

KEFALET SÖZLEŞMESİNDE EŞİN RIZASI*

Prof. Dr. Arif Burhanettin KOCAMAN**
Kübra KAYA***

Öz

Ailenin korunması hususu, aile hukukunun temel meselelerinden biri olup, bu korumanın dışı karşı olduğu kadar bazen de eşler arasında sağlanması gerekmektedir. Bu anlayıştan hareketle Türk Hukuku'nda son yıllarda çok sayıda yeni düzenleme getirilmiştir. Nitekim kefalet sözleşmesinde eşin rızasının aranması da bu kapsamda ortaya çıkan değişikliklerden biridir. Söz konusu düzenleme her ne kadar ekonomik anlamda daha güçsüz konumda olan eşi koruyor gibi görünse de esasen bu yolla aile bütünlüğü korunmaktadır. Kefaletin ağır sonuçları gözetildiğinde; aile bütçesini bu denli yük altına sokabilecek bir sözleşme yapma konusunda eşlerden birinin tek kişilik bir karar mekanizmasına sahip olmasını kanun koyucu istememiştir. Ancak yeni düzenleme tartışmalarıyla beraber gelmiştir. Zira kefalet sözleşmesinde eşin rızası konusu ele alınırken kaynak İsviçre Hukuku'nda olmayan pek çok istisnaya yer verilmiştir. Bu da düzenlemenin uygulama alanını daraltmıştır. Bununla beraber muğlak ifadelerle yer verilmesi de uygulamada sorunlara yol açmıştır.

Bu makalede, konunun hukuki niteliği ile şekil ve zaman unsurları üzerinde durulduktan sonra maddenin uygulama alanı istisna içeren hükümlerle birlikte doktrin ve yargı kararları ışığında ele alınmış, ardından ilgili Anayasa Mahkemesi Kararı incelenerek konunun anayasal zeminde değerlendirilmesine yer verilmiştir.

Anahtar Kelimeler: *Ailenin korunması, aile bütçesi, kefalet sözleşmesi, eşin rızası*

*Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih: 04.03.2020 - Kabul Edildiği Tarih: 03.05.2020 - DOI NO: 10.17932/IAU.HFD.2015.018/hfd_v06i1001

**Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi, kocaman@politics.ankara.edu.tr, ORCID: 0000-0002-2141710X

***Çorum 1. Aile Mahkemesi Hâkimi, Doktora öğrencisi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Medeni Hukuk Anabilim Dalı, kubrakaya.uuhf@gmail.com, ORCID: 0000-0002-0594-5041

Seeking the Consent of the Spouse in the Surety Contract

Abstract

The issue of protecting the family is one of the main issues of family law, and this protection should be provided between spouses as well as toward the environment outside of the family. From this point forth, a wide range of new regulations have been introduced in Turkish Law in recent years.

As a matter of fact, seeking the consent of the spouse in the surety contract is one of the changes that occur in this context. Although this arrangement seems to protect the spouse who is in a more economically weak position, essentially family integrity is protected in this way. Considering the heavy results of the bailment; the lawmaker did not want one of the spouses to have one-person decision-making mechanism for making a contract that could put the family budget under such a burden. However, it leads to discussions. Because, while dealing with the consent of the spouse in the surety contract, there are many exceptions, the source of which is not in Swiss Law. This has restricted the execution area of the regulation. However, the fact that vague statements were included caused problems in practice.

In this article, after focusing on the legal characteristics of the subject, the form and time elements, the execution area of the article was handled in the shed of doctrine and judicial decisions along with the provisions containing exceptions, and then the relevant Constitutional Court Decision was examined and evaluated on the constitutional basis of the matter.

Keywords: *Protection of the family, family budget, surety contract, consent of the spouse*

Giriş

Kefalet sözleşmesi, kefilin alacaklıya karşı, borçlunun borcunu ifa etmemesinin sonuçlarından kişisel olarak sorumlu olmayı üstlendiği sözleşmedir. 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu¹ kapsamında 581 ila 603.

¹ 04.02.2011 tarihli ve 27836 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu

maddeler arasında düzenlenmiştir. Birden fazla türü olup; bunlar adi kefalet, müteselsil kefalet, birlikte kefalet, kefile kefil ve rücu kefalettir. Adi kefalet, alacaklının kural olarak asıl borçluya başvurmadan kefile takip yöneltmediği kefalet türüdür. Müteselsil kefalette ise böyle bir zorunluluk olmayıp, alacaklı isterse borcunu önce kefileden tahsil etme yolunu da seçebilir. Birlikte kefalette ise karma bir yapı vardır. Kefiller kendi payları için adi kefil, diğer kefillerin payları için kefile kefil gibi sorumlu olurlar. Kefile kefil ise hâlihazırda kefil olan bir kimse için bir başkasının kefil olması halinde gerçekleşir. Rücu kefil de kefilin borçludan rücu alacağı için güvence veren kefiledir. Kefaletin türlerine göre kefilin sorumluluğunun ağırlığı değişse de bu durum, kefaletin kişisel sorumluluk doğurması sonucunu değiştirmez. Kefaletin türü ne olursa olsun kefil, sorumluluğunun kapsamını, belirli bir taşınır ya da taşınmaz malı ile sınırlayamaz. Bu durum kefalet sözleşmesinin mahiyeti gereğidir. Zira kefalet kişisel sorumluluk doğuran sözleşmelerdendir. Kefilin tüm mal varlığına başvurma imkânı veren ve bu derece ağır sonuçları olan bir sözleşmenin mutlak bir özgürlükle yapılması, pek çok hukuk düzeninde uygun görülmemiştir. Özellikle de evli kişilerin yaptığı hukuki işlemlerin sonuçları salt kendilerini değil, aile bütçesini dolayısıyla da evlilik birliğini yakından ilgilendirdiğinden, bu kişiler bakımından belli sınırlamalar getirilmiştir. Bu kapsamda TBK'nın 584. maddesinde, evli kişilerin kefalet sözleşmesi yapması, diğer eşin yazılı rızasına tabi tutulmuştur. Ancak belirtelim ki Türk Hukuku açısından yeni bir düzenlemedir. Zira kefalet sözleşmesinde eşin rızasına ilişkin bir hükme 818 sayılı Borçlar Kanunu² kapsamında yer verilmemiştir. Konunun, kanuni zeminde ele alınışı ise tartışmaları da beraberinde getirmiştir. Bir defa pek çok istisna hükmü bulunmaktadır. Bunların yerindeliği ve genel kuralın uygulama alanını ne ölçüde etkilediği ayrı bir tartışma konusudur. Öte yandan, “yasal olarak ayrı yaşama hakkı” gibi belirsiz bir ifade kullanılmıştır. Bu ifadenin kapsamına hangi durumların girdiği hususu net değildir. 743 sayılı Türk Kanunu Medenisi³ 162/2 maddesi içeriğinde yer alan “boşanma davası açılmakla eşler ayrı yaşamaya hak kazanır” hükmü 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu⁴ kapsamına alınmamıştır. Bu durumda, boşanma davası

² 29.04.1926 tarihli ve 359 sayılı Resmî Gazete’de yayımlanan 818 sayılı Türk Borçlar Kanunu

³ 04.04.1926 tarihli ve 339 sayılı Resmî Gazete’de yayımlanan 743 sayılı Türk Kanunu Medenisi

⁴ 08.12.2001 tarihli ve 24607 sayılı Resmî Gazete’de yayımlanan 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu

açılmış olması halinin bu kapsamda ele alınıp alınamayacağı ile ilgili bir sorun gündeme gelmiştir. Yine, rıza verecek eşin sınırlı ya da tam ehliyetsiz olması halinde, bu rızanın yasal temsilci vasıtasıyla verilip verilemeyeceği konusunda kanunda bir açıklık yoktur. Diğer bir önemli husus da asıl borçlunun, kefaletle rıza verecek eşin kendisi olması halidir. Bu durumda artık bir rızaya ihtiyaç kalmadığı düşüncesi savunulduğu gibi kendisi borç altına giren eşin, diğer eşi de borç altına sokarak aile bütçesini sarsmak istemeyebileceği düşüncesinden hareketle rızanın aranması gerektiğini savunan görüşler de vardır. Konuyla ilgili TBK'nın 603. maddesi de belirsizlikleri bir kat daha artırmıştır. Bu madde içeriğine göre kişisel güvence içeren diğer sözleşmelerde eşin rızası aranacaktır. Ancak “*kişisel güvence içeren sözleşmeler*” kapsamına hangi sözleşmelerin dahil olduğu hususu net değildir. Özellikle aval konusunda gerek doktrin gerekse de uygulama nezdinde çok fazla tartışma ve farklı görüş gündeme gelmiştir. Neticede bu farklılıklar, Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'na taşınarak konuya ilişkin içtihadı birleştirme kararı verilmiş olsa da bu aşamaya kadar olan süreçte, pek çok belirsizlik hüküm sürmüştür. Elbette, kanun koyucunun her somut olayı ayrı ayrı gözeterek düzenleme yapması, kanun yapma tekniğiyle bağdaşmayıp yoruma açık konular doktrin ve uygulamanın katkılarıyla şekillenebilir. Ancak özellikle “*istisna*” ve “*kıyasen uygulama*” içeren maddeler, net ifadelerle ve kapsamı belli olacak şekilde düzenlenmelidir. Aksi takdirde, hukuki öngörülebilirliğin sağlanması zorlaşacaktır.

1. Genel Olarak

Şüphesiz ki 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu ile getirilen en önemli yeniliklerden biri evli bir kimsenin kefil olmak istemesi halinde eşinin rızasının aranması şartı olmuştur. TBK'nın 584/1 maddesinde yer alan düzenlemeye göre eşlerden biri, mahkemece verilmiş bir ayrılık kararı olmadıkça veya yasal olarak ayrı yaşama hakkı doğmadıkça diğerinin yazılı rızasıyla kefil olabilecektir. Kanun koyucunun bu şartı getirmekteki amacı aile bütçesinin dolayısıyla da evlilik birliğinin korunmasıdır⁵. Üstelik bu bakış açısı, salt Türk Hukuku'na özgü de değildir. Dünyanın çok farklı coğrafyalarındaki hukuk sistemlerinde, ailenin korunmasına

⁵ ÇELİK, ALİ: *Müteselsil Kefaletin Kurulması ve Geçerlilik Şartları*, Ankara, 2016, s. 59.

yönelik benzer önlemlerin alındığı görülmektedir. Örneğin, Fransız Medeni Kanunu'nun 1415. maddesinde eşlerden birinin kefil olması diğer eşin rızasına bağlanmıştır⁶. Kefaletle eşin rızası hususu, Türk Hukuku açısından yeni bir düzenleme olsa da esasen kaynak kanun İsviçre Borçlar Kanunu'nun 494. maddesine de 1942 revizyonu ile alınmıştır⁷. TBK'nın 584. maddesi düzenlenirken her ne kadar İsviçre Borçlar Kanunu'nun 494. maddesi dikkate alınmış olsa da Türk Borçlar Kanunu getirdiği pek çok istisna hükmü ile kaynak kanundan farklılaşmıştır⁸. Zira İsviçre Borçlar Kanunu'nun 494. maddesi ile getirilen tek istisna hükmü eşler arasında mahkeme tarafından verilmiş bir ayrılık kararı olmasıdır. Türk Borçlar Kanunu ise eşlerin yasal olarak ayrı yaşama hakkına sahip olması halinde de eşin rızasının aranmayacağını kabul ederek istisna kapsamını genişletmiştir. İstisna içeren düzenlemelerin genişletilmesinin yerindeliği ayrı bir tartışma konusu olmakla beraber “yasal olarak ayrı yaşama hakkı” kapsamına hangi durumların gireceği hususu da ikincil bir sorun olarak ortaya çıkmıştır. Bir defa Türk Medeni Kanunu'nun 197/1 maddesinin bu kapsamda değerlendirileceği açıktır. Zira madde içeriği; eşlerden birinin ortak hayat sebebiyle kişiliğinin, ekonomik güvenliğinin veya aile huzurunun ciddi biçimde tehlikeye düştüğü sürece ayrı yaşama hakkına sahip olduğunu düzenlemektedir. Ancak eşler arasında boşanma davası

⁶ Belirtelim ki burada rıza şartının yokluğu kefalet sözleşmesinin geçersizliğine yol açmamaktadır. Diğer eşin kefaletle rıza vermesi halinde kefilin sorumluluğu yasal mal rejimine dahil tüm malları kapsarken, bu rızanın temin edilememesi halinde kefil olan eş yalnızca kişisel mallarıyla sorumlu olmaktadır. Dolayısıyla Fransız Hukuku'nda kefaletle eşin rızasının, kefalet sözleşmesinin geçerliliğini değil kefaletten doğan sorumluluğun kapsamını etkileyen bir unsur olarak görüldüğüne ilişkin bkz. YALÇINDURAN, Türker: Kefalet Sözleşmesinde Eşin Rızasına ve Bu Rızanın Türk Borçlar Kanunu'nun 603. Maddesi Gereğince Gerçek Kişilerin Taraf Olduğu Kişisel Güvence Verilmesine İlişkin Diğer Sözleşmelerde De Bulunmasına Dair Türk Borçlar Kanunu'nda Yapılan Düzenlemenin Değerlendirilmesi, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C. LXXIV, Sayı 1, 2016, s. 472, dn. 47'den naklen SCHODER, s. 37 ve HAUSCHILD, s. 85.

⁷ Kefalet sözleşmesinde eşin rızasına ilişkin 494. madde, İsviçre Borçlar Kanunu'nun ilk metninde yer almıyordu. Bu hüküm 1 Temmuz 1942 tarihinde yürürlüğe giren Federal Kanun ile aileyi koruma amacıyla getirilmiştir. Maddenin ilk halinde: “kefalet, ticaret siciline kayıtlı bir kimse tarafından, bireysel bir işletmenin sahibi, kolektif şirketin ortağı, komandit şirketin sınırsız sorumlu ortağı, anonim şirketin yöneticisi veya müdürü, sermayesi paylara bölünmüş komandit şirketin müdürü veya bir limited şirketin yönetici ortağı sıfatıyla verilmişse, eşin rızası aranmaz” istisnası yer verilmişti. Ancak 1 Aralık 2005'te İsviçre Borçlar Kanunu'ndaki bu istisnai düzenleme yürürlükten kaldırıldı. Böylelikle, ticari işlerde kefaletle de eşin rızası aranmaya başlandı. Belirtelim ki 6098 sayılı TBK Tasarısı hazırlanırken esasen bu husus gözetilmişti. Mevzuat kanun ile uyumlu olacak şekilde ticari işlere dair istisna içeren hüküm tasarısı aşamasında madde metninden çıkarılarak kanuna alınmamıştı. Ancak ticari faaliyetleri aksattığından bahisle 28.03.2013 tarih ve 6455 sayılı Gümrük Kanunu ile Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un 77. maddesi ile istisna hükmünün yeniden getirildiğine ilişkin bkz. DEVELİOĞLU, Hüseyin Murat: Kefalet Sözleşmesini Düzenleyen Hükümler Işığında Bağımsız Garanti Sözleşmeleri, İstanbul, 2009, s. 128.

⁸ ÖZEN, Burak: Kefalet Sözleşmesi, İstanbul, 2014, s. 183.

açılmış olmasının, bu kapsamda değerlendirilip değerlendirilmeyeceği hususunda kanunda bir netlik bulunmamaktadır. Bunun bir sebebi de 743 sayılı Türk Kanunu Medenisi'nin 162/2 maddesinde “boşanma davası açılmakla eşler ayrı yaşamaya hak kazanır” hükmünün 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'na alınmamasıdır. Öte yandan TBK'nın 584. maddesine bu hükümlerle de sınırlı kalınmayarak istisna mahiyetinde üçüncü bir fıkra daha eklenmiştir. TBK'nın 584/3 düzenlemesine göre;

Ticaret siciline kayıtlı işletmenin sahibi veya

Ticaret şirketinin ortak ve yöneticisi tarafından işletme veya şirketle ilgili olarak verilecek kefaletler

Kamu bankaları tarafından verilecek bazı kredilerle ilgili kefaletler

Tarım kredi, tarım satış ve esnaf ve sanatkârlar kredi ve kooperatifleri

Kamu kurum ve kuruluşlarınca kooperatif ortaklarına kullanılacak krediler için verilecek kefaletlerde eşin rızası aranmayacaktır.

Üçüncü fıkra 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun ilk halinde yoktur. TBK'nın 584/1 maddesinin ticari hayatın gereklerine uygun düşmediği yönündeki eleştiriler üzerine getirilmiştir⁹. Ancak bu kez de söz konusu fıkranın, kefalette eşin rızasına ilişkin hükümlerin uygulama alanını daralttığı, dolayısıyla da kanun koyucunun aileyi koruma amacıyla bağdaşmadığı yönünde eleştiriler ortaya çıkmıştır.

Kefalet sözleşmesinde eşin rızasına ilişkin düzenlemesini, İsviçre Borçlar Kanunu'ndan alan ama içerdiği pek çok istisna hükmüyle kaynak kanundan oldukça uzaklaşan Türk Borçlar Kanunu, mal rejimleri yönünden ise sınırlayıcı bir tutum izlememiştir. Sadece edinilmiş mallara katılma rejiminde değil, Türk Medeni Kanunu'nda yer alan bütün mal rejimleri bakımından TBK'nın 584/1 maddesi uygulanabilecektir.

2. Eşin Rızasının Hukuki Niteliği

Öncelikle kanunun lafzı incelendiğinde; kullanılan terminolojinin izlenmek istenen amaca uygun olmadığı görülmektedir. Zira “rıza” hem sözleşme yapılmadan önce verilen izni hem de sözleşme yapıldıktan sonra verilebilen “icazeti” kapsayan üst bir kavramdır. Oysa kanun koyucu kefalet

⁹ 11.04.2013 tarihli ve 28615 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan 6455 sayılı Gümrük Kanunu ile Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un 77. maddesi

sözleşmesi bakımından eşin rızasının sözleşme yapılmadan önce ya da en geç sözleşmenin kurulması anında verilmesi şartını aramıştır. Dolayısıyla en geç sözleşmenin kurulduğu anda eşin rızası şartını taşımayan bir kefalet sözleşmesine diğer eşin sonradan “icazet” vererek geçerlilik kazandırması mümkün olmayacaktır. Bu sebeple bizim de katıldığımız görüşe göre yalnızca sözleşme yapılmadan önce verilen muvafakati kapsayacak şekilde “izin” ifadesinin kullanılması daha uygun olacaktır¹⁰.

Eşin rızası, bir irade açıklamasını içerir. Buna göre, eş diğer eşin kefil olarak borç altına girmesini kabul etmiş olmaktadır. Bunun sonucunda ise diğer koşullar da sağlanmış ise kefalet sözleşmesi geçerli bir şekilde kurulmuş olacaktır. Bu anlamda eşin rızası, irade açıklaması içermesi ve kefalet sözleşmesinin geçerliliğini doğrudan etkilemesi yönüyle bir hukuki işlemdir¹¹. Eşin rızası, tek taraflı irade açıklaması ile gerçekleşip karşı tarafın kabulüne bağlı olmamakla birlikte rıza açıklamasının kefil olacak eşin ve kefalet sözleşmesinin karşı tarafındaki kişinin hukuk alanına varması gerekmektedir.

Rızanın geçerli olabilmesi için rıza veren eşin bu yöndeki iradesinin serbest olması gerekmektedir. Rıza veren eş; iradesi hata, hile tehdit hallerinden biriyle sakatlanmış ise tek taraflı irade beyanı ile rıza işlemini iptal edebilecektir¹². Buna karşılık, rızanın şarta bağlı olarak verilmesinde ise bir engel bulunmamaktadır. Sözgelimi eş, asıl borç için kefaletten başka güvencelerin de verilmesi şartıyla rıza gösterdiğini beyan edebilir¹³.

Rızanın geçerlilik şartı olduğu açık olmakla birlikte bunun bir şekil şartı mı yoksa ehliyet sınırlaması mı olduğu hususu tartışılabilir¹⁴. Yargıtay, eşin rızasını kefalet sözleşmesinin şekil şartına ilişkin bir unsur olarak değerlendirmektedir¹⁵. Doktrinde ağırlıklı görüş ise bunun bir ehliyet

¹⁰ KIRCA, İsmail: *Kefaletle Eşin İzni*, Prof. Dr. Tuğrul Ansay'a Armağan, Ankara, 2006, s. 435.

¹¹ EREN, Fikret: *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, İstanbul, 2010, s. 148.

¹² GÜMÜŞ, Mustafa Alper: *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, İstanbul, 2015, s. 347; ŞEKER, Muzaffer: *Kefaletle ve Avalde Eşin Rızası*, İstanbul, 2017, s. 116.

¹³ YAVUZ, Cevdet: *6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'na Göre Borçlar Hukuku Dersleri*, İstanbul, 2013, s. 756.

¹⁴ ÖZEN, s. 184.

¹⁵ Yargıtay 12. Hukuk Dairesi'nin TBK'nın 584. maddesinde yer alan eşin rızasına ilişkin düzenlemesini 583. madde ile birlikte kefaletin şekline ilişkin düzenlemelerden biri olarak değerlendirmesi ile ilgili bkz. Y12HD, 15.06.2017, 2017/4099 Esas, 2017/9461 Karar; UYAP Bilişim Sistemi, son erişim tarihi: 28.04.2020, 15:37.

sınırlaması olduğunu söylemektedir¹⁶. Zira tam ehliyetli kişiler kefalet sözleşmesi yapabilirken tam ehliyetsizlerin ve sınırlı ehliyetsizlerin ise ne kendi başlarına ne de yasal temsilcileri vasıtasıyla kefil olabilmeye yetkileri vardır. Kefalet sözleşmesi yapma TMK'nın 449. maddesinde yer alan yasak işlemlerdendir. Buna karşılık sınırlı ehliyetliler ise kendisine yasal danışman atanmış kişiler ile evli kişilerden oluşmaktadır. TMK'nın 429. maddesi gereği kendisine yasal danışman atanmış kişi yasal danışmanın izni ile kefil olabilecektir. TBK'nın 584/1 maddesi de evli bir kişinin eşinin rızası ile kefil olabileceğini düzenlemiştir. Görüldüğü üzere kefil olacak kişinin evli olması halinde getirilen eş rızası şartı, kefalet sözleşmesinin şekil şartına ilişkin bir mesele olmayıp tamamen kefilin ehliyet durumu ile ilgilidir.

Kanunun kefalet sözleşmesinde eşin rızasını arayan hükmü kamu düzenine ilişkin olmamakla birlikte emredici bir düzenleme içermektedir¹⁷. Dolayısıyla taraflarca ileri sürülmesi dahi hâkim tarafından re'sen dikkate alınacak olup, eşlerin bu haktan feragat etmesi de mümkün değildir¹⁸.

3. Eşin Rızasının Şekli ve Zamanı

Eşin rızasının mutlaka yazılı şekilde verilmesi gerekir. Buradaki şekil, ispat değil geçerlilik şekli olarak kabul edilmelidir¹⁹. Zira Türk Borçlar Kanunu sözleşmelerde şekil serbestisi ilkesini benimsemiştir. Bundan dolayı, kanun koyucunun bir konuda şekil şartı öngörmesi halinde kural olarak bunun bir geçerlilik şekli olduğu kabul edilmelidir²⁰. Adi yazılı şekil ise yeterlidir. Kefalet, asıl sözleşme içeriğinde olabileceği gibi ayrı bir belge üzerinde de yer alabilir. Ancak ayrı belgede olması halinde kefalet sözleşmesinin tarih, sorumlu olunacak azami miktar gibi esaslı unsurları bu belge üzerinde de yer almalıdır²¹. İmzanın mutlaka eş tarafından atılması gerekmeyle birlikte metin kısmı eşin el yazısı ile yazılmak

¹⁶ BİLGİN, Mahmut: 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu Işığında Öğreti ve Uygulamada Kefalet ve Yargılama Hukukuna İlişkin Uyuşmazlıklar, Ankara, 2013, s.66; EREN, Fikret: Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Ankara, 2017; GÜMÜŞ, s. 439; YAVUZ, s. 754.

¹⁷ SADIOĞLU, Fikriye Ceren: 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'na Göre Kefalet Sözleşmesi'nde Eşin Rızası, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Özel Sayı, 2017, s. 210.

¹⁸ ZEVLİLİLER, Aydın; GÖKYAYLA, Emre: Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Ankara, 2016, s. 717.

¹⁹ ŞEKER, s. 117.

²⁰ EREN, s. 241.

²¹ Eşin vermiş olduğu rıza ile üstlenmiş olduğu rizikodan haberdar olduğunun anlaşılabilir olması gerektiğine ilişkin bkz. ZEVLİLİLER/GÖKYAYLA, s.717.

zorunda değildir. 5070 sayılı Elektronik İmza Kanunu²² madde 5 gereği güvenli elektronik imza, elle atılan imza ile aynı sonucu doğuracağından eşin rıza beyanının elektronik imzalı olması da geçerli kabul edilecektir. Bu noktada 5070 sayılı Kanun'un 5/2 maddesinin teminat sözleşmelerini kapsam dışı tutmuş olması dikkati çekmektedir. Zira kefalet sözleşmesi de bir tür teminat sözleşmesidir. Ancak eşin rızası bir sözleşme olmayıp salt bir irade açıklamasıdır. Bu nedenle, 5070 sayılı Kanun'un teminat sözleşmelerini dışarıda tutan hükmü, kefalet sözleşmesinin elektronik imza ile imzalanmasına engel oluştursa da kefalet sözleşmesine eşin rızası bakımından uygulanmayacaktır²³.

Belirtelim ki genel bir rıza verilemez. Rızanın mutlaka belirli ve somut bir kefalet sözleşmesine yönelik olması gerekmektedir. Bununla birlikte birden fazla kefalet sözleşmesine de aynı anda rıza verilmesinde engel yoktur. Ancak rızanın hangi sözleşmelere ilişkin olduğu açıkça anlaşılmalıdır²⁴.

Bazı durumlarda rızanın kefaletin hangi türüne ilişkin olarak verildiği açıkça anlaşılmayabilir. Bu durumda izlenecek yola ilişkin olarak doktrinde üç farklı görüş ileri sürülmektedir. Bir görüşe göre, Türk Borçlar Kanunu'nun düzenlediği olağan kefalet türünün adı kefalet olması sebebiyle, rızanın adı kefaletle ilişkin olduğu kabul edilmelidir²⁵. Diğer bir görüş ise her ne kadar Türk Borçlar Kanunu'nun belirlemiş olduğu olağan kefalet türü adı kefalet olsa da uygulamada sıklıkla müteselsil kefalet kullanılmakta olduğundan öncelik verilmesi gereken kefalet türünün müteselsil kefalet olduğunu söyler²⁶. Üçüncü görüş ise o bölgede sıklıkla ve yaygın olarak uygulanmakta olan kefalet türü hangisi ise rızanın o kefalet türüne ilişkin olarak verilmiş olduğunun kabul edilerek somut olay araştırması yapılması gereğini savunur²⁷. Müteselsil kefaletin, alacaklıya doğrudan kefile başvurma hakkı veren ağır sonuçları karşısında, açıkça belirtilmedikçe rızanın adı kefalet için verilmiş olduğunun kabulü gerektiği görüşüne katılmaktayız.

²² 23.01.2004 tarihli ve 25355 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan 5070 sayılı Elektronik İmza Kanunu

²³ KIRCA, s. 443.

²⁴ ACAR, Özlem: *Türk Borçlar Hukukunda Müteselsil Kefalet Sözleşmesi*, İstanbul, 2015, s. 133.

²⁵ BAŞ, Ece:6098 sayılı *Türk Borçlar Kanunu'nda Kefalet Sözleşmesi'nin Geçerlilik Şartlarına İlişkin Bazı Yenilikler*, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Cilt: LXX, Sayı:2, 2012, s.124.

²⁶ YAVUZ, s. 756.

²⁷ ACAR, s. 134.

TBK'nın 584/1 hükmü açıkça rızanın kefalet sözleşmesi kurulmadan önce ya da en geç sözleşmenin kurulması sırasında verilmiş olması şartını aramıştır. Rızanın sözleşmenin kurulması sırasında verilmesi halinde kefil olan eşten daha sonra imza atılması ise kefaleti geçersiz hale getirmeyecektir. Bu noktada önemli olan kesinti sürecinin olmamasıdır²⁸. Rızanın en geç sözleşmenin kurulması anında verilebilmesi şartının önemli bir sonucu, kefalet sözleşmesine diğer eşin sonradan verdiği icazet ile geçerlilik kazandırılmamasıdır. Ancak doktrinde bu sonucu aşırı bulan görüşler de vardır²⁹. Bizim de katıldığımız görüş ise kefalet sözleşmesi yapıldıktan sonra elde edilen rızanın baskı altında verilmiş olması ihtimalinin çok yüksek olduğunu, dolayısıyla başlangıçta eşin rızası şartını taşımayan kefalet sözleşmesine icazet yoluyla geçerlilik kazandırılmamasının kanun koyucunun aileyi koruma amacına daha uygun düştüğünü savunmaktadır³⁰.

4. Eşin Rızasının Aranmayacağı Durumlar

Kefalet sözleşmesinde eşin rızası şartını getirerek aile bütünlüğünü korumaya yönelik önemli bir düzenleme yapmış olan kanun koyucu aynı zamanda pek çok istisna hükmü ile de düzenlemenin uygulama alanını oldukça daraltmıştır.

Türk Borçlar Kanunu'na göre mahkemece verilmiş bir ayrılık kararı veya yasal olarak ayrı yaşama hakkı ya da üçüncü fıkra ile getirilen durumlardan biri söz konusu olduğunda kefalet sözleşmesinde eşin rızası aranmayacaktır. Oysa düzenlemenin kaynağını oluşturan İsviçre Borçlar Kanunu'nda tek bir istisna hükmüne yer verilmiştir. O da mahkemece verilmiş bir ayrılık kararının olmasıdır. Yasal olarak ayrı yaşama hakkının bulunması halinde kefalet sözleşmesinde eşin rızasının aranmaması Türk Hukuku'na özgü bir düzenlemedir. Bu kapsamda ilk olarak akla gelen TMK'nın 197/1 maddesidir. Madde düzenlemesine göre; eşlerden biri ortak hayat sebebiyle kişiliği, ekonomik güvenliği veya ailenin huzuru ciddi biçimde tehlikeye düştüğü sürece ayrı yaşama hakkına sahiptir. Eşlerin bu sebeplerden birine dayanarak ayrı yaşamaları durumunda kefalet sözleşmesinde diğer eşin

²⁸ ACAR, s. 1316.

²⁹ ÖZ, Turgut: *Yeni Borçlar Kanunu'nun Getirdiği Başlıca Değişiklikler ve Yenilikler*, İstanbul, 2012, s.103.

³⁰ AYDOĞDU, Murat; KAHVECİ, Nalan: *Türk Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*, Ankara, 2014, s. 709.

rızası aranmayacaktır.

Ancak boşanma davası açılması halinin yasal olarak ayrı yaşama hakkı kapsamında değerlendirilip değerlendirilmeyeceği hususunda ise aynı netlikten söz edilememektedir. Zira 743 sayılı MK'nın 162/2 maddesinde yer alan “boşanma davası açılmakla eşler ayrı yaşamaya hak kazanır” hükmüne 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nda yer verilmemiş olması konuya ilişkin tartışmaları beraberinde getirmiştir. Belirtelim ki her ne kadar boşanma davası açılmakla eşlerin ayrı yaşamaya hak kazanacağı ilkesi mevcut kanunda açıkça yer almasa da Yargıtay ayrı yaşama hakkını boşanma davası açılmasının doğal bir sonucu olarak kabul etmiş, bu konuda kanunda kısıtlayıcı bir hüküm olmamasından hareket etmiştir³¹. Doktrinde çoğunlukta olan görüş, boşanma davası açılmış olmasını da TBK'nın 584/1 maddesinde yer alan “yasal olarak ayrı yaşama hakkının doğmuş olması” ibaresine dahil, dolayısıyla istisna kapsamında kabul etmektedir³². Uygulamada; alacaklı banka ya da şirket ise kefil olacak kişinin boşanma davası olduğunu beyan etmesi halinde mahkemesinden bu hususta belge talep ettikleri ve bu şekilde eşiyile arasında boşanma davası olan kişinin eşinin rızası aranmaksızın kefil olabildiği görülmektedir. Dolayısıyla doktrin, yargı kararları ve uygulamanın benimsediği çözümün eşler arasında boşanma davası açılmış ise kefalette diğer eşin rızasının aranmayacağı yönünde olduğu söylenebilir³³. Belirtelim ki boşanma davası açıldıktan sonra eşinin yaptığı kefalet sözleşmesine diğer eşin rıza vermemesi gerçekleşmesi en yüksek ihtimal olup sonuçları ticaret hayatını etkileyecek olsa da mevcut kanuni düzenlemeler ışığında, boşanma davası açılmış olması halinin “yasal olarak” ayrı yaşama hakkının doğmuş olması kapsamında değerlendirilmesine imkân bulunmamaktadır. Zira aksi yorum Roma Hukuku'ndan beri süregelen “istisnalar dar yorumlanır” şeklindeki genel hukuk ilkesine de ters düşecektir³⁴. Kaldı ki konunun İsviçre Borçlar

³¹ YHGK, 04.12.2018, 2017/4-1473 Esas, 218/1824 Karar, UYAP Bilişim Sistemi, son erişim tarihi: 01.05.2020, 22.29

³² BİLGİN, s. 66; REİSOĞLU, Seza: *Türk Kefalet Hukuku*, Ankara, 2013, s. 254; YAVUZ, s. 754.

³³ ÇELİK, s. 61.

³⁴ Bununla birlikte günümüzde, bir kısım yazar “istisnalar dar yorumlanır” ilkesinin genel bir hukuk ilkesi olarak uygulanmasının doğru olmadığını savunmaktadır. Bu görüş savunucularına göre, gerek “istisna” gerekse de “dar yorum” kavramları üzerinde görüş birliğine varılmış, tek bir tanımlı olan kavramlar değildir. Bu da hangi düzenlemenin “istisna”, hangisinin “kural” olduğunu belirleme noktasında güçlükler neden olmaktadır. Öte yandan “dar yorum” bir kuralın olabildiğince az sayıda uygulanması şeklinde anlaşıldığında, bu alanda kıyasen uygulama dahi mümkün olmamaktadır. Bu nedenle, somut olayın özelliği gerektiriyorsa istisna içeren

Kanunu'ndaki düzenleniş şekline bakıldığında; tek istisnanın “mahkemece verilmiş bir ayrılık kararı” olduğu da göz önünde bulundurulacak olursa TBK'nın 584/1 maddesinde geçen “yasal olarak ayrı yaşama hakkının doğmuş olması” ifadesi ile kastedilenin TMK'nın 197/1 maddesinden ibaret olduğunun kabulü gerekmektedir. Bu noktada uygulamada karşılaşılabilecek bir diğer tehlike ise boşanma davası açıldığında eşlerden birinin diğer eşin rızası olmaksızın kefil olabilmesinin kabulü halinde, kanunun çok rahat dolanılmasına yol açılarak, istisnanın kural haline getirilmesi ve bunun sonucunda kanunun kefalette eşin rızasını arayan hükmünün faydasızlaşma ihtimalidir. Bir defa, boşanma davasının hangi aşamasında eşin diğer eşin rızası olmadan kefil olabileceğine dair bir açıklık yoktur. Yine kefil olacak eşin davacı ya da davalı tarafta bulunmasıyla ilgili de bir sınırlama yoktur. Tüm bu belirsizlikler; kefil olmak isteyen ancak eşinin rızasını temin edemeyen kişinin formalite bir boşanma davası açarak kanunu rahatlıkla dolanmasına imkân verecektir. Zira boşanma davaları feragat ile sona erebilen davalar olup; feragat ise gerek mahkemenin gerekse de karşı tarafın kabulüne bağlı olmayan, tek taraflı irade açıklamasıdır. Davacı, boşanma davasını açıp kefalet sözleşmesini eşinin rızası olmaksızın yapmasının akabinde henüz dava dilekçesi davalıya tebliğ dahi edilmeden davasından feragat edebilecektir. Kefalet sözleşmesi için getirilen ehliyet sınırlaması ise sözleşmenin kurulduğu andaki koşullara göre değerlendirilmekte olup, boşanma davasının feragat ile sona ermiş olması, geçmişe etkili olmayacak, yeniden diğer eşin rızasını gerektirmeyecektir. Öte yandan maddi gerçeklik temeli olan bir boşanma davası devam ederken eşlerden birinin, diğer eşin kefalet sözleşmesine rıza vermeyeceği kuvvetle muhtemeldir. Bu sebeple bizce yapılması gereken; TBK'nın 584/1 maddesinde, eşler arasında boşanma davası açılmış ve tahkikat aşamasına geçilmiş ise kefalet sözleşmesinde diğer eşin rızasının aranmayacağına dair bir düzenlemeye açıkça yer verilmesidir.

Belirtelim ki istisna içeren hükümler TBK'nın 584/1 maddesi ile sınırlı değildir. Ayrıca madde metnine sonradan eklenen üçüncü fıkra ile pek çok istisna daha getirilmiştir. TBK'nın 584/3 maddesi gereğince; “*Ticaret siciline kayıtlı işletmenin sahibi veya ticaret şirketinin ortak ve yöneticisi*

düzenlemelerin de kıyasen uygulanması gerektiğine ilişkin bkz. YONGALIK, Aynur: İstisnalar Dar Yorumlanır Kuralı ve Değerlendirilmesi, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 60, Sayı: 1, s.13.

tarafından işletme veya şirketle ilgili olarak verilecek kefaletler, mesleki faaliyetleri ile ilgili olarak esnaf ve sanatkârlar siciline kayıtlı esnaf ve sanatkârlar tarafından verilecek kefaletler, 27.12.2006 tarihli ve 5570 sayılı Kamu Sermayeli Bankalar Tarafından Yürütülen Faiz Destekli Kredi Kullandırılmasına Dair Kanun kapsamında kullanılacak kredilerde verilecek kefaletler ile tarım kredi, tarım satış ve esnaf ve sanatkârlar kredi ve kooperatifleri kamu kurum ve kuruluşlarınca kooperatif ortaklarına kullandırılacak krediler için verilecek kefaletlerde eşin rıza aranmaz". Ancak bu fıkra içeriği de pek çok yönden eleştirilmektedir. Bir defa TBK genel nitelikli bir kanundur. 27.12.2006 tarihli ve 5570 sayılı Kamu Sermayeli Bankalar Tarafından Yürütülen Faiz Destekli Kredi Kullandırılmasına Dair Kanun ise özel niteliklidir. Genel kanun ile getirilen bir düzenlemenin, özel kanuna atıf yapılarak içinin boşaltılması kanun yapma tekniğine uygun görülmemektedir³⁵. Yine, genel kurala bu kadar fazla istisna getirilmesi de TBK'nın 584/1 maddesinin konuluş amacı ile örtüşmemektedir. Zira kanun koyucu ailenin korunması amacıyla kefalet sözleşmesinde eşin rızasının aranması şartını getirmiş ancak koyduğu pek çok istisna hükmü ile kuralın uygulanma alanını oldukça daraltmıştır³⁶. TBK'nın 584/3 maddesinde yer alan düzenleme eşlerden birinin esnaf veya tacir olduğu pek çok durumda TBK'nın 584/1 maddesindeki korumadan diğer eşin yararlanamaması sonucunu doğuracağı için esnaf ve tacirler lehine ancak ailenin korunması ilkesine uygun düşmeyen bu düzenlemenin yerinde olmadığı görüşüne katılıyoruz. Öte yandan aksi görüşteki bir kısım yazar, istisna içeren düzenlemenin ticaret hayatının gereklerine uygun olduğunu da düşünmektedir³⁷. Bu görüş savunucuları, esnaf ve tacirlerin faaliyetlerini kısıtlamanın da aile bütçesine zarar verici sonuçları olabileceğini dolayısıyla, istisna hükmünün salt esnaf ve tacirlerin değil, aile bütünlüğünün korunması amacına da hizmet ettiğini savunmaktadır³⁸.

Kefalet sözleşmesine rıza verecek eşin sınırlı ehliyetsiz ya da tam ehliyetsiz olması halinde ise nasıl bir yol izleneceği hususunda kanunda bir açıklık bulunmamaktadır. TMK'nın 449. maddesi gereğince sınırlı ehliyetsiz ve tam ehliyetsizler yasal temsilcileri vasıtasıyla dahi kefil

³⁵ ÖZEN, s.187.

³⁶ EREN, s.772.

³⁷ ÇELİK, s. 63.

³⁸ ÇELİK, s. 63.

olamamaktadırlar. Doktrinde, TMK'nın 449. maddesinin kıyasen uygulanıp uygulanamayacağı hususu tartışmalı olup, tartışmanın kaynağını ise kefalet sözleşmesine rıza verilmesinin, "kişiye sıkı sıkıya bağlı bir hakkın kullanılması" teşkil edip etmediği meselesi oluşturmaktadır³⁹. Ancak eşin kefalet sözleşmesine rıza göstermesi, kefalet sözleşmesi yapmak ile aynı statüde değerlendirilmemelidir⁴⁰. Zira rıza gösteren eş sözleşmenin tarafı değildir, borç altına girmemektedir. Dolayısıyla, yasal temsilci eş adına rıza verebilecektir⁴¹. Yine, bu noktada kanunda yer almayan ancak karşılaşılabilecek bir diğer sorun, eşlerden birinden uzun zamandır haber alınmıyor olması ancak hakkında bir gaiplik kararının da verilmemiş olması halidir. Bu tür bir durumda kanaatimizce TMK'nın 197/1 maddesi kapsamında değerlendirme yapmak uygun olacaktır. Zira madde içeriğinde ayrı yaşamada haklı sebebin doğması için diğer eşin icrai bir davranışta bulunması gereğinden söz edilmemektedir. Ortak hayat sebebiyle eşlerden birinin kişiliğinin, ekonomik güvenliğinin veya ailenin huzurunun ciddi biçimde tehlikeye düşmesi yeterlidir. Dolayısıyla, kanun koyucu ayrı yaşamada haklılık kistası olarak diğer eşin belli bir davranışta bulunmasını değil, ortak hayatın artık zarar verici sonuç doğuracak noktaya gelmesini kabul etmiştir. Eşlerden birinden uzun zamandır haber alınmıyor ve nerede olduğu da bilinmiyor ise bu durumda kanaatimizce diğer eş bakımından TMK'nın 197/1 maddesi kapsamında ayrı yaşama hakkının doğduğu kabul edilmelidir. Zira ayrı yaşamada haklılık kanun koyucunun öngördüğü sonuçlar gerçekleştiğinde kendiliğinden doğmakta olup, bunun için bir mahkeme kararına ihtiyaç duyulmamaktadır⁴². Dolayısıyla, bu durumda TBK'nın 584/1 maddesinde öngörülen "yasal olarak ayrı yaşama hakkının bulunması" ifadesinin yollamasıyla TMK'nın 197/1 maddesi kapsamında kendisinden uzun zamandır haber alınamayan eşin, diğer eşin yapacağı kefalet sözleşmesi bakımından rızasının aranmaması uygun olacaktır. Tartışmalı olan bir diğer husus ise asıl borçlunun eşin kendisi olması halinde, yine diğer eşin rızasına ihtiyaç duyulup duyulmadığı noktasındadır. Bir görüş, bu durumda artık eşin rızasına ihtiyaç olmadığını kabul etmektedir⁴³. Öte yandan, bizim de katıldığımız ve doktrinde ağırlıklı olan görüş ise

³⁹ ÖZEN, s. 185.

⁴⁰ ACAR, s. 121.

⁴¹ BİLGİN, s. 70.

⁴² SADIOĞLU, s. 208.

⁴³ REİSOĞLU, s. 255.

borçlanarak kendisi sorumluluk altına giren kişinin, eşini de kefil statüsüyle borca dahil ederek aile bütçesine ikincil bir yük getirmek istemeyebileceği fikrinden hareket etmektedir⁴⁴. Bu nedenle de asıl borçlu olan kişinin diğer eşin kendi borcuna kefil olmasına her durumda zımnî bir rızasının olduğunu kabul etmek mümkün değildir. Asıl borçlunun üçüncü kişi olması durumunda olduğu gibi burada da diğer eşin açık rızası aranmalıdır. Belirtelim ki doktrinde tartışmalı olan bu hususta uygulamada da farklı görüşler ileri sürülmektedir. Örneğin; Yargıtay 12. Hukuk Dairesi'nin bir kararında, icra kefaletinin diğer eşin borcu nedeniyle verilmiş olmasının TBK'nın 584/1 maddesinde öngörülen eşin rızası koşulunu ortadan kaldırmadığı belirtilmiştir⁴⁵. Öte yandan, bir başka kararda ise çoğunluk görüşü “kefaletle rıza gösterecek eşin borçlunun bizatihi kendisi olması nedeniyle eş rızasının aranmayacağı” yönünde oluşmuştur⁴⁶.

5. Kefalet Sözleşmesinde Sonradan Yapılan Değişiklikler Bakımından Eşin Rızası

TBK'nın 584/2 maddesine göre, kefalet sözleşmesinde sonradan yapılan ve kefilin sorumlu olacağı miktarın artmasına veya adi kefaletin müteselsil kefalete dönüşmesine ya da kefil yararına olan güvencelerin önemli ölçüde azalmasına sebep olmayan değişiklikler için eşin rızası aranmaz. Bu maddeden çıkan sonuca göre, bir defa kefilin durumunu iyileştiren değişiklikler bakımından eşin rızasını aranmayacaktır. Öte yandan kefilin durumunu ağırlaştıran her değişiklik de ayrıca rızaya tabi tutulmamıştır. Kanunun ifadesine göre eşin ayrıca rızasının aranacağı değişiklikler; kefilin sorumlu olacağı miktarın artması, adi kefaletin müteselsil kefalete dönüşmesi ve kefil yararına olan güvencelerin önemli ölçüde azalması hali ile sınırlanmıştır.

TBK'nın 586/1 maddesi gereğince, kefil, müteselsil kefil sıfatıyla veya bu anlama gelen herhangi bir ifadeyle yükümlülük altına girmeyi kabul etmişse alacaklı, borçluyu takip etmeden veya taşınmaz rehnini paraya çevirmeden kefilin takip edebilecektir. Dolayısıyla, müteselsil kefalette

⁴⁴ AYAN, Serkan: *Kefalet Sözleşmesinde Kefilin Sorumluluğu*, Ankara, 2013, s. 126.

⁴⁵ Y12HD, 15.06.2017, 2017/4099 Esas, 2017/9461 Karar, UYAP Bilişim Sistemi, son erişim tarihi: 01.05.2020, 22.30

⁴⁶ Y12HD, 15.06.2017, 2017/1209 Esas, 2017/9442 Karar, UYAP Bilişim Sistemi, son erişim tarihi: 01.05.2020, 22.30

kefilin, tartışma def'ini ve önce rehlin paraya çevrilmesi def'ini ileri sürme imkânı bulunmamaktadır⁴⁷. Kefilin durumunu bu derece ağırlaştırıcı bir değişiklik için eşin ayrıca rızasının aranması olağandır. Eşin değişikliğe rıza göstermemesi halinde bizim de katıldığımız ağırlıklı görüşe göre kefalet sözleşmesini, adi kefalet olarak ayakta tutmak yerinde olacaktır⁴⁸.

Madde metninde geçen “güvencelerin önemli ölçüde azalması” ifadesinden ne anlaşılması gerektiği, konuya ilişkin bir diğer tartışmalı husustur. Doktrinde bu ifadenin geniş yorumlanması, güvence kavramının içine aynı ve şahsi tüm güvencelerin dahil edilmesi gerektiği savunulmaktadır⁴⁹. Somutlaştırılacak olursa; alacaklının rehin haklarından tamamen veya kısmen vazgeçmesi, kefillerden ya da borçlulardan birini ibra etmesi kefil için güvencelerin azalması anlamına gelecektir⁵⁰. Burada, “önemli ölçüde azalma” kavramı ise somut olaya göre değerlendirilmelidir. Bazı durumlarda güvence miktarı zaten asıl borca oranla çok düşük değerde ise bu güvenceden tamamen vazgeçilmesi dahi “önemli ölçüde azalma” sayılabilecektir⁵¹.

Güvence kavramının geniş yorumlanmasının bir diğer önemli sonucu, asıl borçlunun değişmesi durumunda görülür⁵². Doktrinde, asıl borçlunun değişmesinin de eşin rızasını gerektirdiği ağırlıklı olarak savunulmaktadır⁵³. Zira kefil, asıl borçlunun ödeme gücüne güvenerek kefil olduğu gibi diğer eş de asıl borçlunun ödeme gücünü dikkate alarak kefalet rıza vermiştir. Burada, güvencelerdeki önemli ölçüde azalma durumunun iradi olması gerektiğine dikkat edilmelidir. Borç için verilen bir güvencenin rayiç değerinin düşmesi, objektif bir sebep olup, değer düşmesi ne kadar

⁴⁷ *Adi kefalette kefil, alacaklının doğrudan kendisine başvurması halinde, önce asıl borçluya başvurması gerektiğini ileri sürerek ödeme yapmaktan kaçınabilir. Bunun tartışma def'i veya peşin dava def'i olarak adlandırıldığına ilişkin bkz. ARAL, Fahrettin: Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Ankara, 2010, s. 442.*

⁴⁸ ÖZEN, s. 195.

⁴⁹ KIRCA, s. 442.

⁵⁰ ÖZEN, s. 191.

⁵¹ ACAR, s. 127.

⁵² ÖKTEM ÇEVİK, Seda: 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu Uyarınca Kefalet Sözleşmelerinde Eşin Yazılı Rızası, *Kazancı Hakemli Hukuk Dergisi*, C. 8, 2012, s. 123.

⁵³ “Asıl borçlunun değişmesinin eşin rızasını gerektireceği” hususu, İsviçre Borçlar Kanunu madde 493'te açıkça yer almıştır. Türk hukukunda ise kanuni düzenlemesi olmayan bu husus doktrin görüşleriyle açıklığa kavuşturulmuştur. Özellikle de asıl borçlunun ekonomik durumunun önceki borçluya nazaran daha kötü olması halinde, eşin değişikliğe rıza göstermesinin gerekeceği görüşünün ağırlıklı olarak kabul edildiğine ilişkin bkz. DEVELİOĞLU, s.181.

fazla olursa olsun eşin rızasını gerektirecek bir sebep olarak kabul edilmemektedir⁵⁴.

6. Eşin Rızasına İlişkin Hükümlerin Gerçek Kişilerce Verilen Kişisel Güvenceler Bakımından Uygulanması

TBK'nın 603. maddesinin açık hükmü gereği, kefalet sözleşmesi için getirilen eşin rızası hakkındaki hükümler, kişisel güvence verilmesine ilişkin olarak başka ad altında yapılan sözleşmelere de uygulanacaktır. Bu hükmün sonucu olarak aynı güvence içeren durumlarda eşin rızası aranmayacaktır. Buna en iyi örnek de başkasının borcu için ipotek verilmesi gösterilebilir. Nitekim ipotek veren başkasının borcu için kişisel sorumluluk yüklenmeden sadece aynı sorumluluğa sahip olur⁵⁵. Aynı sorumluluk ise borçlunun borcunu zamanında yerine getirmemesi rizikosuna karşı yapılan bir sözleşmeyle alacaklıya alacağını sözleşme konusu eşya üzerinden temin etme imkânı sağlamak demektir⁵⁶. Çünkü ipotek ile amaçlanan, alacaklıya borç ödenmez ise alacağını taşınmazın satış bedelinden karşılama imkânı getirilerek alacağın teminat altına alınmasıdır⁵⁷. Yargıtay 19. Hukuk Dairesi de bir kararında; ipotek tesisinin, aynı bir güvence olması sebebiyle TBK'nın 603. maddesinin uygulanmayacağını, dolayısıyla eşin rızasına tabi olmadığını belirtmiştir⁵⁸.

Kişisel güvence verilmesine ilişkin olarak başka ad altında yapılan sözleşmelere en iyi örnek garanti sözleşmeleridir⁵⁹. Burada dikkat edilmesi gereken husus, garanti sözleşmesinin iki farklı görünüm şekli olduğu ve kefalet sözleşmesinde eşin rızasına ilişkin hükümlerin kıyasen uygulanabilmesinin kefalet benzeri garanti sözleşmeleri bakımından söz konusu olmasıdır⁶⁰.

⁵⁴ ÖZEN, s. 191.

⁵⁵ AYBAY, Aydın; HATEMİ, Hüseyin: Eşya Hukuku, İstanbul, 2012, s. 287.

⁵⁶ AKINTÜRK, Turgut: Eşya Hukuku, İstanbul, 2009, s. 738.

⁵⁷ ERTAŞ, Şeref: Eşya Hukuku, Ankara, 2008, s. 538.

⁵⁸ Y19HD, 26.11.2018, 2017/312 Esas, 2018/6077 Karar; UYAP Bilişim Sistemi, son erişim tarihi: 01.05.2020, 22.31

⁵⁹ Garanti sözleşmesinde, garanti veren, garanti alanın üçüncü kişi ile borç ilişkisine girmesi halinde, üçüncü kişinin borcunu yerine getirmemesinden dolayı garanti alanın zarara uğramamasını güvence altına almaktadır. Ancak garanti verenin üçüncü kişinin borcunu yerine getirmekle yükümlü olmadığına ilişkin bkz. KOCAMAN, Arif, "Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 4.7.2001 Tarih ve e. 2001/19-534, K. 2001/583 Sayılı Kararı Üzerine Bir Değerlendirme- kredi kartı ilişkisinde Bankaya Karşı Verilen Kişisel (Şahsi) Teminatın Hukuki Niteliği: Garanti mi; Kefalet mi?" Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu XIX, Mayıs 2003, s. 70.

⁶⁰ Kefalet benzeri garanti sözleşmesinde; garanti veren asıl borçlunun borcunu hiç veya gereği gibi yerine getirmemesinden, asıl borçlu ile garanti alan alacaklı arasındaki sözleşmenin geçerliliği ve takip edilebilirliğinden bağımsız olarak sorumludur.

Ancak, eşin rızası hükümlerinin kıyasen uygulanıp uygulanamayacağı her durumda bu kadar net belirlenemeyebilir. Bu konuda en tartışmalı olan ise aval verilmesi durumudur. Gerçekten aval bakımından TBK'nın 584/1 hükmünün uygulanıp uygulanmayacağı yönünde doktrinde ve uygulamada çok çeşitli görüşler ileri sürülmüştür. Bir görüşe göre, aval TTK'nın 3. maddesi anlamında ticari iştir ve TBK hükümlerine tabi değildir, dolayısıyla TBK'nın 584 ve 603. maddelerinin uygulanmasına da elverişli değildir⁶¹. Ancak bir başka görüş, farklı kanunda düzenlenmiş olmasının avalin hukuki niteliğini değiştirmeyeceğini, kişisel güvence sağlanması amacını taşıyan bir hukuki işlem olarak aval bakımından da eşin rızasının aranması gerektiğini savunur⁶². Yine bu görüş savunucularına göre, kanun koyucu avali dışarıda bırakmak isteseydi, TBK'nın 584. maddesine üçüncü fıkrayla eklenen düzenlemeye aval verilmesini de dahil ederek, eşin rızasını gerektirmeyen ticari işler arasında yer vermiş olurdu⁶³.

Belirtelim ki doktrinde tartışmalı olan avalde eşin rızası hususuna ilişkin Yargıtay hukuk daireleri arasında da görüş farklılıkları bulunmaktaydı. Örneğin, Yargıtay 11. Hukuk Dairesi'nin bir kararında; avalin, poliçe ile sorumluluk altına girmiş bir kişi lehine kişisel güvence sağlamak amacı taşıyan bir kurum olup, esasen kişisel güvence verilmesinin kıymetli evrak hukukundaki görünüm şekli olduğu, bu nedenle de TBK'nın 603. maddesi kapsamında kefalette eşin rızasına ilişkin hükümlerin aval yönünden de uygulama alanı bulduğu kabul edilmiştir⁶⁴. Öte yandan Yargıtay 12. Hukuk Dairesi ise aval ile kefaleti birbirinden ayrı tutmak gerektiğini, hatta bono üzerine “kefil” ibaresi konya dahi avalin niteliğinin değişmeyeceğini, dolayısıyla aval bakımından TBK'nın 584 ve 603. maddelerinin uygulanmayacağı görüşünü benimsemiştir⁶⁵. Yargıtay 19. Hukuk Dairesi de aval vermenin, Türk Ticaret Kanunu⁶⁶ madde 3

Kefalet sözleşmesinden farkının ise borçlunun ödeme gücünün değil, borcun yerine getirilmesinin güvence altına alınması olduğuna ilişkin bkz. ŞEKER, s. 518.

⁶¹ OĞUZ, *Sefer: 6098 sayılı TBK m. 584/1'in Bankacılık Uygulamasında Yarattığı Sorunlar ve Özellikle Evli Gerçek Kişilerin Aval Vermesinde Eş Rızasının Bulunmasının Gerekliği Üzerine Düşünceler*, *Bankacılık Dergisi*, İstanbul, 2013, Sayı 86, s. 67.

⁶² PULAŞLI, *Hasan: Kıymetli Evrak Hukukunun Esasları*, Ankara, 2016, s. 186.

⁶³ ŞEKER, s. 80

⁶⁴ Y11HD, 25.04.2014, 2014/1231 Esas, 2014/7837 Karar, UYAP Bilişim Sistemi, son erişim tarihi: 01.05.2020, 22.32

⁶⁵ Y12HD, 28.01.2016, 2015/25240 Esas, 2016/2668 Karar, UYAP Bilişim Sistemi, son erişim tarihi: 01.05.2020, 22.33

⁶⁶ 14.02.2011 tarihli ve 27846 sayılı Resmî Gazete 'de yayımlanan 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu

anlamında ticari işlerden olduğu, bu sebeple aval için eşin rızasının gerekmesi halinde bunun açıkça TTK'da düzenlenmesi gerektiği, TTK'da da bu hususta bir hüküm bulunmadığı, TBK'nın 584 ve 603. maddelerinin ise doğrudan aval bakımından uygulanamayacağı gerekçesiyle, aval için eşin rızasını aramamıştır⁶⁷. Ancak 2018 yılına gelindiğinde, Yargıtay İçtihatları Birleştirme Büyük Genel Kurulu'nun kararı ile konuya ilişkin içtihat birliği sağlanmış olup, avalin TBK'nın 603. maddesi, dolayısıyla da kefalet sözleşmesi hükümlerinin dışında tutulması gerektiği, bu nedenle de aval bakımından eşin rızasının aranmayacağı sonucuna ulaşılmıştır⁶⁸.

7. Eşin Rızasının Alınmamasının Sonuçları

Belirtelim ki kefalet sözleşmesine eş rıza vermekten kaçınıyor ise hâkime başvurularak rıza yerine geçecek bir karar vermesi istenemez⁶⁹. Bu durumda izlenebilecek herhangi bir hukuki yol, diğer eş açısından bir itiraz hakkı yoktur⁷⁰. Bu husus, genellikle TMK'nın 194. maddesinde yer alan aile konutu üzerindeki işlemler bakımından eşin rızasının sağlanamaması halinde hâkime başvurma imkânıyla karıştırılmaktadır. Ancak kanun koyucu aile konutu yönünden getirdiği hâkimin müdahalesini isteme imkânını, kefalet sözleşmesi bakımından getirmemiştir⁷¹.

⁶⁷ Y19HD, 26.11.2018, 2017/331 Esas, 2018/6078 Karar; UYAP Bilişim Sistemi, son erişim tarihi: 01.05.2020, 22.33

⁶⁸ İçtihatı Birleştirme Kararı'na göre; kefalet ve aval kurumlarının her ikisi de kişisel güvence verilmesini amaçlamakla beraber aralarında bazı temel farklar bulunmaktadır. Bunlar; avalin kambiyo senetlerinde borçlu olan kişiler için verilebilmesine karşın kefaletin kapsamının çok daha geniş olup her tür borç için verilebilmesi, aval verenin borcu bağımsız iken kefilin borcunun feri nitelikte olması, her ikisinin farklı şekil şartlarına tabi olması, aval verenin her durumda müteselsil sorumluluğu doğarken kefilin müteselsil sorumluluğunun bunun ancak ayrıca ve açıkça belirtilmesi halinde mümkün olması, aval veren asıl borçluya ait defileri ileri süremezken kefilin borçlunun kişisel defilerini de ileri sürebilmesi, aval verilene karşı zamanaşımının kesilmesi avalin durumunu etkilemezken asıl borçluya karşı zamanaşımının kesilmesinin kefile karşı da kesilmesi sonucunu doğurması, alacaklı ve borçlu sınıfları aynı kişide birleştiğinde aval verenin borcu sona ermezken kefilin borcunun sona ermesi, aval verenin ödeme yapsa bile alacaklıya halef olma imkanı bulunmadığı halde kefilin ödeme yapması halinde alacaklıya halef olması şeklinde özetlenebilir. Kefaletle ilişkin hükümler, kefilin alacaklıya karşı korumak için getirilmiştir. Oysa avale ilişkin hükümler, hamili asıl borçluya ve miracaat borçlularına karşı koruma amacı taşır. Kambiyo senedinin tedavül amacı olup, aval için eşin rızasını aramak bu amaçla bağdaşmayacaktır. Aval verenin evli olup olmadığını, evli ise eşinin rızasının varlığını her durumda araştırmak hamile külfet olarak yüklenemez. Ayrıca, 6098 sayılı TBK yürürlüğe girdikten bir süre sonra 584. maddenin ticaret hayatında aksaklıklara neden olduğu gerekçesiyle 6455 sayılı Kanun ile üçüncü fıkra hükümü getirilmiştir. Kanun koyucu aval verme işlemini zaten TBK'nın 584. maddesinin kapsamı dışında tutmuştur ki bu nedenle TBK'nın 584/3 maddesi kapsamında ayrıca yer vermeye gerek görmemiştir. YHGK, 20.04.2018, 2017/4 Esas, 2018/5 Karar; UYAP Bilişim Sistemi, son erişim tarihi: 01.05.2020, 22.34

⁶⁹ ÖKTEM ÇEVİK, s. 129.

⁷⁰ BİLGİN, s. 70.

⁷¹ TMK'nın 194/1 maddesine göre; eşlerden biri, diğer eşin açık rızası bulunmadıkça, aile konutu ile ilgili kira sözleşmesini feshedemez, aile konutunu devredemez veya aile konutu üzerindeki hakları sınırlayamaz. TMK'nın 194/2 maddesinde ise rızayı sağlayamayan veya haklı bir sebep olmaksızın kendisine rıza verilmeyen eş,

TBK'nın 584/1 maddesi emredici bir düzenlemedir ve bir ehliyet sınırlamasıdır. Dolayısıyla, eşin rızası alınmadan yapılan bir kefalet sözleşmesi, kendiliğinden başkaca bir işleme gerek kalmaksızın geçersiz olacaktır⁷².

Bu noktada, evli bir kişi eşinin rızası olmaksızın kefalet sözleşmesi yapmış ve sonrasında boşanmış ise kefalet sözleşmesinin akıbetinin ne olacağı sorusu akla gelebilir. Burada, yol gösterecek olan husus, kefalet sözleşmesinin gerek şekil gerekse de ehliyet sınırlamasına ilişkin şartları bakımından sözleşmenin kurulduğu anın esas alınıyor olmasıdır. Bu belirleme ışığında, sözleşme yapıldığı anda evli olan ve eşinin rızasını almamış bir kefilin yaptığı kefalet sözleşmesinin geçersiz olacağı sonucuna varılmaktadır⁷³. Kefil olan eş sonrasında boşanmış olsa da mal rejiminin boşanma davası açılana kadar devam ettiği göz önünde bulundurulduğunda, kefilin henüz mal rejimi devam ederken gerçekleştirdiği ekonomik faaliyetler diğer eşin artık değere katılma alacağına etki edeceğinden sonradan gerçekleşen boşanmanın kefalet sözleşmesini geçerli hale getirmeyeceği görüşüne katılıyoruz.

8. Anayasa Mahkemesinin 26.12.2013 Tarih ve 2013/57 Esas Sayılı Kararı⁷⁴ İncelemesi

Belirtelim ki TBK'nın gerek 584 ve gerekse de 603. maddelerinin hukuka uygunluğu konusunda farklı görüşler de vardır. Nitekim, bu maddeler somut norm denetimi yoluyla Anayasa Mahkemesi'nin önüne taşınmıştır. Uyuşmazlık konusu olayda, eşin rızası alınmaksızın verilen aval için yapılan icra takibinin iptali istemiyle Ankara 4. Hukuk Mahkemesi'ne başvurulmuştur. Mahkeme, öncelikle aval kurumunu da kefaletin bir türü olarak belirlemiş ve TBK'nın 603. maddesinin yollamasıyla 584. maddenin uygulanacağı kanaatine varmıştır. Ancak, gerek 584. gerekse de 603.

hâkimin müdahalesini isteme hakkı tanınmıştır. Yine TMK'nın 265. maddesi gereğince; eşlerden biri diğerinin rızası olmaksızın ortaklık mallarına girecek olan bir mirası reddedemeyeceği gibi tereke borca batıksa mirası kabul de edemez. TMK'nın 265/2 maddesinde ise diğer eşin rızasının alınmasına olanak bulunamaması veya bu konudaki istemin diğer eş tarafından haklı sebep olmaksızın reddedilmesi halinde istem sahibi eşe kendi yerleşim yeri mahkemesine başvurma imkânı getirilmiştir. Ancak aile konutu üzerindeki işlemler ile mirasın kabul ve reddine ilişkin rızanın sağlanamaması halinde getirilen hâkime başvuru imkanının kefalet sözleşmesi yönünden kıyasen uygulama imkanının olmadığına ilişkin bkz. BİLGİN, s. 70.

⁷² ZEVKLİLER/GÖKYAYLA, s. 717.

⁷³ YAVUZ, s. 756.

⁷⁴ AYM, 26.12.2013, 2013/57 Esas, 2013/162 Karar, UYAP Bilişim Sistemi, son erişim tarihi: 01.05.2020, 22-34.

maddeleri Anayasa'ya aykırı bulmuştur. Zira Anayasa'nın 12. maddesinde, herkesin kişiliğine bağlı, dokunulmaz, devredilmez, vazgeçilmez temel hak ve hürriyetlere sahip olduğu; 13. maddesinde, temel hak ve hürriyetlerin özüne dokunulamayacağı, kanunla yapılacak sınırlamaların Anayasa'nın sözüne, ruhuna ve ölçülülük ilkesine aykırı olamayacağı; 48. maddesinde ise herkesin dilediği alanda çalışma ve sözleşme hürriyetine sahip olduğu düzenlenmiştir. Mahkeme, kefalet sözleşmesini ve kişisel güvence verilmesine ilişkin başka ad altında yapılan sözleşmeleri eşin rızasına tabi tutan TBK'nın 584 ve 603. maddelerinin Anayasa'nın anılan maddelerine aykırı oldukları dolayısıyla da sözleşme özgürlüğünü sınırlayıcı nitelik taşıdıklarından bahisle iptalini talep etmiştir. Anayasa Mahkemesi ise bu noktada, "sözleşme özgürlüğü" kavramından ne anlaşılması gerektiği ile ilgili anayasa hukuku ve borçlar hukuku arasındaki bakış açısı farklılığından hareket etmiştir. Buna göre borçlar hukuku anlamında sözleşme özgürlüğü, kişilerin istedikleri hukuki sonuca, kanunun çizdiği sınırlar içerisinde iradelerini açıklayarak ulaşabilmeleridir. Anayasa hukuku ise sözleşme özgürlüğünü, devletin kişilerin istedikleri hukuki sonuca ulaşmalarını sağlaması, kişilerin bu sonuca yönelik iradelerini tanınması, istenilen hukuki sonucun doğacağını ilke olarak kabul etmesi ve bunu koruma altına alması olarak tanımlamaktadır. Bu da sözleşme özgürlüğünün tanımını yaparken borçlar hukukunun "birey" kavramından hareket etmesine karşılık anayasa hukukunun "devlete yüklenen sorumluluklar" ekseninde konuya yaklaştığını göstermektedir. Anayasa Mahkemesi, Anayasa'nın 48. maddesinde yer alan "sözleşme özgürlüğü" kavramının ise belirttiğimiz açıklamalar ışığında, sözleşmelere dışarıdan bir müdahalenin engellenmesiyle ilgili olduğunu belirtmiştir. Her ne kadar yerel mahkeme, Anayasa'nın 12. maddesine de aykırılık olduğunu ileri sürse de Anayasa Mahkemesi, 12. maddeyi konu ile ilgili görmemiştir. Temel hak ve özgürlüklerin hangi şartlar altında ve ne şekilde sınırlanabileceğini düzenleyen Anayasa'nın 13. maddesinin ise Anayasa'nın 41. maddesi ile birlikte ele alınması gerektiğini savunmuştur⁷⁵. Zira 41. madde, toplumun

⁷⁵ Çağdaş hukuk sistemlerinde sözleşme özgürlüğü temel bir ilke olarak kabul edilmekle birlikte belli koşullar altında sınırlanmasına imkân veren düzenlemeler de bulunmaktadır. Anayasa'nın 13. Maddesinin Türk Hukuku bakımından bu imkânı getiren maddelerden biri olduğuna ilişkin bkz. ERCOŞKUN ŞENOL, Kübra: Sözleşmenin İçeriğini Belirleme Özgürlüğü ve Bunun Genel Sınırı: TBK m. 27, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Cilt: LXXIV, Sayı:2, 2016, s. 713.

temeli olan ailenin huzur ve refahı ve özellikle ana ve çocuğun korunması için gerekli önlemleri almak ve teşkilat kurma görevini devlete yüklemiştir. Konu bu kapsamda değerlendirildiğinde, TBK'nın 584 ve 603. maddeleri, Anayasa'nın 41. maddesi kapsamında devlete verilmiş görev ve yetkiler dahilindedir. Dolayısıyla da Anayasa'nın 13. maddesine bir aykırılık içermemektedir.

Anayasa'ya aykırılık iddiasını bu çerçevede değerlendiren Anayasa Mahkemesi, itirazın oy birliği ile reddine karar vermiştir. Ancak burada bir üyenin usuli bir konuda yazdığı karşı oy gerekçesi dikkat çekicidir. Gerekçenin içeriğini, temel olarak avalın TBK'nın 603. maddesinde sayılan sözleşmelerden olmadığı, tek taraflı bir hukuki işlem olduğu, kefalet niteliğinde olmadığından bahisle TBK'nın 584 ve 603. maddelerinin öncelikle bu sebeple somut olaya uygulanabilir nitelikte olmadığı, dolayısıyla da konunun esastan incelenmesine geçilmeksizin itirazın usulden reddine karar verilmesi gerektiği oluşturmaktadır. Bizce de karşı oy gerekçesi oldukça yerindedir. Zira aval, kıymetli evraktan doğan borcun güvence altına alınması amacına hizmet etmektedir⁷⁶. Sağlanan bu güvence ile kıymetli evrakın tedavül gücü ise artmaktadır⁷⁷. Böylece kıymetli evraka duyulan güven arttığından hamilinin bunu devretmesi de kolaylaşacaktır⁷⁸. Dolayısıyla aval, kişisel güvence içermesi yönünden kefaletle benzese de bazı önemli noktalarda kefaletten ayrılır. Bir defa aval için öngörülen şekil şartı farklıdır. Kefalet sözleşmesinin adi yazılı şekilde yapılması gerekli ve yeterli olup, bunun asıl sözleşme ile aynı belge üzerinde yer alması gerekmezken aval ise mutlaka kıymetli evrak üzerinde yer almalıdır. Ayrıca kefil ve avalistin borcunun niteliği ve sorumluluğunun ağırlığı da farklıdır. Kefilin borcu, asıl borcun ferisidir ve tali niteliktedir. Avalistin borcu ise bağımsızdır ve müteselsil sorumluluk içerir. Bu temel farklılıklar karşısında, doktrinde bir kısım yazar kefaletle ilişkin hükümlerin aval bakımından kıyasen uygulanamayacağını savunmaktadır⁷⁹. Öte yandan belirtmek gerekir ki doktrindeki hâkim görüş avalî, kefaletin özel bir türü

⁷⁶ GÜRAL, Jale: *Kefalet Akdiyle Aval Arasında Fark ve Benzerlikler*, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt:8, Sayı: 3, 1951, s. 437.

⁷⁷ ÖZTAN, Firat: *Kıymetli Evrak Hukuku*, Ankara, 2012, s. 168.

⁷⁸ ÖZTAN, s. 168.

⁷⁹ GÜRAL, s.478; OĞUZ, s.76; ÖZTAN, s.170; REİSOĞLU, s.323.

olarak kabul etmektedir⁸⁰. Bu görüş savunucularına göre, aval kefaletin kıymetli evrak hukukundaki görünüm şeklidir⁸¹. Ayrıca, aval bakımından eşin rızasının aranmayacağı kabul edilir ise bu, uygulamada kefalet hükümlerinin dolanılmasına yol açabilecektir⁸².

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, yukarıda sözünü ettiğimiz 20.04.2018 tarih ve 2017/4 Esas sayılı ilamı ile avalin ticari iş olduğu, kefalet niteliğinde olmadığı, dolayısıyla da eşin rızası hükümlerine tabi olmadığı şeklinde karar vererek konuyu en azından uygulama nezdinde açıklığa kavuşturmuştur. Ancak Anayasa Mahkemesi'nin inceleme konusu yaptığımız kararı, 26.12.2013 tarihlidir ve bu tarihte henüz avalin hukuki niteliğine ilişkin içtihat birliği sağlanmış değildir. Anayasa Mahkemesi'ndeki çoğunluk görüşün, avali kefalet niteliğinde değerlendirmesinden dolayı konunun esastan incelenmesine geçilmiştir. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun kararından sonra bugünkü bilgiler ışığında, Anayasa Mahkemesi'nin kararının “şeklen” uygun olmadığı söylenebilse de kararın gerekçesinde, TBK'nın 584 ve 603. maddelerinin Anayasa'ya uygunluk ekseninde değerlendirilmiş olmasının, konuya ilişkin tartışmalara ve uygulamaya katkı sağladığı kanaatindeyiz.

Sonuç

6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu ile getirilen “kefalet sözleşmesinde eşin rızası” şartı ailenin korunması adına olumlu bir adım olmuştur. Zira evli kişilerin yaptığı borçlandırıcı işlemlerin aile bütçesi yönünden ciddi sonuçları vardır. Her ne kadar konuya ilişkin düzenlemenin, bireyin sözleşme özgürlüğünü kısıtlar nitelikte olduğu yönünde görüşler ileri sürülse de düzenleme içeriği getirdiği ehliyet sınırlaması ile bireyin ait olduğu aileyi güvenceye alarak esasen bireyi kendisinden dahi korumaktadır. Bu kapsamda bakıldığında, yerinde bir düzenlemedir. Ancak konu Türk Borçlar Kanunu kapsamında ele alınırken kaynak kanun olan İsviçre Borçlar Kanunu'ndan uzaklaşılması, sorunları da beraberinde getirmiştir. Kefalet sözleşmesinde eşin rızası konusunun Türk Borçlar Kanunu'nda ele alınış şeklinde bizce üç temel sorun bulunmaktadır. Birincisi, kaynak kanunda yer almayan çok fazla istisnaya yer verilmiştir. Bu da kuralın içini

⁸⁰ KIRCA, s.437; ÖZEN, s.50; PULAŞLI, s.186.

⁸¹ PULAŞLI, s. 191.

⁸² ÖZEN, s.50.

boşaltmış, uygulama alanını daraltmıştır. İkincisi muğlak, hangi durumları kapsadığı konusunda açıklık bulunmayan ifadelere yer verilmiştir. Bu ise uygulamada yorum farklılıklarına yol açmıştır. Son olarak sınırlı ya da tam ehliyetsiz eşin rızası, rızanın hangi kefalet türüne ilişkin olarak verildiği konusunda bir netlik bulunmaması halinde izlenecek yol, asıl borçlunun rıza verecek eşin kendisi olması halinde yine de kefalete rızanın aranıp aranmayacağı gibi yoruma açık pek çok konu ise hiç düzenlenmemiştir. Elbette, kanun koyucunun karşılaşılabilecek her somut olay için düzenleme yapması beklenemez. Kanunda yeterli açıklık bulunmayan ya da ele alınmayan konuların doktrin görüşleriyle zenginleşmesi veya hâkimin takdir yetkisiyle şekillenmesi hukuk devleti olmanın bir gereğidir. Ancak bu noktada bir dengenin gözetilmesi de gerekir. En başta “istisna” ve “kıyasen uygulama” içeren hükümler kanun içeriğinde belirsizliğe mahal vermeyecek şekilde düzenlenmelidir. Zira bu hükümlerin yoruma muhtaç şekilde düzenlenmesi, kapsamlarının belirlenmesi noktasında uygulamada çok ciddi sorunlara neden olmaktadır.

Sonuç olarak, Türk Borçlar Kanunu'nun kefalet sözleşmesinde eşin rızasının aranması şartına ilişkin hükümleri ailenin korunması anlamında olumlu bir gelişme olmakla beraber, belirtilen hususlara kanunda açık ve net şekilde yer verilmesi halinde kanaatimizce söz konusu değişiklikten beklenen fayda daha yüksek düzeyde sağlanacaktır.

Kısaltmalar

AYM	: Anayasa Mahkemesi
Bkz.	: Bakınız
C.	: Cilt
dn.	: Dipnot
s.	: Sayfa
TBK	: Türk Borçlar Kanunu
TMK	: Türk Medeni Kanunu
TTK	: Türk Ticaret Kanunu
YHD	: Yargıtay Hukuk Dairesi
YHGK	: Yargıtay Hukuk Genel Kurulu

KAYNAKÇA

- [1] ACAR, Özlem: Türk Borçlar Hukukunda Müteselsil Kefalet Sözleşmesi, İstanbul, 2015
- [2] AKINTÜRK, Turgut: Eşya Hukuku, İstanbul, 2009
- [3] ARAL, Fahrettin: Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Ankara, 2010
- [4] AYAN, Mehmet: Eşya Hukuku Sınırlı Ayni Haklar, Konya, 2012
- [5] AYAN, Serkan: Kefalet Sözleşmesinde Kefilin Sorumluluğu, Ankara, 2013
- [6] AYBAY, Aydın; HATEMİ, Hüseyin: Eşya Hukuku, İstanbul, 2012
- [7] AYDOĞDU, Murat; KAHVECİ, Nalan: Türk Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Ankara, 2014
- [8] AYRANCI, Hasan: Şekil Şartına Uyulmadan Yapılan Kefalet Sözleşmesinde İfanın Sonuçları, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 53, Sayı:2, 2004, s. 95-120
- [9] BAŞ, Ece: 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nda Kefalet Sözleşmesi'nin Geçerlilik Şartlarına İlişkin Bazı Yenilikler, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Cilt: LXX, Sayı:2, 2012, s. 115-141
- [10] BİLGİN, Mahmut: 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu Işığında Öğreti ve Uygulamada Kefalet ve Yargılama Hukukuna İlişkin Uyuşmazlıklar, Ankara, 2013
- [11] CHEREDNYCHENKO, Olha: Fundamental Rights, Contract Law and the Protection of the Weaker Party, Chapter 6- The Protection of Family Members Against Suretyships by Means of Contract Law, 2007, Utrecht
- [12] ÇELİK, Ali: Müteselsil Kefaletin Kurulması ve Geçerlilik Şartları, Ankara, 2016

- [13] DE JONG, Madelene; PINTENS, Walter: Default Matrimonial Property Regimes and The Principles of European Family Law- a European- South African Comparison, *Journal of South African Law*, 2015, Sayı:3, s. 551-566
- [14] DEMİRBAŞ, Feride: Birlikte Kefalet, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Selçuk Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Konya, 2012
- [15] DEVELİOĞLU, Hüseyin Murat: Kefalet Sözleşmesini Düzenleyen Hükümler Işığında Bağımsız Garanti Sözleşmeleri, İstanbul, 2009
- [16] ERCOŞKUN ŞENOL, Kübra: Sözleşmenin İçeriğini Belirleme Özgürlüğü ve Bunun Genel Sınırı: TBK m. 27, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Cilt: LLXXIV, Sayı:2, 2016, s. 713.
- [17] EREN, Fikret: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul, 2010
- [18] EREN, Fikret: Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Ankara, 2017
- [19] ERTAŞ, Şeref: Eşya Hukuku, Ankara, 2008
- [20] ERZURUMLUOĞLU, Erzan: Sözleşmeler Hukuku (Özel Borç İlişkileri), Ankara, 2012
- [21] ESENER, Turhan; GÜVEN, Kudret: Eşya Hukuku, Ankara, 2012
- [22] GÖKTÜRK, Hüseyin Avni: Kefalet Hukukumuzun Kifayetsizliği ve Yeni İsviçre Kefalet Hukuku, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 7, Sayı: 3, 1950, s. 325-352
- [23] GÜMÜŞ, Mustafa Alper: Borçlar Hukuku Özel Hükümler, İstanbul, 2015
- [24] GÜNSAY, Töre: Kefalet Sözleşmesinin Fer'iliği İlkesi, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Şeref ERTAŞ'a Armağan, Cilt: 19, Özel Sayı, 2017, s. 1079-1101

- [25] GÜRAL, Jale: Kefalet Akdiyle Aval Arasında Fark ve Benzerlikler, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt:8, Sayı: 3, 1951, s.435-478
- [26] HARTLEY, Trevor: The Law of Suretyship and Indemnity in The United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland and Ireland, Approximation of Legislation Series, Sayı:28, 1974
- [27] KARA KILIÇARSLAN, Seda: Kefilin Sorumluluğunun Kapsamı, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: XIII, Sayı:1-2, 2009, s. 43-59
- [28] KAYA KIZILIRMAK, Cansu: Kefalet Sözleşmesinin Kendisine Özgü Sona Erme Halleri, İstanbul, 2014
- [29] KOCAMAN, Arif, “Yargıtay Hukuk Genel Kurulu’nun 4.7.2001 Tarih ve e. 2001/19-534, K. 2001/583 Sayılı Kararı Üzerine Bir Değerlendirme- kredi kartı ilişkisinde Bankaya Karşı Verilen Kişisel (Şahsi) Teminatın Hukuki Niteliği: Garanti mi; Kefalet mi?” Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu XIX, Mayıs 2003, s. 67-85.
- [30] KIRCA, İsmail: Kefalette Eşin İzni, Prof. Dr. Tuğrul Ansay’a Armağan, Ankara, 2006, s. 433-457
- [31] KUNTALP, Erden; ALTINOK ORMANCI, Pınar: Kefalet Sözleşmesi’nin Sona Ermesi, Prof. Dr. Nevzat Toroslu’ya Armağan, Cilt: 2, Ankara, 2015, s. 729-752)
- [32] OĞUZ, Sefer: 6098 sayılı TBK m. 584/1’in Bankacılık Uygulamasında Yarattığı Sorunlar ve Özellikle Evli Gerçek Kişilerin Aval Vermesinde Eş Rızasının Bulunmasının Gerekliliği Üzerine Düşünceler, Bankacılık Dergisi, İstanbul, 2013, Sayı:86, s. 67-77
- [33] OLGAÇ, Senai: Kefalet, Ankara, 1978

- [34] ÖKTEM ÇEVİK, Seda: 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu Uyarınca Kefalet Sözleşmelerinde Eşin Yazılı Rızası, Kazancı Hakemli Hukuk Dergisi, Cilt: 8, 2012, s. 113-133
- [35] ÖZ, Turgut: Yeni Borçlar Kanunu'nun Getirdiği Başlıca Değişiklikler ve Yenilikler, İstanbul, 2012
- [36] ÖZEN, Burak: Kefalet Sözleşmesi, İstanbul, 2014
- [37] ÖZTAN, Fırat: Kıymetli Evrak Hukuku, Ankara, 2012
- [38] PULAŞLI, Hasan: Kıymetli Evrak Hukukunun Esasları, Ankara, 2016
- [39] REİSOĞLU, Seza: Kefalet Kavramı ve Muteberlik Şartları, Cilt: 19, Sayı 1, 1962, s. 327-392
- [40] REİSOĞLU, Seza: Türk Kefalet Hukuku, Ankara, 2013
- [41] SADIÖĞLU, Fikriye Ceren: 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'na Göre Kefalet Sözleşmesi'nde Eşin Rızası, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Özel Sayı, 2017, s. 199-224
- [42] SARIYİM, Asuman: Alman Hukuku Kıyası ile Kefalet Sözleşmesi'nin Geçerlilik Şartları, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Kültür Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2015
- [43] SİRMEN, Lale: Eşya Hukuku, Ankara, 2018
- [44] ŞEKER, Muzaffer: Kefalette ve Avalde Eşin Rızası, İstanbul, 2017
- [45] WUPPERMAN, M; BERNSTORFF, M.; LUTHER, M.; EINMAHL, M. BEHRENS, M. RABEL, M.; BRUNS, M; THOMAS, M.; DROBNİG, M. The Suretyship in The Law of the Member States of The European Communities, Approximation of Legislation Series, 1971, Sayı:14,

- [46] YALÇINDURAN, Türker: Kefalet Sözleşmesinde Eşin Rızasına ve Bu Rızanın Türk Borçlar Kanunu'nun 603. Maddesi Gereğince Gerçek Kişilerin Taraf Olduğu Kişisel Güvence Verilmesine İlişkin Diğer Sözleşmelerde De Bulunmasına Dair Türk Borçlar Kanunu'nda Yapılan Düzenlemenin Değerlendirilmesi, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Cilt: LXXIV, Sayı:1, 2016, s. 461-486
- [47] YAVUZ, Cevdet: 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'na Göre Borçlar Hukuku Dersleri, İstanbul, 2013
- [48] YAVUZ KILIÇ, İlksen: Kefalet Sözleşmesinde Kefil ile Alacaklı Arasındaki İlişki, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Bilgi Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2018
- [49] YILMAZ, Merve: Türk Borçlar Kanunu'na Göre Kefalet Sözleşmesi'nin Geçerlilik Şartları, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, Cilt: 1, Sayı: 7, 2011, s. 67-92
- [50] YONGALIK, Aynur: İstisnalar Dar Yorumlanır Kuralı ve Değerlendirilmesi, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 60, Sayı: 1, 2011, s. 1-15
- [51] ZEVKLİLER, Aydın; GÖKYAYLA, Emre: Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Ankara, 2016

İnternet Kaynakları

- [1] <https://www.ilo.org/dyn/natlex/docs/ELECTRONIC/97351/115471/F-540095358/KEN97351.pdf>, Son Erişim Tarihi: 13.11.2019, 21.09
- [2] <http://www.justice.gov.za/sca/historysca.htm>, Son Erişim Tarihi: 13.11.2019, 21.09
- [3] UYAP Bilişim Sistemi, Son Erişim Tarihi: 01.05.2020, 22.39