

KEFALET SÖZLEŞMESİNİN UYGULAMA ALANI

SCOPE OF APPLICATION OF THE BAILMENT AGREEMENT

Şamil DEMİR*

Özet: Türk Borçlar Kanunu'nun 603'üncü maddesi uyarınca kefaletin şekline, kefil olma ehliyetine ve eşin rızasına ilişkin hükümlerin gerçek kişilerce kişisel güvence verilmesine ilişkin diğer sözleşmelere de uygulanacak olması, bu sözleşme tipleri bakımından sözleşmenin özünde yer almayan yeni şekil ve ehliyet şartlarının ortaya çıkmasına neden olmuştur. Çalışmada düzenlemenin kapsamına giren sözleşmelerin hangileri olduğu ele alınacaktır.

Anahtar Sözcükler: Kefalet, kişisel güvence, garanti sözleşmesi, borca katılma, kredi emri, aval, üçüncü kişinin fiilini üstlenme, komisyoncunun garantisi.

Abstract: The fact that according to Article 603 of the Turkish Code of Obligations the provisions related to the form of the bailment, the capacity to be surety and the consent of the spouse would also be applied to other contracts where real persons give personal assurance, has led to the emergence of new requirements as to form and capacity which do not take place in the essence of the contract. In this study, we will examine which contracts do enter into the scope of this regulation.

Keywords: Bailment, personal assurance, guarantee agreement, contributing to debt, order of credit, aval, promise performance of third party, broker guarantee.

GİRİŞ

Mehaz İsviçre Borçlar Kanunu ve 818 Sayılı Borçlar Kanunu'nda karşılığı olmayan TBK m. 603 ile kefalet sözleşmesinin uygulama alanı genişletilmiştir. Getirilen bu hüküm, kefalete ilişkin yeniliklerle birlikte değerlendirildiğinde gerçek kişilerce teminat verilmesi amacıyla yapılan bütün sözleşmelere uygulanacak olması nedeniyle önem arz etmektedir¹.

* Avukat, Ankara Barosu.

¹ Özen, Burak: Kefalet Sözleşmesi, İstanbul 2012, s. 174 ve dn. 411; Baş, Ece: "6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'nda Kefalet Sözleşmesinin Geçerlilik Şartlarına İlişkin Bazı Yenilikler" İÜHFMC. S. 2, s. 139.

Kanun koyucunun kefaletle ilişkin olarak benimsenen ailenin ve bireyin korunması anlayışının bir sonucu olarak kefaletin şekline, kefil olma ehliyetine ve özellikle eşin rızasına ilişkin hükümlerin kişisel güvence verilmesine ilişkin diğer sözleşmelere de uygulanmasına yönelik tercihi, kefaletle aynı etkiyi doğurabilecek sözleşmelerin de aynı kapsamda değerlendirilmesi sonucunu doğurmuştur. Böylece kefalet yenine başka ad altında yapılacak sözleşmelerle kefalet hükümlerinin dolanılması ve önlenmesi amaçlanan sakıncaların kişisel güvence verilmesine ilişkin başka sözleşmelerle ortaya çıkmasının önüne geçilmek istenmiştir².

Kefaletle ilişkin bazı hükümlerin kişisel güvence verilmesine ilişkin diğer sözleşmelere de uygulanacak olması, bu sözleşme tipleri bakımından sözleşmenin özünde yer almayan yeni şekil ve ehliyet şartlarının ortaya çıkmasına neden olmuştur. Bu da şekil serbestisine tabi birçok sözleşmeyi şekle, şekle tabi sözleşmeleri de ek şekil şartlarına tabi tutmak anlamına gelmiştir.

Çalışmada kefalet sözleşmesinin, kişisel güvence verilmesine ilişkin sözleşmelere uygulanacak hükümlerine değinildikten sonra kefalet sözleşmesinin uygulama alanının genişletilmesinin yerindeliği kanun koyucunun bıraktığı boşluk, sözleşme ve şekil serbestisi bakımından lehte ve aleyhteki görüşlere değerlendirilecek; kişisel teminat verilmesi amacıyla yapılabilecek sözleşmeler ile kefaletin şekli ve (eşin rızası dâhil) kefil olma ehliyetine ilişkin hükümlerin bu sözleşmeler üzerindeki etkileri ayrı ayrı ele alınacaktır.

I. Kefalet Sözleşmesinin Kişisel Güvence Verilmesine İlişkin Diğer Sözleşmelere Uygulanacak Hükümleri

TBK m. 603 ile “uygulama alanı” başlığı altında bir yenilik olarak kefalet sözleşmesinin uygulama düzenlenmiştir. Düzenlemeye göre

² Barlas, Nami; “Kefalet Hukukuna İlişkin Bazı Sorunlar ve Yargıtay Uygulaması”, Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu, XXI (9-10 Aralık 2005), Ankara 2006, s. 64; Kırca, İsmail: “Türk Borçlar Kanunu Tasarısı-Kefalet Eşin İzni” Prof. Dr. Tuğrul Ansay Anısına Armağan, Ankara 2006, s. 440-441; Altop, Atilla; “Türk Borçlar Kanunu Tasarısında Genel İşlem Koşulları ve Kefalet Sözleşmesi”, İsviçre Medeni Kanunu ve Borçlar Kanunu’nun Alınışının 80. Yılı, Editör Ali Çivi, İstanbul 2007, s. 160; Altop, Atilla: “Türk Borçlar Kanunu Tasarısında Yer Alan Bazı Önemli Yenilik ve Değişiklikler” <http://www.iku.edu.tr/TR/userfiles/huk/20120424231037805.pdf> (erişim: 12.05.2013), s. 26; Yavuz, Nihat: 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu’nun Getirdiği Değişiklikler ve Yenilikler, Ankara 2011, s. 864; Baş, s. 139; Özen, s. 48, 174; Günay, Cevdet İlhan: Türk Borçlar Kanunu Şerhi, Ankara 2012, s. 1678.

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. Kefalet sözleşmesinin bazı hükümlerinin kişisel güvence verilmesi anlamına gelen diğer sözleşmelere de uygulanacağı düzenlendiğinden, öncelikle diğer sözleşmelere uygulanacak hükümlerin incelenmesinde yarar bulunmaktadır. Bu kapsamda kefalette şekil, kefil olma ehliyeti ve eşin rızasına ilişkin hükümlere kısaca değinilecektir.

A. Kefalette Şekil

Kefalet sözleşmesinin ne şekilde yapılacağı TBK m. 583/1’de düzenlenmiştir. Buna göre; *kefalet sözleşmesi, yazılı şekilde yapılmadıkça ve kefilin sorumlu olacağı azami miktar ile kefalet tarihi belirtilmedikçe geçerli olmaz. Kefilin, sorumlu olduğu azami miktarı, kefalet tarihini ve müteselsil kefil olması durumunda, bu sıfatla veya bu anlama gelen herhangi bir ifadeyle yükümlülük altına girdiğini kefalet sözleşmesinde kendi el yazısıyla belirtmesi şarttır.*

Görüldüğü gibi TBK m. 583/1, kefalet sözleşmesinin “geçerlilik şeklini” düzenlenmiştir. Kefalet sözleşmesinin şekline ilişkin unsurların tamamı kefalet veren ile ilgili olup alacaklının buna karşı ne şekilde hareket edeceği düzenlenmediğinden, geçerlilik şekli tek taraflıdır³. Şekle ilişkin düzenleme, getiriliş amacı açık olmasa da kefalet sözleşmesinin özellikle bankalar ve finans kuruluşları tarafından yaygın olarak kötüye kullanılmasının önüne geçecek olması nedeniyle doktrinde isabetli bulunmaktadır⁴.

³ Zevkliler, Aydın / Gökyayla, K. Emre: Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, 12. B., Ankara 2013, s. 664; Erzurumluoğlu, Erzan: Sözleşmeler Hukuku (Özel Borç İlişkileri), 2. B., Ankara 2012, s. 198-199; Özen, s. 200-201; Öz, M. Turgut: Yeni Borçlar Kanunu’nun Getirdiği Başlıca Yenilik ve Değişiklikler 2. B., İstanbul 2012, s. 120-121; Demir, Mehmet: Türk Borçlar Kanunu’nun Getirdiği Yenilikler, Ankara 2012, s. 111; Günay, s. 1623-1624, Yıldırım, Mustafa Fadil: “Kefalet Sözleşmelerindeki Yenilikler”, Hukuk Muhakemeleri Kanunu ve Borçlar Kanunu Sempozyumu 24-25 Mart 2011, Editör: Emel Badur, s. 229; Yavuz, s. 803-804; Aydoğdu, Murat / Kahveci, Nalan: Türk Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, İzmir 2013, s. 708; Akipek, Şebnem: 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Sempozyumu 21.06.2012, Ankara Barosu Sempozyum Kaydı, DVD-5 (01:39:59).

⁴ Kuntalp, Erden / Barlas Nami / Ayanoglu Morali, Ahu / Çavuşoğlu Işıntan, Pelin / İpek, Mehtap / Yaşar, Mert / Koç, Sedef: Türk Borçlar Kanunu Tasarısı’na İlişkin Değerlendirmeler, İstanbul 2005, s. 267; Barlas, Nami; “Kefalet Sözleşme-

TBK m. 583, kefaletin şekline ilişkin olarak getirdiği düzenlemelerle, gerek 818 sayılı BK m. 484'ten gerekse mehav İsv. BK m. 493'ten ayrılmaktadır⁵. TBK m. 583, kefaletin yazılı şekilde yapılmasından öte, sözleşmede mutlaka bulunması gereken unsurları (azami miktar, kefalet tarihi, el yazısı, müteselsil kefalete ilişkin ifade) belirlediğinden, kefalet sözleşmesinin şekli artık adi yazılı şekil değil nitelikli yazılı şekildir⁶. Bir sözleşmenin kefalet sözleşmesi olarak kabul edilmesi için içinde mutlaka *kefalet* ifadesinin geçmesine gerek yoktur. Sözleşmenin geçerli olması için fer'i nitelikte bir sorumluluk üstlenilmeli ve sözleşme kefalet sözleşmesinin geçerlilik şartlarına uygun olarak yapılmalıdır⁷.

Kefil, kefalet sözleşmesine sorumlu olduğu azami tutarı el yazısıyla yazmak zorundadır. Bununla kefilin asıl borçlunun borcunu ödemesi halinde ne tutarda bir sorumluluk altına girdiğini açıkça görmesi ve bilmesi amaçlanmıştır. Sorumlu olunan azami tutara sadece anapara değil kefilin kusur ve temerrüdünün yasal sonuçları, dava ve takip giderleri ile ödenecek faizler de dâhildir. Maddeden sorumlu olunan tutarın açıkça el yazısıyla yazılacağı anlaşıldığından, esas borca veya kefalet tutarının belirlenmesine olanak veren bir belgeye gönderme yapılması yeterli değildir⁸. Aynı şekilde kefalet sözleşmesinden kefilin kime kefil olduğu da anlaşılmalıdır⁹.

sinin Geçerlilik Şartları", Türk Borçlar Kanunu Sempozyumu: Makaleler - Tebliğler, İstanbul 2010, s. 355; Altop, Atilla: "Türk Borçlar Kanunu Tasarısında Yer Alan Bazı Önemli Yenilik ve Değişiklikler" <http://www.iku.edu.tr/TR/userfiles/huk/20120424231037805.pdf>, (erişim: 12.05.2013) s. 22-23; Zevkliiler/Gökyayla, s. 664; Yavuz, s. 804-805; Baş, s. 128.

⁵ Örneğin İsv. BK m. 493'e göre kefilin sorumluluk tutarı 2.000 Frangı aşılırsa kefalet belgesi resmi şekilde düzenlenmelidir. Bu tutarın altındaki kefalet sözleşmelerinde yazılı şeklin yeterli olduğu düzenlenmiştir (Özen, s. 205; Yavuz, s. 804; Baş, s. 128).

⁶ Zevkliiler/Gökyayla, s. 665; Aydoğdu/Kahveci, s. 708; Gümüş, s. 313; Özen, s. 201-203; Doktrinde el yazısı zorunluluğu konusunda İsv. BK'nundan ayrılmanın yerinde olmadığı, el yazısı zorunluluğunun tüzel kişiler bakımından zorluklara neden olduğu ifade edilmektedir (Özen, s. 206-207).

⁷ Zevkliiler/Gökyayla, s. 666; Gümüş, Mustafa Alper: Borçlar Hukuku Özel Hükümler, C. II, İstanbul 2012, s. 286 vd.; Aydoğdu/Kahveci, s. 708.

⁸ Zevkliiler/Gökyayla, s. 664, Aral, Fahrettin/Ayrancı, Hasan: Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, 9. B., Ankara 2012, s. 429; 667; Yılmaz, Merve: "Türk Borçlar Kanunu'na Göre Kefalet Sözleşmesinin Geçerlilik Şartları" Türkiye Adalet Akademisi Dergisi Sayı: 7, s. 85; Özen, s. 208-213, Günay, s. 1623-1624; Baş, s. 133.

⁹ Zevkliiler/Gökyayla, s. 667; Özen, s. 213 vd.; Öz, s. 120-121; Yıldırım, s. 229; Aydoğdu/Kahveci, s. 709.

818 sayılı BK'da kefalet tarihinin el yazısıyla yazılması bir geçerlilik şartı olarak düzenlenmemiştir. Fakat TBK m. 583/1 kefalet tarihinin el kefilin el yazısıyla yazılmasını bir geçerlilik şartı olarak düzenlemiştir. Kefalet tarihinin yazılması, süreli kefalette (TBK m. 600) kefaletin sona erme tarihinin belirlenmesinde, kefilin kefalet tarihinde evli olup olmadığının dolayısıyla eşin rızasının gerekip gerekmediğinin tespitinde ve TBK m. 589 uyarınca kefil, borçlunun sadece kefalet sözleşmesinin kurulmasından sonraki borçlarından sorumlu olduğundan, hangi borçlardan sorumlu olacağının tespitinde önem arz eder¹⁰.

Kefil, adi kefalet sözleşmesinde ikincil olan durumunu, asıl borçluyula denk hale getirecek olan müteselsil kefaletle ilgili ibareyi el yazısıyla yazmak zorunda tutularak, sözleşme kapsamında durumunu ağırlaştırıcı unsurlardan kesin olarak haberdar olması amaçlanmıştır. Müteselsil kefaletle ilişkin sözleşmede kefil, bu sıfatla veya bu anlama gelen herhangi bir ifadeyle yükümlülük altına girdiğini kendi el yazısıyla yazmamışsa kefalet adi kefalet olarak hüküm ifade eder¹¹.

Kanun koyucunun TBK m. 583'te sayılan unsurların el yazısıyla yazılmasını geçerlilik şekli olarak benimsemesi, açığa (beyaza) imzanın yarattığı mağduriyeti ortadan kaldırmaya yönelik olması nedeniyle önem arz eder. Düzenlemenin bir sonucu olarak bir kişi okuma yazma bilmiyorsa ya da el yazısıyla imza atamıyorsa kefil olamayacaktır¹².

Kefil, kefalet sözleşmesi imzalamak üzere başkasına yetki verebilir. Ya da kefil vaadinde bulunabilir. Kefilin kendi adına kefil olma konusunda özel yetki vermesi ve diğer tarafa veya bir üçüncü kişiye kefil olma vaadinde bulunulması da kefaletle aynı şekil şartlarına tabidir. Taraflar, kanunda yazılı şekle uyararak kefilin sorumluluğunu borcun belirli bir miktariyle sınırlamayı kararlaştırabilirler. Kefalet sözleşmesinde sonradan yapılan ve kefilin sorumluluğunu artıran değişiklikler, kefalet için öngörülen şekil şartlarına uyulmadıkça hüküm doğurmaz (TBK m. 583/2 ve 3).

Türk hukukunda baskın görüş, şekle aykırılığın yaptırımının kesin hükümsüzlük olduğudur. Kesin hükümsüzlüğün ortaya çıkabilmesi

¹⁰ Yavuz, s. 803; Akipek, Sempozyum Kaydı (01:41:07); Baş, s. 132.

¹¹ Zevkliler/Gökyayla, s. 666; Özen, s. 217-219; Gümüş, s. 315; Baş, s. 134.

¹² Özen, s. 219-226; Yılmaz, s. 86; Baş, s. 136.

için TBK m. 583'te düzenlenen şekle hiç ya da esaslı unsurlar yönünden uyulmamış olması gerekir. Kesin hükümsüz kefalet sözleşmesine dayanılarak ifa talep edilemez ve yapılan ifa -borçlu olunmayan para ödenmiş olduğundan- hükümsüzlüğü ortadan kaldırmaz. Yapılan ödeme, sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre, borcu sona eren "asıl borçludan" istenebilir¹³. Hâkim, hükümsüzlüğe neden olacak eksikliği taraflar ileri sürmese de hâkim re'sen dikkate alır¹⁴.

B. Kefil Olma Ehliyeti

1) Gerçek Kişilerin Kefil Olma Ehliyeti

Gerçek kişilerin kefil olabilmesi için tam ehliyetli (ergin, ayırtım gücüne sahip, kısıtlanmamış) olması gerekir. Bu nedenle vesayet altında bulunanların ve bunlar adına yasal temsilcilerinin (MK m. 449), velayet altındaki küçüklerin ve velilerinin kefalet sözleşmesi yapması veya yapılmış sözleşmeye izin onay vermesi yasaktır (MK m. 342/3). Yasağa aykırı olarak yapılan sözleşmeler kesin hükümsüzdür. Fakat bir meslek ve sanatın yürütülmesi için izin verilen sınırlı ehliyetsizler (MK m. 453) meslek ve sanatın icrası için gereken hallerde kefalet sözleşmesi yapabilirler¹⁵. Yasağın aykırı şekilde yapılan sözleşme ifa edilmişse -kesin hükümsüz olan sözleşme nedeniyle- yapılan ödemenin sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre iadesi gerekir¹⁶. Buna karşın kendisine kayyum tayin edilen ve iflas eden kişilerin -kefalet bir tasarruf işlemi olmayıp, sadece borç doğuran işlem olduğundan- kefalet ehliyetinde bir sınırlama bulunmamaktadır. Noterlik Kanunu m. 50/3'e göre noterlerin kefil olması yasaklanmıştır¹⁷

2) Eşin Yazılı Rızası

TBK m 584, BK'nunda karşılığı olmayan bir düzenlemeyle, evli bir kişinin kefil olabilmesini diğer eşin yazılı rızasına bağlanmıştır. Getiri-

¹³ Gümüş, s. 325 vd.; Yargıtay'ın aksine İsviçre Federal Mahkemesi, sebepsiz zenginleşenin alacaklı olduğunu kabul etmektedir (Özen, s. 232; Gümüş, s. 327).

¹⁴ Zevkliler/Gökyayla, s. 664-665; Özen, s. 228-229, 232-236; Gümüş, s. 326.

¹⁵ Zevkliler/Gökyayla, s. 663; Özen, s. 162-166; Erzurumluoğlu, s. 199-200; Aydoğdu/Kahveci, s. 707.

¹⁶ Özen, s. 167-168; Yılmaz, s. 75-76.

¹⁷ Zevkliler/Gökyayla, s. 663; Özen, s. 168-169, Gümüş, s. 304; Aydoğdu/Kahveci, s. 707.

len bu yenilikle evlilik birliğinin, eşlerin düşüncesizce ve hatıra binaen yaptıkları kefalet sözleşmelerinin yarattığı yıkımdan korunması amaçlanmıştır¹⁸. Eşin rızasına ilişkin düzenleme doktrinde, bir yandan yasal mal rejiminin ruhuna ve temel felsefesine uygun olduğu ve uygulamadaki bir ihtiyacı karşıladığı gibi nedenlerle isabetli bulunurken¹⁹, diğer yandan da kefilî korumada aşırıya gidildiği gerekçesiyle eleştiriye konu olmuştur²⁰.

Düzenlemeye göre eşlerden biri mahkemece verilmiş bir ayrılık kararı olmadıkça veya yasal olarak ayrı yaşama hakkı doğmadıkça, ancak diğerinin yazılı rızasıyla kefil olabilir; bu rızanın sözleşmenin kurulmasından önce ya da en geç kurulması anında verilmiş olması şarttır (TBK m 584/1). Evli kişiler bakımından, eşin kefalet sözleşmesine yazılı rızası bir geçerlilik şartıdır. Yazılı rızanın adi yazılı şekilde yapılması, yani sadece eşin imzasını taşıması yeterlidir²¹.

TBK m. 584/2’de eşin yazılı rızasının aranmadığı iki hal düzenlenmiştir. Buna göre eşlerden birinin ortak hayat sebebiyle kişiliğinin, ekonomik güvenliğinin veya ailenin huzurunun ciddi biçimde tehlikeye düştüğü sürece ayrı yaşama haklarının bulunduğu (TMK m. 197/1) haller ve eşler hakkında ayrılık kararı verildiği hallerde, diğer eşin yazılı rızasına gerek yoktur²². Fakat ayrı yaşama hakları olmadığı halde fiilen ayrı yaşayanlar ile ayrı yaşama hakları olduğu halde fiilen birlikte yaşayanlar bakımından eşin rızasının aranması gerekir²³.

En geç kefalet sözleşmesinin kurulması anına kadar aranan eşin yazılı rızası, kefalet sözleşmesindeki kefilin sorumluluğunu artırmayan değişiklikler bakımından aranmamıştır. Diğer bir deyişle kefalet sözleşmesinde sonradan yapılan değişiklikler kefilin sorumlu olduğu tutarı artırmıyor, adi kefaletin müteselsil kefalete dönüşmesine neden

¹⁸ Kırca, s. 437; Zevkliler/Gökyayla, s. 669; Yavuz, s. 810; Özen, s. 174; Gümüş, s. 305; Yılmaz, s. 77; Baş, s. 115.

¹⁹ Kuntalp/Barlas/Ayanoğlu/Çavuşoğlu/İpek/Yaşar/Koç, s. 267; Gümüş, s. 306; Yavuz, s. 810; Baş, s. 115-116.

²⁰ Öz, s. 121.

²¹ Kırca, s. 443; Aral/Ayrancı, s. 430; Yavuz, s. 814; Erzurumluoğlu, s. 199; Gümüş, s. 306; Günay, s. 1627; Demir, s. 111; Yıldırım, s. 229; Yılmaz, s. 77; Aydoğdu/Kahveci, s. 709-710.

²² Kırca, s. 439; Zevkliler/Gökyayla, s. 669; Özen, s. 173-175; Gümüş, s. 306; Günay, s. 1627; Yavuz, s. 810-811; Aydoğdu/Kahveci, s. 710; Baş, s. 122-123.

²³ Baş, s. 118-119.

olmuyor ya da kefil yararına olan güvencelerin önemli ölçüde azaltmıyorsa²⁴, bu üç halle sınırlı olacak şekilde eşin -ilk rızayla aynı usulde verilecek- (TBK m 584/1) yeni bir rıza vermesine gerek yoktur (TBK m 584/1)²⁵.

Henüz bir kefalet sözleşmesi yapmamakla birlikte, kefalet sözleşmesi yapmak üzere bir başkasına yetki veren veya alacaklı yahut üçüncü bir kişiye kefalet sözleşmesi yapma vaadinde bulunan kişiler bakımından da kanun hükmünün dolanılmasını engellemek için eşin yazılı rızası gerekir. Fakat temsilci olarak ya da tüzel kişinin organı sıfatıyla hareket edenler kendileri adlarına bir taahhüde girmediklerinden eşlerinin rızası aranmaz. Vaat ve yetki verme aşamasında rıza veren eşten, sözleşmenin imzalanması aşamasında yeniden rıza alınmasına gerek yoktur²⁶. Getirilen korumanın amacına ulaşması için eşin rızası, somut bir kefalet sözleşmesine yönelik olmalı, her kefalet sözleşmesi için ayrı yazılı rıza alınmalıdır. Yoksa ileride yapılması muhtemel kefalet sözleşmelerini kapsayacak şekilde rıza verilmesi mümkün değildir²⁷. Eşin rızasına ilişkin hüküm emredici nitelikte olduğundan eşlerin yazılı rıza vermekten feragat etmeleri mümkün değildir²⁸.

Eşin rızasına ilişkin hükümlerin TBK m. 603 gereğince, gerçek kişilerce kişisel teminat verilmesine ilişkin başka ad altında yapılan sözleşmelerin tamamına uygulanacak olması, eşin rızasına ilişkin hükümlerin önemini mehzaz kanuna göre oldukça artırmıştır. Bu durumda eşin rızasına ilişkin hüküm, garanti sözleşmesine, borca katılmaya, kredi emrine, avale²⁹ üçüncü kişinin fiilini üstlenmeye ve komisyoncunun garantisine uygulanabilecektir. İsv. BK m. 494'te düzenlenen eşin

²⁴ Kefil yararına olan güvencelerden nelerin anlaşılmasına gerektiğine ilişkin görüşler ve örnekler için bkz. Kırca, s. 441-443; Örneğin alacaklı asıl borçlunun bir malı üzerindeki ipotekten vazgeçiyorsa güvencenin önemli ölçüde azaltılması söz konusudur. Ayrıntılı değerlendirme için bkz. Özen, s. 178-179; Yavuz, s. 812-814; Gümüş, s. 308; Baş, s. 120.

²⁵ Kırca, s. 441; Zevkliler/Gökyayla, s. 670; Aral/Ayrancı, s. 430; Eşin rıza verme ehliyeti ve konuyla ilgili ayrıntılı değerlendirme için bkz. Özen, s. 175 -177; Yavuz, s. 812, 815; Günay, s. 1627; Öz, s. 122; Demir, s. 111; Yıldırım, s. 230; Aydoğdu/Kahveci, s. 710; Baş, s. 119 vd.

²⁶ Kırca, s. 440-441, 439; Özen, s. 175-176; Gümüş, s. 306; Yavuz, s. 811; Baş, s. 119; Yılmaz, s. 78.

²⁷ Kırca, s. 444; Gümüş, s. 309; Özen, s. 180; Yavuz, s. 814-815; Baş, s. 118.

²⁸ Kırca, s. 438; Gümüş, s. 309; Yavuz, s. 809; Baş, s. 117.

²⁹ Kırca, s. 437; Zevkliler/Gökyayla, s. 670; Özen, s. 47-50; Gümüş, s. 330.

rızasına ilişkin hükümlerin TBK m. 603'te olduğu gibi kişisel teminat verilmesine ilişkin diğer sözleşmeleri kapsamaması, taraflara bu tür sınırlamalara tabi olmayan diğer sözleşmeleri yönelme imkânı tanımış, örneğin kefalet yerine garanti sözleşmesi yapılması kanuna karşı hile sayılmamıştır³⁰.

Eşin rızasına ilişkin düzenlemenin kredi teminini, dolayısıyla ticari hayatı zorlaştırdığı yönündeki tepkiler³¹ kanun koyucunun 6455 sayılı Gümrük Kanunu ile Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un³² 77. maddesiyle TBK m. 584'e bir fıkra eklenmesine neden olmuştur. Eklenen fıkra İsv. BK m. 494/2'de düzenlendiği halde 01.12.2005 tarihinde yürürlükten kaldırılan düzenleme ile benzer niteliktedir³³ ve kefalet sözleşmesinde eşin rızasının gerekmediği hallerin kapsamı genişletmektedir. Buna göre *ticaret siciline kayıtlı ticari işletmenin sahibi veya ticaret şirketinin ortak ya da yöneticisi tarafından işletme veya şirketle ilgili olarak verilecek kefaletler, mesleki faaliyetleri ile ilgili olarak esnaf ve sanatkârlar siciline kayıtlı esnaf veya sanatkârlar tarafından verilecek kefaletler, 27/12/2006 tarihli ve 5570 sayılı Kamu Sermayeli Bankalar Tarafından Yürütülen Faiz Destekli Kredi Kullanılmasına Dair Kanun kapsamında kullanılacak kredilerde verilecek kefaletler ile tarım kredi, tarım satış ve esnaf ve sanatkârlar kredi ve kefalet kooperatifleri ile kamu kurum ve kuruluşlarınca kooperatif ortaklarına kullanılacak kredilerde verilecek kefaletler için eşin rızası aranmaz*. Kanun koyucu bu düzenlemeyle sayılan kişilerin ticari tecrübeleri nedeniyle aileyi yıkıma uğratacak şekilde düşüncesizce kefalet sözleşmesi yapmayacakları varsayımıyla hareket etmiştir. Getirilen düzenleme, kapsama giren tüccar ve esnaf bakımından bir hak ve nimettir³⁴.

Her ne kadar İsv. BK'nun mülga m. 494/2 ile benzer nitelikte olsa da TBK m. 584/2 düzenlemesi bazı yönlerden bahse konu fıkradan ayrılmaktadır. İsv. BK mülga m. 494/2 *"kefalet, ticaret siciline kayıtlı bir işletmenin sahibi; bir kollektif ortaklığın ortağı, bir komandit ortaklığın sınırlı sorumlu ortağı; bir anonim ortaklığın yöneticisi veya müdürü, bir serme-*

³⁰ Kırca, s. 438, dn. 11.

³¹ Kızılot, Şükrü: "Evli erkeklere müjde" <http://www.hurriyet.com.tr/yazarlar/22702567.asp?yazarid=82> (erişim: 12.05.2013)

³² RG. S. 28615, 11.04.2013.

³³ Kırca, s. 448.

³⁴ Kırca, s. 450, 452.

yesi paylara bölünmüş komandit ortaklığın müdürü veya bir limited ortaklığın yönetici ortağı tarafından işletmeyle ilgili olarak verilmişse, eşin rızası aranmaz"³⁵ şeklinde düzenlemekteydi. Görüldüğü gibi İsv. BK mülga m. 494/2, eşin rızanın aranmayacağı şirket ortaklığı ve yöneticiliklerini sayma yoluna gitmişken, TBK m. m. 584/2 böyle bir sayma yapmaksızın ticaret siciline kayıtlı ticari işletmenin sahibi veya ticaret şirketinin ortak ya da yöneticisi tarafından verilecek kefaletlerde eşin rızasının aranmayacağını düzenlemiş, bu kapsama, *esnaf ve sanatkârlar siciline kayıtlı esnaf veya sanatkârlar tarafından verilecek kefaletleri dâhil etmiş*, bununla da yetinmeyip eşin rızası olmadan kefalet verebilecek kişiler yanında, eşin rızası gerekmeden kefil olunabilecek bir kısım kredi türü de sayılmıştır.

TBK m. 584/2'nin mülga mehz İsv BK m. 494/2'den ayrıldığı bir diğer önemli nokta da kefaletin sayılanlarca ancak *mesleki faaliyetleri ile ilgili olarak yahut işletme veya şirketle ilgili olarak* verecekleri kefaletleri eşin rızası dışına çıkarmasıdır³⁶. Dolayısıyla, mesleki faaliyet ya da işletme işe ilgili olmayan kefalet sözleşmeleri bakımından eşin rızası aranacaktır.

Eşin rızasının arandığı hallerde eş rıza vermemişse veya eşten rıza alınmamışsa kefalet sözleşmesi kesin hükümsüzdür. Bu hallerde sözleşmenin geçerli olabilmesi için şekil ve ehliyetle ilişkin şartlar tamamlanarak yeniden yapılması gerekir. Ancak uygulamada, eşten tarihsiz rıza alınarak bu hükmün dolanılması mümkündür³⁷. Eşin rızasında eksiklik bulunan kefalet sözleşmesi yapıldığı anda hükümsüzdür. Bu nedenle eşlerin boşanması kefalet sözleşmesine geçerlilik kazandırmaz. Sözleşmede değişiklik meydana gelmesi nedeniyle eşin ek rızası gerekmesine rağmen bu rızanın alınmaması, sözleşmede yapılan değişikliği hükümsüz kılar. Fakat kefilin sorumluluğu sözleşmenin önceki haline göre (eski sorumlu olunan tutarda veya adi kefalet olarak) devam eder. Müteselsil kefalet sözleşmesi yapılmasına rağmen eş adi kefaletle rıza vermişse, bu durumda kefalet sözleşmesi hükümsüz kabul edilebileceği gibi sözleşmenin adi kefalet olarak ayakta tutulması mümkündür³⁸.

³⁵ Kırca, s. 448.

³⁶ TBK tasarımda bulunan m. 584/2 hükmü ile ilgili değerlendirme ve eleştiriler için bkz. Kırca s. 448-449.

³⁷ Kırca, s. 447; Yavuz, s. 818; Baş, s. 122.

³⁸ Kırca, s. 448; Zevkliler/Gökyayla, s. 669; Aral/Ayrancı, s. 430; Gümüş, s. 308-310; Özen, s. 181-183; Yavuz, s. 816-819; Baş, s. 125.

3) Tüzel Kişilerin Kefil Olma Ehliyeti

Tüzel kişilerin (şirket, dernek, vakıf) kefalet ehliyeti konusunda *ultra vires* (amaç dışı işlem yapma yasağı) kuralı belirleyici öneme sahiptir. Çoğu olayda kazanç gütmeyen dernek ve vakıfların kefil olması bu tüzel kişilerin amacıyla bağdaşmayacağından kefalet ehliyeti olmadığı sonucu ortaya çıkar³⁹. Dernek veya vakıf tüzüğünde kefil olma yetkisi açıklığa kavuşturulsa bile imzalanan kefalet sözleşmesi amaçla bağdaşmadığı sürece görünüşteki yetkinin ehliyet sağlaması mümkün değildir.

Ultra vires kuralının ticaret şirketleri için de geçerli olduğunu düzenleyen 6762 sayılı eTTK m.137 maddesine rağmen Yargıtay ilk kararlarının aksine zamanla hükmü geniş yorumlayarak şirketlerin kredi kullanımında birbirlerine kefalet yoluyla destek olmalarının bir ihtiyaç olduğu gerekçesiyle kefaleti faaliyet alanıyla sınırlamamak yönünde görüş benimsemiş ve kanunda açıkça düzenlenen *ultra vires* kuralı işlevsiz hale getirilmiştir. Bahse konu düzenlemenin 6102 sayılı TTK'nundaki karşılığı olarak ifade edilebilecek m. 125/2'de yargı kararlarıyla işlevsiz hale gelen *ultra vires* kuralından bahsedilmediğine göre, ticaret şirketlerinin faaliyet alanına girmeyen konularda kefalet sözleşmesi yapmalarının önü tamamen açılmış bulunmaktadır⁴⁰.

Öte yandan TBK m. 603 hükmü sadece gerçek kişilerce kişisel teminat verilmesine ilişkin sözleşmelere uygulanacağından, tüzel kişilerce teminat vermek amacıyla yapılacak olan garanti ve borca katılma sözleşmeleriyle, aval, kredi emri, üçüncü kişinin fiilini üstlenme ve komisyoncunun garantisine kefaletin şekline ve kefil olma ehliyetine ve eşin rızasına ilişkin hükümler uygulanmaz⁴¹.

II. Kefalet Sözleşmesinin Uygulama Alanının Genişletilmesinin Yerindeliği

A. Genel Kavramlar

1) Kişisel Teminat

Teminat sözleşmeleri, ister aynı ister kişisel teminat verilmesine ilişkin olsun bir kimsenin, başkasının karşı karşıya olduğu riskleri

³⁹ Zevkliler/Gökyayla, s. 664; Gümüş, s. 311; Özen, s. 169-170; Yılmaz, s. 80.

⁴⁰ Özen, s. 170-172, Yılmaz, s. 80; Gümüş, s. 311; Kızılot, Şükrü: "Ultra Vires Kalkıyor" <http://www.hurriyet.com.tr/yazarlar/20177379.asp> (erişim: 12.05.2013).

⁴¹ Baş, s. 139.

üstlendiği sözleşmelerdir. Kişisel teminat sözleşmelerinde, aynı teminat sözleşmelerinin aksine, teminat alacaklısının diğer alacaklılara göre öncelikli olarak başvurabileceği (rehinli) bir mal bulunmaz. Kişisel teminat sözleşmelerinde alacaklı, asıl borçlunun yanında, kişisel teminat veren kişinin de malvarlığına başvurma hakkı kazanır. Bu bakımdan kişisel teminat sözleşmeleri, alacaklıya malvarlığına başvurulabilecek başkaca kişiler yaratan sözleşmelerdir. Dolayısıyla kişisel teminat veren kişi ile borcu temin olunan kişinin farklı kişiler olması gerekir. Bir kişinin kendi borcuna teminat vermesi kişisel teminat sözleşmesi olarak nitelenemez⁴².

Borcun ifa edilmesini asıl borçlu dışındaki kişilerin de üstlendiği kişisel teminat sözleşmeleri kefalet, garanti sözleşmesi, mevcut borca *sonradan* katılma (TBK m. 201), teminat amacıyla bir borcu bir borcu asıl borçlu ile *başlangıçta* müteselsilen borçlanma, kredi emri (TBK m. 516), kıymetli evraklar üzerine verilen avâl (TTK m. 700-702) ve komisyoncunun özel teminatı (TBK m. 537) şeklinde sayılabilir⁴³.

2) Sözleşme Özgürlüğü ve Şekil Serbestisi

Özel borç ilişkileri kapsamında borçlar hukukuna egemen olan ana ilke, sözleşme özgürlüğü ilkesidir. Sözleşme serbestisi ve sınırları, sözleşmenin biçimi ve özü bakımından TBK m. 26-27 ve 12-14'de somutlaşmıştır. TBK'nun sözleşme özgürlüğü başlıklı 26. maddesine göre *taraflar, bir sözleşmenin içeriğini kanunda öngörülen sınırlar içinde özgürce belirleyebilirler*. TBK m. 27/1'e göre ise *kanunun emredici hükümlerine, ahlaka, kamu düzenine, kişilik haklarına aykırı veya konusu imkansız olan sözleşmeler kesin olarak hükümsüzdür*. Bu iki düzenleme sözleşme özgürlüğünün sınırlarını belirlemektedir. Her ne kadar TBK m. 26, sadece sözleşmenin içeriği konusundaki özgürlüğü düzenlese de sözleşme özgürlüğünün kapsamı bununla sınırlı değildir. Gerek TBK gerekse diğer kanunlarda düzenlenen sınırlar çerçevesinde sözleşme özgürlüğü; sözleşme yapıp yapmama, sözleşmenin tarafını seçme, sözleşmenin biçimini seçme, sözleşmeyi ortadan kaldırma ve değiştirme, sözleşmenin çeşidini (tipini) seçme ve sözleşmenin içeriğini belirleme özgürlüğünü de kapsar⁴⁴.

⁴² Özen, s. 1, 5-6.

⁴³ Özen, s. 6-7.

⁴⁴ Zevkliler, Aydın/Gökyayla, K. Emre: Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, 12. B.,

Sözleşme özgürlüğü kapsamında sözleşmenin biçimini seçme özgürlüğü, şekil serbestisi olarak da ifade edilebilir. TBK m. 12/1 bir genel kural olarak sözleşmelerin geçerliliğinin, kanunda aksi öngörülmedikçe, hiçbir şekilde bağlı olmadığını düzenleyerek şekil serbestisini benimsemiştir. Fakat kanunda bir sözleşme için belirli bir şekil öngörülmüşse, öngörülen şekil, kural olarak geçerlilik şeklidir ve bu şekle uyulmaksızın kurulan sözleşmeler hüküm doğurmaz (TBK m. 12/2). Taraflar kanunda öngörülen şekli değiştirmek üzere sözleşme yapamazlar⁴⁵. Bu kapsamda, kanunda öngörülen nitelikli şekil ve ehliyet şartlarına uyulmadan yapılan kefalet sözleşmeleri kesin hükümsüzdür. Fakat TBK m. 603, TBK m. 12/1 de benimsenen şekil serbestisine, gerçek kişilerce kişisel güvence verilmesine ilişkin sözleşmeler bakımından kanunla öngörülen ve fakat açıkça düzenlenmeyen (örtülü) istisnalar getirmiştir.

B. Hükümün Lehindeki Görüşler

TBK m. 603 gerekçesinde düzenlemenin amacı, “kefalet hükümlerinin uygulama alanının genişletilmesi düzenlenmektedir. Madde kefil 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 kefil koruyucu hükümlerden kurtulmalarının ve bunları dolanmalarının önlenmesi amaçlanmıştır” şeklinde ifade edilmiştir. Doktrinde hükümün gerekçesi doğrultusunda oluşan görüşlere göre, kefalet için düzenlenen hükümlerin gerçek kişilerce verilen kefaletle denk şartlarda ya da daha ağır şartlarda kişisel teminat verilmesine ilişkin sözleşmelere evleviyetle uygulanması gerekir. Bir kimse eşinin rızası olmadan fer’i nitelikte bir kefalet sözleşmesinin tarafı olamıyorsa, garanti sözleşmesinde olduğu gibi bağımsız bir sorumluluğun tarafı hiç olamamalıdır. Bu nedenle gerçek kişilerce kişisel teminat verilmesine ilişkin özellikle garanti sözleşmesine kefaletle ilişkin şekil ve ehliyet kurallarının uygulanması isabetlidir⁴⁶.

Ankara 2013, s. 6-25; Erzurumluoğlu, Erzan: Sözleşmeler Hukuku (Özel Borç İlişkileri), 2. B., Ankara 2012, s. 25-26; Aydoğdu/Kahveci, s. 12-14.

⁴⁵ Zevkliler/Gökyayla, s. 8-9; Aydoğdu/Kahveci, s. 15.

⁴⁶ Barlas-Sorunlar, s.64; Altop-Kefalet Sözleşmesi, s.160; Altop-Yenilikler, s. 26; Yavuz, s. 864-865; Baş, s. 139; Özen, s. 48; Günay, s. 1678, Demir, s. 113-114.

C. Hükümün Aleyhindeki Görüşler

TBK m. 603, hukukumuzun genel ilkelerine ve ruhuna aykırı düzenlemeler getirmiş ve doktrinde tartışmalara neden olmuştur. Borçlar hukukunda şekil serbestisi sözleşme serbestisinin temelidir. Ama TBK m. 603 ile kişisel güvence verilmesine ilişkin sözleşmelere yeni şekil şartı getirmiştir. Kanun yapma tekniğine uygunluğu tartışılabilir hükümler getirilerek sözleşme serbestisine sınırlar konulması doğru değildir ve son derece tehlikeli sonuçlar doğurabilir⁴⁷.

Hükümün aleyhinde ifade edilen görüşlerde, borçlar hukukuna egemen olan ana ilkenin sözleşme serbestisi, sözleşme serbestisinin bir uzantısı olarak şekil serbestisi olduğu vurgulanmakta, kanun koyucunun ana ilkeye bir sınırlama getireceği zaman, şekle ilişkin getirilen her zorunluluk aynı zamanda bir geçerlilik şartı haline geldiğinden, bunu çok açık bir şekilde ve ancak kanunla getirilebileceği ifade edilmektedir. Taraflar kanunun öngördüğü şekle uygun sözleşme akdetmezlerse kesin hükümsüzlük yaptırımıyla karşılaşır. TBK m. 603, şekli kanuni düzenlemeyle getirmesine rağmen bunu açıkça yapmamış olması doğru değildir. Bu bakımdan düzenleme Anayasa m. 48 de güvence altına alınan sözleşme hürriyeti ilkesiyle bağdaşmamaktadır⁴⁸.

Bu haliyle hüküm, uygulamada birçok soruna yol açabilecek, hangi sözleşmelere uygulanacağı belirli olmayan ciddi kavram kargaşasına yol açan ve kefalet sözleşmesinin uygulama alanını inanılmaz ölçüde genişleten bir hükümdür. *“Bir sözleşmenin türünün ve içeriğinin belirlenmesinde ve yorumlanmasında, tarafların yanlışlıkla veya gerçek amaçlarını gizlemek için kullandıkları sözcüklere bakılmaksızın, gerçek ve ortak iradeleri esas alınır”* şeklindeki TBK m. 19/1 hükmü karşısında kanun koyucunun kefalet sözleşmesinin uygulama alanını genişletmesi anlamsız bir endişeden kaynaklanmaktadır. Kapsamın genişliği ve belirsizliği nedeniyle uygulayıcıların icra takiplerinde sorunlarla karşılaşması olasılığı yüksektir. Buna rağmen, TBK m. 603 üzerinde bir değişiklik tasarısı ya da teklifi yahut bu madde üzerinde TBMM veya hükümet gündemine gelmiş bir tartışma bulunmamaktadır⁴⁹.

⁴⁷ Kuntalp/Barlas/Ayanoğlu/Çavuşoğlu/İpek/Yaşar/Koç, s. 273; Akipek, Sempozyum Kaydı (02:11:17).

⁴⁸ Kuntalp/Barlas/Ayanoğlu/Çavuşoğlu/İpek/Yaşar/Koç, s. 273; Yavuz, s. 865; Akipek, Sempozyum Kaydı (02:11:34).

⁴⁹ Kuntalp/Barlas/Ayanoğlu/Çavuşoğlu/İpek/Yaşar/Koç, s. 273-274; Yavuz, s.

D. Kanun Koyucunun Düzenlemede Bıraktığı Boşluğun Türü ve Nasıl Doldurulacağı

TBK m. 603'te kefaletin uygulama alanı, kapsama girmesi akla gelebilecek bütün sözleşmeleri içine alacak şekilde tanımlanmış⁵⁰ ve "uygulanır" kelimesiyle biten emredici nitelikte bir düzenleme yapılmıştır. Düzenlemenin kapsamı konusunda hâkime takdir yetkisi bırakılmaması, kapsama giren sözleşmelerin hangileri olduğu konusunda bırakılan boşluğun ne şekilde doldurulması gerektiğine ilişkin değerlendirme yapılmasını gerektirmiştir.

Kanun koyucu TBK m. 603'te kanun sınırları içerisinde yapılan tanıma uygun olarak açıklığa kavuşturulacak bir çerçeve düzenlemesine karşın, "haklı sebepler", "durumun gerekleri", "hakkaniyete göre" gibi ifadelerle hâkimin takdir yetkisine atıfta bulunan, geniş ve esnek bir çerçeve benimsememiştir. Dolayısıyla düzenleme kapsamına giren sözleşmelerin belirlenmesi bakımından kanun koyucunun bıraktığı boşluğun bir "kural içi boşluk" olduğu söylenemez⁵¹. Buna karşın, kanun koyucunun kefalet sözleşmesinin uygulama alanını belirlerken, TBK'nun amacını, kanuna egemen olan ana ilkeyi (sözleşme serbestisi) dikkate alan bazı istisnalarla kapsamı daraltmamış olması, kuralın somut olaylara uygulanması halinde, özellik taşıyan bazı sözleşmeler bakımından sorunlara yol açması, daraltıcı yorum çabalarının somut olayın özelliklerine uymaması ve neticede de adalete uygun olmayan sonuçların doğabilecek olması nedeniyle, kanımca bırakılan boşluk örtülü (gizli) boşluktur. TBK m. 603'te uygulama alanı "görünüşte" belirlenmiş olmasına rağmen düzenlemede ciddi bir örtülü boşluk bulunmaktadır ve bu boşluk kapsamın sınırlanmasındaki eksiklikten kaynaklanmaktadır⁵².

TBK m. 603'te bırakılan örtülü boşluğun nasıl doldurulacağının üzerinde durulması gerekir. Örtülü boşluğun doldurulmasında amaca

865; Akipek, Sempozyum Kaydı (02:12:47).

⁵⁰ "...gerçek kişilerce, kişisel güvence verilmesine ilişkin olarak başka ad altında yapılan diğer sözleşmeler..."

⁵¹ Boşluk türleri ve tanımları için bkz. Kırca, Çiğdem: "Örtülü (Gizli) Boşluk ve Bu Boşluğun Doldurulması Yöntemi Olarak Amaca Uygun Sınırlama (Teleologische Reduktion)" AÜHFD Yıl: 2001, C. 50 S. 1 s. 93 vd.

⁵² Örtülü boşluk ile ilgili ayrıntılı açıklama ve örtülü boşluğa ilişkin tanımlar için Kırca, Çiğdem, s. 95 vd.

uygun sınırlama (*teleologische Reduktion* veya *Restriction*), Alman hukukunda kabul görmüş, İsviçre hukukunda ise savunucuları olan bir yöntemdir. Amaca uygun sınırlama, kanunun amacına göre geniş kapsamlı ve farklılaşmış düzenlemenin, amacına uygun kapsama indirgenmesi ya da bu kapsamla sınırlandırılmasıdır. Amaca uygun sınırlama yöntemiyle yorum yapılırken düzenlemeye ya sınırlayıcı bir norm eklenir ya da var olan kapsamı ifade eden kelime en dar anlamı kabul edilir. Bu da düzenlemeye istisnai bir durumun kabul edilmesiyle ya da uygulama alanının sınırlandırılmasıyla yapılır. Görüldüğü gibi bu yöntemle somut olaya uygulanması “açıkça uygun görünen”⁵³ bir düzenlemenin uygulanmaması söz konusudur. Bu yapılırken düzenlemenin amacı (*ratio legis*) esas alınmaktadır. Amaca uygun sınırlama aynı zamanda hükmün eşit olmayana eşit uygulanmaması gerekliliğinden kaynaklanmaktadır⁵⁴. Nitekim ileride değinileceği üzere Tük doktrininde bazı yazarlarca, kefaletin şekline ilişkin hükümlerin, kişisel güvence verilmesine ilişkin kimi sözleşmelere uygulanmaması gerektiği ileri sürülmüştür. Bu görüşler, kapsama giren sözleşmelerin amacı ve niteliği itibarıyla kefaletten farklı olduğu, uygulama alanının genişletilmesinin sözleşme/şekil serbestisiyle bağdaşmadığı noktasında buluşmaktadır.

Kanunda belirtilen, “gerçek kişilerce, kişisel güvence verilmesine ilişkin olarak başka ad altında yapılan diğer sözleşmeler” şeklinde ifade edilen ölçüt yetersizdir ve sonuçları objektif iyiniyetli kişiler bakımından öngörülebilir değildir. Sayma yoluna gitmek mümkün olduğu halde, kanunda düzenlenen veya düzenlenmeyen kişisel güvence verilmesine ilişkin sözleşmelere yeni ehliyet ve şekil şartları getirilmesi ana ilke olan sözleşme serbestisini sınırlamıştır Boşluğun yargı kararlarıyla “zaman içerisinde” doldurulması mümkündür. Mahkemeler, TBK m. 603’ün uygulama alanı amaca uygun olarak sınırlandırılmalıdır. Amaca uygun sınırlama “kanuna aykırı hukuk yaratma (*Rechtsfindung contra legem*)”⁵⁵ faaliyeti değildir. Amaca uygun sınırlama, kanunun sağladığı şekil serbestisine güvenerek veya kanunun öngördüğü şekli şartlara uyarak sözleşme yapanların, güven ilkesi gereğince sözleşmeden olan beklentilerinin boşa çıkarılmaması için bir gerekliliktir.

⁵³ Kırca, Çiğdem, s. 99.

⁵⁴ Kırca, Çiğdem, s. 91, 98 vd.

⁵⁵ Kırca, Çiğdem, s. 109.

Kanun koyucunun eşin rızasının aranmayacağı haller bakımından *ticaret siciline kayıtlı ticari işletmenin sahibi veya ticaret şirketinin ortak ya da yöneticisi tarafından işletme veya şirketle ilgili olarak verilecek kefaletler, mesleki faaliyetleri ile ilgili olarak esnaf ve sanatkârlar siciline kayıtlı esnaf veya sanatkârlar için* TBK m. 584'te öngördüğü değişiklik, TBK m. 603'te düzenlenen kefaletin şekle ilişkin uygulama alanı bakımından da dikkate değerdir. Çünkü TBK m. 584/3 kapsamına girenlerin şekle ilişkin kurullarla korunmaya ihtiyacı yoktur. Kanun koyucu ticarete tecrübeli kesim ile bunlar dışında kalan ve korunması gereken kesime farklı hükümler uygulanmasını benimsemiştir. TBK m. 603'ün, TBK m. 584/3 kapsamına girenler bakımından da uygulanmamasını sağlayacak bir değişiklik yapılmadığı sürece, hükümdeki boşluğun amaca uygun sınırlama yöntemiyle doldurulması gerekir.

III. Kefalet Sözleşmesinin Uygulama Alanının, Gerçek Kişiler Tarafından Kişisel Güvence Verilmesine İlişkin Sözleşmelere Etkisi

TBK m. 603 kapsamına giren gerçek kişilerce kişisel teminat verilmesine ilişkin sözleşmelerin bazıları üzerinde tereddüt bulunmazken, hükmün bazı sözleşmelere uygulanması konusunda belirsizlikler bulunmaktadır⁵⁶ Çalışmanın bu bölümünde kefalet sözleşmesinin uygulama alanına girebilecek **gerçek kişiler tarafından kişisel güvence verilmesi** anlamına gelebilecek sözleşmeler belirlenmeye ve kefaletin şekli, kefil olma ehliyeti ve eşin rızasına ilişkin hükümlerin her bir sözleşme türüne olan etkilerine değinilmeye çalışılacaktır.

A. Garanti Sözleşmesi

1) Tanımı

Garanti sözleşmeleri olarak ifade edilen sözleşme kategorisinde, genel olarak garanti veren (garantör), garanti alanın olası ekonomik bir riskini üzerine almayı borçlanmaktadır. Garanti sözleşmeleri homojen sözleşmeler değildir. Teminat amaçlı garanti sözleşmeleri ise garanti sözleşmelerinin bir görünümüdür. Teminat amaçlı garanti sözleşme-

⁵⁶ Aral/Ayrancı, s. 424-425; Özen, s. 48.

sinde garantör, bir borca konu edimin ifa edilmemesi riskini üstlenerek, kefile benzer şekilde borcun ifa edilmemesi halinde edimin yerine getirilmesi konusunda kişisel güvence vermektedir. Garanti sözleşmesi TBK'nda düzenlenmemiş olmakla birlikte, bankaların alacaklarına güvence sağlamak için yaptıkları bir sözleşme olması nedeniyle öne sahiptir⁵⁷.

2) Kefaletten Farkı

Benzer amaca yönelmiş olmasına rağmen kefalet ile garanti sözleşmeleri arasında derin yapısal farklar vardır. Kefil, borcun varlığına, geçerliliğine ve talep edilebilirliğine bağlı fer'i nitelikte bir sorumluluk altındayken; garantör borcun varlığından, geçerliliğinden ve talep edilebilirliğinden bağımsız bir sorumluluk altındadır. Çünkü garanti sözleşmesiyle güvence altına alınan, kefalette olduğu gibi borç değil, borç ilişkisinin konusu olan edimdir. Dolayısıyla garantör, üstlendiği asli ve bağımsız sorumluluk nedeniyle kefilin borç ile ilgili ileri sürebileceği itiraz ve def'ilerden mahrumdur. Aradaki bu iki fark sözleşmenin birbirinden ayrılmasında kullanılabilir ölçütü oluşturur⁵⁸.

3) Garanti Sözleşmesinin Kefaletle Aynı Şekil Şartlarına Tabi Tutulmasının Sonuçları

Görüldüğü gibi garanti sözleşmesi garantöre, kefalet sözleşmesinde kefile yüklenene göre daha sert sorumluluk yüklemektedir. 818 Sayılı BK'nun yürürlükte olduğu dönemde, garanti sözleşmesinin yüklediği sorumluluğun ağırlığına göre şekil ve ehliyet yönünden daha hafif bir rejime tabi tutulması çelişkili bulunarak eleştirilmekteydi. Bu nedenle 6098 sayılı TBK m. 603 ile kefaletin şekline, kefil olma ehliyetine ve eşin rızasına ilişkin hükümlerin teminat amaçlı garanti sözleşmesini de kapsamıyla bu çelişkinin giderildiği ifade edilmektedir. TBK m. 603 ile birlikte şekil bakımından geçersiz kefalet sözleşmelerinin -aynı rejime tabi olmaları nedeniyle- garanti sözleşmesine tahvilinin (*konversiyon*) önü kapanmıştır. Aynı şekilde kefalet yerine, şekil

⁵⁷ Zevkliler/Gökyayla, s. 13; Erzurumluoğlu, s. 207-208; Özen, s. 23; Baş, s. 139.

⁵⁸ Zevkliler/Gökyayla, s. 14, 657-658; Aral/Ayrancı, s. 421-423; Erzurumluoğlu, s. 208, Gümüş, s. 286 vd.; Özen, s. 23-27.

ve ehliyet yönünden daha elverişli garanti sözleşmesi yapılmasının bir cazibesi kalmamıştır. Kefaletin şekline, kefil olma ehliyetine ve eşin rızasına ilişkin emredici nitelikteki hükümlerin uygulama alanının genişletilmesi, kefalet hükümlerin dolanılmasını engellediği gibi, kişisel teminat sözleşmelerinin tasnifi sırasında yaşanan tartışmaların anlamını bir ölçüde yitirmesine neden olmuştur⁵⁹.

4) Garanti Sözleşmesinin Şekli

Yukarıda açıklandığı üzere içeriğinde garanti sözleşmesi ibaresi geçmese de bir borca teminat vermekten çok bir edimin ifasına asıl borçlu gibi birinci derecede teminat verilmesine ilişkin sözleşmeler garanti sözleşmesidir. Kural olarak garanti sözleşmeleri bir şekle tabi değildir. Ancak bir garanti sözleşmesi gerçek kişilerce kişisel güvence verilmesine ilişkin ise TBK m. 603 düzenlemesi nedeniyle kefalet sözleşmesinin geçerlilik şartlarına tabi olacaktır. Bunun sonucu olarak garanti sözleşmesinin adi yazılı şekilde değil, TBK m. 583'te düzenlendiği gibi nitelikli yazılı şekilde yapılması gerekir⁶⁰. TBK m. 583 hükmünün garanti sözleşmesine uygulanacak olması şu sonuçları doğurur:

Garanti sözleşmesi, yazılı şekilde yapılmadıkça ve garantörün sorumlu olacağı azami miktar ile garanti verme tarihi sözleşmede belirtilmedikçe alacaklı ile garantör arasında yapılan sözleşme geçerli olmaz. Sorumlu olunan azami miktar ve garanti verme tarihinin sözleşmeye garantörün el yazısıyla yazılması gerekir. Ancak garantör, garanti sözleşmesinin niteliği gereği alacaklıya karşı asıl borçlu gibi birinci derece sorumlu olduğundan, sorumluluğun müteselsil olmasına ilişkin veya bu anlama gelen herhangi bir ifadenin sözleşmeye el yazısıyla yazılması zorunlu değildir. *Gümüş'*e göre TBK 603, bir kıyasen uygulama olduğundan, garanti sözleşmesinden doğan "müteselsil sorumluluk" nedeniyle garanti verilen azami borç tutarının ve garanti tarihinin el yazısıyla gösterilmesi zorunlu değildir⁶¹.

⁵⁹ Zevkliler/Gökyayla, s. 668; Altop-Kefalet Sözleşmesi, s.160; Barlas-Sorunlar, s. 64-65; Baş, s. 139-140, Özen, s. 27-28 ve dn. 65; s. 41-43; Yavuz, s. 864-865.

⁶⁰ Zevkliler, Aydın/Gökyayla, s. 14; Aral/Ayrancı, s. 425; Özen, s. 27-28; Yavuz, s. 865; Akipek, Sempozyum Kaydı (02:12:47); Aydoğdu/Kahveci, s. 702.

⁶¹ Gümüş, s. 330.

TBK m. 583/2'nin bir yansıması olarak garanti verme konusunda yetki verilmesi ve garantör olma vaadinde bulunulması da kefalet sözleşmesinin geçerlilik şekline tabidir. Garanti sözleşmesinde, garantörün sorumluluklarını artıran değişiklikler, kefalet için öngörülen şekil şartlarına uyularak yapılmak zorundadır (TBK m. 583/3)⁶².

Garanti sözleşmesi TBK m. 603 göndermesiyle kefalet sözleşmesinin geçerlilik şeklinde uygun yapılmazsa, bunun yaptırımı kesin hükümsüzlüktür. Kesin hükümsüzlüğün ortaya çıkabilmesi için TBK m. 583'te düzenlenen şekle hiç ya da esaslı unsurlar yönünden uyulmamış olması gerekir. Kesin hükümsüz garanti sözleşmesine dayanılarak ifa talep edilemez ve yapılan ifa -borçlu olunmayan edim ifa edilmiş olduğundan- hükümsüzlüğü ortadan kaldırmaz. Yapılan ödeme, sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre, borcu sona eren "asıl borçludan" istenebilir. Hâkim hükümsüzlüğe neden olacak eksikliği taraflar ileri sürmese de hâkim re'sen dikkate alır⁶³.

5) Garanti Verme Ehliyeti

Garanti sözleşmesinin geçerli olabilmesi için garantörün tam ehliyetli olması ve evli ise mahkemece verilmiş bir ayrılık kararı olmadıkça veya yasal olarak ayrı yaşama hakkı doğmadıkça, en geç garanti verme anına kadar eşinin yazılı rızasını alması gerekir (TBK m. 584/1)⁶⁴. Garanti sözleşmesinde sonradan yapılan ve garantörün sorumlu olacağı tutarın artmasına ya da garantör yararına olan güvencelerin önemli ölçüde azalmasına sebep olmayan değişiklikler için eşin rızası gerekmez (TBK m. 584/2).

Ticaret siciline kayıtlı ticari işletmenin sahibi veya ticaret şirketinin ortak ya da yöneticisi tarafından işletme veya şirketle ilgili olarak yapılacak garanti sözleşmesinde, mesleki faaliyetleri kapsamında esnaf ve sanatkârlar siciline kayıtlı esnaf veya sanatkârlar tarafından yapılacak garanti sözleşmelerinde yahut kanunda sayılan kredi borçlarına verilecek garantilerde eşin rızası aranmaz (TBK m. 584/3)⁶⁵.

⁶² Gümüç, s. 330.

⁶³ Garanti sözleşmesinde şekle aykırılık için de geçerli olan, kefalete ilişkin görüşler için bkz. Özen, s. 228-229, 232-236.

⁶⁴ Özen, s. 49.

⁶⁵ Garantör borçtan asıl borçluyla birlikte müteselsilen sorumlu olduğundan, adi

B. Borca Katılma

1) Tanımı

Borca katılma TBK m. 201/1'de *mevcut bir borca borçlunun yanında yer almak üzere, katılan ile alacaklı arasında yapılan ve katılanın, borçlu ile birlikte borçtan sorumlu olması sonucunu doğuran bir sözleşme* şeklinde tanımlanmıştır. Borca katılma sözleşmesiyle *borca katılan ile borçlu, alacaklıya karşı müteselsilen sorumlu olurlar* (TBK m. 201/2). Bir sözleşmenin borca katılma olarak kabul edilmesi için sözleşmenin adında ve içinde geçen ifadelerde "borca katılma" ibaresi olmak zorunda değildir⁶⁶. İçeriğinde başka ifadeler kullanılmış olsa da yapılmak istenen sözleşmenin TBK m. 201/1 hükmündeki tanıma uygun olması yeterlidir. Bu bakımdan mevcut bir borca katılma ve borçlu ile birlikte sorumlu olma sonucunu doğurmak üzere alacaklı ile yapılan sözleşme borca katılma sözleşmesidir.

Mevcut bir borca katılan kişi, borca sonradan katılması nedeniyle fer'i nitelikte bir sorumluluk taşısa da taşıdığı sorumluluğun bağımsızlığı asıl borçlu ile birlikte müteselsilen sorunlu olmasına neden olur. Bu nedenle borca katılmada sorumluluğunun derecesinin kefalet ile garanti sözleşmesi arasında yer aldığı söylenebilir⁶⁷. Garanti sözleşmesine uygulanacağı konusunda tereddüt olmayan kefaletin şekline, kefil olma ehliyetine ve eşin rızasına ilişkin hükümlerin mevcut borca katılmaya da uygulanması mümkündür⁶⁸. Mevcut bir borca katılmaya ilişkin sözleşme *gerçek kişilerce, kişisel güvence verilmesine ilişkin olarak yapılmışsa*, TBK m. 603 uyarınca kefalet sözleşmesinin uygulama alanına girer. Bu nedenle geçerli olabilmesi için kefaletin şekline, kefil olma ehliyetine ve eşin rızasına ilişkin hükümlere uygun olarak yapılması gerekir⁶⁹. Ayrıca doktrinde mevcut bir borca katılma yanında,

kefaletin müteselsil kefaletle dönüşmesiyle ilgili olarak yapılan açıklamalar hariç olmak üzere, kefalet bakımından eşin yazılı rızasıyla ilgili olarak yapılan ve burada bahsi geçmeyen açıklamaların tamamı, garanti sözleşmesi için de geçerlidir.

⁶⁶ Tarafların iradesinin belirlenmesine ilişkin görüşler için bkz. Özen 15 vd.

⁶⁷ Altop-Kefalet Sözleşmesi s.294; karş. Aral/Ayrancı, s. 423; Özen, s. 48-49; Gümüş, s. 294-296.

⁶⁸ Altop-Kefalet Sözleşmesi s.294; karş. Aral/Ayrancı, s. 423; Özen, s. 48-49; Borca katılanın teminat amacıyla verilip verilmemesi hallerine ilişkin tartışmalar için bkz. Özen, s. 7-10, Baş, s. 140.

⁶⁹ Kırca, s.437; Aral/Ayrancı, s. 425; Özen, s. 49; Yavuz, s. 865; Öz, s. 132; Yıldırım, s. 227; Baş, s. 140; Aydoğdu/Kahveci, s. 702.

gerçek kişilerce bir borcun doğumu sırasında asıl borçluyla birlikte üstlenilmesinin de kişisel güvence verilmesi amacına yönelebileceği ve bu nedenle başlangıçta borca katılmanın da TBK m. 603 kapsamında değerlendirilmesi gerektiği haklı olarak ifade edilmektedir⁷⁰.

Buna karşın doktrinde borca katılmanın niteliği gereği güvence vermeye yönelik olmadığı, şekle tabi olmayan sözleşmelerden doğan borca katılmanın TBK m. 603 kapsamında değerlendirilmemesi gerektiği, TBK m. 603'ün kıyasen dahi borca katılmaya uygulanmaması gerektiği, istisnai getiren hükümlerin uygulama alanının yorum yoluyla genişletilemeyeceği (*singularia non sunt extendenda*) ileri sürülmüştür⁷¹.

2) Borca Katılmada Şekil

Kefaletin şekline ilişkin hükümlerinin gerçek kişilere kişisel güvence verilmesine ilişkin borca katılma sözleşmesine de uygulanacak olması, sözleşmenin nitelenmesinden kaynaklanan sorunları fiilen ortadan kaldırdığından, başka ad altında kişisel güvence verme amacıyla yapılan ve borca katılma sözleşmesinin şartlarını taşıyan her sözleşme kefalet sözleşmesinin geçerlilik şartlarına tabi olacaktır. Bunun sonucu olarak borca katılma sözleşmesinin adi yazılı şekilde değil, TBK m. 583'te düzenlendiği gibi nitelikli yazılı şekilde yapılması gerekir. TBK m. 583 hükmünün borca katılma sözleşmesine uygulanması halinde şu sonuçlar ortaya çıkar:

Borca katılma sözleşmesi, yazılı şekilde yapılmadıkça ve borca katılanın sorumlu olacağı azami miktar ile katılma tarihi sözleşmede belirtilmedikçe alacaklı ile katılan arasında yapılan borca katılma sözleşmesi geçerli olmaz. Katılanın, sorumlu olduğu azami miktar ve katılma tarihinin sözleşmeye katılanın el yazısıyla yazılması gerekir. Ancak borca katılan kanun gereğince alacaklıya karşı asıl borçluyla birlikte müteselsilen sorumlu olduklarından sorumluluğun müteselsil olmasına veya bu anlama gelen herhangi bir ifadeye yer verilmesi zorunlu değildir (TBK m. 201/2). *Gümmüş'e* göre, TBK 603 bir kıyasen

⁷⁰ Özen, s. 7, 49.

⁷¹ Develioğlu, Hüseyin Murat: "İsviçre Federal Mahkemesi'nin 23 Eylül 2003 Tarihli Kararı Işığında Kefalet Sözleşmesi - Borca Katılma Ayrımı" Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.1, İstanbul 2004, s. 320; Yavuz, s. 865; Özen, s. 49, dn. 107.

uygulama olduğundan, borca katılmadan doğan “müteselsil sorumluluk” nedeniyle katılanın sorumlu olacağı azami tutarın ve katılma tarihinin el yazısıyla gösterilmesi zorunlu değildir⁷².

TBK m. 583/2'nin bir yansıması olarak borca katılma konusunda yetki verilmesi ve borca katılma vadedinde bulunulması da yukarıda ifade edilen şekle tabidir. Borca katılma sözleşmesinde katılanın sorumluluklarını artıran değişiklikler, kefalet için öngörülen şekil şartlarına uyularak yapılmak zorundadır (TBK m. 583/3)⁷³.

Borca katılma sözleşmesi, TBK m. 603 gereğince kefalet sözleşmesinin şekline ilişkin kurallara göre yapılmazsa, şekle aykırılığın yaptırımını kesin hükümsüzlüktür. Kesin hükümsüzlüğün ortaya çıkabilmesi için TBK m. 583'te düzenlenen şekle hiç ya da esaslı unsurlar yönünden uyulmamış olması gerekir. Kesin hükümsüz borca katılma sözleşmesine dayanılarak ifa talep edilemez ve yapılan ifa -borçlu olunmayan para ödenmiş olduğundan- hükümsüzlüğü ortadan kaldırmaz. Yapılan ödeme, sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre, borcu sona eren “asıl borçludan” istenebilir. Hâkim hükümsüzlüğe neden olacak eksikliği taraflar ileri sürmese de hâkim re'sen dikkate alır⁷⁴.

3) Borca Katılma Ehliyeti

Borca katılmanın geçerli olabilmesi için katılanın tam ehliyetli olması ve evli ise mahkemece verilmiş bir ayrılık kararı olmadıkça veya yasal olarak ayrı yaşama hakkı doğmadıkça, en geç borca katılma anına kadar eşinin yazılı rızasını alması gerekir (TBK m. 584/1)⁷⁵. Borca katılma sözleşmesinde sonradan yapılan ve katılanın sorumlu olacağı tutarın artmasına ya da katılan yararına olan güvencelerin önemli ölçüde azalmasına sebep olmayan değişiklikler için eşin rızası gerekmez (TBK m. 584/2).

Ticaret siciline kayıtlı ticari işletmenin sahibi veya ticaret şirketinin ortak ya da yöneticisi tarafından işletme veya şirketle ilgili olarak

⁷² Gümüş, s. 330.

⁷³ Gümüş, s. 330.

⁷⁴ Borca katılmada şekle aykırılık için de geçerli olan, kefalete ilişkin görüşler için bkz. Özen, s. 228-229, 232-236.

⁷⁵ Özen, s. 49.

yapılacak borca katılma sözleşmesi ile mesleki faaliyetleri kapsamında esnaf ve sanatkârlar siciline kayıtlı esnaf veya sanatkârlar tarafından yapılacak borca katılma sözleşmeleri yahut kanunda sayılan bazı kredi borçlarına katılma bakımından eşin rızası aranmaz (TBK m. 584/3)⁷⁶.

C. Kredi Emri

1) Tanımı

Kredi emri, TBK m. 516 ila m. 519 arasında düzenlemiştir. Kredi emrinin tanımı ve şeklini düzenleyen TBK m. 516'ya göre; *bir kimse kendi adına ve hesabına kredi emri verenin sorumluluğu altında bir üçüncü kişiye kredi açmak veya krediyi yenilemek için emir almış ve kabul etmişse, kredi emri verilen vekaletini aşmadıkça emri veren, kredi borcundan kefil gibi sorumlu olur. Ancak, kredi emri yazılı olmadıkça emri veren sorumlu olmaz.* Tanımdan da anlaşılacağı üzere, kendisine kredi emri verilen kişi, kendi adına ve hesabına, üçüncü bir kişiye kredi verme yükümlülüğüne girer. Kredi emri veren ise krediyi alan üçüncü kişinin borcundan kefil gibi sorumlu olur.

Kişisel güvence verilmesi amacıyla gerçek kişilerce verilen kredi emri, TBK m. 603 uyarınca kefaletin şekline, kefil olma ehliyetine ve eşin rızasına ilişkin hükümlerine tabidir. Kefaletin şekline, kefil olma ehliyetine ve eşin rızasına ilişkin hükümler, kredi emrini veren ile alan arasındaki vekâlet sözleşmesine değil, kredi emrine uygulanır⁷⁷.

2) Kredi Emrinin Şekli

TBK m. 516'ya göre kredi emri verenin sorumlu olabilmesi için emrin yazılı olması gerekir. Yani amirin, emri alanın üçüncü kişiye kredi temin etmesinden kefil gibi sorumlu olması için emrin adi yazılı şekilde verilmesi bir geçerlilik şartıdır. Fakat 6098 sayılı TBK m. 603, *gerçek kişilerce, kişisel güvence verilmesine ilişkin olarak verilen* kredi emirlerine de uygulanacağından, kredi emri için TBK m. 516'da ön-

⁷⁶ Borca katılan borçtan asıl borçluyla birlikte müteselsilen sorumlu olduğundan, adi kefaletin müteselsil kefalete dönüşmesiyle ilgili olarak yapılan açıklamalar hariç olmak üzere, kefalet bakımından eşin yazılı rızasıyla ilgili olarak yapılan ve burada bahsi geçmeyen açıklamaların tamamı, borca katılma için de geçerlidir.

⁷⁷ Özen, s. 49; Yavuz, s. 865; Baş, s. 140-141.

görülen adi yazılı şekil artık yeterli değildir. Kefaletin şekline ilişkin hükümlerin TBK m. 603 kapsamına giren kredi emirlerinin şekline de geçerlilik şekli olarak uygulanması gerekir⁷⁸. Kredi emri veren üçüncü kişinin borcundan kefil gibi sorumlu olur (TBK m. 516). Bu nedenle emri veren emir metnine, sorumlu olduğu azami miktarı, emir tarihini ve müteselsil kefil olması durumunda bu sıfatla veya bu anlama gelen herhangi bir ifadeyle yükümlülük altına girdiğini el yazısıyla yazmalıdır (TBK m. 583).

Kredi emri için gerek TBK m. 516 gerekse TBK m. 603 gereğince öngörülen şekil sadece -kefil gibi sorumlu olan- kredi emri verenle ilgili olduğundan, emri alanın (alacaklının) kabul beyanının ne şekilde olacağı düzenlenmediğinden geçerlilik şekli tek taraflıdır⁷⁹. Kredi emrine de uygulanacak olan kefaletin şekli (TBK m. 583) adi yazılı geçerlilik şekilden öte, kredi emrinde mutlaka bulunması gereken unsurları (azami miktar, emir tarihi, el yazısı, müteselsil kefaletle ilişkin ifade) belirlediğinden, kredi emrinin şekli adi yazılı şekil değil nitelikli yazılı şekil halini almıştır.

Kredi emrinde sorumlu olunan azami tutar emri verenin el yazısıyla yazılmalıdır⁸⁰. Verilen emirde aksi ifade edilmemişse, emri verenin sorumluluğunun üst sınırını emir tutarı oluşturur. Kredi emrinde emir tutarı veya sorumlu olunacak tutar, emir tutarıyla aynı değilse bu tutarın üst sınır olarak el yazısıyla yazması gerekir. Bu şekilde kefil gibi sorumlu olacak kredi emri verenin kredi emrinden yararlanan üçüncü kişinin borcunu ödememesi halinde ne tutarda bir sorumluluk altına girdiğini açıkça görmesi ve bilmesi sağlanır⁸¹.

Kredi emri vereni, kredi emrinden yararlanan üçüncü kişiyle aynı denk sorumluluk altına sokacak müteselsil kefaletle ilişkin ibarenin el yazısıyla yazması gerekir. Bu zorunluluk, kefalet sözleşmesinde olduğu gibi, emir verenin durumunu ağırlaştırır unsurlardan kesin olarak haberdar olmasını sağlar. Kredi emri veren, üçüncü kişiyle birlikte müteselsil kefil gibi sorumlu olduğunu veya bu anlama gelen herhangi

⁷⁸ Özen, s. 43, dn. 96; s. 49.

⁷⁹ Kefaletin tek taraflı geçerlilik şekli içermesi ile ilgili açıklamalar için bkz. Özen, s. 200-201.

⁸⁰ Özen, s. 44, dn. 96.

⁸¹ Paralel nitelikteki kefaletle ilgili açıklamalar için bkz. Özen, s. 208-213.

bir ifadeyle yükümlülük altına girdiğini kendi el yazısıyla yazmamışsa emri alana karşı adi kefil gibi sorumlu olur⁸².

TBK m. 583/2'nin bir yansıması olarak kredi emri verme konusunda yetki verilmesi ve kredi emri verme vaadinde bulunulması da kefalet sözleşmesinin geçerlilik şekline tabidir. Kredi emrinde, emir verenin sorumluluklarını artıran değişiklikler, kefalet için öngörülen şekil şartlarına uyularak yapılmak zorundadır (TBK m. 583/3).

Kredi emrinde, şekle aykırılığın yaptırımı, kefalet sözleşmesinde olduğu gibi kesin hükümsüzlüktür. Kesin hükümsüzlüğün ortaya çıkabilmesi için TBK m. 583'te düzenlenen şekle hiç ya da esaslı unsurlar yönünden uyulmamış olması gerekir. Kesin hükümsüz kredi emrine dayanılarak emri verenden ifa talep edilemez. Yapılan ifa ise "borçlu olunmayan para ödenmiş olduğundan" hükümsüzlüğü ortadan kaldırmaz. Yapılan ödeme, sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre, borcu sona eren "üçüncü kişiden" geri istenebilir⁸³. Kredi emri veren ile kredi emrinden yararlanan arasındaki ilişkiye, kefil ile asıl borçlu arasındaki ilişkiyi düzenleyen hükümler uygulanır (TBK m. 519). Hâkim hükümsüzlüğe neden olacak eksikliği taraflar ileri sürmese de hâkim re'sen dikkate alır⁸⁴.

3) Kredi Emri Verme Ehliyeti

Kredi emrinin geçerli olabilmesi için amirin tam ehliyetli olması, evli ise mahkemece verilmiş bir ayrılık kararı olmadıkça veya yasal olarak ayrı yaşama hakkı doğmadıkça, en geç emir anına kadar eşinin yazılı rızasını alması gerekir (TBK m. 584/1). Kredi emrinde sonradan yapılan, amirin sorumluluk tutarını artmasına, adi kefil gibi sorumlu olan amirin müteselsil kefil gibi sorumlu olmasına ya da amir yararına olan güvencelerin önemli ölçüde azalmasına sebep olmayan değişiklikler için eşin rızası gerekmez (TBK m. 584/2).

⁸² Kredi emrinin şekline de uygulanabilecek kefalet sözleşmesine ilişkin açıklamalar için bkz. Özen, s. 217-219.

⁸³ Yargıtay'ın aksine İsviçre Federal Mahkemesi, "kefalette" sebepsiz zenginleşenin alacaklı olduğunu kabul etmektedir (Özen, s. 232).

⁸⁴ Kesin hükümsüz kefalet sözleşmesinin ifası ile ilgili açıklamalar için bkz. Özen, s. 228-229, 232-236.

Ticaret siciline kayıtlı ticari işletmenin sahibi veya ticaret şirketinin ortak ya da yöneticisi tarafından işletme veya şirketle ilgili olarak verilen, mesleki faaliyetleri kapsamında esnaf ve sanatkârlar siciline kayıtlı esnaf veya sanatkârlar tarafından verilen yahut kanunda sayılan kredilerin alınabilmesi için verilen kredi emirleri bakımından eşin rızası aranmaz (TBK m. 584/3)⁸⁵.

TBK m. 517'de lehine kredi emri verilenin ehliyetsizliği ile ilgili bir düzenlemeye yer verilmiştir. Buna göre "*kredi emrini veren, kredi emrinden yararlananın ehliyetsizliğini ileri sürerek kredi emri verilene karşı sorumluluktan kurtulamaz*". Böylece verdiği kredi emri nedeniyle "*kefil gibi*" sorumlu olan amirin, sorumluluktan kurtulmak için asıl borçlunun ehliyetsizliğinden yararlanma imkânı -kefalet sözleşmesinden ayrılmak suretiyle- ortadan kaldırılmıştır.

D. Aval

TTK m. 700-702 maddelerinde düzenlenen aval, poliçe, çek ve bonoya özgü bir tür kambiyo taahhüdüdür⁸⁶. Aval, poliçe, çek ve bono bedelinin kısmen ya da tamamen ödenmesi konusunda güvence vermek ve bu suretle tedavül kolaylığı sağlamak amacıyla (TTK m. 700/1) kambiyo senedinin üzerine ya da alonj üzerine verilir (TTK m. 701/1). Dolayısıyla avalin kambiyo senedinden ayrı bir belgeye verilmesi mümkün değildir.

1) Kefaletten Farkı

Benzer neticeleri doğursa da aval ile kefalet arasından derin farklar vardır. Kefalet sözleşmesi, kıymetli evrak üzerine verilmesi gereken avalin aksine (TTK m. 701/1), esas borca ilişkin sözleşmeden ayrı olarak düzenlenebilir. Kefaletin aksine aval veren, poliçe, bono ve çekinin unsurlarındaki eksiklik dışında asıl borçludan kaynaklanan hiçbir def'i ve itirazı ileri süremez (TTK m. 687; TBK m. 591). Hatta şekli

⁸⁵ Kefalet bakımından eşin yazılı rızasıyla ilgili olarak yapılan ve burada bahsi geçmeyen açıklamaların tamamı, kredi emri için de geçerlidir.

⁸⁶ Öztan, Fırat: Kıymetli Evrak Hukuku, 17. B., Ankara 2012, s. 168; Pulaşlı, Hasan: Kıymetli Evrak Hukukunun Esasları, 3. B., Ankara 2013, s. 171; Erzurumluoğlu, s. 206.

unsurları tam ama asıl borçlunun imzası sahte olan kambiyo senedindeki avalist, avalin bağımsızlığı nedeniyle borçtan sorumlu olur. Kefil asıl borçluya göre fer'i nitelikte sorumlu iken, avalistin sorumluluğu müteselsildir (TTK m. 702, m. 717). Avalist ödemede bulunduğu takdirde, lehine aval verdiği kişiye ya da bu kişiye karşı sorumlu olanlara yönelik kıymetli evraktan kaynaklanan bağımsız bir hak elde eder (TTK m. 702/3). *Kefil, alacaklıya ifada bulunduğu ölçüde*, onun haklarına halef olur (TBK m. 596). Poliçe, çek ya da bonoya birden fazla kişinin aval vermesi halinde ödeme yapan avalist, lehine aval verdiği kişiden bu tutarın tamamını isteyebilir. Dolayısıyla avalde, kefaletteki gibi *beneficium divisionis* kuralı (TBK m. 591) geçerli değildir⁸⁷.

2) Avalin Şekli

Aval ile kefalet arasındaki farklara rağmen, avalin gerçek kişiler tarafından verilmesi halinde kambiyo senetlerine özgü bir şahsi teminat niteliğinde olması, avalin TBK m. 603 kapsamında değerlendirilmesine kapı açar. Doktrinde avalin TBK m. 583'te düzenlenen kefaletin şekline ilişkin emredici hükümleri ortadan kaldırmayacağı ifade edilmektedir⁸⁸. Bu görüşün sonucu olarak, aval verilirken avalin şekline ek olarak TBK m. 603 göndermesiyle TBK m. 583'teki şekil ile TBK m. 584'te düzenlenen eşin rızasına ilişkin hükümlerin uygulanması kaçınılmaz görünmektedir. Eğer TBK m. 583'te düzenlenen kefaletin şekline ilişkin hükümlerin avale de uygulanacağı kabul edilirse bunun sonuçları şu şekilde olacaktır:

- Avalin şekline ilişkin yapılacak değerlendirmede öncelikle bir kambiyo taahhüdü olması nedeniyle avalin TTK m. 701'de özel olarak düzenlenen geçerlilik şartlarına değinmek gerekir. Buna göre aval şerhi, kambiyo senedi veya alonj üzerine verilir (TTK m. 701/1). Kambiyo senedi ya da alonjun üzeri "aval içindir" veya bununla eş anlamlı başka bir ibare yazılarak aval veren tarafından imzalanır (TTK m. 701/2). Muhatabın veya düzenleyenin imzaları hariç, kambiyo senedi yüzüne atılan her imza aval şerhi sayılır (TTK m. 701/3). Kimin için verildiği belirtilmemişse aval, düzenleyici için verilmiş sayılır (TTK m. 701/4).

⁸⁷ Zevkliler/Gökyayla, s. 660; Aral/Ayrancı, s. 424; Öztan, s. 169; Erzurumluoğlu, s. 206-207; Gümüş, s. 286, 296-297; Pulaşlı, s. 171-173.

⁸⁸ Öztan, s. 170; Pulaşlı, s. 173

- Aval şerhi “aval içindir” veya bununla eş anlamlı başka bir ibare yazılarak verildiğinden kefalete ilişkin yazılılık unsuru gerçekleşmiş olur. Aval poliçe, çek ve bono bedelinin **kısmen ya da tamamen ödenmesi** konusunda güvence vermek amacıyla verildiğinden, avalistin kambiyo senedi üzerinde yazan tutarın tamamından mı yoksa bir kısmından mı sorumlu olmayı taahhüt ettiğini yazması mümkündür. Avalin şekline ilişkin TTK m. 700/1hükmü ile kefaletin şekline ilişkin (TBK m. 583/1 ve 2) hükümler arasında azami sorumluluk tutarının belirlenmesine bakımından çelişki yaratacak bir durum yoktur.
- Kefaletin şekline ilişkin hükümlerin kambiyo senetlerine verilecek aval bakımından getirdiği ilk unsur aval tarihidir. Aval, keşide ve tanzim tarihinden sonra verilebileceğinden, avalistin aval şerhi verdiği tarihi poliçe, bono veya çeke veya bunların alonjuna, el yazısıyla yazması bir geçerlilik şartıdır.
- Aval verenin sorumluluğu, aval verilenin sorumluluğu ile aynı yani müteselsil olduğundan, avalde, kefalette olduğu gibi müteselsil sorumluluğun veya bu anlama gelecek başka bir ifadenin el yazısıyla aval şerhine eklenmesine gerek yoktur. Aval şerhinin temsilci tarafından verilmesi de aynı geçerlilik şekline tabidir (TBK m. 583/2). Eğer aval şerhinde verilen kambiyo taahhüdünde belirtilen tutar artırılmak istenirse, eski tutarın çizilerek, yeni tutarın ve yeni aval tarihinin yazılması ve aval veren tarafından imzalanması gerekir (TBK m. 583/3).

Yukarıdaki değerlendirmelere karşın **doktrinde**, TTK m. 701’de avalin şeklinin “özel hüküm” ile düzenlenmiş olması ve aval ile kefalet arasındaki önemli nitelik farklılıkları dikkate alındığında, kefaletin şekline ilişkin hükmün TBK m. 603 gereğince, poliçe, çek ve bono üzerine verilen avale uygulanamayacağı haklı olarak ifade edilmektedir. Gerçekten de TTK’nun avalin şekline ilişkin hükümleri, TBK’nun kefaletin şekline ilişkin hükümlerine göre özel nitelikte olduğundan, kefaletin şekline ilişkin hükümler bir kambiyo taahhüdü olan avale uygulanmamalıdır. TTK m. 701’deki şekle uygun olarak verilen avalin, kefalete ilişkin şekil şartları aranmaksızın geçerli kabul edilmesi gerekir. Bununla birlikte kefil olma ehliyetine ve eşin rızasına ilişkin hükümlerin avale uygulanması kaçınılmaz görünmektedir⁸⁹.

⁸⁹ Kırca, s.437; Yavuz, s. 866; Öztan, s. 170; Özen, s. 47, 50; Aydoğdu/Kahveci, s.

3) Aval Verme Ehliyeti

Evvelki açıklamalardan anlaşılacağı üzere, kefaletin uygulama alanına ilişkin TBK m. 603 hükmünün aval verme ehliyeti bakımından poliçe çek ve bonoya verilen avale uygulanması gerekir. Aval verenin tam ehliyetli olması yanında en geç aval verilmesi ana kadar eşin yazılı rızasının alınmış olması gerekir. Eşin rızasına ilişkin hükümlerin avale uygulanmayacağına kabul edilmesi halinde, özellikle borç doğurmadaki bağımsızlığı dikkate alındığında, kefalete ve uygulama alanına ilişkin hükümlerin dolanılmasının önü açılmış olur⁹⁰.

TBK m. 603'ün kapsamı ve TBK'nun kefalete ilişkin hükümlerle amaçladığı zayıf koruma yaklaşımı birlikte ele alındığında, düzenlemenin avale de kapsamı doğal karşılanabilir. Ancak avale konu kambyo senetleri, diğer sözleşmelere göre farklı özellikler taşırlar. Kambyo senetlerinin en önemli özelliği el değiştirmesinin rahat ve süratli olması ve buna ilişkin işlemlerin o anda olup bitmesidir. Yapılan açıklamalardan avalin TBK m. 603 kapsamında ele alınması gerektiği ortaya çıktığına göre, evli avalistler bakımından kambyo senetlerinin bahsedilen özelliklerinin devamı etmesi, bu senetlere aval verilmemesine bağlıdır. Çünkü ticari hayatta aval verime gerekliliğinin doğduğu her durumda eşin rızasının alınması mümkün değildir. Poliçe, çek ve bonoya verilecek aval için eşin yazılı rızasına ilişkin hükmün uygulanacak olması, evli kişiler bakımından aval vermeyi fiilen imkânsız hale getirmiştir⁹¹.

Öte yandan TBK m. 584'e eklenen üçüncü fıkra endişeleri hafifletecek niteliktedir. Bu hükmün avale yansması olarak ticaret siciline kayıtlı ticari işletmenin sahibi veya ticaret şirketinin ortak ya da yöneticisi tarafından **işletme veya şirketle ilgili olarak** verilecek aval ile **mesleki faaliyetleri ile ilgili olarak** esnaf ve sanatkârlar siciline kayıtlı esnaf veya sanatkârlar tarafından verilecek avallerde eşin rızası aranmayacaktır. Eklenen fıkra ticari hayatta beklenen serbestiyi bir ölçüde sağlamıştır.

702; Baş, s. 141.

⁹⁰ Özen, s. 50; Yavuz, s. 865.

⁹¹ Akipek, Sempozyum Kaydı (02:12:47).

Kanımca aval kambiyo senedi üzerine ya da alonja verilebildiğine göre eşin rızasının da “senet üzerinden anlaşılan bir sebep/unsur” olarak, kambiyo senedi üzerine verilmesi gerekir. Ancak eşin rızasının, aval veren eşinin imzasının yanına el yazısıyla yazıp imzalaması, öngörülemeyen riskler doğurabilir. Örneğin muhatabın veya düzenleyen imzaları hariç olmak üzere, poliçenin yüzüne atılan her imza aval şerhi sayılacağından (TTK m. 701/3), eşin rızası alınmak isterken, borçlandırılması söz konusu olabilir. Bu nedenle eşin rızasının, poliçe, çek veya bononun yüzüne değil, alonja alınması gerekir.

E. Üçüncü Kişinin Fiilini Üstlenme

TBK m. 128’e göre üçüncü bir kişinin fiilini başkasına karşı üstlenen, bu fiilin gerçekleşmemesinden doğan zararı gidermekle yükümlüdür. Üçüncü kişinin fiilini üstlenme, TBK m. 603 gerekçesinde, kefil koruyucu hükümlerden kurtulmak amacıyla, başka adlar altında kefalet hükümlerinin dolanılması amacıyla yapılabilecek sözleşmelere örnek gösterilmiş; düzenlemeyle, alacaklıların kefalet sözleşmesi yerine, üçüncü kişinin fiilini üstlenme sözleşmesi yaparak kefil koruyucu hükümlerden kurtulmalarının önlenmesinin amaçlandığı ifade edilmiştir. Bu kapsamda TBK m. 603, gerçek kişilerce kişisel güvence verilmesine yönelik üçüncü kişinin fiilini üstlenme sözleşmelerine de uygulanır⁹²

1) Üçüncü Kişinin Fiilini Üstlenmenin Şekli

Üçüncü kişinin fiilini üstlenme sözleşmesi, yazılı olarak yapılmadıkça, üstlenenin sorumlu olacağı azami miktar ve üstlenme tarihi, üstlenenin sorumluluğunun müteselsil olacağına ya da bu anlama gelen ifadeler üstlenenin el yazısıyla sözleşmeye yazılmadıkça geçerli olmaz (TBK m. 583/1). Üstlenenin başkasına yetki vermek suretiyle borcu üstlenmesi ve üstlenme vaadinde bulunması da aynı şekilde tabidir (TBK m. 583/2). Üçüncü kişinin fiilini üstlenme sözleşmesinde

⁹² Üçüncü kişinin fiilini üstlenmeden, gerekçede örnek verilmek suretiyle bahsedilmiş olmasına rağmen doktrinde TBK m. 603 ile ilgili olarak yapılan değerlendirmelerde sadece ismen zikredilmiştir (Bkz. Günay, s. 1678; Öz, s. 132; Yavuz, s. 865; Yıldırım, s. 227; Aydoğdu/Kahveci, s. 702).

sonradan yapılan ve üstlenenin sorumluluğunu artıran değişiklikler, kefalet için öngörülen şekle uyulmadıkça hüküm doğurmaz (TBK m. 583/3).

818 Sayılı BK'nun yürürlükte olduğu dönemde, kefilin sorumlu olduğu tutar belirlenmeden yapılan kefalet sözleşmeleri geçersiz olsalar bile üçüncü kişinin fiilini taahhüt sözleşmesine tahvilinin mümkün olduğu kabul edilmekteydi. Fakat TBK m. 603'ün kefaletin şekline, kefil olma ehliyetine ve eşin rızasına ilişkin hükümlerin gerçek kişilerce kişisel güvence verilmesine yönelik başka ad altında yapılan sözleşmelere de uygulanacağına düzenlenmesi karşısında, geçerlilik şartları eksik kefalet sözleşmesinin tahvil yoluyla üçüncü kişinin fiilini üstlenme sözleşmesine dönüşmesi imkânı kalmamıştır⁹³.

Doktrinde ifade edilen bir görüşe göre ise TBK m. 603, kefalet ile üçüncü kişinin fiilini üstlenme sözleşmesi arasındaki farkları üçüncü kişinin fiilini üstlenme sözleşmesine yeni geçerlilik şartları getirerek ortadan kaldırıldığından, gerçek kişilerce kişisel güvence verilmesine yönelik üstlenmeler açısından sözleşme özgürlüğü de ortadan kaldırılmış olacaktır⁹⁴.

2) Üçüncü Kişinin Fiilini Üstlenme Ehliyeti

Üçüncü kişinin fiilini üstlenme sözleşmesinin geçerli olabilmesi için üstlenenin tam ehliyetli olması, evli ise mahkemece verilmiş bir ayrılık kararı olmadıkça veya yasal olarak ayrı yaşama hakkı doğmadıkça, en geç üstlenme anına kadar eşinin yazılı rızasını alması gerekir (TBK m. 584/1). Sözleşmesinde sonradan yapılan ve üstlenenin sorumluluk tutarını artmasına, üstlenenin müteselsilen sorumlu hale gelmesine ya da üstlenen yararına olan güvencelerin önemli ölçüde azalmasına sebep olmayan değişiklikler için eşin rızası gerekmez (TBK m. 584/2).

Ticaret siciline kayıtlı ticari işletmenin sahibi veya ticaret şirketinin ortak ya da yöneticisi tarafından işletme veya şirketle ilgili olarak yapılacak üçüncü kişinin fiilini üstlenme sözleşmesi, mesleki fa-

⁹³ Zevkliler/Gökyayla, s. 668; karş. Aydoğdu/Kahveci, s. 709.

⁹⁴ Develioğlu, s. 320.

aliyetleri kapsamında esnaf ve sanatkârlar siciline kayıtlı esnaf veya sanatkârlar tarafından yapılacak üstlenme sözleşmeleri yahut kanunda sayılan kredi borçlarını üstlenme bakımından eşin rızası aranmaz (TBK m. 584/3)⁹⁵.

F. Komisyoncunun Garantisi

Komisyoncunun garantisi, doktrinde kişisel güvence verilmesine ilişkin sözleşmeler arasında sayılmaktadır⁹⁶. Komisyoncunun garantisi, TBK m. 537'de *yetkisi olmaksızın veresiye mal satması dışında, komisyoncu işlemde bulunduğu borçluların ödememelerinden ve diğer borçlarını ifa etmemelerinden sorumlu olmaz. Ancak, komisyoncu açıkça garanti vermişse veya bulunduğu yerdeki ticari teamül gerektiriyorsa sorumlu olur* şeklinde düzenlenmiştir. Dolayısıyla komisyoncu gerçek kişi olup da -yetkisi olmadan veresiye mal satması dışında- kişisel güvence vermek amacıyla, aracılık ettiği kişilerin edimlerini ifa etmeleri konusunda açıkça garanti vermişse ve bulunduğu yerdeki ticari teamül de sorumluluğunu gerektiriyorsa bu garantinin, TBK m. 603 gereğince şekil, garanti verme ehliyeti ve eşin rızası bakımından kefaletle ilişkin hükümlere tabi olması gerekir.

1) Komisyoncunun Garantisinin Şekli

Komisyoncu verdiği garanti nedeniyle, aracılık ettiği kişilerin edimlerini ifa etmemeleri halinde onlarla birlikte müteselsilen sorumlu olacağından, komisyoncunun garantisine ilişkin sözleşmenin yazılı olması, komisyoncunun sorumlu olacağı azami tutarın ve sözleşme tarihinin komisyoncunun el yazısıyla yazılması geçerlilik şartıdır (TBK m. 583/1). Komisyoncunun başkasına yetki vermek suretiyle garanti vermesi ve garanti verme vaadinde bulunması da aynı şekle tabidir (TBK m. 583/2). Komisyoncunun garantisine ilişkin sözleşmede sonradan yapılan ve komisyoncunun sorumluluğunu artıran değişiklikler, kefalet için öngörülen şekle uyulmadıkça hüküm doğurmaz (TBK m.

⁹⁵ Kefalet bakımından eşin yazılı rızasıyla ilgili olarak yapılan ve burada bahsi geçmeyen açıklamaların tamamı, üçüncü kişinin fiilini üstlenme sözleşmesi için geçerlidir.

⁹⁶ Özen, s. 7.

583/3). Komisyoncunun garanti vermesi nedeniyle ayrıca ücret isteme hakkı vardır (TBK m. 537/2)

2) Komisyoncunun Garanti Verme Ehliyeti

Komisyoncu evli ve esnaf ve sanatkârlar siciline kayıtlı ise esnaf veya sanatkârlar tarafından mesleki faaliyetleri ile ilgili olarak verilecek kefaletler için eşin rızası aranmayacağından, komisyoncunun garantisinde eşin rızasına gerek yoktur (TBK m. 584/3). Komisyoncunun garanti verebilmesi için tam ehliyetli ya da meslek ve sanatın yürütülmesi için izin verilen sınırlı ehliyetsizlerden olması (MK m. 453) yeterlidir.

SONUÇ

Kanun koyucu TBK m. 603 ile alacaklıların kefil koruyucu hükümlerden kurtulmalarını ve bunları dolanmalarını önlenmeyi amaçlanmıştır. Fakat kefaletle ilişkin hükümlerin gerçek kişilerce kişisel güvence verilmesine ilişkin sözleşmelere uygulanması, bu sözleşmelerin yapısına uymayan yeni şekil ve ehliyet şartlarının ortaya çıkmasına neden olmuştur. Ortaya çıkan bu durum bilerek ya da bilmeyerek bazı sözleşme tipleri arasındaki farkları anlamsız hale getirmiş ve kurulabilecek sözleşme sayısında fiilen azaltmaya gidilmesine neden olmuştur. Dolayısıyla TBK m. 603 düzenlemesiyle, Anayasa m. 48'de güvence altına alınan sözleşme özgürlüğünün unsurlarından, sözleşmenin şeklini ve tipini seçme özgürlüğü aşırı ölçüde sınırlandırmıştır. Doktrinde kefalet için düzenlenen hükümlerin gerçek kişilerce verilecek kefaletle denk şartlarda ya da daha ağır şartlarda kişisel teminat verilmesine ilişkin sözleşmelere evleviyetle uygulanması gerektiği savunulsa da uygulanacak hükümlerin hedeflenen sözleşmelerin yapısına uyup uymayacağı pek az tartışılmıştır. Hâlbuki *bir sözleşmenin türünün ve içeriğinin belirlenmesinde ve yorumlanmasında, tarafların yanlışlıkla veya gerçek amaçlarını gizlemek için kullandıkları sözcüklere bakılmaksızın, gerçek ve ortak iradeleri esas alınır* şeklindeki TBK m. 19/1 hükmü karşısında, kanun koyucunun kefalet sözleşmesinin uygulama alanını genişletmesi, anlamsız bir endişeden kaynaklanmaktadır. Gerçek kişilerce kişisel güvence verilmesine ilişkin sözleşmelere uygulanacak hükümler

kanunla düzenlenmesine karşın, hangi sözleşmelerin kapsamda olduğu ve kefalete ilişkin hükümlerin ne oranda uygulama bulacağı düzenlenmeyerek büyük bir boşluk bırakılmıştır. Hukukumuzun genel ilkelerine ve ruhuna aykırı olarak getirilen düzenlemeler doktrinde fikir ayrılıklarına neden olmuştur. Kanunda belirtilen, “gerçek kişilerce, kişisel güvence verilmesine ilişkin olarak başka ad altında yapılan diğer sözleşmeler” şeklinde ifade edilen ölçüt yetersiz olup sonuçları objektif iyiniyetli kişilerce öngörülebilir değildir. TBK m. 603’ün kanun yapma tekniğine uygun olarak kaleme alınmayan kapsamındaki belirsizliğin, uygulamada yaratacağı sorunlar nedeniyle yeniden ele alınması kaçınılmazdır.

KAYNAKLAR

- Aral, Fahrettin/Ayrancı, Hasan: Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, 9. B., Ankara 2012.
- Akipek, Şebnem: 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Sempozyumu 21.06.2012, Ankara Barosu Sempozyum Kaydı, DVD-5 (Akipek, Sempozyum Kaydı).
- Altop, Atilla; “Türk Borçlar Kanunu Tasarısında Genel İşlem Koşulları ve Kefalet Sözleşmesi”, İsviçre Medeni Kanunu ve Borçlar Kanunu’nun Alınışının 80. Yılı, Editör Ali Çivi, İstanbul 2007 (Altop-Kefalet Sözleşmesi).
- Altop, Atilla: “Türk Borçlar Kanunu Tasarısında Yer Alan Bazı Önemli Yenilik ve Değişiklikler” <http://www.iku.edu.tr/TR/userfiles/huk/20120424231037805.pdf> (Altop-Yenilikler) (erişim: 12.05.2013).
- Aydoğdu, Murat/Kahveci, Nalan: Türk Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, İzmir 2013.
- Barlas, Nami; “Kefalet Hukukuna İlişkin Bazı Sorunlar ve Yargıtay Uygulaması”, Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu, XXI (9-10 Aralık 2005), Ankara 2006. (Barlas-Sorunlar).
- Barlas, Nami; “Kefalet Sözleşmesinin Geçerlilik Şartları”, Türk Borçlar Kanunu Sempozyumu: Makaleler – Tebliğler, İstanbul 2010. (Barlas-Sempozyum).
- Baş, Ece: “6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu’nda Kefalet Sözleşmesinin Geçerlilik Şartlarına İlişkin Bazı Yenilikler” İÜHF C. S. 2, s. 116-144, 2012.
- Demir, Mehmet: Türk Borçlar Kanunu’nun Getirdiği Yenilikler, Ankara 2012.
- Develioğlu, Hüseyin Murat: “İsviçre Federal Mahkemesi’nin 23 Eylül 2003 Tarihli Kararı Işığında Kefalet Sözleşmesi – Borca Katılma Ayrımı” Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.1, İstanbul 2004.
- Erzurumluoğlu, Erzan: Sözleşmeler Hukuku (Özel Borç İlişkileri), 2. B., Ankara 2012.

- Gümüş, Mustafa Alper: Borçlar Hukuku Özel Hükümler, C. II, İstanbul 2012.
- Günay, Cevdet İlhan: Türk Borçlar Kanunu Şerhi, Ankara 2012.
- Kırca, İsmail: "Türk Borçlar Kanunu Tasarısı - Kefalette Eşin İzni" Prof. Dr. Tuğrul Ansay Anısına Armağan, Ankara 2006.
- Kırca, Çiğdem: "Örtülü (Gizli) Boşluk ve Bu Boşluğun Doldurulması Yöntemi Olarak Amaçta Uygun Sınırlama (Teleologische Reduktion)" AÜHFD Yıl: 2001, C. 50 S. 1 s. 91-119.
- Kızılot, Şükrü: "Evli erkeklere müjde" <http://www.hurriyet.com.tr/yazarlar/22702567.asp?yazarid=82> (erişim: 12.05.2013)
- Kızılot, Şükrü: "Ultra Vires Kalkıyor" <http://www.hurriyet.com.tr/yazarlar/20177379.asp> (erişim: 12.05.2013).
- Kuntalp, Erden / Barlas Nami / Ayanoğlu Morali, Ahu / Çavuşoğlu İşintan, Pelin / İpek, Mehtap / Yaşar, Mert / Koç, Sedef: Türk Borçlar Kanunu Tasarısı'na İlişkin Değerlendirmeler, İstanbul 2005.
- Öz, M. Turgut: Yeni Borçlar Kanunu'nun Getirdiği Başlıca Yenilik ve Değişiklikler 2. B. İstanbul 2012.
- Özen, Burak: Kefalet Sözleşmesi, İstanbul 2012.
- Öztan, Fırat: Kıymetli Evrak Hukuku, 17. B., Ankara 2012.
- Pulaşlı, Hasan: Kıymetli Evrak Hukukunun Esasları, 3. B., Ankara 2013.
- Yavuz, Nihat: 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun Getirdiği Değişiklikler ve Yenilikler, Ankara 2011.
- Yıldırım, Mustafa Fadıl: "Kefalet Sözleşmelerindeki Yenilikler", Hukuk Muhakemeleri Kanunu ve Borçlar Kanunu Sempozyumu 24-25 Mart 2011, Editör: Emel Badur, s.225-233.
- Yılmaz, Merve: "Türk Borçlar Kanunu'na Göre Kefalet Sözleşmesinin Geçerlilik Şartları" Türkiye Adalet Akademisi Dergisi Sayı: 7.
- Zevkililer, Aydın/Gökyayla, K. Emre: Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, 12. B., Ankara 2013.