

Yargı Kararları Işığında Kefalette Eşin Yazılı Rızasının Alınması Zorunluluğu ve İstisnalarının Değerlendirilmesi

Mustafa YAVUZ*

Özet

Borçlar hukukuna hâkim olan ilkelerden biri sözleşme özgürlüğü ilkesi olmakla birlikte, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanununda, aile birliğinin, bu birliğin huzurlu ve mutlu bir şekilde devam etmesi ve ailenin ekonomik varlığının korunması amacıyla, hukukumuzda ilk defa olmak üzere eşlerden birinin kefalet sözleşmesi yapabilmesi diğer eşin yazılı rızasına bağlanmıştır. Bu kapsamda, evli olan kişilerin mahkemece verilmiş bir aylık kararı olmadığı ya da yasal olarak ayrı yaşama hakkı doğmadığı sürece, eşlerden birinin kefil olması, diğerinin sözleşmenin kurulmasından önce ya da en geç kurulması anında vereceği yazılı iznine tabidir. Ancak, anılan düzenleme, yürürlüğe girdiği tarihten itibaren özellikle iş hayatını yavaşlattığı yönünde ağır eleştirilere maruz kalmış ve söz konusu eleştiriler doğrultusunda kefalette eş rızasına bazı istisnalar getirilmiştir. İşte bu çalışmada, kefalette eşin yazılı rızasının alınması zorunluluğu ve bunun istisnaları, yargı kararları ışığında ele alınmış ve açıklanmıştır.

Anahtar Kelimeler: Kefalet, Kefalet Sözleşmesi, Kefil, Eşin Rızası, Aynlık Kararı, Yasal Olarak Ayrı Yaşama Hakkı.

JEL Sınıflama Kodları: J12, K12, K40.

The Obligation to Obtain the Written Consent of the Spouse on Suretyship and The Evaluation of Its Exceptions in The Light of Judicial Decisions

Abstract

One of the principles prevailing in the law of obligations is the principle of freedom of contract, but in the Turkish law of Obligations No. 6098, the ability of one of the spouse to make a surety contract is subject to the written consent of the other spouse for the first time in our law in order to maintain the unity of the family, this union in a peaceful and happy way and to protect the economic existence of the family. In this context, unless there is a court-ordered separation of married persons or a legal right to live separately, the guarantor of one of the spouses is subject to the written consent of the other prior to the establishment of the contract or at the latest at the time of its establishment. However, the said regulation has been subjected to heavy criticism since the date of its entry into force; in particular, as it has slowed down business life, and in line with these criticisms, some exceptions have been introduced to spousal consent on suretyship. Here, in this study, the obligation to obtain the written consent of the spouse on suretyship and the evaluation of its exceptions in the light of judicial decisions are discussed and explained in the light of judicial decisions.

Keywords: Suretyship, Surety Contract, Guarantor, Consent of the Spouse, Separation Decision, Right to Live Legally Separate.

JEL Codes: J12, K12, K40.

* Ticaret Uzmanı, Ticaret Bakanlığı, myavuz20@yahoo.com, ORCID ID-0000-0003-1707-2521

1. Giriş

Uygulamada karşılaşılan sorunlara ve günümüz ihtiyaçlarına cevap vermek üzere hazırlanan 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu¹ (TBK) 1 Temmuz 2012 tarihinde yürürlüğe girmiştir. TBK, Türk Medeni Kanununun tamamlayıcı ve ayrılmaz bir parçası olup, temel kanun niteliğindedir. TBK’da, 818 sayılı mülga Borçlar Kanununda² yer almayan birçok yeni düzenlemeye yer verilmiştir. Hukukumuzda ilk defa düzenlenen hususlardan birini de evli kişilerin ancak diğer eşin yazılı rızasıyla kefil olabilme zorunluluğu oluşturmaktadır.

Eşler, kendi yaşamlarına ilişkin borçlanmaların rizikolarını evlilik gereğince üstlenmekle birlikte; eşlerden birinin, başkalarının borçlarını üstlenme anlamına gelen üçüncü kişilere kefil olması halinde evlilik kurumu içinde yer alan mal ve haklar zarar görebilmektedir. Buradan hareketle, eşlerin bilhassa düşüncesizce giriştikleri kefaletler ile hatır kefaletlerinin sebep olduğu ekonomik yıkımlara karşı aile birliğinin ve toplumun en önemli yapı taşı olan ailenin korunması amacıyla, TBK’nın 584. maddesinde kefalette eş rızası şartı getirilmiştir (Kırca, 2006:437). Esasen bu düzenlemenin gayesi, kişilerin medeni haklarına bir sınırlama getirmek değil, ailenin ekonomik gücünü korumaktadır (Yılmaz, 2011:77).

Bununla birlikte, TBK’nın yürürlüğe girmesi sonrasında ekonomik hayatın önemli bir parçası olan kefalette eş rızası zorunluluğu, kamuoyunda ve özellikle iş dünyası tarafından yoğun bir şekilde eleştirilmiştir. Düzenlemede öngörülen eş rızası nedeniyle ticari hayatın yavaşlayarak sektöre uğradığı, piyasada önemli sorunlar ya-

1 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu, 04/2/2011 tarihli ve 27836 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanmıştır.

2 22/04/1926 tarihli ve 818 sayılı mülga Borçlar Kanunu, TBK’nın 647. maddesiyle yürürlükten kaldırılmıştır.

şandığı, kredi ilişkilerinin kilitlendiği, gerçek kişilerin kendi şirketleri için ticari kredi işlemlerinde dahi diğer eşin rızası engeli ile karşılaştıkları ifade edilmiştir (Yalçınduran, 2016:465). Bu sefer, söz konusu eleştiriler dikkate alınarak, 28/03/2013 tarihli ve 6455 sayılı Kanunla³ kefalette eş rızasına bazı istisnalar getirilmiş ve uygulamanın kapsamı daraltılmıştır.

İşte bu çalışmada, kefalette eşin rızasının yazılı alınma zorunluluğu ve bu uygulamanın istisnaları detaylı olarak incelenmiş ve değerlendirilmiştir.

2. Genel Olarak Kefalet Sözleşmesi

TBK’nın 581 ilâ 603. maddelerinde düzenlenen kefalet sözleşmesi, teminat alacaklısına borçlunun malvarlığı yanında teminat verenin kişisel malvarlığına başvurmaya yönelik bir alacak hakkı tanıyan şahsi bir teminattır. Dolayısıyla, kefalet sözleşmesinin amacı, alacaklıya teminat (güvence) sağlamaktır. Anılan Kanunun 581. maddesinde ise kefalet sözleşmesi, “kefilin alacaklıya karşı, borçlunun borcunu ifa etmemesinin sonuçlarından kişisel olarak sorumlu olmayı üstlendiği sözleşme” olarak tanımlanmıştır. Bu kapsamda kefil, asıl borçlunun borcunu ödememesini temin etmeyi değil, onun borcunu ödememesi halinde bundan şahsen sorumlu olmayı alacaklıya taahhüt etmektedir.

O halde kefil, alacaklı karşısında ikinci (fer’i nitelikte) bir borçlu olmaktadır. Borçlu borcunu yerine getirmediği takdirde alacaklı kefile başvurma hakkına sahiptir. Ancak, tekrar belirtelim ki, kefalet sözleşmesiyle kefil, alacaklıya karşı yalnız teminat borcu altına girer; hiçbir zaman asıl borçlunun yerine geçmez, onunla birlikte borç yüklenmez (Eren, 2017:760-761). Bu durumda, kefalet sözleşmesi,

3 6455 sayılı Gümrük Kanunu ile Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun, 11/04/2013 tarihli ve 28615 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanmıştır.

asıl borç ilişkisinden ayrı bir sözleşme olup, borcun alacaklısı ve kefil arasında kurulur; asıl borçlu mezkûr sözleşmenin bir tarafı değildir. Dolayısıyla kefalet sözleşmesi, rızai, tek tarafa borç yükleyen, kanunda düzenlenmiş, bağımsız bir sözleşmedir.

Öte yandan, kefalet sözleşmesi, mevcut ve geçerli bir borç için yapılabileceği gibi gelecekte doğacak veya koşula bağlı bir borç için de bu borç doğduğunda veya koşul gerçekleştiğinde hüküm ifade etmek üzere yapılabilir (TBK md. 582). Dolayısıyla, kefilin sorumluluğu kefalet sözleşmesinde yazılı olan miktarla sınırlıdır. Bunun yanında, asıl borç ilişkisi geçersizse kefilin sorumluluğuna gidilemez. Ancak yanılma veya ehliyetsizlik sebebiyle asıl borçlunun sorumlu olmadığı bir borç için kefil olan kişi, yükümlülük altına girdiği sırada sözleşmeyi sakatlayan bu eksikliği biliyorsa kefaletinden dolayı sorumlu olur.

Kefalet sözleşmesinin geçerli olarak kurulabilmesi için yazılı şekilde yapılması, kefilin sorumlu olacağı azami miktar ile kefalet tarihinin ve kefaletin müteselsil olması durumunda kefilin söz konusu hususları kendi el yazısıyla yazması şarttır. Kefalet sözleşmesinde sonradan yapılan ve kefilin sorumluluğunu artıran değişikliklerin de kefalet için öngörülen bu şekil şartlarına uyularak yapılması gerekir (TBK md. 583). Son olarak ifade edelim ki, kefaletin; adi kefalet, müteselsil kefalet, birlikte kefalet, kefile kefil ve rücu kefil şeklinde türleri⁴ bulunmaktadır.

4 Adi kefaletle alacaklı, kural olarak borçluya başvurmadıkça kefilin takip edemez. Ancak, borçlu aleyhine yapılan takibin sonucunda kesin aciz belgesi alınması, borçlu aleyhine Türkiye’de takibatin imkânsız hâle gelmesi veya önemli ölçüde güçleşmesi, borçlunun iflasına karar verilmesi ve borçluya konkordato mehli verilmiş olması hallerinde doğrudan doğruya kefile başvurulabilir. Müteselsil kefaletle ise alacaklı, borçluyu takip etmeden veya taşınmaz rehnini paraya çevirmeden kefilin takip edebilir. Öte yandan, birlikte kefalet kapsamında birden çok kişinin, aynı borca birlikte kefil olmaları halinde her biri kendi payı için adi kefil gibi, diğerlerinin payı için de kefile kefil gibi sorumlu olur. Alacaklıya, kefilin borcu için güvence veren kefile kefil de kefil ile birlikte, adi kefil gibi sorumludur. Rücu kefil ise kefilin borçludan rücu alacağı için güvence veren kefiledir (TBK md. 585-588).

3. Kefalet Sözleşmesinde Eşin Rızası

Kefalet sözleşmelerinde eş rızasıyla ilgili olarak TBK’nın “Eşin Rızası” başlıklı 584. maddesinin birinci ve ikinci fıkralarında, *“Eşlerden biri mahkemece verilmiş bir ayrılık kararı olmadıkça veya yasal olarak ayrı yaşama hakkı doğmadıkça, ancak diğerinin yazılı rızasıyla kefil olabilir; bu rızanın sözleşmenin kurulmasından önce ya da en geç kurulması anında verilmiş olması şarttır. / Kefalet sözleşmesinde sonradan yapılan ve kefilin sorumlu olacağı miktarın artmasına veya adi kefaletin müteselsil kefalete dönüşmesine ya da kefil yararına olan güvencelerin önemli ölçüde azalmasına sebep olmayan değişiklikler için eşin rızası gerekmez.”* hükmüne yer verilmiştir. Madde gerekçesinde, anılan hükmün düzenlenmesinde, kaynak İsviçre Borçlar Kanununun 104. maddesinin göz önünde tutulduğu ifade edilmiştir.⁵

Hemen belirtelim ki bu hüküm, eşlerin bizzat borç altına girmesini değil, izinsiz kefil olmasını yasaklamaktadır. Başka bir anlatımla, anılan düzenleme, kişisel borçlanma ya da ticari hayatın gereği olan kefalet ve borçlanma sözleşmelerine engel oluşturmamakta, evli kişilerin kişisel borçlanma haklarına müdahale etmemekte ve eşin hukuksal işlem ehliyetine bir kısıtlama getirmektedir.

Aileyi ve evlilik birliğini koruma altına almayı amaçlayan söz konusu düzenleme ile kefalet sözleşmesinin geçerliliği için bu sözleşme kurulurken, istisnai haller dışında, diğer eşin yazılı rızasının alınması kanuni zorunluluk haline getirilmiş ve bu kural kefalet sözleşmeleri bakımından şekil şartı olarak kabul edilmiştir (Özen, 2014:182). Evli kişiler bakımından kefil olma ehliyetini sınırlandıran ve emredici nitelikte düzen-

5 Türk Borçlar Kanunu Tasarısı ve Adalet Komisyonu Raporu, Esas No:1/499, S.Sayısı:321, TBMM Kanunlar Dergisi, Cilt, 95.

lenen anılan maddenin uygulanması için kefilin 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu⁶ (TMK) hükümlerine göre evli olması ve kefalet esnasında evliliğinin devam etmesi şarttır (Reisoğlu, 2013:89). Mezkûr hükümde “eşlerden biri” denilmek suretiyle, eşin rızasının alınması konusunda eşler (kadın-erkek) arasında cinsiyet ayrımı yapılmamıştır. Bu durumda, kadın ya da erkek ayrımı yapılmaksızın, kadının kefil olmasında erkeğin, erkeğin kefil olmasında da kadının izni gerekmektedir. Ayrıca, eşler arasındaki mevcut mal rejimi ve kefaletin türü eş rızası uygulamasını etkilemez.

Öte yandan, eşin rızası en geç kefalet sözleşmesinin kurulduğu anda verilmiş olmalıdır. Eşin rızası, TBK md. 584 gereği yazılı olarak verilir ve kefaletin adi yazılı şekilde olması yeterlidir. Dolayısıyla, rıza beyanının eş tarafından imzalanması yeterli ve gereklidir; imzanın noterce onaylanması ise zorunlu değildir. Bundan başka, eşin rızası kefalet sözleşmesinde yer alabileceği gibi, ayrı bir belgede de yer alabilir (Baş, 2012:122). Ayrıca, eş rızası somut ve belirli bir kefalet sözleşmesi için ve her sözleşmeye dair ayrı ayrı olmak üzere verilmiş olmalıdır; baştan ileri tarihlerde (gelecekte) akdedilecek kefalet sözleşmeleri için genel muvafakat verilemez.

Kanun koyucu, evli kişinin kefil olabilmesi için eşinin rızasının aranması koşulunu emredici nitelikte düzenlediğinden, taraflarca bunun aksine anlaşmalar yapılamaz veya eşler bundan feragat edemez (Ayan, 2018:116). Başka bir deyişle eşler, hukuka uygun olarak vermiş olduğu rızadan daha sonradan vazgeçemez. Diğer taraftan, eşin rızası gerektiği halde bu şart sağlanmadan akdedilen kefalet sözleşmesi sonra-

dan eş boşansa dahi geçerli hale gelmez. Kişinin bekârkken kefil sıfatıyla akdettiği kefalet sözleşmesi için sonradan evlenmesi halinde ise eşinin onayı gerekmez (Bodur, 2013:278).

Eş rızasının varlığı, bunun varlığını iddia eden taraftan ispatlanır (TMK md. 6). Bu kişi ise esas itibarıyla alacaklıdır (Kırca, 2006:446). Diğer taraftan, eşin rızasının alınması kefalet sözleşmesinin tamamlayıcı unsuru değil geçerlilik unsuru olduğundan ve bahsi geçen sözleşmenin geçerli olarak kurulabilmesi için eşin rızasının mutlaka alınması gerektiğinden, bu rızanın alınmaması, kefalet sözleşmesinin kesin hükümsüzlüğü (butlanı) sonucunu doğurur. Eşin rızasının bulunup bulunmadığı hususu, hâkim tarafından re'sen dikkate alınır (Aral ve Ayrancı, 2012:430). Ayrıca, kefalet sözleşmesi kurulduktan sonra kefil olan kişinin eşinin kefaletle sonradan onay vermesi veya alacaklının iyiniyetli olması da geçersizliği ortadan kaldırmaz.

Yeri gelmişken belirtelim ki, Yargıtay kararları ışığında, eşlerden birinin asıl borçlu, diğer eşin bu borca yönelik güvence sağlamak amacıyla kefil olması halinde asıl borçlu olan eşin, diğer eşin kefil olmasına rıza göstermesi gerekmemektedir. Keza eş rızasının aranmasına yönelik kanuni düzenlemenin temel maksadının, eşlerin birbirlerinin borçlandırıcı tasarruflarından haberdar olma ve borçlandırıcı işlemleri aile bütünlüğü içerisinde birlikte yapma olduğu nazara alındığında, borçlu eşin diğer eşin kefaletine rıza göstermesi şartının aranması fuzuli olacaktır.⁷

Diğer taraftan, kefalette eşin rızasına ilişkin 584. madde hükmü, gerçek kişilerce, kişisel güvence

6 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu, 08/12/2001 tarihli ve 24607 sayılı Resmî Gazete’de yayımlanmıştır.

7 Yargıtay 12. Hukuk Dairesinin 13/10/2016 tarihli ve E.2016/12256, K.2016/21462 sayılı; 11. Hukuk Dairesinin 10/02/2016 tarihli ve E.2016/1306, K.2016/1277 sayılı kararları.

verilmesine ilişkin olarak başka ad altında yapılan diğer sözleşmelere de uygulanır (TBK md. 603). O halde, bu hükmün gereği olarak, garanti, borca katılma, himaye beyanı, itibar emri/kredi emrinde de eşin rızası aranır (Kırca, 2006:437). Bununla birlikte, Yargıtay İçtihatları Birleştirme Büyük Genel Kurulunun 20/04/2018 tarihli ve E.2017/4, K.2018/5 sayılı kararı⁸ gereğince, kefalette eşin rızasına dair TBK'nın 584. maddesindeki düzenlemenin, kambiyo senetlerinde geçerli olan avalda⁹ uygulanması gerekmemektedir.

Son olarak, konunun bütünlüğü açısından, Anayasa Mahkemesinin kefalette eş rızasını düzenleyen TBK'nın 584/1. maddesinin iptali istemiyle açılan davaya ilişkin kararı hakkında bilgi vermek uygun olacaktır. Yerel bir mahkeme, söz konusu hükümlerle kefalet amacı taşıyan her türlü sözleşmenin geçerliliğinin eşin rızasına bağlandığı, eşin rızasının aranmasının sözleşme hürriyetini ihlal ettiği, bu durumun ekonomik hayata da olumsuz etki edeceği gerekçesiyle iptal başvurusunda bulunmuştur. Anayasa Mahkemesi ise 26/12/2013 tarihli ve E.2013/57, K.2013/162 sayılı kararıyla¹⁰ iptal talebini reddetmiştir. Yüksek Mahkemenin gerekçeli kararında da; TBK'nın 584. maddesinin, aile birliğinin ve bu birliğin huzurlu ve mutlu devam etmesini sağlamak üzere düzenlenen sınırlayıcı ancak aynı zamanda koruyucu bir hüküm olduğu, bu hükümlerle getirilen sınırlamaların amacının öncelikle ailenin ekonomik varlığının, bunun sonucu olarak da ailenin huzurunun ko-

runması olduğu, dolayısıyla itiraz konusu kuralla, eşlerden biri tarafından malvarlığının tüketilmesinin önüne geçilmesi suretiyle Anayasa'nın 41. maddesinin hükmü doğrultusunda ailenin huzurunu korumanın ve sonuç olarak da evlilik birliğinin geleceğini garanti altına almanın hedeflendiği dikkate alındığında, müdahalenin demokratik toplum düzeninin gereklerine aykırı olmadığı, ayrıca bu sınırlama ile aile birliğinde istenmeyen anlaşmazlıkların önüne geçerek ailenin geleceği için risk oluşturabilecek davranışların önlenmesinin amaçlandığı, bu amacın da kamu yararına olduğu, bu nedenle Anayasa'nın 35. maddesindeki sınırlama nedenlerine uygun olduğu, ayrıca sözleşme hürriyetine ve mülkiyet hakkına keyfi ya da hakkın özüne dokunacak bir sınırlama getirmeyen, temel hakkın kullanımını ortadan kaldırmayan ya da güçleştirmeyen kuralın istisnai bir alanda ve dar kapsamlı olduğundan sınırlı ve ölçülü olduğu, Anayasa'nın 41. maddesinin verdiği önem de dikkate alınarak, aile ve ailenin korunmasının, istisnai bir alanda ve anayasal ilkelere uygun olarak asgari oranda sınırlandırılan düzenlemenin birey hakları ile kamu yararı arasında açık bir dengesizlik de yaratmadığı, dolayısıyla hükmün ailenin ortak kararı olmaksızın üçüncü kişi lehine güvence verilmek suretiyle borçlanmasına engel olarak ailenin huzur ve refahını koruduğundan, sınırlamanın bu açıdan da ulaşılmak istenen amaç ile orantılı olduğu ifade edilmiştir.

4. Kefalette Eş Rızasının İstisnaları

Kefalette eş rızası iki grupta incelenebilir. Bunlar, TBK'nın yürürlüğe girdiği tarihte ve halen mevcut olan istisnalar ile 6455 sayılı Kanunla 2013 yılında getirilen istisnalardır. İstisnalardan birinin varlığı halinde kefalet sözleşmesinde eşin rızası aranmaz. Söz konusu istisnalar aşağıda incelenmiştir.

8 Yargıtay İçtihatları Birleştirme Büyük Genel Kurulunun 20/04/2018 tarihli ve E.2017/4, K.2018/5 sayılı kararı, 16/10/2018 tarihli ve 30567 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanmıştır.

9 Aval, bir kambiyo senedinin borçlusunca ödenmemesi durumunda senet bedelinin ödeneceğine ilişkin olarak üçüncü bir kimsenin alacaklıya verdiği güvencedir.

10 Anayasa Mahkemesinin 26/12/2013 tarihli ve E.2013/57, K.2013/162 sayılı kararı, 12/12/2014 tarihli ve 29203 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanmıştır.

4.1. Mahkemece Verilmiş Bir Ayrılık Kararının Olması

TMK'nın 167 ve devamı maddelerine göre, boşanma davası açmaya hakkı olan eş, dilerse boşanma, dilerse ayrılık isteyebilmekte, boşanma sebebi ispatlanmış olursa hâkim boşanma veya ayrılığa karar vermekte, ayrılığa ise bir yıldan üç yıla kadar bir süreyle verilebilmekte, süre bitince ayrılık durumu kendiliğinden sona ermekte, ortak hayat yeniden kurulmamışsa eşlerden her biri boşanma davası açabilmektedir. Mahkemece ayrılık kararı verilen süre içinde resmi olarak evlilik devam etmekle birlikte, eşler hakkında böyle bir kararın verilmesi halinde bu kararın geçerli olduğu süre içinde, TBK md. 584/1 gereğince evli kişilerin kefil olabilmesi için eşlerinin yazılı rızasına gerek bulunmamaktadır.

4.2. Yasal Olarak Eşlerin Ayrı Yaşama Hakkının Doğması

Eşlerin yasal olarak ayrı yaşama hakkı, TMK'nın 197. maddesindeki koşulların (ortak hayat sebebiyle eşlerin kişiliği, ekonomik güvenliği veya ailenin huzurunun ciddi biçimde tehlikeye düşmesi vs.) varlığı halinde doğmaktadır. Ancak haklı bir sebep yokken ayrı yaşayan eşlerden birinin kefil olması halinde, diğer eşin, kefaletin geçerli olmadığı, zira eşinin ayrı yaşama hakkı olmadığını ileri sürmesi mümkündür. Bu durumda kefil olan eşin yasal olarak ayrı yaşama hakkına sahip olması halinde kefalet geçerli olacak, aksi durumda geçersiz sayılacaktır. Ayrıca Yargıtay kararları ve doktrinde kabul edildiği üzere boşanma davası açılmasıyla da eşler ayrı yaşama hakkına sahip olmaktadır. Boşanma kararı verilse dahi karar kesinleşinceye kadar evlilik hukuken devam ediyor olmakla birlikte, boşanma davası açıldığı andan itibaren eşlerin ayrı yaşama hakkı doğduğundan, bu durumdaki evli kişi-

lerin akdettiği kefalet sözleşmesi, eşinin rızasına gerek olmadan geçerli olarak kurulabilir (Buluş, 2017:45-46).

4.3. Kefalet Sözleşmesinde Kefilin Sorumlu Olacağı Miktarı Artırmayan, Adi Kefaleti Müteselsil Kefalet Dönüştürmeyen veya Kefil Yararına Olan Güvenceleri Önemli Ölçüde Azalması Sonucunu Doğurmayan Değişikliklerin Yapılması

TBK'nın 584. maddesinin ikinci fıkrasında, "Kefalet sözleşmesinde sonradan yapılan ve kefilin sorumlu olacağı miktarın artmasına veya adi kefaletin müteselsil kefalet dönüşmesine ya da kefil yararına olan güvencelerin önemli ölçüde azalmasına sebep olmayan değişiklikler için eşin rızası gerekmez." denilmektedir. Zikredilen hüküm gereğince, kefilin sorumlu olacağı miktarı artıran, adi kefaleti müteselsil kefalet dönüştüren ya da kefil yararına olan güvencelerin önemli ölçüde azalması sonucunu doğuran kefalet sözleşmesi değişiklikleri için eşin rızası gerekir; bu nitelikte olmayan değişikliklerde ise eşin rızası aranmaz. O halde, kefalet sözleşmesi değişikliğinde kural olarak eşin rızası gereklidir, ancak kefilin lehine yapılacak olan sözleşme değişiklikleri istisna kapsamındadır.

4.4. 6455 Sayılı Kanunla Kefalet Eş Rızasına Getirilen İstisnalar

TBK'nın kefalette eş rızasını düzenleyen 584. maddesi, Kanunun yürürlüğe girdiği tarihten itibaren iş hayatını yavaşlattığı yönünde ağır eleştirilere maruz kalmıştır. Bu doğrultuda ticari hayatın doğal akışını kolaylaştırmaya yönelik değişiklik yapma gerekçesi ile 6455 sayılı Kanunla anılan maddeye yeni bir fıkra eklenmiştir. 11 Nisan 2013 tarihinde yürürlüğe giren üçüncü fıkra 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,
- 5570 sayılı Kamu Sermayeli Bankalar Tarafından Yürütülen Faiz Destekli Kredi ve Kâr Payı Destekli Fon Kullandırılmasına Dair Kanun kapsamında kullanılacak kredilerde verilecek kefaletler,
- Tarım kredi, tarım satış ve esnaf ve sanatkârlar kredi ve kefalet kooperatifleri ile kamu kurum ve kuruluşlarınca kooperatif ortaklarına kullandırılacak kredilerde verilecek kefaletler,

için eşin rızası aranmayacaktır.

Söz konusu düzenleme ile evli kişilerin kefalet ehliyetine getirilen sınırlama kısmen yumuşatılmış ve anılan hükümde belirtilen durumlarda eşin rızası aranmaksızın kefil olabilmenin yolu açılmıştır. Yargıtay'ın bir kararında anılan düzenlemenin amacı, işletmenin yetkilileri tarafından işletme için verilecek kefaletlerde, kefaletle konu borçtan bu kişilerin de fayda sağlamış olmaları nedeniyle eş rızasının aranmasının gerekmediği şeklinde ifade edilmiştir.¹¹

Öncelikle belirtelim ki, söz konusu hükmün bazı farklılıklar içeren benzer bir haline¹², İsviç-

11 Yargıtay 12. Hukuk Dairesinin 13/10/2016 tarihli ve E.2016/12256, K.2016/21462 sayılı karar.

12 Konuya ilişkin olarak TBK Taslağının 584. maddesinde, "Kefalet, ticaret siciline kayıtlı bir işletmenin sahibi; bir kollektif ortaklığın ortağı; bir komandit ortaklığın sınırsız sorumlu ortağı; bir anonim ortaklığın yöneticisi veya müdürü, bir sermayesi paylara bölünmüş komandit ortaklığın müdürü veya bir limited ortaklığın yönetici ortağı tarafından işletmeyle ilgili olarak verilmişse, eşin rızası aranmaz." denilmektedir.

re Borçlar Kanununun 494/2. maddesinden de esinlenerek TBK taslağında yer verilmişti. Ancak, aile birliğinin daha iyi korunması amacıyla ilgili düzenleme TBK taslağından çıkarılmıştı. Buna mukabil, eşin rızasına ilişkin düzenlemenin ticari hayatı zora soktuğu yönündeki yoğun eleştiriler nedeniyle, daha önce metinden çıkarılan hüküm, biraz daha genişletilerek ve TBK'nın yürürlüğe girmesinin üzerinden bir yıl dahi geçmeden 6455 sayılı Kanunla anılan Kanuna eklenmiştir. Yapılan düzenleme kural olarak kanaatimizce, ticari hayatın işleyişini kolaylaştırması bakımından uygun bir düzenleme olmuştur.

Bununla birlikte, öğretilerde, söz konusu hüküm ile eş rızasının aranmayacağı hallerin sınırlarının tam çizilmediği ve dolayısıyla eklenen fıkrada işletme sahiplerinin, işletmesi ile alakalı işlerde eşin rızasının aranmayacağı hususu belirtilmiş olsa da, işletmesi ile alakalı olmayan birçok işletmeye veya gerçek kişiye kefil olabilmek ve eşinin rızasını almama tehlikesinin var olduğu ifade edilmiştir (Özen, 2014:192-193). Hatta bu hususta, TBK'nın 584/3. maddesinin, eşin rızası hükmünün gerekliliğine gölge düşürdüğü, ailenin korunması amacını taşıyan "eşin rızası" kavramının uygulamasını daralttığı ve kanun koyucunun başlangıçta ortaya koyduğu amacı dolanmak suretiyle etkisiz hale getirdiği, bu yüzden öncelikle TBK'nın 584. maddesine sonradan eklenen üçüncü fıkranın kaldırılması, bunun yapılamaması halinde ise kanun koyucunun esas amacı unutulmadan istisnaların netleştirilmesi gerektiği savunulmuştur (Aktürk, 2019:94). Ancak, gelinen noktada, menfaatler dengesi ve ayrıca 6455 sayılı Kanunla yapılan düzenlemenin de kanun koyucunun bir iradesi olduğu göz önünde bulundurulduğunda, kefalette eş rızasına getirilen istisnaların tümüyle

kaldırılmasının pek mümkün olmadığı, lakin istisna hükmünün yedi yıllık uygulaması ve ailenin korunmasına olumsuz etkileri dikkate alınarak TBK md. 584/3'ün aksayan yönlerinin giderilmesine dönük çalışma yapılması gerektiği değerlendirilmektedir.

Bu açıklamalardan sonra eş rızasına getirilen istisnanın uygulanma esaslarına dönecek olursak, esnaf ve tacirlerin bu istisnadan yararlanabilmesi için öncelikle, ticari işletmenin ve şirketin¹³ ticaret siciline¹⁴, esnaf ve sanatkârların¹⁵ da esnaf ve sanatkâr siciline¹⁶ kayıtlı olması gerekmektedir. İlgili sicile kayıtlı olunmaması halinde anılan istisnadan faydalanılamaz.

Eş rızasının aranmaması için ticari işletmenin sahibinin veya ticaret şirketinin ortak ya da yöneticilerinin, işletmenin/şirketin borçları ve bunların olağan uğraşları için, esnaf ve sanatkârların da

13 6102 sayılı Türk Ticaret Kanununda ticari işletme, esnaf işletmesi için öngörülen sınırı aşan düzeyde gelir sağlamayı hedef tutan faaliyetlerin devamlı ve bağımsız şekilde yürütüldüğü işletme olarak tanımlanmış (md. 11); ticaret şirketleri de kolektif, komandit, anonim, limited ve kooperatif şirketler (md. 124) olarak sayılmıştır.

14 Ticaret sicili, 6102 sayılı Türk Ticaret Kanununa göre Ticaret Bakanlığının gözetim ve denetiminde ticaret sicili müdürlükleri ve şubeleri tarafından tutulan, ticaret hayatı bakımından önemli görülen ve ticari işletmelere ilişkin bir kısım belge, bilgi, olay, olgu ve işlemlerin kaydedildiği resmi nitelikli kamuya açık bir sicildir.

15 5362 sayılı Esnaf ve Sanatkârlar Meslek Kuruluşları Kanununun 3/1-a maddesinde esnaf ve sanatkâr, "ister gezici ister sabit bir mekânda bulunsun, Esnaf ve Sanatkâr ile Tacir ve Sanayiciyi Belirleme Koordinasyon Kurulunca belirlenen esnaf ve sanatkâr meslek kollarına dâhil olup, ekonomik faaliyetini sermayesi ile birlikte bedenî çalışmasına dayandıran ve kazancı tacir veya sanayici niteliğini kazandırmayacak miktarda olan, basit usulde vergilendirilenler ve işletme hesabı esasına göre deftere tabi olanlar ile vergiden muaf bulunan meslek ve sanat sahibi kimseler" şeklinde tanımlanmıştır.

16 5362 sayılı Esnaf ve Sanatkârlar Meslek Kuruluşları Kanunu uyarınca, esnaf ve sanatkârların sicillerinin, sağlıklı ve güvenli bir şekilde Ticaret Bakanlığı e-esnaf ve sanatkâr veri tabanında tutulması ve yayınlanmasını teminen ticaret davalarına bakan asliye hukuk mahkemeleri gözetiminde ve kurulu bulunduğu il idari sınırları içerisinde çalışmak üzere esnaf ve sanatkârlar odaları birliği bünyesinde ayrı bir birim olarak esnaf ve sanatkârlar sicili kurulur.

mesleki faaliyetleri için kefalet vermeleri gerekmektedir. Bu kapsamda olmayan kefaletler istisna dışıdır. "Ortak" ibaresiyle, kolektif, komandit, anonim ve limited şirketler ile kooperatiflerin ortaklarına; yönetici ibaresiyle de anonim şirketlerde ve kooperatiflerde yönetim kurulu üyelerine ve temsille yetkili müdürlere, limited şirketlerde müdürlere, şahıs şirketlerinde bu şirketlerin yöneticilerine işaretilmiştir. O halde örneğin, bir limited şirketin banka ile kredi sözleşmesi imzalaması ve şirket müdürünün ya da ortağının bu sözleşme kapsamında kefil olması halinde, TBK'nın 584. maddesinin üçüncü fıkrasında yer verilen "ticaret siciline kayıtlı ticari işletmenin sahibi veya ticaret şirketinin ortak ya da yöneticisi tarafından işletme veya şirketle ilgili olarak verilecek kefaletler"e tanınan istisna bağlamında eş rızası aranmayacaktır.

Öte yandan, tarımsal üretim ile esnaf ve sanatkârların desteklenmesi amacıyla, kamu sermayeli bankalar tarafından yürütülen faiz destekli kredi ve kar payı destekli fon kullanılması, ayrıca tarım kredi, tarım satış ve esnaf ve sanatkârlar kredi ve kefalet kooperatifleri ile kamu kurum ve kuruluşlarının kooperatif ortaklarına kullanılacak kredilerde verilecek kefaletler de eş rızası istisnası kapsamındadır.

5. Sonuç

1 Temmuz 2012 tarihinde yürürlüğe giren 6098 sayılı Türk Borçlar Kanununda kefalet sözleşmelerine ilişkin önemli düzenlemeler yapılmış ve bu sözleşmelere dair bazı yenilikler getirilmiştir. Söz konusu yeniliklerin başında ise aile birliğinin korunması amacıyla öngörülen evli kişilerin kefil sıfatıyla kefalet sözleşmesi akdedebilmeleri için eşin rızasının aranması gelmektedir.

Anılan Kanunun 584. maddesi gereğince, eşlerden biri ancak diğerinin yazılı rızasıyla kefil olabilir; bu rızanın sözleşmenin kurulmasından önce ya da

en geç kurulması anında verilmiş olması şarttır. Bununla birlikte, kefaletle eş rızasına bazı istisnalar getirilmiştir. Buna göre; eşler hakkında mahkemece verilmiş bir aylık kararının olması veya yasal olarak ayrı yaşama hakkının doğması halinde eş rızası aranmaz. Ayrıca, kefalet sözleşmesinde sonradan yapılan ve kefilin sorumlu olacağı miktarın artmasına veya adi kefaletin müteselsil kefalete dönüşmesine ya da kefil yararına olan güvencelerin önemli ölçüde azalmasına sebep olmayan değişiklikler için de eşin rızası gerekmez.

Bunun yanında, iş dünyasının yoğun serzenişleri bağlamında 2013 yılında istisnaların kapsamı genişletilmiştir. 6455 sayılı Kanunla TBK'ya eklenen hükümlerle, 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, kamu bankalarınınca ilgili kanuna göre kullanılacak kredilerde verilecek kefaletler ile tarım kredisi, tarım satış ve esnaf ve sanatkârlar kredisi ve kefalet kooperatifleri ile kamu kurum ve kuruluşlarınınca kooperatif ortaklarına kullanılacak kredilerde verilecek kefaletler için eşin rızasının aranmaması öngörülmüştür. Eşin rızasının alınması gerekmezle birlikte, bu şart yerine getirilmeksizin kurulan kefalet sözleşmeleri kesin olarak hükümsüzdür, verilen kefalet de geçerli değildir.

Son olarak belirtelim ki, kefaletle eş rızasına yeni istisnalar getiren TBK'nın 584. maddesinin üçüncü fıkrası hükmü, uygulamasının çok geniş olması hasebiyle öğretide haklı olarak eleştirilmektedir. Buradan hareketle, düzenlemenin yedi yıllık tatbiki ve uygulamada karşılaşılan sorunlar ve yaşanan aksaklıklar da dikkate alınarak ilgili hükmün sınırlarının daraltılmak suretiyle yeniden belirlenmesi uygun olacaktır.

Kaynakça

- Aktürk, E. (2019). *Kefalet Sözleşmesinin Geçerlilik Koşulları ve Sonuçları*, Doktor Tezi, İstanbul Ticaret Üniversitesi.
- Anayasa Mahkemesi (26.12.2013). E.2013/57 ve K.2013/162 sayılı kararı. Ankara: Anayasa Mahkemesi.
- Aral, F. ve Ayrancı H. (2012). *Borçlar Hukuku (Özel Borç İlişkileri)*, Ankara, Yetkin Yayınları.
- Ayan, S. (2018). *Kefalet Sözleşmesi*, Ankara, Adalet Yayınevi.
- Baş, E. (2012). "6098 Sayılı Türk Borçlar Kanununda Kefalet Sözleşmesinin Geçerlilik Şartlarına İlişkin Bazı Yenilikler", İÜ-HFM, C.LXX, S.2, 115-144.
- Bodur, E. (2013). "Eşin Rızası", *TBB Dergisi*, (109), 251-302.
- Buluş, K. (2017). *6098 Sayılı Türk Borçlar Kanununa Göre Birlikte Kefaletin Türleri ve Hükümleri*, Ankara, Seçkin Yayıncılık.
- Eren, F. (2017). *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, Ankara, Yetkin Yayınları.
- Kırcı, İ. (2006). *Türk Borçlar Kanunu Tasansı Kefaletle Eş İzni*, Prof. Dr. Tuğrul Ansay'a Armağan, Ankara, Turhan Kitabevi.
- Özen, B. (2014). *6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Çerçevesinde Kefalet Sözleşmesi*, İstanbul, Vedat Kitapçılık.
- Reisoğlu, S. (2013). *Türk Kefalet Hukuku*, Ankara.
- T.C. Mülga Yasalar (29/04/1926). 818 sayılı mülga Borçlar Kanunu. Ankara: Resmi Gazete (359 sayılı).
- T.C. Yasalar (08/12/2001). 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu. Ankara: Resmi Gazete (24607 sayılı).
- T.C. Yasalar (21/06/2005). 5362 sayılı Esnaf ve Sanatkârlar Meslek Kuruluşları Kanunu. Ankara: Resmi Gazete (25852 sayılı).
- T.C. Yasalar (04/02/2011). 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu. Ankara: Resmi Gazete (27836 sayılı).
- T.C. Yasalar (14/02/2011). 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu. Ankara: Resmi Gazete (27846 sayılı).
- T.C. Yasalar (11/04/2013). 6455 sayılı Gümrük Kanunu ile Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun. Ankara: Resmi Gazete (28615 sayılı).
- Türk Borçlar Kanunu Tasansı ve Adalet Komisyonu Raporu, Esas No:1/499, S.Sayı:321, TBMM Kanunlar Dergisi, Cilt, 95.
- Yalçınduran, T. (2016). "Kefalet Sözleşmesinde Eşin Rızasına ve Bu Rızanın Türk Borçlar Kanununun 603. Maddesi Gereğince Gerçek Kişilerin Taraf Olduğu Kişisel Güvence Verilmesine İlişkin Diğer Sözleşmelerde Bulunmasına Dair Türk Borçlar Kanununda Yapılan Düzenlemenin Değerlendirilmesi", İÜHFM, C.LXXIV, S.1, 461-486.
- Yargıtay İçtihatları Birleştirme Büyük Genel Kurulu (20.04.2018). E.2017/4 ve K.2018/5 sayılı kararı. Ankara: Yargıtay İçtihatları Birleştirme Büyük Genel Kurulu.
- Yargıtay 12.Hukuk Dairesi (13.10.2016). E.2016/12256 ve K.2016/21462 sayılı kararı. Ankara: Yargıtay 12. Hukuk Dairesi.
- Yargıtay 11.Hukuk Dairesi (10.02.2016). E.2016/1306 ve K.2016/1277 sayılı kararı. Ankara: Yargıtay 11. Hukuk Dairesi.
- Yılmaz, M. (2001). "Türk Borçlar Kanununa Göre Kefalet Sözleşmesinin Geçerlilik Şartları", *TAAD*, Cilt:1, Yıl:2, 2011, S.7.