

TÜRK BORÇLAR KANUNU'NUN 603. MADDESİNİN KIYMETLİ EVRAK HUKUKUNDA UYGULANABİLİRLİĞİ - AVALDE EŞİN RIZASI ARANMALI MI ?*

Mehmet Çelebi CAN**

ÖZET

Kanun koyucu 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun kefaletle ilişkin hükümlerinde, mehz İsviçre Borçlar Kanunu'nda ve 818 sayılı Borçlar Kanunu'nda karşılığı bulunmayan ve kefalet sözleşmesinin uygulama alanını genişleten 603'üncü madde hükmünü mevzuata dâhil etmiştir. Buna göre; eşin rızası da dâhil olmak üzere, kefil olma ehliyetine ve kefaletin şekline ilişkin hükümler, kişisel güvence verilmesine ilişkin olarak yapılan diğer sözleşmelere de uygulanacaktır. Böylece, mezkûr hükmün kapsamı belirsiz bir şekilde oldukça genişletilmiş ve kural olarak kişisel güvence sözleşmelerinin hepsinin madde lafzında geçen ek şartlara tâbi olduğu yönünde yorumların yapılmasına yol açılmıştır. Tam da bu noktada, mezkûr madde hükmünün Türk Ticaret Kanunu'nun Kıymetli Evrak Kitabı'nda düzenlenen aval kurumunu da kapsayıp kapsamadığı sorusu, öğretide ve yargı kararlarında farklı şekilde cevaplanmıştır. Kefalet bakımından mücerret ve daha ağır bir sorumluluk getirmesinin yanı sıra, kişisel güvence sözleşmesi niteliğini haiz olan aval için de söz konusu hükmün uygulanması gerektiği her zaman ve kolaylıkla söylenebilecek bir savdır. Hatta, ehliyetsizin korunmasına ilişkin kuralların, kambiyo senedinin tedavül gücünün ve işlem güvenliğinin korunması ihtiyaçlarına nazaran öncelikli olduğu ön kabulü karşısında, TBK m. 603 düzenlemesinin aveli de kapsadığını ileri sürmek, sınırlı ölçekteki ilk bakışta mantıklı da gözükmektedir. Ancak söz konusu düzenlemeyi aval kurumu ile bağdaştırılabilmek ve kambiyo senedi üzerinde tatbik etmek imkân dâhilinde olmadığı gibi; aksi düşünce, TTK m. 701'in uygulama kabiliyetini ortadan kaldırmaktadır.

Anahtar Kelimeler: Aval, Kefalet Sözleşmesi, Eşin Rızası, Kambiyo Senetleri, Ehliyet

* Bu makale, 09 Mayıs 2016 tarihinde Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi ev sahipliğinde gerçekleştirilen "Ticaret Hukukundaki Güncel Gelişmeler" sempozyumundaki "Yargıtay Kararları Işığında Avalde Eşin Rızası" adlı kısa sunumdan esinlenerek hazırlanmıştır.

** Yrd. Doç. Dr., Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi. e-posta: celebican001@gmail.com

Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih : 25/08/2017

Yayınlanmasının Uygun Görüldüğü Tarih: 24/01/2018

APPLICABILITY OF ARTICLE 603 OF THE TURKISH CODE OF OBLIGATION TO SECURITIES LAW: CONSENT OF A SPOUSE AS A CONDITION FOR SURETY CONTRACTS

ABSTRACT

The Turkish Code of Obligations No: 6098 includes provisions in Article 603 expanding the scope of guarantee contracts, which are not covered by the Swiss Code of Obligations inspiring this code, or the repealed Turkish Code of Obligations No: 818. According to the new law, provisions regarding the legal capacity of the guarantor and the form of guarantee, including consent of a spouse, shall apply also to other contracts regarding personal guarantees. This law has created ambiguity with respect to the scope of the provisions on guarantee contracts and led to arguments that, in principle, all personal guarantees are subject to the additional conditions in these provisions. The question of whether the relevant provisions comprise also the surety contracts under the Turkish Commercial Code has been responded differently by academia and the courts. It could be fairly argued that the relevant provisions apply also to surety contracts, which imposes more burdensome obligations for guarantee, as it is also a personal guarantee in essence. Further, given that provisions regarding protection of individuals lacking legal capacity prevails upon the need to protect tradability and transaction security of bills of exchange, this argument prima facie appears to be plausible. This said, assessing these general provisions in the same context of security contracts, and applying them to bills of exchange is not practicable. Such an argument would prevent applicability of article 701 of the Turkish Commercial Code.

Keywords: *Bill Guarantee, The Contract of Surety, Spouse's Consent, Bill of Exchange, Capacity to Incur Liability*

I. GİRİŞ

Türk Ticaret Kanunu'ndaki ("TTK") kıymetli evraka ilişkin düzenlemelerin asıl kaynağı Cenevre Yeknesak Kuralları (*The Geneva Uniform Law*) olan İsviçre Borçlar Kanunu'nun ilgili hükümleridir. Cenevre Yeknesak Kurallarında mevcut olmasa da, İsviçre Borçlar Kanunu'nda ("OR") olduğu gibi Türk Ticaret Kanunu'nda da kıymetli evraka ilişkin kurallar, "genel hükümler" başlığı altında düzenlenmiştir.

Kıymetli evraka ilişkin hükümler, başta TTK olmak üzere mevzuatımızda farklı kanunlarda yer almaktadır. Bu çalışma bakımından önem arz eden ilk husus, aval örneğinde olduğu gibi, kıymetli evrakla ilgili hususi nitelikteki başlıkların TTK'nın üçüncü kitabında bağımsız bir biçimde düzenleniyor olmasıdır. Bu sebeple TTK'da, kıymetli evraka ilişkin bağımsız bir biçimde

düzenlenmiş hükümler var iken, oluşturulacak veya yorumlanacak diğer mevzuat hükümlerinin, TTK'da belirlenen bu asıl rejimin dışına çıkmamasına; kıymetli evraka dair hukuki kurumların işlevsiz bırakılmamasına özen göstermek gerekir.

Türk Borçlar Kanunu'nun (“TBK”) kefalete ilişkin hükümlerinde, 818 sayılı eski Borçlar Kanunu'na (“eBK”) nazaran esaslı değişiklikler öngörülmüştür. Özellikle mehz İsviçre Borçlar Kanunu ve eBK'da karşılığı bulunmayan; kefalet sözleşmesinin uygulama alanını genişleten TBK m.603 mevzuata dâhil edilmiştir. Söz konusu madde ile “eşin rızası” da dâhil olmak üzere, “kefil olma ehliyeti” ve “kefaletin şekline” ilişkin hükümler, kişisel güvence verilmesini içeren diğer sözleşmelere de uygulanacaktır. Bu hüküm, kefalet sözleşmesine ilişkin hükümlerin uygulama alanını oldukça genişletmiş; kimi şekle tabi güvence sözleşmelerini de madde lafzında geçen ek şekil şartlarına tâbi kılmıştır. **Kanun koyucu bu düzenleme ile kefil koruyucu hükümlere tâbi olmamak amacıyla hareket edilmesini ve bu bağlamda alacaklıların kefil koruyucu hükümlerden kurtulmalarının ve bunları dolanmalarının önüne geçmeyi hedeflemiştir**¹. Ancak önemle ifade edilmelidir ki kişisel güvence verilmesine ilişkin sözleşmelerin hangilerinin kefalet sözleşmesine ilişkin şekil şartlarına, ehliyet koşullarına ve eşin rızasının aranmasına tâbi olacağı konusunda kanun koyucu açıkça bir düzenleme yapmamıştır. Madde gerekçesinde “...mesela kefalet sözleşmesi yerine üçüncü kişinin fiilini üstlenme sözleşmesi yapılmasında olduğu gibi...” demek suretiyle Borçlar Hukuku sistematığı içinde yer alan üçüncü kişinin fiilini üstlenme sözleşmesi, gerekçedeki örnek olarak kefalet sözleşmesi hükümlerinin uygulanma alanına dâhil edilmiştir. Bu noktada belirtmek gerekir ki; mehz İsviçre Borçlar Kanunu'nun 494. maddesinde kefil olma esnasında eşin rızasının aranacağına ilişkin bir düzenleme mevcut olup, Türk kanun koyucusu, bu düzenlemeyi TBK m. 584 ile mevzuatımıza yansıtmıştır. Fakat bu çalışmada cevap aranan soru esasen TBK m. 584 ile ilgili olmayıp², TBK m. 603 düzenlemesi ile ilgilidir. Zira, çalışmamız bakımından tartışılan hususun çerçevesini tek başına

¹ TBK m. 603'ün gerekçesi için bkz. Türk Borçlar Kanunu Tasarısı, TBMM Dönem:23 C: 89, SS: 321, s. 107, (TBK Gerekçe).

² OR Art 492'de düzenlenmiş olan eşin rızasına ilişkin düzenlemenin amacı ve kapsamı hakkında bkz. **Pestalozzi**, C.M.: Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht I Art.1-529 OR, 6.Aufl., (Hrsg: Heinrich Honsell, Nedim Peter VOGT, Wolfgang Wiegand), Basel 2015, Art 494, Rn. 1 ff, s. 2908-2910; **Staffelbach**, D.: OR Handkommentar zum Schweizerischen Obligationenrecht, (Hrsg: Kren Kostkiewicz, Urs Bertschinger, Peter Breitschmid, Iwo Schwander), Zürich 2009, Art 494 N.1, s. 1083-1084.

ve sınırlı biçimde TBK m. 584'te düzenlenen “kefalet sözleşmesinde eşin rızasının aranması” değil, “aval'de eşin rızasının aranması başta olmak üzere, TBK m. 603'te ifade edilip, m. 583 ve devamı hükümlerinde yer bulan “kefaletin şekline ve kefil olma ehliyetine ilişkin hükümlerin de” kıymetli evrak hukuku ve özellikle aval bakımından aranmasının mümkün olup olmadığı” sorusu belirlemektedir. Nitekim, TBK m. 603 bu sorunun kaynağını oluşturmaktadır.

Kefalet sözleşmesinin şekline ve ehliyet koşulları ile eşin rızasına ilişkin mezkûr TBK hükümlerinin kişisel güvence verilmesini konu alan ve bir kıymetli evrak kurumu olan avalde de uygulanıp uygulanmayacağı sorusu, özellikle eşin rızası ile ilgili yargı kararlarında birbiriyle çelişkili biçimde cevaplanmaktadır. Bu noktada hem uygulamaya bir nebze olsun ışık tutmak hem de çalışmamızın konusunu sınırlandırmak amacıyla, kefalet sözleşmesine ilişkin TBK m. 603 hükmünün aval dışındaki kişisel güvence verilmesine ilişkin başka ad altında yapılan diğer sözleşmelere olan etkisinin inceleme alanımızın dışında kalacağını belirtmekte fayda görüyoruz. Buna ilaveten, poliçe (bono ve çek) borcunun kefalet suretiyle de teminin mümkün olduğunu kabul etmekle birlikte, bu konu da çalışma kapsamımızın dışında kalmaktadır. Kambiyo uygulamasında çoğu zaman tarafların “aval” yerine senedi “ciro etme” yolunu tercih ettikleri görülmektedir. Zira, aval esasen senede bir güvensizlik yaratırken, ciro ise senedi bu sakıncalı görünümünden korumaktadır³. Bu husus da çalışma kapsamı dışında tutulmuştur. Ancak hemen belirtelim ki, kanun koyucunun TBK m. 603'teki amacının dışına çıkarak, avalde eşin rızasının aranmasının bir zaruret olduğunun kabulü halinde, uygulamada aval yerine senedin ciro edilmesi yoluna gitme tercihinin daha da artacağında şüphe yoktur. Dolayısıyla, kefalette cari olan eşin rızasının aranması zaruretinin, aval ile dolanılmasının önüne geçilmesi amacından hareketle TBK m. 603 kapsamına aval müessesinin de dâhil olduğu görüşü, esasında aval amacı taşıyan (gizli/açık) görünürdeki ciro işlemlerinin yaygınlığı gözetildiğinde, uygulama bakımından rasyonel bir gerekçe ve/veya çözüm olmanın hayli uzağında kalmaktadır. Sonuç olarak, Türkiye'deki kambiyo uygulamasında gizli aval niteliği taşıyan ciro işlemlerinin⁴ yaygınlığı karşısında, TBK m. 584'te yer alan kefalette eşin rızası ilkesinin aval yoluyla dolanılmasının önüne geçilmesi sâiki

³ **Öztaş**, F.: Kıymetli Evrak Hukuku, Ankara 1997, B.2, s.790, (1997). Benzer şekilde uygulamada aval yerine cironun tercih edilerek, teminat verenin ciranta olarak kambiyo senedinde yer aldığı görüşü serdedilmiştir. Bkz. **Poroy**, R./**Tekinalp**, Ü.: Kıymetli Evrak Hukuku Esasları, B. 21, İstanbul 2013, s. 208.

⁴ Aval yerine ciro zincirinde yer alma konusuna ilişkin bkz. **Poroy/Tekinalp**, s. 207-208. Ciro temlik, tahsil veya rehin fonksiyonları olmak üzere farklı amaçlarla yapılan kambiyo hukukundaki bir devir işlemi olmasının TBK m. 603 kapsamına girmesine engel teşkil edeceği kuşkusuzdur.

ile TBK m. 603 hükmünün, kambiyo hukuku müessesesi olan aval için de uygulanmak istenmesi pek çok sakıncalar taşımaktadır. Aval için eşin rızasını arama yönündeki bu tercih, TBK m. 584'teki kanun koyucunun, ailenin ekonomik varlığının korunması⁵ amacına aykırılıkları engellemekten ziyade, bir kambiyo müessesesi olan aval tercih edilen bir şahsi teminat olmaktan çıkarak, bunun yerine ve bu amaçla gizli aval niteliğindeki ciro işlemlerine daha da sıklıkla başvurulmasına sebebiyet verecektir. Bu takdirde de pek yakın bir gelecekte, bir temlik işlemi olmasının yanında, taşıdığı teminat fonksiyonu da gözetildiğinde bu seferde cironun, TBK m. 603 kapsamında değerlendirilmesi gündeme gelecektir.

Çalışmamız kapsamında öncelikle kişisel güvence sözleşmesi kavramı ve takiben kefalet sözleşmesi ile aval kurumu genel hatlarıyla incelenecek; daha sonra söz konusu müesseseler arasındaki farklar üzerinde durulacaktır. Gerek pratik gerekse teorik olarak bu iki kurum arasındaki farkları ortaya koymak, kefaletle ilişkin hükümlerin aval kurumunun mahiyetine uygun düşüp düşmediğinin tespitinde yol gösterici olacaktır. Daha sonra kefalet sözleşmesinin kişisel güvence verilmesine ilişkin sözleşmelere uygulanacak hükümleri incelenerek, kefaletin şekli ve ehliyeti –özel olarak eşin rızası- ile avalde şekil ve ehliyet konularına çalışma sınırları çerçevesinde değinilecek; son olarak da söz konusu düzenlemenin aval bakımından yerindeliği, Yargıtay içtihatları ve öğretide savunulan görüşler ışığında tartışılacak ve olması gereken hukuk açısından bir sonuca varılmaya çalışılacaktır.

⁵ Aile birliğinin korunması ile ilgili tasarruf yetkisinin sınırlanmasına yönelik düzenlemeyi kanun koyucu TMK m. 199'da şu şekilde düzenlemiştir:

“Ailenin ekonomik varlığının korunması veya evlilik birliğinden doğan mali bir yükümlülüğün yerine getirilmesi gerektirdiği ölçüde, eşlerden birinin istemi üzerine hakim, belirleyeceği malvarlığı değerleriyle ilgili tasarrufların ancak onun rızasıyla yapılabileceğine karar verebilir.

Hakim bu durumda gerekli önlemleri alır.

Hakim, eşlerden birinin taşınmaz üzerinde tasarruf yetkisini kaldırır, resen durumun tapu kütüğüne şerh edilmesine karar verir”.

Bu düzenleme öncesinde ise, TMK m. 193'te eşlerin hukuki işlemleri ile ilgili olarak ise şu şekilde bir düzenleme getirmiştir:

“Kanunda aksine hüküm bulunmadıkça, eşlerden her biri diğeri ve üçüncü kişilerle her türlü hukuki işlemi yapabilir”.

Yukardaki hükümlerden anlaşılacağı üzere, kural eşlerin serbestçe her türlü hukuki işlem yapabilmeleridir. İstisna kanun ile getirilebilir. Nitekim, TBK m. 584 bu noktada söz konusu istisnalardan biridir. Ancak bu hüküm eşlerin ehliyetini sınırlamamakta, yani tam ehliyetli olmalarını ortadan kaldırmamakta, sadece belirli sözleşmeler bakımından bir takyit getirmektedir. Bunun amacı da ailenin ekonomik varlığının korunması olarak gösterildiğinden, hükmün dar yorumlanması gerektiği kanaatindeyiz.

Kefalet sözleşmesinde ehliyeteye ilişkin getirilecek bir düzenlemenin, kefaletle nazaran mücerret ve daha ağır bir sorumluluk getiren aval için de geçerli olması gerektiği her zaman ve kolaylıkla söylenebilecek bir savdır. Hatta, ehliyetsizin korunmasına ilişkin kuralların, kambiyo senedinin tedavül gücünün ve işlem güvenliğinin korunması ihtiyaçlarına nazaran öncelikli olduğu ön kabulü karşısında, TBK m. 603 düzenlemesinin, avali de kapsadığını ileri sürmek sınırlı ölçekteki ilk bakışta mantıklı da gözükmektedir. Ancak bu çalışmanın kapsamını belirleyen ve hazırlanmasını tetikleyen soru, TBK m.603'teki düzenlemenin, kefalette eşin rızası konusu ile sınırlı olmadığı; bunun yanında kefaletin şekline ve kefil olma ehliyetine ilişkin TBK m. 583 ve devamı hükümlerinin aval kurumu ile nasıl bağdaştırılabileceği ve kambiyo senedi üzerinde nasıl tatbik edilebileceği konularıdır. TBK m. 603'te kanun koyucunun kişisel güvence veren diğer sözleşmelerden bahsederken asıl amacının ne olduğu herhâlde –hiç şüphesiz garanti sözleşmesi- göz ardı edilmemesi gereken bir husustur.

II. KİŞİSEL GÜVENCE SÖZLEŞMELERİ

A. GENEL OLARAK

Kanun koyucunun TBK m. 603 hükmünde, “...*kişisel güvence verilmesine ilişkin olarak başka ad altında yapılan diğer sözleşmelere de uygulanır*” demek suretiyle bilhassa “*kişisel güvence sözleşmeleri*” kavramına yer verdiği görülmektedir. Dolayısıyla kanun koyucunun bu hükümdeki *ratio legis*'inin belirlenmesi gereği ortadadır. Bu nedenle öncelikle söz konusu kavramın mahiyetini inceleyerek kanun koyucunun neyi amaçladığını belirlemek önem arz etmektedir. Esasen bu kapsamda bulunması tartışmasız olan sözleşmeler olduğu gibi, kişisel güvence sözleşmeleri tasnifi içinde yer alıp da, TBK m. 603'ün amacı dışında kalan ve kendine özgü nitelikleri nedeniyle “*kefaletin şekline, kefil olma ehliyetine ve eşin rızasına*” ilişkin hükümlerin uygulanamayacağı tip sözleşmeler de bulunabilir. Nitekim. TTK m. 700-702'de düzenlenmiş olan aval kurumu, buna tipik bir örnek teşkil etmektedir. Gerek aval kurumunun hukuki mahiyeti gerekse uygulamada gördüğü fonksiyon bakımından ele alındığında, TBK m. 603'teki kanun koyucunun amaçladığı çerçevede dışında kalmış olduğu sonucuna varmak en mantıklı çıkarımdır. Aksi düşünce, yani TBK m. 603'ün uygulama kapsamını, hükmün amacına uygun bir şekilde sınırlandırmamak, bu sefer de TTK'da yer alan avale ilişkin hükümlerin uygulanmasını engelleyecektir.

B. KİŞİSEL GÜVENCE SÖZLEŞMESİ KAVRAMI

“*Kişisel güvence sözleşmesi*” kavramı, kapsam itibari ile en geniş anlamda, bir başkasının riskinin üstlenildiği tüm sözleşmeler ve anlaşmaları içine almaktadır. Daha somut bir ifade ile, borcun ifa edilmemesi riskine karşı borçlu haricinde bir kişi tarafından mezkur tehlikenin üstlenilmek suretiyle alacaklıya güvence verilmesini konu edinen her tür sözleşme ilk bakışta bu kapsamda değerlendirilebilir. Kişisel güvence sağlamaya yönelik sözleşmeler deyimine, kefalet sözleşmesi, garanti sözleşmesi (üçüncü şahsın fiilini taahhüt), müteselsil borç üstlenme, komisyoncunun verdiği özel teminat, kıymetli evrak hukukundaki aval ve bir teminat sözleşmesi olup olmadığı tartışmalı olan itibar emri ile vesikalı akreditif ve hatta sigorta sözleşmesi –özellikle de kredi sigortası⁶- örnek olarak verilebilir⁷. TBK m. 603’te yer alan kişisel güvence sözleşmesi kavramına ve hükmün amacına baktığımızda, kanun koyucunun esasen garanti sözleşmelerini de uygulama alanına almak istediği görülecektir. Nitekim, garanti sözleşmesi adı altında kefalet sözleşmesini düzenleyen hükümlerin aşılma istenmesi ve buna ilişkin verilmiş olan birçok Yargıtay içtihadının⁸ varlığı karşısında kanun koyucu önleyici bir hassasiyet

⁶ Aval ile kredi sigortası farkları için bkz. **Öztañ**, F.: Kıymetli Evrak Hukuku, Ankara 2016, B. 20, s.163, (2016); **Demirkapı**, E.: Kambiyo Senetlerinin Aval Yoluyla Temini, İzmir 2005, s. 149-151.

⁷ **Tandoğan**, H.: Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, C. II, B. II, Ankara 1982, s.486-491; **Özen**, B.: 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu Çerçevesinde Kefalet Sözleşmesi; B. III, İstanbul 2014, s. 6 vd; Bu noktada bir konuya da değinmek gerekir. Borca katılma hususunda eşin rızasının aranıp aranmayacağı hususu öğretide tartışmalıdır. Çoğunluktaki görüş, borca katılmalar için eşin rızasının aranmasını kabul etmiştir. Bkz. **Kırca**, İ.: “*Türk Borçlar Kanunu Tasarısı – Kefalette Eşin İzni*”, Prof. Dr. Tuğrul Ansay’a Armağan, Ankara 2006, s. 437; **Badur**, E.: “*Eşin Rızası*”, TBBD 2013, S. 109, s. 295; **Özen**, C. 48; **Baş**, E.: “*6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu’nda Kefalet Sözleşmesinin Geçerlilik Şartlarına İlişkin Bazı Yenilikler*”, İÜHFİM 2012, C. LXX, S. 2, s. 140; **Eren**, F.: Borçlar Hukuku Özel Hükümler, B.3, Ankara 2016, s. 772. Bu görüşün aksine olarak da, aslında borca katılmalarda esasen teminat amacının bulunmadığı ve ayrıca herhangi bir şekil şartı öngörülmeyen bir kurumu da kefalette aranılan şartlara tâbi kılmanın yanlış olacağı belirtilmiştir. Bkz. **Develioğlu**, H. M.: “*İsviçre Federal Mahkemesinin 23 Eylül 2003 Tarihli Kararı Işığında Kefalet Sözleşmesi – Borca Katılma Ayrımı*”, Prof. Dr. Erden Kuntalp’e Armağan, C. I (Özel Hukuk), İstanbul 2004, s. 320, (Kefalet Sözleşmesi); **Develioğlu**, H. M.: Kefalet Sözleşmesini Düzenleyen Hükümler Işığında Bağımsız Garanti Sözleşmeleri, İstanbul 2009, s. 21, dn. 57, (Garanti Sözleşmeleri).

⁸ Garanti sözleşmesinin günümüzde en sık rastlanıldığı uygulanma biçimi olan “*banka teminat mektupları*” ile ilgili kararlara bakıldığında, garanti sözleşmesi ile kefalet sözleşmesinin birbirlerinden farklarının açıkça ortaya konulduğu ve hatta garanti sözleşmesi adı altında yapılsa dahi somut olay bakımından ilgili sözleşmenin kefalet sözleşmesi olarak nitelendirilip, hukuki sonuç bağlanacağına ilişkin sadece örnek olarak bkz. YHGK, T. 04.07.2001, E. 19-534, K. 583, YKD., C. 27, S. 12, Aralık 2001, s. 1807 vd. Diğer bir kararda

göstermek istemişse de, konuya ilişkin üst kavrama yani, kişisel güvence sözleşmeleri ifadesine yer verilmek suretiyle hükmün uygulama kapsamını belirsizliğe uğratmıştır. Halbuki aslında somut olay bakımından TBK'nın kefaletle ilişkin koruyucu hükümlerinin dolanılması amacının tespit edildiği her durumda, TBK m. 19 hükmü devreye girmek suretiyle tarafların gerçek iradesi ortaya konulabilecek ve mezkûr hükümlerin uygulanması mümkün olabilecektir⁹. Ayrıca özellikle de garanti sözleşmesini kapsama almayı amaçlayan kanun koyucunun, bu amacının göz ardı edilmek suretiyle yorum yapılması sakıncalar doğuracaktır. Hakikaten madde gerekçesine bakıldığında bu durum açıkça görülmektedir. Şöyle ki, madde gerekçesinde “*madde kefilî koruyucu hükümlerden kurtulmak amacıyla, başka adlar altında yaptıkları sözleşmelere de kefalet hükümlerinin uygulanacağı belirtmektedir. Böylece, meselâ kefalet sözleşmesi yerine, üçüncü kişinin fiilini üstlenme sözleşmesi yapılmasında olduğu gibi, alacaklıların kefilî koruyucu hükümlerden kurtulmalarının ve bunları dolanmalarının önlenmesi amaçlanmıştır*” denilmektedir¹⁰. Bu lafızdan anlaşılacağı üzere kanun koyucu amacını, “*meselâ kefalet sözleşmesi yerine, üçüncü kişinin fiilini üstlenme sözleşmesi yapılmasında olduğu gibi,*” demek suretiyle, kefalet sözleşmesindeki kefilî koruyucu hükümlerin dolanılmasına sebebiyet veren ve uygulamada bankacılık işlemlerinde çokça karşılaşılan ve yukarıda da zikrettiğimiz şekilde birçok Yargıtay kararına da konu teşkil eden garanti sözleşmelerini de hükmün kapsamına almak istemiş ve bu suretle üçüncü kişinin fiilini üstlenme sözleşmesi yapılmasıörneğini özellikle tercih ederek aslında hükmün uygulama alanını genişletirken de amacını açıkça ifade ederek uygulama kapsamının sınırlarını da belirlemiştir. Zira, üçüncü kişinin fiilini üstlenme sözleşmesine¹¹ baktığımızda aslında uygulamada teminat

ise, kredi kartı sözleşmesine verilen teminatın garanti beyanı altında yapılmış olmasına rağmen, kefalet amacıyla yapılmış olması nedeniyle kefaletle ilişkin kanun hükümlerinin uygulanması gerektiği hüküm altına alınmıştır. Bkz. Y.HGK, T. 25.05.2011, E. 2011/19-305, K. 2011/358. (Bilgen, M.: 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun Işığında Öğreti ve Uygulamada Kefalet ve Yargılama Hukukuna İlişkin Uyuşmazlıklar, Ankara 2013, s. 121-123)

⁹ Demir, Ş.: “*Kefalet Sözleşmesinin Uygulama Alanı*”, <http://tbbdergisi.barobirlik.org.tr/m2013-108-1307>, s. 100, erişim: 30.09.2016.; Kuntalp, E./ Barlas, N./ Ayanoğlu Morali, A./ Çavuşoğlu Işıntan, P./ İpek, M./ Yaşar, M./ Koç, S.: Türk Borçlar Kanunu Tasarısı'na İlişkin Değerlendirmeler, İstanbul 2005, s. 273 vd.

¹⁰ TBK Gerekçe, s. 139.

¹¹ Üçüncü kişinin fiilini taahhüt sözleşmesi ile garanti sözleşmesinin ilişkisi için öncelikle bkz. YİBK, T. 11.06.1969, E. 69/4, K. 69/6, RG. 03.10.1969, S. 13317 ve ayrıca bkz. Yüce, M.B.: Garanti Sözleşmesinin Bir Türü Olarak Üçüncü Kişinin Fiilini Taahhüt Sözleşmesi, İstanbul 2007, s. 5 vd., (Sözleşme); Yüce, M.B. : “*Üçüncü Kişinin Fiilini Taahhüdün*

amacı taşıyan garanti sözleşmelerinin hedeflendiği anlaşılmaktadır¹².

C. KEFALET SÖZLEŞMESİ VE ÖZELLİKLERİ

Alacak için teminat ihtiyacı, her alacaklı için hem bir ihtiyaç hem de bir gereklilik olarak vuku bulabilir. Bunun en tipik örneği ve ayrıntılı biçimde yazılı düzenlemelere konu olanı, TBK m. 581 vd. hükümlerinde düzenlenen kefalet sözleşmesidir. Kanun koyucu tarafından teminat sağlama saiki taşıyan böyle bir ilişkiye yönelik düzenlemeler yapılırken, teminat verenin hakları gözetildiği kadar, alacaklının haklarının da dengelendiği bir sistemin kurulması esastan hareket edilmesi gerekliliği ilk başta akla gelebilir. Ancak gerek mehzaz kanun olan İsviçre Borçlar Kanunu'nun sistematığında gerekse TBK'nın kefalet sözleşmesine ilişkin hükümlerinde daha da ileri boyutlarda olacak şekilde, kefil koruyucu hükümlerin ağırlığı yadsınmaz bir şekilde müşahede edilmektedir. Bu dengesizliğin en tâbi sonucu ise, **kişisel güvence** arayışında olan alacaklının, kefalet sözleşmesi **akdetme** yolunu artık tercih etmemesi ve diğer seçeneklere yönelmesidir¹³. Tam da bu noktada mehzaz kanunda yer almayan TBK m. 603 ile kanun koyucu, mezkûr dengesizliği gerçek kişiler tarafından akdedilen kimi kişisel güvence sözleşmelerine şamil olacak şekilde genişletecek bir anlayış sergilemiştir. Bu anlayışı geniş yorumlama yönünde destekleyenler¹⁴ tarafından göz ardı edilen husus, kendine özgü kuralları olup kambiyo hukukunda varlık bulan ve yine kendine özgü şekil kuralları bizzat TTK'da düzenlenen bir kambiyo taahhüdü olan aval¹⁵ kurumunun durumudur.

Kefalet sözleşmesi, kefilin alacaklıya karşı, borçlunun borcunu ifa etmesinin sonuçlarından kişisel olarak sorumlu olmayı üstlendiği sözleşmedir (TBK m.581). Kefalet sözleşmesinde kefil, asıl borcun alacaklısına karşı, asıl

*Hukuki Niteliği**, Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2007/2, s. 529 vd., (Hukuki Nitelik).

¹² 6098 sayılı TBK'nın 603'üncü maddesinin tasarı olarak yayımlanan ilk halinde, "*Kefili koruyan hükümlerden kurtulmak amacıyla, gerçek kişilerle başka ad altında yapılan sözleşmeler de kefalet hükümlerine tâbidir*" şeklinde bir ifade bulunmaktaydı. Madde hükmünün yasalastığı hal, kanun koyucunun bu husustaki sınırlandırıcı iradesini hem uygulanacak kefalet hükümleri bakımından hem de sözleşme türü bakımından yansıtmaktadır.

¹³ İsviçre'de keyfiyetin bu şekilde gerçekleştiğine ilişkin değerlendirme için bkz. **Reisoğlu**, S.: Türk Kefalet Hukuku, Ankara 2013, s. 19.

¹⁴ **Barlas**, N.: Kefalet Hukukuna İlişkin Bazı Sorunlar ve Yargıtay Uygulaması, Makalelerim, C.I, İstanbul 2008, s. 357-400, s. 387; **Develioğlu**, Garanti Sözleşmeleri, s. 57; **Özen**, s. 28, 42, 48 vd.

¹⁵ **Boztosun**, s. 54-55.

borcun ifa edilmemesinden sorumlu olmayı, asıl borçlunun rızasına dahi ihtiyaç duymaksızın üstlenir. Kefalet sözleşmesinde kefil, asıl borçlunun borcunu değil; kendi edimini ifa etmektedir. Diğer taraftan söz konusu ilişki kefil ile alacaklı arasında kurulduğu için, asıl borçlunun hukuki durumu bundan etkilenmemektedir¹⁶.

Kefalet sözleşmesinin en temel özelliği kural olarak fer'i nitelikte olmasıdır¹⁷. Diğer bir ifadeyle kefilin borcu, doğumu, sona ermesi, kapsam ve muhteviyatı ile birlikte asıl borcun kaderine tabidir; geçerli bir asıl borç olmadan kefilin borcundan da bahsedilemez. Fer'i borç olmasının bir diğer yansıması, kefilin kural olarak asıl borçluya ait bütün def'ileri ileri sürebilmesidir. Nitekim kanun koyucu, TBK m.591/1 hükmünde, "*Kefil, asıl borçluya veya mirasçılara ait olan ve asıl borçlunun ödeme güçsüzlüğünden doğmayan bütün def'ileri alacaklıya karşı ileri sürme hakkına sahip olduğu gibi, bunları ileri sürmek zorundadır.*" demek suretiyle bu hususu açıkça hükme bağlamıştır. Kefalet müteselsil olsa dahi, fer'i niteliği devam eder. Nitekim Yargıtay 19. Hukuk Dairesi vermiş olduğu bir kararda¹⁸, kefaletin fer'i niteliğinin sonuçlarına yer vermiş ve "*Kefalet geçerli bir asıl borca bağlı olarak hüküm ifade eder. Kefalet akdinin en bariz ve vazgeçilmez niteliği fer'i oluşunda kendisini gösterir. Kefil asıl borçludan fazla bir mükellefiyet yüklenemez. Alacak asıl borçluya karşı muaccel olmadan kefile karşı muaccel olamaz. Bu açıklamalar karşısında somut olayın değerlendirilmesine gelince; asıl borçluyla alacaklı banka arasında imzalanan taahhütnamede muacceliyet şartı bulunmaktadır.. Mahkemece bu şart gözetilmeden ve kefilin sorumlu olup olmadığı hususunda inceleme yapılmadan eksik incelemeyle yazılı şekilde hüküm kurulmasında isabet görülmemiştir*", şeklinde hüküm tesis etmiştir.

Kefalet sözleşmesinin bir diğer özelliği, tali (ikinci derecede) olmasıdır. Tali borç ile kastedilen, adi kefalette alacaklının, kural olarak, borçluya baş-

¹⁶ Tandoğan, s. 495 vd.; Eren, s. 759 vd.; Reisoğlu, s.20 vd.; Özen, s. 57 vd.; Gümüş, M. A.: Borçlar Hukuku, Özel Hükümler, C.II, B. III, İstanbul 2014, s. 320 vd.; Zevkiler, A./ Gökyayla, K. E.: Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, B. 14, Ankara 2014., s. 675 vd.;

¹⁷ Eren, s. 764; Reisoğlu, s. 22-24; Gümüş, 322-323. Fer'ilik ilkesinin istisnaları hakkında ise özellikle bkz., Aral, F./Ayrancı, H.: Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Ankara 2012, s. 420; Reisoğlu s. 24.

¹⁸ Y. 19. HD., T. 20.02.2007 , E. 2006/6327 K. 2007/1533, (<https://www.corpus.com.tr>, erişim: 16.03.2017).

vurmadıkça kefilî takip edemeyeceği hususudur¹⁹.

Kefalet sözleşmesi kural olarak tek tarafa borç yükleyen bir sözleşmedir ve bu sözleşme ile kefil, alacaklıya karşı, asıl borçlunun borcunu ifa etmemesinden doğan sorumluluğu üstlenir²⁰. Kefalet sözleşmesinde alacaklının, aksi kararlaştırılmadığı sürece kefile karşı herhangi bir borcu söz konusu değildir.

Kefalet sözleşmesinde kefilin borcu, asıl borçlunun edimini ifa etmemesinden doğan müspet zararı tazmin etmektir. Diğer bir deyişle kefilin borcu ile asıl borçlunun borcu ayniyet taşımaz; kefilin borcunu ifa etmesi ile alacaklıya halef olması da bu hususu doğrulamaktadır²¹.

D. AVAL KURUMU VE ÖZELLİKLERİ

Aval, ticari hayatın teminat ihtiyacını sağlamak amacıyla ortaya çıkmış, kambiyo senetleri hukukuna özgü, poliçe²² borcunu senet üzerine yazılacak bir beyan ile teminat altına alan, aval verenin/avalistin (üçüncü bir kişi veya poliçede imzası bulunan bir kişi), kimin lehine aval verdiyse onun gibi -avalât gibi- sorumlu olmasını sağlayan şahsi bir teminattır²³. Nitekim kanun koyucu TTK m.700 hükmünde, “*Poliçede bedelin ödenmesi, aval suretiyle tamamen veya kısmen teminat altına alınabilir.*” şeklindeki ifadesiyle avalin, poliçe bedelini teminat altına alan kambiyo senetleri hukukuna özgü bir kurum olduğunu vurgulamıştır²⁴. Ancak burada dikkat çeken husus, aval kurumunun hukuki niteliği bakımından bir sözleşme türü olarak kanunda düzenlenmediği, sadece aval vermenin şekli ve sonuçlarının belirtilmekle yetinilmiş olmasıdır. Haki-

¹⁹ Eren, s. 765; Reisoğlu, s. 25; Gümüş, s. 323-324.

²⁰ Eren, s. 760-761; Reisoğlu, s. 25-27.

²¹ Saraç, Ş.: “Genel Kredi Sözleşmelerinde Kefilin Sorumluluğu”, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü 60. Yıl Sempozyumu, 11 Aralık 2015, s. 7 vd.

²² Burada kambiyo senetleri arasında yer alan *poliçe* tek başına kastedilmemekte, bilakis *bono* ve *çek* bakımından da aval işlemi her zaman mümkün olduğundan, kambiyo senetlerinin tümü çalışma konusu kapsamında ele alınmaktadır.

²³ Karayalçın, Y.: Ticaret Hukuku, III. Ticari Senetler (Kambiyo Senetleri), B. IV., Ankara 1970, s.219; Öztan, 2016, s. 161 vd.; Pulaşlı, H.: Kıymetli Evrak Hukukunun Esasları, B. 5, Ankara 2017, s.189 vd.; Poroy, /Tekinalp, s. 207 vd.; Ülgen, H./Helvacı, M./ Kendigelen, A./Kaya, A.: Kıymetli Evrak Hukuku, Sekizinci Tıpkı Bası, İstanbul 2013, s. 169 vd.; Bozer, A./Göle, C.: Kıymetli Evrak Hukuku, B. 5, Ankara 2016, s. 153 vd.; Can, M.: Kıymetli Evrak Hukuku, B.2, Ankara 2012, s. 93 vd.; ayrıca benzer tanımlar hakkında ayrıntılar için bkz., Demirkapı, s. 7 vd.

²⁴ Tüm borç türleri için kefil olunabilirken; aval sadece kambiyo senetlerinden doğan borç nedeniyle söz konusu olabilir. Bkz. Güral, J.: Kefalet Akdiyle Aval Arasındaki Fark ve Benzerlikler, AÜHFD, C. VIII, Y. 1951, Sayı 3-4, s. 436-437.

katen aval, benzer diğer kambiyo hukuku işlemleri gibi bir sözleşmedir²⁵; avalu ilişkin irade beyanı senet üzerinde tesis edilip hamile verildiği an sözleşme kurulmuş olur²⁶. Avalin, şahsi teminat niteliği gösteren diğer medeni hukuk teminatlarından farklı olarak tedavül kabiliyetine sahip olması ve bağımsız niteliği, ticari hayatın teminat ihtiyacını karşılamada önemli bir yer edinmesini sağlamıştır²⁷. Nitekim kambiyo senetlerinin kolay tedavül edilebilmesi, bu senetlere özgü şahsi teminat olan avalin de asıl amacını teşkil eder. Tam da bu noktada burada dikkat çekilecek husus, avalin kambiyo senedinin tedavülünü kolaylaştırıcı niteliğinin teminat fonksiyonunun önüne geçtiği gerçektir.

Aval, üçüncü bir şahıs ya da poliçede imzası bulunan kimse tarafından verilebilir. TTK m. 670 gereği sözleşme ile borçlanmaya ehil olan kimse kambiyo senetleri ile borçlanmaya ehil olduğundan, aval verecek kişinin de sözleşme ile borçlanmaya ehil olması aranır. Aval, poliçede görülen ve sorumluluğu bertaraf edilmemiş kimseler lehine verilebilir²⁸. Aval beyanı, poliçe veya alonj²⁹ üzerine yahut poliçe nüshası ya da poliçe sureti üzerine yazılabilir. Muhatap ve keşidecinin imzaları dışında aval şerhini koymadan senedin ön yüzüne atılan imza, aval beyanı kabul edilir³⁰. Avalin, kimin için verildiği belirtilmediği takdirde, keşideci için verildiği kabul edilir (TTK m.701/4). Aval veren, lehine aval verdiği şahıstan bağımsız olarak hamile karşı müteselsil sorumluluk altına girer³¹. Ayrıca bu husus kıymetli evrak hukukundaki imzaların istiklali ilkesinin de bir sonucudur. Bununla birlikte aval veren, kimin için aval verdiyse tıpkı onun gibi sorumlu olur.

²⁵ Avalin sözleşme değil, bilakis tek taraflı bir hukuki işlem olduğu, kabulün söz konusu olmadığı ve bu yönden kefalet sözleşmesinden de ayrıldığına ilişkin bkz. **Can**, s. 94. Benzer görüş için bkz. **Bozer/Göle**, s. 155; **Poroy/Tekinalp**, s. 207, N. 288a.

²⁶ Bu husus akit teorisi ile ifade edilip değerlendirilmektedir. Aval veren kişinin irade beyanının karşı tarafça kabul edilmesi hususu, aval şerhini havi senedin karşı tarafa verilip alınması (*Begebungsvertrag*) şeklinde açıklanmaktadır. Bkz. **Öztan**, 2016, s. 164-165.

²⁷ **Demirkapı**, s. 5.

²⁸ **Öztan**, 2016, s. 163-164; **Pulaşlı**, s. 192-193..

²⁹ Allonj, poliçeye bağlı olan ve poliçenin arka yüzünün devamı olarak kabul edilen kâğıt olarak ifade edilmiştir. Bkz. **Poroy/Tekinalp**, s. 181, N. 256.

³⁰ TTK m. 1526/I'e göre, kambiyo senetlerinin güvenli elektronik imza ile düzenlenmeleri mümkün olmadığı gibi, bu senetler üzerinde gerçekleştirilecek aval, ciro ve kabul işlemlerinin de bu yöntemle yapılamayacağı hüküm altına alınmıştır. TTK m. 756/I hükmü de burada açıkça keyfiyeti tespit etmiştir.

³¹ Aval poliçe borcunu hamile karşı temin ederek, asıl borçlunun yanında bir ikinci borçlu koymayı amaçlar. Bkz. **Güral**, s. 456.

Aval veren, lehine aval verdiği şahsa ait def'ileri dermeyan edemez. Ancak lehine aval verilen kişinin (avalat) taahhüdü şekle ait bir sebeple batıl olursa, örneğin imza el ile atılmaz ise, bu takdirde aval veren söz konusu def'iyi ileri sürebilecektir (TTK m.702/II). Diğer taraftan lehine aval verilen kişiye verilen sürelerin poliçe metnine yazılması halinde yahut lehine aval verilen kişinin poliçe borcunu ödemesi durumlarında da aval veren kişinin bu hususları ileri sürmesi tabiidir.

Bazı yazarlar³², avali kambiyo senetlerine özgü bir tür kefalet olarak tanımlasa da, hatta poliçe kefaleti³³ olarak kimi zaman adlandırılrsa da, bu kullanım gerek hukuki niteliği gerekse doğurduğu hüküm ve sonuçlar bakımından bir yanılığa sebebiyet vermemelidir³⁴. Zira, avalin esasen hem hukuki niteliği bakımından hem de diğer birçok yönden kefaletten ayrılan özellikleri olduğu görülmektedir. Avali saf bir kıymetli evrak kurumu olarak kabul edip, kambiyo senetlerinin ödenmesinin kıymetli evrak hukuku hükümlerine bağlı olarak temin edilmesi olarak tanımlamak³⁵, ifade edilmeye çalışılacak farkların anlaşılması açısından son derece önemi hâizdir. Son olarak, aval için *poliçe kefaleti* ifadesini kullanmaya, onun teminat fonksiyonuna işaret etmenin yanı sıra poliçede kefalet ibaresi kullanılsa dahi aval işleminin vuku bulacağı ve hukuki sonuç doğuracağı hususları dışında bir anlam yüklenmemelidir³⁶.

³² **Pulaşlı**, s. 191; **Poroy**, /**Tekinalp**, s. 207, N. 288a; **Ülgen /Helvacı / Kendigelen /Kaya**, s.170; **Bozer /Göle**, s. 153. Bu yönde verilmiş karar için bkz., Y. 11. HD., T. 25.04.2014, E. 2014/1231, K. 2014/7837 (<http://www.istanbulbarosu.org.tr/files/Yayinlar/Dergi/doc/ibd20155.pdf>, s. 303-305, erişim:17.04.2017). Ayrıca bu kararda ilgili Daire, avalistin eşinin rızasının aranması gerektiğini kabul etmiştir.

³³ Avalin şekliyle ilgili TTK m. 701, esasen 6762 sayılı eTTK m. 613'den aynen alınmış ve mehazı Cenevre Yeknasak Kuralları'nın 31'inci maddesidir. "*Aval içindir*" ibaresi bu hükmün Fransızca metninden çevrilmiştir. Alman Kambiyo Senetleri Kanunu (Wechselgesetz) Art 31'de ise "*kefil olarak ya da aynı anlama gelecek başka bir ibare*" denilmiştir. Bunun sebebi ise Alman mevzuatında aval yerine "*poliçe kefaleti* " teriminin tercih edilmiş olmasıdır. Açıklamalar için bkz. Türk Ticaret Kanunu Tasarısı ve Adalet Komisyonu Raporu (1/324), TBMM Dönem:23 C: 90, SS: 96, s. 312 (TTK Gereçe).

³⁴ Benzeri tehlikeye İsviçre hukukunda da dikkat çekmekte ve OR Art. 1020-1022'de düzenlenen avalin, OR Art. 492 ff'de düzenlenen kefaletten farkına vurgu yapılmaktadır. Bkz. **Druey, J. N./ Guhl, T:** Das Schweizerische Obligationenrecht mit Einschluss des Handels- und Wertpapierrechts, § 87, Der Wechsel, (Buchautoren: Theo Guhl, Alfred Koller, Anton K. Schnyder, Jean Nicolas Druey), 2000, Aufl. 9, Rn.37; ; Kuhn, H.: GmbH, Genossenschaft, Handelsregister und Wertpapiere - Bucheffektengesetz Art. 772-1186 OR und BEG, (Hrsg: Vito Roberto, Hans Rudolf Trüeb), Aufl. 2, 2012, OR Art. 1020-1022, Rn.2.

³⁵ Tanım için bkz. **Demirkapı**, s.11.

³⁶ Başlangıçta kambiyo uygulaması bakımından damga vergisinden kaçınmak için aval yerine

Dolayısıyla da şu net bir şekilde söylenebilir ki, aval bir kefalet değildir; hele ki, borcun doğuşu, şekil şartları ve geçerliliği bakımından kefaletten tamamıyla ayrılır. Sadece iktisadi amacı bakımından teminat niteliğinde olması, aval kefalete yaklaşır³⁷.

E. KEFALET SÖZLEŞMESİ İLE AVALİN KARŞILAŞTIRILMASI

Avalin kambiyo hukukunda şahsi teminat sağlıyor olmasının poliçe kefaleti olarak adlandırılmasına sebebiyet verdiğinden bahsetmiştik. Ancak bu iki kurumun aralarındaki önemli farkların irdelenmesi, özellikle kefalete ilişkin hükümlerin aval hakkında da uygulanıp uygulanmayacağı konusunda bizi sağlıklı sonuçlara götürecektir. Burada dikkat edilmelidir ki; aval şekil, nitelik ve aval verenin sorumluluk ve hakları bakımından kefaletten farklılıklar taşımaktadır. Bu iki hukuki kurum arasındaki farklar şu şekilde sıralanabilir³⁸:

❖ Aval, ancak kambiyo senedi veya alonj üzerine yazılabilirken, kefalet, yazılı olması şartıyla senet dâhil herhangi bir kâğıda yazılabilir.

❖ Aval veren avalist, sadece senet metninden anlaşılan def'iler ile kendisine ait şahsi def'ileri hamile karşı ileri sürebilir. Diğer bir anlatımla avalist, avalâta ait kişisel def'ileri hamile karşı ileri süremez³⁹. Zira, sorumluluğu poliçeden doğar. Kefalet sözleşmesinde ise kefil, asıl borçluya veya mirasçılara ait olan ve asıl borçlunun ödeme güçsüzlüğünden doğmayan bütün def'ileri alacaklıya karşı ileri sürme hakkına sahip olduğu gibi, bunları ileri sürmek zorundadır. Avalist fer'i değil; aval verdiği kişi ile aynı düzeyde ve müteselsilen sorumludur.

❖ Avalist, ikincil (tali) bir sorumluluk altına girmez; hamile karşı diğer müracaat borçluları ile birlikte müteselsil olarak sorumlu olur. Kefalet söz-

tercih edilen kefalet içerikli kimi ifadelerin aval olarak kabul edilmesi, avalin poliçe ya da bono kefaleti olarak da adlandırılmasına sebebiyet veren hallerden biri olarak sayılabilir. Ancak, 02.01.2004 gün ve 25334 (Mükerrer) sayılı Resmi Gazetede yayınlanan 5035 sayılı kanunla kambiyo senetleri ve bu senetlere benzeyen senetler üzerine konulan aval ve kefalet serhleri damga vergisinden muaf hale getirilmiştir. Böylece bunun bir önemi kalmamıştır.

³⁷ **Güral**, s. 477.

³⁸ **Güral**, s. 435 vd.; **Karayalçın**, s. 232-233; **Reisoğlu**, s. 134-138; **Öztan**, 2016, s. 162-163; **Kınacıoğlu**, N.: Kıymetli Evrak Hukuku, B. V, Ankara 1999, s. 206-207; **Poroy/Tekinalp**, s. 207; **Bozer/Göle**, s. 155-156; **Ülgen/ Helvacı/ Kendigelen/ Kaya**, s. 173; **Demirkapı**, s. 132-140; **Can**, s. 94; **Bahtiyar**, s. 83-84.

³⁹ **Ülgen/Helvacı/Kendigelen/Kaya**, s. 173; **Poroy/Tekinalp**, s. 207, N. 288a; **Boztosun**, N. A.: "Avalde Def'iler", Terazi Hukuk Dergisi, Y. 2, S. 11, 2007, s. 58 vd.

leşmesinde ise esasen kefilin sorumluluğu tali niteliktedir; kural olarak adi kefalette önce asıl borçluya müracaat edilerek alacak tahsil edilmeye çalışılır. Aval, şekli açıdan asıl borca tabi iken, maddi açıdan bağımsızdır. Diğer bir anlatımla avalatın borcu şekle ilişkin bir sebeple geçersiz olmadıkça avalistin borcu devam eder. Nitekim bu husus, kıymetli evrak hukukundaki imzaların istiklali ilkesinin de bir sonucudur.

❖ Avalist senet borcunu ödediği takdirde avalata ve avalata karşı sorumlu olanlara karşı poliçeden doğan hakları iktisap ederken; kefalette borcu ödeyen kefil, alacaklının haklarına halef olacağından, alacaklıya dermeyeran edilen def'iler artık kefile karşı da ileri sürebilir hale gelir.

❖ Avale ilişkin hükümlerin amacını tespit ederken, aval vereni korumak değil, bilakis aval verenin karşısında yer alan hamile poliçe bedelinin ödeneceği konusunda ek teminat sağlanmak suretiyle hamilin ve aval verene başvurması muhtemel olan müracaat borçlularının korunması hususu göz ardı edilmemelidir. Avalist, mevcut poliçe borcu dolayısıyla, avalat olarak gösterilen poliçe borçlusu lehine ve aynı zamanda, poliçe hamilinin yararına (haklarını teminat altına almak üzere) borç altına girmektedir⁴⁰. Kefalet sözleşmesine ilişkin hükümlerin amacı ise, özellikle kefalet sözleşmesinin şekline ilişkin hükümler dikkate alındığında, kefilin korunması olmaktadır. Halbuki, kıymetli evrak hukukunun alacaklıyı koruyan karakteristik niteliği, senedin ön yüzünde yer alan tek bir imzanın aval sorumluluğunu doğurmasında olduğu gibi, özellikle de avalin şekline ilişkin düzenlemelerde kendini göstermekte ve asıl amacın hamil ve/veya müracaat borçlularının korunması olduğu açıkça anlaşılmaktadır. Bu amacın sağlanabilmesi ise, ancak senedin tedavül kabiliyetini ayakta tutmakla mümkün olabilecektir.

Aval ile kefalet arasında yukarda zikretmiş olduğumuz farklılıklar dikkate alındığında, kefalet sözleşmesine ilişkin hükümleri, aval kurumuna doğrudan ya da kıyasen uygulamanın mümkün olmadığı sonucuna varılmaktadır. Ancak bu da demek değildir ki, kefalet sözleşmesine ilişkin emredici hükümlerin gerçekteki niyet saklanarak görünürde aval tesis etmek suretiyle dolanılmasını kanun koyucu koruyacak olsun⁴¹. Son olarak bu iki kurum o kadar ayrı kurumlardır ki, bir kambiyo borcu için senet üzerinde aval yoluyla değil de, açıkça kefaletle ilişkin esaslar çerçevesinde teminat sağlanmasının önünde bir

⁴⁰ Demirkapı, s. 87; Bahtiyar, M.: Kıymetli Evrak Hukuku, İstanbul 2013, s. 78 vd.; Domaniç, H.: Kıymetli Evrak Hukuku ve Uygulaması, İstanbul 1990, s. 214; Öztan, 2016, s. 166; Poroy/Tekinalp, s. 207; Ülgen/Helvacı/Kendigelen/Kaya, s. 169.

⁴¹ Böyle bir durumun mümkün olmadığına ilişkin bkz. Öztan, 2016, s. 162.

engel bulunmadığının belirtilmesi gerekir. Bu takdirde ise, TBK'nın kefaletle ilişkin hükümleri zaten uygulanabilecektir⁴².

III. KEFALET SÖZLEŞMESİNİN KİŞİSEL GÜVENCE VERİLMESİNE İLİŞKİN SÖZLEŞMELERE UYGULANACAK HÜKÜMLERİ

Türk Borçlar Kanunu m. 603 hükmü gereğince, kefaletin şekline, kefil olma ehliyetine ve eşin rızasına ilişkin hükümler, gerçek kişilerce, kişisel güvence verilmesine ilişkin olarak başka ad altında yapılan diğer sözleşmelere de uygulanır. Bu suretle kanun koyucu, kefalet sözleşmesine ilişkin bu hükümlerin uygulama alanını genişletmiştir. Ancak, hemen başlangıçta ifade etmek gerekir ki, teminat sözleşmesi tüzel kişi tarafından akdedilmekte ise, kefaletin şekline, kefil olma ehliyetine ve eşin rızasına ilişkin hükümler uygulama alanı bulmayacaktır.

A. KEFALETİN ŞEKLİ

Kefaletin geçerlilik koşulları TBK m. 582-584 hükümlerinde düzenlenmiştir. Kefalet sözleşmesinin geçerlilik şekli konusunda özellikle TBK m. 583/I hükmü önemli bir yer teşkil etmektedir. Bu hususlara kısaca değinmek gerekirse;

➤ Kefalet sözleşmesi mevcut ve geçerli bir borç için yapılabileceğinden, asıl borç geçerli değilse, kefalet sözleşmesi de geçerli olmayacaktır.

➤ Kefalet hükümlerinin uygulanabilmesi için öncelikle geçerli bir kefalet sözleşmesi yapılmış olmalıdır. Bu bağlamda kefalet sözleşmesi, sözleşme özgürlüğünün sınırları içinde kalınarak hukuka ve ahlaka uygun olmalı; kefalet sözleşmesi yapacak tarafların kanunda belirtilen ehliyeti haiz olmaları gereklidir.

➤ Kefalet sözleşmesi, borçlar hukukunda hâkim olan şekil serbestisinden farklı olarak, istisnai olarak düzenlenmiş olan ve yazılı şekilde yapılması gereken sözleşmelerdendir. Kefalet sözleşmesinde, kefilin sorumlu olacağı azamî miktar ile kefalet tarihi belirtilmelidir. 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 sözleşmesinde sonradan yapılan ve kefilin sorumluluğunu artıran değişiklikler de kefalet için öngörülen şekil şartına tâbidir. (TBK m. 583/III).

⁴² Öztan, 1997, s. 794. Bkz. Y. 12. HD. T. 08/06/1978, E. 5235, K. 5344.

Her ne kadar söz konusu şekil şartlarının kişisel güvence sözleşmesi kapsamına giren türdeki sözleşmelere birebir uygulanmasının şart olmadığı görüşü⁴³ mevcut olsa da, bu görüşün kendi içinde çelişki yarattığı gerçeği de ortadadır. Özellikle de, aval kurumunun TBK m. 603 kapsamında olduğunu belirtip; sonrasında TTK m. 701/III gereği, aval için gerekli ve yeterli olan ticari senet üzerindeki imzadan bahisle, TBK m. 603 gereğince aval iradesinin ticari senet yüzüne yansıtılmasına gerek olmadığı, sadece eşin rızasının aranması gerektiği yorumu bu çelişkinin bir göstergesi olarak tarafımızca değerlendirilmektedir. Oysa ki, bu görüşte olanlar kendi içinde tutarlı bir şekilde TBK 603 göndermesi nedeniyle, kapsama girdiğini iddia ettikleri tüm sözleşme türlerine TBK m. 583/I'deki usulü, bir şekil şartı olarak aramaları gerekmektedir. TBK m. 583/I bağlamında ise, yazılı bir şekilde yapılması gereken kefalet sözleşmesinde zorunlu olarak kefilin el yazısı ile, sorumlu olduğu azami miktarı, kefalet tarihini ve müteselsil kefalet söz konusu ise bu sıfatla ya da bu anlama gelen herhangi bir ifade ile yükümlülük altına girdiğini belirtmesi gerekir. Keyfiyetin aval uygulamasında nasıl tatbik edileceği sorusuna mantıklı bir cevap verilmesi mümkün değildir.

Önemle ifade edilmelidir ki avalin bir kambiyo taahhüdü olarak ayrıca kefalet sözleşmesine ilişkin geçerlik şartlarına tabi tutulduğunu söylemek, TTK'nın avalin şekline ilişkin m.701 hükmünü gereksiz kılacak; özel kanun niteliği taşıyan TTK hükümlerinin genel kanun niteliğindeki TBK hükümlerine nazaran öncelikle uygulanması gerektiği temel ilkesine sadece bu yönüyle aykırılık yaratacağı da bir tespit olarak dile getirilmelidir. Diğer yandan, sıkı şekil şartlarına tâbi kılınmış kendisine özgü özellikler ihtiva eden kambiyo hukukunda, hakkında özel şekil şartı öngörülmüş bir kurumu, bünyesine uymayan yeni ek şekil şartlarına tâbi kılmak, hukuken isabetli bir tercih olmayacaktır. Ayrıca burada avale ilişkin olarak TTK hükümlerini özel kanun, TBK kefalet hükümlerini genel kanun olarak nitelendirmediğimizi ve avale ilişkin TTK'daki hükümlerde boşluk bulunduğu takdirde, TBK kefalet hükümlerinin uygulanmasının mümkün olduğunu belirtmekte fayda görüyoruz⁴⁴. TMK

⁴³ **Gümüş**, s. 371, 372; **Özen**, s. 53-54 ve dn. 112. Söz konusu yazarlar ilginç şekilde avali sözleşme olarak değil, tek taraflı bir beyan olarak nitelendirmişler ve buna rağmen yine de TBK m. 603 kapsamına girdiğini vurgulamışlardır. Buradaki kaygı, kanun hükümlerinin dolanılması ve hâkimin iş yükü nedeniyle bunun önüne geçemeyeceği gerçeği olarak ilgili yazarlarca ifade edilmiştir. Bu noktadaki kanaatimiz, gizli aval niteliğindeki ciro işleminin varlığı karşısında, ileri sürülen argümanların Türk kambiyo uygulaması ile örtüşmediğidir.

⁴⁴ **Kınacıoğlu**, s. 207; **Reisoğlu**, s. 134; Benzer bir görüş için bkz. **Demirkapı**, s.140; Ancak aynı yazar, kefalet sözleşmesi yapması engellenerek korunan bir ehliyetsizin kefalete nazaran daha ağır bir sorumluluk doğuran aval bakımından da korunması gerektiğini ileri

m.5 hükmü gereğince, Türk Borçlar Kanunu'nun genel nitelikli hükümleri, uygun düştüğü ölçüde tüm özel hukuk ilişkilerine uygulanacağından, uygun düşmeyen noktalarda ve hakkında özel düzenleme olan konularda, ilgili özel hükümlerin uygulanması tercih edilmelidir.

B. KEFİL OLMA EHLİYETİ VE EŞİN RIZASI

Kefalet sözleşmesinde ehliyet⁴⁵, sözleşmenin geçerli şekilde kurulması için aranan temel şartlardandır. Bu bağlamda fiil ehliyetine sahip olan herkes, kefalet sözleşmesi yapabilir. Buna karşılık yasak işlemlerden olması dolayısıyla tam ehliyetsizler ve sınırlı ehliyetsizler ne kendileri ne de yasal temsilcileri aracılığıyla kefalet sözleşmesi yapabilirler. Sınırlı ehliyetliler ise, yasal danışmanlarının izniyle kefalet sözleşmesi yapabilirler⁴⁶. Nitekim TMK m. 429/1/9, yasal danışmanlık başlığı altında “kefil olma” hükmüne de yer vermektedir. Ayrıca TMK m. 449’da da, vesayet altındaki kişi adına kefil olma yasaklanmıştır. Bu noktada, çalışma konumuzun gerçek kişilerle ilgili olduğunu hatırlatmakta fayda görmekteyiz.

Kefalet sözleşmesine ilişkin olarak zikredilmesi gereken bir diğer önemli husus, kefalet ehliyetinin sınırlanmasına ilişkin eşin rızasının avalde de aranıp aranmayacağı konusudur. TBK m. 603’te kanun koyucunun kefil olma ehliyetinin yanında bu kapsama giren eşin rızası kavramına ayrıca yer vermesi, konuya verdiği önemi belirtme dışında bir gereklilik de ifade etmemektedir⁴⁷.

TBK m.584/1 hükmü uyarınca, “*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.*” Kanun koyucunun ifadesinden hareketle mahkemece verilmiş ayrılık kararı varsa yahut yasal olarak ayrı yaşama hakkı doğmuş ise, eş rızasına ilişkin ehliyet sınırlaması kalkacaktır. Eşin rızasının aranmayacağı bir diğer hal, kefalet söz-

sürmüştür. Bkz. **Demirkapı**, s.34-35.; *Öztan*, mahiyet farkı nedeniyle kefaletle ilişkin TBK hükümlerinin aval konusunda kıyasen dahi uygulanamayacağını ileri sürüldüğünü belirtmiştir. Bkz. **Öztan**, 2016, s. 163; Aksi yönde bkz. **Karayalçın**, s.220; Benzer şekilde bkz., **Özen**, B., Kefalet Sözleşmesi, İstanbul 2014, s. 53 vd. Burada yazar, aval ile ilgili olarak şekle ilişkin TTK hükümlerinin bulunması nedeniyle TBK kefalet hükümlerinin uygulanmayacağını, ancak ehliyetle ilişkin TTK’da hüküm bulunmaması nedeniyle TBK hükümlerinin uygulanabileceğini ifade etmektedir.

⁴⁵ Ayrıntılı bilgi için pek çoğu yerine bkz. **Özen**, s. 172-179.

⁴⁶ **Eren**, s. 783.

⁴⁷ **Gümüş**, s. 369.

leşmesinde sonradan yapılan ve kefilin sorumlu olacağı miktarın artmasına veya adi kefaletin müteselsil kefalete dönüşmesine ya da kefil yararına olan güvencelerin önemli ölçüde azalmasına *sebep olmayan* değişikliklerdir.

Kanun koyucu, kefalette eşin rızasının, kefalet sözleşmesinin kurulmasından önce ya da en geç kurulması anında verilmiş olmasını aramıştır. Dolayısıyla kefalet sözleşmesi kurulduktan sonra kefilin evlenmesi halinde eşin rızasına ilişkin şart aranmayacak; eşin rızası alınmaksızın yapılan sözleşmeler de daha sonradan eşlerin boşanması durumunda geçerli hale gelmeyecektir⁴⁸.

Söz konusu eş rızasının nasıl verileceği konusunda ise, kefil için gerekli olan nitelikli yazılı şekil, eşin rızası bakımından aranmamakta ve rıza beyanının eş tarafından imzalanması yeterli kabul edilmekte, dolayısıyla da adi yazılı şekil yeterli bulunmaktadır⁴⁹. *Kırca*, kefalet için TBK'da öngörülen şekil şartının eşin rızasında aranmayacağı; hele ki, kefalet senedinde yer alan eşin izin beyanında, iznin verildiğine dair mücerret bir beyanın imzalanmasının yeterli olacağını belirtmenin yanı sıra daha da ötesine giderek, bir eşin kefil sıfatıyla imzaladığı kefalet sözleşmesini, diğer eşin herhangi bir beyan olmaksızın tek başına imzalamasını dahi izin olarak yorumlamanın mümkün olduğuna değinmiştir⁵⁰.

Eşin rızası, kefil olma ehliyetini sınırladığı için, somut olayda söz konusu rızanın yokluğunun yaptırımı, hâkim tarafından resen dikkate alınacağı tartışmasız olan kesin hükümsüzlüktür⁵¹.

Eşin rızasına ilişkin düzenlemenin ticaret hayatındaki sürat, güvenlik ve pratiklik ihtiyacına uygun olmadığı mülhazaları üzerine, 28.03.2013 tarihli 6455 sayılı Kanununun 77. maddesiyle TBK m.584 hükmüne üçüncü fıkra olarak eklenen ve eşin rızasının aranmayacağı halleri sınırlı şekilde belirten hüküm gereğince;

⁴⁸ **Saraç**, s. 14.

⁴⁹ **Pestalozzi**, OR Art 494 N. 2, s. 2908-2909; **Staffelbach**, OR Art 494 N.1, s. 1084; **Gümüş**, s. 343. Bu noktada *Kırca*, teminat sözleşmelerinin güvenli elektronik imza ile gerçekleştirilememesi hükmünün eşin rızasını kapsamadığı, eş tarafından verilen teminat niteliği taşımayan bu nevi bir iznin sözleşme değil tek taraflı bir hukuki işlem olması hasebiyle, 5070 sayılı Elektronik İmza Kanunu'nun m.5/II hükmünün burada uygulanamayacak olması nedeniyle eşin rızasının güvenli elektronik imza ile verilmesinin mümkün olduğunu belirtmiştir. Bkz. **Kırca**, s. 443, dn. 49.

⁵⁰ **Kırca**, s. 444-445.

⁵¹ **Gümüş**, s. 348.

- Ticaret siciline kayıtlı ticari işletmenin sahibi veya
- Ticaret şirketinin ortak ya da yöneticisi tarafından işletme veya şirketle ilgili olarak verilecek kefaletlerde,
- Mesleki faaliyetleri ile ilgili olarak esnaf ve sanatkârlar siciline kayıtlı esnaf veya sanatkârlar tarafından verilecek kefaletlerde,
- 27/12/2006 tarihli ve 5570 sayılı Kamu Sermayeli Bankalar Tarafından Yürütülen Faiz Destekli Kredi Kullanılmasına Dair Kanun kapsamında kullanılacak kredilerde verilecek kefaletlerde,
- Tarım kredi, tarım satış ve esnaf ve sanatkârlar kredi ve kefalet kooperatifleri ile kamu kurum ve kuruluşlarınca kooperatif ortaklarına kullanılacak kredilerde verilecek kefaletler için eşin rızası aranmayacaktır.

Yapılan bu değişiklikten çalışma konumuzla ilgili iki farklı sonuç çıkarılabilir. İlki, kanun koyucunun eşin rızasının aranacağı gerçek kişiler tarafından verilen kişisel güvence sözleşmelerinin alanını daraltırken, avali bu istisna kapsamına almayarak avalin TBK m. 603 kapsamında olduğunu teyit ettiği söylenebilir. İkinci sonuç ise, kanun koyucu başlangıçtan beri avalin bu kapsamda olmadığı amacı taşıdığından, değişiklik düzenlemesi esnasında da bu hususta bir ifadeye yer verme gereği duymamıştır. Buna benzer istisnai hüküm 1941 yılında kabul edilip 1942'den itibaren yürürlükte olan OR Art. 494 Abs.2⁵²'de bulunmasına karşın, 2005'te yapılan değişiklikle kaldırılmış olması dikkat çekicidir⁵³. Zira Türk Kanun Koyucusu TBK yürürlüğe girer-

⁵² Yürürlükten kaldırılan OR Art 494 Abs 2 hükmü şu şekilde kaleme alınmıştır: “*Kefalet, bir şahıs işletmesinin işleteni, kolektif şirketin ortağı, komandit şirketin komandite ortağı, anonim şirketin yöneticisi/müdürü, sermayesi paylara bölünmüş komandit şirketin müdürü ya da limited şirketin müdür ortağı sıfatıyla ticaret siciline kayıtlı bir kişi tarafından verilmişse söz konusu rıza aranmaz.*”

⁵³ Hakikaten bu fıkra hükmü 01/12/2005'den itibaren geçerli olmak üzere yapılan halk oylaması neticesinde 17/06/2005 tarihinde kaldırılmıştır (AS 2005 5097; BBl 2004 4955 4965). Bkz. <https://www.admin.ch/opc/de/official-compilation/2005/5097.pdf>. Bu fıkranın yürürlükten kaldırılması ile ilgili olarak komisyon çalışmalarında çoğunluk görüşü, sık rastlanıldığı şekliyle ticari hayatta şirket borçlarının şirket yöneticileri tarafından kefil olmak suretiyle teminat altına alındığı ve bunun da ailenin finansal durumunu büyük risk altına soktuğu yönünde olmuştur. Bkz. <https://www.admin.ch/opc/de/federal-gazette/2004/4955.pdf>, (erişim:30.09.2016). Federal konsey de komisyonun söz konusu çoğunluk görüşünü paylaşarak fıkra da geçenler bakımından ticaret siciline kayıtlı olmanın tek başına kefaletin sonuçlarını değerlendirme bakımından yeterli bir tecrübeye ilişkin kıstas olmadığı, 1941'den itibaren ekonomik şartların değiştiği ve ailenin ekonomik varlığının korunması ilkesine bu yönde bir istisna getirmenin öneminin kalmadığı, nitekim gerek İsviçre Medeni Kanunu'nda gerekse İsviçre Borçlar Kanunu'nda eşin onayının arandığı benzeri durumlara

ken, İsviçre'deki söz konusu fıkra hükmünün kaldırılmasına uygun şekilde, istisnaları kanun metnine almamış, ama hemen yaklaşık bir yıl sonrasında benzeri bir istisna getiren hükme ihtiyaç duymuştur. Bu ihtiyacı doğuran esas unsur hiç şüphesiz, TBK m. 603 ile ilgili kapsamı genişleten yorumların varlığıdır.

C. AVALDA ŞEKİL VE EHLİYET

Türk Ticaret Kanunu'nda avalin şekline ilişkin bir düzenleme (TTK m. 701) bulunsa da, aval verenin ehliyetine ilişkin doğrudan bir düzenleme bulunmamakta, bunun yerine kambiyo senetlerinde ehliyetle ilgili bazı düzenlemelere (TTK m. 670, 677 ve 766) yer verildiği görülmektedir. Bu hükümlerden çalışmamızla ilgili olanı TTK m. 670'de yer alan düzenlemedir. Hakikaten bu hükümde, sözleşme ile borçlanmaya ehil olan kimsenin kambiyo senetleri ile de borçlanmaya ehil olduğu düzenlenmiştir. Aval de bir kambiyo teminatı olması hasebiyle borçlandırıcı işlem niteliğini haiz olduğundan bu kapsama girmektedir⁵⁴.

Avalin şekline ilişkin hükümlere baktığımızda, ilk olarak aval şerhinin kambiyo senedinin üzerine veya alonja yazılacağı düzenlenmiştir (TTK m. 701/I). Bunun yanında nüsha üzerinde de verilmesine engel bir durum yoktur (TTK m. 746/III).

Avalin şekline ilişkin TTK m. 701/II-III ve IV hükmüne bakıldığında, senet üzerine konan aval şerhinin “*aval içindir*” veya bununla eş anlamlı başka bir ibareyle ifade edilebileceği, söz konusu şerhin avalist tarafından imzalanacağı ve avalin kimin için verildiğinin belirtilmesi hususlarının arandığı anlaşılmaktadır. Buradaki genel durumdan ayrık (yalın/saf) şekilde, ayrıca poliçenin (ön) yüzüne atılan muhatap ve keşideci dışındaki her imzanın⁵⁵ da aval

ilişkin OR Art. 494 Abs.2'deinde yer aldığı gibi bir istisnanın da bulunmadığı belirtilerek, fıkra hükmünün kaldırılması benimsenmiştir. Bkz. <https://www.admin.ch/opc/de/federal-gazette/2004/4965.pdf>, (erişim:30.09.2016).

⁵⁴ Sınırlı ehliyetliler ise, yasal danışmanlarının izniyle kambiyo taahhüdü altına girebilirler (TMK m. 429/I-8).

⁵⁵ **Kendigelen, A.:** Türk Ticaret Kanunu Değişiklikler, Yenilikler Ve İlk Tespitler, İstanbul 2012, B.2, s.567, dn.11. İsviçre Hukukunda da, ne devir ne kabul hükmünde olan *reine Garantie* gibi benzer ifadelerle nitelendirilen aval ya da alman hukukundaki kullanımı ile poliçe kefaleti açıklamaları için bkz. **Druey/Guhl**, Rn. 36. Aval ile ilgili die *blosse Unterschrift* (yalın imza) ibaresi için bkz. **Rizzi, M. A.:** OR Kommentar Schweizerisches Obligationenrecht, Orell Füssli Kommentar, Aufl. 3, 2016, (Hrsg: Jolanta Kren Kostkiewicz, Stephan Wolf, Marc Amstutz, Roland Fankhauser), Art 1021 Rn. 1ff.

olarak kabul edileceği ve şayet kimin için verildiği de belirtilmemişse, söz konusu avalin keşideci için verilmiş sayılacağı ayrıca hüküm altına alınmıştır⁵⁶. O halde senet ön yüzüne sadece imza atılması keşideci için verilmiş aval hükmündedir. Bu noktada belirtmek isteriz ki, TBK 603'ün kapsamına avalin de girdiğini savunmanın kaçınılmaz sonucu, TTK'nın burada zikredilen m. 701/III ve IV fıkra hükümlerinin uygulanamaz hale gelmesidir. Zira aval için eşin yazılı rızasını aramanın ne şekilde gerçekleşirse gerçekleşsin bu hükümler için bir bariyer teşkil etmesi kaçınılmazdır. Eşin rızasının şeklinin, ister eşin tek başına imzası ile, isterse rızaya ilişkin bir yazılı şerhin imzalanması ile olsun, kambiyo senetleri açısından uygulanabilirliği mümkün değildir. Her iki yöntem kendi içinde, farklı hukuki sonuçların doğması ihtilafını ve/veya uygulama bakımından imkânsızlıklar taşımaktadır.

Poliçenin ön yüzüne atılan tek başına eş imzasının TTK m. 701/III hükmünün sonuçlarını doğurmayacağını iddia etmenin gerekçesini, kefalet sözleşmesinde aranılan ehliyet koşulu olarak açıklamak ve kefalet hükümlerinin dolanılmasının engellenmesi amacına dayanmak, 743 sayılı eski MK m. 169'dan kaynaklanan ancak sadece kefaletle ilgili olan geleneksel görüşün verdiği yanılısamadan kaynaklanmaktadır. Eski MK yürürlükte iken, evli kadının kocası lehine vereceği kefalet de, eski MK m. 169 kapsamında değerlendiriliyor ve sulh hakiminin tasdiki olmaksızın yapılan bu işlem hükümsüz addediliyordu⁵⁷. Söz konusu bu geleneksel görüşte, yani kefalet için "*sulh*

⁵⁶ Bono üzerine kefil ibaresi konya dahi bunun aval olarak nitelendirileceği ve aynı kişinin iki imzasının bulunduğu durumlarda, imzalardan birinin şirket adına atıldığı, diğerinin ise müteselsil sorumluluk doğurarak ilgili şahsen aval veren olarak nitelendirmek gerektiğine ilişkin birçok karar yerine bkz. Y. 12. HD, T. 16/02/2010, E. 2009/21276, K. 2010/3241, (Bilgen, s. 210). Burada belirtmek gerekir ki ilgili Yargıtay kararında, kambiyo borcunun kefalet ile teminat altına alınmasını engelleyici bir yorum yapılmamaktadır. Hakikaten bir kambiyo borcu da kefalet sözleşmesinin konusunu teşkil edilebilir. Buradaki mevzuu, ticari senet üzerinde tek başına yer alan "*kefilim*" vb. bir beyanın TTK 700 vd hükümleri kapsamında yorumlanmasından ibarettir. Poliçe borcunun kefaletle temin edilmesi konusu için bkz. Kınacıoğlu, s. 213-214; Reisoğlu, s. 92; Özen, s. 42. Ayrıca bkz. Y. HGK, 05.10.2011, E. 2011/12-480, K.2011/598 (www.corpus.com.tr, erişim:17.04.2017) ve Y.12. HD, T. 27.06.2013, E. 17562 , K. 24301 (Eriş, G.: Türk Ticaret Kanunu Hükümlerine Göre Kıymetli Evrak, Ankara 2014, s. 293. Bir ticaret şirketinin temsilcisinin, ticaret unvanının bulunduğu kaşe üzerine birden fazla imza atması ise, Yargıtay tarafından farklı yorumlanmıştır. Burada şirket kaşesi dışında, senet ön yüzünde atılmış ayrık imzanın aval olarak kabul edilmesi durumu değil, bilakis aynı kişiye ait iki imzanın da şirket kaşesi üzerinde bulunması hali söz konusu olduğundan, ikinci imza aval olarak nitelendirilmemekte ve imza sahibi şahsen sorumlu tutulmamaktadır. Bkz. Y. 12.HD, T. 13.01.2015, E. 2014/26264, K. 2015/355, (Pulaşlı, s. 192, dn. 517); Ayrıca bkz. Y.12 HD, T. 08.03.2016, E. 2015/29877, K. 2016/6683 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

⁵⁷ Özellikle 743 sayılı eski MK 169/II hükmü, kefalet sözleşmesi için uygulanmaktaydı. OR

hakiminin tasdiki” şartını aramanın bugüne yansıması, o gün için eBK’da olmayan ama TBK m. 584 ile yürürlüğe giren “*kefalette eşin rızası*” şartı olarak gerçekleşmiştir. Hatta bu sefer kefalet sözleşmesine ilişkin hükümlerin uygulama kapsamını genişleten TBK m. 603 hükmünün varlığı nedeniyle aval için de eşin rızasının aranması gerektiği gündemde tutulmakta, aksi düşüncenin kefalet hükümlerinin dolanılmasına yol açacağı gerekçesine de dayanılmaktadır. Bunu tamamlayıcı şekilde TBK m. 584’ün, 4721 sayılı TMK m. 193’te ifadesini bulan “*kanunda aksine hüküm bulunmadıkça, eşlerden her biri diğeri ve üçüncü kişilerle her türlü hukuki işlemi yapabilir*” hükmündeki serbestiyete getirilen bir kanuni istisna⁵⁸ olduğu vurgulanmaktadır. Ancak göz ardı edilen husus eski MK m. 169 döneminde de, bu madde hükmünün aval için uygulanmamış olmasıydı. Demek ki, TBK m. 603’deki “*gerçek kişilerce, kişisel güvence verilmesine ilişkin olarak başka ad altında yapılan diğer sözleşmelere*” ifadesine nazaran daha geniş uygulama kapsamı bulunan eski MK m. 169/III’deki “*...üçüncü şahsa karşı iltizam olunan borçlar...*” ifadesi de aval’in uygulanmasına sebebiyet vermemiş ve müstakil bir kambiyo hukuku kurumu olan aval ve düzenleyici TTK hükümleri uygulama kabiliyeti bulabilmişlerdi.

Poliçede yer alan avale ilişkin olası ikinci yöntem ise, avalistin eşinin yazılı bir şerh ile rızasının alınması ve imza keyfiyeti olarak düşünülebilir. Bu uygulama ise, söz konusu kambiyo senedinin tedavül kabiliyetini sekteye uğratacağı gibi, zaten aval nedeniyle yaratılan güvensizliğin artmasına neden olacaktır. Bu görüş kabul edildiği takdirde, senedi devralacak kimse öncelikle senet yüzünde avalin bulunup bulunmadığına bakacak, sonrasında ise bu avalin kimin için verildiğini tespiti çalışacak; tespit edemezse, kanuni karineden hareketle aval işlemi müteakip, avalistin evli olup olmaması keyfiyetini de

494’ün adeta eski MK’daki kısmen yansıması olarak yorumlanan bu hüküm, oldukça sınırlı bir koruma sağlamaktaydı. Nitekim, öncelikle eşler arasında eşitliğe aykırı bir şekilde (sadece kadın için) kaleme alınmış, hatta onayı eşe (kocaya) de bırakmamış; sulh hâkimine bağlamış ve koca menfaatine kıstasının varlığını bir şart olarak düzenlemişti.

⁵⁸ Evli kadının kocası lehine vereceği avalin de eTMK m.169/II’ye tâbi olacağına ilişkin geleneksel görüş için bkz. **Karayalçın**, s. 231, dn. 41; Avalin mahiyetine uymadığı için uygulanamayacağına ilişkin aksi görüş için bkz. **Güral**, s. 455. Geleneksel görüş olarak ifade ettiğimiz eski Medeni Kanun döneminde yer alan m.169’a dayanan eşin sınırlı ehliyetli olduğu yönündeki görüşlerin, 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu’nun kabulüyle birlikte ilgili hükmün kanunda yer almaması ile bir önemi kalmamıştır. Yeni düzenleme, eşlerin tasarruf yetkilerine kanunla getirilen sınırlamalardan bahsetmiştir (TMK m. 194, 199, 223/II.). Ancak bunlardan hareketle eşlerin ehliyetinin sınırlı olduğu söylenmemektedir. Bkz., **Akıntürk, T./Ateş Karaman, D.**: Türk Medeni Hukuku, Aile Hukuku C. 2, İstanbul 2013, B.15 s. 120 vd. Benzeri sınırlamalara dolaylı etkisiyle TMK m. 229’da eklenebilir.

tetkik edip, en geç senedin hamiline teslimi aşamasında, varsa avalistin eşinin yazılı rızasının verilip verilmediğini incelemek durumunda kalacaktır. Aksi takdirde söz konusu avaliste başvuru imkânı –evli olduğunu ancak icra takibi sırasında şikâyet olarak gündeme getirecek olması ve eşin rızasının alınmaması nedeniyle- ehliyet koşulunun yokluğu nedeniyle mümkün olmayacak, zira o işlem hükümsüz addedilecektir⁵⁹. Söz konusu bu durum, avale ilişkin sözleşmenin (*Begebungsvertrag*) muhatabı hamil için zaten güç olduğu gibi, devam eden cirolar nedeniyle sonraki hamiller için neredeyse senedin tedavül kabiliyetini ortadan kaldıracak bir güvensizlik sonucunu doğuracaktır. Aksi düşünce sahipleri, avalin verildiği tarihte avaliste ait nüfus kayıt örneğinin de senetle beraber tedavülü gibi kambiyo hukukundaki yeni çözüm önerileri ile senet üzerindeki güvensizlikle ilgili bu güçlüğü aşabilir kanaatindeyiz. Bunların yanında ayrıca eşin rızasına ilişkin söz konusu yazılı şerhin içeriğinin kapsamı ve senet yüzünde yaratacağı karışıklık ise başka problemlere gebe bir durumu işaret etmektedir.

Kanaatimize göre TBK m. 603'ün, avali kapsamaması nedeniyle, eşin rızası olmaksızın aval veren kimse ehliyetsiz kabul edilemeyeceğinden, kıymetli evrak hukukuna hâkim olan, senedin tedavül gücü ile işlem güvenliğinin korunması ilkelerinin, ehliyetsizlerin korunması ilkesinin önüne geçtiği gibi uygulanması son derece sakıncalar yaratacak olan bir sonuca da bu çalışma bakımından varılmamaktadır. Zira burada kefalet sözleşmesini düzenleyen TBK düzenlemelerinin dolanılması da söz konusu değildir⁶⁰.

IV. KEFALETİN ŞEKLİ, KEFİL OLMA EHLİYETİ VE EŞİN RIZASINA İLİŞKİN KEFALET HÜKÜMLERİNİN AVALDE UYGULANIP UYGULANAMAYACAĞI MESELESİ

A. YARGI KARARLARI

Kefaletin şekli ve ehliyeti ile ilgili çok çeşitli yargı kararları bulunmakla birlikte, bu çalışma bakımından özellikle de avalde eşin rızasının aranması ile ilgili olanları incelemekte fayda görüyoruz. Görüleceği gibi, sonuç olarak birbiriyle taban tabana zıt yargı kararlarının yanı sıra, farklı gerekçelerle aynı yönde verilmiş kararlar da mevcut bulunmaktadır. Söz konusu kararları

⁵⁹ Konu ehliyet yoksunluğu olarak kabul edildiği takdirde, def'i ya da icra takibinde şikâyet konusu yapılmasına dahi gerek olmadığı, hâkimin mevzuyu esen dikkate alması gerektiğini belirtmeliyiz.

⁶⁰ Bkz. a.şğ. "IV. A. YARGI KARARLARI" başlığı altında 1957 tarihli İsviçre Federal Mahkemesi kararı.

incelememizin sebebi, ilgili Yargıtay dairelerince çelişkili kararlar verilmeye devam edildiği için, büyük olasılıkla yakın gelecekte çıkması muhtemel bir Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararı'nın olası etkilerini böylece değerlendirmiş olmaktadır.

Anayasa Mahkemesi'nin konuya ilişkin vermiş olduğu bir kararda⁶¹, dava sürecini tetikleyen vakıa, hali hazırda yargı mercilerinde TBK m. 603 ile ilgili sıklıkla karşılaşılan temel bir uyuşmazlık konusu ile ilgilidir. TBK m. 603 her ne kadar “*alacaklıların kefilî koruyucu hükümlerden kurtulmalarının ve bunların dolanmalarının önlenmesi*” gerekçesi ile kabul edilmişse de bugün itibarıyla gördüğü fonksiyon, aval verenlerin bu madde hükmü arkasına sığınmaya çalışarak sorumluluktan kurtulma çabalarına dayanak oluşturmaktadır. Anayasa Mahkemesi'nin önüne gelen somut olaya baktığımızda da avaliste yapılan icra takibinin TBK m. 583 ve 603. maddelerine göre hükümsüzlüğünün talep edilmesi üzerine görülen benzer bir davanın söz konusu olduğu anlaşılmaktadır. İlgili İcra Hukuk Mahkemesi, mezkûr yasa hükümlerinin sözleşme özgürlüğünü ihlal ettiği ve Anayasaya m. 12, 13 ve 48. hükümlerine aykırılık teşkil ettiği iddiasıyla resen itiraz yoluyla iptali için başvurmuştur. Anayasa mahkemesi TBK 584 ve 603. madde hükümlerine ilişkin vermiş olduğu söz konusu kararında, avalin TBK m. 603 kapsamına girdiği ön kabulü ile değerlendirme yapmış ve anayasaya aykırılık bulmamıştır. Burada dikkat çekici olan işin esasına geçilmemesi gerekçesi ile verilen karşı oy gerekçesidir. Şöyle ki; TBK m. 603'te sözleşmelere atıf yapılması sebebiyle, tek taraflı bir hukuki muamele olduğunda tereddüt bulunmayan avalin bu kapsamda değerlendirilemeyeceği ifade edilmiştir. Aynı zamanda ticari senetlerin tedavülünü kolaylaştırıcı ekonomik fonksiyonu bulunana avalde, eşin rızasını aramanın bilakis tedavülü zorlaştıracağı ve Yargıtay'ın da avalde eşin rızasının uygulanmayacağını kabul ettiğini gerekçe olarak sıralamıştır.

Yargıtay 11. Hukuk Dairesi istikrarlı şekilde avalde eşin rızasının aranılacağı yönünde kararlar vermektedir⁶². Buna karşın, Yargıtay 12 ve 19. Hukuk

⁶¹ AYM, 26.12.2013 T. E.2013/57, K. 2013/62. (R.G. T.12.12.2014, S.29203).

⁶² “*Aval de poliçe ile sorumluluk altına girmiş kişi lehine, şahsi teminat sağlamak amacı taşıyan bir müessese olup kişisel güvence verilmesinin kıymetli evrak hukukundaki görünümüdür. Şahsi teminat sağlayan aktilere ve özellikle de kefalete benzemesi yönünden avale “poliçe kefaleti” ismi de verilmektedir bu nedenle kefalete eşin rızasına ilişkin hükümlerin TBK m. 603 uyarınca avalde de uygulanması gerekmekte olup doktrinde baskın görüş de bu doğrultudadır.*” Bkz. Y. 11. HD., T. 25.04.2014, E. 2014/1231, K. 2014/7837 (UYAP Bilgi Bankası); “*TBK m. 584/III kapsamında, ... ihtiyati hacze konu bonoyu avalist olarak imzalayan kişilerin ticari faaliyetleri nedeni ile imza atıkları bonolardan dolayı eşin rızasının aranmayacağı*” Bkz. Y. 11. HD., T. 31.10.2016, E. 2016/12044, K. 2016/8541

Dairelerinin aksi istikamette istikrar gösteren kararları bulunmaktadır.

Yargıtay 12. Hukuk Dairesi vermiş olduğu bir kararda⁶³, “*Bono üzerine kefil ibaresi konsa dahi bu, aval olarak nitelendirilir ve aval veren, bononun diğer borçlusu ile birlikte müteselsilen sorumlu olur. TTK'nın 636. Maddesi hükmü gereğince kambiyo senetlerinde müteselsil borçluluk esası olduğundan, bu tür senetlerde imzası olan herkes, hamile karşı müteselsilen sorumludur. Bu açıklamalar doğrultusunda TTK'da özel hükümler olması nedeniyle kambiyo senetlerinde TBK'nın 584 ve 603. maddeleri uygulanmaz.*” diyerek özel hüküm genel hüküm ayırımından ve kambiyo ilişkisindeki müteselsil sorumluluktan hareketle avalde eşin rızasının aranmayacağı sonucuna varmıştır⁶⁴. Aynı dairenin vermiş olduğu başka bir kararda ise, “*6102 sayılı TTK'nın 702. maddesi hükmüne göre avalist kimin için taahhüt altına girmiş ise tıpkı onun gibi sorumludur. TTK'da taahhüt altına girmek için eşin rızası koşulu düzenlenmemiştir. Kıymetli evraklar 6102 sayılı TTK'nın 3. maddesine göre ticari iş sayıldıklarından TTK hükümleri karşısında genel hüküm sayılan TBK m.584'ün somut olayda uygulama yeri yoktur.*” denilmek suretiyle aynı sonuca, bu kez TTK'da eş rızasının düzenlenmediği ve ticari iş⁶⁵ sayılan kıymetli evraka TTK karşısında genel hüküm mahiyetindeki TBK hükümlerinin uygulanamayacağı gerekçesiyle ulaşılmıştır⁶⁶.

(UYAP Bilgi Bankası). Bu konuda Yargıtay 11. HD.'nin T. 25.04.2014, E. 2014/1231, K. 2014/7837 sayılı kararında, “*...Şahsi teminat sağlayan akitlere ve özellikle de kefaletle benzemesi yönünden avale poliçe kefaleti ismi de verilmektedir. Bu nedenle kefalette eşin rızasına ilişkin hükümlerin TBK'nın 603. Maddesi uyarınca avalde de uygulanması gerekmekte olup, doktrinde baskın görüş de bu doğrultudadır. Bu itibarla; mahkemece bu yön üzerinde durulup sonucuna göre bir karar verilmesi gerekirken yazılı şekilde hüküm kurulması doğru bulunmamış, kararın bozulması gerekmiştir.*” şeklinde hükme varılmıştır (UYAP Bilgi Bankası).

⁶³ Aynı dairenin benzer bir çok karar yerine bkz. Y.12. HD., T. 04.07.2013, E. 16400, K. 25100, (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası); Y.12. HD., T. 06.05.11.2013, E. 8862, K. 17225 (Eriş, s. 137).

⁶⁴ Bkz., Y.12. HD., T. 04.11.2013, E. 2013/24500, K. 2013/34705. Aynı yönde verilmiş kararlar için bkz., Y. 12. HD., T. 27.06.2013, E. 2013/10055, K. 2013/24337 (Eriş, s.274-275); Y.12. HD., T. 11.05.2015 , E. 2015/11249, K. 2015/13095.

⁶⁵ Ticari iş kavramı için ayrıntılı bilgi için bkz. **Göktürk, K.** : “*Ticari İş Kavramı, Sınırlandırılması Ve Faiz Meselesi*”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. XIX, Ankara 2015, S. 2, s. 6 vd.

⁶⁶ Y.12. HD., T. 28.11.2013 , E. 2013/27594 , K. 2013/37762 (Eriş, s.289); Y.12. HD.,T. 26.09.2013 , E. 20085 , K. 29955 (Eriş, s. 291) Aynı yönde verilmiş bir başka karar için bkz., Y.19. HD., T. 16.10.2014 , E. 2014/12290 , K. 2014/15241

Yargıtay 19. Hukuk Dairesi'nin 12. Hukuk Dairesi'nin kararlarına benzer kararları mevcuttur⁶⁷. Bu kararların bir kısmında uyuşmazlığın kambiyo senedinden kaynaklanması sebebiyle TTK m. 3'e göre "ticari iş" mevzu olduğundan TBK m. 584 hükmünün, TTK hükümlerine nazaran uygulama yerinin bulunmadığı gerekçesi serdedilmiştir⁶⁸. İlgili dairenin başka kararında bono üzerinde kefil ibaresi yazılmış olsa da bunun aval olarak nitelendirilmesi gerektiği ve aval verenin bononun diğer borçlusu ile birlikte müteselsilen sorumlu olduğu, TTK hükümlerinin özel hükümler olması sebebiyle kambiyo senetlerinde TBK m. 603 hükümlerinin uygulanamayacağı gerekçelerine yer verilmiştir⁶⁹.

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu yakın tarihli bir kararında⁷⁰, kefalet ve aval kurumlarını son derece ayrıntılı şekilde incelemiş ve Yargıtay dairelerinin aksine⁷¹ konuyu daha anlaşılır ve kabul edilebilir gerekçelerle ele almıştır.

⁶⁷ Birçok karar yerine bkz. Y.19.HD T. 09.02.2015, E. 2014/12410, K. 2015/1564 (UYAP Bilgi Bankası).

⁶⁸ Bkz. Y.19.HD, T. 16.10.2014, E. 2014/12290, K. 2014/15241 (UYAP Bilgi Bankası).

⁶⁹ Bkz. Y. 19. HD, T. 05.02.2016, E. 2015/8468, K. 2016/1608 (UYAP Bilgi Bankası).

⁷⁰ Söz konusu kararda, "avalin ticari senetlere özgü bir kambiyo taahhüdü olduğu; bononun üzerine kefil yazmasının taahhüdü kefalete dönüştürmeyip, aval hükmünde olduğu; aval ile senedin ödeneceğine dair sağlanan teminatın amacının kambiyo senetlerine tedavül kolaylığı sağlamak olduğu; kambiyo senedi dışında verilen bir teminatın aval olarak nitelendirilemeyeceği, zira senedi ciro yoluyla devralacak kimsenin bunu görmesi gerektiği; hem kefaletim hem de avalin birer kişisel teminat olduğu; avale ilişkin TTK hükümlerinin münhasıran kambiyo hukuku içinde bütünlük teşkil ettiği, özel nitelikteki avale ilişkin olarak genel nitelikli kefalet hükümlerine gidilmesinin yasal olarak mümkün olmadığı; avalin özel niteliğinin kambiyo senetlerine duyulan güven ve tedavül kabiliyeti ile ilgili olduğu; TBK m. 603 lafzında ve gerekçesinde avalin bu kapsamda olmadığımda tereddüt olmadığı, avalin bir sözleşme değil kambiyo taahhüdü olarak verildiği, bu sahada kaçınılacak başka bir taahhüt türü bulunmadığı, kefil lehine olan hükümlerden kurtulmak için aval verildiğinin ileri sürülemeyeceği; kambiyo senedi devredildikten sonra mücerretlik ilkesinin ortaya çıktığı, soyutluğun hamili güçlendirdiği ve böylece kıymetli evraka güvenin arttığı; kıymetli evrakin soyutluğunun sonuç doğurabilmesi içerdiği hak ve sorumluluğun senet dışında başka bir yere başvurmaya gerek olmaksızın herkes tarafından anlaşılabilmesi ile mümkün olduğu, sırf bu durumun bile avalin eş rızası ile ilgili kefalet hükümlerine tâbi kılınmasını imkansız hale getirdiği, zira tedavül kabiliyeti nedeniyle bir kambiyo senedinde avalistin evli olup olmadığı ve eşin rızasının bulunup bulunmadığının araştırılmasının kefalet sözleşmesinin aksine zor olduğu, bunun hamile kambiyo senetleri hukukuna tamamen yabancı bir yük getireceği, tereddüt yaratmaksızın bunu bilmenin sonraki cirantalar bakımından mümkün olmadığı" gerekçeleri serdedilmiştir. Bkz. Y. HGK, T. 24.05.2017, E. 2017/12-1135, K. 2017/1012 (UYAP Bilgi Bankası).

⁷¹ Avalde eşin rızasının aranmayacağı yönünde verilen mezkûr kararlara baktığımızda, kararların bir kısmı sadece ya da hepsi bir arada şu hususlara dayanmıştır: aval ile ilgili uyuşmazlıkların TTK m.3 bağlamında ticari iş olması ve TBK m. 584'ün genel hüküm olması

Bu kararda da görülmektedir ki; TBK m. 603 gereği kefalette eşin rızasının, aval için de geçerli olduğu yorumu, bir kambiyo hukuku kurumu olan avalin hukuki niteliği ile bağdaşmamaktadır. Bu yorum, avalin tedavül kabiliyetini ortadan kaldırma sonucu yaratacağı gibi, kambiyo uygulaması bakımından da zaten uygulanması mümkün bulunmamaktadır. Bu kapıyı aralayan mezkûr Yargıtay kararlarının varlığı, aslında TBK m. 603 ve onun yollaması ile TBK m. 584'deki ailenin korunması amacının tesisini sağlamamakta; bilakis aval verenler bakımından, kambiyo yoluyla icra takibinin sonuçsuz bırakılması örneğinde, bir başka kötüye kullanıma kapı araladığı müşahede edilmektedir.

Daha önce örnek olarak ele almaya çalıştığımız yargı kararlarından anlaşıldığı üzere, Yargıtay Hukuk Genel Kurulu ile Yargıtay 12 ve 19. Hukuk Daireleri avalde eşin rızasının aranmayacağı kanaatindeyken, Yargıtay 11. Hukuk Dairesi aksi görüşte bulunmaktadır. Yakın gelecekte, bu hususta bir Yargıtay İçtihadı Birleştirme kararının çıkması kaçınılmaz bir gerçekliktir. Zira TBK m. 603'ün hatalı bir şekilde kaleme alınış tarzı, hükmün *ratio legis*'i göz ardı edilerek yapılan yorumlar sayesinde, sakıncalı sonuçlar⁷² doğurmaya elverişli biçimdedir. Özellikle de avalin TBK 603 kapsamına girdiği şekilde yapılan değerlendirmelerde bu keyfiyet kendini açıkça göstermektedir.

Son olarak, İsviçre federal mahkeme kararlarına bakıldığında görüleceği üzere, aval verenin evli olması halinde diğer eşin rızasının aranmasına gerek olmadığı ve hatta daha açık şekilde evli kişinin kefalet yerine aval uygulamasına yönelmesinin OR Art 494'ü dolanma olarak yorumlanamayacağı yönün-

nedeniyle uygulanamayacağı; TTK anlamında taahhüt için eşin rızasının öngörülmediği; genel hüküm-özel hüküm ayırımında TTK'da özel hükümler olması nedeniyle TBK m. 584 ve 603'ün uygulanamayacağı; borçlunun bu yönde bir şikâyeti olmadığı halde TBK m. 584 hükmünün mahkemece resen değerlendirilmesinin mümkün olmadığı. Görüldüğü gibi sonucuna katıldığımız Yargıtay kararlarının gerekçeleri ya yetersiz ya da konuyla tam olarak ilgili değil ya da fahiş hatalar barındırmaktadır. Örneğin, ehliyet konusunun def'i olarak nitelendirilip hâkimin resen keyfiyeti gözetemeyeceğine ilişkin gerekçeler öğretilen haklı şekilde eleştirilmiştir. Bkz. **Özen**, s. 54-55, dn. 112. Aksi yönde yani avale eşin rızasının aranması gerektiği kararlarda ise, avale poliçe kefaleti denilmesine; TBK m. 584'e sonradan eklenen üçüncü fıkradan hareketle eşin rızasının aranacağı hallerin sınırlandırıldığı ve avalin bu sınırlamalar içinde yer almadığı şeklinde gerekçeler getirilmiştir.

⁷² Diğer bir sakıncalı sonuç ise, TTK m. 7'de düzenlenmiş olan "*ticari işlerde teselsül karinesi*" uygulama alanının TBK m. 583 ve 603 nedeniyle daraldığını iddia eden görüşlerden kaynaklanmaktadır. Ayrıntılı bilgi için bkz. **Kapanıcı**, K. B. : "Türk Ticaret Kanunu'nun 7. Maddesinde Öngörülen "*Ticari İşlerde Teselsül Karinesi*" Tam Anlamıyla Uygulanabilir Durumda mıdır?", İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Ocak-Haziran 2016, C.VII, S.2, s. 164-167.

de kararlar⁷³ çok eskiden beri mevcut bulunmaktadır. Demek ki, Türk Medeni Kanunu, Türk Borçlar Kanunu ve Türk Ticaret Kanunu'nun kıymetli evrak kitabının mehazı olarak kabul ettiğimiz İsviçre mevzuatına göre, İsviçre Federal Mahkemesi bu yönde karar vermiştir⁷⁴. Avalde kefalette olduğu gibi bir eşin rızasının söz konusu olmayacağı İsviçre Hukuku'nda da kabul edilmektedir. Aynı zamanda kefaletin şekline ilişkin şartların da aval için uygulanmayacağı vurgulanmıştır⁷⁵.

B. ÖĞRETİDEKİ MÜSPET VE MENFİ GÖRÜŞLER

Türk Borçlar Kanunu m.603 hükmü uyarınca, kefaletin şekline, kefil olma ehliyetine ve eşin rızasına ilişkin hükümler, gerçek kişilerce, kişisel güvence verilmesine ilişkin olarak başka ad altında yapılan diğer sözleşmelere de uygulanır. Bu hükmün, hangi sözleşmelerde uygulama alanı bulacağı konusunda kanunda herhangi bir açıklık yer olmadığından, uygulamada söz konusu hükmün tüm şahsi güvence verilmesini konu alan sözleşmelere uygulanıp uygulanamayacağı konusunda değişik görüşler öne sürülmüştür. Bu konuda ileri sürülen görüşler bir yana, kanun koyucunun kefalet sözleşmesinde eşin rızasını aramasındaki amacın, kefil koruyucu hükümlerden kurtulmaya engel olmak olduğu, hükmün gerekçesinde açık şekilde belirtilmiştir⁷⁶.

Öncelikle avalin, kambiyo senetleri hukukuna özgü, poliçe borcunu senet üzerine yazılacak bir beyan ile şahsi olarak teminat altına aldığı; avalin senet üzerine konulan aval şerhi ya da senedin ön yüzünde tek bir imza⁷⁷ ile yazılı beyan üzerine tesis edildiği ifade edilmelidir (TTK m. 701). Avalin,

⁷³ Örnek olarak bkz. 4/6/1957 tarihli BGE 83 II 211 E.3 ve 79 II 79/80 E 4 (Bkz. **Staffelbach**, Art. 494, N.1, s. 1084) Ayrıca, kefaletin yerine avalin tercih edilmesinin OR Art 494'ü dolanma anlamında olmadığına ilişkin Federal mahkemesini destekleyen görüş için bkz. **Pestalozzi**, OR Art. 494, Rn.2. Krauskopf, F.: Präjudizienbuch OR Die Rechtsprechung des Bundesgerichts (1875-2015), Aufl. 9, 2016, OR Art 494, Rn.2; Vischer, M.: Vertragsverhältnisse Teil 2: Arbeitsvertrag, Werkvertrag, Auftrag, GoA, Bürgschaft Art.319-529 OR, (Hrsg: Claire Huguenin, Markus Müller-Chen, Daniel Girsberger), Aufl. 2, 2012, OR Art. 494, Rn.2.

⁷⁴ BGE 79 II 79 bkz. **Druey/Guhl**, Rn. 39.

⁷⁵ **Rizzi**, OR Art. 1021, Rn. 2.

⁷⁶ Bkz., TBK Gerekeçe, s.139.

⁷⁷ Her ne kadar, esasen temsil ile ilgili olsa da, “*şirket sözleşmesinde temsile dair çift imza kuralının benimsendiği durumlarda, kambiyo senedinde bulunan tek imzanın o şirketi değil, bilakis imza sahibini sorumlu kılacağı öngörülmüştür*”. Bkz. Y. 12.HD. T. 1978, E. 3634, K. 3882 (**Reisoğlu**, s. 39, dn. 64). Avalde eşin rızasını aramanın bu içtihatların varlığı karşısında ne tür sorunlar çıkaracağı aşikârdır. Avalistin eşinin beyan olmaksızın senet üzerine attığı imzanın hangi hukuki sonucu yaratacağı yeni tartışmalara gebe dir.

senette görünen ve sorumluluğu bertaraf edilmemiş kişiler lehine verilmesi, senet üzerine yazılacak bir beyan ile mümkündür. Bu konuda kanun koyucu (TTK M. 701/II) herhangi bir sınırlama yapmadığından öğretide⁷⁸ ve yargı kararlarında⁷⁹ avalin, “teminat olarak”, “*aval içindir.*”, “*temin ettim.*”, “*kefil olarak*”, “*garantileyen olarak*”, “*garantileyen sıfatıyla*”, “*müşterek borçlu ve müteselsil kefil*”, “*kefilim*” vb. ibarelerle⁸⁰ ve altı da imzalanmak suretiyle verilebileceği ifade edilmektedir⁸¹. Hatta poliçenin ön yüzüne atılan imza, muhatap ile keşidecinin imzaları hariç, aval kabul edilmektedir (TTK m. 701/III).

Bu açıklamaların önemi, TBK m.603 hükmündeki, “...*gerçek kişilerce, kişisel güvence verilmesine ilişkin olarak başka ad altında yapılan diğer sözleşmelere de uygulanır.*” ifadesinde kendisini gösterir. Kanun koyucu, kefilî koruma amacına yönelik söz konusu hükmün, sadece kişisel güvence verilmesine ilişkin *sözleşmelerde* uygulanacağını açıkça hükme bağlamıştır.

Kefaletin şekline ve ehliyeteye ilişkin hükümlerin, TBK m. 603 gereği avale de uygulanması hususunda, avalî bu kapsama dâhil eden görüş sahiplerinin bir kısmınca bunun kıyasen bir uygulama olduğu tespiti ile, avalin şekline ilişkin TTK’da “*m.701*” hükmünün bulunması sebebiyle, TBK m. 583’ün aval bakımından uygulanma kabiliyetinin olmadığını ileri sürmüşlerdir. Burada dikkat çeken husus, bu görüş, TBK m. 583’ün uygulanmamasını avalin şekline ilişkin TTK’da özel hüküm bulunmasına bağlarken, avalde ehliyeteye ilişkin TTK’da özel hüküm bulunmaması nedeniyle, TBK m. 584’ün burada uygulanması gerekliliğini, kefaletle ilişkin ehliyet sınırlamalarının dolanılması olasılığına yönelik kaygı olarak göstermiştir. Gerek TBK gerekse TTK’nın, 01.07.2012 olmak üzere, aynı tarihte yürürlüğe giren kanunlar olmasının yanı sıra, TBK m. 603’ün amacının kefaletle ilişkin şekil ve ehliyet sınırlamalarını uygulanamaz hale getirmeyi önleme olarak tespit ettikten sonra, şekle ilişkin TBK m. 583’ü kefalet hükümlerini dolanma saikli aval işlemlerinde uygulamaya gerek görmemek kendi içinde çelişki barındırmaktadır. Aval kurumunu TBK m. 603 kapsamında değerlendirmek yerine, somut olayda sözü edilen

⁷⁸ Avalî, poliçe ve bono kefaleti olarak ifade edenler için bkz. **Öztaş**, 1997, s. 792; **Pulaşlı**, s. 191.

⁷⁹ Y. 12. HD. T. 18.10.1999, E. 11398, K. 12463 (YKD, Ankara 2000, S. 3, s. 61); Y. 11. HD., T. 30.03.2015, E. 2821, K. 4432, (Batider 2015, C. 31, S.2, s.453 vd.).

⁸⁰ İsviçre’de de «als (Wechsel) Bürge», «per Aval», «p.a.», «als Sicherheit», «für Herrn XY» gibi benzer ibarelere yer verilmiştir. Bkz. **Rizzi**, OR Art. 1021, Rn. 2.

⁸¹ Bkz., **Öztaş**, 1997, s.800-801; **Öztaş**, 2016, s. 165; **Poroy/Tekinalp**, s. 209, N.294.

dolanma saikinin TMK m. 2 ve *sözleşmelerin yorumu* başlıklı TBK m. 19 bağlamında tespit edilecek tarafların gerçek iradelerine göre, hakikaten kanunu dolanma gayesinin olup olmadığını hâkim tarafından tespit edilmesinin gayet makul bir çözüm olarak önermekteyiz. Ancak buna karşılık ise, söz konusu görüş sahipleri tarafından hâkimlerin iş yükü nedeniyle bunun sonuçsuz kalacağı öngörüsünde bulunulabilir⁸².

Avalin, hukuki niteliği itibarıyla tek taraflı irade beyanı olduğu, azınlıkta kalan bir görüş olsa da ileri sürülmekle birlikte, aval'ın kıymetli evrak hukukunda geçerli olan teori bağlamında bir sözleşme olduğu tarafımızca da kabul edilmektedir⁸³. Hal böyle iken sırf bu husustan hareketle, yani avalin hukuki niteliğinin sözleşme olması nedeniyle doğrudan TBK m. 603 kapsamında değerlendirilmesi beklenilemez. Her ne kadar ehliyetle ilişkin düzenlemelerin, kambiyo hukukunda dahi öncelikli olarak uygulanması hususu tarafımızca da kabul edilmekle birlikte, burada kanun koyucunun aval müessesini kapsamak gibi bir amacı olmadığı düşüncemizi açıkça vurgulamakta yarar görüyoruz⁸⁴. Zira TBK m. 603 ile kanun koyucunun kapsamı genişletmekteki maksadı, önceki tarihli yargı kararlarının tecrübesi ile, kefalet sözleşmesinin hükümlerinin uygulanmasına engel olmak üzere, - özellikle garanti sözleşmeleri - üçüncü kişinin fiilini taahhüt sözleşmeleri benzeri sözleşmeler için baştan tedbir almaktır. Yoksa, kendisiyle aynı tarihte yürürlüğe giren TTK'daki düzenlenen bir kıymetli evrak kurumu olan aval'i uygulanamaz hale getirmek değildir.

Diğer taraftan avale ilişkin hükümler ile, poliçe bedelinin ödeneceği konusunda ek teminat sağlanmak suretiyle hamilin korunması amaçlanır. Ava-

⁸² Bu görüş için bkz. **Özen**, 47, 53-54. Benzer şekilde, TTK m. 701/III nedeniyle, bir aval iradesini senet yüzüne şerh düşmeye gerek olmadığına ilişkin bkz. **Gümüş**, s. 372. Benzer şekilde, kefaletin şekline ilişkin TBK m. 583 hükmünün, TBK m. 603 gereğince kambiyo senetlerinde avale uygulanmayacağı görüşü için bkz. **Demir**, s. 115.

⁸³ Avalin sözleşme niteliği öğretide neredeyse ittifakla kabul görmüştür. Bir kısmı için bkz. **Öztan**, 2016, s. 164-165; **Tandoğan**, s. 489; **Karayalçın**, s. 220; **Demirkapı**, s. 104-110; **Güral**, s. 443-445; ; Alman hukukunda da, tek taraflı bir beyan olmadığı, bilakis sözleşme neticesinde vuku bulduğu kabul edilir. Bkz. **Jacobi**, E.: Wechsel- und Schechrecht unter Berücksichtigung des auslaendischen Rechts, Berlin 1956, s. 676; Avalin sözleşme değil de, tek taraflı bir taahhüt işlemi olduğu, doğumu ve geçerliliği için kabul gerekeceği görüşü için bkz. **Can**, s. 94; **Bozer/Göle**, s. 155; Avalin önce, aval şerhinin imzalanması ile değil, senedin teslimi ile hüküm doğurduğu yani bir kambiyo sözleşmesi olma niteliğine vurgu yapıp, sonrasında çelişki doğuracak şekilde, avalin tek taraflı ve bağımsız taahhüt olduğu görüş için bkz. **Poroy/Tekinalp**, s. 207.

⁸⁴ Avalin TBK m. 603 kapsamına girmediğine ilişkin bkz. **Reisoğlu**, s. 323; Avalin sözleşme değil, tek taraflı irade beyanı olması nedeniyle TBK m. 603 kapsamına girmediğine dair görüş için bkz. **Bozer/Göle**, s. 156.

list, mevcut poliçe borcu dolayısıyla, poliçe borçlusu lehine ve aynı zamanda poliçe hamilinin yararına borç altına girmektedir. Aval poliçe borcunu hamile karşı temin ederek, asıl borçlunun yanında bir ikinci borçlu koymayı amaçlar. Ancak kefalet sözleşmesinde şekle ve kefil olma ehliyetine ilişkin hükümler ile amaçlanan, kefilin korunmasıdır. Hükümlerin konuluş amacından hareketle kefalet sözleşmesinin uygulama alanının ve bu arada şekle ve ehliyete ilişkin sınırlamaların hamilin korunması amacıyla olan aval hakkında da cari olacağını söylemek pek mümkün görünmemektedir⁸⁵. Öğretide bir görüş⁸⁶, mevcut bir borç için kambiyo senedi düzenlenerek ve söz konusu senede aval verilerek kefalet sözleşmesine ilişkin hükümlerin dolanabileceğinden hareketle avalde eşin rızasının aranması gerektiğini savunmaktadır. Unutulmaması gereken temel hukuk ilkesi, TBK m. 603 gibi istisnai hükümlerin dar yorumlanması gerekliliği olup, şekle ve ehliyete ilişkin getirilen sınırlandırmaların, kanun koyucunun amacını aşacak şekilde yorum yoluyla genişletilerek uygulanması, hukuki güvenlik ilkesini ve TBK'daki sözleşme serbestisi -şekil serbestisi- ilkesini zedeleyici sonuçlara neden olacaktır. Kaldı ki hükümlerin konuluş amacından hareket edildiğinde dahi, aval ve kefalet arasında, korunan kişiler ve menfaatler açısından ciddi bir fark olduğu görülmektedir. Aval, senede veya alonja aval şerhi yazılmak ve imza atılmak suretiyle yahut sadece senedin ön yüzüne keşideci ve muhatap hariç olmak üzere, imza atılmak suretiyle verilebilir. Avalin bir tür kefalet olduğunu ve avalde eşin rızasının

⁸⁵ Dikkat çekmek istediğimiz bir diğer husus ise, kefalette eşin rızasının aranması şartının aval yoluyla dolanılmasının önüne geçmek için avalde de eşin rızasının aranmasının zorunlu olduğu gerekçesi ile ilgili olarak, Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun TMK m. 194 maddesi bağlamında verdiği bir kararda, aile konutu üzerinde eşin rızası olmaksızın iyiniyetle aynı hak kazanan kimsenin korunacağına hükmedilmiştir. Bkz. YHGK, T. 04.10.2006, E. 2006/2-591 , K. 2006/624. Demek ki, HGK'nın baktığı bu perspektifte, hamilin korunmasının amaçlandığı aval kurumunda da, eşin rızasının aranmayacağı aşıkardır.

⁸⁶ **Kırca**, s. 437-438; **Pulaşlı**, s. 200-201; **Gümüş**, s. 372; **Demir**, s. 115; **Badur**, s. 296; **Özen**, avalı tek taraflı irade beyanı olarak niteleyip, sözleşme olmasa da TBK m. 603 kapsamına girdiği ve eşin rızasının aranması gerektiğini ifade etmiştir. Bkz. **Özen**, s. 53,54.; TBK m. 584 ve 603'deki ailenin korunması amacının, ticari kaygılar dahil bütün amaçlardan önce gelmesi gerektiğinden avalde eşin rızasının aranması gerektiği, ancak TBK m. 603 olmasaydı avalde eşin rızasının aranmayacağı görüşü için bkz. **Şeker**, M: Kefalet ve Avalde Eşin Rızası, İstanbul 2017, s. 82. Aksi görüşte olanlardan bir kısmı, avalin tek taraflı bir irade beyanı olduğunu ifade etmek suretiyle katılmadığımız gerekçe ile avalde eşin rızasının aranmaması gerektiğini belirtmiştir. Bkz. **Bozer/Göle**, s. 156. Ancak avalin tek taraflı bir irade beyanı olduğunu ifade etmekle birlikte, aval yoluyla kefalet sözleşmesindeki koruyucu hükümlerin dolanılmasına müsaade edilmemesi gerekçesini serdeten yazarlar da olmuştur. Bkz. **Can**, s. 96; **Öztan**, bu hususta net bir görüş açıklamak yerine, aval uygulaması yoluyla, kefaletin şekline ilişkin TBK m. 583 vd.. emredici kurallarının bertaraf edilemeyeceğine değinmiştir. Bkz. **Öztan**, 2016, s.162.

aranması gerektiğini savunan yazarlar olmakla birlikte⁸⁷ bunun pratikte nasıl gerçekleşeceği konusunda herhangi bir açıklama yapılmamaktadır. Bu konuda aval veren avalistin eşinin, imzasını yine senet üzerine atacağı söylenebilir de bu durum çeşitli riskler taşımaktadır. Şöyle ki, avalistin eşi, avalistin imzasının yanına imza atacak ise, bu durum eşin borçlandırılması ve kendisinin de keşideci lehine aval vermesi sonucunu doğurmaya müsait olacaktır. Bu riski bertaraf etmek için eş rızasının alonja yazılması gerektiği savunulabilir de⁸⁸ aksine bir uygulamanın büyük zararlara neden olacağı aşikârdır. Ayrıca, alonj senedin arka yüzünün devamı olarak kabul edildiğinden, üzerinde tek başına bir imza ile aval kurulamayacağı da aşikârdır. Eşin rızasının gerekip gerekmediği ile nasıl tatbik ettirileceği ise, avalden sonra senedin teslim edileceği hamile yüklenecek ağır bir yük olarak ortaya çıkmaktadır. Bu işlemler bir şekilde yaptırılsa dahi, bu seferde eldeki senede duyulan güven belirsiz imzaların varlığı nedeniyle azalacak ve tedavül kabiliyeti de kısıtlanacaktır. Burada dikkat çekeceğimiz son husus ise, avalde eşin rızasını aramak, senet üzerinde aval niteliğini haiz imzanın bulunduğu her durumda artık kendiliğinden senede güvensizliği doğuracağı ve tedavül imkânını zedeleyeceği gerçeğidir. Bunun önüne geçebilmek ancak, senetle beraber senet üzerindeki avalistlere ait evli olmadıklarını tevsik eden belgelerin eklenmesi ile mümkün olabilir.

Bu açıklamalar da göstermektedir ki avalde eşin rızasının aranacağını söylemek, avalin tedavül etmesi imkânını zorlaştıracak ve kambiyo hukukuna özgü aval kurumundan beklenen amacı gerçekleştirmekte yetersiz kalacaktır.

V. SONUÇ

Türk Borçlar Kanunu'nun 603. maddesi bağlamında, eşin rızası da dâhil olmak üzere, kefil olma ehliyetine ve kefaletin şekline ilişkin hükümler, kişisel güvence verilmesine ilişkin olarak yapılan diğer sözleşmelere de uygulanacaktır. Kefaletin şekline ilişkin hükümlerin, farklı gerekçelerle olsa da öğretide çoğunluk tarafından aval için uygulanmayacağı kabul edilmektedir. Bu noktada, avalde eşin rızasının aranıp aranmayacağı konusunda farklı görüşler ve yargı içtihatları daha önce ayrıntılarıyla aktarılmaya çalışılmıştır. Bu açık-

⁸⁷ **Kırca**, s. 437; **Özen**, s. 53; **Gümüş**, İsviçre Borçlar Hukuku bakımından kefalet yerine aval verme yolunun tercih edilmesini, TBK m. 584'ün karşılığı olan Art.494'e yönelik bir kanuna karşı hile olarak yorumlanmayacağını vurgulayarak, Türk Borçlar Hukuku bakımından ise TBK m. 603'ün etkisinin açık olduğunu ve avalin de mezkûr düzenlemenin uygulama kapsamına dâhil olmasını sağladığını tartışmasız kabul etmiştir. **Gümüş**, s. 342, dn. 1819 ile 368 vd.

⁸⁸ **Demir**, s. 117.

lamalar ışığında kanaatimiz, TBK m. 603 kapsamına girmediğinden dolayı, avalde eşin rızasının aranmaması gerektiği yönündedir. Avalde eşin rızasının kambiyo senedinde uygulanması, kıymetli evrak hukuku anlamında mümkün değildir. Şayet aksi düşünülürse, TBK m. 584'te düzenlendiği şekliyle eşin rızasını avalde aramak, TTK hükümleri karşısında senedin tedavülünde kolaylık sağlama amacına da ters düşmektedir.

Yukarda yer alan açıklamalar ve Yargıtay kararları ışığında bu sonuca varmamızın gerekçelerini şöyle sıralayabiliriz:

➤ Hakkında özel hükümlerin sevk edilmiş olduğu bir kurumla ilgili olarak, genel hükümlerdeki şekle ilişkin sınırlandırmaların ve istisnaların dar yorumlanması gerektiği ilkesi çerçevesinde TBK m. 603'ün değerlendirilmesi ve TTK'da düzenlenen aval kurumunun burada kapsam dışı tutulması gerekir. Kefalet sözleşmesinde özellikle TBK m. 583 ve devamı hükümleri, kefilî korumaya yönelik bir amaç taşımaktadır. TBK m. 603, bu amacın uygulama kapsamını genişleterek, sadece kişisel teminat veren gerçek kişileri korumayı amaçlamıştır. Buna karşın avalde, asıl amacın teminat veren avalistin değil, bilakis hamilin korunması olduğu izahattan varestedir. Unutulmamalıdır ki avalin en önemli işlevi senede tedavül hız ve kabiliyeti sağlamasıdır. Aval ile ilgili ihtilaflarda, TBK'da yer alan ve doğrudan avale gönderme yapmayan hükümlerin kapsamı yorum yolu ile avali içine alacak şekilde genişletilmemeli, TTK m. 700-702'de kurulan rejim takip edilerek, özel hükümleri sakatlayacak şekilde uygulamalardan kaçınılması gerekir. Dolayısıyla aval, TBK m. 603'teki bu amacın ve madde kapsamının dışında yer almaktadır.

➤ Önce avali TBK m. 603 kapsamında kabul edip, sonrasında avalin şekline ilişkin TTK'da özel hüküm bulunmasını öne sürerek, TBK m. 583'teki kefaletin şekline ilişkin hükümlerin avalde uygulanmayacağını ama TBK m. 584'teki eşin rızasının aranacağını; onun da kanun lafzındaki "yazılı onaya" dahi gerek olmaksızın imza ile mümkün olduğu görüşü kendi içinde çelişkiler barındırmaktadır. TBK m. 603'ün kapsamına avali dâhil ettikten sonra, TBK'daki şekle ve ehliyeteye ilişkin kefilî koruyucu tüm hükümlerin aval için de birebir uygulanması gerekir. Ancak bunun fiilen uygulanmasının neredeyse mümkün olmadığı görüş sahiplerince de anlaşıldığından, TTK'da düzenlenen aval kurumu rejimini bozacak şekilde, TBK m. 584'teki eşin rızasının sadece usulî şekilde avalistin eşinin de imzasının senet üzerinde bulunması gibi kambiyo hukukuna son derece uzak çözümlerin önerildiğini düşünmekteyiz.

➤ "Avalin tek taraflı bir irade beyanı niteliğinde olduğu ve bu haliyle TBK m. 603'te zikredilen sözleşme tanımına dahil olmadığı" gerekçesinin

geçerli bir dayanak olmayacağı, bilakis bir sözleşme niteliğinde olan avalin bu nevi dahi TBK m. 603 kapsamında değerlendirilmesine sebebiyet vermeyeceği, zira bu yorumun TTK m. 701/III hükmü gözetildiğinde mümkün olmayacağı hatta bu hükmün uygulanmasını ortadan kaldıracacağı aşıkardır.

➤ Aval -her ne kadar aksini iddia edenler olsa ve poliçe kefaleti olarak da isimlendirilse de- Türk Borçlar Kanunu anlamında kefalet sözleşmesi ile bir benzerlik taşımamaktadır. Dolayısıyla avalı, TBK m. 603'te kanun koyucunun *ratio legis* 'i anlamında ana hedef olan garanti sözleşmeleri bağlamında değerlendirmek yerine, onun kambiyo hukukuna mahsus yapısını korumayı sağlamaya yönelik yorum yapılmalıdır.

➤ Tedavül kabiliyetini haiz senetlerde, eşin rızasının aramak, senetlerin bu özelliğini yerine getirmesine engel teşkil edeceği; kaldı ki eşin rızasının alınabileceği bir an için mümkün görülse dahi bu rızanın senedin üzerine yazılmasının doğuracağı risklerin son derece büyük olacağı göz ardı edilmemelidir. Ayrıca bu keyfiyetin uygulanma imkânı da yoktur. Hiç şüphesiz, eşin "rıza amacıyla" senet üzerine (ön yüze) vereceği yalın bir imzanın, "TBK m. 584'ün tatbiki" mi yoksa TTK m. 701/III ve IV hükümleri çerçevesinde "keşideci lehine aval" sonucunu mu doğuracağı, yeni ihtilaflara sebebiyet verecek önemli sorunların başında gelecektir.

➤ TBK m. 603 için "avalı kapsadığı" şeklinde değerlendirmede bulunmak aynı tarihte yürürlüğe giren TBK ve TTK hükümlerinin bir kısmının uygulanmayacağı sonucunu doğuracaktır. Kaldı ki, kanun koyucu TBK m. 584 ile ilgili kısa bir süre sonra yaptığı değişiklikte de keyfiyeti bu yönüyle ele almamış, bilakis m. 584'ün kapsamını sınırlamıştır. Bu esnada kanun koyucunun avalı sınırlamaya dâhil etmemesine bağlanacak netice, avalin TBK m. 603 kapsamında olduğu değil, bilakis avalı bu kapsamda görmemesinden kaynaklanmaktadır. Aksi düşünce, kanun koyucunun avalistin evli olup olmadığının ve TBK m. 584/3'teki istisnaların bulunup bulunmadığının araştırılması gibi kambiyo hukukundaki tedavül sürat ve kabiliyetine ters külfetleri senet hamiline yüklediği sonucunu doğuracaktır.

➤ Yargıtay'ın önüne gelen davalar bakımından uygulamaya bakıldığında, öğretilde TBK m. 603'ün gerekçesi işaret edilerek belirtilen "*kefalet hükümlerinin dolanılması*" sakıncasından ziyade; aval verilirken gündeme getirilmeyip de, sonraki hamillere karşı, "*avalde eşin rızası bulunmadığı*" gerekçesi ile yapılan kambiyo senedine mahsus takibin sonuçsuz bırakılmasına yönelik girişimlere sıklıkla rastlanılmaktadır.

➤ Bizim değerlendirmemiz neticesinde TBK m. 603'ün lafzının ve kanun koyucunun amacının avalı kapsamadığı kabulü nedeniyle; avalde, eşin rızasının aranması sonucuna da varılamayacaktır. Aksi düşüncenin, kambiyo hukuku anlamında senedin tedavül hız ve kabiliyetini neredeyse imkânsız hale sokacağı ve bu sefer de kanun koyucunun TBK m. 603 ile aval kurumunu tatbik edilemez hale getirmeyi amaçladığı gibi bir sonuca ulaşılabilecektir. Zaten aval nedeniyle, aslında teminat vermek suretiyle tesis edilmek istense de; görünüşte tam aksine senette güvensizlik yaratılmaktadır. Avalde eşin rızasını aramanın bu güvensizliği daha da artıracığına şüphe yoktur. Bunun da kambiyo işlemlerinde gizli aval uygulaması olarak -aslında bir devir işlemi olsa da teminat fonksiyonunu haiz olması nedeniyle- ciroya başvurulma oranını daha da yükselteceği ve aval uygulamasını tamamen ortadan kaldıracığı kanaatindeyiz. Yargıtay tarafından mutlak suretle konu hakkında *içtihadı birleştirme kararına* gidilmesinin elzem olduğu ve bir kambiyo müessesesi olan avalı ayakta tutacak yönde, avalde eşin rızasının aranmayacağını tespit eden bir kararın çıkması gerektiğini değerlendirmekteyiz. Aksi düşüncenin bir sonraki ayağı, daha da sıklıkla başvurulacak bir yöntem olması nedeniyle gizli aval amaçlı ciro işlemlerinin de, TBK m. 603 anlamında tartışılması olacaktır.

➤ Son cümle olarak, TBK m. 584 ve 603'teki *ratio legis*, ailenin ekonomik varlığının korunması ve kanunun dolanılması tehlikesini önlemektir. Bu amaçların tesisi için, farklı müesseseleri düzenleyen iki farklı kanun TBK ve TTK bakımından, birini diğerinin önüne geçirmek suretiyle, doğrudan ilgili olmayan hukuki kurumlara ilişkin özel kanundaki hükümlerin uygulanmasını ortadan kaldırmak yerine, her somut olayı kendi içinde değerlendirip, *sözleşmelerin yorumu* başlıklı TBK m. 19 bağlamında tespit edilecek tarafların gerçek iradelerine göre, hakikaten kanunu dolanma gayesi var ise, TMK m. 2 anlamında dürüst davranma ilkesi de gözetilmek suretiyle, söz konusu tehlikenin önüne geçmek her zaman mümkün görülmektedir. Yoksa aval ile kefaleti, ciro ile avalı, görünürde ayrılık kararları ve boşanma davaları ile eşin rızasını dolanmak her zaman karşılaşılabilecek hallerdendir.

KAYNAKÇA

- Akıntürk, T./Ateş Karaman, D.:** Türk Medeni Hukuku, Aile Hukuku C. 2, B.15, İstanbul 2013.
- Aral, F./Ayrancı, H.:** Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Ankara 2012.
- Badur, E.:** “*Eşin Rızası*”, TBBD, S. 109, 2013.
- Bahtiyar, M.:** Kıymetli Evrak Hukuku, İstanbul 2013.
- Barlas, N.:** Kefalet Hukukuna ilişkin Bazı Sorunlar ve Yargıtay Uygulaması, Makalelerim, C.I, İstanbul 2008.
- Baş, E.:** “*6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu’nda Kefalet Sözleşmesinin Geçerlilik Şartlarına İlişkin Bazı Yenilikler*”, C. LXX, S. 2, İÜHFİM 2012.
- Bilgen, M.:** 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu’nun Işığında Öğreti ve Uygulamada Kefalet ve Yargılama Hukukuna İlişkin Uyuşmazlıklar, Ankara 2013.
- Bozer, A./Göle, C.:** Kıymetli Evrak Hukuku, B. 5, Ankara 2016.
- Boztosun, N. A.:** “Avalde Def’iler”, Terazi Hukuk Dergisi, Y. 2, S. 11, 2007.
- Can, M.:** Kıymetli Evrak Hukuku, B.2, Ankara 2012.
- Demir, Ş. :** “*Kefalet Sözleşmesinin Uygulama Alanı*”, <http://tbbdergisi.barobirlik.org.tr/m2013-108-1307>, s.87-122, erişim:30.09.2016.
- Demirkapı, E.:** Kambiyo Senetlerinin Aval Yoluyla Temini, İzmir 2005.
- Develioğlu, H. M.:** “*İsviçre Federal Mahkemesinin 23 Eylül 2003 Tarihli Kararı Işığında Kefalet Sözleşmesi – Borca Katılma Ayrımı*”, Prof. Dr. Erden Kuntalp’e Armağan, C. I (Özel Hukuk). İstanbul 2004, (Kefalet Sözleşmesi).
- Develioğlu, H. M.:** Kefalet Sözleşmesini Düzenleyen Hükümler Işığında Bağımsız Garanti Sözleşmeleri, İstanbul 2009, (Garanti Sözleşmeleri).
- Domaniç, H.:** Kıymetli Evrak Hukuku ve Uygulaması, İstanbul 1990.
- Druey, J. N./ Guhl, T.:** Das Schweizerische Obligationenrecht mit Einschluss des Handels- und Wertpapierrechts, § 87, Der Wechsel, (Buchautoren: Theo Guhl, Alfred Koller, Anton K. Schnyder, Jean Nicolas Druey), Aufl. 9, 2000.

- Eren, F.:** Borçlar Hukuku Özel Hükümler, B. 3, Ankara 2016.
- Eriş, G.:** Türk Ticaret Kanunu Hükümlerine Göre Kıymeti Evrak, Ankara 2014.
- Göktürk, K.:** “*Ticari İş Kavramı, Sınırlandırılması ve Faiz Meselesi*”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. XIX, S. 2, Ankara 2015.
- Gümüş, M. A.:** Borçlar Hukuku, Özel Hükümler, C.II, B. III, İstanbul 2014.
- Güral, J.:** Kefalet Akdiyle Aval Arasındaki Fark ve Benzerlikler, AÜHFD, C. VIII, Sayı 3-4, Y. 1951.
- Jacobi, E.:** Wechsel- und Schechrecht unter Berücksichtigung des auslaendischen Rechts, Berlin 1956.
- Kapancı, K. B.:** “Türk Ticaret Kanunu'nun 7. Maddesinde Öngörülen “*Ticari İşlerde Teselsül Karinesi*” Tam Anlamıyla Uygulanabilir Durumda mıdır?”, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Ocak-Haziran 2016, C.VII, S.2, s.131-170.
- Karayalçın, Y.:** Ticaret Hukuku, III. Ticari Senetler (Kambiyo Senetleri), B. IV., Ankara 1970.
- Kendigelen, A.:** Türk Ticaret Kanunu Değişiklikler, Yenilikler ve İlk Tespitler, B.2, İstanbul 2012.
- Kınacıoğlu, N.:** Kıymetli Evrak Hukuku, B. V, Ankara 1999.
- Kırca, İ.:** “*Türk Borçlar Kanunu Tasarısı – Kefalette Eşin İzni*”, Prof. Dr. Tuğrul Ansay'a Armağan, Ankara 2006.
- Koç, S.:** Türk Borçlar Kanunu Tasarısı'na İlişkin Değerlendirmeler, İstanbul 2005.
- Krauskopf, F.:** Präjudizienbuch OR Die Rechtsprechung des Bundesgerichts (1875-2015), Aufl. 9, 2016, OR Art 494.
- Kuhn, H.:** GmbH, Genossenschaft, Handelsregister und Wertpapiere - Bucheffektengesetz Art. 772-1186 OR und BEG, (Hrsg: Vito Roberto, Hans Rudolf Trüeb), Aufl. 2, 2012, OR Art 1020-1022.
- Kuntalp, E./ Barlas, N./ Ayanoğlu Morali, A./ Çavuşoğlu Işıntan, P./ İpek, M./ Yaşar, M./ Özen, B.:** 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu Çerçevesinde Kefalet Sözleşmesi; B. III, İstanbul 2014.
- Öztan, F.:** Kıymetli Evrak Hukuku, B.2, Ankara 1997, (1997).

- Öztañ,** F.: Kıymetli Evrak Hukuku, B. 20, Ankara 2016, (2016).
- Pestalozzi,** C.M. : Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht I Art.1-529 OR, 6.Aufl., (Hrsg: Heinrich Honsell, Nedim Peter VOGT, Wolfgang Wiegand), Basel 2015.
- Poroy,** R./**Tekinalp,** Ü.: Kıymetli Evrak Hukuku Esasları, B. 21, İstanbul 2013.
- Pulaşlı,** H.: Kıymetli Evrak Hukukunun Esasları, B. 5, Ankara 2017.
- Reisoğlu,** S.: Türk Kefalet Hukuku, Ankara 2013.
- Rizzi,** M. A.: OR Kommentar Schweizerisches Obligationenrecht, Orell Füssli Kommentar, Aufl. 3, (Hrsg: Jolanta Kren Kostkiewicz, Stephan Wolf, Marc Amstutz, Roland Fankhauser) , 2016.
- Saraç,** Ş.: “Genel Kredi Sözleşmelerinde Kefilin Sorumluluğu”, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü 60. Yıl Sempozyumu, 11 Aralık 2015.
- Staffelbach,** D.: OR Handkommentar zum Schweizerischen Obligationenrecht, (Hrsg: Kren Kostkiewicz, Urs Bertschinger, Peter Breitschmid, Iwo Schwander), Zürich 2009.
- Şeker,** M.: Kefalette ve Avalde Eşin Rızası, İstanbul 2017
- Tandoğan,** H.: Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, C. II, B. II, Ankara 1982.
- Ülgen,** H./**Helvacı,** M./ **Kendigelen,** A./**Kaya,** A.: Kıymetli Evrak Hukuku, Sekizinci Tıpkı Bası, İstanbul 2013.
- Vischer,** M.: Vertragsverhaeltnisse Teil 2: Arbeitsvertrag, Werkvertrag, Auftrag, GoA, Bürgschaft Art.319-529 OR, (Hrsg: Claire Huguenin, Markus Müller-Chen, Daniel Girsberger), Aufl. 2, 2012.
- Yüce,** M.B. : “Üçüncü Kişinin Fiilini Taahhüdün Hukuki Niteliği”, Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2007/2, (Hukuki Nitelik).
- Yüce,** M.B. : Garanti Sözleşmesinin Bir Türü Olarak Üçüncü Kişinin Fiilini Taahhüt Sözleşmesi, İstanbul 2007, (Sözleşme).
- Zevkliler,** A./**Gökyayla,** K. E.: Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, B. 14, Ankara 2014.

