

T.C.
YAŞAR ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK
YÜKSEK LİSANS TEZİ

KEFALET SÖZLEŞMESİNİN GEÇERLİLİK KOŞULLARI

Seda SEYMAN

Danışman

Prof. Dr. Ayşe HAVUTÇU

Prof. Dr. Aydın ZEVKLİLER

İzmir, 2013



T.C.
YAŞAR ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ TEZLİ YÜKSEK LİSANS TEZ JÜRİ
SINAV TUTANAĞI

ÖĞRENCİNİN		
Adı, Soyadı	:	
Öğrenci No	:	
Anabilim Dalı	:	
Programı	:	
Tez Sınav Tarihi	:/...../201.....	Sınav Saati :
Tezin Başlığı:.....		
Adayın kişisel çalışmasına dayanan tezini dakikalık süre içinde savunmasından sonra jüri üyelerince gerek çalışma konusu gerekse tezin dayanağı olan anabilim dallarından sorulan sorulara verdiği cevaplar değerlendirilerek tezin,		
<input type="checkbox"/> BAŞARILI olduğuna (S) 1 <input type="checkbox"/> EKSİK sayılması gerektiğine (I) 2 <input type="checkbox"/> BAŞARISIZ sayılmasına (F)	<input type="checkbox"/> OY BİRLİĞİ <input type="checkbox"/> OY ÇOKLUĞU	ile karar verilmiştir.
3 <input type="checkbox"/> Jüri toplanamadığı için sınav yapılamamıştır. 4 <input type="checkbox"/> Öğrenci sınava gelmemiştir.		
<input type="checkbox"/> Başarılı (S) <input type="checkbox"/> Eksik (I) <input type="checkbox"/> Başarısız (F)	<input type="checkbox"/> Başarılı (S) <input type="checkbox"/> Eksik (I) <input type="checkbox"/> Başarısız (F)	<input type="checkbox"/> Başarılı (S) <input type="checkbox"/> Eksik (I) <input type="checkbox"/> Başarısız (F)
Üye :	Üye :	Üye :
İmza :	İmza :	İmza :

- 1 Bu halde adaya 3 ay süre verilir.
- 2 Bu halde öğrencinin kaydı silinir.
- 3 Bu halde sınav için yeni bir tarih belirlenir.
- 4 Bu halde varsa öğrencinin mazeret belgesi Enstitü Yönetim Kurulunda görüşülür. Öğrencinin geçerli mazeretinin olmaması halinde Enstitü Yönetim Kurulu kararıyla ilişkisi kesilir. Mazereti geçerli sayıldığında yeni bir sınav tarihi belirlenir.

YEMİN METNİ

Yüksek Lisans Tezi olarak sunduğum “Kefalet Sözleşmesinin Geçerlilik Koşulları” adlı çalışmanın, tarafımdan bilimsel ahlak ve geleneklere aykırı düşecek bir yardıma başvurmaksızın yazıldığını ve yararlandığım eserlerin bibliyografyada gösterilenlerden oluştuğunu, bunlara atıf yapılarak yararlanılmış olduğunu belirtir ve bunu onurumla doğrularım.

20/11/2013

Seda SEYMAN

ÖZET
Yüksek Lisans
KEFALET SÖZLEŞMESİNİN GEÇERLİLİK KOŞULLARI
Seda SEYMAN

Yaşar Üniversitesi
Sosyal Bilimler Enstitüsü
Özel Hukuk Tezli Yüksek Lisans Programı

Tezin konusu “Kefalet Sözleşmesinin Geçerlilik Koşulları”dır. Tez üç bölümden oluşmaktadır.

Birinci bölümde kefalet sözleşmesi hakkında genel bilgiler verilecektir. Bu kapsamda kefalet sözleşmesinin tanımı, yapısı ve taraflarına değinilecektir.

İkinci bölümde kefalet sözleşmesinin geçerlilik koşullarına değinilecektir. Bölümün ilk kısmında sözleşmelerin genel geçerlilik koşullarına, ikinci kısmında ise kefalet sözleşmesine özgü geçerlilik koşullarına değinilecektir.

Üçüncü bölümde ise, geçerlilik koşullarına uymamanın yaptırımı konusu incelenecektir. Bu bölümün ilk kısmında sözleşmelerin genel geçerlilik koşullarına uymamanın yaptırımı, ikinci kısımda ise kefalet sözleşmesine özgü geçerlilik koşullarına uymamanın yaptırımı konusu incelenecektir.

Anahtar Kelimeler: Kefalet Sözleşmesi, Geçerlilik Koşulları, Kefalet, Geçerlilik, Sözleşme.

ABSTRACT
Master Thesis
THE VALIDITY REQUIREMENTS OF THE SURETYSHIP CONTRACT
Seda SEYMAN
Yaşar University
Institute of Social Sciences
PRIVATE LAW MASTER DEGREE PROGRAM

This subject is “The Validity Requirements Of The Suretyship Contract”. Thesis consists of three parts.

In the first section, concept of suretyship contract analyzed along with its main features. Suretyship contracts are examined therein in terms of definition and features.

Second section focus on the validity requirements of the suretyship contract. Firstly, the conditions of validity of the contracts and then specific validity conditions of surety contract will be examined.

Third section is focus on the failure to comply with the conditions of validity of contracts. The first part of this chapter focus on failure to comply with the terms of sanction of the general validity of the contracts. In the second part, the validity of the specific conditions of contract, failure to comply with bail enforcement will be examined.

Keywords: Suretyship Contract, Validity Requirements, Surety, Validity, Contract

İÇİNDEKİLER

KEFALET SÖZLEŞMESİNİN GEÇERLİLİK KOŞULLARI

TEZ ONAY SAYFASI	v
ÖZET.....	ix
ABSTRACT.....	v
KISALTMALAR	v
GİRİŞ	1

BİRİNCİ BÖLÜM

KEFALET SÖZLEŞMESİ İLE İLGİLİ GENEL BİLGİLER

I. KEFALET SÖZLEŞMESİNİN TANIMI VE TARİHİ GELİŞİMİ	3
II. KEFALET SÖZLEŞMESİNİN YAPISI	7
III.KEFALET İLİŞKİSİNDE TARAFLARIN KARŞILIKLI HAK VE BORÇLARI... ..	11
IV.KEFALET SÖZLEŞMESİNE İLİŞKİN DÜZENLEMELERİN GÜVENCE SÖZLEŞMELERİ AÇISINDAN GENEL HÜKÜM NİTELİĞİ.....	20

İKİNCİ BÖLÜM

KEFALET SÖZLEŞMESİNİN GEÇERLİLİK KOŞULLARI

I. GENEL OLARAK GEÇERLİLİK KOŞULLARI	24
A. Kanuna Aykırılık	26
B. Ahlaka Aykırılık	29
C. Şekle Aykırılık.....	30
D. Muvazaa	32
E. İmkansızlık.....	36
F. Kişilik Haklarına Aykırılık	40
G. İrade Bozukluğu Halleri	42
1. Yanılma.....	43
2. Aldatma.....	47
3. Korkutma	50
H. Aşırı Yararlanma	56
II. GENEL OLARAK SÖZLEŞMELERİN GEÇERLİLİK KOŞULLARI YANINDA KEFALET SÖZLEŞMESİNE ÖZGÜ GEÇERLİLİK KOŞULLARINA UYMAMANIN YAPTIRIMI	59

A. Mevcut ve Geçerli Bir Borç İlişkisinden Doğmuş Asıl Alacağın Varlığı.....	59
1. Mevcut Bir Borcun Varlığı.....	59
2. Mevcut Borcun Geçerli Bir Borç İlişkisinden Doğmuş Olması.....	61
B. Kefilin Ehliyeti	63
1. Gerçek Kişilerin Kefalet Ehliyeti	63
1.1. Tam Ehliyetsiz Kişilerin Kefalet Ehliyeti.....	64
1.2. Sınırlı Ehliyetli Kişilerin Kefalet Ehliyeti	65
1.3. Sınırlı Ehliyetsizlerin Kefalet Ehliyeti.....	66
1.4. İflas ve Konkordato Halinde Kefalet Ehliyeti	66
1.5. Noterlerin Kefalet Ehliyeti.....	66
2. Tüzel Kişilerin Kefalet Ehliyeti.....	67
2.1. Özel Hukuk Tüzel Kişilerinin Kefalet Ehliyeti	67
2.2. Kamu Tüzel Kişilerinin Kefalet Ehliyeti	71
C. Kefalet Sözleşmesinin Şekli Koşulları	71
1. Genel Olarak Kefalet Sözleşmesinin Şekli(Yazılı Şekil Zorunluluğu)	71
2. Yazılı Şeklin İçeriği.....	75
2.1. Ferdileştirilmiş Esas Borcun Kefalet Senedinde Gösterilmesi	75
2.2. İmza.....	76
2.3. Kefalet Bedelinin TL Olarak Yer Alması.....	79
3. Kefalet Sözleşmesinin Değiştirilmesinde Şekil.....	80
D. Kefalet Sözleşmesinde Temsil.....	81
E. Eşin Rızası	83

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

GEÇERLİLİK KOŞULLARINA UYMAMANIN YAPTIRIMI

I. GENEL GEÇERLİLİK KOŞULLARINA UYMAMANIN YAPTIRIMI.....	89
A. Kanuna Aykırılık Halinde Uygulanacak Yaptırım.....	89
B. Ahlaka Aykırılık Halinde Uygulanacak Yaptırım	90
C. Şekle Aykırılıkta Uygulanacak Yaptırım	92
D. Muvazaalı İşlemin Geçersizliği.....	92
E. İmkansızlık Halinde Uygulanacak Yaptırım.....	93
F. Kişilik Haklarına Aykırılık Halinde Uygulanacak Yaptırım	97
G. İrade Bozukluğu Hallerinde Yaptırım	98

1. Yanılma Halinde Uygulanacak Yaptırım	98
2. Aldatma Halinde Uygulanacak Yaptırım	100
3. Korkutma Halinde Uygulanacak Yaptırım	102
H. Aşırı Yararlanma(Bedelli Kefalet) Halinde Uygulanacak Yaptırım	103
II. KEFALET SÖZLEŞMESİNE ÖZGÜ GEÇERLİLİK KOŞULLARINA UYMAMANIN YAPTIRIMI	107
A. Mevcut ve Geçerli Bir Borç İlişkisinden Doğmuş Asıl Borcun Olmaması	107
B. Kefilin Ehliyetsiz Olması	110
C. Kefalet Sözleşmesinin Şekil Şartına Uyulmaması	113
D. Eşin Rızasının Alınmamış Olması.....	117
E. Kefalet Bedelinin TL Değerinin Yer Almaması	118
SONUÇ	120
KAYNAKÇA	122

KISALTMALAR

AD.	Adalet Dergisi
AÜHF.	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
AÜHFD.	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
AÜEHFD.	Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi
AVK.	Avukatlık Kanunu
bkz.	Bakınız
TBK.	Türk Borçlar Kanunu
BK.	Borçlar Kanunu
C.	Cilt
E.	Esas
GÜHFD.	Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
HD.	Hukuk Dairesi
HGK.	Hukuk Genel Kurulu
İBD.	İstanbul Barosu Dergisi
İÜHF.	İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi
K.	Karar
m.	Madde
RG.	Resmi Gazete
s.	Sayfa
S.	Sayı
TBBD.	Türkiye Barolar Birliği Dergisi
TNBHD.	Türkiye Noterler Birliği Dergisi
vd.	Ve devamı

GİRİŞ

Şahsi teminat sözleşmelerinin en eski türlerinden olan kefalet sözleşmesi, kefilin alacaklıya karşı, borçlunun borcunu ifa etmemesinin sonuçlarından kişisel olarak sorumlu olmayı üstlendiği sözleşme olarak tanımlanmaktadır. Temelini Roma Hukuku'ndan alan kefalet sözleşmesi günümüzde özellikle gelişen bankacılık uygulamalarında başvurulan bir sözleşme türüdür.

Türk Hukuku'nda kefalet sözleşmesine ilişkin hükümler İsviçre'den iktibas yoluyla alınmıştır. 818 Sayılı Borçlar Kanunu'nun yürürlükte olduğu dönemde kanunun 483-503. maddeleri arasında düzenlenmiş olan kefalet sözleşmesine ilişkin hükümler İsviçre Borçlar Kanunu'nda 1941 yılında yapılan revizyon Hukukumuzda yansımadağı için güncelliğini kaybetmişti. 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu ile birlikte mehz kanundaki değişiklikler kanuna eklenmiş ve önceki kanunda eleştirilen hükümlerin eksiklikleri giderilmiştir.

Çalışmamızın amacı, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'nda yapılan değişikliklerden en çok etkilenen konulardan biri olan kefalet sözleşmesinin geçerlilik şartlarını bir bütün halinde incelemektir. Tez üç bölümden oluşmaktadır.

Tezin birinci bölümünde kefalet sözleşmesine ilişkin genel bilgiler başlığı altında kefalet sözleşmesinin tanımı ve tarihi gelişimine, kefalet sözleşmesinin yapısına, kefalet ilişkisinde tarafların karşılıklı hak ve borçlarına ve kefalet sözleşmesine ilişkin düzenlemelerin güvence sözleşmeleri açısından genel hüküm niteliğine değinilecektir.

Tezin ikinci kısmında ise kefalet sözleşmesinin geçerlilik koşullarına değinilecektir. Öncelikle sözleşmelerin genel geçerlilik koşullarına değinilecek olup bu kapsamda kanuna aykırılık, ahlaka aykırılık, şekle aykırılık, kişilik haklarına aykırılık, muvazaa, irade bozukluğu halleri, aşırı yararlanma ve imkansızlık incelenecektir. İkinci bölümde ise kefalet sözleşmesine özgü geçerlilik koşulları incelenecek olup kefalet sözleşmesinin kurulması için gerekli olan mevcut ve geçerli borcun varlığı, kefilin ehliyeti, kefalet sözleşmesinin şekli, eşin rızası ve kefalet bedelinin TL olarak belirtilmesi incelenecektir.

Tezin son kısmında ise kefalet sözleşmesinin geçerlilik koşullarına uyulmadan aktedilmesi halinde karşılaşılacak yaptırımların neler olacağı incelenmiştir. Bu kısımda ilk olarak genel geçerlilik koşullarına aykırılık başlığı

altında kanuna aykırılık, ahlaka aykırılık, kişilik haklarına aykırılık hallerinde, irade bozukluğu hallerinde yaptırım, şekle aykırılıkta yaptırım, muvazaa halinde yaptırım, imkansızlık halinde yaptırım ile aşırı yararlanma halinde uygulanacak yaptırım incelenecektir. İkinci bölümde ise kefalet sözleşmesine özgü geçerlilik koşullarına uyulmaması halinde uygulanacak yaptırım halleri incelenecek olup, bu kapsamda mevcut ve geçerli bir borcun olmaması halinde uygulanacak yaptırım, kefilin ehliyetsiz olması halinde uygulanacak yaptırım, kefalet sözleşmesinde şekil şartına uyulmaması hali, eşin rızasının alınmaması hali ve son olarak kefalet bedelinin TL olarak gösterilmemesinde uygulanacak yaptırım incelenecektir.

BİRİNCİ BÖLÜM

KEFALET SÖZLEŞMESİ İLE İLGİLİ GENEL BİLGİLER

I. KEFALET SÖZLEŞMESİNİN TANIMI VE TARİHİ GELİŞİMİ

Kefalet sözleşmesini de kapsamına alan bir üst kavram olarak kullanılan güvence(teminat) sözleşmesi kavramı bir kimsenin başkasının karşılaştığı tehlikeyi(rizikoyu) kendi üzerine aldığı sözleşme tipidir¹. Tanımda tehlike ile kastedilen husus ise gerçekleşmesi halinde malvarlığında zarar verici olayın ortaya çıkması ihtimalidir². Güvence sözleşmesi adı verilen bu sözleşme tipinde güvence veren tehlikenin ortaya çıkması halinde güvence verilen kimsenin malvarlığında oluşacak zararı gidereceği konusunda taahhütte bulunmaktadır. Güvence sözleşmeleri verilen güvencenin türü açısından iki gruba ayrılmaktadır. Aynı güvence sözleşmelerinde alacaklının borçlu yahut üçüncü bir kimseye ait malvarlığı unsurları üzerinde herkese karşı ileri sürülebilen bir güvence sağlanmaktadır³. Kişisel güvence sözleşmelerinde alacaklıya aynı bir hak ileri sürebileceği malvarlığı unsuru taahhüdünde değil, alacağın karşılanabilmesi için alacaklıya borçlu dışında bir üçüncü kişinin malvarlığına başvurma olanağı sağlanır⁴. Kefalet ve güvence amaçlı garanti sözleşmelerini bünyesinde barındıran kişisel güvence sözleşmelerinde borcun ifa edilmemesinin sorumluluğu borçlu dışında bir başka kimse tarafından üstlenilmektedir⁵.

Kefalet sözleşmesi Türk Borçlar Kanunu'nun onbeşinci bölümünde tanımı, koşulları, içeriği, sona ermesi ve uygulama alanı başlıkları altında kanunun 581 ile 603. maddeleri arasında düzenlenmiştir. Kefalet sözleşmesinin tanımı Türk Borçlar

¹ Tandoğan, Haluk, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, C. II, 3. B., Ankara 1987, s.684; Yavuz, N. (2010). Türk Kefalet Hukuku. Ankara: Adalet Yayınevi, s. 665, Özen, Burak, Kefalet Sözleşmesi, İstanbul 2012s. 1.

² Tandoğan, Borçlar, C. II, s. 684- 685; Özen, B. (2012) Kefalet Sözleşmesi. İstanbul. Vedat Kitapçılık, s. 2.

³ Kuntalp, E.(2005). Teminat Kavramı, Teminat Türleri Ve Bunlardan Doğan Sorumluluk. *Reha Poroy'a Armağan* içinde(263-300), s. 280; Barlas, N. (2004). Yeni Türk Medeni Kanunu Hükümleri Çerçevesinde Esler Arası Hukuki İşlem Özgürlüğü Ve Sınırları, *Prof. Dr. Necip Kocayusufpasaoglu İçin Armağan* içinde (115-143). Ankara: Seçkin Yayınları, s. 570; Özen, s. 2.Teminat sözleşmeleri hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Develioğlu, H. M. (2009). Kefalet Sözleşmesini Düzenleyen Hükümler Işığında Bağımsız Garanti Sözleşmeleri. İstanbul: Vedat Kitapçılık, s. 11 vd.

⁴ Tandoğan, Borçlar, C. II, s. 689; Özen, s. 5.

⁵ Özen, s. 6.

Kanunu'nun 581. maddesinde yer almaktadır. Madde hükmüne göre; “*Kefalet sözleşmesi, kefilin alacaklıya karşı, borçlunun borcunu ifa etmemesinin sonuçlarından kişisel olarak sorumlu olmayı üstlendiği sözleşmedir.*” 818 sayılı Borçlar Kanunu'nun 483. maddesinde ise kefalet sözleşmesi şu şekilde tanımlanmıştır; “*Kefalet, bir akittir ki onunla bir kimse, borçlunun akdettiği borcun edasını temin etmeyi alacaklıya karşı taahhüt eder.*”

Önceki kanunda yer alan kefalet sözleşmesinin yasal tanımı öğretici tarafından eleştirilmekteydi⁶. Bunun sebebi öncelikle tanımda yer alan “borçlunun akdettiği borcun edasını temin etmeyi taahhüt etmesi” kısmı idi. Bu kısmın eleştirilmesinin sebebi yasal tanımın sanki yalnızca sözleşmeden doğan borçlara kefil olunabileceği anlamı çıkmaktaydı⁷. Halbuki sadece sözleşmeden doğan borçlara değil haksız fiilden, sebepsiz zenginleşmeden yahut herhangi bir konudan kaynaklanan tüm borçlara kefil olunabilmesi mümkündür⁸. Tanımda diğer eleştirilen bir husus ise, kefilin ediminin “borcun edasını temin etmek” olarak gösterilmesi ve bu ifadenin de kefilin esas borçlunun borcunu yerine getirmesinde gayret göstermesi gerektiği ve kefilin bu gayreti göstermesine rağmen borçlunun borcunu ifa etmemesi halinde de kefilin sorumu tutulmayacağı sonucunun çıkarılmasının mümkün olmasıdır⁹. Ancak maddenin yorumundan çıkarılan bu anlamın aksine, kefalet sözleşmesinde kefil borçlunun borcunu ifa etmesinde gayret göstermeyi değil, borçlunun borcunu hiç ifa

⁶ Reisoğlu, S. (2013). Türk Kefalet Hukuku. Ankara: Cem Web Ofset, s. 21; Özen, s. 51; .

⁷ Reisoğlu, S. (1992). Türk Hukukunda Ve Bankacılık Uygulamasında Kefalet. Ankara, s. 2; Karahasan, M.R.(2002). Türk Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, C. II. İstanbul: Beta Basım Yayım Dağıtım, s. 1203; Bilge, N. (1971). Borçlar Hukuku Özel Borç Münasebetleri. Ankara: Sevinç Matbaası, s. 364; Bilge, N.(1956). Kefilin Mesuliyetinin Şümulü. *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 13/1-2, s. 91-92; Berki, Ş.(1973). Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Ankara: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayını, s. 217; Olgaç, S.(1978.) Kefalet. Ankara: Olgaç Matbaası, s. 11; Aral, F. (2003). Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri (5. B). Ankara: Yetkin Yayınları, s. 437; Arpacı, A., Hatemi, H. ve Serozan, R.(1992). Borçlar Hukuku Özel Bölüm, İstanbul: Filiz Kitabevi, s. 521; Reisoğlu, Seza, Kefalet, s. 21.

⁸ Reisoğlu, Seza, Bankacılık Uygulamasında Kefalet, s. 2; Karahasan, s. 1203; Bilge, Özel Borç Münasebetleri, s. 364; Bilge, Kefilin Mesuliyeti, s. 91-92; Berki, Ş., Özel hükümler, s. 217; Olgaç, Kefalet, s. 11; Aral, s. 437; Hatemi, Serozan ve Arpacı, s. 521; Reisoğlu, Seza, Kefalet, s. 21, Özen, Burak, Kefalet Sözleşmesi, İstanbul 2012, s. 51.

⁹ Oser, H. ve Schönerberger, W. (1964) İsviçre Borçlar Kanunu Şerhi(İ. Sungurbey, Çev.). Ankara: Adalet Bakanlığı Yayınları.(Orijinal çalışma basım tarihi 1945), s. 4; Tandoğan, s. 693; Göktürk, H. A. (1950). “Kefalet Hukukumuzun Kifayetsizliği Ve Yeni İsviçre Kefalet Hukuku”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. VII/3-4, s. 326 vd.; Bilge, Kefilin Mesuliyeti, s. 92; Uygur, T. (2010). Açıklamalı İçtihatlı Borçlar Kanunu, Sorumluluk Ve Tazminat Hukuku C. 8. Ankara: Seçkin Yayıncılık, s. 9279; Reisoğlu, Seza, Bankacılık Uygulamasında Kefalet, s. 2; Karahasan, s. 1204- 1205; Bilge, Özel Borç Münasebetleri, s. 365;Özen, s. 52.

etmemesinden veya kötü ifa etmesinden doğan sorumluluğu üstlenmektedir¹⁰. Kefalet sözleşmesinin yasal tanımında eksiklik olarak göze çarpan son bir husus ise, tanımdan, kefalet sözleşmesinin yapıldığı sırada kefil olunan borcun mevcut olması gerektiği koşulu anlaşılmalı birlikte, kefil olmak için borcun halihazırda mevcut olması zorunlu olmayıp ileride doğacak bir borç için de kefil olmanın mümkün bulunmasının ifade edilmemiş bulunmasıdır¹¹.

6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 581. maddesinde yer alan kefalet sözleşmesinin kanuni tanımında yukarıda bahsedilen aksaklıklar giderilmiş, bu bağlamda kefalet sözleşmesinin taraflarının kefil ile alacaklı olduğu açıkça belirtilmiş ve kefilin borçluya ait borçtan dolayı kişisel olarak sorumluluk üstlendiğini açıkça vurgulanmıştır¹².

Kefalet sözleşmesinin tarihi kaynağı incelendiğinde, sözleşme tipinin temellerinin Roma Hukuku olduğu göze çarpmaktadır. Kefaletin kökenini Roma Hukuku'nda, Germen Hukuku'nda da olduğu gibi, kefilin yaşamı ile sorumluluğu oluşturmakta idi. Yani kefil borçtan dolayı bedeni ile sorumlu olurdu¹³. Kefalet sözleşmesi kavramı Roma Hukukunda *Sponsio*, *Fidempromisso* ve *Fideiussio* kavramları ile ifade edilmiş ve bu üç kavram M.Ö. 1. yy'dan itibaren *adpromissio* kavramı altında bahsedilen üç tip kefalet sözleşmesini de kapsamı altına alacak şekilde kullanılmaya başlanmıştır¹⁴. Sözlü akit olan *stipulationun* en eski şeklini oluşturan *sponsio* yapılırken, alacaklının "bana vermeyi taahhüt ediyor musun?" şeklindeki sorusuna, borçlu "taahhüt ediyorum", cevabını vermesi ile birlikte kefalet sözleşmesi kurulmuş oluyordu¹⁵. Roma Hukuku'nda ilk dönemlerde kefil borçlunun yanında değil, onun yerine sorumlu olmakla birlikte ilerleyen yıllarda yapılan düzenlemeler ile kefilin borcunun ikincillik(talilik) ilkesi benimsenmiş olup kefil

¹⁰ Tandoğan , s. 693; Göktürk , s. 326 vd.; Bilge, Kefilin Mesuliyeti, s. 92; Uygur, s. 9279; Reisoğlu, Seza, Bankacılık Uygulamasında Kefalet, s. 2; Karahasan, s. 1204- 1205; Bilge , Özel Borç Münasebetleri, s. 365;Özen, s. 52.

¹¹ Özen, s. 53.

¹² Özen, s. 53; Gümüş, M. A. (2012) Borçlar Hukuku Özel Hükümler, İstanbul: Vedat Kitapçılık, s. 284; Kuntalp, E. ve Barlas, N.(2005). Türk Borçlar Kanunu Tasarısı'na İlişkin Değerlendirmeler, İstanbul: Galatasaray Üniversitesi Yayınları, s. 265.

¹³ Becker, H. (1993). İsviçre Borçlar Kanunu Şerhi İkinci Bölüm Çesitli Sözleşme İlişkileri Madde 184- 551(A. S. Dura, Çev.). Ankara: Yargıtay Yayınları.(Orijinal Çalışma Basım Tarihi 1934.), s. 1033, Göktürk, s. 328.

¹⁴ Erdoğan, B. (2011). Roma Borçlar Hukuku Dersleri, İstanbul: Der Kitabevi, s. 137; Gürten, K. (2007) Roma Hukukunda Kefalet Akdi, Ankara: Yekin Yayınları, s. 75.

¹⁵ Tahiroğlu, B.(1977). Roma Hukukunda Borcun Teminatlarından Kefalet. *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 42/1- 4, s. 323- 340, s. 324; Gürten, s. 75-76.

ikincil olarak sorumlu tutulmuş ve kefile ancak asıl borçlu borcunu ödemezse başvurulabileceğine ilişkin düzenlemeler getirilmiştir¹⁶. Roma Hukukunun en eski zamanlarından itibaren kefalet sözleşmesi *stipulatio* yoluyla yapılan *sponsio* olup en çok uygulama alanını da *sponsio* bulmuştur¹⁷. *Sponsio* ile sadece sözlü borçlar teminat altına alınmıştır¹⁸. Roma Hukukunda ilerleyen dönemlerde *stipulatio* yolu ile yapılan *fidepromissio* ve *fideiussio* adı altında yeni kefalet türleri ortaya çıkmıştır¹⁹. Bu kefalet sözleşmesi türlerinden *fidepromissio* yabancıların kefalet sözleşmesi akdetmesine imkan tanıyan ve genellikle sözlü borçlardan doğmuş olan borçları teminat altına almak için yapılan kefalet sözleşmesi türü idi²⁰. *Fideiussio* ise gelişen ticaret hayatı nedeniyle ortaya çıkmış olan ve tüm akit tiplerinden doğan borçlar için uygulanabileceği kabul edilen kefalet sözleşmesi türü idi²¹.

Mecelle’de ise kefalet hükümleri mecellenin üçüncü kitabında giriş ve üç bölümden oluşmak üzere 612 ile 672’inci maddeler arasında düzenlenmiştir. Kefaletle ilgili maddelerde, kefalete ilişkin terimler, kefaletin şartları, kefaletin hükümleri ve kefaletin sona ermesine ilişkin düzenlemeler yer almaktadır. Mecelle’nin 612’inci maddesinde kefalet sözleşmesi bir şeyin talep edilmesi konusunda “zimmeti zimmete eklemekte”dir yani bir kimsenin kendisini diğer bir kişinin kişiliğine katıp onun hakkında ileri sürülecek talepleri kendisinin de üstlenmesi olarak tanımlanmıştır²². Mecelle’de kefalet sözleşmesinin düzenlenme şekli Roma ve Germen Hukuklarının ilk dönemlerindeki kefalet sözleşmesine ilişkin düzenlemelerle benzerdir²³. Ancak diğer hukuk sistemlerinde oluşan gelişmeler yansıtılmadığı için, Mecelle’nin kefalet düzenlemeleri gelişmeden yoksun kalmış ve o dönemin ihtiyaçlarını karşılayamaz hale gelmiştir²⁴.

Mehaz İsviçre Borçlar Kanunu’nda yer alan kefalet sözleşmesi hükümleri değerlendirildiğinde; 1881 tarihli İsviçre Borçlar Kanunu 489 ile 511 maddeleri arasında, kefaletin koşulları ve çeşitleri, sonuçları, ortadan kalkması, kefile karşı

¹⁶ Oser ve Schönerberger, s. 62; Erdoğan s, 137; Becker, s. 1033- 1034.

¹⁷ Tahiroğlu, s. 324, Gürten, s. 76.

¹⁸ Gürten, s. 76.

¹⁹ Gürten, s. 76.

²⁰ Gürten, s. 76.

²¹ Tahiroğlu s. 330, Gürten, s. 77.

²² Berki, A.H. (1959). Mecelle (Mecelle-İ Ahkam-I Adliyye). Ankara: Yetkin Yayınları, s. 83; Ansay, Sabri Şakir, Hukuk Tarihinde İslam Hukuku, Ankara 1958, s. 183; İlhan, C. (2011) Mecelle, Ankara: Yetkin Yayınları s. 187.

²³ Göktürk, s.330.

²⁴ Göktürk, s.330.

alacaklının ödevleri ve rücu'a ilişkin düzenlemeler içermekteydi²⁵. 1881 tarihli İsviçre Borçlar Kanunu'nda kefalet sözleşmesine ilişkin düzenlemeler ilk kez bir bütün halinde yapılmıştır²⁶. 1881 tarihli İsviçre Borçlar Kanunu'nda kefalet sözleşmesine ilişkin olarak yapılan düzenlemeler, kanunda yer alan hükümlere karşı tarafların sözleşme ile aksine hüküm getirip getiremeyeceklerine dair düzenleme bulunmaması nedeniyle eleştirilmekte idi²⁷. 1911 tarihli İsviçre Borçlar Kanunu kefilin durumunu düzeltmek maksadı ile yeni hükümler sevk etmiş idi²⁸. Ancak 1911 tarihli İsviçre Borçlar Kanunu'nun tanıdığı geniş akit serbestisi nedeniyle, yasadaki hükümlerin aksinin kararlaştırılabilmesi sonucunda kefillerin önemli ölçüde zarar görmüş olmasıdır²⁹. 1911 tarihli İsviçre Borçlar Kanunu'nun 492 ile 512'inci maddeleri arasında yer alan kefalet sözleşmesine ilişkin hükümler iktisadi, hukuki ve sosyal sebeplerle değiştirilme ihtiyacı hissedilmiş ve bu nedenle 10 Aralık 1941 tarihli Kanunla kefalet sözleşmesine ilişkin hükümler değiştirilmiş ve söz konusu düzenleme 1 Temmuz 1942 tarihinde yürürlüğe girmiştir³⁰.

Türk Hukuku bakımından kefalet sözleşmesinin tarihi gelişimi incelendiğinde; 818 Sayılı Borçlar Kanunu'nda yer alan kefalet sözleşmesine ilişkin düzenlemelerin 1911 tarihli İsviçre Borçlar Kanunu hükümlerinin aynısı olduğu görülmektedir. İsviçre kefalet hukukuna ilişkin 1941 tarihinde yapılan düzenlemeler ise, 818 sayılı Borçlar Kanunu'na aktarılmamıştır³¹. Ancak 6098 sayılı Yeni Türk Borçlar Kanunu'nda yer alan kefaletle ilgili düzenlemeler ise, İsviçre Kefalet Hukukunda 1941 yılında yapılan revizyon ile uyum halindedir.

II. KEFALET SÖZLEŞMESİNİN YAPISI

Kefalet sözleşmesinde borçlunun borcu ile kefilin borcunun birbirinden ayrı olması, kefil olunan borcun bir sözleşmeden veya yasada düzenlenmiş bulunan bir hukuki ilişkiden kaynaklanabilmesine karşın, kefilin sorumluluğunun daima kefalet

²⁵ Yavuz, s. 4.

²⁶ Göktürk, s. 332.

²⁷ Göktürk, s. 333, Yavuz, Nihat, Kefalet, s 4

²⁸ Göktürk, s. 333, Yavuz, Nihat; Kefalet, s 4

²⁹ Karatay, A.(1952). İsviçre Borçlar Kanununun Değişen Kefalet Hükümleri Üzerinde Mukayeseli Bir İnceleme. *İstanbul Barosu Dergisi*, C. 26, s. 618.

³⁰ Karatay, s. 617.

³¹ Yavuz, Nihat, Kefalet; s. 666.

sözleşmesinden kaynaklanıyor olmasını ifade eder³². Bu bağlamda hem esas borcun geçerli olarak mevcut bulunması, hem de kefilin sorumluluğunu doğuran kefalet sözleşmesinin gerekli tüm geçerlilik koşullarını taşıyacak biçimde kurulmuş olması gerekir³³.

Kefalet sözleşmesinin ayrı bir hukuki ilişki olarak ele alınmasından dolayı esas sözleşme şarta veya vadeye bağlı olmasa dahi kefalet sözleşmesinin şarta veya vadeye bağlanması mümkündür. Ayrıca kefalet sözleşmesine temel oluşturan sözleşme geçerli olsa da, kefalet sözleşmesinin herhangi bir geçersizlik nedeni yüzünden geçersiz bulunması halinde, esas borcu doğuran sözleşmenin geçersizliği ileri sürülemez bile kefalet sözleşmesinin geçersizliğinin ileri sürülebilmesi mümkündür³⁴.

Borçlunun borcu ile kefilin borcunun birbirinden bağımsız olmasının önem taşıdığı bir nokta, ifa yerinin tespiti ve sözleşmeden kaynaklanan davalarda yetkili mahkemenin tespiti bakımındandır. Bu bağlamda kefilin borcuna ilişkin ifa yerinin tespitinde ve kefalet sözleşmesinden kaynaklanan davalara ilişkin yetkili mahkemenin tespitinde kefalet konu esas sözleşmenin değil, kefalet sözleşmesinin esas alınması gerekir³⁵. Buna göre, kefilin borcunun para borcu olmasından dolayı Türk Borçlar Kanunu'nun 89. maddesi hükmü gereğince, aksine anlaşma olmadıkça alacaklının ödeme zamanındaki yerleşim yeri ifa yeri sayılacaktır.

Kefalet sözleşmesi mevcut ve geçerli olarak kurulmuş bir asıl borcun varlığını gerektirdiğinden, kefilin sorumluluğu, asıl borçtan kaynaklanan bir başka yükümlülüğün yerine getirilmemiş olmasına bağlıdır³⁶. Kefalet sözleşmesinde kefilin sorumluluğunun fer'i olmasının hukuki dayanağı kefalet sözleşmesinin alacaklıya

³²Ayrıntılı bilgi için bkz.: Tandoğan, H. (1987). Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri C. II(3. B.). Ankara: Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayını, s. 695- 696; Reisoğlu, Bankacılık Uygulamasında Kefalet, s. 3; Reisoğlu, S.(1962). Kefalet Kavramı Ve Muteberlik Şartları. *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 19/1-4, 327- 392, s. 330- 331; Bilge, Kefilin Mesuliyeti, s. 96- 100; Von Tuhr, A. (1983). Borçlar Hukuku Umumi Kısım C. 1-2(C. Edege, Çev). Ankara: Yargıtay Yayınları, s. 151- 160; Karahasan, s. 1204- 1205; Becker M. 492 N. 22; Akkanat, H.(2004) Kefaletin Fer'iliği İlkesi Ve Banka Ticari Kredi Sözleşmeleri. *Prof. Dr. Necip Kocayusufpasaoglu İçin Armağan* içinde(274-289). Ankara: Seçkin Yayınları, s. 287; Aral, s. 438- 440; Uygur, s. 9280- 9281; Özen, s. 66.

³³ Özen, s. 66. Yargıtay 13. HD., 20. 03. 1984 T., 458 E., 2118 K. "Kefaletin hüküm ifade etmesi için geçerli bir asıl borca ihtiyaç vardır. Asıl borcun herhangi bir şekilde hükümsüz olması halinde kefalet akdi de hüküm ifade etmez. Çünkü kefalet, asıl borca bağlı fer'i nitelikte bir borçtur".:

³⁴ Özen, s. 66.

³⁵ Özen, s. 66.

³⁶ Bilge, Necip, " Kefilin Mesuliyetinin Şümulü", AÜHFD, 1956, C. XIII, S. 1-2, s. 97-98; Reisoğlu, Seza, Bankacılık, s. 3-4; Reisoğlu, Seza, Kefalet, s. 22; Tandoğan, Borçlar, s. 684- 685; Özen s. 79,80.

teminat vermek amacıyla yapılmasıdır³⁷. Kefalet sözleşmesinin fer'i olmasının doğurduğu diğer bir hukuki sonuç ise kefaletin asıl borcun kaderini takip etmesi ve böylelikle güvence altına alınmış olan borcun devredilmesi halinde kefaletten doğan hakların da yeni alacaklıya geçmesidir³⁸. Bunun sonucu, asıl alacak son bulduğu takdirde kefaletten doğan alacak da son bulacak ve asıl borcun son bulmasına rağmen kefile karşı takip yapılması halinde kefil asıl borcun sona erdiğini iddia ve ispat ederek kendisine karşı açılmış olan takibin yahut davanın lehine sonlandırılmasını sağlayabilecektir³⁹. Ayrıca, kefalet alacağının asıl alaktan bağımsız olarak temlik edilmesi mümkün olmayıp kefalet alacağının asıl borçtan bağımsız temlikine ilişkin sözleşmeler geçersizdir⁴⁰.

Ferilik ilkesinden çıkarılabilecek diğer bir sonuç da kefilin sorumluluğunun esas borçlunun sorumluluğundan fazla olamamasıdır⁴¹. Bu nedenle, ferilik ilkesi uyarınca kefilin sorumluluğu esas borçlunun sorumluluğundan fazla olamazken, daha az olabilmesi mümkündür⁴². Dolayısıyla, eğer kefalet sözleşmesinde kefilin sorumluluğu asıl borçtan fazla olarak kararlaştırılmış ve sözleşmenin kefil olma iradesi ile kurulmuş olması halinde kefalet sözleşmesinin asıl borcu aşan kısmı geçerli sayılmayacaktır⁴³.

Kanundan doğan istisnalar saklı kalmak kaydıyla kefalet sözleşmesinin tarafları, kefalet sözleşmesinin fer'i niteliğini ortadan kaldırmaya yönelik olarak yaptıkları anlaşmalar batıldır⁴⁴. Dolayısıyla, kefalet sözleşmesinde tarafların kefaletin

³⁷ Reisoğlu, Seza, Bankacılık, s. 3-4; Reisoğlu, Seza, Kefalet, s. 22; Tandoğan, Borçlar, s. 684- 685; Özen, s. 80.

³⁸ ; Reisoğlu, Seza, Bankacılık Uygulamasında Kefalet, , s. 3-4; Reisoğlu, Seza, Kefalet, s. 22; Tandoğan, Borçlar, s. 684- 685; Özen, s. 81.

³⁹ Reisoğlu, Seza, Kefalet, s. 22, Oser ve Schönerberger, M. 492, N. 18; Becker, Herman, M. 492, N. 22; Özen, s. 81.

⁴⁰ Reisoğlu, Seza, Kefalet, s. 23.

⁴¹ Reisoğlu, Seza, s. 22, Özen, s. 81. "Alacaklı ile asıl borçlular arasında Finansal Yeniden Yapılandırma Sözleşmesi imzalandığı ve borcun ileriki bir tarihte ve daha düşük bir faizle ödeneceğinin kararlaştırıldığı dosyadaki bilgi ve belgelerden anlaşılmıştır. Kefaletin fer'i niteliği itibariyle kefilin borcunun, asıl borca bağımlı olduğu ve böylece asıl borçluya muacceliyet tarihi ve faiz indirimi bakımından sağlanan hakların kefil yönünden de geçerli olduğu gözetilmeden mahkemece yanlıgılı gerekçelerle yazılı şekilde hüküm kurulmasında isabet görülmemiştir." (Yargıtay 19. HD. 28.01.2008 2007/5216 E., 2008/483 K.), (www.kazanci.com.tr, 11.01.2013).

⁴² Özen, s. 81.

⁴³ Reisoğlu, Seza, Kefalet, s. 23; Becker, M. 492, N. 23; Tandoğan, Borçlar, s. 695.

⁴⁴ Tugsavul, M.(1949). Kefalet Akdinin Hukuki Mahiyeti Ve İtibarı, *Adalet Dergisi*, S. 11,1622-1635, s. 1624; Oser ve Schönerberger M. 492 N. 21; Tandoğan, s. 695; Reisoğlu, Bankacılık Uygulamasında Kefalet, s. 2- 4; Bilge, Kefilin Mesuliyetinin Şumulü, s. 98; Von Tuhr (Çev. S. Ş. Ansay), s. 150; Arık, F. (1943). Kefalet Dair Mahkeme İçtihatlarına Bir Bakış. *Adliye Ceridesi*, s. 497; Akkanat, s. 280; Akıntürk, T.(2009). Borçlar Hukuku Genel Hükümler ve Özel Borç İlişkileri.

asil borcun sona ermesi halinde de geçerliliğini koruyacağını kararlaştırması halinde kefalet sözleşmesi adı altında yapılmış olsa da, aslında farklı bir sözleşme yapılmış olacaktır⁴⁵.

Kefalet sözleşmesinde kefilin borcunun ikincil nitelik taşımasının iki anlamı bulunmaktadır. Bunlardan geniş anlamda fer'ilik ile kastedilen, alacaklının kefile başvurabilmesi, önce esas borçluya başvurduğu halde, onun borcunu ifa zamanında yerine getirmemiş olması koşuluna bağlıdır. Bu bağlamda esas borcun ifasında gecikme gerçekleşmeden kefilin sorumlu tutulması mümkün değildir⁴⁶. Dar anlamda ferilik ile kastedilen ise kefile başvurmak isteyen alacaklının öncelikle esas borçluyu takip etmesi ve rehinlerin paraya çevrilmesini sağlaması gerekir⁴⁷.

Kefalet sözleşmesinde kural olarak sadece kefil alacaklıya karşı yükümlülük altına girmektedir. Bu nedenle, kefalet sözleşmesi kural olarak tek tarafa borç yükleyen bir sözleşme olarak kabul edilmekle birlikte, kefalet sözleşmesinde kefilin yüklendiği edime karşılık olarak alacaklının da karşı edim taahhüdünde bulunması mümkündür⁴⁸.

Kefalet sözleşmesinde kefil, başka birine ait borcu güvence altına almak üzere kefalet sözleşmesini aktettiği halde kişisel bir sorumluluk altına girmektedir⁴⁹. Bu yüzden, bir kişi hem kendisine ait bir borç için kefil olamayacağı gibi, hem de kendisine ait bir alacak için de kefil olamaz⁵⁰.

İstanbul: Beta Basım Yayım Dağıtım, s. 297; Bilge, s. 364- 365; Olgaç, Kefalet, s. 12; Yavuz, Nihat, s. 496; Karatay, s. 620; Franko, N.(1983). Kefalet. Türkiye Noterler Birliği Hukuk Dergisi, S. 40, s. 17; Uygur, s. 9302; Reisoğlu, Seza, s. 22, Gümüş, s. 287.

⁴⁵ Reisoğlu, Seza, Kefalet, s. 22

⁴⁶ Reisoğlu, Seza, Kefalet, s. 25, Özen, s. 111

⁴⁷ “Borçlar Yasasının 486. maddesi hükmüne göre, âdi kefilin borcu hem tali hem fer'idir. Talidir; çünkü alacaklı asıl borçluyu kovuşturup aczi gerçekleştirmedikçe yahut iflâs etmedikçe, Türkiye'de kovuşturma yapılamayacak bir durum meydana gelmedikçe, kefalet konusu olan borç kefiliden istenemez”.(Yargıtay 4. HD., 8. 10. 1968 T., 548 E., 7447 K. , Aktaran Uygur, s. 9303); Tandoğan, Borçlar, s. 697; Yavuz, s. 497; Bilge, Kefilin Mesuliyetinin Şumülü, s. 96- 97, Karahasan, s. 1206; Akıntürk, s. 297; Franko, Kefalet, s. 17; Reisoğlu, Seza, s. 25.

⁴⁸ Oser ve Schönerberger M. 492 N. 13; Tandoğan, s. 694; Tuğsavul, s. 1625; Reisoğlu, Seza, Bankacılık Uygulamasında Kefalet, s. 6; Yavuz, Nihat, s. 497; Akıntürk, s. 297; Bilge, s. 365; Aral, s. 441; Özen, s. 112.

⁴⁹ Özen, s. 118.

⁵⁰ Özen, s. 119.

III. KEFALET İLİŞKİSİNDE TARAFLARIN KARŞILIKLI HAK VE BORÇLARI

Kefalet sözleşmesinde kefilin sorumluluğun kapsamı Türk Borçlar Kanunu'nun 589. maddesinde düzenlenmiştir. Madde hükmüne göre; “*Kefil, her durumda kefalet sözleşmesinde belirtilen azamî miktara kadar sorumludur.*”

Aksi sözleşmede kararlaştırılmamışsa kefil, belirtilen azamî miktarla sınırlı olmak üzere, aşağıdakilerden sorumludur:

1. *Asıl borç ile borçlunun kusur veya temerrüdünün yasal sonuçları.*

2. *Alacaklının, kefile, onun borcu ödeyerek yapılmalarını önleyebileceği uygun bir zaman önce bildirmesi koşuluyla, borçluya karşı yönelttiği takip ve davaların masrafları ile gerektiğinde rehinlerin kefile tesliminin ve rehin haklarının devrinin sebep olduğu masraflar.*

3. *İşlemiş bir yıllık ve işlemekte olan yıla ait akdî faizler ile gerektiğinde tahvil karşılığında ödünç verilen anaparanın işlemiş bir yıllık ve işlemekte olan yıla ait faizleri.*

Sözleşmede açıkça kararlaştırılmamışsa kefil, borçlunun sadece kefalet sözleşmesinin kurulmasından sonraki borçlarından sorumludur.

Kefilin, asıl borç ilişkisinin hükümsüz hâle gelmesinin sebep olduğu zarardan ve ceza koşulundan sorumlu olacağına ilişkin anlaşmalar kesin olarak hükümsüzdür.”

İlgili madde hükmü uyarınca kefil, kefil olunan borcun aslından, borçlunun kusur veya temerrüdünün kanuni sonuçlarından, dava ve takip masraflarından, işlemiş bir yıllık ve işlemekte olan akdi faizden alacaklıya karşı sorumludur. Öncelikle belirtmek gerekir ki, kefalet sözleşmesi sebebiyle kefilin Türk Borçlar Kanunu'nun 589. madde gereğince sorumlu olabilmesinin ilk şartı, geçerli bir asıl borcun bulunmasıdır. Maddenin birinci fıkrasında belirtildiği üzere kefalet sözleşmesinden kaynaklanan kefilin sorumluluğu kefalet sözleşmesinde belirtilen borçtur. Kefalet sözleşmesine konu olan asıl borcun geçerli olmaması yahut sona ermesi, kefilin sorumluluğunu tamamen ortadan kaldırmamakla birlikte, kefalet sözleşmesine konu olan asıl borcun azalması, aynı oranda kefilin sorumluluğunu da

azaltacaktır⁵¹. Burada değinilmesi gerekli olan bir diğere husus ise, kefilin kefalet sözleşmesine konu olan asıl borca ilişkin cezai şarttan sorumlu olup olmayacağıdır. Türk Borçlar Kanunu'nun 589. maddesinde cezai şartta ilişkin herhangi bir düzenleme yapılmadığından ve maddenin birinci bendinde kefilin asıl borçlunun kusur ve temerrüdünün sadece kanuni sonuçlarından sorumlu olacağı belirtildiğinden dolayı kefilin cezai şartı ifa etme yükümlülüğünün olmadığı kabul edilmesi gerekir. Bu bağlamda kefil kefalet sözleşmesinde açıkça kabul etmiş olmadıkça cezai şarttan sorumlu tutulamamalıdır⁵². Ayrıca kefilin asıl borçlunun kusurunun kanuni sonuçlarından dolayı sorumluluğu, asıl borçlunun, sözleşmenin kurulmasından öncesinde doğan yahut sözleşmenin kuruluşu sırasında oluşan kusurundan dolayı sorumlu değildir⁵³. Kefilin dava ve takip masraflarından sorumluluğu ise maddenin ikinci bendinde belirtilmiştir. Söz konusu düzenleme uyarınca kefil, alacaklı tarafından kefalet sözleşmesine ilişkin istemlerini yerine getirerek dava açılmasını

⁵¹ Becker M. 499 N. 2; Bilge, Kefilin Mesuliyetinin Şumülü, s. 101; Reisoğlu, Seza, Bankacılık Uygulamasında Kefalet, s. 156; Franko, Kefalet, s. 23; Uygur, s. 9390; Hatemi, Serozan ve Arpacı, s. 532.

⁵² Akıntürk , s. 306; Reisoğlu, Seza, Bankacılık Uygulamasında Kefalet, s. 161; Bilge , s. 382; Bilge, Kefilin Mesuliyetinin Şumülü, s. 119- 120; Göktürk, s. 338; Aral, s. 466. "Taraflar arasındaki "tazminat" davasından dolayı yapılan yargılama sonunda; İstanbul 8. İş Mahkemesi'nce davacının davasının reddine, karşılık davanın kabulüne dair verilen 20.2.1990 gün ve 1988/203 E. 1990/69 K. sayılı kararın incelenmesi taraf vekilleri tarafından istenilmesi üzerine; Yargıtay 9. Hukuk Dairesinin 29.5.1990 gün ve 1990/5018 - 6540 sayılı ilamı: (.. Davacı, mütekebil davacı şirket tarafından aralarında yaptıkları sözleşme gereğince 23..8.1985 tarihinde eğitim için Amerika Birleşik Devletlerine gönderilmiş, eğitimini tamamladıktan sonra 21.9.1987 tarihinde dönerek göreve başlatılmıştır. Ancak sözleşmede öngörülen çalışma süresini tamamlamadan hizmet aktini feshetmiştir. Mütekebil davacı şirket yine sözleşme hükmünce eğitim süresince dolar olarak gönderdiği paranın Türk parası olarak karşılığı ile cezai şartı talep etmiştir. Mütekebil davacı, eğitim süresince mütekebil davalıya gönderdiği ABD dolarının ancak o tarihlerdeki Türk parası karşılığını isteyebilir. Zira söz konusu dolar o tarihte sarfedilmiştir. Şu halde mütekebil davalı, ödeme tarihlerindeki doların Tür parası karşılığında sorumlu olabilir. Nitekim bilirkişi raporunun 1. kısmında buna göre hesap yapmıştır. Buna rağmen doların dava tarihindeki Türk Parası karşılığına hükmedilmiş olması doğru değildir. Bundan başka diğer davalılar sözleşmeye yurtdışında sarfedilen meblağın ve sözleşmede öngörülen cezai şartın her ikisinden toplam olarak 20.000.000 liraya kadar olan kısmı için kefil olmuşlardır. Daha açık bir ifade ile 20.000.000 TL.nin içinde hem sarfedilen para, hem de cezai şart vardır. Mahkemece adı geçen davalılar cezai şarttan sorumlu tutulmamış olduklarına göre, diğer davalı için hüküm altına alınan cezai şart miktarının 20.000.000 TL.den tenzili gerekir..) gerekçesiyle bozularak dosya yerine geri çevrilmekle yeniden yapılan yargılama sonunda; mahkemece önceki kararda direnilmiştir. Hukuk Genel Kurulunca incelenerek direnme kararının süresinde temyiz edildiği anlaşıldıktan ve dosyadaki kağıtlar okunduktan sonra gereği görüldü: Tarafların karşılıklı iddia ve savunmalarına, dosyadaki tutanak ve kanıtlara, bozma kararında açıklanan gerektirici nedenlere göre, Hukuk Genel Kurulunca da benimsenen Özel Daire bozma kararına uyulmak gerekirken, önceki kararda direnilmesi usul ve yasaya aykırıdır. Bu nedenle direnme kararı bozulmalıdır."(Yargıtay HGK E. 1991/9-247 K. 1991/381 T. 19.6.1991) (www.kazanci.com, 10,11,2012)

⁵³ Oser ve Schönerberger M. 499 N. 26; Tandoğan, Borçlar, s. 776; Reisoğlu, Seza, Bankacılık Uygulamasında Kefalet, s. 162; Karahasan, s. 1242.

önlemek için kendisine bildirim yapılmış olmadıkça, asıl borçluya yöneltilen dava ve takip masraflarından sorumlu olmayacaktır. Bu düzenleme sebebiyle alacaklı, eğer kefile ihtarda bulunmaksızın borçluya karşı dava açmış yahut icra takibine başlamışsa, kefil dava yahut takip masraflarından sorumlu olmaz.⁵⁴ Kefilin faize ilişkin sorumluluğu da maddenin üçüncü bendinde belirtilmiş olup aksi sözleşmede kararlaştırılmadıkça işlemiş bir yıllık ve işlemekte olan yıla ait akdî faizlerden sorumlu olur. Söz konusu hüküm emredici olmadığından tarafların faize ilişkin süreyi daha uzun tutarak, buna kefalet sözleşmesinde yer vermeleri mümkündür⁵⁵.

Kefaletten kefil ile alacaklı arasındaki ilişki bakımından kefilin alacaklı karşısında çeşitli savunma imkanları bulunmaktadır. Türk Borçlar Kanunu'nun 591. maddesine göre; *“Kefil, asıl borçluya veya mirasçılara ait olan ve asıl borçlunun ödeme güçsüzlüğünden doğmayan bütün def’ileri alacaklıya karşı ileri sürme hakkına sahip olduğu gibi, bunları ileri sürmek zorundadır. Yanılma veya sözleşme yapma ehliyetsizliği ya da zamanaşımına uğramış bir borç sebebiyle borçlunun yükümlü olmadığı bir borca bilerek kefalet hâli bu hükmün dışındadır.*

Asıl borçlu kendisine ait olan bir def’iden vazgeçmiş olsa bile kefil, yine de bu def’iyi alacaklıya karşı ileri sürebilir.

Kefil, asıl borçluya ait def’ilerin varlığını bilmeksizin ödemede bulunursa, bu durumda da borçluya rücu hakkına sahip olur. Buna karşılık asıl borçlu, kefilin bu def’ileri bildiğini veya bilmesi gerektiğini ispat ederse kefil, bunlar ileri sürülmüş olsaydı ödemeden kurtulacağı ölçüde rücu hakkını kaybeder.

Kumar veya bahisten doğan bir borca kefalette kefil, borcun bu niteliğini bilmiş olsa bile, asıl borçlunun sahip olduğu def’ileri ileri sürebilir.”

Bu bağlamda, kefil olunan bedelin ödenmesi durumunda kendisine başvuran alacaklıya karşı kefilin hem esas borç ilişkisinden kaynaklanan savunma sebeplerini, hem de alacaklı ile arasındaki kişisel ilişkiye dayanan savunma sebeplerini ileri

⁵⁴ Oser ve Schönerberger M. 499 N. 31; Bilge , s. 382; Bilge, Kefilin Mesuliyetinin Şumülü, s. 145-148; Akıntürk , s. 306; Reisoğlu, Seza, Bankacılık Uygulamasında Kefalet, s. 163; Tandoğan , s. 775-776; Yavuz , s. 510; Uygur , s. 9391; Becker M. 499 N.8; Eskin, S. (1952). Kefalet. *Ankara Barosu Dergisi*, C. 8, s. 20; Göktürk , s. 338; Aral ,s. 466; Franko , s. 24.

⁵⁵“Kefilin mesuliyeti ve şumülü BK’nun 490. maddesinde açıklanmış bulunmaktadır. Kefil borcun aslı ile beraber borçlunun kusur ve temerrüdünün kanuni sonuçlarından sorumludur. Faiz verilmesi şart edilmişse, kefil işlemekte olan faiz ile birlikte işlemi ş faizi ödemekle mükelleftir. BK’nun 490/son maddesi hükmü emredici nitelikte olmadığından, aksinin sözleşme ile kararlaştırılması mümkün bulunmaktadır. Bu nedenle alacaklı, kefillerden bir seneden fazla geçmiş meşruf faizleri de isteyebilir” Yargıtay 15. HD., 5. 3. 1982 T., 409 E., 507 K. (YKD, 1982, C.8, S. 6, s. 841)

sürmesi mümkündür. Bunun sonucu, kefil alacaklıya karşı esas borcun doğumu ve geçerliliğine ilişkin olarak, örneğin esas sözleşmenin geçersiz olduğu yahut kurulmamış olduğunu, ehliyetsizlik yahut şekle aykırılık sebebiyle geçersiz olduğunu, esas borç konusu edimin imkansız olduğunu, hukuka veya ahlaka aykırı olduğunu ileri sürebilir⁵⁶. Kefil ayrıca esas borcun kapsam ve hükümlerine ilişkin olarak da savunma sebeplerini haizdir. Buna göre, esas borcun muaccel olmaması halinde kefil, muacceliyet eksikliğini ileri sürebilir. Esas borçlunun ödemezlik def'inde bulunma imkanının söz konusu olması halinde, bu imkandan kefil de yararlanacaktır. Esas borçluya ifa maksadı ile süre tanınması halinde, bu süreden kefil de yararlanır ve alacaklının ödeme talebini reddetme hakkına sahiptir. Esas borcun zamanaşımına uğraması halinde de kefil alacaklı tarafından kendisine yöneltilen ödeme talebini zamanaşımına dayanarak reddetme hakkını haizdir. Kumar veya bahisten doğan bir borca kefil olan kefil, borcun bu nitelikte olduğunu biliyor olsa dahi asıl borçlunun sahip olduğu def'ileri ileri sürebilecek ve ifadan kaçınabilecektir⁵⁷. Diğer bir ihtimal de, esas borçlunun takas hakkının bulunması ihtimalidir. Bu durumda, Türk Borçlar Kanunu'nun 140. maddesi hükmü uyarınca asıl borçlunun takası ileri sürme hakkı bulunduğu sürece, kefil de alacalıya ifada bulunmaktan kaçınabilecektir.

Her ne kadar Türk Borçlar Kanunu'nun 591. maddesinde def'iler başlığı altında yer alan düzenlemede, kefil ile alacaklı arasındaki kişisel ilişkiden kaynaklanan savunma sebepleri düzenlenmemiş olsa da, kefil ile alacaklı arasındaki kişisel ilişkiden itiraz ve def'i olarak savunma sebeplerinin doğması mümkündür⁵⁸. Bu sebeple de kefil, alacaklı ile arasındaki kişisel ilişkilere dayanan savunma sebeplerini de alacaklıya karşı ileri sürme imkanını haizdir.

Kefalet sözleşmesi kural olarak sadece kefil borç altına sokan bir sözleşmedir. Alacaklı kefil karşısında bir karşı edim yüklenmiş olmamakla birlikte, kefalet sözleşmesinde alacaklının Türk Medeni Kanun'un 2. maddesinde belirtildiği şekilde dürüstlük kurallarına uygun davranma yükümlülüğü bulunmaktadır. Türk

⁵⁶ Grassinger, G. E. (1996). Borçlar Kanununa Göre Kefilin Alacaklıya Karşı Sahip Olduğu Savunma İmkanları, İstanbul: Alfa Yayınları. Savunma İmkanları, s. 17-18; Reisoğlu, Seza, Bankacılık Uygulamasında Kefalet, s. 169; Özen, s. 356.

⁵⁷ Oser ve Schönerberger (Çev. Sungurbey İsmet), M. 492, N. 34; Tandoğan, Haluk, "Kefaletin Geçerlilik Şartları", BATİDER, 1977, C. 9, S. 1, s. 24; Tandoğan Borçlar, s. 725; Grassinger, Savunma İmkanları, s. 68; Bilgen, M. (2013). Kefalet. Ankara: Adalet Yayınevi, s. 357; Özen, s. 359.

⁵⁸ Özen, s. 372.

Borçlar Kanunu'nun 592 ile 594. maddeleri arasında alacaklının yerine getirmesi gereken bazı yükümlülükler düzenlenmiştir.

Türk Borçlar Kanunu'nun 592. maddesinde özen gösterme, rehin ve borç senetlerinin teslimi başlıklı madde hükmüne göre; *“Alacaklı, kefalet sırasında var olan veya daha sonra asıl borçludan alacağın özel güvencesi olmak üzere elde ettiği rehin haklarını, güvenceyi ve rüçhan haklarını kefilin zararına olarak azaltırsa, zararın daha az olduğu alacaklı tarafından ispat edilmedikçe, kefilin sorumluluğu da buna uygun düşen bir miktarda azalır. Kefilin fazladan ödediği miktarın geri verilmesini isteme hakkı saklıdır.*

Çalışanlara kefalet hâlinde alacaklı, çalışanlar üzerinde yükümlü olduğu gözetimi ihmal eder veya kendisinden beklenebilen özeni göstermezse ve borç da bu sebeple doğmuş ya da bu özeni göstermesi hâlinde ulaşamayacağı ölçüde artmış olursa, bu borcu veya borcun artan kısmını kefilden isteyemez.

Alacaklı, borcu ödeyen kefile haklarını kullanmasına yarayabilecek borç senetlerini teslim etmek ve gerekli bilgileri vermekle yükümlüdür. Alacaklı, kefalet sırasında var olan veya asıl borçlu tarafından alacak için sonradan sağlanan rehinleri ve diğer güvenceleri de kefile teslim etmek veya bunların devri için gerekli işlemleri yapmak zorundadır. Alacaklının, diğer alacakları sebebiyle sahip olduğu rehin ve hapis hakları, kefilin haklarından sıracıya önce geldikleri ölçüde saklıdır.

Alacaklı, haklı bir sebep olmaksızın yükümlülüklerini yerine getirmez, ağır kusuruyla mevcut belgeleri veya rehinleri ya da sorumlu olduğu diğer güvenceleri elinden çıkarırsa, kefil borcundan kurtulur. Bu durumda kefil, ödediğinin geri verilmesini ve varsa ek zararının giderilmesini isteyebilir.”

Belirtilen madde hükmü uyarınca alacaklı, teminatlar bakımından özen yükümlülüğüne tabi tutulmuştur. Buna göre, kefaletten önce verilen teminatların esas borçlu yahut üçüncü kişi tarafından veya üçüncü bir kişi tarafından verilmiş olmasına bakılmaksızın, verilen teminatların alacaklı tarafından özenle muhafaza edilmesi gerekmektedir. Kefalet sözleşmesinin aktedilmesinden sonra verilen teminatlar bakımından ise esas borçlu yahut üçüncü bir kişi tarafından verilmiş olması arasında bir ayırım yapılmaktadır. Bunlar kefalet sözleşmesinin aktedilmesinden sonra verilen teminatlar, üçüncü kişi tarafından verilmişlerse, bunlar alacaklının koruma

yükümlülüğünün kapsamı dışında kalırlar⁵⁹. Bu bağlamda kefalet sözleşmesinin aktedilmesinden sonra verilen teminatların alacaklının koruma yükümlülüğünün kapsamı içinde olabilmesi için, bu teminatların asıl borçlu tarafından verilmiş olması gerekir⁶⁰. Sözü geçen madde hükmü gereğince alacaklı, koruma yükümlülüğü altında bulunduğu teminatlardan vazgeçmemek ve bunların değerlerini azaltacak işlemlerden kaçınmakla yükümlü olup, onun, teminatı yahut kanıt belgelerini ağır kusuru ile elden çıkarması halinde, kefilin borcundan kurtulmasının yanı sıra, uğradığı ek zararlar varsa bunların da tazminini talep etmesi mümkündür.

“Ödemenin Kabulünü İsteme” başlıklı 593. madde hükmüne göre *“Borçlunun iflası sebebiyle olsa bile, borç muaccel olduğu takdirde kefil, alacaklıdan, yapacağı ödemeyi kabul etmesini her zaman isteyebilir. Bir borca birden çok kişinin kefil olması durumunda alacaklı, kefillerden biri tarafından yapılacak kısmi ödemeyi, bunu öneren kefile düşen paydan az olmamak koşuluyla, kabul etmek zorundadır.*

Alacaklı haklı bir sebep olmaksızın ödemeyi kabul etmekten kaçınırsa, kefil borcundan kurtulur; birlikte müteselsil kefalette ise, kefillerin sorumluluğu kendilerine düşen pay miktarınca azalır.

Alacaklının rızası varsa kefil, asıl borcu muaccel olmasından önce de ödeyebilir. Ancak, bu durumda kefil, asıl borçluya karşı rücu hakkını borcun muaccel olmasından önce kullanamaz.”

Bu madde hükmü gereğince, borcun muaccel olmasından itibaren kefil, alacaklıyı borcun ödenmesini kabul etmeye yahut kendisini kefalet taahhüdünden kurtarması konusunda zorlayabilir. Alacaklının borçlunun ödeme teklifini kabul etmemesi halinde ise kefil, kendiliğinden kefalet borcundan kurutulmuş olacaktır. Kefilin alacaklıya kefalet borcunu ödemeyi önermesi bakımından, asıl borcun muaccel olup olmamasına göre bir ayırım yapılmaktadır ve eğer asıl borç muaccel ise, ayrıca kefalet borcunun muaccel olmasına gerek olmaksızın edimini önerebilmektedir. Fakat birlikte eğer asıl borç muaccel değilse, kefil ancak alacaklının rızası ile ödeme yapabilmektedir.

Bildirim, “iflasta ve konkordatoda” kenar başlıklı 594. madde hükmüne göre ; *“Asıl borçlu, anaparanın veya yarım yıllık döneme ait faizin ödenmesinde ya da*

⁵⁹ Reisoğlu, Seza, s. 245; Özen, s. 401; Yavuz, Nihat, Kefalet, s. 302.

⁶⁰ Reisoğlu, Seza, s. 245; Özen, s. 401; Yavuz, Nihat, Kefalet, s. 694.

yıldan yıla yapılması öngörülen anapara ödemelerinde altı ay gecikirse, alacaklının durumu kefile bildirmesi gerekir. İstek hâlinde alacaklı, her zaman asıl borcun kapsamı hakkında kefile bilgi vermek zorundadır.

Asıl borçlunun iflasına karar verilmiş veya borçlu konkordato istemişse alacaklı, alacağını kaydettirmek ve haklarının korunması için gerekeni yapmak zorundadır. Alacaklının, borçlunun iflas ettiğini veya borçluya konkordato mehli verildiğini öğrendiği anda, durumu kefile bildirmesi gerekir.

Alacaklı, yukarıdaki fıkralarda öngörülen gereklerden birini yerine getirmezse, bundan dolayı kefilin uğradığı zarar miktarınca ona karşı haklarını kaybeder.”

Belirtilen madde hükmünde yer alan düzenlemeye göre; alacaklı borçlunun iflası halinde kefilin çıkarlarını korumak maksadı ile alacağını iflas masasına yazdırmak ve borçlunun iflasını öğrenir öğrenmez bu durum hakkında kefilin bilgilendirmek zorundadır. Alacaklının; kefilin çıkarlarını korumak için hareket etmesinin yanı sıra kendi haklarını korumak için de gerekli olan tedbirleri almak zorunda olduğu yasa da açıkça hükme bağlanmıştır.

Kefalet sözleşmesinde kefil ile borçlu arasındaki ilişki Türk Borçlar Kanunu'nun 595 ve devamı maddelerinde düzenlenmiştir. Türk Borçlar Kanunu'nun 595. maddesi ile getirilen düzenleme ile kefilin asıl borçludan teminat ve asıl borcun muaccel olması durumunda kefalet borcundan kurtarılmasını talep hakkı düzenlenmiştir. Türk Borçlar Kanunu'nun 595. maddesi hükmüne göre; “*Kefil, aşağıdaki durumlarda asıl borçludan güvence verilmesini ve borç muaccel olmuşsa, borçtan kurtarılmasını isteyebilir:*

1. Asıl borçlu, kefile karşı üstlendiği yükümlülüklerle, özellikle belli bir süre içinde kendisini borçtan kurtarma vaadine aykırı davranmışsa.

2. Asıl borçlu temerrüde düşmüşse veya yerleşim yerini diğer bir ülkeye nakletmesi yüzünden takibat önemli ölçüde güçleşmişse.

3. Asıl borçlunun mali durumunun kötüleşmesi, güvencelerin değer kaybetmesi veya borçlunun kusuru sonucunda kefil için mevcut tehlike, kefaletin yapıldığı tarihe göre önemli ölçüde artmışsa.”

Türk Borçlar Kanunu'nun 595. maddesi ile getirilen düzenleme ile üç halde kefilin asıl borçludan teminat ve asıl borcun muaccel olması durumunda kefalet

borcundan kurtarılmasını talep hakkı düzenlenmiştir. Bu bağlamda Türk Borçlar Kanunu'nun 595. maddesinin birinci bendi gereği eğer borçlu kefile asıl borç sözleşmesi için kefil olmasını isterken bir süre sonra onu kefalet borcundan kurtaracağını yahut bazı tip davranışlardan kaçınacağını belirtmiş ve bu vaatlerinden birine aykırı davranmış ise bu durumda borçlunun vaatlerini yerine getirmemesinde kusuru olup olmadığına bakılmaksızın kefil teminat talebinde bulunabilir. Maddenin ikinci bendinde ise asıl borçlunun temerrüde düşmesi yahut yerleşim yerini başka bir ülkeye nakletmesi sebebiyle asıl borçluya karşı yapılacak takibatın güçleşmesi hali düzenlenmiştir. Burada temerrüt hükümlerine atıf yapılmakta ve kefilin temerrüde düşen borçludan alacaklı tarafından borçluya süre verilmesi halinde dahi teminat isteyebileceği düzenlenmektedir⁶¹. Maddenin üçüncü bendinde ise borçlunun malvarlığının kötüleşmesi ve kendisindeki güvencelerin azalması sebebiyle borçlunun kusur nedeniyle kefilin riskinin başlangıçtakine oranla önemli derecede artması ayrı haller olarak maddede düzenlenmiştir. Bu farklı hallerin belirlenmesinde kanun, kusur ölçütünden hareket etmiş ve asıl borçlunun malvarlığının kötüleşmesi veya güvencelerin azalması durumunda kefilin teminat verilmesi yahut borçtan kurtarılmasını talep edebilmesi için, borçlunun kusuru aranmazken, kefil için mevcut olan tehlikenin başlangıçtakine göre önemli ölçüde artması halinde kefilin teminat gösterilmesini yahut borçtan kurtarılmasını talep edebilmesi için borçlunun kusuru aranmıştır.

Türk Borçlar Kanunu'nun 596. maddesi hükmüne göre "*Kefil, alacaklıya ifada bulunduğu ölçüde, onun haklarına halef olur. Kefil, bu hakları asıl borç muaccel olunca kullanabilir.*

Kefil, aksi kararlaştırılmamışsa, rehin hakları ile aynı alacak için sağlanmış diğer güvencelerden sadece kefalet anında var olan veya bizzat asıl borçlu tarafından, sonradan özellikle bu alacak için verilmiş bulunanlara halef olur. Alacaklıya kısmen ifada bulunan kefil, rehin hakkının sadece bunu karşılayan kısmına halef olur. Alacaklının rehin konusu üzerinde geriye kalan alacak hakkı, kefilin rehin hakkından ön sırada gelir.

Kefil ile asıl borçlu arasındaki hukuki ilişkiden doğan istem ve def'iler saklıdır.

⁶¹ Özen, s. 420; Yavuz, Nihat, Kefalet, s. 698.

Bir alacağın güvencesini oluşturan rehin paraya çevrildiği veya borç rehin veren malik tarafından ödendiği takdirde malik, kefile karşı rücu hakkını, ancak kefil ile kendisi arasında böyle bir anlaşma varsa ya da rehin sonradan bir üçüncü kişi tarafından verilmişse kullanabilir.

Kefilin rücu hakkına ilişkin zamanaşımı, kefilin alacaklıya ifada bulunduğu anda işlemeye başlar.

Kefil, dava hakkı vermeyen veya yanılma ya da ehliyetsizlik sebebiyle asıl borçluyu bağlamayan bir borç için ödemede bulunduğu takdirde, asıl borçluya karşı rücu hakkına sahip değildir. Ancak, kefil zamanaşımına uğramış bir asıl borçtan sorumlu olmayı borçlunun vekili sıfatıyla üstlenmişse asıl borçlu, ona karşı vekâlet sözleşmesi hükümleri uyarınca sorumlu olur.”

Belirtilen kanun maddesi uyarınca kefil alacaklıyı tatmin ettiği oranda alacaklının borçluya yönelik sahip olduğu haklara halef olacaktır. Maddede düzenlenen bu kanuni halefiyet halinden kefilin yararlanabilmesi için esas borçlu ile kefil arasındaki iç ilişkinin halefiyete dayanan rücu engelleyecek düzenleme içermemesi gerekir. Maddenin üçüncü fıkrasında belirtilen rücu hakkı ise kefil ile asıl borçlu arasındaki iç ilişkiye dayanan rücu hakkıdır. Burada kastedilen iç ilişki, kefil ile borçlu arasında kurulmuş olan vekalet sözleşmesi, vekaletsiz iş görme yahut sebepsiz zenginleşme gibi herhangi bir hukuki ilişki olabilir.

Türk Borçlar Kanunu'nun 597. maddesinde ise kefilin bildirim yükü düzenlenmiştir. Madde hükmüne göre; *“Borcu tamamen veya kısmen ödeyen kefil, durumu borçluya bildirmek zorundadır.*

Kefil, bu bildirimde bulunmazsa ve ödemeyi bilmeyen veya bilmesi gerekmeyen borçlu da alacaklıya ifada bulunursa, rücu hakkını kaybeder.

Kefilin, alacaklıya karşı sebepsiz zenginleşmeden doğan dava hakkı saklıdır.”

Söz konusu düzenleme uyarınca kefil kısmı ödemeler de dahil olmak üzere yaptığı tüm ödemelerden asıl borçluyu haberdar etmekle mükellef tutulmuştur. Asıl borçlunun kefilin ödemede bulunduğu habersiz alacaklıya ifada bulunması halinde kefil asıl borçluya karşı rücu hakkını kaybedecektir. Bu halde kefil sadece sebepsiz zenginleşme talebinde bulunarak alacaklıdan ödediği miktarın iadesini sağlama imkanını haizdir.

IV. KEFALET SÖZLEŞMESİNE İLİŞKİN DÜZENLEMELERİN GÜVENCE SÖZLEŞMELERİ AÇISINDAN GENEL HÜKÜM NİTELİĞİ

Türk Borçlar Kanunu'nun 603. maddesinde, "Uygulama Alanı" başlıklı madde hükmüne göre; "*Kefaletin şekline, kefil olma ehliyetine ve eşin rızasına ilişkin hükümler, gerçek kişilerce, kişisel güvence verilmesine ilişkin olarak başka ad altında yapılan diğer sözleşmelere de uygulanır.*" İsviçre Borçlar Kanunu'nda karşılığı olmayan bu hüküm Türk Borçlar Kanunu ile getirilmiştir⁶².

Madde gerekçesine göre; "*818 sayılı Borçlar Kanunu ile kaynak İsviçre Borçlar Kanununda yer verilmeyen, "E. Uygulama alanı" kenar başlıklı yeni bir maddedir.*

Tasarının tek fıkradan oluşan 603 üncü maddesinde, kefalet hükümlerinin uygulama alanının genişletilmesi düzenlenmektedir.

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

Bu düzenleme ile Türk Borçlar Kanunu'nda yer alan kefil koruyucu hükümlerden kefilin yararlanmasını engellemek amacı ile güvence sağlama amacı güden kefalet sözleşmelerinde, başka ad altındaki sözleşmelerin yapılması halinde, bu sözleşmelere de kefaletin şekli, kefil olma ehliyeti ve eşin rızasına ilişkin hükümlerin uygulanacağı düzenlenmiştir. Böylece, gerçek kişilerin kişisel güvence verdikleri başka ad altındaki sözleşmelere de kefalete ilişkin söz konusu düzenlemelerin uygulanacağı hükme bağlanmıştır.

Bu düzenleme kapsamına hangi tip güvence sözleşmelerinin dahil olduğu hususunda doktrinde görüş ayrılıkları bulunmaktadır. Doktrin bazı tip güvence sözleşmelerinin tartışmazsız bu hükmün kapsamında olduğunu kabul ederken bazı tip

⁶² Özen, s. 47Burcuoğlu, H. (2010). Türk Borçlar Kanunu Tasarısında Yeni Kefalet Düzenlemesi İle İlgili Bazı Gözlemler. *Türk-İsviçre Hukuk Günleri Banka Ve Tüketici Hukuku Sorunları Sempozyumu* içinde (275-292). İstanbul: Oniki Levha Yayıncılık, s. 279. Madde eleştirisi için bkz. Yavuz, Nihat, Değerlendirme ve Öneriler, s. 20; Yavuz, Yavuz, N. (2011). Türk Borçlar Kanunu'nun Getirdiği Değişiklikler ve Yenilikler. Ankara: Adalet Yayınevi, s. 865-866.

güvence sözleşmeleri bakımından ise durum o kadar açık olmadığı düşüncesindedir⁶³.

Garanti sözleşmesi bakımından madde hükmü değerlendirildiğinde; bu sözleşmenin bu hükmün kapsamında olduğu kabul edilmelidir. Bu sözleşme de kişisel güvence sözleşmelerinden olup, bu sözleşme ile garanti veren, üçüncü bir kişinin belli bir davranışını veya bir teşebbüsün sonucunu güvence altına alması ve üçüncü kişinin güvence verilen eylemi yapmaması veya sonucun meydana gelmemesi halinde garanti alana tazminat ödemeyi taahhüt etmektedir⁶⁴. Garanti sözleşmesi, kanunda düzenlenmemiş olan isimsiz sözleşmelerden biri olup, iki şekilde yapılmaktadır⁶⁵. *Saf garanti sözleşmesi* olarak adlandırılan ilk türde, garanti veren garanti alana belirli bir borç ilişkisinden bağımsız olarak bir sonuç taahhüdünde bulunmaktadır⁶⁶. Diğer tür garanti sözleşmelerinde ise garanti veren bir borcun konusunu oluşturan edimin ifa edilememesinden kaynaklanan riski üstlenmektedir⁶⁷. Türk Borçlar Kanunu'nun 603. maddesi hükmünün, esas olarak garanti sözleşmeleri dikkate alınarak konulduğu doktrinde ileri sürülmektedir⁶⁸. Çünkü söz konusu düzenleme özellikle garanti sözleşmeleri bakımından önem taşımaktadır. Kefalet sözleşmesinin hükümleri değerlendirildiğinde kefalete oranla çok daha ağır yükümlülükler içeren garanti sözleşmelerinde garanti veren kefile göre hem daha ağır konumda hem de garanti sözleşmeleri kanunda düzenlenmediği için her türlü hukuki korumadan yoksun durumdadır. Fer'i sorumluluk taşıyan kefalet sözleşmesini yazılı şekil şartına bağlı tutan yasa koyucunun, bağımsız sorumluluk öngören garanti sözleşmesinin şekil koşulu bakımından aynı şekil şartına uymaya

⁶³ Özen, s. 48; Yavuz, Değişiklikler ve Yenilikler, s. 865.

⁶⁴ Tandoğan, Haluk: Garanti Mukavelesi (Mahiyeti ve Benzeri Hukuki Münasebetlerden Tefriki), Ankara 1959, s. 19; Tandoğan, s. 818; Reisoğlu, Bankacılık Uygulamasında Kefalet, s. 78; Develioğlu, M. (2004). İsviçre Federal Mahkemesi'nin 23 Eylül 2003 Tarihli Kararı Işığında Kefalet Sözleşmesi – Borca Katılma Ayrımı, *Prof. Dr. Erden Kuntalp'e Armağan C. I* içinde (293-322). İstanbul, s. 34. Yargıtay'ın garanti sözleşmesi tanımı ise şu şekildedir; “fer'i nitelikte olmayan öyle bir sözleşmedir ki garanti veren, garanti alandan bir ivaz elde etmek için değil, fakat onu bir teşebbüs veya iş yapmaya yöneltmek amacıyla bağımsız olarak söz konusu teşebbüs veya işin tehlikelerini kısmen veya tamamen üzerine almaktır.”, şeklinde tanımlamaktadır. Yargıtay 11. HD, 15. 10. 1985 T., 4169 E., 5613 K. (Aktaran Reisoğlu, Seza: Banka Teminat Mektupları ve Kontgarantiler, Ankara 1990, s. 11).

⁶⁵ Zevkliler, A. ve Gökyayla, E.(2013) Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri(13. B). Ankara: Turhan Kitabevi, s. 657.

⁶⁶ Zevkliler ve Gökyayla, s. 657.

⁶⁷ Zevkliler ve Gökyayla, s. 657.

⁶⁸ Barlas, N. (2011). Yeni Türk Borçlar Kanunu'nun Kefaletle İlişkin Düzenlemeleri, *İzmir Barosu Dergisi*, C. 2011/2, 7-29, s. 230; Yavuz, Nihat, Türk Borçlar Kanunu Tasarısı Hakkında Genel Değerlendirme ve Öneriler, Terazi, y.3, s. 20, 2008, s. 56

yöneltmeye öncelikle ihtiyacının olduğu kabul edilmektedir⁶⁹. Öte yandan, eşin rızası olmaksızın fer'i bir sorumluluk doğuran kefalet sözleşmesi akdedilemiyorsa, bunun gibi yasal temsilci de küçük adına kefalet sözleşmesi yapamıyor ise, bu durumların garanti sözleşmesi için de geçerli olması gerekir⁷⁰.

Borca katılma Türk Borçlar Kanunu'nun 201. maddesinde düzenlenmiştir. Hükme göre; *“Borca katılma, mevcut bir borca borçlunun yanında yer almak üzere, katılan ile alacaklı arasında yapılan ve katılanın, borçlu ile birlikte borçtan sorumlu olması sonucunu doğuran bir sözleşmedir.*

Borca katılan ile borçlu, alacaklıya karşı müteselsilen sorumlu olurlar.” Hükümde belirtildiği üzere borca katılma halinde müteselsil sorumluluk öngörülmüş olup, müteselsil sorumluluğun da fer'i sorumluluk getiren kefalet sözleşmesindeki sorumluluğa göre daha ağır bir sorumluluk olduğu kabul edilmektedir⁷¹. Sorumluluğun başlangıcında fer'i nitelik gösteren borca katılma sonradan bağımsız bir sorumluluğun doğmasına yol açtığından kefalet sözleşmesi bakımından öngörülmüş olan ehliyet ve şekil koşullarının borca katılma yönünden de uygulanması isabetli olacaktır⁷².

Kredi emrinin de Türk Borçlar Kanunu'nun 603. maddesinin kapsamında değerlendirilmesi gerekmektedir. Kredi emri Türk Borçlar Kanunu'nun 516. maddesinde tanımlanmıştır. Hükme göre; *“Bir kimse kendi adına ve hesabına kredi emri verenin sorumluluğu altında bir üçüncü kişiye kredi açmak veya krediyi yenilemek için emir almış ve kabul etmişse, kredi emri verilen vekâletini aşmadıkça emri veren, kredi borcundan kefil gibi sorumlu olur. Ancak, kredi emri yazılı olmadıkça emri veren sorumlu olmaz.”* Söz konusu düzenleme uyarınca kredi emri gereği ödeme yapılmasından itibaren kredi verilmesi emrini veren kefil gibi sorumlu olacaktır. Bu sebeple de Türk Borçlar Kanunu'nun 603. maddesini atfı ile kefalete

⁶⁹ Özen, s. 48; Barlas, Yenilikler, s. 230.

⁷⁰ Barlas, N.(2005) “Kefalet Hukukuna İlişkin Bazı Sorunlar Ve Yargıtay Uygulaması”, *Ticaret Hukuku Ve Yargıtay Kararları Sempozyumu XXI*, Ankara., s. 64; Altop, A.(2007) Türk Borçlar Kanunu Tasarısı'nda Genel İşlem Koşulları Ve Kefalet Sözleşmesi. *İsviçre Medeni Kanunu Ve Borçlar Kanunu'nun Alınışının 80. Yılı Sempozyumu* içinde (141-160). İstanbul: Oniki Levha Yayınları, s. 160; Özen, s. 48; Yavuz, Kefalet, s. 374; Günay, s. 1678.

⁷¹ Özen, s. 48.

⁷² Özen, s. 48. Aksi görüş için bkz. Yavuz, Değişiklikler ve Yenilikler, s. 865, Yavuz, Nihat, Kefalet, s. 374; Uygur, s. 2590.

ilişkin hükümlerin kredi emrinin niteliğine uygun düştüğü ölçüde uygulanması gerektiği kabul edilmektedir⁷³.

Avalın Türk Borçlar Kanunu 603. maddesi kapsamında olup olmadığı hususunda da bir değerlendirme yapılması gerekmektedir. Aval Türk Ticaret Kanunu'nun 612 ile 614. maddeleri arasında düzenlenmiş bir müessese olup, kıymetli evrak nedeni ile sorumluluk taşıyan kişiler lehine verilen ve kıymetli evrak hamilinin haklarını elde etmesi için ek bir güvence sağlar. Diğer bir ifade ile aval, ticari senetlerden yani poliçe, emre muharrer senet veya çekten doğan borçların temini amacıyla verilen kişisel bir güvencedir⁷⁴. Türk Borçlar Kanunu 603. maddesinde getirilen düzenlemenin aval bakımından uygulanıp uygulanmayacağına ilişkin olarak doktrinde görüş ayrılığı bulunmaktadır. Bir görüşe göre kefaletin şekline ilişkin olarak getirilen düzenlemenin aval bakımından uygulanması mümkün değildir zira avalın geçerlilik şekli Türk Ticaret Kanunu 701. maddesinde özel olarak düzenlenmiştir⁷⁵. Şekil için getirilen düzenleme aval için uygulanmayacak olmakla birlikte eşin rızasına ilişkin hüküm Türk Borçlar Kanunu'nun 603. maddesi gereğince uygulanmalıdır, aksi takdirde kefaletle ilişkin sınırlandırmaları dolanmak maksadı ile eşin iznini alamayan kimseler aval veren sıfatı ile imza atacaktadırlar⁷⁶. Diğer görüşe göre kefalet sözleşmesi bakımından getirilen eşin rızasının alınmasına ilişkin düzenlemenin Türk Borçlar Kanunu 603. madde düzenlemesi uyarınca avalde de aranması gerekmektedir⁷⁷. Kanımca kefalet sözleşmesi ile ilgili olarak getirilmiş olan şekil koşulu Türk Borçlar Kanunu 603. madde kapsamında uygulanmamakla birlikte eşin rızası koşulunun bu kapsamda değerlendirilip uygulanması gerekmektedir.

⁷³ Tandoğan , s. 709- 710; Reisoğlu , Bankacılık Uygulamasında Kefalet, s. 93; Bilge , s. 308- 309; Olguç, Kefalet s. 135.

⁷⁴ Karayalçın, Y.(1970). Ticari Senetler. Ankara: Sevinç Matbaası, s. 220; Güral, J. (1951) Kefalet Akdiyle Aval Arasındaki Fark Ve Benzerlikler. *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. VIII/3- 4, s. 437; Dündar, H.,(2009). "Yargıtay Kararları Işığında Aval Ve Kefaletin Hukuki Niteliği Ve Farklı Yönleri", Haluk Konuralp Anısına Armağan, C.3, Ankara, s. 346.

⁷⁵ Özen, s 50.

⁷⁶ Barlas, Geçerlilik, s. 391, Grassinger, Def'iler ve sona erme, s.391; Özen, s. 50.

⁷⁷ Kırca, İ.(2006).Türk Borçlar Kanunu Tasarısı Kefalette Eşin İzni. *Prof. Dr. Tuğrul Ansay'a Armağan* içinde (433-457), s.438; Barlas, Yenillikler, s. 230.

İKİNCİ BÖLÜM

KEFALET SÖZLEŞMESİNİN GEÇERLİLİK KOŞULLARI

I. GENEL OLARAK GEÇERLİLİK KOŞULLARI

Sözleşme kavramı Türk Borçlar Kanunu'nun 1. maddesinin 1. fıkrasında unsurlarını da kapsar bir şekilde tanımlanmıştır. Hükme göre; “*Sözleşme, tarafların iradelerini karşılıklı ve birbirine uygun olarak açıklamalarıyla kurulur.*” Bu düzenlemeden hareketle sözleşme iki yahut daha fazla tarafın hukuksal bir sonuç doğurmak üzere karşılıklı ve birbirine uygun irade açıklamaları ile meydana getirdikleri bir hukuksal işlem olarak tanımlanabilir. Bu tanıma göre sözleşmenin kurucu unsurlarını şu şekilde belirlemek mümkündür: Sözleşmenin kurulabilmesi için en az iki taraf olmalıdır; sözleşmenin kurulabilmesi için karşılıklı irade açıklamasının varlığı gerekir; karşılıklı irade açıklamaların birbirine uygun olması gerekmektedir.

Türk ve İsviçre Hukuk sistemlerinde sözleşme özgürlüğü ilkesi geçerli olup bu ilke uyarınca taraflar sözleşmenin konusunu, taraflarını, kapsamını, içeriğini ve süresini diledikleri gibi belirleme özgürlüğüne sahiptirler⁷⁸. Sözleşme özgürlüğü ilkesi Türk Borçlar Kanunu'nun 26. ve 27. maddesinde düzenlenmiştir. Türk Borçlar Kanunu'nun 26. maddesine göre; “*Taraflar, bir sözleşmenin içeriğini kanunda öngörülen sınırlar içinde özgürce belirleyebilirler.*” Türk Borçlar Kanunu'nun 27. maddesinin birinci fıkrasında yer alan düzenlemeye göre; “*Kanunun emredici hükümlerine, ahlaka, kamu düzenine, kişilik haklarına aykırı veya konusu imkânsız olan sözleşmeler kesin olarak hükümsüzdür.*” Söz konusu bu düzenlemeler uyarınca sözleşmenin tarafları kanunda belirtilen yasal sınırlamalara uymak kaydıyla istedikleri şekilde ve kapsamda sözleşme yapabilmektedirler. Ancak bu ilke mutlak olmayıp 27. maddede belirtilen sınırlamalara tabidir.

⁷⁸ Eren, F. (2013). Borçlar Hukuku, Ankara: Yetkin Yayınları, s. 297; Tekinay, S., Akman, S., Burcuoğlu, H. ve Altop, A., (1993). Borçlar Hukuku Genel Hükümler (7. B.). İstanbul: Filiz Kitabevi, s. 362; Zevkliler ve Gökyayla, s. 6; Kılıçoğlu, A. (2012). Borçlar Hukuku (15. B.). Ankara: Turhan Kitabevi, s. 149; Oğuzman, K. ve Öz, T. (2010). Borçlar Hukuku Genel Hükümler. İstanbul: Vedat Kitapçılık, s. 23; Aydoğdu, M. ve Kahveci N. (2013). Türk Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, İzmir: İleri Kitabevi, s. 12; Yavuz, C. (2013). Borçlar Hukuku Dersleri Özel Hükümler. İstanbul: Beta Basım Yayım Dağıtım, s. 4

Sözleşme özgürlüğünün kapsamında sözleşme yapıp yapmama özgürlüğü, sözleşmenin tarafını seçme özgürlüğü, sözleşmenin biçimini seçme özgürlüğü, sözleşmeyi ortadan kaldırma ve içeriğini değiştirme özgürlüğü, sözleşmenin tipini seçme özgürlüğü ve sözleşmenin içeriğini belirleme özgürlüğü gibi özgürlükler yer alır⁷⁹. Sözleşme yapıp yapmama özgürlüğü ile kastedilen, bir kişinin başka bir kişiyi sözleşme imzalamaya zorlayamaması ve bir başkasının zoru ile bir kimsenin sözleşme yapma zorunda bulunmaması kastedilmektedir⁸⁰. Sözleşmenin tarafını seçme özgürlüğü ile ise, kişilerin sözleşme yapacağı tarafı dilediği gibi seçme özgürlüğüne sahip olup, kimsenin belirli bir kişi ile sözleşme yapmaya zorlanamayacağı ifade edilmektedir⁸¹. Sözleşmenin biçimini seçme özgürlüğüne gelince, sözleşmenin geçerli olabilmesi için kanunda belirli bir şekil zorunluluğu belirtilmedikçe tarafların sözleşmeyi diledikleri biçimde yapabilme özgürlüğüne sahip bulunmaları kastedilmektedir⁸². Sözleşmenin biçimini seçme özgürlüğü Türk Borçlar Kanunu'nun 12. maddesinde düzenlenmiştir. Hükme göre;

“Sözleşmelerin geçerliliği, kanunda aksi öngörülmedikçe, hiçbir şekle bağlı değildir.

Kanunda sözleşmeler için öngörülen şekil, kural olarak geçerlilik şeklidir. Öngörülen şekle uyulmaksızın kurulan sözleşmeler hüküm doğurmaz.”

Söz konusu düzenleme uyarınca esas olan şekil serbestisi olmakla birlikte, taraflar kanunda belirtilen istisnai hallerde şekil şartını yerine getirmediği sözleşme

⁷⁹ Eren, s. 30; Oğuzman ve Öz, s. 24; Zevkliler ve Gökyayla, s. 6 vd.; Aydoğdu ve Kahveci, s. 14 vd.; Yavuz, Cevdet, s. 4 vd.

⁸⁰ Eren, s. 300; Oğuzman ve Öz, s. 24; Erman, H. (2012). Medeni Hukuk Dersleri. İstanbul: Der Kitabevi, s. 43; Zevkliler ve Gökyayla, s. 6; Yavuz, Cevdet, s. 4; Aydoğdu ve Kahveci, s. 14. “Genel olarak kişiler, özel hukuk alanında diğer kişilerle olan ilişkilerini hukuk düzeni içinde kalmak şartıyla diledikleri gibi düzenlerler. Bu olanak, Borçlar Kanununda öngörülen (sözleşme serbestliği) ilkesinin bir sonucudur (BK.19-20). Yine Anayasa'nın 40.maddesi ile de güvence altına alınmıştır. Kural olarak; Türk-İsviçre hukukunda sözleşme özgürlüğü kabul edilmekle birlikte bu aynı zamanda sözleşmeyi yapmayı reddedebilme özgürlüğünü de ifade eder. Bunun istisnasını ise "sözleşme yapma mecburiyeti" veya "sözleşme yapma yükümlülüğü" oluşturur. Sözleşme yapma mecburiyeti, bazı kişi, kuruluş ve kurumların hukuk düzeninde hak sahibi sayılan kişilerin talebi üzerine bunlarla belirli bir sözleşmeyi yapma yükümlülüğünü ifade eder. Gerek özel hukuk ve gerekse kamu hukuku alanında sözleşme yapma zorunluluğu yasa koyucu tarafından öngörülebilir. Kaldı ki, öngörülmediği durumda dahi tekel konumundaki kuruluşların sözleşme yapmayarak vatandaşları zor durumda bırakmalarını hukuk düzeni korumayacaktır.” (Yargıtay 3. HD. T. 31.03.2005, E. 2005 / 2848, K. 2005 / 35149), (www.kazanci.com, 10,11,2012)

⁸¹ Eren, s. 315; Tandoğan, Borçlar Özel, C., I, s. 9; İnceoğlu, Mehmet Murat, Sözleşme Yapma Zorunluluğu ve Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunun 5. Maddesinin Bu Açıdan Değerlendirilmesi, M. Kemal Oğuzman'ın Anısına Armağan, İstanbul, 2000, s. 398; Zevkliler ve Gökyayla, s. 7; Yavuz, Cevdet, s. 5; Aydoğdu ve Kahveci, s. 14.

⁸² Eren, s. 267; Zevkliler ve Gökyayla, s. 8; Yavuz, Cevdet, s. 5; Aydoğdu ve Kahveci, s. 15.

geçerlilik kazanmayacaktır. Sözleşmeyi ortadan kaldırma ve içeriğini değiştirme özgürlüğü kapsamında; sözleşmenin tarafları karşılıklı anlaşmak koşulu ile her zaman sözleşmenin kapsamında değişiklik yapma hakkına sahip olmak yanında, sözleşmeyi istedikleri zaman sonlandırmak hakkına da sahiptirler⁸³. Sözleşmenin tipini seçme özgürlüğü, tarafların kanunda düzenlenen sözleşme tiplerinden birini seçmenin yanında kanunda düzenlenmeyen bir sözleşmeyi yapabilmelerini ifade etmekte olup, sözleşme tipleri bakımından *numerus clausus* prensibi uygulanmamaktadır⁸⁴. Sözleşmenin içeriğini belirleme özgürlüğü ise, ister kanunda yer alan sözleşme tiplerinden birini seçmiş olsunlar isterlerse de sözleşmenin tipini seçme özgürlüğü çerçevesinde kendi yarattıkları sözleşme tipindeki sözleşmeyi yapsınlar, tarafların, sözleşmenin içeriğini diledikleri gibi belirlemelerini ifade eder⁸⁵.

Türk Hukuku'nda sözleşme özgürlüğü esas olmakla birlikte, sözleşmeden geçerli bir borcun doğabilmesi için sözleşmenin öncelikle Türk Borçlar Kanunu'nun 27. maddesinde belirtilen sınırlamalara uygun olarak kurulması gerekir. Diğer bir ifade ile sözleşmenin aktedilmesinden dolayı geçerli bir borcun doğabilmesi için sözleşmenin sadece kurucu unsurlarının bulunması yeterli olmayıp, kurucu unsurların yanında bazı geçerlilik koşullarını taşıması da gerekmektedir⁸⁶. Bu bağlamda sözleşmenin geçerli şekilde kurulabilmesi için taraflar sözleşme ehliyetine sahip bulunmalı, sözleşme hukuka, ahlaka uygun olmalı, ifa imkansızlığı bulunmamalı, irade ve beyan arasında uyum olmalı ve sözleşme şekle bağlı ise bu şekil koşulunun sağlanmalıdır⁸⁷.

A. Kanuna Aykırılık

Borçlar Kanunu'nun 27. maddesinin 1. fıkrasında kanunun emredici hükümlerine aykırı olan sözleşmelerin kesin olarak hükümsüz olacağı belirtilmiştir.

⁸³ Eren, s. 316; Tandoğan, Borçlar Özel, C. I, s. 11; İnceoğlu, s. 392; Zevkliler ve Gökyayla, s. 9; Yavuz, Cevdet, s. 5; Aydoğdu ve Kahveci, s. 15.

⁸⁴ Eren, s. 316; Kuntalp E.(1971). Karışık Muhtevalı Akit. Ankara: Ankara Üniversitesi Basımevi, s. 9; Erman, s. 44; Zevkliler ve Gökyayla, s. 9; Yavuz, Cevdet, s. 6; Aydoğdu ve Kahveci, s. 17.

⁸⁵ Eren, s. 317; Erman, s. 44; Zevkliler ve Gökyayla, s. 21; Yavuz, Cevdet, s. 5; Aydoğdu ve Kahveci, s. 16.

⁸⁶ Eren, s. 317; Kılıçoğlu, s. 52.

⁸⁷ Eren, s. 317; Oğuzman, K. ve Barlas, N.(2013). Medeni Hukuk, İstanbul: Vedat Kitapçılık, s. 79; Reisoğlu, s. , s. Kılıçoğlu, s.84.

Türk Borçlar Kanunu'nda kanunun emredici hükümlerine aykırı olmama olarak belirtilen sözleşme geçerlilik koşulunda “kanun” sözcüğü ile, sadece yazılı hukuk kaynaklarından kanun olmayıp, kanun dışında yer alan diğer yazılı hukuk kaynakları da, örneğin kanun hükmünde kararname, tüzük, yönetmelik vd. ile içtihadı birleştirme kararı da kastedilmektedir⁸⁸.

Türk Borçlar Kanunu'nun 27. maddesi anlamında, emredici hukuk kurallarına aykırı olma hali, geçersizlik nedeninin kıstası olarak belirtilmiştir. Bu bağlamda bir hukuk kuralı emredici değil, yorumlayıcı yahut tamamlayıcı hukuk kuralı niteliğinde ise, bu kurala aykırı olan sözleşme, geçersizlik olmayacaktır⁸⁹. Bu düzenleme açısından önemli olan husus, hukuk kuralının niteliğidir. Emredici hukuk kuralları, hukuksal ilişkinin taraflarına hükmün aksinin kararlaştırılması imkanı vermeyen kurallardır⁹⁰. Diğer bir ifade ile bunlar, tarafların uymak zorunda oldukları, anlaşarak aksine düzenleme yapamayacakları kanun hükümleridir⁹¹. Kanun hükmünün açık bir şekilde bir emri yahut yasağı içerdiği hallerde emredici bir kanun hükmünün varlığından olduğundan bahsedilmektedir⁹². Yorumlayıcı hukuk kuralları ise tarafların sözleşmede kullandıkları ve ne anlam ifade ettiğini net olarak belirtmedikleri bir hususu, davranış şeklini yahut beyanı yorumlayan, onun anlamını yansıtan hukuk kurallarıdır⁹³. Tamamlayıcı hukuk kuralları da tarafların sözleşmede düzenlemeyi ihmal ettikleri yahut bilinçli olarak düzenlemedikleri ve bu nedenle sözleşmede oluşan bir boşluğu doldurucu nitelik taşıyan hukuk kurallarıdır⁹⁴. Bir kuralın emredici hukuk kuralı mı? yahut yorumlayıcı yada tamamlayıcı hukuk kuralı

⁸⁸ Hatemi, H. (1976).Hukuka ve Ahlakla Aykırılık Kavramı ve Sonuçları. İstanbul, s. 12; Başpınar, V.(1998). Borç Doğuran Sözleşmelerin Kısmi Butlanı, Ankara, s. 124; Akıntürk, T. ve Kahraman Ateş, D.(2011). Borçlar Hukuku. Genel Hükümler ve Özel Borç İlişkileri. İstanbul: Beta Basım Yayım Dağıtım, s. 62; Kılıçoğlu, s. 91.

⁸⁹ Eren, s. 319; Kılıçoğlu, s. 91.

⁹⁰ Von Tuhr, Andreas (Çev. Cevat Edege), Borçlar Hukuku Umumi Kısım, C. 1–2, Ankara, 1983, s. 247; Oğuzman ve Öz, s. 79. ; Tunçomağ, K., (1976). Borçlar Hukuku (Genel Hükümler). C.1, 3. Baskı, İstanbul, s. 161-162. ; Karahasan, Sorumluluk, s. 257. ; Eren, s. 319. ; Karahasan, Borçlar Hukuku, s. 268. ; Aybay, A.(1995.) Borçlar Hukuku Dersleri (11. B). İstanbul: Filiz Kitabevi, s. 36; Oğuzman/Barlas, s. 85; Baştuğ, İ. (1984). Borçlar Hukuku Genel Hükümler (3. Baskı). Manisa: Şafak Basım ve Yayıncılık, s. 62. ; Reisoğlu, Safa, s. 105. ; Kocayusufpaşaoğlu, Necip Güven Nazariyesi Karsısında Borç Sözleşmelerinde Hata Kavramı, İstanbul 1968; s. 534;Oğuzman/ Barlas, s. 77.

⁹¹ Eren, s. 319; Erman, s. 44; Reisoğlu, Safa, s. 131.

⁹² Eren, s. 319; Reisoğlu, Safa, s. 131; Zevkliler, A. Ertaş, Ş., Havutçu, A. VE Gürpınar D.,(2012) Yeni Medeni Kanuna Göre Medeni Hukuk. Ankara: Turhan Kitabevi, s. 4.

⁹³ Erman, s. 45; Oğuzman/Barlas, s. 87; Zevkliler, Ertaş, Havutçu ve Gürpınar, s. 6.

⁹⁴ Erman, s. 45; Oğuzman/Barlas, s. 87; Zevkliler, Ertaş, Havutçu ve Gürpınar, s. 6.

mi? olduğunun tayininde hareket edilen kıstas kuralın konusu ve amacı olacaktır⁹⁵. Bu bağlamda, belirli bir kanun hükmüne uymama hali kamu düzenine, kişilik haklarına yahut ahlaka aykırı düşüyor ise, o hüküm emredici hukuk kuralı niteliğindedir⁹⁶.

Sözleşmede emredici hukuk kuralına aykırılık olup olmadığının tespitinde önem taşıyan diğer bir husus, sözleşmenin, emredici hukuk kuralına aykırı olup olmadığının bütün hukuk sistemi göz önüne alınmak suretiyle belirlenmesidir⁹⁷. Bu anlamda, hukuk kuralına aykırılık, Türk Ceza Kanunu'nda düzenlenen ve bir kimsenin canına ve malına zarar verici eylemleri yasaklayan bir hükme aykırılık şeklinde ortaya çıkabileceği gibi Özel Hukuk alanında düzenleme getiren bir emredici bir hukuk kuralına aykırılık şeklinde de ortaya çıkabilir⁹⁸. Örneğin; Türk Medeni Kanunu'nun 23. maddesine göre *“(1)Kimse, hak ve fiil ehliyetlerinden kısmen de olsa vazgeçemez. (2)Kimse özgürlüklerinden vazgeçemez veya onları hukuka ya da ahlâka aykırı olarak sınırlayamaz.”* Bu kanun hükmü uyarınca kişilerin hak ve fiil ehliyetlerinden yahut özgürlüklerinden kısmen dahi vazgeçmeyi içeren, sınırlayan sözleşmeler geçersiz olacaktır. Örneğin bir kimsenin diğer bir kimseye mirasçı olmayacağına, davacı olmayacağına, hayatı boyunca nişanlanmayacağına yahut evlenmeyeceğine, hiç kimseye vasiyette bulunmayacağına ilişkin olarak yapılan sözleşmeler geçersiz olacaktır⁹⁹.

Kefalet sözleşmesinin geçerli bir şekilde kurulabilmesi için öncelikle, Türk Borçlar Kanunu'nun 27. maddesinin birinci fıkrasında yer alan düzenleme gereğinde kanunun emredici hükümlerine uygun olması gerekmektedir. Söz konusu düzenleme sebebiyle kanunun emredici hükümlerine aykırılık teşkil eden kefalet sözleşmesi geçersiz olacaktır.

⁹⁵ Eren, s. 319; Başpınar, s. 126; Reisoglu, Safa, s. 131.

⁹⁶ Tunçomağ, s. 162. ; Oğuzman ve Öz, s. 80; Kocayusufpaşaoğlu, s. 534. ; Eren, s. 286; Reisoglu, Safa, s. 132.

⁹⁷ Hatemi, s. 36. ;Başpınar, s. 126; Eren, s. 319; Kocayusufpaşaoğlu, s. 535; Kılıçoğlu, s. 91.

⁹⁸ Eren, s. 322; Tunçomağ; s. 251; Başpınar, s. 130; Kılıçoğlu, s. 91.

⁹⁹ Eren, s. 321; Kılıçoğlu, s. 91.

B. Ahlaka Aykırılık

Kanunkoyucu sözleşmenin konusunu sadece emredici hukuk kuralları ile değil, ahlak kuralları ile de sınırlandırmıştır. Türk Borçlar Kanunu'nun 27. maddesinin 1. fıkrasında ahlaka aykırı olan sözleşmelerin kesin olarak hükümsüz olacağına ilişkin düzenleme yer almaktadır¹⁰⁰.

Ahlak kuralları toplumda zamanla yerleşen ve o toplumda yaşayan bireyler tarafından uyulması zorunlu görülen kurallar bütünüdür¹⁰¹. Ahlak kuralları hukuk kurallarının aksine yazılı olmayan kurallardır. Bir toplumun değer yargıları ve ahlak anlayışı zamana göre ve toplumdan topluma değişiklik gösterir¹⁰². Sözleşmenin konusunun ahlaka aykırı olup olmadığı değerlendirilirken kendisinin yahut sözleşmenin taraflarının ahlak anlayışı değil, toplumda yaşayan ve normal zekaya sahip, dürüst ve akli başında bir kişinin ahlak anlayışı esas alınacaktır¹⁰³.

Sözleşmenin ahlaka aykırılığı değerlendirilirken sözleşmede taahhüt edilen edim ve sözleşmenin amacı dikkate alınmalıdır. Bir sözleşmede taahhüt edilen edim ahlaka aykırı olabileceği gibi, sözleşmenin konusunun da ahlaka aykırı olması durumu ortaya çıkabilir¹⁰⁴. Sözleşmenin konusunun ahlaka aykırı olmasına örnek olarak evlilik dışı ilişki yaşamak için edim vaat edilmesi yahut doktor ile eczacı arasında yapılan ve tedavi ücretinden yahut eczanenin gelirinden pay verilmesi karşılığında hasta göndermeye ilişkin sözleşmeler verilebilir¹⁰⁵. Sözleşmenin amacı bakımından ahlaka aykırı olmasından bahsedebilmek için ise ahlaka aykırı amacın sözleşmenin her iki tarafınca güdülmesi gerekir¹⁰⁶. Bu bağlamda ahlaka aykırı amaca katılmadan diğer tarafın ahlaka aykırı amaç güttüğünü bilmek sözleşmenin

¹⁰⁰ Ayrıntılı bilgi için bkz. Hatemi, s. 83 vd; Ateş, D. (2007). Borçlar Hukuku Sözleşmelerinde Genel Ahlaka Aykırılık, Ankara: Turhan Kitabevi, s. 83 vd.

¹⁰¹ Eren, s. 323; Başpınar, s. 136; Antalya, G.(2012) Borçlar Hukuku Genel Hükümler C.I. İstanbul: Beta Basım Yayım Dağıtım, s. 277; Nomer, H.(2012). Borçlar Hukuku Genel Hükümler(12. B.). İstanbul: Beta Basım Yayım Dağıtım, s. 61; Akıntürk ve Kahraman Ateş, s. 63.

¹⁰² Kılıçoğlu, s. 95.

¹⁰³ Eren, s. 324; Reisoğlu, Safa, s. 135, Nomer, s. 61; Akıntürk ve Kahraman Ateş, s. 63.

¹⁰⁴ Eren, s. 324; Başpınar, s. 138; Kocayusufpaşaoğlu, s. 555; Nomer, s. 61.

¹⁰⁵ Eren, s. 324; Sirmen, L., (1972) Modern Hukukta Sözleşme Kavramı Ve Türk Hukuku. *Cahit Oğuzoğlu'na Armağan* içinde (441-472). Ankara: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayını, s. 45; Başpınar, s. 142; Kocayusufpaşaoğlu, s. 555; Reisoğlu, Safa, s. 135-136, Nomer, s. 61.

¹⁰⁶ Hatemi, s. 163; Kocayusufpaşaoğlu, s.556-557; Başpınar, s. 145; Eren, s. 326; Atamer, Y. M., (1999) Sözleşme Özgürlüğünün Sınırlandırılması Sorunu Çerçevesinde Genel İşlem Şartlarının Denetlenmesi. (Genel İşlem Şartları) İstanbul: Beta Basım Yayım Dağıtım, s. 53; Başpınar, s. 145; Sirmen, s. 451; Nomer, 62.

geçersizliğine sebep olması bakımından her durumda yeterli görülmemektedir¹⁰⁷. Ancak sözleşmenin her iki tarafınca ahlaka aykırı amaç güdülmemekle birlikte, sözleşmenin bir tarafı diğer tarafın ahlaka aykırı amacı biliyor ve bu amacı teşvik ediyor yahut bu amaçtan dolayı menfaat sağlamış ise ahlaka aykırı amacın her iki tarafça da güdüldüğü kabul edilmektedir¹⁰⁸.

Kefalet sözleşmesinin geçerli olarak kurulabilmesi için gerekli olan şartlardan bir diğeri ise sözleşmenin Türk Borçlar Kanunu'nun 27. maddesinin birinci fıkrasında yer alan düzenleme gereğince sözleşme hükümlerinin ahlaka aykırı düzenleme içermemesi gerektiğidir. Bu bağlamda, kefalet sözleşmesi ile taahhüt edilen edim ve sözleşmenin amacının ahlaka aykırı olması halinde kefalet sözleşmesi kesin hükümsüzlük sebebi ile geçerli olma sonucunu doğurmayacaktır¹⁰⁹.

C. Şekle Aykırılık

Türk Borçlar Kanunu'nun 12. maddesinde sözleşmelerin şekli başlığı altında getirilen düzenlemeye göre; *“Sözleşmelerin geçerliliği, kanunda aksi öngörülmedikçe, hiçbir şekle bağlı değildir.*

Kanunda sözleşmeler için öngörülen şekil, kural olarak geçerlilik şeklidir. Öngörülen şekle uyulmaksızın kurulan sözleşmeler hüküm doğurmaz.” Söz konusu düzenleme uyarınca Türk Hukuku'nda kural olarak şekil serbestisi geçerli olup taraflar diledikleri şekilde sözleşme yapabilmektedirler¹¹⁰. Ancak, kanunda aksi öngörülmemiş olmak şartıyla taraflar sözlü, yazılı, resmi şekilde sözleşme yapabilirler.

Şekil şartı öngörülmüş olan sözleşmeler bu şekil şartını yerine getirmediğiçe geçerli bir şekilde hüküm ve sonuç doğurmayacaktır. Hukuken bu şekil şartlarının konulmasının iki tür amacı bulunmaktadır. Birincisi, kanunda sözleşmenin geçerli olarak kurulabilmesi için öngörülmüş olan şekil şartı yerine getirilmediğiçe, sözleşme

¹⁰⁷ Başpınar, 147; Tekinay, Akman, Burcuoğlu ve Altop, s. 400-401; Kocayusufpaşaoğlu, s. 556; Oğuzman ve Öz, s. 88

¹⁰⁸ Kocayusufpaşaoğlu, s.556-557. Oğuzman ve Öz, s. 88; Nomer, s. 62.

¹⁰⁹ Develioğlu, s 185.

¹¹⁰ Esener, T.(1956). Türk Hususi Hukukunda Muvazaalı Muameleler, İstanbul: Fakülteler Matbaası, s. 168; Saymen, F. / Elbir, H.,(1958) Türk Borçlar Hukuku C. 1. İstanbul: İsmail Akgün Matbaası, s. 201; Eren, s. 267; Kılıçoğlu, s. 104. Ayrıntılı bilgi için bkz. Tuğ, A (1994).Türk Özel Hukukunda Şekil, Konya: Mimoza Yayınları, s. 28.

geçerli bir şekilde hüküm ve sonuç doğurmayacaktır. Buna “kanuni zorunlu şekil”(geçerlilik şekli) denilir. İkinci tür şekil şartlarının amacı ise, ispata yönelik olup öngörülen şekilde, taraflar için hakkın varlığını ispat amacı var ise, bu halde ispat şekil şartından bahsedilecektir¹¹¹. İspat şekil şartına aykırılık halinde maddi hukuk anlamında işlemin geçerliliğini etkilemez. Kanunda bazı tür sözleşmeler için şekil şartının öngörülmüş olmasının sebebi tarafları sözleşmeyi yapıp yapmama konusunda, şekil süreci boyunca, düşünmeye sevk etmektedir.

Bir hukuki işlemin belirli bir şekilde yapılma zorunluluğu kanundan yahut taraf iradelerinden kaynaklanır. Kanunda öngörülen belirli bir sözleşme için öngörülmüş olan geçerlilik şekline kanuni şekil denir¹¹². Örneğin, taşınmaz satım sözleşmesi resmi şekilde yapılmadıkça hüküm doğurmaz. Kanuni şekil koşulunun yanısıra taraflar sözleşme serbestisi çerçevesinde sözleşmenin geçerliliğini herhangi bir şekil koşuluna bağlamaları mümkündür. Bu halde ise iradi şekil söz konusu olup, kararlaştırdıkları şekilde sözleşme yapmazlarsa bu sözleşme tarafları bağlamaz¹¹³.

Sözleşmelere getirilen geçerlilik şekli sözlü şekil yahut yazılı şekil olabilir. Sözlü şekil türü Türk Borçlar Kanunu’nda yer almamakla birlikte, Türk Medeni Kanunu’nda sözlü vasiyetname ile evlenmenin resmi memur önünde yapılması zorunluluğu Türk Hukukunda sözlü şekil koşulunun örneklerini oluşturur¹¹⁴. Yazılı şekil koşulu ise adi yazılı şekil, nitelikli yazılı şekil ve resmi yazılı şekil olmak üzere üçe ayrılmaktadır. Adi yazılı şekil, sözleşmenin geçerlilik koşulunun sağlanabilmesi için herhangi bir resmi makam yahut kişinin katılımına ihtiyaç duyulmaksızın, tarafların yazılı beyan ve imzaları ile gerçekleştirilen şekildir¹¹⁵. Örneğin alacağın temlik sözleşmesi¹¹⁶. Nitelikli yazılı şekil ise, sözleşmenin yazılı şekil koşuluna tabi tutulmasının yanısıra sözleşmenin kapsamına dahil bazı hususların ayrıca belirtilmesi zorunluluğunun bulunmasıdır¹¹⁷. Örneğin, kefalet sözleşmesinin geçerliliği yazılı şeklin yanısıra azami miktarın, kefalet tarihinin ve miteselsil kefil ibaresinin kefilin

¹¹¹ Yıldız, H. (1980). Akitlerde Şekilciliğin Geçirdiği Tarihi Evreler Ve Türk-İsviçre Hukukunda Ve Anglo-Amerikan Hukuk Sistemlerinde Şekilcilik. Bursa: Bursa İktisadi ve Ticari İlimler Akademisi Yayını, s. 91- 95; Sirmen , s. 44; Oğuzman ve Öz , s. 113; Akıntürk , s. 36; Eren , s. 244.

¹¹² Eren, s. 268; Erman, s. 78; Tuğ, s. 45; Kılıçoğlu, s. 105.

¹¹³ Eren, s. 269; Erman, s. 78; Kılıçoğlu, s. 105.

¹¹⁴ Kılıçoğlu, s. 107; Eren, s. 287; Erman, s. 78; Tuğ, s. 95.

¹¹⁵ Kılıçoğlu, s. 107; Eren, s. 273; Erman, s. 79; Tuğ, s. 52.

¹¹⁶ “Borçlar Kanunu'nun 163. maddesinde, alacağın temlik sözleşmesinin geçerliliği ise, sadece yazılı şekle tabi tutulmuş olup, resmi şekle bağlanmamıştır.” (Yargıtay 13. HD E. 2011/5470 K. 2012/857 T. 24.1.20129),(www.kazanci.com.tr, 11.10.2013)

¹¹⁷ Eren, s. 283; Kılıçoğlu, s. 107.

el yazısı ile belirtilmesi zorunluluğu getirildiği için kefalet sözleşmesi nitelikli yazılı şekil koşuluna tabidir¹¹⁸. Resmi şekil ise, sözleşmenin geçerliliğın yazılı olmasının yanısıra resmi memur veya makamın katılımının arandığı şekil koşuludur¹¹⁹. Örneğın, taşınmaz satım sözleşmesi tapu sicil memurları ve muhafızları tarafından yapılması geçerlilik koşuludur.

Kefalet sözleşmesi bakımından şekle aykırılık değerlendirildiğinde, kefalet sözleşmesinin geçerli olması bakımından iki yönlü şekil kuralına uyulması söz konusu olacaktır. Bu kapsamda, hem kefalet sözleşmesine esas teşkil eden asıl borcu doğuran sözleşme için öngörölmüş şekil var ise ona uygun olarak yapılmış olmalı hem de kefalet sözleşmesi için yasada öngörölmüş olan şekil koşulları sağlanarak kefalet sözleşmesi akdedilmiş olmalıdır. Örneğın; noter huzurunda yapılmamış olan taşınmaz satış vaadi sözleşmesine dayalı olarak kefalet sözleşmesi akdedilmesi halinde, taşınmaz satış vaadi sözleşmesi şekle aykırılık sebebiyle hükümsüz olduğundan kefalet sözleşmesi de geçersiz olacaktır. Aynı şekilde kefalet sözleşmesine temel teşkil eden asıl borca ilişkin sözleşme geçerli şekil koşullarını taşımakla birlikte kefalet sözleşmesi şekil koşullarına uyulmaksızın akdedilmiş ise, bu halde de kefalet sözleşmesi hüküm doğurmayacaktır.

D. Muvazaa

Sözleşmede muvazaa, tarafların yaptıkları sözleşmenin hiç hüküm doğurmayacağı yahut yapmış göröndükleri sözleşmeden başka bir sözleşmenin hükümlerini doğuracağı konusunda anlaşmalarıdır¹²⁰. Diğer bir ifade ile muvazaa, tarafların üçüncü kişileri aldatmak maksadı ile gerçek iradelerine uymayan bir işlem

¹¹⁸ Eren, s. 283; Kılıçoğlu, s. 107.

¹¹⁹ Kılıçoğlu, s. 108; Eren, s. 283; Erman, s. 79; Tuğ, s. 64.

¹²⁰ Dalamanlı, L. (1971). *Aktın Feshi Ve İptali Davaları*. Ankara, s. 83 vd.; Eren, S. 351; Esener, T.: *Türk Hususi Hukukunda Muvazaalı Muameleler*, İstanbul 1956, S. 7 vd.; İnan, A. N. (1971). *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*. Ankara: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayını, s. 247 vd.; Karayalçın, Y.(1999). *Muvazaa (Danışık) Hileli Anlaşma-Miras Bırakanın Muvazaası*. Prof. Dr.Selahattin Sulhi Tekinay'ın Hatırasına Armağan içinde (343-371). İstanbul: Vedat Kitapçılık, s. 343-371, İstanbul 1999, s. 43 vd.; Kılıçoğlu, s. 168 vd.; Önen, T.(1999). *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*. Ankara: Yargı Yayınevi, s. 49 vd.; Özüğür, A. İ.: *Açıklamalı-İçtihatlı Tenkis-Muvazaa-Mirasta İade Davaları*, Ankara 1999, s. 835 Vd.; Oğuzman ve Öz, s. 129; Antalya, S. 201; Zevkliler, A.(2001) *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*. Ankara: Turhan Kitabevi, s. 86.

yapmaları ve bu işlem üçüncü kişilere karşı dışa karşı geçerli görünmekle birlikte kendi aralarında geçerli olmayacağı hususunda anlaşmalarıdır¹²¹.

Muvazaa Türk Borçlar Kanunu'nun 19. maddesinde düzenlenmiştir. Hükme göre; *"Bir sözleşmenin türünün ve içeriğinin belirlenmesinde ve yorumlanmasında, tarafların yanlışlıkla veya gerçek amaçlarını gizlemek için kullandıkları sözcüklere bakılmaksızın, gerçek ve ortak iradeleri esas alınır.*

Borçlu, yazılı bir borç tanımına güvenerek alacağı kazanmış olan üçüncü kişiye karşı, bu işlemin muvazaalı olduğu savunmasında bulunamaz."

Muvazaa ile taraflar üçüncü kişilere karşı aslında istemedikleri beyanları ile meydana gelen sözleşmeyi göstermekle birlikte gerçekte tarafların iradesi bu sözleşmenin ya hiç sonuç doğurmamasına yahut başka bir sözleşmenin hükümlerini meydana getirmesini arzu etmekte ve bu konuda anlaşmaktadırlar¹²².

Tarafların gerçek iradelerini gizleyerek muvazaa yoluna gitmelerinin değişik amaç ve sebepleri olabilir¹²³. Bu bağlamda taraflar bedelde muvazaa yapabilirler. Bedelde muvazaa ile tarafların amacı sözleşmenin bedelini farklı göstermek olup kastedilen ise tarafların gerçekte arzu ettikleri ve anlaştıkları bedeli gizleyerek farklı bir bedel beyan etmeleridir¹²⁴. Tarafların bedelde muvazaa yapmalarının amacı Devlet veya Kamu Kurumlarını yahut üçüncü kişilerin bir hakkı kullanmalarını önlemek ya da güçleştirmek içindir¹²⁵. Örneğin, tarafların taşınmaz satışında tapuda

¹²¹ Reisoğlu, Safa, s. 103. "...Genellikle muvazaa, ortada görünen bir durumun gerçeğe uymaması anlamına gelir. Dilin "ikrar ettiğini" kalbin "tasdik etmediği" ve zahirin bir paravana olarak gerçeği örtmek ve saklamak üzere kullanıldığı durumlarda muvazaanın varlığından söz edilir. Hukukta tarafların gerçek iradelerine uygun düşmeyen bir hukuksal işlem yaptıkları hallerde muvazaa ile karşılaşılması ihtimali vardır. Ancak, muvazaada taraflar bilinçli olarak ve isteyerek iradelerine asla uygun düşmeyen bir açıklamada bulunarak gerçekte hiç arzulamadıkları bir işlemi yapmış gibi görünürler. Oysa tarafların gerçekten böyle bir işlem yapmaya hiç niyetleri yoktur. Yapılması asla arzu edilmeyen bir hukuksal işlemi tarafların yaptığı, açıklamanın gerçek iradeye ters düştüğü ve böylece "zarfın mazrufa" uymadığı hallerde ortada muvazaayı öngören bir davranış vardır. Danışıklı dövüş gibi danışıklı bir işlem olan muvazaada hayatta yer alan, uyumsuzluklara konu olan ve hukukta tanınan bir müessesedir. Kişiler çeşitli saik ve nedenlerle danışıklı -muvazaalı- işlemler yapmak gereğini duyarlar. Bu nedenlerin hepsini burada sayıp dökmek gereği yoktur. Çok kez üçüncü kişilerin koğuşmalarını önlemek, onların hak ve alacaklarını karşılıksız bırakmak, çeşitli yasaların takibinden kurtulmak... gibi değişik amaçlarla bazı kimselerin muvazaayı can kurtaran simidi gibi kullanmakta sakınca görmedikleri kuşkusuzdur..." (Yargıtay I. HD., 1978/10321 E., 1978/11567 K., T: 02.11.1978), (www.kazanci.com.tr, 11.10.2013)

¹²² Eren, s. 350; Esener, s. 7; Oğuzman ve Öz, S. 130.

¹²³ İnan, s. 251; Önen, s. 51; Tunçomağ, s. 192; Kılıçoğlu, s. 168.

¹²⁴ Eren, s. 354; Kılıçoğlu, s. 168.

¹²⁵ Kılıçoğlu, s. 168. "...Olayımızda: Davacı önalıma konu payın davalıya gerçekte 480.000.000.- TL'ye satıldığı halde önalım hakkının engellenmesi için tapuda bedelin fazla gösterildiğini bildirerek bedelde muvazaa iddiasında bulunmuştur. Davacı bu iddiasını kanıtlamak zorundadır. Muvazaa iddiası tanık dahil her türlü delil ile kanıtlanabilir. Mahkemece keşif

eksik bedel göstererek düşük vergi ve harç ödemeyi hedeflemeleri yahut müşterek mülkiyette olan bir taşınmazın satış bedelini olduğundan yüksek göstererek taşınmazda önalım hakkı sahibi olanların önalım hakkını kullanmalarını engelleme halleri tarafların muvazaa yoluna gitmelerindeki amaçlara örnek olarak sayılabilir¹²⁶.

Muvazaa işlem mutlak muvazaa ve nisbi muvazaa olmak üzere iki gruba ayrılmaktadır. Sözleşme taraflarının sadece görünürde bir işlem yapmakla yetinip gerçekte yapmayı arzu ettikleri gizli bir işlem bulunmamakta ise bu halde mutlak muvazaa söz konusudur¹²⁷. Diğer ifade ile mutlak muvazaa halinde üçüncü kişileri aldatmak için görünürde bir hukuki işlem yapan tarafların aslında gerçek iradelerine uygun bir hukuki işlemi üçüncü kişilerden gizlemeleri halidir¹²⁸. Örneğin, çok sayıda kişiye borcu bulunan bir kimsenin yakın tarihte başlayacak olan icra takipleri sebebiyle kaybetme riski bulunan taşınmazını bir arkadaşına devretmesi halinde aslında sözleşmenin tarafları arasında satış iradesi yoktur sadece görünüşte yapılan bir satış sözleşmesi söz konusudur¹²⁹. Nisbi muvazaada ise taraflar arasında gerçekte arzu edilen bir sözleşme olmakla birlikte bu sözleşme gizlenerek taraflarca arzu edilmeyen görünüşte bir sözleşme yapılmaktadır¹³⁰. Yani, nisbi muvazaada tarafların gerçek iradelerine uygun olan ayrı bir hukuki işlem bulunmaktadır ve bu mutlak muvazaa ile nisbi muvazaa arasında farkı ifade eder¹³¹. Örneğin, Bir kişinin gerçekte bağışladığı taşınmazı için görünüşte satış sözleşmesi yapması halinde, görünüşte taraflar arasında satış sözleşmesi yapıldığı kanaati bulunmasına karşın, aslında sözleşme, taraf iradeleri bağışlamaya yönelik olarak yapılmıştır¹³². Sonuç olarak

yapılarak keşifte belirlenen bedel üzerinden önalım hakkının tanınmasına karar verilmiş ise de keşif bedelde muvazaa iddiasının varlığına tek başına yeterli delil teşkil etmez. Yargıtay'ın yerleşen içtihatları da bu yöndedir. Bu nedenle bedelde muvazaaya ilişkin davacının gösterdiği tanıkların dinlenilmesi ve sonucuna göre bir karar verilmesi gerekirken, bu hususun göz ardı edilerek yazılı şekilde hüküm kurulması hatalı olduğundan hükmün bozulması gerekmiştir...” (Yargıtay 6. HD., 2005/955 E., 2005/2510 K., T:21.03.2005), (www.kazanci.com.tr, 10.09.2013)

¹²⁶ Eren, s. 355; Kılıçoğlu, s. 168; Akıntürk ve Kahraman Ateş, s. 55.

¹²⁷ Esener, s. 41; Eren, s. 353; Antalya, s. 2004; Oğuzman ve Öz, s. 104; Özmen, İ. ve Özkaya, E.(1993). Muvazaa Davaları. Ankara: Adalet Matbaası, s. 8-9; Zevkliler, s. 86; Kılıçoğlu, s. 170.

¹²⁸ Eren, s. 353; Reisoğlu, Safa, s. 103.

¹²⁹ Eren, s. 353; Kiper, O.(1995). Öğretide Ve Uygulamada Muvazaa (Mirasçidan Satış Görünümüyle Mal Kaçırma), Tenkis, Mirasta Geri Verme, Mirasta Hak Ediş (İstihkak) Davaları. Ankara: Adil Yayınevi, s. 17 vd.; Reisoğlu, Safa, s. 85 vd.; Kılıçoğlu, s. 170.

¹³⁰ Karayalçın, Muvazaa, s. 349; Esener, s. 42; Eren, s. 353; Tekinay, Akman, Burcuoğlu ve Altop, s. 409; Oğuzman ve Öz, s. 106; Özmen/Özkaya, s. 9, Kılıçoğlu, s. 170; Zevkliler, s. 86; Akıntürk ve Kahraman Ateş, s. 55.

¹³¹ Eren, s. 353; Reisoğlu, Safa, s. 103.

¹³² Eren, s. 353; Kılıçoğlu, s. 170. “...Bilindiği üzere; uygulamada ve öğretide "muris muvazaası" olarak tanımlanan muvazaa, niteliği itibarıyla nisbi (mevsuf-vasıflı) muvazaa türüdür. Söz konusu

mutlak muvazaalı işlemde üç tür işlem söz konusu olmaktadır. İlki üçüncü kişileri aldatmak maksadı ile yapılmış olan görünüşteki işlem ikincisi, görünürdeki işlemin taraflar arasında hüküm ifade etmeyeceğine ilişkin olan görünüşteki işlem, üçüncüsü ise aldatma kasdı iken, nisbi muvazaada bu üç işleme dördüncü olarak tarafların gerçek iradelerine uygun olan gizli işlem eklenmektedir¹³³. Böylece, mutlak muvazaada taraflar arasında tek bir hukuki işlem olduğu halde nisbi muvazaada taraflar arasında görünüşteki işlem ve gizli işlem olmak üzere iki hukuki işlem mevcuttur¹³⁴.

muvazaada miras bırakan gerçekten sözleşme yapmak ve tapulu taşınmazını devretmek istemektedir. Ancak mirasçısını miras hakkından yoksun bırakmak için esas amacını gizleyerek, gerçekte başlamak istediği tapulu taşınmazını, tapuda yaptığı resmi sözleşmede iradesini satış veya ölüncüye kadar bakma sözleşmesi doğrultusunda açıklamak suretiyle devretmektedir. Bu durumda yerleşmiş Yargıtay İçtihatlarında ve 1-4-1974 tarih 1/2 sayılı İnançları Birleştirme Kararında açıklandığı üzere görünürdeki sözleşme tarafların gerçek iradelerine uymadığından, gizli bağış sözleşmesi de Medeni Yasanın (eski 634) 706, Borçlar Yasasının 213 ve Tapu Yasasının 26. maddelerinde öngörülen şekil koşullarından yoksun bulunduğundan, saklı pay sahibi olsun veya olmasın miras hakkı çığnenen tüm mirasçılar dava açarak resmi sözleşmenin muvazaa nedeni ile geçersizliğinin tespitini ve buna dayanılarak oluşturulan tapu kaydının iptalini isteyebilirler...” (Yargıtay 1. HD., 2005/1948E., 2005/4756K., T: 19.04.2005), (www.kazanci.com, 11.10.2013)

¹³³ İnan, s. 249 vd; Eren, s. 3350; Reisoğlu, Safa, s. 103. “...Muvazaanın çeşidi ne olursa olsun olayda üç unsurun nisbi muvazaada ise bunlara ek olarak dördüncü bir unsurun gerçekleşmesi gerekir. 1- Muvazaa Anlaşması: Tarafların muvazaalı işlemi sırf üçüncü şahısları aldatma için yaptıklarına ve kendi aralarında hüküm ifade etmeyeceğine dair anlaşma yapmaları gerekir. Muvazaa anlaşması netice itibariyle bir sözleşmedir; görünüşteki muvazaalı muameleden ayrı olup onunla birlikte veya daha önce yapılabilir. Muvazaa işleminin bir sözleşmeye dayanması nedeniyle tek taraflı işlemler ile irade sakatlığı oluşturan durumlardan (hata-hile-gabin) farklı niteliktedir. 2- Görünüşteki İşlem: Tarafların kişileri aldatmak için yapmış oldukları işleme görünüşteki işlem denir. Taraflar burada hukuki işlemi sırf görünüşte yapmakta, bu sebeple kendileri hakkında hiç bir hüküm ve sonuç doğurmayacağı hususunda anlaşmış bulunmalıdırlar. Burada devir sağlayan görünüşteki işlem, hukuki niteliği itibariyle muvazaalı işlemin kendisidir. 3- Gizli işlem: Nisbi muvazaada söz konusu olan bir unsurdur. Tarafların görünüşteki işlemin altında gerçek iradelerine uygun ve gerçekten arzu ettikleri bir işlem yaptıkları zaman söz konusu olur. 4- Aldatma kastı: Borçlar Kanunu'nun 18/1'de tarafların sözleşmenin gerçek niteliğini gizledikleri niyetinden söz edilmektedir. Gizleme niyeti, ancak üçüncü kişilerin aldatılması yoluyla gerçekleşebileceğinden aldatma kastı muvazaanın içeriğine dahil zorunlu şarttır. Aldatma kastındaki amaç, tarafların harice karşı aldatıcı durum yaratmak hususundaki niyetidir. (Esener, Muvazaalı muameleler s. 12)...” (Yargıtay HGK., 1991/14-369E., 1991/562K., T: 06.11.1991) , (Www.Kazanci.Com, 11.10.2013)

¹³⁴ İnan, s. 249; Önen, s. 50; Kılıçoğlu, s. 170. “... Olayımızda nisbi muvazaa halinin varlığı iddia olunmaktadır. Nisbi muvazaanın unsurları a) Görünüşteki muamele b) Muvazaa anlaşması c) Gizli anlaşma d) 3. şahısları aldatma kastı olarak belirlenir. Bu unsurlara göre tarafların 3. kişileri aldatmak için görünüşte bir muamele yapmak, bu görünüşteki anlaşmanın kendi aralarında hüküm ifade etmeyeceği hususunda anlaşmak, görünüşteki muamele arkasına gizlenmiş olan taraflarca istenen gerçek iradelerine uygun gizli muamele yapmak ve 3. kişileri aldatma kastının bulunması gerekir. Somut olayda davacı ve gizli bağış yapılmak istenen kişiler miras bırakanın oğulları; temlik yapılan kişi ise murisin damadıdır. Dava açıldıktan kısa bir süre sonra taşınmaz davalının baldızının oğlu olan 3. kişi Veli Ş.'e satılmıştır. Tanık sözlerinden miras bırakana ait taşınmazın satışını haklı gösterecek ciddi, zorunlu ve makul bir neden bulunmadığı anlaşılmaktadır. Muris taşınmazını satmasına rağmen, oğlu Ahmet ile birlikte taşınmazın içinde oturmaya devam etmiştir. Davalının satın aldığı bu yeri kullandığı ve ürünleri topladığı hiç görülmemiştir. Davacının miras bırakanı sözü edilen taşınmazı görünürdeki satış akdi ile davalıya satmış ise de, mirasçılarında mal kaçırmak için gizli anlaşma ile oğlu Ahmet'e bağışlamıştır. Gizli anlaşmanın geçerli olabilmesi için resmi şekilde yapılması gerekir.

Muvazaa halinde, sözleşme, muvazaa sebebiyle hüküm doğurmayacak, Türk Borçlar Kanunu 19. madde hükmü gereğince tarafların gerçek ve ortak iradelerine önem verecektir¹³⁵. Mutlak muvazaa halinde sözleşme kesin hükümsüz iken, nisbi muvazaa halinde gizli sözleşme geçerlilik şartlarını taşıyorsa görünürdeki sözleşme geçersiz, fakat gizli sözleşme geçerli sayılacaktır¹³⁶. Bu konuda muvazaalı işlemin geçerliliği bakımından irade prensibinin uygulandığı görülmektedir¹³⁷.

Kefalet sözleşmesinin de muvazaalı olması mümkündür. Örneğin, kefil ile borçlu aralarında bir borca kefil olmak maksadı ile kefalet sözleşmesi akdedip aslında sözleşmede belirttikleri borç yerine gizledikleri başka bir borç için kefalet sözleşmesi konusunda anlaşmaya varabilirler. Bu durumda kefalet sözleşmesinin geçerli olup olmadığı muvazaaya ilişkin düzenlemeler dikkate alınarak belirlenecektir.

E. İmkansızlık

Sözleşmenin yapıldığı esnada sözleşmenin içeriğinde yer alan edimin yahut edimlerden birinin objektif ve sürekli olarak imkansız olması halinde sözleşme geçerli değildir¹³⁸. Objektif imkansızlık ile kastedilen edimin sadece borçlu açısından değil herkes için imkansız olması anlamına gelmekte olup, objektif imkansızlıkta sözleşme konusu edimin ne borçlu ne de üçüncü bir kişi tarafından ifa edilmesine imkan bulunmamaktadır¹³⁹. Sözleşme konusu edimin herkes için değil sadece borçlu

Olayımızda görünürdeki satış işlemi muvazaa, gizli yapılan bağışlama sözleşmesi de resmi şekilde yapılmadığından geçerli değildir. Bu durumda davanın kabul edilmesi gerekirken yazılı olduğu üzere mevcut delillerin değerlendirilmesinde yanlıya düşülerek reddedilmesi yasaya aykırıdır...” (Yargıtay 4. HD. 2002/2994 E, 2002/7257 K). , (www.kazanci.com, 11.10.2013)

¹³⁵ Eren, s. 356; Tekinay, Akman, Burcuoğlu ve Altop, s. 411; Esener, s. 50; Oğuzman ve Öz, s. 131. “...Bir kimsenin; mirasçısını miras hakkından yoksun etmek amacıyla, gerçekte bağışlamak istediği tapu sicilinde kayıtlı taşınmaz malı hakkında tapu sicil memuru önünde iradesini satış doğrultusunda açıklamış olduğunun gerçekleşmiş bulunması halinde, saklı pay sahibi olsun ya da olmasın miras hakkı çığneden tüm mirasçıların, görünürdeki satış sözleşmesinin Borçlar Kanunu'nun 18. maddesine dayanarak muvazaalı olduğunu ve gizli bağış sözleşmesinin de şekil koşulundan yoksun bulunduğunu ileri sürerek dava açabileceklerine ve bu dava hakkının sağladığı haklara etkili olmayacağına...”Yargıtay İBKG E. 1974/1 K. 1974/2 T.01.04.1974), (www.kazanci.com, 11.10.2013).

¹³⁶ Eren, s. 357; Oğuzman ve Öz, s. 132; Akıntürk ve Kahraman Ateş, s. 56.

¹³⁷ Reisoğlu, Safa, s. 104.

¹³⁸ Von Tuhr, s. 249; Kocayusufpaşaoğlu, s. 578; Eren, s. 327; Oğuzman ve Öz, s. 89; Zevkliler, s. 84; Akıntürk ve Kahraman Ateş, s. 63. Ayrıntılı bilgi için bkz. Dural, M.(1973). İmkansızlık Kavramı Ve Türleri. *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi*, C.VII/1, s. 11 vd.

¹³⁹ Eren, s. 329; Nomer, s. 63.

taraf açısından imkansızlığın söz konusu olması durumunda subjektif imkansızlık hali gündeme gelir¹⁴⁰. Subjektif imkansızlık sözleşmenin geçerliliğine etki etmeyip, bu halde sözleşme geçerli olacak ve borcunu ifa edemeyen borçlu borcun ifa edilememesinden dolayı sorumlu olacaktır¹⁴¹.

Objektif imkansızlık, fiili bir imkansızlık olabileceği gibi, hukuki bir imkansızlık da olabilir¹⁴². Örneğin kişi mülkiyetinde bulunan ünlü bir ressama ait tabloyu başka birine satmak için satış sözleşmesi yapar, fakat o esnada tablo yanmış bulunursa ve bu yüzden tablo teslim edilemiyorsa, fiili bir imkansızlık söz konusu olacaktır¹⁴³. Bir kişi sahibi olduğu arazinin 100 metrekarelik bir parselini ayırarak başka birine satmak için satış sözleşmesi akteder, fakat imar mevzuatına göre o bölgede arazilerin satışında, 200 metrekareden daha küçük parselin ayrılarak satışına izin verilmiyor ise, hukuki bir imkansızlık söz konusu olacaktır¹⁴⁴.

Sözleşmede imkansızlık iki halde ortaya çıkabilir¹⁴⁵. Sözleşmede imkansızlık *sözleşmenin kurulması sırasında* söz konusu olabilir¹⁴⁶. Sözleşmenin kurulması

¹⁴⁰ Eren, s. 329; Dural, s. 8.Kılıçoğlu, s. 97; Oğuzman ve Öz, s. 91.

¹⁴¹ Eren, s. 330; Dural, s. 8; Oğuzman ve Öz, s. 91. Subjektif imkansızlık kavramı yerine borçlunun güçsüzlüğü terimini kullanmanın daha isabetli olduğu yönünde bilgi için bkz. Eren, s. 1039 vd.

¹⁴² Eren, s. 330; Dural, s. 10-11. ; Başpınar, s. 113.Kılıçoğlu, s. 97; Oğuzman ve Öz, s. 90. "Yalnız (adı) kira, bir sözleşmedir ki, kiraya veren onunla kiracıya, kira parası karşılığında bir nesnenin kullanılmasını bırakma borcu altına girer. (BK.m.248). Bu tanımdan anlaşıldığı üzere kira sözleşmesinde bir nesnenin kullanılması söz konusu olmaktadır. Somut olayda, arsanın davacıya odun ve kömür deposu olarak kullanılmak üzere kiraya verildiği tartışma dışıdır. Yanlar arasında bu yönde bir uyumsuzluk olmadığı gibi kira sözleşmesi de bunu apaçık desteklemektedir. Ne var ki, davacının kiralananı odun ve kömür deposu olarak kullanabilmesi yönetimin iznine bağlıdır. Oysa hukuksal yönden buna olanak bulunmadığı İmar Müdürlüğü'nün yazılarından açıklık ve seçiklikle anlaşılmaktadır. Şu durum karşısında, BK.m.20 anlamında kira sözleşmesinin konusunun olanaksız bulunduğu kabulü gerekir. Edim (borç) ya borç ilişkisinin kurulduğu, örneğin sözleşmenin yapıldığı zaman "objektif yönden imkansızdır"; bu durumda BK.m. 20 uyarınca borç ilişkisi esasen meydana gelmemiş olur. Ya da "imkansızlık" borç ilişkisinin kurulmasından sonra meydana gelmiştir. Eğer borçlunun kusuru olmaksızın edim imkansızlaşmışsa, BK.m. 117; borçlunun kusuru sonunda imkansızlaşmış bulunursa, BK.m. 96 uygulanır. Somut olayda, "objektif yönden imkansızlık" kira sözleşmesinin yapıldığı zamanda bulunduğu apaçık bellidir. İmkansızlık maddi bir nedenden ileri gelebileceği gibi hukuksal bir neden de buna kaynak olabilir. Davacının kiraladığı yerin odun ve kömür deposu olarak kullanılmasını imkansızlaştıran nedenin hukuksal bir nitelik taşıdığı İmar Müdürlüğü'nün yazıları ile kanıtlanmıştır. Bu imkansızlığın ise, kira sözleşmesinin yapıldığı zamanda bulunduğu, az önce sözü edilen yazıların içeriği ile çok belirgin olarak ortaya çıkmaktadır. Şu duruma göre, yanlar arasında düzenlenen kira sözleşmesinin, BK.m.20 uyarınca geçersiz (batıl) olduğunun kabulü gerekir. Davacının, kira sözleşmesinin özel koşullarında yer alan, m.3 ile gereken belgelerin sağlanmasını yüklenmesinin, bu sonuç üzerinde herhangi bir yetkisi yoktur. Öyleyse, yanlar arasında düzenlenen kira sözleşmesinin istem doğrultusunda geçersizliğine karar verilmelidir." (Yargıtay 13. HD. E. 1981/7575 K. 1981/8064 T. 9.12.1981), (www.kazanci.com.tr, 10.04.2013)

¹⁴³ Oğuzman ve Öz, s. 90.

¹⁴⁴ Oğuzman ve Öz, s. 90; Aybay, s. 39.

¹⁴⁵ Kılıçoğlu, s. 97.

sırasında ortaya çıkan imkansızlık sözleşmenin geçerliliğini etkiler. Bu imkansızlık sonradan farkedilse de sözleşmenin geçersizliği ile ilgili sonuç değişmez¹⁴⁷. Örneğin satış sözleşmesi konusu tablonun sözleşme akdedilmeden önce yanmış olması yahut bağlı olduğu ajans ya da menejeri tarafından konser vermesi taahhüt edilen sanatçının ölmüş olması gibi¹⁴⁸. Borcun konusunun sözleşmenin akdedildiği esnada imkansız olmakla beraber sözleşmenin tarafları tarafalar ifa zamanında imkansızlığın ifa zamanında ortadan kalkacağını düşünerek yaptıkları sözleşmeler geçerli olacaktır¹⁴⁹.

¹⁴⁶ Eren, s. 328; Karahasan, Borçlar Hukuku, s. 283; Baştuğ, s. 70; Akıntürk, s. 56. ; Karahasan, M. R. (2003). Sorumluluk Hukuku. İstanbul: Beta Basım Yayım Dağıtım, s. 273. ; Kılıçoğlu, s. 68-69. ; Tekinay, Akman, Burcuoğlu ve Altop, s. 404.Kılıçoğlu, s. 97.

¹⁴⁷ Oğuzman ve Öz, s. 90, Kılıçoğlu, s. 97.

¹⁴⁸ Baştuğ, s. 71; Kılıçoğlu, s. 97.

¹⁴⁹ Oğuzman ve Öz, s. 91. “Davacı 15.9.1978 tarihli dava dilekçesi ile; Kadıköy Fikirtepe Caddesi 41/A'da kurulu eczaneyi demirbaşları venumaralı telefonu ile birlikte İstanbul Beşinci Noterliği'nce düzenlenen 19.8.1971 gün ve 21-904 sayılı senetle davalıdan devir aldığını, 3.8.1971 günlü demirbaşlar faturasında telefonun da kayıtlı olduğunu, davalının İstanbul Telefon Baş Müdürlüğü'ne bir dilekçe vererek telefonu kendisine sattığını ve gerekli işlemin yapılmasını bildirmediğini, ancak bir hafta kadar önce, davalının söz konusu telefonu kapatılarak Beşiktaş'taki adresine nakledilmesini Telefon Baş Müdürlüğü'nden talep ettiğini ve davalının bu olumsuz davranışı karşısında vaki başvurularının bir sonuç vermediğini ileri sürerek numaralı telefonun mülkiyetinin adına tesbitine karar verilmesini istemiştir.Davalı vekili 1.12.1978 günlü cevap dilekçesinde; müvekkilinin eczaneyi tüm demirbaşları ile birlikte 4.8.1971 tarihinde davacıya devrettiğini, bu devir sözleşmesine telefonun da dahil olduğunu, ancak telefonun (Tercihli) olması nedeniyle devredilemeyeceğinin müvekkilinin gözünden kaçtığını, nitekim Telefon Başmüdürlüğü'nün de tercihli telefonun devredilemeyeceği nedeni ile müvekkilinin muvafakat dilekçesine rağmen davacı ile abonman sözleşmesi yapmadığını 1978 yılında müvekkilinin telefonun tercihinin kalktığını öğrenmesi üzerine yeni adresine nakli için teşebbüse geçtiğini bildirerek telefon devrine ilişkin sözleşmenin yerine getirilmesinin imkansız ve batıl olduğunu savunmuştur.Yerel mahkemece; taraflar arasında düzenlenen (eczane satış senedi) başlıklı sözleşmede, davalının sahibi bulunduğueczanesinin işletme hakkının içindeki ilaç ve demirbaşlar ile birlikte davacıya 50.000 liraya satışının kararlaştırıldığı ve demirbaş listesinde telefonun da demirbaşlar arasında sayıldığı, ancak dava konusu telefonun halen davalı adına kayıtlı bulunduğu ve Telefon Başmüdürlüğü'nden alınan yazılardan tercihli telefonların devir sözleşmesinin yapıldığı 1971 yılında başkasına devir ve satışının mümkün olmadığı ve sözleşmenin batıl bulunduğu bu durumda davacının davalıyı devre zorlama imkanı da olmayacağı gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiştir.Gerçekten taraflar arasında düzenlenen noterlikçe tasdikli eczane satış senedine dayanılarak davalı tarafından tanzim ve imza edilip eczanedeki demirbaşları belirten 5.8.1971 günlü fatura da dava konusu telefon (telefon abonman masrafları ile tahsisli) ibaresiyle yer almış bulunduğu davalının İstanbul Telefon Baş Müdürlüğü'ne verdiği dilekçede numaralı telefonu davacı Ali'ye eczane ile birlikte devrettiğinden üzerine tescil edilmesi için gereken işlemin yapılmasını istediği görülmüştür.Yukarıda belirtilen, telefonun intifa hakkının davalıya satış ve devredilmesi sözleşmesi tercihli telefonun ileride devir olanağı doğduğu zaman yerine getirilmesi yükümlülüğünü içeren bir sözleşme niteliğinde olup geçerlidir. Nitekim, İstanbul Telefon Baş Müdürlüğü'nün 7.2.1979 gün ve 370872 sayılı karşılık yazısında Ergün adına kayıtlı numaralı telefonun tercihinin henüz kalkmadığı Ekim 1978 tarihi itibarıyla intifa hakkının satışta idarece bir sakınca olmadığı bildirilmiş. Aynı idarenin 7 Mayıs 1979 gün ve 2785 sayılı yazısında da 1971 adresinde tercihli telefonlara haciz tatbik edilemediği gibi tercihli olması nedeniyle devredilemediğine işaret edildikten sonra, ancak Genel Müdürlüğün 49 sayılı 8.6.1977 tarihli genelgesi üzerine 8.6.1977 tarihinden tercihli telefonların icra ve mahkeme yoluyla devredilmeye başlandığı ve mezkür telefonun da bu tarih itibarıyla icra ve mahkeme yoluyla devrinde mahzur bulunmadığı açıklanmıştır.Telefon Başmüdürlüğü'nün özellikle 7.2.1979 günlü yazımı

Sözleşmenin imkansız olması sözleşmenin kurulmasından sonra da gündeme gelebilir. Diğer ifade ile burada sözleşmenin kurulduğu esnada sözleşmenin konusu imkansız olmayıp, edimin ifası mümkün iken daha sonra ortaya çıkan bir sebeple edimin ifasının imkansız hale gelmesi söz konusu olmaktadır¹⁵⁰. Örneğin, satış sözleşmesi akdedilirken mevcut olan ünlü bir ressamın ait tablonun sözleşme yapıldıktan sonra yanması hali yahut satış vaadi sözleşmesi sırasında imar mevzuatına göre 100 metrekarelik arazi satışı mümkün iken sözleşme imzalandıktan sonra imar mevzuatının değişmesi sebebiyle 100 metrekarelik arazi satışına izin verilememesi hali gibi¹⁵¹. Bu durum sonradan gerçekleşen imkansızlık hali olup sözleşmenin geçerlilik şartları arasında yer alan imkansızlık değil imkansızlık nedeniyle borcun sonra ermesine ilişkin bir durumdur¹⁵². Sonradan gerçekleşen imkansızlık sebebiyle borçlunun sorumlu tutulup tutulmayacağı ise borçlunun imkansızlığın gerçekleşmesinde kusurlu olup olmadığına yönelik yapılan değerlendirme neticesinde belirlenecektir¹⁵³. Sonradan ortaya çıkan imkansızlıkta borçlunun kusuru borçluya yüklenebilir bir kusur mevcut değilse borç sona erecektir. Sonradan gerçekleşen imkansızlıkta, borçlunun kusurunun mevcut olması halinde ise borca aykırılık söz konusu olup, borçlu edimin imkansızlaşması sebebiyle alacaklının uğradığı zarardan sorumlu tutulacaktır¹⁵⁴.

İmkansızlığın objektif olmasının yanında süreklilik de arz etmesi gerekir ve ifa engeli kalıcı ise imkansızlıktan ve bu nedenle sözleşmenin hükümsüzlüğünden bahsedilebilir¹⁵⁵. Bu bağlamda ifa engelini geçici olması halinde sözleşmenin imkansızlık sebebiyle geçersizliği değil borçlunun temerrüdü söz konusu olur¹⁵⁶.

içeriğinde tercihli telefonlardaki intifa hakkının devredilememesi halinin belirli bir süre ile sınırlı olduğu ve bu süre sonunda devrinde sakınca olmadığı, 7 Mayıs 1979 tarihli yazıdan da davanın açıldığı tarihte tercihli telefonların mahkeme kararı yoluyla davredilme imkanının bulunduğu ve satış sözleşmesinin; ileride yerine getirilmesi mümkün bir sözleşme niteliğinde olduğu ve böylece mutlak butlan ile batıl olmadığı doğrulanmış bulunmaktadır. O halde mahkemece dava bu nedenlerle kabul edilerek ve telefonun faydalanma hakkının davacıya geçtiğinin tesbitine karar verilmek gerekirken sözleşmenin geçersiz olduğundan söz edilerek reddedilmesi usul ve kanuna aykırıdır.” (Yargıtay 13. HD. E. 1979/6481 K. 1979/6817 T. 20.12.1979), (www.kazanci.com.tr, 15.10.2013).

¹⁵⁰ Eren, s. 329-1036; Kılıçoğlu, s. 97.

¹⁵¹ Oğuzman ve Öz, s. 91.

¹⁵² Eren, s. 1038, Kılıçoğlu, s. 97.

¹⁵³ Eren, s. 1037; Kılıçoğlu, s. 651.

¹⁵⁴ Eren, s. 1037; Kılıçoğlu, s. 97.

¹⁵⁵ Eren, s. 331; Kılıçoğlu, s. 97.

¹⁵⁶ Eren, s. 1040; Kılıçoğlu, s. 97.

Kefalet sözleşmesinin de geçerli bir şekilde kurulabilmesi için kefalete konu olan esas borcun imkansız olmaması gerekmektedir. Bir diğer ifade ile kefil olunan borcun sözleşenin kuruluşunda baştan itibaren imkansız olması halinde kefalet sözleşmesi de hüküm doğurmayacaktır¹⁵⁷. Çünkü kefalet sözleşmesinin geçerli olması, kefaletle güvence altına alınan asıl borcun geçerli olmasına bağlıdır¹⁵⁸.

F. Kişilik Haklarına Aykırılık

Kişilik hakkı, bir kimsenin hayatı, sağlığı, vücut bütünlüğü, şeref ve haysiyeti, özgürlüğü, ismi, özel yaşamının gizliliği, resmi, sosyal ve mesleki itibarı gibi para ile ölçülemeyen manevi haklarının tamamını ifade etmektedir¹⁵⁹. Kişilik hakları kişinin doğuştan sahip olduğu, süreye ve zamanaşımına tabi olmaksızın korunan mutlak haklardandır¹⁶⁰. Kişilik haklarına koruyan bir düzenlemeye aykırılık olması halinde genellikle emredici kanun hükmüne de aykırılık söz konusu olmaktadır¹⁶¹. Ancak emredici düzenlemeye aykırılık olmasa dahi kişilik haklarına aykırı hüküm getiren sözleşmeler geçersizdir¹⁶². Çoğu zaman kişilik haklarına

¹⁵⁷ Develioğlu, s. 189; Özen, s. 521; Basyigit, Özgür, Borçlar Kanunu Tasarısı ile Karşılaştırmalı Olarak Kefalet Sözleşmesinin Sona Ermesi, Legal Hukuk Dergisi, S. 33, 2005, s. 3321.

¹⁵⁸ Karahasan, s. 1211; Develioğlu, s. 189.

¹⁵⁹ Arpacı, A., (2000). Kişiler Hukuku Gerçek Kişiler (2. B). İstanbul: Beta Basım Yayım Dağıtım, s. 103; Eren, s. 321; ; Akıntürk ve Kahraman Ateş, s. 63; Özsunay, E. (1977). Gerçek Kişilerin Hukuki Durumu. İstanbul: Der Yayınları, s. 105; Ataay, A., (1978) Şahıslar Hukuku (3. B). İstanbul: İstanbul Üniversitesi Yayını, s. 122; Nomer, s. 61, Serozan, R. (2008). Medeni Hukuk. İstanbul: Vedat Kitapçılık, s. 186. “Kişilik hakkı, kişinin maddi ve manevi değerlerini korur; bu hakka saldırıdan söz edilebilmek için de kişilik hakkının koruduğu değerlerden birine bir saldırı olmalıdır. Bu nedenle kişilik hakkının tartışıldığı bir alanda öncelikle kişinin hukukça korunan bir değerinin bulunup bulunmadığı ortaya konmalıdır. Medeni Kanununun 24, Borçlar Kanununun 49. maddelerinde şahsiyet hakkından söz edilmiş ancak kişisel değerlerin nelerden ibaret olduğu açıklanmamıştır. Yasa koyucu bunların belirlenmesini yargıya bırakmıştır. Bugün genel kabul görmüş belirleme ve ayırma göre kişisel değerler (varlıklar) üç ana grupta toplanmaktadır. Birincisi, bedensel bütünlüğe ilişkin maddi varlıklar (yaşam-sağlık); ikincisi, ruhsal (manevi) varlıklar (onur-saygınlık, özgürlükler, sır, resim); üçüncüsü ise mesleki ve ekonomik değerlerdir. Özel Dördüncü Hukuk Dairesi'nin bozma kararında, şeref-haysiyet (onur-saygınlık) ne kişinin yaşam sağlığı kişisel değer olarak kabul edilirken özgürlüklerden söz edilmemiştir. Konunun Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nda tartışılması sırasında ise özgürlüklerin kişisel değerler arasında bulunduğu duraksamasız ve oybirliği ile kabul edilmiştir. Kişinin özünü oluşturan ve insanın insan olarak vazgeçemeyeceği bir kavram olan özgürlüklerin kişisel değerler arasında kabul edilmemesi çağdaş hukuk düşüncesi ve inançlarıyla bağdaşmaz.” (Yargıtay HGK E. 1990/4-617 K. 1991/137 T. 20.3.1991), (www.kazanci.com.tr, 15.10.2013)

¹⁶⁰ Eren, s. 321; Serozan, s. 186.

¹⁶¹ Eren, s. 321; Tunçomağ, s. 163; Kılıçoğlu, s. 93; Nomer, s. 61.

¹⁶² Eren, s. 321; Hatemi, s.46; İnan, s. 141; Nomer, s. 61.

aykırılık aynı zamanda ahlaka aykırılık da teşkil edecektir¹⁶³. Örneğin, din değiştirme taahhüdü yahut makul olmayan bir ameliyata onay verme durumu gibi¹⁶⁴.

Kişilik haklarına aykırı sözleşmenin geçerli olmayacağına ilişkin düzenleme her şeyden önce hak sahibinin rızasına dayanan ihlalin yaptırımını düzenlemektedir. Türk Medeni Kanunu'nun 23. maddesi hükmü, kişilik hakkını, hak sahibinin rızası ile yapılan sınırlandırmalara karşı koruyan bir düzenlemedir. Hükme göre; *“Kimse, hak ve fiil ehliyetlerinden kısmen de olsa vazgeçemez.*

Kimse özgürlüklerinden vazgeçemez veya onları hukuka ya da ahlâka aykırı olarak sınırlandırmaz.

Yazılı rıza üzerine insan kökenli biyolojik Maddelerin alınması, aşılması ve nakli mümkündür. Ancak, biyolojik Madde verme borcu altına girmiş olandan edimini yerine getirmesi istenemez; maddî ve manevî tazminat isteminde bulunulamaz.”

Bu düzenleme gereğince; bir kimsenin vücut bütünlüğünü kendi rızası ile dahi olsa tahrip etmeye yönelik sözleşmeler geçersiz olacaktır¹⁶⁵. Bu bağlamda vericinin yaşamını sona erdirecek veya tehlikeye düşürecek organ yahut dokuların alınmasına ilişkin sözleşmeler de geçersiz olacaktır. Hükümde belirtilen diğer bir husus bir kimsenin medeni haklardan yararlanma yahut kullanma ehliyetinden tamamen veya kısmen vazgeçmeyi içeren sözleşmeler de tarafları bağlamayacaktır¹⁶⁶. Madde hükmünde yer alan düzenleme gereğince kişiler özgürlüğünden bütünüyle vazgeçemeyecektir¹⁶⁷. Kanunda açıkça düzenlenmiş olan hallerin dışında özgürlüğün hangi halde ahlaka aykırı şekilde sınırlandırılmış olacağı her somut olayın koşulları içerisinde tek tek değerlendirilmesi gerekmektedir¹⁶⁸.

Ancak ahlaka aykırı olmadığı ve hatta yüksek ahlaki değer taşımasına rağmen kişilik haklarına aykırı olan sözleşmeler de söz konusu olabilir¹⁶⁹. Örneğin aile büyüklerine bakmak için hiç evlenmeyeceklerine dair birbirine söz veren kardeşler her ne kadar yüksek ahlaki değer taşıyor olsa da, burada kişinin ehliyetinin kabul

¹⁶³ Oğuzman ve Öz, s. 74-75; Aybay, s. 38; Reisoğlu, Safa, 114-115; Kocayusufpaşaoğlu, s. 531; Nomer, s. 61.

¹⁶⁴ Oğuzman ve Öz, s. 86.

¹⁶⁵ Eren, s. 321; Özsunay, Gerçek Kişiler, s. 157; Arpacı, s. 144; Reisoğlu, Safa, s. 133.

¹⁶⁶ Kılıçoğlu, s. 94; Reisoğlu, Safa, s. 133.

¹⁶⁷ Arpacı, s. 144; Reisoğlu, Safa, s. 133.

¹⁶⁸ Reisoğlu, Safa, s. 133.

¹⁶⁹ Kılıçoğlu, s. 93; Oğuzman ve Öz, s.86.

edilemez derecede sınırlandırılması söz konusu olduğu için, bunun kişilik haklarını ihlal ettiği kabul edilmektedir¹⁷⁰.

Çok uzun süre bağlayıcı olacağı öngörülmüş bazı sözleşmeler de, borçlu açısından uzun süre özgürlüğü sınırlayıcı olması nedeniyle kişilik hakkına aykırı ve bu nedenle de geçersiz sayılmaktadır¹⁷¹. Örneğin, kişinin mülkiyetinde olan bir malı ömür boyu yahut bu anlama gelecek bir süreyi kapsayan bir zaman aralığı için satmama yahut kiralamama taahhüdünün de bu şekilde değerlendirilmesi mümkündür¹⁷².

Kefalet sözleşmesinin kişilik haklarına aykırılık sebebiyle iptali iki halde söz konusu olabilir. Öncelikle, kefalet sözleşmesine konu olan asıl borca ilişkin sözleşmenin kişilik haklarına aykırılığının söz konusu olması mümkündür. Bu halde asıl sözleşme kişilik haklarına aykırı olduğu için kefalet sözleşmesi de geçersiz olacaktır. Örneğin; kişinin hiç evlenmeyeceğine ilişkin olarak yapılan sözleşmeye bir başka kişinin de kefil olması halinde, asıl borca ilişkin sözleşme kişilik haklarına aykırı olduğundan kefalet sözleşmesi de geçersiz olacaktır. Kefalet sözleşmesine konu olan asıl borca ilişkin sözleşme kişilik haklarına aykırı değil iken, kefalet sözleşmesinin bizzat kendisinin kişilik haklarına aykırı olması mümkündür. Bir diğer ifade ile, kefalet sözleşmesinin Türk Medeni Kanunu'nun 23. maddesinde yer alan düzenlemelere uygun olarak akdedilmesi gerekmektedir. Aksi takdirde kefalet sözleşmesinin kişilik haklarına aykırılığı sebebi ile geçersizliği söz konusu olacaktır¹⁷³. Bu kapsamda süresi çok uzun olarak belirlenmiş olan kefalet sözleşmesinin de kişilik hakkına aykırı olarak değerlendirilebilmesi mümkündür. Çünkü kefil, kefalet sözleşmesinin koşullarını sözleşmenin imzalanması aşamasında sahip olduğu ekonomik koşulları dikkate alarak imzaladığından, kefil çok uzun sürelerde taahhüt altında bulundurmamak kişilik haklarına aykırılık teşkil edecektir.

G. İrade Bozukluğu Halleri

İrade bozukluğu hallerinde ya iradenin beyan edilişi yada iradenin oluşması esnasında bir sakatlık meydana gelmiş olup sözleşmenin her iki tarafının iradesi ile

¹⁷⁰ Oğuzman ve Öz, s. 86.

¹⁷¹ Oğuzman ve Öz, s. 86.

¹⁷² Oğuzman ve Öz, s. 87; Reisoğlu, Safa, s. 133.

¹⁷³ Develioğlu, s. 184.

beyanı arasında değil sadece taraflardan birinin iradesi ile beyanı arasında bir uyumsuzluk söz konusu olup, irade ile beyan arasındaki bu uyumsuzluk hali tarafın bilinçli ve anlaşmaya dayanarak yarattığı bir durum değildir¹⁷⁴.

İrade bozukluğu halleri Türk Borçlar Kanunu'nun 30 ve devamı maddelerinde düzenlenmiştir. İrade bozukluğu halleri yanıltma, aldatma ve korkutma başlığı altında üç neden halinde Türk Borçlar Kanunu'nda düzenlenmiştir. İrade ile beyan arasında bir uyumsuzluk olmayıp iradenin meydana gelişi sırasında bir sakatlık meydana gelmiş ise bu durumda bir saikten söz edilir ve kural olarak iradenin meydana gelmesini etkileyen saikler sözleşmenin geçerliliğine etki etmez¹⁷⁵.

1. Yanıltma(Hata)

Yanıltma; ya iradenin istenmeden, iradeye aykırı şekilde açıklanması ya da iradenin oluşumuna etken olan bir düşüncenin gerçek duruma uygun olmamasıdır¹⁷⁶. Diğer bir ifade ile yanıltma, bir kimsenin etrafındaki olayları yanlış anlamasını, etrafındaki olayları yanlış değerlendirmesini, kendi beklenti ve tahminlerinin olaylar bakımından isabetsiz olmasını ifade eder¹⁷⁷.

Yanıltmadan söz edebilmek için bilmeme ve istememe unsurunun mevcudiyeti gerekli olup, bilme ve isteme kastının olduğu hallerde yanıltmadan söz edilemez¹⁷⁸. İrade ile beyan arasında uygunsuzluk olarak tanımlanan yanıltma iki şekilde oluşabilir¹⁷⁹. Bunlardan ilki, beyanda bulunan kişinin aslında o şekilde bir beyanda bulunma isteğinin mevcut olmaması halidir¹⁸⁰. Bu bağlamda örneğin kumaş dükkanı sahibi dükkanın önüne koyduğu kumaşların üzerine metresi 80 TL yazacakken yanlışlıkla 8 TL yazması halidir¹⁸¹. İkinci hal ise beyanda bulunan kimsenin beyanda kullandığı terim ve deyimleri kullanmayı istemiş olmakla birlikte kullandığı terim yahut deyim anlamını iyi bilmediği için farklı bir anlam vererek

¹⁷⁴ Eren, s. 377; Reisoğlu, Safa, s. 116, Kılıçoğlu, s. 178.

¹⁷⁵ Reisoğlu, Safa, s. 116.

¹⁷⁶ Eren, s. 377; Kocayusufpaşaoğlu, Necip, Güven Nazariyesi Karşısında Borç Sözleşmeletinde Hata Kavramı, İstanbul 1968, s. 30; İnan, s. 191; Takinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp, s. 427; Zevkliler, s. 92; Oğuzman ve Öz, s. 94; Akıncı, s. 94; Antalya, s. 218.

¹⁷⁷ Eren, s. 378; Kılıçoğlu, s. 180.

¹⁷⁸ Kılıçoğlu, s. 180.

¹⁷⁹ Eren, s. 379; Kılıçoğlu, s. 180; Reisoğlu, Safa, s. 116.

¹⁸⁰ Eren, s. 381; Esener, s. 122; Reisoğlu, Safa, s. 117.

¹⁸¹ Eren, s. 382; Zevkliler, s. 94; Reisoğlu, Safa, s. 117.

kullanmasıdır¹⁸².Örneğin satım sözleşmesi akdederken kişi dolar işaretini euro işareti zannettiği için dolar yerine euro işareti koyması halinde böyledir¹⁸³.

Yanılma halinde, iradesini yanılma nedeniyle farklı açıklayan taraf ile, bu yanılma durumundan haberdar olmayan ve karşı tarafın irade açıklamasına güvenerek hareket eden taraf arasında çıkar çatışması yaşanacaktır¹⁸⁴. Bu iki çıkarın dengede tutulabilmesi adına, kanun koyucu iradenin beyanında beyanda hata hallerini(beyan hatası hali) dikkate almayıp, sadece *esaslı hata* hallerini dikkate almıştır. Hatanın esaslı sayılmayacağı hallerde, irade ile beyan arasında istenmeyerek meydana gelmiş bir uyumsuzluk olsa dahi beyanda bulunan taraf beyanı ile bağlı olacaktır¹⁸⁵. Esaslı yanılma hallerinin neler olduğu Türk Borçlar Kanunu'nun 31. maddesinde belirtilmiş ve “özellikle aşağıda sayılan yanılma halleri esaslı yanılma halleridir” denilerek sınırlayıcı olmayan bir saymaya yer verilmiştir. Maddede örnek olarak sayılan haller şunlardır: Yanılan, kurulmasını istediği sözleşmeden başka bir sözleşme için iradesini açıklamışsa; Yanılan, istediğinden başka bir konu için iradesini açıklamışsa; Yanılan sözleşme yapma iradesini, gerçekte sözleşme yapmak istediği kişiden başkasına açıklamışsa; Yanılan, sözleşmeyi yaparken belirli nitelikleri olan bir kişiyi muhatap almasına karşın başka bir kişiye iradesini açıklamışsa ve yanılan gerçekte üstlenmek istediğinden önemli ölçüde fazla bir edim için veya gerçekte istediğinden önemli ölçüde az bir karşı edim için iradesini açıklamışsa; bu hallerde tarafın yanılması esaslı yanılma teşkil edecektir. Örneğin, bir kimsenin tavsiye mektubu yazdığını zannederek kefil olması, satış sözleşmesinde yer alan ürün numarası kısmına yanlış bir kod yazmış olması sebebiyle isteği maldan farklı bir mal sipariş etmesi hali, isim benzerliği sebebiyle başka bir kişi ile iş sözleşmesi akdetmesi, sözleşme bedelinde önemli ölçüde hata yapılması halleri esaslı yanılma hallerine örnek olarak gösterilebilir¹⁸⁶.

Saikte yanılma ise Türk Borçlar Kanunu'nun 32. maddesinde düzenlenmiştir. Kural olarak saikte yanılma esaslı yanılma sayılmaz¹⁸⁷. Saikte yanılmanın esaslı yanılma sayılabilmesi için gerçekleşmiş olması gerekir ve yanılan tarafın, sözleşme

¹⁸² Eren, s. 382; Esener, s. 120; Reisoğlu, Safa, s. . 117.

¹⁸³ Eren, s. 382; Esener, s. 120.

¹⁸⁴ Kılıçoğlu, s. 181; Reisoğlu, Safa, s. 117.

¹⁸⁵ Eren, s. 382; Reisoğlu, Safa, s. 117.

¹⁸⁶ Ayrıntılı bilgi için bkz. Eren, s. 384 vd.

¹⁸⁷ Eren, s. 386; Kılıçoğlu, s. 186; Oğuzman ve Öz, s. 101.

yapma arzusunun oluşmasına etken olan bir sebepte yanılmış olması gerekir¹⁸⁸. Örneğin Ankara'ya tayini çıkan ve daha sonra bu tayini iptal edilen kişinin, iptalden haberi olmaksızın Ankara'da yaşamak için kira sözleşmesi akdetmesi halinde, saikte yanılma varsa da, bu artık esaslı hata sayılacağından artık saikte hata nedeni ile bu sözleşmenin iptali talep edilebilir¹⁸⁹.

Diğer yandan, saikte yanılma nedeniyle sözleşmenin iptalinin istenebilmesi için, aranan ikinci koşul, yanılan kişinin yanıldığını bilseydi sözleşmeyi yapmayacak olması, yani yanılmanın unsurun zorunlu bir unsur olmasıdır¹⁹⁰.

Diğer bir koşul, yanılma konusu saik diğer tarafça bilinebilir olmasıdır¹⁹¹. Bu şart ile kastedilen, karşı tarafın kendisine beyanda bulunan kişinin yanıldığını bilmesi yahut bilebilecek durumda olması değil, sadece beyanda bulunanın bu beyanının temel saikini bilmesi yahut bilebilecek durumda olmasıdır¹⁹². Örneğin, sergi salonu sahibi alıcının tabloyu ünlü bir ressamın ait olduğunu zannederek aldığını biliyor yahut bilmesi gerekiyorsa, daha sonra bu tablonun alıcı tarafından ünlü ressamın ait olmadığını farkettiğinde yanılma sebebiyle sözleşmenin iptalini talep etmesi mümkündür¹⁹³.

Son koşul ise iş hayatındaki dürüstlük kurallarının yanılmanın, sözleşmenin geçerliliğini etkilemesini haklı gösterecek olmasıdır¹⁹⁴. Kanun koyucu burada, iş ilişkilerinde uygulanan dürüstlük kurallarının bu yanılığın haklı bulması gerektiğini belirterek objektif bir kriter getirmektedir ve böylece sadece yanılan tarafın subjektif değerlendirmesine önem verilmediğini ifade etmektedir¹⁹⁵.

Kefalet sözleşmesi bakımından yanılmanın irade bozukluğu hali olarak değerlendirilmesinde Türk Borçlar Kanunu'nun 30. maddesinde düzenlenmiş olan esaslı yanılma hallerinin birinin mevcut olması durumunda kefilin yanılmaya dayanarak sözleşmenin iptalini istemesi mümkündür¹⁹⁶. Bu bağlamda kefalet

¹⁸⁸ Eren, s. 386; Esener, s. 125; Tunçomağ, s. 343; İnan, s. 195; Kılıçoğlu, s. 187; Oğuzman ve Öz, s. 102.

¹⁸⁹ Nomer, s. 67; Oğuzman ve Öz, s. 102.

¹⁹⁰ Eren, s. 388; Nomer, s. 67, Esener, s. 126; Takinay/Akman/Burcuoğlu/Alttop, s. 435; Reisoğlu, Safa, s. 119.

¹⁹¹ Eren, s. 389; Kocayusuffpaşaoğlu, Hata, s. 161; Esener, s. 127; Tunçomağ, s. 343; Takinay/Akman/Burcuoğlu/Alttop, s. 431; Kılıçoğlu, s. 189; Oğuzman ve Öz, s. 106.

¹⁹² Eren, s. 389; Nomer, s. 67; Oğuzman ve Öz, s. 106.

¹⁹³ Oğuzman ve Öz, s. 106.

¹⁹⁴ Eren, s. 389; Oğuzman ve Öz, s. 106.

¹⁹⁵ Eren, s. 389; Esener, s. 127; Antalya, s. 228; Akıncı, s. 98; Kılıçoğlu, s. 188.

¹⁹⁶ Reisoğlu, Seza, Kefalet s. 65; Develioğlu, s. 195.

sözleşmesinde kefilin kişiliğinde hataya düşürülmesi, iptali isteme hakkı tanımayacak olup, kefilin saik hatasına düşmesinin esaslı hata niteliğine ulaşmış olması aranacaktır¹⁹⁷. Burada “eğer kefil hataya düşülen hususu bilseydi kefil olamayacak ve bu durum alacaklı tarafından biliniyor olacak yahut iyiniyet kuralları dikkate alındığında bilmesi gerekiyordu denilebilecekti ise, bu halde saik hatasının esaslı hata olduğu kabul edilecektir¹⁹⁸. Bu durumda asıl borçlunun şahsında yanılma ve asıl borçta yanılma esaslı yanılma teşkil edecektir¹⁹⁹. Alacaklının şahsında yanılma ise ancak alacaklının karşı ediminin söz konusu olduğu hallerde esaslı yanılma teşkil edecektir²⁰⁰.

Kefalet sözleşmesinin aktedilmesi bakımından saikte yanılma halinde ancak kanununda açıkça düzenlenen hallerde buna dayanılabilecektir. Örnek olarak, birlikte kefalet bakımından Türk Borçlar Kanunu’nun 587. maddesinin üçüncü fıkrasındaki düzenlemeyi gösterebiliriz. Bu düzenlemeye göre; *“Alacaklı, kefilin aynı alacak için başka kişilerin de kefil olduğunu veya olacağını varsayarak kefalet ettiğini biliyor veya bilmesi gerekiyorsa, bu varsayımın sonradan gerçekleşmemesi veya kefillerden birinin alacaklı tarafından kefalet borcundan kurtarılması ya da kefaletinin hükümsüz olduğuna karar verilmesi durumunda kefil, kefalet borcundan kurtulur.”* Bundan başka kefil, Türk Borçlar Kanunu’nun 32. maddesinde belirtilen şartların gerçekleşmesi halinde de, kefil saikte hataya düşmüş olsa dahi bu hatasını ileri sürebilecektir²⁰¹.

Kefalet sözleşmesinin geçerliliği bakımından yanılma haline ilişkin olarak değerlendirilmesi gereken bir diğer husus ise asıl borcu doğuran sözleşmede borçlunun düştüğü yanılmadan kefilin yararlanmasının mümkün olup olmadığıdır. Esas borcun kaynaklandığı sözleşmeyi borçlunun yanılma hali ile akdetmesi halinde burada kefalet sözleşmesinin geçerli olup olmadığı borçluya tanınan iptal hakkının kullanılıp kullanılmamasına göre değişiklik gösterecektir. Bu kapsamda, eğer esas borçlu yanılma sebebiyle iptal hakkını kullanırsa kefaletin yükümlülüğü ortadan kalkacak, aksi halde kefilin kefalet sözleşmesinden kaynaklanan yükümlülüğü

¹⁹⁷ Develioğlu, s. 200; Gümüş, s. 311.

¹⁹⁸ Sungurbey, s. 119, Reisoğlu, Seza, Kefalet s. 66.

¹⁹⁹ Reisoğlu, Seza, Kefalet s. 66; Develioğlu, s. 199.

²⁰⁰ Develioğlu, s. 200; Reisoğlu, Seza, Kefalet s. 66.

²⁰¹ Reisoğlu, Seza, Kefalet s. 67; Aydoğdu ve Kahveci, s. 674.

kesinleşecektir²⁰². Bu noktada kefilin esas borçlunun sahip olduğu iptal hakkını kendisinin kullanma imkanı bulunmamaktadır²⁰³. Bununla birlikte asıl borçlunun iptal hakkını kullanıp kullanmayacağı belirsiz ise Türk Borçlar Kanunu'nun 140. maddesinde yer alan düzenleme gereğince kefilin asıl borçlunun iptal hakkını kullanıp kullanmayacağı durumu netleşene kadar alacaklının ödeme talebini reddetmesinin mümkün olduğu doktrinde ifade edilmektedir²⁰⁴.

2. Aldatma(Hile)

Diğer bir irade bozukluğu hali ise aldatmadır. Aldatma, bir kimsenin başka bir kimseyi belirli bir yönde irade beyanında bulunmaya yönlendirmek maksadı ile o kişide yanlış bir fikrin oluşumuna, yanlış fikrin doğrulanmasına yahut yanlış fikrin devamına yönelik kasıtlı davranışlarda bulunmasıdır²⁰⁵. Diğer bir ifade aldatma, bir kimseyi sözleşme yapmaya sevk etmek maksadı ile o kimsede yanlış bir kanaat uyandırılması yahut yanlış kanaatin devam ettirilmesinin sağlanması hukuken aldatma olarak ifade edilmektedir²⁰⁶.

Türk Borçlar Kanunu'nun 36. maddesinde aldatma düzenlenmiş ve düzenlemede aldatmanın sözleşmenin karşı tarafı yahut üçüncü bir şahıs tarafından yapılmış olmasına göre ayırım yapılmıştır. Bu düzenlemede aldatmanın karşı tarafça yapılması hali maddenin 1. fıkrasında yer almaktadır. Hükme göre; *“Tarafardan biri, diğerinin aldatması sonucu bir sözleşme yapmışsa, yanılması esaslı olmasa bile, sözleşmeyle bağlı değildir.”* Bu hüküm uyarınca karşı tarafın aldatmasından bahsedilebilmesi için gereken koşullar şunlardır: Öncelikle bir taraf sözleşme yapma hususunda aldatılmış diğer bir ifade ile karşı tarafın davranışı ile yanıltılmış olmalıdır. Burada aldatma aktif bir davranışla yapılabileceği gibi pasif bir davranış

²⁰² Özen, s. 37.

²⁰³ Özen, s. 143.

²⁰⁴ Tandoğan, Borçlar, C. II, s. 721-722; Grassinger, s. 42; Özen, s. 143.

²⁰⁵ Eren, s. 397; Nomer, s. 63; Antalya, s. 236; Tekinay, Akman, Burcuoğlu ve Altop, s. 444; Yıldırım, Mustafa Fadıl, Borçlar Hukukuna Göre Sözleşmenin Kuruluşunda Hile, Ankara 200, s. 8; ; Oğuzman ve Öz, s. 111; Akıntürk ve Kahraman Ateş, s. 53.

²⁰⁶ Arsebük, E.(1950). Borçlar Hukuku Genel Hükümler(3. Bası). Ankara: Güner Matbaacılık, s.

421; Zekeriyâ, K.(2003). Borçlar Hukuku Alanında Hile Kavramı. İstanbul: Kazancı Yayınları, s. 12;

Reisoğlu, Safa, s. 123.

ile de gerçekleştirilebilir²⁰⁷. Örneğin; satışa çıkardığı arabanın kilometre saatini değiştirerek aracı daha az kilometrede yapmış gibi göstermek aktif bir davranışla yahut sözleşmenin karşı tarafının yanlış anladığını fark etmesine rağmen dürüstlük kurallarına aykırı bir biçimde susarak pasif bir davranış ile de aldatma gerçekleştirilebilir²⁰⁸.

İkinci koşul karşı tarafı yanıltan davranış diğer tarafça kasten yapılmış olmalıdır. Burada aranan kasıt çıkar kastı olmayıp, kendi davranışının diğer tarafı yanıltacağını bilmesi ve bunu istemesidir²⁰⁹.

Üçüncü koşul, aldatmanın sözleşmenin yapılmasına sebep olması diğer bir ifade ile aldanmış tarafın, aldatma olmaksızın sözleşmeyi hiç yapmayacak yahut mevcut şartlarla yapmayacak olmasıdır²¹⁰. Hiç yapılmayacak olan sözleşmenin yapılmasını sağlayan nitelikteki aldatmaya *asli aldatma*; mevcut şartlarla sözleşmenin yapılmasını sağlayan aldatmaya ise *fer'i aldatma* denilmektedir²¹¹.

Son koşul ise aldatma davranışının sözleşmenin tarafı yahut sözleşmenin yapılmasında yardımından yararlanan bir kimse tarafından yapılmış olmasıdır. Söz konusu düzenleme uyarınca aldatma sebebi ile hataya düşen kefil, hatası esaslı yanılma teşkil etmese dahi Türk Borçlar Kanunu'nun 36. maddesi hükmüne dayanabilecektir²¹².

Üçüncü bir kişinin aldatması ise Türk Borçlar Kanunu'nun 36. maddesinin 2. fıkrasında düzenlenmiştir. Hükme göre; "*Üçüncü bir kişinin aldatması sonucu bir sözleşme yapan taraf, sözleşmenin yapıldığı sırada karşı tarafın aldatmayı bilmesi veya bilecek durumda olması hâlinde, sözleşmeyle bağlı değildir.*" Bu düzenleme uyarınca, üçüncü kişinin aldatmasından söz edebilmek için gerekli koşullar şunlardır; Sözleşmenin bir tarafının sözleşme yapma hususunda aldatılmış olması; karşı tarafı yanıltan davranışın kasten yapılmış olması; aldatma nedeni ile sözleşmenin yapılmış olması ve aldatmayı karşı tarafın bilmesi yahut bilmesinin gerekli olması aranır. Üçüncü kişinin aldatmasını sözleşmenin diğer tarafı bilmiyor ise, aldatma

²⁰⁷ Eren, s. 397; Feyzioğlu, N. F., (1976). Borçlar Hukuku Genel Hükümleri. C. I, İstanbul: Fakülteler Matbaası, s. 156; Kılıçoğlu, s. 198; Oğuzman ve Öz, s. 112.

²⁰⁸ Oğuzman ve Öz, s. 112.

²⁰⁹ Von Tuhr, s. 312; Eren, s. 398; Aybay, s. 61; Tekinay, s. 394; Özsunay, Gerçek Kişiler, s. 102; Özkaya, s. 190; Ataay, s. 205; Kılıçoğlu, s. 199; Oğuzman ve Öz, s. 113.

²¹⁰ Saymen ve Elbir, s. 273; Kılıçoğlu, s. 198; Tekinay, s.394; Ataay, s. 205; Eren, s. 397; Özkaya, s. 192; Reisoğlu, Safa, s. 93; İnan, s. 213 vd.; Oğuzman ve Öz, s. 113.

²¹¹ Oğuzman ve Öz, s. 114.

²¹² Reisoğlu, Seza, Kefalet, s. 68.

hükümlerine dayanılması mümkün olmayıp, eğer aldatma sonucu düşülen yanılma esaslı yanılma teşkil ediyorsa tarafın yanılma hükümlerine dayanması mümkündür²¹³.

Aldatmanın tespitinde iyiniyet kurallarının göz önünde bulundurulması gerekmektedir. Bu bağlamda, kefalet sözleşmesinin kural olarak ivazsız bir sözleşme olması sebebiyle objektif iyiniyet kuralları gereğince sözleşmenin kurulması anında, geçerli olan dürüstlük kuralları gereğince sözleşmenin yorumlanmasında ve sözleşmenin hüküm ifade etmesinde alacaklının dürüstlük kurallarına uygun davranıp davranmadığı dikkate alınmalıdır²¹⁴. Hatta kefalet sözleşmesinde aldatmanın olup olmadığı değerlendirilirken kefilin içinde bulunduğu özel konum sebebiyle alacaklının ve alacaklının temsilcisinin dürüstlük kuralına uygun hareket edip etmedikleri diğer sözleşmelere nazaran daha sıkı ölçütler çevresinde değerlendirilmelidir²¹⁵. Alacaklı kefil tarafından talep edilmediği sürece kefaletle ilişkin olarak aydınlatma yükümlülüğü altında olmayıp, kefile asıl borçlu hakkında herhangi bir bilgilendirmede bulunmaması halinde de aldatma söz konusu olmayacaktır²¹⁶. Alacaklının kefile karşı olan bildirim yükümlülüğü sadece Türk Borçlar Kanunu'nun 594. maddesinin birinci fıkrasında sayılan hususlarla sınırlı olup borçlunun genel durumu hakkında araştırma yapıp bilgi sahibi olmak kefilin kendi sorumluluğundadır. Ancak alacaklı taraf kefilin bilgi istemesi halinde asıl borcun kapsamı hakkında ona bilgi vermekle yükümlü olup kefilin bu talebine karşı alacaklının susması yahut çeşitli hususları saklaması halinde alacaklının hilesi olmasa dahi alacaklı, Türk Borçlar Kanunu'nun 594. maddesinin 3. fıkrasında yer alan düzenleme uyarınca kefilin uğradığı zararı karşılamakla yükümlü kılınmıştır²¹⁷.

Alacaklının kefile yönelik genel bir aydınlatma yükümlülüğü düzenlenmiş olmamakla birlikte, alacaklının normal koşullarda kefilin kabul etmeyeceğini bildiği hallerde susması aldatma teşkil eder²¹⁸. Örneğin alacaklı, asıl borçlunun kefile borca ilişkin olarak eksik yahut yanlış bilgi verdiğinin bilincince ve kefilin bunları bilmesi

²¹³ Eren, s. 400; Tekinay, Akman, Burcuoğlu ve Altop, s. 448; Zevkliler, s. 98; Reisoğlu, Safa, s. 94; İnan, s. 215; Oğuzman ve Öz, s. 114.

²¹⁴ Develioğlu, s. 212; Reisoğlu, Seza, Kefalet s. 69.

²¹⁵ Sungurbey, s. 120.

²¹⁶ Daepfen, O. (Çev. Bayrav, Osman) (1951). Kefalet, İstanbul Barosu Dergisi, C. 25/6, s. 348; Reisoğlu, Seza, Kefalet s. 69, Gümüş, s. 312.

²¹⁷ Reisoğlu, Seza, Kefalet s. 69.

²¹⁸ Oser ve Schönerberger, M. 492, N. 88; Develioğlu, s. 212.

halinde kefalet sözleşmesini akdetmeyeceğini biliyor ise, bu halde alacaklı kefil bu durum hakkında aydınlatma yükümlülüğü altında olacaktır. Diğer taraftan eğer kefilin herhangi bir bilgi talep etmemesine rağmen alacaklının kendiliğinden kefil kandırmak maksadı ile asıl borçlunun malvarlığına ilişkin olarak yanıltıcı beyanlarda bulunması halinde hile gerçekleşmiş olacaktır²¹⁹.

3. Korkutma(Tehdit-İkrah)

İrade bozukluğu halleri arasında yer alan bir diğer hal de korkutmadır. Korkutma, bir kimsenin yapmak istemediği bir sözleşmeyi sırf zarara uğrama tehdidi altında olması sebebiyle yapmasıdır²²⁰. Diğer bir ifade ile korkutma, hukuka aykırı bir şekilde yapılan tehdit ile kişinin, istememesine rağmen kendisinin kötülüğe uğrayacağı düşüncesi yaratılması sebebiyle irade beyanında bulunmasıdır²²¹. Korkutma Türk Borçlar Kanunu'nun 37. maddesinde düzenlenmiştir. Hükme göre;

“Taraflardan biri, diğerinin veya üçüncü bir kişinin korkutması sonucu bir sözleşme yapmışsa, sözleşmeyle bağlı değildir.

Korkutan bir üçüncü kişi olup da diğer taraf korkutmayı bilmiyorsa veya bilecek durumda değilse, sözleşmeyle bağlı kalmak istemeyen korkutulan, hakkaniyet gerektiriyorsa, diğer tarafa tazminat ödemekle yükümlüdür.”

Yaratılan bu korku sebebiyle sözleşme yapan kişinin açıkladığı iradesi sakat olduğundan bu sözleşme geçerli değildir. Gerçek kişiler gibi tüzel kişiler de korkutma sebebiyle sözleşme akdetmiş olması mümkündür. Tüzel kişiye yönelen korkutma halinde, korkutma doğrudan doğruya tüzel kişiye değil de, onu temsil eden organda yer alan gerçek kişilere yöneltilmektedir ve bu halde de tüzel kişiyi temsil

²¹⁹ Reisoğlu, Seza, Kefalet s. 70 Oser ve Schönerberger, M. 492, N. 88; Pestalozzi, C. M. (2012). Basler Kommentar Obligationenrecht I Art. 1-529.(4. Aufl).Basel:Helbing Lichtenhahn Verlag, M. 492, N. 11; Develioğlu, s. 212.

²²⁰ Eren, s. 402; Esener, s. 150; Hatemi, H. ve Gökyayla, E. (2012). Borçlar Hukuku Genel Bölüm. İstanbul: Vedat Kitapçılık, s. 94; Tekinay, Akman, Burcuoğlu ve Altop, s. 449; Antalya, s. 243; Oğuzman ve Öz, s. 115; Nomer, s. 70; Reisoğlu, s. 124. “Bir kimse, karşı tarafın veya üçüncü bir kişinin kendisi veya yakınlarının maddi veya manevi varlığına yönelik hukuka aykırı ve esaslı korkutması sonucu yaptığı sözleşme ile bağlı sayılamaz. Borçlar Kanunu'nun 30. maddelerinde belirtildiği üzere ikrahtan söz edilebilmesi için tehdidin sözleşmeyi yapan kimsenin veya yakınlarının kişilik haklarına veya mal varlıklarına yönelik olması, ikraha maruz kalanın sübjektif durumuna göre ağır ve derhal meydana gelebilecek nitelik taşıması, haksız (hukuka aykırı) sayılması, illiyet bağının bulunması, yani sözleşmenin tehdidinin yarattığı korku sonucu yapılması zorunludur.”(Yargıtay HGK, E. 2005/1-250 K. 2005/309 T. 4.5.2005)

²²¹ Eren, s. 402; Oğuzman ve Öz, s. 115; Antalya, s. 243.

eden gerçek kişilerin korkutma sebebi ile sözleşmenin hükümsüzlüğünü ileri sürmeleri mümkündür²²². Ayrıca aldatmadan farklı olarak üçüncü kişinin yaptığı korkutmayı bundan yararlanan sözleşmenin tarafı bilmesee dahi korkutma sebebi ile söz konusu sözleşmenin hükümsüzlüğünü ileri sürmesi mümkündür²²³.

Korkutmanın hangi şartları taşıması gerektiği Türk Borçlar Kanunu'nun 38. maddesinde düzenlenmiştir. Hükme göre;

“Korkutulan, içinde bulunduğu durum bakımından kendisinin veya yakınlarından birinin kişilik haklarına ya da malvarlığına yönelik ağır ve yakın bir zarar tehlikesinin doğduğuna inanmakta haklı ise, korkutma gerçekleşmiş sayılır.

Bir hakkın veya kanundan doğan bir yetkinin kullanılacağı korkutmasıyla sözleşme yapıldığında, bu hakkı veya yetkiyi kullanacağını açıklayanın, diğer tarafın zor durumda kalmasından aşırı bir menfaat sağlamış olması hâlinde, korkutmanın varlığı kabul edilir.”

Madde hükmü uyarınca korkutmanın şartları şunlardır: Öncelikle bir korkutma eyleminin varlığı gerekmektedir. Korkutma, bir kişinin malvarlığı yahut şahısvarlığına yönelik olan ve zarar veren yahut zarar verme tehlikesi bulunan hukuka aykırı bir eylem olarak tanımlanabilir²²⁴. Bu tanım uyarınca korkutmanın mutlaka malvarlığı haklarına yönelmiş olması şart olmayıp, şahısvarlığına ilişkin zarar tehditleri de korkutma kapsamı içerisinde değerlendirilecektir. Korkutma eyleminin söz konusu olabilmesi için genellikle korkutulan kimseye yönelik yapılan aktif bir davranış gerekli olmakla birlikte kaçınma şeklinde yapılacak bir davranış ile de korkutma yapılabilir²²⁵. Örneğin, ünlü bir iş adamına yönelik, kamuoyunda onun hakkında itibar zedeleyici açıklamalarda bulunacağı hakkındaki korkutma aktif bir davranış gerektirirken, ertesi gün ihalesi yapılacak olan işe ilişkin evrakları teslim etmeyeceğini bildirmek ise kaçınma davranışı ile yapılan korkutma şeklidir.

²²² Eren, s. 404; Reisoğlu, Safa, s. 124.

²²³ Eren, s. 406; Oğuzman ve Öz, s. 116; Antalya, s. 244.

²²⁴ Eren, s. 403; Oğuzman ve Öz, s. 116; Kılıçoğlu, s. 204. “B.K.nun 29-30. maddeleri uyarınca bir kimse ikrah (korkutma) olmasaydı o sözleşmeyi yapmayacak idiye ve bu husus kanıtlanırsa o sözleşmeyle bağlı sayılmaz. İkrahın var sayılabilmesi için de sözleşmeye taraf olanın veya onun yakınının zarara uğratılacağı, hayat veya kişilik veya namusuna derhal bir zarar verileceği endişesini taşıması ve bu şekilde sağlanan yararın orantısız ve aşırı olması gerekir. Yoksa taraflar her zaman hür iradeleri ile yeni bir sözleşme yapabilecekleri gibi, yapılmış bir sözleşmeyi de yine hür iradeleri ile tadil edebilirler.” (Yargıtay Hukuk Genel Kurulu E. 2004/15-377 K. 2004/378 T. 23.6.2004)

²²⁵ Tekinay, Akman, Burcuoğlu ve Altop, s. 449; Kılıçoğlu, s. 204.

Korkutmanın ikinci şartı korkutmanın diğer tarafa yahut diğer tarafın yakınlarına yönelmiş olması gerektiğidir. Bu bağlamda Kanun korkutmanın muhakkak sözleşmenin tarafına yönelmiş olmasını aramamış; kişinin eşine, nişanlısına, yakında evleneceği arkadaşına, akrabasına yönelik de tehditler de korkutma kapsamı içerisinde değerlendirilmiştir²²⁶. Tehdit eyleminin sözleşmenin diğer tarafına yönelik olmayıp, tehditte bulunan tarafın bizzat kendisine yahut yakınlarına yönelik olması halinde bu eylem geçersizlik sebebi sayılan korkutma kapsamı içerisinde değerlendirilmeyecektir²²⁷. Örneğin işten çıkarılan A'nın işyeri sahibine kendisini tekrar işe almadığı takdirde kendisini yahut yakınlarını öldüreceğini söylemesi halinde burada işyeri sahibine yahut onun yakınlarına yönelik olarak yapılan bir tehdit söz konusu değildir.

Korkutmanın gerçekleşmesi için gereken üçüncü koşul, korkutmanın ağır ve derhal gerçekleşebilecek nitelikte bir tehlike oluşturmasıdır. Bu koşul ile önemsiz yahut ileride gerçekleşecek nitelikte her türlü korkutmanın değil, sadece belirli nitelikteki korkutmanın sözleşmenin geçersizliğine neden olacağı ifade edilmek istenmektedir²²⁸. Ancak ileride gerçekleşme ihtimali bulunmasa dahi tehdide uğrayan kişi eğer bu tehdidin gerçekleşeceğini düşünmekte, somut olay koşulları dikkate alındığında, haklı ise yapılan işlem korkutma sebebi ile sakat sayılacaktır²²⁹.

Korkutmanın diğer bir koşulu, korkutmanın hukuka aykırı olmasının gerektiğidir. Diğer bir ifade ile bir hakkın yahut yetkinin kullanılacağına karşı tarafa ifade edilmesi tarafta korku yaratsa dahi, aktedilen sözleşme geçerli olacaktır. Çünkü burada hakkın yahut yetkinin yasal sınırları içerisinde kullanılması söz konusu olup hukuka aykırılık koşulu gerçekleşmemiştir²³⁰.

Son olarak korkutmanın gerçekleşebilmesi için, sözleşmenin korku sebebi ile yapılmış olması, yani korkutma ile sözleşmenin imzalanması arasında illiyet bağının bulunması gerekir²³¹. Bu bağlamda eğer korku yaratılmasa idi, söz konusu sözleşme hiç yapılmayacak yahut farklı koşullarda yapılacak idiyse, korkutma ile sözleşmenin imzalanması arasında illiyet bağı olduğu kabul edilecektir²³².

²²⁶ Eren, s. 403-404; Hatemi/Gökyayla, s. 95; Kılıçoğlu, s. 206; Antalya, s. 245.

²²⁷ Kılıçoğlu, s. 206.

²²⁸ Eren, s. 404-405; Kılıçoğlu, s. 207; Oğuzman ve Öz, s. 116; Antalya, s. 245.

²²⁹ Oğuzman ve Öz, s. 116; Antalya, s. 245.

²³⁰ Eren, s. 405; Kılıçoğlu, s. 207; Antalya, s. 246.

²³¹ Kılıçoğlu, s. 207; Oğuzman ve Öz, s. 117; Antalya, s. 247.

²³² Eren, s. 406; Oğuzman ve Öz, s. 118.

Kefalet sözleşmesinin geçerli olabilmesi için hem kefalet sözleşmesine esas teşkil eden asıl borca ilişkin sözleşmenin korkutma sebebi ile aktedilmiş olmaması hem de kefalet sözleşmesinin korkutma tehdidi altında aktedilmemiş olması gerekir. Bu kapsamda, asıl borçlunun kendisine yahut yakınlarının şahıs yahut malvarlığına yönelmiş olan bir tehdit sebebi ile asıl sözleşmeyi aktetmesi halinde kefalet sözleşmesinin geçerliliği fer'i niteliği dolayısıyla asıl borçlunun tutumuna tabi olacaktır. Bu halde kefalet sözleşmesine esas teşkil eden sözleşmenin asıl borçlu tarafından korkutma sebebiyle sözleşme ile bağlı olmadığını bildirmesi halinde kefaletin fer'iliği ilkesi gereğince kefalet sözleşmesi de hüküm doğurmayacaktır. Ancak burada önem taşıyan husus burada asıl borçlunun iptal hakkını kullanmaması halinde kefilin kefalet sözleşmesinden kaynaklanan yükümlülüğünün kesinleşecek olmasıdır²³³.

Kefalet sözleşmesinin aktedilmesi bakımından durum değerlendirildiğinde, eğer kefilin kendisinin yahut yakınlarından birisinin kişilik haklarına yahut malvarlığı haklarına yönelmiş olan bir tehlike sebebiyle kefalet sözleşmesini akdetmesi halinde kefilin iradesinin korkutma sebebi ile sakat olduğu kabul edilecektir²³⁴. Uygulamada kefalet sözleşmesi genellikle alacaklı tarafından borçluya yöneltilen zorlama neticesinde imzalandığı için bu halde irade bozukluğu halinin olup olmadığı tartışılmaktadır. Örneğin alacaklının borçluya yönelik olarak borcunu ödemediği takdirde kendisini mahkemeye vereceğini beyan etmesi halinde, korkan borçlunun yakınlarından birinin kefalet sözleşmesi aktetmesi sonucunda korkutma hali söz konusu olacak mıdır²³⁵. Bu durumda hukuk düzeni tarafından verilen yetkinin kullanımı bakımından bir ayırım yapılmalı ve borcun ödenmemesi halinde mahkemeye yahut icra takibine girişileceğinin beyan edilmesi halinde korkutma söz konusu olmayacağı sonucuna varılmalıdır²³⁶. Ancak, borca kefil olunmaması halinde cezai takip için şikayette bulunulacağını beyan edilmesi halinde yahut örneğin başka birinden olan alacağına kefil olunmazsa kendisinin borçlu olduğu alacağına ilişkin icra takibine başlayacağını yahut aynı borçludan birden çok alacağı bulunması halinde müeccel alacak için kefil olunmadığı takdirde muaccel olan alacak için takipte bulunulacağını beyan edilmesi halinde korkutma meydana gelmiş

²³³ Özen, s. 143.

²³⁴ Develioğlu, s. 217; Reisoğlu, Seza, Kefalet, s. 70.

²³⁵ Reisoğlu, Seza, Kefalet, s. 71; Yavuz, Kefalet, s. 67; Tandoğan, s. 738-739.

²³⁶ Reisoğlu, Seza, Kefalet, s. 71; Yavuz, Kefalet, s. 67; Tandoğan, s. 738-739; Özen s. 197.

kabul edilmelidir²³⁷. Bu bağlamda bağımsız birden çok alacağı bulunan alacaklının borçluya yönelik korkutmada bulunup bulunmadığının tespiti için her bir alacak için ayrı değerlendirme yapılması gerekirken, kefil olunmadığı takdirde cezai takipte bulunulacağına ilişkin her türlü beyan korkutma teşkil edecektir²³⁸.

H. Aşırı Yararlanma(Gabin)

Önceki Borçlar Kanunu'nda "gabin" terimiyle düzenlenmiş bulunan durum, Türk Borçlar Kanunu ile "aşırı yararlanma" olarak ifade edilmiştir. Aşırı yararlanma, bir sözleşmede tarafların edimleri arasında aşırı oransızlık bulunması anlamına gelmektedir²³⁹. Diğer bir ifade ile aşırı yararlanma taraflardan birinin diğer tarafın zor durumda kalmasından yada deneyimsizliğinden yahut düşüncesizliğinden yararlanarak tarafların edimleri arasında açık oransızlık bulunacak şekilde sözleşmenin kurulmasını sağlaması olarak tanımlanır²⁴⁰.

Borçlar Hukuku'nda esas olan prensip sözleşme özgürlüğü ilkesidir. Bu ilke gereğince de taraflar yükümlülüklerini diledikleri gibi kararlaştırma hakkına sahiptirler. Ancak taraflardan birinin içerisinde bulunduğu zor durumdan diğer tarafın yararlanarak olumsuz koşullar nedeniyle diğer tarafın zor durumda bulunan taraf aleyhine haksız yarar elde etmesi adalet duygularını sarsabilir²⁴¹. Bu sebeple aşırı yararlanma tarafların edimlerinin karşılıklı olarak belirlenmesi hususunda sözleşme özgürlüklerine getirilmiş olan bir sınırlandırmadır²⁴². Aşırı yararlanma

²³⁷ Reisoğlu, Seza, Kefalet, s. 71; Yavuz, Kefalet, s. 67; Tandoğan, s. 738-739; Özen, s. 197.

²³⁸ Reisoğlu, Seza, Kefalet, s. 70; Yavuz, Kefalet, s. 67; Özen, s. 199.

²³⁹ Tekinay, Akman, Burcuoğlu ve Altop, s. 458; Zevkliler, s. 101 Aslan, Ç. M.(2006). Gabinin Unsurları ve Hukuki Sonuçları. Ankara: Yekin Yayınları, s. 26; Kakan, Burcu, Türk Hukukunda Gabin, s. 51; Reisoğlu, Safa, s. 138; Aslan, Çiğdem, Çiğdem Mine, Gabinin Unsurları ve Hukuki Sonuçları, Ankara 2006, s. 25-26.

²⁴⁰ Nomer, s. 75. "BK'nın 21. maddesinde düzenlenen gabin müessesesi sözleşmelerin feshine olanak sağlayan yasal nedenlerden biridir. Gabin dün olduğu gibi bugün de sözleşmelerin güçsüz veya korunmaya muhtaç olan taraflarını korumak imkanını veren sosyal amaçlı bir hukuk müessesesidir. Sözü geçen madde sözleşmelerde, taraflardan birinin ötekini sömürmesini önleyen, alışverişlerde karşılıklı edimler arasında ekonomik denge kurulmasını sağlayan çok yararlı ve geçerli yasal bir mekanizmadır" (Yargıtay 1. HD, 22.3.1978 T., 1978/2699 E., 1978/3106 K.),(www.kazanci.com.tr, 14.10.2013)

²⁴¹ Kılıçoğlu, s. 212; Ayrıntılı bilgi için bkz. Aslan s. 43 vd.

²⁴² Kılıçoğlu, s. 212; Aslan, s. 43; Acabey, B.(2012) Aşırı Yararlanma. *Cevdet Yavuz'a Armağan* içinde(111-121).İstanbul: Legal Yayınevi, s. 11. "B.K.nun 1.maddesine göre tarafların karşılıklı ve birbirine uygun olarak rızalarını beyan ettikleri takdirde sözleşme kurulmuş olur. Taraflar akdin konusunu kanunun getirdiği sınır dairesinde serbestçe tayin edebilirler (B.K. mad.19). Görüldüğü gibi hukuk sistemimizde sözleşme yapma özgürlüğü vardır. Ancak sözleşme yapma özgürlüğünün de

kurumu ile, sözleşme özgürlüğüne sınırlanarak taraflardan birinin içerisinde bulunduğu zor durumun kötüye kullanılması engellenmekte ve bu durum yaptırıma bağlanmaktadır²⁴³.

Aşırı yararlanma Türk Borçlar Kanunu'nun 28. maddesinde düzenlenmiştir. Hükme göre; *“Bir sözleşmede karşılıklı edimler arasında açık bir oransızlık varsa, bu oransızlık, zarar görenin zor durumda kalmasından veya düşüncesizliğinden ya da deneyimsizliğinden yararlanılmak suretiyle gerçekleştirildiği takdirde, zarar gören, durumun özelliğine göre ya sözleşme ile bağlı olmadığını diğer tarafa bildirerek ediminin geri verilmesini ya da sözleşmeye bağlı kalarak edimler arasındaki oransızlığın giderilmesini isteyebilir.*

Zarar gören bu hakkını, düşüncesizlik veya deneyimsizliğini öğrendiği; zor durumda kalmada ise, bu durumun ortadan kalktığı tarihten başlayarak bir yıl ve her hâlde sözleşmenin kurulduğu tarihten başlayarak beş yıl içinde kullanabilir.”

maddi ve hukuki yönden bazı sınırlamalara tabi tutulmuştur (B.K.mad.19-20). Gabinde sözleşme yapma özgürlüğüne getirilen bir sınır olup, kanun koyucu B.K.nun 21.maddesinde öngörülen şartların oluşması halinde sözleşmede karşılıklı edimlerin kapsamının serbestçe tayin edilmesini sınırlamıştır. Hükme göre "bir sözleşmede ivazlar arasında açık bir nisbetsizlik bulunduğu takdirde eğer gabin zarar görenin müzayaka halinde bulunmasından veya hiffetinden, yahut tecrübesizliğinden istifade suretiyle vukua getirilmiş ise, zarar gören bir sene zarfında akdi feshettiğini beyan ederek verdiği şeyi geri alabilir". Görüldüğü gibi gabinin söz konusu olabilmesi için edimler arasında aşırı bir değer farkı olması, bu durumun diğer tarafın müzayaka (darda kalma) veya hiffetinden veya tecrübesizliğinden yararlanılarak meydana getirilmiş bulunması gerekir." (Yargıtay HGK. T. 23.06.2006, E. 2004/19-346, K. 2004/374) , (www.kazanci.com.tr, 12.10.2013)

²⁴³ Kılıçoğlu, s. 212-213; Aslan, s. 54. "BK.nun 21. maddesinde düzenlenen gabin müessesesi sözleşmelerin feshine olanak sağlayan yasal nedenlerden biridir. Gabin dün olduğu gibi bugünde sözleşmelerin güçsüz veya korunmaya muhtaç olan taraflarını korumak imkanını veren sosyal amaçlı bir hukuk müessesesidir. Sözü geçen madde sözleşmelerde, taraflardan birinin ötekini sömürmesini ve olağan sınırlar dışına çıkarak aşırı kazanç elde etmesini önleyen, alışverişlerde karşılıklı edimler arasında ekonomik denge kurulmasını sağlayan çok yararlı ve geçerli bir yasal mekanizmadır." (Yargıtay 1. HD. E. 1978/2699 K. 1978/3106 T. 22.3.1978), (www.kazanci.com.tr, 12.10.2013) "Borçlar Hukukumuzun ana ilkelerinden biri olan sözleşme serbestisine BK.nun 19, 20 ve 21 maddeleri ile birtakım sınırlamalar getirilmiştir.Gabini düzenleyen BK.nun 21. maddesinde; "Bir sözleşmede edimler arasında açık bir nisbetsizlik bulunduğu takdirde, eğer gabin zarara uğrayan tarafın müzayaka halinde bulunmasından veya külfetinden yahut tecrübesizliğinden yararlanmak suretiyle meydana getirilmiş ise, zarar gören taraf bir yıl içinde sözleşmeyi feshettiğini beyan ederek verdiği şeyi geri alabilir" hükmü yer almaktadır. Madde hükmünden hareketle gabin'i şu şekilde tanımlayabiliriz. Gabin, tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde, taraflardan birisinin diğer tarafın müzayaka halinden (zor durumda, sıkıntı ve darlık içinde kalmasından), tecrübesizliğinden veya hiffetinden (düşüncesizlik ve uçarıklık) yararlanmak suretiyle aşırı bir menfaat elde etmesi, edimler arası bir dengesizlik yaratması demektir. (Burcu Kalkan, Türk Hukukun Gabin, İst. Ocak 2004, Sahife 51) Yargıtay Hukuk Genel Kurulu 24.1.1973 T.ve 1971/1-376 E, 24 K. Sayılı kararında aynen şunlar söylemiştir. "Gabin, dar ve zor durumda kalmalarından ötürü sözleşme yapmaya sürüklenmiş kişileri korumak ve zayıfı güçlüye ezdirmemek için daha çok sosyal amaçlarla kabul edilmiş bir müessesedir. (Prof. Dr. Fikret Eren, Borçlar Hukuk Genel Hükümler, 6.bas.İst.1998 Cilt 1.Sh.388, M.Reşit Karahasan, Türk Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, 2003, Cilt 1.Sahife 297)" (Yargıtay 19. HD. E. 2004/6115 K. 2005/1568 T. 21.2.2005), (www.kazanci.com.tr, 12.10.2013)

Aşırı yararlanmanın koşulları maddenin birinci fıkrasında belirtilmiştir. Bu düzenleme uyarınca aşırı yararlanmanın söz konusu olabilmesi için şu koşulların bulunması gerekir:

Öncelikle objektif şart olarak da bilinen edimler arasında açık oransızlık bulunması gerekir²⁴⁴. Karşılıklı edimler arasında oransızlık olup olmadığı sözleşmenin kurulma anındaki edimlerin objektif değerleri dikkate alınarak belirlenecektir²⁴⁵. Bu bağlamda sözleşmenin kurulmasından sonra değişen koşullar da tarafların kendi edimine verdiği subjektif değerlendirme de dikkate alınmayacaktır²⁴⁶. Edimler arasında oransızlık bulunup bulunmadığı her somutun koşullarına göre değişiklik gösterir²⁴⁷. Bu bağlamda karşılıklı edimler arasında oransızlık bulunup bulunmadığı ve oransızlığın aşırı olup olmadığı somut olay koşulları göz önüne alınarak benzer sözleşmelerle kıyaslanıp hakkaniyet çevresinde belirlenecektir²⁴⁸.

Aşırı yararlanmanın söz konusu olabilmesi için gereken ikinci koşul aşırı yararlanmanın söz konusu olabilmesi için diğer tarafın içinde bulunduğu olumsuz koşullardan yararlanmak suretiyle sözleşmenin akdedilmiş olması gereklidir²⁴⁹.

Kişinin içinde bulunduğu olumsuz koşullar kanunda sınırlı bir şekilde sayılmıştır bunlar: zarar görenin zor durumda kalması hali; düşüncesizlik; deneyimsizliktir²⁵⁰. Zarar görenin zor durumda kalması hali çaresizlik duygusuna

²⁴⁴ Elbir, H.K.,(1951). Gabinin Unsurları. *İstanbul Barosu Dergisi*, C. 25/4, s. 1; Ayan, s. 149; Saymen, s. 146; Aslan, s. 69; Reisoğlu, s. 139; Oğuzman ve Öz, s. 136; Kalkan, B.(2004). Türk Hukukunda Gabin. İstanbul: Vedat Yayıncılık, s. 74; Acabey, s. 113. "Gabin, iki tarafa borç yükleyen ve karşılıklı edimleri kapsayan sözleşmelerde fesih nedeni olan bir haldir. Bu tür sözleşmelerin taraflarına eşit sayılabilecek yararlar sağlaması, ivazlar arasında makul bir denge bulunması gereklidir. Karşılıklı ivazlar arasında açık bir nisbetsizlik göze çarpan ve batan açık bir dengesizlik varsa gabinin "objektif unsuru" gerçekleşmiş olur. Davada, temlik tarihinde 150.000 lira değeri olan taşınmaz davalı tarafından 40.000 liraya satın alındığına göre ivazlar arasında açık bir fark mevcut olduğu kuşkusuzdur. Olayda objektif unsur gerçekleşmiştir." (Yargıtay 1. HD. E. 1976/10536 K. 1976/11572 T. 24.11.1976), (www.kazanci.com, 16.10.213)

²⁴⁵ Arsebük, s. 472; Saymen, s.145 vd.; Feyzioğlu, s. 252; İnan, s. 204; Saymen ve Elbir, s. 234; Aslan, s. 75; Reisoğlu, Safa, s. 139; Oğuzman ve Öz, s. 136; Kalkan, s. 112.

²⁴⁶ Feyzioğlu, s. 251; Esener, s. 162; Saymen ve Elbir, s. 234; Oğuzman ve Öz, s. 136; Aslan, s. 75; Kalkan s. 113.

²⁴⁷ Kılıçoğlu, s. 216.

²⁴⁸ Nomer, s. 76; Kalkan, s. 120.

²⁴⁹ Eren, s. 377; Esener, s. 162; Ayan, s. 149; Önen, s. 64; Elbir, s. 1 vd.; Oğuzman ve Öz, s. 114; Tekinay, Akman, Burcuoğlu ve Altop, s. 458; İnan, s. 210; Von Tuhr, s. 311 vd; Reisoğlu, Safa, s. 139; Oğuzman ve Öz, s. 137; Kılıçoğlu, s. 213; Kalkan, s. 122; Acabey, s. 113.

²⁵⁰ Eren, s. 379; İnan, s. 207; Akıntürk, s. 61; Tunçomağ, s. 231; Ayan, s. 149; Feyzioğlu, Borçlar, s. 254; Olgaç, Kefalet, s. 101; Arsebük, s. 454-455; Saymen ve Elbir, s. 238; Aslan, s. 95; Kalkan, s. 122.

kapılacak kadar güç durumda olmak anlamına gelmektedir²⁵¹. Zor durumda kalma hali kişinin içinde bulunduğu ekonomik sebeplerden kaynaklanabileceği gibi, psikolojik sebeplerden de ileri gelebilir²⁵². Bu bağlamda, örneğin kişi iktisadi yönden çok zor durumda olduğu için çok değerli bir malını oldukça düşük bir bedelle satması halinde zor durumun kaynağı ekonomik olmakla birlikte hastalığı sebebi ile kullanmak zorunda olduğu ucuz fiyatlı bir ilacı bulamadığı için karaborsadan ilacı alması halinde zor durumun kaynağı psikolojiktir²⁵³. Düşüncesizlik ile kastedilen, kişinin, sözleşmenin aktedilmesinde düşünme ve karar verme konularında özenli ve dikkatli davranarak, irade beyanını ortaya koyamamasını ifade etmektedir²⁵⁴. Bu bağlamda kişi, sözleşme koşullarını dikkatle incelemeyen yahut koşulların önemi farketmeden ani kararlar ile gerekli araştırmalar yapmaksızın sözleşmeyi akdetmesi durumu, düşüncesizliği ifade eder²⁵⁵. Deneyimsizlik ile kastedilen ise, sözleşmeyi akteden kişinin bu tip bir sözleşmeyi daha önce hiç akdetmemiş olması ve söz konusu sözleşmenin konusu hakkında özel bilgiye sahip bulunmamasını ifade etmektedir²⁵⁶. Örneğin imar planında yapılan değişiklik nedeniyle değeri oldukça artan arazinin bu durumdan haberi olmayan yaşlı kadından oldukça ucuz fiyata satın alınması gibi²⁵⁷.

²⁵¹ Eren, s. 379; Oğuzman ve Öz, s. 114; Tekinay, Akman, Burcuoğlu ve Altop, s. 461; Akıntürk, s. 61; Dalamanlı, L., Kazancı, F. ve Kazancı, M.(1990). İlmî Ve Kazai İçtihatlarla Açıklamalı Borçlar Kanunu. İstanbul: Kazancı Hukuk Yayınları, s. 253, Esener, s. 162; Önen, s. 64; Feyzioğlu, Borçlar, s. 254; İnan, s. 207; Uygur, s. 183; Saymen ve Elbir, s. 238; Kılıçoğlu, s. 213; Oğuzman ve Öz, s. 137; . Aslan, s. 89; Kalkan, s. 122; Acabey, s. 114.

²⁵² Eren, s. 380; Tekinay, Akman, Burcuoğlu ve Altop, s. 462; Kılıçoğlu, s. 128; Özkaya, s. 27-28; Ayık, s. 247; Esener, s. 162; Ayan, s. 149; Gönensay, s. 119; Feyzioğlu, Borçlar, s. 255; Olgaç, Kefalet, s. 102; Karahasan, Borçlar, s. 262; Saymen ve Elbir, s. 239; Dalamanlı, Kazancı ve Kazancı, s. 253, Oser ve Schönerberger, M. 21, N. 10; Oğuzman ve Öz, s. 137; Kalkan, s. 122.

²⁵³ Oğuzman ve Öz, s. 137.

²⁵⁴ Oğuzman ve Öz, s. 137; Kılıçoğlu, s. 214. Saymen ve Elbir, s. 239-240; Kalkan, s. 126; Acabey, s. 114.

²⁵⁵ Kılıçoğlu, s. 214; Saymen ve Elbir, s. 239-240; Kalkan, s. 126.

²⁵⁶ Eren, s. 380; Akıntürk, s. 61; Oğuzman ve Öz, s. 114; Tekinay, Akman, Burcuoğlu ve Altop, 462-463; Arsebük, s. 455; Dalamanlı, Kazancı ve Kazancı, s. 255. 357; Kaplan, İ.(2008). Borçlar Kanunu Tasarısı Hakkındaki Görüşlerim. *Terazi*, Y. 3/25, s. 103; Olgaç, Kefalet, s. 102; Karahasan, Borçlar, s. 265; Oser ve Schönerberger, M. 21, N. 11; Acabey, s. 114.

358 Kılıçoğlu, s. 129; Ayan, s. 149. 359; Esener, s. 163; Arsebük, s. 455; İnan, s. 209; Sungur, s. 31; Karahasan, Borçlar, s. 265; Kılıçoğlu, s. 214; Oğuzman ve Öz, s. 137; Kalkan, s. 128. “Şöyle ki; davaya konu taşınmaz malın temlik tarihindeki gerçek değeri ile tapudaki satış değeri arasında açık ve aşırı bir nisbetsizliğin varlığı saptandığına göre, olayda BK.nun 21.maddesinde deyimini bulan gabinin unsurlarından objektif unsurun gerçekleştiği kuşkusuzdur. Öte yandan davacının temlik tarihinde ileri derecede yaşlı, hasta ve okuma yazma bilmeyen cahil bir köylü kadını olduğu; yalnızlık, yaşlılık ve hastalık gibi bu durumlarından ötürü manevi müzayaka içerisinde bulunduğu, dinlenen tanık sözleri ile sabittir. Bu itibarla somut olayda gabinin subjektif unsurunu teşkil eden müzayaka, hiffet ve tecrübesizlik hallerinin de gerçekleştiği sunucuna varılmaktadır.” (Yargıtay 1. HD. E. 1986/10165 K. 1987/9251 T. 18.9.1987), (www.kazanci.com, 116.10.2013)

²⁵⁷ Kılıçoğlu, s. 214.

Aşırı yararlanmadan bahsedebilmek için gerekli olan son koşul ise sözleşmede yer alan edimler arasındaki bu oransızlığın mağdurun içinde bulunduğu olumsuz koşullardan karşı tarafın yararlanarak sözleşmeyi imzalamış olmasıdır²⁵⁸. Bu nedenle, sözleşmenin karşı tarafının diğer tarafın içinde bulunduğu zor koşullardan yararlanma gayesi yoksa aşırı yararlanma gerçekleşmeyecektir.

Kefalet sözleşmesinde aşırı yararlanma hem asıl borca ilişkin sözleşme de hem de kefalet sözleşmesinde söz konusu olabilir. Kefalet sözleşmesine esas teşkil eden sözleşmede gabin söz konusu olabilir. Bu durumda asıl borçlunun aşırı yararlanma sebebiyle sözleşme ile bağlı olmadığını bildirmesi halinde kefalet sözleşmesi de fer'ilik ilkesi sebebiyle hüküm doğurmayacaktır²⁵⁹. Kefil asıl borçluya ait olan yenilik doğurucu hakları kullanmaya yetkili olmadığından borçlu haklarını kullanıncaya kadar kefil ödeme yapmaktan kaçınma hakkını haiz olmakla birlikte asıl borçlunun iptal hakkını kullanmaması halinde kefil geçerli hale gelen kefalet sözleşmesinden sorumlu olacaktır²⁶⁰.

Kefalet sözleşmesinde aşırı yararlanma hükümlerinin uygulanması mümkündür²⁶¹. Kefalet sözleşmesi kural olarak tek tarafa borç yükleyen bir sözleşme olmakla birlikte kefilin bir edim karşılığında kefalet borcu altına girmesi mümkündür. Bu halde imzalanan sözleşme sinallagmatik sözleşme olacağı için aşırı yararlanma hükümlerinin uygulanması söz konusu olabilir. Kefalet sözleşmesi aktedilirken borçlunun içinde bulunduğu zor durumu kullanarak alacaklının kefile imzalatıldığı kefalet sözleşmesinde aşırı yararlanma uygulamasının gündeme gelmesi mümkündür. Bu bağlamda kefalet sözleşmesinin kefilin borçlunun içinde bulunduğu zor durumdan kurtulmak maksadı ile imzalaması ve alacaklının kefilin bu zor durumundan yararlanarak kefilin aşırı yararlanma teşkil eden kefalet sözleşmesi akdetmeye zorlaması halinde kefalet sözleşmesi aşırı yararlanma sebebi ile iptali mümkün olacaktır.

²⁵⁸ Eren, s. 391; Feyzioğlu, s. 259; Baştuğ, s. 102; Kılıçoğlu, s. 215; Oğuzman ve Öz, s. 137; Acabey, s. 115 .

²⁵⁹ Tandoğan, Borçlar Özel, s. 721-722.

²⁶⁰ Reisoğlu, Bankacılık Uygulamasında Kefalet, s. 18; Kalkan, s. 107.

²⁶¹ Kalkan, s. 107. Kefalet sözleşmesinde gabin hükümlerinin uygulanmayacağı yönünde bkz. Develioğlu, s. 218 vd., Gümüş, s. 298.

II. GENEL OLARAK SÖZLEŞMELERİN GEÇERLİLİK KOŞULLARI YANINDA KEFALET SÖZLEŞMESİNE ÖZGÜ GEÇERLİLİK KOŞULLARI

Kefalet sözleşmesinin geçerli şekilde kurulabilmesi için kanun koyucu bazı özel koşullar sevk etmiştir. Bu koşullar ispat yükünü kolaylaştırmak yahut alacaklı tarafın lehine düşünülerek değil, genellikle herhangi bir çıkar elde etmeksizin, taahhüt altına giren kefilin, kefalet sözleşmesini düşünmeden akdetmesini engellemek maksadı ile getirilmiştir²⁶². Kefalet sözleşmesinin kendine özgü geçerlilik koşulları mevcut ve geçerli bir borç ilişkisinden doğmuş asıl borcun varlığı; kefilin ehliyeti; sözleşmenin geçerlilik şekli; eşin rızası ve kefalet bedelinin TL olarak sözleşmede gösterilmesi olmak üzere beş tanedir.

A. Mevcut ve Geçerli Bir Borç İlişkisinden Doğmuş Asıl Alacağın Varlığı

1. Mevcut Bir Borcun Varlığı

Türk Borçlar Kanunu 582. maddesinin birinci fıkrasının birinci cümlesine göre kefalet sözleşmesi mevcut ve geçerli bir borç için yapılabilir. Buna göre, kefalet sözleşmesinin hüküm doğurabilmesi için öncelikle, mevcut ve geçerli bir borç ilişkisinden doğmuş asıl alacağın varlığı gerekmektedir²⁶³. Mevcut bir borç için kefalet sözleşmesi kurulabileceği gibi gelecekte doğacak bir borç için de kefalet sözleşmesinin kurulması mümkündür²⁶⁴. Burada önem taşıyan husus, alacaklının kefile müracaat ettiği zamanda kefalet sözleşmesine konu asıl borcun bulunması ve bu borcun kaynaklandığı borç ilişkisinin belirlenebilir olmasıdır²⁶⁵. Gelecekteki bir borç için kefalet sözleşmesinin akdedilmesinin mümkün olduğu Türk Borçlar

²⁶² Reisoğlu, Seza, Kefalet, s.73.

²⁶³ Zevkliler ve Gökyayla, s. 661; Aydoğdu ve Kahveci, s. 671; Barlas, Nami, “Kefalet Hukukuna İlişkin Bazı Sorunlar ve Yargıtay Uygulaması”, Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu XXI, Ankara, 2005, Kefalet, s. 45; Grassinger, Savunma İmkanları, s. 19-21; Bilge, s. 396; Şahan, G.(2009). Kefalet Sözleşmesinin Sona Ermesi. Ankara: Yetkin Yayınları, s. 24; Tandoğan, Geçerlilik, s. 19; Pestalozzi; M. 492, N. 20; Helvacı, İ.(2010) Hukuki Mütalaalar. İstanbul: Oniki Levha Yayıncılık, s. 398; Uygur, Şerh, s. 2522; Reisoğlu, Seza, Kefalet, s. 45; Yavuz, s. 57; Develioğlu, s. 158; Özen, s. 142; Yavuz, Cevdet, s. 706 Erzurumluoğlu, E. (2012). Sözleşmeler Hukuku, Ankara: Yetkin Yayınları, s. 198.

²⁶⁴ Zevkliler ve Gökyayla, s. 660; Reisoğlu, Seza, Kefalet, s.47; Uygur, şerh, s. 2525; Gümüş, s. 299; Yavuz, s. 57; Aral, F. ve Ayrancı, H.(2012). Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri. Ankara: Yetkin Yayınları, s. 426.

²⁶⁵ Zevkliler ve Gökyayla, s. 661; Barlas, Geçerlilik Koşulları, s. 351; Özen, şekil, s. 753.

Kanunu'nun 582 maddesinde açık olarak hükme bağlanmıştır. Türk Borçlar Kanunu'nun 582. maddesinin birinci fıkrasına göre; *“Kefalet sözleşmesi, mevcut ve geçerli bir borç için yapılabilir. Ancak, gelecekte doğacak veya koşula bağlı bir borç için de, bu borç doğduğunda veya koşul gerçekleştiğinde hüküm ifade etmek üzere kefalet sözleşmesi kurulabilir.”* Söz konusu düzenleme gereğince gelecekte doğacak bir borç için kefil olunması halinde kefil olunan borcun hem belirli olması hem de gelecekte doğacak borcun kefile müracaattan önce geçerli şekilde doğmuş olması gerekir. Mevaz İsviçre Borçlar Kanunu'nun 492. maddesinin ikinci fıkrasının ikinci cümlesinde de gelecekte doğacak veya şarta bağlı borçlar için kefalet sözleşmesinin aktedilmesinin mümkün olduğu düzenlenmiştir.

Türk Borçlar Kanunu'nun 589. maddesinin birinci fıkrasında yer alan bu düzenlemenin kapsamına geciktirici koşula bağlı borçlar da girmektedir. Diğer bir ifade ile geciktirici koşula bağlı borçların da kefalet sözleşmesi ile güvence altına alınması mümkün olup, asıl borç için öngörölmüş olan geciktirici koşul gerçekleştikten sonra alacaklının alacağını elde edememesi halinde kefil takip etmesi mümkündür²⁶⁶. Asıl borca bağlanan geciktirici koşul gerçekleşmeden önce kefalet borcu muaccel olmayacağından alacaklının da kefil takip etme imkanı bulunmamaktadır²⁶⁷. Bozucu koşula bağlı kefalet sözleşmesinin kurulması mümkün olup bozucu koşulun gerçekleşmesi halinde kefalet yükümlülüğü sona erecektir²⁶⁸.

Mevcut bir borca mı yoksa gelecekte doğacak bir borca mı kefil olunduğu konusunda tereddüt olması haline ilişkin olarak Türk Borçlar Kanunu'nun 589. maddesinin üçüncü fıkrasında bir karine getirilmiştir. Hükme göre; *“Sözleşmede açıkça kararlaştırılmamışsa kefil, borçlunun sadece kefalet sözleşmesinin kurulmasından sonraki borçlarından sorumludur.”* Mevaz İsviçre Borçlar Kanunu'nun 499. maddesinin üçüncü fıkrasında sözleşmeden yahut durumun gereklerinden aksi anlaşılmadıkça kefilin borçlunun sadece kefalet sözleşmesinin kurulmasından sonra doğan borçlarından sorumlu olduğu ifade edilmiştir.

Türk Borçlar Kanunu'nun 589. maddesinde getirilen karine, aksi ispat edilebilen bir karine olup; alacaklı kefilin sorumluluğun kefalet sözleşmesi

²⁶⁶ Aral/Ayrancı, s. 427; Berki, Ş. (1958). Türk Hukukunda Kefalet, *Ahmet Esat Arsebük'e Armağan* içinde (15-35). Ankara: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayını, s. 17; Yavuz, Kefalet, s. 57; Özen, s. 141; Gümüş, s. 300.

²⁶⁷ Yavuz, Kefalet, s. 57; Özen, s. 141; Gümüş, s. 300.

²⁶⁸ Uygur, şerh, s. 2517; Yavuz, Kefalet, s. 58; Özen, s. 142; Aral/Ayrancı, s. 427.

kurulmadan önceki borçlarını da kapsadığını iddia ediyorsa bunu ispat yükümlülüğü altındadır²⁶⁹.

Uygulamada çoğunlukla gelecekte doğacak olan borca kefalet sözleşmesi kredi yahut cari hesap borçlarında uygulanmaktadır²⁷⁰. Türk Borçlar Kanunu'nun 589. maddesinin üçüncü fıkrasında yer alan düzenleme gereği kefil cari hesap bakiyesine kefalet halinde, kefilin, sözleşmesi kurulmadan önce mevcut olan hesap bakiyesinden sorumlu tutulabilmesi için bunun kefalet kapsamına dahil edilmesi gerekmektedir²⁷¹. Kefalet sözleşmesinde kefalet sözleşmesi akte edilmeden önceki borçlardan da sorumlu olduğuna dair koşulun sözleşmede yazılı olarak yer alması geçerlilik koşulu olmayıp, sözleşmenin akte edilme koşullarından ve tarafların anlaşmalarından kefalet sözleşmesinin önceki alacakları da kapsadığının anlaşılması yeterli olacaktır²⁷². Ancak kefalet sözleşmesi kurulduktan sonra kefalet sözleşmesi kurulmadan önceki cari hesap borçlarından da kefil sorumlu tutmak isteniyorsa bu anlaşmalar kefilin sorumluluğunu arttıracığı için Türk Borçlar Kanunu'nun 583. maddesinin 3. fıkrası gereğince yazılı olarak yapılması gerekmektedir²⁷³.

2. Mevcut Borcun Geçerli Bir Borç İlişkisinden Doğmuş Olması

Türk Borçlar Kanunu 582. maddesinin birinci fıkrasının birinci cümlesine göre kefalet sözleşmesi mevcut ve geçerli bir borç için yapılabilir. Buna göre, kefalet sözleşmesinin hüküm doğurabilmesi için öncelikle, mevcut ve geçerli bir borç ilişkisinden doğmuş asıl alacağın varlığı gerekmektedir²⁷⁴. Kefalet sözleşmesine konu olan asıl borcun herhangi bir sebeple hükümsüz olması halinde, kefalet sözleşmesi de fer'i niteliğinden ötürü hüküm ifade etmeyecektir²⁷⁵. Mehaç İsviçre

²⁶⁹Yavuz, Kefalet, s. 294; Gümüş, s. 299; Pestalozzi; M. 499, N. 11.

²⁷⁰Zevkliler ve Gökyayla, s. 661; Reisoğlu, Seza, s.47; Barlas, kefalet, s. 46; Aral/Ayrancı, s. 427.

²⁷¹Özen, s. 153; Grassinger, Savunma İmkanları, s. 87; Gümüş, s. 299.

²⁷²Yavuz, Kefalet, s. 261; Gümüş, s. 300.

²⁷³Gümüş, s. 300.

²⁷⁴Zevkliler ve Gökyayla, s. 661; Aydoğdu ve Kahveci, s. 671; Barlas, Kefalet, s. 45; Grassinger, savunma imkanları, s. 19-21; Bilge, s. 396; Şahan, Gökhan, Kefalet Sözleşmesinin Sona Ermesi, Ankara 2009, s. 24; Tandoğan, Geçerlilik, s. 19; Helvacı, İlhan, Hukuki Mütalaalar, İstanbul 2010, s. 398; Uygur, şerh, s. 2522; Reisoğlu, Seza, yeni, s. 45; Yavuz, s. 57; Develioğlu, s. 158; Özen, s. 142; Yavuz, Cevdet, s. 706; Pestalozzi; M. 492, N. 20; Erzurumluoğlu, Erzan, Sözleşmeler Hukuku, Ankara 2012, s. 198.

²⁷⁵Aral/Ayrancı, s. 426; Develioğlu, s. 158; Reisoğlu, Seza, Kefalet, s.45; Berki, Ş., Kefalet, s. 17. "Dava, keşidecisi Ahmet Bazan kefil davalı, Ahmet Taş, lehdarı İbrahim Oğur olan 14.3.1995 tanzim tarihli 755.000.000.-TL'lık bono ile borçlu olunmadığının tespiti ve bononun iptali istemiyle açılan

Borçlar Kanunu'nun 492. maddesinin ikinci fıkrasının ilk cümlesinde kefalet sözleşmesinin varlığının ancak geçerli bir borca dayanması halinde mümkün olacağı açıkça ifade edilmiştir.

Kefalet sözleşmesi ile güvence altına alınabilecek borçlar türü ve kaynakları bakımından sınırlanmamış olup, her türlü borç kefalet sözleşmesi ile güvence altına alınabilir²⁷⁶. Buna göre, kefalet sözleşmesi ile güvence altına alınan borç para borcu olabileceği gibi, parasal bir değer taşıdığı sürece yapma borcu yahut verme borcunun da kefalet sözleşmesi ile teminat altına alınması mümkündür²⁷⁷. Kefil olunan borcun kaynağının sözleşmeden kaynaklanması şart olmayıp haksız fiil ya da sebepsiz zenginleşmeden kaynaklanan borçlar için de kefil olunabilmesi mümkündür²⁷⁸. Bu bağlamda kefalet sözleşmesine konu olan edim verme edimi olabileceği gibi yapma yahut yapmama edimlerinin de kefalet sözleşmesine konu edilebilmesi mümkündür²⁷⁹. Kefalet sözleşmesi ile kefil, borçlu tarafından borcun yerine getirilmemesi halinde ortaya çıkacak olan zararları karşılamayı taahhüt ettiğinden esas borçlunun ediminin borçlunun kişiliğine bağlı olması önem taşımayıp, borçlunun kişiliğine bağlı edimlere ilişkin olarak da kefalet sözleşmesinin akdedilmesi mümkündür²⁸⁰.

Eksik borç, bir borç ilişkisinde alacaklının borçluya karşı sahip olduğu talep, dava veya cebri icraya başvurma yetkilerinden kısmen yahut tamamen yoksun olduğu borçlardır. Borçlu eksik borcu kendi iradesi ile yerine getirebilmekle birlikte borçlu borcunu ifa etmediği takdirde ifaya zorlanamaz. Eksik borçlar arasında kumar

menfi tesbit davasıdır. Davalı Ahmet Taş duruşmalara gelmemiş, davaya da cevap vermemiştir. Davalı İbrahim Oğur vekili, keşideci Ahmet Bazan'ın zihinsel özürü olduğunu kabul etmediklerini, bononun geçerli bir borç için verildiğini savunarak davanın reddini istemiştir. Mahkemece, Adli Tıp Kurumu raporu ile Ahmet Bazan'ın hukuki ehliyete sahip olmadığını ve borç altına giremeyeceğinin anlaşıldığı gerekçesiyle İbrahim Oğur hakkında açılan davanın kabulüne, bononun iptaline, Ahmet Taş hakkında açılan davanın reddine karar verilmiş, hüküm davalılardan İbrahim Oğur vekilince temyiz edilmiştir. Dosyadaki yazılara kararın dayandığı delillerle gerektirici sebeplere ve özellikle Adli Tıp Kurumu Başkanlığı 4.İhtisas Kurulunun 5.7.2000 tarihli raporu ile Ahmet Bazan'ın beş yaşında başlayıp hayatı boyunca devam edecek zeka geriliği (ensefalit) nedeniyle bononun tanzim tarihinde hukuki ehliyete sahip olmadığını anlaşılmasına, BK.nun 485. maddesi gereği kefaletin, kefilin sorumlu olmayı taahhüt ettiği geçerli bir asıl borcun bulunmasına bağlı olup, ortada asıl borç bulunmadığından kefil Ahmet Taş'ında bono ile sorumlu tutulamayacak olmasına göre, davalılardan İbrahim Oğur vekilinin yerinde görülmeyen bütün temyiz itirazlarının reddiyle..." (Yargıtay 19. HD. E. 2001/1881 K. 2001/5269 T. 6.7.2001), (www.kazanci.com.tr, 16.6.2013)

²⁷⁶ Barlas, kefalet, s. 42; Özen, s. 139.

²⁷⁷ Gümüş, s. 299.

²⁷⁸ Barlas, kefalet, s. 42; Özen, s. 139.

²⁷⁹ Barlas, kefalet, s. 43; Özen, s. 139.

²⁸⁰ Özen, s. 139.

ve bahis borcu ile zamanaşımına uğramış borçlar da yer alır. Eksik borçlar için kefil olunması halinde kefalet sözleşmesinin geçerliliği bakımından genel bir yorum yapılmamalı her bir eksik borç hali ayrı ayrı ele alınmalıdır²⁸¹. Zamanaşımına uğramış borçlar için kefalet sözleşmesi aktedilmesi mümkündür²⁸². Eksik borçlar arasında yer alan kumar ve bahis borcunun da kefalet sözleşmesine konu olması mümkündür. Aynı durum evlenme simsarlığından kaynaklanan ücret alacağı için de geçerlidir²⁸³.

B. Kefilin Ehliyeti

Kefil olma ehliyeti ile kastedilen husus, kefil olan kişinin bu konuda irade beyanında bulunabilmesi için sahip olması gereken ehliyet koşuludur²⁸⁴. Medeni Kanununun 10. maddesinde düzenlenen fiil ehliyeti koşullarını taşıyan tam ehliyetli gerçek kişiler kefalet ehliyetine sahiptirler²⁸⁵. Bu bağlamda ayırt etme gücüne sahip ve kısıtlı olmayan her ergin kişi serbestçe kefalet sözleşmesi aktebilir²⁸⁶. Tam ehliyetli kimselerin kefalet sözleşmesi akdetmeleri bakımından herhangi bir sınırlama olmamakla birlikte diğer ehliyet grubunda yer alan kimseler ile tüzel kişilerin kefalet ehliyetlerini, özellikleri nedeniyle ayrı ayrı incelemek gerekir.

1. Gerçek Kişilerin Kefalet Ehliyeti

1.1. Tam Ehliyetsiz Kişilerin Kefalet Ehliyeti

Türk Medeni Kanunu'nun 13. ve 15. maddelerinde belirtildiği üzere ayırt etme gücüne sahip bulunmayan kimseler, tam ehliyetsiz kişilerdir. Bu kişilerin ne kendilerinin ne de kendilerine yönelik olarak açıklanan irade beyanlarının hukuki

²⁸¹ Yavuz, s. 59; Özen, s. 146.

²⁸² Gümüş, s. 300, Özen, s. 146, Reisoğlu, Seza, Kefalet, s.47, Grassinger, savunma imkanları, s. 32.

²⁸³ Tandoğan, Borçlar, s. 724-725; Özen, s. 147.

²⁸⁴ Gümüş, s. 304; Erzurumluoğlu, s. 199; Özen, s. 162.

²⁸⁵ Reisoğlu, Seza, Kefalet, s.52.

²⁸⁶ Zevkliler ve Gökyayla, s. 663; Yavuz, s. 60; Yavuz, Cevdet, s. 707; Özen, s. 162; Aydoğdu ve Kahveci, s. 673; Reisoğlu, Seza, Kefalet, s.52.

sonuç doğurması mümkün olmadığından, tam ehliyetsiz kimselerin kefalet sözleşmesi ile kendilerini borç altına sokmaları mümkün değildir²⁸⁷.

1.2. Sınırlı Ehliyetli Kişilerin Kefalet Ehliyeti

Sınırlı ehliyetliler, ergin, ayırtım gücüne sahip ve aynı zamanda kısıtlı olmayan kimselerdir. Bu kimseler tam ehliyet koşullarına sahip olmakla birlikte, özel durumları nedeniyle gerek kendilerini gerekse çevresinde yer alan kimseleri korumak amacı ile kanunda yer alan bazı tür işlemleri yapabilmeleri için kendilerine yasal danışman atanan kişilerdir. Sınırlı ehliyetli grubunda yer alan kişiler kendilerine yasal danışman atananlar ile evli kimseler olup, evli kimselerin kefalet sözleşmesini akdetmeleri ayrı bir başlık altında ele alınacağından burada sadece kendisine yasal temsilci atanan kimselerin kefalet ehliyetine değinilecektir.

Türk Medeni Kanunu'nun 429. maddesinde belirtildiği üzere kısıtlanmaları için yeterli sebep olmamakla birlikte fiil ehliyetinin sınırlanması kendisinin yahut çevresin korunması bakımından gerekli görülen ergin bir kişiye maddede belirtilen işlemleri yaparken görüşünü almak üzere yasal danışman atanır ve bu kimseler sınırlı ehliyetli kimseler grubunda yer alır. Maddenin 9. bendinde kefalet sözleşmesi de sayıldığı için kendisine yasal danışman atanan kişi, kendisi bizzat kefalet sözleşmesi yapamamakta, geçerli bir kefalet sözleşmesi ile borç altına girebilmesi için yasal danışmanının onayını alması gerekmektedir²⁸⁸. Kendisine yasal danışman atanan kimse tek başına kefalet sözleşmesi akdedemeyeceği gibi yasal danışman da tek başına yasal danışman atanan kimse adına kefalet taahhüdünde bulunamayacaktır²⁸⁹.

Buna karşılık, kendisine kayyım tayin edilen kimselerin kefalet ehliyetinde herhangi bir kısıtlama söz konusu olmadığından, bunlar kefalet ehliyetine tam olarak sahiptirler²⁹⁰.

²⁸⁷ Zevkliler ve Gökyayla, s. 664; Grassinger, savunma imkanları, s. 72-81; Özen, s. 166; Erzurumluoğlu, s. 199; Helvacı, S. (2012) Gerçek Kişiler. İstanbul: Legal Yayıncılık, s. 68.

²⁸⁸ Yavuz, Cevdet, s. 707; Gümüş, s. 304; Erzurumluoğlu, s. 200; Özen, s. 168; Reisoğlu, Seza, s.58; Helvacı, Serap, s. 64.

²⁸⁹ Zevkliler ve Gökyayla, s. 664; Reisoğlu, Seza., s.58.

²⁹⁰ Oser ve Schönerberger, M. 492, N. 80; Zevkliler ve Gökyayla, s. 664; Tandoğan, II, s. 727; Tandoğan, geçerlilik, s. 26; Reisoğlu, Seza, Kefalet, s.59, Yavuz, s. 61; Özen, s. 168.

1.3. Sınırlı Ehliyetsizlerin Kefalet Ehliyeti

Sınırlı ehliyetsizler grubunda, Türk Medeni Kanunu'nun 16. maddesine göre ayırt etme gücüne sahip küçük ve kısıtlılar yer almaktadır. Türk Medeni Kanunu'nun 16. maddesinin birinci fıkrasına göre; *“Ayırt etme gücüne sahip küçükler ve kısıtlılar, yasal temsilcilerinin rızası olmadıkça, kendi işlemleriyle borç altına giremezler.”* Vesayet altında bulunan kimselerin vasilerinin vesayet altında bulunan kimse adına kefalet sözleşmesi yapma ehliyeti Türk Medeni Kanunu'nun 449. maddesinde düzenlenmiştir. Hükme göre; *“Vesayet altındaki kişi adına kefil olmak, vakıf kurmak ve önemli bağışlarda bulunmak yasaktır.”* Söz konusu düzenleme sebebiyle vesayet altında bulunan küçük ve kısıtlılar adına kefalet sözleşmesi yapmak vasi için yasak işlemler arasında yer almaktadır. Türk Medeni Kanunu'nun 342. maddesinin 3. fıkrasında yapılan atıf gereğince, vesayet makamına ilişkin olan kefalet yasağı veliler hakkında da uygulama alanı bulacaktır. Buna göre, anne ve baba da velayet altında bulunan çocukları adına kefalet taahhüdünde bulunamazlar. Söz konusu düzenlemeler uyarınca vesayet yahut velayet altında bulunan küçük ve kısıtlılar kefalet ehliyetleri bulunmadığı için, kefalet sözleşmesi ile borç altına giremezler²⁹¹. Özen'e göre kefalet ehliyetine getirilen bu sınırlamalar hak ehliyetine getirilen bir sınırlama niteliği taşımaktadır²⁹².

Sınırlı ehliyetsiz kişiye bir meslek ya da sanatın yürütülmesi için izin verilmesi Türk Medeni Kanunu 453. maddesi uyarınca mümkündür. Sınırlı ehliyetsiz kişinin, izin verilen işle ilgili her türlü olağan işleri yapmaya yetkili ve bu tür işlemlerden dolayı bütün malvarlığı ile sorumlu olduğu Türk Medeni Kanunu'nun 453. maddesinde açıkça hükme bağlanmıştır. Söz konusu düzenleme sebebiyle ifa edilmesine izin verilen sanat ve mesleğin icrası kapsamında yer alan vesayet veya velayet altındaki kişilerin kefalet sözleşmesi taahhüdünde bulunmasında, onaya gerek duyulmaksızın geçerli olacağı kabul edilmektedir²⁹³.

²⁹¹ Gümüş, s. 304; Erzurumluoğlu, s. 200; Aydoğdu ve Kahveci, s. 673; Tandoğan, II, S. 727; Tandoğan, geçerlilik, s. 26; Bilge, kefalet, s. 321; Reisoğlu, Seza, Kefalet, s.59; Uygur, şerh, s. 2517. Sınırlı ehliyetsiz alacağını güvence altına almak maksadı ile kefil olan üçüncü bir kişiyle kefalet alacaklısı olmaları mümkündür.(Zevkliler, A., Acabey, B. ve Gökyayla, K. E.(2000) Medeni Hukuk. Ankara: Seçkin Yayıncılık, s. 283.)

²⁹² Özen, s. 163.

²⁹³ Oser ve Schönerberger, M. 492, N. 80; Aral, s. 449; Reisoğlu, Seza, Bankacılık Uygulamasında Kefalet, s. 29- 30; Reisoğlu, Seza, Muteberlik Şartları, s. 355; Yavuz, Kefalet, s. 499- 500; Tandoğan

1.4. İflas ve Konkordato Halinde Kefalet Ehliyeti

İflas halinde müflisin kefalet ehliyetinde herhangi bir sınırlama söz konusu değildir ve müflis kefalet sözleşmesi akdedebilecektir²⁹⁴. Bunun sebebi İcra ve İflas Kanunu'nun 191. maddesi uyarınca müflisin tasarruf yetkisi ortadan kalkmakla birlikte borçlandırıcı işlemler yapmasında herhangi bir sınırlandırma getirilmemiş olduğundan, müflis geçerli bir şekilde kefalet sözleşmesi kurabilecektir²⁹⁵. Hal böyle olmakla birlikte müflis ile kefalet sözleşmesi akdetmiş olan alacaklının kefalet sözleşmesinden kaynaklanan alacağını iflas masasına karşı ileri sürme hakkı bulunmamakla birlikte bu hak, iflas kaldırıldıktan sonra, kefalet sözleşmesi ile bağlı olan müflise karşı ileri sürülebilecektir²⁹⁶.

Hakkında mahkeme kararı ile konkordato süresi verilmiş olan kişinin kefalet ehliyetine ilişkin sınırlama İcra ve İflas Kanunu'nun 290. maddesinin 2. fıkrasında yer alır. Söz konusu düzenleme uyarınca kendisine konkordato süresi verilen kişinin kefalet ehliyeti sınırlandırılmıştır²⁹⁷.

1.5. Noterlerin Kefalet Ehliyeti

Noterlerin kefalet ehliyeti bakımından Noterlik Kanunu'nun 50. maddesinin 3. fıkrasında bir düzenleme yer almaktadır. Anılan hükme göre; *"Noterler borsa oyunu oynamak, 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun 28 inci maddesinin 1 inci fıkrasındaki anlamda ticaret yapmak, kefil olmak, kendilerine ait ücretlerden herhangi bir şekilde indirim yapmak, aracı kullanmak, reklâm ve rekabet niteliğinde bir eylemde bulunmak ve her ne suretle olursa olsun noterlik ücreti hususunda kendi aralarında sözlü veya yazılı anlaşma yapmakta yasaklıdır."* Bu düzenleme

, s. 726; Reisoğlu, Seza, Kefalet, s.59-60; Bilgen, s.51; Aydoğdu ve Kahveci, s. 673; Özen, s. 163. Ayrıntılı bilgi için bkz. Zevkliler, Acabey ve Gökyayla, s. 284 vd..

²⁹⁴ Oser ve Schönerberger, M. 492, N. 80; Zevkliler ve Gökyayla, s. 664; Bilgen, s. 72; Yavuz, Cevdet, s. 707; Yavuz, s. 61; Reisoğlu, Seza, Kefalet, s.57, Özen, s. 169.

²⁹⁵ Reisoğlu, Seza, Kefalet, s.57, Özen, s. 169.

²⁹⁶ Zevkliler ve Gökyayla, s. 664; Yavuz, Cevdet, s. 707; Reisoğlu, Seza, Kefalet, s. 58, Aydoğdu ve Kahveci, s. 673; Yavuz, s. 62; Uygur, şerh, s. 2517; Özen, s. 169.

²⁹⁷ Zevkliler ve Gökyayla, s. 664; Reisoğlu, Seza, s.58; Aydoğdu ve Kahveci, s. 673; Özen, s. 169.

sebebiyle noterlerin kefalet ehliyetine yasak getirilmiştir²⁹⁸. Dolayısıyla noterler hiçbir şekilde kefalet sözleşmesi yapamazlar.

2. Tüzel Kişilerin Kefalet Ehliyeti

2.1. Özel Hukuk Tüzel Kişilerinin Kefalet Ehliyeti

Özel hukuk tüzel kişilerinin hak ve fiil ehliyeti Türk Medeni Kanunu 48 ve devamı maddelerinde düzenlenmiştir. Türk Medeni Kanunu'nun 48. maddesinde özel hukuk tüzel kişilerin hak ehliyeti düzenlenmiştir. Hükme göre; *“Tüzel kişiler, cins, yaş, hısımlık gibi yaradılış gereği insana özgü niteliklere bağlı olanlar dışındaki bütün haklara ve borçlara ehildirler.”* Kanun'un 49. maddesinde ise fiil ehliyeti düzenlenmiştir. Düzenlemeye göre; *“Tüzel kişiler, kanuna ve kuruluş belgelerine göre gerekli organlara sahip olmakla, fiil ehliyetini kazanırlar.”*

Söz konusu maddeler gereğince hak ve fiile ehliyetine sahip bir derneğin yürütme ve temsil yetkisinin Türk Medeni Kanunu'nun 85. maddesi uyarınca derneğin yönetim kurulunca kullanılacağı hükme bağlanmış olup, Dernekler Kanunu'nun 4. maddesinin b, e ve f bendinde dernek tüzüğünde derneğin amacı ve bu amacı gerçekleştirmek için dernekçe sürdürülecek çalışma konuları ve çalışma biçimleri ile faaliyet alanının, yönetim ve denetim kurullarının görev ve yetkilerinin, derneğin borçlanma usullerinin belirtileceği hükmü yer almaktadır. Söz konusu düzenlemeler uyarınca derneğin akdettiği kefalet sözleşmesinin geçerliliğinin belirlenmesinde kefalet sözleşmesinin derneğin amacının gerçekleşmesine hizmet edip etmediği hususu dikkate alınacaktır²⁹⁹. Bu bağlamda derneğin akdettiği kefalet sözleşmesinin geçerli olması için kefalet sözleşmesinin konusunun derneğin amacını gerçekleştirmesine hizmet etmesi aranacaktır³⁰⁰.

Vakıfların kefalet ehliyeti bakımından Türk Medeni Kanunu'nda herhangi bir düzenleme bulunmamaktadır. Türk Medeni Kanunu'nun 106. maddesinde, vakıf senedinde vakfın amacının belirtilmesi gerektiği düzenlenmiştir. Ayrıca Vakıflar

²⁹⁸ Zevkliler ve Gökyayla, s. 664; Yavuz, s. 62; Uygur, şerh, s. 2517; Bilgen, s. 72; Tandoğan, Noterler, s. 6- 7; Yavuz, Cevdet, s. 707.

²⁹⁹ Özen, s. 169; Reisoğlu, Seza, Kefalet, s. 53; Bilgen, s. 72.

³⁰⁰ Zevkliler ve Gökyayla, s. 664; Gümüş, s. 311; Reisoğlu, Seza, Kefalet, s.54; Aydoğdu ve Kahveci, s. 673; Özen, s. 169.

Kanunu'nun 10. maddesinde vakıf yöneticilerinin vakfın amacı doğrultusunda faaliyette bulunmaları gerektiği ve vakfın mallarının ve gelirlerinin de bu amaç doğrultusunda kullanılması gerektiği ifade edilmiş ve aksi kullanımın yöneticilerin görevden alınmasını gerektireceği düzenlenmiştir. Bu düzenlemeler uyarınca vakıf senesinde kefalet ehliyetini sınırlayıcı bir hüküm yer almaması halinde vakfın kefalet ehliyetine sahip olduğu kabul edilmektedir³⁰¹. Sonuç olarak vakfın aktettiği kefalet sözleşmesinin geçerliliğin tespitinde aktedilen kefalet sözleşmesinin konusu dikkate alınacak kefalet sözleşmesi vakfın amacına ilişkin olarak yapılmış ise, geçerli kabul edilecektir³⁰².

6762 sayılı Ticaret Kanunu'nun 137. maddesinde, ticaret şirketlerinin ehliyeti şu şekilde düzenlenmişti; *“Ticaret şirketleri hükmi şahsiyeti haiz olup şirket mukavelesinde yazılı işletme mevzuunun çevresi içinde kalmak şartıyla bütün hakları iktisap ve borçları iltizam edebilirler. Bu husustaki kanuni istisnalar mahfuzdur.”*. Söz konusu düzenleme ticaret şirketlerinin ehliyetlerini işletme konusu ile sınırlamaya yönelik idi ve bu sınırlama *ultra vires* ilkesi olarak anılmaktaydı. Ultra vires teorisine göre, ticari şirketlerin ehliyetleri esas sözleşmelerinde belirlenen konu ve amaç ile sınırlı olup, bu sınırlar dışında şirketin ehliyeti bulunmadan yapılan işlemler batıldır. Bu işlemlerin sonradan genel kurul kararı ile onaylanarak geçerli hale gelmeleri mümkün değildir³⁰³. Söz konusu düzenleme sebebiyle ticaret şirketlerinin kefalet ehliyeti hususu da doktrinde tartışılıyordu. Ticari şirketlerin esas sözleşmelerinde, şirketin kefalet sözleşmesi kurabileceği açıkça belirtilmişse, bu

³⁰¹ Bilgen, s. 73; Reisoğlu, Seza, Kefalet, s. 54.

³⁰² Gümüş; s. 311; Reisoğlu, Seza, Kefalet, s. 54; Aydoğdu ve Kahveci, s. 673.

³⁰³ Ansay, T. (1960) Anonim Şirketlerde Ehliyet Meselesi. *Ticaret Ve Banka Hukuku Haftası* içinde(81-97). Ankara, s. 81; Domaniç, H.(1978). Anonim Şirketler. İstanbul, s. 124; Franko, N. (1985). Ticaret Şirketlerinin Kefalet Ehliyeti. *Ticaret Hukuku Ve Yargıtay Kararları Sempozyumu II* içinde (37-53). Ankara, s. 44; Sengir, T.(1964). Ticaret Ortaklıklarında Kefalet. *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi* C. II, s. 416; Karayalçın, Y.(1973). Ticaret Hukuku(2. B.). Ankara: Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayını, s. 96; Yavuz, Kefalet, s. 62; Kuntalp, E., (1985). Ticaret Ortaklıklarının Ehliyeti. *Ticaret Hukuku Ve Yargıtay Kararları Sempozyumu II* içinde (5-21), s. 10; Franko, Kefalet, s. 19; Tandoğan , s. 731; Tandoğan, H. (1977). Kefaletin Geçerlilik Şartları. *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi*, C. 9/ 1, 19- 54, s. 30; Özkan, I.(1975). Tüzel Kişilerin Ehliyetlerinin Gaye İle Sınırlandırılması. *Adalet Dergisi*, Y. 66/ 3- 4, s. 368; İmregün, O.(1962) Türk Ticaret Kanununa Göre Ticaret Şirketlerinin Ehliyet Ve Temsili, *II Ticaret Ve Banka Hukuku Haftası* içinde (275-305). Ankara, s. 277 vd.; Arslanlı, H.(1942). İngiliz Şirketlerinde Ultra Vires Nazariyesi, *Adliye Ceridesi*, s. 5; Özsunay, E.(1982). Medeni Hukukumuzda Tüzel Kişiler, İstanbul: Sulhi Garan Matbaası, s. 62; Özkan, s. 369.

tüzel kişinin kefalet sözleşmesi kurma ehliyetinin var olduğu kabul edilecektir³⁰⁴. Kefalet sözleşmesinin geçerli olabilmesi için aranan en önemli şart, şirketin esas sözleşmesinde yer alan işletme konusu ile yapılan kefalet sözleşmesi arasında ilginin bulunması zorunluluğudur. Yargıtay'ın önceki tarihlerde verdiği kararları ticaret şirketlerinin kefalet ehliyetinin ticaret şirketinin işletme konusu ile sınırlı olduğu yönündedir³⁰⁵.

Daha sonraları ise Yargıtay Eski Türk Ticaret Kanunu'nun 137. maddesini daha geniş yoruma tabi tutmuştur³⁰⁶. Nihayetinde Yargıtay "bir ticaret şirketinin

³⁰⁴ Ansay, T. (1985) Anonim Şirketlerin Kefil Olabilme Ehliyeti. *Ticaret Hukuku Ve Yargıtay Kararları Sempozyumu* içinde(363-371). Ankara, s. 366- 367; Franko, Kefalet, s. 48- 50; Reisoğlu, Seza, Bankacılık Uygulamasında Kefalet, s. 24.

³⁰⁵ "Davacı banka, 6.4.1961 tarihli teminat ve kefalet mektubu kontrgarantisine istinaden, ... Bankası Ankara Şubesi Müdürlüğü'ne hitaben, dava dışı M. lehine, davalının şeriki bulunduğu ... Koll. Şirketi ve diğer iki şirket kefaletleriyle 250.000 lira meblağlı teminat mektubu verdiğini, talep üzerine muhataba tazmin ederek, lehdarın iflas ve davalı ile müflis M.'den ibaret kollektif şirketin, fesih ve tasfiye kararı alması üzerine, şirket ortağı davalı aleyhine icra takibine tevessül edip, itiraz edildiğinden, haksız itirazın iptali ile faiz, gider vergisi vesair masraflarla birlikte 507.787,74 liranın % 10,5 faiz ve gider vergisi ile tahsilini talep ve dava etmiştir. Davalı savunmasında, mukaveleyi düzenleyen M. olup şirket ortaklarının rıza ve malumatları dışında sözleşmeyi imzalaması esas mukavelelerin 7. ve 8. maddeleri uyarınca geçerli sayılmayacağına, ortak olduğu şirketin ilk şirketin devamı olmadığını, 1961 yılında vücut bulan şirket borcundan sorumlu tutulamayacağını, filhakika kendisine izafe edilen şirketin 25.10.1963 tarihinde tescil ve ilan edildiğini, şirket mukavelesindeki imzalar noterlikçe tasdik edilmediği gibi, sermaye olarak sadece mesaisini koyduğunu, ilan edilen şirketin adi şirket sayılacağını ve diğer nedenlerle davanın reddi gerektiğini ileri sürmüştür. Mahkemece, itirazın iptali ile, davacının 507.431,46 lira alacaklı olduğunun sübutuna, fazla talebin reddine, % 15 icra inkar tazminat tutarının tahsiline, karar verilmiştir. Hüküm, davalı tarafından temyiz edilmiştir.1 - 6.4.1961 tarihli kontrgarantiyi verenlerden ve davalının da ortak olduğu iddia edilen ... Kollektif Şirketi, 20.8.1956 tarihinde tescil ve ilan olunmuştur. Bu şirketin ortakları kuruluş zamanında M. ve C. den ibarettir.1.7.1963 tarihli şirketin karar defterinde, 1. ve 2. sahifelerinde yazılı olan ve şirket statüsünün tadiline ilişkin kararın noterlikçe tasdikli sureti, ticaret siciline tevdi ile tescil ve ilanı yapılmıştır. Ancak bu kararda, davalı A.'in imzasının bulunup bulunmadığı tevsik edilememiştir. Nitekim dosyada mevcut bu işleme ait fotokopide, davalının imzası bulunmamaktadır. TTK.'nun 154. maddesi uyarınca, kollektif şirket mukavelesinin yazılı olması şartı ile birlikte mukaveledeki imzaların da noterlikçe tasdiki şartı mevcut olup, aynı Kanunun 156. maddesi uyarınca bu iki şart mevcut olmadıkça, şirketin kuruluşu geçerli olamaz. Başka bir deyimle, imzanın noterlikçe tasdik edilmesi bir geçerlilik şartıdır. Bu şart olayda tahakkuk etmemiş olduğuna göre, yukarıda sözü edilen 156. madde gereğince bu eksiklik nedeniyle mevcut kuruluşa adi şirket hükümlerinin uygulanması gerekir. Kontgaranti de, adi şirketin kurulmasından önce verilmiş olmasına göre, 1.7.1963 tarihinde kurulmuş olan davalı A.'in şerik bulunduğu adi ortaklığın ve dolayısıyla A. bu kontrgarantiden sorumlu değildir. Kaldı ki, şirket statüsünün 5. maddesinde, şirketin iştigal mevzuu otomobil yedek aksamı parekenciliği yapmak olup, aynı kanunun 137. maddesi gereğince ortaklıkların hukuki ehliyeti şirket sözleşmesinde yazılı işletme konusunun çevresi içinde kalmakla sınırlıdır. Bu bakımdan konularına girmeyen işlerde hakları iktisap ve borçları iltizam edemezler. Dava konusu borç, şirket mevzuuna giren işlerden bulunmadığından davalının bu yönden de sorumlu tutulmaması gerekir." (Yargıtay 11. Hukuk Dairesi E. 1976/1051 K. 1976/1743 T. 1.4.1976), (www.kazanci.com.tr, 15.05.2013)

³⁰⁶ "Davacı vekili, müvekkili bankanın davalıların şerik oldukları Bursa ... Yem Sanayi ... Kollektif Şirketi F. ve Z.; ve ... Giyim Sanayi ve Ticaret Kollektif Şirketi F. ve Z. şirketleri'nin müşterek borçlu ve müteselsil kefil imzalarıyla davadışı N. ismindeki müşteriye kredi açıldığını, asıl borçlu borcu ödeyemediğini ve davalıların ortak oldukları şirketler sonradan tasfiye edildiğini ve davalılardan ihtarname ile borcun tediyesi istenmesine rağmen ödenmediğinden 150.097,13 liranın % 11,5 faiz,

diğer bir ticaret şirketinin borcuna kefil olmasının söz konusu ticaret şirketlerinin uğraş alanları arasında benzerlik olması ve kefalet sözleşmesine konu olan borcun kefil olan şirketin uğraş alanlar içerisinde yer alan bir sözleşmeden kaynaklanması gerekmeksizin kefalet sözleşmesini akdedebilmeleri mümkündür” diyerek ultra vires ilkesinin uygulama alanını daraltmıştır³⁰⁷.

Yeni Ticaret Kanunu’nda yer alan ticaret şirketlerinin kefalet ehliyetine ilişkin düzenlemede, Türk Ticaret Kanunu’nun 125. maddesinin 2. fıkrası ticaret şirketlerinin Türk Medeni Kanunu’nun 48. maddesinde belirtilen sınırlar dahilinde bütün haklardan yararlanıp borç üstlenebileceği hükme bağlanmıştır. Böylece Yeni Türk Ticaret Kanunu, ticaret şirketlerinin kefalet ehliyetini sınırlandıran herhangi

muamele vergisi ve komisyon ile tahsilini talep ve dava etmiştir. Davalılar vekili cevap dilekçesinde, kollektif şirketin 31.12.1973 tarihinde fesih ve tasfiye edildiğini ve dolayısıyla kefalet de sona erdiğinden davanın reddini istemiştir. Mahkemece, toplanan delillere göre şirket sözleşmesinde üçüncü şahıslar lehine kefalette bulunulacağına dair bir kayıt olmadığı gibi bu kefaletin şirket mevzuu ile de ilgili bulunmadığı ve davalı F. yetki dışına çıkarak tek başına imzalaması nedeniyle şahsen sorumlu olduğu kabul edilerek bilirkişi raporu uyarınca 150.097,13 liranın dava tarihi olan 23.3.1976 tarihinden itibaren % 11,5 akti faizi 27.042,95 liranın, muamele vergisi 7.886,47 liranın % 3 komisyon tutarı 4.502,91 liranın davalı F.’den tahsiline, diğer davalı hakkındaki davanın reddine karar verilmiştir. Hüküm, davacı ve davalı F. vekili tarafından temyiz edilmiştir.1 - TTK.’nun 137. maddesi gereğince ticaret ortaklıkları tüzel kişiliği haiz olduğundan şirket ana sözleşmesinde yazılı işletme konusu çevresi içinde kalmak koşulu ile bütün hakları edinebilir ve borçları yüklenirler. Ticaret ortaklıklarının işletme konuları içinde (kefalet etmek) gibi işlemler yer almaz. Bir ticaret işletmesinin belli konudaki faaliyetini sürdürebilmesi için gerektiğinde kredi temini yoluna gitmesi ve bu nedenle başkasının kefaletini temin etmesi iktiza ettiği gibi aynı suretle başkasına kefil olması olanağı da vardır. Olayda iki davalının ortağı buldukları kollektif şirketi her iki ortağın ayrı ayrı münferiden temsil ve borçlandırmağa yetkisi vardır. Kendilerinin ortaklığın işlerini yürütmeleri TTK.’nun 160. maddesi hükmüne dayanmaktadır. Bu yetkinin kapsamı aynı kanunun 165. maddesi hükmü ile sınırlıdır. Bu hükme göre şirketin idaresine giren hususlar ortaklık amaç ve konusunu gerçekleştirmek için yapılması gereken mutad işlem ve işlerden ibarettir. Şirketi idare edenler ortaklık menfaatlerine uygun gördükleri işlerde sulh, kabul ve feragat ile tahkime dahi yetkilidirler. Teberruda bulunmak ve ortaklık konusuna girmiyorsa taşınmazları satmak ve satın almak ve teminat olarak göstermek gibi mutad iş ve muameleler dışında kalan hususlarda ortakların ittifakı şarttır. Uyuşmazlık konusu olan kefalet, mutad iş ve muameleler arasına girer. 2- HUMK.’nun 238. maddesinin 2. fıkrası gereğince maruf ve meşhur olan hususlar muvazaalı sayılmayacağından kefalet etmenin bir şirketin mutad iş ve muameleleri arasına girdiği ticaret çevrelerinde bilinen ve uygulanan bir husus olduğundan bunun ayrıca kanıtlanmasına da gerek yoktur. Ancak aksi iddia olunursa, yetenekli bilirkişiler aracılığı ile uyuşmazlığın çözümlenmesi ve 5590 sayılı Kanun’un 5/g hükmü gereğince ticari örf ve adetle ticaret odasından sorulması ve sonucuna uygun bir karar verilmesi iktiza eder.3 - Ortaklık yöneticisi F. bu suretle ortaklığı kefalet taahhüdü ile borç altına soktuğuna göre kişisel olarak kendisinin sorumluluğu sözkonusu olmaz. Ortaklık tüzel kişiliği fesih yoluyla usulü veçhile tescil ve ilan edilerek sona erdiğine göre iki ortağın da bu kefaletten dolayı sorumlulukları BK.’nun 492. maddesi gereğince asıl borcun herhangi bir nedenle düşmesinden kadar devam edeceğinden TTK.’nun 179. maddesi hükmüne dayanılarak her iki ortaktan, kanıtlanan alacağın tahsiline karar verilmemesi doğru görülmemiştir.4 - Bundan başka dava dilekçesinde, davadan önceki faiz istenmemiş ve HUMK.’nun 1. maddesi gereğince müddeabihe dahil edilmesi gerekmemiş olduğu halde dava tarihinden tahsil tarihine kadar talep veçhile faize hükmedilmek gerekirken karar tarihi ile sınırlı tutulmasında da isabet yoktur.5 - Yukarıdaki nedenlere göre davalı F.’nin temyiz itirazları yerinde değildir.” (Yargıtay 11. Hukuk Dairesi E. 1978/7K. 1978/354T. 7.2.1978), (www.kazanci.com.tr, 15.05.2013)

³⁰⁷ Özen, s. 172.

düzenleme içermemektedir. Diğer ifade ile, ticaret şirketlerinin kefalet ehliyeti, ultra vires ilkesi uygulaması kaldırıldığından, tamdır³⁰⁸.

Kooperatiflerin kefalet ehliyetine ilişkin olarak Kooperatifler Kanunu'nda herhangi bir düzenleme bulunmamaktadır. Bu durumda, Kooperatifler Kanunu'nun 98. maddesinin atfı gereğince, Kooperatifler Kanunu'nda hüküm bulunmayan hallerde Türk Ticaret Kanunu'nun anonim şirketlere ilişkin olan hükümleri uygulanacağından kooperatifler, herhangi bir sınırlamaya tabi olmaksızın tam olarak kefalet ehliyetine sahiptirler.

2.2. Kamu Tüzel Kişilerinin Kefalet Ehliyeti

Kamu tüzel kişileri, kamu hukuku tüzel kişileri kamu hukuku kurallarına tabi, devlet tarafından kamu gücü ayrıcalıkları ve yükümlülükleri ile donatılmış olan tüzel kişi grubudur. Kamu hukuku tüzel kişileri esas olarak kamu hukuku kurallarına tabi olmakla birlikte, nitelikleri ile bağdaştığı ölçüde özel hukuk tüzel kişilerinin genel hükümlere göre haiz olduğu hakları kullanabilir, borçları da yüklenebilir. Kamu hukuku tüzel kişilerinin ehliyetleri kendilerini kuran yasada belirtilen faaliyetlerle sınırlı olduğundan kamu tüzel kişinin kefalet ehliyetinin tespitinde kurucu yasadaki hareket edilecek ve kamu tüzel kişinin sadece yasada açıkça belirtildiği takdirde kefalet sözleşmesi akdedebileceği kabul edilecektir³⁰⁹.

C. Kefalet Sözleşmesinin Şekli Koşulları

1. Genel Olarak Kefalet Sözleşmesinin Şekli (Yazılı Şekil Zorunluluğu)

Kefalet sözleşmesinin şekline ilişkin olarak Türk Borçlar Kanunu'nun 583. maddesinde düzenleme yapılmıştır. Hükme göre; *“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*

³⁰⁸ Gümüş, s. 311.

³⁰⁹ Reisoğlu, Seza, Kefalet, s. 57; Özgenç, İ.(1995). Tüzel Kişinin Sorumluluk Ehliyeti, *Reha Poroy'a Armağan* içinde (319- 344). İstanbul: İstanbul Üniversitesi Yayını, s. 324 vd.; Aydoğdu ve Kahveci, s. 673.

ifadeyle yükümlülük altına girdiğini kefalet sözleşmesinde kendi el yazısıyla belirtmesi şarttır.

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 uyararak kefilin sorumluluğunu borcun belirli bir miktarıyla sınırlandırmayı kararlaştırabilirler.

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

Mehaz İsviçre Borçlar Kanunu'nun 493. maddesinde yer alan düzenlemeye göre ise; “ Kefaletin geçerliliği kefalet sözleşmesinin yazılı olarak yapılmasına ve sözleşmede kefilin sorumlu olduğu azami miktarın gösterilmesine bağlıdır.

Kefilin gerçek kişi olması halinde kefalet sözleşmesinin kefalet sözleşmesinin aktedildiği yerde yürürlükte olan kurallara uygun olarak resmi şekilde yapılması zorunludur. Kefalet bedelinin 2000 frangı aşmıyorsa kefilin kefalet senedinde kendi el yazısı ile sorumlu olduğu azami miktarı ve müteselsil kefil olunması halinde müteselsil kefil sıfatıyla yükümlülük altına girdiğini yazması yeterlidir.

Kamu hukukundan doğan borçlar sebebiyle, konfederasyon veya kamu kurumlarına yahut bir kantona karşı, gümrük hakları, vergiler ve benzerleri ile navlun kefaletleri için kefalet sözleşmesinin yazılı olarak yapılması ve kefilin sorumlu olduğu azami miktarı içermesi gerekir.

Resmi şekil koşulundan kaçmak maksadı ile kefalet altına alınan miktarların bölünmesi halinde toplam miktar için öngörülen şekil şartına bölünen kısımlar için de uyulması zorunludur.

Kefil olunan borç miktarının artırılması ve adi kefaletin müşterek kefaletle dönüştürülmesi hali hariç olmak üzere kefalet sözleşmesinde yapılan değişikliklerin yazılı olarak yapılması yeterlidir. Kefil olunan borcun başka bir kişi tarafından üstlenilmesi halinde kefilin borç üstlenilmesine yazılı rızası olmadıkça kefalet sona erer.

Bir kişinin sözleşmenin diğer tarafına yahut üçüncü bir kişiye kendi adına kefalet sözleşmesi yapabilmesi için temsil yetkisi vermesi ve kefalet taahhüdünde bulunması kefalet sözleşmesinin şekil koşullarına tabidir. Taraflar, kefilin

sorumluluğunu borcun ilk ödenecek kısmı ile sınırlandırmayı yazılı şekle uyarak kararlaştırabilirler.

Federal hükümet, kefalet sözleşmesinin resmi şekil için ödenmesi gerekli olan ücretlerin miktarına sınırlama getirebilir.”

Türk Borçlar Kanunu'nun 583. maddesinde yer alan düzenlemeden açıkça anlaşılacağı üzere, kefalet sözleşmesinin geçerlilik koşulu olarak yazılı şekil koşuluna bağlanmıştır. Bu yazılı şekil şartı geçerlilik koşulu olup ispat şekli değildir. Türk Borçlar Kanunu'nun 583. maddesinde kefalet sözleşmesi için getirilen şekil şartının geçerlilik koşulu olduğu açıkça düzenlenmeseydi dahi, 12. maddenin 2 fıkrasında kanunda getirilen “şekle ilişkin düzenlemelerin ayrıca belirtilmemiş ise geçerlilik şartına ilişkin olduğuna” dair hükmü sebebiyle, kefalet sözleşmesinde şekle ilişkin bu hükmün geçerlilik koşulu olduğunu kabul etmek gerekecekti³¹⁰. Kefalet sözleşmesinde şekil şartının getirilmiş olması, Hukukumuzda geçerli olan şekil serbestisi ilkesine bir istisna teşkil etmektedir.

Kefalet sözleşmesi ile ilgili, Türk Borçlar Kanunu'nun 583. maddesinde düzenlenmiş olan yazılı şekil şartı, öte yandan ispatı kolaylaştırmak, alacaklıyı korumak veya kamu düzenini sağlamak amacıyla değil, çoğunlukla karşılıksız olarak yükümlülük altına giren ve asıl borçlunun borcunu ödeyeceği düşüncesiyle üstlendiği tehlikenin önemini çoğu zaman farkında olmayan kefil daha iyi düşünmeye sevk etmek ve yüklendiği tehlikenin kapsamı konusunda onu uyarmak amacıyla getirilmiştir³¹¹.

Kefalet sözleşmesinin geçerlilik koşulu olarak şeklin içeriğine ilişkin bazı koşullar öngörülmüş olmakla birlikte, kefalet sözleşmesi yönünden ticari senetler gibi belli bazı kelimeleri içermesi zorunlu olan ve önceden hazırlanmış bir metni gerektirecek derecede sıkı şekil koşulları öngörülmemiştir.³¹² Buna ek olarak kefalet

³¹⁰ Uygur, Şerh, s. 2529.

³¹¹ Becker, M. 484 N. 1; Gümüş, s. 313; Aral/Ayrancı, s. 429; Tandoğan, s. 740; Yavuz, s. 501; Özen, s. 200; Reisoğlu, Muteberlik Şartları, s. 373; Helvacı, İlhan, s. 398; Şahan, s. 36; Reisoğlu, Seza., s. 72; Reisoğlu, Seza, Bankacılık Uygulamasında Kefalet, s. 43; Yavuz, s. 69; Karatay, s. 421; Sirmen, s. 44; Reisoğlu, Seza, Kefalet, s. 73; Kuntalp/Barlas, s. 267; Zevkliler ve Gökyayla, s. 665; Aydoğdu ve Kahveci, s. 674; Bilgen, s. 25; Taşdelen, N. (1998). Kefalet Sözleşmesinde Şekil. *Oğuz İmregün'e Armağan* içinde (731-764). İstanbul: Galatasaray Üniversitesi Yayını, s. 732; Tuğ, s. 107.

³¹² Oser ve Schönerberger (Çev. Sungurbey İsmet), M. 493, N. 20; Reisoğlu, Seza, Kefalet, s. 73, Özen, s. 216.

sözleşmesinde kefalet ya da kefil terimlerinin kullanılması ve sözleşmede kefaletname başlığının kullanılma zorunluluğu öngörülmemiştir³¹³.

Doktrinde bazı yazarlar kefalet yükümlüğünün tek bir belgede yer alması gerektiğini ileri sürmüş ve birbirini tamamlayan birden fazla belge olması durumunda kefalet sözleşmesinin geçerlilik şartının yerine getirilmiş sayılmayacağını savunmuşlardır³¹⁴. Birbirini tamamlayan senetlerden kastedilen, örneğin bir senet üzerinde kefil olma iradesinin; diğer senet üzerinde ise azami kefalet bedelinin gösterilmiş olmasıdır. Bu durumda halinde bu iki ayrı belgenin bir araya getirilerek geçerli olarak kurulmuş tek bir kefalet sözleşmesinin varlığından bahsedilemeyeceği halidir³¹⁵. Halbuki gerek mehzaz İsviçre Borçlar Kanunu'ndan, gerekse Türk Borçlar Kanunu'ndan kefaletin geçerlilik koşullarını düzenleyen hükümlerden bu şekilde çıkarım yapmak mümkün değildir³¹⁶. Birbiri ile bağlantı kurulabiliyor ve kefil tarafından atılan imzanın birden fazla kağıtta yer alan tüm belgeleri kapsadığı tespit edilebiliyor ise, kefalet sözleşmesi geçerli kabul edilecektir³¹⁷. Bu bağlamda birlikte kefalet yükümlülüğü altına giren kimselerin, kefil olma iradelerini tek bir belgede açıklamalarının mümkün olduğu gibi, her birinin ayrı ayrı belgelerde de kefil olma iradelerini açıklamaları mümkündür³¹⁸.

Kefalet sözleşmesinde kefilin kendi el yazısı ile belirtilmesi gerekli hususlardan olmak üzere, kefilin sorumlu olduğu azami miktar; kefalet tarihi ve müteselsil kefalet halinde kefilin bu sıfatla yahut bu şekilde yükümlülük altına girdiğini ifade eden bir ibare kullanılması gerekmektedir. Bu anlamda kefalet sözleşmesinin şekil koşuluna ilişkin getirilen düzenleme adi yazılı şeklin içeriği açısından bazı sözleşme unsurlarının kefilin el yazısı ile belirtilmesi zorunluluğu getirilmesinden dolayı *ağırlaştırılmış adi yazılı şekildir*³¹⁹. Kefalet sözleşmesinde kefalet tarihinin el yazısı ile belirtilmesinin geçerlilik koşulu olarak getirilmesi sebebiyle kefalet borcunun kefalet akdinden önce yahut sonra doğduğunun tespiti, evli olan kefilin kefalet akdini akdederken ayrı yaşayıp yaşamadığının tespitini

³¹³ Zevkliler ve Gökyayla, s. 667; Yavuz, Cevdet, s. 708.

³¹⁴ Reisoğlu, Seza, Kefalet, s. 75, Özen, s. 219; Taşdelen, s. 735.

³¹⁵ Reisoğlu, Seza, s. 75.

³¹⁶ Reisoğlu, Seza, s. 75, Özen, s. 219.

³¹⁷ Reisoğlu, Seza, s. 75, Özen, s. 219.

³¹⁸ Reisoğlu, Seza, Kefalet, s. 75; Özen, s. 219.

³¹⁹ Gümüş, s. 313; Bilgen, s. 27. Şekil şartına ilişkin düzenlemenin faydaları hakkında bkz. Barlas, geçerlilik, s. 355.

sağlamak gibi hususlar da şeklin zorunluluğu içeriği olarak önem kazanmaktadır³²⁰. Söz konusu bu düzenleme sebebiyle okuma yazması olmayan kimselerin bu şekil şartını yerine getiremeyeceği için kefil olması mümkün değildir³²¹.

2. Yazılı Şeklin İçeriği

2.1. Ferdileştirilmiş Esas Borcun Kefalet Senesinde Gösterilmesi

Kefalet sözleşmesinin şeklin içeriğine ilişkin geçerlilik koşullarında birisi ferdileştirilmiş asıl borcun kefalet sözleşmesinde gösterilmesi gereğidir. Diğer bir ifade ile geçerli bir kefalet sözleşmesinin kurulabilmesi için, kefilin ferdileştirilmiş bir asıl borca kefil olması gerekir³²². Asıl borcun ferdileştirilmesinin sağlanabilmesi için, kefalet sözleşmesinde alacaklının ve asıl borçlunun isimlerinin, borcun niteliğinin, borçlanma nedeninin, kefalet sözleşmesinde gösterilmesi gereklidir.

Kefalet sözleşmesinde borcun ferdileştirilmesi ile kastedilen, kefil olunan asıl borcun tanımlanmasıdır³²³. Buna göre, kefil olunan asıl borcun kefalet senesinde açıkça belirtilmesi gerekmektedir³²⁴. Diğer bir ifadeyle hangi borç için kefil olduğu kefalet sözleşmesinden açıkça anlaşılabilir olmalıdır³²⁵.

Kefalet sözleşmesinde esas borcun alacaklısının ismen belirtilmesi zorunlu olmamakla birlikte, sözleşmeden esas borcun alacaklısının belirli yahut belirlenebilir olması gerekir³²⁶. Diğer bir ifade ile kefil henüz doğmamış bir alacak için de kefalet sözleşmesinin akdedilebilmesi mümkündür. Kefil için alacaklının kim olduğundan öte borçlunun ödeme gücü de önemli olduğundan, ayrıca alacağın devri ile alacaklının değişmesinin mümkün olması nedeniyle kefalet sözleşmesinde borçlunun adının ismen belirtilmesi zorunluluğu bulunmamaktadır³²⁷. Ayrıca kefilin de

³²⁰ Sağlam, İ.(2005). Türk Borçlar Kanunu'nun Değerlendirilmesi Sempozyumu, *Legal Hukuk Dergisi*, 34, s. 3692.

³²¹ Öz, yenilik, s. 120.

³²² Daepfen, s. 349; Reisoğlu, Seza, Muteberlik, s. 339; Uygur, şerh, s. 2529; Becker, M. 484, N. 2; Yavuz, Cevdet, s. 709; Özen, s. 314; Yavuz, Nihat, Kefalet, s. 75; Taşdelen, s. 742.

³²³ Reisoğlu, Seza, "Kefalet Kavramı ve Muteberlik Şartları", AÜHFD, 1962, C. 19, S. 1-4, 339 vd., Özen, s. 213.

³²⁴ Olgaç, S.(1969). Kazai Ve İlmi İçtihatlarla Borçlar Kanunu, C. III, Ankara: Şark Matbaası, s. 431; Yavuz, Cevdet, s. 709; Yavuz, Nihat, Kefalet, s. 75; Özen, s. 214.

³²⁵ Daepfen, s. 349; Yavuz, Cevdet, s. 709; Uygur, şerh, s. 2529; Özen, s. 214.

³²⁶ Olgaç, Şerh, s. 431; Yavuz, Cevdet, s. 709; Özen, s. 213, Reisoğlu, Seza, Kefalet, s. 79.

³²⁷ Özen, s. 213, Reisoğlu, Seza, s. 79.

borçluyu nazara alarak kefalet sözleşmesini akdettiği dikkate alındığında alacaklının adının kefalet sözleşmesinde yer almaması kefilin haklarını zedeler nitelikte değildir³²⁸. Esas borcun alacaklısı borcun muacceliyet anında kim ise, kefile karşı talep hakkına sahip olan da odur³²⁹.

Alacaklının kim olduğunun kefalet sözleşmesinde açıkça belirtilmesi şart olmamakla birlikte, asıl borçlunun kim olduğunun belirtilmesi zorunludur³³⁰. Kefalet sözleşmesinde yazılı geçerlilik şartının getirilme amacı düşünüldüğünde, asıl borçlunun sözleşmede belirtilmesi, kefilin üstlendiği riziko bakımından önem taşımaktadır³³¹.

Türk Borçlar Kanunu'nun şekle ilişkin 583. maddesinde kefalet sözleşmesinde bazı hususların kefilin el yazısı ile belirtilmesi gerektiği ifade edilmiştir. Bu kapsamda kefalet sözleşmesinde kefalet bedelinin kefalet tarihinin ve müteselsil kefil olunması halinde müteselsil kefil olduğuna dair ifadenin kefilin el yazısı ile belirtilmesi gereklidir.

2.2. İmza

818 Sayılı Önceki Borçlar Kanunu döneminde kefilin boş bir kağıda imza atması ve sözleşmeyi doldurması için asıl borçluya vermesi halinde, kefalet sözleşmesinin geçerli olup olmayacağı doktrinde ve yargı kararlarında tartışılmaktaydı³³². 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu ile kefilin azami kefalet

³²⁸ Reisoğlu, Seza, Kefalet, s. 79.

³²⁹ Özen, s. 213.

³³⁰ Özen, s. 215, Reisoğlu, Seza, Kefalet, s. 80.

³³¹ Reisoğlu, Seza, Kefalet, s. 80.

³³² Reisoğlu, Seza, Kefalet, s. 77, Özen, s. 219. "Davacı vekili müvekkilinin davalı ile üçüncü kişi arasında düzenlenen kredi sözleşmesinin kefil olduğunu, kefaletin teminatı olarak davalıya boş bir senet verdiğini, davalı bankanın borcun ödenmemesi üzerine elindeki boş senedi doldurup icra takibine giriştiğini ileri sürerek senedin kefalet limitini aşan bölümünden borçlu bulunmadığının tesbitini talep ve dava etmiştir. Mahkemece davanın reddine karar verilmiş, hüküm davacı vekili tarafından temyiz edilmiştir. Davalı banka, davacının kefil olarak imzaladığı ve kefalet limiti açıkça gösterilen kredi sözleşmesi yanında davacıdan ayrıca dava konusu senedi almıştır. Dosyadaki delillerin değerlendirilmesi sonucu kefaletin teminatı olduğunda kuşku bulunmayan ve boş olarak verildiği tartışmasız olan senedin kefalet limiti ve varsa kefilin temerrüdünün hukuki sonuçları gözetilerek doldurulup takibe konulması gerektiği hususu düşünülmezsizin mahkemece HUMK.nun 275. maddesine aykırı şekilde bilirkişinin hukuki mütalaasına değer verilerek yanılığın değerlendirilmesinde yazılı biçimde hüküm kurulması isabetsiz olup bozmayı gerektirmiştir." YARGITAY 19. HUKUK DAİRESİ E. 2002/7505 K. 2003/4998 T. 12.5.2003 tarihli kararına göre ise; "Davacı vekili, dava dışı Celal Akyol'dan kullandığı kredi için 150.000.000.-TL. limit ile kefil olduğunu, sözleşmenin boş alan diğer sayfalarını da imzaladığını bankanın boş alan bu sayfaları doldurarak müvekkilinden

ilişkin sözleşmenin imzalanması ile de gerçekleşmesi mümkündür. Kefilin asıl borç sözleşmesinde kefil olması halinde sözleşmeyi kefil yahut müteselsil kefil olarak imzalayabileceği gibi asıl borca ilişkin sözleşmeyi imzalanması da yeterlidir. Kefilin asıl borç sözleşmesine attığı imzanın asıl borçtan ayırt edilebilmesini yahut müteselsil borçlu ile karıştırılmasını engellemek için, kefilin kefil sıfatı ile borç altına girdiğinin sözleşmeden kesin bir şekilde anlaşılması gerekmektedir³³⁸.

Elektronik imza ile kefalet sözleşmesinin imzalanması konusuna ilişkin olarak is Elektronik İmza Kanunu 5. maddesinin 2. fıkrasında yer alan düzenleme bulunmaktadır. Madde hükmü uyarınca teminat sözleşmelerinin elektronik imza ile akdedilmesi mümkün olmadığından kefalet sözleşmesi de elektronik imza ile imzalanamayacaktır³³⁹.

borçluya yapılan masrafları ödemeyi kabul ediyorum. Şayet bu borcunu ödemediği takdirde, kefil sıfatıyla ben ödeyeceğim) biçimindeki sözlerini imzası ile de belgelendirmiş olmasına göre, bu irade açıklamasıyla borçlunun borcuna adi kefil olmayı benimsemiştir. Borçlu ile kefilin aynı belgeyi birlikte imza etmeleri gereği olmadığı gibi, kefalet yükümlülüğünü ayrı bir belgede yapabileceğine göre, bu kefaletle dayanılarak alacaklının asıl borçluya karşı yapacağı icra kovuşturmasının sonuçsuz kalması halinde, kefile karşı borcun ödetilmesi dava edilebilir. Mahkemece, davacı tarafından dosyaya konulan kefalet belgesinin geçersizliği göz önünde tutulmaksızın, davalı sözleri esas alınarak BK. nun 484 ve 486. maddeleri hükümleri göz önünde tutulmadan isteğin hüküm altına alınmış bulunması bozmayı gerektirir.” (Yargıtay 4. HD. E. 1970/8640 K. 1970/8819 T. 27.11.1970), (www.kazanci.com.tr, 14.05.2013).

³³⁸ Erlüle, F. (2003). Müteselsil Kefalet Ve Müteselsil Borçluluk Kavramlarının Karşılaştırılması, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. VII/1- 2, s. 642- 643; Akıntürk, T. (1971). Müteselsil Borçluluk. Ankara: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, s. 84- 87; Canyürek, M. (1993) Müteselsil Borç Ve Kefalet Müesseselerinin Temel Farklılıkları Üzerine. *Argumentum*, Y. 3/33, s. 593- 594; Oser ve Schönerberger (Çev. Sungurbey İsmet), s. 132- 133. “Davalılardan İsmail'in Durumuna Gelinece; Bu Kişi Kredi Mukavelesini Şirket Adına İmzaladığını Belirtmişse De, şirkette kendisinin imza yetkisinin bulunmaması ve bu davalıya şirketin verdiği vekaletnamenin de (22.3.1982) tarihli olup, kredi mukavelesinin tanziminden sonraki tarihe ait bulunması nedeniyle bu imzanın şirketi bağlayıcı bir yönü bulunmamaktadır. Kaldı ki imza şirket kaşesinden tamamen uza ve açığa atılmakla müstakil bir durum arz etmektedir. Hernekadar davalı İsmail'in imzası üzerinde ismi yok ise de, bu davalı sözkonusu imzanın kendisine ait olduğunu kabul etmektedir. İmzanın üzerinde borçlu mu yoksa kefil mi olduğunun belirtilmemesi ise, bu davalıyı sorumluluktan kurtarmaz. Zira bir kredi sözleşmesine borçlu dışında imza atan kişi T.T.K.nun 7. maddesi uyarınca asıl borçlu gibi müteselsilen mesul sayılır. Ticari borçlara kefalet halinde gerek asıl borçlu ile kefil ve gerek kefiller arasındaki münasebetlerde dahi durum böyledir. Bu durumda davalı İsmail sözkonusu mukaveleyi imzalamış olmakla davacı bankaya karşı, asıl borçlu gibi sorumlu bulunmaktadır. Buna rağmen mahkemece bu kişinin sorumlu bulunmadığından bahisle hüküm tesisi doğru görülmemiş, davacı vekilinin temyiz itirazlarının kabulüyle hükmün bozulması gerekmiştir.” . (Yargıtay 11. HD. E. 1986/2417 K. 1986/2891 T. 13.5.1986), (www.kazanci.com.tr, 14.05.2013)

³³⁹ Gümüş, s. 313; Reisoğlu, Seza, Kefalet, s. 77.

2.3. Kefalet Bedelinin TL Olarak Yer Alması

818 Sayılı Borçlar Kanunu'nun 484. maddesinde yer alan düzenlemede kefalet sözleşmesinde kefilin sorumlu olduğu miktarın belirtilmesi gereği yer almakla birlikte bunun adi yazılı şekilde yer alması yeterli idi³⁴⁰. Yargıtay uygulamasında da kefalet miktarı kefalet sözleşmesinde gösterilmese dahi, kefilin sorumluluğunun belirlenebilir olması yeterli görülmüştür³⁴¹.

Türk Borçlar Kanunu'nun 583. maddesinin birinci fıkrasındaki düzenlemeye göre, kefalet sözleşmesinin geçerli bir şekilde kurulabilmesi için kefilin sorumlu olacağı azami miktarın kefilin el yazısı ile belirtilmesi gerekir. Yani, kefalet asıl borçlunun borcunu ödememesi halinde, kefilin alacaklının uğradığı zararı ne oranda karşılamak zorunda olduğunun net bir şekilde anlaşılması gerekir³⁴². Bu şekilde kefalet sözleşmesinde kefilin sorumlu tutulacağı miktar açıkça gösterilerek kefil, sözleşmenin henüz akdedilmesi aşamasından itibaren sorumlu olduğu miktar konusunda tereddüt yaşamayacak, böylelikle kefil korunmuş olacaktır³⁴³.

Kefalet sözleşmesinde kefalet bedelinin TL olarak yer alması zorunluluğunun getirilmesinin bir diğer sebebi ise, uygulamada, finans kuruluşlarının, miktar kısmını boş bırakarak kefalet sözleşmesi imzalatmaları ve kefile karşı takip başlatacakları esnada miktar kısmını doldurarak icra takibine geçmeleri ve bu şekilde gerçekleşen takipte kefilin, miktarını bilmediği bir borç ile karşılaşılıyor olması idi³⁴⁴. Bu düzenlemenin getirilmesi ile birlikte bu sakınca giderilmiş ve kefilin miktarını bilmediği bir borç altına girmesi engellenmiş olacaktır³⁴⁵.

Kefalet sözleşmesinde kefilin sorumlu olduğu borç miktarı sözleşmede belirtilen azami tutar ile sınırlı olup, kefilin bu miktar dışında ödeme yükümlülüğü bulunmamaktadır³⁴⁶. Kefalet sözleşmesinde belirtilmesi gerekli olan azami miktar ile

³⁴⁰ Reisoğlu, S. (1987). Yabancı Para Üzerinden Taahhüt Altına Girilebilmesi Ve Hukuki Sonuçları. *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi*, C. XIII, S. 3- 4, s. 150; Tekinay, S. S. (1958). Temyiz Mahkemesi Kararları- Kefaletle Muayyen Miktar İradesi Meselesi. *İstanbul Barosu Dergisi*, C. 31/9, 280- 286, s. 284; Zevkliler ve Gökyayla, s. 665.

³⁴¹ Reisoğlu, Seza, Kefalet, s. 83.

³⁴² Arık, F. (1944). Kefaletle Azami Miktarın Gösterilmesi Şartı Ve Bu Şarta Riayetsizliğin Neticesi. *Adliye Ceridesi*, Y. 35, s. 628; Reisoğlu, Seza, Kefalet, s. 89; Yavuz, Kefalet, s. 76; Özen, s. 208.

³⁴³ Develioğlu, s. 163; Yavuz, Kefalet, s. 77; Özen, s. 208.

³⁴⁴ Altop, s. 156-157; Yavuz, s. 81.

³⁴⁵ Altop, s. 157.

³⁴⁶ Reisoğlu, Seza, Kefalet, s. 80.

kastedilen, asıl borcun yanında borçlunun sorumlu olduğu tüm yan yükümlülükler, diğer bir ifade ile akdi ve temerrüt faizleri ile masrafların da dahil olmasıdır³⁴⁷.

Kefalet bedelinin kefalet sözleşmesinde yazılı olarak yer alması koşulunun yerine getirilmiş olduğunun kabulü için, kefilin sorumluluk sınırının belirtilmesi gerekli ve yeterli olup, esas borcun tutarının kefalet sözleşmesinde belirtilmesi zorunluluğu bulunmamaktadır³⁴⁸.

Türk Borçlar Kanunu'nun 583. maddesinde kefalet sözleşmesinin Türk Lirası üzerinden kurulma zorunluluğu getirilmemiştir. Yani kefalet sözleşmesinde kefilin sorumlu tutulacağı miktarın yabancı para birimi cinsinden gösterilmesinde bir engel bulunmamaktadır³⁴⁹. Burada önem taşıyan husus yabancı para üzerinden kefil olma halinde kefilin sorumlu tutulacağı en üst sınırın hesaplanıp hesaplanamayacağıdır. Enflasyon hızının yüksek olması, enflasyon oranının hesaplanabilir olması koşulu ile, kefalet senedinde kefilin sorumlu olacağı en üst tutarın yabancı para olarak gösterilmesi mümkün olabilecektir³⁵⁰.

3. Kefalet Sözleşmesinin Değiştirilmesinde Şekil

Kefalet sözleşmesinin geçerli bir şekilde akte edilmesinden sonra, kefalet sözleşmesinde değişiklik yapılması gereği ortaya çıkabilir. Bu noktada önem taşıyan husus, yapılacak değişikliklerin de, kefalet sözleşmesinin tâbi olduğu şekil şartlarına uygun olarak yapılmasıdır³⁵¹. 818 Sayılı Borçlar Kanunu'nda yer alamayan bu düzenleme 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 583. maddesinin 3. fıkrasında yer almaktadır. Hükme göre; *“Kefalet sözleşmesinde sonradan yapılan ve kefilin sorumluluğunu artıran değişiklikler, kefalet için öngörülen şekle uyulmadıkça hüküm doğurmaz.”*

³⁴⁷ Tandoğan, Haluk, “Devlet Hesabına Okuyanların Taahhütleri İçin Kefalet” (Kararİncelemesi) ABD, 1953, S. 3, s.213; Reisoğlu, Seza, Kefalet, s. 80.

³⁴⁸ Özen, s. 214, Ayrancı, cari hesap, s. 110.

³⁴⁹ Barlas, kefalet, s. s. 53; Yavuz, s. 803-804; Grassinger, s. savunma imkanları, s. 109.

³⁵⁰ Reisoğlu, Seza, “Yabancı Para Üzerinden Taahhüt Altına Girilebilmesi ve Hukuki Sonuçları”, BATİDER, 1985- 1986, C. XIII, S. 3- 4., s. 150; Reisoğlu, Seza, Bankacılık Uygulamasında Kefalet, s. 58; Barlas, Kefalet, s. 53

³⁵¹ Zevkliler ve Gökyayla, s. 669; Aral/Ayrancı, s. 429; Reisoğlu, Seza, Kefalet, s. 44; Pestalozzi; M. 499, N. 11; Bilgen, s. 28.

Kefalet sözleşmesinde şekil şartının getirilmesinin sebebi, kefilin korumak olduğundan, kefalet sözleşmesinin değiştirilmesi de yine kefalet sözleşmesinin kuruluş şekline tabi tutulmuştur.

Kefilin sorumluluğunu sınırlayan anlaşmalara ilişkin olarak, tarafların kefilin sorumluluğunu belirli bir miktar ile sınırlandırmalarına Türk Borçlar Kanunu'nun 583. maddesinin ikinci fıkrasında düzenleme yapılmıştır. Hüküm uyarınca kefilin sorumluluğunu sınırlandıran değişikliklerin geçerli olabilmesi için tarafların bu değişiklikleri yazılı olarak yapmaları gerekmektedir.

Kefalet sözleşmesi kuruluşunda, eşin rızasının alınması da bir geçerlilik koşulu olduğundan, kefilin sorumluluk miktarını arttıran, adi kefaleti müteselsil kefaletle değiştiren ve alacak için verilmiş olan teminatları azaltan değişikliklerde de eşin yazılı onayının alınması zorunludur³⁵².

D. Kefalet Sözleşmesinde Temsil

Kefalet sözleşmesinin temsilci vasıtası ile akdedilebilmesi mümkündür³⁵³. Burada önemli olan husus, bu konuda temsilciye özel yetki verilmesinin gerekli olup olmadığıdır. 818 sayılı Önceki Borçlar Kanunu'nda kefalet sözleşmesinin akdedilebilmesi için vekaletnamede özel yetkinin verilmesinin gerekli olup olmadığı yasada açıkça ifade edilmediği için, vekilin özel yetkiye ihtiyacı olup olmadığı, doktrin ve Yargıtay kararlarında tartışılmaktaydı. Yargıtay bazı kararlarında vekaletnamenin kapsamlı olması halinde vekaletin kefalet yetkisini de kapsadığını³⁵⁴

³⁵² Aral/Ayrancı, s 430; Reisoğlu, Seza, Kefalet, s. 91, Özen, s. 177.

³⁵³ Ayrancı, H. (2004). Şekil Şartına Uyulmadan Yapılan Kefalet Sözleşmesinde İfanın Sonuçları, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C.53., s. 97; Zevkliler ve Gökyayla, s. 668; Bilgen, s. 92; Aydoğdu ve Kahveci, s. 674.

³⁵⁴ "Dava, kredi borcunun kefil olduğu ileri sürülen davalılardan tahsili istemine ilişkindir. Borçlar Kanunu'nun 388. maddesinde de vekaletin kapsamı düzenlenmiştir. Maddenin 1. fıkrasına göre, vekaletin kapsamı sözleşme ile açıkça tespit edilmemişse ilişkin olduğu işin mahiyetine göre tayin edilir. İşin niteliği, işgörüme ile erişilmek istenilen amaç, olayın özellikleri, bu konudaki teamüller vekilin neler yapması ve nelerden kaçınması gerektiğini belli eder (Tandoğan, C. 2, s. 393). Borçlar Kanunu'nun 388/III. maddesine göre de, vekil özel olarak yetkili Kılınmadıkça, dava açamaz, sulh olamaz, tahkim sözleşmesi yapamaz, mal bağışlayamaz, bir taşınmaz mülkiyetini devredemez ve haklarla takyit edemez, kambiyo senetleri düzenle- yemez. Böylece, kendisine, bazı işlemleri yapabilmesi için özel yetki alması gerektiği (olmadıkça yapamayacağı) hususu anılan madde ile öngörülmüştür. Borçlar Kanunu'nun 388/III. maddesinde böylece vekaletin kapsamına yasal bir sınırlama getirmiş bulunmaktadır. Bu sınırlama iyiniyetli üçüncü kişilere karşı da ileri sürülebilir (Tandoğan, C. 1/2, s. 135; C. 2, s. 396). Somut olayda, taraflar arasında, davalılar tarafından 25.8.1999 ve 26.8.1999 tarihli düzenleneme şeklinde vekaletnameler ile dava dışı Haydar'a banka ve

kabul etmekle birlikte; bazı kararlarında ise vekilin kefil olması için özel yetkiye ihtiyacı olduğu yönünde karar vermiştir³⁵⁵.

Türk Borçlar Kanunu'nun 504. maddesinde vekaletin kapsamı düzenlenmiştir. Hükme göre; “*Vekâletin kapsamı, sözleşmede açıkça gösterilmemişse, görülecek işin niteliğine göre belirlenir.*”

Vekâlet, özellikle vekilin üstlendiği işin görülmesi için gerekli hukuki işlemlerin yapılması yetkisini de kapsar.

Vekil, özel olarak yetkili kılınmadıkça dava açamaz, sulh olamaz, hakeme başvuramaz, iflas, iflasın ertelenmesi ve konkordato talep edemez, kambiyo taahhüdünde bulunamaz, bağışlama yapamaz, kefil olamaz, taşınmazı devredemez ve bir hak ile sınırlandıramaz.” Söz konusu düzenleme ile vekilin kefalet sözleşmesi akdedebilmesi için vekaletnamesinde özel yetkinin bulunması gerektiği belirtildiğinden, 818 Sayılı Borçlar Kanunu dönemindeki tartışmalar giderilmiş durumdadır³⁵⁶.

Vekalet sözleşmesine ilişkin düzenlemeye ek olarak, Türk Borçlar Kanunu'nun 583. maddesinin birinci fıkrasının ikinci cümlesinde kefalet

tapu dairesinde bir kısım işlemler yapılması hususunda yetkiler içeren vekalet verildiği ve daha sonra vekil olan Haydar bu vekaletnameleri esas alarak davacı banka ile kendisi lehine yapmış olduğu kredi sözleşmesini davalılar adına vekaleten kefil sıfatıyla imzalamış olduğu hususlarında uyuşmazlık yoktur. Uyuşmazlık, vekilin kullanmış olduğu krediye ilişkin sözleşmeyi davalılar adına vekaleten kefil sıfatı ile imzalayıp imzalamayacağı ve bu kefaletin geçerli olup olmadığı noktasında toplanmaktadır. Dairemizin 10.6.1988 tarih, 1988/4317-3844 sayılı kararında da belirtildiği üzere, uygulamada ve doktrinde vekilin kendi kendisi ile kendi lehine sözleşme yapabilmesi, borç altına soktuğu müvekkilinin açık yetki vermesi ile veya böyle bir yetki olmadan yaptığı işlemlere vekil edence sonradan icazet verildiği takdirde mümkün olabilmektedir. (Bkz Tekinay, Borçlar Hukuku; Tekinay, Akman, Burcuoğlu ve Altop, İst. 1985; Prof Dr F.N. Feyzioğlu, Genel Hükümler Cilt 1, İst. 1976 s.417, 420). Dava konu vekaletnamelerin içeriği incelendiğinde, vekalet veren davalılar tarafından vekil olan dava dışı Haydar'ın kendisi lehine davacı bankadan alacağı krediye sahibi buldukları taşınmaz teminat göstermeye, taşınmaz üzerine ipotek tesis etmeye, tapuda işlemler yapmaya, kredi borcuna ilişkin ipoteğin paraya çevrilmesi ile borcun tecil ve taksit senetlerini imzalamaya, bankaya tevdi ve takdime, bu kredi ve ipotek işlemleri nedeniyle banka, tapu, noterlik ve diğer resmi kurumlarda yapılacak işlemler için her sıfat ve suretle davalılar adına işlem yapmaya, borç senetleri, taahhütname ve her türlü evrak düzenleme ve imzalamaya yetki verilmiştir. Görüldüğü üzere, davalılar tarafından verilen vekaletnamelerde vekile çok geniş yetkiler verilmiş olup, davaya konu kredi sözleşmesine vekilin davalılar adına kefil sıfatı ile imza atması için BK'nın 388. maddesine göre özel bir yetki gerekmez. Bu itibarla, mahkemece, davacı banka ile yapılan kredi sözleşmesindeki kefaletin davalılar adına geçerli olduğunun kabulü ile işin esasına girilmesi gerekirken, eksik incelemeye dayalı yazılı şekilde hüküm tesisi doğru olmamış, kararın bu nedenle bozulması gerekmiştir.” (Yargıtay 11. HD. E. 2010/9069 K. 2010/8312 T. 13.7.2010), (www.kazanci.com.tr, 15.06.2013)

³⁵⁵ Yargıtay 19. HD. E. 2009/70, K. 2009/8991 T. 07.10.2009, Yargıtay 19. HD. E. 2007/2177 K. 2007/7051 T. 04.07.2007.(Aktaran Bilgen, s. 92).

³⁵⁶ Ayrıntılı bilgi için bkz. Grassinger, Gülçin Elçin, “ Kefalet Sözleşmesinden Doğan Bazı Hukuki Sorunlar”, Türk-İsviçre Hukuk Günleri Banka Ve Tüketici Hukuku Sorunları Sempozyumu, İstanbul 2010, s. 303 vd.

sözleşmesinde temsil yetkisine ilişkin olarak özel düzenleme yapılmıştır. Hükme göre; “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.”

E. Eşin Rızası

Kefalet sözleşmesinin geçerli bir şekilde kurulabilmesi için gereken koşullardan bir diğeri ise evli olan kişilerin geçerli bir kefalet sözleşmesi aktelebilmeleri için Türk Borçlar Kanunu’nun 584. maddesi gereğince eşlerinin yazılı rızalarını almaları gerektiğidir³⁵⁷.

Söz konusu madde hükmünü değerlendirmeye geçmeden önce borçlandırıci sözleşmelerde eşin iznine ilişkin olarak yapılmış olan düzenlemeleri genel olarak değerlendirmek kanımızca isabetli olacaktır. 743 Sayılı Türk Kanunu Medenisi’nin 169. maddesinin ikinci fıkrasında, “kocanın yararına olarak, karı tarafından üçüncü şahsa karşı girilen borçlar, sulh hakimi tarafından onaylanmadıkça geçerli olmayacağına” ilişkin bir düzenleme yer almakta idi. Yani, evli kadının kocanın yararına kefil olabilmesi, ancak sulh hakiminin vereceği izne bağlı idi. Söz konusu düzenlemede kastedilen yarar, mali yarar olup kadının, kocasının borcu için âdi ya da müteselsil kefil olması, kocasının borcuna kefil olana kefil olması (kefile kefil) ya da asıl borçlu durumundaki kocası için rücu kefil olması halinde hükümde kastedilen kocanın yararı gerçekleşmiş olacaktır³⁵⁸.

³⁵⁷ Yavuz, Cevdet, s. 709-710; Gümüş, s. 304; Burcuoğlu, Yenilikler, s. 282; Aral/Ayrancı, s. 430; Erzurumluoğlu, s. 199; Zevkliler ve Gökyayla, s. 669; Karatay, s. 623; Bilgen, s. 65; Aydoğdu ve Kahveci, s. 673. eşin rızasının aranmasının kişilik haklarına ve sözleşme hürriyetine aykırı olduğu yönündeki görüş için bkz. Kurdoğlu, B. N.(2005). Türk Borçlar Kanunu Tasarısı İncelemesi. *Ankara Barosu Dergisi*, C. 63/ 3, s. 80.

³⁵⁸ Mimaroglu, S. (1961). Evli Kadının Kocasını Menfaatine Üçüncü Kişilerle Yaptığı İltizam Muameleleri. Ankara: Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayını, s. 106- 107; Bilge, N.(1951). Esler Arasında Veya Koca Menfaatine Karı İle 3. Kişiler Arasında Yapılan Hukuki Muamelelerin Yargıç Tarafından Tasvibi. *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 8/1- 2, s. 575; Olgaç, Şerh, s. 433; Reisoğlu, Seza, Bankacılık Uygulamasında Kefalet, s. 26; Reisoğlu, Muteberlik Şartları, s. 351; Kocaman, A.(1998). Kefalet Hukukunda İrade Özgürlüğünün Sınırları. *Ticaret Hukuku Ve Yargıtay Kararları Sempozyumu C.XV* içinde (105-133)., s. 117 vd.; Kocaman, A.(1998). Gelirden Ve Malvarlığından Yoksun Aile Fertlerinin, Kredi Alan Es Veya Ebeveyn Lehine Akdettikleri Kefalet Sözleşmelerinin Ahlâka Aykırılığı Sorunu. *Ali Bozer’e Armağan* içinde (371-387). Ankara: Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayını, s. 377- 378, Gümüş, s. 304-305. Tandoğan , s. 727; Tandoğan , Geçerlilik Şartları, s. 26; Göktürk , s. 336; Bilge , s. 370; Ekinci , s. 11.

Türk Kanunu Medenisi'nin 169. maddesinde karının kocası yararına, üçüncü kişilere karşı borç altına girmesini sulh hakiminin onayına tabi kılan bu düzenleme, evli kadını koruma amacını taşımakla birlikte, kadın-erkek eşitliği ilkesi gereğince Yeni Türk Medeni Kanunu'nda terk edilmiştir³⁵⁹. Türk Medeni Kanunu'nun 193. maddesine göre, “ *Kanunda aksine hüküm bulunmadıkça, eşlerden her biri diğeri ve üçüncü kişilerle her türlü hukuki işlemi yapabilir* ”. Türk Medeni Kanunu'nda, eşler arasında kabul edilen eşitlik prensibi gereğince, eşlerin hem birbirleriyle hem de üçüncü kişilerle hukuksal işlem yapabilme konusunda özgür oldukları ifade edilmektedir.

Türk Medeni Kanunu'nda, Türk Kanunu Medenisi'nde yer alan borçlandırıcı işlemlere ilişkin sınırlama kaldırılmış olmakla birlikte bazı yeni kısıtlamalar getirilmiştir³⁶⁰. Kural olarak Yasa, eşlerden birinin diğeri için kefil olmasını sınırlandıran yahut yasaklayan herhangi bir düzenleme içermemekle birlikte, tasarruf yetkisinin sınırlanması başlıklı Türk Medeni Kanunu'nun 199. Maddesinin birinci ve ikinci fıkrasında bir düzenleme yer almaktadır. Hükme göre; “ *Ailenin ekonomik varlığının korunması veya evlilik birliğinden doğan malî bir yükümlülüğün yerine getirilmesi gerektirdiği ölçüde, eşlerden birinin istemi üzerine hakim, belirleyeceği malvarlığı değerleriyle ilgili tasarrufların ancak onun rızasıyla yapılabileceğine karar verir. Hakim bu konuda gerekli önlemleri alır* ”.

Bu hükmün düzenlemesi uyarınca ailenin ekonomik varlığının korunması yahut evlilik birliğinden doğan bir yükümlülüğün yerine getirilmesi için eşlerden birinin talebi üzerine hakim tasarruf işlemlerinin yapılmasını diğeri eşin rızasına bağlayarak, eşin tasarruf yetkisini sınırlandırabilmesi mümkündür.

Türk Borçlar Kanunu'nun kefalet sözleşmesinin geçerli bir şekilde kurulabilmesi için eşin yazılı rızasının alınması gerektiğini düzenleyen 584. maddeye

İsviçre Federal Mahkemesi bir kararında, kadın kocası yararına ödünç para almış ve bu işlem sulh hakimi tarafından onanmamışsa, karısının geçersiz olan bu borcu için kefalet veren kocanın bağımsız olarak borç altına girebilmesi için, karısının ödünç olarak aldığı paraların kendi yararına harcanacağını bilmesinin yeterli olmadığı; aynı zamanda kadının yaptığı işlemin geçerliliğinin sulh hakiminin onayını gerektirdiğini de bilmesine bağlı olduğunu hükme bağlamıştır 175 . BGE 81 II 9 (Aktaran, Kaneti, S.(1968). İsviçre Federal Mahkemesinin Borçlar Hukuku Kararları (1955-1964), C. I, Özel Borç İlişkileri, Borç İlişkilerinde Yasaların Çatışması. Ankara: Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayını, s. 194- 195). Ayrıntılı bilgi için bkz. Zevkliler/Acabey/Gökyayla, s. 267 vd.

³⁵⁹ Büyüktanır, s. 74.

³⁶⁰ Ayrıntılı bilgi için bkz. Barlas, Nami, “Yeni Türk Medeni Kanunu Hükümleri Çerçevesinde Eşler Arası Hukuki İşlem Özgürlüğü ve Sınırları”, Prof. Dr. Necip Kocayusufpaşaoğlu İçin Armağan, Ankara 2004, s. 115- 143; Zevkliler/Ertaş/Havutçu/Gürpınar, s. 93..

göre; “Eşlerden biri mahkemece verilmiş bir ayrılık kararı olmadıkça veya yasal olarak ayrı yaşama hakkı doğmadıkça, ancak diğerinin yazılı rızasıyla kefil olabilir; bu rızanın sözleşmenin kurulmasından önce ya da en geç kurulması anında verilmiş olması şarttır.

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.

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

Kefalet sözleşmesinde eşin rızasını düzenleyen Türk Borçlar Kanunu'nun 584. maddesine 28.03.2013 tarihinde 6455 Sayılı Gümrük Kanunu İle Bazı Kanun Ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un 77. maddesi ile ek bir fıkra eklenmiş ve ticari işlere ilişkin kredilerde, eşin rızasının aranmayacağına ilişkin düzenleme yapılmıştır. Düzenlemenin gerekçesinde ticari kredilerde eşin rızasının aranmayarak ticari hayatın doğal akışını kolaylaştırmaya yönelik bir değişiklik yapılmasının hedeflendiği belirtilmiştir. Söz konusu değişiklik kanuna yönelik eleştiriler neticesinde yapılmış olmakla birlikte bu düzenleme sebebiyle eşin rızasını düzenleyen Türk Borçlar Kanunu'nun 584. maddesinin uygulama alanı daralmış durumdadır³⁶¹.

Mehaz İsviçre Borçlar Kanunu'nun 494. maddesinde eşin rızası düzenlenmiştir. Hükme göre; “1-Mahkeme tarafından ayrılığa karar verilmiş olmadıkça, evli bir kimsenin kefalet sözleşmesinin geçerliliği, eşin önceden veya en geç sözleşmenin yapıldığı anında yazılı olarak vereceği rızaya bağlıdır.

³⁶¹ Zevkliler ve Gökyayla, s. 671.

2- Mülga 17 Haziran 2005 tarihli Kanun

3-Kefalet sözleşmesinde sonradan yapılacak değişikliklerin kefalet miktarının artırılması, adi kefaletin müteselsil kefalete dönüştürülmesi ya da teminatların önemli ölçüde azalmasını doğuracak değişiklikler için eşin rızası gereklidir.

Aynı durum gerekli değişikliklerin yapılması koşulu ile tescil edilmiş yaşam ortaklıklarında da uygulanacaktır.”

İsviçre Borçlar Kanunu'nun 2. fıkrasında eşin rızasının ilişkili yer alan düzenleme kefaletin uygulama alanını daralttığı gerekçesi ile 17 Haziran 2005 tarihli Federal Kanununun ile yürürlükten kaldırılmıştır³⁶². Yürürlükten kaldırılan hüküm ise şu şekildeydi: “Kefalet sözleşmesinin bağımsız bir ticari işletmenin sahibi, bir kolektif şirketin ortağı, komandit ortaklığın sınırsız sorumlu ortağı, anonim şirketin yöneticisi veya müdürü, paylı komandit şirketin müdürü yahut limited şirketin yönetici ortağı olarak ticaret siciline kayıtlı bir kimse tarafından yapılan kefalet sözleşmelerinde eşin rızası aranmaz.”

Kefalet sözleşmesinde eşin rızasının aranmasına ilişkin düzenlemenin amacı aile birliğini sarsabilecek ve ailenin ekonomik geleceğini tehlikeye sokabilecek olan kefalet sözleşmelerinin akdedilmesinin engellenmesidir³⁶³. Eşin rızası, kefalet sözleşmesini akteden eşin kadın yahut erkek olması farketmeksizin aranacaktır³⁶⁴.

Türk Borçlar Kanunu'nun 584. maddesi hükmünün uygulanabilmesi için eşlerin Türk Medeni Kanunu hükümleri uyarınca evlenmiş olmaları ve kefalet sözleşmesinin akdedilmesi esnasında evliliğin devam ediyor bulunması gerekir³⁶⁵. Mahkeme tarafından ayrılık kararı verilmesi halinde, Türk Medeni Kanunu'nun 197. maddesinin birinci fıkrasında mahkeme kararına gerek olmaksızın yasal olarak ayrı yaşama hakkı tanınan haller düzenlenmiştir. Hükme göre; “Eşlerden biri, ortak hayat sebebiyle kişiliği, ekonomik güvenliği veya ailenin huzuru ciddi biçimde tehlikeye düştüğü sürece ayrı yaşama hakkına sahiptir.” Söz konusu düzenleme sebebiyle eşler hakkında sadece mahkeme kararı ile ayrılık kararı verilmesi durumunda değil, eşlerin ayrı yaşama hakkına sahip olduğu hallerde de

³⁶² Barlas, N. (2013) Yeni Türk Borçlar Kanunu'nda Kefalet Sözleşmesi Konusunda Getirilen Yenilikler, *Yeni Borçlar Kanunu Ve Yeni Türk Ticaret Kanunu Sempozyumu* içinde (213-230). İstanbul: Vedat Kitapçılık, s. 221.

³⁶³ Kırca, eşin izni, s. 437; Bilgen, s. 65; Karatay, s. 623; Pestalozzi, M. 494, N. 1; Özen, s. 174.

³⁶⁴ Aral/Ayrancı, s. 430.

³⁶⁵ Cavin, P. (Çev. Artus, Amil) (1942) İsviçre'de Yeni Kefalet Hukuku, *Adliye Ceridesi*, Y. 33, s. 996; Reisoğlu, Seza, Kefalet, s. 89, Özen, s. 175.

eşler birbirinin onayı almaksızın kefalet sözleşmesi akdetme imkanına sahip olacaktır³⁶⁶. Boşanma davası devam ederken eşlerin ayrı yaşama hakkı bulunduğundan eşlerden birinin kefalet sözleşmesini akdetmesi esnasında diğer eşin yazılı onayı aranmayacaktır³⁶⁷.

Evli olan kişiler sadece kendi adına yaptıkları kefalet sözleşmeleri için eşinin yazılı rızasını almak durumunda olup, örneğin bir ticaret şirketinin organı sıfatı ile kefalet sözleşmesi akteden kişi, şirketi kefalet yükümlülüğü altına soktuğundan, eşinin yazılı rızası aranmayacaktır³⁶⁸.

Kefalet sözleşmesinde evli kişilerin eşinin yazılı rızasını almasına yönelik bu düzenleme, eşlerin tabi oldukları mal rejimi çeşidi arasında fark gözetilmeksizin uygulanacaktır³⁶⁹. Bu bağlamda, kefalet sözleşmesini akdettikleri esnada, aralarında mal ayrılığı rejimi uygulandığı için, eşin rızasını iznini almasına gerek olmadığını ileri süremez³⁷⁰.

Kefalet sözleşmesinde eşin rıza vereceği an da önem taşımaktadır. Kefalet sözleşmesinin aktedilmesi esnasında eş hazır bulunuyor ise eşin sözleşmeyi imzalamasından sonra, diğer eş de imzalamalıdır³⁷¹. Eşin rızasının şarta bağlı olması halinde eşin rızasını sözleşmenin yapılmasından önce yahut yapılması anında vermesi yeterli olup, rızanın bağlı olduğu koşulun kefalet sözleşmesinin aktedilmesinden sonra gerçekleşmesi önem taşımaz³⁷².

Eşin rızasının geçerli olması için rıza, somut ve belirli bir kefalet sözleşmesine ilişkin olmalıdır³⁷³. Buna göre eşin yazılı rızasının alınmasının geçerlilik koşulu olması eşin kefalet sözleşmesi ile üstlendiği borcun aile birliği üzerinde yapacağı etkiyi değerlendirebilmesi için getirildiğinden rızanın ileride imzalanacak tüm kefalet sözleşmelerine ilişkin olarak genel bir rıza olarak değil, somut bir kefalet sözleşmesine ilişkin olarak verilmesi gerekmektedir³⁷⁴.

³⁶⁶ Reisoğlu, Seza, Kefalet, s. 89, Gümüş, s. 306; Özen, s. 173.

³⁶⁷ Gümüş, s. 306; Reisoğlu, Seza, Kefalet, s. 90, Özen, s. 174.

³⁶⁸ Kırca, eşin izni, s. 439; Özen, s. 175; Altop, s. 157.

³⁶⁹ Reisoğlu, Seza, Kefalet, s. 91; Özen, s. 175; Zevkililer ve Gökyayla, s. 670; Kırca, Eşin izni, s. 439; Gümüş, s. 306.

³⁷⁰ Reisoğlu, Seza, s. 91, Özen, s. 175.

³⁷¹ Cavin, Pierre (Çev. Artus, Amil), "İsviçre'de Yeni Kefalet Hukuku", Adliye Ceridesi, 1942, Y. 33, s. 996; Aral/Ayrancı, s. 430; Özen, s. 179.

³⁷² Gümüş, s. 306; Özen, s. 179.

³⁷³ Özen, s. 180; Pestalozzi, M. 494, N. 1; Gümüş, s. 306-307.

³⁷⁴ Özen, s. 180; Gümüş, s. 309.

Eşin rızası ile ilgili olarak değinilmesi gerekli olan son bir husus ise eşin rızasının şeklidir. Kanun eşin rızasının verilmesinde yazılı şekil koşulu getirmiştir. Eşin rızasının geçerli olabilmesi için yazılı olması koşulu getirilmiş olmakla birlikte burada aranan rızanın el yazısı ile verilmiş olması zorunlu olmayıp, rızası aranan eş, imzasını yahut imza yerine geçen işaret koyarak rızasını gösterebilir³⁷⁵. Ancak burada önem taşıyan husus kefalet sözleşmesinden ayrı bir belgede eşin izninin yer alması halinde bu belgenin izne konu olan kefalet sözleşmesi ile ilgili bilgileri içermesidir³⁷⁶.

Kefalet sözleşmesinde değişiklik yapılırken, değişiklik yapılan hususların, kefilin sorumlu olacağı miktarın arttırılması, adi kefalet sözleşmesinin müteselsil kefalet sözleşmesine dönüştürülmesi yahut kefil lehine olan teminatların azalmasına yönelik olan değişiklikler olması halinde, eşin rızasının da alınması gerekir³⁷⁷. Kefalet sözleşmesinde sonradan yapılan değişikliklerin kefilin lehine olması halinde ise bu değişikliklerin geçerliliği için eşin rızası aranmayacaktır³⁷⁸.

³⁷⁵ Özen, s. 180.

³⁷⁶ Özen, s. 180.

³⁷⁷ Aral/Ayrancı, s. 430; Reisoğlu, Seza, Kefalet, s. 90; Gümüş, s. 307-308.

³⁷⁸ Reisoğlu, Seza, Kefalet, s. 91; Gümüş, s. 307; Uygur, şerh, s. 2533.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

GEÇERLİLİK KOŞULLARINA UYMAMANIN YAPTIRIMI

I. GENEL GEÇERLİLİK KOŞULLARINA UYMAMANIN YAPTIRIMI

A. Kanuna Aykırılık Halinde Uygulanacak Yaptırım

“Sözleşmenin emredici hukuk kurallarına aykırı olmaması” olarak da ifade edilen bu koşula aykırılık halinde aktedilen sözleşmenin yaptırımının, kesin hükümsüz olacağı Türk Borçlar Kanunu’nun 27. maddesinde düzenlenmiştir. Sözleşmenin taraflarının kanuna aykırılık yaptırımından kaçmak maksadı ile kanuna karşı hileye başvurduğu görülmektedir. Kanuna karşı hile, emredici bir kanun hükmü tarafından yasaklanan bir sonuca, kanunda yasaklanmayan başka bir düzenlemeden hareketle varılmaya çalışılması kanuna karşı hile olarak ifade edilmektedir³⁷⁹. Emredici hukuk kurallarına aykırılık yaptırımından kaçmak maksadı ile kanuna karşı hile yoluna gidilmesi halinde de yine kesin hükümsüzlük yaptırımı söz konusu olacaktır³⁸⁰.

Kefalet sözleşmesinin geçerli bir şekilde kurulabilmesi için kanunun emredici hükümlerine uygun olması gerekmektedir. Aktedildiği sırada emredici hukuk kurallarına aykırı olan kefalet sözleşmesi kesin hükümsüz olacaktır³⁸¹. Burada önem taşıyan husus, kanuna aykırılığın gerçekleştiğinden söz edilebilmesi için, sözleşmede aksine düzenleme yer alan hükmün emredici hukuk kuralı olması ve sözleşmede o emredici hükme aykırılığın tespit edilmesidir. Bu halde, kanunda yer alan emredici hukuk kurallarına aykırı düzenlemeler sebebiyle kefalet sözleşmesi kesin hükümsüz olacaktır.

³⁷⁹ Eren, s. 323; Esener, s. 209; Tunçomağ; s. 209; Baştuğ, s. 64. ; Aybay, s. 37. ; Sirmen, s. 451. ; Erman, s. 615; Reisoğlu, s. 132.

³⁸⁰ Eren, s. 323; Oğuzman ve Öz, s. 84; Karahasan, (Borçlar Hukuku) s. 26; Kocayusufpaşaoğlu, s. 534.

³⁸¹ Develioğlu, s. 184; Yavuz, Cevdet, s. 671; Ataol, Hüseyin, “Kefalet Aktinde Kefilin Alacaklıya Karşı İleri Sürebileceği Def’i ve İtirazlar”, KÜHFD, 1998/1999, s. 41; Zevkliler ve Gökyayla, s. 661; Bilge, N. (1954). Borçlu Hakkında Kesin Hükmün Kefile Tefsiri. Adalet Dergisi, Y. 45/5,, s. 593; Yavuz, Kefalet, s. 58.

B. Ahlaka Aykırılık Halinde Uygulanacak Yaptırım

Ahlaka aykırı düzenleme içeren sözleşmelerin kesin hükümsüz olduğuna ilişkin genel düzenleme Türk Borçlar Kanunu'nun 27. maddesinde yer almaktadır. Kefalet sözleşmesinin geçerli bir şekilde kurulabilmesi için kefilin, kefalet sözleşmesi ile üstlendiği yükümlülüğün ahlâka aykırı olmaması gerekmektedir. Bu bağlamda kefalet sözleşmesinin geçerli olup olmadığı tespit edilirken ahlaka aykırılığın da değerlendirilmesi gerekir³⁸².

Ahlaki bir görev hukuki bir ilişkiye konu olmadıkça kefalet ile güvence altına alınamayacağı gibi asıl borcun ahlaka aykırı olması halinde, kefalet sözleşmesi de geçerli olacaktır³⁸³. Aynı şekilde ahlaka aykırı bir amacın gerçekleştirilmesi için verilen paranın iadesi için aktedilmiş olan kefalet sözleşmesi de geçersiz olacaktır³⁸⁴.

³⁸² Yavuz, Cevdet, s. 671; Zevkliler ve Gökyayla, s. 661; Gümüş, s. 298 Aydoğdu ve Kahveci, s. 706.

³⁸³ Reisoğlu, Seza, Kefalet, s. 80; Ataol, s. 41; Develioğlu, s. 184; Bilge, Kesin Hükümün Tefsiri, s. 593; Yavuz, Nihat, Kefalet, s. 58.

³⁸⁴ Reisoğlu, Seza, Kefalet, s. 80. "Dava konusu, peşin ödenen 50.000 liranın ikinci senetteki yükümlülüğe dayanılarak satıcı ile kefillerden alınması isteğinden ibarettir. Taşınmazın tapulu olduğu ve bu itibarla da adi senetle satışının geçerli bulunmadığı kuşkusuzdur. Mahkemece 50.000 liranın davalılardan tahsiline karar verilmiş, Özel Daire kararı "Borçlar Kanununun 213. maddesine göre tapulu taşınmazların satışı resmi senede bağlanmadıkça geçerli değildir. Taşınmaz satım vaadi dahi aynı şekle tabidir. O halde, davacı ile (A.Y.) arasında düzenlenen 10.1.1970 tarihli adi satış senedi geçersizdir. Senet geçersiz olduğuna göre buna bağlı aynı tarihli kefalet senedi de Borçlar Kanununun 485. maddesinin 1. fıkrası gereğince geçersizdir. Geçersiz kefalet senedine göre kefil görünen davalılar (S.S.) ile (İ.O.) sorumlu tutulamazlar" gerekçesiyle bozmuş, mahkeme önceki kararında direnmiştir. Uyuşmazlığın konusu, 2. sözleşmenin 2. maddesinde belirtilen 50.000 liranın davalılardan alınması isteğine ilişkindir. İkinci sözleşmenin 2. maddesinde açıklandığı üzere davalılardan kefillerin 50.000 liraya ilişkin borçları herhangi bir şekilde cayma vs. halinde alıcı tarafından peşin ödenen 50.000 lira ve daha sonra bonolarla ödenecek 60.000 lira ki cem'an 110.000 liranın kefil olarak ödenmesinden ibarettir. Borç altına girenlerin irade beyanlarından anlaşıldığı üzere dava konusu 50.000 liraya ilişkin taahhüt hukuki mahiyeti itibarıyla "kefalet" niteliğindedir. Borçlar Kanununun 484. maddesi hükmüne "kefaletin sıhhati, takriri şekle riayet etmeye ve kefilin mesul olacağı muayyen bir miktar iradesine mütevakkıftır". Olayda, uyuşmazlık konusu alacağı ilişkin kefalet, az önce açıklanan yasal koşulların gerçekleşmiş olması nedeniyle geçerlidir. Olayda tartışılması icabeden diğer bir husus Özel Daire bozma kararında değinilen ve Borçlar Kanununun 485. maddesinde öngörülen "kefalet ancak muteber bir borç hakkında cereyan eder" koşulunun gerçekleşip gerçekleşmediği sorunudur. Olayda, yukarıda da değinildiği üzere taşınmaz malın satışını düzenleyen 1. sözleşme geçersizdir. O halde satımın geçersizliğinin sonucu olarak bu satım zımında verilen 50.000 liranın iadesi borcu doğmuştur. Bu iade borcu geçerli bir borçtur ve kefil de geçerli bir biçimde doğan bu iade borcuna kefil olmuştur. Şu halde 485. maddenin az önce değinilen hükmünde öngörülen koşulun da gerçekleştiğinin kabulü icabeder. Şu hususun da özellikle belirtilmesi gerekir: Satım akdinin geçersizliği 50.000 liranın iadesi konusundaki borcun da geçersizliği sonucunu doğurmamaktadır. Asıl borcun geçersizliği iadeye ilişkin borcun da geçersizliği sonucunu doğuracak hallerde söz konusu olabilir. Örneğin ahlaka ve adaba aykırı bir gayenin gerçekleşmesi için verilen paranın gayenin gerçekleşmemesi halinde iadesine kefalette Borçlar Kanununun 65. maddesi hükmüne bu iade borcunun geçerli bir surette doğduğundan söz edilemez. Bunun sonucu olarak esas sözleşmenin geçersizliği, bu sözleşme zımında verilen paranın iadesine de şamildir. Olayda ise böyle bir durum söz konusu değildir. Genel Kuruldaki görüşmeler sırasında olayın başkasının fiilini taahhüt

Alman Federal Mahkemesi'nin kefalet sözleşmesinde ahlaka aykırılık konusuna ilişkin önemli içtihatları bulunmaktadır. Alman Federal Mahkemesi 1993 yılına kadar, aile yakınları lehine bankalara verilen kefalet sözleşmelerinin kefillerin ekonomik kapasitelerini kendilerinin takdir ederek kefalet sözleşmelerini akdettiklerini ve bankaların bu kişilerin ödeme güçlerini kontrol etme imkanlarının bulunmadığını gerekçe göstererek kefalet sözleşmelerinin geçerli olduğuna hükmetmekte idi³⁸⁵. Daha sonra Federal Mahkeme bu görüşüne yönelik olarak yapılan eleştirilerden ve farklı ilk derece mahkeme kararlarından sonra mahkeme 19 Ekim 1993 tarihinde verdiği kararıyla görüş değiştirdi. Federal Mahkeme'ye yansıyan olayda 21 yaşında mesleki eğitimi ve geliri olmayan bir kızın babası için bankaya verdiği yüklü kefalet sözleşmesinin geçerliliği değerlendirilmiş, genç kızın alınan krediyle hiçbir kişisel menfaatinin bulunmadığına, ancak buna rağmen kefalet sözleşmesinin tarafı olarak çok yüksek bir maddi risk altına girdiğine dikkat çeken Yüksek mahkeme; Anayasal temel hakların öncelikle hakime genel ahlâk kuralları ile dürüstlük kuralları gibi çerçeve hükümlerin yorumunda yol göstereceğini belirtmiş ve bu kavramların anayasal değer yargıları ile somutlaştırılması gerektiğini ifade etmiştir³⁸⁶. Kararda Alman Anayasası'nın 2 inci maddesinin birinci fıkrasında, irade özgürlüğünü "kişilerin hukuki alanda kendi geleceklerini kendilerinin belirleyebilmeleri imkanının" sağlanmış olduğunu belirtmiştir³⁸⁷. Bu karar da iki husus önem taşımaktadır. Dikkat edilmesi gereken ilk husus kefil olan genç kızın kefalet sözleşmesini babası lehine imzalamış olması ve genç kızın kefalet sözleşmesini aktederken aile ilişkilerinden dolayı iradesini özgürce şekillendiremeyecek olması; ikinci husus ise genç kızın kefalet sözleşmesinde taahhüt altına girdiği miktarın oldukça yüksek miktarda olmasıdır. Yüksek

hükümleri açısından çözümlenmesi görüşü ileri sürülmüş ise de dava konusu ikinci senetle öngörülen 50.000 liraya ilişkin yükümlülüğün kefalet olarak nitelendirilmiş bulunması karşısında 50.000 lira dışındaki 1. senetle öngörülen yükümlülüklerin kefaletten başka nitelikte hukuki muamele mahiyetinde bulunması dava konusu işlem üzerinde etkili olamayacağı gerekçesiyle çoğunluk bu görüşe katılmamıştır. Gene görüşmeler sırasında çoğunluğun kabul şekli itibarıyla haksız iktisaba kefaletin geçerli bulunmadığı düşüncesi de ileri sürülmüş, ancak olayda haksız iktisaba kefaletin söz konusu olmadığı, aksine kefaletin geçersiz sayılması halinde haksız iktisaba yol açılacağı nedenleriyle bu düşünce de benimsenmemiştir." (Yargıtay HGK. E. 1976/13-22 K. 1977/216 T. 9.3.1977), (www.kazanci.com.tr, 15.07.2013)

³⁸⁵ Aktaran Kocaman , Kefalet Sözleşmelerinin Ahlaka Aykırılığı Sorunu, s.373 vd; Aktaran Atamer, Y. M., (1997) Geliri Ve Malvarlığı Olmayan Aile Bireylerinin Kefaleti Sözleşme İçeriğinin Denetlenmesi. *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, 55, s. 420.

³⁸⁶ Aktaran Kocaman, Ahlaka Aykırılık, s.381.

³⁸⁷ Aktaran Kocaman, Ahlaka Aykırılık, s. 381.

Mahkemece, bu iki gerekçe ile kefalet sözleşmesini genel ahlak kurallarına aykırı bulunmuştur.

C. Şekle Aykırılık Halinde Uygulanacak Yaptırım

Türk Borçlar Kanunu'nun 12. maddesinin ikinci fıkrasında yer alan düzenleme uyarınca, Türk Hukukunda kural olarak şekil serbestisi geçerli olmakla birlikte kanunen yahut taraflarca şekil şartına bağlanmış olan sözleşmeler öngörülen şekilde yapılmadıkça hüküm doğurmayacaktır.

Kefalet sözleşmesinin şekle aykırılık sebebiyle hüküm doğurmaması iki olasılıkta gündeme gelir. Bunlardan ilki kefalet sözleşmesine esas teşkil eden asıl borca ilişkin sözleşmenin şekil şartlarına uyulmaksızın aktedilmiş olması halidir. Asıl borca ilişkin sözleşmenin gerekli olan geçerlilik şartına uyulmamış olması sebebiyle kesin hükümsüz olduğundan kefalet sözleşmesi fer'i niteliği sebebiyle gerekli şekil şartlarına uygun olarak aktedilmiş dahi olsa hüküm doğurmaz³⁸⁸.

Kefalet sözleşmesinin şekle aykırılık sebebiyle hükümsüz olduğu diğer bir durum mise kefalet sözleşmesine temel teşkil eden asıl borca ilişkin sözleşme gerekli şekil koşullarına haiz olmakla birlikte kefalet sözleşmesi gerekli geçerlilik koşullarını taşımayabilir. Kefalet sözleşmesi Türk Borçlar Kanunu'nun 583. maddesinin birinci fıkrasında belirtilen yazılı şekil şartına uyulmaksızın yapılması halinde, sözleşme şekil şartına uyulmaması sebebiyle kesin hükümsüz olacaktır³⁸⁹.

D. Muvazaalı İşlemin Geçersizliği

Sözleşmede muvazaa halinde yaptırımın ne olacağı konusunda Türk Borçlar Kanunu açık bir hüküm sevk etmemiş olmakla birlikte, Türk Borçlar Kanunu'nun 19. maddesinde tarafların gerçek iradelerini esas kabul eden bir yaklaşımın düzenlendiği görülmektedir³⁹⁰.

Türk Borçlar Kanunu 19. maddenin birinci fıkrasında yer alan düzenlemeye göre; “ *Bir sözleşmenin türünün ve içeriğinin belirlenmesinde ve yorumlanmasında,*

³⁸⁸ Bilge, Kesin Hükümün Tefsiri, s. 593.

³⁸⁹ Zevkliler ve Gökyayla, s. 665; Olgaç, Kefalet, s. 55; Özen, s. 228; Tuğ, s. 109. Kefalet sözleşmesinin şekil koşullarına uyulmaması halinde uygulanacak yaptırım için bkz. s. 114 vd.

³⁹⁰ Eren, s. 356; Antalya, s. 205.

tarafların yanlışlıkla veya gerçek amaçlarını gizlemek için kullandıkları sözcüklere bakılmaksızın, gerçek ve ortak iradeleri esas alınır.” Muvazaa halinde tarafların irade ile beyan arasında bilerek ve isteyerek yarattıkları bir uyumsuzluk hali söz konusu olduğundan, tarafların gerçek iradelerine uygun olmayan muvazaalı işlem hüküm doğurmayacaktır³⁹¹. Muvazaalı işlem yalnızca taraflar için değil üçüncü kişiler için de hükümsüz olacaktır³⁹².

Muvazaalı işlemin batıl olduğunu taraflardan herhangi biri ileri sürebileceği gibi, hukuki yararı olan üçüncü kişiler tarafından da işlemin batıl olduğu ileri sürülebilecektir³⁹³. Örneğin, bağışlama olarak gösterilmiş bir satış sözleşmesi halinde önalım hakkı sahipleri söz konusu bağışlama işleminin muvazaa nedeniyle batıl olduğunu ileri sürme hakkını haizdirler. Muvazaalı işlemin batıl olduğu taraflar ve hukuki yararı olan üçüncü kişiler tarafından ileri sürülebildiği gibi, dava konusu işlemde muvazaa olduğu takdirde bu durum hakim tarafından da re'sen dikkate alınır³⁹⁴. Muvazaa iddiasının herhangi bir süre tabi olmaksızın ileri sürülebilmesi mümkündür³⁹⁵.

³⁹¹ Esener, s. 55; İnan, s. 254; Feyzioğlu, F.N.: Borçlar Hukuku, İkinci Kısım, Akdin Muhtelif Nevileri, C. 1, İstanbul 1980, s. 195; İnan, s. 253; Nomer, s. 71; Oğuzman ve Öz, s. 130; Eren, s. 356; Kılıçoğlu, s. 170; Reisoğlu, s. 104.

³⁹² Oğuzman ve Öz, s.131; Eren, s. 358.

³⁹³ Esener, s. 113; Tekinay, Akman, Burcuoğlu ve Altop, S. 412; Nomer, s. 74; Eren, s. 358; Reisoğlu, s. 104. “Görünüştaki hukuki işlemin muvazaa nedeniyle geçersiz bulunduğu iddiası, hukuken korunması gereken bir hakkı bulunan üçüncü kişiler tarafından da ileri sürülebilir. Çünkü, muvazaalı bir hukuki işlem ile üçüncü kişinin zarara uğratılması, ona karşı işlenmiş bir haksız fiil niteliğindedir. Somut olay yönünden önem taşıyan yön de budur. Görünüştaki işlemin geçerliliği ve ispatı bir şekle bağlı bulunsa bile, üçüncü kişiler muvazaa iddiasını tanık da dahil olmak üzere her türlü delille ispat edebilirler. Esasen, üçüncü kişiye, tarafı olmadığı bir sözleşmedeki muvazaa olgusunu yazılı delille kanıtlama yükümü getirilmesine hukuken olanak da yoktur.” (Yargıtay HGK, E. 2002/6-618, K. 2002/659, T: 02.10.2002), (www.kazanci.com.tr, 16.05.2013)

³⁹⁴ Eren, s. 357; Reisoğlu, s. 104. ”Her ne kadar muvazaayı düzenleyen B.K.nun 18. maddesinde ve öteki kanun hükümlerinde muvazaalı sözleşmelerin hüküm ve sonuçları hakkında bir açıklık bulunmamakta ise de; taraflar arasında alacak ve borç ilişkisi doğurmayacağı, muvazaanın varlığının hiçbir süreye bağlı olmaksızın her zaman ileri sürülebileceği, mahkemece kendiliğinden (resen) göz önünde bulundurulması gerektiği, belirli bir sürenin geçmesi, sebebin ortadan kalkması veya ilgililerin olur (icazet) vermesi ile geçerli hale gelmeyeceği, uygulamada ve bilimsel görüşlerde ortaklaşa kabul edilmektedir.” (Yargıtay 1. HD. 2005/6029E. 2005/6521K. T: 26.05.2005),(www.kazanci.com.tr, 16.05.2013)

³⁹⁵ Dalamanlı, s. 85; Eren, s. 357; Feyzioğlu, s. 101; Karahasan, s. 196; “Bilindiği üzere, muvazaalı işlem geçersiz olup; hiçbir hüküm ve sonuç doğurmaz. Ayrıca belirli bir sürenin geçmesiyle veya tarafların olurları (rızaları) ile geçerli hale gelemez. Mahkemece kendiliğinden (resen) gözönünde tutulur. Bu itibarla muvazaa nedenine dayanılarak, her zaman dava açılabilir. Açılan ava sonunda verilen karar yenilik doğurucu değil, açıklayıcı bir karar olduğundan geçmişe etkili(makable şamil) hüküm ve sonuç doğurur” (Yargıtay 1. H.D., 1997/10570E., 1997/11956K. T: 08/10/199)

Mutlak muvazaa halinde taraflar arasında gizli bir işlem mevcut olmayıp, görünürde tek bir işlem vardır ve bu işlem de tarafların gerçek ve ortak amaçlarına uygun olmadığından hükümsüzdür. Fakat nitelikli muvazaada durum böyle değildir. Nitelikli(nisbi) muvazaa halinde mevcut görünürdeki işlem yanında bir de gizli bir işlem bulunduğundan, eğer yapılan bu gizli işlem(sözleşme) gerekli geçerlilik koşullarını haiz ise muvazaadan etkilenmeyecek ve geçerli bir sözleşmenin hüküm ve sonuçlarını doğuracaktır³⁹⁶. Ancak gizli sözleşme tarafların gerçek iradesini yansıtmakla birlikte, bu işlemin geçerliliği, gerekli geçerlilik koşullarına (geçerlilik şekline sahip olmasına, konusunun ahlaka ve adaba aykırı olmamasına, imkansız olmamasına, irade sakatlığı hallerinden biri nedeniyle yahut aşırı yararlanma sebebiyle iptal edilmemiş olmasına) bağlı olacaktır³⁹⁷. Gizli işlemin geçerliliği bakımından önem taşıyan sorun, genellikle gizli yapılan işlemin geçerlilik şekline uygun olmamasından kaynaklanmaktadır. Örneğin gerçekte satılmak istenilen taşınmaz bağışlama olarak gösterilmişse yahut yapılan bağışlama satış gibi gösterilmiş ise görünüşteki muvazaalı işlem için düzenlenmiş olan tapu senedi gizli işlemin şekil yönünden geçerlilik koşulunu taşıyamıyorsa bu durumda gizli işlem muvazaa nedeniyle değil şekil yönünden geçerlilik koşulunu sağlamaması nedeniyle hükümsüz olacaktır³⁹⁸.

³⁹⁶ Eren, s. 361; Oğuzman ve Öz, s. 132; Aday, s. 28; Dalamanlı, s. 85.

³⁹⁷ Eren, s. 361; Aday, s. 30; Antalya, s. 207. "BK.nun 18 nci maddesinde ilke bazında düzenlenen muvazaa, genellikle tarafların üçüncü kişileri aldatmak amacıyla ve fakat gerçek iradelerine uymayan, aralarında hüküm ve sonuç getirmeyen bir görünüş yaratmak hususunda anlaşmaları şeklinde tanımlanmaktadır. Muris muvazaasında ise, yine genellikle, muris gerçekte mamelekenden bir bölümünü veya tamamını, mirasçılardan bir kısmını veya tamamını miras haklarından yoksun kalma amacıyla gerçekte bağış amacıyla devretmekte ve fakat bu işlemi gizlemek için muris ile devir alan arasında satış işlemi gerçekleştirilmektedir. İşte bu gibi durumlarda açılan muvazaaya dayalı davalarda, murisin dava konusu işlemi muvazaa amacıyla yaptığı ispatlanabilirse bu hukuki işlem veya sözleşme tarafların gerçek iradelerini aksettirmedikleri için geçersiz olup, taraflar arasında hiç bir sonuç doğurmazlar. Ne var ki, taraflar arasındaki üzeri muvazaa ile örtülü alt-gizli sözleşme ilke olarak ve özü itibarıyla geçerlidir. Zira, onun muvazaalı bir sözleşme altına gizlenmiş olması geçerliliğine zarar veremez. Aksi halde, Borçlar Kanunu'muz da yer alan sözleşme serbestisi ana ilkesi bertaraf edilmiş olur. Gizli sözleşmenin geçersiz olması, ancak onun hukuka, ahlaka aykırı olması veya yerine getirilmesi imkansız olması ve nihayet gizli sözleşmenin oluşumu bir şekle bağlanmış ise, o şekle uyulmamış olması hallerine münhasırdır." Yargıtay 11. HD., 1998/9242E., 1999/4123K., T: 18.05.1999

³⁹⁸ Eren, s. 361; Oğuzman ve Öz, s. 133, Kılıçoğlu, s. 171. "...Taraflar ister yalnız bir görünüş yaratmayı, ister ikinci bir gizli işlem yapmayı arzu etmiş olsunlar görünüşteki (zahiri) işlem tarafların gerçek iradelerine uymadığından ilke olarak herhangi bir sonuç doğurmaz. Muvazaada görünüşteki işlemin her türlü hukuki sonuçtan yoksun olması, tarafların ortak iradelerinin bu yolda olmasından ötürüdür. Şu halde, özellikle nitelikli (nispi) muvazaada ilke olarak görünüşteki işlemin altına saklanan ve tarafların muhteva ve sonuçlarıyla birlikte gerçekleştirmek istedikleri işlem (gizli işlem) geçerlidir. Çünkü bu geçerlilik yine tarafların gerçek ve uygun iradelerinin bu yolda olmasından kaynaklanır ve çünkü, onun muvazaalı hukuki işlemin altına gizlenmiş olması kural olarak

Kefil olunan esas borca ilişkin sözleşmenin muvazaa nedeniyle hükümsüz olması halinde kefalet sözleşmesi fer'i niteliğinden ötürü hüküm doğurmayacaktır³⁹⁹. Kefil asıl sözleşmenin muvazaa sebebiyle hükümsüz olduğunu her zaman ileri sürebilir ve muvazaayı bilmeksizin alacaklıya karşı ifada bulunması halinde ise ödediği miktarı sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre alacaklıdan geri alabilir⁴⁰⁰.

Kefalet sözleşmesinin ifa nedeni teminattır. Bir diğer ifade ile kefalet sözleşmesi teminat nedenine bağlı bir işlem olarak aktedilir. Bu kapsamda, tarafların gerçek iradelerini saklamak maksadı ile görünüşte teminat nedenine bağlı olarak aktettileri kefalet sözleşmesi hüküm doğurmayacaktır. Bundan başka, kefil ile alacaklının görünürde bir kefalet sözleşmesi hazırlayıp, alacaklı ile kefilin aralarında anlaşarak, aslında kefalet sözleşmesinde gösterilen borçtan başka bir borca kefil olunması durumu söz konusu olabilir⁴⁰¹. Burada kefalet sözleşmesi muvazaalı olduğundan hükümsüz, tarafların aralarında yaptıkları kefalet sözleşmesi ise tarafların gerçek iradelerine uygun olmakla birlikte kefalet sözleşmesi kefalet senedine yansımadığından bir diğer ifade ile gerekli şekil şartlarına sahip olmadığından dolayı hükümsüz olacaktır⁴⁰².

E. İmkansızlık Halinde Uygulanacak Yaptırım

Sözleşmenin kurulması sırasında sözleşme taraflarından birince taahhüt edilen edimlerinden birinin objektif olarak imkansız olması halinde sözleşmenin batıl olması söz konusudur⁴⁰³. Buna ilişkin düzenleme Türk Borçlar Kanunu'nun 27. maddesinin birinci fıkrasında "konusu imkânsız olan sözleşmeler kesin olarak hükümsüzdür" hükmü ile düzenlenmiştir.

geçerliliğini etkilemez. Ancak muvazaada gizli işlem şekle bağlıysa ve bu gizli işleme ilişkin irade açıklamaları şekle uygun olarak yapılmamışsa, görünüşteki işlem yapılırken yasaların öngördüğü şekle uyulmuş olması gizli işlemdeki şekle aykırılığı gidermez. Bu durumda, görünüşteki işlem tarafların gerçek iradelerini yansıtmamasından ötürü herhangi bir sonuç doğurmadığı gibi, gizli işlem dahi şekle aykırılıktan dolayı geçersizdir. Bu ilke, 7.10.1953 gün ve 8/7 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararlarında çok açık bir şekilde dile getirilmiştir. Bu kararda açıklanan görüş, Türk doktrinin tarafından da benimsenmiş ve uygulama herhangi bir sapma göstermeksizin bugüne değin devam edegelmiştir." (Yargıtay HGK., 979/13-1905E., 966 K., T: 22.12.1982), (www.kazanci.com.tr, 15.03.2013).

³⁹⁹ Yavuz, Nihat, s. 58.

⁴⁰⁰ Yavuz, Nihat, s. 58.

⁴⁰¹ Özen, s. 215.

⁴⁰² Özen, s. 215; Yavuz, Nihat, Kefalet, s. 58.

⁴⁰³ Oğuzman ve Öz, s. 89; Reisoğlu, Safa, s. 136; Kılıçoğlu, s. 96; Nomer, s. 63.

Sözleşmenin imkansızlık sebebi ile batıl olması halinde tarafların irade açıklamaları herhangi bir borç doğurmayacaktır⁴⁰⁴. Taraflar ifa zamanında taahhüt edilen edimin ifasının mümkün hale geleceğini sözleşmenin kurulması esnasında öngörmüşlerse, bu halde sözleşmenin kurulmasından sonra imkansızlığın ortadan kalkması sözleşmeyi geçerli hale getirecektir⁴⁰⁵. Ayrıca taraflardan biri sözleşmede taahhüt edilen edimlerden birinin objektif olarak imkansız olduğu konusunu sözleşmenin kurulması anından itibaren biliyorsa ve bu imkansızlık sebebiyle imkansızlığı bilen tarafın sözleşme öncesi kusuru söz konusu olacağından sözleşmenin diğer tarafının sözleşmenin geçerliliğine duyduğu güven dolayısıyla durumu bilen taraf, bu durumu bilmeyen tarafın uğradığı zarardan sorumlu olacaktır⁴⁰⁶.

Sözleşmenin ifasının mümkün olmaması halinin, sözleşmenin kurulmasından sonra da ortaya çıkması mümkündür. Bu halde ise sözleşmenin başlangıçtaki değil, sonraki imkansızlık söz konusudur ve durumda, Türk Borçlar Kanunu'nun 136. maddenin uygulanması gündeme gelecektir. Söz konusu madde hükmü uyarınca da, başlangıçta geçerli olarak doğan borç, sonraki imkansızlık nedeniyle sona erecektir.

Kefalet sözleşmesinin geçerliliğinin değerlendirilmesinde de imkansızlık varsa bu göz önünde tutulacaktır. Bu bağlamda eğer kefalet sözleşmesinin aktedilmesi esnasında imkansızlık söz konusu ise kefalet sözleşmesi Türk Borçlar Kanunu 27 maddesinde yer alan düzenleme sebebiyle hükümsüz olacaktır⁴⁰⁷. Asıl borcun sonradan imkansız hale gelmesi halinde ise esas borçlunun kusuru olmaksızın borç imkansız hale gelmiş ise asıl borçla birlikte kefalet borcu da sona erecektir⁴⁰⁸. Burada kastedilen imkansızlık objektif imkansızlık olup subjektif imkansızlık hali olarak nitelendirilen kefilin ödeme zorluğu içinde olması durumunda, buna dayanarak kefilin sorumluluktan kurtulması mümkün değildir⁴⁰⁹.

İmkansızlığın sonradan ortaya çıkması ve asıl borçlunun kusurundan kaynaklanmaması halinde asıl borçlunun borcu sona ereceği gibi, sonraki

⁴⁰⁴ Eren, s. 327; Reisoğlu, Safa, s. 136; Kılıçoğlu, s. 84.

⁴⁰⁵ Nomer, s. 63.

⁴⁰⁶ Eren, s. 329; Nomer, s. 63; Başpınar, s. 178.

⁴⁰⁷ Yavuz, Cevdet, s. 671; Zevkliler ve Gökyayla, s. 661; Karahasan, s. 1211; Özen, s. 521; Yavuz, Kefalet, s. 58; Develioğlu, Hüseyin Murat, Kefalet Sözleşmesini Düzenleyen Hükümler Işığında Bağımsız Garanti Sözleşmeleri, İstanbul 2009, s. 189.

⁴⁰⁸ Özen, s. 521, Reisoğlu, Seza, Kefalet, s. 284.

⁴⁰⁹ Reisoğlu, Seza, s. 284.

imkansızlık kefilin borcunun da sona ermesine neden olacaktır⁴¹⁰. Burada önem taşıyan husus sonraki imkansızlığın ortaya çıkmasında kefilin kusurunun olmaması gereğidir⁴¹¹.

F. Kişilik Haklarına Aykırılık Halinde Uygulanacak Yaptırım

Türk Medeni Kanunu'nun 23. maddesindeki kişilik haklarına aykırılığa ilişkin düzenlemenin amacı, kişilik haklarından kişinin kendi rızası ile dahi olsa vazgeçilmesini engellemek olup, kişilik haklarına aykırı düzenleme içeren sözleşmelerin kesin hükümsüzlük sebebi ile hükümsüz olacağını düzenlemektir⁴¹².

Kefalet sözleşmesinin de kişilik haklarına aykırı düzenleme içermemesi gerekir aksi takdirde kefalet sözleşmesi kesin hükümsüz olacaktır⁴¹³. Kefalet sözleşmesinin konusunun kişilik haklarına aykırılığı, kefilin üstlendiği yükümlülüğün süresinin uzunluğu, yüklendiği sorumluluğun ağırlığı, kefilin şahsi ve iktisadi özgürlüğünü aşırı derecede kısıtlaması hallerinde söz konusu olmaktadır. Türk Medeni Kanunu'nun 23. maddesinin ikinci fıkrasında kişinin özgürlüğünün ahlaka aykırı olarak sınırlandırılmayacağını belirtilmiştir. Kefilin yükümlülüğünün Türk Medeni Kanunu'nun 23. maddesinin ikinci fıkrasında belirtilen şekilde kişilik hakkını kısıtladığından söz edebilmek için, kefilin kendi malvarlığı ile üstlenmiş olduğu yükümlülüğü mali durumunda esaslı değişiklik olmadığı sürece yerine getiremeyecek olması durumunda gerekmektedir. Ayrıca alacaklının kefil ile asıl borçlu arasında bulunan hatır ilişkisini kötüye kullanarak, kefilin çok ağır yükümlülük altına sokması halinde de ahlâka aykırılık söz konusu olmaktadır⁴¹⁴.

⁴¹⁰ Reizoğlu, Seza, Def'i Hakları, s. 186; Develioğlu, s. 190.

⁴¹¹ Oser ve Schönerberger (Çev. Sungurbey İsmet), M. 509, N. 12; Pestalozzi, M. 509, N.5; Develioğlu, s. 190; Özen, s. 521.

⁴¹² DURAL, Mustafa/ ÖGÜZ, Tufan, Türk Özel Hukuku- Kişiler Hukuku, C. II, 7. B., İstanbul 2004, s. 146. ; Kocayusufpaşaoğlu, s. 566; Oğuzman ve Öz, s. 86; Eren, s. 321; Kılıçoğlu, s. 93; Reisoğlu, s. 133; Antalya, s. 102.

⁴¹³ Develioğlu, s. 184-185; Yavuz, Cevdet, s. 671.

⁴¹⁴ Hatemi, Hüseyin, Türk Hukukunda Hukuka ve Ahlâka Aykırı Amaçla Verilenin Geri Alınamaması Kuralı, BK md. 65, İstanbul, 1973, s. 154; Kocaman, Arif, "Kefalet Hukukunda İrade Özgürlüğünün Sınırları", Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu XV, Ankara, 1998, s. 105- 107; Tuğsavul, s. 1634; Grassinger, s. 56- 59; Oser ve Schönerberger (Çev. Sungurbey İsmet), s. 97; Tandogan, Geçerlilik Sartları, s. 20; Tandogan, s. 721.

G. İrade Bozukluğu Hallerinde Yaptırım

1. Yanılma Halinde Uygulanacak Yaptırım

İrade bozukluğu hallerinden yanılmanın sözleşmenin geçerliliğine etkisi, Türk Borçlar Kanunu'nun 30. maddesinde düzenlenmiştir. Madde hükmüne göre; *“Sözleşme kurulurken esaslı yanılmaya düşen taraf, sözleşme ile bağlı olmaz.”* İlgili düzenleme uyarınca esaslı yanılmaya düşen tarafa, Türk Borçlar Kanunu 39. maddesinde belirtilen sürelerle uymak kaydı ile sözleşme ile bağlı olmadığını bildirme imkanı tanınmıştır. Yanılma nedeniyle sözleşme ile bağlı olmadığını bildirme hakkı, iradesi yanılma nedeniyle sakatlanan tarafa tanınmış olup, diğer taraf ise sözleşme ile bağlı olacaktır⁴¹⁵.

Türk Borçlar Kanunu'nun 39. maddesi uyarınca da esaslı yanılmaya düşen taraf esaslı yanılmaya düştüğünü öğrendiği andan itibaren bir yıllık süre içerisinde sözleşme ile bağlı olmadığını bildirmez yahut sözleşme ile edindiği şeyi iade etmezse sözleşmeyi onamış sayılacaktır⁴¹⁶. Yanılma, sözleşmeye ilişkin birçok konuda değil, birden fazla hususa ilişkin ise, yanılan tarafın sözleşme ile bağlı olmadığını

⁴¹⁵ Oğuzman ve Öz, s. 107; Antalya, s. 229; Nomer, s. 67; Kılıçoğlu, s. 190.

⁴¹⁶ “Özel Daire ile Yerel Mahkeme arasındaki uyumsuzluk, görülmekte olan davanın Borçlar Kanunu'nun 31. maddesinde öngörülen bir yıllık hak düşürücü süre içerisinde açılıp açılmadığı noktasında toplanmaktadır. İrade ile beyan arasında gayri kasti uygunsuzluk hallerinden olan hatanın hukuki neticesi, akit yapılırken esaslı hataya duçar olan tarafın, Borçlar Kanunu'nun 23. maddesine tevfikan, o akit ile ilzam olunmaması keyfiyetidir. Hata ancak, hakikatte istenilmemiş olan bir şeyin istenilmiş gibi beyan edilmiş olmasına bir sebep teşkil eder. Hemen belirtilmelidir ki, hata ile malul olan akit, hataya duçar olan tarafı ilzam etmez ise de; hata ile müzlem olmayan taraf bu akdi ifa etmemek hakkındaki kararını diğer tarafa beyan yahut verdiği şeyi istirdat etmeksizin bir seneyi geçirir ise, akde icazet verilmiş nazarıyla bakılır. Bu mehil, hatanın anlaşıldığı tarihten itibaren cereyan eder (BK m. 31). Buna göre hatanın neticesi, taliki şarta bağlı sıhhattir ve hata edene tanınan inşai hakkın, bir sene zarfında kullanılması gerekir. Borçlar Kanunu'nun 31. maddesinde öngörülen süre, akdi iptal hakkı bir alacak olmadığı cihetle, bir zamanaşımı süresi değil, yenilik doğuran diğer haklar için tayin edilen süreler gibi, bir hak düşürücü süredir. Somut olayda, davacının 1688 parsel sayılı taşınmazı "bahçeli kargir ve kerpiç ev" niteliği ile 05.06.2002 tarihinde davalıya bizzat satış yoluyla temlik ettiği ve davanın Borçlar Kanunu'nun 31. maddesinde öngörülen bir yıllık hak düşürücü süre geçirildikten sonra açıldığı, akit tablosu ve dosya içeriğinden anlaşılmaktadır. Öte yandan; davacı tarafa, akdin konusunu teşkil eden asıl taşınmaz olduğu ileri sürülen 1687 parsel sayılı taşınmazın davacı adına tapuda kayıtlı olmadığı ve köyde adına kayıtlı başka taşınmaz da bulunmadığı belirlendiğine göre; öğrenme olgusunun temlik tarihinden sonraki bir zamanda gerçekleştiğinin kabulü olanaklı değildir. Hal böyle olunca; Mahkemece, davanın hak düşürücü sürenin geçmiş olması nedeniyle reddi gereğine işaret eden ve Hukuk Genel Kurulu'nca da benimsenen Özel Daire bozma kararına uyulmak gerekirken, önceki kararda direnilmesi usul ve yasaya aykırıdır. Bu nedenle direnme kararı bozulmalıdır.” (Yargıtay HGK., E. 2006/1-83 K. 2006/143 T. 5.4.2006),(www.kazanci.com.tr, 11.05.2013).

bildirilmesi için öngörülen bir yıllık süre, yanılan her bir hususun öğrenildiği tarihten itibaren ayrı ayrı hesap edilecektir.

Yanılan tarafa yanılma nedeniyle sözleşme ile bağlı olmadığını bir yıllık süre içerisinde bildirme hakkı tanınmış olmakla birlikte her hakkın kullanılmasında olduğu gibi bu hakkın da Türk Medeni Kanunu'nun 2. maddesinde düzenlenmiş olan dürüstlük kurallarına uygun olarak kullanılması gerekmektedir⁴¹⁷. Bunu güvence altına almak maksadı ile Türk Borçlar Kanunu, 34. maddesinde kanunkoyucu tarafından özel bir hüküm sevk etmiştir. Hükme göre "*Yanılan, yanıldığını dürüstlük kurallarına aykırı olarak ileri süremez.*

Özellikle diğer tarafın, sözleşmenin yanılanın kasdettiği anlamda kurulmasına razı olduğunu bildirmesi durumunda, sözleşme bu anlamda kurulmuş sayılır." Türk Medeni Kanunu 2. maddede düzenlenen dürüstlük kuralının özel bir uygulaması olan bu hüküm gereğince, yanılan taraf yanılma sebebiyle sözleşme ile bağlı olmadığını ileri sürme hakkını dürüstlük kurallarına aykırı kullanamayacak, aksi takdirde yanılma sebebi ile sözleşme ile bağlı olmadığını ileri sürmesi hakkı yanılmanın koşulları gerçekleşmiş olsa dahi dikkate alınmayacaktır⁴¹⁸.

Kefalet sözleşmesine esas olan asıl borca ilişkin sözleşmede yanılma olabilir. Bu halde kefil asıl borçluya ait olan sözleşme ile bağlı olmadığını bildirme hakkını kullanmaz ancak alacaklıya ödeme yapmaktan kaçınabilir⁴¹⁹. Asıl borçlunun yanılma sebebi ile sözleşme ile bağlı olmadığını alacaklıya bildirmesi halinde ise geçerli bir borç mevcudiyeti olmayacağından kefalet sözleşmesi de sona erecektir.

Kefalet sözleşmesi açısından da Türk Borçlar Kanunu'nun 30. maddesinde düzenlenen yanılma uygulama alanı bulabilir. Kefalet sözleşmesinde esaslı hata, asıl borçlunun şahsına, asıl borca, yapılan sözleşmenin niteliğine yahut sözleşmenin esaslı unsurlarına ilişkin olabilir. Ayrıca kefalet sözleşmesinin aktedilmesinde borçlunun şahsı önem taşıdığından, kefil, borçlunun şahsında hataya düşmesi halinde bu hatasını ileri sürebilecektir⁴²⁰. Kefalet sözleşmesi bakımından kefilin hataya düşmesi durumunda eğer kefil alacaklıya hataya düştüğü hususu ifade eden bir

⁴¹⁷ Eren, s. 413; Oğuzman ve Öz, s. 108; Kılıçoğlu, s. 191.

⁴¹⁸ Eren, s. 413; Oğuzman ve Öz, s. 108; Kılıçoğlu, s. 191.

⁴¹⁹ Reisoğlu, Seza, Muteberlik Şartları, s. 347.

⁴²⁰ Oser ve Schönerberger (Çev. Sungurbey İsmet), M. 492, N. 31; Reisoglu, Seza, Bankacılık Uygulamasında Kefalet, s. 34- 35; Reisoglu, Muteberlik Sartları, s. 362; Yavuz, Kefalet, s. 58; Grassinger, s. 70- 71; Develioğlu, s. 199; Karahasan, s. 1216.

bildirimde bulunur ve alacaklı da Türk Borçlar Kanunu'nun 34. maddesinde belirtilen şekilde kefilin istediği şartlar ile kefalet sözleşmesinin hüküm ve sonuç doğurmasını kabul ederse, bu noktada artık kefilin hatasına dayanması mümkün olmayacaktır⁴²¹. Kefalet sözleşmesinde borçlunun şahsında yanılma hali kefile iptal hakkı tanımakla birlikte, Federal Mahkeme'ye göre de alacaklının şahsı kural olarak kefil için fazla önem taşımadığından, alacaklının şahsında yanılığa düşülmesi, kefalet sözleşmesinin iptaline imkan vermemekle birlikte, alacaklının şahsında yanılma hali ancak kefaletin belli bir alacaklının menfaatine verilmek istendiği veya onun karşı ediminin göz önünde tutulduğu hallerde esaslı yanılığa kabul edilebilmektedir⁴²².

2. Aldatma Halinde Uygulanacak Yaptırım

İrade bozukluğu hallerinden aldatma halinde aldatılan kişinin sözleşmenin kuruluşundaki iradesi sakatlığı nedeniyle aldatmaya maruz kalan kişi o sözleşme ile bağlı olmadığını ileri sürebilecektir. Türk Borçlar Kanunu'nun 36. maddesinde yer alan düzenleme gereğince aldatmaya maruz kalan kişinin sözleşme ile bağlı olmadığını ileri sürebilmesi için, aldatma konusu hususun esaslı yanılma teşkil etmesi aranmaz. Aldatmaya maruz kalan taraf, Türk Borçlar Kanunu'nun 39. maddesi hükmü gereğince, aldatmayı öğrendiği tarihten itibaren bir yıl içerisinde sözleşme ile bağlı olmadığına ilişkin beyanda bulunmaz yahut verdiği şeyi geri istemez ise, sözleşme geçerli hale gelecektir. Aldatılan kişinin aldatma nedeni ile sözleşme ile bağlı olmadığını bildirmesine ilişkin irade beyanında bulunmayacağı yönünde açık yahut zımni irade beyanında bulunması mümkündür⁴²³. Yanılma

⁴²¹ Reisoğlu, Seza, Kefalet, s.47

⁴²² Aktaran Tandoğan, s. 735- 736.

⁴²³ Saymen / Elbir , s. 273; Nomer, s. 69; Oğuzman ve Öz, s. 114; Kılıçoğlu, s. 201. "Bilindiği üzere; hile, genel olarak bir kimseyi irade beyanında bulunmaya, özellikle sözleşme yapmaya sevk etmek için onda kasten hatalı bir kanı uyandırmak, veya esasen var olan hatalı bir kanıyı koruma yahut devamını sağlamak şeklinde tanımlanır. Hata da yanılma hilede yanılma sözkonusudur. BK'nın 28/1 maddesinde açıklandığı üzere taraflardan biri diğer tarafın kasıtlı aldatmasıyla sözleşme yapmaya yönelmişse hata esaslı olmasa bile aldatılan taraf için sözleşme bağlayıcı sayılamaz. Değinen koşulların varlığı halinde aldatılan taraf hakkını kullanmak suretiyle hukuki ilişkiyi geçmişe etkili (makale şamil) olarak ortadan kaldırılabilir ve verdiği şeyi geri isteyebilir. Öte yandan, hile her türlü delille ispat edilebileceği gibi iptal hakkının kullanılması hiçbir şekilde bağlı değildir. Hilenin öğrenildiği tarihten itibaren bir yıllık hak düşürücü süre içerisinde karşı tarafa yöneltilecek bir irade açıklaması, defî yahut dava yoluyla da kullanılabilir. Ayrıca; bir kimse, karşı tarafın veya üçüncü bir kişinin kendisi veya yakınlarının maddi veya manevi varlığına yönelik hukuka aykırı ve esaslı

nedeniyle sözleşmenin hükümsüzlüğünü ileri sürmenin sınırlandırılmasına ilişkin olarak Türk Borçlar Kanunu 34. maddesinin aldatılma halinde de uygulanması gerektiği doktrinde kabul edilmektedir⁴²⁴.

Kefil olunan asıl borçta aldatma halinde esas borçlunun alacaklıya karşı sözleşme ile bağlı olmadığını bildirmesi halinde kefalet sözleşmesi de sona fer'i niteliğinden ötürü sona erecektir. Asıl borçlu tarafından öngörülen sürelerde sözleşme ile bağlı olmadığı bildirilmez ise kefil alacaklının yerine bu hakkı kullanamaz.

Söz konusu düzenlemeler uyarınca, aldatma sebebiyle yanılan kefil, yanılması esaslı olmasa dahi, buna dayanabilir. Aldatmanın üçüncü bir kişi tarafından yapılması halinde, kefalet sözleşmesinin geçerliliği sözleşmenin karşı tarafının bu durumdan haberdar olup olmamasına bağlı olacak, bu durum alacaklının, kefil kefalet sözleşmesi kurması için aldatma kastıyla hareket etmesi ve onu hataya düşürmesi durumunda hile söz konusu olacaktır. Diğer bir ifade ile alacaklının veya temsilcisinin, kefil aldatma yoluyla kefalet sözleşmesinin aktedilmesini sağlaması yahut alacaklının, asıl borçlunun aldatmasını bildiği veya bilmesinin gerektiği hallerde kefil sözleşme ile bağlı olmadığını ileri sürebilir. Ancak alacaklının asıl borçlunun aldatmasından haberdar olmadığı hallerde, kefilin iradesi aldatma sebebiyle sakatlanmış olmakla birlikte kefalet sözleşmesi geçerli olacaktır⁴²⁵. Alacaklının asıl borçlunun aldatmasından haberdar olması yahut bu aldatmayı bilebilecek durumda bulunması halinde ise, Türk Borçlar Kanunu'nun 39.

korkutması sonucu yaptığı sözleşme ile bağlı sayılmaz. Borçlar Kanunu'nun 30. maddelerinde belirtildiği üzere ikrahtan söz edilebilmesi için tehdidin sözleşmeyi yapan kimsenin veya yakınlarının kişilik haklarına veya mal varlıklarına yönelik olması, ikraha maruz kalanın subjektif durumuna göre ağır ve derhal meydana gelebilecek nitelik taşıması, haksız (hukuka aykırı) sayılması, illiyet bağının bulunması, yani sözleşmenin tehdidinin yarattığı korku sonucu yapılması zorunludur. Bu koşulların varlığı halinde iradesi sakatlanan taraf, isterse iptal hakkını kullanmak suretiyle hukuki ilişkiyi geçmişe etkili (makable şamil) olarak ortadan kaldırılabilir. Hemen belirtmek gerekir ki iptal hakkının kullanılması hiçbir şekilde bağlı değildir. Korkunun kalktığı tarihten itibaren bir yıllık hak düşürücü süre içerisinde sözleşme karşı tarafa yöneltilecek tek taraflı sarih ve zımni bir irade açıklaması ile feshedilebileceği gibi defi veya dava yoluyla da kullanılabilir. Sözleşme iptal edilmekle yapıldığı andan itibaren ortadan kalkacağı için yerine getirilen edim aynı bir istihkak davası (tapulu taşınmazlarda iptal ve tescil davası), bunun mümkün olmadığı hallerde sebepsiz zenginleşme davası ile geri istenebilir." (Yargıtay HGK., E. 2005/1-250 K. 2005/309 T. 4.5.2005), (www.kazanci.com.tr, 11.07.2013)

⁴²⁴ Kılıçoğlu, s. 201.

⁴²⁵ Oser ve Schönerberger, M. 492 N.88; Tandogan, s. 737; Reisoglu, Bankacılık Uygulamasında Kefalet, s. 37- 38; Reisoglu, Muteberlik Sartları, s. 365; Arık, Kefalet, s. 498- 499.

maddesinde yer alan düzenleme gereğince, kefil sözleşme ile bağlı olmadığını ileri sürme hakkını haizdir⁴²⁶.

Alacaklı, asıl borçlunun durumu veya borç ilişkisinin türü hakkında kefile gerçeğe aykırı beyanda bulunmuşsa ve kefil de bu beyanlara dayanarak taahhüt altına girmişse, aldatma söz konusu olacaktır. İsviçre Federal Mahkemesi de kefil olunan bir borç ile ilgili olarak bir banka tarafından verilen yanlış bilgiyi hileli bir davranış olarak kabul etmiştir⁴²⁷.

3. Korkutma Halinde Uygulanacak Yaptırım

İrade bozukluğu hallerinden korkutma halinde kişi kendisi yahut yakınlarından birinin kişi varlığına yahut malvarlığına yönelik olan bir tehdit nedeniyle aslında hiç arzu etmediği bir sözleşmeyi akdettiği için kişinin açıkladığı beyan aslında hiç arzu etmediği ve gerçek iradesi ile uyumlu olmayan bir beyandır⁴²⁸. Bu nedenle korkutulan kişiye, korkutmanın etkisinin ortadan kalktığı tarihten itibaren bir yıllık hak düşürücü süre içerisinde sözleşme ile bağlı olmadığını beyan etme hakkı tanınmıştır. Korkutma nedeni ile sözleşmeyi akteden taraf sözleşme ile bağlı olmadığını bildirinceye kadar yani sözleşmeyi ortadan kaldıran bozucu irade beyanında bulununcaya kadar, sözleşme geçerli bir sözleşme gibi sonuç doğurur ve beyanda bulunma hakkının kullanılmaması halinde sözleşme geçerli bir şekilde hüküm ve sonuçlarını doğurmaya devam eder⁴²⁹. Burada korkutulan sözleşme tarafına, yenilik doğurucu bir hak niteliğinde olan, sözleşmeyi geçersiz kılma hakkı tanınmış olup, bu tek taraflı yöneltilmesi gereken ve sözleşmeyle bağlı olmadığını bildiren iptal hakkının kullanılması ile birlikte sözleşme hükümsüz hale getirilmiş olacaktır⁴³⁰.

⁴²⁶ Reisoğlu, Seza, Kefalet, s. 70.

⁴²⁷ BGE II 613 numaralı kararda, “Bu ve diğer gerçeğe uymayan beyanlar kefilde hatalı düşüncelerin dogmasına yol açmıştır. Mevcut kefalet senedinde bazı hususlar sükûtle geçistirilmemiş, fakat asıl borç, teminatlar, bunların hukuki niteliği, mâli kapsamı hakkında gerçeğe aykırı beyanlarda bulunulmuştur. Alacaklının burada satış vs. akitlerinden çok daha fazla gerçeği bildirme mükellefiyeti, bu tür ilişkilerdeki itimat unsurunun bir sonucudur. Kefalet özel durumu dolayısıyla geniş miktarda iyiniyet kurallarının koruması altındadır.” denilmektedir. (Aktaran Reisoğlu, Bankacılık Uygulamasında Kefalet, s. 37).

⁴²⁸ Eren, s. 402; Esener, s. 150; Tekinay, Akman, Burcuoğlu ve Altop, s. 449; Antalya, s. 243; Oğuzman ve Öz, s. 115; Nomer, s. 70; Reisoğlu, Safa, s. 124; Kılıçoğlu, s. 210.

⁴²⁹ Oğuzman ve Öz, s. 120; Kılıçoğlu, s. 210.

⁴³⁰ Eren, s. 412; Oğuzman ve Öz, s. 120; Kılıçoğlu, s. 210

Kefil olunan esas borca ilişkin sözleşmenin akdedilmesi esnasında borçluya yönelik korkutma halinde kefalet sözleşmesinin geçerliliği fer'ilik ilkesi sebebiyle esas borcun akıbetine bağlı olacak ve esas borçlunun korkutma sebebi ile sözleşmeyle bağlı olmadığını bildirmesi halinde kefalet sözleşmesi de hüküm doğurmayacaktır.

Türk Borçlar Kanunu'nun 37, 38 ve 39. maddelerinde yer alan korkutmaya ilişkin düzenlemeler, kıyasen kefalet sözleşmesi için de uygulanacaktır. Bu bağlamda eğer kefil kendisinin veya yakınlarından birisinin kişi varlığına yahut malvarlığına yönelik olan tehdit sebebi kefalet sözleşmesi akdetmiş ise, bu sözleşme kendisi hakkında hüküm ifade etmeyecektir. Korkutma sebebiyle kefalet sözleşmesini akteden kefil korkutmanın etkisinin ortadan kalktığı andan başlayarak bir yıl içinde sözleşme ile bağlı olmadığını bildirmelidir. Korkutma sebebiyle kefalet sözleşmesi akteden kefil, kefalet sözleşmesi ile bağlı olmamakla birlikte kefil kefalet sözleşmesi akdetmesi için korkutan kişinin sözleşmenin karşı tarafı değil de bir üçüncü kişi ise ve diğer taraf korkutmayı bilmiyorsa veya bilecek durumda değilse, sözleşmeyle bağlı kalmak istemeyen korkutulan kefil, hakkaniyet gerektiriyorsa, alacaklıya tazminat ödemekle yükümlüdür.

H. Aşırı Yararlanma(Bedelli Kefalet) Halinde Uygulanacak Yaptırım

Aşırı yararlanma halinde aşırı yararlanılan tarafa Türk Borçlar Kanunu'nun 28. maddesinin birinci fıkrasında seçimlik hak tanımıştır. Hükme göre; *“Bir sözleşmede karşılıklı edimler arasında açık bir oransızlık varsa, bu oransızlık, zarar görenin zor durumda kalmasından veya düşüncesizliğinden ya da deneyimsizliğinden yararlanılmak suretiyle gerçekleştirildiği takdirde, zarar gören, durumun özelliğine göre ya sözleşme ile bağlı olmadığını diğer tarafa bildirerek ediminin geri verilmesini ya da sözleşmeye bağlı kalarak edimler arasındaki oransızlığın giderilmesini isteyebilir.”*

Söz konusu hüküm gereğince aşırı yararlanmadan zarar gören taraf edimini ifa etmemiş ise sözleşme ile bağlı olmadığını diğer tarafa bildirerek edimin geri

verilmesini ve borçtan kurtulmayı yahut sözleşme ile bağlı kalarak edimleri arasındaki oransızlığın giderilmesini talep edebilir⁴³¹.

Aşırı yararlanma halinde aşırı yararlanılan tarafa sözleşmeyi iptal hakkı tanınmış olup, aşırı yararlanılan taraf sözleşmenin iptalini talep edene kadar sözleşme başlangıcından itibaren geçerli bir sözleşmenin hüküm ve sonuçlarını doğurmaya devam edecek olup, burada aşırı yararlanılan tarafın iptal hakkını kullanımına bağlı bozulabilir geçerlilik söz konusudur⁴³². Bu bağlamda sözleşme başlangıcından itibaren geçerli bir şekilde hüküm ve sonuçlarını doğurur, sözleşmede aşırı yararlanılan tarafın bir yıllık hak düşürücü süre içerisinde iptal hakkını kullanması ile birlikte sözleşmeyi baştan itibaren hükümsüz kılması mümkündür⁴³³. Aşırı yararlanılan tarafın sözleşme ile bağlı olmadığına ilişkin irade beyanı açıklaması bozucu yenilik doğuran bir beyan niteliği taşımakta olup, bu irade beyanının

⁴³¹ Oğuzman ve Öz, s. 136; Nomer, s. 76. "Bilindiği üzere; hile, genel olarak bir kimseyi irade beyanında bulunmaya, özellikle sözleşme yapmaya sevk etmek için onda kasten hatalı bir kanı uyandırmak,veya esasen var olan hatalı bir kanıyı koruma yahut devamını sağlamak şeklinde tanımlanır. Hata da yanılma hilede yanılma söz konusudur. 01/07/2012 tarihinde yürürlüğe giren 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 36/1 maddesi (881 sayılı Borçlar Kanunu'nun 28/1 maddesinde) açıklandığı üzere "Taraflardan biri, diğerinin aldatması sonucu bir sözleşme yapmışsa, yanılması esastır olması bile , sözleşmeye bağlı değildir. Değinen koşulların varlığı halinde aldatılan taraf hakkını kullanmak suretiyle hukuki ilişkiyi geçmişe etkili (makale şamil) olarak ortadan kaldırabilir ve verdiği şeyi geri isteyebilir. Öte yandan, hile her türlü delille isbat edilebileceği gibi iptal hakkının kullanılması hiç bir şekilde bağlı değildir. Hilenin öğrenildiği tarihten itibaren bir yıllık hak düşürücü süre içerisinde karşı tarafa yöneltilecek bir irade açıklaması, defî yahut dava yoluyla kullanılabilir. Diğer taraftan; sözleşmenin gabin (aşırı yararlanma) nedeniyle illetli olduğunun kabulü için edim ve karşı edim arasındaki nisbetsizliğin, taraflardan birinin, diğerinin şahsında mevcut özel bir durumu bilerek,istismar etmesi, sömürmesi sonucu oluşması gerekir. Dar ve zor durumda kalmaları nedeniyle, sözleşme yapmağa, mallarını çok düşük bedel ile devretmeye sürüklenmiş kişileri korumak zayıfı güçlüye ezdirmemek için hukukumuzda da düzenlemeler yapılmış 01/07/2012 tarihinde yürürlüğe giren 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 28. Maddesi (818 sayılı Borçlar Kanunu'nun 21. maddesi) ile aynen "Bir sözleşmede karşılıklı edimler arasında oransızlık varsa, bu oransızlık, zarar görenin zor durumda kalmasından veya düşüncesizliğinden ya da deneyimsizliğinden yararlanılmak suretiyle gerçekleştirildiği takdirde, zarar gören , durumun özelliğine göre ya sözleşme ile bağlı olmadığını diğer tarafa bildirirerek ediminin geri verilmesini ya da sözleşmeye bağlı kalarak edimler arasındaki oransızlığın giderilmesini isteyebilir." hükmü getirilmiştir. O halde, gabinen (aşırı yararlanmadan) söz edilebilmesi, objektif unsur olan edimler arasındaki aşırı oransızlık yanında bir tarafın darda kalma, tecrübesizlik, düşüncesizlik (hafiflik) hallerinin bulunması, diğer yanın ise yararlanmak, sömürmek kastını taşıması biçiminde iki subjektif unsurun dahi gerçekleşmesine bağlıdır. Gabinin (aşırı yararlanmanın) varlığı zarar görene (sömürülene), sözleşme tarihinden itibaren bir yıllık hak düşürücü süre içerisinde sözleşme ile bağlı olmadığını bildirerek iptal davası açıp iddiasını her türlü delille kanıtlaya ve verdiği geri isteme hakkı verir. Hemen belirtmek gerekir ki, gabin (aşırı yararlanma) davasında öncelikle edimler arasındaki, aşırı oransızlık üzerinde durulmalı, objektif unsur isbatlandığı takdirde mutazarrın kişiliği, yaşı, sağlık durumu, toplumdaki yeri, ekonomik gücü psikolojik yapısı gibi maddi, manevi yönler yani subjektif unsur derinliğine araştırılıp incelenmelidir." (Yargıtay 1. HD. E. 2012/10938 K. 2012/10436 T. 1.10.2012), (www.kazanci.com.tr, 20.05.2013)

⁴³² Oğuzman ve Öz, s. 139, Antalya, 255; Acabey, s. 117.

⁴³³ Oğuzman ve Öz, s. 139, Antalya, 255, Reisoğlu, Safa, s. 141.

kullanılması herhangi bir şekil şartına bağlı değildir⁴³⁴. Aşırı yararlanmanın söz konusu olması halinde bu hali hakim aşırı yararlanılan taraf ileri sürmedikçe re'sen dikkate alamaz⁴³⁵. Aşırı yararlanılan kişinin sözleşmenin hükümsüzlüğüne ilişkin beyan hakkını kullanmayacağına ilişkin beyanda bulunması mümkün olup bu halde kanunda belirtilen sürelerin geçmesi beklenmeyecektir⁴³⁶.

Edimler arası oransızlığın giderilmesi de yine hak düşürücü süreler içerisinde kullanılması gereken yenilik doğurucu bir haktır. Edimler arası oransızlığın giderilmesi ile kastedilen ise, taraf edimlerinin mutlak şekilde eşitlenmesi olmayıp, diğer tarafın katlanması beklenebilecek kadar arttırma yahut indirme yapılması yeterli olacaktır⁴³⁷. Edimler arası oransızlığın giderilmesi talep edildiği takdirde sözleşme iptal edilemeyip, geçerliliğini yeni şartlarla korumaya devam edecektir⁴³⁸.

Kanunda aşırı yararlanma nedeniyle sözleşmenin iptalini yahut edimlerin denkleştirilmesini talep hakkı konusunda iki farklı süre getirilmiş ve aşırı yararlananın içinde bulunduğu subjektif sebepler göz önünde bulundurularak farklı başlangıç zamanları kabul edilmiştir⁴³⁹. Bu bağlamda düşüncesizlik ve deneyimsizlik halinde bir yıllık süre aşırı yararlanılan kişinin bunu öğrenme anından; zor durumda kalma halinde ise bir yıllık süre zor durumdan kurtulma anından itibaren başlayacaktır. Ayrıca Kanunda beş yıllık uzun süre kabul edilmiş olup, aşırı yararlanmanın sebebi her ne olursa olsun sözleşmenin kurulmasından itibaren beş yılın geçmesi ile birlikte talepte bulunma hakkı kaybedilecektir.

Alman Federal Mahkemesi Alman Anayasası'nın koruyucu fonksiyonundan hareket ederek gerçek anlamda sözleşme adaletinin gerçekleşebilmesi için tarafların eşit konumda olması gerektiğine hükmetmiştir⁴⁴⁰. Alman Federal Mahkemesi 19.10.1993 tarihinde verdiği kararı ile hakimin içerik denetimini sözleşmeyi taraflar arasında eşitsizlik olan her durumda değil, taraflar arasındaki eşitsizliğin zayıf

⁴³⁴ Kılıçoğlu, s. 217; Kalkan, s. 145; Aslan, s. 113.

⁴³⁵ Reisoğlu, Safa, s. 141.

⁴³⁶ Kılıçoğlu, s. 217.

⁴³⁷ Oğuzman ve Öz, s. 138-139; Kalkan, s. 149.

⁴³⁸ Kılıçoğlu, s. 218; Aslan s. 128 vd.

⁴³⁹ Kılıçoğlu, s. 219.

⁴⁴⁰ Aktaran, Buz, V. (1998). Gabin Halinde Edimler Arasındaki Aşırı Oransızlığın Giderilerek Sözleşmenin Ayakta Tutulması. *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi*, C.19/4, s. 55.

durumda olan taraf aleyhine sonuç doğurduğu hallerde söz konusu olacağına hükmetmiştir⁴⁴¹.

Kefalet sözleşmesi bakımından aşırı yararlanma değerlendirildiğinde iki olasılıkla karşılaşmak mümkündür. Bunlar ilki kefalet sözleşmesine esas olan borca ilişkin sözleşmede aşırı yararlanma ile bedelli kefalette aşırı yararlanma halidir. Kefalet sözleşmesine esas olan sözleşmede aşırı yararlanma gündeme gelebilir. Bu halde kefalet sözleşmesinin geçerliliği asıl borçlunun seçimlik haklarını kullanıp kullanmamasına göre geçerli olacaktır. Bu kapsamda eğer asıl borçlu düşüncesizlik ve deneyimsizlik halinde aşırı yararlanılan kişinin bunu öğrenme anından; zor durumda kalma halinde ise zor durumdan kurtulma anından itibaren bir yıl içerisinde sözleşme ile bağlı olmadığını bildirmesi halinde kefalet sözleşmesi de hüküm doğurmazdır.

Değerlendirilmesi gereken bir diğer husus ise asıl borçlunun sözleşmenin edimleri arası oransızlığının giderilmesini talep etmesi halinde kefalet sözleşmesindeki kefalet miktarı asıl borç miktarını geçmesi halinde uygulanacak yaptırım ne olacağı sorusudur. Kefalet sözleşmesinin fer'iliği ilkesi gereğince kefil aslı borçludan fazla sorumluluk üstlenemez⁴⁴². Burada asıl borç miktarını geçen kısmın geçersizliği gündeme gelecektir.

Kefalet sözleşmesinde aşırı yararlanma hükümlerinin uygulanması mümkündür. Kefalet sözleşmesi kural olarak tek tarafa borç yükleyen bir sözleşme olmakla birlikte kefilin bir edim karşılığında kefalet borcu altına girmesi mümkün olduğu için bu hallerde aşırı yararlanma sebebi ile kefalet sözleşmesinin iptal edilip edilemeyeceğidir⁴⁴³. Kefalet sözleşmesinde kefilin taahhüdü karşılığında alacaklının kefile bedel ödeme taahhüdünde bulunması halinde yani bedelli kefalette kefilin taahhüdü ile alacaklının edimi arasında aşırı oransızlık olması halinde kefil, edimini ifa etmemiş ise sözleşme ile bağlı olmadığını diğer tarafa bildirerek edimin geri verilmesini ve borçtan kurtulmayı yahut sözleşme ile bağlı kalarak edimleri arasındaki oransızlığın giderilmesini talep edebilmesi mümkündür.

⁴⁴¹ Aktaran, Buz, s. 55.

⁴⁴² Reisoğlu, Seza, Kefalet, s. 3; Özen, s. 79 vd; Gümüş, s. 533; Tandoğan, C, II, s. 695-696; Zevkliler ve Gökyayla, s. 655.

⁴⁴³ Kefalet sözleşmesinde gavin hükümlerinin uygulanmayacağı yönünde bkz. Develioğlu, s. 218 vd., Gümüş, s. 298.

II. KEFALET SÖZLEŞMESİNE ÖZGÜ GEÇERLİLİK KOŞULLARINA UYMAMANIN YAPTIRIMI

A. Mevcut ve Geçerli Bir Borç İlişkisinden Doğmuş Asıl Borcun Olmaması

Kefil olunan asıl bir borcun mevcut olmaması halinde, kefalet sözleşmesi de kefalet sözleşmesinin fer'iliği ilkesinden dolayı hüküm ifade etmeyecektir. Bu bağlamda kefalet sözleşmesinin aktedilmesi esnasında geçersiz olan bir sözleşmenin sonradan geçerlilik kazanması imkansız olup, taraflar geçersiz olan sözleşmenin yerine aynı içeriğe sahip yeni bir sözleşme aktederlerse, artık bu yeni bir sözleşme olacağından, geçerli olmayan borç için aktedilmiş olmayan kefalet sözleşmesi bu yeni sözleşme için geçerli olmayacak, bu sözleşme için yeni bir kefalet sözleşmesi aktedilmesi gerekecektir⁴⁴⁴.

Eksik borçlar için kefil olunması halinde, kefalet sözleşmesinin geçerliliği bakımından ortak bir yorum yapılmamalı, her bir eksik borç çeşidi ayrı

⁴⁴⁴ Oser ve Schöenberger.), M. 492, N. 30; Reisoğlu, Seza, Kefilin Def'i Hakları", BATİDER, 1961-1962, C. 1, s.180; Reisoğlu, Seza, Kefalet, s. 45. "1) Dava, davalılardan müteahhit Süleyman'dan satın alınan daire bedeli karşılığı ödenen 1.300.000 liranın, sözleşme yerine getirilmemesi nedeniyle adı geçenden ve kefil olan diğer davalıdan alınması isteğine ilişkindir. Mahkeme, sözleşme gereği alınan paranın geri verilmesi gerektiğinden söz ederek dava olunan miktarın her iki davalıdan müteselsilen alınmasına karar vermiştir. Mahkeme kararında da belirtildiği üzere, davacı ile davalılardan müteahhit arasında düzenlenen sözleşme şekil noksanı nedeniyle muteber değildir. M.K.'nun 634 ve B.K.'nun 213. maddeleri gereğince tapulu taşınmazın satımına ilişkin sözleşmenin resmî şekilde yapılması bir geçerlilik koşuludur. Davada dayanılan satım sözleşmesi adı yazılı şekilde kurulmuş olduğundan hukuken geçerli bulunmamaktadır. Davalılardan arsa sahibi Ramazan 13.5.1981 günlü belge ile bu taşınmaz satımına, özellikle inşaat bitiminde tapunun verilmesine kefil olmuştur. B.K.'nun 485. maddesi gereğince, kefalet ancak muteber bir borç hakkında cereyan eder. O halde kefaletin hüküm ifade etmesi için geçerli bir asıl borca ihtiyaç vardır. Asıl borcun herhangi bir şekilde hükümsüz olması halinde kefalet akdi de hüküm ifade etmez. Çünkü kefalet, asıl borca bağlı fer'i nitelikte bir borçtur. Tetkik konusu olayda asıl borç şekil noksanı nedeniyle muteber olmadığından, arsa sahibi davalının kefaleti de geçerli değildir ve borç doğurmaz. Bu nedenle kefil olan arsa sahibi hakkındaki dava red edilmek üzere kararın bozulması gerekir. 2) Öte yandan kefalet belgesinde inşaatın bitirilmemesi ve sözleşmeye aykırılık halinde kefilin borcunun ne olduğu ve kefalet edilen miktar belirli değildir. B.K.'nun 484. maddesine göre kefalet senedinde kefilin sorumlu olduğu muayyen bir miktarın belirtilmesi bir sıhhat şartıdır. Olayda bu geçerlilik koşulu da yerine getirilmemiştir. Bu nedenlerle davalı arsa sahibinin, kefalete dayanılarak müteahhide ödendiği öne sürülen satış bedeli 1.300.000 liranın geri ödenmesinden sorumlu tutulması mümkün değildir. Bu itibarla mahkemece kefil hakkında açılan davanın reddi gerekirken dava konusunun müteselsilen ondan da alınmasına karar verilmesi Yasa'ya aykırıdır ve bozma nedenidir. 3) Dosyaya, mahkemenin davalı kefil yönünden hükmüne dayanak yaptığı 13.5.1981 günlü kefalet belgesinin fotokopisi ibraz edilmiştir. Belge aslı davacıya ibraz ettirilerek, davalının belge münderecatına karşı diyecekleri tespit edilmeden ödetme kararı verilmiş olması da kabul şekli bakımından kararın bozulmasını gerektirmiştir." (Yargıtay 13. HD., E. 1984/458 K. 1984/2118 T. 20.3.1984), (www.kazanci.com.tr, 14.05.2013)

değerlendirme yapılmalıdır⁴⁴⁵. Eksik borçlar arasında yer alan zamanaşımına uğramış borçlar da borcun kefalet sözleşmesi aktedilmeden önce veya kefalet sözleşmesi akdedildikten sonra zamanaşımına uğramış olması mümkündür⁴⁴⁶.

Zamanaşımına uğramış bir borca kefil olunabilmesi mümkün olmakla birlikte, burada kefilin durumunun borcun zamanaşımına uğradığını bilme veya bilmeme ihtimaline göre ayrı ayrı incelenmesi isabetli olur⁴⁴⁷. Zamanaşımına uğramış borçlar bakımından İsviçre Borçlar Kanunu'nda 1942 yılında yapılan değişiklik ile 492. maddenin 3. fıkrasına eklenen hüküm ile esas borcun zamanaşımına uğramış olması halinde, bunu bilerek borca kefil olunması ile kefalet sözleşmesi hükümlerine tabi olan garanti sözleşmesi söz konusu olacaktır⁴⁴⁸.

Türk Borçlar Kanunu bakımından, kefilin kefalet sözleşmesine konu olan borcun zamanaşımına uğramış olduğunu bilerek kefalet sözleşmesini akdetmiş olması halinde 582. maddenin ikinci fıkrasının uygulanması gündeme gelecektir. Hükme 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.”* Söz konusu düzenleme uyarınca kefil kefalet sözleşmesine konu olan borcun zamanaşımına uğramış olduğunu bilerek kefalet sözleşmesini akdetmiş ise, kefil asıl borçlunun zamanaşımı def'ini ileri sürmesi halinde dahi asıl borçtan sorumlu olacak ve kefalet sözleşmesi aktedildikten sonra alacaklıya karşı asıl borcun zamanaşımına uğradığı def'ini ileri süremeyecektir⁴⁴⁹. Asıl borçlunun verdiği temsil yetkisi ile kefil temsilci sıfatı ile borca kefil olmuş ise, bu halde hem asıl borçlu hem de kefil, asıl borcun zamanaşımına uğradığına ilişkin zamanaşımı def'ini ileri sürme hakkından yoksun olacaktırlar⁴⁵⁰.

Kefilin asıl borcun zamanaşımına uğradığı hususunu bilmeden kefalet sözleşmesini akdetmesi halinde kefil asıl borcun zamanaşımına uğradığını öğrendiği

⁴⁴⁵ Özen, s. 146.

⁴⁴⁶ Grassinger, savunma imkanları, s. 32

⁴⁴⁷ Gümüş, s. 300, Özen, s. 146; Reisoğlu, Seza, s.47; Grassinger, savunma imkanları, s. 32.

⁴⁴⁸ Tandoğan, Borçlar, C. II, s. 724; Reisoğlu, S. Kefilin Def'i Hakları. *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi*, 1961- 1962, C. 1, s. 190; Grassinger, savunma imkanları, s. 33.

⁴⁴⁹ Reisoğlu, S.(1961). Kefilin Rücuu İle İlgili Meseleler. *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi*, C. 1/4, s. 58.

⁴⁵⁰ Reisoğlu, Seza, s. 52; Grassinger, Savunma İmkanları, s. 34.

takdirde zamanaşımı def'ini ileri sürebilir⁴⁵¹. Bu halde kefilin asıl borcun zamanaşımına uğradığını ileri sürmesi, kefil için hem bir hak hem de bir yükümlülüktür⁴⁵². Bu bağlamda zamanaşımı def'ini ileri sürme yükümlülüğünü yerine getirmeyen kefile karşı asıl borçlunun kefilin zamanaşımı def'inde bulunması gerektiğini bildiği yahut bilmesi gerektiği halde bunu yapmadığını ispat etmesi halinde kefil, asıl borçluya karşı rücu hakkını kaybedecektir⁴⁵³. Asıl borçlunun zamanaşımı def'ini ileri sürmekten feragat etmesinin, kefile karşı ileri sürülemeyeceği, Türk Borçlar Kanunu'nun 160. maddesinin son fıkrasında belirtilmiştir. Bu hükmün dayanağı alacaklı ile asıl borçlu arasında yapılan anlaşmalar ile kefilin durumunun ağırlaştırılmayacağı prensibidir⁴⁵⁴.

Eksik borçlar arasında yer alan kumar ve bahis borcu için Türk Borçlar Kanunu'nun 591. maddesinin 4. fıkrasında bir düzenleme yer almaktadır. Hükme göre; *“Kumar veya bahisten doğan bir borca kefalette kefil, borcun bu niteliğini bilmiş olsa bile, asıl borçlunun sahip olduğu def'ileri ileri sürebilir.”* Söz konusu düzenleme gereğince kumar ve bahis borcu için kefalet sözleşmesinin aktedilebilmesi mümkün olmakla birlikte, kefil, kefaletle konu olan borcun konusunun kumar ve bahis borcu olduğunu bilerek kefalet sözleşmesi akdetmiş olsa dahi, asıl borçluya karşı def'i ileri sürme imkanını haizdir⁴⁵⁵. Ancak kefil def'i ileri sürme imkanını kullanmayıp, alacaklıya ödemede bulunur ise, bu ödeme geçerli olacaktır⁴⁵⁶. Kumar ve bahis borcunu, def'i ileri sürmeksizin alacaklıya ifa eden kefilin, asıl borçluya rücu imkanı bulunmamaktadır⁴⁵⁷.

Maddede evlenme simsarlığına ilişkin düzenleme yer almamakla birlikte, evlenme simsarlığından doğan borç da eksik borç niteliği taşıdığından, aynı düzenleme, evlenme simsarlığından doğan alacağa kefalet halinde de uygulanmalıdır⁴⁵⁸. Bu bağlamda evlenme simsarlığından doğan borca kefil olunması halinde kefil borcun niteliğini bilerek kefalet sözleşmesini akdetmiş olsa dahi,

⁴⁵¹ Tandoğan, s. 724; Grassinger, s. 34; Bilgen, s. 701.

⁴⁵² Reisoğlu, Seza, s. 52; Bilgen s. 702.

⁴⁵³ Bilgen, s. 702.

⁴⁵⁴ Grassinger, Savunma imkanları, s. 34.

⁴⁵⁵ Reisoğlu, Seza, Kefalet, s. 230; Özen 147.

⁴⁵⁶ Reisoğlu, Seza, Kefalet, s. 230; Özen s. 147.

⁴⁵⁷ Reisoğlu, Seza, Kefalet, s. 230.

⁴⁵⁸ Özen, s. 147-148; Yavuz, Kefalet, s. 60.

alacaklıya karşı esas borçlunun sahip olduğu eksik borç savunmasını yapabilecektir⁴⁵⁹.

Gelecekte doğacak bir borç için kefil olunması durumunda kefilin, borcun gelecekte doğacağını dikkate alarak kefalet borcu altına girmesi gerekli olup, kefilin kefalet altına girdiği anda yanılarak var olduğunu zannettiği bir borç sonradan doğacak olursa, kefalet sözleşmesi geçerli olmaz⁴⁶⁰.

B. Kefilin Ehliyetsiz Olması

Tam ehliyetsiz kişi tarafından yapılan herhangi bir hukuki işlem kesin hükümsüzdür. Tam ehliyetsiz ayırt etme gücüne sahip olmadığı için, diğer tüm işlemlerin, onun adına yasal temsilcisi tarafından yapılması gerekmektedir birlikte, Türk Medeni Kanunu'ndaki hükümlerle bazı işlemlerin yasal temsilci tarafından dahi yapılması yasaklanmıştır. Türk Medeni Kanunu'nun 449. maddede sayılan bu işlemlerin başında kefalet sözleşmesi yer almaktadır. Bu nedenle de tam ehliyetsiz bir kişi kefalet sözleşmesi yapamayacağı gibi, yasal temsilcisi de onun adına sözleşme yapamayacaktır.

Kendisine yasal danışman atanan kişiler, Türk Medeni Kanunu'nun 429. maddesinin g bendinde yer alan düzenleme gereğince bizzat kefalet sözleşmesi yapamamakta, ancak yasal danışmanın görüşünü aldıktan sonra geçerli bir kefalet sözleşmesi yapabilmektedirler. Yasal danışmanın görüşünü almadan imzalanan kefalet sözleşmesi, tek taraflı bağlamazlık yaptırımına tabidir⁴⁶¹. Yasal danışmanın görüşü alınmadan yapılan ve geçerli olmayan kefalet sözleşmesi, yasal danışmanın sonradan vereceği olur ile geçerlilik kazanabilecektir. Yasal danışmanın kefalet sözleşmesine geçerlilik kazandırmak için vereceği bu olur, herhangi bir şekilde tabi

⁴⁵⁹ Özen, s. 148.

⁴⁶⁰ Tandoğan, Haluk: "Kefaletin Geçerlilik Şartları", BATİDER, 1977, C. 9, S. 1, s. 19- 20; Tandogan, s. 720; Uygur, s. 9338; Bilge, s. 369; Akıntürk, s. 298; Yavuz, s. 498; Reisoglu, Bankacılık Uygulamasında Kefalet, s. 17; Oser ve Schönerberger, M. 492 N. 26-27; Aral, s. 447; Ekinci, s. 9.

⁴⁶¹ Oser ve Schönerberger, M. 492 N.80; Reisoğlu, Bankacılık Uygulamasında Kefalet, s. 28; Reisoğlu, Muteberlik Şartları, s. 353; Akipek, J. G., Akıntürk, T. ve Kahraman Ateş D. (2013). Türk Medeni Hukuku Başlangıç Hükümleri Kişiler Hukuku C. I (9. B.) İstanbul: Beta Basım Yayım Dağıtım, s. 355- 356; Hatemi/Serozan/ Arpacı, s. 523; Yavuz, s. 500; Karahasan, s. 1214; Franko, s. 19; Tuğsavul, Muhsin, "Kefalet Akdinin Hukuki Mahiyeti ve İtibarı", AD, 1949, S. 11, s. 1630; Uygur, s. 9283; Zevkliler, Aydın/ Ertaş, Şeref/ Havutçu, Ayşe/ Gürpınar, Damla, Yeni Medeni Kanuna Göre Medeni Hukuk, Ankara 2012, s. 95; Aral, s. 449; Bilge, Özel Borç Münasebetleri, s. 370; Özen, s. 168.

değildir⁴⁶². Kendisine yasal danışman atanan kimse, kefalet sözleşmesini yasal danışmanın görüşünü almadan yapmış olmakla birlikte, sonradan kendisine yasal danışman atanmasını gerektiren durumun ortadan kalkması üzerine, yaptığı kefalet sözleşmesinin geçerli olup olmayacağını ayrıca değerlendirmek gerekir⁴⁶³. Konuya ilişkin olarak İsviçre Federal Mahkemesi'ne yansıyan bir olayda yasal danışmanının onayını almaksızın kefalet sözleşmesi imzalamış olan kişi, yasal danışmanlık sona erdikten sonra kefalet sözleşmesinin bağlayıcı olduğunu belirten mektup yazmıştır⁴⁶⁴. Alacaklı kefilin verdiği icazet ile sözleşmenin geçerli hale geldiğini iddia etmiş ve Federal Mahkeme de kefilin sonradan verdiği icazet ile kefalet sözleşmesinin geçerlilik kazanacağını belirtmekle birlikte, kefilin icazetinin kefaletin kurulması için gerekli olan geçerlilik koşullarına uygun olarak verilmesi gerektiğini ifade etmiştir⁴⁶⁵. Bu bağlamda yasal danışman atanması gerektiren husus ortadan kalktıktan sonra kişi kefalet sözleşmesine onay vermek istiyorsa bunu kefalet sözleşmesinin geçerlilik koşullarına uygun olarak yapmalıdır⁴⁶⁶.

Vesayet altında bulunan küçük ve kısıtlının kefalet taahhüdünde bulunduğu sözleşme bağlayıcı değildir⁴⁶⁷. Diğer bir ifade ile vesayet altında bulunan küçük ve kısıtlıların kefalet taahhüdünde bulunmaları mümkün olmayıp küçük veya kısıtlının yaptığı kefalet taahhüdüne vasinin vereceği izin yahut icazet de geçerlilik kazandıramayacaktır⁴⁶⁸. Küçük ve kısıtlı tarafından akdedilen kefalet sözleşmesi hükümsüz olacaktır⁴⁶⁹. Türk Hukuku'nda kefalet yasağı son derece kati bir şekilde düzenlenmiş olup sulh ve asliye mahkemeleri de kefalet sözleşmesi akdedilebilmesi için izin verme yetkisini haiz değildirler⁴⁷⁰. Bu noktada küçük ve kısıtlının veli yahut vasisinden izin almaksızın kefalet sözleşmesini akdetmesi durumunda kefaletin geçersizliğinin türünün ne olacağı doktrinde tartışılmıştır⁴⁷¹. Bir görüşe göre velayet veya vesayet altında bulunan kimsenin akdettiği kefalet sözleşmesi kesin

⁴⁶² Reisoğlu, Seza, Kefalet, s. 58; Tandoğan, Borçlar, C. II, s. 727; Özen, s. 168; Yavuz, kefalet, s. 61.

⁴⁶³ Reisoğlu, Seza, Kefalet, s. 58.

⁴⁶⁴ Aktaran Reisoğlu, Seza, Kefalet, s. 58.

⁴⁶⁵ Aktaran Reisoğlu, Seza, Kefalet, s. 58; Tandoğan, s. 727; Reisoğlu, Bankacılık Uygulamasında Kefalet, s. 29.

⁴⁶⁶ Reisoğlu, Seza, Kefalet, s. 59, Özen, s. 168.

⁴⁶⁷ Reisoğlu, Seza, Kefalet, s. 59, Özen, s. 162.

⁴⁶⁸ Reisoğlu, Seza, Kefalet, s. 59; Özen, s. 163.

⁴⁶⁹ Reisoğlu, Seza, Kefalet, s. 59; Yavuz, Kefalet, s. 61.

⁴⁷⁰ Reisoğlu, Seza, Kefalet, s. 59.

⁴⁷¹ Ayrıntılı bilgi için bkz. Özen, s. 164 vd.

hükümsüzdür⁴⁷². Buna göre, kefalet sözleşmesinin kesin hükümsüz olduğunu herkesin ileri sürmesi mümkün olduğu gibi hakim de kefalet sözleşmesinin hükümsüzlüğünü resen nazara alabilecektir⁴⁷³. Diğer bir görüşe göre ise velayet yahut vesayet altında bulunan kimse tarafından aktedilmiş olan kefalet sözleşmesinde tek taraflı bağlamazlık söz konusu olup, bu kimselerin medeni haklarını kullanma ehliyetini kazandıkları zaman kefalet sözleşmesinin kurulma koşuluna uygun olmak şartı ile icazet vermeleri mümkündür⁴⁷⁴.

Velayet ve vesayet altında bulunan kimseler ile onların bu durumunu bilmeksizin kefalet sözleşmesi akteden kişinin iyiniyetli olması, kefalet sözleşmesinin geçerliliğine herhangi bir etki yapmayacak olup, iyiniyetin ehliyetsizlik karşısında korunmayacağı ilkesi burada da uygulanacaktır⁴⁷⁵. Velayet ve vesayet altında bulunan kişinin bizzat yahut onun adına yasal temsilcisinin yaptığı kefalet sözleşmesi ifa edilmiş ise, bu halde alacaklıya yönelik yerine getirilen edimlerin iadesi sebepsiz zenginleşme hükümlerine tabi olacaktır⁴⁷⁶.

İcra ve İflas Kanunu'nun 290. maddesinde kefalet ehliyeti sınırlandırılmış olan, hakkında konkordato ilan edilmiş olan kimse, bu düzenlemeye rağmen kefalet sözleşmesi aktetmiş ise kefalet sözleşmesi kesin hükümsüz olacağı ve bu hükümsüzlüğün herkes tarafından ileri sürülebileceği kabul edilmektedir⁴⁷⁷. Noterlerin kefalet ehliyetine getirilmiş olan sınırlamayı ihlal ederek kefalet sözleşmesi akdetmesi halinde yaptırımın ne olacağı cezai müeyyide bakımından

⁴⁷² Tandoğan, Borçlar II, s. 726; Özen, s. 165.

⁴⁷³ Tandoğan, Borçlar II, s. 726; Özen, s. 165.

⁴⁷⁴ Reisoğlu, Seza, Kefalet, s. 59. "Dava konusu uyuşmazlık, MK. 357. maddesi uyarınca hacir altına alınan davalının, vesayet altında iken yaptığı kefalet akdinin hacir hali sona erdikten sonra verilecek icazet ile geçerlik kazanıp kazanmayacağı ve kefilin geçersizlik iddiasında bulunmasının MK.nun 2. maddesindeki iyi niyet kuralıyla bağdaşıp, bağdaşmayacağı noktasında toplanmaktadır. Davalının, hapis sebebiyle hacir altında iken davacı ile dava dışı İsmail Hakkı arasında düzenlenen tüketici kredisi sözleşmesini müteselsil kefil sıfatıyla imzaladığı dosyadaki delillerden anlaşılmaktadır. Vesayet altındaki kişi ya da vasisi kefalet akdi yapamaz (MK. md.392) Hürriyeti bağlayıcı bir cezaya mahkum olan kimse üzerindeki vesayet hapsin hitamıyla nihayet bulur. Muvakkaten veya bir şart ile serbest bırakılmış olan mahpus vesayet altında kalır (MK.md.415). Bu hususlar gözetildiğinde, davalının henüz vesayeti sona ermeden imzaladığı kefalet akdinin geçerliliğinden söz edilemez. Olayımızda MK. 2. maddesi hükmünün uygulanma olanağı da yoktur. Mümeyyiz mahcur iken kefalet sözleşmesi imzalayan kişinin vesayeti sona erdikten sonra bu sözleşmeyi benimseyebileceği düşünülebilir. Ancak akdin geçerlik kazanabilmesi için BK.nun 484. maddesi hükmü karşısında bu benimsemenin de yazılı şekilde yapılması şarttır. Olayımızda yazılı bir benimseme bulunmamaktadır. O halde imzalandığı anda geçersiz olan sözleşmenin sonradan geçerlik kazandığı da söylenemez." (Yargıtay 19. HD 02.10.2001 E: 2001/2053 K:2001/6100), (www.kazanci.com.tr, 15.04.2013).

⁴⁷⁵ Reisoğlu, Seza, Kefalet, s. 60; Özen, s. 166.

⁴⁷⁶ Özen, s. 167.

⁴⁷⁷ Zevkliler ve Gökyayla, s. 663; Reisoğlu, Seza, Kefalet, s.58; Aydoğdu ve Kahveci, s. 673; Özen, s. 169.

Noterlik Kanunu'nun 157. maddesinin birinci fıkrasında düzenlenmiştir. Hükme göre; *“50 nci maddenin üçüncü fıkrası hükümlerine aykırı hareket eden noterlere ilk defasında bin Türk Lirasından beşbin Türk Lirasına kadar idari para cezası verilir. Eylemin tekrarı halinde verilecek ceza üçbin Türk Lirasından aşağı olamaz.”* Söz konusu düzenleme uyarınca kefalet ehliyetine getirilen sınırlamayı ihlal ederek kefalet sözleşmesi akteden kişi hakkında ilgili hüküm uyarınca cezai yaptırım uygulanacaktır. Cezai yaptırımın yanında Özel Hukuk yaptırımı uygulanmak suretiyle noter tarafından aktedilen kefalet sözleşmesinin geçerli olup olmayacağı tartışılmıştır⁴⁷⁸. Burada söz konusu olan yasak kefalet sözleşmesinin taraflarından birinin noter olması durumunda, noter yönünden söz konusu olduğundan, bu yasağa uyulmaması halinde yaptırımın da yasağı getiren yasada cezai müeyyide olarak öngörülmüş olduğundan, kefalet sözleşmesinin gerekli olan diğer koşulları haiz olması koşuluyla kefalet sözleşmesinin geçersiz sayılmaması gerektiğinin belirten görüş isabetlidir⁴⁷⁹.

Dernek ve vakıfların aktettikleri kefalet sözleşmesinin dernek ve vakfın amacının gerçekleşmesine hizmet etmediğinin tespit edilmesi halinde, kefalet sözleşmesi geçersiz kabul edilecektir⁴⁸⁰. Özen'e göre dernek ve vakıfların kazanç paylaşma amacı dışında ideal-manevi bir amaçla kuruldukları dikkate alındığında kefalet sözleşmesinin kefile tek taraflı bir yükümlülük yüklediği göz önünde tutulursa sözleşmenin geçerlilik taşıdığından bahsetmek pek mümkün olmayacaktır⁴⁸¹.

C. Kefalet Sözleşmesinin Şekil Şartına Uyulmaması

Kefalet sözleşmesinin Türk Borçlar Kanunu'nun 583. maddesinin birinci fıkrasında belirtilen yazılı şekil şartına uyulmaksızın yapılması halinde, sözleşme şekil şartına uyulmaması sebebiyle kesin hükümsüz olacaktır ve bu hükümsüzlük hakim tarafından re'sen nazara alınmalıdır⁴⁸².

⁴⁷⁸ Tandoğan, Haluk, “Noterlerin Kefil Olma Yasağının Müeyyidesi”, TNBHD, 1974, S. 4, 6- 7; Tandoğan, s. 730; Tandoğan, Geçerlilik Şartları, s. 29..

⁴⁷⁹ Tandoğan, noter, s. 6-7; Tandoğan, s. 730; Tandoğan, Geçerlilik Şartları, s. 29.

⁴⁸⁰ Özen, s. 169, Reisoğlu, Seza, Kefalet, s. 54, Tandoğan, Borçlar II, s. 730-731.

⁴⁸¹ Özen, s. 169-170.

⁴⁸² Arık, Azami Miktar, s. 629; Zevkliler ve Gökyayla, s. 665; Olgaç, Kefalet, s. 55; Pestalozzi; M. 493, N. 3; Helvacı, s. 398; Özen, s. 228; Tuğ, s. 109.

Asıl borç belirtilmeksizin kefilin sorumlu olacağı en yüksek miktar gösterilerek yapılmış olan kefalet sözleşmesi geçerli olmaz. Örneğin, kefilin “borçlunun doğmuş veya doğacak herhangi bir borcuna yüz milyon liraya kadar kefil oluyorum” ifadeleriyle yapılan kefalet sözleşmesinde yer alan taahhüt geçersiz olacaktır⁴⁸³. Asıl borç, borcun kapsamı, ifa yeri, ifa zamanı gibi hususlar belirlenebilir olmalıdır⁴⁸⁴. Ancak bu unsurlardan bazılarının eksikliği halinde bu eksiklik, kefalet sözleşmesinde belirtilen diğer unsurlar aracılığı ile giderilebiliyorsa veya olayın koşulları göz önünde tutularak yorum yoluyla bu eksiklikler tamamlanabiliyorsa, bu durum kefaletin geçerliliğini etkilenmeyecektir⁴⁸⁵.

Kefalet sözleşmesinde kefilin asıl borçlunun herhangi bir borcu için kefalet altına girmesi, asıl borç belirlenmiş olmayacağından geçerli değildir. Alacaklı ile asıl borçlu arasındaki her türlü ilişkiden doğmuş ve doğacak olan borç için akdedilen kefalet sözleşmesi geçerli olmaz⁴⁸⁶.

Kefalet sözleşmesinde el yazısı ile yazılması gereken hususlarla ilgili değerlendirilmesi gereken bir nokta ise, okuma yazması olmayan kişilerdir. Okuma yazması olmayan kişiler Türk Borçlar Kanunu'nun 583. maddesinde kefalet sözleşmesinin geçerli şekilde kurulması için bazı şeylerin kefilin el yazısı ile yazılmasını öngördüğünden kefilin okuma yazma bilmemesi halinde kefalet sözleşmesi akdetmeleri mümkün değildir⁴⁸⁷.

Müteselsil kefil ibaresinin kefilin el yazısı ile eklenmemiş olması halinde kefalet sözleşmesi geçersiz sayılmayacak olup el yazısı ile belirtilmesi şartı olmayan adi kefalet olarak kabul edilecektir⁴⁸⁸. Kefalet sözleşmesinde yer alan rehlin paraya çevrilmesinden önce kendisine başvurulabileceğine ilişkin beyanı da müteselsil kefaletin varlığını göstermez⁴⁸⁹.

⁴⁸³ Tandoğan, Devlet Hesabına Okuyanlar, s. 213; Reisoğlu, Seza, Kefalet, s. 36-37.

⁴⁸⁴ Reisoğlu, Seza, Kefalet, s. 36-37.

⁴⁸⁵ Oser ve Schönerberger (Çev.Sungurbey İsmet), s. 133; Becker M. 493 N. 5; Karahasan, s. 1218; Yavuz, s. 502; Reisoğlu, Seza, s. 38. “Öte yandan kefaletin şekle bağlı kılınması ön planda kefilin korumak gayesine yöneliktir. Bu nedenle asıl borcun sözleşmede yeteri kadar tanımlanmış veya belli edilebilir olması gereklidir. Her hangi bir borç için verilmiş soyut bir kefalet geçerli olmaz. Asıl borçlunun çeşitli yükümlülüklerinden hangisi için verildiği saptanamayan kefalet hüküm taşımaz (BK. md. 484).” (Yargıtay 13. HD., 3. 12. 1991 T., 7229 E., 10997 K.), (www.kazanci.com.tr, 15.05.2013)

⁴⁸⁶ Aral, s. 454.

⁴⁸⁷ Reisoğlu, Seza, Kefalet, s. 89; Öz, Yenilikler, s. 120; Bilgen, s. 27.

⁴⁸⁸ Reisoğlu, Seza, Kefalet, s. 89; Gümüş, s. 315; Özen, s. 217.

⁴⁸⁹ Özen, Burak, “Borçlar Kanunu Tasarısı m. 586 Hükümünün Müteselsil Kefaletle İlişkin Getirdiği Düzenleme”, EÜHFD, C. 10, S. 3-4, 2006, s. 485.

Kefalet sözleşmelerinde şekil şartına uyulmamasına ilişkin olarak değinilmesi gereken diğer bir husus ise genel işlem şartlarıdır. Genel işlem şartları Türk Borçlar Kanunu'nun 20. maddesinin 1. fıkrasında tanımlanmıştır. Kanunda yer alan tanıma göre genel işlem koşulları, bir sözleşme yapılırken düzenleyenin, ileride çok sayıdaki benzer sözleşmede kullanmak amacıyla, önceden, tek başına hazırlayarak karşı tarafa sunduğu sözleşme hükümleri olup, bu koşulların sözleşme metninde veya ekinde yer alması, kapsamı, yazı türü ve şekli, nitelendirmede önem taşımaz. Bu düzenleme uyarınca eğer matbu şekilde ileride çok sayıda benzer sözleşmede kullanmak maksadı ile önceden hazırlanmış olan kefalet sözleşmesinin kefile sunulması burada genel işlem koşulu söz konusu olacak ve sözleşmenin geçerliliğinin değerlendirilmesinde Türk Borçlar Kanunu 20 ve devamı maddeleri de dikkate alınacaktır⁴⁹⁰. Örneğin; kredi sözleşmelerinin matbu olarak önceden hazırlandığı dikkate alındığında matbu sözleşmede kefaletin azami miktarı, kefalet tarihi ve müteselsil ibaresi yerleri boş bırakılması ve bu boşlukların kefil tarafından el yazısı ile doldurulması halinde kefalet sözleşmesi fer'i nitelikte bir borç olduğundan hem sözleşmenin niteliğine yabancı koşullardan sayılmayacak hem de diğer geçerlilik koşulları sağlanmış olmak kaydı ile kefalet sözleşmesinin şekle ilişkin geçerlilik koşulu da yerine getirilmiş olacaktır⁴⁹¹.

Kefalet sözleşmesi kurulduktan sonra kefalet sözleşmesinin kaybolması halinde kefalet sözleşmesi geçersiz sayılmayacaktır. Bir diğer ifade ile şekil şartına uyarak geçerli şekilde kurulmuş olan kefalet sözleşmesinin alacaklının kefilinden kefalet bedelini talep ettiği anda kaybolmuş olması halinde kefalet sözleşmesi geçersiz hale gelmeyecek, alacaklı kefalet sözleşmesinin geçerli şekilde kurulduğunun ispat yükü altında olacaktır⁴⁹².

Kefalet sözleşmesinin şekil şartına uyulmaksızın akdedilmesi halinde kefilin kesin hükümsüzlük iddiasında bulunması kural olarak hakkın kötüye kullanılması teşkil etmemekle birlikte kefilin sonradan bu şekil eksikliğine dayanmak maksadı ile şekil eksikliğine bizzat yol açması halinde bu halde kefilin şekil eksikliğine

⁴⁹⁰ Reisoglu, Seza, Kefalet, s. 89.

⁴⁹¹ Reisoglu, Seza, Kefalet, s. 75. Kefili korumak için Borçlar Kanunu ile getirilen hükümlerin genel işlem koşulları ile bertaraf edildiği yönünde bkz. Yavuz, Nihat, "Garanti, Kefalet ve Kelepçeleme Sözleşmeleri İle İlgili Bankalar ve Yargıtay Uygulamasından Örnekler", TNBD, S. 111, 2001, s. 15 vd.

⁴⁹² Oser ve Schöenberger Art.483, N. 47; Tuğ. 109; Pestalozzi, M. 493, N. 4; Grassinger, 122; Tandoğan, Geçerlilik. 39; Özen, s. 229.

dayanması hakkın kötüye kullanılması teşkil edecektir⁴⁹³. Kefalet sözleşmesinin şekil şartlarına aykırı olarak kurulmasına kefilin kasten yol açması halinde alacaklının kefiliden tazminat talebinde bulunabileceği doktrinde tartışılmaktadır. Bir görüşe göre kefilin kasten şekle aykırılığa yol açması halinde Türk Borçlar Kanunu'nun 49. maddesinin birinci fıkrasında ahlaka aykırı bir fiil ile kasıtlı bir şekilde başka bir kimseye zarar verilmesi halinde bu zararın tazmin edilmesi gerektiğine ilişkin hükmün uygulanması gerekmektedir⁴⁹⁴. Diğer bir görüşe göre ise kefalet sözleşmesinin şekil koşuluna aykırılığa kasten sebep olan kefilin bu davranışının sözleşme görüşmelerinde kusur olarak nitelendirilmesi mümkün olup alacaklının genel zamanaşımı süresi içerisinde kefile yönelik tazminat talebini ileri sürmesi mümkün olacaktır⁴⁹⁵.

Şekil şartların aykırı kefalet sözleşmesinin ifa edilmesi halinde ise kefalet sözleşmesi geçerli hale gelmeyecektir. Bir diğer ifade ile Türk Borçlar Kanunu 583. maddesinin birinci fıkrasında belirtilen geçerlilik koşuluna uymadan kurulan kefalet sözleşmesi kesin hükümsüz olduğu için bu sözleşmenin ifa ile geçerli hale gelmesi mümkün değildir⁴⁹⁶. Bu halde kefil geçersiz kefalet sözleşmesini ifa ederek zenginleştirdiği esas borçluya yönelik olarak sebepsiz zenginleşme talebinde bulunması mümkündür⁴⁹⁷.

Kefalet sözleşmesinin temsilen akdedilmesi halinde temsil yetkisi verilirken bu yetkinin yazılı şekilde verilmesi, kefalet tarihinin, azami miktarın, müteselsil kefil ibaresinin ve kefilin evli olması halinde eşin rızasının vekaletnamede el yazısı ile belirtilmesi gerekli olup buna uyulmaksızın akdedilen kefalet sözleşmesi şekil eksikliği sebebi ile kesin hükümsüz olacaktır⁴⁹⁸. Diğer bir ifade ile kefalet sözleşmesinin akdedilmesi için temsil yetkisi verilirken önce temsil yetki verilirken sonra da temsilci kefalet sözleşmesi akdederken olmak üzere iki defa şekil koşullarına uyulması gerekmektedir⁴⁹⁹. Temsilci vasıtası ile kefalet sözleşmesinin akdedilmesinde belirtilmesi gereken diğer bir husus ise kefilin temsilcisinin

⁴⁹³ Ayrıntılı bilgi için bkz. Özen, s. 229 vd.

⁴⁹⁴ Reisoğlu, seza, bankacılık, s. 58-59; Özen, s. 231.

⁴⁹⁵ Özen, s. 231-232.

⁴⁹⁶ Reisoğlu, Seza, Kefalet, s. 94; Özen, s. 232.

⁴⁹⁷ Zevkliler ve Gökyayla, s. 665; Tandoğan, II, s. 741; Reisoğlu, bankacılık, s. 60; Reisoğlu, Seza, Kefalet, s. 94; Özen, s. 232,

⁴⁹⁸ Reisoğlu, Seza, Kefalet, s. 101; Özen, s. 247.

⁴⁹⁹ Özen, s. 247.

kendisine verilen temsil yetkisini kötüye kullanması halinde, alacaklının temsil yetkisinin kötüye kullanılmasından haberdar olması halinde akdedilen kefalet sözleşmesi hükümsüz olacaktır⁵⁰⁰.

D. Eşin Rızasının Alınmamış Olması

Kefalet sözleşmesinin akdedilmesine diğer eşin herhangi bir sebep göstermeksizin kefalet sözleşmesinin kurulmasını engelleme hakkına sahiptir⁵⁰¹. Diğer bir ifade ile eş kefalet sözleşmesinin akdedilmesi için rıza vermeye zorlanamaz⁵⁰². Kefalet sözleşmesinin eşin rızası olmaksızın akdedilmesi durumunda kefalet sözleşmesi iptal beyanında bulunmaya ihtiyaç olmaksızın kesin hükümsüz olacaktır⁵⁰³. Eğer kefalet sözleşmesinde birden fazla kefil varsa ve kefillerden biri eşinden izin almaksızın kefalet sözleşmesi akdetmiş ise kefalet sözleşmesi izin eksikliği sebebi ile geçersiz olacaktır⁵⁰⁴. Eşin rızasının genel bir rıza olmaması ve bireyselleştirilmiş bir kefalet sözleşmesine rıza gösterilmesi gereklidir⁵⁰⁵. Eşin rızasının olup olmadığı hakim tarafından re'sen dikkate alınmalıdır⁵⁰⁶.

Eşin izni olmaksızın akdedilen kefalet sözleşmesi, sonradan eşin icazeti ile de geçerli hale gelmez⁵⁰⁷. Evli kişinin eşinden izin almaksızın akdettiği kefalet sözleşmesi daha eşlerin boşanması sebebiyle geçerli hale gelemeyecektir⁵⁰⁸. Boşanmış kişiler bakımından kefalet sözleşmesinin kurulmasında eşin rızası aranmayacaktır⁵⁰⁹. Türk Medeni Kanunu 197. maddesinde belirtilen haklı sebep koşulu gerçekleşmeksizin eşlerin fiilen ayrı yaşaması halinde akdedilen kefalet sözleşmesi geçersiz olacaktır⁵¹⁰. Eşin iznini almadan kefalet sözleşmesi akdeden kefilin birden çok kefile kefalet sözleşmesini akdetmesi halinde diğer kefillerin de

⁵⁰⁰ Özen, s. 248.

⁵⁰¹ Özen, s. 181.

⁵⁰² Oser ve Schönerberger M. 494, N. 34; Zevkliler ve Gökyayla, s. 670; Çevik, s. 129; Kırca, s. 447; Develioğlu, s. 181; Bilgen, s. 70.

⁵⁰³ Zevkliler ve Gökyayla, s. 670; Özen, s. 181; Develioğlu, s. 179; Bilgen, s. 70.

⁵⁰⁴ Özen, s. 181; Bilgen, s. 71.

⁵⁰⁵ Zevkliler ve Gökyayla, s. 670; Kırca, s. 444; Özen, s. 180; Develioğlu, s. 180.

⁵⁰⁶ Zevkliler ve Gökyayla, s. 670; Develioğlu, s. 179; Öktem Çevik, S.(2012). 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Uyarınca Kefalet Sözleşmelerinde Eşin Rızası. *Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Kazancı Hakemli Hukuk Dergisi*, C.8, s. 127.

⁵⁰⁷ Kırca, s. 438; Özen, s. 179; Bilgen, s. 70.

⁵⁰⁸ Özen, s. 181; Öz, Yenilikler, s. 121; Bilgen, s. 70.

⁵⁰⁹ Zevkliler ve Gökyayla, s. 670; Özen, s. 181.

⁵¹⁰ Reisoğlu, Seza, Kefalet, s. 90.

kefalet sözleşmesinden kaynaklanan borcu Türk Borçlar Kanunu'nun 587. maddesinin üçüncü fıkrası gereği ortadan kalkacaktır⁵¹¹.

Kefalet sözleşmesinde kefalet bedelinin arttırılması, adi kefaletin müteselsil kefalete dönüştürülmesi yahut kefil lehine verilen taahhütlerin azaltılması hallerinde eşin rızasının alınması gerekli olup aksi takdirde kefalet sözleşmesi geçersiz olmayıp sonradan yapılan bu değişiklikler geçersiz olacaktır⁵¹².

E. Kefalet Bedelinin TL Değerinin Yer Almaması

Kefalet sözleşmesinde yazılı olarak belirtilmesi zorunlu olan kefalet bedelinin gösterilmesi geçerlilik koşulu olduğundan, bu koşul hakim tarafından resen incelenecektir⁵¹³. Kefalet senedinde kefilin sorumlu olacağı miktarın en az tutarı yer alıyorsa, kefalet sözleşmesi geçerli olmayacaktır⁵¹⁴. Türk Borçlar Kanunu'nun 583.

⁵¹¹ Bilgen, s. 71.

⁵¹² Reisoğlu, Seza, Kefalet, s. 91; Zevkliler ve Gökyayla, s. 671; Bilgen, s. 69; Kırca, s. 442; Öktem Çevik, s. 128 .

⁵¹³ Bilgen, s. 33. “Kanunun emrettiği şeklin şümül ve tesiri derecesi hakkında başkaca bir hüküm tayin olunmamış ise aktin bu şekle riayet olunmadıkça sahih olamayacağına dair Borçlar Kanununun on birinci maddesinde konulmuş bulunan umumî hükmün mahsus şekle tabi bulunan kefalet aktine de şamil olduğu şüphesizdir. Sureti umumiyede rızaların serbestçe telahuku ile vücut bulan akitlerde bir tarafı ilzam edici vecibenin doğması için hiç bir şekil aranmadığı halde kefalet aktinde yazılı şekle riayetin meçhul tutulması, borçlunun himayesi maksat ve gayesine dayandığına göre kefilinden sadır olan irade beyanını izhar zımında kullanılan bir vasıta olarak telakkisi icap eyleyen şekil vücut bulmadıkça kefalet aktinin sahih ve ilzam edici bir mahiyet taşıması mümkün olamayacağı gibi mekfulünbihin miktarı muayyen olmadığı takdirde de kefalet akti muteber olamaz. Mahkemelerden ancak mevcut ve bir kanun hükmü ile himaye edilen haklar için karar istenebileceği cihetle davanın esaslı şartlarından olan hak vücut bulmamış ve kanun tarafından himaye edilmemiş ise diğer tarafın talebini beklemeksizin hakim bu davayı dinlememesi ve reddetmesi icap eder. Aksi takdirde hakim dava edileni borçlu olmadığı ve davacının talebe hakkı bulunmadığı bir şeyle mahkum etmesi gibi batıl bir netice husule gelir.” (Yargıtay İBKG. E. 1943/14k. 1944/13 T. 12.4.1944), (www.kazanci.com.tr, 15.04.2013)

⁵¹⁴ İsviçre Federal Mahkemesinin verdiği bir karara göre de, “Kefilin sorumlu olacağı en üst tutar gösterilmemiş olduğu için kefalet akdi şekil açısından geçersizdir. Zira kefilin sorumluluğunun sınırını bilmesine olanak yoktur. Kanun koyucu, kefilin sorumlu olacağı en üst tutarın belirtilmesini ararken, asgari miktar ile ilgilenmemiştir BGE 66 II 26 (Aktaran Grassinger , s. 93). “Mahkemece yapılan yargılama sonunda, davacı banka ile dava dışı borçlu Memik Ç. arasında kredi kartı üyelik sözleşmesi imzalandığı, sözleşmede davalı şirketin kefil sıfatı ile yer aldığı, davalı şirket adına atılan imzanın dava dışı borçlu Memik Ç. tarafından atıldığı, şirket ana sözleşmesine göre dava dışı borçlu Memik Ç.'in davalı şirketin ilzam edecek her türlü muameleyi yapmaya yetkili kılındığı, bu nedenle davalı şirket adına dava dışı borçlu tarafından atılan imzanın davalı şirketin sorumluluk altına sokacağı gerekçesi ile davanın kısmen kabulüne davacı yararına % 40 tazminata karar verilmiş, hüküm davalı vekilince temyiz edilmiştir. Davalı şirketin, davacı banka ile dava dışı borçlu arasında imzalanan kredi kartı üyelik sözleşmesinde kefil sıfatına haiz olduğu tartışmasızdır. Uyuşmazlık, kefalet akdinin geçerliliği ve kefilin sorumlu tutulacağı miktar üzerinde toplanmaktadır. Somut olayda kefalet sözleşmesinde davalı kefilin hangi miktar üzerinden kefil olduğu belli edilmediği gibi sözleşme içeriğinden de tespit edilememektedir. Kefalet akdinin geçerliliği B.K.'nin 484. maddesi uyarınca, sözleşmenin yazılı olarak yapılması ve kefilin sorumlu olduğu miktarın açıkça belirlenmiş olmasına

maddesinde getirilen bu düzenlemenin amacı kefilî sınırı önceden belli olmayan bir borç ile sorumluluk altına girmesine engel olmak olduğundan kefalet sözleşmesinde kefilin sorumlu olacağı en az tutarın belirtilmiş olması, kefilin sorumlu olduğu tutarın gösterilmesi ile hedeflenen yararın gerçekleşmesine hizmet etmeyecektir⁵¹⁵.

818 Sayılı Borçlar Kanunu döneminde kefalet sözleşmesinde kefalet bedelinin yer almaması halinde tahvil yoluna gidilerek yapılan sözleşmenin üçüncü kişinin fiilini taahhüt olarak geçerli sayılabileceği ileri sürülmekteydi⁵¹⁶. Ancak Türk Borçlar Kanunu'nun getirdiği yenilikler arasında bulunan 603. maddesinin uygulanması ile tahvil yoluna başvurma imkanının kalmadığı kanaatindeyiz⁵¹⁷.

Kefilî borçlunun aynı alacaklıya karşı olan tüm borçlarına kefil olduğu anlaşılmalıdır. Hangi borcu için kefil olduğunun belirlenememesi durumunda kefalet sözleşmesi geçerli olmayacaktır⁵¹⁸.

bağlıdır. Bu konuda 12.04.1944 tarihli 14-13 sayılı Yargıtay İçtihadî Birleştirme kararının da dikkate alınması gerekir. Anılan kararda kefilî sözleşmesinde kefilin ödeyeceği miktarın gösterilmiş olup olmadığının ve senetten böyle bir miktarın anlaşılıp anlaşılamayacağımm hakim tarafından kendiliğinden göz önüne alınması gerektiği hususuna değinilmiştir. Bu durumda kefalet sözleşmesinden kefilin sorumlu olacağı belirli bir miktarın mevcudiyeti anlaşılabiliriyorsa sözleşmenin geçerli olacağı kuşkusuzdur. Oysaki somut olayda kefalet limiti gösterilmediği gibi, sözleşmeden de kefilin sorumlu olacağı miktar anlaşılmadığından, kefalet akdinin geçerliliğinden artık söz edilemez. Hal böyle olunca, mahkemece açıklanan hususlar gözetilmeden davalı kefilin sorumluluğunu gerektirecek yazılı şekilde hüküm kurulmasında isabet görülmemiştir.” (Yargıtay 19. HD. E. 2009/1369 K. 2009/4509 T. 14.5.2009), (www.kazanci.com.tr, 14.05.2013)

⁵¹⁵ Barlas, Kefalet, s. 53; Yavuz, s. 803-804; Grassinger, Savunma İmkanları, s. 109.

⁵¹⁶ Zevkliler ve Gökyayla, s. 669.

⁵¹⁷ Zevkliler ve Gökyayla, s. 669.

⁵¹⁸ Zevkliler/Gökyayla, s. 668; Ayrancı, s. 97; Özen, s. 214.

SONUÇ

Asıl borcun alacaklısı ile kefil arasında kurulan kefalet sözleşmesinde borçlu kefalet sözleşmesinin tarafı değildir. Borçlunun alacaklıya olan borcunu ifa etmemesi halini teminat altına almak maksadı ile akdedilen kefalet sözleşmesinin en önemli özelliği fer'i nitelik taşımasıdır. Kefalet sözleşmesinin fer'i niteliği sebebiyle asıl borcun devamı sürecinde hüküm ifade edecek olup, asıl borcu sona erdiren bir nedenin gerçekleşmesi halinde kefalet sözleşmesi de sona erecektir. Asıl sözleşmeden ayrı bir hukuki nitelik taşıyan ve kefile tek taraflı borç yükleyen kefalet sözleşmesi asıl sözleşmeden bağımsız bir sözleşmedir.

Kefalet sözleşmesinin fer'i nitelik taşımasından dolayı kefalet sözleşmesinin hüküm ifade edebilmesi için öncelikle mevcut ve geçerli bir asıl borcun varlığını gerektirir. Bu sebeple asıl sözleşmenin ahlaka, kişilik haklarına, emredici kanun hükümlerine aykırı olması halinde, asıl sözleşmenin konusunun imkansız olması halinde, asıl sözleşmesi akdeden tarafların ehliyetsiz olması ve irade bozukluğu hallerinde kefalet sözleşmesi de hüküm ifade etmeyecektir.

Kefalet Hukuku'na ilişkin Türk Borçlar Kanunu ile getirilen en önemli yeniliklerden biri kefalet evli olan kişilerin kefalet ehliyetine ilişkindir. Bu kapsamda evli kişilerin kefalet sözleşmesi akdedebilmeleri için eşin onayı almaları koşulu getirilmiş olup böylelikle aile birliğinin korunması hedeflenmiştir. Hükme eklenen üçüncü fıkra ile maddenin tacirlere uygulanmasında yaşanacak sıkıntılar giderilmiş ve ticari hayatın doğal akışına engel niteliği taşıyabilecek bu düzenlemedeki uygulama sorunları giderilmiştir. Kefalet ehliyetine ilişkin sorun taşıyan konulardan biri olan iflas halinde belirli şartta haiz kimselerin kefalet sözleşmesi yapabilirken hakkında konkordato süresi verilmiş olan kişilerin ve noterlerin kefalet ehliyetinde yaşanan sorunlar giderilmemiştir.

Kefalet hukukunda yapılan önemli değişikliklerden bir diğeri ise kefalet sözleşmesinin geçerli bir şekilde kurulabilmesi için ağırlaştırılmış adi yazılı şekil koşulu getirilmiş ve bu kapsamda geçerli bir kefalet sözleşmesi kurulabilmesi için kefilin sorumlu olduğu azami miktar, kefalet tarihi ve müteselsil kefalet halinde kefilin bu sıfatla yahut bu şekilde yükümlülük altına girdiğini ifade eden bir ibarenin kefilin kendi el yazısı ile belirtilmesi gerekmektedir. 6098 sayılı Türk Borçlar

Kanunu ile Şekil koşullarına ilişkin olarak getirilen bu dŐzenlemeler ile kefilin korunması amacı gŐdŐlmekte ve uygulamada doğabilecek sıkıntılara engel olmak amaçlanmaktadır.

KAYNAKÇA

- Acabey, B.(2012). Aşırı Yararlanma. *Cevdet Yavuz'a Armağan* içinde(111-121). İstanbul: Legal Yayınevi
- Arsebük, E.(1950). Borçlar Hukuku Genel Hükümler(3. Bası). Ankara: Güner Matbaacılık.
- Aslan, Ç. M.(2006). Gabinin Unsurları ve Hukuki Sonuçları. Ankara: Yekin Yayınları.
- Akıntürk, T. (1971). Müteselsil Borçluluk. Ankara: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları.
- Akıntürk, T.(2009). Borçlar Hukuku Genel Hükümler ve Özel Borç İlişkileri. İstanbul: Beta Basım Yayım Dağıtım.
- Akıntürk, T. ve Kahraman Ateş, D.(2011). Borçlar Hukuku. Genel Hükümler ve Özel Borç İlişkileri. İstanbul: Beta Basım Yayım Dağıtım.
- Akipek, J. G., Akıntürk, T. ve Kahraman Ateş D. (2013). Türk Medeni Hukuku Başlangıç Hükümleri Kişiler Hukuku C. I (9. B.) İstanbul: Beta Basım Yayım Dağıtım.
- Akkanat, H.(2004). Kefaletin Fer'iliği İlkesi Ve Banka Ticari Kredi Sözleşmeleri. *Prof. Dr. Necip Kocayusufpasaoglu İçin Armağan* içinde(274-289). Ankara: Seçkin Yayınları.
- Altop, A.(2007). Türk Borçlar Kanunu Tasarısı'nda Genel İşlem Koşulları Ve Kefalet Sözleşmesi. *İsviçre Medeni Kanunu Ve Borçlar Kanunu'nun Alınışının 80. Yılı Sempozyumu* içinde (141-160). İstanbul.
- Ansay, T. (1960). Anonim Şirketlerde Ehliyet Meselesi. *Ticaret Ve Banka Hukuku Haftası* içinde(81-97). Ankara.

Ansay, T. (1985) Anonim Şirketlerin Kefil Olabilme Ehliyeti. *Ticaret Hukuku Ve Yargıtay Kararları Sempozyumu* içinde(363-371). Ankara.

Antalya, G.(2012) Borçlar Hukuku Genel Hükümler C.I. İstanbul: Beta Basım Yayım Dağıtım.

Aral, F. (2003). Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri (5. B). Ankara: Yetkin Yayınları.

Aral, F. ve Ayrancı, H.(2012). Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri. Ankara: Yetkin Yayınları.

Arık, F. (1943). Kefalet Dair Mahkeme İçtihatlarına Bir Bakış. *Adliye Ceridesi*, 496- 512. Kefalet

Arık, F. (1944). Kefalette Azami Miktarın Gösterilmesi Şartı Ve Bu Şarta Riayetsizliğin Neticesi. *Adliye Ceridesi*, Y. 35, 618- 629. Azami Miktar

Arslanlı, H.(1942). İngiliz Şirketlerinde Ultra Vires Nazariyesi, *Adliye Ceridesi*, 1- 6.

Arpacı, A,. (2000). Kişiler Hukuku Gerçek Kişiler (2. B). İstanbul: Beta Basım Yayım Dağıtım.

Arpacı, A., Hatemi, H. ve Serozan, R.(1992). Borçlar Hukuku Özel Bölüm, İstanbul: Filiz Kitabevi.

Ataay, A., (1978) Şahıslar Hukuku (3. B). İstanbul: İstanbul Üniversitesi Yayını

Atamer, Y. M., (1999) Sözleşme Özgürlüğünün Sınırlandırılması Sorunu Çerçevesinde Genel İşlem Şartlarının Denetlenmesi. İstanbul: Beta Basım Yayım Dağıtım. Genel İşlem Şartları

Atamer, Y. M., (1997) Geliri Ve Malvarlığı Olmayan Aile Bireylerinin Kefaleti Sözleşme İçeriğinin Denetlenmesi. *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, 55, 419-428.

Ateş, D. (2007). Borçlar Hukuku Sözleşmelerinde Genel Ahlaka Aykırılık, Ankara: Turhan Kitabevi.

Aybay, A.(1995.) Borçlar Hukuku Dersleri (11. B). İstanbul: Filiz Kitabevi.

Aydoğdu, M. ve Kahveci N. (2013). Türk Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, İzmir: İleri Kitabevi.

Ayrancı, H. (2004). Şekil Şartına Uyulmadan Yapılan Kefalet Sözleşmesinde İfanın Sonuçları, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C.53, 95-120.

Barlas, N. (2011). Yeni Türk Borçlar Kanunu'nun Kefaletle İlişkin Düzenlemeleri, *İzmir Barosu Dergisi*, C. 2011/2, 7-29. Yenilikler

Barlas, N.(2005). Kefalet Hukukuna İlişkin Bazı Sorunlar Ve Yargıtay Uygulaması. *Ticaret Hukuku Ve Yargıtay Kararları Sempozyumu Xx1*, Ankara, S. 41- 67.(Kefalet)

Barlas, N. (2013) Yeni Türk Borçlar Kanunu'nda Kefalet Sözleşmesi Konusunda Getirilen Yenilikler, *Yeni Borçlar Kanunu Ve Yeni Türk Ticaret Kanunu Sempozyumu* içinde (213-230). İstanbul: Vedat Kitapçılık. Geçerlilik Koşulları

Barlas, N. (2004). Yeni Türk Medeni Kanunu Hükümleri Çerçevesinde Esler Arası Hukuki İşlem Özgürlüğü Ve Sınırları, *Prof. Dr. Necip Kocayusufpasaoglu İçin Armağan* içinde (115-143). Ankara: Seçkin Yayınları.

Başpınar, V.(1998). Borç Doğuran Sözleşmelerin Kısmi Butlanı, Ankara

Baştuğ, İ. (1984). Borçlar Hukuku Genel Hükümler (3. Baskı). Manisa: Şafak Basım ve Yayıncılık.

Basyigit, Ö. (2005). Borçlar Kanunu Tasarısı İle Karşılaştırmalı Olarak Kefalet Sözleşmesinin Sona Ermesi, *Legal Hukuk Dergisi*, S. 33, 3317–3338.

Becker, H. (1993). İsviçre Borçlar Kanunu Şerhi İkinci Bölüm Çesitli Sözleşme İlişkileri Madde 184- 551(A. S. Dura, Çev.). Ankara: Yargıtay Yayınları.(Orijinal Çalışma Basım Tarihi 1934.).

- Berki, A.H. (1959). Mecelle(Mecelle-İ Ahkam-I Adliyye). Ankara: Yetkin Yayınları
- Berki, Ş. (1958). Türk Hukukunda Kefalet, *Ahmet Esat Arsebük'e Armağan* içinde (15-35). Ankara: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayını. (Kefalet)
- Berki, Ş.(1973). Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Ankara: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayını. (Özel Hükümler)
- Bilge, N. (1971). Borçlar Hukuku Özel Borç Münasebetleri. Ankara: Sevinç Matbaası. (Özel Borç Münasebetleri)
- Bilge, N. (1954). Borçlu Hakkında Kesin Hükümün Kefile Tefsiri. *Adalet Dergisi*, Y. 45/5, 592- 611. Kesin Hükümün Tefsiri
- Bilge, N.(1951). Esler Arasında Veya Koca Menfaatine Karı İle 3. Kişiler Arasında Yapılan Hukuki Muamelelerin Yargıç Tarafından Tasvibi. *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 8/1- 2, 575- 605. (Eşlerin Muamelelerinin Tasvibi)
- Bilge, N.(1956). Kefilin Mesuliyetinin Şümulü. *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 13/1-2, 86- 171. (Kefilin Mesuliyeti)
- Bilgen, M. (2013). Kefalet. Ankara: Adalet Yayınevi.
- Burcuoğlu, H. (2010). Türk Borçlar Kanunu Tasarısında Yeni Kefalet Düzenlemesi İle İlgili Bazı Gözlemler. *Türk-İsviçre Hukuk Günleri Banka Ve Tüketici Hukuku Sorunları Sempozyumu* içinde (275-292). İstanbul: Oniki Levha Yayıncılık. (Yenilikler)
- Buz, V. (1998). Gabin Halinde Edimler Arasındaki Aşırı Oransızlığın Giderilerek Sözleşmenin Ayakta Tutulması. *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi*, C.19/4, 53-82.
- Canyürek, M. (1993) Müteselsil Borç Ve Kefalet Müesseselerinin Temel Farklılıkları Üzerine. *Argumentum*, Y. 3/33, 593- 594.
- Cavin, P. (Çev. Artus, Amil) (1942) İsviçre'de Yeni Kefalet Hukuku, *Adliye Ceridesi*, Y. 33, 989- 1011.

Daeppen, O. (Çev. Bayrav, Osman) (1951). Kefalet, İstanbul Barosu Dergisi, C. 25/6, 345- 364.

Dalamanlı, L. (1971). Aktin Feshi Ve İptali Davaları. Ankara:

Dalamanlı, L., Kazancı, F. ve Kazancı, M.(1990). İlmî Ve Kazai İçtihatlarla Açıklamalı Borçlar Kanunu. İstanbul: Kazancı Hukuk Yayınları.

Develioğlu, H. M. (2009). Kefalet Sözleşmesini Düzenleyen Hükümler Işığında Bağımsız Garanti Sözleşmeleri. İstanbul: Vedat Kitapçılık.

Develioğlu, M. (2004). İsviçre Federal Mahkemesi'nin 23 Eylül 2003 Tarihli Kararı Işığında Kefalet Sözleşmesi – Borca Katılma Ayrımı, *Prof. Dr. Erden Kuntalp'e Armağan C. I* içinde (293-322). İstanbul.

Domaniç, H.(1978). Anonim Şirketler. İstanbul.

Dural, M.(1973). İmkansızlık Kavramı Ve Türleri. *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi*, C.VII/1, 11-58.

Dündar, H.,(2009). Yargıtay Kararları Işığında Aval Ve Kefaletin Hukuki Niteliği Ve Farklı Yönleri. *Haluk Konuralp Anısına Armağan C.3*. Ankara

Elbir, H.K.,(1951). Gabinin Unsurları. *İstanbul Barosu Dergisi*, C. 25/4.

Erdoğan, B. (2011). Roma Borçlar Hukuku Dersleri, İstanbul: Der Kitabevi.

Eren, F. (2013). Borçlar Hukuku, Ankara: Yetkin Yayınları.

Erlüle, F. (2003). Müteselsil Kefalet Ve Müteselsil Borçluluk Kavramlarının Karşılaştırılması, *Atatürk Üniversitesi Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. VII/1- 2, 629- 644.

Erman, H. (2012). Medeni Hukuk Dersleri. İstanbul: Der Kitabevi.

Esener, T.(1956). Türk Hususi Hukukunda Muvazaalı Muameleler, İstanbul: Fakülteler Matbaası.

- Eskin, S. (1952). Kefalet. *Ankara Barosu Dergisi*, C. 8, 16- 28.
- Feyzioğlu, N. F., (1976). Borçlar Hukuku Genel Hükümleri. C. I, İstanbul: Fakülteler Matbaası.
- Franko, N.(1983). Kefalet. *Türkiye Noterler Birliği Hukuk Dergisi*, S. 40, 15- 30.
- Franko, N. (1985). Ticaret Şirketlerinin Kefalet Ehliyeti. *Ticaret Hukuku Ve Yargıtay Kararları Sempozyumu II* içinde (37-53). Ankara. Ticaret Şirketleri
- Erzurumluoğlu, E. (2012). Sözleşmeler Hukuku, Ankara: Yetkin Yayınları.
- Göktürk, H. A. (1950). “Kefalet Hukukumuzun Kifayetsizliği Ve Yeni İsviçre Kefalet Hukuku”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. VII/3-4, 324-352.
- Grassinger, G. E. (2010). Kefalet Sözleşmesinden Doğan Bazı Hukuki Sorunlar. *Türk-İsviçre Hukuk Günleri Banka Ve Tüketici Hukuku Sorunları Sempozyumu* içinde (293-308). İstanbul: Oniki Levha Yayınları. Sorunlar
- Grassinger, G. E. (1996). Borçlar Kanununa Göre Kefilin Alacaklıya Karşı Sahip Olduğu Savunma İmkanları, İstanbul: Alfa Yayınları. Savunma İmkanları
- Gümüş, M. A. (2012). Borçlar Hukuku Özel Hükümler, İstanbul: Vedat Kitapçılık.
- Güral, J. (1951). Kefalet Akdiyle Aval Arasındaki Fark Ve Benzerlikler. *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. VIII/3- 4, 435- 467.
- Gürten, K. (2007). Roma Hukukunda Kefalet Akdi, Ankara: Yekin Yayınları.
- Hatemi, H. (1976).Hukuka ve Ahlaka Aykırılık Kavramı ve Sonuçları. İstanbul.
- Hatemi, H., Serozan, R. ve Arpacı, A.(1992). Borçlar Hukuku Özel Bölüm, İstanbul: Filiz Kitabevi.
- Hatemi, H. ve Gökyayla, E. (2012). Borçlar Hukuku Genel Bölüm. İstanbul: Vedat Kitapçılık.

Helvacı, İ.(2010). Hukuki Mütalaalar. İstanbul: Oniki Levha Yayıncılık.

Helvacı, S. (2012). Gerçek Kişiler. İstanbul: Legal Yayıncılık.

İlhan, C. (2011). Mecelle, Ankara: Yetkin Yayınları.

İmregün, O.(1962). Türk Ticaret Kanununa Göre Ticaret Şirketlerinin Ehliyet Ve Temsili, *II Ticaret Ve Banka Hukuku Haftası* içinde (275-305). Ankara.

İnan, A. N. (1971). Borçlar Hukuku Genel Hükümler. Ankara: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayını.

Kalkan, B.(2004). Türk Hukukunda Gabin. İstanbul: Vedat Yayıncılık.

Kaplan, İ.(2008). Borçlar Kanunu Tasarısı Hakkındaki Görüşlerim. *Terazi*, Y. 3/25,

Karayalçın, Y.(1999). Muvazaa (Danışık) Hileli Anlaşma-Miras Bırakanın Muvazaası. *Prof. Dr.Selahattin Sulhi Tekinay'ın Hatırasına Armağan* içinde (343-371). İstanbul: Vedat Kitapçılık. Muvazaa

Karayalçın, Y.(1970). Ticari Senetler. Ankara: Sevinç Matbaası.

Karayalçın, Y.(1973). Ticaret Hukuku(2. B.). Ankara: anka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayını

Kaneti, S.(1968). İsviçre Federal Mahkemesinin Borçlar Hukuku Kararları (1955-1964), C. Iı, Özel Borç İlişkileri, Borç İlişkilerinde Yasaların Çatışması. Ankara: anka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayını

Karahasan, M. R. (2003). Sorumluluk Hukuku. İstanbul: Beta Basım Yayım Dağıtım. Sorumluluk

Karahasan, M.R.(2002). Türk Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, C. II. İstanbul: Beta Basım Yayım Dağıtım. Borçlar Hukuku

Karatay, A.(1952). İsviçre Borçlar Kanununun Değişen Kefalet Hükümleri Üzerinde Mukayeseli Bir İnceleme. *İstanbul Barosu Dergisi*, C. 26, 617- 640.

Kılıçoğlu, A.(2012). Borçlar Hukuku (15. B.). Ankara: Turhan Kitabevi.

Kırca, İ.(2006).Türk Borçlar Kanunu Tasarısı Kefalette Eşin İzni. *Prof. Dr. Tuğrul Ansay'a Armağan* içinde (433-457).

Kiper, O.(1995). Öğretide Ve Uygulamada Muvazaa (Mirasçidan Satış Görünümüyle Mal Kaçırma), Tenkis, Mirasta Geri Verme, Mirasta Hak Ediş (İstihkak) Davaları. Ankara: Adil Yayınevi.

Kocaman, A.(1998). Gelirden Ve Malvarlığından Yoksun Aile Fertlerinin, Kredi Alan Es Veya Ebeveyn Lehine Akdettikleri Kefalet Sözleşmelerinin Ahlâka Aykırılığı Sorunu. *Ali Bozer'e Armağan* içinde (371-387). Ankara: Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayını. Ahlaka Aykırılık

Kocaman, A.(1998). Kefalet Hukukunda İrade Özgürlüğünün Sınırları. *Ticaret Hukuku Ve Yargıtay Kararları Sempozyumu C.XV* içinde (105-133). İrade Özgürlüğü

Kocayusufpasaoglu, N. (1968). Güven Nazariyesi Karsısında Borç Sözleşmelerinde Hata Kavramı. İstanbul: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayını.

Kuntalp, E.(2005). Teminat Kavramı, Teminat Türleri Ve Bunlardan Doğan Sorumluluk. *Reha Poroy'a Armağan* içinde(263-300). İstanbul

Kuntalp E.(1971). Karışık Muhtevalı Akit. Ankara: Ankara Üniversitesi Basımevi.

Kuntalp, E., (1985). Ticaret Ortaklıklarının Ehliyeti. *Ticaret Hukuku Ve Yargıtay Kararları Sempozyumu II* içinde (5-21). Ankara.

Kuntalp, E. ve Barlas, N.(2005). Türk Borçlar Kanunu Tasarısı'na İlişkin Değerlendirmeler, İstanbul: Galatasaray Üniversitesi Yayınları.

Kurdoğlu, B. N.(2005). Türk Borçlar Kanunu Tasarısı İncelemesi. *Ankara Barosu Dergisi*, C. 63/ 3, 53- 84.

Zekeriya, K.(2003). Borçlar Hukuku Alanında Hile Kavramı. İstanbul: Kazancı Yayınları.

Mimaroğlu, S. (1961). Evli Kadının Kocası Menfaatine Üçüncü Kişilerle Yaptığı İltizam Muameleleri. Ankara: Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayını

Nomer, H.(2012). Borçlar Hukuku Genel Hükümler(12. B.). İstanbul: Beta Basım Yayım Dağıtım.

Oğuzman, K. ve Barlas, N.(2013). Medeni Hukuk, İstanbul: Vedat Kitapçılık.

Oğuzman, K. ve Öz, T.(2010). Borçlar Hukuku Genel Hükümler. İstanbul: Vedat Kitapçılık.

Öktem Çevik, S.(2012). 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Uyarınca Kefalet Sözleşmelerinde Eşin Rızası. *Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Kazancı Hakemli Hukuk Dergisi*, C.8, 113-133.

Olgaç, S.(1969). Kazai Ve İلمي İçtihatlarla Borçlar Kanunu, C. III, Ankara: Şark Matbaası. Şerh

Olgaç, S.(1978.) Kefalet. Ankara: Olgaç Matbaası. Kefalet

Oser, H. ve Schönerberger, W. (1964) İsviçre Borçlar Kanunu Şerhi(İ. Sungurbey, Çev.). Ankara: Adalet Bakanlığı Yayınları.(Orijinal çalışma basım tarihi 1945).

Önen, T.(1999). Borçlar Hukuku Genel Hükümler. Ankara: Yargı Yayınevi.

Özen, B.(2006). Borçlar Kanunu Tasarısı M. 586 Hükümünün Müteselsil Kefaletle İlişkin Getirdiğı Düzenleme. *Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*. C. X/3-4, 477-499.

Özen, B. (2012). Kefalet Sözleşmesi. İstanbul. Vedat Kitapçılık.

Özgenç, İ.(1995). Tüzel Kişinin Sorumluluk Ehliyeti, *Reha Poroy'a Armağan* içinde (319- 344). İstanbul: İstanbul Üniversitesi Yayını

Özkan, I.(1975). Tüzel Kişilerin Ehliyetlerinin Gaye İle Sınırlandırılması. *Adalet Dergisi*, Y. 66/ 3- 4, 359- 371.

Özmen, İ. ve Özkaya, E.(1993). Muvazaa Davaları. Ankara: Adalet Matbaası.

- Özsunay, E. (1977). Gerçek Kişilerin Hukuki Durumu. İstanbul: Der Yayınları.
- Özsunay, E.(1982). Medeni Hukukumuzda Tüzel Kişiler, İstanbul: Sulhi Garan Matbaası.
- Pestalozzi, C. M. (2012). Basler Kommentar Obigationenrecht I Art. 1-529.(4. Aufl).Basel:Helbing Lichtenhahn Verlag.
- Reisoğlu, S. (2011). Borçlar Hukuku Genel Hükümler (22. Baskı). İstanbul: Beta Basım Yayım Dağıtım.
- Reisoğlu, S. (1992). Türk Hukukunda Ve Bankacılık Uygulamasında Kefalet. Ankara. Bankacılık Uygulamasında Kefalet
- Reisoğlu, S. (1987). Yabancı Para Üzerinden Taahhüt Altına Girilebilmesi Ve Hukuki Sonuçları. *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi*, x, C. XIII, S. 3- 4, S. 143- 156.
- Reisoğlu, S. (2013). Türk Kefalet Hukuku. Ankara: Cem Web Ofset. Kefalet
- Reisoğlu, S.(1962). Kefalet Kavramı Ve Muteberlik Şartları. *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 19/1-4, 327- 392. Muteberlik Şartları
- Reisoğlu, S. Kefilin Def'i Hakları. *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi*, 1961- 1962, C. 1, S. 177- 210. Def'i Hakları
- Reisoğlu, S.(1961). Kefilin Rücuu İle İlgili Meseleler. *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi*, C. 1/4, 465- 509. Kefilin Rücuu
- Sağlam, İ.(2005). Türk Borçlar Kanunu'nun Değerlendirilmesi Sempozyumu, *Legal Hukuk Dergisi*, 34.
- Saymen, F. ve Elbir, H.,(1958) Türk Borçlar Hukuku C. 1. İstanbul: İsmail Akgün Matbaası.
- Sengir, T.(1964). Ticaret Ortaklıklarında Kefalet. *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi* C. II, 415-416.
- Serozan, R. (2008). Medeni Hukuk. İstanbul: Vedat Kitapçılık.

Sirmen, L., (1972) Modern Hukukta Sözleşme Kavramı Ve Türk Hukuku. *Cahit Oğuzoğlu'na Armağan* içinde (441-472). Ankara: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayını.

Şahan, G.(2009). Kefalet Sözleşmesinin Sona Ermesi. Ankara: Yetkin Yayınları.

Tahiroğlu, B.(1977). Roma Hukukunda Borcun Teminatlarından Kefalet. *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 42/1- 4, 323- 340.

Tandoğan, H. (1987). Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri C. II(3. B.). Ankara: Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayını. Borçlar

Tandoğan, H. (1953). Devlet Hesabına Okuyanların Taahhütleri İçin Kefalet (Kararincelemesi) *Ankara Barosu Dergisi*, S. 3, 208-216. Devlet Hesabına Okuyanlar

Tandoğan, H. (1977). Kefaletin Geçerlilik Şartları. *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi*, C. 9/ 1, 19- 54. Geçerlilik

Tandoğan, H. (1974). Noterlerin Kefil Olma Yasağının Müeyyidesi, *Türkiye Noterler Birliği Hukuk Dergisi*, S. 4, 6- 7. Noter

Taşdelen, N. (1998). Kefalet Sözleşmesinde Şekil. *Oğuz İmregün'e Armağan* içinde (731-764). İstanbul: Galatasaray Üniversitesi Yayını.

Tekinay, S. S. (1958). Temyiz Mahkemesi Kararları- Kefalette Muayyen Miktar İraesi Meselesi. *İstanbul Barosu Dergisi*, C. 31/9, 280- 286.

Tekinay, S., Akman, S. , Burcuoğlu , H. ve Altop, A., (1993). Borçlar Hukuku Genel Hükümler (7. B.). İstanbul: Filiz Kitabevi.

Tuğ, A (1994).Türk Özel Hukukunda Şekil, Konya: Mimoza Yayınları.

Tugsavul, M.(1949). Kefalet Akdinin Hukuki Mahiyeti Ve İtibarı, *Adalet Dergisi*, S. 11,1622- 1635.

Tunçomağ, K., (1976). Borçlar Hukuku (Genel Hükümler). C.1, 3. Baskı, İstanbul.

Uygur, T. (2010). Açıklamalı İctihatlı Borçlar Kanunu, Sorumluluk Ve Tazminat Hukuku C. 8. Ankara: Seçkin Yayıncılık.

Von Tuhr, A. (1983). Borçlar Hukuku Umumi Kısım C. 1-2(C. Edege, Çev). Ankara: Yargıtay Yayınları.

Yavuz, C. (2013). Borçlar Hukuku Dersleri Özel Hükümler. İstanbul: Beta Basım Yayım Dağıtım.

Yavuz, N. (2010). Türk Kefalet Hukuku. Ankara: Adalet Yayınevi. Kefalet

Yavuz, N. (2001) Garanti, Kefalet Ve Kelepçeleme Sözleşmeleri İle İlgili Bankalar Ve Yargıtay Uygulamasından Örnekler. *Türkiye Noterler Birliği Dergisi*, S. 111, 1-28.

Yavuz, N. (2008). Türk Borçlar Kanunu Tasarısı Hakkında Genel Değerlendirme ve Öneriler. *Terazi*, Y.3/20, 51-60.

Yavuz, N. (2011). Türk Borçlar Kanunu'nun Getirdiği Değişiklikler ve Yenilikler. Ankara: Adalet Yayınevi. Değişiklikler Ve Yenilikler.

Yıldız, H. (1980). Akitlerde Şekilciliğin Geçirdiği Tarihi Evreler Ve Türk-İsviçre Hukukunda Ve Anglo-Amerikan Hukuk Sistemlerinde Şekilcilik. Bursa: Bursa İktisadi ve Ticari İlimler Akademisi Yayını

Zevkliler, A. ve Gökyayla, E.(2013) Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri(13. B). Ankara: Turhan Kitabevi.

Zevkiler, A. Ertaş, Ş., Havutçu, A. ve Gürpınar D.,(2012) Yeni Medeni Kanuna Göre Medeni Hukuk. Ankara: Turhan Kitabevi.

Zevkliler, A.(2001) Borçlar Hukuku Genel Hükümler. Ankara: Turhan Kitabevi

Zevkliler, A., Acabey, B. ve Gökyayla, K. E.(2000) Medeni Hukuk. Ankara: Seçkin Yayıncılık.