

KEFALET SÖZLEŞMESİNDE ŞEKİL VE EŞİN RIZASI

Dr. Öğr. Üyesi Banu Bilge SARIHAN *

Öz

Kefalet sözleşmesi, kefil ile alacaklı arasında yapılan ve kefilin borçlunun borcunu ifa etmemesinin sonuçlarından kişisel olarak sorumlu olmayı üstlendiği sözleşmedir. Kefalet sözleşmesinin koşulları Türk Borçlar Kanunu'nda düzenlenmiştir. Buna göre, öncelikle mevcut ve geçerli bir asli borcun olması, kefilin kefalet ehliyetine sahip olması, kefalet sözleşmesinin yazılı şekilde yapılması gerekir. Kefil, sorumlu olduğu azami miktarı, kefalet tarihini ve müteselsil kefalet söz konusu ise bu sıfatla veyahut bu anlama gelen bir ifadeyle sorumluluk altına girdiğini kendi el yazısı ile belirtmelidir. Kefilin kefalet ehliyeti konusunda da özel bir düzenlemeye yer verilmiştir. Evli kişiler, ancak eşinin yazılı rızasının olması halinde kefil olabilirler. Bu husus Türk Borçlar Kanunu'nun "Eşin rızası" başlığını taşıyan 584. maddesinde hükme bağlanmıştır. Çalışmamızda öncelikle kefalet sözleşmesi, sonrasında bu kapsamda kefalet sözleşmesinin şekil şartı ve eşin yazılı rızasının alınması kapsamlı bir şekilde değerlendirilmiştir.

Anahtar Kelimeler

Kefalet Sözleşmesi, • Kefil • Kefalet Sözleşmesinde Şekil • Kefil Olma Ehliyeti
• Eşin Rızası

* Dr. Öğr. Üyesi, Necmettin Erbakan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı, Konya, Türkiye | Asst. Prof., Necmettin Erbakan University, Faculty of Law, Department of Civil Law, Konya, Turkey.

✉ bbsarihan@yahoo.com • ORCID 0000-0003-4686-3752.

✎ **Atıf Şekli** | Cite As: SARIHAN Banu Bilge, "Kefalet Sözleşmesinde Şekil Ve Eşin Rızası", *SÜHFD.*, C. 30, S. 1, 2022, s. 221-258.

✎ **İntihal** | Plagiarism: Bu makale intihal programında taranmış ve en az iki hakem incelemesinden geçmiştir. | This article has been scanned via a plagiarism software and reviewed by at least two referees.

✎ Bu eser Creative Commons Atıf-GayriTicari 4.0 Uluslararası Lisansı ile lisanslanmıştır | This work is licensed under Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License.

FORM AND CONSENT OF SPOUSE IN SURETY CONTRACT

Abstract

Surety contract is the contract between the guarantor and the creditor, in which the guarantor undertakes to be personally responsible for the consequences of the debtor's failure to repay the performance. The requirements of the surety contract are arranged in the Turkish Code of Obligations. Accordingly, first of all, there must be an existing and valid principal debt, the guarantor must have capacity to surety and the surety contract must be made in writing. The guarantor must state in his own handwriting the maximum amount for which he is responsible, the date of the surety and, in the case of joint surety, that he is under responsibility in this capacity or with an expression that has the same meaning. There is also a special regulation on the capacity to surety. Married persons can be a guarantor only if their spouse has written consent. This issue is arranged in Article 584 of the Turkish Code of Obligations, which is titled "Spousal consent." In our study, first of all, the surety contract, then the form requirement of the surety contract and the written consent of the spouse have been comprehensively evaluated.

Key Words

Surety Contract • Guarantor • Form in Surety Contract • Eligibility to be a Guarantor • Consent of Spouse.

GİRİŞ

Alacaklı ile borçlu arasında kurulan bir borç ilişkisi gereğince, borçlu borcunu yerine getirmeyecek olursa, alacaklı kefile başvurmak suretiyle borcun ifasını isteyebilir. Dolayısıyla kefalet sözleşmesi alacaklı ile borçlu arasında mevcut olan bir borcun teminat altına alınması amacıyla yapılmaktadır. Kefalet sözleşmesi, "Tanımı" başlığını taşıyan TBK.m.581 hükmüne göre, "*Kefalet sözleşmesi, kefilin alacaklıya karşı, borçlunun borcunu ifa etmemesinin sonuçlarından kişisel olarak sorumlu olmayı üstlendiği sözleşmedir.*".

Türk Borçlar Kanunu'nun m.581-602 hükümlerinde kefalet sözleşmesine ilişkin ayrıntılı hükümlere yer verilmiştir; bu düzenlemeler niteliği itibariyle düzenleyici niteliktedir ve tarafların aksini kararlaştırabilmeleri mümkündür. Ancak TBK.m.582/III'de bunun istisnasına yer verilmiştir. Bu hükme göre, "*Kanundan aksi anlaşılmadıkça kefil, bu bölümde kendisine tanınan haklardan önceden feragat edemez.*".

Kefalet sözleşmesi tek tarafa yani kefile borç yükleyen bir sözleşmedir; alacaklı herhangi bir borç altına girmez. Ayrıca kefalet sözleşmesi, ivazsız bir sözleşmedir; teminat altına alınan kefalet borcu karşılığında, kefil alacaklıdan bir karşı edim söz konusu değildir. Kefalet sözleşmesi, teminat sebebine dayanan bir borçtur; sürekli borç doğuran bir sözleşme değildir. Kefalet borcu, asıl borçtan ayrı bağımsız bir borçtur ve kefalet borcu bir para borcudur. Kefalet sözleşmesi, geçerli bir asıl borcun varlığına bağlı olduğundan asıl borca bağlı yan bir borçtur. Aynı zamanda kefalet borcu, tali bir borçtur; alacaklı alacağını asıl borçludan alamadığı zaman kefile başvurabilir.

I. KEFALET SÖZLEŞMESİ

A. Kefalet Sözleşmesi Kavramı ve Tanımı

Kefalet, borçlunun borcunu ödememesi dolayısıyla, alacaklıya sözleşme ile kararlaştırılmış olan tutarın ödenmesini amaçlanmaktadır. Bu teminatın sağlanması amacıyla geçerli bir sözleşme bulunması aranmakta olup borçlunun borcuna aykırı davranış sergilemeyeceğine ilişkin güvence sunan kişiye kefil denilmektedir¹. Kefilin sorumluluğunu asıl borçlunun sahip olduğu borcu ödemek değil, kefalet sözleşmesinde gösterilmiş olan bir miktar parayı ödemek oluşturmaktadır².

Kefalet sözleşmesi, bir borcun ifasını teminat altına almayı amaçlayan teminat sözleşmelerinden biridir³. Kefalet sözleşmesine ilişkin hükümler, 6098 sayılı Borçlar Kanunu'nun⁴ 581-602. maddelerinde ayrıntılı bir şekilde düzenlenmiştir. Kefalet Sözleşmesi

¹ KILIÇOĞLU, Ahmet M.: Borçlar Hukuku Özel Hükümler, 2. Bası, Ankara 2020, s. 661-662.

² FINCAN, Aybüke: 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'na Göre Kefalet Sözleşmesinin Şekli, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Gaziantep Üniversitesi, 2019, s.6, <https://tez.yok.gov.tr/UlusalTezMerkezi/tezDetay.jspid=PZRnDWN6biauuw-9VwQbmA&no=nEWKqFwB31vIV-SXjFdL0w> , E.T. : 05.06.2021; AYAN, Serkan, Kefalet Sözleşmesi, Adalet Yayınevi, Ankara, 2018, s.41; GÜMÜŞ, M. Alper, Borçlar Hukuku Özel Hükümler, C.2, 3. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2014, s.320; TANDOĞAN, Haluk, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, C.II, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2010, s.693.

³ OĞUZMAN, M.Kemal /ÖZ, M. Turgut: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C.I, 14. Bası, İstanbul, 2016, s. 47.

⁴ 6098 s.Türk Borçlar Kanunu (RG. 04.02.2011/27836).

TBK.581. maddesi uyarınca “Kefalet sözleşmesi, kefilin alacaklıya karşı, borçlunun borcunu ifa etmemesinin sonuçlarından kişisel olarak sorumlu olmayı üstlendiği sözleşmedir.” şeklinde tanımlanmıştır.

Kefalet sözleşmesi, kefilin alacaklıya, borçlunun borcunu ifa etmemesi halinde ortaya çıkacak sonuçlardan kişisel olarak sorumlu olmayı üstlendiği bir sözleşme olduğundan, alacaklı ve borçlu arasındaki borcun ifasını teminat altına almayı amaçlamaktadır⁵.

Borçlunun, borcunu ifa etmemesinin sonuçlarından kişisel olarak sorumlu olan kefil, alacaklının uğramış olduğu zararı bir miktar para ödenmesi suretiyle ödemekle sorumludur. Kefil, yalnızca sözleşmeden doğan borçlardan değil, her türlü borca ilişkin kefil olabilecektir⁶.

B. Kefalet Sözleşmesinin Kurulması

Kefalet sözleşmesi kefil ile alacaklı arasında, karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanlarıyla kurulmaktadır⁷. Genellikle kefalet sözleşmesinin, tek taraflı borç yükleyen sözleşme niteliğini haiz olması dolayısıyla sözleşmenin kurulması bakımından, kefil olma iradesinin anlaşılabilirliği büyük önem arz etmektedir. İradenin anlaşılabilirliği bakımından TBK.’nın sözleşmenin kurulması ve yorumlanmasına ilişkin hükümleri uygulama alanı bulmaktadır⁸.

Kefil olma önerisi kefil tarafından yapılabileceği gibi, alacaklı tarafından da yapılabilmektedir. Kefil tarafından öneri durumunda, kefil olma iradesinin açıklanması, TBK.m.583 maddesi ile şekle tabi tutulmuştur. Şekle uygun olmaksızın yapılan öneri geçerli olmayacaktır. Alacaklı kefilin önerisini açık yahut örtülü şekilde kabul edebilir⁹.

⁵ EREN, Fikret, Borçlar Hukuku Özel Hükümler, 6. Bası, Ankara 2018, s.759; GÜNSAY, Töre, “Kefalet Sözleşmesinin Fer’iliği İlkesi”, DEÜHFD., Prof. Dr. Şeref Ertaş’a Armağan, C.19, Özel Sayı, 2018, s.1081; ÖZEN, Burak, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Çerçevesinde Kefalet Sözleşmesi, Genişletilip Güncelleştirilmiş 4. Bası, İstanbul, 2017, s.68-69; AYAN, s.18.

⁶ AKTÜRK, Emrah: Kefalet Sözleşmesinin Geçerlilik Koşulları ve Sonuçları, 1. Baskı, Ankara 2020, s. 32; GÜNSAY, s.1085; ZEVKLİLER, Aydın; GÖKYAYLA, Emre, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Ankara, 2018,s.660-661; ÖZEN, s.149; AYAN, s.41.

⁷ ÖZEN, s.161; GÜMÜŞ, s.334.

⁸ AKTÜRK, s.32; ÖZEN, s.161.

⁹ AKTÜRK, s.33.

Alacaklı tarafından önerinin yapılması halinde, kefil alacaklı tarafından gönderilen kefalet önerisini TBK.m.583 hükmü uyarınca doldurup alacaklıya göndermelidir. Kabul beyanı ulaşmadığı takdirde kabul beyanı ve sözleşme söz konusu olmayacaktır¹⁰. Kefilin şekle uymaksızın öneriyi kabulü halinde sözleşme geçersizlik yaptırımına uğrayacaktır. Ek iradi şekil şartı öngörülmesi ve şarta uyulmaması halinde yapılan beyan kabul beyanı sayılmamakta olup sözleşme kurulmayacaktır. Kefalet sözleşmesinin devamlılığı açısından zilyetliğin devamı zorunlu değildir¹¹. Kefalet sözleşmesi kanunda yer alan geçerlilik şartlarını içermediği takdirde kefalet borcu geçerli olmayacaktır.

C. Kefalet Sözleşmesinin Tarafları

Kefalet üç taraf ve üç ilişki barındırmaktadır. Birinci ilişki borçlu ile alacaklı arasında olup, borç ilişkisinin tarafı olabilecek herkes, kefalet ile teminat altına alınmış olan asıl borç ilişkisinin tarafı olabilmektedir¹². İkinci ilişki; alacaklı ve kefil arasındadır. Kanunda yer alan tanımdan da anlaşıldığı üzere kefalet sözleşmesi alacaklı ve kefil arasında yapılmaktadır. Asıl borçlu kefalet sözleşmesinin tarafı değildir. Nitekim asıl borçlu, kefilin temsilcisi olarak kefalet sözleşmesi akdedebilecektir¹³. Üçüncü ilişki ise borçlu ve kefil arasında yer alan, alacaklıya karşı sorumluluğunu yerine getiren kefilin asıl borçluya rücu ilişkisi niteliğindedir. Bu ilişki bir sözleşmeye yahut kanuna dayanabilir¹⁴.

D. Kefalet Sözleşmesinin Unsurları

1. Mevcut ve Geçerli Bir Asli Borcun Mevcudiyeti

Kefalet, TBK. 582. maddesi uyarınca mevcut ve geçerli bir aslin borcun varlığına bağlıdır¹⁵. Asıl borcun kaynağı önemli olmamakla

¹⁰ AKTÜRK, s.34.

¹¹ AKTÜRK, s.34-35.

¹² KILIÇOĞLU, s.662; YAVUZ, Cevdet; ACAR, Faruk; ÖZEN, Burak, Borçlar Hukuku Dersleri Özel Hükümler, Beta Yayınevi, İstanbul, 2019, s.785.

¹³ ÖZEN, s.60.

¹⁴ KILIÇOĞLU, s.662; YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s.785.

¹⁵ AYRANCI, Hasan, "Şekil Şartına Uyulmadan Yapılan Kefalet Sözleşmesinde İfanın Sonuçları", AÜHFD., C.53, S.2, Yıl 2004, s.96; ÖZEN, s.88; AYAN, s.26; REİSOĞLU, Seza, Türk Kefalet Hukuku, Ankara, 2013, s.24; GÜMÜŞ, s.322; TANDOĞAN, s.695; YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s.790; ARAL, Fahrettin; AYRANCI, Hasan, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Yetkin Yayınları, Ankara, 2019, s.466; YILMAZ, Merve, "Türk

beraber sözleşmeden, haksız fiilden yahut sebepsiz zenginleşmeden kaynaklanabilir¹⁶. Kefalet, asıl borca bağlı feri borç niteliğini haiz olduğundan, kefilin alacaklıya teminat verdiği borcun geçerli şekilde doğması ve kurulması gerekir. Aksi halde kefilin sorumluluğundan söz edilemez¹⁷. Nitekim gelecekte doğacak yahut koşula bağlanmış bir borcun, borç doğduğunda yahut koşulların gerçekleştiğinde hüküm ifade etmesi üzerine de kefalet sözleşmesi kurulabilmektedir. (TBK.m.582/1)

2. Kefilin Alacaklıya Karşı Sorumluluk Üstlenmesi

Kefil, TBK. 581. maddesi uyarınca kefalet sözleşmesi dolayısıyla borçlunun alacaklıya borcunu ifa etmemesi üzerine kişisel olarak sorumluluk üstlenmektedir. Bir diğer ifadeyle borçlunun borcunu ifa etmemesi dolayısıyla alacaklıya teminat sağlamaktadır. Kefil, kefalet sözleşmesi ile asıl borcun borçlusu olmamakta, ancak asıl borçlunun borcunu ifa etmemesi dolayısıyla kefilin sorumluluğu söz konusu olabilmektedir¹⁸.

3. Borçlunun Borcunu İfa Etmemesi Dolayısıyla Kefilin Sorumluluk Üstlenmesi

Kefil, borçlunun borcunu ifa etmemesinden ötürü ancak kefalet sözleşmesinde kararlaştırılmış olan para miktarı ile sorumlu olmaktadır. Bu bağlamda TBK. 581. maddesi hükmünde yer alan “*ifa etmemesi*” ifadesi borçlunun borcunu hiç ifa etmemesi yahut gereği gibi ifa etmemesi durumlarını kapsamaktadır¹⁹. Kefilin borcu tali nitelikte olup,

Borçlar Kanunu'na Göre Kefalet Sözleşmesinin Geçerlilik Şartları”, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, C.1, S.7, Y.2, Ankara, 2011, s.5.

¹⁶ AYRANCI, s.96; ZEVKLİLER / GÖKYAYLA, s.659-660; ÖZEN, s.57; REİSOĞLU, s.24; TANDOĞAN, s.693; YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s.784; AYDOĞDU, Murat; KAHVECİ, Nalan, Türk Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri Sözleşmeler Hukuku, Adalet Yayınevi, Ankara, 2021, s.833; AKSOYOĞLU, Necati, “Borçlar Kanunu Tasarısındaki Kefalet Sözleşmesine İlişkin Önemli Değişiklikler”, Bankacılık Dergisi, S.72, İstanbul, 2010, s.95; GÜNARSLAN, Banu, “Kefalet Sözleşmesinde Eşin Rızası”, Terazi Hukuk Dergisi, C.13, S.143, Temmuz 2018, s.91.

¹⁷ KILIÇOĞLU, s.663; AYRANCI, s.97.

¹⁸ KILIÇOĞLU, s.663; AYAN, s.47; YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s.785.

¹⁹ Kefilin sorumluluğunun kapsamının sınırsız olduğu söylenemez. Sorumluluğun kapsamı için bkz., ÖZEN, s.127 vd.; YILMAZ, Merve, “6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'na Göre Kefalet Sözleşmesinde Kefilin Sorumluluğunun Kapsamı”, TBB Der-

borçlunun borcunu ifa etmesi veya ifaya hazır olduğunu bildirmesi halinde kefilin sorumluluğu bulunmamaktadır²⁰.

II. KEFALET SÖZLEŞMESİNDE ŞEKİL

A. Genel Olarak

Kefalet sözleşmesinin geçerliliği TBK. 583. maddesi uyarınca şekil kurallarına tabi tutulmuştur.

“MADDE 583- Kefalet sözleşmesi, yazılı şekilde yapılmadıkça ve kefilin sorumlu olacağı azamî miktar ile kefalet tarihi belirtilmedikçe geçerli olmaz. Kefilin, sorumlu olduğu azamî miktarı, kefalet tarihini ve müteselsil kefil olması durumunda, bu sıfatla veya bu anlama gelen herhangi bir ifadeyle yükümlülük altına girdiğini kefalet sözleşmesinde kendi el yazısıyla belirtmesi şarttır.

Kendi adına kefil olma konusunda özel yetki verilmesi ve diğer tarafa veya bir üçüncü kişiye kefil olma vaadinde bulunulması da aynı şekil koşullarına bağlıdır. Taraflar, yazılı şekle uyararak kefilin sorumluluğunu borcun belirli bir miktarıyla sınırlandırmayı kararlaştırabilirler.”

Kefalet sözleşmesinde sonradan yapılan ve kefilin sorumluluğunu artıran değişiklikler, kefalet için öngörülen şekle uyulmadıkça hüküm doğurmaz.”

TBK.m.583/1, kefalet sözleşmesinin “geçerlilik şeklini” düzenlemiştir. Kefalet sözleşmesinin geçerliliğine ilişkin şekil kuralları emredici niteliktedir. Bu bağlamda, kanun ile öngörülmüş olan şekil kuralları, taraf iradeleriyle ortadan kaldırılamaz. Ancak taraflarca hükümde belirtilen şekil şartları dışında, koruyucu etkisini arttırmaya yönelik anlaşmalar yapması mümkündür²¹. Kefalet sözleşmesinin şekline ilişkin unsurları kefalet verene ilişkin düzenlenmiş olup alacaklıya ilişkin şekil kuralı öngörülmediğinden maddede geçen geçerlilik şekli tek taraflıdır²². Geçerlilik şekline uyulmadan yapılan bir

gisi, S.197, 2011, s.155-170; KARA KILIÇARSLAN, Seda, “Kefilin Sorumluluğunun Kapsamı”, GÜHFD., C.XIII, S.1-2, s.43-59.

²⁰ KILIÇOĞLU, s.664.

²¹ AKTÜRK, s. 153-154; Noter tarafından gerçekleştirilecek resmi şekli nitelikli yazılı şekli karşılayıp karşılamayacağına ilişkin değerlendirmeler için bkz., ÖZEN, s.223-224.

²² DEMİR, Şamil : “Kefalet Sözleşmesinin Uygulama Alanı.” Türkiye Barolar Birliği Dergisi, no. 108, 2013, ss. 87-122. Türkiye Barolar Birliği,

kefalet sözleşmesi kesin hükümsüzlük yaptırımına tabii olacaktır²³. Geçerlilik şekli getirilmesinin sebebi kefilin sorumluluk altına girerken daha fazla düşünmesinin istenmesidir, zira kefil çoğu zaman herhangi bir karşılık da söz konusu olmaksızın bu sözleşme ile borç altına girmektedir²⁴.

B. Şekil Şartının Kapsamı

Öncelikle kefil olma iradesinin kefalet sözleşmesi metninde bulunması gerekmektedir²⁵. Bunun için metinde “kefil” veya “kefalet” kavramlarının yer alması şart değildir, burada asıl borç ilişkisinde alacaklı tarafa fer’i bir biçimde, asıl borç ilişkisindeki borçlunun borcunu ifa etmemesi sebebiyle şahsen sorumlu olunacağına taahhüt edilmesi yeterli kabul edilmektedir²⁶. Kefalet sözleşmesinde uyulması gereken şekil koşulunu düzenleyen TBK. m.583 hükmüne göre kefalet sözleşmesinde kefil, sorumlu olacağı azami miktarı, kefalet tarihini²⁷, müteselsil kefil olması halinde bu sıfatla veya bu anlama gelen herhangi bir ifadeyle yükümlülük altına girdiğini, kendi el yazısı ile belirtmek zorundadır²⁸. Kefalet tarihinin sadece varlığı yeterli değildir; aynı zamanda bunun kefilin el yazısı yazılması gerektiği hususu da

<http://tbbdergisi.barobirlik.org.tr/m2013-108-1307>, s.89; ÖZEN, s.218-219; AYAN, s.183; GÜMÜŞ, s.352.

²³ AYAN, s.184-185; ZEVKLİLER/GÖKYAYLA, s.671; TANDOĞAN, s.740-741; YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s.801; AYDOĞDU/KAHVECİ, s.841; YILMAZ, Geçerlilik Şartları, s.15. Kefalet türünün kefilin el yazısı ile yazılmamış olması diğer şekli şartların tam olması koşuluyla sözleşmeyi geçersiz hale getirmez ancak kefalet adı kefalet sayılır. Bkz. ZEVKLİLER/GÖKYAYLA, s.671; AYDOĞDU/KAHVECİ, s.842.

²⁴ ZEVKLİLER / GÖKYAYLA, s.671; AYAN, s.182-183; TANDOĞAN, s.740.

²⁵ GÜMÜŞ, s.354; AYAN, s.218; ZEVKLİLER/GÖKYAYLA, s.672; AYDOĞDU/KAHVECİ, s.841.

²⁶ GÜMÜŞ, s.354; AYAN, s.218; ZEVKLİLER/GÖKYAYLA, s.672; TANDOĞAN, s.746-747; AYDOĞDU/KAHVECİ, s.841.

²⁷ 818 sayılı Borçlar Kanunu’nda, kefalet tarihinin sözleşmede yazılı olması geçerlilik koşulu olarak düzenlenmemiştir, TBK.m.583’te geçerlilik koşulu olarak hükme bağlanmıştır. Ayan’a göre kefalet sözleşmesinin akdedildiği tarih kefilin el yazısı ile belirttiği ifadelerden anlaşılabilirse bu da yeterlidir. Açıkça tarih olarak belirtilmesi bir zorunluluk değildir. Bkz. AYAN, s.205-206.

²⁸ Ayrıntılı bilgi için bkz. BAŞ, Ece, “6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu’nda Kefalet Sözleşmesinin Geçerlilik Şartlarına İlişkin Bazı Yenilikler”, İÜHF C. LXX, S. 2, 2012, s.128 vd.; EREN, s.773; REISOĞLU, s.80 vd.; GÜMÜŞ, s.353 vd.; AYDOĞDU/KAHVECİ, s.840 vd.

hükümde düzenlenmiştir. Dolayısıyla kefalet sözleşmesinde tarih kısmının boş bırakılması suretiyle, sonrasında kefilin aleyhine olumsuzlukların ortaya çıkması engellenmek istenilmiştir²⁹. Ayrıca TBK.m.589/3'e göre, "Sözleşmede açıkça kararlaştırılmamışsa kefil, borçlunun sadece kefalet sözleşmesinin kurulmasından sonraki borçlarından sorumludur.". Bu düzenleme amaçlanan koruma, kefalet sözleşmesinde tarihin yazılmış olması ile birlikte hüküm doğurabileceği açıktır. Aksi durumda, sonradan tarih kısmının alacaklı tarafından doldurulması suretiyle, asıl borcun doğduğu tarihten önceki borçlar açısından da kefilin sorumlu tutulma ihtimali ortaya çıkabilirdi³⁰. TBK.m.600 hükmüne göre de, "Sürelî kefalette kefil, sürenin sonunda borcundan kurtulur.". Bu düzenleme açısından sürenin sonunun belirlenmesinde, sözleşmenin kurulduğu tarihin belirlenebilmesi önemlidir; bu açıdan kefalet sözleşmesinde tarihin kefilin el yazısı ile yazılması gerekir. Kefalet sözleşmesinde tarihe yer verilmesi kefalet ehliyetinin tespiti ile eşin rızası açısından da önem arz etmektedir; zira eş Kanun'a göre kefalet sözleşmesi imzalanana dek rıza gösterebilmektedir³¹.

Kefalet sözleşmesi temsilci tarafından yapılmakta ise temsilci de sorumlu olunan azami miktarı, kefalet tarihini, müteselsil kefil olunması halinde bu sıfatla veya bu anlama gelen herhangi bir ifadeyle yükümlülük altına girdiğini, kendi el yazısı ile yazmalıdır³².

TBK.m.14'e göre, "Yazılı şekilde yapılması öngörülen sözleşmelerde borç altına girenlerin imzalarının bulunması zorunludur.". Dolayısıyla kefalet sözleşmesinde mutlaka kefilin imzasının bulunmalıdır³³.

²⁹ Kira sözleşmesinde kefilin sorumlu olduğu azami miktar ve kefalet tarihi el yazısı ile yazılmadığından dolayı TBK. m.583 hükmü gereği kefalet sözleşmesi geçersizdir. Y6HD., 23.02.2016, 2015/4341 E. 2016/1257 K.

³⁰ BAŞ, s.132; AYAN, s.206; YILMAZ, Geçerlilik Şartları, s.20; AKSOYOĞLU, s.97.

³¹ AYAN, s.206.

³² AYAN, s.197.

³³ AYAN, s.195; REİSOĞLU, s.77. "Davalı Cahit Yalçın Türker sözleşmeyi Türk Borçlar Kanun'unun yürürlüğe girdiği 01.07.2012 tarihinden sonra 01.06.2013 tarihinde imzalamıştır. TBK.'nun kefalet sözleşmesinde şekil şartını düzenleyen 583.maddesi "Kefalet sözleşmesi, yazılı şekilde yapılmadıkça ve kefilin sorumlu olacağı azami miktar ile kefalet tarihi belirtilmedikçe geçerli olmaz. Kefilin, sorumlu olduğu azami miktarı, kefalet tarihini ve müteselsil kefil olması durumunda, bu sıfatla veya bu anlama gelen herhangi bir ifadeyle yükümlülük altına girdiğini kefalet sözleşmesinde kendi el yazısıyla belirtmesi şarttır."

TBK.m.15'e göre, "İmzanın, borç altına girenin el yazısıyla atılması zorunludur. Güvenli elektronik imza da, el yazısıyla atılmış imzanın bütün hukuki sonuçlarını doğurur.". Bu hüküm gereğince, güvenli elektronik imza, el yazısıyla atılmış imzanın bütün hukuki sonuçlarını doğurur. Ancak şunu da belirtmek gerekir ki 5070 sayılı Elektronik İmza Kanunu m.5/2 hükmü gereğince, teminat sözleşmeleri için elektronik imzanın el yazılı imza yerine geçmesi söz konusu değildir. Dolayısıyla TBK.m.583'te düzenlenen yazılı şekil koşulu kapsamında imzanın elektronik imza olması mümkün değildir, el yazısı ile imzanın atılması gereklidir³⁴. TBK.m.583 hükmü gereğince kefalet sözleşmesinde yazılı olarak azami kefalet miktarının gösterilmesi gerekir; kefil tarafından teminat altına alınan azami miktar belirtilmemişse, kefalet sözleşmesi geçersizdir. Kefalet sözleşmesinde yazılı olarak azami miktarın gösterilmesinin amacı kefilin, asıl borçlu borcunu ödemezse sorumluluk tutarını bilmesini ve öngörmesini sağlamaktır³⁵. Eren'e göre, "Teminat altına alınan borç, para borcu dışında bir borç olsa dahi bu şart yerine getirilmelidir."³⁶. El yazısı ile azami miktarın belirtilmesi zorunluluğu ile kastedilen, miktarın açıkça rakam olarak yazılmasıdır³⁷. Ancak doktrinde TBK. m.583/1 hükmü gereği sorumlu olunan azami miktarın kefilin el yazısı ile belirtmek kaydıyla bunun sayısal olarak belirtilmesinin zorunlu olmadığı, örneğin asıl borcun belirli bir yüzdesine için sorumlu olunacağını belirtmesinin de geçerli olacağını ifade eden yazarlarda vardır³⁸. Kefalet borcunun, asıl borcun miktarı ile sınırlı olduğunun yazılması tek başına yeterli değildir; mutlaka azami miktarın rakamla yazılmış olması aranır³⁹. Böyle bir gereksinim TBK.

hükmünü içermektedir. Takibe konu kira sözleşmesinde TBK.'nun 583.maddesinde belirtilen şekil şartına uyulmadığından kefalet sözleşmesi geçersizdir. Bu durumda mahkemece davalı kefil hakkındaki davanın reddine karar verilmesi gerekirken, yazılı şekilde karar verilmesi doğru değildir.", Y6HD., 18.02.2015, 2015/1158 E. 2015/1506 K.

³⁴ BAŞ, s.130; ÖZEN, s.222-223; REİSOĞLU, s.77; GÜMÜŞ, s.352.

³⁵ DEMİR, s.90; AYAN, s.198; REİSOĞLU, s.85.

³⁶ EREN, s.773; Aynı yönde AYAN, s.198.

³⁷ BAŞ, s.133; ÖZEN, s.233. Rakamın değiştirilebilmesi tehlikesine karşın Kanun'da belirtildiği üzere el yazısı ile belirtilmesinin daha uygun olacağı yönünde bkz., REİSOĞLU, s.88-89.

³⁸ AYAN, s.202.

³⁹ ÖZEN, s.233; AYAN, s.199-200; YILMAZ, Geçerlilik Şartları, s.19.

m.583 hükmünün kefilî “peşinen koruma işlevi”nden kaynaklanmaktadır⁴⁰.

TBK.m.583 hükmünde “...müteselsil kefil olması durumunda, bu sıfatla veya bu anlama gelen herhangi bir ifadeyle yükümlülük altına girdiğini kefalet sözleşmesinde kendi el yazısıyla belirtmesi şarttır.” ifadesine yer verilmiştir⁴¹. Dolayısıyla taraflar arasında müteselsil kefalet kararlaştırılmışsa, bunun da mutlaka kefalet sözleşmesinde kefilin el yazısı ile belirtilmesi gerekir. Nitekim, müteselsil kefalet, adi kefaletle göre kefilî daha ağır sorumluluk altına sokmaktadır, şüpheye yer bırakmayacak şekilde kefalet sözleşmesinde kefilin el yazısı ile bu hususun düzenlenmesi son derece önemlidir. Sözleşmede buna ilişkin bir açıklık yoksa, adi kefalet olduğu kabul edilmelidir⁴².

Kefalet borcunun varlığı, asıl borcun varlığına bağlı olduğundan, asıl borcun alacaklısının yazılı kefalet sözleşmesinde belirli veya belirlenebilir olması önemlidir; ancak ismen alacaklının belirtilmesi

⁴⁰ ÖZEN, s.233. Meseleye ilişkin daha detaylı değerlendirmeler için bkz., ÖZEN, s.228 vd.

⁴¹ “Takip dayanağı 11.04.2008 tarihli genel ticari kredi sözleşmesini 45.000 TL. kefalet limitiyle sorumlu olmak üzere davalının müşterek borçlu ve müteselsil kefil sıfatıyla imzaladığı görülmüştür. İllamsız icra takibine konu genel kredi sözleşmesi 11.04.2008 tarihlidir. Sözleşmenin imzalandığı tarihte yürürlükte bulunan 818 sayılı BK.’nın 484.maddesine uygun olarak kefalet tesis edilmiştir. 6098 sayılı TBK 01.07.2012 tarihinde yürürlüğe girmiştir. TBK.’nın 583.maddesine 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. 6101 sayılı TBK.’nın Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkındaki Kanun’un 1.maddesine göre TBK.’nın yürürlüğe girdiği tarihten önceki fiil ve işlemlere, bunların hukuken bağlayıcı olup olmadıklarına ve sonuçlarına, bu fiil ve işlemler hangi kanun yürürlükte iken gerçekleşmişse kural olarak o kanun hükümleri uygulanır. Kefalet sözleşmesi 818 sayılı BK yürürlükte iken kanuna uygun olarak kurulduğundan 6098 sayılı TBK.’nın 583.maddesindeki düzenlemeden dolayı geçersiz kabul edilemez. 6101 sayılı TBK.’nın Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkındaki Kanun’un 7.maddesinde 6098 sayılı TBK.’nın derdest davalara uygulanması ile ilgili düzenleme yapılmışsa da bu hüküm 818 sayılı BK.’ya uygun olarak kurulan kefaletin kamu düzenine aykırı olduğu sonucunu doğurmayacağından somut olayda uygulama yeri bulunmamaktadır. Mahkemece bu yönler gözetilerek işin esasına girilip bir karar verilmesi gerekirken yazılı gerekçe ile davanın reddine karar verilmesi isabetsiz olup, bozmayı gerektirmiştir.”, Y19HD., 22.01.2014, 2013/18631 E. 2014/1721 K.

⁴² BAŞ, s.134; ÖZEN, s.237-238; AYAN, s.206; REİSOĞLU, s.79.

gerekli değildir⁴³.

Kefalet sözleşmesinde asıl borcun da açıkça ifade edilmesi gerekir; örneğin birden fazla borcun varlığı halinde, kefalet borcunun hangisi veya hangilerine ilişkin olduğunun belirli olması, teminat amacının gerçekleşmesi ve kefilin korunması açısından önemlidir⁴⁴. Kefaletin hangi borca ilişkin olarak verildiği anlaşılamiyorsa sözleşme geçerli olmayacaktır⁴⁵. Borcun bireyselleştirilebilmesi için asıl borca ilişkin olarak asıl borçlunun kimliği de önemlidir; belirli⁴⁶ veya belirlenebilir olması gerekir⁴⁷.

Kefalet sözleşmesinde kefilin sorumluluğunu artıracak nitelikte sonradan yapılan değişikliklere ilişkin TBK.m.583/3'te düzenleme yapılmıştır. Buna göre, *“Kefalet sözleşmesinde sonradan yapılan ve kefilin sorumluluğunu artıran değişiklikler, kefalet için öngörülen şekle uyulmadıkça hüküm doğurmaz.”* Öngörülen şekle uyulmaksızın yapılan anlaşmalar TBK. m.27/2 hükmü 1. cümlesi uyarınca kısmi hükümsüzlük yaptırımına tabidir⁴⁸ ancak 2. cümle uyarınca sözleşmenin tamamının hükümsüz sayılması mümkün değildir⁴⁹. Hükümde düzenlenen şekil koşulu, sadece sorumluluğu artıran değişikliklerle sınırlıdır, dolayısıyla sorumluluğu azaltan nitelikteki değişiklikler açısından şekle bağlı olarak yapılması zorunluluğu yoktur⁵⁰.

⁴³ BAŞ, s.131; ÖZEN, s.233; AYAN, s.219-220; ZEVKLİLER/GÖKYAYLA, s.674; REİSOĞLU, s.80; TANDOĞAN, s.751; YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s.802; AYDOĞDU/KAHVECİ, s.841.

⁴⁴ BAŞ, s.131; ÖZEN, s.234; ZEVKLİLER/GÖKYAYLA, s.673-674; TANDOĞAN, s.752; AYDOĞDU/KAHVECİ, s.842.

⁴⁵ ÖZEN, s.234; AYAN, s.223; ZEVKLİLER/GÖKYAYLA, s.673-674; TANDOĞAN, s.752; AYDOĞDU/KAHVECİ, s.842.

⁴⁶ Kefil açısından asıl borçlunun kişiliği önem arz ettiğinden dolayı borçlunun kimliği belirli olmak zorunda olduğu dolayısıyla belirlenebilir olmasının yetmeyeceği yönünde karşı görüş için bkz., ZEVKLİLER / GÖKYAYLA, s.674; TANDOĞAN, s.752; REİSOĞLU, s.80; AYDOĞDU/KAHVECİ, s.841.

⁴⁷ BAŞ, s.131; ÖZEN, s.235; AYAN, s.221.

⁴⁸ ÖZEN, s.238; AYAN, s.231-232.

⁴⁹ Daha ayrıntılı açıklamalar için bkz. ÖZEN, s.238.

⁵⁰ AKBULUT GÜN, Özlem, “6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu İle Kefalet Sözleşmesine Getirilen Yeni Düzenlemelerin Tartışılması”, İstanbul 2015, <http://gunhukuk.com/wp-content/uploads/Kefalet-S%C3%B6zle%C5%9Fmesine->

III. KEFALET SÖZLEŞMESİNDE EŞİN YAZILI RIZASININ ALINMASI⁵¹

A.Genel Olarak

Özel hukuka hâkim olan ilkelerden biri olan sözleşme serbestisi ilkesi gereğince, kişiler sözleşme yapıp yapmamak, diledikleri kişi ile sözleşme yapmak, sözleşmenin şeklini ve içeriğini belirlemek ve sözleşmeyi sona erdirmek konusunda serbestlerdir. Sözleşme serbestisi, Anayasa'nın 48. maddesinde güvence altına alınmıştır. Kural sözleşme serbesti olmakla birlikte, mutlak ve sınırsız değildir; sözleşmeden ve Kanun'dan doğan sınırları söz konusudur.

Kefalet sözleşmesi bir özel hukuk sözleşmesidir ve kural olarak kişilerin kefalet sözleşmesi açısından da sözleşme serbestileri bulunmaktadır⁵². Kefalet sözleşmesi, TBK. 581-602. maddelerinde ilke olarak düzenleyici hükümler ile düzenlenmiş, ancak geçerliliği emredici hükümlerle bazı koşulların gerçekleşmesine tabi tutulmuştur⁵³.

4721 sayılı Türk Medenî Kanunu⁵⁴ m.193 hükmüne göre, kanunda aksine hüküm bulunmadıkça eşlerden her biri, diğeri ve üçüncü kişilerle

[Getirilen-Yeni-D%C3%BCzenlemelerin-Tart](#) %C
4%B1%C5%9F%C4%B1mas%C4%B1 %C3%96zlem-Akbulut-G%C3%BCn-1-1.pdf
(ET.08.06.2021), s.4; BAŞ, s.135; ÖZEN, s.239; AYDOĞDU/KAHVECI, s.841.

⁵¹ Rıza kelimesinin hem izni hem de icazeti kapsayan bir üst kavram olması sebebiyle ve kefalet sözleşmesi akdedildikten sonra eşin bu sözleşmeye icazet verilmesi Kanun gereği mümkün olmadığından dolayı "izin" kelimesinin kullanılmasının daha yerinde olduğu yönünde açıklamalar için bkz., KIRCA, İsmail, Türk Borçlar Kanunu Tasarısı-Kefalette Eşin İzni, Prof. Dr. Tuğrul Ansay'a Armağan, Turhan Kitabevi, Ankara, 2006, s.435, dn.2. Aynı yönde AYAN, s.113, dn.357, KOCAMAN, Arif Burhanettin; KAYA, Kübra, "Kefalet Sözleşmesinde Eşin Rızası", İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Y.6, S.1, Haziran 2020, s.6-7.

⁵² YALÇINDURAN, 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", İÜHF. C. LXXIV, S. 1, 2016, s.467.

⁵³ YAVUZ, Mustafa, "Yargı Kararları Işığında Kefalette Eşin Yazılı Rızasının Alınması Zorunluluğu ve İstisnalarının Değerlendirilmesi", Gümrük Ticaret Dergisi, Mart 2020, s.26 vd.

⁵⁴ 4721 s.Türk Medenî Kanunu (RG. 08.12.2001/24607).

her türlü hukukî işlemleri yapabilir⁵⁵. Dolayısıyla eşler kural olarak diğer eşin izni aranmaksızın sözleşmenin tarafı olabilirler. Hükümde de belirtildiği gibi, kanunda aksine hükme yer verilmişse ve bir sınırlama getirilmişse, izin olmadığı halde işlemin geçerliliği söz konusu olmaz. Kanun ile getirilen bu sınırlamalardan biri, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun "Eşin rızası" başlığını taşıyan 584. maddesinde hükme bağlanmıştır⁵⁶. Bu hükme göre, "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.". Dolayısıyla kanun koyucu, evli kimseler açısından ancak diğer eşin yazılı rızasıyla kefil olabilmelerine imkân sağlamıştır⁵⁷ ve dolayısıyla evli kişilerin

⁵⁵ "...Madde gerekçesinde, eşler arasında kabul edilen eşitlik prensibi uyarınca, kadının bazı hukukî işlemleri için hâkimden izin almasına gerek görülmediği gibi eşler arasında cebrî icra yasağı ve istisnalarını muhafaza etmeye de gerek görülmediği, eşlerin de birbirlerine karşı borçlarını ifa etmesi gerektiği, aksi hâlde sonuçlarına katlanmaları gerektiği ifade edilmiştir. "818 sayılı Borçlar Kanunu'nda yer verilmeyen, "III. Eşin rızası" kenar başlıklı yeni bir maddedir. Tasarı'nın iki fıkradan oluşan 584'üncü maddesinde, kefalette eşin rızası düzenlenmektedir. Maddenin birinci fıkrasına göre, kefalet sözleşmesinde eşin rızasının, sözleşmenin kurulmasından önce ya da en geç kurulması anında verilmiş olması şarttır. Ancak, fıkroda bu kuralın iki istisnasına yer verilmiştir. Birinci istisna, mahkemece verilmiş bir ayrılık kararı olması, ikincisi eşlerden birinin yasal olarak ayrı yaşama hakkının doğmuş olmasıdır. Söz konusu istisnalardan birinin varlığı durumunda eşin rızası aranmayacaktır. Maddenin ikinci fıkrasında ise, eşin rızasının aranmadığı diğer istisnalara yer verilmiştir. Buna göre, 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 kefilin eşinin rızası aranmayacaktır. Maddenin düzenlenmesinde, kaynak İsviçre Borçlar Kanunu'nun 494'üncü maddesi göz önünde tutulmuştur.". <https://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem21/yil01/ss723 ET.16.04.2021>.

⁵⁶ "... TBK'nun 584. maddesi ile eşlerden birinin ancak diğerinin yazılı rızası ile kefil olmasına dair düzenlemenin amacının aile birliğini koruma, eşlerin birbirinden habersiz, denetimsiz ailenin geleceğini tehlikeye atacak, olumsuz etkileyecek ekonomik işlemlerde bilhassa da her tür kefalet vasfı taşıyan işlemlerde, hele ki hatır kefaletlerinde düşünerek ortak kararlar hareket etmelerinin sağlanması olduğu, yapılan bu düzenleme ile kanun koyucunun diğer eşin ve aile birliğinin zarar görmesini engellemek istediği ifade edilmiştir.", YALÇINDURAN, s.471.

⁵⁷ "... 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 getirmemektedir.", YAVUZ, s.27.

kefalet ehliyeti diğer eşin izninin aranması suretiyle sınırlandırılmıştır⁵⁸. Nitekim kefalet sözleşmesinin tarafı olmak, o kişi açısından büyük bir sorumluluğu beraberinde getirmektedir, özellikle ailevi sorumluluğu olan evli kişiler açısından sonuçları son derece ağır olabilmektedir. Bu açıdan sosyal devlet ilkesi gereğince, ailenin ve dolayısıyla toplumun geleceğinin korunması açısından evli kişilerin kefalet ehliyeti, diğer eşin bu işleme izninin aranması suretiyle sınırlandırılmıştır⁵⁹. Bu hükümle kanunkoyucu karı ve kocayı birbirlerinin yaptığı kefalet sözleşmelerinden bireysel olarak korumayı değil evlilik birliğini korumayı amaçlamıştır⁶⁰.

TBK.m.584/II hükmüne göre ise, *“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.”*. 28.03.2013 tarihli 6455 sayılı Kanun’un 77. maddesiyle TBK.m.584’e bir fıkra eklenmiştir. Bu düzenleme ile, eşin rızasını gerektiren kefalet halleri oldukça sınırlandırılmış ve eşin rızasının aranmasının özünde yatan ailenin korunması düşüncesi oldukça önemli ölçüde ortadan kaldırılmıştır⁶¹. Eklenen bu fıkra hükmüne göre, *“(Ek fıkra: 28/3/2013-6455/77 md.) 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*

⁵⁸ EREN, s. 771,772; SADIOĞLU, Fikriye Ceren, “6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu’na Göre Kefalet Sözleşmesinde Eşin Rızası”, TBB Dergisi 2017 (Özel Sayı), s.201,202; YAVUZ, s.26; ÖZEN, s.189; AYAN, s.115-116; GÜMÜŞ, s.342; YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s.792-793; BAŞ, s.117-118; KOCAMAN/KAYA, s.8; GÜNARSLAN, s.94.

⁵⁹ KOCAMAN/KAYA, s.6,7; AYAN, s.115-116.

⁶⁰ BADUR, Emel, “Eşin Rızası”, TBB D., S.109, s.276; bu düzenlenmenin ailenin korunması düşüncesine yönelik olduğu yönünde açıklama için bkz., ÖZEN, s.189; Aynı yönde ŞEKER, Muzaffer, Kefalet ve Avalde Eşin Rızası, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2017, s.16; GÜMÜŞ, s.342; GÜNARSLAN, s.93. Bu düzenleme ile evlilik birliği içerisinde daha çok kadının korunması amaçlanmıştır. Bkz., REİSOĞLU, s.89.

⁶¹ EREN, s.772.

Destekli Kredi Kullandırılmasına Dair Kanun kapsamında kullanılacak kredilerde verilecek kefaletler ile tarım kredi, tarım satış ve esnaf ve sanatkârlar kredi ve kefalet kooperatifleri ile kamu kurum ve kuruluşlarınca kooperatif ortaklarına kullandırılacak kredilerde verilecek kefaletler için eşin rızası aranmaz.”

B. Eşin Rızasının Aranmasına İlişkin Koşullar

Rızanın verilmesine ilişkin olarak rızayı verme hususunda yetkili olan kişi kefilin eşidir. Kefilin eşi rızasını kendisi, yasal yahut kanuni temsilci aracılığıyla kullanabilecektir.⁶² Eşin rızasının arandığı kefalet sözleşmesinde, taraf olmak isteyen kişinin Türk Medeni Kanunu’na göre evli olması gerekir⁶³. TBK.m.584/I’e göre, “Eşlerden biri mahkemeye verilmiş bir ayrılık kararı olmadıkça veya yasal olarak ayrı yaşama hakkı doğmadıkça...” ifadesi ile eşin rızasının aranması hususunda iki istisnaya yer verilmiş olmaktadır. Birincisi, TMK.m.170 vd. gereğince mahkeme tarafından eşler arasında ayrılık kararı verilen dönemde kefalet sözleşmesinin yapılması, diğeri ise TMK.m.197 gereğince yasal olarak eşlerin ayrı yaşama hakkının doğmuş olduğu bir dönemde kefalet sözleşmesinin yapılmasıdır; bu durumlarda diğer eşin rızası aranmaz⁶⁴. Buna ek olarak boşanma ya da ayrılık davası açılması ile birlikte eşlerin ayrı yaşama hakkı doğacağından bu halde de kefalet sözleşmesi için eşin rızası aranmayacaktır⁶⁵. Benzer bir sonuca evliliğin iptali davaları

⁶² AKTÜRK, s.107-109; ŞEKER, s.25; GÜMÜŞ, s.347.

⁶³ GÜMÜŞ, s. 342; SADIOĞLU, s.203; BADUR, s.278; ÖZEN, s.189; AYAN, s.127 vd.; ŞEKER, s.24; REİSOĞLU, s.89; GÜNARSLAN, s.94.

⁶⁴ “Kefalet sözleşmesinde eşin rızasının aranmaması bakımından ayrılık kararının verilmiş olması yeterlidir. Ayrılık kararının eşlerden birinin talebi üzerine verilmesiyle veya boşanma talebiyle açılmış bir davada hâkim tarafından karar verilmesiyle arasında bir fark yoktur.”, SADIOĞLU, s.206; OĞUZMAN/ÖZ, s. 173; ÖZEN, s.188; AYAN, s.129 vd.; ŞEKER s.24; BAŞ, s.118.

⁶⁵ ÖZEN, s.188; AYAN, s.133; ŞEKER, s.24; REİSOĞLU, s.90; GÜMÜŞ, s.343; AY-DOĞDU/KAHVECİ, s.844; GÜNARSLAN, s.65. Kanunun ifadesinde geçen “yasal olarak ayrı yaşama hakkı doğması” kavramı kapsamında boşanma davasının açılmasının değerlendirilemeyeceği zira istisnaların dar yorumlanması gerektiği, bu sayede boşanma davası açılarak eşin rızasına ilişkin hükmün dolanılabileceği buna engel olmak için kanun hükmüne “eşler arasında boşanma davası açılmış ve tahkikat aşamasına geçilmişse” eşin rızasının aranmayacağına ilişkin bir düzenlemeye yer vermenin uygun olacağı yöndeki karşı görüş için bkz., KOCAMAN/KAYA, s.11-12.

açısından da ulaşılabilir⁶⁶. Ancak akdedeceği kefalet sözleşmesi için eşinin rızasını alamayan taraf sırf bu rıza alınmasına ilişkin hükümden kurtulmak maksadıyla boşanma ya da ayrılık davası açarsa kanuna karşı hilenin söz konusu olacağından hareketle kefalet sözleşmesinin geçersiz olabileceği ifade edilmektedir⁶⁷. TMK. m.170 uyarınca mahkeme tarafından ayrılık kararı verildiği dönemde diğer eşin rızası alınmaksızın yapılan kefalet sözleşmeleri taraflar daha sonra ortak hayatı yeniden kursalar dahi geçerliliğini koruyacaktır⁶⁸. Mahkeme tarafından ayrılık kararı verildiği hallerde diğer eşin rızasının aranmaması işin doğası gereğidir, zira bu şartlar altında eşin rıza göstermemesi çok olasıdır⁶⁹. TMK. m.197 hükmüne göre “eşlerden biri, ortak hayat sebebiyle kişiliği, ekonomik güvenliği veya ailenin huzuru ciddi bir biçimde tehlikeye düştüğü sürece ayrı yaşama hakkına sahiptir.” TMK. m.197 de belirtilen şartlar gerçekleşmişse ayrı yaşama hakkına sahip olan eşin akdedeceği kefalet sözleşmesi için eşin rızasını almasına gerek yoktur⁷⁰. TMK m.197’de bahsedilen şartlar mevcut olmasına ve eşlerden birisi için ayrı yaşama hakkı doğmasına rağmen eşler birarada yaşamayı sürdürüyorsa bu halde de eşin rızası aranmaya devam edilecektir⁷¹. Bu hüküm kapsamında eşin rızasını almadan kefalet sözleşmesi akdedebilecek taraf ayrı yaşama hakkına sahip olan eştir; yoksa ayrı yaşama hakkının meydana gelmesine neden olan eş bu imkandan yararlanamayacaktır⁷². Halihazırda ekonomik güvenliği veyahut ailenin huzuru ciddi şekilde tehlikeye düşünce ayrı yaşama hakkına sahip olan eş açısından kefalette rızanın aranmamasının TMK. m.584 amacına uygun olmadığı da ifade edilmektedir⁷³. TMK. m.584 hükmünde “yasal

⁶⁶ AYAN, s.133.

⁶⁷ AYAN, s.133-134.

⁶⁸ BADUR, s.279; GÜNARSLAN, s.94.

⁶⁹ ÖZEN, s.191.

⁷⁰ AYAN, s.133; GÜMÜŞ, s.343; AYDOĞDU/KAHVECİ, s.843.

⁷¹ BAŞ, s.118; BADUR, s.280.

⁷² AYAN, s.133.

⁷³ BADUR, s.279-280; Günarслан ekonomik güvenliğinin tehlikeye düşen eşin kefalette rızasının aranmamasının ilgili hükmün amacına ters düştüğünü ifade etmektedir. Bkz., GÜNARSLAN, s.95. Ancak ayrı yaşama hakkının doğumuna sebep olan eşin

olarak ayrı yaşama hakkı doğmadıkça” deyimine yer verdiği için dolayı, eşlerin yasal olarak ayrı yaşama hakkı doğmamasına rağmen fiili olarak ayrı yaşamaları halinde kefalet sözleşmesi yapılması halinde rıza aranacaktır⁷⁴. Meydana gelen evlenmede mutlak butlan ya da nispi butlan sebepleri bulunsa dahi evlilik hakim tarafından iptal edilinceye dek geçerli bir evlenmenin hüküm ve sonuçlarını doğuracağından yine kefalet sözleşmesi akdedilirken eşin rızası aranacaktır⁷⁵. Ortada hukuken bir evlenme söz konusu olmadan taraflar birlikte yaşamakta ise elbette rıza yine aranmayacaktır⁷⁶. Doktrinde eğer eşlerden birisi hakkında gaiplik kararı alınmışsa ve evliliğin feshine ilişkin henüz bir karar alınmamışsa, diğer eşin nasıl kefalet sözleşmesi akdedebileceği hususu da ele alınmıştır. Böyle bir halde, Kanun’un rıza ile getirdiği koruma fikrine gerek kalmadığı ve diğer eşin rıza olmaksızın kefalet sözleşmesi akdedebileceği ifade edilmiştir⁷⁷.

Eşler arasındaki mal rejiminin buna bir etkisi söz konusu değildir⁷⁸. Eşitlik ilkesi gereğince kefil olacak olan eşin erkek veya kadın olması önemli değildir; dolayısıyla diğer eşin yazılı rızası aranır⁷⁹. Eşin rızasının varlığı için, kefil olacak diğer eşin, bu işlemi kendi adına yapıyor olması gerekir; temsilci veya yetkili organ sıfatı ile kefalet sözleşmesinin tarafı oluyorsa, bu durumda eşin yazılı rızası aranmaz⁸⁰.

bu rızanın aranmaması istisnasından yararlanamayacağı kabul edildiğinde bu endişeler ortadan kalkacaktır.

⁷⁴ BADUR, s.280; ÖZEN, s.191; GÜNARSLAN, s.65. Bu halde somut olay değerlendirilerek bir karar verilmesi gerektiğine yönelik açıklamalar için bkz., ŞEKER, s.53.

⁷⁵ AYAN, s.128; REİSOĞLU, s.90.

⁷⁶ AYAN, s.128; ŞEKER, s.24-25.

⁷⁷ AYAN, s.134-135.

⁷⁸ YALÇINDURAN, s.470; SADIÖĞLU, s.203; GÜMÜŞ, s.342; BADUR, s.278; ÖZEN, s.190; AYAN, s.116-117; KIRCA, s.439; REİSOĞLU, s.91; ZEVLİLER/GÖKYAYLA, s.675; GÜNARSLAN, s.65. Aksoyoğlu, eşler arasında mal ayrılığı veya paylaşmalı mal ayrılığı rejimi kabul edilmişse veyahut TMK. m.206 hükmü uyarınca olağanüstü mal rejimine karar verilmiş olması durumunda karar da bu duruma elverişli ise eşin rızasının aranmasına gerek olmadığını ifade etmektedir. Bkz., AKSOYOĞLU, s.98.

⁷⁹ SADIÖĞLU, s.203; YAVUZ, s.28; BADUR, s.278; ÖZEN, s.189.; AYAN, s.117; KIRCA, s.438; ARAL/AYRANCI, s.478; AKSOYOĞLU, s.98; GÜNARSLAN, s.93.

⁸⁰ GÜMÜŞ, s.342; ÖZEN, s.190; AYAN, s.155-156; ŞEKER, s.23-23; KIRCA, s.439; BADUR, s.278; AKSOYOĞLU, s.98; GÜNARSLAN, s.65.

Kefil olmak isteyen tarafın eşi ehliyetsizse bu halde de doktrinde yine yazılı rızanın aranması gerektiği ifade edilmektedir. Bu durumda ehliyetsiz eş yerine yasal temsilcinin rıza vermesi gerektiği, bu alanda var olan yasal temsilcinin kefalet sözleşmesi yapma yasağının bu hususta devreye girmeyeceği, zira kefalet sözleşmesi akdetmek ile rıza vermenin farklı olgular olduğu ifade edilmektedir⁸¹. Ehliyetsiz olan eşin yasal temsilcisi eğer kefalet sözleşmesi akdetmek isteyen diğer eş ise bu durumda yasal temsilci ile ehliyetsiz olan eşin menfaatleri çatıştığı için bir kayyım atanması düşünülebilir⁸². Kefil yasal temsilci konumunda ise onun rızası ile yapılan kefalet sözleşmesi geçersizdir⁸³.

Kefalet; adi kefalet, müteselsil kefalet, toplu kefalet, kefile kefalet, rücu kefalet olmak üzere farklı bir türlerde yapılabilir⁸⁴. TBK.m.584/I' de eşin rızasına ilişkin olarak *"Eşlerden biri mahkemece verilmiş bir ayrılık kararı olmadıkça veya yasal olarak ayrı yaşama hakkı doğmadıkça, ancak diğerinin yazılı rızasıyla kefil olabilir."* ifadesine yer verilmiş, taraflar arasında kurulacak kefalet sözleşmesinin türüne ilişkin bir açıklığa yer verilmemiştir; dolayısıyla yapılacak kefalet sözleşmesinin türü her ne olursa olsun, eşin yazılı rızasının varlığı gerekir⁸⁵. Eşin rızasının varlığını, iddia eden taraf ispatlamalıdır (TMK.m.6)⁸⁶.

Evli bir kişinin tarafı olacağı kefalet sözleşmesi açısından diğer eşin yazılı rızasının alınmasını düzenleyen TBK.m.584/I hükmü, niteliği itibariyle emredicidir⁸⁷. Dolayısıyla eşlerin bunun aksini

⁸¹ ÖZEN, s.190; ŞEKER, s.26; REİSOĞLU, s.93; BADUR, s.285; GÜMÜŞ, s.347; BAŞ, s.123; KOCAMAN/KAYA, s.14; GÜNARSLAN, s.97.

⁸² AYAN, s.175; BADUR, s.285; BAŞ, s.124; GÜNARSLAN, s.97. Aksoyoğlu bu durumda TMK. m.206/II-5 ve III hükümleri uyarınca aile mahkemesine başvurulabileceğini ifade etmektedir. Bkz., AKSOYOĞLU, s.99.

⁸³ REİSOĞLU, s.93.

⁸⁴ Ayrıntılı bilgi için bkz. EREN, s. 773-780.

⁸⁵ ŞEKER, s.20; KIRCA, s.439; BADUR, s.278; ZEVLİLİLER/GÖKYAYLA, s.675; AKSOYOĞLU, s.98.

⁸⁶ YAVUZ, s. 28; BADUR, s.278; ŞEKER, s.30; KIRCA, s.446; YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s.797.

⁸⁷ GÜMÜŞ, s.341; SADIOĞLU, s.210.; AYAN, s.116; ŞEKER, s.20-21; KIRCA, s.438; BADUR, s.287. *"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 hükümle kefalet amacı taşıyan her türlü*

kararlaştırmaları veya rızası aranan diğer eşin bundan feragat etmesi söz konusu deęildir⁸⁸. Nitekim kanun koyucu tarafından geçerlilik koşulu olarak düzenlenen diğer eşin rızası, bu Şekilde alınmadan yapılacak kefalet sözleşmesi kendiliğinden kesin olarak hükümsüzdür⁸⁹. Uyuşmazlık halinde kefalet sözleşmesinin diğer eşin yazılı rızası olmadan kurulduğu hususu, hâkim tarafından resen dikkate alınır. Tarafların buna ilişkin sonradan anlaşmaları geçerli deęildir⁹⁰. Kefalet sözleşmesinde eğer sonradan eşin yazılı rızası olmaksızın kefilin sorumlu olacağı miktarın artmasına ya da adi kefaleti müteselsil kefalete dönüştüren veyahut kefil yararına olan güvencelerin önemli ölçüde azalmasına sebep olan değişiklikler yapılmışsa, yapılan bu değişiklikler

sözleşmenin geğerliliğinin 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 korunması 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 sınırlandıran 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.", YAVUZ, s.29.

⁸⁸ BAŞ, s.117; BADUR, s.287; AYAN, s.116; ŞEKER, s.20-21; KIRCA, s.438.

⁸⁹ GÜMÜŞ, s. 348; SADIÖĞLU, s.210; BADUR, s.287; ÖZEN, s.200; AYAN, s.116; ŞEKER, s.36; KIRCA, s.448; ZEVKLİLER/GÖKYAYLA, s.676; ARAL/AYRANCI, s.478; BAŞ, s.126; GÜNARSLAN, s.98.

⁹⁰ GÜMÜŞ, s. 348; BADUR, s.288; REİSOĞLU, s.91; GÜNARSLAN, s.98.

de geçersiz olacaktır⁹¹.

Eşlerden birisi kefil olmak istemekte iken diğer eşin rızasının olmaması durumunda TMK. m.195 hükmü gereği hakim müdahalesinin istenip istenemeyeceği hususu doktrinde tartışmalıdır. Doktrinde bir görüş haklı bir sebep olmadan eşin rıza göstermemesi durumunda TMK. m.2 dürüstlük kuralı gereğince hakim müdahalesinin istenebileceğini ifade etmiştir⁹². Diğer bir görüş ise bu halde TMK. m.195 hakim müdahalesi yolunun işletilebileceğini zira eşlerden birinin rızasının evlilik birliğine ilişkin önemli bir mesele olduğunu söylemektedir⁹³. Bir başka görüşe göre ise haklı olarak, kanunkoyucunu aile konutu hakkında TMK. m.194/2 de ve TBK. m.349/2 de hakim müdahalesinin istenebilmesini düzenlemiş ancak kefalet sözleşmesine ilişkin rıza hakkında bilinçli ve kasıtlı bir şekilde buna müsaade etmemiştir, zira bu hakkın tanınma gayreti kanuna karşı hile teşkil edip kefalette eşin rızasına ilişkin TBK. m.584 hükmünün dolanılması anlamına gelir⁹⁴.

Yargıtay bir kararında kefilin eşine vermiş olduğu kefalet durumunda da şekil şartının gerçekleştirilmesi gerektiğini hüküm altına almıştır⁹⁵. Yargıtay bir başka kararında ise eşin borcuna kefalet durumunda eşin rızası aranmadan bu kefaletin geçerli olduğu sonucuna ulaşmıştır⁹⁶. Doktrinde Özen de bu durumda eşin rızasının aranması gerektiğini, zira eşlerden birinin zaten esas borç ilişkisinde borç altına girdiğini, borç altına giren eşin, diğer eşin de kefil olma sebebiyle aile ekonomisine yeni bir yük getirmesine razı

⁹¹ ÖZEN, s.200; AYAN, s.170; ŞEKER, s.38; BAŞ, s.126.

⁹² YILMAZ, Geçerlilik Şartları, s.13; AKSOYOĞLU, s.99.

⁹³ BADUR, s.289.

⁹⁴ ŞEKER, s.27-28; Benzer şekilde Reisoğlu, s.90; Eşin kefalet sözleşmesine rıza verip vermemek hususunda mutlak bir yetkisi olduğundan hareketle hâkime başvurmanın mümkün olmadığı yönünde Bkz., GÜMÜŞ, s.347; Aynı yönde, BAŞ, s.126-127; GÜNARSLAN, s.98.

⁹⁵ "6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 584. maddesi uyarınca kefilin, kendi eşinin rızası olmaksızın eşi açısından da vermiş olduğu kefalet geçersizdir. Sözü edilen maddenin 2. fıkrasında belirtilen şekilde bir durum da olmadığı gibi eş için verilecek kefalet yasadaki şekil şartının yerine getirilmesine engel olmaz.", Yarg. 12. H.D., 21.03.2013, 32781/10544.

⁹⁶ Yarg., 12. H.D. 13.10.2016, E.,2016/12256, K.,2016/21462. İlgili karar için bkz., YA-VUZ/ACAR/ÖZEN, s.795.

olmayabileceğini ifade etmektedir⁹⁷. Bu durumda “katmerli (çifte) yük”ün meydana geleceğinden söz etmektedir⁹⁸. Doktrinde Reisoğlu’na göre ise burada bir eş diğer eş lehine bir kefalet verdiğiinden eşin rızasının aranmasına gerek yoktur⁹⁹. Doktrinde diğer bir görüşe göre ise kefalet iradesinin asıl borç ilişkisi ile aynı metinde vücut bulması şartıyla, eşin borcu açısından verilen kefalette rızanın aranmasına gerek olmayabileceğini, ancak sonradan verilen kefaletler açısından eşin rızasının aranacağını ifade etmektedir¹⁰⁰. Eşlerden birisi kefil olunacak borcun alacaklı tarafı ise ve diğer eş bu borç için kefil olmak istiyorsa burada kefalet sözleşmesinin tarafları eşlerden olduğundan dolayı eşin rızasının aranmaz¹⁰¹. Bu halde eşlerden birisi kefil olunan borcun alacaklısı ve kefalet sözleşmesinin tarafı olduğundan kefalet sözleşmesi açısından onun rızası olduğu kabul edilir¹⁰². Eğer alacaklı eş bu şartlar altında eşinin kefil olmasını istemiyorsa onunla kefalet sözleşmesi yapmaktan kaçınabilir; kefalet sözleşmesi yaptıktan sonra alacaklı eşin rızasının bulunmadığını iddia ederek geçersizliği ileri sürememesi gerekir¹⁰³. Kefalet sözleşmesinin alacaklısı evli olan tarafısa bu halde eşinin rızası aranmaz¹⁰⁴.

Eşlerden her ikisi de aynı borç için kefil olmakta ise rızanın aranmayacağı söylenebilir¹⁰⁵. Ancak eşlerden birisi diğer eşin rızası ile kefil olduktan sonra diğer eşte aynı borç için sonradan kefil olacaksa daha önce kefil olan eşin rızası aranacaktır¹⁰⁶. Doktrinde bir başka görüş ise eşlerden her ikisinin de aynı borca kefil olmaları halinde de rızanın aranacağını belirtmektedir¹⁰⁷. Doktrinde Gümüş, eşlerden her biri aynı

⁹⁷ ÖZEN, s.195; Aynı yönde ŞEKER, s.21; BADUR, s.287; AYDOĞDU/KAHVECİ, s.844; BAŞ, s.124; KOCAMAN/KAYA, s.14-15; GÜNARSLAN, s.66.

⁹⁸ ÖZEN, s.195.

⁹⁹ REİSOĞLU, s.91.

¹⁰⁰ AYAN, s.156.

¹⁰¹ ÖZEN, s.196; ŞEKER, s.21-22; BAŞ, s.124; GÜNARSLAN, s.66.

¹⁰² ÖZEN, s.196; AYAN, s.157; REİSOĞLU, s.91; BADUR, s.287.

¹⁰³ ŞEKER, s.21-22.

¹⁰⁴ AYAN, s.156.

¹⁰⁵ AYAN, s.156.

¹⁰⁶ AYAN, s.156.

¹⁰⁷ BADUR, s.287.

borç için müteselsil kefil olmakta iseler her ikisinin de ayrı ayrı müteselsil kefaletle ilişkin rızasının olması gerektiğini ifade etmektedir¹⁰⁸.

TBK.m.584/I'de "yazılı rıza" ifadesine yer verilmiştir. Yazılı rızanın adi yazılı şekilde olması yeterlidir. Elektronik İmza Kanunu kefalet gibi teminat sözleşmelerinin güvenli elektronik imza ile yapılamayacağını belirtmiştir, ancak burada rıza beyanında bulunan eşin işlemi tek taraflı bir hukuki işlemdir ve Kanun kapsamında belirtilen teminat amacını da gütmeyeğinden dolayı onun rızasını güvenli elektronik imza ile de vermesi mümkündür¹⁰⁹. Diğer eşin vereceği rızanın kefalet sözleşmesinde veya ayrı bir belgede olması mümkündür; ayrı bir belge ile yazılı rıza verilmişse, mutlaka hangi kefalet sözleşmesine ilişkin olarak bu rızanın verildiğinin anlaşılabilmesi gerekir¹¹⁰. Eşin yazılı rızayı yetkili temsilcisi vasıtasıyla verebilmesi mümkündür¹¹¹. Aynı şekilde eşin yetkili temsilcisinin de rızayı yazılı olarak vermesi gerekir¹¹². Eşin vereceği rıza beyanının açık ve anlaşılır olması ve beyanından kefalet sözleşmesi dolayısıyla üstlenilen sorumluluğun kabul edildiğinin anlaşılması gerekir. Eşin rızası belirli bir kefalet sözleşmesine ilişkin olmalıdır. Bu doğrultuda gelecekte yapılacak olan kefalet sözleşmelerin hepsini kapsayacak yönde bir genel rıza beyanı geçerli olmamaktadır¹¹³. Eşin rızaya ilişkin iradesi, yanılma, aldatma veya korkutma ile sakatlanmışsa, eşin rızası yasal süre içinde iptal edebilir ve bu şekilde

¹⁰⁸ GÜMÜŞ, s.344.

¹⁰⁹ KIRCA, s.442, dn.49; ŞEKER, s.31; BAŞ, s.122, dn.44; Aynı yönde KOCA-MAN/KAYA, s.8-9.

¹¹⁰ SADIOĞLU, s.210; BADUR, s.288, 290; ÖZEN, s.199; ŞEKER, s.32-33; KIRCA, s.444-445; GÜMÜŞ, s.343; ZEVLİLER/GÖKYAYLA, s.676; YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s.797; BAŞ, s.123; GÜNARSLAN, s.97.

¹¹¹ "...kefalet sözleşmesi bile iradî temsilci aracılığıyla yapılabiliyorken, buna göre daha az önemi olan rıza gösterme işlemi de iradî temsilci aracılığıyla yapılabilirdir.", SADIOĞLU, s.211. Aynı yönde bkz. GÜMÜŞ, s. 347; AKTÜRK, s.109-111; BADUR, s.290.

¹¹² BADUR, s.290.

¹¹³ AKTÜRK, s.109-111; BADUR, s.290; ÖZEN, s.199; AYAN, s.119-120; ŞEKER, s.31-32; KIRCA, s.444; REİSOĞLU, s.91; GÜMÜŞ, s.347; YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s.797; BAŞ, s.118; AKSOYOĞLU, s.98.

yapılan kefalet sözleşmesi geçersiz hale gelir¹¹⁴.

Kefalet sözleşmesinin şekline ilişkin kurallar TBK. m.583/2 uyarınca kefil olma konusunda özel yetki verilmesi ve kefil olma vaadi hususunda da uygulanacaktır. TBK. m.584 hükmünün dolanılmasının engellenmesi için, evli olan bir kişinin eşinin rızası olmadan birisine kendi adına kefil olması için doğrudan temsil yetkisi vermesi veya kefalet sözleşmesi yapma vaadinde bulunması halinde de eşinin rızasının aranması gerektiği ifade edilmektedir¹¹⁵. Ayan doğrudan temsil hali için bahsedilen görüşe katılmakla birlikte kefil olma vaadi açısından farklı düşünmektedir. Şöyle ki; TBK. m.583/2 hükmü kefil olma vaadi hususunda kefaletle ilişkin şekil kurallarına yer vermiş ancak eşin rızasına ilişkin bir düzenlemeye bir yollama yapmamıştır. Kefil olma vaadinde bulunan kimse ileride bir kefalet sözleşmesi yapmayı vaat etmektedir, kefalet sözleşmesi yapılırken bu aşamada eşin izni aranmalıdır. Burada kefil olma vaadinin “*eşin izni geciktirici şartına bağlı bir önsözleşme*” olduğu belirtilmektedir¹¹⁶. Ancak kendi adına kefil olunması için doğrudan temsil yetkisi verildiği veya kefalet sözleşmesi yapma vaadinde bulunulduğu aşamada eşin rızası mevcutsa, ileride kefalet sözleşmesi akdedilirken ayrıca eşin rızası aranmayacaktır¹¹⁷. Doktrinde bir başka görüş ise haklı olarak kefil olma vaadi açısından eşin izninin aranması gerektiğini zira ön sözleşmeyi yerine getirmeyen tarafa aynen ifa davası açılabileceğini; ancak salt özel yetki verilmesinin yetkiyi vereni bu haliyle borç altına sokmadığından bu halde eşin izninin aranması gerektiğini ifade etmektedir¹¹⁸.

TBK.m.584/1'e göre, “... bu rızanın sözleşmenin kurulmasından önce ya da en geç kurulması anında verilmiş olması şarttır.”. Hüküm esas alındığında, rızanın verilmiş zamanı kanun koyucu tarafından sınırlandırılmıştır. Kefalet sözleşmesi kurulduktan sonra, diğer eşin

¹¹⁴ SADIÖĞLU, s.211; BADUR, s.290-291; AYAN, s.124 vd.; ŞEKER, s.29; KIRCA, s.446; REİSOĞLU, s.93.

¹¹⁵ ÖZEN, s.195; ŞEKER, s.45; REİSOĞLU, s.91-92; GÜMÜŞ, s.348.

¹¹⁶ AYAN, s.167-168.

¹¹⁷ ÖZEN, s.195; AYAN, s.156-168; ŞEKER, s.45; GÜMÜŞ, s.348.

¹¹⁸ KIRCA, s.440-441; BADUR, s.284-285; BAŞ, s.122; GÜNARSLAN, s.65.

buna icazet vermesi, kefalet sözleşmesini geçerli hale getirmez¹¹⁹. Kefalet sözleşmesi imzalandıktan hemen sonra eşin rızasını beyan ederek imzalaması veyahut haricen elinde bulunan imzalı izin belgesini sunmasının da sözleşmeyi geçersiz hale getirmez; zira bu durumlarda işlem kesilmeden bir bütünlük arz etmektedir¹²⁰. Doktrinde rızası aranan eşin rızasını bir koşula bağlamasının mümkün olduğu, böyle bir durumda koşulun kefalet sözleşmesinin akdedildikten sonra gerçekleşmesinin problem arz etmeyeceği ifade edilmektedir¹²¹. Ayrıca eşin kurulacak kefalet sözleşmeleri için önceden yazılı rızasını vermesi de geçerli kabul edilemez. TBK. m.584/2 bağlamında kefilin sorumlu olacağı miktarın artmasına veya adi kefaletin müteselsil kefalete dönüşmesine ya da kefil yararına olan güvencelerin önemli ölçüde azalmasına sebep olan değişiklikleri için değişikliğin yapıldığı anda rızanın var olması aranacaktır¹²². İlerde yapılacak olan kefilin sorumlu olacağı miktarın artırılmasına ya da adi kefaletin müteselsil kefalete dönüşmesine veyahut kefil yararına olan güvencelerin önemli ölçüde azalmasına sebep olan değişiklikler için kefalet sözleşmesi yapılırken verilen izin ile beraber baştan bir izin verilmesinin geçersiz olacağı, bu tür değişiklikler için eşin izninin yeniden alınması gerektiği ifade edilmektedir¹²³.

Müteselsil kefaletle ilişkin olarak bir sözleşme yapılmakta iken, eş adi kefaletle ilişkin yazılı rıza verirse, ilgili kefaletin adi kefalet olarak mı yoksa geçersiz olarak mı kabul edileceği tartışmalıdır. Doktrinde bir görüş haklı olarak bu durumda kefalet sözleşmesinin geçersiz sayılması gerektiğini ifade etmektedir¹²⁴. Zira eşin rıza gösterdiği kefalet sözleşmesi adi kefalet, ancak tarafların yapmayı amaçladıkları sözleşme ise müteselsil kefalettir. Doktrinde diğer görüş ise bu halde sözleşmenin ayakta tutulmasını yeğlemekte ve çoğun içinde azdır ilkesinden

¹¹⁹ GÜMÜŞ, s. 344; SADIOĞLU, s.212; BADUR, s.292; REİSOĞLU, s.90; YILMAZ, Geçerlilik Şartları, s.11-12.

¹²⁰ KIRCA, s.446-447.

¹²¹ ÖZEN, s.198.

¹²² BADUR, s.292; ŞEKER, s.41.

¹²³ AYAN, s.121.

¹²⁴ ÖZEN, s.202-203; AYAN, s.169; ŞEKER, s.33; KIRCA, s.445; GÜMÜŞ, s.347.

hareketle kefaletin adi kefalet olarak kabul edilebileceğini söylemektedir¹²⁵.

Özen; eşin adi kefalete mi yoksa müteselsil kefalete mi izin verdiğine ilişkin bir belirleme yoksa bu halde işlem hayatında olağan kefalet türünün müteselsil kefalet olduğundan bahisle bunun müteselsil kefalete ilişkin bir izin olduğu yönünde anlaşılması gerektiğini ifade etmektedir¹²⁶. Doktrinde diğer bir görüş ise kefaletin türünün anlaşılacağı durumlarda bunun adi kefalete izin verildiği yönünde anlaşılması gerektiğini¹²⁷ eğer izin veren eşin bulunduğu bölgede müteselsil kefaletin yaygın ve kullanılmakta olduğu durumlarda bunun müteselsil kefalete verilen bir izin olarak da anlaşılabilirliğini ifade etmektedir¹²⁸. Kefil olunmak istenen borç bir ticari borç ise rızası aranan eş, rıza verirken kefaletin türünü belirtmese dahi TTK. m.7/2 hükmü uyarınca teselsül karinesi uyarınca bu müteselsil kefalete ilişkin bir rıza olarak kabul edilebilecektir¹²⁹.

Doktrinde bir görüşe göre eşin rıza vermiş olduğu miktardan daha yüksek tutardaki bir miktar için kefalet sözleşmesi yapılmışsa, eşin bu miktara rızası olmadığından kefalet sözleşmesi geçersiz sayılacaktır¹³⁰. Doktrinde diğer görüşe göre ise bu halde kısmi hükümsüzlük uygulanmalı, eşin rıza gösterdiği kısım geçerli sayılmalıdır¹³¹. Eşin rıza göstermiş olduğu miktardan daha aşağı tutardaki bir miktar için kefalet sözleşmesi yapılması halinde ise kefalet sözleşmesi geçerlidir¹³².

TBK.m.584/II hükmüne göre ise, *“Kefalet sözleşmesinde sonradan yapılan ve kefilin sorumlu olacağı miktarın artmasına veya adi kefaletin*

¹²⁵ BADUR, s.292; GÜNARSLAN, s.98.

¹²⁶ ÖZEN, s.201-202; YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s.797.

¹²⁷ GÜNARSLAN, s.97. Baş'a göre eşin adi kefalete mi yoksa müteselsil kefalete mi izin verdiği anlaşılıyorsa normun koruma amacından hareketle iznin adi kefaletle ilişkin olduğu sonucuna ulaşılmalıdır. Amaç ailenin korunması düşüncesi olduğundan dolayı müteselsil kefalete izin veriliyorsa bunun eş tarafından belirtilmesi gerekir. Bkz., BAŞ, s.124-125; Aynı yönde bkz., KOCAMAN/KAYA, s.9.

¹²⁸ KIRCA, s.445; ŞEKER, s.20-21; BADUR, s.291; GÜNARSLAN, s.97.

¹²⁹ KIRCA, s.446; ŞEKER, s.21; BADUR, s.291.

¹³⁰ ŞEKER, s.33; KIRCA, s.445; GÜMÜŞ, s.347.

¹³¹ BADUR, s.292.

¹³² ŞEKER, s.34.

müteselsil kefalet dönüşmesine ya da kefil yararına olan güvencelerin önemli ölçüde azalmasına sebep olmayan değişiklikler için eşin rızası gerekmez.”. Hükmün aksinin değerlendirilmesi halinde, değişiklik kefilin sorumluluğunu artırıyor, diğer eşin yazılı rızası aranır. TBK m.583/I hükmü gereğince kefilin sorumluluğu, kefalet miktarıdır. Taraflar daha sonra, az veya çok bu miktarı artırma konusunda anlaşacak olurlarsa, bu değişikliğe ilişkin olarak diğer eşin yazılı rızası alınmalıdır¹³³. Kefalet sözleşmesi akdedilirken eşin rıza gösterdiği kefilin sorumlu olacağı azami miktarı aşmayan değişiklikler için eşin rızası gerekmez¹³⁴. Adi kefaletin müteselsil kefalet dönüşmesine sebep olan değişiklikler ve kefil yararına olan güvencelerin önemli ölçüde azalmasına sebep olan değişiklikler halinde de, diğer eşin yazılı rızası alınmalıdır¹³⁵. Bu belirtilen değişikliklerde eşin rızası alınmayacak olursa, kefalet sözleşmesi ilk hali ile geçerli olmaya devam eder.

Taraflar esas borçlu ile kefil arasında teselsül olacağı yönünde bir kararlaştırma yapıyorsa bu halde eşin rızası aranır¹³⁶. Birlikte kefil olan kişiler arasında teselsül kararlaştırılarak bölme def'inden vazgeçilmekte ise bu durumda eşin rızasının aranıp aranmayacağı doktrinde tartışmalıdır. Doktrinde bir görüşe göre bölme def'inden vazgeçilerek teselsül kararlaştırılan bu halde de eşin rızası aranır¹³⁷. Doktrinde diğer görüşe göre ise bölme def'inden vazgeçilerek sadece kefillerin arasında müteselsil kefalet durumu meydana geldiğinden; esasen asıl borçlu ile ilişkinin adi kefalet olma özelliğini sürdürdüğünden bu halde eşin rızasını aramaya gerek yoktur¹³⁸.

TBK. m.584/2 hükmünde yer alan “güvence” ve “azalma”

¹³³ SADIOĞLU, s.213; BADUR, s.281; AYAN, s.158; KIRCA, s.441.

¹³⁴ ŞEKER, s.42. GÜMÜŞ, s.344. “Kefilin sorumlu olacağı miktar” ifadesinin “kefilin sorumlu olduğu azami miktar” olarak anlaşılması gerektiği haklı olarak belirtilmektedir. Bkz. GÜMÜŞ, s.344.

¹³⁵ SADIOĞLU, s.214; BADUR, s.281.

¹³⁶ ÖZEN, s.196; KIRCA, s.441; GÜMÜŞ, s.344; YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s.795.

¹³⁷ ÖZEN, s.196; ŞEKER, s.42-43; KIRCA, s.441; GÜMÜŞ, s.344; YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s.795-796.

¹³⁸ AYAN, s.159.

kavramlarının geniş yorumlanması gerekir¹³⁹. Güvence kavramının kapsamında hem aynı hem de şahsi güvenceler dikkate alınmalıdır¹⁴⁰. Alacaklı borç ilişkisine teminat olarak rehinlerin bazılarında vazgeçmek veyahut esas borç ilişkisi sebebiyle birlikte sorumlu olan borçlulardan birini ibra etmek düşüncesindeyse kefil dışında kefil evli ise eşinin rızasını da almak mecburiyetindedir¹⁴¹. Bu işlemler kefilin eşinin rızası alınmadan yapılırsa, kefil, TBK. m.592/1/son ve m.587/3 hükmü gereğince borçtan kurtulabilecektir veya sorumluluğu güvencelerdeki azalmadan dolayı azalabilecektir¹⁴². Ancak piyasa şartları sebebiyle bazı rehinlerin değerinin önemli ölçüde azalması veyahut birlikte borçlu olan taraflardan bazılarının ödeme gücünü kaybetmesi gibi “objektif sebeplere dayalı olarak” birtakım durumların gerçekleşmesi TBK. m.584/2 hükmü kapsamında değerlendirilemeyecektir¹⁴³. Eğer alacaklının sahip olduğu rehinlerden birisi, aynı değerde ya da daha yüksek bir değerde rehin konusu ile değiştirilmek isteniyorsa burada sadece kefilin rızası yeterlidir, ayrıca eşinin rızası gerekmez¹⁴⁴. TBK. m.584/2 hükmü kapsamında “güvencelerin önemli ölçüde azalması” olgusu her somut olay bakımından dikkatle irdelenmelidir¹⁴⁵. TBK. m.584/2 hükmü uyarınca güvencede önemli ölçüde azalma meydana getirmeyen değişiklikler için eşin rızası aranmayacaktır. Eğer esas borç ilişkisinin borçlu tarafı borcun üstlenilmesi yoluyla değiştirilmek isteniyorsa doktrinde güvence kavramının geniş yorumlanması gerektiğinden hareketle bu halde de eşin rızasının aranması gerektiğinden söz edilmektedir¹⁴⁶. Ancak borçlu

¹³⁹ ÖZEN, s.197; KIRCA, s.442; YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s.796; BAŞ, s.120; GÜNARSLAN, s.66. Güvence açısından benzer yönde AYAN, s.161.

¹⁴⁰ ÖZEN, s.197; ŞEKER, s.43; KIRCA, s.442; REİSOĞLU, s.92; GÜMÜŞ, s.344-345; YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s.796; GÜNARSLAN, s.66.

¹⁴¹ ÖZEN, s.197; AYAN, s.160; GÜMÜŞ, s.344; YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s.796; BAŞ, s.120; GÜNARSLAN, s.66.

¹⁴² ÖZEN, s.197; YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s.796.

¹⁴³ ÖZEN, s.197; AYAN, s.160; KIRCA, s.442; REİSOĞLU, s.92; GÜMÜŞ, s.345.

¹⁴⁴ ÖZEN, s.197; AYAN, s.160; KIRCA, s.442; REİSOĞLU, s.92; BAŞ, s.120.

¹⁴⁵ ÖZEN, s.197; AYAN, s.161; ŞEKER, s.44; KIRCA, s.443; BAŞ, s.120-121; GÜNARSLAN, s.66.

¹⁴⁶ ÖZEN, s.197-198; AYAN, s.164-165; KIRCA, s.442; REİSOĞLU, s.92; GÜMÜŞ, s.345. Borcun üstlenilmesi halinde hem kefilin hem de eşinin rızası gerekir. Kefilin rıza

yerine ekonomik açıdan daha güçlü ve güvenilir yeni bir borçlunun geçmesi halinde eşin rızasının olmadığı ileri sürülmesinin hakkın kötüye kullanılması olarak değerlendirilebileceği de ifade edilmektedir¹⁴⁷. Doktrinde bir başka görüş ise borçlu tarafın yerine ekonomik açıdan daha kötü durumda olan bir borçlu geçmekte ise eşin rızası aranır¹⁴⁸. Alacaklı tarafından kefilin rüçhan haklarının esaslı bir biçimde azaltılması halinde de TBK. m.592 hükmüne kıyasen kefilin eşinin rızasının aranacağı belirtilmektedir¹⁴⁹.

Kefalet sözleşmesinin süresinin uzatılması halinde eşin rızasının aranıp aranmayacağı hususu doktrinde tartışmalıdır. Doktrinde bir görüşe göre eşin rızasının aranıp aranmayacağı hususunda, süre uzatımının “kefil yararına olan güvencelerin önemli ölçüde azalması” manasına gelip gelmeyeceği irdelenerek sonuca varılması gerekir¹⁵⁰. Doktrindeki diğer görüş ise sürenin uzatılması isteniyorsa eşin rızasının aranacağını ifade etmektedir¹⁵¹. Doktrindeki bir başka görüş ise, eş kefalet sözleşmesi yapılırken iznini süreli olarak vermemişse, on yıla kadar olan uzatmalar için eşin izni aranmamalı ancak on yıllık sürenin aşılmasına neden olan uzatmalar bakımından eşin izni aranmalıdır; ancak eş kefalet sözleşmesi akdedilirken sözleşmeye süreli olarak bir rıza göstermemişse bu sürenin uzatılmasına ilişkin işlemlerde eşin rızası aranacaktır¹⁵².

Akdedilen kefalet sözleşmesi 6455 Sayılı Kanunun 77. maddesi ile TBK. m.584/3 eklenen hükümle eşin rızasının aranmadığı hallere ilişkin getirilen düzenleme kapsamında kalmakta ise kefalet sözleşmesinde TBK. m.584/2 hükmü çerçevesinde yapılan değişiklikler açısından da eşin rızası aranmayacaktır¹⁵³. Eğer TBK.’da 6455 Sayılı Kanun’un 77. maddesi

gerekliği TBK. m.198/2 hükmünden kaynaklanırken, eşin rıza gerekliği TBK. m.584/3 hükümden kaynaklanmaktadır. Bkz., YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s.796.

¹⁴⁷ REİSOĞLU, s.92.

¹⁴⁸ ŞEKER, s.44.

¹⁴⁹ GÜMÜŞ, s.345.

¹⁵⁰ ÖZEN, s.608.

¹⁵¹ KIRCA, s.442.

¹⁵² AYAN, s.163.

¹⁵³ ÖZEN, s.196.

ile TBK. m.584/3 e eklenen hüküm yürürlüğe girmeden eşin rızası ile yapılan bir kefalet sözleşmesine ilişkin olarak da bu hüküm yürürlüğe girdikten sonra kefalet sözleşmesinde yapılan değişiklikler açısından eşin rızası aranmayacaktır¹⁵⁴.

C. Eşin Rızasının Aranmasına İlişkin İstisnalar

Kefaletle ilişkin eşin rızasının alınmasını düzenleyen, 584. maddesi, iş hayatını olumsuz yönde etkilediğine yönelik olarak eleştirilmiştir. Bu doğrultuda bu eleştirilerin önüne geçmek ve ticari hayatın akışı içerisinde kolaylık sağlamak amacıyla 6455 sayılı Gümrük Kanunu ile Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun¹⁵⁵ m.77. hükmü ile TBK.m.584'e eklenen fıkra ile diğer eşin rızasının aranmadığı haller düzenlenmiştir¹⁵⁶. Buna göre,

-“Ticaret siciline kayıtlı ticari işletmenin sahibi veya ticaret şirketinin ortak ya da yöneticisi tarafından işletme veya şirketle ilgili olarak verilecek kefaletler” Bu hüküm ikiye bölünerek ele alınabilir. Öncelikle ticaret siciline kayıtlı işletmenin sahibi tarafından işletmesi ile ilgili olarak verilecek kefaletler kısmı ele alınmalıdır. Doktrindeki bir görüş tarafından bu hükümdeki ticaret siciline kayıtlı ticari işletmenin sahibi deyiminden anlaşılması gerekenin ticari işletmeyi kendi adına işleten kimsenin yani tacirin anlaşılması gerektiği ifade edilmektedir¹⁵⁷. Yine aynı görüşe göre Kanunda ticaret siciline kayıtlı ticari işletmeden söz edildiği için de tacir ticari işletmesini ticaret siciline kaydettirmişse eşinin rızası olmaksızın kefalet sözleşmesi yapabilecektir¹⁵⁸. Hükümde yer alan diğer düzenleme ise ticaret şirketinin ortak ya da yöneticisi tarafından şirketle ilgili olarak verilecek kefaletlere ilişkindir. Bu hükümle bir şirketin evli olan ortağı veya yöneticisi, ortak veya yöneticisi olduğu şirketin borçları ile ilgili olarak kefil olurken, eşlerinin

¹⁵⁴ ÖZEN, s.196.

¹⁵⁵ RG. 11.04.2013, 28615.

¹⁵⁶ YAVUZ, s. 30.

¹⁵⁷ AYAN, s.143-144; ŞEKER, s.58.

¹⁵⁸ AYAN, s.144-145; ŞEKER, s.58. Tacir, ticari işletmesini ticaret siciline kaydettirmişse eşin rızasının aranacağı yönündeki açıklamalar için bkz., AYAN, s.145. Kanun'un değişiklikten önceki durumuna ilişkin benzer değerlendirmeler için bkz. KIRCA, s.451.

rızası aranmayacaktır. Doktrinde bir görüş bu halde de şirket ortağı ya da yöneticisinin ticaret siciline tescil edilmiş olmasını eşin rızasının aranmaması için kurucu bir olgu olduğunu savunmaktadır; eğer tescil söz konusu değilse eşin rızasının aranmaya devam edileceğini ifade etmektedir¹⁵⁹. Aynı görüşe göre ortak ya da yöneticinin bu sıfatı sona ermesine rağmen sicilde bu durumu halen gözükmemekte ise kefaletin şirketle ilgili olarak verilmesi koşuluyla, eşin izni olmasa da kefalet geçerli olacaktır. Aynı görüş alacaklının bu durumdan haberdar olmasının ileri sürülmesinin de kefaleti hükümsüz hale getirmeyeceğini ifade etmektedir¹⁶⁰. Yine aynı görüşe göre, alacaklının, ticaret sicilinde tescilli söz konusu olmayan kimsenin şirket ortağı veyahut yöneticisi olduğunu iddia ederek, verilen kefaletin eşin izni olmaksızın da geçerli olduğunu ileri sürmesine olanak verilmemesi gerekir¹⁶¹. Doktrinde bir görüş tarafından bu kapsamda sadece kendi ortak veya yöneticisi olduğu şirketle ilgili borçlarda değil şirketi ilgilendiren diğer borçlar açısından bu hükmün uygulanabileceği ifade edilmektedir. Bu görüşe göre şirketi doğrudan ya da dolaylı olarak ilgilendiren kefaletler bu kapsamda değerlendirilebilecektir¹⁶². Örneğin başka bir şirket ya da gerçek kişi tacirin kredi bulmasını kolaylaştırmak amacıyla verilen kefaletler de bu kapsamda değerlendirilmekte, zira ticaret hayatında bunun olağan olduğu, bu sayede ilerde kendisinin ortak ya da yöneticisi olduğu şirketin ihtiyacı halinde bu davranış biçiminin daha kolay kefil bulmasını sağlayacağı ifade edilmektedir¹⁶³. Şirketle ilgili borçlara örnek olarak şirkete mal tedarikinde bulunan başka bir şirket veya gerçek kişiye kefil olunması ya da şirketin faaliyette bulunduğu yerin kiralandığı şirket veya gerçek kişi tacirin borçlarına kefil olunması da örnek gösterilmektedir¹⁶⁴. Doktrindeki diğer görüş ise kişinin sadece ortağı ya da yöneticisi olduğu şirket ile ilgili kefaletler açısından eşin

¹⁵⁹ AYAN, s.150. Bu konuda ayrıntılı değerlendirmeler için bkz., AYAN, s.148 vd.

¹⁶⁰ AYAN, s.150.

¹⁶¹ AYAN, s.150-151.

¹⁶² AYAN, s.151-152; ÖZEN, s.193 vd.; YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s.793-794.

¹⁶³ ÖZEN, s.193; YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s.793-794.

¹⁶⁴ ÖZEN, s.193; YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s.793-794.

rızasının aranmayacağını ifade etmektedir¹⁶⁵. Evli olan bir gerçek kişi tacir de ticari işletmesinin borçları ile ilgili olarak kefil olurken, eşinin rızası aranmayacaktır. Bu kapsamda ticari işletmeyi doğrudan ya da dolaylı olarak ilgilendiren kefaletler bu kapsamda değerlendirilebilecektir¹⁶⁶. Az önce yaptığımız değerlendirmeye benzer şekilde doktrinde gerçek kişi tacirin ilerde ihtiyaç halinde kolay kefil bulabilmek maksadı ile başka bir gerçek kişiye ya da ticaret şirketine kefil olması da ticari işletmesi ile ilgili olarak verilecek kefalet kapsamında değerlendirilmektedir¹⁶⁷. Yine benzer şekilde gerçek kişi tacirin ticari işletmesine mal tedarikinde bulunan ya da ticari faaliyetlerini sürdürdüğü yerin kiraya vereni olan gerçek kişi tacir ya da ticaret şirketinin borçlarına kefil olması da bu kapsamda ifade edilmektedir¹⁶⁸.

-“mesleki faaliyetleri ile ilgili olarak esnaf ve sanatkârlar siciline kayıtlı esnaf veya sanatkârlar tarafından verilecek kefaletler”, Bu hüküm gereği evli olan bir esnaf veya sanatkar mesleki faaliyetleri ile ilgili olarak kefil olmak istediğinde eşin rızasına ihtiyaç duymadan kefil olabilecektir. Bu hüküm açısından da esnaf ve sanatkarlar siciline kayıtlı olmanın mesleki faaliyete ilişkin verilen kefaletler için eşin rızasının aranmaması hususunda kurucu bir olgu olduğu ve sicile kayıtlı olmayan esnaf ve sanatkarlar açısından eşin rızasının aranmaya devam edileceği doktrinde vurgulanmaktadır¹⁶⁹. Bu kapsamda esnafın ilerde kendi kefil ihtiyacını kolayca giderebilmek için başka bir esnaf ya da tacire kefil olması, kendisine mal tedarik eden ya da esnaf faaliyetini gerçekleştirdiği yeri kiralayan kimseye de eşinin rızası olmadan kefil olabileceği ifade edilmektedir¹⁷⁰. Esnaf ve sanatkar siciline kayıtlı olunmakla birlikte mesleki faaliyet alanı dışında verilecek kefaletler yine

¹⁶⁵ ŞEKER, s.60; Gümüş, burada, bir şirketin ortağı veya yöneticisinin, başka bir gerçek kişi tacir veya şirketin borçları açısından kefil olunması durumunun eşin rızasını ortadan kaldıran istisna hükmünün kapsamında ele alınmamasının daha doğru olacağını ifade etmektedir. GÜMÜŞ, s.346.

¹⁶⁶ AYAN, s.151-152; YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s.794.

¹⁶⁷ ÖZEN, s.193-194; YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s.794.

¹⁶⁸ ÖZEN, s.194; YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s.794.

¹⁶⁹ AYAN, s.152; ŞEKER, s.63; GÜMÜŞ, s.346.

¹⁷⁰ ÖZEN, s.194; ŞEKER, s.63; YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s.795.

eşin rızasına tabii olacaktır¹⁷¹.

- 27/12/2006 tarihli ve 5570 sayılı Kamu Sermayeli Bankalar Tarafından Yürütülen Faiz Destekli Kredi Kullanılmasına Dair Kanun¹⁷² kapsamında kullanılacak kredilerde verilecek kefaletler, açısından da eşin rızasına ihtiyaç olmaksızın kefalet sözleşmesi yapılabilecektir. Kanun koyucu bu düzenleme ile kamu bankası tarafından kullanılacak krediler açısından bir kolaylaştırma sağlamayı hedeflemiştir¹⁷³.

-tarım kredi, tarım satış ve esnaf ve sanatkârlar kredi ve kefalet kooperatifleri ile kamu kurum ve kuruluşlarınca kooperatif ortaklarına kullanılacak kredilerde verilecek kefaletler, bakımından eşin rızası aranmayacaktır. Bu hükmün amacı da daha kolay kredi kullanılabilmesini sağlamaktır¹⁷⁴.

Öğretide bu düzenlemenin hükmün genel düzenleniş amacı olan ailenin korunmasının olumsuz etkileneceği ileri sürülmektedir¹⁷⁵. Kefalette eşin rızası ile ilgili düzenlemeler getirilirken özel bir kanunun adı, tarihi ve sayısının belirtilmesi kanun yapma tekniğine uygun düşmemektedir¹⁷⁶. Borçlar Kanunu kefaleti genel kapsamı itibarıyla düzenlemelidir; eşin rızasını esnetmek amacıyla kooperatiflere yönelik olarak "özel nitelikteki" kefaletlere yer verilmesi de uygun olmamıştır¹⁷⁷. Bir şirketin malvarlığıyla sınırlı olarak sorumlu olması kural iken kefilin şirket borçlarından sınırsız olarak sorumlu olmasının hedeflenmesi de doktrinde uygun görülmemiştir¹⁷⁸.

¹⁷¹ GÜMÜŞ, s.346.

¹⁷² Düzenlemenin hatalı olduğu zira 5570 Sayılı Kanun'un düşük faizli kredi vermeye ilişkin esasları düzenlemediği, bu hususa ilişkin yasal dayanağın 4603 Sayılı Kanun'da yer aldığına yönelik açıklamalar için bkz., AYAN, s.154.

¹⁷³ ÖZEN, s.194; ŞEKER, s.63; YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s.795.

¹⁷⁴ ŞEKER, s.64.

¹⁷⁵ EREN, s.772; SADIÖĞLU, s.217. "Kefalette eşin rızasına gerek görülmemeye ilişkin TBK. madde 584/f.3'te yapılan bu düzenlemedeki ortak nokta; eşlerinin rızası gerekmeyen kişilerin, ticaret hayatı konusunda gerekli bilgi, tecrübe ve idrake sahip oldukları, dolayısıyla düşüncesizce taahhüt altına girmeyecekleri yolundaki varsayımdır.", YALÇINDURAN, s.474. YAVUZ, 32; OĞUZMAN/ÖZ, s.173-174. .

¹⁷⁶ ÖZEN, s.192.

¹⁷⁷ ÖZEN, s.192.

¹⁷⁸ ÖZEN, s.193 vd.

SONUÇ

Kefalet sözleşmesi, Türk Borçlar Kanunu 581-602. maddelerinde ayrıntılı bir şekilde düzenlenmiştir. Amacı, kefilin alacaklıya, borçlunun borcunu ifa etmemesi halinde ortaya çıkacak sonuçlardan kişisel olarak sorumlu olmayı üstlendiği bir sözleşme olduğundan, alacaklı ve borçlu arasındaki borcun ifasını teminattır.

Kefalet borcu, bağımlı bir yan borç olduğundan, mutlaka kefil tarafından güvence altına alınan asli bir borcun olması gerekir. Bu husus, kefalet sözleşmesinin koşulu olarak Türk Borçlar Kanunu'nda da ifade edilmiştir. "Asıl borç" başlığını taşıyan m.582/1'e göre, "Kefalet sözleşmesi, mevcut ve geçerli bir borç için yapılabilir. Ancak, gelecekte doğacak veya koşula bağlı bir borç için de bu borç doğduğunda veya koşul gerçekleştiğinde hüküm ifade etmek üzere kefalet sözleşmesi kurulabilir.". Bir özel hukuk sözleşmesi olan kefalet sözleşmesi açısından, asıl borcu teminat altına alan kefilin kefalet ehliyetine sahip olması gerekir. Hukuki ilişki gereğince alacaklı ve kefil, kefalet sözleşmesinin taraflarıdır.

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

Kefalet sözleşmesinde uyulması gereken şekil koşulunu düzenleyen bu hükme göre kefalet sözleşmesinde kefil, sorumlu olacağı azami miktarı, kefalet tarihini, müteselsil kefil olması halinde bu sıfatla veya bu anlama gelen herhangi bir ifadeyle yükümlülük altına girdiğini,

kendi el yazısı ile belirtmek zorundadır.

Toplumun genel yararının korunabilmesi için özellikle aile kurumunun korunması son derece önemlidir. Eşlerden birinin tarafı olacağı kefalet sözleşmesi, ailenin ekonomisi için son derece ağır sonuçlara yol açabilir. Bu sebeple tarafı olunacak kefalet sözleşmesi açısından, ilerde doğabilecek zararları belli ölçüde azaltabilmek ve diğer eşi bu durumdan haberdar edebilmek düşüncesiyle, TBK.m.584 hükmünde, evli olan eş açısından kefalet sözleşmesinin tarafı olabilmesi için eşinin yazılı rızasının varlığı geçerlilik koşulu olarak düzenlenmiştir.

TBK.m.584/II'ye göre "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.". Kanun koyucu hükümde dolaylı bir ifadeye yer vermiş olmakla birlikte, düzenlemeden çıkarılan sonuç kefilin aleyhine olan değişikliklere ilişkin olarak diğer eşin yazılı rızasının tekrar alınması gerekir.

Eşin ticaretle uğraşması halinde, kefalete ilişkin olarak diğer eşin rızasının alınması gerekliliği uygulamada gecikmelere ve bazı sorunlara yol açtığı gerekçesi ile 6455 sayılı Kanun'un 77. maddesiyle TBK.m.584'e yeni bir fıkra eklenmiştir. Böylece eşin rızasının arandığı kefalete ilişkin olarak bazı sınırlamalar getirilmiş; ancak bu durum öğretilerde bazı yazarlarca ailenin korunması amacını zayıflattığı gerekçesi ile eleştirilmiştir. Kanaatimizce bu son düzenlemenin getirdiği istisnaların daha dar bir şekilde yeniden düzenlenmesi, hükmün genel amacına hizmet edecektir.

KAYNAKLAR

- AKBULUT GÜN, Özlem, “6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu İle Kefalet Sözleşmesine Getirilen Yeni Düzenlemelerin Tartışılması”, İstanbul 2015, <http://gunhukuk.com/wp-content/uploads/Kefalet-S%C3%B6zle%C5%9Fmesine-Getirilen-Yeni-D%C3%BCzenlemelerin-Tart%C4%B1%C5%9F%C4%B1lmas%C4%B1-%C3%96zlem-Akbulut-G%C3%BCn-1-1.pdf> E.T.:08.06.2021.
- AKİPEK, Jale /AKINTÜRK, Turgut /ATEŞ, Derya, Türk Medeni Hukuku, Başlangıç Hükümleri, Kişiler Hukuku, C. I, 15.Bası, İstanbul 2019.
- AKSOYOĞLU, Necati, “Borçlar Kanunu Tasarısındaki Kefalet Sözleşmesine İlişkin Önemli Değişiklikler”, Bankacılık Dergisi, S.72, İstanbul, 2010, s.94-116.
- AKTÜRK, Emrah, Kefalet Sözleşmesinin Geçerlilik Koşulları ve Sonuçları, 1. Baskı, Ankara 2020.
- ARAL, Fahrettin; AYRANCI, Hasan, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Yetkin Yayınları, Ankara, 2019.
- AYAN, Serkan, Kefalet Sözleşmesi, Adalet Yayınevi, Ankara, 2018.
- AYDOĞDU, Murat; KAHVECİ, Nalan, Türk Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri Sözleşmeler Hukuku, Adalet Yayınevi, Ankara, 2021.
- AYRANCI, Hasan, “Şekil Şartına Uyulmadan Yapılan Kefalet Sözleşmesinde İfanın Sonuçları”, AÜHFD., C.53, S.2, Yıl 2004, s.95-120.
- BADUR, Emel, “Eşin Rızası”, TBBD., S.109, s.251-301.
- BAŞ, Ece, “6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu’nda Kefalet Sözleşmesinin Geçerlilik Şartlarına İlişkin Bazı Yenilikler”, İÜHFM C. LXX, S. 2, 2012, s.115-144.
- DEMİR, Şamil, “Kefalet Sözleşmesinin Uygulama Alanı.” Türkiye Barolar Birliği Dergisi, no. 108, 2013, ss. 87-122. Türkiye Barolar Birliği, <http://tbbdergisi.barobirlik.org.tr/m2013-108-1307>, E.T.: 05.06.2021.
- EREN, Fikret, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 24. Bası, Ankara 2019 (Genel Hükümler).
- EREN, Fikret, Borçlar Hukuku Özel Hükümler, 6. Bası, Ankara 2018.
- FİNCAN, Aybüke, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'na Göre Kefalet

- Sözleşmesinin Şekli, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Gaziantep Üniversitesi, 2019, <https://tez.yok.gov.tr/UlusalTezMerkezi/tezDetay.jspid=PZRnDWn6biauuw-9VwQbmA&no=nEWKqFwB31vIV-SXjFdL0w> , E.T.: 05.06.2021.
- GÜMÜŞ, M. Alper, Borçlar Hukuku Özel Hükümler, C.2, 3. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2014.
- GÜNARSLAN, Banu, “Kefalet Sözleşmesinde Eşin Rızası”, Terazi Hukuk Dergisi, C.13, S.143, Temmuz 2018, s.90-102.
- GÜNSAY, Töre, “Kefalet Sözleşmesinin Fer’iliği İlkesi”, DEÜHFD., Prof. Dr. Şeref Ertaş’a Armağan, C.19, Özel Sayı, 2018, s.1079-1101.
- KARA KILIÇARSLAN, Seda, “Kefilin Sorumluluğunun Kapsamı”, GÜHFD., C.XIII, S.1-2, s.43-59.
- KILIÇOĞLU, Ahmet M.: Borçlar Hukuku Özel Hükümler, 2. Bası, Ankara 2020.
- KIRCA, İsmail, “Türk Borçlar Kanunu Tasarısı-Kefalette Eşin İzni”, Prof. Dr. Tuğrul Ansay’a Armağan, Turhan Kitabevi, Ankara, 2006, s.435-457.
- KOCAMAN, Arif Burhanettin/**Kaya** Kübra, “Kefalet Sözleşmesinde Eşin Rızası”, İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Y.6, S.1, Haziran 2020, s.1-29.
- OĞUZMAN, M.Kemal /**ÖZ**, M. Turgut, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C.I, 14. Bası, İstanbul, 2016.
- ÖZEN, Burak, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Çerçevesinde Kefalet Sözleşmesi, Genişletilip Güncelleştirilmiş 4. Bası, İstanbul, 2017.
- REİSOĞLU, Seza, Türk Kefalet Hukuku, Ankara, 2013.
- SADİOĞLU, Fikriye Ceren, “6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu’na Göre Kefalet Sözleşmesinde Eşin Rızası”, TBB Dergisi, Özel Sayı, 2017, s.199-224.
- ŞEKER, Muzaffer, Kefalette ve Avalde Eşin Rızası, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2017.
- TANDOĞAN, Haluk, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, C.II, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2010.
- YALÇINDURAN, 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, s.461-486.

YAVUZ, Cevdet; ACAR, Faruk; ÖZEN, Burak, Borçlar Hukuku Dersleri Özel Hükümler, Beta Yayınevi, İstanbul, 2019.

YAVUZ, Mustafa, "Yargı Kararları Işığında Kefalette Eşin Yazılı Rızasının Alınması Zorunluluğu ve İstisnalarının Değerlendirilmesi", Gümrük Ticaret Dergisi, Mart 2020, s.25-33.

YILMAZ, Merve, "6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'na Göre Kefalet Sözleşmesinde Kefilin Sorumluluğunun Kapsamı", TBB Dergisi, S.197, 2011, s.155-170. (Sorumluluk)

YILMAZ, Merve, "Türk Borçlar Kanunu'na Göre Kefalet Sözleşmesinin Geçerlilik Şartları", Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, C.1, S.7, Y.2, Ankara, 2011, s.1-26.(Geçerlilik Şartları)

ZEVKLİLER, Aydın; GÖKYAYLA, Emre, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Ankara, 2018.