilmesini isteme hakkı, bazı hallerin varlığı halinde hâkim kararına gerek olmadan eşlerden birinin diğer eşle birlikte yaşamaya ara verme hakkına sahip olmasıdır. Bu haller TMK m. 197/3'te eşlerden birinin, haklı bir sebep olmaksızın diğer eşle birlikte yaşamaktan kaçınması veya eşler arasındaki birlikte yaşamın olanaksız hale gelmesi olarak belirtilmiştir. Burada, TMK m. 197/2'den yola çıkarak eşlerden birinin davranışının diğer eşin ekonomik hayatına, şahsına ve aile birliği ve güvenliğinin temelinden sarsacak derecede hallerin varlığının bu hakkın doğmasına sebebiyet vereceği söylenebilir⁵⁵⁹. Belirtmek gerekir ki TBK hükmü, getirdiği bu düzenleme açısından kaynak kanundan ayrılır⁵⁶⁰. İsviçre Borçlar Kanunu m. 494/1'de eş sırasının aile hukukuna ilişkin istisnası sadece, eşler arasında ayrılık kararı verilmesi olarak düzenlenmiştir, eşlerin birlikte yaşamaya ara verme hakkı düzenlenmemiştir. Bu anlamda TBK'da kanun koyucunun eş rızasının aranması halinin daha geniş bir ihtimalde öngörüldüğünü söylemek gerekir. Bu düzenlemenin altındaki amaç, kanun maddesinin gerekçesinde belirtilmese de sebebin, belirtilen hallerin varlığının eşler arasındaki iletişimi ve ilişkiyi kesintiye uğratacağı, bunun sonucunda da kefil olanın, eşine ulaşmasının zorlaşmasının yüksek ihtimalle öngörülebilmelerinden kaynaklandığı söylenebilir⁵⁶¹.

⁵⁵⁹ Dural/Öğüz/Gümüş, s. 180.

⁵⁶⁰ Bkz. Koç, İsv. Bk., s. 268.

⁵⁶¹ Baş, s. 119.

TMK m. 180'e göre ayrılığa karar verildiği hallerde hâkim sözleşmeyle kabul edilmiş olan mal rejiminin kaldırılmasına da karar verebilecektir. Belirtmek gerekir ki hâkim ayrılığa karar vermese bile, eşler arasında mal ayrılığı rejimine ya da farklı türden bir mal rejimine karar verilmiş olması eş rızasının alınması zorunluluğu açısından fark yaratmayacaktır.

1.4.2. Kefilin Lehine Değişiklikler

TBK m. 584/2'de açıkça sonradan kefalet azami limitinin arttırılması, adi kefaletin müteselsil kefalete dönüşmesi, kefil yararına olan güvencelerin önemli ölçüde azalması sonucunu doğurmayacak anlaşma ve değişikliklerin eş rızasına muhtaç olmayacağı belirtilmiştir. Sayılan bu haller yasa hükmünden de anlaşılacağı üzere lehe hükümlerdir. Yasanın açıkça düzenlememiş olması halinde bile bu durumun bu şekilde kabul edilmesi gerektiği söylenebilir. Zira bilindiği üzere TBK m. 582/3'de kanunda aksi kararlaştırılmadıkça kefilin, kural olarak kendisine tanınan haklardan önceden feragat edemeyeceği kararlaştırılmıştır. Bu bakımdan kefilin durumunu ağırlaştıran sözleşme hükümleri geçersiz olmasına rağmen kefilin sorumluluğu açısından lehe görülebilecek, onu bulunduğu konumdan daha avantajlı bir duruma getiren anlaşmalar geçerli olacaktır. Zira amaç, kefilin korunmasıdır. Eş rızası açısından bakıldığında ise, yasanın eş rızasını öngörmesinin temelinde kefilin aile birliğinin ve dolayısıyla kefilin korunması da yattığından bu türden kefilin lehine olan anlaşmalarda eş rızasına gerek duyulmayacaktır. Örneğin bir cari hesap borcuna kefil olan birinin alacaklı bankayla sonradan yapacağı bir anlaşmayla, alacaklının, asıl borçluya kullanılabileceği yalnızca ilk kredi için kefil olduğuna yönelik bir anlaşmayı eş rızasına ihtiyaç duymadan yapmaları mümkündür. Her ne kadar kefilin, kefilliğinin devamına ilişkin bir anlaşma olsa da esasen cari hesap ilişkisinin ve dolayısıyla kefilin sorumluluğunun hesap kapatılmadıkça devam edeceği düşünüldüğünde böyle bir anlaşma kefilin sorumluluğunu tek bir krediyle sınırlandırdığından kefilin lehinedir. Bu türden kefilin lehine olan sonradan yapılan anlaşmalarda eş rızası gerekmemektedir.

1.4.3. TBK m. 584/3’de Sayılan Haller

TBK m. 584 hükmü, 6098 Sayılı Kanun yürürlüğe girdiğinden beri ticari hayatı aksattığı ve pratik olmadığı gerekçesiyle çokça eleştirilmiştir⁵⁶². Bunun üzerine iş hayatının işleyişine daha uygun olması maksadıyla eş rızasının alınması şartına bazı istisnai haller getirilmiştir. Bununla birlikte TBK m. 584 f. 3 metninin kaynağı olan mülga İsviçre Borçlar Kanunu m. 494/2 metninde, faaliyet konusu açısından sınırlamaya gidilmeyip yalnızca kefil olacak kişiler hükümde anılarak bunların verecekleri tüm kefaletler için düzenleme yapıldığını belirtmek gerekir⁵⁶³.

Söz konusu istisnai durumlar TBK m. 584’e 28/03/2013 tarihinde 6455 sayılı Kanun’un 77’nci maddesiyle eklenen 3. Fıkra ile belirtilmiştir⁵⁶⁴. 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 gün ve 5570 sayılı Kamu Sermayeli Bankalar Tarafından Yürütülen Faiz Destekli Kredi Kullandırılmasına Dair Kanun kapsamında kullanılacak kredilerde verilecek kefaletler,*
- *Tarım kredi, tarım satış ve esnaf ve sanatkârlar kredi ve kefalet kooperatifleri ile kamu kurum ve İBBGK., E. 2017/4 K. 2018/5 T. 20.04.2018 kuruluşlarında kooperatif ortaklarına kullandırılacak kredilerde verilecek kefaletler,*

için eş rızası aranmayacaktır. Hükmün tacirlerle ilgili kısmında ticaret siciline kayıtlı ticari işletme sahibi veya şirket ortak ya da yöneticisi olması aranmıştır.

⁵⁶² 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 Değerlendirmesi, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C. 74, Sayı 1, 2016, s. 465; Bu eleştirilerin varlığı YİBBGK’nun 20/04/2018 T., 2017/4 E., 2018/5 K. Sayılı kararına da konu olmuştur. Bkz. <https://0-www.lexpera-com-tr.opac.bilgi.edu.tr/ictihat/yargitay/e-2017-4-k-2018-5-t-20-04-2018>.

⁵⁶³ Anılan hüküm şu şekildedir: “Bağımsız bir işletmenin sahibi, bir kollektif şirketin ortağı, komandit şirketin sınırsız sorumlu ortağı, bir anonim şirketin yönetim veya temsil organının üyesi, bir paylı komandit şirketin yönetim organının üyesi veya limited şirketin temsile yetkili ortağı olarak ticaret siciline kayıtlı bulunan kimsenin kefaleti için bu izin gerekli değildir.” bkz. Yalçınduran, s. 463’ten naklen.

⁵⁶⁴ Bkz. <https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2013/04/20130411-1.htm>.

Buradaki ayırım tüm tacirler açısından değildir. Zira TTK m. 12'ye göre tacir sayılmak için, ticari işletmenin kısmen dahi olsa tacir tarafından kendi adına işletiliyor olması ve hukuki işlemlerinde 3. kişilere karşı işletmeyi açmış gibi davranması yeterli görülmüş olup bunun için ticaret sicil müdürlüğüne kayıtlı olması aranmamıştır. Bu bakımdan TBK m. 584/3 hükmündeki istisnalara tüm tacirlerin girdiği söylenemez. Dolayısıyla işletmesi veya ortak ya da yöneticisi olduğu şirket ticaret siciline kayıtlı değilse, bunların verdikleri kefaletler için eş rızası gerekir.

Madde hükmü kefalet işlemi açısından değerlendirildiğinde ise, söz konusu kişilerin yapacakları bütün kefalet sözleşmeleri istisna kapsamında olmadığı, şirket veya işletmeyle ilgili kefaletlerin istisna kapsamında olduğu belirtilmiştir. Bununla birlikte buradaki “*işletme veya şirket ile ilgili kefaletler*” ifadesinden tam olarak ne anlaşılması gerektiği açık değildir. Şirketin/işletmenin borcuna ilişkin şirket ortağı/yöneticisi veya işletme sahibinin kefalet beyanı açısından mı, yoksa şirketin/işletmenin bir tüzel kişilik olarak yapacağı tüm kefalet sözleşmeleri için mi böyle bir istisna getirildiği net olarak anlaşılamamaktadır. Şirketin/işletmenin vereceği kefalette, her ne kadar asıl borç kefil olan şirket/işletmeyle ilgili olmasa bile aslında karşılıklı ticari ilişkilerin sonucu itibarıyla ticaretin sürdürülmesi anlamında verilen bir kefalet olup kefil olan müessesenin kendisiyle de ilgili olabilir. Yine, şirket/işletmeyle ilgili olmaktan kasıt şirketin/işletmenin ticaret siciline bildirdiği işgal konusuyla ilgili işlemleri için mi kefalet verilmesinin kastedildiği de belli değildir. Yasa metni ifadesinin tüm bu durumları kapsayıp kapsamadığı açık olmamakla birlikte, anlaşılması gereken müessesenin faaliyetine ilişkin bir konuda verilen kefaletin varlığıdır⁵⁶⁵. Bu açıdan bakıldığında şirket ortağının veya tüzel kişilik olarak şirketin/işletmenin, şirket/işletme işgal konusunu ilgilendiren faaliyetleri kapsamında vereceği kefaletlerin yasa istisnası olarak okunması gerektiği söylenebilir⁵⁶⁶. Örnek vermek gerekirse bir şirket ortağının mülkiyeti kendisine ait olmak üzere bankadan konut kredisi kullanması halinde eş rızasının

⁵⁶⁵ Özen, a.g.e., s. 192-193; Ayan, a.g.e., s. 146 vd.

⁵⁶⁶ Oğuz, s. 76; Özen, a.g.e., s. 193; Ayan, a.g.e., s. 146, 151.

alınması gerekli iken, şirketin, şirket yapımına başlayacağı bir inşaat projesiyle ilgili çekeceği ticari kredi için eş rızasına gerek duyulmayacaktır.

Esnaf ve sanatkârların da bu istisnadan faydalanabilmeleri esnaf veya sanatkârlar siciline kayıtlı olmalarına bağlanmıştır. Madde hükmünde, bu kişilerin verecekleri kefaletlerin mesleki faaliyetlerine ilişkin olması şart koşulduğundan, kefalet sözleşmesi, kişisel ilişkilerini ilgilendiren işler içinse veya mesleki faaliyetlerini ilgilendirmiyorsa eşlerinin rızasının alınması gerekir. Burada da şirket/işletmenin vereceği kefaletlerde olduğu gibi, esnaf veya sanatkarın başka bir esnaf veya işletme/şirket için kendi mesleki faaliyetlerinin kolaylığı veya devamlılığı amacıyla onların yapacağı borçlanmalara da kefil olabilmelidir⁵⁶⁷. Kaynak mülga Kanunu madde metninde bu husus belirtilmediğinden TBK m. 584/3 hükmü bu yönüyle de kaynak kanundan ayrılmıştır⁵⁶⁸.

TBK m. 584/3 düzenlemesinde, eşin rızasına ihtiyaç duymadan kefil olabilecek kişilerin belirtilmesi dışında kefil olunabilecek kredi de (kredi borcu da) belirtilmiştir. 27/12/2006 tarihli ve 5570 sayılı yasayla kamu bankalarının kullandıracakları faiz destekli kredilerden kaynaklı banka sermayelerindeki kamu payının %50'nin altına düşmesi halinde bile bankaların devlet desteğiyle kredi vermelerine devam edileceği düzenlenmiştir. TBK m. 584/3'teki istisnaya bu kredilere başvuranlara ilişkin kredi borçlarına verilecek kefaletlerde eş rızası aranmayacağı belirtilmiştir. Bu düzenlemeyle, kamu bankalarının verecekleri kredilere özgü olarak kredi borçlanmasının daha kolay sağlanmaya çalışıldığı görülmektedir. Yine, hükmün bu kısmı da TBK'ya özgü bir düzenlemedir. Bir diğer farklılık da tarım kredi, tarım satış, (ve) esnaf ve sanatkârlar kredi, (ve) kefalet kooperatifleri ve kamu kurum ve kuruluşlarının söz konusu kooperatif ortaklarına kullandıracakları kredilere verilecek kefaletlerde de eş rızası, geçerlilik şartı kapsamı dışında tutulmuştur. Madde hükmünün bu kısmının da kaleme alınış biçimiyle anlam karışıklığına yol açabileceğini söylemek gerekir. Hükümdeki

⁵⁶⁷ Özen, a.g.e., s. 194.

⁵⁶⁸ Yalçınduran, s. 473.

“*kamu kurum ve kuruluşları*” ibaresi yine devlet bankalarına yönelik bir düzenleme olması yönüyle bu bankaların vereceği kredileri ve alacağı kefalet teminatları ile ticari işlemlerini kolaylaştırmak amaçlanmıştır.

1.5. RIZANIN VERİLMESİ

1.5.1. Rıza Beyanının Şekli

1.5.1.1. Metne Ait Hususlar

Kefilin eşinin rızası TBK m. 583/1 hükmü uyarınca adi yazılı olarak verilir. Eşin rızasının, kefilinki gibi el yazısıyla yazması gereken tarih, azami miktar gibi nitelikli yazılı şekilde belirtilmesi şartı yoktur. Eş, beyanını kendi el yazısıyla belirtebileceği gibi yazıcı çıktısı olarak veya başkasının el yazısıyla yazdığı beyanın altına imza atarak belirtebilir. Bununla birlikte daha önce de açıklandığı üzere eşin, kefilin üstlendiği sorumluluğu bilmesi önemli olduğundan verdiği rızanın hangi kefaletle ait olduğunu bilmesi önemlidir. Bu bağlamda eşin, rıza metninde üstlenilen sorumluluğa yönelik ibare ve beyanlarda bulunması kanunun koruma amacına uygun olacaktır⁵⁶⁹. Zira eş rızasının kefalet metninden farklı bir belgede verilmesi de mümkündür⁵⁷⁰. Aynı anda olmasa bile birden fazla kefalet ilişkisi kurulması da mümkün olduğundan eş rızasının hangi kefaletle ilişkin verildiği açıkça rıza metninde yer almalıdır. Rıza metnine tarih atılsa bile bundan sonra verilecek kefaletler için hangisine ilişkin olduğunun kefilin üstlendiği sorumluluğu eşin de anlayabilmesi için gereklidir⁵⁷¹. Eş, rıza verirken verdiği rızanın hüküm ifade etmesi için metinde bir koşul öne sürebilir. Örneğin, “... yapılırsa verdiğim rıza hüküm ifade edecektir” gibi, rızasını bir koşula bağlayabilir⁵⁷².

⁵⁶⁹ Kırca, s. 444; Baş, s. 124.

⁵⁷⁰ Reisoğlu, Kefalet, s. 91-92; Özen, a.g.e., s. 199; Baş, s. 122.

⁵⁷¹ Reisoğlu, Kefalet, s. 92; Özen, a.g.e., s. 199.

⁵⁷² Özen, a.g.e., s. 198.

Daha sonra yapılacak kefaletlere ilişkin önceden verilen kefaletler geçersiz olduğu gibi genel bir kefalet de verilemez⁵⁷³. Hangi kefalete ilişkin rıza verildiği verilen rıza metninde ayrı ayrı belirtilmelidir. Bununla birlikte tüm kefaletleri de belirten kapsamlı tek bir metinle rıza beyanında bulunulması mümkündür⁵⁷⁴.

1.5.1.2. İmzaya Ait Hususlar

Rıza metninin altına kefilin eşi, imzasını atmasıyla rızasını vermiş olur. Yasa, imzanın organ olarak el ile atılmasını öngörmüş ise de buradaki amacın imza atan kişiyi diğerlerinden ayırt etmeye yarayan, o kişiye özgü olduğunu anlatan, kullandığı başka bir organla da attığı imzanın geçerli olacağı kabul edilmektedir⁵⁷⁵. Böylece iki elini kaybetmiş olan fakat kullandığı işaret ve yazı özelliğiyle o kişiye ait olduğu ayırt edilebilecek şekilde örneğin ağız veya ayak parmağını eli yerine kullanabilen insanların verdikleri rızalar da geçerli kabul edilmelidir. Önemli olan imzanın teşhis fonksiyonu olduğuna göre kişinin günlük hayatında eli dışında bir organla yazı yazdığı ve başka metinlerde de aynı karakteristik işaretlemeleri gösterdiği bir durumda sırf el ile atılmaması yüzünden imzanın geçersiz olduğu iddiası imzanın amacıyla bağdaşmayacaktır. Bununla birlikte el ile yazma imkânı varken başka organını kullanan kişilerin gerçek iradelerinin olmadığı kabul edilecektir⁵⁷⁶.

İmzanın elle atılmasının bir istisnası kanunda düzenlenmiştir. TBK m. 15/2'ye göre atılan imzanın örf ve âdet gereği mekanik şekilde atılması veya kopya edilmesi kabul ediliyorsa bu surette imzalanan metin de geçerli kabul edilecektir⁵⁷⁷. Buna örnek olarak çok sayıda çıkarılan kıymetli evraklar verilmiştir. Yasada eş rızasının verilmesine ilişkin eşin kendi el yazısını arayan nitelikli yazılı şekil şartı olmadığından TBK m. 15 f. 1 c. 2 uyarınca elektronik imza ile metni imzalaması

⁵⁷³ Reisoğlu, Kefalet, s. 92; Baş, s. 122; Elçin, s. 25; Özen, a.g.e., s. 199.

⁵⁷⁴ Kırca, s. 144; Özen, a.g.e., s. 199.

⁵⁷⁵ Zahit İmre/Hasan Erman, Miras Hukuku, İstanbul, Der Yayınları, 2004, s. 69; Taşpınar Ayvaz, s. 334.

⁵⁷⁶ Mustafa Dural, El Yazısı ile Vasiyetname, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Yayınları, 1967, s. 8.

⁵⁷⁷ Oğuzman/Öz, C. 1, s. 155; Taşpınar Ayvaz, s. 343.

geçerli olacaktır. Burada söz konusu kabul edilen 5070 Sayılı Elektronik imza Kanunu'na göre elektronik ortamda oluşturulup belli bir makam tarafından onaylanan “*güvenli elektronik imza*” ile atılan imzadır⁵⁷⁸. Sanal ortamda atılan bu imzalı metnin adi yazılı şekil şartı koşullarını taşıdığı kabul edilmektedir⁵⁷⁹. Her ne kadar 5070 Sayılı Kanun m. 5/2’de teminat sözleşmelerinin e-imza ile atılması geçerli kabul edilmeyeceği hüküm altına alınmış ise de eş rızası beyanında bir teminat verilmediğinden, yalnızca teminata rıza verildiğinden bu hüküm eş rızası bakımından geçerli olmayacaktır. Belirtmek gerekir ki kâğıt veya başka bir materyal üstüne atılıp da elektronik ortama aktarılan veya doğrudan elektronik cihaz ekran üzerine atılan imza elektronik imza kapsamında değildir⁵⁸⁰. Zira bu tür bir imza, imza sahibinin el ürünü olup ona ait karakteristik özellikleri taşıyacaktır. Burada imzanın ekran veya başka bir materyal üzerine atılmış olması bu durumu değiştirmeyecektir⁵⁸¹. Bu bakımdan esasen, yine el kullanılarak atılan bir imza olması sebebiyle genel hükümlere göre kabul edilmesi gerektiği haklı olarak düşünülmektedir⁵⁸².

İmza atmasını bilmeyen eş, TBK m. 16/1 uyarınca usulüne göre onaylanmış parmak izi, el ile yapılmış işaret (parmak basma gibi) veya mühür kullanarak da rızasını belirtebilir. Konu ile ilgili bir başka düzenleme olan HMK m. 206/1’de imza atamayanların parmak izi, mühür veya bir başka alet kullanarak yapacağı hukuki işlemlerin senet niteliğinde olması için noterler tarafından düzenleme biçiminde oluşturulması gerektiği belirtilmiştir. Burada öne çıkan söz konusu işaretin yetkili makam tarafından onaylanmış olmasıdır⁵⁸³. İşlemin içeriği açısından

⁵⁷⁸ Baş, s. 122 (dn. 44); Şeker, Eşin Rızası, s. 125; Sadioğlu, s. 210 (dn. 49); Zekeriya Kürşat, Yazılı Şekil Şartının Unsuru Olan İmzanın Elektronik Ekrana Atılmasını Etkisi, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C. 75, Sayı 1, 2017, s. 423.

⁵⁷⁹ Oğuzman/Öz, C. 1, s. 154-155.

⁵⁸⁰ Kürşat, s. 425.

⁵⁸¹ Yavuz Alangoya/M. Kâmil Yıldırım/Nevhis Deren Yıldırım, Medeni Usul Hukuku Esasları, 7. Baskı, İstanbul, Beta Yayıncılık, 2009, s. 326; Halil Akkanat, El Yazılı ile Vasiyetnamede Vasiyetname Metninin Özellikleri (El Yazılı Vasiyetname), Prof. Dr. Hayri Domaniç’e 80. Yaş Günü Armağanı, İstanbul, Beta Yayıncılık, 2001, s. 806; Demet Belverenli, El Yazılı Vasiyetnamede Şekil ve Şekle Aykırılığın Yaptırımı, Hukuk ve Adalet Eleştirel Hukuk Dergisi, C. 8, Sayı 19, 2016, s. 123; Kürşat, s. 420.

⁵⁸² Kürşat, s. 418-419.

⁵⁸³ Taşpınar Ayvaz, s. 344.

herhangi bir ayrıma gidilmemiştir. Onaylama merciinin HMK düzenlemesiyle açıkça noter olduğu hüküm altına alınmıştır. Mülga 1086 Sayılı HUMK yürürlük zamanında bu merciin m. 297 f. 1 c.2’de ihtiyar heyeti ve imza atamayan kişinin yaşadığı yerden iki kişinin tanıklığı ile atacağı imza dışındaki el işareti veya mührün geçerli olacağı düzenlenmişti. Buradan hareketle buradaki onay merciin münhasıran ihtiyar heyeti ve yaşadığı yerden iki kişinin tanıklığı olarak kabul edilmesi gerekip gerekmediği doktrinde tartışmalıydı⁵⁸⁴. Bu yetkinin münhasıran noterlere ait olacağına ilişkin HMK ile getirilen düzenlemeyle bu tartışma sonlanmıştır.

Belirtilmesi gereken bir başka husus, görmeyen eşin rızasının nasıl alınacağına ilişkindir. Okuma yazma bilen görmeyen engellinin, TBK m. 15/3 hükmüne göre dilerse şahit talep ederek imzayı atması mümkün görülmüştür. Dilerse şahit talep etmeden imza atması da yasa hükmünce geçerli kabul edilmiştir. Bu bakımdan okuma yazma bilen görme engelli eşin vereceği rıza beyanı geçerli olacaktır. Ancak şahit talep etmeyen kişiler bakımından uygulamada sorunlar çıkmaması, eşin iradesinin hataya düşürülmemesi ve sonuçta kefalet teminatından yarar elde edilmesi için eşin şahitlerinin de huzurda hazır edilmesi, işlem güvenliği açısından kuşkusuz daha doğru sonuçların elde edilmesini sağlayacaktır.

Rıza kefilin eşi tarafından verilecektir. TBK m. 15’e göre kefilin eşi yerine başkası, örneğin kefilin kendisi, kefil için beyanda bulunamaz. Doktrinde hakim görüşün de kabul ettiği üzere bu hak mutlak anlamda eşin kendisine tanınan bir haktır⁵⁸⁵. Bununla birlikte eşin, iradi temsilci vasıtasıyla da rıza beyanında bulunması mümkündür⁵⁸⁶. Eşin burada, rızanın verilmesi yönündeki hakkı kişiye

⁵⁸⁴ M. Kemal Oğuzman/M. Turgut Öz, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 5. Baskı, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2006, s. 123; Alangoya/Yıldırım/Deren Yıldırım, s. 326 (dn. 11); Baki Kuru, Hukuk Muhakemeleri Usulü, 6. Bası, İstanbul, Demir-Demir Yayıncılık, 2001, s. 2122-2123; Taşpınar Ayvaz, s. 339.

⁵⁸⁵ Bununla birlikte eşin rıza vermemesi halinde doktrindeki bir görüş uyarınca diğer eşin hâkimden karar vermesini talep edebileceği belirtilmektedir. Bkz. Yılmaz, s. 77; Aksoylu, s. 99; Barlas’ın görüşü de TBK değişikliğinden önce bu yöndeydi. Bkz. Barlas, Şekle Bağlı Sorunlar, s. 15; Konuya ilişkin açıklamalar için bkz. bu çalışma, IV., 2., s. 159.

⁵⁸⁶ Özen, a.g.e., s. 190 (dn. 94); Baş, s. 123; Reisoğlu, Kefalet, s. 93

bağlı bir hak değildir⁵⁸⁷. Zira bu hakkın şahsen kullanılması, eşin kendisiyle özellik arz eden ve onunla bağdaşık bir hak değildir⁵⁸⁸. Aynı zamanda kefil için getirilen sıkı şekil şartlarına rağmen TBK m. 583/3'te kefilin temsilci vasıtasıyla işlem yapabileceğinin kabul edilmesi karşısında daha alt seviyede şartın öngörüldüğü eş rızası beyanı için de kabul edilmesi yasanın amacı ile da ters düşmeyecektir⁵⁸⁹.

1.5.2. Rızanın Verilmesine İlişkin Bazı Özel Durumlar

1.5.2.1. Eşin Alacağı, Borcu İçin veya Eşle Birlikte Kefil Olunması

Eşin asıl borçlu veya alacaklı olduğu ya da kefil olduğu bir durumda, diğer eşin kefalet vermesi pratik olarak mümkündür. Böyle bir durumda, zaten borç ilişkisi içerisinde olan veya kefalet ilişkisi içerisinde üstlenilen sorumluluktan haberdar olan (kefil) eşin, diğer eşin kefaletine rıza vermesine ihtiyaç duyulup duyulmayacağı tartışılabilir.

Öncelikle eşlerden birinin alacaklı olduğu halde yani iki eş arasında yapılacak kefalet sözleşmesi açısından bakıldığında, kefil olan eşe, alacaklı olan eşin rıza vermesi gerekliliğini ele alalım: Böyle bir durumda alacaklı, bu sözleşmedeki, teminat almak isteyen taraf olacağı için kendi teminatına onay vermek istememesi düşünülemeyecektir. Onay vermek istemediği durumda ise zaten bu kefalet sözleşmesi kurulmayacaktır. Bu bakımdan alacaklı eşin, kendi eşinin kefaletini istemesi halinde, rızasının aranması lüzumsuz olacaktır⁵⁹⁰. Böyle bir durum özellik arz ettiğinden, alacağın daha sonradan devredilmesi halinde kefalette eşin rızasının alınmadığından geçersiz olduğuna ilişkin iddia

⁵⁸⁷ İsviçre'de doktrinde bu hakkın kişiye sıkı sıkıya bağlı bir hak olmadığı belirtilmektedir. Görüşleri bildirilen yazarlar için bkz. Baş, s. 123 (dn. 49); Özen, a.g.e., s. 190 (dn. 94). Yine, Federal Mahkemenin bu yönde bir kararı bulunmaktadır. BGE 68 II 144 kararı için bkz. Reisoğlu, Kefalet, s. 91; Aynı görüşte bkz. Şeker, Eşin Rızası, s. 125.

⁵⁸⁸ Ekrem Kurt, Türk Hukukunda Kişiyi Sıkı Sıkıya Bağlı Haklar ve Hukuki Sonuçları, İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 15, Sayı 2-2 (Özel Sayı), 2016, s. 134 vd.

⁵⁸⁹ Özen, a.g.e., s. 200-201.

⁵⁹⁰ Baş, s. 124; Özen, a.g.e., s. 196; Reisoğlu, Kefalet, s. 91; Şeker, Eşin Rızası, s. 113-114; Sadioğlu, s. 220.

dinlenmemelidir. Zira böyle bir durum önceki avantajlı durumdaki alacaklı olan eşin kendi isteğiyle aile ekonomisindeki avantajlı durumu dezavantaja çevirmesi ve bunun daha sonradan geçersizliğini iddia etmesi, hakkın kötüye kullanılması yasağına aykırılık teşkil edecektir.

Doktrindeki diğer görüşe göre ise eşin borcu için kefil olma halinde eş lehine bir durum gerçekleşecektir⁵⁹¹. Ayrıca borçlu olan eş için diğer eşin rıza göstermemesinin aile hayatı içerisinde eşlerin ortak alacağı kararlar bakımından çok olası olmayacağı düşünülmektedir. Bu bakımdan diğer eşin rızasını almaya gerek olmayacaktır.

Eşin borcu için kefil olunması ve eşle birlikte kefil olunmasının, tek eşin alacağı kefalet sorumluluğuna nazaran aile ekonomisinde daha büyük etki yaratacağı kuşkusuzdur. Eşin borcu için müteselsil kefalet verilmesi halinde belli şartlar altında olsa da alacaklının her iki eşe birden aynı anda başvurma hakkının doğması söz konusu olması da bu etkiyi katlayacaktır. Doktrinde Özen⁵⁹², burada asıl borçlu eşin yanında bir de diğer eşin sorumluluk üstlenmesinin aile ekonomisi açısından “*çifte yük*” yaratacağını, bu yüzden de diğer eş rızasının gerekeceğini belirtmektedir. Bu hallerde özellikle kefilin asıl borçlu veya kefil olan diğer eşe karşı rücu ve def'i haklarına sahip olması da esasen aile ekonomisinin birliği düşünüldüğünde pek bir anlam ifade etmeyecektir. Zira riskin aile ekonomisine olan külfeti, aile dışındaki biriyle paylaşamayacaktır. Böyle bir durumda eşin vereceği kefaletin, diğer eş tarafından rızayla karşılanması önem arz etmektedir. Bizim de katıldığımız görüşe göre söz konusu hallerde eş rızası alınmalıdır. Yine, eşlerden birinin asıl borçlu olması ve daha sonradan borcun başkasına devredilmesi halinde bile, eşlerin durumu mevcutta dezavantajlı⁵⁹³ konumda olduğundan ve en nihayetinde kefaletin geçerliliğini ispat yükü alacaklıda olacağından eş rızasının alınması gerekecektir. Bununla birlikte asıl borçlunun ölmesi, ehliyetini kaybetmesi

⁵⁹¹ Reisoğlu, Kefalet, s. 91; Elçin, s. 24.

⁵⁹² Özen, a.g.e., s. 195.

⁵⁹³ Baş, s. 124; Özen, a.g.e., s. 195; Şeker, Eşin Rızası, s. 113-114; Yavuz/Acar/Özen, s. 755.

ve vesayet altına alınması suretiyle yasadan kaynaklanan sebeplerle asıl borçlunun sonradan değişmesi halinde kefilin rızasına gerek bulunmayacağından eş rızasına da gerek yoktur⁵⁹⁴.

Yargıtay'ın ise her iki görüş doğrultusunda kararı bulunmaktadır. Bir kararına⁵⁹⁵ konu olayda, TBK m. 584/3'de sayılan istisnalardan olan işletmenin, kredi borcundan dolayı başlatılan icra takibinde, işletme borcuna, işletme sahibinin eşi icra kefaleti vermiştir. Uyuşmazlık, bu icra kefaletinde, (işletme sahibi) eşin rızasının alınmamasından dolayı kefaletin geçersiz olduğu iddiasından kaynaklanmaktadır. Anılan kararda söz konusu kullanılacak kredilerde yalnızca işletme sahiplerinin vereceği kefaletler açısından rıza aranmayacağı belirtilmiştir. Bununla birlikte işletme sahiplerinin eşlerinin vereceği kefaletlerde, işletme sahibinin kendi rızasının aranmasının, krediyi kullanacak kişinin bizatihi rıza verecek kişi olması bakımından lüzumsuz olacağı belirtilerek eş rızasının aranmayacağı kabul edilmiştir. Karara karşı oy olarak gösterilip sunulan gerekçede ise isabetli olarak bir kişinin kendisinin borç altına girmesine rağmen eşinin de kendi malvarlığıyla borç altına girmek istememesinin olası olmasından dolayı eş rızasının aranması gerektiği belirtilmiştir. Gerçekten de her ne kadar aile ekonomisinin birliği esası geçerli olsa da bir kişi, eşinin kazancına da güvenerek sırf kendi ticari ilişkilerini sürdürebilmek için veya hatır uğruna başkasının borcunu üstlenmiş olabilir. Başkasının borcunu ödeyen eş kendi iç ilişkilerinde hatır için ödediği miktarı daha sonradan gerçek borçludan alamaması ihtimali açısından, kendisinin borçlu olarak gözüktüğü sözleşmeye eşinin kefalet vermesini istememesi mümkündür. Böyle bir durumda eş rızasının alınması hakkaniyet açısından da önem kazanacak, yasa hükmünün amacının gerçekleşmesine daha da ihtiyaç duyulacaktır.

⁵⁹⁴ Reisoğlu, Kefalet, s. 43.

⁵⁹⁵ Y. 12. HD. 13.10.2016 T., 2016/12256 E., 2016/21462 K. için bkz. <https://0-www.lexpera-com-tr.opac.bilgi.edu.tr/ictihat/yargitay/12-hukuk-dairesi-e-2016-12256-k-2016-21462-t-13-10-2016>.

Aynı dairenin bir başka kararında ise, borçlu eş yararına kefalette rızanın aranması gerektiği belirtilmiştir⁵⁹⁶. Bu karara konu icra kefaletinde, kefil olan kişinin TBK m. 584/3’de sayılan eş rızasının aranmayacağı istisnai kişilerden olmadığı belirtilerek diğer eşin borcu için verilen icra kefaletinde, asıl borçlu eşin rızasının alınması gerektiğine karar verilmiştir. Belirtmek gerekir ki aynı daireye ait söz konusu iki karar ile üstelik aynı sene içinde farklı sonuçlara varılması hukuk birliğinin sağlanması için arzu edilen bir gelişme olmamakla haklı olarak eleştirilmeye mahkumdur.

1.5.2.2. Eşin Ehliyetsiz Olması

Daha önce, eşin rızasına ilişkin imza meselesinde, iradi temsilci vasıtasıyla eş rızasının verilebileceği belirtilmişti. Rızanın ayrıca ehliyetsiz eş bakımından yasal temsilci vasıtasıyla gerçekleştirilip gerçekleştirilmeyeceği konusu da yine özellik arz eden bir durum olarak incelenmelidir. Bu durum yasada düzenlenmemekle birlikte, yine eşin rıza verme hakkının kişiye sıkı sıkıya bağlı bir hak olup olmamasına göre incelemesinin yapılması gerekir. Zira, kişiye sıkı sıkıya bağlı haklarda yasal temsilin mümkün olmadığı kabul edilmektedir⁵⁹⁷. Bu hakkın kişiye sıkı sıkıya bağlı bir hak olmamasından hareketle ehliyetsiz eş bakımından rızanın verilmesi, yasal temsilci vasıtasıyla yerine getirilebilecektir⁵⁹⁸. Yukarıda da açıkladığımız üzere bu hakkın eşin kişiliğine özgülenecek türden bir hak olmaması, başkası tarafından yerine getirilmesiyle de aynı hukuki sonuçları doğuracak olması, onun kişiye sıkı sıkıya bağlı bir hak olmadığını göstermektedir. Bununla birlikte TBK m. 583/2 hükmüne göre iradi temsilci vasıtasıyla kefil olunması yasada öngörülmüş olmasına rağmen yasal temsilcinin böyle bir işleminin TMK m. 449 hükmü uyarınca yasaklandığını belirtmek gerekir. Her ne kadar yasal temsilci bakımından ehliyetsiz şahıs hakkında kefil olma yasağı getirilmiş ise de bu durum

⁵⁹⁶ Y. 12. HD. 08/03/2016 T., 2015/31448 E., 2016/6614 K. için bkz. Bilgen, s. 94-95; Yine aynı doğrultudaki Y. 11. HD. 22/04/2013 T., 2013/5154 E., 2013/8006 K. sayılı başka bir karar için bkz. Bilgen, s. 93-94.

⁵⁹⁷ Dural/Öğüz/Gümüş, s. 399.

⁵⁹⁸ Özen, a.g.e., s. 190; Reisoğlu, Kefalet, s. 91; Baş, s. 123; Şeker, Eşin Rızası, s. 125; Sadioğlu, s. 211; Emel Badur, Eşin Rızası, TBB Dergisi, Sayı 109, 2013, s. 285-286.

eş bakımından da aynı yasağın öngörülmesi gerektiği anlamına gelmemektedir⁵⁹⁹. Zira anılan “soyut nitelikteki⁶⁰⁰” MK hükmüne bakıldığında, kişinin genel olarak ivazsız borçlanmasına sebebiyet veren işlemlere yönelik sınırlama getirilmekte, alacaklı olacağı, örneğin bir kefalet sözleşmesine alacaklı sıfatıyla taraf olacağı, işlemler bakımından böyle bir yasak öngörülmemiştir. Ehliyetsiz eşin vereceği rıza da onun borçlanmasına sebep olacak türden bir işlem olmadığından yasal temsilci vasıtasıyla rızanın verilmesinde sakınca bulunmamaktadır.

2. RIZANIN VERİLMEMESİNİN YAPTIRIMI

Yasada öngörülen rıza anı düzenlemesine göre, kefalet sözleşmesi yapılmasından önce veya en geç kefalet sözleşmesi anında rıza şartının gerçekleşmemesi kefalet sözleşmesinin geçersizliğine yol açacaktır. Daha önce şekil konusunda yaptığımız açıklamalar doğrultusunda çoğunluk görüşü ile Yargıtay uygulamasının da aynı yönde olduğunu belirtmekle burada uygulanacağı kabul edilen yaptırımın kesin hükümsüzlük olacağını belirtelim. Yasada geçerlilik için rızanın verilme koşulu öngörülmüş olduğundan bunun daha sonradan icazetle tamamlanması mümkün değildir⁶⁰¹. Bununla birlikte kefalet sözleşmesi imzalanmasından hemen sonra eş rızasının verilmesinin, yasada öngörülen zamanın geçirildiği anlamına da gelmeyeceğini belirtmek gerekir. Önemli olan rızanın, kefalet sözleşmesi yapıldığı sırada verilmiş olmasıdır. Eş rızası alınmadan yapılan bir kefalet sözleşmesinde, kefilin daha sonradan boşanmış olması durumu da geçersiz sözleşmeyi geçerli hale getirmeyecektir. Ancak kefalet sırasında evli olmadığı için kefalet sözleşmesinin geçerliliği eş rızasına bağlı olmayacağından kefilin daha sonradan evlenmesi başta geçerli olarak kurulan sözleşmeyi etkilemeyecektir. Sözleşmenin daha sonradan değiştirilmesi halinde eğer söz konusu değişiklik önceden evli olmayan kefilin evlenmesinden sonraki bir değişiklikse geçerlilik için eşin rızası gerekli olacaktır. Sözleşmenin yapıldığı

⁵⁹⁹ Özen, a.g.e., s. 190; Reisoğlu, Kefalet, s. 91; Baş, s. 123; Badur, s. 285.

⁶⁰⁰ Dural/Öğüz/Gümüş, s. 400.

⁶⁰¹ Reisoğlu, Kefalet, s. 90; Baş, s. 126; Şıpka, s. 56.

sırada kefilin evli olmaması ancak sözleşmenin yapıldığı sıradaki bir geçerlilik durumuna ilişkindir. Bu yüzden daha sonradan yapılan değişiklik sırasında kefil evli ise değişikliğin geçerliliği için eşin rızası alınmalıdır. Kefilin, sözleşme sırasında eşinin rızası alınması daha sonradan yapılan değişiklik için de rıza verdiği anlamına gelmeyecektir. Yine, sonradan yapılacak değişiklik için de ayrıca rıza vermesi gerekir. Aksi durumun kabulü kanunun şekil koşullarının varlık amacıyla da bağdaşmayacaktır. Bu rızayı da yine değişiklik sırasında vermelidir, yasada öngörülen rızanın verilme anına bakıldığında daha sonradan icazet ile bu rızayı veremeyecektir⁶⁰². Dolayısıyla böyle bir durumun askıda hükümsüzlük sonucunu doğurması mümkün değildir. Sonradan yapılan değişikliklere eşin rıza vermemesi halinde sözleşme baştan itibaren geçerli olarak kurulduğundan sözleşmenin geçerliliği etkilenmeyecek, yalnızca sonraki değişiklik geçersiz olacaktır.

Doktrinde eşin rıza vermemesi halinde diğer eşe hâkimin onayına başvurarak kefaletle ilişkin karar verilmesini talep hakkı bulunup bulunmadığı konusu gündeme gelmiştir. Esasen bu tartışma TBK m. 349 hükmünün eşlerden birine sunduğu imkândan kaynaklanmaktadır. Hükme göre aile konutu olarak kiralanıp kullanılan konuta ilişkin kira sözleşmesinin feshedilmesi diğer eşin iznine bağlanmıştır. Eşin fesih konusunda rıza göstermemesi halinde diğer eşe Sulh Hukuk Hakimliğine başvuruda bulunarak konuyla ilgili karar verilmesini talep hakkı tanınmıştır. Aynı hüküm TMK m. 194/2’de de öngörülmüştür. Yine, TMK m. 206/2-3’te eşin aile ortaklığının malları üzerinde bir tasarruf işlemi yapılmasına haklı bir sebebi olmadığı halde rıza göstermemesi, hâkime, diğer eşin talebi üzerine karar vermek için haklı sebep oluşturduğu kabul edilmiştir. Eşin haklı bir neden olmadan rıza vermesi haline yönelik hâkim müdahalesi gerekeceği ve bu yüzden kefil olan eşe, karar verilmesi için hakimliğe başvurma hakkı tanınması gerektiği iddia edilebilir. Eşin rıza vermemesini, hakkın kötüye kullanılması yarattığı düşünülebilir. Ancak kanımızca böyle bir durumda kefalet sözleşmesine ilişkin yasanın kefilin eşine tanıdığı hakkın kullanılmaması, özü itibariyle hakkın kötüye

⁶⁰² Özen, a.g.e., s. 196-197; Baş, s. 126; Şıpka, s. 56.

kullanılması imkânı yaratmayacaktır. Zira zaten bir sefer kefilin işlemi aile ekonomisine kazanç sağlayacak türden değildir. Tam tersi kefilin yaptığı borçlandırıcı işlem çoğu zaman aile ekonomisinin güvenliğini sarsacak sonuçlar yaratacak düzeydedir. Zaten yasa koyucunun kefile özgü getirdiği bu şartlar aynı zamanda kefilin dikkatli düşünmeden üstlendiği borçlandırıcı işlemin sonuçlarından korunmasını da sağlamaya yöneliktir⁶⁰³. Bu koruma gereksinimi bizatihi kefilin eşine rıza vermemesi için haklı sebep yaratmaktadır. Bu bakımdan TBK m. 583 hükmünde kefile, eşin rıza vermemesi halinde hâkimin müdahalesini talep imkânı verecek bir düzenleme ihtiyacı yoktur⁶⁰⁴. Böyle bir durum zaten sadece alacaklının işine yarayabilir ki bu durum yasa koyucunun kefile koruma amacıyla bağdaşmayacaktır. Bu konuyla ilgili bir diğer görüşte de eşin rıza vermemesi halinde aile içinde huzursuzluklara sebep olacağı ve bu sorunun yasadaki eş rızasının alınması zorunluluğunun kaldırılarak giderilebileceği, kefile ilişkin yasa amacına da TBK m. 429’da yer alan “yasal danışmanlık” kurumunun uygulanmasıyla ulaşılabileceği belirtilmiştir⁶⁰⁵.

Bunların dışında, eşin rıza vermemesi ihtimalinin doğuracağı sonuçları, eşin verdiği rızanın kefalet sözleşmesi metnine göre daha az ve daha fazla düzeyde sorumluluk içermesi açısından ayırım yaparak incelemek uygun olacaktır. Öncelikle belirtelim ki kefalet sözleşmesinin öngördüğü sorumluluğa kıyasla eş rızası metninde belirtilen sorumluluk düzeyinin daha az olduğu durumda, kefilin eşi, kefil için daha fazla sorumluluğa razı gelmiş olacağından eş rızasının kefalet sözleşmesinde öngörülen kadarıyla verilmiş olduğu konusunda kuşku bulunmayacaktır. Bu bakımdan kefilin sorumluluğu, kefalet sözleşmesinde öngörüldüğü kadarıyla geçerli olacaktır.

⁶⁰³ Kırca, 437; Ayrancı, İfanın Sonuçları, s. 98-99.

⁶⁰⁴ Reisoglu, Kefalet, s. 90; Ayan, a.g.e., s. 174; Baş, s. 126 (dn. 65); Hakime başvurulmasını haklı gören görüştekiler için bkz. Yılmaz, s. 77; Necati Aksoylu, Borçlar Kanunu Tasarısındaki Kefalet Sözleşmelerine İlişkin Önemli Değişiklikler, Bankacılar Dergisi, Sayı 72, 2010, s. 99; TBK düzenlemesinden önce Barlas da böyle bir yola başvurulmasının mümkün olduğu görüşündeydi. Bkz. Barlas, Şekle Bağlı Sorunlar, s. 15.

⁶⁰⁵ Yalçınduran, s. 479-480.

Diğer durum, yani kefalet metninde öngörülen sorumluluktan daha azı için eşin rıza vermiş olması durumu birkaç farklı şekilde ortaya çıkabilir. Örneğin sözleşmede öngörülen kefalet azami miktarı eşin rıza verdiğiinden daha yüksek olabilir, kefaletin türü sözleşmede müteselsil kefalet olarak kararlaştırılmış iken eş, adi kefalet için rıza verdiğini belirtmiş olabilir. Böyle bir durumda iki sonuç ortaya çıkabilir. Birinci ihtimalde, kefalet sözleşmesi eşin rıza verdiği kadarıyla geçerli sayılabilir. İkinci ihtimalde ise eş rızasıyla kefalet sözleşmesi uyuşmadığından kefalet sözleşmesi tamamen geçersiz sayılabilir. Belirtmek gerekir ki daha evvel de değindiğimiz üzere kefalet türünün eş rızası metninde hiç belirtilmediği bir halde kural adi kefaletle ilişkin olduğundan bunun adi kefalet olarak kabul edilmesi gerekir. Bundan sonra, rıza metninin diğer taşıması gereken, hangi borca ilişkin verildiği, rıza iradesinin açıkça belirtilmesi gibi özellikler de mevcutsa kefalet geçerli kabul edilecektir.

Birinci ihtimali savunan yazarlara göre, eşin verdiği rıza doğrultusunda sözleşme ayakta tutulmalıdır⁶⁰⁶. Bu yüzden eşin verdiği rıza örneğin adi kefaletle yönelikse fakat kefalet beyanında müteselsil kefalet öngörülmüş ise bu durumda kefil adi kefaletten sorumlu olacaktır. Bu görüşe göre eş rızası bir ehliyet meselesi olduğuna göre zaten sıkı derecede nitelikli yazılı şekil koşullarını taşıyan bir kefalet şeklen geçerlidir ve sonuç itibarıyla söz konusu borca yönelik kefilin eşinin rızası da mevcuttur. Bu yüzden, aslında geçerli olan kefaletin hiç kurulmadığı söylenmemelidir.

İkinci ihtimali savunan yazarlara göre ise, eşin rızasının varlığına rağmen daha fazla sorumluluk öngören kefalet sözleşmesinin geçersizliğinin sonuçlarına katlanacak kişi alacaklının kendisidir⁶⁰⁷. Bu yüzden kefil ile eşinin irade beyanları arasındaki uyumsuzluktan dolayı sözleşmenin geçersiz olmasına ait riziko alacaklıya ait olmalıdır. Bizce de bu sonuç yasa koyucunun kefil koruma amacına daha uygun olacaktır. Zira eş rızası bir tamamlayıcılık unsuru değil, bir geçerlilik

⁶⁰⁶ Taşdelen, s. 753-754; Demir, s. 33.

⁶⁰⁷ Baş, s. 126; Özen, a.g.e., s. 199; Şeker, Eşin Rızası, s. 32.

unsurudur. Ayrıca sözleşme unsurlarıyla uyuşmayan bir rızanın o sözleşme için verilmediği sonucu her zaman için mevcuttur. Böyle bir durumun ispatının yapılması ise güç olacağından verilen kefaletin geçersizliğini saymak daha hakkaniyetli sonuçların elde edilmesini sağlayacaktır.

Belirtmek gerekir ki kanımızca eğer sözleşmedeki eksik veya geçersizliğini bilseydi rıza vermemesine sebep olacak önem düzeyindeki kayıtların durumu eşin rıza iradesini doğrudan ilgilendirecektir. Bu yüzden bu tür kayıtların eksikliği veya geçersizliğini bilmeden rıza veren eşin rızasının geçersizliği iddia edilebilmelidir⁶⁰⁸. TBK m. 587 hükmünün varlığı bu anlamda bize yol gösterecektir. Anılan hükme göre eğer kefil, aynı alacak için başka kefaletler verildiğine veya verileceğine güvenerek kefil oluyorsa ve alacaklı da bu durumu biliyor veya bilmesi gerekiyorsa diğer kefillerin kefaletten vazgeçmeleri veya alacaklının onları kefalet borcundan kurtarması ya da diğer kefillerin kefaletlerinin geçersiz sayılmasına karar verilmesi halinde bu kefil de borcundan kurtulacaktır. Belirtmek gerekir ki kefalet sözleşmesinde eş rızasının zamanında alınmış olduğu ve şekil koşullarını taşıdığına ilişkin ispat yükü alacaklıdadır⁶⁰⁹. Dolayısıyla aslında teminat altına alınan kefaletlerden birinin geçersiz olduğunu alacaklının bilmesi gerekir. Diğer iki durumun da yani diğer kefillerin kefaletten vazgeçmesinin veya kefalet borçlarından alacaklının onları kurtarmasının da alacaklının bilgisi dışında gerçekleşmesi mümkün değildir. Bu yüzden, bu hükümle, kefil için sözleşmeyi yapmasına sebep olacak derecede önem arz eden bir durumun eksikliğinin o sözleşmenin mutlak hükümsüzlüğüne yol açığının hüküm altına alındığını düşünüyoruz. Bu hükümden hareketle örneğin kefillerden birinin eş rızasının alınmaması sonucu bu kefilin geçersiz kefaleti, diğer kefillerin sözleşme yapması açısından önem arz ediyorsa onların sözleşmesinin de geçersiz olmasına sebebiyet verecektir. Kefilin sözleşme yapma iradesi için önem arz eden bu tür bir durumun eşin rıza vermesinde de aynı şekilde önem arz etmesi mümkündür. Eşin rızası, kefilin fiil ehliyetini de etkilemesi düşünüldüğünde kefilin

⁶⁰⁸ Özen, a.g.e., s. 201.

⁶⁰⁹ Kırca, s. 446; Özen, a.g.e., s. 199; Baş, s. 125.

sözleşme yapma iradesinin sonuçları açısından rol oynamaktadır. O zaman, geçersizliği veya eksikliği bilinseydi eşin rıza vermemesine yol açacak türden kayıtların durumunun da rızanın akıbetini belirlemesi mümkün olmalıdır. Bu bakımdan bu tür kayıtların eksikliği veya geçersizliği halinde eş rızasının ve dolayısıyla kefaletin geçerli olmadığı iddia edilecektir.

V. BÖLÜM

KEFALETİN ŞEKİL ŞARTLARI VE EŞİN RIZASI ŞARTININ TBK M.603 HÜKMÜ DOĞRULTUSUNDA DİĞER SÖZLEŞMELERE UYGULANMASI

TBK m. 603'e göre, gerçek kişiler açısından yapacakları kefalet dışındaki diğer kişisel teminat sözleşmelerinin geçerliliği, kefaletinkine uygun yapılmalarına bağlanmıştır. Yani nasıl ki kefalet sözleşmesinin yapılma tarihi, azami miktarı, müteselsilen sorumluluk ifadesinin kefilin el yazısıyla belirtilmesi, kefilin eşinin adi yazılı olarak rızasının alınması gerekliliği ve kefil olmaya ilişkin ehliyet kurallarına uygunluğu sözleşmenin geçerliliği için gerekliyse, diğer kişisel teminat sözleşmelerinin de geçerli olması için bu koşulları sağlaması gerekmektedir. Belirtmek gerekir ki söz konusu hüküm, 6098 Sayılı TBK ile gelen yeni düzenlemelerden biridir. Mülga 818 Sayılı BK'da bu hükmün karşılığı yoktur. Yine, 1942 tarihli İsv. BK'ya da yabancı bir düzenlemedir. Tasarıda bu hükmün getiriliş amacı olarak, kefaletin getirdiği sıkı şekil şartı ve diğer geçerlilik şartları karşısında tarafların bu şartları dolanmak amacıyla farklı isim altında kişisel teminat sözleşmesi yapmaları sonucu kefilin korunması çabalarının etkisizleştirilmesinin önüne geçmek olduğu belirtilmiştir⁶¹⁰. Diğer kişisel teminat sözleşmelerine örnek olarak, garanti sözleşmesi, aval, üçüncü kişinin filini üstlenme, komisyoncu garantisi, sözleşmeye katılma gibi sözleşmeler sayılabilir. Ancak madde hükmünün uygulanacağı sözleşmelere, sözleşme tarafları ve teminat tipi açısından kısıtlama getirildiğinden, uygulama alanı bulacak sözleşmelerin

⁶¹⁰ Tasarı metni için bkz. <https://www2.tbmm.gov.tr/d23/1/1-0499.pdf>.

tespiti gereklidir. Yasada bu koşulların, yalnızca gerçek kişilerin vereceği kişisel teminat sözleşmelerinde uygulanacağı öngörülmüştür. Dolayısıyla tüzel kişilerin vereceği mesela bir taşınmaz rehni açısından yasa hükmü uygulama alanı bulamayacaktır. Doktrinde kredi emri⁶¹¹ (TBK m. 516), belgeli akreditifin ve kredi sigorta sözleşmesinin⁶¹² kişisel teminat sözleşmesi olmadığı ve TBK m. 603 hükmünün uygulanmayacağı iddia edilmiştir. Banka teminat mektubu ve kontgaranti ise tüzel kişi tarafından verildikleri için TBK m. 603 hükmüne tabi olmayacaklardır⁶¹³. Yasada tabi olacağı şekil ve geçerlilik koşulları açıkça belirtilen gerçek kişilere ait kişisel teminat sözleşmelerine de TBK m. 603 hükmü uygulanmayacaktır⁶¹⁴.

Hükmün getiriliş amacı bir yana yasanın tüm kişisel teminat sözleşmeleri açısından topluca bir düzenleme öne sürmesi, bu konuda her teminat sözleşmesinin özelliğine göre ayrımların yapılması ihtiyacının gözardı edilmesi ve şekil serbestisi prensibine aykırılık teşkil etmesi itibarıyla birtakım eleştirilere de mahkumdur⁶¹⁵. Nitekim bazı koşulların bazı kişisel teminat sözleşmesi açısından uygulanma imkanının olmaması, maddenin bu sözleşmeler açısından ihtiyaçlara cevap vermemesi gibi birtakım sebepler Yargıtay tarafından birbiriyle çelişkili kararlar verilmesine yol açmış ve en nihayetinde yasanın yarattığı bu tür sorunların üstesinden gelinmesi içtihat birliği ile aşılmaya çalışılmıştır. Bununla birlikte doktrinde genellikle, madde, getirilme nedeni açısından önemi ortaya konup gerekliliği düşünülerek olumlu karşılanmıştır⁶¹⁶. Çalışma konumuz kefaletin şekil şartları ve eşin rızasının alınması koşuluna yönelik olduğu için yalnızca bu iki

⁶¹¹ Kuntalp, s. 287-288; Tandoğan, C. 2, s. 689; Karş. görüşte Özen, a.g.e., s. 52-53.

⁶¹² Her iki çeşitteki belgeli akreditif ve (kredi) sigorta sözleşmesi açısından da kişisel teminat sözleşmesi olup olmadıkları konusunda tartışma vardır. Bkz. Tandoğan, C. 2, s. 689; Hatemi/Serozan/Arpacı, s. 520; Özen, a.g.e., s. 7.

⁶¹³ İzzet Başara, Banka Teminat Mektuplarının Hukuki Niteliği, TBB Dergisi, 2009, Sayı 8, s.307 vd.; Kemal Atasoy, Garanti Sözleşmesinin Türleri, Hukuki Özellikleri ve Sonuçları, Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 5, Sayı 1, 2019, s. 109-110; Şeker, s. 120 (dn. 70).

⁶¹⁴ Reisoglu, Kefalet, s. 323.

⁶¹⁵ Reisoglu, Kefalet, s. 323; Badur, s. 294; Demir, s. 120; Kılıçoğlu, s. 2592 vd.

⁶¹⁶ Haluk Burcuoğlu, Türk Borçlar Kanunu Tasarısında Yeni Kefalet Düzenlemesi ile İlgili Bazı Gözlemler, Türk-İsviçre Hukuk Günleri Banka ve Tüketici Hukuku Sorunları Sempozyumu, İstanbul, Onikilevha Yayınları, 2010, s. 291; Altop, s. 160; Sabah Altay, Borca Katılma, Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul, 2010, s. 142.

türden geçerlilik koşulunun TBK m. 603 uyarınca uygulamada en çok karşımıza çıkan ve üzerinde fikir birliği sağlanan teminat amaçlı garanti ve borca katılma sözleşmeleri bakımından uyarlanması işlenecektir. Yine, avalin TBK m. 603'e uyarlanmasının uygulamada sorunlar çıkarması ve Yargıtay kararlarında farklılıklara meydan vermesi sonucu oluşturulan Yargıtay İçtihatlarını Birleştirme Büyük Genel Kurulu Kararı doktrindeki eleştiriler eşliğinde incelenecektir.

1. TBK M. 603 GÖRÜNÜMLERİ

1.1. TEMİNAT AMAÇLI GARANTİ SÖZLEŞMESİ BAKIMINDAN

Garanti sözleşmeleri, TBK'da düzenlenmemekle⁶¹⁷ birlikte uygulamada özellikle banka ve diğer finans kurumları tarafından işlemlerinde kullanılmak üzere sıkça başvurulmuş bir kurumdur. Genel anlamda garanti sözleşmelerinin tanımını yapmak gerekirse, garanti veren taraf, garanti alana karşı bir girişiminden kaynaklı ekonomik bir tehlikeyi üstlendiği borçlanma sözleşmesi olarak tanımlanabilir⁶¹⁸. Burada, umulan bir sonuçtan kaynaklı garanti veren (garantör), garanti alana o girişimi yapmasına rağmen beklenen kazancı elde edemezse buna ilişkin riski üzerine almaktadır. Teminat amaçlı garanti sözleşmesi ise bunun bir türü olarak karşımıza çıkmaktadır. Burada ise garantör, garanti alana söz konusu borç ilişkisinden bağımsız olarak edimin gerçekleşmemesi veya ifa edilmemesi riskini üstlenmektedir⁶¹⁹. Bu sözleşmeler kefaletle yakınlığı dolayısıyla doktrinde kefalet benzeri olarak da tanımlanmaktadır. Yalnız buradaki teminat fonksiyonunun kefaletteki gibi fer'i bir nitelikte olmaması, garantörün borcunun zarar ortaya çıktığı anda doğması, garantörün kişisel veya ekonomik bir menfaat elde ediyor olması ve

⁶¹⁷ Bununla birlikte bazı yazarlar tarafından “Üçüncü kişinin fiilini üstlenme” başlıklı TBK m. 128 (mülga BK m. 110) hükmünün garanti sözleşmelerine karşılık geldiği de düşünülmektedir. Bkz. Haluk Tandoğan, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri (Borçlar Özel), C. 2, 3. Baskı, Ankara, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 1987, s. 848 (dn. 161); Kayak, s. 28; Bilgen, s. 156.

⁶¹⁸ Yavuz/Acar/Özen, a.g.e., s. 796; Reisoğlu, Kefalet, s. 122.

⁶¹⁹ Yavuz/Acar/Özen, s. 797; Tandoğan, C.2, s. 809; Kayak, s. 28; Demir, s. 103.

rücu hakkının daha sınırlı olması gibi kıstaslar garantörün sorumluluğunun kefilinkinden çok daha ağır bir sorumluluk olduğunu gözler önüne sermektedir⁶²⁰.

Garanti sözleşmelerinin bahsedilen ağır koşulları, TBK'da düzenlenmemesine rağmen belirli şartlara tabi kılınması ihtiyacını daha çok hissettirmektedir. Zira garanti sözleşmesinden daha hafif koşullara sahip olan kefalet sözleşmesinin bile sıkı şekil koşullarına tabi kılındığı düşünüldüğünde garanti sözleşmesi için şekil serbestisinin öngörülmesi kanunun amacına aykırı olur⁶²¹. Bu uğurda garantörün azami sorumluluk miktarını, garanti tarihini kendi el yazısıyla belirtmesi gerekecektir⁶²². Yine, daha ağır olan garantörün aldığı sorumluluk ailenin ekonomik birliğini de yakından ilgilendireceğinden evli garantörün eşinin rızasının alınması gerekecektir⁶²³. Garantörün müteselsil açıdan bir sorumluluk üstlendiğine ilişkin bir ibare koymasının gerekip gerekmeyeceği de müteselsil kefilin aldığı sorumluluk ile garantörün sorumluluğunun ağırlığı karşılaştırılarak bulunabilir⁶²⁴. Yasa koyucu, kural olan adi kefalete istisnaen müteselsil kefil olunduğunu kefilin el yazısıyla belirtmesi gerektiği ağırlaşan sorumluluğun açıkça kabul edildiğinin belirli olmasını beklemiştir. Buna göre zaten müteselsil kefilinden de ağır bir sorumluluk altına giren garantörün böyle bir ibareye ihtiyaç duymayacağı yasa koyucunun amacından yola çıkılarak varılabilecek bir sonuçtur. Yine, garantörün sorumluluğu sözleşmenin özü itibarıyla müteselsil olamayacağından da aynı sonuca varılabilecektir⁶²⁵. Bununla birlikte, sözleşmenin tipinin belirlenmesi açısından sözleşmede, söz konusu sorumluluğun bağımsız bir nitelikte olduğunun belirtilmesi gibi bir takım ayırt edici unsurlara yer verilmesi

⁶²⁰ Hatemi/Gökyayla, s. 300; Yavuz/Acar/Özen, s. 799-800; Reisoğlu, Kefalet, s. 129-134; İdil Zeynep Öztürk, Kişisel Teminat Sözleşmelerinde Rücu İlişkileri, Yayınlanmamış Yüksek lisans Tezi, s. 138 vd.

⁶²¹ Özen, a.g.e., s. 48; Gümüş, s. 375; Bununla birlikte kural garanti sözleşmelerinde şekil serbestisi prensibi olmasından dolayı kişisel teminat sağlamayan garanti sözleşmeleri bakımından TBK m. 603 hükmü geçerli olmayacaktır. Bkz. Reisoğlu, Kefalet, s. 122-123; Bu konudaki Y. 11. HD. 27/12/1990 T., 1989/4046 E., 1990/8459 K. sayılı kararı için bkz. <https://www.sinerjimevzuat.com.tr/index.jsf?dswid=2582#>.

⁶²² Özen, a.g.e., s. 49; Reisoğlu, Kefalet, s. 323; Yavuz/Acar/Özen, s. 798; Zevkliler/Gökyayla, s. 14.

⁶²³ Baş, s. 140; Özen, a.g.e., s. 48; Şeker, s. 121; Badur, s. 294; Sadioğlu, s. 217.

⁶²⁴ Özen, a.g.e., s. 49.

⁶²⁵ Gümüş, s. 375.

uygun olacaktır. Aksi halde sözleşmenin adi kefalet olarak nitelendirilmesi mümkündür. Zira TBK m. 603 hükmü, bunun başka sözleşmelere tahvil edilmesi imkanını ortadan kaldırmıştır⁶²⁶. Belirtmek gerekir ki teminat amaçlı garanti vaadinde bulunulması da yine, TBK m. 29 ve TBK m. 603 hükmünün atfı dolayısıyla kefalet sözleşmesinin geçerlilik şekline uygun yapılmalıdır.

1.2. TEMİNAT AMAÇLI MEVCUT BORCA KATILMA SÖZLEŞMESİ BAKIMINDAN

Mülga BK'da yer verilmeyen borca katılma sözleşmeleri TBK m. 201'de düzenlenmiştir. Buna göre bu sözleşme tipi borca katılan ile alacaklı arasında, borca katılanın borçlunun yanında yer almak üzere müteselsilen sorumluluk üstlendiği bir sözleşmedir. Borca katılanın sorumluluğunun sonradan edim üstlenmesi ve fakat kuruluş aşamasında asıl borca bağlı olması yönünden başlangıçta fer'i nitelikte olduğu çoğunlukla kabul edilmektedir⁶²⁷. Ancak bu sorumluluk daha sonradan bağımsızlaşmaktadır⁶²⁸. Bu yüzden de borçlunun sahip olduğu savunma imkanlarından daha sonra yararlanamaz⁶²⁹. Bu durum, müteselsil kefile göre borca katılanın daha üst bir düzeyde sorumluluk sahibi olduğunu göstermektedir. Yine, kefil kendi borcundan sorumlu iken borca katılan asıl borçlunun borcundan sorumlu olmaktadır⁶³⁰. Tüm bu durumlar kefalet sözleşmesine nazaran borca katılma sözleşmesinde üstlenilen sorumluluğun daha ağır olduğunu göstermektedir.

Borca katılma sözleşmesinin teminat amaçlı yapılması ve borçtan kurtarma amaçlı yapılması doktrinde, ona uygulanacak şekil ve yaptırım kurallarının belirlenmesi açısından ayırım yapılmasına yol açmıştır. Bu uğurda kural olarak borca katılma sözleşmesinin teminat amaçlı olarak yapıldığı ve istisnaen borçtan

⁶²⁶ Demir, s. 104.

⁶²⁷ Özen, a.g.e., s. 50; Tandoğan, C. 2, 706; Demir, s. 108; Altay, s. 44-46.

⁶²⁸ Özen, a.g.e., s. 51; Altay, s. 46; Turan Başara, s. 422.

⁶²⁹ Reisoğlu, Kefalet, s. 110; Özen, a.g.e., s. 51.

⁶³⁰ Tandoğan, C. 2, s. 702; Reisoğlu, Kefalet, s. 110-111.

kurtarma amaçlı yani borcun üstlenilmesi amacıyla yapıldığı kabul edilmiştir⁶³¹. Bu durumda TBK m. 603 kapsamında teminat amaçlı borca katılma sözleşmeleri uygulama alanı bulacaktır.

Kefaletin doğuracağı sorumluluğa göre borca katılana daha ağır bir sorumluluk yüklemesi bakımından kefalet geçerlilik kurallarının, teminat amaçlı garanti sözleşmelerinde olduğu gibi borca katılmada da geçerli olması beklenir. Gerçekten de borca katılanın sorumluluğunun asıl borçlu ile aynı olması ve savunma imkanlarından ancak ilk etapta yararlanabilmesi bu sonucu doğuracaktır⁶³². Buna göre teminat amaçlı borca katılma sözleşmelerinin de nitelikli yazılı şekle uygun yapılması gerekecektir. Bununla birlikte yasa gereği tüm borca katılma sözleşmelerinde üstlenilen sorumluluk müteselsil nitelikte olduğundan sözleşmede müteselsil sorumluluk ibaresinin belirtilmesine ihtiyaç bulunmamaktadır⁶³³. Borca katılanın eş rızasının alınmaması da yasanın amacına aykırı olacağından en geç borca katılma sözleşmesi yapılması anına kadar borca katılanın eşinin rızası alınmak gerekecektir⁶³⁴. Borca katılma vaadinde bulunulması da TBK m. 603 hükmü uygulama kapsamındadır⁶³⁵.

2. TBK M. 603'ÜN AVALE UYGULANMAYACAĞI MESELESİ

TBK m. 603 hükmünün, bir kişisel güvence türü olan aval bakımından da uygulama alanı bulup bulmayacağı konusu, kimi taraflarca avalin ticari hayatta sıkça kullanılışı ve ticari hayatın ihtiyaçlarıyla uyuşmadığı eleştirisiyle, kimi taraflarca da kanun koyucunun amacı doğrultusunda yorumlanarak hukuk

⁶³¹ Kayak, s. 38; Altay, s. 97; Karşı görüşte Develioğlu, borca katılmanın başlıca amacının teminat olmadığını belirtmiştir. Bkz. Hüseyin Murat Develioğlu, İsviçre Federal Mahkemesi'nin 23 Eylül 2003 Tarihli Kararı Işığında Kefalet Sözleşmesi-Borca Katılma Ayrımı, Prof. Dr. Erden Kuntalp'e Armağan, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.1, Sayı 1, 2004, s. 320.

⁶³² Özen, a.g.e., s. 51; Zevkliler/Gökayla, s. 535; Barlas, Yeni BK, s. 28; Altay, s. 142; Kırca, s. 437; Altop, s. 160; Aksoylu, s. 112.

⁶³³ Özen, a.g.e., s. 51; Demir, s. 108.

⁶³⁴ Baş, s. 140; Özen, a.g.e., s. 51; Şeker, s. 121; Kırca, s. 437; Altop, s. 160; Badur, s. 294; Sadioğlu, s. 217.

⁶³⁵ Gümüş, s. 330.

camiasının gündemini epeyce tutmuştur. Aval kısaca, kefaletin kambiyo senetlerindeki görünümü olarak tanımlanabilir⁶³⁶. Bununla birlikte kefalete göre daha ağır nitelikte birtakım farkları bulunmaktadır. Kefaletteki fer'i borç görünümü yerine avalde bağımsız bir borç vardır⁶³⁷. TTK m. 702/2'ye göre avalin geçerliliği, kambiyo senedindeki geçersizlik şekle yönelik bir geçersizlik olmadıktan sonra, kambiyo senedinin geçerliliğine bağlı değildir. Oysa kefaletin geçerli olması için geçerli bir borcun varlığı gerekir. Avalist, lehine aval verdiği kişi gibi sorumlu olur⁶³⁸. Bu yüzden kambiyo senedi zamanaşımına uğrarsa avalin borcu da zamanaşımına uğrayacaktır⁶³⁹. Fakat lehine aval verilen kişinin borcunun zamanaşımı süresi kesilse bile bu durum avalistin zamanaşımını etkilemez⁶⁴⁰. Oysa kefalette TBK m. 155/2'ye göre asıl borçlunun zamanaşımının kesilmesi halinde kefilin zamanaşımı da kesilecektir. Avalistin borcunun bağımsızlığından dolayı, avalist ödeme yaptıktan sonra alacaklının haklarına halef olmaz. Onun yalnızca asıl borçluya ve ona karşı sorumlu olanlara başvuru hakkı vardır ve bu hak bağımsızdır, alacaklının haklarından ileri gelmez⁶⁴¹. Kefalette kefil olma iradesi asıl sözleşme metni dışında ayrı bir kâğıtta, metinde belirtilebilecekken, avalistin iradesi kambiyo senedinin üzerinde yer alması gerekir⁶⁴². Bu irade TTK m. 701'e göre 'aval içindir' veya eş alama gelen bir ifadeyle ya da sadece polişe ön yüzüne imza atılarak da belirtilebilir. Avaldeki şekle ilişkin bu hususun TBK m. 603 hükmü bakımından kefaletin nitelikli yazılı şartı yerine getirilerek yapılması gerekip gerekmeyeceği konusu gündeme gelmiştir. Buna göre 'aval içindir' ibaresinin avalistin el yazısıyla yazılması, bunun yanında avalist olma tarihinin ve avalist olunan azami miktarın ayrıca el yazısıyla belirtilmesi gerekecektir. Buna karşılık TTK m. 701 hükmü, 'aval içindir' ifadesi veya aynı anlama gelen başka bir ifade belirtilmese bile

⁶³⁶ Muzaffer Şeker, Kefalet ve Avalde Eşin Rızası, İstanbul, Onikilevha Yayıncılık, 2017, s. 65.

⁶³⁷ Özen, a.g.e., s. 45; Mehmet Çelebi Can, TBK'nun 603. Maddesinin Kıymetli Evrak Hukukunda Uygulanabilirliği- Avalde Eşin Rızası Aranmalı mı, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 21, Sayı 3, 2017, s. 48.

⁶³⁸ Can, s. 46; Koşer, s. 244.

⁶³⁹ Koşer, s. 251.

⁶⁴⁰ Şeker, s. 65; Özen, a.g.e., s. 46.

⁶⁴¹ Özen, a.g.e., s. 46; Can, s. 48; Koşer, s. 256.

⁶⁴² Özen, a.g.e., s. 47; Can, 46; Şeker, s. 66-67; Koşer, s. 246; Reisoğlu, Muteberlik, s. 378; Tandoğan, Kefalet, s. 41.

senedin ön yüzündeki lehtar ve keşideciye ait olmayan başka imzaların aval için atıldığını kabul ettiğinden sadece imza ile de avalistin iradesi anlaşılabilir. Bu yüzden TTK m. 701’de öngörülen özel şekil düzenlemesi karşısında TBK m. 583 nitelikli yazılı şekli avalin yapısıyla uyuşmamaktadır.

Yine, eş rızası zorunluluğunun avalist bakımından da yerine getirilmesi gerekip gerekmeyeceği de başka bir sorundur. Madde metnine ve gerekçesine bakıldığında kefalete ilişkin geçerlilik hükümlerinin dolanılarak *“başka adlar altında yapılan diğer sözleşmelere”* de uygulanacağını hüküm altına alındığı anlaşılmaktadır. Gerekcede TBK m. 128’de düzenlenen üçüncü kişinin fiilini taahhüt örnek olarak verilmiştir. Belirtmek gerekir ki gerekçedeki *“diğer sözleşmeler”* ifadesinden anlaşılması gerekenin TBK’da düzenlenen sözleşmelere mi yoksa TBK ile birlikte diğer kanunlarda da düzenlenen sözleşmelere ilişkin mi ve/veya hiç düzenlenmeyen sözleşmeler için mi olduğu açık değildir. Ayrıca *“sözleşmeler”* ifadesinden tek taraflı yapılan örneğin aval gibi bir işlemin maddenin kapsamı dışında olduğu da iddia edilebilir⁶⁴³. Öte yandan sadece üçüncü kişinin fiilini taahhüt örneğinin verilerek uygulamada sıkça kullanılan aval gibi diğer sözleşmelere uygulanmayacağını iddia edildiği de görülmektedir⁶⁴⁴. Yasa lafzının bu tür sorunları yaratmaya yönelik değil aksine üzerinde düşünülerek sorunları çözer açıklıkta tercih edilmesi yasanın düzeni sağlayıcı fonksiyonunu yerine getirmesi açısından kaçınılmaz bir gereklilik olduğunu belirtmek gerekir.

Doktrinde konu ile ilgili görüş birliği sağlanamadığı gibi Yargıtay, önüne gelen uyuşmazlıklara verdiği farklı yöndeki kararlarıyla yüksek mahkemenin de bu konuda kafa karışıklığı yaşadığını ortaya koymuştur. Özellikle eş rızasının

⁶⁴³ Doktrinde çoğunlukla avalin hukuki niteliğinin sözleşme olduğu kabul edilmekle birlikte bir kısım yazarlar tarafından tek taraflı hukuki işlem olarak da tanımlanmıştır. Bkz. Koşer, s. 246-247.

⁶⁴⁴ Kılıçoğlu, s. 2598.

alınmasının gerekip gerekmeyeceği konusunda Yargıtay 12. HD⁶⁴⁵ ve 19. HD⁶⁴⁶, TBK m. 584 hükmünün aval için uygulanmayacağını belirttiği kararlar vermiş iken, 11. HD uygulanması gerektiği yönünde kararlar vermiştir. Yargıtay 12. HD'nin eş rızasının alınmayacağı yönünde verdiği bir karar, karşı direnme yoluyla Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun önüne gelmiş, uyuşmazlıkta Genel Kurul da eş rızasının aval için alınmasının gerekmediğine karar vermiştir⁶⁴⁷. Bu konudaki karışıklık giderilemediği için en son Yargıtay İçtihatları Birleştirme Büyük Genel Kurulu tarafından konu ele alınmak gerekmiş ve TBK m. 603'ün avalde uygulama alanı bulamayacağı ve bu yüzden avalin TBK m. 584'ün kapsamına girmeyeceğine oy çokluğuyla karar verilerek bu konudaki içtihat birliği sağlanmıştır.

Bununla birlikte bu tartışmalar devam edecek gözükmektedir. Doktrinde Kılıçoğlu tarafından TBK m. 603 hükmünün yasadan çıkarılması ve TBK m. 128 hükmünün geçerlilik koşullarının kefaletin yasada öngörülen koşullarına bağlanması gerektiği ifade edilmiştir⁶⁴⁸. Yazar, bu kanıya TBK m. 603 gerekçesinden yola çıkarak varmaktadır. Madde gerekçesinde, “*Maddede kefilî koruyucu hükümlerden kurtulmak amacıyla, başka adlar altında yaptıkları sözleşmelere de kefalet hükümlerinin uygulanacağı belirtilmektedir. Böylece, mesela kefalet sözleşmesi yerine, üçüncü kişinin fiilini üstlenme sözleşmesi yapılmasında olduğu gibi, alacaklıların kefilî koruyucu hükümlerden kurtulmalarının ve bunları dolanmalarının önlenmesi*” amaçlandığı belirtilmiştir. Yazar, buradaki “*başka adlar altında yapılan diğer sözleşmeler*” ifadesinden kastın üçüncü kişinin fiilini taahhüt sözleşmesi olduğunu iddia etmektedir. Bu bakımdan

⁶⁴⁵ Y. 12. HD. 28.01.2013 T., 2013/27594 E., 2013/37762 K.; 18.11.2013 T., 2013/27840 E., 2013/36202 K.; 15.05.2014 T., 2014/10176 E., 2014/14470 K.; 11.05.2015 T., 2015/11249 E., 2015/13095 K.; 28.01.2016 T., 2015/25240 E., 2016/2668 K. sayılı kararları için bkz. www.lexpera.com.tr (e.t. 07.11.2020)

⁶⁴⁶ Y. 19. HD. 16.10.2014 T., 2014/12290 E., 2014/15241 K.; 8.12.2014 T., 2014/13328 E., 2014/17618 K.; 09.02.2015 T., 2014/12410 E., 2015/1564 K.; 14.06.2016 T., 2016/3207 E., 2016/10639 K.; 16.02.2017 T., 2016/12169 E., 2017/1231 K. sayılı kararları için bkz. www.lexpera.com.tr (e.t. 07.11.2020)

⁶⁴⁷ Y. HGK. 24.05.2017 T., 2017/1135 E., 2017/1012 K. için bkz. <https://www.sinerjimevzuat.com.tr/index.jsf?dswid=2582#> (e.t. 07.11.2020)

⁶⁴⁸ Kılıçoğlu, s. 2598.

TBK. 128’de buna uygun değişiklik yapılarak TBK m. 603 hükmünün çıkartılmasının yerinde olacağı kanaatindedir.

Bunu dışında birçok yazar madde hükmünün önemini belirtmekle birlikte hükmün amaçsal anlamda yorumlanarak aval açısından da ayrıma gidilmesi gerektiğini belirtmiştir. Bu yüzden TBK m. 583 hükmü anlamında aval için TTK m. 701 hükmü şekil konusunda özel olarak düzenlendiğinden TBK m. 603 uygulanmayacağı düşünülmektedir⁶⁴⁹. Bununla birlikte eş rızasına ilişkin TTK’da düzenleme öngörülmediğinden avalde TBK m. 584 hükmüne göre eş rızası şartı yerine getirilmesinin kanunun amacıyla daha fazla bağdaşacağı belirtilmektedir⁶⁵⁰. Doktrinde bu görüşe karşı avaldeki ticari hayatın pratiklik ihtiyacı içerisinde eş rızasının alınmasının mümkün olmayacağı dile getirilmektedir⁶⁵¹. Öte yandan TTK’da eş rızasına ilişkin herhangi bir düzenleme olmadığından eş rızasının alınması gerekmediği de iddia edilebilir. Belirtmek gerekir ki burada TBK ve TTK’nın düzenlenme zamanları hemen hemen aynı olup TBK ve TTK’nın yürürlük tarihlerinin aynı olmasından⁶⁵² dolayı bir önceki hüküm-sonraki hüküm ilintisi kurarak konu değerlendirmesi doğru sonuca götürmeyecektir. Zira her ne kadar TBK hükmü daha önce kabul edilse de aralarında yalnızca 10 günlük bir fark vardır ve maalesef TTK m. 701 hükmü, TBK değişikliği göz önünde tutularak yapılmamış, yalnızca mülga 6762 Sayılı Ticaret Kanunu’nun dili sadeleştirilmekle yetinilmiştir⁶⁵³. Yine, avalin düzenlenme kolaylığı ve üstlenilen sorumluluğun kefaletle göre olan ağırlığı karşısında kefalet hükümlerinin dolanılması tarafımızca daha mümkün görüldüğünden kanaatimizce de ehliyet ve eş rızasına ilişkin kefalet

⁶⁴⁹ Reisoğlu, Kefalet, s. 323; Özen, a.g.e., s. 53; Baş, s. 141; Havutçu/Günay, Yargıtay İçtihatları Birleştirme Büyük Genel Kurulu’nun E. 2017/4, K. 2018/5 ve T. 20.04.2018 Tarihli Kararının Değerlendirilmesi, Banka ve Finans Hukuk Dergisi, C. 8, Sayı 32, 2019, s. 993 vd.; Kırca da maddenin tasarısı zamanında TBK m. 603’ün kefaletin ehliyet kuralları açısından avale de uygulanması gerektiğini ileri sürmüştür. Bkz. Kırca, s. 437-438.

⁶⁵⁰ Özen, a.g.e., s. 53; Kırca, s. 437; Havutçu/Günay, s. 996; Baş, s. 141; Demir, s. 115; Badur, s. 296;

⁶⁵¹ Koşer, s. 253; Can, s. 67.

⁶⁵² TBK’nın 648. maddesinde ve TTK’nın 1534. maddesinde kanunların yürürlük tarihi 1 Temmuz 2012 olarak belirtilmiştir.

⁶⁵³ 6701 Sayılı TTK madde gerekçeleri için bkz. <http://www.ticaretkanunu.net/wp-content/uploads/2010/04/Turk-Ticaret-Kanunu-Madde-Gerekceleri.pdf>.

şartlarının yerine getirilmesi gerekmektedir. Bununla birlikte gerçekten de TTK m. 701 hkmyle özel olarak düzenlenmiş şekil şartlarının varlığı ve şartların amacının kefaletten farklı olarak senede tedavül kolaylığı sağlamak olması⁶⁵⁴, kefaletin şekil şartlarının uygulanması gereğini doğurmamaktadır. Bu anlamda kambiyo senetlerinin kendine özgü şekil yapısı kefaletin şekliyle bağdaşmamaktadır.



⁶⁵⁴ Koşer, s. 255.

SONUÇ

Kefaletle özgü şekil şartları ve eş rızası zorunluluğu ile kefalet benzeri bazı sözleşmelerin bu iki türden şarta bağlı olması konularının incelendiği çalışmamızda görülmüştür ki 6098 Sayılı TBK düzenlemesi ile çok önemli ve köklü bir revizyon yapılmıştır. Genel anlamda kaynak 1942 Sayılı İsv. BK değişikliği baz alınsa da birtakım farklılıkların bulunduğu gözlenmiştir. Bununla birlikte mülga kanunun kaynak kanuna göre geriden gelmesinden kaynaklı sıkıntıların çözülmeye çalışıldığı Yargıtay içtihatlarındaki farklılıklar başka problemlerin ortaya çıkmasına sebep olmuştur. Bu da bir kanun değişikliği ihtiyacının aslında ne kadar gerekli olduğunu ortaya çıkarmıştır.

TBK m. 583'te kefalet sözleşmesinde, kefilin sorumlu olacağı parasal üst sınırın, kefalet tarihinin ve varsa müteselsil kefalet iradesinin kefilin kendi el yazısıyla yazılması gerekeceği kararlaştırılmıştır. Mülga kanuna nazaran bu hükümde bahsedilen unsurların böyle sıkı bir şekle bürünmesinin kararlaştırılması aslında yasa koyucunun amacını da anlatmaktadır: Kefile üstlendiği sorumluluğu tekrar düşündürmek ve onu acele davranışlarından korumak. İşte, kefalet açısından öngörülen tüm şartlar genel anlamda bu amaç doğrultusunda şekillendiğinden yasa düzenlemelerini de bu açıdan okumak gerekir. Buna eş rızasının alınması şartı da dahildir. Bununla birlikte bu şartın, aile birliğinin sağlanması açısından, kefilin düşüncesiz davranması sonucu ayrıca etkilenecek olan aile ekonomisinin de korunması amacıyla ele alındığı söylenebilir.

Her ne kadar kaynak İsv. BK'da yer alan düzenlemeler doğrultusunda 6098 Sayılı BK düzenlenmiş ise de bazı düzenlemeler farklı yapılmıştır. Örneğin İsv. BK'daki kefilin sorumlu olacağı üst sınırı rakam olarak yazması koşulu ve 2000 frangın üstünde olan parasal sınırların konu olduğu kefalet sözleşmelerinin resmi şekille yapılması zorunluluğu en önemli farklılıklardan biri olarak göze çarpmaktadır. Her ne kadar TBK'da parasal üst sınırı kefilin el yazısıyla yazması şartı getirilmiş ise de bunun rakamla belirtilmesi zorunluluğu olmaması mülga

kanun zamanındaki Yargıtay içtihat uygulaması farklılıklarının yaşanmasına sebebiyet verebilir. Yasanın bu konuda eski düzenlemeye oranla aynı boşluğu muhafaza eder şekilde düzenlemesinin aşılması için Yargıtay'ın, önüne gelen uyuşmazlıkta, kanunun amacı doğrultusunda ve olması gereken hukuka göre yorum yaparak parasal üst sınırın rakamla belirtilmiş olmasına göre kefaleti geçerli sayması gerekir. Öte yandan, belli bir parasal sınırdan fazlası için verilen kefaletlerde resmi şekil şartının öngörülmemiş olması Türk Hukuku'nda resmi şekilde yapılan kefalet sözleşmelerinin geçerliliği için aranan şartın resmi şekil şartı olmadığı sonucunu doğurmuştur. Nitekim, kanunun, resmi şekil yerine bazı unsurların kefilin el yazısıyla belirtilmesi koşuluna bakıldığında kefaletin daha kendine has ve spesifik özellikte şekil koşullarına sahip olduğu anlaşılmaktadır. Bu şekil ise, şekil koşullarının kendine has bu özelliklerine bakıldığında “dar anlamda nitelikli yazılılık şekli” olarak tanımlanabilecektir. Yine, İsv. BK'da, yalnızca tüzel kişi ile kamu borçları için öngörülen ve herhangi bir unsurun kefilin el yazısıyla yazılmasının şart koşulmayıp, belli unsurların kefalet senedinde belirtilmiş olmasının yeterli olduğu “geniş anlamda nitelikli yazılı şekil” ise TBK'da öngörülmemiştir.

Kanunda öngörülen el yazılı şekil zorunluluğunun, elini kullanamayan, okuma yazma bilmeyen veya göremeyen insanlar için nasıl yerine getirileceği konusu ise sorun teşkil edebilecek niteliktedir. Elini kullanamayan insanların yazılarını başka organlarını kullanarak kendilerine has özellikte yazı karakteri oluşturdukları ve o yazı karakterinin o kişiye ait olduğunun söylenebileceği durumlarda sırf el organı ile yazmadığı gerekçesiyle kefaletin geçersiz sayılması ne kanunun amacı ile ne de taraf iradeleriyle bağdaşır. Okuma yazma bilmeyen insanların iradelerini sözleşmede kendi yazılarıyla belirtme şartı arandığından kefil olmaları mümkün görülmemektedir. Kanunda resmi şekil şartı öngörülmediğinden ve kanaatimizce resmi şekil şartı kefaletin kendine özgü şekil şartını karşılamadığından kefaletin noterde düzenlenmesiyle de bu sorun aşılamayacaktır. Zaten yasanın kefilin kendisini ilgilendiren böyle sıkı şekil şartı öngörmesinin amacı da kefilin üstlendiği sorumluluğu tayin edebilmesi, anlayabilmesidir. Ancak

okuma yazma bilmeyen insanların eğitim düzeyleri de düşünülünce sayfalar dolusu bir kredi sözleşmesini söz gelimi noterin onlara okuması bile çok büyük olasılıkla bu sorumluluğu anlamalarına yeterli derecede yardım etmeyecektir. Dolayısıyla resmi şekil şartının sağlanmış olması tek başına yasa amacını gerçekleştirmeyecektir. Ancak resmi şekil, kefilin el yazısıyla yazması beklenen unsurları noterin yanında kendi el yazısıyla yazdığı bir durumda yasa amacını karşılayabilir ki böyle bir durumda da kişinin okuma yazma bilmesi gerekecektir. Zaten bu halde de noterin yalnızca onaylama işlevi gördüğü bir durum söz konusudur. Bu yüzden düzenleme suretiyle yaptığı kefaletler geçerliliği sağlamayacaktır. Göremeyen fakat okuma yazma bilen kişilerin kefil olabilmesi, kanunun lafzı karşısında mümkündür. Burada da görmeyen kefilin el yazısı kullanması gerekecektir, yani kabartma harflerle yapılacak bir kefalet sözleşmesi geçerliliği sağlamayacaktır. Ancak şahit talep edilmesinin kefilin inisiyatifine bırakıldığı ve kefilin şahit talep etmediği hallerde kefaletin geçerliliği, kefilin iradesinin sakatlanıp sakatlanmadığı konusunda tereddütlerin oluşmasına müsait bir yasa düzenlemesi mevcuttur. Kefaletin geçerli olmamasına ait rizikoya katlanacak olan ise en başta alacaklının kendisidir. Bu bakımdan belirtilen tereddütlerin yaşanmaması için göremeyenlerin kefilliği durumunda şahitlerin huzurunda kefalet iradesinin alınması uygun olacaktır.

İmza meselesinde, açıkça teminat sözleşmelerinin elektronik imza ile yapılamayacağı kararlaştırıldığından kefilin kendi yazısıyla attığı imza, kefalet sözleşmesinin geçerliliği için koşuldur. Bu konudaki kanun yasağı olmasa bile el yazılılık koşulu elektronik ortamda düzenlenen sözleşmelerde fiziksel olarak sağlanamayacağından aynı sonuca varılabilecektir. Hazır olmayanlar arasında yapılacak bir kefalet sözleşmesinde ise kefalet beyanının alacaklıya ulaştırılmış olması gerekir. Bunun faks, e-posta gibi elektronik ortamlar kullanılarak gönderilmesi halinde ise kefalet iradesine ilişkin bir icap söz konusu olacak ve fakat kefalet beyanı aslı alacaklıya ulaştırılmadıkça alacaklının kabul beyanında bulunması bile kefaletin geçerli bir şekilde kurulmasına yetmeyecektir.

Bir ticaret müessesesinin kefil olması durumunda, söz konusu müesseseyi temsile yetkili şahsın kefalet sözleşmesini imzalaması gerekir. Eğer buradaki imza yetkisi münhasıran verilmemiş ise müşterek yetkili kişilerin hepsinin sözleşmeye imza atması gerekir. Yasada el yazısıyla belirtilmesinin beklendiği unsurlar açısından ise yetkililerden birinin söz konusu unsurları belirtmiş olması yeterli olacaktır.

Kefalet senedinden kefil olma iradesi anlaşılabilmelidir. Bu konuda asıl borç belgesine yapılacak atıfla da bu iradenin anlaşılması sağlanabilir. Bununla birlikte kefalet senedinden asıl borca ait sebep, alacaklı, asıl borçlu gibi unsurların anlaşılması ve asıl borcun bireyselleştirilmesi sağlanmalıdır. Bu uğurda beyaza imza yoluyla yapılacak bir kefalet şekil unsurlarını taşımayacaktır. Zira kefalet senedinde kararlaştırılmış olması beklenen objektif unsurlar yer almamış olmaktadır.

Kefalet senedinde belirtilmesi beklenen yasa da öngörülen objektif unsurların yanında bir takım sübjektif (yan) unsurların da şekil koşulunu taşıması beklenir. Bunlar kefilin ediminin ifasına ilişkin olarak yapılması veya gerçekleşmesi kararlaştırılan unsurlar olabilir. Yine, söz konusu sübjektif unsurlar, yoklularında kefilin, kefil olmamasına sebep olacak önem derecesinde olabilir. Bu unsurların da şekil koşulunu taşıması gerekecektir. Ayrıca yasa da kural olarak yapılmaması öngörülen ve fakat aksinin de kararlaştırılabilmesinin öngörüldüğü durumlara ilişkin kayıtların da bu kapsamda nitelikli yazılı şekil şartını taşıması beklenir. Buna örnek olarak kefilin asıl borçlunun kefalet sözleşmesinden sonraki borçlarına kefil olacağı kuralının aksine bir anlaşmanın yapılması verilebilir. Buna göre uygulamada çokça karşılaşılan kredi sözleşmelerindeki “doğmuş doğacak bütün alacaklardan ötürü” kefaletle ilişkin kayıtların sözleşmede adi yazılı şekilde yer alması yeterli olmayacak, kefaletten önceki borçlara da kefaleti öngörüp yasanın aksine bir düzenleme oluşturduğundan nitelikli yazılı şekil koşulunu sağlaması gerekecektir. Sonradan yapılacak değişikliklerde kefilin sorumluluğunu ağırlaştıran anlaşmalarda da nitelikli yazılı şekil koşuluna uyulmalıdır. Kefilin

durumunu hafifletecek türden kayıtlar açısından ise haliyle kefil korunmaya ihtiyaç duymayacağından nitelikli yazıllık şeklini taşımak gerekmemektedir. Bununla birlikte bu türden kayıtların sözleşmede en azından adi yazılı şekilde belirtilmesi kuşkusuz kefile ispat kolaylığı sağlayacaktır. Nitekim bir cari hesap veya tek hesap ilişkisinden doğacak kredi borçlarına kefalette kefil belirttiği limite kadar ilk seferlik kredi borcu için kefil olduğunu sanabilir. Oysa ki söz konusu hesapların özelliği itibariyle öngörülen kredi limitine kadar müşteriye birden fazla kredi kullandırılması söz konusudur. Bu yüzden bu hesaplar kapatılmadığı sürece kefilin sorumluluğu devam edecektir. Dolayısıyla kefilin öngörülen ilk kredi borcuna kefil olduğuna ilişkin bir kayıt kefilin sorumluluğunu hafifletecek türden olacaktır. Böyle bir kaydın kefilin iradesinin doğru yansıtılması açısından sözleşmede yer alması kefil açısından önemli bir husus olacaktır.

Şekle aykırılığın yaptırımı ise yasada yalnızca geçersizlik olarak belirtilip geçersizliğin türü belirtilmediğinden yine farklı fikirlerin öne sürülmesine yol açan bir husustur. Yargıtay görüşü ve doktrindeki baskın görüş olan kesin hükümsüzlük müeyyidesi tarafımızca da kabul görmüştür. Bu bakımdan kefalette ilişkin objektif unsurların öngörülen şekle uygun yazılmaması kefaletin baştan itibaren geçersizliği sonucunu doğurur. Sübjektif unsurlar açısından ise bir ayırım yapmak gerekir. Kefilin, söz konusu sübjektif kaydın geçersizliğini bilseydi sözleşmeyi yapmayacağı sonucunu doğuracak nitelikteki kayıtların geçersizliği, kefilin sözleşme yapma iradesiyle ilgisi olduğundan tamamen geçersizliğine sebep olacaktır. Ancak kefilin durumunu ağırlaştıran ve yasada aksi durumun kararlaştırılmasının öngörüldüğü aksi durumlara ilişkin kayıtların geçersizliğinde, sözleşmeyi bütünüyle geçersiz saymak taraf iradeleriyle uyuşmayacağından yalnızca söz konusu kayıtların geçersizliği söz konusu olur. Geçersiz bir sözleşmeyi kefilin ifa etmesi de onu geçerli hale getirmeyecektir. Bu durumda kefilin ödediklerinin iadesini sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre talep etmesi mümkündür. Burada, bu talebin alacaklıya mı yoksa borçluya mı yöneltileceği konusu Türkiye'deki ve İsviçre'deki yüksek mahkeme uygulamaları açısından farklılık gösteren bir durumdur. Belirtmek gerekir ki temelde geçersiz bir

sözleşmeden ötürü kendisine ifa yapılan alacaklı taraf, aslında sözleşmenin geçersizliğinden dolayı kefile karşı alacaklı değildir. Bu durumda kefileden aldığını geri vermesi gerekir. Ancak Yargıtay, burada sonuç itibarıyla borçlunun malvarlığında bir zenginleşme söz konusu olacağını düşünerek bunun borçluya yöneltilmesi gereken bir talep olacağına hükmetmektedir. Söz konusu düşünce tarzına katılmamakla birlikte alacaklıya yönlendirilmesi beklenen talebin zamanaşımına uğraması ya da asıl borcun ifa edilmemesinden kaynaklı zararları da kefilin ödemiş olması gibi alacaklıya başvurulamayan hallerde talebin borçluya yöneltilmesi kanımızca mümkündür.

Kefilin, kefalet sözleşmesinin geçersiz olduğunu bilmesine rağmen ödeme yapması ise kural olarak bağışlama niteliğinde olacak ve geri istenemeyecektir. Zira ödenen borcun sebepsiz zenginleşme hükümleri uyarınca iadesinin istenebilmesi için ödemede yanılığa düşülmesi gerekmektedir. Böyle bir durumda yani geçersizliği bilerek ifada esasen bir yanılma olmadığı çok açıktır. Bununla birlikte kefil yaptığı ödemeyi bağışlama kastıyla yapmadığını da iddia ederek TBK m. 77'deki genel sebepsiz zenginleşme hükmüne başvurarak ödediğinin iadesini isteyebilecektir.

Kefilin sözleşmedeki geçersizliğe kasten sebep olduğu durumlarda ise kanımızca sözleşmeyi geçerli sayıp kefile, kanunun koruma amacıyla getirdiği bir takım def'i ve savunmalardan yararlandırmak, koruma çabasının gerektirmediği bir durumdur. Bu yüzden sözleşme geçersiz sayılmalıdır. Ancak alacaklı, uğramış olduğu zararlarının tazminini de kefileden isteyebilecektir. Burada esasen söz konusu olan, sözleşme görüşmeleri sırasında kefilin yaratmış olduğu bir kusurlu davranıştır. Bu yüzden alacaklı, culpa in contrahendo hükümlerine başvurarak kaçırdığı fırsatlar ve yaptığı masrafların tazmini için menfi zararlarının karşılanmasını talep edebilir. Kanımızca bu durum alacaklıyı sözleşmenin geçerli kabul edilmesinden dolayı yalnızca kefalet limiti kadar bir ödemenin yapılmasından daha avantajlı bir duruma getirecektir. Aynı şekilde sözleşmenin geçersiz sayılmasıyla birlikte yalnızca müspet zararların istenebileceği yönündeki doktrin

görüşüne nazaran da avantajlı bir durum söz konusudur. Zira yalnızca kefilin alacaklıya zarar verme kasıtlı kusurlu davranışından kaynaklanan zararların istenebilmesi açısından kefilin buradaki kusurunun ve alacaklıya zarar verme kastının ispat yükü alacaklıya düşmektedir. Aynı şekilde zamanaşımı açısından burada işleyecek TBK m. 72'deki iki yıllık zamanaşımı süresi genel zamanaşımı olan ve TBK m. 112'de öngörülen 10 yıllık zamanaşımına göre daha dezavantajlıdır. Oysa ki culpa in contrahendo ile TBK m. 112'deki borca aykırılığa ilişkin genel zamanaşımına göre talepte bulunulması mümkündür.

Kefalet sözleşmesinin geçerliliği açısından incelediğimiz diğer husus eş rızasının alınması zorunluluğudur. Belirtmek gerekir ki bu bir şekil zorunluluğu olmayıp fiil ehliyetine ilişkin bir sınırlamadır. Yasada kefilin eşine ilişkin nitelikli yazılı şekil öngörülmediğinden rızanın adi yazılı olarak düzenlenmesi yeterlidir. Bununla birlikte rıza metninde kefaletle ilişkin unsurlara atıf yapılması daha sonradan kefaletin geçerliliğine ilişkin doğabilecek sorunların önüne geçilmesi açısından yararlı olacaktır. Yine kefilin sorumluluğunun müteselsil olması gibi kefil için daha ağır koşullar oluşturan kayıtların da rıza metninde yer alması rıza iradesinin açıklığı açısından önemlidir. Yasa rıza verilmesi anı açısından açıkça en geç kefalet sözleşmesinin yapılma anını öngördüğünden bundan sonra verilecek rıza veya icazete yönelik beyanlar geçersiz olacaktır. Bu yüzden yasadaki “rıza” ifadesi yerine “izin” ifadesinin kullanılması daha doğru bir ifade tarzı olur. TBK m. 584/3'te açıkça istisna teşkil ettiği belirtilen haller dışında eş rızası alınmalıdır. Yine eşler hakkında mahkeme kararıyla ayrılık kararı verilmiş olması ve eşin yasadan kaynaklı ayrı yaşama hakkının bulunduğu haller dışında da eş rızasının alınması gerekecektir. Sözleşmede sonradan meydana gelen kefilin lehine değişiklikler dışındaki kayıtlar için de eş rızası gerekir.

Ticari borçlara kefalette TTK m. 7/2'ye ilişkin özel düzenlemeden dolayı kefaletin türünün belirtilmese bile müteselsil olacağı konusu başka bir sorun teşkil eden husustur. Böyle bir sorun elbette ki tüzel kişilerin işlemlerinin adi olmaması ilkesinden dolayı gerçek kişiler açısından doğacaktır. Söz konusu gerçek kişilerin

kefilliğine ilişkin durumda TTK özel düzenlemesi karşısında kefaletin adiliği karinesi işlemeyecek ve kefalet belirtilmese bile müteselsil sayılmak gerekecektir. Bununla birlikte eş rızasının alınması zorunluluğu farklı özellikte bir şart olduğundan yerine getirilmelidir. Ne var ki rıza beyanında müteselsil ibaresi belirtilmese bile eşin böyle bir durumu bilmesi beklenmez. Dolayısıyla kefalet türünün müteselsil olduğuna ilişkin ibarenin eş tarafından belirtilmemesi halinde rızanın adi kefaletle yönelik olarak verildiği anlaşılmalıdır. Zira esasen müteselsil kefalet kaydı kefilin durumunu ağırlaştıran bir husus olduğundan rıza beyanında yer almalıdır. Rıza beyanında yer almadığı ve kefalet sözleşmesi ile rıza beyanı arasında bu türden bir uyumsuzluğun olduğu durumlarda ise söz konusu kaydın niteliği önem taşıyacaktır. Zira bu türden kefilin durumunu ağırlaştıran bir kaydın sözleşmede belirtilmemesi nasıl ki o kaydın geçersizliğine yol açıyorsa rıza beyanında belirtilmemesi de aynı şekilde bir sonuç yaratır. Yine, kefaletin geçersizliğine ilişkin rizikoya katlanacak olan alacaklının kendisi olacaktır. Bu bakımdan söz konusu borç ticari bile olsa kefil eğer evliyse en azından eşin rıza beyanında müteselsil kefilliğe rızası olduğuna ilişkin kayıt bulunmalıdır. Aksi durumda adi kefalet karinesi işleyecektir. Diğer subjektif unsurlardan, yasada aksinin kararlaştırılmasının öngörüldüğü durumların kayıt altına alındığı hallerde de eş rızasında bu hususlar yer almalıdır. Aksi durum o kaydın geçersizliği sonucunu yaratır. Bu tür kayıtların geçersizliği veya belirtilmemesi halinde eşin rıza vermeyeceği sonucu ortaya çıkıyorsa o zaman rızanın tamamen geçersizliği ileri sürülebilecek ve bu durum kefalet sözleşmesinin kesin hükümsüz olmasına yol açacaktır. Eşin hiç rıza vermemesi durumu da aynı sonucu yaratır.

Temsilci vasıtasıyla yapılacak kefalet sözleşmesinde kefilden el yazısıyla belirtmesi beklenen unsurların yetki beyanında yasada öngörülen nitelikli yazılı şekilde yer alması gerekir. Aksi durum yetkisiz temsille yapılan bir kefalet sözleşmesi ortaya çıkmasına sebep olacak ve kefalet geçersiz olacaktır. Yine eş rızası koşulunun da sağlanması gerekir. Ancak yasada bu koşulun sağlanması için en geç kefalet sözleşmesi anı öngörüldüğünden ve sonuç itibarıyla bu rızayı verecek olan temsil yetkisi veren kefil değil kefilin eşi olduğundan en geç kefalet

sözleşmesi yapıldığı sırada verilmesi mümkündür. Bu şekilde belirli bir veya birkaç borç için temsilcinin özel olarak yetkilendirilmesi mümkündür. Bunun dışında kefalet yetkisini de içeren genel bir temsil yetkisinin verilmesinde ise TBK m. 504/3 fıkra hükmüne aykırılık teşkil etmediği sürece kefaletin şekil koşullarına göre düzenlenme şartı aranmaz. Yasadan kaynaklı temsilci sıfatına haiz kişiler ise aksine bir düzenleme bulunmadıkça temsilen kefalet sözleşmesi yapabileceklerdir. Örneğin, ticari temsilcinin, yasada özel olarak temsil yetkisi aranmadığı ve kefalet verme, işletmenin alışılmış işlemleri sayıldığı müddetçe özel olarak yetkilendirilmesine gerek bulunmayacaktır. Kefilin iradi temsilci vasıtasıyla temsil edilmesi mümkün iken yasal temsilci vasıtasıyla temsil edilmesi yasanın emredici hükmü karşısında mümkün değildir. Bununla birlikte eş bakımından böyle bir yasak bulunmadığından yasal veya iradi temsilci vasıtasıyla eş rızası verilebilecektir. Eşlerden birinin diğerine kefil olduğu veya her iki eşin birlikte kefil olduğu durumlarda da diğer eşin rızası gerekecektir.

6098 Sayılı TBK'daki mülga kanuna göre yeni bir düzenleme olma özelliği teşkil eden TBK m. 603 hükmü esasen, kaynak İsv. BK'da da öngörülmeyen bir konuyu düzenlemektedir. Bu düzenlemeyle TBK m. 583 ve m. 584 hükümlerinin hangi sözleşmelere uygulanacağı konusu madde hükmünün açık olmaması sebebiyle sorun teşkil etmektedir. Bununla birlikte kefalet sözleşmesi için öngörülen sıkı şekil şartlarının dolanılmasının önlendiğini söylemek gerekir. Bu yüzden başka sözleşme adı altında kefaletten daha hafif geçerlilik şartlarıyla kefilinkine benzer bir sorumluluğun yüklenmesinin önüne geçilmesi açısından önemli bir hükümdür. Teminat amaçlı garanti sözleşmesi ve teminat amaçlı borca katılma sözleşmesi gerçek kişilere ait kişisel teminat olmaları bakımından TBK m. 603 hükmünün aradığı koşulları sağlamaktadır. Diğer türden yapılan akreditif, kredi emri, kredi sigortası gibi sözleşmelerde verilen diğer teminatlar doktrinde kişisel teminat olma özelliği taşıma konusunda fikir birliği sağlanamayan türlerdir. Teminat amaçlı garanti sözleşmesi ve teminat amaçlı borca katılma sözleşmeleri açısından her iki sözleşmenin özellikleri itibariyle kefilden daha ağır sorumluluğun üstlenilmesi kefil için öngörülen geçerlilik şartlarının bu iki sözleşme için de

sağlanması sonucunu doğurur. Bu uğurda teminat amaçlı garantörün ve teminat amaçlı borca katılanın eş rızası alınmalı, sözleşme tarihi el yazılarıyla yazılmalı ve üstlenilen sorumluluk miktarının üst limiti el yazısıyla belirtilmelidir. Her iki türden teminat biçimi de özellikleri itibarıyla ve yasal anlamda müteselsil sorumluluk öngördüğünden müteselsil borçlanmaya yönelik ibarenin belirtilmesine ihtiyaç bulunmamaktadır.

Kefil olma vaadinde de kefaletle ilişkin nitelikli yazılılık koşulu ve eş rızası şartı sağlanmalıdır. Borcun iç ve dış üstlenilmesi sözleşmeleri bakımından ise bir ayırım yapmak gerekir. Borcun iç üstlenilmesi sözleşmesinde netice itibarıyla alacaklının başvuracağı kişi kefilin kendisi olmaya devam edeceğinden kefaletin şekil koşullarına uygun düzenlenmesine gerek yoktur. Aynı şekilde eş rızası şartının sağlanması gerekmemektedir. Borcun dış üstlenilmesi sözleşmesinde ise artık alacaklı kefil yerine borcu dış üstlenene başvuracağından kefaletin şekil koşullarının dolanılmasının önlenmesi için TBK m. 603 hükmü uygulama alanı bulacak ve borcu dış üstlenen bakımından nitelikli yazılı şekil koşulları ile eş rızası şartının yerine getirilmesi gerekecektir.

Aval kurumu ise doktrinde ve Yargıtay içtihatlarında yarattığı farklı sonuçlar sebebiyle çalışmamızda ayrıca incelenmiştir. Yüksek mahkemenin farklı dairelerince TBK m. 603 hükmünün avale uygulanıp uygulanmayacağına ilişkin farklı kararlar vermesi sonucu konu en son Yargıtay İçtihatları Birleştirme Büyük Genel Kurulu'nun önüne gelmiş ve buradan TBK m. 603'ün avale uygulanmayacağı kararı çıkmıştır. Avalin esasen kendine has şekil koşulları taşıması ve bu şekil koşullarının da kendi amacını taşıyor olması TBK m. 583 hükmünün uygulanma ihtiyacını doğurmamaktadır. Özellikle kambiyo senedinin ön yüzüne atılacak tek bir imzanın bile yasa gereği aval teşkil etmesi, sözleşmenin kefalet teşkil etmesi için öngörülen tarih ve üst limitin el yazısıyla belirtilmesi koşuluyla uyuşmamaktadır. Zira söz konusu, avale ilişkin şart senede tedavül kolaylığı sağlamak için getirildiğinden kefaletle ilişkin şartlar bu amacın tam tersi bir durum yaratabilir. Bu bakımdan yüksek mahkemenin verdiği karar isabetlidir.

Bununla birlikte eş rızası konusu teminatlar açısından başka yönden bir amacı daha gerçekleştirmektedir: Teminat verenin aile birliğinin de korunması. Bu husus ise kefaletten daha ağır bir sorumluluk üstlenen avalist açısından göz ardı edilebilecek bir koruma ihtiyacı teşkil etmez. Bu bakımdan TBK m. 584 hükmünün kanımızca avalde uygulanması gerekir.



KAYNAKÇA

- Acar, Özlem, Türk Borçlar Hukukunda Müteselsil Kefalet Sözleşmesi. İstanbul, Oniki Levha Yayıncılık, 2015.
- Akipek, Jale G, Türk Eşya Hukuku: Ayni Haklar (Mahdut Ayni Haklar) İkinci Kitap Mülkiyer, Cilt 2, Ankara, Sevinç Matbaası A.Ş., 1973.
- Akkanat, Halil, El Yazılı İle Vasiyetnamede Vasiyetname Metninin Özellikleri. Cilt 2, Prof. Dr. Hayri Domaniç'e 80. Yaş Günü Armağanı içinde, ed.: Abuzer Kendigelen, İstanbul, Beta Yayıncılık, 2001, s. 799-815.
- Akkanat, Halil, Şekle Aykırılığın Olumsuz Sonuçlarının MK m. 2 Hükmü Aracılığı ile Aşılması: Örnek Bir Yargıtay Kararı ve Değerlendirilmesi, Cilt 2, Prof. Dr. Hüseyin Ülgen'e Armağan, ed.: Ömer Teoman, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2007, s. 1655-1668.
- Akkurt, Sinan Sami, Hukuki İşlemlerde Geçersizlik Olgusuna Genel Bir Bakış, Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 4, Sayı 1, 2014, s. 99-131.
- Aksoylu, Necati, Borçlar Kanunu Tasarısındaki Kefalet Sözleşmelerine İlişkin Önemli Değişiklikler, Bankacılar Dergisi, Sayı 72, 2010, s. 94-116.
- Aktürk, Emrah, 818 Sayılı Eski Borçlar Knunu Döneminde Yapılan İpotek Senedi İçerisinde Yer Alan Kefalet Kaydının, 6098 Sayılı Yeni Borçlar Kanunu Döneminde Kefaletin Geçerlilik Koşulları Ve Genel İşlem Koşulları Nezdinde Denetlenememesi Sorunu, Leges Hukuk Dergisi Cilt 10, Sayı 113, 2019, s. 27-41.
- Akyol, Şener, İsviçre Medeni Kanunu'nun Evlenmenin Genel Hükümlerine Dair Öntasarısı Hükümlerinin Türk Medeni Kanunu Öntasarısı İle Karşılaştırılması, Medeni Kanun 50. Yıl Sempozyumu I. Tebliğler içinde, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Mukayeseli Hukuk Enstitüsü, 1978, s. 373-398
- Akyol, Şener, İsviçre Medeni Kanunu'nun Evlenmenin Genel Hükümlerine Dair Öntasarısı Hükümlerinin Türk Medeni Kanunu Öntasarısı İle Karşılaştırılması, Medeni Kanun 50. Yıl Sempozyumu, I. Tebliğler içinde,

- İstanbul, İstanbul Üniversitesi Mukayeseli Hukuk Enstitüsü, 1978, s. 373-398.
- Alangoya, Yavuz/M. Kamil Yıldırım/Nevhis Deren Yıldırım, Medeni Usul Hukuku Esasları, Cilt 7, İstanbul, Beta Yayıncılık, 2009.
- Altaş, Hüseyin, Şekle Aykırılığın Olumsuz Sonuçlarının Düzeltilmesi, Ankara, Yayınlanmamış Doktora Tezi, 1998.
- Altay, Sabah, Borca Katılma, İstanbul, Yayınlanmamış Doktora Tezi, 2010.
- Altop, Atilla, Türk Borçlar Kanunu Tasarısında Genel İşlem Koşulları ve Kefalet Sözleşmesi, İsviçre Medeni Kanunu ve Borçlar Kanunu'nun Alınışının 80. Yılı içinde, ed.: İur. Ali Çivi, İstanbul, 2007, s. 141-160.
- Aral, Fahrettin/Ayrancı, Hasan, Borçlar Hukuk Özel Borç İlişkileri, 11. Baskı, Yetkin Yayıncılık, 2018.
- Arat, Ayşe, Sözleşmenin Değişen Şartlara Uyarlanması, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2006.
- Atamer, Yeşim M., Bankaların Kredi Sözleşmelerinden Kaynaklanan Sorunlar ve Hukuki Çözüm Yolları, İstanbul, İstanbul Ticaret Odası Yayınları, 2001.
- Atasoy, Kemal, Garanti Sözleşmesinin Türleri, Hukuki Özellikleri ve Sonuçları, Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 5, Sayı 1, 2019, s. 101-134.
- Ayan, Serkan, Kefalet Sözleşmesi, Ankara, Adalet Yayınevi, 2018.
- Ayan, Serkan, Kefalet Sözleşmesinden Doğan Uyuşmazlıklarda Görevli ve Yetkili Mahkeme, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 9, Sayı 2, 2018, s. 665-691.
- Ayan, Serkan, Kiracının Kira Sözleşmesinden Doğan Borçlarının Kefaletle Teminat Altına Alınması, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Cilt 19, Özel Sayı, 2017, s. 295-348.
- Aybay, Aydın, Borçlar Hukuku Dersleri, İstanbul, Filiz Kitabevi Basım, 2016.
- Aydın, Gülşah Sinem, Borçlar Hukukunda Temsil Yetkisinin Kötüye Kullanılması, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Sayı 148, 2020, s. 235-290.
- Aydoğdu, Murat/Nalan Kahveci, Türk Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri. Ankara, Adalet Yayınevi, 2014.

- Ayrancı, Hasan, Kefalet Sözleşmesinde Asıl Borcun Belirli Olması İlkesi ve Cari Hesaba Kefalet, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 9, Sayı 1-2, 2005, s. 107-126.
- Ayrancı, Hasan, Şekil Şartına Uyulmadan Yapılan Kefalet Sözleşmesinde İfanın Sonuçları, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 53, Sayı 2, 2004, s. 95-120.
- Baççioğlu, Ahmet Erkal, Tüketici Hukukunda Kefalet, Bankacılar Dergisi, Sayı 67, 2008, s. 70-84.
- Badur, Emel, Eşin Rızası, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Sayı 109, 2013, s. 251-302.
- Barlas, Nami, Kefalet Sözleşmesinin Geçerlilik Şartları, Türk Borçlar Kanunu Sempozyumu Makaleler-Tebliğler içinde, Derleyen: M.Murat Inceoğlu, İstanbul, Oniki Levha Yayınları, 2012, s. 349-401.
- Barlas, Nami, Kefaletin Şekline İlişkin Geçerlilik Şartları ve Buna Bağlı Sorunlar, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 5, Sayı 1, 2006, s. 3-16.
- Barlas, Nami, Yeni Borçlar Kanunu'nun Kefalet İlişkin Düzenlemeleri, İzmir Barosu Dergisi, Sayı 2, 2011, s. 7-28.
- Baş, Ece, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'nda Kefalet Sözleşmesinin Geçerlilik Şartlarına İlişkin Bazı Yenilikler, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Cilt 70, Sayı 2, 2012, s. 115-144.
- Başara, Gamze Turan, Türk Borçlar Kanunu İle Getirilen Yeni Bir Müessese: Borca Katılma, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 63, Sayı 2, 2014, s. 419-447.
- Başara, İzzet, Banka Teminat Mektuplarının Hukuki Niteliği, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Sayı 83, 2009, s. 302-317.
- Battal, Ahmet, Kefalet Ehliyeti Yönünden Şahıs Ve Sermaye Şirketleri, Legal Banka ve Finans Hukuk Dergisi, Cilt 1, Sayı 2, 2012, s. 38-53.
- Belverenli, Demet, El Yazılı Vasiyetnamede Şekil ve Şekle Aykırılığın Yaptırımı, Hukuk ve Adalet Eleştirel Hukuk Dergisi, Cilt 8, Sayı 19, 2016, s. 107-159.

- Bozkurt Yaşar, Sevgi, TTK m. 7/2 Bağlamında Ticari Borca Kefalet Sözleşmesinin Özellikleri-Kefilin Sorumluluğu ve Takibi, Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 14, Sayı 175-176, 2019, s. 433-527.
- Burcuoğlu, Haluk, Türk Borçlar Kanunu Tasarısında Yeni Kefalet Düzenlemesi İle İlgili Bazı Gözlemler, Türk-İsviçre Hukuk Günleri Banka ve Tüketici Hukuku Sorunları Sempozyumu içinde, yazan İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mukayeseli Hukuk Araştırma ve Uygulama Merkezi, İstanbul, Onikilevha Yayıncılık, 2010, s. 275-292.
- Can, Mehmet Çelebi, Türk Borçlar Kanunu'nun 603. Maddesinin Kıymetli Evrak Hukukunda Uygulanabilirliği- Avalde Eşin Rızası Aranmalı mı, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2017, s. 35-73.
- Canbolat, Ferhat, Hukuki İşlemlerde Amaç, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 20, Sayı 1, 2012, s. 61-78.
- Çelikleş, Demet, Şekle Aykırılık ve Şekle Aykırılığı İleri Sürmenin Sınırı Olarak Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağı, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 1, Sayı 1, 1987, s. 593-641.
- Çınar, Ömer, Kiracı Lehine Yapılan Kefalet Sözleşmesinin Türk Borçlar Kanunu'na Göre Süreli ve Süresiz Kefalet Hükümleri Çerçevesinde Değerlendirilmesi, İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 1, Sayı 5, 2018, s. 145-167.
- Dağdelen, Ahmet Hakan, Avusturya Kararları ve Öğretisi Işığında Finansal Açıdan Aşırı Yük Getiren Kefalet Sözleşmelerinin Ahlaka Aykırılık Denetimi, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Cilt 74, Sayı 2, 2016, s. 675-684.
- Dağdelen, Ahmet Hakan, Genel İşlem Şartları ve Teşmil ile Yürürlük Denetimi Esasları, Prof. Dr. Ferit Hakan Baykal Armağanı, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Cilt 25, Sayı 2, 2019, s. 637-652.
- Davran, Bülent, Rehin Hukuku Dersleri, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Yayınları, 1972.

- Deliduman, Seyithan, Medeni Usul Hukukunda Senet ve Senetlerle Yazılı Şekil Arasındaki İlişki, Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 4, Sayı 1-2, 2000, s. 413-435.
- Demir, Şamil, Kefalet Sözleşmesinin Uygulama Alanı, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Sayı 108, 2013, s. 87 - 122.
- Develioğlu, Hüseyin Murat, İsviçre Federal Mahkemesi'nin 23 Eylül 2003 Tarihli Kararı Işığında Kefalet Sözleşmesi - Borca Katılma Ayrımı, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 1, Sayı 1, 2004, s. 293-322.
- Doğan, Murat, Türk Medeni Kanunu'nun Evliliğin Genel Hükümleri Bakımından Getirdiği Yenilikler, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 52, Sayı 4, 2003, s. 93-129.
- Dural, Mustafa/ Tufan Ögüz/Mustafa Alper Gümüş, Türk Özel Hukuku Aile Hukuku Cilt 3, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2008.
- Elçin Grassinger, E. Gülçin, Belirsiz Süreli Kefalette Kefilin Hakları, Prof. Dr. Necip Kocayusufpaşaoğlu İçin Armağan, 2004, s. 209-236.
- Elçin Grassinger, E. Gülçin, Borçlar Kanunu'na Göre Kefilin Alacaklıya Karşı Sahip Olduğu Savunma İmkânları, İstanbul, Yayınlanmamış Doktora Tezi, 1995.
- Elçin, E. Gülçin, Bankaların Genel Kredi Sözleşmelerinde Yer Alan Kefalet Hükümlerinin Türk Borçlar Kanunu Kefalet Hükümleri Çerçevesinde Değerlendirilmesi, İstanbul Barosu Dergisi, Cilt 87, Sayı 3, 2013, s. 16-33.
- Erbayraktar, Burcu, Kefalet Süresinin Belirlenmesinde İrade Özgürlüğünün Sınırları, Banka ve Ticaret Hukuk Dergisi, Cilt 32, Sayı 4, 2016, s. 134-170.
- Erdoğan, İhsan, Hukuki Muamelelerde Şekle Aykırılığın Sonuçları, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 1, Sayı 1, 1997, s. 114-123.
- Eren, Fikret, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 23. Baskı, Ankara, Yetkin Yayıncılık, 2018.
- Eren, Fikret, Borçlar Hukuku Özel Hükümler, 8. Baskı, Ankara, Yetkin Yayıncılık, 2020.

- Ertay, Œeref, 1984 Medeni Kanun Öntasarısında Aile Hukuku Alanında Öngörülen Yenilikler, Manisa Barosu Dergisi, 1985, s. 2-15.
- Esener, Turhan, Borçlar Hukuku 1 Akitlerin KuruluŒu ve Geçerliliği (BK m. 1-40), Ankara, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakóltesi Yayınları, 1969.
- Feenstrar, R. Leyden, Hukuk Tarihi Açısından Sebepsiz ZenginleŒme Dogmatięi, (çeviren: Doç. Dr. Özcan Karadeniz), Ankara Üniversitesi Hukuk Fakóltesi Dergisi, Cilt 29, Sayı 1, 1972, s. 307-324.
- Fountoulakis, Christiana, İsviçre Hukukunda Kefilin Korunması (Çeviren: Mine Tan Dehmen), Türk-İsviçre Hukuk Günleri Banka ve Tüketici Hukuku Sorunları Sempozyumu içinde, ed.: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakóltesi Mukayeseli Hukuk Araştırma ve Uygulama Merkezi, İstanbul, Onikilevha Yayınları, 2010, s. 309-326.
- Göktürk, Hüseyin Avni, Kefalet Hukukumuzun Kifayetsizlięi ve Yeni İsviçre Kefalet Hukuku, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakóltesi Dergisi, Cilt 7, Sayı 3, 1950, s. 325-352.
- GümüŒ, Mustafa Alper, Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Cilt 2, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2018.
- Günevç, Özgür, Culpa in Contrahendo Sorumluluğu Bağlamında SözleŒme GörüŒmelerinin Kesilmesi, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakóltesi Dergisi, Cilt 18, Sayı 3-4, 2014, s. 363-405.
- Günsay, Töre, Kefalet SözleŒmesinin Fer'iliği İlkesi, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakóltesi Dergisi, Cilt 19, Özel Sayı, 2017, s. 1079-1101.
- Güral, Jale, Hükümsüzlük Nazariyeleri Karşısında Türk Medeni Kanunu'nun Sistemi, Ankara, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakóltesi Yayınları, 1953.
- Gürsoy, K. Tahir/Eren Fikret/Cansel Erol, Türk EŒya Hukuku, Cilt 2, Ankara, Ankara Üniversitesi Yayınları, 1984.
- Hatemi, Hüseyin/Rona Serozan/Abdülkadir Arpacı, Borçlar Hukuku Özel Bölüm, İstanbul, Filiz Kitabevi Basım, 1992.
- Hatemi, Hüseyin/Emre Gökyayla, Borçlar Hukuku Genel Bölüm, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2015.

- Havutçu, Ayşe (Akdemir), Şekle Aykırılık Nedeniyle Geçersiz Hukuki İşlemlerin Tahvili, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 3, Sayı 1-4, 1987, s. 643-681.
- Honsell, Heinrich, İsviçre Borçlar Kanunu/OR 2020'ye İlişkin Eleştirel Düşünceler (çeviren: Ümmühan Kaya), Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi, 2017, s. 189–197.
- Huysal, Ayşegül Sezgin, TBK Madde 603'ün Avale Uygulanabilirliği, İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 4, Sayı 2, 2017, s. 171-188.
- İmre, Zahit/Hasan Erman, Miras Hukuku, İstanbul, Der Yayınları, 2004.
- Kapancı, Kadir Berk, Türk Ticaret Kanunu'nun 7. Maddesinde Öngörülen “Ticari İşlerde Teselsül Karinesi” Tam Anlamıyla Uygulanabilir Durumda mıdır, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 7, Sayı 2, 2016, s. 131-170.
- Karahasan, Mustafa Reşit, Sorumluluk Hukuku Sözleşmeler, 6. Baskı, İstanbul, Beta Yayıncılık, 2003.
- Karahasan, Mustafa Reşit, Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt 1, İstanbul, Beta Yayıncılık, 1992.
- Karahasan, Mustafa Reşit, Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Cilt 4, İstanbul, Beta Yayıncılık, 1992.
- Karahasan, Mustafa Reşit, Türk Medeni Kanunu Eşya Hukuku, Cilt 1, Ankara, Sevinç Matbaası, 1977.
- Kayak, Sevgi, 6098 Sayılı Kanunun Üçüncü Kişinin Fiilini Taahhüt ve Kefalet Sözleşmesine İlişkin Hükümlerinin Değerlendirilmesi, Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, Cilt 31, Sayı 4, 2015, s. 13-71.
- Kılıçoğlu, Ahmet, Kefalet Benzer Sözleşmelerde Şekil (TBK m. 603 Hükümünün Eleştirisi), Banka ve Finans Hukuku Dergisi, Cilt 8, Sayı 32, 2019, s. 2591-2598.
- Kırca, İsmail, Türk Borçlar Kanunu Tasarısı- Kefalet Eşin İzni, Prof.Dr. Tuğrul Ansay'a Armağan içinde, Ankara, Turhan Kitabevi, 2006, s. 433-457.
- Kırkbeşoğlu, Nagehan, Türk Özel Hukukunda Kısmi Hükümsüzlük, İstanbul, Yayınlanmamış Doktora Tezi, 2010.

- Kocağa, Köksal, Sözleşmenin Kurulabilmesi İçin Taraf İrade Beyanları Arasındaki Uygunluğun Kapsamında Yer Alması Gereken Noktalar, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Sayı 79, 2008, s. 73-102.
- Kocayusufpaşaoğlu, Necip/ Hatemi, Hüseyin/ Arpacı, Abdülkadir/ Serozan Rona, Borçlar Hukuku Genel Bölüm Borçlar Hukukuna Giriş Hukuki İşlem Sözleşme, Cilt 1, İstanbul, Filiz Yayınevi, 2017.
- Koç, Nevzat, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'nda Kira Sözleşmesine İlişkin Olarak Yapılan Yeni Düzenlemelerin Genel Değerlendirilmesi, İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 1, Sayı 1, 2014, s. 3-35.
- Koç, Nevzat, İsviçre Borçlar Kanunu'nun Kefaletle İlişkin Hükümleri, Prof. Dr. Mahmut Tevfik Birsal'e Armağan, 2001, s. 267-277.
- Koç, Nevzat, Türk Medeni Hukukunda ve Roma Hukukunda Hükümsüzlük(=Butlan), Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 2, Sayı 127, 1981, s. 127-172.
- Koşer, Nihal, Aval ve Avalin Diğer Kişisel Teminat Sağlayan Sözleşmelerle İlişkisi, Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 1, Sayı 2, 2016, s. 241 - 264.
- Kuntalp, Erden, Teminat Kavramı, Teminat Türleri ve Bunlardan Doğan Sorumluluk, Prof.Dr.Reha Poroy'a Armağan, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1995, s. 263-299.
- Kurt, Ekrem, Türk Hukukunda Kişiyi Sıkı Sıkıya Bağlı Haklar ve Hukuki Sonuçları, İstanbul Kültür Üniversitesi, Cilt 15, Sayı 2-2 (Özel Sayı), 2016, s. 121-187.
- Kuru, Baki, Hukuk Muhakemeleri Usulü, İstanbul, Demir-Demir Yayıncılık, 2001.
- Kuru, Baki, Hukuk Muhakemeleri Usulü. 24. Baskı, İstanbul, Yetkin Yayıncılık, 2013.
- Kürşat, Zekeriya, Yazılı Şekil Şartının Unsuru Olan İmzanın Elektronik Ekranı Atılmasını Etkisi, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Cilt 75, Sayı 1, 2017, s. 413-430.

- Oğuz, Sefer, 6098 Sayılı TBK m. 584/I'nin Bankacılık Uygulamasında Yarattığı Sorunlar ve Özellikle Evli Gerçek Kişilerin Aval Vermesinde Eş Rızasının Bulunmasının Gerekliliği Üzerine Düşünceler, Bankacılar Dergisi, Sayı 86, 2013, s. 67-77.
- Oğuzman, M. Kemal, Şekil Noksanı Sebebiyle Butlan Dermeyanı Hakkın Suistimali, İstanbul Barosu Dergisi, Cilt 2019, Sayı 6, 1955, s. 249-258.
- Oğuzman, M. Kemal/Öz, M.Turgut. Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt 1, 18. Bası, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2020; Cilt 2, 15. Bası, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2020.
- Oğuzman, M. Kemal/Öz, M. Turgut, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 5. Baskı, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2006
- Özdamar, Demet, Avrupa Sözleşmeler Hukuku'nda ve Türk Borçlar Hukuku'nda Örf ve Adetler ile Teamül ve Uygulamaların Yeri, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof.Dr.Şeref Ertaş'a Armağan, Cilt 19, Özel Sayı, 2017, s. 109-188.
- Özen, Burak, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Çerçevesinde Kefalet Sözleşmesi. 4. Baskı, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2017.
- Özen, Burak, Borçlar Kanunu Tasarısı m. 586 Hükümünün Müteselsil Kefaletle İlişkin Getirdiği Düzenleme, Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 10, Sayı 3-4, 2006, s. 477-494.
- Özkan Şahin, Gizem, Kefalet Sözleşmesinin Sona Ermesi, Prof. Dr. Ferit Hakan Baykal Armağanı, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Cilt 25, Sayı 2, 2019, s. 1288-1336.
- Öztan, Bilge, Medeni Hukukun Temel Kavramları, 26. Bası, Ankara, Turhan Kitabevi, 2007
- Öztürk, İdil Zeynep, Kişisel Teminat Sözleşmelerinde Rücu İlişkileri, İstanbul, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 2012.
- Pulaşlı, Hasan, Şarta veya Vadeye Bağlı İşlemler ve Hukuki Sonuçları, Ankara, Dayınlarlı Hukuk Yayınları, 1989.
- Reinicke, Dietrich/Klaus Tiedtke, Bürgschaftsrecht, Neuwied/Kriftel/Berlin, Hermann Luchterhand Verlag, 1995.
- Reisoğlu, Seza, 6098 sayılı Yeni Türk Borçlar Kanunu'na Göre Türk Kefalet Hukuku, Ankara, Cem Web Ofset San. Tic. Ltd.Şti., 2013.

- Reisoğlu, Seza, Kefalet Kavramı ve Muteberlik Şartları, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 19, Sayı 1, 1962, s. 327-392.
- Reisoğlu, Seza, Kefilin Defi Hakları, Banka ve Ticaret Hukuk Dergisi, Cilt 1, Sayı 2, 1962, s. 177-212.
- Reisoğlu, Seza, Türk Hukukunda ve Bankacılık Uygulamasında Kefalet, Ankara, Ayyıldız Matbaası A.Ş., 1992.
- Reisoğlu, Seza, Yabancı Para Üzerinden Taahhüt Altına Girilmesi ve Hukuki Sonuçları, Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, Cilt 8, Sayı 3-4, 1987, s. 143-156.
- Ruhi, Canan/ Ruhi, Ahmet Celal, Türk Kefalet Hukuku, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2018.
- Sadioğlu, Fikriye Ceren, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'na Göre Kefalet Sözleşmesinde Eşin Rızası, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Sayı 1, 2017, s. 199-224.
- Sağlam, İpek, Türk Borçlar Kanunu Tasarısının Değerlendirilmesi Sempozyumu (Kira Sözleşmesi Ve Kefalet), Legal Hukuk Dergisi, Cilt 3, Sayı 34, 2005, s. 3691-3694.
- Savaş, Abdurrahman, İnternet Ortamında Yapılan Tek Taraflı Hukuki İşlemler ve Özellikle Elektronik Vasiyetname, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 15, Sayı 2, 2007, s. 51-91.
- Schwarz, Andreas Bertalan, Borçlar Hukuku Dersleri (Çeviren: Bülent Davran). Cilt 1, İstanbul, Kardeşler Basımevi, 1948.
- Serozan, Rona, "Sebepsiz İktisap"ta Yoksullaşma Ögesine Yer Var Mıdır, Prof. Dr. Cevdet Yavuz'a Armağan, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Araştırmaları Dergisi, Cilt 22, Sayı 3, 2016, s. 2497-2504.
- Somuncuoğlu, Ünal, Türk Borçlar Kanunu Genel Hükümleri İle İsviçre Borçlar Kanunu Genel Hükümleri Fransızca Versiyonunun Karşılaştırması ve Bazı Özel Akit Tipleri, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2016.
- Şeker, Muzaffer, Kefalet Sözleşmesinde Eşin Rızası, İstanbul İcaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, Cilt 15, Sayı 30, 2016, s. 107-130.

- Şeker, Muzaffer, Kefalet ve Avalde Eşin Rızası, İstanbul, Onikilevha Yayıncılık, 2017.
- Şeker, Muzaffer, Şekil Noksanı Nedeniyle Sözleşmenin Hükümsüzlüğünden Kaynaklanan Sorumluluk Halleri ve Zararın Tazmini, Legal Hukuk Dergisi, Sayı 61, 2008, s. 49-63.
- Şener, Oruç Hami, Teorik ve Uygulamalı Ortaklıklar Hukuku Ders Kitabı, İstanbul, Seçkin Yayıncılık, 2012.
- Şensöz, Ahmet, İcra Kefaletinin Şekline İlişkin Bir Yargıtay Karar İncelemesi, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 16, Özel Sayı, 2015, s. 2953-2969.
- Şıpka, Şükran, Türk Hukukunda Eşlerin Hukuki İşlem Özgürlüğünün Sınırları, Public and Private International Law Bulletin, Cilt 23, Sayı 1, 2015, s. 47 - 58.
- Tandoğan, Haluk, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, 6. Baskı, Cilt 1, Ankara, Evrim Basım-Yayın-Dağıtım, 1990.
- Tandoğan, Haluk, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, 5. Baskı, Cilt 2, Ankara, Vedat Yayıncılık, 2010.
- Tandoğan, Haluk, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, 3. Baskı, Cilt 2, Ankara, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 1987.
- Tandoğan, Haluk, Kefaletin Geçerlilik Şartları, Banka ve Ticaret Hukuk Dergisi, Cilt 9, Sayı 1, 1977, s. 19-54.
- Tanrıver, Süha, Noterler Tarafından Elektronik Ortamda Yapılabilecek Olan İşlemler ve Bu İşlemlerin Gerçekleştirilmesi Usulü, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 65, Sayı 4, 2016, s. 3677-3686.
- Taşdelen, Nihat, Kefalet Sözleşmesinde Şekil, Prof. Dr. Oğuz İmregün'e Armağan, ed.: Erdoğan Moroğlu/Yılmaz Altuğ, İstanbul, Beta Yayıncılık, 1998, s. 731-765..
- Taşpınar Ayvaz, Sema, Türk Borçlar Kanunu ve Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun İmza Atmayanlarla İlgili Yeni Düzenlemesine Eleştirel Bir Bakış, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 61, Sayı 1, 2012, s. 321-349.

- Tekil, Fahiman, Yokluk, Hükümsüzlük ve İptal Edilebilirlik Sorunları, Prof. Dr. M. Kemal Oğuzman'ın Anısına Armağan, ed.: Nami Barlas/Abuzer Kendigelen/Suat Sarı, İstanbul, Beta Yayıncılık, 2000, s. 1091-1114.
- Tekinay, Selahattin Sulhi/Akman, Sermet, Burcuoğlu, Haluk/Altop, Atilla, Tekinay Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 7. Baskı, İstanbul, Filiz Kitabevi Basım, 1993.
- Tuğ, Adnan, Türk Özel Hukukunda Şekil, Konya, Mimoza Yayıncılık, 1994.
- Türker, Erhan, Akitlerde Şekil, Eskişehir İktisadi ve Ticari İlimler Akademisi Dergisi, Cilt 8, Sayı 1, 1972, s. 243-259.
- Yakar, Soner, Amme Alacaklarının Tahsili Usulü Hakkındaki Kanun'un 11. Maddesine Göre Şahsi Kefalet, Vergi Sorunları Dergisi, Cilt 35, Sayı 288, 2012, s. 185-197.
- 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 Değerle, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, 2006, s. 461-486.
- Yavuz, Cevdet, Genel Olarak Kefalet Sözleşmesi, Geçerliliği ve Türleri, Avrupa Araştırmaları Dergisi, Cilt 12, Sayı 1-2, 2004, s. 17-61.
- Yavuz, Cevdet/Acar, Faruk/Özen, Burak, Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler, 16. Baskı, İstanbul, Beta Yayıncılık, 2019.
- Yavuz, Nihat, Öğretide ve Uygulamada Türk Kefalet Hukuku, Ankara, Adalet Yayınevi, 2009.
- Yavuz, Nihat, Öğretide ve Uygulamada Türk Kefalet Hukuku, Adalet Yayınevi, 2009.
- Yener, Mehmet Deniz, Kefilin Sorumluluğunun Kapsamı ve 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu İle Yapılan Değişiklikler, Finansal Araştırmalar ve Çalışmalar Dergisi, Cilt 3, Sayı 7, 2012, s. 105-114.
- Yılmaz, Merve, Türk Borçlar Kanunu'na Göre Kefalet Sözleşmesinin Geçerlilik Şartları, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, Sayı 7, 2011, s. 67-92.

- Yılmaz, Süleyman, Yargıtay Kararları Işığında 6570 Sayılı Kanun Kapsamındaki Kira Sözleşmelerinde Kefilin Sorumluluğu, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 57, Sayı 3, 2008, s. 753-778.
- Yılmaz, Süleyman/Bayramoğlu, Necati Şükrü, Eşin Tasarruf Yetkisinin Kısıtlanması, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Cilt 22, Sayı 3, 2016, s. 3144 - 3162.
- Yüksel, Mahmut/Biçer, İrem, Kamu (Vergi) İcra Hukukunda Güvence Mekanizmaları: Teminat ve Şahsi Kefalet, Vergi Sorunları Dergisi, Cilt 39, Sayı 334, 2016, s. 51-62.
- Zevkliler, Aydın/Gökyayla, K. Emre, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, 13. Baskı, Ankara, Turhan Kitabevi, 2013.

İnternet Kaynakları:

- <https://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.5.6098.pdf>.
- <https://www.sinerjimevzuat.com.tr/index.jsf?dswid=2582#>
- <https://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.5.5718.pdf>.
- <https://www.lexpera.com.tr>
- <https://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.5.4721.pdf>
- <https://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.3.2004.pdf>.
- <https://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/5.3.818.pdf>
- <https://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem22/yil01/ss333m.htm>
- https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_bgb/englisch_bgb.html#p3332.
- <https://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.3.805.pdf>
- <https://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.3.6183.pdf>.
- <https://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.5.6502.pdf>.
- http://hukukdergi.erkincan.edu.tr/wp-content/uploads/2015/10/2000_1_20.pdf

- <http://www.eyavuz.av.tr/yargitay-hukuk-genel-kurulu-karari-garanti-beyanina-yer-verilmis-olmasi-sozlesmeyi-tek-basina-garanti-sozlesmesi-haline-getirmez/>
- <https://www.mevzuat.gov.tr/mevzuat?MevzuatNo=5070&MevzuatTur=1&MevzuatTertip=5>
- <https://www2.tbmm.gov.tr/d23/1/1-0499.pdf>
- <https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/pf/sorgula.xhtml>
- <https://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.5.6102.pdf>.
- <https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2013/04/20130411-1.htm>
- <http://www.ticaretkanunu.net/wp-content/uploads/2010/04/Turk-Ticaret-Kanunu-Madde-Gerekceleri.pdf>.

MAHKEME KARARLARI DİZİNİ

- Y. HGK. 09.03.1977 T., 976/13-22 E., 977/216 K.
- Y. 3. HD., 11.10.2012 T., 2012/14597 E., 2012/21370 K.
- Y.11 HD 5.12.1988 T., 2597/7405 K.
- Y.12 HD 23.11.1993 T., 1993/14291 E., 1993/18329 K.
- Y. 13. HD. 20.10.2009 T., 2009/3897 E., 2009/11793 K.
- Y. 13. HD. 14.05.2018 T., 2015/42830 E., 2018/5759 K.
- Y. 19. HD. 18.10.2016 T., 2016/5195 E., 2016/13423 K.
- Y. 12. HD. 17.06.1998 T., 1998/6841 E., 1998/7405 K.
- Y. 13. HD. 26/01/1976 T., 3715/389 K.,
- Y. 19. HD. 09.10.2017 T., 2016/11096 E., 2017/6724 K.
- Y. 12. HD. 05.03.2013 T., 2012/ 32675 E., 2013 / 7294 K.
- Y. 4. HD. 16.06.1978 T., 12649 E., 8098 K.
- Y. 13. HD. 3715/389 E, 26/01/1976 T.
- Y. 3. HD. 06.04.1989 T., 9431/3528 K.
- Y. 19. HD. 30.09.2015 T., 2014/20091 E., 2015/11694 K.
- Y. 11. HD. 8.12.2003 T., 2003/4557 E., 2003/11483 K.

- Y. 19. HD. 10.02.2016 T., 2015/11300 E., 2016/2075 K.
- Y. 8. HD, 04.06.2013 T., 2013/15098 E., 2013/20781 K.
- Y. 12. HD., 7.9.2015 T., 2015/9591 E., 2015/19863 K.
- Y. 12. HD., 17.12.2015 T., 2015/22190 E., 2015/32110 K.
- Y. 12. HD., 19.4.2018 T., 2018/9151 E., 2018/3422 K.
- Y. 19. HD. 25.4.2016 T., 2015/18015 E., 2016/7423 K.
- Y. 6. HD. 16.03.2015 T., 2015/2381 E., 2015/2504 K.
- Y. 6. HD. 28.09.2015 T., 2014/13353 E., 2015/7523 K.
- Y. HGK. 22.03.2006 T., 2006/6-78 E., 2006/88 K.
- Y. HGK. 24/05/2006 T., 2006/346 E., 2006/300 K.
- Y. 13. HD. 03.06.2004 T., 2004/1406 E., 2004/8672 K.
- Y. 12. HD. 18.05.2001 T., 2001/7879 E., 2001/8755 K.
- Y. 15. HD., 04/04/1977 T., 1977/670 E., 1977/798 K.
- Y. 19. HD. 09.06.2016 T., 2016/1084 E., 2016/10410 K.
- Y. 19. HD. 23.10.2019 T., 2018/3777 E., 2019/4889 K.,
- Y. 13. HD. 04.03.2019 T., 2016/13844 E., 2019/2821 K.
- Y. İBK. 11.06.1969 T., 1969/4 E., 1969/6 K.
- Y. HGK. 23.05.2019 T., 2017/1731 E., 2019/608 K.
- Y. HGK. 4.7.2001 T., 2001/19-534 E., 2001/583 K.
- Y. 19. HD. 07.02.2019 T., 2018/1131 E., 2019/754 K.
- Y. HGK 6.11.2018 T., 2018/19-689 E., 2018/1624 K.
- Y. HGK., 10.11.1993 T., 1993/125 E., 1993/711 K.
- Y. İBK. 12.04.1944 T., 1943/14 E., 1944/13 K.
- Y. 13. HD. 30.11.2005 T., 2005/12076 E. 2005/17600 K.
- Y. 13. HD. 18.4.2005 T., 2005/115 E., 1538 K.
- YHGK 4.7.2001 T., 2001/19-534 E., 2001/583 K.
- Y. 13. HD. 23.06.2003 T., 2003/2543 E., 2003/8151 K.
- Y. 19. HD. 18.11.1993 T., 1992/9616 E., 1993/7715 K.
- Y. 19. HD. 13.04.1999 T., 1999/1901 E., 1999/2434 K.
- Y. 19. HD. 09.06.2000 T., 2000/2387 E., 2000/4536 K.

- Y. 19. HD. 03.05.2002 T., 4988/3350 K.
- Y. 19. HD. 15.03.2002 T., 1052/1842 K.
- Y. 11. HD. 28.05.2002 T., 2649/5315 K.
- YHGK. 22.03.1995 T., 19-829/214 K.
- Y. 13. HD. 17.11.2005 T., 2005/11029 E. 17073 K.
- Y. 19. HD. 11.12.2007 T., 2007/4820 E., 2007/11173 K.
- Y. 19. HD. 18.09.2014 T., 2014/9552 E., 2014/13730 K
- Y. 19. HD. 11.11.2009 T., 2009/672 E., 2009/10405 K.
- Y. 11. HD. 13.07.2010 T., 9069/8312 K.
- Y. 12. HD, 21.4.1986 T., 1985/10465 E., 1986/4612 K.
- Y. HGK, 28.11.2001, 2001/19-1029 E., 2001/1085 K
- Y. 11. HD. 10.6.1988 T., 1988/4317 E., 1988/3844 K
- Y. 11. HD., 13.07.2010 T., 2010/9069 E., 2010/8312 K.
- Y.HGK. 29.05.2002 T., 2002/2-441 E., 2002/433 K.
- YİBBGK. 30.9.1988 T., 1987/2 E., 1988/2 K.
- YİBBGK. 30.9.1988 T., 1987/2 E., 1988/2 K.
- Y. 3. HD., 19.2.2018 T., 2016/10019 E., 2018/1276 K.
- Y. 23. HD., 05.06.2014 T., 2014/1083 E., 2014/4348 K.
- Y. 23. HD. 24.3.2014 T., 2013/8106 E., 2014/2232 K.
- Y. HGK. 2.10.1970 T., 1971/2-810 E., 1043 K.
- Y. 11. HD., 17.6.2016 T., 2015/7552 E., 2016/6810 K.
- Y. 4. HD. 10.11.1933 2403/1515 K.
- Y. 3. HD. 06.04.1989 T., 9431/3528 K.
- Y. 3. HD. 06.04.1989 T., 9431/3528 K.
- Y. 19. HD. 17.03.2015 T., 2014/16610 E., 2015/3727 K.
- Y. 3. HD 14.11.2018 T., 2017/4076 E. 2018/11475 K.
- Y. 19. HD 27.09.2018 T., 2017/3217 E., 2018/4585 K.
- Y. 19. HD 18.12.2018 T., 2017/5497 E., 2018/6693 K.
- Y. 19. HD. 13.05.2003 T., 2003/3142-5060 K.
- Y. 11. HD. 07.05.2002 T., 2002/630 E., 2002/4497 K.

- Y. 19. HD. 08.06.2001 T., 2001/4325 E., 2001/4434 K
- Y. 11. HD., 17.6.2016 T., 2015/7552 E., 2016/6810 K.
- Y. 15. HD. 11.12.1980 T., 1980/419 E., 1980/2649 K.
- Y. 13. HD., 13.3.1980 T., 1980/1267 E., 1980/1669 K.
- Y. HGK., 9.6.1982 T., 1979/1613 E., 1982/565 K.
- Y. 13. HD. 2.12.1991 T., 1991/7217 E., 1991/10901 K.
- Y. 19. HD. 17.03.2015 T., 2014/16610 E., 2015/3727 K.
- Y. 19. HD. 13.05.2003 T., 2003/3142-5060
- Y. 11. HD. 07.05.2002 T., 2002/630 E., 2002/4497 K.,
- Y. 19. HD. 08.06.2001 T., 2001/4325 E., 2001/4434 K.
- Y. 3. HD. 06.04.1989 T., 9431/3528
- Y. 11. HD. 15.12.2003 T., 2003/4923 E., 2003/11833 K.
- Y. 11. HD. 08.12.2003 T., 2003/4557 E., 2003/11483 K.
- Y. 19. HD. 30/09/2015 T., 2014/20091 E., 2015/11694 K.
- Y. 19. HD. 25/05/2017 T., 2016/19608 E., 2017/4212 K.
- Y. 3. HD., 09.12.2013 T., 2013/13211 E., 2013/17415 K.
- Y. HGK., 24.1.2018 T., 2016/2632 E., 2018/107 K.
- TD. 27.6.1958, E.1892/K:1826
- Y. 15. HD. 06.07.1989 T., 1989/391 E., 1989/3267 K.
- Y. 11. HD. 25.04.2014 T., 2014/1231 E., 2014/7837 K.
- Y. 06.02.2017 T., 2016/6751 E., 2017/820 K.
- Y. HGK 28.11.2001, 2001/19-1029 E., 2001/1085 K.
- YİBBGK 20/04/2018 T., 2017/4 E., 2018/5 K.
- Y. 12. HD., 13.10.2016 T., 2016/12256 E., 2016/21462 K
- Y. 12. HD., 08/03/2016 T., 2015/31448 E., 2016/6614 K.
- Y. 11. HD., 22/04/2013 T., 2013/5154 E., 2013/8006 K.
- Y. 11. HD. 27/12/1990 T., 1989/4046 E., 1990/8459 K.
- Y. 12. HD. 28.01.2013 T., 2013/27594 E., 2013/37762 K.
- Y. 12. HD. 18.11.2013 T., 2013/27840 E., 2013/36202 K.
- Y. 12. HD. 15.05.2014 T., 2014/10176 E., 2014/14470 K.

- Y. 12. HD. 11.05.2015 T., 2015/11249 E., 2015/13095 K.
- Y. 12. HD. 28.01.2016 T., 2015/25240 E., 2016/2668 K.
- Y. 19. HD. 16.10.2014 T., 2014/12290 E., 2014/15241 K.
- Y. 19. HD. 8.12.2014 T., 2014/13328 E., 2014/17618 K.
- Y. 19. HD. 09.02.2015 T., 2014/12410 E., 2015/1564 K.
- Y. 19. HD. 14.06.2016 T., 2016/3207 E., 2016/10639 K.
- Y. 19. HD. 16.02.2017 T., 2016/12169 E., 2017/1231 K.
- Y. HGK. 24.05.2017 T., 2017/1135 E., 2017/1012 K.
- Y. 20. HD. 30.01.2017 T., 2016/12710 E., 2017/574 K.
- Y. 20. HD. 27.02.2017 T., 2017/720 E., 2017/1586 K.
- Y. 12. HD. 18.02.2016 T., 2015/27019 E., 2016/4412 K.
- Y. 19. HD. 19.11.2015 T., 2015/4766 E., 2015/15190 K.
- Y. 6. HD. 04.05.2016 T., 2015/9155 E., 2016/3632 K.
- Y. 6. HD. 01.12.2016 T., 2016/8906 E., 2016/5924
- Y. 3. HD. 19.06.2019 T., 2017/9228 E., 2019 /5563 K.
- Y. 3. HD. 07.11.2018 T., 2017/4264 E., 2018/11140 K.
- Y. 3. HD. 27.03.2019 T., 2017/6806 E., 2019/2674 K.
- Y. 3. HD. 08.04.2019 T., 2017/6543 E., 2019 /3083 K
- BGE 84 I 124
- BGE 93 II 376, E.4
- BGE 70 II 271
- BGE 65 II 236
- BGE 33 II 402
- BGE 45 II 172
- BGE 46 II 97
- BGE 81 II 458
- BGE 68 II 144
- BGE 88 II 422