

EŞİN RIZASI

CONSENT OF THE SPOUSE

Emel BADUR*

Özet: Türk Hukuku'nda eşin rızası kavramı, Türk Medeni Kanunu'nun kabulüyle birlikte tartışılmaya başlanmıştır. Mal rejimlerini ilgilendiren düzenlemelerin yanı sıra aile konutu kavramının kabulü, geçerliliği eşin rızasına bağlanan hukuki işlemlerin kapsamını genişletmiştir. Aile konutunun mülkiyetinin eşlerden birine ait olması ya da kiralanmış olmasına göre değişik hukuki işlemler eşin rızasına bağlanmıştır. 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 01.07.2012 tarihinde yürürlüğe girmesiyle birlikte, geçerliliği eşin rızasına bağlanan hukuki işlemlere bir yenisi daha eklenmiştir. Türk Borçlar Kanunu'nun 584. maddesine göre evli kişilerin yaptıkları kefalet sözleşmesinin geçerliliği, eşin en geç sözleşmenin kurulma anında verdiği yazılı rızasına bağlanmıştır. Medeni hukuk ve borçlar hukukunda yer alan ve nispeten yeni sayılabilecek yukarıda açıklanan eşin rızasına ilişkin düzenlemelerden daha uzun uygulama süresi bulmuş diğer düzenleme ise 27.05.1983 tarihinde yürürlüğe girmiş 2827 sayılı Nüfus Planlaması Hakkında Kanun'da bulunmaktadır. Bu Kanun'un 6. maddesinde sterilizasyon ve gebeliğin sona erdirilmesi için eşin rızası aranmaktadır.

Anahtar Kelimeler: Eşin Rızası, Eşlerin Tasarruf Yetkisi, Aile Konutu, Kefalet Sözleşmesi, Nüfus Planlaması Hakkında Kanun,

Abstract: The concept of spouse's consent in Turkish Law has started to be a point of discussion as soon as the adoption of the Turkish Civil Code. The adoption of the concept of family home in addition to the arrangements concerning marital property has expanded the legal processes regarding the spouse's consent. In cases in which the family home is owned by one of the spouses or is rented different legal acts related to spouse's consent are created. With the Turkish Code of Obligations (Code number 6098), which came into force on 1st of July 2012, a new legal transaction is added to the list of already existing ones. According to Article 584 of the Turkish Code of Obligations, the validity of a bail contract depends on the written consent of the spouse given prior to the contract's signature. In addition to this new application described above and which is placed in between Civil Code and Code of Obligations, another new practice which has been practiced for longer can be found at the Population Planning Code (Code number 2827) legislated on 27 May 1983. According to Article 6 of this Code, for sterilization and termination of pregnancy, the consent of the spouse is required.

Keywords: Consent of the Spouse, the Right of Possession of Spouses, Family Home, Bail Contract, Population Planning Code

* Yrd. Doç. Dr., Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi.

GİRİŞ

4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun (TMK) aile hukukuna ilişkin getirdiği en önemli yeniliklerden biri, 743 sayılı Türk Kanunu Medenisi'nde karşılığı bulunmayan 193. maddede düzenlenmiştir. Bu maddeye göre, kanunda aksine hüküm bulunmadıkça, eşlerden her biri diğeri ve üçüncü kişilerle her türlü hukuki işlemi yapabilir. Yasa koyucu bu ifade ile eşlerin gerek birbirleriyle gerekse üçüncü kişilerle olan hukuki işlemlerinde herhangi bir kısıtlama olmaksızın ve diğer eşin rızası ya da hakim kararı aranmaksızın iradelerine sonuç bağlanacağını belirtmiştir.

Genel kural bu olmakla birlikte, Medeni Kanun başta olmak üzere bu kuralın yasal bazı istisnalarına Türk Hukuk Sistemi'nde rastlanmaktadır. Yasa koyucu TMK'da bir kaç ayrı yerde eşlerin yapacakları hukuki işlemlerin diğer eşin rızasına bağlı olduğunu düzenlemiştir. Ancak bu noktada öncelikle belirtilmesi gereken, eşin rızasının karı-koca farkı gözetilmeksizin arandığıdır. Yani TMK'da eşin rızasının arandığı hallerde, işlemi karı yapıyorsa kocanın; koca yapıyorsa karının rıza vermesi gereklidir.

TMK'nun eşin rızasına ilişkin ilk düzenlemeleri, mal rejimleri konusuna ilişkindir. Kanun'un kabulüyle birlikte uygulama ve öğretide tartışmalara neden olan aile konutu kavramı, eşin rızasının arandığı hallerden ikincisinin düzenlenmesine neden olmuştur. TMK'nun 194. maddesi gereğince, eşlerden biri diğeri için açık rızası bulunmadıkça, aile konutu ile ilgili kira sözleşmesini feshedemez, aile konutunu devredemez veya aile konutu üzerindeki hakları sınırlayamaz.

TMK'da eşin rızasının arandığı üçüncü hal, "*Tasarruf Yetkisinin Sınırlanması*" kenar başlığı altında düzenlenen 199. maddededir. Bu maddeye göre, ailenin ekonomik varlığının korunması veya evlilik birliğinden doğan mali bir yükümlülüğün yerine getirilmesi, gerektirdiği ölçüde hakim, eşlerden birinin istemi üzerine belirleyeceği malvarlığı değerleriyle ilgili tasarrufların ancak onun rızasıyla yapılabileceğine karar verebilir.

Yasa koyucunun TMK'nun 223/2. maddesinde düzenlediği, eşin rızasının arandığı dördüncü hal, sadece yasal mal rejimi olan edinilmiş mallara katılma rejimi için öngörülmüştür. Maddeye göre aksine

anlaşma olmadıkça, eşlerden biri diğ erinin rızası olmadan paylı mülkiyet konusu maldaki payı üzerinde tasarrufta bulunamaz. TMK'da eşin rızasının arandığı beşinci ve son hal, evlat edinmeye ilişkin 313/2. maddede yer almaktadır. Erginlerin ve kısıtlıların evlat edinilmesine ilişkin bu düzenleme gereğince, evli bir kimse ancak eşinin rızasıyla evlat edinilebilir.

Türk Hukuku'nda TMK'nun kabulüyle, aile konutu üzerinden başlayan eşin rızası konusundaki tartışmalar, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun (TBK) kabulü ve 01.07.2012 tarihinde yürürlüğe girmesiyle birlikte tekrar gündeme gelmiş ve tartışmaya açılmıştır. TBK'nun "Eşin Rızası" kenar başlığını taşıyan 584. maddesi, yürürlükten kalkan 818 sayılı Borçlar Kanunu'nda (BK) yer almayan yeni bir norm içermektedir ve evli kişilerin ancak diğ er eşin yazılı rızasıyla kefil olabileceklerini düzenlemektedir.

TBK'nun eşin rızasına ilişkin içerdiği tek hüküm kefalet sözleşmesinde değildir. Yasa koyucu, kira sözleşmesinin bir alt türü olarak ele aldığı "Konut ve Çatılı İşyeri Kiraları" ayrımında "Aile Konutu" kenar başlığıyla 349. maddede bir kez daha eşin rızasına ilişkin bir düzenlemeye yer vermektedir. Bu hükmün TMK'da yer alan aile konutuyla ilgili düzenlemeden başlıca farklılığı, sadece kiralanmış aile konutlarına ilişkin olmasıdır.

Medeni hukuk ve borçlar hukukunda yer alan ve nispeten yeni sayılabilecek yukarıda açıklanan eşin rızasına ilişkin düzenlemelerden daha uzun uygulama süresi bulmuş diğ er düzenleme ise 27.05.1983 tarihinde yürürlüğe girmiş 2827 sayılı Nüfus Planlaması Hakkında Kanun'da (NPHK) bulunmaktadır. Bu Kanun'un 6. maddesinde sterilizasyon ve gebeliğ in sona erdirilmesi için eşin rızası aranmaktadır. Çalışma kapsamında NPHK'da yer alan düzenlemelere de değ inileceğ inden (sterilizasyon ve gebeliğ in sona erdirilmesi de hukuki işlem olmadığından) başlık olarak "Eşin Rızasına Bağlı Hukuki İşlemler" yerine sadece "Eşin Rızası" tercih olunmuştur.

Yukarıda adı geçen Kanunlarda düzenlenen eşin rızasının hukuki niteliğinin, rızanın verilmesinin şekle bağlı olup olmadığına veya rızanın alınmamasının sonuçlarının inceleme konusu yapılacağı bu çalışma üç ana bölümden oluşacaktır. Çalışmanın birinci bölümünde "Türk Medeni Kanunu'nda Eşin Rızasının Arandığı Haller", ikinci bölü-

münde “*Türk Borçlar Kanunu’nda Eşin Rızasının Arandığı Haller*”, üçüncü ve son bölümünde ise “*Nüfus Planlaması Hakkında Kanun’da Eşin Rızasının Arandığı Haller*” incelenecektir.

I. TÜRK MEDENİ KANUNU’NDA EŞİN RIZASININ ARANDIĞI HALLER

Türk Medeni Kanunu’nda eşin rızasının arandığı tüm haller, Aile Hukuku Kitabı’nda düzenlenmiştir. Nitekim 4721 sayılı TMK’nun en önemli değişiklikleri yaptığı ve tabir yerindeyse yaklaşım değiştirdiği kısım da aile hukukuna ilişkindir. Zaten Kanun’un Genel Gereği’nde de bu durum, eşler arasında cinsiyet farkı gözetilmeksizin, tam bir eşitlik sağlama amacıyla hareket edildiği şeklinde, birden fazla kez ifade olunmuştur. Bu amaç doğrultusunda evin reisinin koca olduğuna dair hüküm kaldırılmış, kadının çalışması kocanın iznine tabi olmaktan çıkarılmış, kocanın yerleşim yerinin karının da yerleşim yeri olduğu kuralından vazgeçilmiş ve velayette de kocaya tanınan üstün oy geri alınmıştır.

Evlilik birliği içindeki cinsiyet eşitliğinin sağlanmasına yönelik adımlardan, bu çalışmanın kapsamı açısından en önem taşıyanı ise, TMK’nun 193. maddesinde yer verilen “*Kanunda aksine hüküm bulunmadıkça, eşlerden her biri diğeri ve üçüncü kişilerle her türlü hukuki işlemi yapabilir.*” hükmüdür. Bu düzenlemeyle yürürlükten kalkan Medeni Kanun’un 169. maddesinde yer alan ve evli kadının gerek kocasıyla gerekse kocası yararına üçüncü kişilerle yapacağı işlemleri sulh hukuk mahkemesinin iznine tabi tutan kuraldan dönülmüştür. Getirilen değişikliğin bir diğer yansıması, evli kadını sınırlı ehliyetli kişiler grubundan çıkartması olmuştur.

TMK’nun benimsediği evlilik içi cinsiyet eşitliği prensibinin, eşlerin birlikte karar vermesi gereken pek çok yeni konu yaratması da olağan sonuçlardandır. Bu kapsamda eşler oturacakları konutu birlikte seçerler, birliği birlikte yönetir ve her biri birliği temsil edebilirler, velayeti birlikte kullanır ve eşler ancak birlikte evlat edinebilirler. Ancak eşlerin birlikte karar vermesi ya da iradelerinin uyuşması gereken bu hallerden hiçbirisi eşin rızası kapsamında değerlendirilemez. Anılan durumlarda amaç, eşlerin birlikte ortak bir irade oluşturmalarıyken; eşin rızasının arandığı hallerde hukuki işlemin geçerliliği diğer eşin

rızasının alınması şartına bağlanmaktadır. Eşin rızasının arandığı yerlerde, eşlerden birinin rızası diğerinin denetimine sunulmaktadır.

Bu nedenle TMK'nun 193. maddesi gereği, evli kişilerin irade serbestilerinin kural (asıl); eşin rızasının aranmasının istisna olduğu söylenebilir. Kural (yani irade serbestisi) yasayla düzenlendiğine göre, eşin rızasının arandığı tüm haller de yasal istisna olmak zorundadır. Daha farklı bir söylemle eşin rızasının kıyasen başka hallerde de arandığının kabulü doğru olmayacaktır. Bu yasal istisnalara TMK'nun 229, 263 ve 265. (mal rejimlerine ilişkin işlemler), 194 (aile konutu), 199 (eşin tasarruf yetkisinin sınırlanması), 223/2 (paylı mülkiyet konusu malda tasarruf), ve 313/2. (evli erginlerin ve kısıtlıların evlat edinilmesi) maddelerinde yer verilmiştir. Aşağıda sırasıyla bu istisnalar ele alınacak olmakla birlikte, TMK'da eşin rızasının arandığı bir kaç hal daha vardır.

Bu haller ayrı başlıklara konu olmayı gerektirecek önemde olmasalar da kısaca söz edilmeye değer durumdadırlar. TMK'da eşin rızasından söz edilen ilk yer, evlilik birliğinin temsiline ilişkin olan ve "*Eşlerin Temsil Yetkisi*" kenar başlığını taşıyan 188. maddedir. Maddenin ilk fıkrasında temsile ilişkin genel kural, "*Eşlerden her biri, ortak yaşamın devamı süresince ailenin sürekli ihtiyaçları için evlilik birliğini temsil eder.*" ifadesiyle kaleme alınmıştır. Maddenin ikinci fıkrasında, eşlerden birinin, ailenin diğer ihtiyaçları için ancak iki halde birliği temsil edebileceği belirtilmiştir. Yani ailenin sürekli ihtiyaçları dışında kalan diğer tüm gereksinimleri için kural, eşlerin birlikte hareket etmesidir. Bu kuralın da iki istisnası vardır. Bunlardan ilki, temsili gerçekleştiren eşin, diğer eş veya hakim tarafından yetkili kılınması durumuna ilişkindir.

İkinci istisnai halde, birliğin yararı bakımından gecikmede sakınca bulunması ve diğer eşin hastalığı, başka bir yerde olması veya benzeri sebeplerle rızası alınamazsa, eşlerden birinin ailenin ihtiyaçları için birliği temsil edebileceği düzenlenmiştir. Bu durumda işlemi yapan eş, birliği temsilen hareket ettiği için, rızası alınamayan eş de üçüncü kişilere karşı diğer eşle birlikte müteselsilen sorumlu olur.¹ Rıza alınmasına yönelik engel mevcutken yapılan işlemin, rıza alınabilir hale geldiğinde rızası alınmayan eş tarafından onaylanmasına gerek yoktur.

¹ Öztan, B.: Aile Hukuku, B. 5, Ankara 2004, s. 191; Dural, M - Öğüz, T - Gümüş, A.: Türk Özel Hukuku C. III Aile Hukuku, İstanbul 2005, s. 231.

Çünkü yasada açıklanan koşulların varlığı halinde, evliliğin temsiline ilişkin yetki kanundan doğmaktadır.²

TMK'da eşin rızasından söz edilen bir diğer yer de 342. maddedir. Maddenin ilk fıkrasına göre ana ve baba, velayetleri çerçevesinde üçüncü kişilere karşı çocuklarının yasal temsilcisidirler. Eşin rızasını ilgilendiren ikinci fıkraya göre ise iyiniyetli üçüncü kişiler, eşlerden her birinin diğerinin rızasıyla işlem yaptığını varsayabilirler.

A. Mal Rejimlerine İlişkin İşlemler

TMK'da eşin rızasına ilişkin hükümlerden bazıları da mal rejimlerine ilişkin olarak düzenlenmiştir. Bu hükümlerden ilki, yasal mal rejimi olan edinilmiş mallara katılma rejiminin tasfiyesi sırasında eklenecek değerlerin açıklandığı 229. maddede yer alır. Yasa koyucunun açık düzenlemesi gereğince, "Eşlerden birinin mal rejiminin sona ermesinden önceki bir yıl içinde diğer eşin rızası olmadan, olağan hediyeler dışında yaptığı karşılıksız kazandırmalar" edinilmiş mallara değer olarak eklenir.

Bu maddenin aşağıda üzerinde durulacak eşin rızasının arandığı hallerden temel farkı, eşin rızasının alınmamış olmasının, geçersizlik yaptırımını doğurmayacak olmasıdır. TMK'da bazı hukuksal işlemlerin geçerliliği eşin rızasına tabi tutulduğu halde, rızanın verilmemiş olmasının hukuksal işlemin geçerliliğini etkilemeyeceği; ancak rızanın alınmamış olmasının başka hukuksal sonuçlara yol açtığı haldir.³ Yani rızası alınmayan eş, karşılıksız kazandırıcı işlemi iptal ettirmeyecek, bu işlem nedeniyle elde edemediği katılma alacağının, karşılanmayan kısmının tazminini talep edecektir.⁴

Eklenebilecek kazandırma sağlararası⁵, üçüncü kişilere ve karşılıksız olarak yapılmış olmalıdır. Gizli, adi veya karma bağışlamaların, karşılıksız olarak alacaktan vazgeçmenin (ibra vb.), vakıf kurmanın ve

² Havutçu, A.: Evlilik Birliğinin Temsili, Ankara 2006, s. 117.

³ Kılıçoğlu, A.: Türk Medeni Kanunu'nda Diğer Eşin Rızasına Bağlı Hukuksal İşlemler ve Yasal Alım Hakkı, Ankara 2002, s. 36.

⁴ Kılıçoğlu, A., s. 38.

⁵ Kılıçoğlu yasanın karşılıksız kazandırmadan söz ettiğini, bu kazandırmanın sağlararası ya da ölüme bağlı hukuksal işlem olduğuna ilişkin ayrıma girmediğini, ölüme bağlı tasarrufun vasiyet şeklinde yapılması halinde tek taraflı ve tek tarafa borç yükleyen bir hukuksal işlemin söz konusu olacağını belirtmektedir. Kılıçoğlu, A., s. 36.

hayat sigortalarından doğan yararlanmaların bu kapsamda değerlendirilebileceği belirtilmiştir.⁶ Buna karşılık açıkça mutad olan doğum günü, evlilik veya mezuniyet hediyelerinin, bağışlayanın mali durumuna da uygun düştüğü ölçüde eklemekten hariç tutulması gerekir.⁷

Karşılıksız kazandırmanın eşin açık veya örtülü rızası olmaksızın yapılmış olması bir diğer şarttır. Rızanın geçerliliği herhangi bir şekil şartına bağlanmamıştır.⁸ Rızanın varlığını ispat yükü, kazandırmayı yapan eşin üstündedir. Eşin rızası kazandırmadan önce verilebileceği gibi, sonra da verilebilir. Ancak yapılan kazandırmaya ilişkin olarak eşin susmasının, rıza olarak değerlendirilemeyeceği kabul olunmaktadır.⁹ Rızası aranan eşin karşılıksız kazandırmadan haberdar olmadığı her durumda, rızasının bulunmadığının kabulü gerekir.¹⁰

Mal rejimi sona erdikten sonra eşin rıza vermesi, kazandırmaya ilişkin rızadan çok, eklemekten feragat olarak yorumlanmaktadır. Bununla birlikte eşin bu rızası, miras hukuku kapsamında denkleştirme veya tenkis talebinden de feragat olarak yorumlanmaya açık değildir.¹¹

TMK'nun mal ortaklığı rejimine ilişkin 263. maddesinde, bu mal rejimini benimsemiş eşlerin, olağan yönetim dışında kalan konularda, ancak birlikte veya biri diğerinin rızasını almak suretiyle ortaklığı yükümlülük altına sokabilecekleri veya mallarda tasarrufta bulunabilecekleri düzenlenmiştir. Maddenin ikinci fıkrasında, "*Rızanın bulunmadığını bilmeyen veya bilebilecek durumda olmayan üçüncü kişiler için bu rıza var sayılır.*" düzenlemesine yer verilmiştir.

Aynı mal rejimine ilişkin olarak 265. maddede, eşlerden birisine kalan ve ortaklık mallarına girecek olan mirasın reddi ya da borca ba-

⁶ Dural, M - Ögüz, T - Gümüş, A., s. 378.

⁷ Dural, M - Ögüz, T - Gümüş, A., s. 379. Benzer şekilde ivazsız mirastan feragat sözleşmesi de hükmün kapsamında değerlendirilmez. Ayrıntılı bilgi için bkz. Acar, F.: Aile Konutu Mal Rejimleri, B. 3, Ankara 2012, s. 226.

⁸ Öztan, B., s. 287; Dural, M - Ögüz, T - Gümüş, A., s. 379.

⁹ Dural, M - Ögüz, T - Gümüş, A., s. 379; Buna karşılık, rızası aranan eşin susmasının her somut olayda ayrı değerlendirilmesi gerektiği, örf ve adetin bu konuda yol gösterici olabileceği, örneğin aile içi yardımlaşmanın yaygın olduğu bir yerde kardeşin evliliğine yardımın, haberdar olan ve sessiz kalan eş açısından reddetmek olarak değil rıza vermek olarak yorumlanabileceği de belirtilmiştir. Acar, F., s. 228.

¹⁰ Dural, M - Ögüz, T - Gümüş, A., s. 379.

¹¹ Dural, M - Ögüz, T - Gümüş, A., s. 379; Bunlara ek olarak saklı paydan da feragat anlamı taşımadığı yönünde Bkz. Acar, F., s. 228.

tık terekeden müteşekkil mirasın kabulü de diğer eşin rızasına bağlanmıştır. Hatta yasa koyucu eşin rızasının sağlanamadığı durumlara ilişkin bir ikinci fıkra düzenlemesi de yaparak, *“Diğer eşin rızasının alınmasına olanak bulunmazsa veya bu konudaki istem onun tarafından haklı sebep olmaksızın reddedilirse, istem sahibi eş kendi yerleşim yeri mahkemesine başvurabilir.”* hükmünü kaleme almıştır.

B. Aile Konutu İşlemleri

Yasa koyucu TMK’da *“Eşlerin Hukuki İşlemleri”* başlığı altında iki madde düzenlemiştir. Bunlardan ilki yukarıda üzerinde durulan ve eşlere hukuki işlem serbestisi tanıyan 193. maddedir. Ardından düzenlenen ve *“Aile Konutu”* kenar başlığını taşıyan 194. madde ise, genel kuralın istisnasını oluşturur niteliktedir. TMK’nın yürürlüğe girmesinin üzerinden 10 yıldan fazla süre geçmiş olduğunun bilinciyle, aile konutu kavramına ve düzenlenme amacına yönelik tartışmalara girilmeksizin, eşin rızasını ilgilendiren hükümlerin incelenmesinde yarar görülmektedir.¹²

Kanun’un 194/1. maddesinde, *“Eşlerden biri, diğer eşin açık rızası bulunmadıkça, aile konutu ile ilgili kira sözleşmesini feshedemez, aile konutunu devredemez veya aile konutu üzerindeki hakları sınırlayamaz.”* ifadesi kullanılmıştır. Yasa koyucu aynı fıkroda hem eşlerden birinin mülkiyetinde bulunan (veya üzerinde sınırlı ayni hakka sahip olunan) hem de kira sözleşmesine dayanarak zilyetliği elde edilmiş bulunan aile konutlarına ilişkin düzenlemede bulunmuştur. Bununla birlikte bu iki durum, eşlerin işlemleri açısından büyük farklılıklar içerdiğinden ve kira sözleşmesinin konusunu oluşturan aile konutlarına ilişkin olarak 6098 sayılı TBK’nun 349. maddesinde ayrı bir düzenleme daha bulunduğundan, bu başlık altında sadece eşlerden birinin üzerinde aynı hak sahibi oldukları aile konutları üzerinde durulacaktır.¹³

¹² Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Kılıçoğlu, A.: Türk Medeni Kanunu’nda Diğer Eşin Rızasına Bağlı Hukuksal İşlemler ve Yasal Alım Hakkı, Ankara 2002; Acar, F.: Aile Konutu Mal Rejimleri, B. 3, Ankara 2012; Bulut, H.: Aile Konutu ve Aile Mahkemeleri Yargılama Yöntemi, İstanbul 2007; Şıpka, Ş.: Aile Konutu ile İlgili İşlemlerde Diğer Eşin Rızası, B. 2, İstanbul 2004; Acar, H.: *“Türk Medeni Kanunu M. 194 Kapsamında Aile Konutu Üzerinde İyiniyetli Üçüncü Kişilerin Hak Kazanımı”*, Kazancı Hukuk Dergisi, S. 47-48, İstanbul 2008, s. 47 vd.; Bağcı, Ö.: *“Aile Konutu Üzerinde Tasarruf”*, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. IV, S. 2, İstanbul 2007, s. 162 vd.

¹³ Kiralanmış aile konutlarına dair açıklamalar ise Türk Borçlar Kanunu’nda Eşin Rı-

Eşlerin benimsemiş oldukları (yasal ya da iradi) mal rejiminin, aile konutuyla ilgili işlemlerde eşin rızasının aranıp aranmaması üzerinde bir etkisi yoktur. Aile konutuyla ilgili işlemlerde, eşin rızasına ilişkin sınırlamaların baştan beri en tartışmaya açık kısmı, sınırlamanın hukuki niteliği konusunda olmuştur. Sınırlamanın fiil ehliyetine mi yoksa tasarruf ehliyetine mi yönelik olduğu tartışılırken, TMK'nun 193. maddesinin kanundan doğan bir istisnası olduğu da ileri sürülmüştür.

Tartışmalardaki ilk görüş, aile konutuyla ilgili getirilen sınırlamaların fiil ehliyeti sınırlaması olduğu yönündedir. Bu görüşü benimseyenler, eşlerin fiil ehliyetine yönelik bir sınırlama getirilmiş olmasını, Medeni Kanun'un sistematik yapısına uygun bulurlar.¹⁴ Zira TMK'nun 193. maddesinde, eşlerin fiil ehliyeti genel kural olarak düzenlenmişse de yasa koyucu maddeye "*Kanunda aksine hüküm bulunmadıkça*" ifadeyle başlayarak, bunun istisnaları olduğunu peşinen kabul etmiştir.

İkinci görüşe göre, aile konutuyla ilgili sınırlama, sadece işlemi yapan eşin tasarruf yetkisini sınırlandırmaktadır.¹⁵ Bu görüşün benimsenmesi sonucunda, aile konutunun mülkiyetine sahip olan eş, aynı hakka ilişkin olarak taahhüt işlemlerini yapabileceği halde, tasarrufta bulunamayacaktır. Aslında bu durumun sonuçları da ağır olur. Çünkü tasarruf basamağını gerçekleştiremeyen eş, tazminat yükümlüsü olacak ve bunu da eşi üzerinde rıza göstermesi için bir baskı unsuru olarak kullanacaktır. Diğer ihtimalde eşin rızası alınmaksızın yapılan tescil yolsuz olacaktır. Ayrıca kişi tasarruf yetkisine sahip değilse, bu yetki sonradan verilen rızayla tamamlandığında işlem geçerlilik kazanmayacaktır.¹⁶

Üçüncü görüşe göre ise, aile konutu işlemleri açısından aranan eşin rızası, işlemin geçerliliğini, işlemde etkilenecek üçüncü kişinin onayına bağlayan kurallardandır. Bu nedenle fiil veya tasarruf yetkisi sınırlaması olarak değerlendirilebilmesi mümkün görülmemektedir.

zasının Arandığı Haller başlığı altında TMK'da düzenlenen hükümler de dikkate alınarak yapılacaktır.

¹⁴ Öztan, B., s. 205.

¹⁵ Bu görüş sahipleri, aile konutu şerhini de tasarruf yetkisini sınırlandıran şerhler kapsamında ele almaktadırlar. Dural, M - Ögüz, T - Gümüş, A., s. 211; Oğuzman, K.- Seliçi, Ö.: Eşya Hukuku, İstanbul 2002, s. 177; Gümüş, M. A.: Türk Medeni Kanunu'nun Getirdiği Yeni Şerhler, B. 2, İstanbul 2007, s. 36.

¹⁶ Öztan, B., s. 205.

Aranan rıza, birlikte karar verme hakkıyla ilgilidir ve işlem için geçerlilik şartıdır. TMK'nun 193. maddesinin yasal bir istisnası olan bu sınırlamayla, eşlerin tek başlarına hareket etme ve sözleşme özgürlükleri sınırlanmıştır. İşlem için geçerlilik unsuru olan eşin rızası sağlanamadıkça, işlem geçersiz olacaktır.¹⁷ Aile ve eşya hukuku kuralları birlikte ele alındığında, bu son görüş aile konutu ile ilgili tasarruflarda eşin rızasının hukuki niteliğini açıklamakta bulunan en uygun yol olmalıdır.

Eşin rızası önceden izin veya işlem sonrasında icazet olarak verilebilir.¹⁸ Rızanın önceden alınmadığı işlemlerde, eşle işlem yapan taraftan, icazetin verilmesi için rızası alınmayan eşe uygun bir mehil verilebilir. TBK'nun 46/2. maddesinde benimsenen çözüm yolu ışığında uygun süre içinde rıza verilirse, işlem askıda geçersizlikten kurtulup, geçerli hale gelir. Buna karşılık belirlenen sürede eş rızayı vermeyecek olursa, işlem artık (üçüncü kişi için de bağlayıcı olmaktan çıkarak) kesin hükümsüzlükle batıl olacaktır.¹⁹

Ancak TMK'nun 194/1. maddesinin ifadesi karşısında verilen rıza "açık" olmalıdır; yapılan işleme suskun kalmayla zımnen rıza açıklanması mümkün değildir. İzin somut işlemlere ilişkin olarak verilmesi geçerlidir. Önceden verilen ve aile konutu üzerinde yapılacak tüm işlemleri kapsayan soyut bir izin geçerli olarak kabul olunmamalıdır. Eşin rızasının yasal veya iradi temsilci aracılığıyla açıklanabilmesinin önünde bir engel yoktur. Ancak somutlaştırılmadan verilen, rıza konusundaki temsil yetkisi de, maddenin düzenleme amacıyla bağdaşır nitelikte değildir.²⁰

Eşin işleme ilişkin rızasını yönelteceği kişinin, işlemin eşi dışındaki tarafı olduğu doktrinde²¹ görüş birliğiyle kabul edilmekte, eşler arası dayanışma yükümü gereği rızanın verildiğinde eşe de haber ve-

¹⁷ Kılıçoğlu, A., s. 3; Şıpka da eşin rızasını katılma hakkına dayandırırken, eksikliğinin hem taahhüt hem de tasarruf basamaklarını etkilediğini belirtmektedir. Şıpka, Ş., s. 47-48; aynı yönde bkz. Acar, F., s. 44-45.

¹⁸ Eşin rızası alınmadan yapılan işlem sonrasında, icazet de verilmezden önce, eşler arasındaki evlilik sona erer ya da aile konutu bu niteliğini kaybederse; işlem baştan itibaren geçerli hale gelir. Dural, M - Öğüz, T - Gümüş, A., s. 212.

¹⁹ Kılıçoğlu, A., s. 22; Dural, M - Öğüz, T - Gümüş, A., s. 214; Şıpka, Ş., s. 149.

²⁰ Öztan, kısıtlı eşin ayırt etme gücüne sahip olması halinde, görüşünün alınması gerektiğini belirtmektedir. Öztan, B., s. 208.

²¹ Dural, M - Öğüz, T - Gümüş, A., s. 212; Acar, F., s. 77.

rilmesi gerektiği belirtilmektedir. Eşin rızası yasa koyucu tarafından bir şekilde bağlanmamış olmakla birlikte, tapu sicilinde yapılacak işlemler açısından resmi şekilde bağlı olması gereklidir.²² Şekle bağlı rızanın tapu sicilindeki işlem sırasında bulunmaması durumunda, TMK'nun 1016/2. maddesi uyarınca geçici tescilin şerhi verilebilir.²³

Eşin açıklayacağı rıza, aile konutu ile ilgili bir hakkın doğmasına, sona ermesine veya sınırlandırılmasına ilişkin olabilir. Ancak bu noktada eşin aile konutu üzerinde mülkiyet mi yoksa sınırlı ayni hak sahibi mi olduğuna göre bir ayırım yapılarak ilerlenmesi yararlı olacaktır. Çünkü mülkiyet hakkı sahibi eşin, aile konutu üzerinde yapabileceği işlemler, sınırlı ayni hak sahibi eşin yapabilecekleriyle kıyaslanamayacak kadar fazladır.

Öncelikle aile konutu üzerinde eşlerden birinin sınırlı ayni hak sahibi olması durumunda, bu sınırlı ayni haklar muhtemelen intifa, oturma (sükna) ve üst haklarından biri olacaktır. Düzenli kişisel irtifaklar olmaları nedeniyle, intifa ve oturma haklarının devirleri zaten mümkün değildir. İçlerinde kural olarak devre açık sınırlı ayni hak, üst hakkıdır ve aile konutu üzerinde üst hakkı sahibi olan eş, bu hakkı devretmek isterse eşinin rızasını almak zorunda kalacaktır. Aile konutu üzerinde sınırlı ayni hak sahibi olan eş, eğer bu haktan feragat ederse, eşin rızası alınmaksızın yapılan feragat geçersiz olacaktır. Tüm bu haklar, hak sahibi eşe, aile konutunu kiralama olanağını sunsalar da; eşin rızası alınmadan yapılan kira sözleşmesi geçersiz olacaktır.²⁴

Aile konutu üzerinde mülkiyet hakkına sahip olan eş için, eşin rızasına bağlanan ilk işlem, mülkiyet hakkının devridir. Devre temel oluşturan işlemin satış, bağış, trampa, vakfetme veya şirkete sermaye koyma olması eşin rızasının geçerlilik unsuru olması açısından sonucu değiştirmez. Eş aile konutu üzerinde ortak kullanımı sağlayacak bir şahsi (kira, ariyet vb.) ya da ayni hakkı (intifa, sükna, üst vb.) kendi lehine kurarak bu devri gerçekleştirecek olsa bile; işlem eşin rızasıyla geçerli hale gelmelidir.²⁵ Ancak kullanımı sağlayacak sınırlı ayni hak,

²² Acar, F., s. 77; Gençcan, Ö. U.: Boşanma Hukuku, Ankara 2006, s. 564. Bir diğer ihtimal de rızası aranan eşin bizzat tapu sicilindeki işlemlere kendisinin de katılması ve rızasını bu şekilde açıklamasıdır.

²³ Kılıçoğlu, A., s. 6.

²⁴ Şıpka, Ş., s. 110; Acar, F., s. 66.

²⁵ Ayrıntılı bilgi için bkz. Acar, F., s. 49 vd.

rızası aranan eş lehine (mülkiyeti devralan kişiyle arasında) kuruluyorsa, eşin devre de rızasının olduğu kabul olunmalıdır. Cebri icra veya kamulaştırma gibi, mülkiyet sahibi eşin de iradesinin olmadığı hak kayıplarında, eşin rızasının da bir geçerlilik unsuru olamayacağı açıktır.

Aile konutu üzerinde mülkiyet hakkına sahip olan eş için, eşin rızasına bağlanan ikinci işlem, “*aile konutu üzerindeki hakları sınırlamaz*” şeklinde ifade olunmuştur. Yasa koyucu eşin rızasına tabi sınırlamaları, aynı hak sınırlaması veya şahsi hak sınırlaması olmak üzere ayırarak belirlememiştir. Zaten dikkat edileceği üzere TMK’nun 194/1. maddesinde, eşin rızasına tabi kılınan işlemler sayılmak yoluna gidilmemiş, genel belirlemelerle yetinilmiştir. Eşin mülkiyet hakkına sahip olduğu aile konutu üzerinde kuracağı kira, ariyet gibi sözleşmelerle alım hakkının da eşin rızasına tabi olacağı düşünülmektedir.²⁶

Aile konutu üzerinde kurulacak sınırlı aynı haklar için de eşin rızasına ihtiyaç olduğu açıktır. Özellikle intifa, oturma, üst gibi irtifakların aile konutunun aile için kullanılmasını sonlandıracak olduğu göz önünde bulundurulduğunda, eşin rızasıyla kurulabilecekleri tartışmasızdır. Buna karşılık malik olan eşin, aile konutunun üzerinde bulunduğu arazinin üstüne, aile konutunun kullanılmasını etkilemeyecek şekilde kurduğu bazı irtifaklar (manzara kapatmama, geçit ve kaynak irtifakları gibi) bu kapsamın dışında tutulmalıdır. Yasal irtifakların kurulmasında da kamulaştırmaya benzer şekilde eşin rızası kurucu unsur olarak nitelenemez.²⁷

Aile konutu üzerinde rehin hakkının kurulmasının eşin rızasına tabi olup olmadığı konusunda farklı görüşler ileri sürülmüşse de; bu da eşin rızasına tabi bir sınırlama olarak değerlendirilmelidir. Özellikle rehlin paraya çevrilmesi tehlikesi karşısında, aile konutunun mülkiyetinin kaybedilmesi söz konusu olduğundan, eşin rızasının bu işlem için en baştan alınması daha doğru bir yaklaşım olacaktır. Yargıtay da²⁸ aile konutu üzerinde ipotek kurulmasının eşin rızasına bağlı bir işlem olduğunu kabul etmiştir.

²⁶ Dural, M - Öğüz, T - Gümüş, A., s. 208; Acar, F., s. 56-57.

²⁷ Dural, M - Öğüz, T - Gümüş, A., s. 208.

²⁸ Yargıtay 2. HD., 2009/13363 E., 2009/18286 K., 26.10.2009 T.

TMK'nun 194/3. maddesinde, "Aile konutu olarak özgülünen taşınmaz malın maliki olmayan eş, tapu kütüğüne konutla ilgili gerekli şerhin verilmesini isteyebilir." ifadesi yer almaktadır. Aile konutu şerhinin verilebilmesi için, taşınmazın mülkiyetinin eşlerden birinde olması²⁹ ve diğerinin de aile konutu şerhinin konulmasını talep etmesi gereklidir.³⁰ Söz konusu şerh kurucu değil, açıklayıcı etkiye sahiptir.³¹ Yani taşınmaz, şerhin konulmasından önce de -yasada aranan şartların varlığı halinde- aile konutudur, şerhin etkisi malikle birlikte işleme taraf olan kişilerin iyiniyet iddialarının bertaraf edilmesidir.³²

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu³³da aile konutu üzerinde eşin rızası olmaksızın iyiniyetle aynı hak kazanan kişinin kazanımının korunacağını belirtmiştir. Ancak buradaki iyiniyetin koşulları, hem tapu sicilinde aile konutu şerhinin bulunmaması hem de işlemin tarafı olan üçüncü kişinin, taşınmazın aile konutu olduğunu ve eşin rızasının

²⁹ Eğer aile konutu üzerinde eşlerden birinin üst hakkı varsa ve bu hakka tapu sicilinde süreklilik kriterini de sağladığı için ayrı bir sayfa açılmışsa, diğer eşin talebi üzerine aile konutu şerhi konulabileceği hakkında bkz. Dural, M - Ögüz, T - Gümüş, A., s. 217.

³⁰ Şerhin konulması için malik olan eşin iznine gerek olmadığı gibi, uygulamada aranan mahkeme kararının da yasal dayanağı yoktur. Ancak 6284 sayılı Ailenin Korunması ve Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesine Dair Kanun'un, 4/c maddesinde, "22/11/2001 tarihli ve 4721 sayılı Türk Medenî Kanunundaki şartların varlığı hâlinde ve korunan kişinin talebi üzerine tapu kütüğüne aile konutu şerhi konulması." ifadesi ile hakimın verebileceği bir koruyucu tedbir düzenlenmiştir. Aynı Kanun'un 8/2. maddesinde, tedbir kararlarının ilk defasında en çok altı ay için verilebileceği belirtilmiştir. Aile konutu şerhinin tedbire (ve belirli süreli) konulması, TMK'nun 194. maddesindeki düzenlemenin amacıyla bağdaşmadığı gibi; bu tedbire hakimın hükmetmesi, uygulamada aile konutu şerhi koymak için mahkeme kararı aranmasını da yolunu açacaktır. Halbuki 6284 sayılı Kanun kapsamında korunan kişi, eğer TMK'nun 194. maddesinde aranan şartları sağlıyorsa (bu durum Kanun'da da "Türk Medenî Kanunundaki şartların varlığı hâlinde" ifadesiyle belirtilmiştir), hakim kararı olmaksızın aile konutu şerhi koydurabilmelidir. Böylece tedbire koydurulmayan şerhin tedbir süresi sona erince, etkisinin ne olacağı sorunu da gündeme gelmeyecektir.

³¹ Dural, M - Ögüz, T - Gümüş, A., s. 208; Şıpka, Ş., s. 160.

³² Bununla birlikte doktrinde, şerh olmasa da eşle işlem yapan üçüncü kişinin iyiniyetinin hiç bir zaman korunmayacağı; yasa koyucunun böyle bir korumayı düzenlemediği ve ancak eşle yapılan işlem sonucunda oluşan yolsuz tescile güvenen daha sonraki kişilerin TMK'nun 1023. maddesinde düzenlenen korumadan yararlanabilecekleri de belirtilmektedir. Öztan, B., s. 203, 206; Dural, M - Ögüz, T - Gümüş, A., s. 214; Acar, H., s. 51. Bu görüşe katılan Hatemi, burada gerçek anlamda bir şerh değil, beyan olduğunu ileri sürmektedir. Hatemi, H.: Aile Hukuku, C. I, İstanbul 2005, s. 78.

³³ YHGK, 2006/2-591 E., 2006/624 K., 04.10.2006 T.

bulunmadığını bilmemesidir. Eğer kişi işleme konu olan taşınmazın aile konutu olduğunu biliyor (şerh olmamasına rağmen sicil dışı yollarla) ise iyiniyetinin TMK'nun 1023. maddesi kapsamında korunması mümkün olmayacaktır. Kararda ayrıca, üçüncü kişinin iyiniyetli olmadığını iddiası halinde, bunun ispatının da TMK'nun 3. maddesi çerçevesinde, rızası alınmayan eşe ait olacağı kabul edilmektedir.

Son olarak TMK'nun 194. maddesinin *"Rızayı sağlayamayan veya haklı bir sebep olmadan kendisine rıza verilmeyen eş, hakim müdahalesini isteyebilir."* ifadesini içeren ikinci fıkrasının üzerinde durulması gerekir. Maddede hakim müdahalesinin istenebilmesi için iki unsurdan birinin gerçekleşmesi şartı düzenlenmiştir. Bunlardan ilki, rızanın sağlanamaması halidir. Rıza vermesi gereken eşin (rıza veremeyecek derecede) hastalığı, ulaşılamaması, gaipliği gibi objektif nedenlerle hakim müdahalesi talep olunabilir.

Seçimlik şartlardan ikincisi ise, eşin haklı nedenlere dayanmaksızın rıza göstermekten kaçınması halidir. Rıza vermemenin haklı bir nedene dayanmadığını, bu iddiayı ileri süren eş hakime başvurarak ispatlayacaktır. Hakim her somut olayda aile konutu ile ilgili yapılmak istenen işlemle aile konutunun işlem yapılmaksızın korunması arasında aile birliği açısından menfaat dengesi kurarak sonuca varacaktır. Hakim kararının eşin rızası yerine geçmeyeceği, sadece eş tek başına işlemi yapmak konusunda yetkilendireceği belirtilmektedir.³⁴

C. Mahkeme Kararıyla Eşin Rızasına Bağlanan İşlemler

TMK'nun *"Birliğin Korunması"* başlığı altında yer alan hükümlerinden biri de *"Tasarruf Yetkisinin Sınırlanması"* kenar başlıklı 199. maddesidir. Maddenin ilk fıkrasında *"Ailenin ekonomik varlığının korunması veya evlilik birliğinden doğan mali bir yükümlülüğün yerine getirilmesi gerektiği ölçüde, eşlerden birinin istemi üzerine hakim, belirleyeceği malvarlığı değerleriyle ilgili tasarrufların ancak onun rızasıyla yapılabileceğine karar verebilir."* düzenlemesi yer almaktadır.³⁵ Bu madde de TMK'nun

³⁴ Öztan, B., s. 203, 209; Dural, M - Öğüz, T - Gümüş, A., s. 214; Acar, H., s. 78.

³⁵ Eşlerin tasarruf yetkilerinin kısıtlanması hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Akartepe, A.: *"Evlilik Birliğinde Eşlerden Birinin Bazı Malvarlığı Değerleri Üzerindeki Tasarruf Yetkisinin Sınırlandırılması"*, EÜHFD, C. XIII, S. 1-2, Erzincan 2009, s.167-192; Şahinci, A.: *"Eşlerin Tasarruf Yetkisinin Sınırlandırılması"*, AÜHFD, S. 2, Ankara

193. maddesiyle eşlere tanınan işlem serbestisi hakkının yasal bir istisnasıdır. Eşlerin benimsemiş oldukları mal rejimiyle ilintili bir hüküm değildir.

Maddede hakimin bazı malvarlığı değerleriyle ilgili tasarrufları eşin rızasına bağlamak yönünde karar vermesi için iki seçimlik şarttan birinin gerçekleşmesi gerekliliği aranmıştır. Bu şartlardan ilki, ailenin ekonomik varlığının korunmasıdır. Eşin ailenin ekonomik varlığı açısından önem taşıyan bazı malvarlığı değerlerini elden çıkarması, hesapsız harcamaları, ekonomik değer taşıyan bazı haklardan düşüncesizce vazgeçmesi, ailenin geçimini sağlayan ekonomik kaynağı (işletme, kira geliri vb.) sonlandırması gibi davranışlar bu kapsamda değerlendirilebilir. Hakimin müdahalesinin talep edilebilmesi için gereken ikinci seçimlik şart ise, evlilik birliğinden doğan bir yükümlülüğün yerine getirilmemesidir.

Hakimin bir eşin tasarruflarının diğerinin rızasına bağlaması için yukarıdakilere ek olarak aranan ön şart ise eşlerden birinin bu yönde talepte bulunmasıdır. Sadece eşlere tanınan bu hakkı, böyle bir talep olmaksızın hakimin resen kullanması (örneğin baktığı boşanma davası kapsamında) mümkün değildir. Eşlerin evlilik birliği devam ederken, boşanma veya ayrılık davaları sürerken, hakimden bu yönde talepte bulunabilmelerinin yolu açıktır.

Hakimin vereceği sınırlama kararında, 199/1. maddede kullanılan *“belirleyeceği malvarlığı değerleriyle ilgili”* ifadesinden de açıkça anlaşılacağı üzere, eşin rızasına bağlanan işlemlerin konusunu teşkil edecek malvarlığı değerlerini açıkça belirlemesi gerekir. Sınırlama konusu mal varlığı değeri, taşınır - taşınmaz eşyalar, para, alacak hakkı, aynı haklar veya kıymetli evrak olabilir. Sınırlama belirlenen malvarlığı değeri üzerindeki her türlü tasarrufun, eşin rızasına bağlanması olabileceği gibi, belirli tasarruf işlemlerinin (örneğin ivazsız tasarrufların) rızaya bağlanması şeklinde de olabilir.³⁶

Maddede hakimin vereceği sınırlama açısından bir süre öngörülmüş olmamakla birlikte, doktrinde³⁷ kararın süreye tabi olarak da

2010, s. 309-334; Öktem, S.: *“Aile Birliğinde Eşlerin Tasarruf Yetkisinin Kısıtlanması”*, TBB Dergisi, S. 67, Ankara 2006, s. 317-338.

³⁶ Gümüş, M. A.: *Evliliğin Genel Hükümleri ve Mal Rejimleri*, İstanbul 2008, s. 192.

³⁷ Kılıçoğlu, A., s. 33; Dural, M - Ögüz, T - Gümüş, A., s. 279; Barlas, N.: *“Yeni Türk*

verilebileceği konusunda görüş birliği vardır. TMK'nun 199/1. maddesinde kullanılan ifadeden, hakimin sadece tasarruf işlemlerini eşin rızasına tabi tutabileceği anlaşılrsa da Barlas³⁸, bu kapsama kefalet ve garanti sözleşmelerinin de dahil edilebileceğini belirtmektedir. Gümüş³⁹ ise, "geniş anlamda tasarrufi işlemler" kapsamında değerlendirdiği zilyetlik devrine dayalı kullanma ve saklama borcu doğuran bir kısım taahhüt işlemlerinin (yatırım hesabı açılması, taşınmazın kiraya verilmesi gibi), bu kapsamda eşin rızasına bağlanabileceğini ileri sürmektedir.

Hakim kararıyla gündeme gelecek sınırlamanın, fiil ehliyetine değil; maddede de açıkça belirtildiği üzere tasarruf yetkisine ilişkin olduğu açıktır.⁴⁰ Rızanın verilme zamanı da maddede düzenlenmiş değildir. Bunun sonucunda eş işleme rızasını, izin olarak öncesinde açıklayabileceği gibi; işlemten sonra icazet de verebilir. Eşin işleme rızasını önceden vermemesi durumunda, yapılan işlem askıda hükümsüz olacaktır. Belirlenen süre içerisinde gelen icazet, işlemi baştan itibaren geçerli kılar. Eşin rıza göstermediği işlemler ise kesin hükümsüzdür.

Hakimin sınırlama kararını vermesinden sonra, karara konu olan malvarlığı değerleriyle ilgili işlemler eşin rızası alınmadan yapılamayacaktır. Ancak yasa koyucu TMK'nun 199/1. maddesinde (TMK m. 194/1'in aksine) eşin açık rızasını aramamıştır. Bunun anlamı, eşin rızayı açık irade beyanıyla vermesinin mümkün olduğu kadar, zımnen verilen rızaların da hukuki işlemi geçersiz kılmayacağıdır. Eşin rızasının yönleneceği kişi, tasarrufları sınırlanan kişiyle işlem yapan taraftır.⁴¹

Düzenlenmeyen bir diğer konu da eşin rızasının şekline ilişkindir. Bu eşin sözlü olarak vereceği rızaların da geçerli olarak kabul edileceği

Medeni Kanunu Hükümleri Çerçevesinde Eşler Arası Hukuki İşlem Özgürlüğü ve Sınırları", Prof. Dr. Necip Kocayusufpaşaoğlu İçin Armağan, Ankara 2004, s. 134.

³⁸ Barlas, N.: Hukuki İşlem, s. 135; aynı yönde Kılıçoğlu, A., s. 32; Akartepe, A., s.181. Ancak TBK'nun yürürlüğe girmesiyle birlikte, Kanun'un 584/1. maddesi ışığında kefalet ve 603. maddesi ışığında diğer kişisel teminat sözleşmeleri (örneğin garanti) açısından bu tartışmanın bir faydası kalmamıştır.

³⁹ Gümüş, M. A.: Evliliğin Genel Hükümleri, s. 194.

⁴⁰ Öztan, B., s. 227; Kılıçoğlu, A., s. 34; Gümüş, M. A.: Evliliğin Genel Hükümleri, s. 193; Barlas, N.: Hukuki İşlem, s. 133.

⁴¹ Gümüş'e göre, izin vermediğini ispat yükü, izne yetkili eştedir. Gümüş, M. A.: Evliliğin Genel Hükümleri, s. 194.

sonucunu doğurmakla birlikte, kısıtlamaya dahil edilen malvarlığı değerleri içerisinde taşınmazların bulunması durumunda, eşin rızasının resmi şekle uygun şekilde verilmesi yerinde olacaktır. Bir diğer ihtimal de rızası aranan eşin bizzat tapu sicilindeki işlemlere kendisinin de katılması ve rızasını bu şekilde açıklamasıdır.⁴² Cebri icra veya kamulaştırma gibi aslen kazanma sebepleri açısından, eşin rızasının alınmasına gerek olmadığı ortadadır.

TMK'nun 199. maddesinde mahkeme kararıyla eşin rızasına bağlanan işlemler açısından, eşin rıza vermektan kaçınması halinde, bir başvuru yolu düzenlenmemiştir. Ancak rıza verme durumundaki eşin haklı bir sebep olmaksızın rıza göstermekten kaçınması halinde, rızayı elde edemeyen eşin -TMK'nun 194/2. maddesinin kıyasen uygulanması suretiyle- hakime başvurabileceği; talebi yerinde bulan hakimin de sınırlamayı tamamen ya da kısmen sonlandırabileceği kabul olunmaktadır.⁴³

TMK'nun 199. maddesinin ikinci fıkrasında, "*Hakim bu durumda gerekli önlemleri alır.*", üçüncü fıkrasında "*Hakim, eşlerden birinin taşınmaz üzerindeki tasarruf yetkisini kaldırırsa, resen durumun tapu kütüğüne şerh edilmesine karar verir.*" ifadeleriyle iki ayrı güvence mekanizması düzenlenmiştir. Hakimin resen koyduracağı şerh, tasarruf yetkisini sınırlandırıcı şerhlere dendir.⁴⁴ Tapu sicilinde, işlemleri eşinin rızasına bağlanan kişiyle işlem yapan üçüncü şahısların iyiniyet iddiasında bulunmalarını engelleyecektir.⁴⁵

⁴² Bkz. "*B. Aile Konutu İşlemleri*" başlığındaki açıklamalar.

⁴³ Kılıçoğlu, A., s. 34, 36; Öztan, B., s. 227; Barlas, N.: Hukuki İşlem, s. 135; Gümüş, M. A.: Evliliğin Genel Hükümleri, s. 196. Ancak bu yöndeki taleplere ihtiyatlı yaklaşılması gerekir, zira hakimin işlemi eşin rızasına bağlı kılma nedeni ortadan kalkmadığı sürece, eşin rıza vermektan kaçınması için ortada haklı bir sebebin bulunduğu kabul edilmelidir. TMK'nun 194/2. maddesinin kıyasen uygulanması ise, birinin kanundan kaynaklanan genel bir sınırlama; buna karşın 199. maddeyle getirilen hakimin somut durumu değerlendirmesiyle ortaya çıkan öznel bir hal olması gerekçesiyle tartışılabilir.

⁴⁴ Barlas, N.: Hukuki İşlem, s. 136; Kılıçoğlu, A., s. 35; Gümüş, M. A.: Evliliğin Genel Hükümleri, s. 197.

⁴⁵ Bununla birlikte doktrinde, şerh olmasa da tasarrufu mahkeme kararıyla sınırlanan kişiyle işlem yapan üçüncü kişinin iyiniyetinin hiç bir zaman korunmayacağı; yasa koyucunun böyle bir korumayı düzenlemediği ve ancak eşle yapılan işlem sonucunda oluşan yolsuz tescile güvenen daha sonraki kişilerin TMK'nun 1023. maddesinde düzenlenen korumadan -şerhin olmaması kaydıyla- yararlanabilecekleri de belirtilmektedir. Barlas, N.: Hukuki İşlem, s. 136-137; Gümüş, M. A.: Evliliğin Genel Hükümleri, s. 19.

Üzerinde durulması gereken bir diğer konu da hakimin sınırlama kararı sonrasında eşin rızasına bağlanan taşınmazla ilgili işlemin, henüz tapuya şerh konulmadan önce ve eşin rızası alınmaksızın yapılması ihtimalidir. Benzer sorun, hakimin tasarruf sınırlamasına konu olan bir taşınırın, eşin rızası alınmaksızın, iyiniyetli (taşınır üzerinde malikinin tasarruf yetkisinin sınırlandırıldığını bilmeyen ve bilmesi kendinden beklenmeyen) bir üçüncü kişiye devredilmesi durumunda da vardır.

Gümüş⁴⁶, Barlas⁴⁷ ve Doğan⁴⁸, TMK'nun 1023. maddesinde, tasarruf ehliyeti sınırlanan kişiyle işleme giren kişinin korunmasına dair özel bir hüküm olmadığı, iyiniyetin ancak açıkça düzenlenen hallerde korunacağı, eşin rızası olmaksızın yapılan işlemin tasarruf yetkisi eksikliği nedeniyle geçersiz olacağını belirtmektedirler. Bu yazarlara göre şerhin etkisi, ancak eşin rızası alınmadan yapılan işlem sonucunda oluşan yolsuz tescile güvenen üçüncü kişiler açısından önem taşıyacak; bu kişilerin iyiniyet iddialarını ortadan kaldıracaktır. Özellikle korunan menfaatler açısından da olaya yaklaşıldığında, adı anılan yazarlar bu çözümün daha yerinde olduğunun altını çizmektedirler.

Buna karşılık aile konutu şerhi konusunda da açıklandığı üzere, bir hukuksal işlemin eşin rızasına bağlandığını bilmeyen iyiniyetli üçüncü kişilerin iyiniyetinin, TMK'nun 1023. maddesi kapsamında korunmaması için bir neden bulunmamaktadır. Zira tapu sicilinde malik olarak gözüken kişinin tasarruf yetkisinin sınırlandırıldığı, sicilden (şerh konulmadığı için) anlaşılammamaktadır. Kılıçoğlu'nun⁴⁹ da belirttiği üzere, 199/3. maddede anılan şerhin konulmaması sebebiyle bu sınırlamadan haberdar olmayan iyiniyetli üçüncü kişinin taraf olduğu hukuksal işlem geçerli olacaktır.⁵⁰

Mahkeme kararıyla üzerinde tasarrufta bulunulması eşin rızasına bağlanan eşya bir taşınırsa ve hakim TMK'nun 199/2. maddesindeki yetkiyi kullanarak aleyhine sınırlama yapılan eşin taşınır üzerindeki

⁴⁶ Gümüş, M. A.: Yeni Şerhler, s. 87-90.

⁴⁷ Barlas, N.: Hukuki İşlem, s. 136-137.

⁴⁸ Doğan, M.: Tapu Sicilinde Tasarruf Yetkisi Kısıtlamasının Şerhi, Ankara 2004, s. 195.

⁴⁹ Kılıçoğlu, A., s. 34.

⁵⁰ Aynı yönde bkz. Ertaş, Ş.: Eşya Hukuku, B. 8, Ankara 2008, s. 206; Ayan, S.: Evlilik Birliğinin Korunması, Ankara 2004, s. 268-269.

dolaysız zilyetliğini sonlandırmamışsa (üçüncü bir kişiye teslim gibi); eşin rızası alınmaksızın yapılan tasarrufun geçerli olup olmayacağı değerlendirilmelidir. Yukarıda taşınmazlar açısından kabul edilen çözüm yolunun burada da taşınır açısından geçerli olması gerekir. Yani malikin tasarruf yetkisinin eşinin rızasına bağlandığını bilmeyen iyiniyetli üçüncü kişilerin kazanımı, TMK'nun 988. maddesi çerçevesinde korunmalıdır.⁵¹

D. Paylı Mülkiyet Konusu Malda Pay Üzerinde Tasarruf İşlemleri

Yasal mal rejimi olarak benimsenmiş olan edinilmiş mallara katılma rejimine ilişkin olarak TMK'nun "Yönetim, yararlanma ve tasarruf" kenar başlıklı 223. maddesinin ilk fıkrasında, "Her eş, yasal sınırlar içerisinde kişisel malları ile edinilmiş mallarını yönetme, bunlardan yararlanma ve bunlar üzerinde tasarrufta bulunma hakkına sahiptir." ifadesiyle önce genel kural düzenlemesi yapılmıştır. Ancak bu fıkrayı takip eden ikinci fıkrada yasa koyucu paylı mülkiyete tabi mallar açısından, "Aksine anlaşma olmadıkça, eşlerden biri diğerinin rızası olmadan paylı mülkiyet konusu maldaki payı üzerinde tasarrufta bulunamaz." düzenlemesiyle istisnai bir durum yaratmıştır.

TMK'nun 223/2. maddesinde düzenlenen hüküm, aynı zamanda TMK'nun 688/3. maddesinin de istisnasıdır. Zira paylı mülkiyetle ilgili bu maddede, "Paydaşlardan her biri kendi payı bakımından malik hak ve yükümlülüklerine sahip olur. Pay devredilebilir, rehnedilebilir ve alacaklılar tarafından haczettirilebilir." ifadesi kullanılmıştır. Eşlerin arasında edinilmiş mallara katılma rejimi geçerli olduğu sürece, payın haczi açısından olmasa da devri ve rehnedilmesi açısından, öncelikle uygulanacak hüküm TMK'nun 223/2. maddesidir.

TMK'nun 223/2. maddesinde cümlenin başında kullanılan "Aksine anlaşma olmadıkça" ifadesi nedeniyle, buraya kadar üzerinde durulan eşin rızasının arandığı pek çok normun aksine, bu hükmün emredici olmadığı ortaya çıkmaktadır. Ancak gelecekte eşler arasında kurulabilecek paylı mülkiyet konusu eşyalar için, önceden yapılacak

⁵¹ Aynı yönde bkz. Gümüş, M. A.: Yeni Şerhler, s. 88. Yazar, tasarruf yetkisi sınırlanan eşin, emin sıfatıyla zilyet olarak değerlendirilmesi gerektiğini belirtmektedir.

anlaşmanın geçersiz olduğu belirtilmektedir.⁵² Taraflar arasında kuralın aksini kararlaştıracak anlaşmanın geçerliliği, bir şekil kuralına bağlanmamıştır.

Maddede açıkça paylı mülkiyet konusu mallardan söz edilmiştir. Bu malın taşınır ya da taşınmaz olmasının bir önemi yoktur. Benzer şekilde eşlerin mal üzerindeki pay oranları da rızalarının aranması açısından belirleyici bir etkiye sahip değildir. Pay sahipliğinin eşyaya bağlı olarak belirlendiği paylı mülkiyet türlerinde, maddenin uygulama alanı bulamayacağı açıktır. Kılıçoğlu⁵³ madde metninde açıkça mal sözcüğünün kullanılmasına rağmen, paylı mülkiyet konusu hakların (örneğin fikir veya sanat eseri üzerindeki haklar) da bu kapsamda değerlendirilmesi gerektiğini ileri sürmüştür.

Madde uyarınca eşin rızasına bağlanan işlemler, sadece pay üzerindeki tasarruf işlemleridir. Eşlerin her biri payını devrederken (satmak veya bağışlamak vb.) ya da rehnederken, eşin rızasını almak zorundadır. Pay üzerindeki borçlandırıcı işlemler için eşin rızası aranmamıştır. Aynı şekilde ölüme bağlı tasarruflarla, kamulaştırma veya cebri icra hallerinde eşin rızasının alınmasına gerek yoktur.⁵⁴ Eşlerden birinin payını diğer eşe devrettiği hallerde, eşin rızasının var olduğu kabul edilmelidir.

Maddede kullanılan ifadeden, kuralın münhasıran eşlerin paylı mülkiyetinde bulunan; eşlerden birinin üçüncü kişi/kişilerle paylı mülkiyetinde bulunan veya eşlerle birlikte üçüncü kişi/kişilerle paylı mülkiyette bulunan eşyalardan hangileri için, kuralın uygulanacağı konusunda bir açıklık bulunmamaktadır. Barlas ve Gümüş⁵⁵, maddenin kapsamına sadece münhasıran eşlerin paylı mülkiyetinde bulunan eşyaların gireceğini belirtirken; Kılıçoğlu⁵⁶ ise, eşlerle birlikte üçüncü kişi/kişilerin paylı mülkiyetinde bulunan eşyalar için de rızanın aranacağı görüşündedir. Sadece eşlerden birinin üçüncü kişi/kişilerle

⁵² Gümüş, M. A.: Evliliğin Genel Hükümleri, s. 280.

⁵³ Kılıçoğlu, A., s. 24. Yasa koyucunun maddede eşya yerine mal terimini kullanmış olması, Kılıçoğlu'nun fikrini güçlendirici niteliktedir. Karşı görüş için bkz. Gümüş, M. A.: Evliliğin Genel Hükümleri, s. 280.

⁵⁴ Barlas, N.: Hukuki İşlem, s. 136; Gümüş, M. A.: Evliliğin Genel Hükümleri, s. 280; Kılıçoğlu, A., s. 24.

⁵⁵ Barlas, N.: Hukuki İşlem, s. 140; Gümüş, M. A.: Evliliğin Genel Hükümleri, s. 280.

⁵⁶ Kılıçoğlu, A., s. 24-25.

paylı mülkiyetinde bulunan eşyalar üzerindeki payıyla ilgili tasarrufların eşin rızasına tabi olmayacağı açıktır.

Maddede eşin rızası için bir şekil kuralı öngörülmediği gibi, rızanın açık verilmesi de aranan şartlardan biri değildir. Benzer şekilde rızanın önceden verilmesi zorunlu olmayıp, sonradan verilecek icazet de işlemi geçerli hale getirir.⁵⁷ Eşin haklı bir neden olmaksızın rıza vermekten kaçınması halinde, Kılıçoğlu⁵⁸ TMK'nun 2. maddesi, Gümüş⁵⁹ ise TMK'nun 194/2. maddesinin kıyasen uygulanması yoluyla hakim müdahalesinin istenebileceğini belirtmektedirler. Barlas⁶⁰ rızayı sağlayamayan eşin her zaman için paylaşma isteyebilme hakkı olduğunu hatırlatarak bu görüşlere karşı çıkmaktadır.

E. Evli Erginlerin ve Kısıtlıların Evlat Edinilmesi İşlemi

TMK'nun "*Erginlerin ve kısıtlıların evlat edinilmesi*" kenar başlıklı 313. maddesinin ikinci fıkrasında, "*Evlili bir kimse ancak eşinin rızasıyla evlat edinilebilir.*" düzenlemesi bulunmaktadır. Maddede açıkça ifade olduğu üzere, rızası alınacak eş, evlat edinilen kişinin eşidir.⁶¹ Evlat edinilenin kısıtlı olup olmamasının, eşinin rızasının aranması üzerinde bir etkisi yoktur. Evliliğin de erginlik nedenlerinden biri olduğu dikkate alındığında, sadece ergin kişilerin evlat edinilmelerinde eşin rızasının aranması gerektiği ortaya çıkacaktır.

Evlat edinilenin evlat edinme başvurusu yapıldığı anda evli olması halinde, eşinin rızası aranacaktır. Evlat edinilen, başvurunun yapılmasından sonra evlenecek olursa, eşin rızasının alınmasına gerek yoktur. Bununla birlikte, TMK'nun 316. maddesi gereğince hakim, eşin dinlenmesine resen karar verebilir.⁶² Evlat edinilenin eşinin sürekli olarak ayırtım gücünden yoksun olması durumunda, TMK'nun 307/2. maddesinin kıyasen uygulanması yoluyla rızası aranmaz. Bu halde hakim, ayırt etme gücünden yoksun olan eşin, yasal temsilcisini dinleyebilir.⁶³

⁵⁷ Rızanın şekli ve icazetin etkisi konusunda daha önce yapılan açıklamalardan bir farklılık bulunmamaktadır.

⁵⁸ Kılıçoğlu, A., s. 26.

⁵⁹ Gümüş, M. A.: Evliliğin Genel Hükümleri, s. 281.

⁶⁰ Barlas, N.: Hukuki İşlem, s. 140.

⁶¹ TMK'da evli kişilerin sadece birlikte evlat edinmeleri mümkün olduğundan, evlat edinenin eşinin rızasının alınması söz konusu olmayacaktır.

⁶² Aydoğdu, M.: Evlat Edinme, B. 2, Ankara 2010, s. 350.

⁶³ TMK'nun 307/2. maddesinin kıyasen uygulanması yoluyla, evlat edinilenin eşinin iki yılı aşkın süreden beri nerede olduğunun bilinmemesi veya evlat edini-

Yasa koyucu, maddede eşin rızasına ilişkin bir şekil öngörmemiştir. Hatta rızanın açık olarak verilmesi gerektiği de düzenlenmemiştir. Buna rağmen ana babanın rıza vermesine ilişkin hükümlerin kıyasen uygulanmasıyla, TMK'nun 309. maddesi çerçevesinde, eşin rızasının da evlat edinmeye karar veren mahkemece sözlü veya yazılı olarak alınıp tutanağa geçirilmesi gerekir. Benzer şekilde rıza verme hakkının kötüye kullanılması karşısında, TMK'nun 311. maddesi uyarınca rızanın aranmasından vazgeçilebilir.⁶⁴

Eşin vermiş olduğu rıza kesindir, şarta bağlanamayacağı gibi, verildikten sonra geri alınması mümkün değildir.⁶⁵ Evlat edinmenin eşin rızası alınmaksızın gerçekleşmesi durumunda, TMK'nun 317. maddesinde düzenlenen "*Yasal sebep bulunmaksızın rıza alınmamışsa, rızası alınması gereken kişiler, küçüğün menfaati bunun sonucunda ağır biçimde zedelenmeyecekse, hakimden evlatlık ilişkisinin kaldırılmasını isteyebilirler.*" hükmü uygulama alanı bulacaktır.

II. TÜRK BORÇLAR KANUNU'NDA EŞİN RIZASININ ARANDIĞI HALLER

6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu (TBK), 01.07.2012 tarihinde yürürlüğe girmesiyle birlikte 818 sayılı Borçlar Kanunu'nda (BK) bulunmayan pek çok yeni kavram ve düzenlemeyi Türk Borçlar Hukuku'na kazandırmıştır.⁶⁶ Eşin rızası alanında yapılan düzenlemelere de bu kapsamda değerlendirilebilecek -818 sayılı BK'da karşılığı bulunmayan- iki yeni maddede yer verilmiştir. TBK'nun 349. maddesinde kiralanmış aile konutu ile ilgili hukuki işlemlerde ve 584. maddesinde ise evli kişilerin kefil sıfatıyla kefalet sözleşmesi akdedebilmeleri için eşin rızası aranmıştır.

Aslında bu iki madde de TBK'yla getirilen yeni düzenlemeler üst başlığında toplanabilecek olsalar da kendi aralarında farklılığa sahip-

lenden ayrı yaşamakta olması halinde de rızasının aranmayacağı kabul edilebilir. Dural, M - Ögüz, T - Gümüş, A., s. 495; Baygın, C.: "*Evlat Edinmenin Koşulları*", AÜEHFD, C. VII, S. 3-4, Erzincan 2003, s. 624.

⁶⁴ Aydoğdu, M., s. 351.

⁶⁵ Baygın, C., s. 24.

⁶⁶ Bunlardan bir kısmı, genel işlem koşulları, tehlike sorumluluğu ve aşırı ifa güçlüğü gibi başka kanunlarca ya da yargı kararlarınca kabul edilmiş kavramlarken; bir kısmı da geçici ödemeler, rücu zamanaşımı ve kefalette eşin rızası gibi Türk Hukuku'nda ilk kez düzenlenen kavramlardır.

tirler. Zira kiralanmış aile konutuyla ilgili düzenlemeler, hali hazırda zaten TMK'nun 194. maddesinde yer alırken, yasama tercihiyle bir de TBK'nun 349. maddesinde ayrıca yer bulma şansını yakalamışlardır. Yani TBK'nun 349. maddesi anılan Kanun açısından yeni bir düzenleme olmakla birlikte, Türk Hukuku açısından bir yenilik getirmemiştir. Buna karşılık kefalette eşin rızasına ilişkin hükümler, hem TBK hem de Türk Hukuku açısından yenilik yaratmışlardır.

TBK'nun yürürlüğe girmesiyle birlikte en çok etkilenen sözleşme tipi, muhtemeldir ki kefalet sözleşmesi olmuştur. Yasa koyucunun hem geçerlilik şartlarına hem de sözleşme hükümlerine ilişkin esaslı değişiklikler yaptığı kefalet sözleşmesi, uygulamayı da yakından ilgilendiren bir sözleşme türüdür. Ayrıca kefalet sözleşmesiyle ilgili getirilen bazı yenilikler ve aşağıda yapılacak açıklamalar TBK'nun 603. maddesi⁶⁷ gereğince kişisel güvence veren diğer sözleşmeleri de etkileyecektir. Bu durum da göz önünde bulundurulduğunda, özellikle eşin rızasına ilişkin hükümlerin uygulama alanı, sadece kefalet sözleşmesiyle sınırlı değildir.

A. Aile Konutu Kirası Sözleşmesi⁶⁸

Aile konutunun kiralanmış olması halinde, eşin rızasına bağlı işlemlerin hangileri olacağı sorusunun yanıtı, hem TMK'nun 194. hem de TBK'nun 349. maddelerinin birlikte ele alınması sonrasında verilebilecektir. Yasa koyucu TMK'nun 194/1. maddesinde, *"Eşlerden biri, diğer eşin açık rızası bulunmadıkça, aile konutu ile ilgili kira sözleşmesini feshedemez... veya aile konutu üzerindeki hakları sınırlayamaz."* ifadesini kullanmıştır. 6098 sayılı TBK'nun kabulüyle birlikte *"Aile konutu"* kenar başlıklı 349/1. maddede bir de *"Aile konutu olarak kullanılmak üzere kiralanan taşınmazlarda kiracı, eşinin açık rızası olmadıkça kira sözleşmesini feshedemez."* düzenlemesi Türk Hukuku'na katılmıştır.⁶⁹

⁶⁷ TBK'nun 603. maddesinde *"Kefaletin şekline, kefil olma ehliyetine ve eşin rızasına ilişkin hükümler, gerçek kişilerce, kişisel güvence verilmesine ilişkin olarak başka ad altında yapılan diğer sözleşmeler de uygulanır."* düzenlemesine yer verilmiştir.

⁶⁸ Yasa koyucu, TMK'da da TBK'da da aile konutunu konu alan kira sözleşmelerine bu adı vermiş olmasa da, getirilen düzenlemeler bu terimi kullanmanın önünde bir engel teşkil etmemektedir.

⁶⁹ Bu başlık altında, çalışmanın *"B. Aile Konutu İşlemleri"* başlığı altında incelenen, eşin rızasının hukuki niteliği, verilme zamanı, rızanın alınmamasının sonuçları gibi pek çok konu tekrara düşmemek amacıyla bir kez daha incelenmeyecektir.

Yukarıda anılan her iki düzenlemeden de ortaya çıkan sonuç, aile konutu kirası sözleşmesinin, eşin rızası olmaksızın feshedilemeyeceğine ilişkindir. Fesih beyanının eşin rızasıyla geçerli hale gelmesi için, aile konutunun eşlerden biri tarafından kiralanmış olması şarttır. Eşin rızasının aranacağı fesih kavramı, hem TBK'nun 328. maddesinde düzenlenen belirsiz süreli kira sözleşmelerini, hem TBK'nun 331. maddesinde düzenlenen haklı nedenle olağanüstü feshi hem de TBK'nun 347. maddesinde düzenlenen kiracıya tanınan fesih hakkını içerecek genişliktedir.⁷⁰

Her iki maddede de fesihden söz edilmiş olmakla birlikte, sözleşmeden dönme de bu kapsamda değerlendirilmelidir.⁷¹ Ancak irade sakatlıkları halinde gündeme gelecek iptal beyanının, eşin rızasıyla bir ilgisi yoktur.⁷² Hatta tahliye taahhüdünde bulunmak, açılan tahliye davasını kabul etmek, sözleşme süresini kısaltan ya da kullanım imkanını daraltan tadiller, şerhin terkinine razı olmak gibi işlemler için de eşin rızası aranmalıdır.⁷³ Buna karşılık, kira sözleşmesinin sona ermesine yol açabilecek pasif davranışların (kira bedelinin ödenmemesi, kiralananın akde uygun kullanılmaması vb.), eşin rızasına tabi tutulmayacağı açıktır.⁷⁴

Kiralayanın yapacağı fesihler için eşin rızasının aranmayacağı tartışmasızdır. Feshe rıza gösteren eş, her iki maddede de yapılan düzenleme karşısında, bunu açık irade beyanıyla yapmalıdır. Rıza beyanının muhatabı, kiralayandır. Rıza ancak somut fesih işlemleri için verilebilir, önceden verilecek soyut ve genel rızalar normun amacıyla örtüşür nitelikte değildir. Kanunlarda eşin rızası için şekil şartı öngörülmemiş olmakla birlikte; TBK'nun 348. maddesi⁷⁵ ışığında, eşin rızasının da yazılı olarak verilmesi gerektiği düşünülebilir.⁷⁶

⁷⁰ Yavuz, C.: Borçlar Hukuku Dersleri (Özel Hükümler), İstanbul 2011, s. 281.

⁷¹ Ancak konut henüz teslim edilmeden yani aile konutu sıfatını kazanmadan yapılacak dönme için, eşin rızasının aranmasına gerek yoktur.

⁷² Yavuz, C., s. 282.

⁷³ Gümüş, A. M.: 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'na Göre Kira Sözleşmesi, İstanbul 2012, s. 59; Kılıçoğlu, A., s.11; Acar, F., s. 72. Bir eşin yapacağı işlemin diğerinin rızasına tabi tutulmasının kural değil, istisna olduğunun altını çizen Barlas, kira sözleşmesinin ilişkin şerhin kaldırılmasının sözleşmenin feshi gibi bir sonuca yol açmayacağı ve istisna hükümlerin yorum yoluyla genişletilmemesinin temel hukuk ilkesi olduğu gerekçesiyle, eşin rızasına bağlanmasına karşı çıkmaktadır. Barlas, N.: Hukuki İşlem, s. 132.

⁷⁴ Yavuz, C., s. 282; Acar, F., s. 72.

⁷⁵ TBK'nun 348. maddesinde "Konut ve çatılı işyeri kiralarında fesih bildiriminin geçerliliği, yazılı şekilde yapılmasına bağlıdır." ifadesi kullanılmıştır.

⁷⁶ Aynı yönde bkz. Yavuz, C., s. 282; rızanın sözlü de verilebileceği yönünde bkz. Gümüş, A. M., Kira, s. 59.

Kiracı eşin kira sözleşmesiyle ilgili yapacağı işlemlerden sadece fesih değil; TMK'nun 194/1. maddesinde kullanılan "sınırlayamaz" ifadesi gereğince, alt kiracı alınması veya kira sözleşmesinin devri de eşin rızasına bağlı işlemler olarak değerlendirilmelidir. TBK'nun 349/2. maddesinde düzenlenen "Bu rızanın alınması mümkün olmazsa veya eş haklı sebep olmaksızın rızasını vermekten kaçınırsa kiracı, hakimden bu konuda bir karar verilmesini isteyebilir." kuralına ilişkin açıklamalar, "B. Aile Konutu İşlemleri" başlığı altında TMK'nun 194/2. maddesi çerçevesinde ele alındığından, burada bir kez daha üzerinde durulmayacaktır.

TMK'nun 194/4. maddesinde "Aile konutu eşlerden biri tarafından kira ile sağlanmışsa, sözleşmenin tarafı olmayan eş, kiralayana yapacağı bildirimle sözleşmenin tarafı haline gelir ve bildirimde bulunan eş diğeri ile müteselsilen sorumlu olur." kuralı düzenlenmiştir. Bu maddenin bir benzeri de TBK'nun 349/3. maddesinde "Kiracı olmayan eşin, kiraya verene bildirimde bulunarak kira sözleşmesinin tarafı sıfatını kazanması halinde kiraya veren, fesih bildirimini ile fesih ihtarına bağlı bir ödeme süresini kiracıya ve eşine ayrı ayrı bildirmek zorundadır." şeklinde kaleme alınmıştır.

Her iki maddenin de ortak yanı, aile konutu kirası sözleşmesinde, sözleşmenin tarafı olmayan eşe kiralayana yapacağı tek taraflı bir bildirimle, sözleşmenin tarafı olma hakkının tanınmasıdır. Bundan sonrasında TMK'da duruma eş açısından bakılarak, bildirimde bulunan eşin diğeri ile müteselsilen sorumlu olacağı; TBK'da ise duruma kiralayan açısından bakılarak, fesih bildirimini ile fesih ihtarına bağlı ödeme süresini kiracıya ve eşine ayrı ayrı bildirmek zorunda olduğu düzenlenmiştir. Ancak her iki maddede de eşin rızasıyla yapılacak bir işlem söz konusu değildir.

B. Kefalet Sözleşmesi

TBK'nun "Eşin Rızası" kenar başlıklı 584/1. maddesinde, "Eşlerden biri mahkemece verilmiş bir ayrılık kararı olmadıkça veya yasal olarak ayrı yaşama hakkı doğmadıkça, ancak diğerrinin yazılı rızasıyla kefil olabilir; bu rızanın sözleşmenin kurulmasından önce ya da en geç kurulması anında verilmiş olması şarttır." ifadesi kullanılmıştır. Bu düzenlemenin kabulüyle birlikte, Türk Hukuku'nda evli kişilerin kefalet sözleşmesine ilişkin ehliyetleri açısından üçüncü döneme girilmiştir.

743 sayılı Türk Kanunu Medenisi'nin yürürlükte bulunduğu süre içinde, bu Kanun'un 169/2. maddesi gereğince, evli kadın kocasının alacaklısıyla -kocasının lehine- kefalet sözleşmesi yapabilmek için sulh hukuk hakiminin onayına gereksinim duyuyordu. Türk Hukuku'nda evli kişilerin kefalet sözleşmesi akdedebilmelerine ilişkin ilk dönemde, sadece karının rızası için bir tasdik mekanizması öngörülmüştür. Koca ise tek başına bağımsız iradesiyle kefil olabilir.

TMK'nun 01.01.2002 tarihinde yürürlüğe girmesi ve eşler arasında işlem serbestisini kabul etmesiyle (başka bir deyişle 169. maddenin TMK'da karşılığına yer verilmemesiyle) eşlerin tek başlarına ve herhangi bir onaya gereksinim duymadan kefalet sözleşmesi yapabildikleri en özgürlükçü dönem başlamıştır. Bu ikinci dönem, TBK'nun yürürlüğe girdiği 01.07.2012 tarihine kadar yaklaşık 10 buçuk yıl sürmüştür.⁷⁷ 01.07.2012 tarihinden günümüze kadar ise eşlerin kefil olma iradelerine ancak diğer eşin de bu konuda rıza göstermesiyle hukuki sonuç bağlanmaktadır.

743 sayılı Kanun'da benimsenen mahkemenin onayıyla, 6098 sayılı Kanun'da benimsenen eşin rızası normları arasındaki temel fark, kısıtlamaların düzenlenme nedenine ilişkindir. İlk düzenleme, evlilik birliğindeki ekonomik olarak güçsüz ve etki altında kalmaya müsait olan tarafı -yani karıyı- kişi olarak korumayı amaçlarken; ikinci düzenleme, karı ya da kocayı kişisel olarak birbirlerinin kefalet sözleşmelerinden korumaya değil, evlilik birliğini korumaya yöneliktir. Bu fikri, TBK'nun 584. maddesinde, herhangi bir mal rejimi ayrımı yapılmaksızın eşin rızasının geçerlilik şartı olarak benimsenmiş olması da desteklemektedir.

Özen'e göre⁷⁸ ise TBK'nun 584. maddesinde getirilen yenilik, ailenin korunması düşüncesine hizmet etmektedir. Kırca'ya göre⁷⁹,

⁷⁷ Bu dönemde kefalet sözleşmesinin kurulmasının eşin rızasına bağlanması, sadece TMK'nun 199/2. maddesi çerçevesinde hakim kararıyla kararlaştırılabilir. Çalışmanın "C. Mahkeme Kararıyla Eşin Rızasına Bağlanan İşlemler" başlığında da belirtildiği üzere, hakim 199. maddede aranan şartların varlığı halinde eşlerin sadece tasarruf işlemlerini değil; maddenin ikinci fıkrası gereğince taahhüt işlemlerini (bu noktada kefalet sözleşmesini) de diğerinin rızasına bağlayabilir. Barlas, N.: "Kefalet Hukukuna İlişkin Bazı Sorunlar ve Yargıtay Uygulaması", Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu XXI, Ankara 2006, s. 55.

⁷⁸ Özen, F.: Kefalet Sözleşmesi, İstanbul 2012, s. 174.

⁷⁹ Kırca, İ.: "Türk Borçlar Kanunu Tasarısı- Kefalet Eşin İzni", Prof. Dr. Tuğrul Ansay'a

düşüncesizce (hatta daha çok kocanın düşüncesizce kefil olmasının) girilen kefaletlerin önüne geçmenin yanı sıra, hatır kefaletlerinin sebebiyet verdiği ekonomik yıkımlara karşı evlilik birliğinin ve ailenin korunması, normun temel amaçlarındandır. Ayrıca bu düzenlemeyle birlikte, ödeme günü gelene veya kefil olan eşin ölümüne kadar bilinmeyen ve diğer eşin durumunda da kötüleşmeye yol açabilecek olan kefalet sözleşmelerinin önüne geçilecektir.⁸⁰

TBK'nun 584. maddesinin gerekçesine bakıldığında, bu önemli hükmün düzenlenme sebepleriyle ilgili doyurucu bilgiye ulaşılmaması mümkün olmamaktadır. Madde gerekçesinde, özetle, 818 sayılı Kanun'da yer verilmeyen yeni bir madde olduğu belirtilmekte ve hükmün değişik ifadelerle tekrarı yapıldıktan sonra da "*Maddenin düzenlenmesinde, kaynak İsviçre Borçlar Kanunu'nun 484. maddesi göz önünde tutulmuştur.*" bilgisi verilmektedir.

Bu noktada, TBK'nun yürürlüğe girmesinden sonra, 584. maddede yapılan bir değişikliğe de değinmekte fayda vardır. TBK'nun yürürlüğe girmesiyle başlayan eleştiriler ve değişiklik önerileri sonucunda 10.04.2013 tarihinde Resmi Gazete'de yayınlanarak yürürlüğe giren Gümrük Kanunu ile Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair 6455 Sayılı Kanun'un 77. maddesiyle TBK'nun 584. maddesine aşağıdaki fıkra⁸¹ eklenmiştir:

*"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."*⁸²

Armağan, Ankara 2006, s. 437.

⁸⁰ Yavuz, N.: 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun Getirdiği Değişiklikler ve Yenilikler, Ankara 2011, s. 809.

⁸¹ 6455 sayılı Kanun'un 77. maddesinde eklenen fıkranın, hangi fıkradan sonra geldiği belirtilmemiştir. Bu durumda üçüncü fıkra olarak eklendiği kabul olunmalıdır.

⁸² TBK Tasarısı'nda eşin rızasıyla ilgili hükümde yukarıdaki eklenen fıkraya benzer bir ikinci fıkraya yer verilmiştir. Yasalaşmayan bu fıkraya göre: "*Kefalet, ticaret*

1. Eşin Rızasının Arandığı Haller

TBK'nun 584/1. maddesinin açık hükmü karşısında eşin rızasının aranmasının önkoşulu, kefalet sözleşmesini kefil sıfatıyla akdedecek olan kişinin, sözleşmenin kurulduğu sırada evli olmasıdır. Kefil olma iradesine sahip olan eşin cinsiyetinin norm açısından bir önemi yoktur; yasa koyucu karı koca arasında bir ayırım gözetmemiştir. Bekarken kefil olan kişinin evlenmesi durumunda, eşinin rızası aranmayacağı gibi; evliyken eşinin rızasını almadan kefil olan kişinin sözleşmesi, boşanmayla (ayrılık kararıyla veya ayrı yaşamaya başlama ile) sağlanmayacaktır. Yasa koyucu eşin rızasını düzenlerken, kefalet türleri arasında da ayırım gözetmemiştir.

Eşin rızası, doğal olarak, kefilin kendi ad ve hesabına akdettiği kefalet sözleşmeleri için aranacaktır. Kişinin doğrudan temsilci veya tüzel kişinin organı sıfatıyla hareket ederek imzaladığı kefalet sözleşmeleri için, eşinin rızasını almasına gerek yoktur.⁸³ Çünkü bu durumlarda eş bizzat kefil sıfatını üstlenmemekte, temsil ilişkisi veya organ vasfı sonucunda işlemin hukuki sonuçları, temsil olunan kişi ya da tüzel kişi üzerinde doğmaktadır.⁸⁴

Kefalet sözleşmesinde eşin rızasının arandığı hallerin, eşlerin benimsemiş oldukları mal rejimiyle herhangi bir ilgisi yoktur. Eşler ister yasal mal rejimini ister başka birini (hatta mal ayrılığını) benimsemiş olsunlar, 584. maddenin kapsamındadırlar. Maddenin öngördüğü ilk iki istisna ilk fıkrada “mahkemece verilmiş bir ayrılık kararı olmadıkça veya yasal olarak ayrı yaşama hakkı doğmadıkça” ifadesiyle kaleme alınmıştır.

siciline kayıtlı bir işletmenin sahibi; bir kolektif ortaklığın ortağı, bir komandit ortaklığın sınırsız sorumlu ortağı; bir anonim ortaklığın yöneticisi veya müdürü, bir sermayesi paylara bölünmüş komandit ortaklığın müdürü veya bir limited ortaklığın yönetici ortağı tarafından işletmeyle ilgili olarak verilmişse, eşin rızası aranmaz.” Ayrıca TBK'nun 584. maddesinin mehzazı olan İsviçre Borçlar Kanunu'nun 484. maddesinin, 01.12.2005 tarihinde yürürlükten kaldırılan ikinci fıkrasında da benzer bir düzenlemeye yer verilmiştir: “Kefalet, ticaret siciline kayıtlı bir kişi tarafından, bireysel bir işletmenin sahibi; bir kolektif ortaklığın ortağı, bir komandit ortaklığın sınırsız sorumlu (komandite) ortağı; bir anonim ortaklığın yöneticisi veya müdürü; bir sermayesi paylara bölünmüş komandit ortaklığın müdürü veya bir limited ortaklığın yönetici ortağı sıfatıyla verilmişse bu rıza aranmaz.” Çeviri ve ayrıntılı bilgi için bkz. Koç, N.: “İsviçre Borçlar Kanunu'nun Kefalet Sözleşmesine İlişkin Hükümleri”, Prof. Dr. Mahmut Tevfik Birsel'e Armağan, İzmir 2001, s. 267-268; Kırca, İ., s. 448 vd.

⁸³ Gümüş, M. A.: Borçlar Hukuku Özel Hükümler, C. 2, İstanbul 2012, s. 306; Özen, F., s. 175; Kırca, İ., s. 439.

⁸⁴ Kırca, İ., s. 439.

Yani evli kişiler, haklarında verilmiş bir ayrılık kararı varsa ya da yasal olarak ayrı yaşama hakkına sahiplerse, eşlerinin rızası aranmaksızın kefil olabileceklerdir.

Eşin rızasının aranmasına ilişkin ilk istisna, TMK'nun 170. maddesi uyarınca eşler hakkında ayrılık kararı verilmiş olmasıdır.⁸⁵ Ayrılık kararının talep üzerine verilmiş olmasıyla (TMK m. 167), istem boşanma olmakla birlikte, hakimin TMK'nun 170/3. maddesine göre ortak hayatın yeniden kurulması olasılığını tespit ederek vermiş olması arasında, ayrılık kararının hüküm ve sonuçları açısından bir fark olmadığından; 584. madde açısından da bu durum önem taşımayacaktır. Ayrılık kararı döneminde eşin rızası aranmaksızın ve alınmaksızın yapılan kefalet sözleşmesi, eşler ortak hayatı tekrar kurdukları zaman da geçerliliğini (herhangi bir rızaya ihtiyaç duymadan) koruyacaktır.

TBK'nun 584/1. maddesinde eşin rızasının aranmayacağı ikinci hal, yasal olarak ayrı yaşama hakkının doğmasıdır. Mevaz düzenlemede yer verilmeyen bu istisnaya dair, Gerekeç'e den de doyurucu bir bilgiye ulaşılması mümkün değildir. TMK'nun 197/1. maddesinde, *"Eşlerden biri, ortak hayat sebebiyle kişiliği, ekonomik güvenliği veya ailenin huzuru ciddi biçimde tehlikeye düştüğü sürece ayrı yaşama hakkına sahiptir."* ifadesi kullanılmıştır. Ayrıca eşlerin, boşanma veya ayrılık davası açıldıktan sonra da dava devam ettiği sürece ayrı yaşama hakkına sahip oldukları kabul edilmektedir.⁸⁶

Demek ki eşlerin ayrı yaşama hakkının doğduğu bu iki halde, kefalet sözleşmesi için eşin rızası aranmayacaktır. Boşanma ya da ayrılık davasının açılmış olduğu haller açısından düzenleme daha tartışmasız olsa da 197/1. maddenin sağladığı ayrı yaşama hakkı esnasında kefalet sözleşmesi için eşin rızasının aranmaması, üzerinde durulmaya değerdir. Zira maddeye göre eşlerden biri, ekonomik güvenliği (ya da aile huzuru) ortak hayat nedeniyle tehlikeye düştüğü sürece ayrı yaşama hakkına sahiptir.

Zaten ekonomik güvenliği tehlikeye düştüğü için ayrı yaşama hakkı tanınmış olan eşten, bir de eşinin yapacağı kefalet sözleşme-

⁸⁵ Özen, ayrılık kararı süresince, kefil olan kişinin eşi, genellikle akla uygun ve anlaşılabilir sebepler göstermeksizin rıza vermeyi reddedeceğinden kefalet sözleşmesinin yapılması pratikte olanaksız hale gelecektir gerekçesiyle rızanın aranmamasının olağan olduğunu belirtmektedir. Özen, F., s. 176.

⁸⁶ Öztan, B., s. 447; Dural, M - Ögüz, T - Gümüş, A., s. 130.

lerine rıza gösterme (denetimde bulunma) hakkının alınmış olması, TBK'nun 584. maddesinin düzenlenme amacıyla bağdaşır nitelikte değildir. Öte yandan bu sebeplerle ayrı yaşama hakkının doğduğu evliliklerde, eşlerden birinin diğerinin yapacağı kefalet sözleşmesine sorunsuz bir şekilde rıza göstereceğini düşünmek de hayatın olağan akışına uygun düşmeyecektir.

Ayrıca TBK'nun 584. maddesinin açık hükmü gereğince, sadece yasal olarak ayrı yaşama hakkının doğduğu hallerde eşin rızası aranmayacaktır. Yani yasal olarak ayrı yaşama hakkına sahip olunmaksızın gerçekleştirilen fiili ayrılıklarda (boşanma ya da ayrılık davasının da açılmamış olduğunun kabulüyle), kefalet sözleşmesinin geçerliliği eşin rızasına bağlı olmayı sürdürecektir. Buna karşılık, yasal olarak ayrı yaşama hakkı doğmuş olduğu halde, birlikte yaşamayı sürdüren eşler açısından -madde lafzi yorumlanmayacak olursa- eşin rızasını alma zorunluluğu sürmelidir. Çünkü bu durumda korunmaya çalışılan evlilik birliğinin ekonomik bütünlüğü sürmekte ve ayrı yaşanan eşe rızasını almak için ulaşmanın zorluğu söz konusu olmamaktadır.⁸⁷

Yasa koyucunun eşin rızasına, ayrılık kararının yanı sıra, mehz düzenlemenin aksine yasal olarak ayrı yaşama hakkının doğması şeklinde bir istisna daha getirmiş olması, uygulamada bazı sorunlara yol açabilecektir. Zira kefalet sözleşmesinin geçerliliği, alacaklının menfaatinin doğrudan ilgilendirdiğinden, kefilin eşinin rızasının alınıp alınmadığı da alacaklının gündeminde önemli bir yer tutacaktır. Zira rızanın varlığı, varlığını iddia eden kişi, yani esas itibarıyla alacaklı tarafından ispatlanacaktır.⁸⁸ Bu durumda alacaklı -kefilin bekarını tercih etmek bir yana- kefilin eşiyle ayrı yaşama hakkının doğması nedeniyle, kefilin eşinin rızasının aranmadığına ikna olmakta zorlanacaktır. Bir diğer ihtimal ise tarafların yasal olarak ayrı yaşama hakkının doğmasına dayanarak eş rızası almadan yaptıkları kefalet sözleşmelerinin geçersizlik yaptırımıyla karşılaşmalarıdır. Diğer istisna olan ayrılık kararı, ortada bir mahkeme kararı olduğundan, bu tür belirsizliklere açık değildir.

Eşin rızasının arandığı tek hal, kefalet sözleşmesinin kurulması aşaması değildir. TBK'nun 584. maddesinin ikinci fıkrasında yer alan,

⁸⁷ Baş, E.: "6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'nda Kefalet Sözleşmesinin Geçerlilik Şartlarına İlişkin Bazı Yenilikler", İÜHFİM, C. LXX, S. 1, İstanbul 2012, s. 118-119.

⁸⁸ Kırcı, İ., s. 446.

“Kefalet sözleşmesinde sonradan yapılan ve kefilin sorumlu olacağı miktarın artmasına veya adi kefaletin müteselsil kefalete dönüşmesine ya da kefil yararına olan güvencelerin önemli ölçüde azalmasına sebep olmayan değişiklikler için eşin rızası gerekmez.” ifadesiyle, eşin rızasının arandığı ek haller belirlenmiştir. Buna göre adi kefaletin, müteselsil kefalete dönüştürülmesi; kefilin sorumlu olacağı miktarın arttırılması ve kefil yararına olan güvencelerin önemli ölçüde azalmasına neden olacak değişiklikler yapılması durumlarında, kefalet sözleşmesi kurulurken alınan eşin rızasına bir kez daha başvurulacaktır.⁸⁹

TBK'nun 584. maddesinin ikinci fıkrasında sayılan bu haller sınırlı sayıda ve tümü kefilin sorumluluğunun ağırlaşması sonucunu doğurmaktadır. Bu nedenle sözleşmenin kefil için ağırlaşacak şekilde tadiliyle, eşin başlangıçta rıza verdiği halden uzaklaşması söz konusu olacaktır. Yasa koyucu eşin rızasına ilişkin düzenlemenin, hiç bir yolla dolandırılmasını (örneğin TBK m. 603) istemediğini belirtecek şekilde, sözleşmenin kefil aleyhine ağırlaştığı sayılan hallerde de eşin denetiminden geçmesini sağlamıştır.⁹⁰ Eğer kefilin eşi, kefalet sözleşmesinde yapılan değişikliğe rıza göstermeyecek olursa, bu rızanın eksikliği, kefilin değişikliğe ilişkin olarak ortaya koyduğu rızanın da geçersiz olmasına yol açar.⁹¹

Sözleşmenin kurulmasından sonra eşin rızasının aranacağı ilk hal, *“kefilin sorumlu olacağı miktarın artması”* ifadesiyle nitelenmiştir. Kırca'ya göre⁹², kefilin sorumlu olacağı miktardaki her artış, az ya da çok olması önem taşımaksızın eşin rızasına bağlıdır. Buna karşılık Gümüş'e göre⁹³, *“kefilin sorumlu olacağı miktar”* ifadesi, TBK'nun 583/1. maddesindeki

⁸⁹ Bu noktada akla gelebilecek bir diğer ihtimal, kişinin bekarken akdettiği bir kefalet sözleşmesinden sonra evlenmesi durumunda, kefalet sözleşmesinin 584/2. maddede aranan unsurlardan en az birini içerecek şekilde tadil edilmesi için eşinin rızasının aranıp aranmayacağıdır. Bir bakış açısıyla, sözleşmenin kurulması sırasında rızası alınmayan kişinin, sözleşmenin tadiline rıza göstermesinin gereksiz olduğu düşünülebilirse de; normun düzenlenme amacının evlilik birliğini korumak olduğu ve maddede sayılan tüm hallerin kefilin sorumluluğunun ağırlaşmasına neden olduğu göz önünde bulundurulduğunda, tadil sırasında evli olunan eşin rızasının aranması daha doğru bir yaklaşım olacaktır.

⁹⁰ Kırca'ya göre bu haller, kefil olmaya benzer etkilere sahiptir; kefil olmaya benzer riskler taşımaktadır. Kırca, İ., s. 441.

⁹¹ Özen, F., s. 183.

⁹² Kırca, İ., s. 441.

⁹³ Gümüş, M. A.: Borçlar, s. 307.

“kefilin sorumlu olacağı azami miktarı” karşılamaktadır. Bu nedenle kefalet limiti altında kalındığında, kefilin sorumlu olduğu tutarı arttıran tadiller bakımından eşin rızası aranmaz. Örneğin kefilin sorumlu olduğu temerrüt faizi oranını arttıran tadil için eşin rızasının aranmasına gerek yoktur. Eğer kefilin eşi, miktar artırımına rıza vermeyecek olursa, kefalet sözleşmesi eski miktar üzerinden geçerliliğini korur.

Eşin rızasının arandığı bir diğer hal, adi kefaletin müteselsil kefalete dönüştürülmesidir. Buna karşılık birlikte kefiller arasında yapılan bir teselsül anlaşmasının eşin rızasına bağlı olup olmadığı açıklanmamıştır. Bununla birlikte doktrin⁹⁴, normun düzenleme amacından hareketle ve görüş birliğiyle, asıl borçluyla veya kefillerin arasında yapılacak teselsül kararlaşmalarının da eşin rızasına tabi olacağını belirtmektedir. Eğer eş, akdin müteselsil kefalete dönüştürülmesine ya da teselsül sözleşmesine rıza vermezse, kefalet sözleşmesi eski şartlarıyla geçerliliğini korur.

Sözleşmenin değiştirilmesi sırasında eşin rızasının arandığı üçüncü ve son hal, kefil yararına olan güvencelerin önemli ölçüde azalmasına sebep olan değişikliklerdir. Öncelikle maddede yer alan güvence ve azalma kavramlarının geniş yorumlandığı ve aynı teminatlardaki azalmaların olduğu kadar, şahsi teminatlardaki eksilmelerin de eşin rızasına dahil edilmesi gerektiği belirtilmelidir. Alacaklının, müteselsil borçlulardan veya birlikte kefillerden birini/bir kaçını ibra etmesi, alacağı teminat altına alan rehinden (tamamından veya bir kısmından) vazgeçilmesi bu kapsamda değerlendirileceğine şüphe olmayan hallerdir.⁹⁵

Kefil yararına olan güvencelerin önemli ölçüde azalıp azalmadığı, her somut olayda olayın özellikleri dikkate alınarak değerlendirilmelidir. Kırca⁹⁶, bu konudaki değerlendirme kriterlerini teminatlardaki azalma oranı, azalmanın geriye kalan teminatlarla karşılaştırılması, teminatların değeri ile asıl borcun miktarı arasındaki ilişki, asıl borçlu ve birlikte kefillerin ödeme kabiliyetleri olarak belirlemiştir.

⁹⁴ Kırca, İ., s. 441; Gümüş, M. A.: Borçlar, s. 307; Özen, F., s. 178; Çevik, S. Ö.: “6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Uyarınca Kefalet Sözleşmelerinde Eşin Yazılı Rızası”, Kazancı Hukuk Dergisi, S. 89-90, İstanbul 1013, s. 122-123.

⁹⁵ Kırca, İ., s. 442; Özen, F., s. 178; Çevik, S. Ö., s. 122; Gümüş, yukarıdaki örneklere, kefilin kefalet borcunun üçüncü kişiye naklini ve alacaklının kefilin rüçhan haklarını esaslı bir şekilde azaltmasını da eklemektedir. Gümüş, M. A., s. 308.

⁹⁶ Kırca, İ., s. 443.

Eğer kefilin eşi, güvencelerin önemli ölçüde azalmasına ilişkin değişikliğe rıza göstermeyecek olursa, TBK'nun kefilin rızası olmaksızın, alacaklının teminatları elden çıkarması veya değerini düşürmesine ilişkin 592. maddesi uygulama alanı bulacaktır. Yani kefilin sorumluluğu 592. maddenin ilk fıkrası gereğince, azalan güvenceye uygun düşen bir miktarda azalır; hatta maddenin dördüncü ve son fıkrasına göre, azalmaya alacaklının ağır kusurlu davranışı sebep olmuşsa, kefil borcundan kurtulur. Buna karşılık birlikte kefillerden birinin, diğer kefilin eşinin rızası alınmaksızın ibra edilmesi söz konusuysa, eşinin rızası alınmamış olan birlikte kefilin sorumluluğu da TBK'nun 587/3. maddesi gereğince sona erer.⁹⁷

Güvencelerdeki azalma önemli ölçüde değilse, sadece kefilin rızasıyla yapılabilmesi mümkündür. Madde metninde bir açıklık bulunmamasına rağmen, borcunu ifa eden kefilin alacaklıya halef olacağı ve borçluya başvuracağı göz önünde bulundurulduğunda, asıl borcun yüklenilmesi için de kefilin yanı sıra eşinin de rızası aranmalıdır.⁹⁸

Buna karşılık kefil lehine olan güvencelerin azalmadığı (örneğin rehlin eşdeğeriyle değiştirildiği) veya güvencelerin objektif nedenlerle azaldığı (örneğin piyasa koşullarındaki değişiklikler nedeniyle rehlin değerinin düştüğü, birlikte kefilin ödeme gücünü kaybettiği) durumlarda eşin rızası aranmayacaktır.⁹⁹

TBK'nun 584. maddesinde eşin rızasının aranmayacağı son istisna, TBK'nun kabulü ve hatta yürürlüğe girmesinden sonra yapılan bir yasa değişikliğiyle maddeye eklenmiş üçüncü fıkradadır. 10.04.2013 tarihinden beri geçerli olan bu hüküm uyarınca, ticaret siciline kayıtlı ticari işletmenin sahibi veya ticaret şirketlerinin ortak ya da yöneticileri tarafından işletme veya şirketle ilgili olarak verilecek kefaletler ve mesleki faaliyetleri ile ilgili olarak esnaf ve sanatkârlar siciline kayıtlı esnaf veya sanatkârlar tarafından verilecek kefaletler için eşin rızası aranmaz.

Benzer şekilde 27/12/2006 tarihli ve 5570 sayılı Kamu Sermayeli Bankalar Tarafından Yürütülen Faiz Destekli Kredi Kullanılmasına

⁹⁷ Özen, F., s. 181-182; Gümüş, M. A.: Borçlar, s. 310.

⁹⁸ Özen, F., s. 178; Kırca, İ., s. 442; Gümüş, M. A.: Borçlar, s. 308. Bu işlem eşin rızası alınmaksızın yapılmışsa, TBK'nun 198/2. maddesi gereğince, kefilin rızası alınmamış gibi sonuç doğurması gereklidir. Baş, E., s. 120.

⁹⁹ Kırca, İ., s. 442; Özen, F., s. 178.

Dair Kanun kapsamında kullanılacak kredilerde verilecek kefaletler ile tarım kredi, tarım satış ve esnaf ve sanatkârlar kredi ve kefalet kooperatifleri ile kamu kurum ve kuruluşlarınca kooperatif ortaklarına kullandırılacak kredilerde verilecek kefaletler için eşin rızası aranmaz. Kırca'ya göre¹⁰⁰, kapsamına giren tacir ve esnaf açısından bir hak/nimet olan bu düzenleme, anılan kişilerin ticari deneyimleri nedeniyle, aileyi yıkıma uğratacak şekilde düşüncesizce kefalet sözleşmeleri yapmayacakları varsayımı ile getirilmiştir.

Eşin rızasının aranıp aranmadığının incelenmesini gerektiren son TBK hükmü, Kanun'un 583/2. maddesidir. Bu maddede, "*Kendi adına kefil olma konusunda özel yetki verilmesi ve diğer tarafa veya üçüncü bir kişiye kefil olma vaadinde bulunulması da aynı şekil koşullarına bağlıdır.*" ifadesi kullanılarak, kefalet akdi için aranan şekil kuralları, kefalet için verilen yetkiye ve kefalet vaadine de tahmil edilmiştir. Ancak madde metninden, bu durumlarda da eşin rızasının aranıp aranmadığı anlaşılamamaktadır.

Doktrinde¹⁰¹ hakim olan görüş, TBK'nun 584. maddesinin dolaşılmasının önlenmesi amacıyla, kefalet için verilen yetki ve kefalet ön sözleşmesi için de eşin rızasının aranacağı yönündedir. Benzer bir görüş birliği, kefalet sözleşmesi akdetmek konusunda yetkilendirme veya ön sözleşme esnasında verilen eşin rızasının, bu işlemlere dayanarak kurulan kefalet akdi için de geçerli olduğu; yani eşin rızasının bir kez daha aranmayacağı yönündedir.

Halbuki TBK'nun 583/2. maddesi ışığında, eşin rızasının aranması konusu, kefalet için verilen yetki ve kefalet ön sözleşmesi arasında ayırım yapılarak ele alınmalıdır. Zira kefalet için temsil yetkisi verilmesi, veren kişiyi borç altına sokan bir işlem değildir. Bu nedenle eşin rızası temsil yetkisi verilirken değil; temsilci kendine tanınan yetkiyi kullanarak kefalet sözleşmesini akdettiği sırada verilmelidir. Buna karşılık kefalet vaadi, ister alacaklıyla ister başka bir kişiyle (örneğin borçluyla) yapılsın, başta aynen ifa talebi olmak üzere ön sözleşen ke-

¹⁰⁰ Kırca, İ., s. 450, 452.

¹⁰¹ Özen, F., s. 176; Çevik, S. Ö., s. 122; Gümüş, M. A.: Borçlar, s. 309. TBK'nun 583/2. maddesinde şekil kurallarından söz edildiği, eşin rızasının ise bir ehliyet sınırlaması olduğundan bahisle, temsil yetkisi tanınması ve ön sözleşme yapılmasında eşin rızasının aranmaması fikri için bkz. Baş, E., s. 121.

fil için borçlandırıcı niteliktedir. Bu nedenle TBK'nun 584. maddesinin ruhuna uygun bir yorumla, kefalet vaadi ancak eşin rızasıyla geçerli olarak kurulabilir.¹⁰²

Buraya kadar yapılan açıklamalar eşin rızasının gerektiği halleri düzenleyen veya ilgilendiren hükümlerle ilgili olmakla birlikte; eşin rızasına ilişkin akla gelen bazı olasılıkların üzerinde durulmasında da fayda vardır. Bunlardan biri kefalet sözleşmesini kefil sıfatıyla akdecek olan kişinin eşinin ehliyetsiz olması durumudur. Eğer eşin rızasının kişiye sıkı sıkıya bağlı haklardan olduğu (başka bir ifadeyle temsilci aracılığıyla kullanılamayacağı) kabul olunacak olursa, eşi ehliyetsiz olan kişinin kefalet sözleşmesine kefil sıfatıyla taraf olma hakkı elinden alınmış olacaktır.

TMK'nun vasinin yasak işlemlerini düzenleyen 449. maddesinde, *"Vesayet altındaki kişi adına kefil olmak, vakıf kurmak ve önemli bağışlarda bulunmak yasaktır."* ifadesi kullanılmıştır. Ancak vasinin vesayet altındaki kişi adına kefil olamayacağına ilişkin bu hükmün, vasinin vesayet altındaki kişi yerine eşinin kefil olması için rıza gösteremeyeceği şeklinde yorumlanması doğru değildir. Yani vasinin kefalet sözleşmesi için aranan eşin rızasını, vesayet altındaki eş yerine verebileceği kabul olunmalıdır.¹⁰³

Ancak kısıtlı olan eşin vasisi diğer eş ise (yani kefil sıfatını taşıyacak olan kişi), aralarında bir menfaat çatışması yaşanabileceğinden, TMK'nun 426. maddesinin uygulanması gerekecektir. Bu maddeye göre, *"Bir işte yasal temsilcinin menfaati ile küçüğün veya kısıtlının menfaati çatışıyorsa"*, vesayet makamı ilgilinin istemi üzerine ya da resen bir temsil kayyımı atar. Kefil olacak kişinin aynı zamanda eşinin de yasal temsilcisi olması durumunda, eşin rızası vesayet makamınca tayin edilecek vesayet kayyımı tarafından verilmelidir.¹⁰⁴

Ehliyetsiz eş için yasal temsilci tarafından rıza verilebileceğinin kabulü, eşin bu rızayı iradi bir temsilci aracılığıyla da kullanıp kullanamayacağı sorusunu akla getirir. Nasıl ki kefalet sözleşmesinin bile temsilci aracılığıyla yapılması TBK'nun 583. maddesinde kabul olu-

¹⁰² Aynı yönde bkz. Kırca, İ., s. 440-441; Baş, E., s. 121.

¹⁰³ Özen, F., s. 175; Çevik, S. Ö., s. 120.

¹⁰⁴ Aynı yönde bkz. Çevik, S. Ö., s. 120.

nuyorsa, eş de -kendisi borç altına girmeyen kişi olarak- rızasını iradi temsilci aracılığıyla da verebilmelidir.¹⁰⁵ Ancak verilen rıza yetkisi ve kapsamı, belirli/belirlenebilir kefaletler için olmalıdır. Eşin rıza verme konusunda iradi temsilcisi olarak diğer eşi (kefil olma iradesinin sahibini) seçmesi, normun düzenlenme amacıyla örtüşmeyecektir. Yani kefalet sözleşmesine kefil olarak taraf olma iradesiyle, eş olarak rıza gösterme iradesi aynı kişide birleşmemelidir.

Kefil olma konusunda verilecek temsil yetkisinin, kefalet sözleşmesinin şekil kurallarına tabi olduğunu düzenleyen TBK'nun 583/2. maddesinin ışığında, eşin rızası için verilecek temsil yetkisinin de yazılı olarak verilmesi gerektiği düşünülebilir. Şekil kurallarının kıyasen genişletilmesi, TBK'nun 12/1. maddesi¹⁰⁶ gereğince yerinde olmamakla birlikte, geçerlilik için olmasa bile, ispat kolaylığı açısından söz konusu yetkilendirmenin, yazılı şekilde yapılması uygun olacaktır.¹⁰⁷

Kefalet sözleşmesinde eşin rızası açısından özellik taşıyabilecek diğer ihtimaller, bir eşin diğerine kefil olmasına ya da eşlerin kefalet sözleşmesinin tarafları olması durumuna ilişkindir. Eşler bir kefalet sözleşmesinin birlikte kefilleri olabilecekleri gibi; eşlerden biri diğerinin alacağı için de kefil olabilir. Tüm bu olasılıklarda eşin rızasının aranması gerekip gerekmediği üzerinde durulmasında yarar görülmektedir.

Eşin rızasının aranıp aranmadığının inceleneceği ilk ihtimalde, eşlerden biri diğerine kefil olmaktadır. Bir bakış açısıyla, eşlerden biri asıl borç ilişkisinin tarafı olduğuna göre, artık evlilik birliği için korunacak bir menfaat kalmamıştır; bu nedenle diğer eşin kefaleti için asıl borçlu olan eşin rızanın aranmasına gerek yoktur denilebilir. Ama TBK'nun 584. maddesinin düzenlenme amacına daha uygun olacak

¹⁰⁵ Aynı yönde bkz. Yavuz, N., s. 820; Gümüş, M. A.: Borçlar, s. 308.

¹⁰⁶ TBK'nun 12/1. maddesinde "Sözleşmelerin geçerliliği, kanunda aksi öngörülmedikçe, hiç bir şekilde bağlı değildir." düzenlemesi bulunmaktadır.

¹⁰⁷ Benzer bir durum, taşınmaz üzerindeki aynı hak tasarruflarında da söz konusudur. TBK'nun 504/3. maddesi gereğince vekilin taşınmaz üzerindeki aynı hak tasarrufları için özel yetkilendirme arandığı halde, bu yetkilendirme için bir geçerlilik şekli TMK'da da TBK'da da öngörülmemiştir. Doktrinde taşınmaz üzerinde tasarruf yetkisi veren vekalet sözleşmelerinin en azından ispat şekli olarak, resmi şekilde yapılmalarına ilişkin görüş birliği bulunmaktadır. Eren, F.: Mülkiyet Hukuku, Ankara 2011, s. 210; Oğuzman, K.- Seliçi, Ö., s. 285; Akipek, J. G.-Akıntürk, T. : Eşya Hukuku, İstanbul 2009, s. 465.

yorum, eşlerden zaten borç ilişkisine taraf olmuş olana, eşinin kendisine kefil olup olmaması konusunda bir tercihte bulunma hakkının tanınmasıdır. Yani eşlerden biri diğeri lehine kefil olacak olsa da, eşin (asıl borç ilişkisinin tarafı olan eşin) rızası alınmalıdır.¹⁰⁸

Eşlerin bir kefalet sözleşmesinin birlikte kefilleri olmaları durumunda, birbirlerinin rızasına gereksinim duyup duymayacakları da bir diğere meseledir. Bu noktada yukarıda açıklanan fikirler bir kez daha ileri sürülebilecek olsa da; sonuç, eşler birlikte kefil olacak olsalar da yine de birbirlerinin rızasını almalıdırlar, şeklinde belirecektir.¹⁰⁹

Üçüncü ve son olasılıkta, eşlerin kefalet sözleşmesinin karşılıklı tarafları olması durumu üzerinde durulacaktır. Yani bu kez eşlerden biri, onun başkasından olan alacağı için üçüncü kişi lehine, eşle kefil sıfatıyla kefalet sözleşmesi yapmaktadır. Daha kısa bir ifadeyle sözleşme kurulursa, eşlerden biri alacaklı, diğeri kefil sıfatını taşıyacaktır. Bu ihtimal dahilinde alacaklı eşin, eşinin kefil olmasına ilişkin iradesinin, kefalet sözleşmesinin kurulmasına yönelik iradesine mündemiç olduğu kabul edilmeli ve ayrıca bir eş rızası aranmamalıdır.¹¹⁰

2. Eşin Rızasının Hukuki Niteliği, Şekli, İçeriği ve Zamanı

Eşin rızasının, kefalet sözleşmesine ilişkin olarak düzenlenmiş bir geçerlilik şartı olduğu göz ardı edilemeyecek olmakla birlikte, doktrinde bu düzenlemenin kefil olma ehliyetine ilişkin bir sınırlama olduğu görüşü hakimdir.¹¹¹ Eşlerin fiil ehliyetine yönelik bu sınırlama, emredici niteliktedir ve aksinin kararlaştırılabilmesi ya da feragat edilebilmesi mümkün değildir. Eşin rızasının alınmadığı veya geçerli olmadığı tüm kefalet sözleşmeleri kesin hükümsüzdür. TBK'nun 587/3. maddesinde aranan şartların varlığı halinde, birlikte kefillerden birinin kefaletinin, eşin rızasının olmaması nedeniyle kesin hükümsüzlüğü halinde; diğere kefillerin kefaletleri de sona erecektir.

¹⁰⁸ Özen'in bakış açısıyla, kendisi aile bütçesine yük getirmiş olan bir kişi, eşinin kefil sıfatıyla bir yük daha getirmesine yanaşmayabilir. Aile bütçesine gelecek bu katmerli (çifte) yük, eşin rızası dahilinde gerçekleşmelidir. Özen, F., s. 177; ayrıca bkz. Öz, T.: Yeni Borçlar Kanunu'nun Getirdiği Başlıca Değişiklikler ve Yenilikler, B. 2, İstanbul 2012, s. 103.

¹⁰⁹ Çevik, S. Ö., s. 121.

¹¹⁰ Öz, T., s. 103; Özen, F., s. 177; Çevik, S. Ö., s. 121.

¹¹¹ Kırcı, İ., s. 438; Özen, F., s. 174; Gümüş, M. A.: Borçlar, s. 305; Çevik, S. Ö., s. 119.

Kesin hükümsüzlüğün (butlan) özelliği gereği, bu sözleşmelerin sonradan yapılacak bir eklemeye veya zamanın geçmesiyle geçerli hale gelmeleri mümkün değildir. Eşin geçerli rızası alınmadan yapılan kefalet sözleşmesinin kesin hükümsüzlüğünü herkes (kefil, kefilin eşi, asıl borçlu ve hatta alacaklı) ileri sürebileceği gibi, yargıç da resen dik-kate almakla yükümlüdür. Kesin hükümsüzlüğün dava yoluyla tespit edilmesine gerek olmadığı gibi bu konuda beyanda bulunulmasına da bağlı değildir.

Eşin rızasının alınmamasının bu kadar ağır sonuçları olan bir düzenlemede, yasa koyucu eşin haklı bir neden olmaksızın rıza vermesi durumunda başvurulacak bir yol da düzenlememiştir. Halbuki eşin rızasının arandığı bazı maddelerde (iki tanesi aile konutuna ilişkin olan TMK m. 194/2, TBK m. 349/2 ve mal ortaklığı rejimine ilişkin TMK m. 265) yasa koyucu, eşin rızasının sağlanamaması ya da haklı bir neden olmaksızın rıza vermekten kaçınması durumlarında, hakim müdahalesinin talep olunabileceğini düzenlemiştir.

Bu durum bazı yazarlarca, eşin rıza göstermemek için bir gerekçe sunmak zorunda olmadığı¹¹², eşin rıza göstermemesi için haklı bir sebep aranmadığı¹¹³ ve rıza gösterip göstermemek konusunun kendi takdirinde olduğu¹¹⁴ gerekçeleriyle yerinde bir yasama tercihi olarak değerlendirilmiş ve bu konuda hakim müdahalesinin istenemeyeceği belirtilmiştir. Ancak bu tutum, eşe rıza göstermemek konusunda mutlak bir takdir hakkı sağlamak ve yeri geldiğinde bu hakkın bir cezalandırma ya da intikam aracı olarak kullanılmasının da önünü açmaktadır.

Bazı yazarlar¹¹⁵ ise, eşin haklı bir nedene dayanmaksızın rıza vermekten kaçınması durumunda, TMK'nun 2. maddesinde düzenlenen dürüstlük kuralı çerçevesinde hakim müdahalesinin istenebileceğini ileri sürmüşlerdir. Bununla birlikte TMK'nun 195. maddesinde yasa

¹¹² Kırcı, İ., s. 447; Özen, F., s. 181..

¹¹³ "Zaten bir kefalet sözleşmesinin imzalanmasının da, ailenin ekonomik varlığını tehlikeye sokacağı düşünüldüğünde, sadece bu bile her zaman haklı bir neden olarak görülebilir." Baş, E., s. 126-127.

¹¹⁴ Çevik, S. Ö., s. 129.

¹¹⁵ Aksoylu, N.: "Borçlar Kanunu Tasarısındaki Kefalet Sözleşmesine İlişkin Önemli Değişiklikler", Bankacılar Dergisi, S. 72, İstanbul 2010, s. 99; Yılmaz, M.: "Türk Borçlar Kanunu'na Göre Kefalet Sözleşmesinin Geçerlilik Şartları", Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, S. 7, Ankara 2011, s. 77.

koyucunun eşlerin birlikte veya ayrı ayrı hakimin müdahalesini talep edebilecekleri daha özel bir düzenlemeye yer vermiş olduğu gözden kaçırılmamalıdır. Maddeye göre, evlilik birliğinden doğan yükümlülüklerin yerine getirilmemesi veya evlilik birliğine ilişkin önemli bir konuda uyuşmazlığa düşülmesi halinde, eşler hakimin müdahalesini isteyebilirler.

Burada önemli olan, eşin kefalet sözleşmesine rıza göstermemesinin, evlilik birliğine ilişkin önemli bir konu olarak değerlendirilip değerlendirilemeyeceğidir. Öztan'a göre¹¹⁶, eşlerden birinin müştereken alınacak bir karara haklı bir sebep olmadan katılmaması, aile birliğine karşı yerine getirmek zorunda olduğu görevin bir ihlali sayılabilir. Dural, Ögüz ve Gümüş¹¹⁷, evlilik birliği için önem taşıyan bir konuda eşlerin farklı fikirlere sahip olmalarını başvuru için yeterli kabul etmiştir. Yazarlar, eşlerden birisinin görüşlerinin, diğerinin karar alma özgürlüğünü ciddi olarak etkilemesi ya da tehlikeye sokması durumunu da bu kapsamda değerlendirmektedir.

Eşin rızasına ilişkin normun koruduğu esas değer, evlilik birliğinin ekonomik menfaatleri olduğu dikkate alındığında; eşlerden birinin kefil olup olamaması ya da diğer bakış açısıyla eşin buna rıza gösterip göstermemesi de evlilik birliğine ilişkin önemli bir konu olarak değerlendirilmelidir. Bu nedenle eşin haklı bir neden olmaksızın rıza vermekten kaçındığı durumlarda, TMK'nun 195. maddesine dayanılarak hakimin müdahalesinin istenebileceğinin kabulü gerekir.

TBK'nun 584/1. maddesinde eşin rızasının "yazılı" olarak verilmesi gerektiği belirtilmiştir. Yazılılıktan anlaşılması gereken adi yazılı şekildir. Yani yasa koyucu kefalet sözleşmesinin geçerliliği için, nitelikli yazılı şekli benimsemiş olmasına rağmen; eşin rızası için adi yazılı şekli yeterli bulmuştur. Bunun anlamı, eşin kefalet senedinde bulunan rıza beyanını imzalamasının, eşin rızasının alınması açısından yeterli olduğudur. Kefilin eşi herhangi biri tarafından yazılmış bir beyanı imzalayabileceği gibi, imza yerine geçen bir işaret de kullanabilir.¹¹⁸

¹¹⁶ Öztan, B., s. 213.

¹¹⁷ Dural, M - Ögüz, T - Gümüş, A., s. 245.

¹¹⁸ Kurca'nın da haklılıkla belirttiği gibi, söz konusu imzanın elektronik imza olarak verilmesinin önünde de bir engel bulunmamaktadır. TBK'nun 15/1. ve Elektronik İmza Kanunu'nun 5/1. maddelerine göre, güvenli elektronik imza da el yazısıyla atılmış imzanın bütün hukuki sonuçlarını doğurur. Elektronik İmza Kanunu'nun

Hatta herhangi bir rıza beyanı yazılmaksızın, eşin kefalet senedinin altına imza atması da rızanın alınmış olması açısından yeterli kabul edilmelidir. Zira eşin rızasının içeriğini oluşturacak tüm unsurlar, zaten kefalet senedinde yer almaktadır. Sözleşmeye taraf olmayan eşin bu senedin altına imzalamasının ise, rıza vermek dışında bir anlamı olamaz.¹¹⁹ Eşin yasal ya da iradi temsilcisi de rızayı, yazılı şekil kuralına uygun olarak vermelidir.

Eşin rızasının kefalet senedi haricinde bir belgede yer almasında da bir sakınca bulunmamaktadır. Ancak bu halde, eşin rıza verdiği kefalet sözleşmesi için ayırıcı bir takım unsurların bu belgede yer alması gerekir. Çünkü eşin rızadan feragat hakkı bulunmadığı gibi, geleceğe yönelik olarak (sürelili ya da süresiz) eşinin yapacağı bütün kefalet sözleşmeleri için vereceği genel bir rıza beyanı da geçerli değildir. Hatta eş, genel rızada belirli bir üst limit kararlaştırmış olsa bile, bu sonucu değiştirmeyecektir. Bununla birlikte ayırıcı unsurları içerecek şekilde, birden fazla kefalet sözleşmesi için eşin rızasının tek bir belgeyle alınmasının önünde bir engel bulunmamaktadır.¹²⁰

Eşin rıza beyanının beyaza attığı bir imzanın üzerinin doldurulması suretiyle alınması durumunda, eğer doldurma işlemi eşin rızası doğrultusunda yapılmışsa; geçerli bir rızadan söz etmek gerekir. Zira kişinin borç altına girdiği işlemler açısından bile beyaza imzaya sonuç bağlanabiliyorsa, rıza gösteren eş borç altına sokmayan ve anlaşma doğrultusunda doldurulan boşluğun da şekil kuralına uygun olmadığına söylenmesi doğru olmayacaktır.¹²¹

Eşin rızasının soyut ve genel değil, somut ve belirli bir kefalet sözleşmesine ilişkin olması gerekir. Yani eş, kefil olan eşinin içine girdiği borç ilişkisinin ve beraberinde üstlendiği sorumluluğun farkında olarak rıza göstermelidir.¹²² Eğer eş rıza verirken yanılmaya düşmüşse

5/2. maddesinde teminat sözleşmelerinin e-imza ile yapılamayacakları öngörülmüş olsa da eşin teminat sözleşmesinin tarafı olmadığı ve rızasının teminat niteliği taşımadığı gerekçeleriyle, rızayı e-imzayla vermesinin önünde bir engel bulunmamaktadır. Kırca, İ., s. 443.

¹¹⁹ Aynı yönde bkz. Kırca, İ., s. 445.

¹²⁰ Kırca, İ., s. 444; Gümüş, M. A.: Borçlar, s. 306; Çevik, S. Ö., s. 125. Eşin kefalet sözleşmesinin yapıldığı sırada hazır bulunmasına da gerek olmadığı açıktır. Özen, F., s. 180-181.

¹²¹ Çevik, S. Ö., s. 126; Baş, E., s. 123.

¹²² Kırca'ya göre, kefilin sorumlu olacağı azami miktara, kefalet tarihine, asıl bor-

(veya iradesi başka bir nedenle sakatlanmışsa), rızasını iptal edebilir. Kefalet sözleşmesinin tarafı olmayan borçlunun hilesi, üçüncü kişi hilesi olarak değerlendirilmelidir. Alacaklı bu hileden haberdar değilse, eşin rızasının iptali söz konusu olmamalıdır.¹²³ Ancak eşin imzalamış olduğu kefalet senedini okumadığı veya esaslı unsurlarını bilmediği ve hatta senet düzenlenirken orada olmadığı iddiaları dikkate alınmamalıdır.¹²⁴

Eşin rızasının belirli bir kefalet sözleşmesine ilişkin olmasının bir sonucu da, eşin rızasıyla kefalet sözleşmesinin birbirleriyle uyum içinde olmaları zorunluluğudur. Bu konudaki pek çok uyumsuzluk (örneğin asıl borca, alacaklıya, asıl borçluya) kefalet sözleşmesinin geçersizliği sonucunu doğuracaktır. Buna karşılık üzerinde ayrıca durulması gerekli iki uyumsuzluk türü, adi-müteselsil kefalet ve azami miktara ilişkindir.

Kefalet sözleşmesi müteselsil kefaletle ilişkin olmakla birlikte, eşin rızasından ne tür kefaletle izin verildiği anlaşılabilir veya adi kefaletle izin verdiği anlaşılıyor ise; kefalet sözleşmesinin geçerliliğinin ne olacağı, incelenmesi gereken ilk ihtimaldir. Hatta burada verilecek yanıt iki ayrı duruma (eşin rızasından ne tür kefaletle izin verildiği anlaşılabilir ya da adi kefaletle izin verdiği anlaşılıyor) göre de değişebilecektir.

Öncelikle eşin müteselsil kefil sıfatıyla taraf olma iradesini ortaya koyduğu bir kefalet sözleşmesinde, eşin verdiği rızadan onayladığı kefalet türü anlaşılabilirse, eşin iradesinin yorumlanması gerekecektir. Bu durumda ilk akla gelecek fikir, eşin rızasının adi kefaletle ilişkin olduğuyse da; eşlerin bulunduğu yer veya işin niteliği gereği müteselsil kefalet daha yaygın ise, eşin iradesi müteselsil kefaletle rıza gösterdiği şeklinde yorumlanmalıdır. Örneğin ticari işlerde kural müteselsil kefaletini işaret ettiğinden, böyle bir işlemde eşin rızasının müteselsil kefaleti kapsadığı yorumunun yapılması mümkün olacaktır.¹²⁵

ca, alacaklıya, kefaletin türüne ilişkin bilgilere izin beyanında yer verilmesi, iznin münferit bir kefalet sözleşmesine ilişkin olması, dolayısıyla geçerli bir iznin varlığı konusunda ortaya çıkabilecek ispat sorunlarının aşılması açısından faydalı olmakla birlikte zorunlu da değildir. Kırca, İ., s. 444.

¹²³ Özen, F., s. 182.

¹²⁴ Kırca, İ., s. 446.

¹²⁵ Kırca, İ., s. 444; Çevik, S. Ö., s. 124. Aksi yönde bkz. Baş, E., s. 124. Baş, normun dü-

İkinci ihtimalde ise kefalet sözleşmesi müteselsil kefaletle ilişkin olmakla birlikte, eşin rızası açık bir şekilde adi kefaletle ilişkindir. Bu durumda ileri sürülebilecek ilk fikir, eşin rızası adi kefaletle ilişkin olduğuna göre, eşin rızası sağlanamamıştır ve kefalet sözleşmesi geçersizdir yaklaşımıdır.¹²⁶ Ancak sözleşmelerin ayakta tutulması prensibine daha uygun olacak çözüm yolu, eşin rızası adi kefaletle ilişkin olduğuna ve tarafların iradesinin birleştiği müteselsil kefalet -çoğun içinde az da vardır ilkesi uyarınca- adi kefaleti de kapsadığına göre, sözleşmenin adi kefalet olarak ayakta tutulmasıdır.¹²⁷

Eşin rızasının kapsamının aşıldığı bir diğer yaygın durum da kefalet sözleşmesinin azami miktarına ilişkin olabilir. Eğer kefalet sözleşmesinde, eşin rıza gösterdiği azami miktarın üstünde bir belirleme yapılırsa; bir görüşe göre kısmi hükümsüzlük kuralı uygulanmaksızın, sözleşmenin tümü kesin hükümsüz olur.¹²⁸ Ancak kısmi hükümsüzlük kuralları çerçevesinde, sözleşmenin, eşin rıza gösterdiği miktara kadar olan kısmıyla ayakta tutulması daha yerinde bir yaklaşım olacaktır.

TBK'nun 584/1. maddesinde, "*... bu rızanın sözleşmenin kurulmasından önce ya da en geç kurulması anında verilmiş olması şarttır.*" ifadesiyle, eşin rızasının verilme zamanı da belirlenmiştir. Bu düzenlemeye kıyasen TBK'nun 584/2. maddesinde düzenlenen değişiklikler açısından da en geç değişikliğin yapıldığı anda rızanın verilmiş olması gerekecektir. Görüldüğü gibi kefalet sözleşmesinin kurulmasından (veya kefilin sorumluluğunu artıracak şekilde değiştirilmesinden) sonra eşin işleme icazet göstermesi, işlemi geçerli hale getirmeyecektir.¹²⁹ Bu nedenle eşin rızası alınmadan akdedilen kefalet sözleşmeleri askıda hükümsüz değil; kesin hükümsüzdür.

zenlenme amacının ailenin korunması olduğundan hareketle, dar yorumlanması gerektiğinin altını çizmekte ve eşin beyanından mutlaka müteselsil kefaletle izin verdiğinin anlaşılması gerektiğini belirtmektedir.

¹²⁶ Gümüş, M. A.: Borçlar, s. 309; Özen, F., s. 182-183. Özen, eşin adi kefalet için rıza vermesinin müteselsil kefaleti içeren bir sözleşme yapılmasına onay vermediği için, kefil olan eşin müteselsil kefaletle ilişkin iradesini de geçersiz kılacağını ve sözleşmenin adi kefalet olarak da ayakta tutulamayacağını, tümüyle geçersiz olması gerektiğini belirtmektedir.

¹²⁷ Aynı yönde bkz. Çevik, S. Ö., s. 124.

¹²⁸ Gümüş, M. A.: Borçlar, s. 309.

¹²⁹ Kırca, rıza kavramının hem izni hem de icazeti kapsadığı, oysa eşin kefalet sözleşmesine icazet vermesinin mümkün olmadığı gerekçesiyle; rıza değil, izin teriminin kullanılmasının daha yerinde olacağını belirtmiştir. Kırca, İ., s. 435.

Yasa koyucunun, eşin rızasının verilme zamanını en geç sözleşmenin kurulma anıyla sınırlamasının muhtemel amacı (gerekçede böyle bir bilgi bulunmama ile birlikte), kefalet sözleşmesini kuran eşin (kefilin), eşine yapacağı baskıyla rıza vermeye ilişkin serbest iradesini etkilemesinin önüne geçmektir. Ancak yasa koyucunun kapattığı icazet yolunun, uygulamada dolanılmasının mümkün olduğu açıktır.

Kefalet sözleşmesinin kurulma anı, genel olarak kefilin sözleşmeyi imzaladığı an olarak kabul edilse de eşin rızasının verilme anı açısından biraz daha geniş yorumlanmasında yarar vardır. Örneğin kefilin kefalet senedini imzalamasından sonra, arada bir zaman boşluğu olmadan eşinin de imzalaması halinde, rıza zamanında verilmiş kabul olunmalıdır.¹³⁰

C. Kişisel Güvence Veren Sözleşmeler

TBK'nun "Uygulama Alanı" kenar başlıklı 603. maddesinde, "Kefalet şekline, kefil olma ehliyetine ve eşin rızasına ilişkin hükümler, gerçek kişilerce, kişisel güvence verilmesine ilişkin olarak başka ad altında yapılan diğer sözleşmelere de uygulanır." düzenlemesine yer verilmiştir.¹³¹ 818 sayılı BK'da karşılığı bulunmayan bu hüküm, kefalet sözleşmesiyle ilgili bazı maddelerinden faydalanılan İsviçre Borçlar Kanunu'ndan da alınmamıştır. Yasa koyucu madde gerekçesinde kefalet sözleşmesine ilişkin hükümlerin uygulama alanının genişletilmesinin amaçlandığını belirterek, şöyle devam etmiştir:

"Madde kefil koruyucu hükümlerden kurtulmak amacıyla, başka adlar altında yaptıkları sözleşmelere de kefalet hükümlerinin uygulanacağını belirtmektedir. Böylece, mesela kefalet sözleşmesi yerine, üçüncü kişinin fiilini üstlenme sözleşmesi yapılmasında olduğu gibi, alacaklıların kefil koruyucu hükümlerden kurtulmalarının ve bunları dolanmalarının önlenmesi amaçlanmıştır."

¹³⁰ Kırca, İ., s. 447; Çevik, S. Ö., s. 127. Özen'e göre eşin rızasının şarta bağlı olarak verilebilmesi mümkündür. Bu noktada önemli olan rızanın en geç sözleşmenin yapıldığı anda verilmiş olmasıdır. Rızanın bağlandığı şartın sözleşmenin yapılmasından sonra gerçekleşmesi, rızanın ve dolayısıyla sözleşmenin geçerliliğini etkilemez. Ayrıntılı bilgi ve örnek için bkz. Özen, F., s. 179.

¹³¹ Kırca'ya göre Türk Hukuku'nda eşin rızasına ilişkin hükmün önemi, 603. madde nedeniyle, İsviçre Hukuku'na kıyasen bir kat daha artmıştır. Kırca, İ., s. 437.

TBK'nun 603. maddesinden açıkça anlaşılacağı üzere, eşin rızasına (aynı zamanda kefalet sözleşmesinin şekline ve kefil olma ehliyetine) ilişkin hükümler, sadece gerçek kişilerce yapılacak, kişisel güvence verilmesine ilişkin sözleşmeler için geçerli olacaktır. Başka bir söyleyişle, gerçek kişilerce verilmiş olsalar da aynı teminat sözleşmeleri (taşınır, taşınmaz ya da alacak rehni) veya tüzel kişilerce verilen kişisel teminat sözleşmeleri, bu kapsamda değerlendirilmezler.

Doktrinde pek çok yazar¹³², kefalet sözleşmesine ilişkin normların dolanılmasını engellediği; feri nitelikte bir sözleşmenin tarafı olmak için aranan koşulların, bağımsız bir kişisel teminat sözleşmesi için öncelikle aranması gerekliliği gibi gerekçelerle anılan hüküm için olumlu görüş bildirmişlerdir. Burcuoğlu¹³³, İsviçre Borçlar Kanunu'nda karşılığı olmayan bu hükmün bir devrim niteliği taşıdığını ve TBK'nun en önemli hükümlerinden biri olduğunu belirtmektedir.

Ancak bu maddenin Türk Borçlar Hukuku'na hakim, temel ilke olan şekil serbestisini zedelediği, genel ve soyut bir istisnai hüküm oluşturduğu, yarattığı belirsizlik ortamı nedeniyle yasa yapma tekniğine de uygun olmadığı göz ardı edilmemelidir. Özellikle eşin rızasına ilişkin (veya kefalet ehliyetine ya da şekil kurallarına) hükme aykırılığın sonuçları düşünüldüğünde, uygulamada yaşanacak belirsizliklerin, pek çok borcun güvencesiz kalmasıyla sonuçlanacağı öngörülemez değildir. Yasal istisnalar açısından en güvenli ve hukuki belirlilik ilkesine uygun yol olan sayma yönteminin burada benimsenmesi, yerinde bir çözüm olurdu.

TBK'nun 603. maddesi uyarınca, öncelikle kefilin yanında yer alacak şekilde borca katılma, sözleşmeye katılma ve sözleşmenin devri olasılıklarında, eşin rızasının aranıp aranmadığının üzerinde durulmalıdır. Genel anlamda borca katılma işleminin, TBK'nun 603. maddesi kapsamına girip girmediği konusunda, doktrinde görüş birliği

¹³² "Çok yerinde bir düzenleme olarak gördüğüm bu hükmün (TBK m. 603), değiştirilmeksizin yasalaşmasının çok yararlı olacağı kanısındayım." Altop, A.: "Türk Borçlar Kanunu Tasarısı'nda Genel İşlem Koşulları ve Kefalet Sözleşmesi", İsviçre Medeni Kanunu ve Borçlar Kanunu'nun Alınışının 80. Yılı, İstanbul 2007, s. 160; Barlas, N.: Kefalet, s. 64; Özen, F., s. 48; Yavuz, N., s. 864; Baş, E., s. 139.

¹³³ Burcuoğlu, H.: "Türk Borçlar Kanunu Tasarısında Yeni Kefalet Düzenlemesi ile İlgili Bazı Gözlemler", Türk İsviçre Hukuk Günleri, Banka ve Tüketici Hukuku Sorunları Sempozyumu, İstanbul 2010, s. 291.

yoktur. Baskın görüş¹³⁴, teminat amaçlı borca katılmalar açısından eşin rızasının aranması gerektiğini ifade ederken; kurumun ana işlevinin teminat sağlamak olmadığı ve şekle tabi olmayan bir asıl borca katılmak için şekil kuralı öngörülmesinin de doğru olmadığı gerekçeleriyle, eşin rızasının aranmasının gerekmediğini belirtenler de vardır.¹³⁵

Borca katılma işleminde, taraflarca açıkça amaçlanmasa da alacaklı lehine kişisel bir güvencenin sağlanması, her halde ortaya çıkan bir sonuçtur. Zira alacaklı bu işlem sonrasında katılanın da kişisel malvarlığına başvurma hakkına sahip olmaktadır. Özellikle borca kefilin yanında katılmanın söz konusu olduğu tüm hallerde, katılanın eşinin rızası alınmalıdır. Benzer bir durum, kefilin borcunu üstlenen kişi açısından da gündeme gelir. Geçerli bir üstlenme işlemi, borcu üstlenenin eşinin rızası alınarak kurulmalıdır.

TBK'nun getirdiği yeni düzenlemeler olan sözleşmenin devri ve sözleşmeye katılma, sırasıyla TBK'nun 205 ve 206. maddelerinde düzenlenmişlerdir. Sözleşmeyi kefilin yerine devralan veya sözleşmeye kefilin yanında katılan kişilerin eşlerinin rızası, bu devir veya katılma sözleşmeleri açısından kurucu unsur olarak değerlendirilmelidir. Zira yukarıda sayılan tüm haller, kefalet sözleşmesine ilişkin kuralların dolanılması amacıyla kullanılacak sonuçlara sebep olacak niteliktedir.

Ayrıca üçüncü kişinin fiilini üstlenme, garanti sözleşmesi, kredi emri ve avalin¹³⁶ de TBK'nun 603. maddesi kapsamında değerlendirilmesi gerektiği yönünde görüşler bulunmaktadır.¹³⁷ Tüm bu sözleşmelerin geçerli olarak kurulabilmeleri için, kişisel güvence veren tarafın eşinin rızasının alınmış olması zorunludur. TBK'nun 603. maddesinde kullanılan "eşin rızasına ilişkin hükümler" ifadesinden, eşin rızasının bu sözleşmelerin sadece kurulma aşamasında değil; kişisel güvence veren kişi aleyhine ağırlaştırıldığı durumlarda da aranması gerektiği anlaşılmalıdır.

¹³⁴ Kırca, İ., s. 437; Özen, F., s. 49; Öz, T., s. 132; Baş, E., s. 140.

¹³⁵ Yavuz, N., s. 865; Develioğlu, M.: "İsviçre Federal Mahkemesinin 23 Eylül 2003 Tarihli Kararı Işığında Kefalet Sözleşmesi - Borca Katılma Ayrımı", Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.1, İstanbul 2004, s. 320.

¹³⁶ Demirkapı, E.: "Gerçek Kişilerin Aval Verme Ehliyeti", Bilgi Toplumunda Hukuk, Ünal Tekinalp'e Armağan, C. I, İstanbul 2003, s. 753 vd.

¹³⁷ Yukarıdakilere ek olarak himaye beyanının da bu kapsamda değerlendirilmesi gerektiği konusunda bkz. Kırca, İ., s. 437-438; Yukarıdakilere ek olarak teminat amacıyla baştan müteselsil borç üstlenmenin de bu kapsamda değerlendirilmesi gerektiği konusunda bkz. Özen, F., s. 49; Avali hariç tutarak yukarıdakilere katılan Baş, E., s. 140.

Bununla birlikte Yargıtay¹³⁸, yakın tarihli bir kararında, “*Takibe konu çekin incelenmesinde; Türk Ticaret Kanunu hükümlerine göre düzenlenmiş olup, kambiyo vasfını taşıdığı, borçluların aval veren olduğu* görülmektedir. 6102 Sayılı TTK’nun 702 (6762 Sayılı TTK’nun 614). maddesi hükmüne göre, *avalist kimin için taahhüt altına girmiş ise tıpkı onun gibi sorumludur. Kıymetli evraklar 6012 sayılı Türk Ticaret Kanunu’nun 3. maddesine göre ticari iş sayıldıklarından, Türk Ticaret Kanunu hükümleri karşısında genel hüküm sayılan Borçlar Kanunu’nun 584. maddesinin somut olayda uygulama yeri yoktur.*” gerekçesiyle, aval verenin eşinin rızasını işlem için bir geçerlilik şartı olarak görmediğini açıklamıştır. Yargıtay’ın TTK ile TBK arasında kurmuş olduğu genel hüküm-özel hüküm ayırımına katılmak çok mümkün olmasa da, avalde avalistin eşinin rızasının aranmasını gerektirecek TBK hükmünün 584. değil; 603. madde olduğu şüphe götürmez açıklıktadır.

III. NÜFUS PLANLAMASI HAKKINDA KANUN’DA EŞİN RIZASININ ARANDIĞI HALLER

Buraya kadar yapılan açıklamalar, hukuki işlemin geçerliliğinin eşin rızasına bağlanmasıyla ilgili hükümler barındıran iki temel Kanun’a (TMK ve TBK) ilişkindir. Çalışmanın bu bölümünde, anılan iki temel Kanun’dan daha uzun uygulama süresi bulmuş başka bir yasal düzenlemede, eşin rızasına ilişkin hükümlerin incelenmesi yapılacaktır. 2827 sayılı Nüfus Planlaması Hakkında Kanun’da sterilizasyon ve gebeliğin sona erdirilmesi için eşin rızasının gerekli olduğu düzenlenmiştir.

NPHK’un “*Gebeliğin Sona Erdirilmesinde İzin*” kenar başlıklı 6/1. maddesinin ikinci cümlesinde, “*4. maddenin ikinci ve 5. maddenin birinci fıkralarında belirtilen ve rızaları alınacak kişiler evli iseler, sterilizasyon veya rahim tahliyesi için eşin de rızası gerekir.*” düzenlemesi yapılmıştır. Kanun’un 6/1. maddesi gereğince, evli olmaları halinde eşlerinin de işleme rıza göstermesi gereken kişiler, Kanun’un 4/2. maddesi gereğince sterilizasyon ve 5/1. maddesi gereğince gebeliğin sona erdirilmesi yönündeki tıbbi müdahaleleri yaptran kişilerdir.

Eşin rızasının arandığı iki tıbbi müdahalenin sterilizasyon ve gebeliğin sona erdirilmesi olduğu belirlendikten sonra, kısaca bu iki

¹³⁸ Yargıtay 12. HD., 2013/16400 E., 2013/25100 K., 04.07.2013 T.

kavramın üzerinde durulmasında da yarar görülmektedir. NPHK'un "Sterilizasyon ve Kastrasyon" kenar başlıklı 4. maddesinin ilk fıkrasında sterilizasyon, "Bir erkek veya kadının çocuk yapma kabiliyetinin cinsi ihtiyaçları tatmine mani olmadan izalesi için yapılan müdahale demektir." ifadesiyle tanımlanmıştır. Eşin rızasıyla ilgili olan 6. maddenin yollama yaptığı, 4. maddenin ikinci fıkrasında ise "Sterilizasyon ameliyatı, tıbbi sakınca olmadığı takdirde reşit kişinin isteği üzerine yapılır." ifadesi yer almaktadır.

Kanun'un "Gebeliğin Sona Erdirilmesi" kenar başlıklı 5. maddesinin ilk fıkrasında "Gebeliğin onuncu haftası doluncaya kadar annenin sağlığı açısından tıbbi sakınca olmadığı takdirde istek üzerine rahim tahliye edilir." ifadesiyle iradi yasal kürtaj süresi düzenlenmiştir. Yasa koyucu Kanun'un 5/1. maddesinde, "istek üzerine" ifadesiyle belirsiz bıraktığı, rıza sahibinin kimliğini, 6. maddenin başlangıcında "5. maddede belirtilen müdahale, gebe kadının iznine... bağlıdır." ifadesiyle netleştirmiştir.

Yukarıda açıklanan maddelerden ortaya çıkan sonuç, sterilizasyon işlemini yaptıran evli kadın ya da erkeğin ve gebeliği sona erdirmek isteyen evli kadının eşinin rızasına ihtiyaç duymakta olduğudur. Bu noktada yasa koyucu evli kadının rahim tahliyesi için açıkça kocanın rızasından söz etmemiş olmakla birlikte, rahmi tahliye edilecek olan kişi karı olduğuna göre, rızası aranacak olan kişi de kocadır.

NPHK'un 6. maddesinde eşin rızasının şekline ilişkin bir belirleme olmamakla birlikte, Kanun'un 5. maddesinin son fıkrasına dayanılarak çıkartılan, "Rahim Tahliyesi ve Sterilizasyon Hizmetlerinin Yürütülmesi ve Denetlenmesine İlişkin Tüzük"ün "İzin Belgesinin Alınma Yöntemi" kenar başlıklı 15. maddesinde bu konuya şu şekilde açıklık getirilmiştir: "İzin belgeleri, 13. maddede sözü edilenlere, rahim tahliyesi ve sterilizasyon için başvurduklarında imzalatılır. Eşin, ya da vasinin gelmemesi halinde, bunların sterilizasyon ya da rahim tahliyesine izin verdiklerine ilişkin yazılı ve imzalı belge yeterli sayılır. Belgeyi getiren, imzanın sahibine ait olduğunun hukuki sorumluluğunu kabul ettiğine ilişkin bir belgeyi de imzalamak zorundadır."

Tüzükte yer alan düzenlemeden anlaşılması gereken, sterilizasyon veya rahim tahliyesine ilişkin tıbbi müdahaleyi yaptıracak kişinin de eşinin de rızasının yazılı olarak arandığıdır. Kanun'da bu rızanın alınmaması halinde, yaptırımının ne olduğu konusunda da bir düzenleme bulunmamaktadır. Aslında 2008 yılındaki kanun değişikliğine kadar

olan düzenlemede, eşin rızasının alınmadığı durumlarda, düzenlemeye aykırı hareket edenlerin, fiillerinin daha ağır bir cezayı gerektirmesi koşuluyla ağır para cezasına çarptırılacakları yer almaktaydı. Bununla birlikte 2008 yılında yapılan değişiklikle bu madde kaldırılmış ve yerine başka bir yaptırım düzenlenmemiştir.

Kanun'da eşin rızasını almadan bu tıbbi müdahaleleri gerçekleştiren kişi için cezai bir yaptırım öngörülmemiş olmamakla birlikte, kendisinin rızası alınmadan eşine bu müdahalelerde bulunulan kişi (eşinin gebeliğine son verilen ya da eşi sterilizasyon işlemine tabi tutulan), uğradığı manevi zararın giderimini tıbbi müdahaleyi gerçekleştirenden talep edebilecektir. Benzer şekilde kendi rızasını almaksızın bu işlemleri yaptıran eşinden de uğradığı zararın giderimini talep etmesinin önünde bir engel bulunmamaktadır. Hatta eşlerden birinin diğerinin rızasını almaksızın bu işlemlerden birini yaptırması, genel boşanma sebebi çerçevesinde değerlendirilebilir.

Ancak bu söylenenlerin hiçbiri NPHK'un 6. maddesinde düzenlenen eşin rızasının arandığı halleri haklı gösterecek nitelikte değildir. Öncelikle 24.05.1983 tarihinde kabul edilen bu Kanun, 743 sayılı yürürlükten kalkan Medeni Kanun döneminin izlerini taşımaktadır. Yukarıda çeşitli vesilelerle değinildiği üzere, 4721 sayılı TMK'nu ise kadın-erkek eşitliği gözetilmek suretiyle kaleme alınmıştır. Bu açıdan bakıldığında NPHK'un kabulünden sonra, yasa koyucu cinsiyet eşitliği konusunda ciddi anlamda yaklaşım değiştirmiştir.

Ayrıca NPHK'un 6. maddesinde yer alan eşin rızasıyla ilgili düzenleme, başta Anayasa olmak üzere, pek çok normla çelişir niteliktedir. Anayasa'nın 17/2. maddesinde "*Tıbbi zorunluluklar ve kanunda yazılı haller dışında, kişinin vücut bütünlüğüne dokunulamaz, rızası olmadan bilimsel ve tıbbi deneylere tabi tutulamaz.*" düzenlemesi yer almaktadır. Türkiye Cumhuriyeti'nin usulüne uygun şekilde kabul ettiği Biyoloji ve Tıbbın Uygulanması Bakımından İnsan Hakları ve İnsan Haysiyetinin Korunması Sözleşmesi'nin 5/1. maddesinde "*Sağlık alanında herhangi bir müdahale, ilgili kişinin bu müdahaleye özgürce ve bilgilendirilmiş bir şekilde muvafakat etmesinden sonra yapılabilir.*" kuralı bulunmaktadır.

Ayrıca Hasta Hakları Yönetmeliği'nin 22. maddesinde, "*Kanunda gösterilen istisnalar hariç olmak üzere, kimse, rızası almaksızın ve verdiği ri-*

zaya uygun olmayan bir şekilde tıbbi ameliyeye tabi tutulamaz.” ve 24. maddesinde, “Tıbbi müdahalelerde hastanın rızası gerekir.” düzenlemelerine yer verilmiştir. Görüldüğü gibi ne Anayasa’da, ne kabul edilmiş uluslararası anlaşmalarda ne de ikincil düzenlemelerde, bir kişiye yönelmiş tıbbi müdahale için başka bir kişinin (küçük ve kısıtlıların durumu hariç olmak üzere) izninin arandığı durumlar vardır.

Benzer bir hüküm Organ ve Doku Alınması, Saklanması ve Nakli Hakkında Kanun’un 7/d maddesinde düzenlenmiştir. Bu maddede yer verilen, *“Vericinin evli olması halinde birlikte yaşadığı eşinin, vericinin organ ve doku verme kararından haberi olup olmadığını araştırıp öğrenmek ve öğrendiğini bir tutanakla tespit etmek”* ifadesiyle organ ve doku alacak hekime bilgi verme ve araştırma yükümlülüğü getirilmiştir. Ancak maddede organ ve doku verecek olan kişinin iradesi, eşinin rızasına tabi tutulmamakta, sadece haberinin olması sağlanmaktadır. Durumdan haberdar olan ve eşinin organ ve doku vermesini istemeyen kişinin, eşini ikna ederek organ ve doku verme kararından vazgeçirme dışında bir şansı bulunmamaktadır.

Ayrıca hükümde, *“birlikte yaşadığı eşinin”* ifadesinin kullanılmış olması da dikkat çekicidir. Yani eşin haberi olup olmadığının araştırılması, sadece birlikte yaşayan eşler için bir zorunluluktur. Eşler hakkında ayrılık kararı verilmesi, boşanma veya ayrılık davası açılması veya yasal olarak ayrı yaşama haklarının doğması gibi nedenlerle eşler ayrı yaşıyorlarsa bu zorunluluk da ortadan kalkacaktır.

Halbuki NPHK’da çağdaş hukuk anlayışının aksine ve eşin rızasının arandığı hallerin bazılarında yer verilen (kefalet sözleşmesi) ayrı yaşama istisnasını da içermeyecek şekilde bir düzenleme tercih olunmuştur. Haklı bir neden olmaksızın rıza vermekten kaçınan veya ulaşılamayan eşle ilgili bir düzenleme de getirilmemiş olması, normun daha da katı hale gelmesine neden olmaktadır. Bu gerekçelerle NPHK’da yer alan düzenleme, en kısa zamanda değiştirilmesi gereken eşin rızasına ilişkin düzenleme olarak ortaya çıkmaktadır.

SONUÇ

Üç ana bölümden oluşan bu çalışmanın temel amacı, Türk Hukuku’nda eşin rızasının arandığı hallerin ortaya konulması ve değerlendirilmesidir. Bu amaçla iki temel Kanun’da (TMK ve TBK) eşin

rızasının arandığı haller çalışmanın ilk iki bölümünü oluşturmuş ve ardından NPHK'da eşin rızasının arandığı durumların incelemesine geçilmiştir. Konuya kronolojik açıdan yaklaşılabilecek olursa, TBK'da düzenlenen eşin rızasının arandığı haller, en yakın tarihli düzenlemelerdir.

NPHK'da düzenlenen ve gebeliğin sona erdirilmesi için aranan kocanın rızası dışında, eşin rızasının arandığı her yerde kadın-erkek eşitliği gözetilmiştir. Yasa koyucu eşler arasında cinsiyet ayrımı yapmaksızın, birinin iradesini diğerinin denetimine sunmuştur. Eşin rızasının bir hukuki işlem (TMK ve TBK'daki düzenlemeler) için arandığı hallerin neredeyse tamamında (TMK'nun 229. maddesi hariç), bu rıza işlemi için bir geçerlilik unsuru olarak düzenlenmiştir.

Rızanın aranma anına ilişkin genel bir kuraldan söz edilebilmesi mümkün değildir. Eşin rızasının verilme anına ilişkin özel bir vurgu olmayan normlar açısından (TBK'nun 584. maddesinin aksine), rızanın hem izin hem de icazet olarak verilebileceği kabul olunmaktadır. Zira yasa koyucu eşin rızasını bazı yerlerde sadece izni kapsayacak şekilde dar, bazı yerlerde ise hem izni hem de icazeti kapsayacak şekilde geniş anlamda kullanmıştır. Kefalet sözleşmesi için aranan eşin rızasında dar anlamda kullanım, TMK'da eşin rızasının arandığı hallerde ise geniş anlamda kullanım örnekleri oluşmaktadır.

Benzer şekilde eşin rızasının verilme şekline ilişkin ortak bir kuraldan da söz edilebilmesi mümkün değildir. Yasa koyucu TBK'nun 584. maddesinde eşin rızasının sadece zaman açısından değil, şekil açısından da sınırını -yazılılık kriteriyle- çizdiği halde; taşınmaz mülkiyetini doğrudan ilgilendiren bazı düzenlemeler de bile (TMK'nun 194. veya 199. maddelerinde olduğu gibi) rızanın verilme şekline ilişkin bir açıklık getirmemiştir.

Yasa koyucunun eşin rızasını aradığı her halin yerinde olduğunu söylemek nasıl mümkün değilse, bunun tersinin de doğru olmadığı açıktır. Önemli olan evli kişilerin her türlü işlemi yapmaya ehil olduklarının kural, eşin rızasının arandığı hallerin ise istisna olduğu gerçeğidir. Bu ön kabul, eşin rızasının arandığı hallerin kıyas yoluyla genişletilemeyeceğinin de garantisidir. Demek ki eşin rızasının bir hukuki işlemin geçerlilik unsuru yapıldığı tüm haller yasal istisnalardır.

KAYNAKLAR

- Acar, F.: Aile Konutu Mal Rejimleri, B. 3, Ankara 2012.
- Acar, H.: *"Türk Medeni Kanunu M. 194 Kapsamında Aile Konutu Üzerinde İyiniyetli Üçüncü Kişilerin Hak Kazanımı"*, Kazancı Hukuk Dergisi, S. 47-48, İstanbul 2008.
- Akartepe, A.: *"Evlilik Birliğinde Eşlerden Birinin Bazı Malvarlığı Değerleri Üzerindeki Tasarruf Yetkisinin Sınırlandırılması"*, EÜHFD, C. XIII, S.1-2, Erzincan 2009.
- Akipek, J. G.-Akıntürk, T. : Eşya Hukuku, İstanbul 2009.
- Aksoylu, N.: *"Borçlar Kanunu Tasarısındaki Kefalet Sözleşmesine İlişkin Önemli Değişiklikler"*, Bankacılar Dergisi, S. 72, İstanbul 2010.
- Altop, A.: *"Türk Borçlar Kanunu Tasarısı'nda Genel İşlem Koşulları ve Kefalet Sözleşmesi"*, İsviçre Medeni Kanunu ve Borçlar Kanunu'nun Alınışının 80. Yılı, İstanbul 2007.
- Ayan, S.: Evlilik Birliğinin Korunması, Ankara 2004.
- Aydoğdu, M.: Evlat Edinme, B. 2, Ankara 2010.
- Bağcı, Ö.: *"Aile Konutu Üzerinde Tasarruf"*, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. IV, S. 2, İstanbul 2007.
- Barlas, N.: *"Kefalet Hukukuna İlişkin Bazı Sorunlar ve Yargıtay Uygulaması"*, Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu XXI, Ankara 2006 (Anılış: Kefalet).
- Barlas, N.: *"Yeni Türk Medeni Kanunu Hükmüleri Çerçevesinde Eşler Arası Hukuki İşlem Özgürlüğü ve Sınırları"*, Prof. Dr. Necip Kocayusufpaşaoğlu İçin Armağan, Ankara 2004 (Anılış: Hukuki İşlem).
- Baş, E.: *"6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'nda Kefalet Sözleşmesinin Geçerlilik Şartlarına İlişkin Bazı Yenilikler"*, İÜHFMD, C. LXX, S. 1, İstanbul 2012.
- Baygın, C.: *"Evlad Edinmenin Koşulları"*, AÜEHFD, C. VII, S. 3-4, Erzincan 2003.
- Bulut, H.: Aile Konutu ve Aile Mahkemeleri Yargılama Yöntemi, İstanbul 2007.
- Burcuoğlu, H.: *"Türk Borçlar Kanunu Tasarısında Yeni Kefalet Düzenlemesi ile İlgili Bazı Gözlemler"*, Türk İsviçre Hukuk Günleri, Banka ve Tüketici Hukuku Sorunları Sempozyumu, İstanbul 2010
- Çevik, S. Ö.: *"6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Uyarınca Kefalet Sözleşmelerinde Eşin Yazılı Rızası"*, Kazancı Hukuk Dergisi, S. 89-90, İstanbul 1013.
- Demirkapı, E.: *"Gerçek Kişilerin Aval Verme Ehliyeti"*, Bilgi Toplumunda Hukuk, Ünal Tekinalp'e Armağan, C. I, İstanbul 2003.
- Develioğlu, M.: *"İsviçre Federal Mahkemesinin 23 Eylül 2003 Tarihli Kararı Işığında Kefalet Sözleşmesi – Borca Katılma Ayrımı"*, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.1, İstanbul 2004.
- Doğan, M.: Tapu Sicilinde Tasarruf Yetkisi Kısıtlamasının Şerhi, Ankara 2004.
- Dural, M - Ögüz, T - Gümüş, A.: Türk Özel Hukuku Aile Hukuku, C. III, İstanbul 2005.
- Eren, F.: Mülkiyet Hukuku, Ankara 2011.
- Ertuş, Ş.: Eşya Hukuku, B. 8, Ankara 2008.
- Gençcan, Ö. U.: Boşanma Hukuku, Ankara 2006.
- Gümüş, A. M.: 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'na Göre Kira Sözleşmesi, İstanbul 2012 (Anılış: Kira).

- Gümüş, M. A.: Borçlar Hukuku Özel Hükümler, C. 2, İstanbul 2012 (Anılış: Borçlar).
- Gümüş, M. A.: Evliliğin Genel Hükümleri ve Mal Rejimleri, İstanbul 2008 (Anılış: Evliliğin Genel Hükümleri).
- Gümüş, M. A.: Türk Medeni Kanunu'nun Getirdiği Yeni Şerhler, B. 2, İstanbul 2007 (Anılış: Yeni Şerhler).
- Hatemi, H.: Aile Hukuku, C. I, İstanbul 2005.
- Havutçu, A.: Evlilik Birliğinin Temsili, Ankara 2006.
- Kılıçoğlu, A.: Türk Medeni Kanunu'nda Diğer Eşin Rızasına Bağlı Hukuksal İşlemler ve Yasal Alım Hakkı, Ankara 2002.
- Kırca, İ.: "*Türk Borçlar Kanunu Tasarısı- Kefalet Eşin İzni*", Prof. Dr. Tuğrul Ansay'a Armağan, Ankara 2006.
- Koç, N.: "*İsviçre Borçlar Kanunu'nun Kefalet Sözleşmesine İlişkin Hükümleri*", Prof. Dr. Mahmut Tevfik Birsel'e Armağan, İzmir 2001.
- Oğuzman, K.- Seliçi, Ö.: Eşya Hukuku, İstanbul 2002
- Öktem, S.: "*Aile Birliğinde Eşlerin Tasarruf Yetkisinin Kısıtlanması*", TBB Dergisi, S. 67, Ankara 2006.
- Öz, T.: Yeni Borçlar Kanunu'nun Getirdiği Başlıca Değişiklikler ve Yenilikler, B. 2, İstanbul 2012.
- Özen, F.: Kefalet Sözleşmesi, İstanbul 2012.
- Öztan, B.: Aile Hukuku, B. 5, Ankara 2004.
- Şahinci, A.: "*Eşlerin Tasarruf Yetkisinin Sınırlandırılması*", AÜHFD, S. 2, Ankara 2010.
- Şıpka, Ş.: Aile Konutu ile İlgili İşlemlerde Diğer Eşin Rızası, B. 2, İstanbul 2004.
- Yavuz, C.: Borçlar Hukuku Dersleri (Özel Hükümler), İstanbul 2011.
- Yavuz, N.: 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun Getirdiği Değişiklikler ve Yenilikler, Ankara 2011.
- Yılmaz, M.: "*Türk Borçlar Kanunu'na Göre Kefalet Sözleşmesinin Geçerlilik Şartları*", Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, S. 7, Ankara 2011.