

TBK Madde 603'ün Avale Uygulanabilirliği*

Applicability of Article 603 of the TCO

Ayşegül SEZGİN HUYSAL**

ABSTRACT

TCO (Turkish Code of Obligations) art. 603 stipulates that the provisions of caution regarding the form, capacity and the spouse's approval shall be applied to contracts concluded under other titles by real persons in order to provide personal guaranty. The cited provision which does not exist in the Swiss Code of Obligations(CO) -the source of TCO-, aims to prevent the creditors to avoid the rules of TCO which are protective for the interests of the cationer. Since no special provision exists for the applicability of the mentioned provisions to aval, different views have arisen both in jurisprudence and legal doctrine. In our study, we will first examine the decisions of the Supreme Court and the Constitutional Court along with their reasoning. Secondly, the content of the provisions regarding the provisions of caution regarding the form, capacity and the spouse's approval will be elaborated and the applicability conditions thereof into aval in compliance with art. 603 shall be analyzed. In this regard, the difference between TCO and CO will be outlined. After the legal characteristics of aval are qualified, we will determine if the provisions of caution regarding the form, capacity and the spouse's approval can be applied to aval.

Keywords: Aval, caution, form, capacity, spouse approval.

Giriş

6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu (TBK), “Kefalet Sözleşmesi” başlıklı onbeşinci bölümünde yer alan ve kefaletle ilişkin hükümlerin uygulama alanının belirlendiği 603. maddesi ile kefalet sözleşmesine dair hükümlerin uygulama alanının genişletilmesini amaçlamıştır. Bu amaç doğrultusunda düzenlenen madde 603 uyarınca, kefaletin şekline, kefil olma ehliyetine ve eşin rızasına ilişkin

* Makale gönderim tarihi: 06.12.2017. Makale kabul tarihi: 27.12.2017.

** Yrd. Doç. Dr., İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi. İletişim: İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi – Kavacık Mah. Ekinçiler Cad. No. 19 Kavacık Kavşağı – Beykoz 34810 İstanbul.

hükümlerin gerçek kişilerce, kişisel güvence verilmesine ilişkin olarak başka ad altında yapılan diğer sözleşmelere de uygulanacağı öngörülmüştür. Mehaz İsviçre Borçlar Kanunu'nda (İBK) yer almayan bu düzenleme¹, alacaklıların kefalet sözleşmesinde yer alan kefil koruyucu sözleşmelerden kurtulmak amacıyla başka adlar altında sözleşmeler akdedilmesinin önüne geçmeyi amaçlamaktadır².

TBK m. 603 hükmü uyarınca kefalet sözleşmesinin şekline, kefil olma ehliyetine ve eşin rızasına ilişkin hükümlerin gerçek kişilerce kişisel güvence verilmesine ilişkin akdedilen diğer sözleşmelere de uygulanacak olması özellikle ticari işler kapsamında kişisel güvence verilmesi amacıyla akdedilen sözleşmeler bakımından eleştirilmiştir. Bu eleştiriler üzerine TBK m. 584'e 28.3.2013 tarihinde yapılan ek³ ile "Ticaret siciline kayıtlı ticari işletmenin sahibi veya ticaret şirketinin ortak ya da yöneticisi tarafından işletme veya şirketle ilgili olarak verilecek kefaletler, mesleki faaliyetleri ile ilgili olarak esnaf ve sanatkârlar siciline kayıtlı esnaf veya sanatkârlar tarafından verilecek kefaletler, 27/12/2006 tarihli ve 5570 sayılı Kamu Sermayeli Bankalar Tarafından Yürütülen Faiz Destekli Kredi Kullanılmasına Dair Kanun kapsamında kullanılacak kredilerde verilecek kefaletler ile tarım kredi, tarım satış ve esnaf ve sanatkârlar kredi ve kefalet kooperatifleri ile kamu kurum ve kuruluşlarınca kooperatif ortaklarına kullanılacak kredilerde verilecek kefaletler için eşin rızası aranmayacağı" düzenlenmiştir.

Yapılan bu değişiklik ile "ticari hayatın doğal akışını kolaylaştırmak" amaçlanmakta iken, kambiyo senetlerinde şahsi teminat sağlayan avale ilişkin bir düzenlemenin olmaması Yargıtay kararlarında ve doktrinde kefalet sözleşmesinin şekline, kefil olma ehliyetine ve eşin rızasına ilişkin hükümlerin m. 603 çerçevesinde avale uygulanıp uygulanmayacağı konusunda farklı uygulama ve görüşlerin doğmasına yol açmıştır.

İncelememizde öncelikle konuya ilişkin Yargıtay kararlarını ve Anayasa Mahkemesi kararını gerekçeleri ile birlikte ele aldıktan sonra (I), kefaletin şekline, kefil olma ehliyetine ve eşin rızasına ilişkin hükümlerin kapsamını (II) ve bu hü-

1 Türker Yalçınduran, "Kefalet Sözleşmesinde Eşin Rızasına ve Bu Rızanın Türk Borçlar Kanunu'nun 603. Maddesi Gereğince Gerçek Kişilerin Taraf Olduğu Kişisel Güvence Verilmesine İlişkin Diğer Sözleşmelerde de Bulunmasına Dair Türk Borçlar Kanunu'nda Yapılan Düzenlemenin Değerlendirilmesi", *İÜHF M C. LXXIV, S. 1, 2016, 461-486, s. 465*, İBK'nın revizyonu esnasında her ne kadar TBK m.603'e benzer bir hükmün kanuna alınması teklif edilmiş olsa bu düzenlemenin belirsizliği arttıracak olması ve olması ve bir sözleşmenin ne ad altında akdedilmiş olursa olsun yorumu ile (İBK m. 18) uygulanacak hükümlerin tespit edilmesinin mümkün ve muvazaa hükümlerinin de bu kapsamda yeterli olduğu belirtilerek teklif reddedilmiştir.

2 TBK m. 603 Gereğe.

3 Gümrük Kanunu ile Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnemelerde Değişiklik Yapılmasına dair Kanun, 28/3/2013-6455/77 m. 77.

kümlerin m. 603 çerçevesinde uygulanabilmesi için aranan şartları tespit edeceğiz. Bu kapsamda mehz İsviçre Borçlar Kanunu'nun ne yönde farklılaştığı ele alınacak ve nihayetinde aval kurumunun hukuki niteliği ortaya konularak (III), kefaletin şekline, kefil olma ehliyetine ve eşin rızasına ilişkin hükümlerin avalin geçerliliği için aranıp aranmayacağı değerlendirilecektir.

I. Yargı Kararları

A. Yargıtay Kararları

Yargıtay'ın TBK m. 603 kapsamında kefalet hükümlerinin avale uygulanmasına ilişkin kararlarında ele alınan tek konu, gerçek kişiler tarafından verilen avallerde eşin rızasının aranıp aranmayacağına ilişkindir. Ancak belirtmek gerekir ki kararlarda tartışılan temel konu bu olmakla birlikte kararlarda bir bütün olarak TBK m. 603 ile uygulama alanı genişletilen hükümlerin avale uygulanmasından bahsedilmektedir.

Yargıtay 12. HD, 2013 yılında verdiği kararda⁴, TTK'da taahhüt altına girmek için eşin rızası koşulunun düzenlenmediği, kıymetli evrak ile taahhüt altına girmenin 6102 sayılı TTK'nın 3. maddesine göre ticari iş sayıldığı ve TTK hükümleri karşısında genel hüküm sayılan TBK 584. maddesinin somut olayda uygulama yeri bulunmadığı gerekçeleri ile TBK 603 hükmünün avale uygulanmayacağı ve avale eş rızasının aranmayacağı sonucuna varmıştır. Yine aynı daire verdiği bir başka kararda da⁵, kefalet ve aval arasındaki farkları ortaya koyarak, kefaletin ferî niteliğine karşı avalin bağımsız ve asli nitelik taşıdığını belirtmiştir. Kararda ayrıca aval verenin lehine aval verilenin ileri sürebileceği ve senedin şekline dair olanlardan başka geçersizlik sebeplerini defi veya itiraz olarak alacaklıya karşı ileri süremeyeceği; kefilin ise asıl borçluya ait kişisel defilerden yararlanabileceği ifade edilmiştir. Anılan son kararda da Yargıtay TTK'da özel hükümler olması sebebiyle kambiyo senetlerinde TBK m. 584 ve 603'ün uygulanamayacağı ve bu hükümlerin resen uygulanmasının ise hiçbir şekilde mümkün olmadığı yer almıştır.

Yargıtay 19. HD, 26.1. 2016 tarihinde verdiği bir kararda⁶ ise mahkemenin TBK'nın 584 ve devamı maddelerinde düzenleme konusu yapılan kefaletle ilişkin şartların avale de uygulanmasının mümkün olmadığına ilişkin kararı gerekçelendirilmeden onamıştır.

4 Yargıtay 12. HD, E. 2013/16400, K. 2013/25100, T. 4.7.2013, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, (erişim tarihi 15.12.2017).

5 Yargıtay 12. HD, E. 2013/10055, K. 2013/24337, T. 27.6.2013, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, (erişim tarihi 15.12.2017).

6 Yargıtay 19. HD, E. 2015/14196, K. 2016/85, T. 26.1.2016, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, (erişim tarihi 15.12.2017).

Yargıtay'ın TBK m. 603 uyarınca kefaletin şekline, kefil olma ehliyetine ve eşin rızasına ilişkin hükümlerinin gerçek kişilerce kişisel güvence verilmesine ilişkin olarak başka ad altında yapılan diğer sözleşmelere de uygulanacağına ilişkin düzenlemenin avale uygulanmayacağına ilişkin kararlarının iki temel gerekçesi bulunmaktadır. Bu gerekçelerden ilki uygulanacak hükmün tespitine ilişkindir. Yargıtay, avalin bir kambiyo taahhüdü olduğundan ticari iş sayılmasından ötürü TBK m. 584'ün özel hüküm olduğunu, TTK'da avalin geçerlilik şartları arasında eş rızasının aranmadığını gerekçe göstererek TBK m. 584'te sayılan şartların aval için aranması gerektiğini belirterek eş rızası olmadan dahi gerçek kişinin verdiği avalin geçerli olacağına hükmetmiştir.

Yargıtay 11. HD ise, bu konuda diğer dairelerden farklı bir görüş ortaya koyarak kefaletin TBK'da avalin ise TTK'da düzenlenmiş olan farklı kurumlar olması ve kefaletle ilişkin hükümlerin kıyasen avalde uygulanamayacağı gerekçesi ile eşin rızası olmaksızın verilen avalin geçerli olduğuna hükmeden Asliye Ticaret Mahkemesi kararını TBK m. 603'ün avale de uygulanacağını belirterek bozmuştur⁷. Yargıtay 11. HD, bozma gerekçesini avalin poliçe ile sorumluluk altına girmiş kişi lehine şahsi teminat sağlamak amacı taşıyan bir kurum olup kişisel güvence verilmesinin kıymetli evrak hukukundaki görünümü olmasına dayandırmıştır. Yargıtay 11. HD'nin aksi yöndeki kararın gerekçesi ise TBK m. 603'ün yorumlanmasına dayanmaktadır. Kararda kefaletin şekline, kefil olma ehliyetine ve eşin rızasına ilişkin hükümlerin gerçek kişilerce kişisel güvence verilmesine ilişkin olarak başka ad altında yapılan diğer sözleşmelere de uygulanacağını öngören m. 603 hükmünden hareket edilmiştir. Kefaletin şahsi teminat sağlama amacı taşımasından ötürü bu kapsama girdiği ve kişisel güvence verilmesinin kıymetli evrak hukukundaki görünümü olmasına dayandırmış ve geçerli olabilmesi için eşin rızasının şart olduğu sonucuna varmıştır.

Yargıtay'ın farklı dairelerinin verdiği kararların gerekçeleri arasındaki temel fark, avalin geçerli olabilmesi için eşin rızasını arayan 11. HD'nin bu avalin şahsi teminat sağlamanın TBK m. 603 hükmünün uygulanması için yeterli bulması, aksi yöndeki kararlarda ise genel hüküm olarak nitelendirilen TBK m. 584'ün uygulanmayacağını tespit etmiş olmasıdır. Belirtmek gerekir ki, Yargıtay 12. HD aval ve kefalet arasındaki farkları her ne kadar gerekçesinde açıklamış ise de bu farklılıkların varılan sonuca ne şekilde etki ettiğini açıklamamıştır⁸. Diğer yandan Yargıtay 11. HD de aksi yönde verdiği kararda avalin "*şahsi teminat sağ-*

7 Yargıtay 11. HD, E. 2014/1231, K. 2014/7837, T. 25.04.2014, , Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, (erişim tarihi 15.12.2017).

8 Yargıtay 12. HD, E. 2013/10055, K. 2013/24337, T. 27.6.2013, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, (erişim tarihi 15.12.2017).

lamak amacı taşıyan bir kurum” olduğunu belirtmekte ancak avalin m. 603’te belirtildiği üzere “kişisel güvence verilmesine ilişkin olarak başka ad altında yapılan diğer sözleşmeler” kapsamına girip girmediği, diğer bir deyişle hukuki niteliği itibarıyla sözleşme olup olmadığını tartışmamaktadır.

B. Anayasa Mahkemesi Kararı

Ankara 4. İcra Hukuk Mahkemesi nezdinde avalin eşin rızası bulunmamasından ötürü geçersizliği sebebiyle, yapılan icra takibinin iptali davasında Mahkeme TBK m. 584 ve m. 603’ün Anayasa’nın 12,13 ve 48. maddelerine aykırı olduğuna resen kanaat getirmiş ve m. 584 ile m. 603’te yer alan “... ve eşin rızasına...” ibaresinin iptalini talep etmiştir. İptal talebinde bulunan Mahkeme, anılan hükümler çerçevesinde kefalet kurumunun ve kefalet amacı taşıyan her türlü sözleşmenin eşin rızasına bağlanmasının kişinin temel hak ve özgürlüklerinden olan çalışma ve sözleşme özgürlüğüne açıkça aykırılık teşkil ettiğini belirtmiştir.

Anayasa Mahkemesi kararında⁹, öncelikle TBK m. 584/I fıkrası incelenmiş ve hüküm uyarınca cinsiyet ayrımı yapılmaksızın kişisel güvence doğuran tüm sözleşmelerde diğer eşin rızasının arandığı ve kişisel borçlanmanın engellenmediğini ve sözleşme hürriyetine ve mülkiyet hakkına keyfi veya hakkın özüne dokunacak bir sınırlama olmadığı belirtilmiştir¹⁰. Anayasa Mahkemesi kararında incelenen hükümleri istisnai bir alanda ve dar kapsamlı olmasından ötürü sınırlı ve ölçülü olarak nitelendirmiştir. Ailenin huzur ve refahını korumayı amaçlayan hükmün birey hakları ile kamu yararı arasında açık bir dengesizlik yaratmadığı ve getirilen sınırlamanın amaç ile orantılı olduğu da ifade edilerek, talep Anayasa Mahkemesi tarafından reddedilmiştir.

Her ne kadar karar konusu ihtilaf eşin rızası olmadan verilen avalin geçerliliğinden doğmuş olsa da Anayasa Mahkemesi’ne sunulan iptal isteminin konusu TBK m. 584 hükmü ve m.603’te yer alan “... ve eşin rızası ...” ibaresinin Anayasa’nın 12, 13 ve 48. Maddelerine aykırılığı sebebiyle iptali olup, TBK m. 603 kapsamında kefaletin şekline, kefil olma ehliyetine ve eşin rızasına ilişkin hükümlerin gerçek kişilerce, kişisel güvence verilmesine ilişkin olarak başka ad altında yapılan diğer sözleşmelere ve bu bağlamda avale uygulanması tartışılmamıştır.

9 AYM, E. 2013/57 K.2013/162, T. 26.12.2013, <http://www.resmigazete.gov.tr /eskiler/2014/12/20141212-13.pdf> , (erişim tarihi 5.12.2017) .

10 AYM, TBK m. 584 f. II ve III hükümlerinin iptallerine ilişkin yapılan itiraz başvurusunun 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun’un 40. Maddesinin (4) numaralı fıkrası gereğince yöntemine uygun olmadığından, esas incelemeye geçilmeksizin reddine karar vermiştir, zira itiraz yoluna başvuran Mahkeme bu fıkraların Anayasa’nın hangi maddelerine ve hangi nedenlerle aykırı olduğunu ayrı ayrı ve gerekçeleriyle göstermemiştir.

II. TBK m. 603 Kapsamında Uygulama Alanı Genişletilen Hükümler

TBK m. 603, TBK'da yer alan kefalet hükümlerinden kefaletin şekline, kefil olma ehliyetine ve eşin rızasına ilişkin olanlarını gerçek kişilerce kişisel güvence verilmesine ilişkin olarak başka ad altında yapılan diğer sözleşmelerde uygulanacağını belirtmektedir. Hüküm bu şekilde, iki unsuru belirlemektedir; (i) kefaletle ilişkin hangi hükümlerin uygulanacağı ve (ii) hangi hukuki ilişkilere uygulanacağı.

TBK m. 603 hükmü çerçevesinde kefalet hükümlerinin avale uygulanmasını Türk hukukunda ve yukarıda yer alan Yargıtay kararlarında da görüldüğü üzere, genellikle eşin rızasının aranıp aranmayacağı hususunda tartışılmaktadır. Aşağıda TBK m. 603 uyarınca uygulanacak ehliyet, şekle ve eşin rızasına ilişkin kefalet hükümlerinin içeriği, avale ilişkin hükümler ile mukayese edilerek açıklanacaktır.

A. Ehliyetle İlişkin Hükümler

TTK m. 670 uyarınca, “sözleşme ile borçlanmaya ehil olan kişi, kambiyo senetleri ile de borçlanmaya ehildir”. Kanun hükmünün sözleşme borçlanma ehliyetine yapılan atfı neticesinde bir kambiyo taahhüdü olan aval için tam ehliyetliler için özel bir ehliyet aranmadığı anlaşılmaktadır. Tam ehliyetsizlerin fiilleri hukuken bir sonuç doğurmayacağından tüm hukuki işlemlerin veli yahut vasileri tarafından yapılması gerekir. TMK m. 449 ise veli ve vasinin kefalet sözleşmesi akdetmesini yasaklamaktadır.

Vesayet altındaki kişi bakımından ise TMK m. 449 vesayet altındaki kişinin adına kefalette bulunmayı yasaklamıştır. Vesayet altındaki küçük ve kısıtlı ehliyetli bizzat kefil olamayacağı gibi vasisinin de kısıtlı ehliyetli adına kefalet sözleşmesi akdetme yetkisi bulunmamaktadır. TMK m. 342(2)'nin atfı ile bu hüküm velayet için de uygulanacak ve küçüklerin de ne bizzat ne de velilerince kefalet sözleşmesi akdetmesi mümkün olacaktır. Sınırlı ehliyetsize bir meslek yahut sanatı yürütmesi için izin verilmesi halinde ise kefalet sözleşmesinin sınırlı ehliyetsiz tarafından yapılabileceği kabul edilmektedir¹¹. Kendisine yasal danışman atanan kişi ise TMK m. 429 (I) b. 9 uyarınca ancak yasal danışmanının izni veya onayı ile kefil olabilir.

Aval ise bir kambiyo taahhüdü olduğundan TMK m. 462(I) 5 çerçevesinde vesayet makamının izni ile vasinin vesayet altında bulunan kişi adına aval vermesi mümkündür. Velayet halinde ise TMK m. 342, kısıtlıların temsiline ilişkin hükümlerin vesayet makamının izni dışındaki hususlar dışındaki konularda ve-

11 Cevdet Yavuz, (yayına hazırlayanlar; Cevdet Yavuz, Faruk Acar, Burak Özen), *Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, İstanbul, 2017, s. 824; Seza Reisoğlu, “Kefalet Kavramı ve Muteberlik Şartları”, *AÜHFD*, Y.1962, C.1, S.4, s. 327-391, s. 356; Burak Özen, *6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu Çerçevesinde Kefalet Sözleşmesi*, İstanbul, 2017, s. 178.

layetteki temsile uygulanacağı hükmünü içerdiğinden, velinin vesayet makamı iznine gerek olmaksızın kambiyo taahhüdünde bulunması ve böylelikle aval vermesi mümkündür.

TBK m. 603 hükmü ile kefalet sözleşmesinin ehliyeteye ilişkin hükümlerinin avale uygulanmasının kabulü halinde velayet ve vesayet halinde aval verme ehliyeti bakımından da uygulanması gerekecektir¹². Halbuki TMK m. 462(I) 5 hükmü kapsamında kambiyo taahhüdünde bulunmanın TMK m.449'da yer alan kefalet yasağı düzenlemesine bir istisna olarak düzenlendiği anlaşılmaktadır. Bu istisnanın gözettiği menfaat kambiyo senetlerinin tedavül kabiliyetinin sağlanmasıdır. Kanun koyucu kefalet ehliyetine ilişkin hükümlerin şahsi teminat sağlayan diğer sözleşmelere de uygulanmasını m. 603 hükmü ile düzenlerken kefil koruyucu hükümlerin başka adlar altında yapılan diğer sözleşmelere de uygulanmasını amaçlamıştır¹³. Avalin şahsi teminat sağlayan bir sözleşme olarak değerlendirilmesi ve TMK m. 603 hükmünün uygulanması neticesinde ile kambiyo taahhütlerine ilişkin ayrı bir düzenleme içeren TMK m. 462(I) 5 hükümleri bir kambiyo taahhüdü niteliğinde olan aval bakımından uygulama alanı bulamayacak, gerçek kişilerin aval verebilmesi için tam ehliyetli olması gerekecektir¹⁴. Bu sonuç da kambiyo senetlerinin tedavül kolaylığı yönünde bir istisna sağlamış olan kanun koyucunun amacı ile çelişecektir.

B. Şekle ilişkin Hükümler

TBK m. 583 uyarınca, kefalet sözleşmesinin yazılı şekilde yapılması ve kefilin sorumlu olacağı azami miktar ve kefalet tarihi ile belirtilmesi gereklidir. Kefilin sorumlu olacağı azami miktar, kefalet tarihi ve müteselsil sorumluluk esası kabul edilmiş ise bu durumun kefilin kendi el yazısı ile belirtmesi şarttır. Kefalet sözleşmesine ilişkin belirli bölümlerinin kefilin kendi el yazısı ile yazılmasının geçerlilik şartı olarak arandığından, kefalet sözleşmesi nitelikli yazılı şekle tabi bir sözleşme olarak nitelendirilmektedir¹⁵. Bu şekil şartının amacı çoğu zaman

12 Doktrinde Demirkapı TBK'nın yürürlüğe girmesinden önceki dönemde dahi kefaletten daha ağır sonuçlar doğuran avale de hükmün amacı dikkate alınarak TMK m. 449 ile düzenlenen yasağın uyarınca vasinin aval veremeyeceğini savunmuştur; Ertan Demirkapı, *Kambiyo senetlerinin Aval Yoluyla Temini*, İzmir, 2005; İsmail Kırca, "Türk Borçlar Kanunu Tasarısı- Kefaletle Eşin İzni", *Prof. Dr. Tuğrul Ansay'a Armağan*, Ankara, 2006, s. 435-457, s. 437-438.

13 TMK m.603 Gerekeçe.

14 Atilla Altop, "Gerçek Kişilerce Gerçekleştirilen Aval İşlemlerine, TBK m.603 Hükmü Uyarınca Kefaletin Şekline, Kefil Olma Ehliyetine ve Eşin Rızasına İlişkin Hükümler Uygulanacak mıdır?", *İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt: 15, Sayı: 1, Ocak 2016, s. 291-303, §7.

15 Yavuz, s. 790, Mustafa Alper Gümüş, *6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'na Göre Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, İstanbul, 2014, s. 352 ve aynı sayfada dn. 1863; Özen, 221; Gündüz, Ş. Deren, *6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'na Göre Kefalet Sözleşmesinde Şekil*, İstanbul, 2015, s. 20.

bir karşılık olmadan borç altına giren kefilin bu şekil kuralı sayesinde üsteleneceği riski düşünmesini sağlamaktır¹⁶.

Avalin şeklini düzenleyen TTK m. 701 ise senet veya alonj üzerine yazılacak aval şerhinin aval veya buna eş bir ibare içermesini ve imza atılmasını yeterli bulmuş, hatta üçüncü fıkrada senedin ön yüzüne atılan ve düzenleyen ile muhatap imzaları haricindeki her imzanın aval sayılacağı da kabul edilmiştir. Buna göre senedin ön yüzüne atılan bir imza yahut arka yüzüne atılması halinde “aval içindir” veya eş bir şerh ile atılan imza ile aval vermek mümkündür¹⁷.

TBK m. 603 hükmünün diğer hukuki işlemlere uygulanmasının “kıyasen” bir uygulama olduğunu belirten **Gümüş**¹⁸, aval için TTK m. 701 (III) uyarınca sadece poliçe veya bononun yüzüne atılan imza yeterli olduğundan ayrıca bir aval iradesinin senet yüzünde belirtilmesine gerek olmadığını ifade etmiştir. **Özen** de, avalin TTK m. 701 ile özel olarak düzenlenmiş olması sebebiyle kefaletin şeklini düzenleyen TBK m. 583'ün avale uygulanmasının mümkün olmayacağını kabul etmektedir¹⁹.

Reisoğlu²⁰, şekil ve uygulanacak hükümlerin açıkça düzenlenmiş sözleşmelerin TBK m. 603 kapsamına girmeyeceği genel gerekçesiyle, şekli TTK m.701 ile düzenlenmiş avale TBK m.583'ün uygulanmaması gerektiği sonucuna varmaktadır.

Altop ise²¹, TBK m. 583 hükmünün gerçek kişilerce aval verilmesi işlemine de uygulanması gerektiğini ileri sürmektedir²². Zira hükmün amacı, kefalet

16 Aydın Zevkliler, Emre Gökyayla, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*, Ankara, 2016, s. 711.

17 Avalin şeklinin TTK m. 701 ile belirlendiği ve TBK m. 603'ün uygulanmayacağı yönünde bkz. Ali Bozer, Celal Göle, *Kıymetli Evrak Hukuku*, Ankara, 2016, s. 155-156; Mehmet Bahtiyar, *Kıymetli Evrak Hukuku*, İstanbul, 2016, s. 88; TBK m. 603'ün uygulanma ihtimalini tartışmaya da avalin şekline ilişkin TTK m. 702'in uygulanacağına dair, Fırat Öztan, *Kıymetli Evrak Hukuku*, Ankara, 2015, s. 172; Fatih Bilgili, Ertan Demirkapı, *Kıymetli Evrak Hukuku*, Bursa, 2015, s. 104-105.

18 Gümüş, s. 371-372; Avalin avale eşin rızasının aranacağına ilişkin verdiği kararda, Yargıtay 11. HD, eş rızasına ilkin hükmün kıyasen uygulanacağını kabul etmiştir. Yargıtay 11. HD, E. 2014/1231, K. 2014/7837, T. 25.04.2014, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, (erişim tarihi 15.12.2017).

19 Özen, s. 53; Demir, Şamil, “Kefalet Sözleşmesinin Uygulama Alanı”, *TBB Dergisi* 2013 (108), s. 87-122, s. 105; Gündüz, s. 174.

20 Seza Reisoğlu, *Türk Kefalet Hukuku*, Ankara, 2013, s. 323; Avalin TBK m.603'ün uygulama alanına girmeyeceği gerekçesine dayanarak aynı yönde, Raziye Aksu, *Aval Kurumu*, Ankara, 2015, s. 99 vd. ile avalin şekline ilişkin s. 47 vd.

21 Altop, § 8 a.

22 Aynı yönde bkz. Hasan Pulaşlı, *Kıymetli Evrak Hukukunun Esasları*, Ankara, 2015, s. 177, § 12a, Pulaşlı, eserinin 12a paragrafında avalin geçerlilik şartlarını açıklarken, aval şerhinin TTK m. 701 uyarınca senedin önyüzüne veya alonja atılan bir imza ile atılabileceğini belirtmiş ancak § 20j'de TBK m. 603'ü ayrıca incelerken “TBK m. 603 hükmü TTK'da düzenlenmiş ve kural olarak bir nevi poliçe kefaleti olarak anılan nitelendirilen “avale” de uygulanacaktır” demiştir. Yazara göre TTK m. 701 hükmü ancak TBK m. 584/III kapsamına giren istisnalarda uygulanacaktır (Pulaşlı, s. 187, § 20k)

miktarının boş bırakılması halinde alacaklı tarafından kefile karşı takibe geçilmesini ve böylece kefilin kabul ettiğinden daha yüksek bir borç altına girmesini engellemektir. Yazara göre bedel kısmı boş bırakılmış bir senedin doldurularak takibe geçilmesi halinde TBK m. 603 hükmünün dolanılması mümkün olduğundan TBK m.583'ün uygulanması gerekir ve avalin ticari iş sayılması kefaletin emredici nitelikteki hükümlerinin uygulanmasını da bu kapsamda engellemeyecektir. Aynı yönde **Barlas**, TBK m.603'te aval için bir istisna yer almadığından kefaletin şekle ilişkin hükümlerinin de avale uygulanacağını savunmakta ancak bu sonucun uygulamada ciddi güçlükler yaratacağından ve kıymetli evrak metni üzerine elle kefalete uygulanan şekil şartlarında yer alan hususların yazılmasının da tuhaf olacağından ötürü kıymetli evraka ilişkin hükümlerin saklı tutulmuş olmasının daha doğru olacağını da ifade etmiştir²³.

Kıymetli evrak sıkı şekil şartlarına tabidir, her bir senet tipinin hangi şekli şartlara tabi olacağı ve devredileceğine ilişkin özel hükümler kanun tarafından öngörülmüştür²⁴. Özellikle kambiyo senetleri ticaret hukukunda şeklin en sıkı şekilde düzenlenmiş olduğu bir alandır²⁵. Asgâri şekil şartlarını haiz geçerli bir senet üzerinde yapılan işlemlerin de istenen hukuki sonucu doğurabilmesi için uyulması gereken şekil de kanun da belirtilmiştir²⁶. Bu doğrultuda TTK m. 701 bir kambiyo taahhüdü olan avalin şeklini belirtmiştir. TBK m. 603'ün avale uygulanabilirliğine ilişkin değerlendirmelerin yanında bu özel şekil şartının varlığı TBK m. 583'ün avale uygulanamayacağını göstermektedir. Kefaletin şekline ilişkin unsurların avale de uygulanmasının engellenmesi için kıymetli evraka ilişkin hükümlerin saklı tutulması gerekli değildir. Aksine böyle bir düzenlemenin yapılabilmesi için bu hükmün açıkça avale de uygulanacağını kanun tarafından düzenlenmesi gerekmektedir. Belirtmek gerekir ki, böyle bir tercih de kıymetli evrakın ve özellikle kambiyo sözleşmelerinin niteliğine uygun olmayacaktır. TTK kambiyo senetleri bakımından her bir senedin türüne göre zorunlu şekil şartlarını belirlemiştir bunun dışında kefaletin şekline ilişkin kefil koruyucu hükümlerin aval için aranması sadece uygulamada sorun yaratmayacak, aval uygulamasını ortadan kaldıracaktır.

C. Eşin Rızası

TBK m. 603 ile uygulama alanı genişletilen hükümlerden en çok tartışılanı

23 Nami Barlas, "Yeni Türk Borçlar Kanununun Kefaletle İlişkin Düzenlemeleri", *İzmir Barosu Dergisi*, Y.2011, S. 2, s.7-28.

24 Bilgili, Demirkapı, s. 11.

25 Bozer, Göle, s. 57; Bilgili, Demirkapı, s. 56.

26 Mertol Can, *Kıymetli Evrak Hukuku (Ders Kitabı)*, (6762 sayılı ve 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu ile 6273 sayılı Kanunla Değişik 5491 sayılı Çek kanunu hükümleri Dairesinde), Ankara, 2012, s. 51.

TBK m. 584/2 uyarınca evli kişilerin²⁷ ancak diğer eşin rızasıyla kefil olabileceklerini öngören düzenlemenin gerçek kişilerce verilen diğer şahsi teminat doğuran sözleşmelerde de uygulanacak olmasıdır. Eşin rızası sadece kefaletin verilmesinde değil sonradan yapılan ve kefilin sorumlu olacağı miktarın artmasına veya adi kefaletin müteselsil kefalete dönüşmesine ya da kefil yararına olan güvencelerin önemli ölçüde azalmasına sebep olan değişikliklerde de aranmaktadır (TBK m. 584/2). Hükmün mehaı İBK m. 494'tür. Her iki hükmün de amacı eşlerden birinin rızası olmadan diğeri tarafından kefalet verilmesini engelleyerek ailenin ekonomik geleceğinin tehlikeye sokulmasını engellemek ve netice itibarıyla de aileyi korumaktır²⁸.

Kefaletin evli kişilerce verilmesi için aranan eş izni bir geçerlilik şartıdır. Bu izin evli kişilerin kefalet verebilmeleri bakımından bir ehliyet sınırlaması niteliği taşımaktadır²⁹. Eş rızası adi yazılı şekilde ve gerek kefalet sözleşmesinde gerekse ayrı bir belgede verilmesi mümkündür³⁰.

TBK'nın yürürlüğe girmesinden sonra, kefalette eşin rızasına ilişkin bu hüküm kamuoyunun eleştirilerini toplamıştır³¹. Şüphesiz bu eleştirilerin sebebi özellikle banka kredi sözleşmelerinin imzası sırasında bankaların tüzel kişi olan ticaret şirketlerinin ortak ve/veya yöneticilerinin şirket lehine kefalet vermesini talep ediyor olması ve eşin rızasının aranmasının işlemleri geciktirmesi ve kimi zaman imkânsız kılması olmuştur.

Bu eleştiriler üzerine kanun koyucu TBK m. 584 hükmüne eşin rızasının arandığı hallere ilişkin istisnaları düzenleyen yeni bir hüküm eklemiştir³². Eklelen TBK m. 584/3 uyarınca;

“Ticaret siciline kayıtlı ticari işletmenin sahibi veya ticaret şirketinin ortak ya da yöneticisi tarafından işletme veya şirketle ilgili olarak verilecek kefaletler, mesleki faaliyetleri ile ilgili olarak esnaf ve sanatkârlar siciline kayıtlı esnaf veya sanatkârlar tarafından verilecek kefaletler, 27/12/2006 tarihli ve 5570 sayılı

27 TBK m.584/2 uyarınca evli kişiler arasında bir ayrılık kararı olması veya yasal olarak ayrı yaşama hakkı olması hali bu hükmeye istisna teşkil etmektedir. İBK m. 494/1'de ise evli kişinin eşinin rızası olmadan kefil olabile istisnası sadece hâkimin ayrılığa karar vermiş olmasıdır, Özen, s. 188.

28 AYM, E. 2013/57 K.2013/162, T. 26.12.2013, http://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2014/12/2014_1212-13.pdf (erişim tarihi 5.12.2017); CR CO I Meier, Philip, art.494 CO, N. 1; Zevkililer/Gökyayla, s.717; Özen, s.179; Demir, s. 88; Şeker, s.16-17; Krş, kefalette eşin rızasının aranmasının aile içi sorunları artırabileceği yönünde, Yalçınduran, s. 483-484.

29 Yavuz, s.1375; Eren, s. 771; Özen, 189; Gümüş, s.341.

30 Yavuz, s.1378; Eren, s. 771; Zevkililer/Gökyayla, s.717; Özen, s.199; Gümüş, s.343.

31 <http://www.hurriyet.com.tr/esiyle-arasi-bozuk-olana-kotu-haber-20945902>

32 6455 sayılı Gümrük Kanunu ile Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun m. 77, Resmi Gazete T. 11.04.2013, S. 28615, <http://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2013/04/20130411-1.htm>.

Kamu Sermayeli Bankalar Tarafından Yürütülen Faiz Destekli Kredi Kullanılmasına Dair Kanun kapsamında kullanılacak kredilerde verilecek kefaletler ile tarım kredi, tarım satış ve esnaf ve sanatkârlar kredi ve kefalet kooperatifleri ile kamu kurum ve kuruluşlarınca kooperatif ortaklarına kullanılacak kredilerde verilecek kefaletler için eşin rızası aranmaz.”

TBK m. 584’e üçüncü fıkra ile getirilen sınırlama ile eşin rızasına ilişkin hükmün uygulama alanı önemli ölçüde azalmış olmuştur³³. Aslında yapılan yenilik ile getirilen yeniliğin de kaynağı 2005 yılında yürürlükten kaldırılmış³⁴ olan İBK m.494/2 hükmüdür³⁵. Bu istisnanın tanınmasındaki sebep sayılan kişilerin tica-

- 33 Fikret Eren, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, Ankara, 2015, 772; Zevkliler/Gökyayla, s. 718.
- 34 Ch. I, LF 17.6. 2005 (Kefalet “*Cautionnement*”. Eşin Rızası (“*Consentement du conjoint*”), yürürlüğe giriş tarihi 1.12. 2005 (RO 2005 5097; FF 2004 4647 4657), <https://www.admin.ch/opc/fr/official-compilation/2005/5097.pdf>. Komisyon Raporunda anılan hükmün yürürlükten kaldırılışı detaylı olarak açıklanmıştır. Öncelikle kefalet dışında eşin rızasının arandığı haller sıralanmış (İMK m. 169/1, m. 201/2, m.208/1(1), m. 229, m.230, m.266/2, ve İBK m. 266m/1, m. 331d/5, m.331e/5) ve bu hallerden hiçbirinde ticaret siciline tescil edilmiş bir kişi için istisna tanınmadığı belirtilmiştir. Buna ek olarak ekonomik dünyada ailenin korunmasının önemli olduğu, birçok küçük aile şirketinin bulunduğu ve birçok ailenin bu şirketlere bağımlı olduğu ifade edilmiştir.
- 35 Yürürlükten kaldırılmış olan İBK 494/2 uyarınca, kefil olabilmek için eşinin rızasının aranmadığı kişiler sınırlı sayıda olmak üzere sayılmıştır: (i) bir ticari işletmenin ticaret sicile tescil edilmiş yöneteni (Fransızca metinde “*chef*” terimi kullanılırken, Almanca metinde “*Inhaber*”, İtalyanca metinde ise “*titolari*” terimi kullanılmıştır; burada kastedilen kişinin İBK m. 934 uyarınca ticaret siciline tescili zorunlu kişi olmasından dolayı bu kavramın ticari işletmenin sahibi olarak değil, ticari işletmeyi işleten kişi olarak anlaşılması daha doğru olacaktır. Bu doğrultuda TBK m. 584/2 hükmünde de kefil olmak için eşin izni gerekmeyecek kişi ticari işletmenin sahibi değil, ticari işletmeyi kendi adına işleten ve ticaret siciline tescili zorunlu olan tacir olmalıdır.), (ii) Kollektif şirketin ortağı (İBK m. 552, 554/II), (iii) Komandit şirketin komandite ortağı (İBK m. 594, 596II/1), (iv) Anonim şirketin yönetim kurulu üyesi veya müdürü (İBK m. 641(8) ve (9)), (v) Paylara bölünmüş komandit şirketin yöneticisi (İBK m. 764,765/II) ve limited şirkette yönetici ortak. Görülüyor ki, TBK m. 584/2 hükmünün metni, yürürlükten kaldırılmış İBK m. 494/2 hükmünün metninden oldukça farklıdır. TBK m. 584/3 ticaret şirket yönetici ve ortaklarının şirketle ilgili verecekleri kefalette eşin rızasının aranmamasını belirtirken İBK m. 494/2 hükmü, kolektif şirketlerde şirket ortağını kapsama dahil edip, yöneticiyi kapsam dışı bırakmış; komandit şirkette komandite ortağı kapsama dahil edip komanditer ortağı ve yöneticiyi kapsam dışı bırakmış, sermayesi paylara bölünmüş komandit şirkette sadece yönetici kapsama dahil etmiş, anonim şirket ortağını ve limited şirkette ortak olmayan yönetici ile yönetici olmayan ortağı yine istisnanın kapsamına dahil etmemiştir. Yine İBK metninde TBK m. 584 yer alan ve istisnanın kapsamına dahil edilen “mesleki faaliyetleri ile ilgili olarak esnaf ve sanatkârlar siciline kayıtlı esnaf veya sanatkârlar tarafından verilecek kefaletler, 27/12/2006 tarihli ve 5570 sayılı Kamu Sermayeli Bankalar Tarafından Yürütülen Faiz Destekli Kredi Kullanılmasına Dair Kanun kapsamında kullanılacak kredilerde verilecek kefaletler, tarım kredi, tarım satış ve esnaf ve sanatkârlar kredi ve kefalet kooperatifleri ile kamu kurum ve kuruluşlarınca kooperatif ortaklarına kullanılacak kredilerde verilecek kefaletler” yahut benzer bir düzenleme bulunmamaktadır. Yine TBK m. 584/3’te yer alan ve verilecek kefaletin işletmeyle ilgili olması koşulu İBK m. 494/2’de yer almamaktadır. Özen, , bir gerçek kişi tacirin, kendisinin kredi alması için çapraz kefalet verebilecek bir başka tacire kefil olmasını bir kefil rahatlıkla bulabilmek için, bugün bir başkasının alacağı krediden doğan mesleki faaliyet kapsamında değerlendirebileceği belirtilmiştir, Özen, s. 194.

ret hayatının yeterince içinde ve riskleri anlayabilecek durumda olmalarıdır³⁶. Türk hukukunda da üçüncü fıkra, TBK m. 584 hükmünün ticaret hayatını yavaşlatmasını engellemek amacıyla getirilmiştir³⁷.

Her ne kadar TBK m. 584/3 ile kefalet verilebilmesi için eşin rızasının aranmasına getirilen istisna ticaret hayatı için büyük bir kolaylık sağlamış olsa da bu eş rızası aranmasına ilişkin hükmün istisna dışında kalan haller bakımından avale uygulanabileceğine gerekçe teşkil edemez. TBK m. 603'ün kapsamı bakımından yapılacak olan açıklamaların yanı sıra, bir kambiyo taahhüdü olan avalede eş rızası aranması kambiyo senetlerinin yapısına uymamaktadır. Özellikle eşin rızasının ayrı bir belge ile verilebilecek olması, kıymetli evrakta senedin "kendine kendine yetme"³⁸ kabiliyetini ortadan kaldırmaktadır. Bir kıymetli evrak olarak kambiyo senetlerinin var olma sebebi içerdikleri hakka tedavül kabiliyeti sağlamaktır. Tedavül kabiliyeti ise kıymetli evrakın iki önemli özelliği olan sıkı şekil şartlarına tabi olma ve işlem güvenliği ile sağlanabilir. Borçlar hukukundan ayrılan kıymetli evraka özgü kuralların oluşturulmasının sebebi borçlar hukuku kurallarının ticari hayatın gereklerine uyma konusunda yetersiz kalmasıdır³⁹.

Bir kambiyo senedi üzerinde yer alan avale veren kişinin (avalist) evli olup olmadığının senedin zilyedliğini devralan ve devreden cirantalar ve hamil tarafından bilinmemesi ihtimali yüksektir. Eş rızasının avale için de aranması senedin zilyedi olan kişilerin avalin geçerliliğine ilişkin şüphe yaratacak ve eşinden rıza alamayacak yahut almak istemeyen kişiler avale vermek yerine ciro yaparak, cironun teminat fonksiyonu kapsamında taahhütte bulunacaklardır. Bu durum da kefalet hükümlerinin dolanılmasının TBK m. 603 ile engellenemeyeceğini göstermektedir. Ayrıca bir ehliyet sınırlaması teşkil eden eşin rızası hükmünün doğrudan TBK m. 603 hükmü kapsamına girmeyen avale kıyasen uygulanması da doğru olmayacaktır.

III. Avalin Hukuki Niteliği

Her ne kadar doktrinde avale, çoğu zaman bir nevi yahut özel bir tür kefalet olarak nitelendirilmiş olsa da gerek hukuki nitelik gerekse hükümleri bakımından farkları detaylı olarak tespit edilmiştir⁴⁰. Bu iki kurum arasındaki en önemli fark hukuki niteliklerindedir. Kefalet bir sözleşme olmasına rağmen, avale tek ta-

36 CR CO I, Meier, Philip, art.494 CO, N. 10.

37 Şeker, s. 56; Yalçınduran, s. 463.

38 Öztan, s. 70.

39 Bilgili, Demirkapı, s. 2.

40 Öztan, s. 168-169; Bozer, Göle; Hüseyin Ülgen, Mehmet Helvacı, Abuzer Kendigelen, Arslan Kaya, *Kıymetli Evrak Hukuku*, İstanbul, 2015, s. 169, §625; Pulaşlı, s. 186, § 20i; Bahtiyar, s. 83.

raflı bir yazılı beyan, kambiyo taahhüdüdür⁴¹. Aval doğumu ve geçerliliği kabule bağlı olmayan tek taraflı bir kambiyo taahhüdü iken, kefalet bir şahsi teminat sözleşmesidir⁴².

Doktrinde avalî sözleşme olarak nitelendiren görüşler de bulunmaktadır;

Demirkapı, 2005 tarihli Kambiyo Senetlerinin Aval Yoluyla Temini başlıklı eserinde avalin bir sözleşme niteliğinde olduğunu belirtmektedir⁴³. Her ne kadar TTK m. 701 avalin, avalistin atacağı bir imza ile kurulacağını belirtmesinde ve bir kabule gerek görmemesine rağmen, **Demirkapı** imza atıldıktan sonra senedi alan kişilerin kabul beyanında bulunduğu dayanarak avalî bir sözleşme olarak nitelenmiştir⁴⁴.

Güral ise “aval kefaletten farklı olarak bütün kambiyo borçları gibi tek taraflı bir irade beyanı ile yani aval verenin bu sıfatla ticarî senedi imzalaması ve senedi lehine aval verdiği kambiyo borçlusuna teslimi ile vücut bulur” diyerek öncelikle aval verilebilmesi için teslimin gerektiğini kabul etmiş, ardından kefalet ile avale ilişkin yaptığı karşılaştırma bakımından kefaletin alacaklı ile kefil arasındaki bir akitten doğmasına karşılık avalin borçlu ile aval veren arasında var olan bir anlaşma ile meydana geldiğini belirtmiştir⁴⁵.

Öztaş, avalin senet üzerine yazılan bir beyanla tesis edileceğini belirtmiş⁴⁶; ancak avalî garanti sözleşmesi ile karşılaştırdığı bölümde avalin aval verenle borçlu arasındaki bir sözleşmeye dayandığını ifade etmiştir⁴⁷.

Aksu, aval kurumuna ilişkin yazdığı monografik eserinde avalî sözleşme olarak nitelendiren görüşü değerlendirerek eleştirmiştir: Yazara göre avalin hukuki nitelendirilmesi TTK m.699’da düzenlenen kabul müessesine kıyasla yapılması

41 Ülgen (Helvacı/Kendigelen/Kaya), s.170, §626 ve s. 173, §644; Bilgili, Demirkapı, 102. s. 155-156; Özen, s. 53, Yazar önce teorik açıdan avalde borç altına giren kişinin tek taraflı bir irade beyanında bulunduğu, sözleşme yapmadığının ileri sürülmesinin mümkün olabileceğini belirtmiştir; Aksu, s.79-83; Demir, s.113.

42 Yavuz, s. 776; Özen, s. 7 vd.

43 Demirkapı, s. 104 vd.

44 Demirkapı, s. 108-109, Yazar eserin 110. sayfasında da aval verilebilmesi için senedin iade edilmesinin gerektiği ve bu sözleşmenin bu şekilde oluştuğunu ifade etmiştir; Aynı yönde, Oğuz Sefer, “ 6098 Sayılı TBK m. 584/I’in Bankacılık Uygulamasında Yarattığı Sorunlar ve Özellikle Evli Gerçek Kişilerin Aval Vermesinde Eş Rızasının Bulunmasının Gerekliliği Üzerine Düşünceler”, *Bankacılar Dergisi*, Sayı 86, 2013, s. 67-77, s.73, “Aval ve kefaletin her ikisi de kişisel güvence vermeye yönelik akitlerdir.”

45 Jale Güral, “Kefalet Akdiyle Aval Arasındaki Fark ve Benzerlikler (1)”, *AÜHFİD*, Y.1974, S.3, C.8, s. 435-478, s. 443, Yazar aval verilebilmesi için teslimi ararken kıymetli evrakta hakkın doğumuna ilişkin teorilere dayanmaktadır (s. 443, dn. 17).

46 Öztaş, s.169.

47 Öztaş, s. 170; Gündüz ise gerekçelerine değinmeden avalî sözleşme olarak nitelendirmiştir, Gündüz, s. 173.

doğru olmayıp verme olgusu avalin verilmesi için bir geçerlilik şartı olarak nitelendirilemez ve avalin işleyişi incelendiğinde karşılıklı öneri ve kabulün olmasından ötürü sözleşme ilişkisindeki taraflar da mevcut değildir⁴⁸.

Kanaatimizce aval bir sözleşme olmayıp, tek taraflı bir hukuki işlem niteliği taşımaktadır⁴⁹ ve bağımsız bir kambiyo taahhüdüdür. Bir hukuki işlemin sözleşme olarak nitelendirilebilmesi için iki tarafın karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanı ile kurulması gerekir (TBK m.1/I). TTK m. 701 uyarınca aval poliçe yahut alonj üzerine “aval içindir” yahut eş bir ifade ile birlikte atılan imza ile verilebilir. Hatta TTK m. 701/III senedin ön yüzüne atılan ve muhataba yahut düzenleyene ait olmayan her imzanın aval şerhi sayılacağını öngörmektedir. O halde kanun avalin oluşması için avalistin iradesinden başkaca bir irade aramamıştır. Aval bir sözleşme olmadığından kuruluşu için ne bir kabul beyanı ne de bu beyanda bulunacak taraf vardır. Şüphesiz lehine aval verilen kişi karşı taraf olamaz. Avalist kimin lehine aval verdiyse o kişi gibi sorumlu olacaktır ve bu çerçevede başvuru borçluları ve varsa diğer avalistlerle birlikte müteselsilen sorumludur. Aval verildikten sonra senedin teslim edilmesi ise bir akdin kurulmasına yol açacak şekilde karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanının varlığını göstermemektedir. Avalistin aval vermesini müteakip senedin zilyedliğini lehine aval verdiği kişiye (aval anında hamil olan) devretmesi mümkündür. Ancak avalistin lehine aval verdiği kişi (aval verme anında hamil olmayan) yerine aval verme anında hamil olan bir başka kişiye de senedin zilyedliğini devretmesi mümkün olabilecektir. Hatta senedin zilyedliğini devralıp daha sonra devreden cirantaların senedin hamili oldukları anda senet üzerinde var olmayan bir avalin sonradan eklenmesiyle, başvuru borçluları arasında katılması dahi mümkün olabilir. Böyle bir yapı içinde aval beyanına kabul kim tarafından ne zaman verilmiş ve aval bir sözleşme olarak kurulmuş olabilir? Kıymetli evrakta hakkın doğumunu açıklayan teorilerden akit teorisine dayanılarak da avalin hukuki niteliğinin sözleşme olduğun iddiasının desteklenemeyeceğini düşünmekteyiz; zira avalin doğabilmesi için doktrinde kambiyo sözleşmesi yahut teslim sözleşmesi olarak adlandırılan ve senedin alınıp verilmesini konu eden bir sözleşmenin de akdedilmesi gerekli değildir⁵⁰, TTK m. 701 uyarınca aval vermek senet zilyedliğinin devri şartına bağlanmamıştır. Bu bakımdan senedin zilyedliğinin devredilmesini, avalin sonuçlarını doğurabilmesi için aranan bir unsur diğer bir deyişle etkinlik unsuru

48 Aksu, s. 81-83.

49 Can, s. 94.

50 Krş. Ülgen (Helvacı/Kendigelen/Kaya), s. 88, §283; Ülgen, kabul, aval, araya girme suretiyle kabul gibi borç tanınması niteliğindeki sözleşmeler bakımından teslim sözleşmesinin zorunlu olduğunu ifade etmektedir.

olarak nitelendiren Aksu'ya katılıyorruz⁵¹. Zira senedin zilyedliğinin devredilmesi avalin meydana gelmesi için zorunlu bir unsur olmayıp, hukuki işlemin sonucunu doğurması için gerekli bir şart ve unsurdur⁵². Aval bir kambiyo taahhüdüdür ve geçerli bir aval verilmesi için kabule gerek yoktur.

Avalin hukuki niteliğinin bu şekilde tespiti TBK m. 603 uygulama alanı genişletilen hükümlerin avale de uygulanıp uygulanmayacağını tespitinde faydalı olacaktır. TBK m. 603 uyarınca kefalette ehliyet, şekil ve eşin rızasına ilişkin hükümlerinin bir başka hukuki ilişkiye uygulanabilmesi için gerçek kişi tarafından, kişisel güvence verilmesine ilişkin bir sözleşme⁵³ olması gereklidir.

Görüldüğü üzere aval gerçek kişiler tarafından verilmesi mümkün bir kişisel güvence teşkil etse de⁵⁴, bir sözleşme olmayıp tek taraflı bir hukuki işlem, bir kambiyo taahhüdüdür. TBK m. 603 uygulama alanı genişletilen hükümlerin uygulama alanını belirlerken “sözleşme” terimini kullanmıştır⁵⁵. Doktrinde **Özen**, bu terimin geniş anlaşılması gerektiği ve gerçek kişilerce verilecek şahsi teminatlarla ilişkin hukuki işlemlerin de bu kapsamda anlaşılması gerektiğini savunmaktadır⁵⁶. Bu görüşün savunulmasındaki temel gerekçe m. 603'ün kabul gerekçesi ile aynıdır; kefilin korunmasını amaçlayan hükümlerin başka sözleşmeler akdedilmesi suretiyle dolanılması... Halbuki yukarıda da ifade edildiği üzere, avalin kefalette ehliyet, şekil ve eşin rızasına tâbi tutulması, uygulamada aval uygulamasının terkinde ve bunun yerine aslen aval vermek isteyen kişinin ciro silsilesine eklenmesi suretiyle başvuru borçluları arasına katılmasına yol açacaktır. Sonuç olarak da kefalet hükümlerinden faydalanılması amaçlanan avalist, bir ciranta olarak başvuru borçlusuna olacak ve kefalet sözleşmesinde ehliyet, şekil ve eşin rızasına ilişkin hükümler uygulama alanı bulmayacaktır.

Madde metninde açıkça sözleşme ifadesi kullanıldığından, kanunun lafzı hukuki işlemleri içermemektedir. Hukuki işlemlere anılan hükümlerin uygulanması kıyas yolu ile uygulama olacaktır⁵⁷. Uygulama alanı genişletilen hükümler,

51 Aksu, s. 80.

52 Hukuki işlemin etkinlik unsuru için bkz. Fikret Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, İstanbul, 2017, s. 123-124; Selahattin Sulhi Tekinay, Sermet Akman, Haluk Burcuoğlu, Atilla Altop, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, İstanbul, 1993, s. 40; Gökhan Antalya, *6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'na göre Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Cilt I, İstanbul, 2012, s. 75.

53 Mehtap İpek, “Birlikte Kefalet”, *GSÜHFD S.2004/1*, Prof.Dr. Erden Kuntalp'e Armağan'dan Ayrı Bası, s. 533-552, s. 533.

54 Can, s. 93.

55 TBK m. 603 hükmüne karşılık gelen TBK tasarısı m. 608 hükmünün tamamen tasarıdan çıkarılması yönündeki görüş için bkz. Erden Kuntalp, Nami Barlas, Ahu Ayanoglu Morali, Pelin Çavuşoğlu Işıntan, Mehtap İpek, Mert Yaşar, Sedef Koç: *Türk Borçlar Kanunu Tasarısı'na İlişkin Değerlendirmeler*, İstanbul, 2005, s. 273-274.

56 Özen, s. 54.

57 Gümüş, s. 371-372.

ehliyet ve şekil şartlarına ilişkindir. Ehliyete ilişkin kısıtlamaların, TTK m. 701'de özel olarak düzenlenmiş şekil şartlarının varlığına rağmen avale kıyasen uygulanacak hükümlere tabi tutmanın mümkün yahut gerekli değildir.

Sonuç

TBK m. 603, kefalet sözleşmesine dair hükümlerin uygulama alanının genişletilmesini amaçlamıştır. Bu kapsamda kefaletin şekline, kefil olma ehliyetine ve eşin rızasına ilişkin hükümlerin gerçek kişilerce, kişisel güvence verilmesine ilişkin olarak başka ad altında yapılan diğer sözleşmelere de uygulanacağı öngörülmüştür. Kambiyo senetlerinde şahsi teminat sağlayan avale ilişkin bir düzenlemenin olmaması Yargıtay kararlarında ve doktrinde avalin m. 603 kapsamına girip girmeyeceği konusunda farklı uygulama ve görüşlerin doğmasına yol açmıştır.

Kanaatimizce avalin hukuki nitelik itibarıyla bir kambiyo taahhüdü olup, sözleşme olmaması, ilgili uygulama alanını tespit ederken “gerçek kişilerce, kişisel güvence verilmesine ilişkin olarak başka ad altında yapılan diğer sözleşmelere” uygulanacağını kabul eden hükmün lafzı karşısında mümkün değildir.

Aval anılan hükmün kapsamına girmese dahi kefalette ehliyet, şekil ve eşin rızasına ilişkin hükümlerin kıyasen avale uygulanması da doğru olmayacaktır. Zira kıymetli evrak hukukun borçlar hukukuna nazaran özel düzenlemeler içermesinin sebebi bu alanda anılan hükümlerin ihtiyacı karşılamamasıdır. Kıymetli evrak hukukunun hükümleri sıkı şekil şartları ile desteklenmiş bir işlem güvenliği sağlamaktadır. TTK m. 701 uyarınca avalin şekil şartı tespit edilmiştir. Bundan başkaca hükümlerin kıyasen uygulanması kıymetli evrakın en önemli özelliklerinden biri olan “özel şekil şartlarına tabi olma” niteliğine zarar verecektir.

Aynı şekilde ehliyete ilişkin hükümler bakımından da aval ve kefaletin farklılaştığı vesayet altındaki kişiler bakımından TMK m. 462(I) 5 kambiyo taahhütlerini istisnai bir hal olarak düzenlemiştir. Kanun koyucunun ehliyet bakımından kambiyo taahhüdü olmayı istisna olarak ele almış olması, yine TBK m. 603 kapsamında kıyasen yapılacak bir uygulama ehliyetin sınırlanamayacağını göstermektedir. Bu gerekçe bir ehliyet sınırlaması niteliği taşıyan eş rızası için de geçerlidir.

Son olarak kefalete ilişkin hükümlerin dolanılması endişesi ile bir kambiyo taahhüdü olan avale, kefalette şekil, ehliyet ve eşin rızası hükümlerine tâbi tutmak, kişinin haklarının yahut aile düzeninin korunmasına katkıda bulunmayacaktır. Zira hükmün dolanılmasının amaçlanması aval vermek isteyen kişinin ciro ile başvuru borçluları arasına katılmasına ve netice olarak da aval uygulamasının terkine yol açacaktır; ancak yine de kefalet sözleşmesinde ehliyet, şekil ve eşin rızasına ilişkin hükümlerin dolanılması engellenemeyecektir.

KAYNAKLAR

- Aksu, Raziye, *Aval Kurumu*, Ankara 2015.
- Altop, Atilla, “Gerçek Kişilerce Gerçekleştirilen Aval İşlemlerine, TBK m.603 Hükmü Uyarınca Kefaletin Şekline, Kefil Olma Ehliyetine ve Eşin Rızasına İlişkin Hükümler Uygulanacak mıdır?”, *İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt: 15, Sayı: 1, Ocak 2016, s. 291-330.
- Antalya, Gökhan, *6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu’na göre Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Cilt I, İstanbul 2012.
- Bahtiyar, Mehmet, *Kıymetli Evrak Hukuku*, İstanbul 2016.
- Barlas, Nami, “Yeni Türk Borçlar Kanununun Kefaletle İlişkin Düzenlemeleri”, *İzmir Barosu Dergisi*, Y.2011, S. 2.s s.7-28.
- Bilgili, Fatih/Demirkapı, Ertan, *Kıymetli Evrak Hukuku*, Bursa 2015.
- Can, Mertol, *Kıymetli Evrak Hukuku (Ders Kitabı)*, (6762 sayılı ve 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu ile 6273 sayılı Kanunla Değişik 5491 sayılı Çek kanunu hükümleri Dairesinde), Ankara 2012.
- Bozer, Ali/Göle, Celal, *Kıymetli Evrak Hukuku*, Ankara 2016.
- Demir, Şamil, “Kefalet Sözleşmesinin Uygulama Alanı”, *TBB Dergisi* 2013 (108), s.87-122.
- Demirkapı, Ertan, *Kambiyo senetlerinin Aval Yoluyla Temini*, İzmir 2005.
- Eren, Fikret, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, Ankara 2015.
- Eren, Fikret, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Ankara 2017.
- Gümüş, Mustafa Alper, *6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu’na Göre Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, İstanbul 2014.
- Gündüz, Ş. Deren, *6098 sayılı Türk borçlar Kanunu’na Göre Kefalet Sözleşmesinde Şekil*, İstanbul 2015.
- Güral, Jale, “Kefalet Akdiyle Aval Arasındaki Fark ve Benzerlikler (1)”, *AÜHFD*, Y.1974, S.3, C.8, s. 435-478.
- İpek, Mehtap, “Birlikte Kefalet”, *GSÜHFD* S.2004/1, Prof.Dr. Erden Kuntalp’e Armağan’dan Ayrı Bası, s. 533-552.
- Kırca, İsmail, “Türk Borçlar Kanunu Tasarısı- kefalette Eşin İzni”, Prof. Dr. Tuğrul Ansay’a Armağan, Ankara 2006, s. 435-457.
- Kuntalp, Erden/Barlas, Nami/Ayanoğlu Moralı, Ahu/Çavuşoğlu Işıntan, Pelin/İpek, Mehtap/Yaşar, Mert/Koç, Sedef: *Türk Borçlar Kanunu Tasarısı’na İlişkin Değerlendirmeler*, İstanbul 2005.
- Meier, Philip, *Commentaire Romand Code des Obligations I*, art. 1-529, edité par Luc Thévenoz/Franz Werro, Bâle 2012.
- Oğuz Sefer, “6098 Sayılı TBK m. 584/1’in 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.
- Özen, Burak, *6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu Çerçevesinde Kefalet Sözleşmesi*, İstanbul 2017.
- Öztan, Fırat, *Kıymetli Evrak Hukuku*, Ankara 2015.

- Pulaşlı, Hasan, *Kıymetli Evrak Hukukunun Esasları*, Ankara 2015.
- Reisoğlu, Seza, Kefalet Kavramı ve Muteberlik Şartları, *AÜHFD*, Y.1962, C.1, S.4, s.327-391.
- Reisoğlu, Seza, *Türk Kefalet Hukuku*, Ankara 2013.
- Tekinay, Selahattin Sulhi/ Akman, Sermet / Burcuoğlu, Haluk /Altop, Atilla, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, İstanbul 1993.
- Ülgen, Hüseyin/Helvacı, Mehmet/ Kendigelen, Abuzer/ Kaya, Arslan, *Kıymetli Evrak Hukuku*, İstanbul 2015.
- Yalçınduran, Türker, “Kefalet Sözleşmesinde Eşin Rızasına ve Bu Rızanın Türk Borçlar Kanunu'nun 603. Maddesi Gereğince Gerçek Kişilerin Taraf Olduğu Kişisel Güvence Verilmesine İlişkin Diğer Sözleşmelerde de Bulunmasına Dair Türk Borçlar Kanunu'nda Yapılan Düzenlemenin Değerlendirilmesi”, *İÜHFM* C. LXXIV, S. 1, 2016, 461-486.
- Yavuz, Cevdet (yayına hazırlayanlar; Cevdet Yavuz, Faruk Acar, Burak Özen), *Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, İstanbul 2017.
- Zevkliler, Aydın/ Gökyayla, Emre, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*, Ankara 2016.

ÖZ

TBK (Türk Borçlar Kanunu) madde 603 uyarınca, kefaletin şekline, kefil olma ehliyetine ve eşin rızasına ilişkin hükümlerin gerçek kişilerce, kişisel güvence verilmesine ilişkin olarak başka ad altında yapılan diğer sözleşmelere de uygulanacağı öngörülmüştür. Mevaz İsviçre Borçlar Kanunu'nda (İBK) yer almayan bu düzenleme, kefalet sözleşmesinde yer alan kefil koruyucu sözleşmelerden kurtulmak amacıyla başka adlar altında sözleşmeler akdedilmesinin önüne geçmeyi amaçlamaktadır. Kambyo senetlerinde şahsi teminat sağlayan avalin hükmün kapsamına girip girmediğine ilişkin bir düzenlemenin olmaması Yargıtay kararlarında ve doktrinde m. 603 çerçevesinde kefaletin anılan hükümlerinin avale uygulanıp uygulanmayacağı konusunda farklı uygulama ve görüşlerin doğmasına yol açmıştır. İncelememizde öncelikle konuya ilişkin Yargıtay kararlarını ve Anayasa Mahkemesi kararını gerekçeleri ile birlikte ele aldıktan sonra, kefaletin şekline, kefil olma ehliyetine ve eşin rızasına ilişkin hükümlerin kapsamını ve bu hükümlerin m. 603 çerçevesinde uygulanabilmesi için aranan şartları tespit edeceğiz. Bu kapsamda mevaz İsviçre Borçlar Kanunu'nun ne yönde farklılaştığı ele alınacak ve nihayetinde aval kurumunun hukuki niteliği ortaya konularak, kefaletin şekline, kefil olma ehliyetine ve eşin rızasına ilişkin hükümlerin avale uygulanıp uygulanmayacağı değerlendirilecektir.

Anahtar kelimeler: Aval, kefalet, eşin rızası, şekil, ehliyet.