

T.C. İSTANBUL KÜLTÜR ÜNİVERSİTESİ  
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ

**ALMAN HUKUKU KIYASI İLE KEFALET SÖZLEŞMESİNİN  
GEÇERLİLİK ŞARTLARI**

**YÜKSEK LİSANS TEZİ**

**ASUMAN SARI İYİM**

1110030013

**Anabilim Dalı: Özel Hukuk**

**Program: Özel Hukuk- Alman, Türk ve Uluslararası Ekonomi  
Hukuku**

Tez Danışmanı: Prof. Dr. Atilla Altop

Ocak 2015

**ALMAN HUKUKU KIYASI İLE KEFALET SÖZLEŞMESİNİN  
GEÇERLİLİK ŞARTLARI**

**YÜKSEK LİSANS TEZİ**

**ASUMAN SARI İYİM**

1110030013

**Anabilim Dalı: Özel Hukuk**

**Program: Özel Hukuk- Alman, Türk ve Uluslararası Ekonomi  
Hukuku**

Tez Danışmanı: Prof. Dr. Atilla Altop

Jüri Üyeleri: Prof. Dr. Turgut Öz

Prof.Dr. Tufan Öğüz

Yard. Doç. Dr. Fatih Gündoğdu

Ocak 2015

## İÇİNDEKİLER

<b>KISALTMALAR .....</b>	<b>v</b>
<b>TÜRKÇE ÖZET .....</b>	<b>vii</b>
<b>YABANCI DİLDE ÖZET .....</b>	<b>viii</b>
<b>GİRİŞ .....</b>	<b>1</b>
<b>I. KEFALET SÖZLEŞMESİNİN TANIMI VE HUKUKİ NİTELİĞİ.....</b>	<b>1</b>
A. Kefalet Sözleşmesinin Tanımı .....	1
1. Türk Hukuku'nda .....	1
2. Alman Hukuku'nda.....	3
B. Kefalet Sözleşmesinin Hukuki Niteliği .....	3
1. Türk Hukuku'nda .....	3
2. Alman Hukuku'nda.....	4
<b>II. GEÇERLİ BİR ASIL BORCUN BULUNMASI.....</b>	<b>5</b>
A. Genel olarak .....	5
1. Türk Hukuku'nda.....	5
2. Alman Hukuku'nda.....	6
B. Gelecekte Doğacak Ve Koşula Bağlı Asıl Borç.....	8
1. Türk Hukuku'nda.....	8
2. Alman Hukuku'nda.....	9

C. 6098 Sayılı Borçlar Kanununun 582. Maddesinin İkinci Fıkrasında Düzenlenen Haller.....	10
D. Eksik Borç .....	11
1. Türk Hukuku'nda.....	11
2. Alman Hukuku'nda .....	12
<b>III. KEFİLİN KEFİL OLMA EHLİYETİNE SAHİP OLMASI .....</b>	<b>12</b>
A. Gerçek Kişilerin Ehliyeti.....	13
1. Türk Hukuku'nda .....	13
2. Alman Hukuku'nda .....	15
B. Tüzel Kişilerin Ehliyeti .....	15
1. Türk Hukuku'nda .....	15
2. Alman Hukuku'nda .....	18
C. Temsil Yolu İle Kefalet.....	19
1. Türk Hukuku'nda .....	19
2. Alman Hukuku'nda .....	20
<b>IV. EŞİN RIZASININ ALINMIŞ OLMASI VEYA GEREKLİ OLMAMASI..</b>	<b>20</b>
A. Genel Olarak .....	21
B. Eşin Rızasının Aranacağı Ve Aranmayacağı Durumlar .....	22
1. Ana Kural : Kefalet Sözleşmesi Kurulurken Eşin Rızası Aranır .....	22
2. Kefalet Sözleşmesi Kurulurken Eşin Rızasının Aranmayacağı İstisnai Durumlar	25
3. Sözleşme Değişikliğinde.....	26

4. Temsil Yetkisi Verilmesinde ve Ön Sözleşme Yapılmasında .....	26
C.Eşin Rızasının Zamanı Ve Şekli.....	27
1. Eşin Rızasının Zamanı .....	28
2. Eşin Rızasının Şekli .....	28
D. Eşin Rızasının Bulunmamasına Bağlanan Sonuçlar .....	30
E. Alman Hukuku'nda Eşin Rızası .....	34

**V. KEFALET SÖZLEŞMESİNDE ARANAN ŞEKİL ŞARTININ GERÇEKLEŞTİRİLMİŞ OLMASI..... 35**

A.Kefalet Sözleşmesinde Şeklin Amacı ve Geçerlilik Şartı Olması.....	35
1.Yazılı Şekilde Yapılması .....	37
2.Kefalet Sözleşmesinin İçeriği .....	38
3. El Yazılı Olması Gereken Hususlar .....	40
a.Kefilin Sorumlu Olduğu Azami Miktarın Sözleşmede Gösterilmesi.....	43
b. Kefalet Tarihinin Sözleşmede Gösterilmesi.....	44
c. Müteselsil Kefaletin Sözleşmede Gösterilmesi.....	46
B. Temsil Yetkisi Verilmesinde ve Ön Sözleşme Yapılmasında Şekil Şartı.....	47
1.Temsil Yetkisi Verilmesinde Şekil Şartı.....	47
2.Ön Sözleşme Yapılmasında Şekil Şartı .....	49
C. Sonradan Yapılacak Değişiklikler .....	49
D. Şekil Şartına Uymamanın ve Şekle Aykırı Kefalet Sözleşmesinin İfa Edilmesinin Sonuçları .....	50
E. Alman Hukukunda Kefalet Sözleşmesinin Şekli.....	52

1.Uyulması Gereken Şekil Şartı.....	52
2. Temsil Yetkisi Verilmesinde, Ön Sözleşme Yapılmasında ve Sonradan Yapılan Değişikliklerde Şekil Şartı .....	55
3. Şekil Şartına Uymamanın ve Şekle Aykırı Kefalet Sözleşmesinin İfa Edilmesinin Sonuçları .....	56
F. Beyaza (Açığa) İmza (Blankobürgschaft) .....	56
1.Türk Hukuku'nda .....	56
2.Alman Hukuku'nda .....	58
<b>VI. BİR İRADE SAKATLIĞININ BULUNMAMASI.....</b>	<b>59</b>
A. Türk Hukuku'nda .....	59
1.Genel Olarak .....	57
2. Yanılma.....	59
3. Aldatma.....	62
4. Korkutma .....	64
5. İrade Sakatlıkların Kefalet Sözleşmesine Etkisi .....	66
B. Alman Hukuku'nda .....	67
1.Genel Olarak .....	67
2.Yanılma.....	67
a. BGB Madde 119 1. Fıkra .....	67
b. BGB Madde 119 2. Fıkra.....	68
3. Aldatma.....	68
4. Tehdit .....	69

5. İrade Sakatlıklarının Kefalet Sözleşmesine Etkisi .....	70
--	----

**VII. KEFALET SÖZLEŞMESİNİN HUKUKA VEYA AHLAKA AYKIRI OLMAMASI .....** 71

A. Türk Hukuku'nda .....	71
--------------------------	----

B. Alman Hukuku'nda .....	72
---------------------------	----

**VIII. 6098 SAYILI TÜRK BORÇLAR KANUNUN'DAKİ İLGİLİ HÜKÜMLERİN UYGULAMA ALANI .....** 73

A. Alman Hukunda Uygulama Alanı .....	75
---------------------------------------	----

<b>SONUÇ.....</b>	<b>75</b>
-------------------	-----------

## KISALTMALAR

AÜHFD:	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
BATİDER	Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi
Bearb.	Bearbeiter
BFHD	Banka ve Finans Hukuku Dergisi
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGH	Bundesgerichtshof
BGH WM	Bundesgerichtshof -Wirtschaftsmagazin
BGHZ	Sammlung der Entscheidungen des BGH in Zivilsachen
BK	818 sayılı Borçlar Kanunu
Bkz.	Bakınız
BverfG	Bundesverfassungsgericht
BverfGE	Sammlung der Entscheidungen des BverfG
EuGH	Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften
EuZW	Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
FamRZ	Zeitschrift für das gesamte Familienrecht
GG	Grundgesetz
HD	(Yargıtay) Hukuk Dairesi
HGB	Handelsgesetzbuch
Hrsg.	Herausgeber
İÜHFİM	İstanbul Hukuk Fakültesi Mecmuası
İTCÜ SBD	İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal



Kn.	Bilimler Dergisi
m.	Kenar numarası
NJW	Madde
No	Neue Juristische Wochenschrift
s.	Numara
TAAD	Sayfa
TBK	Türkiye Adalet Akademisi Dergisi
TD	6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu
TTK	(Yargıtay)Ticaret Dairesi
vd.	6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu
	Ve devamı

**Enstitüsü** : **Sosyal Bilimler Enstitüsü**  
**Anabilim Dalı** : **Özel Hukuk**  
**Programı** : **Özel Hukuk- Alman, Türk ve Uluslararası  
Ekonomi Hukuku**  
**Tez Danışmanı** : **Prof. Dr. Atilla Altop**  
**Tez Türü ve Tarihi** : **Yüksek Lisans – Ocak 2015**

## **ÖZET**

# **ALMAN HUKUKU KIYASI İLE KEFALET SÖZLEŞMESİNİN GEÇERLİLİK ŞARTLARI**

**Asuman SARI İYİM**

Bu çalışmamızda 1 Temmuz 2012 tarihinde yürürlüğe giren 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'na göre kefalet sözleşmesinin geçerlilik şartlarını inceleyeceğiz. Kefalet sözleşmesinin geçerlilik şartları, geçerli bir asıl borcun ve geçerli bir kefalet sözleşmesinin varlığı olarak ifade edilebilir. Geçerli bir kefalet sözleşmesinin kurulabilmesi için kefalet sözleşmesinin ehliyet unsuru, şekil ve konu yönünden geçerli olması ve kefalet sözleşmesinin irade bozukluğu sebepleri ile geçersiz olmaması gerekmektedir. 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nda değişikliklerin en çok yaşandığı alanlardan biri de hiç şüphesiz kefalet sözleşmesi olmuştur. Özellikle kefalet sözleşmesinin geçerlilik şartlarında yapılan değişiklikler uygulamayı da yakından ilgilendiren ve özel olarak incelenmeyi hak eden düzenlemelerdir. Kefalet hukukunda en önemli değişiklikler, kefalet sözleşmesinin yapılmasının bazı durumlarda eşin rızasına bağlanması ve şekil kurallarıdır. Bu çalışmada kefalet sözleşmesinin geçerlilik şartları Alman hukuku ile de kıyaslanmaktadır ve her iki hukuk arasındaki farklılık ile benzerlikler gösterilmektedir.

**Anahtar Sözcükler** : **Kefalet Sözleşmesi, Geçerlilik Şartları, Yazılı Form, Eşin Rızası.**

**Universität** : **Istanbul Kültür Universität**  
**Institut** : **Institut für Sozialwissenschaften**  
**Fachbereich** : **Rechtswissenschaften**  
**Programm** : **Privatrecht- Deutsches, Türkisches und Internationales Wirtschaftsrecht**  
**Supervisor** : **Prof. Dr. Atilla Altop**  
**Abschlussgrad und Datum** : **LL.M. – Januar 2015**

## **ABSTRACT**

### **IM VERGLEICH MIT DEUTSCHEM RECHT DIE WIRKSAMKEITSVORAUSSETZUNGEN DES BÜRGSCHAFTSVERTRAGES**

**Asuman SARI İYİM**

Die vorliegende Arbeit befasst sich mit den Wirksamkeitsvoraussetzungen des Bürgschaftsvertrags unter Berücksichtigung des neuen am 01. Juni in Kraft tretenden türkischen Schuldrechts (6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu). Die Inanspruchnahme des Bürgen durch den Gläubiger setzt einen gültigen Bürgschaftsvertrag und das Bestehen einer fälligen Hauptforderung voraus. Für den Abschluss des Bürgschaftsvertrages gelten die allgemeinen Vorschriften. Folglich müssen die Normen der Geschäftsfähigkeit und Form Vorschriften beachtet werden. Desweiteren darf der Vertrag nicht Sittenwidrig sein und an einem Willensmangel leiden, All diese Punkte werden in dieser Arbeit näher erläutert. Mit der Schuldrechtsreform wurden die meisten Gesetzesänderung hauptsächlich im Bereich des Bürgschaftsrechts gemacht. Besonders betroffen waren die Wirksamkeitsvoraussetzungen des Bürgschaftsvertrags und die Zustimmung des Ehepartners wurde eingeführt. In der vorliegenden Arbeit werden die Wirksamkeitsvoraussetzungen mit dem deutschen Recht verglichen und die Gemeinsamkeiten und Unterschiede beider Rechte dargestellt.

**Schlüsselwörter: Bürgschaftsvertrag, Wirksamkeitsvoraussetzungen,  
Schriftform, Zustimmung der Ehepartner.**

## GİRİŞ

6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu 4 Şubat 2011 tarihli Resmi Gazetede yayımlanmıştır ve 1 Temmuz 2012 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Kanunla kefalet sözleşmesi ile ilgili önemli yenilik ve değişikliklerin yanında pek çok alanda da değişiklikler yapılmıştır. Kefalet sözleşmesi ile ilgili değişiklikler özellikle kefilin hukuki durumunu koruyup kollamaya yönelik olmuştur.

Bu çalışmamda 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'na göre kefalet sözleşmesinin geçerlilik şartlarını inceleyeceğim ve bu geçerlilik şartlarını Alman hukuku ile kıyaslayacağım.

## I. KEFALET SÖZLEŞMESİNİN TANIMI VE HUKUKİ NİTELİĞİ

### A. Kefalet Sözleşmesinin Tanımı

#### 1. Türk Hukuku'nda

Kefalet sözleşmesi en eski şahsi teminat sözleşmelerindendir. 818 sayılı Borçlar Kanununda kefalet sözleşmesi madde 483'de tanımlanmıştı buna göre; *Kefalet, bir akittir ki onunla bir kimse, borçlunun akdettiği borcun edasını temin etmeği alacaklıya karşı taahhüt eder.* Bu tanımda yer alan „borçlunun akdettiği borç“ ifadesi, sadece sözleşmelerden doğan borçlar bakımından kefil olunabileceği şeklinde anlaşılıyordu. Oysa ki yalnızca sözleşmeden doğan borçlara değil haksız fiilden, sebepsiz zenginleşmeden hatta nafaka borcu gibi kanundan kaynaklanan herhangi bir borca kefil olunabilir<sup>1</sup>. Dolayısıyla kefalet hukuki sebebi ne olursa

---

<sup>1</sup> Tandoğan, Haluk, Borçlar Hukuku-Özel Borç İlişkileri, cilt 2, (5.Bası, Vedat Yayıncılık, İstanbul 2010) s. 693 (Bundan sonra “Tandoğan, Borçlar Özel” olarak anılacaktır); Aral, Borçlar Hukuk, - Özel Borç İlişkileri, (8. Bası, Yetkin Yayınevi, Ankara 2010) s. 423 (Bundan sonra “Aral” olarak anılacaktır).

olsun para ile ölçülebilen her türlü borç için verilebilir.<sup>2</sup> Ayrıca „borçlunun akdettiği borç“ ifadesiyle de sadece mevcut borçlara kefil olunabileceği sonucuna varılmaktadır. Hâlbuki kefilin sadece mevcut borçlara değil ileride doğacak herhangi bir borca da kefil olması mümkündür.<sup>3</sup>

Kefalet sözleşmeleri 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun on beşinci bölümünde 581 ile 603. maddeleri arasında düzenlenmiştir. TBK'nın 581. hükmünde yer alan kefalet sözleşmesinin yasal tanımını bu yanlış anlaşılmayı ortadan kaldıracak bir tanım içermektedir. Buna göre, kefalet sözleşmesi kefil ile alacaklı arasında yapılan ve asıl borçlunun borcunu ifa etmemesinin sonuçlarından kefilin kişisel olarak sorumlu olmayı üstlendiği bir sözleşme olarak tanımlanmıştır.

Kanunda yer alan bu tanıma göre kefalet sözleşmesi, alacaklı ile kefil arasında kurulan ve alacaklıya kişisel güvence sağlayan bağımsız nitelikte bir borç ilişkisidir.<sup>4</sup>

Kefalet sözleşmesi kefil ile alacaklı arasında kurulur. Kefil asıl borçlunun rızasını almaksızın borçlunun borcunu ödememesi halinde bundan kişisel sorumlu olmayı taahhüt edebilir ve yükümlülük altına girebilir.<sup>5</sup>

Kefalet sözleşmesi neden önemlidir ve hangi sebeple yapılır diye sorduğumuzda karşımıza özellikle ticari hayat çıkacaktır. Ticari yaşamın daha güvenilir ve interaktif olabilmesini sağlar. Hukuki açıdan alacaklıya bir güvence verir. Çağımızda kefaletin sayısı epey artmıştır. Özellikle kredi sisteminde Türkiye'de kefalet sözleşmesinin rolü çok büyüktür.

---

<sup>2</sup> Aral, s. 423; Özen, Burak, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu Çerçevesinde Kefalet Sözleşmesi, (3. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2014) s. 51, (Bundan sonra “Özen, Kefalet Sözleşmesi“ olarak anılacaktır).

<sup>3</sup>Özen, Kefalet Sözleşmesi, s. 51; Gümüş, Mustafa Alper, Borçlar Hukuku Özel Hükümler Cilt II, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2012, s. 286 (Bundan sonra “Gümüş” olarak anılacaktır).

<sup>4</sup> Reisoğlu, Türk Kefalet Hukuku, s. 20 (Bundan sonra “ Reisoğlu, Kefalet“ olarak anılacaktır).

<sup>5</sup>Yılmaz, Türk Borçlar Kanunu'na göre Kefalet Sözleşmesinin Geçerlilik Şartları,. TAAD, Cilt:1,Yıl:2,Sayı:7, 2011, s. 5( Bundan sonra “Yılmaz” olarak anılacaktır).

## 1. Alman Hukukunda

Alman hukukunda kefalet sözleşmesi BGB'nin (Bürgerliches Gesetzbuch) 765. maddesinin birinci fıkrasında tanımlanmıştır. Bu tanım TBK madde 581'den farklı değildir. Madde 765'e göre de kefalet sözleşmesi, kefilin üçüncü bir şahsın borcunu, üçüncü kişinin alacaklısına karşı yükümlülüğün yerine getirilmemesi durumunda üstlendiğini belirten bir sözleşmedir.<sup>6</sup> Kefalet sözleşmesi Alman hukukunda yasal olarak düzenlenen tek şahsi teminat sözleşmesidir.<sup>7</sup>

Kefalet sözleşmesi Türkiye'de Almanya'ya nazaran daha yaygın bir sözleşme türüdür. Almanya'da da Türkiye'de olduğu gibi kefalet sözleşmesinin en yaygın olduğu sektör finans sektörüdür. Ayrıca devletin şirketlere işyerlerini koruma amaçlı verdiği güvencelerde (Staatsbürgerschaft) kefalet sözleşmesi önem kazanmaktadır.<sup>8</sup>

## B. Kefalet Sözleşmesinin Hukuki Niteliği

### 1. Türk Hukuku'nda

Kefalet başka bir borcun ödenmemesinin üstlenilmesi ve borcun ödenmemesi halinde kefilin şahsi sorumluluğunun söz konusu olduğu bir sözleşmedir. Yani asıl borcu güvence altına alan fer'i nitelikte bir borçtur.<sup>9</sup> Kefalet sözleşmesinin en önemli özelliği, kefilin borcunun fer'i yani asıl borca bağımlı bir borç olmasıdır.<sup>10</sup> Bu nedenle kefilin borcunun doğumu, varlığını devam ettirmesi ve sona ermesi asıl borcun varlığına bağlıdır ve kapsamı da asıl borcun kapsamıyla sınırlıdır.<sup>11</sup>

---

<sup>6</sup> Larenz, Lehrbuch des Schuldrechts, Besonderer Teil II, 13. Bası, C.H. Beck Verlag, München 1994.

§ 60 s. 1 (Bundan sonra "Lehrbuch des Schuldrechts" olarak anılacaktır).

<sup>7</sup> Dauner-Lieb, Barbara/Langen, Werner (Hrsg.), Beckmann (Bearb.) Nomos Kommentar BGB Band 2/2 Schuldrecht §§ 611- 853, 2. Bası, Nomos Verlag, Baden Baden 2012, Vor §§ 765 Kn. 1 (Bundan sonra "Dauner-Lieb/Langen (Hrsg.), Beckmann (Bearb.) Nomos Kommentar Schuldrecht BGB" olarak anılacaktır).

<sup>8</sup> Medicus, Dieter/Lorenz, Stephan, Schuldrecht II Besonderer Teil,(15. Bası C.H. Beck Verlag, München 2010) s. 328, Kn. 1003 (Bundan sonra "Medicus/Lorenz" olarak anılacaktır).

<sup>9</sup> Reisoğlu, Kefalet, s. 22.

<sup>10</sup> Karahasan, Mustafa Reşit, Türk Borçlar Hukuku- Özel Borç İlişkileri, Öğreti Yargıtay Kararları, İlgili Mevzuat II (Beta Yayınevi, İstanbul 2002) s. 1204 (Bundan sonra "Karahasan" olarak anılacaktır);

<sup>11</sup> Barlas, Nami, Türk Borçlar Kanunu Sempozyumu VIII Oturum; Kefalet Sözleşmesinin Geçerlilik Şartları, (İstanbul 2012 s. 349-362) s. 350 (Bundan sonra "Barlas" olarak anılacaktır).

Bunun yansira kefalet sözleşmesi tali nitelikte de bir sözleşmedir.<sup>12</sup> Kefaletin tali nitelikte olması ise, kendini adi kefalette göstermektedir. Buna göre alacaklı, asıl borçluya karşı takip yapıp, bu takip başarısız kalmadığı sürece kefile başvuramayacaktır.<sup>13</sup> Müteselsil kefalette, kural olarak talilik niteliği ortadan kalkmaktadır. Fakat TBK'nın 586. maddesindeki düzenlemeyle müteselsil kefilin borcunun tali niteliği daha belirgin hale getirilmiştir. Yeni düzenlemeye göre alacaklının müteselsil kefile başvurabilmesi için borçlunun ifada gecikmesi ve borçluya çekilecek ihtarın sonuçsuz kalması veya borçlunun açıkça ödeme güçsüzlüğü içinde olması gerekir.

Ayrıca kefalet sözleşmesinde sadece kefil borç altına girdiğinden, kefalet, kural olarak tek tarafa borç yükler alacaklının bir karşı edim yükümlülüğü bulunmamaktadır.<sup>14</sup> Ancak, kefalet sözleşmesinin, alacaklının da karşı edim yükümlülüğü altına girerek iki tarafa borç yükleyen bir sözleşme olarak yapılması da mümkündür.<sup>15</sup> Bu durumda kefalet sözleşmesi tam iki tarafa borç yükleyen sözleşme niteliğinde olacak ve Türk Borçlar Kanunu'nun ilgili hükümleri uygulama alanı bulacaktır. Önemli olan karşı taahhüdün alacaklı tarafından yapılmasıdır. Asıl borçlu tarafından kefile vaad edilen menfaatler, asıl borçlu kefalet sözleşmesinin tarafı olmadığından sözleşmenin tek taraflı olma niteliğini etkilemeyecektir.<sup>16</sup>

Yukarıda da değindiğim gibi kefalet hükümlerinde yapılan değişikliklerin çoğu kefil korumaya yönelik yapılmıştır.

## **2. Alman Hukukunda**

Alman hukukunda da kefalet sözleşmesinin hukuku niteliğinde Türk hukukuna göre bir farklılık yoktur. Kefalet sözleşmesi aynı Türk hukukunda olduğu gibi BGB

---

<sup>12</sup> Tandoğan, Borçlar Özel, s. 696.

<sup>13</sup> Yavuz, Cevdet/Acar, Faruk/Özen, Burak, Borçlar Hukuku Dersleri- Özel Hükümler, ( 11. Bası, Beta Yayınevi, İstanbul 2012) s.669 (Bundan sonra "Yavuz/Acar/Özen, Borçlar Özel" olarak anılacaktır); Aral, s. 426.

<sup>14</sup> Aral, s. 427.

<sup>15</sup> Tandoğan, Borçlar Özel, s. 694; Özen, Kefalet Sözleşmesi, s 112.

<sup>16</sup> Zevkliler, Aydın/Gökyayla, Emre, Borçlar Hukuku- Özel Borç İlişkileri (13. Bası, Turhan Kitapevi, Ankara 2013) s. 656 ( Bundan sonra "Zevkliler/Gökyayla" olarak anılacaktır); Yavuz, Nihat, Öğreti ve Uygulamada Türk Kefalet Hukuku ( Adalet Yayınevi, Ankara 2009) s. 10 ( Bundan sonra "Yavuz, N." olarak anılacaktır).

madde 767'nin birinci fıkrasının birinci cümlesinden anlaşılacağı üzere fer'i bir borçtur (Akzessorietät der Bürgschaft). Ve aynı zamanda tali bir borçtur (Subsidiarität der Bürgschaft ), zira BGB madde 771'in birinci cümlesinde kefalet şartına itiraz (Einrede der Vorausklage) düzenlenmiştir.<sup>17</sup> Bu itiraz, alacaklı kefinden önce asıl borçludan borcunu tahsil etmeye çalışmaması durumunda ileri sürülür.<sup>18</sup> Fakat kefalet sözleşmesi tacirler için ticari bir işlem ise bu itirazdan ve aynı zamanda kefaletin tali bir borç olmasından HGB (Handelsgesetzbuch) madde 349, 343'e göre yararlanamazlar.<sup>19</sup>

Alman hukukunda da kefalet kural olarak tek tarafa borç yükler.<sup>20</sup>

## II. GEÇERLİ BİR ASIL BORCUN BULUNMASI

### A. Genel Olarak

#### 1. Türk Hukuku'nda

Kefalet sözleşmesinin TBK'nın 582. maddesinde yer alan 'kefalet sözleşmesi, mevcut ve geçerli bir borç için kurulur metninden de anlaşıldığı üzere ilk geçerlilik şartlarından biri geçerli bir asıl borcun bulunmasıdır.<sup>21</sup> Kefaletin doğumu, varlığı ve devamı böyle bir asıl borcun varlığına bağlıdır.

Asıl borcun herhangi bir sebepten dolayı hükümsüz olması halinde kefalet sözleşmesi de fer'i mahiyeti nedeniyle hüküm ifade etmez.<sup>22</sup> Kefalet sözleşmesinin kurulması anında geçerli olmayan yani hükümsüz olan bir sözleşmenin sonradan

---

<sup>17</sup> Brox, Hans/ Walker, Wolf-Dietrich, Besonderes Schuldrecht, ( 31. Bası, C.H. Beck Verlag, München 2006) § 32 Kn. 21/27 (Bundan sonra "Brox/Walker, Besonderes Schuldrecht" olarak anılacaktır).

<sup>18</sup> Dauner-Lieb/Langen (Hrsg.), Beckmann (Bearb.) Nomos Kommentar Schuldrecht BGB, Vor §§ 765 Kn.7.

<sup>19</sup> Brox/Walker, Besonderes Schuldrecht, § 32 Kn. 28.

<sup>20</sup> Prüttinger, Hans/Wegen, Gerhard/Weinreich, Gerd (Hrsg.), Brödermann (Bearb.) BGB Kommentar, ( Luchterhand Verlag, Köln 2013) Vor. §§ 765 Kn. 1 ( Bundan sonra "Prüttinger/Wegen/Weinreich, (Hrsg.) , Brödermann (Bearb.) BGB Kommentar" olarak anılacaktır).

<sup>21</sup> Güvener, Seda, Kefalet Sözleşmesinin Geçerlilik Şartları, (Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Bilgi Üniversitesi 2007) s. 24 ( Bundan sonra "Güvener" olarak anılacaktır).

<sup>22</sup> Yavuz, N. , s. 57.



sağlık kazanması mümkün değildir.<sup>23</sup> Taraflar daha sonra aynı içerikte bir sözleşme meydana getirirler dahi, yeni bir sözleşmesel ilişkiye girilmiş olacağından eski hükümsüz borç için verilmiş olan kefaletle dayanamazlar. Bu borcun teminatı için yeni bir kefalet sözleşmesi yapılması gerekir.

Kefaletin kapsamı da asıl borcun kapsamı ile sınırlıdır, ayrıca kefalet sözleşmesine konu asıl borç para borcu olabileceği gibi parasal olarak bir değere sahip başka bir edim de olabilir yani geçerli olarak ortaya çıkmış ve devam eden her türlü borç, kefalet sözleşmesi ile teminat altına alınabilir.<sup>24</sup> Esas borçlunun ifa etmesi gereken edim, kişiliğine bağlı ve sadece onun tarafından yerine getirilebilecek bir edim olsa da, bu borca ilişkin kefil olunabilir.<sup>25</sup> Çünkü kefil esas borçlunun edimini yerine getirmeyi değil, bu edimin yerine getirilmemesi yüzünden ortaya çıkan alacaklı zararını karşılamayı taahhüt ettiği için, bu durum kefalet sözleşmesi bakımından önemli değildir. İfa edilmemesi üzerine tazminat alacağına dönüşebilen her edim, kefalet sözleşmesiyle teminat altına alınabilir.<sup>26</sup>

## 2. Alman Hukukunda

Aynı şekilde BGB'nin 765. maddesinin birinci fıkrası, 767. maddesinin birinci fıkrasının ilk cümlesi ve 768 ile 770. maddelerinden de anlaşılacağı üzere Alman hukukunda da kefalet sözleşmesinin doğumu, varlığı ve devamı böyle bir asıl borcun varlığına bağlıdır yani fer'i borçtur.<sup>27</sup> Asıl borca neden olan sözleşme hükümsüzse kefalet sözleşmesi asıl borcun yerine geçen sebepsiz zenginleşme talebinin yerine geçebilir, bunun için kefalet sözleşmesinden böyle bir isteğin yorum yoluyla anlaşılabilir olması gerekir.<sup>28</sup> Ve yine aynı şekilde parasal ve her türlü maddi borç için kefalet sözleşmesi kurulabilir.<sup>29</sup>

---

<sup>23</sup> Reisoğlu, Kefalet, s. 45.

<sup>24</sup> Gümüş, s. 548.

<sup>25</sup> Özen, Kefalet Sözleşmesi, s. 147.

<sup>26</sup> Özen, Kefalet Sözleşmesi, s. 147.

<sup>27</sup> Dauner-Lieb/Langen (Hrsg.) Beckmann (Bearb.), Nomos Kommentar Schuldrecht BGB, § 765 Kn. 35.

<sup>28</sup> Prüttinger/Wegen/Weinreich (Hrsg.), Brödermann (Bearb.) BGB Kommentar, § 767 Kn. 4.

<sup>29</sup> Soergel, Thomas (Hrsg.) Häuser (Bearb.), Kohlhammer Kommentar, Schuldrecht IV/I (§§ 705-822), ( 12. Bası, Kohlhammer Verlag, München 2007) § 765 Kn. 14 (Bundan sonra "Soergel, (Hrsg.) Häuser (Bearb.), Kohlhammer Kommentar" olarak anılacaktır).

Kefil olunan miktarı BGB'nin 767. maddesinin birinci fıkrasının ilk cümlesine göre asıl borç belirlir. Bu sebeple asıl borcun miktarı azalır veya sona ererse kefilin borcu da o oranda azalır veya sona erer.<sup>30</sup> BGB'nin 767. maddesinin birinci fıkrasının ikinci cümlesine göre; kefil olunan borç kanun hükmünde gecikme faizi veya dava masrafları için açıkça belirtildiği gibi bu gibi sebeplerden dolayı artarsa kefil olunan borçta aynı oranda artar.<sup>31</sup> Fakat BGB'nin 767. maddesinin birinci fıkrasının üçüncü cümlesine göre; alacaklı ve asıl borçlunun arasında sonradan kefilin icazeti olmadan yapılan bir hukuki işlem asıl borcun miktarını yükseltse dahi kefilin borcunun yükseltmez.<sup>32</sup>

Bazı durumlarda fer'iliğin istisnaları mevcuttur; tüzel kişinin iflası nedeniyle borcun kabul edilen iflas planı uyarınca kısmen ortadan kalkması gibi, ( madde 254 ikinci fıkra Insolvenzordnung) zira bu durumda kefilin borcunun da ortadan kalkması kefaletin anlamına aykırı olurdu. Ayrıca kefil varisin sınırlı mesuliyetine dayanamaz (BGB madde 768 birinci fıkra ikinci cümle).

Buna benzer istisnalar Türk hukukunda da mevcuttur. İcra İflas Kanununun 295. maddesinin birinci fıkrasına göre; konkordatoya muvafakat etmeyen kefil, alacaklıya karşı alacağın tamamından sorumludur, borçlu ise konkordatoda belirlenen oranda yükümlü olur.<sup>33</sup> Fer'ilik ilkesinin diğer bir istisnası Türk Medeni Kanunu'nun 629. maddesinden kaynaklanmaktadır. Bu hükme göre asıl borçlunun ölümü halinde mirasçılar, mirası tutulan defter gereğince kabul etmişler ise, alacaklılara karşı mirastan kendilerine düşen miktar ile sorumlu oldukları halde, kefil borcunun tamamından sorumludur.<sup>34</sup>

---

<sup>30</sup> Larenz, Lehrbuch des Schuldrechts, § 60 s. 11.

<sup>31</sup> Medicus/Lorenz, s. 332 Kn. 1013.

<sup>32</sup> Dauner-Lieb/Langen (Hrsg.), Beckmann (Bearb.) Nomos Kommentar Schuldrecht BGB, § 765 Kn. 37.

<sup>33</sup> Özen, Kefalet Sözleşmesi, s. 102.

<sup>34</sup> Aral, s. 426.

## B. Gelecekte Doğacak Ve Koşula Bağlı Asıl Borç

### 1. Türk Hukuku'nda

Asıl borcun kefalet sözleşmesinin yapıldığı tarihte var olması zorunlu değildir.<sup>35</sup> Bu durum TBK'nın 582. maddesinin birinci fıkrasının da belirtilmiştir. TBK'nın 582. maddesinin birinci fıkrasının birinci ve ikinci cümlelerine göre; gelecekte doğacak olan veya geciktirici şarta bağlanmış bir borç için de kefalet mümkündür. Bu durumda kefalet sözleşmesi kurulmuştur ve geçerlidir, fakat doğmamış bir borç için kefalet sözleşmesi yapılmışsa, kefalet sözleşmesinin hükümlerini doğurabilmesi ve kefilden talepte bulunabilmesi için, esas borcun doğması gerekiyor.<sup>36</sup> Keza Asıl borcun geciktirici bir şarta bağlı olduğu durumlarda kefilden talepte bulunabilmek için asıl borcun bağlı olduğu geciktirici şartın gerçekleşmesi zorunludur.<sup>37</sup> Kefil bozucu şarta bağlı bir borca kefil olmuş ise, kefilin sorumluluğu, kefalet sözleşmesinin kurulması anından itibaren şartın gerçekleşip asıl borcun son bulmasına kadar geçen süre içinde devam eder, bozucu şartın gerçekleşmesiyle son bulur.<sup>38</sup>

Kefalet sözleşmesinde kefilin asıl borçlunun mevcut veya gelecekte doğacak borçlarından hangisi için kefalet ettiğine dair tereddüt söz konusu ise, kefaletin asıl borçlunun gelecekte doğacak borçları için verdiği kabul ediliyordu.<sup>39</sup> BK'da bu konu ile alakalı bir düzenleme mevcut değildi. Fakat 01.07.2012 tarihinde yürürlüğe giren TBK'nın 589. maddesinin üçüncü fıkrasında bu yorum kuralına açıklık getirecek bir düzenlemeye yer verilmiştir. Buna göre “ *Sözleşmede açıkça kararlaştırılmamışsa kefil, borçlunun sadece kefalet sözleşmesinin kurulmasından sonraki borçlarından sorumludur*”. Bu hüküm daha öncede doktrin tarafından ifade edilen yorumu yasalastırmıştır.

Ayrıca BK'nın 485. maddesi kefilin ne kadar süre ile bu borçlara bağlı kalacağı hakkında hüküm içermemekteydi. Gelecekte doğacak olan bir borca kefil olunması durumunda, asıl borcun uzun süre ortaya çıkmaması halinde kefilin sınırsız ya da

---

<sup>35</sup> Karahasan, s. 1212.

<sup>36</sup> Tandoğan, Haluk, Kefaletin Geçerlilik Şartları, BATİDER Cilt: 9/Sayı: 1 (Yıl: 1977), s. 19 (Bundan sonra “Tandoğan, Kefaletin Geçerlilik Şartları” olarak anılacaktır).

<sup>37</sup> Özen, Kefalet Sözleşmesi, s. 149.

<sup>38</sup> Aral, s. 434.

<sup>39</sup> Reisoğlu, Kefalet, s. 41.

öngörüsünden daha uzun süreli olarak kefalet sözleşmesi ile bağlı kalması söz konusu olabilmekte idi.<sup>40</sup> Ancak 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu kefaletten dönme başlığı altında madde 599'da bu duruma bir çözüm getirdi. Bu maddeye göre; *Gelecekte doğacak bir borca kefalette, borçlunun borcun doğumundan önceki mali durumu, kefalet sözleşmesinin yapılmasından sonra önemli ölçüde bozulmuşsa veya mali durumunun, kefalet sırasında kefilin iyi niyetle varsaydığından çok daha kötü olduğu ortaya çıkmışsa, kefil alacaklıya yazılı bir bildirimde bulunarak, borç doğmadığı sürece her zaman kefalet sözleşmesinden dönebilir. Kefil, alacaklılarının kefalete güvenmesi sebebi ile uğradığı zararı gidermek yükümlüdür.* Dolayısıyla kefil asıl borç doğmadan madde 599 koşulları yerine geldiği takdirde kefalet sözleşmesinden dönebilecektir.

Belirlilik ilkesi gereği, ileride doğacak olan borçların da hangi borç ilişkisinden kaynaklandığı ve ne gibi borçlar olduğu kefalet sözleşmesinde belirtilmiş olmalıdır.<sup>41</sup> Özellikle uygulamada Banka sektöründe sıkça kullanılan “borçlunun herhangi bir ilişkiden dolayı Bankaya karşı ileride doğacak her türlü borçlar için kefilim” şeklindeki ibareler geçerli değildir ve kefil, ileride doğacak bu tarz belirsiz borçlar için sorumlu tutulamaz.

## **2. Alman Hukuku'nda**

Türk hukukunda olduğu gibi Alman hukukunda da gelecekte ve koşula bağlı borçlar için kefil olabilmek mümkün. BGB'nin 765. maddesinin ikinci fıkrasında, gelecekte ve koşula bağlı borçlar için kefil oluna bileceği düzenlenmiştir, fakat bu borç aynen Türk hukukunda olduğu gibi, en azından belirlenebilir olmalıdır.<sup>42</sup> Belirlenebilir olması için, belli ve var olan bir borç ilişkisinden doğacak her türlü mükellefiyetlerden sorumlu olduğunun belirtilmesi yeterlidir.. Fakat asıl borçlunun herhangi bir somut borç ilişkisi ile sınırlandırılmayan yükümlülükleri yeterince belirlenmiş değildir.<sup>43</sup>

<sup>40</sup> Tandoğan, Kefaletin Geçerlilik Şartları, s. 20.

<sup>41</sup> Barlas, s. 351.

<sup>42</sup> Palandt, Otto (Hrsg.), Palandt- Bürgerliches Gesetzbuch, (72. Bası, C.H. Beck Verlag, München 2013.) § 765 Kn. 18 (Bundan sonra “Palandt“ olarak anılacaktır).

<sup>43</sup> Habersack, Mathias (Hrsg.), Rohe (Bearb.) Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch: BGB Band 5: Schuldrecht Besonderer Teil III §§ 705 – 853, (6. Bası, C.H. Beck Verlag, München

Hem Türk hukukunda hem de Alman hukukunda; gelecekte doğacak bir borç için kefil olunabilmesi, uygulamada önemli bir rol oynamaktadır. Bu olanak sayesinde kira sözleşmesi yapılırken, henüz doğmamış kira bedeli borçları için kefil olunabilmekte ve bir kredi açma sözleşmesi sırasında henüz kullandırılmamış kredilerden doğacak borçlara ilişkin kefalet sözleşmesi de yapılabilmektedir.<sup>44</sup>

### **C. 6098 Sayılı Borçlar Kanununun 582. Maddesinin İkinci Fıkrasında Düzenlenen Haller**

6098 sayılı Borçlar Kanununun 582. maddesinin ikinci fıkrasında geçerli olmayan bir borç için kefalet verilmesi düzenlenmiştir. Buna göre; *Yanılma veya ehliyetsizlik sebebiyle borçlunun sorumlu olmadığı bir borç için kişisel güvence veren kişi, yükümlülük altına girdiği sırada, sözleşmeyi sakatlayan eksikliği biliyorsa, kefaletle ilgili kanun hükümlerine göre sorumlu olur. Aynı kural, borçlu yönünden zamanaşımına uğramış bir borca kefil olan kişi hakkında da uygulanır.*

BK'nın 485. maddesinde de hata veya ehliyetsizlik sebebiyle asıl borçlu yönünden sorumluluk doğurmayan bir borca durumu bilerek kefil olunması halinde bu kefaletin geçerli olacağı belirtilmişti, yani TBK'nın 582. maddesinin ikinci fıkrasının ilk cümlesi BK'nın 485. maddesinde de yer almaktaydı.<sup>45</sup> Ancak 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu konuya ilişkin uygulama alanını biraz daha genişletmiş ve zamanaşımına uğramış olan borçları da aynı kapsama alarak, bu tür borçlar için durumu bilerek kişisel güvence veren kişilerin de kefaletle ilgili kanun hükümlerine göre sorumlu olacağını belirtmiştir.<sup>46</sup> Bu hükümde önemli olan, kefil olurken o borcun zaman aşımına uğradığını kefil biliyorsa o takdirde sonradan bunu savunma olarak ileri sürmesinin artık mümkün olmayacağıdır.<sup>47</sup>

---

2013) § 765 Kn. 16 (Bundan sonra "Rohe (Bearb.) Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch" olarak anılacaktır).

<sup>44</sup> Özen, Kefalet Sözleşmesi, s. 149; Palandt, § 765, Kn. 18.

<sup>45</sup> Barlas, s. 352.

<sup>46</sup> Aksoyoğlu, Necati, Borçlar Kanunu Tasası'ndaki Kefalet Sözleşmelerine İlişkin Önemli Değişikler, Bankacılar Dergisi, Sayı 72/ Mart 2010, s. 93 (Bundan sonra "Aksoyoğlu" olarak anılacaktır).

<sup>47</sup> Altop, Atilla, Seminer Borçlar Kanununda Getirilen Yenilikler, İzmir Barosu Dergisi Mayıs 2012, Yıl 77 Sayı 2, s. 74 (Bundan sonra "Altop, Borçlar Kanununda Getirilen Yenilikler" olarak anılacaktır).

Ayrıca TBK'nın 582. maddesinin ikinci fıkrasında 818 sayılı Borçlar Kanunundan farklı olarak ve doğru bir şekilde, bu tür durumlarda kefaletin geçerli olacağından bahsedilmemiş, sadece konu hakkında kefalet sözleşmesine ilişkin kanun hükümlerinin uygulanacağından bahsedilmiştir. Asıl borçlu yönünden hukuken geçersiz olan bir borç için verilen kefaletin geçerli olacağını öngören düzenleme (m.485), kefalet borcunun fer'i bir borç olması ilkesiyle bağdaşmamaktaydı.<sup>48</sup>

Böyle bir düzenleme Alman hukukunda yani BGB'de mevcut değildir.

## **D. Eksik Borç**

### **1. Türk Hukuku'nda**

Eksik borçlar, bir borç ilişkisinde alacaklının borçluya karşı sahip olduğu talep, dava veya cebri icraya başvurma yetkilerinden tamamen veya kısmen yoksun olduğu borçlardır.<sup>49</sup> Eksik borçta borç vardır ama sorumluluk yoktur.<sup>50</sup> TBK'nın 604'de kumar ve bahis de eksik borç olarak nitelendirilmekte.

Eksik borçlara kefaletin geçerli olup olmayacağı tartışmalıydı.<sup>51</sup> Kumar ve bahisten doğan borçların kefalet ile teminat altına alınıp alınmayacağı hususunda kanunda açık bir düzenleme bulunmamaktaydı. Fakat TBK'nın 591. maddesinin dördüncü fıkrası bu konuda yeni bir düzenleme getirdi; Kumar veya bahisten doğan bir borca kefalet halinde kefilin, borcun bu niteliğini bilmiş olsa bile, asıl borçlunun sahip olduğu def'ileri ileri sürebileceğini belirtiyor. Böylelikle söz konusu borçlara kefil olunabileceği kabul edilmektedir. Yani kumar ve bahisten doğan borçlar, geçerli bir asıl borçtur, ancak kefil borcun bu niteliğini bilerek kefil olmuş olsa bile asıl borçlunun sahip olduğu def'ileri alacaklıya karşı ileri sürebilecektir.

---

<sup>48</sup> Haznedar, Murat, Borçlar Kanunu Tasarısı'ndaki Kefalet Sözleşmelerine İlişkin Önemli Değişiklikler, s.2 (Bundan sonra "Haznedar" olarak anılacaktır); Barlas, s. 352.

<sup>49</sup> Tekinay, Selehattin Sulhi/ Akman, Sermet/ Burcuoğlu, Haluk/ Altop, Atilla, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, (7. Bası, Filiz Yayınevi, İstanbul 1993) s. 23 (Bundan sonra "Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, Borçlar Genel" olarak anılacaktır).

<sup>50</sup> Kılıçoğlu, Ahmet M. , Borçlar Hukuku Genel Hükümler, (4. Bası Turhan Yayınevi, Ankara 2004) s. 23 (Bundan sonra "Kılıçoğlu" olarak anılacaktır).

<sup>51</sup> Yavuz, N. , s. 59

## 2. Alman Hukuku'nda

Kumar ve bahis ( BGB madde 762) Alman hukukunda da eksik borç (unvollkommene Verbindlichkeiten) olarak nitelendiriliyor. 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nda olduğu gibi kefaleti düzenleyen hükümler arasında kumar ve bahis'e ait düzenleme bulunmamaktadır.

Bu nedenle hala pratikte pek karışmadığımız bu durum tartışmalıdır. Bir görüşe göre; eksik borç, kefaletin fer'i olması sebebi ile, kefaletin asıl borcu olamaz fakat kişilerin kefalet sözleşmesi kurma iradelerini kendine özgü bir şahsi teminat sözleşmesi olarak yorumlanabilir.<sup>52</sup> Zira bu kişiler hiçbir engel olmadan garanti sözleşmesi yapabilirler çünkü garanti sözleşmesi fer'i nitelikte bir sözleşme değildir. Diğer bir görüş ise; kefil asıl borçlunun yerine geçtiğinden ve ona tanınan haklardan, yani eksik borcu ifa etme zorunluluğunun bulunmamasından kefil yararlanabileceğinden eksik borçların da kefalet sözleşmesinin asıl borcunu oluşturabileceğini savunmaktadır.<sup>53</sup>

Kanaatimce de eksik borç kefalet sözleşmesinin asıl borcunu oluşturabilmelidir. Zira kefalet sözleşmesi bu durumda bağlayıcı değildir, alacaklı edimin ifa edilmesini talep ettiğinde, kefil ifa ile yükümlü olmadığından isterse ifadan kaçınabilir, istediği takdirde öder, fakat ödediği durumda BGB 'nin 762. maddesinin ikinci fıkrasına göre geri talep edemez.

## III. KEFİLİN KEFİL OLMA EHLİYETİNE SAHİP OLMASI

Geçerli bir asıl borcun varlığının yanında, kefalet yükümlülüğünün doğması için, kefalet sözleşmesinin de hukuken geçerli şekilde kurulması gerekir. Bu durum Alman hukuku için de geçerlidir.

---

<sup>52</sup> Eusterhus, Daniel, Die Akzessorietät im deutschen Bürgschaftsrecht, (Herbert Utz Verlag, München 2002) s.99 (Bundan sonra „Eusterhus“ olarak anılacaktır).

<sup>53</sup> Schulze, Götz, Die Naturalobligation, (Mohr Siebeck Verlag, Tübingen 2008) s. 465 (Bundan sonra “Schulze” olarak anılacaktır).

Öncelikle kefil olabilmek için kefil olma ehliyetine sahip olunmalıdır. Kefil olma ehliyetine sahip olabilmesi için kişinin hukuki işlem ehliyetine (fiil ehliyeti) sahip olması lazımdır.<sup>54</sup> Kefil olma ehliyeti bakımından, gerçek ve tüzel kişileri ayrı ayrı incelemek gerekmektedir.

## **A. Gerçek Kişilerin Ehliyeti**

### **1. Türk Hukuku'nda**

Temel olarak Türk medeni kanun açısından medeni hakları kullanma ehliyetine sahip (tam ehliyetli) gerçek kişiler diledikleri şekilde serbestçe kefil olabilirler. Yani kefil ergin, ayırt etme gücüne sahip (sezgin) ve kısıtlı olmamalıdır.<sup>55</sup>

Kefalet sözleşmesinin tek tarafa borç yükleyen bir sözleşme olması, kefilin korunmasını ayrıca gerektirir. Bu sebepten dolayı kanunda bazı hallerde kefil olunması yasak edilmiş ya da kefaletin belirli koşullar altında hüküm ifade edeceği kabul edilmiştir.<sup>56</sup> Türk Medeni Kanununun 449.<sup>57</sup> maddesinde kefalet yasak işlemler arasında sayılmıştır. Eğer kısıtlanmış kişi tam ehliyetsizse, Türk Medeni Kanunu madde 449' a göre; vasi onun adına kefalet sözleşmesi kuramaz, şayet sınırlı ehliyetsiz ise vasi ona kefalet sözleşmesini kurması için izin veremez veya onun tek başına kurduğu kefalet sözleşmesine sonradan icazet veremez.<sup>58</sup>

Sınırlı ehliyetsizler Türk Medeni Kanun madde 16'ya göre, ayırt etme gücüne sahip küçükler ve ayırt etme gücüne sahip kısıtlılardır. Türk Medeni Kanun madde 343 velayet altındaki küçüklerin fiil ehliyetinin, vesayet altındaki kısıtlı kişilerin ehliyeti gibi olduğunu belirtmiştir. Kefil olma yasağı Türk Medeni Kanununun 342. maddesinin üçüncü fıkrası hükmüyle yapılan atıf dolayısıyla velayet altındaki küçükler için de geçerlidir. Velayet altındaki küçüklerin kefalet sözleşmesini ne kendilerinin ne de bunlar adına yasal temsilci konumundaki velinin yapması

---

<sup>54</sup> Reisoğlu, Kefalet, s. 52.

<sup>55</sup> Karahasan, s. 1213; Gümüş, s. 304; Yavuz/Acar/Özen, Borçlar Özel, s. 673

<sup>56</sup> Güvener, s. 69.

<sup>57</sup> TMK madde 449'daki düzenlemeye göre " Vesayet altındaki kişi adına kefil olmak, vakıf kurmak ve önemli bağışlarda bulunmak yasaktır".

<sup>58</sup> Özen, Kefalet Sözleşmesi, s. 175.



mümkündür. Velinin böyle bir sözleşmeye izin veya onay vermesi de söz konusu değildir.<sup>59</sup> Ancak sınırlı ehliyetsize bir meslek veya sanatın yürütülmesi için Türk Medeni Kanun madde 453<sup>60</sup> gereğince izin verilmiş ise, söz konusu bu meslek ya da sanatın yürütülmesi sırasında sınırlı ehliyetsizin kefalet sözleşmesi yapılmasına imkân tanınmıştır.<sup>61</sup>

Fakat sınırlı ehliyetsizlerin kefalet sözleşmesine kefil olarak değil de alacaklı olarak katılmalarına yasal herhangi bir engel bulunmamaktadır, zira sınırlı ehliyetsizler karşılıksız kazanmalar yönünden tek başına hareket edebilmektedirler (Türk Medeni Kanun madde 16 fıkra1).

Kendisine yasal danışman atanan kimse esas itibariyle medeni hakları kullanma ehliyetine sahip olmakla beraber Türk Medeni Kanunu madde 429’ da sayılan durumlarda yasal danışmanın görüşünü almak zorundadır. Türk Medeni Kanunu madde 429’da sayılan işlemler arasında kefalet de bulunmaktadır (Türk Medeni Kanunu madde 429 bent 9). Yasal danışmanın izni olmadan yapılan kefalet sözleşmesi, tek taraflı olarak bağlayıcı değildir.<sup>62</sup> Böyle bir sözleşme yalnız sonradan verilen icazet ile veya yasal danışmanlık sona erdikten sonra kefilin kendisinin icazet vermesiyle geçerli olabilir.<sup>63</sup>

Kendisine kayyım tayin edilen kimsenin kefalet ehliyeti herhangi bir sınırlamaya uğramaz, tek başlarına kefil olabilirler.<sup>64</sup>

İflâsın açılmasıyla beraber müflisin tasarruf yetkisi ortadan kalkmakla birlikte (İİK md.191)<sup>65</sup> kefil sıfatıyla kefalet sözleşmesi yapmasına bir engel yoktur.<sup>66</sup> Zira kefil olmak müflis için bir tasarruf işlemi değil borçlandırıcı bir işlemdir. Fakat hakkında

---

<sup>59</sup> Reisoğlu, Kefalet, s. 53.

<sup>60</sup> TMK madde 453’deki düzenleme şu şekildedir: “Vesayet altındaki kişiye vesayet makamı tarafından bir meslek veya sanatın yürütülmesi için izin verilmiş ise, o kişi bununla ilgili her türlü olağan işlemleri yapmaya yetkilidir ve bu tür işlemlerden dolayı bütün malvarlığı ile sorumludur“.

<sup>61</sup> Yavuz, N. , s. 61; Yavuz/Acar/Özen, Borçlar Özel, s. 673.

<sup>62</sup> Akıntürk, Turgut/ Ateş Karaman, Derya, Medeni Hukuk, (17. Bası, Beta Yayınevi, İstanbul 2012) s 131 (Bundan sonra “Akıntürk/Ateş Karaman, Medeni Hukuk” olarak anılacaktır).

<sup>63</sup> Reisoğlu, Kefalet, s. 53, Yavuz, N. , s. 61.

<sup>64</sup> Yavuz, N. , s. 61; Gümüş, s. 553.

<sup>65</sup> İİK md. 191/f.1 hükmüne göre “Borçlunun iflâs açıldıktan sonra masaya ait mallar üzerinde her türlü tasarrufu alacaklılara karşı hükümsüzdür.“

<sup>66</sup> Özen, Kefalet Sözleşmesi, s. 178; Reisoğlu, Kefalet, s. 57.

iflas açılmış kişiyle kefalet sözleşmesi yapan alacaklı, kefalet sözleşmesinden kaynaklanan alacağını, iflas masasına karşı ileri süremez. İflas kaldırıldıktan sonra, kefilden talepte bulunabilir.<sup>67</sup>

## **2. Alman Hukuku'nda**

Alman hukukunda kanuni temsilcinin sınırlı ehliyetsiz adına kefalet sözleşmesi yapabilmesi için aile mahkemesinin onayı gerekmektedir; bkz. veliler için BGB madde 1643 1. fıkra, vasi için BGB madde 1822 No.10, yasal danışman için BGB madde 1908 i, kayyım için BGB madde 1915.<sup>68</sup> Madde 1822 No. 10 BGB'de vasinin bir kefalet borcu üstlenebilmesi için aile mahkemesinin icazeti gerektiği açıkça belirtilmiştir. Madde 1643 BGB' de BGB madde 1822'ye atıf da bulunmaktadır, dolayısıyla velilerin çocukları adına kefalet borcu altına girebilmeleri aile mahkemesinin icazetine bağlıdır. Ayrıca BGB madde 1908 i ve BGB madde 1915 de aynı maddeye atıfta bulunmaktadır. Oysaki Türk hukukunda mahkemenin onayı ile de olsa tam ehliyetsiz ve sınırlı ehliyetsizlerin kefil olması mümkün değildir.

## **B. Tüzel Kişilerin Ehliyeti**

### **1. Türk Hukuku'nda**

Tüzel kişiler, özel hukuk tüzel kişileri ve kamu hukuk tüzel kişileri olarak ikiye ayrılır. Her ikisi de, kefalet sözleşmesinin tarafı olabilmeleri için fiil ehliyetine yani hukuki işlem ehliyetine sahip olmalıdırlar. Tüzel kişilerin kefil olma ehliyetleri bakımından kefalet maddelerinde sınırlayıcı herhangi bir hüküm bulunmamaktadır. Tüzel kişiler tüzüklerinde, ana sözleşmelerinde gösterilmiş maksat ve gayelerin gerçekleşmesi için kefil olabilirler, zira tüzel kişilerin ehliyeti bakımından “amaç dışı işlem yapma yasağı (ultra vires kuralı)” geçerlidir (Yeni Türk Ticaret Kanun

---

<sup>67</sup> Reisoğlu, Kefalet, s. 57; Özen, Kefalet Sözleşmesi, s. 178; Yavuz/Acar/Özen, Borçlar Özel, s. 673.

<sup>68</sup>Reinicke, Dietrich/ Tiedke, Klaus Bürgschaftsrecht, (3. Bası, Carl Heymanns Verlag, München 2008) Kn. 60 (Bundan sonra “Reinicke/Tiedke, Bürgschaftsrecht” olarak anılacaktır); Dauner-Lieb/Langen (Hrsg.), Beckmann (Bearb.) Nomos Kommentar Schuldrecht BGB, § 765 Kn. 7; Soergel, (Hrsg.) Häuser (Bearb.), Kohlhammer Kommentar, § 765 Kn. 14

dan sonra ticari şirketler hariç).<sup>69</sup> Ayrıca doktrinde dernek ve vakıfların kuruluş belgesinde kefil olabileceklerine dair bir ibarenin de yer almasının yerinde olacağı ileri sürülmüştür.<sup>70</sup>

Özel hukuk tüzel kişileri şirketle, dernekler ve vakıflardan oluşur, bunların ehliyetleri Türk Medeni Kanun ve Türk Ticaret Kanunu hükümlerine tabidir.<sup>71</sup> Derneklerin fiil ehliyetleri dernek tüzüğü, vakıfların fiil ehliyeti vakıf senedinde belirtilen amaç ile sınırlı olduğundan, derneklerin ve vakıfların kuruluş belgelerinde kefalet sözleşmesi kurabileceklerine ilişkin açık düzenlemenin varlığı halinde, tüzel kişiliğinin amacına uygun düştüğü ölçüde dernekler ve vakıflar kefil olma ehliyetlerine sahiptirler.<sup>72</sup>

Eski Ticaret Kanunu şirketlerin esas sözleşmelerinde belirtilen konuların, şirketlerin ehliyetinin kapsamını belirlediğini kabul etmekteydi (Ultra vires kuralı).<sup>73</sup> Eski Türk Ticaret Kanunu madde 137 'de bu prensip açıkça ifade edilmekteydi; *Ticaret şirketleri hükmi şahsiyeti haiz olup şirket mukavelesinde yazılı işletme mevzuunun çevresi içinde kalmak şartıyla bütün hakları iktisap ve borçları iltizam edebilirler.*

Yeni Ticaret Kanunu'nun 125. maddesi ticaret şirketlerinde ki ehliyete dair bu sınırlamayı içermemektedir, Türk Medeni Kanununun 48. maddesindeki genel ilkeye atıf yapmakla yetinmektedir; "Ticaret şirketleri, Türk Medenî Kanununun 48 inci maddesi<sup>74</sup> çerçevesinde bütün haklardan yararlanabilir ve borçları üstlenebilirler" (TTK madde 125 fıkra iki). Fakat bu düzenlemeyle ticaret şirketlerinin kanuni ve iradi temsilcilerine sınırsız temsil yetkisi verilmiş değildir. Sadece, konu şirket türlerine özgü kurallara bırakılmış, kural yoksa Türk Medeni Kanununun'daki kuralın geçerli olacağı bildirilmiştir.<sup>75</sup> Yani fiil ehliyeti farklı

---

<sup>69</sup> Özen, Kefalet Sözleşmesi, s. 179.

<sup>70</sup> Elçin Grassinger, Gülçin, Borçlar Kanunu'na Göre Kefilin Alacaklıya Karşı Sahip olduğu Savunma İmkanları, İstanbul 1996, s. 78-79 (Bundan sonra "Elçin Grassinger, Savunma İmkanları" olarak anılmıştır).

<sup>71</sup> Reisoğlu, Kefalet, s. 53.

<sup>72</sup> Reisoğlu, Kefalet s. 53.

<sup>73</sup> Yıldız, Burçak, TTK Tasarısında Şirketlerin Ehliyeti Ve Bu Bağlamda TTK m. 137 Hükümündeki "Ultra Vires" Sınırlanmasının Yerindeliğinin Değerlendirilmesi, AÜHF D Cilt: 55/ Sayı: 1/Yıl: 2006, s. 322- 353, s. 322 (Bundan sonra "Yıldız, TTK Tasarısında Şirketlerin Ehliyeti" olarak anılacaktır).

<sup>74</sup> TMK madde 48 hükmüne göre "Tüzel kişiler, cins, yaş, hısımlık gibi yaradılış gereği insana özgü niteliklere bağlı olanlar dışındaki bütün haklara ve borçlara ehildirler."

<sup>75</sup> Battal, Ahmet, Kefalet Ehliyeti Yönünden Şahıs ve Sermaye Şirketleri, BFHD- Cilt: 1/ Sayı: 2/ Yıl: 2012 s. 38-53, s. 42 (Bundan sonra "Battal, Kefalet Ehliyeti" olarak anılacaktır).

şirketler için bir nevi temsil yetkisi ile sınırlandırılmıştır. Şahıs şirketleri (kolektif ve komandit) ve sermaye şirketleri (limited ve anonim) için, ortaklara etkisi açısından farklı düzenlemeler mevcuttur.

TTK madde 223’de kolektif şirketin kapsamı düzenlenmiştir, eski Türk Ticaret Kanunu’nun 165. maddesinden farklı olarak, kolektif şirketlerin sadece başlıları değil, kefalet ve garantileri de açıkça oybirliği ile karar verilmesi şartına bağlamıştır; *“Şirketin yönetimi kapsamındaki hususlar, şirketin amacını ve konusunu elde etmek için yapılması gereken olağan işlem ve işler ile sınırlıdır. Şirketi yönetenler, şirket menfaatine uygun gördükleri işlerde, olağan işlem ve işlerle sınırlı olmak şartıyla, sulh, feragat ve kabul ile tahkime de yetkilidirler. Şu kadar ki, başışta bulunmak, kefil olmak, üçüncü kişi lehine garanti vermek, ticari mümessil tayin etmek ve şirket konusuna girmiyorsa taşınmazları satmak, satın almak, teminat göstermek, şirketin özüne ilişkin üretim araçlarını elden çıkarmak, rehnetmek veya ticari işletme rehni kurmak gibi olağan iş ve işlemler dışında kalan hususlarda ortakların oybirliği şarttır“.*

Yeni Türk Ticaret Kanunu’nun 223. maddesi, 317. maddedeki atıf sebebi ile komandit şirketler içinde geçerlidir. Böylece TTK’nın 223. madde hükmü şahıs şirketler için genel hüküm niteliğindedir.<sup>76</sup> Yani şahıs şirketlerinin kefalet sözleşmesi kurabilmeleri için ortaklarının oybirliği ile buna karar vermeleri gerekir.

Sermaye şirketleri için böyle bir düzenleme bulunmamaktadır.<sup>77</sup> TTK madde 371 anonim şirketlerinin temsil yetkisinin sınırlarını düzenlemektedir. TTK madde 371/f2 c1; *Temsile yetkili olanların, üçüncü kişilerle, işletme konusu dışında yaptığı işlemler de şirketi bağlar; meğerki, üçüncü kişinin, işlemin işletme konusu dışında bulunduğunu bildiği veya durumun gereğinden, bilebilecek durumda bulunduğu ispat edilsin.* Bu hükme göre anonim şirketi temsile yetkili organ tarafından üçüncü kişilere işletme konusu dışında kalan konularda yapılan hukuki işlemler şirkete bağlamaktadır. Ancak söz konusu işlemin işletme konusu dışında kaldığı üçüncü kişi tarafında biliniyorsa ya da bilinmesi gerekiyorsa o takdirde işlem şirketi bağlamayacaktır. Kanun koyucu burada üçüncü kişinin iyi niyetli olması durumunda

<sup>76</sup> Battal, Kefalet Ehliyeti, s. 53.

<sup>77</sup> Battal, Kefalet Ehliyeti, s. 53.

işletme konusu dışında kalan işlemlerin anonim şirketi bağlayacağını hükme bağlanmıştır. Yapılan işlemin işletme konusu dışında kaldığını üçüncü kişi tarafından bilindiğini ispat yükü ise anonim şirkete aittir.<sup>78</sup> TTK madde 371 2. fıkra hükmü ile anonim şirketin kefil olma ehliyetinin işletme konusuyla sınırlandırıldığı ancak bu durumun Yargıtay'ın yerleşik içtihatlarıyla aşılabileceği kabul edilmektedir.<sup>79</sup> Buradan anlaşıldığı üzere ultra vires prensibi sermaye şirketleri için geçerli değildir. Fakat yukarıdaki açıklamalara dayanarak şahıs şirketleri için geçerli olduğu söylenebilir.

Kamu hukuku tüzel kişilerin ehliyetleri, bunlara tüzel kişilik tanıyan yasalara göre belirlenir. Kamu tüzel kişilerine kuruluş kanununda kefalet sözleşmesi kurabileceğine ilişkin açıkça bir yetki tanınmış ise, kamu tüzel kişilerinin kefil olma ehliyeti vardır.<sup>80</sup>

## **2. Alman Hukuku'nda**

Alman hukukunda da özel hukuk tüzel kişileri (juristische Personen des Privatrechts) ve kamu hukuk tüzel kişileri (juristische Personen des öffentlichen Rechts) olarak tüzel kişiler ikiye ayrılır. Her ikisinin de kefalet sözleşmesi kurabilmeleri için kefil olma ehliyetine yani hukuki işlem ehliyetine sahip olmaları gerekmektedir.

Kamu hukuku tüzel kişilerin ehliyeti aynı Türk hukukunda olduğu gibi bunlara tüzel kişilik tanıyan yasalara göre belirlenir. Alman hukukunda ultra vires kuralı sadece kamu hukuku tüzel kişiler bakımından uygulanır, yani sadece yasaların onlara verdiği yetki içerisinde sözleşme kurabilirler.<sup>81</sup> Yasal olarak kefalet sözleşmesi yapmalarına yetki verilen veya yasaklanmayan kamu hukuku tüzel kişileri kefalet sözleşmeleri kurabilirler.

---

<sup>78</sup> Turanlı, Hüsni, Yeni TTK ve Ultra Vires İlkesi, Regesta Ticaret Hukuku Dergisi, Cilt 2. Sayı 3, Yıl 2012, s.69.

<sup>79</sup> Reisoğlu, Kefalet, s. 54-55.

<sup>80</sup> Karahasan, s. 1216; Reisoğlu, Kefalet, s. 57; Yavuz/Acar/Özen, Borçlar Özel, s. 673.

<sup>81</sup> BGHZ 20, 119.

Alman hukukunda özel hukuk tüzel kişileri; şirketler, kayıtlı dernekler ve kanuni ehliyetli vakıflardan oluşuyor. Bunların hukuki işlem ehliyetleri kanunda yasalarla belirtilmiştir; kayıtlı dernek BGB madde 21'e göre dernekler siciline kayıtlı hukuki işlem ehliyetini kazanıyor,<sup>82</sup> kanuni ehliyetli vakıfların hukuki işlem ehliyeti BGB madde 80 ve 81'e göre belirlenir. Şirketler sermaye şirketleri (Kapitalgesellschaften) ile şahıs şirketleri (Personengesellschaften) olmak üzere ikiye ayrılıyor. Şahıs şirketleri olan kolektif şirketler (offene Handelsgesellschaft) HGB madde 124'ün birinci fıkrasına göre hukuki işlem ehliyetine sahiplerdir, kommandit şirketler (Kommanditgesellschaft) HGB madde 161'in ikinci fıkrası ile madde 124'ün birinci fıkrasına göre hukuki işlem ehliyetine sahiplerdir.<sup>83</sup> BGH (Bundesgerichtshof) 29.01.2001 tarihli kararı ile adi şirketlerin (705 BGB) hukuki işlem ehliyetine sahip olduklarına karar vermiştir.<sup>84</sup> Sermaye şirketlerinden limitet şirket (GmbH/Gesellschaft mit beschränkter Haftung) GmbHG madde 13'e göre hukuki işlem ehliyetine sahiptir. Tüm bu özel hukuk tüzel kişileri, hukuki işlem ehliyetine sahip oldukları için ve kefalet dair herhangi bir kısıtlama mevcut olmadığından temsil yetkisine sahip organları tarafından kefalet sözleşmesi kurabilirler fakat kefalet borcunun ortaklara etkisi açısından her bir şirket için farklı düzenlemeler mevcuttur.<sup>85</sup>

## C. Temsil Yolu İle Kefalet

### 1. Türk Hukuku'nda

Ayrıca kefalet sözleşmesi gerek kefil ve gerekse alacaklı tarafından temsil yolu ile yapılabilir.<sup>86</sup> 818 sayılı Borçlar Kanunu'nda kefil olabilmek için özel bir yetki verilmesini öngören bir kanuni hüküm bulunmamaktaydı ve BK'nın 388. maddesinin üçüncü fıkrasında sayılan özel yetkiyi gerektiren haller arasında kefalet yer almamaktaydı.<sup>87</sup> Şimdi ise TBK'nın 583. maddesinin ikinci fıkrasında kefalet sözleşmesinin temsilci vasıtasıyla yapılması durumunda şekil şartı getirilmiştir.

<sup>82</sup> Grunewald, Barbara, Gesellschaftsrecht, (8. Bası, Mohr Siebeck Verlag, Tübingen 2011) s. 196 (Bundan sonra "Grunewald, Gesellschaftsrecht" olarak anılacaktır).

<sup>83</sup> Grunewald, Gesellschaftsrecht, 96, 128.

<sup>84</sup> BGH 29.01.2001/ II ZR 331, 00.

<sup>85</sup> Prüttinger/Wegen/Weinreich (Hrsg.), Brödermann (Bearb.) BGB Kommentar, Vor. §§ 765 Kn. 18 vd.

<sup>86</sup> Aral, s. 436.

<sup>87</sup> Yavuz, N. , s. 68.

Buna göre kendi adına kefil olma konusunda özel yetki verilmesi ve diğer tarafa veya bir üçüncü kişiye kefil olma vaadinde bulunulması halinde belirli şekil şartları<sup>88</sup> aranmaktadır.<sup>89</sup> Aynı zamanda vekâlet sözleşmesi ile ilgili hükümler arasında düzenlenen TBK'nın madde 504' de kefil olmak için özel yetki aranması gerektiği belirtilmiştir

## 2. Alman Hukuku'nda

Alman hukukunda da temsil<sup>90</sup> yolu ile kefalet sözleşmesi BGB madde 164'deki temsil şartlarına uyularak hem kefil hem alacaklı tarafından kurulması mümkündür.<sup>91</sup> Asıl borçlu kefalet sözleşmesini asıl alacaklının vekil olarak kefile veya kefilin vekili olarak asıl alacaklı ile kurabilir.<sup>92</sup> Bu durumda BGB madde 181'e (İnsichgeschäft/ kendi ile yapılan işlem) aykırı değildir, zira asıl borçlu kefalet sözleşmesinde sözleşme taraflarından biri değil üçüncü bir kişidir.<sup>93</sup>

## VI. EŞİN RIZASININ ALINMIŞ OLMASI VEYA GEREKLİ OLMAMASI

Eşin rızası 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu madde 584 yeni bir geçerlilik şartıdır. Bu şart bir şekil kuralı değil, kefil olma ehliyeti bakımından bir sınırlama<sup>94</sup> olmakla beraber, önemi bakımından ayrı olarak ele alınmıştır. TBK madde 584 şu şekildedir; *“Eşlerden biri mahkemece verilmiş bir ayrılık kararı olmadıkça veya yasal olarak ayrı yaşama hakkı doğmadıkça, ancak diğerinin yazılı rızasıyla kefil olabilir; bu rızanın sözleşmenin kurulmasından önce ya da en geç kurulması anında verilmiş olması şarttır.*

---

<sup>88</sup> Şekil şartlarına aşağıda detaylı şekilde değineceğim (B. 3.).

<sup>89</sup> Öz, Turgut, Yeni Borçlar Kanununun Getirdiği Başlıca Değişiklikler ve Yenilikler, (2. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2012) s. 121 (Bundan sonra “Öz, Yenilikler” olarak anılacaktır).

<sup>90</sup> Temsil yolu ile Kefalet de vekâletnamenin şekli için bkz. Alman Hukukunda Temsil Yetkisi Verilmesinde Ön Sözleşme yapılmasında ve Sonradan Yapılan Değişikliklerde Şekil Şartı s.51.

<sup>91</sup> Larenz, Lehrbuch des Schuldrechts, § 60 s. 6.

<sup>92</sup> Soergel, (Hrsg.) Häuser (Bearb.), Kohlhammer Kommentar § 765 Kn. 6.

<sup>93</sup> Dauner-Lieb/Langen (Hrsg.), Beckmann (Bearb.) Nomos Kommentar Schuldrecht BGB, § 765 Kn. 7.

<sup>94</sup> Kırca, İsmail, Türk Borçlar Kanunu Tasarısında Eşin İzni, Tuğrul Anasay'a Armağan, (Ankara 2006) s. 438 (Bundan sonra “Kırca, Eşin izni” olarak anılacaktır).

*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”.*

## **A. Genel Olarak**

Türk Medeni Kanunu madde 193; “*Kanunda aksine hüküm bulunmadıkça, eşlerden her biri diğeri ve üçüncü kişilerle her türlü hukukî işlemi yapabilir*” demektedir. Fakat TBK madde 584, kefil oldukları sırada evli olan kişiler için bir sınırlama getirmiştir: bu kişilerin yaptığı kefalet sözleşmesinin geçerliliğini, türü ne olursa olsun kural olarak, eşlerin yazılı rızasının olmasına bağlamıştır.<sup>95</sup> Ancak bu zorunluluk eşlerden birinin kefalet sözleşmesiyle kişisel olarak sorumluluk altına girdiği durumlar için söz konusudur. Eş, kefalet sözleşmesinin imzalanmasında sadece temsilci veya vekil olarak hareket ediyor ise rıza açıklaması alınmasına gerek yoktur.<sup>96</sup> Bunun gibi, bir tüzel kişinin organı sıfatıyla kefalet sözleşmesi yapan evli kişi, bu sözleşmeyle kendisini değil, tüzel kişiyi kefalet sorumluluğu altına sokmakta olduğundan bu durumlarda, organ sıfatı ile hareket eden kişinin eşinin rızası aranmaz.<sup>97</sup>

Ayrım yapılmadığı için eşlerin seçmiş oldukları mal rejimi, özellikle mal ayrımı rejimini kabul etmiş olmaları, herhangi bir önem taşımaz.<sup>98</sup> Eşin rızası konusunda, kefaletin türü bakımından da herhangi bir ayrım yapılmamıştır.<sup>99</sup> Ayrıca eşin rızasının mutlaka somut ve belli bir kefalet sözleşmesine ilişkin olarak verilmesi gerekir.<sup>100</sup> Bu nedenle, doğmuş doğacak tüm borçlar için kefil olmaya razı gösterildiğine dair baştan verilen genel bir beyan, söz konusu maddenin aradığı anlamda bir rıza beyanı olarak kabul edilmeyecektir.<sup>101</sup>

---

<sup>95</sup> Barlas, s. 360.

<sup>96</sup> Haznedar, s. 6.

<sup>97</sup> Baş, Ece, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunun’da Kefalet Sözleşmesinin Geçerlilik Şartlarında İlişkin Bazı Yenilikler, İÜHF 2012/Cilt: LXX./ Sayı: 2, s. 115-141, s. 119 (Bundan sonra “Baş, Kefalet Sözleşmesinin Geçerlilik Şartları” olarak anılacaktır).

<sup>98</sup> Özen, Kefalet Sözleşmesi, s. 182.

<sup>99</sup> Kırca, Eşin İzni, s. 439.

<sup>100</sup> Baş, Kefalet Sözleşmesinin Geçerlilik Şartları s. 118.

<sup>101</sup> Yavuz, N. , s. 268.



Bu düzenleme emredici bir hükümdür; aksi kararlaştırılmayacağı gibi eşlerin kendilerine tanınan bu haktan feragat etmeleri de mümkün değildir.<sup>102</sup>

Kefilin eşinin rızasının varlığını ve TBK madde 584'ün birinci fıkrasının belirttiği zamanda verilmiş olduğunun ispat külfeti, alacaklıya aittir.<sup>103</sup>

Bu hükmün sebebi aslında evli kişilerin medeni haklarını kullanma haklarını ehliyetlerine bir sınırlama getirmekten ziyade, kişilerin ve toplumun temel taşı olan aile kurumunun ekonomik varlığının korunması düşüncesidir.<sup>104</sup>

## **B. Eşin Rızasının Aranacağı Ve Aranmayacağı Durumlar**

### **1. Ana Kural: Kefalet Sözleşmesi Kurulurken Eşin Rızası Aranır**

Kanunun metninde anlaşılacağı üzere, kefalet sözleşmesinin geçerli olarak kurulması için, hangi hallerde eşin rızasının gerektiğini ayrıntılı bir şekilde hükme bağlanmıştır. TBK madde 584 hükmünün uygulanabilmesi için öncelikle, kefil olmak isteyen kişinin kefalet sözleşmesi yapacağı sırada evli olması gerekmektedir. Fakat eşlerin evli olmasına rağmen, hâkim Türk Medeni Kanunu madde 167;170 gereğince ayrılık kararı vermiş veya eşlerin Türk Medeni Kanunu madde 197'ye göre ayrı yaşama hakkı varsa, eşin rızası aranmaz. Fakat eşlerin Türk Medeni Kanunu madde 197'ye göre ayrı yaşama hakkı olmamasına rağmen, fiilen ayrı yaşıyorlar ise eşin rızası aranır. Ayrıca ayrı yaşama hakkı olmasına rağmen eşler birlikte yaşıyorsa yine eşin rızasını aramak gerekir.<sup>105</sup> Ayrı yaşama hakkının kullanılması esnasında eşin rızasının aranmamasının sebebi, o süreç içerisinde geçerli bir kefalet sözleşmesinin yapılmasının, eşe ulaşma yönünden ve izin almanın zorluğundan dolayı, pratikte olanaksız hale geleceğindedir.<sup>106</sup> Ayrıca ayrı yaşam hakkının kullanılması esnasında ortada korunması gereken bir aile birliği de kalmamıştır.

---

<sup>102</sup> Öktem Çevik, Seda, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanununu Uyarınca Kefalet Sözleşmesinde Eşin Rızası, Kazancı Hakemli Hukuk Dergisi, Yıl: 2012/Cilt: 8 s. 89 (Bundan sonra "Öktem Çevik, Kefalet Sözleşmesinde Eşin Rızası" olarak anılacaktır).

<sup>103</sup> Özen, Kefalet Sözleşmesi, s. 185.

<sup>104</sup> Kırca, Eşin İzni, s. 437.

<sup>105</sup> Baş, Kefalet Sözleşmesinin Geçerlilik Şartları s. 118.

<sup>106</sup> Özen, Kefalet Sözleşmesi, s. 185.

Rızası gereken eşin ehliyetsiz olması konusu tartışmalıdır. Zira böyle bir durumda ehliyetsiz eş yerine yasal temsilcisinin rızasının, eşin rızasının yerine geçip geçmeyeceği ya da eşin rızasının kişiye sıkı suretle bağlı bir hakkın kullanılması olarak nitelendirilip nitelendirilemeyeceği tartışmalıdır.<sup>107</sup> Bu konuda hükümde herhangi bir açıklama yoktur, dolayısıyla bu durumun genel hükümler doğrultusunda yorumlanması doktrin ve yargıya bağlıdır.

Temel olarak aslında Türk Medeni Kanununun madde 449'a göre yasal temsilcinin ehliyetsiz kişi adına kefalet sözleşmesi yapması yasak bir işlemdir. Fakat eşin ehliyetsiz olduğu durumlara Türk Medeni Kanunu madde 449'u uygularsak, eşin ehliyetsiz olan kimse eşinin rızasını alamayacağından kefalet sözleşmesi de kurulamayacaktır, ama bu maddenin amaçladığı bir durum değildir. Doktrinde bir görüş; evli bir kimsenin üçüncü bir kimseye kefil olması durumunda eşinin rıza vermeyecek durumda olması halinde, kefalet sözleşmesinin de kurulamayacağını kabul etmenin isabetli olacağını düşünmektedir.<sup>108</sup> Türk Medeni Kanunu madde 188 kıyasen uygulanabileceğinin mümkün olamayacağını söylüyor. Sebebi Türk Medeni Kanunu madde 188'in ana fikrinin her iki eşinde menfaatine, evlilik birliğinin ortak yararına olacak bir durumda rızasını vermesi gereken tarafın, rızasını veremeyecek durumda olması halinde, işlemin aksamaması için kanun koyucunun öngördüğü bir kolaylıktır. Oysa üçüncü bir şahıs için kefil olmak evli bir kimse için evlilik birliğinin menfaatine bir durum değil tam tersine bir durum olduğundan bu durumda kefil olunamayacağını savunuyor.<sup>109</sup> Diğer bir görüş ise: kişinin eşinin ehliyetsiz olmasının, o kimsenin eşinin rızasını almadan kefil olabilmesini mümkün kılmayacağını belirtmektedir.<sup>110</sup> Ancak bu görüş yanlıları, yasal temsilcinin, ehliyetsiz adına kefalet sözleşmesi yapma yasağının, bu konuda uygulama alanı bulmaması gerektiğini söylüyorlar.<sup>111</sup> Zira ehliyetsiz eş adına yasal temsilcinin rıza göstermesi ile kefalet sözleşmesini kuran iradede temsilin yasaklanması farklı

---

<sup>107</sup> Baş, Kefalet Sözleşmesinin Geçerlilik Şartları s.123.

<sup>108</sup> Elçin Grassinger, Gülçin, Borçlar Kanunu Tasarısı Hükümleri Çerçevesinde Kefalet Sözleşmelerine Dair Hükümlerin İncelenmesi, İKÜ Hukuk Fakültesi Dergisi, Yıl: 2005/ Cilt: 4/ Sayı: 1-2, s 83-97, s. 90 (Bundan sonra" Elçin Grassinger, Borçlar Kanunu Tasarısı Hükümleri" olarak anılacaktır).

<sup>109</sup> Elçin Grassinger, Borçlar Kanunu Tasarısı Hükümleri, s. 90

<sup>110</sup> Yavuz, N. , s. 280; Özen, Kefalet Sözleşmesi, s. 187.

<sup>111</sup> Özen, Kefalet Sözleşmesi, s. 187.

ağırlıktadır.<sup>112</sup> Dolayısıyla rızası gereken eşin ehliyetsizliği durumunda yasal temsilcisinin, yazılı şekilde rıza göstermesi uygun görülmektedir. Fakat böyle bir durumda kefalet sözleşmesi imzalayacak eş ehliyetsiz eşin temsilcisi ise, menfaatlerin çatışması söz konusu olabilir. Bu nedenle kefil olacak eşin kendi lehine verdiği rızanın geçerli olmaması daha uygundur. Böyle bir durumda Türk Medeni Kanunu madde 426 gereği ehliyetsiz eşe temsil kayyım atanması ve rızayı temsil kayyımın vermesi daha isabetli olacaktır.<sup>113</sup>

Kefilin, kefil olacağı borcun eşine ait olması halinde yani asıl borçlunun diğer eş olması durumunda eşin rızasının gerekip gerekmeyeceği tartışmalıdır. Bir görüş göre böyle bir durumda eşin rızası aranmamalıdır. Eşin rızası aranmasının sebebi ailenin ekonomik birliğinin zarar görmemesi olmakla birlikte, diğer eş dışında başka kimse kefil olsa bile alacaklıya yaptığı ödemeyi asıl borçluya rücu edecektir. Bu durumda borçlu olan eşin rızasının aranmasında korunmaya değer bir menfaat bulunmamaktadır. Zira asıl borçlu konumundaki eşin lehine bir kefalet sözleşmesi yapılmaktadır.<sup>114</sup> Benimde katıldığım diğer bir görüşe göre ise; böyle bir durumda aile üzerindeki ekonomik yük miktarı artmış olacağından diğer eşin rızası gerekmektedir.<sup>115</sup> TBK'nun 584. maddesinin düzenlenme amacına daha uygun olacak yorum eşlerden zaten borç ilişkisine taraf olmuş olana, eşinin kendisine kefil olup olmaması konusunda bir tercihte bulunma hakkının tanınmasıdır.<sup>116</sup>

Eşlerden birinin alacaklı olduğu bir borca diğer eşin kefil olmak istemesi halinde alacaklı olan eşin rızasının gerekmeyeceğini kabul etmek gerekir. Zira kefalet sözleşmesinin taraflarını eşler oluşturmaktadır ve alacaklı olan eşin zaten kefalet sözleşmesinin tarafı olarak rızası bulunmaktadır. Bu durumda ayrıca eş sıfatıyla rızasını aramak, gereksiz bir işlem olmaktadır.<sup>117</sup>

---

<sup>112</sup> Öktem Çevik, Kefalet Sözleşmesinde Eşin Rızası s. 119.

<sup>113</sup> Öktem Çevik, Kefalet Sözleşmesinde Eşin Rızası, s. 119.

<sup>114</sup> Reisoğlu, Kefalet, s. 91.

<sup>115</sup> Özen, Kefalet Sözleşmesi, s. 187, Öktem Çevik, Kefalet Sözleşmesinde Eşin Rızası, s. 121.

<sup>116</sup> Özen, Kefalet Sözleşmesi, s. 177; Badur, Eşin Rızası, TBB Dergisi 2013 (109), s. 286-287 (Bundan sonra "Badur, Eşin Rızası" olarak anılacaktır).

<sup>117</sup> Reisoğlu, Kefalet, s. 91; Öz, Yenilikler, s. 103.

## 2. Kefalet Sözleşmesi Kurulurken Eşin Rızasının Aranmayacağı İstisnai Durumlar

TBK'nın 584. maddesinde yapılan düzenlemeye göre; kefalet sözleşmesinde eşin rızasının aranmasının ticari hayatı olumsuz etkilediği düşünüldüğü için bu düzenleme esnaf ve tacirler tarafından çokça eleştirildi. İş ilişkilerinde önemli tıkanıklığa sebep olduğu da öne sürülüyordu. Kanun koyucuda eşin rızasının her türlü kefalet ve herkes tarafından istenmesini sonradan fazla görmüş olacak ki, 6455 sayılı Gümrük Kanunu İle Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanununun 77. maddesi TBK'nun 584. maddesine bir fıkra daha ekledi. Ve bu değişiklik 11 Nisan 2013 tarih ve 28615 sayılı Resmi Gazetede yayımlanarak yürürlüğe girdi.

*Madde 77; 11/1/2011 tarihli ve 6098 sayılı Türk Borçlar Kanununun 584 üncü maddesine aşağıdaki fıkra eklenmiştir.*

*“Ticaret siciline kayıtlı ticari işletmenin sahibi veya ticaret şirketinin ortak ya da yöneticisi tarafından işletme veya şirketle ilgili olarak verilecek kefaletler, mesleki faaliyetleri ile ilgili olarak esnaf ve sanatkârlar siciline kayıtlı esnaf veya sanatkârlar tarafından verilecek kefaletler, 27/12/2006 tarihli ve 5570 sayılı Kamu Sermayeli Bankalar Tarafından Yürütülen Faiz Destekli Kredi Kullanılmasına Dair Kanun kapsamında kullanılacak kredilerde verilecek kefaletler ile tarım kredi, tarım satış ve esnaf ve sanatkârlar kredi ve kefalet kooperatifleri ile kamu kurum ve kuruluşlarınca kooperatif ortaklarına kullanılacak kredilerde verilecek kefaletler için eşin rızası aranmaz.”*

Bu madde eşin rızasının aranacağı kişiler bakımından bir sınırlama getiriyor. Yani eşin rızasının aranacağı halleri daraltıyor. Fakat bu değişikliğin ne kadar tatmin edici ve ne kadar doğru olduğu tartışılır. Maddenin getirilme sebebi aile birliğini korumak, eşler arasında doğacak sorunları engellemektir. Bu eklenen fıkrada sayılan kişiler daha fazla kefalet sözleşmeleri ile alakadar olan kimselerdir. Tabi ki kefalet sözleşmesinin eşin rızasına tabi tutmak ticari hayatı bir ölçüde sekteye uğratabilir. Fakat burada kanun koyucu ticari hayatın kolaylaştırılması ile aile bağlarının güçlenmesi arasında bir seçim yapmak durumunda kalmış ve bu değişiklikle tercihini ticari hayatın kolaylaştırılmasından yana kullanmıştır.

### 3. Sözleşme Değişikliğinde

TBK madde 584 ikinci fıkrasında eşin rızasının gerekmeyeceği bazı durumlara yer verilmiştir. Söz konusu hükümden eşin rızasının kefalet sözleşmesinin kurulmasıyla sınırlı olmadığı anlaşılmaktadır. TBK'nın 584. maddesinin ikinci fıkrası, kefalet sözleşmesinin yapılması sırasında aranan eşin rızası şartının, sözleşmede değişiklik yapılması halinde de kural olarak arandığını ortaya koymaktadır.<sup>118</sup> Buna 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. Yani kişisel güvence veren eşin kefalet sözleşmesindeki durumunun iyileşmesine yönelik sözleşme değişikliklerinde diğer eşin rızasının alınmasına gerek yoktur. Yalnız kefilin sorumluluk sınırının arttırılması, adi kefaletin müteselsil kefalete dönüştürülmesi ve alacak için mevcut güvencelerin önemli ölçüde azaltılması halinde, kefilin eşinin yazılı rızasını gerektiren değişikliklerdir.<sup>119</sup> Kefilin eşinin yazılı rızasını gerektiren değişiklikler bu üç olasılıkla sınırlıdır.<sup>120</sup>

### 4. Temsil Yetkisi Verilmesinde ve Ön Sözleşme Yapılmasında

TBK'nın 583. maddesinin ikinci fıkrası, kefalet sözleşmesi için aranan geçerlilik şeklinin, kefalet sözleşmesi yapılması hususunda yetki veren işleme veya kefalet sözleşmesi yapılması vaadine yani kefalet ön sözleşmesine de uygulanacağını belirtmektedir.

Bu durumlarda eşin rızasının gerekip gerekmediği tartışmalıdır, zira eşin rızası şekil şartı değil ehliyet sınırlandırılması olarak nitelendirilmektedir.<sup>121</sup> Bir görüşe göre, TBK'nın 584. maddesinin ikinci fıkrası açık ve net olarak şekil şartı dediği için temsilde ve ön sözleşmede eşin rızasına gerek yoktur.<sup>122</sup> Diğer bir görüşe göre, TBK madde 584 hükmünün dolanılmasını engelleme sebebi ile bu durumlarda da eşin

<sup>118</sup> Özen, Kefalet Sözleşmesi, s. 188.

<sup>119</sup> Yavuz, N. , s. 280; Özen, Kefalet Sözleşmesi, s. 189.

<sup>120</sup> Özen, Kefalet Sözleşmesi, s. 189.

<sup>121</sup> Kırca, s. 438.

<sup>122</sup> Baş, Kefalet Sözleşmesinin Geçerlilik Şartları 2, s. 121.

yazılı rızasının aranması gerekir.<sup>123</sup> Bu görüş gereğince, kendi adına kefil olunması için doğrudan temsil yetkisi veren veya kefalet sözleşmesi yapma vaadinde bulunan kişinin eşi, bu aşamada rızasını ortaya koymuşsa, sonradan asıl kefalet sözleşmesinin yapılması sırasında, ayrıca rızasını belirtmesi gerekmez. Diğer bir görüşe göre ise, özel yetki verilmesinin veya kefil olma vaadinde bulunulmasının, yetkiyi veren veya vaatte bulunan eşi, borç altına sokup sokmadığına bakmak gerekir.<sup>124</sup> Bu görüş özel yetki vermekle ön sözleşme yapma arasında bir ayrıma varıyor. Özel yetki verilmesinde, eş borç altına girmediğinden, yetkinin verilmesi için eşin rızası aranmaz, sonradan bu yetkiye dayanılarak kurulacak olan kefalet sözleşmesinin yapılması sırasında rızanın varlığı yeterlidir. Buna karşılık, eşin alacaklıya kefalet sözleşmesi yapacağına ilişkin ön sözleşme akdetmesi, eşin bu konuda alacaklıya bir taahhütte bulunması ile asıl borçluya onun borcu için kefil olacağını taahhüt etmesinden farklı olarak ve bu durum kefil olmaya benzediğinden dahası kefalet türü bir risk taşıdığından eşin rızası aranmaktadır.<sup>125</sup>

Her ne kadar ikinci görüş ailenin korunmasını daha fazla sağlıyorsa da sonuncu görüş hukuken daha isabetlidir. Yukarıda da değindiğim gibi sadece özel yetki vermek eşini borç altına sokmuyor yani korunacak bir durum mevcut değil zira hükmün amacı ailenin ekonomik durumunu korumaktır. Ayrıca kefalet sözleşmesinin akdedilmesini temsil yetkisi verdikten sonra dahi diğer eşin engelleme imkânı mevcuttur. Fakat ön sözleşme akdetmesinde olay farklıdır, eş borç altına giriyor girdiği için korunması gereken bir durum söz konusudur ve eşin rızası olmalıdır. Çünkü ön sözleşme sebebi ile asıl sözleşmeyi yapmaktan kaçınana karşı buna ifa için dava açılabilceği kabul edilmektedir.

### **C. Eşin Rızasının Zamanı Ve Şekli**

TBK'nın 584. maddesinin birinci fıkrasında düzenlenen hüküm gereğince kadın veya erkek eşin kefalet sözleşmesi akdedebilmesi iki şarta bağlıdır. Bunlardan ilki kefil olacak eş, kural olarak diğer eşin yazılı rızasını almak zorundadır. İkinci olarak ise yasa koyucu tarafından öngörülen zamanda bu rızanın alınmış olması gerekmektedir.

<sup>123</sup> Özen, Kefalet Sözleşmesi, s. 189.

<sup>124</sup> Kırca, Eşin İzni, s. 440.

<sup>125</sup> Yavuz, N. , s. 273.

## 1. Eşin Rızasının Zamanı

TBK madde 584 hükmünün düzenlemesine göre: eşin rızası, kefalet sözleşmesinin kurulmasından önce ya da en geç kurulduğu anda verilmiş olmalıdır. Bu hükme göre kefalet sözleşmesinin kurulmasından sonra eşin rızasını vermiş olması, kefalet sözleşmesinin geçerli olmasını sağlamaz.<sup>126</sup> Fakat “sözleşmenin kurulduğu an” kavramının, bazı durumlarda, dar ve teknik anlamın dışında ele alınması, hükmün amacı bakımından zorunludur.<sup>127</sup> Kefalet sözleşmesi yapıldığı anda, kefilin eşi de hazır bulunuyorsa, eşin sözleşme metnini kefilden sonra imzalaması, kefalet sözleşmesinin geçersizliği sonucunu doğurmamalıdır.<sup>128</sup> Önemli olan arada herhangi bir kesintinin olmaması, işlemin bir bütünlük arz etmesidir. Ayrıca kefilin eşinin rızası bir koşula bağlı olarak da verilebilir.<sup>129</sup> Böyle bir durumda eşin rızasının kefalet sözleşmesinin yapılmasından önce veya kefalet sözleşmesiyle aynı anda verilmiş olması yeterli olup, rızanın bağlandığı koşulun, kefalet sözleşmesinin yapılmasından sonra gerçekleşmesi söz konusu olabilir<sup>130</sup> Zira kefalet de ancak o koşulun gerçekleşmesi ile hüküm doğuracaktır.

Eşin rızası için, böyle bir zaman sınırlamasının getirilmesinin amacı, eşinin kefalet sözleşmesi kurduktan sonra baskı altında sözleşmeye rıza göstermesinin engellenmesi olabilir.<sup>131</sup> Ne var ki bu zaman şartının, yani eşin rızasını kefalet sözleşmesinin kurulmasından önce ya da en geç kurulduğu anda verilmiş olmasına ilişkin kuralın pratikte dolanılması mümkün olacaktır. Çünkü sonradan alınan rızaya, kefalet sözleşmesinin tarihinin atılması her zaman için mümkündür. Bunu ispatlamakta epey güç olacaktır.

## 2. Eşin Rızasının Şekli

Eşin rızası TBK'nın 584. maddesinin birinci fıkrası gereğince yazılı şekilde verilmesi gerekir. Burada söz konusu olan adi yazı şeklindedir, imzanın noterce

---

<sup>126</sup> Barlas, s. 362.

<sup>127</sup> Kırca, Eşin İzni, s. 447.

<sup>128</sup> Yavuz, N. , s. 278.

<sup>129</sup> Özen, Kefalet Sözleşmesi, s. 190.

<sup>130</sup> Özen, Kefalet Sözleşmesi, s. 191.

<sup>131</sup> Öktem Çevik, Kefalet Sözleşmesinde Eşin Rızası, s. 126; Kırca, Eşin İzni, s. 447.

onaylanması aranmaz.<sup>132</sup> Eşin rızası somut ve belli bir kefalet sözleşmesi için olmalıdır, ayrıca her kefalet sözleşmesi için ayrı ayrı verilmelidir.<sup>133</sup> Eşin rızası kefalet sözleşmesinde yer alabileceği gibi, ayrı bir belgede de yer alabilir.<sup>134</sup> Önemli olan kefalet sözleşmesinden doğacak rizikonun bilinmesidir, bu bağlamda ayrı belgede yer alacak rızanın, hangi kefalet sözleşmesine ilişkin olduğuna dair bir takım veriler olması gerekir. Ancak bu rızanın geçerliliği bakımından aranan bir gereklilik olmayıp, eşin somut kefaletle ilişkin verilerini üstlendiği rizikonun ağırlığını bilerek rızasını ortaya koyduğunu ispatlamaya yarar.<sup>135</sup>

Kefalet sözleşmesi için öngörülen şekil şartı eşin rızasında aranmaz.<sup>136</sup> Kefilin yazılı beyanının, TBK'nın 583. maddesinin birinci fıkrası uyarınca, sorumluluk sınırının veya müteselsil kefil olma iradesine ilişkin açıklamalar bakımından kendi el yazısına dayanması gerekliliği, eşin rızası bakımından bir etki doğurmaz.<sup>137</sup> Kefilin eşi herhangi bir biçimde veya herhangi biri tarafından yazılmış beyanı imzalayarak veya imza yerine geçen bir işaret kullanarak, rızasını ortaya koyabilir.

Eşin rızasının güvenli elektronik imza ile verilmesi mümkündür.<sup>138</sup> Zira 5070 sayılı Elektronik İmza Kanununun 5. maddesinin birinci fıkrasına göre, güvenli imza, elle atılan imza ile aynı hukuki sonucu doğurur ve bu kanunun 22. maddesi gereğince güvenli elektronik imza elle atılan imza ile aynı ispat gücüne sahiptir. Ancak 5070 sayılı Elektronik İmza Kanununun 5. maddesinin ikinci fıkrasında, kanunların resmî şekle veya özel bir merasime tabi tuttuğu hukukî işlemler ile teminat sözleşmelerinin güvenli elektronik imza ile gerçekleştirilemeyeceği belirtilmiştir. Hüküm teminat sözleşmelerini yani kefalet sözleşmesini de kapsamakta olduğundan ilk bakışta bu durumda eşin kefalet sözleşmesine rızasını elektronik imza ile vermesinin mümkün olmayacağı düşünülebilir. Fakat eşin rızasının bir sözleşme değil tek taraflı bir hukuki işlem olması ve kendi başına bir teminat niteliği taşıması sebebiyle, 5070

---

<sup>132</sup> Kırca, Eşin İzni, s. 443.

<sup>133</sup> Yavuz, N. , s. 276.

<sup>134</sup> Baş, Kefalet Sözleşmesinin Geçerlilik Şartları s. 123.

<sup>135</sup> Özen, Kefalet Sözleşmesi, s. 193.

<sup>136</sup> Kırca, Eşin İzni, s. 445.

<sup>137</sup> Altop, Borçlar Kanununda Getirilen Yenilikler, s. 75.

<sup>138</sup> Kırca, Eşin İzni, s. 448.



sayılı Elektronik İmza Kanununun 5. maddesinin ikinci fıkrası kapsamına girmediğinden eşin rızasını elektronik imza ile vermesi mümkündür.<sup>139</sup>

Eşin rızasından kefaletin türünün anlaşılması durumunda normun korumacı amacına da uygun olarak bu kefaletin adi kefalet olarak anlaşılması uygun olur.<sup>140</sup> Ancak doktrinde, müteselsil kefaletin ticari hayatta yaygın olan tür olması sebebiyle, ticari bir borca kefil olduğundan haberdar olan eşin verdiği rızanın, rıza beyanında belirtmese bile, müteselsil kefaleti de kapsadığı ileri sürülmektedir.<sup>141</sup>

#### **D. Eşin Rızasının Bulunmamasına Bağlı Sonuçlar**

Eşin yazılı rızası şartı bir geçerlilik şartıdır ve söz konusu rızanın yokluğu halinde kefalet sözleşmesinin de kesin hükümsüz olmasına yol açar, sonradan icazet verme yolu kapalı olduğundan askıda hükümsüz değil kesin hükümsüzdür.<sup>142</sup> Eşin rızasının eksik olması durumunda kefalet sözleşmesi, ayrıca iptal beyanında bulunmaya gerek olmaksızın geçersiz olur.<sup>143</sup>

Eşin rızasının eksik olmasının, kefalet sözleşmesini hükümsüz kılması durumu, birlikte kefalet içinde incelenmelidir. TBK'nın 587. maddesi birlikte kefaleti düzenlemektedir. TBK'nın 587. maddesi üçüncü fıkrası gereği; *“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 kefaletinin hükümsüz olduğuna karar verilmesi durumunda kefil, kefalet borcundan kurtulur”*.

Bu hükme göre, birlikte kefalette, kefillerden birinin eşinin rızası eksik ise, o kefil için kefalet sözleşmesi geçersiz olur. Ayrıca hükmün diğer şartları da gerçekleşmiş

<sup>139</sup> Özen, Kefalet Sözleşmesi, s. 193.

<sup>140</sup> Kırcı, Eşin İzni, s. 445.

<sup>141</sup> Öktem Çevik, Kefalet Sözleşmesinde Eşin Rızası, s. 124.

<sup>142</sup> Yavuz, N. , s. 280.

<sup>143</sup> Özen, Kefalet Sözleşmesi, s. 194.

ise diğer kefillerinde kefaleti sona erer.<sup>144</sup> Dolayısıyla kefillerden birinin eşi kefalet sözleşmesine rıza göstermezse o kefil için kefalet sözleşmesi geçersiz olacağı gibi diğer kefiller de başka kefillerin mevcut olduğu ya da olacağı düşüncesiyle kefalet borcu altına girmişlerse ve bu durum alacaklı tarafından biliniyor ya da bilinmesi gerekiyorsa diğer kefiller de borçtan kurtulacaktır.<sup>145</sup>

Eşin rızasının yokluğu sebebi ile geçersiz olan kefalet sözleşmesinin geçerli olması için, şekil kurallarına uyararak ve zamanında eşin rızası alınarak yeniden yapılması gerekir.<sup>146</sup> Eşin rızasının eksikliği yüzünden kefalet sözleşmesinin geçersiz olması durumunda, eşlerin sonradan boşanmış olmaları, kefalet sözleşmesini geçerli hale getirmez, lâkin geçerli olması için yukarıda belirttiğimiz gibi tekrar yapılması gereken kefalet sözleşmesinin de bu kez boşanmış olduğu eşinin rızası şüphesiz gerekmez.<sup>147</sup>

Eşin rızasına ilişkin beyanın içeriği ile kefalet sözleşmesi arasında bir çelişki bulunmamalıdır. Bu ilke gereği rıza beyanını aşan bir kefalet sözleşmesi yapılmış ise bu sözleşme geçersizdir.<sup>148</sup> Örneğin sadece adi kefalet için rıza verilmesine rağmen diğer eş kefalet sözleşmesini müteselsil kefil sıfatıyla imzalamış ise bu kefalet sözleşmesi geçersiz sayılmalıdır diyen bir görüş doktrinde mevcuttur.<sup>149</sup> Benimde katıldığım doktrindeki diğer bir görüş ise, bu durumda eşin rızasını gösterdiği kadarıyla geçerli sayıp, kefalet sözleşmesinin ayakta tutulması taraftarıdır.<sup>150</sup> Aynı şekilde rıza daha az bir miktar için verilmiş iken daha yüksek bir miktar için kefalet sözleşmesi yapılıyorsa, bu kefalet sözleşmesi de geçersiz olmalıdır, fakat burada da bir kısmi hükümsüzlük yaptırımı olması gerektiği düşünülebilir. Yani kefalet sözleşmesi, eşin verdiği miktarda geçerli sayılabilir.<sup>151</sup>

Kefalet sözleşmesinde sonradan değişiklik yapılması söz konusuysa ve bu değişiklik kefilin eşinin rızasının gerektiren durumlardan birine dairse, bu rızanın eksikliği,

---

<sup>144</sup>Bilgen, Mahmut, Kefalet ve Yargılama Hukukuna İlişkin Uyuşmazlıklar/ 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Işığında, (Adalet Yayınevi, Ankara 2013), s. 70 (Bundan sonra “Bilgen, Kefalet“ olarak anılacaktır).

<sup>145</sup> Baş, Kefalet Sözleşmesinin Geçerlilik Şartları s. 125-126.

<sup>146</sup> Altop, Borçlar Kanununda Getirilen Yenilikler, s. 75.

<sup>147</sup> Bilgen, Kefalet, s 70.

<sup>148</sup> Yavuz, N. , s. 279.

<sup>149</sup> Yavuz, N. , s. 279.

<sup>150</sup> Özen, Kefalet Sözleşmesi, s. 196.

<sup>151</sup> Yavuz, N. , s. 279.

kefilin değişikliğe ilişkin olarak ortaya koyduğu rızanın geçersiz ve bu nedenle etkisiz olmasına yol açar.<sup>152</sup> Sözleşme değişikliğinde gereken eşin rızasının eksikliğinde, kefalet sözleşmesi değiştirilmemişçesine, yani eşin rıza verdiği haliyle hüküm sürmeye devam eder.<sup>153</sup> Kefilin sorumluluk sınırının arttırılmasına yönelik olarak, kefil ve alacaklı arasında yapılan anlaşmaya, kefilin eşi razı olmamışsa, kefilin eski sorumluluk sınırı üzerinden sorumlu kalmaya devam eder. Bundan başka, adi kefaletin müteselsil kefalete dönüşmesini içeren değişiklik anlaşmasına, kefilin eşi rıza göstermemişse, kefil adi kefil olarak kalır. Keza, teminatların önemli ölçüde azalması durumu için kefilin rızası var ancak eşinin rızası yok ise, yaptırım olarak tıpkı kefilin rızası yokmuş gibi TBK'nın 592. maddesinin uygulanması uygun görülmektedir.<sup>154</sup> Buna göre tıpkı kefilin onayı olmadan kefil zararına güvencelerin azaltılmasında olduğu gibi teminat miktarındaki azalma miktarı oranında kefilin sorumluluğu azalacaktır.<sup>155</sup> Kefil yararına olan güvencelerin önemli ölçüde azalıp azalmadığı, her somut olayda olayın özellikleri dikkate alınarak değerlendirilmelidir.<sup>156</sup> Güvencelerdeki azalma önemli ölçüde değilse, sadece kefilin rızasıyla yapılabilmesi mümkündür. Teminat miktarındaki azalmanın önemli bir azalma olmadığını ve bu sebeple eşin rızasının gerekmediğini ispat yükü ise alacaklıda olacaktır.<sup>157</sup>

Eşin rızasını makul bir sebep olmaksızın vermekten kaçınması durumu tartışmalıdır. Zira yukarıda değindiğim gibi, eşin rızasının yokluğu kefalet sözleşmesini kesin hükümsüz kılar bu nedenle eşin rızası kefalet sözleşmesinin geçerli olması için önemli bir unsurdur. Türk Medeni Kanunun bazı hükümlerinde<sup>158</sup> eşin rıza vermesinin haklı bir nedene dayanması halinde hâkimin müdahalesinin istenebileceği ve hâkim kararının eşin rızasının yerine geçeceği düzenlenmiştir. Türk Medeni Kanunu'nun 194. maddesinin ikinci fıkrasında, aile konutuna ilişkin olarak, kendisine rıza verilmeyen eşin, hâkimden müdahale isteme hakkı olduğu

---

<sup>152</sup> Özen, Kefalet Sözleşmesi, s. 195.

<sup>153</sup> Öktem Çevik, Kefalet Sözleşmesinde Eşin Rızası, s. 123.

<sup>154</sup> Özen, Kefalet Sözleşmesi, s. 195.

<sup>155</sup> Baş, Kefalet Sözleşmesinin Geçerlilik Şartları 2, s. 126.

<sup>156</sup> Badur, Eşin Rızası, s. 283.

<sup>157</sup> Öktem Çevik, Kefalet Sözleşmesinde Eşin Rızası, s. 128.

<sup>158</sup> TMK md. 194/2 ; "Rızayı sağlayamayan veya haklı bir sebep olmadan kendisine rıza verilmeyen eş, hakim müdahalesini isteyebilir."

TMK 265/2; "Diğer eşin rızasının alınmasına olanak bulunmazsa veya bu konudaki istem onun tarafından haklı sebep olmaksızın reddedilirse, istem sahibi eş kendi yerleşim yeri mahkemesine başvurabilir."

açıkça belirtilmiştir, yani eşin rızasının haklı bir sebep olmaksızın alınmadığı hallerde diğer eşe mahkemeye başvurmak suretiyle rızası temin edebilme imkânı tanınmıştır.<sup>159</sup> Fakat TBK'nın 584. maddesinde ise bu şekilde hâkimin müdahalesinden bahsedilmemektedir. Bu sebepten eşin rızasını vermeye zorlanmasına dair doktrinde farklı görüşler mevcuttur.

Bir görüşe göre, Türk Medeni Kanunu'nun 2 maddesinde yer alan "*Herkes, haklarını kullanırken ve borçlarını yerine getirirken dürüstlük kurallarına uymak zorundadır. Bir hakkın açıkça kötüye kullanılmasını hukuk düzeni korumaz*". Kuralından yola çıkarak, eşin makul bir sebep olmaksızın izin vermekten kaçınması durumlarında da mahkemeden izin alınabilmesinin mümkün olduğunu savunulmaktadır.<sup>160</sup>

Kanaatimce ve diğer bir görüşe göre ise, eşin rıza vermesi için dava veya cebri icra yoluyla zorlanması mümkün değildir.<sup>161</sup> Zira kefalet sözleşmesine rıza gösterip göstermemesi tamamen kendi takdirinde olan bir husustur. Dahası rıza vermeyen eş, bunun için hiçbir gerekçe göstermek zorunda değildir.<sup>162</sup> Zaten bir kefalet sözleşmesinin imzalanmasının da, ailenin ekonomik durumunu kötüye sokmaya sebebiyet verebileceğinden, sadece bu bile haklı bir sebep olarak görülebilir ve zaten her zaman haklı bir sebep mevcuttur. Türk Medeni Kanunu'nda eşin rızası gereken çeşitli yerlerde—(Türk Medeni Kanunu'nun 194. maddesinde olduğu gibi) kanun koyucu böyle bir imkân vermektedir. Fakat eşin rızası ile ilgili böyle bir hüküm bulunmamaktadır, bu bağlamda Türk Medeni Kanun hükümlerinin kıyas yoluyla TBK madde 584'e uygulanması söz konusu olmayacaktır.

Eşin rızasında herhangi bir irade sakatlığının mevcut olması halinde TBK madde 39 hükmü gereğince rıza beyanını iptal ettirebilir.<sup>163</sup> Söz konusu irade sakatlıkları TBK madde 30 ve devamı hükümleri kapsamında olmalı ve geçerli bir rızanın bulunması şartıyla, rıza veren eşin kefalet sözleşmesini okumadığı, tam bilgi sahibi olmadan veya dikkat etmeden rıza verdiği yönelt iddiaları dinlenmelidir.<sup>164</sup> Doktrinde

---

<sup>159</sup> Bilgen, Kefalet, s. 53.

<sup>160</sup> Haznedar, s. 7.

<sup>161</sup> Yavuz, N., s. 279; Reisoğlu, Kefalet, s. 90. Kırca, s. 447.

<sup>162</sup> Kırca, s. 447.

<sup>163</sup> Özen, Kefalet Sözleşmesi, s. 191; Kırca, s. 446; Reisoğlu, Kefalet, s. 93.

<sup>164</sup> Kırca, s. 446.

kefalet sözleşmesine taraf olmayan esas borçlunun hilesi aynı kefil bakımından olduğu gibi, kefilin eşi bakımından da, üçüncü kişinin hilesi olarak nitelendirilmesi gerektiği ifade edilmektedir ve alacaklı bu hileden haberdar değilse olması da gerekmiyorsa, eşin rızasının iptali mümkün olmamalıdır demektir

### **E. Alman Hukuku'nda Eşin Rızası**

Alman hukukunda kefalet sözleşmesinin düzenlendiği BGB madde 765'den 778'e kadar eşin rızası başlıklı bir madde mevcut değildir. Dolayısıyla evli kişiler için kefalet sözleşmesini kurmak için eşin rızası gerekmemektedir.<sup>165</sup>

Fakat aile hukukunun düzenlendiği BGB'nin 4. kitabında tüm malvarlığı ile tasarrufta bulunmak başlıklı 1365. maddesi kapsamında eşin rızasının kefalet sözleşmesi için gerekli olduğu söylenebilir. BGB 1365. maddesinin birinci fıkrası evli çiftlerden biri eğer tüm malvarlığı ile tasarrufta bulunmayı taahhüt ediyorsa, hukuki işlem ancak diğer eşin rızası ile geçerlilik kazanır diyor. Fakat her ne kadar kefalet sözleşmesinin aileye getirebileceği zararlar nerdeyse tüm malvarlığı ile tasarruf etmek olarak kabul edilebileceği düşünülebilse de Alman Federal Mahkemesi (BGH) kefalet sözleşmesini BGB madde 1365 kapsamında eşin rızasını gerektiren bir hukuki işlem olarak kabul etmemektedir.<sup>166</sup>

Sonuç olarak Alman hukukunda TBK'nın 584. maddesine tekabül eden bir madde mevcut değildir. Dolayısıyla Alman hukukunda eşin rızası kefalet sözleşmesinin bir geçerlilik şartı değildir.

---

<sup>165</sup> Tiedke, Bürgschaft, Kn. 58.

<sup>166</sup> FamRZ 1983, s. 455.

## V. KEFALET SÖZLEŞMESİNDE ARANAN ŞEKİL ŞARTININ GERÇEKLEŞTİRİLMİŞ OLMASI

### A. Kefalet Sözleşmesinde Şeklin Amacı ve Geçerlilik Şartı Olması

Genel olarak borçlar hukukunda sözleşme serbestisi vardır. Kişiler sözleşme yaparlarken iradelerini yazılı yada sözlü, açık ya da örtülü açıklayabilirler. Fakat hukuk düzeni, bir sözleşmenin geçerli olarak doğumunu bir şekle bağlamışsa, bu bir geçerlilik şeklidir ve bu şekle uymak zorunluluğu vardır. Böyle bir geçerlilik şekline uyulmadan yapılan bir sözleşme, doğrudan bir hak veya borç ilişkisi doğurmamaktadır. Buna karşılık hukuk düzenini öngördüğü şekil şartı hakkın esasını veya doğumunu etkilemek yerine, taraflar için hakkın varlığını ispat etmek amacıyla hizmet ediyorsa “ispat şekli” söz konusu olmaktadır.<sup>167</sup>

Kefalet sözleşmesinin şekle bağlanmasının asıl amacı kefilin korunmasıdır, ispat kolaylığı sağlamak veya alacaklının korunması değildir.<sup>168</sup> Kefil kefalet sözleşmesine ilişkin irade beyanını açıklarken çoğu zaman yükümlülüğünün ağırlığının ve beyanının sonuçlarını tam olarak düşünmeyebilir, zira hem borç hemen doğmayacaktır hem de borcun doğması asıl borçlunun borcunu ödememesi şartına bağlıdır. Bu sebeple tek taraflı olarak borç altına giren kefilin daha iyi düşünmesini sağlamak ve tedbirli hareket etmesi için şekil şartı getirilmiştir.<sup>169</sup>

Kefalet sözleşmesinin şekle ilişkin şartı TBK'nın 583. maddesinde düzenlenmiştir ; *“Kefalet sözleşmesi, yazılı şekilde yapılmadıkça ve kefilin sorumlu olacağı azamî miktar ile kefalet tarihi belirtilmedikçe geçerli olmaz. Kefilin, sorumlu olduğu azamî 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.*

<sup>167</sup> Akıntürk, Turgut, Borçlar Hukuku Genel Hükümler ve Özel Borç İlişkileri,(12 Bası, Beta Yayınevi, İstanbul 2006), s. 36 (Bundan sonra “Akıntürk, Borçlar Hukuku Genel Hükümler” olarak anılacaktır); Yavuz, N. , s. 69.

<sup>168</sup> Sönmez, Murat, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu da Kefalet Sözleşmesi, İzmir Barosu Dergisi, Mayıs 2012Yıl 77, Sayı 2, s. 171-192, s. 174 (Bundan sonra “Sönmez, Kefalet Sözleşmesi” olarak anılacaktır).

<sup>169</sup> Ayrancı,Hasan, Şekil Şartına Uyulmadan Yapılan Kefalet Sözleşmesinde İfanın Sonuçları, AÜHFD, Cilt: 53/Sayı: 2/Yıl: 2004, s. 95-120, s. 99 (Bundan sonra “Ayrancı, Şekil Şartına Uyulmadan Yapılan Kefalet Sözleşmesinde İfanın Sonuçları” olarak anılmıştır).

*Kendi adına kefil olma konusunda özel yetki verilmesi ve diğer tarafa veya bir üçüncü kişiye kefil olma vaadinde bulunulması da aynı şekil koşullarına bağlıdır. Taraflar, yazılı şekle uyarak kefilin sorumluluğunu borcun belirli bir miktarıyla sınırlandırmayı kararlaştırabilirler.*

*Kefalet sözleşmesinde sonradan yapılan ve kefilin sorumluluğunu artıran değişiklikler, kefalet için öngörülen şekle uyulmadıkça hüküm doğurmaz”.*

Bu maddeden de anlaşılacağı üzere, aranılan şekil şartı bir ispat şartı değil geçerlilik şartıdır.<sup>170</sup> Bu nedenle bu şarta uyulmadan yapılan kefalet sözleşmesi kesin hükümsüzdür ve taraflar bunu ileri sürmeseler bile hâkim tarafından res’en dikkate alınması gerekir.<sup>171</sup> Şeklin geçerlilik şartı olması nedeni ile kefil, mahkeme önünde kefalet borcunu kabul etse<sup>172</sup> ya da kefil olmadığını beyan etmesi için kendisine yemin etmesi için bir teklif yapılsa ve bu teklifi reddetse bile<sup>173</sup>, şekle aykırı şekilde kurulmuş kefalet sözleşmesi geçerli olmaz.<sup>174</sup> Ayrıca kefilin kefalet borcunun varlığı tanıkla da ispat edilemez.<sup>175</sup>

Doktrinde TBK’nın 583. maddesinin birinci fıkrasında düzenlenen şekil şartının tek taraflı bir geçerlilik şartı olduğu kabul edilmektedir.<sup>176</sup> Zira kefalet sözleşmesi genel olarak tek tarafa borç yükleyen bir sözleşmedir ve öngörülen şekil kuralının amacı alacaklıyı değil kefilin korumaktır. Bu durumda alacaklının iradesinin herhangi bir şekle uygun olarak açıklamasına gerek yoktur. Hatta kefil tarafından şekle uygun olarak gönderilmiş olan kefalet sözleşmesine yönelik icaba alacaklının sessiz kalması da zımnı kabul olarak değerlendirilebilir.<sup>177</sup>

Kefalet sözleşmesinde, şekil şartını düzenleyen hükmün emredici olması kefalet sözleşmesinde gerekli asgari şartların bulunması zorunluluğunu ifade etmektedir.<sup>178</sup> TBK’nın 583. maddesinin birinci fıkrasından anlaşıldığı üzere, kefalet sözleşmesini geçerli olarak kurabilmek için gereken şartlar şu şekilde sayılabilir; kefalet

---

<sup>170</sup>Reisoğlu, Kefalet, s. 72.

<sup>171</sup> Yavuz, N. , s. 260.

<sup>172</sup> 4. HD. 10.11.1933 2403/1515; 3 HD. 06.04.1989 9431/3528, bkz. Yavuz, N. , s. 647.

<sup>173</sup> 4. HD. 31.12.1964 863/6342; 3 HD. 06.04.1989 9431/3528, bkz. Yavuz, N. , s. 647.

<sup>174</sup> Reisoğlu, Kefalet, s. 76.

<sup>175</sup> 3 HD. 06.04.1989 9431/3528, bkz. Yavuz, N. , s. 647.

<sup>176</sup> Özen, Kefalet Sözleşmesi, s. 218.

<sup>177</sup> Reisoğlu, Kefalet, s. 78.

<sup>178</sup> Ayrancı, Şekil Şartına Uyulmadan Yapılan Kefalet Sözleşmesinde İfanın Sonuçları, s. 100.

sözleşmesi yazılı yapılmalıdır ve kefilin sorumlu olacağı miktar, kefalet tarihi ve müteselsil kefalet söz konusu ise bu husus kefilin kendi el yazısı ile belirtilmelidir. 818 sayılı Türk Borçlar Kanunu, kefaletin geçerliliğini adi yazı şekline bağlamıştı. 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu da aynı esası muhafaza etmiş, üstelik klasik adi yazılı şeklinde yer almayan bazı ek özellikler de getirmiştir yani nitelikli yazılı şekil öngörülmüştür.<sup>179</sup> Bu ek özelliklere aşağıda detaylı bir şekilde değineceğim.

Kanun koyucu 6098 sayılı Türk Borçlar Kanununun da 818 sayılı Türk Borçlar Kanununa göre şekil şartını ağırlaştırmıştır.

### **1. Yazılı Şekilde Yapılması**

TBK'nun 583. maddesinin birinci fıkrasının birinci cümlesine göre; kefalet sözleşmesinin geçerli olabilmesi için yazılı şekilde yapılması gerekmektedir. Madde 583'te öngörülen şekil şartı dar anlamda nitelikli yazılı şekil şartıdır. Zira kefalet sözleşmesinde özellikle bulunmasını istediği hususların yanında bir de bu hususların kefilin el yazısı ile olması gerekliliğini aramaktadır.<sup>180</sup> Bu el yazısı şartı 818 sayılı Borçlar Kanununda yer almamaktaydı. El yazısı ile olması gereken hususlar; kefilin sorumlu olacağı azami miktar, kefalet tarihi ve müteselsil kefalet durumunda, bu anlama gelen bir ifadedir.

Bu yazılı şekil şartının yerine gelmesi için mutlaka kefilin imzasının olması gerekir, yalnız kefilin imzasının olması yeterlidir. Kefalet sözleşmesinde alacaklının imzası kural olarak gerekli değildir, çünkü kefalette yalnız kefil borç altına girmektedir.<sup>181</sup> Kefilin imzası kefalet beyanının tamamını kapsayacak şekilde onun altına atılmalıdır, ek bir kâğıda atılması yeterli olmaz.<sup>182</sup>

Kefalet sözleşmesinin elektronik imza kullanarak imzalanması mümkün olmayacaktır. TBK'nın 15. maddesinin 1. fıkrasının 2. cümlesine göre “ Güvenli elektronik imza da, el yazısıyla atılmış imzanın bütün hukuki sonuçlarının doğurur”

---

<sup>179</sup> Barlas, s. 354.

<sup>180</sup> Topel, Afhan, 6098 sayılı Borçlar Kanunu'na Göre Kefalet Sözleşmesindeki Değişikliklere Bir Bakış, İzmir Barosu Dergisi Mayıs 2012, Yıl 77, Sayı 2, s. 193.203, s. 194(Bundan sonra “Topel, Kefalet Sözleşmesindeki Değişiklikler” olarak anılacaktır).

<sup>181</sup> Barlas, s. 354.

<sup>182</sup> Yavuz, N. , s. 260.



düzenlemesi bulunsa da, 5070 sayılı Elektronik İmza Kanununun 5. maddesinin 2. fıkrasında teminat sözleşmelerinin elektronik imza ile yapılamayacağı hükme bağlanmıştır. Ayrıca böyle bir düzenleme olmasaydı bile, kefalet sözleşmesinin belli kısımlarının el yazısı ile yazılması gerekliliği, elektronik ortamda kefalet sözleşmesinin hazırlanıp imzalanmasına imkân vermeyecekti.<sup>183</sup>

## 2. Kefalet Sözleşmesinin İçeriği

Kefilin korunması amacı kefalet sözleşmesinde önemli olan tüm unsurların yani esaslı noktaların şekil şartına tabi olmasını zorunlu kılar.<sup>184</sup> Kefalet sözleşmesinin esaslı noktaları asıl borçlu, alacaklı ve kefalet altına alınan asıl borç miktarıdır.<sup>185</sup> 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu ile 818 sayılı Borçlar Kanunu arasında bu bakımdan esaslı bir değişiklik mevcut değildir. Kefilin sorumlu olduğu azami miktar 818 sayılı Borçlar Kanununda da mevcuttu. Bunun yanı sıra kefalet tarihi ve müteselsil kefalette müteselsil kefalet ya da bu anlama gelen bir ifade 6098 sayılı Türk Borçlar Kanununda kefalet sözleşmesinin esaslı noktası olarak kabul edilmiştir. Fakat bu unsurlardan bazılarının eksikliği, kefalet sözleşmesinde belirtilen diğer unsurlar aracılığı ile giderilebiliyorsa veya olayın koşulları göz önünde tutularak yorum yoluyla asıl borç tanımlanabiliyorsa, kefalet sözleşmesi eksikliğe rağmen geçerliliğini koruyacaktır.<sup>186</sup>

Ayrıca kefalet sözleşmesi hiçbir zaman ticari senetler gibi belli kelimeleri içeren, önceden hazırlanmış bir metni gerektiren sıkı bir şekilciliğe tâbi değildir. Hatta kefalet sözleşmesinde mutlaka “kefalet” ya da “kefil” sözcüklerinin kullanılmasının, “kefaletname” başlığı altında sözleşmenin kurulmuş olmasının bir önemi yoktur.<sup>187</sup> Önemli olan yükümlülük altına giren kişinin, kefalet sözleşmesinin niteliğine uygun olarak, asıl borçlunun borcunu ifa etmemesi durumunda, fer’i surette sorumlu tutulacağıının anlaşılabilir olmasıdır.<sup>188</sup>

<sup>183</sup> Özen, Kefalet Sözleşmesi, s. 222.

<sup>184</sup> Ayrancı, Şekil Şartına Uyulmadan Yapılan Kefalet Sözleşmesinde İfanın Sonuçları, s. 99.

<sup>185</sup> Tandoğan, Kefaletin Geçerlilik Şartları, s. 42.

<sup>186</sup> Reisoğlu, Kefalet, s. 80.

<sup>187</sup> Yavuz, N. , s. 57.

<sup>188</sup> Ayrancı, Şekil Şartına Uyulmadan Yapılan Kefalet Sözleşmesinde İfanın Sonuçları, s. 100.

Şeklin kapsamına girmesi gereken hususlardan ilki esas borcun bireyselleştirilmesi gereğidir. Esas borcun bireyselleştirilmesi, objektif unsurların sözleşmede yer almasını sağlar. İlk olarak esas borcun alacaklısının belirli veya belirlenebilir olması gerekir.<sup>189</sup> Kefalet sözleşmesinin esaslı noktalarından olan alacaklının belirtilmesinde alacaklının ismen gösterilmesi zorunlu değildir, belli edilebilir olması yeterlidir.<sup>190</sup> Çünkü kefil için alacaklının kişiliği çok önem taşımaz zaten alacağın temlik yolu ile alacaklının değişmesi her an için mümkündür. Ancak, asıl borçlunun kim olduğu kefalet sözleşmesinde açıkça belirtilmelidir, zira asıl borçlunun malvarlığı ve ödeme gücü kefil için önemlidir.<sup>191</sup>

Esas borcun alacaklısının yanı sıra asıl borcunda kefalet sözleşmesinde yeterince açık şekilde gösterilmesi gerekir. Asıl borcun bireyselleştirilmiş sayılması için, söz konusu borcu hukuken doğru bir biçimde nitelendirmeye veya borç tutarını rakamla ifade etmeye gerek yoktur.<sup>192</sup> Kefalet sözleşmesinde kefilin sorumlu olduğu azami miktarın kefalet sözleşmesinde gösterilmesinin dışında asıl borcun senet metninde açık bir şekilde gösterilmesi zorunlu değildir. Asıl borcun senet metninden anlaşılabilir olması bunun için yeterlidir.<sup>193</sup>

Bir kimsenin belirli bir alacaklıya karşı üstlenmiş olduğu birden fazla borçtan hangisi için kefil olduğu kefalet sözleşmesinden anlaşılıyorsa, kefalet sözleşmesi geçerli değildir.<sup>194</sup> Fakat bir borçluya ait birden fazla sürekli bir borç ilişkisinden kaynaklanan ve kapsamı değişebilen çeşitli yükümlülüklerin, tek bir kefalet sözleşmesinde güvence altına alınması mümkündür.<sup>195</sup>

Esaslı noktalar hariç kararlaştırılan yan noktalar ancak kefilin durumunu ağırlaştırıyorsa şekle tabidir.<sup>196</sup> Buna karşılık kefilin durumunu hafifleten sorumluluklar şekle tabi olmadan geçerlidir.<sup>197</sup>

---

<sup>189</sup> Karahasan, s. 1218.

<sup>190</sup> Özen, Kefalet Sözleşmesi, s. 225.

<sup>191</sup> Aral, s. 439.

<sup>192</sup> Özen, Kefalet Sözleşmesi, s. 225.

<sup>193</sup> Ayrancı, Şekil Şartına Uyulmadan Yapılan Kefalet Sözleşmesinde İfanın Sonuçları, s. 100.

<sup>194</sup> Aral, s. 439; 13. HD, 03.12.1991. E. 7292/ K. 10997 (YKD 1992, s. 398).

<sup>195</sup> Özen, Kefalet Sözleşmesi, s. 228.

<sup>196</sup> Ayrancı, Şekil Şartına Uyulmadan Yapılan Kefalet Sözleşmesinde İfanın Sonuçları, s. 100.

<sup>197</sup> Karahasan, s. 1218.

Kefalet belgesi, kefalet sözleşmesi bakımından objektif açıdan esaslı noktaların yanında, kefil bakımından yani sübjektif açıdan kefilin iradesinin oluşumunda belirleyici olan noktaları da içermelidir.<sup>198</sup> Yalnız kefil bakımından gereklidir, zira TBK'nın 583. maddesi tek taraflı bir geçerlilik şartı getirmektedir. Sübjektif esaslı noktalar, taraflardan biri veya her ikisinin sözleşme kurma iradelerinin zorunlu şartı saydıkları hususlardır.<sup>199</sup> Kefilin iradesinin oluşmasında etkili olan sübjektif esaslı noktaların yazılı metinde yer almaması halinde, sözleşmenin hiç akdedilmeyeceği de iddia edilebilir. Bu durumda TBK'nın 27. maddesinin ikinci fıkrası gereği kesin hükümsüzlük sonucu doğurur. Burada oluşan geçersizlik kesin hükümsüzlük türünden bir geçersizlik olduğundan, kefilin bir iptal beyanında bulunmasına ve iptal beyanında bulunmasını mümkün kılacak herhangi bir olgunun varlığını ispat etmesine gerek yoktur.<sup>200</sup>

### 3. El Yazılı Olması Gereken Hususlar

Kefalet sözleşmesinin dar anlamda nitelikli yazılı şekle tabi olması nedeniyle özel bir takım hususlar şeklin kapsamına alınmaktadır. Bu bakımdan kefalet tarihinin, azamî sorumluluk sınırının ve varsa müteselsil kefil olma durumunun el yazısı ile belirtilmesi gerekir.<sup>201</sup>

818 sayılı Borçlar Kanununda kefilin kefil olduğu azami miktarın kefalet sözleşmesinde gösterilmesi gerekiyordu fakat bu kanunda el yazısı şartı yoktu. Uygulamada bu zorunlu şart çoğu kez yerine getirilmiyordu, azami miktar yeri boş bırakılıp, borç takibe geçeceği zaman miktar ne kadar olmuş ise o yazılıyordu. Bunu önleyebilmek için 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu kefilin sorumlu olacağı azami miktarı, kefalet tarihini ve müteselsil kefalet durumunda bu anlama gelen bir ifadenin, kefilin el yazısı ile yazması gerektiğini madde 583'de düzenledi. Bu kötüye kullanmayı engellemenin diğer bir yolu da, "geçerlilik şartı olarak kefalet sözleşmeleri noterde düzenlenir" şeklinde bir hüküm koymaktı. Fakat bu daha

---

<sup>198</sup> Özen, Kefalet Sözleşmesi, s. 230.

<sup>199</sup> Aral, s. 440.

<sup>200</sup> Özen, Kefalet Sözleşmesi, s. 230.

<sup>201</sup> Altop, Türk Borçlar Kanunu Tasarısında Yer Alan Bazı Önemli Yenilikler ve Değişiklikler, İKÜ Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 4, Sayı 1-2, Aralık 2005, s. 3-31, s. 22 (Bundan sonra "Altop, Türk Borçlar Kanunu Tasarısında Yenilikler" olarak anılacaktır)

radikal bir düzenleme ve masraflı olacağı için, kanun koyucu daha itidalli olarak el yazısı şartını seçmiştir. Ve böylece sonradan alacaklıların bu konuda bir değişiklik yapmalarının önüne geçilmek istenmiştir.

Bu el yazısı şartında madde tüzel kişiler bakımından bir ayırım getirmemektedir.<sup>202</sup> Bu durum uygulamada bir takım sorunları da beraberinde getirecektir. Öncelikle tüzel kişiler söz konusu olduğunda bu el yazısının kime ait olması gerektiği belirtilmemiştir.<sup>203</sup> Fakat bu durumlarda el yazısı ile yapılması gereken unsurların tüzel kişinin yetkili organı tarafından yapılması gerektiği düşünülebilir. Ayrıca düzenleme gereği, el yazılı olarak kefalet tarihi, müteselsil kefil olma durumu ve azamî miktarın belirtilmesi gerekeceğinden, tüzel kişinin yetkili organının birden fazla kişiden oluşması durumunda ne yapılmasının gerekeceği de açık değildir. Doktrinde bu konu hakkında farklı görüşler bulunmaktadır. Bir görüşe göre; bu durumlarda yetkili kişilerden sadece birinin el yazısı ile gerekli hususları yazması bununla birlikte mutlaka her bir yetkilinin imzalaması uygun bir çözüm olarak görülebilir.<sup>204</sup> Diğer bir görüşe göre ise bir yetkilinin el yazısı ile gerekli noktaları yazmasından sonra diğer yetkililerin el yazısı ile belirtilen bu noktaları paraf atarak onaylamaları olabilir.<sup>205</sup> Başka bir görüş ise, kefilin kendi el yazısı ifadesinden yola çıkarak, tüzel kişinin kendi el yazısından bahsedilemeyeceğinin ve bu nedenle el yazısının tüzel kişilerin kefil olmasında aranmayacağına söylenebileceğini belirtmektedir.<sup>206</sup> Bence tüzel kişilerden birinin el yazısı ile gereken yerleri doldurması yeterli olacaktır, zira hükmün amacı, limit, kefalet tarihi ve müteselsil sorumluluğa ilişkin ibarenin boş bırakılıp, sonradan alacaklı tarafından kefil aleyhine doldurulmasını engellemek ve kefilin bu unsurların bilincinde olarak hareket etmesini sağlamaktır. Sadece bir temsilcinin bu unsurları el yazısı ile yazması hükmün amacını yerine getirmektedir. Son görüş, ayrıca gerçek kişilerin yapmış olduğu kefalet sözleşmelerinde de, kefilin sorumluluk sınırı belli bir miktarı geçiyorsa, kefalet sözleşmesinin resmi şekilde yapılması taraftarıdır.<sup>207</sup>

---

<sup>202</sup> Aksoyoğlu, s. 96.

<sup>203</sup> Özen, Kefalet Sözleşmesi, s. 220.

<sup>204</sup> Aksoyoğlu, s. 96.

<sup>205</sup> Baş, Kefalet Sözleşmesinin Geçerlilik Şartları s. 129.

<sup>206</sup> Özen, Kefalet Sözleşmesi, s.216; Reisoğlu, Kefalet, s. 101.

<sup>207</sup> Özen, Kefalet Sözleşmesi, s. 222.

Ancak gerçek kişilerin resmi şekilde kefalet sözleşmesi yapmaları durumlarında, noter tarafından düzenlenen kefalet sözleşmelerin nitelikli yazılı şekli karşılıklı karşılamayacağı hususu tartışılmalıdır. 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu gerçek kişilerin kefil oldukları miktar bakımından herhangi bir ayırım yapmaksızın nitelikli yazılı şekilde yapılmasını öngörmüştür. Fakat resmî yazılı şekil kuralının, nitelikli yazılı şekil kuralının üzerinde olduğu için herhangi bir geçersizliğin söz konusu olmayacağı ileri sürülebilir. Bununla birlikte, nitelikli borç altına giren tarafın bir takım hususları el yazısı ile yazmasının gerekçesi onu daha fazla düşünmeye sevk etmek içindir. Sözleşmenin resmi şekilde yapılması durumunda da borç altına gireni koruma amacı vardır. Yani aslında iki şeklin amaçları da aynıdır. Bence resmî şekil, farklı bir yol ile de olsa nitelikli yazılı şekil kuralının sağlayacağı korumayı sağlamakta ve kefil düşünmeye sevk etmektedir, bu nedenle resmi şekilde yapılan kefalet sözleşmesi de geçerli olmalıdır.

El yazısı şartı ile birlikte, yazma bilmeyenler veya sakatlığı sebebi ile yazamayanların kefil olup olamayacağı tartışma konusu oldu. Bir görüşe göre ki bu görüş çok lâfzî yorum yapıyor; bu şekil şartı herkes ve her durum için geçerli, yani yazma bilmeyenler veya sakatlığı sebebi ile yazamayanlar kefil olamayacaklar demektedir.<sup>208</sup> Diğer bir görüş ise; bu tür kişilerin çok rahatlıkla noterde düzenlenecek bir kefalet sözleşmesi yapabilecekleri kanaatinde, zira el yazısı şartının amacı olan kefile güvence sağlamak, noter huzurunda yapılan bir kefalet sözleşmesinde de yerine getirilmiş oluyor.<sup>209</sup> Bana göre de bu durumda olan kişilerin kefalet sözleşmesi yapma hakları ellerinde alınmamalı, ikinci görüşün de belirttiği gibi amaç burada kefil korumak ve noterde yapılan kefalet sözleşmesinde en azından el yazısı şeklindeki gibi koruma mevcuttur.

---

<sup>208</sup> Öz, Yenilikler, s. 120; Reisoğlu, Kefalet, s. 89,

<sup>209</sup> Altop, Borçlar Kanununda Getirilen Yenilikler, s. 75; Özen, Kefalet Sözleşmesi, s. 218, 220.

### a. Kefilin Sorumlu Olduğu Azami Miktarın Sözleşmede Gösterilmesi

Kefalet sözleşmesinin geçerli olabilmesi için kefilin sorumlu olduğu azami miktarın kefalet sözleşmesinde açıkça gösterilmesi zorunludur.<sup>210</sup> Bu şart BK'nın 484. maddesinde de yer almaktaydı, zira orda “kefilin mes'ul olacağı muayyen miktar” ifadesi kullanılmaktaydı. Fakat BK'nın 484. maddesinden farklı olarak kefilin sorumlu olduğu azami miktar, kefil tarafından el yazısı ile yazılması şartı getirilmiştir. Bu durumda 818 sayılı Borçlar Kanununa göre bu konuda el yazısı şartı hariç bir değişiklik mevcut değil gibi görünse de, Yargıtay'ın konu hakkındaki içtihatları göz önünde bulundurulduğunda, mevcut değişikliğin başkaca bir takım sonuçları da beraberinde getireceği düşünülmektedir.<sup>211</sup>

Yargıtay, BK'nın 484. maddesinde yer alan bu kural ile ilgili olarak verdiği pek çok kararında<sup>212</sup>, 12.04.1944 tarihli Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararına<sup>213</sup> da atıfta bulunarak “kefil olunan meblağa sözleşmede yer verilmemiş olmasına rağmen bu meblağın sözleşme içeriğinden anlaşılabilir olduğu durumlarda kefaletin geçerli olduğu” görüşünü savunmaktadır. Ancak, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun getirdiği bu yenilikle birlikte bu görüşü savunma olanağı artık ortadan kalkacak ve dolayısıyla kefil olunan meblağı içermeyen kefalet sözleşmelerinin geçersiz kabul edilmesi gerekecektir. Zira TBK'nın 583. maddesine göre geçerli bir kefalet sözleşmesinden söz edebilmek için kefilin sorumlu olacağı azami miktarın sözleşmede kendi el yazısıyla belirtilmesi gerektiğinden, söz konusu hükmün yorum yoluyla genişletilebilmesi artık mümkün değildir.<sup>214</sup>

Diğer kanunda olduğu gibi kefilin sorumlu olduğu azami miktarın rakamsal belirginlikle gösterilmesinin şart olup olmadığı, dolaylı yoldan yapılacak bir hesaplamayla belirlenebilir olmasının yeterli olup olmadığı tartışılmaya devam edilebilir. Zira madde 583'de, sadece kefilin sorumlu olacağı azami miktarın kefilin

---

<sup>210</sup> Yavuz, N. , s. 260.

<sup>211</sup> Haznedar, s. 5.

<sup>212</sup> Bkz. 19. HD. 08.10.2010, E2408/K.6266; . “Bilindiği gibi, kefalet sözleşmesinin geçerliliği, yazılı olması ve kefalet limitinin belirlenmesi koşuluna bağlıdır. Ancak, kefalet limiti açıkça gösterilmemiş olsa bile 12.4.1944 tarihli Yargıtay İçtihadı Birleştirme kararı uyarınca, sözleşme içeriğinden sorumluluk limiti belirlenebiliyorsa, bu takdirde sözleşme yine geçerli olacaktır.”

<sup>213</sup> Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararı, 12.04.1944, E.14/K.13.

<sup>214</sup> Aksoyoğlu, s. 97.

el yazısı ile belirtilmesi aranmakta, rakamsal bir belirlilikten bahsedilmemektedir.<sup>215</sup> Üst sorumluluk sınırının rakamlarla mı yoksa harflerle mi yazılacağı hususunda ise önemli olan kefilin el yazısıyla yazılması olduğu ve bu nedenle rakamlarla yazılan miktarın sözleşmenin geçerliliğini etkilemeyeceği düşüncesindeyim. Dolayısıyla bu düzenlemeden sonra kefalet asıl borç sözleşmesindeki miktara yapılan atıf ya da azami miktarın hesaplanabilir olmasıyla geçerli olamayacaktır, çünkü bu amaçlanan korumayı sağlamaz.

Kefalet sözleşmesinde kefilin sorumlu olduğu azami miktarın para cinsinden gösterilmesi gerekmektedir.<sup>216</sup> Ancak kefilin sorumlu olduğu azami miktarın yabancı para cinsinden gösterilmesi bakımından herhangi bir engel bulunmamaktadır.<sup>217</sup>

Kefilin sorumlu olacağı azami miktarın kapsamına yalnız anapara değil, borçlunun kusur ve temerrüdünün sonuçları, akdi faizler ile dava ve takip masrafları da girer.<sup>218</sup>

Bu düzenlemenin amacı kefilin muhtemel risklerden koruma düşüncesidir. Özellikle matbu metin kullanan finans kuruluşlarının kötü niyetli davranışlarını önleme bakımından isabetli olmuştur.

## **b. Kefalet Tarihinin Sözleşmede Gösterilmesi**

Kefalet sözleşmesinin geçerlilik şartları konusunda getirilen bir diğer yenilik de, kefalet tarihinin kefalet sözleşmesinde kefilin el yazısı ile belirtilmesi zorunluluğudur (6098 sayılı Borçlar Kanunu madde 583 birinci fıkrada). Benzer nitelikte bir hüküm 818 sayılı Borçlar Kanununda bulunmamaktaydı. Bu sıkı şekil düzenlemesinde 818 sayılı Borçlar Kanunundaki uygulamanın etkisi olmuştur. Zira uygulamada kefalet sözleşmelerinde, kefalet sözleşmesinin tarihi genellikle boş bırakılmakta idi. Bunun da çoğu kez kefilin aleyhine olacağı şüphesizdir. TBK madde 583'ün düzenlemesi yalnızca kefalet tarihinin yazılı

---

<sup>215</sup> Barlas, s. 359.

<sup>216</sup> Ayrancı, Şekil Şartına Uyulmadan Yapılan Kefalet Sözleşmesinde İfanın Sonuçları, s. 102.

<sup>217</sup> Reisoğlu, Seza, Kefalet Kavramı ve Muteberlik Şartları, s. 384, AÜHFD, Cilt: 19/Yıl: 1962/Sayı: 1-4, s. 327-392, s. 384 Bundan sonra "Reisoğlu, Kefalet Kavramı ve Muteberlik Şartları" olarak anılacaktır).

<sup>218</sup> Şahan, Gökhan, Kefalet Sözleşmesinin Sona Ermesi, Erciyes Üniversitesi, Yüksek Lisans Tezi, Kayseri 2007, s. 25 (Bundan sonra "Şahan, Kefalet Sözleşmesinin Sona Ermesi" olarak anılacaktır); Aral, s. 440.

olmasını aramış olsaydı, mevcut uygulamada olduğu gibi, sözleşmedeki tarih kısmı daha sonra alacaklı tarafından doldurulabilecekti.<sup>219</sup> Ancak kefilin el yazısını aramakla, bunun önüne geçilebilir. Zira kefil, sözleşme kurulduktan daha sonraki bir vakitte, kendi aleyhine olacak şekilde sözleşmeye tarih eklemeyi kabul etmekten kaçınabilir ve tarihin eksikliği de şekle aykırılık nedeniyle sözleşmenin kesin hükümsüz olması sonucunu doğurur.<sup>220</sup>

Kefalet tarihinin sözleşmede el yazısı ile gösterilmesinin temel nedenlerinden biri; TBK'nın 589. maddesinde yer alan "*sözleşmede aksi açıkça kararlaştırılmadıkça borçlunun sadece kefalet sözleşmesinin kurulmasından sonraki borçlarından sorumlu olması*" kuralının uygulanabilmesi içindir.<sup>221</sup> Yani kural olarak kefil ancak kefalet sözleşmesinin kurulmasından sonraki borçlardan sorumlu olacağı için kefalet tarihi de burada önem kazanıyor.<sup>222</sup>

Diğer bir neden ise TBK'nın 600. maddesinde öngörülen süreli kefaletin sonunun belirlenebilmesi için, kefalet sözleşmesinin kurulduğu tarihin sözleşmeden açıkça anlaşılması şartıdır.<sup>223</sup> Zaten kefalet sözleşmesinin süresi TBK'nın 598. maddesinin ikinci fıkrasına göre gerçek kişiler için 10 yıl ile sınırlandırılmıştır. Yani süreli olmayan kefalet sözleşmeleri bakımından da 10 yıllık azamî süre için kefalet sözleşmesinin kurulma tarihi belirleyicidir.<sup>224</sup> Zira süresiz kefaletlerde kefalet süresinin bir azami süreyle sınırlandırılması gerektiği düşünülmekteydi. Çünkü eski kanundaki düzenleme çerçevesinde bir kişi bir genel kredi sözleşmesine kefil olmuşsa o kefaletten uzun yıllar kurtulma şansı yoktu. Ancak alacaklı asıl borçluyula ilişkisini tamamen keserse veya kefilin çıkmasına izin verirse kefalet sözleşmesinden kurtulma imkânı vardı yani alacaklının takdirine kalmış bir durumdu.<sup>225</sup> Sona ermeyen bir borç ilişkisini de kabul etmek mümkün değil. Bu açıdan bu düzenleme çok isabetli olmuş ve bitiş tarihini hesaplayabilmek için kefalet tarihinin sözleşmede yer alması gerekiyor.

---

<sup>219</sup> Barlas, s. 355.

<sup>220</sup> Ayrancı, Şekil Şartına Uyulmadan Yapılan Kefalet Sözleşmesinde İfanın Sonuçları, s. 102.

<sup>221</sup> Yavuz, N. , s. 261.

<sup>222</sup> Altop, Borçlar Kanununda Getirilen Yenilikler, s. 75.

<sup>223</sup> Aksoyoğlu, s. 97.

<sup>224</sup> Baş Kefalet Sözleşmesinin Geçerlilik Şartları s. 133.

<sup>225</sup> Altop, Borçlar Kanununda Getirilen Yenilikler, s. 81.



Başka bir neden de kefalet sözleşmesinin evliyken yapılıp yapılmadığını tespit edebilmek için, zira TBK'nın 584. maddesiyle getirilen "eşin izni" kuralının uygulanabilmesi bakımından önem kazanıyor.<sup>226</sup>

### c. Müteselsil Kefaletin Sözleşmede Gösterilmesi

TBK'nın 583. maddesinde diğer bir geçerlilik şartı da kefalet sözleşmesinde kefilin el yazısı ile müteselsil kefil olmuşsa bunu gösteren bir ifadenin bulunmasıdır.<sup>227</sup> Zira müteselsil kefalet, adi kefaletle kıyasla daha ağır bir sorumluluk getirir. Çünkü adi kefile tanınan bazı savunmalar müteselsil kefile tanınmamaktadır.<sup>228</sup> 818 sayılı Borçlar Kanunu uygulamasında yapılan yorum gereği, kefalet sözleşmesinden müteselsil kefil olma iradesi anlaşılıyor veya kanun ile müteselsil kefaletin varlığı kabul edilmiyorsa adi kefaletin var olduğu sonucuna varılmakta idi.<sup>229</sup> 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun yürürlüğe girmesinden sonra artık bu tür bir yoruma gerek kalmamıştır. Zira müteselsil kefalet kararlaştırılmak istenildiğinde, bunun mutlaka kefilin el yazısı ile yazılması gerekmektedir. Aksi halde, sözleşme adi kefalet olarak kurulmuş olur.

TTK'nın 7. maddesi; yani ticarî bir iş için birden fazla kişi borç altına giriyorsa, bu kişilerin müteselsilen sorumlu oldukları karinesinin yer aldığı düzenleme karşısında kefalet sözleşmesinde kefilin el yazısı ile müteselsil kefil olmuşsa bunu gösteren bir ifadenin bulunması şartının nasıl uygulanacağı tartışmalıdır. Hatta TTK'nın 7. maddesinin ikinci fıkrasında ayriyeten bu karinenin kefalet sözleşmesi için bu müteselsil sorumluluğun hem kefil ile asıl borçlu hem de birden fazla ise kefiller arasında olacağını belirtmektedir. Söz konusu karine ancak ticarî borca kefil olduğunda, kefaletin türü belirtilmemiş ise anlam kazanır. Eğer bu geçerlilik şartının ticari borca kefil olduğunda da geçerli olduğunu varsayar isek, bu tür bir karineye zaten ihtiyaç kalmamaktadır, zira belirtilmeyen her kefalet adi kefalettir. Borçlar Kanunu aksi kararlaştırılmadıkça adi kefaleti benimserken, TTK müteselsil kefaleti benimsemiştir. Sonuç için asıl tartışılması gereken konu: kefaletin türü müteselsil kefalet olarak belirtilmemişse, müteselsil kefalet geçerli olmaz diyen

---

<sup>226</sup> Haznedar, s. 6.

<sup>227</sup> Öz, Yenilikler, s. 120.

<sup>228</sup> Şahan, Kefalet Sözleşmesinin Sona Ermesi, s. 28.

<sup>229</sup> Reisoğlu, Kefalet, s. 88; 4. HD. 13.03.1952. E.2089/K.1626.

TBK madde 583 kuralı karşısında hangi kuralın üstün tutulması gerektiğidir. Bu bağlamda ticari işlerde kefalette TBK madde 583 fıkra 1'in uygulanıp uygulanmayacağı konusunda doktrinde farklı görüşler mevcuttur. Bir görüşe göre TBK madde 583 fıkra 1'in hükmü, ticari işler bakımından TTK madde 7'de öngörülen teselsül karinesini ortadan kaldıracaktır.<sup>230</sup> Zira TTK madde 7 hükmünde öngörülen teselsül karinesi ispat bakımındandır ve söz konusu karine TBK madde 583 de öngörülen şekil şartını ortadan kaldırmayacaktır. Yani ticari işlerde de kefilin müteselsil kefil olduğunu veya bu anlama gelebilecek bir ifadeyi kefalet belgesine kendi el yazısı ile yazmaması halinde kefaletin müteselsil kefil olduğu kabul edilmeyecektir. Bu konuda yapılacak diğer yorum ise TTK madde 7'nin özel bir düzenleme getirmek suretiyle, ticarî borca kefil olduğunda müteselsil kefil olma iradesinin el ile yazılması kuralına istisna getirildiği yönünde olabilecektir.<sup>231</sup>

Kanaatimce bu hususta da, TBK madde 583'deki şarta bir istisna mevcuttur. TTK madde 7'nin ticarî işlere özgü bir düzenleme getirdiği dikkate alınarak, ticarî işlerde müteselsil kefil olma esas kabul edilmeli; bu konuda kefilin el yazısı ile yazması şartı aranmamalıdır.

## **B. Temsil Yetkisi Verilmesinde ve Ön Sözleşme Yapılmasında Şekil Şartı**

### **1. Temsil Yetkisi Verilmesinde Şekil Şartı**

Kefalet sözleşmesi gerek kefil ve gerekse alacaklı tarafından temsil yolu ile yapılabilir.<sup>232</sup> Hatta BK'nın 388. maddesinde kefil olma yetkisinin bir vekile verilmesi özel bir yetkilendirmeyi gerektiren haller arasında sayılmamakta idi. Yargıtay'ında her türlü sözleşmeyi yapmaya yetkili kılınan bir vekilin, müvekkili adına geçerli olarak kefalet sözleşmesi yapabileceğine dair içtihadı bulunmaktadır.<sup>233</sup> Fakat doktrinde kefil olmak için verilen yetkinin özel yetki olması gerekip gerekmediği tartışmalıydı. Doktrinde bir görüş BK'nın 388. maddesinin üçüncü fıkrasına dayanarak kefalet sözleşmesi yapılmasında özel yetkiyi

<sup>230</sup> Reisoğlu, Kefalet, s. 35.

<sup>231</sup> Baş, Kefalet Sözleşmesinin Geçerlilik Şartları s. 134; Gümüş, s.345.

<sup>232</sup> Özen, Kefalet Sözleşmesi, s. 261.

<sup>233</sup> Yavuz, N. , s. 68 / TD.31.1971.840/2594.

aramamaktaydılar.<sup>234</sup> Ancak diğerk bir görüş BK'nın 388. maddesinde sayılan hallerin sınırlı sayıda olmadığını ve dolayısıyla kefalet sözleşmesi akdedilmesi için de özel yetki verilmesi gerektiğini ifade etmemektedirler.<sup>235</sup> Başka bir görüşe göre ise, genel yetki ile olağanüstü işlem yapılması mümkün değildir. Bu bakımdan önemli kefalet sözleşmesi akdetmek genellikle olağanüstü bir işlem olarak kabul edilip, özel yetki aranabilir demektedirler.<sup>236</sup>

Ayrıca doktrinde diğerk bir tartışma konusu da temsil yetkisi şekle bağlı olmasa da, yapılması için temsil yetkisi verilen işlem şekle bağlı ise, temsil yetkisi verilmesinin şekle bağlı olup olmayacağıdır.<sup>237</sup> Zira kural olarak temsil beyanı şekle tabi değildir. Fakat 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu bu tartışmalara bir son verdi, zira TBK'nın 504. maddesi gereği artık kefalet için de özel yetki aranacaktır. Ve TBK'nın 583. maddesinin ikinci fıkrasının birinci cümlesinde; *“Kendi adına kefil olma konusunda özel yetki verilmesi ve diğerk tarafa veya bir üçüncü kişiye kefil olma vaadinde bulunulması da aynı şekil koşullarına bağlıdır”* demektedir. Yani bu madde yukarıda açıkladığım şekil şartlarının, temsil yoluyla kefalet sözleşmesi kurulması konusunda temsilciye verilecek yetki ve ileride kefalet sözleşmesi kurma hususunda yapılacak ön sözleşmeler için de geçerli olduğunu belirtmektedir.

TBK'nın 583. maddesindeki şekil şartları ( kefilin el yazısı ile kefilin sorumlu olacağı azami miktarın, kefalet tarihinin ve müteselsil kefalet durumunda, bu anlama gelen bir ifadenin yazılması) temsil yetkisinin noterce re'sen düzenlenen bir vekâletname ile verilmesi durumunda aranmayacaktır.<sup>238</sup> Çünkü hükmün amacı bu bilgilerin boş bırakılıp sonradan kefil aleyhine doldurulmasını engellemek ve kefilin bu unsurların bilincinde olarak hareket etmesini sağlamaktır. Zaten noterde düzenlenen bir vekâletname ile bu amaç yerine getirilmiş olmaktadır.

---

<sup>234</sup> Reisoğlu, Kefalet, s. 100.

<sup>235</sup> Aral, s. 436.

<sup>236</sup> Yavuz, N. , s. 68; Tandoğan, Kefaletin Geçerlilik Şartları, s. 39.

<sup>237</sup> Özen, Kefalet Sözleşmesi, s. 264.

<sup>238</sup> Barlas, s. 356.

## 2. Ön Sözleşme Yapılmasında Şekil Şartı

TBK'nın 583. maddesinin ikinci fıkrası, kefalet sözleşmesi için aranan geçerlilik şeklinin kefalet sözleşmesi yapılması vaadine (kefalet ön sözleşmesine) de uygulanacağını belirtmektedir. Bu düzenleme aslında TBK'nın ön sözleşmeyi düzenleyen 29. maddesinin bir tekrarıdır; TBK madde 29: *“Bir sözleşmenin ileride kurulmasına ilişkin sözleşmeler geçerlidir.*

*Kanunlarda öngörülen istisnalar dışında, önsözleşmenin geçerliliği, ileride kurulacak sözleşmenin şekline bağlıdır.”*

BK'nın 22. maddesi gereği de şekle bağlı bir sözleşme için yapılacak ön sözleşme de aynı şekle uygun olarak yapılmalıdır. TBK'nın ön sözleşmeyi düzenleyen 29. maddesi de, 818 sayılı Borçlar Kanunu'nun 22. maddesine paralel bir düzenlemedir.

Kanaatimce TBK'nın 583. maddesinin ikinci fıkrasının birinci cümlesi yerinde bir düzenleme olmuştur, zira bu düzenlemelerin amacı kefilin korumaya yöneliktir ve özellikle kefilin kendisi değil de üçüncü bir şahıs onun yerine sözleşme kuracaksa aynı kefalet sözleşmesi kuruyormuş gibi vekâlet sözleşmesinde de bu koruyucu şekil şartlarına uyulmalıdır. Ayrıca ön sözleşme için de bu şekil şartlarının geçerli olması isabetli olmuştur.

### C. Sonradan Yapılacak Değişiklikler

TBK'nın 583. maddesinin üçüncü fıkrasına göre; kefalet sözleşmesinde sonradan yapılan ve kefilin sorumluluğunu arttıran değişiklikler, kefalet için öngörülen şekle uyulmadıkça hüküm doğurmaz. Ama zaten TBK'nın 13. maddesinde genel bir kural koymak suretiyle şekle bağlı sözleşmelerde yapılacak değişikliklerin aynı şekil kuralına uygun yapılması gerektiğini ifade etmektedir; *“Kanunda yazılı şekilde yapılması öngörülen bir sözleşmenin değiştirilmesinde de yazılı şekle uyulması zorunludur. Ancak, sözleşme metniyle çelişmeyen tamamlayıcı yan hükümler bu kuralın dışındadır.*

*Bu kural, yazılı şekil dışındaki geçerlilik şekilleri hakkında da uygulanır.”*

Aynı şekilde bir hüküm 818 sayılı borçlar Kanunu'nun da yer almaktaydı, BK'nın 12. maddesine göre şekle tabi sözleşmelerde yapılacak değişikliklerde de aynı şekil kuralına uyulması gerekmektedir demekteydi. Fakat 818 sayılı Borçlar Kanununda ayrıyeten kefalet sözleşmesinde yapılacak değişikliklerle alakalı TBK'nın 583. maddesi gibi özel bir hüküm bulunmamaktaydı. Bu sebeple değişiklik kavramı tartışmalıydı. Zira madde 583'ün belirttiği gibi sadece kefilin sorumluluğunu artıran değişikliklerin mi yoksa her türlü değişikliğin mi şekil şartına tabi olduğu tartışmalıydı.<sup>239</sup>

Her ne kadar TBK'nın 583. maddesinin üçüncü fıkrası madde 13'ün tekrarı gibi görünse de bu tartışmaya bir son vermiştir. Sadece kefilin sorumluluğunu arttıran mesela adi kefaletten müteselsil kefalete çevrilmesi durumunda veya kefilin sorumlu olacağı en yüksek miktarı artıran sonraki değişikliklerin yazılı şekilde yapılması ve sorumluluk miktarının artırılması durumunda ise yeni miktarın sayı ile gösterilmesi gerekir.<sup>240</sup> Bu hükümden açıkça anlaşıldığı gibi, kefilin sorumluluğunu hafifletici değişikliklerde ise şekil şartının aranmasına gerek yoktur. Ancak yapılacak değişikliklerin ispat bakımından adi yazılı şekilde yapılırsa yerinde olacaktır. Özellikle Hukuk Muhakemeleri Kanunu madde 200 fıkra 1<sup>241</sup> hükmü gereği 2500 TL 'yi aşan değerde bir değişiklik söz konusu ise senetle ispat olunması gerekecektir.

#### **D. Şekil Şartına Uymamanın Ve Şekle Aykırı Kefalet Sözleşmesinin İfa Edilmesinin Sonuçları**

Kural olarak kanunda öngörülen şekil şartına uyulmadan yapılan sözleşmeler TBK madde 12 gereği geçersizdir. Bu bakımdan geçerlilik şartına uyulmadan yapılan kefalet sözleşmesi de geçerli olmaz. Bu husus 583. maddenin 1. fıkrasının 1. cümlesinde de açıkça belirtilmektedir; “*Kefalet sözleşmesi, yazılı şekilde*

<sup>239</sup> Baş, Kefalet Sözleşmesinin Geçerlilik Şartları s. 135.

<sup>240</sup> Yavuz, N. , s. 264.

<sup>241</sup> HMK md. 200/1 hükmündeki düzenlemeye göre; Bir hakkın doğumu, düşürülmesi, devri değiştirilmesi, yenilenmesi, ertelenmesi, ikrarı ve itfası amacıyla yapılan hukuki işlemlerin, yapıldıkları zamanki miktar ve değerleri 2500 TL geçtiği takdirde senetle ispat olunması gerekir. Bu hukuki işlemlerin miktarı ve değeri ödeme veya borçtan kurtarma gibi bir nedenle 2500 TL aşağı düşse bile senetsiz ispat olunamaz.

*yapılmadıkça ve kefilin sorumlu olacağı azamî miktar ile kefalet tarihi belirtilmedikçe geçerli olmaz*“. Geçersizliğin hukuki niteliği hakkında doktrinde görüş ayrılığı mevcuttur. Doktrinde en baskın görüşe göre söz konusu geçersizliğin türü kesin hükümsüzlüktür.<sup>242</sup> Bu görüşün yanı sıra geçersizliğin kendine özgü geçersizlik olduğu gibi görüşler de ileri sürülmüştür.<sup>243</sup> Kesin hükümsüzlük görüşüne göre, hâkim re’sen şekil şartına uyulup uyulmadığını inceler. Taraflardan birinin, diğer görüşte olduğu gibi, şekil ayrılığını ileri sürmesi zorunlu değildir.<sup>244</sup> Şekil şartına uyulmadığı için geçersiz olan kefalet sözleşmesine, kefilin sonradan açık veya örtülü bir şekilde onay vermesi sözleşmeye geçerlilik kazandırmak için yeterli değildir.<sup>245</sup>

İfadan önce kefil, şekil şartına uyulmadan yapılan kefalet sözleşmesinde her zaman şekle aykırılığı ileri sürebilir, bu durum hakkın kötüye kullanılmasını oluşturmaz.<sup>246</sup> TBK’nın 583. maddesinin birinci fıkrasının aradığı şekle aykırı bir kefalet sözleşmesi, söz konusu şekle uygun bir kefalet sözleşmesinin yapılmasını talep etme hakkı dahi vermez.<sup>247</sup>

TBK’nın 583. maddesinde aranan şekle aykırı olan kefalet sözleşmesi, kesin hükümsüz sayılacağı için, kefilin ifası ile geçerli hale gelmez.<sup>248</sup> Şekil eksikliği bulunan bir kefalet sözleşmesini kefil bu noksanlığı bilmeden sözleşmenin geçerli olduğunu düşünerek ifada bulunmuşsa, nedensiz zenginleşme davası yoluyla verdiğini geri isteyebilir. Yargıtay’ın da bu şekilde kararları mevcuttur<sup>249</sup>. Yargıtay’a

---

<sup>242</sup> Reisoğlu, Kefalet, s. 93.

<sup>243</sup> Altaş, Hüseyin, Şekle Aykırılığın Olumsuz Sonuçlarının Düzeltilmesi, ( Yetkin Yayınevi, Ankara 1998) s. 143 vd. (Bundan sonra “Altaş, Şekle Aykırılığın Olumsuz Sonuçlarının Düzeltilmesi” olarak anılacaktır).

<sup>244</sup> Ayrancı, Şekil Şartına Uyulmadan Yapılan kefalet Sözleşmesinde İfanın Sonuçları, s.103.

<sup>245</sup> Reisoğlu, Kefalet, s. 94.

<sup>246</sup> Ayrancı, Şekil Şartına Uyulmadan Yapılan Kefalet Sözleşmesinde İfanın Sonuçları, s.104; Reisoğlu, Kefalet, s. 94.

<sup>247</sup> Özen, Kefalet Sözleşmesi, s. 243.

<sup>248</sup> Özen, Kefalet Sözleşmesi, s. 242.

<sup>249</sup> Yargıtay. 3. HD., 06. 04. 1989 T., 9431 E., 3528 K. Yargıtaya göre, “Şekil noksanı veya yokluğu nedeniyle geçerli bulunmayan bir kefalete dayanılarak ödemede bulunan kefilin nedensiz zenginleşme iddiasında bulunabileceğine hiçbir yasal engel bulunmamaktadır. Zira ödeme sonucunda alacak sona ermiş ise, haksiz olarak borçlunun zenginleştiğinin kabulü gerekir. Öyle ki alacağın sona ermesi ile, alacaklı hakkı olan bir edayı kabul etmiş olacak, buna karşı borçlu nedensiz olarak borcundan kurtulmuş, mal varlığında haklı olmayan bir artış meydana gelmiş bulunacaktır”. (Reisoglu, Kefalet, s. 60).

göre bu durumlarda, kefil sebepsiz zenginleşme davasını borçluya karşı açmalı.<sup>250</sup> Kefilin söz konusu sebepsiz zenginleşme hükümlerinden yararlanabilmesi için; TBK'nın 78. maddesi uyarınca, kefalet borcunun varlığı hususunda hataya düştüğünü ispatlaması gerekir. Fakat kefil sözleşmenin şekil eksikliği sebebiyle geçersiz olduğunu bilerek ve kendi isteği ile borcunu ifa ettikten sonra geçersizlik iddiası ile iade talebinde bulunursa, bu durum Türk Medeni Kanunu 2. maddesi uyarınca hakkın kötüye kullanılması anlamına gelecektir.<sup>251</sup> Bu nedenle kefaletin geçersizliğini bilerek ödemede bulunma bir elden bağışlama oluşturur ve kefilin açacağı sebepsiz zenginleşme davası ile ödediğini geri alabilme olanağı yoktur.<sup>252</sup>

## **E. Alman Hukukunda Kefalet Sözleşmesinin Şekli**

### **1. Uyulması Gereken Şekil Şartı**

Kefalet sözleşmesi BGB madde 766'ya göre yazılı şekilde kurulmalıdır. Yazılı şekil BGB madde 126'da düzenlenmiştir. Yazılı şekil senedin altına kefil tarafından atılan imza veya kefil tarafından senedin altına atılan parafın noterce tasdik edilmesi ile yerine getirilmiş olur.<sup>253</sup> Bu maddeye göre yazılı şeklin gerçekleşmesi için senedin altında kefilin imzasının bulunması veya noterce tasdik edilen bir parafının bulunması yeterli olacaktır. Senedin tamamının el yazısı ile yazılmış olması gerekmez.<sup>254</sup> Yani Alman hukukunda Türk hukukunda olduğu gibi nitelikli yazılı şekil değil adi yazılı şekil aranmaktadır. Kefilin imzası senedin içeriğinin tamamını kapsayacak bir şekilde senedin altında olmalıdır<sup>255</sup> Çünkü senedin içerdiği yükümlülüklerin tamamından haberdar olmalıdır.

---

<sup>250</sup> Yargıtay. 3. HD., 06. 04. 1989 T., 9431 E., 3528 K.

<sup>251</sup> 13. HD., 02.12.1991, T. 7217 E. 10901.

<sup>252</sup> Sücüllü, Aslı, Kefalet Sözleşmesi ve Kefalet Sözleşmesinin Şartları (Ankara Üniversitesi SBE Özel Hukuk (Medeni Hukuk) Anabilim Dalı Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2006) s. 125 (Bundan sonra "Sücüllü, Kefalet Sözleşmesi ve Kefalet Sözleşmesinin Şartları" olarak anılacaktır).

<sup>253</sup> Schapp, Jan /Schur, Wolfgang, Einführung in das Bürgerliche Recht, (3. Bası, Vahlen Verlag, München 2003) Kn. 453 (Bundan sonra "Schapp/Schur" olarak anılacaktır).

<sup>254</sup> Dauner-Lieb/Langen (Hrsg.), Beckmann (Bearb.) Nomos Kommentar Schuldrecht BGB, § 766 Kn.7.

<sup>255</sup> BGHZ, 113, 48, 51; Reinicke/Tiedtke, Kreditsicherungsrecht, (4. Bası Luchterland Verlag, Neuwied 2000) Kn. 142 (Bundan sonra "Reinicke/Tiedtke, Kreditsicherungsrecht" olarak anılacaktır).

Noter huzurunda yapılan kefalet sözleşmesi BGB'nin 126. maddesinin dördüncü fıkrasına göre yazılı şekil şartını karşılıyor. Fakat bu maddenin üçüncü fıkrası her ne kadar elektronik form da yazılı şekil şartını yerine getiriyor dese de BGB'nin 766. maddesinin ikinci cümlesi kefalet sözleşmeleri için elektronik form geçerli değildir demektedir. Türk hukukunda da 2004 tarihli ve 5070 sayılı Elektronik İmza Kanunu'nun 5. maddesinin 2. fıkrasının da da teminat sözleşmelerin dolayısıyla kefalet sözleşmesinin'de elektronik imza ile gerçekleştirilmeyeceği düzenlenmiştir.

Kefalet sözleşmesinin şekle bağlanmasının asıl amacı kefilin korunması ve onu acelece düşünmeden hareket etmesini engellemek.<sup>256</sup> Ayrıca Türk hukukunda olduğu gibi Alman hukukunda da kefalet sözleşmesinin şekli geçerlilik şartıdır, zira yazılı yapılmayan kefalet sözleşmesi BGB madde 766 ve madde 125'e göre hüküm doğurmaz.<sup>257</sup> Fakat kefalet sözleşmesi tek tarafa borç yükleyen bir sözleşme olduğundan sadece kefilin beyanı bu yazılı şekil şartına uygun olmalıdır.<sup>258</sup>

BGH'ya göre<sup>259</sup> faks yoluyla yollanan kefalet sözleşmesi BGB madde 766'da aranan şekil şartı için yeterli değildir, zira kefalet senedinin orijinalinin alacaklıya yazılı şekilde iletilmesi („schriftliche Erteilung“) gerekmektedir, faks yoluyla yollanan senet orijinal değil fotokopi hükmündedir.<sup>260</sup>

Kefalet senedi yazılı şekle uygun olması için ve belirlilik ilkesi gereği önemli olan tüm unsurları yani esaslı noktaları (essentialia negotii ) içermeli. Kefalet sözleşmesinin esaslı noktaları; kefil olma isteği, asıl borçlu, alacaklı ve kefalet altına alınan asıl borç miktarıdır.<sup>261</sup> Fakat bu esaslı noktaların bazılarının eksikliği, aynı Türk hukukunda olduğu gibi, kefalet sözleşmesinde belirtilen diğer unsurlar aracılığı ile giderilebiliyorsa veya olayın koşulları göz önünde tutularak yorum yoluyla asıl borç tanımlanabiliyorsa (Aedeutungstheorie), kefalet sözleşmesi eksikliğe rağmen geçerliliğini koruyacaktır.<sup>262</sup>

---

<sup>256</sup> Reinicke, Dietrich/Tiedtke, Klaus, Kreditsicherungen, Kn. 126

<sup>257</sup> Reinicke/Tiedtke, Bürgschaftsrecht, Kn. 70.

<sup>258</sup> Prüttinger/Wegen/Weinreich (Hrsg.), Brödermann (Bearb.) BGB Kommentar, § 766 Kn. 3.

<sup>259</sup> BGH NJW, 1993, 1126.

<sup>260</sup> Larenz, Lehrbuch des Schuldrechts, § 60 s. 1.

<sup>261</sup> Medicus/Lorenz, s. 328 Kn. 1008.

<sup>262</sup> Rohe (Bearb.) Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, § 766 Kn. 5; BGHZ, 26, 142,146.



Esaslı noktalardan kefil olma isteğinin belirtilmiş olması için mutlaka kefalet veya kefil kelimeleri kullanılması gerekmiyor. Aynı Türk hukukunda olduğu gibi; önemli olan yükümlülük altına giren kişinin, kefalet sözleşmesinin niteliğine uygun olarak, asıl borçlunun borcunu ifa etmemesi durumunda, fer'i surette sorumlu tutulacağıının anlaşılabilir olmasıdır.<sup>263</sup> Alacaklı ve borçlunun da kefalet senedinde ismen gösterilmesi zorunlu değildir, belli edilebilir olması yeterlidir.<sup>264</sup> Türk hukukunda ise sadece alacaklının belli edilebilir olması yeterli, fakat asıl borçlunun ismen açıkça kefalet senedinde belirtilmiş olması gerekiyor.

Ayrıca Türk hukukunda olduğu gibi kefilin sorumlu olacağı miktar, kefalet tarihi ve müteselsil kefalet söz konusu ise bu husus kefilin kendi el yazısı ile belirtilmesi gerektiğini belirten TBK'nın 583. maddesinin birinci fıkrası gibi bir hüküm BGB bulunmamaktadır. Kefalet sözleşmesi kural olarak kefilin sorumlu olacağı azami miktarı içermek zorunda değil. Fakat kefile alacaklı, kefilin sorumlu olacağı azami miktarı içeren bir sözleşme (Höchstbetragsbürgschaft) kurabilirler, bu durumda kefil sorumluluğun belli bir miktarla sınırlanmış oluyor.

Alman hukukunda diğer bir farklılık ise; kefalet sözleşmesi için geçerli olan BGB madde 766'da düzenlenen yazılı şeklin tacirler için geçerli olmamasıdır [HGB (Handelsgesetzbuch) madde 350].<sup>265</sup> Fakat yazılı şeklin tacir tarafından yapılan kefalet sözleşmesi için geçerli olmaması için HGB madde 343'e göre kefalet sözleşmesi kefil için bir ticari işlem olmalıdır.<sup>266</sup> Yasa koyucu ticari işlemlerinde tacirleri korumaya gereksinim duymamıştır, zira tacirler tecrübe gereği girdikleri rizikoyu algılayabilirler.<sup>267</sup> Her ne kadar bu durumlarda yazılı şekil geçerlilik şartı olmasa da, tacirlerin yaptığı kefalet sözleşmelerinde de belirlilik ilkesi gözetilmek zorundadır.<sup>268</sup>

---

<sup>263</sup> Prüttinger/Wegen/Weinreich (Hrsg.), Brödermann (Bearb.) BGB Kommentar, § 766 Kn. 13.

<sup>264</sup> Dauner-Lieb/Langen (Hrsg.), Beckmann (Bearb.) Nomos Kommentar Schuldrecht BGB, § 766 Kn.9; BGH NJW, 1992, 1448,1449.

<sup>265</sup> Jung, Handelsrecht, s.214, Kn. 25.

<sup>266</sup> Rohe (Bearb.) Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, § 766 Kn. 10.

<sup>267</sup> Brox/Walker, Besonderes Schuldrecht, § 32 Kn. 17.

<sup>268</sup> Larenz, Lehrbuch des Schuldrechts, § 60 s. 5; BGH WM 2978, 1065,1066.

## 2. Temsil Yetkisi Verilmesinde, Ön Sözleşme Yapılmasında ve Sonradan Yapılan Değişikliklerde Şekil Şartı

Kural olarak BGB'nin 167. maddesinin ikinci fıkrasına göre, vekâlet verme herhangi bir şekle tabi değildir, verildiği sözleşmenin şekil şartına da tabi değildir.<sup>269</sup> Fakat kefalet sözleşmesi gibi şekil şartının koruyucu ve uyarıcı olduğu sözleşmelerde istisnalar mevcuttur, burada vekâlet sözleşmenin şekline uygun olarak verilmelidir.<sup>270</sup> Kefilin vekâleti de BGB madde 766' daki şekil şartına tâbidir, zira vekâlet vermek kefalet sözleşmesi kurmak isteme beyanı ile aynı anlamı taşır.<sup>271</sup> Kefilin sadece bir imzadan oluşan vekâletname vermesi BGB madde 766'daki kefilî koruma ve uyarma amacına uygun olmaz, bu sebeple vekâletnamede BGB madde 766'daki şekil şartına uygun düzenlenmelidir.<sup>272</sup>

Kefilin korunmasını amaçlayan şekil şartının dolanılmasını engellemek için, kefalet sözleşmesi için geçerli olan şekil şartı, aynı şekilde ön sözleşme için de geçerlidir.<sup>273</sup> Bu durum Alman hukukunun aksine Türk hukukunda yasal olarak TBK'nın 583. maddesinin ikinci fıkrasında düzenlenmiştir.

TBK'nın 583. maddesinin üçüncü fıkrasının da kefalet sözleşmesinde sonradan yapılan ve kefilin sorumluluğunu artıran değişikliklerin, kefalet için öngörülen şekle tabi olduğu yasal olarak düzenlenmiştir. Lakin Alman hukukunda BGB'de böyle bir düzenleme bulunmamakta. Buna rağmen doktrinde tartışmasız ve BGH'nında içtihadı<sup>274</sup> da kefalet sözleşmesinde sonradan yapılan değişiklik kefilin sorumluluğunu artırıyorsa şekil şartı aranır; kefilin sorumluluğunu hafifletici değişikliklerde ise şekil şartının aranmasına gerek yoktur yönündedir.<sup>275</sup>

---

<sup>269</sup> Schaffrin. Stellvertretung, s.5.

<sup>270</sup> Köhler, Helmut, BGB Allgemeiner Teil, (36. Bası. C.H. Beck Verlag, München 2012) § 11 Rn. 27 (Bundan sonra "Köhler, BGB Allgemeiner Teil" olarak anılacaktır); BGHZ 132, 119.

<sup>271</sup> Palandt, § 765 Kn.4; BGHZ 132, s.119; NJW 2000, s. 1179.

<sup>272</sup> Schaffrin. Stellvertretung, s. 5.

<sup>273</sup> Dauner-Lieb/Langen (Hrsg.), Beckmann (Bearb.) Nomos Kommentar Schuldrecht BGB, § 766 Kn. 2.

<sup>274</sup> BGH NJW, 94, 1656,1657; BGH NJW 2007,2106, 2110.

<sup>275</sup> Prüttinger/Wegen/Weinreich (Hrsg.), Brödermann (Bearb.) BGB Kommentar, § 766 Kn. 6.

### **3. Şekil Şartına Uymamanın Ve Şekle Aykırı Kefalet Sözleşmesinin İfa Edilmesinin Sonuçları**

Alman Hukukunda şekle aykırı yapılan kefalet sözleşmesi BGB madde 125'e göre hüküm doğurmaz. Fakat Türk hukukundan farklı olarak ifa ile bu hükümsüz kefalet sözleşmesi sağlık kazanır.<sup>276</sup> Alman Hukukunda şekle aykırı yapılan kefalet sözleşmesinin ifası BGB madde 766'nın üçüncü cümlesinde düzenlenmiştir. Bu düzenlemeye göre geçerlilik şekli olan yazılı şekil şartı yerine getirilmediği halde kefil sözleşmeden kaynaklanan asıl edimini yerine getirirse geçersiz kefalet sözleşmesi sağlık kazanır.<sup>277</sup> Fakat bu ifa yalnız şekle aykırılığı ortadan kaldırır; başka geçersizlik sebepleri var ise onları ortadan kaldırmaz.<sup>278</sup> Bu durumda kefil, sadece asıl borçluya rucu imkânına sahip olur. Zira kefil BGB'nin 812. maddesinin birinci fıkrasının birinci alternatifinde düzenlenen sebepsiz zenginleşme yolu ile de alacaklıdan bir şey talep edemez; çünkü ifadan sonra sağlık kazanan kefalet sözleşmesi yaptığı ödemenin sebebi olmaktadır.<sup>279</sup> Bu gibi şekil şartlarında kanun koyucunun amacı, kefil, edimin yerine getirilmesinden değil, yükümlülük altına girilmesinden korumaktır. Kefil, yaptığı ödemeyi, borcun varlığı konusunda yanlış olmuş olsa bile alacaklıdan geri talep edemez.<sup>280</sup>

## **F. Beyaza (Açığa İmza (Blankobürgschaft))**

### **1. Türk Hukukunda**

İrade beyanında bulunmak isteyen bir kimsenin, bu amaçla imzasını içeren boş bir belge vermesi ve bu belgenin irade beyanının muhatabı ya da üçüncü kişi tarafından doldurulması durumunda beyaza imza söz konusu olur.<sup>281</sup> İrade beyanında bulunan kişi, irade beyanına yöneldiği hukuki işlemin objektif esaslı noktalarını göstermemektedir. Kefil olmak isteyen bir kimsenin boş bir kâğıdı imzalaması ve bu boş kâğıdın esas borçlu tarafından doldurulmasına izin vermesi, aksine kanuni bir

<sup>276</sup> Brox/Walker, Besonderes Schuldrecht, § 32 Kn. 17.

<sup>277</sup> Medicus/Lorenz, s. 328 Kn. 1008.

<sup>278</sup> Dauner-Lieb/Langen (Hrsg.), Beckmann (Bearb.) Nomos Kommentar Schuldrecht BGB, § 766 Kn. 13.

<sup>279</sup> Leenen, Detlef, BGB Allgemeiner Teil: Rechtsgeschäftslehre, (Walter de Gruyter Verlag, Berlin 2011) Kn. 162 (Bundan sonra "Leenen, Rechtsgeschäftslehre" olarak anılacaktır).

<sup>280</sup> Prüttinger/Wegen/Weinreich (Hrsg.), Brödermann (Bearb.) BGB Kommentar, § 766 Kn. 18.

<sup>281</sup> Özen, Burak, "Beyaza (Açığa İmza Sorunu Üzerinde Düşünceler", Legal Hukuk Dergisi, Şubat 2008, Yıl: 6/ Sayı: 62, s. 409 (Bundan sonra "Özen, Beyaza (Açığa İmza" olarak anılacaktır).

hüküm bulunmadığı ve pratik ihtiyaçları da karşıladığı için kabul edilmekteydi.<sup>282</sup> Zira 818 sayılı Borçlar Kanunu açısından BK madde 484'deki şekil kuralı, kefilin beyaza imza atmak suretiyle kefil olmasına engel teşkil etmemekteydi. Ama imza atılan belgenin üstü kefilin iradesine uygun doldurulmadığı takdirde, kefilin iradesi doğrultusunda mı yoksa metinde yazdığı şekilde mi kabul edileceği hatta bu durumda sözleşmenin kurulmamış sayılması veya hata kurallarına göre sözleşmenin geçersizliği mi iddia edileceği tartışmalıydı.<sup>283</sup>

Türk Borçlar Kanunu Tasarısının 15. maddesinin son fıkrasında açığa imza ile ilgili bir düzenleme yapılmıştı. Hükme göre” *açığa atılan imzanın üzerine sonradan yazılan metnin, imza atanın iradesine uygun olduğu kabul edilir. Durumun özelliği aksini göstermedikçe, yazılan metnin anlaşmaya aykırı olduğunun ispat yükü açığa imza atana düşer*”. Bu hükümle boş bir kâğıda atılan imzaların üstünün, sonradan doldurulup borç senedine dönüştürülmesi durumunda, sonradan yazılan metnin, o metindeki imzayı atanın iradesine uygun olduğu, bir adi karine olarak kabul edilmiştir.<sup>284</sup> Fakat TBMM Genel kurulundaki görüşmeler sırasında bu fıkranın hükümden çıkarılması teklif edilmiş ve çıkarılmıştır. Gerekçe olarak da bu hükmün açığa imzayı meşru hale getirmesi gösterilmiştir. Ayrıca sözleşmelerdeki şekil şartının amacı borçluyu korumaktır. Açığa imza şekil şartının koruma amacını gerçekleştirmez.<sup>285</sup>

Sonuç olarak TBK'nın şekle dair 583. maddesi bu tartışmalara bir son vermiştir. Madde 583'ün gereğini yerine getirebilmek için, tarihin, azamî miktarın ve kararlaştırılmış ise müteselsil sorumluluk durumunun kefilin el yazısı ile yazılması gerekmektedir. Bundan dolayı beyaza imza atılmak suretiyle, başkası tarafından metnin doldurulması yolu ile kefilin sorumluluğunun belirlenmesi mümkün değildir. Zira kefilin sorumluluğunu belirleyen tarih, azamî miktar ve varsa müteselsil kefalet

---

<sup>282</sup> Reisoğlu, Kefalet, 1992, s. 49.

<sup>283</sup> Özen, Kefalet Sözleşmesi, s. 233 vd.

<sup>284</sup> Deyekli, Adnan, Türk Borçlar Kanunun'da Yer Alan Önemli Usul Hükümleri, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi: Cilt 2 Sayı: 2 Yıl 2011, s.51 (Bundan sonra “Deyekli, Türk Borçlar Kanunun'da Yer Alan Önemli Usul Hükümleri” olarak anılacaktır).

<sup>285</sup> Deyekli, Türk Borçlar Kanunun'da Yer Alan Önemli Usul Hükümleri, s.52.

olma iradesinin mutlaka kefilin el yazısı ile yazılması gerekmektedir.<sup>286</sup> Aksi durumda sözleşme zaten geçerli olarak kurulmaz.

## 2. Alman Hukuku'nda

Kefilin, kefalet senedinin bazı yerlerini mesela alacaklı veya asıl borç kısımlarını boş bırakarak; asıl borçlu, alacaklı veya üçüncü bir şahıs tarafından doldurulmak üzere verdiği kefalet senedine Blanketturkunde (açığa imza) denir.<sup>287</sup> Bu durumda kefil, asıl borçluya kefalet senedinin boş kalan kısımlarını kefilin isteği doğrultusunda doldurmaya yetki veriyor.

Açığa imza BGB madde 766'da aranan şekil şartına aykırı olabilir, zira kefalet senedi yazılı olmasının yanı sıra esaslı noktaları da içermelidir. Doktrin<sup>288</sup> ve BGH<sup>289</sup> şekil şartının kefilin koruma amaçlı olduğundan ve bu durumun kefilin bilgisi içerisinde olduğundan açığa imzanın BGB madde 766'ya aykırı olmadığını savunuyordu. Fakat yeni içtihatlarında BGH bu düşüncesinden vazgeçti ve doktrin de ona katıldı.<sup>290</sup> Aynı vekâletnamenin şekil şartının koruyucu ve uyarıcı olduğu sözleşmelerde, sözleşmenin şekline uygun olarak verilmesi gerektiği gibi, bu durumda da BGB madde 766'nın kefilin koruma amacını yerine getirebilmesi için esaslı unsurların tamamını içermeyen kefalet sözleşmesi şekil şartını yerine getirmiş sayılmaz.<sup>291</sup> Ayrıca kefil üçüncü şahıs tarafından doldurulan senedi itiraz etmeden kabul ederse, yani bu kefalet senedine sonradan icazet vermesi kefalet sözleşmesine geçerlilik kazandırmamaktadır<sup>292</sup>

Her ne kadar açığa imza yolu ile geçerli bir kefalet sözleşmesi kurulmasa da, alacaklı kefalet sözleşmesinin esaslı noktalarının kefilin imzasından sonra ve isteğine aykırı bir şekilde doldurulduğundan haberdar değilse, kefil kıyasen

---

<sup>286</sup> Öz, Yenilikler, s. 120.

<sup>287</sup> Reinicke/Tiedtke, Kreditsicherungen, Kn. 153.

<sup>288</sup> Larenz, Lehrbuch des Schuldrechts, § 60 s. 5.

<sup>289</sup> BGH NJW 1992, 1448, 1449.

<sup>290</sup> BGHZ, 132, 119, 122.

<sup>291</sup> Dauner-Lieb/Langen (Hrsg.), Beckmann (Bearb.) Nomos Kommentar Schuldrecht BGB, § 766 Kn. 10.

<sup>292</sup> Rohe (Bearb.) Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, § 766 Kn. 8.

BGB'nin 172. maddesinin ikinci fıkrasına göre (Rechtsscheinshaftung) kefalet sözleşmesine bağlıdır.<sup>293</sup>

## **VI. BİR İRADE SAKATLIĞININ BULUNMAMASI**

### **A. Türk Hukuku'nda**

#### **1. Genel Olarak**

Kefalet sözleşmesi alacaklı ile kefil arasında kurulan bir sözleşmedir ve her sözleşmede olduğu gibi karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanı ile kurulur. Kefalet sözleşmesinin geçerli olarak kurulabilmesi için, kefilin iradesinin iradeyi bozan sebeplerden biri ile sakatlanmamış olması gerekmektedir. İrade sakatlığı, irade ile beyan arasında çıkan uygunsuzluğa denir.

Kefalet sözleşmesi bakımından söz konusu olan irade sakatlıklarına Borçlar Kanununun konuya ilişkin genel hükümleri uygulanır. İradeyi bozan sebepler, TBK madde 30 ve devamında düzenlenen yanıltma (TBK madde 30-35), aldatma (TBK madde 36) ve korkutmadır (TBK madde 37-38).

#### **2. Yanıltma**

İradeyi sakatlayan hallerden biri yanıltmadır. Yanıltma, irade açıklamasında bulunan kişinin istemeyerek iradesine uymayan bir beyanda bulunmasıdır.<sup>294</sup> Yanıltma, ancak esaslı nitelikte olması halinde, sözleşmeyi hükümsüz kılabilen bir irade sakatlığıdır.<sup>295</sup> Esaslı yanıltma halleri TBK madde 31'de sayılmıştır; fakat bu hallerle

---

<sup>293</sup> Palandt, § 766, Kn. 4; BGHZ 40, 297, 304.

<sup>294</sup> Başara Turan, Gamze/ Başara İzzet, Borçlar Kanunu Tasarısında İrade Sakatlıkları, Prof. Dr. Fırat Öztan'a Armağan, Ankara 2010, Cilt I, s. 331- 355, s. 335 (Bundan sonra "Başara, Borçlar Kanunu Tasarısında İrade Sakatlıkları" olarak anılacaktır).

<sup>295</sup> Yıldırım, Mustafa Fadıl, Borçlar Kanunu Tasarısında İrade Sakatlığı Halleri, Prof. Dr. Naim İnala'a Armağan, s.931-944, s. 935 (Bundan sonra "Yıldırım, İrade Sakatlığı" olarak anılacaktır).

sınırlı değildir.<sup>296</sup> Somut olayda bir yanılma halinin esaslı yanılma teşkil edip etmeyeceği, maddede sayılan yanılma halleri ve dürüstlük kuralı göz önünde bulundurularak hâkim tarafından tayin edilir.<sup>297</sup>

TBK madde 30 ve devamındaki yanılmaya ilişkin maddeler kefalet sözleşmesi için de geçerlidir. Kefil kefalet sözleşmesi yaparken TBK madde 30 gereğince esaslı yanılmaya düşmüşse, sözleşmeyi iptal edebilir. Kefalet sözleşmesinde esaslı yanılma, asıl borçlunun şahsına, asıl borca veya yapılan sözleşmenin niteliğine veyahut sözleşmenin esaslı unsurlarına ilişkin olabilir.<sup>298</sup>

Kefilin asıl borçlunun şahsında yanılması durumunda esaslı bir yanılmaya düştüğü söylenebilir, zira kefalet yükümlülüğünün niteliği bakımından kefil herhangi bir kimse için taahhüt altına girmekte değildir.<sup>299</sup> Asıl borçlunun şahsı kefil için büyük önem taşır. Bu durum madde 31 bent üçte açıkça belirtilmiştir; „*Yanılan, sözleşme yapma iradesini, gerçekte sözleşme yapmak istediği kişiden başkasına açıklamışsa*“, esaslı bir yanılma teşkil etmektedir. Buna karşın, kefilin alacaklının kişiliğinde yanılmış olması, kural olarak bir esaslı hata sayılmaz.<sup>300</sup> Kefalet sözleşmesinde alacaklının kimliğinin kefil için bir önem teşkil etmemesi ve sözleşme genel olarak kefile borç yüklemesi gerekçe olarak gösterilebilir. Ancak istisnaen de olsa kefilin, kefil olma sebebi belli bir alacaklıya menfaat sağlamak olması ya da alacaklının da sözleşmeyle karşı edim yükümü altına girmesi hallerinde, kefilin alacaklının kimliğinde yanılması esaslı bir yanılma olarak düşünülebilir.<sup>301</sup>

Bir kimse, başka bir sözleşme yapmak isterken kefalet sözleşmesi yapmışsa, sözleşmenin niteliğinde bir yanılmaya düşmüş olur. Bu tür bir yanılmada esaslı bir yanılma teşkil eder ve yanılmaya düşen tarafından sözleşmenin iptal edilmesine olanak verir.<sup>302</sup>

---

<sup>296</sup> Koç, Nevzat, Türk Borçlar Kanunu Tasarısında Genel Hükümlere İlişkin Olarak Yapılması Öngörülen Yenilik ve Değişiklikler, İTCÜ SBD, Yıl: 6/ Sayı: 12, Güz 2007/2, s. 71-147, s. 87 (Bundan sonra “Koç, Türk Borçlar Kanunu Tasarısında Genel Hükümler” olarak anılacaktır).

<sup>297</sup> Güvener, s. 24.

<sup>298</sup> Aral, s. 435.

<sup>299</sup> Reisoğlu, Kefalet, s. 66.

<sup>300</sup> Yavuz, N. , s. 64; Elçin Grassinger, Savunma İmkanları, s. 84; Tandoğan, Borçlar Özel, s. 735.

<sup>301</sup> Reisoğlu, Kefalet Sözleşmesi, s. 66.

<sup>302</sup> Özen, Kefalet Sözleşmesi, s. 199.

Kefil olunan borçta yanılmaya düşmek de, esaslı bir yanılma olarak kabul edilebilir.<sup>303</sup> Yalnız doğacak borçlar için kefil olduğunu sanan kefilin mevcut borçlardan da sorumlu olduğu ileri sürülürse, o da esaslı yanılma iddiasında bulunabilir. Fakat kefilin, borçlunun mevcut ve doğacak borçlardan hangisine kefalet ettiğinde tereddüt edilirse, kefalet doğacak borçlar için verildiği yorumu üstün tutulmalıdır, zira kefil genellikle alacaklının mevcut alacağını sağlamlaştırmak değil ve fakat borçluya yeni kredi sağlamak amacını güder.<sup>304</sup> Ayrıca TBK'nın 589. maddenin 3. fıkrası doğrultusunda kefalet sözleşmesinde açıkça kararlaştırılmadığı takdirde kefil, borçlunun kefalet sözleşmesi kurulduktan sonraki borçlarından sorumlu olacağı düzenlenmektedir. Taraflar aksini kararlaştırmadığı müddetçe kefilin sözleşmenin kurulmasından sonraki borçlara kefil olduğu asıldır. Aynı şekilde kefil yanılarak gelecekte doğacak borçlara kefil olduğunu aslında mevcut borçlara kefil olmak istediğini ileri süremeyecektir.<sup>305</sup>

Kefil, kefalet sözleşmesini kurmak için beyanda bulunduğu, bilmeyerek gerçek iradesinden farklı bir beyanda bulunursa "beyan hatası" söz konusu iken, kendisini kefalet sözleşmesini yapmaya sevk eden düşüncede yanılırsa "saik hatası" söz konusu olmaktadır. Yani saikte yanılma kişinin hukuki işlem yapmaya yönelik iradesinde, yanlış tahmin ve değerlendirmeler sonucunda sakatlık olmasıdır.<sup>306</sup> TBK madde 32 gereğince saikte yanılma kural olarak esaslı yanılma sayılmaz.

Kefilin borçlunun kimliğinde değil krediye layık olup olmadığı veya birlikte kefillerin ödeme gücü, başka teminat gösterileceği veya başka teminatların varlığı veya değeri, satış bedeli için kefalet verdiği şeyin değeri veya kredinin kullanılması yönü gibi hususlarda yanılması, saikte yanılma niteliğindedir.<sup>307</sup> Yani kefilin sözleşme yaparken göz önünde tuttuğu olgularda yanılması genel olarak esaslı yanılma değil saikte yanılmayı teşkil eder.

Kefilin yükümlülük altına girerken göz önünde tuttuğu olgularda düştüğü yanılmanın- yani saikte yanılmanın- iptal beyanında bulunmaya olanak vermesi için,

---

<sup>303</sup> Reisoğlu, Kefalet, s. 66.

<sup>304</sup> Yavuz, N. , s. 64.

<sup>305</sup> Reisoğlu, Kefalet, s. 66.

<sup>306</sup> Başara, Borçlar Kanunu Tasarısında İrade Sakatlıkları, s. 341.

<sup>307</sup> Yavuz, N. , s. 64.



esaslı yanılma düzeyine çıkması gerekir.<sup>308</sup> Kefilin, yanıldığı saiki kefalet sözleşmesinin temeli sayması ve bunun da iş ilişkilerinde geçerli dürüstlük kurallarına uygun olması ve ayrıca bu durumun karşı tarafça da bilinebilir olması halinde, kefilin yanılması esaslı bir yanılma olarak kabul edilebilir. Kefilin saikte yanılması TBK madde 32 anlamında esaslı bir yanılma olarak kabul edilebiliyorsa aynı esas yanılmada olduğu gibi kefil sözleşmeyi yanılma nedeniyle iptal edebilir.

Kefilin, kefalet sözleşmesinin yapılması sırasında asıl borçlunun mali durumunun yani ödeme gücünün varlığı konusunda yanılmışsa, kefilin kefalet sözleşmesini iptal edip edemeyeceği doktrinde tartışmalıdır. Bir görüşe göre, kefilin asıl borçlunun ödeme gücünün varlığı konusundaki yanılması TBK madde 32 anlamında esaslı yanılma olarak kabul edilebiliyorsa kefilin sözleşmeyi iptal etme imkânı bulunmaktadır.<sup>309</sup> Doktrinde diğer bir görüşe göre, borçlunun ödeme gücü hakkında yanılmaya düşen kefil, bu yanılmasına dayanarak kefalet sözleşmesini iptal edemez, zira kefalet sözleşmesinin temel amacı borçlunun borcunu ödemesi veya ödeyememesi durumunda alacaklıya teminat sağlanması olduğu için, işlem hayatındaki dürüstlük kuralları gereği de sözleşmenin iptali mümkün olmamalıdır.<sup>310</sup> Kanaatimce kefil borçlunun ödeme gücü hakkında yanılması nedeniyle sözleşmeyi iptal edememelidir. Kefil zaten borçlunun borcunu ödeyememesi durumunda borcu üstlenmekle yükümlüdür; yani kefalet sözleşmesinin asıl niteliği ve riski esasen bundan ibarettir.

Borçlar Kanunu'nun genel hükümleri, kefalet sözleşmesi için de geçerli olduğundan, TBK madde 34 uyarınca, alacaklı kefilin gerçek arzusuna göre sözleşmenin hüküm ifade etmesini kabul etmişse, kefil yanılmaya dayanmayacaktır. Bu durumda kefil, alacaklıya karşı, gerçek niyeti doğrultusunda sorumlu olacaktır.<sup>311</sup>

### **3. Aldatma**

Bir kimseyi bir irade beyanında bulunmaya veya sözleşme yapmaya sevk etmek için, kasıtlı olarak kişide yanlış bir tasavvur uyandırmak veya mevcut yanlış

<sup>308</sup> Özen, Kefalet Sözleşmesi, s. 197.

<sup>309</sup> Yavuz, N. , s. 59; Reisoğlu, Kefalet, s.67.

<sup>310</sup> Özen, Kefalet Sözleşmesi, s. 198.

<sup>311</sup> Reisoğlu, Kefalet, s. 68.

tasavvuru devam ettirmeye yönelik davranışa aldatma adı verilir.<sup>312</sup> Aldatma TBK madde 36'da düzenlenmiştir; .*“Taraflardan biri, diğerinin aldatması sonucu bir sözleşme yapmışsa, yanılması esaslı olmasa bile, sözleşmeyle bağlı değildir. Üçüncü bir kişinin aldatması sonucu bir sözleşme yapan taraf, sözleşmenin yapıldığı sırada karşı tarafın aldatmayı bilmesi veya bilecek durumda olması hâlinde, sözleşmeyle bağlı değildir“*.

Kefil, alacaklının aldatması sonucunda kefalet sözleşmesini yapmış ise, madde 36 gereğince yanılması esaslı olmasa bile sözleşmeyi iptal edebilir. Alacaklının, asıl borçlunun durumu, borç ilişkisinin türü ve kullanılışı hakkında kefile gerçeğe aykırı beyanlarda bulunması ve kefilin de bu beyanlara dayanarak taahhüt altına girmesi durumunda aldatma mevcut demektir.<sup>313</sup>

Aldatmayı alacaklıdan başka bir kimse yani üçüncü bir şahıs yapmış ise ve alacaklı, kefalet sözleşmesi yapıldığı sırada bu aldatmayı bilmiyor ve bilmesi de gerekmiyorsa yine madde 36 gereğince kefil kefalet sözleşmesi ile bağlıdır. Esas borçlu kefalet sözleşmesinin tarafı olmayıp üçüncü kişi durumundadır. Fakat esas borçlu alacaklının temsilcisi olarak hareket ediyorsa, yaptığı aldatma üçüncü kişinin aldatması sayılmaz.<sup>314</sup> Esas borçlu alacaklının temsilcisi olduğu durumlarda alacaklının esas borçlunun aldatmasını bilemeyecek durumda olması, kefilin iptal beyanında bulunmasına engel olmaz. Alacaklının temsilcisi olarak hareket eden esas borçlunun, aldatmaya yönelik hareketleri alacaklıyı bağlar. Aynı şekilde kefalet sözleşmesini yapan bir tüzel kişi ise, organ fonksiyonu gören kişilerin aldatması, alacaklı olan tüzel kişinin kendi aldatması olarak kabul edilir.<sup>315</sup> Alacaklının temsilcisi olan kişilerden başka, kefalet sözleşmesinin kurulmasında alacaklının yardımından yararlandığı kişilerin aldatması da, üçüncü kişinin aldatması sayılmayıp, alacaklıyı bağlar.<sup>316</sup>

---

<sup>312</sup> Eren, Fikret, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, ( Yetkin Yayınevi Ankara 2014), s. 397 (Bundan sonra “Eren, Borçlar Genel olarak anılacaktır); Başara , Borçlar Kanunu Tasarısında İrade Sakatlıkları, s. 344.

<sup>313</sup> Reisoğlu, Kefalet, s. 68.

<sup>314</sup> Özen, Kefalet Sözleşmesi, s. 204.

<sup>315</sup> Reisoğlu, Kefalet, s. 69.

<sup>316</sup> Özen, Kefalet Sözleşmesi, s. 205.

Alacaklının kefilî, asıl borçlunun mali durumu ve ödeme gücü konusunda yanıtlanmasından bahsedebilmek için, alacaklının kefilî asıl borçlunun mali durumu ve ödeme gücü hakkında ne oranda bilgilendirmesi gerektiğine bakmak gerekir. Kural olarak alacaklının asıl borçlunun mali durumu ve ödeme gücü ile ilgili olarak kefilî aydınlatma yükümlülüğü bulunmamaktadır.<sup>317</sup> Buna karşılık kefilin asıl borçlunun ödeme gücünü bilmesi halinde kefalet sözleşmesi yapmayacağını bilen alacaklının, asıl borçlunun ödeme gücü ile ilgili kefilî bilgilendirmesi gerekmektedir.<sup>318</sup> Alacaklının aldatması, alacaklının asıl borçlunun ödeme gücü ile ilgili kefilî bilgilendirme yükümlülüğü bulunduğu durumlarda kefilî bilgilendirmemesi veya asıl borçlunun ödeme gücünün olduğundan daha iyi olarak sunması durumunda vardır.<sup>319</sup> Hatta alacaklının, kefilin bu durumu bilmesi halinde sözleşmeyi kurmayacağını bildiği halde susması da aldatma olarak kabul edilmektedir.<sup>320</sup>

#### **4. Korkutma**

Korkutma, hukuka aykırı şekilde yapılan tehdit ile istenilen irade beyanında bulunulmadığı takdirde, bir kimsede kötülüğe maruz kalacağı kanaatinin uyandırılmasıdır.<sup>321</sup> Meydana getirilen bu korku yüzünden sözleşme yapma konusunda irade beyanında bulunan kişinin iradesi sakatlanır ve bu sakatlık sözleşmenin geçerliliğini etkiler.

TBK madde 37' ye göre: kefil kendisi veya yakınlarından birisinin hayati, şahsî, namusu ve malları için ağır ve derhal gerçekleşebilecek bir tehdide maruz kalmışsa ve bu korkunun etkisi ile kefalet sözleşmesi kurmuşsa, bu sözleşme kendisi hakkında hüküm ifade etmez.<sup>322</sup> Korkutan üçüncü bir kişi ise, alacaklı korkutmayı bilmiyor veya bilecek durumda değilse, korkutulan kefil sözleşme ile bağlı olmadığını söyleyebilir, ancak sözleşmeyle bağlı kalmak istemeyen korkutulan,

---

<sup>317</sup> Reisoğlu, Kefalet Kavramı ve Muteberlik Şartları, s. 366.

<sup>318</sup> Aral, s. 436.

<sup>319</sup> Reisoğlu, Kefalet Kavramı ve Muteberlik Şartları, s. 367.

<sup>320</sup> Reisoğlu, Kefalet, s. 70.

<sup>321</sup> Oğuzman Kemal/Öz, Turgut, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C.I, (10. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2013) s. 115 (Bundan sonra "Oğuyman/Öz, Borçlar Genel" olarak anılacaktır); Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Alttop, Borçlar Genel, s. 449; Başara, Borçlar Kanunu Tasarısında İrade Sakatlıkları, s. 345.

<sup>322</sup> Özen, Kefalet Sözleşmesi, s. 210.

TBK'nın 37. maddesinin ikinci fıkrası gereğince hakkaniyet gerektiriyorsa, alacaklı tarafa bir miktar tazminat ödemekle yükümlüdür.

Alacaklının, asıl borçlu hakkında dava açacağını veya icra takibine girişeceğini kefile bildirmesi, korkutma sayılmaz, zira bu hukuka aykırı bir davranış olmadığı gibi alacaklının alacağını elde edebilmesi için kullanabileceği tek hukuki araçtır.<sup>323</sup> Fakat alacaklının, kefil olunmadığı takdirde cezai takip için ihbarda veya şikâyetle bulunacağını bildirmesi korkutma sayılır, zira ceza takibi yapılması için ihbarda bulunma yetkisi, kamusal çıkarların gerçekleşmesi için tanınmış bir yetkidir. Böyle bir ihbarda bulunulmasının alacaklının özel menfaatlerine bir faydası yoktur.<sup>324</sup>

Kefil, bir hakkın kullanılması veya kanundan doğan bir yetkinin kullanılacağı tehdidiyle kefalet sözleşmesi yapmışsa, tehditte bulunan kimsenin bu durumdan aşırı bir menfaat elde etmesi halinde kefilin sözleşmeyi iptal hakkı bulunacaktır. TBK madde 38'in 2. fıkrasındaki düzenleme uyarınca bir kimsenin bir hakkını ya da kanundan doğan hakkını kullanacağı tehdidiyle kefil kefalet sözleşmesi kurmaya zorlaması her koşulda korkutma sayılmayacaktır ve dolayısıyla kefile sözleşmeyi iptal hakkı vermeyecektir. Yalnız söz konusu kişi, bu şekilde aşırı bir menfaat elde ediyorsa o takdirde korkutmanın varlığı kabul edilir. Kullanılan hak ve yetkilerin ne zaman korkutma teşkil edeceği, yani yapılan tehdit sonucu kefilin kefalet borcu altına girmesinin alacaklı için ne zaman aşırı bir menfaat sağladığının kabul edileceği konusunda doktrinde bir görüş, alacaklının hak ve yetkilerini kullanmasının hukuka aykırı olarak nitelendirilip nitelendirilmeyeceğine göre belirlenmesi gerektiğini belirtmektedir.<sup>325</sup>

Kefil, korkunun etkisinin geçmesinden itibaren bir yıl içinde kefalet sözleşmesi ile bağlı olmadığını ileri sürebilir. Fakat korku oluşturan bir davranışın varlığı, kefalet sözleşmesinin iptal edilebilmesi için yeterli olmayıp, bu davranışla yapılan kefalet sözleşmesi arasında nedensellik bağı bulunmalıdır. Kefalet sözleşmesi yapılırken,

---

<sup>323</sup> Özen, Kefalet Sözleşmesi, s. 211.

<sup>324</sup> Yavuz, N. , s. 67.

<sup>325</sup> Elçin Grassinger, Savunma İmkanları, s. 95.

korkutmanın konusunu oluşturan tehlike zaten gerçekleşmişse ve bu durum kefil olan kişi tarafından biliniyorsa, nedensellik bağının bulunduğundan söz edilemez.<sup>326</sup>

## **5. İrade Sakatlıkların Kefalet Sözleşmesine Etkisi**

TBK madde 39'da yanıltma, aldatma ve korkutmanın etkisi altında sözleşme yapan tarafın sözleşme ile bağlılıktan nasıl kurtulabileceği düzenlenmiştir.

TBK madde 39 gereğince yanıltma veya aldatma sebebiyle ya da korkutulma sonucunda kefalet sözleşmesi yapan kefil, yanıltma veya aldatmayı öğrendiği ya da korkutmanın etkisinin ortadan kalktığı andan başlayarak bir yıl içerisinde kefalet sözleşmesini iptal edebilir.<sup>327</sup> Öte yandan iptal beyanının süresi içerisinde kullanılmaması, sözleşmeye onay verdiği anlamına gelir.<sup>328</sup> Bir yıl olan bu süre hak düşürücü süre niteliğindedir.<sup>329</sup> Yani iradesi sakatlanan kefil, bu bir yıllık süre içerisinde, kefalet sözleşmesiyle bağlı olmadığını alacaklıya bildirmez veya yaptığı ödemeyi geri istemezse, sözleşmeyi onaylamış sayılır. Fakat TBK'nın 39. maddesinin ikinci fıkrasına göre; kefilin iradesinin sakatlanmış olmasına rağmen sözleşmeye onay vermesi, hile ve/veya korkutma durumlarında hile veya korkutmadan dolayı haksız fiil çerçevesinde kendi lehine doğmuş olan tazminat alacağını ortadan kaldırmaz.<sup>330</sup>

Yanıltma nedeniyle sözleşmenin yanılan tarafından hükümsüz kılınması durumunda, yanılan, yanıltmasında kusurlu ise, TBK.m.35 hükmü uyarınca, diğer tarafın sözleşmenin hükümsüzlüğünden doğan zararını gidermekle yükümlüdür; ancak diğer taraf yanıltmayı biliyor veya bilmesi gerekiyor ise, tazminat isteyemez. Hakim,hakkaniyetin gerektirdiği durumlarda, ifadan beklenen yararı aşmamak kaydıyla, daha fazla tazminata hükmedebilir.

<sup>326</sup> Özen, Kefalet Sözleşmesi, s. 211.

<sup>327</sup> Sücüllü, Kefalet Sözleşmesi ve Kefalet Sözleşmesinin Şartları, s. 102.

<sup>328</sup> Eren, Borçlar Genel, s. 416.

<sup>329</sup> Özen, Kefalet Sözleşmesi, s. 211.

<sup>330</sup> Ercoşkun Şenol, H. Kübra, Türk Borçlar Hukukunda Hilenin Münferit Uygulama Alanları, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi C. XVII, Y. 2013, Sa. 4, s.84; Eren, Borçlar Genel, s. 401;

## **B. Alman Hukukunda**

### **1. Genel Olarak**

Alman hukukunda kefilin irade beyanı kefil olma isteğini içermelidir, fakat özellikle kefil kelimesini kullanmasına gerek yoktur.<sup>331</sup> Kefil iradesinin varlığı genel yorum kuralları ile belirlenir. Ayrıca aynı Türk hukukunda olduğu gibi kefilin bu irade beyanını iradeyi bozan sebeplerden biri ile sakatlanmamış olması gerekmektedir. İradeyi sakatlayan nedenler; Yanılma (İrrtum - BGB madde 119) aldatma (Täuschung - BGB madde 123 1. fıkra 1. Alternatif) ve tehdittir (Drohung - BGB madde 123 1. fıkra 2. Alternatif).<sup>332</sup>

### **2. Yanılma**

#### **a. BGB Madde 119 1. Fıkra**

Yanılma; içerikte yanılma (Inhaltsirrtum BGB madde 119 birinci fıkra birinci alternatif), beyanda yanılma (Erklärungsirrtum BGB madde 119 birinci fıkra ikinci alternatif) veya sıfatta yanılma (Eigenschaftsirrtum BGB madde 119 ikinci fıkra) olarak karşımıza çıkabilir.<sup>333</sup>

Kefil BGB madde 119 birinci fıkraya göre irade beyanının içeriğinde yanılma (1. alternatif) veya beyanda yanılma (2. alternatif) sebebi ile kefalet beyanını iptal edebilir.<sup>334</sup> Ancak bunun için, yanılmasaydı bu beyanda bulunmayacağı kabul edilebilecek olmalıdır.

Bir kimse başka bir sözleşme yapmak isterken kefalet sözleşmesi yapmışsa, iradesinin içeriğinde yanılmasından dolayı BGB madde 119 birinci fıkraya göre

---

<sup>331</sup> Dauner-Lieb/Langen (Hrsg.), Beckmann (Bearb.) Nomos Kommentar Schuldrecht BGB, Vor §§ 765 Kn.7; OLG Hamm WM 1988, 899.

<sup>332</sup> Brox,Hans/Walker. Wolf-Dietrich, Allgemeiner Teil des BGB, (36. Bası, Vahlen Verlag, München 2012) § 19 Kn. 450 (Bundan sonra “Brox/Walker, Allgemeiner Teil des BGB“ olarak anılacaktır).

<sup>333</sup> Brox/Walker Allgemeiner Teil des BGB, § 18 Kn. 407.

<sup>334</sup> Prüttinger/Wegen/Weinreich (Hrsg.), Brödermann (Bearb.) BGB Kommentar, § 765 Kn. 44.

kefalet beyanının iptali mümkündür.<sup>335</sup> Ayrıca bu madde kapsamında kefilin irade açıklamasında yazım hatasına düşmesi veya kefalet sözleşmesinin içeriği hakkında yanılığa düşmesi durumunda da kefillik beyanının iptali mümkündür.<sup>336</sup> Ancak kefil, kefalet senedinin içeriği hakkında bir düşünce sahibi olmadan ve okumadan imzalaması durumunda (Gözlüksüz imza) irade beyanını iptal edemez.<sup>337</sup>

## **b. BGB Madde 119 2. Fıkra**

BGB madde 119 ikinci fıkrada düzenlene sıfat hakkında yanılmadan dolayı fesih çok nadirdir. Özellikle kefil, borçlunun mali durumu yani ödeme gücünün varlığı konusunda yanılmışsa, kefilin kefalet sözleşmesinin iptal edip edemeyeceği Türk hukukunda olduğu gibi tartışmalı değildir; Alman hukukunda kefillik beyanının iptali mümkün değildir.<sup>338</sup> Zira zaten borçlunun ödeme güçlüğü çekeceği durumlar için kefil olunuyor. Fakat somut olaylarda kendi kefilliği yanı sıra başka teminatların varlığı hakkında yanılığa, kefillik beyanının iptalini mümkün kılabilir. Fakat bu kefilliğin yanı sıra var olan teminatın değeri hakkındaki yanılma iptal imkânı vermez.<sup>339</sup>

## **3. Aldatma**

Aldatma BGB'nin 123. maddesinin birinci fıkrasının birinci alternatifinde düzenlenmiştir. Alacaklı aldatma yolu ile kefil, kefillik beyanını vermeye yöneltmişse BGB madde 123'e göre kefil kefillik beyanını iptal edebilir.<sup>340</sup> Mesela alacaklının aydınlatma yükümlülüğünü<sup>341</sup> yerine getirmemesi<sup>342</sup> veya gelecekteki

---

<sup>335</sup> Dauner-Lieb/Langen (Hrsg.), Beckmann (Bearb.) Nomos Kommentar Schuldrecht BGB, § 765 Kn. 28.

<sup>336</sup> Soergel, (Hrsg.) Häuser (Bearb.), Kohlhammer Kommentar, § 765 Kn. 19.

<sup>337</sup> BGH NJW 02, 956, 957.

<sup>338</sup> Reinicke/Tiedtke, Kreditsicherungen, Kn. 266; BGH WM 56, 885,889.

<sup>339</sup> Prüttinger/Wegen/Weinreich (Hrsg.), Brödermann (Bearb.) BGB Kommentar, § 765 Kn. 45.

<sup>340</sup> Rieder, Josef/Rieder, Stefan, Die Bankbürgschaft, (5. Bası, Vahlen Verlag, Münchenn2003) s.66 (Bundan sonra" Rieder/Rieder, Die Bankbürgschaft" olarak anılacaktır).

<sup>341</sup> Kural olarak alacaklının aydınlatma yükümlülüğü yoktur ( BGHZ 106, 269,272). Alacaklı, kefile sözleşmeyi kurmadan önce üstlendiği rizikoya belirtmek zorunda değildir (BGHZ 125, 206,218). Fakat alacaklı açıklama yapıyorsa açıklamalar eksiksiz ve doğru olmalıdır (BGH NJW 02, 1130). Alacaklı kendi davranışları ile kefilin üstlendiği rizikoyu yanlış algılamasına sebep olmuşsa, aydınlatma yükümlülüğü bu durumda vardır ( BGH WM 66, 944, 945) Bunun dışında kefilin üstlendiği rizikoyu yanlış algıladığının şiddetle farkında ise bu konu hakkında kefil aydınlatma yükümlülüğü vardır (BGH WM 63, 24,27).

<sup>342</sup> Soergel, (Hrsg.) Häuser (Bearb.), Kohlhammer Kommentar, § 765 Kn.22; BGH WM 2001,1775.

bir borç için kefillikten doğabilecek borcun miktarını yanlış bildirmesi<sup>343</sup> durumlarında kefil BGB madde 123'e göre kefillik beyanını iptal edebilir. Sübjektif açıdan alacaklının aldatma dolayısıyla kefilliği kabul etme olasılığının varlığını düşünmesi yeterlidir.<sup>344</sup>

Asıl borçlunun kefil aldatmasından aslında alacaklı mesul değildir, zira BGB'nin 123. maddesinin ikinci fıkrasına göre borçlu "üçüncü şahıstır".<sup>345</sup> Lakin alacaklı "üçüncü şahsın" yaptığı aldatmayı biliyor veya bilmesi gerekiyorsa, kefil kefillik beyanını iptal edebilir.<sup>346</sup> Fakat BGH'nin bir kararına<sup>347</sup> göre; kefilin borçlu tarafından aldatılarak kefillik beyanı vermesi durumunda, alacaklı borçluya ticari vekâletname (Handlungsvollmacht) vermişse veya borçlu ile alacaklı arasında sıkı bir bağ varsa hatta kefalet sözleşmesi kurulurken alacaklının çıkarına kefil ile görüşmüşse, bu aldatmadan alacaklı da mesul olur.<sup>348</sup> Fakat iptal için alacaklının düzenlediği kefalet senedini, kefile iletmesi için borçluya vermesi yeterli olmaz.<sup>349</sup>

#### 4. Tehdit

Tehdit BGB'nin 123. maddesinin birinci fıkrasının ikinci alternatifinde düzenlenmiştir. Bu maddeye göre kefil, kefillik beyanını, alacaklı tarafından veya üçüncü kişiler (mesela borçlu) tarafından tehdit edilerek vermişse, iptal edebilir. Tehdit, asıl borçlu ile kefil arasında duygusal bir bağ (eş, nişanlı, ebeveyn, çocuk, kardeş vb)<sup>350</sup> var ve kefil, kefil olurken onun durumunu gözetmek durumunda ise asıl borçluya karşı da yapılabilir.<sup>351</sup>

Tehdit Türk hukukunda olduğu gibi hukuka aykırı olmalıdır. Tehdidin hukuka aykırı olup olmadığına karar vermek için somut olayda tüm koşulları değerlendirmek

---

<sup>343</sup> Soergel, (Hrsg.) Häuser (Bearb.), Kohlhammer Kommentar, § 765 Kn.22.

<sup>344</sup> Prüttinger/Wegen/Weinreich (Hrsg.), Brödermann (Bearb.) BGB Kommentar, § 765 Kn. 48.

<sup>345</sup> Larenz, Lehrbuch des Schuldrechts, § 60 s. 10; BGH WM 1992, 1016.

<sup>346</sup> Dauner-Lieb/Langen (Hrsg.), Beckmann (Bearb.) Nomos Kommentar Schuldrecht BGB, §765 Kn. 32.

<sup>347</sup> BGH WM 1965, 473, 475.

<sup>348</sup> Rieder/Rieder, Die Bankbürgschaft, s. 66.

<sup>349</sup> Dauner-Lieb/Langen (Hrsg.), Beckmann (Bearb.) Nomos Kommentar Schuldrecht BGB, §765 Kn. 32; BGH WM 1966,92, 94.

<sup>350</sup> BGHZ, 146, 37 (eş); BGHZ, 136, 347, 350 (nişanlı); BGH NJW 01, 2466, 2467 (ebeveyn); BGHZ, 125, 206, 215(çocuk); BGHZ, 137, 329, 334 (kardeş).

<sup>351</sup> Prüttinger/Wegen/Weinreich (Hrsg.), Brödermann (Bearb.) BGB Kommentar, § 765 Kn. 49.



gerekir.<sup>352</sup> Alacaklının, asıl borçlu hakkında dava açacağını veya icra takibine girişeceğini kefile bildirmesi, hukuka aykırı korkutma sayılmaz.<sup>353</sup> Aynı şekilde ruhsal sıkıntılı bir durumu kullanarak; mesela eşine karşı şikâyetle bulunacağını söyleyerek kefillik beyanını vermesinin sağlanması, BGB madde 123' e göre irade beyanını iptal imkânı vermez. Ruhsal sıkıntılı bir durumu kullanmak hukuka aykırı tehditle aynı değildir.<sup>354</sup> Fakat bu durumlarda BGB madde 138'e göre ahlaka aykırılık nedeniyle sözleşmenin iptali mümkündür.<sup>355</sup>

## **5. İrade Sakatlıklarının Kefalet Sözleşmesine Etkisi**

BGB madde 119' a göre kefilin sözleşmeyi iptal edebilmesi için, yanılmadan haberdar olur olmaz BGB madde 121'in birinci fıkrasının birinci cümlesi gereği derhal kusurlu olarak gecikmeksizin karşı tarafa iptal beyanını bildirmesi şarttır.<sup>356</sup> Fakat BGB'nin 121 maddesinin ikinci fıkrasına göre irade beyanını verdikten sonra 10 yıl geçmişse sözleşmenin iptali mümkün değildir.

Lakin BGB madde 119' a dayanarak sözleşmeyi iptal eden kişi, BGB madde 122 gereği karşı taraf bu irade sakatlığını bilmiyor ve bilmesi de gerekmiyorsa, karşı tarafın sözleşmeye güvendiği için yaptığı zararların tanzimi ile yükümlüdür (Vertrauensschaden).

Kefil aldatmayı öğrendiği ya da tehdidin etkisinin ortadan kalktığı andan başlayarak bir yıl içerisinde kefalet sözleşmesini BGB madde 124'e göre iptal edebilir. Yanılma, aldatma ve tehdit nedeni ile iptal edilen sözleşmeler BGB madde 142 gereğince ex tunc yani baştan itibaren geçersiz sayılır.

---

<sup>352</sup> Dauner-Lieb/Langen (Hrsg.), Beckmann (Bearb.) Nomos Kommentar Schuldrecht BGB, §765 Kn. 28.

<sup>353</sup> Prüttinger/Wegen/Weinreich (Hrsg.), Brödermann (Bearb.) BGB Kommentar, § 765 Kn. 49.

<sup>354</sup> BGH WM 1988, 1156, 1158.

<sup>355</sup> Dauner-Lieb/Langen (Hrsg.), Beckmann (Bearb.) Nomos Kommentar Schuldrecht BGB , § 766 Kn. 28; Soergel, (Hrsg.) Häuser (Bearb.), Kohlhammer Kommentar, § 765 Kn.24.

<sup>356</sup> Schapp/Schur, Kn. 391.

## VII. KEFALET SÖZLEŞMESİNİN AHLAKA VEYA HUKUKA AYKIRI OLMAMASI

### A. Türk Hukuku'nda

TBK.m. 27/I gereğince kefalet sözleşmesi kanunun emredici hükümlerine, ahlaka, kamu düzenine, kişilik haklarına aykırı olmamalıdır. Kefalet sözleşmesinin kendisinin kurulması hukuka aykırı olabileceği gibi sözleşmenin konusunun da hukuka aykırı olması mümkündür.<sup>357</sup> Bir sözleşmede ahlak kuralının ihlali dar anlamda konunun ahlaka aykırı olması veya tarafların ortak amacının ahlaka aykırı olması şeklinde karşımıza çıkabilir. Kefalet sözleşmesi bakımından tarafların sözleşme gereğince üstelendikleri edim ve kefil ile alacaklının ortak amacı ahlaka aykırı olmamalıdır.

Kefilin yalnız, mali olanaklarının çok üstünde bir sorumluluk üstlenmesi, kefalet sözleşmesini ahlaka aykırı yapmaz, zira kişiliğin korunması ilkesi ekonomik gücünden fazla yük getirecek işlemler yapma yasağı getirmemektedir.<sup>358</sup> Kefalet sözleşmesinin bu nedenle ahlaka aykırı olması için mali olanaklarının fazlasıyla aşan bir yük yüklenmesi olgusu, başka olgularla birleşmesi gerekmektedir.<sup>359</sup> Yani kefalet sözleşmesinin konusunun ahlâka aykırılığı, kefilin üstlendiği yükümlülüğün süresi, ağırlığı gibi nedenlerle, kefilin şahsi ve iktisadi özgürlüğünü aşırı derecede kısıtlaması halinde söz konusu olmaktadır. Türk Medeni Kanunu'nun 23. maddesinin ikinci fıkrası gereğince, kefilin yükümlülüğünün, kefilin şahsi ve iktisadi özgürlüğünü aşırı derecede kısıtladığından söz edebilmek için, kefilin kendi mal varlığı ile üstlenmiş olduğu yükümlülüğü, mali durumunda esaslı değişiklik olmadığı sürece yerine getiremeyecek olması gerekir.<sup>360</sup> Ayrıca kefil ile asıl borçlu arasındaki yakınlığın alacaklı tarafından istismar edilerek kefilin ağır yükümlülük altına sokulması halinde ise, kefalet sözleşmesi ahlaka aykırıdır.<sup>361</sup>

<sup>357</sup> Özen, Kefalet Sözleşmesi, s. 251.

<sup>358</sup> Ayrancı, Şekil Şartına Uyulmadan Yapılan Kefalet Sözleşmesinde İfanın Sonuçları, s. 97.

<sup>359</sup> Özen, Kefalet Sözleşmesi, s. 251.

<sup>360</sup> Ayrancı, Şekil Şartına Uyulmadan Yapılan Kefalet Sözleşmesinde İfanın Sonuçları, s. 97.

<sup>361</sup> Özen, Kefalet Sözleşmesi, s. 253; Sücüllü, Kefalet Sözleşmesi ve Kefalet Sözleşmesinin Şartları, s. 64.

TBK.m.27/I uyarınca, kanunun emredici hükümlerine, ahlaka, kamu düzenine ve kişilik haklarına aykırı kefalet sözleşmesi kesin hükümsüzdür.

## **B. Alman Hukuku'nda**

Alman hukukunda da kefalet sözleşmesi tüm geçerlilik şartlarına uygun kurulmasının yanı sıra hukuka, ahlaka ve dürüstlük kurallarına aykırı olmamalıdır.

BGB madde 134 hukuka aykırılığı düzenlemiştir. Bu madde kanunun emredici hükümlerine aykırı yapılan sözleşmeleri kesin hükümsüz kılmaktadır. Mesela sübvansiyon yasağına aykırı yapılan kefalet sözleşmesi Avrupa hukukuna aykırı olarak kurulmuştur ve BGB madde 134 gereğince hükümsüzdür.<sup>362</sup>

Ahlaka aykırılık BGB madde 138'de düzenlenmiş olup, bu hükme göre ahlaka aykırı sözleşmeler kesin hükümsüzdür. Kefalet sözleşmesinde ahlaka aykırılık, kefilin mali olanaklarının çok üstünde bir sorumluluk üstlenmesi durumunda olabilir. Kefalet sözleşmesini ahlaka aykırı olarak yorumlarken kefalet sözleşmesinin niteliği gereği Anayasanın (GG) ikinci maddesinden dolayı irade özerkliği yani bu durumda sözleşme serbestisi ve BGB'de madde 138 de de kendini gösteren Anayasanın 20. ve 28. maddelerinde dayanağını bulan sosyal devlet ilkesi arasında bir çelişki olduğunu göz ardı etmemek gerekir.<sup>363</sup> Bu nedenle kefilin mali olanaklarının çok üstünde bir sorumluluk üstlenmesinin ahlaka aykırılığı uzun süre tartışmalıydı. BGH önceleri kefil aleyhine karar veriyordu.<sup>364</sup> Fakat federal anayasa mahkemesi (BVerfG) BGH'nın bu kararlarını uygun bulmadı.<sup>365</sup> BGH yeni kararlarında mali olanaklarının çok üstünde bir sorumluluk üstlenilen kefalet sözleşmelerini BGB madde 138 gereğince hükümsüz kabul etti. Fakat Türk hukukunda olduğu gibi kefilin sadece mali olanaklarının çok üstünde bir sorumluluk üstlenmesini yeterli bulmuyor.<sup>366</sup> Ayrıca nitelikli, alacaklıdan kaynaklanan başka bazı olgularla birleşmesi gerek ve kefilin bu kefalet sözleşmesinden herhangi bir kişisel çıkarı bulunmamalıdır.<sup>367</sup> Mali olanaklarının çok üstünde bir sorumluluk; kefilin ödeme gücü ile üstlendiği yükümlülüğün arasında ciddi orantısızlık

<sup>362</sup> Palandt, § 765, Kn. 8; EuGH EuZW 12, 106.

<sup>363</sup> Prüttinger/Wegen/Weinreich (Hrsg.), Brödermann (Bearb.) BGB Kommentar, § 765 Kn. 21.

<sup>364</sup> BGH NJW, 1989, 1602.

<sup>365</sup> BVerfGE 89, 214.

<sup>366</sup> Rohe (Bearb.) Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, § 765 Kn. 55.

<sup>367</sup> Rohe (Bearb.) Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, § 765 Kn. 55

bulunması durumunda söz konusudur.<sup>368</sup> Kefil geliri ile borcun faizini bile ödeyemiyorsa ciddi orantısızlık mevcuttur.<sup>369</sup> Yani asıl borcun miktarının çok önemi yok, zira kefilin geliri az ise düşük miktarda bir borcu bile ödemedede zorlanabilir. Fakat mali olanaklarının çok üstünde bir sorumluluk üstlenilen kefalet sözleşmesinde çok yakını<sup>370</sup> için kefil olmuşsa, alacaklının kefilin bu durumunu ahlaka aykırı olarak kullandığına dair basit karine mevcuttur.<sup>371</sup> Bunun aksini yani kefil ile borçlu arasındaki yakın bağdan haberdar olmadığını ve bu durumu ahlaka aykırı olarak kullanmadığını, alacaklı ispatlamalıdır.<sup>372</sup>

Kefilin bazı durumlarda; örneğin kefalet sözleşmesini uzun yıllar geçerli olarak gösterip ve bu sözleşmeden dolayı yarar elde etmişse, sonradan kefalet sözleşmesinin şekle aykırılığını ileri sürmesi BGB madde 242'de düzenlenen dürüstlük kuralına aykırıdır.<sup>373</sup>

## **VII. 6098 SAYILI TÜRK BORÇLAR KANUNUN'DAKİ İLGİLİ HÜKÜMLERİN UYGULAMA ALANI**

TBK'nın "Uygulama Alanlı" başlıklı 603. maddesinde "*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.*" denilmektedir. Bu hüküm, 818 Sayılı Borçlar Kanununda yer almayan yeni bir hükümdür. Bu hüküm kefalet sözleşmesinin geçerliliği için getirilmiş kuralların uygulama alanını genişlemektedir. Bu hükmün amacı: kefalet sözleşmesinin kefil koruma amaçlı yaptığı hükümlerin başka bir kişisel güvence yolu seçilerek, bu geçerlilik şartlarının dolanılmasının önüne geçilmek

<sup>368</sup> Prüttinger/Wegen/Weinreich (Hrsg.), Brödermann (Bearb.) BGB Kommentar, § 765 Kn. 25 .

<sup>369</sup> Dauner-Lieb/Langen (Hrsg.), Beckmann (Bearb.) Nomos Kommentar Schuldrecht BGB, § 765, Kn. 19; BGH NJW, 2009, 2671.

<sup>370</sup> BGHZ, 146, 37 (eş); BGHZ, 136, 347, 350 (nişanlı); BGH NJW 01, 2466, 2467 (ebeveyn); BGHZ, 125, 206, 215(çocuk); BGHZ, 137, 329, 334 (kardeş).

<sup>371</sup> BGHZ, 146, 37,42.

<sup>372</sup> Dauner-Lieb/Langen (Hrsg.), Beckmann (Bearb.) Nomos Kommentar Schuldrecht BGB, § 765, Kn. 21.

<sup>373</sup> Rohe (Bearb.) Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, § 766 Kn. 16; BGHZ, 26,142, 151.

istenmesidir.<sup>374</sup> Bu hükümle kefalet sözleşmesinin geçerlilik şartları, kanunda özel düzenlemesi bulunmayan garanti sözleşmesi için veya örneğin üçüncü kişinin fiilini üstlenme, borca katılma sözleşmelerinde de geçerli kılınmaktadır.<sup>375</sup> Böylece bazı finans kuruluşlarının yasanın kefil koruyucu emredici hükümlerinden kurtulabilmek için, bir gerçek kişi ile kefalet sözleşmesi yapmak yerine garanti sözleşmesi yapması durumunda, garanti sözleşmesine de kefaletle ilişkin hükümler uygulanacak ve bu şekilde bu gerçek kişilerinde yasanın kefaleti koruyucu emredici hükümlerinden yaralanmaları sağlanmış olacaktır.<sup>376</sup>

Fakat 603. maddenin uygulama alanı sadece gerçek kişilerce kişisel güvence verilmesine ilişkin olarak yapılan sözleşmelerdir. Dolayısıyla tüzel kişi teminat veriyorsa, şekil ve eşin rızasına ilişkin hükümler uygulanmaz.<sup>377</sup>

Bu hükümle birlikte tartışmalı bir konu ise kişisel güvence verme niteliği taşıyan “aval verme” durumunun bu hüküm kapsamına girip girmediğidir.<sup>378</sup> Zira avalin şekli TTK madde 701’de özel olarak düzenlenmektedir. Bir görüşe göre; bu nedenle kefalet sözleşmesinin şekline ilişkin hükümlerin aval için uygulanması yerinde olmamaktadır.<sup>379</sup> Ancak doktrinde diğer bir görüş ise, şekil kuralları için olmasa da eşin rızası ve ehliyet düzenlemelerinin aval için de geçerli olması gerektiği yönünde görüş bildirmektedir.<sup>380</sup> Doktrinde bazı görüşler bu hükmün (TBK’nın 603. maddesinin) Anayasa ile güvence altına alınan sözleşme serbestliği ilkesiyle bağdaşmadığını savunmaktadır. Ayrıca TBK’nın 19. maddesinde **“Bir sözleşmenin türünün ve içeriğinin belirlenmesinde ve yorumlanmasında, tarafların yanlışlıkla veya gerçek amaçlarını gizlemek için kullandıkları sözcüklere bakılmaksızın, gerçek ve ortak iradeleri esas alınır.”** düzenlemesine yer verilerek, uygulanacak hukuk kuralının tarafların beyanına göre değil ortak ve gerçek iradeye göre belirleneceğinin kabulü nedeni ile böyle bir düzenleme gerekli görülmemektedir.<sup>381</sup>

---

<sup>374</sup> Altop, Borçlar Kanununda Getirilen Yenilikler, s. 82.

<sup>375</sup> Öz, Yenilikler, s. 124.

<sup>376</sup> Altop, Türk Borçlar Kanunu Tasarısında Yenilikler s. 26.

<sup>377</sup> Haznedar, s. 24.

<sup>378</sup> Altop, Borçlar Kanununda Getirilen Yenilikler, s. 83.

<sup>379</sup> Haznedar, s. 24.

<sup>380</sup> Elçin Grassinger/Özen/Barlas, Türk Borçlar Kanunu Sempozyumu; VIII. Oturumu Kefalet Sözleşmesi-Genel Görüşme, s. 391.

<sup>381</sup> Aksoyoğlu, s.112.

Kanaatimce bu düzenleme yerinde bir düzenleme olmuştur. Zira her türlü kişisel teminat altına giren gerçek kişi korunmalıdır ve sadece sözleşmenin ismini değiştirerek bu koruyucu hükümleri dolanmak böylece mümkün olmayacaktır.

### **A. Alman Hukukunda Uygulama Alanı**

Alman hukukunda TBK madde 603'e tekabül eden bir madde yoktur. Hatta tam tersi BGB madde 766'da düzenlenen yazılı şekil şartı sadece kefalet sözleşmesi için geçerlidir; garanti gibi diğer şahsi teminatlar için uygulanmaz.<sup>382</sup>

## **SONUÇ**

6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu ile kefalet konusunda pek çok değişiklikler yapılmıştır. Kefalet sözleşmesinin geçerlilik şartları ile ilgili de önemli değişiklikler ve yenilikler yapılmıştır. Kefalet sözleşmesinin hukuki niteliği dikkate alınarak bu değişiklikler ve yenilikler özellikle kefil korumaya yöneliktir. TBK ile getirilen yenilikler kefalet sözleşmesini 818 sayılı Borçlar Kanunu'na nazaran daha sıkı şartla bağlamaktadır. Getirilen yeniliklerin amacı, kefilin korunmasını daha iyi sağlamak ve uygulamada çıkan sorunları çözebilmektir.

Kefalet sözleşmesinin geçerlilik şartları bakımından iki önemli değişiklik yapılmıştır. İlki adi yazılı şeklin nitelikli yazılı şekle dönüştürülmesidir. İkinci önemli değişiklik ise 818 sayılı Borçlar Kanunu'nda bulunmayan TBK'nın 584. maddesi ile getirilen eşin rızası hakkındaki yeniliktir. Fakat bu yenilik ticari hayatın gereklilikleri tekrar gözden geçirilerek revize edilmiştir ve eşin rızasının aranacağı kişiler bakımından bir sınırlama getirilmiştir. Eşin rızası hükmünün amacı aile birliğini korumak, eşler arasında doğacak sorunları engellemektir. Kanaatimce bu değişiklikle hüküm amacını ne kadar koruyor tartışılır, zira en fazla kefalet sözleşmesi ile karşı karşıya kalan kişiler bu hükmün dışında bırakılmıştır ve böylelikle hüküm amacını kısmen de olsa yitirmiştir.

---

<sup>382</sup> Palandt, § 766, Kn. 2.

Diğer bir önemli yenilik ise TBK'nın 603. maddesidir. Bu hüküm kefalet sözleşmesinin geçerliliği için getirilmiş kuralların uygulama alanını genişlemektedir. Bu hükmün gayesi kefalet sözleşmesinin kefil koruma amaçlı yaptığı hükümlerin başka bir kişisel güvence yolu seçilerek bu geçerlilik şartlarının dolanılmasının önüne geçilmek istenmesidir ve yerinde bir düzenleme olmuştur.

Ayrıca 818 sayılı Borçlar Kanununa göre 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu daha net ve açık yazılmıştır. Mesela kefaletin tanımı 818 sayılı Borçlar Kanununda yer alan „borçlunun akdettiği borç“ ifadesi, sadece sözleşmelerden doğan borçlar bakımından kefil olunabileceği şeklinde anlaşılıyordu. Fakat TBK madde 581 hükmünde yer alan kefalet sözleşmesinin yasal tanımı bu yanlış anlaşılmayı ortadan kaldırdı.

Bununla birlikte eksik borç için kefillik ve açığa imza gibi bazı konulardaki tartışmalara da son verdi.

Kanaatimce genel olarak yapılan değişiklikler ve yenilikler yerinde ve kefil korumaya yarayacak doğrultuda olmuştur.

Bu çalışma kefalet sözleşmesinin TBK ya göre geçerlilik şartları yanı sıra bu geçerlilik şartlarını Alman hukuku ile kıyasını da içermektedir. Temel olarak Alman kefalet hukuku ile Türk kefalet hukuku arasında çok fazla farklılık bulunmamakla birlikte, yine de bazı önemli farklar vardır.

Bunlardan biri, Alman hukukunda 6098 sayılı Türk Borçlar Kanununda olduğu gibi nitelikli yazılı şekil değil, 818 sayılı Borçlar Kanununda olduğu gibi adi yazılı şekil aranmakta ve bu yazılı şekil tacirlerin ticari işlemleri için geçerli olmamaktadır. Ehliyet yönünden önemli bir fark ise eşin rızası hükmüdür. Alman hukukunda böyle bir kısıtlama yoktur. Diğer önemli bir fark ise şekil yönünden geçersiz bir kefalet sözleşmesi Alman hukukuna da ifa ile sağlık kazanırken Türk hukukunda ise kefilin ifası ile geçerli hale gelmez. Ayrıca TBK'nın 603. maddesi gibi kefalet sözleşmesinin geçerliliği için getirilmiş kuralların uygulama alanını diğer şahsi

teminat sözleşmeleri için de geçerli kılan bir madde bulunmamakta ve doktrinde tam tersi savunulmaktadır.

Sonuç olarak her iki kanun da kefilî korumaya yönelik hükümler getirmiştir. Fakat kanaatimce 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu ile Türk hukuku, Alman hukukuna kıyasla kefilî daha fazla korumaktadır.



## KAYNAKÇA

Akıntürk, Turgut/ Ateş Karaman, Medeni Hukuk, 17 Bası , Beta Yayınevi, Derya İstanbul 2012.

Akıntürk, Turgut Borçlar Hukuku Genel Hükümler ve Özel Borç İlişkileri, 12. Bası, Beta Yayınevi, İstanbul 2006.

Aksoyoğlu, Necati Borçlar Kanunu Tasası'ndaki Kefalet Sözleşmelerine İlişkin Önemli Değişikler, Bankacılar Dergisi, Sayı 72/ Mart 2010, Sayfa 94-117.

Altaş, Hüseyin Şekle Aykırılığın Olumsuz Sonuçlarının Düzeltilmesi, Yetkin Yayınevi, Ankara 1998.

Altop, Atilla Türk Borçlar Kanunu Tasarısında Yer Alan Bazı Önemli Yenilikler ve Değişiklikler, İKÜ Hukuk Fakültesi Dergisi, Aralık 2005,C. 4 Sayfa 3-31.

Altop, Atilla Seminer Borçlar Kanununda Getirilen Yenilikler, İzmir Barosu Dergisi Mayıs 2012, Yıl 77, Sayı 2, Sayı 2, Sayfa 73-92.

Aral, Fahrettin Borçlar Hukuk, - Özel Borç İlişkileri 8. Bası, yetkin Yayınevi, Ankara 2010.

- Ayrancı, Hasan Şekil Şartına Uyulmadan Yapılan Kefalet Sözleşmesinde İfanın Sonuçları, AÜHFD, Cilt 53, Sayı 2, Yıl 2004, Sayfa 95-120.
- Badur, Emel Eşin Rızası, TBB Dergisi 2013 (109), s. 251-302.
- Barlas, Nami Türk Borçlar Kanunu Sempozyumu, VIII. Oturum, Kefalet Sözleşmesinin Geçerlilik Şartları, İstanbul 2012, Sayfa 349-362.
- Baş, Ece 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nda Kefalet Sözleşmesinin Geçerlilik Şartlarında İlişkin Bazı Yenilikler, İÜHFM 2012/C LXX. S.2, Sayfa 115-141.
- Başara Turan, Gamze/Başara, İzzet Borçlar Kanunu Tasarısında İrade Sakatlıkları, Prof. Dr. Fırat Öztan'a Armağan, Ankara 2010, Cilt I, Sayfa 335-351.
- Battal, Ahmet Kefalet Ehliyeti Yönünden Şahıs ve Sermaye Şirketleri, BFHD- Cilt 1/ Sayı: 2/ Yıl 2012/ Sayfa 38-53.
- Bilgen, Mahmut Kefalet ve Yargılama Hukukuna İlişkin Uyuşmazlıklar/ 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Işığında, Adalet Yayınevi, Ankara 2013.

- Brox, Hans/ Walker, Wolf-Dietrich      Besonderes Schuldrecht, 31. Bası, C.H. Beck Verlag, München 2006.
- Brox, Hans/ Walker, Wolf-Dietrich      Allgemeiner Teil des BGB, 36. Bası, Vahlen Verlag, München 2012.
- Dauner-Lieb, Barbara/  
Langen, Werner (Hrsg.)      Nomos Kommentar BGB Band 2/2 Schuldrecht §§611-853, 2. Bası, Nomos Verlag, Baden -Baden 2012.
- Deynekli, Adnan      Türk Borçlar Kanunun'da Yer Alan Önemli Usul Hükümleri, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi: Cilt 2 Sayı: 2 Yıl 2011
- Ercoşkun Şenol, H. Kübra      Türk Borçlar Hukukunda Hilenin Münferit Uygulama Alanları, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi C. XVII, Y. 2013, Sayı 4.
- Eren, Fikret      Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2014.
- Eusterhus, Daniel      Die Akzessorietät im deutschen Bürgschaftsrecht, Herbert Utz Verlag, München 2002.
- Grassinger Elçin, Gülçin      Borçlar Kanunu Tasarısı Hükümleri Çerçevesinde Kefalet Sözleşmelerine Dair Hükümlerin İncelenmesi, İKÜ Hukuk Fakültesi Dergisi, Yıl 2005 Cilt 4, Sayı.1-2. Sayfa 83-97.

- Grassinger Elçin, Gülçin Borçlar Kanunu'na Göre Kefilin Alacaklıya Karşı Sahip olduğu Savunma İmkanları, İstanbul 1996.
- Grassinger Elçin, Gülçin/  
Özen, Burak/  
Barlasi, Nami Türk Borçlar Kanunu Sempozyumu; VIII. Oturumu Kefalet Sözleşmesi-Genel Görüşme, İstanbul 2012, Sayfa 389-401.
- Grunewald, Barbara Gesellschaftsrecht, 8. Bası, Mohr Siebeck Verlag, Tübingen 2011.
- Gümüş, Mustafa Alper Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Cilt II, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2012.
- Güvener, Mutlu Seda Kefalet Sözleşmesinin Geçerlilik Şartları, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Bilgi Üniversitesi, İstanbul 2007.
- Habersack, Mathias (Hrsg) Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch: BGB Band 5: Schuldrecht Besonderer Teil III §§ 705 – 853, § 765, 6. Bası, C.H. Beck Verlag, München 2013.
- Haznedar, Murat Borçlar Kanunu Tasarısı'ndaki Kefalet Sözleşmelerine İlişkin Önemli Değişiklikler, [www.murathaznedar.av.tr/makale\\_doc/5.doc](http://www.murathaznedar.av.tr/makale_doc/5.doc)

- Jung, Peter Handelsrecht, 8. Bası, C.H. Beck Verlag München 2010.
- Karahasan, Mustafa Reşit Türk Borçlar Hukuku- Özel Borç İlişkileri, Öğreti Yargıtay Kararları, İlgili Mevzuat II, Beta Yayınevi, İstanbul 2002.
- Kılıçoğlu, Ahmet M. Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 4. Bası, Turhan Kitapevi, Ankara 2004.
- Kırca, İsmail Türk Borçlar Kanunu Tasarısında Eşin İzni, Tuğrul Anasay'a Armağan, Ankara 2006.
- Koç, Nevzat Türk Borçlar Kanunu Tasarısında Genel Hükümlere İlişkin Olarak Yapılması Öngörülen Yenilik ve Değişiklikler, İTCÜ SBD, Yıl 6, Sayı 12, Güz 2007/2, Sayfa 71-147.
- Köhler, Helmut BGB Allgemeiner Teil, 36. Bası, C.H. Beck Verlag, München 2012.
- Larenz, Karl Lehrbuch des Schuldrechts, Besonderer Teil II, 13. Bası, C.H. Beck Verlag, München 1994.
- Leenen, Detlef BGB Allgemeiner Teil: Rechtsgeschäftslehre, Walter de Gruyter, Verlag, Berlin 2011.
- Medicus, Dieter/ Schuldrecht II Besonderer Teil, 15. Bası,

- Lorenz, Stephan C.H. Beck Verlag, München 2010.
- Oğuzman, Kemal/Öz, Turgut Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C.I, 10. Bası , Vedat Kitapçılık, İstanbul 2013.
- Öktem, Seda Çevik 6098 sayılı Türk Borçlar Kanununu Uyarınca Kefalet Sözleşmesinde Eşin Rızası,Kazancı Hakemli Hukuk Dergisi, Yıl 2012/C8 s. 89-90.
- Öz, Turgut Yeni Borçlar Kanununun Getirdiği Başlıca Değişiklikler ve Yenilikler, 2. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2012.
- Özen, Burak “Beyaza (Açığa) İmza Sorunu Üzerinde Düşünceler”, Legal Hukuk Dergisi, Şubat 2008, Yıl.6, Sayı.62, s.409 vd.
- Özen, Burak 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu Çerçevesinde Kefalet Sözleşmesi, 3. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2014.
- Palandt, Otto (Hrsg) Palandt- Bürgerliches Gesetzbuch, 72. Bası, C.H. Beck Verlag, München 2013.
- Prütting,Hanns/ Wegen,Gerhard/ Weinreich/Gerd (Hrsg) BGB Kommentar, 8. Bası, Luchterhand Verlag, Köln 2013.
- Reinicke, Dietrich/Tiedtke, Klaus Bürgschaftsrecht, 3. Bası, Carl Heymanns Verlag, Köln, München 2008.

- Reinicke, Dietrich/Tiedtke, Klaus Kreditsicherungen, 4. Bası, Luchtherland Verlag, Neuwied, 2000.
- Reisoğlu, Seza Kefalet Kavramı ve Muteberlik Şartları, s. 384, AÜHFD, Cilt 19/Yıl 1962/Sayı 1-4, Sayfa 327-392.
- Reisoğlu, Seza Türk Kefalet Hukuku, Ankara 2013.
- Rieder, Josef/ Stefan, Rieder, Die Bankbürgschaft, 5. Bası, Deutscher Sparkassen Verlag. Stuttgart 1982.
- Schaffrin, Heike Stellvertretung, Skript, [www.jurawelt.com/sript/stellvertretung](http://www.jurawelt.com/sript/stellvertretung)
- Schapp, Jan/ Schur, Wolfgang Einführung in das Bürgerliche Recht. 3. Bası, Vahlen Verlag, München 2003.
- Schulze, Götz Die Naturalobligation, Mohr Siebeck Verlag, Tübingen 2008.
- Soergel,Thomas (Hrsg) Kohlhammer Kommentar, Schuldrecht IV/I (§§ 705-822), 12. Bası, Kohlhammer Verlag, München 2007.
- Sönmez, Murat 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu da Kefalet Sözleşmesi, İzmir Barosu Dergisi, Mayıs 2012, Yıl 77, Sayı 2, Sayfa 171-192.
- Sücüllü, Aslı "Kefalet Sözleşmesi ve Kefalet Sözleşmesinin Geçerlilik Şartları", Ankara Üniversitesi SBE Özel Hukuk (Medeni

- Hukuk) Anabilim Dalı Yüksek Lisans Tezi, 2006 Ankara.
- Şahan, Gökhan Kefalet Sözleşmesinin Sona Ermesi, Erciyes Üniversitesi Yüksek Lisans Tezi, Kayseri 2007.
- Tandoğan, Haluk Borçlar Hukuku-Özel Borç İlişkileri, C.2, 5.Bası, İstanbul 2010.
- Tandoğan, Haluk Kefaletin Geçerlilik Şartları, BATİDER Cilt. 9, Sayı. 1, Yıl 1977.
- Tekinay Selahattin Sulhi/ Akman Tekinay.Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 7. Sermet / Burcuoğlu Haluk/ Altop Bası, İstanbul 1993.  
Atilla;
- Topel, Afhan 6098 sayılı Borçlar Kanunu'na Göre Kefalet Sözleşmesindeki Değişikliklere Bir Bakış, İzmir Barosu Dergisi Mayıs 2012, Yıl 77, Sayı 2, Sayfa 193-203.
- Turanlı, Hüsnü Yeni TTK ve Ultra Vires İlkesi, Regesta Ticaret Hukuku Dergisi, Cilt 2. Sayı 3, Yıl 2012, s.49.74.
- Yavuz, Cevdet/ Acar, Faruk/ Özen, Burak Borçlar Hukuku Dersleri, Özel Hükümler, 11. Bası, İstanbul 2012.
- Yavuz, Nihat Öğretide Ve Uygulamada Türk Kefalet Hukuku, Adalet Yayınevi, Ankara 2009.
- Yıldırım, Mustafa Fadıl Borçlar Kanunu Tasarısında İrade Sakatlığı



Halleri, Prof. Dr. Naim İnal'a Armağan, s. 931-944.

Yıldız, Burçak

TTK Tasarısında Şirketlerin Ehliyeti Ve Bu Bağlamda TTK m. 137 Hükmündeki "Ultra Vires" Sınırlanmasının Yerindeğinin Değerlendirilmesi, AÜHFD, Cilt.55, Sayı: 1, Yıl 2006, Sayfa 322-353.

Yılmaz, Merve

Türk Borçlar Kanunu'na göre Kefalet Sözleşmesinin Geçerlilik Şartları, TAAD, Cilt: 1, Yıl: 2, Sayı: 7, 2011.

Zevkliler, Aydın/ Gökyayla, Emre

Borçlar Hukuku - Özel Borç İlişkileri, 13. Bası, Ankara 2013.

