

YABANCILIK UNSURU İÇEREN KEFALET SÖZLEŞMELERİNE UYGULANACAK HUKUKUN TESPİTİ

Arş. Gör. Melek ATALIK

Kırıkkale Üniversitesi Hukuk Fakültesi,
Milletlerarası Özel Hukuk Anabilim Dalı

ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-8874-4383>,
melekatalik@kku.edu.tr

Geliş Tarihi | Received: 21.12.2024 Kabul Tarihi | Accepted: 23.01.2025
İntihal: Bu makale, en az iki hakem tarafından incelendi ve intihal içermediği teyit edildi.

Plagiarism: This article has been reviewed by at least two referees and scanned via a plagiarism software.



Bu eser [Creative Commons Alıntı-Gayri Ticari-Türetilemez 4.0 Uluslararası Lisansı](#) ile lisanslanmıştır.

This work is licensed under a [Creative Commons Attribution-NonCommercial-NoDerivatives 4.0 International License](#).

Atıf | Citation:

Atalık, Melek. "Yabancılık Unsuru İçeren Kefalet Sözleşmelerine Uygulanacak Hukukun Tespiti". Medeni Hukuk Dergisi. 2/1 (2025), s. 80-116.

Yazar Beyanı

Mali Destek: Yazar, bu çalışmanın araştırılması, yazarlığı veya yayınlanması için herhangi bir finansal destek almamıştır.

Yazarların Katkıları: Bu makale yazar tarafından tek başına hazırlanmıştır.

Çıkar Çatışması/Ortak Çıkar Beyanı: Yazar tarafından herhangi bir çıkar çatışması veya ortak çıkar beyan edilmemiştir.

Etik Kurul Onayı Beyanı: Çalışmanın herhangi bir etik kurul onayı veya özel bir izne ihtiyacı yoktur.

Araştırma ve Yayın Etiği Bildirgesi: Yazar, makalenin tüm süreçlerinde MHD'nin bilimsel, etik ve alıntı kurallarına uyduğunu ve verilerde herhangi bir tahrifat yapmadığını, karşılaşılabilecek tüm etik ihlallerde MHD'nin ve editör kurulunun hiçbir sorumluluğunun olmadığını ve bu çalışmanın MHD'den başka hiçbir akademik yayın ortamında değerlendirilmediğini beyan etmektedir.

Author's Declaration

Financial Support: The author has not received any financial support for the research, authorship, or publication of this study.

Author's Contributions: This article was prepared by the author alone.

The Declaration of Conflict of Interest/Common Interest: No conflict of interest or common interest has been declared by the author.

The Declaration of Ethics Committee Approval: The study doesn't need any ethics committee approval or any special permission.

The Declaration of Research and Publication Ethics: The author declares that she complies with the scientific, ethical, and quotation rules of MHD in all processes of the paper and that she does not make any falsification of the data collected. In addition, she declares that Civil Law Review and its editorial board have no responsibility for any ethical violations that may be encountered, and that this study has not been evaluated or published in any academic publication environment other than Civil Law Review.

YABANCILIK UNSURU İÇEREN KEFALET SÖZLEŞMELERİNE UYGULANACAK HUKUKUN TESPİTİ

ÖZ

Türk Borçlar Kanunu'nda yapılan tanıma göre, kefalet sözleşmesi, kefilin alacaklıya karşı, borçlunun borcunu ifa etmemesinin sonuçlarından kişisel olarak sorumlu olmayı üstlendiği sözleşmedir. Kefalet sözleşmesinin amacı, asıl borçlunun borcunu ifa edememesi halinde alacaklının alacağını teminat altına almaktır. Kefalet sözleşmesi her ne kadar asıl sözleşmenin varlığına bağlı olup fer'i nitelikte olsa da asıl sözleşmeden bağımsız, farklı bir sözleşmedir. Dolayısıyla kefalet sözleşmesi asıl sözleşmeden bağımsız olarak yabancılik unsuru içerebilir. Yabancılik unsuru içeren kefalet sözleşmesine ilişkin bir uyuşmazlık kapsamında Türk mahkemelerine başvurulduğu takdirde hakim, Türk Borçlar Kanunu'ndaki kefalet sözleşmesine ilişkin maddi hukuk hükümlerini doğrudan uygulayamayacaktır. Bunun yerine kanunlar ihtilafı hukukumuzda sözleşmeden doğan borç ilişkilerine uygulanacak hukuka ilişkin düzenlemelere başvurarak yetkili hukuku tespit edecektir.

Çalışmamızda öncelikle, Türk Borçlar Kanunu'ndaki kefalet sözleşmesine ilişkin düzenlemelere değineceğiz. Sonrasında ise Türk Milletlerarası Özel Hukuku kapsamında, yabancılik unsuru içeren kefalet sözleşmelerine ilişkin uyuşmazlıklarda olaya uygulanacak hukukun nasıl tespit edileceğini inceleyeceğiz.

Anahtar Kelimeler: Kefalet Sözleşmesi, Kefil, Yabancılik Unsuru, Hukuk Seçimi, Uygulanacak Hukuk.

DETERMINATION OF THE APPLICABLE LAW TO SURETYSHIP AGREEMENTS WITH FOREIGN ELEMENT

ABSTRACT

According to the definition in the Turkish Code of Obligations, a surety agreement is a contract in which the surety undertakes to be personally liable to the creditor for the consequences of the debtor's non-performance. The purpose of the suretyship agreement is to guarantee the creditor's receivables in case the principal debtor fails to fulfil its obligation. Although the suretyship agreement is dependent on the existence of the main contract and has a secondary nature, it is a different contract independent from the main contract. Therefore, the suretyship agreement may have an element of foreignness independent of the main contract. When an application is made to the Turkish courts within the scope of a dispute regarding a suretyship agreement that has a foreign element, the judge will not be able to apply the detailed regulations in our law of obligations regarding the suretyship agreement. Instead, the judge shall determine the competent foreign law by referring to the regulations on the law applicable to contractual debt relations in our conflict of laws system.

In this study, we will firstly address the regulations on suretyship agreements under the Turkish Code of Obligations. Afterwards, we will examine how to determine the applicable law in disputes regarding suretyship agreements with a foreign element within the scope of Turkish Private International Law.

Keywords: Surety Agreement, Surety, Foreign Element, Choice of Law, Applicable Law.

GİRİŞ

Gelinen yüzyılda ülkeler arasındaki ulaşımın, iletişimin, ekonomik ve sosyal iş birliklerinin gelişmesi, uluslararası alanda özel hukuk ilişkilerini de olumlu anlamda etkilemiştir. Bunun bir sonucu olarak taraflardan birinin yabancı ülke vatandaşı olması, konusunun ya da ifa yerinin yabancı bir ülkede bulunması gibi yabancılık unsuru içeren sözleşmelerde artış meydana gelmiştir. Bu durum sözleşmeye bağlı borç ilişkilerinden biri olan kefalet sözleşmelerinde de gözlemlenmektedir.

Yabancılık unsuru içeren sözleşmelerin şekline veya esasına doğrudan Türk Borçlar Kanunu'ndaki düzenlemelerin uygulanacağına kabulü, milletlerarası özel hukuk hakkaniyetiyle bağdaşmaz. Bu durumlarda uygulanacak hukukun tespiti hakkında 5718 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun'a (MÖHUK)¹ başvurulmalıdır. MÖHUK'ta çeşitli sözleşme türleri bakımından özel düzenlemelere yer verildiği gibi özel bir düzenlemenin bulunmadığı haller için genel hüküm niteliğindeki "Sözleşmeden doğan borç ilişkilerinde uygulanacak hukuk" başlığını taşıyan 24. madde düzenlenmiştir. Kefalet sözleşmelerine ilişkin MÖHUK'ta özel bir düzenleme yer almamaktadır. Bu sebeple yabancılık unsuru içeren kefalet sözleşmelerine ilişkin bir uyuşmazlıkla Türk hakiminin huzuruna gelindiği takdirde Türk hakimi, uyuşmazlığa uygulayacağı hukuku MÖHUK m. 24 kapsamında tespit edecektir.

MÖHUK m. 24'teki bağlama kuralı uygulandığında tespit edilen yetkili hukuk Türk hukuku olabileceği gibi yabancı bir hukuk da olabilir. Fakat Türk mahkemelerinin önüne gelen yabancılık unsuru içeren bir uyuşmazlıkta, yetkili hukukun Türk hukuku olarak tespit edilme ihtimalinin yüksekliği göz önünde bulundurulduğunda, konunun açıklanabilmesi açısından ilk olarak kefalet sözleşmesinin genel kapsamı Türk hukukuna göre ifade edilmiştir.

I. TÜRK BORÇLAR KANUNU'NDA KEFALET SÖZLEŞMESİ

A. Kefalet Sözleşmesinin Tanımı

6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu (TBK)² m. 581'de yapılan tanıma göre; *"Kefalet sözleşmesi, kefilin alacaklıya karşı, borçlunun borcunu ifa etmemesinin sonuçlarından kişisel olarak sorumlu olmayı üstlendiği sözleşmedir."* Hükümden

¹ RG 12.12.2007, S. 26728.

² RG 04.02.2011, S. 27836.

anlaşıldığı üzere kefil, asıl borçlunun alacaklıya ifada bulunmaması üzerine doğan rizikoyu üstlenen kişidir.³ Bunun için borcun geçerli ve devam ediyor olması gerekir.⁴ Borcun ifa edilmemesinden dolayı asıl borçlunun malvarlığına başvurma hakkı bulunan alacaklının, kefalet sözleşmesi ile kefilin kişisel malvarlığına başvurmaya yönelik alacak hakkı da doğmaktadır.⁵

Kefalet sözleşmesinin tarafları alacaklı ve kefilen oluşmakta olup asıl borçlunun kefalet sözleşmesi ile bir bağı bulunmaz. Bu sebeple kefalet sözleşmesi, alacaklı ile asıl borçlu arasında var olan sözleşmeden bağımsız, ayrı bir sözleşmedir. Alacaklı kefil ile bir kefalet sözleşmesi meydana getirirken asıl borçlunun rızasını almak mecburiyetinde değildir.⁶

B. Kefalet Sözleşmesinin Hukuki Niteliği

Kefil ile alacaklı arasında yapılan kefalet sözleşmesinin amacı, asıl borçlunun borcunu ifa edememesi halinde alacaklının alacağını teminat altına almaktır. Dolayısıyla kefalet sözleşmesinin hukuki sebebinin, alacağın teminatı olduğu söylenebilir.⁷ Temel olarak kefalet sözleşmesinin hukuki niteliği, asıl borçlunun borcunu ifa etmemesi üzerine kefilin alacaklıya karşı kişisel olarak sorumlu olduğu bir borç sözleşmesidir. Bu yönüyle kefalet sözleşmesi tek tarafa borç yükleyen bir sözleşmedir.⁸

Kefalet sözleşmesinin mevcut olabilmesi için geçerli bir asıl borcun var olması gerekir. Bu sebeple kefalet, doğmuş veya doğacak olan asıl borca bağlı,

³ Ahmet Cemal Ruhi ve Canan Ruhi, *Türk Kefalet Hukuku*, Ankara: Seçkin Yayınevi, 2018, s. 17; M. Turgut Öz, Ebru Ceylan, Murat Doğan, Şebnem Akipek Öcal, Hayrunnisa Özdemir, Kemal Şenocak, Emre Cumalıoğlu ve Selin Sert Sütçü, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, Ankara: Seçkin Yayınevi, 2023, s. 845; Aydın Zevkliler ve K. Emre Gökyayla, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*, 22. Baskı, Ankara: Turhan Kitabevi, 2024, s. 699; Seza Reisoğlu, *Türk Kefalet Hukuku* Ankara: 2013, s. 21; Fahrettin Aral ve Hasan Ayrancı, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*, 17. Baskı, Ankara: Yetkin Yayınları, 2024, s. 565; Gülçin Elçin Grassinger, *Borçlar Kanunu'na Göre Kefilin Alacaklıya Karşı Sahip Olduğu Savunma İmkânları*, İstanbul: Alfa Basım Yayım, 1996, s. 13; Burak Özen, *6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Çerçevesinde Kefalet Sözleşmesi*, 3. Baskı, İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2014, s. 57.

⁴ Öz, Ceylan, Doğan, Akipek Öcal, Özdemir, Şenocak, Cumalıoğlu ve Sert Sütçü, s. 845.

⁵ Fikret Eren, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, 10. Baskı, Ankara: Yetkin Yayınlar, 2022, s. 773 vd.; Elçin Grassinger, s. 13.

⁶ Öz, Ceylan, Doğan, Akipek Öcal, Özdemir, Şenocak, Cumalıoğlu ve Sert Sütçü, s. 846; Seza Reisoğlu, "Kefalet Kavramı ve Muteberlik Şartları", AÜHFD, 19/1 (1962), s. 335; Merve Yılmaz, "Türk Borçlar Kanunu'na Göre Kefalet Sözleşmesinin Geçerlilik Şartları", TAAD, 1/7 (2011), s. 70; Hasan Ayrancı, "Şekil Şartına Uyulmadan Yapılan Kefalet Sözleşmesinde İfanın Sonuçları", AÜHFD, 53/2 (2004), s. 95-96.

⁷ Zevkliler ve Gökyayla, s. 700; Reisoğlu, *Kefalet*, s. 21; Eren, s. 779.

⁸ Öz, Ceylan, Doğan, Akipek Öcal, Özdemir, Şenocak, Cumalıoğlu ve Sert Sütçü, s. 847; Ayrancı, s. 96.

fer'i nitelikte bir borçtur.⁹ Asıl borç bir sebeple geçersiz hale gelir veya sona ererse kefalet borcu da son bulur (TBK m. 131/I, m. 598/I).¹⁰ Kefalet borcunun fer'i nitelikte olmasının birtakım sonuçları mevcuttur. En önemli sonuçlarından biri, kefile asıl borçlunun alacaklıya karşı olan sorumluluğundan daha ağır bir sorumluluk yüklenemeyecek olmasıdır.¹¹ Kefilin borcu asıl borçtan fazla olamaz. Ancak kefilin sorumluluğu asıl borçlunun sorumluluğundan daha hafif olabilir.¹² Kefalet sözleşmesinin fer'iliğinin bir diğer sonucu ise, asıl borç muaccel hale gelmeden kefalet borcunun da muaccel olamamasıdır.¹³ Kural olarak, asıl borç için bir vade belirlenmişse, aksi taraflarca kararlaştırılmadığı müddetçe kefilin borcu da bu vade ile muaccel hale gelir.¹⁴ TBK m. 590/III'e göre; "Asıl borcun muaccel olması, alacaklı veya borçlunun önceden süre içeren bildirimde bulunmasına bağlıysa, kefalet borcu için bu süre, bildirim kefile yapıldığı tarihte işlemeye başlar." Hükümde ifade edildiği üzere, kefalet sözleşmesinin fer'i niteliği gereği, asıl borçluya ihbar yapılmaksızın kefile yapılan ihbar geçersiz olacaktır.¹⁵ Ayrıca kefalet borcu asıl borçtan bağımsız şekilde bir başkasına geçirilemeyecek ve kefalet sözleşmesine ilişkin bir uyuşmazlık çıktığı takdirde kefil yalnızca kefaleti değil asıl borcun varlığını da ispat edecektir.¹⁶ Öte yandan kefil, asıl borçlunun aciz hali dışında sahip olduğu tüm def'ileri alacaklıya karşı ileri sürebilir.¹⁷

⁹ Hüseyin Murat Develioğlu, *Kefalet Sözleşmesini Düzenleyen Hükümler Işığında Bağımsız Garanti Sözleşmeleri*, İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2009, s. 112 vd.; Cevdet Yavuz, *Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, C. 2, İstanbul: Beta Yayınları, 2022, s. 1529-1531.

¹⁰ Ruhi ve Ruhi, s. 17-18; Ayrancı, s. 96; Reisoğlu, Muteberlik Şartları, s. 329-330; Töre Günsay, "Kefalet Sözleşmesinin Feriliği İlkesi", DEÜHFD, Prof. Dr. Şeref Ertaş'a Armağan, 19/Özel Sayı (2017), s. 1083 vd.

¹¹ Ruhi ve Ruhi, s. 18; Zevkliler ve Gökyayla, s. 701; Reisoğlu, Muteberlik Şartları, s. 330-331; Günsay, s. 1092.

¹² Ruhi ve Ruhi, s. 18; Öz, Ceylan, Doğan, Akipek Öcal, Özdemir, Şenocak, Cumalıoğlu ve Sert Sütçü, s. 849.

¹³ Ruhi ve Ruhi, s. 18; Öz, Ceylan, Doğan, Akipek Öcal, Özdemir, Şenocak, Cumalıoğlu ve Sert Sütçü, s. 850; Zevkliler ve Gökyayla, s. 701; Reisoğlu, Muteberlik Şartları, s. 331; Günsay, s. 1092.

¹⁴ Bu kurala TBK m. 590/I ile istisna getirilmiştir. Hükme göre, asıl borç ilişkisinde asıl borçlunun iflası üzerine asıl borcun muaccel hale gelmiş olması, kefalet borcunun da muaccel hale gelmesine sebep olmaz. Kefalet borcu kefalet sözleşmesinde belirlenen vadenin gelmesi ile muaccel olur. Bkz. Öz, Ceylan, Doğan, Akipek Öcal, Özdemir, Şenocak, Cumalıoğlu ve Sert Sütçü, s. 850.

¹⁵ Ruhi ve Ruhi, s. 18; Öz, Ceylan, Doğan, Akipek Öcal, Özdemir, Şenocak, Cumalıoğlu ve Sert Sütçü, s. 850.

¹⁶ Reisoğlu, Muteberlik Şartları, s. 331; Ruhi ve Ruhi, s. 18; Yılmaz, s. 71.

¹⁷ Ruhi ve Ruhi, s. 18; Yılmaz, s. 71; Günsay, s. 1094.

Kefalet sözleşmesi her ne kadar asıl sözleşmenin varlığına bağlı olup fer'i nitelikte olsa da asıl sözleşmeden bağımsız, farklı bir sözleşmedir.¹⁸ Kefalet sözleşmesinin taraflarını kefil ile alacaklı oluşturur. Kefilin ifası ile asıl borç değil, kefalet borcu sona erer.¹⁹ Bu durumda kefil, alacaklıya yasal halef olacak ve asıl borçlu borcunu kefile ödeyecektir (TBK m. 596/I). Kefalet sözleşmesi tali (ikincil) niteliktedir. Bunun anlamı, alacaklının alacağına ilişkin öncelikli olarak asıl borçluya başvurması gerektiği, asıl borçluya karşı yapılan takibin sonuçsuz kalması üzerine kefile başvurabileceğidir.²⁰ Kefalet sözleşmesi aynı zamanda ivazsız bir sözleşmedir.²¹ Zira kefalet sözleşmesinde bir borç altına giren taraf kefilidir. Ancak alacaklının da kefile karşı edimde bulunmasına ilişkin anlaşma yapılmasında bir sakınca bulunmaz.²² Bu durumda kefalet sözleşmesinin taraflarının, karşılıklı borç yükleyen sözleşmelere ilişkin hükümlere tabi olacakları söylenebilir.²³

Kefil, kefalet sözleşmesi ile alacaklıya karşı asıl borcun ifasını üstlenmemekte, asıl borcun ifa edilmemesinden dolayı alacaklının uğradığı zararı karşılamayı üstlenmektedir.²⁴ TBK m. 583/I'de kefilin sorumlu olacağı azami miktarın belirtilmesi gerektiği ifade edilmiştir. Hükümden anlaşıldığı üzere, kefil, asıl borçlunun alacaklıya ifada bulunmamasından kaynaklanan alacaklının zararını para karşılığı olarak ödeyecektir. Dolayısıyla kefalet borcu bir para borcu niteliğini haizdir.²⁵

C. Kefalet Sözleşmesinin Geçerlilik Şartları

1. Geçerli Bir Asıl Borcun Varlığı

Kefalet sözleşmesinin fer'i niteliği gereği, geçerli bir asıl borç bulunmadan kefalet sözleşmesinin geçerli olması mümkün değildir (TBK m.

¹⁸ Öz, Ceylan, Doğan, Akipek Öcal, Özdemir, Şenocak, Cumalıoğlu ve Sert Sütçü, s. 852; Ruhi ve Ruhi, s. 19.

¹⁹ Öz, Ceylan, Doğan, Akipek Öcal, Özdemir, Şenocak, Cumalıoğlu ve Sert Sütçü, s. 853; Ruhi ve Ruhi, s. 20.

²⁰ Zevkliler ve Gökyayla, s. 702; Reisoğlu, Muteberlik Şartları, s. 332-333.

²¹ Ruhi ve Ruhi, s. 19; Reisoğlu, Muteberlik Şartları, s. 333.

²² Öz, Ceylan, Doğan, Akipek Öcal, Özdemir, Şenocak, Cumalıoğlu ve Sert Sütçü, s. 855; Ruhi ve Ruhi, s. 19.

²³ Ruhi ve Ruhi, s. 19.

²⁴ Öz, Ceylan, Doğan, Akipek Öcal, Özdemir, Şenocak, Cumalıoğlu ve Sert Sütçü, s. 855-856.

²⁵ Ayrancı, s. 96; Necip Bilge, "Kefilin Mesuliyetinin Şümülü", AÜHFHD, 13/1-2 (1956), s. 96.

582/I). Asıl borç ilişkisinin sonradan geçerli hale gelmesi de kefalet sözleşmesini geçerli kılmaz.²⁶

Asıl borcun hukuka ve ahlaka aykırılıktan, kişilik haklarını ihlalden, başlangıçtaki objektif imkânsızlık, ehliyetsizlik veya şekil eksikliğinden ve irade sakatlığı ya da muvazaa gibi sebeplerden dolayı geçersiz olması mümkündür²⁷. Öte yandan TBK m. 582/I, c. 2'ye göre kefalet sözleşmesi, koşula bağlı olarak kurulabilir. Geciktirici koşula bağlı olarak kurulan kefalet sözleşmesi koşulun gerçekleşmesi ile hüküm ifade eder. Bozucu koşula bağlı olarak kurulan kefalet sözleşmelerinde ise, koşulun gerçekleşmesi ile kefalet sözleşmesi son bulacaktır.²⁸

2. Geçerli Bir Kefalet Sözleşmesinin Varlığı

Geçerli bir kefalet sözleşmesi kurulması temel olarak TBK'da yer alan sözleşmelerin geçerlilik şartlarına tabidir. Bu kapsamda kefalet sözleşmesinin de geçerliliği ehliyete, şekle ve içerik olarak kanunda öngörülen şartlara uygun olarak düzenlenmesine ve irade sakatlığının bulunmamasına bağlıdır. Ayrıca hukuka ve ahlaka aykırılığın bulunmaması ve imkânsız olmaması da gerekir.

Tam ehliyetsizlerin ve sınırlı ehliyetsizlerin bizzat kefalet sözleşmesi yapmaları mümkün değildir (4721 sayılı Türk Medeni Kanunu (TMK)²⁹ m. 15, 16). Ayrıca TMK m. 449'da kefalet sözleşmesi, vesayet altındaki kişi adına vasi tarafından yapılması yasak işlemler arasında sayılmıştır. Dolayısıyla tam ehliyetsizler ve sınırlı ehliyetsizler adına yasal temsilcileri de kefil olamayacaktır.³⁰ Ancak sınırlı ehliyetsizlerin kefalet sözleşmesinde alacaklı taraf olarak yer almaları mümkündür.³¹ TMK m. 429 gereği sınırlı ehliyetlilerin kefalet sözleşmesi akdedebilmeleri için yasal danışmanın izni gereklidir.³² Belirli işleri görmek veya malvarlığını yönetmek için kendisine kayyım atanan kişilerin ise fiil ehliyetleri sınırlanmadığından dolayı bu kişiler bizzat kefalet sözleşmesi akdedebileceklerdir.³³

²⁶ Öz, Ceylan, Doğan, Akipek Öcal, Özdemir, Şenocak, Cumaloğlu ve Sert Sütçü, s. 857; Ruhi ve Ruhi, s. 28.

²⁷ Reisoğlu, Muteberlik Şartları, s. 345; Aral ve Ayrancı, s. 575.

²⁸ Zevkililer ve Gökyayla, s. 708-709; Reisoğlu, Muteberlik Şartları, s. 347.

²⁹ RG 08.12.2001, S. 24607.

³⁰ Zevkililer ve Gökyayla, s. 710; Yılmaz, s. 75-76; Ruhi ve Ruhi, s. 36.

³¹ Mustafa Alper Gümüş, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, C. II, 3. Baskı, İstanbul: Vedat Yayıncılık, 2014, s. 341.

³² Ruhi ve Ruhi, s. 37.

³³ Gümüş, s. 341, Reisoğlu, Muteberlik Şartları, s. 354.

Eşler bakımından kural olarak hukuki işlem özgürlüğü mevcut olsa da kanun koyucu bazı istisnai haller için eşlerin diğer eşin rızasını almadan hukuki işlem yapamayacağını öngörmüştür.³⁴ Bu istisnai hallerden biri de eşlerin kefil olabilmesidir. TBK m. 584/I'de düzenlendiği üzere; *“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.”* Bu sebeple, haklarında ayrılık kararı bulunmayan ve yasal olarak ayrı yaşamayan eşlerin yapacakları kefalet sözleşmesinin geçerlilik şartlarından biri de diğer eşin rızasıdır. Diğer eşin rızası alınmaksızın yapılan kefalet sözleşmesi kesin hükümsüz olacaktır.³⁵

Kefalet sözleşmesinin geçerli olabilmesi için kanunda öngörülen şekil şartlarının da gözetilmesi gerekmektedir. TBK m. 583'te kefalet sözleşmesinin şekline ilişkin düzenleme getirilmiştir. Hükmün ilk fıkrasına 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.”* Kefalet sözleşmesi için kanunda öngörülen şekle ilişkin şartlar geçerlilik şartıdır.³⁶ Bu sebeple, belirtilen şekle uyulmaksızın yapılan kefalet sözleşmeleri mutlak butlanla sakat olup, hakim bu durumu re'sen göz önünde bulunduracaktır.³⁷

TBK m. 583/I'de yazılı şekilde yapılması gereken kefalet sözleşmesinde bazı unsurların mutlaka kefilin el yazısı ile yazılması öngörülmüştür. Bu unsurlardan biri olan kefilin sorumlu olacağı azamî miktarın kefalet sözleşmesinde el yazısı ile belirtilmesinin amacı, kefilin olası risklerden koruma düşüncesidir.³⁸ Söz konusu olan bu miktarın para cinsinden

³⁴ Ruhi ve Ruhi, s. 39; Öz, Ceylan, Doğan, Akipek Öcal, Özdemir, Şenocak, Cumalıoğlu ve Sert Sütçü, s. 865.

³⁵ Zevkililer ve Gökyayla, s. 717; Arif Burhanettin Kocaman ve Kübra Kaya, *“Kefalet Sözleşmesinde Eşin Rızası”* İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 6/1 (2020), s. 20.

³⁶ Ruhi ve Ruhi, s. 28; Reisoğlu, *Kefalet*, s. 72; Elçin Grassinger, s. 98; Zevkililer ve Gökyayla, s. 712; Ayrancı, s. 98.

³⁷ Ruhi ve Ruhi, s. 28-29.

³⁸ Yargıtay HGK, E. 2004/13-761, K. 2004/708, T. 15.12.2004: *“Borçlar Kanunu, kefaleti 483. ve ardından gelen maddelerinde ayrıntılı bir biçimde düzenlemiş; birçok sözleşme türüne ilişkin düzenlemelerinden farklı olarak, 484. maddede, kefalet sözleşmesinin geçerliliğini yazılı olma koşuluna bağlamış; biçime ilişkin bu koşula içerik yönünden başka bir koşul daha eklemiş; sözleşmenin geçerli olabilmesi için kefilin sorumlu olacağı miktarın sözleşmede açıkça gösterilmesini zorunlu saymıştır...Kefalet sözleşmesi yönünden, geçerliliğin, şekle ilişkin koşula ek olarak, içerikle ilgili başka bir koşula daha (kefilin sorumlu olacağı miktarın açıkça gösterilmesi koşuluna) bağlamasındaki amacın;*

gösterilmesi şarttır. Para cinsinin yabancı bir para cinsi olması mümkündür.³⁹ Kefalet sözleşmesinin kurulmasında sonra yapılan ve kefilin durumunu ağırlaştırıcı değişikliklerin de TBK m. 583/I'de öngörülen şekil şartlarına uyularak yapılması gerekir. Aksi halde bu değişiklikler hüküm doğurmaz (TBK m. 583/III).

D. Kefalet Sözleşmesinin Türleri

Kefalet sözleşmesinin türleri TBK m. 585-588 arasında düzenleme alanı bulmuştur. Kanunda kefalet sözleşmesinin türleri; adi kefalet, müteselsil kefalet, birlikte kefalet, kefile kefalet ve rücu kefalet olarak sayılmıştır. Ancak kefalet sözleşmesinin türleri kanunda sayılanlarla sınırlı değildir. Kanunda sayılan kefalet türleri dışında da kefalet sözleşmesi meydana getirmek mümkündür.⁴⁰

Adi kefalet, TBK m. 585'te asıl kefalet türü olarak düzenlenmiştir. Kefalet sözleşmesinin müteselsil kefalet türünde yapıldığı belirtilmemişse adi kefalet türünde olduğu kabul edilir.⁴¹ Adi kefalette alacaklı alacağına ilişkin kural olarak asıl borçluya karşı takip işlemlerine başvurmalıdır (TBK m. 585). TBK m. 586'ya göre, kefilin müteselsil kefil olduğuna ilişkin ya da bu anlama gelen herhangi bir ifadenin kefalet sözleşmesine yazılması halinde müteselsil kefalet söz konusu olur.⁴² Müteselsil kefalette alacaklı, adi kefaletin aksine doğrudan kefile başvurabilecektir. Ancak alacaklının doğrudan kefile başvurabilmesi için asıl borçlunun, ifada gecikmiş olması ve ihtarın sonuçsuz kalması veya açıkça ödeme güçsüzlüğü içinde olması aranmıştır (TBK m. 586/I). Kefalet sözleşmesinde kefil ve alacaklı olmak üzere iki taraf bulunmasına rağmen, kefil tarafında birden çok kişinin bulunması halinde birlikte kefalet söz konusu olur.⁴³ Birlikte kefaletin mümkün olabilmesi için aranan temel şart, kefillerin birbirlerinden haberdar olarak bir yükümlülük altına girmiş olmalarıdır (TBK m. 587/I).⁴⁴ TBK m. 588/I'de düzenlenen kefile

kendisine ait olmayan bir borç için sorumluluk altına giren, hatta, müteselsil kefaletin söz konusu olduğu durumlarda asıl borçludan bağımsız olarak tek başına doğrudan doğruya takip edilebilmesi bile olanaklı bulunan kefil, mümkün mertebe korumak olduğu da kuşkusuzdur." <https://legalbank.net/> (Erişim: 18.12.2024).

³⁹ Ayrancı, s. 102; Reisoğlu, Muteberlik Şartları, s. 384; Elçin Grassinger, s. 109; Gümüş, s. 358.

⁴⁰ Ruhi ve Ruhi, s. 43.

⁴¹ Ruhi ve Ruhi, s. 43; Özen, s. 277; Reisoğlu, *Kefalet*, s. 160; Aral ve Ayrancı, s. 581; Zevkliler ve Gökyayla, s. 719.

⁴² Aral ve Ayrancı, s. 585; Eren, s. 790.

⁴³ Ruhi ve Ruhi, s. 58; Öz, Ceylan, Doğan, Akipek Öcal, Özdemir, Şenocak, Cumalıoğlu ve Sert Sütçü, s. 872.

⁴⁴ Özen, s. 337; Zevkliler ve Gökyayla, s. 725.

kefalet için; “Alacaklıya, kefilin borcu için güvence veren kefile kefil, kefil ile birlikte, adi kefil gibi sorumludur.” denilerek kefile kefilin sorumluluğunun kapsamı belirlenmiştir. Kefile kefalet sözleşmesi de tıpkı normal kefalet sözleşmesinde olduğu gibi alacaklı ile kefile kefil arasında yapılır.⁴⁵ Rücua kefil ise TBK m. 588/II’de; “kefilin borçludan rücu alacağı için güvence veren kefil” olarak tanımlanmıştır.

E. Kefalet Sözleşmesinin Sona Ermesi

1. Kefalet Sözleşmesinin Asıl Borca Bağlı Olarak Sona Ermesi

Kefalet sözleşmesinin fer’iliği gereği asıl sözleşmenin sona erdiği her hal, kefalet sözleşmesinin de sona ermesine yol açacaktır (TBK m. 131/I, m. 598/I). Kefalet sözleşmesi asıl borcun ifa edilmesi yahut alacaklının asıl borçluyu ibra etmesi ile sona erer.⁴⁶ Borcun imkânsız hale gelmesi sebebiyle asıl borcun ifa edilememesi halinde de kefalet sözleşmesi son bulacaktır (TBK m. 136/I). Burada söz konusu olan imkânsızlık objektif imkânsızlık halidir. Borcun ifasının, asıl borçludan kaynaklanan bir sebeple sübjektif olarak imkânsız hale gelmesi durumunda kefilin sorumluluğu bundan etkilenmeyecektir.⁴⁷

Kefalet sözleşmesinin bir başka sona erme hali, alacaklı ve borçlunun sıfatlarının birleşmesidir (TBK m. 135/I).⁴⁸ Alacaklı ve borçlu sıfatı, tek mirasçısı alacaklı olan borçlunun ölmesi veya tek mirasçısı borçlu olan alacaklının ölmesi ya da borçlunun alacağı devralması gibi durumlarda söz konusu olacaktır.⁴⁹ Alacaklı ve borçlu, aralarında yeni bir borç ilişkisi kurmak suretiyle mevcut borç ilişkisini sona erdirebilirler.⁵⁰ Bu durumda da mevcut borç ilişkisine bağlı kefalet sözleşmesi yeni borç ilişkinin kurulmasıyla sona erecektir.

2. Kefalet Sözleşmesinin Kendine Özgü Sebeplerle Sona Ermesi

Kefalet sözleşmesi belirli bir süreye tabi olarak kurulduğu takdirde sürenin sona ermesiyle kefilin sorumluluğunun da sona ereceği taraflarca

⁴⁵ Ruhi ve Ruhi, s. 64.

⁴⁶ Onur Şahin, “Kefalet ve Bağımsız Garanti Sözleşmelerinin Sona Erme Halleri”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, 29/126 (2016), s. 314; Özen, s. 541-542; Reisoğlu, *Kefalet*, s. 289.

⁴⁷ Reisoğlu, *Kefalet*, s. 284; Öz, Ceylan, Doğan, Akipek Öcal, Özdemir, Şenocak, Cumalioğlu ve Sert Sütçü, s. 875; Şahin, s. 316-317.

⁴⁸ Öz, Ceylan, Doğan, Akipek Öcal, Özdemir, Şenocak, Cumalioğlu ve Sert Sütçü, s. 875; Şahin, s. 316; Özen, s. 545; Reisoğlu, *Kefalet*, s. 286.

⁴⁹ Reisoğlu, *Kefalet*, s. 286; Şahin, s. 316.

⁵⁰ Özen, s. 543; Reisoğlu, *Kefalet*, s. 287; Aral ve Ayrancı, s. 607.

açıkça kararlaştırılmışsa, sürenin bitiminde kefalet sözleşmesi de son bulur.⁵¹ Kefalet sözleşmesinin ne kadar süre devam edeceği, açık veya örtülü olarak belirlenebilir.⁵² Belirlenen süre bir hak düşürücü süredir.⁵³ TBK m. 600'de "Sürelî kefalette kefil, sürenin sonunda borcundan kurtulur." denilmiştir. Kefalet sözleşmesinde taraflar süreyi serbestçe kararlaştırabilirler. Ancak gerçek kişiler bakımından azami süre TBK m. 598/III'e göre on yıl ile sınırlanmıştır. Kefalet sözleşmesinin kurulması ile başlayan bu on yıllık sürenin sonunda kefalet ilişkisi, kendiliğinden ortadan kalkacaktır.⁵⁴

Taraflarca süre belirlenmediği hallerde belirsiz süreli kefalet sözleşmesinden söz edilecektir. Belirsiz süreli kefalet sözleşmesinin her zaman, tek taraflı olarak sona erdirilmesi mümkün değildir. Ancak kanunda kefile, alacaklıya karşı ileri sürebileceği birtakım imkanlar düzenlenmiştir.⁵⁵ TBK m. 601/I'e göre; "Sürelî olmayan kefalette kefil, asıl borç muaccel olunca, adi kefalette her zaman ve müteselsil kefalette ise, kanunun öngördüğü hâllerde, alacaklıdan, bir ay içinde borçluya karşı dava ve takip haklarını kullanmasını, varsa rehlin paraya çevrilmesi yoluyla takibe geçmesini ve ara vermeden takibe devam etmesini isteyebilir." Ayrıca hükmün ikinci fıkrasında, "Borç, alacaklının borçluya yapacağı bildirim sonucunda muaccel olaksa kefil, kefalet sözleşmesinin kurulduğu tarihten bir yıl sonra alacaklıdan, bu bildirim yapmasını ve borç bu suretle muaccel olunca, yukarıdaki fıkra hükümleri uyarınca takip ve dava haklarını kullanmasını isteyebilir." denilmiştir. Kefilin bu talepleri alacaklı tarafından yerine getirilmediği takdirde kefilin borcu sona erer (TBK m. 601/III).

TBK m. 599'da kefalet sözleşmesinden dönme hakkı düzenlenmiştir. Buna göre; "Gelecekte doğacak bir borca kefalette, borçlunun borcun doğumundan önceki mali durumu, kefalet sözleşmesinin yapılmasından sonra önemli ölçüde bozulmuşsa veya mali durumunun, kefalet sırasında kefilin iyiniyetle varsaydığından çok daha kötü olduğu ortaya çıkmışsa, kefil alacaklıya yazılı bir bildirimde bulunarak, borç doğmadığı sürece her zaman kefalet sözleşmesinden dönebilir." Kefalet sözleşmesinden dönmeye ilişkin bu düzenleme emredici niteliktedir. Kefil tarafından sözleşmeden dönüldüğü takdirde, alacaklının kefalete güvenmesi sebebiyle uğradığı zararın tazmini gerekir (TBK m. 599/II).

⁵¹ Özen, s. 552; Reisoğlu, *Kefalet*, s. 297 vd.; Zevkililer ve Gökyayla, s. 741; Gümüş, s. 436-437.

⁵² Öz, Ceylan, Doğan, Akipek Öcal, Özdemir, Şenocak, Cumalıoğlu ve Sert Sütçü, s. 877.

⁵³ Özen, s. 552.

⁵⁴ Özen, s. 553; Gümüş, s. 437; Öz, Ceylan, Doğan, Akipek Öcal, Özdemir, Şenocak, Cumalıoğlu ve Sert Sütçü, s. 879.

⁵⁵ Gümüş, s. 441 vd.; Özen, s. 559 vd., Reisoğlu, *Kefalet*, s. 301 vd.

TBK m. 602'ye göre; “Çalışanlara süreli olmayan kefalette kefil, her üç yılda bir, ertesi yılın sonunda geçerli olmak üzere sözleşmeyi feshettiğini bildirebilir.” Çalışanlar için belirli süreli bir kefalet sözleşmesi yapılmışsa bu sözleşmenin sona ermesi hakkında TBK m. 600 hükmü etkili olacaktır. Ancak çalışanlar için belirsiz süreli kefalet söz konusu olduğu hallerde kanun koyucu, TBK m. 602 ile kefile, şekle tabi olmayan bir fesih hakkı tanımıştır.⁵⁶

II. KEFALET SÖZLEŞMESİNE UYGULANACAK HUKUK

A. Genel Olarak

Türk Borçlar Kanunu kapsamında kefalet sözleşmesinin ne anlama geldiğine, hukuki niteliğine, geçerlilik şartlarına, türlerine ve hangi hallerde sona ereceğine yukarıda değindikten sonra çalışmamızın bu bölümünde, kanunlar ihtilafı hukuku açısından yabancılık unsuru içeren kefalet sözleşmelerine uygulanacak hukukun tespiti meselesini ele almaya çalışacağız.

B. Yabancılık Unsuru

Hakim, önüne gelen uyuşmazlığa konu hukuki olay veya ilişkide yabancılık unsuru ile karşılaştığı takdirde uyuşmazlığı çözüme kavuşturacak yetkili hukukun tespiti için kanunlar ihtilafı hükümlerine başvurur⁵⁷. Doktrinde yabancılık unsuru, herhangi bir hukuki olay veya ilişkiyi birden fazla hukuk düzeniyle irtibatlı hale getiren unsur olarak tanımlanmaktadır.⁵⁸ Sözleşmeler açısından birden fazla hukuk düzeniyle irtibat, taraflardan en az birinin yabancı bir ülke vatandaşı olması veya yerleşim yerinin ya da mutad meskeninin yabancı bir ülkede bulunması, uyuşmazlık konusu şeyin yabancı bir ülkede bulunması, sözleşmenin yabancı bir ülkede yapılması veya yabancı

⁵⁶ Gümüş, s. 462.

⁵⁷ Nuray Ekşi, “Yabancılık Unsuru Taşıyan Akitler ve Bu Akitlerin AT Roma Konvansiyonu’na Göre Anlamı”, MHB, 12/1-2 (1992), s. 2.

⁵⁸ Ergin Nomer, *Devletler Hususi Hukuku*, 23. Baskı, İstanbul: Beta Yayınları, 2021, s. 5; Aysel Çelik ve B. Bahadır Erdem, *Milletlerarası Özel Hukuk*, 18. Baskı, İstanbul: Beta Yayınları, 2024, s. 5, 13 dn. 3; Cemal Şanlı, Emre Esen ve İnci Ataman Figanmeşe, *Milletlerarası Özel Hukuk*, 11. Baskı, İstanbul: Beta Yayınları, 2024, s. 5; Vahit Doğan, *Milletlerarası Özel Hukuk*, 10. Baskı, Ankara: Savaş Yayınları, 2024, s. 6; Ziya Akıncı, *Milletlerarası Özel Hukuk*, İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2020, s. 4-5; Gülin Güngör, *Türk Milletlerarası Özel Hukuku*, 3. Baskı, Ankara: Yetkin Yayınları, 2022, s. 11; Sibel Özel, Mustafa Erkan, Hatice Selin Pürselim ve Hüseyin Akif Karaca, *Milletlerarası Özel Hukuk*, 3. Baskı, İstanbul: On İki Levha Yayınları, 2024, s. 9; Mesut Aygün, “Yabancılık Unsurunun Mahiyeti ve Yargılamadaki Rolü”, DEÜHFD, Prof. Dr. Hakan Pekcanitez’e Armağan, 16/Özel Sayı (2014), s. 1029.

ülkede ifa edilmesi gibi hallerde söz konusu olabilmektedir.⁵⁹ Öte yandan, objektif açıdan yabancılık unsuru içermeyen sözleşmeler için yabancı bir hukukun seçilmesinin, o sözleşmeyi yabancılık unsuru içerir hale getirip getirmeyeceği doktrinde tartışmalıdır. Bizim de katıldığımız görüşe göre, objektif açıdan tüm unsurları tek bir hukuk düzenine bağlı olan bir sözleşmeye uygulanmak üzere yabancı hukukun seçilmesi o sözleşmeye yabancılık unsuru bahşetmez.⁶⁰ Zira, MÖHUK m. 1 uyarınca bu kanun, halihazırda yabancılık unsuru içeren özel hukuk işlem ve ilişkileriyle sınırlandırılmıştır⁶¹. Aksi halde Türk hukukunda sözleşmeler için öngörülmüş olan emredici hükümlerin bertaraf edilmesi tehlikesi ortaya çıkabilir⁶². Buna karşılık bazı yazarlarca, sözleşmeden doğan borç ilişkisine uygulanmak üzere yabancı bir hukukun seçilmesi için o sözleşmenin yabancılık unsuru içermesine gerek olmadığı da savunulmuştur.⁶³ Bu görüşe

⁵⁹ Gülören Tekinalp, *Milletlerarası Özel Hukuk-Bağlama ve Usul Hukuku Kuralları*, 13. Baskı, İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2020, s. 20; Akıncı, s. 5; Güngör, s. 11-12; Nomer, s. 5; Ekşi, s. 3.

⁶⁰ Doğan, s. 7-8, dn. 12, 401-402; Güngör, s. 12; Aygün, *Yabancılık Unsuru*, s. 1037; Hacı Can ve Ekin Tuna, *Milletlerarası Özel Hukuk*, 5. Baskı, Ankara: Adalet Yayınevi, 2021, s. 60-66; Hatice Özdemir Kocasakal, "Sözleşmelere Uygulanacak Hukukun MÖHUK m. 24 Çerçevesinde Tespiti ve Üçüncü Devletin Doğrudan Uygulanana Kuralları", MHB, 30/1-2 (2010), s. 32-34; Berk Demirkol, *Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun'un 24. Maddesi Çerçevesinde Sözleşmeye Uygulanacak Hukuk*, İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2011, s. 48 vd.; Zeynep Derya Tarman, "5718 Sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun (MÖHUK) Uyarınca Yabancılık Unsuru Taşıyan Akdi Borç İlişkilerinde Hukuk Seçimi", BATIDER, 26/1 (2010), s. 146; Gamze Aydoğdu, *Milletlerarası Özel Hukukta Hukuk Seçimi Anlaşmaları*, Ankara: Yetkin Yayınları, 2023, s. 66 vd. Konuya ilişkin olarak Yargıtay bir kararında; "...somut olayda iki Türk şirketinin Türkiye'de yaptığı ve aktin ifa yeri de Türkiye'de olan sözleşmeye dayalı borç ilişkisinde, İngiliz Kanunlarının (anlaşmazlık halinde) uygulanacağı biçimindeki anlaşmanın yabancılık unsuru olarak sayılamayacağından yetki itirazının da reddine ilişkin mahkeme kararının yerinde bulunmasına" hükmetmiştir. Karar için bkz. Yargıtay 12. HD, E. 2009/22608, K. 2010/5354, T. 04.03.2010 <https://karararama.yargitay.gov.tr> (Erişim: 03.01.2025).

⁶¹ Doğan, s. 7-8, dn. 12, 401-402; Aygün, *Yabancılık Unsuru*, s. 1037; Can ve Tuna, s.60-66; Özdemir Kocasakal, s. 32-34; Aydoğdu, s. 66 vd.

⁶² Özdemir Kocasakal, s. 34; Aygün, *Yabancılık Unsuru*, s. 1037; Demirkol; 49-50.

⁶³ Nomer, s. 324; Çelikel ve Erdem, s. 388; Şanlı, Esen ve Ataman Fıganmeşe, s. 343; Ekşi, s. 7. Yargıtay konuya ilişkin bir kararında "Yabancı hukukun uygulanması ve tarafların bu konuda sözleşmeye hüküm koymaları için sözleşmenin yabancılık unsuru içermesi koşulu bulunmamaktadır." şeklinde bir ifade kullanmış olsa da burada yabancılık unsuru hukuk seçimi haricinde zaten mevcuttur. Zira karara konu olan olayda sigorta sözleşmesinin tarafları Türk olmasına rağmen davacılar (lehtar) yabancidir. Karar için bkz. Yargıtay 11. HD, E. 2006/8585, K. 2006/12877, T. 07.12.2006 <https://www.lexpera.com.tr> (Erişim: 02.01.2025). Yargıtay'ın benzer bir tutumu hakkında bkz. Yargıtay 15. HD, E. 2016/3365, K. 2016/4525, T. 03.11.2016: "Yasanın bu hükmü, özel hukuk sözleşmelerinde tarafların, hakimnin hukukunda (lex fori) kamu düzenine açıkça aykırılık içermeyen hükümlerin serbestçe konulabileceğine ilişkin ilkeye de uygundur. Yabancı hukukun uygulanması ve tarafların bu konuda sözleşmeye hüküm koymaları için sözleşmenin yabancılık unsuru içermesi koşulu da bulunmamaktadır. O halde mahkemece uyumsuzlukta... Hukuku'nun uygulanacağına ilişkin sözleşme hükmünün tarafları bağlayacağı gözetilerek davalıya bu konudaki ispat yükünün yerine getirmesi için fırsat verilmesi, Milletler Arası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkındaki Kanun'un 5nci maddesi gereğince uygulanacak hukukta Türk kamu düzenine aykırı düzenlemeler tespit edildiği takdirde sadece o hükümlerle sınırlı olarak Türk Hukuku'ndaki düzenlemenin gözetilmesi suretiyle hüküm

göre, MÖHUK m. 24/1'de uygulanacak hukukun seçimine yönelik bir sınırlama getirilmemiştir. Dolayısıyla seçilen yabancı hukuk o sözleşmeye yabancılık unsuru kazandırır.⁶⁴ Ayrıca bu yazarlar, yabancılık unsurunun yalnızca objektif mahiyet taşıması gerektiği yönünde bir düzenlemede bulunulmadığını düşünmektedirler.⁶⁵ Öte yandan, bir tarafın diğer tarafa ekonomik olarak aşırı derecede üstünlük sağlayacağı bir hukuk seçiminde bulunulmasının milletlerarası özel hukuk alanında himaye edilmeyeceğini, yabancı hukukun uygulanmasında işletilen kamu düzeni mekanizmasının buna engel olacağını ifade etmişlerdir.⁶⁶ Son dönemde savunulan bir yaklaşıma göre de özellikle sözleşmeden doğan borç ilişkileri klasik anlamda yabancılık unsurunun varlığı için aranan koşulları içermeseler bile milletlerarası ticari menfaatlerle ilişkileri mevcutsa yabancılık unsuru sağladıkları kabul edilmektedir.⁶⁷

Kefalet sözleşmeleri söz konusu olduğunda, herhangi bir sözleşmeye yabancılık unsuru kazandıran her durumun bu sözleşmeler için de aynı sonuca sebebiyet vereceği söylenebilir. Bu kapsamda kefalet sözleşmesinin taraflarını oluşturan alacaklı veya kefilin yabancı bir ülke vatandaşı olması veya yerleşim yerinin ya da mutad meskeninin yabancı bir ülkede bulunması, kefalet sözleşmesinin yabancı bir ülkede yapılması veya yabancı ülkede ifa edilmesi gibi haller kefalet sözleşmesinin de yabancılık unsuru içerdiğini gösterir. Öte yandan kefalet sözleşmesinin doğası gereği var olan bazı hallerin kefalet sözleşmeleri için yabancılık unsurunun oluşmasına sebep olup olmayacağına değinmek gerekir. Öncelikle, asıl borçlunun yabancı bir ülke vatandaşı olması ya da yerleşim yerinin veya mutad meskeninin yabancı bir ülkede bulunması durumunun kefalet sözleşmesine yabancılık unsuru kazandırdığı söylenebilecek midir? Bu durumda asıl sözleşmenin yabancılık unsuru içerdiğinde şüphe yoktur. Ancak kanaatimizce, asıl borçlunun yabancı bir ülke vatandaşı olması tek başına kefalet sözleşmesine yabancılık unsuru kazandırmaz. Zira kefalet sözleşmesinin tarafları alacaklı ve kefilin oluşmakta olup asıl borçlunun kefalet sözleşmesi ile bir bağı yoktur. Asıl sözleşmenin konusunu oluşturan şeyin yabancı bir ülkede bulunması, asıl

kurulması gerekir iken, uygulanacak hukuk yönünden davalının itirazının değerlendirilmeksizin işin esası hakkında hüküm kurulmuş olması doğru görülmemiş, kararın bu nedenle taraflar yararına bozulması gerekmiştir. (.....)" <https://www.lexpera.com.tr> (Erişim: 02.01.2025).

⁶⁴ Nomer, s. 324; Çelikel ve Erdem, s. 389; Şanlı, Esen ve Ataman Figanmeşe, s. 342; Ekşi, s. 7.

⁶⁵ Nomer, s. 324; Şanlı, Esen ve Ataman Figanmeşe, s. 343; Ekşi, s. 7.

⁶⁶ Şanlı, Esen ve Ataman Figanmeşe, s. 344.

⁶⁷ Doğan, s. 6-7; Ali Gümrah Toker, "Yabancı Unsurlu Teminat Mektubu Sözleşmesine Uygulanacak Hukuk", DEÜHFD, 12/Özel Sayı (2010), s. 994-995.

sözleşmenin yabancı bir ülkede yapılması veya yabancı ülkede ifa edilmesi gibi sebeplerle asıl sözleşmenin yabancılık unsuru içerdiği durumlarda, kefalet sözleşmesinin de yabancılık unsuru kazanıp kazanmayacağı akla gelen meselelerden bir diğeridir. Kanaatimizce, bu durumlarda da kefalet sözleşmesinin yabancılık unsuru kazanmayacağını kabul etmek gerekir. Her ne kadar kefalet sözleşmesi asıl sözleşmenin varlığına bağlı olup fer'î nitelikte olsa da asıl sözleşmeden bağımsız, farklı bir sözleşmedir. Netice itibarıyla asıl sözleşmenin yabancılık unsuru içermesi kefalet sözleşmesine de yabancılık unsuru kazandırmaz.

Kefalet sözleşmesinin yabancı bir dille kaleme alınması, başka hiçbir unsur açısından yabancı bir hukuk düzeniyle irtibatın söz konusu olmadığı halde tek başına yabancılık unsuru oluşturmaz. Bu duruma örnek teşkil edebilecek 09.03.2010 tarihli bir Yargıtay kararında da karara konu olan kambiyo senedinin İngilizce kaleme alınması tek başına kanunlar ihtilafı kurallarına başvurulması için yeterli görülmemiştir⁶⁸. Kefilin, asıl borçlunun alacaklıya ifada bulunmamasından kaynaklanan alacaklının zararını para karşılığı olarak ödeyeceğinden yukarıda bahsedilmişti. Kefalet borcunun yabancı bir para cinsi olarak ödenmesine karar verilmesi halinde de kanaatimizce yine kefalet sözleşmesinin yabancılık unsuru içerdiğinden bahsedilemez. Bunun için yukarıda belirtilen durumlar gibi yabancılık unsuru yaratacak daha kuvvetli bir sebebin bulunması gerekir⁶⁹.

Netice itibarıyla yabancılık unsuru içeren kefalet sözleşmelerine ilişkin bir uyumsuzluk söz konusu olduğunda Türk hukukundaki maddi hukuk kurallarının doğrudan uygulanması doğru değildir. Zira yabancılık unsuru içeren her hukuki olay veya ilişkide olduğu gibi kefaletle ilişkin meselelerde de yabancılık unsurunun varlığının tespit edilmesi halinde, 5718 sayılı MÖHUK m. 1'e başvurularak uygulanacak hukuk belirlenecek veya varsa Türkiye'nin taraf olduğu uluslararası anlaşma hükümleri tatbik edilecektir.⁷⁰

⁶⁸ Yargıtay 12. HD. E. 2009/23883, K. 2010/5503, T. 09.03.2010, <https://legalbank.net/> (Erişim: 03.01.2025). Mesut Aygün, "Güncel Gelişmelerin Işığında Çekten Doğan Yabancı Unsurlu Uyuşmazlıklara Uygulanacak Hukukun Tespiti", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 61/3 (2012), s. 931.

⁶⁹ Aynı yönde bkz. Demirkol; 79-80. Konuya ilişkin bir örnek olarak; bir kambiyo senedinin yabancı para üzerinden düzenlenmiş olmasının tek başına yabancılık unsuru yaratmayacağı hakkında bkz. Aygün, Çek, s. 931.

⁷⁰ Şanlı, Esen ve Ataman Fıganmeşe, s. 328.

C. Vasıflandırma

Yabancılık unsuru içeren kefalet sözleşmesine ilişkin bir uyumsuzluğun hakim önüne gelmesi durumunda, uyumsuzluğun çözüme kavuşturulması amacıyla uygulanacak hukukun tespit edilebilmesi için her şeyden önce, söz konusu uyumsuzluğun kefalet sözleşmesinden doğduğunun saptanması gerekmektedir. Hakim, davaya konu olan uyumsuzlukta öncelikle bağlama konusunu hukuki olarak belirler, sonrasında ise bağlama noktasına bakarak uyumsuzluğa uygulayacağı hukuka başvurur. Kanunlar ihtilafı hukukunda vasıflandırma (*qualification, classification, characterization*) olarak adlandırılan bu müessese, bir hukuki olay ya da ilişkinin hukuki karakterinin tespiti olarak tanımlanabilir.⁷¹ Ancak yabancılık unsuru içeren herhangi bir olay ya da ilişkinin bağlantılı olduğu farklı hukuk düzenlerinde bu olay ya da ilişkiye atfedilen hukuki nitelik değişebilmektedir. Bu durum vasıflandırma ihtilafı olarak adlandırılır.⁷²

Birçok hukuk düzeninde, kefalet sözleşmesine ilişkin farklı düzenlemeler mevcuttur. Bu durum, hakim önüne gelen yabancılık unsuru içeren bir uyumsuzluğun, kefalet sözleşmesine ilişkin bir mesele olup olmadığına yahut geçerli bir kefalet sözleşmesi için aranan şartların şekle mi yoksa esasa mı ilişkin olduğuna yönelik yapılacak vasıflandırmada ihtilafların doğmasına sebebiyet verebilir. Konuyu bir örnekle somutlaştırmak gerekirse, kefalet sözleşmesi için aranan eşin rızasının sözleşmenin şeklini mi yoksa esasını mı ilgilendiren bir şart olduğu uygulanacak hukukun değişmesine sebep olabilecektir. Evli bir kimsenin bir borca kefil olabilmesi için eşinin rıza göstermesi gerekliliği, farklı hukuk sistemlerinde de kefalet sözleşmesinin şartları arasında düzenlenmiştir. Örneğin Fransız ve İsviçre hukuklarında benzer yönde düzenlemeler yer

⁷¹ Doğan, s. 222; Özel, Erkan, Pürselim ve Karaca, s. 87.

⁷² Nomer, s. 96 vd.; Çelikel ve Erdem, s. 80; Doğan, s. 222; Şanlı, Esen ve Ataman Fıganmeşe, s. 58-60; Milletlerarası özel hukuk alanında vasıflandırmayla ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. Ernest G. Lorenzen, "The Qualification, Classification, or Characterization Problem in the Conflict of Laws", The Yale Law Journal, 50 (1941-1940), s. 743-761, <https://www.ppm.mateuszpilich.edh.pl/lorenzen.pdf> (Erişim: 20.12.2024); Veronique Allarousse, "A Comparative Approach to the Conflict of Characterization in Private International Law", Case Western Reserve Journal of International Law, 23/3 (1991), s. 479-516, <https://scholarlycommons.law.case.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1651&context=jil> (Erişim: 20.12.2024).

almaktadır (Fransız Medeni Kanunu⁷³ m. 1415, İsviçre Borçlar Kanunu⁷⁴ m. 494/I). Fransız hukukunda kefilin evli olması durumunda diğer eşin rızasına ilişkin bir hüküm getirilmiştir. Hükme göre diğer eşin rıza vermesi halinde kefil olan eş yasal mal rejimine dahil tüm malvarlığı ile sorumlu olacaktır. Ancak diğer eşin rıza vermemesi kefalet sözleşmesini geçersiz kılmamakta bu durumda kefil olan eş yalnızca kendi kişisel malvarlığı ile sorumlu olmaktadır.⁷⁵ Dolayısıyla kefalet sözleşmesinde eşin rızası, Fransız hukukunda bir geçerlilik şartı olmayıp kefilin sorumluluğunun kapsamını belirleyen bir unsur niteliğindedir. İsviçre hukukunda ise eşin rızası bir geçerlilik şartı olarak ele alınmış ancak şekle ilişkin bir şart olarak görülmemiş, aile ekonomisini korumak amacıyla kefilin ehliyetinin sınırlandırılmasını sağlayan bir şart olarak kabul edilmiştir.⁷⁶ Alman hukukunda evli kişilerin kefil olabilmesi için eşinin rıza göstermesi bir şart olarak dahi aranmamıştır.⁷⁷

Türk hukukunda kefalet sözleşmesi için aranan eşin rızasının bir geçerlilik şartı olduğu yönünde tereddüt bulunmamaktadır (TBK m. 584/I). Buna göre evli bir kişinin kefil olmak istemesi halinde eşinin yazılı rızasının alınmaması kefalet sözleşmesini kesin olarak geçersiz kılar. Ancak bu şartın şekle ilişkin bir şart mı olduğu yoksa ehliyetle ilişkin bir sınırlama mı olduğu doktrinde tartışmalıdır. Baskın görüş, söz konusu şartın ehliyetle ilişkin bir sınırlama olduğu yönündedir.⁷⁸ Ancak Yargıtay'ın TBK m. 584/I'de aranan

⁷³ Fransız Medeni Kanunu'nun metni için bkz. <https://www.legifrance.gouv.fr/download/pdf/legiOrKali?id=LEGITEXT000006070721.pdf&size=1,3%20Mo&pathToFile=/LEGI/TEXT/00/00/06/07/07/21/LEGITEXT000006070721/LEGITEXT000006070721.pdf&title=Code%20civi> l.

⁷⁴ İsviçre Borçlar Kanunu'nun metni için bkz. https://www.fedlex.admin.ch/eli/cc/27/317_321_377/en.

⁷⁵ Schoder, s. 37 ve Hauschild, s. 85. (Naklen: 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", İÜHFİM, 74/1 (2016), s. 472, dn. 47.)

⁷⁶ Serkan Ayan, *Kefalet Sözleşmesi*, Ankara: Adalet Yayınevi, 2018, s. 115; Ece Baş, "6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'nda Kefalet Sözleşmesinin Geçerlilik Şartlarına İlişkin Bazı Yenilikler", İÜHFİM, 70/2 (2012), s. 117.

⁷⁷ Asuman Sarı İyim, *Alman Hukuku Kıyası ile Kefalet Sözleşmesinin Geçerlilik Şartları*, İKÜSBE, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul: 2015, s. 34.

⁷⁸ Ayan, s. 115; Baş, s. 117-118; Oğuzhan Çelebi, *Kefalet Sözleşmesi ve Eşin Rızası*, Ankara: Seçkin Yayınları, 2022, s. 206; Kocaman ve Kaya, s. 8. Reisoğlu ise geçerli bir kefalet sözleşmesi için aranan eşin rızasını şekil şartı olarak ele almıştır. Bkz. Reisoğlu, *Kefalet*, s. 89 vd.

eşin rızasına ilişkin hükme uyulmamasını kefalet sözleşmesinin geçerliliği için öngörülen şekil şartlarına aykırılık olarak kabul ettiği kararı mevcuttur.⁷⁹

Hakim, önüne gelen yabancılık unsuru içeren bir uyuşmazlıkta öncelikle vasıflandırmanın hangi hukuka göre yapılacağı konusunda karar vermelidir. Bu konuda doktrin farklı görüşler geliştirmiştir. Bir görüş, yabancılık unsuru içeren bir olay ya da ilişkiyi vasıflandırırken hakimin hukukuna (*lex fori*) başvurulması gerektiğini savunmaktadır.⁸⁰ Bir başka görüşe göre, söz konusu olay ya da ilişkinin esasına uygulanacak hukuka (*lex causae*) başvurulmalıdır.⁸¹ Doktrinde ilk olarak, hakimin konuyu kendi hukukuna (*lex fori*) göre vasıflandırması akabinde ise, hukuki olay ya da ilişkinin esasına uygulanacak hukuka (*lex causae*) başvurulması şeklinde iki aşamalı bir uygulamayı (*Two-fold theory*) benimseyenler de mevcuttur.⁸² Son olarak, bu yöntemleri yetersiz bulan bir başka görüş ise vasıflandırmanın mukayeseli hukuk verileri ile elde edilecek prensiplere göre yapılması gerektiğini savunmuştur.⁸³ Vasıflandırma yapılırken başvurulacak hukukun ne olacağının tespiti önemlidir. Zira seçilen hukuka göre uyuşmazlığın şekline ve esasına uygulanacak hukuk değişebilecektir. Yukarıda değindiğimiz eşin rızasına ilişkin farklı ülke düzenlemelerinden yola çıkacak olursak, hakim önüne gelen hukuki işlemdeki uyuşmazlığın kefalet sözleşmesinde eşin rızasına ilişkin bir uyuşmazlık olduğunu Fransız hukukuna göre vasıflandırırsa eşin rızasının bulunmaması bir geçerlilik şartı olarak değerlendirilmeyecektir. Öte yandan hakim İsviçre hukukuna göre vasıflandıracak olursa, eşin rızasının bulunmaması halinde kefalet sözleşmesinin geçerliliğini, kanunların ihtilafı hükümlerine başvurarak

⁷⁹ Karar için bkz. Yargıtay 12. HD, E. 2017/4099, K. 2017/9461, T. 15.06.2017: "...icra kefaleti taahhüdünü içeren bölümün, kefilin kendi el yazısı ile yazılmadığı ve kefilin eşinin yazılı rızasını içermediği görülmekte olup, bu haliyle, kefalet tutanağının, kefaletin şeklini düzenleyen Türk Borçlar Kanunu'nun 583. ve 584. maddelerinde belirtilen şartlarda düzenlenmediği anlaşılmaktadır." <https://karararama.yargitay.gov.tr> (Erişim: 10.01.2025).

⁸⁰ 1981 yılında Alman hukukçu *Franz Kahn* tarafından savunulan bu görüşe göre vasıflandırma ihtilaflarının çözümü için hâkimin hukukunun maddi hukuk hükümlerine başvurulacaktır. (Naklen: Ronald Harry Graveson, *The Conflict of Law*, London: Sweet & Maxwell, 1948, s. 39-40). Ayrıca bkz. Çelikel ve Erdem, s. 85.

⁸¹ İlk olarak Alman hukukçu *Martin Wolff* ve Fransız Hukukçu *Clunet Despagne* tarafından ortaya konulan bir görüştür. (Naklen: Graveson, s. 42). Ayrıca bkz. Çelikel ve Erdem, s. 86.

⁸² İlk olarak *Robertson* tarafından ileri sürülmüştür. (Naklen: Arthur Henry Robertson, *Characterization in the conflict of laws*, Harvard: Harvard University Press, 1940, s. 118 vd.). Ayrıca bkz. Graveson, s. 41; Çelikel ve Erdem, s. 89-90.

⁸³ Bu görüş ilk olarak *Rabel* ve *Beckett* tarafından ileri sürülmüştür. (Naklen: Ernst Rabel, *The Conflict of Laws: A Comparative Study*, Vol. 1, Ann Arbor: The University of Michigan Press, 1945, s. 49 vd.). Ayrıca bkz. Graveson, s. 40; Shivani Singh, "Characterization of an International Conflict in Private International Law: The Concept and the Complications", *International Journal of Research in Engineering, IT and Social Sciences*, 8/4 (2018), s. 21.

uygulanacak yetkili hukuka göre tespit edecektir. Bir Türk hakimi vasıflandırmada *lex fori*ye başvuracak olursa Türk hukukunda kefalet sözleşmeleri için aranan eşin rızası şartının şekle mi yoksa kefalet sözleşmesi yapabilme ehliyetine mi ilişkin olduğu tartışması kapsamında uygulanacak hukuku tespit edecektir.

Türk kanunlar ihtilafı hukukunda hakimin önüne gelen yabancılık unsuru içeren bir olay veya ilişkinin hangi yöntem kullanılarak vasıflandırılacağına ilişkin bir düzenleme bulunmamaktadır. Doktrinde ağırlıklı olarak, uyuşmazlığın konusu olan olay ya da ilişkinin vasıflandırılmasında hakimin hukukuna (*lex fori*) başvurulması gerektiği kabul edilmektedir.⁸⁴ Ancak *lex fori* vasıflandırması her zaman hakkaniyetli sonuçlar vermeyebileceğinden vasıflandırmaya ilişkin farklı görüşler ve yeni yaklaşımlar da oluşmuştur.⁸⁵ Öte yandan kefalet sözleşmesinin tarafları MÖHUK m. 24/I kapsamında sözleşmeye uygulanacak hukuku seçebilirler. Kanunun tanıdığı bu imkân çerçevesinde taraflar kefalet sözleşmesine uygulanacak hukuku seçtikleri takdirde vasıflandırma da *lex causae*'ya tabi olacaktır. Başka bir ifadeyle, sözleşmenin esasına uygulanmak üzere tarafların seçtiği hukuk, vasıflandırmada da yetkili olacaktır.⁸⁶

D. Yabancılık Unsuru İçeren Kefalet Sözleşmelerinin Şekline Uygulanacak Hukuk

Kanunlar ihtilafı alanında hukuki işlemin şeklinden bahsedilirken aksi açıkça belirtilmemişse, geçerlilik şekli anlaşılır.⁸⁷ MÖHUK'ta hukuki işlemlerin şekline ilişkin olarak düzenlenen 7. maddedeki hüküm genel bir düzenleme niteliğindedir. Yabancılık unsuru içeren bir hukuki işlemin

⁸⁴ Şanlı, Esen ve Ataman Fıganmeşe, s. 60; Özel, Erkan, Pürselim ve Karaca, s. 93; Can ve Tuna, s. 186.

⁸⁵ Çelikel ve Erdem vasıflandırma konusunda esnek davranılarak her olayın ayrı ayrı değerlendirilmesi gerektiğini ifade etmişlerdir. Bu yazarlara göre hâkim katı bir şekilde kendi maddi hukuk kurallarına bağlı kalmamalı, milletlerarası özel hukuk adaletinin sağlanması amacıyla da göz önünde bulundurulmalıdır. Milletlerarası özel hukuka ve tarafların menfaatlerine ve hakkaniyete uygun düştüğü ölçüde *lex causae*'ya göre vasıflandırma da tercih edilebilmelidir. Bu durumda yazarlar hâkimin hukuki olay ve ilişki ile bağlantılı olan ülke hukuklarını mukayeseli hukuk kuralları çerçevesinde inceleyerek en uygun hukuka göre vasıflandırma yapması gerektiğini ifade etmişlerdir. Bkz. Çelikel ve Erdem, s. 92-93. Doğan, vasıflandırmada asıl olanın *lex fori*'ye başvurmak olduğu ancak milletlerarası özel hukuk adaletine ve menfaatlerine aykırılık doğarsa, uyuşmazlıkla ilişkili olan ülke hukukları arasında karşılaştırma yapılarak en uygun olana göre vasıflandırma yapılması gerektiğini savunmuştur. Bkz. Doğan, s. 226. Nomer, esnek bir yaklaşımla, her hukuki olay için yöntemlerin ayrı ayrı değerlendirilmesi gerektiğini savunmuştur. Bkz. Nomer, s. 103-104.

⁸⁶ Çelikel ve Erdem, s. 94; Toker, s. 1010.

⁸⁷ Şanlı, Esen ve Ataman Fıganmeşe, s. 117.

şekline uygulanacak hukuk hakkında MÖHUK'ta özel bir düzenleme mevcutsa öncelikle bu düzenleme ile yetkili kılınan hukuk uygulanacak, aksi halde MÖHUK m. 7'ye başvurulacaktır.⁸⁸

MÖHUK m. 7'ye göre; “*Hukukî işlemler, yapıldıkları ülke hukukunun veya o hukukî işlemin esası hakkında yetkili olan hukukun maddî hukuk hükümlerinin öngördüğü şekle uygun olarak yapılabilir.*” Hükümden de anlaşılacağı üzere, hukuki işlemlerin şekline uygulanacak hukuk hakkında *locus regit actum* (hukuki işlemin yapıldığı yer) kuralı esas alınmıştır.⁸⁹ Ancak hukuki işlemler, *lex causae*'ya yani esasa uygulanacak hukuka göre yapıldıkları takdirde de geçerli olacaktır.

Yukarıda ayrıntılı olarak incelendiği gibi Türk hukukunda kefalet sözleşmesinin şeklen geçerli olabilmesi, yazılı şekilde yapılmasına, kefilin sorumlu olacağı miktar ile kefalet tarihinin kefilin el yazısıyla belirtilmesine bağlıdır (TBK m. 583/I). Ancak yabancılık unsuru içeren kefalet sözleşmelerinin Türk hukukundaki geçerlilik şartlarına göre yapılmış olması söz konusu kefalet sözleşmesinin doğrudan geçerli olacağı anlamına gelmeyebilir. MÖHUK'ta kefalet sözleşmelerinin geçerlilik şekline uygulanacak hukuk konusunda özel bir düzenleme bulunmadığından dolayı MÖHUK m. 7'ye başvurulacaktır. Bu kapsamda, yabancılık unsuru içeren kefalet sözleşmesinin geçerlilik şeklini sağlayıp sağlamadığı, yapıldığı ülke hukukunun veya kefalet sözleşmesinin esası hakkında yetkili hukukun maddi hukuk hükümlerine göre tespit edilecektir. Taraflar kefalet sözleşmesinin esasına uygulanmak üzere hukuk seçiminde bulunmuşlarsa, kefalet sözleşmesi bu hukukun maddi hukuk hükümlerine uygun şekilde yapıldığı takdirde de geçerli olacaktır.⁹⁰

E. Yabancılık Unsuru İçeren Kefalet Sözleşmelerinin Esasına Uygulanacak Hukuk

1. Genel Olarak

MÖHUK m. 24 hükmü sözleşmeden doğan borç ilişkilerinde uygulanacak hukuku tespit etmeye yarayan genel nitelikte bir düzenlemedir.⁹¹ Türk hakimi, önüne gelen uyuşmazlıkta yabancılık unsuruna rastlarsa, vasıflandırma neticesinde uyuşmazlığın sözleşmeden

⁸⁸ Şanlı, Esen ve Ataman Figanmeşe, s. 118.

⁸⁹ Çelik ve Erdem, s. 197; Özel, Erkan, Pürselim ve Karaca, s. 186-187; Nomer, s. 208; Reisioğlu, *Kefalet*, s. 311.

⁹⁰ Özel, Erkan, Pürselim ve Karaca, s. 187; Nomer, s. 210.

⁹¹ Şanlı, Esen ve Ataman Figanmeşe, s. 329; Özel, Erkan, Pürselim ve Karaca, s. 404.

doğın bir borç ilişkisine ait olduğuna kanaat getirdikten sonra MÖHUK m. 24'e göre uyuşmazlığın çözümü için uygulayacağı hukuku belirleyecektir. MÖHUK'ta önemlerinden dolayı özel olarak düzenlenmiş bazı sözleşme tipleri mevcuttur. Bunlar; taşınmazlara ilişkin sözleşmeler (MÖHUK m. 25), tüketici sözleşmeleri (MÖHUK m. 26), iş sözleşmeleri (MÖHUK m. 27), fikri mülkiyet haklarına ilişkin sözleşmeler (MÖHUK m. 28) ve eşyanın taşınmasına ilişkin sözleşmelerdir (MÖHUK m. 29).

Sayılan sözleşmeler için uygulanacak hukuk, hakkındaki özel düzenlemeye göre tespit edilir. Ancak satım sözleşmesi, bağışlama, kullandırma sözleşmeleri, eser sözleşmesi, yayın sözleşmesi, vekalet sözleşmesi gibi MÖHUK'ta özel olarak düzenlenmeyen diğer tüm sözleşmeler m. 24'e tabidir.⁹² Kefalet sözleşmesine uygulanacak hukukun tespiti bakımından MÖHUK'ta özel bir düzenleme yer olmadığından dolayı hakim, önüne gelen yabancılik unsuru içeren kefalet sözleşmesine ilişkin uyuşmazlıkta MÖHUK m. 24'e başvuracaktır.⁹³

"Sözleşmeden doğın borç ilişkilerine uygulanacak hukuk" başlığını taşıyan MÖHUK m. 24 hükmü, sözleşme statüsünün belirlenmesinde iki ayrı bağlama kuralı öngörmüştür. Öncelikle ilk üç fıkrada, sözleşmeye uygulanacak hukuku seçme imkânı getirerek " tarafların seçtiği hukuku" bağlama kuralı olarak düzenlemiştir. Son fıkrada ise, tarafların hukuk seçiminde bulunmadığı hallerde "objektif olarak tespit edilen hukukun" uygulanacağına yönelik bir bağlama kuralı getirmiştir.⁹⁴

2. Yabancılik Unsuru İçeren Kefalet Sözleşmesine Tarafların Seçtiği Hukukun Uygulanması

Maddi hukukta var olan irade serbestisi ilkesi, milletlerarası özel hukuk alanında sözleşmelere uygulanacak hukukun taraflarca seçilmesi şeklinde kendini göstermektedir.⁹⁵ TBK kapsamında taraflar, sözleşmelerin içeriğine, kapsamına veya hangi hallerde sona ereceğine ilişkin olarak kanunun çizdiği

⁹² Bu sözleşmelere uygulanacak hukukun tespiti hakkında bkz. Tekinalp, s. 306-330.

⁹³ Tekinalp, s. 316-317; Çelikel ve Erdem, s. 402.

⁹⁴ Toker, s. 1022.

⁹⁵ Çelikel ve Erdem, s. 384-385; Şanlı, Esen ve Ataman Fıganmeşe, s. 330; Özel, Erkan, Pürselim ve Karaca, s. 406; Toker, s. 1023-1024; Aslı Bayata Canyaş, AB ve Türk Hukuku Uyarınca Sözleşmeye Uygulanacak Hukuka İlişkin Genel Kural, Ankara: Adalet Yayınevi, 2012, s. 51-52; Arzu Alibaba, Milletlerarası Unsurlu Sözleşmelerde Hukuk Seçimi ve Sınırlandırılması, AÜSBÜ, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Ankara: 2006, s. 23; Tarman, s. 146; Gülin Güngör, Temel Milletlerarası Özel Hukuk Metinlerinin Sözleşmeden Doğın Borç İlişkilerine Uygulanacak Hukuk Konusunda Yakınlık Yaklaşımı, Ankara: Yetkin Yayınları, 2007, s. 189.

sınırlar⁹⁶ dahilinde serbestçe karar verebilmektedirler. Milletlerarası özel hukuk alanımızda da taraflar kanunda öngörülen sınırlara uyarak hukuk seçiminde bulunabilirler.

Tarafların aralarında yapacakları sözleşmeye ilişkin ileride çıkabilecek tüm uyuşmazlıkları öngördükleri ve bu uyuşmazlıkların doğmasını engelleyen unsurlar belirledikleri eksiksiz bir sözleşme yapmaları mümkün değildir. Ancak her sözleşmenin genel hukuki çerçevesini çizen ve meşruiyetini sağlayan, taraflar açısından bağlayıcılık yaratacak bir hukuk sistemine ihtiyacı vardır.⁹⁷ Tarafların aralarındaki sözleşmeye uygulanmak üzere hukuk seçiminde bulunması bu ihtiyacı karşılamaktadır. Hukuk seçiminde bulunmuş olması, sözleşmeye ilişkin bir uyuşmazlık kapsamında mahkemeye başvurulduğunda hakim için de kolaylık sağlar. Zira bir hukuk seçimi yoksa hakim, kendi kanunlar ihtilafı kurallarına göre uyuşmazlığa uygulanacak hukuku tespit edecektir. Ancak hakimin tespit ettiği hukukun sözleşmeye veya tarafların menfaatlerine uygun düşmemesi muhtemeldir.⁹⁸

Kefalet sözleşmesinin tarafları olan alacaklı ve kefil aralarındaki sözleşme ilişkisine uygulanacak olan hukuku MÖHUK m. 24/I'e göre seçebilirler. Seçilen hukuk, kefalet sözleşmesinin taraflarının ehliyetine⁹⁹ ve sözleşmenin şekline¹⁰⁰ ilişkin konular hariç olmak üzere sözleşmenin tamamı üzerinde etki doğurur.¹⁰¹ MÖHUK m. 24/I'de; *"Sözleşmeden doğan borç ilişkileri tarafların açık olarak seçtikleri hukuka tâbidir. Sözleşme hükümlerinden veya hâlin şartlarından tereddüde yer vermeyecek biçimde anlaşılabilen hukuk seçimi de geçerlidir."* hükmüne yer verilmiştir. Hükümde ifade edildiği üzere hukuk seçimi açık olarak yapılmalı ya da tarafların seçtikleri hukuk konusunda

⁹⁶ TBK m. 27: *"Kanunun emredici hükümlerine, ahlaka, kamu düzenine, kişilik haklarına aykırı veya konusu imkânsız olan sözleşmeler kesin olarak hükümsüzdür."*

⁹⁷ Şanlı, Esen ve Ataman Fıganmeşe, s. 332.

⁹⁸ Şanlı, Esen ve Ataman Fıganmeşe, s. 333; Özel, Erkan, Pürselim ve Karaca, s. 409-410; Toker, s. 1024-1025.

⁹⁹ Sözleşmenin tarafını oluşturan gerçek ve tüzel kişilerin ehliyetine MÖHUK m 9 hükmü uygulanır. MÖHUK m. 9: *"(1) Hak ve fiil ehliyeti ilgilinin millî hukukuna tâbidir. (2) Millî hukukuna göre ehliyetsiz olan bir kişi, işlemin yapıldığı ülke hukukuna göre ehil işe yaptığı hukukî işlemle bağlıdır. Aile ve miras hukuku ile başka bir ülkedeki taşınmazlar üzerindeki aynî haklara ilişkin işlemler bu hükmün dışındadır. (3) Kişinin millî hukukuna göre kazandığı erginlik, vatandaşlığının değişmesi ile sona ermez. (4) Tüzel kişilerin veya kişi veya mal topluluklarının hak ve fiil ehliyetleri, statülerindeki idare merkezi hukukuna tâbidir. Ancak fiilî idare merkezinin Türkiye'de olması hâlinde Türk hukuku uygulanabilir. (5) Statüsü bulunmayan tüzel kişiler ile tüzel kişiliği bulunmayan kişi veya mal topluluklarının ehliyeti, fiilî idare merkezi hukukuna tâbidir."*

¹⁰⁰ Yabancılık unsuru içeren kefalet sözleşmelerinin şekline uygulanacak hukuk için bkz. II/C.

¹⁰¹ Nomer, s. 325; Reisoğlu, *Kefalet*, s. 312.

tereddüt bulunmamalıdır. Tarafların uygulanacak hukuku açık olarak seçmeleri, bu yöndeki karşılıklı ve birbirlerine uygun iradelerini sözlü veya yazılı olarak beyan etmeleri ile gerçekleşir.¹⁰² Hükümde hukuk seçiminin açık olarak yapılması ile mutlaka yazılı olarak yapılması kastedilmemiştir. Hukuk seçimi sözlü olarak da yapılabilir. Ancak iradenin hukuk seçimine ilişkin olduğunun anlaşılabilmesi için sözlü beyan yeterli olmalı bu beyan dışında başkaca bir unsura başvurulmak zorunda kalınmamalıdır.¹⁰³ Öte yandan yalnızca yabancı bir hukukun seçilmesi yeterli olmayıp, tarafların aralarındaki sözleşmesel ilişkiyi seçtikleri hukuka tabi kıldıklarının da tereddüde yer vermeyecek şekilde anlaşılması gerekir.¹⁰⁴

MÖHUK m. 24/I hükmünün ikinci cümlesinde taraflara örtülü bir hukuk seçiminde bulunabilme imkanı da öngörülmüştür.¹⁰⁵ Bunun için yine tarafların bu yönde iradelerinin bulunmasının yanında hukuk seçiminin sözleşme hükümlerinden veya hâlin şartlarından anlaşılması ve bu konuda tereddüt oluşmaması gerekir.¹⁰⁶ Hangi hukuk sisteminin seçildiği açıkça ifade edilmemişse seçilen hukuk, tarafların aralarında daha önceden yapmış oldukları ve hukuk seçiminde buldukları benzer sözleşmeye atıfta bulunmaları veya sürekli olarak belirli bir hukuk sitemine tabi olan standart bir sözleşme tipini kullanmaları gibi durumlar tahlil edilerek tespit edilebilir.¹⁰⁷ Ancak bu hususların hiçbiri tek başına tarafların tereddüde yer bırakmayacak şekilde örtülü hukuk seçiminde bulunduğu kanıt teşkil etmez. Birden fazla unsur bir arada değerlendirildiğinde tarafların tek bir hukukun yetkili olmasını arzuladıkları anlaşılıyorsa örtülü bir hukuk

¹⁰² Demirkol, s. 140-141;

¹⁰³ Demirkol, s. 141-142;

¹⁰⁴ Demirkol, s. 142;

¹⁰⁵ Demirkol, s. 153 vd.; Bayata Canary, s. 53, 66.

¹⁰⁶ Demirkol, s. 153-154.

¹⁰⁷ Nomer, s. 327-328; Doğan, s. 404; Özdemir Kocasakal, s. 45; Özel, Erkan, Pürselim ve Karaca, s. 416. Yargıtay 11. HD, E. 2019/83, K. 2020/3914 sayılı ve 07.10.2020 tarihli bir kararında seçilen hukukun tespitine yönelik aldığı bir kararında; Bölge Adliye Mahkemesi'nin "kefalet sözleşmesi Alman Hukuku'na tabi olarak düzenlenmiş ise de taraflar uyumsuzluk halinde uygulanacak hukukun belirlenmediği, davacının davasını açarken hukuki sebep olarak Türk kanun maddelerine dayandığı, davalının ise davaya karşı verdiği cevap dilekçesinde 818 sayılı TBK'nun olaya uygulanmasını talep ve kabul ettiği göz önüne alındığında davanın her iki tarafının TBK'nun dolayısıyla Türk Hukuku'nun uygulanmasında mutabık oldukları" yönündeki kararına karşı "taraflarca sözleşmede açık bir hukuk seçimi yapılmadığı anlaşılmış olup, bu nedenle yabancılık unsuru bulunan sözleşmeye Alman Hukuku'nun uygulanıp uygulanamayacağına 5718 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun kapsamında tartışılmadan Türk Hukuku'nun uygulanması suretiyle sonuca varılması doğru olmamış, bozmayı gerektirmiştir." şeklinde hüküm kurmuştur <https://karararama.yargitay.gov.tr> (Erişim: 21.12.2024).

seçiminin varlığından bahsedilecektir.¹⁰⁸ Aksi takdirde tarafların sözleşmeyi belli bir hukuka tabi kılmak istedikleri değil belli bir hukuk sisteminin öngördüğü kuralları sözleşme hükmü olarak kabul ettikleri düşünülür.¹⁰⁹ Hukuk seçiminin taraflarca tereddüte yer bırakmayacak ve yoruma ihtiyaç duymayacak şekilde yapılması gerektiğinden, taraflar bir hukuk seçimi yapsalardı hangi hukuku seçerlerdi şeklindeki bir yaklaşımla farazi hukuk seçiminin kabulü mümkün değildir.¹¹⁰

Bir kefalet sözleşmesinin tarafları olan alacaklı ve kefil açık bir şekilde sözleşmenin tabi olacağı hukuku seçebilecekleri gibi örtülü bir hukuk seçiminde de bulunabilirler. Ancak örtülü hukuk seçiminin varlığı konusunda yukarıda yapılan açıklamalar kefalet sözleşmeleri için de geçerlidir. Burada asıl sözleşmenin tabi olacağı hukukun alacaklı ve asıl borçlu tarafından seçilmesi halinin kefalet sözleşmesi için bir örtülü hukuk seçimi oluşturup oluşturmayacağı akla gelebilir. Ancak daha önce de değinildiği üzere, asıl sözleşme ile kefalet sözleşmesinin tarafları farklıdır. Kefalet sözleşmesi her ne kadar asıl sözleşmenin varlığına bağlı olup fer'i nitelikte olsa da asıl sözleşmeden bağımsız, farklı bir sözleşmedir. Dolayısıyla asıl sözleşmenin belli bir hukuka tabi oluşu tek başına kefalet sözleşmesinin de bu hukuka tabi olacağı yönünde tereddüde yer vermeyecek biçimde anlaşılabilen bir husus teşkil etmez. Öte yandan alacaklı ve kefilin aralarında akdettikleri kefalet sözleşmesini asıl sözleşmenin tabi olduğu hukuka açık veya örtülü olarak tabi kılabilmeleri mümkündür. Örtülü hukuk seçimi açısından ancak, sözleşmeye dair diğer irtibatlar da asıl sözleşmenin tabi olduğu hukuku işaret ediyorsa o ülke hukukunun seçildiği düşünülebilir.

MÖHUK m. 24/II'e göre; *"Taraflar, seçilen hukukun sözleşmenin tamamına veya bir kısmına uygulanacağını kararlaştırabilirler."* Hükme göre kefalet sözleşmesinde alacaklı ve kefil de kısmi bir hukuk seçimi yapabilecektir. Ancak kısmi hukuk seçimi yalnızca sözleşmenin hukuki ve ekonomik bakımdan bölünebilir olduğu durumlarda söz konusu olup, seçilen hukuk sözleşmenin uygulanmasında çelişkiler yaratmamalıdır.¹¹¹ Sözleşmede tarafların hukuk seçimini ne zaman yapabileceği MÖHUK m. 24/III'te düzenlenmiştir. Buna göre; *"Hukuk seçimi taraflarca her zaman yapılabilir veya*

¹⁰⁸ Bayata Canyaş, s. 67-68; Alibaba, s. 71; Tarman, s. 150.

¹⁰⁹ Bayata Canyaş, s. 67-68. Tarafların sözleşmesel ilişkilerine uygulanmak üzere hukuk seçiminde bulduklarını gösteren somut emareler hakkında bkz. Demirkol, s. 161-166.

¹¹⁰ Doğan, 403; Şanlı, Esen ve Ataman Fıganmeşe, s. 334-335; Özel, Erkan, Pürselim ve Karaca, s. 416; Demirkol, s. 160; Tarman, s. 149; Bayata Canyaş, s. 72.

¹¹¹ Doğan, 406; Şanlı, Esen ve Ataman Fıganmeşe, s. 335; Özel, Erkan, Pürselim ve Karaca, s. 419; Alibaba, s. 138, 198; Tarman, s. 151; Bayata Canyaş, s. 69-70.

değiştirilebilir. Sözleşmenin kurulmasından sonraki hukuk seçimi, üçüncü kişilerin hakları saklı kalmak kaydıyla, geriye etkili olarak geçerlidir.” Kefalet sözleşmesinde de taraflar gerek sözleşmenin kurulması esnasında gerekse de sözleşme kurulduktan sonra sözleşmeye uygulanmasını istedikleri hukuku seçebileceklerdir. Ayrıca tarafların aralarında uyuşmazlık çıktıktan sonra yargılama esnasında dahi hukuk seçimi yapabilmeleri veya seçtikleri hukuku değiştirebilmeleri mümkündür.¹¹² Bu seçim veya değişiklik üçüncü kişilerin haklarına zeval vermemek şartıyla geçmişe etki edecektir.

MÖHUK m. 2/IV uyarınca; “Uygulanacak hukuku seçme imkânı verilen hâllerde, taraflarca aksi açıkça kararlaştırılmadıkça seçilen hukukun maddî hukuk hükümleri uygulanır.” Bu düzenleme ile sözleşmenin taraflarının hukuk seçiminde bulunması halinde atf teorisinin uygulanmayacağı, seçilen hukukun kanunlar ihtilafı kurallarına başvurulmadan doğrudan maddi hukuk hükümlerinin uygulanacağı ifade edilmiştir. Zira MÖHUK m. 2/III’te atf teorisi yalnızca kişiler hukuku ve aile hukuku alanında kabul edilmiştir. MÖHUK m. 2/IV’teki düzenlemenin amacı, tarafların, seçtikleri hukukun kanunlar ihtilafı kurallarını da yetkili kılabilmelerine imkân tanımaktır.¹¹³ Bu nedenle, taraflar aksini kararlaştırmadığı müddetçe kefalet sözleşmesine uygulanacak hukukun maddi hukuk hükümleri dikkate alınmalıdır.

Taraflarca hukuk seçimi yapıldıktan sonra seçilen hukuk siteminde meydana gelen değişiklikler tarafların hak ve borçlarını etkileyebilmektedir.¹¹⁴ Eğer seçilen hukuk sisteminde bu değişiklikler geçmişe etkili değilse tarafların aralarındaki sözleşme kurulduğu tarihteki hükümlere tabi olacaktır.¹¹⁵ Ancak seçilen hukuk sisteminde sözleşmenin kurulmasından sonra meydana gelen değişiklikler geçmişe etkili ise sözleşme, tarafların öngörmediği hükümlere tabi olma tehlikesi altındadır.¹¹⁶ Bu durumda taraflar, aralarındaki sözleşmenin kurulduğu anda yürürlükte bulunan hukuka tabi olacağını açıkça kararlaştırmalıdır.¹¹⁷ Ancak seçilen hukuk sisteminde gerçekleşen ve geçmişe etkili olan değişiklikler kamu düzenini ilgilendiriyorsa tarafların aksi yönde yapacağı anlaşma hüküm ifade

¹¹² Özel, Erkan, Pürselim ve Karaca, s. 422; Doğan, s. 408-409; Alibaba, s. 125, 196; Tarman, s. 150.

¹¹³ Çelikel ve Erdem, s. 389-390; Şanlı, Esen ve Ataman Figanmeşe, s. 337.

¹¹⁴ Çelikel ve Erdem, s. 404; Şanlı, Esen ve Ataman Figanmeşe, s. 341; Özel, Erkan, Pürselim ve Karaca, s. 421.

¹¹⁵ Şanlı, Esen ve Ataman Figanmeşe, s. 341;

¹¹⁶ Çelikel ve Erdem, s. 404; Şanlı, Esen ve Ataman Figanmeşe, s. 341; Özel, Erkan, Pürselim ve Karaca, s. 421.

¹¹⁷ Çelikel ve Erdem, s. 404; Şanlı, Esen ve Ataman Figanmeşe, s. 341; Özel, Erkan, Pürselim ve Karaca, s. 421; Alibaba, s. 173, 219.

etmeyecektir.¹¹⁸ Tarafların kefalet sözleşmelerine uygulanacak hukuk olarak kararlaştırdıkları hukukta zamanla bir değişiklik meydana gelmişse buna ilişkin olarak da aynı sonuçlara varmak gerekir.

3. Yabancılık Unsuru İçeren Kefalet Sözleşmesine Objektif Olarak Tespit Edilen Hukukun Uygulanması

a. Kural: Karakteristik Edim Borçlusunun Hukuku

Sözleşmeden doğan borç ilişkisinde taraflar uygulanacak hukuku açık veya örtülü olarak seçmemişlerse, uyuşmazlığa uygulanacak hukuk MÖHUK m. 24/IV hükmü gereğince objektif bağlama kurallarına göre tespit edilir. Hükme göre; *“Tarafların hukuk seçimi yapmamış olmaları hâlinde sözleşmeden doğan ilişkiye, o sözleşmeyle en sıkı ilişkili olan hukuk uygulanır. Bu hukuk, karakteristik edim borçlusunun, sözleşmenin kuruluşu sırasındaki mutad meskeni hukuku, ticarî veya meslekî faaliyetler gereği kurulan sözleşmelerde karakteristik edim borçlusunun işyeri, bulunmadığı takdirde yerleşim yeri hukuku, karakteristik edim borçlusunun birden çok işyeri varsa söz konusu sözleşmeyle en sıkı ilişki içinde bulunan işyeri hukuku olarak kabul edilir.”*

Kanun koyucu, tarafların aralarındaki sözleşmeden doğan borç ilişkisine uygulanacak hukuku seçmedikleri hallerde, sözleşmeyle en sıkı ilişki içinde bulunan hukuku temel bağlama noktası olarak belirlemiştir.¹¹⁹ Bunun yanında MÖHUK m. 24/IV hükmünün ilk cümlesinde ifade edilen en sıkı ilişkili hukukun neye göre belirleneceğini maddenin devamında öngörmüştür. MÖHUK m. 24/IV, c. 2’de sözleşmeyle en sıkı ilişkili hukuk kural olarak karakteristik edim borçlusunun mutad meskeni, işyeri ya da yerleşim yeridir. Hükümde, karakteristik edim borçlusunun hukukunun tespitinde sözleşmenin ticari veya mesleki faaliyetler gereği kurulmuş olup olmamasına göre ikili bir ayrıma gidilmiştir.¹²⁰ Eğer sözleşme ticari ve mesleki bir faaliyet sonucu kurulmuşsa sözleşme ile en sıkı ilişki içinde bulunan hukuk, karakteristik edim borçlusunun işyeri hukukudur. Karakteristik edim borçlusunun işyerinin bulunmadığı hallerde sözleşme ile en sıkı ilişki içinde bulunan hukuk ise karakteristik edim borçlusunun yerleşim yeri hukuku olacaktır. Karakteristik edim borçlusunun birden çok işyeri mevcutsa yetkili hukuk, sözleşmeyle en sıkı ilişki içinde bulunan işyeri hukukudur. İkinci ihtimal olarak, sözleşme ticari ve mesleki bir faaliyet

¹¹⁸ Çelikel ve Erdem, s. 404; Şanlı, Esen ve Ataman Fıganmeşe, s. 341; Özel, Erkan, Pürselim ve Karaca, s. 421.

¹¹⁹ Çelikel ve Erdem, s. 406; Nomer, s. 333; Doğan, s. 410; Şanlı, Esen ve Ataman Fıganmeşe, s. 351; Özel, Erkan, Pürselim ve Karaca, s. 426; Demirkol, s. 271; Bayata Canaryaş, s. 153.

¹²⁰ Şanlı, Esen ve Ataman Fıganmeşe, s. 352; Bayata Canaryaş, s. 163.

sonucu kurulmamışsa sözleşmeyle en sıkı ilişkili olan hukuk, karakteristik edim borçlusunun, sözleşmenin kuruluşu sırasındaki mutad meskeni hukukudur.

Hakimin önüne gelen, borç ilişkisinden doğan bir uyumsuzluğa en sıkı ilişkili hukuk olarak karakteristik edim borçlusunun hukukunu uygulayabilmesi için öncelikle, sözleşmenin ticari ve mesleki bir faaliyet sonucu kurulup kurulmadığını tespit etmesi gerekmektedir. Hakimin bu tespiti bir vasıflandırma meselesi olup, sözleşmenin ticari ve mesleki bir faaliyet sonucu kurulup kurulmadığı doktrindeki baskın görüş doğrultusunda hakimin hukuku olan Türk hukukuna göre belirlenecektir.¹²¹ Türk hukukunda ticari faaliyetin tanımı, 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun (TTK)¹²² 3. maddesinde yer almaktadır. Buna göre; *"Bu Kanunda düzenlenen hususlarla bir ticari işletmeyi ilgilendiren bütün işlem ve fiiller"* ticari iş ya da faaliyet olarak kabul edilecektir. Ayrıca 19. maddede; *"Bir tacirin borçlarının ticari olması asıldır."* denilerek ticari iş karinesine yer verilmiştir. Bu düzenlemeler kapsamında yabancılik unsuru içeren bir sözleşme meydana getirilmişse hakim sözleşmenin ticari ve mesleki bir faaliyet sonucu kurulduğuna kanaat getirecektir. Ancak m. 19'un devamında; *"gerçek kişi olan bir tacir, işlemi yaptığı anda bunun ticari işletmesiyle ilgili olmadığını diğer tarafa açıkça bildirdiği veya işin ticari sayılmasına durum elverişli olmadığı takdirde borç adi sayılır."* hükmüne yer verilmiştir. Dolayısıyla gerçek kişi tacirler, bu hüküm kapsamında, yaptıkları sözleşmeleri ticari ve mesleki faaliyet kapsamından çıkarabilirler. Bu durumda karakteristik edim borçlusu olan gerçek kişi tacirin, sözleşmenin kuruluşu sırasındaki mutad meskeni hukuku sözleşmeyle en sıkı ilişkili hukuk olarak uygulanabilecektir.¹²³

Hakim, sözleşmeden doğan borç ilişkisinin ticari ve mesleki bir faaliyet sonucu kurulup kurulmadığını belirledikten sonra, bir de o sözleşmede karakteristik edim borçlusunun hangi taraf olduğunu tespit etmesi gerekir. Hukukumuzda karakteristik edimin ne olduğu düzenlenmemiş olsa da doktrinde bir tanım yapılmıştır. Bu tanıma göre karakteristik edim, o sözleşmeye adını veren, sözleşmeyi karakterize eden, diğer edime karşı daha

¹²¹ Şanlı, Esen ve Ataman Figanmeşe, s. 353; Özel, Erkan, Pürselim ve Karaca, s. 433.

¹²² RG 14.02.2011, S. 27846.

¹²³ Şanlı, Esen ve Ataman Figanmeşe, s. 353. Karakteristik edim borçlusunun mutad meskeninin onun hayat ilişkilerinin merkezi olduğu dolayısıyla ifa edeceği borcun hazırlıklarını da burada yapma olasılığının oldukça yüksek olması sebebiyle MÖHUK m. 24/IV'te mutad meskene yapılan atfın yerinde olduğuna dair bkz. Demirkol, s. 280-282.

riskli kalan edimdir.¹²⁴ Kefalet sözleşmesinde karakteristik edim kefilin edimidir.¹²⁵ Şu hâlde kefalet sözleşmesinde alacaklı ve kefil tarafından sözleşmeye uygulanacak bir hukuk seçiminde bulunulmamışsa, sözleşmeden doğan ilişkiye karakteristik edim borçlusu olan kefilin, sözleşmenin kuruluşu sırasındaki mutad meskeni hukuku uygulanır. Eğer kefalet sözleşmesi ticari veya mesleki faaliyetler gereği kurulmuşsa kefilin işyeri, bulunmadığı takdirde yerleşim yeri hukuku, kefilin birden çok işyeri varsa söz konusu sözleşmeyle en sıkı ilişki içinde bulunan işyeri hukuku yetkili olacaktır.

b. İstisna: Daha Sıkı İlişkili Hukuk

MÖHUK m. 24/IV'ün son cümlesinde; *"hâlin bütün şartlarına göre sözleşmeyle daha sıkı ilişkili bir hukukun bulunması hâlinde sözleşme, bu hukuka tâbi olur."* denilerek bir istisnai hükme yer verilmiştir. Hakim kural olarak sözleşmeye uygulayacağı en sıkı ilişkili hukukun tespitinde m. 24/IV, c. 2 gereğince karakteristik edim borçlusunun hukukuna başvuracaktır. Ancak karakteristik edim borçlusunun hukuku yerine sözleşmeyle daha sıkı ilişkili bir hukukun bulunması da muhtemeldir.¹²⁶ Hakim daha sıkı ilişkili bir hukukun mevcut olup olmadığını tespit edebilmek için somut olayı analiz edecek ve ifa yeri, teslim yeri, sözleşme konusu malların bulunduğu yer, tarafların vatandaşlıkları, kullanılan dil gibi her türlü esası gözetecektir.¹²⁷ Ancak bu tespit yapılırken yalnızca sözleşme ile uygulanacak hukukun arasındaki bağlantı sayısına yani niceliğe bakılmamalı aynı zamanda bu bağlantıların niteliği de göz önünde bulundurulmalıdır.¹²⁸ Hakim daha sıkı ilişkili hukuku tespit ettikten sonra bu hukuku uyuşmazlığa uygulamak zorunda olup bu konuda takdir yetkisi bulunmamaktadır.¹²⁹

Sözleşme ile daha sıkı ilişkili bir hukukun varlığı, karakteristik edim borçlusunun mutad meskeni, işyeri ya da yerleşim yerinin yeterli bağlantıya sahip olmaması halinde aranır. Bu durumla en sık, kefalet sözleşmeleri gibi

¹²⁴ Nomer, s. 335; Tekinalp, s. 289; Doğan, s. 413; Şanlı, Esen ve Ataman Figanmeşe, s. 354; Özel, Erkan, Pürselim ve Karaca, s. 428-429; Fügen Sargın, *"Karakteristik Edim Teorisine Eleştirel Bir Yaklaşım"*, AÜHFHD, 50/2 (2001), s. 77.

¹²⁵ Tekinalp, s. 316; Nomer, s. 336; Şanlı, Esen ve Ataman Figanmeşe, s. 354.

¹²⁶ Doğan, s. 413; Şanlı, Esen ve Ataman Figanmeşe, s. 357; Özel, Erkan, Pürselim ve Karaca, s. 436; Demirkol, s. 290. 5718 sayılı MÖHUK'un kabulünden önce, Türk milletlerarası özel hukukunda karakteristik edim teorisinin subjektif ve suni yapısından dolayı terk edilmesi gerektiğine ilişkin eleştirel bir görüş için bkz. Sargın, s. 77-90.

¹²⁷ Şanlı, Esen ve Ataman Figanmeşe, s. 358; Özel, Erkan, Pürselim ve Karaca, s. 436; Bayata Canyaş, s. 179.

¹²⁸ Bayata Canyaş, s. 178-179.

¹²⁹ Bayata Canyaş, s. 180; Güngör, Yakınlık Yaklaşımı, s. 235-236.

bir sözleşmenin başka bir sözleşmeye bağlı olduğu durumlarda karşılaşılmaktadır.¹³⁰ Ancak bir kefalet sözleşmesinin, bağlı olduğu asıl sözleşmenin hukuku ile daha sıkı ilişkili olduğunun tespiti genel bir değerlendirme ile yapılamaz. Bu durumda hakim yine somut olayı inceleyerek karar vermelidir.¹³¹

4. Yabancılık Unsuru İçeren Kefalet Sözleşmesinden Doğan İlişkinin Varlığı ve Maddi Geçerliliğine Uygulanacak Hukuk

Henüz sözleşmenin kurulmadığı bir aşamada tarafların irade beyanlarının sözleşmenin kurulması yönünde olup olmadığı hususunda bir tereddüt mevcutsa, sözleşmeden doğan ilişkinin varlığı ve maddi geçerliliğine, sözleşme geçerli bir şekilde kurulmuş olsaydı hangi hukuk uygulanacaksa o hukuk uygulanacaktır.¹³² Bu durum MÖHUK m. 32'de ayrıca düzenlenmiştir. Hükme göre; *“Sözleşmeden doğan ilişkinin veya bir hükmünün varlığı ve maddî geçerliliği, sözleşmenin geçerli olması hâlinde hangi hukuk uygulanacaksa o hukuka tâbidir.”*

MÖHUK m. 32'nin ikinci fıkrasında istisna bir düzenlemeye yer verilmiş olup; *“Taraflardan birinin davranışına hüküm tanınmanın, uygulanacak hukuka tâbi kılınmasının hakkaniyete uygun olmayacağı hâlin şartlarından anlaşılırsa, irade beyanının varlığına, rızası olmadığını iddia eden tarafın mutad meskeninin bulunduğu ülke hukuku uygulanır.”* denilmiştir. Örneğin kefalet sözleşmesinde taraflardan birinin sözleşmenin kurulması aşamasında sözleşmeye eklenecek olan genel işlem şartlarına karşı susması, sözleşmeye uygulanacak hukuka göre bu işlemi kabul anlamı taşıyor olsun. Bu işleme karşı bir irade beyanının olmadığını iddia eden susan taraf, bu durumu iyiniyetli bir şekilde bilmiyorsa ve bilebilecek durumda da değilse; bu hükmün varlığı ve maddi geçerliliğinin tespitine susan tarafın mutad meskeninin bulunduğu ülke hukuku uygulanacaktır.¹³³

¹³⁰ Frank Vischer, *Droit Internationale Prive*, Fribourg: Editions Universitaires Fribourg Suisse, 1974, s. 190 vd.; Demirkol, s. 304. Ayrıca bkz. 17 Haziran 2008 Tarihli Sözleşmeden Doğan Borç İlişkilerine Uygulanacak Hukuka İlişkin Roma I Tüzüğü Dibacesi 20. Paragraf: *“Sözleşmenin Madde 4(1) veya (2)'de belirtilen ülkeden başka bir ülkeyle açıkça daha yakından bağlantılı olduğu hallerde, kaçış klozu diğer ülkenin hukukunun uygulanacağını öngörmelidir. Bu ülkenin belirlenmesi için, diğer hususların yanı sıra, söz konusu sözleşmenin başka bir sözleşme veya sözleşmelerle çok yakın bir ilişkisi olup olmadığı dikkate alınmalıdır.”* Regulation (EC) No. 593/2008 of the European Parliament and of the Council of 17 June 2008 on the Law Applicable to Contractual Obligations (Rome I), O.J. L 177/6, 4 Temmuz, 2008. <https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2008:177:0006:0016:en:PDF> (Erişim: 12.01.2025).

¹³¹ Demirkol, s. 304.

¹³² Şanlı, Esen ve Ataman Fıganmeşe, s. 382.

¹³³ Doğan, s. 281; Özel, Erkan, Pürselim ve Karaca, s. 482.

5. Yabancılık Unsuru İçeren Kefalet Sözleşmesine Doğrudan Uygulanan Kuralların Etkisi

Doğrudan uygulanan kurallar, yabancılık unsuru içeren bir uyuşmazlık hakkında kanunlar ihtilafı kurallarına başvuru olarak tayin edilen yetkili yabancı hukukun uygulanmasını engelleyen müdahaleci kurallardandır. Bu kapsamda doğrudan uygulanan kurallar; devletlerin ekonomik, sosyal ve siyasal alanda izlediği politikaların yabancılık unsuru içersin ya da içermesin tüm özel hukuk ilişkilerine uygulanmasının zorunlu olduğu kurallar olarak ifade edilebilir.¹³⁴ Her türlü hukuki ilişki ve işlem için uygulama alanı bulan ve genel bir düzenleme niteliğine sahip olan MÖHUK m. 6'ya göre; *"Yetkili yabancı hukukun uygulandığı durumlarda, düzenleme amacı ve uygulama alanı bakımından Türk hukukunun doğrudan uygulanan kurallarının kapsamına giren hâllerde o kural uygulanır."*

MÖHUK'ta yabancılık unsuru içeren uyuşmazlıklara uygulanacak yetkili yabancı hukukun doğrudan uygulanan kurallarına da başvurulacağına ilişkin bir hüküm yer almamaktadır. Öte yandan yetkili yabancı hukukun uygulanması ile bu hukukun emredici, tamamlayıcı, tanımlayıcı ve yorumlayıcı kurallarının bir bütün halinde uygulanması kastedildiğinden, Kanunda açık bir düzenleme olmamasına rağmen bu hukukun doğrudan uygulanan kuralları da dikkate alınacaktır.¹³⁵ Bunun dışında MÖHUK m. 31'de yalnızca sözleşmelerden doğan borç ilişkilerine özgü olarak, sözleşmeyle sıkı ilişki içinde olan üçüncü bir devletin doğrudan uygulanan kurallarına da etki tanınabileceği açıkça düzenlenmiştir. Söz konusu hüküm; *"Sözleşmeden doğan ilişkinin tâbi olduğu hukuk uygulanırken, sözleşmeyle sıkı ilişkili olduğu takdirde üçüncü bir devletin hukukunun doğrudan uygulanan kurallarına etki tanınabilir. Söz konusu kurallara etki tanımak ve uygulayıp uygulamamak konusunda bu kuralların amacı, niteliği, muhtevası ve sonuçları dikkate alınır."* şeklinde ele alınmıştır.

¹³⁴ Özel, Erkan, Pürselim ve Karaca, s. 483. Kavramın gelişim evresi ve farklı dillerde nasıl adlandırıldığı hakkında bkz. Belkis Vural Çelenk, *Application of Third Country Overriding Mandatory Rules-Analytical Comparison of Swiss, Turkish and EU Law*, Zürich: Schultess, 2018, s. 4-14. Phocion Francescakis, "Conflicts de Lois (Principes Generaux)", *Enc. Dalloz. Droit International, C. I*, 471-497, s. 480. (Naklen: Hatice Özdemir Kocasakal, *Doğrudan Uygulanan Kurallar ve Sözleşmeler Üzerindeki Etkileri*, İstanbul: Galatasaray Üniversitesi Yayınları, 2001, s. 8). Mehmet Köseoğlu, "Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun'un 31. Maddesi: Sözleşme ile Sıkı İlişkili Üçüncü Bir Devletin Doğrudan Uygulanan Kurallarına Etki Tanınması", *MHB*, 28/1-2 (2011), s. 150; Tarman, s. 164-165.

¹³⁵ Çelikel ve Erdem, s. 162-163; Doğan, s. 284-285; Köseoğlu, s. 157.

Bu kapsamda, yabancılık unsuru içeren bir kefalet sözleşmesine ilişkin uyuşmazlıkta, hakimın hukukunun (*lex fori*) ve sözleşmeye uygulanacak hukukun (*lex causae*) doğrudan uygulanan kurallarının dışında, sözleşmeyle sıkı ilişkili olan üçüncü bir devlet hukukunun doğrudan uygulanan kurallarına bu kuralların amacı, niteliği, muhtevası ve sonuçları dikkate alınarak etki tanınabilmesi mümkündür.¹³⁶ Örneğin kefalet borcu bir para borcu niteliğini haiz olduğundan, konusu para olan borcun ülke parasıyla ödeneceğine ilişkin TBK m. 99/I hükmü bir doğrudan uygulanan kural olarak kefalet sözleşmesine uygulanacak hukuka etki eder. Bu kapsamda kefalet sözleşmesinin tarafları ödemenin yabancı bir para birimiyle yapılmasını kararlaştırmamışlarsa ödeme Türk parasıyla yapılır. Öte yandan kanaatimizce, asıl borç ilişkisinin bir doğrudan uygulanan kuralın kapsamına girmesi halinde bu borç ilişkisine bağlı kefalet sözleşmesinin de aynı kurallardan etkileneceğinden söz edilemez. Örneğin, asıl borcun konusu kültürel varlıklarımızın yurt dışına çıkarılmasına ilişkinse, 2863 sayılı Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Kanunu¹³⁷ m. 32 devreye girerek yurt dışına çıkarma yasağı uygulanacaktır. Ancak bu doğrudan uygulanan kuralın hem para borcu niteliğini haiz olan hem de ayrı bir sözleşme olan kefalet ilişkisine de etki edeceği söylenemez.

6. Kefalet Sözleşmesinde İfanın Gerçekleştirilme Biçimi ve Tedbirlere Uygulanacak Hukuk

MÖHUK m. 33'te; "*İfa sırasında gerçekleştirilen fiil ve işlemler ile malların korunmasına ilişkin tedbirler konusunda bu işlem veya fiillerin yapıldığı veya tedbirin alındığı ülke hukuku dikkate alınır.*" düzenlemesine yer verilmiştir. Bu hüküm sözleşmeye uygulanacak hukukun yetkisini ortadan kaldırmamaktadır. Aksine yabancı bir ülkede ifanın gerçekleştirilme biçimi, ifaya konu olan malların korunması veya gözetimi ve de bunlara ilişkin alınacak tedbirler hakkında, gerekli hallerde bu işlem veya fiillerin yapıldığı veya tedbirin alındığı ülke hukukunun da dikkate alınacağı öngörülmektedir.¹³⁸ Öte yandan ifa yükümlülüğünün kapsamına ve ifa etmemenin sonuçlarına sözleşmeye uygulanacak olan hukuk uygulanmaya devam edecektir.¹³⁹

¹³⁶ Doğa Elçin, "*Karşılaştırmalı Hukuk Işığında Türk Hukukunda Sözleşmeyle İrtibatlı Üçüncü Devletin Doğrudan Uygulanan Kuralları*", Prof. Dr. Ata Sakmar'a Armağan, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 10/1 (2011), s. 345.

¹³⁷ RG 23.07.1983, S. 18113.

¹³⁸ Şanlı, Esen ve Ataman Figanmeşe, s. 383.

¹³⁹ Özel, Erkan, Pürselim ve Karaca, s. 486; Şanlı, Esen ve Ataman Figanmeşe, s. 383-384.

Yabancılık unsuru içeren bir kefalet sözleşmesi söz konusu olduğunda kefilin alacaklıya yapacağı ifade, paranın hazır edilme şekli, dövizle ödenip ödenemeyeceği gibi hususlar hakkında kefalet sözleşmesine uygulanacak hukuk ile ifanın gerçekleştirildiği yer hukuku arasında bir çelişkinin ortaya çıkması mümkündür. Bu durumda ortaya çıkan çelişkili durumun giderilmesi için sözleşmeye uygulanacak hukukun yanında ifanın gerçekleştirildiği yer hukuku da hakim tarafından dikkate alınır.¹⁴⁰

SONUÇ

Bir Türk hakiminin önüne gelen kefalet sözleşmesine ilişkin uyuşmazlıkta yabancılık unsuruna rastlamak mümkündür. Bu durumda hakim, yabancılık unsuru içeren kefalet sözleşmesine ilişkin uyuşmazlığın çözümü için TBK'da yer alan maddi hukuk hükümlerine değil, sözleşmeden doğan borç ilişkilerine uygulanacak hukuku tespit etmek amacıyla kanunlar ihtilafı kurallarına başvurmalıdır. Ancak her şeyden önce, söz konusu uyuşmazlığın kefalet sözleşmesine ilişkin bir mesele olup olmadığının saptanması gerekir. Kanunlar ihtilafı hukukunda vasıflandırma olarak adlandırılan bu müessesenin hangi hukuka göre yapılacağı konusunda doktrinde farklı görüşler mevcuttur. Ağırlıklı olarak, uyuşmazlığın konusu olan olay ya da ilişkinin vasıflandırılmasında hakim in hukukuna (*lex fori*) başvurulması gerektiği kabul edilmektedir. Türk doktrinindeki kaynaklar incelendiğinde sözleşmeden doğan borç ilişkilerinin vasıflandırılmasında da genel olarak *lex fori* prensibinin benimsendiği görülür. Öte yandan kefalet sözleşmesinin tarafları MÖHUK m. 24/I kapsamında sözleşmeye uygulanacak hukuku seçebilirler. Kanunun tanıdığı bu imkân çerçevesinde taraflar kefalet sözleşmesine uygulanacak hukuku seçtikleri takdirde vasıflandırma da sözleşmenin esasına uygulanacak hukuka tabi olacaktır.

MÖHUK'ta kefalet sözleşmelerinin geçerlilik şekline uygulanacak hukuk konusunda özel bir düzenleme bulunmadığından dolayı MÖHUK m. 7'ye göre uygulanacak hukuk, yapıldığı ülke hukukunun veya kefalet sözleşmesinin esası hakkında yetkili hukukun maddi hukuk hükümlerine göre tespit edilecektir. Taraflar kefalet sözleşmesinin esasına uygulanmak üzere hukuk seçiminde bulunmuşlarsa, kefalet sözleşmesi bu hukukun maddi hukuk hükümlerine uygun şekilde yapıldığı takdirde de geçerli olacaktır.

¹⁴⁰ Çelikel ve Erdem, s. 467; Özel, Erkan, Pürselim ve Karaca, s. 487.

Kefalet sözleşmesine uygulanacak hukukun tespiti bakımından MÖHUK'ta özel bir düzenleme yer olmadığından dolayı hakim, önüne gelen yabancılık unsuru içeren kefalet sözleşmesine ilişkin uyuşmazlıkta MÖHUK m. 24'e başvuracaktır. Bu kapsamda kefalet sözleşmesinin tarafları olan alacaklı ve kefil öncelikle aralarındaki sözleşme ilişkisine uygulanacak olan hukuku seçebilirler. Seçilen hukuk, kefalet sözleşmesinin taraflarının ehliyetine ve sözleşmenin şekline ilişkin konular hariç olmak üzere sözleşmenin tamamı üzerinde etki doğurur. Sözleşmeden doğan borç ilişkisinde taraflar, uygulanacak hukuku açık veya örtülü şekilde belirlemedilerse, uyuşmazlığa uygulanacak hukuk objektif bağlama kurallarına göre tespit edilir. Kanun koyucu, tarafların aralarındaki sözleşmeden doğan borç ilişkisine uygulanacak hukuku seçmedikleri hallerde, sözleşmeyle en sıkı ilişki içinde bulunan hukuku bağlama noktası olarak belirlemiştir. Sözleşme ticari ve mesleki bir faaliyet sonucu kurulmuşsa sözleşmeyle en sıkı ilişkili olan hukuk, karakteristik edim borçlusunu olan kefilin, sözleşmenin kuruluşu sırasındaki mutad meskeni hukukudur. Eğer sözleşme ticari ve mesleki bir faaliyet sonucu kurulmuşsa sözleşme ile en sıkı ilişki içinde bulunan hukuk, kefilin işyeri hukuku, bulunmadığı hallerde yerleşim yeri hukuku olacaktır. Kefilin birden çok iş yeri mevcutsa yetkili hukuk, sözleşmeyle en sıkı ilişki içinde bulunan işyeri hukuku olacaktır. Ancak hakim daha sıkı ilişkili bir hukukun mevcudiyetini tespit ederse, sözleşme bu hukuka tabi olacaktır. Kefalet sözleşmesi gibi bir sözleşmenin varlığının başka bir sözleşmeye bağlı olduğu durumlarda, karakteristik edim borçlusunun hukuku dışında asıl sözleşmenin hukuku ile daha sıkı bir ilişkinin bulunması muhtemeldir. Hakim, kefalet sözleşmesinin asıl borç ilişkisine uygulanacak olan hukukla daha sıkı bir ilişkisinin bulunup bulunmadığına somut olayın tüm şartlarını inceleyerek karar vermelidir.

KAYNAKÇA

- Akıncı, Ziya. *Milletlerarası Özel Hukuk*. İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2020.
- Alibaba, Arzu. *Milletlerarası Unsurlu Sözleşmelerde Hukuk Seçimi ve Sınırlandırılması*. AÜSBÜ. Yayınlanmamış Doktora Tezi. Ankara: 2006.
- Allarousse, Veronique. "A Comparative Approach to the Conflict of Characterization in Private International Law". *Case Western Reserve Journal of International Law*. 23/3 (1991): (ss. 479-516).
- Aral Fahrettin ve Hasan Ayrancı. *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*. 17. Baskı. Ankara: Yetkin Yayınları, 2024.
- Ayan, Serkan. *Kefalet Sözleşmesi*. Ankara: Adalet Yayınevi, 2018.
- Aydoğdu, Gamze. *Milletlerarası Özel Hukukta Hukuk Seçimi Anlaşmaları*. Ankara: Yetkin Yayınları, 2023.
- Aygün, Mesut. "Güncel Gelişmelerin Işığında Çekten Doğan Yabancı Unsurlu Uyuşmazlıklara Uygulanacak Hukukun Tespiti". *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 61/3 (2012): (ss. 925-972). (Çek)
- Aygün, Mesut. "Yabancılık Unsurunun Mahiyeti ve Yargılamadaki Rolü". *DEÜHFD*. Prof. Dr. Hakan Pekcanitez'e Armağan. 16/Özel Sayı (2014): (ss. 1025-1066). (Yabancılık Unsuru)
- Ayrancı, Hasan. "Şekil Şartına Uyulmadan Yapılan Kefalet Sözleşmesinde İfannın Sonuçları". *AÜHFD*. 53/2 (2004): (ss. 95-120).
- Baş, Ece. "6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'nda Kefalet Sözleşmesinin Geçerlilik Şartlarına İlişkin Bazı Yenilikler". *İÜHFM*. 70/2 (2012): (ss. 115-144).
- Bayata Canyaş, Aslı. *AB ve Türk Hukuku Uyarınca Sözleşmeye Uygulanacak Hukuka İlişkin Genel Kural*. Ankara: Adalet Yayınevi, 2012.
- Bilge, Necip. "Kefilin Mesuliyetinin Şümulü". *AÜHFD*. 13/1-2 (1956): (ss. 86-171).
- Can, Hacı ve Ekin Tuna. *Milletlerarası Özel Hukuk*. 5. Baskı. Ankara: Adalet Yayınevi, 2021.
- Çelebi, Oğuzhan. *Kefalet Sözleşmesi ve Eşin Rızası*. Ankara: Seçkin Yayınları, 2022
- Çelikel, Aysel ve B. Bahadır Erdem. *Milletlerarası Özel Hukuk*. 18. Baskı. İstanbul: Beta Yayınları, 2024.
- Demirkol, Berk. *Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun'un 24. Maddesi Çerçevesinde Sözleşmeye Uygulanacak Hukuk*. İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2011.
- Develioğlu, Hüseyin Murat. *Kefalet Sözleşmesini Düzenleyen Hükümler Işığında Bağımsız Garanti Sözleşmeleri*. İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2009.
- Doğan, Vahit. *Milletlerarası Özel Hukuk*. 10. Baskı. Ankara: Savaş Yayınları, 2024.
- Ekşi, Nuray. "Yabancılık Unsuru Taşıyan Akitler ve Bu Akitlerin AT Roma Konvansiyonu'na Göre Anlamı". *MHB*. 12/1-2 (1992): (ss. 1-10).
- Elçin, Doğa. "Karşılaştırmalı Hukuk Işığında Türk Hukukunda Sözleşmeyle İrtibatlı Üçüncü Devletin Doğrudan Uygulanan Kuralları". Prof. Dr. Ata Sakmar'a Armağan. *Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*. 10/1 (2011): (ss. 329-354).
- Elçin Grassinger, Gülçin. *Borçlar Kanunu'na Göre Kefilin Alacaklıya Karşı Sahip Olduğu Savunma İmkanları*. İstanbul: Alfa Basım Yayım, 1996.

- Eren, Fikret. *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*. 10. Baskı. Ankara: Yetkin Yayınlar, 2022.
- Graveson, Ronald Harry. *The Conflict of Law*. London: Sweet & Maxwell, 1948.
- Gümüş, Mustafa Alper. *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, C. II. 3. Baskı. İstanbul: Vedat Yayıncılık, 2014.
- Güngör, Gülin. *Temel Milletlerarası Özel Hukuk Metinlerinin Sözleşmeden Doğan Borç İlişkilerine Uygulanacak Hukuk Konusunda Yakınlık Yaklaşımı*. Ankara: Yetkin Yayınları, 2007. (Yakınlık Yaklaşımı)
- Güngör, Gülin. *Türk Milletlerarası Özel Hukuku*. 3. Baskı. Ankara: Yetkin Yayınları, 2022.
- Günsay, Töre. "Kefalet Sözleşmesinin Feriliği İlkesi". DEÜHFD. Prof. Dr. Şeref Ertaş'a Armağan. 19/Özel Sayı (2017): (ss. 1079-1101).
- Kocaman, Arif Burhanettin ve Kübra Kaya. "Kefalet Sözleşmesinde Eşin Rızası" İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi. 6/1 (2020): (ss. 1-29).
- Köseoğlu, Mehmet. "Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun'un 31. Maddesi: Sözleşme ile Sıkı İlişkili Üçüncü Bir Devletin Doğrudan Uygulanan Kurallarına Etki Tanınması". MHB. 28/1-2 (2011): (ss. 147-172).
- Lorenzen, Ernest G. "The Qualification, Classification, or Characterization Problem in the Conflict of Laws". The Yale Law Journal. 50 (1941-1940): (ss. 743-761).
- Nomer, Ergin. *Devletler Hususi Hukuku*. 23. Baskı. İstanbul: Beta Yayınları, 2021.
- Öz, M. Turgut, Ebru Ceylan, Murat Doğan, Şebnem Akipek Öcal, Hayrunnisa Özdemir, Kemal Şenocak, Emre Cumalıoğlu ve Selin Sert Sütçü. *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*. Ankara: Seçkin Yayınevi, 2023.
- Özdemir Kocasakal, Hatice. "Sözleşmelere Uygulanacak Hukukun MÖHUK m. 24 Çerçevesinde Tespiti ve Üçüncü Devletin Doğrudan Uygulanan Kuralları". MHB. 30/1-2 (2010): (ss. 27-88).
- Özdemir Kocasakal, Hatice. *Doğrudan Uygulanan Kurallar ve Sözleşmeler Üzerindeki Etkileri*. İstanbul: Galatasaray Üniversitesi Yayınları, 2001. (DUK)
- Özel, Sibel, Mustafa Erkan, Hatice Selin Pürselim ve Hüseyin Akif Karaca. *Milletlerarası Özel Hukuk*. 3. Baskı. İstanbul: On İki Levha Yayınları, 2024.
- Özen, Burak. *6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Çerçevesinde Kefalet Sözleşmesi*, 3. Baskı. İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2014.
- Rabel, Ernst. *The Conflict of Laws: A Comparative Study*. Vol. 1. Ann Arbor: The University of Michigan Press, 1945.
- Reisoğlu, Seza. "Kefalet Kavramı ve Muteberlik Şartları". AÜHFD. 19/1 (1962): (ss. 327-392). (Muteberlik Şartları)
- Reisoğlu, Seza. *Türk Kefalet Hukuku*. Ankara: 2013. (Kefalet)
- Robertson, Arthur Henry. *Characterization in the conflict of laws*. Harvard: Harvard University Press, 1940.
- Ruhi, Ahmet Cemal ve Canan Ruhi. *Türk Kefalet Hukuku*. Ankara: Seçkin Yayınevi, 2018.
- Sargın, Fügen. "Karakteristik Edim Teorisine Eleştirel Bir Yaklaşım". AÜHFD. 50/2 (2001): (ss. 37-95).
- Sarı İyim, Asuman. *Alman Hukuku Kıyası ile Kefalet Sözleşmesinin Geçerlilik Şartları*. İKÜSBE. Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi. İstanbul: 2015.

- Singh, Shivani. "Characterization of an International Conflict in Private International Law: The Concept and the Complications". *International Journal of Research in Engineering, IT and Social Sciences*. 8/4 (2018): (ss. 18-25).
- Şahin, Onur. "Kefalet ve Bağımsız Garanti Sözleşmelerinin Sona Erme Halleri". *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*. 29/126 (2016): (ss. 311-338).
- Şanlı, Cemal, Emre Esen ve İnci Ataman Figanmeşe. *Milletlerarası Özel Hukuk*. 11. Baskı. İstanbul: Beta Yayınları, 2024.
- Tarman, Zeynep Derya. "5718 Sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun (MÖHUK) Uyarınca Yabancılık Unsuru Taşıyan Akdi Borç İlişkilerinde Hukuk Seçimi". *BATIDER*. 26/1 (2010): (ss. 143-171).
- Tekinalp, Gülören. *Milletlerarası Özel Hukuk-Bağlama ve Usul Hukuku Kuralları*. 13. Baskı. İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2020.
- Toker, Ali Gümrah. "Yabancı Unsurlu Teminat Mektubu Sözleşmesine Uygulanacak Hukuk". *DEÜHFD*. 12/Özel Sayı (2010): (ss. 991-1052).
- Vischer, Frank. *Droit Internationale Prive*. Fribourg: Editions Universitaires Fribourg Suisse, 1974.
- Vural Çelenk, Belkis. *Application of Third Country Overriding Mandatory Rules-Analytical Comparison of Swiss, Turkish and EU Law*. Zürich: Schultess, 2018.
- 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*. 74/1 (2016): (ss. 461-486).
- Yavuz, Cevdet. *Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler*. C. 2. İstanbul: Beta Yayınları, 2022.
- Yılmaz, Merve. "Türk Borçlar Kanunu'na Göre Kefalet Sözleşmesinin Geçerlilik Şartları". *TAAD*. C. 1, S. 7, Y. 2011: (s. 67-92).
- Zevkliler, Aydın ve K. Emre Gökyayla. *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*. 22. Baskı. Ankara: Turhan Kitabevi, 2024.
- <https://eurlex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2008:177:0006:0016:en:PDF>.
- <https://legalbank.net/>
- https://www.fedlex.admin.ch/eli/cc/27/317_321_377/en.
- <https://www.lexpera.com.tr>
- <https://www.ppm.mateuszpilich.edh.pl/lorenzen.pdf>
- <https://www.legifrance.gouv.fr/download/pdf/legiOrKali?id=LEGITEXT000006070721.pdf&size=1,3%20Mo&pathToFile=/LEGI/TEXT/00/00/06/07/07/21/LEGITEXT000006070721/LEGITEXT000006070721.pdf&title=Code%20civil>.
- <https://scholarlycommons.law.case.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1651&context=jil>
- <https://karararama.yargitay.gov.tr>