

T.C.
ERZİNCAN ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK ANABİLİM DALI

**TEMİNAT SÖZLEŞMELERİNDE EŞLERİN
HUKUKİ İŞLEM ÖZGÜRLÜĞÜNE
GETİRİLEN SINIRLAMALAR**

Yüksek Lisans Tezi

Meltem BULUT

Danışman

Prof. Dr. Cem BAYGIN

Erzincan 2015

TEZ BİLDİRİMİ

“Teminat Sözleşmelerinde Eşlerin Hukuki İşlem Özgürlüğüne Getirilen Sınırlamalar” isimli “**Yüksek Lisans**” tezim tarafımda intihal programı ile incelenmiştir. Buna göre tezimde bilimsel etik ihlali ve intihal olarak nitelendirilebilecek herhangi bir durum olmadığını taahhüt ederim.

Bu çalışmadaki tüm bilgilerin, akademik ve etik kurallara uygun bir biçimde elde edildiğini; aynı zamanda bu kural ve davranışların gerektirdiği gibi, bu çalışmanın özünde olmayan tüm materyal ve sonuçları tam olarak aktardığımı ve referans gösterdiğimi beyan ederim. 15/12/2015

Meltem BULUT

TEZ KABUL TUTANAĞI

SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ MÜDÜRLÜĞÜNE

Bu alışma, Özel Hukuk Anabilim Dalında jürimiz tarafından Yüksek Lisans Tezi olarak kabul edilmiştir.15.12.2015


Prof. Dr. Cem BAYGIN
Danışman / Jüri Üyesi

Doç. Dr. Hayrunnisa ÖZDEMİR

Jüri Üyesi




Doç. Dr. Mural TOPUZ

Jüri Üyesi

TEMİNAT SÖZLEŞMELERİNDE EŞLERİN HUKUKİ İŞLEM ÖZGÜRLÜĞÜNE GETİRİLEN SINIRLAMALAR

Meltem BULUT

Erzincan Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Özel Hukuk Ana Bilim Dalı

Yüksek Lisans Tezi, Aralık 2015

Tez Danışmanı: Prof. Dr. Cem BAYGIN

ÖZET

“Teminat Sözleşmelerinde Eşlerin Hukuki İşlem Özgürlüğüne Getirilen Sınırlamalar” isimli çalışmamız, giriş, iki ana bölüm ve sonuç olmak üzere dört bölümden oluşmaktadır.

Birinci bölümde, genel olarak kişisel teminat sözleşmeleri açıklandıktan sonra eşlerin hukuki işlem özgürlüğü ve kişisel teminat sözleşmeleri üzerinde durulmuştur. Daha sonra eşlerin kefalet sözleşmesi kurma, garanti sözleşmesi kurma, borca katılma sözleşmesi kurma, kredi emri verme ve aval verme özgürlüğüne getirilen sınırlandırmalar her biri bakımından ele alınmıştır.

İkinci bölümde, genel olarak aynı teminat sözleşmeleri açıklandıktan sonra eşlerin hukuki işlem özgürlüğü ve aynı teminat sözleşmeleri ele alınmıştır. Daha sonra eşlerin taşınmaz rehni, taşınır rehni ve mülkiyeti saklı tutma sözleşmesi kurma özgürlüğüne getirilen sınırlamalar her biri bakımından incelenmiştir.

Sonuç kısmında ise çalışmamızdaki incelemelere bağlı olarak varılan sonuçlar ve çözüm önerileri ana hatları ile belirtilmiştir.

Anahtar Sözcükler: Kişisel Teminat Sözleşmeleri, Aynı Teminat Sözleşmeleri, Eşlerin Hukuki İşlem Özgürlüğü, Eşlerin Hukuki İşlem Özgürlüğünün Sınırları

THE RESTRAINTS IN LEGAL TRANSACTION FREEDOM OF PARTNERS IN GUARANTY CONTACTS

Meltem BULUT

Erzincan University, Institute of Social Sciences, Department of Private Law

M.A. Thesis, December 2015

Thesis Supervisor: Prof. Dr. Cem BAYGIN

ABSTRACT

The thesis named as “The Restraints In Legal Transaction Freedom of Partners in Guaranty Contacts” is composed of four chapters like introduction, two main chapters and the conclusion.

In the first chapter, after explaining the general principles of personal guaranty contacts, the subjects of partners’ legal transaction freedom and the personal guaranty contracts are emphasized. Afterwards, the restraints imposed for partners’ freedoms of acting contact of bailment, contract of joining debts, contract of crediting, signing a surety are examined in both perspectives of partners.

In the second chapter, following the explanation of the general principles of collateral security contacts, the partners’ legal transaction freedom and the collateral security contracts are discussed. Then, the restraints imposed for acting the contracts of movable mortgages, immovable mortgages and reservation property contracts are examined in both perspectives of partners.

In the conclusion, results and the resolution advisories are specified in outlines.

Key Words: Personal Guaranty Contracts, Collateral Security Contracts, Partners’ Legal Transaction Freedom, The Restrains In Legal Transaction Freedom of Partners.

İÇİNDEKİLER

TEZ BİLDİRİMİ	I
TEZ KABUL TUTANAĞI.....	II
ÖZET	III
ABSTRACT.....	IV
İÇİNDEKİLER	V
KISALTMALAR	XIV
GİRİŞ	1
I. TEMİNAT KAVRAMI.....	1
II. TEMİNAT SÖZLEŞMESİ KAVRAMI VE TÜRLERİ	2
III. EŞLERİN HUKUKİ İŞLEM ÖZGÜRLÜĞÜNÜN SINIRLARI	3
IV. ÇALIŞMANIN KAPSAMI.....	6

BİRİNCİ BÖLÜM

KİŞİSEL TEMİNAT SÖZLEŞMELERİNDE EŞLERİN HUKUKİ İŞLEM ÖZGÜRLÜĞÜNE GETİRİLEN SINIRLAMALAR

I. GENEL OLARAK KİŞİSEL TEMİNAT SÖZLEŞMELERİ.....	8
II. EŞLERİN HUKUKİ İŞLEM ÖZGÜRLÜĞÜ VE KİŞİSEL TEMİNAT SÖZLEŞMELERİ	9
III. EŞLERİN KEFALET SÖZLEŞMESİ KURMA ÖZGÜRLÜĞÜNE GETİRİLEN SINIRLAMA	11
A. Kefalet Sözleşmesi	11
1. Kefalet Sözleşmesinin Tanımı	11
2. Kefalet Sözleşmesinin Hukuki Niteliği	13
a) Kefalet Sözleşmesinden Doğan Sorumluluğun Fer'i (Bağımlı) Nitelikte Olması	13
b) Kefalet Sözleşmesinden Doğan Sorumluluğun Tali (İkincil) Nitelikte Olması	15

c) Kefalet Sözleşmesinden Doğan Sorumluluğun İvazsız Nitelikte Olması	16
3. Kefalet Sözleşmesinin Tarafları	17
4. Kefalet Sözleşmesinin Türleri	18
5. Kefalet Sözleşmesinin Şekli	21
B. Kefalet Sözleşmesinde Eşin Rızası	22
1. Genel Olarak	22
2. Eşin Rızasının Hukuki Niteliği	24
3. Eşin Rızasının Şartları	25
a) Eşin Rızasını Gerektiren Bir Kefalet Sözleşmesinin Bulunması	25
(1) Genel Olarak	25
(2) Kefalet Sözleşmesinin Kurulmasından Sonra Yapılan Sözleşme Değişiklikleri	26
(a) Genel Olarak	26
(b) Kefilin Sorumlu Olacağı Miktarı Artıran Sözleşme Değişiklikleri	26
(c) Adi Kefaleti Müteselsil Kefalet Dönüştüren Sözleşme Değişiklikleri	27
(d) Kefil Yararına Olan Güvenceleri Önemli Ölçüde Azaltan Sözleşme Değişiklikleri	27
b) Kefil Olma İradesinin Evlilik İçinde Açıklanması	29
c) Mahkemece Verilmiş Bir Ayrılık Kararı veya Yasal Olarak Ayrı Yaşama Hakkının Bulunmaması	30
(1) Genel Olarak	30
(2) Mahkemece Verilmiş Bir Ayrılık Kararı Bulunmaması	30
(3) Yasal Olarak Ayrı Yaşama Hakkının Bulunmaması	31
4. Eşin Rızasının Zamanı	33
5. Eşin Rızasının Şekli ve İçeriği	34
6. Eşin Rızası Bakımından Özellik Arzeden Bazı Durumlar	37
a) Eşin Ehliyetsiz Olması	37
b) Eşin Borcu İçin Kefil Olunması	38
c) Eş Lehine Kefil Olunması	38
d) Eşlerin Birlikte Kefil Olması	39

e) Eşin Hangi Kefalet Türüne Rıza Gösterdiğinin Anlaşılamaması	39
f) Eşlerden Biri Hakkında Gaiplik Kararı Verilmiş Olması.....	40
7. Eşin Rıza Vermekten Kaçınması	41
8. Eşin Rızası Alınmaksızın Kurulan Kefalet Sözleşmesinin Sonuçları	41
a) Genel Olarak	41
b) Rıza Beyanını Aşan Bir Kefalet Sözleşmesi Yapılmış Olmasının Sonuçları	42
c) Birlikte Kefillerden Birinin Eşinin Rızasının Alınmamasının Sonuçları	44
d) Eşin Kefalet Sözleşmesinde Sonradan Yapılan Değişikliklere Rıza Göstermemesinin Sonuçları	45
e) Eşin Rızasında İrade Sakatlığı Bulunması veya Kefil Eşin Yanıltıcı Beyanda Bulunmasının Sonuçları	46
9. Eşin Rızasının Aranmayacağı Kefaletler	47
a) Genel Olarak	47
b) Eşin Rızasının Aranmayacağı Kefaletler Bakımından İBK. ile TBK'nın Karşılaştırılması	49
c) Eşin Rızasının Aranmayacağı Kefaletler Bakımından TBK. Tasarısı ile TBK'nın Karşılaştırılması	50
C. İcra Dairesindeki Kefaletlerde Eşin Rızası	51

IV. EŞLERİN GARANTİ SÖZLEŞMESİ KURMA ÖZGÜRLÜĞÜNE

GETİRİLEN SINIRLAMA53

A. Garanti Sözleşmesi	53
1. Garanti Sözleşmesinin Tanımı	53
2. Garanti Sözleşmesinin Hukuki Niteliği	54
3. Garanti Sözleşmesinin Unsurları	55
a) Garanti Alanın Belirli Bir Davranışa Yönelmesini Sağlamak	55
b) Garanti Alanın Davranışından Doğacak Zararın Üstlenilmesi	56
c) Bağımsız Bir Yükümlülüğün Söz Konusu Olması	56
d) İvazsız Nitelikte Olması.....	57
4. Garanti Sözleşmesinin Türleri	58
5. Garanti Sözleşmesinin Şekli	60

B. Garanti Sözleşmesinde Eşin Rızası.....	61
1. TBK. Bakımından Garanti Sözleşmesinde Eşin Rızası.....	61
2. eBK. Bakımından Garanti Sözleşmesinde Eşin Rızası.....	62
3. İBK. Bakımından Garanti Sözleşmesinde Eşin Rızası.....	63
V. EŞLERİN BORCA KATILMA SÖZLEŞMESİ KURMA ÖZGÜRLÜĞÜNE GETİRİLEN SINIRLAMA	64
A. Borca Katılma Sözleşmesi.....	64
1. Borca Katılma Sözleşmesinin Tanımı	64
2. Borca Katılma Sözleşmesinin Hukuki Niteliği.....	65
3. Borca Katılma Sözleşmesinin Unsurları.....	65
a) Mevcut ve Geçerli Bir Borç İlişkisinin Varlığı.....	65
b) Borca Katılan ile Yapılan Sözleşmenin “Borçlu ile Birlikte Sorumlu Olmaya Yönelik” Olması	66
4. Borca Katılma Sözleşmesinin Türleri.....	67
5. Borca Katılma Sözleşmesinin Şekli.....	69
B. Borca Katılma Sözleşmesinde Eşin Rızası	70
C. Borca Katılmaya Benzer İşlemlerde Eşin Rızası	71
1. Müteselsil Borçlulukta Eşin Rızası.....	71
2. Sözleşmeye Katılmada Eşin Rızası.....	73
VI. EŞLERİN KREDİ EMRİ VERME ÖZGÜRLÜĞÜNE GETİRİLEN SINIRLAMA	74
A. Kredi Emrinin Tanımı ve Hukuki Niteliği	74
B. Kredi Emrinin Şekli	75
C. Kredi Emrinde Eşin Rızası	76
VII. EŞLERİN AVAL VERME ÖZGÜRLÜĞÜNE GETİRİLEN SINIRLAMA	76
A. Avalin Tanımı ve Hukuki Niteliği.....	76
B. Avalin Şekli	77
C. Avalde Eşin Rızası.....	78
1. Genel Olarak.....	78
2. TBK.m.603’ün Avale Uygulanmayacağını Kabul Eden Görüş	78

3. TBK.m.603'ün Avale Uygulanacağını Kabul Eden Görüş	79
4. Anayasa Mahkemesi ve Yargıtay'ın Görüşü	80
a) Anayasa Mahkemesi'nin Görüşü	80
b) Yargıtay'ın Görüşü	82

İKİNCİ BÖLÜM

AYNI TEMİNAT SÖZLEŞMELERİNDE EŞLERİN HUKUKİ İŞLEM ÖZGÜRLÜĞÜNE GETİRİLEN SINIRLAMALAR

I. GENEL OLARAK AYNI TEMİNAT SÖZLEŞMELERİ.....	86
II. EŞLERİN HUKUKİ İŞLEM ÖZGÜRLÜĞÜ VE AYNI TEMİNAT SÖZLEŞMELERİ.....	87
III. EŞLERİN TAŞINMAZ REHNİ SÖZLEŞMESİ KURMA ÖZGÜRLÜĞÜNE GETİRİLEN SINIRLAMALAR.....	88
A. Taşınmaz Rehni	88
1. Genel Olarak	88
2. Taşınmaz Rehninin Türleri	89
a) Genel Olarak	89
b) İpotek	89
(1) İpotek Kavramı	89
(2) İpoteğin Özellikleri	90
(a) İpoteğin Fer'i Nitelikte Olması	90
(b) İpoteğin Kıymetli Evrak Niteliğindeki Senetlere Bağlanamaması	91
(c) İpoteğin Borçlunun Kişisel Sorumluluğunu Devam Ettirmesi.....	92
(d) İpoteğin Mülkiyeti Borçluya Ait Olmayan Bir Taşınmaz Üzerinde Kurulabilmesi.....	92
c) İpotekli Borç Senedi.....	93
d) İrat Senedi	94
B. Aile Konutu Üzerinde Taşınmaz Rehni Kurulmasında Eşin Rızası	95
1. Aile Konutu Kavramı.....	95
2. Aile Konutunun Belirlenmesi	96

3. Aile Konutu Niteliğinin Sona Ermesi	98
4. Aile Konutu Üzerindeki Hakları Sınırlayan İşlemler Kapsamında Taşınmaz Rehni	100
a) Aile Konutu Üzerindeki Hakları Sınırlayan İşlemler	100
b) Taşınmaz Rehninin Aile Konutu Üzerindeki Hakları Sınırlandırıcı Etkisi	101
5. Eşin Rızasının Hukuki Niteliği	103
a) Fiil Ehliyeti Sınırlaması Görüşü	103
b) Katılma Hakkı Görüşü	104
c) Tasarruf Yetkisi Sınırlaması Görüşü.....	104
d) Hukuki İşlem Özgürlüğünün Kanundan Doğan Sınırlaması Görüşü ...	105
e) Yargıtay'ın Görüşü	105
6. Eşin Rızasının Zamanı	106
7. Eşin Rızasının Şekli ve İçeriği	107
8. Hakimin Müdahalesi.....	109
a) Genel Olarak	109
b) Taşınmaz Rehni Kurulmasında Hakimin Müdahalesi	110
9. Eşin Rızası Alınmaksın Kurulan Taşınmaz Rehninin Sonuçları	111
a) Genel Olarak	111
b) Aile Konutu Şerhinin Etkisi.....	112
(1) Genel Olarak	112
(2) Aile Konutu Şerhinin Hukuki Niteliği ve İyiniyetle Taşınmaz Rehni Kazanımına Etkisi	113
(a) İşlem Tarafının İyiniyetinin Korunacağı Görüşü	114
(b) Üçüncü Kişinin İyiniyetinin Korunacağı Görüşü	114
(c) Yargıtay'ın Görüşü.....	118
C. Hakim Kararı ile Öngörülen Tasarruf Yetkisi Sınırlaması Olarak Taşınmaz Rehni Kurulmasında Eşin Rızası.....	119
1. Genel Olarak	119
2. Tasarruf Yetkisi Sınırlamalarından Taşınmaz Rehni.....	120
3. Tasarruf Yetkisi Sınırlamasının Şartları	121

a) Ailenin Ekonomik Varlığının Korunması Gereği.....	121
b) Evlilik Birliğinden Doğan Mali Bir Yükümlülüğün Yerine Getirilmemesi.....	122
c) Eşlerden Birinin İstemde Bulunması	122
4. Eşin Rızasının Hukuki Niteliği, Zamanı ve Şekli.....	123
5. Eşin Rızası Alınmaksın Kurulan Taşınmaz Rehninin Sonuçları	124
a) Genel Olarak	124
b) Tasarruf Yetkisi Sınırlaması Şerhinin Etkisi	125
(1) Genel Olarak	125
(2) Tasarruf Yetkisi Sınırlaması Şerhinin Hukuki Niteliği ve İyiniyetle Taşınmaz Rehni Kazanımına Etkisi	125
(a) İşlem Tarafının İyiniyetinin Korunacağı Görüşü	125
(b) Üçüncü Kişinin İyiniyetinin Korunacağı Görüşü	126
D. Eşlerin Paylı Mülkiyetine Konu Taşınmaz Payı Üzerinde Rehin Kurulmasında Eşin Rızası	128
1. Paylı Mülkiyet Kavramı.....	128
2. Eşler Arasında Paylı Mülkiyet İlişkisinin Kurulması	129
3. Eşlerin Paylı Mülkiyetine Konu Taşınmaz Payı Üzerindeki Tasarruf Hakkı.....	130
a) Genel Olarak	130
b) Eşlerin Paylı Mülkiyetine Konu Taşınmaz Payı Üzerindeki Tasarruf Hakkı Kapsamında Rehin	131
4. Eşlerin Paylı Mülkiyetine Konu Taşınmaz Payı Üzerinde Rehin Kurulmasında Eşin Rızasının Koşulları.....	132
a) Rehin Konusu Taşınmazın Eşlerin Paylı Mülkiyetine Tâbi Olması	132
b) Eşler Arasında Edinilmiş Mallara Katılma Rejiminin Geçerli Olması.	133
c) Eşlerin Aksini Kararlaştırmamış Olması	134
5. Eşin Rızasının Hukuki Niteliği, Zamanı ve Şekli.....	135
6. Eşin Rızası Alınmaksızın Kurulan Taşınmaz Rehninin Sonuçları	136
7. Eşlerin Paylı Mülkiyetine Tâbi Aile Konutundaki Pay Üzerinde Rehin Kurulması.....	137

E. Eşlerin Taşınmaz Rehnine Benzer Teminatları Kurma Özgürlüğüne Getirilen Sınırlamalar	138
1. Taşınmaz Yükü Kurulmasında Eşin Rızası	138
a) Taşınmaz Yükünün Tanımı ve Hukuki Niteliği.....	138
b) Taşınmaz Yükünün Şekli.....	139
c) Taşınmaz Yükünde Eşin Rızası	139
2. Kanunda Düzenlenmeyen Taşınmaz Teminatlarının Kurulmasında Eşin Rızası	140
a) Kanunda Düzenlenmeyen Taşınmaz Teminatları	140
(1) Genel Olarak	140
(2) Kanunda Düzenlenmeyen Taşınmaz Teminat Türleri	141
(a) Teminat Amaçlı Taşınmaz Mülkiyetinin Devri Sözleşmesi	141
(b) Teminat Amaçlı Taşınmaz Satış Vaadi Sözleşmesi.....	142
(c) Teminat Amaçlı Vefaen Satış Sözleşmesi.....	144
b) Kanunda Düzenlenmeyen Taşınmaz Teminatlarında Eşin Rızası.....	145
IV. EŞLERİN TAŞINIR REHNİ SÖZLEŞMESİ KURMA ÖZGÜRLÜĞÜNE GETİRİLEN SINIRLAMALAR	147
A. Taşınır Rehni	147
1. Genel Olarak	147
2. Taşınır Rehnine Hakim Olan İlkeler.....	148
a) Kamuya Açıklık İlkesi	148
b) Belirlilik İlkesi	148
c) Öncelik İlkesi	149
d) Teminatın Bölünmezliği İlkesi	150
3. Taşınır Rehni Türleri	150
a) Türk Medeni Kanunu'nda Düzenlenen Taşınır Rehni Türleri.....	151
b) Diğer Kanunlarda Düzenlenen Taşınır Rehni Türleri.....	153
(1) Teslimsiz Sicilli Taşınır Rehni	153
(2) Teslimsiz ve Sicilsiz Taşınır Rehni	154
B. Aile Konutu Üzerinde Taşınır Rehni Kurulmasında Eşin Rızası	154

C. Hakim Kararı ile Öngörülen Tasarruf Yetkisi Sınırlaması Olarak Taşınır Rehni Kurulmasında Eşin Rızası.....	155
D. Eşlerin Paylı Mülkiyetine Konu Taşınır Payı Üzerinde Rehin Kurulmasında Eşin Rızası	157
VI. EŞLERİN MÜLKİYETİ SAKLI TUTMA SÖZLEŞMESİ KURMA	
ÖZGÜRLÜĞÜNE GETİRİLEN SINIRLAMALAR.....	159
A. Mülkiyeti Saklı Tutma Sözleşmesinin Tanımı ve Hukuki Niteliği	159
B. Mülkiyeti Saklı Tutma Sözleşmesinin Şekli.....	161
C. Mülkiyeti Saklı Tutma Sözleşmesinde Eşin Rızası	161
SONUÇ	163
KAYNAKÇA.....	170
YARARLANILAN DİĞER KAYNAKLAR	184

KISALTMALAR

abs.	: absatz
AD.	: Adalet Dergisi
AÜEHFD.	: Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi
AÜHFD.	: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
AÜSBFD.	: Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Fakültesi Dergisi
AY.	: Anayasa
AYM.	: Anayasa Mahkemesi
b.	: bent
BATİDER.	: Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi
BGB.	: Bürgerliches Gesetzbuch (Alman Medeni Kanunu)
bkz.	: bakınız
bs.	: baskı
C.	: Cilt
c.	: cümle
DEÜHFD.	: Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
dn.	: dipnot
E.	: Esas
eBK.	: Eski Borçlar Kanunu
eMK.	: Eski Medeni Kanun
EÜHFD.	: Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
f.	: fıkra
GÜHFD.	: Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi

HD.	: Hukuk Dairesi
HGK.	: Hukuk Genel Kurulu
HMK.	: Hukuk Muhakemeleri Kanunu
İBD.	: İstanbul Barosu Dergisi
İBK.	: İsviçre Borçlar Kanunu
İHFM.	: İstanbul Hukuk Fakültesi Mecmuası
İİK.	: İcra İflas Kanunu
İK.	: İmar Kanunu
İMK.	: İsviçre Medeni Kanunu
İÜHF.	: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi
İÜHFM.	: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası
K.	: Karar
m.	: madde
MHAD.	: Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi
MÜHF-HAD.	: Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Hukuk Araştırmaları Dergisi
RG.	: Resmi Gazete
s.	: sayfa
S.	: Sayı
SÜHFD.	: Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
T.	: Tarih
TBBD.	: Türkiye Barolar Birliği Dergisi
TBK.	: Türk Borçlar Kanunu

TMK.	: Türk Medeni Kanunu
TST.	: Tapu Sicil Tüzüğü
TTK.	: Türk Ticaret Kanunu
vd.	: ve devamı
Y.	: Yıl
Yarg.	: Yargıtay
YD.	: Yargıtay Dergisi
YİBK.	: Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararı
YKD.	: Yargıtay Kararları Dergisi

GİRİŞ

I. TEMİNAT KAVRAMI

Ticari ve günlük hayatta ekonomik-sosyal ihtiyaçlar, kişiler ve kurumlar arasında borç ilişkisi kurularak karşılanabilir. Bu ihtiyaçları karşılamak amacıyla kurulan bir borç ilişkisinde, tarafların üstlenmiş oldukları yükümlülükleri borç ilişkisine uygun şekilde yerine getirmeleri beklenir. Bunun sonucu olarak alacaklı, borçludan borcun konusu olan edimi yerine getirmesini isteme hakkına sahip olurken; borçlu da bu isteğe uygun davranma yükümlülüğü altına girer¹. Bununla birlikte, borçlunun malvarlığında azalma meydana gelmesi veya borçlunun malvarlığına el atılması durumunda alacaklı, alacağını kısmen veya tamamen elde edememe riski ile karşı karşıya kalabilir. Alacaklının alacağını elde edememe riski, üçüncü bir kişinin veya bizzat borçlunun söz konusu borç için kişisel veya aynı nitelikte güvence vermesi ile bertaraf edilebilir. Borcun ifası bakımından etkili bir hukuki imkân olan bu güvence, alacağın “teminatla” güçlendirilmesinden ibarettir². Esas itibarıyla teminat, borçlu ile alacaklı arasındaki güven ilişkisi ile ilgili bir husustur. Teminat talep edilmesi, borçlunun ödeme gücü ve ödeme istekliliğine duyulan güvensizlikten kaynaklanır. Borçlunun borcunu gereği gibi ifa etmesi halinde, söz konusu güvensizlik ortadan kalkar ve teminatın gereksizliği anlaşılır. Bu nedenle alacaklıya teminat sağlanmasına ilişkin işlem, asıl borç ilişkisi yanında yardımcı bir işlem olarak kabul edilebilir. Şöyle ki, teminat, borcun hiç veya gereği gibi ifa edilmemesi halinde devreye girer ve alacaklının tatmin edilmesini sağlar³.

Teminat sözcüğü Arapçadan Türkçeye geçmiş olan “te'min” sözcüğünün karşılığıdır. Teminat kavramının anlamına ilişkin kanunda herhangi bir tanıma yer verilmemiştir. Teminat kavramı, bir borcun zamanında ve hukuki ilişkiye uygun

¹ İdil Zeynep **Öztürk**, *Kişisel Teminat Sözleşmelerinde Rücu İlişkileri*, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Bilgi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Ekonomi Hukuku Bilim Dalı, İstanbul 2012, s. 2.

² Erden **Kuntalp**, “Teminat Kavramı, Teminat Türleri ve Bunlardan Doğan Sorumluluk”, *Reha Poroy'a Armağan, İÜHF.*, İstanbul 1995, s. 266; **Öztürk**, s. 4.

³ Bilgehan **Çetiner**, *Taşınmaz Teminatı*, İstanbul 2015, s. 13.

biçimde yerine getirilmesini sağlayan işlem, belirli bir hukuksal durumu sağlamak için verilen garanti şeklinde tanımlanabilir⁴. Yargıtay'ın bir kararında yer verdiği tanıma göre ise teminat, “*bir borcun, bir eda mükellefiyetinin zamanında ve yerinde ödeneceğini, yerine getirileceğini temine yarayan, onu garanti eden muamelelerdir*”⁵.

II. TEMİNAT SÖZLEŞMESİ KAVRAMI ve TÜRLERİ

Bir kişinin, başkasının veya kendisinin karşı karşıya kaldığı bir tehlikeyi (rizikoyu) üzerine almasını öngören sözleşmelerin tamamına teminat sözleşmesi denir⁶. Tehlike (riziko), iki durumda ortaya çıkabilir: Birincisi, gerçekleşmeyeceği düşünülen ve ekonomik açıdan zarar verici nitelikte olan bir olayın gerçekleşmesi, ikincisi ise gerçekleşmesi arzu edilen ve ekonomik açıdan yararlı bir olayın gerçekleşmemesi olasılığıdır⁷.

Teminat sözleşmeleri ile borcun tamamlayıcısı niteliğinde olan fer'i teminat yükümlülükleri karıştırılmamalıdır. Fer'i teminat yükümlülükleri, kanundan doğabileceği gibi taraf iradelerinin bir sonucu olan sözleşmeden de doğabilir. Örneğin, satış sözleşmesinin kurulması ile ortaya çıkan ayıba ve zapta karşı tekeffül, kanundan kaynaklanan fer'i bir yükümlülük olmasına rağmen; cezaî şart, sözleşmeden kaynaklanan fer'i bir yükümlülüktür. Bu yükümlülüklerin teminat sözleşmelerinden farkı ise, bağımsız olmamaları ve bizzat borçlu tarafından üstlenilmelerinde kendini gösterir⁸.

⁴ Ejder **Yılmaz**, *Hukuk Sözlüğü*, 3. bs., Ankara 2011, s. 748.

⁵ YİBK., T. 5.11.1969, E. 6/K. 7 (**Kazancı Bilişim**, İçtihat Bilgi Bankası).

⁶ Haluk **Tandoğan**, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*, C. II, 5. bs., İstanbul 2010, s. 684; Gökhan **Antalya**, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, C. I, İstanbul 2015, s. 70; Hüseyin **Hatemi**/Rona **Serozan**/Abdülkadir **Arpacı**, *Borçlar Hukuku Özel Bölüm*, İstanbul 1992, s. 519; Cevdet **Yavuz**/Faruk **Acar**/Burak **Özen**, *Borçlar Hukuku Dersleri (Özel Hükümler)*, 9. bs., İstanbul 2014, s. 1357; A. Özge **Yenice**, *Teminat Sözleşmelerinde Rücu İlişkileri*, 1. bs., İstanbul 2009, s. 5; Burak **Özen**, *6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Çerçevesinde Kefalet Sözleşmesi*, 3. bs., İstanbul 2014, s. 1.

⁷ **Hatemi/Serozan/Arpacı**, *Borçlar Özel*, s. 519; **Yavuz/Acar/Özen**, s. 1357; **Tandoğan**, s. 684; **Özen**, s. 1.

⁸ **Hatemi/Serozan/Arpacı**, *Borçlar Özel*, s. 519; A. **Yenice**, s. 5; **Tandoğan**, s. 684.

Teminat sözleşmeleri, nitelikleri ve ortak özellikleri dikkate alındığında birbirinden farklı sınıflandırmalara tâbi tutulabilir. Bu sınıflandırmalar; teminatların alacağa bağımlı olup olmadıkları, borçlu veya üçüncü kişi tarafından sağlanıp sağlanmadıkları, kanun tarafından düzenlenip düzenlenmedikleri ve alacaklıya sağladıkları yetki bakımından yapılabilir⁹.

Doktrinde yaygın olarak kullanılan sınıflandırma, teminat olarak ortaya konan değer ve bu değer üzerinde alacaklının sahip olduğu yetki dikkate alınarak yapılan kişisel teminat sözleşmesi ve ayni teminat sözleşmesi sınıflandırmasıdır¹⁰. Kişisel teminat sözleşmelerinde, borçlunun yanında üçüncü kişi veya kişilerin bütün malvarlığıyla alacaklıya karşı sorumlu olması söz konusudur. Ayni teminat sözleşmelerinde ise, teminatın alacaklıya sunduğu güvence, belirli bir şey üzerinde herkese karşı ileri sürülebilir bir hak olarak kendini gösterir¹¹.

Alacaklıya belirli bir teminat türünden söz etmeksizin, genel olarak teminat sağlama taahhüdünde bulunulması da mümkündür. Bu durumda, söz konusu genel teminat sağlama taahhüdünde verilecek teminat türü özel olarak belirlenmediği için, teminatın türünü belirleme yetkisinin taahhütte bulunanana ait olduğu kabul edilebilir (TBK.m.87)¹².

III. EŞLERİN HUKUKİ İŞLEM ÖZGÜRLÜĞÜNÜN SINIRLARI

1 Ocak 2002 tarihinde yürürlüğe giren 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu ile aile hukuku alanında reform niteliği taşıyan birçok yenilik getirilmiştir. 743 sayılı Türk Kanunu Medenîsi'nde yer almayan bu yeniliklerden biri de eşlerin hukuki işlem

⁹ **Kuntalp**, s. 280.

¹⁰ Nami **Barlas**, “Yeni Medeni Kanunun Ayni Teminatlara İlişkin Düzenlemeleri”, *Bilgi Toplumunda Hukuk, Ünal Tekinalp'e Armağan*, C. II, İstanbul 2003, s. 569; Hüseyin Murat **Develioğlu**, *Kefalet Sözleşmesini Düzenleyen Hükümler Işığında Bağımsız Garanti Sözleşmeleri*, İstanbul 2009, s. 11; **Özen**, s. 2; A. **Yenice**, s. 6; **Kuntalp**, s. 280; **Hatemi/Serozan/Arpacı**, *Borçlar Özel*, s. 519. Ayni teminat ve kişisel teminat sınıflandırması Roma Hukukunda da karşımıza çıkmaktadır. Bu konuda bkz. Belgin **Erdoğan**, “Roma Hukukunda Borcun Ayni Teminatına Genel Bakış”, *Prof. Dr. Ümit Doğanay'ın Anısına Armağan*, C. I, İstanbul 1982, s. 255.

¹¹ **Tandoğan**, s. 689; **Kuntalp**, s. 280; **Develioğlu**, *Garanti*, s. 13.

¹² **Özen**, s. 6; **Kuntalp**, s. 270-272.

özgürlüğüne ilişkin TMK.m.193 hükmüdür. Bu hükme göre, “*Kanunda aksine hüküm bulunmadıkça, eşlerden her biri diğeri ve üçüncü kişilerle her türlü hukuki işlemi yapabilir*”. Bu hükümle kanun koyucu, eşlerin gerek birbirleriyle gerekse üçüncü kişilerle yapacakları hukuki işlemleri hiçbir sınırlamaya tâbi olmaksızın kurabileceklerini kabul etmiştir. Günümüz koşullarında kadınların da erkekler kadar kendi haklarını ve ekonomik geleceklerini düşünerek hareket edebildikleri gerçeği, eşler bakımından hukuki işlem özgürlüğünün benimsenmesinde etkili olmuştur¹³.

Genel kural bu olmakla birlikte, TMK.m.193 uyarınca, kanunda¹⁴ aksine hüküm bulunan hallerde söz konusu kurala bir takım sınırlamalar getirilmiş olabilir. Bu doğrultuda kanunda öngörülen hallerde eşlerin yapacakları bazı hukuki işlemlerin geçerliliği diğer eşin rızasına bağlanmıştır. Bu hukuki işlemler, evlilik birliğinin ekonomik geleceği ve mutluluğu açısından oldukça önemlidir. Dolayısıyla söz konusu hukuki işlemlerde, karar verme yetkisinin eşlerden biri tarafından tek başına kullanılması evlilik birliğinin amacı ile bağdaşmaz¹⁵.

Türk Medeni Kanunu’nda yer alan diğer eşin rızasına ilişkin düzenlemelerin başında TMK.m.194 hükmü gelmektedir. 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu ile hukuk sistemimize giren TMK.m.194/f.1’e göre, “*eşlerden biri diğer eşin açık rızası bulunmadıkça, aile konutu ile ilgili kira sözleşmesini feshedemez, aile konutunu devredemez veya aile konutu üzerindeki hakları sınırlayamaz*”. Yine TMK.m.199 uyarınca da eşlerden birinin istemi üzerine diğer eşin tasarruf yetkisinin

¹³ Ahmet M. Kılıçoğlu, *Aile Hukuku*, Ankara 2015, s. 232.

¹⁴ TMK.m.193’de yer alan “*kanunda aksine hüküm bulunmadıkça...*” deyimini eşlerin hukuki işlem özgürlüklerinin çeşitli yasal düzenlemelerle sınırlanabileceğini vurgulamaktadır. Ancak kanunda öngörülen hallerde söz konusu olabilecek sınırlamaların hangi kanunlarla düzenlenebileceği açıklıktan uzaktır. Burada genişletici yorum yaparak, kanun koyucunun her türlü kanunla (Anayasa’ya aykırı olmamak şartıyla) eşlerin hukuki işlem özgürlüğünü sınırlayabileceğini kabul etmek gerekir. Bkz. Şükran Şipka, *Aile Konutu ile İlgili İşlemlerde Diğer Eşin Rızası*, 2. bs., İstanbul 2004, s. 26.

¹⁵ Eşin rızasının arandığı durumlar hukuki işlemlerden ibaret değildir. Örneğin, erginlerin ve kısıtlıların evlat edinilmesine ilişkin TMK.m.313/f.2 hükmü uyarınca, evli bir kimsenin evlat edinilebilmesi için de diğer eşin rızası aranır. Ayrıca, 27.05.1983 tarihinde yürürlüğe giren 2827 sayılı Nüfus Planlaması Hakkında Kanun’da da hukuki işlem dışındaki bir durumda eşin rızası aranmaktadır. Bu Kanun’un 6. maddesine göre, sterilizasyon ve gebeliğin sona erdirilebilmesi için de eşin rızası gerekir.

sınırlandırılması halinde, hakimin belirleyeceği malvarlığı değerleri ile ilgili tasarruflar talepte bulunan eşin rızasıyla kurulabilir. Diğer eşin rızasına ilişkin bir hüküm de TMK.m.223/f.2’de yasal mal rejimi olan edinilmiş mallara katılma rejimi için öngörülmüştür. Söz konusu hükme göre, eşlerin paylı mülkiyetine konu maldaki payları üzerinde tasarrufta bulunabilmesi diğer eşin rızasına bağlıdır. Ayrıca TMK.m.229’da eşlerin mal rejiminin sona ermesinden önceki bir yıl içinde yapacakları olağan hediyeler dışındaki karşılıksız kazandırmalar için de diğer eşin rızası aranmaktadır.

Diğer eşin rızasına ilişkin düzenlemeler TMK’da öngörülenlerden ibaret değildir. TBK’nın kabulü ve 01.07.2012 tarihinde yürürlüğe girmesiyle diğer eşin rızası tekrar gündeme gelmiştir. eBK’da bulunmayan TBK.m.349 hükmüne göre, aile konutu olarak kiralanın taşınmazlarda kiracı, eşinin açık rızası olmadıkça kira sözleşmesini feshedemez. “Eşin Rızası” kenar başlığını taşıyan TBK.m.584 hükmü de eBK’da yer almayan yeni bir norm içerip, evli kişilerin ancak eşlerinin rızasıyla kefil olabileceklerini düzenlemektedir. Ayrıca TBK.m.603 ile, gerçek kişilerce kişisel güvence verilmesine ilişkin başka ad altında yapılan diğer sözleşmelerde de eşin rızasının aranacağı düzenlenmiştir. Bu hüküm, bütün kişisel teminat sözleşmelerini içine alacak şekilde tanımlanmış ve “uygulanır” kelimesiyle emredici niteliğe kavuşturulmuştur. TBK.m.603’de hakime takdir yetkisi verilmemesi, bu kapsama giren sözleşmelerin hangileri olacağı konusunda söz konusu olan boşluğun doldurulmasını gerektirmektedir. Bu boşluk, yargı kararlarıyla zaman içerisinde doldurulacaktır¹⁶.

¹⁶ Ş. **Demir**’e göre, TBK.m.603’de “haklı sebepler”, “durumun gerekleri”, “hakkaniyete göre” gibi ifadelerle hakime takdir yetkisi verilerek geniş ve esnek bir çerçeve benimsenmediği için, bu sözleşmelerin belirlenmesi bakımından söz konusu olan boşluğun “kural içi boşluk” olduğu kabul edilemez. Buna karşılık; kanun koyucunun kefalet sözleşmesinin uygulama alanını belirlerken kanuna hakim olan sözleşme özgürlüğünün kapsamını daraltmaması, kuralın özellik taşıyan bazı sözleşmelerde sorunlara neden olması, daraltıcı yorum çabalarının somut olayın özelliklerine uygun olmaması ve sonuç olarak adalete uygun olmayan sonuçlar doğabileceği için bu hükümdeki boşluk örtülü (gizli) boşluktur. Şamil **Demir**, “Kefalet Sözleşmesinin Uygulama Alanı”, *TBBD.*, Y. 26, S. 108, Ankara 2013, s. 101 vd.

Çalışmamızda, teminat sözleşmelerinde eşlerin hukuki işlem özgürlüğüne getirilen sınırlamalar incelenecektir. Dolayısıyla çalışmamızda diğer eşin rızası, teminat sözleşmeleri bağlamında ele alınacaktır. Diğer eşin rızasına ilişkin hükümlerden TMK.m.194, m.199, m.223/f.2 ve TBK.m.584, m.603, teminat sözleşmelerini kapsadığı için bu hükümler üzerinde durulacaktır.

IV. ÇALIŞMANIN KAPSAMI

Çalışmamız, girişi takip eden iki ana bölüm ve sonuç olmak üzere dört bölümden oluşmaktadır.

Birinci bölümün konusunu, kişisel teminat sözleşmelerinde eşlerin hukuki işlem özgürlüğüne getirilen sınırlamalar oluşturmaktadır. Bu bölümde kişisel teminat sözleşmelerine genel olarak değinildikten sonra, eşlerin hukuki işlem özgürlüğü ile kişisel teminat sözleşmeleri arasında bağlantı kurulacaktır. Kişisel teminat sözleşmelerinden ilk olarak eşlerin kefalet sözleşmesi kurma özgürlüğüne getirilen sınırlama (TBK.m.584) incelenecektir. Bu inceleme sırasında öncelikle kefalet sözleşmesinin tanımı yapılarak, hukuki niteliği, tarafları, türleri ve şekli üzerinde durulacaktır. Daha sonra ise, kefalet sözleşmesinde eşin rızasının hukuki niteliği, şartları, zamanı, şekli ve içeriği, eşin rızası bakımından özellik arz eden durumlar, eşin rıza vermekten kaçınması, eşin rızası alınmaksızın kurulan kefalet sözleşmesinin sonuçları ve eşin rızasının aranmayacağı kefaletler irdelenecektir. Kefalet sözleşmesi dışında kişisel teminatlar arasında yer alan garanti sözleşmesi, borca katılma sözleşmesi, müteselsil borçluluk, sözleşmeye katılma, kredi emri ve aval de TBK.m.603 kapsamında incelenecektir. Bu inceleme sırasında söz konusu kişisel teminat türleri üzerinde durulduktan sonra, TBK.m.603 kapsamında kefalet sözleşmesinde eşin rızasına ilişkin hükümlerin bu sözleşmeler bakımından uygulanma alanı bulup bulmayacağı belirlenecektir.

İkinci bölümün konusunu ise, aynı teminat sözleşmelerinde eşlerin hukuki işlem özgürlüğüne getirilen sınırlamalar oluşturmaktadır. Bu bölümde aynı teminat sözleşmelerine genel olarak değinildikten sonra, bu sözleşmeler ile eşlerin hukuki işlem özgürlüğü arasındaki ilişki üzerinde durulacaktır. Daha sonra ise, eşlerin

taşınmaz rehni, taşınmaz rehnine benzer teminatları, taşınır rehni ve mülkiyeti saklı tutma sözleşmesi kurma özgürlüğüne getirilen sınırlamalar TMK.m.194-m.199-m.223/f.2 bakımından ayrı ayrı incelenecektir. Bu hükümler, taşınmaz rehnine benzer teminatlar kapsamında taşınmaz yükü ve kanunda düzenlenmeyen taşınmaz teminatları bakımından da ele alınacaktır.

Sonuç kısmında ise, yapılan çalışma sonucunda tespit edilen önemli hususlar belirtilecektir.

BİRİNCİ BÖLÜM

KİŞİSEL TEMİNAT SÖZLEŞMELERİNDE EŞLERİN HUKUKİ İŞLEM ÖZGÜRLÜĞÜNE GETİRİLEN SINIRLAMALAR

I. GENEL OLARAK KİŞİSEL TEMİNAT SÖZLEŞMELERİ

Kişisel teminat sözleşmeleri, alacaklıya kişisel güvence sağlayarak teminat veren, borçlunun borcundan dolayı haczedilebilir nitelikteki bütün malvarlığı ile sorumlu olduğu teminat sözleşmeleridir. Kişisel teminat sözleşmelerinde teminat veren, üçüncü bir kişinin borcunu zamanında ve gereği gibi ifa etmesini sağlamak için kişisel itibarını ve ödeme gücünü ortaya koymaktadır. Yani kişisel teminat sözleşmeleri ile teminat verenin alacaklıya, belirli bir eşya üzerinde aynı hak tanınması söz konusu değildir¹⁷.

Kişisel teminat sözleşmelerinin temel amacı, alacaklıya borçlu dışında üçüncü bir kişinin malvarlığına başvurabilme imkânı sağlamaktır¹⁸. Bu nedenle bir borcun ifa edileceğine ilişkin olarak kişisel teminat veren kişinin borçlu dışında üçüncü bir kişi olması gerekir. Örneğin, borcunu ifa etmezse sözleşme cezası ödeyeceğini kabul eden kişinin kendi borcunu ödeyeceğine ilişkin teminat vermesi, kişisel teminat sözleşmesi olarak kabul edilemez. Çünkü borçlunun sözleşme cezası ödemeyi kabul etmesi halinde, alacaklı sadece borçlunun malvarlığına başvurabileceği için borcun hiç veya gereği gibi ifa edilmemesi halinde alacaklının sahip olduğu imkânlarda herhangi bir değişiklik meydana gelmez¹⁹.

Çalışmamız bakımından önem arz eden kişisel teminat sözleşmelerinin başında kefalet sözleşmesi gelmektedir (TBK.m.584). Ayrıca “Uygulama Alanı” kenar başlığını taşıyan TBK.m.603 kapsamında; garanti sözleşmesi, borca katılma sözleşmesi, müteselsil borçluluk, sözleşmeye katılma, kredi emri ve aval de incelenmesi gereken kişisel teminatlar arasında yer almaktadır.

¹⁷ **Barlas**, *Aynı Teminatlar*, s. 571; **A. Yenice**, s. 6.

¹⁸ **Özen**, s. 5; **Tandoğan**, s. 689.

¹⁹ **Özen**, s. 6; **Tandoğan**, s. 689; **Hatemi/Serozan/Arpacı**, *Borçlar Özel*, s. 519.

II. EŞLERİN HUKUKİ İŞLEM ÖZGÜRLÜĞÜ VE KİŞİSEL TEMİNAT SÖZLEŞMELERİ

743 sayılı Türk Kanunu Medenîsi, evlilik birliğini korumak amacıyla, eşlerin yapacağı bazı hukuki işlemlerin geçerliliğini hakimin onayına tâbi kılmıştı²⁰. Nitekim Türk Kanunu Medenîsi m.169'a göre; “*Karı koca arasında her nevi hukuki tasarruf caizdir. Karının şahsi mallarına veya mal ortaklığı usulüne tâbi mallara dair karı koca arasındaki hukuki tasarruflar, sulh hakimi tarafından tasdik olunmadıkça muteber olmaz. Koca menfaatine olarak karı tarafından üçüncü şahsa karşı iltizam olunan borçlar için dahi hüküm böyledir*”. Bu hükmün ilk cümlesine göre, kural olarak eşler arasındaki hukuki işlemlerin geçerliliği için herhangi bir onaya ihtiyaç olmamakla birlikte; mal birliği ve mal ortaklığına tâbi mallar bakımından eşler arasında yapılan hukuki işlemlerin geçerliliği sulh hakiminin onayıyla bağlıydı²¹. Bu hükmün son cümlesine göre ise, kadın kocası yararına bir harcama işlemi yapıyorsa, bu harcama işlemi geçerli olacaktır. Örneğin, kadının kapağıya gelen kocasının alacaklısına istediği parayı derhal ödemesi bir harcama işlemi olarak geçerliydi. Buna karşılık, kadının kocası yararına yapacağı bir borçlandırıcı işlem (örneğin, kefalet gibi) sulh hakimi tarafından onaylanmadıkça geçerli hale gelmemekteydi²². Bu hükmün 76 yıllık uygulaması göstermiştir ki, eşlerin

²⁰ Nami **Barlas**, “Yeni Türk Medeni Kanunu Hükümleri Çerçevesinde Eşler Arası Hukuki İşlem Özgürlüğü ve Sınırları”, *Prof. Dr. Necip Kocayusufoğlu İçin Armağan*, Ankara 2004, s. 117; Ali İhsan **Özüğür**, *Mal Rejimleri*, 3. bs., Ankara 2006, s. 211; Ahmet M. **Kılıçoğlu**, *Türk Medeni Kanununda Diğer Eşin Rızasına Bağlı Hukuksal İşlemler ve Yasal Önalım Hakkı*, Ankara 2002, s. 1; Serkan **Ayan**, *Evlilik Birliğinin Korunması*, Ankara 2004, s. 58-59; Merve **Yılmaz**, “Türk Borçlar Kanununa Göre Kefalet Sözleşmesinin Geçerlilik Şartları”, *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, S. 7, Y. 2, 2011, s. 76.

²¹ **Şıpka**, *Aile Konutu*, s. 22; Türk Kanunu Medenîsi m.173'de de benzer bir hüküm bulunmaktaydı. Türk Kanunu Medenîsi m.173/f.2'e göre, “*Evliliğin devamı sırasında yapılan evlenme mukaveleleri mahkemenin de tasvibine iktiran etmek lâzımdır*”. Bu hüküm uyarınca, eşlerin evlendikten sonra yapacakları mal rejimi sözleşmesinin geçerli olabilmesi mahkemenin onayına bağlıydı. Ancak bu hüküm kanunda öngörülen haller dışında eşlerin hukuki işlem özgürlüğüne sahip olacağına ilişkin TMK.m.193 hükmünün amacına hizmet etmemekteydi. Bunun sonucu olarak da, eşlerin evlendikten sonra yapacakları mal rejimi sözleşmesinde mahkemenin onayı zorunluluğu yürürlükten kaldırılarak, mal rejimi sözleşmesinin evlenmeden önce veya sonra yapılması arasında fark kalmamıştır. **Kılıçoğlu**, *Aile*, s. 301-302.

²² Borçlandırıcı işlem ile harcama işlemi birbirinden farklıdır. Borçlandırıcı işlem, kazandırmayı yapanı sadece borçlandırır. Harcama işlemi ise, hakkı üzerinde harcamada bulunan kimsenin hakkını doğrudan etkileyerek söz konusu hakkı, başka bir malvarlığına aktarır, sona erdirir

yapacakları bazı hukuki işlemlerin geçerliliğini sulh hakiminin onayına tâbi kılmak, her şeyden önce zaman kaybına ve gereksiz masraflara neden olmuştur²³. Ayrıca kadın-erkek eşitliğini esas alan yeni yasa düzenlenirken, evli kadını hukuki işlemler açısından kocaya nazaran, sulh hukuk mahkemesinin denetim ve vesayetine tâbi kılan hükümlerin yasada yer alması bir tezatlık da meydana getirecekti²⁴. Tüm bu olumsuzluklar dikkate alınarak 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu ile, eşlerin evlilik birliği devam ettiği sürece, hem kendi aralarında hem de üçüncü kişilerle kuracakları hukuki işlemleri, herhangi bir sınırlamaya tâbi olmaksızın, “sözleşme özgürlüğü ilkesi” çerçevesinde yapabilecekleri kabul edilmiştir²⁵.

Eşlerin hukuki işlem özgürlüğünün açıkça ifade edildiği TMK.m.193’e göre, “*Kanunda aksine bir hüküm bulunmadıkça, eşlerden her biri diğeri ve üçüncü kişilerle her türlü hukuki işlemi yapabilir*”. Bu hükme göre, kural olarak eşlerden her biri diğer eşin veya başka birinin onayına bağlı olmaksızın hukuki işlem yapma özgürlüğüne sahiptir. Ancak kanunda öngörülen bazı hukuki işlemler bakımından eşlerin bu özgürlükleri sınırlanmıştır²⁶. Evlilik birliğinin huzuru ve geleceği için getirilen bu sınırlamalar bakımından kadın erkek eşitliği benimsenmiştir. Bu nedenle söz konusu işlemleri hangi eş yaparsa yapsın diğer eşin rızası alınmadan yapılan bu işlemler geçersiz olur²⁷.

Eşlerin hukuki işlem özgürlüğüne getirilen sınırlamalar kanunda öngörülenlerden (numerus clausus ilkesi) ibarettir. Dolayısıyla kanunda düzenlenen

veya bir aynı hak ile sınırlar. Bkz. Hüseyin **Hatemi/Rona Serozan**, *Aile Hukuku*, İstanbul 1993, s. 192.

²³ **Kılıçoğlu**, *Aile*, s. 232; **Kılıçoğlu**, *Eşin Rızası*, s. 1.

²⁴ **Kılıçoğlu**, *Aile*, s. 233.

²⁵ Turgut **Akıntürk/Derya Ateş Karaman**, *Aile Hukuku*, C. 2, 15. bs., İstanbul 2013, s. 120; Seda **Öktem**, “Aile Birliğinde Eşlerin Tasarruf Yetkisinin Kısıtlanması”, *TBBD.*, Y. 19, S. 67, Kasım-Aralık 2006, s. 318; Mustafa **Dural/Tufan Ögüz/Mustafa Alper Gümüş**, *Türk Özel Hukuku (Aile Hukuku)*, C. III, 9. bs., İstanbul 2014, s. 163.

²⁶ Cem **Baygın**, “4721 Sayılı Yeni Medeni Kanununun Evlenme, Boşanma ve Evliliğin Genel Hükümleri Konusunda Getirdiği Değişiklikler”, *Bilgi Toplumunda Hukuk, Prof. Dr. Ünal Tekinalp’e Armağan*, C. II, İstanbul 2003, s. 455.

²⁷ **Kılıçoğlu**, *Eşin Rızası*, s. 5; S. **Ayan**, *Evlilik*, s. 59-60; **Kılıçoğlu**, *Aile*, s. 238.

haller dışında, eşlerin kendi aralarında yapacakları bir anlaşma ile sözleşme yapma özgürlüklerini sınırlamaları mümkün değildir.

Eşlerin hukuki işlem özgürlüğüne getirilen sınırlamaları, kişisel teminat sözleşmeleri bakımından incelediğimizde ilk olarak kefalet sözleşmesinde eşin rızasına ilişkin TBK.m.584 hükmü karşımıza çıkmaktadır. TBK.m.584/f.1'e göre, “Eşlerden biri mahkemece verilmiş bir ayrılık kararı olmadıkça veya yasal olarak ayrı yaşama hakkı doğmadıkça, ancak diğerinin yazılı rızasıyla kefil olabilir...”. Bu hüküm, eşlerin hukuki işlem özgürlüğüne getirilen sınırlamaların amacına uygun olarak, diğer eşin ve evlilik birliğinin ekonomik bütünlüğünün korunmasını sağlamaya yöneliktir. Ayrıca “Uygulama Alanı” kenar başlığını taşıyan TBK.m.603 hükmü kapsamında eşlerden birinin garanti sözleşmesi, borca katılma sözleşmesi, müteselsil borçluluk, sözleşmeye katılma, kredi emri ve aval verme işlemlerini yapabilmesi bakımından da diğer eşin rızasının aranıp aranmayacağı incelenmelidir. Bu işlemler TBK.m.603’de açık olarak yer almamakla birlikte, “... kişisel güvence verilmesine ilişkin olarak başka ad altında yapılan diğer sözleşmeler ...” kapsamında değerlendirilerek diğer eşin rızası açısından ele alınacaktır.

III. EŞLERİN KEFALET SÖZLEŞMESİ KURMA ÖZGÜRLÜĞÜNE GETİRİLEN SINIRLAMA

A. Kefalet Sözleşmesi

1. Kefalet Sözleşmesinin Tanımı

Kişisel teminat sözleşmelerinden biri olan kefalet sözleşmesi, TBK.m.581’de tanımlanmıştır. Bu hükme göre, “kefalet sözleşmesi, kefilin alacaklıya karşı, borçlunun borcunu ifa etmemesinin sonuçlarından kişisel olarak sorumlu olmayı üstlendiği sözleşmedir”. Bu tanımla eBK.m.483’deki aksaklıklar büyük ölçüde giderilmiştir. Sürekli olarak eleştiriye uğrayan bu hükme göre, kefaletin tanımı şöyleydi: “kefalet, bir akittir ki onunla bir kimse, borçlunun akdettiği borcun edasını temin etmeği alacaklıya karşı taahhüt eder”. Bu iki hüküm dikkate alınarak kefalet sözleşmesinin tanımına ilişkin gerçekleşen değişiklikler şu şekilde özetlenebilir:

Eski Borçlar Kanunu'nda “*borçlunun akdettiği borcun edasına*” ilişkin teminattan söz edildiği için kefilin sadece sözleşmeden doğan borçlara kefil olabileceği sonucu çıkarılabilmekteydi. Oysa TBK'da sözleşmeden doğan borçlar dışında haksız fiilden, sebepsiz zenginleşmeden veya kanundan doğan borçlara da kefil olunmasına herhangi bir engel bulunmamaktadır²⁸.

Eski Borçlar Kanunu'ndaki kefilin “*borcun edasını temin etmeği alacaklıya karşı taahhüt ettiği*” ifadesinden, esas borçlunun borcunu ifa etmek için gayret göstermesine rağmen, söz konusu borcu ifa edememesi halinde kefilin bu borçtan sorumlu tutulamayacağı sonucu çıkarılabilmekteydi. Oysa kefil, borcun ifa edilmesi için gayret göstermeyi değil, temin ettiği borcun hiç veya gereği gibi ifa edilmemesinden “kişisel olarak” sorumlu olmayı taahhüt etmektedir²⁹. Bu nedenle kefilin borcu, borçlunun borcunu hiç veya gereği gibi ifa etmemesinden sorumlu olmaya yönelik olup; kefil, borçlunun borcunu ifa etmeyi taahhüt etmemektedir³⁰.

Eski Borçlar Kanunu'nda “*borçlunun akdettiği*” ifadesinden kefilin sadece kefalet sözleşmesinin kurulduğu sırada mevcut olan borçları temin ettiği sonucu çıkarılabilmekteydi. Oysa halihazır bir borç olmasa dahi, ileride doğacak bir borca kefil olmak da mümkündür³¹.

²⁸ **Tandoğan**, s. 693; **Özen**, s. 57; **Yavuz/Acar/Özen**, s. 1359; Nihat **Taşdelen**, “Kefalet Sözleşmesinde Şekil”, *Prof. Dr. Oğuz İmregün'e Armağan*, İstanbul 1998, s. 731-732; Mustafa Alper **Gümüş**, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, C. II, 3. bs., İstanbul 2014, s. 320; Hüseyin Murat **Develioğlu**, “İsviçre Federal Mahkemesi'nin 23 Eylül 2003 Tarihli Kararı Işığında Kefalet Sözleşmesi – Borca Katılma Ayrımı”, *Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Prof. Dr. Erden Kuntalp'e Armağan*, C. I, 1/2004, s. 294; Nami **Barlas**, “Kefalet Hukukuna İlişkin Bazı Sorunlar ve Yargıtay Uygulaması”, *Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu*, 9-10 Aralık 2005, s. 42-43; Seza **Reisoğlu**, *Türk Kefalet Hukuku*, Ankara 2013, s. 21; Nami **Barlas**, “Kefaletin Şekle İlişkin Geçerlilik Şartları ve Buna Bağlı Sorunlar”, *Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2006/1, s. 4.

²⁹ **Tandoğan**, s. 693; Seza **Reisoğlu**, *Türk Hukukunda ve Bankacılık Uygulamasında Kefalet*, Ankara 1992, s. 7-8; **Hatemi/Serozan/Arpacı**, *Borçlar Özel*, s. 520-521; **Gümüş**, *Özel Hükümler II*, s. 320; **Barlas**, *Kefaletin Şekle İlişkin Şartları*, s. 4.

³⁰ **Gümüş**, *Özel Hükümler II*, s. 320; **Reisoğlu**, *Bankacılık Uygulaması*, s. 2; **Tandoğan**, s. 693; **Barlas**, *Bazı Sorunlar*, s. 43.

³¹ **Özen**, s. 59; **Yavuz/Acar/Özen**, s. 1359; **Gümüş**, *Özel Hükümler II*, s. 321.

2. Kefalet Sözleşmesinin Hukuki Niteliği

a) Kefalet Sözleşmesinden Doğan Sorumluluğun Fer'i (Bağımlı) Nitelikte Olması

Kefalet sözleşmesinin en önemli özelliklerinden biri kefilin borcunun fer'i, yani asıl borca bağlı bir borç olmasıdır. Bu nedenle kefilin sorumluluğunun söz konusu olabilmesi için asıl borcun geçerli olarak doğması ve varlığını sürdürmesi gerekir. Aksi takdirde asıl borca bağlı olarak doğan kefalet sözleşmesi de geçersiz olacaktır³². Asıl borcun geçerliliğine bakılmaksızın verilecek bir teminat ise olağanüstü bir teminat olup; kefalet sözleşmesini değil, garanti sözleşmesini oluşturacaktır³³. Taraflar aralarında yapacakları sözleşme ile kefalet sözleşmesinin fer'i niteliğini kısmen veya tamamen kaldıramaz. Bu yönde yapılacak bir sözleşme üstlenilen yükümlülüğün niteliğini değiştirecektir³⁴.

Gelecekte doğacak veya geciktirici koşula bağlı bir borca kefil olmak, kefalet sözleşmesinin fer'iliğini ortadan kaldırmaz³⁵. Gelecekte doğacak bir borca kefil olan kişi, kefalet sözleşmesi ile bağlı olsa da; kefinden talepte bulunulabilmesi, kefalet sözleşmesinin kurulduğu sırada doğmamış olan asıl borcun sonradan doğmasına

³² Aydın **Zevkliler**/Emre **Gökyayla**, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*, 14. bs., Ankara 2014, s. 677; **Özen**, s. 86; Aydın **Zevkliler**/Ayşe **Havutçu**, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*, 9. bs., Ankara 2007, s. 368; Fahrettin **Aral**/Hasan **Ayrancı**, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*, 10. bs., Ankara 2014, s. 438; **Gümüş**, *Özel Hükümler II*, s. 322; **Develioğlu**, *Borca Katılma*, s. 297; Atalay **Özdemir**, “Borçlar Yasasının 110. Maddesine Eklenen Yeni Fıkra ve Banka Teminat Mektupları”, *YD.*, C. 10, S. 4, 1984, s. 261; Nami **Barlas**, “Kredi Kartı İlişkisinde Bankaya Karşı Verilen Kişisel Teminatın Niteliğinin Belirlenmesi”, *Ömer Teoman'a 55. Yaş Günü Armağanı*, C. II, İstanbul 2002, s. 950; Fikret **Eren**, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, 2. bs., Ankara 2015, s. 764; **Yavuz/Acar/Özen**, s. 1366; **Barlas**, *Kefaletin Şekle İlişkin Şartları*, s. 5. Bir cari hesapta yer alan borçlardan biri için mevcut kefaletin, cari hesabın kat edilmesi ve bakiyenin onaylanması üzerine son bulmayıp, onaylanan bakiye güvence olarak kalmaya devam etmesi, fer'ilik ilkesinin gereği olan, kefilin sorumluluğunun asıl borcun varlığı ve devamına bağlı olması kuralına getirilen bir istisnadır. Bkz. **Özen**, s. 103-104; Hasan **Ayrancı**, “Kefalet Sözleşmesinde Asıl Borcun Belirli Olması İlkesi ve Cari Hesaba Kefalet”, *GÜHFD.*, C. IX, S. 1-2, Y. 2005, s. 107 vd.

³³ **Özen**, s. 87.

³⁴ **Develioğlu**, *Garanti*, s. 114; Necip **Bilge**, “Kefilin Mesuliyetinin Şümulü”, *AÜHFD.*, C. XIII, S. 1-2, 1956, s. 100; **Reisoğlu**, *Kefalet*, s. 22; **Reisoğlu**, *Bankacılık Uygulaması*, s. 3; **Eren**, *Özel Hükümler*, s. 764.

³⁵ Murat **Aydoğdu**/Nalan **Kahveci**, *Türk Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri (Sözleşmeler Hukuku)*, 2. bs., Ankara 2014, s. 804; **Özen**, s. 87; **Gümüş**, *Özel Hükümler II*, s. 322.

bağlıdır³⁶. Asıl borcun koşula bağlı olması durumunda ise, kefilin kayıtsız şartsız borç altına girmesi geçersiz olup; koşul gerçekleşmedikçe kefilen talepte bulunulamaz³⁷.

Kefalet sözleşmesinden doğan sorumluluğun fer'i nitelikte olmasının sonucu olarak kefilin borcunun kapsam ve muhtevası asıl borca bağlıdır. Bu nedenle kefilin sorumluluğu asıl borçlunun sorumluluğundan ağır olamaz³⁸. Kefilin sorumluluğunun asıl borçlunun sorumluluğunu aşması durumunda, tarafların yaptığı kefalet nitelendirmesine rağmen başka bir sözleşmenin amaçlanmış olduğu sonucuna varılır. Başka bir deyişle teminat verenin “kefil” sıfatı ile değil, “başka bir sıfatla” teminat verdiği kabul edilir. Zira yanlış nitelendirme zarar vermez. Dolayısıyla TBK.m.19 uyarınca tarafların gerçek ve ortak iradeleri esas alınır. Bu durumda teminat veren, asıl borçlunun sorumlu tutulabileceği miktara kadar kefil sıfatıyla, bu miktarı aşan kısımdan ise başka sıfatla sorumlu olur. Tarafların gerçekten kefalet sözleşmesi yapmak istediği sonucuna varılması durumunda ise, kısmi geçersizlik söz konusu olur. Kefilin sorumluluğu asıl borcun kapsam ve muhtevasına göre belirlenerek, kefalet sözleşmesinin asıl borcun kapsamını aşan kısmı geçersiz sayılır³⁹.

³⁶ **Aydoğdu/Kahveci**, s. 804; **Özen**, s. 87; **Bilge**, s. 98.

³⁷ **Aydoğdu/Kahveci**, s. 804; **Aral/Ayrancı**, s. 439; **Reisoğlu**, *Kefalet*, s. 23; Mahmut **Bilgen**, 6098 Sayılı *Türk Borçlar Kanunu Işığında Öğreti ve Uygulamada Kefalet ve Yargılama Hukukuna İlişkin Uyuşmazlıklar*, Ankara 2013, s. 6.

³⁸ **Aydoğdu/Kahveci**, s. 803; **Ayrancı**, s. 109; **Aral/Ayrancı**, s. 438; **Reisoğlu**, *Kefalet*, s. 22; **Özen**, s. 88; **Gümüş**, *Özel Hükümler II*, s. 323; **Bilgen**, s. 6; **Yavuz/Acar/Özen**, s. 1366; **Zevkliler/Havutçu**, s. 368; **Tandoğan**, s. 695; **Eren**, *Özel Hükümler*, s. 764; Konkordatonun tasdik edilmesi durumunda, borçlu, konkordatoda belirlenen oranla sorumlu olmasına rağmen, kefil, konkordatoya rıza göstermeyen alacaklıya karşı alacağın tamamından sorumlu olacaktır (İİK.m.295/f.1). Fer'ilik ilkesine göre, kefil asıl borçludan daha ağır bir sorumluluk altına giremez. Bu nedenle asıl borçludan alacağın bir kısmının istenebilmesine rağmen; kefilin alacağın tamamından sorumlu olması bu ilkenin istisnasını teşkil etmektedir. Bkz. **Özen**, s. 103. Yarg. 12. HD., T. 08.03.2005, E. 1662/K. 4706 “*Ancak Kayseri Ticaret Mahkemesinin anılan Konkordato tasdik ilamından da anlaşılacağı üzere alacaklı banka konkordatoya "muvafakat etmemiş" olup, İİK'nun 295. maddesi hükmüne göre müteselsil kefil konumunda bulunan şikayetçi borçlu Sait Yurttaş' a karşı takipten sonra doğan tüm alacak haklarını isteme hakkına sahip bulunmaktadır. Bu nedenle İcra Mahkemesinin konkordato şartları çerçevesinde diğer borçlu şirketin borcu ödediğinden bahisle takibin iptaline karar vermesi isabetsizdir*” (**Leges**, Mevzuat ve İçtihat Programı).

³⁹ **Özen**, s. 88; **Reisoğlu**, *Bankacılık Uygulaması*, s. 3.

Fer’ilik özelliğinden dolayı asıl borcun kaderini takip eden kefalet, kefaletle güvence altına alınan alacağın başkasına devredilmesi durumunda yeni alacaklıya geçer⁴⁰. Tarafların kefalet alacağının yeni alacaklıya geçmeyip; ilk alacaklıda kalacağını kararlaştırmaları halinde ise devirle birlikte kefalet borcu sona erer⁴¹.

Kefalet sözleşmesi fer’i nitelikte olduğu için kefil, asıl borçlunun sahip olduğu bütün def’i ve itirazları alacaklıya karşı ileri sürebilme hakkına sahiptir⁴². Asıl borçlunun, alacaklıya karşı sahip olduğu def’i ve itirazları kullanma hakkından sulh sözleşmesiyle veya soyut borç ikrarı ile feragat etmesi kefilin etkilemeyecektir⁴³. Kefilin asıl borçlunun alacaklıya karşı sahip olduğu savunma vasıtalarından yararlanabilmesinin bir istisnası bulunmaktadır. Bu istisnaya göre, asıl borçlunun ödeme güçsüzlüğü sebebine dayanan savunmasından kefilin yararlanması mümkün değildir (TBK.m.591/f.1). Çünkü kefil, asıl olarak bu amaçla kefalet sözleşmesi kurmaktadır⁴⁴.

b) Kefalet Sözleşmesinden Doğan Sorumluluğun Tali (İkincil) Nitelikte Olması

Kefalet sözleşmesinin tali nitelik taşıması iki farklı anlamda kullanılabilir. Geniş anlamda talilik, asıl borç muaccel olmadan kefalet borcunun doğmayacağını ifade edip; her türlü kefalet sözleşmesinde karşımıza çıkmaktadır. Dar anlamda talilik ise, kefile başvurmak isteyen alacaklının öncelikle asıl borçluyu takip etmek ve rehinleri paraya çevirmek zorunda olmasını ifade eder. Bu anlamda talilik adi kefalette daha belirgindir⁴⁵. Müteselsil kefalette ise talilik, önce teslimine bağlı taşınır

⁴⁰ **Özen**, s. 87; **Reisoğlu**, *Kefalet*, s. 23; **Aral/Ayrancı**, s. 439; **Gümüş**, *Özel Hükümler II*, s. 323; **Bilgen**, s. 7.

⁴¹ **Bilgen**, dn. 21, s. 7; **Aral/Ayrancı**, s. 439; **Bilge**, s. 99.

⁴² **Reisoğlu**, *Bankacılık Uygulaması*, s. 4; **Aral/Ayrancı**, s. 439; **Özen**, s. 92; **Reisoğlu**, *Kefalet*, s. 24; **Yavuz/Acar/Özen**, s. 1367; **Tandoğan**, s. 696; **Zevkliler/Gökyayla**, s. 677.

⁴³ **Özen**, s. 92.

⁴⁴ **Reisoğlu**, *Bankacılık Uygulaması*, s. 4; **Özen**, s. 92; **Aral/Ayrancı**, s. 439; **Reisoğlu**, *Kefalet*, s. 24.

⁴⁵ **Eren**, *Özel Hükümler*, s. 765; **Aydoğdu/Kahveci**, s. 804; **Özen**, s. 117; **Bilge**, s. 97.

rehinine ya da alacak rehnine başvurulmasını isteme konusunda kefile def'i hakkı tanıyan (eBK.m.818'de düzenlenmeyen) TBK.m.586/f.2'de görülmektedir⁴⁶.

c) Kefalet Sözleşmesinden Doğan Sorumluluğun İvazsız Nitelikte Olması

Kefalet sözleşmesinin tanımından ve amacından anlaşıldığı gibi kefalet sözleşmesi kural olarak tek tarafa borç yükleyen bir sözleşmedir. Bu nedenle kefalet sözleşmesi ile sadece kefil borç altına girmektedir⁴⁷. Gerçekten de kefalet sözleşmelerinin çoğunda alacaklının herhangi bir karşı edim yüklenmediği görülmektedir.

Kefalet sözleşmesinin karşılıklı (tam iki tarafa borç yükleyen) sözleşme olarak, ivaz veya herhangi bir karşı edim kararlaştırılmak suretiyle kurulması da mümkündür. Kefalet sözleşmesinin ivazsız olması, fer'ilik gibi zorunlu bir unsur olmadığı için, bu sözleşmenin ivaz kararlaştırmak suretiyle tam iki tarafa borç yükleyen bir sözleşme haline getirilmesi, niteliğinde herhangi bir değişiklik meydana getirmez⁴⁸. İvaz kararlaştırılmak suretiyle kurulan bir kefalet sözleşmesinde alacaklı üstlendiği edimi yerine getirmekten kaçınırsa, kefil de TBK.m.97 uyarınca kendi edimini ifa etmekten kaçınabilir⁴⁹. Kefilin, alacalıyı karşı edimini yerine getirmediği için temerrüde düşürmesi durumunda borçlunun temerrüdüne bağlı “seçimlik hakları” kullanması (TBK.m.125) da mümkün olacaktır⁵⁰.

Kefalet sözleşmesinden kaynaklanan ve bazı şartların gerçekleşmesi halinde Kanun tarafından alacaklıya yüklenen yükümlülükler karşı edim olarak kabul edilemez. Alacaklının Kanun'dan doğan bu yükümlülükleri (TBK.m.592-593-594), kefile karşı kefalet sözleşmesinden kaynaklanan haklarını ileri sürebilmesinin şartları

⁴⁶ **Özen**, s. 117; **Bilgen**, s. 23; **Yavuz/Acar/Özen**, s. 1368.

⁴⁷ **Barlas**, *Kefaletin Şekle İlişkin Şartları*, s. 3; **Aral/Ayrancı**, s. 441; **Reisoğlu**, *Kefalet*, s. 25; **Özen**, s. 118; **Yavuz/Acar/Özen**, s. 1368; **Eren**, *Özel Hükümler*, s. 760-761.

⁴⁸ **Reisoğlu**, *Bankacılık Uygulaması*, s. 5-6; **Reisoğlu**, *Kefalet*, s. 25-26; **Özen**, s. 118; **Yavuz/Acar/Özen**, s. 1368.

⁴⁹ **Reisoğlu**, *Bankacılık Uygulaması*, s. 6; **Reisoğlu**, *Kefalet*, s. 26; **Özen**, s. 119.

⁵⁰ **Özen**, s. 119.

olup, bağımsız yükümlülükler değildir⁵¹. Bu nedenle alacaklının bu yükümlülüklerini ihlal etmesi durumunda kefil, karşılıklı sözleşmelere özgü hükümlerden yararlanamayacaktır.

Kefalet sözleşmesinin ivazsız olması, alacaklıya bir bağışta bulunulduğu anlamına gelmez. Kefilin verdiği teminat ile alacaklının malvarlığında herhangi bir zenginleşme oluşmaz. Kefil ödeme yaptığı oranda asıl borçluya karşı bir alacak hakkı elde eder. Bu nedenle kefalet yükümlülüğü ile tarafların malvarlığında herhangi bir değişiklik meydana gelmez⁵².

Alacaklının kefalet sözleşmesi ile herhangi bir karşı edim üstlenmediği durumlarda kefil için sözleşme dışı bir yarar da söz konusu değilse, TBK.m.114/f.1/c.3 uyarınca kefilin sorumluluğu daha hafif olur. Kefile hiçbir yarar sağlamayan kefalet sözleşmesinde, kefilin sorumluluğunun daha hafif olması TMK.m.2/f.1’de düzenlenen “güven ilkesinin” de bir gereğidir⁵³.

3. Kefalet Sözleşmesinin Tarafları

Kefalet sözleşmesi, kefil ile asıl borcun alacaklısı arasında kurulur. Kefalet sözleşmesine konu olan asıl borcun borçlusunun bu sözleşmede taraf sıfatı bulunmamaktadır. Asıl borçlunun bilgisi veya rızası olmadan dahi kefalet sözleşmesi kurulabilir⁵⁴. Bu açıdan kefalet sözleşmesinin borçlu, alacaklı ve kefilil ilgilendiren üç köşeli bir ilişkiye yol açtığı söylemi kefalet sözleşmesinin tarafları bakımından yanılıcı olabilir⁵⁵.

Türk Borçlar Kanunu m.29 uyarınca, ön sözleşmenin taraflarının asıl sözleşmenin tarafları ile aynı olması gerekmediği için asıl borçlu ile kefil kefalet ön

⁵¹ **Özen**, s. 119 vd.; **Reisoğlu**, *Kefalet*, s. 27; **Yavuz/Acar/Özen**, s. 1368.

⁵² **Reisoğlu**, *Kefalet*, dn. 38, s. 26; **Yavuz/Acar/Özen**, s. 1369; **Özen**, dn. 162, s. 123.

⁵³ Kefilin borçludan alacağı komisyona bağlı olarak kefil olması veya satıcının müşterisinin mal bedelini ödemek için aldığı krediye kefil olması durumunda kefil, kefalet sözleşmesinden kaynaklanmayan, sözleşme dışı bir yarar elde etmektedir. Bkz. **Özen**, s. 123.

⁵⁴ **Aral/ Ayrancı**, s. 417; **Özen**, s. 60; **Barlas**, *Bazı Sorunlar*, s. 42; **Zevkliler/Havutçu**, s. 367; **Tandoğan**, s. 693-694.

⁵⁵ **Özen**, s. 60.

sözleşmesi yapabilir. Kefalet ön sözleşmesinde taraf olmayan alacaklı, kefalet sözleşmesinin tarafı olacaktır. Asıl borçluyla yapılan kefalet ön sözleşmesi, asıl kefalet sözleşmesinin şekline uygun olarak yapılmalıdır (TBK.m.29/f.2). Kefil olma vaadinde bulunulmasını, kefaletin şekline tâbi kılan TBK.m.583/f.2 de ön sözleşmenin şekline ilişkin TBK.m.29/f.2’yi teyit etmektedir⁵⁶.

Kefalet sözleşmesinde alacaklının kişiliği belirleyici değildir. Çünkü kefil, borçlunun ödeme gücüne güvenerek kefil olmaktadır. Kefalet sözleşmesi sadece kefil borç altına soktuğu için, kefalet konusu alacağın yeteri kadar belirlenmesi şartıyla, kefalet sözleşmesinin sadece kefil tarafından imzalanması yeterlidir. Alacaklının ismi yer almaksızın hazırlanan kefalet belgesi, kefalet sözleşmesini kurmaya yetmeyip, belirli olmayan bir kişiye yönelik öneri niteliğindedir. Kefalet belgesinde gösterilen alacağın, alacaklısı durumuna gelen kişi, bu öneriyi kabul ederse kefalet sözleşmesi kurulmuş olur⁵⁷.

4. Kefalet Sözleşmesinin Türleri

Türk Borçlar Kanunu hükümleri incelendiğinde, kefalet türlerinin; adi kefalet, müteselsil kefalet, birlikte kefalet, kefile kefalet ve rücu kefalet olarak düzenlendiği görülmektedir. Çalışmamızda ele aldığımız konulardan biri olan TBK.m.584/f.2 bakımından adi kefalet ve müteselsil kefalet önem arz etmektedir. Söz konusu hükme göre, “... *adi kefaletin müteselsil kefalete dönüşmesine sebep olmayan ... değişiklikler için eşin rızası gerekmez*”. Bu nedenle çalışmamızda kefalet sözleşmesinin türlerinden sadece adi kefalet ve müteselsil kefalet incelenecektir.

Adi kefalet, TBK. bakımından asıl kefalet türüdür. Olumsuz bir tanımlama ile kefaletin müteselsil olduğunun açıkça anlaşılamadığı veya tereddüt konusu olduğu durumlarda söz konusu olur⁵⁸. Adi kefaletle ilişkin TBK.m.585/f.1’e göre, “*Adi kefalette alacaklı, borçluya başvurmadıkça, kefil takip edemez*”. Bu hükme göre,

⁵⁶ Özen, s. 61-62.

⁵⁷ Özen, s. 63.

⁵⁸ Aydoğdu/Kahveci, s. 812; Özen, s. 278-279; Yavuz/Acar/Özen, s. 1389-1390; Tandoğan, s. 762; Gümüş, *Özel Hükümler II*, s. 372; Bilgen, s. 289; Reisoğlu, *Kefalet*, s. 160.

ödeme gücüne sahip olan borçluya ulaşıldığı ve borçlu hakkında takip yapılabildiği sürece alacaklı, asıl borçluyu takip etmeden kefile başvuramaz⁵⁹. Bu bakımdan adi kefalette kefilin sorumluluğu asıl borçlunun yanında değil, arkasında olan bir sorumluluktur⁶⁰. Alacaklının önce asıl borçluyu takip etme zorunluluğu, TBK.m.585/f.1’de öngörülen durumlardan birinin gerçekleşmesi halinde ortadan kalkar. Bu hükme göre, söz konusu durumlar; borçlu aleyhine yapılan takip sonucunda kesin aciz belgesi alınması, borçlu aleyhine Türkiye’de takibin imkânsız hale gelmesi veya önemli ölçüde güçleşmesi, borçlunun iflasına karar verilmesi ve borçluya konkordato mehli verilmiş olmasıdır.

Alacaklının önce asıl borçluyu takip zorunluluğu dışında, rehinleri paraya çevirme zorunluluğunun bulunması da adi kefilin sorumluluğunun yüksek düzeyde tali bir sorumluluk olduğu gerçeğine netlik kazandırır⁶¹. Rehineri paraya çevirme zorunluluğunu düzenleyen TBK.m.585/f.2’ye göre, alacağın kefaletten önce veya kefalet sırasında rehinle teminat altına alınması durumunda kefil, öncelikle rehinin paraya çevrilmesi def’ini ileri sürebilir. Ancak alacaklının önce rehinleri paraya çevirme zorunluluğu, borçlunun iflas etmesi veya kendisine konkordato mehli verilmesi durumlarında ortadan kalkar (TBK.m.585/f.2/c.2).

Müteselsil kefalet ise TBK.m.586/f.1’de şu şekilde ifade edilmiştir: “*Kefil müteselsil kefil sıfatıyla veya bu anlama gelen herhangi bir ifadeyle yükümlülük altına girmeyi kabul etmişse alacaklı, borçluyu takip etmeden veya taşınmaz rehnini*

⁵⁹ Alacaklının borçluya başvurmadan kefilini takip etmesi halinde, kefilin TBK.m.585/f.1’de aranan olgunun gerçekleşmediğine ilişkin savunması bir def’i olup; bu tartışma (peşin) def’idir. Yarg. 6. HD., T. 7.12.2004, E. 9495/K. 8868 “...Öte yandan davalılardan Ö’nün 01.11.2000 başlangıç tarihli bir yıl süreli kira sözleşmesindeki kefaleti adi kefalet niteliğindedir. Adi kefilin sorumluluğunu düzenleyen eBK’nın 486. maddesi uyarınca borçlunun borcundan kefilin sorumlu tutulabilmesi için borçlunun iflas etmesi veya hakkındaki icra takibinin semeresiz kalmış olması gerekir. Dosyanın incelenmesinden asıl borçlu hakkında yapılan takip sonucu düzenlenen örnek 51 ödeme emri üzerine herhangi bir haciz işlemi başlatılmadığı anlaşılmaktadır. Bu durumda kefil hakkındaki istem yönünden eBK’nın 486. maddesindeki koşullar tartışılıp değerlendirilerek sonucuna göre karar verilmesi gerekirken, doğrudan doğruya kefilin sorumlu olduğundan bahisle kefil hakkındaki istemin kabulüne karar verilmesi hatalı olmuştur” (Kazancı Bilişim, İçtihat Bilgi Bankası).

⁶⁰ Özen, s. 277.

⁶¹ Özen, s. 278.

paraya çevirmeden kefile takip edebilir. Ancak bunun için borçlunun ifada gecikmesi ve ihtarin sonuçsuz kalması veya açıkça ödeme güçsüzlüğü içinde bulunması gerekir". Bu hükümden, adi kefile tanınan bazı def'ilerin müteselsil kefile tanınmadığı sonucu çıkmaktadır. Bu bağlamda müteselsil kefil, adi kefilin sahip olduğu tartışma def'inden (peşin dava def'i) yararlanamaz. Şöyle ki, alacaklının müteselsil kefile başvurabilmesi, adi kefalette olduğu gibi asıl borçlu hakkında borç ödemededen kesin aciz belgesi alınmasına bağlı değildir⁶².

Müteselsil kefil, tartışma def'inden yararlanamasa bile, önce rehnin paraya çevrilmesi def'inden sınırlı da olsa yararlanabilir⁶³. Bu kurala ilişkin TBK.m.586/f.2 hükmüne göre, "*Alacak, teslimine bağlı taşınır rehni veya alacak rehni ile güvence altına alınmışsa, rehnin paraya çevrilmesinden önce kefile başvurulamaz. Ancak, alacağın rehnin paraya çevrilmesi yoluyla tamamen karşılanamayacağına önceden hakim tarafından belirlenmesi veya borçlunun iflas etmesi ya da konkordato mehli verilmesi hallerinde, rehnin paraya çevrilmesinden önce de kefile başvurulabilir*". Görüldüğü üzere, müteselsil kefil, teslimine bağlı taşınır rehni veya alacak rehni bakımından önce rehnin paraya çevrilmesi def'ine sahiptir. Bu rehinlerin kefaletten önce veya sonra verilmiş olması müteselsil kefilin def'i hakkı bakımından önem arz etmez. Söz konusu rehinlerin borçlu dışında üçüncü bir kişi tarafından verilmiş olması da mümkündür⁶⁴.

Adi kefalet ve müteselsil kefalet kavramlarının yanında çalışmamız bakımından adi kefaletin müteselsil kefalete dönüştürülmesi konusu da önem arz etmektedir. Müteselsil kefalet, kefalet sözleşmesinin kurulması sırasında kararlaştırılabilir. Bunun dışında adi kefalet olarak kurulan bir kefaletin sonradan müteselsil kefalete dönüştürülmesi de mümkündür. Adi kefaletin müteselsil kefalete dönüştürülebilmesi için kefalet sözleşmesinin değiştirilmesi gerekir. Bu noktada bu değişikliğin nasıl gerçekleşeceği hususu önem arz etmektedir. TBK.m.583/f.3'e göre,

⁶² **Özen**, s. 302; **Yavuz/Acar/Özen**, s. 1393; **Reisoğlu**, *Kefalet*, s. 169.

⁶³ **Özen**, s. 302; **Yavuz/Acar/Özen**, s. 1395.

⁶⁴ **Yavuz/Acar/Özen**, s. 1395-1396.

sonradan yapılan ve kefilin sorumluluğunu ağırlaştırarak bu değişikliğin kefalet sözleşmesi için öngörülen şekle uyularak yapılması gerekir⁶⁵. Ayrıca kefil evli ise, sorumluluğunu ağırlaştırarak bu değişiklik için, eşinin rızası da aranır (TBK.m.584/f.2).

Kanımızca, kefalet sözleşmesinin geçerli olarak kurulabilmesi için adi kefalet, müteselsil kefalet ayrımı yapmadan diğer eşin rızasını arayan kanun koyucunun adi kefaletin müteselsil kefalet dönüşürülmesi bakımından da diğer eşin rızasını araması yerinde bir düzenlemedir. Çünkü adi kefalet sözleşmesinin geçerli olarak kurulabilmesinin diğer eşin rızasına bağlı olması karşısında; kefilin sorumluluğunu ağırlaştırarak adi kefaletin müteselsil kefalet dönüşürülmesine ilişkin değişiklikler için diğer eşin rızasının evleviyetle aranması gerekir. Aynı şekilde, TBK.m.584'ün eşleri ve evlilik birliğini koruma amacı taşıdığı düşünülürse, adi kefaletin müteselsil kefalet dönüşürülebilmesini diğer eşin rızasına bağlamak yerinde bir düzenleme olmuştur.

5. Kefalet Sözleşmesinin Şekli

Türk Borçlar Kanunu m.583/f.1'e göre, "*Kefalet sözleşmesi, yazılı şekilde yapılmadıkça ve kefilin sorumlu olacağı azami miktar ile kefalet tarihi belirtilmedikçe geçerli olmaz. Kefilin, sorumlu olduğu azami miktarı, kefalet tarihini ve müteselsil kefil olması durumunda, bu sıfatla veya bu anlama gelen herhangi bir ifadeyle yükümlülük altına girdiğini kefalet sözleşmesinde kendi el yazısıyla belirtmesi şarttır*". eBK'ya göre ise, kefilin sorumlu olacağı miktarın adi yazılı şekilde belirtilmesi yeterliydi (eBK.m.484). Kefilin korunmasını amaçlayan kanun koyucu, bu şekil kuralını değiştirmiştir. Söz konusu değişikliğe göre, kefilin sorumlu olacağı azami miktar yanında kefalet tarihi ve müteselsil kefalet halinde bu hususun da el yazısıyla belirtilmesi gerekmektedir⁶⁶.

⁶⁵ Özen, s. 285.

⁶⁶ Zevkliler/Gökyayla, s. 688; Yavuz/Acar/Özen, s. 1380.

Kamu düzenine ilişkin olmayan, “nitelikli adi yazılı şekil” olarak kabul edilebilecek bu şekil zorunluluğu; sadece kefilin irade beyanı bakımından söz konusu olup, kefilin korumayı amaçlamaktadır⁶⁷. Nitelikli adi yazılı şekil sadece kefilin irade beyanı bakımından gerekli ve yeterli olduğu için, kefalet sözleşmesinin ivazlı olması ihtimalinde alacaklının iradesi bakımından bu şekil şartı aranmayacaktır. Bu nedenle alacaklı, sözlü olarak açık veya zımni irade beyanında bulunabilecektir⁶⁸.

B. Kefalet Sözleşmesinde Eşin Rızası

1. Genel Olarak

6098 sayılı TBK'nın getirdiği en önemli ve radikal yeniliklerden biri de kefalet sözleşmesinde diğer eşin rızasına ilişkin düzenlemedir⁶⁹. eBK'da yer almayan TBK.m.584/f.1'e göre, “Eşlerden biri mahkemece verilmiş bir ayrılık kararı olmadıkça veya yasal olarak ayrı yaşama hakkı doğmadıkça, ancak diğerinin yazılı

⁶⁷ **Gümüş**, *Özel Hükümler II*, s. 352; **Develioğlu**, *Garanti*, s. 143, Öğretide TBK.m.583 ile kefalet sözleşmesi bakımından tek taraflı bir geçerlilik şekli söz konusu olacağından da bahsedilmektedir. Bkz. **Özen**, s. 213.

⁶⁸ **Gümüş**, *Özel Hükümler II*, s. 352; **Özen**, s. 213.

⁶⁹ Bu hüküm, eBK. yürürlükteyken yasaya uygun olarak kurulan kefalet sözleşmelerine uygulanmaz. Nitekim bu husus Yargıtay'ın bir kararında da yer almaktadır. Yarg. 19. HD., T. 10.6.2013, E. 7678/K. 10719 “...Mahkemece toplanan delillere göre; davacı bankanın asıl borçlu olan davalı şirketten alacak talebinde kısmen haklı olduğu, bunun yanında 6098 sayılı TBK'nın 584. maddesine göre, eşlerden birinin diğerinin yazılı rızasıyla kefil olabileceği, bu hükmün kamu düzenine dair olması sebebiyle görülmekte olan talep ve davalarda da uygulanacağı, kefil olan davalı İ.Ç.'in sözleşme tarihi olan 28.8.2009 tarihinde evli olduğu, sözleşme kurulmadan önce veya en geç sözleşme kurulma anında kefil İ.Ç.'in eşinin muvafakatinin alınmadığı gerekçesiyle davalı şirket hakkında açılan davanın kısmen kabulüne, davalı İ.Ç. hakkında açılan davanın reddine karar verilmiş, hüküm davacı vekili tarafından temyiz edilmiştir. İlamsız icra takibine konu genel kredi sözleşmesi 28.8.2009 tarihlidir. Sözleşmenin imzalandığı tarihte yürürlükte bulunan 818 sayılı eBK'nın 484. maddesine uygun olarak kefalet tesis edilmiştir. 6098 sayılı TBK. 1.7.2012 tarihinde yürürlüğe girmiştir...6101 sayılı TBK'nın Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkındaki Kanun'un 1. maddesine göre TBK'nın yürürlüğe girdiği tarihten önceki fiil ve işlemlere, bunların hukuken bağlayıcı olup olmadıklarına ve sonuçlarına, bu fiil ve işlemler hangi kanun yürürlükte iken gerçekleşmişse kural olarak o kanun hükümleri uygulanır. Kefalet sözleşmesi 818 sayılı eBK. yürürlükte iken yasaya uygun olarak kurulduğundan 6098 sayılı TBK'nın 584. maddesindeki düzenlemeden dolayı geçersiz kabul edilemez. 6101 sayılı TBK'nın Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkındaki Kanun'un 7. maddesinde 6098 sayılı TBK'nın derdest davalara uygulanmasıyla ilgili düzenleme yapılmışsa da bu hüküm 818 sayılı eBK'ya uygun olarak kurulan kefaletin kamu düzenine aykırı olduğu sonucunu doğurmayacağından somut olayda uygulama yeri bulunmamaktadır” (**Kazancı Bilişim**, İçtihat Bilgi Bankası).

rızasıyla kefil olabilir; bu rızanın sözleşmenin kurulmasından önce ya da en geç kurulması anında verilmiş olması şarttır”⁷⁰.

Bu yenilikle, genellikle hatır ilişkisine bağlı olarak kurulan kefalet sözleşmeleri ile ailenin ekonomik geleceğinin tehlikeye düşmesini engellemek amaçlanmıştır⁷¹. Şöyle ki, eşlerin, evlilik birliğinden doğan sorumluluklarını, diğer eşin ve/veya çocukların ekonomik geleceğini hesaba katmaksızın sırf arkadaş veya ahbab hatırına, onların menfaatini ön planda tutarak kendi ailesinin menfaatlerini ikinci plana atacak şekilde imzaladıkları kefalet sözleşmeleri toplumumuzda birçok yıkıma (boşanma, aile içi geçimsizlik... gibi) sebep olmuştur. Bu yıkımları dikkate alan kanun koyucu, TBK.m.584 hükmü ile eşin ve aile bireylerinin korunması amacıyla eşlerden her birine diğerinin herhangi bir borca kefil olmaması hususunda güvence hakkı tanımıştır.

Kefalet sözleşmesinde eşin rızasına ilişkin TBK.m.584 hükmü eşlerden her biri için geçerli olduğu için, kadının kefil olması halinde kocanın, kocanın kefil olması durumunda ise kadının rızası gerekir⁷². Bu hükmün uygulanması bakımından eşler arasında geçerli olan mal rejiminin herhangi bir etkisi bulunmamaktadır. Eşler

⁷⁰ **Kırca**'ya göre, kefalette eşin rızasına ilişkin TBK.m.584 hükmünün önemi İBK'da bulunmayan TBK.m.603 hükmü nedeniyle ayrı bir öneme sahiptir. Bu hükme göre, “*kefaletin şekline, kefil olma ehliyetine ve eşin rızasına ilişkin hükümler, gerçek kişilerce, kişisel güvence verilmesine ilişkin olarak başka ad altında yapılan diğer sözleşmelere de uygulanır*”. Bu hüküm gereğince kefalet sözleşmesinde eşin rızasına ilişkin düzenleme garanti sözleşmesi, borca katılma bakımından da uygulama alanı bulacaktır. Bkz. İsmail **Kırca**, “Türk Borçlar Kanunu Tasarısı – Kefalette Eşin Rızası”, *Prof. Dr. Tuğrul Ansay'a Armağan*, Ankara 2006, s. 437-438.

⁷¹ **Kırca**, s. 437; Ş. **Demir**, s. 93; Seda **Öktem Çevik**, “6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Uyarınca Kefalet Sözleşmelerinde Eşin Yazılı Rızası”, *Kazancı Hakemli Hukuk Dergisi*, S. 89-90, Ocak-Şubat 2012, s. 115; Ece **Baş**, “6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'nda Kefalet Sözleşmesinin Geçerlilik Şartlarına İlişkin Bazı Yenilikler”, *İÜHFİM*, C. LXX, S. 2, s. 115-116; **Özen**, s. 183-184.

⁷² Nihat **Yavuz**, *Türk Borçlar Kanunu'nun Getirdiği Değişiklikler ve Yenilikler*, Ankara 2011, s. 810; Serkan **Ayan**, *Kefalet Sözleşmesinde Kefilin Sorumluluğu*, Ankara 2013, s. 90; **Kırca**, s. 438; **Öktem Çevik**, s. 117; **Özen**, s. 183.

arasında mal ayrılığı rejimi geçerli olsa dahi, kefalet sözleşmesinde diğer eşin rızası aranır⁷³.

Kefalet sözleşmesinde eşin rızasına ilişkin düzenleme getirilmeden önce TMK.m.199 hükmü ile de aynı sonuca varılabilmekteydi⁷⁴. TMK.m.199/f.1'e göre, "Ailenin ekonomik varlığının korunması veya evlilik birliğinden doğan malî bir yükümlülüğün yerine getirilmesi gerektirdiği ölçüde, eşlerden birinin istemi üzerine hakim, belirleyeceği malvarlığı değerleriyle ilgili tasarrufların ancak onun rızasıyla yapılabileceğine karar verebilir". Bu hükmün lafzı sadece tasarruf işlemlerini kapsamına rağmen, borçlandırıcı işlemler bakımından da uygulanma alanı bulacağı ileri sürülmüştür. Böylece borçlandırıcı bir işlem olan kefalet sözleşmesi de, TMK.m.199 uyarınca hakim kararı ile eşin rızasına tâbi kılınabilmekteydi⁷⁵. Ancak TMK.m.199'un yorumundan çıkan bu sonuç TBK.m.584 hükmü ile daha açık hale gelmiştir⁷⁶.

2. Eşin Rızasının Hukuki Niteliği

Eşin rızasının hukuki niteliği bakımından, bu rızanın kefalet sözleşmesine ilişkin bir şekil şartı mı yoksa kefil olma ehliyetine getirilen bir sınırlama mı olduğunun belirlenmesi gerekir. İBK'da da yer alan bu rızanın, kefalet sözleşmesinin bir geçerlilik şartını oluşturmamakla birlikte, eşlerin fiil ehliyetine getirilen bir sınırlama olduğu kabul edilmektedir⁷⁷. Ancak bu sınırlama, evli kişilerin tam

⁷³ Sefer **Oğuz**, "6098 Sayılı TBK.m.584/f.1'in Bankacılık Uygulamasında Yarattığı Sorunlar ve Özellikle Evli Gerçek Kişilerin Aval Vermesinde Eş Rızasının Bulunmasının Gerekliliği Üzerine Düşünceler", *Bankacılar Dergisi*, S. 86, 2013, s. 69; **Kırca**, s. 439; S. **Ayan**, *Kefalet*, s. 90; **Öktem Çevik**, s. 117; **Özen**, s. 185; **Baş**, s. 119; **Yavuz**, s. 810; **Bilgen**, s. 66; **Gümüç**, *Özel Hükümler II*, s. 342; **Reisoğlu**, *Kefalet*, s. 91. Aksi görüş için Necati **Aksoyoğlu**, "Borçlar Kanunu Tasarısı'ndaki Kefalet Sözleşmesine İlişkin Önemli Değişiklikler", *Bankacılar Dergisi*, S. 72, 2010, s. 98.

⁷⁴ **Barlas**, *Bazı Sorunlar*, s. 55; Nami **Barlas**, "Kefalet Sözleşmesinin Geçerlilik Şartları", *Türk Borçlar Kanunu Sempozyumu, Makaleler – Tebliğler*, İstanbul 2010, s. 360; **Barlas**, *Kefaletin Şekle İlişkin Şartları*, s. 15.

⁷⁵ **Barlas**, *Bazı Sorunlar*, s. 55; **Barlas**, *Geçerlilik*, s. 360; **Barlas**, *Kefaletin Şekle İlişkin Şartları*, s. 15.

⁷⁶ **Baş**, s. 116.

⁷⁷ **Öktem Çevik**, s. 119; **Özen**, s. 184; **Baş**, s. 117; **Yavuz**, s. 809; **Bilgen**, s. 66.

ehliyetli olmaktan çıkıp, sınırlı ehliyetli durumuna girmelerine neden olmaz. eMK.m.169'un⁷⁸ kaldırılması ile ehliyete ilişkin bu hükmün, eşlerin tam ehliyetli olma durumlarını değiştirmeyeceğini kabul etmek gerekir⁷⁹.

Ayrıca kefalet sözleşmesinde eşin rızasına ilişkin TBK.m.584 hükmü emredici niteliktedir⁸⁰. Bu hükmün aksi taraflarca kararlaştırılmayacağı gibi, eşin rıza vermekten önceden feragat etmesi de mümkün değildir.

3. Eşin Rızasının Şartları

a) Eşin Rızasını Gerektiren Bir Kefalet Sözleşmesinin Bulunması

(1) Genel Olarak

Eşin rızası, diğer eşin kendi adına kefalet sözleşmesi kurması halinde aranır. Bu nedenle eşin temsilci sıfatıyla hareket ettiği için borç altına girmediği kefalet sözleşmelerinde diğer eşin rızası aranmaz. Aynı şekilde eşin bir tüzel kişinin organı sıfatıyla hareket ettiği kefalet sözleşmelerinde de sorumluluk altına giren tüzel kişilik olduğu için diğer eşin rızası gerekmez⁸¹.

Kefalet sözleşmesinin şekline ilişkin TBK.m.583/f.2'e göre, kendi adına kefil olma konusunda özel yetki verilmesi veya herhangi bir kişiye kefil olma vaadinde bulunulması kefalet sözleşmesinin şekline tâbidir. Buna benzer bir düzenleme eşin rızasına ilişkin TBK.m.584'de bulunmadığı için, kefil olma konusunda özel yetki verilmesinde veya kefil olma vaadinde bulunulmasında eşin rızasının aranıp aranmayacağını belirlemek gerekir. Doktrinde ileri sürülen ve bizim de katıldığımız görüşe göre, kefil olma konusunda özel yetki verilmesi bakımından eşin rızasına gerek yoktur. Çünkü yetki verilmesi durumunda eş, kefalet sözleşmesi

⁷⁸ eMK.m.169'a göre, “*Karı koca arasında her nevi hukuki tasarruf caizdir. Karının şahsi mallarına veya mal ortaklığı usulüne tâbi mallara dair karı koca arasındaki hukuki tasarruflar, sulh hakimi tarafından tasdik olunmadıkça muteber olmaz. Koca menfaatine olarak karı tarafından üçüncü şahsa karşı iltizam olunan borçlar için dahi hüküm böyledir*”.

⁷⁹ **Baş**, s. 118.

⁸⁰ **Baş**, s. 117; **Öktem Çevik**, s. 119; **S. Ayan**, *Kefalet* s. 89; **Yavuz**, s. 809; **Aksoyoğlu**, s. 98; **Kırca**, s. 438; **Bilgen**, s. 66; **Gümüş**, *Özel Hükümler II*, s. 341.

⁸¹ **S. Ayan**, *Kefalet*, s. 125; **Ş. Demir**, s. 94; **Öktem Çevik**, s. 120; **Kırca**, s. 439; **Özen**, s. 185; **Baş**, s. 121; **Gümüş**, *Özel Hükümler II*, s. 343; **Develioğlu**, *Garanti*, s. 179; **Bilgen**, s. 69.

kurmadığı gibi, kurma borcu altına dahi girmez. Ancak temsilcinin bu yetkiye dayanarak kefalet sözleşmesi kuracağı anda temsil olunanın eşinin rızası alınmış olmalıdır⁸². Buna karşılık kefil olma vaadinde bulunulmasında eşin rızasını aramak gerekir. Çünkü kefil olma vaadinde bulunulmasıyla birlikte sözleşmenin tarafı olan eşin asıl sözleşmeyi yapma borcu doğar. Kefil olma vaadinde bulunan eşin bu borca aykırı davranarak, asıl sözleşmeyi yapmaktan kaçınması durumunda ise, bu eşe karşı aynen ifa davası açılabilir⁸³.

(2) Kefalet Sözleşmesinin Kurulmasından Sonra Yapılan Sözleşme Değişiklikleri

(a) Genel Olarak

Türk Borçlar Kanunu m.584/f.2'e göre, "*Kefalet sözleşmesinde sonradan yapılan ve kefilin sorumlu olacağı miktarın artmasına veya adi kefaletin müteselsil kefalete dönüşmesine ya da kefil yararına olan güvencelerin önemli ölçüde azalmasına sebep olmayan değişiklikler için eşin rızası gerekmez*". Bu hükmün zıt anlamından, kefalet sözleşmesinin kurulmasından sonra yapılan ve kefilin sorumluluğunu artıran veya adi kefaleti müteselsil kefalete dönüştüren ya da kefil yararına olan güvenceleri önemli ölçüde azaltan değişiklikler için eşin rızasının aranacağı sonucu çıkmaktadır. Söz konusu düzenleme ile eşin rızasına ilişkin TBK.m.584/f.1'in dolanılmasının önüne geçilmiştir⁸⁴.

(b) Kefilin Sorumlu Olacağı Miktarı Artıran Sözleşme Değişiklikleri

Kefilin sorumlu olacağı miktarı artıran sözleşme değişiklikleri bakımından önemli olan nokta hükümde geçen "*kefilin sorumlu olacağı miktar*" ifadesinin açıklığa kavuşturulmasıdır. Bu ifade, TBK.m.583/f.1 anlamında "*kefilin sorumlu olacağı azami miktarın*" yani kefalet limitinin karşılığıdır. Dolayısıyla kefalet limitini aşmamakla birlikte, kefilin sorumlu olduğu miktarı artıran sözleşme

⁸² **Kırca**, s. 440; **S. Ayan**, *Kefalet*, s. 133-134; **Baş**, s. 121; Aksi görüş için bkz. **Öktem Çevik**, s. 122.

⁸³ **Kırca**, s. 440-441; **Baş**, s. 121; Ahmet M. **Kılıçoğlu**, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 18. bs., Ankara 2014, s. 272-273.

⁸⁴ **Kırca**, s. 441; **Baş**, s. 120; **S. Ayan**, *Kefalet*, s. 126.

değişiklikleri bakımından TBK.m.584/f.2 uygulama alanı bulmaz ve bunun sonucu olarak da eşin rızası aranmaz⁸⁵. Örneğin, kefilin sorumlu olduğu asıl alacağın artırılması, kefilin sorumluluğuna giren kalemlerin (faiz gibi) artırılması veya kefaletin kapsamına başka borçların da dahil edilmesi durumlarında kefilin sorumluluk limiti artırılmadıkça, kefilin eşinin rızasına gerek yoktur⁸⁶. Bunun dışında kefilin sorumluluk limitini artıran her değişiklik eşin rızasına bağlı olup; söz konusu artışın az ya da çok olmasının herhangi bir önemi bulunmamaktadır⁸⁷.

(c) Adi Kefaleti Müteselsil Kefaletle Dönüştüren Sözleşme Değişiklikleri

Kefalet sözleşmesinde, adi kefaletin müteselsil kefaletle dönüştürülmesine ilişkin yapılacak değişikliklerde eşin rızasının aranacağı TBK.m.584/f.2 uyarınca tartışmasıdır. Buna karşılık adi birlikte kefalette yapılan değişikliklerle kefiller arasında teselsülün kabul edilmesi durumunda, bu kefillerin eşlerinin rızasının aranıp aranmayacağı konusunda herhangi bir hüküm bulunmamaktadır. Doktrindeki baskın görüşe göre, adi kefaletin müteselsil kefaletle dönüştürülmesinde olduğu gibi, kefiller arasında teselsülün kabul edilmesi durumunda da eşin rızası aranır⁸⁸. Kanımızca da, eşleri ve evlilik birliğini koruma düşüncesiyle öngörülen TBK.m.584'ün düzenlenme amacı dikkate alınır, kefalet ilişkisinde kefil eşin durumunu ağırlaştırıran bu nitelikteki değişiklikler için eşin rızasının aranması yerinde olur.

(d) Kefil Yararına Olan Güvenceleri Önemli Ölçüde Azaltan Sözleşme Değişiklikleri

Türk Borçlar Kanunu m.584/f.2'e göre, kefil yararına olan güvencelerin önemli ölçüde azalması sonucunu doğuran sözleşme değişikliklerinin geçerliliği de diğer eşin rızasına bağlıdır. Bu hükümde geçen "güvencelerin önemli ölçüde azalması"

⁸⁵ **Gümüş**, *Özel Hükümler II*, s. 344.

⁸⁶ **S. Ayan**, *Kefalet*, s. 127; **Gümüş**, *Özel Hükümler II*, s. 344.

⁸⁷ **S. Ayan**, *Kefalet*, s. 127; **Kırca**, s. 441.

⁸⁸ **Özen**, s. 190-191; **Develioğlu**, *Garanti*, s. 180; **Kırca**, s. 441; Aksi görüşte olan **S. Ayan**'a göre ise, adi birlikte kefiller arasında müteselsil kefaletin kararlaştırılabilmesi için birlikte kefillerin eşlerinin rızasına gerek yoktur. Çünkü birlikte kefillerin kendi aralarında müteselsil kefalet söz konusu olması, asıl borçluyla aralarındaki adi kefalet sözleşmesini etkilemez. Yani birlikte kefiller arasında geçerli olan adi kefaletin müteselsil kefaletle dönüştürülmesi kefaletin adi niteliğini değiştirmez. Bkz. **S. Ayan**, *Kefalet*, s. 127-128.

ifadesi yeterince açık olmayıp, tartışmalara sebep olabilecek niteliktedir. Bu bakımdan, “güvence” ve “azalma” kavramlarının kapsamının açıklığa kavuşturulması gerekmektedir.

Güvence kavramı, hem kefil hem de korunmak istenen evlilik birliği bakımından kişisel ve aynı güvenceleri kapsayacak şekilde geniş yorumlanmalıdır⁸⁹. Örneğin, rehinden vazgeçilmesi veya asıl borçluyu birlikte sorumlu olan kişilerin ibra edilmesi durumunda kefilin rızası yeterli olmayıp, eşinin de rızası aranır. Aynı şekilde borcun üstlenilmesi halinde kefilin rızası yanında⁹⁰ eşinin rızası da gerekir⁹¹. Borçlunun malvarlığı da kefil için bir güvence oluşturur. Bu nedenle borcun üstlenilmesi yoluyla, ekonomik açıdan zayıf yeni bir borçluya kefil olunması durumunda, kefil yararına olan güvencenin azalacağı ve dolayısıyla eşin rızasının aranması gerektiği kabul edilebilir. Fakat borcu üstlenen borçlunun ekonomik açıdan zayıf veya güçlü olduğunun kim tarafından takdir edileceği, daha da önemlisi takdir edilip edilemeyeceği belirsizdir. Kanımızca borcun üstlenildiği her halde, yeni borçluya kefil olunması, yeni borçlunun ekonomik durumundan bağımsız olarak nasıl ki kefilin rızasına bağlıysa, aynı şekilde kefilin eşinin rızasına da bağlı olmalıdır⁹². Eşin rızası, güvencelerin hukuki bir işlemle değerinin azalması veya ortadan kalkması halinde aranıp; bunların kendiliğinden ortadan kalkması durumunda aranmaz. Örneğin, ipotekle yüklü taşınmazın değerinin azalması veya birlikte kefillerin mali durumunun bozulması halinde eşin rızası söz konusu olmaz⁹³.

Türk Borçlar Kanunu m.584/f.2’de yer alan “azalma” kavramının da güvence kavramı gibi geniş yorumlanması gerekmektedir. Güvencede meydana gelen azalmanın önemli ölçüde olup olmadığı, somut olayın tüm koşulları dikkate alınarak

⁸⁹ **Yavuz/Acar/Özen**, s. 1377; **Kırca**, s. 442; **Baş**, s. 120; **Öktem Çevik**, s. 123; **Özen**, s. 191.

⁹⁰ Borcun üstlenilmesinde kefilin rızası, TBK.m.198/f.2’de düzenlenmiştir. Bu hükme göre, “*Bununla birlikte, borcun güvencesi olarak rehin veren üçüncü kişinin ve kefilin sorumlulukları, ancak onların borcun üstlenilmesine yazılı olarak rıza göstermeleri halinde devam eder*”.

⁹¹ **Kırca**, s. 442; **Baş**, s. 120; **Özen**, s. 191-192.

⁹² **Baş**, s. 120.

⁹³ **S. Ayan**, *Kefalet*, s. 129; **Özen**, s. 191; **Kırca**, s. 443.

belirlenir⁹⁴. Bu noktada azalma sonucunda geriye kalan güvencelerin değeri ile asıl borç miktarı arasındaki ilişki ve asıl borçlu ile birlikte kefillerin ödeme gücü göz önünde bulundurulmalıdır⁹⁵.

b) Kefil Olma İradesinin Evlilik İçinde Açıklanması

Eşin rızası, evlenmenin kurulmasından, evliliğin sona ermesi anına kadar gerçekleşen kefalet sözleşmelerinde gerekir. Bu nedenle nişanlılık aşamasında, hatta evlenmeden çok kısa bir süre önce yapılan ve evlilikten sonra doğacak bir borca kefil olunmasında ve evliliğin sona ermesinden sonra kurulan kefalet sözleşmelerinde eşin rızası aranmaz. Evlenmenin hukuken var olmadığı, evlilik dışı birlikteliklerde de eşin rızası söz konusu olmaz. Buna karşılık, evlenme mutlak butlan veya nispi butlana tâbi ise, evlenmenin hakim kararıyla iptal edilmesine kadar evlenme geçerli bir evliliğin bütün hüküm ve sonuçlarını doğuracağından, kefalet sözleşmesinin kurulabilmesi için eşin rızası gerekir⁹⁶.

Hazır olmayanlar arasında yapılan bir kefalet sözleşmesinde eşin rızasının aranıp aranmayacağı hususu ayrıca incelenmelidir. Hazır olmayanlar arasında yapılan bir kefalet sözleşmesinde öneri alacaklıdan gelmişse kefil, kefalet senedini imzaladığı anda evliyse eşinin rızası aranır. Buna karşılık, kefil kefalet senedini imzaladığı anda evli olmamasına rağmen, bu senedin alacaklıya ulaşmasından önce evlenmişse, kefalet sözleşmesinin geçerliliği bakımından eşin rızasına gerek yoktur. Aynı şekilde, önerinin kefilden gelmesi durumunda kefil, kefalet senedini imzaladığı tarihte evli olmamasına rağmen, bu senedi alacaklıya gönderdiği sırada evlenmişse, kefalet sözleşmesinin geçerliliği eşin rızasına bağlı olmamalıdır⁹⁷.

⁹⁴ S. Ayan, *Kefalet*, s. 129; Baş, s. 120; Kırca, s. 443; Özen, s. 191.

⁹⁵ Baş, s. 121; Kırca, s. 443; Örneğin, objektif olarak değerini büyük ölçüde kaybetmiş bir rehin hakkından feragat etmek için eşin rızası aranmamalıdır. Aynı şekilde, rehin kapsamının önemli ölçüde büyük olması halinde, alacaklının rehin hakkından kısmen feragat etmesi veya ifa kabiliyeti olmayan bir müteselsil borçlunun ibra edilmesi de, önemli ölçüde azalma olarak kabul edilmeyebilir. Bkz. S. Ayan, *Kefalet*, s. 129-130.

⁹⁶ S. Ayan, *Kefalet*, s. 100.

⁹⁷ S. Ayan, *Kefalet*, s. 100-101.

c) Mahkemece Verilmiş Bir Ayrılık Kararı veya Yasal Olarak Ayrı Yaşama Hakkının Bulunmaması

(1) Genel Olarak

Türk Borçlar Kanunu m.584/f.1 uyarınca “mahkemece verilmiş bir ayrılık kararı olmadıkça” veya “yasal olarak ayrı yaşama hakkı doğmadıkça” kefalet sözleşmesinde kefil olan eş, ancak diğer eşin rızası ile bu sözleşmeyi geçerli şekilde kurabilir. Bu hükmün zıt anlamından, mahkemece verilmiş bir ayrılık kararının bulunması veya yasal olarak ayrı yaşama hakkının doğması durumunda, eşin rızasına gerek olmaksızın kefalet sözleşmesinin kurulabileceği sonucu çıkmaktadır.

(2) Mahkemece Verilmiş Bir Ayrılık Kararı Bulunmaması

Ayrılık, bir arada yaşayamayacak duruma gelen eşlere, evlilik birliğini sona erdirmeden önce ayrı yaşama imkânı veren bir kurumdur. Ayrılık kurumu ile eşlere son bir deneme süresi verme, evlilik birliğini kurtarma imkânı tanıma amaçlanmaktadır⁹⁸.

Eşler Kanun’da sayılan boşanma sebeplerinin gerçekleşmesi halinde, boşanma davası açmak zorunda olmayıp, ayrılık davası da açabilirler (TMK.m.167). Bu hükümden anlaşıldığı gibi, boşanma sebeplerinin gerçekleşmesi halinde “boşanma” veya “ayrılık” davası açma konusunda eşlere tercih hakkı tanınmıştır. Eşin ayrılık davası açması halinde hakim boşanmaya karar veremez (TMK.m.170/f.2). Ancak açılan bir boşanma davasında, ortak hayatın yeniden kurulabilme olasılığı varsa hakim, boşanma yerine ayrılığa karar verebilir (TMK.m.170/f.3). Ayrılık kararı verilmesi halinde evlilik devam etmekle birlikte ortak hayat, belirli bir süre için tatil edilmiş olur⁹⁹. Ayrılığa, bir yıldan üç yıla kadar bir süre için karar verilebilir ve bu süre ayrılık kararının kesinleşmesi ile işlemeye başlar (TMK.m.171). Bu hükümlere

⁹⁸ Selahattin Sulhi **Tekinay**, *Türk Aile Hukuku*, 7. bs., İstanbul 1990, s. 233; **Öktem Çevik**, s. 118.

⁹⁹ **Dural/Öğüz/Gümüş**, s. 133; **Akıntürk/Ateş Karaman**, s. 275; Ayrılık kararı verilmesi durumunda evlilik birliği devam ettiği için kadın kocasının soyadını taşımaya devam eder, bu süreçte doğan çocuk evlilik içinde doğmuş sayılır ve eşlerin karşılıklı yükümlülükleri devam eder. Bkz. Bilge **Öztan**, *Aile Hukuku*, bs. 5, Ankara 2004, s. 429.

uygun olarak verilen bir ayrılık kararı olmadıkça, eşlerden birinin kefil olabilmesi için diğer eşin aranır.

Boşanma sebeplerinin gerçekleşmesine rağmen ayrılık kararı verilmesinin talep edildiği veya boşanma davası açılmasına rağmen ayrılık kararının verildiği durumlarda, eşlerden birinin kefalet sözleşmesi kurabilmesi için diğer eşin rızası gerekmez (TBK.m.584/f.1). Bu durumlarda, diğer eşin rızasının aranmaması olağan karşılanmalıdır. Çünkü ayrılık kararı verilmesi halinde rızası aranan eş genellikle rıza vermekten kaçınır¹⁰⁰.

(3) Yasal Olarak Ayrı Yaşama Hakkının Bulunmaması

Türk Medeni Kanunu m.197/f.1’de evlilik birliğini koruyucu bir tedbir olarak, birlikte yaşamaya ara verilmesi düzenlenmiştir¹⁰¹. Bu hükme göre, “eşlerden biri, ortak hayat sebebiyle kişiliği, ekonomik güvenliği veya ailenin huzuru ciddi biçimde tehlikeye düştüğü sürece ayrı yaşama hakkına sahiptir”. Hükümden anlaşıldığı gibi ortak yaşama ara verilebilmesi için eşlerden birinin kişiliği, ekonomik güvenliği veya ailenin huzurunun tehlikeye düşmesi ve bu tehlikenin “ciddi” olması gerekir¹⁰². Bu şartların gerçekleşmesi halinde (ayrılıktan farklı olarak) eşlerden her biri hakim kararına gerek olmaksızın ortak yaşama ara verebilir¹⁰³.

Kanun’da öngörülen şartlarla eşlerden birinin, ayrı yaşama hakkının bulunması halinde diğer eşin rızası olmaksızın kefalet sözleşmesine kefil sıfatıyla taraf

¹⁰⁰ **Öktem Çevik**, dn.18, s. 118.

¹⁰¹ **Dural/Öğüz/Gümüş**, s. 179; **Öktem Çevik**, s. 118; Mustafa Alper **Gümüş**, *Teoride ve Uygulamada Evliliğin Genel Hükümleri ve Mal Rejimleri*, İstanbul 2008, s. 148. Yarg. 2. HD., T. 29.12.2004, E. 14093/K. 15979 “*Medeni Kanununun 197. maddesi; ortak hayat sebebiyle eşlerden birinin kişiliği, ekonomik güvenliği veya ailenin huzurunun ciddi biçimde tehlikeye düşmesi halinde eşlerin ayrı yaşama hakkına sahip olduğunun, birlikte yaşamaya ara verilmesi halinde hakimin eşlerden birinin isteği üzerine yapılacak parasal katkıyı ayrıca konut ve ev eşyasından yararlanmayı düzenleyeceğini hükme bağlamıştır. Alınacak tedbirler evliliği korumaya yöneliktir*” (**Kazancı Bilişim**, İctihat Bilgi Bankası).

¹⁰² **Dural/Öğüz/Gümüş**, s. 180.

¹⁰³ **Dural/Öğüz/Gümüş**, s. 179; **Öktem Çevik**, s. 119; **Gümüş**, *Teoride*, s. 149; S. **Ayan**, *Kefalet*, s. 104; S. **Ayan**, *Evlilik*, s. 229; **Gümüş**, *Özel Hükümler II*, s. 343; **Baş**, dn. 17, s. 118.

olunabileceği kabul edilmiştir (TBK.m.584/f.1)¹⁰⁴. Bu konuda eşlerin ayrı yaşama hakkı bulunmaksızın fiili olarak ayrı yaşamaları halinde, yapılacak kefalet sözleşmeleri bakımından diğer eşin rızasının aranıp aranmayacağı belirlenmesi gerekir. Birinci görüşe göre, evlilik birliği devam etmesine rağmen, eşler birlikte yaşama son vermişlerse, evlilik birliğinin mali olarak korunması gerekmediği için, diğer eşin rızasını aramamak yerinde olur¹⁰⁵. Bizim de katıldığımız ikinci görüşe göre ise, böyle bir durumda diğer eşin rızası aranmalıdır. Bunun yanında eşlerin ayrı yaşama hakkı bulunmasına rağmen, fiilen birlikte yaşamaları durumunda da diğer eşin rızasını aramak yerinde olur¹⁰⁶.

Ayrı yaşama hakkının doğumuna kendi kusuruyla sebep olan eşin, örneğin karısını evden kovma kocanın, karısının yasal olarak ayrı yaşama hakkı bulunduğunu ileri sürerek kuracağı kefalet sözleşmesinde eşinin rızasının aranmayacağını iddia etmesi yerinde değildir. Çünkü diğer eşin rızasının aranmaması, sadece kefalet sözleşmesini kurmak isteyen eşin ayrı yaşama hakkına sahip olduğu durumlarda söz konusu olur. Örneğin, haklı bir sebep olmaksızın kadının ortak konutu terk etmesi halinde kadın, eşinin rızası olmaksızın kefalet sözleşmesi kuramamasına rağmen, aynı olayda erkek eşinin rızası olmaksızın kefalet sözleşmesi kurabilecektir¹⁰⁷.

Eşlerden birinin boşanma davası açması halinde, eşlerin yasal olarak ayrı yaşama hakkına sahip olup olmadığı konusunda Kanun'da herhangi bir düzenleme bulunmamaktadır. Oysa eMK.m.162/f.2'e göre, "*Boşanma veya ayrılık davası ikame edildikten sonra karı kocadan her biri dava devam ettikçe diğerinden ayrı yaşamak hakkını haizdir*". Boşanma sürecinde eşlerin ayrı yaşama hakkına ilişkin TMK'daki eksiklik, Yargıtay'ın verdiği bir kararda "*boşanma davası açılmakla eşlerin ayrı*

¹⁰⁴ İsviçre Hukukunda bu hususa ilişkin herhangi bir hüküm yoktur. Bunun gerekçesi ise şu şekilde açıklanmıştır: evlilik birliğinin korunmasına ilişkin hükümlerle, evlilik birliğinin içinde bulunduğu sıkıntılı dönemlerin atılmasını sağlamak amaçlanmıştır. Bu nedenle evlilik birliğinin korunmasına ilişkin hükümlerden biri olan eşlerin fiilen ayrı yaşama haklarının olduğu dönemde rıza zorunluluğunun kaldırılması yerinde olmayacaktır.

¹⁰⁵ **Öktem Çevik**, s. 119.

¹⁰⁶ **Ş. Demir**, s. 93; **Baş**, s. 118-119.

¹⁰⁷ **S. Ayan**, *Kefalet*, s. 105.

yaşama hakkının doğduğunu” kabul etmesi ile giderilmiştir¹⁰⁸. Bu karar doğrultusunda, boşanma davası açıldıktan sonra, kefil olmak isteyen eşe diğer eşin rıza vermeyeceği de dikkate alınarak, diğer eşin rızası bulunmaksızın kefil olunabileceği sonucuna varılabilir¹⁰⁹.

4. Eşin Rızasının Zamanı

Türk Borçlar Kanunu m.584/f.1 uyarınca, eşin kefalet sözleşmesine ilişkin rızası, “sözleşmenin kurulmasından önce ya da en geç kurulması anında” verilmiş olmalıdır¹¹⁰. Dolayısıyla sözleşmenin kurulmasından sonra diğer eş tarafından sözleşmenin onaylanması, kefalet sözleşmesinin geçerliliği bakımından dikkate alınmayacaktır. Bu bakımdan Kanun’da rıza kavramı yerine, izin kavramının kullanılması yerinde olurdu. Çünkü rıza kavramı, onay (icazet) kavramını da kapsayan üst bir kavram olup; kapsam itibariyle daha geniştir¹¹¹. Ancak rızanın ne zaman verilmesi gerektiği Kanun’da açıkça belirtildiği için bu yerindelik tartışması önem taşımamaktadır¹¹².

¹⁰⁸ **Reisoğlu**, *Kefalet*, s. 90. Yarg. HGK., T. 5.3.2008, E. 2-231/K. 235 “*Dava, boşanma istemine ilişkindir. Somut olayda boşanma davası açılmakla, ayrı yaşama hakkı kazanan ve yeterli geliri olmayan davalı kadın yararına uygun tedbir nafakasına hükmedilmesi gerekirken, yanlış gerekçelerle talebin reddi usul ve yasaya aykırıdır*” (**Kazancı Bilişim**, İçtihat Bilgi Bankası).

¹⁰⁹ **Reisoğlu**, *Kefalet*, s. 90; Boşanma davası açılması halinde eşlerden her biri diğer eşin rızası olmaksızın kefalet sözleşmesi kurabilir. Ancak bu durumun dürüstlük kuralları bakımından ayrıca incelenmesi gerekmektedir. Örneğin, yapacağı kefalet sözleşmesine eşinin rıza vermemesi üzerine, kefil olmak isteyen eşin sadece eşin rıza verme zorunluluğunu aşmak için gerçekte yürütmek istemediği bir boşanma davası açması söz konusu olabilir. Bu gibi durumlarda eşin rızası alınmaksızın kurulan kefalet sözleşmelerinin kanuna karşı hile nedeniyle geçersiz sayılması gerekir. Bkz. S. **Ayan**, *Kefalet*, s. 105.

¹¹⁰ Yarg. 11. HD., T. 03.06.2013, E. 8155/K. 11444, “*Talep, ihtiyati hacze ilişkindir. Mahkemece, borçlulardan A.Y.'nin kefil sıfatıyla imzaladığı sözleşmede 6098 Sayılı TBK'nın 584/1 maddesi uyarınca eşinin rızasının bulunmasının geçerlilik şartı olduğu ancak anılan kefilin eşinin kefalet akdine muvafakatinin bulunmadığı gerekçesiyle talebin reddine karar verilmiştir. Oysa, ihtiyati haciz talep eden alacaklı tarafından dosyaya sunulan ve borçlu A.Y.'nin kefil sıfatıyla imzaladığı 27.2.2013 tarihli Genel Ticari Kredi Sözleşmesi'nin son sayfasında kefilin eşi olan Z.E.Y'nin yine 27.2.2013 tarihiyle imzası bulunmaktadır. Mahkemece, yasaya uygun olarak düzenlenen kefalet akdinin hatalı olarak geçersiz sayılmasıyla talebin reddine karar verilmesi doğru olmamış ihtiyati haciz talep eden alacaklı vekilinin temyiz itirazlarının kabulüyle hükmün davacı yararına bozulması gerekmiştir*” (**Leges**, Mevzuat ve İçtihat Programı).

¹¹¹ **Baş**, s. 122; **Kırca**, s. 435.

¹¹² **Baş**, s. 122.

Eşin rızasının kefalet sözleşmesini geçerli hale getirip getirmeyeceği konusunda “sözleşmenin kurulduğu an” ifadesinin geniş yorumlanması gerekir. Şöyle ki, kefalet sözleşmesinin kurulması anında kefilin eşi hazır bulunuyorsa, eşin kefiliden sonra kefalet sözleşmesini imzalaması, geçerli bir rıza olarak kabul edilmelidir. Ayrıca kefilin eşinin rızası bir koşula bağlı ise, eşin rızasını kefalet sözleşmesinin yapılmasından önce vermesi yeterli olup; koşulun sözleşmenin imzalanmasından sonra gerçekleşmesi sözleşmenin geçerliliğini olumsuz etkilememelidir. Kefalet sözleşmesi hazır olmayanlar arasında kuruluyorsa, kefilin eşinin rızası, kefilin beyanından önce veya beyanın yapıldığı anda mevcut olmalıdır. Kefilin hazır olmayan bir alacaklıya öneride bulunması ihtimalinde ise, kefalet sözleşmesi, alacaklının kabul beyanının kefile ulaştığı veya alacaklının susmasının kabul olarak yorumlandığı anda kurulacaktır. Bu hallerde kefilin eşinin rızası, kefilin öneriyi yaptığı anda aranır. Dolayısıyla kefalet sözleşmesinin alacaklı tarafından kabul edilmesinden sonra verilen rıza sözleşmeyi geçerli hale getirmeyecektir¹¹³.

Kefilin eşinin rıza verme anına getirilen sınırlama ile, kefil olan eşin kefalet sözleşmesini imzaladıktan sonra diğer eşe, rıza göstermesi konusunda uygulayacağı baskıların önüne geçmek amaçlanmıştır¹¹⁴. Ne var ki kefilin eşinin rızasının aranacağı ana ilişkin kuralın, eşin rızası sonradan alınmasına rağmen kefalet sözleşmesinin kurulma tarihinin yazılması suretiyle dolanılması mümkündür¹¹⁵.

5. Eşin Rızasının Şekli ve İçeriği

Kefalet sözleşmesinin şekline ilişkin TBK.m.583/f.1’e göre, kefalet tarihine, sorumluluk sınırına veya müteselsil kefil olma iradesine ilişkin açıklamalar bakımından kefilin el yazısıyla beyanda bulunması zorunludur. Buna karşılık TBK.m.584 uyarınca eş tarafından verilecek rızanın yazılı olması yeterlidir¹¹⁶.

¹¹³ **Özen**, s. 192-193; **S. Ayan**’a göre ise, kefalet sözleşmesi kefalet senedinin kefilin iradesiyle alacaklıya ulaştığı anda kurulur. Bu nedenle açık bir kabulün gerekmediği kefalet sözleşmesinde eşin rızası, en geç kefalet senedinin alacaklıya ulaştığı anda verilmiş olmalıdır. Bkz. **S. Ayan**, *Kefalet*, s. 91-92.

¹¹⁴ **Kırca**, s. 447; **S. Ayan**, *Kefalet*, s. 91.

¹¹⁵ **Baş**, s. 122; **Kırca**, s. 447; **Bilgen**, s. 71.

¹¹⁶ **Özen**, s. 193; **Öktem Çevik**, s. 125; **Reisoğlu**, *Kefalet*, s. 90.

Burada aranan yazılı rıza geçerlilik şeklidir¹¹⁷. Bu nedenle, rıza verildiğinin tanıklarla veya yeminle ispatlanması mümkün değildir. Kefil veya kefilin eşi, rıza verilmiş olduğunu kabul etse bile, yazılı rıza bulunmadığı sürece geçerli bir kefalet sözleşmesi kurulamaz¹¹⁸.

Kefalet sözleşmesinde eşin rızasının adi yazılı şekilde verilmiş olması yeterlidir. Herhangi bir bölümün eşin el yazısıyla belirtilmesi veya tarih konulması aranmaz¹¹⁹. Rızası aranan eş, rızasını, herhangi biri tarafından yazılmış beyanı imzalayarak verebileceği gibi, imza yerine geçen herhangi bir işaretle¹²⁰ de verebilir¹²¹. Ayrıca eşin rızasının kefalet senedinde bulunması zorunlu değildir. Ancak ispat açısından rızanın kefalet senedinde bulunması uygun olur¹²². Eşin rızası, kefalet belgesi dışında başka bir belge üzerinde somutlaşmışsa; söz konusu belgede kefalet sözleşmesine ilişkin önemli verilerin bulunması ve bu belgenin söz konusu verileri kapsayan bir biçimde ifade edilmesi yerinde olacaktır. Eşin rızasının bu şekilde alınmış olması, geçerlilik şartı olmamakla birlikte; söz konusu rızanın kefalet sözleşmesinin içeriği bilinerek ortaya konulduğunu ispatlamaya hizmet edecektir¹²³.

5070 sayılı Elektronik İmza Kanunu'nun 5. maddesine göre, elle atılan imza ile elektronik imza aynı hukuki sonuçları doğurmaktadır. Ancak kanunların resmi şekle veya özel bir merasime tâbi kıldığı hukuki işlemler ile teminat sözleşmeleri güvenli elektronik imza ile kurulamaz. Kırca'nın da belirttiği gibi, kefalet sözleşmesinde eşin rızasına ilişkin beyan, tek taraflı bir hukuki işlem olduğu ve teminat niteliği

¹¹⁷ S. Ayan, *Kefalet*, s. 95; Gümüş, *Özel Hükümler II*, s. 343.

¹¹⁸ S. Ayan, *Kefalet*, s. 95.

¹¹⁹ S. Ayan, *Kefalet*, s. 95.

¹²⁰ TBK.m.16'a göre, "İmza atamayanlar, imza yerine usulüne göre imzalanmış olması koşuluyla, parmak izi, el ile yapılmış bir işaret ya da mühür kullanabilirler. Kambiyo senetlerine ilişkin hükümler saklıdır". Ayrıntılı bilgi için bkz. Antalya, s. 467 vd.

¹²¹ Öktem Çevik, s. 125; Özen, s. 193.

¹²² S. Ayan, *Kefalet*, s. 96; Öktem Çevik, s. 125.

¹²³ S. Ayan, *Kefalet*, s. 96; Öktem Çevik, s. 125; Özen, s. 193; Baş, s. 123; Yavuz, s. 815; Kırca, s. 444.

taşımadığı için, söz konusu rızasının güvenli elektronik imza ile verilmesi de mümkündür¹²⁴.

Burada incelenmesi gereken bir husus da, eşin beyaza imza atmak suretiyle verdiği rızanın gerekli şekil şartını gerçekleştirip gerçekleştirmediğidir. Baş'a göre, beyaza imza, rızası aranan eşi koruma düşüncesiyle bağdaşmasa da söz konusu rızanın şekil şartını gerçekleştirdiğini kabul etmek gerekir. Çünkü borç altına girebilmenin bir şekli olarak beyaza imzanın kabul edildiği hukuk sistemimizde, rızası aranan eşi borç altına sokmayan bir hukuki işlemin de bu şekilde yapılmasında bir engel olmaması gerekir¹²⁵. Bizim de katıldığımız Öktem Çevik'e göre ise, beyaza imzanın bulunduğu metin, güven teorisi gereğince eşin iradesinin bu yönde olduğuna inanılarak doldurulmuşsa, şekle aykırılık söz konusu olmayacaktır. Aksi durumda ise, hata hükümlerine dayanılarak sözleşme iptal edilebilecektir¹²⁶.

Eş tarafından verilecek rıza, belirli bir kefalet sözleşmesine ilişkin olmalıdır. Diğer bir ifade ile eş tarafından verilecek rızanın, yapılacak bütün kefalet sözleşmelerini içeren genel bir rıza beyanı şeklinde verilmesi mümkün olmayıp, her kefalet sözleşmesi için ayrı ayrı verilmesi gerekir¹²⁷. Buna karşılık, eşin rızası içerikleri ve koşulları kendisi tarafından değerlendirilen birden fazla kefalet sözleşmesini kapsıyorsa, verilen rızanın bu kefalet sözleşmelerinin hepsini kapsamaması mümkün olacaktır¹²⁸.

Kefilin eşinin, kefalet sözleşmesi yanında ileride doğacak herhangi bir değişikliğe de baştan izin vermesinin geçerli olmadığını kabul etmek gerekir. Aynı

¹²⁴ **Kırca**, dn. 49, s. 443.

¹²⁵ **Baş**, s. 123.

¹²⁶ **Öktem Çevik**, s. 125-126.

¹²⁷ **S. Ayan**, *Kefalet*, s. 93; **Yavuz/Acar/Özen**, s. 1378; **Kırca**, s. 444; **Özen**, s. 193; **Öktem Çevik**, s. 124; **Reisoğlu**, *Kefalet*, s. 91; **Develioğlu**, *Garanti*, s. 180; **Bilgen**, s. 66; **Aksoyoğlu**, s. 98.

¹²⁸ **S. Ayan**, *Kefalet*, s. 93; **Yavuz/Acar/Özen**, s. 1378; **Kırca**, s. 444; **Özen**, s. 193; **Öktem Çevik**, s. 124; **Bilgen**, s. 66-67.

şekilde, eşin kefalet sözleşmesinin kurulmasına izin verirken, limiti belirli bir tutara kadar artırma yetkisi vermesi de geçersiz olmalıdır¹²⁹.

6. Eşin Rızası Bakımından Özellik Arzeden Bazı Durumlar

a) Eşin Ehliyetsiz Olması

Rızası aranan eşin ehliyetsiz olması durumunda, ehliyetsiz eş adına yasal temsilcisinin rıza verip vermeyeceği sorusunun cevaplandırılması gerekir. Kanun'da bu konuya ilişkin açık bir hüküm bulunmamakla birlikte, bilindiği gibi yasal işlemlerden biri de yasal temsilcinin ehliyetsiz kişi adına kefalet sözleşmesi kurmasıdır (TMK.m.449). Aynı yasağın rızası aranan eş için de söz konusu olacağı düşünülebilirse de, bu yasağın ehliyetsiz eş bakımından uygulanması mümkün değildir. Çünkü ehliyetsiz eş adına yasal temsilcisinin kefalet sözleşmesine rıza göstermesi ile kefalet sözleşmesinin ehliyetsiz eş adına yasal temsilcisi tarafından yapılması olguları birbirinden farklıdır. Sonuç olarak, ehliyetsiz eş yerine yasal temsilcisi tarafından kefalet sözleşmesine verilecek rıza geçerlidir¹³⁰.

Kefil olan eşin, aynı zamanda ehliyetsiz eşin yasal temsilcisi olması ihtimalinde ise, eşler arasında menfaat çatışması söz konusu olacağı için kefil eşin ehliyetsiz eş yerine rıza vermesi mümkün olmamalıdır. Bu ihtimalde, ehliyetsiz eş temsil kayyımı atanmalı ve kayyımın ehliyetsiz eş adına rıza vermesi, eşin rızası yerine geçmelidir (TMK.m.426/b.2)¹³¹.

Yasal temsilcinin ehliyetsiz eş adına vereceği rızanın şekline ilişkin Kanun'da herhangi bir hüküm bulunmamakla birlikte, TBK.m.584'de düzenlenen yazılı şekil şartının yasal temsilcinin rızası bakımından da aranması yerinde olacaktır¹³².

¹²⁹ S. Ayan, *Kefalet*, s. 94.

¹³⁰ Özen, s. 185; Öktem Çevik, s. 120; Baş, s. 123; Reisoğlu, *Kefalet*, s. 93.

¹³¹ TMK.m.426'da düzenlenen temsil kayyımlığını gerektiren durumlardan biri de, "yasal temsilcinin menfaati ile küçüğün veya kısıtlının menfaatinin çatışması" durumudur. Temsil kayyımlığı ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. Mustafa Alper Gümüş, *Türk Medeni Hukukunda Kayyımlık*, İstanbul 2006, s. 40 vd.; Öktem Çevik, s. 120; Baş, s. 124.

¹³² Öktem Çevik, s. 120.

b) Eşin Borcu İçin Kefil Olunması

Kefil olan kişinin, eşinin alacaklısı ile kefalet sözleşmesi kurması durumunda, asıl borçlu olan eşin rızasının aranıp aranmayacağı sorusu gündeme gelir. Bu konuda üç görüş bulunmaktadır: Birinci görüşe göre, rızası aranan eş asıl borçlu durumunda olduğu ve bu nedenle korunması gereken bir borçlanma tehlikesi bulunmadığı için eşin rızasının alınması gerekmez¹³³. İkinci görüşe göre, kefalet metni asıl borç senediyle aynı metin içinde bulunuyor ve birlikte (aynı anda) imzalanıyorsa, borçlu olan eşin rızasına gerek yoktur. Ancak asıl borç senedi imzalandıktan sonra kefalet sözleşmesi kurulacaksa, borçlu olan eşin rızası aranmalıdır¹³⁴. Doktrinde kabul edilen bizim de katıldığımız üçüncü görüşe göre ise, eş asıl borçlu durumunda olsa bile diğer eşin kefil olacağı kefalet sözleşmesinin geçerliliği bakımından asıl borçlu konumundaki eşin rızası gerekir. Borçlanmak suretiyle aile bütçesine yük getiren eş, eşinin de kefil olarak yük altına girmesini istemeyebilir. Bu nedenle kişi, eşinin borcu için kefil olmak istese dahi, eşinin rızası alınmadığı takdirde kefalet sözleşmesi geçersiz olur¹³⁵.

c) Eş Lehine Kefil Olunması

Kefalet güvencesi altına alınan borcun alacaklısı kefil olmak isteyen kişinin eşi ise, diğer bir ifadeyle kefalet sözleşmesi eşler arasında kuruluyorsa, kefalet sözleşmesinin geçerliliği için diğer eşin rızası aranmaz. Örneğin, (M)'nin eşi (N), (M)'nin amcasının oğlu (K)'dan alacaktır. (M), eşine ait bu alacak için kefalet güvencesi vermek istemektedir. Bu kefaletin geçerliliğini (N)'nin rızasına bağlamak anlamsız ve gereksizdir. (M)'nin eşi (N), alacaklı sıfatıyla kefalet sözleşmesinin tarafı olduğu için, onun bu sözleşme bakımından rızası zaten mevcuttur¹³⁶. Yani bu durumda, kefalet sözleşmesini eşiyle kuran kişinin sözleşmeyi kurmaya yönelik

¹³³ Reisoğlu, *Kefalet*, s. 91; Oğuz, s. 70.

¹³⁴ S. Ayan, *Kefalet*, s. 125-126.

¹³⁵ Aydoğdu/Kahveci, s. 812; Özen, s. 189-190; Yavuz/Acar/Özen, s. 1376; Öktem Çevik, s. 121; Baş, s. 124.

¹³⁶ Özen, s. 190.

iradesi, aynı zamanda eşinin kendisiyle kurduğu kefalet sözleşmesine de rıza gösterdiği anlamına geldiği için ayrıca rızanın aranması anlamlı değildir¹³⁷.

d) Eşlerin Birlikte Kefil Olması

Her iki eşin de kefil sıfatıyla yer aldıkları kefalet sözleşmeleri ile karşılaşmak da mümkündür. Eşlerin birlikte kefil olacakları böyle bir durumda, söz konusu kefalet sözleşmesinin geçerli olabilmesi için eşlerin birbirlerine rıza göstermeleri gerekip gerekmediğinin belirlenmesi gerekir. Bu konuya ilişkin birinci görüşe göre, eşler aynı anda aynı borç için kefil oluyorsa, bu kefalet sözleşmesinin geçerliliği bakımından eşlerin birbirlerine rıza göstermelerine gerek yoktur. Ancak eşlerden biri eşinin rızasıyla kefil olduktan sonra, aynı borç için diğer eş de kefil olacaksa, bu ikinci kefalet sözleşmesinin geçerliliği diğer eşin rızasına bağlı olmalıdır¹³⁸. Bizim de katıldığımız ikinci görüşe göre ise, evlilik birliğini korumak için düzenlenen TBK.m.584 hükmünün amacına bağlı kalınırsa, eşlerin birlikte kefil sıfatıyla yer aldıkları kefalet sözleşmesinin geçerli olarak kurulabilmesi için eşlerin birbirlerine rıza göstermeleri gerekir¹³⁹.

e) Eşin Hangi Kefalet Türüne Rıza Gösterdiğinin Anlaşılabilmesi

Eş tarafından verilen rızanın hangi kefalet türüne ilişkin olduğu anlaşılamiyorsa veya eş, hangi kefalet türüne rıza gösterdiğini belirtmemişse, söz konusu rızanın adi kefalet sözleşmesine mi yoksa müteselsil kefalet sözleşmesine mi ilişkin olduğu sorusu akla gelir. Bu durumda, Kanun'un eşi koruma amacı dikkate alınarak söz konusu rızanın daha hafif bir sorumluluk yükleyen adi kefalet sözleşmesi için verildiği karine olarak kabul edilebilir¹⁴⁰. Ancak doktrinde kabul edilen görüşe göre, ticari bir borca kefil olduğundan haberdar olunarak verilen ve kefaletin türü konusunda açıklık bulunmayan hallerde rıza, müteselsil kefaleti de

¹³⁷ Özen, s. 190; Baş, s. 124; Öktem Çevik, s. 121.

¹³⁸ S. Ayan, *Kefalet*, s. 125.

¹³⁹ Gümüş, *Özel Hükümler II*, s. 344; Öktem Çevik, s. 121.

¹⁴⁰ Müteselsil kefaletin kabul edilebilmesi için kefilin kefalet sözleşmesinde müteselsil kefil olmaya yönelik açık iradesi arandığı gibi, eşin rıza beyanında da müteselsil kefaletle ilişkin irade beyanının bulunması gerekir. Bkz. Kırca, s. 445; Öktem Çevik, s. 123; Baş, s. 124.

kapsar. Çünkü ticari hayatta olağan kefalet türü müteselsil kefalet olduğu için güven ilkesine göre yapılacak yorum gereğince ticari borcun söz konusu olduğu kefalet sözleşmelerinde eş tarafından verilen rızanın, müteselsil kefaleti de kapsadığı kabul edilmelidir¹⁴¹.

Baş'ın da belirttiği gibi, ister ticari borca kefil olunsun, isterse TTK.m.7'de düzenlenen karine uyarınca ticari borca kefil olunduğunun belirtilmesine gerek olmadığı kabul edilsin; her iki durumda da eşin müteselsil kefalete ilişkin rızası aranır. Geçerlilik şartı olarak düzenlenen eşin rızası ile ailenin ekonomik bütünlüğünün korunmasının amaçlandığı dikkate alınır, söz konusu rızanın müteselsil kefalete ilişkin olduğunun açıkça belirtilmesi gerekir¹⁴².

f) Eşlerden Biri Hakkında Gaiplik Kararı Verilmiş Olması

Türk Medeni Kanunu m.131/f.1'e göre, "*Gaipliğine karar verilen kişinin eşi, mahkemece evliliğin feshine karar verilmedikçe yeniden evlenemez*". Bu hüküm uyarınca gaiplik kararı verilmesi halinde evlilik kendiliğinden sona ermez. Evliliğin sona erdirilmesi, mahkemece evliliğin feshine karar verilmesine bağlıdır. Eşlerden biri hakkında gaiplik kararı verilmesine rağmen evliliğin feshine karar verilmemişse, evlilik hukuken varlığını sürdürür. Böyle bir durumda gaip olmayan eşin nasıl kefil olabileceği sorusu gündeme gelir. Bu hususa ilişkin Kanun'da herhangi bir hüküm bulunmamaktadır. Kanımızca, eşlerden biri hakkında gaiplik kararı verilmesi halinde, gaip olmayan eşin serbestçe kefalet sözleşmesi kurabileceğini kabul etmek gerekir. Çünkü gaiplik kararıyla TMK.m.35/f.1 uyarınca kişilik sona ermiş sayılıp; TMK.m.131/f.1 ile sadece diğer eşe dilediği takdirde evliliğin feshini talep etme hakkı verilmiştir¹⁴³.

¹⁴¹ **Kırca**, s. 445-446; **Öktem Çevik**, s. 123-124; **Özen**, s. 196; **Develioğlu**, *Garanti*, s. 181; **Bilgen**, s. 67-68.

¹⁴² **Baş**, s. 124-125.

¹⁴³ **S. Ayan**, *Kefalet*, s. 106.

7. Eşin Rıza Vermekten Kaçınması

Aile konutuna ilişkin TMK.m.194/f.2'e göre, “*Rızayı sağlayamayan veya haklı bir sebep olmadan kendisine rıza verilmeyen eş, hakimin müdahalesini isteyebilir*”. Bu hükme benzer bir düzenleme kefalet sözleşmesi açısından öngörülmemiştir. Bu nedenle eşlerden birinin kuracağı kefalet sözleşmesine diğerinin rıza vermekten kaçınması durumunda nasıl bir yol izleneceğinin belirlenmesi gerekir. Bu konu ile ilgili olarak doktrindeki birinci görüşe göre, eşin haklı bir sebep olmaksızın rıza vermekten kaçınması durumunda, TMK.m.2'de düzenlenen dürüstlük kuralı gereğince hakimin müdahalesi yoluyla söz konusu rıza alınabilir¹⁴⁴. Bizim de katıldığımız ikinci görüşe göre ise, eş, kefalet sözleşmesine rıza verip vermeme konusunda serbesttir. Kanun yolları veya zorlayıcı önlemlerle eşin rızasını almak mümkün değildir. Dolayısıyla eşin haklı bir sebep olmaksızın kefalet sözleşmesine rıza vermekten kaçınması durumunda, mahkemeye başvurarak hakimin müdahalesiyle eşin rızası alınmaz¹⁴⁵. Kaldı ki, eşin kefalet sözleşmesine rıza göstermesi, her durumda ailenin ekonomik geleceğini tehlikeye sokacağı için, bu bile rıza vermekten kaçınmaya haklı bir sebep teşkil eder¹⁴⁶.

8. Eşin Rızası Alınmaksızın Kurulan Kefalet Sözleşmesinin Sonuçları

a) Genel Olarak

Türk Borçlar Kanunu m.584/f.1'e göre, “*...rızanın sözleşmenin kurulmasından önce ya da en geç kurulması anında verilmiş olması şarttır*”. Bu hükme göre, eşin rızası alınmaksızın kurulan kefalet sözleşmesinin diğer eş tarafından sonradan onaylanması mümkün değildir. Dolayısıyla diğer eşin rızasının alınmaması durumunda “noksanlık (askıda hükümsüzlük)” değil, “kesin hükümsüzlük” söz konusu olur¹⁴⁷. Bu durumda kefalet sözleşmesinin geçerli hale getirilmesi mümkün

¹⁴⁴ Aksoyoğlu, s. 99; M. Yılmaz, s. 79.

¹⁴⁵ Öktem Çevik, s. 129; Baş, s. 126-127; Kırca, dn. 67, s. 447; Bilgen, s. 70; Develioğlu, *Garanti*, s. 181.

¹⁴⁶ Baş, s. 127.

¹⁴⁷ Yavuz/Acar/Özen, s. 1378; Öktem Çevik, s. 127; Nami Barlas, “Yeni Borçlar Kanunu'nun Kefaletle İlişkin Düzenlemeleri”, *İzmir Barosu Dergisi*, Y. 76, S. 2, Nisan 2011, s. 19; Kemal

olmadığı için, eşin rızası alınmak suretiyle yeni bir kefalet sözleşmesi kurulması gerekir¹⁴⁸. Eşin rızasının bulunmaması nedeniyle geçersiz olan bir kefalet sözleşmesinin, sonradan eşlerin boşanmaları nedeniyle geçerli hale gelmesi de mümkün değildir. Geçerlilik şekline uyularak yeniden yapılacak kefalet sözleşmesinde ise kuşkusuz, kefilin boşanmış olduğu eşinin rızası aranmayacaktır¹⁴⁹.

Eşin rızası alınmadığı için kesin hükümsüzlük yaptırımına tâbi olan bir kefalet sözleşmesinin hükümsüzlüğü, ilgili herkes tarafından ileri sürülebilir. Ayrıca eşin rızası alınmaksızın kurulan kefalet sözleşmesi, başlangıçtan itibaren kendiliğinden geçersiz olup; bu sözleşmeyi geçersiz hale getirmek için herhangi bir dava açmaya veya beyanda bulunmaya da gerek yoktur. Açılmış bir dava varsa ve bu davadan, kefalet sözleşmesinin eşin rızası alınmadığı için kesin hükümsüz olduğu anlaşılıyorsa; hakim, hiç kimsenin kesin hükümsüzlüğü ileri sürmesine gerek olmaksızın bunu re'sen dikkate almalıdır¹⁵⁰.

b) Rıza Beyanını Aşan Bir Kefalet Sözleşmesi Yapılmış Olmasının Sonuçları

Rıza beyanını aşan bir kefalet sözleşmesi yapılmış ise, bu sözleşmenin sonuçlarını çeşitli ihtimalleri dikkate alarak değerlendirmek gerekir. Örneğin, adi kefalete ilişkin rıza beyanına rağmen müteselsil kefalet sözleşmesi yapılması halinde rıza beyanı aşılmış olur. Bu durum iki şekilde değerlendirilebilir. Birinci olarak, eşin rızası adi kefalete ilişkin olduğu için, kefalet sözleşmesi tamamen geçersiz olmayıp; kısmi hükümsüzlük yaptırımına tâbi tutularak, adi kefalet sözleşmesi olarak kabul edilebilir. İkinci olarak ise, eşin rızası sadece adi kefalet sözleşmesine yönelik olduğu

Oğuzman/Nami Barlas, *Medeni Hukuk*, 19. bs., İstanbul 2013, s. 216; **Barlas**, *Geçerlilik*, s. 362; Nami **Barlas**, “Yeni Türk Borçlar Kanununda Kefalet Sözleşmesi Konusunda Getirilen Yenilikler”, *Yeni Türk Borçlar Kanunu ve Yeni Türk Ticaret Kanunu Sempozyumu*, İstanbul 2013, s. 222; Kefilin eşinin rızasının varlığını ve Kanun’da öngörülen zamanda verildiğinin ispatı alacaklıya yüklenmektedir. Bkz. **Baş**, s. 125; **Özen** 194.

¹⁴⁸ **Ş. Demir**, s. 96; **Öktem Çevik**, s. 127; **Özen**, s. 194.

¹⁴⁹ **Yavuz/Acar/Özen**, s. 1378; **Özen**, s. 194.

¹⁵⁰ **Oğuzman/Barlas**, s. 217; Hüseyin **Hatemi**, *Medeni Hukuk’a Giriş*, 5. bs., İstanbul 2011, s. 170; Mustafa **Dural/Suat Sarı**, *Türk Özel Hukuku*, C. I, 7. bs., İstanbul 2012, s. 208; **Öktem Çevik**, s. 127; **Develioğlu**, *Garanti*, s. 179.

için müteselsil kefaletle ilişkin sözleşmenin tamamen geçersiz olacağı düşünülebilir. Bazı yazarlara göre, eşin adi kefalet sözleşmesine rıza göstermesi, müteselsil kefalet sözleşmesi yapılmasına razı olmadığı anlamına gelir. Bu nedenle, kefil eşin müteselsil kefalet sözleşmesi kurmaya yönelik iradesi, eşin rıza göstermemesi nedeniyle hüküm ifade etmez¹⁵¹. Kanımızca, burada eşin adi kefalet sözleşmesine rıza gösterdiği dikkate alınır, kefalet sözleşmesini tamamen geçersiz saymayarak, kısmi hükümsüzlük yaptırımına tâbi tutmak daha yerinde olur.

Eşin rızası daha az bir meblağ için verilmiş olmasına rağmen, kefalet sözleşmesinin bu meblağı aşması ihtimali de rızayı aşan kefalet sözleşmesi olarak değerlendirilebilir. Bu durumda söz konusu sözleşmeye kısmi hükümsüzlük yaptırımının uygulanması gerektiği kabul edilebileceği gibi, bu sözleşmenin tamamen geçersiz olacağı da düşünülebilir. Bu sözleşmenin kısmi hükümsüzlük yaptırımına tâbi olacağı kabul edilirse kefalet sözleşmesi, eşin rıza verdiği miktar ile sınırlı olarak geçerli olur¹⁵². Kanımızca, eşin rızası belirli bir meblağ için verilmişse, bu meblağı aşan kefalet sözleşmelerine kısmi hükümsüzlük yaptırımının uygulanması daha yerinde olur. Bu meblağı aşmayan kefalet sözleşmeleri bakımından eşin rızası mevcut olduğu için, kefalet sözleşmesini bu meblağla sınırlı olarak geçerli kabul etmek eşin rızasına daha uygundur.

Sürelî kefalet sözleşmesinde sürenin uzatılması veya TBK.m.598/f.4-5 uyarınca, azami on yıllık kefalet süresinin uzatılması hali de rızayı aşan kefalet sözleşmeleri kapsamına girer. Rıza beyanı sürelî bir kefalet sözleşmesine ilişkin ise, kefalet süresinin uzatılması daima eşin rızasına tâbi olmalıdır¹⁵³. Azami on yıllık kefalet süresinin uzatılmasında ise, eşin rızasının aranıp aranmayacağına ilişkin doktrinde farklı görüşler vardır. Birinci görüşe göre, bu durumda eşin rızasına gerek olup olmadığı, sürenin uzatılmasının, TMK.m.584/f.2’de geçen “*kefil yararına olan güvencelerin önemli ölçüde azalması*” anlamına gelip gelmediğine bağlıdır¹⁵⁴. Şöyle

¹⁵¹ **Özen**, s. 195-196; **Gümüş**, *Özel Hükümler II*, s. 347.

¹⁵² **Baş**, s. 126.

¹⁵³ **S. Ayan**, *Kefalet*, s. 132.

¹⁵⁴ **Özen**, s. 580; **Reisoğlu**, *Kefalet*, s. 297; **Gümüş**, *Özel Hükümler II*, s. 349.

ki, uzatılan süre içerisinde asıl borcun teminatı olan aynı teminatlar sona erecek veya kefilin rücu edebileceği birlikte kefillerin sorumluluk süresi bitecekse, eşin rızası aranmalıdır¹⁵⁵. İkinci görüşe göre, rıza süreli olarak verilmemişse, on yıla kadar yapılan uzatmalarda eşin rızasına ihtiyaç yoktur. Çünkü gerçek kişiler kefaleti on yıllık süreyle yapabildiği için, izin veren eşin, azami on yıl için izin verdiği kabul edilebilir. Bu nedenle, sürenin uzatılmasında, eşin rızası bakımından on yıllık süre belirleyicidir¹⁵⁶. Bizim de katıldığımız üçüncü görüşe göre ise, kefalet süresinin uzatılmasında her zaman eşin rızasını aramak gerekir¹⁵⁷. Kanımızca kefalet süresinin uzatılması herhalde kefilin sorumluluk süresinin uzamasına neden olacağı için eşin rızasını aramak yerinde olur.

c) Birlikte Kefillerden Birinin Eşinin Rızasının Alınmamasının Sonuçları

Eşin rızasının alınmamasının sonuçları birlikte kefalet bakımından ayrıca incelenmelidir. Bu hususta TBK.m.587/f.3 hükmü önem arz etmektedir. Birlikte kefaletle ilişkin bu hükme göre, “*Alacaklı, kefilin aynı alacak için başka kişilerin de kefil olduğunu veya olacağını varsayarak kefalet ettiğini biliyor veya bilmesi gerekiyorsa, bu varsayımın sonradan gerçekleşmemesi veya kefillerden birinin alacaklı tarafından kefalet borcundan kurtarılması ya da kefaletin hükümsüz olduğuna karar verilmesi durumunda kefil, kefalet borcundan kurtulur*”. Bu hüküm uyarınca, kefil başka kişilerin de kefil olduğunu veya olacağını varsayarak kefalet sözleşmesini kurmasına rağmen bu varsayımın gerçekleşmemesi, kefillerden birinin alacaklı tarafından borçtan kurtarılması veya kefaletin hükümsüz olduğuna karar verilmesi durumuna, kefilin kendisi razı olduğu halde eşi rıza göstermezse, o kefil için kefalet sözleşmesi geçersiz olur. Birlikte kefillerden biri için kefalet sözleşmesinin geçersiz olması halinde ise, diğer birlikte kefiller aynı alacak için başkalarının da kefil olduğunu veya olacağını varsayarak söz konusu kefalet sözleşmesine rıza göstermişse, bu kefillerin kefaleti de sona erer¹⁵⁸. Diğer bir deyişle,

¹⁵⁵ **Özen**, s. 580.

¹⁵⁶ **S. Ayan**, *Kefalet*, s. 132.

¹⁵⁷ **Kırca**, s. 442; **Develioğlu**, *Garanti*, s. 181.

¹⁵⁸ **Öktem Çevik**, s. 127; **Özen**, s. 195; **Baş**, s. 125-126.

alacaklının borca kefil olan üç kefilin birbirinden haberdar olduğunu bilmesi veya bilmesinin gerekmesi durumunda, kefillerden birinin eşinin TBK.m.587/f.3'deki durumlardan birine rıza vermemesi nedeniyle onun hükümsüz olan kefalet sözleşmesi, diğer kefiller bakımından da geçersiz hale gelir¹⁵⁹.

d) Eşin Kefalet Sözleşmesinde Sonradan Yapılan Değişikliklere Rıza Göstermemesinin Sonuçları

Türk Borçlar Kanunu m.584/f.2'e göre, "*Kefalet sözleşmesinde sonradan yapılan ve kefilin sorumlu olacağı miktarın artmasına veya adi kefaletin müteselsil kefalete dönüşmesine ya da kefil yararına olan güvencelerin önemli ölçüde azalmasına sebep olmayan değişiklik için eşin rızası gerekmez*". Bu hükmün zıt anlamından, kefalet sözleşmesinde sonradan yapılan bazı değişikliklere eşin rıza göstermemesi durumunda, yapılan değişiklikler için kefilin verdiği rızanın geçerli olmayacağı sonucu çıkmaktadır. Kefilin sorumluluğunu artıran değişikliklere eşin rıza göstermemesi durumunda, kefalet sözleşmesi kefilin eski sorumluluk sınırı ile devam eder. Aynı şekilde adi kefaletin müteselsil kefalete dönüştürülmesine yönelik değişikliklere eşin rıza göstermemesi durumunda da kefalet sözleşmesi adi kefalet olarak geçerli kalmaya devam eder¹⁶⁰.

Güvencelerin önemli ölçüde azaltılmasına yönelik yapılacak değişikliklere eşin rıza göstermemesi durumuna ilişkin sonuçların da incelenmesi gerekmektedir. Söz konusu değişikliklere eşin rıza göstermemesi durumunda, yaptırım olarak TBK.m.592/f.1 hükmü uygulanmalıdır. Bu hükmeye göre, "*Alacaklı, kefalet sırasında var olan veya daha sonra asıl borçludan alacağı özel güvencesi olmak üzere elde ettiği rehin haklarını, güvenceyi ve rüçhan haklarını kefilin zararına olarak azaltırsa, zararın daha az olduğu alacaklı tarafından ispat edilmedikçe, kefilin sorumluluğu da buna uygun düşen bir miktarda azalır*". Sonuç olarak, güvencelerin önemli ölçüde azaltılmasına ilişkin sözleşme değişikliklerine kefil razı olmasına rağmen kefilin eşi rıza göstermezse, kefilin sorumluluğu güvencelerin azaldığı

¹⁵⁹ Baş, s. 126.

¹⁶⁰ Öktem Çevik, s. 128; Özen, s. 194-195; Baş, s. 126; Bilgen, s. 69.

oranda sona erer¹⁶¹. Hatta TBK.m.592/f.4 hükmüne¹⁶² göre, alacaklı, ağır kusuruyla güvenceleri elden çıkarır veya güvencelerin değerlerini düşürürse ve buna kefil razı olmasına rağmen eşi rıza göstermezse, kefilin sorumluluğu tamamen ortadan kalkar¹⁶³.

e) Eşin Rızasında İrade Sakatlığı Bulunması veya Kefil Eşin Yanıltıcı Beyanda Bulunmasının Sonuçları

Rızası alınan eşin rızasında irade sakatlığı bulunuyorsa, eş, söz konusu irade beyanını iptal edebilir¹⁶⁴. Kefalet sözleşmesinin tarafı olmayan asıl borçlunun hilesi, hem kefil hem de kefilin eşi açısından, üçüncü kişinin hilesi olarak değerlendirilmelidir. Alacaklı, asıl borçlunun hilesinden haberdar değilse ve alacaklının söz konusu hileden haberdar olması da kendisinden beklenmiyorsa eşin rızasının iptali yoluna gidilememelidir¹⁶⁵.

Kefalet sözleşmesi kurulduğu sırada evli olan kefilin susması veya evli olmadığı konusunda yanıltıcı beyanda bulunması, kefalet sözleşmelerinde eşin rızasına ilişkin bir sorun olarak karşımıza çıkabilir. Örneğin, yeni evli birinin medeni halini değiştirmedeği nüfus cüzdanı ile kefalet sözleşmesi kurması söz konusu olabilir. Bu gibi durumlarda eşin rızası alınmadığı için kefalet sözleşmesi geçersiz olur¹⁶⁶.

Kefil olan eşin susması veya yanıltıcı beyanda bulunması durumunda, kefalet sözleşmesinin geçersizliği nedeniyle alacaklı zarara uğrayabilir. Bu ihtimalde, kefilin culpa in contrahendo kuralı¹⁶⁷ gereğince tazminat sorumluluğu doğar. Ancak kefil

¹⁶¹ **Öktem Çevik**, s. 129; **Özen**, s. 195; **Baş**, s. 126; **Reisoğlu**, *Kefalet*, s. 91; **Bilgen**, s. 69.

¹⁶² TBK.m.592/f.4'e göre, "Alacaklı, haklı bir sebep olmaksızın yükümlülüklerini yerine getirmez, ağır kusuruyla mevcut belgeleri veya rehinleri ya da sorumlu olduğu diğer güvenceleri elinden çıkarırsa, kefil borcundan kurtulur. Bu durumda kefil, ödediğinin geri verilmesini ve varsa zararının giderilmesini isteyebilir".

¹⁶³ **Öktem Çevik**, s. 129; **Özen**, s. 195; **Bilgen**, s. 69.

¹⁶⁴ **Öktem Çevik**, s. 127; **Özen**, s. 195.

¹⁶⁵ **Özen**, s. 195.

¹⁶⁶ **Baş**, s. 125.

¹⁶⁷ Cem **Baygın**, "Culpa In Contrahendo Sorumluluğu ve Amerikan Hukukundaki Uygulaması", *AEÜHFD.*, C. IV, S. 1-2, Erzincan 2000, s. 345 vd.

eşin culpa in contrahendo kuralına göre doğacak tazminat sorumluluğu ile diğer eşin ve ailenin maddi bütünlüğünün korunması amacının bağdaşmayacağı ileri sürülebilir. Çünkü bu tazminat sorumluluğu, kaçırılan sözleşme fırsatlarını da kapsayacağından, sözleşme geçersiz olsa bile yanıltıcı beyanda bulunan eşin kefil gibi sorumlu olmasına neden olur. Buna rağmen, evli olduğunu saklamak suretiyle kasten kefalet sözleşmesinin geçersizliğine neden olan eşin tazminat sorumluluğu olmalıdır¹⁶⁸.

9. Eşin Rızasının Aranmayacağı Kefaletler

a) Genel Olarak

Kefalet sözleşmesinin geçerliliğini eşin rızasına bağlayan TBK.m.584 hükmünün istisnasız olarak kabul edilmesi uygulamada bir takım sorunlara sebep olmuştur. Bu sorunlar özellikle ticari hayatta kendini göstermiştir. Şöyle ki, TBK.m.584'e göre evli bir kişinin ticari kredi çeken birine kefil olabilmesi ancak eşinin rızası ile mümkündür. Böyle bir zorunluluk, ticari hayatta önemli tıkanmalara neden olduğu gibi, kredi kullanımını da zorlaştırmıştır. İşte ticari hayatta kefil bulmanın zorlaşması ve bankaların kredi kullanımının azalması tepkilere neden olmuş, kefalet sözleşmesinde eşin rızasına bir takım istisnaların getirilmesi gereği ortaya çıkmıştır.

Kefalet sözleşmesinde eşin rızasına ilişkin TBK.m.584 hükmüne 6455 sayılı Kanun'la 28.03.2013 tarihinde kabul edilerek eklenen fıkra¹⁶⁹ ile eşin rızasına bir takım istisnalar getirilmiştir. Söz konusu hükme 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 Kullandırılmasına Dair Kanun kapsamında kullanılacak kredilerde verilecek kefaletler ile tarım kredi, tarım satış ve esnaf ve*

¹⁶⁸ **Baş**, s. 125; Kasten şekle aykırılığa yol açılması ile ilgili olarak bkz. **Özen**, s. 245.

¹⁶⁹ 6455 Sayılı Gümrük Kanunu ile Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun m. 77 (RG. 11.04.2013, S. 28615).

*sanatkârlar kredi ve kefalet kooperatifleri ile kamu kurum ve kuruluşlarınca kooperatif ortaklarına kullanılacak kredilerde verilecek kefaletler için eşin rızası aranmaz*¹⁷⁰.

Türk Borçlar Kanunu m.584'e eklenen fıkra ile öncelikle, ticaret şirketlerine kullanılan kredilerde, şirket ortak ve yöneticilerinin eşlerinin rızası olmaksızın kefil olabilecekleri düzenlenmiştir. Bu fıkra ile ticari hayatın gerekleriyle bağdaşmayan, ortağı ve yöneticisi oldukları şirketin borçları için kefil olan kişilerin eşlerinin rızasını alma zorunluluğu ortadan kalkmıştır. Böylece, ticari faaliyetinin bir gereği olduğu sürece, gerçek kişi tacir, başka bir gerçek kişi tacirin veya ticaret şirketinin borcu için eşinin rızası olmaksızın kefil olabilir¹⁷¹.

Türk Borçlar Kanunu m.584'e eklenen fıkra ile, “*mesleki faaliyetleri ile ilgili olarak esnaf ve sanatkârlar siciline kayıtlı esnaf veya sanatkârlar tarafından verilecek kefaletler*” de eşin rızasına tâbi olmaktan çıkarılmıştır. Buna göre, esnaf mesleki faaliyeti kapsamında olduğu sürece, bir başka esnafın ya da gerçek kişi tacirin veya ticaret şirketinin borcu için eşinin rızası olmaksızın kefil olabilir. Ayrıca “*27/12/2006 tarihli ve 5570 sayılı Kamu Sermayeli Bankalar Tarafından Yürütülen Faiz Destekli Kredi Kullanılmasına Dair Kanun kapsamında kullanılacak kredilerde verilecek kefaletler*” bakımından da eşin rızası aranmamıştır. Bu düzenleme ile kamu sermayeli bankalara bir ayrıcalık tanınarak, bu bankaların verecekleri kredi için kefalet teminatına başvurabilmelerini kolaylaştırılmak amaçlanmıştır. Son olarak tarım kredi, tarım satış ve esnaf ve sanatkârlar kredi ve kefalet kooperatifleri için, bu kooperatiflerin ortaklarına kullandırdıkları krediler bakımından kefil bulabilmeleri kolaylaştırılarak, bu kefaletler bakımından da eşin rızası aranmamıştır¹⁷².

¹⁷⁰ **Özen**'e göre, bu düzenlemenin kapsamı çeşitli tartışmaları da beraberinde getirecektir. Ayrıca ek fıkra, Türk Borçlar Kanunu gibi temel bir kanuna uygun biçimlendirilmemiştir. Bunun gibi, özel nitelik taşıyan çeşitli kooperatiflerin ortaklarına kullandıracakları kefaletlerin, genel ifade tarzının kullanılmasının gerektiği Türk Borçlar Kanunu maddesinde anılması da uygun değildir. Bkz. **Özen**, s. 187.

¹⁷¹ **Özen**, s. 187-188.

¹⁷² **Özen**, s. 188.

Sonuç olarak, TBK.m.584'e eklenen 3. fıkra hükmü uyarınca kredilerin ticari işletmeyle ilgili olup olmadığına göre bir ayırım yapılması gerekir. Banka veya diğer kredi kurumları tarafından verilen krediler ticari nitelik taşıyorsa (yani şirket ortaklarının kullandığı yatırım, işletme kredileri ile tarım, hayvancılık, esnaf kredileri bakımından) eşin rızası aranmaz. Örneğin, bir tacirin veya bir şirket ortağının kendi şirketiyle ilgili ya da anonim şirketin imzaya yetkili yönetim kurulu üyesinin anonim şirketle ilgili yapılacak sözleşmelere kefil olabilmesi eşinin rızasına bağlıdır. Buna rağmen sayılan kişiler yöneticisi oldukları şirket ya da işletmeyle ilgisi olmayan bir borç sözleşmesine ancak eşlerinin rızasıyla kefil olabilirler¹⁷³.

b) Eşin Rızasının Aranmayacağı Kefaletler Bakımından İBK. ile TBK'nın Karşılaştırılması

Türk Borçlar Kanunu m.584'e eklenen fıkra, İBK. mülga 494/f.2¹⁷⁴ ile benzer nitelikte olmasına rağmen, bazı yönlerden farklılıklar taşımaktadır. İBK. mülga 494/f.2, eşin rızasının aranmayacağı şirket ortağı ve yöneticilerini tek tek belirtmesine rağmen, TBK.m.584/f.2 "*ticaret siciline kayıtlı ticari işletmenin sahibi veya ticaret şirketinin ortak ya da yöneticisi tarafından*" verilecek kefaletlerde eşin rızasının aranmayacağını belirtip, bu kapsama "*esnaf ve sanatkârlar siciline kayıtlı esnaf veya sanatkârlar tarafından*" verilecek kefaletleri de dahil etmiştir. Bunun yanında, TBK'da bazı kredi türlerine de eşin rızası alınmaksızın kefil olunabileceği belirtilmiştir. İki kanun arasındaki farklardan biri de hangi kefaletler bakımından eşin rızasının aranmayacağına ilişkindir. İBK.m.494/f.2'de adı geçen kişilerin verecekleri

¹⁷³ Hasan **Pulaşlı**, *Kıymetli Evrak Hukukunun Esasları*, 4. bs., Ankara 2015, s. 183.

¹⁷⁴ İBK.m.494/f.2, 1.12.2005 tarihinde yürürlüğe giren 17.6.2005 tarihli Kanun ile kaldırılmıştır. Bu hükmün kaldırılmasına ilişkin kanun tasarısını hazırlayan komisyon, konuyla ilgili olarak 1.6.2004 tarihli bir rapor hazırlamıştır. Söz konusu raporda, İMK'nda ve İBK'nda yer alan eşin rızasının arandığı işlemler sayıldıktan sonra, İBK.m.494'den farklı olarak bunların hiçbirinde eşin rızasının aranması kuralına istisna getirilmediği belirtilmiştir. Komisyon'a göre, günümüzün ekonomik koşulları, ailenin daha iyi korunmasını gerektirmektedir. Çünkü, son yıllarda büyük ekonomik sıkıntılar içerisinde olan bir çok küçük işletme kurulmuştur. Bunların çoğu, tek kişi tarafından işletilen, hiç kimsenin istihdam edilmediği ve sahiplerinin sıfırı tüketme noktasına geldiği işletmelerden oluşmaktadır. Bu durum ise, bazı ailevi sorunlara yol açmaktadır. Küçük veya orta ölçekli işletmelerin faaliyetlerinin, onu işletenin ailesini de önemli ölçüde etkileyeceği dikkate alınırca, bir ailenin ve onun bireylerinin bilgisi dışında kefil olmak suretiyle ailenin bir takım risklere maruz kalmalarının önüne geçilmelidir. Söz konusu raporda, İBK.m.494/f.2'nin kaldırılma sebebi bu şekilde açıklanmıştır. Bkz. **Kırca**, s. 455-456.

kefalet bakımından herhangi bir konu sınırlaması bulunmamasına rağmen, TBK.m.584/f.2’de yer alanlar tarafından “işletme veya şirketle ilgili olarak” ve “mesleki faaliyetleri ile ilgili olarak” verilecek kefaletlerde eşin rızası gerekmez¹⁷⁵.

c) Eşin Rızasının Aranmayacağı Kefaletler Bakımından TBK. Tasarısı ile TBK’nın Karşılaştırılması

Türk Borçlar Kanunu Tasarısı’nda da TBK’da olduğu gibi eşin rızasına gerek olmayan durumlar sınırlayıcı bir biçimde sayılmıştı¹⁷⁶. Bu hükme göre, “Kefalet, ticaret siciline kayıtlı bir işletmenin sahibi; bir kollektif 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”.

Türk Borçlar Kanunu Tasarısı’nda yer alan fakat kanunlaşmayan hüküm ile TBK.m.584 hükmüne eklenen fıkra birlikte değerlendirildiğinde, yeni eklenen fıkra ile eşin rızasının aranmayacağı durumların kapsamının genişletildiği görülür. Şöyle ki, Tasarı’da yer alan ortaklıklara ilişkin ayırım yerine yeni eklenen fıkraya göre, bütün ticaret şirketlerinin ortak veya yöneticileri Kanun’da öngörülen şartların gerçekleşmesiyle eşin rızasına gerek olmaksızın kefil olabilirler. Ayrıca Tasarı’da yer almayan “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 Kullandırılmasına 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 kefaletlerde” de eşin rızası aranmamaktadır. Bu kapsamda, mesleki faaliyetleri ile ilgili olarak esnaf ve sanatkârlar siciline kayıtlı esnaf veya sanatkârların sahibi oldukları işletme ya da ortağı veya yöneticisi

¹⁷⁵ Kırca, s. 448; Ş. Demir, s. 96.

¹⁷⁶ Kırca, s. 448.

oldukları şirketin borçları için kefil olmalarının işletmeyle ilgili kefaletler kapsamına gireceği söylenebilir¹⁷⁷.

Türk Borçlar Kanunu Tasarısı'nda yer alan fakat kanunlaşmayan hüküm ile TBK.m.584'e eklenen fıkranın farklılıkları yanında ortak özellikleri de vardır. Her iki hükümde de, şirket ortak ve yöneticilerinin eşlerinin rızasını almaksızın kefil olabilmeleri “işletmeyle veya şirketle ilgili kefaletler” bakımından mümkündür.

C. İcra Dairesindeki Kefaletlerde Eşin Rızası

Kefalet sözleşmesinde eşin rızasına ilişkin TBK.m.584 hükmü icra kefaletleri bakımından da önem arz etmektedir. İİK.m.38'de bahsi geçen icra kefaletleri, ilam niteliği taşıyan belgelerden kabul edilerek ilamların icrası hakkındaki hükümlere tâbi kılınmıştır. İcra kefaletleri, üçüncü kişilerin icra dairesi önünde¹⁷⁸ kefil sıfatıyla yer almak suretiyle, borçlunun, takibe konu olan borcunu kısmen veya tamamen ödemeyi üstlendikleri kefaletler olarak tanımlanabilir¹⁷⁹. İİK.m.38'e göre, “... *Bu maddedeki icra kefaletleri müteselsil kefalet hükmündedir*”¹⁸⁰. İcra kefaletleri, esasen

¹⁷⁷ TBK. Tasarısı'nda yer alan “işletmeyle ilgili olarak” ifadesi eleştirilmiştir. **Kırca**'ya göre, söz konusu ifadenin lafzına göre hareket edildiğinde, belirtilen niteliklere sahip kişiler sadece, sahibi oldukları işletme veya ortağı ya da yöneticisi oldukları şirketin borçları için kefil olabileceklerdir. Oysa kaynak İBK.m.494/f.2'de adı geçen kişilerin verecekleri kefalet bakımından herhangi bir konu sınırlaması bulunmamaktadır. Ayrıca TBK. Tasarısı'nda yer alan “ticaret siciline kayıtlı ticari işletmenin sahibi” ifadesi de eleştirilmiştir. Yazar'a göre, kaynak İBK.m.494/f.2'de yer alan ticaret siciline tescil, sadece işletme sahibi bakımından değil, hükmün kapsamına giren diğer kişiler bakımından da arandığı için, TBK. Tasarısı'nda yer alan hükmün kapsamına girebilmek için ticaret siciline tescilin şart olarak kabul edilmesi gerekir. Bkz. **Kırca**, s. 448 vd.

¹⁷⁸ İhtiyati haciz sırasında verilen icra kefaleti de geçerlidir. Bu hususa ilişkin Yargıtay kararına göre, “İhtiyati haciz sırasında verilen icra kefaleti de geçerli olup, asıl borçlu hakkında takip iptal edilmediği sürece kefaletin geçerliliği devam eder. Ancak usulüne uygun icra kefaleti olsa dahi hakkında takip yapılan borçlu yönünden takip kesinleşmedikçe icra kefiline icra emri çıkarılmayacağı gibi, borç miktarının kesinleşmemesi halinde takibin devamı da mümkün değildir” Yarg. 12. HD., T. 21.02.2011, E. 2010/21262, K. 2011/1181 (**Kazancı Bilişim**, İçtihat Bilgi Bankası).

¹⁷⁹ Süha **Tanrıver**, *İlamlı İcra Takibinin Dayanakları ve İcranın İadesi*, Ankara 1996, s. 128; Timuçin **Muşul**, *İcra ve İflas Hukuku*, C. II, 6. bs., Ankara 2013, s. 1082; Mustafa **Oskay/Coşkun Koçak/Adnan Deynekli/Ayhan Doğan**, *İİK Şerhi*, C. I, Ankara 2007, s. 720.

¹⁸⁰ “... *İcra kefaletleri için teselsül karinesi kabul edilerek alacaklının durumu kuvvetlendirilmiştir*” (538 sayılı Kanun'a ilişkin hükümet gerekçesi) **Oskay/Koçak/Deynekli/Doğan**, s. 719; İİK.m.38 uyarınca icra kefaletleri müteselsil kefaletle ilişkin hükümlere tâbi olacağı için TBK.m.586 hükmü bu kefaletler bakımından ayrı bir öneme sahiptir. TBK.m.586 uyarınca müteselsil kefaletin varlığından söz edebilmek için kefalet

bir borçlar hukuku kurumu olan ve TBK'da düzenlenen kefalet sözleşmelerinin özel bir görünümü olarak karşımıza çıkar¹⁸¹. Bu nedenle hakkında İİK'da özel bir düzenleme bulunmayan hususlarda TBK'nın kefalete ilişkin hükümleri, icra kefaletlerine de niteliğine uygun düştüğü ölçüde uygulanır. İcra kefaletlerinin şekline ve geçerlilik şartlarına ilişkin İİK'da herhangi bir hüküm bulunmadığı için bu kefaletlere, genel nitelikli bir kanun olan TBK'nın kefalete ilişkin hükümleri uygulanır¹⁸². Bu bağlamda TBK.m.584 hükmü uyarınca kefalet sözleşmesinde aranan eşin rızası icra kefaletleri bakımından da söz konusu olur. TBK.m.584 uyarınca, evli bir kişinin icra kefaletinde kefil olmaya yönelik iradesinin geçerli olabilmesi için diğer eşin rızasının, kefalet sözleşmesinin kurulmasından önce veya en geç kurulması anında alınmış olması gerekir. Kanun gereğince eşin rızası yazılı olmak zorundadır. Bu noktada söz konusu rızanın icra tutanağında bulunmasının zorunlu olup olmadığı belirlenmelidir. Eşin rızasının yer alacağı belge HMK.m.199 anlamında herhangi bir belge olduğu için, bu belgenin icra kefaleti anlamında icra tutanağı olması şart değildir. Kefalet sözleşmelerinde eşin rızasının kefalet senedinde bulunmak zorunda olmaması da bizi bu sonuca götürmektedir¹⁸³. İcra dairesinde gerçekleşecek kefaletlerde, icra memuru kefil olma beyanında bulunan kişinin kimliğini ibraz etmesi üzerine evli olup olmadığını res'en incelemeli ve mevcut bir evliliğin varlığı halinde eşin rızasını aramalıdır.

senesinde bu kefalet türünün benimsendiğinin açıkça ifade edilmesi gerekir. Buna karşılık İİK.m.38, icra kefaletlerinin müteselsil kefalet olduğunu açıkça belirtmiştir. Bu durumda, icra kefaletinin belirtildiği tutanakta müteselsil kefalet anlamına gelecek bir ibarenin bulunmasının zorunlu olup olmadığının açıklığa kavuşturulması gerekir. İcra kefaletlerinin, müteselsil kefalet niteliği taşımasının kaynağı, kefilin özgür iradesi değil, bizzat Kanun'un kendisidir. Bu nedenle, icra dairesi huzurunda kefil olma iradesini açıklayan kişinin beyanı müteselsil kefil olma iradesini içermese de, vermiş olduğu kefalet, İİK.m.38 uyarınca müteselsil kefalet sayılacaktır. Bkz. **Tanrıver**, s. 130.

¹⁸¹ **Tanrıver**, s. 128.

¹⁸² **Tanrıver**, s. 128; Kefalet sözleşmesinin şekline ilişkin TBK.m.583 hükmü uyarınca icrada kefaletin gerçekleşebilmesi için; kefalet sözleşmesi niteliğindeki icra tutanağına kefilin beyanın geçirilmesi, tutanağın kefil tarafından imzalanması, icra tutanağında kefilin sorumlu olduğu azami miktarın, kefalet tarihinin ve müteselsil kefil olma iradesinin kefilin kendi el yazısıyla belirtilmesi gerekir. Bkz. **Muşul**, s. 1083.

¹⁸³ Bkz. I. Bölüm, III., B., 5.

İcra dairesinde gerçekleştirilen kefaletlere TBK.m.584'ün uygulanacağı Yargıtay tarafından da kabul edilmiştir. Söz konusu Yargıtay kararına göre, “Şikâyetçi icra kefilî İcra Mahkemesine başvurusunda; 18.03.2013 tarihli haciz sırasında yapılan icra kefaleti işleminin; kendi el yazısı ile kefil olunan miktarın ve tarihinin yazılı olmaması, eşin rızasının alınmaması nedenleriyle geçerli olmadığını, kefalet işleminin ve buna bağlı olarak düzenlenen icra emrinin iptalini talep etmiştir. Mahkemece, icra kefaletinin İİK'nın 38. maddesinde düzenlendiği, Borçlar Kanunu'nun 581 ve devamı maddelerinde düzenlenen kefalet sözleşmesi şekil şartlarının burada uygulanmayacağı ve icra kefaletinde eşin rızasının aranmayacağı gerekçesiyle, şikâyetin reddine karar verilmiş, hüküm şikâyetçi vekili tarafından temyiz edilmiştir. ... 584. maddesinde; eşlerden birinin diğerinin yazılı rızasıyla kefil olabileceğini; bu rızanın sözleşmenin kurulmasından önce ya da en geç kurulması anında verilmiş olmasının mecburi olduğu belirtilmiştir. Somut olayda, borçlu şirket hakkındaki takip kesinleştikten sonra 18.03.2013 tarihli haciz sırasında, üçüncü kişi E.Y'nin "dosya borcu olan 93.454,71 TL'ye icra kefilî olduğu" hususunu içeren haciz zaptı İcra Müdürünün el yazısı ile düzenlenmiş olup, Yasa'nın aradığı koşullara uygun değildir”¹⁸⁴.

IV. EŞLERİN GARANTİ SÖZLEŞMESİ KURMA ÖZGÜRLÜĞÜNE GETİRİLEN SINIRLAMA

A. Garanti Sözleşmesi

1. Garanti Sözleşmesinin Tanımı

Garanti sözleşmesi uygulamada sıklıkla rastlanan bir kişisel teminat sözleşmesi olmasına rağmen, TBK'da özel olarak düzenlenmemiştir. Bu nedenle doktrinde ve uygulamada garanti sözleşmesinin çeşitli tanımlarına rastlanmaktadır. Doktrindeki tanımların ortak özellikleri dikkate alınırrsa garanti sözleşmesi, garanti verenin, garanti alanın bir teşebbüse girişmesinden veya üçüncü kişi ile girdiği bir borç ilişkisinden doğan borcu ifa etmemesinden kaynaklanan ekonomik rizikoyu

¹⁸⁴ Yarg. 8. HD., T. 23.9.2013, E. 14327/K. 12865 (Kazancı Bilişim, İctihat Bilgi Bankası).

üstlendiği sözleşme olarak tanımlanabilir¹⁸⁵. Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararı'na göre ise, “*garanti mukavelesi, bir kimsenin fer'i olmayan bir mukavele ile başkasına bir teşebbüsün belirli bir sonuca ulaşacağını garanti etmesidir*”¹⁸⁶.

Garanti sözleşmesi ile garanti veren üçüncü kişinin fiilini ifa etmeyi taahhüt etmeyip; bu fiilin ifa edilmemesi durumunda garanti alanın zarara uğramayacağını garanti altına almaktadır¹⁸⁷. Garanti sözleşmesi, garantinin konusunu oluşturan zararın meydana gelmesi ile garanti verenin, belirli bir miktar parayı garanti alana ödemeyi taahhüt ettiği bağımsız ve tek tarafa borç yükleyen bir sözleşme niteliğindedir¹⁸⁸.

2. Garanti Sözleşmesinin Hukuki Niteliği

Yargıtay¹⁸⁹ ve bir görüşe¹⁹⁰ göre garanti sözleşmesi, TBK.m.128'de düzenlenen “*Üçüncü Kişinin Fiilini Üstlenme*” niteliğindedir. Bu hükme göre, “*Üçüncü bir kişinin fiilini başkasına karşı üstlenen, bu fiilin gerçekleşmemesinden doğan zararı gidermekle yükümlüdür*”.

Başka bir görüşe göre, TBK.m.128'de düzenlenen “*Üçüncü Kişinin Fiilini Üstlenme*” ile garanti sözleşmesi birbirinden farklı kurumlardır. Bu iki kurum

¹⁸⁵ **Gümüş**, *Özel Hükümler II*, s. 501; Gamze **Turan**, “Garanti ve Kefalet Sözleşmeleri Arasındaki Farklar ve Banka Kredi Kartı Sözleşmelerindeki Şahsi Teminatın Niteliği”, *TBBD.*, S. 66, 2006, s. 28; Turan **Şahin**, *Üçüncü Kişinin Edimini Taahhüt*, Ankara 2010, s. 27; **Yavuz/Acar/Özen**, s. 1438; **Tandoğan**, s. 809.

¹⁸⁶ YİBK., T. 11.6.1969, E. 4/K. 6 (**Kazancı Bilişim**, İçtihat Bilgi Bankası).

¹⁸⁷ **Turan**, s. 28-29; Seza **Reisoğlu**, *Garanti Mukavelesi*, Ankara 1963, s. 115; Arif **Kocaman**, Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu XIX, Mayıs 2003, s. 70.

¹⁸⁸ Ferhat **Canpolat/Seçkin Topuz**, “Kefalet ile Garanti Ayrımının Önemi ve Bu Ayrımda Uygulanacak Kıstaslar”, *TBBD.*, S. 78, Eylül-Ekim 2008, s. 56-57.

¹⁸⁹ Yarg. HGK., T. 4.7.2001, E. 19-534/K. 583 “...*Dava konusu uyuşmazlık garanti sözleşmesinden kaynaklanmaktadır. Kanunda özel bir akit türü olarak düzenlenmemiş olan garanti sözleşmesi, eBK'nın 110. maddesinde hükme bağlanan üçüncü kişinin fiilini (edimini) taahhüt niteliğinde kabul edilmektedir...*” (**Yargı Dünyası**, S. 65, Mayıs 2001, s. 33 vd.); Yarg. 13. HD., T. 3.3.2005, E. 04-16382/K. 05-3236 (**Kazancı Bilişim**, İçtihat Bilgi Bankası).

¹⁹⁰ Ünal **Tekinalp**, *Banka Hukukunun Esasları*, İstanbul 1988, s. 373; Ünay **Güven**, “Teminat Mektuplarının Mahiyeti ve Garanti Mukavelesi”, *IBD.*, C. XLI, S. 1-2, Y. 1967, s. 16-24.

arasındaki fark, üçüncü kişinin fiilini üstlenmenin garanti sözleşmesinin zorunlu unsurlarını tamamen içermemesinden kaynaklanır¹⁹¹.

Üçüncü görüşe göre ise, üçüncü kişinin fiilini üstlenme ile garanti sözleşmesinin ortak alanları olduğu gibi, ikisinin de kendisine özgü alanları da mevcuttur. Yani, üçüncü kişinin fiilini üstlenme niteliğinde olmayan garanti sözleşmeleri olabileceği gibi, garanti sözleşmesi niteliği taşınmayan üçüncü kişinin fiilini üstlenme de söz konusu olabilir¹⁹².

3. Garanti Sözleşmesinin Unsurları

a) Garanti Alanın Belirli Bir Davranışa Yönelmesini Sağlamak

Garanti sözleşmesi ile garanti veren, garanti alanı belirli bir davranışa yöneltmek için, onun davranışının sebep olabileceği zararları tazmin etmeyi taahhüt eder¹⁹³. Söz konusu davranış olumlu bir eylem olabileceği gibi, olumsuz bir eylem (kaçınma) de olabilir¹⁹⁴.

Garanti alanın girişeceği davranış tarzının malvarlığı kazancı sağlamaya yönelik olması şart olmayıp; söz konusu davranışın sanatsal veya bilimsel bir amaca yönelik olması da mümkündür. Bu durumda söz konusu davranışın garanti alan bakımından maddi bir zarar doğurma tehlikesi bulunmalıdır¹⁹⁵.

Garanti sözleşmesinin asıl amacı garanti alanı kendi teşebbüslerinin rizikolarına karşı korumaktır. Bunun dışında ilişkinin diğer tarafını oluşturan teşebbüsü koruma amacı söz konusu değildir¹⁹⁶.

¹⁹¹ Tandoğan, s. 849 vd.; Şahin, s. 25.

¹⁹² Yavuz/Acar/Özen, s. 1439.

¹⁹³ Şahin, s. 28; Tandoğan, s. 809.

¹⁹⁴ Yavuz/Acar/Özen, s. 1442; Şahin, s. 28-29; Meral Sungurtekin, "Banka Teminat Mektuplarına İlişkin Uluslararası Unsurlu İhtilaflara Uygulanacak Hukuk Hakkında Bir İnceleme", *TBBD.*, Y. 1990, S. 4, s. 548; Tandoğan, s. 810.

¹⁹⁵ Şahin, s. 29; Tandoğan, s. 810; Sungurtekin, s. 548.

¹⁹⁶ Şahin, s. 29; Tandoğan, s. 810; Reisoğlu, *Garanti*, s. 14.

b) Garanti Alanın Davranışından Doğacak Zararın Üstlenilmesi

Garanti veren, garanti alanın belirli bir davranışa yönelmesini ve özellikle de alacaklı olarak bir borç ilişkisine girmesini sağlamak için bu davranıştan veya borç ilişkisinden doğacak tehlikeleri karşılamayı üstlenebilir¹⁹⁷. Bu sözleşmeyle garanti veren, başkasına bağlı bir fiilin gerçekleşmemesi nedeniyle garanti alanın uğrayacağı zararları tazmin etmeği taahhüt eder¹⁹⁸.

Garanti verenin sorumluluğunu doğuracak tehlike, ihtimalli bir durumu ifade eder. Şöyle ki, olayın gerçekleşmesi objektif olarak imkânsız veya kesin ise tehlikenin varlığından söz edilemez. Olayın meydana gelmesinin sübjektif açıdan kuşkuğu olması halinde ise, durumun gereklerine göre tehlikenin varlığı kabul edilebilir¹⁹⁹.

Garanti verenin sorumlu olacağı tehlikenin kapsamına kaza ve beklenmeyen haller de dahildir²⁰⁰. Taraflar aksini kararlaştırmadıkça, garanti verenin sorumluluğu, söz konusu sonucun kaza ve beklenmeyen haller nedeniyle oluşmaması durumunda da devam edecektir²⁰¹.

c) Bağımsız Bir Yükümlülüğün Söz Konusu Olması

Garanti sözleşmesi, garanti veren ile garanti alan arasında kurulan bir sözleşme olup; garanti alan ile üçüncü kişi arasındaki hukuki ilişkiden tamamen bağımsız bir sözleşmedir. Bu sözleşme ile garanti veren asli ve bağımsız bir sorumluluk altına girer²⁰².

¹⁹⁷ **Şahin**, s. 30; **Yavuz/Acar/Özen**, s. 1442.

¹⁹⁸ **K. Fikret Arık**, “Mahkeme Kararları Kroniği, Başkasının Fiilini Taahhüt veya Garanti Mukavelesi”, *AÜSBFD.*, C. X, Y. 1955, S. 2, s. 51; **Şahin**, s. 30.

¹⁹⁹ **Şahin**, s. 30; **Tandoğan**, s. 684; Ancak bazı yazarlara göre, mevcut bir borcun olmadığı veya konusunun imkânsız olduğu durumlarda bile, saf garanti sözleşmesi söz konusu olabilir. Bkz. **Zevkliler/Gökyayla**, s. 679; **Develioğlu**, *Garanti*, s. 38.

²⁰⁰ **Şahin**, s. 31; **Tandoğan**, s. 812; **Reisoğlu**, *Garanti*, s. 11-12.

²⁰¹ **Şahin**, s. 31; **Reisoğlu**, *Garanti*, s. 12.

²⁰² **Şahin**, s. 31.

Garanti verenin borcu bağımsız bir borç olduğu için, bu borcun varlığı, geçerliliği, dava ve takip edilebilirliği başka bir borca bağlı olmadığı gibi, başka bir borcun hukuken ileri sürülebilir olmasına da bağlı değildir²⁰³.

Yargıtay da, garanti verenin, bağımsız bir borç altına girdiğini bir kararında belirtmiştir. Bu karara göre²⁰⁴, “*Davaya destek yapılan 22.8.1983 tarihli (tahliye taahhütnamesi) ve aynı tarihli (taahhütnamedir) başlıklı belgelerle, davalı taşınmazını satarken mal sahibi olarak alıcı davacıya karşı İstanbul, Bakırköy Güngören,..... Caddesi 76 numaradaki dükkânda kiracı olarak oturmakta olan kişinin en geç 1.1.1984 tarihine kadar söz konusu dükkânı boş olarak tarafına terk ve teslim edeceğini, kendisinin de adı geçen dükkânı, 1.1.1984 tarihinde boş olarak davalıya teslimi kabul ve taahhüt etmiş ve 1.1.1984 tarihinde kiracıyı çıkartamadığı takdirde tahliye edinceye kadar her ay net 25.000 lira ödemeyi yüklenmiştir. Davalı böylece, dükkânda kiracı olarak oturmakta olan kişinin bu yeri belli bir tarihte boşaltacağını taahhüt ettiğinden, Borçlar Kanununun 110. maddesi anlamında bir üçüncü şahsın edimini taahhüt etmiştir. Tarafların bağımsız iradeleri ile kurmuş oldukları böyle bir sözleşme anılan yasa hükmü gereğince bağlayıcıdır. Davalı burada, kiracının davacıya karşı tahliye borcu olup olmadığı gözetilmeksizin bağımsız mahiyette kiracının edim ve fiilini taahhüt etmiştir. Bu nedenle üçüncü kişi durumundaki kiracının davacıya karşı borçlu olup olmaması veya bu borcun muteber bulunup bulunmaması davalının taahhüdüne etkili değildir”.*

d) İvazsız Nitelikte Olması

Garanti sözleşmesi kural olarak, sadece garanti vereni borç altına sokan tek tarafa borç yükleyen bir sözleşme olup, ivazsızdır²⁰⁵. Burada tartışmalı olan, garanti verenin ivazsız bir yükümlülük altına girmesinin, garanti sözleşmesinin geçerlilik

²⁰³ Şahin, s. 31; Yavuz/Acar/Özen, s. 1442; Gümüş, Özel Hükümler II, s. 503.

²⁰⁴ Yarg. 13. HD., T. 07.10.1985, E. 4067/K. 5747 (YKD., C. 12, S. 9, Eylül 1986, s. 1350).

²⁰⁵ Şahin, s. 33; Hakan Çebi, “Üçüncü Kişinin Fiilini Taahhüt”, Prof. Dr. Tahir Çağa'nın Anısına Armağan, İstanbul 2000, s. 118.

şartı olup olmadığı ve bu açıdan bu sözleşmenin tanımında ivazsızlık unsuruna yer verilip verilmeyeceği hususudur²⁰⁶.

Reisoğlu'na göre²⁰⁷, garanti sözleşmesinin esaslı unsurlarından biri ivazsızlık iken; bazı yazarlara göre ise,²⁰⁸ garanti sözleşmesi ivazsız olarak kurulabileceği gibi ivazlı olarak da kurulabilir.

Garanti sözleşmesinde genellikle, garanti alan ivaz taahhüt etmemektedir. Ayrıca garanti sözleşmesi ile garanti alanın belirli bir teşebbüse girişme yükümlülüğü de doğmamaktadır. Bu nedenle garanti sözleşmesi tek tarafa borç yükleyen bir sözleşme olarak kabul edilebilir²⁰⁹.

4. Garanti Sözleşmesinin Türleri

Garanti sözleşmesi saf (yönelmeyi amaçlayan) garanti sözleşmesi ve kefalet benzeri (teminatı amaçlayan) garanti sözleşmesi olmak üzere ikiye ayrılır:

Saf garanti sözleşmesi, garanti alanın belirli bir davranışa yönlendirilmesi amacıyla garanti verenin, bu davranış dolayısıyla o kişi açısından söz konusu olabilecek rizikoları kısmen veya tamamen üzerine almayı taahhüt ettiği bağımsız sözleşmedir²¹⁰. Burada garanti sözleşmesinin dayanağını oluşturan bir asıl borç ilişkisi söz konusu olmayıp; sadece garanti veren ile garanti alan arasında bir teminat ilişkisi vardır²¹¹. Bir kimsenin belirli bir bölgede belirli bir mağaza açması halinde belirli bir miktar kâr edeceğinin garantilenmesi veya bir ortaklığa ait olan pay senetlerinin belirli bir miktar kâr edeceğinin garantilenmesi saf garanti sözleşmesinin tipik örneklerindedir²¹².

²⁰⁶ **Reisoğlu**, *Garanti*, s. 8; **Şahin**, s. 33.

²⁰⁷ **Reisoğlu**, *Garanti*, s. 22-25.

²⁰⁸ **Gümüş**, *Özel Hükümler II*, s. 504; **Tandoğan**, s. 815; **Arık**, s. 51.

²⁰⁹ **Şahin**, s. 33; **Tandoğan**, s. 815-816; **Arık**, s. 51.

²¹⁰ **Tandoğan**, s. 806; **Yavuz/Acar/Özen**, s. 1441; **A. Yenice**, s. 13; **Çebi**, s. 112.

²¹¹ **A. Yenice**, s. 13; **Tandoğan**, s. 808.

²¹² **Zevkliler/Gökyayla**, s. 679; **Tandoğan**, s. 807; Yarg. 11. HD., T. 29.11.2004, E. 2269/11163 “*Davalının eBK.m.483 anlamında, borçlunun borcunu ödememesi halinde bundan sorumlu olmayı taahhüt eden ve devamlı fer'i nitelik taşıyan bir borç altına girmediği anlaşılmaktadır.*”

Kefalet benzeri garanti sözleşmesi ile garanti veren garanti alanın taraf olduğu bir borç ilişkisinde asıl borçlunun borcunu hiç, gereği gibi veya zamanında ifa etmemesinden doğacak zararları tazmin etmeyi taahhüt eder. Burada garanti alan ile garanti edilen arasında asıl borç ilişkisi mevcut olup; garanti verenin taahhüdü asıl borç ilişkisinin varlığı, geçerliliği, dava ve takip edilebilirliğinden bağımsızdır²¹³. Kefalet benzeri garanti sözleşmesinde garanti veren, borcun konusunu oluşturan edimin yerine getirilmemesi riskini üstlenmektedir²¹⁴.

Kefalet benzeri garanti sözleşmelerinde üçlü bir ilişki söz konusudur. Kefalet benzeri garanti sözleşmesinde garanti veren, garanti alanla üçüncü kişi arasındaki asıl borç ilişkisini güvence altına almaktadır²¹⁵. Kefalet benzeri garanti sözleşmesinin kefalet sözleşmesinden farkları ise şunlardır: İlk olarak kefalet sözleşmesinde kefilin borcu fer'i nitelikte olmasına rağmen, kefalet benzeri garanti sözleşmesinde garanti verenin borcu asıl borcun dava ve takip edilebilirliğinden bağımsızdır²¹⁶. İkinci olarak kefil, yaptığı ödeme miktarınca alacaklının haklarına halef olmasına rağmen, garanti verenin böyle bir hakkı yoktur²¹⁷.

Saf garanti sözleşmelerinde, kefalet benzeri garanti sözleşmelerinden farklı olarak garanti alan ile edimi garanti edilen arasında mevcut bir borç ilişkisi söz

O halde, davacı ile davalı arasındaki sözleşme ilişkisi kefalet sözleşmesi değildir. Zira davalı, ilk borçtan bağımsız bir borç altına girmekte, bir ay içinde hattun çalışmaya başlamaması halinde devir bedelini ödeyerek hisseyi geri almayı taahhüt etmektedir. Davalının buradaki yükümlülüğünün, davacının belirli bir hareket tarzına yönelmesini sağlamak (bir işletme kurmak, üçüncü bir kişiyle sözleşme yapmak gibi) ve davacının bu hareket tarzının zararlı sonuçlarını karşılamayı üstlenmek şeklinde açıklamak mümkündür. Bu durumda taraflar arasındaki sözleşme ilişkisinin garanti sözleşmesi olarak nitelendirilmesi gerekmektedir” (Kazancı Bilişim, İçtihat Bilgi Bankası).

²¹³ **Tandoğan**, s. 808; **Gümüş**, *Özel Hükümler II*, s. 508; **Özen**, s. 23-24; **A. Yenice**, s. 12; **Yavuz/Acar/Özen**, s. 1440.

²¹⁴ **Gümüş**, *Özel Hükümler II*, s. 508; **Özen**, s. 23.

²¹⁵ **Zevkliler/Gökyayla**, s. 680; **Aral/Ayrancı**, s. 442.

²¹⁶ **Zevkliler/Gökyayla**, s. 680; **Tandoğan**, s. 812; **Özen**, s. 24; **Develioğlu**, *Garanti*, s. 114; **Aral/Ayrancı**, s. 442; **Gümüş**, *Özel Hükümler II*, s. 508-509; **Barlas**, *Kredi Kartı*, s. 948-949.

²¹⁷ **Zevkliler/Gökyayla**, s. 680; **Aral/Ayrancı**, s. 442; **Develioğlu**, *Garanti*, s. 154-155; **Barlas**, *Bazı Sorunlar*, s. 56.

konusu değildir²¹⁸. Bu nedenle saf garanti sözleşmesini, mevcut bir borç ilişkisinden doğan alacağın teminat altına alındığı kişisel teminat sözleşmesi kapsamında ele almak mümkün değildir. Yani kişisel teminat sözleşmelerinde teminat veren, bir başkasının borcunu güvence altına almak için kişisel olarak borçlanmaktadır²¹⁹. Bu nedendir ki çalışma konumuz kapsamında, garanti sözleşmesi ifadesiyle teminatı amaçlayan kefalet benzeri garanti sözleşmesi kastedilmektedir.

5. Garanti Sözleşmesinin Şekli

Kanun'da garanti sözleşmesi bakımından herhangi bir şekil şartı öngörülmemiştir. Bu nedenle TBK.m.12/f.1 uyarınca, kanunda aksine bir hüküm bulunmadığı için bu sözleşmenin geçerliliğinin şekil şartına bağlı olmadığı düşünülebilir²²⁰. Ancak TBK.m.603 hükmü ile getirilen yenilikle teminat amaçlı garanti sözleşmesine, kefalet sözleşmesinin şekline ilişkin hükümlerin uygulanacağı düzenlenmiştir. Söz konusu hükme göre, “*kefaletin ... şekline ilişkin hükümler, ... , kişisel güvence verilmesine ilişkin olarak yapılan diğer sözleşmelere de uygulanır*”.

Kefalet sözleşmesinin şeklinin düzenlendiği TBK.m.583/f.1 uyarınca, garanti veren, azami sorumluluk miktarını kendi el yazısıyla belirtmelidir. Çünkü, kefilin kendi el yazısıyla azami sorumluluk miktarını göstermesi zorunluluğu dikkate alınır, garanti veren bakımından da böyle bir zorunluluk kabul edilebilir. Aynı şekilde garanti verenin el yazısıyla garanti tarihini de belirtmesi gerekir²²¹. Buna karşılık garanti verenin “müteselsil sorumlu” olma iradesi taşımaması nedeniyle bu hususu el yazısıyla belirtmesi gerekmediği düşünülebilir²²². Ancak bu düşüncenin

²¹⁸ Tandoğan, s. 808; Yavuz/Acar/Özen, s. 1441; Feyza Eren Sayın/Berk Kenan Koyuncu, “Kefalet ve Garanti Sözleşmeleri Açısından Uyarılama Sorununa Bir Bakış”, *İÜHFİM.*, C. LXX, S. 1, 2012, dn. 3, s. 320.

²¹⁹ Kuntalp, s. 287; Eren Sayın/Koyuncu, dn. 3, s. 320.

²²⁰ Canpolat/Topuz, s. 60; Turan, s. 300.

²²¹ Özen, s. 49. Gümüş'e göre ise, garanti verenin azami sorumluluk miktarını, ne el yazısıyla ne de mekanik olarak belirtmesi şarttır. Çünkü azami sorumluluk miktarı, garanti sözleşmesinin yapısal unsurlarından birisi değildir. Bkz. Gümüş, *Özel Hükümler II*, s. 371.

²²² Nitekim Gümüş konuya ilişkin yaptığı açıklamada, bu şekilde düşündüğünü ifade etmiştir. Yazar, borca katılma iradesinin el yazısıyla ortaya konması zorunluluğunun bulunmadığını

tam aksi yönünde bir sonuca ulaşılması da mümkündür. Kefalet sözleşmesi açısından bakıldığında, adi kefilden daha ağır bir sorumluluk altına giren müteselsil kefilin uyarılması amacıyla müteselsil kefil olma iradesinin el yazısıyla belirtilmesi koşulu aranmıştır. Teminat amacıyla garanti veren ise, müteselsil kefilden çok daha ağır bir sorumluluk üstlenmektedir. Müteselsil kefil adi kefilin sahip olduğu savunma vasıtalarından yararlanamamasına rağmen, fer’i bir sorumluluk üstlenmiştir. Buna rağmen, garanti verenin sorumluluğu fer’i nitelik taşımayan bağımsız bir sorumluluktur. Adi kefile oranla daha ağır bir sorumluluk altına giren müteselsil kefilin, bu yöndeki iradesini el yazısıyla belirtmek zorunda olduğu dikkate alınır, müteselsil kefilden daha ağır bir sorumluluk üstlenme iradesinin evleviyetle, el yazısıyla ortaya konması gerekir²²³. Kanımızca birinci düşünce biçimi daha yerinde olup, garanti veren müteselsil sorumlu olma iradesine sahip olmadığı için bu iradesini el yazısıyla ortaya koyması gerekmez.

B. Garanti Sözleşmesinde Eşin Rızası

1. TBK. Bakımından Garanti Sözleşmesinde Eşin Rızası

818 sayılı eBK’da yer almayan TBK.m.603 hükmüne göre, “*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*”. Kanun koyucunun evlilik birliğinin ve bireyin korunması düşüncesinin bir sonucu olarak; kefaletin şekline, kefil olma ehliyetine ve özellikle de eşin rızasına ilişkin hükümlerin kişisel güvence verilmesine ilişkin diğer sözleşmelere de uygulanacağı kabul edilmiştir. Bu hükümlerle, söz konusu sözleşmeler de kefaletle aynı kapsamda değerlendirilecektir. Böylece başka adlar altında yapılacak sözleşmelerle, kefalet hükümlerinin dolanılması engellenmek istenmiştir²²⁴.

belirttikten sonra, aynı sonucun, bağımsız bir sorumluluk doğuran garanti sözleşmesi bakımından da söz konusu olacağını ortaya koymuştur. Bkz. **Gümüş**, *Özel Hükümler II*, s. 371.

²²³ **Özen**, s. 49.

²²⁴ **Ş. Demir**, s. 88; **Barlas**, *Bazı Sorunlar*, s. 64; **Baş**, s. 139.

Türk Borçlar Kanunu m.603 bakımından hangi sözleşmelerin kişisel güvence verilmesine ilişkin olarak yapıldığının belirlenmesi gerekmektedir. Bu konuda gerekçede de ifade edildiği gibi TBK.m.603'ün kefalet benzeri garanti sözleşmelerine uygulanacağı tartışmasızdır. Garanti sözleşmesinin kefaletten daha ağır sorumluluklar doğurduğu düşünüldüğünde, bu sözleşmenin kefaletten daha hafif geçerlilik koşullarına tâbi olması amaca aykırılık teşkil eder. Aynı şekilde fer'i sorumluluk altına giren kefilin uyarılmak amacıyla, nitelikli bir yazılı şekle uyarak hareket etmesi gerekirken; bağımsız bir sorumluluk altına giren garanti verenin evleviyetle şekil aracılığıyla uyarılması gerekir. Ayrıca bir kişinin, eşinin rızası olmaksızın fer'i bir sorumluluk altına giremeyeceği dikkate alındığında, bağımsız bir sorumluluk altına hiç girememesi yerinde olur²²⁵.

2. eBK. Bakımından Garanti Sözleşmesinde Eşin Rızası

Eski Borçlar Kanunu'nda TBK.m.603 hükmünün karşılığı bulunmadığı için kefalet sözleşmesine ilişkin şekil şartlarını aşmak amacıyla, garanti sözleşmesi kurulduğu uygulamada sıklıkla görülmekteydi. Yargıtay bazı kriterleri²²⁶ taşıyan garanti sözleşmelerinin TBK.m.19 uyarınca aslında kefalet sözleşmesi olduklarını kabul ederek bunların geçersiz olduğu sonucuna ulaşmaktaydı. Kefalet sözleşmesinin uygulama alanını genişleten TBK.m.603 hükmü ile şekil şartlarının dolanılmasının önüne geçen Yargıtay uygulamasına gerek kalmamıştır. Ayrıca “*ehliyet ve eşin rızası*” ifadesiyle garanti sözleşmesinde eşin rızası da kefalet kapsamına alınmıştır²²⁷. Söz konusu hükmün karşılığı eBK'da bulunmadığı gibi, bu hususta herhangi bir Yargıtay uygulaması da yoktu.

²²⁵ Özen, s. 48; Barlas, *Bazı Sorunlar*, s. 64-65; Bilgen, s. 115; Barlas, *Kefalet*, s. 27-28.

²²⁶ Bu kriterler asıl olarak aslilik-fer'ilik, menfaat, şahsa yönelik ilgi olarak sayılabilir. Bu kriterlere ilişkin kararlar için bkz. Yarg. 11. HD., T. 28.1.2002, E. 10654/K. 506; Yarg. 13. HD., T. 3.3.2005, E. 16382/K. 3236 (**Kazancı Bilişim**, İçtihat Bilgi Bankası).

²²⁷ Baş, s. 140.

3. İBK. Bakımından Garanti Sözleşmesinde Eşin Rızası

Kefaletle ilişkin ehliyet, eşin rızası ve şekil kurallarının uygulama alanını genişleten TBK.m.603'e benzer bir hüküm kaynak İBK'da da bulunmamaktadır²²⁸. Bu nedenle eşin rızasına ilişkin İBK.m.494'ün²²⁹ sadece eşin rızası alınmaksızın kefalet sözleşmesi yapılmasını yasakladığı, bunun dışında eşin rızası alınmaksızın herhangi bir kişisel teminat verilmesini yasaklamadığı kabul edilmektedir. Bu nedenle eşin rızasına ilişkin İBK.m.494 hükmünün ne genişletici biçimde ne de kıyasen diğer kişisel teminat sözleşmelerine uygulanması mümkündür. Bunun sonucu olarak, eşin rızası alınmaksızın yapılan bir garanti sözleşmesi kanuna karşı hile de teşkil etmez²³⁰.

Bu noktada, alacaklının pozisyonunu güçlendiren kefalet sözleşmesinde eşin rızası aranmasına rağmen, aynı amaca hizmet eden garanti sözleşmesinde neden eşin rızasının aranmadığı sorusunun cevaplandırılması gerekir. Kanun koyucunun kefalet sözleşmesini diğer eşin rızasına bağlayarak, diğer eşin daha doğrusu onun menfaatlerinin korunmasının amaçlandığı şeklindeki gerekçesi doğrudur. Ancak çelişki, diğer eşin ve evlilik birliğinin menfaatlerini çok daha büyük bir tehlikeye düşürecek diğer işlemlerin neden eşin rızasına tâbi kılınmadığındadır. Federal Mahkeme de bu çelişkiyi görerek buna işaret etmiştir²³¹.

²²⁸ **Baş**, s. 139; **Kırca**, s. 437; **Reisoğlu**, *Kefalet*, s. 323.

²²⁹ İBK.m.494'e göre; “Mahkemece ayrılığa hükmedilmiş olmadıkça, evli bir kimsenin kefaletinin geçerliliği, diğer eşin önceden veya en geç aynı zamanda verilecek yazılı rızasına bağlıdır. Şayet kefalet limiti artırılacaksa veya adi kefalet müteselsil kefalete dönüştürülecekse ya da değişiklik teminatların önemli ölçüde azaltılması anlamına gelecekse kefaletle ilişkin değişiklikler için diğer eşin rızası gereklidir”. Bkz. **Barlas**, *Kefaletin Şekle İlişkin Şartları*, s. 15.

²³⁰ **Baş**, s. 139; **Kırca**, dn. 11, s. 438; **Ş. Demir**, s. 95.

²³¹ Alexandra **Zeiter**, “Die Ehepartnerliche Zustimmung Zu Rechtsgeschäften Mit Dritten. Eine Kritische Bestandesaufnahme”, *Fam Prach* 4/2005, s. 674-675.

V. EŞLERİN BORCA KATILMA SÖZLEŞMESİ KURMA ÖZGÜRLÜĞÜNE GETİRİLEN SINIRLAMA

A. Borca Katılma Sözleşmesi

1. Borca Katılma Sözleşmesinin Tanımı

Borca katılma, alacaklı ile borçlu arasındaki borç ilişkisinin dışında kalan üçüncü bir kişinin, borçlunun yanında yer almak suretiyle, onun yerine getirmekle yükümlü olduğu edimi üstlenmesi ve bunun sonucu olarak da söz konusu edimin ifası açısından alacaklıya karşı mevcut borçluyula beraber asli müteselsil borçlu sıfatını kazanmasıdır²³².

Alacaklının durumunu güçlendirmek ve borçtan sorumlu tutabileceği kişilerin sayısını artırmak çeşitli şekillerde gerçekleşebilir. Alacaklı, borç ilişkisinin başında yani borç ilişkisi kurulurken birden fazla kişinin müteselsil borçlu olarak borç ilişkisinde yer almasını isteyebileceği gibi, mevcut borca borçlu dışında üçüncü kişilerin katılmasını da isteyebilir. İşte mevcut borca katılma, alacaklıya teminat sağlama amacı ile gerçekleştiriliyorsa borca katılmanın teminat işlevi ortaya çıkar²³³.

818 sayılı eBK’da düzenlenmemesine rağmen sözleşme özgürlüğü ilkesine göre yapılması geçerli sayılan²³⁴ bu kurum TBK.m.201 ile düzenleme altına alınmıştır. TBK.m.201/f.1’e göre, “*Borca katılma, mevcut bir borca borçlunun yanında yer almak üzere, katılan ile alacaklı arasında yapılan ve katılanın, borçlu ile birlikte borçtan sorumlu olması sonucunu doğuran bir sözleşmedir*”. Görüldüğü gibi, borca katılma halinde mevcut borçlunun sorumluluğunda herhangi bir değişiklik olmamakla birlikte; üçüncü bir kişi mevcut borçlu ile birlikte borcu üstlenmektedir. Borca katılma bu özelliğiyle borcun dış üstlenilmesinden ayrılır.

²³² Sabah **Altay**, *Borca Katılma*, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Marmara Üniversitesi Özel Hukuk Ana Bili Dalı, İstanbul 2010, s. 3; Kadir **Berk Kapancı**, *Birlikte Borçlulukta Borçlular Arası İlişkiler*, İstanbul 2014, s. 62; Kemal **Oğuzman**/Turgut **Öz**, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, C. 2, 10. bs., İstanbul 2013, s. 608; **Tandoğan**, s. 702; **Develioğlu**, *Borca Katılma*, s. 300.

²³³ **Reisoğlu**, *Bankacılık Uygulaması*, s. 73.

²³⁴ Fikret **Eren**, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 16. bs., Ankara 2014, s. 1254; Gamze **Turan Başara**, “Türk Borçlar Kanunuyla Getirilen Yeni Bir Müessese: Borca Katılma”, *AÜHFD.*, S. 63, 2014, s. 420; **Oğuzman/Öz**, s. 608.

Şöyle ki, borcun dış üstlenilmesi halinde borca katılmadan farklı olarak mevcut borçlunun borcu sona ermekte, borcu üstlenen kişi tek başına borçtan sorumlu olmaktadır²³⁵.

2. Borca Katılma Sözleşmesinin Hukuki Niteliği

Borca katılma esas olarak, Borçlar Hukuku'na hakim olan nispiyet ilkesinin istisnasını teşkil etmektedir. Nispiyet ilkesine göre, taraflar karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanında bulunmak suretiyle sözleşme kurarak hak sahibi olurken, yükümlülük altına da girerler. Bu nedenle bir sözleşme sadece tarafları bakımından hak ve yükümlülük doğurur. Sözleşmenin tarafı olmayan üçüncü kişilerin kural olarak sözleşmeye dayanarak herhangi bir talepte bulunması veya sözleşme dolayısıyla yükümlülük altına girmesi söz konusu olamaz. Buna karşılık, kanun koyucu borca katılma ile borca katılanın borçlusuyla birlikte alacaklıya karşı müteselsilen sorumlu olacağını düzenleyerek, nispiyet ilkesinin, sözleşmeden doğan borcun ifasının sadece borçludan talep edilebileceği kuralına bir istisna getirmiştir²³⁶.

3. Borca Katılma Sözleşmesinin Unsurları

a) Mevcut ve Geçerli Bir Borç İlişkisinin Varlığı

Borca katılmada, katılma konusu borç ile katılma sonucunda meydana gelen borç birbirinden bağımsız ise de, geçerli bir borca katılmadan söz edebilmek için, “mevcut ve geçerli” bir borcun bulunması gerekir²³⁷. Yani mevcut borç herhangi bir

²³⁵ Oruç Hami Şener, “Sözleşmeyle Yapılan Teminat Amaçlı Borca Katılma”, *DEÜHFD.*, C. 11, Özel S., 2009, s. 1295; Ali Naim İnan/Özge Yücel, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 4. bs., Ankara 2014, s. 538; İlkay Engin, “Alacağın Temliki ve Borcun Nakli”, *Türk Borçlar Kanunu Sempozyumu, Makaleler – Tebliğler*, İstanbul 2010, s. 165; Develioğlu, *Borca Katılma*, s. 301; Hüseyin Hatemi/Emre Gökyayla, *Borçlar Hukuku Genel Bölüm*, 2. bs., İstanbul 2012, s. 371; Kılıçoğlu, *Borçlar Hukuku*, s. 817; Eren, *Genel Hükümler*, s. 1255; Özen, s. 9.

²³⁶ Turan Başara, s. 422; Borca katılma bazı durumlarda ise kanun koyucu tarafından yasal olarak düzenlenmiştir. Bu hallerde kanuni borca katılma söz konusu olur. Örneğin, TBK.m.202’de ve TTK.m.236/f.2’de kanuni borca katılma söz konusudur. Bkz. O. Şener, s. 1280.

²³⁷ Turan Başara, s. 424.

sebeple geçerli değilse, borca katılma da geçersiz olur²³⁸. Bu noktada mevcut borç bakımından üzerinde durulması gereken bir husus vardır. Şöyle ki, borca katılmanın mevcut borç dışında, gelecekte ortaya çıkacak bir borç için önceden kararlaştırılabilmesi de mümkündür. Ancak bu durumda, gelecekte ortaya çıkacak borcun yeterli şekilde belirlenmesi gerekir. Aynı şekilde şarta bağlı borçlara katılma da olanaklıdır. Bu durumda borç daha önceden belirleneceğinden, belirlilik ilkesi bakımından gelecekte ortaya çıkacak borçlarda söz konusu olan sorun ile karşılaşılmaz²³⁹.

Mevcut ve geçerli borcun varlığına bağlı olması nedeniyle doğuş itibariyle fer'i nitelikte olan borca katılma, devamı ve sona ermesi bakımından ise bağımsız bir borçtur²⁴⁰. Bu nedenle borca katılma gerçekleşikten sonra meydana gelen ve mevcut borçlunun faydalanabileceği savunma vasıtalarından borca katılan faydalanamaz²⁴¹.

b) Borca Katılan ile Yapılan Sözleşmenin “Borçlu ile Birlikte Sorumlu Olmaya Yönelik” Olması

Türk Borçlar Kanunu m.201/f.2'e göre, “*Borca katılan ile borçlu, alacaklıya karşı müteselsilen sorumlu olurlar*”. Böylece borca katılanın alacaklıya karşı durumu, alacaklıya karşı sahip olduğu savunmalar, ortak savunmaları yapma yükümlülüğü, borcun sona ermesi, halefiyet gibi konularda müteselsil borçluluk hükümleri uygulama alanı bulacaktır²⁴².

Borca katılma sözleşmesinin borçlu ile birlikte sorumlu olmaya yönelik olması, bu sözleşmenin kefalet sözleşmesinden ayrılmasını sağlar. Kefalet sözleşmesi de alacaklı ile borçlu dışında üçüncü kişi (kefil) arasında yapılmasına rağmen, kefilin asıl borçluyla birlikte borçtan sorumlu olmaya yönelik iradesi yoktur. Borca

²³⁸ Burcu **Zengin**, “Borca Katılma Sözleşmesinin, Teminat Amaçlı Garanti Sözleşmesinden ve Kefalet Sözleşmesinden Ayırt Edilmesi”, *Kazancı Hukuk Araştırmaları Dergisi*, Y. 2014, S. 2, s. 58; O. **Şener**, s. 1284; **Özen**, s. 10; **Turan Başara**, 424-425.

²³⁹ O. **Şener**, s. 1286-1287.

²⁴⁰ **Özen**, s. 10; **Tandoğan**, s. 702; **Develioğlu**, *Borca Katılma*, s. 305-307; **Reisoğlu**, *Kefalet*, s. 109; O. **Şener**, s. 1285.

²⁴¹ **Özen**, s. 10; **Tandoğan**, s. 702; **Reisoğlu**, *Kefalet*, s. 110.

²⁴² **Oğuzman/Öz**, s. 610.

katılmada ise, borca katılan borcun asıl borçlusu gibi sorumluluk altına girmektedir²⁴³.

4. Borca Katılma Sözleşmesinin Türleri

Borca katılma sözleşmesi, teminat amaçlı borca katılma ve borçtan kurtarma amaçlı borca katılma olarak ikiye ayrılır. Teminat amaçlı borca katılma, borca katılma sözleşmesinin ana işlevi olan teminat sağlama amacına hizmet eder²⁴⁴. Bu sözleşme, taraflar esas alınarak yapılan ayrıma göre, mevcut borçlu ile kurulan teminat amaçlı borca katılma ve alacaklıyla kurulan teminat amaçlı borca katılma olarak ikiye ayrılır²⁴⁵.

Teminat amaçlı borca katılma sözleşmesinin tipik şekli olmasa da, bu sözleşmenin mevcut borçlu ile borca katılan arasında yapılarak, alacaklıya edimin ifasını talep hakkı veren, tam üçüncü kişi yararına sözleşme (TBK.m.129) şeklinde kurulması mümkündür²⁴⁶. Bu sözleşmede alacaklı, edimin ifasını ister mevcut borçludan, isterse tam üçüncü kişi yararına sözleşme sonucunda kazandığı alacak hakkına dayanarak borca katılandan talep edebilir²⁴⁷.

Borca katılma sözleşmesi çoğunlukla, TBK.m.201’de düzenlendiği gibi borca katılan ile alacaklı arasında teminat amacıyla kurulmaktadır. Borca katılan ile alacaklı arasında kurulan teminat amaçlı borca katılma halinde borç ilişkisinde herhangi bir değişiklik meydana gelmeyeceğinden mevcut borçlunun durumu ağırlaşmaz²⁴⁸. Bu nedenle teminat amaçlı borca katılma sözleşmesinin geçerliliği açısından mevcut borçlunun rızası aranmadığı gibi, haberinin olması dahi

²⁴³ **Kılıçoğlu**, *Borçlar Hukuku*, s. 830; **O. Şener**, s. 1299; **Zengin**, s. 61.

²⁴⁴ **Altay**, s. 97.

²⁴⁵ **Altay**, s. 98; **O. Şener**, s. 1288.

²⁴⁶ **Altay**, s. 99; **O. Şener**, s. 1291; **Özen**, s. 8-9; Bununla birlikte, mevcut borçlu ile borca katılan arasında kurulacak bu sözleşmenin teminat sağlama amacıyla bağdaşmayacağını ve borca katılmanın her zaman alacaklıyla kurulması gerektiği de ileri sürülmektedir. Bkz. **Develioğlu**, *Borca Katılma*, s. 301.

²⁴⁷ **Altay**, s. 99-100.

²⁴⁸ **O. Şener**, s. 1290; **Develioğlu**, *Borca Katılma*, s. 302.

gerekmez²⁴⁹. Alacaklı ile borca katılan arasında kurulan bu sözleşmeyle, borca katılan mevcut borçluya aynı edimi ifa etmeyi üstlenir ve alacaklı, bu edimin ifasını talep etmek konusunda bir alacak hakkı elde eder. Bu sözleşmenin bizzat tarafı olan alacaklı, mevcut borçlu ile kurulan teminat amaçlı borca katılma sözleşmesine göre daha doğrudan ve emniyetli bir güvence kazanır. Çünkü alacaklı sözleşmenin kurulması aşamasında, sözleşme hükümlerinin belirlenmesinde taraf sıfatıyla rol alacak ve taraf sıfatına sahip olmaktan doğacak haklarını daha etkili bir şekilde kullanabilecektir²⁵⁰. Ayrıca mevcut borçlu ile borca katılan arasında kurulan tam üçüncü kişi yararına sözleşme, alacaklı için sakıncalı sonuçlar da doğurabilir. Şöyle ki, alacaklının talep hakkının kaynağını oluşturan tam üçüncü kişi yararına sözleşmede, borca katılan bu sözleşmeden doğan def'ileri alacaklıya karşı ileri sürebilir. Örneğin, borca katılan mevcut borçluya karşı sahip olduğu sözleşmeden doğan ahlaka aykırılık, hata, hile gibi tüm geçersizlik sebeplerini alacaklıya karşı da ileri sürebilir. Bu sonuç ise, borca katılmayı teminat sağlama işlevinden uzaklaştırır²⁵¹.

Borçtan kurtarma amaçlı borca katılma çalışmamız bakımından önem arz etmemekle birlikte, teminat amaçlı borca katılma ile taraflarının aynı olması sebebiyle üzerinde durulması gereken bir konudur. Borçtan kurtarma amaçlı borca katılma da mevcut borçlu ile borca katılan arasında kurulan bir sözleşme olup, mevcut borçlunun borcunun tamamen üstlenilmesini amaçlar. Bu sözleşmenin mevcut borçlu ile borca katılan arasında kurulan teminat amaçlı borca katılma sözleşmesinden tek farkı, taraflar arasındaki iç ilişkidir. Alacaklıyla olan dış ilişki bakımından, tam üçüncü kişi yararına sözleşme niteliği taşıyan her iki borca katılma arasında herhangi bir fark yoktur. Yani, alacaklı edimi her iki borçludan da talep edebilir. Ancak alacaklının edimi mevcut borçludan elde etmesi halinde, teminat

²⁴⁹ Zengin, s. 55; Develioğlu, *Borca Katılma*, s. 302; O. Şener, s. 1290.

²⁵⁰ Altay, s. 99.

²⁵¹ Altay, s. 101.

amaçlı borca katılmanın aksine, mevcut borçlu yapmış olduğu tüm ifayı borca katılandan isteyebilir. Çünkü iç ilişkide yegane borçlu borca katılandır²⁵².

5. Borca Katılma Sözleşmesinin Şekli

Türk Borçlar Kanunu m.201’de borca katılma sözleşmesinin geçerliliği için herhangi bir şekil şartı öngörülmemiştir. Bu nedenle asıl borçlunun borcunu doğuran hukuki sebep şekle tâbi olsa da, borca katılanın alacaklıyla yapacağı borca katılma sözleşmesi herhangi bir şekle tâbi değildir. Ancak bu noktada dikkat edilmesi gereken bir husus vardır. Uygulamada borca katılma sözleşmelerinin çoğunlukla alacaklıya mevcut borç hakkında teminat sağlamak amacıyla yapıldığı görülmektedir²⁵³. Teminat amaçlı bir borca katılmanın şekil serbestisi ilkesinden hareketle şekle bağlı olmaksızın yapılabileceğinin kabulü, kefalete benzeyen ancak daha ağır sonuçlar doğuran bu kurum aracılığı ile kefaletin şekline ilişkin hükümlerin dolanılmasına yol açabilirdi²⁵⁴. Ancak böyle bir tehlikeden söz edilemez. Çünkü TBK.m.201’de düzenlenen teminat amaçlı borca katılma sözleşmesinin şekli TBK.m.603’e tâbidir²⁵⁵. Söz konusu hükme göre, “*Kefaletin şekline, ... ilişkin hükümler, gerçek kişilerce, kişisel güvence verilmesine ilişkin olarak başka ad altında yapılan diğer sözleşmelere de uygulanır*”. Kişisel güvence verilmesine ilişkin olarak başka ad altında yapılan diğer sözleşmeler kapsamında teminat amaçlı borca katılma sözleşmesine de, kefaletin şekline ilişkin TBK.m.583 hükmü uygulanır. Bu hüküm uyarınca, borca katılma sözleşmesinin yazılı şekilde yapılması gerekir. Ayrıca borca katılma tarihinin borca katılanın el yazısıyla belirtilmesi zorunludur²⁵⁶.

²⁵² Altay, s. 105-106.

²⁵³ Turan Başara, s. 427; Örneğin, (P), (N)’nin (M)’ye olan on bin Lira değerindeki borcunun vadesinin uzatılmasına (M)’yi ikna edebilmek için, söz konusu borca mevcut borçlu (N)’nin yanında katılmayı kabul ediyorsa, burada (P) ile (M) arasındaki borca katılma sözleşmesi teminat amacıyla yapılmıştır. Bkz. Oğuzman/ Öz, s. 609.

²⁵⁴ Engin, s. 166.

²⁵⁵ İnan/Yücel, s. 538; Engin, s. 166; Turan Başara, s. 427; Eren, Genel Hükümler, s. 1255; Oğuzman/ Öz, s. 609.

²⁵⁶ Özen, s. 50; Oğuzman/ Öz, s. 609; Gümüş’e göre, gerçek kişiler tarafından verilen kefalet dışındaki diğer kişisel teminatlarda, tarihin el yazısıyla gösterilmesi gerekmez. Yazara göre, sadece TBK.m.589/f.3’ün kıyasen uygulanacağı durumlarda tarihin el yazısıyla belirtilmesi söz

Borca katılanın müteselsil sorumlu olacağına ilişkin hususun ise asgari yazılı olması dışında ayrıca el yazısıyla metne yansıtılması gerekmez²⁵⁷. Kanımızca da borca katılma sözleşmesinin müteselsil sorumluluk doğurması, sözleşmenin yapısından kaynaklandığı için ayrıca bu hususun el yazısıyla belirtilmesi gerekmez. Aynı şekilde borca katılanın azami sorumluluk miktarını da el yazısıyla belirtmesi gerekmez. Çünkü, borca katılarak kendisini o borcun müteselsil borçlusu konumuna getiren kişi, sorumluluğunu belirli bir miktarla sınırlandırmak durumunda değildir²⁵⁸.

B. Borca Katılma Sözleşmesinde Eşin Rızası

TBK.m.603'e göre, "... eşin rızasına ilişkin hükümler, gerçek kişilerce, kişisel güvence verilmesine ilişkin olarak başka ad altında yapılan diğer sözleşmelere de uygulanır". Bu hükmün borca katılma bakımından uygulama alanı bulup bulmayacağı konusunda doktrinde çeşitli görüşler vardır. Bu konuya birinci görüşe göre, borca katılmanın ana işlevi teminat sağlama olmadığı için herhangi bir şekle tâbi bulunmayan bir sözleşmeden doğan borca katılma için şekil veya ehliyet kuralının varlığını kabul etmek uygun değildir²⁵⁹. Bizim de katıldığımız ikinci görüşe göre ise, kişisel teminat sağlama amacı taşıyan borca katılma sözleşmesinin geçerli olarak kurulabilmesi için eşin rızası aranır²⁶⁰. TBK.m.603 ile kefalet sözleşmesine ilişkin kuralların dolanılmasının önüne geçmek amaçlanmıştır. Yani, kanun koyucu kefalet sözleşmesine ilişkin kurallara uyulmadan başka ad altında gerçek kişilerce kişisel teminat verilmesinin önüne geçmek istemiştir. Bu nedenle gerçek kişilerce kişisel teminat vermek amacıyla kurulan borca katılma mevcut ise, bu işlemin

konusu olur. Bu bağlamda yazar, borca katılma bakımından TBK.m.589/f.3'ün uygulanabilmesini muhtemel görmektedir. **Gümüş**, *Özel Hükümler II*, s. 371.

²⁵⁷ **Gümüş**, *Özel Hükümler II*, s. 371; Aksi görüşte olan **Özen**'e göre, ise borca katılanın müteselsil sorumlu olacağına ilişkin hususun el yazısıyla belirtilmesi gerekir. Adi kefaletten daha ağır bir sorumluluk doğuran müteselsil kefaletle ilişkin iradenin el yazısıyla belirtilmesini öngören bir Kanun'un, kefaletten daha ağır bir teminat olan borca katılmaya ilişkin iradenin el yazısıyla açıklanmasını evleviyetle gerekli gördüğü kabul edilmelidir. Bkz. **Özen**, s. 50.

²⁵⁸ **Özen**, s. 50; **Gümüş**'e göre de, borca katılmada azami sorumluluk miktarının ne el yazısıyla ne de mekanik olarak belirtilmesi şarttır. Bkz. **Gümüş**, *Özel Hükümler II*, s. 371.

²⁵⁹ **Develioğlu**, *Borca Katılma*, s. 320; **Yavuz**, s. 865.

²⁶⁰ **Özen**, s. 49-50; **Kırca**, s. 437; **Ş. Demir**, s. 109; **Eren**, *Genel Hükümler*, s. 1255; **Baş**, s. 140.

geçerliliği için eşin rızasını aramak gerekir. Buna rağmen borca katılma teminat amacıyla yapılmıyorsa eşin rızasına gerek yoktur²⁶¹. Ayrıca teminat amaçlı borca katılma sözleşmesi ile müteselsil borçlu durumuna giren borca katılanın sorumluluğunun kefaletteki fer'i sorumluluktan daha ağır olduğu açıktır. Bu nedenle başlangıçta fer'i bir nitelik taşımaya rağmen, sonradan bağımsız bir sorumluluk doğuran borca katılma sözleşmesinin fer'ilik ve bağımsızlık açısından, garanti ve kefalet sözleşmeleri içinde yer aldığı söylenebilir. Bu bağlamda, alacaklıya teminat sağlamak amacıyla borca katılan kişi, en geç borca katılmanın gerçekleştiği anda eşinin yazılı rızasını almış olmalıdır²⁶².

C. Borca Katılmaya Benzer İşlemlerde Eşin Rızası

1. Müteselsil Borçlulukta Eşin Rızası

Müteselsil borçluluk, alacaklı karşısında aynı hukuki sebeple birden çok kişinin borç altına girmesidir. Bu durumda borçlulardan her biri alacaklıya karşı borcun tamamından asıl borçlu sıfatıyla sorumlu olur. Ancak içlerinden biri veya bir kaç ifade bulunur ve borcu sona erdirirse, ifa edilen miktar oranında diğer borçlularda borçtan kurtulur²⁶³. Borçluların bir araya gelme amaçları, alacaklıyı tatmin etme noktasında birleşmektedir. Müteselsil borçluluğun konusunu oluşturan edimin bölünebilir olması, tüm borçluların borcun tamamından sorumlu olduğu sonucunu değiştirmez. Yani borç ister bölünebilir olsun, ister bölünemez olsun borçlular arasında müteselsil sorumluluk kurulabilir ve bu durumda teselsül ilişkisi borcun tamamen sona ermesine kadar devam eder²⁶⁴.

Müteselsil borçluluk, tüm birlikte borçluluk türleri arasında alacaklı bakımından en rahat borçluluk türüdür. Ayrıca alacağı teminat altına alma fonksiyonu da vardır. Bu nedenle müteselsil borçluluğun bir nevi kişisel teminat

²⁶¹ **Baş**, s. 140.

²⁶² **Özen**, s. 49-50; **Bilgen**, s. 108.

²⁶³ **Kapanıcı**, s. 23-24; **Zahit Çandarlı**, "Müteselsil Borçlu ve Alacaklıların Zamanaşımı Kesimi", *Adalet Dergisi*, Y. 36, S. 12, 1945, s. 1288.

²⁶⁴ **Kapanıcı**, s. 24.

ilişkisi doğurduğu da kabul edilebilir. Sonuç olarak, alacaklı, bir borçludan elde edemediği borç miktarını diğer borçlulardan talep edebilecek ve bu da borcun ifa edilmemesi rizikosunu en alt seviyede tutacaktır²⁶⁵.

Satış bedelinin yüksek olması nedeniyle satıcının, birden çok kişinin satış bedelinden müteselsil olarak sorumlu olmasını istemesi halinde, söz konusu malı alan kişiyle müteselsil olarak sorumlu olan kişiler, satış ilişkisine dahil olurlar. Böyle bir durumda “gerçek kişilerce kişisel güvence verilmesi” söz konusu olacağı için TBK.m.603 hükmü uygulama alanı bulur²⁶⁶.

Özen’e göre, müteselsil borçlu, kefil gibi fer’i bir sorumluluk altına girmeyip; bağımsız bir sorumluluk üstlendiği için müteselsil borç üstlenme iradesinin el yazısıyla açıklanması gerekir. Aynı şekilde, müteselsil borç altına girmek suretiyle alacaklıya teminat veren kişi, teminat tarihini de el yazısıyla belirtmelidir. Buna karşılık kefilin azami sorumluluk miktarını el yazısıyla belirtme zorunluluğu, müteselsil borçlu bakımından herhangi bir öneme sahip değildir²⁶⁷.

Bizim de katıldığımız Gümüş’e göre ise, teminat amaçlı müteselsil borçlu olma iradesinin yazılı şekilde ifade edilmesi dışında, ayrıca el yazısıyla metne yansıtılması gerekmez. Aynı şekilde, sorumlu olunan azami sorumluluk miktarının ve teminat tarihinin de el yazısıyla teminat senedinde belirtilmesi zorunlu değildir²⁶⁸.

Kanımızca müteselsil borçluların, en geç bu yöndeki iradelerini açıkladıkları anda eşlerinin yazılı rızalarının alınmış olması gerekir²⁶⁹. Kanun koyucunun TBK.m.603 ile kefalet sözleşmesine ilişkin kuralların dolanılmasının önüne geçilmesini amaçladığı düşünülürse, teminat amaçlı müteselsil borçlulukta eşin rızasını aramak yerinde olur. Aksi takdirde kefil olmak isteyen ancak eşinin rızasını

²⁶⁵ **Kapanıcı**, s. 24-25; Yaşar **Karayalçın**, “İsviçre Hukukunda Müteselsil Sorumluluk Konusunda Tartışmalar ve Yasal Gelişmeler”, *Ankara Barosu Dergisi*, Y. 65, S. 4, 2007, s. 109.

²⁶⁶ **Özen**, s. 51-52.

²⁶⁷ **Özen**, s. 52.

²⁶⁸ **Gümüş**, *Özel Hükümler II*, s. 371.

²⁶⁹ **Özen**, s. 51-52.

alamayan kişilerin, müteselsil borçlu olma yoluyla eşin rızasına ilişkin kefalet hükümlerini aşması mümkün olacaktır.

2. Sözleşmeye Katılmada Eşin Rızası

6098 sayılı TBK., eBK’da düzenlenmeyen bir çok yenilik getirmiş olup, bu yeniliklerden biri de sözleşmeye katılmadır. Sözleşmeye katılma kurumu, TBK’da düzenlenmeden önce de sözleşme özgürlüğü ilkesi uyarınca gerçekleştirilebilmekteydi. “Sözleşmeye Katılma” başlıklı TBK.m.206 hükmü ile sözleşmeye katılmanın şartları ve hükümleri genel olarak düzenlenmiştir²⁷⁰.

Sözleşmeye katılma, mevcut bir sözleşmeye taraflardan birinin yanında yer alarak, katılan ile bu sözleşmenin tarafları arasında gerçekleştirilen ve katılanın, yanında yer aldığı tarafla beraber, onun hak ve borçlarına sahip olması sonucunu doğuran bir sözleşmedir (TBK.m.206/f.1)²⁷¹. Sözleşmeye katılma mevcut bir sözleşmenin, alacaklı tarafına katılma şeklinde gerçekleşebileceği gibi, alacaklıya bir teminat sağlamak amacıyla borçlu tarafına katılma şeklinde de gerçekleşebilir. Mevcut bir sözleşmenin borçlu tarafına katılan kişi, alacaklıya karşı asıl borçlu gibi sorumlu olur ve anlaşmadan aksi kararlaştırıldığı anlaşılmadıkça, müteselsil borçlu olarak alacaklıya kişisel bir teminat sağlar²⁷².

Reisoğlu’na göre, sözleşmeye katılma kişisel teminat sağlama işlevine sahip olmasına rağmen, TBK.m.603 hükmü burada uygulama alanı bulmaz. Çünkü sözleşmeye katılma, TBK.m.206 hükmü ile şekil ve hükümleri açıkça belirlenmiş bir sözleşme olup; kefaletten farklı olarak, sözleşmenin tarafları ile katılan arasında gerçekleştirilen bir sözleşmedir ve kefalet hükümlerine tâbi değildir²⁷³.

²⁷⁰ Sezer **Çabri**, “6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Uyarınca Sözleşmeye Katılma”, *Legal Hukuk Dergisi*, Y. 9, S. 106, 2011, s. 3911.

²⁷¹ Sözleşmeye katılma ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. Zeynep **Bahadır**, “Sözleşmenin Devri ve Sözleşmeye Katılma”, *GÜHFD.*, C. 17, S. 3, 2013, s. 22 vd.; **Çabri**, *Sözleşmeye Katılma*, s. 3911 vd.

²⁷² **Reisoğlu**, *Kefalet*, s. 323; **Çetiner**’e göre de sözleşmeye katılma, kişisel teminat sağlama işlevine sahiptir. Bkz. **Çetiner**, s. 16.

²⁷³ **Reisoğlu**, *Kefalet*, s. 323.

Bizim de katıldığımız Gümüş'e göre ise, teminat amaçlı sözleşmeye katılma bakımından TBK.m.603 hükmü uygulama alanı bulur. Ancak bu uygulama kıyasen uygulamadır. Bu nedenle, teminat amaçlı borca katılmada borçlu tarafta yer alma iradesinin asgari yazılı olması dışında, "ayrıca el yazısıyla" metne yansıtılması (TBK.m.583/f.1) gerekmez. Teminat amaçlı sözleşmeye katılmada sorumlu olunacak azami sorumluluk miktarının da, el yazısı veya mekanik olarak teminat senedinde gösterilmesi zorunlu değildir. Çünkü sorumlu tutulacak azami miktar, bu işlemin yapısal unsurları arasında yer almaz. Yazara göre, teminat tarihinin de el yazısıyla belirtilmesi zorunlu değildir²⁷⁴. Buna karşılık, TBK.m.603 uyarınca teminat amaçlı sözleşmeye katılmaya kefalet sözleşmesinde eşin rızasına ilişkin TBK.m.584 hükmü uygulanır. TBK.m.603 ile kefalet sözleşmesine ilişkin kuralların dolanılmasının önüne geçilmesinin amaçlanması bizi bu sonuca götürür. Kanun koyucunun bu amacı doğrultusunda teminat amaçlı sözleşmeye katılmanın geçerli olarak kurulabilmesi için, sözleşmenin kurulmasından önce veya en geç kurulması anında sözleşmeye katılanın eşinin rızası mevcut olmalıdır. Aksi takdirde, kefil olmak isteyen ancak eşinin rızasını sağlayamayan kişiler, sözleşmeye katılmak suretiyle eşin rızasına ilişkin kefalet hükümlerini aşabilirler.

VI. EŞLERİN KREDİ EMRİ VERME ÖZGÜRLÜĞÜNE GETİRİLEN SINIRLAMA

A. Kredi Emrinin Tanımı ve Hukuki Niteliği

Türk Borçlar Kanunu m.516'a göre, "*Bir kimse kendi adına ve hesabına kredi emri verenin sorumluluğu altında bir üçüncü kişiye kredi açmak veya krediyi yenilemek için emir almış ve kabul etmişse, kredi emri verilen vekâletini aşmadıkça emri veren, kredi borcundan kefil gibi sorumlu olur. Ancak, kredi emri yazılı olmadıkça emri veren sorumlu olmaz*". Bu hükme göre, kredi emriyle kredi emri alan (memur), kredi emri verenin (amirin) talimatına uygun olarak kendi adına ve hesabına bir üçüncü kişiye kredi verme ya da bir krediyi yenileme borcu altına

²⁷⁴ Gümüş, *Özel Hükümler II*, s. 371.

girmeyi ve kredi emri veren (amir) de kredi emri alanın üçüncü kişiye verdiği krediden kefil gibi sorumlu olmayı taahhüt eder²⁷⁵.

Kredi emri, kredi emri veren ile kredi emri alan arasında birbirini takip eden iki ayrı hukuki ilişkinin kurulmasına neden olur. Şöyle ki, başlangıçta kredi emri veren ile kredi emrini alan arasında bir vekâlet ilişkisi kurulur. Bu ilişki kredi emri alanın bir üçüncü kişiye kredi vermesine kadar devam eder. Kredinin üçüncü bir kişiye kredi emri alan tarafından verilmesiyle birlikte kredi emri veren ile kredi emri alan arasında bir kefalet ilişkisi doğar²⁷⁶.

B. Kredi Emrinin Şekli

Türk Borç Kanunu m.516'a göre, kredi emri verenin kredi emrinden sorumlu olabilmesi için emrin yazılı olarak verilmiş olması gerekir. Yani, kredi emri verenin, emri alanın üçüncü kişiye verdiği krediden kefil gibi sorumlu olması için emrin adi yazılı şeklide verilmiş olması geçerlilik şartıdır. Ancak TBK.m.603 hükmü, gerçek kişilerce, kişisel güvence verilmesine ilişkin olarak verilen kredi emirlerini de kapsayacağı için, TBK.m.516'de öngörülen adi yazılı şekil kredi emrinin geçerliliği bakımından yeterli değildir. TBK.m.603 kapsamına giren kredi emrine, kefaletin şekline ilişkin hükümlerin uygulanması gerekir. Bu nedenle kefaletin şekline ilişkin TBK.m.583/f.1 uyarınca, kredi emri verenin, sorumlu olacağı azami miktarı, emir tarihini ve müteselsil kefil olması durumunda bu sıfatla veya bu anlama gelen herhangi bir ifadeyle yükümlülük altına girdiğini emir metninde kendi el yazısıyla belirtmesi şarttır²⁷⁷. Kredi emrine de uygulanacak olan TBK.m.583/f.1 hükmü, kredi emrinde bulunması gereken unsurları (azami miktar, emir tarihi, el yazısı, müteselsil kefaletle ilişkin ifade) belirttiğinden, burada adi yazılı şekil değil, nitelikli yazılı şekil söz konusudur²⁷⁸.

²⁷⁵ **Yavuz/Acar/Özen**, s. 1269; **Tandoğan**, s. 709-710.

²⁷⁶ **Yavuz/Acar/Özen**, s. 1269.

²⁷⁷ **Ş. Demir**, s. 111.

²⁷⁸ **Ş. Demir**, s. 111.

Kredi emrine ilişkin (gerek TBK.m.516 gerekse TBK.m.603 uyarınca) öngörülen şekil sadece kefil gibi sorumlu olan kredi emrini verenle ilgili olduğu için, kredi emrini alanın kabul beyanı herhangi bir geçerlilik şekline tâbi olmayıp, buradaki geçerlilik şekli tek taraflıdır²⁷⁹.

C. Kredi Emrinde Eşin Rızası

Türk Borçlar Kanunu m.603'e göre, "... eşin rızasına ilişkin hükümler, gerçek kişilerce, kişisel güvence verilmesine ilişkin olarak başka ad altında yapılan diğer sözleşmelere de uygulanır". Kredi emri, bu hüküm kapsamına giren sözleşmelerden biri olduğu için, kefalet sözleşmesinde eşin rızasına ilişkin hükümlere tâbidir²⁸⁰.

Ticaret siciline kayıtlı ticari işletmenin sahibi veya ticaret şirketinin ortak veya yöneticisi tarafından işletme ya da şirketle ilgili olarak verilen, mesleki faaliyetleri ile ilgili olarak esnaf ve sanatkârlar siciline kayıtlı esnaf veya sanatkârlar tarafından verilen ya da Kanun'da sayılan kredilerin alınabilmesi için verilen kredi emirlerinin geçerliliği eşin rızasına bağlı değildir (TBK.m.584/f.3)²⁸¹.

VII. EŞLERİN AVAL VERME ÖZGÜRLÜĞÜNE GETİRİLEN SINIRLAMA

A. Avalin Tanımı ve Hukuki Niteliği

Aval, poliçe (bono, çek) nedeniyle sorumluluk altına giren kişiler lehine kurulan bir tür kefalet olup, hamilin haklarını elde etmesini sağlayan ek bir

²⁷⁹ Ş. Demir, s. 111; Kefaletin tek taraflı geçerlilik şekli içerdiğine ilişkin açıklamalar için bkz. Özen, s. 212 vd.

²⁸⁰ Ş. Demir, s. 113; Gümü, Özel Hükümler II, s. 369-370; Baş, s. 141; Özen, s. 52-53.

²⁸¹ Kefalet sözleşmesinde eşin rızası ile ilgili olarak yapılan açıklamaların tamamı, kredi emri için de geçerlidir. Ayrıntılı bilgi için bkz. I. Bölüm, III., B.

teminat²⁸². Avalin amacı, poliçenin (bononun, çekin) ödeneceği hususunda teminat sağlayarak, tedavülünü kolaylaştırmaktır²⁸³.

Aval, hukuki niteliği itibariyle kefalet gibi kişisel teminatlar arasında yer almaktadır. Ancak aval ile kefalet, kişisel teminat sağlama amacı gütmesine rağmen birbirinden tamamen farklı kurumlardır. Kefalet, tarafların karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanıyla doğan bir sözleşme olmasına rağmen, aval senet üzerinde yapılan tek taraflı bir taahhüttür²⁸⁴. Aval sadece ticari senet veya ona eklenen alonj üzerine yazılabilirken; kefalet yazılı olması şartıyla asıl borç senedi dışında ayrı bir kâğıda da yazılabilir²⁸⁵. Kefalette kefil asıl borçluya ait def'ileri ileri sürmek zorunda olmasına rağmen, avalde aval verenin aval verdiği kişiye ait kişisel def'ileri ileri sürebilmesi mümkün değildir²⁸⁶. Aval verenin sorumluluğu tali nitelikte olmayıp, müteselsil sorumluluktur. Oysa kefalette kefilin sorumluluğu tali niteliktedir. Yani alacaklı, asıl borçluya müracaat etmedikçe kefilin sorumluluğu doğmaz²⁸⁷.

B. Avalin Şekli

Aval, aval veren kişinin “aval içindir” tabiriyle veya bununla aynı anlama gelen bir ifade kullanarak poliçeyi (bonoyu, çeki) imzalamasıdır. Örneğin, “teminat olarak”, “kefil olarak”, “müşterek borçlu veya müteselsil kefil”, “temin ettim” gibi ifadeler kullanılabilir²⁸⁸. Muhatabın ve keşidecinin imzaları dışında, poliçenin

²⁸² Reha **Poroy/Ünal Tekinalp**, *Kıymetli Evrak Hukuku Esasları*, 21. bs., İstanbul 2013, s. 207; Hamit **Dündar**, “Yargıtay Kararları Işığında Aval ve Kefaletin Hukuki Niteliği ve Farklı Yönleri”, *Halûk Konuralp Anısına Armağan*, Ankara 2009, s. 346.

²⁸³ Fırat **Öztaş**, *Kıymetli Evrak Hukuku*, 17. bs., Ankara 2012, s. 168.

²⁸⁴ Mertol **Can**, *Kıymetli Evrak Hukuku*, Ankara 2012, s. 94; Tamer **Bozkurt**, *Kıymetli Evrak Hukuku*, 8. bs., İstanbul 2013, s. 170.

²⁸⁵ Sami **Karahan/Zekeriyya Arı/Hayri Bozgeyik/Tahir Saraç/Mücahit Ünal**, *Kıymetli Evrak Hukuku*, 1. bs., Konya 2013, s. 252; **Pulaşlı**, s. 176; F. **Öztaş**, s. 169.

²⁸⁶ **Karahan/Arı/Bozgeyik/Saraç/Ünal**, s. 253; **Can**, s. 95; **Bozkurt**, s. 170; F. **Öztaş**, s. 169; **Pulaşlı**, s. 176; **Poroy/Tekinalp**, s. 207; **Dündar**, s. 397.

²⁸⁷ **Pulaşlı**, s. 176; F. **Öztaş**, s. 169; **Can**, s. 94.

²⁸⁸ F. **Öztaş**, s. 172; **Bozkurt**, s. 171.

(bononun, çekin) ön yüzüne atılan yalın imzalar da aval anlamına gelir (TTK.m.701)²⁸⁹.

Poliçenin (bononun, çekin) arkasına veya arkasının devamı niteliğindeki alonj üzerine atılan imzaların aval olarak kabul edilebilmesi için, aval şerhini de içermesi gerekir. Aksi takdirde, bunları ciro silsilesi içinde kabul etmek de mümkün olmazsa, beyaz ciro da söz konusu olamayacağı için bu imzalar hiç atılmamış sayılır²⁹⁰.

C. Avalde Eşin Rızası

1. Genel Olarak

Türk Borçlar Kanunu m.603 hükmünün, aval bakımından uygulama alanı bulup bulmayacağı doktrinde ve Yargıtay uygulamasında tartışmalıdır. Bu nedenle TBK.m.603 hükmü uyarınca avalde eşin rızasının aranıp aranmayacağı, doktrindeki ve Yargıtay uygulamasındaki tartışmalar esas alınarak incelenecektir.

2. TBK.m.603'ün Avale Uygulanmayacağını Kabul Eden Görüş

Madde gerekçesini²⁹¹ dayanak olarak gösteren bu görüşe göre, TBK.m.603, kefilî koruyucu hükümleri bertaraf etmek için alacaklılar lehine başka adlar altında yapılan sözleşmelere (garanti sözleşmelerine) uygulanır. Ancak TBK.m.603 hükmü, kanunlarda şekil ve uygulanacak hükümleri özel olarak düzenlenen ve bir gerçek kişinin asıl borçlu sıfatıyla sorumluluk altına girdiği kişisel teminatlara uygulanmaz. Avalin şeklini özel olarak düzenleyen TTK.m.701 hükmü karşısında TBK.m.603'ün

²⁸⁹ F. Öztan, s. 173; Can, s. 97; Yarg. 12. HD., T. 19.01.1995, E. 143/K. 331, “Dosyada bulunan ve incelenen senet içeriğine göre, kooperatifin durumu TTK.m.613/f.3 gereğince aval verendir. Zira muhatap ve keşidecinin imzaları dışında poliçenin yüzüne konan her imza aval şerhi sayılır. İmzalayanların tanzim tarihi itibarıyla kooperatifi temsil ve ilzama yetkili olmadıkları da iddia ve ispat edilmiş değildir” (Kazancı Bilişim, İçtihat Bilgi Bankası).

²⁹⁰ Poroy/Tekinalp, s. 210; Aksi görüşe göre, poliçenin (bononun, çekin) arkasına atılan bir imza beyaz cirodur. Bu nedenle hiçbir zaman aval olarak kabul edilemez. Bkz. F. Öztan, s. 173.

²⁹¹ TBK.m.603'ün gerekçesine göre, “Madde kefilî 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, alacakların kefilî koruyucu hükümlerden kurtulmalarının ve bunları dolanmalarının önlenmesi amaçlanmıştır”.

uygulama alanı bulması mümkün değildir. Bu nedenle aval verilebilmesi için eşin yazılı rızasına ihtiyaç yoktur²⁹².

Farklı gerekçeler ortaya koyan ikinci görüşe göre de, TBK.m.603 hükmünün avale uygulanması mümkün değildir. Birinci olarak, kefalet ile aval, koruduğu değerler bakımından birbirinden farklıdır. Kefalet, alacaklıyı koruma amacı güderken; aval piyasa güvenliğini sağlamayı amaçlar. Aval kambiyo taahhüdü olduğundan dolayı avalde, senedi elinde bulunduran üçüncü kişiler ön plandadır. Bu nedenle aval taahhüdünde bulunabilmek için diğer eşin rızasını aramak, hem aval kurumunun düzenlenme amacı ile çelişecek hem de piyasa hayatında aksaklıklara neden olacaktır. İkinci olarak ise, kefalet özel şekil şartlarına tâbi bir sözleşme olmasına rağmen, aval tek taraflı bir kişisel teminattır. Yani, aval bir sözleşme değildir²⁹³.

3. TBK.m.603'ün Avale Uygulanacağını Kabul Eden Görüş

Bu görüşe göre, avalin şekline ilişkin TTK'da özel bir hükmün bulunması, avalin TBK.m.603 kapsamına girmesini engellemez. Bu nedenle aval verilmesi kefaletle ilgili ehliyet sınırlamalarına tâbi olup; en geç aval verildiği anda aval verenin eşinin yazılı rızası alınmış olmalıdır. TBK.m.603 hükmünün, avale uygulanmayacağı kabul edilirse, kefil olmak istemesine rağmen eşinin rızasını alamayan kişiler, esas borç için düzenlenen poliçeye aval veren olarak imza atmak suretiyle Kanun'u dolanabilecektir. İşte kefalet sözleşmesi yapma ehliyetine getirilen sınırlamaların dolanılmasını engellemek için, TBK.m.603 hükmünün avale de uygulanması gerekir²⁹⁴.

²⁹² **Reisoğlu**, Kefalet, s. 323; Yazara göre, TBK.m.603'ün evli gerçek kişilerin fiil ehliyetlerine sınırlama getirmesi de bu hükmün dar yorumlanmasını gerektirir. Bu kapsamda, aval bakımından eşin rızası gerekmez. Bkz. **Oğuz**, s. 75.

²⁹³ **Bozkurt**, s. 174; **Barlas**'a göre, avale ilişkin tereddütleri önlemek için, söz konusu maddeye ikinci bir fıkra ile "kıymetli evraka ilişkin hükümler saklıdır" hükmü eklenmelidir. Bkz. **Barlas**, *Kefalet*, s. 28; **Barlas**, *Yenilikler*, s. 230.

²⁹⁴ **Özen**, s. 53-54; **Kırca**, s. 437-438; Eski Borçlar Kanunu ve Eski Ticaret Kanunu'nda açık bir düzenleme bulunmamasına rağmen, kefalet sözleşmesinin ehliyet sınırlamasına ilişkin hükümlerinin avale de uygulanacağını savunanlar bulunmaktaydı. Bkz. Ertan **Demirkapı**,

Farklı gerekçeler ortaya koyan ve bizim de katıldığımız ikinci görüşe göre de, TBK.m.603 hükmü TTK'da düzenlenen ve kural olarak bir çeşit poliçe kefaleti olarak kabul edilen avale de uygulanır. Ancak TBK.m.584/f.3 hükmü, TBK.m.603 hükmünün istisnasıdır. Çünkü bu hükümde “*ticaret siciline kayıtlı ticari işletmenin sahibi veya ticaret şirketinin ortak ya da yöneticisi tarafından işletme veya şirketle ilgili olarak verilecek kefaletler için eşin rızasının aranmadığı*” açıkça belirtilmiştir. Bir ticari işletme veya şirketin yetkilisi olan bir kişinin şirket adına bir ticari senede aval vermesi durumunda eşin rızası aranmayacaktır. Sonuç olarak, TBK.m.584/f.3 uyarınca aval bakımından eşin rızasının aranmaması avalin verildiği senedin TBK'da veya TTK'da düzenlenmiş olmasına bağlı değildir. Burada önemli olan kredi ilişkisinin ticari işletme ile ilgili olmasıdır. Örneğin, işletme sahibi A'nın arkadaşı B'nin kiraladığı ev için düzenlediği bono ile onun için aval vermesi ihtimalinde, eşinin yazılı rızası gerekir. Çünkü burada bononun dayandığı temel borç ilişkisi, TBK.m.584/f.3 kapsamında ticari nitelik taşıyan bir borç ilişkisi kabul edilemez²⁹⁵.

4. Anayasa Mahkemesi ve Yargıtay'ın Görüşü

a) Anayasa Mahkemesi'nin Görüşü

Türk Borçlar Kanunu m.584 ve m.603'de geçen “*ve eşin rızasına*” ibaresi Anayasa Mahkemesi kararına²⁹⁶ konu olmuştur. Eşin rızası alınmaksızın aval verilerek kefil olunan borç nedeniyle yapılan icra takibinin iptali istemiyle Ankara 4. İcra Hukuk Mahkemesinde açılan davada, itiraz konusu TBK.m.584 ve TBK.m.603'de yer alan “*ve eşin rızasına*” ibaresinin Anayasa'nın 12., 13. ve 48. maddelerine²⁹⁷ aykırı olduğu kanısına varan Mahkeme, bu kuralların iptali için

“Gerçek Kişilerin Aval Verme Ehliyeti”, *Ünal Tekinalp'e Armağan*, C. I, İstanbul 2003, s. 753 vd.

²⁹⁵ **Pulaşlı**, s. 186-187.

²⁹⁶ AYM., T. 26.12.2013, E. 57/K. 162 (**Legal**, Mevzuat ve İçtihat Programı).

²⁹⁷ AY.m.12'e göre, “*Herkes, kişiliğine bağlı, dokunulmaz, devredilmez, vazgeçilmez temel hak ve hürriyetlere sahiptir. Temel hak ve hürriyetler, kişinin topluma, ailesine ve diğer kişilere karşı ödev ve sorumluluklarını da ihtiva eder*”.

AY.m.13'e göre, “*Temel hak ve hürriyetler, özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabilir. Bu*

Anayasa Mahkemesi'ne başvurmuştur. Yapılan ilk incelemede, itiraz yoluna başvuran 4. İcra Hukuk Mahkemesinin, iptal konusu kuralların Anayasa'nın 12., 13. ve 48. maddelerine aykırı olduğunu belirtmesine rağmen, bu kuralların Anayasa'nın hangi maddelerine, hangi nedenlerle aykırı olduğunu ayrı ayrı ve gerekçeleriyle birlikte açıkça göstermediği anlaşılmıştır. İptal konusu başvurunun yöntemine uygun olarak yapılmadığı için esas incelemeye geçilmeksizin reddinin gerektiğine oy çokluğuyla karar verilmiştir.

İşin esasına ilişkin incelemede ise, 6216 sayılı Kanun'un 43. maddesi²⁹⁸ gereğince, ilgisi nedeniyle itiraz konusu kurallar Anayasa'nın 35. ve 41. maddeleri²⁹⁹ açısından da ele alınmıştır. Yapılan incelemeye göre, “... *Anayasanın tüm maddeleri aynı etki ve değerde olup aralarında bir üstünlük sıralaması bulunmadığından, uygulamada bunlardan birine öncelik tanımak olanaklı değildir. Bu nedenle, kimi zaman zorunlu olarak birlikte uygulanan iki Anayasa kuralından biri diğerinin sınırını oluşturabilir. Bir başka ifadeyle, hakkı düzenleyen maddede herhangi bir sınırlama nedenine yer verilmemiş olsa da Anayasa'nın başka maddelerinde yer alan kurallara dayanarak bu hakların sınırlandırılması da mümkün olabilir. Bu bağlamda, çalışma ve sözleşme hürriyeti Anayasa'nın 48. maddesinde düzenlenmiş*

sınırlamalar, Anayasanın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve lâik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamaz”.

AY.m.48'e göre, “*Herkes, dilediği alanda çalışma ve sözleşme hürriyetlerine sahiptir. Özel teşebbüsler kurmak serbesttir. Devlet, özel teşebbüslerin milli ekonominin gereklerine ve sosyal amaçlara uygun yürümesini, güvenlik ve kararlılık içinde çalışmasını sağlayacak tedbirleri alır”.*

²⁹⁸ 6216 sayılı Kanun m.43/f.3'e göre, “*Mahkemenin, kanunların, kanun hükmünde kararname ve Türkiye Büyük Millet Meclisi İçtüzüğü'nün Anayasaya aykırılığı hususunda ileri sürülen gerekçelere dayanma zorunluluğu yoktur. Mahkeme, taleple bağlı kalmak şartıyla başka gerekçeyle de Anayasaya aykırılık kararı verebilir”.*

²⁹⁹ AY.m.35'e göre, “*Herkes, mülkiyet ve miras haklarına sahiptir. Bu haklar, ancak kamu yararı amacıyla, kanunla sınırlanabilir. Mülkiyet hakkının kullanılması toplum yararına aykırı olamaz”.*

AY.m.41'e göre, “*Aile, Türk toplumunun temelidir ve eşler arasında eşitliğe dayanır. (2) Devlet, ailenin huzur ve refahı ile özellikle ananın ve çocukların korunması ve aile planlamasının öğretimi ile uygulanmasını sağlamak için gerekli tedbirleri alır, teşkilatı kurar. (Ek fıkra: 7/5/2010-5982/4 m.) Her çocuk, korunma ve bakımdan yararlanma, yüksek yararına açıkça aykırı olmadıkça, ana ve babasıyla kişisel ve doğrudan ilişki kurma ve sürdürme hakkına sahiptir. (Ek fıkra: 7/5/2010-5982/4 m.) Devlet, her türlü istismara ve şiddete karşı çocukları koruyucu tedbirleri alır”.*

ve anılan maddede çalışma ve sözleşme hürriyeti için herhangi bir sınırlama nedeni öngörülmemiş ise de çalışma ve sözleşme hürriyetinin kapsamının ve mülkiyet hakkının sınırlarının belirlenmesinde ailenin korunmasına ilişkin hükümleri içeren Anayasa'nın 41. maddesinin gözetilmesi gerektiği açıktır ... Dolayısıyla itiraz konusu kurallarla, eşlerden biri tarafından malvarlığının tüketilmesinin önüne geçilmesi suretiyle Anayasa'nın 41. maddesinin hükmü doğrultusunda ailenin huzurunu korumanın ve sonuç olarak da evlilik birliğinin geleceğini garanti altına almanın hedeflendiği dikkate alındığında, müdahalenin demokratik toplum düzeninin gereklerine aykırı olmadığı açıktır. Öte yandan bu sınırlama ile aile birliğinde istenmeyen anlaşmazlıkların önüne geçerek ailenin geleceği için risk oluşturabilecek davranışların önlenmesi amaçlanmaktadır. Bu amacın kamu yararına olduğu kuşkusuzdur. Bu nedenle de Anayasa'nın 35. maddesindeki sınırlama nedenlerine uygundur. Bununla birlikte, düzenlemenin temel haklara ölçülü bir sınırlama niteliğinde olup olmadığı incelenmesi gerekir.... Dolayısıyla kurallar, ailenin ortak kararı olmaksızın üçüncü kişi lehine güvence verilmek suretiyle borçlanmasına engel olarak ailenin huzur ve refahını koruduğundan, sınırlamanın bu açıdan da ulaşılmak istenen amaç ile orantılı olduğu açıktır. Açıklanan nedenlerle, itiraz konusu kurallar Anayasa'nın 13., 35., 41. ve 48. maddelerine aykırı değildir. İptal istemlerinin reddi gerekir. Kuralların Anayasa'nın 12. maddesiyle ilgisi görülmemiştir”.

b) Yargıtay'ın Görüşü

Türk Borçlar Kanunu m.603 hükmüne göre, gerçek kişilerce kişisel güvence verilmesine ilişkin olarak verilen aval bakımından eşin rızasının aranıp aranmayacağına ilişkin Yargıtay'ın farklı kararları bulunmaktadır.

Yarg. 12. HD., 27.6.2013 tarih ve E. 10055/K. 24337 sayılı kararı ile “Bono üzerine "kefil" ibaresi kinsa dahi bu, aval olarak nitelendirilir ve aval veren, bononun diğer borçlusuyla birlikte müteselsilen sorumlu olur (TTK.614). TTK'nın 636. maddesi hükmü gereğince kambiyo senetlerinde müteselsil borçluluk esası olduğundan, bu tür senetlerde imzası olan herkes, hamile karşı müteselsilen sorumludur. Bu açıklamalar doğrultusunda Türk Ticaret kanununda özel hükümler

olması sebebiyle kambiyo senetlerinde TBK'nun 584. ve 603. maddeleri uygulanamaz” demek suretiyle avale TBK.m.603'ün uygulanmayacağını kabul etmiştir³⁰⁰.

Yarg. 25.04.2014 tarih ve E. 1231/K. 7837 sayılı kararında ise “Eskişehir 1. Asliye Ticaret Mahkemesi'nce verilen 04.04.2013 tarih ve 2013/446, 2013/446 sayılı kararın Yargıtay'ca incelenmesi ihtiyati hacze itiraz eden (borçlular) vekili tarafından istenmiş ve temyiz dilekçesinin süresi içinde verildiği anlaşılmış olmakla düzenlenen rapor dinlendikten ve tüm belgeler okunup, incelendikten sonra işin gereği görüşülüp, düşünüldü: ihtiyati hacze itiraz edenler vekili, 6098 sayılı TBK'nun 584/f.1'inci maddesinde eşlerden birinin ancak diğer eşin yazılı rızası ile kefil olabileceğinin düzenlendiğini, avalinde kefalet hükmünde olduğunu, aynı Kanun'un 603'üncü maddesi uyarınca 584'üncü maddedeki düzenlemenin, avale de uygulanması gerektiğini, ihtiyati hacze konu çekte aval veren müvekkili M.Ş'in eşi F.H.Ş'in yazılı rızasını almadan “avalımdır” ibaresini çek üzerinde imzaladığını, bu sebeplerle muteriz M.Ş'in verdiği avalin geçersiz olduğunu ileri sürerek müvekkili aleyhine verilen ihtiyati haciz kararının kaldırılmasını talep etmiştir. İhtiyati haciz talep eden vekili, İİK'nun 265'inci maddesinde gösterilmeyen sebeplerle itiraz edilemeyeceğini, ileri sürülen hususların başka bir davaya konu olabileceğini, müvekkilinin sattığı beton direklerinin karşılığında borçlu şirketten çek aldığını, kefalet için düzenlenen TBK'nun 581 vd. maddelerinin kıyas yoluyla farklı bir müessese olan, kefaletin aksine imzalayanı asli borç altına sokan ve TTK'da düzenlenen aval için uygulanamayacağını, bu sebeple avalde eşin yazılı rızasının aranmayacağını savunarak itirazın reddini istemiştir. mahkemece, iddia, savunma ve tüm dosya kapsamına göre, kefaletin TBK'da, avalin ise TTK'da düzenlendiği, farklı kurumlar olduğu, kefalete ilişkin hükümlerin kıyasen avalde uygulanamayacağı, itiraza dayanak gösterilen yasa maddesinin de aval için değil kefalet için düzenlendiği gerekçesiyle ihtiyati hacze itirazın reddine karar verilmiştir. Kararı, ihtiyati hacze itiraz eden borçlular vekili temyiz etmiştir. 6098 sayılı TBK'nun 584.

³⁰⁰ Yarg. 12. HD., T. 27.6.2013, E. 10055/K. 24337; Aynı yönde karar için bkz. Yarg. 12. HD., T. 04.07.2013, E. 16400/K. 25100 (Leges, Mevzuat ve İçtihat Programı).

maddesi uyarınca eşlerden biri mahkemece verilmiş bir ayrılık kararı olmadıkça veya yasal olarak ayrı yaşama hakkı doğmadıkça, ancak diğerinin yazılı rızasıyla kefil olabilecek olup, aynı Kanun'un 603. maddesine göre de kefaletin şekline, kefil olma ehliyetine ve eşin rızasına ilişkin hükümler, gerçek kişilerce kişisel güvence verilmesine ilişkin olarak başka ad altında yapılan diğer sözleşmelere de uygulanacaktır. "Aval" de poliçe ile sorumluluk altına girmiş kişi lehine, şahsi teminat sağlamak amacı taşıyan bir müessese olup kişisel güvence verilmesinin kıymetli evrak hukukundaki görünümüdür. şahsi teminat sağlayan akitlere ve özellikle de kefalete benzemesi yönünden avale "poliçe kefaleti" ismi de verilmektedir. Bu nedenle, kefalette eşin rızasına ilişkin hükümlerin TBK'nın 603. maddesi uyarınca "aval"de de uygulanması gerekmekte olup, doktrinde baskın görüş de bu doğrultudadır. Bu itibarla; mahkemece bu yön üzerinde durulup sonucuna göre bir karar verilmesi gerekirken, yazılı şekilde hüküm kurulması doğru bulunmamış, kararın bozulması gerekmiştir" diyerek TBK.m.603 hükmü uyarınca kefalette eşin rızasına ilişkin hükümlerin avale de uygulanacağını kabul etmiştir³⁰¹. Eskişehir 1. Asliye Ticaret Mahkemesi ile Yarg. 11. HD'nin 25.04.2014 tarihli kararının incelenmesinde, TBK.m.584'e eklenen 3. fıkra hükmünün yürürlük tarihi de dikkate alınarak, 6101 sayılı "Türk Borçlar Kanunu'nun Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun"un 3. maddesine göre bir sonuca varılmalıdır. Eskişehir 1. Asliye Ticaret Mahkemesi'nin kararı 04.04.2013 tarihinde verildiği için, 11.04.2013 tarihinde yürürlüğe giren TBK.m.584/f.3 hükmünün bu kararda dikkate alınması mümkün değildir. Buna rağmen Yarg. 11. HD'nin kararı ise 25.04.2014 tarihine aittir. Bu nedenle Yargıtay'ın 6101 sayılı "Türk Borçlar Kanunu'nun Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun"un 3. maddesinin 1. fıkrasını söz konusu kararda göz önünde bulundurması gerekirdi. Söz konusu hükme göre, "Türk Borçlar Kanunu hükümleri, yürürlüğe girdiği tarihten başlayarak, daha önce gerçekleşmiş olsalar bile, içerikleri tarafların iradeleri gözetilmeksizin doğrudan doğruya kanunla belirlenmiş işlem ve ilişkilere uygulanır". Bu hüküm uyarınca söz konusu olayda TBK.m.584/f.3'ün uygulanması bakımından davanın açılma tarihi veya ilk derece

³⁰¹ Yarg. 11. HD., T. 25.4.2014, E. 1231/K. 7837 (Legal, Mevzuat ve İctihat Programı).

mahkemesi tarafından verilen kararın verildiği tarih değil, kararın kesinleşme tarihi dikkate alınmalıdır. Yani Yargıtay'ın, 1. Asliye Ticaret Mahkemesi tarafından 04.04.2013 tarihinde verilen ve henüz kesinleşmemiş karara, 6101 sayılı Kanun'un 3. maddesini dikkate alarak TBK.m.584/f.3 hükmünü uygulaması gerekirdi. Söz konusu olaydan, alacaklının sattığı beton direklerin karşılığında borçlu şirketten çek aldığı ve şirkete aval verenin de şirketin imzaya yetkili temsilcisi sıfatıyla şirket için aval verdiği anlaşılmaktadır. Bu durumda Yargıtay'ın TBK.m.584/f.3 uyarınca, TBK.m.603 hükmüne dayanan itirazı reddetmesi gerekirken; TBK.m.584/f.3 hükmünü yok sayarak, avalin kişisel teminat sağlayan işlemlerden “poliçe kefaleti” olması nedeniyle TBK.m.603 gereğince kefalette eşin rızasına ilişkin hükümlere tâbi olduğunu kabul etmesi yerinde değildir³⁰².

³⁰² **Pulaşlı**, s. 185-186.

İKİNCİ BÖLÜM

AYNI TEMİNAT SÖZLEŞMELERİNDE EŞLERİN HUKUKİ İŞLEM ÖZGÜRLÜĞÜNE GETİRİLEN SINIRLAMALAR

I. GENEL OLARAK AYNİ TEMİNAT SÖZLEŞMELERİ

Ayni teminat sözleşmesi, kişinin kendi borcunun veya üçüncü bir kişinin borcunun zamanında ve gereği gibi ifasını teminat altına almak için, mülkiyeti kendisine ait bir taşınır veya taşınmaz mal ya da hak üzerinde alacaklıya ayni hak kazandırmasıdır³⁰³. Bu sözleşmeler ile alacaklı, borçlu veya üçüncü bir kişiye ait malvarlığı değeri üzerinde herkese karşı ileri sürülebilen (ayni) bir hakka sahip olur ki bu, ayni teminat sözleşmelerinin amacını oluşturur³⁰⁴.

Ayni teminat sözleşmeleri bakımından sınırlı sayı (numerus clausus) ilkesi geçerlidir. Taraflar, kanunda öngörülen ayni teminatlar dışında yeni teminat tipleri kararlaştıramazlar³⁰⁵.

Çalışmamızda ayni teminat sözleşmeleri; aile konutu üzerindeki hakları sınırlayan işlemler (TMK.m.194/f.1), eşlerden birinin istemi üzerine hakimin belirleyeceği malvarlığı değerleriyle ilgili tasarruflar (TMK.m.199) ve eşlerin paylı mülkiyet konusu mallarındaki payları üzerindeki tasarrufları (TMK.m.223/f.2) kapsamında değerlendirilecektir. Bu kapsamda taşınmaz rehni, taşınmaz yükü,

³⁰³ **Barlas**, *Ayni Teminatlar*, s. 570; Uygulamada “ayni teminat” ifadesi yerine çoğu kez “maddi teminat” kavramı kullanılmaktadır. Bu kavram, bütün teminatlar maddi değer taşıdığı için eleştirilmektedir. Şöyle ki, maddi değeri bulunmayan bir nesnenin paraya çevrilme şansı olmayacağından bu nesnenin alacaklı tarafından kabul edilmesi teminat kavramının doğasına aykırıdır. Aslında maddi teminat ifadesiyle, teminat olarak (kefalet ve garantide olduğu gibi) kişisel itibar gibi soyut bir kavramın değil de, (ipotekte taşınmaz, taşınır rehniinde taşınır gibi) somut varlık taşıyan bir nesnenin ortaya konduğu düşünülürse, bu kavram kabul edilebilir. Ancak bu ihtimalde dahi alacak rehni, hak üzerindeki rehin gibi somut varlık taşımayan rehin konularında da bu kavramın kullanıldığı dikkate alınırsa maddi teminat kavramını kabul etmek mümkün görünmemektedir. Bkz. **Barlas**, *Ayni Teminatlar*, s. 570; **Barlas**, *Kredi Kartı*, dn. 4, s. 939.

³⁰⁴ **Özen**, s. 2; **Kuntalp**, s. 280; **Barlas**, *Ayni Teminatlar*, s. 570.

³⁰⁵ **Develioğlu**, *Garanti*, s. 13; Kemal **Oğuzman/Özer Selici/Saibe Oktay-Özdemir**, *Eşya Hukuku*, 17. bs., İstanbul 2014, s. 28; Şeref **Ertaş**, *Eşya Hukuku*, 11. bs., İzmir 2014, s. 19.

teminat amaçlı işlemler, taşınır rehni ve mülkiyeti saklı tutma sözleşmesi çalışmamız bakımından önem arz etmektedir.

II. EŞLERİN HUKUKİ İŞLEM ÖZGÜRLÜĞÜ VE AYNİ TEMİNAT SÖZLEŞMELERİ

Türk Medeni Kanunu m.193'e göre, "*Kanunda aksine bir hüküm bulunmadıkça, eşlerden her biri diğeri ve üçüncü kişilerle her türlü hukuki işlemi yapabilir*". Bu hükme göre, kural olarak eşlerden her biri hukuki işlem özgürlüğüne sahiptir. Ancak kanunda öngörülen bazı hallerde eşlerin hukuki işlem özgürlüğü sınırlandırılmıştır. Eşlerin hukuki işlem özgürlüğüne getirilen sınırlamalar, bazı hukuki işlemlerin diğeri eşin rızasına bağlanması şeklinde kendini gösterir. Eşlerin hukuki işlem özgürlüğüne getirilen bu sınırlamalar kanunda düzenlenenlerden (sınırlı sayı ilkesi) ibarettir. Kanunda düzenlenen haller dışında, eşlerin aralarında anlaşarak sözleşme yapma özgürlüklerini kısıtlamaları mümkün değildir³⁰⁶. Nitekim TMK.m.23/f.2³⁰⁷ kimsenin özgürlüklerinden vazgeçemeyeceğini düzenlemiştir³⁰⁸.

Eşlerin hukuki işlem özgürlüğüne getirilen sınırlamaları, ayni teminat sözleşmeleri bakımından incelediğimizde ilk olarak aile konutuna ilişkin TMK.m.194 hükmü karşımıza çıkmaktadır. TMK.m.194/f.1'e göre, "*eşlerden biri diğeri eşin açık rızası bulunmadıkça, ..., aile konutu üzerindeki hakları sınırlayamaz*". Bu hükümde yer alan "*aile konutu üzerindeki hakları sınırlayamaz*" ifadesi kapsamında, eşlerin hangi ayni teminatları diğeri eşin açık rızası olmadıkça yapamayacağını belirlemek gerekir. İkinci olarak eşlerin tasarruf yetkisinin sınırlandırılmasına ilişkin TMK.m.199 hükmü karşımıza çıkmaktadır. TMK.m.199/f.1'e göre, "*... eşlerden birinin istemi üzerine hakim, belirleyeceği malvarlığı değerleriyle*

³⁰⁶ Ayrıntılı bilgi için bkz. Birinci Bölüm, II.

³⁰⁷ TMK.m.23/f.2'e göre, "*Kimse özgürlüklerinden vazgeçemez veya onları hukuka ya da ahlaka aykırı sınırlayamaz*".

³⁰⁸ Ayrıntılı bilgi için bkz. M. Kemal **Oğuzman**/Özer **Seliçi**/Saibe **Oktay-Özdemir**, *Kişiler Hukuku (Gerçek ve Tüzel Kişiler)*, 14. bs., İstanbul 2014, s. 183 vd.; Jale G. **Akipek**/Turgut **Akıntürk**/Derya **Ateş Karaman**, *Türk Medeni Hukuku Başlangıç Hükümleri Kişiler Hukuku*, C. I, 11. bs., İstanbul 2014, s. 357 vd.; Mustafa **Dural**/Tufan **Öğüz**, *Kişiler Hukuku*, C. II. 2. bs., İstanbul 2012, s. 145 vd.

ilgili tasarrufların ancak onun rızasıyla yapılabileceğine karar verebilir". Bu hükümde yer alan tasarruflar kapsamında hangi aynı teminatların diğer eşin rızasına bağlanabileceği belirlenmelidir. Son olarak, edinilmiş mallara katılma rejimine ilişkin TMK.m.223/f.2 hükmü karşımıza çıkmaktadır. Söz konusu hükme göre, " ... eşlerden biri diğerinin rızası olmadan paylı mülkiyet konusu maldaki payı üzerinde tasarrufta bulunamaz". Bu hükümde yer alan tasarruflar kapsamında hangi aynı teminatların diğer eşin rızası ile kurulabileceği de çalışmamız bakımından önem arz etmektedir.

III. EŞLERİN TAŞINMAZ REHNİ SÖZLEŞMESİ KURMA ÖZGÜRLÜĞÜNE GETİRİLEN SINIRLAMALAR

A. Taşınmaz Rehni

1. Genel Olarak

Taşınmaz rehni, alacağı teminat altına alan, alacak zamanında ve gereği gibi ifa edilmediği takdirde, hak sahibine rehin konusu taşınmazı devletin yetkili organları aracılığıyla paraya çevirterek, elde edilen satım bedelinden alacağını öncelikle elde etme yetkisi veren bir sınırlı aynı haktır³⁰⁹.

Ekonomik ihtiyaçlar bakımından taşınmaz rehni, kişisel alacağı teminat altına alma veya taşınmaz değerini tedavül ettirme amacına yöneliktir³¹⁰. Taşınmaz rehнинin sadece kişisel bir alacağı teminat altına alma görevini üstlendiği hallerde rehin hakkı, alacağa bağlı bir fer'i hak olarak karşımıza çıkar. Taşınmaz rehнинin taşınmaz değerini tedavül ettirme görevini üstlendiği hallerde ise, taşınmazın her bir

³⁰⁹ Sümer **Altay**/Ali **Eskiocak**, *Türk Medeni Hukukunda Taşınmaz Rehni*, İstanbul 2007, s. 1-2; Mehmet **Ayan**, *Eşya Hukuku III, Sınırlı Aynı Haklar*, 6. bs., Konya 2014, s. 161; **Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir**, s. 889; **Ertaş**, s. 539.

³¹⁰ **Oğuzman/ Seliçi/Oktay-Özdemir**, s. 889; Lale **Sirmen**, *Eşya Hukuku*, 2. bs., Ankara 2014, s. 645; Jale G. **Akipek**/Turgut **Akıntürk**, *Eşya Hukuku*, İstanbul 2009, s. 735.

farazi değer parçasını temsil etmek üzere kıymetli evrak düzenlenir. Bu kıymetli evraktan doğan alacak hakkı, taşınmazın bir değer parçası ile teminat altına alınır³¹¹.

2. Taşınmaz Rehninin Türleri

a) Genel Olarak

Aynı haklar içerisinde yer alan taşınmaz rehni türleri, Kanun'da öngörülenlerden ibaret olup; sınırlı sayı (numerus clausus) ilkesine tâbidir³¹². Kanun'da öngörülen taşınmaz rehni türleri; ipotek, ipotekli borç senedi ve irat senedidir. “İpotek” kişisel bir alacağı teminat altına alma işlevini, “ipotekli borç senedi” ve “irat senedi” ise hem kişisel bir alacağı teminat altına alma, hem de taşınmazın değerini tedavül ettirme işlevini yerine getirmek amacıyla düzenlenmiştir.

b) İpotek

(1) İpotek Kavramı

İpotek, kişisel bir alacağı teminat altına alan, alacağın zamanında ifa edilmemesi durumunda alacaklıya, rehin konusu taşınmazı devletin yetkili organları aracılığıyla sattırarak, elde edilen değerden alacağını karşılama yetkisi veren bir aynı teminattır³¹³. İpotek hakkı, taşınmazın değerine ilişkin bir hak olup; ipotekli alacaklıya, ipotek konusu taşınmazı kullanma veya ondan yararlanma hakkı tanımaz³¹⁴.

Türk Medeni Kanunu m.881/f.1'e göre, “*Halen mevcut olan veya henüz doğmamış olmakla beraber doğması kesin veya olası bulunan herhangi bir alacak, ipotekle güvence altına alınabilir*”. İpoteğin teminat altına aldığı alacak, doğmuş ve tutarı belirli bir alacak ise, “anapara ipoteği” söz konusu olur. Anapara ipoteğinde

³¹¹ Aydın **Aybay**/Hüseyin **Hatemi**, *Eşya Hukuku*, 3. bs., İstanbul 2012, s. 276; **Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir**, s. 890; **Sirmen**, *Eşya*, s. 645.

³¹² Ferit H. **Saymen**/Halid K. **Elbir**, *Türk Eşya Hukuku (Aynı Haklar)*, İstanbul 1954, s. 556; M. **Ayan**, *Aynı Hak*, s. 161-163; Nuşin **Ayiter**, *Eşya Hukuku*, Ankara 1977, s. 169; Kemal T. **Gürsoy**/Fikret **Eren**/Erol **Cansel**, *Türk Eşya Hukuku*, Ankara 1978, s. 1015; **Akipek/Akıntürk**, s. 736; **Çetiner**, s. 97.

³¹³ **Akipek/Akıntürk**, s. 786; **Altay/Eskiocak**, s. 7; M. **Ayan**, *Aynı Hak*, s. 221.

³¹⁴ İlhan **Helvacı**, *Türk Medeni Kanununa Göre Sözleşmeden Doğan İpotek Hakkı*, İstanbul 2008, s. 5.

tapuya tescil edilen tutar, ipotekle teminat altına alınan anapara alacağı için bir üst sınır teşkil etmesine rağmen, yan alacaklar bakımından bir üst sınır teşkil etmez³¹⁵. İpoteğin teminat altına aldığı alacağın tutarının belli olmadığı hallerde ise “üst sınır ipoteği” söz konusu olur. Bu durumda tapuya tescil edilen tutar, alacaklının hem anapara alacağı hem de yan alacakları için bir üst sınır teşkil eder³¹⁶.

İpotekle teminat altına alınan alacağın mutlaka bir para alacağı olması şart değildir. Para borçları dışında verme, yapma veya yapmama borçlarından doğan alacakların da ipotekle teminat altına alınması mümkündür³¹⁷.

(2) İpoteğin Özellikleri

(a) İpoteğin Fer’i Nitelikte Olması

İpotek, fer’i nitelik taşıyan bir taşınmaz rehnidir. Bu nedenle ipoteğin varlığı, mevcut veya ileride doğması beklenen bir alacağa bağlı olup, geçerli bir alacak yoksa ipotekten söz edilemez. Geçerli bir alacak olmaksızın kurulan ipotek işlemi üzerine tapuya yapılacak tescil yolsuz bir tescil olur. Bu yolsuz tescilin düzeltilmesi istenebilir (TMK.m.883, 1025)³¹⁸.

İpoteğin teminat altına aldığı alacaktan ayrılması mümkün olmadığı için, rehinli alacağın TBK.m.183 vd. hükümlerinde düzenlenen alacağın temlikli hükümlerine göre devredilmesi halinde, alacağa bağlı olan ipotek hakkı da kendiliğinden yeni alacaklıya geçer. Bu durumda alacağın temlikine ilişkin sözleşme TST.m.31/f.2 uyarınca düşünceler sütununa kaydedilir³¹⁹. Ancak, TST’deki bu

³¹⁵ Helvacı, s. 141; Altay/Eskiocak, s. 81-82; Çetiner, s. 144 vd.

³¹⁶ Gürsoy/Eren/Cansel, s. 1101; Helvacı, s. 143; Sirmen, *Eşya*, s. 648; M. Ayan, *Ayni Hak*, s. 227; Yavuz Selim Şener, *Türk Hukukunda İpotek ve Uygulaması*, 3. bs., Ankara 2010, s. 32.

³¹⁷ Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 949-950; Altay/Eskiocak, s. 214; Sirmen, *Eşya*, s. 703; Ertaş, s. 565; M. Ayan, *Ayni Hak*, s. 222; Y. Şener, s. 6; Helvacı, s. 7.

³¹⁸ M. Ayan, *Ayni Hak*, s. 223; Akipek/Akıntürk, s. 786-787.

³¹⁹ Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 953-954; Ertaş, s. 566; Altay/Eskiocak, s. 221-222; Sirmen, *Eşya*, s. 705; M. Ayan, *Ayni Hak*, s. 223; Helvacı, s. 295-296.

hüküm, bir düzen kuralı olduğu için, söz konusu temlikin düşünceler sütununa kaydedilmemesi temlikin geçerliliğini etkilemez³²⁰.

Alacağın herhangi bir nedenle sona ermesi halinde ise, ipotek de kendiliğinden sona erer. Bu durumda, tapu kütüğünde görünen ipotek sadece şekli bir nitelik taşır³²¹. Alacak sona erdiği için ipotekli taşınmaz maliki, alacaklıdan ipoteği terkin ettirmesini istemesine (TMK.m.883) rağmen alacaklı terkin talebinde bulunmaktan kaçınırsa malik, tapu kaydının düzeltilmesi davası (TMK.m.1025) açabilir³²². Çünkü tapu siciline güven ilkesi sadece taşınmaz rehninin kapsam ve varlığı bakımından söz konusu olup, alacak açısından etkili olmaz³²³.

(b) İpoteğin Kıymetli Evrak Niteliğindeki Senetlere Bağlanamaması

İpotek hakkı, tedavüle elverişli olmadığı için kıymetli evrak şeklinde kurulamaz³²⁴. İpotek, doğrudan bir kanun hükmüne dayalı olarak doğduğu durumlar dışında, taşınmaz rehninin tescille kazanılmasına ilişkin esaslar çerçevesinde kurulur. Yani, ölüme bağlı tasarruf gibi başka bir hukuki sebep söz konusu değilse ipotek, tapu memurunun usulüne uygun olarak düzenleyeceği bir resmi senet, malikin tescil talebi ve tescilin icrasıyla doğar. Bu şekilde, miktarı belirli olmayan veya değişebilen alacaklar da belli rehin derecesine koyulabilir ve tescilin gerçekleştirilmesinden sonra alacak miktarında meydana gelen değişikliklerden etkilenmeksizin sırasını korur (TMK.m.882/f.1)³²⁵. İpotek kurulduktan sonra alacaklının talebi üzerine tapu memuru tarafından düzenlenecek olan ipotek senedi kıymetli evrak niteliği

³²⁰ Y. Şener, s. 15; M. Ayan, *Ayni Hak*, s. 223.

³²¹ Sirmen, *Eşya*, s. 705; Y. Şener, s. 16; M. Ayan, *Ayni Hak*, s. 223; Alacağın sona ermesi halinde ipoteğinde kendiliğinden sona erip ermeyeceğine ilişkin tartışmalar için bkz. Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 955-956.

³²² Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 956; Sirmen, *Eşya*, s. 705; Y. Şener, s. 16; M. Ayan, *Ayni Hak*, s. 223-224.

³²³ Bülent Köprülü/Selim Kaneti, *Sınırlı Ayni Haklar*, 2. bs., İstanbul 1982-1983, s. 379-380; Sirmen, *Eşya*, s. 705-706; Y. Şener, s. 17; M. Ayan, *Ayni Hak*, s. 224; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 954.

³²⁴ Köprülü/Kaneti, s. 378; Aybay/Hatemi, s. 285; Gürsoy/Eren/Cansel, s. 1099; Akipek/Akıntürk, s. 787; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 952; M. Ayan, *Ayni Hak*, s. 224; Y. Şener, s. 18.

³²⁵ M. Ayan, *Ayni Hak*, s. 224.

taşımayıp, bir ispat aracından ibarettir³²⁶. İpotek, kıymetli evraka bağlı bir alacağı güvence altına alsa bile kıymetli evraka bağlanmış olmaz³²⁷.

(c) İpoteğin Borçlunun Kişisel Sorumluluğunu Devam Ettirmesi

Bir kişi, taşınmazı üzerinde kendi borcu için ipotek tesis ederse, kişisel sorumluluğunda hiçbir değişiklik olmayacağı için sorumluluğu aynı şekilde devam eder. Bu nedenle rehin konusu taşınmazın paraya çevrilmesi sonucu elde edilen bedel alacağın tamamını karşılamazsa, alacaklı, geri kalan alacağını elde etmek için borçlunun diğer malvarlığı değerlerine el atabilir³²⁸. Ancak böyle bir durumda, alacaklının geri kalan kısım için aynı hakkı söz konusu olmaz. Alacaklının geri kalan alacağı adi bir alacaktır ve alacaklının, borçlunun diğer alacaklıları karşısında önceliği yoktur.

(d) İpoteğin Mülkiyeti Borçluya Ait Olmayan Bir Taşınmaz Üzerinde Kurulabilmesi

Türk Medeni Kanunu m.881/f.2'e göre, "İpoteğe konu olacak taşınmazın, borçlunun mülkiyetinde bulunması gerekmez". Bu hükme göre, ipotek konusu taşınmazın mutlaka borçluya ait olması zorunlu değildir. Dolayısıyla borçlu ile taşınmaz malikinin farklı kişiler olması da mümkündür. Taşınmaz malikinin üçüncü bir kişinin borcu için taşınmazı üzerinde alacaklı lehine ipotek kurması halinde, ipotekli taşınmaz maliki borçlu konumuna girmediği için borç nedeniyle kişisel sorumluluğu doğmaz. Bu durumda taşınmaz maliki sadece taşınmazının paraya çevrilmesine katlanmakla yükümlüdür³²⁹.

³²⁶ Köprülü/Kaneti, s. 378; Aybay/Hatemi, s. 285; Gürsoy/Eren/Cansel, s. 1099; Akipek/Akıntürk, s. 787; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 952; Y. Şener, s. 18.

³²⁷ Köprülü/Kaneti, s. 379; Y. Şener, s. 19.

³²⁸ Köprülü/Kaneti, s. 380; Altay/Eskiocak, s. 9; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 891; Gürsoy/Eren/Cansel, s. 1102; Saymen/Elbir, s. 616; Y. Şener, s. 19-20; Sirmen, Eşya, s. 706; Akipek/Akıntürk, s. 787.

³²⁹ Saymen/Elbir, s. 617; Akipek/Akıntürk, s. 787-788; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 891; Ertaş, s. 567; Sirmen, Eşya, s. 706-707; M. Ayan, Aynı Hak, s. 225; Helvacı, s. 9; Y. Şener, s. 20-21.

c) İpotekli Borç Senedi

Türk Medeni Kanunu m.898'e göre, "İpotekli borç senedi taşınmaz rehniyle güvence altına alınmış kişisel bir alacak meydana getirir". İpotekli borç senedi, hem kişisel sorumluluğun devam ettiği, hem de taşınmaz değerinin bağımsızlaştırılıp, "ipotekli borç senedi" adı verilen kıymetli evraka bağlanarak tedavülünün sağlandığı taşınmaz rehni çeşididir³³⁰. İpotekli borç senedinin düzenlenmesiyle birlikte soyut bir alacak doğar ve teminat altına alınmak istenen alacak, yenileme nedeniyle sona erer (TMK.m.910/f.1). Bu durumda teminat olarak gösterilen taşınmaz, sadece bu senetten doğan alacağın güvencesini oluşturur³³¹.

İpotekli borç senedinde, ipotekte olduğu gibi (irat senedinden farklı olarak) borçlunun kişisel sorumluluğu devam eder³³². Borçlu söz konusu borçtan sadece taşınmazın değeri ile sınırlı olarak değil, bütün malvarlığı ile sınırsız olarak sorumlu olur. Taşınmazın değeri, alacaklının alacağının tamamını karşılamaya yetmezse, alacaklı geri kalan alacağı için borçlunun diğer malvarlığı değerlerine el atabilir. Bununla birlikte, kanun koyucu ipotekli borç senedindeki alacağın tamamının karşılanmasını amaçlamıştır. Bu amacı gerçekleştirmeye yönelik TMK.m.899'a göre, "İpotekli borç senedi yoluyla rehin kurulması için tapu idaresince taşınmaza resmen değer biçilir. Biçilmiş değeri aşan miktar için ipotekli borç senedi yoluyla rehin kurulamaz". Taşınmaz bedelinin belirlenmesinde gerekli özenin gösterilmemesinden doğan zararlar ise Devlet tarafından karşılanır (TMK.m.905).

İpotekte olduğu gibi ipotekli borç senedinde de borçlu sıfatı, teminat teşkil eden taşınmaz mülkiyetinden bağımsız olduğu için taşınmaz maliki ile senet borçlusu farklı kişiler olabilir (TMK.m.901/f.1). Bu ihtimalde, taşınmaz maliki sadece taşınmazın değeri ile sınırlı olarak sorumlu olur. Diğer bir ifadeyle, borçtan şahsen

³³⁰ Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 893; Saymen/Elbir, s. 640; Sirmen, Eşya, s. 724; M. Ayan, Ayni Hak, s. 249; Ayiter, s. 181; İpotekli borç senedi ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. Soner H. Çetin, İpotekli Borç Senedi ve İrat Senedi, Ankara 2004, s. 83 vd.

³³¹ Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 893; Sirmen, Eşya, s. 724; M. Ayan, Ayni Hak, s. 249.

³³² Köprülü/Kaneti, s. 260; Gürsoy/Eren/Cansel, s. 1145; Helvacı, s. 24-25; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 893; Sirmen, Eşya, s. 724; M. Ayan, Ayni Hak, s. 249.

sorumlu olmayan taşınmaz maliki, yalnız taşınmazının paraya çevrilmesine katlanmakla yükümlüdür³³³.

d) İrat Senedi

Türk Medeni Kanunu m.903/f.1'e göre, "*İrat senedi bir taşınmaz üzerinde taşınmaz yükü şeklinde kurulmuş bir alacak hakkı meydana getirir*". İrat senedinin düzenlenme amacı taşınmaz değerini tedavül ettirmektir³³⁴. İrat senedinin düzenlenmesiyle bağımsızlaştırılan taşınmaz değeri, taşınmazdan ödenmesi gereken bir para borcu olarak, taşınmaza yükletilir. Taşınmaz üzerindeki yükün içeriğini, para borcunun ifası ve bunun taşınmazın değeri ile güvence altına alınması oluşturur³³⁵. Taşınmaz değerinin bağımsızlaştırılması, irat senedi adı verilen kıymetli evrakın düzenlenmesi suretiyle gerçekleştirilir. İrat senedinin düzenlenmesiyle birlikte soyut bir alacak doğar ve teminat altına alınmak istenen alacak, yenileme nedeniyle sona erer (TMK.m.910/f.1).

İrat senedinin borçlusu daima yüklü taşınmaz malikidir (TMK.m.907/f.1). Bu borç eşyaya bağlı olduğu için, yüklü taşınmazı edinen herkes, irat senedinin borçlusu haline gelir ve eski malik kendiliğinden borcundan kurtulur (TMK.m.907/f.2).

Türk Medeni Kanunu m.903/f.2'e göre, "*İrat senedinin güvencesini ancak tarım arazisi, konutlar ve üzerinde bina yapılabilecek arsalar oluşturabilir*". Bu hükümlerle, irat senediyle taşınmaz rehni kurulabilecek taşınmazların kapsamı sınırlandırılmıştır. Bu sınırlandırmanın sebebi, irat senedinde borçlunun sorumluluğunun taşınmaz değeri ile sınırlı olmasıdır³³⁶. Yine bu sebeple irat senedi, Kanun'da öngörülen azami değeri aşacak şekilde kurulamaz. Bu hususun düzenlendiği TMK.m.904/f.1 uyarınca, irat senetlerindeki alacak miktarı, tarım

³³³ Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 983; M. Ayan, *Ayni Hak*, s. 250; Sirmen, *Eşya*, s. 724-725; Ayiter, s. 182.

³³⁴ Saymen/Elbir, s. 561; Köprülü/Kaneti, s. 259; Gürsoy/Eren/Cansel, s. 1147; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 983; Sirmen, *Eşya*, s. 725; M. Ayan, *Ayni Hak*, s. 250.

³³⁵ Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 983.

³³⁶ Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 983; Helvacı, s. 26; Ayiter, s. 182.

arazilerinde tarım arazisinin gelir değerinin, diğer taşınmazlarda ise, taşınmazın gelir değeri ile bina ve arsa değerleri ortalamasının beşte üçünden fazla olamaz³³⁷.

B. Aile Konutu Üzerinde Taşınmaz Rehni Kurulmasında Eşin Rızası

1. Aile Konutu Kavramı

Aile konutu, 4721 sayılı TMK. ile hukukumuzda giren önemli kavramlardan biridir. Aile konutuna ilişkin hükümler, TMK'nın hem Aile Hukuku hem de Miras Hukuku kitabında³³⁸ bulunmaktadır. Aile konutu birçok hükümde yer almasına rağmen, TMK'da bu kavrama ilişkin herhangi bir tanım yoktur³³⁹. Buna karşılık Kanun gerekçesinde “*aile konutu, eşlerin bütün yaşamsal faaliyetlerini gerçekleştirdiği, yaşantısına buna göre yön verdiği, acı ve tatlı günleri içinde yaşadığı, anılarla dolu bir alan*” şeklinde tanımlanmıştır³⁴⁰.

Tapu ve Kadastro Genel Müdürlüğü'nün 11.06.2002 tarih ve 2002/7 sayılı “4721 Sayılı Türk Medeni Kanunu” konulu genelgeye göre ise aile konutu, “*eşlerin bütün yaşam faaliyetlerini gerçekleştirdiği ve düzenli yerleşim amacıyla kullandıkları mekânlardır*”. Bunun dışında doktrinde de aile konutuna ilişkin çeşitli tanımlar bulunmaktadır. S. Ayan'a göre aile konutu, “*eşlerin yaşamsal ilişkilerinin, işlerinin ve hayatlarının odak noktası olarak seçtikleri ve filen, varsa çocuklarıyla*

³³⁷ Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 984; İrat senedi ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. Çetin, s. 83 vd.

³³⁸ TMK'da aile konutu kavramı, evliliğin genel hükümlerine ilişkin 194. maddede, mal rejimleriyle ilgili 240, 254, 255 ve 279. maddelerde ve mirasın paylaşılmasına ilişkin 652. maddede yer almaktadır.

³³⁹ Şebnem Nebioğlu Öner, “Aile Konutunun Özellikleri, Unsurları, Koruma Süresi ve Korunma Nedenleri”, *TBBD.*, Y. 24, S.97, Kasım-Aralık 2011, s. 120; Ahmet Ayar, “Türk Medeni Kanununda Yeni Bir Kurum: Aile Konutu”, *Prof. Dr. Rona Serozan'a Armağan*, C. I, İstanbul 2010, s. 362; Abdurrahman Hacısalıhoğlu, *Türk Medeni Kanunu'nda Aile Konutu ve Şerhi*, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Ana Bilim Dalı, İstanbul 2010, s. 13; Sezer Çabri, “Aile Konutu Şerhi”, *Prof. Dr. Ergon A. Çetingil ve Prof. Dr. Rayegân Kender'e 50. Birlikte Çalışma Yılı Armağanı*, İstanbul 2007, s. 401-402; S. Ayan'a göre, kanun koyucu aile konutunu tanımlamayı, bu kavramın anlamını daraltmamayı tercih etmiş ve kavramın içinin doldurulmasını uygulamaya bırakmıştır. Bkz. S. Ayan, *Evlilik*, s. 60-61.

³⁴⁰ Türk Medeni Kanunu Gerekçesi, s. 382.

*birlikte yaşadıkları ortak konuttur*³⁴¹. Akıntürk/Ateş-Karaman'a göre aile konutu, “*eşlerin beraberce seçmiş oldukları ve varsa çocukları ile birlikte eylemliler olarak içinde yaşadıkları ortak konuttur*”³⁴². Barlas'a göre ise aile konutu, “*eşlerin dışarıdan bakıldığında üçüncü kişilerce anlaşılabilir biçimde sosyal yaşantılarının merkezi olarak seçtikleri, süreklilik arzedecek şekilde birlikte oturdukları ve yaşam ilişkilerini düzenledikleri müstakil ev veya apartman dairesidir*”³⁴³.

Yargıtay'ın verdiği bir kararda ise aile konutu, “*eşlerin bütün yaşam faaliyetlerini geçirdikleri acı, tatlı günlerini yaşadıkları, yaşam faaliyetlerini yoğunlaştırdıkları mekân*” şeklinde tanımlanmıştır³⁴⁴.

2. Aile Konutunun Belirlenmesi

Aile konutunun belirlenmesi bakımından TMK.m.194, sadece eşlerin dikkate alındığı en dar anlamdaki aileyi kabul ettiği için, söz konusu konutun yasal evlilik birliğini oluşturan eşler tarafından fiili olarak kullanılması gerekir. Bunun dışında çocukların ve diğer akrabaların, bu konutta yaşaması zorunlu değildir³⁴⁵. Yani, aile konutunun belirlenmesi açısından bu kişilerin söz konusu konutta yaşayıp yaşamadığının herhangi bir önemi yoktur.

Türk Medeni Kanunu m.186 gereğince aile konutu, eşlerin yaşamsal faaliyetlerini sürdürmek için birlikte seçtikleri yerdir³⁴⁶. Bir yerin aile konutu olabilmesi için, ailenin günlük yaşamını bu konutta devam ettirmesi, eşlerin düzenli

³⁴¹ S. Ayan, *Evlilik*, s. 61.

³⁴² Akıntürk/Ateş-Karaman, s. 121.

³⁴³ Barlas, *Hukuki İşlem*, s. 122; Diğer tanımlar için bkz. Dural/Öğüz/Gümüş, s. 165; Murat Doğan, “Medeni Kanunun Getirdiği Yeni Bir Müesseseye: Aile Konutu”, *AÜEHFD.*, C. VI, S. 1-4, 2002, s. 286; B. Öztan, s. 199.

³⁴⁴ Yarg 2. HD., T. 02.02.2006, E. 2005/16473, K. 2006/799 (Kazancı Bilişim, İçtihat Bilgi Bankası).

³⁴⁵ S. Ayan, *Evlilik*, s. 64; Ayşegül Nohut, *Aile Konutu*, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Ana Bilim Dalı, Ankara 2009, s. 23; Ahmet M. Kılıçoğlu, *Medeni Kanun'umuzun Aile-Miras ve Eşya Hukukunda Getirdiği Yenilikler*, Ankara 2003, s. 41.

³⁴⁶ Çabri, *Aile Konutu*, s. 403; Doğan'a göre TMK.m.186'da açıkça belirtilmesi dahi burada geçen konut aile konutunu ifade etmektedir. Bkz. Doğan, *Aile Konutu*, s. 287.

yerleşim amacıyla ve yaşamlarının merkezi olarak burayı seçmesi gerekir³⁴⁷. Aile konutunun belirlenmesi bakımından konutun nasıl elde edildiği, hak sahibi eşin konut üzerinde sahip olduğu hakkın niteliği veya konutun edinilmiş mal veya kişisel mal olmasının herhangi bir önemi yoktur³⁴⁸.

Aile konutunun belirlenmesinde, eşlerin bir yeri aile konutu haline getirmeye yönelik subjektif iradeleri yeterli değildir. Bir yerin aile konutu olarak kabul edilebilmesi için, eşlerin subjektif iradelerinin üçüncü kişiler tarafından bilinebilir olması gerekir. Bu nedenle eşlerin fiilen taşınarak ortak yaşamı kurduğu bir yerin aile konutu olarak kabul edilebilmesi, bunun objektif kriterlere göre üçüncü kişiler tarafından bilinebilir olmasına bağlıdır³⁴⁹.

Aile konutu, ailenin maddi ihtiyacı yanında, hayatın büyük bir bölümünü geçirdikleri alan olduğu için manevi olarak da önemli bir yere sahiptir³⁵⁰. Bu nedenle, ailenin oturmasına tahsis edilen tek bir konut “aile konutu” olarak kabul edilebilir. Bunun dışında yazlık, dağ evi, yayla evi gibi ikincil (tali) nitelikteki konutlar aile konutu kapsamına girmez³⁵¹.

³⁴⁷ **Dural/ Öğüz/ Gümüş**, s. 165; **S. Ayan**, *Evlilik*, s. 66.

³⁴⁸ **S. Ayan**, *Evlilik*, s. 65-66; **Çabri**, *Aile Konutu*, s. 403; Hak sahibi eş konut üzerinde mülkiyet, sınırlı ayni hak veya şahsi bir hakka sahip olabilir. Ancak hukuka aykırı bir şekilde kullanılan yapıların aile konutu olarak TMK.m.194 ile getirilen korumadan yararlanması mümkün değildir. Bkz. **Şıpka**, *Aile Konutu*, s. 83.

³⁴⁹ Nitekim **Gümüş**'e göre, salt eşlerin bir yeri aile konutu haline getirmeye ilişkin soyut niyet yeterli değildir. Yazar'a göre eşler tarafından belirlenen yerin aile konutu olabilmesi için eşlerin fiilen konuta taşınarak ortak yaşamı sürdürmek suretiyle, objektif kriterlere göre üçüncü kişilerce bilinebilir bir hukuksal görünüm oluşturmaları gerekir. Mustafa Alper **Gümüş**, *Türk Medeni Kanununun Getirdiği Yeni Şerhler*, İstanbul 2007, s. 21; **S. Ayan**, *Evlilik*, s. 66.

³⁵⁰ **Doğan**, *Aile Konutu*, s. 286; **Şıpka**, *Aile Konutu*, s. 57.

³⁵¹ **Dural/ Öğüz/ Gümüş**, s. 165; **Hacısalihioğlu**, s. 21; **Nohut**, s. 18; Murat **Doğan**, *Tapu Sicilinde Tasarruf Yetkisi Kısıtlamasının Şerhi*, Ankara 2004, s. 87; Özcan **Günergök**, “Eşlerden Birinin Mülkiyetindeki Tapuya Kayıtlı Aile Konutu Üzerinde Üçüncü Kişilerin Mülkiyet veya Sınırlı Ayni Hak İktisabı”, *EÜHFD.*, C. XIII, S. 1-2, Erzincan 2009, s. 251; **Kılıçoğlu**, *Eşin Rızası*, s. 9; **Doğan**, *Aile Konutu*, s. 286; Bununla birlikte istisnai bazı durumlarda, ailenin yaşam merkezi iki ayrı konutta da devam edebileceği için birden fazla konutun aile konutu olarak kabul edilebilmesi mümkündür. Bu konuya ilişkin örnekler için bkz. **Gümüş**, *Şerhler*, s. 22; **B. Öztan**, s. 200; **Nebioğlu Öner**, s. 130; **S. Ayan**, *Evlilik*, s. 68; **Şıpka**, *Aile Konutu*, s. 83 vd.

Bunların yanı sıra, aile konutunun temeli yasal evlilik birliğini oluşturan aile olduğu için, evli olmayan kişilerin birlikte yaşadığı ve kullandığı konutlar TMK.m.194 kapsamında aile konutu olarak kabul edilemez. Örneğin birkaç öğrencinin, işçinin veya kardeşin birlikte kaldığı, evli olmayan kişilerin beraber oturdukları konutlar aile konutu değildir³⁵².

Hem mesleki hem de barınma amaçlı kullanılan yerlerin aile konutu olarak kabul edilip edilmeyeceği hususu da açıklığa kavuşturulması gereken konular arasında yer almaktadır. Bu durumda, eşlerden birinin ticari faaliyet özgürlüğü ile diğer eşin aile konutundan yararlanma hakkı çatışmaktadır. Şıpka'nın da belirttiği gibi, bir yerin hem mesleki amaçlı hem de konut olarak kullanılması halinde öncelikle diğer eşin yararlanma hakkı korunmalı ve hak sahibi eşin TMK.m.194 kapsamında yapacağı işlemlerde eşinin rızası aranmalıdır³⁵³.

3. Aile Konutu Niteliğinin Sona Ermesi

Bir taşınmazın aile konutu niteliği, konutun eşlerin iradesiyle aile konutu olarak özgülmesinden başlayarak, ölüm³⁵⁴ veya evliliğin sona ermesine ilişkin kararın kesinleşmesine kadar devam eder. Dolayısıyla boşanma davası devam ettiği sürece evlilik birliği sona ermeyeceği için diğer eşin konuttan ayrılmış olması, konutun aile konutu niteliğini ortadan kaldırmaz³⁵⁵. Aynı şekilde taşınmazın aile

³⁵² Ayhan Uçar, "4721 Sayılı Medeni Kanun ile İhdas Edilen Yeni Bir Müessesesi: Aile Konutu Müessesesi", *AÜEHFD.*, C. X, S. 1-2, 2006, s. 13.

³⁵³ Şıpka, *Aile Konutu*, 87-88; Nebioğlu Öner, s. 134.

³⁵⁴ Yarg. 2. HD., T. 11.4.2011, E. 2010/17326, K. 2011/6399 "Dava, aile konutu olması sebebiyle ipotegün kaldırılmasına ilişkin olup Türk Medeni Kanunu'nun 194. maddesine dayanmaktadır. Toplanan delillerden ipotek veren davalının 15.8.2009 tarihinde, yargılama devam ederken öldüğü anlaşılmaktadır. Evlilik birliği ölümle sona erdiğinden, Türk Medeni Kanunu'nun 194. maddesinin uygulanma olanağı kalmamıştır. Davanın konusuz kalması sebebiyle karar verilmesine yer olmadığına hükmedilmesi gerekirken, yazılı şekilde davanın reddine karar verilmesi doğru değildir". Aynı yönde kararlar için bkz. Yarg. 2. HD., T. 28.1.2013, E. 2012/7889, K. 2013/2077 (**Kazancı Bilişim**, İçtihat Bilgi Bankası). Ayrıca boşanma veya butlan kararının kesinleşmesi veya ölüm ile taşınmazın aile konutu niteliği sona ereceği için aile konutu şerhinin terkini talep edilebilir. Bkz. Yarg. 2. HD., T. 21.6.2005, E. 7297/K. 9634 (**Kazancı Bilişim**, İçtihat Bilgi Bankası).

³⁵⁵ B. Öztan, s. 202; Gümüş, *Şerhler*, s. 22; Nohut, s. 31.

konutu niteliği, evliliğin feshi veya butlan kararının kesinleşmesi anına kadar da devam eder.

Ayrılık davası açılması halinde TMK.m.169 uyarınca, dava sonuçlanıncaya kadar eşlerin barınmasına ilişkin geçici önlemler alınır. Bu durumda, ayrılık davası süresince ve dava sonunda ayrılığa karar verilmesi halinde evlilik devam edeceği için aile konutu varlığını sürdürmeye devam eder. Aynı şekilde, birlikte yaşamaya ara verilmesinde de TMK.m.197 uyarınca hakimin talep üzerine aile konutundan yararlanmaya ilişkin tedbir kararı alması halinde de evlilik birliği devam edeceği için aile konutu niteliğinde herhangi bir değişiklik söz konusu olmaz³⁵⁶.

Eşlerden birinin aile konutunu terk etmesi halinde ise “aile konutu” niteliğinde herhangi bir değişiklik olup olmadığını ayırım yaparak incelemek gerekir. Aile konutu üzerinde hak sahibi olan eş, aile konutunu terk ederse, aile konutu niteliğinde herhangi bir değişiklik meydana gelmez. Buna rağmen, aile konutunu terk eden hak sahibi olmayan eş ise ve bir daha ortak konuta dönmeyeceği açıkça anlaşılıyorsa, artık aile konutundan söz edilemez³⁵⁷.

Eşlerin aralarında yapacakları anlaşma ile de konutu aile konutu olmaktan çıkarmaları mümkündür. Bu durumda konutun aile konutu olmaktan çıktığını ileri süren eş, bunu ispat etmekle yükümlü olacaktır³⁵⁸.

³⁵⁶ Mahmut **Kamacı**, “Aile Konutu ve Hak Sahibi Eşin Bu Konutla İlgili Tasarruflarına Diğer Eşin Katılma Hakkı (Rıza)”, *YD.*, Y. 30, C. 30, S. 1-2, Ocak-Nisan 2004, s. 122-123; **Şıpka**, *Aile Konutu*, s. 96-97; **Gümüş**, *Şerhler*, s. 22; **Ayar**, s. 367; **Doğan**, *Aile Konutu*, s. 299; İsviçre Hukukunda aile konutuna ilişkin onay arayan normların bilhassa eşlerin mahkeme kararıyla ve fiili olarak ayrı oldukları dönemde uygulanıp uygulanmayacağı konusu tartışmalıdır. Federal mahkeme bir kararında eşlerin mahkeme kararıyla ayrı yaşaması halinde İMK.m.169’un uygulanmayacağını belirtmiş ise de, 2003 yılındaki diğer bir kararında, on bir yıldan beri ayrı yaşayan ve evin kullanımının mahkeme onayıyla kadına bırakıldığı bir olayda sorunu cevapsız bırakmıştır. Bkz. **Zeiter**, s. 691.

³⁵⁷ **Çabri**, *Aile Konutu*, s. 402-403; **Kamacı**, s. 121; **Şıpka**, *Aile Konutu*, s. 94-95; **Nebioğlu Öner**, s. 140-141; **Doğan**, *Aile Konutu*, s. 299.

³⁵⁸ **B. Öztan**, s. 201; **Dural/Öğüz/Gümüş**, s. 166; **Gümüş**, *Şerhler*, s. 23.

4. Aile Konutu Üzerindeki Hakları Sınırlayan İşlemler Kapsamında Taşınmaz Rehni

a) Aile Konutu Üzerindeki Hakları Sınırlayan İşlemler

Türk Medeni Kanunu m.194/f.1'e göre, “Eşlerden biri, diğer eşin açık rızası bulunmadıkça, ... aile konutu üzerindeki hakları sınırlayamaz”³⁵⁹. Bu hüküm kapsamında eşlerden biri, diğer eşin rızası olmaksızın mülkiyet hakkına sahip olduğu aile konutu üzerinde üçüncü kişi lehine intifa veya oturma hakkı kuramaz. Çünkü bu haklar, eşya hukuku kuralları gereğince, herkese karşı ileri sürülebilen aynı haklardan olduğu için diğer eşin ve aile bireylerinin aile konutundan yararlanma hakkını ortadan kaldırır. Aynı şekilde, eşlerden birinin, aile konutunun da üzerinde bulunduğu bir arazinin ya da tesisin tamamında üçüncü kişi lehine süreli veya süresiz bir üst hakkı kurabilmesi için de diğer eşin rızası aranır³⁶⁰. Dolayısıyla üçüncü kişi lehine kurulan intifa, oturma, üst hakkı gibi aile konutunda oturma ve ondan yararlanma imkânını sınırlandıran veya ortadan kaldıran irtifak hakları aile konutu üzerindeki hakları sınırlayan işlemler kapsamına girer³⁶¹. Hak sahibi olan eş, aile konutu üzerinde mülkiyet hakkına sahip olmamakla birlikte, bir sınırlı aynı hakka dayanarak oturma hakkı elde etmişse, bu hakkını başka birine devredebilmesi için de diğer eşin rızası gerekir³⁶².

³⁵⁹ Bu maddenin karşılığı olan İMK.m.169/f.1'e göre ise, “Eşlerden biri ... aile konutu üzerindeki hakları diğer bir hukuksal işlemle sınırlandıramaz”. Bu Kanun hükmü daha açıktır. Çünkü, TMK.m.194/f.1'de yer alan aile konutu üzerindeki hakları sınırlandıran işlemlere sadece tasarruf işlemlerinin gireceği kanısı oluşmaktadır. Halbuki İMK. aile konutu üzerindeki hakları sınırlandıran diğer bir hukuksal işlemin de diğer eşin rızasına bağlı olacağını belirtmiştir. Böylece, söz konusu işlemin tasarruf veya aile konutu üzerindeki hakları sınırlandıran tasarruf işlemi niteliği taşımayan herhangi bir işlem olabileceği açıkça ortaya konmuştur. Bkz. **Kılıçoğlu, Aile**, s. 252.

³⁶⁰ **Şıpka**'ya göre, aile konutu üzerinde mülkiyet hakkına sahip olan eşin, aile konutunun da bulunduğu arazi üzerinde üçüncü kişiler lehine kaynak, geçit, mecra hakkı kurabilmesi, bu haklar aile konutunun konut olarak kullanımını önemli ölçüde etkilemeyeceği için, diğer eşin rızasına bağlı değildir. Bkz. **Şıpka, Aile Konutu**, s. 124.

³⁶¹ **Ayar**, s. 376; Emel **Badur**, “Eşin Rızası”, *TBBD.*, Y. 26, S. 109, Kasım-Aralık 2013, s. 261; **Barlas**, *Hukuki İşlem*, s. 127; **Kılıçoğlu**, *Eşin Rızası*, s. 18 vd.; **Şıpka**, *Aile Konutu*, s.124; **Doğan**, *Şerh*, s. 89; B. **Öztan**, s. 207.

³⁶² **Şıpka**, *Aile Konutu*, s.124.

Aile konutu üzerinde taşınmaz rehni kurulması da, aile konutu üzerindeki hakları sınırlayan işlemler kapsamındadır. Bu nedenle eşlerden birinin aile konutu üzerinde taşınmaz rehni kurabilmesi için de diğer eşin rızası aranır.

b) Taşınmaz Rehlinin Aile Konutu Üzerindeki Hakları Sınırlandırıcı Etkisi

Aile konutu olarak özgülenen taşınmaz üzerinde rehin kurmak için diğer eşin rızasına gerek olup olmadığına ilişkin Kanun'da açık bir hüküm yoktur. Ancak TMK.m.194/f.1'de, diğer eşin rızası olmaksızın aile konutu üzerindeki hakların sınırlanamayacağı belirtilmiştir. Bu noktada, taşınmaz rehni türlerinin aile konutu üzerindeki hakları sınırlayan işlemler kapsamına girip girmeyeceğinin belirlenmesi gerekir. İlk olarak, ipotek bakımından söz konusu belirlemeyi yapmak gerekir³⁶³. Bu konuya ilişkin birinci görüşe göre, aile konutu üzerinde kurulacak ipotek, uzun süreli olmasına rağmen aile konutunu tehlikeye düşürmüyorsa, bu işlemin kurulabilmesi için diğer eşin rızasına gerek yoktur. Çünkü ipotek TMK.m.194/f.1 anlamında aile konutu üzerindeki hakları sınırlandırmaz. Sadece aile konutuna ekonomik bir yük getirir. Bununla birlikte aile konutu üzerinde kurulacak ipotek, objektif bir tehlike oluşturuyor veya uzun süreli olması aile konutunu tehlikeye düşürüyorsa, bu işlemin kurulabilmesi için diğer eşin rızasının aranması gerekir³⁶⁴. Bizim de katıldığımız ikinci görüşe göre ise, ipotek, aile konutu üzerindeki hakları sınırlayan işlemlerden olduğu için bu işlemin geçerliliği diğer eşin rızasına bağlıdır³⁶⁵. Ülkemizin ekonomik

³⁶³ İsviçre doktrininde aile konutu üzerinde ipotek kurmanın aile konutuna ilişkin sınırlamanın kapsamına girip girmediği tartışmalıdır. Bir görüşe göre, aile konutu üzerinde ipotek kurmak, sadece ekonomik bir yükümlülük getirip; tek başına evde oturmayı engellemediği için sınırlamanın kapsamına girmeyecektir. Diğer görüşe göre ise, aile konutu üzerinde ipotek kurulması ile taşınmazın icra takibi sonucu paraya çevrilerek elden çıkarılması tehlikesi söz konusu olduğu için ipotek işlemi sınırlama kapsamında değerlendirilmelidir. Daha bağdaştırıcı nitelikteki son görüşe göre ise, kural olarak aile konutu üzerinde ipotek kurma sınırlama kapsamında değildir. Ancak, taşınmazın cebri icra yoluyla satılması diğer eşin oturma hakkı bakımından yakın ve yüksek bir tehlike teşkil ediyorsa, istisnai olarak sınırlama kapsamına dahil olacaktır. Bkz. **Şıpka**, *Aile Konutu*, s. 125-126; **Barlas**, *Hukuki İşlem*, s. 127.

³⁶⁴ B. **Öztan**, s. 204; Faruk **Acar**, *Aile Hukukumuzda Mal Rejimleri ve Eşin Yasal Miras Payı*, 4. bs., Ankara 2014, s. 62; **Uçar**, s. 430.

³⁶⁵ **Kılıçoğlu**, *Aile*, s. 252; Y. **Şener**, s. 76; **Akıntürk/Ateş Karaman**, s. 122; Mehmet **Demir**, "TMK'a Göre Evlilik Birliğinin Temsili ve Aile Konutu ile İlgili İşlemler", *Prof. Dr. Turgut Kalpsüz'e Armağan*, Ankara 2003, s. 704; **Dural/Öğüz/Gümüş**, s. 166-167; **Barlas**, *Hukuki*

şartları düşünülduğünde, aile konutu üzerinde kurulacak her türlü ipotegin aile konutunun kaybedilmesine ilişkin yakın ve yüksek bir tehlike oluşturacağı açıktır. Ayrıca bu sınırlama kabul edilmediği takdirde, hak sahibi olan eşin kötüniyetli ve muvazaalı işlemleri ile aile konutunu elden çıkarması da söz konusu olabilir. Bu nedenlerle, doğrudan doğruya aile konutunda oturma ve ondan yararlanma hakkını engellemese de, aile konutu üzerinde ipotek kurma, TMK.m.194/f.1 kapsamında değerlendirilmelidir³⁶⁶.

Kanımızca ipotek dışında, ipotekli borç senedi ve irat senedi de aile konutu üzerindeki hakları sınırlayan tasarruflar kapsamında değerlendirilebilir. Kişisel sorumluluğun devam ettiği ve taşınmaz değerinin ipotekli borç senedi³⁶⁷ adı verilen kıymetli evraka bağlanarak tedavülün sağlandığı durumlarda teminat olarak gösterilen aile konutu senetten doğan alacağın güvencesini oluşturacaktır. Bu nedenle alacağın ödenmemesi halinde aile konutu sattırılarak elde edilen değerden alacaklı alacağını tahsil edecektir. Kanımızca bu durum ipotekte olduğu gibi, aile konutunun kaybedilmesine ilişkin yakın ve yüksek bir tehlike oluşturacağı için aile konutu üzerinde ipotekli borç senedi kurulabilmesi hak sahibi olmayan eşin rızasına bağlı olmalıdır. İrat senedi³⁶⁸ ise bağımsızlaştırılan taşınmaz değerini alacağın güvencesi haline getirir. İrat senedinin konusunu oluşturabilecek taşınmazlar Kanun'la sınırlandırılmıştır. TMK.m.903/f.2'e göre, "*İrat senedinin güvencesini ancak tarım arazisi, konutlar ve üzerinde bina yapılabilecek arsalar oluşturabilir*". Bu hükme göre aile konutu da irat senedinin konusu olabilir. Kanımızca bu durumda da ipotek ve ipotekli borç senedinde olduğu gibi aile konutunun kaybedilmesine ilişkin yakın ve yüksek bir tehlike söz konusu olacağı için hak sahibi olmayan eşin rızası olmadıkça aile konutu irat senedinin güvencesini oluşturamaz.

İşlem, s. 127; **Kılıçoğlu**, *Eşin Rızası*, s. 19; **Şıpka**, *Aile Konutu*, s. 127; **Doğan**, *Aile Konutu*, s. 290; **Çabri**, *Aile Konutu*, s. 405; **Badur**, s. 262. Bkz. Yarg. 2. HD., T. 20.9.2011, E. 2010/22878, K. 2011/13617; Yarg. 2. HD., T. 21.9.2011, E. 2010/23202, K. 2011/13744 (**Kazancı Bilişim**, İçtihat Bilgi Bankası).

³⁶⁶ **Şıpka**, *Aile Konutu*, s. 127.

³⁶⁷ Ayrıntılı bilgi için bkz. İkinci Bölüm, III., A., 2., c).

³⁶⁸ Ayrıntılı bilgi için bkz. İkinci Bölüm, III., A., 2., d).

5. Eşin Rızasının Hukuki Niteliği

Türk Medeni Kanunu m.194/f.1'deki sınırlamanın hukuki niteliği doktrinde tartışmalı olup; bu sınırlamanın fiil ehliyeti sınırlaması, katılma hakkı, tasarruf yetkisi sınırlaması ve hukuki işlem özgürlüğünün kanun doğan sınırlaması olduğuna ilişkin görüşler ileri sürülmektedir.

a) Fiil Ehliyeti Sınırlaması Görüşü

Bu görüşe göre, TMK.m.194/f.1 eşlerin fiil ehliyetine getirilen bir sınırlama niteliğindedir. Her şeyden önce Kanun'un sistematigi dikkate alındığında TMK.m.193 hükmünden sonra TMK.m.194'ün yer alması, burada eşlerin fiil ehliyetine getirilen bir sınırlamanın söz konusu olduğunu göstermektedir. Şöyle ki, evlilik birliği devam ederken “kanunda aksine hüküm bulunmadıkça” eşlerin fiil ehliyetlerinin varlığı kabul edilmiştir. Kanunda öngörülen düzenlemelerle eşlerin fiil ehliyeti, eşlerin düşünmeden yapacağı işlemleri önlemek ve aileyi korumak amacıyla sınırlandırılmıştır. Bu bağlamda, aileyi korumayı amaçlayan TMK.m.194 hükmü, aile konutu üzerinde hak sahibi olan eşi de korumak amacıyla getirilen bir fiil ehliyeti sınırlamasıdır³⁶⁹.

Aksi görüşte olan Gümüş'e göre, buradaki sınırlama bir fiil ehliyeti sınırlaması değildir. Çünkü fiil ehliyeti sınırlamalarının amacı, ehliyeti sınırlanan kişiyi korumaktır. Buna karşılık aile konutuna ilişkin sınırlamalar, sınırlanan kişi dışında diğer eşi ve çocukları yani genel olarak aileyi korumaktadır. Dolayısıyla, fiil ehliyeti sınırlaması tesisi için ileri sürülen, TMK.m.194'ün bütün aileyi korumakla birlikte aile konutu üzerinde hak sahibi olan eşi de koruduğu görüşünü kabul etmek mümkün değildir³⁷⁰.

³⁶⁹ B. Öztan, s. 205-206; Süleyman Yalman, “Evlilik Birliğinin Temsili ve Eşlerin Sorumluluğu”, *SÜHFD.*, C. 12, S. 3-4, 2004, s. 16; Can Yalçın Armutçuoğlu, “Aile Konutuna Sağlanan Koruma ve Aile Konutu Şerhinin Hukuki Niteliği”, *MÜHF-HAD.*, C. 17, S. 2, 2001, s. 435; Çetiner, s. 35.

³⁷⁰ Gümüş, *Şerhler*, s. 36.

b) Katılma Hakkı Görüşü

Şıpka'ya göre, günümüz aile modelinde geleneksel rol dağılımı ve buna bağlanan hukuki sonuçlar ortadan kaldırılarak, eşler arasında eşitlik ilkesi benimsenmiştir. Evlilik birliğini korumak amacıyla kuralları ve yönetimi eşlerin eşit hak ve yükümlülükleri ile belirlenmiş bu aile modelinde, eşlerin ortak katılım hakkı evliliğin genel hükümleri ile düzenlenmiştir. Eşlerin kanundan doğan katılma haklarının başında evlilik birliğini birlikte yönetme, ortak konutu birlikte seçme, evin giderlerine birlikte katılma gelmektedir. Eşlerin birlikte seçtikleri aile konutunun sona erdirilmesi bakımından da “birlikte hak sahipliği” esas alınmıştır. Bu nedenle TMK.m.194'de aranan diğer eşin rızası, “katılma hakkı” niteliğindedir³⁷¹.

Aile konutu üzerinde diğer eşe tanınan katılma hakkı, sadece hak sahibi olan eşin düşüncesiz ve kötüniyetli davranışları ile aile konutunun kaybedilmesi sonucunu doğuracak hukuki işlemler bakımından söz konusu olup; aile konutu ile ilgili bütün işlemleri kapsamamaktadır. Bu nedenle, kendisi veya evlilik birliği için üstün bir yararın söz konusu olması durumunda hak sahibi eş, aile konutunu tehlikeye sokan hukuki işlemlerde bulunsa bile, katılma hakkına sahip olan diğer eşin rıza vermesi gerekir. Rızası aranan eş, haklı bir sebep olmaksızın rıza vermekten kaçınamayacağı (TMK.m.194/f.2) için, bu hak aynı zamanda rızası aranan eş bakımından bir yükümlülüktür³⁷².

c) Tasarruf Yetkisi Sınırlaması Görüşü

Bizim de katıldığımız görüşe göre, TMK.m.194/f.1 ile eşlerin tasarruf yetkisine getirilen bir sınırlama söz konusudur. Bu sınırlama ile aile konutu üzerinde hak sahibi olan eş karşısında, diğer eşin ve özellikle evlilik birliğinin korunması amaçlanmıştır. Söz konusu sınırlama nedeniyle TMK.m.194 kapsamına giren hukuki işlemlerin tarafı olan hak sahibi eşin aile konutu üzerine yük getiren borçlandırıcı

³⁷¹ Şıpka, *Aile Konutu*, s. 137 vd.

³⁷² Şıpka, *Aile Konutu*, s. 138; F. Acar, s. 42.

işlemleri geçerli olmakla birlikte; borcun ifası amacıyla yapacağı tasarruf işlemleri, tasarruf yetkisindeki eksiklik nedeniyle geçersiz olur³⁷³.

Evliliğin genel hükümleri arasında yer alan tasarruf yetkisi sınırlamasına ilişkin TMK.m.199 hükmü dikkate alındığında, TMK.m.194'ün tasarruf yetkisi sınırlaması olduğunu kabul etmek gerekir. Kanun koyucu kural olarak, eşlerin hukuki işlem özgürlüğünü kabul etmekle birlikte, evlilik birliğini korumak amacıyla bazı malvarlığı değerlerine ilişkin tasarrufların geçerliliğini diğer eşin rızasına tâbi kılmıştır. Aile konutu ise aile için taşıdığı önem nedeniyle diğer malvarlığı değerlerinden ayrı, özel bir hükümlerle düzenlenmiştir³⁷⁴.

d) Hukuki İşlem Özgürlüğünün Kanundan Doğan Sınırlaması Görüşü

Kılıçoğlu'na göre, aile konutunun maliki olan eşin bazı hukuki işlemleri diğer eşin rızası ile yapabilmesini ne hukuki işlem ehliyetine ne de tasarruf yetkisine getirilmiş bir sınırlama olarak kabul etmek mümkündür. Burada aile konutu üzerindeki bazı hukuki işlemlerin geçerliliği diğer eşin rızasına bağlanarak eşlere birlikte hareket etme ve karar verme yükümlüğü getirilmiştir. Bu nedenle aile konutunun maliki olan eşin bazı hukuki işlemlerinin geçerliliğinin diğer eşin rızasına bağlanması, TMK.m.193'de öngörülen hukuki işlem özgürlüğünün kanundan doğan bir istisnasını teşkil etmektedir³⁷⁵.

e) Yargıtay'ın Görüşü

Yargıtay 2. Hukuk Dairesi 03.05.2005 tarih ve E. 2547/K. 7234 sayılı bir kararı ile "... *Türk Medeni Kanunu'nun 194/1 maddesi (...)’ni hükme bağlamıştır. Bu düzenleme ile Tapu Sicilinde konutun maliki olarak gözüken eşin, hukuki işlem özgürlüğü diğer eşin katılımına, onamına bağlanmıştır. Amaç aile konutunun ve bu*

³⁷³ **Gümüş**, *Şerhler*, s. 36; **S. Ayan**, *Evlilik*, s. 80 vd.; **Dural/Öğüz/Gümüş**, s. 168; **Doğan**, *Aile Konutu*, s. 291-292; **Çabri**, *Aile Konutu*, s. 407.

³⁷⁴ **Doğan**, *Aile Konutu*, s. 293.

³⁷⁵ **Kılıçoğlu**, *Eşin Rızası*, s. 3. Aynı görüş için bkz. **Sirmen**, *Eşya*, s. 246.

konutla ilgili kanuni hakları koruma altına almaktır” demek suretiyle katılma hakkı görüşünü kabul etmiştir³⁷⁶.

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, 19.10.2005 tarih ve E. 652/K. 583 sayılı kararı ile *“Bu hüküm göstermektedir ki, aile konutu özel bir konuma ve öneme sahip kılınmış ve üzerindeki tasarruf yetkisi yasa ile sınırlandırılmıştır”* diyerek TMK.m.194 ile hak sahibi eşin tasarruf yetkisinin sınırlandırıldığı görüşünü kabul etmiştir³⁷⁷. Yargıtay HGK., 15.5.2015 tarih ve E. 2013/2-2306, K. 2015/1356 sayılı yeni bir kararında ise, *“Aile konutu şerhi konulmuş olmasa da eşlerin birlikte yaşadıkları aile konutu üzerindeki fiil ehliyetleri sınırlandırılmıştır”* demek suretiyle TMK.m.194 hükmü ile hak sahibi olan eşin fiil ehliyetinin sınırlandırıldığı görüşünü benimsemiştir³⁷⁸.

6. Eşin Rızasının Zamanı

Türk Medeni Kanunu m.194/f.1 uyarınca, hak sahibi olmayan eş rızasını işlemin yapılmasından önce, işlem sırasında veya işlem yapıldıktan sonra verebilir. İşlemin yapılmasından önce veya işlem sırasında eşin rızası alınamamışsa, yetkisiz temsile ilişkin TBK.m.46 hükmünün kıyasen uygulanması sonucu, rızası aranan eşe uygun bir süre verilir. Bu süre sonunda rızası aranan eş, işlemi onaylarsa söz konusu işlem baştan itibaren geçerli hale gelir³⁷⁹. Bu yönüyle kefalet sözleşmesinde diğer eşin rızası ile aile konutu üzerinde taşınmaz rehni kurmada diğer eşin rızası farklı özelliklere sahiptir. Şöyle ki, eşlerden birinin kefalet sözleşmesi kurulabilmesi için diğer eşin, sözleşme kurulmadan önce veya en geç sözleşme kurulduğu sırada rıza vermiş olması gerekirken; aile konutu üzerinde taşınmaz rehni kurmada işlem yapıldıktan sonra da diğer eşin bu işlemi onaylaması mümkündür.

³⁷⁶ Yarg. 2. HD., T. 03.05.2005, E. 2547/K. 7234 (**Kazancı Bilişim**, Bilgi İçtihat Bankası).

³⁷⁷ Yarg. HGK., T. 19.10.2005, E. 652/K. 583 (**Kazancı Bilişim**, Bilgi İçtihat Bankası).

³⁷⁸ Yarg. HGK., T. 15.5.2015, E. 2013/2-2306, K. 2015/1356 (**Kazancı Bilişim**, Bilgi İçtihat Bankası).

³⁷⁹ **Gümüş**, *Şerhler*, s. 43; **Şıpka**, *Aile Konutu*, s. 141; **B. Öztan**, s. 207; **Barlas**, *Hukuki İşlem*, s. 128-129; **Dural/Öğüz/Gümüş**, s. 168; **Çabri**, *Aile Konutu*, s. 407; **Badur**, s. 260.

7. Eşin Rızasının Şekli ve İçeriği

Türk Medeni Kanunu m.194’de diğer eşin rızası bakımından herhangi bir şekil şartı öngörülmemesine rağmen; bu rızanın “açık” olması gerektiği ifade edilmiştir. Bu nedenle, açık olmamakla birlikte, zımni veya kanaat getirici davranışlardan çıkarılan rıza geçerli değildir³⁸⁰. Söz konusu rızanın açık olması koşuluyla, yazılı veya sözlü olarak verilmesi mümkündür. Ancak taşınmazlarla ilgili bir hukuki işleme verilecek rızanın TST.m.16/f.1 uyarınca yazılı olması gerektiğini kabul etmek gerekir. TST.m.16/f.1’e göre, “Kanunlarda ve bu Tüzükte yazılı istisnalar dışında istem olmadıkça tapu sicili üzerinde işlem yapılamaz”. TMK.m.194 eşin rızası bakımından herhangi bir şekil öngörmemiş olsa bile, bu hüküm kanundan doğan bir istisna olarak değerlendirilmemeli ve taşınmazlar üzerinde yapılacak işlemlerin geçerliliği bakımından aranan diğer eşin rızasının “yazılı” olması gerektiği TST.m.16/f.1 uyarınca kabul edilmelidir³⁸¹.

³⁸⁰ **Baygın**, *Değişiklikler*, s. 455; **Kılıçoğlu**, *Eşin Rızası*, s. 6; **Kamacı**, s. 130; **Hacısalihoğlu**, s. 41; **Nohut**, s. 75; **Uçar**, s. 433; Yarg. 2. HD., T. 4.7.2011, E. 2010/21566, K. 2011/11368 “Kanun “açık rızadan” söz ettiğine göre, örtülü (zımni) rıza veya işleme onay verildiği delalet eden bir takım davranışlardan çıkartılan rıza işleme geçerlilik kazandırmaz” (**Kazancı Bilişim**, İçtihat Bilgi Bankası); Yarg. HGK., T. 15.4.2015, E. 2013/2-2056, K. 2015/1201 “Somut olayda, davalı eş dava konusu aile konutu üzerinde diğer davalı banka lehine ipotek tesis etmiş, bu işlem sırasında davalı banka tarafından davacı eşin açık rızası alınmamıştır. İpotek işleminin, davacı ve davalı eş ile aynı çatı altında oturan müşterek çocukların kullandığı krediye teminat teşkil etmek üzere kurulmuş bulunmasının da önemi bulunmamaktadır. Yapılan işlemin geçerli olduğunu kabul etmek imkânsızdır. Hukuk Genel Kurulunda yapılan görüşmeler sırasında bir kısım üyelerce; ipotek işleminin kurulmasına neden olan, davacı ve davalı eş ile aynı çatı altında oturan müşterek çocukların kullandığı krediden ve dolayısıyla da ipotek işleminden davacı eşin haberdar olmadığını kabul etmenin hayatın olağan akışına aykırı olduğu ileri sürülmüş ise de bu görüş Kurul çoğunluğunca benimsenmemiştir. İpoteğin kaldırılması isteminin kabulüne karar verilmesi gerekir” (**Kazancı Bilişim**, İçtihat Bilgi Bankası).

³⁸¹ **Gümüş**, *Şerhler*, s. 42. Aynı yönde görüş için bkz. **Kılıçoğlu**, *Eşin Rızası*, s. 6; **Doğan**, *Aile Konutu*, s. 291; **Ayar**, s. 378; **Armutçuoğlu**, s. 427; Aksi görüşte olan Yargıtay kararı için bkz. Yarg. 2. HD., T. 28.3.2013, E. 2012/16374, K. 2013/8513 “Türk Medeni Kanununun 194. maddesi, aile konutu üzerinde hak sahibi eşin konutla ilgili tasarruflarının geçerliliğini diğer eşin açık rızasına bağlamış, rızaya ilişkin beyanın şeklini göstermemiştir. Rızanın mutlaka resmi şekilde (tapu memuru veya noterde) verilmesi gerektiğine ilişkin bir hüküm Yasa’da yoktur. Kaynak İsviçre öğretisinde rızaya ilişkin beyanın sözlü veya yazılı verilebileceği gibi, işlemin ne olduğu somut olarak belirtilmiş olması şartıyla işlemde önce, işlem sırasında veya işlemde sonra (yapılmış işleme onay verme şeklinde) verilebileceği kabul edilmektedir. Sözlü beyanın ispatta kolaylık sağlamak bakımından tutanağa geçirilmesi kuşkusuz uygun olur. Rıza beyanının geçerliliğinin, tasarruf işleminin tâbi olduğu şekle bağlanması veya geçerlilik için onay belgesindeki imzanın noterce tasdik edilmiş olmasının aranması Yasada olmayan bir

Kanımızca, aile konutu üzerinde hak sahibi eşin taşınmaz rehni kurması bakımından da diğer eşin rızasının “yazılı” olması gerektiğini kabul etmek gerekir. Çünkü TBK.m.584’de düzenlenen kefalet sözleşmesinde diğer eşin rızasının geçerliliği de yazılı şekil şartına bağlanmıştır. Her iki hükmün de evlilik birliğini ve özellikle de diğer eşi korumak amacıyla düzenlendiği düşünülürse, aile konutu üzerinde taşınmaz rehni kurulmasında diğer eşin yazılı rızasını aramak yerinde olur.

Kanun’un açık hükmü gereği, TMK.m.194’de belirtilen hukuki işlemlerin geçerliliği diğer eşin açık rızasına bağlıdır. Söz konusu rızanın belirsiz, soyut ve genel nitelikte olması yeterli olmayıp; hangi hukuki işlem için verildiğinin somutlaştırılarak belirlenmiş olması gerekir³⁸². Bu nedenle hak sahibi eşin aile konutu üzerinde taşınmaz rehni (ipotek-ipotekli borç senedi-irat senedi) kurmak istemesi durumunda, diğer eşin vereceği rızanın taşınmaz rehni (ipotek-ipotekli borç senedi-irat senedi) kurulmasına yönelik olması gerekir. Bunun dışında genel ifadeler kullanılarak, hak sahibi eşin TMK.m.194’de belirtilen bütün hukuki işlemleri yapmasına yönelik genel bir rıza verilmesi geçerli değildir. Bu hükümde geçen “*aile konutu üzerindeki hakları sınırlayan*” hukuki işlemlere verilecek rıza da açıklıktan uzak, genel bir rıza niteliğindedir. Bunun için söz konusu rızanın, aile konutu üzerindeki hakları sınırlayan hukuki işlemlerden biri olan taşınmaz rehni türlerinden (ipotek-ipotekli borç senedi-irat senedi) hangisi için verildiğinin de açıkça belirtilmesi gerekir.

Aile konutu üzerinde yapılacak işlemin içeriğinin bütün ayrıntıları kararlaştırılmamış olsa bile, ne zaman yapılacağına da belirlenmiş olması gerekir. Belirli bir işlemin yapılmasına yönelik önceden verilmiş genel ve soyut bir rıza da

unsuru yasaya dahil etmek anlamına gelir. İpotek tesisine ilişkin işlemde önce tapu kütüğünde konunun "aile konutu" olduğunu gösteren bir şerh mevcut olmadığına göre, işlemi gerçekleştiren tapu sicil memurunun işlemi yapmaya yetkili olan hak sahibinden, eşinin işleme yazılı izninin istemesi de Tapu Sicili Tüzüğüne göre mümkün değildir. İşleme onay verildiğine ilişkin belgenin onay verenin kimliği görülerek resmi memur huzurunda alınması gerektiğine ilişkin de bir düzenleme bulunmamaktadır” (Kazancı Bilişim, İçtihat Bilgi Bankası).

³⁸² **Doğan**, *Şerh*, s. 92; **Gümüş**, *Şerhler*, s. 41; **Dural/Öğüz/Gümüş**, s. 168; **Kamacı**, s. 131; **Barlas**, *Hukuki İşlem*, s. 128; **B. Öztan**, s. 207; **Badur**, s. 260.

yeterli değildir³⁸³. Bu nedenle, aile konutu üzerinde belirsiz bir zamanda kurulacak taşınmaz rehni işlemine (ipotek-ipotekli borç senedi-irat senedi) verilen genel bir rıza hüküm ifade etmez. Bu rızanın hüküm ifade etmesi, en azından bu işlemin ne zaman yapılacağına belirlenebilir olmasına bağlıdır.

8. Hakimin Müdahalesi

a) Genel Olarak

Türk Medeni Kanunu m.194/f.2'e göre, “*Rızayı sağlayamayan veya haklı bir sebep olmadan kendisine rıza verilmeyen eş, hâkimin müdahalesini isteyebilir*”. Bu hükümden açıkça anlaşıldığı gibi hakimin müdahalesi iki durumda söz konusu olur.

Birincisi, rızası aranan eşin nerede olduğunun bilinmemesi, hastalık, kazaya uğrama veya ruhsal hastalıklar gibi nedenlerle rızasının alınmasının imkânsız olmasıdır. Bu gibi durumlarda hak sahibi olan eş, hakime başvurarak söz konusu işlemi tek başına yapabilmek için yetki isteyebilir³⁸⁴.

İkinci olarak, rızası aranan eşin haklı bir sebep olmaksızın rıza vermekten kaçınması durumunda da, hak sahibi eş, TMK.m.194/f.1'de belirtilen işlemlerden birini tek başına yapabilmek için hakimin müdahalesini talep edebilir. Bu durumda rıza vermekten kaçınan eşin dürüstlük kurallarına aykırı davranarak, rıza vermeme konusundaki hakkını kötüye kullanması söz konusu olur³⁸⁵.

³⁸³ Rona **Serozan**, “Aile Konutunun Şerhine Değişik Bir Yaklaşım”, *Prof. Dr. Zahit İmre'ye Armağan*, İstanbul 2009, s. 282; B. **Öztan**, s. 207; Örneğin, kiracı eşin kiraya veren ile kurduğu kira sözleşmesinde, diğer eşin, ileride yapılacak fesih bildirimleri için vereceği rıza geçerli değildir. **Şıpka**, *Aile Konutu*, dn. 479, s. 141; **Uçar**, s. 433; **Armutçuoğlu**, s. 427; **Badur**, s. 260.

³⁸⁴ **Gümüş**, *Şerhler*, s. 44; **Dural/Öğüz/Gümüş**, s. 169; B. **Öztan**, s. 208; **Nohut**, s. 78; **Barlas**, *Hukuki İşlem*, s. 129-130; Hukuki işlemin yapılmaması telafisi güç sonuçlara neden olacağı için bir an önce yapılması gerekiyorsa, hak sahibi olan eşin hakimin müdahalesini talep etmeden de söz konusu işlemleri yapabileceğini kabul etmek gerektiği savunulmaktadır. Bkz. **Şıpka**, *Aile Konutu*, s. 174; **Uçar**, s. 435; **Badur**, s. 264.

³⁸⁵ **Şıpka**, *Aile Konutu*, s. 174-175; **Barlas**, *Hukuki İşlem*, s. 130.

b) Taşınmaz Rehni Kurulmasında Hakimin Müdahalesi

Aile konutu üzerinde taşınmaz rehni (ipotek-ipotekli borç senedi-irat senedi) kurulmasına diğer eşin rıza vermemesi durumunda da hakimin müdahalesi söz konusu olabilir. Şöyle ki, aile konutunun onarılması amacıyla, eşin ödeme gücünü aşmayacak miktarda kredi çekerek aile konutu üzerinde ipotek kurmak istemesi halinde diğer eşin rıza vermekten kaçınması “haklı sebeple kaçınma” olarak değerlendirilemez³⁸⁶. Aynı şekilde, ailenin hayati önem taşıyan bir sağlık sorununu gidermek için ihtiyaç duyulan paranın temini amacıyla aile konutunun ipotek edilmek istenmesi durumunda da diğer eşin rıza vermekten kaçınması haklı sebep olarak kabul edilemez³⁸⁷. Bu gibi diğer eşin haklı bir sebep olmaksızın aile konutu üzerinde ipotek kurulmasına rıza vermekten kaçındığı durumlarda hak sahibi olan eş, hakimin müdahalesini talep edebilir. Hakim, rıza vermekten kaçınan eşin haklı bir sebebe dayanıp dayanmadığını, müdahale talebinde bulunan eşin söz konusu işlemin icrasındaki menfaati ile diğer eşin ve genel olarak ailenin menfaatini bir arada değerlendirerek belirler. Örneğin, aile konutu ayrıca yeterli bir teminata bağlanmışsa veya aile konutu olarak kullanılabilir hâlihazır başka bir konut varsa, rızası aranan eşin haklı bir sebep olmaksızın rıza vermekten kaçındığı kabul edilebilir³⁸⁸. Hakim yapacağı değerlendirme sonucunda haklı sebebin bulunmadığına kanaat getirirse, hak sahibi eşin ipotek kurma konusunda tek başına yetkili kılabilir. Hak sahibi eşin tasarruf yetkisindeki eksikliği gideren bu yetki, ipotek işleminin askıda hükümsüz olduğu süreçte verildiyse, ipotek işlemi geçmişe etkili olarak geçerli hale gelir. Buna rağmen ipotek işlemi diğer eşin rızası alınmaksızın yapılmış ve diğer eş ipotek işlemi onaylamamışsa artık kesin hükümsüzlük söz konusu olur. Bundan sonra hakim tarafından verilecek yetki ipotek işlemi geçerli hale getirmeyeceği için işlemin yeniden yapılması gerekir³⁸⁹. Aynı şekilde, aile konutunun değerinin bağımsızlaştırılarak ipotekli borç senedi veya irat senedinin güvencesini

³⁸⁶ Şıpka, *Aile Konutu*, s. 171; Kılıçoğlu, *Eşin Rızası*, s. 23; Kılıçoğlu, *Aile*, s. 257.

³⁸⁷ F. Acar, s. 76.

³⁸⁸ Gümüüş, *Şerhler*, s. 45.

³⁸⁹ Barlas, *Hukuki İşlem*, s. 130.

oluşturmasına diğer eşin haklı bir sebep olmaksızın rıza vermekten kaçınması durumunda da hakimin müdahalesi söz konusu olabilir.

9. Eşin Rızası Alınmaksızın Kurulan Taşınmaz Rehninin Sonuçları

a) Genel Olarak

Eşin rızası alınmaksızın yapılan hukuki işlemin akıbetine ilişkin Kanun'da herhangi bir hüküm bulunmamakla birlikte, TMK.m.194/f.1'e göre, "*Eşlerden biri diğer eşin rızası bulunmadıkça, ..., aile konutunu devredemez veya aile konutu üzerindeki hakları sınırlayamaz*". Bu noktada eşin rızası alınmaksızın yapılan hukuki işlemlerin hangi geçersizlik türüne tâbi olacağıın belirlenmesi gerekir. Eşin rızası alınmaksızın yapılan hukuki işlemler askıda hükümsüzdür. Gerekli rıza alınmaksızın yapılan askıda hükümsüz işlem, eş tarafından onaylanırsa geçmişe etkili olarak geçerlilik kazanır; aksi takdirde ise, işlem yapıldığı andan itibaren kesin hükümsüz hale gelir³⁹⁰.

Diğer eşin rızası alınmaksızın yapılan hukuki işlemin askıda hükümsüz olduğu süreçte evlilik; kesinleşmiş boşanma veya butlan kararı ya da ölümle sona ererse konut aile konutu niteliğini kaybederek TMK.m.194 kapsamından çıkacağı için, söz konusu işlemin kendiliğinden geçerli hale geleceğini kabul etmek gerekir. Buna rağmen, eşin işleme onay vermediğini açıklamasından sonra evlilik sona ererse (kesinleşmiş boşanma veya butlan kararı, ölüm), işlem onayın verilmemesi ile baştan itibaren kesin hükümsüz hale geleceği için, söz konusu durumların işleme geçerlilik kazandırması mümkün değildir³⁹¹. Bu açıklamalar ışığında, diğer eşin rızası

³⁹⁰ **Şıpka**, *Aile Konutu*, s. 149; **Doğan**, *Aile Konutu*, s. 291; **Barlas**, *Hukuki İşlem*, s. 128-129; **Badur**, s. 260; **Vardar Hamamcıoğlu**'na göre, aile konutuna ilişkin sınırlama mutlak tasarruf yasağı niteliğindedir. Bu nedenle tasarruf yetkisi olmaksızın yapılan işlemin kesin hükümsüzlük yaptırımı tâbi olması gerekir. Kesin hükümsüz olan bir işlemin ise sonradan onaylanmak suretiyle geçerli hale getirilmesi mümkün değildir. Ancak buradaki atipik durumdan dolayı kesin hükümsüzlük yaptırımı değil, askıda hükümsüzlük yaptırımı tercih edilmelidir. Bkz. Gülşah **Vardar Hamamcıoğlu**, *Medeni Hukuk'ta Tasarruf İşlemi Kavramı*, İstanbul 2014, s. 364; **Gümüş**'e göre ise, burada butlan benzeri kendine özgü bir hükümsüzlük söz konusudur. Ancak yazara göre bu sonuç, eşin rızası alınmaksızın yapılan tasarruf işleminin askıda olan hükümsüzlüğünün rıza verilmeyeceğinin kesinleşmesiyle kesin hükümsüzlüğe dönüşmesinden sonra etkili olur. Bkz. **Gümüş**, *Şerhler*, s. 46-47.

³⁹¹ **Barlas**, *Hukuki İşlem*, s. 129; **Şıpka**, *Aile Konutu*, s. 171.

alınmaksızın aile konutu üzerinde taşınmaz rehni (ipotek-ipotekli borç senedi-irat senedi) kurulması durumunda, söz konusu işlem askıda hükümsüz olur. Diğer eş, verilecek uygun süre içerisinde işlemi onaylarsa, işlem geçmişe etkili olarak hüküm ve sonuçlarını doğurur; onaylamazsa, işlem baştan itibaren kesin hükümsüz olur. Eşe verilecek uygun süre içerisinde (henüz askıda hükümsüz olduğu süreçte) evliliğin sona ermesi ihtimalinde ise, TMK.m.194 kapsamında çıkan konut üzerindeki taşınmaz rehni işlemi, diğer eşin rızasına gerek olmaksızın geçerli hale gelir.

b) Aile Konutu Şerhinin Etkisi

(1) Genel Olarak

Türk Medeni Kanunu kaynak İsviçre Medeni Kanunu'ndan³⁹² farklı olarak taşınmazın tapu kütüğü sayfasına aile konutu şerhi konulabilmesini öngörmüştür³⁹³. Aile konutu şerhi ile aile konutunun devri veya haklarla sınırlandırılmasına karşı rızası alınmayan eşe bir güvence getirilmesi amaçlanmıştır³⁹⁴. Türk Hukukunda önceleri malik olmayan eşin tek taraflı şerh talebinde bulunamayacağı, ancak mahkeme kararı ile aile konutuna ilişkin şerhin konulabileceği kabul edilmekteydi. Ancak bu konuya ilişkin TMK.m.194/f.3, aile konutu üzerinde hak sahibi olmayan eşin tapu kütüğüne işlenecek aile konutu şerhini tek başına talep edebileceğini açıkça

³⁹² İMK.m.169'da aile konutu şerhine ilişkin bir hüküm bulunmadığı için, İsviçreli hukukçular, aile konutu ile ilgili diğer eşin rızasına bağlı hukuki işlemlerde iyiniyetle aynı hak kazanımını genel hükümler çerçevesinde değerlendirmektedirler. Buna göre, mevcut olmayan veya sahte bir rızaya güvenen kişilerin iyiniyeti korunmaz. Ancak, iyiniyeti koruyan özel hükümlerin varlığı halinde iyiniyetin korunacağı savunulmaktadır. Bkz. **Kılıçoğlu**, *Aile*, s. 253.

³⁹³ **Gümüş**, *Şerhler*, s. 49; **Günergök**, s. 252-253; Hakan **Acar**, "Türk Medeni Kanunu m.194 Kapsamında Aile Konutu Üzerinde İyiniyetli Üçüncü Kişilerin Hak Kazanımı", *Kazanıcı Hakemli Hukuk Dergisi*, S. 47-48, 2008, s. 12; Adem **Baştürk**, "Türk Hukukunda Aile Konutu, Aile Konutuna İlişkin Sınırlamanın Hukuki Niteliği ve Üçüncü Kişilere Etkisi", *Legal Hukuk Dergisi*, C. 5, S. 53, 2007, s. 1534.

³⁹⁴ Aile konutu şerhi, aynı zamanda mülkiyet hakkına sahip olan eşin menfaatlerini de korumaktadır. Şöyle ki, malik olan eşin birden fazla konutunun olması ihtimalinde, bunları başkasına devrederken veya bunlar üzerinde sınırlı aynı haklar kurarken; lehine hak tesis edilecek kişiler, diğer eşin rızası bulunmaması sebebiyle söz konusu işlemleri yapmaktan kaçınabilecekleri gibi, tapu daireleri de aynı sebeple işlem yapmaktan çekinebilirler. Bu nedenle hangi konutun aile konutu olduğuna ilişkin şerhin bulunması, diğer konutlarla ilgili işlemlerde söz konusu olabilecek tereddütleri ortadan kaldırır. Bkz. **Kılıçoğlu**, *Aile*, s. 252-253.

düzenlemiştir³⁹⁵. Buna ilişkin TMK.m.194/f.3 hükmüne göre, “Aile konutu olarak özgülünen taşınmaz malın maliki olmayan eş, tapu kütüğüne konutla ilgili gerekli şerhin verilmesini tapu müdürlüğünden isteyebilir”³⁹⁶. Aynı şekilde TST.m.17/f.2’de de paralel bir düzenleme vardır. Bu hükmüne göre, “Aile konutu olarak özgülünen taşınmazın maliki olmayan eş, tapu kütüğüne konutun aile konutu olduğuna dair şerhin verilmesini isteyebilir”. Tasarruf yetkisini yasaklayan şerhler için aranacak belgelere ilişkin TST.m.49/f.1/b.c’ye göre; “Aile konutu şerhi için merkezi nüfus idaresi sisteminden veya nüfus müdürlüğünden alınan yerleşim yeri belgesi ile medeni hali gösterir nüfus kayıt örneği, aranır”. Bu düzenleme ile hak sahibi olmayan eşin, yerleşim yeri belgesi ve medeni haline ilişkin nüfus kayıt örneği ile mahkeme kararına gerek olmaksızın şerh talebinde bulunabileceği TMK.m.194/f.3’e paralel olarak düzenlenmiştir. Ayrıca Çevre ve Şehircilik Bakanlığı Tapu ve Kadastro Genel Müdürlüğü Tapu Dairesi Başkanlığı tarafından düzenlenen 1756 (2014/4) numaralı genelgede de aile konutu şerhi ile ilgili hükümler yer almaktadır³⁹⁷. Bu bağlamda, aile konutu üzerinde hak sahibi olmayan eş, aile konutunun hak sahibi eş tarafından taşınmaz rehnine konu edilmesini önlemek için şerh talebinde bulunabilir.

(2) Aile Konutu Şerhinin Hukuki Niteliği ve İyiniyetle Taşınmaz Rehni Kazanımına Etkisi

Tapu kütüğüne yapılacak olan aile konutu şerhinin hukuki niteliği ve aynı hak kazanımına etkisi TMK.m.194 hükmünde belirtilmediği için açıklığa kavuşturulması

³⁹⁵ **Gümüş**, *Şerhler*, s. 54-55; **H. Acar**, s. 12; **Çabri**, *Aile Konutu*, s. 411; Fatih 1. Asliye Hukuk Mahkemesi, T. 5.2.2002, E. 2002/74 “Davacı tarafından davalı aleyhine açılan boşanma davasında;... adresinde bulunan ve tapunun ... Parselinde belirtilen taşınmazın MK.m.194 maddesi uyarınca, aile konutu olduğuna ilişkin tapuya şerh verilmesine karar verilmiştir”. Bkz. **Şıpka**, *Aile Konutu*, dn. 554, s. 163.

³⁹⁶ 6.2.2014 tarih ve Sayılı Kanun’un 44. maddesi ile bu fıkrada yer alan “şerhin verilmesini” ibaresinden sonra “tapu müdürlüğünden” ibaresi eklenmiştir.

³⁹⁷ Çevre ve Şehircilik Bakanlığı Tapu ve Kadastro Genel Müdürlüğü Tapu Dairesi Başkanlığı tarafından düzenlenen 1756 (2014/4) numaralı genelgeye göre, “Malik olan veya olmayan eşin ya da eşlerden her ikisinin birlikte, gerekli belgeler ile istemde bulunmaları durumunda, tapu siciline “aile konutu” şerhi verilebilir. Tescil, tapu sicilinin şerhler hanesine “Aile Konutu Şerhi-Tarih-Yevmiye Numarası” şeklinde yapılır”.

gereken hususlardan biridir. Bu konuya ilişkin doktrinde çeşitli görüşler ileri sürülmektedir.

(a) İşlem Tarafının İyiniyetinin Korunacağı Görüşü

Kılıçoğlu'na göre, malik olmayan eş tarafından talep edilebilecek aile konutu şerhi, TMK.m.1009/f.1'de yer alan “şerhedilebileceği kanunlarda açıkça öngörülen diğer haklar”ın şerhi kapsamına girer. TMK.m.194/f.3 hükmü ile aynı hak sahibi olmayan eş, konutun aile konutu olduğunu tapuya bildirerek söz konusu konutla ilgili devir ve konut üzerindeki hakları sınırlandıran diğer işlemlerde malikin tasarruf yetkisini sınırlandıran şerh işlemi yaptırabilme imkânı tanınmıştır³⁹⁸. Bu görüşe göre, kanun koyucu TMK.m.194/f.3 ile TMK.m.194/f.1 hükmü kapsamına giren işlemler bakımından tapu siciline güven ilkesine istisna getirmeyi amaçlamamıştır. TMK.m.194/f.3 ile tapuya aile konutuna ilişkin şerh verilmesi imkânı getirilerek, söz konusu şerhin verilmemesi durumunda tapudaki kayda güvenerek hak sahibi eşten aynı hak kazanan iyiniyetli kişilerin korunacağı sonucuna ulaşılabılır. Bu nedenle, TMK.m.1023³⁹⁹ uyarınca tapu kütüğüne güvenerek hak sahibi eşten aynı hak kazanan iyiniyetli kişilerin bu kazanımı korunur. Ancak işlem tarafı, TMK.m.194/f.1 hükmü kapsamına giren hukuki işlemlerin konusunun aile konutu olduğunu biliyor veya işlem tarafının bunu bilmesi gerekiyorsa, bu kişinin iyiniyetinden söz edilemeyeceği için aynı hak kazanımı da söz konusu olamaz⁴⁰⁰. Bu görüş kabul edildiği takdirde, hak sahibi eş, üzerinde aile konutu şerhi bulunmayan taşınmazı rehnerse, işlem tarafı iyiniyetli olması koşuluyla korunur. Yani iyiniyetli kişinin aynı bir hak (taşınmaz rehni) kazanımı gerçekleşir.

(b) Üçüncü Kişinin İyiniyetinin Korunacağı Görüşü

Türk Medeni Kanunu m.194 kapsamına giren işlemlerde aranan diğer eşin rızasını kanundan doğan bir katılma hakkı olarak kabul eden yazarlara göre,

³⁹⁸ Kılıçoğlu, *Aile*, s. 254-255.

³⁹⁹ TMK.m.1023'e göre, “*Tapu kütüğündeki tescile iyiniyetle dayanarak mülkiyet veya bir başka aynı hak kazanan üçüncü kişinin bu kazanımı korunur*”.

⁴⁰⁰ Kılıçoğlu, *Aile*, s. 253-254; Kılıçoğlu, *Eşin Rızası*, s. 20-21; Ertaş, s. 174; Ekrem Kurt, *Tapu Sicilinin Düzeltilmesi*, İstanbul 2004, s. 61-62; Ayrıca bkz. S. Ayan, *Evlilik*, s. 103-105.

TMK.m.194/f.3 ile getirilen şerh açıklayıcı nitelikte olup, sadece işlemin karşı tarafından yolsuz tescile güvenerek aynı hak kazanan iyiniyetli üçüncü kişilerin kazanımlarını engellemek için düzenlenmiştir. Bu görüşe göre, birlikte karar verme hakkı ile “ailenin ve diğer eşin üstün menfaati” malik olan eşle işlem yapan kişinin iyiniyeti karşısında korunur. Dolayısıyla hak sahibi olan eşten aynı hak elde eden işlem tarafı iyiniyetli olsa dahi korunmaz. Buna karşılık, işlem tarafı adına tapuda yapılan kayda güvenerek aynı hak kazanan üçüncü kişilerin iyiniyeti korunur. İşte iyiniyetli üçüncü kişilerin aynı hak kazanımını engellemek isteyen diğer eş, aile konutu şerhi verilmesini talep edebilir⁴⁰¹.

Türk Medeni Kanunu m.194/f.3’de düzenlenen şerhi yersiz ve gereksiz bulan Serozan’a göre ise, aile konutu şerhini TMK.m.1011 anlamında geçici tescil şerhi olarak kabul etmek gerekir. Bu çerçevede, aile konutunun maliki olmayan eş, tapu kütüğüne ilgili şerhin verilmesini devirden sonra ancak tapu sicilinin düzeltilmesi davasından önce talep edebilir⁴⁰².

Bizim de katıldığımız diğer görüş ise, tapudaki kayda güvenen iyiniyetli işlem tarafının hak sahibi eşten aynı hak kazanamayacağını, TMK.m.194’ün “tasarruf yetkisi sınırlaması” olması ile açıklamaktadırlar. Bu görüşe göre, aile konutuna ilişkin yapılacak şerh, kanundan doğan tasarruf yetkisi kısıtlamasının aleni hale getirilmesini sağlayan, açıklayıcı nitelikte, gerçek olmayan bir tasarruf yetkisi kısıtlaması şerhidir (TMK.m.1010). Aile konutu üzerinde hak sahibi olan eşin diğer eşin rızası olmaksızın TMK.m.194 kapsamındaki işlemleri yapması tasarruf yetkisindeki eksiklik nedeniyle geçersizdir. Bu durumda, tapuda yapılan işlemin geçerli olabilmesi tasarruf yetkisindeki eksikliğin giderilmesine bağlı olduğu için tasarruf yetkisi olmaksızın tapuya yapılacak tescil işlemi kesin hükümsüz olur. Dolayısıyla, hak sahibi eşle işlem yapan kişi iyiniyetli olsa bile TMK.m.1023

⁴⁰¹ **Şıpka**, *Aile Konutu*, s. 159 vd.; Ömer **Bağcı**, “Aile Konutu Üzerinde Tasarruf”, *Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. IV, S. 2, 2007, s. 171; **Baştürk**’e göre, TMK.m.1023’ün malik eşten aynı hak iktisap eden kişiye uygulanamayacağı sonucu bakımından, aile konutuna ilişkin sınırlamanın hukuki niteliğinin hangi görüşe göre belirlendiğinin hiçbir önemi yoktur. Bkz. **Baştürk**, s. 1548.

⁴⁰² **Serozan**, *Aile Konutu*, s. 285 vd. Aynı görüş için bkz. **Armutcuoğlu**, s. 435.

kapsamında korunarak aynı hak kazanamayacaktır⁴⁰³. Çünkü TMK.m.1023’de düzenlenen tapu siciline güven ilkesi, görünürdeki tescil ile gerçek hak sahibinin farklı olması (yolsuz tescil) durumunda söz konusu olur. Tapu siciline güven ilkesi, yolsuz tescilin söz konusu olduğu durumlarda uygulanma alanı bulan ve adına yolsuz tescil bulunan kişiyle işlem yapan iyiniyetli üçüncü kişilerin aynı hak kazanımını koruyan bir kurumdur. Rızası aranan eşin istemi halinde yapılan ve açıklayıcı bir işleve sahip olan şerhin yapılmamış olması aile konutuna ilişkin tapu kaydını yolsuz hale getirmez⁴⁰⁴.

Kanımızca aile konutuna ilişkin bir şerh söz konusu olmasa bile, hak sahibi eşin aile konutu üzerinde taşınmaz rehni (ipotek-ipotekli borç senedi-irat senedi) kurması mümkün değildir. Diğer eşin rızası alınmaksızın kurulan taşınmaz rehni işlemine dayanılarak tapuya yapılacak tescil, tasarruf yetkisindeki eksiklik nedeniyle yolsuz bir tescildir. İşlem tarafının iyiniyetli olması da bu sonucu değiştirmez. Ancak iyiniyet, işlem tarafının üçüncü bir kişi ile taşınmaz rehni kurması bakımından önem arz etmektedir. Şöyle ki, yolsuz tescilde hak sahibi olarak görünen kişi ile taşınmaz rehni kurmak suretiyle aynı hak kazanan iyiniyetli üçüncü kişinin bu kazanımı korunur. Böyle bir taşınmaz rehni ile aile konutu üzerindeki haklarının sınırlanmasını istemeyen diğer eş, aile konutu şerhi verdirmek suretiyle iyiniyetli üçüncü kişinin aynı hak kazanımını engelleyebilir.

Buraya kadar aile konutu şerhi verilmemiş olmasının etkileri incelenmiştir. Aile konutu şerhi verilmiş olması ihtimali de konumuz açısından ayrı bir öneme sahiptir. Gümüş’e göre, TMK.m.194, TMK.m.199’un özel bir uygulama hükmü olmasına rağmen TMK.m.194/f.3’de düzenlenen şerhin, TMK.m.199/f.3’deki şerhin tapu kütüğünü kilitleyici etkisi ile paralellik taşıması gerekmez. Çünkü aile konutuna

⁴⁰³ **Barlas**, *Hukuki İşlem*, s. 126; **Doğan**, *Şerh*, s. 189; **Çabri**, *Aile Konutu*, s. 409; **Gümüş**, *Şerhler*, s. 52 vd. Ancak hak sahibi eşle işlem yapan iyiniyetli kişi, şartları varsa olağan zamanaşımı (TMK.m.712) ve olağanüstü zamanaşımı (TMK.m.713) yoluyla aynı hak kazanabilecektir. Olağan zamanaşımı ve olağanüstü zamanaşımı hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir**, s. 419 vd; **Akipek/Akıntürk**, s. 481 vd; Mehmet **Ayan**, *Eşya Hukuku II, Mülkiyet*, 7. bs., Konya 2014, s. 237 vd.

⁴⁰⁴ **Çabri**, *Aile Konut*, s. 409; **Dural/Öğüz/Gümüş**, s. 169-170; **Barlas**, *Hukuki İşlem*, s. 126; **Ayar**, s. 381-382.

ilişkin tasarruf yetkisi sınırlaması kanun gereğince kendiliğinden meydana gelmesine rağmen TMK.m.199'a dayanan tasarruf yetkisi sınırlaması ise hakim kararına dayanır⁴⁰⁵. Aksi görüşte olan Doğan'a göre ise, TMK.m.194/f.1 dikkate alınırsa aile konutu şerhinin kısmi tapu kütüğü kilitlenmesine yol açacağı kabul edilebilir. Yazar, şerhin etkisi açısından tasarruf yetkisi sınırlamasının kanun gereği kendiliğinden ortaya çıkması ile hakim kararına dayanması arasında herhangi bir fark bulunmadığını kabul etmektedir⁴⁰⁶.

Kanımızca aile konutu şerhi bakımından TST.m.49 dikkate alınmaksızın bir değerlendirme yapılması mümkün değildir. TST.m.49 uyarınca TMK.m.194/f.3'de düzenlenen aile konutu şerhi, tapu kütüğü sayfasını kilitleyici bir niteliğe sahiptir. Bunun sonucu olarak taşınmaz niteliğindeki bir aile konutu üzerinde şerh mevcutsa, bu aile konutunun tapu kütüğü sayfası TMK.m.194/f.1'de öngörülen işlemlere kapanır. Bu işlemlerin yapılabilmesi, şerhin kaldırılarak tapu kütüğü sayfasının işlemlere açılmasına ve söz konusu işlemlere hak sahibi olmayan eşin rıza göstermesine bağlıdır. Bu bağlamda aile konutu üzerinde şerh varsa, söz konusu taşınmazın tapu kütüğü sayfası TMK.m.194/f.1 kapsamında taşınmaz rehni (ipotek-iptekli borç senedi-irat senedi) işlemlerine de kapanır. Dolayısıyla aile konutu şerhi bulunan bir taşınmaz üzerinde rehin kurulması mümkün değildir. Bu belirlemeden sonra birkaç nokta üzerinde durmak gerekir. TST'de tasarruf yetkisini kısıtlayan şerhler yanında (TST.m.48), tasarruf hakkını yasaklayan şerhler (TST.m.49) de öngörülmüştür. TST.m.49/f.1/b.c'e göre tasarruf hakkını yasaklayan şerhlerden biri de aile konutu şerhidir. Tapu Sicil Tüzüğü ile tasarruf hakkını yasaklayan şerhlerin düzenlenmesi TMK.m.1010 ile TST.m.49 arasında bir takım çelişkilerin ortaya çıkmasına sebep olmuştur. İlk olarak TMK.m.1010, tasarruf hakkının yasaklanmasına ilişkin olmayıp bu hükümde tasarruf yetkisinin kısıtlanması düzenlenmiştir. Bu nedenle kanunun tanıdığı hakkın, idari bir tasarruf olan Tüzük ile geri alınması mümkün değildir. Ayrıca aile konutu şerhinin kanundaki dayanağı

⁴⁰⁵ **Gümüş**, s. 52.

⁴⁰⁶ **Doğan**, *Şerh*, s. 191.

TMK.m.194/f.3 olmasına rağmen TST.m.49 ile yapılan düzenleme, hukukumuzun benimsediği usul ve tekniğe de uygun değildir⁴⁰⁷.

(c) Yargıtay'ın Görüşü

Yargıtay şerhin hukuki niteliğine ve etkisine ilişkin tespitlerini HGK. kararı⁴⁰⁸ ile ortaya koymuştur. Hukuk Genel Kurulu öncelikle, aile konutuna ilişkin şerhin açıklayıcı nitelikte olduğunu belirtmiştir. Bundan çıkan sonuç aile konutuna sağlanan korumanın şerhe bağlı olmayıp, şerhten önce etkisini göstermesidir. Buna rağmen Genel Kurul, şerhin varlığının anlam taşıyacağı kişinin malik olan eşle işlem yapan kişi olduğunu kabul etmiştir. Diğer bir deyişle Genel Kurula göre, tapu sayfasında aile konutu şerhi yoksa işlem tarafı kişinin aynı hak kazanımı iyiniyetli olması koşuluyla korunur. Bu olasılıkta hak sahibi olmayan eşin, hak sahibi eşle işlem yapan kimsenin kötünietini ispat etmekten başka yolu kalmamaktadır. Bu kanaatini TMK.m.1023'e göre temellendiren Yargıtay'a göre, TMK.m.194, TMK.m.1023'ü dışlamaz⁴⁰⁹. Yargıtay HGK. aile konutu şerhi verilmesi istemine ilişkin bir kararında da şerhin etkisine ilişkin tespitlerini yinelemiştir. Bu karara göre, *"Aile konutu olarak özgülünen taşınmazın mülkiyetinin devri diğer eşin rızasına bağlı bir hukuki işlem olarak kabul edilmiştir. Aile konutu olarak özgülünen taşınmaz malın maliki olmayan eş tarafından, tapu kütüğüne konutla ilgili gerekli şerhin*

⁴⁰⁷ Mehmet Ünal/Veysel Başpınar, *Şekli Eşya Hukuku*, 7. bs., Ankara 2015, s. 309.

⁴⁰⁸ Yarg. HGK., T. 4.10.2006, E. 2-591/K. 624 *"...Aile konutu olarak özgülünen taşınmaz malın maliki olmayan eş tarafından tapu kütüğüne konutla ilgili gerekli şerhin verilmesi istenilmemiş olsa bile işlem tarafı iyiniyetli üçüncü kişinin aynı hak kazanımı 4721 sayılı TMK'nın 1023. maddesi hükmü ile korunmuştur. Şerhin etkisi ise eşin rızası alınmadan gerçekleştirilen kazandırıcı işlemlerin üçüncü kişinin iyiniyetine rağmen geçersiz sayılacağına yöneliktir. Tapu iptali ve tescil ile aile konutu şerhi verilmesi davasında, eşler tarafından kendilerine aile konutu olarak özgülünen dava konusu taşınmazın davalılarca satın alınırken aile konutu olduğunun ve davacının satışa rızasının bulunmadığının bilindiği anlaşıldığından, tapuya güven ilkesini öngören 1023. madde koşulları işlem tarafı üçüncü kişiler bakımından gerçekleşmediğinden, davanın kabulüne karar verilmesi gerekirken, mahkemece, tasarruf yetkisi sınırlamasının şerh ile doğacağı, bir başka deyişle, şerhin bir "kurucu şerh" olduğu ve işlem tarafı üçüncü kişinin iyiniyetli olması aranmaksızın kazanımının korunması gerekeceğinden bahisle davanın reddine karar verilmesi yerinde değildir..."*. Bu kararda geliştirilen anlayış Yargıtay'ın sonraki uygulamalarına da yön vermiştir. Bkz. Yarg. 2. HD., T. 15.5.2013, E. 7137/K. 13822; Yarg. 2. HD., T. 25.9.2013, E. 937/K. 21856 (**Kazancı Bilişim**, İçtihat Bilgi Bankası).

⁴⁰⁹ Armutcuoğlu, s. 433.

verilmemesi halinde, işlem tarafı iyiniyetli üçüncü kişinin aynı hak kazanımı 4721 sayılı Türk Medenî Kanunu'nun 1023. maddesi hükmü ile korunmuştur. Dosya içerisindeki belgelerden, taşınmaz üzerine, davalı şirket lehine 1.derece ipotek tesis edildiği, bu sırada taşınmazın kaydında aile konutu şerhi bulunmadığı anlaşılmaktadır. Öte yandan, davacı tarafından davalı şirketin kötüniyetli olduğu da ispatlanmış değildir. Şu hale göre, tapuya güven ilkesini esas alan Türk Medeni Kanunu'nun 1023. maddesi koşulları işlem tarafı olan davalı şirket lehine gerçekleşmiştir. Mahkemece kanıtlanmayan ipoteğin kaldırılması isteminin reddine karar verilmesi gerekir”⁴¹⁰.

C. Hakim Kararı ile Öngörülen Tasarruf Yetkisi Sınırlaması Olarak Taşınmaz Rehni Kurulmasında Eşin Rızası

1. Genel Olarak

Türk Medeni Kanunu m.199/f.1'e göre, “Ailenin ekonomik varlığının korunması veya evlilik birliğinden doğan mali bir yükümlülüğün yerine getirilmesi gerektirdiği ölçüde, eşlerden birinin istemi üzerine hakim, belirleyeceği malvarlığı değeriyle ilgili tasarrufların ancak onun rızasıyla yapılabileceğine karar verebilir”. Evliliğin genel hükümleri arasında yer alan bu düzenlemenin uygulanması bakımından eşler arasındaki mal rejiminin herhangi bir önemi yoktur. Bu nedenle söz konusu hüküm, yasal mal rejimi olan edinilmiş mallara katılma rejimi dışında, seçimlik mal rejimleri için de uygulanır⁴¹¹.

Eşlerin hukuki işlem özgürlüğüne getirilen bu sınırlama, eşlerden birinin ailenin ekonomik varlığının korunması veya evlilik birliğinden doğan mali bir

⁴¹⁰ Yarg. HGK., T. 24.4.2013, E. 2012/2-1567, K. 2013/579 (**Kazancı Bilişim**, İçtihat Bilgi Bankası).

⁴¹¹ **Kılıçoğlu**, *Eşin Rızası*, s. 27; **Gümüş**, *Şerhler*, s. 62; **Kılıçoğlu**, *Aile*, s. 270; **Öktem**, s. 322; **Ayşen Şahinci**, “Eşlerin Tasarruf Yetkisinin Sınırlandırılması”, *AÜHFĐ.*, S. 59, 2010, s. 314.

yükümlülüğün yerine getirilmesinin gerektirmesi nedeniyle istemde bulunması üzerine hakim kararıyla⁴¹² gerçekleştirilir.

Evlilik birliğinin korunmasıyla ilgili genel hükümler içerisinde yer alan TMK.m.199, sadece eşlerin ekonomik geleceği ve mali yükümlülükleriyle ilgili özel düzenlemelerin bulunmaması halinde uygulanabilir. Örneğin, aile konutunun devri ve üzerindeki hakların sınırlandırılabilmesi için diğer eşin rızasını arayan TMK.m.194 hükmü karşısında, TMK.m.199'a göre aile konutu ile ilgili işlemlerin diğer eşin rızasına bağlanması için mahkemeden herhangi bir istemde bulunulamaz. Aynı şekilde, edinilmiş mallara katılma rejiminde eşlerin paylı mülkiyetine tâbi maldaki payları üzerindeki tasarruf işlemlerinin geçerliliğini diğer eşin rızasına bağlayan TMK.m.223/f.2 hükmü karşısında, TMK.m.199'a göre eşlerin paylı mülkiyet konusu maldaki payları üzerinde gerçekleştirecekleri tasarruf işlemlerinin diğer eşin rızasına bağlanması, mahkemeden istemde bulunmalarına bağlı değildir⁴¹³.

2. Tasarruf Yetkisi Sınırlamalarından Taşınmaz Rehni

Türk Medeni Kanunu m.199/f.1'de yer alan "tasarruf" kavramı ile kast edilen tasarruf işlemleridir. Hakimin belirleyeceği malvarlığı değerleri üzerindeki tasarruf yetkisi sınırlanan eş, diğer eşin rızası olmadıkça hakimin belirlediği tasarruf işlemlerini yapamaz. Örneğin; mülkiyetin devri, sınırlı ayni hakkın terkini, alacak hakkının devri veya bu haktan feragat edilmesi, üçüncü kişi lehine sınırlı ayni hak kurulması birer tasarruf işlemi olduğu için, bu işlemlerin hakim kararıyla diğer eşin rızasına bağlanması mümkündür⁴¹⁴. Bu kapsamda çalışma konularımızdan olan ipotek tesisi de bir tasarruf işlemi olması nedeniyle, hakim kararıyla diğer eşin

⁴¹² Bu noktada dikkat edilmesi gereken hususlardan biri de eMK.m.169'dan tamamen farklı bir düzenlemenin söz konusu olduğudur. eMK.m.169, eşlerin bazı hukuki işlemlerinin geçerliliğini sulh hakiminin iznine tâbi tutmasına rağmen, TMK.m.199 eşin söz konusu tasarrufi işlemlerinin geçerliliğini hakimin iznine tâbi tutmayıp diğer eşin rızasına bağlamıştır. Bu düzenleme ile kanun koyucu, ailenin ekonomik geleceğine eşlerin birlikte karar vermeleri gerektiğini kabul ederek, ailenin ekonomik geleceğinin tehlikeye düşmesi durumunda, eşlerin söz konusu tasarrufları birlikte gerçekleştirebilmeleri imkânını sağlamıştır. Bkz. **Kılıçoğlu**, *Eşin Rızası*, s. 28; **Kılıçoğlu**, *Aile*, s. 270-271.

⁴¹³ **Kılıçoğlu**, *Eşin Rızası*, s. 29; **Kılıçoğlu**, *Aile*, s. 271-272; **Şahinci**, s. 314.

⁴¹⁴ **S. Ayan**, *Evlilik*, s. 266.

rızasına bağlanabilir⁴¹⁵. Kanımızca ipotek dışında, ailenin ekonomik varlığının korunması veya evlilik birliğinden doğan mali bir yükümlülüğün yerine getirilmesinin gerektirdiği ölçüde, eşlerden birinin istemi üzerine hakimın belirleyeceği taşınmaz mallarla ilgili tasarruflar kapsamında (TMK.m.199) ipotekli borç senedi ve irat senedi kurulabilmesi için de diğer eşin rızası aranabilir.

3. Tasarruf Yetkisi Sınırlamasının Şartları

Türk Medeni Kanunu m.199/f.1'in uygulanabilmesi için iki alternatif şart bulunmaktadır. Bunlardan biri "*ailenin ekonomik varlığının korunması gereği*", diğeri ise "*evlilik birliğinden doğan mali yükümlülüklerin yerine getirilmemesi*"dir. Ayrıca bu alternatif şartlar yanında eşlerden birinin bu hususta hakimden istemde bulunması da gerekmektedir⁴¹⁶.

a) Ailenin Ekonomik Varlığının Korunması Gereği

Kanun koyucu, ailenin ekonomik geleceği bakımından büyük tehlikeler doğurabilecek bazı hukuki işlemleri, ailenin ekonomik varlığının korunmasını tehlikeye düşürmesi sebebiyle tasarruf yetkisinin sınırlandırılması sebebi olarak kabul etmiştir⁴¹⁷. Söz konusu tehlikenin her şeyden önce ciddi ve yakın olması gerekir. Bununla birlikte tehlikenin ortaya çıkması yeterlidir. Ayrıca zararın doğmuş olması şart değildir⁴¹⁸. Burada önem arz eden noktalardan biri de tehlikenin dış faktörler aracılığıyla değil, eşlerin bilinçli davranışları sonucu ortaya çıkması gerekliliğidir⁴¹⁹.

⁴¹⁵ **Şahinci**, s. 324-325; **S. Ayan**, *Evlilik*, s. 266; **Barlas**, *Hukuki İşlem*, s. 135.

⁴¹⁶ **Öktem**, s. 322; **Şahinci**, s. 316; Ardahan Hüsnü **Şenyuva**, *Evlilik Birliğinin Hakimın Müdahalesi Yoluyla Korunması*, Ankara 2007, s. 79; **Dural/Öğüz/Gümüş**, s. 185-186.

⁴¹⁷ **Öktem**, s. 322-323; **S. Ayan**, *Evlilik*, s. 258; **Şenyuva**, s. 79-80; **B. Öztan**, s. 226.

⁴¹⁸ **Şenyuva**, s. 80; **S. Ayan**, *Evlilik*, s. 260; **Kılıçoğlu**, *Aile*, s. 273; **Gümüş**, *Şerhler*, s. 63.

⁴¹⁹ **Şahinci**, s. 316; **Şenyuva**, s. 80; **Gümüş**, *Şerhler*, s. 63.

b) Evlilik Birliğinden Doğan Mali Bir Yükümlülüğün Yerine Getirilmemesi

Türk Medeni Kanunu m.199/f.1 anlamında eşlerden birinin istemi üzerine hakimin diğer eşin taşınmaz rehni kurma yetkisini sınırlandırmasının ikinci alternatif şartı, evlilik birliğinden doğan mali bir yükümlülüğün yerine getirilmemesidir. Bu yükümlülüklerin başında eşlerin evlilik birliğinin giderlerine katılma yükümlülüğü gelir (TMK.m.186/f.3). Ancak evlilik birliğinin giderlerine katılma yükümlülüğünün ihlali halinde TMK.m.199/f.1'e dayanarak istemde bulunabilmenin şartları vardır. Korunacak eşin TMK.m.196'a göre diğer eşin birliğin giderlerine katkı payını tespit ettirmiş olması ve buna rağmen diğer eşin katkı payını ödemiş olması gerekir. Aynı şekilde birlikte yaşamaya ara verilmiş, TMK.m.197/f.2 hükmüne göre eşlerden birinin istemi üzerine birinin diğerine yapacağı parasal katkı tespit ettirilmiş ve buna rağmen katkı payı ödenmemişse, bu durumda da TMK.m.199/f.1 uygulama alanı bulabilir⁴²⁰.

c) Eşlerden Birinin İstemde Bulunması

Türk Medeni Kanunu m.199/f.1 uyarınca eşin belirli bir taşınmazla⁴²¹ ilgili rehin kurma yetkisinin sınırlandırılarak, söz konusu taşınmazla ilgili rehin işlemlerinin geçerliliğinin diğer eşin rızasına bağlanabilmesi için eşlerden birinin mutlaka hakimden bu yönde istemde bulunması gerekir. Bunun dışında hakimin re'sen bu hükmü uygulaması mümkün değildir⁴²². İstemde bulunacak eşin yukarıda⁴²³ belirtilen sebeplerin yakın gelecekte ortaya çıkabileceğini gösteren

⁴²⁰ Alpaslan **Akartepe**, "Evlilik Birliğinde Eşlerden Birinin Bazı Malvarlığı Değerleri Üzerindeki Tasarruf Yetkisinin Sınırlandırılması", *EÜHFD.*, C. XIII, S. 1-2, Erzincan 2009, s. 173; **Şenyuva**, s. 81-82; **Öktem**, s. 323-324; **Gümüş**, *Şerhler*, s. 64-65; Aksi görüş için bkz. **Şahinci**, s. 319; S. **Ayan**, *Evlilik*, s. 261-262; **Doğan**, *Şerh*, s. 101-102.

⁴²¹ Yarg. 2. HD., T. 6.5.2014, E. 2235/K. 10433, "Davacı, tasarrufun sınırlandırılması istenen malvarlığını belirtilmediği gibi mahkemece de bu konuda davacıdan bir açıklama istenmemiştir. Hangi malvarlıklarına ilişkin olduğu somut olarak gösterilmeksizin genel ve soyut nitelikte tasarruf yetkisi kısıtlamasına gidilemez. Davacıya tasarruf yetkisinin sınırlandırılması istenen malvarlığı değerlerinin açıklattırılması ve bu açıklama üzerine bir karar verilmesi gerekir" (**Kazancı Bilişim**, İçtihat Bilgi Bankası).

⁴²² **Akartepe**, s. 175; **Şahinci**, s. 320; **Badur**, s. 265; **Şenyuva**, s. 83.

⁴²³ Bkz. II. Bölüm, C., 3., a)-b).

olguları ortaya koyması yeterli olup, bu sebeplerin varlığını kesin olarak kanıtlaması gerekmez⁴²⁴.

Boşanma davası açıldığı takdirde gerekli önlemleri re'sen alma yetkisine sahip olan hakim, TMK.m.199/f.1'deki açık düzenleme karşısında eşlerden birinin istemi olmadıkça re'sen diğer eşin tasarruf yetkisini sınırlayamaz. Hakimin boşanma davası sırasındaki önlemleri re'sen alması (TMK.m.169) kuralı, eşlerin tasarruf yetkisinin sınırlandırılması önlemi bakımından uygulanmaz⁴²⁵. Bu çerçevede, boşanma davası açılması halinde hakimin eşlerden birinin istemi olmaksızın diğer eşin taşınmaz rehni kurma yetkisini sınırlaması mümkün değildir.

4. Eşin Rızasının Hukuki Niteliği, Zamanı ve Şekli

Türk Medeni Kanunu m.194 hükmünün hukuki niteliğinde⁴²⁶ belirttiğimiz gerekçelerle TMK.m.199'da da tasarruf yetkisine ilişkin bir sınırlamasının varlığını kabul etmek gerekir. Şöyle ki, TMK.m.199 bakımından sadece tasarruf işlemlerinin geçerliliği diğer eşin rızasına bağlıdır. Bunun dışında tasarruf yetkisini gerektirmeyen borçlandırıcı işlemler bakımından diğer eşin rızası aranmamaktadır⁴²⁷.

Belirli bir malvarlığı değeriyle ilgili yapılacak tasarruflar bakımından aranan diğer eşin rızasının işlemin yapılmasından önce veya işlem sırasında alınmış olması şart değildir. Söz konusu rızanın işlemin yapılmasından sonra onay verilmek suretiyle alınması da mümkündür⁴²⁸.

Türk Medeni Kanunu m.199, diğer eşin rızası için herhangi bir geçerlilik şekli öngörmediği için bu rıza sözlü olarak dahi verilebilir. Ancak TST.m.16/f.1 uyarınca diğer eşin rızası belirli bir taşınmazla ilgili tasarrufi işlem için aranıyorsa, söz konusu

⁴²⁴ Akartepe, s. 176; Öktem, s. 324; Şenyuva, s. 83; B. Öztan, s. 226; S. Ayan, *Evlilik*, s. 263; Doğan, *Şerh*, s. 100; Barlas, *Hukuki İşlem*, s. 134; Kılıçoğlu, *Eşin Rızası*, s. 31.

⁴²⁵ Öktem, s. 325; S. Ayan, *Evlilik*, s. 263; Şahinci, s. 320-321.

⁴²⁶ Bkz. II. Bölüm, III., B., 5., c).

⁴²⁷ Akartepe, s. 169 vd. Dural/Öğüz/Gümüş, s. 186; Gümüş, *Şerhler*, s. 71; Öktem, s. 326; Şahinci, s. 324.

⁴²⁸ Doğan, *Şerh*, s. 105; Akartepe, s. 189; Öktem, s. 328; Şahinci, s. 325; Gümüş, *Şerhler*, s. 74.

rızanın yazılı olarak verilmesi gerekir. Bu nedenle, tasarruf yetkisi sınırlanan bir eşin taşınmaz rehni kurabilmesi için diğer eşin “yazılı” rıza göstermesi gerekir⁴²⁹. Ayrıca tasarruf yetkisi sınırlamasında diğer eşin rızası bakımından TMK.m.194’ten farklı olarak rızanın “açık” olması gerektiği öngörülmemiştir. Bu nedenle, diğer eşin rızası açık olabileceği gibi örtülü de olabilir⁴³⁰.

5. Eşin Rızası Alınmaksın Kurulan Taşınmaz Rehninin Sonuçları

a) Genel Olarak

Hakim kararıyla eşlerden birinin belirli bir malvarlığına yönelik tasarruf işleminin diğer eşin rızasına bağlanması durumunda söz konusu rıza, işlemin yapılmasından önce veya işlem sırasında verilebileceği gibi, işlemin yapılmasından sonra onay şeklinde de gerçekleşebilir. Eşin rızasının alınmaması durumunda TBK.m.46 hükmü kıyasen uygulanarak, diğer eşin rızasına ilişkin eksikliğin giderilmesi için eşe uygun bir süre verilir. Rızası aranan eş tarafından işleme onay verilinceye kadar söz konusu hukuki işlem eksik bir işlemdir ve burada askıda hükümsüzlük söz konusudur. Bu süre içerisinde diğer eşin rızası alınırsa “askıda hükümsüz” olan işlem baştan itibaren geçerli hale gelir. Eğer bu sürede söz konusu rıza alınmazsa, işlem kesin hükümsüz hale gelir ve işlem tarafı üçüncü kişi işlemle bağlılıktan kurtulur⁴³¹. Bu bilgiler ışığında, eşlerden birinin istemde bulunması üzerine diğer eşin belirli bir taşınmaz üzerindeki rehin kurma hakkı hakim kararıyla sınırlanmışsa, diğer eşin rızası olmaksızın yapılan taşınmaz rehni işlemi askıda hükümsüz olur. Böyle bir durumda rızası aranan eş kendisine verilen uygun süre içerisinde taşınmaz rehni işlemini onaylarsa, bu işlem baştan itibaren geçerli hale gelir. Aksi takdirde ise taşınmaz rehni işlemi, kesin hükümsüzlük yaptırımına tâbi olur.

⁴²⁹ **Gümüş**, *Şerhler*, s. 73; **Öktem**, s. 328; **Şenyuva**, s. 86.

⁴³⁰ **Kılıçoğlu**, *Eşin Rızası*, s. 33; **Gümüş**, *Şerhler*, s. 73; **Kılıçoğlu**, *Aile*, s. 275; **Öktem**, s. 328; **Barlas**, *Hukuki İşlem*, s. 134; **Badur**, s. 266.

⁴³¹ **Doğan**, *Şerh*, s. 104; **Akartep**, s. 190; **Öktem**, s. 328-329; **Badur**, s. 266; **Gümüş** ise, eşin rızası olmaksızın yapılan tasarruf işleminin geçersizliğini kendine özgü, butlan benzeri fakat askıda geçersizlik olarak tanımlamıştır. Bkz. **Gümüş**, *Şerhler*, s. 74.

b) Tasarruf Yetkisi Sınırlaması Şerhinin Etkisi

(1) Genel Olarak

Türk Medeni Kanunu m.199/f.3'e göre, "*Hakim, eşlerden birinin taşınmaz üzerinde tasarruf yetkisini kaldırırca, re'sen durumun tapu kütüğüne şerh edilmesine karar verir*". Görüldüğü üzere, bu hüküm sadece taşınmazlarla ilgili tasarruf işlemlerinin diğer eşin rızasına bağlı olduğu durumlarda uygulanır. Hakim böyle bir önlemin alınmasına karar verirse tapu sicil müdürlüğüne gerekli bildirim yapar⁴³². Tapu kütüğüne tasarruf yetkisinin sınırlandırılmasına ilişkin şerh verilmesini kanun koyucu talep koşuluna bağlamadığı için, söz konusu bildirim hakim tarafından re'sen yapılması gereken bir görevdir⁴³³.

(2) Tasarruf Yetkisi Sınırlaması Şerhinin Hukuki Niteliği ve İyiniyetle Taşınmaz Rehni Kazanımına Etkisi

Tapu kütüğüne yapılacak olan tasarruf yetkisi sınırlaması şerhinin hukuki niteliği ve aynı hak kazanımına etkisi TMK.m.199 hükmünde belirtilmediği için açıklığa kavuşturulması gereken hususlardan biridir. Bu konuya ilişkin doktrinde çeşitli görüşler ileri sürülmektedir.

(a) İşlem Tarafının İyiniyetinin Korunacağı Görüşü

Kılıçoğlu'na göre, burada TMK.m.1009'da ifade edilen "şerhedilebileceği kanunlarda açıkça öngörülen diğer haklar"ın şerhi söz konusudur. TMK.m.199/f.3 sadece taşınmazlarla ilgilidir. Eşlerden birinin, tasarruf yetkisi sınırlaması talebinde bulunması halinde, hakim tarafından taşınmazın tapu kütüğü sayfasına tasarruf yetkisini sınırlandıran bir şerh verilebilir. Ancak taşınmazın tapu kütüğü sayfasına bu şerhin verilebilmesi için tasarruf yetkisinin kaldırılmasına ilişkin kararın bulunması gerekir. Bu nedenle TMK.m.199/f.3 tedbir hükmü niteliğinde değildir. Yazara göre, bir taşınmaz üzerinde tasarruf yetkisi sınırlandırılmasına karar verilmiş olmasına rağmen bu husus ilgili taşınmazın tapu kütüğü sayfasına şerh edilmemişse, bu sınırlamadan haberi olmayan iyiniyetli üçüncü kişilerin tasarruf yetkisi sınırlanan eşten

⁴³² Şahinci, s. 323.

⁴³³ Öktem, s. 333-334; Kılıçoğlu, *Eşin Rızası*, s. 35.

kazandıkları aynı haklar TMK.m.1023⁴³⁴ kapsamında değerlendirilmelidir. Çünkü TMK.m.1023 ile iyiniyetli üçüncü kişinin, tapu sicilinde malik olarak görünen kişinin tasarruf yetkisinin varlığına duyulan güveni korunmaktadır⁴³⁵.

(b) Üçüncü Kişinin İyiniyetinin Korunacağı Görüşü

Bu görüşe göre iyiniyetin koruyucu fonksiyonu sadece kanun koyucunun iyiniyetin korunmasını açıkça kabul ettiği hallerde söz konusu olur (TMK.m.3/f.1). Bu kural karşısında TMK.m.199, rızası aranan eşin rızası alınmadan yapılan işlemin tarafı olan kişinin iyiniyetini özel olarak korumamıştır. Bu nedenle, diğer eşin rızası olmaksızın tasarruf yetkisi sınırlanan eş ile işlem yapan iyiniyetli kişinin bu işleme dayanarak aynı hak kazanması mümkün değildir. Buna karşılık, işlem tarafı kişi adına tapu kütüğündeki yolsuz tescile güvenerek aynı hak kazanan iyiniyetli üçüncü kişilerin bu kazanımları TMK.m.1023 uyarınca korunur⁴³⁶. Bu açıklamalar doğrultusunda, tasarruf yetkisi sınırlanan eş, sınırlama konusu taşınmaz üzerinde rehin kurmuşsa, işlem tarafı kişinin iyiniyeti korunmaz. Söz konusu taşınmazın tasarruf yetkisi sınırlanan eş tarafından başka bir kişiye devredilmesi ihtimalinde ise, tapu kütüğünde yolsuz bir tescil meydana gelir. Bu yolsuz tescile güvenerek iyiniyetli üçüncü kişi lehine taşınmaz üzerinde rehin kurulursa, bu kişinin iyiniyeti TMK.m.1023 gereğince korunur.

Buraya kadar tasarruf sınırlaması şerhi verilmemiş olmasının etkileri incelenmiştir. Tasarruf sınırlaması şerhi verilmiş olması ihtimali de konumuz açısından ayrı bir öneme sahiptir. TMK.m.199/f.3’de düzenlenen şerh, TMK.m.1010 anlamında açıklayıcı nitelikte bir tasarruf yetkisi kısıtlaması şerhidir⁴³⁷. Doğan’a göre, TMK.m.199/f.3’deki tasarruf kısıtlaması şerhi, kısmi olarak tapu kütüğünü kilitleyici bir etkiye sahiptir. Bu şerh, TMK.m.1010/f.2’de öngörülen etkiye sahip olsaydı tapu kütüğü sayfasını kilitlemeyerek sadece şerhten sonra aynı hak

⁴³⁴ TMK.m.1023’e göre, “*Tapu kütüğündeki tescile iyiniyetle dayanarak mülkiyet veya bir başka aynı hak kazanan üçüncü kişilerin bu kazanımı korunur*”.

⁴³⁵ **Kılıçoğlu**, *Eşin Rızası*, s. 34-35; **Kılıçoğlu**, s. 276-277.

⁴³⁶ **Öktem**, s. 334-335; **Gümüş**, *Şerhler*, s. 87.

⁴³⁷ **Öktem**, s. 331; **Barlas**, *Hukuki İşlem*, s. 136.

kazananların iyiniyetini ortadan kaldırırdı. Yazara göre, tapu kütüğünün kilitlenmesi için tasarruf yetkisi sınırlamasına ilişkin şerhin yapılması gerekir. Dolayısıyla tasarruf yetkisi sınırlaması bakımından açıklayıcı nitelik taşıyan şerh, tapu kütüğünün kilitlenmesi açısından ise kurucu bir niteliğe sahiptir. Söz konusu şerhin verilmesinden sonra tapu memuru, diğer eşin rızası veya hakimın yetkilendirmesi söz konusu olmaksızın gerçekleştirilen tescil taleplerini reddeder. Tapu memuru, tasarruf yetkisi kısıtlaması şerhi nedeniyle, yasallık denetimine uyarak tescil talebinde bulunan kişinin eşinin rızasının olup olmadığını araştırmak zorundadır. Sonuç olarak, TMK.m.199/f.3'de düzenlenen şerh, tasarruf yetkisini tamamen kaldırmamakta, sadece kısıtlamaktadır. Diğer eşin rızasının alınması koşuluyla tasarruf işlemlerinin yapılabilmesi mümkün olduğu için, burada kısmi tapu kütüğü kilitlenmesi mevcuttur. Diğer eşin rızası bulunmamasına rağmen bir şekilde tescil yapılmışsa, bu tescil yolsuz nitelikte olduğu için hüküm ve sonuç doğurmaz⁴³⁸.

Gümüş'e göre ise, buradaki tasarruf kısıtlaması şerhi kilitleyici niteliktedir. Tapu kütüğü sayfasının kilitlenmesi, bir mahkeme veya makam tarafından, doğrudan tapu memuruna yöneltilen, öncelikle tapu kütüğü olmak üzere belirli sicillerde; bir sonraki emre, belirli bir süreye veya belirli bir olayın gerçekleşmesine kadar hiçbir kaydın icra edilmemesi, belirli bir talep veya belirli türdeki taleplerin, ana sicilde yapılacak kayıtlarla yerine getirilmemesi emridir. Şerh verilmesinden sonraki dönemde, tapu kütüğü tasarrufi işlemlere kapacağından işlem tarafı ya da üçüncü kişilerin iyiniyetle aynı hak kazanmalarının mümkün olmadığı düşünülebilir. Ancak yazara göre, burada üçüncü kişilerin iktisaplarının geçersizliğinin hukuksal temeli farklıdır. Tapu memuru, tasarruf yetkisi sınırlamasına konu olan taşınmazla ilgili istemleri reddetmek zorunda olmasına rağmen tapu kütüğüne bir tescil yaparsa bu teknik anlamdaki tescil, şeklen hukuksal sonuç doğuran bir yolsuz tescil olarak dahi kabul edilemez. Kilitlenmiş bir tapu kütüğü sayfasına malik eş ile işlem yapan kişi adına yapılan tescile dayanarak üçüncü kişilerin aynı hak iktisapları TMK.m.1023

⁴³⁸ Ayrıntılı bilgi için bkz. **Doğan, Şerh**, s. 196 vd.

uyarınca bu kişilerin iyiniyeti ortadan kalktığı için değil, kilitlenme sonrası yapılan tesciller, şeklen dahi bir tescil niteliği taşımayacağı için geçersiz olur⁴³⁹.

Kanımızca aile konutu şerhi gibi tasarruf yetkisi sınırlaması şerhi bakımından da TST.m.49 dikkate alınmaksızın bir değerlendirme yapılması mümkün değildir. TST.m.49 uyarınca TMK.m.199/f.3’de düzenlenen tasarruf yetkisi sınırlaması şerhi de tapu kütüğü sayfasını kitleyici bir niteliğe sahiptir. Bunun sonucu olarak, belirli bir taşınmazla ilgili tasarruf yetkisi sınırlaması şerhi mevcutsa, bu taşınmazın tapu kütüğü sayfası sınırlama konusu tasarrufi işlemlere kapanır. Sınırlama konusu işlemlerin yapılabilmesi, ancak şerhin kaldırılarak tapu kütüğü sayfasının işlemlere açılması ve rızası aranan eşin söz konusu işlemlere rıza göstermesi ile mümkündür. Dolayısıyla rehin kurma hakkına ilişkin tasarruf yetkisi sınırlaması şerhi bulunan bir taşınmaz üzerinde rehin kurulamaz. Ancak Tapu Sicil Tüzüğü ile tasarruf hakkını yasaklayan şerhlerin düzenlenmesinin TMK.m.1010 ile TST.m.49 arasında ortaya çıkaracağı çelişkiler, aile konutu şerhi gibi tasarruf yetkisi sınırlaması şerhi bakımından da söz konusu olur. Bu nedenle TST.m.49 ile yapılan düzenleme hukukumuzun benimsediği usul ve tekniğe uygun değildir⁴⁴⁰.

D. Eşlerin Paylı Mülkiyetine Konu Taşınmaz Payı Üzerinde Rehin Kurulmasında Eşin Rızası

1. Paylı Mülkiyet Kavramı

Türk Medeni Kanunu m.688/f.1’e göre, “*paylı mülkiyette birden çok kimse, maddi olarak bölünmüş olmayan bir şeyin tamamına belli paylarla maliktir*”. Söz konusu düzenlemeden paylı mülkiyet kavramı ve özelliklerini tam olarak tespit etmek mümkün olmamakla birlikte; paylı mülkiyet, bir eşya üzerindeki mülkiyet hakkının tasarruf edilmesi mümkün paylara bölünerek birden fazla kişiye özgülenmesi olarak tanımlanabilir⁴⁴¹.

⁴³⁹ Ayrıntılı bilgi için bkz. **Gümüş**, *Şerhler*, s. 79 vd.

⁴⁴⁰ Ayrıntılı bilgi için bkz. II. Bölüm, III., B., 9., b), (2), (b).

⁴⁴¹ Zeynep **Özcan**, *Paylı Mülkiyette Paydaşların Yetkileri ve Yükümlülükleri*, Ankara 2013, s. 37; Kumru **Kılıçoğlu Yılmaz**, “Eşlerin Paylı Mülkiyetleri”, *TBBD.*, Y. 27, S. 114, Eylül-Ekim

Paylı mülkiyete tâbi mal üzerinde tek bir mülkiyet söz konusudur. Bu nedenle malvarlığının birden çok parçaya bölünerek, her bir parçanın ayrı bir mülkiyet konusu olması durumunda paylı mülkiyet değil, birbirinden ayrı birden çok mülkiyet söz konusu olur⁴⁴². Paylı mülkiyet konusu mal üzerinde tek bir mülkiyet söz konusu olmasına rağmen, bu mülkiyet tek kişiye değil, birden çok kişiye aittir. Birden çok kişiye ait olan eşya üzerindeki tek mülkiyet hakkı “*paylı mülkiyet birliğini*” oluşturmaktadır⁴⁴³.

2. Eşler Arasında Paylı Mülkiyet İlişisinin Kurulması

Paylı mülkiyet ilişkisi çeşitli şekillerde ortaya çıkmaktadır. Bu bağlamda paylı mülkiyet, bir hukuki işlemde doğabileceği gibi, kanundan veya mahkeme ya da yetkili bir makamın kararından da doğabilir⁴⁴⁴.

Hukuk düzeni tarafından paylı mülkiyet ilişkisinin kurulmasına herhangi bir sınırlama getirilmediği için, paylı mülkiyet daha çok taraf iradeleriyle ortaya çıkar. Örneğin, elbirliği ilişkisi mevcut olmaksızın, birden çok kişinin birlikte eşya satın

2014, s. 83-84; M. Ayan, *Mülkiyet*, s. 35; Ayiter, s. 89; Akipek/Akıntürk, s. 389; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 301; bkz., Yarg. 1. HD., T. 31.3.2005, E. 2005/2669, K. 2005/3880 “...Türk Medeni Kanunu'nun 688. ve devamı maddelerinde düzenlenen paylı mülkiyet hükümlerine göre, paylı mülkiyet üzere olan taşınmazda paydaşların taşınmazın tamamı bakımından her yerinde hak sahibi olmaları asıldır. Aralarında tüm paydaşları kapsar şekilde bir anlaşma olmadıkça, bir ya da birden fazla paydaşın taşınmazın belli ve muayyen yeri üzerinde hak sahibi olmalarına yasal olanak yoktur. Böyle bir tespit hükmü, açıklanan mülkiyet hükümlerine aykırılık teşkil eder...” (YKD., C. 31, S. 12, 2005, s. 1856-1857); Yarg. 14. HD., T. 1.5.2007, E. 2007/1243, K. 2007/4792 “...Türk Medeni Kanunu'nun 688 ve devamı maddeleri uyarınca paylı mülkiyetin konusu fiili olarak bölünmemiş eşya ve müşterek mülkiyet ise, aynı hukuki statüde bulunan birden çok kişinin belirli bir eşyaya aynı anda paylı olarak malik oldukları bir topluluk mülkiyeti şeklindedir. Paydaşların eşya üzerinde sahip buldukları hisse maddi olarak (fiilen) bölünmüş olmayan soyut bir hisse niteliğindedir. Başka bir anlatımla, fiziki bölünme değil, fikri bölünmenin söz konusu olduğu, dolayısıyla her paydaşın müşterek eşyanın her parçasında hakkının bulunduğu, ayrıca müşterek eşya ile ilgili bölünebilen yetkiler üzerinde her hissedarın payı oranında bağımsız hakkının bulunduğu, fakat bölünemeyen yetkilerde herkesin hakkının eşyanın tamamını kapsadığı açıktır...” (YKD., C. 35, S. 11, 2009, s. 2103-2104).

⁴⁴² Tekinay, *Aile*, s. 566; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 302.

⁴⁴³ Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 302; Ertaş, s. 231; M. Ayan, *Mülkiyet*, s. 36; Sirmen, *Eşya*, s. 310; Özcan, s. 37.

⁴⁴⁴ Kılıçoğlu Yılmaz, s. 84.

almaları⁴⁴⁵ halinde paylı mülkiyet ilişkisi taraf iradelerinden doğar. Aynı şekilde, eşler de birlikte bir eşya satın almak suretiyle paylı mülkiyet ilişkisi kurabilirler.

Paylı mülkiyet ilişkisinin tarafların iradesi söz konusu olmaksızın doğrudan doğruya bir kanun hükmü ile de ortaya çıktığı görülmektedir. Bu hallerde “*eşyaya bağlı mülkiyet*” söz konusu olur. Örneğin, iki taşınmazı ayıran sınır çizgisinde bulunan duvar, çit, parmaklık gibi sınır işaret ve yapıları (TMK.m.721), müşterek kaynakları bir arada tutmak için kurulan tesisler (TMK.m.759), karışma veya birleşme sonucunda ortaya çıkan şeyler (TMK.m.776) üzerinde kanundan doğan bir paylı mülkiyet ilişkisi söz konusu olur. Aynı şekilde, edinilmiş mallara katılma rejimi bakımından eşlerden hangisine ait olduğu ispat edilemeyen mallar (TMK.m.222/f.2) da kanundan dolayı eşlerin paylı mülkiyetine tâbidir⁴⁴⁶.

Paylı mülkiyet ilişkisinin hakim kararı veya yetkili bir makamın kararıyla kurulması da mümkündür. Örneğin hakim, mirasçılardan birinin istemi üzerine mevcut elbirliği mülkiyetini paylı mülkiyete çevirebilir (TMK.m.644). Belediyeler de alacakları bir takım kararlarla birden çok kişi arasında paylı mülkiyet ilişkisi (İK.m.16-17-18) kurabilirler⁴⁴⁷.

3. Eşlerin Paylı Mülkiyetine Konu Taşınmaz Payı Üzerindeki Tasarruf Hakkı

a) Genel Olarak

Türk Medeni Kanunu m.688/f.3'e göre, paylı mülkiyette “*Paydaşlardan her biri kendi payı bakımından malik hak ve yükümlülüklerine sahip olur. Pay devredilebilir, rehnedilebilir ve alacaklılar tarafından haczettirilebilir*”. Diğer bir

⁴⁴⁵ Gürsoy/Eren/Cansel, s. 429; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 304; Sirmen, *Eşya*, s. 311.

⁴⁴⁶ M. Ayan, *Mülkiyet*, s. 38; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 304; Fikret Eren, *Mülkiyet Hukuku*, 3. bs., Ankara 2014, s. 90; Özcan, s. 38-39.

⁴⁴⁷ Eren, *Mülkiyet*, s. 92-93; M. Ayan, *Mülkiyet*, s. 39; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 304; Özcan, s. 40.

ifade ile, paydaşlardan her biri diğer paydaşların rızasına gerek olmaksızın kendi payı üzerinde tasarrufta bulunma hakkına sahiptir⁴⁴⁸.

Bununla birlikte, kanun koyucu TMK.m.688/f.2'deki kurala bir istisna getirmiştir. Edinilmiş mallara katılma rejimi bakımından düzenlenen TMK.m.223/f.2'e göre, “*Aksine anlaşma olmadıkça, eşlerden biri diğerinin rızası olmadan paylı mülkiyet konusu maldaki payı üzerinde tasarrufta bulunamaz*”⁴⁴⁹. Eşlerin genellikle ortak kazançlarıyla elde ettikleri paylı mülkiyet konusu malı diğer eşin rızası olmaksızın devretmesi veya rehnemesi aile huzurunu bozabilir. Bu nedenle, eşlerin paylı mülkiyetine konu taşınmaz payı üzerinde rehin kurulmasını diğer eşin rızasına bağlayan bu düzenleme yerindedir⁴⁵⁰.

b) Eşlerin Paylı Mülkiyetine Konu Taşınmaz Payı Üzerindeki Tasarruf Hakkı Kapsamında Rehin

Eşlerin paylı mülkiyetine konu taşınmaz payı üzerindeki tasarruflarına getirilen sınırlama her türlü tasarrufi işleme uygulanır. Bu nedenle sadece paylı mülkiyette bulunan payın devrinde değil, sınırlı bir ayni hak ile sınırlandırılması durumunda da diğer eşin rızası aranır. Sınırlı ayni haklardan biri olan ipotek de bu kapsamdadır⁴⁵¹. TMK.m.223/f.2'de ipotek işleminden açıkça söz edilmemiş olsa da, tasarrufi işlem kapsamında eşlerden her biri diğer eşin rızası olmaksızın paylı mülkiyete tâbi taşınmaza ait pay üzerinde ipotek kuramaz.

Kanımızca ipotek dışında diğer taşınmaz rehni türleri olan ipotekli borç senedi ve irat senedi bakımından da TMK.m.223/f.2 uygulama alanı bulur. TMK.m.857/f.1 uyarınca paylı mülkiyette her paydaş kendi payını rehnedebilir. Bu

⁴⁴⁸ Zafer **Zeytin**, *Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi ve Tasfiyesi*, 2. bs., Ankara 2008, s. 84; **Sirmen**, *Eşya*, s. 314; **Özcan**, s. 139; **Tekinay**, *Aile*, s. 566; **Gürsoy/Eren/Cansel**, s. 429.

⁴⁴⁹ **Baygın**, *Değişiklikler*, s. 457; **Özcan**, s. 139; **Sirmen**, *Eşya*, dn. 113, s. 314; **Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir**, dn. 125, s. 305; **Suat Sarı**, *Evlilik Birliğinde Yasal Mal Rejimi Olarak Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi*, İstanbul 2007, s. 63.

⁴⁵⁰ **Özüğür**, s. 230; **Kılıçoğlu**, *Aile*, s. 357; **S. Ayan**, *Evlilik*, s. 117-118; **Kılıçoğlu**, *Eşin Rızası*, s. 23; **Sarı**, s. 65.

⁴⁵¹ **Şükran Şıpka**, *Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi ve Uygulamaya İlişkin Sorunlar*, İstanbul 2011, s. 135; **Kılıçoğlu**, *Yenilikler*, s. 57; **Kılıçoğlu**, *Eşin Rızası*, s. 25; **Sarı**, s. 67.

kapsamda paydaşlardan her biri kendi payı üzerinde ipotekli borç senedi ve irat senedi de kurabilir⁴⁵².

Türk Medeni Kanunu m.223/f.2 sadece tasarruf yetkisine getirilen bir sınırlama olduğu için, eşler payları ile ilgili olarak yapacakları taahhüt işlemlerini diğer eşin rızasına gerek olmaksızın serbestçe gerçekleştirebilirler⁴⁵³. TMK.m.223/f.2’de aranan diğer eşin rızası, sadece “iradi tasarruflar” bakımından söz konusu olup, bir eşin payının cebri icra veya kamulaştırma konusu olması durumunda uygulanmaz⁴⁵⁴.

4. Eşlerin Paylı Mülkiyetine Konu Taşınmaz Payı Üzerinde Rehin Kurulmasında Eşin Rızasının Koşulları

a) Rehin Konusu Taşınmazın Eşlerin Paylı Mülkiyetine Tâbi Olması

Türk Medeni Kanunu m.223/f.2 bakımından paylı mülkiyetin konusunu her türlü mal oluşturabilir. Yani paylı mülkiyet konusu taşınmaz veya taşınır bir mal olabilir. Paylı mülkiyet konusu mal bir taşınmaz ise, söz konusu taşınmazın eşlerin paylı mülkiyetine tâbi olması yeterli olup; pay oranlarının hiçbir önemi yoktur⁴⁵⁵.

Türk Medeni Kanunu m.223/f.2, paylı mülkiyet konusu bir malın varlığını yeterli görüp, eşlerin paydaş olmasına ilişkin bir zorunluluğa yer vermemiştir. Kanun hükmünün lafzından çıkan bu sonuç hükmün getiriliş amacına uygun değildir. Kanun koyucunun, eşlerin bireysel mülkiyetine tâbi mallar bakımından hukuki işlem özgürlüğünü kabul ettiği düşünüldüğünde, eşlerden birinin üçüncü bir kişi ile paydaş olduğu taşınmaz üzerinde kuracağı rehin (ipotek-ipotekli borç senedi-irat senedi) bakımından diğer eşin rızasını araması için hiçbir haklı sebep bulunmamaktadır. Bu nedenle, TMK.m.223/f.2’nin uygulanabilmesi için paylı mülkiyet konusu taşınmaz üzerinde her iki eşin de paydaş olması gerekir. Söz konusu taşınmaz üzerinde sadece

⁴⁵² Çetin, s. 47-48.

⁴⁵³ Zekeriya Kurşat, *Paylı Mülkiyetin Sona Ermesi*, İstanbul 2008, s. 88; Kılıçoğlu, *Eşin Rızası*, s. 26.

⁴⁵⁴ Şıpka, *Sorunlar*, s. 135.

⁴⁵⁵ Kılıçoğlu, *Eşin Rızası*, s. 24; Kılıçoğlu, *Yenilikler*, s. 57; S. Ayan, *Evlilik*, s. 120-121; Kılıçoğlu, *Aile*, s. 358.

eşlerden biri pay sahibi ise, yapılacak tasarrufi işlemin geçerli olması, diğer eşin rızasına bağlı olmaz⁴⁵⁶. Örneğin, kocanın kardeşiyle paylı mülkiyetine tâbi bir taşınmaz üzerindeki payda rehin kurabilmesi için diğer eşin rızası aranmaz.

Bir taşınmaz üzerinde eşler dışında üçüncü kişilerin de paylarının bulunması durumunda TMK.m.223/f.2 uyarınca diğer eşin rızasının aranıp aranmayacağı hususu da incelenmelidir. TMK.m.223/f.2'nin uygulanabilmesi için sadece eşlerin paydaş olması zorunlu olmayıp; eşler dışında üçüncü kişilerin paydaş olması halinde de diğer eşin rızası aranır. Ancak bu durumda diğer eşin rızası, sadece eşlerin yapacağı tasarruf işlemleri bakımından söz konusu olur. Bu nedenle eşler dışındaki paydaşlar paylı mülkiyete ilişkin genel kurallar çerçevesinde, kimsenin rızasına gerek olmaksızın kendi payları üzerinde tasarrufta bulunabilirler⁴⁵⁷.

b) Eşler Arasında Edinilmiş Mallara Katılma Rejiminin Geçerli Olması

Türk Medeni Kanunu m.223/f.2 ile eşlerin paylı mülkiyetine tâbi mallar üzerinde tasarrufta bulunma hakkına getirilen sınırlama, sadece yasal mal rejimi olan edinilmiş mallara katılma rejimi bakımından söz konusudur⁴⁵⁸. Eşlerin aralarında yapacakları mal rejimi sözleşmesi ile başka bir mal rejimi seçmeleri halinde, bu hüküm uygulanma alanı bulmaz⁴⁵⁹.

⁴⁵⁶ **Sarı**, s. 66; **Dural/Öğüz/Gümüş**, s. 211; **Zeytin**, s. 84; **S. Ayan**, *Evlilik*, s. 118-119; **Badur**, s. 271; **Barlas**, *Hukuki İşlem*, s. 140-141. Aksi görüş için bkz. **Kılıçoğlu**, *Eşin Rızası*, s. 24-25.

⁴⁵⁷ **S. Ayan**, *Evlilik*, s. 119; **Kılıçoğlu**, *Eşin Rızası*, s. 24-25; **Kılıçoğlu**, *Yenilikler*, s. 57.

⁴⁵⁸ Alman Medeni Kanunu'nda yasal mal rejimi olan kazanç ortaklığına ilişkin hükümlerde eşin rızası, tüm malvarlığı üzerindeki tasarrufların ve ev eşyasına ilişkin tasarrufların düzenlendiği hükümlerde de aranmaktadır. Tüm malvarlığı üzerinde tasarruf başlığını taşıyan § BGB 1365/abs.1'e göre, yasal mal rejimi olarak düzenlenen kazanç ortaklığı rejiminde eşlerden birinin kendi malvarlığının tamamı üzerindeki tasarrufu ancak diğer eşin rızası ile mümkündür. Diğer eşin rızası alınmadan borç altına girilmesi durumunda söz konusu borcun ifası ancak diğer eşin onayı ile yerine getirilebilir. Yasal mal rejimi olan kazanç ortaklığını düzenleyen hükümler arasında yer alan ve ev eşyasına ilişkin tasarruf başlığını taşıyan BGB 1369'de de eşin rızası aranmaktadır. Bu hükme göre, eşlerden biri kendisine ait ev eşyası üzerinde ancak diğer eşin rızasıyla tasarrufta bulunabilir. Aile mahkemesi eşin rıza vermekten haksız olarak kaçınması, hastalığı veya yokluğu sebebiyle rızanın alınmasının mümkün olmadığı durumlarda eşin yerine işleme izin verebilir.

⁴⁵⁹ **S. Ayan**, *Evlilik*, s. 121; **Şıpka**, *Sorunlar*, s. 164; **Şıpka**, *Aile Konutu*, s. 107; **Sarı**, s. 69.

Kurşat'a göre, TMK.m.223/f.2'de edinilmiş mallara katılma rejiminde eşlerin tasarruf yetkisine getirilen sınırlamaya ilişkin hüküm ile TMK.m.222/f.2'de eşlerden hangisine ait olduğu ispat edilemeyen malların eşlerin paylı mülkiyetine tâbi olacağını düzenleyen hüküm birlikte değerlendirilmelidir. Yazara göre, her iki düzenlemenin de edinilmiş mallara katılma rejimi ile ilgili hükümler arasında yer aldığı düşünüldüğünde, TMK.m.223/f.2'de eşlerin paylı mülkiyetine tâbi mallar üzerinde tasarrufta bulunma yetkisine getirilen sınırlamanın sadece eşlerden hangisine ait olduğu ispat edilemeyen mallar bakımından söz konusu olacağını kabul etmek gerekir. Diğer bir deyiş ile eşlerden hangisine ait olduğu ispat edilen mallar bakımından TMK.m.223/f.2'nin uygulanması mümkün olmayıp, bu durumda söz konusu mallarla ilgili herhangi bir sınırlamadan söz edilemez⁴⁶⁰. Kanımızca TMK.m.223/f.2, eşlerden hangisine ait olduğu ispat edilen veya edilemeyen mal ayrımı yapılmaksızın, eşlerin paylı mülkiyetine tâbi tüm mallar bakımından uygulama alanı bulur.

c) Eşlerin Aksini Kararlaştırmamış Olması

Türk Medeni Kanunu m.223/f.2 ile eşlerin tasarruf yetkisine getirilen sınırlama, emredici nitelikte değildir. Çünkü bu hükme göre, eşler aralarında yapacakları sözleşme ile bu sınırlamayı kaldırabilirler. Diğer bir ifadeyle, eşler aralarında yapacakları sözleşme ile paylı malik oldukları taşınmazdaki payları üzerindeki tasarruflarını, diğer eşin rızasına bağlı olmaksızın yapabileceklerini kararlaştırarak TMK.m.223/f.2'deki sınırlamayı aşabilirler⁴⁶¹.

Doktrinde bu sözleşmenin şekline ilişkin farklı görüşler bulunmaktadır. Şıpka'ya göre, bu sözleşme mal rejimi sözleşmesine ilişkin bir değişiklik niteliği taşıdığı için, TMK.m.205'de⁴⁶² belirtilen resmi şekle uygun olarak yapılmalıdır⁴⁶³.

⁴⁶⁰ Kurşat, s. 87-88.

⁴⁶¹ Sarı, s. 74; S. Ayan, *Evlilik*, s. 120; Akıntürk/Karaman, s. 125; Barlas, *Hukuki İşlem*, s. 140; M. Demir, s. 705.

⁴⁶² TMK.m.205/f.1/c.1'e göre, "Mal rejimi sözleşmesi, noterde düzenlenme veya onaylama şeklinde yapılır".

⁴⁶³ Şıpka, *Aile Konutu*, dn. 372, s. 108.

Ayan'a göre, TMK.m.223/f.2 uyarınca yapılacak sözleşmenin şekli, TMK.m.227/f.3'ün⁴⁶⁴ kıyasen uygulanması sonucunda adi yazılı şekle tâbidir. Çünkü TMK.m.223/f.2'de, aynen TMK.m.227/f.3'deki gibi bir değişiklik söz konusudur⁴⁶⁵. Bizim de katıldığımız Kılıçoğlu'na göre ise, bu sözleşmenin şekline ilişkin açık bir hüküm bulunmadığından, mal rejimi sözleşmesi şeklinde yapılması gerekmez. Dolayısıyla bu sözleşmenin yazılı veya sözlü yapılması mümkündür⁴⁶⁶.

5. Eşin Rızasının Hukuki Niteliği, Zamanı ve Şekli

Türk Medeni Kanunu m.223/f.2 hükmü, eşlerin paylı mülkiyetine konu maldaki payı üzerinde tasarrufta bulunma yetkisini kaldırmaz. Bu hüküm sadece söz konusu maldaki tasarrufların diğer eşin rızasıyla yapılabileceğini öngörür. Diğer bir deyişle, burada tasarruf yetkisi sınırlaması söz konusudur⁴⁶⁷.

Diğer eşin rızasının işlemin kurulmasından önce veya işlem sırasında verilmesi şart değildir. Bu nedenle, diğer eşin işlemi sonradan onaylaması da mümkündür. İşlemin onaylanması ile işlem baştan itibaren geçerlilik kazanır⁴⁶⁸.

Türk Medeni Kanunu m.223/f.2'de aranan eşin rızası bakımından herhangi bir geçerlilik şekli aranmamıştır. Dolayısıyla eşin rızasını, sözlü veya yazılı vermesi mümkündür⁴⁶⁹. Aynı şekilde, paydaş eşin payı üzerinde tasarrufta bulunabilmesi için diğer eş, rızasını açık olarak verilebileceği gibi, örtülü olarak da verebilir. Hatta söz konusu rızanın iradeyi ortaya koyan davranışlardan anlaşılması⁴⁷⁰ dahi yeterlidir⁴⁷¹.

⁴⁶⁴ TMK.m.227/f.3'e göre, "Eşler, yazılı bir anlaşmayla değer artışından pay almaktan vazgeçebilecekleri gibi, pay oranını da değiştirebilirler".

⁴⁶⁵ S. Ayan, *Evlilik*, s. 120.

⁴⁶⁶ Kılıçoğlu, *Eşin Rızası*, s. 26.

⁴⁶⁷ Dural/Öğüz/Gümüş, s. 211; Barlas, *Hukuki İşlem*, s. 138.

⁴⁶⁸ Barlas, *Hukuki İşlem*, s. 139.

⁴⁶⁹ Sarı, s. 70.

⁴⁷⁰ Örtülü irade beyanı ile irade beyanı sayılan davranışlar (factum concludens) arasındaki farklar için bkz. Oğuzman/Barlas, s. 191 vd.

⁴⁷¹ Barlas, *Hukuki İşlem*, s. 139.

6. Eşin Rızası Alınmaksızın Kurulan Taşınmaz Rehninin Sonuçları

Eşlerden birinin, diğer eşin rızası olmaksızın paylı mülkiyetteki payı üzerinde rehin (ipotek-ipotekli borç senedi-irat senedi) kurması halinde söz konusu işlem, bu eş bakımından bağlayıcı olmaz. Bu işlem sadece diğer işlem tarafı olan üçüncü kişiyi bağlar. Diğer eşin rızası işlemin yapılmasından önce veya sonra alınabilir. Bu nedenle, işlem yapılmadan rızası alınmayan eş, daha sonra kendisine verilen uygun süre içerisinde işlemi onaylarsa işlem, baştan itibaren hüküm ve sonuçlarını doğurur. Verilen uygun süre içerisinde eş işlemi onaylamazsa işlem tarafı kişi de işleme bağlı olmaktan kurtulur⁴⁷². Paylı mülkiyet payı üzerinde diğer eşin rızası alınmaksızın kurulan rehinde işlem tarafı kişinin iyiniyeti hiçbir şekilde korunmaz. Ancak taşınmaz payına ilişkin işlem tarafı kişi adına tapu kütüğündeki yolsuz tescile güvenerek rehin hakkı iktisap eden iyiniyetli üçüncü kişilerin bu iktisabı TMK.m.1023 gereğince korunur⁴⁷³.

Aile konutu üzerinde hak sahibi olan eş, diğer eşin haklı bir sebep olmaksızın rıza vermektan kaçınması halinde mahkemeye başvurma hakkına sahip olmasına rağmen, TMK.m.223/f.2 bakımından böyle bir imkân bulunmamaktadır. Bu nedenle paylı mülkiyete tâbi taşınmaz üzerinde rehin kurulmasına diğer eş haklı bir sebep olmaksızın rıza vermektan kaçınırsa, söz konusu işlem yapılamaz. Ancak TMK.m.2’de yer alan dürüstlük kuralı gereği, payı üzerinde ipotek kurmak isteyen eş, haklı sebeplerin varlığını ve paydaş eşin rıza vermektan kaçınmasının haklı bir sebebe dayanmadığını ispat ederek TMK.m.194/f.2’nin kıyasen uygulanması sonucu hakimden bu işleme yönelik izin alabilmelidir⁴⁷⁴.

⁴⁷² **Kılıçoğlu**, *Eşin Rızası*, s. 25; **Şipka**, *Sorunlar*, s. 136; **Özüğür**, s. 231; Sözleşmenin onaylanması başlıklı § BGB 1366/abs.3’e göre, üçüncü kişinin eşin rızasını talep tarihinden itibaren iki hafta içinde eşin söz konusu işlemi onaylaması gerekir. Aksi takdirde onay verilmediği kabul edilir. Aile mahkemesi ile onay alınması halinde ise, sözleşmenin geçerliliği yine iki haftalık süre içinde onayın üçüncü kişiye iletilmesine bağlıdır. Aksi takdirde onay verilmemiş sayılır.

⁴⁷³ **Dural/Öğüz/Gümüş**, s. 211-212; **Sarı**, s. 73-74.

⁴⁷⁴ **Kılıçoğlu**, *Eşin Rızası*, s. 25; **S. Ayan**, *Evlilik*, s. 122; **Şipka**’ya göre, herhalde diğer eşin rıza vermektan kaçınması TMK.m.206/b.3 uyarınca “mal ayrılığı”na geçiş için haklı bir sebep teşkil edecektir. Bkz. **Şipka**, *Sorunlar*, s.135; § BGB 1365/abs.2’e göre, hukuka uygun işlemlere ilişkin rızadan diğer eşin haklı bir sebep olmaksızın kaçınması, hasta olması veya

7. Eşlerin Paylı Mülkiyetine Tâbi Aile Konutundaki Pay Üzerinde Rehin Kurulması

Eşlerin paylı mülkiyetine tâbi aile konutu üzerinde rehin kurulması ayrıca incelenmesi gereken bir husustur. Çünkü bu durumda, eşlerin paylı mülkiyetine tâbi payları üzerinde tasarrufta bulunma yetkisine getirilen sınırlamaya ilişkin TMK.m.223/f.2 hükmünün mü yoksa aile konutu üzerindeki hakları sınırlayan işlemlerin yapılmasında diğer eşin rızasını arayan TMK.m.194/f.1 hükmünün mü uygulanacağını açıklığa kavuşturulması gerekir.

Türk Medeni Kanunu m.223/f.2 “aksine anlaşma olmadıkça” uygulanabilecek bir hüküm olduğu için, emredici nitelikte değildir. TMK.m.194/f.2 ise emredici bir hükümdür. Bu nedenle eşler bu hükmü ortadan kaldıran anlaşmalar yapamayacağı gibi, rızası aranan eşin bu haktan önceden feragat etmesi de mümkün değildir. Buna ek olarak, eşler paylı mülkiyetlerine tâbi aile konutu üzerindeki paylı mülkiyet ilişkisinin giderilmesini (TMK.m.689) talep ederek bu ilişkiyi sona erdirebilir. Dolayısıyla aile konutunun eşlerin paylı mülkiyetine tâbi olması halinde TMK.m.223/f.2’nin uygulanacağını kabul etmek, konuttan sürekli olarak yararlanma hakkını tam olarak korumaz. Bu nedenlerle, eşlerin paylı mülkiyetine tâbi bir aile konutunun varlığı halinde TMK.m.194’ün uygulanacağını kabul etmek yerinde olur. Ancak paylı mülkiyete tâbi aile konutu üzerinde yapılacak işlem TMK.m.194 kapsamına girmiyorsa, TMK.m.223/f.2 uygulama alanı bulur⁴⁷⁵.

Eşlerin paylı mülkiyetine tâbi aile konutundaki payda rehin kurulması TMK.m.194/f.1 kapsamında aile konutu üzerindeki hakları sınırlayan işlemlerden biridir. Dolayısıyla söz konusu işlem TMK.m.194/f.1 kapsamına girer ve bu hüküm uyarınca diğer eşin rızası aranır.

işlem anında yokluğu nedeniyle rızasının alınamaması ya da gecikmesinde sakınca olması durumlarında aile mahkemesi talep halinde eşin yerine onay verebilir.

⁴⁷⁵ Şıpka, *Aile Konutu*, s. 108-109; Doğan, *Şerh*, s. 90.

E. Eşlerin Taşınmaz Rehnine Benzer Teminatları Kurma Özgürlüğüne Getirilen Sınırlamalar

1. Taşınmaz Yükü Kurulmasında Eşin Rızası

a) Taşınmaz Yükünün Tanımı ve Hukuki Niteliği

Türk Medeni Kanunu m.839 göre, “taşınmaz yükü, bir taşınmazın malikini yalnız o taşınmazla sorumlu olmak üzere diğer bir kimseye bir şey vermek veya yapmakla yükümlü kılar”. Bu hükme göre, taşınmaz yükünün kendine özgü iki özelliği vardır⁴⁷⁶. İlk olarak, taşınmaz yükü ile taşınmaz maliki parasal değer taşıyan belirli edimleri ifa etme yükümlülüğü altına girer. Olumlu nitelik taşınması gereken bu edimler, bir şey vermek veya yapmak olabilir. Bu nedenle olumsuz nitelik taşıyan edimler (örneğin kaçınma yükümlülüğü) taşınmaz yükünün konusunu oluşturamaz⁴⁷⁷. İkinci olarak, taşınmaz yükü ile taşınmaz malikinin üstlendiği edimler taşınmazın değeriyle güvence altına alınır. Yüklü taşınmaz maliki edim borcunu yerine getirmese, alacaklı, taşınmazı paraya çevirterek elde edilen değerden alacağını tahsil edebilecektir. Bunun dışında taşınmaz malikinin kişisel sorumluluğu söz konusu olmayıp, sorumluluğu taşınmaz değeri ile sınırlıdır⁴⁷⁸. Taşınmaz yüküne aynı bir nitelik kazandıran bu özellik, taşınmaz yükünü rehin hakkına yakınlaştırmaktadır⁴⁷⁹.

Taşınmaz yükünün konusunu, adından da anlaşılacağı gibi taşınmazlar oluşturmaktadır. Ayrıca paylı mülkiyet payları ve tapu kütüğüne taşınmaz olarak

⁴⁷⁶ Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 877; M. Ayan, *Ayni Hak*, s. 138; Saymen/Elbir, s. 545; Gürsoy/Eren/Cansel, s. 745-746; Jale G. Akipek, *Türk Eşya Hukuku*, Ankara 1971, s. 722; Sirmen, *Eşya*, s. 631.

⁴⁷⁷ Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 877-878; M. Ayan, *Ayni Hak*, s. 138; Saymen/Elbir, s. 548; Gürsoy/Eren/Cansel, dn. 11, s. 990; Aybay/Hatemi, s. 273; Köprülü/Kaneti, s. 234; Akipek, s. 722.

⁴⁷⁸ Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 879-880; M. Ayan, *Ayni Hak*, s. 139; Köprülü/Kaneti, s. 225; Gürsoy/Eren/Cansel, s. 746; Aybay/Hatemi, s. 273; Ayiter, s. 167; Akipek, s. 723.

⁴⁷⁹ M. Ayan, *Ayni Hak*, s. 139; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, dn. 14, s. 880.

kaydedilen bağımsız ve sürekli nitelikteki irtifak hakları üzerinde de taşınmaz yükü kurulabilir⁴⁸⁰.

b) Taşınmaz Yükünün Şekli

Türk Medeni Kanunu m.840/f.3'e göre, "*Aksine hüküm yoksa, taşınmaz yükünün kazanılmasında ve tescilinde taşınmaz mülkiyetine ilişkin hükümler uygulanır*". Bu hüküm gereğince taşınmaz yükü, yüklü taşınmazın tapu kütüğü sayfasına yapılacak tescille kazanılır. Taşınmaz yükünün kurulabilmesi için geçerli bir kazanma sebebi, yüklü taşınmaz malikinin yazılı tescil talebi ve tescil gerekir. Taşınmaz yükünde kazanma sebebini çoğunlukla taraflar arasında yapılan taşınmaz yükü sözleşmesi oluşturur. Bu sözleşmenin geçerliliği, tapu memuru önünde resmi şekilde yapılmasına bağlıdır⁴⁸¹.

Taşınmaz mülkiyetini tescilsiz kazanma (TMK.m.705) yolları, taşınmaz yükü bakımından da uygulama alanı bulur. Aynı şekilde taşınmaz yükünün olağan zamanaşımıyla kazanılması da mümkündür⁴⁸².

c) Taşınmaz Yükünde Eşin Rızası

Taşınmaz yükü, aynı bir teminat olması sebebiyle çalışmamız bakımından önem arz etmektedir. Bu nedenle taşınmaz yükünün, eşin rızasının arandığı tasarruflar kapsamında değerlendirilmesi gerekir. İlk olarak, taşınmaz yükü TMK.m.194/f.1 bakımından değerlendirilmelidir. Bu hüküm uyarınca malik olan eşin aile konutu üzerindeki hakları sınırlayan işlemleri kapsamında taşınmaz yükü kurulabilmesi için diğer eşin rızasının gerekeceği düşünülebilir. Ancak taşınmaz yükünün aile konutu üzerinde kurulabilmesi mümkün değildir. Şöyle ki, taşınmaz yükü hak sahibine bir taşınmaza sahip olması sebebiyle, bu taşınmazın malikinden bazı edimleri yapmasını veya vermesini isteme hakkını veren bir aynı haktır. Yani taşınmaz yükünde borcun konusunu yüklü taşınmazın kendisinden elde edilen bir edim oluşturur. Kanımızca bu niteliği itibariyle taşınmaz yükünün aile konutu

⁴⁸⁰ M. Ayan, *Aynı Hak*, s. 139; Köprülü/Kaneti, s. 231-232.

⁴⁸¹ Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 881; Akipek/Akıntürk, s. 727.

⁴⁸² Akipek/Akıntürk, s. 727.

üzerinde kurulması mümkün değildir. Ancak taşınmaz yükünün, içinde aile konutunun da bulunduğu bir arazi üzerinde kurulması ihtimalinde ise bu işlemin geçerliliği diğer eşin rızasına bağlı olur.

İkinci olarak, taşınmaz yükü TMK.m.199 bakımından incelenmelidir. Ailenin ekonomik varlığının korunması veya evlilik birliğinden doğan mali bir yükümlülüğün gerektirdiği ölçüde, eşlerden birinin istemi üzerine hakimın belirleyeceği malvarlığı değerleriyle ilgili tasarruflar ancak onun rızasıyla yapılabilir (TMK.m.199/f.1). Bu hükümde geçen tasarruflar kapsamına taşınmaz yükü de dahil edilebilir. Ancak söz konusu sınırlamanın getirildiği malvarlığı değerlerinin taşınmaz yükünün mahiyetine uygun olması gerekir. Bu nedenle, söz konusu malvarlığının belirli bir taşınmaz, taşınmaza ait paylı mülkiyet payı, tapu kütüğüne taşınmaz olarak kaydedilmiş bağımsız ve sürekli nitelikte bir irtifak hakkı olması şartıyla bunlar üzerinde taşınmaz yükü kurulabilmesi diğer eşin rızasına bağlanabilir.

Son olarak, taşınmaz yükünün TMK.m.223/f.2 kapsamına girip girmeyeceği üzerinde durulmalıdır. Aksine anlaşma olmadıkça, eşlerin paylı mülkiyetine tâbi maldaki payı üzerinde tasarrufta bulunabilmesi diğer eşin rızasına bağlıdır. Bu hükümde geçen tasarruflar kapsamında eşlerin paylı mülkiyetine tâbi malları üzerindeki payda taşınmaz yükü kurulabilmesi için de diğer eşin rızası gerekir. Ancak paylı mülkiyet konusu malın taşınmaz yükünün mahiyetine uygun olması gerekir.

2. Kanunda Düzenlenmeyen Taşınmaz Teminatlarının Kurulmasında Eşin Rızası

a) Kanunda Düzenlenmeyen Taşınmaz Teminatları

(1) Genel Olarak

Teminat hukuku bakımından kanunda öngörülen kişisel teminatlar ve aynı teminatlara rağmen, zamanla ortaya çıkan sosyal ve ekonomik ihtiyaçlar, özellikle de kredi ihtiyacı bu teminatların yetersizliğini ortaya koymuş ve kanunda öngörülmeyen yeni teminat arayışları gündeme gelmiştir. Bunun sonucu olarak, kanunun öngördüğü

aynı teminat türleri yanında uygulamadan doğan taşınmaz teminatları ortaya çıkmıştır.

(2) Kanunda Düzenlenmeyen Taşınmaz Teminat Türleri

Taşınmaz rehni dışındaki diğer taşınmaz teminatları; “teminat amaçlı taşınmaz mülkiyetinin devri sözleşmesi”, “teminat amaçlı taşınmaz satış vaadi sözleşmesi” ve “teminat amaçlı vefaen satış sözleşmesi” olarak üç grupta incelenebilir.

(a) Teminat Amaçlı Taşınmaz Mülkiyetinin Devri Sözleşmesi

Doğrudan doğruya kanunda düzenlenmeyen bir inançlı işlem⁴⁸³ olan teminat amacıyla mülkiyetin devri sözleşmesi, TBK.m.26’da yer alan sözleşme özgürlüğü ilkesi çerçevesinde ortaya çıkmış olup; taşınmaz mülkiyetinin, bir alacağı teminat altına almak için alacaklıya geçirilmesini ifade etmektedir⁴⁸⁴. Teminat amaçlı taşınmaz mülkiyetinin devrinde borçlunun inananı, alacaklının ise inanılanı ifade ettiği bir borç ilişkisi mevcuttur. Alacaklının bu ilişki çerçevesinde sahip olduğu alacak hakkı, mülkiyetini elde ettiği bir taşınmazla güvence altına alınır. Böylece alacaklıya, alacağını elde edememesi halinde başvurabileceği bir malvarlığı değeri sağlanmış olur⁴⁸⁵. Örneğin, (A), (B)’ye olan borcunu teminat altına almak için taşınmazını (B)’ye rehnetmek yerine, borç ödenince taşınmazı (B)’den geri alacağına

⁴⁸³ Türk hukukunda inançlı işlemlere ilişkin herhangi bir hüküm yer almamakla birlikte inançlı işlem; etkisini tarafların irade beyanlarına uygun olarak doğuran, inanılan kişinin inananan veya üçüncü bir kişiden tam bir hak kazanmasına rağmen, bu hakkı hiç kullanamaması veya inananın talimatları ve belirli bir amaç için kullanabilmesi esasına dayanan; inanılanın, tarafların ekonomik hedeflerine ulaşmaları veya taraflar arasındaki hukuki ilişkinin herhangi bir sebeple sona ermesi halinde kazandığı hakkı inananan devretme borcu altına girdiği hukuki işlemler olarak tanımlanabilir. inançlı işlemler, saf (yönetim amaçlı) inanlı işlemler ve karma (güvence amaçlı) inançlı işlemler olmak üzere iki grupta incelenebilir. Saf inançlı işlemlerde inanılan, devraldığı inanç konusunu inananın talimatlarına uygun olarak ve sadece inananın menfaati için elinde tutar ve yönetir. Karma inançlı işlemler ise, teminat amacına hizmet etmektedir. Bkz. Özgür **Güvenç**, *Taşınmazların İnançlı İşleme Devri*, Ankara 2014, s. 25 vd.; **Antalya**, s. 296.

⁴⁸⁴ Atiye B. **Uygur**, “Teminat Amaçlı İnançlı İşlemler”, *GÜHFD.*, C. X, S. 1-2, Haziran-Aralık 2006, s. 184; **Tandoğan**, s. 547-548.

⁴⁸⁵ **Güvenç**, s. 68.

inanarak taşınmazın mülkiyetini (B)'ye devrederse, teminat amaçlı taşınmaz mülkiyetinin devri sözleşmesi söz konusu olur⁴⁸⁶.

Teminat amaçlı taşınmaz mülkiyetinin devri sözleşmesinin temel özelliği, taşınmazın mülkiyetini devralan alacaklının rehinli alacaklının yapabileceğinden daha fazlasına yetkili olmasıdır. Alacaklı, malik sıfatıyla teminat konusu taşınmaz üzerinde mülkiyetten doğan tüm yetkileri kullanma hakkına sahip olmasına rağmen, teminat amacıyla mülkiyeti kendisine devreden borçlu veya üçüncü kişiye karşı sadece teminat sınırları içerisinde bu yetkileri kullanabilecek ve borcun ödenmesi durumunda teminat konusu taşınmazı geri verme borcu altına girer⁴⁸⁷. Teminat amaçlı mülkiyetin devri halinde, borç ödenmezse taşınmaz mülkiyetini devralan alacaklı, TMK.m.2 hükmü gereğince dürüstlük kuralları çerçevesinde söz konusu taşınmazı paraya çevirerek, alacağından fazlasını borçluya iade etmelidir⁴⁸⁸.

(b) Teminat Amaçlı Taşınmaz Satış Vaadi Sözleşmesi

Uygulamada pek rastlanmasa da, borçlu veya üçüncü bir kişinin, alacaklı ile borcun vadesinde ödenmemesi geciktirici koşuluna bağlı bir taşınmaz satış vaadi sözleşmesi kurması yoluyla alacağına taşınmaz teminatı sağlaması da mümkündür. Taşınmaz satış vaadi sözleşmesi ile, kendisine kredi sözleşmesiyle kredi sağlanan vaadde bulunan (kredi alan), söz konusu kredi alacağına teminat sağlamak amacıyla vaadde bulunulana (kredi verene) kredi sözleşmesinin vadesinin gelmesinden itibaren kullanabileceği bir satın alma hakkı tanır⁴⁸⁹. Borcun vadesinde ifa

⁴⁸⁶ **Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir**, s. 375.

⁴⁸⁷ **Kuntalp**, s. 283; **Uygur**, s. 192-193; Yarg. 14. HD., T. 4.3.1986, E. 1985/5103, K. 1986/1412 “İnanç sözleşmesi uyarınca inanç gösterilen kişi, inanç gösteren kişinin isteği doğrultusunda hareket etmek zorunluluğundadır” (YKD., C. 12, S. 10, Ekim 1986, s. 1516-1517); Yarg. 1. HD., T. 22.5.1989, E. 1989/ 4596, K.1989/ 6255 “İnanç sözleşmesi; inanç gösterilene bir hakkın kullanılmasında davranışlarını inanç gösterenin tespit ettiği amaca uydurmak borcunu yükler. İnanç gösterilen kişi, inanç gösteren namına yapılacak bir işlemde sonra taşınmazın mülkiyetini inanç gösterene aktarma yükümlülüğü altına girmiş ise, yükümlülüğün yerine getirilmemesi halinde, bunun dava yoluyla hükmen yerine getirmesi istenir” (YKD., C. 17, S. 1, Ocak 1991, s. 21-22).

⁴⁸⁸ **Uygur**, s. 203.

⁴⁸⁹ **Çetiner**, s. 378-379; **Helvacı**'ya göre, bu hukuki yapıdaki sözleşmeleri, vaadde bulunan (kredi alan) tarafa sözleşme cezası ödemek suretiyle sözleşmeden dönme hakkının tanıdığı taşınmaz satış vaadi sözleşmeleri olarak kabul etmek mümkündür. Bkz. **Helvacı**, s. 268.

edilmemesi ihtimalinde alacaklı, satın alma hakkına dayanarak satış sözleşmesinin kurulmasını talep edebilir (TBK.m.29/f.1). Sözleşmede fer'ileriyle birlikte kredi alacağını ifade eden satış bedelinin vadesinde ödenmesi durumunda ise satış vaadinde bulunan (kredi alan) sözleşmeden tek taraflı olarak dönme hakkına sahip olur⁴⁹⁰.

Helvacı'ya göre, taraflar teminat amaçlı taşınmaz satış vaadi sözleşmesi kurmak suretiyle kanunen yasaklanmış bir sonuca, onun yasaklamadığı bir hukuki işlemle ulaşabilmektedir. Yani bu durumda, TMK.m.873/f.2'de⁴⁹¹ öngörülen lex commissoria yasağı bakımından kanuna karşı hile söz konusu olur. Dolayısıyla TMK.m.873/f.2 gereğince kanuna karşı hile niteliği taşıyan teminat amaçlı satış vaadi sözleşmelerinin kesin hükümsüz olması gerekir⁴⁹². Nitekim Yarg. 14. HD., T. 20.3.1979, E. 1978/6247, K. 1979/1715 sayılı kararında, teminat amaçlı taşınmaz satış vaadi sözleşmesinin, lex commissoria yasağı bakımından kanuna karşı hile teşkil ettiğini kabul etmiştir⁴⁹³. Ancak Yargıtay'ın teminat amaçlı taşınmaz satış vaadi sözleşmesinin muvazaaa nedeniyle geçersiz olduğuna ilişkin kararları da vardır⁴⁹⁴.

⁴⁹⁰ Çetiner, s. 379; Helvacı, dn. 12, s. 268.

⁴⁹¹ TMK.m.873/f.2'e göre, "Borcun ödenmemesi halinde rehinli taşınmazın mülkiyetinin alacaklıya geçeceğine ilişkin sözleşme hükmü geçersizdir".

⁴⁹² Helvacı, s. 268-269; Aynı görüş için bkz. Antalya, s. 303.

⁴⁹³ Yarg. 14. HD., T. 20.3.1979, E. 1978/6247, K. 1979/1715 " ... davaya dayanak yapılan satış vaadi sözleşmesinin aslında karz akdinin garantisini teşkil etmek ve ipotekli taşınmazın alacaklı tarafından iktisabını önleyen Medenî Yasa'nın 788/2. maddesi hükmünü (TMK.m.873/f.2) ortadan kaldırmak amacıyla yönelik olduğu kabul edilmelidir" (**Kazancı Bilişim**, İçtihat Bilgi Bankası).

⁴⁹⁴ Yarg. 14. HD., T. 5.6.2008, E. 1867/K. 7303 "Gerçekten, bir sözleşmenin taşınmaz satış vaadi sözleşmesi olarak hüküm ve sonuç meydana getirmesi için gerçek niteliği bakımından satış vaadi sözleşmesi olarak kurulmuş olması gerekir. Yoksa, sözleşmenin salt bu görünümü taşıması yeterli değildir. Örneğin; taşınmaz satış sözleşmesinin aslında bağış, karz veya teminat amacıyla yapılması her zaman olanaklıdır. Bunun gibi bir taşınmaz mülkiyetinin ileride geçirilmesi amacıyla taşınmaz satış vaadi sözleşmesi yapılmış, buna rağmen gerçekte teminat amacı güdülmüşse vaat borçlusu ile vaat alacaklısı arasında yapılan bu işlem muvazaadır ... Muvazaanın varlığı saptandığı takdirde kuşkusuz, görünürdeki satış vaadi iradesi geçersizdir. Fakat somut olayda olduğu gibi, satış vaadi sözleşmesi geçersiz olmakla birlikte bunun arkasında gizlenen ve asıl parasal borca ilişkin sözleşme varsa bu sözleşme geçerlidir"; Yarg. 14. HD., T. 6.11.1984, E. 4408/K. 6692 (**Kazancı Bilişim**, İçtihat Bilgi Bankası).

Yargıtay kararlarında teminat amaçlı taşınmaz satış vaadi sözleşmesiyle, teminat altına alınan alacağı doğuran temel borç ilişkisi birbirine karıştırılmaktadır. Bir kredi sözleşmesinden doğan alacağı teminat altına almak için ipotek sözleşmesi kurulurken de gerçekte teminat amacı ile hareket edilir. Buna rağmen, tarafların ipotek sözleşmesini kurarken gerçekte ipotek sözleşmesi ile teminat altına alınan alacağın dayandığı kredi sözleşmesini kurmaya ilişkin irade beyanında buldukları söylenemez⁴⁹⁵. Aynı şekilde, taşınmaz satış vaadi sözleşmesinin bir ödünç sözleşmesinden doğan alacağı teminat altına almak amacıyla yapılması, tarafların taşınmaz satış vaadi sözleşmesi görünümünde aslında ödünç sözleşmesi kurma iradelerinin bulunduğu anlamına gelmez. Çünkü tarafların taşınmaz satış vaadi sözleşmesine ilişkin iradeleri ile gerçek iradeleri arasında herhangi bir tutarsızlık yoktur⁴⁹⁶. Dolayısıyla böyle bir durumda taşınmaz satış vaadi sözleşmesinin muvazaalı olduğu söylenemez. Kredi sözleşmesi gibi, bu sözleşmeden doğan borcu teminat altına almayı amaçlayan satış vaadi sözleşmesi de tarafların iradelerine ve menfaatlerine uygun, hukuken geçerli bir sözleşmedir⁴⁹⁷.

(c) Teminat Amaçlı Vefaen Satış Sözleşmesi

Teminat amaçlı vefaen satış sözleşmesi, kredi alan (borçlu) lehine geri alım hakkı tanınarak alacağı teminat sağlamak için kurulur⁴⁹⁸. Bu sözleşmeyle kredi almak isteyen (borçlu), kredi veren (alacaklı) ile aralarında yaptıkları satış sözleşmesi uyarınca bir taşınmazını kredi verene (alacaklıya) satar. Ancak kredi alan (borçlu), satış sözleşmesi ile birlikte yaptıkları bir vefa sözleşmesiyle de kredi sözleşmesinin vadesine kadar kullanabileceği bir vefa hakkı kazanır. Kredi alan (borçlu), kredi sözleşmesinin vadesine kadar borcunu ifa etmezse vefa hakkı sona erer. Bunun

⁴⁹⁵ **Çetiner**, s. 380.

⁴⁹⁶ **Çetiner**, s. 380; **Helvacı**, s. 271.

⁴⁹⁷ **Çetiner**'e göre, bu durumda teminat amaçlı taşınmaz satış vaadi sözleşmesinin TMK.m.873/f.2 uyarınca lex commissoria yasağına aykırılık nedeniyle geçersiz olmaması için sözleşmenin bir ifa uğruna edim anlaşması niteliği taşıması gerekir. Yani bütün fer'ileriyle beraber ifa edilmeyen kredi borcu ile satış değeri arasında vaadde bulunan lehine bir fark mevcutsa, söz konusu farkın ona ödenmesinin açık veya zımni olarak sözleşmede kararlaştırılması yahut tamamlayıcı yorumla bu sonuca ulaşılması gerekir. Bkz. **Çetiner**, s. 109 vd.

⁴⁹⁸ **Çetiner**, s. 377; Haluk N. **Nomer**, *Vefa Hakkı*, İstanbul 1992, s. 36; **Helvacı**, s. 274.

sonucu olarak da kredi veren (alacaklı), söz konusu taşınmaza hiçbir sınırlamaya tâbi olmaksızın malik olur⁴⁹⁹.

Bazı yazarlara göre, aldığı krediyi vadesinde ödeyeceğine ilişkin teminat sağlamak amacıyla, vefa sözleşmesi yaparak malını satan kişi, zaten söz konusu malvarlığı değerini elinden çıkarmıştır. Bu kişinin, malvarlığı değerinin elinden çıkması tehlikesiyle henüz karşılaşmayan ve böyle bir ihtimalin gerçekleşmeyeceğini uman bir kimsenin hesapsızlığı içinde hareket ettiği düşünülemez. Sonuç olarak böyle bir borçluyu lex commissoria yasağının düzenlendiği hükümlerin korumasından yararlandırmak doğru olmaz ve dolayısıyla teminat amaçlı vefaen satış sözleşmeleri, lex commissoria yasağına ilişkin hükümler bakımından kanuna karşı hile olarak kabul edilemez⁵⁰⁰.

Bizim de katıldığımız Helvacı ise bu görüşe hukuki olmaktan çok psikolojik olması nedeniyle katılmamaktadır. Yazar'a göre, teminat amaçlı vefaen satış sözleşmeleri, lex commissoria yasağı bakımından kanuna karşı hilenin tipik örneklerinden biridir. TMK.m.969'a göre, "*Geri alım hakkı tanıyarak satın almayı meslek edinenler hakkında da, taşınır rehni karşılığında ödünç verenlere ilişkin hükümler uygulanır*". Kanun koyucu, profesyonel olarak yapılan vefa hakkı ile alımları, rehin karşılığı ödünç hükmünde kabul ederek, bu işle uğraşan kişilerin tâbi oldukları hükümlerden sıyrılmak amacıyla vefa hakkı ile alım sözleşmeleri yapmalarını engellemek istemiştir⁵⁰¹.

b) Kanunda Düzenlenmeyen Taşınmaz Teminatlarında Eşin Rızası

Kanunun öngördüğü aynı teminat türleri yanında uygulamadan doğan ve aynı teminat sağlama işlevine sahip olan sözleşmelerdir. Bu noktada eşlerin hukuki işlem özgürlüğüne getirilen sınırlamalar kapsamında (TMK.m.194/f.1-m.199-m.223/f.2) bir eşin kanunda düzenlenmeyen taşınmaz teminat sözleşmelerini yapmasının diğer

⁴⁹⁹ Çetiner, s. 377; Helvacı, s. 274.

⁵⁰⁰ Nomer, s. 42; Selahattin Sulhi Tekinay, *İştira ve Vefa Hakları*, İBD., C. 61, S. 1-12, 1987, s. 518-519.

⁵⁰¹ Helvacı, s. 275.

eşin rızasına bağlı olup olmayacağıın incelenmesi gerekir. Ancak yukarıda⁵⁰² incelediğimiz taşınmaz teminatlarından, teminat amaçlı taşınmaz satış vaadi sözleşmesi ve teminat amaçlı vefaen satış sözleşmesinin lex commissoria yasağı uyarınca kesin hükümsüz olacağı kabul edilirse, bu işlemlerin geçerliliği bakımından eşin rızasının olup olmadığı önem arz etmez. Biz burada eşlerin hukuki işlem özgürlüğüne getirilen sınırlamalar kapsamında (TMK.m.194/f.1-m.199-m.223/f.2), bir eşin teminat amaçlı taşınmaz mülkiyetinin devri sözleşmesi yapabilmesi bakımından diğer eşin rızasını irdeleyeceğiz.

İlk olarak, aile konutu üzerinde teminat amaçlı taşınmaz mülkiyetinin devri sözleşmesi kurmanın aile konutu üzerindeki hakları sınırlayıp sınırlamadığının belirlenmesi gerekir. Kanımızca malik olan eşin aile konutu üzerindeki hakları sınırlayan işlemleri (TMK.m.194/f.1) kapsamına teminat amaçlı taşınmaz mülkiyetinin devri sözleşmesi de girer. Çünkü teminat amaçlı taşınmaz mülkiyetinin devri halinde, borç ödenmezse taşınmaz mülkiyetini devralan alacaklı, aile konutunu paraya çevirterek, alacağını bu değerden sağlar. Bu ihtimal düşünüldüğünde, teminat amaçlı taşınmaz mülkiyetinin devrinin, aile konutunun kaybedilmesine ilişkin yakın ve ciddi bir tehlike oluşturduğu açıktır.

İkinci olarak, tasarruf yetkisi sınırlaması (TMK.m.199) kapsamına teminat amaçlı taşınmaz mülkiyetinin devri sözleşmesinin girip girmediğinin belirlenmesi gerekir. Kanımızca, ailenin ekonomik varlığının korunması veya evlilik birliğinden doğan mali bir yükümlülüğün yerine getirilmesi gerektirdiği ölçüde, eşlerden birinin istemi üzerine hakim belirleneceği taşınmaz mallarla ilgili tasarruflar kapsamında, teminat amaçlı taşınmaz mülkiyetinin devri sözleşmesinin geçerliliği istemde bulunan eşin rızasına bağlanabilir. Evlilik birliğinin ekonomik geleceğini koruma amacı karşısında teminat amaçlı taşınmaz mülkiyetinin devri sözleşmesinin teminat sağlama işlevi ortaya böyle bir sonuç çıkarmaktadır.

Son olarak, eşlerden birinin paylı mülkiyet konusu maldaki payı üzerinde diğer eşin rızası olmaksızın tasarrufta bulunamamasına ilişkin hükmün (TMK.m.223/f.2)

⁵⁰² İkinci Bölüm, IV., B., 1., b), (2)-(3).

teminat amaçlı taşınmaz mülkiyetinin devri sözleşmesini de kapsayıp kapsamadığının belirlenmesi gerekir. Kanımızca, bu hükümde geçen tasarruflar kapsamına teminat amaçlı taşınmaz mülkiyetinin devri sözleşmesi de girer. Eşlerden birinin paylı mülkiyet konusu taşınmazdaki payını teminat amacıyla devretmesi mümkündür. Bu nedenle, söz konusu pay üzerinde kurulacak teminat amaçlı taşınmaz mülkiyetinin devri sözleşmesinin geçerli olarak kurulabilmesi diğer eşin rızasına bağlıdır.

IV. EŞLERİN TAŞINIR REHNİ SÖZLEŞMESİ KURMA ÖZGÜRLÜĞÜNE GETİRİLEN SINIRLAMALAR

A. Taşınır Rehni

1. Genel Olarak

Taşınır rehni, belirli bir taşınır mal üzerinde kurularak, belirli bir alacağı güvence altına alan ve borç zamanında ifa edilmediği takdirde, alacaklıya rehin konusu taşınırı paraya çevirterek alacağını elde etme imkânı sağlayan bir sınırlı ayni haktır⁵⁰³.

Türk Medeni Kanunu, taşınır rehni başlığı altında rehin türlerinin hepsini kapsayacak genel hükümler öngörmemiştir. Ancak doktrinde, teslimine bağlı taşınır rehnine ilişkin hükümlerin, mahiyetlerine uygun olduğu ölçüde, diğer rehin türlerine de uygulanacağı kabul edilmektedir⁵⁰⁴. Hatta, teslimine bağlı taşınır rehni düzenlenmiş genel hükümlerin sınırlı olması sebebiyle, taşınmaz rehnine ilişkin

⁵⁰³ Akipek/Akıntürk, s. 832; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 995; Hasan Erman, *Eşya Hukuku Dersleri*, 4. bs., İstanbul 2013, s. 171; M. Ayan, *Ayni Hak*, s. 267; Rona Serozan, *Taşınır Eşya Hukuku*, 2. bs., İstanbul 2007, s. 334; Aybay/Hatemi, s. 297; Tahir Öğütçü/M. Edip Doğrusöz, *Rehin Hukuku*, 1982, s. 69; Ertaş, s. 579; Murat Doğan, “Teslime Bağlı Olmayan Sicilli Motorlu Taşıtların Rehni”, *EÜHF*, C. XII, S. 3-4, Aralık 2008, s. 182.

⁵⁰⁴ Erol Cansel, *Türk Menkul Rehni Hukuku (Teslim Şartlı Menkul Rehni)*, C. I, Ankara 1967, s. 8; Oğuzman/ Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 999; Sirmen, *Eşya*, s. 736; M. Ayan, *Ayni Hak*, s. 267; Aybay/ Hatemi, s. 297.

hükümlerin, mahiyetine uygun düştüğü ölçüde taşınır rehnine de kıyasen uygulanacağı öngörülmektedir⁵⁰⁵.

2. Taşınır Rehnine Hakim Olan İlkeler

a) Kamuya Açıklık İlkesi

Bir sınırlı aynı hak olan rehlin herkesçe görülebilir biçimde açık olması gerekir. Bu amacı gerçekleştirmek amacıyla kanun koyucu, aynı haklarda açıklığı sağlayan müesseseler öngörmüştür⁵⁰⁶. Rehin hakkında açıklık, taşınmazlarda kural olarak tapu siciline yapılacak tescille (TMK.m.856/f.1), taşınırlarda ise zilyetliğin alacaklıya devriyle (TMK.m.939/f.1) gerçekleştirilir.

Taşınırlarda zilyetliğin alacaklıya devri kural olarak söz konusu taşınırın alacaklıya teslimi ile mümkündür. Teslim, rehinli taşınırın alacaklının dolaysız zilyetliğine geçirilmesi suretiyle alacaklının, sınırlı aynı hak sahibi sıfatıyla fer'i zilyet olmasıdır. Dolaysız zilyetliğin devri, eşyanın fiili olarak verilmesi ile gerçekleşebileceği gibi, eşya üzerinde fiili hakimiyet kurmaya yarayan vasıtaların teslimi yoluyla da gerçekleşebilir⁵⁰⁷.

b) Belirlilik İlkesi

Taşınır rehlinin konusunu ferden belirlenmiş taşınır eşya, alacak veya hak oluşturabilir⁵⁰⁸. Bu nedenle bir malvarlığı değerinin tümü veya bir kısmı üzerinde tek bir işlemle taşınır rehni kurulması mümkün değildir. Aynı şekilde eşya birliği içinde yer alan tüm değerlerin tek bir işlemle rehnedilmesi de mümkün olmayıp, söz konusu

⁵⁰⁵ Saymen/Elbir, s. 685; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 999; Akipek/Akıntürk, s. 832; Ertaş, s. 579; M. Ayan, *Aynı Hak*, s. 267; Sirmen, *Eşya*, s. 736; Ayiter, s. 184; Doğan, *Motorlu Taşıt Rehni*, s. 182.

⁵⁰⁶ Turhan Esener/Kudret Güven, *Eşya Hukuku*, 5. bs., Ankara 2012, s. 446.

⁵⁰⁷ Aslı Makaracı Başak, *Taşınır Rehni Sözleşmesi*, İstanbul 2014, s. 184; Esener/Güven, s. 494; Oğuzman/ Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 1014.

⁵⁰⁸ Makaracı Başak, s. 31; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 1005; Akipek/Akıntürk, s. 839; Sirmen, *Eşya*, s. 738; Ögütçü/Doğrusöz, s. 73.

değerlerin ayrı ayrı teslim edilmek suretiyle rehnedilmesi gerekir⁵⁰⁹. Yani taşınır rehninde de taşınmaz rehninde olduğu gibi “genel rehin” söz konusu değildir⁵¹⁰.

Taşınır rehninde, taşınmaz rehninden farklı olarak teminat altına alınmak istenen alacağın belirli bir miktar olarak gösterilmesi zorunlu değildir. Söz konusu alacağın, taşınırın paraya çevrilmesi anında belirlenebilir olması yeterlidir⁵¹¹. Aynı şekilde teminat altına alınmak istenen alacağın belirlenebilir olması şartıyla, şarta bağlı veya ileride doğacak alacakların da taşınır rehniyle teminat altına alınması mümkündür⁵¹².

c) Öncelik İlkesi

Aynı taşınır, hak veya alacak üzerinde aynı anda birden fazla rehin hakkı kurulması da mümkündür. Bu durumda, taşınmaz rehninden farklı olarak rehin hakları arasındaki sıra, bunların kurulmuş oldukları dereceye göre değil, kuruluş tarihlerine göre belirlenir. Daha önce kurulan bir rehin hakkı sıra itibariyle daha sonra kurulan rehin hakkına tercih edilir⁵¹³.

Taşınır rehninde rehinin paraya çevrilmesi sonucunda elde edilen bedelden, ilk önce sıra itibariyle önde gelen rehinli alacaklının alacağı ödenir. Daha sonra kalan miktardan sırasıyla diğer alacaklılar tatmin edilir (TMK.m.948). Böylece önce

⁵⁰⁹ Mehmet Serkan **Ergüne**, *Hukukumuzda Taşınır Rehninin, Özellikle Teslime Bağlı Taşınır Rehninin Kuruluşu*, İstanbul 2002, s. 182; **Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir**, s. 1005; M. **Ayan**, *Ayni Hak*, s. 272; **Köprülü/Kaneti**, s. 468-469; **Ertaş**, s. 581.

⁵¹⁰ **Cansel**, *Menkul Rehni*, s. 21; **Ergüne**, s. 182; M. **Ayan**, *Ayni Hak*, s. 272; **Gürsoy/Eren/Cansel**, s. 1164; Hüseyin **Hatemi/Rona Serozan/Abdulkadir Arpacı**, *Eşya Hukuku*, İstanbul 1991, s. 354.

⁵¹¹ **Ertaş**, s. 582; M. **Ayan**, *Ayni Hak*, s. 271; **Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir**, s. 1006-1007; **Sirmen**, *Eşya*, s. 739-740; **Esener/Güven**, s. 495; **Gürsoy/Eren/Cansel**, s. 1165; **Köprülü/Kaneti**, s. 470.

⁵¹² **Makaracı/Başak**, s. 86; **Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir**, s. 1007; M. **Ayan**, *Ayni Hak*, s. 271; **Esener/Güven**, s. 495.

⁵¹³ **Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir**, s. 1010-1011; M. **Ayan**, *Ayni Hak*, s. 277; **Sirmen**, *Eşya*, s. 741-742; **Esener/Güven**, s. 499; **Gürsoy/Eren/Cansel**, s. 1168-1169; **Köprülü/Kaneti**, s. 473; **Ayiter**, s. 189.

kurulan rehin hakkının sona ermesi durumunda, sonraki tarihli rehin hakları kendiliğinden önceki sıraya ilerler⁵¹⁴.

d) Teminatın Bölünmezliği İlkesi

Rehnin konusunu oluşturan taşınır bütünüyle rehinli alacağı teminat altına alır⁵¹⁵. Bir taşınır rehninde teminatın konusunu, öncelikle rehlin konusunu teşkil eden taşınır mal ve hak oluşturur. Rehnedilen paylı mülkiyet konusu bir taşınır ise, rehlin konusu paylı mülkiyet payıdır. Teminat yükünün kapsamına rehin konusu taşınırın bütünleyici parçaları ve eklentileri de dahil olmakla birlikte; taraflar, aralarında yapacakları bir anlaşma ile eklentileri teminat kapsamından çıkarabilirler⁵¹⁶.

Taşınır rehninde rehin konusu, alacağın tamamı için teminat teşkil eder. Bu nedenle borç tamamen ödenmedikçe rehin konusu taşınır, rehin yükünden kurtulamaz. Rehlinli alacaklı, borç tamamen ödenene kadar rehinli taşınırı veya onun bir kısmını geri vermekle yükümlü değildir (TMK.m.944/f.2). Ayrıca aynı alacak için birden fazla taşınırın rehnedilmesi durumunda da, kısmen ödeme yapılması bu rehin konusu taşınırlardan bir kısmının geri verilmesini gerektirmez⁵¹⁷.

3. Taşınır Rehni Türleri

Türk Medeni Kanunu “taşınır rehni” başlığı altında; “teslime bağlı rehin ve hapis hakkı” , “alacak ve diğer haklar üzerinde rehin”, “rehin karşılığında ödünç verme işi ile uğraşanlar” ve “rehinli tahvil” konularını incelemiştir. Ayrıca Türk Medeni Kanunu dışındaki diğer kanunlarda da taşınır rehni türleri düzenlenmiştir.

⁵¹⁴ Akipek/Akıntürk, s. 842; Ertaş, s. 583-584; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 1011; M. Ayan, *Ayni Hak*, s. 278; Köprülü/Kaneti, s. 474; Ögütçü/Doğrusöz, s. 78.

⁵¹⁵ Cansel, *Menkul Rehni*, s. 24; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 1007; Gürsoy/Eren/Cansel, s. 1166-1167; Hatemi/Serozan/Arpacı, *Eşya*, s. 357; M. Ayan, *Ayni Hak*, s. 272; Ayiter, s. 188.

⁵¹⁶ Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 1008; Gürsoy/Eren/Cansel, s. 1167; Ertaş, s. 581; M. Ayan, *Ayni Hak*, s. 273; Ögütçü/Doğrusöz, s. 76.

⁵¹⁷ Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 1009; Köprülü/Kaneti, s. 472; Cansel, *Menkul Rehni*, s. 24.

a) Türk Medeni Kanunu'nda Düzenlenen Taşınır Rehni Türleri

Teslime bağlı taşınır rehni, kural olarak, rehin konusu taşınır zilyetliğinin alacaklıya veya güvenilir bir üçüncü kişiye devredilmesi suretiyle kurulur. Bu şekilde kurulan taşınır rehni borç ödenmediği takdirde alacaklıya, söz konusu taşınırı paraya çevirterek elde edilen bedelden alacağını öncelikle tahsil etme yetkisi verir⁵¹⁸. Taşınır rehninin kurulabilmesi bakımından zilyetliğin devri, taşınır üzerindeki dolaysız zilyetliğin devri (teslim) şeklinde gerçekleşir. Ancak hükmen teslim dışında zilyetliğin devrini⁵¹⁹ sağlayan zilyetliğin havalesi veya kısa elden teslim yoluyla da rehin hakkı kurulması mümkündür⁵²⁰. Teslime bağlı taşınır rehninin konusunu paraya çevrilmesi mümkün olan her türlü taşınır eşya oluşturabilir. Bu nedenle pasaport, hatıra defteri, diploma, mektup gibi maddi değeri olmayan taşınırlar üzerinde rehin kurulması mümkün değildir⁵²¹. Teslime bağlı taşınır rehninde, rehin verenin borçlu olması şart değildir. Yani borç ilişkisinin tarafı olmayan bir üçüncü kişinin taşınırı üzerinde başkasının borcu için rehin kurması da mümkündür⁵²².

Hayvan rehni, taşınır rehnine hakim olan zilyetliğin devrinin zorunluluğu kuralına getirilen bir istisnadır⁵²³. Bu durum TMK.m.939/f.1'de, "*Kanunda öngörülen ayrık durumlar dışında taşınırlar, ancak zilyetliğin alacaklıya devri suretiyle rehnedilebilir*" şeklinde ifade edilmiştir. Bu bağlamda TMK.m.940/f.1'e göre, "*Yetkili makamlar tarafından izin verilen kuruluşlar ile kooperatiflerin alacaklarının güvence altına alınması için, zilyetlik devredilmeden de, icra*

⁵¹⁸ M. Ayan, *Ayni Hak*, s. 283; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 1011.

⁵¹⁹ 743 sayılı eMK.m.853'de teslime bağlı taşınır rehninin kurulabilmesi için "teslim" ifadesine yer verilmesine rağmen, TMK.m.939/f.1 "zilyetliğin alacaklıya devri" ifadesini tercih ederek, zilyetliğin devrini sağlayan diğer yollarla da taşınır rehninin kurulabileceğini kabul etmiştir.

⁵²⁰ Akipek/Akıntürk, s. 846; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 1013-1014; Sirmen, *Eşya*, s. 743-744; Köprülü/Kaneti, s. 484; Gürsoy/Eren/Cansel, s. 1176; Aybay/Hatemi, s. 298.

⁵²¹ M. Ayan, *Ayni Hak*, s. 284; Sirmen, *Eşya*, s. 743; Esener/Güven, s. 501; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 1011; Ayiter, s. 189; Köprülü/Kaneti, s. 477; Gürsoy/Eren/Cansel, s. 1171.

⁵²² M. Ayan, *Ayni Hak*, s. 282; Sirmen, *Eşya*, s. 743; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 1011; Aybay/Hatemi, s. 299.

⁵²³ Akipek/Akıntürk, s. 851; Gürsoy/Eren/Cansel, s. 1186; M. Ayan, *Ayni Hak*, s. 298; Ertaş, s. 584; Ergüne, s. 15-16; Kazım Yenice, "Hayvan Rehni ve Tüzüğü", *AD.*, Y. 56, S. 7-8, 1965, s. 1196 vd.; Ali Naim İnan, "Yeni Tüzüğüne Göre Hayvan Rehni", *AD.*, S. 1-12, 1967, s. 648 vd.

dairesinde tutulacak özel sicile yazılmak suretiyle hayvanlar üzerinde rehin kurulabilir. Bu amaçla tutulacak sicil tüzükle belirlenir". Hayvan rehnine ilişkin ayrıntılar ise, Hayvan Rehni Tüzüğü⁵²⁴ ve Hayvan Rehni Tüzüğü'nün Uygulanması Hakkında Yönetmelikle⁵²⁵ düzenlenmiştir.

Hapis hakkı, borçluya ait olmasına rağmen alacaklının zilyetliğinde bulunan taşınır mal ve kıymetli evrakı, Kanun'da öngörülen şartların gerçekleşmesi halinde, alacaklıya alacağının güvencesi olarak alıkoyma ve borç ödenmediği takdirde paraya çevirtme yetkisi veren bir ayni haktır⁵²⁶. Teslime bağlı taşınır rehninin geçerliliği, taraflar arasında yapılacak ayni sözleşmenin varlığına bağlı olmasına rağmen, hapıs hakkı Kanun'daki şartların gerçekleşmesi ile kendiliğinden doğan kanuni bir taşınır rehni türüdür⁵²⁷. Çalışmamızın konusunu ayni teminat sözleşmeleri oluşturduğu için Kanun'da öngörülen şartların gerçekleşmesiyle kendiliğinden doğan hapıs hakkı inceleme konumuz dışında kalmaktadır.

Türk Medeni Kanunu, taşınır eşyalara ek olarak maddi bir varlığa sahip olmayan hak ve alacaklar⁵²⁸ üzerinde de rehin kurulmasını kabul etmiştir. Böylece alacağını elde edemeyen alacaklıya, söz konusu hak veya alacağı paraya çevirtmek elde edilen bedelden alacağını tahsil etme imkânı verilmiştir⁵²⁹.

Teslime bağlı taşınır rehninin özel bir türü olan rehin karşılığında ödünç vermeyi meslek haline getirenlere yapılan rehin, TMK.m.962-969 arasında düzenlenmiştir. Bu rehin türü, kredi karşılığında taşınır bir malını veya kıymetli

⁵²⁴ RG. 16.9.1965, S. 12102.

⁵²⁵ RG. 24.8.1966, S. 12385.

⁵²⁶ **Akipek/Akıntürk**, s. 857-858; **Sirmen**, *Eşya*, s. 754; **Gürsoy/Eren/Cansel**, s. 1191-1192; **Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir**, s. 1029; **Zahit İmre**, "Hapis Hakkı Üzerinde Bir Tetkik", *İHFM.*, C. 18, S. 3-4, İstanbul 1952, s. 742 vd.; **Erol Cansel**, *Türk Hususî Hukukunda Hapis Hakkı*, Ankara 1961, s. 29; **M. Ayan**, *Ayni Hak*, s. 304; **Ergüne**, s. 19; **Hatemi/Serozan/Arpacı**, *Eşya*, s. 359; **Ayiter**, s. 190; **Köprülü/Kaneti**, s. 512-513.

⁵²⁷ **Cansel**, *Hapis*, s. 29; **Köprülü/Kaneti**, s. 512; **Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir**, s. 1029; **Ergüne**, s. 20.

⁵²⁸ Alacak rehni hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **Lale Sirmen**, *Alacak Rehni*, Ankara 1990, s. 3 vd.

⁵²⁹ **Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir**, s. 1038; **Ergüne**, s. 34; **Köprülü/Kaneti**, s. 446; **Sirmen**, *Alacak*, s. 85.

evrakını rehin olarak veren mali bakımdan güçsüz durumda bulunan borçluyu korumak amacıyla bir takım özel düzenlemeler getirmiştir⁵³⁰.

Taşınır rehninin özel bir türü olan rehinli tahvil ise, TMK.m.970-972 arasında düzenlenmiş olup, kredi kurumlarının ihtiyaç duydukları sermayeyi halktan ödünç olarak elde etmelerini sağlamayı amaçlamaktadır⁵³¹.

b) Diğer Kanunlarda Düzenlenen Taşınır Rehni Türleri

Taşınır rehni türleri Türk Medeni Kanunu'nda düzenlenenlerden ibaret olmayıp, diğer kanunlarda da çeşitli taşınır rehni türleri düzenlenmiştir. Bu taşınır rehni türlerinin en önemli özelliği, taşınır rehnin kurulabilmesi için aranan zilyetliğin devri kuralının aranmamasıdır. Bu rehin türleri, TMK.m.939/f.1'de varlığına işaret edilen zilyetliğin devri şartının kanuni istisnalarını teşkil etmektedir⁵³².

(1) Teslimsiz Sicilli Taşınır Rehni

Teslimsiz sicilli taşınır rehninin kurulabilmesi için, kamusal nitelik taşıyan ilgili bir sicile tescil yapılması şarttır. Rehin hakkının kurulabilmesi için kurucu nitelik taşıyan ilgili sicile tescil, taşınır rehninde kabul edilmiş olan rehin konusu taşınır zilyetliğinin devri yerine geçerek, kamuya açıklık fonksiyonunu yerine getirmektedir⁵³³.

Ticari işletme rehni⁵³⁴, gemi ipoteği⁵³⁵, maden işletme haklarının ve maden cevherinin rehni⁵³⁶, hava aracı ipoteği⁵³⁷, motorlu taşıt ipoteği⁵³⁸ ilgili sicile tescili zorunlu taşınır rehni kapsamında yer almaktadır.

⁵³⁰ Ergüne, s. 51; Köprülü/Kaneti, s. 550; Gürsoy/Eren/Cansel, s. 1207. Ayrıntılı bilgi için bkz. RG. 6.10.1983, S. 90 "Ödünç Para Verme İşleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname".

⁵³¹ Akipek/Akıntürk, s. 879; Gürsoy/Eren/Cansel, s. 1210; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 1048; Ergüne, s. 55; Köprülü/Kaneti, s. 558.

⁵³² Ergüne, s. 58.

⁵³³ Ergüne, s. 59.

⁵³⁴ Ayrıntılı bilgi için bkz. Sıtkı Akyazan, "Ticari İşletme Rehni", *BATİDER.*, C. VIII, S. 4, Aralık 1976, s. 64 vd.; Şaban Kayhan, *Ticari İşletme Rehni*, İstanbul 1996, s. 10 vd.; Erhan Türker, *Ticari İşletme Rehni*, Eskişehir 1981, s. 52 vd.

⁵³⁵ Ayrıntılı bilgi için bkz. Turgut Kalpsüz, *Gemi Rehni*, 4. bs., Ankara 2001, s. 40 vd.; Gülen Sinem Tek, *Ulaşım Araçlarının İpoteği*, İstanbul 2012, s. 20 vd.

(2) *Teslimsiz ve Sicilsiz Taşınır Rehni*

Teslimsiz ve sicilsiz taşınır rehninin kurulabilmesi için, rehin sözleşmesi ve zilyetliğin devrine gerek olmadığı gibi, kamuya açıklığı sağlayacak herhangi bir sicile tescil yapılmasına da gerek yoktur. Bu özellikleri dolayısıyla teslimsiz ve sicilsiz taşınır rehni doğrudan doğruya kanundan doğar ve kamuya açıklığı sağlayacak fonksiyonları (zilyetliğin devri, ilgili sicile tescil) içermez⁵³⁹.

Kamuya açık yerlerin işletilmesinden doğan amme alacakları için bu yerlerdeki eşya üzerindeki rehin hakkı, tarım kredi kooperatiflerinin ortaklarına verdikleri krediler sebebiyle sahip olduğu rehin hakkı, deniz ödücü⁵⁴⁰ teslimsiz ve sicilsiz taşınır rehni kapsamında yer almaktadır⁵⁴¹.

B. Aile Konutu Üzerinde Taşınır Rehni Kurulmasında Eşin Rızası

Bir konutun aile konutu olarak kabul edilebilmesi için, o konutun aile konutunun özelliklerini taşıması ve eşler tarafından aile konutu olarak kabul edilmesi yeterlidir. Konutun, taşınmaz veya taşınır nitelikte olması önem taşımaz⁵⁴². Bu nedenle bir yerin konut olarak kabul edilebilmesi için bina biçiminde olması şart değildir. Aynı şekilde üstünün açık ya da kapalı olması da gerekmez. Önemli olan konut olarak kabul edilen yerin başkalarının buraya girmesine rıza gösterilmediğini belirtecek şekilde dış dünyadan ayrılmış olmasıdır⁵⁴³. Bu nedenle aile konutunun

⁵³⁶ Ayrıntılı bilgi için bkz. Erdoğan **Göger**, *Maden Hukuku*, Ankara 1979, s. 129 vd.

⁵³⁷ Ayrıntılı bilgi için bkz. Serdar **Hızır**/Alisher **Turaev**, “Türk Hukuku’nda Hava Araçları Üzerinde İpotek Tesis Edilmesi”, *AÜHFD.*, 2008, C. 57, S. 3, s. 378 vd.; **Tek**, s. 23-24.

⁵³⁸ Ayrıntılı bilgi için bkz. **Tek**, s. 24 vd.; **Doğan**, *Motorlu Taşıt Rehni*, s. 188 vd.; Tufan **Öğüz**, “Motorlu Araçların Rehnine İlişkin Uygulamanın Kamuya Açıklık (Aleniyet) İlkesi Açısından Değerlendirilmesi”, *Prof. Dr. Kemal Oğuzman’ın Anısına Armağan*, İstanbul 2000, s. 693 vd.; Alper **Uyumaz**, *Motorlu Taşıt Rehni*, İstanbul 2012, s. 163 vd.

⁵³⁹ **Ergüne**, s. 95.

⁵⁴⁰ **Kalpsüz**, s. 39.

⁵⁴¹ **Uyumaz**, s. 134 vd.

⁵⁴² **B. Öztan**, s. 200; **Dural/Öğüz/Gümüş**, s. 165.

⁵⁴³ Durmuş **Tezcan**/Mustafa Ruhan **Erdem**/Murat **Önok**, *Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku*, 11. bs., Ankara 2014, s. 462; Ali **Parlar**/Muzaffer **Hatipoğlu**, *Açıklamalı-Yeni İçtihatlarla 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu Yorumu*, Ankara 2010, s. 1873; Mustafa **Artuç**, *Kişilere Karşı*

yataklı vagon, kompartıman, baraka, karavan, terk edilmiş otobüs, gemi vb. yerlerin olabildiği de mümkündür⁵⁴⁴.

Aile konutunun taşınır nitelik taşıması halinde, TMK.m.194 uyarınca aile konutu üzerindeki hakları sınırlayan işlemler kapsamına taşınır rehni de girer. Bu durumda, aile konutu üzerinde kurulan rehlin geçerli olabilmesi için taşınırın niteliğine göre yapılacak rehin işlemi yanında diğer eşin rızası da aranır. Örneğin, aile konutu baraka, karavan gibi bir taşınırsa bu rehin işlemine teslimine bağlı taşınır rehni hükümleri uygulanır. Buna karşılık aile konutu gemi veya motorlu taşıt ise teslimsiz sicilli taşınır rehni söz konusu olacağından rehlin kurulabilmesi, ilgili sicile tescil yapılmasına bağlıdır. Ayrıca her iki durumda da söz konusu taşınırlar aile konutu olduğu için diğer eşin rızası da gerekir. Mülkiyet hakkına sahip olan eş, diğer eşin rızası olmaksızın aile konutu üzerinde taşınır rehni kurarsa bu işlem askıda hükümsüzdür. Rızası aranan eş, kendisine verilecek uygun süre içerisinde söz konusu işlemi onaylarsa, işlem baştan itibaren geçerli hale gelir. Aksi takdirde ise, işlem, geçmişe etkili olarak kesin hükümsüzlük yaptırımına tâbi olur.

C. Hakim Kararı ile Öngörülen Tasarruf Yetkisi Sınırlaması Olarak Taşınır Rehni Kurulmasında Eşin Rızası

Türk Medeni Kanunu m.199/f.1'e göre, "*Ailenin ekonomik varlığının korunması veya evlilik birliğinden doğan mali bir yükümlülüğün yerine getirilmesi gerektirdiği ölçüde, eşlerden birinin istemi üzerine hakim, belirleyeceği malvarlığı değerleriyle ilgili tasarrufların ancak onun rızasıyla yapılabileceğine karar verebilir*". Bu hüküm kapsamında, eşin tasarruf yetkisinin sınırlandırıldığı malvarlığı değerinin bir taşınır olabildiği de mümkündür. Bu durumda söz konusu taşınır üzerinde rehin kurulabilmesi için de diğer eşin rızası aranır⁵⁴⁵.

Suçlar, Ankara 2008, s. 946; Osman Yaşar/Hasan Tahsin Gökcan/Mustafa Artuç, *Yorumlu-Uygulamalı Türk Ceza Kanunu*, 2. bs., Ankara 2014, s. 3910.

⁵⁴⁴ Şıpka, *Aile Konutu*, s. 79; Tezcan/ Erdem/ Önok, s. 462; Parlar/Hatipoğlu, s. 1873; Artuç, s. 946; Yaşar/Gökcan/ Artuç, s. 3910.

⁵⁴⁵ Makaracı Başak, s. 321.

Eşlerden birinin istemi üzerine diğer eşin belirli bir taşınır üzerinde rehin kurma hakkı sınırlanmışsa, diğer eşin rızası olmaksızın yapılan rehin işlemleri askıda hükümsüz olur. Eşin rızasına ilişkin eksiklik, rızası aranan eşe verilecek uygun süre içerisinde giderilirse işlem baştan itibaren geçerli, giderilmezse kesin hükümsüz hale gelir.

Hakim eşlerden birinin bir malvarlığı değeri üzerindeki tasarruf yetkisini sınırlarsa, gerekli tüm önlemleri alır (TMK.m.199/f.2). Bu hüküm uyarınca alınacak önlemin niteliği söz konusu malvarlığı değerinin türüne göre değişir. Bu nedenle söz konusu önlemler taşınırın niteliğine göre belirlenir. Hakim, söz konusu taşınırın mahkemeye tevdi edilmesine, motorlu bir taşıt üzerindeki tasarruf işlemlerinin diğer eşin rızasına bağlanması ihtimalinde ise, trafik sicil müdürlüğüne gerekli bildirim yapılmasına karar verir⁵⁴⁶. Taşınırın niteliğine göre hakim, taşınırın saklanmak üzere üçüncü bir kişiye veya bankaya tevdi edilmesine de hükmedebilir. Ayrıca söz konusu taşınır ticari işletme, gemi, maden cevheri veya hava aracı ise bu taşınırlar teslimsiz sicilli taşınır rehni konularından olduğu için ilgili sicil müdürlüklerine bildirim yapılması gerekir.

Hakimin TMK.m.199/f.2 gereğince alacağı önlemler, sınırlama konusu taşınır üzerinde iyiniyetli kişilerin aynı hak iktisabını bertaraf etmeyi amaçlamaktadır. Şıpka'ya göre, hakim gerekli önlemleri almadığı için taşınır hala tasarruf yetkisi sınırlanan eşin elindeyken, bu eş ile işlem yapan kişi iyiniyetli ise bu kişinin aynı hak kazanımı korunur. Çünkü TMK.m.988'de düzenlenen emin sıfatıyla zilyetten iyiniyetle aynı hak kazanımına ilişkin hükümler, taşınır üzerinde tasarruf yetkisi sınırlanan eşten aynı hak kazanan kişi hakkında da uygulanır. Yazar bu görüşünü burada İİK.m.88/f.2 hükmüne benzer bir durumun mevcut olduğunu ileri sürerek desteklemektedir⁵⁴⁷. Kanımızca bu hükümler arasında herhangi bir benzerlik söz

⁵⁴⁶ Baygın, *Değişiklikler*, s. 460; Şahinci, s. 322; Öktem, s. 329; Kılıçoğlu, *Eşin Rızası*, s. 32; Şenyuva, s. 87-88; Kılıçoğlu, *Aile*, s. 274.

⁵⁴⁷ Şıpka, *Aile Konutu*, dn. 271, s. 88; Şahinci'ye göre ise, TMK.m.988'de düzenlenen eminsıfatıyla zilyetten iyiniyetle hak kazanımına ilişkin hüküm, tasarruf yetkisi sınırlanan eş eminsıfatıyla zilyet olmamasına rağmen burada da uygulama alanı bulur. Bkz. Şahinci, s. 328.

konusu değildir. Borçluya ait bir taşınırın haczedilmesi halinde borçlunun bu taşınır üzerindeki tasarruf yetkisi sınırlanmış olur (İİK.m.86/f.1). Bu durumda söz konusu (kıymetli şeyler dışındaki) taşınırlar, masrafları alacaklıdan peşin alınarak muhafaza altına alınır. Ancak alacaklının rızasıyla, haczedilen taşınır mallar borçluda kalabilir. Böyle bir olasılıkta borçlu bu taşınırların emin sıfatıyla zilyedi olur ve dolayısıyla TMK.m.988 hükmü aracılığıyla iyiniyetli üçüncü kişilerin aynı hak kazanımı da mümkündür⁵⁴⁸. TMK.m.199 uyarınca, eşlerden birinin istemiyle diğer eşin belirli bir malvarlığı değeri üzerindeki tasarruf yetkisinin sınırlanmasına rağmen bu sınırlama nedeniyle hakim tarafından alınması gereken önlemlerin alınmaması durumunda tasarruf yetkisi sınırlanan eşin, söz konusu taşınır üzerinde İİK.m.88/f.2'deki gibi emin sıfatıyla zilyet olması mümkün değildir. Çünkü eşlerden birinin belirli bir taşınır üzerindeki tasarruf yetkisinin sınırlanması halinde bu eşin malik sıfatıyla zilyetliğinde herhangi bir değişiklik meydana gelmeyip; sadece söz konusu taşınır üzerinde tasarrufta bulunulabilmesi için diğer eşin rızası aranır. Dolayısıyla hakimin gerekli önlemleri almaması halinde tasarruf yetkisi sınırlanan eşle işlem yapan kişinin TMK.m.988 hükmünden yararlanması mümkün değildir. Kanımızca, bu durumda işlem tarafı iyiniyetli kişi tasarruf yetkisindeki eksiklik nedeniyle bu taşınır üzerinde aynı hak kazanamaz. Ancak bu kişi ile işlem yapan iyiniyetli üçüncü kişi bu taşınırı beş yıl aralıksız, davasız, malik sıfatıyla elinde bulundurursa bu taşınırın mülkiyetini kazanabilir. Kaldı ki, hakimin gerekli önlemleri almaması halinde, tasarruf yetkisi sınırlanan eşle işlem yapan kişinin iyiniyetinin korunması karşısında TMK.m.199/f.1 hükmünün bir anlamı kalmaz.

D. Eşlerin Paylı Mülkiyetine Konu Taşınır Payı Üzerinde Rehin Kurulmasında Eşin Rızası

Türk Medeni Kanunu m.223/f.2'e göre, "*Aksine anlaşma olmadıkça, eşlerden biri diğerinin rızası olmadan paylı mülkiyet konusu maldaki payı üzerinde tasarrufta bulunamaz*". Bu hüküm uyarınca, taşınmazlarda olduğu gibi eşlerin paylı mülkiyetlerine tâbi taşınırlardaki pay üzerinde rehin kurulabilmesi için de diğer eşin

⁵⁴⁸ Baki **Kuru**/Ramazan **Arslan**/Ejder **Yılmaz**, *İcra ve İflas Hukuku*, 28. bs., Ankara 2014, s. 250-251.

rızasını aramak gerekir. Eğer paylı mülkiyete tâbi taşınırdaki pay üzerinde rehin kurulmadan önce diğer eşin rızası alınmamışsa bu işlem geçersiz olur. Ancak rehin işlemi daha sonra rızası aranan eş tarafından onaylanırsa, bu işlem baştan itibaren geçerli hale gelir.

Eşlerden birinin, paylı mülkiyetlerine tâbi bir taşınırdaki pay üzerinde rehin kurulmasına diğer eş haklı bir sebep olmaksızın rıza göstermezse, bu işlem yapılamaz. Ancak TMK.m.2’de yer alan dürüstlük kuralı gereğince, payı üzerinde rehin kurmak isteyen eş, haklı sebeplerin varlığını ve paydaş eşin rıza göstermeme de haklı bir sebebinin bulunmadığını ispat etmek suretiyle TMK.m.194/f.2’nin kıyasen uygulanması sonucu hakimden bu işlemlere yönelik izin alabilir⁵⁴⁹.

Eşlerin paylı mülkiyetine konu taşınır payı üzerinde rehin kurulmasında diğer eşin rızası dışında, pay üzerinde nasıl rehin kurulacağı husus da önem arz etmektedir. Türk Medeni Kanunu m.688/f.3’e göre, *“Paydaşlardan her biri kendi payı bakımından malik hak ve yükümlülüklerine sahip olur. Pay devredilebilir, rehnedilebilir ve alacaklılar tarafından haczettirilebilir”*. Bu hükmü açıklayan bazı yazarlara göre, paylı mülkiyete tâbi bir taşınırdaki pay üzerinde rehin, teslimine bağlı taşınır rehnine ilişkin kurallar çerçevesinde gerçekleştirilebilir⁵⁵⁰. Bizim de katıldığımız diğer yazarlara göre ise, pay üzerinde kurulacak rehnin teslimine bağlı taşınır rehnine ilişkin kurallara tâbi olması TMK.m.688/f.3’ün açık hükmü ile çelişmektedir. Çünkü teslimine bağlı taşınır rehni kurallarına göre, paydaşlardan birinin kendi payı üzerinde rehin kurulabilmesi için söz konusu taşınırın zilyetliğinin devri, ancak bütün paydaşların rızasıyla gerçekleşebilir⁵⁵¹. TMK.m.688/f.3 uyarınca yapılacak rehin işleminin nasıl gerçekleşeceğinin belirlenebilmesi için, paylı mülkiyete tâbi taşınır payı üzerinde kurulacak rehin hakkının hukuki niteliğinin tespit edilmesi gerekir. Bunun için ise, öncelikle paylı mülkiyete tâbi taşınırdaki payın

⁵⁴⁹ **Kılıçoğlu**, *Eşin Rızası*, s. 25; **S. Ayan**, *Evlilik*, s. 122; **Şıpka**’ya göre, herhalde diğer eşin rıza vermektan kaçınması TMK.m.206/b.3 uyarınca “mal ayrılığı”na geçiş için haklı bir sebep teşkil edecektir. Bkz. **Şıpka**, *Sorunlar*, s.135.

⁵⁵⁰ **Öğütçü/Doğrusöz**, s. 74; **M. Ayan**, s. 42.

⁵⁵¹ **Ergüne**, s. 185.

niteliği belirlenmelidir. Paylı mülkiyette söz konusu olan pay, mal değil, bir haktır. Payın bir hak olduğu kabul edilirse, paydaşlardan birinin kendi payı üzerinde rehin kurması TMK.m.955/f.3⁵⁵² hükmü çerçevesinde gerçekleşir. Bu hükme göre, paylı mülkiyete tâbi bir taşınırdaki pay üzerinde rehin kurabilmek için, payı üzerinde rehin kurmak isteyen paydaş ile alacaklının yazılı rehin sözleşmesi yapması gerekli ve yeterlidir. Ayrıca, rehin konusu taşınırın zilyetliğinin devrine gerek yoktur⁵⁵³.

VI. EŞLERİN MÜLKİYETİ SAKLI TUTMA SÖZLEŞMESİ KURMA ÖZGÜRLÜĞÜNE GETİRİLEN SINIRLAMALAR

A. Mülkiyeti Saklı Tutma Sözleşmesinin Tanımı ve Hukuki Niteliği

Uygulamada mülkiyeti saklı tutma sözleşmesine daha çok, kredili satışlarda satıcının satış bedelini almasını teminat altına almak için başvurulmaktadır. Özellikle taksitli satışların yaygın hale gelmesiyle mülkiyeti saklı tutma sözleşmesinin uygulama alanı da artmıştır⁵⁵⁴.

Mülkiyeti saklı tutma sözleşmesi, bir satış sözleşmesi dolayısıyla devredilecek taşınır mülkiyetinin, taraflar arasında kararlaştırılacak bir şartın gerçekleşmesine kadar satıcıda kalması, zilyetliğin ise alıcıya devri imkânını sağlayan bir hukuki işlemdir. Mülkiyeti saklı tutma sözleşmesi ile taşınırın zilyetliği alıcıya devredilmesine rağmen, taraflar arasında kararlaştırılan şartın gerçekleşmesine kadar taşınır mülkiyeti satıcıda kalmaktadır⁵⁵⁵.

Mülkiyeti saklı tutma sözleşmesi, satış bedeli veya taksitlerin tamamen ödenmesi şartına bağlı bir hukuki işlem olup, bu şart niteliği itibariyle geciktiricidir⁵⁵⁶. Ancak tarafların aralarında yapacakları sözleşme ile mülkiyeti saklı

⁵⁵² TMK.m.955/f.3'e göre, "Diğer hakların rehninde, yazılı rehin sözleşmesiyle birlikte, bu hakların devri için öngörülen şekle uyulması gerekir".

⁵⁵³ Ergüne, s. 185-186.

⁵⁵⁴ Ahu Aynoğlu Morali, "Mülkiyeti Saklı Tutma Kaydının Anlamı ve Teminat Fonksiyonu", GÜHFD., Prof. Dr. Erden Kuntalp'e Armağan, Y. 3, S. 1, 2004, s. 407.

⁵⁵⁵ Aynoğlu Morali, s. 407; Akipek, s. 256-257; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 745; Gürsoy/Eren/Cansel, s. 716-717; Akipek/Akıntürk, s. 587; Eren, Özel Hükümler, s. 260.

⁵⁵⁶ Gürsoy/Eren/Cansel, s. 718; Ayiter, s. 155.

tutma sözleşmesini bozucu şarta bağlamaları da mümkündür. Bu durumda alıcı malın zilyetliği ile birlikte mülkiyetini de kazanır. Ancak alıcı satıcıya olan borcunu zamanında ifa etmezse, alıcının mülkiyet hakkı sona erer ve eşyanın mülkiyeti satıcıya geri döner⁵⁵⁷.

Mülkiyeti saklı tutma sözleşmesi, satım bedelini peşin almaksızın mal satan satıcının aynı bir güvenceye kavuşmasını sağlayarak, alacağını teminat altına alır⁵⁵⁸. Mülkiyeti saklı tutma sözleşmesi, satıcıya özel bir avantaj sağlamak yanında, alıcıya da aldığı malın karşılığında “teslimsiz teminat” verme imkânı sağlayarak bir tür “taşınır rehni” kurma yolunu açar⁵⁵⁹. Nitekim taşınır rehninin kurulabildiği hayvanlar bakımından (TMK.m.940) mülkiyeti saklı tutma sözleşmesinin kurulması yasaklanmıştır (TMK.m.764/f.2). Taşınmazlar bakımından ise, rehin hakkı tapu siciline yapılacak tescille doğacağı için, satılıp alıcıya teslim edilen taşınmaz üzerinde rehin hakkı kurulması ile zaten satıcının alacağı güvence altına alınır. Bu nedenle mülkiyeti saklı tutma sözleşmesi yapmaya gerek kalmaz⁵⁶⁰.

Alıcıya mal satan ve alacağını tamamını almayan satıcıyı teslimsiz bir teminatın sakıncalarına karşı korumak amacıyla, taşınır rehni bakımından kabul edilen teslim şartının yerine, kamuya açıklığı sağlamak amacıyla “mülkiyeti saklı tutma sicili”⁵⁶¹ kabul edilmiştir. Mülkiyeti saklı tutma sözleşmesinde, teminatın kamuya açıklığını teslim yerine tescil sağlar⁵⁶². Mülkiyeti saklı tutma siciline

⁵⁵⁷ Rona **Serozan**, “Mülkiyeti Saklı Tutma Anlaşması”, *MHAD.*, Y. 1, S. 2, İstanbul 1968, s. 180; **Gürsoy/Eren/Cansel**, s. 718; **Ayiter**, s. 155.

⁵⁵⁸ Rona **Serozan**, “Mülkiyeti Saklı Tutma Sözleşmesi ve Teminaten Temlik”, *Prof. Dr. Erdoğan Moroğlu'na 65. Yaş Günü Armağanı*, 2. bs., İstanbul 2001, s. 989; **Kuntalp**, s. 282; **Serozan**, *Mülkiyeti Saklı Tutma*, s. 176; **Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir**, s. 745; Ayrıca bkz. Yarg. HGK., T. 3.2.1984, E.1981/4-1117, K. 1984/68 “Mülkiyeti muhafaza kaydı tüm bedelini almamasına rağmen taşınırı diğer tarafa teslim eden satıcının aynı bir teminatını teşkil eder” (YKD., C. 10, S. 8, Ağustos 1984, s. 1152-1155).

⁵⁵⁹ **Serozan**, *Teminaten Temlik*, s. 989; **Kuntalp**, s. 282.

⁵⁶⁰ **Oğuzman/ Seliçi/Oktay-Özdemir**, s. 747; **Serozan**, *Teminaten Temlik*, s. 989.

⁵⁶¹ TMK.m.764/f.1'e göre, “Başkasına devredilen bir malın mülkiyetinin saklı tutulması kaydı, ancak resmi şekilde yapılacak sözleşmenin devralanın yerleşim yeri noterliğinde özel siciline kaydedilmesiyle geçerli olur”.

⁵⁶² **Serozan**, *Teminaten Temlik*, s. 993.

yapılacak bu tescil açıklayıcı değil, kurucu bir fonksiyona sahiptir. Bu nedenle, mülkiyeti saklı tutma sözleşmesi sicile tescil edilmedikçe geçerli olmaz⁵⁶³.

B. Mülkiyeti Saklı Tutma Sözleşmesinin Şekli

Türk Medeni Kanunu m.764'e göre, "*Başkasına devredilen bir malın mülkiyetinin saklı tutulması kaydı, ancak resmi şekilde yapılacak sözleşmenin devralanın yerleşim yeri noterliğinde özel siciline kaydedilmesiyle geçerli olur*". Bu hüküm, mülkiyeti saklı tutma sözleşmesinin resmi şekilde yapılması gerektiğini ifade etmesine rağmen, söz konusu sözleşmeye hangi makamın resmîyet kazandıracağını açıklamamıştır. Mülkiyeti saklı tutma sözleşmesinin geçerli olabilmesi için bu sözleşmenin noterde re'sen düzenlenmesi gerekir. Çünkü noter tarafından yapılacak tasdik işlemi, TMK.m.764/f.1'de aranan şekil şartını yerine getirmek bakımından yeterli değildir. Nitekim Noterlik Kanunu m. 89'da⁵⁶⁴ mülkiyeti saklı tutma sözleşmesinin m.84 vd. gereğince noterde düzenlenme şeklinde yapılması gerektiği açıkça belirtilmiştir⁵⁶⁵.

C. Mülkiyeti Saklı Tutma Sözleşmesinde Eşin Rızası

Mülkiyeti saklı tutma sözleşmesi, teslimsiz bir taşınır rehni niteliğinde olması sebebiyle satış bedelini peşin almaksızın mal satan satıcıya aynı bir teminat sağlamaktadır. Bu noktada eşlerin diğer eşin rızası olmaksızın yapamayacağı işlemler (TMK.m.194-m.199-m.223/f.2) kapsamına mülkiyeti saklı tutma sözleşmesinin girip girmediğinin incelenmesi gerekir.

Taşınmazlar bakımından rehin hakkı tapu siciline yapılacak tescille doğar. Satılıp alıcıya teslim edilen taşınmaz üzerinde rehin hakkı kurulması ile zaten satıcının alacağı güvence altına alınır. Bu nedenle, malik olan eşin taşınmaz

⁵⁶³ **Ayanoğlu Moralı**, s. 417; **Serozan**, *Mülkiyeti Saklı Tutma*, s. 185; **Oğuzman/ Seliçi/Oktay-Özdemir**, s. 746.

⁵⁶⁴ Noterlik Kanunu m.89'a göre, "*Niteliği bakımından tapuda işlem yapılmasını gerektiren sözleşme ve vekâletnamelerle, vasiyetname, mülkiyeti muhafaza kaydı ile satış, gayrimenkul satış vaadi, vakıf senedi, evlenme mukavelesi, evlat edinme ve tanıma, mirasın taksimi sözleşmesi ve diğer kanunlarda öngörülen sair işlemler bu fasıl hükümlerine göre düzenlenir*".

⁵⁶⁵ **Ayanoğlu Moralı**, s. 416.

niteliğindeki aile konutu üzerindeki hakları sınırlayan işlemleri (TMK.m.194) kapsamında mülkiyeti saklı tutma sözleşmesinin değerlendirilmesi söz konusu olamaz. Buna karşılık taşınır niteliğindeki aile konutu mülkiyeti saklı tutma sözleşmesinin konusunu oluşturabilir. Bu takdirde, aile konutu üzerinde kurulan mülkiyeti saklı tutma sözleşmesinin geçerliliği diğer eşin rızasına bağlı olur.

Tasarruf yetkisi sınırlaması (TMK.m.199) kapsamına mülkiyeti saklı tutma sözleşmesinin girip girmediğinin de belirlenmesi gerekir. Kanımızca, ailenin ekonomik varlığının korunması veya evlilik birliğinden doğan mali bir yükümlülüğün yerine getirilmesi gerektirdiği ölçüde, eşlerden birinin istemi üzerine hakimin belirleyeceği taşınır mallarla ilgili tasarruflar kapsamında mülkiyeti saklı tutma sözleşmesinin geçerliliği de istemde bulunan eşin rızasına bağlanabilir. TMK.m.199'un evlilik birliğinin ekonomik geleceğini koruma amacı ve mülkiyeti saklı tutma sözleşmesinin teminat sağlama işlevi dikkate alınır, böyle bir sonuca ulaşmak yerinde olur.

Eşlerden birinin paylı mülkiyet konusu maldaki payı üzerinde diğerinin rızası olmaksızın tasarrufta bulunması yasaklanmıştır (TMK.m.223/f.2). Bu hükümde geçen tasarruflar kapsamında mülkiyeti saklı tutma sözleşmesinin değerlendirilmesi mümkün değildir. Şöyle ki, paylı mülkiyet konusu bir taşınmaz ise zaten mülkiyeti saklı tutma sözleşmesinin konusunu oluşturamaz. Kanımızca, paylı mülkiyet konusu bir taşınır olsa dahi mülkiyeti saklı tutma sözleşmesinin bu taşınıra ait pay üzerinde kurulması bu sözleşmenin mahiyetine uygun değildir. Mülkiyeti saklı tutma sözleşmesi ile amaçlanan, taraflar arasında kararlaştırılan bir şartın gerçekleşmesine kadar taşınır mülkiyetinin satıcıda kalmasına rağmen, zilyetliğin alacaklıya devrini sağlamaktır. Bu şekilde alıcı aldığı malın karşılığında teslimsiz teminat verme imkânına sahip olur. Ancak paylı mülkiyet konusu bir taşınıra ait pay üzerinde rehin kurulması halinde taşınırın zilyetliğinin devri gerekmez. Bu ise mülkiyeti saklı tutma sözleşmesinin teslimsiz teminat sağlama işlevine uygun değildir.

SONUÇ

İki ana bölümden oluşan bu çalışmanın temel amacı, Türk Hukuku bakımından teminat sözleşmelerinde eşlerin hukuki işlem özgürlüğüne getirilen sınırlamaların ortaya konulması ve değerlendirilmesidir. Eşler, kural olarak, birbirleriyle veya üçüncü kişilerle yapacakları hukuki işlemleri sözleşme özgürlüğü ilkesi gereğince kimsenin izin veya onayına bağlı olmaksızın yapabilirler. Ancak özellikle zayıf durumda olan kadını ve ailenin ekonomik geleceğini korumak amacıyla eşlerin hukuki işlem özgürlüklerine, kanunda öngörülen hallerle sınırlı olmak üzere, bir takım sınırlamalar getirilmiştir.

İki temel Kanun'da yer alan hükümler bakımından yapılan incelemede, teminat sözleşmelerinde eşlerin hukuki işlem özgürlüğüne getirilen sınırlamaların, "eşin rızası" şeklinde kendini gösterdiği sonucuna varılmıştır. Çalışmamızda söz konusu sınırlamalar, konunun daha anlaşılır hale getirilmesi amacıyla kişisel teminat sözleşmeleri ve aynı teminat sözleşmeleri bakımından ayrı ayrı ele alınmıştır.

Kişisel teminat sözleşmeleri bakımından yapılan değerlendirmede ilk olarak, eBK'da yer almayan TBK.m.584 hükmü karşımıza çıkmaktadır. Bu düzenleme, genellikle hatır ilişkisine bağlı olarak kurulan kefalet sözleşmeleri ile ailenin ekonomik geleceğinin tehlikeye uğramasını engellemek amacıyla söz konusu işlemin geçerliliğini diğer eşin rızasına bağlamıştır. TBK.m.584 hükmü eşlerin borçlandırıcı bir işlem olan kefalet sözleşmesi kurmasına sınırlama getirmiştir. Dolayısıyla burada tasarruf yetkisine getirilen bir sınırlama söz konusu olmayıp, fiil ehliyeti sınırlamasının bulunduğu kabul edilebilir. Eşlerden birinin diğer eşin rızası olmaksızın kurduğu kefalet sözleşmesinin rızası aranan eş tarafından sonradan onaylanması mümkün değildir. Dolayısıyla diğer eşin rızası alınmaksızın kurulan bir kefalet sözleşmesi "noksanlık (askıda hükümsüzlük)" değil, "kesin hükümsüzlük" yaptırımına tâbi olur. Bu durumda kefalet sözleşmesinin diğer eşin rızası alınmak suretiyle yeniden kurulması gerekir. Kefalet sözleşmesini eşin rızasına bağlayan TBK.m.584 hükmünün istisnasız olarak kabul edilmesi ticari hayatta önemli tıkanıklıklara neden olduğu gibi kredi kullanımını da önemli ölçüde azaltmıştır. İşte ticari hayatta kefil bulmanın zorlaşması ve özellikle bankaların kredi kullanımının

azalması tepkilere neden olduğu için, kefalet sözleşmesinde eşin rızasına bir takım istisnalar getirilmesi ihtiyacı ortaya çıkmıştır. Bu amaçla kefalet sözleşmesinde eşin rızasına ilişkin TBK.m.584 hükmüne 28.03.2013 tarihinde 6455 sayılı Kanun’la eklenen fıkra ile bazı istisnalar getirilmiştir. Bu istisnalar bakımından önemli olan kredi ilişkisinin ticari işletmeyi ilgilendirmesidir. Kanaatimizce, eşin rızasına getirilen sınırlamalar kapsamında, kooperatiflerin ortaklarına kullandıracağı kredilere kadar özel düzenlemelere yer verilmesi, eşin rızası şartını önemli ölçüde etkisiz hale getirecektir. TBK.m.584 kapsamında icra dairesindeki kefaletlerde de eşin rızası aranmalıdır. İİK.m.38’de bahsi geçen icra kefaletleri hakkında İİK’da özel bir düzenleme bulunmayan hususlarda TBK’nın kefaletle ilişkin hükümleri niteliğine uygun düştüğü ölçüde icra kefaletlerine de uygulanır. Dolayısıyla TBK.m.584 hükmü uyarınca evli biri, icra kefaletinin kurulmasından önce veya en geç kurulması anında eşinin rızasını almış olmalıdır.

Türk Borçlar Kanunu m.603 ile kefalet dışında, kişisel güvence verilmesine ilişkin olarak başka ad altında yapılan diğer sözleşmelere de eşin rızasına ilişkin hükümlerin uygulanacağı düzenlenmiştir. İlk olarak TBK.m.603’ün kapsamına hangi sözleşmelerin gireceği açıklıktan uzak olmakla birlikte, bu hükmün sadece kişisel teminat sözleşmelerine uygulanacağı tartışmasızdır. Rehin, teminat amaçlı taşınmaz mülkiyetinin devri ve mülkiyeti saklı tutma sözleşmeleri aynı nitelikte teminatlar olduğu için TBK.m.603’ün kapsamına girmez. İkinci olarak TBK.m.603’ün kapsamına giren kişisel teminatların gerçek kişilerce verilmiş olması gerekir. Bu nedenle banka teminat mektupları TBK.m.603 kapsamına girmez. TBK.m.603’ün kefalet benzeri garanti sözleşmelerine uygulanacağı ise tartışmasızdır. Çünkü TBK.m.603’ün kefaletten daha ağır sonuçlar doğuran kefalet benzeri garanti sözleşmesine evleviyetle uygulanması gerekir. Teminat sağlama amacına yönelik borca katılma durumunda söz konusu olan müteselsil borçluluğun kefalettaki fer’i sorumluluktan daha ağır sonuçlar doğurduğu düşünülürse, kişisel teminat sağlama amacıyla kurulan bu sözleşmenin geçerliliği bakımından eşin rızasını aramak yerinde olur.

Kanımızca, borca katılmaya benzer işlemlerden müteselsil borç altına girme ve sözleşmeye katılmanın geçerli olarak kurulabilmesi için de eşin rızası gerekir. Şöyle ki müteselsil borçluluk alacağı teminat altına alma işlevine de sahiptir. Bu nedenle bir nevi kişisel teminat ilişkisi doğuran müteselsil borçluluk bakımından TBK.m.603 uyarınca eşin rızası aranmalıdır. Sözleşmeye katılma alacaklıya teminat sağlamak amacıyla, mevcut bir sözleşmenin borçlu tarafına katılma şeklinde gerçekleşiyorsa sözleşmeye katılmanın teminat işlevi ortaya çıkar. Bu durumda da sözleşmeye katılmanın geçerli olarak kurulabilmesi için TBK.m.603 uyarınca diğer eşin rızasını aramak yerinde olur. Kredi emri verme de kişisel teminat sağlama amacıyla yapıldığı için eşin rızası ile geçerli olarak kurulabilir. TTK'da düzenlenen ve kural olarak bir çeşit poliçe kefaleti olarak kabul edilen aval vermede de TBK.m.603 uyarınca eşin rızası aranmalıdır. Kanımızca aval, tek taraflı bir taahhüt olmasına rağmen, genişletici yorum yapmak suretiyle TBK.m.603 kapsamında değerlendirilebilir. Ancak TBK.m.584/f.3'de düzenlenen istisnalar kapsamında bir ticari işletme veya şirketin yetkilisi olan bir kişinin şirket adına ticari senede aval vermesi durumunda eşin rızası aranmayacaktır.

Türk Borçlar Kanunu m.603 hükmü kefalet sözleşmesinde diğer eşin rızasının alınamaması durumunda, diğer kişisel teminat sözleşmeleri yoluyla kefalet hükümlerinin dolanılmasını engellenmek amacıyla düzenlenmiştir. Ancak bu hükümde geçen "*kişisel güvence verilmesine ilişkin olarak başka ad altında yapılan diğer sözleşmeler*" kapsamına hangi sözleşmelerin gireceğine ilişkin açıklık yoktur. Bu nedenle, söz konusu hükmün kapsamına hangi sözleşmelerin gireceği yargı kararlarıyla zamanla açıklığa kavuşacaktır.

Aynı teminat sözleşmeleri bakımından yapılan değerlendirmede ise, TMK.m.194, m.199, m.223/f.2 hükümleri karşımıza çıkmaktadır. Bu hükümler ilk olarak, taşınmaz rehni bakımından önem arz etmektedir. Burada taşınmaz rehnine benzer işlemlerden taşınmaz yükü ve kanunda düzenlenmeyen taşınmaz teminatları bakımından da söz konusu hükümlerin incelenmesi gerekir. TMK.m.194/f.1 açısından açıklığa kavuşturulması gereken husus, aile konutu üzerindeki hakları sınırlayan işlemler kapsamına hangi taşınmaz rehni türlerinin gireceğinin

belirlenmesidir. Türk Hukukunda aile konutu üzerinde ipotek kurma, aile konutu üzerindeki hakları sınırlayan işlemlerden biri olarak kabul edildiği için bu işlemin geçerliliği diğer eşin rızasına bağlıdır. Kanımızca ipotek dışında, uygulamada rastlanmamakla birlikte ipotekli borç senedi ve irat senedi de aile konutu üzerindeki hakları sınırlayan tasarruflar kapsamında değerlendirilebilir. İpotek gibi bu işlemler de aile konutunun kaybedilmesine ilişkin yakın ve yüksek bir tehlike oluşturacağından aile konutu üzerinde ipotekli borç senedi ve irat senedi kurulabilmesi için de hak sahibi olmayan eşin rızası gerekir.

Türk Medeni Kanunu m.199/f.1’de yer alan “tasarruf” kavramı ile anlatılmak istenen tasarruf işlemleridir. Hakimin belirleyeceği malvarlığı değerleriyle ilgili tasarruf yetkisi sınırlanan eş, diğer eşin rızası olmadıkça hiçbir tasarruf işlemi yapamaz. Kanımızca hakim kararıyla eşlerden birinin belirli bir taşınmaz üzerindeki tasarrufları diğer eşin rızasına bağlanmışsa, bu tasarruflar kapsamına ipotek, uygulamada rastlanmamakla birlikte ipotekli borç senedi ve irat senedi de girer.

Türk Medeni Kanunu m.194/f.3 ile TMK.m.199/f.3’de düzenlenen şerh imkânı TST.m.49 ile birlikte değerlendirilmesi gereken önemli bir husustur. TST.m.49/f.1/b.c-d’e göre aile konutu şerhi ve tasarruf yetkisinin sınırlaması şerhi tasarruf hakkını yasaklayan şerhler arasında yer alır. Tapu Sicil Tüzüğü ile tasarruf hakkını yasaklayan şerhlerin düzenlenmesi TMK.m.1010 ile TST.m.49 arasında bir takım çelişkilerin ortaya çıkmasına sebep olmuştur. Ayrıca aile konutu şerhinin ve tasarruf yetkisi sınırlaması şerhinin kanundaki dayanağı TMK.m.194/f.3-m.199/f.3 olmasına rağmen TST.m.49 ile yapılan düzenleme, hukukumuzun benimsediği usul ve tekniğe de uygun değildir.

Türk Medeni Kanunu m.223/f.2 ile eşlerin hukuki işlem özgürlüğüne getirilen sınırlama, paylı mülkiyete tâbi her türlü tasarrufi işlem için geçerlidir. Bu nedenle sadece paylı mülkiyette bulunan payın devrinde değil, sınırlı bir ayni hak ile sınırlandırılması durumunda da diğer eşin rızası aranır. TMK.m.223/f.2’de taşınmaz rehni (ipotek-ipotekli borç senedi-irat senedi) açıkça yer almasa bile, tasarrufi işlem

kapsamında diğer eşin rızası olmaksızın paylı mülkiyette bulunan pay üzerinde taşınmaz rehni kurulamaz.

Kanımızca malik olan eşin aile konutu üzerindeki hakları sınırlayan işlemleri (TMK.m.194) kapsamında taşınmaz yükü kurulabilmesi mümkün değildir. Taşınmaz yükünde borcun konusunu yüklü taşınmazın kendisinden elde edilen bir edim oluşturur. Bu niteliği itibariyle taşınmaz yükünün aile konutu üzerinde kurulması mümkün değildir. TMK.m.199'da geçen tasarruflar kapsamına taşınmaz yükünün de dahil edilebilmesi, söz konusu sınırlamanın getirildiği malvarlığı değerlerinin taşınmaz yükünün mahiyetine uygun olmasına bağlıdır. Aynı şekilde TMK.m.223/f.2'de geçen tasarruflar kapsamında eşlerin paylı mülkiyetine tâbi malları üzerinde taşınmaz yükü kurulabilmesi için de paylı mülkiyet konusu maldaki payın taşınmaz yükünün mahiyetine uygun olması gerekir.

Kanımızca malik olan eşin aile konutu üzerindeki hakları sınırlayan işlemleri (TMK.m.194) kapsamına teminat amacıyla taşınmaz mülkiyetinin devri sözleşmesi de girer. Aynı şekilde ailenin ekonomik varlığının korunması veya evlilik birliğinden doğan mali bir yükümlülüğün yerine getirilmesi gerektirdiği ölçüde, eşlerden birinin istemi üzerine hakimın belirleyeceği taşınmaz mallarla ilgili tasarruflar kapsamında (TMK.m.199/f.1), teminat amacıyla taşınmaz mülkiyeti devri sözleşmesi de istemde bulunan eşin rızasıyla kurulabilir. Teminat amacıyla taşınmaz mülkiyeti devri sözleşmesinin TMK.m.223/f.2'de geçen tasarruflar kapsamında değerlendirilmesi de mümkündür. Çünkü teminat amacıyla taşınmaz mülkiyetinin devri sözleşmesinin taşınmaza ait pay üzerinde kurulmasına herhangi bir engel yoktur.

Aynı teminat sözleşmeleri bakımından yapılan değerlendirmede, TMK.m.194, m.199, m.223/f.2 hükümlerinin taşınır rehni bakımında da incelemek gerekir. Burada taşınır rehni dışında mülkiyeti saklı tutma sözleşmesi bakımından da söz konusu hükümlerin incelenmesi gerekir. İlk olarak TMK.m.194/f.1 bakımından bir konutun aile konutu olarak kabul edilebilmesi için, o konutun aile konutunun özelliklerini taşıması ve eşler tarafından aile konutu olarak kabul edilmesi gerekli ve yeterlidir. Bu nedenle aile konutunun baraka, karavan, gemi gibi taşınırlar olabilmesi de

mümkündür. Aile konutunun taşınır nitelik taşınması halinde TMK.m.194/f.1 kapsamındaki aile konutu üzerindeki hakları sınırlayan işlemler kapsamına taşınır rehni de girer. Bu durumda taşınırın niteliğine göre ilgili taşınır rehni hükümlerine uyularak yapılacak rehin işleminin geçerliliği diğer eşin rızasına bağlı olur. TMK.m.199 uyarınca eşlerin tasarruf yetkisinin sınırlandığı malvarlığı değerinin bir taşınır olabilmesi de mümkündür. Bu durumda söz konusu taşınır üzerinde rehin kurulabilmesi için de diğer eşin rızası aranır. TMK.m.223/f.2 uyarınca taşınmazlarda olduğu gibi eşlerin paylı mülkiyetine tâbi taşınırlardaki pay üzerinde rehin kurulabilmesi için de diğer eşin rızasını aramak gerekir.

Mülkiyeti saklı tutma sözleşmesinin konusunu sadece taşınırlar oluşturabileceği için taşınır niteliğindeki aile konutu da bu sözleşmenin konusunu oluşturabilir. Dolayısıyla taşınır niteliğindeki aile konutunun maliki olan eş, ancak diğer eşin rızasıyla aile konutu üzerinde mülkiyeti saklı tutma sözleşmesi kurabilir. Ailenin ekonomik varlığının korunması veya evlilik birliğinden doğan mali bir yükümlülüğün yerine getirilmesi gerektirdiği ölçüde, eşlerden birinin istemi üzerine hakimin belirleyeceği taşınır mallarla ilgili tasarruflar kapsamında (TMK.m.199) mülkiyeti saklı tutma sözleşmesi istemde bulunan eşin rızasıyla kurulabilir. Kanımızca mülkiyeti saklı tutma sözleşmesinin TMK.m.223/f.2 kapsamında paylı mülkiyet konusu taşınıra ait pay üzerinde kurulması mümkün değildir. Çünkü paylı mülkiyet konusu bir taşınır olsa dahi mülkiyeti saklı tutma sözleşmesinin bu taşınıra ait pay üzerinde kurulması bu sözleşmenin mahiyetine uygun değildir. Mülkiyeti saklı tutma sözleşmesi ile alıcı aldığı malın karşılığında teslimsiz teminat verme imkânına sahip olur. Ancak paylı mülkiyet konusu bir taşınıra ait pay üzerinde rehin taşınırın zilyetliği devredilmeksizin kurulur. Bu ise mülkiyeti saklı tutma sözleşmesinin teslimsiz teminat sağlama işlevine uygun değildir.

Diğer eşin rızasını arayan hükümler bir bütün olarak ele alındığında söz konusu hükümler arasında yeknesak bir düzenlenmenin bulunmadığı görülmektedir. Eşin rızasının zamanına ilişkin TBK.m.584 dışında, özel bir vurgu olmayan hükümler açısından rızanın hem izin hem de onay olarak verilebileceği kabul edilmektedir. Çünkü kanun koyucu eşin rızasını bazı yerlerde sadece izni kapsayacak şekilde dar,

bazı yerlerde ise hem izni hem de onayı kapsayacak şekilde geniş anlamda kullanmıştır. Kefalet sözleşmesinde eşin rızası bakımından dar anlamda, TMK'da eşin rızasının arandığı durumlarda ise geniş anlamda kullanım söz konusudur. Aynı şekilde eşin rızasının şekli bakımından da ortak bir kuraldan söz edilemez. Kanun koyucu TBK.m.584'de eşin rızasının yazılı olması gerektiğini açıkça belirtmesine rağmen, taşınmaz mülkiyetini de kapsayan bazı düzenlemelerde (TMK.m.194 veya TMK.m.199 gibi) rızanın verilme şekline bir açıklık getirmemiştir. Ayrıca diğer eşin rızasına ilişkin hükümlere bakıldığında, hangi işlemler bakımından söz konusu rızanın aranacağı hususu da açıklıktan uzaktır. Kanımızca, bu nedenle diğer eşin rızasının arandığı hükümlerde hangi işlemler bakımından eşin rızasının aranacağını belirlemek tamamlanması gereken önemli bir eksiklik. Bu eksiklik yargı kararlarıyla zamanla doldurulacaktır. Ancak uygulanma alanı yaygın olmayan işlemler bakımından söz konusu eksikliğin doldurulması daha zordur.

KAYNAKÇA

- ACAR**, Faruk; *Aile Hukukumuzda Mal Rejimleri ve Eşin Yasal Miras Payı*, 4. bs., Ankara 2014 (F. **Acar**).
- ACAR**, Hakan; “Türk Medeni Kanunu m.194 Kapsamında Aile Konutu Üzerinde İyiniyetli Üçüncü Kişilerin Hak Kazanımı”, *Kazancı Hakemli Hukuk Dergisi*, S. 47-48, 2008, s. 7-18 (H. **Acar**).
- AKARTEPE**, Alpaslan; “Evlilik Birliğinde Eşlerden Birisinin Bazı Malvarlığı Değerleri Üzerindeki Tasarruf Yetkisinin Sınırlandırılması”, *EÜHFD.*, C. XIII, S. 1-2, Erzincan 2009, s. 167-192.
- AKINTÜRK**, Turgut/**ATEŞ KARAMAN**, Derya; *Aile Hukuku*, C. 2, 15. bs., İstanbul 2013.
- AKİPEK**, Jale G./**AKINTÜRK**, Turgut /**ATEŞ KARAMAN**, Derya; *Türk Medeni Hukuku Başlangıç Hükümleri Kişiler Hukuku*, C. I, 11. bs., İstanbul 2014.
- AKİPEK**, Jale G./**AKINTÜRK**, Turgut; *Eşya Hukuku*, İstanbul 2009.
- AKİPEK**, Jale G.; *Türk Eşya Hukuku*, Ankara 1971.
- AKSOYOĞLU**, Necati; “Borçlar Kanunu Tasarısı’ndaki Kefalet Sözleşmesine İlişkin Önemli Değişiklikler”, *Bankacılar Dergisi*, S. 72, 2010, s. 94-116.
- AKYAZAN**, Sıtkı; “Ticari İşletme Rehni”, *BATİDER.*, C. VIII, S. 4, Aralık 1976.
- ALTAY**, Sümer/**ESKİOCAK**, Ali; *Türk Medeni Hukukunda Taşınmaz Rehni*, İstanbul 2007.
- ANTALYA**, O. Gökhan; *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, C. I, İstanbul 2015.
- ARAL**, Fahrettin/**AYRANCI**, Hasan; *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*, 10. bs., Ankara 2014.
- ARIK**, K. Fikret; “Mahkeme Kararları Kroniği, Başkasının Fiilini Taahhüt veya Garanti Mukavelesi”, *AÜSBFD.*, C. X, Y. 1955, S. 2, s. 45-75.
- ARMUTÇUOĞLU**, Can Yalçın; “Aile Konutuna Sağlanan Koruma ve Aile Konutu Şerhinin Hukuki Niteliği”, *MÜHF-HAD.*, C. 17, S. 2, 2001, s. 413-436.

- ARTUÇ**, Mustafa; *Kişilere Karşı Suçlar*, Ankara 2008.
- AYAN**, Mehmet; *Eşya Hukuku II Mülkiyet*, 7. bs., Konya 2014 (M. **Ayan**, *Mülkiyet*).
- AYAN**, Mehmet; *Eşya Hukuku III, Sınırlı Ayni Haklar*, 6. bs., Konya 2014 (M. **Ayan**, *Ayni Hak*).
- AYAN**, Serkan; *Evlilik Birliğinin Korunması*, Ankara 2004 (S. **Ayan**, *Evlilik*).
- AYAN**, Serkan; *Kefalet Sözleşmesinde Kefilin Sorumluluğu*, Ankara 2013 (S. **Ayan**, *Kefalet*).
- AYANOĞLU MORALI**, Ahu; “Mülkiyeti Saklı Tutma Kaydının Anlamı ve Teminat Fonksiyonu”, *Prof. Dr. Erden Kuntalp’e Armağan*, C. I, s. 407-424.
- AYAR**, Ahmet; “Türk Medeni Kanununda Yeni Bir Kurum: Aile Konutu”, *Prof. Dr. Rona Serozan’a Armağan*, C. I, İstanbul 2010, s. 361-387.
- AYBAY**, Aydın/**HATEMİ**, Hüseyin; *Eşya Hukuku*, 3. bs., İstanbul 2012.
- AYDOĞDU**, Murat/**KAHVECİ**, Nalan; *Türk Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri (Sözleşmeler Hukuku)*, 2. bs., Ankara 2014.
- AYİTER**, Nuşin; *Eşya Hukuku*, Ankara 1977.
- AYRANCI**, Hasan; “Kefalet Sözleşmesinde Asıl Borcun Belirli Olması İlkesi ve Cari Hesaba Kefalet”, *GÜHFD.*, C. IX, S. 1-2, Y. 2005, s. 107-126.
- BADUR**, Emel; “Eşin Rızası”, *TBB.*, Y. 26, S. 109, Kasım-Aralık 2013, s. 251-302.
- BAĞCI**, Ömer; “Aile Konutu Üzerinde Tasarruf”, *Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. IV, S. 2, 2007, s. 145-175.
- BAHADIR**, Zeynep; “Sözleşmenin Devri ve Sözleşmeye Katılma”, *GÜHFD.*, C. 17, S. 3, 2013, s. 1-38.
- BARLAS**, Nami; “Kefalet Hukukuna İlişkin Bazı Sorunlar ve Yargıtay Uygulaması”, *Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu*, 9-10 Aralık 2005, s. 41 – 67 (**Barlas**, *Bazı Sorunlar*).

- BARLAS**, Nami; “Kefalet Sözleşmesinin Geçerlilik Şartları”, *Türk Borçlar Kanunu Sempozyumu, Makaleler – Tebliğler*, İstanbul 2010, s. 349-362 (**Barlas, Geçerlilik**).
- BARLAS**, Nami; “Kefaletin Şekle İlişkin Geçerlilik Şartları ve Buna Bağlı Sorunlar”, *Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2006/1, s. 3-16 (**Barlas, Kefaletin Şekle İlişkin Şartları**).
- BARLAS**, Nami; “Kredi Kartı İlişkisinde Bankaya Karşı Verilen Kişisel Teminatın Niteliğinin Belirlenmesi”, *Ömer Teoman’a 55. Yaş Günü Armağanı*, C. II, İstanbul 2002, s. 937-989 (**Barlas, Kredi Kartı**).
- BARLAS**, Nami; “Yeni Medeni Kanunun Ayni Teminatlara İlişkin Düzenlemeleri”, *Bilgi Toplumunda Hukuk, Ünal Tekinalp’e Armağan*, C. II, İstanbul 2003, s. 569-588 (**Barlas, Ayni Teminatlar**).
- BARLAS**, Nami; “Yeni Türk Borçlar Kanunu’nun Kefaletle İlişkin Düzenlemeleri”, *İzmir Barosu Dergisi*, Y. 76, S. 2, Nisan 2011, s. 7-28 (**Barlas, Kefalet**).
- BARLAS**, Nami; “Yeni Türk Borçlar Kanununda Kefalet Sözleşmesi Konusunda Getirilen Yenilikler”, *Yeni Türk Borçlar Kanunu ve Yeni Türk Ticaret Kanunu Sempozyumu*, İstanbul 2013, s. 213-230 (**Barlas, Yenilikler**).
- BARLAS**, Nami; “Yeni Türk Medeni Kanunu Hükümleri Çerçevesinde Eşler Arası Hukuki İşlem Özgürlüğü ve Sınırları”, *Prof. Dr. Necip Kocayusufpaşaoğlu İçin Armağan*, Ankara 2004, s. 115-143 (**Barlas, Hukuki İşlem**).
- BAŞ**, Ece; “6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu’nda Kefalet Sözleşmesinin Geçerlilik Şartlarına İlişkin Bazı Yenilikler”, *İÜHFİM*, C. LXX, S. 2, s. 115-144.
- BAŞTÜRK**, Adem; “Türk Hukukunda Aile Konutu, Aile Konutuna İlişkin Sınırlamanın Hukuki Niteliği ve Üçüncü Kişilere Etkisi”, *Legal Hukuk Dergisi*, C. 5, S. 53, 2007, s. 1523-1549.
- BAYGIN**, Cem; “4721 Sayılı Yeni Medeni Kanunun Evlenme, Boşanma ve Evliliğin Genel Hükümleri Konusunda Getirdiği Değişiklikler”, *Bilgi*

- Toplumunda Hukuk, Prof. Dr. Ünal Tekinalp'e Armağan, C. II, İstanbul 2003, s. 437-461 (Baygın, Değişiklikler).*
- BAYGIN**, Cem; "Culpa in Contrahendo Sorumluluğu ve Amerikan Hukukundaki Uygulaması", *AEÜHFD.*, C. IV, S. 1-2, Erzincan 2000, s. 345-377.
- BİLGE**, Necip; "Kefilin Mesuliyetinin Şümulü", *AÜHFD.*, C. XIII, S. 1-2, 1956, s. 89-171.
- BİLGİN**, Mahmut; *6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Işığında Öğreti ve Uygulamada Kefalet ve Yargılama Hukukuna İlişkin Uyuşmazlıklar*, Ankara 2013.
- BOZKURT**, Tamer; *Kıymetli Evrak Hukuku*, 8. bs., İstanbul 2013.
- CAN**, Mertol; *Kıymetli Evrak Hukuku*, Ankara 2012.
- CANPOLAT**, Ferhat/**TOPUZ**, Seçkin; "Kefalet ile Garanti Ayırımının Önemi ve Bu Ayırımında Uygulanacak Kıstaslar", *TBBD.*, S. 78, Eylül-Ekim 2008, s. 53-76.
- CANSEL**, Erol; *Türk Hususî Hukukunda Hapis Hakkı*, Ankara 1961 (**Cansel, Hapis**).
- CANSEL**, Erol; *Türk Menkul Rehni Hukuku (Teslim Şartlı Menkul Rehni)*, C. I, Ankara 1967 (**Cansel, Menkul Rehni**).
- ÇABRİ**, Sezer; "6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Uyarınca Sözleşmeye Katılma", *Legal Hukuk Dergisi*, Y. 9, S. 106, 2011, s. 3911-3932 (**Çabri, Sözleşmeye Katılma**).
- ÇABRİ**, Sezer; "Aile Konutu Şerhi", *Prof. Dr. Ergon A. Çetingil ve Prof. Dr. Rayegân Kender'e 50. Birlikte Çalışma Yılı Armağanı*, İstanbul 2007, s. 401-415 (**Çabri, Aile Konutu**).
- ÇANDARLI**, Zahit; "Müteselsil Borçlu ve Alacaklıların Zamanaşımı Kesimi", *Adalet Dergisi*, Y. 36, S. 12, 1945, s. 1288-1295.
- ÇEBİ**, Hakan; "Üçüncü Kişinin Fiilini Taahhüt", *Prof. Dr. Tahir Çağa'nın Anısına Armağan*, İstanbul 2000, s. 111-138.

- ÇETİN**, Soner H.; *İpotekli Borç Senedi ve İrat Senedi*, Ankara 2004.
- ÇETİNER**, Bilgehan; *Taşınmaz Teminatı*, İstanbul 2015.
- DEMİR**, Mehmet; “TMK’ a Göre Evlilik Birliğinin Temsili ve Aile Konutu ile İlgili İşlemler”, *Prof. Dr. Turgut Kalpsüz’e Armağan*, Ankara 2003, s. 691-711 (M. **Demir**).
- DEMİR**, Şamil; “Kefalet Sözleşmesinin Uygulama Alanı”, *TBBD.*, Y. 26, S. 108, Ankara 2013, s. 87-122 (Ş. **Demir**).
- DEMİRKAPI**, Ertan; “Gerçek Kişilerin Aval Verme Ehliyeti”, *Ünal Tekinalp’e Armağan*, C. I, İstanbul 2003, s. 753-766.
- DEVELİOĞLU**, Hüseyin Murat; “İsviçre Federal Mahkemesi’nin 23 Eylül 2003 Tarihli Kararı Işığında Kefalet Sözleşmesi – Borca Katılma Ayrımı”, *Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Prof. Dr. Erden Kuntalp’e Armağan*, C. I, 1/2004, s. 293 – 322 (**Develioğlu**, *Borca Katılma*).
- DEVELİOĞLU**, Hüseyin Murat; *Kefalet Sözleşmesini Düzenleyen Hükümler Işığında Bağımsız Garanti Sözleşmeleri*, İstanbul 2009 (**Develioğlu**, *Garanti*).
- DOĞAN**, Murat; “Medeni Kanunun Getirdiği Yeni Bir Müessese: Aile Konutu”, *AÜEHFD.*, C. VI, S. 1-4, 2002, s. 285-300 (**Doğan**, *Aile Konutu*).
- DOĞAN**, Murat; “Teslime Bağlı Olmayan Sicilli Motorlu Taşıt Rehni”, *EÜHFD.*, C. XII, S. 3-4, Aralık 2008, s.181-207 (**Doğan**, *Motorlu Taşıt Rehni*).
- DOĞAN**, Murat; *Tapu Sicilinde Tasarruf Yetkisi Kısıtlamasının Şerhi*, Ankara 2004 (**Doğan**, Şerh).
- DURAL**, Mustafa/**ÖĞÜZ**, Tufan/**GÜMÜŞ**, Mustafa Alper; *Türk Özel Hukuku (Aile Hukuku)*, C. III, 9. bs., İstanbul 2014.
- DURAL**, Mustafa/**ÖĞÜZ**, Tufan; *Kişiler Hukuku*, C. II, 2. bs., İstanbul 2012.
- DURAL**, Mustafa/**SARI**, Suat; *Türk Özel Hukuku*, C. I, 7. bs., İstanbul 2012.
- DÜNDAR**, Hamit; “Yargıtay Kararları Işığında Aval ve Kefaletin Hukuki Niteliği ve Farklı Yönleri”, *Halûk Konuralp Anısına Armağan*, Ankara 2009, s. 345-403.

- ENGİN**, İlkay; “Alacağın Temliki ve Borcun Nakli”, *Türk Borçlar Kanunu Sempozyumu, Makaleler – Tebliğler*, İstanbul 2010, s. 159-167.
- ERDOĞMUŞ**, Belgin; “Roma Hukukunda Borcun Ayni Teminatına Genel Bakış”, *Prof. Dr. Ümit Doğanay’ın Anısına Armağan*, C. I, İstanbul 1982.
- EREN SAYIN**, Feyza/**KOYUNCU**, Berk Kenan; “Kefalet ve Garanti Sözleşmeleri Açısından Uyarılama Sorununa Bir Bakış”, *İÜHF.M.*, C. LXX, S. 1, 2012, s. 319-356.
- EREN**, Fikret; *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 16. bs., Ankara 2014 (**Eren**, *Genel Hükümler*).
- EREN**, Fikret; *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, 2. bs, Ankara 2015 (**Eren**, *Özel Hükümler*).
- EREN**, Fikret; *Mülkiyet Hukuku*, 3. bs., Ankara 2014 (**Eren**, *Mülkiyet*).
- ERGÜNE**, Mehmet Serkan; *Hukumumuzda Taşınır Rehninin, Özellikle Teslime Bağlı Taşınır Rehninin Kuruluş*, İstanbul 2002.
- ERMAN**, Hasan; *Eşya Hukuku Dersleri*, 4. bs., İstanbul 2013.
- ERTAŞ**, Şeref; *Eşya Hukuku*, 11. bs., İzmir 2014.
- ESENER**, Turhan/**GÜVEN**, Kudret; *Eşya Hukuku*, 5. bs., Ankara 2012.
- GÖGER**, Erdoğan; *Maden Hukuku*, Ankara 1979.
- GÜMÜŞ**, Mustafa Alper; *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, C. II, 3. bs., İstanbul 2014 (**Gümüş**, *Özel Hükümler II*).
- GÜMÜŞ**, Mustafa Alper; *Teoride ve Uygulamada Evliliğin Genel Hükümleri ve Mal Rejimleri*, İstanbul 2008 (**Gümüş**, *Teoride*).
- GÜMÜŞ**, Mustafa Alper; *Türk Medeni Hukukunda Kayyımlık*, İstanbul 2006.
- GÜMÜŞ**, Mustafa Alper; *Türk Medeni Kanununun Getirdiği Yeni Şerhler*, İstanbul 2007 (**Gümüş**, *Şerhler*).

- GÜNERGÖK**, Özcan; “Eşlerden Birinin Mülkiyetindeki Tapuya Kayıtlı Aile Konutu Üzerinde Üçüncü Kişilerin Mülkiyet veya Sınırlı Ayni Hak İktisabı”, *EÜHFD.*, C. XIII, S. 1-2, Erzincan 2009, s. 249-283.
- GÜRSOY**, Kemal T./**EREN**, Fikret/**CANSEL**, Erol; *Türk Eşya Hukuku*, Ankara 1978.
- GÜVEN**, Ünay; “Teminat Mektuplarının Mahiyeti ve Garanti Mukavelesi”, *İBD.*, C. XLI, S. 1-2, Y. 1967, s. 16-24.
- GÜVENÇ**, Özgür; *Taşınmazların İnançlı İşleme Devri*, Ankara 2014.
- HACISALİHOĞLU**, Abdurrahman; *Türk Medeni Kanunu'nda Aile Konutu ve Şerhi*, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Ana Bilim Dalı, İstanbul 2010.
- HATEMİ**, Hüseyin/**GÖKYAYLA**, Emre; *Borçlar Hukuku Genel Bölüm*, 2. bs., İstanbul 2012.
- HATEMİ**, Hüseyin/**SEROZAN**, Rona/**ARPACI**, Abdülkadir; *Eşya Hukuku*, İstanbul 1991 (**Hatemi/Serozan/Arpacı**, *Eşya*).
- HATEMİ**, Hüseyin/**SEROZAN**, Rona/**ARPACI**, Abdülkadir; *Borçlar Hukuku Özel Bölüm*, İstanbul 1992 (**Hatemi/Serozan/Arpacı**, *Borçlar Özel*).
- HATEMİ**, Hüseyin/**SEROZAN**, Rona; *Aile Hukuku*, İstanbul 1993.
- HATEMİ**, Hüseyin; *Medeni Hukuk'a Giriş*, 5. bs., İstanbul 2011.
- HELVACI**, İlhan; *Türk Medeni Kanununa Göre Sözleşmeden Doğan İpotek Hakkı*, İstanbul 2008.
- HIZIR**, Serdar/**TURAEV**, Alisher; “Türk Hukuku'nda Hava Araçları Üzerinde İpotek Tesis Edilmesi”, *AÜHFD.*, 2008, C. 57, S. 3, s. 371- 407.
- İMRE**, Zahit; “Hapis Hakkı Üzerinde Bir Tetkik”, *İHFM.*, C. 18, S. 3-4, İstanbul 1952, s. 742-782.
- İNAN**, Ali Naim/**YÜCEL**, Özge; *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 4. bs., Ankara 2014.

- İNAN**, Ali Naim; “Yeni Tüzüğüne Göre Hayvan Rehni”, *AD.*, S. 1-12, 1967.
- KALPSÜZ**, Turgut; *Gemi Rehni*, 4. bs., Ankara 2001.
- KAMACI**, Mahmut; “Aile Konutu ve Hak Sahibi Eşin Bu Konutla İlgili Tasarruflarına Diğer Eşin Katılma Hakkı (Rıza)”, *YD.*, Y. 30, C. 30, S. 1-2, Ocak-Nisan 2004, s. 113-137.
- KAPANCI**, Kadir Berk; *Birlikte Borçlulukta Borçlular Arası İlişkiler*, İstanbul 2014.
- KARAHAN**, Sami/**ARI**, Zekeriyya/**BOZGEYİK**, Hayri/**SARAÇ** Tahir/**ÜNAL**, Mücahit; *Kıymetli Evrak Hukuku*, 1. bs., Konya 2013.
- KARAYALÇIN**, Yaşar; “İsviçre Hukukunda Müteselsil Sorumluluk Konusunda Tartışmalar ve Yasal Gelişmeler”, *Ankara Barosu Dergisi*, Y. 65, S. 4, 2007, s. 107-119.
- KAYIHAN**, Şaban; *Ticari İşletme Rehni*, İstanbul 1996.
- KILIÇOĞLU YILMAZ**, Kumru; “Eşlerin Paylı Mülkiyetleri”, *TBBD.*, Y. 27, S. 114, Eylül-Ekim 2014, s. 79-104.
- KILIÇOĞLU**, Ahmet M.; *Aile Hukuku*, Ankara 2015 (**Kılıçoğlu**, *Aile*).
- KILIÇOĞLU**, Ahmet M.; *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 18. bs., Ankara 2014 (**Kılıçoğlu**, *Borçlar Hukuku*).
- KILIÇOĞLU**, Ahmet M.; *Medeni Kanun’umuzun Aile-Miras ve Eşya Hukukunda Getirdiği Yenilikler*, Ankara 2003 (**Kılıçoğlu**, *Yenilikler*).
- KILIÇOĞLU**, Ahmet M.; *Türk Medeni Kanunu’nda Diğer Eşin Rızasına Bağlı Hukuksal İşlemler ve Yasal Alım Hakkı*, Ankara 2002 (**Kılıçoğlu**, *Eşin Rızası*).
- KIRCA**, İsmail; “Türk Borçlar Kanunu Tasarısı – Kefalette Eşin Rızası”, *Prof. Dr. Tuğrul Ansay’a Armağan*, Ankara 2006, s. 435-457.
- KOCAMAN**, Arif; *Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu XIX*, Mayıs 2003, s. 67-94.

- KÖPRÜLÜ**, Bülent/**KANETİ**, Selim; *Sınırlı Ayni Haklar*, 2. bs., İstanbul 1982-1983.
- KUNTALP**, Erden; “Teminat Kavramı, Teminat Türleri ve Bunlardan Doğan Sorumluluk”, *Reha Poroy’a Armağan, İÜHF.*, İstanbul 1995, s. 263-299.
- KURŞAT**, Zekeriya; *Paylı Mülkiyetin Sona Ermesi*, İstanbul 2008.
- KURT**, Ekrem; *Tapu Sicilinin Düzeltilmesi*, İstanbul 2004.
- KURU**, Baki/**ARSLAN**, Ramazan/**YILMAZ**, Ejder; *İcra ve İflas Hukuku*, 28. bs., Ankara 2014.
- MAKARACI BAŞAK**, Aslı; *Taşınır Rehni Sözleşmesi*, İstanbul 2014.
- MUŞUL**, Timuçin; *İcra ve İflas Hukuku*, C. II, 6. bs., Ankara 2013.
- NEBİOĞLU ÖNER**, Şebnem; “Aile Konutunun Özellikleri, Unsurları, Koruma Süresi ve Korunma Nedenleri”, *TBBD.*, Y. 24, S.97, Kasım-Aralık 2011, s. 117-147.
- NOHUT**, Ayşegül; *Aile Konutu*, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Ana Bilim Dalı, Ankara 2009.
- NOMER**, Haluk N.; *Vefa Hakkı*, İstanbul 1992.
- OĞUZ**, Sefer; “6098 Sayılı TBK.m.584/f.1’in Bankacılık Uygulamasında Yarattığı Sorunlar ve Özellikle Evli Gerçek Kişilerin Aval Vermesinde Eş Rızasının Bulunmasının Gerekliliği Üzerine Düşünceler”, *Bankacılar Dergisi*, S. 86, 2013, s. 67-77.
- OĞUZMAN**, Kemal/**BARLAS**, Nami; *Medeni Hukuk*, 19. bs., İstanbul 2013.
- OĞUZMAN**, Kemal/**ÖZ**, Turgut; *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, C. 2, 10. bs., İstanbul 2013.
- OĞUZMAN**, Kemal/**SELİÇİ**, Özer/**OKTAY-ÖZDEMİR**, Saibe; *Eşya Hukuku*, 17. bs., İstanbul 2014.

- ÖĞUZMAN, M. Kemal/SELİÇİ, Özer /OKTAY-ÖZDEMİR, Saibe;** *Kişiler Hukuku (Gerçek ve Tüzel Kişiler)*, 14. bs., İstanbul 2014.
- OSKAY, Mustafa/KOÇAK, Coşkun/DEYNEKLİ, Adnan/DOĞAN, Ayhan;** *İİK Şerhi*, C. I, Ankara 2007.
- ÖĞÜTÇÜ, Tahir/DOĞRUSÖZ, M. Edip;** *Rehin Hukuku*, 1982.
- ÖĞÜZ, Tufan;** “Motorlu Araçların Rehnine İlişkin Uygulamanın Kamuya Açıklık (Aleniyet) İlkesi Açısından Değerlendirilmesi”, *Prof. Dr. Kemal Oğuzman’ın Anısına Armağan*, İstanbul 2000, s. 693-725.
- ÖKTEM ÇEVİK, Seda;** “6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Uyarınca Kefalet Sözleşmelerinde Eşin Yazılı Rızası”, *Kazancı Hakemli Hukuk Dergisi*, S. 89-90, Ocak-Şubat 2012, s. 113-133.
- ÖKTEM, Seda;** “Aile Birliğinde Eşlerin Tasarruf Yetkisinin Kısıtlanması”, *TBBD.*, S. 67, 2006, s. 317-338.
- ÖZCAN, Zeynep;** *Paylı Mülkiyette Paydaşların Yetkileri ve Yükümlülükleri*, Ankara 2013.
- ÖZDEMİR, Atalay;** “Borçlar Yasasının 110. Maddesine Eklenen Yeni Fıkra ve Banka Teminat Mektupları”, *YD.*, C.10, S. 4, 1984, s. 467-481.
- ÖZEN, Burak;** *6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Çerçevesinde Kefalet Sözleşmesi*, 3. bs., İstanbul 2014.
- ÖZTAN, Bilge;** *Aile Hukuku*, 5. bs., Ankara 2004 (B. ÖZTAN).
- ÖZTAN, Fırat;** *Kıymetli Evrak Hukuku*, 17. bs., Ankara 2012 (F. ÖZtan).
- ÖZTÜRK, İdil Zeynep;** *Kişisel Teminat Sözleşmelerinde Rücu İlişkileri*, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Bilgi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Ekonomi Hukuku Bilim Dalı, İstanbul 2012.
- ÖZUĞUR, Ali İhsan;** *Mal Rejimleri*, 3. bs., Ankara 2006.
- PARLAR, Ali/HATİPOĞLU, Muzaffer;** *Açıklamalı-Yeni İçtihatlarla 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu Yorumu*, Ankara 2010.

- POROY**, Reha/**TEKİNALP**, Ünal; *Kıymetli Evrak Hukuku Esasları*, 21. bs., İstanbul 2013.
- PULAŞLI**, Hasan; *Kıymetli Evrak Hukukunun Esasları*, 4. bs., Ankara 2015.
- REİSOĞLU**, Seza; *Garanti Mukavelesi*, Ankara 1963 (**Reisoğlu**, *Garanti*).
- REİSOĞLU**, Seza; *Türk Hukukunda ve Bankacılık Uygulamasında Kefalet*, Ankara 1992 (**Reisoğlu**, *Bankacılık Uygulaması*).
- REİSOĞLU**, Seza; *Türk Kefalet Hukuku*, Ankara 2013 (**Reisoğlu**, *Kefalet*).
- SARI**, Suat; *Evlilik Birliğinde Yasal Mal Rejimi Olarak Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi*, İstanbul 2007.
- SAYMEN**, Ferit H./**ELBİR**, Halid K.; *Türk Eşya Hukuku (Ayni Haklar)*, İstanbul 1954.
- SEROZAN**, Rona; “Aile Konutunun Şerhine Değişik Bir Yaklaşım”, *Prof. Dr. Zahit İmre’ye Armağan*, İstanbul 2009, s. 279-288 (**Serozan**, *Aile Konutu*).
- SEROZAN**, Rona; “Mülkiyeti Saklı Tutma Anlaşması”, *MHAD.*, Y. 1, S. 2, İstanbul 1968, s. 176-200 (**Serozan**, *Mülkiyeti Saklı Tutma*).
- SEROZAN**, Rona; “Mülkiyeti Saklı Tutma Sözleşmesi ve Teminaten Temlik”, *Prof. Dr. Erdoğan Moroğlu’na 65. Yaş Günü Armağanı*, 2. bs., İstanbul 2001, s. 987-1014 (**Serozan**, *Teminaten Temlik*).
- SEROZAN**, Rona; *Taşınır Eşya Hukuku*, 2. bs., İstanbul 2007 (**Serozan**, *Taşınır*).
- SİRMEN**, Lale; *Alacak Rehni*, Ankara 1990 (**Sirmen**, *Alacak*).
- SİRMEN**, Lale; *Eşya Hukuku*, 2. bs., Ankara 2014 (**Sirmen**, *Eşya*).
- SUNGURTEKİN**, Meral; “Banka Teminat Mektuplarına İlişkin Uluslararası Unsurlu İhtilaflara Uygulanacak Hukuk Hakkında Bir İnceleme”, *TBBD.*, Y. 1990, S. 4, s. 543-567.
- ŞAHİN**, Turan; *Üçüncü Kişinin Edimini Taahhüt*, Ankara 2010.
- ŞAHİNCİ**, Ayşen; “Eşlerin Tasarruf Yetkisinin Sınırlandırılması”, *AÜHFD.*, S. 59, 2010, s. 309-334.

- ŞENER**, Oruç Hami; “Sözleşmeyle Yapılan Teminat Amaçlı Borca Katılma”, *DEÜHFD.*, C. 11, Özel S., 2009, s. 1279-1322 (O. Şener).
- ŞENER**, Yavuz Selim; *Türk Hukukunda İpotek ve Uygulaması*, 3. bs., Ankara 2010 (Y. Şener).
- ŞENYUVA**, Ardahan Hüsnü; *Evlilik Birliğinin Hakimin Müdahalesi Yoluyla Korunması*, Ankara 2007.
- ŞIPKA**, Şükran; *Aile Konutu ile İlgili İşlemlerde Diğer Eşin Rızası*, 2. bs., İstanbul 2004 (Şipka, Aile Konutu).
- ŞIPKA**, Şükran; *Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi ve Uygulamaya İlişkin Sorunlar*, İstanbul 2011 (Şipka, Sorunlar).
- TANDOĞAN**, Haluk; *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*, C. II, 5. bs., İstanbul 2010.
- TANRIVER**, Süha; *İlamlı İcra Takibinin Dayanakları ve İcranın İadesi*, Ankara 1996.
- TAŞDELEN**, Nihat; “Kefalet Sözleşmesinde Şekil”, *Prof. Dr. Oğuz İmregün’e Armağan*, İstanbul 1998, s. 731-765.
- TEK**, Gülen Sinem; *Ulaşım Araçlarının İpoteği*, İstanbul 2012.
- TEKİNALP**, Ünal; *Banka Hukukunun Esasları*, İstanbul 1988.
- TEKİNAY**, Selahattin Sulhi; “İştira ve Vefa Hakları”, *İBD.*, C. 61, S. 1-12, 1987, s. 509-520.
- TEKİNAY**, Selahattin Sulhi; *Türk Aile Hukuku*, 7. bs., İstanbul 1990 (Tekinay, Aile).
- TEZCAN**, Durmuş/**ERDEM**, Mustafa Ruhan/**ÖNOK**, Murat; *Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku*, 11. bs., Ankara 2014.
- TURAN BAŞARA**, Gamze; “Türk Borçlar Kanunıyla Getirilen Yeni Bir Müessese: Borca Katılma”, *AÜHFD.*, S.63, 2014, s. 419-447.

- TURAN**, Gamze; “Garanti ve Kefalet Sözleşmeleri Arasındaki Farklar ve Banka Kredi Kartı Sözleşmelerindeki Şahsi Teminatın Niteliği”, *TBBD.*, S. 66, 2006, s. 27-50.
- TÜRKER**, Erhan; *Ticari İşletme Rehni*, Eskişehir 1981.
- UÇAR**, Ayhan; “4721 Sayılı Medeni Kanun İle İhdas Edilen Yeni Bir Müessese: Aile Konutu Müessesesi”, *AÜEHFD.*, C. X, S. 1-2, 2006, s. 395-442.
- UYGUR**, Atiye B.; “Teminat Amaçlı İnançlı İşlemler”, *GÜHFD.*, C. X, S. 1-2, Haziran-Aralık 2006, s. 183-207.
- UYUMAZ**, Alper; *Motorlu Taşıt Rehni*, İstanbul 2012.
- ÜNAL**, Mehmet/**BAŞPINAR**, Veysel; *Şekli Eşya Hukuku*, 7. bs., Ankara 2015.
- VARDAR HAMAMCIOĞLU**, Gülşah; *Medeni Hukuk'ta Tasarruf İşlemi Kavramı*, İstanbul 2014.
- YALMAN**, Süleyman; “Evlilik Birliğinin Temsili ve Eşlerin Sorumluluğu”, *SÜHFD.*, C. 12, S. 3-4, 2004, s. 7-30.
- YAŞAR**, Osman/**GÖKCAN**, Hasan Tahsin/**ARTUÇ**, Mustafa; *Yorumlu-Uygulamalı Türk Ceza Kanunu*, 2. bs., Ankara 2014.
- YAVUZ**, Cevdet/**ACAR**, Faruk/**ÖZEN**, Burak; *Borçlar Hukuku Dersleri (Özel Hükümler)*, 9. bs., İstanbul 2014.
- YAVUZ**, Nihat; *Türk Borçlar Kanunu'nun Getirdiği Değişiklikler ve Yenilikler*, Ankara 2011.
- YENİCE**, A. Özge; *Teminat Sözleşmelerinde Rücu İlişkileri*, 1. bs., İstanbul 2009 (A. Yenice).
- YENİCE**, Kazım; “Hayvan Rehni ve Tüzüğü”, *AD.*, Y. 56, S. 7-8, 1965, s. 1196-1205.
- YILMAZ**, Ejder; *Hukuk Sözlüğü*, 3. bs., Ankara 2011.
- YILMAZ**, Merve; “Türk Borçlar Kanununa Göre Kefalet Sözleşmesinin Geçerlilik Şartları”, *Türkiye adalet Akademisi Dergisi*, S. 7, Y. 2, 2011, s. 67-92.

- ZEİTER**, Alexandra; “Die Ehepartnerliche Zustimmung Zu Rechtsgeschäften Mit Dritten. Eine Kritische Bestandesaufnahme”, *Fam Prach* 4/2005.
- ZENGİN**, Burcu; “Borca Katılma Sözleşmesinin, Teminat Amaçlı Garanti Sözleşmesinden ve Kefalet Sözleşmesinden Ayırt Edilmesi”, *Kazancı Hukuk Araştırmaları Dergisi*, Y. 2014, S. 2, s. 51-82.
- ZEVKLİLER**, Aydın/**GÖKYAYLA**, Emre; *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*, 14. bs., Ankara 2014.
- ZEVKLİLER**, Aydın/**HAVUTÇU**, Ayşe; *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*, 9. bs., Ankara 2007.
- ZEYTİN**, Zafer; *Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi ve Tasfiyesi*, 2. bs., Ankara 2008.

YARARLANILAN DİĞER KAYNAKLAR

Kazancı Bilişim, İçtihat Bilgi Bankası.

Legal, Mevzuat ve İçtihat Programı.

Leges, Mevzuat ve İçtihat Programı.