

6098 SAYILI TÜRK BORÇLAR KANUNU'NA GÖRE KEFALET SÖZLEŞMESİNDE EŞİN RIZASI

CONSENT OF THE SPOUSE IN THE CONTRACT
OF BAILMENT IN ACCORDANCE WITH
TURKISH CODE OF OBLIGATIONS NO 6098

Fikriye Ceren SADIOĞLU*

Özet: Borçlar Hukukuna hâkim olan ilkelerden biri sözleşme özgürlüğü ilkesidir. Sözleşme özgürlüğü ilkesi kişilerin, sözleşmelerin kurulmasında ve koşullarının belirlenmesinde özgür iradeleriyle karar verebilme serbestisini ifade eder. Ancak bu özgürlük, mutlak ve sınırsız değildir. Bu özgürlüğün sözleşmeden veya kanundan doğan sınırları vardır. 4721 sayılı Türk Medenî Kanunu'nun 193. maddesine göre kanunda aksine hüküm bulunmadıkça eşlerden her biri, diğeri ve üçüncü kişilerle her türlü hukukî işlemi yapabilir. Bu ilkeye göre eşler, herhangi bir kişinin ya da makamın onayını almaksızın her türlü hukukî işlemi yapabilirler. Fakat eşlerin sözleşme özgürlüğüne, ailenin korunması amacıyla, kanunlarla bazı sınırlamalar getirilmiştir. Türk Medenî Kanunu'nda kabul edilen kadın erkek eşitliği ilkesi gereği bu sınırlamalar, hem kadın hem de erkek eş için geçerlidir. Bahsettiğimiz bu sınırlamalardan biri, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 584. maddesinde düzenlenmiştir. Hükme göre eşlerden birinin kefalet sözleşmesi yapabilmesi, diğer eşin rızasına bağlanmıştır. Aynı maddede diğer eşin rızasının aranmayacağı istisnaî durumlara da yer verilmiştir. Bu çalışmada kefalet sözleşmesinde eşin rızası şartının hukukî niteliği tartışılarak, bu şartın aranmadığı durumlar incelenmiştir. Ayrıca maddede değinilmemiş olsa da uygulamada karşımıza çıkabilecek olan bazı hususlarda nasıl bir yol izlenmesi gerektiği konusunda çözüm önerilerinin sunulması amaçlanmıştır. İlgili düzenlemenin madde gerekçeleri araştırılmış, konu ile ilgili Türk Hukukundaki çalışmalardan, Yargıtay kararlarından ve kaynak İsviçre Borçlar Kanunu'nun 494. maddesine ilişkin doktrindeki açıklamalardan yararlanılmıştır. Düzenlemenin yeterli olmadığı noktalara ilişkin olarak çözüm önerileri sunulurken normun koruma amacına dikkat edilmiş, temelde ailenin ve özellikle kadının korunması amacının yattığı gerçeği göz önünde tutulmuştur. Söz konusu düzenleme, uygulamada karşılaşılan problemlere uygulanması gerektiğinde bazı noktalarda eksik kalmakta, yoruma muhtaç bulunmaktadır. Ayrıca bu hükümle her ne kadar ailenin korunması amaçlansa da bu amaca ne kadar hizmet ettiği tartışmalıdır.

* Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medenî Hukuk Anabilim Dalı Araştırma Görevlisi, cerenpalaz@gazi.edu.tr

Anahtar Kelimeler: Kefalet Sözleşmesi, Kefalet Ehliyeti, Eşin Rızası

Abstract: One of the main principles of the Code of Obligations is the freedom of contract. The principle of freedom of contract means freedom of the individuals to take decisions at their own discretion in establishing contracts and defining their terms and conditions. However, this freedom is not absolute and unlimited. This freedom has its own limitations arising from the contract or code. In accordance with Article 193 of Turkish Civil Code no 4721, each of the spouse is entitled to engage in all legal transactions with each other and with third parties unless otherwise stipulated by law. In line with this principle, spouses are entitled to carry out all kinds of legal transactions without any approval of any other persons or authorities. However, some restrictions were imposed by laws on the freedom of contract of the spouses in order to protect the families. These restrictions are valid both for men and women based on the gender equality adopted by Turkish Civil Code. One of these restrictions were regulated in Article 584 of Turkish Code of Obligations no 6098. Pursuant to one of the articles of this law, spousal consent is sought to sign a contract of bailment. Some exceptional cases in which spousal consent is not sought are also stipulated under the same article. In this study, legal characteristics of the spousal consent principle in contract of bailment is discussed and the cases in which such principle is not sought are examined. The study also aims to present some recommendations on the methods to follow in case of some issues that may emerge in practice although not mentioned in the article. Justifications of the related articles in the Code were studied using the related studies in the Turkish law, decisions of the Supreme Court and explanations in the doctrine concerning Article 494 of the Swiss Code of Obligations. Protective purpose of the norm were observed while suggesting recommendations on whether the Code is sufficient or not, and the fact that this article basically aimed to protect the family and the women in particular were kept in mind. This legislation may not be sufficient at some points while applying to some problems that may emerge in practice and may need further interpretation. In addition, although this article aims to protect the families, it is questionable how much it serves for this purpose.

Keywords: Contract of Bailment, Mischievous Discretion, Consent of the Spouse

I. GİRİŞ

Toplum olarak kültürümüzün en önemli özelliklerinden biri 'hayır' diyememek. Özellikle bir arkadaş, akraba veya ahabamızın yardım istediğine 'hayır' demeyi beceremiyoruz. Hâl böyle olunca bir tanıdığımızın borcuna kefil olmamıza ilişkin ricasını geri çevirmek en çok zorlandığımız konular arasında. Günlük hayatta kişiler, kefalet sözleşmesine ilişkin olarak irade beyanında bulunurken bu beyanın

sonuçlarını ve sorumluluğunun ağırlığını tam olarak düşünemiyorlar.¹ Kefalet sözleşmesi genellikle bir dostluk veya arkadaşlık tezahürü olarak, ivazsız bir şekilde akdedilen yardım amaçlı bir sözleşme olarak karşımıza çıkıyor.² Başlangıçta sadece kağıt üstünde kalacak gibi görünen bu yardım, ne yazık ki yardımsever kişinin hem kendisinin hem de ailesinin ekonomik yıkımına yol açabiliyor.³ Yani kefalet büyük bir sorumluluk ve özellikle evli kişilerin kefil olmayı kabul etmeden önce çok iyi düşünmeleri gereken bir mesele.⁴

4721 sayılı Türk Medenî Kanunu'ndan önce yürürlükte olan 743 sayılı Türk Kanunu Medenî'si'nin 169. maddesine göre evlilik birliğinde kadının kocası menfaatine üçüncü kişilere karşı geçerli bir şekilde borçlanabilmesi için sulh mahkemesi hâkiminin onayı gerekmektedir. Yani kadının, kocasının alacaklısı ile kocası lehine yaptığı kefalet sözleşmesi, sulh mahkemesi hâkimi tarafından onaylanmadıkça geçerli değildi.⁵ 4721 sayılı Türk Medenî Kanunu'nda ise bu hükme yer veril-

¹ Hasan Ayrancı, "Şekil Şartına Uyulmadan Yapılan Kefalet Sözleşmesinde İfanın Sonuçları", *AÜHF Dergisi*, Ankara 2004, C. 53, S. 2, s. 98. Kefilin sorumluluğu hemen doğmaması ve sorumluluğun doğmasının, asıl borçlunun borcunu ifa etmemesi şartının gerçekleşmesine bağlı olması gibi sebepler kefilin düşünmeden hareket etmesine yol açmaktadır. Ayrancı, s. 98-99.

² Asıl borçlunun kefile bazı menfaatler sağması, kefalet sözleşmesinin ivazsız olma niteliğini ortadan kaldırmaz. Bu tür bir menfaat, kefil ile asıl borçlu arasındaki ilişkiye ilişkin bir unsurdur. Seza Reisoğlu, "Kefalet Kavramı ve Muteberlik Şartları", *AÜHF Dergisi*, Ankara 1962, C. 19, S. 1, (Kefalet Kavramı), s. 333; Fahrettin Aral/Hasan Ayrancı, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*, (Genişletilmiş 9. Baskı), Yetkin Yayınları, Ankara 2012, s. 421. Ayrancı, s. 424.İdir. Aval veren, aval verdiği kişi ve ona karşı sorumlu olanlar aleyhine bağımsız bir rücu hakkı kazanır. Aral/Ayrancı, s. 424.İdir. Aval veren, aval verdiği kişi ve ona karşı sorumlu olanlar aleyhine bağımsız bir rücu hakkı kazanır. Aral/

³ Bu sebeple kefalet sözleşmesinin kurulması kanun tarafından sıkı şartlara tabi tutulmuştur. Reisoğlu (Kefalet Kavramı), s. 350. Kefalet sözleşmesindeki sıkı şekil şartlarının asıl amacı hukukî güvenliği sağlamak değil; kefilin korumaktır. Ayrancı s. 98. Yine kefilin koruma amaçlı olarak kefalet sözleşmesinde asıl borcun belirli veya belirlenebilir olması şartı söz konusudur. Hasan Ayrancı, "Kefalet Sözleşmesinde Asıl Borcun Belirli Olması İlkesi ve Cari Hesaba Kefalet", *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Ankara 2005, C. 9, S. 1-2, (Cari Hesaba Kefalet), s. 3.

⁴ Kefilin sorumluluğunun kapsamı hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Necip Bilge, "Kefilin Mesuliyetinin Şümütlü", *AÜHF Dergisi*, Ankara 1956, C. 13, S. 1, s. 89 vd.; Mehmet Deniz Yener, "Kefilin Sorumluluğunun Kapsamı ve 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu ile Yapılan Değişiklikler", *Finansal Araştırmalar ve Çalışmalar Dergisi*, İstanbul 2012, C. 3, S. 7; s. 105 vd.

⁵ Kocası ile birlikte yaşamayan veya mahkeme kararı ile ayrılığın karar verilen kadının imzalayacağı kefalet sözleşmesinin geçerliliğinin de sulh mahkemesi hâkiminin onayına bağlı tutulmaktaydı. Reisoğlu (Kefalet Kavramı), s. 351.

memiş, eşler arasında işlem eşitliği ilkesi kabul edilmiştir.⁶ Böylece eşler, tek başlarına ve herhangi bir onaya gerek duymaksızın kefalet sözleşmesi yapabilmeye başlamışlardır. Eşlerin kefalet sözleşmesi yapma bakımından özgür oldukları bu dönem 01.07.2012 tarihinde 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun yürürlüğe girmesi ile sona ermiştir.⁷

6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu ile kefalet kurumuna esaslı değişiklikler getirilmiş; evli kişilerin kefalet ehliyetinde sınırlamaya gidilmiştir.⁸ Söz konusu düzenleme ile evli bir kişinin kefil olabilmesi, diğer eşin yazılı rızasına bağlanmıştır.⁹ 743 sayılı Türk Kanunu Medenî'sinde benimsenen hâkim onayı mekanizması ile etki altında kalmaya müsait olan eşin (kadının) bireysel olarak korunması amaçlanırken; 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nda karı ya da kocayı birbirlerinin yararına olarak imzaladıkları kefalet sözleşmelerinden değil; evlilik birliğinin, eşlerin imzalayacağı bütün kefalet sözleşmelerinden korunması amaçlanmıştır.¹⁰

⁶ Nami Barlas, "Yeni Türk Medenî Kanunu Hükümleri Çerçevesinde Eşler Arası Hukukî İşlem Özgürlüğü Ve Sınırları", Prof. Dr. Necip Kocayusufpaşaoğlu İçin Armağan, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2004, s. 117.

⁷ Emel Badur, "Eşin Rızası", *TBB Dergisi*, Ankara 2013, S. 109, s. 276. Anayasa'nın 41. maddesi ile devlet, ailenin huzur ve refahı ile özellikle ananın ve çocukların korunması için gerekli tedbirleri almakla görevlendirilmiştir. İşte 6098 sayılı TBK'nın 584. maddesi ile getirilen bu düzenleme ile tıpkı TMK m. 194'e göre aile konutu üzerine ipotek konulması veya bir aynı hak ile sınırlandırılması konusunda diğer eşin rızasının aranmasında olduğu gibi, ailenin huzur ve refahının korunması amaçlanmıştır. Sefer Oğuz, "6098 sayılı TBK m. 584/I'in Bankacılık Uygulamasında Yarattığı Sorunlar ve Özellikle Evli Gerçek Kişilerin Aval Vermesinde Eş Rızasının Bulunmasının Gerekliliği Üzerine Düşünceler", *Bankacılar Dergisi*, İstanbul 2013, S. 86, s. 69; Eugen Bucher, *Obligationenrecht Besonderer Teil*, (3., erweiterte Auflage), Schulthess Polygraphischer Verlag, Zürich 1988, s. 293.

⁸ Mustafa Alper Gümüş, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler Cilt II*, (3.Bası), Vedat Kitapçılık, İstanbul 2014, s. 342. İsviçre Federal Mahkemesine göre (BGE 110 II 484ff. (486f.), E. 2a) bu düzenleme evli kişilerin fiil ehliyetine ve işlem ehliyetine getirilen bir sınırlama niteliğindedir. Jörg Schmid/Hubert Stöckli/Frederic Krauskopf, *Schweizerisches Obligationenrecht Besonderer Teil*, (2. Auflage), Schulthess, Zürich 2016, s. 359. Söz konusu ehliyet sınırlama sadece kefalet ehliyetine ilişkin bir sınırlamadır. Yoksa evli kişilerin sınırlı ehliyetli oldukları anlamına gelmemelidir. Ayrıca önceki Medenî Kanun'un 169. maddesinin 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nda karşılığının bulunmaması bunu desteklemektedir. Ece Baş, "6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nda Kefalet Sözleşmesinin Geçerlilik Şartlarına İlişkin Bazı Yenilikler", *İÜHF*, İstanbul 2012, C. LXX, S. 2, s. 117-118; aynı yönde Burak Özen, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu Çerçevesinde Kefalet Sözleşmesi, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2012, s. 174.

⁹ 818 sayılı Borçlar Kanunu'nda yer verilmeyen bu yeni maddenin (TBK m. 584) düzenlenmesinde mehz İsviçre Borçlar Kanunu'nun 494. maddesi göz önünde tutulmuştur.

¹⁰ Özen, s. 174; Badur, s. 276. Söz konusu düzenleme, Türk Medenî Kanunu'ndaki

6098 sayılı TBK. m. 584/I hükmüne göre: “Eşlerden biri mahkemece verilmiş bir ayrılık kararı olmadıkça veya yasal olarak ayrı yaşama hakkı doğmadıkça, ancak diğerinin yazılı rızasıyla kefil olabilir; bu rızanın sözleşmenin kurulmasından önce ya da en geç kurulması anında verilmiş olması şarttır”. TBK m. 584/II’de ise “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.” şeklinde tersine bir ifade ile kefalet sözleşmesinin kurulmasından sonra sözleşmede yapılacak bazı değişiklikler bakımından da diğer eşin rızasının gerekliliğine işaret edilmiştir.

Buna göre kefalet sözleşmesinde eşin rızası gerekliliğini, kefalet sözleşmesinin kurulması bakımından ve kefalet sözleşmesinde sonradan yapılan bazı değişiklikler bakımından olmak üzere iki aşamada incelemek mümkündür.

II. KEFALET SÖZLEŞMESİNİN GEÇERLİ BİR ŞEKİLDE KURULMASI BAKIMINDAN EŞİN RIZASI

Kefalet sözleşmesinin geçerli bir şekilde kurulması bakımından eşin rızası gerekliliğine ilişkin özellikleri şu şekilde tespit etmek mümkündür:

A. Kefalet Sözleşmesine İlişkin Özellikler

1. Kefil Olacak Eş Bakımından

Kefil olmak isteyen kişi evli olmalıdır.¹¹ Buna göre Türk Medenî Kanunu’na göre geçerli bir evliliğin mevcudiyeti aranır. Eşler arasındaki mal rejiminin türü önemli değildir.¹² Kefil olacak eşin erkek veya kadın olmasının önemi yoktur. Kanunda cinsiyet ayrımı gözetilmeksizin her iki eşin kefil olabilmesi için diğer eşin rızasına ihtiyacı olduğu

eşler arasındaki hukukî işlem rejiminin ruhuna uygun olması ve uygulamadaki bir ihtiyaca cevap vermesi bakımından isabetlidir. İsmail Kırca, “Türk Borçlar Kanunu Tasarısı-Kefalet Eşin İzni”, Prof. Dr. Tuğrul Ansay’a Armağan, Turhan Kitabevi, Ankara 2006, s. 436.

¹¹ Özen, s. 175.

¹² Bucher, s. 293; Kırca, s. 439; Badur, s. 278; Özen, s. 175; Gümüş, s. 342; Nihat Yavuz, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu Şerhi Cilt 2, Ankara 2013, s. 3001.

kabul edilmiştir.¹³ Ayrıca kefil olacak eşin kefalet sözleşmesini kendi ad ve hesabına kurmuş olması gerekir. Doğrudan temsilci veya tüzel kişinin organı sıfatıyla kurduğu kefalet sözleşmelerinde eşin rızası aranmaz.¹⁴ Çünkü bu halde işlemin sonuçları temsil olunan kişi veya tüzel kişi üzerinde doğar.¹⁵

2. Kefaletin Türü Bakımından

Kefaletin türü bakımından bir ayırım yapılmamıştır. Kefaletin bütün türleri açısından geçerliliği diğer eşin rızasına bağlanmıştır.¹⁶ Ancak eşin rıza beyanının hangi tür kefaletle ilişkin olduğu anlaşılamiyorsa, normun koruma amacına uygun olarak bunu adi kefalet olarak anlamak gerekir.¹⁷ Ticaret hayatında müteselsil kefaletin sıklıkla kullanılan kefalet türü olması sebebiyle eşinin ticari bir borca kefil olduğundan haberdar olan diğer eşin, rıza beyanında belirtmese de müteselsil kefalet için rıza vermiş olacağı savunulmaktadır.¹⁸ Ancak rızası gereken eşin (genellikle kadının)¹⁹ eşinin ticari bir borca mı yoksa adi bir borca mı kefil olduğu konusunda bilgi sahibi olması hayatın olağan akışına uygun değildir. Kanaatimize göre rızanın müteselsil kefaletle ilişkin olduğunun rıza beyanında açıkça belirtilmesi gerekliliği, eğer açıkça belirtilmemişse kefalet sözleşmesinin geçersiz sayılması, hükümle amaçlanan sonuca ulaşmayı sağlar.²⁰

¹³ Necati Aksoylu, "Borçlar Kanunu Tasarısı'ndaki Kefalet Sözleşmelerine İlişkin Önemli Değişiklikler", *Bankacılar Dergisi*, İstanbul 2010, S. 72, s. 98. Söz konusu düzenlemede her iki eşin de rızasının aranmasının kabul edilmesiyle eşler arasında hukuki ve iktisadi eşitlik temin edilmiştir. Göktürk, s. 336-337. Ancak ülkemizin sosyal ve kültürel yapısı dikkate alındığında bu düzenlemenin daha çok kocanın düşüncesizce kefil olmasının önüne geçilmesi için yapıldığı söylenebilir. Kırca, s. 438 dn.15; Yavuz, N., s. 3001.

¹⁴ Gümüş, s. 343; Özen, s. 175; Kırca, s. 439; Aksoylu, s. 98. Hüseyin Murat Develioğlu, Kefalet Sözleşmesini Düzenleyen Hükümler Işığında Bağımsız Garanti Sözleşmeleri, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2009, s. 179 dn. 686. Evli bir kişinin dolaylı temsilci olarak kefalet sözleşmesi kurduğu hallerde eşin rızası aranacaktır. Gümüş, s. 343 dn. 1824.

¹⁵ Kırca, s. 439; Badur, s. 278.

¹⁶ Kırca, s. 439.

¹⁷ Baş, s. 124.

¹⁸ Kırca, s. 446; Özen, s. 183, Yavuz, N., s. 3008-3009.

¹⁹ Reisoğlu'na göre TBK m. 584 hükmü ile evlilik birliği içinde daha çok kadını korumak amaçlanmıştır. Seza Reisoğlu, Türk Kefalet Hukuku, Cem Web Ofset San. Tic. Ltd. Şti., Ankara 2013, s. 89.

²⁰ Aynı yönde Baş, s. 124-125. Aksi yöndeki bir görüşe göre eşin beyanından rızasının hangi kefalet türüne yönelik olduğu anlaşılamiyorsa, eşin iradesinin yorum-

3. Kefalet Sözleşmesinin Kurulma Zamanı Bakımından

TBK m. 584/I uyarınca evlilik birliği devam ederken kurulan kefalet sözleşmeleri için diğer eşin rızası aranır. Kişi kefalet sözleşmesini bekârken kurmuş, daha sonra evlenmişse bu durumda diğer eşin rızası aranmayacağı gibi evliyken diğer eşin rızası alınmadan kurulan kefalet sözleşmesi de boşanmayla geçerli hale gelmeyecektir.²¹

Evlilik birliği devam ederken kurulan kefalet sözleşmelerinde diğer eşin rızası aranması kuralının iki istisnası TBK m. 584/I'de belirtilmiştir. Buna göre kefalet sözleşmesi TMK m. 170 vd. gereğince mahkeme tarafından eşler arasında ayrılık kararı verilen dönemde yapılmışsa veya TMK m. 197 gereğince yasal olarak eşlerin ayrı yaşama hakkının doğmuş olduğu bir dönemde yapılmışsa diğer eşin rızası aranmayacaktır.²²

Türk Medenî Kanunu'nun boşanmanın yanında kabul etmiş olduğu ayrılık kurumu, tamamen çözülme aşamasına gelmiş olan evlilik birliğinin, eşlerin barışma ihtimali olduğu düşünülerek, belli bir süre daha ayakta tutulması ve bu sayede evlilik birliğinin devamının sağlanması amacına yöneliktir.²³ Ayrılık, eşlerin barışmalarının ve ortak hayatlarının yeniden kurulması ihtimalinin bulunduğu durumlarda, evlilik ilişkisi devam etmek üzere belli bir süre ayrı yaşamalarını öngören bir kurumdur.²⁴ Ayrılık, eşlerin birbirlerinden devamlı olarak

lanması gerekecektir. Bu durumda eşlerin bulunduğu yer veya işin niteliği gereği müteselsil kefalet daha yaygın ise, eşin rızasının müteselsil kefaletle yönelik olduğu şeklinde yorumlanmalıdır. Badur, s. 291; Özen, s. 183; Yavuz, N., s. 3008-3009; Cevdet Yavuz, Borçlar Hukuku Dersleri Özel Hükümler, (6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'na Göre Güncellenmiş ve Yenilenmiş 14. Baskı), Beta Yayınevi, İstanbul 2016, s. 788.

²¹ Özen, s. 181; Reisoğlu, s. 92; Yavuz, s. 788.

²² Eşlerin yasal olarak ayrı yaşama hakkına ilişkin bir düzenleme mehz İsviçre Borçlar Kanunu'nda yer almamaktadır. Oğuz'a göre kanun koyucunun İsviçre Borçlar Kanunu'ndan daha geniş bir düzenleme öngörmesinin sebebi ülkemizin özel sosyal koşullarıdır. Oğuz, s. 69.

Doktrindeki bir görüşe göre istisnalar sadece bu iki durumla sınırlı olmamalı; eşler arasında TMK m. 242 vd. maddelerince mal ayrılığı veya paylaşmalı mal ayrılığı rejimi kabul edilmişse veya TMK m. 206 uyarınca olağanüstü mal rejimine karar verilmişse artık diğer eşin rızası aranmamalıdır. Aksoylu, s. 98.

²³ Ahmet M. Kılıçoğlu, Aile Hukuku, (Genişletilmiş 2. Bası), Turhan Kitabevi, Ankara 2016, s. 153. Ayrılık kurumunun gereksizliği yönünde bkz. Hüseyin Hatemi/Burcu Kalkan Oğuztürk, Aile Hukuku, (4. Bası), Vedat Kitapçılık, İstanbul 2014, s. 125.

²⁴ Bilge Öztan, Aile Hukuku, (6. Bası), Turhan Kitabevi, Ankara 2015, s. 710.

ayrılmayı isteyip istemediklerini tespit etmeye, hırs ve öfkelerinin geçerek sakinleşmelerine ve böylece evlik birliğini devam ettirmelerine yardımcı olur.²⁵ Sebepleri bakımından boşanma ve ayrılık birbirinden farksız olup; Türk Medenî Kanunu'ndaki boşanma sebeplerinin tamamı ayrılık için de geçerlidir.²⁶ Ayrılık kararı eşlerden birinin talebi üzerine (TMK m. 167) veya boşanma istemiyle açılmış bir davada ayrılık talebi olmasa da hâkimin ortak hayatın yeniden kurulması ihtimalini tespit etmesi üzerine verilebilir (TMK m. 170/III).

Kefalet sözleşmesinde eşin rızasının aranmaması bakımından ayrılık kararının verilmiş olması yeterlidir. Ayrılık kararının eşlerden birinin talebi üzerine verilmesiyle veya boşanma talebiyle açılmış bir davada hâkim tarafından karar verilmesiyle arasında bir fark yoktur.

Kefalet sözleşmesinde eşin rızasının aranmayacağına ilişkin ikinci istisna ise -mehaz kanunda bulunmamakla birlikte Türk Borçlar Kanunu'nda düzenlenmiş olan- kefalet sözleşmesinin eşlerin ayrı yaşama hakkının doğduğu dönemde yapılmış olmasıdır. Türk Medenî Kanunu'nda birlikte yaşamaya ara verilmesi kurumu evlilik birliğini koruyucu bir önlem olarak düzenlenmiştir.²⁷ Birlikte yaşamaya ara verilmesi döneminde eşlerin yaptıklarından pişmanlık duyacakları, birlikte yaşamalarını engelleyen nedenlerin ortadan kalkacağı düşünülür.²⁸ TMK m. 197/I'e göre eşlerden biri ortak hayat sebebiyle kişiliği, ekonomik güvenliği veya ailenin huzuru ciddi biçimde tehlikeye düştüğü sürece ayrı yaşama hakkına sahiptir. Eşlerden birinin ortak hayat sebebiyle kişiliğinin ciddi biçimde tehlikeye düşmesi eşin beden ve ruh sağlığının, şeref ve haysiyetinin, özel yaşamının ve özgürlük-

²⁵ Öztan, s. 709.

²⁶ Bazı boşanma davalarında ayrılık istenemez ve ayrılığa hükmedilemez. Anlaşmalı boşanma durumunda (TMK m.166/III), boşanma davasının reddinden sonra ortak hayat 3 yıl borunca kurulamamışsa (TMK m. 166/IV), ayrılığa hükmedilip de ayrılık süresi sonunda bir araya gelinememiş ise (TMK m. 177/II) ayrılık istenemez ve ayrılığa hükmedilemez. Hatemi/Kalkan Oğuztürk, s. 126; Mustafa Dural/Tufan Ögüz/Alper Gümüş, Türk Özel Hukuku Cilt III Aile Hukuku, Filiz Kitabevi, İstanbul 2005, s. 132. Bu sonuca TMK m. 166/III'teki "....boşanmaya hükmolunur" ve TMK m. 166/IV'te yer alan "...boşanmaya karar verilir" ifadelerinden ulaşılabılır. Abdülkerim Yıldırım, Aile Hukuku, Savaş Yayınevi, Ankara 2014, s. 83.

²⁷ Evlilik birliğinin korunması hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Fikriye Ceren Palaz, Evlilik Birliğinin Korunması, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2011.

²⁸ Öztan, s. 350.

lerinin tehlikeye girmesi hallerini kapsar.²⁹ Burada somut bir zararın oluşmuş olması gerekmez; eşin kişiliğinin ciddi bir tehlikeyle karşı karşıya kalmış olması yeterlidir.³⁰ Eşlerden birinin diğer eş tarafından kamuoyu önünde küçük düşürülmesi, kendisi ile ilgili birtakım haksız ve yersiz itham ve iddiaların ortaya atılması hallerinde eşin kişiliğinin tehlikeye düştüğü kabul edilebilir.³¹ Eşlerden birinin ekonomik güvenliğinin tehlikeye girmesi bir eşin diğer eşin mesleğinde gelişmesini veya ilerlemesini engellemesi şeklinde olabileceği gibi,³² malvarlığına zarar verilmesi veya zarar tehlikesinin söz konusu olması, malvarlıklarını değerlendirmesinin önlenmesi,³³ eşlerden birinin kendisi için mümkün ve beklenebilir olmasına rağmen elde edebileceği geliri elde etmekten kaçınması veya ailenin ihtiyaçlarını karşılayacak geliri düşüncesiz bir şekilde harcaması şeklinde de olabilir.³⁴ Ailenin huzurunun ciddi biçimde tehlikeye düşmesi çeşitli sebeplerden kaynaklanabileceğinden bu davranışları önceden tespit etmek mümkün değildir.³⁵ Ailenin huzurunun ciddi biçimde tehlikeye düşmesi, eşinin ve varsa çocukların huzurunu, mutluluğunu, ruh sağlığını, manevi değerlerini tehlikeye düşürecek olayların meydana gelmesidir.³⁶ Örneğin eşlerden birinin alkolik olması veya çocuklara yönelik şiddet kullanması çocukların fiziki ve ruhi gelişimini engelliyorsa ailenin huzurunun ciddi biçimde tehlikeye düştüğü kabul edilebilir.³⁷

TMK m. 197/II'ye göre birlikte yaşamaya ara verilmesi haklı bir sebebe dayanıyorsa hâkim, eşlerden birinin istemi üzerine, birinin diğerine yapacağı parasal katkıya, konut ve ev eşyasından yararlanmaya ve eşlerin mallarının yönetimine ilişkin önlemleri alır. Birlikte yaşamaya ara vermek için hâkim kararına ihtiyaç olup olmadığı konusunda

²⁹ Selahattin Sulhi Tekinay, *Türk Aile Hukuku*, Filiz Kitabevi, İstanbul 1990, s. 342; Kılıçoğlu, s. 267.

³⁰ Kudret Güven, "4320 Sayılı Ailenin Korunmasına Dair Kanun'un Getirdiği Hukukî Tedbirler", Prof. Dr. İhsan Tarakçıoğlu'na Armağan *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Ankara 1998, C. 2, S. 1-2, s. 6.

³¹ Turgut Akıntürk/Derya Ateş Karaman, *Türk Medenî Hukuku*, Aile Hukuku (6098 Sayılı Yeni Borçlar Kanunu ve Yeni Yasal Düzenlemelere Uyarlanmış) İkinci Cilt, İstanbul 2012, s. 137.

³² Akıntürk/Karaman, s. 138; Yıldırım, s. 67.

³³ Kılıçoğlu, s. 267.

³⁴ Öztan, s. 354.

³⁵ Akıntürk/Karaman, s. 138.

³⁶ Kılıçoğlu, s. 267.

³⁷ Öztan, s. 354.

doktrinde görüş ayrılıkları vardır. Bir görüşe göre ayrı yaşama hakkı sadece şartların gerçekleşmesine değil; hâkimin iznine bağlıdır.³⁸ Bizim de katıldığımız diğer görüşe göre ise kanunda sayılan şartlar gerçekleşmişse, hâkim kararına gerek olmadan eşler ayrı yaşama hakkına sahiptir.³⁹ Fakat tek başına birlikte yaşamaya ara verme hakkına sahip olma, evlilik birliğinin korunması açısından yeterli olmayacaktır. Ortak konuttan kimin ayrılacağı, hangi eşyaların götürüleceği, çocukların kimin yanında kalacağı, nafakanın miktarı gibi sorunların çözülmesi için hâkime başvurarak ayrı yaşamının haklılığını tespit ettirmek eşin menfaatine olacaktır.⁴⁰

Türk Borçlar Kanunu'nun kefalette eşin rızasının aranması kuralına, hâkim tarafından ayrılık kararı verilmiş olan dönem bakımından istisna getirmesi, kanaatimizce hem kefalette eşin rızası gerekliliğine hem de ayrılık kurumuna ilişkin düzenlemenin konuluş amacına uymamaktadır. Çünkü her iki düzenlemenin de amacı evlilik birliğini korumaktır. Hâkimin ayrılık kararı verebilmesi, ortak hayatın yeniden kurulabilmesi ihtimalini tespit etmesi üzerine mümkün olduğundan ayrılık halinde bile evlilik birliğinin devamı için hala bir umut var demektir. Evlilik birliğinin devamının umut edildiği bir dönemde, yine evlilik birliğini ekonomik olarak korumayı amaçlayan kefalette eşin rızası gerekliliği kuralını uygulamamak çelişkili bir tutumdur.

Eşlerin yasal olarak ayrı yaşama haklarının olduğu dönemde kefalette eşin rızası gerekliliğine getirilen istisna da kanaatimizce madde-

³⁸ Güven, s. 5; Tekinay, s. 341 dn. 11' de anılan yazarlar.

³⁹ Öztan, s. 355; Kılıçoğlu, s. 267; Akıntürk/Karaman, s. 137; Tekinay, s. 341; Hıfzı Veldet Velidedeoğlu, Türk Medenî Hukuku Aile Hukuku, İstanbul 1965, s. 125; Haluk Tandoğan, Aile Hukuku Ders Notları, Ajans-Türk, Ankara 1965, s. 133; Bülent Köprülü/Selim Kaneti, Aile Hukuku, (Gözden Geçirilmiş 2. Bası), Filiz Kitabevi, İstanbul 1989, s. 126.

⁴⁰ Öztan, s. 355; Tekinay, s. 341; Akıntürk/Karaman, s. 137; Reisoğlu, s. 90; Dural/Öğüz/Gümüş, s. 255. Yargıtay da 24.09.2007 tarihli kararının gerekçesinde 'Türk Medenî Kanunu'nun 197. maddesi birlikte yaşamaya ara verilmesinin sonuçlarını düzenlemiştir. Mahkemenin görevi davacının ayrı yaşamakta haklılığını tespit edip, davalının davacıya yapacağı katkı bedelini belirlemekten ibaret olduğu halde anılan maddeye dayanılarak tarafların ayrı yaşamasına izin verilmesi usul ve yasaya aykırı olup bozmayı gerektirmiştir.' diyerek eşlerin birlikte yaşamaya ara vermeleri için hâkim kararına ihtiyaç olmadığı, hâkim kararının eşlerin ayrı yaşamaktaki haklılığını tespitten ibaret olduğu görüşünü desteklemektedir. Yargıtay 2. HD. 24.09.2007 tarih ve 2006-17324 esas, 2007-12577 sayılı kararı. <https://emsal.yargitay.gov.tr/BilgiBankasiIstemciWeb/yeniTasarim/index.jsp> (Erişim tarihi: 05.03.2017)

nin konuluş amacına ters düşmektedir.⁴¹ Ekonomik güvenliği tehlikeye düştüğü için ayrı yaşama hakkı verilen eşin rızasının aranmaması, bu dönemde diğer eşin imzalayacağı kefalet sözleşmelerini denetleme hakkından mahrum bırakılması demektir. Bu istisna, henüz sona ermemiş olan evlilik birliğinin ekonomik olarak daha da kötüleşmesine hizmet eder.

Ayrıca bu istisna çeşitli belirsizlikleri de beraberinde getirmektedir. Öncelikle eşlerin, ortak hayat sebebiyle kişiliği, ekonomik güvenliği veya ailenin huzuru ciddi biçimde tehlikeye düşmemişse yasal olarak ayrı yaşama hakları yoktur. Eşler ayrı yaşama hakları olmamasına rağmen, fiilen ayrı yaşasalar da kefalet sözleşmesinin geçerliliğinin diğer eşin rızasına bağlı olacağı konusunda şüphe yoktur. Fakat eşlerden birine, ortak hayat sebebiyle kişiliği, ekonomik güvenliği veya ailenin huzuru ciddi biçimde tehlikeye düştüğü sürece ayrı yaşama hakkı veren ve bunun için hâkim kararına ihtiyaç duymayan görüşe itibar edildiğinde, bu dönemde yapılan kefalet sözleşmelerinde eşin rızasının gerekip gerekmeyeceği konusu belirsiz olacaktır. Çünkü ayrı yaşamaya hakkı olduğunu iddia eden eşin, eşinin rızası olmaksızın kefalet sözleşmesi yapabilme ehliyetinin bulunduğunu ispat etmesi zordur. Bu sebeple kanaatimize göre bu istisnai düzenlemenin “eşlerin yasal olarak ayrı yaşama hakkının doğduğu hâkim tarafından tespit edilmedikçe, ancak diğerinin yazılı rızasıyla kefil olabilir” şeklinde olması daha doğru olurdu.⁴²

Boşanma veya ayrılık davası açıldıktan sonra dava devam ederken de eşlerin ayrı yaşama haklarının olduğu kabul edildiğinden⁴³ bu dönemde yapılan kefalet sözleşmeleri için diğer eşin rızası aranmayacaktır. Boşanma veya ayrılık davası açıldığının ispatı mümkün olduğundan bu dönemde eşin kefalet ehliyetinin tam olduğundan şüphe duyulmaz.

⁴¹ Aynı yönde Öztan, s. 357; Badur, s. 279-280.

⁴² Kırca'ya göre eşlerin hâkim kararı olmaksızın fiilen ayrı yaşamaları durumunda -hakkı sebeplerin olup olmadığına bakılmaksızın-kefil olabilmesi için diğer eşin rızası aranacaktır. Kırca, s. 439.

⁴³ Öztan, s. 749; Yavuz, s. 784; Oğuz, s. 69. Boşanma davasının açılmasıyla eşlerin ayrı yaşama haklarının doğduğu yönünde Yargıtay Hukuk Genel Kurulu Kararı için bkz. HGK, 05.03.2008, 2-231/235. Reisoğlu, s. 90.

B. Eşin Rızasına İlişkin Özellikler

1. Rızanın Hukuki Niteliği

Eşin rızasına ilişkin düzenleme kamu düzenine ilişkin olmamakla birlikte emredici mahiyettedir.⁴⁴ Bu düzenlemenin eşler tarafından aksi kararlaştırılmayacağı gibi feragat etmeleri de mümkün değildir.⁴⁵ Eşin rızası bir geçerlilik şartıdır ve yokluğu halinde kefalet sözleşmesi kendiliğinden kesin olarak hükümsüz olur.⁴⁶ Rızanın yokluğu hâkim tarafından re'sen nazara alınır. Kefalet sözleşmesinin geçersizliğinin sonradan kendiliğinden (boşanma ile) veya tarafların anlaşması ile giderilmesi mümkün değildir.⁴⁷

2. Rızanın Şekli

Rızanın verilmesi adi yazılı şekilde olmalıdır.⁴⁸ İzin beyanının eş tarafından imzalanması gerekli ve yeterlidir, noter tasdiki aranmaz.⁴⁹ Öngörülen şekil, geçerlilik şekli olmakla birlikte kefalet senedinin üzerinde yer alması zorunlu değildir. Rızanın ayrı bir senette yer alması mümkündür.⁵⁰ Ancak bu senetten kefalet sözleşmesinin içeriğinin anlaşılması gerekir.⁵¹ Ayrıca rıza verilen kefalet müteselsil kefalet ise, rıza

⁴⁴ Gümüş, s. 341.

⁴⁵ Kırca, s. 438; Gümüş, s. 347; Aksoylu, s. 98.

⁴⁶ Reisoğlu, s. 92; Yavuz, s. 788; Badur, s. 292; Kırca, s. 448; Gümüş, s. 348. Kefalet alacaklısının kefalet sözleşmesi kurulurken iyiniyetli olmasının bir önemi yoktur. Diğer eşin geçerli bir şekilde rızası alınmadan yapılan kefalet sözleşmesi batıl olur. (BGE 130 V 103ff. (109), E. 3.2.) Schmid/Stöckli/Krauskopf, s. 359. Eşin rızasının eksik olması durumunda ayrıca iptal beyanına gerek kalmaksızın kefalet sözleşmesi geçersiz olur. Özen, s. 181. Eşin rızasının bulunmaması durumunda TBK m. 587/III'e göre diğer birlikte kefillerin de borçtan kurtulması söz konusu olur. Reisoğlu, s. 92.

⁴⁷ Gümüş, s. 348.

⁴⁸ Gümüş, s. 343.

⁴⁹ Kırca, s. 443. Aynı yönde Aksoylu, s. 99; Rıza beyanının el yazısı ile belirtilmesi gerekli değildir, eşin imzalaması yeterlidir. Reisoğlu, s. 90. Bizim de katıldığımız görüşe göre, söz konusu imzanın elektronik imza olarak verilmesinin önünde bir engel yoktur. TBK m. 15/I ve Elektronik İmza Kanunu m. 5/f. 1 hükümlerine göre, güvenli elektronik imza da el yazısıyla atılmış imzanın bütün hukukî sonuçlarını doğurur. Elektronik İmza Kanunu m. 5/f. 2'de teminat sözleşmelerinin e-imza ile yapılamayacağı öngörülmüş olsa da, rızası gereken eşin teminat sözleşmesinin tarafı olmadığı ve rızasının teminat niteliği taşımadığı gerekçeleriyle, rızayı elektronik imzayla vermesinde bir sakınca yoktur. Kırca, s. 443, dn. 49; Badur, s. 289, dn. 118; Yavuz, N., s. 3006-3007.

⁵⁰ Kırca, s. 445; Yavuz, N., s. 3008; Reisoğlu, s. 92; Yavuz, s. 788.

⁵¹ Özen, s. 180; Yavuz, N., s. 3008; Reisoğlu, s. 92.

beyanında bu hususun belirtilmesinde fayda olacaktır. Aksi takdirde kefaletin adi kefalet olduğu iddiaları ile karşılaşmak mümkündür.⁵² Rıza beyanının kefalet senedinde yer aldığı durumlarda ise, kefalet sözleşmesinin içeriğinin veya türünün anlaşılmasına gerek yoktur. Sadece bir imza bile eşin kefalet rızası olduğu şeklinde yorumlanabilir.⁵³

Rızası gereken eşin ehliyetsiz olması ihtimalinde ise eğer rıza vermeyi, kişiye sıkı sıkıya bağlı bir hak olarak kabul edersek diğer eşin hiçbir şekilde kefalet sözleşmesi yapamaması gibi bir durum ortaya çıkar.⁵⁴ Türk Medenî Kanunu'nun vasinin yasak işlemlerini düzenleyen 449. maddesine göre vesayet altındaki kişi adına kefil olmak, vakıf kurmak ve önemli bağışlarda bulunmak yasak olsa da, vasinin vesayet altındaki kişi yerine eşinin kefil olması için rıza gösteremeyeceği şeklinde yorumlanması doğru olmaz.⁵⁵ Yani vasinin, kefalet sözleşmesi için aranan rızayı, vesayet altındaki eş yerine verebileceği kabul olunmalıdır.⁵⁶ Hatta rızası gereken eş, rıza gösterme işlemi iradî temsilci aracılığıyla da yapabilir. Çünkü kefalet sözleşmesi bile iradî temsilci aracılığıyla yapılabilirken, buna göre daha az önemi olan rıza gösterme işlemi de iradî temsilci aracılığıyla yapılabilir.⁵⁷

Rızası gereken eş, yanılma, aldatma veya korkutma sonucu kefalet rıza göstermişse, rızasını yasal süre içinde iptal edebilir. Bu durumda kefalet geçersiz olur.⁵⁸

3. Rızanın Veriliş Zamanı

Rızanın kefalet sözleşmesinin kurulmasından önce ya da en geç sözleşmenin kurulması sırasında alınmış olması gerekir.⁵⁹ Sözleşme kurulduktan sonra diğer eş tarafından sözleşmeye icazet verilmesi

⁵² Aksoylu, s. 99.

⁵³ Kırca, s. 445.

⁵⁴ Badur, s. 285. İsviçre Federal Mahkemesi (BGE 68 II 144), eşin rızasını münhasıran şahsa bağlı hak olarak kabul etmemiş, eşin, kefil olmak isteyen diğer eşe kendisini temsil yetkisini vermesini geçerli saymıştır. Reisoğlu, s. 91.

⁵⁵ Özen, s. 175.

⁵⁶ Aynı yönde Badur, s. 285; Reisoğlu, s. 93. Aksoylu'ya göre ise bu halde TMK m. 206/II-5 ve III. maddelerinden hareketle mahkemeye başvurmadan başka yol yoktur. Aksoylu, s. 99.

⁵⁷ Badur, s. 285-286; Gümüş, s. 347; Özen, s. 175, dn. 416.

⁵⁸ Reisoğlu, s. 93.

⁵⁹ Schmid/Stöckli/Krauskopf, s. 359.

imkânı tanınmamıştır.⁶⁰ Bir görüşe göre hükümde geçen sözleşmenin kurulma anından kasıt, kefilin kefil olma iradesini kefalet senedine yansıttığı an, yani imzaladığı andır.⁶¹ Bizim de katıldığımız görüşe göre ise eşin rıza gösterebileceği son an olarak kurulma anı, kefalet senedinin, kefilin hâkimiyet alanından çıktığı andır. Yani kefalet sözleşmesi yapıldığı sırada rızası gereken eş de orada hazır bulunuyorsa, sözleşme metnini kefilen sonra imzalaması mümkündür.⁶² Ayrıca rızanın kefalet sözleşmesinin kurulmasından sonra gerçekleşecek bir koşula bağlı olarak da verilmesi mümkündür. Bu durumda eşin rızasının kefalet sözleşmesinin yapılmasından önce veya kefalet sözleşmesi ile aynı anda verilmiş olması yeterlidir.⁶³

Rızası gereken eşin, önceden genel olarak eşinin ileride kuracağı bütün kefalet sözleşmeleri için rıza vermiş olması rıza şartının gerçekleşmesi için yeterli değildir.⁶⁴ Rızanın her somut kefalet sözleşmesi için ayrı ayrı verilmesi gerekir.⁶⁵ Hükümün konuluş amacı bunu gerektirir.

4. Rızanın İkamesi

Rızayı sağlayamayan veya haklı bir sebep olmadan kendisine rıza verilmeyen eş, hâkimin müdahalesini isteyip isteyemeyeceği konusunda görüş ayrılıkları vardır. Bir görüşe göre rızası aranan eş, makul bir sebep olmaksızın rızayı vermekten kaçınırsa veya herhangi bir sebeple rıza sağlanamazsa hâkimin müdahalesi istenebilmelidir. Bu görüşün dayanağı TMK m. 2 ve TMK m. 206/II-3'tür. Bu görüşe göre aile konutu ile ilgili olarak eşin rızasının arandığı TMK m. 194'e benzer

⁶⁰ Bu sebeple diğer eşin rızasının yokluğu durumunda sözleşmenin askıda geçersizliği değil kesin hükümsüzlüğü söz konusudur. Kırca, s. 448.

⁶¹ Develioğlu, s. 179 dn. 686.

⁶² Gümüş, s. 343; Özen, s. 179; Yavuz, s. 787.

⁶³ Örneğin eş, rızasını, başka bir kimsenin de aynı borca kefil olması durumunda hüküm ifade etmesi koşuluyla vermiş olabilir. Özen, s. 179.

⁶⁴ Yavuz, s. 787; Baş, s. 118. Yavuz, N., s. 3007; Reisoğlu, s. 92. Bir görüşe göre kefil olunacak sözleşme belirlenmiş olması koşuluyla bu sözleşme gereğince doğmuş veya doğacak olan tüm borçlar için kefil olmaya rıza gösterilmesine engel yoktur. Aksoylu, s. 98.

⁶⁵ Develioğlu, s. 179 dn. 685; Reisoğlu, s. 91; Kırca, s. 444; Baş, s. 118. Ancak rızası gereken eş, her birinin koşullarını incelemiş olmak ve somutlaştırmak şartıyla birden fazla kefalet sözleşmesini kapsayacak şekilde tek bir rıza verebilir. Özen, s. 180; Kırca, s. 444; Baş, s. 118; Yavuz, N., s. 3007; Yavuz, s. 787.

bir düzenlemeye TBK m. 584'te de yer verilmelidir.⁶⁶ Bizim de katıldığımız diğer görüşe göre ise rızası gereken eş, rıza verip vermeme- de mutlak yetkilidir. Haklı bir sebep göstermeksizin rıza vermekten kaçınması halinde diğer eşin mahkemeye başvurarak veya cebri icra yoluyla eşin rızası yerine geçecek bir karar talebinde bulunması mümkün değildir.⁶⁷ Kaldı ki bir kefalet sözleşmesinin imzalanması ailenin ekonomik varlığını tehlikeye düşüreceğinden rızası gereken eş için bu bile haklı bir sebeptir.⁶⁸

III. KURULMUŞ BİR KEFALET SÖZLEŞMESİNDE SONRADAN YAPILAN BAZI DEĞİŞİKLİKLERİN GEÇERLİLİĞİ BAKIMINDAN EŞİN RIZASI

TBK m. 584/II hükmünün zıt anlamından, kefalet sözleşmesinde sonradan yapılacak bazı değişikliklerde de diğer eşin rızasının aranacağı anlaşılmaktadır. Bu değişikliklerin ortak yönü, kefilin durumunu ağırlaştırıcı nitelikte olması ve kefil olmaya benzer riskler taşımasıdır.⁶⁹ Kefalet sözleşmesinin geçerli bir şekilde kurulması bakımından gerekli eşin rızasına ilişkin özellikler (rızanın verilmiş şekli, içeriği, zamanı vs.), kurulmuş bir kefalet sözleşmesinde sonradan yapılan bu değişiklikler bakımından da aranmaktadır.⁷⁰

TBK m. 584/II'ye göre kefalet sözleşmesinden sonradan yapılacak sınırlayıcı biçimde sayılmış şu değişikliklerde diğer eşin rızasına ihtiyaç vardır:

1) Kefilin sorumlu olacağı miktarın artmasına sebep olan değişiklikler: Kefilin sorumlu olacağı miktarı, TBK m. 583/I anlamında kefilin sorumlu olduğu azami miktar, yani kefalet limiti olarak anlamak gerekir. Kefalet limitini artıran değişiklikler kefil ile alacaklı arasında kararlaştırılır ve diğer eşin rızasına ihtiyaç vardır. Artışın az veya çok olmasının önemi yoktur.⁷¹ Kefilin sorumlu olacağı miktarı artırmakla

⁶⁶ Aksoyly, s. 99; Eşlerin aile konutuna ilişkin işlemlerine yönelik sınırlamayı içeren TMK m. 194 maddesi hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Barlas, s. 119 vd.

⁶⁷ Develioğlu, s. 181; Gümüş, s. 347; Kurca, s. 447; Özen, s. 181; Reisoğlu, s. 90.

⁶⁸ Baş, s. 126-127. Rızası gereken eşin hiçbir gerekçe göstermeksizin rıza vermekten kaçınabileceği yönünde bkz. Kurca, s. 447; Özen, s. 181.

⁶⁹ Kurca, s. 441.

⁷⁰ Kurca, s. 444, dn. 52; Yavuz, N., s. 3007.

⁷¹ Kurca, s. 441.

birlikte kefalet limitinin altında kalan değişikliklerde diğer eşin rızasına ihtiyaç yoktur.⁷²

2) Adi kefaletin müteselsil kefalete dönüşmesine sebep olan değişiklikler: Başlangıçta adi kefalet olarak kurulan sözleşmenin sonradan müteselsil kefalete dönüştürülmesi diğer eşin rızasını gerekli kılar. Başlangıçta adi birlikte kefil olan birden çok kefilin sonradan aralarında bölme def'inden vazgeçmeleri sonucu müteselsil birlikte kefil olmaları halinde de diğer eşin rızasına ihtiyaç olduğu kabul edilmelidir.⁷³

3) Kefil yararına olan güvencelerin önemli ölçüde azalmasına sebep olan değişiklikler:

Kefil yararına olan güvenceyi sadece aynı ve nakdi teminat olarak anlamamak gerekir. Kişisel nitelikteki güvenceler de bu kapsama girer.⁷⁴ Asıl borcu, kefaletle birlikte teminat altına alan bir ipotegİN tamamen veya kısmen çözülmesi, birlikte kefillerden birinin alacaklı tarafından ibra edilmesi veya birlikte kefilin kefalet borcunu üçüncü bir kişiye nakletmesi kefil yararına olan güvencelerin önemli ölçüde azaltılması olarak kabul edilebilir.⁷⁵ Ayrıca asıl borçlunun borcun nakli yoluyla değiştirilmesi de kefilin eşinin rızasını gerekli kılar.⁷⁶ Güvencedeki azalmanın önemli olup olmadığı somut olayın şartlarına göre belirlenir.⁷⁷ Güvencedeki azalmanın önemli olup olmadığını belirleyen kriter güvencenin değeri ile asıl borcun miktarı arasındaki ilişki olarak kabul edilebilir.⁷⁸ TBK m. 592/1'in kıyasen uygulanmasıyla alacaklı-

⁷² Badur, s. 281-282; Gümüş, s. 344. Kefilin sorumlu olduğu temerrüt faizi tutarını artıran, alacaklı ve asıl borçlu arasındaki ilişkide asıl borcun vadesini öne çeken ya da anapara veya temerrüt faizi oranını artıran değişiklik sözleşmeleri, kefilin sorumlu olacağı tutarın dolaylı olarak artmasına yol açsa da, diğer eşin rızasına ihtiyaç olmadan geçerli olur. Gümüş, s. 344.

⁷³ Özen, s. 178; Gümüş, s. 344; Kırca, s. 441.

⁷⁴ Özen, s. 178; Gümüş, s. 344-345; Yavuz, s. 787.

⁷⁵ Özen, s. 178; Gümüş, s. 345. Reisoğlu, s. 92. Yavuz, s. 787. Buna karşılık piyasa koşullarına bağlı olarak rehlinin değer kaybetmesi veya esas borçlu dışında borçtan sorumlu olan kişilerden bazılarının ödeme gücünü yitirmesi gibi objektif sebeplerle güvencenin azalması durumları TBK m. 584'ün kapsamına girmez.

⁷⁶ Özen, s. 178; Reisoğlu, s. 92.

⁷⁷ Özen, s. 178-179; Gümüş, s. 345; Reisoğlu, s. 92.

⁷⁸ Özen, s. 178; Gümüş, s. 345.

⁷⁸ Baş, s. 120-121.

nın, kefilin rüçhan haklarını esaslı bir şekilde azaltan işlemleri bakımından da eşin rızası gerekir.⁷⁹

Eşin rızası, kefilin değişikliğe yönelik iradesi için geçerlilik şartı niteliği taşıdığından kefalet miktarını artıran veya adi kefaleti müteselsil kefaletle dönüştüren anlaşmalar diğer eşin rızası olmadıkça batıldır.⁸⁰ Bu durumda kefalet sözleşmesi eski şartlarla geçerliliğini korur.⁸¹ Buna karşılık alacaklı, kefilin güvencesini esaslı bir şekilde azaltacak bir şekilde birlikte kefillerden birisini ibra etmişse ve kefil olan eş, bu ibraya rıza göstermemişse TBK m. 587/II uyarınca kendisi de borçtan kurtulur. Ancak kefil olan eş bu ibrayı uygun bulduğu takdirde uygun bulma iradesinin geçerli olabilmesi diğer eşin rızasına bağlı olacaktır. Rızası gereken eş, kefil olan eşin uygun bulma iradesine rıza vermezse kefilin uygun bulma iradesi ehliyet eksikliği sebebiyle geçersiz olur. Güvencelerin önemli ölçüde azalmasına ilişkin değişikliklerde ise rızası gereken eş rıza göstermediği takdirde TBK m. 592 uygulama alanı bulur. Bu durumda eğer alacaklı kefilin zararına esaslı biçimde güvenceyi azaltmışsa kefil daha hafif şartlarla (azalan güvenceye uygun düşen bir miktarda azalarak) sorumlu olur (TBK m. 592/I) ya da alacaklı ağır kusuruyla rehinleri ya da sorumlu olduğu diğer güvenceleri elden çıkarırsa kefil sorumluluktan kurtulur (TBK m. 592/IV).

IV. KEFİL OLMA KONUSUNDA ÖZEL YETKİ VERİLMESİ VE KEFİL OLMA VAADİNDE EŞİN RIZASI

TBK m. 583/II hükmü, eşin rızasının gerekip gerekmeyeceği bakımından incelenmesi gereken bir hükümdür. TBK m. 583/II'ye göre kendi adına kefil olma konusunda özel yetki verilmesi ve diğer tarafa veya üçüncü bir kişiye kefil olma vaadinde bulunulması da kefalet sözleşmesi ile aynı şekil koşullarına bağlıdır. Söz konusu hükümden kefalet için yetki verilmesinde ve kefalet vaadinde eşin rızasının geçerlilik şartı olup olmadığı anlaşılmamaktadır. Bir görüşe göre kefalet sözleşmesinde eşin rızasına ilişkin hükmün dolanılmasını önlemek için kefalet için yetki verilmesinde ve kefalet vaadinde de diğer eşin

⁷⁹ Gümüş, s. 345.

⁸⁰ Gümüş, s. 349.

⁸¹ Badur, s. 282.

rızası aranmalıdır.⁸² Diğer görüşe göre ise TBK m. 583/II'de sadece şekil kurallarından bahsedilmiştir. Eşin rızası kefalet yapma ehliyetine ilişkin olduğu için kefalet için yetki verilmesinde ve kefalet vaadinde eşin rızası aranmamalıdır.⁸³ Bizim de katıldığımız görüşe göre kefalet için yetki verilmesi ile kefalet vaadini ayrı ayrı incelemek gerekir. Kefalet için temsil yetkisi verilmesi kişiyi borç altına sokan bir işlem olmadığından temsil yetkisinin verildiği sırada değil, temsilci bu yetkiye dayanarak kefalet sözleşmesi kurduğu sırada eşin rızası aranmalıdır. Ancak kefalet vaadi ister alacaklıyla ister borçluyula yapılsın, vaat eden açısından borçlandırıcı nitelikte olduğundan geçerliliği için diğer eşin rızası aranmalıdır.⁸⁴

V. EŞİN RIZASI GEREKLİLİĞİNİN İSTİSNASI

Kanun koyucu, 11 Nisan 2013 tarihli 28615 sayılı Resmi Gazete'de yayınlanan 6455 sayılı Gümrük Kanunu ile Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un 77. maddesiyle TBK'nın 584. maddesine bir fıkra ekleyerek diğer eşin rızasını gerektiren kefalet hallerinin istisnalarını saymıştır. Söz konusu fıkraya göre "Ticaret siciline kayıtlı ticari işletmenin sahibi veya ticaret şirketinin ortak ya da yöneticisi tarafından işletme veya şirketle ilgili olarak verilecek kefaletler, mesleki faaliyetleri ile ilgili olarak esnaf ve sanatkârlar siciline kayıtlı esnaf veya sanatkârlar tarafından verilecek kefaletler, 27.12.2006 tarihli ve 5570 sayılı Kamu Sermayeli Bankalar Tarafından Yürütülen Faiz Destekli Kredi Kullanılmasına Dair Kanun kapsamında kullanılacak kredilerde verilecek kefaletler ile tarım kredi, tarım satış ve esnaf ve sanatkârlar kredi ve kefalet kooperatifleri ile kamu kurum ve kuruluşlarınca kooperatif ortaklarına kullanılacak kredilerde verilecek kefaletler için eşin rızası aranmaz."

Getirilen bu istisnanın sebebi, sayılan kişilerin ticaret hayatı konusunda yeterince tecrübeye sahip olmalarından dolayı aileyi ekonomik olarak yıkıma uğratabilecek şekilde düşüncesizce kefil olmayacaklarının kabul edilmesidir.⁸⁵ Ancak kanaatimize göre bu istisna bazı belirsizlik-

⁸² Özen, s. 176; Gümüş, s. 348; Reisoğlu, s. 91-92.

⁸³ Baş, s. 121.

⁸⁴ Aynı yönde Badur, s. 284-285; Kırca, s. 440-441; Baş, s. 121; Yavuz, N., s. 3003; Yavuz, s. 794.

⁸⁵ Kırca, s. 450.

leri beraberinde getirmiştir. Meselâ “işletme veya şirketle ilgili olarak verilecek kefaletler” in kapsamı tam belli değildir.⁸⁶ Ayrıca söz konusu istisnalarla TBK m. 584 hükmünün aileyi koruma amacı oldukça sınırlandırılmıştır.⁸⁷

VI. KEFALET SÖZLEŞMESİ DIŞINDA KİŞİSEL GÜVENCE VEREN SÖZLEŞMELER BAKIMINDAN EŞİN RIZASI

TBK m. 603 uyarınca kefaletin şekline, kefil olma ehliyetine ve eşin rızasına ilişkin hükümler, gerçek kişilerce kişisel güvence verilmesine ilişkin olarak başka ad altında yapılan diğer sözleşmelere de uygulanır. Söz konusu maddede kefalet sözleşmesi hükümlerinin uygulama alanı genişletilmiş, kefil koruyucu hükümlerden kurtulmak amacıyla başka ad altında yapılan sözleşmelere de kefalet hükümlerinin uygulanacağı belirtilmiştir.⁸⁸

Garanti sözleşmesi niteliği itibariyle kişisel güvence verilmesine ilişkin bir sözleşmedir. Gerçek bir kişinin garanti sözleşmesinde garanti veren taraf olabilmesi için diğer eşin rızası gerekir.⁸⁹ Aynı şekilde gerçek bir kişinin mevcut bir borca katılması da kişisel güvence borcu doğuran bir sözleşme olduğundan geçerliliği diğer eşin rızasına bağlıdır.⁹⁰ Ayrıca kefalet sözleşmesi yerine üçüncü kişinin fiilini üstlenme sözleşmesi yapıldığında da geçerliliği için diğer eşin rızasına ihtiyaç vardır.⁹¹ Kefalet sözleşmesinde eşin rızasına ilişkin yapılan tüm açıklama ve eleştiriler bu sözleşmeler için de aynen geçerli olacaktır.⁹²

⁸⁶ Aynı yönde Oğuz, s. 76.

⁸⁷ Fikret Eren, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, (2. Baskı), İstanbul 2015, Yetkin Yayınları, s. 772.

⁸⁸ Türker Yalçınduran, “Kefalet Sözleşmesinde Eşin Rızasına Ve Bu Rızanın Türk Borçlar Kanunu’nun 603. Maddesi Gereğince Gerçek Kişilerin Taraf Olduğu Kişisel Güvence Verilmesine İlişkin Diğer Sözleşmelerde de Bulunmasına Dair Türk Borçlar Kanunu’nda Yapılan Düzenlemenin Değerlendirilmesi”, *İÜHFİM*, İstanbul 2012, C. LXXIV, S. 1, s. 474.

⁸⁹ Eren, s. 772; Aral/Ayrancı, s. 425.

⁹⁰ Eren, s. 772; Aral/Ayrancı, s. 425. Diğer bir görüşe göre ise kanunlarda şekil ve uygulanacak hükümler bakımından açıkça düzenlenmiş olan, gerçek kişilerin asli borçlu olarak şahsi teminat sağlamak amacıyla borç altına girdikleri sözleşmelerde TBK m. 603 hükmü uygulanmaz. Reisoglu, s. 323.

⁹¹ Yalçınduran, s. 474.

⁹² Yalçınduran, s. 475.

Evli kişilerin aval vermesi halinde eş rızası gerekip gerekmeyeceği doktrinde tartışmalıdır.⁹³ Hâkim görüşe göre TBK m. 603 hükmü geniş yorumlanmalı; aval verilmesi kişisel güvence verilmesi anlamında olduğundan geçerliliği için diğer eşin rızası aranmalıdır. Böylece aval verilmesi yoluyla kefaletle ilişkin ehliyet sınırlaması hükümlerinin dolandırılmasının önüne geçilmiş olur.⁹⁴ Azınlıktaki diğer görüşe göre ise TBK m. 603 hükmü istisnai hüküm olduğundan dar yorumlanmalı, aval vermede diğer eşin rızası aranmamalıdır.⁹⁵ Eşin rızasının aranmaması gerektiğini savunan diğer bir görüşe göre ise kanunlarda şekil ve uygulanacak hükümler bakımından açıkça düzenlenmiş olan, gerçek kişilerin asli borçlu olarak şahsi teminat sağlamak amacıyla borç altına girdikleri sözleşmelerde TBK m. 603 hükmü uygulanmayacağından aval vermede diğer eşin rızası aranmamalıdır.⁹⁶ Yargıtay, yakın tarihli bir kararında⁹⁷ “Aval ile kefaleti birbirinden ayırmak gereklidir. Kefalet, fer’i nitelikte olmasına karşın, aval, bağımsız ve aslî bir nitelik taşır. Aval veren, lehine aval verilenin ileri sürebileceği ve senedin şekline ilişkin olanlardan başka geçersizlik sebeplerini, def’i veya itiraz olarak alacaklıya karşı ileri süremez. Oysa kefil, asıl borçluya ait kişisel def’ilerden yararlanabilir. Kefaletin, mutlaka asıl borç senedi üzerinde gösterilmesine lüzum olmadığı halde, aval şerhinin, mutlaka poliçe, bono, çek veya alonj üzerine yazılması gerekir. Bono üzerine “kefil” ibaresi konsa dahi bu, aval olarak nitelendirilir ve aval veren, çekin diğer borçlusu ile birlikte müteselsilen sorumlu olur (TTK.702. maddesi). TTK.nun 778/1-d. maddesi göndermesi ile çekler hakkında da uygulanan aynı Kanununun 724. maddesi hükmü gereğince, kambiyo senetlerinde mütesel-

⁹³ Aval verme ehliyeti hakkında genel bilgi için bkz. Ertan Demirkapı, “Gerçek Kişilerin Aval Verme Ehliyeti”, Bilgi Toplumunda Hukuk Ünal Tekinalp’e Armağan Cilt I, Beta Yayınevi, İstanbul 2003, s. 753 vd.

⁹⁴ Aynı yönde Yavuz, s. 801; Gümüş, s. 342, dn. 1819; Kırca’ya göre TBK m. 603 hükmünün lafzından garanti, borca katılma, himaye beyanı, kredi emri ile aval verilmesi hallerinde eşin rızası gerekliliği anlaşılmaktadır. Kırca, s. 437-438.

⁹⁵ Bucher, s. 293; Oğuz, s. 75-76. İsviçre Federal Mahkemesi’nin 03.03.1953 tarihli kararına (BGE 79 II 79) göre, aval verilmesi yoluyla kefaletle ilişkin ehliyet sınırlaması hükümlerinin dolandırılması söz konusu olamaz. Mahkemeye göre avalın geçerliliğinin diğer eşin rızasına bağlanması, Borçlar Hukukuna hâkim olan sözleşme serbestisi ilkesinin bir çeşidi olan şekil serbestisi ilkesinin ortadan kaldırılması anlamına gelir.

⁹⁶ <http://www.servat.unibe.ch/dfr/pdf/c2079079.pdf> (Erişim tarihi: 09.03.2017). Reisoğlu, s. 323.

⁹⁷ Yargıtay 12. HD., 2015/25240 E., 2016/2668 K., 28.01.2016 T. <https://emsal.yargitay.gov.tr/BilgiBankasiIstemciWeb/yeniTasarim/index.jsp> (Erişim tarihi: 09.03.2017).

sil borçluluk esası olduğundan, bu tür senetlerde imzası olan herkes, hamile karşı müteselsilen sorumludur. Bu açıklamalar doğrultusunda, Türk Ticaret Kanunu'nda özel hükümler olması nedeniyle, kambiyo senetlerinde TBK'nun 584. ve 603. maddeleri uygulanamaz." gerekçesiyle aval verenin eşinin rızasının bir geçerlilik şartı olmadığına karar vermiştir.

TTK m. 700-702'te aval düzenlenmiş olmakla birlikte söz konusu maddeler aval verme ehliyeti bakımından bir hüküm içermemektedir. Bu sebeple TTK m. 670 hükmü, diğer kambiyo taahhütlerinde olduğu gibi aval verme ehliyeti bakımından da uygulanır. Yani sözleşme ile borçlanmaya ehil olan bir kimse, aval vermek suretiyle borç altına girebilir.⁹⁸ Ancak aval verenin ehliyeti bakımından karar verebilmek için avale hangi sözleşmeye ilişkin hükümlerin kıyasen uygulanması gerektiği tespit edilmelidir. Kanaatimize göre aval verenin ehliyeti bakımından kefalet sözleşmesine ilişkin hükümlerin kıyasen uygulanması gerekir.⁹⁹ Öncelikle avalin kişisel güvence verme niteliği daha ön planda olduğu için ehliyet bakımından diğer kambiyo taahhütlerinden farklı olduğunu belirtmek gerekir. Ayrıca kefalet sözleşmesinde ehliyetle ilişkin hükümlerle korunması amaçlanan değerler, kambiyo taahhütlerine ilişkin Türk Ticaret Kanunu hükümleri ile korunması amaçlanan, ticaret hayatının gerektirdiği sürat ve işlem güvenliği ilkelerinden daha önemlidir. Kaldı ki aval veren, kefile göre bağımsız ve aslî bir sorumluluk altına girmekle birlikte aval verenin ileri sürebileceği savunma imkânları kefile göre daha da sınırlandırılmıştır.¹⁰⁰ Dolayısıyla kefalet sözleşmesinde ehliyetle ilişkin hükümler ile korunması amaçlanan kişilerin, kefaletten daha ağır sorumluluk doğran aval bakımından da uygulanması gerekir. Sonuç itibariyle aval vermenin geçerliliği, tıpkı kefalet sözleşmesinde olduğu gibi, diğer eşin rızasına bağlı tutulmalıdır.

⁹⁸ Demirkapı, s. 757.

⁹⁹ Aynı yönde Demirkapı, s. 758-759.

¹⁰⁰ Kefil, kefaletin fer'iliğinin bir sonucu olarak asıl borçlunun şahsından kaynaklanan def'ileri de ileri sürme imkânına sahiptir. Ayrancı (Cari Hesaba Kefalet), s. 4. Yine kefaletin taliliğinin bir sonucu olarak kefil daima ikinci borçludur. Kefilin borcu, asıl borç muaccel olduktan sonra muaccel hale gelir ve asıl borçlu borcunu ödemediği takdirde takip edilebilir. Reisoğlu (Kefalet Kavramı), s. 332. Aval verenin sorumluluğunun, kefilin sorumluluğundan daha ağır olduğunun diğer bir göstergesi ise kefilin alacaklının haklarına halefiyeti mümkünken, aval verenin ödemede bulunmakla alacaklının haklarına halefiyeti söz konusu değildir. Aval veren, aval verdiği kişi ve ona karşı sorumlu olanlar aleyhine bağımsız bir rücu hakkı kazanır. Aral/Ayrancı, s. 424.

VII. EŞİN RIZASI GEREKLİLİĞİ BAKIMINDAN İNCELENMESİ GEREKEN ÖZEL DURUMLAR

Eşlerden birinin diğer eşin borcu için kefil olması, eşlerin bir kefalet sözleşmesinin birlikte

kefil olmaları ve eşlerin karşılıklı olarak bir kefalet sözleşmesinin tarafları olması durumlarının, diğer eşin rızası gerekliliği bakımından özel olarak incelenmesi gerekir. Eşlerden birinin, diğer eşin borcu için kefil olması durumunda asıl borçlu eş açısından korunması gereken bir menfaat yokmuş gibi görünse de bu eş, asıl borçlusu olduğu borç bakımından bir de eşinin kefil olmasıyla ailenin ekonomik olarak daha fazla yük altına girmesini istemeyebilir. Bu nedenle kanaatimize göre bu durumda da diğer eşin rızası aranmalıdır.¹⁰¹

Eşlerin bir kefalet sözleşmesinde birlikte kefil olmaları durumunda yine aynı şekilde kendisi kefil olan bir eş, diğer eşin kendisi ile birlikte kefil olmasını istemeyebilir. Bu sebeple eşler birlikte kefil olurken, birbirlerinin kefaleti için rıza göstermeleri gerekir.¹⁰²

Eşlerden birinin, diğer eşin başkasından olan alacağı için borçlu lehine kefil olması ihtimalinde ise alacaklı sıfatıyla eşle kefalet sözleşmesi kuran eşin, eşinin kefil olmasına ilişkin ayrıca rızasının alınmasına gerek kalmaz. Zira eşle kefalet sözleşmesini akdettiği takdirde eşinin kefil olmasına ilişkin rızasının olduğu kabul edilebilir.¹⁰³

VIII. SONUÇ

743 sayılı Türk Kanunu Medenîsi'nde benimsenen hâkim onayı mekanizması ile etki altında kalmaya müsait olan eşin (kadının) bireysel olarak korunması amaçlanırken; 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nda karı ya da kocayı birbirlerinin yararına olarak imzaladık-

¹⁰¹ Aynı yönde Özen, s. 177; Badur, s. 286-287; Baş, s. 124. Aksi yönde Oğuz, s. 70. Oğuz'a göre Türk Borçlar Kanunu ile kefaletle sıkı şekil şartları getirilmesinin amacı eşlerin birbirinden habersiz üçüncü kişilerin borçlarına kefil olmalarını önlemektir. Asıl borçlunun eşlerden birisi olması durumunda diğer eşin de buna bilerek kefil olması mümkündür. Asıl borçlu eşin sonradan kendisinin, eşinin kefaletine izni olmadığını ileri sürerek geçersizliğini iddia etmesi TMK m. 2'de düzenlenmiş olan dürüstlük kuralına aykırılık teşkil edebilir.

¹⁰² Aynı yönde Badur, s. 287; Oğuz, s. 70.

¹⁰³ Aynı yönde Reisoğlu, s. 91; Badur, s. 287; Özen, s. 177; Baş, s. 124.

ları kefalet sözleşmelerinden değil; evlilik birliğinin, eşlerin imzalayacağı bütün kefalet sözleşmelerinden korunması amaçlanmıştır. Böylece ailenin ekonomik malvarlığının düşünülmeden imzalanan kefalet sözleşmelerinden doğacak zararlardan korunması ve eşlerin mağdur olmaması sağlanmaya çalışılmıştır.

Türk Borçlar Kanunu'nun kefalette eşin rızasının aranması kuralına, hâkim tarafından ayrılık kararı verilmiş olan dönem bakımından istisna getirmesi hem kefalette eşin rızası gerekliliğine hem de ayrılık kurumuna ilişkin düzenlemenin konuluş amacına uymamaktadır. Çünkü her iki düzenlemenin de amacı evlilik birliğini korumaktır. Hâkimin ayrılık kararı verebilmesi, ortak hayatın yeniden kurulabilmesi ihtimalini tespit etmesi üzerine mümkün olduğundan ayrılık halinde bile evlilik birliğinin devamı için hala bir umut var demektir. Evlilik birliğinin devamının umut edildiği bir dönemde, yine evlilik birliğini ekonomik olarak korumayı amaçlayan kefalette eşin rızası gerekliliği kuralını uygulamamak çelişkili bir tutumdur.

Eşlerin yasal olarak ayrı yaşama haklarının olduğu dönemde kefalette eşin rızası gerekliliğine getirilen istisna da maddenin konuluş amacına ters düşmektedir. Ekonomik güvenliği tehlikeye düştüğü için ayrı yaşama hakkı verilen eşin rızasının aranmaması, bu dönemde diğer eşin imzalayacağı kefalet sözleşmelerini denetleme hakkından mahrum bırakılması demektir. Bu istisna, henüz sona ermemiş olan evlilik birliğinin ekonomik olarak daha da kötüleşmesine hizmet eder. Kanaatimize göre mehzaz İsviçre Borçlar Kanunu'nda yer almayan bu düzenlemeye 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nda da yer verilmemeliydi.

Ayrıca eşlerin yasal olarak ayrı yaşama haklarının olduğu dönemde kefalette eşin rızası gerekliliğine getirilen bu istisna çeşitli belirsizlikleri de beraberinde getirmektedir. Eşlerden birine, ortak hayat sebebiyle kişiliği, ekonomik güvenliği veya ailenin huzuru ciddi biçimde tehlikeye düştüğü sürece ayrı yaşama hakkı veren ve bunun için hâkim kararına ihtiyaç duymayan görüşe itibar edildiğinde, bu dönemde yapılan kefalet sözleşmelerinde eşin rızasının gerekip gerekmeyeceği konusu belirsiz olacaktır. Çünkü ayrı yaşamaya hakkı olduğunu iddia eden eşin, eşinin rızası olmaksızın kefalet sözleşmesi

yapabilme ehliyetinin bulunduğunu ispat etmesi zordur. Bu sebeple bu istisnai düzenlemenin “eşlerin yasal olarak ayrı yaşama hakkının doğduğu hâkim tarafından tespit edilmedikçe, ancak diğerinin yazılı rızasıyla kefil olabilir” şeklinde olması daha doğru olurdu.

TBK m. 584/II'ye göre “Kefalet sözleşmesinde sonradan yapılan ve kefilin sorumlu olacağı miktarın artmasına veya adi kefaletin müteselsil kefaletle dönüşmesine ya da kefil yararına olan güvencelerin önemli ölçüde azalmasına sebep olmayan değişiklikler için eşin rızası gerekmez.” demektedir. Kanaatimizce bu şekilde ters ve dolaylı bir ifade yerine “kefilin aleyhine olan değişiklikler için diğer eşin rızası aranırken lehine olan değişiklikler için diğer eşin rızası aranmaz” şeklinde bir ifade daha doğru olurdu.

Kefaletle eşin rızasını gerekli kılan düzenlemenin uygulamada özellikle ticaretle uğraşan eşler bakımından sorun yarattığı gerekçeyle eleştirilere maruz kalması üzerine 28.03.2013 tarihli 6455 sayılı Kanun'un 77. maddesiyle TBK'nın 584. maddesine bir fıkra eklenmiş; eşin rızasını gerektiren kefalet hallerine istisnalar getirilerek ticaret hayatı rahatlatılmaya çalışılmıştır. Kanaatimizce bu istisna ile bazı belirsizlikler ortaya çıkmış ayrıca maddenin konuluş amacı göz ardı edilerek aileyi koruma amacı ve düşüncesi oldukça sınırlandırılmıştır.

Kaynakça

- Akıntürk Turgut/Ateş Kahraman Derya, Türk Medeni Hukuku Aile Hukuku (6098 sayılı Yeni Borçlar Kanunu ve Yeni Yasal Düzenlemelere Uyarlanmış) İkinci Cilt, İstanbul 2012.
- Aksoylu Necati, “Borçlar Kanunu Tasarısı'ndaki Kefalet Sözleşmelerine İlişkin Önemli Değişiklikler”, *Bankacılar Dergisi*, İstanbul 2010, S. 72.
- Aral Fahrettin/Ayrancı Hasan, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, (Genişletilmiş 9. Baskı), Yetkin Yayınları, Ankara 2012.
- Ayrancı Hasan, “Kefalet Sözleşmesinde Asıl Borcun Belirli Olması İlkesi ve Cari Hesaba Kefalet”, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Ankara 2005, C. 9, S. 1-2. (Cari Hesaba Kefalet).
- Ayrancı Hasan, “Şekil Şartına Uyulmadan Yapılan Kefalet Sözleşmesinde İfanın Sonuçları”, *AÜHF Dergisi*, Ankara 2004, C. 53, S. 2.

- Badur Emel, "Eşin Rızası", *TBB Dergisi*, Ankara 2013, S. 109.
- Barlas Nami, "Yeni Türk Medenî Kanunu Hükümleri Çerçevesinde Eşler Arası Hukukî İşlem Özgürlüğü Ve Sınırları", Prof. Dr. Necip Kocayusufpaşaoğlu İçin Armağan, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2004.
- Baş Ece, "6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nda Kefalet Sözleşmesinin Geçerlilik Şartlarına İlişkin Bazı Yenilikler", *İÜHF*, İstanbul 2012, C. LXX, S. 2.
- Bilge Necip, "Kefilin Mesuliyetinin Şumulü", *AÜHF Dergisi*, Ankara 1956, C. 13, S. 1.
- Bucher Eugen, *Obligationenrecht Besonderer Teil, 3., erweiterte Auflage*, Schulthess Polygraphischer Verlag, Zürich 1988.
- Demirkapı Ertan, "Gerçek Kişilerin Aval Verme Ehliyeti", *Bilgi Toplumunda Hukuk Ünal Tekinalp'e Armağan Cilt I*, Beta Yayınevi, İstanbul 2003.
- Develioğlu Hüseyin Murat, *Kefalet Sözleşmesini Düzenleyen Hükümler Işığında Bağımsız Garanti Sözleşmeleri*, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2009.
- Dural Mustafa/Öğüz Tufan/Gümüş Alper, *Türk Özel Hukuku Cilt III Aile Hukuku*, Filiz Kitabevi, İstanbul 2005.
- Gümüş Mustafa Alper, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler Cilt II, (3.Bası)*, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2014.
- Güven Kudret, "4320 Sayılı Ailenin Korunmasına Dair Kanun'un Getirdiği Hukukî Tedbirler", Prof. Dr. İhsan Tarakçıoğlu'na Armağan, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Ankara 1998, C. 2, S. 1-2.
- Hatemi Hüseyin/Kalkan Oğuztürk Burcu, *Aile Hukuku, (4. Bası)*, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2014.
- Kılıçoğlu Ahmet M., *Aile Hukuku, (Genişletilmiş 2. Bası)*, Turhan Kitabevi, Ankara 2016.
- Kırca İsmail, "Türk Borçlar Kanunu Tasarısı-Kefalette Eşin İzni", Prof. Dr. Tuğrul Ansay'a Armağan, Turhan Kitabevi, Ankara 2006.
- Köprülü Bülent/Kaneti Selim, *Aile Hukuku, (Gözden Geçirilmiş 2. Bası)*, Filiz Kitabevi, İstanbul 1989.
- Oğuz Sefer, "6098 sayılı TBK m. 584/I'in Bankacılık Uygulamasında Yarattığı Sorunlar ve Özellikle Evli Gerçek Kişilerin Aval Vermesinde Eş Rızasının Bulunmasının Gerekliği Üzerine Düşünceler", *Bankacılar Dergisi*, İstanbul 2013, S. 86.
- Özen Burak, *6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu Çerçevesinde Kefalet Sözleşmesi*, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2012.
- Öztan Bilge, *Aile Hukuku, (6. Bası)*, Turhan Kitabevi, Ankara 2015.
- Palaz Fikriye Ceren, *Evlilik Birliğinin Korunması*, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2011.
- Reisoğlu Seza, "Kefalet Kavramı ve Muteberlik Şartları", *AÜHF Dergisi*, Ankara 1962, C. 19, S. 1. (Kefalet Kavramı).
- Reisoğlu Seza, *Türk Kefalet Hukuku*, Cem Web Ofset San. Tic. Ltd. Şti., Ankara 2013.
- Schmid Jörg/Stöckli Hubert/Krauskopf Frederic, *Schweizerisches Obligationenrecht Besonderer Teil, 2. Auflage*, Schulthess, Zürich 2016.
- Tandoğan Haluk, *Aile Hukuku Ders Notları*, Ajans-Türk, Ankara 1965.

- Tekinay Selahattin Sulhi, Türk Aile Hukuku, Filiz Kitabevi, İstanbul 1990.
- Velidedeoğlu Hıfzı Veldet, Türk Medenî Hukuku Aile Hukuku, İstanbul 1965.
- Yalçınduran Türker, "Kefalet Sözleşmesinde Eşin Rızasına Ve Bu Rızanın Türk Borçlar Kanunu'nun 603. maddesi Gereğince Gerçek Kişilerin Taraf Olduğu Kişisel Güvence Verilmesine İlişkin Diğer Sözleşmelerde de Bulunmasına Dair Türk Borçlar Kanunu'nda Yapılan Düzenlemenin Değerlendirilmesi", *İÜHFM*, İstanbul 2012, C. LXXIV, S. 1.
- Yavuz Cevdet, Borçlar Hukuku Dersleri Özel Hükümler, (6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'na Göre Güncellenmiş ve Yenilenmiş 14. Baskı), Beta Yayınevi, İstanbul 2016.
- Yavuz Nihat, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu Şerhi Cilt 2, Ankara 2013.
- Yener Mehmet Deniz, "Kefilin Sorumluluğunun Kapsamı ve 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu ile Yapılan Değişiklikler", *Finansal Araştırmalar ve Çalışmalar Dergisi*, İstanbul 2012, C. 3, S. 7.

İnternet Kaynakları

- <https://emsal.yargitay.gov.tr/BilgiBankasiIstemciWeb/yeniTasarim/index.jsp>
- <http://www.servat.unibe.ch/dfr/pdf/c2079079.pdf>