

T.C.
İstanbul Üniversitesi
Sosyal Bilimler Enstitüsü
Özel Hukuk Anabilim Dalı
Yüksek Lisans Tezi

**6098 SAYILI TÜRK BORÇLAR KANUNU'NA
GÖRE KEFALET SÖZLEŞMESİNİN ŞEKLİ**

Şefika Deren Gündüz

2501090448

Tez Danışmanı

Doç. Dr. Suat Sarı

İstanbul 2012



YÜKSEK LİSANS

TEZ ONAYI

Adı ve Soyadı : ŞEFİKA DEREN GÜNDÜZ Numarası : 2501090448
Anabilim/Bilim Dalı : ÖZEL HUKUK Danışman: DOÇ.DR. SUAT SARI
Tez Savunma Tarihi : 12.07.2012 Saati : 11:00
Tez Başlığı : 6098 SAYILI TÜRK BORÇLARKANUNU'NA GÖRE KAFELET
SÖZLEŞMESİNİN ŞEKLİ

TEZ SAVUNMA SINAVI, Lisansüstü Öğretim Yönetmeliği'nin 15. Maddesi uyarınca yapılmış, sorulara alınan cevaplar sonunda adayın tezinin KABULÜ'NE OYBİRLİĞİ / OYÇOKLUĞUYLA karar verilmiştir.

JÜRİ ÜYESİ	İMZA	KANAATI (KABUL / RED / DÜZELTME)
1-PROF.DR. TUFAN ÖĞÜZ		Kabul
2- PROF.DR. GÜLÇİN ELÇİN GRASSINGER		kabul
3- DOÇ.DR. SUAT SARI		kabul
4-DOÇ.DR. AZRA ARKAN SERİM		kabul
5-YRD.DOÇ.DR. AHU AYANOĞLU MORALI		kabul

ÖZ

Kefalet sözleşmesi, iktisadi hayatta sıklıkla karşılan şahsi teminat sözleşmelerinden biridir. Alacaklı ile kefil arasında yapılan bu sözleşme ile kefil, asıl borçlunun borcunu ifa etmemesinin sonuçlarından, kişisel olarak sorumlu olmayı üstlenir. Kefil böyle bir sorumluluk üstlenirken kural olarak bir menfaat elde etmez. Bu nedenle 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu ile kefil koruyucu hükümlerin arttırıldığı gözlemlenmektedir. Çalışmamız kapsamında, kefalet sözleşmesinin kurulması aşamasında, kefile haklarını ve yükümlülüklerini ve özellikle girdiği rizikoyu en iyi gösteren araç olan şekil üzerinde durulmuştur.

Bu kapsamda 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu ile öngörülen nitelikli yazılı şekil şartının nasıl yerine getirileceği, kefalet senedinin kapsamı, kefaletle ilişkin şeklin uygulanacağı ve uygulanmayacağı işlemler ve şekle aykırılığın sonuçlarının neler olacağından bahsedilmiştir.

ABSTRACT

Bailment agreement is one of the individual guaranty contracts which is often encountered in the financial life. With this agreement, signed between the creditor and the bailman, the bailman accepts to be individually liable for the results caused by the fact that real debtor doesn't discharge his debts. In principle, the bailman does not derive personal benefits by assuming such a responsibility. So, it is observed that protective provisions for the bailman have been increased with Turkish Code of Obligations No. 6098. In this work, we focused on the form which best shows the bailman his rights and responsibilities and especially the risks he takes during the formation of bailment agreement.

In this context; we explained here how to fulfill the requirements for qualified letter form as set forth in Turkish Code of Obligations No. 6098, the scope of bailment agreement, the transactions for which bailment form shall be applied or not, as well as the results of violating the form requirements.

ÖNSÖZ

İktisadi hayattaki ihtiyaçlar sebebiyle kefalet sözleşmesi, geçmişten günümüze kadar sıklıkla başvurulmuş şahsi teminat sözleşmelerindedir. Bunun sebebi, düşük miktarda borçlar için bile, rahatlıkla masrafsız ve zaman almadan teminat alınabiliyor olmasıdır. Alacaklı ile kefil arasında yapılan bu sözleşme ile kefil, asıl borçlunun borcunu ifa etmemesinin sonuçlarından, kişisel olarak sorumlu olmayı üstlenir. Kefil böyle bir sorumluluk üstlenirken, kural olarak bir menfaat elde etmez. Bu sebeple herhangi bir menfaat elde etmeden böyle bir sorumluluk altına giren kefil, 6098 sayılı BK'nın 581 ve 603. maddeleri arasında yer alan hükümlerle koruma amacı gözlenmiştir. Çalışmamız, daha kefalet sözleşmesinin kurulma aşamasında, kefil korumayı amaçlayan TBK m. 583'te düzenlenen şekil hükmü üzerinedir.

818 sayılı BK'da, kefalet sözleşmesinin şeklini düzenleyen BK m. 484'te kullanılan ifadelerin açık olmaması sonucu, kefil koruma amacı tam anlamıyla sağlanamamıştır. 6098 sayılı TBK m. 583 ile özellikle kefilin sorumlu olacağı azami miktarın, kefalet senedinde kefilin el yazısıyla yazılması koşulunun aranmasıyla bu amaç büyük ölçüde yerine getirilecektir. Ancak kefaletin şeklini düzenleyen kaynak İsv. BK m. 493'ten ayrı bir düzenlemeye gidilmesi, bazı sorunların ortaya çıkmasına yol açacaktır. Çalışmamız kapsamında bu sorunlara ilişkin çözüm önerilerinde bulunulmuştur.

Uygulamada kefalet sözleşmesine ilişkin problemlerin büyük çoğunluğu, daha kurulma aşamasında ortaya çıkmaktadır. Yargıtay'ın kefalet sözleşmesinin şeklen geçerliliğine ilişkin tutarlı olmayan kararlar verdiği gözlemlenmektedir. İşte çalışmamız, bu noktada uygulamanın ihtiyaçlarını gözetmeye çalışmıştır. Bu yapılırken de sadece sorunlar tespit edilmekle bırakılmamış, genel hükümlerden hareket ederek şekil konusu bütünüyle ele alınmıştır.

Bu çalışmanın ortaya çıkması aşamasında, birçok kişinin katkısı olmuştur. Bu sebeple öncelikle, değerli zamanını ve bilgisini benden esirgemeyen, konuya bakış perspektifimi genişleten Sayın Prof. Dr. Özer Seliçi ve Prof. Dr. Gülçin Elçin Grassinger'e, tez konusu seçiminde ve yazımında bana yol gösteren, bilimsel desteğini benden esirgemeyen tez danışmanım Sayın Doç. Dr. Suat Sarı'ya,

karşılaştığım her sorunda gerek akademik gerek manevi destekleriyle bana ışık tutan Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı'ndaki hocalarım Sayın Doç. Dr. Emre Gökyayla, Yard. Doç. Dr. Ahu Ayanoglu Morali, Yard. Doç. Dr. Aslı Makaracı, Yard. Doç. Dr. Seda Öktem Çevik'e ve çalışmanın oluşma aşamasında gösterdikleri manevi destek ve sabırla her zaman yanımda olan ailem ve dostlarıma teşekkürlerimi sunmak benim için bir borçtur.

İÇİNDEKİLER

ÖZ	iii
ABSTRACT	iv
ÖNSÖZ	v
İÇİNDEKİLER	vii
KISALTMALAR	xi
GİRİŞ	1
BİRİNCİ BÖLÜM	5
I. GENEL OLARAK KEFALET SÖZLEŞMESİNDE ŞEKİL	5
A. Kefalet Sözleşmesinde Şeklin Amacı	7
1. Genel Olarak Şekil Kavramı ve Amacı.....	7
2. Şeklin Amacının Kefalet Sözleşmesinde Görünümü.....	10
B. Kefalet Sözleşmesinde Şeklin Türü	12
1. Şekil Zorunluluğunun Kaynağı Açısından.....	12
2. Şeklin Fonksiyonu Açısından	13
3. Kullanılan Vasıta Açısından	15
a. 818 sayılı BK m. 484’te Öngörülen Şeklin Türü	16
b. TBK m.583’te Öngörülen Şeklin Türü	20
c. TBK’deki Düzenlemenin Kaynak İsviçre Borçlar Kanunu’ndan Farklılaşması	21
C. Kefaletle İlişkin Şeklin Tek Taraflılığı.....	26
D. Kefaletle İlişkin Şeklin Yerine Getirilişi.....	29
1. Metin ve İmza Unsuruna İlişkin Özellikler.....	29
a. Metin Unsuru.....	29

b. Metnin Dili	30
c. İmza Unsuru	35
d. Metne ve İmzaya İlişkin El Yazısı Koşulu	36
(1) Metne İlişkin El Yazısı Koşulu	36
(2) İmzaya İlişkin El Yazısı Koşulu.....	42
2. Metnin ve İmzanın Yer Alacağı Belgenin Tekliği Meselesi.....	46
3. Teknolojik İmkânlar Karşısında Kefaletin Şekli.....	49
4. Beyaza İmza Meselesi.....	56
İKİNCİ BÖLÜM.....	67
II. KEFALET SÖZLEŞMESİNDE ŞEKLİN KAPSAMI.....	67
A. Genel Olarak	67
B. Fer'i Olarak Sorumluluk Üstlenildiğine Dair Beyan.....	71
C. Müteselsil Kefil Olma İradesi	79
D. Asıl borcun Ferdileştirilmesi İçin Gerekli Unsurların Belirlenmesi	82
1. Asıl Borcun Konusu ve Kapsamı.....	83
a. Genel Olarak.....	83
b. Asıl Borcun Tutarı	88
c. Asıl Borcun Kapsamının Sonradan Arttırılması	89
2. Alacaklı ve Borçlunun Adları	90
3. Asıl Borcun Hukuki Sebebi	94
4. Asıl Borcun Belirli ya da Belirlenebilir Olması İlkesine İlişkin Bazı Durumlar.....	95
a. Genel Olarak.....	95
b. Gelecekte Doğacak Borçlar İçin Durum	96
c. Cari Hesaba Kefalette Durum	101

E. Kefilin Sorumlu Olduğu Azami Miktar.....	105
1. Azami Miktarın Belirtilmesi Zorunluluğuna İlişkin Esaslar.....	105
a. Azami Miktarın Kefalet Senesinde Belirtilme Sorunsalı	107
(1) İsviçre Hukuku	107
(2) Türk Hukuku	109
b. Azami Miktarın Rakamla Belirtilme Sorunsalı.....	113
(1) İsviçre Hukuku	113
(2) Türk Hukuku	116
c. Bazı Sözleşme Tipleri Bakımından Azami Miktarın Belirtilmesi Zorunluluğu Açısından Yargıtay'ın Uygulaması.....	119
2. Azami Miktarın Borcun Belirli Bir Miktarıyla Sınırlandırılması	124
3. Azami Miktarın Belirtileceği Para Cinsi.....	125
4. Azami Miktar Düzenlemesinin Amacı ve Kefilin Sorumluluğu ile İlişkisi.	128
F. Kefalet Tarihi	131
G. Sübjektif Olarak Esaslı Noktalar.....	133
ÜÇÜNCÜ BÖLÜM	137
III. KEFALETE İLİŞKİN BAZI HUKUKİ İŞLEMLERİN, KEFALET SÖZLEŞMESİNDE YAPILACAK DEĞİŞİKLİKLERİN, KEFALETE İLİŞKİN BAZI KAYITLARIN ŞEKLİ VE KEFALETE İLİŞKİN ŞEKLİN UYGULANACAĞI BAŞKA SÖZLEŞMELER	137
A. TBK m. 583 ile Öngörülen Nitelikli Yazılı Şekle Bağlı Olan Diğer İşlemler	137
1. Kefil Olma Konusunda Temsil Yetkisi Verilmesi.....	137
2. Kefil Olma Vaadinde Bulunma.....	145
3. Kefilin Borcunun Üstlenilmesinin Şekli	147
4. Kefilin Sorumluluğunu Arttıran Sonraki Değişiklikler.....	149

5. TBK m.598'e Göre Kefilin Sorumluluk Süresinin Uzatılması.....	152
6. TBK m.603 Kapsamındaki Sözleşmeler	153
B. Adi Yazılı Şekle Bağlı Olan Diğer İşlemler	161
1. Eşin Rızasının Şekli	161
2. Asıl Borcun Başkası Tarafından Üstlenilmesi Halinde Kefilin Rızası	165
3.Asıl Borcun Belirli Bir Miktarıyla Sorumluluk Kaydının Şekli	165
DÖRDÜNCÜ BÖLÜM.....	167
IV. KEFALET SÖZLEŞMESİNDE ŞEKLE AYKIRILIĞIN HÜKÜMLERİ	167
A. Kefalet Sözleşmesinde Şekle Aykırılık.....	167
B. Şekle Aykırılığın Yaptırımı.....	167
C. Kesin Hükümsüzlüğün Sonuçları	169
D. Kefilin Şekil Noksanını İleri Sürme Hakkı.....	170
E. Şekle Aykırılığa Kasten Yol Açan Kefilin Tazminat Yükümlülüğü.....	172
F. Şekle Aykırı Kefalet Sözleşmesinin Kefil Tarafından İfa Edilmesi	174
1. Şekle Aykırılığı Bilmeden İfada Bulunan Kefilin Sebepsiz Zenginleşmeye Dayanarak Talepte Bulunması	174
2. Şekle Aykırılığı Bilerek İfada Bulunan Kefilin Durumu.....	180
G. Şekle Aykırı Kefalet Sözleşmesinde Tahvil.....	183
SONUÇ	185
BİBLİYOGRAFYA	192

KISALTMALAR

a.g.e.	adı geçen eser
a.g.m.	adı geçen makale
Abs.	Absatz
Art.	Artikel
BGB	Burgerliches Gesetzbuch
BGE	Entscheidungen des schweizerischen Bundesgerichts
BGH	Bundesgerichtshof
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Zivilsachen
BK	Borçlar Kanunu
bkz.	bakınız
bs.	bası
bsk.	baskı
C.	Cilt
c.	cumle
ev.	Çeviren
dpn.	dipnot
E.	Esas
Ed.	Editor
EİK	Elektronik İmza Kanunu
Erw.	Erwagung
f.	fıkra
ff.	fort folgende Seiten
haz.	hazırlayan

HGB	Handelsgesetzbuch
HGK	Hukuk Genel Kurulu
HMK	6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu
HUMK	1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu
İBK	İçtihadı Birleştirme Kararı
İİK	İcra İflas Kanunu
İsv. BK	İsviçre Borçlar Kanunu
K.	Karar
Karş.	Karşılaştırınız
m.	madde
N.	Nummer
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
NK	Noterlik Kanunu
OR	Obligationen Recht
RG	Resmi Gazete
s.	sayfa
S.	Sayı
T.	Tarih
TBK	6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu
TBMM	Türkiye Büyük Millet Meclisi
TD.	Ticaret Dairesi
TK	6762 sayılı Ticaret Kanunu
TKHK	Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun
TL	Türk Lirası

TTK	6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu
vd.	ve devamı
Y. HD.	Yargıtay Hukuk Dairesi
Y.	Yıl
y.y.	yayın yeri yok
ZSR	Zeitschrift für Schweizerisches Recht

GİRİŞ

Kefalet sözleşmesi, kefil ile alacaklı arasında yapılan ve asıl borçlunun borcunu ifa etmemesinin sonuçlarından, kefilin kişisel olarak sorumluluk üstlendiği bir sözleşmedir. Kefil, üstlenmiş olduğu bu sorumluluk çerçevesinde borçlunun borcunu ödeyememesi halinde, haczi mümkün bütün malvarlığı ile sorumlu tutulur.

İktisadi hayattaki ihtiyaçlar sebebiyle kefalet sözleşmesi en çok başvuru alan teminat sözleşmelerindedir. Bunun sebebi; düşük miktarlı borçlar için bile, rahatlıkla masrafsız ve zaman almadan teminat alınmasını mümkün kılmasıdır. Temelleri Roma Hukukuna dayanan kefalet sözleşmesi, TBK’da da özel olarak düzenleme bulmuştur. 818 sayılı BK’da yer alan kefaletle ilgili hükümler 1911 tarihli İsviçre Borçlar Kanunu’ndan iktibas edilmiştir. Ancak zamanla İsv. BK’da yer alan kefaletle ilişkin hükümlerin yetersiz kalması sebebiyle 1941 yılında bir revizyona gidilmiştir¹. 11.01.2011 tarihinde TBMM tarafından kabul edilen, 04.02.2011 tarihinde Resmi Gazete’de yayımlanan ve 01.07.2012 tarihinde yürürlüğe giren 6098 sayılı TBK’da da² da yine İsv. BK’daki kefaletle ilişkin değişiklikler takip edilerek bir takım önemli yenilik ve değişiklikler yapılmıştır.

Kefalet sözleşmesi 6098 sayılı TBK’da “*Özel Borç İlişkileri*” başlıklı ikinci kısımda, on beşinci bölümde 581 ve 603. maddeler arasında düzenlenmiştir. Kefalet sözleşmesinin tümünde yapılan kapsamlı değişiklikler, ilk olarak kendisini kefalet sözleşmesinin tanımında göstermektedir. TBK m. 581’de kefalet sözleşmesi şu şekilde tanımlanmıştır:

“Kefalet sözleşmesi, kefilin alacaklıya karşı, borçlunun borcunu ifa etmemesinin sonuçlarından kişisel olarak sorumlu olmayı üstlendiği sözleşmedir.”

¹ Emil Beck, **Das Neue Bürgschaftsrecht**, Zürich, 1942, Einleitung, N. 1-4; Wolfgang Wiegand, “Die Bürgschaft im Bankgeschäft”, **Personalsicherheiten**, Berner Bankrechtstag, 4. Band, Herausgeber Wolfgang Wiegand, Bern 1997, s. 179 vd.

² RG 04.02.2011, S. 27836.

Bu tanımla 818 sayılı BK m. 483'te, "*Kefalet bir akittir ki onunla bir kimse, borçlunun akdettiği borcun edasını temin etmeyi alacaklıya karşı taahhüt eder*" şeklindeki kefalet sözleşmesinin tanımındaki aksaklıklar giderilmiştir. Öncelikle kefilin, sadece sözleşmeden doğan borçlara değil, para ile ölçülebilen her tür borç için kefalet verebileceği açıklığa kavuşmuştur. Ayrıca kefilin, asıl borçlunun borcunun edasını temin etme değil de, asıl borçlunun borcunu ifa edememesi halinde asıl borçlunun beklediği ifa menfaatini sağlayacağı hususu, yeni düzenlemeden açıkça anlaşılmaktadır.

Kefalet sözleşmesinin kurulabilmesi için geçerli bir asıl borcun bulunması şarttır. Bu durum, kefalet sözleşmesinin fer'i niteliğindedir. Bu nitelik gereği kefalet sözleşmesinin varlığı, devamı ve sona ermesi asıl borca bağlıdır. Kefaletin türü ne olursa olsun kefil, her zaman fer'i olarak sorumlu olur ve asıl borçludan daha ağır şartlar altında sorumlu tutulamaz. Kefalet sözleşmesinin diğer bir özelliği tâli olmasıdır. Bu özellik gereğince kefil, ancak asıl borçlu takip edildikten sonra sorumlu tutulabilecektir. Ancak bu nitelik, fer'i nitelik gibi esaslı olmadığından her zaman bertaraf edilebilmesi mümkündür. Kefalet sözleşmesi ile asıl borç ilişkisinden tamamen bağımsız bir borç ilişkisi söz konusu olur. Kefalet borcu ve asıl borcun hukuki sebepleri farklıdır. Kefalet sözleşmesinin konusu daima bir para borcuyken, asıl borcun konusunun paradan başka bir şey olması mümkün olabileceği gibi, yapma, yapmama borcu da olabilir. Kefalet sözleşmesinin diğer bir özelliği ise, tek tarafa borç yükleyen bir sözleşme olmasıdır. Kural olarak alacaklının kefile karşı bir edim yükümlülüğü yoktur. İşte özellikle bu özellik gereğince, kefilin hukuk düzenince korunmaya ihtiyacı olduğu açıktır.

6098 sayılı TBK'da da genellikle yardım düşüncesiyle ve hiçbir menfaati olmadan borç altına giren kefilin korunması arttırılmıştır. Hiç kuşkusuz bu koruma öncelikle kefalet sözleşmesinin kurulması aşamasında söz konusu olmalıdır. Bu anlamda şekil, sözleşme yapan taraflara haklarını ve yükümlülüklerini ve özellikle girdikleri rizikoları en iyi gösteren araçtır. 818 sayılı BK m. 484'te "*Kefaletin sıhhati, tahriri şekle riayet etmeğe ve kefilin mesul olacağı muayyen bir miktar iraesine mütevakkıftır*" şeklinde kefilin koruma konusunda oldukça yetersiz kalmış ve gerek

doktrinde gerek Yargıtay uygulamasında farklı görüşlerin ortaya çıkmasına yol açmıştır. Bu yetersizlik gözetilerek 6098 sayılı TBK m. 583'te kefaletin şekli yeniden düzenlenmiştir. Ancak bu düzenlemede kaynak İsv. BK'nın kefaletin şeklini düzenleyen 493. maddesi bütünüyle iktisap edilmemiş, belirli bir kısmı iktisap edilmekle bırakılmıştır. TBK m. 583 ile getirilen en büyük yenilik, kefilin sorumlu olacağı azami miktarın, kefalet tarihinin ve müteselsil kefil olunacaksa bu veya bunun yerine geçen bir ibarenin, kefalet sözleşmesinde kefilin el yazısıyla yer alması gerekliliğidir.

Çalışmamız kapsamında 6098 sayılı BK'da kefaletin şeklini düzenleyen bu hükmün, kefilin koruma amacını yeterince yerine getirip getirmediği ve kaynak İsv. BK'dan ayırık bir düzenlemeye gidilmesinin sonuçları ayrıntılı bir biçimde ele alınacak, hükümden açıkça anlaşılmayan hususların nasıl yorumlanması gerektiği hakkında açıklamalar yapılacaktır. Kefaletle ilişkin Yargıtay kararları incelendiğinde, kefaletle ilişkin uyuşmazlıkların çoğunlukla kefaletin şekli geçerlilik şartlarının yerine getirilmemesinden kaynaklandığı görülmekte, ancak bu hususta yıllardır yeknesak bir uygulamaya gidilememekte, hukuk güvenliğini sarsacak şekilde farklı sonuçlara ulaşılmaktadır. TBK ile kefaletin şekline ilişkin getirilen bu hükmün, tartışmaları büyük ölçüde azaltacağı kanaatimizce kuşkulu olmakla birlikte, en azından kefilin ve alacaklının menfaatlerinin dengede tutularak bu hükmün nasıl uygulanması gerektiğini belirleme fikri bu konuyu seçmemize yol açmıştır.

Ayrıca belirtmek gerekir ki, kefalet sözleşmesinin şekline ilişkin TBK m. 583 hükmü, kefalet sözleşmesinin geçerlilik şartlarına ilişkin bir hüküm olduğundan, Türk Borçlar Kanunu'nun Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun³ m. 1'e göre ancak TBK'nın yürürlüğe girmesinden sonra yapılacak kefalet sözleşmeleri için uygulanacaktır. Zira söz konusu hükme göre, *“Türk Borçlar Kanunu'nun yürürlüğe girdiği tarihten önceki fiil ve işlemlere, bunların hukuken bağlayıcı olup olmadıklarına ve sonuçlarına, bu fiil ve işlemler hangi kanun yürürlükte iken gerçekleşmişse, kural olarak o kanun hükümleri uygulanır. Ancak, Türk Borçlar Kanunu'nun yürürlüğe girmesinden sonra bu fiil ve işlemlere ilişkin olarak*

³ RG 04.02.2011, S. 27836.

gerçekleşecek temerrüt, sona erme ve tasfiye, Türk Borçlar Kanunu hükümlerine tâbidir.”.

Çalışmamızın konusunu oluşturan “6098 sayılı Borçlar Kanunu’nda kefaletin şekli” dört bölümde incelenecektir. Birinci bölümde, genel hükümlerden de hareket edilerek kefalet sözleşmesinde şeklin amacı, türü, yerine getirilişi incelenecek; özellikle teknolojik imkânlar karşısında kefalet sözleşmesinin durumu ve beyaza imza konusundaki sorunlar üzerinde durulacaktır. İkinci bölümde TBK m. 583 ile öngörülen kefalet sözleşmesinde şeklin kapsamına girmesi gereken unsurlar belirlenecektir. Üçüncü bölümde ise, TBK m. 583 ile öngörülen şekle tabi olması gereken ve gerekmeyen kefaletle ilişkin diğer bazı hukuki işlemlerin, kefalet sözleşmesinde yapılacak değişikliklerin, kefaletle ilişkin bazı kayıtların şekli ve TBK m. 603’ten hareketle kefaletle ilişkin şeklin uygulanacağı başka sözleşmeler üzerinde durulacaktır. Dördüncü bölümde ise, kefalet sözleşmesinde şekle aykırılığın hükümleri, genel hükümlerden hareketle açıklanacaktır.

BİRİNCİ BÖLÜM

I. GENEL OLARAK KEFALET SÖZLEŞMESİNDE ŞEKİL

TBK m. 583/f. 1 şu şekilde kaleme alınmıştır:

“Kefalet sözleşmesi, yazılı şekilde yapılmadıkça ve kefilin sorumlu olacağı azami miktar ile kefalet tarihi belirtilmedikçe geçerli olmaz. Kefilin, sorumlu olduğu azami miktarı, kefalet tarihini ve müteselsil kefil olması durumunda, bu sıfatla veya bu anlama gelen herhangi bir ifadeyle yükümlülük altına girdiğini kefalet sözleşmesinde kendi el yazısıyla belirtmesi şarttır.”

Bu hükme göre, kefalet sözleşmesinin yazılı şekilde yapılması zorunludur. Ancak bu hüküm sadece yazılı şekli öngörmekle kalmamış, yazılı sözleşmenin kapsamına ilişkin belirtilen bazı hususların, kefilin el yazısıyla yazılmasını aramıştır. Bu hususlar; kefilin sorumlu olduğu azami miktar, kefalet tarihi ve müteselsil kefil olunması halinde bu veya bunun yerine geçen herhangi bir ibaredir. 818 sayılı BK ile kıyaslandığında, şekle ilişkin düzenlemenin farklı olduğu görülmektedir. Zira 818 sayılı BK m. 484’te kefaletin şekline ilişkin düzenleme şu şekilde kaleme alınmıştır:

“Kefaletin sıhhati, tahriri şekle riayet etmeğe ve kefilin mesul olacağı muayyen bir miktar iraesine mütevakkıftır”

Görüldüğü üzere 818 sayılı BK zamanında yine yazılı şekil öngörülmektedir, fakat kefalet sözleşmesinin şekline ilişkin olarak tek koşul, kefilin mesul olacağı muayyen bir miktarın gösterilmesidir. Bu hüküm 1911 tarihli İsviçre BK m. 493’ün 818 sayılı Borçlar Kanun’umuza aynen iktibasından kaynaklanmaktadır¹. Ancak İsviçre BK’nın kefalete ilişkin hükümlerinin kefilin korunması açısından yeterli görülmemesi ve günlük yaşamda problemler yaratması sebebiyle değiştirilmesi için hazırlanan tasarı, 9 ve 10 Aralık 1941 tarihinde iki ayrı mecliste kabul edilerek

¹ Hugo Oser, Wilhelm Schöenberger, **Kommentar zum Obligationenrecht**, 5. Band, 3. Teil: Art., 419-529, Zürich, 1945, Art. 493, N. 2.

kanunlaşmış ve 1 Temmuz 1942 tarihinde yürürlüğe girmiştir². Böylece İsv. BK'daki kefaletle ilişkin hükümler köklü bir değişikliğe uğramıştır. Bu değişiklikler sonrası kefaletın şekline ilişkin hüküm de tamamen değiştirilmiştir. Kefaletın şekline ilişkin, İsv. BK'nın yedi fıkradan oluşan 493. maddesinin ilk üç fıkrası şu şekildedir³:

“Kefaletın geçerliliği, kefilin yazılı açıklamasına ve aynı senette, sorumlu olduğu toplam miktarın rakamla belirtilmesine bağlıdır.

Ayrıca kefil, bir gerçek kişi ise, kefalet açıklamasının, işlem yerinde yürürlükte olan kurallara uygun olarak resmi şekilde yapılması zorunludur. Kefalet miktarı 2000 frangı aşmıyorsa, kefilin, aynı senette kendi el yazısıyla, sorumlu olduğu kefalet miktarını ve gerektiğinde, müteselsil kefil sıfatıyla yükümlülük altına girdiğini yazması yeterlidir.

Kamu hukukundan doğan borçlar nedeniyle, konfederasyona ve kamu kurumlarına ya da bir kantona karşı, gümrük hakları, vergiler ve benzerleri ile taşıma kefaletleri için, kefilin yazılı açıklaması ve aynı senette, sorumlu olduğu toplam miktarın rakamla belirtilmesi yeterlidir”.

Görüldüğü üzere İsv. BK'da kefaletın şekline ilişkin bir takım ayrımlara gidilmiştir. İsviçre'de kefilin daha fazla korunması ihtiyacından kaynaklanan kefaletle ilişkin tüm değişiklikleri yetmiş yılı aşkın bir süre sonradan takip eden Yeni Türk Borçlar Kanunu'muz ise, kefaletın şekline ilişkin madde 583 ile kefilin koruma amacına 818 sayılı BK'daki hükme göre daha çok hizmet edecek şekilde, ama İsv. BK m. 493'teki ayrımlara gitmeden bu hususu düzenlemiştir. Ne var ki bu ayrık

² Beck, a.g.e., Einleitung, N. 1-4; Gülçin Elçin Grassinger, **Borçlar Kanunu'na Göre Kefilin Alacaklıya Karşı Sahip Olduğu Savunma İmkanları**, İstanbul, Alfa Basım ve Dağıtım, 1996, s. 15; Hüseyin Avni Göktürk, “Kefalet Hukukumuzun Kifayetsizliği ve Yeni İsviçre Kefalet Hukuku”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 8, S. 3-4, s. 333 vd.; Christiana Fountoulakis, “İsviçre Hukukunda Kefilin Korunması”, **Banka ve Tüketici Hukuku Sorunları Sempozyumu, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırma ve Uygulama Merkezi, Türk-İsviçre Hukuk Günleri**, İstanbul, Oniki Levha Yayıncılık, 2010, s.312, 313. Ancak Fountoulakis, İsviçre'deki bu düzenlemelerin sadece kefilin koruma amacına dayanması sonucu, artık kefalet sözleşmelerinin uygulamada cazibelerini yitirdiğinden bahsetmektedir. Bkz. Fountoulakis, a.g.m., s. 319, 320.

³ Nevzat Koç, “İsviçre Borçlar Kanunu'nun Kefaletle İlişkin Hükümleri”, **Prof. Dr. Mahmut Tevfik Bırsel' e Armağan**, İzmir, 2001.

düzenlemenin bazı tartışmalara yol açacağı açıktır. Bunlardan çalışmamız içinde yeri geldikçe bahsedeceğiz.

A. Kefalet Sözleşmesinde Şeklin Amacı

TBK tarafından kefalet sözleşmeleri için öngörülen bu yazılı şekil şartının amacını incelemeyden önce, genel olarak hukuk sistemimizde şekil kavramının amacı ve daha sonra bunun kefalet sözleşmelerinde kendini gösteriş biçimi üzerinde durmak gerekir.

1. Genel Olarak Şekil Kavramı ve Amacı

Şekil, bir iradeyi açıklamak üzere kullanılan araç, dış kalıp ya da biçimdir⁴ ve her sözleşmenin, hukuki işlemin ve irade beyanının bir şekli vardır. Türk Borçlar Hukuku sisteminde sözleşmeler açısından şekil özgürlüğü esasken, şekil zorunluluğu istisnai bir düzenlemeye tâbi tutulmuştur.

Türk Borçlar Hukuku sisteminde, sözleşme özgürlüğü ilkesi çerçevesinde kişilerin özel borç ilişkilerini, hukuk düzeninin sınırları içerisinde özgürce düzenleyebilecekleri kabul edilmiştir. TBK m. 26'da hükme bağlanan sözleşme özgürlüğü ve sınırları ile amaçlanan; bir yandan kişilerin kendi iradeleri olmadan borç altına sokulamamasını sağlamak, diğer yandan kişilerin sözleşme yaparken, sözleşmenin tipini, içeriğini, tarafını ve şeklini, kanunun öngördüğü sınırlar içerisinde seçebilmelerini sağlamaktır⁵. Demek ki, bu ilke şekil bakımından da yansıma bulmuş ve sözleşmelerin temelde herhangi bir şekil zorunluluğu olmaksızın yapılması kabul edilmiştir.

TBK m. 12/f. 1'de “Sözleşmelerin geçerliliği, kanunda aksi öngörülmedikçe, hiçbir şekle bağlı değildir” denilmek suretiyle sözleşme özgürlüğü ilkesi içinde

⁴ Fikret Eren, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Değiştirilmiş 13. bsk, İstanbul, Beta, 2011, s. 236; Ahmet Kılıçoğlu, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler (Yeni Borçlar Kanunu'na Göre Hazırlanmış)**, 14. bs., Ankara, Turhan Kitabevi, 2011, s. 73-78; Kenan Tunçomağ, **Türk Borçlar Hukuku: Genel Hükümler**, C. 1, 6.bs., İstanbul, Sermet Matbaası, 1976, s. 215.

⁵ Eren, a.g.e., s.270; Kılıçoğlu, a.g.e., s. 73; Feyzi Necmeddin Feyzioğlu, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, C. 1, 2. bs., İstanbul, Fakülteler Matbaası, 1976, s. 233.

değerlendirilebilen, şekil özgürlüğü ilkesinden bahsedilmiştir⁶. Bu ilkenin dayanağı, tarafların günlük hayatta sözleşme yaparken ve onu değiştirirken sıkı şekil şartlarına tabi tutularak işlem hızlarının azaltılmasının, özellikle resmi şekle bağlı sözleşmelerde ekonomik külfet altına girmelerinin, gizli yapılmasını istedikleri işlemlerin alenileşmesinin, işlemlerinin sırf şekil eksikliği nedeniyle geçersiz olmasının ve bu nedenle esasî şekle feda etmenin önüne geçmektir⁷.

Her sözleşmenin, hukuki işlemin ve irade beyanının bir şekli olduğundan bahsettik. İradeyi açıklama aracı olarak kullanılan şekil, sözlü ya da yazılı olabileceği gibi, işaret ya da susma da olabilir. Şekilsiz bir irade beyanı söz konusu olamaz⁸. Bu nedenle şekil özgürlüğü denildiğinde şekilsizlik kastedilmemektedir. Bu ifadeden o irade beyanın, hukuki işlemin veya sözleşmenin sözlü, yazılı veya resmi şekil türlerinden herhangi birisiyle yapılabileceği, diğer bir deyişle belirli bir şekli seçme zorunluluğunun olmaması anlaşılmalıdır⁹.

Şekil özgürlüğü kural olmakla beraber; teknik ilerlemeler, ekonomik hayatın karmaşık düzeni sonucu hukuki işlemlerde sözden çok, belgeye verilen önemin

⁶ Wilhelm Schöenberger, Peter Jäggi, **Zürcher Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch**, 5. Band: Obligationenrecht, Teilband VI a (Art.1-17 OR), 3.Auflage, Zürich, 1973, Art.11, N. 4; Bruno Schmidlin, **Berner Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht**, 6. Band: Das Obligationenrecht, 1.Abteilung: Allgemeine Bestimmungen, 1.Teilband: Art.1-18 OR, Bern, 1986, Art.11, N.4. Bu maddede yalnız sözleşmeden bahsedilse de, özel bir düzenleme olmadıkça hukuki sonuç doğurmaya yönelmiş her türlü irade beyanlarında ve özellikle karar ve tek taraflı hukuki işlemlerde de şekil özgürlüğü ilkesinin geçerli olacağı kıyas yoluyla kabul edilmelidir. Bkz. Eren, **a.g.e.**, s. 239.

⁷ Hüseyin Altaş, **Şekle Aykırılığın Olumsuz Sonuçlarının Düzeltilmesi**, Yetkin Yayınevi, Ankara 1998, s. 39 ve 67; Adnan Tuğ, **Türk Özel Hukukunda Şekil**, 2. bsk., Ankara, Mimoza Yayınevi, 1992, s. 48; Feyzioğlu, **a.g.e.**, s. 304, 305; Eren, **a.g.e.**, s. 239; Kılıçoğlu, **a.g.e.**, s.102,103; Selahattin Sulhi Tekinay, Sermet Akman, Haluk Burcuoğlu, Atilla Altop, **Tekinay Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Yeniden Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 7.bs., İstanbul, Fakülteler Matbaası, 1993, s.100. Böylelikle dürüst olmayan yanın bu eksiklikten yararlanmasının önüne geçilecektir. Bkz. Tunçomağ, **a.g.e.**, s. 217.

⁸ Tekinay vd., **a.g.e.**, s.99; M. Kemal Oğuzman, M. Turgut Öz, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, C. 1, 6098 sayılı Yeni Türk Borçlar Kanunu'na Göre Güncellenip Genişletilmiş 9. bs., İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2011, s. 146; Andreas von Tuhr, **Borçlar Kanunu'nun Umumi Kısmı**, çev. Cevat Edege, C. 1-2, Yargıtay Yayınları, Ankara, 1983, 228, 229.

⁹ Eren, **a.g.e.**, s.236; Kılıçoğlu, **a.g.e.**, s.103; Necip Kocayusufpaşaoğlu, Hüseyin Hatemi, Rona Serozan, Albülkadir Arpacı, **Borçlar Hukuku Genel Bölüm: Borçlar Hukukuna Giriş Hukuki İşlem Sözleşme**, C. 1, Yenilenmiş Genişletilmiş Tamamlanmış 4. bs. dan 5. Tıpkı bs., İstanbul, Filiz Kitabevi, 2010, s. 270; Tekinay vd., **a.g.e.**, s.99.

artması neticesinde kanun koyucu bazı hallerde şekil zorunluluğu öngörmek ve bunu geçerlilik unsuru olarak kabul etmek durumunda kalmıştır. Şekil özgürlüğünün sınırlılığına, TBK m. 12/f. 1’de belirtilen “*kanunda aksi öngörülmediği sürece*” şekil özgürlüğü ilkesinin söz konusu olduğunu öngören ifadeden ulaşılabılır. Yine TBK m. 12/f. 2’de de “*Kanunda sözleşmeler için öngörülen şekil, kural olarak geçerlilik şeklidir. Öngörülen şekle uyulmaksızın kurulan sözleşmeler hüküm doğurmaz.*” denilmek suretiyle şekil özgürlüğü esasının, kanun koyucu tarafından şekil kuralları öngörülme suretiyle bertaraf edilebileceği anlaşılmaktadır. Bunun yanında tarafların iradeleriyle de şekil özgürlüğü ilkesini bertaraf ederek aralarında bir şekil belirlemeleri söz konusu olabilir. Sonuç olarak diyebiliriz ki, Türk Hukukunda şekil özgürlüğü esastır; şekil mecburiyeti ancak kanunda açıkça ve kanun tarafından öngörülmüş olmasa bile tarafların iradeleriyle geçerlilik şekli öngörülen hallerde istisnai olarak karşımıza çıkar¹⁰. Demek oluyor ki, şekil ancak bazı sözleşmeler için aranan geçerlilik şartı olabilecektir¹¹.

Kanun koyucunun sözleşmeler için öngördüğü bu şekil kurallarının özel ve genel olmak üzere iki koruma amacı bulunmaktadır. Özel koruma¹² amacıyla sözleşmenin taraflarının korunması amaçlanır. Bu sayede tarafların daha iyi düşünmesi sağlanarak acele karar vermelerinin önüne geçilir. Hak ve yükümlülüklerini tespit etmelerine ve kendilerini kanun önünde savunabilmelerine yardımcı olunur. Özellikle resmi yazılı şekil söz konusu olduğunda, resmi memurlar tarafından çoğunlukla hukuk bilgisinden yoksun olan kişilerin iradelerine açıklık getirilerek ileride beklenilmeyen

¹⁰ Şekil mecburiyetinin, bunların dışında örf- adet hukuku veya hakim tarafından yarattığı hukukla öngörülmesi yahut kanun koyucu açık bir yetki vermemişse, tüzük ve yönetmelikle de öngörülmesi mümkün değildir. Bkz. Eren, **a.g.e.**, s.240, 241; Kılıçoğlu, **a.g.e.**, s. 77, 104; Oğuzman, Öz, **a.g.e.**, s. 148.

¹¹ Oğuzman, Öz, **a.g.e.**, s. 148. Şeklin fayda ve sakıncaları göz önüne alındığında hukuki işlemlerin doğumunda ve ispatında şekle ayrılacak yer genel nitelikte değildir, şeklin sakıncalarını en aza indirecek ve faydalarını en etkili kılacak şekilde hukuki işlemin türüne göre şekil kuralları öngörülür. Şeklin faydası, sakıncasından daha çok olacaksa şekil kuralı konulacak, az olacaksa şekil serbestisi ilkesi geçerli olacaktır. Bkz. Feyzioğlu, **a.g.e.**, s. 305.

¹² Altaş, **a.g.e.**, s. 64, 65; Eren, **a.g.e.**, s.237; Tekinay vd. , **a.g.e.**, s. 130; von Tuhr, **a.g.e.**, s. 230; Kılıçoğlu, **a.g.e.**, s. 101, 102; Kocayusufpaşaoğlu vd., **a.g.e.**, s. 271; Oğuzman, Öz, **a.g.e.**, s. 148; Tunçomağ, **a.g.e.**, s. 216; Schmidlin, **a.g.e.**, Art. 11, N. 19.

durumlara düşmeleri engellenir. Genel koruma¹³ amacıyla ise kamu düzeni ve işlem güvenliği korunmaktadır. Böylelikle hukuk düzeni, hukuk düzenine duyulan güven ve iyiniyetli üçüncü kişiler korunur. Yine bu amaçlar dışında şeklin, yapılan işlemin ispatını kolaylaştırmak, sözleşmenin kurulup kurulmadığının kesinleşmesini sağlamak, işlemin içeriğine açıklık getirmek, resmi sicillerin sağlam temele dayanmasını sağlamak ve işlemin yorumlanmasında sağlam bir temel oluşturmak gibi amaçları da vardır¹⁴.

2. Şeklin Amacının Kefalet Sözleşmesinde Görünümü

Kefalet sözleşmesi için kanun koyucunun öngördüğü şekil şartı ile amaçlanan; şeklin özel koruma amacı dolayısıyla kefalet yükümlüğü ile kural olarak ivazsız borç altına giren kefil daha ciddi düşünmeye sevk etmek, acele karar vermesinin önüne geçmek ve altına girdiği yükümlülüğün önemini idrak etmesini sağlamaktır¹⁵.

¹³ Altaş, **a.g.e.**, s. 64, 65; Eren, **a.g.e.**, s.237; Frang Furrer, **Heilung des Formmangels im Vertrag**, Zürich, 1992, s. 36 vd.; Schönerberger, Jäggi, **a.g.e.**, Art. 11, N. 45-47.

¹⁴ Altaş, **a.g.e.**, s. 65; Eren, **a.g.e.**, s. 237-239; Kılıçoğlu, **a.g.e.**, s.101-102; Tuğ, **a.g.e.**, s. 46-47; Tekinay vd., **a.g.e.**, s. 100; Kocayusufpaşaoğlu vd., **a.g.e.**, s. 271, 272; Feyzioğlu, **a.g.e.**, s. 303, 304; Oğuzman, Öz, **a.g.e.**, s. 148; Tunçomağ, **a.g.e.**, s.216; Schönerberger, Jäggi, **a.g.e.**, Art. 11, N.45-47; Schmidlin, **a.g.e.**, Art 11, N. 17-20. O.Gökhan Antalya, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, C. 1, İstanbul, Beta, 2012, s. 324, 325; Füsün Nomer Ertan, “Borç Sözleşmelerinde Şekil Eksikliğinin Müeyyidesi ve Buna Dayalı Hükümsüzlüğün Dürüstlük Kuralı (MK m. 2/ II) Dışındaki Yollardan Giderilmesi”, **Prof. Dr. M. Kemal Oğuzman Anısına Armağan**, İstanbul, Beta, 2000, s. 596; Emrehan İnal, “Açığa Atılan İmzanın Geçerliliği Sorunu”, **Prof. Dr. Ergun Özsunay’a Armağan**, C. 1, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2004, s. 169; Zekeriya Kurşat, “Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanunda Öngörülen Şekil Kuralları ve Şekle Aykırılığın Yaptırımı”, **Prof. Dr. Zahit İmre’ye Armağan**, İstanbul, Der Yayınları, 2009, s. 456; Sema Taşpınar Ayvaz, “Türk Borçlar Kanunu ve Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun İmza Atamayanlarla İlgili Yeni Düzenlemesine Eleştirel Bir Bakış”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 61, S. 1, Y. 2012, s. 327; Fountoulakis, **a.g.m.**, s. 314, 315.

¹⁵ Hermann Becker, **İsviçre Borçlar Kanunu Şerhi**, çev. Suat Dura, İkinci Bölüm, Çeşitli Sözleşme İlişkileri, Madde 184-551, Ankara 1993, s.1047; Christoph M. Pestalozzi, **Basler Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht I**, Art.1-529 OR, 3. Auflage, Basel-Genf-München 2002, Art. 493, N.1, Pascal Müller, **Der Schutz des Bürgen im Schweizerischen Privatrecht**, Zürich, 2010, s. 117; Kılıçoğlu, **a.g.e.**, s. 101; Tunçomağ, **a.g.e.**, s. 216; Elçin Grassinger, **a.g.e.**, s. 98; Hüseyin Murat Develioğlu, **Kefalet Sözleşmesini Düzenleyen Hükümler Işığında Bağımsız Garanti Sözleşmeleri**, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2009; s.143; Burak Özen, **Kefalet Sözleşmesi: Özellikleri, Kuruluşu, Türleri**, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2008, s. 164; Burak Özen, **6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu Çerçevesinde Kefalet Sözleşmesi: Özellikleri, Kuruluşu, Geçerlilik Koşulları, Türleri; Kefil ve Alacaklı Arasındaki İlişki, Kefil ve Borçlu Arasındaki İlişki, Sona Ermesi**, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2012, s.200; İnal, **a.g.m.**, s. 170; Hüseyin Hatemi, Rona Serozan, Abdülkadir Arpacı, **Borçlar Hukuku Özel Bölüm**, İstanbul, 1992, s. 524; Seza Reisoğlu, **Türk Hukukunda ve Bankacılık Uygulamasında Kefalet**, Ankara, Ayyıldız Matbaası A.Ş., 1992, s. 43; Haluk Tandoğan, **Borçlar Hukuku Özel**

Gerçekten de böylece sadece konuşma esnasında kolayca sarf edilen “*Ben sana kefilim*” türünden sözlü açıklamalardan, kefilin sorumlu tutulmasının önüne geçilecektir. Ayrıca nasıl olsa asıl borçlunun ödeyeceği düşüncesiyle üstlenilen, genellikle ekonomik değeri yüksek borçlar için girişilen kefalet yükümlülüklerinde, bilhassa yükümlü olunacak miktarın da “*açıkça*” kefalet senedinde belirtilmesiyle, asıl borcun ödenmemesi halinde kefilin içine düşebileceği ağır sonuçların önceden öngörülmesi sağlanacaktır¹⁶.

Bu anlamda şekil, sözleşme yapan taraflara hakları ve yükümlülüklerini ve özellikle girdikleri rizikoları en iyi gösteren araç olarak görülmektedir. Ancak tek tarafa borç yükleyen kefalet sözleşmesindeki özel koruma amacı, sadece borç altına gireni, diğer bir deyişle alacaklıyı değil, yalnızca kefilin korumaya yöneliktir¹⁷. Hiçbir menfaati olmadan, çoğunlukla hatır için¹⁸ borç altına giren kefilin, şekil şartı öngörerek korumak, kanunun kefaletle ilişkin hükümlerinde genel eğilim olarak gördüğümüz kefilin koruma amacının, kefaletin şekle ilişkin geçerlilik koşullarında bir görünümüdür. TBK ile de kefaletle ilişkin şekil şartları ağırlaştırılarak kefilin daha fazla himayesi sağlanmış bulunmaktadır.

Borç İlişkileri, C. 2, Tıpkı 5.bs., İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2010, s. 740; Nihat Taşdelen, “Kefalet Sözleşmesinde Şekil”, **Prof. Dr. Oğuz İmregün’e Armağan**, İstanbul, Beta, 1998, s. 732,733; Fahrettin Aral, **Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri**, Genişletilmiş 3. bsk., Ankara, Yetkin Yayınları, 2010, s. 437; Münchener Kommentar/ Hans Peter Pecher, **Schuldrecht Besonderer Teil §652-853**, 3.Band, 2.Halbband, 2.Auflage, München, 1986, § 766, N. 1.

¹⁶ Tandoğan, **a.g.e.**, s. 741; Reisoğlu, **a.g.e.**, s. 43; Taşdelen, **a.g.m.**, s. 733; Oser, Schönerberger, **a.g.e.**, Art. 493, N. 14; Beck, **a.g.e.**, Art. 493, N. 1, 8.

¹⁷ Altaş, **a.g.e.**, s. 66; Beck, **a.g.e.**, Art. 493, N. 1; Reisoğlu, **a.g.e.**, s. 43; Elçin Grassinger, **a.g.e.**, s.98; Taşdelen, **a.g.m.**, s. 733.

¹⁸ Özellikle yakınlarla duyulan sadakatin neticesinde hatır için yapılan kefaletlerde, kefilin istismar edildiğini ileri sürerek İsv. BK m. 21’de düzenlenen gabine başvurup başvuramayacağı İsviçre Hukuku’nda tartışılrsa da, gabinin şartlarının oluşmayacağı sonucuna varılmıştır. Bkz. Foutoulakis, **a.g.m.**, s. 321-324. Ancak bu durumda alacaklının, teminat veren kişinin asıl borçluya bağlılığı sebebiyle, ondan mali bakımdan yıkımına yola açabilecek şekilde teminat alması ve bu suretle üstün konumundan faydalanması İsv. BK. m. 19/f. 2’de düzenlenen genel ahlaka aykırılık teşkil edecektir. Bkz. Foutoulakis, **a.g.m.**, s. 325. Yazar, asıl meselenin aileye duyulan ve kişi üzerinde baskı yaratan sadakat bağı sonucu kişinin özgür iradesiyle karar verememesinde yattığını, bu sebeple her ne kadar kefilin koruyucu hükümler getirilse de bunların amaca hizmet etmediğini, çünkü kefilin riski bile bile, karar verme özgürlüğü olmadan üstlendiğini ifade etmektedir. Bu sebeple kefaletin temel sorununa çözüm getirilmek isteniyorsa, mahkemenin yapacağı hakkaniyet denetimi sonucu sadakat bağının, kefilin serbestçe karar verme özgürlüğünü imkansız hale getiren bir etken olduğu sonucuna varılıyorsa, kefaletin hükümsüzlüğü sonucuna varılması gerektiğini ifade etmiştir. Bkz. Foutoulakis, **a.g.m.**, s. 326.

Buna karşın şeklin genel koruma amacı olan kamu düzenini sağlama amacının, kefalet sözleşmelerinde görülmediği kabul edilmektedir¹⁹. Ancak kanaatimizce dolaylı olarak kamu düzenini sağlamak amacının bulunduğunu kabul etmek gerekir. Kefalet sözleşmesinde şeklin doğrudan amaçları arasında kamu düzeni söz konusu değildir. Fakat bu tespitimiz, söz konusu amacın dolaylı olarak sağlanmadığı anlamına gelmez. Kefilin bu şekilde iyi düşünmesini sağlamak suretiyle, bilinçli borçlanmanın etkisiyle toplum düzenine ve hukuk güvenliğine katkıda bulunulmuş olur.

B. Kefalet Sözleşmesinde Şeklin Türü

1. Şekil Zorunluluğunun Kaynağı Açısından

TBK m. 583 ile kefalet sözleşmesi için, kaynağını kanundan alan bir şekil öngörülmüştür. Zira kefalet sözleşmesinin, sıhhatli ve geçerli olarak meydana gelmesi için şekil özgürlüğü ilkesi bir tarafa bırakılmış, tarafların uymak mecburiyetinde oldukları geçerlilik şekli, kanun tarafından tayin edilmiştir²⁰. Bu nedenle kefalet sözleşmesinin taraflarının anlaşarak bu sözleşmeyi yapmak için kanunen öngörülen şeklin, tarafları koruyucu etkisini azaltacak şekilde rızai bir şekil öngörmeleri mümkün değildir. Ancak kefalet için kanun tarafından öngörülen şeklin en az gerekliliği ifade ettiğini, bu sebeple tarafların daha çok koruyucu bir şekil üzerinde anlaşmalarının her zaman için mümkün olduğunu kabul etmek gerekmektedir²¹.

¹⁹ Ancak kefaletin şekline ilişkin düzenlemeyi kamu düzenine ilişkin sayan eski bir Yargıtay kararı da bulunmaktadır. Bkz. Y. 4.HD. 20.04.1957 E.2318 (Reisoğlu, **a.g.e.**, s. 46). İsviçre Hukuku'nda da kefaletin şeklini düzenleyen emredici kural niteliğindeki İsv. BK m. 493, kamu düzenini sağlama amacı gütmemektedir. Zira resmi şekil kuralına birçok istisna tanınan bu hükümde, kurala uyulmaması halinde adalet duygusu beklenilmez derecede zedelenmez (BGE 111 II 178 Erw. 3a; BGE 93 II 383 Erw. 4b). Örneğin İsviçre Hukuku'na göre resmi şekilde akdedilmesi gereken bir kefaletin, Almanya'da Alman Hukuku'na göre akdedilmesi halinde bu sözleşmeye dayanan alacak talebinin İsviçre'de infaz kabiliyeti mevcuttur (BGE 111 II 175 ff.; BGE 84 I 119 ff.). Bkz. Pestalozzi, **a.g.e.**, Art. 493, N. 1.

²⁰ Tuğ, **a.g.e.**, s.33; Altaş, **a.g.e.**, s. 69; Eren, **a.g.e.**, s.241; Kocayusufpaşaoğlu vd., **a.g.e.**, s. 272.

²¹ Oser, Schönenberger, **a.g.e.**, Art. 493, N. 44; Beck, **a.g.e.**, Art. 493, N. 14.

2. Şeklin Fonksiyonu Açısından

TBK m. 583/f. 1/c. 1’de “*Kefalet sözleşmesi, yazılı şekilde yapılmadıkça ve kefilin sorumlu olacağı azami miktar ile kefalet tarihi belirtilmedikçe geçerli olmaz.*” denilmek suretiyle kefalette şeklin fonksiyonunun, ispatı kolaylaştırmak değil, geçerliliği sağlamak olduğu gayet açık bir biçimde ifade edilmiştir²². Bu hüküm, geçerlilik şeklini öngördüğünden emredici niteliktedir ve bütün kefalet çeşitleri için uygulanır.

Bu hükmün geçerlilik şeklini düzenlediği açıkça belirtilmeseydi bile, TBK m. 12/f. 2’den hareketle bir geçerlilik şeklinin var olduğunun kabulü yine de gerekecektir. Zira TBK m. 12/f. 2’de kanun bir şekil zorunluluğu getirip bu şeklin türü ve etkilerini açıkça düzenlememişse öngörülen şeklin geçerlilik şekli olduğu belirtilmiştir²³.

Kanun tarafından öngörülen şeklin ispat ya da geçerlilik şekli olması arasındaki fark; ispat şekli olarak öngörülen şeklin yerine getirilmemesi halinde, geçerli bir sözleşme kurulabilmesi ve borcun ifa yoluyla sona erdirilebilmesi mümkünken; geçerlilik şekli olarak öngörülen şeklin yerine getirilmemesi halinde kurulan sözleşmenin geçersizlik nedeniyle borç doğurmaması ve şayet borcun yerine getirilmesi halinde borç olmayan şeyin edasının söz konusu olmasında yatmaktadır²⁴.

TBK m. 583’te öngörülen şeklin bir ispat şekli olmayıp geçerlilik şekli olmasının sonuçlarından biri, usul hukukundaki ispat vasıtalarıyla şekli açıdan geçersiz bir

²² Beck, **a.g.e.**, Art. 493, N. 7; Oser, Schöenberger, **a.g.e.**, Art. 493, N. 17. Fakat Fransız ve İtalyan Hukukları gibi bazı hukuk sistemlerinde kefaletle ilişkin şekil, ispat şartı olarak öngörülmüştür. Bkz. Reisoğlu, **a.g.e.**, s.44.

²³ Beck, **a.g.e.**, Art.493, N.15, Silvio Giovanoli, **Das Obligationenrecht**, 6. Band, 2. Abteilung, 7. Teilband, Artikel: 492-515, 2. Auflage, Bern, 1978, Art.493, N.10; Reisoğlu, **a.g.e.**, s.44; Özen, **a.g.e.**, s. 164; Özen, **TBK’ya Göre Kefalet**, s. 164, 200. Aynı şekilde, şekil kanuni değil de rızai olarak kararlaştırılmış olsa da 818 sayılı BK m. 16 (TBK m. 17) gereğince bu şeklin fonksiyonu itibariyle aksi kararlaştırılmadığı müddetçe geçerlilik şekli olduğundan bahsedilmektedir, ancak bu karinenin istisnaları da mevcut olabilmektedir. Bkz. Feyzioğlu, **a.g.e.**, s. 307; Tunçomağ, **a.g.e.**, s. 218.

²⁴ Reisoğlu, **a.g.e.**, s. 44; Feyzioğlu, **a.g.e.**, s. 305; Tuğ, **a.g.e.**, s. 53,54; İnal, **a.g.m.**, s. 163, Taşpınar Ayvaz, **a.g.m.**, s. 327-329.; Cevdet Yavuz, **Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler**, Yenilenmiş 7 bsk. (haz. Prof.Dr Cevdet Yavuz, Doç.Dr. Faruk Acar, Doç.Dr. Burak Özen)’dan Tıpkı 8.bsk., İstanbul, Beta, 2009, s. 837; Antalya, **a.g.e.**, s. 327; Tekinay vd., **a.g.e.**, s. 101.

kefalet sözleşmesinin geçerli olmasının sağlanamamasıdır. Bu doğrultuda şekil yönünden geçersiz olarak yapılmış bir kefalet sözleşmesinin varlığına rağmen; kefil, mahkeme önünde kefalet borcunu ikrar etmiş²⁵ veya kendisine kefil olmadığını ispatlaması için mahkeme önünde yemin teklif edilmiş ve bu yeminden kaçınmış²⁶ olsa dahi geçersiz olarak yapılan kefalet sözleşmesi geçerlilik kazanamayacaktır. Bunun gibi şekle aykırı olarak yapılmış bir kefalet sözleşmesinin geçerli olduğuna ilişkin tanık da dinlenemeyecektir²⁷. Oysa kefalet için öngörülen şekil, ispat şekli olsaydı, kefilin ikrarı veya kendisine yöneltilen yeminden kaçınması halinde, kefalet sözleşmesinin varlığı açıklığa kavuşacak ve bir ispat şartı olan yazılı delile hiç başvurulmayıp dava alacaklının lehine sonuçlanacaktı²⁸. Zira bu sonuca HMK²⁹ m. 200'den (HUMK m. 288) ulaşılmaktadır. Bu hükme göre yapıldıkları zamanki değerleri 2.500 TL'yi aşan işlemler ancak senetle ya da sair kesin bir delille, ki bunlar ikrar, yemin ve kesin hükümdür, ispatlanabilir. Fakat tanıkla ispat edilemezler.

Kefaletle ilişkin şeklin bir geçerlilik şekli olmasının diğer bir sonucu da şekli açıdan geçerli olarak kurulmuş kefalet senedinin kaybolması veya imha edilmesi halinde de kefalet sözleşmesinin geçerliliğini sürdürmesidir³⁰. Bu durumda kefalet sözleşmesinin varlığını bunu iddia edenin kanıtlaması gerekecektir (MK m. 6), ki bu kişi çoğunlukla alacaklı olacaktır. Bu husus her türlü delille kanıtlanabilecektir.

²⁵ Tandoğan, **a.g.e.**, s.742; Y.4. HD. 31.12.1964 E.863 K.6342 (Senai Olgaç, **Kazai ve İlmî İctihatlarla Türk Borçlar Kanunu ve İlgili Özel Kanunlar**, C. 3, Ankara, 1969, s. 435, N. 9) ; 4.HD. 10.11.1933, E.2403 K.1515 (Kamil Tepeci, **Notlu ve İzahlı Borçlar Kanunu**, 3. bs., Ankara 1959, s.774); Reisoğlu, **a.g.e.**, s. 46; Eren, **a.g.e.**, s. 244; Tekinay vd., **a.g.e.**, s.133; Kocayusufpaşaoğlu vd., **a.g.e.**, s. 274; Yavuz, **Özel hükümler, 2009**, s. 837.

²⁶ Tandoğan, **a.g.e.**, s.742; Y.4. HD. 31.12.1965, E.64-9871 K.5004 (Olgaç, **İctihat**, s.435 N.10); Eren, **a.g.e.**, s. 244; Tekinay vd., **a.g.e.**, s.133; Kocayusufpaşaoğlu vd., **a.g.e.**, s. 274; Yavuz, **Özel Hükümler, 2009**, s. 837; Y.3.HD. 06.04.1989 E.9431 K.3528 (Turgut Uygur, **Açıklamalı İctihatlı Borçlar Kanunu Sorumluluk ve Tazminat Hukuku**, C. 8, 3.bsk., Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2010, s. 9427).

²⁷ Hatta kefaletin, kardeşler arasında olduğu iddiası dahi tanıkla ispat edilemez. Bkz. Tandoğan, **a.g.e.**, s.742; Y. TD. 27.08.1954, E.6672 K.6021 (Olgaç, **ictihat**, s.433, N. 2); Yavuz, **Özel Hükümler, 2009**, s. 837.

²⁸ Tekinay vd., **a.g.e.**, s.101; Eren, **a.g.e.**, s.244; Kocayusufpaşaoğlu vd., **a.g.e.**, s. 274.

²⁹ RG 04.02.2011, S. 27836.

³⁰ Reisoğlu, **a.g.e.**, s.45; Oser, Schönerberger, **a.g.e.**, Art. 493, N. 47; Kocayusufpaşaoğlu vd., **a.g.e.**, s. 274; Oğuzman, Öz, **a.g.e.**, s. 152, 153; Develioğlu, **a.g.e.**, s. 148.

Böylece alacaklı, geçerlilik şekli yerine getirilmiş kefalet sözleşmesinin varlığını ikrar eden veya kefil olmadığını ispatlaması için teklif edilen yemini etmekten kaçınan kefilin beyan ve eylemlerine dayanarak ya da yapılan işlem 2.500 TL'yi aşmıyorsa tanık dinleterek kefalet sözleşmesinin var olduğunu kanıtlayabilecektir³¹.

Her ne kadar kefalete ilişkin şeklin, geçerlilik şekli olmasından bahsetsek de HMK m. 200 gereğince 2.500 Türk Lirasını geçen hukuki işlemlerde senetle ispat kuralı getirildiği için, kefalet için öngörülen yazılı şeklin çoğu halde aynı zamanda kefaletin ispatı için de gerekli olacağı sonucuna ulaşmak kaçınılmazdır³². Görülüyor ki, usul hukukunda öngörülmüş olan bu ispat şartı, Borçlar Hukuku'nun kabul ettiği şekil serbestisi ilkesini adeta ortadan kaldırmış olmakta, şekil serbestisinin bir istisnası olarak öngörülen yazılı geçerlilik şeklini ise çoğu kez (kefaletten doğan borcun HMK m. 200'de öngörülen miktardan fazla olduğu hallerde) ispat fonksiyonunu da yerine getirir hale sokmaktadır. Böylelikle taraflar, işlemlerinin maddi hukuk yönünden şekle bağlı olup olmadığına bakılmaksızın, onları senede bağlamak zorunda bırakılmışlardır. Gerçi bu sonuç, ispat edilemeyen bir hakkın değerini de yitireceğinden hareketle kabul edilebilir niteliktedir³³. Tabii kefalet senedinin hem geçerlilik hem de ispat fonksiyonunu sağlayabilmesi için, TBK m. 583'teki koşullara uyularak düzenlenmiş bir kefalet senedinin bulunması gerekir. Zira TBK m. 583 ile kefalet için, bazı hususlar bakımından, adi yazılı şekilden fazlası öngörülmüştür.

3. Kullanılan Vasıta Açısından

Kullanılan vasıta açısından şekli, sözlü ve yazılı şekil olarak ikiye ayırmak mümkündür. Bunlardan yazılı şekil kendi arasında; adi yazılı şekil, nitelikli yazılı şekil ve resmi yazılı şekil olarak ayrılır³⁴.

³¹ Tandoğan, **a.g.e.**, s.742; Reisoğlu, **a.g.e.**, s.46; Yavuz, **Özel Hükümler, 2009**, s. 837; Karş. Giovanoli, **a.g.e.**, Art. 493, N.13; Pestalozzi, **a.g.e.**, Art. 493, N. 4; Müller, **a.g.e.**, s. 126.

³² Reisoğlu, **a.g.e.**, s. 45; Tekinay vd., **a.g.e.**, s. 132; Kocayusufpaşaoğlu vd., **a.g.e.**, s. 274; Develioğlu, **a.g.e.**, s. 148.

³³ Tunçomağ, **a.g.e.**, s. 220.

³⁴ Oğuzman, Öz; **a.g.e.**, s. 148, 149; Kılıçoğlu, **a.g.e.**, s. 106; Kocayusufpaşaoğlu vd., **a.g.e.**, s. 276. Öğretide yazılı şeklin içerisine sicile tescil ve ilan da eklenebilmektedir. Bkz. Eren, **a.g.e.**, s. 244.

TBK m. 583'te kefalet sözleşmesinin geçerliliği, “*kefilin sorumlu olacağı azami miktarın*”, “*kefalet tarihinin*” ve “*müteselsil kefil olma iradesi varsa bunun*”, kefilin kendi el yazısıyla kefalet senedinde belirtilmesi şartına bağlandığı için kefalet sözleşmesi için “*nitelikli yazılı şekil*” öngörülmüştür.

818 sayılı BK m. 484'te ise, kefalet sözleşmesinin geçerliliği yazılı şekle ve kefilin sorumlu olacağı belirli bir miktarın belirtilmesine bağlanmaktadır. Ancak bu hükümde öngörülen “*sorumlu olacağı belirli miktarın belirtilmesi*” koşulunun, kanun koyucu tarafından, hükümde ayrıca belirtilmesinin, yazılı şekli nitelikli hale getirip getirmediği hususunda farklı sonuçlara varılmıştır. Bu sebeple nitelikli yazılı şekil tanımından hareketle her iki düzenlemede de kullanılan vasıta açısından kefalet sözleşmesinin şeklini incelemek yerinde olacaktır.

a. 818 sayılı BK m. 484'te Öngörülen Şeklin Türü

818 sayılı BK m. 484 hükmüne göre, kefaletin şekil açısından geçerli olarak kurulabilmesi, yazılı şekilde yapılmasına ve sorumlu olunacak belirli miktarın belirtilmesine bağlanmıştır. Doktrinde bir kısım yazar³⁵, şekil serbestisi ilkesinin kanuni bir istisnası olan kefalet sözleşmesine ilişkin şeklin, “*adi yazılı şekil*” olduğunu; bir kısım yazarsa³⁶ “*nitelikli yazılı şekil*” olduğunu ifade etmiştir.

³⁵ Tandoğan, **a.g.e.**, s. 743; Taşdelen, **a.g.m.**, s. 732; Nami Barlas, “Kefalet Hukukuna İlişkin Bazı Sorunlar ve Yargıtay Uygulaması”, Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu, XXI. (9-10 Aralık 2005), **Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi**, Ankara 2006, s.47; Hatemi, Serozan, Arpacı, **a.g.e.**, s.524; Yavuz, **Özel Hükümler, 2009**, s. 836; İnal, **a.g.m.**, s. 163; Aydın Zevkliler, K. Emre Gökyayla, **Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri**, 11. bs., Ankara, Turhan Kitabevi, 2010, s. 540.

³⁶ Doktrinde Kılıçoğlu, kefalet sözleşmesinin yazılı geçerlilik koşuluna bağlandığını, fakat sözleşmenin geçerliliği için bunun yeterli olmayıp kefalet senedinde, kefilin sorumlu olacağı azami miktarın da belirtilmesinin zorunlu olduğundan yola çıkarak bu sonuca varmıştır. Bkz. Kılıçoğlu, **a.g.e.**, s. 76. Eren, kefalette, imzadan başka kefalet miktarını gösteren kısmın da kefilin el yazısını taşıması gerektiğini ifade ederek bu sonuca ulaşmıştır. Bkz. Eren, **a.g.e.**, s. 253. Ancak 818 sayılı BK m. 484 düzenlenmesinde azami miktarın kefilin el yazısını taşıması gerektiğine yönelik bir ifade bulunmadığından, bu gerekçe, isabetli değildir. Kocayusufpaşaoğlu, Hatemi, Serozan, Arpacı ise, senet metninde kefilin sorumlu olacağı azami miktarın gösterilmesi mecburiyetinden hareketle nitelikli bir yazılı şeklin söz konusu olacağından bahsetmektedirler. Bkz. Kocayusufpaşaoğlu vd., **a.g.e.**, s.277. Gümüş ise, adi yazılı şeklin yanında, kefilin sorumlu olacağı en yüksek miktarın aranmasından dolayı, şeklin *gerçek olmayan nitelikli adi yazılı şekil* olduğunu ifade etmektedir. Bkz. Alper Gümüş, **Borçlar Hukuku Özel Hükümler**, C. 2, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2010, s. 556.; Aynı yönde görüş için ayrıca bkz. Özen, **TBK' ya Göre Kefalet**, s. 202; Özen; **a.g.e.**, s. 165, 166.

Sözleşmeyi oluşturan irade beyanlarının veya bu beyanlardan birinin yazılı bir metinde açıklanması ve beyanda bulunan tarafından imzalanması yoluyla “*adi yazılı şekil*” gerçekleşmiş olmaktadır³⁷. “*Nitelikli yazılı şekil*”de ise sözleşme yapılırken adi yazılı şekildeki unsurlara içeriksel ya da şekli açıdan bazı şartlar eklenir³⁸. Bunlar; imza atılmasının yanında metnin (beyanın) tümünün ya da bir kısmının el yazısıyla yazılmasının gerektiği hallerde, metnin belirli unsurları içermesi gerektiği hallerde ya da geçerliliğin belirli formların kullanılmasına bağlandığı hallerde söz konusu olur³⁹. Nitelikli yazılı şekil, adi yazılı şekle oranla hukuki işlemin ya tamamını ya da imza ile birlikte belli kısımlarını içermektedir⁴⁰. Örneğin MK m. 485’e göre el yazılı vasiyetnamenin geçerliliği için, vasiyetnamenin tanzim edildiği yer, yıl, ay ve günün belirtilip, metnin tümünün vasiyetçi tarafından kendi el yazısıyla yazılıp imzalanması koşulunun aranması, bu tür vasiyetname için aranan şeklin, nitelikli yazılı şekil olduğunu göstermektedir. Burada nitelikli yazılı şekil, metnin tümünü içermektedir.

³⁷ Oğuzman, Öz; **a.g.e.**, s.150; Altaş, **a.g.e.**, s.73; Eren, **a.g.e.**, s. 245; Kocayusufpaşaoğlu vd., **a.g.e.**, s. 276. Bir sözleşmenin adi yazılı şekle bağlanmış olması ihtimalinde borç altına girenin irade beyanını yazılı olarak açıklaması ve bu beyanın sözleşmenin esaslı noktalarını içermesi yeterlidir. Bkz. Özen, **TBK’ ya Göre Kefalet**, s. 202.

³⁸ Claire Huguenin, **Obligationenrecht, Allgemeiner Teil**, 3. überarbeitete Auflage, Zürich, 2008, N. 327, s. 52; Schönenberger, Jäggi; **a.g.e.**, Art. 11, N. 56; Schmidlin, **a.g.e.**, Art. 11, N. 63; Furrer, **a.g.e.**, s. 36. Nitelikli yazılı şekil, kanunun sözleşmenin yazılı şekle tabi olduğunu belirtmekle kalmayıp yazılı sözleşmenin kapsamına ilişkin koşul getirdiği hallerde söz konusu olur. Bkz. Kılıçoğlu, **a.g.e.**, s. 107.

³⁹ Schmidlin, el yazısı şartını aramadan sadece kefil olunacak azami miktarın rakamla kefalet senedinde yer almasını arayan tüzel kişilerin ve kamu hukukundan doğan borçlara kefalet hallerindeki yazılı şeklin, nitelikli yazılı şekil olduğunu ifade etmektedir. Bkz. Schmidlin, **a.g.e.**, Art.11, N. 65; Huguenin, imzanın yanında metnin bir kısmının da el yazısıyla yazılmasına örnek olarak İsv. BK m. 493/f. 2’yi örnek vermiştir. Zira bu hüküm gereğince kefalet miktarı 2000 frangı aşmıyorsa, gerçek kişi kefilin, aynı senette kendi el yazısıyla, sorumlu olduğu kefalet miktarını ve gerektiğinde müteselsil kefalet altına girdiğini yazması gerekir. Kanun koyucunun şekle ilişkin olarak metnin belirli unsurları içermesini öngördüğü hallere örnek olarak da İsv. BK m. 227/ a hükmünü göstermiştir. Ön ödemeli taksitli satışı düzenleyen bu hükümde, sözleşmenin yazılı şekilde yapılması gerektiği öngörüldükten sonra; tarafların adı ve yerleşim yeri, satışın konusu, toplam satış bedeli, taksitlerin sayısı, tutarı ve sözleşmenin süresi gibi unsurların da sözleşmede yer alması gerektiğinden bahsedilmiştir. Geçerliliğin belirli formların kullanılmasına bağlandığı hallere ise İsv. BK m.269/ d II örnek gösterilmiştir. Bu hükümde kira bedeli artırımının, kiraya verenin bunu öngörülen formda bildirmediği, gerekçelendirmediği ve bu bildirimle fesih tehditi taşıdığını ifade etmediği hallerde, hükümsüz olacağı düzenlenmektedir. Bkz. Huguenin, **a.g.e.**, N. 327, s. 52.

⁴⁰ Altaş, **a.g.e.**, s.77; Eren, **a.g.e.**, s. 253; Schönenberger, Jäggi, **a.g.e.**, Art. 11, N. 56.

818 sayılı BK m. 484'te öngörülen şeklin nitelikli yazılı şekil olduğunu öngören görüş; genel olarak kefilin irade beyanının yazılı olarak yapılmış olması ve onun tarafından ya da temsilcisi kefil adına beyanda bulunuyorsa temsilcisi tarafından imzalanmasıyla yetinilmeyip “*bu beyanın içeriğinin de belli ölçüde düzenlenmiş olmasından*”, diğer bir deyişle kanun koyucunun kefalet senedinin içeriğine müdahale etmesinden hareketle, kefalet sözleşmesinin şeklinin, nitelikli yazılı şekil olduğunu ifade etmektedir⁴¹. Ancak bu sonucun kabul edilebilmesi için, 818 sayılı BK m. 484'ün yorumu sonucu azami miktarın mutlaka kefalet senedinde açıkça gösterilmesi zorunluluğu kabul edilmelidir. Bu nedenle kefalet sözleşmesinde yazılı şeklin niteliği, m. 484 ile öngörülen kefilin mesul olacağı muayyen miktarın mutlaka kefalet senedinde yer almasının gerekip gerekmeyeceğine verilecek cevaba bağlı olacaktır.

Kefalet senedinde, diğer bir deyişle kefilin yazılı beyanında, kefilin sorumlu olduğu azami miktarın, mutlaka gösterilmesi gerektiği kabul ediliyorsa, nitelikli yazılı şeklin var olduğu söylenebilir⁴². Bu halde nitelikli yazılı şekil, kefalet sözleşmesinin sadece bir kısmını içermektedir. Nitekim Yargıtay'ın yakın tarihli kararları da azami miktarın, kefalet senedinde yer alması gerektiği yönündedir⁴³.

Buna karşılık kefalet senedinde, asıl borca ilişkin belgeye atıf yapılabileceği ve bu belgede asıl borç tutarı belirli ya da belirlenebilir ise bu tutarın aynı zamanda kefilin sorumlu olacağı üst sınır olarak kabul edilebileceği düşüncesi kabul edilirse, kanun koyucunun şeklin içeriğine bir müdahalesinin olmadığı ve 818 sayılı BK m. 484 ile “*adi yazılı şeklin*” kabul edildiği sonucu ortaya çıkmaktadır. Aynı şekilde, kefilin yazılı beyanı ayrı bir belgede değil de, asıl borca ilişkin belgede yer alıyor ve bu belge asıl borç tutarını gösteriyorsa, kefilin ayrıca sorumluluk tutarını göstermesine

⁴¹ Özen, **a.g.e.**, s.165; Özen, **TBK' ya Göre Kefalet**, s. 202.

⁴² Giovanoli, **a.g.e.**, Art.493, N.16; Pestalozzi, **a.g.e.**, Art.493, N.6 vd; Özen, **a.g.e.**, s.165, 166.

⁴³ Elçin Grassinger, **a.g.e.**, s.107; Y.11.HD. 03.12.1990 E.6466 K.7780; Y.11.HD. 17.09.1991 E.3096 K.4647; (Gönen Eriş, **Türk Ticaret Kanunu, Ticari İşletme ve Şirketler**, 2.bs., İstanbul, 1992, s.115, 116); Y. 19. HD. 13.4.1999 E. 1901 K. 2434; Y.12. HD. 3.5.2002 E. 8239 K. 9417; Y. 19. HD. E. 3339 K. 3344; Y. 19. HD. 7.6.2002 E. 159 K. 4444 (Bu çalışmada, aksi belirtilmedikçe, kullanılan Yargıtay kararları için www.kazanci.com.tr adresinden faydalanılmıştır.)

gerek olmadığı, borç senedinde gösterilen tutarın kefilin sorumluluk sınırını oluşturacağı düşüncesinin kabulü halinde de aynı sonuca ulaşılabacaktır⁴⁴.

818 sayılı BK m. 484'te nitelikli yazılı şeklin düzenlendiği görüşündeki yazarlardan bir kısmı ise, burada el yazılı vasiyetnamede olduğu gibi imza dışında metne dahil başka unsurların el yazısıyla yazılması aranmadığından nitelikli yazılı şeklin “*geniş anlamda nitelikli yazılı şekil*” sayılacağını eklemektedir⁴⁵. Bu konuya ilişkin Giovanoli ve Pestalozzi de⁴⁶, revizyon sonrası kefaletin şekline ilişkin getirilen hükümlerle azami sorumluluk miktarının herhangi bir yerde değil de bizzat rakamla kefalet senedinde yer almasının mecburi kılınmasının nitelikli yazılı şeklin varlığına yol açacağına işaret etmektedirler. Bu sonuca İsv. BK m.493/f. 1’de kefil olmaları için, el yazısı koşulu aranmadan sadece kefil olunacak azami miktarın kefalet sözleşmesinde arandığı tüzel kişilerin kefaletlerinde ve İsv. BK m. 493/f. 3’te yer alan, gerçek kişilerin konfederasyona, kamu kuruluşlarına ve kantonlara karşı kamu hukuku ilişkisinden doğan borçlarının söz konusu olduğu kefalet sözleşmeleri ile taşıma ücretleri ile ilgili olarak giriştikleri kefalet sözleşmelerinden ulaşımlardır. Bu kefaletlerde, kefillerin sorumlu olacakları azami miktarın ve müteselsil kefil olma iradeleri varsa bunun el yazısı şartı aranmadan sadece kefalet senedinde yer almalarını öngören hükmü için “*alelade nitelikli yazılı şekil*” (blosse qualifizierte Schriftlichkeit) tabirini kullanmışlardır.

Kanaatimizce azami miktar, kefalet sözleşmesinin tanımından çıkan bir unsur değildir, kanun koyucu tarafından esaslı nokta haline getirilmiş bir unsurdur. Zira kefalet sözleşmesinin tanımına göre, sözleşmenin esaslı unsurları “*başka bir borçtan ötürü şahsen sorumluluk üstlenme*” ve “*fer’i olarak borç altına girme iradesi*”dir. Kefilin sorumlu olacağı üst sınırın belirlenmesi bir hukuk politikası sonucudur, yoksa bu unsurun bulunmaması kefalet sözleşmesinin tanımını etkilemez. Kaldı ki, Alman Medeni Kanunu m. 766’da da kefalet sözleşmesinin sadece yazılı şekle bağlı olması

⁴⁴ Özen, **a.g.e.**, s.165; Özen, **TBK’ya Göre Kefalet**, s. 202.

⁴⁵ Özen, **a.g.e.**, s. 165, 166; Özen, **TBK’ya Göre Kefalet**, s. 202, 203.

⁴⁶ Giovanoli, **a.g.e.**, Art. 493, N.16, 8; Pestalozzi, **a.g.e.**, Art. 493, N. 2.

ve azami miktarın şeklin kapsamında yer alması gerekliliğinin bulunmaması⁴⁷, azami miktarın Türk ve İsviçre kanun koyucularının tercihinin sonucu esaslı unsur haline gelen bir nokta olduğunun göstergesidir. Bu sebeple, Yargıtay'ın da azami miktarın mutlaka kefalet senedinde yer almasını arayan son kararlarının etkisiyle, kefalet sözleşmesinin şekline kanun koyucu tarafından bir müdahalede bulunulduğu ve bu sebeple şeklin “*geniş anlamda nitelikli yazılı şekil*” olduğunu söylemek kanaatimizce daha yerindedir. Yoksa azami miktarın zaten sözleşmenin tanımından çıkan bir unsur olduğunu, kanun koyucunun kefalet sözleşmesinin kapsamında bunun yer alması gerektiğini belirtmesiyle şeklin kapsamına bir müdahalede bulunulmuş olmadığını söylemek mümkün görülmemektedir.

b. TBK m. 583'te Öngörülen Şeklin Türü

TBK m.583/f. 1 c. 2 ile kefalet sözleşmesinin şekli bakımından sözleşmenin bir kısmını kapsayacak şekilde nitelikli yazılı şeklin kabul edildiği sonucuna varılmaktadır. Bu hükme göre,

“Kefilin, sorumlu olduğu azami miktarı, kefalet tarihini ve müteselsil kefil olması durumunda, bu sıfatla veya bu anlama gelen herhangi bir ifadeyle yükümlülük altına girdiğini kefalet sözleşmesinde kendi el yazısı ile belirtmesi şarttır”.

Bu hükümlerle sözleşme yapılırken 818 sayılı BK'da aranmayan kefilin beyanının belli ölçüde el yazısıyla yazılması şart olarak aranmıştır. Böylelikle imzanın elle atılmasının yanında, metnin (beyanın) bir kısmının da el yazısıyla yazılması şartı arandığından kefalet sözleşmesi için TBK m. 583 ile öngörülen şekle, “*dar anlamda nitelikli yazılı şekil*” dememiz mümkün olacaktır⁴⁸.

818 sayılı BK m. 484 için, kanun koyucunun şeklin kapsamına müdahalesinin bulunduğundan yola çıkarak geniş anlamda nitelikli yazılı şekil tanımlamasını yapan görüş, TBK m. 583 için dar anlamda nitelikli yazılı şekil tanımlamasını

⁴⁷ Müller, **a.g.e.**, s. 118, 126; Dietrich Reinicke, Klaus Tiedtke, **Bürgschaftsrecht**, 2. Auflage, Carl Heymanns Verlag, 2008, s. 23; Walter Rein, **Die Voraussetzungen der Bürgschaft im schweizerischen Recht**, Dissertation, Würzburg, 1937, s. 30.

⁴⁸ Özen, **a.g.e.**, s. 166; Özen, **TBK' ya Göre Kefalet**, s. 203.

yapmaktadır⁴⁹. Zira bu görüşe göre, TBK m. 583 ile kanun koyucu hem şeklin içeriğine müdahale etmekte, hem de 818 sayılı BK'da aranmayan kefilin beyanının belli ölçüde el yazısıyla yazılmasını şart olarak aramaktadır. Bu sebeple nitelikli yazılı şekil, dar anlamıyla söz konusu olmaktadır. Kanaatimizce de TBK m. 583/f. 1 c. 1'de azami miktar ve kefalet tarihinin mutlaka senette belirtilmesi zorunluluğunun öngörülmesi ve TBK m. 583/ f. 1 c. 2'de azami miktar, kefalet tarihi ve müteselsil kefil olma iradesi varsa bu hususun elle yazılması gerekliliğinin belirtilmesi sonucu, nitelikli yazılı şeklin dar anlamıyla gerçekleştiğini söylemek mümkündür.

c. TBK'daki Düzenlemenin Kaynak İsviçre Borçlar Kanunu'ndan Farklılaşması

TBK'nın kefaletin şekline ilişkin düzenlemesi, kaynak İsv. BK'daki düzenlemeden ayrılmaktadır⁵⁰. İsv. BK'da m. 493'teki şekil düzenlemesinde bir takım ayrımlar yapılmıştır ve bu ayrımlara göre kefalet sözleşmesi için resmi şekil, geniş anlamda nitelikli yazılı şekil⁵¹ ve dar anlamda nitelikli yazılı şekil⁵² öngörülmüştür⁵³. Buna göre;

⁴⁹ Özen, **a.g.e.**, s. 167, 168; Özen, **TBK' ya Göre Kefalet**, s. 203.

⁵⁰ 1881 tarihli İsv. BK, kefalet sözleşmesinin geçerliliğini *yazılı şekilde yapılmasına* bağlamış idi. "*Sorumlu olunacak belirli bir miktarın da belirtilmesi*" ilk defa 1911 tarihli İsviçre Borçlar Kanunu ile öngörüldü. Daha sonra İsviçre Borçlar Kanunu'nda 1941 tarihinde yapılan revizyonla hüküm bu halini aldı. Bkz. Beck, **a.g.e.**, Art. 493, N.1, 23; Wiegand, **a.g.m.**, s. 179 vd.

⁵¹ Giovanoli ve Pestalozzi bu hallerde "*alelade nitelikli yazılı şeklin*" (blosse qualifizierte Schriftlichkeit) söz konusu olacağını ifade etmektedir. Bkz. Giovanoli, **a.g.e.**, Art. 493, N.8; Pestalozzi, **a.g.e.**, Art. 493, N. 2. Özen, bu haller için "*geniş anlamda nitelikli yazılı şekil*" tabirini tercih etmiştir. Bkz. Özen, **a.g.e.**, s. 165- 169; Özen, **TBK'ya Göre Kefalet**, s. 202. Ancak İsviçre doktrininde başka yazarlar bu durum için "*adi yazılı şekil*" nitelendirmesini yapmaktadır. Bkz. Oser, Schönenberger, **a.g.e.**, Art. 493, N. 53; Beck, **a.g.e.**, Art. 493, N. 31-35; Müller, **a.g.e.**, s. 127, 128.

⁵² Giovanoli ve Pestalozzi'ye göre bu hallerde, "*kısmen el yazısına bağlanmış nitelikli yazılı şekil*" (qualifizierte Schriftlichkeit, verbunden mit teilweiser Eigenschriftlichkeit) söz konusu olur. Bkz. Giovanoli, **a.g.e.**, Art. 493, N.8; Pestalozzi, **a.g.e.**, Art. 493, N. 2. Özen, bu haller için "*dar anlamda nitelikli yazılı şekil*" tabirini tercih etmiştir. Bkz. Özen, **a.g.e.**, s. 165-167; Özen, **TBK'ya Göre Kefalet**, s. 202. Oser, Schönenberger bu durum için "*sınırlı el yazılı biçim*" nitelendirmesinde bulunmuştur. Sorumluluk tutarı ve müteselsil kefaletin el yazısıyla belirtilip aynı şekilde imzalanması dışındaki kısımlar için adi yazılı şekil yeterlidir. Bu sebeple sınırlı el yazılı şekil söz konusudur. Bkz. Oser, Schönenberger, **a.g.e.**, Art. 493, N.60.

⁵³ Özen, **a.g.e.**, s. 167, 168; Özen, **TBK' ya Göre Kefalet**, s. 205-207. Alman Hukuku'nda her tür kefalet için, kefilin açıklamasının adi yazılı şekilde olması gerektiğinden bahsedilmiştir. (BGB §766 Abs. 1). Kefilin açıklamasının, elektronik vasıtalarla yapılması olanaksızdır (BGB § 766

İsv. BK m. 493/f. 1’de genel kural olarak kefaletin geçerliliği, kefilin yazılı açıklamasına ve aynı senette sorumlu olduğu toplam miktarın rakamla belirtilmesine bağlanmıştır⁵⁴. Bu hüküm kural olarak tüm tüzel kişi ve gerçek kişilerin kefaletleri için geçerlidir. Bu kurala istisna tanınan hallerde de bu kurala dikkat etmek gerekmektedir, zira bu kural tüm kefaletler için asgari şekil kuralıdır⁵⁵. Bu kural herhangi bir istisna öngörülmeden tüzel kişilerin kefaletleri için geçerlidir. Ancak gerçek kişilerin kefil oldukları durumlar için bazı istisnalar öngörülerek kefalet sözleşmesinin şekli açıdan geçerliliği zorlaştırılmıştır⁵⁶.

İsv. BK m. 493/f. 2 c. 1’e göre, gerçek kişilerin kural olarak kefalet açıklamasını, işlem yerinde yürürlükte olan kurallara uygun olarak “*resmi şekilde*” yapması gerekir⁵⁷. Ancak bu kurala, aynı hükmün aynı fıkrasının ikinci cümlesi ile istisna tanınmıştır. Bu istisna ile gerçek kişinin sorumlu olduğu tutar, 2000 frankı aşmıyorsa, kefalet senedinin resmi şekilde düzenlenmesine gerek olmayacaktır. Fakat bu durumda kefil, sorumluluğunun üst sınırını ve müteselsil kefil olma iradesini⁵⁸ taşıdığını kendi el yazısıyla belirtecektir. Bu halde, kefalet belgesinin bir kısmı kefilin el yazısını içermek zorunda olduğundan “*dar anlamda nitelikli yazılı şekil*” söz konusu olacaktır⁵⁹. Fakat bu istisna öngörülen halde de, kefalet senedinin

Abs. 2). Ancak ticaretle uğraşanların ticari kefaletleri herhangi bir şekle tabi olmadan kurmaları mümkündür. (HGB § 350). Bkz. Müller, **a.g.e.**, s. 126; Rein, **a.g.e.**, s. 30. Bu sebeple bir tacirin, kendisi açısından ticari iş sayılan bir kefalet sözleşmesi yapması durumunda, kefalet sözleşmesinin esaslı unsurlarına senet dışından ulaşılsa dahi, kefalet geçerli olacaktır. Bkz. Münchener Kommentar/ Pecher, **a.g.e.**, § 766, N. 1.

⁵⁴ Giovanoli, **a.g.e.**, Art. 493, N. 3. Giovanoli, azami sorumluluk miktarının rakamla belirtilmesi ve bu sayede azami sorumluluk miktarının herhangi bir yerde değil de kefalet senedinde yer alması gerekliliğinden ötürü kefaletle ilişkin şeklin, adi yazılı şekil olamayacağı, bu şeklin bu zorunluluklar neticesinde nitelikli hal aldığı ifade etmektedir. Bkz. Giovanoli, **a.g.e.**, Art. 493, N. 16. Bu şekli adi yazılı şekil olarak nitelendirenler için bkz. Oser, Schönerberger, **a.g.e.**, Art. 493, N. 53, 58; Beck, **a.g.e.**, Art. 493, N. 31-35; Müller, **a.g.e.**, s. 127, 128.

⁵⁵ Giovanoli, **a.g.e.**, Art. 493, N. 3; Beck, **a.g.e.**, Art. 493, N. 3, 4.

⁵⁶ Giovanoli, **a.g.e.**, Art. 493, N. 4

⁵⁷ Resmi şekil içerisinde kefilin sorumlu olduğu miktarın rakamla belirtilmesi yine aranacaktır. Bkz. Giovanoli, **a.g.e.**, Art. 493, N. 6, 8. Tüzel kişilerin kefaletlerinde ise azami sorumluluk tutarı ne olursa olsun, resmi senet gerekli değildir. Bkz. Oser, Schönerberger, **a.g.e.**, Art. 493, N. 63.

⁵⁸ Müteselsil sorumluluğun asıl borçlu ile mi birlikte kefillerle mi yüklenildiğinin gösterilmesi gerekmeseyse de amaca uygundur. Bkz. Oser, Schönerberger, **a.g.e.**, Art. 493, N. 61; Müller, **a.g.e.**, s. 129.

⁵⁹ Giovanoli, **a.g.e.**, Art. 493, N. 5; Pestalozzi, **a.g.e.**, Art. 493, N. 2, 11.

resmi şekilde düzenlenmesinde bir sakınca yoktur, kefilin resmi ya da nitelikli yazılı şekil arasında seçim yapma hakkı mevcuttur⁶⁰.

Ne var ki İsv. BK m. 493/f. 3 ile, gerçek kişilerin konfederasyon, diğer kamu kuruluşları ve kantonlar için kamu hukuku ilişkisinden doğan borçlara kefil oldukları kefalet sözleşmeleri ile taşıma ücretleri ile ilgili olarak giriştikleri kefalet sözleşmeleri bakımından sadece İsv. BK m. 493/f. 1 ile öngörülen şeklin, yani sadece kefilin yazılı açıklamasını ve aynı senette sorumlu olduğu toplam miktarın bulunması gereğini öngören şeklin aranacağı ifade edilmektedir⁶¹. Böylece kefil, sorumluluğunun üst sınırını da içerecek şekilde yazılı bir beyanda bulunacak, ama beyanın sorumluluğun üst sınırını gösteren bölümü ve müteselsil kefil olmak istiyorsa bu kısmı, kendi el yazısıyla yazması gerekmeyecektir. Bu durumda kefalet için öngörülen şekil, “*geniş anlamda nitelikli yazılı şekil*” olarak nitelendirilmektedir. Böylece İsv. BK, kamu hukuku kökenli bir borç için kefil olmak isteyen gerçek kişilere bir kolaylık sağlamaktadır⁶². Bu çeşit kefillikte de kanaatimizce daha çok koruma arz eden dar anlamda nitelikli yazılı şekle ya da resmi şekle uyulmasının bir sakıncası yoktur.

Tüzel kişiler için ise, yukarıda bahsettiğimiz gibi bir istisna öngörülmediği ve ayrımlara gidilmediği için, İsv. BK m. 493/f. 1 gereğince kefalet sözleşmesi yapmaları yeterli olacaktır. Buna göre, İsviçre Hukuku’nda tüzel kişiler, tüzel kişilik tanınmamış kolektif, komandit şirket gibi ticaret şirketleri de kefil olma iradelerini yazılı bir biçimde ortaya koyacaklardır ve bu beyanları sorumluluklarının üst sınırını gösterecektir. Ne var ki, kefilin yazılı beyanındaki hiçbir unsurun kefilin el yazısı ile

⁶⁰ Beck, **a.g.e.**, Art. 493, n. 63; Oser, Schönenberger, **a.g.e.**, Art. 493, N. 59, 63; Georges Scyboz, **Garantievertrag und Bürgschaft**, Schweizerisches Privatrecht, 7. Band, Obligationenrecht, Besondere Vertagsverhältnisse, 2.Halbband, Basel- Stuttgart, 1979, s. 399.

⁶¹ Beck, **a.g.e.**, Art. 493, N. 6; Karl Anderegg, **Die Formerfordernisse im neuen Bürgschaftsrecht**, Dissertation, Zürich, 1943; s. 41-44; Müller, **a.g.e.**, s. 127, 128.

⁶² Develioğlu, **a.g.e.**, s. 150, 151; Beck, **a.g.e.**, Art. 493, N. 32, 33; Giovanoli, **a.g.e.**, Art. 493, N. 7. Bu halde sadece resmi şeklin istisnası değil, kendi eliyle yazma zorunluluğunun da istisnası söz konusudur.

gösterilmesi koşulu aranmayacaktır. Bu halde de sözleşme, dar anlamda nitelikli yazılı şekilde ve resmi şekilde yapılabilecektir⁶³.

Tüm bu açıklamalardan anlaşıldığı üzere; İsv. BK’da kefilin beyanının hiçbir kısmının kefilin kendi el yazısına dayanmadığı, sadece belirli hususların kefalet senedinde belirtilmesinin arandığı “*geniş anlamda nitelikli yazılı şekil*”, sadece kamu alacakları için kefil olan gerçek kişilerde ve tüzel kişilerin her türlü kefaletinde uygulama bulacaktır. Bu şeklin öngörülmesinin sebebi, bu tür kefaletlerin daha az tehlike içeriyor olmasıdır⁶⁴. “*Dar anlamda nitelikli yazılı şekil*” ise gerçek kişilerin özel hukuk kökenli ve 2000 frangı aşmayan kefalet taahhüdünde buldukları kefalet sözleşmelerinde söz konusu olacaktır. “*Resmi şekil*” ise gerçek kişilerin 2000 frangın üzerinde kefalet borcu altına girdiği hallerde zorunlu olarak aranacaktır⁶⁵. Dar anlamda nitelikli yazılı şeklin veya resmi şeklin öngörülmesinin nedeni ise bu tür kefaletlerin daha fazla tehlike içerdiğinin düşünülmesidir⁶⁶.

TBK m. 583’e bakıldığında ise İsv. BK’dan farklı olarak, gerçek kişi-tüzel kişi ayrımına gidilmediği gibi, asıl borç ifa edilmediği takdirde kefilin kişisel sorumluluk üstlendiği azami miktara ilişkin de bir ayrıma gidilmemiştir. Yine kamu hukukundan kaynaklanan bir borç gibi, kefalet güvencesine bağlanan borcun niteliğine ilişkin de özellik arz eden bir durum söz konusu olmamıştır. TBK m. 583, İsv. BK’nın bir olasılık için aradığı şekli genelleştirmiştir. Fakat bu ayrık düzenleme çeşitli sorunları da beraberinde getirmektedir. TBK hükümleri düzenlenirken İsv. BK’daki revizyonun takip edilmesinin sebebi kefilin daha çok koruma ise, buna en çok hizmet eden kefaletin şekline ilişkin hükmün aynen alınmaması sonucu bu koruma yarım

⁶³ Alalade nitelikli yazılı şekil ya da kısmen el yazısına bağlanmış nitelikli yazılı şeklin görüldüğü her halde, kefalet sözleşmesinin resmi şekilde yapılabileceğine ilişkin bkz. Giovanoli, **a.g.e.**, Art. 493, N. 29. Pestalozzi de aynı fikirde olmakla beraber, bu şeklin zaten kefilin resmi şeklin ekonomik külfetinden kurtarmak için öngörüldüğünü belirtmiştir. Bkz. Pestalozzi, **a.g.e.**, Art. 493, N.12. Adi ve nitelikli yazılı şekil bakımından aynı görüşte bkz. Oser, Schönenberger, **a.g.e.**, Art. 493, N. 44.

⁶⁴ Müller, **a.g.e.**, s. 125.

⁶⁵ İsv. BK m. 493/f. 4’te, resmi senet biçimi gereğini dolanmak için kefalet tutarının daha küçük tutarlara bölünmesi halinde, tüm tutarların toplamına göre kefalet şeklinin belirleneceği düzenlenmiştir.

⁶⁶ Müller, **a.g.e.**, s. 125.

kalmıştır. Bu ayırık düzenlemeden kaynaklanan sorunları şu şekilde özetlemek mümkündür:

- İsv. BK'da kefilin azami sorumluluk miktarının el yazısıyla ve kesin bir rakam gösterilerek belirtilmesi aranmışken, TBK m. 583/f. 1'de söz konusu miktarın el yazısıyla gösterilmesi gerektiği belirtilmekle beraber, kesin bir rakam olarak gösterilmesi gerektiğinden açıkça bahsedilmemiştir⁶⁷. Bu da bu konuya ilişkin, doktrin ve Yargıtay kararlarında zaten var olan farklı saptamalar açısından, yeknesak bir düzenlemeyi sağlamaktan uzaktır.
- TBK m. 583'te gerçek kişi-tüzel kişi ayrımına gidilmediği için, tüzel kişinin kefil olması ve tüzel kişiliği temsil eden organın birden fazla kimseden oluşması durumunda, sözleşme kurmak için bu kişilerin birlikte hareket etmesi gerekiyorsa, el yazısı koşulunun nasıl yerine getireceği sorunu ortaya çıkmıştır⁶⁸.
- Yine gerçek kişilerin daha çok koruma sağlayan resmi şekille kefalet sözleşmesi kurdukları ihtimalde, el yazısı koşulunun gerekip gerekmeyeceği de tartışma konusu olacaktır⁶⁹.

⁶⁷ Cevdet Yavuz, **Borçlar Hukuku Dersleri Özel Hükümler**, (yayına hazırlayanlar: Cevdet Yavuz, Faruk Acar, Burak Özen), 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'na Göre Güncellenmiş ve Yenilenmiş 9. bsk., İstanbul, Beta, 2012, s. 676.

⁶⁸ Merve Yılmaz, "Türk Borçlar Kanunu'na Göre Kefalet Sözleşmesinin Geçerlilik Şartları", **Türkiye Adalet Akademisi Dergisi**, C. 1, S. 7, Y. 2, 2011, s. 16; Necati Aksoyoğlu, "Borçlar Kanunu Tasarısındaki Kefalet Sözleşmesine İlişkin Önemli Değişiklikler", **Bankacılar Dergisi**, S: 72, 2010, s. 96; Murat Haznedar, "Borçlar Kanunu Tasarısı'ndaki Kefalet Sözleşmelerine İlişkin Önemli Değişiklikler", www.murathaznedar.av.tr/makale_doc/5.doc, (Çevrimiçi), 04. Haziran. 2011, s. 5.

⁶⁹ Burada İsviçre doktrininden hareketle, adi ya da nitelikli yazılı şeklin öngörüldüğü her halde kefalet sözleşmesinin resmi şekilde de yapılabileceği, resmi şekil dışındaki diğer şekillerin zaten tarafları bu şeklin getirdiği külfetten korumak için konulduğu düşünülürse, Türk Hukuku'nda da kefilin okuma yazma bilmeme, fiziksel yetersizliği bulunma ya da görme engelli olma gibi sebeplerden dolayı dar anlamda nitelikli yazılı şekli gerçekleştiremediği ihtimallerde ya da iradi olarak resmi şekli seçmek istedikleri hallerde, artık bazı hususların el yazısıyla yazılması kanaatimizce gerekli değildir. İsviçre doktrinindeki bu yöndeki görüşler için bkz. Giovanoli, **a.g.e.**, Art. 493, N. 29; Pestalozzi, **a.g.e.**, Art. 493, N. 12; Beck, **a.g.e.**, Art. 493, N. 1, 4, 5, 63. Uygulamada resmi şekli yerine getirecek olan noterlerin, bilgilendirme yükümlülüklerini yeterince yerine getirmediikleri ve bu sebeple kefilin koruma amacının gerektiği gibi sağlanamayacağı ileri sürülebilecekse de, olması gerekenden hareket ederek resmi şeklin dar anlamda nitelikli yazılı şeklin koruyucu işlevini evleviyetle yerine getireceğini söylemek kanaatimizce mümkündür.

C. Kefaletle İlişkin Şeklin Tek Taraflılığı

Kefalet sözleşmesinde şeklin, sadece kefilî koruyucu amacının sonucu olarak TBK m. 583 hükmüyle getirilen geçerlilik şeklinin “*tek taraflı*” olduğu söylenebilir⁷⁰. Diğer bir deyişle, TBK m. 583’teki şekil, irade beyanını ortaya koyarken sadece kefilin uyması gereken yazılı şekli ve buna ilaveten kefilin “*sorumlu olacağı azami miktarı, kefalet tarihini ve müteselsil kefil olma iradesi varsa bunu kendi el yazısı ile belirtme ve imzalama*” zorunluluğunu düzenleyip alacaklının iradesinin şekline ilişkin değildir⁷¹. Zira tek tarafa borç yükleyen bir sözleşme olan kefalet sözleşmesinde, yalnızca borç altına giren kefilin irade beyanının yazılı metinde yer alması, yazılı şekilde yapılması öngörülen sözleşmelerde borç altına girenlerin imzalarının bulunmasını öngören TBK m. 14 hükmüne de uygundur.

Yine diyebiliriz ki, kefalet sözleşmesinde, şekle tabi sözleşmelerde öneri ve kabulün de şekle tabi olması gerektiği, aksi halde sözleşmenin geçersiz olacağı kuralı⁷², alacaklı bakımından uygulama bulmayacaktır. Alacaklı, bir kefalet sözleşmesi için ister öneride bulunsun, ister yapılan öneriyi kabul etsin, sözleşmenin geçerliliği için yazılı olarak herhangi bir irade açıklamasında bulunmasına ve imzasına gerek yoktur. Alacaklı iradesini, yazılı bir şekilde, sözlü olarak açık bir şekilde ya da iradesine delalet eden davranışlarla zımni bir şekilde açıklayabilecektir⁷³.

⁷⁰ Özen, **a.g.e.**, s.164; Taşdelen, **a.g.m.**, s.733; **a.g.e.**, s.98; Anderegg, **a.g.e.**, s.9; Pestalozzi, **a.g.e.**, Art. 493, N. 2; Giovanoli; **a.g.e.**, Art. 493, N. 9; Hans Ueli Frey, **Die Voraussetzung der Bürgschaft unter dem Gesichtspunkt des Bürgenschutzes**, Dissertation, Zürich, 1943, s.38 vd.; Özen, **TBK’ya Göre Kefalet**, s. 200; Senai Olgaç, **Kefalet**, Ankara, 1978, s.16; Oser, Schönerberger, **a.g.e.**, Art.493 N. 17, 31; Scyboz, **a.g.e.**, s. 399; Wiegand, **a.g.m.**, s. 192; Eren, **a.g.e.**, s.232; Beck, **a.g.e.**, Art. 493, N. 13 Münchener Kommentar/ Pecher, **a.g.e.**, § 765, N. 2, 5.

⁷¹ Özen, **a.g.e.**, s. 164; Tandoğan, **a.g.e.**, s. 748; Eren, **a.g.e.**, s. 232; Özen, **TBK’ya Göre Kefalet**, s. 200; Aral, **a.g.e.**, s. 437; Y.11.HD. 16.10.1984 E. 3999 K. 4771 (Uygur, **a.g.e.**, s. 9405); Anderegg, **a.g.e.**, s. 9.

⁷² Oğuzman, Öz, **a.g.e.**, s. 60, 70; Eren, **a.g.e.**, s. 221; Antalya, **a.g.e.**, s. 175.

⁷³ Özen, **a.g.e.**, s. 164; Özen, **TBK’ya Göre Kefalet**, s. 200; Müller, **a.g.e.**, s. 121; Münchener Kommentar/ Pecher, **a.g.e.**, §766, N. 2.

Hazırlar arasında kefalet sözleşmesi, “*alacaklı*” sözlü ya da yazılı olarak yöneltilmiş önerisinin, kefil tarafından kabulü ile kurulur. Ancak bu kabul, TBK m. 583’te öngörülen şekle uygun yapılmamışsa kurulan sözleşme geçersiz olur. Burada “*hazır*” kelimesinden maksat, öneri yapıldığı anda bunu öğrenebilecek durumda olmadır⁷⁴. Bu sebeple alacaklının karşısındaki kişiye sözlü ya da telefon, chat gibi imkânlarla görüştüğü kişiye sözlü ya da yazılı öneride bulunduğu halde, kefilin kabul haberi yine bu yollarla verilirse kurulan kefalet sözleşmesi TBK m. 583’teki şartları sağlamayacağı için geçerli olmayacaktır⁷⁵.

Hazır olmayanlar arasında, önerinin “*alacaklı*” tarafından yapılması durumunda ise kefilin kabulünün TBK m. 583’teki şekle uygun yapılmaması halinde, kurulan sözleşme geçersiz olacaktır. Bu ihtimalde kefilin herhangi bir kabul beyanında bulunmadan, TBK m. 583’teki şekle uygun olarak kefalet senedini hazırlaması ama kendi tasarruf alanında bırakması halinde, kefalet sözleşmesinin kurulduğundan da bahsedilemeyecektir. Zira burada kabul beyanının karşı tarafa yöneltildiğinden bahsedilemeyecektir⁷⁶.

Bu ihtimallerde, kefil tarafından imzalanan ve alacaklının egemenlik alanına sokulan metnin, bir de alacaklı tarafından imzalanmasına gerek yoktur.

Diğer taraftan önerinin “*kefil*” tarafından yapıldığı hallerde, ister hazırlar arasında ister hazır olmayanlar arasında olsun, kefalet sözleşmesinin geçerli olabilmesi için, kefilin kefalet senedini imzalaması ve imzaladığını bildirmesi her koşulda yeterli olmayacak, senedin alacaklıya verilmesi veya gönderilip onun tasarruf alanına sokulması gerekecektir⁷⁷. Ancak bu şekilde kefalet sözleşmesinin geçerli bir şekilde

⁷⁴ Oğuzman, Öz, **a.g.e.**, s. 61; Kılıçoğlu, **a.g.e.**, s. 63, 64; Feyzioğlu, **a.g.e.**, s. 75; Antalya, **a.g.e.**, s. 183; Kocayusufoğlu vd., **a.g.e.**, s. 195.

⁷⁵ Doktrinde, kefilin, kefalet senedi hazırlayıp imzaladığını bildirmesinin, senet kendi tasarruf alanında kaldığı müddetçe, sözleşmenin geçerli olması için yeterli olmayacağı ileri sürülmüştür. Bkz. Tandoğan, **a.g.e.**, s.748, 749; Oser, Schönerberger, **a.g.e.**, Art. 493, N.18.

⁷⁶ Oğuzman, Öz, **a.g.e.**, s. 69; Eren, **a.g.e.**, s. 228.

⁷⁷ Tandoğan, **a.g.e.**, s. 749; Oser, Schönerberger, **a.g.e.**, Art. 493, N. 18; Özen, **a.g.e.**, s. 119-120; Özen, **TBK’ya Göre Kefalet**, s. 150-151. Reinicke, Tiedtke, kefalet senedinin kefilin tasarruf alanından çıktığını söyleyebilmek için alacaklının doğrudan hakimiyetinde olmasının gerekmediği, alacaklının temsilcisine (kendisine yapılan beyanları alma hususunda yetkili) de kefalet senedinin

kurulmasını sağlayacak karşı tarafa yöneltilmiş bir önerinin varlığından bahsedilebilecektir⁷⁸. Kefil tarafından TBK m. 583'teki şekil şartına uygun bir şekilde hazırlanıp imzalanan sözleşmenin, alacaklının tasarruf alanına sokulması sonucunda alacaklının kabul beyanını herhangi bir şekilde açıklaması mümkündür. Zira borç altına girmeyen alacaklının kabulünün, sözleşmenin geçerlilik şekline uygun bir biçimde açıklanmasına gerek yoktur. Uygulamada da çoğunlukla sözleşme, senedin alacaklı tarafından alındıktan sonra alacaklının sessiz kalması ile zımni olarak kurulmaktadır. Bu anlamda kefalet senedini alan alacaklının susması kendisine yapılan öneriyi kabul mahiyetinde değerlendirilebilecektir⁷⁹. Zira kefil tarafından hazırlanan ve imzalanan kefalet senedini alan ancak sessiz kalan alacaklının kendi yararına olan bu sözleşmeyi kurmak istediği sonucuna ulaşılır.

Ayrıca burada dikkat etmek gerekir ki, TBK m. 6'e göre, ancak kanun, işin özelliği ya da durumun gereği, önerenin, alacaklının açık bir kabulünü beklemek zorunda olduğundan bahsedilemiyorsa, alacaklının açık bir kabulüne ihtiyaç olmayacaktır⁸⁰. Ama genel olarak kefalet sözleşmesinde, kefilin, herhangi bir yükümlülük altına girmeyen alacaklının açık kabulüne ihtiyacı olmadığı söylenebilir.

Kefalet sözleşmesi alacaklıya, bir karşı edim yükümlülüğü yüklerse doktrinde baskın görüş, kefaletle ilişkin şeklin, iki taraf için öngörölmüş bir hal almayacağını ifade etmektedir. Bu görüşe göre, bu sonuca ulaşılmasını sağlayan, kefaletle ilişkin

ulaştırılması yoluyla kefalet senedinin alacaklının tasarruf alanına sokulmuş sayılacağını ifade etmektedirler. Bkz. Reinicke, Tiedtke, **a.g.e.**, s. 28.

⁷⁸ Özen, **a.g.e.**, s. 120; Özen, **TBK'ya Göre Kefalet**, s. 151.

⁷⁹ Müller, **a.g.e.**, s. 86, 121; Beck, **a.g.e.**, Art.493, N.13; Münchener Kommentar/ Pecher, **a.g.e.**, § 766, N. 16; Reisoğlu, **a.g.e.**, s.50; Özen, **a.g.e.**, s.164; Tandoğan, **a.g.e.**, s.748; Özen, **TBK' ya Göre Kefalet**, s. 200; Anderegg, **a.g.e.**, s. 9.

⁸⁰ Susmanın kabul sayılması için, TBK m. 6 gereğince durum ve koşullara göre susmanın bu anlamı taşıdığı sonucuna ulaşılması gerekir. Örneğin, kefalet belgesini alan bankanın, yetkili organı tarafından onaylanmadıkça kefalet sözleşmesi kurulamayacak ve böyle bir onay gelene kadar susma kabul anlamını taşımayacaktır. Bu doğrultuda, alacaklı durumunda olan bankanın yetkili organları tarafından açık bir kabul olmadığı takdirde, bankanın sessiz kalması kabul olarak değerlendirilemeyecektir. Fakat bankalarda kefalet senedi eline geçen kişinin böyle bir sözleşme yapmak için yetkili olduğu ya da böyle bir sözleşmenin onaylanacağına dair yetkili bir kişi tarafından önceden yapılmış açıklamalar varsa, susma kabul sayılacaktır. Bkz. Özen, **TBK' ya Göre Kefalet**, s. 150, dpn. 353; Müller, **a.g.e.**, s. 86; Özen, **a.g.e.**, s. 120, dpn. 326; Oser, Schönerberger, **a.g.e.**, Art. 492, N.53.

şeklin amacıdır. Kefaletle ilişkin şekil, kefilî koruma amacına yönelik ve sadece onun iradesi için getirilmiştir. Bu nedenle TBK m. 14/f. 1’de yazılı şekilde yapılması öngörülen sözleşmelerde, borç altına girenlerin imzalarının bulunması gereğini öngören hüküm, burada uygulama bulmamalıdır⁸¹. Zira TBK m. 583 kefilî korumak amacıyla getirilen özel hüküm niteliğindedir ve bu sebeple genel hüküm niteliğindeki TBK m. 14/f. 1’e göre önceliğe sahiptir. Doktrinde başka bir görüş ise, alacaklının da kural dışı bir şekilde kefile karşı borç altına girdiği kefalet sözleşmelerinde imzasının bulunması gerektiğini ifade etmektedir⁸².

D. Kefaletle İlişkin Şeklin Yerine Getirilişi

TBK düzenlemesinde kefalet için aranan şekil, yazılı şekildir. Ancak hem metnin (beyanın) bir kısmının⁸³ el yazısıyla yazılması, hem de metnin belirli unsurları içermesi gerekliliği nitelikli yazılı şeklin varlığını göstermektedir. Yazılı şeklin yerine getirilmesi için iki unsur şarttır. Bu unsurlar “*metin*” ve “*imza*” şeklindedir. Burada yazılı şekle ilişkin genel hükümlerden hareket ederek, nitelikli yazılı şeklin kısmen öngörüldüğü kefalet sözleşmesi için özellik arz eden hususlara değinilecek ve kefalet sözleşmesinde yazılı şeklin nasıl yerine getirileceğinden bahsedilecektir.

1. Metin ve İmza Unsuruna İlişkin Özellikler

a. Metin Unsuru

818 sayılı BK m. 484’te kefalet sözleşmesinin şekli düzenlenirken bazı hususların el yazısıyla belirtilmesi koşulu aranmadığından, kefalet metni başkasının el yazısı ile, daktilo vb. araçlarla yazılabileceği gibi, basılı bir formüler de kullanılabilir⁸⁴.

⁸¹ Özen, **a.g.e.**; s.164, Tandoğan, **a.g.e.**, s.748; Özen, **TBK’ ya Göre Kefalet**, s. 200; Yavuz, **Özel Hükümler, 2009**, s. 836; Özen, **TBK’ ya Göre Kefalet**, s. 200, 201; Oser, Schönerberger, Art. 493, N. 17, 31; Müller, **a.g.e.**, s. 122.

⁸² Barlas, **Bazı Sorunlar**, s. 45; Nami Barlas, “Kefalet Sözleşmesinin Geçerlilik Şartları”, **Türk Borçlar Kanunu Sempozyumu Makaleler- Tebliğler**, haz. Murat İnceoğlu, İstanbul, Oniki Levha Yayıncılık, 2011, s. 354.

⁸³ Metnin belirli kısımlarının el yazısıyla yazılması zorunludur, ancak tüm metnin de el yazısıyla yazılması mümkündür.

⁸⁴ Tandoğan, **a.g.e.**, s.747; Reisoğlu, **a.g.e.**, s.48; Oser, Schönerberger, **a.g.e.**, Art. 493, N. 42; Müller, **a.g.e.**, s. 127

Kefil olma beyanını, mahkeme ya da icra zaptına geçirtmek ve imzalamak sureti ile de kefalet tespit edilebilecektir⁸⁵.

TBK m. 583 anlamında ise; kefaletin geçerlilik şekli düzenlenirken artık kefalet tarihinin, sorumlu olunacak azami miktarın ve müteselsil kefil olma iradesi varsa bu hususun el yazısıyla belirtilmesi koşulu arandığından, kefalet metni ancak bu hususlar dışında, başkasının el yazısı ile daktilo vb. unsurlarla yazılabilecek ve ancak bu hususların boş bırakıldığı basılı formüllerler kullanılabilir⁸⁶. Kefil olma iradesiyle mahkeme veya icra zaptını imzalamak da ancak bu hususların kefilin el yazısıyla yazılması koşuluyla geçerli olacaktır.

Bu şekilde yazılan kefalet sözleşmesinin metni, elle yazmaya olanak sağlayacak her türlü yere yazılabilecek ise de genel adet kâğıda yazılmasıdır⁸⁷. Ayrıca el yazısıyla yazılması gereken yerler dışında, kefalet sözleşmesinin yazıldığı aletin de önemi yoktur. Herhangi bir mekanik cihaz ya da kalem kullanılması mümkündür. Ancak kefilin eliyle yazması gereken yerlerde, genel adet kalem kullanılmasıdır.

b. Metnin Dili

Gerçek kişiler arasındaki kurulan sözleşme metinlerinin, Türkçe olarak kaleme alınması mümkün olduğu gibi, bu metnin yabancı dilde hatta yabancı bir alfabeyle göre yazılmış olması da mümkündür⁸⁸. Bu sebeple “*gerçek kişiler arasında*” kefalet sözleşmesi de taraflar bu dili anladığı sürece yabancı dilde ya da yabancı alfabeyle göre yazılabilecektir⁸⁹.

⁸⁵ Elçin Grassinger, **a.g.e.**, s.112; Reisoğlu, **a.g.e.**, s.48; Tandoğan, **a.g.e.**, s.112.

⁸⁶ Karş. Oğuzman, Öz, **a.g.e.**, s. 150, 152; Kılıçoğlu, **a.g.e.**, s. 108; Kocayusufpaşaoğlu vd., **a.g.e.**, s. 277, 279;

⁸⁷ Tuğ, **a.g.e.**, s. 54; Oğuzman, Öz, **a.g.e.**, s. 151; Altaş, **a.g.e.**, s. 74; Eren, **a.g.e.**, s. 245; Antalya, **a.g.e.**, s. 330.

⁸⁸ Kocayusufpaşaoğlu vd., **a.g.e.**, s. 279; Eren, **a.g.e.**, s.245; Tekinay vd., **a.g.e.**, s. 350. Kılıçoğlu'na göre, sözleşmenin taraflarından birinin kullanılan yabancı dili bilmemesi halinde bunun Türkçe karşılığının sözleşmeye eklenmesini talep etmesi gerekir. Aksi halde sonradan bu hükümleri bilmediğini ya da okumadığını ileri sürmesi imkanı kalmaz. Hile hükümleri saklıdır. Bkz. Kılıçoğlu, **a.g.e.**, s. 119. Reisoğlu da kefalet sözleşmesinde kullanılacak lisan bakımından bir sınırlama olmadığını ifade etmiştir. Bkz. Reisoğlu, **a.g.e.**, s. 47.

⁸⁹ Oğuzman, Öz, 1926 tarihli 805 sayılı İktisadi Müesseselerde Mecburi Türkçe Kullanılması Hakkında Kanun'un getirdiği mecburiyetin kanaatimizce de uygun olarak sadece tüzel kişileri

Ancak 1926 tarihli 805 sayılı İktisadi Müesseselerde Mecburi Türkçe Kullanılması Hakkında Kanun⁹⁰'a göre (m. 1, 2); Türk tabiiyetindeki her çeşit şirket ve müesseseler⁹¹ Türkiye dâhilindeki her nevi sözleşmelerini, işlemlerini, yazışma ve hesap defterlerini; yabancı şirket ve müesseseler ise Türk vatandaşı kişiler veya Türk müesseseleri⁹² ile yapacakları işlemlerini, yazışmalarını ve Türk Devlet görevlilerine verecekleri evrak ve defterlerini Türkçe tutmak zorundadırlar.

Dikkat edilirse, yabancı şirket ya da müesseselerin Türk vatandaşı kişiler ve Türk müesseseleriyle yapacakları “sözleşmeler” bakımından böyle bir zorunluluk öngörülmemiştir. Bu konuda farklı görüşler mevcuttur. Bir görüşe göre, taraflardan birinin yabancı uyruklu şirket ve müessese olması halinde, kefalet sözleşmesi yabancı dilde geçerli olarak kurulabilecektir. Bu görüş Yargıtay’ın bu yönde verdiği kararlarından hareket etmektedir. Zira Yargıtay’ın görüşü de 805 sayılı Kanun’un 2. maddesinde sözleşmeden bahsedilmemiş olması sebebiyle yabancı şirket ve

kapsadığını ifade etmektedir. Bkz. Oğuzman, Öz, **a.g.e.**, s. 151. Doktrinde Bahtiyar, bu Kanun’un Türk tabiiyetindeki gerçek ve tüzel kişilere uygulanabileceğini savunmakta, böylelikle ticari işletme işleten gerçek kişilerin de bu Kanun kapsamına girdiğini belirtmektedir. Bkz. Mehmet Bahtiyar, “805 sayılı İktisadi Müesseselerde Türkçe Kullanılması Hakkında Kanun’un Kapsamı ve Yaptırımı Sorunu”, **Prof. Dr. Hüseyin Ülgen’e Armağan**, C.2, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2007, s. 1737. Ancak ticari işletme işleten gerçek kişiler için bu zorunluluk müesseseyle ilgili işlemler bakımından olacaktır. Bkz. Murat Çalışkan, “İktisadi Müesseselerde Mecburi Türkçe Kullanma Zorunluluğu”, **Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 9, S. 1-2, Y. 2005, s. 351. Doktrinde Doğan ise, zorunluluk kapsamı açısından gerçek kişi tüzel kişi ayrımı yapmamıştır. Bkz. Vahit Doğan, **Banka Teminat Mektupları**, Ankara, 2005, s. 111-116. Doktrinde Kırca’ya göre ise, herhangi bir işletme işletmeyen gerçek kişiler ile ticaret şirketleri dışında kalan ve bir işletme işletmeyen dernek, vakıf gibi tüzel kişiler bu Kanun’un kapsamı dışında kalmaktadırlar. Bu görüşten yola çıkarak ancak herhangi bir ticari işletme işletmeyen iki gerçek kişinin yaptıkları kefalet sözleşmesini yabancı dilde yapabilecekleri sonucuna ulaşmak mümkündür. Bkz. İsmail Kırca, “İktisadi Müesseselerde Mecburi Türkçe Kullanılması Hakkında Kanun Üzerine”, **Prof. Dr. Hüseyin Ülgen’e Armağan**, C.2, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2007, s. 1932, 1933.

⁹⁰ RG. 22.04.1926, S. 353.

⁹¹ Şirket ve müesseseler kapsamına nelerin gireceği tartışmalı olmakla birlikte bu konuya dair ayrıntılı bilgi için Bkz. Bahtiyar, **a.g.m.**, 1734- 1738. İki Türk tabiiyetindeki şirket veya işletmenin aralarında yapacakları sözleşmeler ile Türk tabiiyetindeki bir şirket ya da işletme ile Türk tabiiyetindeki işletme işletmeyen bir Türk gerçek ya da tüzel kişinin yaptığı sözleşmeler 805 sayılı Kanun m. 1 kapsamındadır. Bkz. Kırca, **a.g.m.**, s. 1933.

⁹² İki yabancı şirketin Türkiye’de yapacakları sözleşmede Türkçe kullanma zorunluluklarının olmadığı açıktır. Bkz. Çalışkan, **a.g.m.**, s. 352.

müesseselerin Türk şirket ve müesseseleriyle yabancı dilde sözleşme kurabilecekleri yönündedir⁹³.

Kanaatimizce de isabetli olan diğer bir görüşe göre ise, burada her ne kadar yabancı şirket ve müesseseler bakımından Türkçe kullanma zorunluluğunun kapsamı bakımından sözleşmeler öngörülme de yabancı şirket ve müesseselerin Türk müesseseleri ve vatandaşlarıyla olan sözleşmelerinin de Türkçe yapılması gerektiği konusunda kuşku duyulmaması gerekir. Zira sözleşmede bir hukuki işlemdir ve yabancı şirket ve müesseselerin Türk vatandaşları ve müesseseleriyle yapacakları işlemlerinde Türkçe kullanmak zorunda oldukları zaten öngörülmüştür⁹⁴.

Öte yandan yabancı şirket ve müesseseler, Türk vatandaşları ve müesseseleriyle yapacakları işlemlerde Türkçe'den başka bir dili ilaveten kullanabilirlerse de asıl olan Türkçe'dir ve imzaların Türkçe metne atılması gerekir. İmza yabancı dille yazılmış nüshanın altına atılsa dahi, Türkçe nüsha geçerlidir (805 sayılı Kanun m. 3)⁹⁵.

Ayrıca dikkat etmek gerekir ki bu Kanun, Türkiye dâhilindeki sözleşmelerle ilgilidir. Bu sebeple yabancı ülke dâhilindeki müesseselerle yapılacak sözleşme, işlem, yazışma, hesap defterleri ve evraklarda Türkçe kullanma zorunluluğunu aramak mümkün değildir. Bu mecburiyetin sadece Türkiye dâhilindeki sözleşme, işlem, yazışma ve hesap defterleri ile ilgili olduğu m. 1'de de belirtilmiştir⁹⁶.

⁹³ Reisoğlu, **a.g.e.**, s. 47; Elçin Grassinger, **a.g.e.**, s.115; Kırca, **a.g.m.**, s. 1934, 1938, 1939.

⁹⁴ Çalışkan, **a.g.m.**, s. 352, 353. Karş. Emin Cem Kahyaoğlu, **Banka Garantileri**, İstanbul, Beta, 1996, s. 48. Doktrinde Bahtiyar da aynı görüşte olmakla birlikte, aksi düşünüş tarzının sadece lafza dayalı bir yorum olacağını, 805 sayılı Kanun'un birinci ve ikinci maddeleri arasında bağlantı olduğunu ve bu sebeple m. 2'de sözleşme tabiri geçmese de yabancı şirket ve kurumlarının, Türk şirket ve kurumlarıyla yabancı dilde sözleşme yapmalarının mümkün olmaması gerektiğini savunmaktadır. Bkz. Bahtiyar, **a.g.m.**, s.1738, 1739.

⁹⁵ Çalışkan, **a.g.m.**, s. 352; Kahyaoğlu, **a.g.e.**, s. 48.

⁹⁶ Bahtiyar, **a.g.m.**, s. 1738; Kırca'ya göre bu sebeple yabancı bir şirketin Türkiye dahilindeki şubeleri aracılığıyla gerçekleştirdiği faaliyetlerinde de bu Kanun uygulanacaktır. Bkz. Kırca, **a.g.m.**, s. 1936. Aksi görüşte bkz. Seza Reisoğlu, **Banka Teminat Mektupları ve Kontragantiler**, Ankara, 1983, s. 102, 103. Türk şirketlerinin, örneğin Türk bankalarının yabancı ülkelerdeki şube ve temsilcilikleri için böyle bir zorunluluk olmayacaktır. Bkz. Çalışkan, **a.g.m.**, s. 351.

Nitekim doktrinde 805 sayılı Kanun m.1'deki mecburiyete rağmen Türk uyruklu her çeşit ortaklık ve müesseselerin kendi aralarında yaptıkları sözleşmelerin, işlemlerin, yazışmaların ve ticari defterlerin yahut m. 2'deki mecburiyete rağmen yabancı şirket ve müesseselerin Türk vatandaşı kişiler veya Türk müesseseleri ile yapacakları işlemler, yazışmalar ve Türk Devlet görevlilerine verecekleri evrakların yabancı dilde düzenlenmeleri halinde, geçerli olup olmayacakları da tartışma konusu olmuştur. Bu tartışmalar aynı Kanun m. 4'te belirtilen, *“Bu kanunun mevkii meriyete vaz'ından sonra birinci ve ikinci maddeler ahkâmına muhalif olarak tanzim kılınmış olan evrak ve vesaik şirket ve müesseseler lehine nazari itibara alınmaz”* hükmünün farklı yorumlanması sonucu ortaya çıkmaktadır. Zira bu hükümle Kanun'a aykırılık halinde hukuki yaptırımın ne olacağı açık bir şekilde ifade edilmemiştir.

Doktrinde Tandoğan⁹⁷, bu maddeye dayalı olarak 805 sayılı Kanunla düzenlenmek istenenin, geçerlilik şekli değil, bir yorum aracı ve belki de ispat şekli olduğunu savunmaktadır. Bu düşüncesinin temelinde, m. 4'te yabancı dilde düzenlenmiş evrak ve belgelerin şirket ve müesseseler lehine dikkate alınmayacak olmasının düzenlenmesi yatmaktadır. Yazara göre, şayet yabancı dilde yapılan sözleşmelerin geçersiz olacağı hüküm altına alınmış olsaydı, m. 4 ile sadece şirket ve müesseseler lehine değil aleyhine de dikkate alınmayacağı kabul edilmeliydi. Kanunun bu hükmü koymasına bile düzenlenenin geçerlilik şekli olmadığını göstermektedir. Zira sözleşme geçersiz olsaydı, bunu düzenleyen aleyhine de dikkate almamak gerekecekti⁹⁸.

Ayrıca yazar, özel hukuk bakımından geçerlilik konusunun esasa ait maddi nitelikteki kanunlarla (BK, MK, TK gibi) düzenlenmesi gerektiği, usule ilişkin bu tarz bir kanunun geçerlilik şartı koymasının mümkün olmaması gerektiğini savunmaktadır. Bu hususu destekler nitelikte Yargıtay'ın da usuli nitelikteki Noterlik

⁹⁷ Tandoğan, **a.g.e.**, s.743-746. Aynı yönde bkz. Kahyaoğlu, **a.g.e.**, s. 47, 48, Bahtiyar, **a.g.m.**, s. 1745-1749.

⁹⁸ Bu husus bankaların teminat mektubu verirken, bu mektuplara yabancı muhabirin kontragarantisindeki şartları aceleyle yanlış çevirme tehlikesini önlemek için *“aynen”* aldıkları hallerde önem taşıyabilecektir. Bkz. Tandoğan, **a.g.e.**, s.744.

Kanunu'nun 89. maddesi dolayısıyla verdiği İctihadı Birleştirme Kararı'nda da aynı sonuca ulaşmasını göstermiştir⁹⁹.

Bunun dışında yazara göre, 805 sayılı Kanun m.7 ile “*Bu Kanun hükümlerine aykırı hareket eden kişi, yüz günden az olmamak üzere adli para cezasıyla cezalandırılır.*” demek suretiyle yabancı dil kullanmanın cezai yaptırımı düzenlenmektedir, yoksa sözleşmenin geçersizliğine ilişkin bir düzenleme mevcut değildir. Bu nedenle “*lehine dikkate alınmaz*” ibaresi geçerlilik şekline ilişkin bir hüküm değil, ancak bir yorum hükmü olabilecektir. Böylece yabancı dilde yazılan şart iki farklı şekilde yorumlanabiliyorsa, yabancı dilde şartı koyanın aleyhine olan tercih edilecektir. Buna ilaveten, yabancı dilde şartı koyan, bu şartın belirli bir anlamı içerdiğini iddia ediyorsa, iddiasını ispat külfeti kendisinin olacaktır.

Yine yazara göre, yabancı dilde konulan şartın geçersiz olacağı kabul edilirse, 818 sayılı BK m.20/f. 2 (TBK m. 27/f. 2) gereği bu şartın tüm sözleşmenin geçersizliği sonucunu doğurduğu hallerde kanunun amacına¹⁰⁰ uyulmamış olacaktır. İşte tüm bu sebeplerden dolayı, 805 sayılı Kanun m.1 ve m.2'de sayılan hususların Türkçe hazırlanması gereğini geçerlilik şekli olarak algılamamak gerekmektedir.

Doktrinde Elçin Grassinger¹⁰¹ de m. 4'ün getirdiği, düzenlemenin düz ve zıt anlamına bakılmak gerektiği ve bunun sonucunda da bu kanuna aykırı olarak yabancı dil kullanılması halinde düzenlenen belgenin yabancı dil kullanmış kuruluş aleyhine dikkate alınacağı sonucunun çıkarılması gerektiği fikrindedir. Diğer bir deyişle, yazara göre, uyuşmazlık halinde yabancı dilde şartı koyan, iddia ettiği hususu, kendisi ispat etmek zorunda kalacak, önceden hazırlanan belge kendisi lehine delil teşkil etmeyecektir.

⁹⁹ Y. İBK. T.26.11.1980 E.5 K.3.

¹⁰⁰ Kanunun amacı, Türkiye'de faaliyet gösteren Türk tabiiyetindeki ya da yabancı tabiiyetindeki kişi ve kuruluşların Türkçe kullanımını arttırmak ve yabancı dil bilmeyen gençlerin iş imkanını arttırmak olarak gösterilmektedir. Bkz. Bahtiyar, **a.g.m.**, s. 1731, dnp. 1; Oğuzman, Öz, **a.g.e.**, s. 151; Doğan, **a.g.e.**, s. 105, 106; Kırca, **a.g.m.**, s. 1930-1932.

¹⁰¹ Elçin Grassinger, **a.g.e.**, s. 115, 116.

Bu konuda Oğuzman, Öz ise, m. 4'ün geçersizliği öngören bir hüküm değil de yorum hükmü sayılmasını zorlayıcı bir görüş olarak görmekte, burada kanun koyucunun geçersizliği amaçladığını savunmaktadır¹⁰²

Yargıtay'ın¹⁰³ bu hususta verdiği kararları ise doktrinde savunulan görüşlerle aynı yönde değildir. Yargıtay'a göre taraflar sadece "*işin niteliği ve özelliği gerektirdiği ölçüde*" beynelmilel terim ve deyimleri yabancı dilde kullanabilecek, bunun dışında sözleşmeye yabancı dilde konulan şartlar 805 sayılı Kanunun 4. maddesi gereğince sözleşmeyi düzenleyen yararına dikkate alınmayacaktır¹⁰⁴.

Bu kanunun konuluş amacı, Cumhuriyetin kuruluş yıllarında Türkçeyi korumaktır. Ancak zamanla günümüzün küreselleşme olgusuyla da bağdaşmayan bu Kanun, sözleşme özgürlüğü ilkesini sınırlar niteliktedir¹⁰⁵. Bu nedenle bu kanunun düzenlemesi kanaatimizce Tandoğan ve Elçin Grassinger'in gerekçelerine uygun olarak geçersizliği öngörmemektedir. Ancak kanunun geçersizliği amaçladığı sonucuna ulaşılsa dahi, bu kanun yürürlükten kalkıncaya kadar sözleşme diline dayanan geçersizlik iddialarını, eğer ki taraflar sözleşmeyi imzaladıkları sırada içeriğinden haberdar iseler, MK m. 2'ye göre dürüstlük kuralına aykırı saymak gerekmektedir.

c. İmza Unsuru

Her durumda kabul edilmelidir ki, kefilin imzası kefalet taahhüdünün tamamını kapsayacak şekilde beyanın altına atılmalıdır. Başka bir belgeye atılan imza şeklen geçerliliği sağlamayacaktır¹⁰⁶. İmzadan anlaşılması gereken, kefil olma iradesini ve

¹⁰² Oğuzman, Öz, **a.g.e.**, s. 151.

¹⁰³ Y.11.HD 07.04.1980 E.1912 K.1864 (Tandoğan, **a.g.e.**, s.745, dpn. 119b).

¹⁰⁴ Bu konudaki kararlar için bkz. Bahtiyar, **a.g.m.**, s. 1741-1743; Çalışkan, **a.g.m.**, s. 367-371.

¹⁰⁵ Bahtiyar, **a.g.m.**, s. 1734; Oğuzman, Öz, **a.g.e.**, s. 151; Seza Reisoğlu, **Teminat Mektupları**, s. 103. Reisoğlu aynı yerde, bu Kanun'un artık geçerliliğini yitirdiğini ve yürürlükte kaldığı sürece, Türk tabiiyetindeki bankaların Türk tabiiyetindeki kişilere hitaben yabancı dilde teminat mektubu vermelerinin yarattığı sorunların devam edeceğini belirtmektedir. Doğan ise, bu kanunun hala amaçlarının geçerliliğini devam ettirdiğini savunmaktadır. Bkz. Doğan, **a.g.e.**, s. 105, 106.

¹⁰⁶ Tandoğan, **a.g.e.**, s. 749; Reisoğlu, **a.g.e.**, s. 50.

imzayı atanın kimliğini tespiti yarayan bir işaret olmasıdır. İmza, ancak onu atanın kimliğini yeterli derecede tespiti yaradığı ölçüde işlevini sağlayacaktır¹⁰⁷.

TBK m.14/f. 1 gereği, kefalet sözleşmesi tek tarafa borç yüklediği için alacaklı tarafın imzasının senette yer almasına gerek yoktur. Kefalet sözleşmesi ancak kefilin ya da temsilcisinin imza aşamasının tamamlanmasıyla borç doğurur. Bu sebeple taraflar sözleşme metni üzerinde uyuşmuş olsalar dahi, kefil tarafından metin imzalanmadıkça sözleşme borç doğurmaz¹⁰⁸. TBK m. 15 /f. 1 gereği de imzanın elle atılması zorunludur.

İmzayı atan kefil, bunu karşı tarafın hâkimiyet alanına sokmalıdır. İhtilafları önlemek için her ne kadar iki tarafa borç yükleyen bir sözleşme olmasa da sözleşmeden iki nüsha hazırlanması önemlidir

d. Metne ve İmzaya İlişkin El Yazısı Koşulu

(1) Metne İlişkin El Yazısı Koşulu

TBK m. 583/f. 1 c. 2'ye göre, kefilin, sorumlu olduğu azami miktarı, kefalet tarihini ve müteselsil kefil olması durumunda, bu sıfatla veya bu anlama gelen herhangi bir ifadeyle yükümlülük altına girdiğini kefalet sözleşmesinde “*kendi el yazısıyla*” belirtmesi şarttır. Bu hükümden anlaşıldığı üzere, kefalet senedinin tümü kefilin el yazısıyla yazılabileceği gibi, alacaklı tarafından el yazısıyla yazılan ya da matbu bir şekilde hazırlanan metnin, kefil tarafından yazılması gereken yerlerinin boş bırakılıp daha sonra kefil tarafından doldurulmasıyla da yazılabilecektir.

818 sayılı BK m. 484'te bulunmayan bu el yazısı şartının, TBK' da öngörülmesinin sebebi hakkında madde gerekçesinde bahsedilmese de, bunun,

¹⁰⁷ Reisoğlu, **a.g.e.**, s. 50; Andereg, **a.g.e.**, s. 35; Rein, **a.g.e.**, s.31; Oser, Schönerberger, **a.g.e.**, Art. 493, N.32. İmza kural olarak öz adın önde, soyadın sonda yazılmasıyla atılır (Soyadı Kanunu m. 2). Ayrıntılı bilgi için Bkz. Kocayusufpaşaoğlu vd., **a.g.e.**, s. 281; Kılıçoğlu, **a.g.e.**, s. 119 vd.; Oğuzman, Öz, **a.g.e.**, s. 155; Antalya, **a.g.e.**, s. 334.

¹⁰⁸ Kılıçoğlu, **a.g.e.**, s. 119.

uygulamada kefalet kurumunun özellikle bankalar tarafından kötüye kullanılmasından kaynaklandığını söyleyebiliriz¹⁰⁹.

Yine el yazısı koşuluyla, kefalet sözleşmesinin düzenlenmesi aşamasında diğer kişilerin etkisi ve düzenlendikten sonra başkaları tarafından tahrif edilmesi, bu suretle en aza indirilecektir. Zira el yazısı, bir kimseyi diğerlerinden ayırmaya yarayan ve ona ait bir özelliktir¹¹⁰. Herkesin kendine özgü bir yazı karakteristiği olduğundan, günümüzün teknik imkânlarıyla bir el yazısının kime ait olduğu neredeyse kesin olarak anlaşılabilir. Böylelikle hem kefil, kefalet sözleşmesi imzaladığı anda ne kadar sorumluluk altına girdiğini bilecek ve bunun bilincinde olarak hareket edecek, hem de kefilin bunu bildiği ispatlanabilecektir. Ayrıca bu şekilde, kefil yaptığı işlemin önemi konusunda bilinçlenecek, günlük konuşma sırasında kolayca sarf ettiği “*ben sana kefil olurum*” şeklindeki cümlelerinin, özellikle sorumlu olacağı azami miktarın yazımı sırasında daha çok idrakinde olacak ve bu sayede kendisi için fazla olan bir yükümlülüğün altına belki de girmeyecektir.

Yazılı şeklin koşullarından imzanın elle atılmasından başka, metne ilişkin kısmen de olsa el yazısı koşulu getirilmesi sebebiyle uygulamada “*fiziksel yetersizliği*

¹⁰⁹ Erden Kuntalp, Nami Barlas, Ahu Ayanoğlu Morali, Pelin Çavuşoğlu Işıntan, Mehtap İpek, Mert Yaşar, Sedef Koç, **Türk Borçlar Kanunu Tasarısı'na İlişkin Değerlendirmeler**, İstanbul, Beta, 2005, s. 267; Atilla Altop, “Türk Borçlar Kanunu Tasarısında Genel İşlem Koşulları ve Kefalet Sözleşmesi”, **İsviçre Medeni Kanunu ve Borçlar Kanunu'nun Alınışının 80. Yılı**, Ed.Ali Çivi, İstanbul, 2007, s. 156, 157; Melek Fettah, “**Kefaletin Geçerliliği Bakımından Azami Miktarın Belirtilmesi**”, Prof. Dr. Hüseyin Hatemi'ye Armağan, Vedat, İstanbul, 2009, s. 702; Barlas, **Bazı Sorunlar**, s. 47. Barlas, özellikle matbu metin kullanan finans kuruluşlarının matbu sözleşme metninde boş bırakılan kefalet limiti ve/veya tarih gibi kısımların sonradan dava aşamasında bu kuruluşlarca kötü niyetli olarak doldurulmasının önüne geçmek amaçlı bu düzenlenemenin yapıldığını ifade etmektedir. Bkz. Barlas, **Sempozyum**, s. 355. Kanaatimizce de kefalet sözleşmesinin şekle ilişkin şartlarından özellikle azami sorumluluk miktarının elle yazılmasındaki amaç; bankaların hazırladıkları asıl borç senedine bağlı kefalet senetlerinde, kefilin sorumlu olacağı azami miktarın belirtilmediği hallerde, Yargıtay'ın yerleşmiş içtihadı sonucu (Y.13.HD. 31.01.2001 E.11830 K.827; Y. 11.HD. 15.05.1986 E.1715 K. 3508; Y. 11. HD. 21.02.1989 E. 5166 K. 1022; Y. 19.HD. 13.04.1999 E.1901 K. 2434; Y. 19. HD. 08.04.2010 E. 6105 K. 4179; Y. 19. HD. 006.12.1993 E. 1992/1238 K. 1993/ 8313; aksi yönde bkz. Y.19. HD. 07.06.2002 E.159 K. 4444; Y. 13. HD. 31.01.2001 E. 11830 K. 827); asıl borç senedindeki miktarın kefilin azami sorumluluk miktarı olarak kabul edilmesi ve bankalar tarafından başlangıçta boş bırakılan bu kısmın sonradan kendi isteklerine göre doldurulmasıdır. Bu şekilde kefilin koruma amacının gerçekleşmediği aşikârdır.

¹¹⁰ Karş. Doruk Gönen, **El Yazılı Vasiyetname**, İstanbul, Legal, 2007, s. 45, 46; Zahit İmre, Hasan Erman, **Miras Hukuku**, 7. bs., İstanbul, Der Yayınları, 2010, s. 68; O. Gökhan Antalya, **Miras Hukuku**, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2009, s. 134.

bulunan”, “*okuma yazma bilmeyen*” ve “*görme engelli olan*” kişilerin el yazısı koşulunu nasıl yerine getirecekleri problemi ortaya çıkacaktır. Bu konuya ilişkin kanunun bir düzenlemesi yoktur. Bu sebeple problemleri çözümlenebilmek için el yazılı vasiyetnameye ilişkin düzenlemeler bizim için yol gösterici olacaktır.

TBK m. 583’ün lafzından, belirtilen unsurların yazımında kullanılacak organın, el olduğu sonucuna ulaşılmaktadır. Ancak kefilin, fiziksel yetersizliği ya da başka bir sebeple eli dışında başka bir organını kullanarak azami sorumluluk miktarı, kefalet tarihi ve müteselsil kefil olacaksa bu veya bu anlama gelen başka bir ibareyi yazması mümkün olacak mıdır? Kanımızca bu durumda hükmün konuluş amacından hareket etmek gerekmektedir. Hükmün kefil koruma amacından hareket edilirse, yazının kefiliden sadır olduğunu anlamaya ve teşhis fonksiyonunu sağlamaya yarayan her çeşit organla, yazılması mümkün olacaktır. Sonuç olarak amaç, kefilin, kefil olduğu anda ne miktar sorumluluk altına girdiğinin kesin olarak tarafınca bilinmesidir. Böylece ağızla, ayakla ya da protez el yardımıyla da belirtilen hususların yazılması mümkün olabilecektir¹¹¹. Ama fiziksel yetersizliği sonucu elini kullanamayan kişinin, başka bir organını da yazı yazmak amaçlı kullanamaması durumunda, bu hususta kanunda bir düzenleme yapılmadığı için, kefil olamayacağı sonucuna ulaşılması gerekmektedir. Ancak bu durumda noterler tarafından re’sen düzenlenen resmi şekle uygun olarak yapılan kefaletin önü açık olmalıdır. Zira İsviçre doktrininde de kefalete ilişkin geniş ya da dar anlamda nitelikli şeklin öngörüldüğü her ihtimalde resmi şeklin de uygulanabileceği kabul edilmektedir. Çünkü nitelikli yazılı şekil, zaten gerçek kişilerin daha az riziko altına girdikleri kefaletlerde, işlerini kolaylaştırmak ve resmi şeklin getirdiği ekonomik külfetten onları korumak amaçlı getirilmiştir¹¹². Bu sebeple Türk hukukunda kefalet için ayrı bir şekil türü olarak resmi şekil öngörülme de noter tarafından düzenleme şeklinde hazırlanan resmi

¹¹¹ Karş. Gönen, **a.g.e.**, s. 46, 47; Nuşin Ayiter, Ahmet M. Kılıçoğlu, **Miras Hukuku**, Ankara, Yetkin Yayınları, 1989, s. 83; Mustafa Dural, **El Yazısı İle Vasiyetname: Alman, İsviçre ve Avusturya Hukukları ile Karşılaştırmalı Olarak**, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Yayınları, 1967, s. 17; Halil Akkanat, “El Yazısı ile Vasiyetnamede Vasiyetname Metninin Özellikleri”, **Prof. Dr. Hayri Domaniç’e 80. Yaş Günü Armağanı**, C. 2, İstanbul, Beta, 2001, s. 803; İmre, Erman, **a.g.e.**, s. 69; Antalya, **Miras**, s. 134.

¹¹² Bkz. Birinci Bölüm, dpn. 63 ve 69.

senet ile kefalet sözleşmesinin kurulması mümkün olmalıdır. Çünkü amaç, azami sorumluluk miktarı, kefalet tarihi ve müteselsil sorumluluğa ilişkin ibarenin boş bırakılıp sonradan kefil aleyhine doldurulmasını engellemek ve kefilin bu unsurların bilincinde olarak hareket etmesini sağlamaktır. Kefalet taahhüdünün noter tarafından re'sen düzenlenen senette yer alması halinde de, bu şekilde düzenlenen senetlerde memur, hukuki işlemin önemi, anlamı ve mahiyeti hakkında taraflara ayrıntılı bilgi vereceğinden¹¹³, bu amaç yerine getirilmiş olacaktır.

Okuma yazma bilmeyen kişilerin ise, kefalet senedinin içeriğini anlayamayacakları ve yazı yazma yetisinden yoksun oldukları için, başka bir yazıyı taklit ederek yazsalar da ne yazdıklarını bilemeyeceklerinden TBK m. 583 uyarınca kefil olmaları mümkün gözükmemektedir¹¹⁴. Bu takdirde bu kişilerin de resmi şekle uyarak kefil olabilme ihtimallerinin kanımızca mevcut bulunması gerekmektedir. Daha çok koruyucu olan bu şeklin evleviyetle geçerlilik şeklini sağlaması gerekmektedir.

Görme engelli kimselerin ise, bu kimseler kefalet senedinin içeriğini ve yazdıklarını göremeyeceklerinden, kefil olmaları mümkün gözükmemektedir. Fakat en nihayetinde imzalayan ve el yazısıyla doldurması gereken yerleri dolduran kişi aynı kişi olacağından yazı yazabilen ve imza atabilen¹¹⁵ görme engellilerin imzalarına ilişkin TBK m.15/f. 3 hükmü¹¹⁶ yol gösterici olabilecektir. TBK m. 15/f. 3

¹¹³ Altaş, **a.g.e.**, s. 79.

¹¹⁴ Karş. Rona Serozan, Baki İlkay Engin, **Miras Hukuku**, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2012, s. 257. Serozan, Engin, aynı yerde, okuma yazma bilmeyenler için el yazılı vasiyetname yolunun kapalı olduğunu ifade etmektedirler.

¹¹⁵ İmza, bir kişinin kendi aleyhine bir taahhüdü üstlendiğini yazılı olarak kayıt altına almasıdır. Bir kişinin böyle bir taahhüdü üstlenmesi ise, yazılı metni anlayabilmesine bağlıdır. Yoksa herhangi bir işaret ya da adını yazabilecek kadar bilgi sahibi olması yeterli değildir. Bu sebeple bir kimsenin imza atabilmesi için, okuma yazma biliyor olması gerekir. Bkz. Taşpınar, Ayvaz, **a.g.m.**, s. 333. Ama yazı yazabilen , dolayısıyla imza atabilen görme engelli kimselerde okuma imkanından yoksunluk, kanaatimizce TBK m. 15/f. 3'te öngörülen şahit yoluyla giderilecektir.

¹¹⁶ Yazı yazma yeteneğine sahip görme engellilere ilişkin Noterlik Kanunu m. 73'te de bir düzenleme mevcuttur. Buna göre, "*Noter, ilgilinin işitme, konuşma veya görme özürülü olduğunu anlarsa, işlemler özürlünün isteğine bağlı olmak üzere iki tanık huzurunda yapılır. İlgilinin işitme veya konuşma özürülü olması ve yazı ile anlaşma imkânının da bulunmaması halinde, iki tanık ve yeminli tercüman bulundurulur.*" Bu hüküm 818 sayılı BK m.14/f. 3'te yazı yazabilen görme engellilerin durumunu düzenleyen hükmün 2005 tarihinde 5378 sayılı Kanunla kaldırılması sonucu Noterlik Kanununda düzenlenmiştir. Ancak TBK m. 15/f. 3 ile 818 sayılı BK'daki bu boşluk giderilmiştir.

hükmünden, görme engelli kefilin, imzasında şahit talep etmesi halinde, şahidin, kefil imza attığı sırada kefalet senedinin içeriğinden haberdar olduğuna şahitlik etmiş olduğu sonucuna ulaşılabilecektir¹¹⁷. Böylece imzası için şahit talep eden¹¹⁸, “*yazı yazma yeteneğine sahip görme engelli kefilin*”, metnin içeriğine de hâkim olduğunu söyleyebileceğimizden metne ilişkin el yazısı koşulunu yerine getireceğini söyleyebiliriz.

“*Yazı yazma yeteneğine sahip olmayan görme engellinin*” ise metnin içeriğinden haberdar olsa da eliyle doldurması gereken yerleri dolduramayacağı için, kefil olamayacağı sonucuna ulaşabiliriz¹¹⁹. Bu durumda kanaatimizce yine resmi şekil mümkün olabilmelidir.

Ayrıca bu hususta başka bir ihtimal ise görme engellilere özgü kabartma yazı sisteminin (Braille alfabesi) kullanılmasıdır. Bu ihtimalde bu kefaletle özgü geçerlilik şekli kanımızca sağlanamayacaktır. Zira bu şekilde teşhis fonksiyonunu sağlamayan bir yazı tipinin kullanılması, kanun koyucunun amacına uygun değildir¹²⁰.

TBK m. 583 düzenlemesi emredici olduğundan, kefilin kendi rızasıyla dahi olsa el yazısı ile yazması gereken yerlerin, başkası tarafından doldurulması ya da bunun için mekanik bir araç kullanılması mümkün değildir¹²¹.

Metnin bazı kısımlarının el yazısıyla yazılması koşuluna ilişkin diğer bir husus da üçüncü kişilerin kefalet senedine müdahalesi durumunda ne olacağıdır. Bu müdahale kefilin bedeni zayıflığı, hastalığı ya da durumu haklı gösterecek benzeri nedenlerle üçüncü bir kişinin, kefilin elini desteklemesi şeklinde ise, bu durumda kefilin özgür

¹¹⁷ Bkz. s. 44, 45.

¹¹⁸ Şahit talep etme hakkından başlangıçta feragat etmenin geçersiz sayılacağı, şahit bulunmaması halinde görme engellinin bunu her zaman geçersizlik sebebi olarak ileri sürebileceğinin kabul edilmesi gerektiği yönünde bkz. s. 44, 45.

¹¹⁹ Karş. Görme engellilerin yazdıklarını göremeyecekleri, kendilerine özgü kabartma yazıların ise şahsiyetlerini belirtmeyeceği nedeniyle el yazılı vasiyetname düzenleyemeyecekleri kabul edilmektedir. Bkz. Ayiter, Kılıçoğlu, **a.g.e.**, s. 83.

¹²⁰ Karş. Gönen, **a.g.e.**, s. 52; Dural, **a.g.e.**, s. 21, 22; Akkanat, **El Yazısı İle Vasiyetname**, s. 810; İmre, Erman, **a.g.e.**, s. 69.

¹²¹ Karş. Akkanat, **El Yazısı İle Vasiyetname**, s. 804; Ayiter, Kılıçoğlu, **a.g.e.**, s. 82; Necip Kocayusufpaşaoğlu, **Miras Hukuku**, 3.bs., İstanbul, Filiz Kitabevi, 1987, s.13; Dural, **a.g.e.**, s. 17.

iradesine ve yazısının teşhis fonksiyonuna bir müdahale olmadığı ölçüde, bu şekilde düzenlenen kefalet senetleri geçerli kabul edilmelidir. Yeter ki üçüncü kişinin müdahalesi, destek olmak seviyesini aşıp, elin üçüncü kişi tarafından yönlendirilmesi haline gelmesin¹²².

Ancak kefalet senedinde elle yazılması gereken kısımlar, sadece belirli hususlardan meydana geldiği ve senedin esaslı unsurlarını oluşturduğu için, bu kısımlara kefalet senedi düzenlenirken, kefilin rızası ile ya da rızası dışında olsun yukarıdaki ihtimaller dışında yapılan müdahaleler geçersiz olacaktır. TBK m. 583 emredici bir düzenleme getirdiğinden, bu müdahaleler kefalet senedinin tümünün geçersiz olmasına yol açacaktır. Örneğin, kefilin sorumlu olduğu azami miktarın, kefil; kefalet tarihinin ise alacaklı tarafından doldurulması ihtimalinde, kefilin buna rızası olsun ya da olmasın tüm kefalet senedinin geçersizliği sonucu doğacaktır. Diğer bir ihtimal ise, kefil tarafından tüm geçerlilik koşullarına uyularak düzenlenen kefalet senedine üçüncü kişiler tarafından sonradan yapılan müdahalelerdir. Örneğin, kefalet tarihinin kefilin aleyhine olarak sonradan değiştirilmesi, sorumlu olunacak meblağa bir sıfır daha eklenmesi halinde bunlar kefilin bilgisi dâhilinde olsa bile kefaletle ilişkin değişikliklerin de şekle tabi yapılması gereğinden geçersiz olacaktır. Ama bu durumda kefilin şekle uygun olan ilk kefalet senediyle bağlılığı devam edecektir.

Burada tüzel kişilerin el yazısıyla metni ne şekilde dolduracakları bahsi üzerinde de durmak gerekmektedir. Kanunda bu hususta da bir açıklık olmamakla beraber, şu şekilde yorum yapmamız amaca uygun olacaktır. Eğer tüzel kişilik, bir kişi tarafından temsil ediliyorsa kefil olunan miktar, kefalet tarihi ve müteselsil kefalet halinde buna ilişkin ifade, bu kişi tarafından el ile kefalet senedine yazılacaktır. Ancak tüzel kişiliği temsil eden organın birden fazla kişiden oluşması ve sözleşme kurmak için bu kişilerin birlikte hareket etmesi gerekiyorsa, içlerinden birinin bu

¹²² Karş. Gönen, **a.g.e.**, s. 68, 69; Dural, **a.g.e.**, s. 17; Akkanat, **El Yazısı İle Vasiyetname**, s. 811.

hususları elle yazması yeterli olacaktır. Her birinin eliyle aynı hususları yazması kanaatimizce hükmün amacını aşan bir yorum tarzı olarak görülmektedir¹²³.

(2) İmzaya İlişkin El Yazısı Koşulu

TBK m. 15/f. 1'e göre, imzanın beyan sahibinin el yazısıyla yazılması şarttır. Bu şartın getirilmesinin iki amacı vardır: Bunlar imzayı atan kişinin kimliğini tespit etmek ve imza beyan iradesini açığa vurduğundan metnin imza ile birlikte kabul edildiğini tespit etmektir¹²⁴. Bu sebeple imzanın elle atılması dar yorumlanmamalı, kefilî teşhise yarayacak başka bir organla atılan imza da geçerli olmalıdır¹²⁵. Ancak imzanın elle atılması şartının kanunen öngörülen bazı istisnaları vardır. Kefalet sözleşmesinde de borç altına giren kefilin, bazı hallerde elle imza kuralına getirilen istisnalardan yararlanıp yararlanamayacağını değerlendirmek gerekmektedir. Bu hükümleri TBK m. 583 ile getirilen kefalet sözleşmesinde bazı hususların da elle yazılması gereğinden hareketle incelemek yerinde olacaktır.

TBK m.16/f. 1'e göre, okuma yazma bilmemesi veya fiziksel bir engeli olması sebebiyle imza atamayan kimseler ile görme engeli olup da imza atamayan kimseler¹²⁶, usulüne göre onaylanmak koşuluyla imza yerine parmak izi, el ile yapılmış bir işaret veya mühür kullanabilirler. Bu şekilde parmak izi veya el işareti veya mühür basıldıktan sonra Noterlik Kanunu m. 93 uyarınca noter tarafından onaylanır¹²⁷. Bu düzenlemeler geçerlilik şartıdır. Yeni usul kanunumuz HMK m.

¹²³ Özen, **TBK' ya Göre Kefalet**, s. 203, 206, 207; Aksoyoğlu, **a.g.m.**, s. 96; Haznedar, **a.g.m.**, s.5; Yılmaz, **Geçerlilik**, s. 16; Özen, **a.g.e.**, s. 168; Nami Barlas, "Türk Borçlar Kanunu'nun Kefaletle İlişkin Düzenlemeleri", **İzmir Barosu Dergisi**, Y. 2011, s. 14.

¹²⁴ Schönerberger, Jäggi, **a.g.e.**, Art. 13, N. 22, 20; Art. 14- 15, N. 6; Furrer, **a.g.e.**, s. 35; Kocayusufoğlu vd, **a.g.e.**, s. 280; Oğuzman, Öz, **a.g.e.**, s. 155; Tuğ, **a.g.e.**, s. 56.

¹²⁵ Kılıçoğlu, **a.g.e.**, s. 120; Tuğ, **a.g.e.**, s. 57; Tunçomağ, **a.g.e.**, s. 223; Feyzioğlu, **a.g.e.**, s. 318.

¹²⁶ 818 sayılı BK m.15'te imza atamayan görme engellilerin durumunu düzenleyen hükmün 2005 tarihinde 5378 sayılı Kanunla kaldırılması sonucu Noterlik Kanunu'nda m. 75'e göre imza yerine işaret, mühür ya da parmak izi kullanılabilceği düzenlenmiştir. TBK m. 16 ile 818 sayılı BK'daki bu boşluk giderilmiştir.

¹²⁷ Onayın kim tarafından yapılacağı açık değildir. Ama Türk Hukukunda bir işlemle ilgili onay makamının belirtilmediği hallerde 1512 sayılı Kanun gereği noterlerin yetkili olduğu kabul edilir. Bkz. Kılıçoğlu, **a.g.e.**, s. 130; Haluk Nami Nomer, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'na Göre Yenilenmiş 11. bs., İstanbul, Beta, 2012, s. 78. 818 sayılı Borçlar Kanunu m. 15/f. 1'de imza atamayanlar için sadece el işareti yapılmasına imkan tanınmıştı. Ayrıca yine aynı hükme göre, özellikle el işareti dahi yapamayacaklar bakımından

206’da ise TBK m. 16’daki geçerlilik şartından daha ağır bir ispat şartı aranmıştır. Buna göre, imza atamayanların mühür veya bir alet ya da parmak izi kullanmak suretiyle yapacakları hukuki işlemleri içeren belgelerin senet niteliğini taşıyabilmesi, noterler tarafından düzenleme biçiminde oluşturulmasına bağlanmıştır¹²⁸.

TBK’ da yapılan bu düzenlemeler neticesinde, yazılı şekilde yapılması gereken kefalet sözleşmesinde, borç altına giren kişi olarak imzasının bulunma zorunluluğu olan kefilin, aynı zamanda m. 583’te belirtilen hususları da el ile yazması gerektiğinden, metne ilişkin el yazısı koşuluyla imzaya ilişkin el yazısı koşulunu birlikte değerlendirmek gerekmektedir. Okuma yazma bilmemesi veya fiziksel bir engeli olması sebebiyle imza atamayan kimseler ile görme engeli olup da imza atamayan kimseler, imzaya ilişkin el yazısı koşulunu TBK m. 16/f. 1’deki imkânlar sayesinde yerine getirebilseler de, metin içerisinde elle doldurulması gereken yerleri dolduramayacakları için, şeklen geçerli bir kefalet sözleşmesi kuramayacaklardır. Bu durumda kanaatimizce bu kişiler için resmi şeklin önü açık tutulmalıdır.

TBK m. 15/f. 3’te de imza atabilen görme engellilerin “*talepleri halinde imzalarında şahit aranacağı, aksi takdirde imzalarını el yazısı ile atmalarının yeterli olacağı*” düzenlenmiştir¹²⁹. Ancak hüküm eleştirilere açıktır. Hükümde yer alan

önem taşıyan resmi şahadetnameye imkân tanımıştı. Bu usulde resmi memur, doğrudan imza atamayanın iradesini resmi senede geçirerek bunun imza yerine geçmesini sağlıyordu. Bkz. Taşpınar, Ayvaz, **a.g.m.**, s. 336.

¹²⁸ HUMK döneminde (m. 297) ispat koşulu, imza atamayan kimselerin yapacakları el işareti veya kullandıkları mühürün ihtiyar heyeti veya maruf iki kişi tarafından onaylanması yoluyla yerine getiriliyordu. Bkz. Nomer, **a.g.e.**, s. 74; Kılıçoğlu, **a.g.e.**, s. 130, 131; Taşpınar Ayvaz, **a.g.m.**, s. 338-341. Yazarlar, HMK m. 206 ile getirilen ispat şartının TBK’deki geçerlilik şartından daha ağır olmasını eleştirmektedirler.

¹²⁹ 818 sayılı BK m. 14/f. 3’te imza atabilen görme engellilere ilişkin, “*âmâların imzalarının noter tarafından tasdik edilmedikçe veya imza ettikleri metne vakıf oldukları sabit olmadıkça, kendilerini bağlamayacağı*” şeklinde bir düzenleme vardı. Bu hüküm 1.7.2005 tarihli değişiklikle yürürlükten kalkmıştı. Bu tarihten TBK Tasarısı hazırlanana kadar âmâlara ilişkin hiçbir özel düzenleme olmadığından, âmâların artık adi yazılı şekilde sözleşme yapamayacakları, ancak resmi şekilde işlem yapabilecekleri ileri sürülmekteydi. 818 sayılı BK m. 14/f. 3’ün yürürlükten kalktığı bu dönemde Noterlik Kanunu (NK) m. 73’te âmâların noterde yapacakları işlemlere ilişkin yeni düzenlemeler getirilmiştir. NK m. 73 *imza atabilen görme engellilerin* noterde yaptıkları işlemlerinin isteklerine bağlı olarak iki tanık huzurunda yapılacağını düzenlemektedir. Ancak TBK Tasarısında yeniden yer verilen 818 sayılı BK m. 14/f. 3’teki hüküm Adalet Alt Komisyonu tarafından önce madde metninden çıkarılsa da meclisteki görüşmeler sonucu tekrar kabul edilmiştir. Böylece TBK m. 15/f. 3 şu şekilde kaleme alınmıştır: “*Usulüne göre onaylanmadıkça veya imza ettikleri sırada metnin içeriğini bildikleri ispat edilmedikçe, görme engellilerin imzaları*

“...talepleri halinde...” ibaresi, görme engellilerin talep etmemiş olmaları ihtimalinde şahitsiz olarak yapılan işlemin geçerli mi olacağı, yoksa görme engelliye bu işleme dayanılarak bir talepte bulunulduğunda ona imza atıldığı sırada şahit bulunmadığından işlemin geçersizliğini ileri sürme hakkı mı verdiği belirsizdir. Yine hükümde, şahidin işlevinin ne olacağı da düzenlenmemiştir. Şahit görme engellinin imzaladığı metni mi imzalayacak, yoksa görme engellinin geçersizlik ileri sürmesi ihtimalinde işlemin görme engellinin iradesine uygun olduğunu mu beyan etmekle yetinecektir¹³⁰.

Bu belirsizliklere rağmen hükmün; imza atabilen ama metni okuma olanağından yoksun görme engellilerin hukuki işlem yapabilme imkânlarının arttırılması, ancak onların bu durumlarının kötüye kullanılmasını engelleme amaçları yönünde ve bu iki amaç arasında dengenin kurulmasını sağlayacak şekilde yorumlanması gerekmektedir. Buna göre, görme engellinin imzaladığı metni şahit de imzalamalı ve görme engellinin imzaladığı metnin içeriğini bildiğine bu suretle şahitlik etmelidir. Yine şahit bulunmaması halinde, görme engelliye bunu ileri sürerek sözleşmenin geçersizliğine yol açabilme hakkı tanınmalı, görme özürlü olmayan tarafa da bu gerekçeyle geçersizlik ileri sürme hakkı tanınmamalıdır¹³¹. Ayrıca görme engellinin imza sırasında şahit bulunması hakkından feragat etmesini geçerli saymamak

onları bağlamaz.”. Ancak bu hüküm de TBK henüz yürürlüğe girmeden 6111 sayılı Kanun’un 213.maddesi ile değişikliğe uğratılmış ve TBK m.15/f. 3’teki son halini almıştır. Bkz. Nomer, a.g.e., s. 78; Kılıçoğlu, a.g.e., s. 124- 128.

¹³⁰ Oğuzman, Öz, a.g.e., s. 156,157.

¹³¹ Oğuzman, Öz, a.g.e., s. 157; Nomer, a.g.e., s. 78. Ancak doktrinde Kılıçoğlu, bu hükmü aksi yönde yorumlamaktadır. Yazara göre, maddede sözü edilen şahitlik, görme engellinin imza atmasına ilişkindir, yoksa yaptığı sözleşme metnine ilişkin değildir. Ayrıca kanun, şahit bulundurulmasını görme engellinin isteğine bağlı tutmuştur, eğer talep edilmemişse el ile atılan imza yeterli ve yazılı geçerlilik şekline bağlanmış olan sözleşme geçerli kabul edilecektir. Bkz. Kılıçoğlu, a.g.e., s. 128. Bu görüş kabul edilirse, yazı yazma yeteneğine sahip görme engellilerin kefalet sözleşmesinin “metnine ilişkin” belirtilen hususları el yazısıyla yazmalarının geçerli olup olamayacağını değerlendirirken, TBK m.15/f. 3’e atıf yapmamız mümkün olmayacaktır. Zira bu halde şahidin sadece imzanın görme engelli kefilin el ürünü olduğuna şahitlik edeceği, her hangi bir ihtilaf çıkması halinde metnin içeriğinin kefil tarafından bilindiğine şahitlik edemeyeceği kabul edilmektedir. Böylece metnin içeriğini bildiği kanıtlanamayacak görme engelli kefilin, el yazısıyla TBK m. 583’te gösterilen unsurları tamamlaması beklenmemelidir. Bu hem kefilin daha sonradan metnin içeriğini bilmediği iddiasına karşı alacaklı tarafın yararına, hem de kefil olurken ne kadar sorumluluk altına girdiğini öğrenmesi bakımından görme engelli kefilin yararına olacaktır.

gerekmektedir, zira aksi yönde yorum kanunun görme engelliye koruma amacıyla uyuşmaz¹³².

Bu açıklamalar sonucunda, görme engellilerin imzalarının geçerliliği için bulunması gereken şahit, metni imzalamak suretiyle aynı zamanda görme engellinin metnin içeriğini bildiğine de şahitlik etmiş olacaktır. Bu sebeple yazı yazma yeteneğine sahip görme engellilerin, şahit bulunmak kaydıyla kefalet sözleşmesi kurabileceklerini söyleyebiliriz. Zira böylece yazı yazma yeteneğine sahip görme engelli, elle doldurması gereken yerleri dolduracak ve şahit sayesinde de metnin içeriğine hâkim olabilecektir.

Yazı yazma yeteneğine sahip olmayan görme engelliler için, TBK m. 583 gereğince elle yazılması gereken yerleri dolduramayacaklarından böyle bir imkân söz konusu olmayacaktır. Bu sebeple onlar için de okuma yazma bilmeme ya da bedensel engel nedeniyle imza atamayanlara ilişkin yukarıda yaptığımız açıklamalar doğrultusunda resmi şeklin önü açık olmalıdır.

Burada son olarak tüzel kişilerin de “*el ile imza*” koşulunu nasıl yerine getirecekleri üzerinde durmak gerekmektedir. MK m. 50/f. 1’e göre tüzel kişiler iradelerini organları vasıtalarıyla açıklarlar. Tüzel kişiliği temsil eden organın¹³³ tek kişiden oluşması halinde bu kimsenin; birden fazla kişiden oluşması ve sözleşme kurmak için bu kişilerin birlikte hareket etmesi gerektiği hallerde ise, içlerinden birinin elle yazılması gereken yerleri yazmasının yeterli olduğunu bir önceki başlıkta ifade etmemize rağmen, temsil organının birden fazla kişiden oluşması halinde bu kimselerin hepsinin imzasının bulunması gerekecektir¹³⁴.

¹³² Nomer, **a.g.e.**, s. 73.

¹³³ Tüzel kişilerin organlarının, kanuni ya da tüzüklerinden kaynaklanan yetkileri içerisinde davranması esasen temsil olmayıp tüzel kişinin kendisinin davranışdır. Bu nedenle bu organlar, temsil için, kefaletin şekline bağlı ayrı bir temsil yetkisine ihtiyaç duymazlar. Bkz. Oser, Schönerberger, Art. 493, N. 75.

¹³⁴ Özen, **TBK’ ya Göre Kefalet**, s. 206, 207; Aksoyoğlu, **a.g.m.**, s. 96.

2. Metnin ve İmzanın Yer Alacağı Belgenin Tekliği Meselesi

Kefili koruma amacı gereğince, doktrinde baskın görüş, kefilin kefalet yükümlülüğünün tek bir belgede yer alması gerektiği yönündedir¹³⁵. İsviçre doktrininde bu sonuca, kefaletin şeklinin 1941 sonrası sertleştirilmesi sonucu artık kefilin sorumluluk tutarı için eskiden caiz olan atıfların yasaklanmasından hareketle ulaşılmıştır. Bu sebeple kefalet senedinin şekil gerektiren özünün, diğer bir deyişle objektif ve subjektif tüm esaslı noktalarının parça parça birçok senetten çıkartılabilmesi yetmez denmiştir¹³⁶. Ancak bu sonuç, kefaletin şekli için İsv. BK'daki gibi kefilin sorumlu olduğu azami miktarın kefalet senedinde yer almasını açıkça öngörmeyen 818 sayılı BK m. 484 uygulaması için de kabul edilmiştir.

Bu görüşe göre; söz gelimi “*alacaklı tarafından*” kanunun aradığı hususları içermek kaydıyla mektupla kefalet sözleşmesi yapmaya yönelik öneri (icap) gönderildiği zaman, kefil alacaklının gönderdiği bu öneriye aynı mektup üzerinde cevap vermelidir¹³⁷. Sadece kabul beyanını içeren başka bir mektup, şekil açısından yeterli görülemeyecektir. 818 sayılı BK m. 484 hükmüne ilişkin ileri sürülen bu görüş, TBK m. 583 hükmü bakımından da uygulama alanı bulur. TBK m. 583 hükmüne göre de alacaklı tarafından kendisine, kefil olması için öneri gönderilen kefil, kefil olacağı azami miktarı, kefalet tarihini ve varsa müteselsil kefil olma iradesini el yazısıyla aynı mektup üzerine yazarak kabul iradesini belirtmelidir. Aksi halde, hangi borca kefil olunacağı gibi objektif unsurların belirtilmediği ya da kefil için önemli olan başka subjektif hususların belirtilmediği bir kefalet iradesi söz konusu olacaktır ki, bu da kefil koruma düşüncesiyle bağdaşmaz. Ama kanımızca bu mektuplar kefil tarafından birbirini tamamlayacak şekilde birleştirilir ve imzalanırsa, kefil koruma amacının yerine getirildiği söylenebilir.

¹³⁵ Kefaletle ilişkin Türk hukuku kadar sıkı şekil şartları öngörmeyen Alman hukukunda bile aynı çözümün kabul edildiğine ilişkin bkz. Reisoğlu, **a.g.e.**, s.48; Elçin Grassinger, **a.g.e.**, s.112; Taşdelen,**a.g.m.**, s.735.

¹³⁶ Oser, Schönerberger, **a.g.e.**, Art. 493, N.40; Müller, **a.g.e.**, s. 136.

¹³⁷ Elçin Grassinger, **a.g.e.**, s.112; Oser, Schönerberger, **a.g.e.**, Art. 493, N.40; Müller, **a.g.e.**, s. 136.

Yine önerinin “*kefil tarafından*” yapılması ihtimalinde de doktrinde bir mektupta belirli bir asıl borç için kefil olma iradesinin, diğer mektupta sorumlu olunacak azami miktarın gösterilmesi halinde, bu mektupların birleştirilmesiyle geçerli bir kefalet iddiasında bulunulamayacağı savunulmaktadır¹³⁸. Zira bu ihtimalde kefil hafızasına karşı da korumak lazımdır. Ancak kanımızca bu durumda da mektupların birbirlerini tamamlayacak şekilde sonradan birleştirilmeleri ve kefil tarafından imzanın tüm metinleri kapsayacak şekilde atılmasıyla şekil şartının ve kefil koruma amacının gerçekleştiği söylenebilir¹³⁹.

Nitekim doktrinde kefaletle ilişkin şekil hükmünden böyle bir kuralın çıkarılamayacağı, kefilin imzasının birbirini tamamlayan birden fazla belgeyi kapsayacak şekilde olması şartıyla, kefilin yazılı beyanının birbirini tamamlayan birden fazla belgede toplanmasının mümkün olabileceği fikri de mevcuttur¹⁴⁰.

Belgenin teklifi meselesinde söylenmesi gereken diğer bir husus da bu sorunun tek bir kefil bulunması haliyle sınırlı olduğudur. Zira birlikte kefalette, kefillerin iradelerinin açıklandığı tek bir senet düzenlenebileceği gibi; birlikte kefiller senetlerin kendi aralarında bir bütünlüğü olmaları kaydıyla birden fazla senette de kefil olma iradelerini dile getirebileceklerdir¹⁴¹.

Bu hususta son olarak söylemek gerekir ki, kefalette sonradan yapılan değişikliklerin başka bir kefalet senedinin üzerinde yapılmasında bir engel yoktur¹⁴².

¹³⁸ Oser, Schönerberger, **a.g.e.**, Art. 493, N. 40; Reisoğlu, **a.g.e.**, s. 48, 49; Tandoğan, **a.g.e.**, s. 747.

¹³⁹ Ayrıca bu hususta, kefilin beyanının tek bir belgede yer alması gerektiği düşüncesinin, İsv. BK m. 493 kadar sıkı şekil şartlarına tabi olmayan 818 sayılı TBK m. 484 gereğince (hemen kabul edilmek yerine) tartışmaya açık olduğu yönündeki fikir de düşüncemizi destekler niteliktedir. Bkz. Tandoğan, **a.g.e.**, s. 747. Zira TBK m. 583 de İsv. BK m. 493’ün getirdiği kadar sıkı şekil şartlarına sahip değildir.

¹⁴⁰ Özen, **a.g.e.**, s.178; Özen, **TBK’ya Göre Kefalet**, s. 219.

¹⁴¹ Reisoğlu, **a.g.e.**, s.48; Elçin Grassinger, **a.g.e.**, s.112; Tandoğan, **a.g.e.**, s.747; Oser, Schönerberger, **a.g.e.**, Art. 493, N. 40.

¹⁴² Tandoğan, **a.g.e.**, 747; Reisoğlu, **a.g.e.**, s.48; Oser, Schönerberger, **a.g.e.**, Art. 493, N. 41; Müller, **a.g.e.**, s. 136.

Şekil kuralları, sadece kefalet taahhüdüne girildiği anda aranır, zira amaç kefilin kefil olduğu anda sorumlu olacağı tutarın gözlerinin önüne serilmesidir¹⁴³.

Kefalet taahhüdünün yer alacağı belgenin sayısı üzerinde durduktan sonra, aynı kefalet sözleşmesinde, kefilin taahhüt edebileceği borçlar üzerinde durmak gerekmektedir. Aynı kefalet sözleşmesinde, aynı alacaklının aynı borçluya ya da farklı borçlulara karşı olan alacağı için, her bir bağımsız alacak için kanunda aranan şekil şartlarını yerine getirmek suretiyle kefalet taahhüdünde bulunulabilir¹⁴⁴. Ancak birden çok alacaklının, aynı borçludan ya da farklı borçlulardan olan alacakları için, tek bir kefalet taahhüdüne girilemez, bu durumda birden çok kefalet taahhüdüne ihtiyaç vardır¹⁴⁵. Bu durum kefalet sözleşmesinin alacaklı ile kefil arasında kurulmasından kaynaklanmaktadır. Bu nedenle birden fazla alacaklının bulunduğu durumlarda pek tabii ki birden fazla kefalet sözleşmesinin bulunması gerekecektir. Bu taahhütlerin ise tek bir belge üzerinde yer almasının ise bir sakıncası yoktur.

Asıl borçlu ile kefilin, asıl borca ilişkin belgeyi birlikte imzalamaları şart değildir. Kefil, 818 sayılı BK m.484 düzenlemesine göre, asıl borca ilişkin belgede fer'i olarak yükümlülük altına girmek istediğini, kuşkuya yer bırakmayacak şekilde açıklayabileceği gibi, ayrı bir belgede de kefalet borcunu üstlenebilir¹⁴⁶. Ancak artık asıl borca ilişkin belgede kefalet iradesi açıklanırken, TBK m.583'ün getirdiği düzenleme sayesinde geçerli bir kefalet sözleşmesinin kurulabilmesi için, kefil sadece imza atmakla yetinemeyeceği; kefalet tarihi, sorumlu olduğu azami miktar ve

¹⁴³ Oser, Schönerberger, **a.g.e.**, Art. 493, N. 41; BGH NJW 1996, 1467; BGH NJW 1989, 1484.

¹⁴⁴ Tandoğan, **a.g.e.**, s.748; Reisoğlu, **a.g.e.**, s. 48; Özen, **a.g.e.**, s. 176; Elçin Grassinger, **a.g.e.**, s.114; Özen, **TBK' ya Göre Kefalet**, s. 216; Beck, **a.g.e.**, Art. 492, N. 42; Rein, **a.g.e.**, s.54; Müller, **a.g.e.**, s. 82. Yüksek Mahkeme bir kararında, aynı kefalet senedindeki iki kefalet taahhüdü için tek bir meblağ gösterildiği için kefalet taahhüdünü kabul etmemiştir. Bu karara göre aynı alacaklının aynı ya da farklı borçlulardan olan alacakları için kefalette alacakların tutarı ayrı ayrı gösterilmelidir. Bkz. Y. 4.HD. 04.04.1948 E.3309 K.2884 (Reisoğlu, **a.g.e.**, s. 48, dpn. 208).

¹⁴⁵ Reisoğlu, **a.g.e.**, s.58; Hasan Ayrancı, "Kefalet Sözleşmesinde Asıl Borcun Belirli Olması İlkesi ve Cari Hesaba Kefalet, **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 9, S. 1-2, Y. 2005, s.117; Rein, **a.g.e.**, s.54.

¹⁴⁶ Rein, **a.g.e.**, s. 31; Anderegg, **a.g.e.**, s. 8; BGE 31 II 93; Elçin Grassinger, **a.g.e.**, s. 112; Reisoğlu, **a.g.e.**, s. 49; Müller, **a.g.e.**, s. 136. ; Yargıtay'ın da bir kararında da asıl borçlu ile kefilin aynı belgeyi birlikte imza etmelerinin gereği olmadığı gibi kefalet yükümlülüğünün ayrı bir belgede de yapılabilmesi belirtilmiştir. Bkz. Y. 4.HD. 27.11.1970 E.8640 K.8819.

müteselsil kefil olma iradesi varsa bunu el yazısıyla belirtmek zorunda olduğu için, kefilin iradesinin müteselsil kefil mi müteselsil borçlu mu olduğu yönündeki eski uygulamadaki karışıklıklar son bulacaktır¹⁴⁷. Kefaletin şekline ilişkin yeni düzenlemede de, kefil, yine iradesini kanunun öngördüğü şekilde, ya asıl borca ilişkin belgede ya da isterse başka bir belgede açıklayabilecektir.

3. Teknolojik İmkânlar Karşısında Kefaletin Şekli

Bundan önceki açıklamalarımızda da bahsettiğimiz gibi, yazılı şekilde yapılması gereken kefalet sözleşmesinde metnin yazılı olduğu yerin önemi yoktur. Ancak yazılı şeklin gereği olarak metin içerisinde yer alması gereken bazı hususların ve imzanın elle yazılması koşulu aranmıştır. Ancak teknolojik imkânların günümüzde çok gelişmiş olması ve kullanım alanının artması dolayısıyla telgraf, faks, teleks ya da güvenli elektronik imza ile gönderilip saklanabilen metinlerin de kefalet sözleşmesi yaparken yazılı şekil yerine geçip geçmeyeceğini tartışmak gerekmektedir.

Bu sebeple yazılı şeklin unsurlarını öngören 818 sayılı BK m. 13/f. 2 ve TBK m. 14/f. 2 birlikte incelenmelidir. 818 sayılı BK m. 13/f. 2¹⁴⁸’de “*Hilafî kanunda yazılı olmadıkça imzalı bir mektup veya asli borcu üzerine alanlar tarafından imza edilmiş olan telgrafname tahriri şekil makamına kaim olur*” denmekteyken, TBK m. 14/f. 2’de “*Kanunda aksi öngörülmedikçe, imzalı bir mektup, asılları borç altına girenlerce imzalanmış telgraf, teyit edilmiş olmaları kaydıyla faks ve buna benzer iletişim araçları ya da güvenli elektronik imza ile gönderilip saklanabilen metinler de yazılı şekil yerine geçer.*” denmektedir. Görüldüğü üzere yazılı şekil yerine geçen metinlerin kapsamı yeni kanunla genişletilmiştir.

Bu teknolojik iletişim araçlarından telgrafla kefalet sözleşmesinin kurulması, 818 sayılı BK m. 13/f. 2 gereğince olduğu gibi TBK m. 14/f. 2 gereğince de mümkündür.

¹⁴⁷ Kefilin, fer’i olarak yükümlülük altına girmek istediği kuşkuyla yer bırakmayacak şekilde senetten anlaşılmadıkça, sadece asıl borca ilişkin belgeye asıl borçluyla birlikte imza atmasının, müteselsil borçluluğa delalet teşkil ettiğine ilişkin bkz. Tandoğan, **a.g.e.**, s.748; Oser, Schönerberger, **a.g.e.**, Art.493, N.23; Jale Güral, “Kefalet Aktiyle Aval Arasındaki Fark ve Benzerlikler”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 8, S. 3-4; Y. 1951, s. 447, 448.

¹⁴⁸ İsv. BK m. 13/f. 2’deki aynı yöndeki hüküm, artık ülkede telgraf kullanımının hiç kalmadığı ve imzalı mektubun geçerlilik sağlayacağını zaten m. 13/f. 1’den anlaşılabilir olduğu gerekçesiyle yürürlükten kaldırılmıştır. Bkz. Kocayusufpaşaoğlu vd. , **a.g.e.**, s. 282.

Zira 818 sayılı BK m.13/f. 2'deki “...asli borcu üzerine alanlarca imza edilmiş olan telgrafname tahriri şekil makamına kaim olur.” düzenlemesi TBK m. 14/f. 2'de “...asılları borç altına girenlerce imzalanmış telgraf... yazılı şekil yerine geçer” düzenlemesi ile korunmuştur. Bu düzenlemelere göre, imzalı ve el yazısıyla yazılması gereken yerleri yazılmış aslı postanede duran telgraf ile kefalet sözleşmesi şekil açısından geçerli bir biçimde kurulabilecektir¹⁴⁹. Zira postane, imzalı orijinal metni bir süre saklamak zorunda olduğundan, metni alanın her zaman bunu görebilme ve gerekirse ispat aracı olarak kullanabilme imkânı vardır. Buna karşın belirtelim ki Alman Hukuku'nda telgrafla kefalet sözleşmesinin kurulamayacağı görüşü hâkimdir¹⁵⁰. Yine kabul etmek gerekir ki, imzalanmış asıl nüshanın postanede durması günümüz koşullarında her zaman mümkün olmamaktadır, zira telefon yoluyla postane aranmak suretiyle de telgraf gönderilebilmektedir. Bu nedenle bu yolla, kefilin yazısının ve imzasının bulunduğu bir nüsha hiçbir zaman oluşmayacağı için kefalet sözleşmesinin yazılı şekil şartının yerine geldiğini söylemek mümkün olmayacaktır.

Günümüzde çok sık kullanılan teknolojik iletişim araçlarından bir diğeri olan faksla, kefalet sözleşmesinin şekil şartının yerine gelip gelmeyeceği konusu ise 818 sayılı BK'da buna ilişkin bir düzenleme yer almadığı için hayli tartışmalıdır. Bu tartışmalar, kefilin imzasının el yazısıyla kefalet senedi üzerinde yer alması gereğinden kaynaklanmaktadır.

Bu hususta bir görüş, faksla gönderilen metnin, fotokopiden bir farkı olmasa da, karşı tarafın eline imzalı bir metnin geçeceğinden hareketle yazılı şekil şartını gerçekleştireceğini kabul etmektedir. Bu görüş aynı zamanda telgrafnameye ilişkin hükme dayanmaktadır. Buna göre nasıl ki imzalı metin posta idaresinde saklandığı için yazılı şekil şartının gerçekleştiği kabul ediliyorsa, gönderen tarafından saklanan

¹⁴⁹ Reisoğlu, **a.g.e.**, s.48; Tandoğan, **a.g.e.**, s.747; Elçin Grassinger, **a.g.e.**, s. 114; Karş. Nomer, **a.g.e.**, s. 76; Oğuzman, Öz, **a.g.e.**, s. 153; Kocayusufpaşaoğlu vd., **a.g.e.**, s. 282; Eren, **a.g.e.**, s. 247; Antalya, **a.g.e.**, s. 332.

¹⁵⁰ Elçin Grassinger, **a.g.e.**, s.114; Münchener Kommentar/Pecher, **a.g.e.**, §766, N.10.

metnin de bu şartı gerçekleştirilmesi gerekmektedir¹⁵¹. Bu sebeple bu görüşe göre, faksla kefaletin yazılı şekil şartı da yerine gelmiş olacaktır. Ancak bu görüşe göre, her ne kadar orijinal imzalı olmayan metnin, şekil şartını yerine getirdiği kabul edilse de, metinle imzanın borç altına girenin bilgisi dışında birleştirildikten sonra faks metninin gönderildiği ispatlanırsa, ortada şekle uygun bir irade beyanı olmadığı sonucuna ulaşılabilecek ve şekil şartı gerçekleşmeyecektir¹⁵².

Başka bir görüşe göre ise, faksla kefaletle ilişkin şekil şartının yerine getirilemeyeceği ve bu sebeple geçerli bir kefalet sözleşmesi kurulamayacağı sonucuna ulaşılabilmektedir. Özellikle Alman Hukuku'nda hâkim olan bu görüşe göre, her ne kadar imza el yazısıyla atılmış olsa da faksla gönderilen metin, bu metnin bir nüshasının faks cihazı ve telefon bağlantısı ile karşı tarafa iletilmesidir ki, bunun da fotokopiden bir farkı yoktur. Bu nedenle imzalar orijinal imza sayılamayacaktır¹⁵³. Fotokopisi çekilen metnin, elden ya da postayla karşı tarafa iletilmesi sonucu orijinal el yazısını içermemesi sebebiyle geçerli sayılamayacağı öğretisi ve Yargıtay kararları tarafından kabul edilen bir görüşken, faksın da bundan farklı bir sonuç doğurması

¹⁵¹ Eren, **a.g.e.**, s. 247; Oğuzman, **a.g.e.**, s. 154; Schmidlin, **a.g.e.**, Art. 13, N.32. Ama bu görüş Kocayusufoğlu tarafından eleştirilmektedir. Zira fotokopide de orijinal imzayı taşıyan nüsha gönderenin elinde bulunmasına rağmen gerekli şekil şartının sağlanmayacağı ve telgrafnameye ilişkin m. 13/f. 2'ye dayanmanın mümkün olmayacağı kabul edilmişken; telefaksla gönderilen metinler açısından telgrafnameye ilişkin BK m. 13/f. 2'ye dayanmak isabetli değildir. Bkz. Kocayusufoğlu vd., **a.g.e.**, s. 299. Elçin Grassinger'e göre ise, faksla gönderilen kefalet senedinde orijinal olup olmadığı kesin olmasa da bir imza mevcuttur. Bu imza üçüncü kişi tarafından montaj yoluyla belgeye yapıştırılmışsa orijinal imzalı metin, ne kefil olan kişinin ne de telgrafta olduğu gibi postanenin elinde bulunmaktadır, dolayısıyla bu metnin kefil tarafından imzalandığı hiçbir suretle tespit edilemeyecektir. Buna rağmen, yani imzanın orijinal olduğu tespit edilemese bile, faks metninde kefilin imzasının yer alması; günlük hayatta pek çok işte faksın kullanılması ve çok büyük kolaylık sağlaması sebebiyle kefalet sözleşmesinin geçerli olarak kurulmasına imkân vermemelidir. Faksın şekil şartını yerine getirmesi alacaklı, borçlu ve kefilin de menfaatine aykırı düşmeyecektir. Bu husus özellikle uluslararası işlerde asıl borçlunun yurtdışındaki bir bankadan alacağı kredi borcu için ülkesindeki bir şahsı kefil göstermesi halinde kendini gösterecektir. Bkz. Elçin Grassinger, **a.g.e.**, s. 114.

¹⁵² Oğuzman, Öz, **a.g.e.**, s. 154; Eren, **a.g.e.**, s. 247.

¹⁵³ Hans Merz, **Vertrag und Vertragschluss**, Freiburg, s. 202 vd.; Ayrıca bkz. E. Saba Özmen, "Telefaks Cihazları (Faksimilie) ile Gönderilen İrade Beyanlarının Medeni Hukuk ve Usul Hukuku Açısından Sonuçları", **Ankara Barosu Dergisi**, 47. 1990/I, s.76 vd; Özen, **a.g.e.**, s. 121, dpn. 328; Kocayusufoğlu vd., **a.g.e.**, s. 29; Taşdelen, **a.g.m.**, s. 736; Özen, **TBK' ya Göre Kefalet**, s. 151, dpn. 355; Antalya, **a.g.e.**, s. 332; Altaş, **a.g.e.**, s.63. Bir Alman üst mahkemesinin kararına göre, telefaks yoluyla yapılmış bir kefalet beyanı BGB §766'nın aradığı yazılı şekil şartını gerçekleştirmez. Bkz. BGH NJW 1991, 2154.

gerekmektedir¹⁵⁴. Ayrıca bu görüşe göre, fotokopi makinesi ile çekilen orijinal sözleşme metninin nüshalarının, genellikle borç altına girende kalacağı ve borç altına girenin tasarruf alanında kalan bu metin üzerinde rahatça oynama yapabileceği düşüncesi sonucu, fotokopi metninin şekil şartını yerine getirmeyeceği kabul edildikten sonra, faksla gönderilen kefalet sözleşmesi için aynı düşüncenin ileri sürülmemesi de bir çelişkidir.

Ancak bu görüş, uygulamanın ihtiyaçlarına cevap vermek üzere makul bir imkan kabul etmiştir. Buna göre, her ne kadar faksla şekil şartı gerçekleşemese de faksla gönderilen metnin aslının derhal (uygun ve makul sayılabilecek bir sürede) karşı tarafa ulaştırılması suretiyle faksın gönderildiği tarihten itibaren geçerli olacak şekilde geriye etkili olarak şekil şartının gerçekleşmiş sayılacağı sonucuna ulaşılabilecektir¹⁵⁵.

TBK m. 14/f. 2’de yapılan değişiklikle artık faks yoluyla kefalete ilişkin yazılı şekil şartını gerçekleştirmek mümkün olacak ve doktrindeki bu farklı görüşler netlik kazanacaktır. Yazılı şeklin unsurlarına ilişkin bu hükümlerle, “...teyit edilmiş olmaları kaydıyla faks veya buna benzer iletişim araçları ya da güvenli elektronik imza ile gönderilip saklanabilen metinler de yazılı şekil yerine geçer.” demek suretiyle faks yoluyla yazılı şeklin yerine getirilmesinin yolu açılmış bulunmaktadır.

Bu hükme dayanılarak kefilin el yazısıyla yazması gereken yerleri yazdığı ve imzaladığı kefalet sözleşmesinin, sonradan teyit edilmesi koşuluyla faksla alacaklı tarafa gönderilmesi üzerine şekil şartı gerçekleşecek ve şekil açısından geçerli bir kefalet sözleşmesi kurulmuş olacaktır. Kaldı ki yeni hüküm sayesinde artık belirli hususların kefilin el yazısıyla yazılması arandığından kötü niyetli kişilerce hazırlanan

¹⁵⁴ Kocayusufpaşaoğlu vd., **a.g.e.**, s. 299.

¹⁵⁵ Kocayusufpaşaoğlu vd., **a.g.e.**, s. 300. Kocayusufpaşaoğlu’na göre, kanunda öngörülen şekiller belirli bir amaca hizmet için konulmuşlardır ve ancak bu amaçların yerine getirildiğinin garanti edilmesi durumunda, modern iletişim araçlarının kanunun öngördüğü şekil şartını gerçekleştirdiği sonucuna ulaşılmalıdır. Hukukçunun görevi de bu garantinin sağlanıp sağlanmadığını araştırmaktır. Yoksa körü körüne modern iletişim araçlarına etkinlik sağlamak değildir. Bkz. Kocayusufpaşaoğlu vd., **a.g.e.**, s. 296, 297. Doktrinde başka bir görüş ise, gönderilmiş ve imza içeren bir metnin uyumsuzluk halinde ancak gönderen tarafından ikrar edildiği halde geçerlilik şekline vücut vereceğini ifade etmektedir. Bu sonuç fotokopideki imzanın geçerli olmasından değil, borçlunun belgenin aslını kabul etmesinden kaynaklanmaktadır. Bkz. Özmen, **a.g.m.**, s. 76.

metinlere kefilin imzasının monte edilmesi tehlike oluşturmayacaktır. 818 sayılı BK zamanında doktrinde orijinal imzalı nüshanın sonradan gönderilmesi suretiyle şekil şartının gerçekleşmiş olduğu ve sözleşmenin geçmişe etkili olarak geçerli bir şekilde kurulmuş sayılacağı düşüncesine uygun olarak, bu hükümle birlikte orijinal el yazılı ve imzalı nüshanın da sonradan gönderilmesi yoluyla faksla şekil şartının geçmişe etkili olarak gerçekleşmiş sayılması gerekmektedir. Ancak TBK m. 14/ f. 2'de öngörülen teyidin şekli konusunda açıklık bulunmadığından, bu teyidin ne şekilde yapılacağı da tartışma konusu oluşturacaktır. Ancak bize göre teyidin Kocayusufpaşaoğlu'nun ifade ettiği gibi araya önemli bir zaman parçası girmeden ve imzalı metnin aslının gönderilmesi suretiyle yapılması gerekmektedir¹⁵⁶.

Bunların dışında, faksın kullanımıyla, kullanım alanı oldukça daralmış olan, sadece yazı aktarım özelliğine sahip teleks ile kefalet sözleşmesi geçerli olarak kurulabilecek midir? Doktrinde hâkim görüş, teleksin yazılı şekil şartını kesinlikle yerine getiremeyeceğini kabul eder¹⁵⁷. Zira sadece metni karşı tarafa ulaştırma imkânına sahip bu cihaz, el yazısıyla imzalanmış metnin nüshasını dahi fakstaki gibi karşı tarafa ulaştıramayacaktır. Bu görüş kanaatimizce de isabetlidir. Yazılı şeklin yerine getirilmesi için el yazısı ile imza atmak zorunlu unsurlardandır. İmzanın olmadığı bir metin, yazılı şekil şartını gerçekleştirilemeyecektir. Burada faksta olduğu gibi alacaklı taraf, kefilin metni imzalayıp imzalamadığını bilemeyeceği gibi, ne zaman imzaladığını da bilemeyecektir. Ayrıca burada telgrafnameye ilişkin hükme de dayanılmaz, çünkü bu ihtimalde postanede kalan bir metin de yoktur, kefalet metni tamamen kefilin tasarruf alanındadır. Bu nedenle böyle bir metin ancak bazı

¹⁵⁶ Özen, **TBK' ya Göre Kefalet**, s. 152, dpn. 355; Kılıçoğlu, **a.g.e.**, s. 119; Kocayusufpaşaoğlu vd., **a.g.e.**, s. 300, 301; Özen, **a.g.e.**, s. 121, dpn. 328; M. Kemal Oğuzman, M. Turgut Öz, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, C. 2, 6098 sayılı Yeni Türk Borçlar Kanunu'na Göre Güncellenip Genişletilmiş 9. bs., İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2012, s. VI (Birinci Cilt İçin Düzeltmeler Cetveli). Nomer de teyit bakımından kanunun bir açıklık getirmediğini ifade etmektedir. Bkz. Nomer, **a.g.e.**, s. 76. Antalya, önceden faks yoluyla gönderilen metinde imza bulunmasa dahi, borç altına giren gönderenin teyit mektubunda imza bulunduğu sürece, bunun yeterli olacağını ifade etmektedir. Bkz. Antalya, **a.g.e.**, s. 333. Ancak kanaatimizce yazılı şeklin tamamlaması için zorunlu unsur olan imzanın görülmediği faks yoluyla gönderilmiş bir metin, şekil şartını yerine getirmez.

¹⁵⁷ Schönerberger, Jäggi, **a.g.e.**, Art. 13, N. 72, Elçin Grassinger, **a.g.e.**, s.113; Altaş, **a.g.e.**, s.63; Oğuzman, Öz, **a.g.e.**, s. 154; Eren, **a.g.e.**, s. 247.

durumlarda kefalet sözleşmesinin kurulduğu yönünde delil olarak kullanılabilir¹⁵⁸, yoksa kesinlikle sözleşmenin kurulmasına imkân tanımaz.

Kanaatimizce TBK m.14/f. 2'nin getirdiği "...teyit edilmiş olmaları kaydıyla faks veya buna benzer iletişim araçları... ile gönderilip saklanabilen metinler de yazılı şekil yerine geçer." şeklindeki düzenleme kanaatimizce teleks girmemelidir. Zira üçüncü bir şahıs tarafından da gerçekte borçlunun haberi olmadan çekilmesinin mümkün olduğu telekte, imza unsurunun gerçekleştiğinin -faksta olduğu gibi imzalı asıl metnin nüshası dahi görülmediğinden- alacaklı tarafından görülmesi mümkün değildir. Adi yazılı şekle tabi sözleşmeler için bu görüşümüz¹⁵⁹, el yazısı ve imza unsurunun öngörüldüğü dar anlamda nitelikli yazılı şekle tabi kefalet sözleşmesi gibi sözleşmeler için evleviyetle geçerlidir. Zira elektronik ortamda nitelikli yazılı şeklin yerine getirilemeyeceği, bu sebeple elektronik imzanın nitelikli yazılı şeklin dar anlamıyla öngörüldüğü sözleşmelerde yazılı şekli gerçekleştirilmeyeceğinin kabul edilmesi¹⁶⁰ de düşüncemizi destekler niteliktedir. Dikkat edilirse, elektronik posta yoluyla gönderilen sözleşme metninde olduğu gibi telekte de karşı taraf, elle yazılan kısımların nüshasını dahi görememektedir.

Yazılı şekilde imza unsurunun yerine getirilebilmesi için, imzanın borç altına girenin el yazısıyla atılmasının zorunlu olduğundan bahsettik (TBK m. 15/f. 1; 818 sayılı BK m. 14/f. 1). Ancak günlük yaşantının bir parçası haline gelen internet gibi sanal ortamlarda yapılan hukuki işlemlerde imzanın el ile atılması kuralının nasıl aşılacağı zamanla bir sorun haline gelmiştir. Bu sebeple ilk olarak 15.01.2004 tarih ve 5070 sayılı Elektronik İmza Kanunu¹⁶¹ (EİK) el yazısı ile imza esasına bir istisna getirmiştir. Elektronik İmza Kanunu m. 5/f. 1'e göre güvenli elektronik imza, elle

¹⁵⁸ Elçin Grassinger, **a.g.e.**, s.113; Kocayusufpaşaoğlu vd., **a.g.e.**, s. 298. Yargıtay önüne gelen bir olayda şu şekilde karar vermiştir: "...Bu günkü modern iletişim sistemi gereği ticari hayatta teleksin çok sık kullanılan bir yol olması ve taraflarca itiraza uğramaması halinde teleks yazışmalarının da delil niteliğinde kabul edilmesi gerekir. Teleks yazışmasının imzalı olması mümkün ve müteamel değildir". Bkz. Y.11. HD. 10.07.1986 E. 3605 K. 4337.

¹⁵⁹ Aksi görüşte bkz. Antalya, **a.g.e.**, s. 333, 334; Oğuzman, Öz, **C. 2**, s. VI (Birinci Cilt İçin Düzeltmeler Cetveli).

¹⁶⁰ Özen, **TBK' ya Göre Kefalet**, s. 204; Oğuzman, Öz, **a.g.e.**, s. 155.

¹⁶¹ RG 23.01.2004, S. 25355. Kanun, yayım tarihinden altı ay sonra, 23.07.2004 tarihinde yürürlüğe girmiştir.

atılan imza ile aynı hukuki sonucu doğuracaktır. Bu kanuna paralel olarak 818 sayılı BK m.14/f. 1'e "*Güvenli elektronik imza elle atılan imza ile aynı ispat gücünü haizdir*" cümlesi eklenmiştir¹⁶². Bu hüküm TBK m. 15/f. 1 c. 1'de şu şekilde ifade edilmiştir: "*Güvenli elektronik imza da, el yazısıyla atılmış imzanın bütün sonuçlarını doğurur*". Ayrıca TBK m. 14/f. 1'de yazılı şekli yerine getiren metinler arasında "*güvenli imza ile gönderilip saklanabilen metinler*" de eklenmiştir.

Elektronik imza, EİK m. 3/b'ye göre "*Başka bir elektronik veriye eklenen veya elektronik veriyle mantıksal bağlantısı bulunan ve kimlik doğrulama amacıyla kullanılan elektronik veri*" şeklinde tanımlanmıştır. Ancak elektronik imzanın TBK m. 14 ve m. 15'deki hususları sağlayabilmesi için güvenli olması gerekmektedir. Bu sebeple EİK m. 4'te belirtilen şartları sağlayan ve aynı kanunun 7. maddesine göre nitelikli elektronik hizmet sağlayıcısı tarafından temin edilmiş bir nitelikli elektronik sertifika ile doğrulanabilen bir imza, TBK anlamında imza yerini tutacak ve bu suretle meydana gelmiş metinler, adi yazılı şekil ve geniş anlamda nitelikli yazılı şekil şartını yerine getirebileceklerdir¹⁶³. Yazılı şeklin, kanundan ya da tarafların iradesinden kaynaklanması önem arz etmez¹⁶⁴.

Ne var ki EİK m. 5/f. 1'de kural olarak elektronik imzanın elle atılan imza ile aynı sonucu doğurması kabul edilse de, ikinci fıkrada bu kurala iki istisna tanınmıştır. Hükmün ikinci fıkrasında resmi şekle veya özel merasime tabi işlemler ile "*teminat sözleşmelerinin*" elektronik imza ile gerçekleştirilemeyeceğinden bahsedilmektedir. Bu nedenle kişisel teminat sözleşmelerinden olan kefalette, kefilin beyanını

¹⁶² 5070 sayılı EİK m. 22 gereğince eklenen bu ifade isabetli değildir. Zira Borçlar Kanunu ispat değil, geçerlilik şekliyle ilgilenir. Bu sebeple "*aynı hukuki sonuçları doğurur*" ifadesi daha uygundur. Nitekim bu husus, Türk Borçlar Kanunu ile isabetli olarak düzeltilmiştir. Bkz. Kocayusufpaşaoğlu vd., **a.g.e.**, s. 291; Özen, **TBK' ya Göre Kefalet**, s. 204, dpn. 473. Elektronik İmza Kanunu ile aynı zamanda Hukuk Usulu Muhakemeleri Kanunu'na da m. 295/A eklenmiştir. Bu madde güvenli elektronik imza ile oluşturulan verilerin senet hükmünde olacağını ve aksi ispat edilene kadar kesin delil sayılacağını öngörmüştür.

¹⁶³ Özen, **TBK' ya Göre Kefalet**, s. 204. Elektronik imzanın, adi yazılı şekil şartını yerine getireceğine ilişkin Bkz. Kılıçoğlu, **a.g.e.**, s. 122 ve Nomer, **a.g.e.**, s. 77. Elektronik imza hakkında ayrıntılı bilgi için Bkz. Kocayusufpaşaoğlu vd., **a.g.e.**, s. 290- 296; Kılıçoğlu, **a.g.e.**, s. 121- 123; Zarife Şenocak, "Dijital İmza ve Dijital İmzanın Borçlar Kanunu Hükümleri", **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 50, S. 2, Y. 2001, s. 97 vd.

¹⁶⁴ Kılıçoğlu, **a.g.e.**, s. 122.

elektronik ortamda yapıp güvenli elektronik imza ile imzalaması, elle atılan imza ile aynı etkiyi yapmayacaktır¹⁶⁵. Özel kanun niteliğinde olan Elektronik İmza Kanunu gereğince, yazılı şekle bağlı teminat sözleşmelerinin elektronik imza ile geçerli bir şekilde kurulamayacağı sonucuna ulaşmak gerekmektedir. Zira TBK m. 14/ f. 2'deki “*kanunda aksi öngörülmedikçe*” ifadesi de bu sonuca ulaşmamızı sağlamaktadır. Ancak TBK m. 583 ile nitelikli yazılı şeklin arandığı kefalet sözleşmelerinde, metnin bazı kısımlarının el yazısıyla yazılması, güvenli elektronik imzanın kullanıldığı elektronik ortamlarda gerçekleşemeyeceğinden, EİK'nda teminat sözleşmelerine ilişkin böyle bir yasak olmasa da elektronik imza ile şeklen geçerli bir kefalet sözleşmesi kurulamayacaktır.¹⁶⁶.

4. Beyaza İmza Meselesi

Genel olarak, geçerlilik şekline bağlı olmayan bir hukuki işleme ilişkin olarak, boş bir kağıda imza atılması ve bunun içeriğinin irade açıklamasının muhatabı olan kişi ya da üçüncü bir kişi tarafından, belgeyi verenin gösterdiği sınırlar içerisinde doldurulması suretiyle, işlemin hukuki etkisini doğuracağı pratik gereksinimleri de karşıladığı gerekçesiyle kabul edilmektedir¹⁶⁷.

Buna karşılık, doktrinde, geçerlilik şekline bağlı olan hukuki işlemlerin beyaza imza yoluyla etki doğurup doğurmayacakları tartışmalıdır. Bir görüş, yazılı şeklin üçüncü kişileri değil de, sadece beyanda bulunanı koruma amacı taşıdığı hallerde,

¹⁶⁵ Özen, **a.g.e.**, s.166; Özen, **TBK' ya Göre Kefalet**, s. 204; Kocayusufoğuşaoğlu, **a.g.e.**, s. 296; Nomer, **a.g.e.**, s. 72; Oğuzman, Öz, **a.g.e.**, s. 155. Oğuzman, Öz, aynı yerde, teminat sözleşmeleri için getirilen istisnanın artık olmadığından bahsetmektedirler (Ancak bu istisna halen yürürlükte olan EİK m. 5/f. 2 ile yürürlüğünü korumaktadır). Ama bu istisna olmasa dahi, kefalet sözleşmesinde bazı unsurların el yazısıyla yazılması şartı (TBK m. 583) getirildiğinden sanal ortamda kefalet sözleşmesi gerçekleştirilemeyecektir.

¹⁶⁶ Oğuzman, Öz, **a.g.e.**, s. 155; Özen, **a.g.e.**, s.166, dñn. 446; Özen, **TBK' ya Göre Kefalet**, s. 204 ve dñn. 473. Burada ayrıca el yazılı vasiyetnamede de, belirtilen nedenlerle elektronik imzanın geçerli olmayacağı düşüncesine dayanılmıştır. Ayrıca Bkz. Kocayusufoğuşaoğlu vd., **a.g.e.**, s.296.

¹⁶⁷ Eren, **a.g.e.**, s. 248; Oğuzman, Öz, **a.g.e.**, s. 157; Tekinay vd. **a.g.e.**, s. 119; Burak Özen, “Beyaza (Açığa) İmza Sorunu Üzerinde Düşünceler”, **Legal Hukuk Dergisi**, Şubat 2008, Y. 6, S. 62, s. 409; Karş. Elçin Grassinger, **a.g.e.**, s. 116; Tandoğan, **a.g.e.**, s. 748; Merz, **a.g.e.**, s. 205. Boş bir kağıda atılan imzanın sonradan üzerinin doldurulmasıyla yazılan metnin, imza sahibinin iradesine uygun olduğunun ve durumun özelliği aksini göstermedikçe yazılan metnin anlaşmaya aykırı doldurulduğunun ispat yükünün, imza atana düşeceğine ilişkin hüküm, TBMM görüşmeleri sırasında TBK Tasarısı'ndan çıkarılmıştır. Ancak yine de aynı sonuca varmak gerekir.

eksik kalan kısımlar karşı tarafça doldurulsa dahi, böyle bir imzayı içeren işlemin, koruma amacını gerçekleştirmeyeceği ve şekil eksikliği nedeniyle geçersiz olacağını savunmaktadır¹⁶⁸. Diğer bir görüş ise, beyaza imzalı belge, belgeyi verenle belgeyi dolduran arasındaki anlaşmaya uygun doldurulduğu sürece, işlemin özellikle tarafları koruma amaçlı konulan geçerlilik şekline bağlı olması, bir sorun oluşturmayacaktır. Beyaza imza veren, yapılan işlemle bağlı olacaktır¹⁶⁹. Zira bu halde de belge, her ne kadar belgeyi doldurma konusunda yetki verilen kişi tarafından doldurulmuş olsa da, işlemin gerektirdiği geçerlilik şekline uygun olarak doldurulmaktadır.

Bu noktada dikkat edilmesi gereken husus; her koşulda belgeyi verenle dolduran arasında bir anlaşmanın bulunması gerektiğidir. Doktrinde bu hususa ilişkin şekli anlamda ve maddi anlamda beyaza imza ayrımı yapılmıştır. Buna göre, imzalı boş belgeyi veren kişi, belgede yer alacak irade beyanının içeriğini tamamen belirleyerek belgeyi alana takdir hakkı bırakmıyorsa, “*şekli anlamda beyaza imza*” söz konusudur. Ancak imzalı belgeyi verenin, belgeyi verdiği sırada iradesi henüz oluşmadığı için sadece bu irade tamamlanırken uyulacak sınırları belirlediği ve belgeyi alana takdir hakkı tanıdığı hallerde “*maddi anlamda beyaza imza*” söz konusudur. O halde, beyaza imzalı belgenin nasıl doldurulacağı şekli anlamdaki beyaza imzada olduğu gibi “*belirli*” ya da maddi anlamda beyaza imzada olduğu gibi “*belirlenebilir*” değilse, belgenin doldurulması karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanı olmadığı için herhangi bir hukuki sonuç doğurmayacaktır¹⁷⁰.

¹⁶⁸ Schöenberger, Jäggi, hükümsüzlüğün kesin hükümsüzlük türünden bir geçersizlik olduğunu savunmaktadır. Bkz. Schöenberger, Jäggi, **a.g.e.**, Art. 13, N. 45-47. Merz ise, hükümsüzlüğün sadece taraflar arasında etkili olan kendine özgü bir geçersizlik olduğunu savunmaktadır. Bkz. Merz, **a.g.e.**, s.206.

¹⁶⁹ Werner Flume, **Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts**, 2. Band, Das Rechtsgeschäft, 2. Band, Berlin- Heidelberg-New York, Springer Verlag, 1965, s.253, 254; Schmidlin, **a.g.e.**, Art.12-15, N. 29; Kocayusufpaşaoğlu, **Güven Nazariyesi, Karşısında Borç Sözleşmelerinde Hata Kavramı**, İstanbul, Garanti Matbaası, 1968, s. 33; Altaş, **a.g.e.**, s. 77; Eren, **a.g.e.**, s. 248; Oğuzman, Öz, **a.g.e.**, s. 157; Özen, **Beyaza İmza**, s. 413, 414.

¹⁷⁰ Schöenberger, Jäggi, **a.g.e.**, Art. 13, N. 47; Schmidlin, **a.g.e.**, Art. 12-15, N. 31; Merz, **a.g.e.**, s. 204, 205; Özen, **Beyaza İmza**, s. 410; Tekinay vd., **a.g.e.**, s. 119, 120. Ancak Kocayusufpaşaoğlu, beyaza imza veren kişinin, “*senet sonradan ne şekilde doldurulmuş olursa olsun buna razı olacağını*” açıklaması halinde, senedi hata sebebiyle iptal hakkından mahrum olacağını ifade etmektedir. Böylece beyaza imza verenin senetle bağlılığı devam etmektedir. Bkz. Kocayusufpaşaoğlu, **Hata**, s. 35. Buradan da yazarın, tamamlama yetkisinin açıkça ya da sadece sınırlar belirtilmek suretiyle verilmesini zorunlu görmediği sonucuna ulaşabilecektir.

Beyaza imzalı belgenin doldurulması sırasında uyulması gereken sınırlamaları gösteren bu tamamlama yetkisinin ise herhangi bir şekle tabi olması zorunlu değildir¹⁷¹.

Tamamlama yetkisinin niteliği de doktrinde tartışma konusu olmuştur. Bir görüşe göre¹⁷², beyaza imzalı belgeyi dolduran kişinin yetkisi, temsile benzer. Beyaza imzalı senedin tamamlanması yoluyla geçerlilik şeklinin gerçekleştiğini kabul etmek, aynı zamanda, senette açıklanan iradenin imza sahibine ait olduğunu kabul etmeyi gerektirmez. Bu irade, senedi dolduranın temsilci sıfatıyla açıkladığı iradedir. Bu kişi, senedi, kendisine bu senedi veren kimseyle aralarındaki anlaşmaya aykırı doldurduğu vakit, bu husus ispatlanmadığı müddetçe senedi veren açısından bağlılık söz konusu olacaktır. Bu durum temsilcinin, temsil yetkisinin verildiği belgeden anlaşılacak şekilde yetkisinin sınırlarını aşması halinde, temsil edilenin, belgeyi görerek temsilciyle işlem yapan kişilere karşı sorumlu olmasıyla eş değer görülmüştür.

Buna karşın başka bir görüş ise¹⁷³, beyaza imzalı senedi tamamlama yetkisinin temsille ilişkilendirilemeyeceğini, zira bir hususta temsilci yetkilendirildiği vakit, onun yaptığı işleme ilişkin kendi imzasını kullanması gerektiğini, ancak beyaza imzalı bir senedin doldurulmasında bunun mümkün olmadığını ileri sürmektedir. Bu görüşe göre, beyaza imzalı senedi tamamlama yetkisi özel hukukumuzda düzenlenmemiş, kendine özgü bir kurumdur. Burada senedi dolduran kişinin yaptığı iş, imza sahibinin irade beyanının içeriğini belirleyip senede yansıtmaktır, senedin sonradan bu şekilde doldurulmasıyla imza sahibinin irade açıklaması tamamlanmış olur ve etkilerini doğurur. Bu görüş, kanaatimizce de daha isabetlidir.

¹⁷¹ Merz, **a.g.e.**, s. 205; Reinicke, Tiedtke, **a.g.e.**, s. 37; Özen, **Beyaza İmza**, s. 412. Aksi yönde bkz. Schönerberger, Jäggi, **a.g.e.**, Art. 13; N. 47; Schmidlin, **a.g.e.**, Art. 12- 15; N. 31; Münchener Kommentar/ Pecher, **a.g.e.**, §766, N.11.

¹⁷² Flume, **a.g.e.**, s. 455.

¹⁷³ Reinicke, Tiedtke, **a.g.e.**, s. 43; Özen, **Beyaza İmza**, s. 416, 417. Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop da bu yetkinin temsil yetkisiyle ilişkilendirilemeyeceğini, eğer bir benzetme yapılacaksa, beyaza imzayı bir amanın imzasına benzetmenin yerinde olacağını ifade ederler. 818 sayılı BK m. 14/ f. 3'e göre, imza atarken yapılan işlemin içeriğini bildiği ispatlanmadıkça, âmânın işlemi geçerli olmuyorsa, beyaza imza atan da ancak sonradan doldurulan metni biliyorsa bu metinle bağlı olacaktır. Bkz. Tekinay vd., **a.g.e.**, s. 119, 120, dñn. 33.

Beyaza imzanın geçerliliği meselesi¹⁷⁴, uygulamada genel anlamda olduğu gibi kefalet sözleşmelerinde de önem arz eden bir husustur. 818 sayılı BK m. 484 düzenlemesine göre, kefilin, uygulamada çoğunlukla matbu banka kredi sözleşmelerinde görüldüğü gibi bazı hususların boş bırakıldığı kefalet sözleşmelerine (*kısmi beyaza imza*) ya da tamamen boş kefalet senedine (*tam beyaza imza*) imza atarak, kefalet senedini tamamlama yetkisini özellikle “*alacaklıya*” ya da “*asıl borçluya*” verdiği durumlarda bu sorunla karşılaşılır¹⁷⁵. Ancak her durumda karşı tarafa verilen tamamlama yetkisinin içeriğinin yeterince belirlenmiş olması, hangi borçlu için ve bu borçlunun hangi borcu için kefil olunacağını açıkça gösterilmesi gerekmektedir. Buna karşın, herhangi bir alacaklının, her türlü alacağı için kefil olunması geçersizdir¹⁷⁶.

818 sayılı BK zamanında genel kabul gören görüşe göre, bu şekilde düzenlenen kefalet sözleşmeleri, doktrinde genel anlamda geçerlilik şekline tabi sözleşmelerde beyaza imzaya ilişkin baskın görüşe uygun olarak, “*geçerli*” olarak kurulur¹⁷⁷. Yeter ki, senedin kefilin iradesine aykırı doldurulduğu, kefil tarafından ispat edilmesin¹⁷⁸.

¹⁷⁴ Bu hususa ilişkin ayrıntılı bilgi için Bkz. İnal, **a.g.m.**, s. 161 vd.

¹⁷⁵ İrade açıklamasının kapsamında yer alması gereken objektif esaslı unsurlarının tümünün yer almadığı bir senedin imzalanması suretiyle beyaza imza söz konusu olabileceği gibi, bazı unsurlarının eksik bırakılarak imzalanması suretiyle de beyaza imza söz konusu olabilecektir. Bkz. Özen, **Beyaza İmza**, s. 409; Münchener Kommentar/ Pecher, **a.g.e.**, § 766, N. 11; Feyzioğlu, **a.g.e.**, s. 321.

¹⁷⁶ Özen, **Beyaza İmza**, s. 410- 412; Elçin Grassinger, **a.g.e.**, s. 116; Y.13.HD 03.12.1991 E.7229 K.10997.

¹⁷⁷ Oser, Schönerberger, **a.g.e.**, Art. 492, N. 28; Anderegg, **a.g.e.**, s.38; Münchener Kommentar/ Pecher, **a.g.e.**, § 766, N. 11; Schmidlin, **a.g.e.**, Art.12-15, N. 25-27; Helmut Köhler, BGB-Allgemeiner Teil, 19. Auflage, München, 1986, s. 213; Özen, **a.g.e.**, s. 178, 179; Elçin Grassinger, **a.g.e.**, s.116; Tandoğan, **a.g.e.**, s.748; Reisoğlu, **a.g.e.**, s.49, Özen, **Beyaza İmza**, s. 414; Kocayusufpaşaoğlu, **Hata**, s. 33; Altaş, **a.g.e.**, s.77; Eren, **a.g.e.**, s. 248. Bu konuda Reisoğlu, beyaza imza atan kefilin bu durumda mevcut rizikonun daha ağır olduğunun normaldekinden daha çok idrakinde olacağı için daha dikkatli davranacağı ve kefil koruma gayesinin bu suretle yerine getirileceğini ifade etmektedir. Bkz. Reisoğlu, **a.g.e.**, s. 49, 50.

¹⁷⁸ Beyaza imzalı belge, karşı tarafa tamamlama yetkisine uygun olarak doldurulacağı inancıyla verilmiş ama bu inanç kötüye kullanılmışsa, bu hususun ispatında “*yazılı delil*” aranmaktadır Bkz. Feyzioğlu, **a.g.e.**, s. 325; Ahmet Battal, “Açık Polişe ile Açığa İmzalı Senetlerin Karşılaştırılması ve Bir Sonuç”, **Yargıtay Dergisi**, C. 20, S. 1-2, Y. 1994, s. 102; Tekinay vd., **a.g.e.**, s. 119. Yargıtay bu durumda HUMK m. 293/f. 5'teki hallerden biri bulunmadığı için, tanık dinlenemeyeceği sonucuna varmaktadır. Bkz. Y. 4.HD. 13.7.1965 E.1383 K.3753 (Nihat Renda, Galip Onursal, **Borçlar Hukuku**, C.1, Ankara, 1972, s. 1083). Ancak beyaza imzalı belge, karşı

Zira bu ihtimalde kefilin, karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanı olmadığından, kefalet sözleşmesi ile bağılılığı söz konusu olmayacaktır.

Ancak bu konuda başka bir görüş ise, kefalete ilişkin şekil şartının kefilin korumak amaçlı konulmasından hareket ederek, böyle bir imzayı içeren senedin alacaklı veya asıl borçlu tarafından sonradan doldurulsa da kanunun öngördüğü şekil şartının gerçekleşmiş olmayacağı ve kefalet sözleşmesinin “geçersiz” olacağı sonucuna varmaktadır¹⁷⁹. Zira bu görüşe göre, imza sahibi kefilin, acele kararlardan korumak ve kefil olduğu sırada yaptığı hukuki işlemin yaratacağı tehlikenin gözlerinin önüne serilmesi amacıyla konulan şeklin, böylelikle amacına hizmet etmeyeceği düşünülebilir.

Kanaatimizce verilen tamamlama yetkisinin içeriği açıkça belirlendiği sürece, kefilin koruma amacı yine gerçekleşeceğinden, ilk görüşe katılmak daha uygundur. Böylece kefil tarafından, senedin iradesine aykırı olarak tamamlandığı ispatlanmadığı sürece kefalet sözleşmesi şekli açıdan geçerli bir şekilde kurulabilecektir.

Sonuç olarak diyebiliriz ki, kefalet sözleşmesinde, asıl borçlu veya alacaklı, beyaza imzalı senedi, “kendisine verilen tamamlama yetkisine uygun bir şekilde doldurmuşsa”; kefalet sözleşmesi geçerli bir şekilde kurulmuş olacaktır. Buna karşın, asıl borçlu veya alacaklı, beyaza imzalı senedi, “kendisine verilen tamamlama yetkisine uygun bir şekilde doldurmamışsa” ve bu durum kefil tarafından ispat edilmişse, sözleşme geçerli bir şekilde kurulabilecek midir?

- Kefil tarafından, beyaza imzalanmış senedi tamamlama yetkisinin, alacaklıya verildiği ihtimalde, alacaklı “bilerek” kendisine verilen bu tamamlama yetkisine uygun bir şekilde senedi doldurmamışsa, bu kişi belgeyi verenin iradesini tamamlayıcı bir görev üstlendiğinden, alacaklı ile kefil arasında karşılıklı ve birbirine

tarafın eline hileyle geçmişse, hile iddiası ciddi görülürse hakim tanık dinlenmesine karar verebilecektir. Bkz. Y. 4. HD. 2.3.1967 E. 10655 K. 1827 (Renda, Onursan, a.g.e., s. 1084).

¹⁷⁹ Merz, a.g.e., s. 206; Schönerberger, Jäggi, a.g.e., Art. 13, N. 45, 47.

uygun irade beyanı olmayacağı için kefalet sözleşmesi kurulmaz¹⁸⁰. Kefil, bu durumu ispat ettiği takdirde, kefalet sözleşmesinden doğan bir yükümlülüğü söz konusu olmayacak ve alacaklının bu belgeye dayanarak kefinden bir talep hakkı bulunmayacaktır.

Ancak alacaklı, *“imza sahibi kefilin iradesine uygun hareket ettiği inancında olarak kendisine verilen tamamlama yetkisine aykırı bir şekilde”* senedi doldurmuşsa, hâkim görüşüne göre bu konuda ikili bir ayırım yapılmak gerekir. Birinci ayırma göre, eğer alacaklı belgeyi doldururken *“imza sahibinin iradesine uygun olarak hareket ettiğini düşünmekte haklı değilse”*, geçerli bir sözleşmenin yine kurulamayacağı ve alacaklının bu belgeye dayanarak bir talep hakkının olmayacağı sonucuna ulaşılmalıdır. Bu durumda da güven teorisine göre, karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanı yok sayılır¹⁸¹. Buna karşılık ikinci ayırma göre, beyaza imzalı belgeyi dolduran alacaklı, *“kefilin iradesine uygun olarak hareket ettiğini düşünmekte haklı görülebiliyorsa”*, bu durumda güven teorisine göre taraflar arasında bir sözleşme ilişkisinin kurulduğu kabul edilmelidir. Bu durumda gerçek iradesinin başka yönde olduğunu ve verdiği beyaza imzalı senedin bu iradeye aykırı doldurulduğunu ispatlayabilen imza sahibi kefilin, beyan hatasına dayanarak iptal beyanında bulunması mümkün olacaktır¹⁸². Ancak kefilin iptal beyanında bulunması durumunda, belgeyi dolduran alacaklı, imza sahibinin gerçek iradesi doğrultusunda sözleşmeyi ayakta tutmak istediğini belirtirse, iptal beyanının etkisizleşeceği öne sürülmüştür (818 sayılı BK m. 25/f. 2, TBK m. 34/f. 2). Bu durumda, imza sahibinin gerçek iradesine göre ayakta tutulacak kefalet sözleşmesinin şekline aykırılık oluştuğu da söylenemez. Zira nasıl ki, beyaza imzanın üstü kefilin iradesine uygun doldurulmuş olsaydı, şekle aykırılık söz konusu olmayacaksa, belge, imza sahibinin

¹⁸⁰ Oser, Schönerberger, **a.g.e.**, Art.492 N.28; Elçin Grassinger, **a.g.e.**, s. 116; Münchener Kommentar/Pecher, **a.g.e.**, §766, N.11; Reinicke, Tiedtke, **a.g.e.**, s. 38; Reisoğlu, **a.g.e.**, s.50; Tandoğan, **a.g.e.**, s.748; Kocayusufpaşaoğlu, **Hata**, s. 37; Özen, **Beyaza İmza**, s. 421.

¹⁸¹ Özen, **Beyaza İmza**, s. 422; Kocayusufpaşaoğlu, **Hata**, s. 36-38.

¹⁸² Özen, **Beyaza İmza**, s. 422; Kocayusufpaşaoğlu, **Hata**, s. 36-38.

iradesine uygun olarak ayakta tutulmaya çalışıldığında da bir şekilde aykırılık söz konusu olmayacaktır¹⁸³.

Karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanı bulunmadığından kefalet sözleşmesinin kurulmamış olduğu sonucuna ulaştığımız ihtimallerde ise, doktrinde bir görüş, imza sahibi kefilin, alacaklı tarafından iradesine aykırı olarak doldurulan belgeyle sorumlu olmayacağını ifade etmektedir¹⁸⁴. Diğer bir görüşe göre ise, uygun içerikle sorumlu tutulmak istenen kefilin, buna karşı çıkması ve sözleşmenin kurulmadığını iddia etmesi çelişkili bir davranış¹⁸⁵ sayılmalıdır. Zira beyaza imza veren, bu belgeyi vermekle gerçek iradesine uygun bir biçimde sorumlu tutulmak istemiştir. Ancak daha sonra, belge anlaşmaya uygun olarak doldurulsaydı içinde bulunacağı konumdan daha iyi bir konumda olmayı istemesi, beyaza imza veren kefile hak ettiğiinden daha fazla bir koruma vermekte ve beyaza imzalı belgeyi -bilinçli olarak ya da kefilin iradesine uygun olarak hareket ettiğini düşünmekte haklı olmayarak-, kefilin iradesine aykırı olarak dolduran alacaklıyı cezalandırmaktadır. Böyle bir cezalandırma mantığı ise özel hukuka uygun değildir¹⁸⁶.

Beyaza imzalı bir belgenin alacaklı tarafından anlaşmaya aykırı doldurulmasının üçüncü kişileri etkilemesi de mümkündür. Böyle bir ihtimalde, asıl borç ilişkisinden olan alacağını devreden alacaklının, fer'ilik ilkesi nedeniyle kefalet sözleşmesinden doğan alacağını da devralan iyiniyetli üçüncü kişinin kazanımı korunacak mıdır? Bu hususta bir görüş, anlaşmaya aykırı olarak doldurulan bir belgeye dayanarak hak kazanan iyiniyetli üçüncü kişilerin güveninin korunmayacağını savunur. Bu görüşe göre, nasıl ki beyaza imzalı belgeyi veren, belgede görünen şekilde bir hakkın doğmadığını belgeyi doldurana ileri sürebiliyorsa, bu belgede görünen hakkı

¹⁸³ Özen, **Beyaza İmza**, s. 426, 427.

¹⁸⁴ Reisoğlu, **a.g.e.**, s. 50. Reisoğlu, kefilin, boş olarak verdiği imzalı belgenin, anlaşmaya aykırı olarak doldurulduğunu ispatlaması halinde, kefalet taahhüdünün hükümsüz olacağını ifade etmiştir.

¹⁸⁵ Hukukumuzda bir kimsenin kendi davranışına karşı davranması sayılan çelişkili davranış yasaklanmıştır. Ama bu yasak genel bir yasak değildir. Çelişkili davranış ancak karşı tarafta uyandırılan güvene aykırılık oluşturuyor ve karşı tarafın hukuki durumunu ağırlaştırıyorsa bu yasakla karşılaşılır. Bkz. Şener Akyol, **Medeni Hukukta Çelişki Yasağı**, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2007, s. 1.

¹⁸⁶ Özen, **Beyaza İmza**, s. 427; Gümüş, **a.g.e.**, s. 564.

devraldığını ileri süren kimseye de bu hakkını ileri sürebilmelidir. Aksi durum, TBK m. 188/f. 1’de (818 sayılı BK 167/f. 1) belirtilen, alacağı devredene karşı ileri sürülebilecek savunmaların, devralana karşı da ileri sürülebileceği hükmüne kanunda öngörülme­yen bir istisna yaratmak olur. Bu hüküm açısından iki istisna TBK m. 19/ f. 2 (818 sayılı BK 18/f. 2) ve TBK m. 188/f. 1 (818 sayılı BK 167/f. 1)’de yer almaktadır. Ayrıca aksi bir durumun kabulü, TTK m. 592’deki açık senedin anlaşmaya aykırı olarak doldurulduğu iddiasının, senedi kötün­iyetle iktisap etmeyen veya senedi iktisap ederken ağır kusuru bulunmayan sonraki hamillere karşı ileri sürülemeyeceği kuralının, kambiyo senetleri alanından çıkarılarak genelleştirilmesi sonucu gibi istenilmeyen bir sonuç doğuracaktır¹⁸⁷.

Diğer bir görüş ise, beyaza imzalı belgeye dayanarak hak kazanan iyiniyetli üçüncü kişilerin güveninin korunması gerektiğini savunmaktadır. Bu görüştekiler de farklı çözümler üretmişlerdir. Birinci çözüme göre, beyaza imzalı belgeyi veren kefil, alacaklı tarafından iradesine aykırı olarak doldurulan belgeye dayanarak iyiniyetle hak iktisap eden kimselere karşı sorumlu tutulamaz. Zira bu durumda MK m. 988 ya da TBK m. 19/f. 2 (818 sayılı BK m. 18/f. 2) gibi iyiniyete hak kazandırıcı etki sağlayan bir kural yoktur. Bu durumda kefil, sadece, üçüncü kişilerin güvenleri dolayısıyla uğradıkları zararları tazmin edecektir, yoksa iyiniyetli üçüncü kişiler kefilin iradesine aykırı olarak doldurulmuş belgeye dayanarak hak kazanmış olmayacaklardır¹⁸⁸. İkinci çözümü oluşturan hâkim görüşe göre ise, iyiniyetli üçüncü kişiler, alacaklı tarafından kefilin iradesine aykırı olarak doldurulmuş belgeye dayanarak hak kazanabileceklerdir¹⁸⁹. Böyle bir durumda, rizikoyu beyaza imzalı belgeyi veren kefilin taşıması hakkaniyete daha uygun olacaktır. Bu görüşe dayanak olarak da temsil yetkisinin varlığı ve kapsamı hakkında önceden bilgi veren

¹⁸⁷ Battal, **a.g.m.**, s. 102. Ayrıca bkz. Özen, **Beyaza İmza**, s. 418.

¹⁸⁸ Reinicke, Tiedtke, **a.g.e.**, s. 38, 39.

¹⁸⁹ Anlaşma dışı doldurulmuş beyaza imzalı belgenin, iyiniyetli üçüncü kişilere temlikinde, beyaza imzalı belgeyi veren belgede yazılı edimi yerine getirecek ve daha sonra belgeyi anlaşmaya aykırı olarak dolduran kişiden kendi zararının tazminini isteyecektir. Bkz. Feyzioğlu, **a.g.e.**, s. 321. Ayrıca bkz. Kocayusufpaşaoğlu, **Hata**, s. 36, 37. Federal Mahkeme de bir kararında anlaşmaya aykırı olarak doldurulan bir beyaza imzalı belgeye dayanarak iyiniyetli üçüncü kişilerin hak kazanabilmesi gerektiğini içtihat etmiştir. Bkz. BGE 88 II 422.

temsilcinin, daha sonra temsilciyle iç ilişkisi çerçevesinde temsil yetkisine yönelik getirdiği kısıtlamaları daha önceden bildirimde bulunduğu iyiniyetli üçüncü kişilere karşı ileri süremeyeceği kuralı¹⁹⁰ (818 sayılı BK m. 34/f. 3, TBK m. 42/f. 3); yazılı bir borç ikrarına dayanarak alacak hakkını devralan iyiniyetli üçüncü kişilere karşı, borç ikrarının muvazaalı olduğunun ileri sürülemeyeceği kuralı (818 sayılı BK m. 18/f. 2, TBK m. 19/f. 2); bir taşının emin sıfatıyla zilyedinden iyiniyetle aynı hak kazanılmasını koruyan kuralı¹⁹¹ (MK m. 988) gösterilebilecektir¹⁹². Bu görüştekiler, sistemin eğiliminin “kimse kendi hakkından fazlasını devredemez” ilkesinin, “yaratılan hukuki görünüşün sonuçlarına katlanma” ilkesiyle sınırlandırmak yönünde olduğunu göstermişlerdir¹⁹³.

- Kefilin, beyaza imzalı senedi asıl borçluya verdiği ihtimalde ise, belgenin asıl borçlu tarafından bilerek anlaşmaya aykırı doldurulması halinde, belgenin anlaşmaya aykırı doldurulduğunu bilen ya da bilmesi gereken alacaklı, söz konusu belgeye uygun olarak bir kefalet sözleşmesinin kurulduğunu ileri süremeyecektir. Buna göre kefil, bu belgeyle bağlı olmayacak ve kendisine bu belgeye dayanılarak bir hak talebinde bulunulamayacaktır. Ancak alacaklı iyiniyetli ise, yani açığa imzalı kefalet senedinin anlaşmaya aykırı olarak doldurulduğunu bilmiyorsa ya da bilecek durumda değilse, bir görüşe göre¹⁹⁴, alacaklı iyiniyetli olsa da, beyaza imza veren kefil, belgenin anlaşmaya aykırı doldurulduğunu ispatladığı vakit, kefalet sözleşmesiyle bağlı olmayacaktır. Zira bu durumda MK m. 988 ya da TBK m. 19/f. 2 (BK m. 18/f. 2) gibi iyiniyete hak kazandırıcı etki sağlayan bir kural yoktur. Ancak bu durumda kefil bu senetle bağlı olmasa da, kefilin yaratılan hukuki görünüşün sonuçlarına katlanması ve bu sebeple de alacaklının geçerli bir kefalet sözleşmesinin kurulduğuna güvenmesinden kaynaklanan zararını tazmin etmesi gerektiği de

¹⁹⁰ Bu doğrultuda Alman Yüksek Mahkemesinin kararı (BGHZ 40, 65-68) ve kararlar aynı yönde fikirler için bkz. Köhler, **a.g.e.**, s. 138.

¹⁹¹ Merz, **a.g.e.**, s. 207, 208.

¹⁹² Özen, **Beyaza İmza**, s. 419, 420.

¹⁹³ Özen, **Beyaza İmza**, s. 420.

¹⁹⁴ Reinicke, Tiedtke, **a.g.e.**, s. 38, 39; Rein, **a.g.e.**, s. 32; Haluk Tandoğan, “Kefaletin Geçerlilik Şartları”, **Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi**, C. 9, S.1, Y. 1979, s. 41, 42; Taşdelen, **a.g.m.**, s. 736, 737; Reisoğlu, **a.g.e.**, s. 50; Özen, **a.g.e.**, s. 181.

savunulmaktadır¹⁹⁵. Diğer bir görüşe göre ise¹⁹⁶, açığa imzalı belgeyi veren kefil, yarattığı hukuki görünüşün tüm sonuçlarına katlanmalıdır. Buna göre kefil iradesine aykırı olarak doldurulan belgeyle bağlı olacak ve bu belgeye göre sorumlu tutulabilecektir.

Alacaklının beyaza imzalı belgenin anlaşmaya aykırı doldurulduğunu bilmesi ya da bilebilecek durumda olması halinde, kefilin sözleşmeyle bağlı olmaması yani, alacaklının geçerli bir kefalet sözleşmesinin kurulduğunu ileri sürememesinin ne anlama geleceği de tartışmalıdır. Bu durumda bir görüş, alacaklının böyle bir belgeye dayanarak hiçbir talepte bulunamayacağını ileri sürmektedir¹⁹⁷. Diğer bir görüş, kefilin anlaşmaya uygun olmayarak doldurulan kefalet senediyle bağlı olmasa da, belge anlaşmaya uygun olarak doldurulsaydı kefil ne şekilde sorumlu olacak idiyse o şekilde sorumlu tutulması gerektiğini ifade etmektedir. Bu durumda kefilin, sözleşmenin kurulmadığını ileri sürülerek gerçek iradesine uygun miktarla sorumlu tutulmak istememesi, çelişkili davranış olarak görülmüştür. Bu görüşün aksine hareket, kötüniyetli alacaklının cezalandırılması amacını taşır ki, bu da özel hukukun amacı değildir¹⁹⁸.

Kefilin el yazısıyla belirtmesi gereken herhangi bir hususun aranmadığı 818 sayılı BK. 484 düzenlemesi açısından önem arz edebilecek beyaza imzaya ilişkin tüm bu açıklamalarımız TBK m. 583 ile getirilen düzenleme açısından da geçerli olacaktır. Zira kefaletle ilişkin TBK m. 583 ile getirilen düzenleme ile her ne kadar kefilin sorumlu olacağı azami miktar, kefalet tarihi ve müteselsil kefil olma iradesi varsa bunu, kefalet senedinde el yazısıyla belirtmesi zorunlu tutulsa da, kefilin sadece zorunlu olan bu kısımları el yazısıyla doldurup imzalayıp geri kalan adi yazılı şekle tabi kısımlar için kısmi beyaza imzalı bir belge oluşturması mümkündür. Bu

¹⁹⁵ Reinicke, Tiedtke, **a.g.e.**, s. 38, 39.

¹⁹⁶ Özen, **a.g.e.**, s.179; Özen, **TBK'ya Göre Kefalet**, s. 219, 220. Beyaza imzalı belgelerin anlaşmaya aykırı doldurulması genel anlamda tartışmalıdır. Bu konuda Federal Mahkemenin bir kararında anlaşmaya aykırı olarak doldurulan bir beyaza imzalı belgeye dayanarak iyiniyetli üçüncü kişilerin hak kazanabilmesi gerektiğini içtihat etmiştir (BGE 88 II 422). Bkz. Merz, **a.g.e.**, s. 207.

¹⁹⁷ Reisoğlu, **a.g.e.**, s. 50. Ayrıca bkz. Birinci Bölüm, dpn. 184.

¹⁹⁸ Özen, **a.g.e.**, s.181-184; Özen, **TBK'ya Göre Kefalet**, s. 220-226.

durumda yine asıl borçlu veya alacaklıya verilen tamamlama yetkisinin yeterince somutlaşmış olması gerekmektedir. Verilen bu tamamlama yetkisine aykırı davranılması halinde, yukarıda bahsettiğimiz ihtimaller yine söz konusu olacaktır. Ancak doktrinde kefaletin şekline ilişkin yeni düzenlemeyle artık beyaza imza yoluyla kefalet sözleşmesinin geçerli olarak kurulamayacağı da ileri sürülmektedir¹⁹⁹.

¹⁹⁹ Özen, **TBK' ya Göre Kefalet**, s. 226.

İKİNCİ BÖLÜM

II. KEFALET SÖZLEŞMESİNDE ŞEKLİN KAPSAMI

A. Genel Olarak

Şekil zorunluluğunun kapsamını belirlerken ikili bir ayırım yapmak gerekir. Bu ayırım, şekil zorunluluğunun kişisel kapsamı ve maddi kapsamı şeklindedir¹. Kişisel kapsam, kimin iradesinin şekle bağlanması gerektiğini ifade ederken; maddi kapsam şekle bağlanması gereken irade beyanının neleri içermesi gerektiğini ifade eder. Bundan önceki açıklamalarımızda kefalet sözleşmesinde, şekil zorunluluğunun kişisel kapsamına, sadece kefilin gireceğinden bahsettik. Diğer bir ayırım olan şekil zorunluluğunun maddi kapsamına, kefalet sözleşmesinde nelerin gireceği de incelenmesi gereken diğer bir husustur. Diğer bir deyişle kefalet sözleşmesinde kefilin irade beyanının hangi kısmının şekle bürünmesi gerekecektir? Bunun için öncelikle tüm sözleşmeler için kabul edilen tarafların irade beyanlarının kapsamında yer alması gereken noktaları ve bunlardan hangilerinin şeklin kapsamına dahil olacağını belirlemek gerekmektedir.

Tüm sözleşmeler gibi kefalet sözleşmesi de karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanı ile kurulur. Taraflar birbirine uygun irade beyanları ile sözleşmeyi kurarken sözleşmenin içeriğini de tespit ederler. Bu sebeple sözleşmenin kurulabilmesi için tarafların irade beyanları arasındaki uygunluğun kapsamında yer alması gereken noktaları tespit etmek gerekir. Bu noktalar genel olarak TBK m. 2/f. 1 ve f. 2’de belirtilmiştir. Bu maddeye göre, bir sözleşmenin esaslı noktaları ile ikinci derece (yan) noktaları arasında ayırım yapılmış ve yan noktalardan biri, birkaçı veya hepsi hakkındaki anlaşma ileriye bırakılsa dahi, esaslı noktalarda anlaşmaya varılmasının sözleşmenin kurulması için yeterli olduğu kabul edilmiştir².

¹ Altaş, **a.g.e.**, s. 50.

² Köksal Kocağa, “Sözleşmenin Kurulabilmesi İçin Tarafların İrade Beyanları Arasındaki Uygunluğun Kapsamında Yer Alması Gereken Noktalar”, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, S. 79, Y. 2008, s. 77, 82; von Tuhr, **a.g.e.**, s. 185. Ancak her ne kadar sözleşmenin kurulması için esaslı noktalarda anlaşmaya varılması zorunlu olsa da istisnai bazı hallerde esaslı noktaların kesin

Esaslı noktalar, objektif ve sübjektif olmak üzere iki türdür. Sözleşmenin tanımında yer alan ve onun tipi için zorunlu olan unsurlar, sözleşmenin “*objektif esaslı noktaları*”dır³. Ancak taraflarca üzerinde anlaşmaya varılması gerekmeyen yan noktaların da, sözleşmenin taraflarınca ya da diğer tarafın bilgisi dâhilinde yalnız bir tarafın bu noktanın mutlaka sözleşmeye dâhil olmasını istemesiyle sözleşmenin içeriğine sokulması sonucu esaslı nokta haline gelmesi mümkündür. Bu şekilde esaslı nokta haline gelen yan noktalara ise “*sübjektif esaslı nokta*” adı verilmektedir⁴. İşte bir sözleşmenin kurulabilmesi için tüm bu esaslı noktalar üzerinde anlaşmaya varılmış olması gereklidir⁵.

Tarafların irade beyanları arasındaki uygunluğun kapsamında yer alması gereken bu noktalardan objektif esaslı noktaların o sözleşme için öngörülen şekle bürünmesi gerektiği konusunda doktrinde herhangi bir tartışma yoktur⁶. Şekil zorunluluğunun sübjektif esaslı noktaları kapsayıp kapsamadığı konusu ise doktrinde oldukça tartışmalıdır. Genel kabul gören görüş, sübjektif esaslı noktaların, ancak bazılarının şeklin kapsamına girmesi gerektiğini belirtmektedir. Buna göre, sözleşmelerin taraflarından her ikisi ya da birisi tarafından sözleşmenin kurulma şartı haline

olarak belirlenmiş olmayıp ileride objektif kriterlere göre belirlenebilir olmaları yeterli görülmüştür. Örneğin, bir satım sözleşmesinde satış bedelinin kesin olarak tespit edilmeyip ifa edileceği günün borsa rayicine göre tespit edileceğinin kararlaştırılması halinde, satış bedeli ileride objektif kriterlere göre belirlenebilir bir haldedir. Bkz. Oğuzman, Öz, **a.g.e.**, s. 77; Eren, **a.g.e.**, s. 208.

³ Oğuzman, Öz, **a.g.e.**, s. 77; Eren, **a.g.e.**, s. 207; Kocaağa, **a.g.m.**, s. 81; Altaş, **a.g.e.**, s. 52. Objektif esaslı noktalar, kural olarak sözleşmenin asgari içeriğini oluşturmalarına rağmen, Borçlar Hukuku’nda tip serbestliği ilkesi olduğundan tipik unsurlar asgari içerikten daha geniş olabilirler. Bkz. Kocaağa, **a.g.m.**, s. 81.

⁴ Eren, **a.g.e.**, s. 211; Oğuzman, Öz, **a.g.e.**, s. 78; Tekinay vd., **a.g.e.**, s. 76, Altaş, **a.g.e.**, s. 53; Kocaağa, **a.g.m.**, s. 84; Altaş, **a.g.e.**, s. 53.

⁵ Eren, **a.g.e.**, s. 212; Altaş, **a.g.e.**, s. 54, 55; Kocaağa, **a.g.m.**, s. 86.

⁶ Altaş, **a.g.e.**, s. 52, 53, Tekinay vd., **a.g.e.**, s. 130, 131; Eren, **a.g.e.**, s. 214; Kocaağa, **a.g.m.**, s. 91. Antalya, objektif esaslı noktalar dışındaki noktaların zorunlu şeklin kapsamına dahil olup olmadığına ilişkin tartışmanın ancak kanuni şekil bakımından söz konusu olabileceğini ifade etmektedir. Bkz. Gökhan Antalya, “Hukuki İşlemlerin Şekle Bağlanması Gereken Noktaları”, **Hukuk Araştırmaları Dergisi**, 1991, s. 69, dph. 15.

getirilen, edim ve karşı edim ilişkisini ve sözleşmenin tipini belirleyen subjektif esaslı noktalar, şekil zorunluluğunun kapsamına girecektir⁷.

Bu açıklamalardan hareketle sözleşmede şekil zorunluluğuna tabi olmayan noktaların ise, yan noktalar ve bazı subjektif esaslı noktalar olduğu sonucuna varabiliriz. Örneğin borç altına giren kişinin durumunu kolaylaştıran subjektif esaslı noktalar şekle tabi değildir⁸.

Bu açıklamalar kefalet sözleşmesi için de geçerli olacak, kefalet sözleşmesinin objektif esaslı noktaları ile sözleşmenin taraflarından her ikisi ya da birisi tarafından sözleşmenin kurulmasına etki eden, sözleşmenin tipini belirleyen, objektif esaslı noktalarla doğrudan doğruya ilişki içinde bulunup edimleri açıklayan subjektif esaslı noktalar şekil zorunluluğunun kapsamına girecektir.

Kefalet sözleşmesinde şeklin kapsamına girecek unsurları belirlerken şeklin kefilî koruma amacından hareket etmek gerekir⁹. Kefalet sözleşmesinin tabi olduğu şeklin kapsamına girmesi gereken, kefalet sözleşmesinin tanımında yer alan ve onun tipi için zorunlu olan objektif esaslı noktalar; “*Kefilin başkasının borcu için fer’i olarak sorumluluk altına girildiğini gösteren beyan*” ve “*ferdileştirilmiş asıl borç*”tur¹⁰.

⁷ Bu hususta doktrinde üç farklı teori üretilmiştir. Bunlardan *sübjektif teoriye* göre, subjektif esaslı noktaların da şeklin kapsamına gireceği kabul edilir. Fakat bu teori tüm subjektif esaslı noktaların şekle bağlanmasını öngördüğünden, ticari hayatı olumsuz etkileyeceği gerekçesiyle yumuşatılmıştır. Yumuşatılmış subjektif teoriye göre, ancak yapılan sözleşmenin doğal yapısı dışına çıkarılmayan, edim karşı edim ilişkisini belirleyen ve sözleşmenin kuruluşuna etkili olan subjektif esaslı noktalar şekil zorunluluğuna tabi olacaktır. *Objektif teori* ise, temelde objektif esaslı noktalar dışında kalan tüm noktaları şeklin kapsamı dışında bırakmaktadır. Ancak bu teori, edim ve karşı edim ilişkisini belirleyen, objektif esaslı noktalarla doğrudan bağlantı içinde olan ve borçlunun durumunu ağırlaştıran subjektif esaslı noktaların da şeklin kapsamına girebileceğini ifade etmektedir. Bu açıdan yumuşatılmış subjektif teoriye yaklaşmaktadır. Genel kabul gören *karma teori* ise, şekil zorunluluğunun öncelikle objektif esaslı noktaları kapsamaması gerektiğini ifade etmekte, subjektif esaslı noktalarinsa ancak bazılarının şeklin kapsamına girmesi gerektiğini belirtmektedir. Bu teori de objektif ve yumuşatılmış subjektif teori gibi sözleşmelerin taraflarından her ikisi ya da birisi tarafından sözleşmenin kurulma şartı haline getirilen, edim ve karşı edim ilişkisini ve sözleşmenin tipini belirleyen subjektif esaslı noktaların şekil zorunluluğunun kapsamına gireceğini ifade etmektedir. Bkz. Altaş, **a.g.e.**, s. 55, 57, 58; Kocaağa, **a.g.m.**, s. 93-100; Merz, **a.g.e.**, 185 vd.

⁸ Altaş, **a.g.e.**, s. 59.

⁹ Oser, Schönerberger, **a.g.e.**, Art.493, N. 21.

¹⁰ Müller, **a.g.e.**, s. 80-84; Münchener Kommentar/Pecher, **a.g.e.**, § 766, N. 2; Tandoğan, **a.g.e.**, s. 749; Elçin Grassinger, **a.g.e.**, s. 101; Reisoğlu, **a.g.e.**, s.50- 57; Taşdelen, **a.g.m.**, s. 741; Fettah,

“*Kefilin sorumlu olacağı azami miktar*” ise, kanun koyucu tarafından ayrıca şekil maddesi içinde düzenlenmek suretiyle objektif esaslı nokta haline getirilmiştir.

Bunların dışında taraflarca üzerinde anlaşmaya varılması gerekmeyen yan noktaların da, sözleşmenin taraflarınca ya da diğer tarafın bilgisi dâhilinde yalnız bir tarafın bu noktanın mutlaka sözleşmeye dâhil olmasını istemesiyle sözleşmenin içeriğine sokulması sonucu subjektif esaslı nokta haline gelen noktaların da kefaletin şekline tabi olması gerekir. Onlar olmaksızın kefalet sözleşmesinin yapılamayacağı subjektif esaslı noktalardan, kefilin sorumluluğunu ağırlaştırır¹¹ hususların senette yer almaları gerekirken, kefilin sorumluluğunu azaltanların ise kefalet senedinde yer almalarına gerek yoktur¹². Müteselsil kefil olma, kefilin durumunu ağırlaştırır subjektif esaslı noktalardandır. Müteselsil kefil olunması halinde, bu veya bu anlama gelen herhangi bir ibarenin senette el yazısıyla yer alması zorunluluğu TBK m. 583/f. 1 ile öngörülmüştür.

TBK m. 583 ile kefalet sözleşmesinin şeklinin kapsamına dâhil edilmesi gereken diğer bir husus da “*kefalet tarihi*”dir. Kefalet tarihi de, kural olarak sözleşmenin kurulması için tarafların üzerinde anlaşmasının zorunlu olduğu bir unsur olmamasına rağmen, bu unsurun kanun koyucu tarafından esaslı unsur haline getirildiğini ve bu sebeple şeklin kapsamına dâhil olması gerektiğini söylemek mümkündür¹³.

a.g.m., s. 707, 708; Develioğlu, **a.g.e.**, s. 145, 146; Pestalozzi, **a.g.e.**, Art. 493, N. 8; Aral, **a.g.e.**, s. 439; Tandoğan, **Geçerlilik**, s. 43; Scyboz, **a.g.e.**, s. 401.

¹¹ Kocaağa, **a.g.m.**, s. 96; Tandoğan, **a.g.e.**, s. 766; Antalya, **a.g.m.**, 71.

¹² Müller, **a.g.e.**, s. 84; Wiegand, **a.g.m.**, s. 192, 193; Taşdelen, **a.g.m.**, s.741; Tandoğan, **a.g.e.**, s. 749, 750; Elçin Grassinger, **a.g.e.**, s. 109, 110; Fettah, **a.g.m.**, s. 709.

¹³ Kanun koyucunun şeklin içeriğine müdahalesine, TBK m. 583’te düzenlenen kefalet sözleşmenin şekli dışında, uygulamada bazı tüketici sözleşmelerinde de rastlanmaktadır. (TKHK m. 6/A/f. 2, m. 7/f. 5, m. 9, m. 9/A/f. 2 gibi) Bu sözleşmelerin içeriğine de tüketiciyi koruma gayesiyle müdahale edildiği görülmektedir. Ancak doktrinde Kurşat, bu hususların sözleşmenin şekline ilişkin bir düzenleme mi, yoksa içeriğine bir müdahale mi getirdiğinin tartışılması gerektiği ifade edilmiştir. Buna göre, bu hususların “*kanun koyucu tarafından esaslı nokta seviyesine yükseltilmiş unsurlar*” olduğu ve bu nedenle şeklin kapsamına dâhil olmaları gerektiği düşünülebileceği gibi, sözleşme bakımından “*esaslı nokta niteliğini kazanmadan şeklin tamamlanması bakımından bulunması gereken zorunlu unsurlar*” olacakları da düşünülebilecektir. Yine bu hususların bir “*düzen hükmü*” olduğunun kabulü de diğer bir ihtimaldir. Doktrinde Kurşat, bu düzenlemelerin bir düzen hükmü olduğu görüşündedir. Diğer bir deyişle, bunlara aykırı davranışın, sözleşmelerin geçersizliğini değil de aykırı davranan kişinin cezalandırılmasını sonuçlaması gerekmektedir. Bunun sebebi TKHK m. 6/f. 6’da sözleşmede bulunması gereken bu şartların bulunmaması

B. Fer’i Olarak Sorumluluk Üstlenildiğine Dair Beyan

Kefalet sözleşmesi TBK m. 581’de tanımlandığı gibi, kefilin alacaklıya karşı, borçlunun borcunu ifa etmemesinin sonuçlarından kişisel olarak sorumlu olmayı üstlendiği sözleşmedir. Diğer bir deyişle kefalet sözleşmesiyle kefil, “*başka bir borcun*” hiç ya da gereği gibi ödenmemesi halinde kişisel olarak sorumlu olmayı taahhüt etmektedir¹⁴. Bu sebeple kefalet sözleşmesinin söz konusu olabilmesi için geçerli bir asıl borcun varlığı zorunludur. Bu husus kefaletin fer’i niteliğini göstermektedir¹⁵. Fer’i nitelikteki kefalet sözleşmesinin, varlığı, devamı ve sona ermesi asıl borca bağlıdır¹⁶. Bu özellik kefalet sözleşmesinin en esaslı ve vazgeçilmez özelliğidir. Bu sebeple tüm kefalet türlerinde söz konusu olur¹⁷. Taraflar arzu etseler dahi, kefaletin fer’ilik niteliğini ortadan kaldıramazlar¹⁸. Bu özellik,

halinde, söz konusu eksikliğin sözleşmenin geçerliliğini etkilemeyeceğinin, bu eksikliklerin satıcı ve sağlayıcı tarafından derhal giderileceğinin düzenlenmiş olmasıdır. Yazara göre, bu hüküm karşısında sözleşmede bulunması gereken hususların kanun koyucu tarafından esaslı nokta haline getirildiği de söylenemez, zira öyle olsaydı bu unsurların bulunmamasının sözleşmenin kurulmasını da etkileceğini söylemek mümkün olmalıdır. Yine esaslı nokta niteliği kazanmadan şeklin tamamlanması bakımından zorunlu unsurlar olduğu da kabul edilemeyecektir, zira bu durumda da bunların bulunmamasının müeyyidesi şekle aykırılığın müeyyidesi ile aynı olmalıdır. Bkz. Kurşat, **a.g.m.**, s. 460, 461. Bu açıklamalardan hareketle, kanaatimizce kefalet sözleşmesi için öngörülen şeklin kapsamında olması gereken unsurlardan “*kefalet tarihi*”nin, kefilin koruma amacından hareketle kanun koyucu tarafından esaslı unsur haline yükseltilmiş ve bu sebeple şeklin kapsamında yer alması gereken bir unsur olduğunu söylemek mümkündür. Zira kefalet sözleşmesi için TKHK m. 6/f. 6’daki gibi bu unsurların eksikliğinin sözleşmenin geçerliliğini etkilemeyeceğini düzenleyen bir hüküm bulunmamaktadır, aksine TBK m. 583/f. 1 c.1’de kefalet tarihi unsuru eksikliğinin sözleşmenin geçersizliğine yol açacağı düzenlenmiştir.

¹⁴ Özen, **TBK’ ya Göre Kefalet**, s. 53; Özen, **a.g.e.**, s. 47.

¹⁵ Beck, **a.g.e.**, Art. 492, N. 88; Giovanoli, **a.g.e.**, Art. 492, N. 2; Elçin Grassinger, **a.g.e.**, s. 13; Yılmaz, **Geçerlilik**, s. 5 ; Özen, **TBK’ ya Göre Kefalet**, s. 80; Özen, **a.g.e.**, s. 67; Wiegand, **a.g.m.**, s. 187.

¹⁶ Pestalozzi, **a.g.e.**, Art. 492, N. 13; Beck, **a.g.e.**, Art. 492, N. 88; Giovanoli, **a.g.e.**, Art. 492, N. 2; Develioğlu, **a.g.e.**, s. 112, 113; Gümüş, **a.g.e.**, s. 533, 534; Reisoğlu, **a.g.e.**, s. 2, 3; Özen, **a.g.e.**, s. 67; Yılmaz, **Geçerlilik**, s. 5; Özen, **TBK’ ya Göre Kefalet**, s. 80; Yavuz, **Özel Hükümler, 2012**, s. 669; Ayrancı, **Asıl Borcun Belirli Olması**, s.109; Aral, **a.g.e.**, s.424; Taşdelen, **a.g.m.**, s. 732.

¹⁷ Elçin Grassinger, **a.g.e.**, s. 13.

¹⁸ Reisoğlu, **a.g.e.**, s. 3; Oser, Schönerberger, **a.g.e.**, Art. 492, N. 21; Beck, **a.g.e.**, Art. 492, N. 88; Zevkliler, Gökyayla, **a.g.e.**, s. 531, Gümüş, **a.g.e.**, s. 531; Fulya Erlüle, “Müteselsil Kefalet ve Müteselsil Borçluluk Kavramlarının Karşılaştırılması”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 7, S. 1-2, 2003, s. 630; Halil Akkanat, “Kefaletin Fer’iliği İlkesi ve Banka Ticari Kredi Sözleşmeleri”, **Prof. Dr. Necip Kocayusufpaşaoğlu İçin Armağan**, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2004, s. 287; Haluk Tandoğan, “Bankaların Verdikleri Teminat Mektuplarının Hukuki Mahiyeti”, **II. Banka ve Ticaret Hukuku Haftası**, Ankara, 1962, s. 817 vd. Bu ilkeye müdahale edildiği zaman sözleşmenin en azından bütünüyle kefalet olarak adlandırılması mümkün

kefalet sözleşmesini karakterize eden bir özelliktir ve bu özellikten kaynaklanan bir takım sonuçlar doğmaktadır. Bu sonuçlar genel olarak şu şekilde sıralanabilir: Kefaletle güvence altına alınan alacak başkasına devredilirse, kefaletten doğan haklar da yeni alacaklıya geçer, alacak ortadan kalkarsa kefaletten doğan haklar da son bulur¹⁹, kefilin sorumluluğu asıl borçlunun sorumluluğundan fazla olamaz²⁰, asıl borç şarta bağlıysa kefilin kayıtsız şartsız sorumluluk altına girmesi geçerli olmaz²¹, asıl borçlu sadece ağır kusurundan sorumlu ise, kefil her türlü kusur halinde sorumlu tutulamaz²², alacaklı asıl borçluyu kısmen veya tamamen ibra ederken bu ibradan kefilin yararlanamayacağı kararlaştırılmaz²³, asıl borçlunun borcu muaccel olmadıkça kefilin borcu da muaccel olmaz²⁴, kefil alacaklıya karşı asıl borçlunun sahip olduğu tüm def'ileri- ödeme güçsüzlüğü içinde olmasından kaynaklanan savunmalar hariç- ileri sürebilir²⁵, bir anlaşmazlık halinde alacaklı sadece kefaletin değil, asıl borcun da varlığını ispatlamak zorundadır²⁶. Bu ilkenin bazı istisnaları (İİK m. 196, İİK m. 295, MK m. 630) bulunsa da bunlar kefil koruma düşüncesi,

olmayacağına ilişkin bkz. Özen, **TBK' ya Göre Kefalet**, s. 82, 83; Özen, **a.g.e.**, s. 69, dpn. 171. Scyboz'a göre fer'ilikten vazgeçildiği oranda sözleşme kefalet ya da garanti olarak nitelendirilebilecektir. Diğer bir deyişle fer'iliğin kabul edilmediği noktalar, kabul edildiği noktalardan fazla ise garanti sözleşmesi, az ise kefalet sözleşmesi söz konusu olacaktır. Bkz. Syboz, **a.g.e.**, s. 368.

¹⁹ Beck, **a.g.e.**, s. 492, N.41; Becker, **a.g.e.**, Art. 492; N. 23; Özen, **a.g.e.**, s. 68; Yılmaz, **Geçerlilik**, s. 5; Reisoğlu, **a.g.e.**, s. 3; Özen, **TBK' ya Göre Kefalet**, s. 80, 81, 88, 89; Tandoğan, **a.g.e.**, s. 695, Ayrancı, **Asıl Borcun Belirli Olması**, s. 110; Aral, **a.g.e.**, s. 425; Zevkliler, Gökyayla, **a.g.e.**, s. 531

²⁰ Beck; **a.g.e.**, Art. 492, N. 93; Tandoğan, **a.g.e.**, s. 695; Özen, **TBK' ya Göre Kefalet**, s. 81; Yavuz, **Özel Hükümler, 2012**, s. 669; Özen, **a.g.e.**, s. 68; Oser, Schönerberger, **a.g.e.**, Art. 492, N. 21, 37, 38; Elçin Grassinger, **a.g.e.**, s. 13; Reisoğlu; **a.g.e.**, s. 3; Zevkliler, Gökyayla, **a.g.e.**, s. 531.

²¹ Reisoğlu, **a.g.e.**, s. 3; Aral, **a.g.e.**, s. 425.

²² Reisoğlu, **a.g.e.**, s. 3; Özen, **a.g.e.**, s. 71; Tandoğan, **a.g.e.**, s. 695; Özen, **TBK' ya Göre Kefalet**, s. 85.

²³ Özen, **TBK' ya Göre Kefalet**, s. 82; Özen, **a.g.e.**, s. 69, dpn. 171.

²⁴ Reisoğlu, **a.g.e.**, s. 3; Tandoğan, **a.g.e.**, s. 695; Ayrancı, **Asıl Borcun Belirli Olması**, s. 110.

²⁵ Reisoğlu, **a.g.e.**, s. 4; Tandoğan, **a.g.e.**, s. 696; Özen, **TBK' ya Göre Kefalet**, s. 85; Yavuz, **Özel Hükümler, 2012**, s. 669; Özen, **a.g.e.**, s. 71; Ayrancı, **Asıl Borcun Belirli Olması**, s. 110; Aral, **a.g.e.**, s. 425.

²⁶ Tandoğan, **a.g.e.**, s. 696; Reisoğlu, **a.g.e.**, s. 4; Oser, Schönerberger, **a.g.e.**, Art. 492, N. 21; Beck, **a.g.e.**, Art. 492; N.94; Özen, **TBK' ya Göre Kefalet**, s. 87; Ayrancı, **Asıl Borcun Belirli Olması**, s. 110.

kefaletin kişisel teminat sağlama amacı ve hakkaniyet düşünceleriyle açıklanmaktadır²⁷.

Görüldüğü gibi bu denli önemli sonuçlar doğuran fer'ilik özelliği, kefalet sözleşmesini karakterize eden ve -bazı istisnalar dışında- taraflarca vazgeçilmesi mümkün olmayan bir özelliktir. Bu sebeple doktrinde²⁸, kefilin fer'i olarak borç üstlenme iradesinin, objektif esaslı nokta niteliğinde olduğu ifade edilmiştir. Objektif esaslı nokta olan bu hususun, kefaletle ilişkin şeklin kapsamına dâhil olması gerekmektedir. Böylece kefilin, fer'i olarak borç altına girme iradesinin, kefalet senedinde bizzat belirtilmesi gerekecek ve kefalet senedinde herhangi bir dayanak olmadan kefalet senedi dışındaki unsurlara başvurulacak, kefilin iradesinin anlaşıldığı hallerde şekil şartı yerine getirilmiş olmayacaktır²⁹. Böylece tarafların iradeleri kefalet sözleşmesi kurma konusunda uyuşmuş olsa dahi, bu unsurun sözleşmeye yansımaması kurulan sözleşmenin geçersizliğine yol açacaktır³⁰.

Ne var ki, kefalet senedi, kıymetli evrak hukukunda olduğu gibi üzerinde belirli kelimelerin mutlak suretle yer alması gereken sıkı şekil şartlarına tabi senetlerden değildir. Bu sebeple kefalet senedi üzerinde mutlaka “kefil”, “kefalet” gibi terimlerin kullanılması veya senedin “kefaletname” başlığı taşıması gerekmez. Önemli olan yükümlülük altına girenin, kefalet sözleşmesinin mahiyetine uygun olarak asıl borcun ödenmemesi halinde fer'i olarak sorumluluk altına girdiğini açıklamasıdır. Diğer bir deyişle kefilin, asıl borcun varlığı, geçerliliği ve devamına bağlı olarak bir sorumluluk üstlenmek istediğinin kefalet senedinden “anlaşılır” olması gerekir³¹.

²⁷ İstisnalar için bkz. Özen, **TBK' ya Göre Kefalet**, s. 96-99; Reisoğlu, **a.g.e.**, s. 4; Tandoğan, **a.g.e.**, s. 696, 697; Özen, **a.g.e.**, s. 81, 82; Oser, Schönerberger, **a.g.e.**, Art. 492, N. 39, 46, 47; Aral, **a.g.e.**, s.426.

²⁸ Oser, Schönerberger, **a.g.e.**, Art. 493, N. 23; Taşdelen, **a.g.m.**, s. 741; Pestalozzi, **a.g.e.**, Art. 493, N. 7; Müller, **a.g.e.**, s. 83; Elçin Grassinger, **a.g.e.**, s.104; Rein, **a.g.e.**, s.32; Y. 3.HD. 15.10.1970 E. 5007 K.3857 (Tandoğan, **a.g.e.**, s. 749).

²⁹ Münchener Kommentar/ Pecher, **a.g.e.**, § 766, N.5; Rein, **a.g.e.**, s. 32; Elçin Grassinger, **a.g.e.**, s. 104.

³⁰ Karş. Oser, Schönerberger, **a.g.e.**, Art. 493, N. 23.

³¹ Fer'i olarak borç üstlenme iradesinin kefalet senedinde yer alması gerektiğine ilişkin bkz. Giovanoli, **a.g.e.**, Art. 493, N. 15; Pestalozzi, **a.g.e.**, Art. 493, N.4; Elçin Grassinger, **a.g.e.**, s. 104;

Fer'i olarak sorumluluk üstlenme iradesinin senette açıkça yer almadığı hallerde, bu iradenin varlığını tespit için yorum yapmak gerekecektir. Ancak yorum yapılırken uygulanacak metod, sözleşmenin geçerli olması için senet metnine bağlı yorum metodu olacaktır. Aksi halde fer'i olarak sorumluluk üstlenme iradesi senet dışı unsurlardan tespit edildiğinde, tarafların kefalet sözleşmesi kurma iradesiyle hareket ettikleri anlaşılrsa da bu husus, şeklin kapsamına dâhil olmadığı için kefalet sözleşmesi geçersiz olacaktır. Diğer bir deyişle verilen teminatın niteliği ihtilaflı ise, örneğin garanti mi kefalet mi olduğu tartışılıyorsa, yorum yaparken ancak yazılı şeklin kapsamından kefil olma iradesine ulaşılabiliriyorsa, verilen teminatın şekli açıdan geçerli olarak kurulmuş bir kefalet sözleşmesi olduğu sonucuna varılabilecektir. Örneğin, senette “*temel borç ilişkisine atıf yapılması*”, fer'i olarak borç üstlenme iradesinin bir göstergesi olacak, buradan teminatın kefalet olduğu sonucuna ulaşılacaktır³². Ancak senet metninden kefil olma iradesine ulaşamadığı vakit, senet dışındaki unsurlardan kefil olma iradesine ulaşıyorsa, senette başka yönde bir beyan yer alıyorsa da iradelerin uyuşmamasına dayanılarak sözleşme, senette yer alan beyan doğrultusunda da kurulmuş olmayacaktır.

Anderegg, **a.g.e.**, s. 8; Becker, **a.g.e.**, Art.492, N.4; Rein, **a.g.e.**, s. 32; Oser, Schönerberger, **a.g.e.**, Art.493, N.23; Beck, **a.g.e.**, Art. 492, 49; Müller, **a.g.e.**, s. 83; Tandoğan, **a.g.e.**, s.747; Mustafa Çeker, “Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Kapsamında Kredi Kartı Borcunun Ödenmemesi ve Hukuki Sonuçları”, http://www.turkhukuksitesi.com/makale_163.htm, 16.03.2012, s. 12; Gümüş, **a.g.e.**, s. 557; Zevkililer, Gökyayla, **a.g.e.**, s. 541.

³² Temel borç ilişkisine atıfta bulunulması yükümlülüğün fer'i olduğu sonucuna doğrudan ulaştırmaz. Ama teminat veren asıl borçlunun edim yükümüne tamamen paralel biçimde ve onu aynen kapsar tarzda taahhütte bulunmuşsa ve kendi edimini bağımsız bir şekilde tanımlamak yerine temel borç ilişkisinden doğan edimin yerine getirilmemesinden doğacak sonuçları üstlenircesine hareket etmişse, kefalet sözleşmesinin varlığı kabul edilebilir. Bkz. Nami Barlas, “Kredi Kartı İlişkisinde Bankaya Karşı Verilen Kişisel Teminatın Niteliğinin Belirlenmesi”, **Prof. Dr. Ömer Teoman’a 55. Yaş Günü Armağanı**, haz. Abuzer Kendigelen, C. 2, İstanbul, Beta, 2002, s. 957. Temel borç ilişkisine atfın kefalet garanti ayırımında başvurulacak kıstaslarından biri olduğuna ilişkin bkz. Fahrettin Aral, “Banka Teminat Mektuplarının Hukuki Niteliği ve Kefaletten Farkları”, **Prof. Dr. Fikret Eren’e Armağan**, Ankara, Yetkin Yayınları, 2006, s. 139; Sermet Akman, “Garantör Sıfatıyla Girişilen Taahhüdün Mahiyeti ve Bu Bağlamda Garanti ve Kefalet Sözleşmelerini Birbirinden Ayıran Temel Kriterler”, **Prof. Dr. Hüseyin Ülgen’e Armağan**, C. 2, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2007, s. 1673; Ferhat Canpolat, Seçkin Topuz, “Kefalet İle Garanti Ayırımının Önemi ve Ayırımında Uygulanacak Kıstaslar”, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, S. 78, Y. 2008, s. 64; Sabih Arkan, “Kredi Kartıyla İlgili Olarak Verilen Güvencenin Hukuki Niteliği (HGK’nın 4.7.2001 Tarihli Kararının Eleştirisi)”, **Prof. Dr. Ünal Tekinalp’e Armağan**, C. 1, İstanbul, 2003, s. 986.

Senet metninden başka unsurlara dayanılarak kefil olma iradesine ulaşıyor ve bu takdirde karşı tarafın kefilin bu iradesini bildiği ya da bilmesi gerektiği kabul ediliyorsa; kefalet sözleşmesi kurulacaksa da, şekil şartını sağlamadığı için geçersiz olacaktır. Bu yorum metodu kefalet sözleşmesinin yorumlanmasında sözleşmenin metnine önem veren, kefalet senedinin metni dışındaki unsurlara başvuru olarak yorum yapılmasının, ancak bu unsurların kefalet senedinde dayanağı olması halinde mümkün olduğunu savunan, özellikle Alman öğreti ve uygulamasında kabul görmüş olan görüşe paraleldir³³. Böylece kefalet senedinin yorumu sonucu, kefilin fer'i olarak sorumluluk üstlendiğine ilişkin, senette hiçbir dayanak yoksa, kefaletin geçerliliği için aranan yazılı şekil şartı gerçekleşmemiş olacaktır.

Doktrinde kefalet senedinin yorumuna ilişkin İsviçre Hukuku'nda hâkim olan ve Türk Hukuku'nda da öncelikle Reisoğlu tarafından ileri sürülen görüş ise, yorum yapılırken kefalet senedi dışında kalan olgulara, bu olguların kefalet senedinde bir dayanağının olup olmadığına bakılmaksızın başvurulabileceğini savunmaktadır³⁴. Bu görüşü ileri sürenler, kefaletin geçerliliği bakımından şekle bağlı bir sözleşme olmasına rağmen, kefilin iradesi yorumlanırken kefalet metninin lafzıyla bağlı kalınmayacağı, diğer bütün unsurların da göz önüne alınacağı ifade etmiştir. Bu yorum metoduna göre, fer'i olarak sorumluluk üstlenme iradesinin senetten açıkça anlaşılmadığı hallerde, bu iradeye senet dışı unsurlardan ulaşılabiliyorsa kefalet sözleşmesi geçerli olarak kurulacaktır. Bu görüşe göre, lâfzî yorumla bağlı kalınmayacak, kefilin fer'i olarak sorumluluk üstlenme iradesini ortaya çıkarmak için, *“kefil ile alacaklı arasındaki sözleşme görüşmeleri, bu görüşmeler sırasında sergilenen davranışlar, düzenlenen belgeler”* gibi kefalet senedi dışında kalan unsurlara da başvurulabilmesini kayıtsız şartsız kabul etmek gerekecektir³⁵. Böylece

³³ Heinz Hübler, **Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuch**, Berlin-Newyork, 1985, §35 III, N. 432; Bu görüş biçimi “dayanak teorisi” (Adeutungstheorie) olarak adlandırılmıştır. Bkz. Reinicke, Tiedtke, **a.g.e.**, s. 24; Münchener Kommentar/ Pecher, **a.g.e.**, §766, N. 3.

³⁴ Reisoğlu, **a.g.e.**, s. 31, 32; Beck, **a.g.e.**, Art. 492, N. 48; Oser, Schönenberger, **a.g.e.**, s. Art. 492; N. 86; Becker, **a.g.e.**, Art. 492, N. 6 ve Art. 493, N. 3; Burak Özen, “Kefalet Sözleşmesinde Şekle Aykırılık ve Şekle Aykırı Kefalet Sözleşmesinin Kefil Tarafından İfa Edilmesi”, **Prof. Dr. Belgin Erdoğan’a Armağan**, İstanbul, Der Yayınları, 2011, s. 756.

³⁵ Özen, **TBK’ya Göre Kefalet**, s. 155; Özen, **Şekil**, s. 756; Özen, **a.g.e.**, s. 124.

kefalet senedinden fer'i olarak borç üstlenme iradesi çıkarılamasa bile tarafların iradelerinin yorumu sonucu kefalet sözleşmesinin kurulmak istendiği anlaşılıyorsa, bu iradenin sözleşme metni içinde yer almadığına dayanılarak kefalet sözleşmesinin şekli geçerlilik şartını sağlamadığı ileri sürülemeyecektir³⁶. Ancak bu yorum şekli, fer'i olarak sorumluluk üstlenme iradesinin açığa çıkarılması bakımından uygun değildir. Çünkü kefilin iradesi yorumlandıktan sonra şekle bağlı bir işlem olan kefalet sözleşmesinde fer'i olarak sorumluluk üstlenme iradesine ulaşılmışsa, ayrıyeten bir de bu hususun şeklin kapsamında yer alıp almadığını tespit etmek gerekecektir³⁷. Zira kefalet sözleşmesinin objektif esaslı unsuru olan fer'i olarak sorumluluk üstlenme iradesinin, sözleşmenin geçerliliği için mutlaka öngörülen yazılı şeklin kapsamı içinde yer alması gerekmektedir.

Uygulamada aslında tarafların iradesi kefalet sözleşmesi kurma yolunda uyuşmuş olsa dahi “*garanti*” ve “*birlikte müşterek borçlu ve müteselsil kefil*” gibi terimlerin kullanıldığına da sıklıkla rastlanmaktadır. Böyle durumlarda yükümlülüğün asli ya da fer'i olduğunu belirleyen hususun bu terimlerden ziyade, yükümlülük altına girenin iradesi olacağı kabul edilmektedir³⁸. Zira uygulamada özellikle “*garanti*” sözcüğü, borçlunun borcunu yerine getireceğine dair teminat verilmesi anlamında hem kefaleti hem de garanti taahhüdünü içerebilecek şekilde geniş anlamda bir çatı kavram olarak kullanılmaktadır. Gerçek iradenin tespiti için genel ilkeler gereğince lâfzî yorum yapılırken, öncelikle tarafların sözleşmede kullandıkları deyimler önem arz edecek ve bu yolla teminat verenin fer'i olarak sorumluluk altına girme iradesinin bulunup bulunmadığı araştırılırken, sözleşmenin tüm metni göz önüne alınacaktır. Bu hususta temel borç ilişkisine atıf yapılmış olması, edimini ikincil yükümlülük olarak belirlemesi fer'i olarak sorumluluk üstlenme iradesini ortaya çıkarma bakımından önemli bir kriterdir³⁹. Senette yer alan bu gibi unsurlardan kişinin kefalet sözleşmesi

³⁶ Özen, **TBK' ya Göre Kefalet**, s. 216; Özen, **a.g.e.**, s. 175, 176.

³⁷ Reinicke, Tiedtke, **a.g.e.**, 21. Şekle bağlı işlemlerin yorumlanmasına ilişkin bkz. Kocayusufpaşaoğlu vd., **a.g.e.**, s. 337, 338.

³⁸ Reisoğlu, **a.g.e.**, s. 50; Becker, **a.g.e.**, Art. 493, N.3; Oser, Schönerberger, **a.g.e.**, Art. 492, N. 86.

³⁹ Barlas, **Kişisel Teminatın Niteliği**, s. 952-958. Taahhütte bulunanın alacaklıya karşı temel borç ilişkisinden kaynaklanan def'i ve itirazları sürmekten tümüyle ve peşinen feragat edilmiş olması ve teminat verenin alacaklının ilk talebi üzerine ödemedede bulunmayı üstlenmesi de tartışmalı olsa

yapma iradesine ulaşıyor ve karşı tarafın da iradesi kefalet sözleşmesi yapma yönündeyse, garanti ya da müteselsil borçluluk gibi deyimlerin kullanılmasına rağmen kefalet sözleşmesi geçerli olarak kurulmuş olacak, yanlış nitelendirme⁴⁰ sözleşmenin geçerliliğine zarar vermiş olmayacaktır⁴¹. Zira Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 18.11.1998 tarih ve E. 1998/19-811, K. 1998/818 sayılı kararında da vurgulandığı üzere, taraflar arasındaki sözleşmede, kefalet yerine “*müşterek ve müteselsil borçlu*” ifadelerinin kullanılması ya da “*müteselsil kefil ve müşterek borçlu*” terimlerinin birlikte yazılması⁴² kefalet ilişkisinin niteliğinde bir değişiklik meydana getirmez. Ancak yanlış nitelendirme yapılmış olmasına rağmen, şeklin kapsamına giren başka unsurlardan kefil olma iradesine ulaşılamıyorsa, tarafların iradeleri, kefalet sözleşmesi kurma yolunda uyuşmuş olsa dahi, şekil şartına uyulmadığı için sözleşme geçersiz olacaktır. Bu kimselerin tekrar kefil olma iradesini içeren bir sözleşme yapmaları gerekecektir.

Buna karşın alacaklı, teminat verenin iradesinin kefalet yönünde olmadığını iddia ediyor ve güven teorisine⁴³ göre teminat verenin gerçek iradesinin kefil olma yönünde olduğunu bilmiyor ya da bilmesi gerekmiyor ve senette de buna ilişkin herhangi bir dayanak yoksa sonuç farklı olacaktır. Bu durumda alacaklının, sözleşmenin garanti ya da müteselsil borçluluğa ilişkin olduğu konusunda güveni korunabiliyorsa, sözleşme, senette yer alan yanlış nitelendirmeye uygun olarak

da taahhüdün asli niteliğine işaret etmektedir. Bkz. Barlas, **Kişisel Teminatın Niteliği**, s. 958-961; Erlüle, **a.g.m.**, s. 632.

⁴⁰ Yanlış nitelendirme zarar vermez ilkesi (falsa demonstratio non nocet) hakkında bkz. Kocayusufpaşaoğlu vd., **a.g.e.**, s. 332; Hübler, **a.g.e.**, §35 III 1, N.430.

⁴¹ Özen, **TBK' ya Göre Kefalet**, s. 158. Ancak yazar, yanlış nitelendirmenin sözleşmenin geçerliliğine zarar vermeyeceği sonucuna, asıl borcun ne olduğu konusunda tarafların iradeleri uyuşmuşsa, kefalet belgesinde bu noktaların yanlış gösterilmiş olmasının önemi olmayacağı hususunda varmıştır. Yazar, tarafların iradelerinin tespitinde senet metniyle bağlı kalınmamasının, yani senet dışı olgulara kayıtsız şartsız başvurulabilinmesinin daha uygun olduğunu belirtmektedir. Ayrıca Bkz. Özen, **Şekil**, s. 756; Özen, **a.g.e.**, s. 127.

⁴² Y. 19. HD. 01.06.1994 E. 1993/5935 K. 1994/5335. (Çeker, **a.g.m.**, s. 10). Yargıtay'ın daha eski tarihli bir kararında “müteselsil borçlu sıfatıyla taahhüt ve tekeffül ederim” ibaresinin müteselsil kefaleti ifade ettiği belirtilmiştir.bkz. Y. HGK. 01.07.1953 E. 3-258-88 K.87 (Adalet Dergisi, 1953, s.1342)

⁴³ Kocayusufpaşaoğlu vd., **a.g.e.**, s. 132 vd.; Kocayusufpaşaoğlu, **Hata**, s. 5 vd.; Feyzioğlu, **a.g.e.**, s. 356; Eren, **a.g.e.**, s. 139 vd.

kurulacaktır. Fakat bu durumda aslında kefil olmak isteyen kişi “*sözleşmenin mahiyetinde yanıldığına*” dayanarak (TBK 31/f. 1 b.1) sözleşmeyi iptal etme hakkına sahip olacaktır⁴⁴. Alacaklının teminat verenin kefil olma iradesini, senette yer alan diğer dayanaklardan ya da başka unsurlardan bildiği ya da bilmesi gerektiği hallerde ise, güveni korunamayacak, karşılıklı birbirine uygun irade beyanı eksikliğinden aralarında sözleşme hiç kurulmamış olacaktır.

Ne var ki, kullandıkları deyimlerin anlamını bilen ya da bilmesi gereken kişilerin, örneğin sözleşme metni hazırlanırken birçok hukukçudan yararlanan ve yapılan sözleşme açısından ne tür bir sorumluluğun üstlenildiği hakkında yeterli bilgiye sahip bankaların teminat tahhütlerinde kullanılan terimler, onların gerçek iradeleri olarak yorumlanacaktır⁴⁵.

Fer’i olarak borç üstlenme iradesi, kefilin hiçbir açıklamada bulunmadan ve hangi sıfatla senedi imzaladığını belirtmeden asıl borç senedini imzalaması halinde de önem arz eder. Genel kabul gören görüş, asıl borç senedinin altına kefilin de imza atması ve senedin başka bir yerinde kefilliğe işaret etmemiş olması halinde, müteselsil borçluluk ilişkisinin doğacağıdır⁴⁶. Ancak böyle bir durumda senetle birlikte bulunan başka hususlardan, fer’i olarak borç üstlenme iradesine ulaşıyorsa, irade eksikliğinden dolayı verilen teminatın müteselsil borçluluk yönünde olması engellenir. Ama bu iradenin tespiti sonucu, kişinin kefil olarak sorumlu olacağı sonucuna da ulaşılamaz, zira böyle bir durumda kefalet sözleşmesinin şekil şartına

⁴⁴ Bankaların üçüncü şahıstan garanti taahhüdü alabilmek için titizlikle hazırladığı matbu metinlerin, aslında kefil olmak arzusuyla hareket eden ama uygulamada sıklıkla görüldüğü gibi metni yeterince okumaması nedeniyle imzalayan teminat veren, eğer kefil olma arzusu banka tarafından bilinmiyorsa garanti veren gibi sorumlu olacaktır. Zira garanti sözleşmesi kurulmuştur. Ancak bu durumda teminat veren sözleşmenin mahiyetinde hata sebebiyle sözleşmeyi iptal edebilecektir. Şayet banka, teminat verenin kefil olma iradesini biliyor ya da bilmesi gerekiyorsa, buna rağmen garanti sözleşmesinin imzalanmasına göz yumuyorsa, bu takdirde bir irade uyuşması olmadığından sözleşme hiç kurulmamış olacaktır. Bkz. Barlas, **Kişisel Teminatın Niteliği**, s. 970.

⁴⁵ Reisoğlu, **a.g.e.**, s. 34.

⁴⁶ Y.11.HD. 13.05.1986 E.2417 K. 2891; Reisoğlu, **a.g.e.**, s. 49; Tandoğan, **a.g.e.**, s. 748; Gümüş, **a.g.e.**, s. 564; Taşdelen, **a.g.m.**, s. 742; Güral, **a.g.m.**, s. 447, 448. Yargıtay bir kararında, genel kredi sözleşmesinin altının asıl borçludan ayrı olarak davalılar tarafından da imzalanmasını kefil olma iradesinin bulunduğu konusunda yeterli saymıştır. Bkz. Y.11.HD 05.04.1990 E. 2922 K. 3050 (Eriş, **a.g.e.**, 110). Ancak bu karar doktrinde eleştirilmiştir. Çünkü böyle bir imza kişinin müteselsil borçlu olma iradesiyle ya da garanti verme amacıyla da atılabilecektir. Kişinin gerçek iradesi araştırılmadan bu sonuca varmak isabetsizdir. Bkz. Elçin Grassinger, **a.g.e.**, s. 104.

uyulmamıştır⁴⁷. Ayrıca bu durumda da alacaklının, teminat verenin sadece imza atması halinde iradesinin müteselsil borçluluk yönünde olmadığını bilmiyor ya da bilmesi de gerekmiyorsa, müteselsil borçluluk ilişkisi doğduğu söylenebilecektir. Ama bu durumda teminat verenin hata hükümlerine dayanması mümkün olacaktır. Fakat alacaklının bu yönde güveni korunamıyorsa, başka unsurlardan kefalet iradesine ulaşılmışsa, birbirine uygun irade beyanı bulunmadığından, teminat vereni müteselsil borçlu olarak sorumlu tutamayacaktır. Bu durumda teminat verenin, kefil olarak da sorumlu olması, şekil eksikliğinden dolayı mümkün olmayacaktır.

Ayrıca her ne kadar TBK m. 603 ile kefalet için öngörülen şekil, gerçek kişilerce verilen diğer kişisel teminat sözleşmeleri için de aranacağı hükme bağlansa da teminat verenin gerçek iradesinin saptanması ve şekil şartına uyulmuş olup olmadığının tespiti bakımından aynı sorunlar ortaya çıkabilecektir. Bu takdirde yazılı şekil şartı ve sorumluluk miktarının ve taahhüt tarihinin açıkça sözleşmede belirtilmesi şartına uyularak teminat verme halinde de her ne kadar bu hususlar sözleşmede belirtilmiş olsa da, asıl iradesi kefalet verme yönüdeyken garanti verme şeklinde bir ibare kullanan teminat veren açısından, gerçek iradesinin belirlenmesi hususunda yukarıda bahsettiklerimiz geçerliliğini sürdürecektir.

Fer'i olarak sorumluluk üstlenme iradesinin kefalet senedinde yer alması gerekliliğine ilişkin bu sorunlar müteselsil kefil olunmak istendiği ihtimallerde karşımıza çıkmayacaktır. Zira TBK m. 583/ f. 1 c. 2 gereği müteselsil kefil olunmak istendiği takdirde, bu sıfatla ya da bu anlama gelen herhangi bir ifadeyle sorumluluk altına girildiği kefalet sözleşmesinde, kefilin kendi el yazısıyla belirtilmek zorunda olduğundan kefalet senedinde fer'i olarak sorumluluk üstlenildiği açıkça yer almış olacaktır.

C. Müteselsil Kefil Olma İradesi

Müteselsil kefil olma iradesine de TBK m. 583/f. 1 c. 2 gereğince kefalet senedinden ulaşılması zorunludur. Zira bu husus da azami miktar ve kefalet tarihi gibi sözleşmede el yazısıyla yazılması zorunlu olan unsurlardan biridir. Gerçi bu

⁴⁷ Elçin Grassinger, **a.g.e.**, s. 104; Oser, Schönerberger, **a.g.e.**, Art. 493, N. 23.

durum, TBK düzenlemesinden önce de doktrinde kabul görmüştür⁴⁸. Zira adi kefalet normal kefalet tipi olarak belirlenmiştir. TTK m. 7'deki istisna dışında, müteselsil kefil olma iradesine kefalet senedinden açıkça ulaşılmadığı müddetçe kefalet adi kefalet olarak nitelendirilecektir.

Müteselsil kefalet iradesinin tespiti için senette mutlaka “*müteselsil kefil*” ifadesinin bulunmasına gerek yoktur. Senette el yazısıyla yazılmış başka ifadelerden de müteselsil kefaletin varlığı açıkça anlaşılabilirse yeterlidir⁴⁹. 818 sayılı BK m. 487'de örnek olarak bazı ifadelere yer verilmiştir. Ancak bu ifadeler zaten müteselsil kefaleti tam olarak göstermeyen ifadeleri içeren İsv. BK m. 496'nın yanlış tercümesi sonucu kanunumuza girmiştir. 818 sayılı BK m. 487'ye göre, “*Kefil borçlu ile beraber müteselsil kefil ve müşterek müteselsil borçlu sıfatı veya bu gibi diğer bir sıfatla borcun ifasını deruhte etmişse, alacaklı asıl borçluya müracaat ve rehinleri nakde tahvil ettirmeden evvel kefil aleyhinde takibat icra edebilir*”. Ancak bu hükümde müteselsil borçlu ve müteselsil kefil ibarelerinin yanyana kullanılması bu kavramların mahiyetlerine aykırıdır. Zira müteselsil borçluluk asli nitelikteyken, müteselsil kefalet fer'i niteliktedir⁵⁰.

Yargıtay da kanun metninde bu hatalı “*müşterek borçlu ve müteselsil kefil*” ibarelerini bazı kararlarında⁵¹ müteselsil kefaletin ifadesi olarak kabul etmişken, bazı kararlarında⁵² da bu ibarenin kullanılmış olması halinde müteselsil kefalet iradesinin tam olarak anlaşılmadığından bahisle kefaleti adi kefalet olarak nitelendirmiştir.

⁴⁸ Reisoğlu, **a.g.e.**, s. 122; Tandoğan, **a.g.e.**, s. 770; Özen, **TBK'ya Göre Kefalet**, s. 293; Özen, **a.g.e.**, s. 237, 238.

⁴⁹ Reisoğlu, **a.g.e.**, s. 122

⁵⁰ Reisoğlu, **a.g.e.**, s.123; Erlüle, **a.g.m.**, 630; Selahattin Sulhi Tekinay, “Müteselsil Borç İle Kefalet Arasında Bir Mukayese”, **Adalet Dergisi**, C. 47, S. 7, Y. 1956, s. 743, 744.

⁵¹ Y. 4. HD. 22.09.1947 E. 3238 K. 3878 (Tandoğan, **a.g.e.**, s. 770); Y. 11. HD. 16.12.1991 E. 4438 K. 6660 (Eriş, **a.g.e.**, s. 118); Y. 19. HD. 01.06.1994 E. 93/5935 K. 94/5335 (Çeker, **a.g.m.**, s. 10); Y.19.HD. 1.6.1994 E.1993/5935 K. 1994/5535 (Cengiz Kostakoğlu, **Bankalar Kanunu Şerhi: Banka Kredi Sözleşmelerinden Doğan Uyuşmazlıklar ve Akreditif**, 5.Bası, Beta, İstanbul, 2006, s. 161); Y.3.HD. 18.2.2000 E.10864 K.11738 (Nihat Yavuz, **Türk Kefalet Hukuku**, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2009, s. 390)

⁵² Y.4. HD. 19.06.1958 E. 11288 K. 4247 (Türk İçtihatlar Külliyyatı, C.1-2, s. 300).Yargıtay, bu kararında müşterek borçlu ve müteselsil kefil ibaresinin, müteselsil kefaleti anlatmaya yeterli olmayacağı sonucuna ulaşmıştır.

Böylece müteselsil kefil olma iradesinin açıkça anlaşılmadığı hallerde de yorum yapılırken kefalet senedinin metni önemli olacaktır⁵³.

Kaynak İsv. BK'da da kullanılan hatalı ifadeler 1941 revizyonu sonrasında değiştirilmiştir⁵⁴. TBK düzenlemesinde de kefaletin şekline ilişkin m. 583 ve müteselsil kefaletle ilişkin m. 586'da 818 sayılı BK zamanındaki karışıklığa yol açan bu ifadeler değiştirilmiş kefilin, “*müteselsil kefil ya da bu anlama gelen başka bir ifadeyle*” müteselsil kefil olma iradesini açıklaması gereğinden bahsedilmiştir. Böylece tarafların sadece müteselsil kefaleti ifade eden sonuçlar üzerinde anlaşmış olmaları ve kefilin bunu senette el yazısıyla ifade etmesi halinde, müteselsil kefil olma iradesinin senette yer alma şartı sağlanmış olacaktır. Örneğin, kefilin, tartışma def'inden vazgeçmiş olduğunu, asıl borçludan önce kendisine başvurulabileceğini el yazısıyla belirtmesi halinde, müteselsil kefil olma iradesi senette yer almış olacaktır⁵⁵. Diğer yandan el yazılı beyanda müteselsil kefalet ifadesinin bulunmasına rağmen, senette yer alan beyanın güven ilkesine göre senet metnindeki ifadeler üzerinde yapılacak yorumundan farklı sonuca ulaşıyorsa, örneğin önce asıl borçluya başvurulmak istendiği anlaşılıyorsa, adi kefalet yönünde bir nitelendirme yapılması gerekecektir⁵⁶.

TBK m. 583/f. 1 c. 2'nin getirdiği zorunluluk bakımından, kefaletle konu borcun ticari işten kaynaklanıp kaynaklanmamasına göre bir ayırım yapılmamıştır. TTK m. 7/f. 2'de ise ticari borçlara kefalet halinde, teselsül karinesi kabul edilmiştir. Bu sebeple, örneğin banka kredi sözleşmelerine kefalet söz konusu olduğunda da aksi açıkça sözleşmede belirtilmediği müddetçe, müteselsil kefalet söz konusu olacaktır.

⁵³ Doktrinde bazı yazarlar, kefalet senedinin yorumunda senet dışı unsurlara kefalet senedinde dayanakları olsun olmasın başvurulabileceğini ifade ederken, müteselsil kefil olma iradesinin tespitinde metne dayalı bir yorum yapılması gerektiğinden bahsetmiştir. Bkz. Reisoğlu, **a.g.e.**, s. 105, 123; Özen, **Şekil**, s. 756; Özen, **TBK'ya Göre Kefalet**, s. 294; Özen, **a.g.e.**, s. 238.

⁵⁴ Reisoğlu, **a.g.e.**, s. 123

⁵⁵ Reisoğlu, **a.g.e.**, s. 124. Ancak her türlü rehlin paraya çevrilmesinden önce kendisine başvurulabileceğini kabul etmesi ve senette el yazısıyla belirtmesi halinde bu durum, kefilin tartışma def'inden de vazgeçtiği ve müteselsil kefil olma iradesinin olduğu anlamına gelmez. Bkz. Özen, **TBK'ya Göre Kefalet**, s. 294, Beck, **a.g.e.**, Art. 496, N. 10; Özen, **a.g.e.**, s. 238.

⁵⁶ Özen, **TBK'ya Göre Kefalet**, s. 294, Beck, **a.g.e.**, Art. 496, N.11; Zevkliler, Gökyayla, **a.g.e.**, s. 547; Özen, **a.g.e.**, s. 238.

Ticari borçlara kefalet halinde ayrıca bir de müteselsil kefil olma iradesini elle yazılmasının gerekip gerekmeyeceğine ilişkin iki şekilde yorum yapmak mümkündür. Bunlardan ilkinde göre, TBK m. 583/f. 1 c. 2’de ticari işlere kefalet halinde bu hükmün bir istisnası olacağından bahsedilmediği için, TBK’nın yürürlüğe girmesiyle m. 583’te müteselsil kefil olma ibaresinin el yazısıyla yazılması arandığından, ticari işlere kefalette de kefilin bu ibareyi kendi el yazısıyla belirtilmesi gerekecektir. Diğer yorum şekline göre, TTK m. 7’deki hükme öncelik verilmesi halinde ise, ticari işlere verilen kefalette müteselsil kefil olma ibaresinin ayrıca bir de el yazısıyla belirtilmesine gerek olmayacak, müteselsil kefil olma iradesi karine olarak kabul edilecektir⁵⁷. Kanımızca ikinci yorum şekli TK’nın, BK yanında özel kanun olması sebebiyle daha uygundur. Bu takdirde ticari borçlara verilen kefaletlerde, müteselsil kefil olma iradesinin bir de el yazısıyla kefalet senedine yazılmasına gerek olmayacaktır.

D. Asıl borcun Ferdileştirilmesi İçin Gerekli Unsurların Belirlenmesi

Fer’i nitelikteki kefalet sözleşmesinin, varlığı, devamı ve sona ermesinin geçerli bir asıl borca bağlı olduğundan bahsettik. Kefil, kefalet sözleşmesinin fer’i niteliği gereği, belirli bir asıl borca kefalet vermektedir. Kendisinden sadece belirlenmiş bu borç için talepte bulunulabilecektir. Belirli bir asıl borca bağlılık, kefalet sözleşmesini karakterize eden bir özelliktir. Bu sebeple yeteri kadar tanımlanmış, yaygın deyimlerle ferdileştirilmiş asıl borç da kefalet sözleşmesinin objektif esaslı unsurudur⁵⁸. Asıl borcun, kefalet senedinde belirli ya da belirlenebilir bir şekilde yer alması gerekir⁵⁹.

⁵⁷ Özen, **TBK’ya Göre Kefalet**, s. 295. 818 Borçlar Kanunu düzenlemesi açısından bankalarla yapılan kefalet sözleşmelerinde “*müteselsil*” ibaresinin senette belirtilmesine gerek olmadığına, zira banka için ticari bir iş olan kredi kullandırmanın karşı taraf için de ticari iş olmasından dolayı, kefilin kefaletinin zaten müteselsil olacağına ilişkin bkz. Barlas, **Kişisel Teminatın Niteliği**, s. 941. İcra zaptına geçirilen kefaletler de İİK m.38/c. 2 gereğince müteselsil kefalet olduklarından, aynı tartışma bu kefaletler için de geçerli olacaktır.

⁵⁸ Tandoğan, **a.g.e.**, s. 749; Müller, **a.g.e.**, s. 82.

⁵⁹ Giovanoli, **a.g.e.**, Art. 492, N.4, 72; Pestalozzi, **a.g.e.**, Art. 493, N. 7; Oser, Schönenberger, **a.g.e.**, Art. 492, N. 28, Art. 493, N. 24; Müller, **a.g.e.**, s. 82; Scyboz, **a.g.e.**, s.364; Wiegand, **a.g.m.**, s. 201, 202.

Asıl borcun ferdileştirilmesi ise kural olarak, “*borcun konusu ve kapsamının, alacaklının ve borçlunun adlarının, borçlanma sebebinin*” kefalet senedinde gösterilmesi yoluyla olur⁶⁰. Ne var ki, bütün bu hususların birlikte bulunması şart değildir. Bu hususlardan bazılarının eksikliği halinde dahi, bu eksiklikler kefalet senedindeki asıl borca ilişkin sözleşmenin tarihi, ifa zamanı, ifa yeri gibi diğer bilgilerle tamamlanabiliyorsa kefalet senedinin geçersizliği sonucuna ulaşılmayacaktır⁶¹. Bu unsurlardan birinin eksikliği halinde yapılacak yorumda ancak senette dayanak oluşturacak başka unsurların bulunması koşuluyla senet dışı unsurlara başvurulması caiz görülecektir.

1. Asıl Borcun Konusu ve Kapsamı

a. Genel Olarak

Kefaletle ilişkin şekil şartının yerine getirilmesi için asıl borcun da ne olduğunun kefalet senedinde belirtilmesi gerekmektedir, zira bu unsur da esaslı unsurlardan biridir. Bu hususta Tandoğan⁶², asıl borcun kefalet senedinde yeteri kadar tanımlanmış veya belli edilebilir olması gerektiğini ifade etmiştir. Ancak kefalet senedinden, asıl borcun açıkça anlaşılmadığı hallerde, “*kefalet senedine ya da senet dışı unsurlara*” başvurularak yorum yoluyla da asıl borcun tanımlanması mümkün görülmüştür. Ne var ki, kefilin koruma amacı gereğince yorumun, dürüstlük kuralına göre daraltıcı şekilde yapılması gerekecektir. Elçin Grassinger⁶³ ise, asıl borcun kefalet senedinde açıkça belirtilmiş ya da “*kefalet senedinde yer alan*” bilgilerin yorumlanması sonucu belirlenebilir olmasını yeterli bulmuştur. Asıl borcun ne olduğu, kefalet senedinde belirtilmemiş ancak senette yer alan alacaklı, asıl borçlu adları ya da borcun tarihi gibi unsurların yorumu ile asıl borç belirlenebiliyorsa

⁶⁰ Oser, Schönerberger, **a.g.e.**, Art. 492, N. 28 ve Art.493, N. 24; Tandoğan, **a.g.e.**, s.751; Fettah, **a.g.m.**, s.708; Mustafa Reşit Karahasan, **Türk Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri**, C.2, İstanbul, Beta, 2002, s.1218; Gümüş, **a.g.e.**, s. 562; Müller, **a.g.e.**, s. 82.

⁶¹ Rein, **a.g.e.**, s. 33; Seza Reisoğlu, “Kefalet Kavramı ve Muteberlik Şartları”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Y. 1962, C. 19, S. 1-4, s. 381; Elçin Grassinger, **a.g.e.**, s. 101; Reisoğlu, **a.g.e.**, s.51; Oser, Schönerberger, **a.g.e.**, Art. 493, N. 24.

⁶² Tandoğan, **a.g.e.**, 752, Tandoğan, **Geçerlilik**, s. 44.

⁶³ Elçin Grassinger, **a.g.e.**, s.101. Aynı görüşte bkz. Karahasan, **a.g.e.**, s. 1218.

kefalet geçerli olacaktır. Özen⁶⁴ de asıl borcun “*kefalet senedinde*” belli ya da belirlenebilir bir şekilde yer alması gerektiğini ifade etmiştir.

Kefile hangi borç için sorumluluk üstlendiyse ancak o borç için başvurulabileceğinden, asıl borcun belirli ya da belirlenebilir olması zorunludur. Ancak kefalet sözleşmesinin şeklen geçerliliği için asıl borcun ne olduğunun “*senette*” belirtilmesi zorunlu mudur? Bu soruna ilişkin bir sonuca varmak için, senetten asıl borcun ne olduğunun açıkça anlaşılamadığı hallerde yapılacak yorum sırasında senet dışı unsurlara hiçbir şarta tabi olmadan ya da ancak senette dayanakları olmak koşuluyla başvurulabileceğini öngören görüşleri değerlendirmemiz gerekmektedir.

Sözleşme taraflarının gerçek iradesini yorum yoluyla araştırırken, senet dışı unsurlara bu unsurların senette dayanaklarının olup olmadığına bakılmaksızın başvurulabileceğini kabul eden, özellikle Türk ve İsviçre doktrinlerinde kabul gören görüşe göre⁶⁵, asıl borcun ne olduğunun senette belirtilmemiş ve senette yer alan diğer unsurlarla tamamlanamıyor olması halinde senet dışı unsurlara kayıtsız şartsız başvurulabilecektir. Senet dışı unsurlar; kefile alacaklı arasındaki sözleşme görüşmeleri, aynı türden olaylarda kefilin iradesinin ne yönde olduğu gibi unsurlar olabilir. Böyle bir durumda da kefalet senedinin kapsamında asıl borcun yer almıyor olması sözleşmenin geçersizliğine yol açmayacaktır⁶⁶. Bu yorum şekline göre önemli olan kefaletin kurulması anında tarafların iradesinin ne yönde olduğudur⁶⁷.

Buna karşın, yorum yaparken kefalet senedinin metnine öncelik veren, kefalet senedi dışındaki unsurlara ancak kefalet senedinde dayanakları olmaları halinde başvurulabileceğini savunan özellikle Alman öğretisi ve uygulamasında kabul edilen görüşe göre, asıl borcun ne olduğu konusunda taraf iradeleri saptanırken, kefalet

⁶⁴ Özen, **a.g.e.**, s.173; Özen, **TBK’ya Göre Kefalet**, s. 214, 215.

⁶⁵ Müller, **a.g.e.**, s. 83; Beck, **a.g.e.**, Art. 492, N. 48; Oser, Schönenberger, **a.g.e.**, Art. 492, N. 86; Reisoğlu, **a.g.e.**, s. 31, 32.

⁶⁶ Özen, **TBK’ya Göre Kefalet**, s. 154-157; Özen, **a.g.e.**, s. 122-126.

⁶⁷ Reisoğlu, **Muteberlik**, s. 358- 360.

senedinde dayanağı olmayan senet dışı unsurlara başvurulamayacaktır⁶⁸. Aksi takdirde, asıl borç, kefalet senedinde belli ya da belirlenebilir bir şekilde yer almadığı için, kefaletin geçerliliği için aranan yazılı şekil şartı yerine getirilmiş olmayacaktır. Bu görüşe göre, asıl borcun belirlenmesinde senet dışı unsurlara başvurulabileceği kabul edilirse, bu durum kefalet sözleşmesinin kefil koruma amacıyla konulan yazılı geçerlilik şeklinin amacına da uygun olmayacaktır⁶⁹. Ancak yorum yaparken kefalet senedi dışındaki unsurlara ancak kefalet senedinde dayanakları olmaları halinde başvurulabileceğini savunan ilk görüş, her ne kadar şeklin koruyucu amacının yerine getirilmesine uygun olsa da, yorumda başvuru olan olguların kefalet senedinde dayanaklarının olup olmadığı değerlendirmesinin sübjektif olması, bu sebeple her seferinde farklı bir sonuca ulaşılması ve bu durumun hukuk güvenliğini sarsması, bu görüşün dezavantajı olarak görülmektedir⁷⁰.

İki yorum şekli, pratik açıdan farklı sonuçların ortaya çıkmasına yol açacaktır. Alman Federal Mahkemesi'nin önüne gelen bir olayda kefilin, müteahhidin eser sözleşmesinden doğan borcunu gereği gibi yerine getireceğini ve eseri ayıpsız olarak teslim edeceğini temin bir ettiği bir kefalet sözleşmesi mevcuttur. Olayda eser ayıpsız ve zamanında teslim edilmiş olsa bile müteahhidin hileli davranışları sonucu, eser bedeli, gereğinden fazla yüksek çıkmış ve bu nedenle iş sahibi fazla bir bedel ödemiştir. Mahkeme, ödediğini geri almak maksatlı müteahhitte birlikte kefile başvuran iş sahibinin, kefile bu borçtan ötürü başvurma olağının olup olmadığını değerlendirmiştir. Sonuç olarak, hileli davranışlarla fazla bir bedelin ödenmesine yol açılması halinde, kefilin bu borçtan da sorumlu olacağına ilişkin bir irade açıklaması

⁶⁸ Münchener Kommentar/Pecher, **a.g.e.**, § 766, N. 6; Reinicke, Tiedtke, **a.g.e.**, s.24, 25; Alman Federal Mahkemesinin bir kararında, kefalet senedinde asıl borç yeteri karar tanımlanmamış ve senetten teminat altına alınan bu borca ilişkin herhangi bir dayanak noktasına ulaşılamıyorsa kefaletin geçersiz olduğu sonucuna ulaşılmıştır. Bkz. BGH NJW 1993, 1261. Bu hususta ayrıca bkz. BGH NJW 1980, 1572, 1574.

⁶⁹ Özen, **TBK'ya Göre Kefalet**, s. 154-157; Özen, **a.g.e.**, s. 122-126.

⁷⁰ Reinicke, Tiedtke, **a.g.e.**, s. 25. Burada yer alan Alman Federal Mahkemesi kararlarında, birbirine benzer olaylarda senette yer alan özdeş ifadelerin yorumundan birbirinden farklı sonuçlara ulaşılmıştır. Örneğin bono bedelinden sorumluluk üstlenildiğinin kefalet senedinde yazılı olduğu benzer olaylarda, kefilin gerçek iradesinin bazı olaylarda bononun düzenlenmesine esas olan borçtan dolayı sorumlu olmak, bazı olaylarda ise bonodan kaynaklanan borçtan sorumlu olmak yönünde olduğu sonucuna ulaşılmıştır. Bkz. Reinicke, Tiedtke, **a.g.e.**, s.26, 27.

bulunmadığı ve senette de buna ilişkin bir dayanak olmadığı gerekçesiyle kefilin sorumlu olmayacağı kararına varmıştır⁷¹. Bu karar, yorum sırasında kefalet belgesi dışında kalan olgulara ancak senette dayanakları olmaları koşuluyla başvurulabileceğini savunan görüşe uygundur. Zira bu görüşe göre, senette yer alan olgulardan hareket etmek gerekeceğinden, kefilin müteahhidin hileli davranışlarla fazla ödeme tahsil etmesinden sorumlu tutulamayacağı sonucuna ulaşılacaktır⁷². Bu olayda yorum sırasında kefalet senedi dışındaki olgulara kefalet senedinde dayanağı olsun olmasın başvurulabileceğini kabul eden görüşe göre hareket edilseydi, her ne kadar kefalet senedinde müteahhidin hileli davranışlarından sorumluluk üstlenildiği belirtilmese dahi “*sözleşme görüşmeleri ve benzer olaylarda nasıl davranıldığı*” araştırılarak kefilin bu borçtan ötürü sorumlu olup olmadığı tespit edilebilecekti.

Yorum sırasında kefalet belgesi dışında kalan olgulara ancak senette dayanakları olmaları koşuluyla başvurulabileceğini savunan görüş kabul edilecekse, “*falsa demonstratio non nocet*” (*yanlış nitelendirme zarar vermez*) ilkesinin de kabulü gerektiği Alman doktrininde ifade edilmiştir⁷³. Buna göre, örneğin asıl borcun ne olduğunun ve kapsamında anlaşmışlarsa, buna ilişkin hususların kefalet senedinde yanlış gösterilmesine dayanarak kefaletin geçerlilik şeklinin gerçekleşmediğini ileri sürülemez. Zira bu durumda kefil ve alacaklı asıl borcun kapsamı hakkında fikir birliği içindedirler. Bu nedenle kefalet senedinin objektif anlamının tarafların gerçek iradelerine uymaması sebebiyle şekle aykırılık iddiası ileri sürülemez.

Kanaatimizce asıl borcun ne olduğu belirlenirken önce kefalet senedindeki unsurlara gidilmelidir. Bu kapsamda, örneğin, bir kefalet sözleşmesinde ifa yükümlülüğü altına girilen borcun tarihi belirtilmişse, borcun genel bir tanımlaması yeterli olacaktır. A'nın B'ye 01.01.2011 tarihli satış bedeli borcu için kefil olduğunun belirtilmesi gibi. Bu durumda senette yer alan alacaklı ve borçlunun adları ile asıl borcun tarihi, senet dışı unsur olan asıl borç senedine atıf yapılmasında bir

⁷¹ BGHZ 76, 87 (Reinicke, Tiedtke, **a.g.e.**, s. 27).

⁷² Özen, **TBK'ya Göre Kefalet**, s. 156; Özen, **a.g.e.**, s. 125.

⁷³ Reinicke, Tiedtke, **a.g.e.**, s.27; Hübner, **a.g.e.**, §35 III, N. 432. Bu ilke hakkında ayrıca bkz. Furrer, **a.g.e.**, s. 144 vd.

dayanak oluşturacaktır. Asıl borç, objektif bakımdan sözleşmenin kefalet olarak nitelendirilmesi için gerekli bir husustur. Bu sebeple kefalet sözleşmesi için öngörülen geçerlilik şeklinin kapsamına dâhil olması gerekmektedir. Asıl borcun senette açık bir şekilde belirtilmesine gerek yoktur, belirlenebilir olması yeterlidir⁷⁴. Asıl borç senette belirli bir şekilde yer almıyorsa, yapılacak yorumda önce senedin metnine öncelik verilmeli, senette yer alan diğer unsurlarla asıl borç tanımlanmaya çalışılmalıdır. Ancak yine bir sonuca ulaşılamıyorsa, senet dışı unsurlara ancak senette dayanakları olmaları koşuluyla başvurulmalıdır. Aksi halde düzenlenen senede yansımamış bir iradeden ötürü, kefil sorumlu tutulmuş olacaktır. Bu sonuç, aynı zamanda kefalet sözleşmesi için konulan şeklin kefil koruyucu amacına da daha uygun olacaktır. Böylece kefile senette belirtilmeyen bir borçtan dolayı başvurulma tehlikesinin önüne geçilecektir. Ancak bu durumda “yanlış nitelendirme zarar vermez ilkesi”nin kabul edilmesi, tarafların senette dayanağı bulunmayan gerçek iradelerinin anlaşılması anlamına gelir ki, bu görüş de şekil şartının yerine getirilmediği sonucuna ulaştırır. Taraflar belirli bir asıl borç üzerinde kefilin sorumluluk üstlendiği hususunda anlaşmışlar, ama bunu sözleşmeye geçirirken yanlış tabirler kullanmışlarsa, aralarındaki anlaşmaya uygun olarak tekrar bir sözleşme düzenlemeleri daha uygun olacaktır. Eğer alacaklı, kefil düşündüğünden başka borçlar için de sorumlu tutmak istiyor ve kefilin de iradesinin bu yönde olduğunu anlamakta haklı ise sözleşme kurulacak, ancak kefilin TBK m. 31/f. 1 b. 5’e göre sözleşmeyi iptal etme hakkı bulunacaktır. Alacaklının bu yönde güveninin korunamadığı hallerde ise, irade uyuşmazlığı olduğundan sözleşme kurulmamış olacaktır.

Aynı kefalet senediyle bir kimsenin birden fazla borcu için de teminat verilebilir. Ancak bu halde bu borçların hepsinin, kefalet senesinde tek tek tanımlanması ya da belirlenebilir olması gereklidir⁷⁵.

⁷⁴ Yargıtay’ın bir kararında, borçludan talep olunacak tazminata kefil olunması halinde henüz kefil olunan asıl borç miktarı belli olmadığı için kefaletin geçersiz olduğu sonucuna ulaşılmıştır. Bkz. Y. HGK. 04.01.1953 E.150 K.14 (Olguç, **Kefalet**, s.66).

⁷⁵ Barlas, **Bazı Sorunlar**, s. 45; Barlas, **Sempozyum**, s. 351.

b. Asıl Borcun Tutarı

Kefaletin geçerlilik şekline uygun olarak kurulabilmesi için önemli olan, kefalet senedinde asıl borcun konusu ve kapsamının belirtilmesidir, yoksa asıl borcun tutarının rakam ile belirtilmesi şart değildir⁷⁶. Buna göre, asıl borcun miktar olarak yazılması şart olmayıp dürüstlük kuralına göre yapılacak yorum yoluyla anlaşılacak şekilde belirtilmesi yeterli olacaktır.

Asıl borcun tutarının kefalet senedinde gösterilmesi; borcun ferdileştirilmesi açısından ve kefilin sorumlu tutulduğu tarihte senette belirtilen azami sorumluluk miktarının asıl borçtan fazla olması halinde, kefilin sorumluluğu asıl borç tutarına göre belirleneceğinden önemlidir. Ancak tutarın mutlaka rakamla gösterilmesi gerekmez, yorum yoluyla ya da asıl borç senedine yapılacak atıfla da tutar tespit edilebilecektir⁷⁷. Örneğin, A'nın B'ye ödünç sözleşmesinden olan 100.000 TL borcuna, K'nın 50.000 TL'ye kadar kefil olması ihtimalinde, A borcunun 70.000 TL'lik kısmını ödediğinde kefile ancak geriye kalan 30.000 TL için başvurulabilecektir. Yani bu ihtimalde kefilin sorumluluğu senette yazılı olan tutara göre değil, asıl borç tutarına göre belirlenecektir. Bu sebeple en başta asıl borcun tutarının kefalet senedinde gösterilmesi, daha sonra kefilin sorumluluğunun hesaplanabilmesi bakımından önemlidir.

Bu konuda İsviçre doktrininde İsv.BK m. 493/f. 1 kefilin sorumlu olacağı azami miktarın kefalet senedinde "*rakamsal olarak*" gösterilmesini şart tuttuğundan artık "*asıl borç tutarının*" kefalet senedinde yer almasına gerek olmadığı ifade edilmiştir⁷⁸. Bu görüşle paralel olarak, Türk Hukukunda da Reisoğlu, böyle bir hüküm yer almasa dahi, sorumlu olunacak azami meblağın rakamla kefalet senedinde yer alması halinde, asıl borç tutarının kefalet belgesinde yer almasının zorunlu

⁷⁶ Giovanoli, **a.g.e.**, Art.493, N.15; Pestalozzi, **a.g.e.**, Art.493, N.7; Elçin Grassinger, **a.g.e.**, s. 103; Ayrancı, **Asıl Borcun Belirli Olması** s.110; Özen, **a.g.e.**, s.173, dpn. 455; Tandoğan, **a.g.e.**, s. 753; Özen, **TBK'ya Göre Kefalet**, s. 214, dpn. 482.

⁷⁷ Tandoğan, **a.g.e.**, s.753; Ayrancı, **Asıl Borcun Belirli Olması**, s. 116; Elçin Grassinger, **a.g.e.**, s. 102.

⁷⁸ Beck, **a.g.e.**, Art. 493, N. 9; Oser, Schönenberger, **a.g.e.**, Art.493, N. 24; Rein, **a.g.e.**, s. 34.

olmadığını savunmuştur⁷⁹. Reisoğlu'nun bu görüşü, TBK m. 583 için de savunulabilecektir. Ancak kanaatimizce, kefile başvurulduğu anda asıl borcun miktarının kefilin azami sorumluluk miktarının altında olması halinde, kefil ancak asıl borcun miktarına kadar sorumlu tutulabileceğinden, kefilin asıl borçlunun sorumluluğundan fazla bir sorumluluk yüklenip yüklenmediğinin tespiti açısından daha sonra ortaya çıkabilecek ihtilafları engellemek için her ne kadar kefalet senedinde, kefilin azami sorumluluk miktarı rakamla belirtilse de, asıl borcun tutarının da belirtilmesi uygun olacaktır. Ancak bu tutarın rakamla belirtilmesi şart olmayıp yorum yoluyla ya da asıl borç senedinde tutar belirlenebilir olmak kaydıyla asıl borç senedine atıfla, belirlenebilir olması yeterli olacaktır.

c. Asıl Borcun Kapsamının Sonradan Arttırılması

Kefalet sözleşmesi yapıldıktan sonra, asıl borcun kapsamının ek bir sözleşme ile artması halinde kefilin sorumluluğu genişlemeyecektir. Kefil, yine kefil olduğu zaman kefalet senedinde yer alan asıl borcun kapsamı dâhilinde sorumlu olacaktır⁸⁰.

Bu duruma, uygulamada, özellikle kredi kartı sözleşmelerine kefalet verilmesi halinde rastlanır. Müşteriye daima belirli bir limite kadar nakit çekme veya harcama imkânının tanındığı kredi kartı sisteminde, bu limit belirli periyodlar sonunda kendiliğinden ya da müşterinin talebi üzerine yenilenir⁸¹. Bu limitin arttırılması halinde ise, kefilin sorumluluğu ilk limit üzerinden belirlenecektir⁸². Örneğin 10.000 TL limitli kredi kartı sözleşmesine 5.000 TL'ye kadar kefil olduğunda, borçlu borcun 7.000 TL'sini ödeyince kefile kalan 3.000 TL için başvurulabilecektir. Daha sonra limitin 12.000 TL'ye çıkarılması ihtimalinde kefilin bu arttırılan asıl borç miktarından da sorumlu olacağı kabul edilirse, borçlunun yine 7.000 TL'lik borcunu ödemesi halinde kefile kalan 5.000 TL için başvurulabilme imkânı doğmayacaktır. Zira kefilin, kefalet sözleşmesini imzaladığı anda teminat altına aldığı asıl borçtan

⁷⁹ Reisoğlu, **a.g.e.**, s.52.

⁸⁰ Ayrancı, **Asıl Borcun Belirli Olması**, s. 110; Çeker, **a.g.m.**, s. 14; Arkan, **a.g.m.**, s. 991; Y. 11.HD. 24.11.1987 E. 4013 K.6512 (Uygur, **a.g.e.**, s. 9427)

⁸¹ Barlas, **Kişisel Teminatın Niteliği**, s. 942.

⁸² Arkan, **a.g.m.**, s. 991.

sorumlu olması gereceğinden, her ne kadar limit arttırılmış olsa dahi, kefilin sorumluluğu yine ilk limit üzerinden kalan 3.000 TL için olacaktır.

Ne var ki, kanundan, sözleşmeden ya da işin niteliği gereği ortaya çıkan artıştan kefilin sorumluluğu söz konusu olacaktır. Örneğin, borçlunun kusur ve temerrüdünün yasal sonuçları nedeniyle asıl borç miktarında kanundan dolayı bir artış meydana gelmişse, kefil alacaklıya karşı kapsamı genişlemiş borç miktarından da sorumlu olmayı taahhüt etmişse yahut işin niteliği gereği asıl borç miktarının artabileceğinin öngörülebildiği hallerde, kefil bu asıl borç miktarından sorumlu olacaktır⁸³. Ancak kefilin rızası dışında alacaklı ve asıl borçlunun aralarında yapmış oldukları bir sözleşme sonucu, asıl borç miktarının artışı kefile tesir etmez⁸⁴.

2. Alacaklı ve Borçlunun Adları

Kefalet sözleşmesinde asıl borcun ferdileştirilmesi bakımından, alacaklı ve asıl borçlunun kefalet senedinde gösterilmesi hususu önemlidir. Hatta İsv. BK'nın kefalet hükümlerinin revizyonu sırasında alacaklı ve asıl borçlunun adlarıyla kefalet senedinde belirtilmesine ilişkin öneri yapılsa da bu husus kanuna alınmamıştır⁸⁵. Nitekim asıl borcun ferdileştirilmesi bakımından, alacaklı ve asıl borçlunun senette adlarıyla belirtilmelerinin gerekip gerekmeyeceğine ilişkin her iki taraf bakımından doktrinde farklı sonuçlara ulaşılmıştır.

⁸³ Giovanoli, **a.g.e.**, Art. 499, N. 10; Pestalozzi, **a.g.e.**, Art. 499, N. 5. Örnek olarak cari hesaba kefalet gösterilmiştir; Reisoğlu, **a.g.e.**, s. 158; Necip Bilge, "Kefilin Mesuliyetinin Şümulü", **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 13, S. 1-2, Y. 1956, s. 115; Seda Kara Kılıçarslan, "Kefilin Sorumluluğunun Kapsamı", **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 8, S. 1-2, Y. 2009, s. 50; Merve Yılmaz, "6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'na Göre Kefalet Sözleşmesinde Kefilin Sorumluluğunun Kapsamı", **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, S. 97, Y. 2011, s. 161.

⁸⁴ Bilge, **Kefilin Mesuliyeti**, s. 115; Reisoğlu, **a.g.e.**, s. 159; Kara Kılıçarslan, **a.g.m.**, s. 51.

⁸⁵ Tandoğan, **a.g.e.**, s.751; Reisoğlu, **a.g.e.**, s.51; Reisoğlu, **Muteberlik**, s. 381; Oser, Schönerberger, **a.g.e.**, Art. 493, N.24. Alman doktrininde, alacaklı ve borçlunun ismen belirtilmesine gerek olmadığı, teminat altına alınan alacağın senette yer alan diğer unsurlardan çıkarılabilmesinin yeterli olacağı ifade edilmiştir. Bkz. Münchener Kommentar/ Pecher, **a.g.e.**, §766, N. 4.

Kefalet senedinde asıl borcun ferdileştirilmesi bakımından alacaklının adıyla gösterilmesi zorunlu değildir, herhangi bir şekilde belirlenebilir olması yeterlidir⁸⁶. Bunun sebeplerini şu şekilde sıralamak mümkündür:

- Kefilin yükümlülük altına girmesinde alacaklıdan çok borçlunun şahsiyeti ve ödeme gücü önem taşımaktadır.

- Alacağın temliki yoluyla alacaklının her zaman değişmesinin mümkün olması sebebiyle, kefalet senedinde alacaklının ismen gösterilmesi bir anlam taşımayacaktır⁸⁷.

- TBK m. 582/f. 1 gereğince gelecekte doğacak bir alacak için dahi kefil olunabilmesi de, alacaklının kefalet senedinde ismen belirtilmesinin zorunlu olmaması fikrini desteklemektedir.

- Kefalet senedinde alacaklının ismen belirtilmesinin borcun ferdileştirilmesi için zorunlu olduğu fikri kabul edilirse, kefil tarafından kefalet senedinin imzalanmasının sonuçta bir öneri (icap) olması ve belirsiz kişilere karşı da önerinin sunulabileceği sonucuna aykırı hareket edilmiş olacaktır⁸⁸.

- Bunun dışında kefalet sözleşmelerinin de her sözleşme gibi tarafların iradelerinin birleşmesi ve alacaklının kabulüyle kurulacağı, ancak kefalette alacaklının kabulünün genellikle senedi kabul etme yoluyla zımni olduğundan yola

⁸⁶ Beck, **a.g.e.**, Art.492, N. 37; Art.493, N. 8; Oser, Schönerberger, **a.g.e.**, Art. 492, N. 28; Münchener Kommentar/ Pecher, **a.g.e.**, §765, N. 12, §766, N.5; Rein, **a.g.e.**, s.33; Anderegg, **a.g.e.**, s.12, 13; Becker, **a.g.e.**, Art. 492 N.7 ve Art.493 N.4; Giovanoli, **a.g.e.**, Art. 493 N.15;Reisoğlu, **a.g.e.**, s. 51, 52; Tandoğan, **a.g.e.**, s.751; Özen, **a.g.e.**, s.173; Elçin Grassinger, **a.g.e.**, s.103; Necip Bilge, **Borçlar Hukuku Özel Borç Münasebetleri**, Ankara, 1971, s.371; Barlas, **Bazı Sorunlar**, s. 45; Özen, **TBK' ya Göre Kefalet**, s. 213; Barlas, **Sempozyum**, s. 354; Reisoğlu, **Muteberlik**, s. 381, 382; Fettah, **a.g.m.**, s. 708; Taşdelen, **a.g.m.**, s. 742. Yazar, alacaklının belli edilebilir olmasının da gerekmediğini ifade etmektedir.

⁸⁷ Özen, **a.g.e.**, s.173; Özen, **TBK' ya Göre Kefalet**, s. 213, 214.

⁸⁸ İsviçre Federal Mahkemesi bir kararında, her ne kadar alacaklının kefalet senedinde ismen belirtilmesi gereği İsv. BK m.493'te belirtilmese de kefaletin fer'i karakteri gereği asıl borcun yeterince ferdileştirilmesi için alacaklının ismiyle ya da belirlenebilecek şekilde kefalet senedinde yer alması gerektiğini belirtmiştir. Buna istisna olarak kredi verecek kimsenin henüz bulunmadığı halde belli olmayan alacaklı lehine kefil olunmasının, uygulama tarafından kabul edilmesi gösterilmiştir (BGE 46 II 96). Bu karar, Reisoğlu tarafından eleştirilmiş, kefalet senedinin imzalanmasının bir öneri olduğu ve belli olmayan kişilere de öneride bulunulabileceği ifade edilerek alacaklının ismen senette gösterilmesine ya da belli edilebilir olmalarına gerek olmadığı ifade edilmiştir. Bkz. Reisoğlu, **a.g.e.**, s. 51, dpn.222; Reisoğlu, **Muteberlik**, s. 381, 382.

çıkarak, alacaklının belirlenebilir olmasını yeterli görmek gerekmektedir. Zira kefalet sözleşmeleri için öngörülen şeklin tek taraflı olmasından hareketle alacaklının şekle katılması gerekmemektedir, önceden belli olmayan bir alacaklının daha sonra kendisine sunulan senedi kabul etmesiyle kefalet sözleşmesinin zımni olarak kurulması mümkündür⁸⁹.

İsviçre Federal Mahkemesi de, kefilin, hamiline yazılı kıymetli evrak senedinin gelecekteki hamillerini veya belli bir taşınmaz rehni senedini gelecekte iktisap edecek kişileri göz önünde tutarak⁹⁰ ya da aranmakta olan belli bir krediyi açacak kişi lehine⁹¹, sorumluluk altına girdiği hallerde verilen kefaleti geçerli saymıştır⁹². Bu gibi hallerde kefil, alacaklıyı bilmeden kefalet yükümlülüğü altına girmektedir. Diğer bir deyişle bu haller, alacaklının belirlenebilir olması gerektiği kuralının istisnalarıdır⁹³. İşte bu gibi hallerde, alacaklı ismen belirtilmediği ya da belirlenebilir olmadığı için, “*asıl borcun ferdileştirilmesi*”, diğer bir deyişle “*kefil olunan asıl borcun diğer unsurlarla yeteri kadar tanımlanması*” kefil için önem taşımaktadır.

Diğer bir husus da asıl borçlunun kim olduğunun kefalet senedinde belirtilmesinin gerekip gerekmeyeceğidir. Doktrinde genel kabul gören görüş⁹⁴, asıl borçlunun, alacaklının aksine, belli edilebilir olmasını yeterli görmemiş; “*doğrudan doğruya ya da açık bir atıfla*” kefalet senedinde belirtilmesi gerektiğini ifade etmiştir. Dikkat edilirse, burada asıl borçlunun ismen belirtilmesi zorunlu tutulmamış, “*kefalet senedinden açıkça anlaşılır olması*” yeterli sayılmıştır. Diğer bir deyişle, kefalet senedinde asıl borçlunun kim olduğunu anlayabilmek için yeterince veri mevcutsa, asıl borçlunun bir de ayrıca ismen belirtilmesine gerek olmayacaktır. Ancak

⁸⁹ Reisoğlu, **a.g.e.**, s.51.

⁹⁰ BGE 45 II 172, BGE 38 II 132.

⁹¹ BGE 46 II 95.

⁹² Tandoğan, **a.g.e.**, s.751; Özen, **a.g.e.**, s.173; Giovanoli, **a.g.e.**, Art.493, N.15; Reisoğlu, **a.g.e.**, s.51; Özen, **TBK’ya Göre Kefalet**, s. 213, 214.

⁹³ Elçin Grassinger, **a.g.e.**, s.103.

⁹⁴ Oser, Schönenberger, **a.g.e.**, Art.493, N.24 ve 88; Fettah, **a.g.m.**, s.708; Yavuz, **Özel Hükümler, 2012**, s.677; Elçin Grassinger, **a.g.e.**, s.103; Tandoğan, **a.g.e.**, s.752; Bilge, **a.g.e.**, s.371; Giovanoli, **a.g.e.**, Art. 493, N.15; Pestalozzi, **a.g.e.**, Art. 493, N. 7; Münchener Kommentar/ Pecher, **a.g.e.**, § 765, N. 12, §766, N.6; Özen, **a.g.e.**, s.174; Özen, **TBK’ya Göre Kefalet**, s. 214; Zevkliler, Gökyayla, **a.g.e.**, s. 542.

doktrinde Reisoğlu, asıl borçlunun kefalet senedinde ismen belirtilmesinin zorunlu olduğunu ifade etmiştir⁹⁵.

Kanaatimizce de asıl borçlunun ismen belirtilmesi zorunlu değildir, kefalet senedinden asıl borçlunun kimliği “açıkça” anlaşılıyorsa, bu husus, kefalet sözleşmesinin geçerli olması için yeterlidir. Asıl borçlu, ismen belirtilmemiş ya da kefalet senedinden açıkça anlaşılmıyorsa, bu eksiklik kefalet senedindeki diğer unsurlarla tamamlansa dahi asıl borcun yeterince ferdileştirildiği söylenemez.

Alacaklıdan farklı olarak borçlunun senetten “açıkça” anlaşılır olmasının zorunlu tutulmasının sebebi, kefaletin fer’i karakteri gereği asıl borçlunun malvarlığı ve ödeme gücünün kefil için büyük önem taşımasıdır⁹⁶. Zira asıl borçlunun ekonomik durumuna göre, kefilin içinde bulunduğu ödeme riski ve ödediği takdirde de asıl borçluya rücu imkânı şekillenecektir. Bu sebeple ekonomik durumu iyi olmayan bir kimseye kefil olunurken çok daha fazla düşünülecektir. Bunun sonucu olarak, herhangi bir borçlu için kefil olunmayacaktır. Ayrıca bunun aksinin kabulü halinde, borcun nakli halinde, kefilin sorumluluğunun devamı için, alacaklının kabul edeceği borçluya kefilin de rıza göstermesini arayan emredici nitelikteki TBK m.198/f. 2 hükmüne de aykırılık oluşacaktır⁹⁷. Zira bu hüküm gereğince, kefalet güvencesine bağlanan borcun nakline, kefil tarafından önceden rıza verilmesi ve asıl borçlu kim olursa olsun kefil olunacağına açıklanması mümkün değildir⁹⁸.

Kefalet sözleşmesinde muvazaa olma ihtimali de mevcuttur. Böyle bir hal, kefil ve alacaklının görünüşte bir asıl borç ve borçluyu kefalet senedinde gösterip aslında başka bir borç için teminat verildiği hususunda anlaşmaları durumunda karşımıza

⁹⁵ Reisoğlu, **a.g.e.**, s.52; Reisoğlu, **Muteberlik**, s. 382; Aynı görüşte Bkz. Barlas, **Bazı Sorunlar**, s. 45; Barlas, **Sempozyum**, s. 354; Beck, **a.g.e.**, Art. 493, N.8.

⁹⁶ Beck, **a.g.e.**, Art.493, N. 8; Oser, Schönerberger, **a.g.e.**, Art. 493, N.24 ve 88; Reisoğlu, **a.g.e.**, s.52; Özen, **a.g.e.**, s.174; Özen, **TBK’ya Göre Kefalet**, s. 215; Tandoğan, **a.g.e.**, s.751.

⁹⁷ Tandoğan, **a.g.e.**, s.752; BGE 67 II 130 Erw. 3; BGE 63 II 409; Reisoğlu, **Muteberlik**, s. 383; Özen, **TBK’ya Göre Kefalet**, s. 215; Özen, **a.g.e.**, s.174; Pestalozzi, **a.g.e.**, Art. 492, N.39.

⁹⁸ İsviçre Federal Mahkemesi de bir kararında kefilin, “*asıl borcun herhangi bir şahsa nakli durumunda dahi kefaletinin geçerli olduğu*” şeklinde taahhütte bulunduğu kefalet sözleşmesinin borcu devralan yeni borçlu için de yürürlükte olmayacağı sonucuna varmıştır (BGE 67 II 130 Erw.3). Bkz. Akkanat, **Kefaletin Fer’iliği İlkesi**, s. 289.

çıkılmaktadır. Bu durumda görünürdeki kefalet ilişkisi muvazaalı olduğundan, gerçekte yapılmak istenen asıl borç ve borçlu için kefaletin de bu hususlar kefalet senedine yansımadağı için şekle aykırı olduğu sonucuna varılacaktır⁹⁹.

3. Asıl Borcun Hukuki Sebebi

Kefilin sorumluluk üstlendiği asıl borcun yeterince tanımlanması için, asıl borcun hukuki sebebinin gösterilmesi, ancak bazı durumlarda, kefalet senedinin şekil şartının tamamlanması için gerekecektir.

Asıl borcun hukuki sebebinin belirtilmesine gerek olmayan haller; taraflar arasında tek bir borcun söz konusu olduğu ya da sebepten soyut bir borç ikrarına kefil olunduğu yahut cari hesap şeklinde işleyen genel kredi sözleşmelerine kefalette olduğu gibi belli bir sözleşme çevresi içinde farklı zamanlarda doğacak değişken alacaklar için kefaletlerde borçlunun sözleşme sınırları içerisinde bankaya karşı doğmuş ve doğacak tüm borçlarına belli bir sorumluluk sınırına kadar kefil olunduğu hallerdir¹⁰⁰.

Son halde olduğu gibi alacaklı ile asıl borçlu arasında var olan “*bir hukuki sebepten kaynaklanan*” birden fazla borca kefalet verilmesi mümkündür. Bütünlük içinde yer alan birden fazla borca kefalet verilmesi halinde, tek tek her bir borç için belirlenebilirlik aranmaz, bu bütünün belirlenebilir olması halinde belirlenebilirlik şartı gerçekleşmiş sayılır¹⁰¹. Hangi akdi ilişkiden kaynaklandığı belli olan süreli borç ilişkilerinden doğan borçların ve kapsamı değişebilen çeşitli yükümlülüklerin tek bir kefalet senediyle teminat altına alınmasında bir engel yoktur.

Asıl borcun hukuki sebebinin belirtilmesine gerek olan haller ise; asıl borçlunun aynı alacaklı karşısında “*belli bir sözleşme çerçevesinde doğmayan, diğer bir deyişle farklı hukuki sebeplerden kaynaklanan farklı borçları*” bulunmaktaysa, bunlardan

⁹⁹ Özen, **a.g.e.**, s.175; Özen, **TBK’ya Göre Kefalet**, s. 215.

¹⁰⁰ Oser, Schönerberger, **a.g.e.**, Art. 493, N.24; Özen, **TBK’ya Göre Kefalet**, s. 214; Reisoğlu, **a.g.e.**, s.50,51; Tandoğan, **a.g.e.**, s.753; Özen, **a.g.e.**, s.174; Aral, **a.g.e.**, s. 440. Bir şirketin alt taşeronuna açtığı cari hesaba kefalette de aynı durum söz konusu olabilecektir. Bkz. Ayrancı, **Asıl Borcun Belirli Olması**, s. 112.

¹⁰¹ Andereg, **a.g.e.**, s. 13; Ayrancı, **Asıl Borcun Belirli Olması**, s. 112; Aral, **a.g.e.**, s. 440

hangi hukuki sebepten doğan borç için verildiği anlaşılamayan kefalet hüküm taşımayacaktır¹⁰². Bu durumda, kefaletin hangi hukuki sebepten kaynaklanan borç için verildiği belirtilmelidir. Ancak kefalet senedinden, bu borçların hepsi için kefil olduğu sonucu çıkarılabiliyorsa, kefalet sözleşmesinin geçerliliği etkilenmeyecektir¹⁰³.

4. Asıl Borcun Belirli ya da Belirlenebilir Olması İlkesine İlişkin Bazı Durumlar

a. Genel Olarak

Asıl borcun belirli ya da en azından belirlenebilir olması gerekliliğinden dolayı, “herhangi bir borç” için yapılan kefalet sözleşmeleri geçerli olmayacaktır. Aksi halde, kefalet sözleşmesinin şekil şartı yerine getirilmiş olmayacaktır. Bu sebeple, kefalet sözleşmesinde “alacaklı ve borçlu arasındaki her türlü hukuki ilişkiden doğan borç” için kefil olduğuna ilişkin ibareler varsa, bu tür kefalet sözleşmesi geçerli sayılmayacaktır¹⁰⁴.

Yine sözleşme metninde kefaletin, “borçlunun alacaklı ile devam etmekte olan akdi ilişkilerinden kaynaklanacak her türlü borcu temin etmek üzere verildiği” açıklanmışsa, asıl borç yeteri derecede belirlenip sınırlanmadığı için, sözleşmenin geçersizliği sonucuna ulaşılabilecektir¹⁰⁵.

¹⁰² “...Asıl borcun sözleşmede yeteri kadar tanımlanmış veya belli edilebilir olması gereklidir. Herhangi bir borç için verilmiş soyut bir kefalet, geçerli olmaz. Asıl borçlunun çeşitli yükümlülüklerinden hangisi için verildiği saptanamayan kefalet hüküm taşımaz (BK m.484). Sözleşmede kiralanda yapılacak tadilatın tahliyeden sonra kiracı tarafından giderileceğine dair kiracıya yüklenen edim, önceden belli ve kestirilmesi de mümkün olmayan araştırmaya bağlı hususlara ilişkin olduğu gibi senet dışı ve ileride ortaya çıkacak olaylara bağlı yapılacak hesaplarla belirli duruma gelebilir niteliktedir ve kefilin miktarı çıkarmasına da olanaklı bir durum yoktur. Hal böyle olunca kefalet hukuki neticelerine hasıl etmekten yoksun olduğundan geçersizdir.” Y.13. HD. 03.12.1991 E.7229 K.10997; Özen, **Şekil**, s. 754; Ayrancı, **Asıl Borcun Belirli Olması**, s. 112.

¹⁰³ Giovanoli, **a.g.e.**, Art.492, N. 4 ve 73; Özen, **a.g.e.**, s.174; Özen, **TBK’ya Göre Kefalet**, s. 214.

¹⁰⁴ Beck, **a.g.e.**, Art. 492, N.107; Oser, Schönerberger, **a.g.e.**, Art. 492, N. 29; Akkanat, **Kefaletin Fer’iliği İlkesi**, s. 288; Elçin Grassinger, **a.g.e.**, s.102; Tandoğan, **a.g.e.**, s.720; Barlas, **Sempozyum**, s. 351; Tandoğan, **Geçerlilik**, s. 46; Fettah, **a.g.m.**, s. 708.

¹⁰⁵ İsviçre Federal Mahkemesinin bir kararında, (BGE 54 II 281 Erw.4) bu şekilde rehinle teminat altına alınmak istenen alacağın, yeterince belirlenmiş olmadığı için rehin sözleşmesinin geçersizliğine karar vermesi, kefalet için de uygulanabilecektir. Bkz. Akkanat, **Kefaletin Fer’iliği İlkesi**, s. 289.

Bunun gibi asıl borç belli olmadan sadece sorumlu olunacak en yüksek miktarın gösterilmesi de kefaletin geçerli olmasına yol açmayacaktır. Örneğin kefilin “*borçlunun doğmuş veya doğacak herhangi bir borcuna 10.000 TL’ye kadar kefilim*” şeklindeki kefalet taahhüdü geçersizdir¹⁰⁶.

Bu çeşit ibareler kefilin sorumluluk üstlendiği borcu açıklamaktan uzaktır. Ayrıca kefalet sözleşmesinin kurulduğu zaman diliminde teminat altına alınmak istenen alacağın bünyesindeki belirsizlik, yükümlülük altına giren kefilin bir başkasının keyfi iradesine teslim edilmesi ve iktisadi özgürlüğünün tehlikeye düşmesi sonucunu doğuracaktır. Bu durum da MK m. 23’e aykırılık teşkil edecektir¹⁰⁷.

b. Gelecekte Doğacak Borçlar İçin Durum

Kefalet senedinin kapsamında yer alan asıl borcun, gelecekte doğacak olması, asıl borcun belirlenebilir olması ilkesinin sağlanmadığı gerekçesiyle, kefalet sözleşmesinin geçerliliğini etkilemeyecektir. Zira gelecekte doğacak borç için kefalet vermek, TBK m. 582 tarafından da mümkün kılınmıştır. Önemli olan husus, kefalet taahhüdü altına girildiği sırada değil, kefalet borcunun muaccel olduğu sırada geçerli bir borcun var olmasıdır¹⁰⁸. Bu durumda, kefalet sözleşmesi yapıldığı sırada, asıl

¹⁰⁶ Barlas, **Bazı Sorunlar**, s. 45; Barlas, **Sempozyum**, s. 351; Y. 13. HD. 03.12.1991 E. 7229 K. 10997. Akkanat, , bu durumda kefalet sözleşmesi olarak geçerli sayılmayan bu beyanın, “*üçüncü kişinin fiilini taahhüt*” olarak geçerli sayılması imkanının bulunup bulunmadığının araştırılmasını isabetli bulmaktadır. Bkz. Akkanat, **Kefaletin Fer’iliği İlkesi**, s. 288.

¹⁰⁷ Akkanat, **Kefaletin Fer’iliği İlkesi**, s. 288; Wiegand, **a.g.m.**, s. 202. İsviçre Federal Mahkemesi de bir kararında, kefalet belgesinde “*asıl borçlunun gelecekteki bütün borçlarından sorumluluk üstlenildiği*” gibi bir kayıt bulunması halinde, bunun özgürlüğün aşırı sınırlandırılması yasağına aykırı olacağını belirtmiştir. Buna karşın bir kişinin “*mevcut borçlarına kefil olunması*” halinde bir belirsizlik olmayacağı için ekonomik özgürlüğü tehlikeye sokan bir durum mevcut değildir. Bkz. BGE 120 II 235.

¹⁰⁸ Reisoğlu, **a.g.e.**, s. 17; Rein, **a.g.e.**, s. 61; Beck, **a.g.e.**, Art. 492, N.115; Ayrancı, **Asıl Borcun Belirli Olması**, s. 113; Giovanoli, **a.g.e.**, Art. 492, N. 69; Anderegg, **a.g.e.**, s. 12; Barlas, **Yeni Düzenlemeler**, s. 9. Gelecekte doğacak borçlara kefalet halinde, doğması beklenen borcun hiç doğmaması ihtimalinde, kefilin sınırsız olarak kefalet sözleşmesiyle bağlı kalma sakıncası bulunmaktadır. Bu takdirde zamanaşımı savunmasına da gidilemeyecektir, çünkü asıl borç doğmadıkça muacceliyet ve zamanaşımı da işlemeyecektir. Bu takdirde şartları varsa kefilin TBK m. 599’a göre kefaletten dönme imkanı olacaktır. bkz. Tandoğan, **Geçerlilik**, s. 20. TBK m. 598’te öngörülen on yıllık süre sınırlaması, gelecekte doğacak borçlar için kefalette, bu süre içinde asıl borç doğmamış ya da vadesi gelmemiş olsa bile geçerli olacaktır. Böylece kefilin sınırsız olarak kefalet sözleşmesiyle bağlı olma sakıncası ortadan kalkacaktır.

borç henüz ortaya çıkmamış olduğu için, kefalet sözleşmesinin fer'ilik ilkesi bu noktada zayıflamaktadır¹⁰⁹.

Gelecekte doğacak borca kefalette, asıl borcun şeklin kapsamında belirlenebilir bir şekilde yer alıp almadığının tespiti, özellikle kira sözleşmesi yapılırken henüz doğmamış kira bedeli borçları için kefil olunmasında, kredi açma sözleşmesinde henüz kullanılmamış krediler için yapılan kefalette ve cari hesap sözleşmelerinde karşılaşılan bir husustur.

Gelecekte doğması beklenen borcun da belirli ya da belirlenebilir bir şekilde senette yer alması gereklidir. Bu hallerde gelecekte doğacak asıl borcun, senette şeklin kapsamında belirli bir şekilde yer aldığını söyleyebilmek için, asıl borçlunun yanı sıra “*alacaklının*” ve “*alacağın sebebinin*” senette belirli ya da belirlenebilir bir şekilde yer alması gerekmektedir. Asıl borcun tutarının belli olması gerekmez, ancak hukuki sebebin anlaşılmadığı hallerde tutar, belirlenebilirlik ilkesinin yerine getirilmesinde önem arz eder¹¹⁰. Tüm bunlardan hareketle, “*herhangi bir hukuki sebepten kaynaklanan gelecekte doğacak borçlar için*” kefil olduğuna ilişkin bir ibare, asıl borcun şeklin kapsamında belirli bir şekilde yer alması gerekliliğine ilişkin şartı yerine getirmez¹¹¹.

Kefalet senedinden “*mevcut bir borca mı*” yoksa “*gelecekte doğacak bir borca mı*” kefil olduğu çıkarılamıyorsa, doktrinde yorumun kefaletin gelecekte doğacak borç için verildiği yönünde yapılması gerektiği ifade edilmiştir¹¹². Örneğin, kefil sadece “*borçlunun bankaya karşı olan kredi borcuna kefil olacağını*” belirtmektedir. Kefil, burada mevcut kredi ilişkisinden kaynaklanan herhangi bir borcu kastetmiş olabileceği gibi, yeni kullanılacak bir krediden doğacak olan borcu da kast etmiş olabilir. Böyle bir ihtimalde, bankanın kendisince bilinen durum ve koşullar

¹⁰⁹ Özen, **TBK'ya Göre Kefalet**, s. 141; Özen, **a.g.e.**, s. 112, 113.

¹¹⁰ Ayrancı, **Asıl Borcun Belirli Olması**, s.115.

¹¹¹ Barlas, **Bazı Sorunlar**, s. 46; Ayrancı, **Asıl Borcun Belirli Olması**, s. 114; Hans Kuhn, **Schweizerisches Kreditsicherungsrecht**, Bern, Stampfli Verlag, 2011, s. 701.

¹¹² Reisoğlu, **a.g.e.**, s. 17; Ayrancı, **Asıl Borcun Belirli Olması**, s. 114; Özen, **TBK'ya Göre Kefalet**, s. 188; Özen, **a.g.e.**, s. 153; Zevkliler, Gökyayla, **a.g.e.**, s. 537; Tandoğan, **Geçerlilik**, s. 20; Gümüş, **a.g.e.**, s. 548.

çerçevesinde kefilin beyanını nasıl anlaması gerektiği saptanacaktır. Kefilin, kefalet sözleşmesinin yapılmasından sonra kullanılacak bir kredi için sorumluluk üstlenmek istediğini bankanın anlaması gerekiyorsa, daha önce kullanılan kredilerin kefaletin kapsamı dışında kaldığına güven ilkesi çerçevesince yapılacak yorum sonucu varılacaktır. Uygulamayı da düşünürsek, kefalet genellikle belirli bir kredi açılırken söz konusu olmakta ve bu belirli krediyi teminat altına almak için kefil olma iradesi açıklanmaktadır. Kefilin bunun dışında bankayla müşteri arasında önceden beri var olan borç ilişkilerini de teminat altına almayı düşünüyor olması günlük hayatın akışına uygun değildir¹¹³. Aynı zamanda gelecekte doğacak borçlar için kefil olma, kefilin lehinedir. Zira gelecekte doğması beklenen borcun doğmama ihtimali vardır¹¹⁴. Bu sorun yeni düzenlemeyle açıklığa kavuşturulmuştur. Zira İsv. BK m. 499/f. 3'e paralel olarak, TBK m. 589/f. 3'e göre; sözleşmede açıkça kararlaştırılmamışsa kefil, borçlunun sadece kefalet sözleşmesinin kurulmasından sonraki borçlarından sorumludur.

Kefil, ancak sözleşmede açıkça kararlaştırılmamışsa, borçlunun sadece kefalet sözleşmesinin kurulmasından sonra doğacak borçlarını kefalet altına almış sayılacağı için, *“bankanın müşterisine karşı doğmuş ve doğacak bütün alacaklarından ötürü kefil olunduğu”* ifadesini içeren kefalet sözleşmelerinde, kefilin, kefalet sözleşmesi kurulmasından önce doğmuş borçlardan da sorumlu olduğu düşünülebilecektir. Aslında böyle bir ifade kullanılması halinde iki hususta problem ortaya çıkmaktadır. İlk problem böyle bir ifade sonucu kefilin, borçlunun bankaya karşı olan önceki borçlarından da sorumlu olup olmayacağı noktasındayken; ikinci problem kefilin ileride hangi sebepten olursa olsun doğacak borçlardan kefil olarak sorumlu tutulup tutulamayacağı noktasındadır.

İlk probleme ilişkin, sözleşmenin güven ilkesi çerçevesince yorumlanması sonucu, her ne kadar böyle geniş bir ifade kullanılsa da kefilin kefalet sözleşmesi yapıldığı sırada veya daha sonra kullanılacak belli bir krediden doğacak borcu için

¹¹³ Özen, **TBK'ya Göre Kefalet**, s.188, 189; Özen, **a.g.e.**, s. 153, 154.

¹¹⁴ Reisoğlu, **Muteberlik**, s. 342, 346; Reisoğlu, **a.g.e.**, s. 17; Ayrancı, **Asıl Borcun Belirli Olması**, s. 114; Rein, **a.g.e.**, s. 53.

sorumluluk üstlendiği sonucuna ulaşmak uygun olacaktır¹¹⁵. Böylece banka, güven ilkesi çerçevesinde söz konusu belgeyi, üzerinde yazılan ifadeye uygun yorumlamakta haklı sayılamayacaktır. Zira banka, mevcut durum ve koşulları değerlendirerek kefilin müşteriye yeni açılacak krediyi teminat altına almak istediğini anlayabilecek durumdadır. Açılacak “belirli” bir kredi için yapılan görüşmelere katılan kefilin, doğal olarak bu krediden kaynaklanacak borcu teminat almak istediği sonucuna ulaşılacaktır¹¹⁶.

İkinci probleme ilişkin de asıl borcun belirli olması ilkesinden yola çıkarak bir sonuca varmak mümkündür. Doğmuş ve doğacak borçlara kefil olunması gibi kefilin sorumluluğunu genişleten böyle bir kayıt, hukuki sebebi ve limiti belli olmayan bir asıl borca teminat verildiği şeklinde anlaşılabilir. Bu durumda, kefalet sözleşmesinde her ne kadar kefalet limiti belirli olsa da, asıl borcun belirli olması ilkesine aykırılık oluşacaktır¹¹⁷. Böyle bir kefalet sözleşmesini de kefilin sorumluluğunu genişlettiği ölçüde geçersiz saymak gerekecektir. Bu sonuca genel işlem koşulu niteliği taşıyan¹¹⁸ banka kredi sözleşmelerinin yürürlük ve içerik denetimi¹¹⁹ neticesinde de ulaşmak mümkündür. Genel işlem şartı niteliği taşıyan banka sözleşmelerinin, yürürlük denetimine tabi tutulması sonucu, TBK m. 21/f. 2 gereğince, sözleşmenin niteliğine ve işin özelliğine yabancı genel işlem koşulları yazılmamış sayılacağından, kefilin sorumluluğunu böylesine genişleten bir kayıt da “*şaşırtıcı hüküm*” olarak görülebilecek ve yazılmamış sayılacaktır¹²⁰. Yazılmamış

¹¹⁵ Özen, **TBK’ya Göre Kefalet**, s. 188, 189; Özen, **TBK’ya Göre Kefalet**, s. 153, 154; Aynı yönde bkz. BGE 48 II 208 (Reisoğlu, **Muteberlik**, s. 341, 342’den naklen).

¹¹⁶ Güven ilkesine dayanan bu yorum şekline rağmen, kefil hala senette kullandığı geniş ifadelere göre sorumlu tutulmak isteniyorsa, kefile yanılmaya dayanarak sözleşmeyi iptal hakkı tanınması da düşünülebilecektir. Bkz. Özen, **TBK’ya Göre Kefalet**, s. 191; Özen, **a.g.e.**, s. 156.

¹¹⁷ Kuhn, **a.g.e.**, s. 701.

¹¹⁸ Seza Reisoğlu, “Banka Uygulamaları Açısından Yeni Borçlar Kanunu’nun Genel İşlem Koşulları ve Eleştirisi”, (www.tbb.org.tr/.../SR_Borclar_Kanunu_Genel_Islem_Sartlari.doc), s. 2; Akkanat, **Kefaletin Fer’iliği İlkesi**, s. 289, dpn. 33.

¹¹⁹ Yeşim Atamer, “Genel İşlem Şartlarının Denetiminde Yeni Açılımlar”, **Prof. Dr. Necip Kocayusufpaşaoğlu İçin Armağan**, Ankara, Seçkin Yayınları, 2004, s. 322- 328; Atilla Altop, “Türk Borçlar Kanunu Tasarısı’ndaki Genel İşlem Koşulları Düzenlemesi (demirdemirhukuk.com/AA-Makale2.pdf), s. 5; Başak Baysal, “Türk Borçlar Kanunu’nun Yürürlüğü”, **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, C. 70, S. 1, Y.2012, s. 238.

¹²⁰ BGH NJW 1996, 924.

sayılmanın niteliği tartışmalı olsa da geçersizliğin amaçlandığı ifade edilmektedir¹²¹. Ayrıca böyle bir ibare, yürürlük ve yorum denetiminden geçse de TBK m. 25 gereğince, genel işlem koşullarına dürüstlük kurallarına aykırı olarak karşı tarafın aleyhine ve onun durumunu ağırlaştırıcı hüküm konulamayacağı için, içerik denetimine takılacaktır¹²². Bu açıklamalarımızdan hareketle, tüm kefalet sözleşmesi geçersiz sayılmayacak, kefile, asıl borçlunun doğacak tüm borçlarının ödenmemesi durumunda değil, ancak kefalet imzasını taşıyan kredi sözleşmesi kapsamında alınan kredilerin geri ödenmemesi ihtimalinde başvurulabilecektir. Böylece lehine kefalet imzası atmış bulunduğu kişinin aynı bankanın aynı veya farklı şubelerinden kullanmış bulunduğu krediler nedeniyle kefile başvurulması, hiçbir koşulda mümkün olmayacaktır¹²³.

Kira sözleşmelerine kefalet halinde de gelecekte doğacak borçlar için kefalet söz konusudur. Ancak kira sözleşmesine kefalet verilmesi durumunda, kefile, sorumlu olacağı azami miktar belirtilmiş olsa dahi, kira bedeli dışında kötü kullanma tazminatı, elektrik, su bedeli, yeniden tamir ve kiraya verme süresinden kaynaklanan borçlardan dolayı başvurulamamalıdır. Zira bu durumda hangi sebepten ve hangi limite kadar doğabileceği belirli olmayan borçlar söz konusudur. Böyle bir durumda, asıl borcun belirli olması ilkesine aykırılık oluşacaktır¹²⁴.

¹²¹ Oğuzman, Öz, **a.g.e.**, s. 172, 173. Baysal, bu durumda tarafların irade uyuşmasından bahsedilemeyeceği için, artık geçerlilik tartışmasının yapılamayacağını ifade etmektedir. Bkz. Baysal, **a.g.m.**, s. 238.

¹²² Alman Hukuku'nda bankaların kefalet formlarında bu tarz ibareler kullanmasının genel işlem şartlarının denetimine takılacağı ifade edilmektedir. (§3, §9 des AGBG, § 305 c Absatz 1, § 307 des BGB). Böylece bu şekilde ibareler kullanılsa da kefil sadece, bankaya karşı tekeffül ettiği borç ilişkisinden doğacak borçlardan dolayı sorumlu olacaktır. Bkz. Münchener Kommentar/ Pecher, **a.g.e.**, §766, N. 6; Wiegand, **a.g.m.**, s. 203, dpn. 86; BGH NJW 1996, 2369; BGH NJW 1998, 450 vd.; BGH NJW 1996, 1470; BGHZ 25, 318, 321.

¹²³ Kefaletin başka borçlara sirayet etmeyeceğine ilişkin bkz. Yavuz, **Kefalet**, s. 472; Özen, **Şekil**, s.754.

¹²⁴ “Davacı, davalı ile kiracılar arasında düzenlenen kira sözleşmesinde kefil olarak imza atmıştır. Bu kefalet Borçlar Kanunu 483. maddesinde belirtilen adi kefalet niteliğindedir. Aynı kanunun 484. maddesine göre de kefaletin geçerli olabilmesi için yazılı olması ve belirli bir miktarı içermesi şarttır. Kanun maddesine aykırı olarak şekilde verilen taahhütler hukuken geçersizdir. Davacı- karşı davalı kefil, miktarı önceden belli olmayan hor kullanım zararından sorumlu tutulamaz” (Y.13.HD. 9.5.2002 E. 3679 K. 5360); Y.13. HD. 13. 04.1974 E. 922 K. 872 (Uygur, **a.g.e.**, s. 9435); Aksi görüşte bkz. Yılmaz, **Kira**, s. 769; Özen, **Şekil**, s. 754.

Tutarı belli olan gelecekte doğacak bir borca kefalet verilmesi durumunda, borç doğduğunda kefilin bu borçtan ötürü sorumluluğunun doğması için, sonradan doğan borcun, önceden öngörülen ve kefil olunan borca esaslı noktalarda uyması gerekmektedir¹²⁵.

Tutarı belli olmayan gelecekte doğacak bir borca kefalet verilmesi durumunda ise; borç doğduğunda ortaya çıkan tutar, kefilin sorumlu olduğu azami miktarın altında ise kefilin sorumluluğu asıl borcun tutarına kadar indirilecektir¹²⁶.

c. Cari Hesaba Kefalet Durum

Cari hesap sözleşmesi, TTK m. 89’da tanımlanmıştır. Buna göre; iki kişinin para, mal, hizmet ve diğer hususlardan dolayı birbirlerindeki alacaklarını ayrı ayrı istemekten karşılıklı olarak vazgeçip bunları kalem kalem zimmet ve matlup şekline çevirerek hesabın kesilmesinden çıkacak bakiyeyi isteyebileceklerine dair bulunan sözleşmeye, cari hesap sözleşmesi denmektedir.

Cari hesabın temelinde bulunan alacaklar bütünü, her ne kadar genel ve belirsizmiş gibi görünse de en azından sınırlanmış oldukları için cari hesaba kefaletin geçerli olduğu, doktrin ve uygulama tarafından kabul edilmektedir¹²⁷. Zira bu sözleşmelere verilen kefaletlerde, kefilin sorumluluğu kapsamında bulunan ve ileride doğacak olan borçların hangi temel borç ilişkisinden kaynaklandığı, ne borcu olduğu

¹²⁵ Tandoğan, **a.g.e.**, s.753; Oser, Schönerberger, **a.g.e.**, Art. 492, N. 29; Reisoğlu, **Muteberlik**, s. 340; Ayrancı, **Asıl Borcun Belirli Olması**, s. 115; Tandoğan, **Geçerlilik**, s. 46.

¹²⁶ Ayrancı, **Asıl Borcun Belirli Olması**, s.116.

¹²⁷ Oser, Schönerberger, **a.g.e.**, Art. 492, N. 29; Ayrancı, **Asıl Borcun Belirli Olması**, s.117; Anderegg, **a.g.e.**, s. 13, 14; Beck, **a.g.e.**, s. Art. 492, N. 107; Becker, **a.g.e.**, Art. 492, N. 2; Rein, **a.g.e.**, s. 54; Reisoğlu, **a.g.e.**, s. 12; Elçin Grassinger, **a.g.e.**, s. 102; Tandoğan, **Geçerlilik**, s. 46; Taşdelen, **a.g.m.**, s. 743; Süleyman Yılmaz, “Yargıtay Kararları Işığında 6570 Sayılı Kanun Kapsamındaki Kira Sözleşmelerinde Kefilin Sorumluluğu”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 57, S. 3, Y. 2008; BGE 49 II 377, BGE 48 II 208. Yargıtay’ın bir kararında da; unsurları belli olmak kaydıyla devamlı, değişik içerikli, birden çok yükümlülükleri içeren bir borç ilişkisi için kefil olmak mümkün olup bir kredi borcuna yada cari hesaba kefil bulunduğu takdirde kural olarak tek bu borca değil, belirli sınırlar içerisinde çeşitli zamanlarda ve değişik miktarlarda açılan kredilerin de tek bir kefalet yükümlülüğünün kapsamına gireceği sonucuna ulaşılmıştır. Bkz. 11.HD. 11.03. 1988 E. 1489 K. 1500 (Reisoğlu, **a.g.e.**, s. 13).

ve hangi limite kadar doğabileceği belirlidir¹²⁸. Cari hesap sözleşmelerinde bu sözleşmeden doğan borçların ayrı ayrı belirli veya belirlenebilir olmaları aranmaz. Zira cari hesabın niteliği gereği, hesap devresi sona erdiğinde ya da hesap kat edildiğinde ortaya çıkan bakiye miktar üzerinden kefalet söz konusu olacaktır. Genel kabul gören görüş bu olsa da, cari hesap şeklinde işleyen kredi sözleşmelerine kefalet verilmesi halinde asıl borcun belirlenmiş olması şartının yeterince gerçekleştiğine kuşku ile bakmak gerektiği de doktrinde ileri sürülmüştür¹²⁹.

Cari hesap sözleşmeleri, uygulamada en çok bankacılık işlemlerinde görülür¹³⁰. Cari hesap şeklinde işleyen genel kredi sözleşmelerinde, belirlenen limit dâhilinde kredi, müşteriye, değişik zamanlarda ve dilimlerde müşterinin talebine göre kullandırılmakta ve daha sonra kullandırılan bu dilimler müşteri tarafından ödendiğinde boş kalan dilimler oranında müşterinin tekrar kredi kullanım imkânı bulunmaktadır. Cari hesap şeklinde işleyen genel kredi sözleşmelerine başlangıçta kefalet verilirken işte bu gelecekte kullandırılacak dilimler için dahi kefalet verilmiş olacaktır. Demek ki, cari hesaba verilen kefaletlerde borcun ödenmesi oranında kefilin sorumluluktan kurtulması söz konusu değildir. Genel kredi sözleşmesi kapsamında, tüm borç sona erse dahi, kefilin sorumluluğu sona ermeyecektir. Bunun sebebi, cari hesap sözleşmelerinin özelliği gereği kefilin sadece belirli bir borç için değil, ileride doğacak borçların tümüne dayanak teşkil eden çerçeve sözleşme

¹²⁸ Barlas, **Bazı Sorunlar**, s. 46; Barlas, **Yeni Düzenlemeler**, s. 9; Barlas, **Sempozyum**, s. 351; Hüseyin Ülgen, Ömer Teoman, Mehmet Helvacı, Abuzer Kendigelen, Arslan Kaya, Füsün Nomer Ertan, **Ticari İşletme Hukuku**, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2006, s. 523.

¹²⁹ Walter Stauffer, **Die Revision des Bürgschaftsrecht**, Bern, ZSR 1935, neue Folge 54, 512a.

¹³⁰ Bankacılık alanında en çok alacaklı cari hesabı ve borçlu cari hesabı kullanılır. Bunlardan “*alacaklı cari hesabı*”nda müşteri sadece bankaya para yatırıp çekebilir, havale yapabilir veya hesabı üzerinde çek keşide edebilir. Bu hesap daima alacak bakiyesi verir. “*Borçlu cari hesabı*”nda ise hesapta para bulunması şart değildir. Para bulunmasa bile bu hesap bankanın müşteriye tahsis ettiği kredi limiti dâhilinde işler. Tasarruf mevduatı sözleşmesi, kredi sözleşmesi gibi sözleşmeler de genellikle cari hesap temeline dayanmaktadır. Bkz. Şebnem Akipek, Erkan Küçükgüngör, **Sözleşmeler Rehberi (Sözleşmelerin Hazırlanması, Sözleşme Örnekleri, Yargıtay Kararları)**, 2.bsk., Ankara, Yetkin Yayınları, 2002, s. 227; Ülgen vd., **a.g.e.**, s. 523.

niteliğindeki genel kredi sözleşmesinden kaynaklanan tüm borçlara kefalet vermiş olmasıdır¹³¹.

Uygulamada çoğunlukla belirli bir borçlunun, “*bankaya karşı doğmuş ve doğacak tüm borçlarına, belli bir sorumluluk sınırına kadar, kefil olunması*” şeklinde formüle edilen cari hesap şeklinde işleyen genel kredi sözleşmelerine¹³² kefaletin, geçerli olacağı kabul edilmiştir¹³³. Bu durumda kefil, ileride doğması muhtemel olan kredi borcuna kefalet vermiş bulunmaktadır (TBK m. 582/f. 1). Ancak bu şekilde cari hesap şeklinde işleyen kredi sözleşmelerine verilen kefaletlerin, kefilin sorumluluğu kapsamında bulunan ve ileride doğacak olan borçların hangi temel borç ilişkisinden kaynaklandığı, ne borcu olduğu ve hangi limite kadar doğabileceği belirli olduğu için, genel işlem şartları denetimine takılmaması gerektiği kanaatindeyiz. Ne var ki böyle bir ifade kullanılması sonucu, kefile tekeffül ettiği kredi sözleşmesi dışında başka bir hukuki sebepten kaynaklanan borç için başvurulması halinde ise, asıl borcun belirliliği ilkesine aykırılık oluşacaktır.

Cari hesaba kefaletlerde, asıl borçlunun kendisine açılan krediyi tamamen ödese dahi, sözleşme ilişkisinin son bulmaması ve kefilin sorumluluğunun bu suretle

¹³¹ Barlas, **Bazı Sorunlar**, s. 46; Barlas, **Sempozyum**, s. 352; Y.19.HD. 4.3.1998 E. 1997/8390 K. 1998/1501 (Kostakoğlu, **a.g.e.**, s. 150); Y.19.HD. 4.3.1998 E. 8390 K.1501 (Yavuz, **Kefalet**, s. 469). Yerel Mahkeme bir kararında, cari hesaba kefalet veren bir kimsenin, asıl borçlunun ödeme gücüne güvenini kaybetmesi sonucu, kefaletini geri alması ve bundan sonra kullanılacak kredilerden sorumlu olmayacağını bildirmesinden sonra alacaklıya kullanılan kredilerden kefile başvurulamayacağını, aksi halde iyiniyet kurallarına aykırılık oluşacağı sonucuna varmıştır. Ancak tashihi karara giden bu karar, Yargıtay tarafından bozulmuştur. Bkz. Y. HGK. 23.10. 2002 E. 19-866 K. 845. Bu karar kanaatimizce de uygundur, zira yerel mahkemenin, kararında iyiniyete dayanması, kefilin koruma amacını aşmaktadır.

¹³² “*Cari hesap şeklinde işleyen kredi sözleşmesi*”, kredi veren bankanın sözleşmenin geçerlilik süresi içinde ve sözleşmede kararlaştırılan limit dâhilinde vereceği krediyi sürekli tekrarlamayı ve kredi alan müşterinin bu limit dahilinde kredi taleplerini karşılamayı borçlandığı sözleşmedir. Bu ilişkinin doğal sonucu olarak kredi alan aldığı krediyi ödediğinde, sadece o münferit kredi borcu sonlanacak, kredi sözleşmesinin sonlandığından bahsedilmeyecektir. Genellikle tercih edilen yöntem bu olmakla birlikte, taraflar her kullandıkları kredi için ayrı bir genel kredi sözleşmesi akdetme ve her bir kredi için ayrı ayrı teminat tesis etme yoluna da gidebilirler. Bkz. Akkanat, **Kefaletin Fer’iliği İlkesi**, s. 281, 282; Yavuz, **Kefalet**, s. 470.

¹³³ Reisoğlu, **a.g.e.**, s.12-13; Ayrancı, **Asıl Borcun Belirli Olması**, s. 113, 117, 120; Rein, **a.g.e.**, s.23; Beck, **a.g.e.**, Art. 492, N. 107; Barlas, **Bazı Sorunlar**, s. 46; Tandoğan, **Geçerlilik**, s. 19. Alman doktrininde özellikle cari hesap şeklinde işleyen belirli bir kredi ilişkisine, bu şekilde ibareler konularak kefil olunmasının, kefalet süresinin ve azami sorumluluk miktarının gösterilmesiyle mümkün olması gerektiği ifade edilmiştir. bkz. Münchener Kommentar/ Pecher, **a.g.e.**, § 765, N. 49.

devam etmesi, 818 sayılı BK'da bulunmayan TBK m. 583/f. 2 c. 2 hükmü ile engellenebilecektir. Zira bu hükümle tarafların, kefilin sorumluluğunu borcun belli bir miktarıyla sınırlandırmayı kararlaştırabileceklerinin öngörülmesi, kefilin bu belirsizliğe karşı korunması sağlayacaktır¹³⁴.

Asıl borçlunun cari hesabına kefalet veren kefil, birden fazla borç için tek bir kefalet yükümlülüğü altına girmiştir. Bu borçlar tek bir hukuki sebepten kaynaklanmaktadır. Bu sebeple kefil, asıl borçlunun aynı kişiden olan başka borçları için sorumlu tutulamaz. Başka bir borcun da cari hesap içinde yer aldığını iddia eden iddiasını ispat etmelidir¹³⁵. Böylece "*her türlü alacak ve borç için hangi sebepten doğarsa doğsun*" şeklinde ibareler kullanılması da geçerli olmayacaktır. Bu gibi ibarelerin kullanılması, cari hesap sözleşmesinin muhtevasıyla bağdaşan borçlara kefil olduğu hususunda bir tartışma yaratmaz. Problem yaratan husus, cari hesabın muhtevasıyla bağdaşmayan başka borçların doğması ihtimalinde, sırf bu ibare kullanıldı diye o borçlardan dolayı da kefile başvurulup başvurulamayacağıdır. Örneğin böyle bir kaydın bulunması halinde, bankanın aracı ile asıl borçlunun aracının kaza yapması ve banka lehine bir tazminat alacağı doğması ihtimalinde dahi kefile başvurmak mümkün olacaktır. Böylece kefil aslında hiç de kefalet altına almak istemediği borçtan dolayı sorumlu tutulmuş olacaktır ve bu durum kefalet hükümleri dikkate alındığında kefilin sonu olmayan risklere karşı koruma amacına uygun düşmeyecektir¹³⁶.

Kefilin birden fazla kredi sözleşmesine imza koyması halinde ise bu sözleşmeler kapsamında kredi alan şahıs aynı olsa dahi, kefile ancak bu kredilerden hangisi

¹³⁴ Cari hesap şeklinde işleyen kredi sözleşmelerinde ilk olarak alınan asıl borcun ifa edilmesiyle asıl borç sona ermeyeceğinden bu şekilde işleyen kredi sözleşmelerine kefaletten doğan borç da sona ermeyecektir. Ancak kefil ilk açılacak kredi ile sorumlu olacağını sözleşmeye yazdırmak suretiyle sorumluluktan kurtulabilir. Bkz. Ayrancı; **Asıl Borcun Belirli Olması**, s.118, Reisoğlu, **Muteberlik**, s. 341.

¹³⁵ Ayrancı; **Asıl Borcun Belirli Olması**, s.117.

¹³⁶ Wiegand bu gibi haller için, her türlü alacak ibaresinin kullanılmasından kaçınılmasını, "*...bankanın borçluya karşı ikisi arasında var olan işlemlere halen dahil olan veya gelecekte dahil olacak tüm alacaklara kefil olunması*" şeklinde bir ibare konulmasını önermiştir. Bkz. Wiegand, **a.g.e.**, s. 203, dpn. 85. Ayrıca bkz. BGE NJW 1996, 924.

ödenmediyse onun için başvurulabilecektir¹³⁷. Bankayla müşteri arasında cari hesap şeklinde işleyen bir genel kredi sözleşmesine kefil olan kişi, aynı banka ve müşteri arasında diğer bir cari hesap şeklinde yürütülen sözleşmeye kefil olmuş sayılamaz¹³⁸. Diğer bir deyişle, kefalet senedinin kapsamı içerisinde hangi asıl borçtan bahsediliyorsa, kefile ancak o borç için başvurulabilecektir. Asıl borcun şeklin kapsamında yer almasının koruyucu amacı da bu şekilde yerine getirilmiş olacaktır.

E. Kefilin Sorumlu Olduğu Azami Miktar

1. Azami Miktarın Belirtilmesi Zorunluluğuna İlişkin Esaslar

818 sayılı BK m. 484'te kefalet sözleşmesinin geçerliliğini kefilin sorumlu olacağı belirli bir miktarın gösterilmesine bağlayan hüküm, 1911 tarihli İsv. BK m. 493'ten kaynaklanmaktadır. Bu hükme göre, kefaletin geçerliliği için kefilin yazılı açıklamasına ve sorumluluğunun belirli bir tutarının bildirilmesine gerek vardır. Her ne kadar bu hükümlerde kefilin sorumlu olacağı "*belirli bir miktar*"dan bahsedilse de, kefilin koruma amacı dolayısıyla bu miktar "*azami miktar*" olarak kabul edilmiştir¹³⁹.

İsv. BK'da 1941 revizyonundan sonra kefalete ilişkin getirilen hükümler sonucu, İsv. BK m. 493'te de değişiklikler yapılmış ve İsv. BK m. 493/f. 1'de kefaletin geçerliliği, kefilin yazılı açıklamasına ve "*aynı senette*" kefilin sorumlu olduğu azami miktarın "*rakamla*" belirtilmesine bağlanmıştır. İsv. BK'da kefalete ilişkin bu değişiklikler uzunca bir süre 818 sayılı BK'ya yansımamıştır. Ancak 6098 sayılı

¹³⁷ Akkanat, **Kefaletin Fer'iliği İlkesi**, s. 286, 287.

¹³⁸ Özen, **TBK'ya Göre Kefalet**, s. 153; Yavuz, **Kefalet**, s. 471; Özen, **a.g.e.**, 122.

¹³⁹ Reisoğlu, **a.g.e.**, s. 55; Elçin Grassinger, **a.g.e.**, s. 109; Bilge, **a.g.e.**, s.381; Olgaç, **Kefalet**, s.17. Kefilin sorumlu olacağı azami miktar yerine "*asgari miktarın*" gösterilmesinin kefaletin geçerliliğine etkisi ne olacaktır? Bu konuya ilişkin İsviçre Federal Mahkemesi'nin bir kararında; (BGE 66 II 29) kefalet senedinde sadece asgari sorumluluk miktarı gösterildiğinden, kefilin sorumluluğunun sınırını tam anlamıyla bilmesinin mümkün olmaması, yani hangi miktardan sonra takip edilemeyeceğinin kendisi tarafından bilinmesinin mümkün olmaması sebebiyle, bu şekilde düzenlenen kefalet senedi geçersiz kabul edilmiştir. Davacının azami bir miktar belirtilmese de asgari bir teminatın gösterildiği ve talep edilen miktarın da bu asgari miktarı geçmediği iddiaları, kanunun açık hükmü karşısında göz önüne alınmamıştır. Bu görüşü eleştirenlere göre, burada kanun koyucunun şekil şartı öngörerek kefilin düşünmeye sevk etme amacı gerçekleştirilmiştir, Yüksek Mahkemenin buradaki yorumu çok dardır, olayda hiç olmazsa kefil olunan asgari miktara kadar kefaletin geçerliliği kabul edilmelidir. Karar ve eleştirisi için bkz. Reisoğlu, **a.g.e.**, s. 55.

TBK ile kefilî koruma amacından yola çıkılarak kefaletîn şekline ilişkin hüküm, İsv. BK'dan aynen iktisap edilmese de, TBK m. 583 ile kefilin sorumlu olacağı azami miktarın, kefalet tarihinin ve varsa müteselsil kefil olma ibaresinin kefilin el yazısıyla “*kefalet senedinde*” yazılması şart olarak öngörülmüştür.

Kefilin sorumlu olacağı azami miktar, kefalet sözleşmesinin geçerli olarak kurulabilmesi için tarafların üzerinde anlaşmaya varmaları gereken esaslı noktalardan kefilin korunması açısından en önem arz edenidir. Zira kefilin sorumlu olacağı bu en üst miktarın kefalet senedinde gösterilmesi, kefilin, işin en başında üstlendiği rizikonun kapsamını bilebilmesini sağlayacaktır. Ancak bu unsurun esaslı nokta olmasından dolayı, şeklin kapsamında “*açıkça*” yer alması gerekmesine rağmen, bu şartın yerine getiriliş şekline ilişkin Yargıtay'ın ve doktrinde bazı yazarların geniş yorumu sonucunda, farklı uygulamalar ortaya çıkmıştır. Bu farklı yorumlar, ilk olarak azami miktarın mutlaka kefalet senedinde mi yer alması gerektiği, yoksa kendisine yollama yapılan başka bir belgede de yer almasının yeterli olup olmayacağına ilişkin; ikinci olarak azami miktarın rakamla belirtilmesinin zorunlu olup olmayacağına ilişkindir¹⁴⁰.

TBK m. 583 sayesinde, 818 sayılı BK'da kefilin sorumlu olacağı azami miktarın bizzat kefalet senedinde mi yer alması gerektiği, yoksa kendisine yollama yapılan başka bir belgede gösterilmiş olmasının yeterli olup olmayacağına ilişkin tartışmalar sona erecektir. Zira TBK ile azami miktarın el yazısıyla kefalet senedinde gösterilmesi zorunluluğu açıkça aranmaktadır. Ancak İsv. BK m. 493/f. 1'de yer alan ve her kefalet türü için asgari geçerlilik şekli olarak aranan “*azami miktarın rakamla belirtilmesi*” gerekliliğine ilişkin, bir açıklık TBK m. 583 ile getirilmemiştir. Bu sebeple kefalet limitinin mutlaka rakamla mı gösterilmesi gerekeceği, yoksa dolaylı bir şekilde belirlenebilir olmasının yeterli olup olmayacağına ilişkin tartışmalar devam edebilecektir¹⁴¹.

¹⁴⁰ Barlas, **Bazı Sorunlar**, s. 48; Barlas, **Sempozyum**, s. 358.

¹⁴¹ Bu tartışmalar için bkz. s. 116 vd.

TBK m. 583 ile getirilen düzenlemeyi yorumlamak açısından, 818 sayılı BK m. 484'ün ve kaynak hüküm İsv. BK m. 493'ün bu iki sorun açısından süreç içerisinde yorumlanmış şekline değinmekte fayda vardır.

a. Azami Miktarın Kefalet Senesinde Belirtilme Sorunsalı

TBK m. 583/f. 1 ile kefilin sorumlu olacağı azami miktarın “*kefalet senesinde*” kendi el yazısıyla gösterilmesi zorunluluğu getirilmiştir. Bu hükmün uygulamasına yol gösterici olması açısından, kanun değişikliğinden önceki İsviçre ve Türk Hukuklarında ve kanun değişikliği sonrası İsviçre Hukukunda yorumlanmış şekli üzerinde de durmak gerekmektedir.

(1) İsviçre Hukuku

818 sayılı BK m. 484'ün kaynağı olan 1911 tarihli İsv. BK m. 493'te de kefilin sorumlu olacağı azami miktarın bizzat kefalet senesinde yer alıp almamasına yönelik bir açıklık bulunmamaktadır. Zira hüküm, “*Kefaletin geçerliliği için, kefilin yazılı açıklamasına ve sorumluluğunun belirli bir tutarının bildirilmesine gerek vardır.*” şeklinde kaleme alınmıştır¹⁴². Bu nedenle, bu hükme ilişkin zaman içinde Federal Mahkeme tarafından da değişik kararlar verilmiştir.

Bu kararlardan yola çıkarsak; Federal Mahkemenin en eski tarihli kararlarında tutumu, azami miktarın mutlaka kefalet senesinde yer alması gerekmediği yönündedir. Buna göre, kefalet senedi ya da onun atıf yaptığı başka bir belgedeki (özellikle asıl borç senedi) bilgilere dayanılarak da azami miktarın tespit edilebildiği hallerde, kefalet senedi geçerli olacaktır¹⁴³. Bu uygulamanın altında yatan fikir, azami miktarın belirtilmesi gerekliliğinin amacının yerine getirilmiş olmasıdır. Kefil, kefalet sözleşmesi yapıldığı sırada üstlendiği rizikonun kapsamını gerek kefalet senedinden gerekse asıl borç senedine yapılan atıf yoluyla öğrenebiliyorsa bu amaç gerçekleşmiştir ve kefalet sözleşmesi geçerli sayılmalıdır. Bu durumda, kefalet senesinde azami miktar açıkça yer almamakta, sadece azami miktarın senet dışı

¹⁴² Oser, Schönenberger, **a.g.e.**, Art. 493, N.2.

¹⁴³ BGE 42 II 152; BGE 47 II 306; BGE 50 II 290; BGE 57 II 526; BGE 61 II 101.

unsurlardan belirlenebilmesi için kefalet senedinde bir dayanak bulunmaktadır. Bu uygulama azami miktarın belirtilmesi gerekliliğine ilişkin en geniş yorum şeklidir¹⁴⁴.

Federal Mahkemenin, “*Kefilin mesul olduğu miktarın kefalet senedinde belirli bir rakamla gösterilmesi zorunlu değildir; kefalet ettiği sırada kefilin, kefalet senedindeki yazılı hususla malumat ve mantiki yorumla veya basit bir hesapla sorumluluğun azami haddini tayin edebilmesi kâfidir. Bundan başka, kefilin sorumluluğunu tayin eden miktarın bizzat kefalet senedinde yazılı olması da şart değildir. Kefalet senedinde de asıl borçlunun borç senedine (bu senette kefilin sorumlu olduğu tutarın açıkça gösterilmesi kaydıyla) atıfta bulunmak kâfidir*”¹⁴⁵ şeklindeki bu kararı, o zamanki tutumuna örnektir.

Federal Mahkeme, bu yöndeki kararlarının şekil şartını zayıflattığı gerekçesiyle doktrin tarafından yapılan eleştiriler¹⁴⁶ neticesinde, daha sonraki tarihli bir içtihadında¹⁴⁷, daha dar bir yorum şekli geliştirerek azami miktarın rakamla ve kefalet senedinde gösterilmesini aramıştır. Bu içtihada göre, azami miktarın kefalet senedinde yer alması gerektiği hususundan, asıl borç senedi ile kefalet senedinin arasında birbirini tamamlayacak şekilde doğal bir bağlantının bulunduğu hallerde, özellikle asıl borç senedinin altına yazılan ve asıl borç senedindeki rakama atıfta bulunulduğu hallerde feragat edilebilecektir.

İsv. BK’nda 1941 tarihli revizyonda da m. 493 kapsamlı bir şekilde değişmiş, aynı hükmün ilk fıkrası, “*Kefaletin geçerliliği kefilin yazılı açıklamasına ve aynı senette sorumlu olduğu toplam miktarın rakamla belirtilmesine bağlıdır.*” şeklinde kaleme alındığı için artık azami miktarın bizzat kefalet senedinde ve açıkça rakam olarak yer alması gerekmiştir¹⁴⁸.

¹⁴⁴ Özen, **a.g.e.**, s. 170; Özen, **TBK’ya Göre Kefalet**, s. 208.

¹⁴⁵ BGE 42 II 152 (Fikret Arık, “Kefalette Azami Meblağın gösterilmesi Şartı ve Bu Şarta Riyetsizliğin Neticesi”, **Adalet Dergisi**, S. 8, Y. 1944, s. 623’den naklen)

¹⁴⁶ Stauffer, **a.g.e.**, s. 45a; Eleştiriler neticesinde bu yöndeki kararların değiştirildiğine ilişkin Bkz. BGE 65 II 33 (Reisoğlu, **a.g.e.**, s. 53, dpn. 227’den naklen)

¹⁴⁷ BGE 64 II 351; Bu yöndeki uygulama hakkında bkz. Beck, **a.g.e.**, Art. 493, N. 24; Giovanoli, **a.g.e.**, Art. 493, N. 21.

¹⁴⁸ Anderegg, **a.g.e.**, s. 12; Barlas, **Bazı Sorunlar**, s. 48.

(2) Türk Hukuku

Türk Hukukunda da m. 484'te bu konuda bir açıklık bulunmadığı için, Yargıtay'ın önceleri, kefilin sorumlu olacağı azami miktarın açıkça kefalet senedinde yer alıp almaması gerektiği hususundaki yorumu çok geniştir¹⁴⁹. Zira 818 sayılı BK m. 484'te kefaletin şekli "*Kefaletin sıhhati, tahriri şekle riayet etmeğe ve kefilin mesul olacağı muayyen bir miktar iraesine mütevakıftır.*" şeklinde düzenlenmişti. Yargıtay'ın kararlarına göre, kefilin sorumlu olacağı tutarın mutlaka kefalet senedinde açıkça gösterilmesi aranmıyor, bu miktarın "*asıl borç senedine atıf yapılarak ya da kefalet senedi dışındaki başka unsurlara başvurularak belirlenebilir olması*" da yeterli görülüyordu.

Buna örnek olarak Yargıtay'ın bir kararında, öğrenciye kefil olan bir kişinin, kefil olunacak tutarı rakamla göstermediği bir kefalet senedinde kefilin, "*emsali talebeler için vuku bulan sarfiyata*" göre sorumlu tutması gösterilebilir¹⁵⁰. Görüldüğü üzere burada Yargıtay, azami sorumluluk miktarının tespit edilmesinde "*kefalet senedi dışındaki unsurlara*" da başvurmuştur. Ancak senet dışı ve ileride ortaya çıkacak olaylara bağlı olarak, yani kefilin, kefil olduğu anda açık bir bilgiye sahip olamayacağı bir miktarla sorumlu tutmak, kanun koyucunun kefilin korumak için koyduğu şeklin amacından uzaklaşılması sonucunu doğurur. Bu durumda da kefalet senedinde azami miktar açıkça yer almamakta, sadece azami miktarın senet dışı unsurlardan belirlenebilmesi için kefalet senedinde bir dayanak bulunmaktadır. Azami miktar dışında objektif esaslı noktalar için, her ne kadar senette dayanak bulunması halinde bu unsurların senette, yani şeklin kapsamı içerisinde yer aldığını kabul etmemize rağmen, kefilin sorumlu olacağı azami miktarın belirlenmesi açısından senette dayanak bulunması şekil şartının yerine getirilmesi açısından yeterli olmayacaktır. Zira bu unsurun kefilin koruyucu işlevinin tam olarak sağlanabilmesi için, bu miktarın kefilin açıkça gözlerinin önüne serilmesi ve bunun için de senette açıkça yer alması gerekmektedir. Bu amaç da bu tutarın başka bir

¹⁴⁹ Bu tespit için bkz. Tandoğan, *a.g.e.*, s. 756; Elçin Grassinger, *a.g.e.*, s.106; Reisoğlu, *a.g.e.*, s. 53; Özen, *a.g.e.*, s. 171; Özen, *TBK'ya Göre Kefalet*, s. 208.

¹⁵⁰ Y. 4. HD. 17.04.1936 E.1159 K. 293 (Tandoğan, *a.g.e.*, s. 756, dpn. 176); Y.3.HD. 14.12.1950 E. 14305 K.8505 (Türk İçtihatlar Külliyyatı, Y. 1951, C. 2, s. 1281)

senede bakılmasını gerektirmeden kefilin yazılı beyanı içerisinde yer alması yoluyla sağlanacaktır.

Yargıtay'ın, 1944 tarihli bir İçtihadı Birleştirme Kararı'nda¹⁵¹ ise “...kefalet senedinde kefilin ödeyeceği muayyen bir miktarın gösterilmiş olup olmadığı ve senetten böyle muayyen miktarın anlaşılması kabil olup olmayacağı hususunun hakim tarafından resen nazara alınması lazımdır” sonucuna ulaşılmıştır. Bu kararda, “senetten böyle bir miktarın anlaşılmasının kabil olup olmamasından” bahsedildiği için, yani azami miktarın hesabı sadece senetteki unsurlara bağlı kılındığı için, sorumlu olunacak azami miktarın belirlenmesinde senet dışı unsurlara başvurulabileceği düşüncesinin bertaraf edildiği sonucuna yorumla varılabilecektir¹⁵². Bu nedenle bu karar, Yargıtay'ın diğer kararlarına göre, kefilin sorumluluğunun kapsamını daha net biçimde öğrenebilmesi açısından kefilin daha koruyucu gözükmektedir. Bu karara göre, “kefalet senedindeki unsurlardan” basit veya güç bir hesap işlemiyle sorumlu olunacak en üst tutarın bulunabilmesi veya asıl borç senediyle kefalet senedi arasında doğal bir bağlantının bulunması şartıyla “kefalet senedinde” asıl borç miktarına atıf yapılabilmesi kefaletin geçerli sayılması açısından mümkün olacaktır¹⁵³. Görüldüğü üzere burada da azami miktarın kefalet senedinde belirtilme zorunluluğundan, ancak kefalet senedi ile asıl borç senedi arasında doğal bir bağlantının bulunduğu hallerde, asıl borç senedine atıf yapılmış olması halinde feragat mümkün görülmüştür.

Yargıtay'ın bu İçtihadı Birleştirme Kararı'ndan daha sonraki tarihli bazı kararlarında¹⁵⁴, “kefalet senedi dışındaki hususlara başvurularak ve ileride ortaya

¹⁵¹ Y. İBK 12.04.1944 E.14 K.13; Tepeci, **a.g.e.**, s. 617, 618.

¹⁵² Tandoğan, **a.g.e.**, s.756. Aynı kanaatte bkz. Elçin Grassinger, **a.g.e.**, s.107; Barlas, **Bazı Sorunlar**, s. 49.

¹⁵³ Tandoğan, **a.g.e.**, s.756; Yargıtay 19.HD.'nin 03.05.2002 E.8930 K.3318 sayılı kararında, ipotek resmi senedinde kefil sıfatıyla imza koyan ve “ipotek miktarına kadar kefilim” şeklinde beyanda bulunan kefilin kefaleti geçerli sayılmıştır.

¹⁵⁴ Senet dışı unsurlara başvurularak sorumluluk sınırının belirlenmesini yeterli görmediği kararlara örnek olarak; “yatılı bir öğrenciye ne miktar masraf yapılacağı, hastalık giderleri vesaire gibi beklenmeyen giderler de girebileceğinden, önceden kestirilmesi mümkün olmadığı” gerekçesiyle kefilin azami sorumluluk miktarının kefalet senedinde gösterilmediği kefaleti geçerli saymadığı kararları gösterilebilir. Bkz. Y. HGK 29.11.1972 E. 968-T-750 K.966 (Ankara Barosu Dergisi, 1973, s. 746, 747); Y.HGK. 04.01.1953 E. 3-150 K. 14 (Türk İçtihatlar Külliyyatı , Y. 1954, C. 9,

çıkacak hususlara bağlı olarak” sorumlu olunacak azami miktarın belirlenmesini yeterli görmediği göze çarparken, bazı kararlarında¹⁵⁵ ise, sorumlu olunacak azami miktarın *“kefalet senedinden ya da senet dışı unsurlardan”* belirlenebilir olmasını yeterli görmesi göze çarpmaktadır.

Ancak Yargıtay’ın son tarihli kararlarına bakıldığında, senet dışı unsurlara başvurularak sorumluluk sınırının belirlenmesinin yeterli görülmediği sonucuna ulaşılabilecektir¹⁵⁶. Böylece sorumluluk sınırı, ancak *“kefalet senedinde”* açıkça ya da basit matematiksel hesaplama sonucu bulunabiliyorsa, kefalet senedi geçerli sayılacaktır.

Yargıtay’ın aynı konuya ilişkin farklı yöndeki bu kararlarının, hukuk güvenliğini sarsmaması açısından doktrinde Reisoğlu, İsv. BK m. 493’teki değişiklik kanunumuza yansımaya dahi, 818 sayılı BK m. 484’ün lafzi yorumu sonucu azami sorumluluk miktarının *“kefalet senedinde”* ve rakamla belirtilmesinin kabul edilmesi gerektiğini ifade etmiştir. Bu görüş, uygulamada çoğunlukla kefilin sorumluluğu hakkında bir fikir sahibi olamadığı ve atıf yapılan asıl borç senedini dahi görmeden

s. 228). Aynı yönde bkz. Y. 19.HD. 18.1.1994 E. 1993/323 K. 1994/125 (Kostakoğlu, **a.g.e.**, s. 145); 19.HD.6.12.1993 E. 1992/11146 K.1993/8306 (Kostakoğlu, **a.g.e.**, s. 144); Y. 19.HD.10.02.2000 E.1999/7123 K.2000/796 . Ya da bu tarz bir yükümlülüğü, üçüncü kişinin fiilini taahhüt olarak ayakta tutmaya çalıştığı kararları gösterilebilir. Bkz. Y. TD. 27.06.1958 E.1892 K.1826 (Tandoğan, **a.g.e.**, s. 757, dpn. 179).

¹⁵⁵ Senet dışı unsurlardan sorumluluk sınırının belirlenebilir olmasını yeterli gördüğü kararlara örnek olarak; BK m.484’e konulan *“muayyen bir miktar”* ibaresinin kanun koyucu tarafından bilinçli olarak konulup bu yolla para dışı borçlara da kefil olunabilmesinin sağlanmak istenildiğini ifade eden kararı gösterilebilir. Bu kararda ibraz olunan kefalet senedinde, gübrenin miktarı muayyen olduğundan ve ödeme günündeki sürüm değeriyle miktarın çarpılması suretiyle kefil olunan değer belli olacağından kefaleti geçerli saymak gerektiğinden bahsedilmiştir. Ancak bu yorum tarzı, ödeme günündeki sürüm değeri gibi kefalet senedi dışındaki unsurlara başvurulduğu için, kefilin kefil olduğu anda sorumluluk altına girdiği miktarı tam olarak bilememesinden ve bir takım araştırmalar yapmak zorunda bırakılmasından hareketle, kefilin koruma amacına uygun düşmemektedir. Bkz. Y.4.HD. 09.10.1967 E. 5090 K. 7169 (Renda, Onursal, **a.g.e.**, s. 678, N. 391); aynı yönde Bkz.Y.4.HD. 02.12.1949 E. 5566 K. 6383 (Renda, Onursal, **a.g.e.**, s.676, N.388); Y.3. HD. 14.12.1950 E. 14305 K. 8505 (Türk İçtihatlar Külliyyatı, Y. 1951, C. 2, s. 1281) Kararda, öğrenci taahhüdünde kefilin sorumlu olacağı muayyen miktarın, *“emsal talepler için vukubulan sarfiyata göre tayini kabil olduğundan”* aktin muteber olduğundan bahsedilmektedir.

¹⁵⁶ Y.11.HD. 09.11.1989 E.7988 K.6132; Y.11.HD. 03.12.1990 E.6466 K.7780; Y.11.HD. 17.09.1991 E.3096 K.4647; Y.11.HD. 07.10.1991 E.3178 K.5162 (Eriş, **a.g.e.**, s.102-119); Y. 19. HD. 13.4.1999 E. 1901 K. 2434; Y.12. HD. 3.5.2002 E. 8239 K. 9417; Y. 19. HD. 7.6.2002 E. 159 K. 4444.

kefil olduğu gerçeğinden hareket etmektedir¹⁵⁷. Tandoğan ise, 818 sayılı BK'nın Yargıtay içtihatlarının doğurduğu hukuki güvensizliğin ve kefilin korunmasının zayıflatılmasının önlenmesi için, İsv. BK m. 493'e paralel olarak değiştirilmesi kanaatindedir¹⁵⁸. Elçin Grassinger de, kefalet senedinde şekil şartının kefilin koruyucu amacının gerçekleşmesi için, BK m. 484'te yer alan "*belirli meblağın gösterilmesi*" zorunluluğunun, kefilin azami sorumluluk miktarının mutlaka kefalet senedinde yer alması şeklinde yorumlanması gerektiğini ifade etmiştir. Böylece kefil, önceden üstlendiği yükümlülük hakkında bilgi sahibi olacak ve düşüncesizce ağır risklerin altına girmesi önlenecektir¹⁵⁹.

Doktrinde yer alan bu görüşlere uygun olarak, İsv. BK m.493/f. 1'deki değişikliğe paralel biçimde TBK m.583/f. 1 ile kefaletin geçerlilik şekline ilişkin olarak kefilin sorumlu olacağı azami miktarın "*kefalet senedinde*" kefilin el yazısıyla belirtilmesi zorunluluğu getirilmiştir. Bu zorunluluğa rağmen, rakamla belirtilme şartı getirilmediğinden kefilin kefalet senedinde el yazısıyla "*asıl borç miktarı kadar sorumluyum*" diyerek asıl borç senedine atıfta bulunması ya da yine el yazısıyla senet dışı başka unsurlara başvurulacak şekilde beyanda bulunması ihtimali düşünülebilecektir. Ancak kefalet hükümlerinin bütünü değerlendirildiğinde, kefilin koruma amacının arttırıldığı ve böyle bir kabulün kefaletin şekline ilişkin eski hükümden bir farkı olmayacağı düşünülmelidir. Bu sebeple TBK m. 583'ü kefalet senedinde, kefilin el yazısıyla senet dışı unsurlara başvurulması hususunda böyle bir dayanak bulunsa da kefaletin geçerli olmayacağı, azami sorumluluk miktarının mutlaka açıkça ve kefalet senedinden başka unsurlara bakılmayacak şekilde kefilin yazılı beyanı içerisinde yer alması gerektiği şeklinde yorumlamak gerekecektir¹⁶⁰. Böylece Türk Hukukunda yer alan bu tartışmalar da sona erecek, kefalet senedi

¹⁵⁸ Tandoğan, **a.g.e.**, s. 759.

¹⁵⁹ Elçin Grassinger, **a.g.e.**, s. 108.

¹⁶⁰ Doktrinde Özen de şeklin kefilin peşin olarak uyarma işlevinin sağlanabilmesi için bu şekilde beyanda bulunulmasının geçerli olmayacağı, azami miktarın rakamla ve el yazısıyla kefalet senedinde belirtilmesinin gerektiğini ifade etmiştir. Bkz. Özen, **TBK'ya Göre Kefalet**, s. 213. Barlas da TBK Tasarısının yürürlüğe girmesiyle kefalet limitinin başka belgeye atıf yoluyla veya dolaylı hesaplanabilirlikle gösterilemeyeceğini belirtmiştir. Bkz. Barlas, **Bazı Sorunlar**, s. 48.

dışındaki unsurlardan kefilin sorumlu olduğu azami miktar tespit edilebilse de, bu durum, kefalet senedinin geçerliliği için yeterli olmayacaktır. Azami miktarın mutlaka kefalet senedinde açıkça gösterilmesi şartı da rakamla gösterilmesi yoluyla sağlanacaktır.

b. Azami Miktarın Rakamla Belirtilme Sorunsalı

TBK m.583/f. 1/c. 2 ile kefaletin şeklen geçerli olması için, kefilin sorumlu olacağı azami miktarın “*kefalet senedinde*” kefilin el yazısıyla belirtilmiş olması zorunluluğu getirilmişse de, bu miktarın mutlaka rakamla mı gösterilmesi gerekeceği, yoksa dolaylı bir şekilde, yani basit bir hesaplamayla belirlenebilir olmasının yeterli olup olmayacağına ilişkin bir açıklık getirilmemiştir. Bu sebeple azami miktarın belirtiliş şekline ilişkin bir açıklık olmadığı için, TBK’nın yorumlanması açısından İsviçre Hukuku ve 818 sayılı BK zamanındaki uygulamalar yol gösterici olacaktır.

(1) İsviçre Hukuku

1911 tarihli İsv. BK m. 493’te de kefilin sorumlu olacağı azami miktarın kefalet senedinde “rakamla” yer almasına ilişkin bir ifade yer almamaktadır. O dönemde Federal Mahkeme, önceleri kefilin sorumlu olacağı belli bir miktarın kefalet senedinde “mutlaka rakamla gösterilmesi fikrini”, kefilin koruma amacını aştığı düşüncesiyle yerinde bulmamaktadır¹⁶¹. Buna örnek olarak, azami miktarın senette belirtilme sorunsalı başlığı altında bahsettiğimiz kararın ilk kısmı gösterilebilir. Bu kararda “*Kefilin mesul olduğu miktarın kefalet senedinde belirli bir rakamla gösterilmesi zorunlu değildir; kefalet ettiği sırada kefilin, kefalet senedindeki yazılı hususla malumat ve mantiki yorumla veya basit bir hesapla sorumluluğun azami haddini tayin edebilmesi yeterlidir...*” sonucuna ulaşılmıştır¹⁶².

¹⁶¹ Tandoğan, **a.g.e.**, s.54; Reisoğlu, **a.g.e.**, s.52; Barlas, **Bazı Sorunlar**, s. 48.

¹⁶² BGE 42 II 152 (Arık, **a.g.m.**, s. 623’den naklen). Aynı yönde bkz. BGE 47 II 306; BGE 50 II 290; BGE 57 II 526; BGE 61 II 101.

Daha sonra bu karar yönündeki görüşler, doktrinde kefaletin şekline ilişkin şartların zayıflatıldığı gerekçesiyle¹⁶³ sık sık eleştirildiği için Federal Mahkeme bir süre sonra içtihadını değiştirmiştir. Yeni içtihadına¹⁶⁴ göre, daha dar bir yorum şekli geliştirmiş ve sorumlu olunacak azami miktarın “belirlenebilir” olmasını yeterli saymamış, “rakamla” kefalet senedinde gösterilmesini aramıştır. Burada esas olarak ulaşılmak istenilen, sorumluluk kapsamının belirlenebilir olması değil, sorumlu olacağı azami meblağın, kefilin gözleri önüne açıkça serilmesidir. Ancak “rakamla yazma zorunluluğu” kefilin sorumlu olacağı tüm tutarı kapsamak zorunda olmayıp, tüm tutarı birleştiren unsurların rakamla gösterilmesi şeklinde de olabilecektir. Çünkü ancak bu şekilde azami sorumluluk limiti, basit bir hesap işlemiyle ve başka bir özel bilgiye ihtiyaç duyulmaksızın hesaplanabilecektir. Fakat asıl borcun “rakamla” yazıldığı asıl borç senedinin, hemen altına yazılmış kefalet yükümlülüklerinde, diğer bir deyişle asıl borç senediyle kefalet senedinin arasında birbirini tamamlayacak şekilde sıkı bir irtibatın olduğu hallerde, sorumluluk sınırı ayrıca kefalet beyanında gösterilmemiş, ancak asıl borç senedindeki “rakama” atıfta bulunulmuşsa, ancak o takdirde azami miktarın kefalet senedinde rakamla belirtilme zorunluluğundan feragat edilebilecektir.

Federal Mahkemenin bu yeni içtihadı bir yandan İsviçre BK’nın kefalete ilişkin yeni düzenlemelerinin hazırlanmasına ilişkin çalışmalara, bir yandan da önceki

¹⁶³ Stauffer, **a.g.e.**, s. 45a. Eleştiriler neticesinde bu içtihadın değiştirildiğine ilişkin Bkz. BGE 65 II 33 (Reisoğlu, **a.g.e.**, s. 53, dpn. 227’den naklen).

¹⁶⁴ BGE 64 II 351; Federal Mahkeme, bu kararında her ne kadar ancak asıl borç senedinin altına yapılan kefaletlerde, kefalet senedinde bizzat rakamla belirtme zorunluluğundan bahsetse de, sonraki tarihli başka bir kararında asıl borç senedinden ayrı bir senet üzerinde yapılan kefaletlerde de asıl borç senedi üzerindeki rakama atıfta bulunulmasının geçerli olacağı sonucuna varmıştır. Bkz. BGE 65 II 35 (Reisoğlu, **a.g.e.**, s.53’den naklen). Bu karara göre, “Garantinin kapsamının kefil tarafından tayin edilebilmesi yeterli değildir. Azami meblağın doğrudan doğruya ve açıkça kefile bildirilmesi gerekir. Kural olarak kefalet senedi, kefilin tekeffülünün azami miktarını rakamla içermelidir. Eğer bu rakam senette mevcut değilse, hiç olmazsa kefilin yükümlülüğünü meydana getiren unsurlar rakamla ifade edilmiş olmalıdır. Kefalet senedinde asıl borç senedine yapılacak atıf, ancak her iki senet arasında birbirlerini tamamlayacak şekilde tabii bir bağlantının bulunması halinde mümkün olabilir. Bilhassa kefalet yükümlülüğü ile asıl borçlunun yükümlülüğünün aynı vesika üzerinde bulunması ve kefilin bu iki metni birlikte tetkik etmesi sonucunda muhtemel yükümlülüğünün kapsamını şüpheli gerektirmeyecek şekilde tespiti icap eder”.

uygulamaların kefilî koruma konusunda yetersiz kaldığı ve kefaletin geçerliliği konusunda güvensizlik yarattığı fikrine dayandırılmıştır.

İsv. BK'daki 1941 tarihli değişiklikten sonra ise, m. 493/f. 1'e getirilen düzenleme ile kefaletin geçerli olması, kefilin sorumlu olacağı "toplama" azami borç tutarının "mutlaka rakamla" ve doğrudan kefalet senedinde gösterilmesine bağlı kılınmıştır. Buna göre asıl borç, para borcundan başka bir yükümlülük olsa dahi kefalet yükümlülüğünün para ile gösterilmesi gerekmektedir¹⁶⁵. Böylelikle artık kefilin sorumlu olacağı tüm tutar yerine, tüm tutarı birleştiren unsurların basit bir hesap işlemiyle ve başka bir özel bilgiye ihtiyaç duyulmaksızın hesaplanabilir olması¹⁶⁶, bunun gibi sorumluluğun en az sınırının¹⁶⁷ veya rakamla belirtilen asıl borcun belli bir yüzdesinin belirtilmiş olması halinde kefalet geçerli sayılmayacaktır. Asıl borç senedi üzerinde yapılmış kefalet sözleşmelerinde de asıl borcun miktarı "rakamla" gösterilmiş olsa bile, kefilin yazılı beyanı içerisinde sorumluluğunun üst sınırı ayrıca "rakamla" gösterilecektir¹⁶⁸. Yine asıl borç senedinden ayrı bir senette düzenlenmiş kefalette, asıl borç senedindeki rakam tekrarlanmaksızın ona atıf yapılmış olması, kefaletin geçerliliği için yeterli olmayacaktır¹⁶⁹. Bu da demek oluyor ki, bir şahsın başka bir şahıstan olan ve ancak rakamla miktarı belirtilen alacağına kefil olma ibaresi geçerli olacaktır. Örneğin, "A'nın B'den ödünç sözleşmesi dolayısıyla olan 10.000 TL'lik alacağına kefil oluyorum." ibaresi, geçerli bir kefalet sözleşmesinin kurulmasını sağlayacaktır.

¹⁶⁵ Beck, **a.g.e.**, Art. 493, N. 26; Becker, **a.g.e.**, Art. 493, N. 9; Anderegg, **a.g.e.**, s. 11; Reisoğlu, **a.g.e.**, s. 52;

¹⁶⁶ Anderegg, **a.g.e.**, s. 12. Kira sözleşmesi gibi dönemli edimlere kefalet verilmesi durumunda, aylık kira tutarının rakamla gösterilip kira süresinin belirtilmesi yoluyla yapılan kefalet geçerli olmayacaktır. Bkz. Elçin Grassinger, **a.g.e.**, s. 106.

¹⁶⁷ Federal Mahkeme bir kararında (BGE 66 II 29), kefilin sorumlu olacağı en az tutarın senette gösterilmesini, olayda istenen tutar bu tutarın altında olmasına rağmen azami miktar belirtilmediği için bu şekilde yapılan kefalet sözleşmesini geçersiz saymıştır. Reisoğlu ise Federal mahkemenin kefaletin tamamını hükümsüz saymasını eleştirmiş, hiç olmazsa sorumlu olunacak en az miktara kadar kefaleti geçerli saymak gerektiğini belirtmiştir. Bkz. Reisoğlu, **a.g.e.**, s. 55.

¹⁶⁸ Özen, **a.g.e.**, s.172. Aksi görüş için bkz. Beck, **a.g.e.**, Art. 493, N. 28'e göre eğer kefalet senedi asıl borç senedine bağlanmışsa ve doğrudan oradaki asıl borç tutarından sorumlu olunacak azami miktar çıkarılabiliyorsa atıf geçerlidir.

¹⁶⁹ Elçin Grassinger, **a.g.e.**, s.106; Oser, Schöenberger, **a.g.e.**, Art.493, N.36; Giovanoli, **a.g.e.**, Art.493, N.21; Tandoğan, **a.g.e.**, s.755; Özen, **a.g.e.**, s.172.

İsv. BK'nın bu düzenlemesinden sonra, kefilin “yaklaşık 10.000 liraya kadar kefil oluyorum” şeklinde yaklaşık belli bir miktara kadar kefil olacağını ifade etmesi halinde, bu beyanın geçerli bir kefalet sözleşmesi kurmaya yetip yetmeyeceği de tartışılmıştır. Baskın görüşe göre, bu şekildeki bir beyanı geçerli saymamak gerekmektedir¹⁷⁰.

Kefilin sorumlu olacağı toplam tutarın rakamla kefalet senedinde yer alması gerekliliğinden ötürü, asıl borç miktarına kadar kefil olduğu durumlarda, asıl borç miktarının kefalet senedinde rakamla gösterilmesi, ancak bu borcun yan yükümlülüklerinden rakam belirtilmeden sorumlu olunacağını belirtilmesi halinde, kefalet sadece asıl borç miktarı için söz konusu olacaktır¹⁷¹. Örneğin, “A'nın B'den satım sözleşmesi dolayısıyla olan 10.000 TL'lik alacağı kadar ve bu borçtan doğan yan yükümlülüklerin miktarı kadar kefil oluyorum.” gibi bir ibare kullanılması halinde, kefalet sadece asıl borç miktarı için geçerli olacaktır.

Revizyon sonrası azami sorumluluk miktarının rakamla belirtilmesi zorunluluğunun diğer bir sonucu da, gerçek adi birlikte kefalette de her kefil diğerlerinin sorumlu olacağı miktardan kefile kefil sıfatıyla sorumlu olduğundan, kefil olunacak tam tutarın bilinmesi açısından her kefile düşen pay değil, kefilin sorumluluk tutarının tamamının rakamla kefalet senedine yazılması gerektiğidir¹⁷².

(2) Türk Hukuku

Türk Hukukunda ise önceleri kefilin sorumlu olacağı azami miktarın “rakamla” belirtilme zorunluluğuna ilişkin olarak geniş bir yorum yapılmıştır¹⁷³. Yargıtay uygulamalarında bu miktarın kefalet senedindeki ve hatta kefalet senedinin dışındaki başka unsurlara başvuru olarak “belirlenebilir” olması yeterli görülmüştür. Örneğin azami miktarın rakamla kefalet senedinde belirtilmediği bir öğrenci kefaletinde kefil,

¹⁷⁰ Oser, Schönerberger, **a.g.e.**, Art.493, N.36.

¹⁷¹ Elçin Grassinger, **a.g.e.**, s. 106.

¹⁷² Beck, **a.g.e.**, Art. 493, N.25 ve 27; Giovanoli, **a.g.e.**, Art.493, N.23; Pestalozzi, **a.g.e.**, Art. 493, N. 23.

¹⁷³ Tandoğan, **a.g.e.**, s. 756; Reisoğlu, **a.g.e.**, s. 53; Elçin Grassinger, **a.g.e.**, s. 106; Özen, **a.g.e.**, s. 171.

emsali talebeler için vuku bulan sarfiyata göre sorumlu tutulmuştur¹⁷⁴. Ayrıca kefaletle ilişkin kararlarda sıkça atıf yapılan Yargıtay'ın 1944 tarihli İçtihadı Birleştirme Kararı'nda da, "...kefalet senedinde kefilin ödeyeceği muayyen bir miktarın gösterilmiş olup olmadığı ve senetten böyle muayyen miktarın anlaşılması kabil olup olmayacağı hususunun hâkim tarafından resen nazara alınması lazımdır" ifadesinden, kefilin sorumlu olduğu azami miktarın belirlenmesinde bu tutarın mutlaka "rakamla" kefalet senedinde yer almasının aranması gerektiğine ilişkin bir sonuca ulaşılmamaktadır. Böylece senetteki unsurlardan basit veya güç bir hesap işlemiyle sorumluluk tutarının bulunabilmesi mümkünse ya da asıl borç senedi üzerine yapılan kefaletlerde asıl borç tutarına atıfta bulunulmuşsa, asıl borç senedinden sorumluluk tutarına ulaşıldığı sürece kefalet geçerli olacaktır¹⁷⁵.

Ancak bu uygulama doktrinde eleştirilmiştir. Reisoğlu'na göre her ne kadar BK m. 484'te 1941 değişikliğinden sonraki İsv.BK m.493'teki gibi azami sorumluluk sınırının kefalet senedinde rakamla yazılması öngörülme de herhangi bir değişikliğe gerek olmaksızın maddenin lafzi yorumu sonucu, Türk Hukuku'nda da kefilin sorumlu olacağı azami tutarın kefalet senedinde "rakamla" gösterilmesi gerektiği kabul edilebilecektir. Zira ancak bu şekilde kefilin korunması mümkün olacaktır. Uygulamada çoğu zaman atıf yapılan asıl borç senedini dahi görmeyen, bir takım hesaplar sonucu ulaşabileceği azami yükümlülük miktarı hakkında bir fikir sahibi olmayan kefiller olduğu için, Yargıtay'ın bu uygulaması kefilin koruma amacından uzaktır¹⁷⁶. Tandoğan ise, kefilin sorumlu olacağı en üst tutarın mutlaka

¹⁷⁴ Y.3. HD. 14.12.1950, E.14305 K.8505 (Türk İçtihatlar Külliyyatı, Y. 1951, C.2, 1281, N. 2202).

¹⁷⁵ Tandoğan, **a.g.e.**, s.756; Fettah, **a.g.m.**, s. 712; Taşdelen, **a.g.m.**, s. 748.

¹⁷⁶ Reisoğlu, **a.g.e.**, s.54. Reisoğlu'nun görüşünü, Borçlar Kanunu değişikliğinden önce uygun bulan başka yazarlar da bulunmaktadır. Bkz. Özen, **a.g.e.**, s. 172, 173; Karahasan, **a.g.e.**, s. 1219. Doktrinde Tuğsavul da muayyen miktarın kefalet sözleşmesinin içinde açıkça gösterilmesi gerektiğini, asıl borç senedini ima ederek "yukarıda yazılı borca kefalet ettim" gibi ifadelerin yeterli olmayacağını ifade ederek Reisoğlu'nun görüşüne yaklaşmıştır. Bkz. Muhsin Tuğsavul, "Kefalet Aktinin Hukuki Mahiyeti ve İtibarı", **Adalet Dergisi**, S.11, Y.40, 1949, s. 1627.

rakamla belirtilmesi zorunluluğunun ancak kanun değişikliği ile olabileceğini ifade etmektedir¹⁷⁷.

TBK m. 583/f. 1’de de kefilin sorumlu olacağı azami miktarı mutlaka rakamla göstermesi gerektiği ifade edilmemiştir. Kanaatimizce TBK m. 583/f. 1, İsv. BK m. 493 gibi sorumlu olunacak azami miktarın rakamla gösterilmesine ilişkin bir ibare içermemesine rağmen, kefaletle ilişkin tüm hükümlerde kefilin koruma düşüncesine daha baskın şekilde yer verildiği dikkate alınır, hükümde yer alan “*miktar*” ibaresini rakam olarak yorumlamak gerekmektedir¹⁷⁸. Aksi halde geçmişte aynı konulara ilişkin Yargıtay’ın eleştirilen uygulamalarının ötesine geçilemeyecektir. Kefilin sorumlu olacağı tüm tutarı açıkça bilmediği hallerde, şimdiye kadar uygulamada görüldüğü üzere kefil olduğu sırada sadece asıl borç miktarından söz edilmesi, ancak daha sonra kefile kusur ve temerrütten doğan yan talep için de başvurulması hallerinde olduğu gibi, kefilin düşünmediği riskler altına girmesi söz konusu olacaktır. Bu sebeple en başta rakamla belirtme, kefilin sorumlu olduğu azami miktarın tüm şüphelerden ve hesap yapma gereğinden arındırılmış bir şekilde gözlerinin önüne serilmesi bakımından kefilin koruma amacına en uygun şekil şartı olacaktır¹⁷⁹. Ancak miktarın toplam olarak değil, onu birleştiren unsurların belirtilmesi yoluyla da rakamla belirtilmesi geçerli olmalıdır. Örneğin, “*Asıl borç için 10.000 TL, sözleşme faizi için 5.000 TL, borçlunun kusur ve temerrüdünün sonuçlarından 3000TL’ye kadar kefilim*” ibaresi, geçerli bir kefalet sözleşmesi kurmaya yetmelidir. Bunun gibi rakamla belirtilen asıl borcun belli bir yüzdesine kefil olduğunun belirtilmesi de geçerli olacaktır. Zira bu hususta önemli olan kefilin yükümlülük altına gireceği tutarı o sırada açıkça bilebilmesidir. Aksi halde kefilin kefalet senedinde el yazısıyla “*asıl borç miktarı kadar sorumluyum*” şeklinde bir ibare kullanması halinde, asıl borç miktarı kefalet senedinden ayrı da olsa aralarında doğal bir bağlantı da bulursa kefilin, kefil olduğu anda asıl borç miktarını

¹⁷⁷ Haluk Tandoğan, “Yürürlüğe Girişinin 50. Yılında Türk Borçlar Kanunu Hakkında Genel Bir Değerlendirme”, **Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi**, C.8, S.4, 1976, s. 58; Tandoğan, **a.g.e.**, s. 759.

¹⁷⁸ Özen, **TBK’ya Göre Kefalet**, s. 212. Barlas yeni düzenleme ile “*miktar*”dan kastın rakam olması gerektiğini ifade etmiştir. Bkz. Barlas, **Sempozyum**, s. 359.

¹⁷⁹ Gut, **a.g.e.**, s. 2, 9; Giovanoli, **a.g.e.**, Art. 493, N. 22; Pestalozzi, **a.g.e.**, Art. 493, N. 10.

görüp görmediğinin ispatı mümkün olmayacağından, kefil korumak amacıyla bu hükümdeki “*miktar*” ibaresini en baştan rakam olarak yorumlamak en doğru çözüm şekli olacaktır¹⁸⁰.

c. Bazı Sözleşme Tipleri Bakımından Azami Miktarın Belirtilmesi Zorunluluğu Açısından Yargıtay’ın Uygulaması

818 sayılı BK zamanında yukarıda bahsedilen iki sorun dışında, azami miktarın belirtilmesi zorunluluğu açısından Yargıtay’ın asıl borç senediyle aynı senet üzerinde yapılan bazı kefalet sözleşmelerinde azami sorumluluk miktarının belirtilmediği hallerde dahi, asıl borç miktarını doğrudan kefalet limiti saymak şeklinde neredeyse yerleşmiş bir uygulaması bulunmaktaydı¹⁸¹. TBK’nın yürürlüğe girmesiyle bu uygulamanın nasıl değişmesi gerektiğine değinmeden önce bu uygulamadan bahsetmek gerekmektedir.

Yargıtay’ın azami miktarın senette belirtilme sorununa ilişkin uygulamasının, azami miktarının mutlaka kefalet senedinde belirtilmesi yönünde olduğu ancak bu uygulamadan asıl borç senedi üzerinde yapılan kefaletlerde feragat edildiğinden bahsettik¹⁸². Bankacılık uygulamasında genellikle banka kredi veya kredi kartı üyelik sözleşmelerinin asıl borçlu ile birlikte, kefil tarafından imzalandığı, ancak kefilin sorumlu olacağı azami miktarın gösterilmediği görülmektedir. Bu gibi durumlarda ortaya çıkan ihtilaflarda, Yargıtay’ın sorunu çözüm tarzı; aynı belge üzerinde yazılan asıl borç miktarını, yani kredi sözleşmelerinde kredi limitini; kredi kartı sözleşmelerinde kart sahibine tanınan aylık harcama limitini, kefilin 818 sayılı BK m. 484 uyarınca, kefaletin şekli açıdan geçerli olarak kurulması için belirtmesi gerektiği muayyen miktar olarak algılamaktır¹⁸³. Ancak azınlıkta kalan bazı

¹⁸⁰ Doktrinde Özen de şeklin kefil peşin olarak uyarma işlevinin sağlanabilmesi için bu şekilde beyanda bulunulmasının geçerli olmayacağı, azami miktarın rakamla ve el yazısıyla kefalet senedinde belirtilmesinin gerektiğini ifade etmiştir. Bkz. Özen, **TBK’ya Göre Kefalet**, s. 213.

¹⁸¹ Özen, **a.g.e.**, s.170.

¹⁸² Bkz. s. 110.

¹⁸³ Yargıtay bir kararında davalıların imzaladığı sözleşmenin müteselsil kefil başlığını taşıyan maddesinin kefil tarafından sorumlu olduğu azami miktar gösterilmeden imzalanması halinde, sözleşmesinin kredi limitini gösteren maddesindeki rakamın, kefilin sorumlu olacağı azami miktar olduğunun kabul edilmesi gerektiği sonucuna ulaşmıştır. Bkz. 11.HD. 15.05.1986 E. 1715 K.

kararlarında bu gibi durumlarda kurulan kefalet sözleşmesini geçersiz saymaktadır¹⁸⁴.

Yargıtay'ın bu uygulaması kanaatimizce BK m. 484 hükmüne aykırıdır. Zira bu hüküm gereği, kefilin sorumlu olacağı azami miktarın belirtilmesine yönelik sorunlar, bu miktarın mutlaka kefalet senedinde mi belirtmek zorunda olup olmayacağına yoksa kefalet senedinde başka bir senede atıf yapılması yoluyla da belirtilip belirtilemeyeceğine ilişkindir¹⁸⁵. Diğer bir deyişle azami miktar senette ya açıkça belirtilmiş olacak ya da senette azami miktarı belirlemeye yönelik bir dayanak bulunacaktır. Olması gereken hukuk (de lege feranda), azami miktarın asıl borç senediyle ister doğal bağlantı bulunsun, ister bulunmasın mutlaka kefalet senedinde açıkça belirtilmesi yönünde olsa da, BK m. 484'ün yürürlükte olduğu dönemde (de lege lata) bu yönde bir zorunluluk belirtilmediğinden azami miktar, dolaylı atıf yoluyla da belirtilebilecektir. Zira Yargıtay'ın diğer sözleşmelere ilişkin uygulaması da bu yöndedir. Ancak Yargıtay'ın banka kredi sözleşmeleri açısından bu uygulaması, her ne kadar kefalet asıl borç senedi üzerinde yapılmış olsa da kefilin azami miktarı belirlemeye yönelik bir iradesinin olmadığı hallerde dahi, böyle bir irade varmış gibi bu duruma sonuç bağlamaktadır. Bu husus doktrinde de eleştirilmiştir. Barlas, bu konuya ilişkin eleştirisini şu şekilde ifade etmiştir: *“Kaldı ki kanunumuzda ‘kefalet sözleşmesinde asıl borç tutarından daha azına veya fazlasına kadar sorumlu olunacağı belirtilmediği takdirde kefil asıl borç tutarı kadar sorumlu olur.’ şeklinde bir hüküm de mevcut değildir. Tam aksine, kefalet limitinin gösterilmesi bir zorunlu şekil şartıdır ve limit gösterilmemişse kefalet geçersiz*

3508 (Reisoğlu, **a.g.e.**, s. 55). Yargıtay buna benzer başka bir kararında da asıl borca ilişkin belge üzerinde kefalet taahhüdünde bulunan ancak sorumluluk sınırını belirtmeyen kefilin beyanını, asıl borca ilişkin belge üzerinde de kredi limiti yer almadığı için geçersiz saymıştır. Bkz. Y.13.HD. 31.01.2001 E.2000/11830 K.2001/827; Fettah, **a.g.m.**, s.714; Kostakoğlu, **a.g.e.**, s.69; Barlas, **Bazı Sorunlar**, s. 49;; Y. 19. HD. E.09. 06.2000 E.2387 K.4536; Y.19.HD. 03.05.2002 E.4988 K.3350; Y.19.HD. 15.03.2002 E.1052 K.1842; Y. 11. HD. 28.05.2002 E.2649 K.5315; Y.HGK 22.03.1995 E. 19-829 K. 214.

¹⁸⁴ Y.19. HD. 7.6.2002 E.159 K. 4444; Y. 13. HD. 31.1.2001 E. 11830 K. 827.

¹⁸⁵ Barlas, **Bazı Sorunlar**, s. 48, 50.

demektir.”¹⁸⁶. Bu ifadeden de anlaşıldığı üzere, azami miktarı asıl borç senedine atıfta bulunmak suretiyle göstermekle, asıl borcu doğrudan azami miktar saymak farklı şeylerdir.

TBK m. 583 hükmünün yürürlüğe girmesiyle azami miktarın mutlaka kefalet senedinde açıkça yer alması gerektiğinden, Yargıtay’ın bu uygulamaya devam etmesi mümkün değildir¹⁸⁷. Zira yeni düzenleme sonucunda, artık azami sorumluluk miktarının el yazısıyla kefalet senedi üzerinde açıkça belirtilmiş olması, bu açıklığın da ancak rakamla belirtilerek sağlanacağı sonucuna yukarıdaki açıklamalarımızda varmıştık¹⁸⁸.

Yargıtay’ın azami miktarın belirtilmesi zorunluluğuna ilişkin farklı bir uygulamaya gittiği diğer sözleşme tipi de kira sözleşmesidir. Yargıtay, bir yıl süreli olarak akdedilen ve sürenin sonunda 6570 sayılı Gayrimenkul Kiraları Hakkında Kanun¹⁸⁹,un 11. maddesine¹⁹⁰ (TBK m. 347/f. 1 c. 1) göre yenilenen kira sözleşmelerini, asıl borçlu ile birlikte imzalayan ancak “*azami sorumluluk miktarını*” ve sorumluluğun devam edeceği “*kefalet süresini*” belirtmeyen kefilin, kefaletinin

¹⁸⁶ Barlas, **Bazı Sorunlar**, s. 50. Doktrinde Gümüş ise, asıl borç tutarını kefalet limiti olarak belirleme şekli kabul edilse dahi, genel kredi sözleşmelerinde kredi limitinin asıl borç tutarı olmadığını, ileride doğacak asıl borçların tutarının üst sınırı olduğundan hareketle bu uygulamayı reddetmektedir. Bkz. Gümüş, **a.g.e.**, s. 561. Ancak doktrinde, kefaletin fer’i niteliği gereği, kefilin sorumluluğunun asıl borç miktarından fazla olamayacağı, kredi limitinden düşük bir miktara kefil olmak isteyen kişinin bunu belirtmemişse, kredi miktarı kadar sorumlu olmak istediği sonucuna ulaşılabileceği de savunulmuştur. Bkz. Ahmet Türk, “Banka Kredi Açma Sözleşmelerinden Doğan Kredi Alacaklarına Müteselsil Kefaletle İlişkin Bazı Sorunlar”, **İzmir Barosu Dergisi**, S.1, Y. 66, Ocak 2001, s.22. Yargıtay’ın daha da ileri giderek kart hamilinin aylık harcama limiti ya da kredi sözleşmelerinde kredi limiti ve azami meblağ belirtilmemiş olsa dahi, kefilin kefalet ettiği meblağı kabul etmesi halinde kabul ettiği kısımla sorumlu olacağına ilişkin kararları da bulunmaktadır. Bkz. Y.19.HD. 17.9.2011 E.1868 K.5649 (İlmi ve Kazai İçtihatlar Dergisi, S. 495, Mart 2002, s. 918), Y. 11.HD. 3.12.2002 E. 6465 K.11252 (Yargıtay Karar Dergisi, C. 30, S. 1, Ocak 2004, s. 81-83), Y.13.HD. 21.6.2005 E. 6415 K.10589. Ancak kanaatimizce ikrar yoluyla geçerli olmayarak kurulmuş bir sözleşmenin ayakta tutulması mümkün olmadığından bu kararlar isabetli değildir.

¹⁸⁷ Barlas, **Sempozyum**, s. 359.

¹⁸⁸ Bkz. s. 118, 119.

¹⁸⁹ RG 27.05.1955, S. 9013. Türk Borçlar Kanunu’nun Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun m. 10’a göre, 6570 sayılı bu Kanun yürürlükten kaldırılmıştır. Bu Kanun’a ilişkin hükümler, TBK m. 339-356 arasında bir takım değişikliklerle yer almıştır.

¹⁹⁰ “*Kiracı kira müddetinin bitmesinden en az on beş gün evvel mecuru tahliye edeceğini yazı ile bildirmedeği takdirde sözleşme aynı şartlarla bir yıl uzatılmış sayılır*”. Bu hüküm, TBK m. 347/f. 1’de de korunmuştur.

geçerli olacağı ancak bir yıllık kira parasıyla sorumlu tutulacağına ilişkin istikrarlı bir tutum içerisinde¹⁹¹. Diğer bir deyişle, Yargıtay’a göre, kefalet senedinde kefalet süresi ve sorumlu olunacak azami miktar belirtilmese de kefilin sorumluluğu, ancak kira sözleşmesinde belirtilen bir yıllık kira süresi dâhilinde olacaktır, zira bu durumda kefil, her ne kadar azami sorumluluk miktarını göstermese de ödenecek kira paralarının tutarı açıkça gösterilmişse, kefil sorumluluğunun kapsamını ve sınırlarını önceden bilebilecek durumdadır¹⁹². Bu süre 6570 sayılı Kanun’a göre uzasa bile, kefil, uzayan süreye dair kira bedelinden (ve kötü kullanımdan kaynaklanan zararın tazmini gibi diğer borçlarından) sorumlu olmayacaktır, zira bu durumda kira sözleşmesinin daha ne kadar uzayacağı ve dolayısıyla kira parasının ne olacağı belli olmayacağından kefilin sorumluluğunun ancak kira sözleşmesinde belirtilen kira süresi kadar olacağına kabul edilmesi gerekmektedir¹⁹³. Yargıtay, kefil, “*asıl borçlunun tahliye anına kadar tüm borçlarından sorumlu olacağını*” belirtmiş olsa dahi kefalet limitini belirtmemişse, kefaleti geçersiz saymak yerine, sözleşmede gösterilen kira parası ve süresi dâhilinde kefil sorumlu tutulmaktadır. Uygulamada da kira sözleşmeleri genellikle bir yıllık yapıldığı için kefil, bir yıllık kira parasıyla

¹⁹¹ Yılmaz, **Kira**, s. 763; Barlas, **Bazı Sorunlar**, s. 51; Y.HGK. 22.03.2006 E. 6-78 K. 88; Y. HGK. 24.05.2006 E.6-346 K.300;Y. 6. HD. 26.06.2006 E.5059 K. 7401; Y.12.HD. 19.09.2000 E. 12141 K. 13131; Y.12.HD. 18.05.2001 E. 7879 K. 8755; Y. 13.HD. 05.12.2000 E. 10649 K. 10948; Y.13.HD. 12.06.2003 E. 2918 K. 7676; Y.13.HD. 03.06.2004 E. 1406 K. 8672.

¹⁹² Tandoğan, **a.g.e.**, s.758. Yargıtay’ın bir kararında, kira aktine verilen süresiz kefalet şerhinin, BK m. 484’e göre ancak kira süresi için geçerli olduğundan bahsedilmektedir. Bkz. Y.12. HD. 02.03.1976 E. 12 K. 2171 (Ankara Barosu Dergisi, Y.1976, S. 5, s. 934). Yargıtay’ın başka bir kararında da; kiracının borcuna bir yıl için kefil olmuş kefilin sorumluluğunun, 6570 s. Kanun’un 11. maddesi gereğince kira sözleşmesinin sonunda kiracının bozma iradesini bildirmemesi yoluyla sözleşmenin uzaması halinde devam etmeyeceği, zira kefilin sorumluluğu ancak belli ve hesap edilebilir bir miktara ilişkin olduğunda geçerli olacağı, bu nedenle ne kadar uzayacağı belli olmayan bir sürece ilişkin kefaleti geçerli saymamak gerektiğinden bahsedilmektedir. Bkz. Y.4.HD. 10.11.1966 E. 9451 K. 9748 (Renda, Onursal, **a.g.e.**, C. 1, s. 677-678, N. 390). Kira sözleşmesinin kefalet kısmına kefil tarafından müteselsil kefaletin kabul edildiğinin yazıldığı bir olaya ilişkin Y.13.H’nin 13.06.1974 tarihli ve E.1640 K. 1443 sayılı kararında da, kefilin sorumlu olacağı belli bir miktar gösterilmeden yapılan bu kefalet sözleşmesinin, kira sözleşmelerinde süre belirtilmemesi halinde sürenin Kanun gereği bir yıldan sonra ne kadar uzayacağını belli olmamasından ötürü kefilin ancak bir yılla sorumlu tutulması gereğinden bahsedilmiştir. Bu hususa ilişkin ayrıca bkz. Y.4.HD. 10.01.1969 E. 6245 K.274 (Renda, Onursal, **a.g.e.**, 676-677, N.389); Y.İİD, 13.03.1967 E.2388 K.2512 (Olgaç, **Kefalet**, 65).Y. 13.HD. 95.12.200 E. 10649 K.10948 (Uygur, **a.g.e.**, s. 9431)

¹⁹³ Yılmaz, **Kira**, s. 764. Reisoğlu da kefilin kira devam ettiği sürece sorumluluğunun devam etmesini, BK m. 484’e aykırı bulan ve kefil sadece miktarı bilinen ilk yılın kira bedeli ile sorumlu tutan Yargıtay’ın uygulamasını isabetli bulmaktadır. Bkz. Reisoğlu, **a.g.e.**, s. 54.

sorumlu olmaktadır. Ancak Yargıtay'ın bu konudaki gerekçesi, “*belirsiz süre için kefalet akdedilemez*” şeklindeki hukuka uygun olmayan bir gerekçedir. Ancak 818 sayılı BK açısından, kefalet sözleşmesinin süresiz olarak kurulması mümkündür. Yargıtay'ın burada kastettiği kefilin ucu bucağı belirli olmayan bir şekilde sorumlu tutulamayacağıdır¹⁹⁴. Kira sözleşmesine kefalette, kefilin ancak kira sözleşmesinde öngörülen süre kadar sorumlu olacağıının, sürenin uzaması halinde kefilin sorumlu olmayacağıının öngörülmesi, kefalet sözleşmesinin belirli ya da belirsiz süreli olmasıyla ilgili değil, azami miktarın belirlenmesini öngören BK m. 484 ve kefilin sorumluluğunu düzenleyen BK m. 490 ile ilgilidir¹⁹⁵.

Yargıtay'ın bu uygulaması da kanaatimizce BK m. 484'e aykırıdır. Zira bu hükme göre 818 sayılı BK m. 484'e ilişkin daha önceki açıklamalarımızda da vardığımız sonuca göre, azami miktar kefalet senedinde açıkça ya da kefalet senediyle asıl borç senedi arasında doğal bağ bulunduğu hallerde asıl borç miktarına atıf yapılmak suretiyle belirlenebilecektir. Ancak Yargıtay'ın kira sözleşmelerine ilişkin bu uygulaması, tıpkı banka kredi sözleşmelerinde olduğu gibi, kefilin azami miktarı belirlemeye yönelik bir iradesi olmasa da varmış gibi kefalet senedine sonuç bağlamaktadır. Yargıtay'ın azami sorumluluk miktarının gösterilmediği bu tür kefaletleri geçerli sayması sonucunda, asıl borç miktarına atıf dahi olmadan asıl borç miktarını azami miktar gibi kabul etme ve sorumluluğu da bir yılla sınırlamaya gitme gibi kanunda yer almayan çözümler ürettiği görülmektedir. Oysa en baştan bu şekilde yapılan kefaletlerin geçersiz sayılması, Yargıtay'ın BK m. 484 ile

¹⁹⁴ Barlas, **Bazı Sorunlar**, s. 52; Yılmaz, **Kira**, s. 767, 768. Kira sözleşmesindeki sürenin doğrudan kefalet sözleşmesinin süreymiş gibi sayılmasına ilişkin Yargıtay'ın yanlış uygulamasına yönelik eleştiri ve kararlar için bkz. Gülçin Elçin Grassinger, “Belirsiz Süreli Kefalette Kefilin Hakları”, **Prof. Dr. Necip Kocayusufpaşaoğlu İçin Armağan**, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2004, s. 210, dpn. 1; Gülçin Elçin Grassinger, “Kefalet Sözleşmesinden Doğan Bazı Hukuki Sorunlar”, **Banka ve Tüketici Hukuku Sorunları Sempozyumu, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırma ve Uygulama Merkezi, Türk-İsviçre Hukuk Günleri**, İstanbul, Oniki Levha Yayıncılık, 2010, s. 294, dpn. 1. Elçin Grassinger'e göre, kefalet sözleşmesinde belirli bir süre kararlaştırılmamışsa ya da somut olayın şartlarından kira sözleşmesinin süresinin aynı zamanda kefalet süresi olduğu çıkarılamıyorsa, ortada belirsiz süreli bir kefalet sözleşmesi olacaktır. Bu sebeple kefilin, BK 484 (TBK m. 583)'e göre sorumlu olduğu “*belirli kira dönemine ait borçlardan*”, BK 493 (TBK m. 600)'e göre değil, BK 494 (TBK m. 601)'e göre takip edilmesi gerekecektir.

¹⁹⁵ Elçin Grassinger, **Belirsiz Süreli Kefalet**, s. 210, dpn. 1.

bağdaşmayan kararlarının önüne geçecektir¹⁹⁶. TBK m. 583 hükmünün yürürlüğe girmesiyle de azami miktarın mutlaka kefalet senedinde açıkça yer alması gerektiğinden Yargıtay'ın bu uygulamaya devam etmesi mümkün değildir¹⁹⁷.

Burada dikkat etmek gerekir ki, bir yıl süreli olarak yapılan kira sözleşmelerinde, kefilin bir yıldan sonraki kiralari da kapsayacak şekilde “*belli bir süre ve belli bir miktar belirterek*” kefil olmasında hiçbir sakınca yoktur¹⁹⁸. Bu husus, Yargıtay 6. HD.'nin 26.06.2006 tarihli kararında da şöyle belirtilmiştir: “...*Kira süresinin, 6570 sayılı Gayrimenkul Kiraları Hakkındaki Kanun'un 11. maddesi gereğince uzadığı hallerde, uzayan kira süresi bakımından kefilin sorumluluğunun devam edebilmesi için; öncelikle bu hususun (kefilin sorumluluğunun uzayan dönem için de devam edeceğinin) sözleşmede açıkça kararlaştırılmış olması gerekir. Bunun yanında kefilin uzayan dönemdeki sorumluluğunun azami hangi süreyle ve hangi miktarla sınırlı olacağına açıkça gösterilmiş olması da şarttır.*”¹⁹⁹.

2. Azami Miktarın Borcun Belirli Bir Miktarıyla Sınırlandırılması

TBK m. 583 ile azami miktarın kefalet sözleşmesinde belirtilme zorunluluğunun getirilmesinin, kefilin koruma amacını tam anlamıyla sağlayabilmesi açısından “*sözleşmeye konulan bir kayıtla, bu sorumluluğun asıl borcun belli bir kısmı ile sınırlandırılması*” gerekmektedir. Zira sadece kefilin sorumlu olacağı azami miktarın kefalet senedinde gösterilmesi, her zaman için zannedildiği kadar kefilin koruyucu olmayacaktır. Örneğin, 50.000 TL'lik bir borcun 20.000 TL'lik kısmına kefil olan bir kişi, asıl borcun ilk 20.000 TL'si borçlu veya başkası tarafından ödendiğinde ya da

¹⁹⁶ Aynı kanaatte bkz. Barlas, **Bazı Sorunlar**, s. 52.

¹⁹⁷ Barlas, **Sempozyum**, s. 359.

¹⁹⁸ Reisoğlu, **a.g.e.**, s.54, 55; Yılmaz, **Kira**, s.767; Yargıtay'ın bir kararında konu, şu şekilde ifade edilmiştir: “...*davacı ile kiracı Mustafa Y. arasındaki kira sözleşmesi 02.01.2001 başlangıç tarihli ve bir yıl sürelidir. Kiralanan mesken olup, aylık kira 75.000.000 TL'dir. Kiraların her ay peşin ödenmesi kararlaştırılmıştır. Sözleşmeyi müşterek borçlu ve müteselsil kefil olarak Cumhuriyet İ. 'de imzalamıştır. Sözleşmenin özel şartlar 12. maddesinde kefilin sorumluluğu, azami 4.500.000.000 TL ve sözleşmenin yenilenmesi halinde ise beş yıl süre ile sınırlandırılmıştır. Sözleşmenin kurulduğu 02.01.2001 tarihi ile takibin yapıldığı 25.02.2003 tarihleri arasındaki süre, borcun miktarı, sözleşmenin 12.maddesindeki niteleme dikkate alındığında, kefilin takibe konu borçlardan sorumlu tutulmasının kabulü gerekir*”. Bkz. Y. 6. HD. 01. 03. 2004 E. 1288 K. 1258. Bu şekilde yapılan bir kefalet sözleşmesi geçerli olmalıdır.

¹⁹⁹ Y. 6. HD. 26.06.2006 E. 5059 K. 7401.

kendi yükümlülüğünden fazla bir rehnin bulunması halinde sorumluluğunun sona ereceğini düşünmesine yahut asıl borcun 5.000 TL'lik kısmı borçlu tarafından ödendiğinde sorumluluğunun 15.000 TL'lik kısmının kalacağını düşünmesine rağmen, kefilin borcu 50.000 TL'lik borcun tamamı ödeninceye kadar devam edecektir²⁰⁰. Bu nedenle kefilin sorumluluğunu sınırlandırması için, kefalet senedinde ilk sona erecek 20.000 TL'lik asıl borç için yükümlülük altına girdiğini belirtmesi gerekecektir²⁰¹. Revizyon sonrası İsv. BK m. 493/f. 6'ya göre de, kefilin korumak amacıyla kefilin sorumluluğunun asıl borcun ilk sona erecek belli bir miktarıyla sınırlı olduğu şeklinde yazılı bir anlaşma yapılması mümkündür²⁰². İsv. BK'daki bu hüküm, TBK m. 583/f. 2/c. 2 ile de Türk kefalet hukukunda ifadesini bulmuştur. Ancak böyle bir hüküm olmasa da tarafların kefalet senedine benzer kayıtlar koyması kabul edilebilecektir²⁰³.

3. Azami Miktarın Belirtileceği Para Cinsi

Kefalet senedinde, kefilin sorumlu olacağı azami miktarın yabancı parayla gösterilmesi mümkündür²⁰⁴. Zira Türk Hukuku'nda kefilin yabancı para cinsinden borçlanmasına herhangi bir sınırlama getirilmemiştir. Ayrıca bankaların yabancı para üzerinden kefalet sözleşmesi yapabileceklerine ilişkin özel bir düzenleme de

²⁰⁰ Anderegg, **a.g.e.**, s. 14; Reisoğlu, **a.g.e.**, s.56; Oser, Schönerberger, **a.g.e.**, Art. 493, N.81, Art.492, N.73.

²⁰¹ Reisoğlu, **a.g.e.**, s.56.

²⁰² Sorumluluk tutarının asıl borcun altında kaldığı durumlarda, bu şekilde bir kayıt konulması halinde “*bölümsel kefillik*”, konulmadığı hallerde “*sınırlı kefillik*” söz konusu olacaktır. Bkz. Oser, Schönerberger, **a.g.e.**, Art. 492, N.73.

²⁰³ Reisoğlu, **a.g.e.**, s.56; Tandoğan, **a.g.e.**, s.760, 761.

²⁰⁴ Elçin Grassinger, **a.g.e.**, s.109; Reisoğlu, **a.g.e.**, s. 58; Taşdelen, **a.g.m.**, s. 751; Reisoğlu, “Yabancı Para Üzerinden Taahhüt Altına Girilmesi ve Hukuki Sonuçları”, **Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi**, 1987, C. 8, S. 3-4, s. 150. Feyza Eren Sayın, Berk Kenan Koyuncu, “Kefalet ve Garanti Sözleşmeleri Açısından Uyarılma Sorununa Bir Bakış”, **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, C. 70, S. 1, Y. 2012, s. 340. MK m. 766a gereği döviz üzerinden ipotek tesis edilebileceğinden hareketle burada da aynı sonuca varmak mümkündür. Bkz. Reisoğlu, **a.g.e.**, s. 58. Barlas, TBK ile yabancı para üzerinden akdedilen kefaletlere ilişkin bir düzenleme getirilirse de, bu şekildeki kefaletlerde kefaletin akdedildiği veya kefilin temerrüde düştüğü tarihteki TCMK döviz alış kuru gibi belirlenecek bir kur üzerinden sabitleme yapılmasının düşünülebileceğini ifade etmiştir. Bkz. Barlas, **Sempozyum**, s. 359. Azami miktarın yabancı para üzerinden belirlenebilmesi imkânı olmasaydı, yabancı para üzerinden yapılan sözleşmelere Türk parası üzerinden kefalet verilirken, kefalet miktarının, Türk parasının daha sonra yabancı para karşısında kaybedeceği değer kaybı göz önüne alınarak belirlenmesi alacaklının lehine olacaktır.

bulunmaktadır. 1567 sayılı Türk Parasını Koruma Hakkında Kanun uyarınca çıkarılan 32 sayılı Tebliğin²⁰⁵ 18/ b. f maddesine göre; “*Bankaların, Türkiye’de ve dışarıda yerleşik kişiler lehine, dışarıda yerleşik kişilere muhatap, yurtiçinde açılacak uluslararası ihalelerle ilgili olarak, yurtdışında yerleşik kişiler lehine Türkiye’de yerleşik kişilere muhatap, döviz üzerinden teminat mektubu düzenlemeleri, döviz üzerinden garanti ve kefalet vermeleri serbesttir.*”

Kefil olunan miktarın yabancı para üzerinden belirlendiği durumlarda, TBK m. 99/f. 2 (818 sayılı BK m. 83/f. 2)’den hareketle sözleşmede “*aynen ödeme veya bu anlama gelen herhangi bir ifade bulunmadığı sürece*” kefil ödemesini, dilerse yabancı para dilerse Ülke parası ile yapabilecektir. Eğer kefil, Ülke parasıyla ödeme yapmayı seçmişse; yabancı paranın Ülke parasına çevrilmesi sırasında öncelikle, tarafların arasında önceden anlaştığı bir kur varsa o uygulanacaktır. Eğer böyle bir anlaşma yoksa, ödeme (vade) zamanındaki kur dikkate alınarak ödeme yapılacaktır. Ancak, TBK m. 99/f. 3 (818 sayılı BK m. 83/f. 3) gereğince, borçlunun ödeme gününde ödemeyerek temerrüde düşmesi halinde alacaklı, alacağının aynen²⁰⁶ veya vade ya da fiili ödeme günündeki rayiç üzerinden Ülke parası ile ödenmesini isteyebilecektir.

Kefilin sorumlu olacağı miktarın yabancı para üzerinden gösterilmesi ve daha sonra yabancı paranın aşırı derecede değer kazanması halinde, kefilin sorumluluğunun önceden öngörülemeyen şartlar nedeniyle ağırlaştığını ileri sürmesi mümkündür. Böyle bir durumda kefilin, yine de kefalet borcu ile sorumlu tutulmasına devam edilmesi, TBK m. 583 ile amaçlanan kefilin, kefil olduğu anda sorumlu olduğu azami miktarı bilmesi gerekmesiyle bağdaşmamaktadır²⁰⁷.

²⁰⁵ RG 11.08.1989, S. 20249.

²⁰⁶ Eski düzenleme açısından sözleşmede aynen ödeme kaydı olmadığı için, Türk Lirası ile ödeme yapmayı seçen borçlunun temerrüde düşmesi halinde, alacaklıya aynen ödeme isteme hakkı tanınmadığı için, borçlu işine gelen tarihteki kur üzerinden ödeme yapabilmekteydi. Bu açıdan yeni düzenlemede alacaklıya aynen ödeme isteme imkânının da tanınması yerinde olmuştur. Bkz. Oğuzman, Öz, **a.g.e.**, s. 315.

²⁰⁷ Elçin Grassinger, **a.g.e.**, s. 181, 182; Reisoğlu, **a.g.e.**, s. 58; Sayın, Koyuncu, **a.g.m.**, s. 342.

Kefaletten dönmeyi düzenleyen TBK m. 599'un, bu durumda uygulanma imkânı bulunmamaktadır. Zira bu hüküm, asıl borçlunun mali durumunun bozulmuş veya kefil tarafından gerçeğe aykırı olarak değerlendirilmiş olduğu hallerde ve ancak kefalet sözleşmesi ile teminat altına alınmış alacak hakkının doğmamış olduğu hallerde mümkündür²⁰⁸.

Bu sebeple kefilin yabancı para üzerinden gösterdiği azami sorumluluk miktarının, aşırı devalüasyon sonrası artması sebebiyle kefilin bu öngöremediği durumdan kurtulması, 6098 sayılı TBK ile getirilen m. 138 hükmü ile olacaktır. Zira böyle bir halde kefil açısından işlem temelinin çöktüğü kabul edilmelidir²⁰⁹. Aşırı ifa güçlüğü düzenleyen bu hükme göre, kefilin, kefalet sözleşmesinin yeni koşullara uyarlanmasını yahut sözleşmeden dönmeyi talep edebilmesi için; sözleşme kurulduktan sonra edimler arasındaki dengenin, kefilin borcunun ifasının istenilemeyecek derecede bozulmuş olması, bu dengesizliğin sözleşme kurulurken öngörülemez ve öngörülmesi de beklenilemeyen bir durumdan meydana gelmesi ve kefilin kaynaklanmaması, son olarak da kefilin kefaletten kaynaklanan borcunu yerine getirmemiş olması gerekmektedir²¹⁰. Hükmün ikinci fıkrasında da, *"bu madde hükmü yabancı para borçlarında da uygulanır"* denilerek, yabancı para üzerinden kurulan kefalet sözleşmelerinde aşırı ifa güçlüğü meydana gelebileceği teyit edilmektedir.

²⁰⁸ Beck, **a.g.e.**, Art. 510, N.4 vd.; Giovanoli, **a.g.e.**, Art. 510, N. 2 vd.; Theo Guhl, **Das Neue Bürgschaftsrecht der Schweiz**, Zürich, 1942, s. 23, 24; Pestalozzi, **a.g.e.**, Art. 510, N. 4 vd.; Oser, Schönenberger, **a.g.e.**, Art. 510, N. 2 vd.; Scyboz, **a.g.e.**, s. 436, 437; Özen, **TBK'ya Göre Kefalet**, s. 562-569; Elçin Grassinger, **a.g.e.**, s. 185, 186.

²⁰⁹ Sayın, Koyuncu, **a.g.m.**, s. 341. Ancak burada işlem temelinin çöküp çökmediği saptanırken, her somut olayda farklı değerlendirme yapılmalıdır. Örneğin, sabit yüksek enflasyon hızı olan bir ülkede, paranın değeri sürekli azalmaktaysa da bu durum hesaplanabilir niteliktedir. Bkz. Reisoğlu, **Yabancı Para**, s. 150. Aynı şekilde kefilin tacir olması da sorumluluk miktarının ileride artabileceğini öngörmesinde etkili bir husustur. Yargıtay da uyarılma davalarında borçlunun tacir olması hususunu dikkate almaktadır. Bkz. Y.HGK. 15.10.2003 E. 13-559 K. 599.

²¹⁰ Ayrıntılı bilgi için bkz. Oğuzman, Öz, **a.g.e.**, s. 602-604; Elçin Grassinger, **a.g.e.**, s. 183; Mustafa Dural, **Borçlunun Sorumlu Olmadığı Sonraki İmkansızlık**, İstanbul, 1976, s.67 vd.; Rona Serozan, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme**, C.3, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2009, s. 259 vd. TBK m. 138 düzenlemesinden önce ise, Türk lirasının beklenilenin çok üzerinde değer kaybetmesi halinde, kefilin aradaki farkın garantisi dışında kaldığını iddia edebileceği savunulmuştur. Fakat daha dar bir yorum şekli getiren kefilin tekeffül tarihindeki yabancı para karşılığı Türk parasıyla sorumlu tutulması fikri, kefilin koruma amacını aşması sebebiyle eleştirilmiştir. Bkz. Reisoğlu, **a.g.e.**, s. 58.

TBK m. 138'in uygulanma şartları gerçekleştiğinde öncelikle hakimden uyarılma talep edilecektir. Uyarılma edim yükümünün azaltılması, vade tarihinin veya ifa tarzının değiştirilmesi şeklinde olabilir. Bunu hâkim takdir edecektir. Ancak borç uyarlanmaya uygun değilse yahut uyarılma halinde karşı taraf açısından sözleşme katlanılması imkânsız bir hal alıyorsa, kefilin sözleşmeden dönme imkânı saklıdır. Ancak sözleşmeden dönme gerçekleşirse, kefalet borcundan kurtulan kefilin, alacaklının kefalet sözleşmesinin devam edeceğine güveninden ötürü uğradığı menfi zararı karşılaması gündeme gelebilecektir²¹¹.

4. Azami Miktar Düzenlemesinin Amacı ve Kefilin Sorumluluğu ile İlişkisi

Her ne kadar konumuz TBK m. 583'e göre kefalet sözleşmesinin şekli açıdan nasıl geçerli bir şekilde kurulacağını belirlemek olsa da şekil şartlarından azami miktarın kefalet senedinde belirtilmesinin zorunlu tutulmasının amacı üzerinde de durmak gerekmektedir. Şekli açıdan geçerli bir kefalet sözleşmesi kurulduktan sonra, kefilin kefalet sözleşmesinden kaynaklanan borcu doğduğu zaman, ne miktarla sorumlu tutulacağı, tamamen kefalet senedinde kefilin el yazısıyla belirtilen azami miktarla ilişkilidir. Böylelikle kefil daha en başta bir gün kefalet borcu doğup kendisine başvurulduğunda ne miktarla sorumlu olacağını bilebilecektir. Ancak bu amaç, 818 sayılı BK düzenlemesinde tam anlamıyla sağlanamamakla birlikte, TBK düzenlemesinde m. 589 ile "*kefili her durumda kefalet senedinde belirtilen tutara kadar sorumlu tutma*" koşulu getirildiğinden sağlanacaktır. Bu amacın ne şekilde gerçekleşeceğini daha açıklıkla ortaya koymak için 818 sayılı BK m. 484 ile m. 490 ve TBK m. 583 ile m. 589 ilişkisinin açıklanması gerekmektedir.

TBK yürürlüğe girmeden önce, 1911 tarihli İsv. BK m.499'dan aynen iktibas edilmiş olan 818 sayılı BK m. 490'da, kefilin sorumluluğunun kapsamı belirtilmekteydi. Bu düzenleme zamanında, 818 sayılı BK m. 484 ile kefaletin geçerli bir şekilde kurulması kefil tarafından sorumluluk sınırının muayyen bir miktar ile sınırlandırılmasına bağlanmasına rağmen, m. 490 ile kefilin sorumluluğun kapsamı olay ve şartlara göre değişebilecek ve hatta genişleyebilecek bir tarzda

²¹¹ Elçin Grassinger, **a.g.e.**, s. 185; Karş. Dural, **Sonraki İmkânsızlık**, s. 74.

belirlenmişti²¹². Bu noktada en çok tartışılan husus; kefilin m. 490'dan doğan borçlunun kusur ve temerrüdünün sonuçları, dava ve takip masrafları ve işlemiş bir yıllık ve işlemekte olan sözleşme faizi gibi tâli sorumlulukları ne kadar geniş olursa olsun hiçbir zaman m. 484 uyarınca belirtmiş olduğu azami sorumluluk miktarından fazla sorumlu tutulamayacağı mı, yoksa m. 484 uyarınca belirtilen azami sorumluluk miktarının m. 490/f. 1'in birinci kısmında belirtilen borcun aslıyla sınırlı olup aynı maddenin devamında belirtilen tâli neticeler için sınırsız bir sorumluluğunun mu söz konusu olacağı hususundaydı²¹³.

818 sayılı BK m. 490'da asıl borç dışında kalan diğer sorumluluk kalemlerinin m. 484'e göre belirtilen azami sorumluluk miktarını aşamayacağı yönünde kanunun bir düzenlemesi bulunmadığı için, kefilin asıl borçtan belirtilen azami sorumluluk miktarı dâhilinde, diğer kalemler açısından ise sınırsız sorumlu olacağı yönünde bir değerlendirme yapılabilmekteydi²¹⁴. 1911 tarihli İsv. BK m. 493 ile m. 499 arasında da mevcut olan bu durum; İsv. BK'nın 1941 tarihli revizyonundan sonra m. 493/f. 1'de azami sorumluluk miktarının mutlaka rakamla kefalet senesinde gösterilmesi zorunluluğu aranması ve m. 499/ f. 1'de de azami sorumluluk miktarının sadece asıl borç bakımından değil, diğer tüm sorumluluk kalemlerini de içine alacak şekilde söz konusu olacağı belirtilmesiyle giderilmiştir²¹⁵. Ancak TBK düzenlemesine kadar 1911 tarihli İsv. BK'dan aynen iktibas edilen 818 sayılı BK m. 484 ve m.490'ın uygulanması sırasında yukarıda belirtilen sorun, Türk Hukuku açısından mevcudiyetini devam ettirmiştir. Ne var ki kanaatimizce de isabetli olarak, azami sorumluluk miktarının kefilin en başta sorumlu olacağı miktarı açıkça bilebilmesi amacının sağlanması bakımından, TBK düzenlemesine kadarki zaman içerisinde,

²¹² Necip Bilge, "Borçlar Kanunu'nun 484 ve 490.ıncı maddeleri Arasındaki Münasebet", **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 12, S. 1, Y. 1955, s. 202, 204; Kara Kılıçarslan, **a.g.m.**, s. 45, 46; Yılmaz, **Kefilin Sorumluluğu**, s. 158; Bilge, **Kefilin Mesuliyeti**, s. 154.

²¹³ Necip Bilge, **BK m. 484 ve m. 490 Münasebeti**, s. 204; Özen, **TBK'ya Göre Kefalet**, s. 133, 134; Barlas, **Bazı Sorunlar**, s. 53; Özen, **a.g.e.**, s. 107, 108.

²¹⁴ Barlas, **Bazı Sorunlar**, s. 54; Özen, **TBK'ya Göre Kefalet**, s. 134; Özen, **a.g.e.**, s. 108; Y.15.HD. 5.3.1982 E.409 K.507 (Yargıtay Karar Dergisi, C. 8, S. 6, Haziran 1982, s. 841, 842)

²¹⁵ Anderegg, **a.g.e.**, s. 9, 10; Andreas Wacke, **Zwei Probleme aus Formmängeln schweizerischer Bürgschaftserklärungen**, Schweizerische Juristen Zeitung 74 1978, s. 17; Kara Kılıçarslan, **a.g.m.**, s. 45.

818 sayılı BK m.484 ile m.490 ilişkisi, Türk doktrinde de 1941 tarihli İsv. BK yönünde yorumlanmıştır²¹⁶

TBK'nın kefilin sorumluluğuna ilişkin m. 589/f. 1 de İsv. BK'ndaki bu revizyondan etkilenmiş ve ona paralel olarak düzenleme bulmuştur. Böylelikle artık kefil, kendisinden TBK m. 589/f. 2'ye göre istenebilecek kalemlerden, her durumda kefalet senedinde belirtilen azami miktara kadar sorumlu olacaktır.

Bu sebeple kefalet sözleşmesinin kurulduğu esnada kefilin azami sorumluluk sınırı belirlenirken, alacaklının TBK m. 589/f. 2'de üç bent halinde sayılan kalemleri göz önünde tutması yararına olacaktır²¹⁷. Kefile başvurulduğu esnada bu üç bentte belirtilen sorumluluk kalemlerinin toplamı, azami sorumluluk miktarının aşağısında kalıyorsa, kefilin sorumluluğu bu kalemlerin toplamı kadar; yukarısında kalıyorsa, kefilin sorumluluğu kefalet senedinde belirtilen azami sorumluluk miktarı kadar olacaktır²¹⁸.

Kefilin kendi temerrüdü sonucu işleyecek olan yasal temerrüt faizi²¹⁹ ya da kendisine karşı açılan dava ve yürütülen takip masraflarının²²⁰ miktarı ise kefalet senedinde belirtilen azami sorumluluk miktarını aşabilecek ve kefiliden herhangi bir sınırlamaya tabi olmaksızın talep edilebileceklerdir.

Kefalet senedinde belirtilen azami miktar birlikte kefillerin ortaklaşa sorumluluğu bakımından da en üst miktardır. Bu sebeple birlikte kefillerin tümünden elde edilen ödeme bu miktarı aşamaz. Eğer adi birlikte kefalet söz konusu ise, kefillere

²¹⁶ Reisoğlu, **a.g.e.**, s. 153, 154; Tandoğan, **a.g.e.**, s. 780; Barlas, **Bazı Sorunlar**, s. 54; Bilge, **Kefilin Mesuliyeti**, s. 168; Aral, **a.g.e.**, s. 450; Zevkliler, Gökyayla, **a.g.e.**, s. 552, Y. 11. HD. 16.12.1986 E. 6211 K. 6880 (Uygur, **a.g.e.**, s. 9435).

²¹⁷ Azami sorumluluk miktarı, İsviçre uygulamasında genellikle asıl borcun tutarını %20 aşan bir miktarın gösterilmesi yoluyla belirlenmektedir. Bkz. Pestalozzi, **a.g.e.**, Art. 499, N.1; Giovanoli, **a.g.e.**, Art.493, N.19 ve Art. 499, N. 5.

²¹⁸ Pestalozzi, **a.g.e.**, Art.499, N.3; Özen, **TBK'ya Göre Kefalet**, s. 136; Özen, **a.g.e.**, s. 109; Yılmaz, **Kefilin Sorumluluğu**, s. 160.

²¹⁹ Özen, **TBK'ya Göre Kefalet**, s. 136, 137; Özen, **a.g.e.**, s. 109; Beck, **a.g.e.**, Art.499, N.6.

²²⁰ Beck, **a.g.e.**, Art. 499, N. 7; Pestalozzi, **a.g.e.**, Art. 499, N.1.

başvurulduğunda azami sorumluluk miktarından sadece kendi paylarıyla sorumlu tutulabileceklerini ileri sürebilirler²²¹.

F. Kefalet Tarihi

TBK m. 583 ile kefalet sözleşmesinin şeklinin kapsamına dâhil edilmesi gereken diğer bir husus da “*kefalet tarihi*”dir. Böyle bir unsur, kaynak İsv. BK m. 493’te öngörülmemiştir²²². Kefalet tarihi, sözleşmenin kurulması için tarafların üzerinde anlaşmasının zorunlu olduğu bir unsur olmamasına rağmen, Türk kanun koyucusu tarafından bu hususun esaslı unsur haline getirildiğini ve bu sebeple şeklin kapsamına dâhil olması gerektiğini söylemek mümkündür. Zira bu unsurun bulunmaması sözleşmenin geçerli olarak kurulmasını engelleyecektir. Ayrıca kefalet tarihinin, kefalet senedinde kefilin el yazısıyla belirtilmesi zorunluluğu getirilerek bu unsurun sonradan alacaklı tarafından doldurulması engellenmek istenmiştir. Böyle bir zorunluluğun getirilmesinde madde gerekçesinde şu sebepler gösterilmiştir:

- TBK m. 589/f. 2 ile getirilen, sözleşmede aksi açıkça kararlaştırılmamışsa kefilin, borçlunun sadece kefalet sözleşmesinin kurulmasından sonraki borçlarından sorumlu olacağına ilişkin hükmün uygulanabilirliğini sağlamak.

- Süreli kefalet sözleşmelerinde kefaletin sona erme süresini belirleyebilmeyi kolaylaştırmak.

Madde gerekçesinde belirtilen bu sebepler dışında kanunun birçok yerinde kefalet sözleşmesinin kurulduğu tarihin önem arz ettiği görülmektedir. Bu sebeple gerekçede belirtilen sebeplere aşağıda belirteceğimiz sebepleri eklemek de mümkündür. Bu sebepler şu şekildedir:

- TBK m. 584 ile getirilen eşlerden birinin kefalet sözleşmesinin mahkemece verilmiş bir ayrılık kararı olmadıkça veya yasal olarak ayrı yaşama hakkı doğmuş olmadıkça ancak diğerinin yazılı rızasıyla kefil olabileceğine ilişkin hükmün

²²¹ Beck, **a.g.e.**, Art. 499, N. 8.

²²² Oser, Schönerberger, **a.g.e.**, Art. 493, N. 33.

uygulanabilirliği bakımından, kefalet sözleşmesinin ne zaman yapıldığını tespit etmek²²³.

- TBK m.598/f. 3 ile getirilen gerçek kişilerce verilen kefaletlerin, kefalet sözleşmesinin kurulmasından on yıl geçmekle kendiliğinden sona ereceğini düzenleyen hükmün uygulanması bakımından on yılın başlangıcını belirlemek.

- TBK m. 585/f. 2’de düzenlenen önce rehne müracaat def’inin kullanılması bakımından rehnin kefaletten önce ya da kefalet sırasında alınmış olup olmadığını belirlemek²²⁴.

- TBK m.587’de düzenlenen birlikte kefalette kural olarak borcun tamamından sorumlu olan kefillerin, kendi kefalet sözleşmesinden daha önce ya da kendisiyle aynı zamanda birlikte kefil olan kimselere karşı takibe girişilmiş olmadıkça kendilerine paylarından fazlası için başvurulmasını engelleyebilmeleri bakımından, kendi kefaletlerinden önce ya da aynı anda kefil olan bu kimselerin tespitini sağlamak.

- Aksi kararlaştırılmadığı sürece, kefilin sadece kefalet anında var olan rehin hakları ya da diğer güvencelere veya bizzat asıl borçlu tarafından sonradan özellikle o alacak için verilmiş olanlara halef olacağını düzenleyen TBK m. 596 kapsamında, kefalet anında var olan rehin hakları ve güvenceleri belirleyebilmek.

- TBK m. 599’da düzenlenen kefaletten dönme kurumu bakımından, borçlunun mali durumunun kefalet sözleşmesi yapıldıktan sonra önemli ölçüde bozulup bozulmadığını tespit etmek.

- TBK m. 601/f. 2’ de süreli olmayan kefaletlerde borcun, alacaklının borçluya yapacağı bildirim sonucunda muaccel olacağı ihtimalde, kefilin alacaklıdan borcun muaccel olmasını sağlayacak bildirim yapılmasını ancak kefalet sözleşmesi

²²³ İpek Sağlam, “Türk Borçlar Kanunu’nun Değerlendirilmesi Sempozyumu”, **Legal Hukuk Dergisi**, S. 34, s. 3692; Aksoyoğlu, **a.g.m.**, s. 97.

²²⁴ TBK m. 591/f. 1 c.1 ve İİK m. 45/f.1 c. 1 gereği, adi kefil, rehnin kefaletten sonra verilmesi durumunda da önce rehnin paraya çevrilmesini isteyebilecektir. Bkz. Yavuz, **Özel Hükümler**, 2012, s. 681.

kurulduktan bir yıl sonra isteyebileceği düzenlendiğinden, bu sürenin başlangıcını tespit etmek.

- MK m. 449'a göre kefil olmak, sınırlı ehliyetsiz için yasak işlemlerden olduğundan, kefil olduğu sırada kefil olan kişinin ehliyet durumunu saptamak.

G. Sübjektif Olarak Esaslı Noktalar

Kefalet sözleşmesinin objektif esaslı noktaları yanında, tarafların iradesinin oluşumuna etki eden sübjektif esaslı noktaların da kefalet sözleşmesinde gösterilmesi gerekmektedir. Sübjektif esaslı noktalar kapsamına, kefilin durumunu hafifleten anlaşmalar girebileceği gibi, kefilin durumunu ağırlaştırıran anlaşmalar da girebilir. Ancak kefalet sözleşmesi dar anlamda şekle tabi bir sözleşme olmadığı, aksine şekil kuralları sadece kefilin korumak amaçlı konulduğu için, kefilin durumunu hafifleten anlaşmaların şeklin kapsamında yer alması gerekli görülmemiştir²²⁵.

Kefilin durumunu kolaylaştıran anlaşmalar; kefalet süresinin kısıtlanmasına, kefilin yararına olan şart koyma ya da süre vermeye, TBK m. 589/f. 2'ye göre yasal yan sonuçlar için sorumluluğun giderilmesine ya da azaltılmasına, adi kefilin sonradan rücu kefil olmasının kararlaştırılmasına yönelik olabilir. Kefilin durumunu kolaylaştıran bu anlaşmalarda olduğu gibi, kefalet belgesindeki açıklamalarla çelişmeyen, onları tamamlayıcı yan kuralların belirlenmesinde de kefalet için öngörülen şekle uyulması gerekmez²²⁶.

Kefilin durumunu ağırlaştırıran anlaşmalar ise, kefilin sorumluluğunun kapsamının genişletilmesi, kefilin kefil olmadan önce doğmuş borçları yüklenmesi, kefaletin

²²⁵ Giovanoli, **a.g.e.**, Art. 493, N. 17; Scyboz, **a.g.e.**, s. 400; Müller, **a.g.e.**, s. 84; Münchener Kommentar/ Pecher, **a.g.e.**, §766, N. 7, 8; Kuhn, **a.g.e.**, s. 703. Ancak ispat kolaylığı sağlaması açısından, sorumluluğu hafifleten anlaşmaların da senette belirtilmesi gerekeceğine ilişkin bkz. Fettah, **a.g.m.**, s. 709.

²²⁶ Oser, Schönerberger, **a.g.e.**, Art. 493, N. 26, 28; Giovanoli, **a.g.e.**, Art. 493, N. 17; Pestalozzi, **a.g.e.**, Art. 493, N.8; Özen, **a.g.e.**, s. 178; Elçin Grasinger, **a.g.e.**, s.111; Beck, **a.g.e.**, Art. 493, N. 11; Becker, **a.g.e.**, Art. 493, N. 5; Guhl, **a.g.e.**, s. 42; Münchener Kommentar/ Pecher, **a.g.e.**, § 766, N.8; Scyboz, **a.g.e.**, s. 400,401; Özen, **TBK'ya Göre Kefalet**, s. 219; Tandoğan, **a.g.e.**, s. 750.

müteselsil kefalet olacağı hususunun belirtilmesine ilişkin olabilir. Bu anlaşmaların ise, kefalet için öngörülen şekle uygun olarak yapılması gerekmektedir²²⁷.

Kefalet belgesinde bu noktalara yer verilmemesi halinde, bu noktalar üzerinde geçerli bir anlaşmanın olmadığı kabul edilmektedir. Bu durumda İsviçre doktrinde geçersizliğin türünün, iptal edilebilirlik olduğu belirtilmiştir. Bu görüşe göre, kefil irade sakatlığı hallerinin, özellikle esaslı beyan hatasının şartlarının oluştuğunu ispat etmek zorunda kalacaktır²²⁸.

Kanaatimizce, böyle bir durumda sadece kefalet belgesine yansımamış anlaşma geçersiz olmalı, kefalet sözleşmesi geçerli olarak ayakta kalmalıdır. Ancak tarafların kendileri açısından bu kadar önem taşıyan bir nokta üzerinde anlaşma olmadıkça kefalet sözleşmesi yapmaya razı olamayacakları düşünülüyorsa, TBK m. 27/f. 2 gereğince tüm kefalet sözleşmesinin kesin hükümsüz sayılması gerekir²²⁹. Fakat tüm kefalet sözleşmesinin geçersiz sayılmasındansa, sadece senedin kapsamında yer almayan hususun geçersiz sayılmasının, her iki tarafın da menfaatine daha uygun olduğu ileri sürülebilir. Zira kefilin durumunu zorlaştıran böyle bir anlaşmanın olmaması ihtimalinde, kefalet taahhüdünde bulunmayacağı ileri sürülemez. Aynı şekilde kefilin durumunu ağırlaştırıcı anlaşmalar geçersiz olsa da geri kalan kısım itibariyle sözleşmenin ayakta tutulması, alacaklının karşısında en azından kefil olarak sorumlu tutabileceği bir kimsenin bulunmasını sağlar²³⁰. Tüm bu sebeplerden dolayı şeklin kapsamına girmeyen bu hususlar bakımından, geçerli bir anlaşmanın kurulmadığını, hükümsüzlüğün kısmi hükümsüzlük olduğunu kabul etmek en isabetli çözüm olarak gözükmektedir. Böylece azami sorumluluk miktarı karşılaştırıldan daha az bir şekilde şeklin kapsamında yer almışsa, kefalet sözleşmesi sadece bu kısım itibariyle geçerli olmaya devam edecektir. Aynı şekilde taraflar müteselsil kefil

²²⁷ Giovanoli, **a.g.e.**, Art. 493, N. 17; Müller, **a.g.e.**, s. 84; Pestalozzi, **a.g.e.**, Art. 493, N.8; Elçin Grasinger, **a.g.e.**, s.110; Özen, **a.g.e.**, s. 177; Oser, Schönenberger, **a.g.e.**, Art. 493, N.27; Fettah, **a.g.m.**, s.709; Özen, **TBK'ya Göre Kefalet**, s. 217.

²²⁸ Giovanoli, **a.g.e.**, Art. 493, N. 17; Pestalozzi, **a.g.e.**, Art. 493, N.8.

²²⁹ Özen, **a.g.e.**, s. 176; Elçin Grasinger, **a.g.e.**, s. 112; Beck, **a.g.e.**, Art.493, N. 16; Becker, **a.g.e.**, Art. 493, N.14; Giovanoli, **a.g.e.**, Art. 493, N. 11; Pestalozzi, **a.g.e.**, Art. 493, N. 6; Reisoğlu, **a.g.e.**, 45; Tandoğan, **a.g.e.**, s. 762; Özen, **TBK'ya Göre Kefalet**, s. 216.

²³⁰ Özen, **a.g.e.**, s. 177; Özen, **TBK'ya Göre Kefalet**, s. 216.

olma konusunda anlaşmış olmalarına rağmen, bu husus sözleşmeye yansımamışsa kefil için adi kefil sıfatıyla sorumluluk söz konusu olacaktır.

Kefalet sözleşmelerinde kefaletin çeşidi, kefilin sorumluluğunu hafifletici bir nitelikte olsa da (zarara kefalet/açığa kefalet) ispata ilişkin nedenlerden ötürü kefalet senedinde gösterilmelidir²³¹. Zira kefalet çeşidi belirtilmediği takdirde adi kefaletle ilişkin hükümler uygulanacaktır. Buna karşın kefilin durumunu ağırlaştırıcı cinsten olan müteselsil kefil ya da bunun yerine geçecek bir ibarenin kefalet senedinde gösterilmesi, kefile, müteselsil kefaletle ilişkin hükümlere göre başvurulması bakımından zorunludur. Zira müteselsil kefalette asıl borçluya başvurmadan kefile başvurmak adi kefaletle göre daha kolaydır ve bu durum da kefilin sorumluluğunu ağırlaştırmaktadır²³². Ancak el yazısı ile yazılmış böyle bir ibare mevcut değilse, kefalet sözleşmesi geçerli olmasına rağmen kefil, adi kefil gibi sorumlu olacaktır²³³. Bu durumda müteselsil kefil olunmadığı takdirde, kefalet sözleşmesinin hiç yapılmayacağı anlaşılıyorsa, sözleşmenin tümünün geçersiz olduğu söylenebilecektir²³⁴. Ancak önceden de belirttiğimiz gibi alacaklının karşısında adi kefalet türünden de olsa başvurabileceği bir kimsenin bulunması bakımından tüm sözleşme yerine kısmi hükümsüzlüğün kabulü daha makul gözükebilir.

Asıl borcun miktarından düşük bir miktar için kefil olan kişinin, sorumluluğunu borcun belirli bir miktarıyla sınırlandırmasına ilişkin kaydın da kefilin sorumluluğunu hafifletse de TBK m. 583/f. 2 c. 2 gereğince, kefalet sözleşmesinin içeriğinde yer alması gerekmektedir. Zira asıl borcun belli bir kısmı için kefil olan kişi, genellikle bu miktar ödenince ya da bu miktar kadar rehin gösterilince

²³¹ Tandoğan, **a.g.e.**, s.750; Tandoğan, **Geçerlilik**, s. 43; Fettah, **a.g.m.**, s. 709; Taşdelen, **a.g.m.**, s. 753.

²³² Tandoğan, **a.g.e.**, s.750.

²³³ Becker, **a.g.e.**, Art. 496, N.2; Giovanoli, **a.g.e.**, Art. 496, N.27; Reisoğlu, **a.g.e.**, s.122; Oser, Schönerberger, **a.g.e.**, Art. 496, N.12;Anderegg, **a.g.e.**, s. 59; Tandoğan, **a.g.e.**, s.770; Elçin Grassinger, **a.g.e.**, s. 110; Y.11. HD. 16.12.1991 E.6660 (Eriş, **a.g.e.**, s.118).

²³⁴ Elçin Grassinger, **a.g.e.**, s. 112; Beck, **a.g.e.**, Art.493, N. 16; Becker, **a.g.e.**, Art. 493, N. 14; Giovanoli, **a.g.e.**, Art. 493, N. 11; Pestalozzi, **a.g.e.**, Art. 493, N. 6; Reisoğlu, **a.g.e.**, 45; Tandoğan, **a.g.e.**, s. 762.

sorumluluğunun sona ereceğini düşünmektedir²³⁵. Hâlbuki kefilin sorumluluğu, borcun tamamı ödeninceye kadar bu düşük miktar sınırı içerisinde de olsa devam etmektedir. Örneğin, 100.000 TL'lik bir borcun 20.000 TL'lik kısmı için kefil olduğunda, kefilin sorumluluğu asıl borcun 20.000 TL'lik kısmı ödense de 100.000 TL'nin tamamı ödeninceye kadar devam eder. Eski Kanun zamanında, bu hususun kefalet senedinde belirtilmesi gerektiği m. 484'te yer almasa da doktrinde sorumluluğun bu şekilde borcun belirli bir miktarıyla sınırlandırılması kabul edilmekteydi²³⁶. Ancak TBK m. 583/f. 2 c.2'de İsv. BK m. 493/f. 6'ya uygun olarak, tarafların, yazılı şekle uyarak kefilin sorumluluğunu borcun belirli bir miktarıyla sınırlandırmayı kararlaştırabileceklerinin, öngörülmesiyle bu husus da açıklığa kavuşturulmuştur.

²³⁵ Tandoğan, **a.g.e.**, s. 760; Oser, Schöenberger, Art. 492, N. 73; Art. 493, N. 81.

²³⁶ Tandoğan, **a.g.e.**, s. 761.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

III. KEFALETE İLİŞKİN BAZI HUKUKİ İŞLEMLERİN, KEFALET SÖZLEŞMESİNDE YAPILACAK DEĞİŞİKLİKLERİN, KEFALETE İLİŞKİN BAZI KAYITLARIN ŞEKLİ VE KEFALETE İLİŞKİN ŞEKLİN UYGULANACAĞI BAŞKA SÖZLEŞMELER

A. TBK m. 583 ile Öngörülen Nitelikli Yazılı Şekle Bağlı Olan Diğer İşlemler

1. Kefil Olma Konusunda Temsil Yetkisi Verilmesi

Kefalet sözleşmesinin gerek kefilin, gerek alacaklının, gerekse her ikisinin birden temsil edilmesi yoluyla yapılması mümkündür¹. Temsilci herhangi bir üçüncü kişi olabileceği gibi, kefalet sözleşmesi bakımından üçüncü kişi konumunda bulunan asıl borçlu da taraflardan birinin temsilcisi sıfatıyla hareket edebilir². Bu hususa ilişkin, İsviçre Federal Mahkemesi'nin de bir kararında, “*kefalet de diğer akitler gibi temsil suretiyle inikat ettirilebilir. Asıl borçlunun kefilin vekili sıfatıyla, onun irade beyanını alacaklıya bildirmesinde ve ekseriya zımni olarak tezahür eden alacaklının kabulünü kefil adına tebellüğ etmesinde hiçbir sakınca yoktur. Genel hükümler dairesinde kefil, alacaklının seçimini de asıl borçluya bırakabilir. Asıl borçlu burada tamamlanmış bir iradeyi nakleden bir vasıta değil, fakat alacaklının şahsı bakımından kefalet beyanını tamamlamakla görevlendirilmiş gerçek bir temsilcidir*” sonucuna varılmıştır³.

¹ Elçin Grassinger, **a.g.e.**, s. 118; Özen, **a.g.e.**, .s. 203; Reisoğlu, **a.g.e.**, s. 40; Tandoğan, **a.g.e.**, s. 740; Özen, **TBK'ya Göre Kefalet**, s. 246; Halil Akkanat, “Temsilci Aracılığıyla Kefalet Sözleşmesi Akdedilebilir mi?”, **Prof. Dr. Rona Serozan'a Armağan**, C. 1, İstanbul, On İki Levha Yayınevi, 2010, s. 55. İsviçre Federal Mahkemesi, 1941 tarihli revizyon öncesinde kefilin temsilini oldukça kısıtlayıcı bir karar (BGE 65 II 236) vermiştir. Bu kararda, kefalet senedinin mutlaka kefil tarafından imzalanması gerektiği, temsilcinin bu sıfatını belirtmek suretiyle dahi senedi imzalayamayacağı, aksi halde kanun koyucunun aradığı kefilini himaye amacının ortadan kalkacağından bahsedilmektedir. Ancak bu karar doktrinde eleştirilmiştir. Bkz. Giovanoli, **a.g.e.**, Art. 493, N. 51; Anderegg, **a.g.e.**, s. 26, 39.

² Tandoğan, **a.g.e.**, s. 740; Reisoğlu, **a.g.e.**, s. 40; Akkanat, **Temsil**, s. 55.

³ BGE 33 II 402 (Reisoğlu, **a.g.e.**, s. 40'tan naklen)

818 sayılı BK zamanında bir kimsenin kendi adına kefalet altına girmesi için, başka bir kimseye yetki vermesinin, şekil şartına tabi olacağı hususu düzenlenmemiş olduğundan bu husus doktrinde tartışmalara yol açmıştı. Ancak bu tartışmalar aslında temsil yetkisinin şekline ilişkin genel kurallara dayanmaktadır.

818 sayılı BK'da temsil yetkisinin şekline ilişkin özel bir hüküm mevcut olmadığı için, 818 sayılı BK m. 11/f. 1 uyarınca, temsil yetkisi kural olarak şekle tabi olmadan, hatta zımni olarak da verilebilecektir⁴. Fakat sorun şekle tabi sözleşmelerin akdedilmesi için, temsil yetkisi verilmesi durumunda bu yetkinin şekle tabi olup olmayacağı hususunda çıkmaktadır. Bu hususta İsviçre ve Türk doktrininde hakim görüş, şekle tabi sözleşmelerin kurulmasında dahi temsil yetkisinin herhangi bir şekil şartına tabi olmadan verilebileceği yönündedir⁵. Bu görüşe göre, temsilciye yetki verilmesiyle şekle tabi tutulmuş olan işlem henüz gerçekleşmemiş olduğu için, kanunda doğrudan temsil yetkisini vermeye ilişkin bir hüküm bulunmadığı müddetçe, bu işlemin herhangi bir şekilde yapılabileceğini kabul etmek gerekir. Önemli olan, temsilcinin işlemini yaparken işlemin gerektirdiği şekil kurallarına uymasıdır⁶. Ancak azınlıkta kalan diğer bir görüş ise, temsil yetkisinin şekil şartına tabi sözleşmenin şekline uygun olarak verilmemesinin sözleşme için öngörülen şekil şartının amacıyla bağdaşmayacağını savunmaktadır⁷. Bu son görüş, özellikle kefalet sözleşmeleri için savunulmaktadır. Zira kefilin bir kez daha düşünmesinin sağlanması ancak temsil beyanının şekle bağlı olmasıyla gerçekleşecektir⁸. Ayrıca

⁴ Murat İnceoğlu, **Borçlar Hukukunda Doğrudan Temsil**, İstanbul, Oniki Levha Yayıncılık, 2009, s. 139; Kocayusufpaşaoğlu vd., **a.g.e.**, s. 636; Akkanat, **Temsil**, s. 58; Tekinay vd., **a.g.e.**, s. 173. Bu konuda her ne kadar temsilci tayini geçerlilik şekline bağlı olmasa da temsil yetkisinin kapsam ve niteliğinin belirlenmesi bakımından en azından yazılı şekilde verilmesi, ispat kolaylığı sağlayacaktır. Bkz. Akkanat, **Temsil**, s. 58.

⁵ von Tuhr, **a.g.e.**, s. 321; Tekinay vd., s. 173, 174; Feyzioğlu, **a.g.e.**, s.389.

⁶ İnceoğlu, **a.g.e.**, s. 140.

⁷ Oğuzman, Öz, **a.g.e.**, s. 175; Karş. Elçin Grassinger, **a.g.e.**, s. 118, 119; Elçin Grassinger, **Bazı Hukuki Sorunlar**, s. 303; Tandoğan, **a.g.e.**, s. 760; Özen, **a.g.e.**, s. 205; Özen, **TBK'ya Göre Kefalet**, s. 249. Bu görüşün sakıncası asıl işlemin resmi şekle bağlı olduğu durumlarda görülür. Zira bu ihtimalde temsil olunan, resmi işlemin masraflarına iki kez katlanmaktadır. Bkz. İnceoğlu, **a.g.e.**, s. 141.

⁸ Bu görüş, şekil kurallarının kefalette olduğu gibi her zaman tarafları düşünmeye sevk etmek gibi bir amacı olmadığı, bazen sadece hukuki güvenliği sağlamak, resmi sicilleri sağlam temellere oturtmak gibi amaçları olduğu düşünüldüğünde dayanaksız kalmaktadır. Bkz. İnceoğlu, **a.g.e.**, s.

şekle tabi kefalet sözleşmesi yapmak için, şekle tabi olmayan bir temsil yetkisinin verilmesi ihtimalinde kanuna karşı rahatlıkla hile yapılabilecektir⁹. Hem bu tartışmalar sonucunda, hem de İsv. BK m. 493/ f.6'dan hareketle TBK m. 583/f. 1 c. 1 yürürlüğe girmeden önce de kefaletle ilişkin temsil yetkisi verilmesinin kefaletinin şekliyle aynı şekilde yapılması gerektiği savunulmuştur¹⁰.

TBK m. 583/f. 2 c.1 ile İsv. BK. m. 493/f. 6'ya paralel olarak öngörülen, “*kendi adına kefil olma konusunda özel yetki verilmesinin de kefaletle ilişkin şekle tabi olduğu*” hükmüyle artık konu açıklığa kavuşturulmuştur. Böylece kefalet sözleşmesi kurmak için verilen özel yetkinin geçerliliği için, kefaletinin şekil şartına tabi olması gerekecektir. Daha açık bir ifadeyle vekâletnamenin içeriğinde de, lehine kefalet sözleşmesinin yapılacağı asıl borçlunun ve kefalet sözleşmesinin tarafı olacak alacaklının kim olduklarının, asıl borçlunun bu alacaklıya olan hangi borcunun kefalet altına alındığının (asıl borcun belirliliği), hangi sıfatla (adi mi, müteselsil mi) kefil olunacağını, kefil olunacak azami miktarın ve yetkinin verildiği tarihin¹¹ yer alması gerekecektir¹². Bu unsurlardan azami miktar, kefalet tarihi ve müteselsil kefil olunacaksa buna ilişkin ibarenin, el yazısıyla belirtilmesi gerekecektir. Demek ki, kefalet sözleşmesine ilişkin şekle, önce temsil yetkisi verilirken, sonra da temsilci tarafından kefalet sözleşmesi yapılırken iki defa uyulması gerekecektir.

141, 142. Aynı yaklaşım biçimi, resmi şekilde yapılması gereken taşınmaz satım sözleşmesini yapma yolunda verilecek temsil yetkisinin de resmi şekilde verilmesi gerektiği hususunda söz konusudur. Bu konuda hakim görüş, şekil serbestisinin esas olduğu, herhangi bir maddi hukuk kuralı öngörmedikçe, hukuki işlemlerin geçerlilik şekline tabi olamayacağını yönündedir. Bkz. Necip Kocayusufpaşaoğlu, **Türk Medeni Hukukunda Gayrimenkul Satış Vaadi**, İstanbul, 1959, s.106; Tandoğan, **C.1**, s. 255.

⁹ Elçin Grassinger, **a.g.e.**, s. 119; Oser, Schönerberger, **a.g.e.**, Art. 493, N. 74; Scyboz, **a.g.e.**, s. 403.

¹⁰ Her ne kadar, şekil serbestisi esas olsa ve şekil zorunluluğu ancak kanun hükmü veya tarafların iradesiyle getirilebilecek olsa da, burada söz konusu hükmün yorumundan şekil zorunluluğunun kabul edilmesi gerektiği ifade edilmiştir. Bkz. Özen, **TBK'ya Göre Kefalet**, s. 249, dpn. 561.

¹¹ Özen, **TBK'ya Göre Kefalet**, s. 250.

¹² Elçin Grassinger, **Bazı Hukuki Sorunlar**, s. 304. Aksi görüşte bkz. Oser, Schönerberger, **a.g.e.**, Art. 493, N. 77. Yazar, tüm objektif ve sübjektif esaslı noktalar yerine, azami miktar ve müteselsil kefil olma iradesi varsa, buna ilişkin beyanın belirtilmesinin yeterli olacağını söylemektedir.

TBK m. 583/f. 1 c.1 ile bu konuya ilişkin getirilen diğer bir yenilik, yine İsv. BK m. 493/f. 6'ya uygun olarak, kefalet sözleşmesi kurmak için özel temsil yetkisi verilmesinin gerekmesidir¹³.

818 sayılı BK zamanında, kefil olma yetkisinin bir vekile verilmesi halinde, özel bir vekâletnameye ihtiyaç duyulacağına ilişkin bir düzenleme yoktu ve 818 sayılı BK m. 388/f. 2'de sayılan özel vekâletnameyi gerektiren haller arasında da kefil olma sayılmamaktaydı¹⁴. Bu sebeple, Yargıtay'ın genel vekâletnameye dayanarak kefalet sözleşmesi kurulabileceğini içtihat eden kararları bulunmaktaydı¹⁵. Ancak bu dönemde doktrinde çoğunlukla, genel vekâletname veren bir kişi adına kefil olduğunda, somut olayın özelliklerine göre vekâleten kefaletin olağanüstü bir işlem olup olmadığına bakılarak olağanüstü bir işlemse vekilin bu genel vekâletnameye dayanarak işlem yapamayacağı, kefile özel yetki verilmesi gerektiği sonucuna varılmıştı¹⁶.

Nitekim TBK m. 583 ile kefil olma konusunda özel yetki öngörülmesi neticesinde de bazı sorunların ortaya çıkması mümkündür. Örneğin, kefalet sözleşmesi kurmak için verilen özel temsil yetkisinin noterde re'sen hazırlanması durumunda, kefilin yine de bu vekâletname metnine el yazısı ile kefalet limitini, tarihi ve teselsüle ilişkin ibareyi el yazısıyla yazması gerekecek midir? Bu durumda hükmün amacından hareket etmek gerekmektedir. Hükmün amacı, kefilin kefalet sözleşmesi yapmaya yönelik yetki verirken kefalet limiti, müteselsil kefalet ve kefalet tarihi gibi

¹³ Burada her ne kadar kefil olma konusunda özel temsil yetkisinin arandığından bahsedilse de kefilin sorumluluğunu arttıran anlaşmalar yapma hususunda da özel temsil yetkisi gerekecektir. Bkz. Oser, Schönerberger, **a.g.e.**, Art. 493, N. 75.

¹⁴ Doktrinde ve uygulamada bu hallerin sınırlı sayıda olduğu, sınırlı sayıda olmayıp vekalet veren açısından önem taşıyan işlerde yenilerinin eklenmesinin mümkün olduğu ve sınırlı sayıda olmayıp, ancak bazı kriterlere uymak kaydıyla çoğaltılabileceği şeklinde üç farklı görüş bulunmaktadır. Bkz. Kocayusufpaşaoğlu vd., **a.g.e.**, s. 657.

¹⁵ Y.TD. 31.03.1971 E. 840 K. 2594 (Ankara Barosu Dergisi, Y. 1972, s. 148)

¹⁶ Elçin Grassinger, **a.g.e.**, s.119; Tandoğan, **a.g.e.**, s. 740; Reisoğlu, **a.g.e.**, s. 42; Tandoğan, **Geçerlilik**, s. 36; Tekinay vd., **a.g.e.**, s. 238, 239; Feyzioğlu, **a.g.e.**, s. 417; Fettah, **a.g.m.**, s. 706. Belirli bazı kriterlere uyarak 818 sayılı BK 388/f. 2'de sayılan haller dışında hangi hallerde, özel yetkinin aranacağını öğretilen düşüncelere de uygun olarak işleyen ve bu kapsamda kefalet için temsil yetkisinin de özel yetki şeklinde ve kefaletin şekli geçerlilik şartlarına tabi olarak verilmesi gerektiğine ilişkin Yargıtay 3. HD.'nin 04.02.2002 tarihli E. 414 K. 1200 nolu kararı ve buna ilişkin değerlendirmeler için bkz. Akkanat, **Temsil**, s. 61- 66. Ancak bu

unsurların bilincinde olmasının sağlanmasıdır. Ancak noter tarafından hazırlanan vekâlet senediyle bu amaca zaten ulaşılabilecektir. Zira resmi şeklin koruyucu etkisi kefalet için öngörülen şeklin amacını sağlamaya yetecektir¹⁷. Bu sebeple noter tarafından hazırlanan bir metinde, ayrıca bir de kefilin el yazısıyla belirli unsurların yazılması beklenmez.

Kefilin boş bir belgeyi imzalaması ve asıl borçluya vermesi durumunda, asıl borçlunun bu belgeyi kefile aralarında olan anlaşmaya uygun olarak doldurması durumunda asıl borçlunun, kefalet sözleşmesinin kurulması ve irade sakatlıkları bakımından kefilin temsilci sıfatıyla mı, bir vasıta (haberci) olarak mı, yoksa kefilin irade beyanını tamamlayıcı olarak mı hareket ettiğinin tespiti de önemli bir husustur¹⁸. Bir görüş¹⁹, özellikle alacaklının belli olmadığı durumlarda bu şekilde imzalanıp verilen senetlerin daha sonra asıl borçlu tarafından doldurulmasında, bir bakıma asıl borçluya alacaklıyı seçme gibi geniş bir yetki de tanınmış olduğundan, kefalet sözleşmesini kurmaya yarayan iradenin asıl borçluya ait olduğu ve asıl borçlunun temsilci olarak hareket ettiğini kabul etmektedir. Eğer ki kefil ile alacaklı önceden anlaşmış ve kefil imzaladığı senedi asıl borçlu aracılığıyla alacaklıya ulaştırıyorsa, asıl borçlu vasıta olarak hareket etmekte; fakat kefil alacaklı ile hiç görüşmeden asıl borçlunun talebi üzerine kefalet senedini asıl borçluya vermişse, asıl borçlu temsilci olarak hareket etmektedir. 818 sayılı BK zamanında ileri sürülen bu düşüncenin kabul edilmesi durumunda, temsil yetkisinin kefalet sözleşmesinin şekline uygun düzenlenerek yahut boş belgenin imzalanması suretiyle verilebileceği sonucuna ulaşılabilecektir.

Bu konuda diğer bir görüş²⁰ ise, boş bir senedin imzalanması suretiyle asıl borçluya verilmesi durumunda asıl borçlunun bu senedi doldururken temsilci olarak hareket ettiğini kabul etmemektedir. Çünkü temsilci olarak hareket ettiğini kabul

¹⁷ Barlas, **Sempozyum**, s. 355-357. Yazar bu görüşte olmakla beraber, bu konuda ortaya atılabilecek geçersizlik iddialarını önlemek maksatlı, metnin altına bu ibarelerin bir de kefil tarafından yazılmasının faydalı olacağını ifade etmektedir.

¹⁸ Oser, Schönerberger, **a.g.e.**, Art. 492, N. 82.

¹⁹ Reisoğlu, **a.g.e.**, s. 41; Flume, **a.g.e.**, s. 253

²⁰ Reinicke, Tiedtke, **a.g.e.**, s. 34-35; Özen, **TBK'ya Göre Kefalet**, s. 253, 254.

etmek için, iradenin temsilciye ait olması gerekmektedir. İradenin bir kimseye ait olduğunun göstergesi de irade beyanının altının o kimse tarafından imzalanmasıdır. Oysa boş kağıdın kefil tarafından imzalandığı bu ihtimalde, diğer unsurların asıl borçlu tarafından doldurulmasında, asıl borçlu kendi imzasını atmadığı için, kefilin iradesini tamamlamaktadır. Bu sebeple asıl borçlu haberci olarak nitelenemeyeceği gibi, temsilci olarak nitelenemeyecektir.

Kanaatimizce ikinci görüşe katılmak daha isabetlidir. Zira alacaklının belli olmadığı durumlarda boş senet imzalanarak asıl borçluya verilmiş olsa da asıl borçluya verilen tamamlama yetkisinde objektif esaslı unsur olan asıl borç, kefil tarafından yeterince tanımlanmış olmalıdır. Bu sebeple ileri sürüldüğü gibi, sırf alacaklı asıl borçlu tarafından seçiliyor diye, kefalet sözleşmesi kurma yolunda iradenin asıl borçluya ait olduğu ve bundan dolayı da temsilci olduğunu söyleyemeyiz.

Ayrıca TBK düzenlemesinde, temsil yetkisinin kefalet sözleşmesinin şekline uygun olarak verilmesi gerektiğinden, kefalet sözleşmesinin tüm esaslı unsurlarını içermesi gerekecektir. Bu sebeple asıl borcun da senette belirtilmesi gerekecektir. Ancak boş senedin, TBK m. 583'te sayılan unsurların yazılması suretiyle asıl borçluya kısmen beyaza imzalı belge verilebileceği de yeni düzenleme açısından kanaatimizce kabul edilebilecektir. Zira bu durumda asıl borç senette tanımlanmamış, senedi bu husus bakımından tamamlama yetkisi verilmiş olabilir. Bu sebeple boş kâğıdın sadece TBK m. 583'deki kefilin el yazısıyla doldurulması gereken limit, tarih ve müteselsil kefalet kısımlarının doldurulması ve imzalanması ile kefilin, asıl borçluya temsil yetkisi verilmesinde aranan tüm şekil şartları gerçekleşmeyeceği için, boş kâğıdın imzalanıp asıl borçluya verilmesi halinde verilen bu yetkinin temsil mi yoksa kefilin iradesini tamamlayıcı bir fonksiyon mu gördüğü tartışmasının önemi kalmayacaktır.

Temsilcinin kendi borcu için, temsil yetkisini kullanarak müvekkili olduğu kimsenin adına kefalet yükümlülüğü altına girmesi, ancak müvekkilin açıkça izin vermiş olması ya da sonradan icazet vermesi halinde mümkün olacaktır²¹.

Kefalet sözleşmesinin temsilci aracılığıyla kurulmasında önem arz eden husus, “kefilin” temsilci aracılığıyla sözleşme kurmasıdır. Kefilin şahsı kefalet sözleşmesinin kurulması açısından önem taşıdığından, kefilin temsilci aracılığıyla sözleşme kurması, sadece doğrudan temsil yoluyla olabilecektir²². Bu sebeple kefilin temsilcisi, işlem yaparken, karşı tarafı temsilci olarak hareket ettiği hususunda bilgilendirmeli ve işlemi sahip olduğu temsil yetkisine dayanarak yapmış olmalıdır²³. Temsilcinin başkasını temsilen hareket ettiğini bildirmediği durumlarda, sözleşmenin temsilci ile sözleşmenin diğer tarafı arasında kurulacağı ve sözleşmeden doğan alacak ve borçların TBK m. 40/f. 2 uyarınca, dolaylı temsil ilişkisine göre alacağın temlik ve borcun nakline ilişkin hükümlere dayanılarak temsil edilene devredebileceği hususu kefalet ilişkisine uygun değildir²⁴. Zira kefilin kredibilitesi ve güvenilirliği kefalet sözleşmesini akdeden alacaklı bakımından son derece önemlidir. Alacaklının kim olduğunu dahi bilmediği bir kefile kefalet sözleşmesi yapması düşünülemez²⁵.

Temsilcinin kefalet sözleşmesini ne şekilde imzalaması gerektiği hususu ise sadece kefalet sözleşmeleri bakımından değil, genel olarak tartışmalı bir konudur. Bu hususta bir görüş; temsilcinin, temsil olunanın adını yazıp kendi imzasını atabileceği

²¹ Elçin Grassinger, **a.g.e.**, s.119; Elçin Grassinger, **Bazı Hukuki Sorunlar**, s. 305. Y. 11. HD.’nin 10.06.1988 tarihli E.4317 K.3844 (Eriş, **a.g.e.** s.635, 636) sayılı kararına göre : “ ...dava dışı... kişi kendi borcu için temsilcisi olduğu şirketi, kendisine verilen vekillik yetkisinden istifade ederek kefalet borcu altına sokmuş bulunmaktadır... vekilin kendi kendisi ile ve kendi lehine sözleşme yapabilmesi borç altına soktuğu müvekkilinin açık yetki vermesiyle veyahut da böyle bir yetki almadan yaptığı işleme vekil edence sonradan icazet verildiği takdirde mümkün olabilmektedir.”

²² Anderegg, **a.g.e.**, s. 40; Elçin Grassinger, **a.g.e.**, s. 118; Akkanat, **Temsil**, s. 56; Fettah, **a.g.m.**, s. 705; Gümüş, **a.g.e.**, s. 564.

²³ Safa Reisoğlu, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 22.bs., İstanbul, Beta, 2011, s. 57.

²⁴ Zira dolaylı temsilde mümessil hukuki işlemi temsil olunan adına yaptığından bahsetmeden hukuki işlemi kendi adına yapmakta ve daha sonra bu işlemde doğan hak ve borçları alacağın temlik borcun nakli usullerine göre temsil olunana nakletmektedir. Temsil olunanın belirtilmediği bu temsil şekli, kefilin şahsı, alacaklı açısından önem arz ettiği için kefalet sözleşmesi için uygun değildir. Bkz. Reisoğlu, **Borçlar Hukuku**, s. 147; s. Oğuzman, Öz, **a.g.e.**, s. 224.

²⁵ Akkanat, **Temsil**, s. 57.

yönündedir²⁶. Diğer bir görüşe göre ise; temsilcinin temsil olunan adıyla imza atmasının 818 sayılı BK m. 13/f. 1 (TBK m. 14/f. 1)'deki imzanın borç altına girenlerce atılması kuralına aykırılık oluşturacağından, bu şekilde atılan imzanın kefalet sözleşmesini temsil olunan üzerinde kurmaya yetmeyecektir²⁷. İkinci görüşe katılmak daha yerindedir. Zira temsilcinin irade beyanında bulunurken temsil olunan adına imza atması iş hayatında karışıklık, güvensizlik ve bu imkânın kötü kullanılmasına yol açacaktır²⁸. Çünkü imza, irade beyanında bulunanı belirlemeye yönelik bir işarettir ve atanın el ürünü olması bu belirlemeyi sağlayacaktır. Bu sebeple kefalet sözleşmesinin de temsilcinin kendi adını ve temsilci olarak hareket ettiğini belirtmesi suretiyle imzalanması gerekecektir²⁹. Temsilcinin temsil yetkisi veren kefilin adını yazıp, kendi imzasını atması halinde ise temsilcinin bu sıfatını belirtmesi gerekir³⁰.

Kefaletin şekline uygun olmadan verilen kefil olma konusundaki özel yetkiye rağmen, temsilci kefalet sözleşmesi kurmuşsa yetkisiz temsile ilişkin hükümlerin uygulanması düşünülebilir. Bu durumda kefil, işleme onay verinceye kadar kefalet sözleşmesinin geçerliliği askıda olacaktır. Onayın ise, temsil yetkisi verme bir şekle tabi olduğu için o şekilde verilmesi gerekeceğinden³¹, kefalet sözleşmesinin şekline uygun olması aranacaktır³².

²⁶ Hübler, **a.g.e.**, § 37 III, N. 478. Bu görüş Türk ve İsviçre Hukukunda taraftar bulmamasına rağmen, Alman Hukukunda baskın görüştür. Bkz. Tekinay vd., **a.g.e.**, s.114.

²⁷ Elçin Grassinger, **a.g.e.**, s. 120; Oğuzman, Öz, **a.g.e.**, s.115; Reisoğlu, s.50; Elçin Grassinger, **Bazı Hukuki Sorunlar**, s. 304.

²⁸ Elçin Grassinger, **a.g.e.**, s. 120

²⁹ Reisoğlu, **a.g.e.**, s. 50; Elçin Grassinger, **a.g.e.**, s. 119; Elçin Grassinger, **Bazı Hukuki Sorunlar**, s. 304, 305; Akkanat, **Temsil**, s. 57, Anderegg, **a.g.e.**, s. 40.

³⁰ Elçin Grassinger, **Bazı Hukuki Sorunlar**, s. 304, 305.

³¹ Oğuzman, Öz, **a.g.e.**, s. 257.

³² Bu sonuca kefil olma yasağına aykırılık halinde tek taraflı bağlamazlık oluşacağını öngören görüşten de ulaşmak mümkündür. Bkz. Reisoğlu, **a.g.e.**, s. 29; Giovanoli, **a.g.e.**, Art. 492, N. 38; Aksi görüşte bkz. Özen, **TBK'ya Göre Kefalet**, s. 165. Tek taraflı bağlamazlık görüşüne göre, ayırt etme gücüne sahip küçük veya kısıtlının, kendisinin yaptığı ve kendisi için bağlayıcı olmayan kefalet sözleşmesine ergin olduktan veya kısıtlılık durumu kalktıktan sonra onay vermesi mümkündür. Bu onayın da kefalet sözleşmesinin geçerlilik şartlarına uygun olarak verilmesi gerekecektir. Bkz. Beck, **a.g.e.**, Art. 492, N. 14; Reisoğlu, **a.g.e.**, s. 29; Y.19.HD. 02.10.2001 E. 2053 K. 6100.

2. Kefil Olma Vaadinde Bulunma

818 sayılı BK m. 484'te kefil olma vaadinde bulunmanın ne şekilde yapılacağı düzenlenmemiştir. Ancak bu dönemde 818 sayılı BK m. 22/f. 2'de; ön sözleşmenin kanunun iki tarafın menfaati için ayrıca bir şekil öngörmediği hallerde, asıl sözleşmenin şekline tabi olacağını düzenlemesinden yola çıkılarak, alacaklıya karşı yapılan kefil olma vaadinin de kefaletin şekline tabi olacağı kabul edilmiştir³³. Bu görüşe göre, hükümde her ne kadar iki tarafın menfaatinin korunması gerektiğinden bahsedilse de tek tarafın menfaatinin korunması gereken kefalet sözleşmesi yapma vaadinde de, kanuna karşı hile yolunu kapatmak için, aynı esasın uygulanması gerektiği ifade edilmiştir³⁴. Ancak bu dönemde, kefilin alacaklıya karşı kefalet sözleşmesini kurma vaadinin 818 sayılı BK m. 22/f. 2 anlamında ön sözleşme olmasına dayandırılarak kefalet sözleşmesinin şekline tabi olması gerektiği fikri, genel olarak kabul edilse de; kefilin asıl borçluya karşı kefil olma vaadinin 818 sayılı BK m. 22/f. 2 anlamında ön sözleşme olmasa da genel fikir gereğince kefaletin şekline tabi olması gerektiği ifade edilmiştir³⁵.

Doktrinde başka bir görüş ise, borçluya karşı yapılan kefil olma vaadinin de 818 sayılı BK m. 22/f. 2'ye dayandırılması gerektiğini savunmaktaydı. Bu görüşe göre, alacaklıya karşı yapılan kefil olma vaadinin şeklinin, kefalet sözleşmesinin şekline tabi olması gerektiği hususunda 818 sayılı BK m. 22/f. 2 hükmü dayanak gösterilirken, borçluya karşı yapılan kefil olma vaadinde bu hükmün dayanak gösterilmemesinin sebebi, ön sözleşmenin taraflarının asıl sözleşmenin taraflarıyla aynı olması gerektiğinin düşünülmesidir. Oysa, böyle bir gereklilik yoktur. Kefalet ön sözleşmesi alacaklı, asıl borçlu ve hatta üçüncü bir kişiyle dahi yapılabilir. Bu sebeple asıl borçluya yapılan kefil olma vaadi de bir ön sözleşme olduğundan, asıl sözleşme olan kefalet sözleşmesinin şekline uygun yapılmalıdır³⁶.

³³ Tandoğan, **a.g.e.**, s.750; Elçin Grassinger, **a.g.e.**, s. 120.

³⁴ Tandoğan, **a.g.e.**, s.760; Fettah, **a.g.m.**, s. 707.

³⁵ Elçin Grassinger, **a.g.e.**, s. 120; Stauffer, **a.g.e.**, 50a; Tandoğan, **a.g.e.**, s.760.

³⁶ Özen, **TBK'ya Göre Kefalet**, s. 56, dpn. 119; Özen, **a.g.e.**, s. 49. Kuntalp, asıl borçluya yapılan kefil olma vaadinin de bir ön sözleşme olarak kefaletin şekline tabi olması gerektiğini ifade etmiştir. Bkz. Erden Kuntalp, "Teminat Kavramı, Teminat Türleri ve Bunlardan Doğan

TBK m. 583/f. 2 ile İsv. BK m. 493/f. 6'ya uygun olarak öngörülen, diğer tarafa (alacaklıya) veya üçüncü bir kişiye kefil olma taahhüdünde bulunulmasını kefalet şekline bağlayan hüküm sayesinde, artık bu konu açıklık kazanmıştır³⁷. Bu hükümle kefilin gerek alacaklı, gerek asıl borçluya karşı kefil olma vaadi, kefalet sözleşmesinin geçerlilik şekline uygun yapılacaktır. Kefil olma vaaadinin kefalet şekline tabi olacağını düzenleyen bu hüküm sayesinde, şeklin acele kararlardan koruyucu etkisinden yoksun kalan borç altına giren kefilin, alacaklı tarafından asıl sözleşmeyi yapmaya zorlanabilmesinin önüne geçilmiştir³⁸. Aynı zamanda asıl borçluya karşı yapılacak vaaadin de şekle tabi tutulmasıyla hem doktrindeki tartışmaların önüne geçilmiş, hem de asıl borçluya herhangi bir şekle tabi olmadan kefil olma vaaidinde bulunularak kanuna karşı hile yapılmasının önüne geçilmiştir³⁹.

Kefil olma vaadi alacaklıya, asıl borçluya veya üçüncü bir kişiye yapılabilir de bu vaad, kefalet sözleşmesinin şekline tabi olduğu için, uygulama açısından alacaklı dışındaki kişilere, özellikle asıl borçluya karşı yapıldığı zamanlarda anlam kazanacaktır⁴⁰. Zira alacaklıya karşı yapılan kefalet sözleşmesinin şekil şartını taşıyan kefil olma vaadi, diğer geçerlilik şartlarını da içeriyorsa, artık bir ön sözleşmeden değil, kefalet sözleşmesinden bahsetmek gerekecektir⁴¹.

Son olarak, bir kimsenin borçluya veya alacaklıya karşı ya da borçlunun alacaklıya karşı “*kefil bulma taahhüdünde*” bulunduğu sözleşmelerde, kefalete

Sorumluluk”, Prof. Dr. Reha Poroy’a Armağan, İstanbul, Kent Basımevi, 1995, s. 269. Doğan, ön sözleşmenin tarafları ile asıl sözleşmenin taraflarının farklı olabileceği, üçüncü kişi yararına da ön sözleşme yapılabileceğini ifade etmiştir. Bkz. Gül Doğan, **Ön Sözleşme (Sözleşme Yapma Vaadi)**, İstanbul, 2006, s. 63 vd.

³⁷ Andereg, **a.g.e.**, s. 30.

³⁸ Kocayusufpaşaoğlu vd., **a.g.e.**, s. 105.

³⁹ Andereg, **a.g.e.**, s. 30; Beck, **a.g.e.**, Art. 493,N.69; Giovanoli, **a.g.e.**, Art. 493, N.53; Frey, **a.g.e.**, s.44; Pestalozzi, **a.g.e.**, Art. 493, N. 51; Oser, Schönerberger, **a.g.e.**, Art. 493, N. 79; Elçin Grassinger, **a.g.e.**, s. 120;

⁴⁰ Tandoğan, **a.g.e.**, s. 760; Oser, Schönerberger, **a.g.e.**, Art. 493, N. 79; Özen, **TBK’ya Göre Kefalet**, s. 56.

⁴¹ Karş.von Tuhr, **a.g.e.**, 262. Asıl sözleşmenin esaslı unsurlarını içine almak zorunda olan ön sözleşmenin yapıldığı bir çok halde, asıl sözleşmenin niçin yapıldığının anlaşılmaz olduğuna ilişkin Bkz. Tekinay vd., **a.g.e.**, s. 143.

benzer bir riziko söz konusu olmadığından, kefalete ilişkin şeklin uygulanması gerekmeyecektir⁴².

3. Kefilin Borcunun Üstlenilmesinin Şekli

Kefalet sözleşmesinden doğan borcun üstlenilmesinin, geçerlilik şekline bağlı olup olmadığı sorunu incelenirken, borcun iç yüklenilmesi ve borcun dış yüklenilmesi ayırımı yapılmalıdır.

Kefil ile borcu üstlenmek isteyen üçüncü kişi arasında yapılan “*borcun iç yüklenilmesi*” anlaşmasının, herhangi bir şekle tabi olmasına gerek yoktur. Üçüncü kişinin kefile “*Ben sizi, alacaklınıza karşı olan borcunuzdan kurtaracağım*” şeklinde bir ifadede bulunmasıyla borcun iç yüklenilmesi gerçekleşse de, bu anlaşma üçüncü kişiyle alacaklı arasında herhangi bir hukuki bağ kurmaya yetmez ve bu sebeple borç ilişkisinin pasif süjesinde bir değişiklik olmaz⁴³. Böylece üçüncü kişinin üstlendiğini belirttiği, kefalet sözleşmesinden doğan alacağa ilişkin bir sorumluluğu, henüz bu aşamada söz konusu olmayacağından, kefalete ilişkin şeklin korumasından yararlanmasına da gerek kalmayacaktır. Zira burada kefil olarak bir yükümlülük üstlenilmemekte, geçerli olarak doğmuş bir kefaletten doğan borcun üstlenileceği taahhüt edilmektedir⁴⁴. Ayrıca doktrinde de yüklenilen borcu doğuran sözleşmenin geçerlilik şekline bağlı olmasının, borcun üstlenilmesi anlaşmasının da aynı şekle tabi olması gerektiği sonucunu doğurmayacağı ifade edilmiştir⁴⁵.

⁴² Oser, Schöenberger, **a.g.e.**, Art. 493, N.79; Elçin Grassinger; **a.g.e.**, s.120,121; Rein, **a.g.e.**, s.35; Tandoğan, **a.g.e.**, s.760. Üçüncü kişinin bu taahhüdüne ilişkin farklı görüş için bkz. Beck, **a.g.e.**, Art. 493, N. 69.

⁴³ Tekinay vd., **a.g.e.**, s. 269 vd.

⁴⁴ Özen, **TBK’ya Göre Kefalet**, s. 227; Özen, **a.g.e.**, s. 185; Pestalozzi, **a.g.e.**, Art. 493, N. 5.

⁴⁵ Tekinay da borcun iç yüklenilmesi anlaşmasının kanunda özel bir şekle bağlanmadığını ifade etmiştir. Bkz. Tekinay vd., **a.g.e.**, s. 270. Ancak bu aşamada, üçüncü kişinin her ne kadar üstlendiğini belirttiği kefalet sözleşmesinden doğan alacağa ilişkin bir sorumluluğu, henüz söz konusu olmasa da kefile karşı sorumluluğu doğmuştur. Üçüncü kişinin alacaklıyla borcun dış yüklenilmesi anlaşması yapmaması ihtimalinde, kefaletten doğan borcu kefil ödeyecek, fakat üçüncü kişiyle aralarındaki anlaşmaya dayanarak zararının karşılanması için üçüncü kişiye başvurabilecektir. İşte bu şekilde sorumluluğu doğabilecek üçüncü kişinin, daha en baştan borcun iç yüklenilmesi anlaşması yaparken, kefaletin şekline tabi tutularak korunması fikri de bu hususta düşünülebilecektir.

Üçüncü kişinin kefil borcundan kurtamak için bağışlama maksadıyla borcu devralmış olduğu ihtimalde dahi, borcun iç yüklenilmesi anlaşmasının bağışlama vadinin şekli olan adi yazılı şekilde yapılmasına gerek yoktur⁴⁶. Çünkü bu anlaşma şekle tabi olmadan yapılsa bile, alacaklıyla üçüncü kişi arasında borcun dış yüklenilmesi anlaşması yapıldığı vakit, kefil bu anlaşmaya bağlı olarak borcundan kurtulmuş olacağı için elden bağışlama gerçekleşmiş olacak ve borcun iç yüklenilmesi anlaşmasının bağışlama vadinin şekline uygun olmadığı ileri sürülemeyecektir.

Kefil ile üçüncü kişi arasında yapılan borcun iç yüklenilmesi anlaşmasından doğan taahhüdünü, üçüncü kişi, ya alacaklıya bizzat ifade bulunarak ya da alacaklı ile borcu üzerine aldığı bir anlaşma yaparak yerine getirecektir. Bu anlaşmaya ise borcun dış yüklenilmesi anlaşması denmektedir⁴⁷. Bu anlaşmanın, borcun iç yüklenilmesi anlaşmasının aksine, kefalet sözleşmesinin şekline tabi olması gerektiğini söylemek mümkün olmalıdır. Bu sonuca her ne kadar doktrinde savunulan *“borcun kaynaklandığı sözleşmenin geçerlilik şekline tabi olmasının borcu nakli anlaşmasının da şekle tabi olmasına yol açmayacağı”*⁴⁸ fikrinden ulaşılamasa da *“taşınmaz satım sözleşmesinden doğan borcun üstlenilmesi için alacaklı ile yapılan anlaşmanın da resmi şekilde yapılması gerektiği”*⁴⁹ sonucunun kabul edilmesinden ulaşılabılır. Bu borçların niteliklerinden kaynaklanan bu zorunluluk, kefilin borcunu üstlenen üçüncü kişi açısından da düşünülmelidir. Zira borcun dış üstlenilmesi anlaşmasıyla artık kefalet sözleşmesinden doğan borçtan mevcut kefil kurtararak, kendisi borç altına giren üçüncü kişinin de aynı uyarılma ihtiyacına sahip olması, kanunun kefil koruyucu hükümlerinden çıkarılabilecek bir

⁴⁶ Özen, borcun nakli taahhüdünün karşılığında, bir taşınmaz mülkiyetinin devri borcu ya da taşınmaz üzerinde sınırlı ayni hak tesisi borcu altına giriliyorsa, borcun nakli sözleşmesinin de resmi şekilde yapılması gereğini ifade etmiştir. Bkz. Özen, **TBK'ya Göre Kefalet**, s. 227; Özen, **a.g.e.**, s. 185

⁴⁷ Oğuzman, Öz, **a.g.e.**, s. 576; Kılıçoğlu, **a.g.e.**, s. 788; Eren, **a.g.e.**, s. 1198; Reisoğlu, **Borçlar Hukuku**, s. 471; Tekinay vd., **a.g.e.**, s. 273.

⁴⁸ Eren, **a.g.e.**, s. 1202.

⁴⁹ Eren, **a.g.e.**, s. 1198.

sonuçtur. Bu ihtiyaç da TBK m. 583/f. 1'deki şekle, borcun dış yüklenilmesi anlaşması yapılırken uyulması suretiyle giderilecektir⁵⁰.

4. Kefilin Sorumluluğunu Arttıran Sonraki Değişiklikler

818 sayılı BK m. 484'te, TBK m. 583/son'da olduğu gibi kefalet sözleşmesinde sonradan yapılacak olan değişikliklere ilişkin ayrı bir düzenleme yoktu. Bu dönemde kefalet sözleşmesinin kurulmasından sonra kefalet sözleşmesinde yapılacak olan değişikliklerin, yazılı şekle bağlı sözleşmelerdeki değişikliklerin de aynı şekilde yapılmasını öngören 818 sayılı BK m. 12 (TBK m.13) gereği, kefalet sözleşmesinin tabi olduğu şekilde yapılması öngörülmüştür⁵¹. Ancak bu hususta 818 sayılı BK m. 484'ün kefilin koruma amacıyla konulmasından hareket edilerek, sadece kefilin sorumluluğunun kapsamının arttırılmasına ilişkin ek anlaşmaların 818 sayılı BK m. 12 gereğince yazılı şekilde yapılması gerektiği, sorumluluğun kapsamını daraltan anlaşmaların ise yazılı şekil şartına bağlı olmadan yapılabileceği kabul edilmiştir⁵².

İsv. BK m. 493/f. 5'te ise bu husus açıkça hükme bağlanmıştır. Bu hükme göre, kefalet miktarının arttırılması ve adi kefaletin müteselsil kefalete dönüştürülmesi hariç olmak üzere, kefalet sözleşmesinde sonradan yapılacak değişiklikler için, yazılı şekle uyulması yeterli görülmüştür. Görüldüğü gibi, sadece kefilin sorumlu olduğu tutarın arttırılması ya da müteselsil kefaletin adi kefalete dönüştürülmesi söz konusu ise kefaletin tabi olduğu şekil gerekecek, bu iki hal dışında yapılan değişiklikler içinse kefilin sorumluluğunu arttırsalar dahi adi yazılı şekil aranacaktır⁵³. Bu haller dışında yapılan değişikliklerin kefilin durumunu az ya da çok güçleştirmeleri önem arz etmez, yazılı şekle yapılmaları yeterlidir. Örneğin, kefilin asıl borç için verilen

⁵⁰ Doktrinde Özen, borca katılmanın kefalet sözleşmesinin şekline tâbi olacağını ileri süren fikirden (bkz. Hüseyin Murat Develioğlu, “İsviçre Federal Mahkemesi'nin 23 Eylül 2003 Tarihli Kararı Işığında Kefalet Sözleşmesi – Borca Katılma Ayrımı”, **Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Prof. Dr. Erden Kuntalp'e Armağan, C.1, Y.3, S. 1, 2004/1, s. 304) yola çıkılarak da mevcut kefilin borçtan kurtarıcı borcun dış yüklenilmesi anlaşmasının da kefaletin şekline tâbi olacağını ifade etmektedir. Bkz. Özen, **a.g.e.**, s. 186, dnp. 486; Özen, **TBK'ya Göre Kefalet**, s. 228, dnp. 514.

⁵¹ Elçin Grassinger, **a.g.e.**, s.111; Tandoğan, **a.g.e.**, s. 761.

⁵² Elçin Grassinger, **a.g.e.**, s. 111; Tandoğan, **a.g.e.**, s. 761; Taşdelen, **a.g.m.**, s. 757; Aksi yönde bkz. Bilge, **Kefilin Mesuliyeti**, s. 105.

⁵³ Anderegg, **a.g.e.**, s. 20.

rehinlerin bırakılmasına, borçlunun ödeme süresinin uzatılmasına, birlikte kefillerden birinin salıverilmesine onay vermesi için yazılı şekil yeterlidir. İsv. BK m. 493/f. 5'te bu iki halin ayrıık turulmasının sebebi, eğer resmi şekle tabi bir kefalet sözleşmesi kurulmuşsa, İsv. BK m. 12'den hareketle kefilin sorumluluğunu arttıran tüm değişiklikler için yine resmi şekle uyulma zorunluluğunun önüne geçilmesidir⁵⁴.

TBK m. 583/son ile de kefalet sözleşmesinde sonradan yapılacak değişikliklerin şekli düzenlenmiştir. Buna göre, kefalet sözleşmesinde sonradan yapılan ve kefilin sorumluluğunu arttıran değişiklikler, kefalet için öngörülen şekle uyulmadıkça hüküm doğurmayacaktır⁵⁵. Görüldüğü üzere, TBK m. 583'te, kaynak kanundan farklı bir düzenlemeye gidilmiştir. İsv. BK m. 583/son'daki gibi, kefilin sorumluluğunu arttıran değişikliklerden sadece kefalet miktarının artırılması ve adi kefaletin müteselsil kefaletle dönüştürülmesinin değil, tüm kefilin sorumluluğunu arttıran değişikliklerin kefaletin şekline tabi olması gereği düzenlenmiştir. Ancak bu ayrıık düzenleme, farklı bir sonuç yaratmayacaktır. Zira TBK m. 583/f. 1 ile kefalet sözleşmesinin nitelikli yazılı şekle tabi olması gereken kısımları, azami sorumluluk miktarı, kefalet tarihi ve müteselsil kefil olma ibaresidir. Bu kısımlar dışında kefalet sözleşmesi adi yazılı şekle tabidir. Dolayısıyla TBK m. 583/son'a göre de, İsv. BK m. 493'te öngörüldüğü gibi sadece kefalet sözleşmesinde azami miktarın arttırılmasına⁵⁶ ve adi kefaletin müteselsil kefaletle dönüştürülmesine ilişkin sonraki değişiklikler nitelikli yazılı şekilde yapılacak, bunun dışında kefilin asıl borç için verilen rehinlerin bırakılması, borçlunun ödeme süresinin uzatılması, birlikte

⁵⁴ İsviçre Borçlar Kanunu'nun revizyonu sırasında, önce kefilin durumunu güçleştiren tüm değişiklikler için kefaletin şekli aranırken, mecliste görüşmeler sırasında Hollenstein'in "*kefillikte sonradan yapılacak olan değişikliklerin, kefalet miktarının arttırılması dışında, yazılı şekilde yapılması gerekir*" şeklindeki önerisine, adi kefilliğin müteselsil kefilliğe çevrilmesi de eklenerek hüküm son halini almıştır. Bkz. Oser, Schönenberger, **a.g.e.**, Art. 493, N. 82, 83.

⁵⁵ Scyboz, **a.g.e.**, s.402; Frey, **a.g.e.**, s. 41; Oser, Schönenberger, **a.g.e.**, Art. 493, N. 86.

⁵⁶ Kefilin sorumluluğunun arttırılmasına örnek olarak; kefilin kendisiyle birlikte sorumlu olanlar hakkındaki dava ve takibin giderlerini de sorumluluğunun kapsamına alması, işlemiş faizden "son bir yıl" sınırlaması olmaksızın sorumlu tutulabileceğini öngörmesi, kefalet sözleşmesinin geçersiz olması halinde ortaya çıkacak menfi zarardan, asıl borçlu ile alacaklı arasında kararlaştırılan cezai şarttan ya da asıl borçlunun temerrüdünün sözleşmesel sonuçlarından da sorumlu olacağının kararlaştırılması gösterilebilir. Bu hususlara ilişkin anlaşmaların kefaletin geçerlilik şekline uygun olarak yapılması gerekmektedir. Bkz. Beck, **a.g.e.**, Art. 499, N. 17, 20, 21; Giovanoli, **a.g.e.**, Art. 499, N. 12; Pestalozzi, **a.g.e.**, Art. 499, N.4; Özen, **TBK'ya Göre Kefalet**, s. 126-133; Özen, **a.g.e.**, s. 97-107.

kefillerden birinin salıverilmesi gibi değişikliklerin ise adi yazılı şekilde yapılması yeterli olacaktır. El yazısı şartının yerine getirilemeyeceği hallerde öngördüğümüz resmi şekilde yapılan sözleşmelerde ise, yapılacak değişiklikler azami miktarın arttırılması ya da adi kefaletin müteselsil kefalete çevrilmesi halleri dışındaysa, kefilin sorumluluğunu arttırsa dahi adi yazılı şekilde yapılabilecektir. Eğer azami miktarın arttırılması ya da adi kefaletin müteselsil kefalete çevrilmesine ilişkinse, yine resmi şekilde yapılması gerekecektir. 818 sayılı BK zamanında kurulan kefalet sözleşmelerinde, TBK yürürlüğe girdikten sonra kefilin sorumluluğunu arttıracak değişiklikler de bu değişiklikler yeni bir hukuki işlem olduğundan TBK m. 583'ün uygulanması gerekecektir⁵⁷.

Kefilin sorumluluğunu hafifleten değişikliklerin ise, kefalete ilişkin şekle uygun olarak yapılmalarına gerek yoktur⁵⁸. Örneğin, kefilin sorumluluk sınırının azaltılması, başlangıçta şarta veya vadeye bağlı olmayan yükümlülüğün sonradan şarta veya vadeye bağlanması, müteselsil kefaletin adi kefalete dönüştürülmesi halinde hiçbir şekil şartına uyulması gerekmeyecektir. Bu görüşün dayandığı noktalar, kefilin koruma amacı ve bir tasarruf işlemi olan ibranın, TBK m. 132'ye göre şekle tabi olmamasıdır⁵⁹. Ayrıca TBK m. 13'teki geçerlilik şekline bağlı sözleşmelerdeki değişikliklerin de aynı şekilde yapılmalarını öngören hükmün de

⁵⁷ Bu durumda kanunların geçmişe yürümezliği ilkesine istisna olmayacağına dair bkz. Andereg, **a.g.e.**, s. 32. Her ne kadar yeni Kanunu'na ilişkin şekil kuralları, önceden kurulmuş kefalet sözleşmeleri için geçerli olmayacaksa da, eski Kanun zamanında akdedilen kefaletlerde, azami miktarın yeterince belirlenememiş olduğu zamanlarda ya da temsil yetkisinin şekle tabi olmadan verildiği durumlarda ihtilaf halinde kanun koyucunun yorum şekli, kefalet sözleşmesini geçersiz sayma yönündedir. Bu durumlarda yeni Kanun'un geçmişe etkili olması değil, yansıma etkisi söz konusudur. Bkz. Andereg, **a.g.e.**, s. 32, 33.

⁵⁸ Münchener Kommentar/ Pecher, **a.g.e.**, §766, N. 9; Reisoğlu, **a.g.e.**, s. 159; Oser, Schönenberger, **a.g.e.**, Art. 493, N.87; Andereg, **a.g.e.**, s.17 vd.; Beck, **a.g.e.**, Art. 493, N.72; Scyboz, **a.g.e.**, s.402; Tandoğan, **a.g.e.**, s.761; Elçin Grassinger, **a.g.e.**, s. 111.

⁵⁹ Eski Borçlar Kanunu'nda TBK m. 132'deki gibi bir hüküm bulunmadığından bazı yazarlarca, kefalet sözleşmesinde kefilin sorumluluğunu hafifleten sonraki değişikliklerin de şekil şartına tabi olarak yapılması gerektiği öne sürülmüştür. Bkz. Bilge, **a.g.e.**, s. 372; Olgaç, **Kefalet**, s. 17; Ancak doktrinde hakim görüş kefilin koruma amacı dikkate alındığında, sorumluluğu azaltan değişiklikler için, şekil zorunluluğunun bulunmaması yönündedir. Bkz. Elçin Grassinger, **a.g.e.**, s.111, dpn.191; Tandoğan, **a.g.e.**, s. 761.

TBK m. 583'ün kefil koruma amacıyla konulmasından yola çıkılarak burada bir etkisi olmadığı söylenebilecektir⁶⁰.

Son olarak söylemek gerekir ki, kefalet sözleşmesinde şekle tabi olarak yapılması gereken değişikliklerin mutlaka ilk kefalet senedi üzerinde yapılması gerekmez. Bu değişiklikler başka bir senet üzerinde de yapılabilecektir⁶¹.

5. TBK m. 598'e Göre Kefilin Sorumluluk Süresinin Uzatılması

TBK m. 598/f. 3'e göre, *“bir gerçek kişi tarafından verilmiş olan her türlü kefalet, buna ilişkin sözleşmenin kurulmasından başlayarak on yılın geçmesiyle kendiliğinden ortadan kalkar”*. Bu düzenlemenin amacı, hatır için ve hiçbir karşılık almadan kefil olan kişinin, kişilik haklarına aykırı bir biçimde uzun süre sorumluluk altında kalmasının önüne geçmektir⁶². Kefilin sorumluluk süresine ilişkin İsv. BK m. 509/f. 3'te ise, bu süre yirmi yıl olarak belirlenmiştir⁶³. Kefilin sorumluluğu on yıllık süreyi aşıyorsa, kefil on yıllık süreyle sınırlı olarak sorumluluk üstlenecek, on yıllık süreyi aşan kısım, hükümsüz olacaktır. Demek ki, kısmi hükümsüzlük söz konusudur⁶⁴. On yıllık süre, kefalet sözleşmesinin kurulduğu andan itibaren başlamakla birlikte, on yılın tamamlanmasıyla kefilin yükümlülüğü kanun gereği ileriye etkili olarak ortadan kalkar⁶⁵. Gelecekte doğacak borçlar için kefalette de on yıllık süre sınırlaması, bu süre içinde asıl borç doğmamış ya da vadesi gelmemiş olsa bile geçerlidir, zira on yıllık sürenin başlaması için asıl borcun doğduğu anın önemi yoktur⁶⁶.

⁶⁰ Tandoğan, **a.g.e.**, s.761.

⁶¹ Oser, Schönerberger, **a.g.e.**, Art. 493, N. 85; Reisoğlu, **a.g.e.**, s. 48.

⁶² Beck, **a.g.e.**, Art. 509, N. 51.

⁶³ Ayrıca İsv. BK m. 509/f. 3'te Türk Borçlar Kanunu'ndan farklı olarak, kamu makamlarına karşı üstlenilen kefalet veya çalışanlara kefalet varsa, yahut periyodik edimleri içeren bir borç, kefalet güvencesine bağlanmışsa, yirmi yıllık süre sınırının geçerli olmayacağı düzenlenmiştir.

⁶⁴ Giovanoli, **a.g.e.** Art. 509, N. 11; Pestalozzi, **a.g.e.**, Art. 509, N. 12; Özen, **TBK'ya Göre Kefalet**, s. 556; Burak Özen, “6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu Çerçevesinde Kefilin Sorumluluğunun Kefalet Sözleşmesine Özgü Sebeplerle Sona Ermesi”, **İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 2, S. 2, Y. Temmuz 2011, s. 69.

⁶⁵ Özen, **TBK'ya Göre Kefalet**, s. 558, 559; Özen, **Sona Erme**, s. 70, 71.

⁶⁶ Özen, **TBK'ya Göre Kefalet**, s. 558, 559; Özen, **Sona Erme**, s. 70.

TBK m. 589/f. 4'te on yıldan fazla bir süre için verilen kefaletlerde kefilin, ancak sözleşmenin uzatılması ya da yeni bir kefalet verilmiş olması koşuluyla takip edebileceği düzenlendikten sonra, TBK m. 589/f. son'da bu uzatmanın nasıl yapılacağı düzenlenmiştir. Bu hükme göre, “*Kefalet sözleşmesi, en erken kefaletin sona ermesinden bir yıl önce yapılmak kaydıyla, kefilin kefalet sözleşmesinin şekline uygun olarak yazılı açıklamasıyla, azami on yıllık yeni bir dönem için uzatılabilir*”.

Demek ki, kefil kefalet sözleşmesinin yapılmasından dokuz yıl geçtikten sonra, on yıllık azami sürenin dolmasına kadar “*kefalet sözleşmesinin şekline uyarak*”, sözleşmenin uzatılmasına ilişkin yazılı beyanda bulunarak sözleşmeyi uzatabilecektir⁶⁷. On yıllık sürenin uzatılmasının, en baştan kabul edilmesi mümkün değildir⁶⁸. Uzatmanın kefalet sözleşmesinin şekline uyulmadan yapılması halinde geçerli bir uzatma olmadığı için, kefilin sorumluluğu on yılın dolmasıyla sona erecektir. TBK yürürlüğe girmeden yapılan kefalet sözleşmelerinde, Kanun yürürlüğe girdiği sırada dokuz yıl dolmuşsa, yapılacak uzatma işlemi yeni bir hukuki işlem olduğundan ve yapılan işlem sona ermeye ilişkin bir işlem olduğundan 6101 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun m. 1 c.1'e göre, yeni Kanun hükümlerine tabi olacak ve uzatmanın şekline ilişkin TBK m. 583 uygulanacaktır.

6. TBK m.603 Kapsamındaki Sözleşmeler

TBK'nın kefalet sözleşmesine ilişkin hükümlerinin en sonunda yer alan “*Uygulama Alanı*” kenar başlığını taşıyan TBK m. 603 hükmüne göre;

⁶⁷ İsv. BK m. 509'da da uzatmanın kefaletin şekline göre yapılacağı belirtilmiştir. Bkz. Anderegg, **a.g.e.**, s. 24.

⁶⁸ Özen, **TBK'ya Göre Kefalet**, s. 561; Özen, **Sona Erme**, s. 72. Uzatma en fazla on yıllık bir dönem için yapılabilir. Daha fazla bir uzatma yapılması halinde, on yıllık yapılmış gibi sonuç doğurur. Bir kere uzatma yapıldıktan sonra bir daha uzatma yapılması mümkün değildir. Bkz. Beck, **a.g.e.**, Art. 509, N. 69; Giovanoli, **a.g.e.**, Art. 509, N. 25; Pestalozzi, **a.g.e.**, Art. 509, N. 15.

“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”⁶⁹.

Bu hükümden anlaşıldığı üzere, konumuz kapsamındaki kefaletin şekline ilişkin düzenlemeler, gerçek kişilerce verilen bazı başka kişisel teminat sözleşmeleri için de uygulanacaktır. Kefalet sözleşmesi dışındaki diğer kişisel teminat sözleşmeleri; teminat amaçlı garanti sözleşmesi⁷⁰, teminat amaçlı mevcut borca katılma sözleşmesidir. Bunun dışında en baştan borçluyuyla birlikte teminat amaçlı birlikte borç üstlenme⁷¹, kıymetli evrak hukukundaki aval (6102 sayılı TTK m. 700-702) ve komisyoncunun verdiği özel teminat (TBK m. 537) da kişisel teminat sözleşmeleri arasında sayılabilir⁷². Buna karşın sigorta sözleşmesi⁷³, kredi emri (TBK m. 516)⁷⁴, belgeli akreditifin⁷⁵ teminat sözleşmesi olup olmadığı tartışmalıdır. Bu sözleşmelerden hangilerinin, TBK m. 603’ün kapsamına gireceği hususunda tam bir

⁶⁹ Bu hüküm Borçlar Kanunu Tasarısının ilk halinde “*Kefili koruyan hükümlerden kurtulmak amacıyla, gerçek kişilerce başka ad altında yapılan sözleşmeler de kefalet hükümlerine tabidir.*” şeklindeydi. Bkz. Kuntalp vd., **a.g.e.**, s. 442. Ancak doktrinde yapılan eleştiriler doğrultusunda bu şekilde değiştirilmiştir.

⁷⁰ Tandoğan, **a.g.e.**, s. 804 vd.; Özen, **TBK’ya Göre Kefalet**, s. 23, dpn. 59. Garanti sözleşmesinin bu türü için doktrinde “*başkasının fiilini taahhüt şeklinde garanti sözleşmesi*” (Bkz. Reisoğlu, **a.g.e.**, s. 79) ve “*kefalet benzeri garanti sözleşmesi*” deyimleri kullanılmaktadır (Bkz. Barlas, **Kişisel Teminatın Niteliği**, s. 948). Barlas aynı yerde, “*teminatı amaçlayan garanti sözleşmesi*” deyimini, diğer garanti sözleşmesi türü olan saf garanti sözleşmelerinde de garanti alanın yönlendirildiği davranıştan kaynaklanacak rizikoların üstlenilmesi, yani teminat verme amacının bulunacağından hareketle yerinde bulmamaktadır. “*Kefalet benzeri garanti sözleşmesi*” deyimi için ayrıca bkz. Barlas, **Bazı Sorunlar**, s. 56, dpn. 14.

⁷¹ Erlüle, **a.g.m.**, s. 631; Özen, **TBK’ya Göre Kefalet**, s. 7; Özen, **a.g.e.**, s. 7.

⁷² Özen, **TBK’ya Göre Kefalet**, s. 7; Özen, **a.g.e.**, s. 7.

⁷³ Tandoğan, sigorta sözleşmesinin kişisel teminat sözleşmesi olduğunu ifade ederken (Bkz. Tandoğan, **a.g.e.**, s. 689). Özen, sigorta sözleşmesinin kişisel teminat sözleşmesi olup olmadığı hususunun tartışmalı olduğunu ifade etmiştir (Bkz. Özen, **TBK’ya Göre Kefalet**, s. 7).

⁷⁴ Özen, kredi emrinin (itibar emri) kişisel teminat sözleşmeleri arasında sayılmasının mümkün olduğunu ifade ederken (Bkz. Özen, **TBK’ya Göre Kefalet**, s. 7). Tandoğan, kredi emrinin kişisel teminat sözleşmesi olup olmadığı hususunun tartışmalı olduğunu ifade etmiştir (Bkz. Tandoğan, **a.g.e.**, s. 689). Kuntalp de, kredi emrinin gerçek teminat sözleşmelerinden ayrıldığını ifade etmektedir. Bkz. Kuntalp, **a.g.m.**, s. 287,288.

⁷⁵ Özen, **TBK’ya Göre Kefalet**, s. 7; Tandoğan, **a.g.e.**, s. 689; Özen, **a.g.e.**, s. 7; Hatemi, Serozan, Arpacı, **a.g.e.**, s. 520.

fikir birliği sağlanmış değildir. Burada da şekil açısından TBK m. 603 kapsamına girebileceği hususunda fikir beyan edilmiş sözleşmeler üzerinde durulacaktır.

Kişisel teminat sözleşmelerinden, teminat amaçlı garanti sözleşmesinin, TBK m. 603'ün kapsamına gireceği hususu doktrinde büyük ölçüde kabul edilmiştir⁷⁶. Fer'i bir sorumluluk doğuran kefalet sözleşmesi için, kefilin uyarılmasını sağlamak amacıyla şekil şartı öngörülmüşse, aynı amaç teminat amaçlı garanti veren kişi açısından evleviyetle kabul edilmelidir. Kaldı ki, kefalet sözleşmesi kanunda kefilin koruyucu hükümlere ağırlık verilerek düzenlenen bir sözleşmedir. Garanti sözleşmesine ilişkinse kanunda bir düzenleme yoktur⁷⁷. Asıl borç ilişkisinden bağımsız bir sorumluluk üstlenen garanti verenin, kefalette olduğu gibi bir borcun ifasına ilişkin değil de, bir edimin gerçekleşeceğine ilişkin teminat vermesi⁷⁸, yine kefilin sahip olduğu, borçluya kanunen rücu hakkının bulunmaması ve kanuni halefiyetten yararlanamaması garanti verenin, kefile oranla daha korumasız bırakıldığını göstermektedir⁷⁹. Bu sebeple kanunda düzenlenmemiş isimsiz bir

⁷⁶ Nami Barlas, **Yeni Düzenlemeler**, s. 28; Özen, **TBK'ya Göre Kefalet**, s. 47, 48; Aksoyoğlu, **a.g.m.**, s. 112; Özen, **a.g.e.**, s. 43; Oğuzman, **Öz, a.g.e.**, s. 152; Antalya, **a.g.e.**, s. 342. Develioğlu da Tasarının kanunlaşması halinde bu hükmün üçüncü şahsın fiilini taahhüt sözleşmeleri için de uygulanacağını belirtmiştir. Bkz. Develioğlu, **a.g.m.**, s. 320; A. Özge Yenice, **Teminat Sözleşmelerinde Rücu İlişkileri**, Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2009, s. 100, 110.

⁷⁷ Üçüncü kişinin fiilini üstlenmeyi düzenleyen TBK m. 128 (818 sayılı BK m. 110) ile garanti sözleşmesinin düzenlenip düzenlenmediği doktrinde tartışmalıdır. Bir görüşe göre TBK 128 ile garanti sözleşmesinin düzenlendiği ileri sürülürken (Oser, Schönerberger, **a.g.e.**, Art. 492, N.55; BGE 76 II 35; 75 II 49; 72 II 22; Y.İBK. 11.06.1969 E. 4 K. 6; Y. İBK. 13.12.1967, E. 66-16 K. 67-7; Y. 11. HD. 17.05.1983 E. 2462 K. 2617), başka bir görüşe göre ise, TBK m. 128 garanti sözleşmesinin özel bir türünü düzenler. Bkz. Beck, **a.g.e.**, Einleitung, N. 18; Giovanoli, **a.g.e.**, Art. 492, N. 13; Scyboz, **a.g.e.**, s. 13 vd. ve 324 vd.; Reisoğlu, **a.g.e.**, s. 78; Barlas, **Kişisel Teminatın Niteliği**, s. 945; dpn.12. Diğer bir görüş ise, TBK m.128'de düzenlenen üçüncü kişinin fiilini taahhüt ile garanti sözleşmesinin birbirinden farklı kurumlar olduğunu ifade etmektedir. Bkz. Tandoğan, **a.g.e.**, s. 849; Özen, **TBK'ya Göre Kefalet**, s. 26, dpn. 62; Özen, **a.g.e.**, s. 24, dpn. 62.

⁷⁸ Özen, **TBK'ya Göre Kefalet**, s. 24, 25; Akman, **a.g.m.**, s. 1671; Canpolat, Topuz, **a.g.m.**, s. 57; 58; Aral, **a.g.e.**, s. 428

⁷⁹ Garanti kefalet ayrımında ayrıntılı bilgi için Bkz. Özen, **TBK'ya Göre Kefalet**, s. 27, 28; Tandoğan, **a.g.e.**, s. 818 vd.; Reisoğlu, **a.g.e.**, s. 79 vd.; Özen, **a.g.e.**, s.25, 26; Barlas, **Kişisel Teminatın Niteliği**, s. 950, 951; Barlas, **Bazı Sorunlar**, s. 56, 57; Akman, **a.g.m.**, s. 1672-1677; Canpolat, Topuz, **a.g.m.**, s. 62-68; Zevkliler, Gökyayla, **a.g.e.**, s. 534; Y.13.HD. 27.04.1992 E. 305 K. 3896 (Uygur, **a.g.e.**, s. 9412); Y. HGK. 04.07.2001 E. 19-534 K. 583 (Uygur, **a.g.e.**, s. 9420).

sözleşme niteliğindeki garanti sözleşmesi kurulurken de kefilî koruyucu amaçlı kefaletle ilişkin şekil şartlarının uygulanması evleviyetle gerekecektir.

Doktrinde TBK m. 603'ün uygulama kapsamına gireceği hususunda büyük ölçüde uzlaşma sağlanmış olan diğer bir kişisel teminat sözleşmesi ise, gerçek kişilerce mevcut bir borca katılma sözleşmesidir (TBK m. 201)⁸⁰. TBK m. 603 düzenlemesi öncesinde doktrinde baskın görüş, borca katılmanın herhangi bir şekle tabi olmadığı yönündedir⁸¹. Sadece doğuş itibarıyla fer'i niteliğe sahip⁸² olan ancak bundan sonra ilk borçtan⁸³ bağımsız bir niteliğe sahip mevcut borca katılma sözleşmesinin de kefaletten daha ağır bir sorumluluk doğuracağı açıktır. Ayrıca borca katılma yoluyla, katılanın ilk borçlu ile aynı derecede müteselsil olarak sorumlu olması⁸⁴ da borca katılanın sorumluluğunun daha ağır olduğunu göstermektedir. Bu sebeple kefilî koruma amaçlı şekil kurallarının, mevcut borca katılan için de uygulanması olağandır.

⁸⁰ Özen, **TBK'ya Göre Kefalet**, s. 48, 49; Aksoyoğlu, **a.g.m.**, s. 112; Barlas, **Yeni Düzenlemeler**, s.28; Aksi görüş için Bkz. Develioğlu, **a.g.m.**, s. 320. Develioğlu, daha Türk Borçlar Kanunu yasalasından önce yapılan tartışmalarda, borca katılma kurumunun temel işlevinin teminat vermek olmadığını ve bu sebeple bu kurum için kefalet sözleşmesinin şekil kurallarının uygulanması gerekmeyeceğini savunmaktadır. Zira yazara göre, şekil serbestisi esastır ve TBK m. 603 gibi istisnai bir hükmün uygulama alanının yorum yoluyla genişletilmesi mümkün değildir.

⁸¹ Oruç Hami Şener, "Sözleşmeyle Yapılan Teminat Amaçlı Borca Katılma", **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 11, Özel S. 2009 (Basım Yılı: 2010) s. 1292-1294; Eren, **a.g.e.**, s. 1206; BGE 129 III 702. Ancak Develioğlu, borca katılmanın şekle tabi olup olmadığına karar verilirken, katılanın sözleşmenin şekline ilişkin olarak kanun koyucunun amacını dikkate almak gerektiğini, kanun koyucunun amacı taraflardan birini korumak ise, korunmak istenen tarafın borcuna katılmanın da aynı şekilde yapılması gerektiğini ifade eder. Bu sebeple kefilin borcuna katılma halinde, kefaletin şekline uyulması gerekmektedir. Bkz. Develioğlu, **a.g.m.**, s. 304, 305. Doktrinde başka yazarlar da eğer olması gerekenin aksine borca katılanın bu katılmada bir menfaati yok ise, durumu kefalete yaklaşır ve bu sebeple kefaletle ilişkin hükümlerin uygulanması gerekir, demektedirler. Bkz. Münchener Kommentar/ Möschel, Band 2a, **Schuldrecht, Allgemeiner Teil**, § 241-432, 5. Auflage, München, 2007, Vor § 414, N. 13 (Şener, **a.g.m.**, s. 1293, dpn. 37'den naklen).

⁸² Develioğlu, **a.g.m.**, s.305, 306; Özen, **TBK'ya Göre Kefalet**, s. 9, 10; Şener, **a.g.m.**, s. 1284-1286.

⁸³ Borca katılma, müteselsil borçluluk doğurduğu ve borçlular arasında asli- fer'i ilişkisi olmadığı için, asıl borçlu tabiri yerine bu tabirin kullanılmasının daha yerinde olacağına ilişkin bkz. Develioğlu, **a.g.m.**, s. 300, dpn. 27.

⁸⁴ Özen, **TBK'ya Göre Kefalet**, s. 9; Reisoğlu, **a.g.e.**, s. 67; Aral, **a.g.e.**, s. 429; Zevkliler, Gökyayla, **a.g.e.**, s. 535.

En baştan borçluyla birlikte teminat amaçlı birlikte (müteselsil) borç üstlenme de söz konusu olabilir. Doktrinde müteselsil borçluluğu düzenleyen TBK m. 162 vd. herhangi bir şekil şartı öngörülmemesine rağmen, gerçek kişiler tarafından teminat amaçlı bir müteselsil borçluluk durumunun yaratıldığı hallerde de TBK m. 603 gereğince, kefalete ilişkin şekil kurallarının uygulanması gerekeceği öne sürülmüştür⁸⁵. Müteselsil borçluluk da bağımsız bir borç doğurması sebebiyle kefalete oranla daha ağır bir sorumluluk getirmektedir. Zira müteselsil kefalette doğan borç, müteselsil borçlarda olduğu gibi asıl borçlunun borcundan ayrı ve müstakil bir borç değildir. Yine müteselsil kefalette kefil, alacaklıya ait bütün def'ileri ileri sürebiliyorken, müteselsil borçlular ancak aralarında müşterek olan def'ileri ileri sürebileceklerdir⁸⁶. İşte bu gibi sebeplerle kefil koruma amaçlı şekil kurallarının gerçek kişilerin teminat amaçlı müteselsil borç üstlendikleri hallerde de uygulanması gerekeceği söylenebilecektir.

Doktrinde, TBK m. 603'ün kredi emri ilişkisi için de uygulanabileceği öne sürülmüştür⁸⁷. TBK m. 516'da, bir kimsenin kendi adı ve hesabına, kredi emri verenin (amir) sorumluluğu altında başka bir kimseye kredi açması ve krediyi yenilemesi hususunda emir alması ve bunu kabul etmesi sonucu, kredi açanın kredi emri verenin verdiği vekalet sınırlarını aşmadıkça, kendisine kredi açılan kişinin kredi borcundan kredi emri verenin kefil gibi⁸⁸ sorumlu olacağı düzenlenmiştir. Bu ilişkide kredi emri veren ile verilen kişi arasında vekalet sözleşmesi kurulur⁸⁹. Lehine kredi açılan kişi ile kredi emri veren kişi arasında da asıl borçlu ile kefilin ilişkisine ilişkin hükümler uygulanır (TBK m. 519). Kredi emri yazılı geçerlilik şartına

⁸⁵ Özen, **TBK'ya Göre Kefalet**, s. 49.

⁸⁶ Gural, **a.g.m.**, s. 440; Tekinay, **a.g.m.**, s. 742 vd.; Erlüle, **a.g.m.**, s. 629, 630; Zevkliler, Gökyayla, **a.g.e.**, s. 535; Kefalet- müteselsil borç ayrımı için bkz. Y. 13.HD. 21.01.1993 E. 8891 K. 301 (Uygur, **a.g.e.**, s. 9421).

⁸⁷ Özen, **TBK'ya Göre Kefalet**, s. 49. Kredi emri kefalet ayrımı için bkz. Y. TD. 07.02.1966 E.814 K. 486 (Uygur, **a.g.e.**, s. 9422).

⁸⁸ Kefil olarak sorumlu olacağı düzenlenmediği için kefalete ilişkin hükümler ancak uygun düştikleri ölçüde uygulanabilecektir. Bkz. Reisoğlu, **a.g.e.**, s. 93.

⁸⁹ Özen, **TBK'ya Göre Kefalet**, s. 43; Özen, **a.g.e.**, s. 39, 40.

bağlanmışır⁹⁰. Bu sebeple normalde kredi emri verenin sorumluluğunun üst sınırını ve kredi emri verildiği tarihin amirin el yazısıyla yazılması zorunlu olmasa da TBK m. 603'ün kapsamına girdiği söylenebilirse, yazılı şeklin yanında bu hususlar da aranacaktır.

Avalin de TBK m. 603 kapsamına girip girmeyeceği hususu doktrinde açıklık kazanmamıştır. Aval, kıymetli evraklardan doğan borçların temini amacıyla verilen kişisel teminat sözleşmesidir⁹¹. Aval verenin, borçlu ile arasında bir anlaşma neticesinde, senet veya allonj üzerine “*aval içindir*” ya da buna eşit bir ifadeyle senedi imzalaması sonucunda, kambiyo borçlusuyla birlikte hamile karşı müteselsilen sorumluluğu doğar. Bununla aval veren müstakil (asli)⁹² ve müteselsil bir kambiyo borcunu yüklenmiş olacağı ve ödemede bulduktan sonra halefiyetten yararlanamayacağı⁹³ için, sorumluluğunun, fer'i olarak borç yüklenen kefile oranla daha fazla olduğu söylenebilecektir. Ancak avalin şekli konusunda 6102 sayılı TTK m. 701'de özel bir düzenleme mevcuttur. Buna göre, “*Aval şerhi, poliçe veya allonj üzerine yazılır. Aval “aval içindir” veya bununla eş anlamlı başka bir ibareyle ifade edilir ve aval veren kişi tarafından imzalanır. Muhatabın ve düzenleyenin imzaları hariç olmak üzere, poliçenin yüzüne atılan her imza aval şerhi sayılır. Kimin için verildiği belirtilmemişse aval, düzenleyici için verilmiş sayılır.*”⁹⁴. Doktrinde bir görüş⁹⁵, avalin şekli için, böyle bir düzenleme mevcutken, avalin şekil bakımından

⁹⁰ Kredi emri İsviçre Hukuku'nda şekil şartına bağlanmışken (Bkz. Beck, **a.g.e.**, Einleitung, N. 32); Alman Hukuku'nda herhangi bir şekil şartına bağlanmamıştır (Bkz. Reinicke, Tiedtke, **a.g.e.**, s. 18).

⁹¹ Güral, **a.g.m.**, s.437.

⁹² Aval iki halde asli mahiyetini kaybedip fer'i mahiyet kazanır: Temin ettiği borç şekli açıdan geçersizse ya da temin edilen borç tediye gibi bir sebeple sona ermişse. Bu iki halde avalin kefaletle yaklaşacağı söylenebilirse dahi, avalin müteselsil kefalet hükümlerinden ziyade, müteselsil borçlar hakkındaki hükümlere tabi olması gerektiği hakkında bkz. Güral, **a.g.m.**, s. 443.

⁹³ Tandoğan, **a.g.e.**, s. 715; Aral, **a.g.e.**, s. 430. Avale kefalet ayrımı için bkz. Y.13.HD. 14.12.1992 E. 8529 K. 9685 (Uygur, **a.g.e.**, s. 9422); Y. 11.HD. 04.07.1986 E. 3269 K.4220 (Uygur, **a.g.e.**, s. 9424).

⁹⁴ Avalin şekli için ayrıca bkz. Güral, **a.g.m.**, s. 445- 452.

⁹⁵ Özen, **TBK'ya Göre Kefalet**, s. 49, 50. Ancak yazar, ehliyet ve eşin rızasına ilişkin düzenlemeler açısından avalin de kefaletle ilişkin hükümlere tabi olması gerektiği düşüncesindedir. Doktrinde Kırcı da kefalet verilirken eşin izninin bulunması gerektiği kuralının TBK m. 603 gereğince aval için de geçerli olacağını ileri sürmüştür. Bkz. İsmail Kırcı, “Türk Borçlar Kanunu Tasarısı-

TBK m. 603 kapsamına girmeyeceğini ifade ederken; başka bir görüş⁹⁶ ise kefaletin şekli için aranan özellikli unsurların aval verenin el yazısıyla yazılmasının gerekmeyeceğine ilişkin bir istisna öngörülmediğinden avalin de şekil bakımından TBK m. 603 kapsamına gireceğini ifade etmektedir.

818 sayılı BK çerçevesinde TBK m. 603 gibi bir hüküm olmadığı için, bu düzenlemenin amacı madde gerekçesinden de anlaşıldığı üzere kefaletle ilişkin, özellikle şekil ve ehliyet için öngörülen hükümlerin dolanılmasını engellemektir. Böylelikle örneğin, bazı finans kuruluşlarının yasanın kefil koruyucu hükümlerinden kurtulmak amacıyla gerçek kişilerle kefalet sözleşmesi yerine, garanti sözleşmesi yapmalarının önüne geçilecektir⁹⁷. Ayrıca özellikle uygulamada kefaletle ilişkin şekil ve ehliyet sınırlamalarına bağlı olmayarak yapılan kefalet sözleşmelerinin, borca katılma veya garanti sözleşmesi olarak ayakta tutulması çabalarının bu suretle önüne geçilecektir⁹⁸. Yine doktrinde TBK m. 603 düzenlemesiyle, kefalet karinesinin dayanağını oluşturan düşüncenin önemini yitireceği ve hatta reddedilmesi

Kefalette Eşin İzni”, Prof. Dr. Tuğrul Ansay’a Armağan, Ankara, Turhan Kitabevi, 2006, s. 437, 438.

⁹⁶ Barlas, **Yeni Düzenlemeler**, s. 28.

⁹⁷ Nevzat Koç, “Türk Borçlar Kanunu Tasarısında Vekalet Sözleşmesine, Havaleye, Kefalet ve Adi Ortaklık Sözleşmelerine İlişkin Olarak Yapılması Öngörülen Yenilik ve Değişiklikler”, **İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi**, Y. 7, S. 14, Güz 2008, s. 59; Haluk Burcuoğlu, “Türk Borçlar Kanunu Tasarısında Yeni Kefalet Düzenlemesi ile İlgili Bazı Gözlemler”, **Banka ve Tüketici Hukuku Sorunları Sempozyumu, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırma ve Uygulama Merkezi, Türk-İsviçre Hukuk Günleri**, İstanbul, Oniki Levha Yayıncılık, 2010, s. 279; İpek Sağlam, “Kefalet”, **Türk Borçlar Kanunu Tasarısının Değerlendirilmesi Sempozyumu, Legal Hukuk Dergisi**, C. 3, S. 34, Y. 2005, s. 3694; Atilla Altop, “Türk Borçlar Kanunu Tasarısında Genel İşlem Koşulları ve Kefalet Sözleşmesi”, **İsviçre Medeni Kanunu ve Borçlar Kanunu’nun Ahnışının 80. Yılı**, Ed.Ali Çivi, İstanbul, 2007. Altop, bu düzenlemeyi çok yerinde bulmaktadır.

⁹⁸ Guhl, **a.g.e.**, s. 30; Anderegg, **a.g.e.**, s. 8. Ayrıca bu hükümle şekle aykırı yapılmış bir kefalet sözleşmesinin tahvil yoluyla borca katılma veya garanti sözleşmesine çevrilerek ayakta tutulabileceği gibi düşüncelerin (Bkz. Aydın Zevkliler, Ayşe Havutçu, **Zevkliler Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri**, 9. Baskı, Ankara, 2007, s. 372) de önüne geçilecektir. Gerçi bu hüküm olmasa da şekle aykırı yapılan kefalet sözleşmelerinde, kefilin şekle aykırılığa yol açan geçersizliği bilseydi, çok daha ağır bir sorumluluk getirecek borca katılma veya garanti sözleşmesi yapacağını kabul etmek mümkün olmayacağı için tahvil yoluna gidileyecektir. Bkz. Kocayusufpaşaoğlu vd., **a.g.e.**, s. 619; Özen, **TBK’ya Göre Kefalet**, s. 28, dpn. 65. Ancak TBK m.603 sayısında bu yolda ileri sürülebilecek iddiaların önünün kesilecektir.

gerekeceğinden de bahsedilmiştir⁹⁹. Zira bu görüşe göre, kişisel bir teminat verilmesine ilişkin sözleşmeyi nitelendirirken, irade beyanlarının lafzına göre ve diğer bütün şartlar gözetilerek yapılan yorumlama sonucunda bir sonuca ulaşamadığı zamanlarda, kefaletle ilişkin şekil ve ehliyet konusundaki emredici hükümlerin dolanılmasının önlenmesi amacıyla “*kefalet karinesi*”nin benimsenmesinin artık pratik bir önemi kalmayacaktır.

Ancak doktrinde bazı yazarlar¹⁰⁰, bu düzenlemeyi yerinde bulmamaktadırlar. Bu görüş, hükmün gerekçesinde “*aslında kefalet olduğu halde tarafların, kanunun kefilini koruyucu hükümlerinden kurtulmak için sözleşmenin adını üçüncü kişinin fiilini taahhüt olarak koymaları engellenmek istenmiştir.*” denmesinin anlamsız bir endişe olacağını, zira sözleşmenin niteliğinin belirlenmesinin hâkimin takdirinde olduğu ve hâkime bu konuda TBK m. 19 (818 sayılı BK m. 18)’in yardımcı olacağını ifade etmektedirler. Ayrıca bu hüküm sayesinde artık azami sorumluluk miktarının, garanti tarihinin belirtildiği durumlarda uygulamada hâkimlerin bu sözleşmeye kefalet hükümlerini uygulama eğiliminde olacaklarından ve bunun da sözleşme serbestliği ilkesine aykırılık oluşturacağından endişe edilmesi gerektiğini belirtmektedirler.

Bu hükme ilişkin ayrıca işaret etmek gerekir ki, İsv. BK’nın revizyonu sırasında buna benzer bir hüküm teklif edilmiş, ancak böyle bir düzenlemenin belirsizliği ortadan kaldırmak yerine daha da arttıracığı ve kefaleti diğer müesseselerden ayırmanın uygulamaya bırakılması düşüncesiyle reddedilmiştir¹⁰¹.

⁹⁹ Özen, **TBK’ya Göre Kefalet**, s. 42. Kefalet karinesine ilişkin bkz. Akman, **a.g.m.**, s. 1675; Aral, **a.g.m.**, s. 143; Canpolat, Topuz, **a.g.m.**, s. 67; Anderegg, **a.g.e.**, s. 8.

¹⁰⁰ Kuntalp vd., **a.g.e.**, s. 273, 274. Hükmün tasarı halinin gerekçesinden bu sonuca ulaşan yazarların, hükmün kanunlaşmış halini gerekçesinde de aynı husustan bahsedildiği için bu sonuca ulaşmaları gerekir; Aksoyoğlu, **a.g.m.**, s. 112.

¹⁰¹ Anderegg, **a.g.e.**, s. 25; Frey, **a.g.e.**, s. 40; Reisoğlu, **a.g.e.**, s. 66; Develioğlu, **a.g.m.**, s. 309.

B. Adi Yazılı Şekle Bağlı Olan Diğer İşlemler

1. Eşin Rızasının Şekli

TBK m. 584 ile evli çiftlerin kefalet sözleşmesinde “*kefil*” sıfatıyla yer almaları diğer eşin yazılı rızasına bağlanmıştır. Bu hüküm, TBK ile getirilen bir yeniliktir¹⁰². Ailenin korunması düşüncesine hizmet eden bu hükmün, bir şekil kuralı mı kefil olma ehliyetine ilişkin bir kural mı olduğu tartışmalı olsa da, doktrinde baskın görüş, bu hükmün, ehliyete ilişkin bir sınırlandırma getirdiği yönündedir¹⁰³.

Eşin rızasının hangi durumlarda gerekli olacağı, hangi durumlarda olmayacağı konumuz dışında olmakla beraber, burada eşin rızasının arandığı her halde, bu rızanın şeklinin nasıl olması gerektiği hususu üzerinde durulacaktır.

TBK m. 584’e göre, eşin rızasının yazılı şekilde verilmesi gerektiğinden bahsedilmektedir. Buradaki yazılı şekilden anlaşılması gereken adi yazılı şekildir¹⁰⁴. Bu sebeple adi yazılı şekil tanımından¹⁰⁵ yola çıkarsak eşin, her hangi bir makamın tasdik ya da işaretine ihtiyaç duymadan, sadece anlaştıkları hususların, el ya da herhangi bir aletle herhangi bir şey üzerine yazılmasından sonra imzalanması suretiyle geçerli bir şekilde rıza verilmiş olacaktır. Rızanın TBK m. 14/f. 2 uyarınca, mektupla, telgrafla, teyit edilmiş olmak kaydıyla faks ve buna benzer iletişim araçları ya da güvenli elektronik imza ile gönderilmesi geçerlidir. Her ne kadar 5070 sayılı Kanun m. 5/f. 2 ile güvenli elektronik imza ile teminat sözleşmelerinin gerçekleştirilemeyeceği belirtilmişse de doktrinde, eşin rızasının bizzat teminat işlevi sağlamaması ve bir sözleşme değil de hukuki işlem olması nedeniyle bu kapsama

¹⁰² Aynı hükmün İsviçre Borçlar Kanunu’nda karşılığı İsv. BK m. 494’tür. Bu hükmün hazırlanış süreciyle ilgili olarak Bkz. Beck, **a.g.e.**, Art. 494, N. 2; Giovanoli, **a.g.e.**, Art. 494, N.1.

¹⁰³ Beck, **a.g.e.**, Art. 494, N. 3; Pestalozzi, **a.g.e.**, Art. 494, N. 1; Seda Öktem Çevik, “6098 sayılı Borçlar Kanunu Uyarınca Kefalet Sözleşmelerinde Eşin Yazılı Rızası”, **Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Kazancı Hakemli Hukuk Dergisi**, Y. 2012, C. 8, S. 89-90, s. 119; Özen, **TBK’ya Göre Kefalet**, s. 174. Hüküm emredici olmakla birlikte, kamu düzenine ilişkin değildir. Bkz. Giovanoli, **a.g.e.**, Art. 494, N. 3, 3a.

¹⁰⁴ Öktem Çevik, **a.g.m.**, s. 125; Kırca, **Eşin İzni**, s. 443; Özen, **TBK’ya Göre Kefalet**, s. 180; Antalya, **a.g.e.**, s. 329; Frey, **a.g.e.**, s. 58; Özen, **a.g.e.**, s. 146.

¹⁰⁵ Oğuzman, Öz, **a.g.e.**, s. 150 vd.; Tekinay vd., **a.g.e.**, s. 113 vd.; Eren, **a.g.e.**, s. 224 vd.; Kocayusufoğlu vd., **a.g.e.**, s. 276 vd.; Antalya, **a.g.e.**, s. 328 vd.; Tuğ, **a.g.e.**, s. 34.

girmeyeceğinden güvenli elektronik imza ile verilmesinin mümkün olacağı belirtilmiştir¹⁰⁶.

Ayrıca TBK m. 15/f. 3 uyarınca, eğer rızası gereken eş görme engelliye, şahit huzurunda verebilecektir. İmza atamayanların ise, TBK m. 16 uyarınca imza yerine usulüne göre onaylanmış olmaları koşuluyla, parmak izi, el ile yapılmış bir işaret ya da mühür kullanmaları mümkündür¹⁰⁷.

Rıza beyanın, gelecekte yapılacak tüm kefaletleri veya belirli bir zaman içerisinde yapılacak kefaletleri ya da belirli bir miktara kadar olan kefaletleri kapsar şekilde, bu kefaletleri ayrıca ferdileştirmeden verilmesi mümkün değildir. Rızanın her bir kefalet sözleşmesi için, riskin kapsamı ayrıca idrak edilerek ayrı ayrı verilmesi gerekecektir¹⁰⁸. Böylece beyanın içeriğinden hangi kefalet sözleşmesi için rıza verildiğinin anlaşılır olması gerekmektedir¹⁰⁹. Birden fazla kefalet sözleşmesi için, hepsini kapsayacak şekilde rıza verilmesi ancak rızası gereken eşin tüm kefalet sözleşmelerinin koşullarını inceleme ve değerlendirme imkânının olmuş olması ve hepsini rıza beyanında ferdileştirmesi suretiyle mümkündür¹¹⁰.

Rıza beyanının, kefalet senedinin içerisinde yer alması ispat kolaylığını sağlaması açısından tavsiye edilebilir, yoksa geçerlilik şartı değildir¹¹¹. Hatta kefalet senedi üzerinde, kefilin imzasının yanında eşin hiçbir açıklaması bulunmadan sadece

¹⁰⁶ Kırca, **Eşin İzni**, s. 443, dpn. 49; Öktem Çevik, **a.g.m.**, s. 125; dpn. 50.

¹⁰⁷ Ayrıntılı bilgi için Bkz. Antalya, **a.g.e.**, s. 339 vd.; Kılıçoğlu, **a.g.e.**, s. 123 vd.; Oğuzman, Öz, **a.g.e.**, s. 156.

¹⁰⁸ Özen, **TBK'ya Göre Kefalet**, s. 180; Develioğlu, **a.g.e.**, s. 180; Kırca, **Eşin İzni**, s. 444; Pestalozzi, **a.g.e.**, Art. 494, N. 1; Öktem Çevik, **a.g.m.**, s. 124; Özen, **a.g.e.**, s. 146; Beck, **a.g.e.**, Art. 494; N. 26; Giovanoli, **a.g.e.**, Art. 494, N. 5, 7; Oser, Schönerberger, **a.g.e.**, Art. 494, N. 24.

¹⁰⁹ Oser, Schönerberger, **a.g.e.**, Art. 494, N. 30; Giovanoli, **a.g.e.**, Art. 494, N. 5.

¹¹⁰ Beck, **a.g.e.**, Art. 494, N. 26, 27; Kırca, **Eşin İzni**, s. 444; Özen, **TBK'ya Göre Kefalet**, s. 180; Öktem Çevik, **a.g.m.**, s. 124; Özen, **a.g.e.**, s. 146.

¹¹¹ Öktem Çevik, **a.g.m.**, s. 125; Pestalozzi, **a.g.e.**, Art. 494, N.2; Frey, **a.g.e.**, s. 58. Eşlerden birinin kefil sıfatıyla imzaladığı kefalet sözleşmesinde herhangi bir ibare bulunmadan diğer eşin sadece imzasının bulunması halinde dahi, bu imzayı izin olarak yorumlamak gerekeceğine dair bkz. Kırca, **Eşin İzni**, s. 445.

imzasının bulunması halinde de bu imzayı rıza olarak algılamak mümkündür. Zira bu ihtimalde, rızanın verildiği kefalet bellidir¹¹².

Rızanın hangi kefalet için verildiği tespit edilebildiği sürece, rızanın kefalet senedi dışında da verilmesi mümkündür. Bu durumda da ayrı bir senet üzerinde verilen rızanın kefalet sözleşmesiyle ilgili önemli bilgileri içermesi ya da TBK m. 583'teki kefalet için aranan azami sorumluluk miktarı, kefalet tarihi, kefaletin türüne ilişkin şekil şartlarını içermesi, eşin rızası için bir geçerlilik şartı olmayıp, sadece eşin somut kefalet ilişkisini bilerek rızasını açıkladığını ispat etmek hususunda yardımcı olur¹¹³.

Kefalet sözleşmesi için TBK m. 583 ile öngörülen şekil şartlarının, eşin rızasının verilmesinde de aranması gerektiği ileri sürülebilir. Ancak öncelikle, her iki hükmün düzenleniş amaçları farklıdır. TBK m. 584 ile eşlerin, özellikle ileride kendilerini ve dolayısıyla aile yaşantılarını tehlikeye düşürecek şekilde düşüncesizce hatır kefaletleri yapmalarının olabildiğince engellenmesi ve böylece aile hayatının korunması amaçlanmıştır¹¹⁴. Görüldüğü üzere burada kefalet sözleşmesi için şekil şartı konulmasındaki kefil acele kararlardan koruma amacından ziyade, aile hayatının korunması amacı ön plandadır. Bu sebeple kefalet için öngörülen kefil olunacak azami sorumluluk miktarı, kefalet tarihi ve müteselsil kefil olunacaksa buna ilişkin ibarenin de kefilen başka bir de eşin el yazısıyla rıza beyanının içeriğinde belirtilmesi kanaatimizce fazla şekilciliğe yol açacaktır. Kaldı ki şekil serbestliği ilkesi esastır. Doktrinde de kefalet için öngörülen şeklin, eşin rızası için aranmayacağı, kabul edilmiştir¹¹⁵. Ancak ispat kolaylığını sağlaması açısından bu hususların yazılı rıza beyanı içerisinde el yazısıyla olmasa da belirtilmesi tavsiye edilebilecektir.

¹¹² Kırca, **Eşin İzni**, s. 445.

¹¹³ Özen, **TBK'ya Göre Kefalet**, s. 180, 181; Öktem Çevik, **a.g.m.**, s. 125; Oser, Schönerberger, **a.g.e.**, Art. 494, N. 30; Giovanoli, **a.g.e.**, Art. 494, N. 5; Özen, **a.g.e.**, s. 146.

¹¹⁴ Öktem Çevik, **a.g.m.**, s. 115; Kırca, **Eşin İzni**, s. 437; Giovanoli, **a.g.e.**, Art. 494, N. 1; Beck, **a.g.e.**, Art. 494, N.1; Pestalozzi, **a.g.e.**, Art. 494, N. 1; Wiegand, **a.g.m.**, s. 186; Zevkliler, Gökyayla, **a.g.e.**, s. 544.

¹¹⁵ Kırca, **Eşin İzni**, s. 444, 445; Öktem Çevik, **a.g.m.**, s. 125; Özen, **TBK'ya Göre Kefalet**, s. 180; Giovanoli, **a.g.e.**, Art. 494; N. 4, 5; Özen, **a.g.e.**, s. 146.

Bu durum, özellikle eşin hangi tür kefalet sözleşmesi için rıza gösterdiğini belirtmediği durumlarda önem arz edebilecektir. Bu ihtimalde rızanın adi kefalet için verildiği karine olarak kabul edilebilecektir¹¹⁶. Ancak güven ilkesi gereği yapılacak yorum sonucu, verilen izin müteselsil kefaletle ilişkin görülebilecekse rızanın müteselsil kefaletle ilişkin olduğu kabul edilmelidir. Nitekim ticari borçlara kefalette verilen izinde böyle bir sorunla karşılaşılmayacak, TTK m. 7/f. 2 gereği aksi belirtilmediği sürece verilen iznin müteselsil kefaletle ilişkin olduğu sonucuna ulaşılacaktır.

Eşin rızasının, hangi kefalet sözleşmesine ilişkin olduğunun belirtilmesi gerekliliğinin sebebi, rıza veren eşin sonradan rıza verdiği kefalet sözleşmesinden daha ağır sorumluluk doğuran bir sözleşme ile karşılaşmamasıdır. Örneğin, eş adi kefaletle ilişkin rıza vermişse, daha sonradan müteselsil kefalet sözleşmesi akdedilmişse, doktrinde bir görüş¹¹⁷ müteselsil kefaletle ilişkin izin olmadığı için tüm sözleşmenin geçersiz olması gerektiğini ifade etmekte, başka bir görüş¹¹⁸ ise sözleşmenin adi kefalet olarak ayakta tutulması gerektiğini ifade etmektedir.

Eşin boş bir kağıda imza atması ve üstünün sonradan doldurulması yoluyla rızanın geçerli bir şekilde verilip verilemeyeceği de tartışılabilir. Bu durumda, eğer metin, eşin rızası doğrultusunda ya da güven teorisi uyarınca eşin rızasının o yönde olduğu düşünülerek doldurulmuşsa, şekle aykırılık iddiasının ileri sürülemeyeceği söylenebilecektir. Ancak metin, eşin iradesine aykırı bir şekilde doldurulmuşsa, eşin hata hükümlerine dayanarak sözleşmeyi iptal etmesi söz konusu olabilecektir¹¹⁹.

¹¹⁶ Özen, aksi görüştedir. İş ve işlem hayatında olağan kefalet tipinin müteselsil kefalet olduğundan yola çıkan yazar, eşin kefaletin türünü belirtmeden verdiği rızasının müteselsil kefaletle ilişkin olarak kabul edilebileceğini ifade etmiştir. Bkz. Özen, **TBK'ya Göre Kefalet**, s. 183; Özen, **a.g.e.**, s. 148.

¹¹⁷ Özen, **TBK'ya Göre Kefalet**, s. 183; Kırca, **Eşin İzni**, s. 445; Giovanoli, **a.g.e.**, Art. 494, N. 6; Özen, **a.g.e.**, s. 148.

¹¹⁸ Öktem Çevik, **a.g.m.**, s. 124.

¹¹⁹ Öktem Çevik, **a.g.m.**, s. 126; Oğuzman, Öz, **a.g.e.**, s. 157.

2. Asıl Borcun Başkası Tarafından Üstlenilmesi Halinde Kefilin Rızası

818 sayılı BK m.176 /f. 2’de borcun üstlenilmesi (borcun nakli) halinde, borcu temin için bir rehin tesis etmiş olan üçüncü kişinin veya kefilin sorumluluklarının devam etmesi için buna rıza vermeleri gerektiğinden bahsedilmekte, ancak rızalarını gösterirken herhangi bir şekil şartına uymaları aranmamaktadır. Ancak bu düzenleme zamanında, asıl borçlunun adının senette gösterilmesinin asıl borcun ferdileştirilmesi için zorunlu olmasından ve kefilin koruma amacından hareketle, kefil olunan borcun üstlenilmesi halinde verilmesi gereken bu rızanın yazılı olması gerektiği sonucuna ulaşılmıştır¹²⁰.

TBK m. 198/f. 2’de ise borcun üstlenilmesi halinde, rehin veren üçüncü kişinin ve kefilin sorumluluklarının devam etmesi için adi yazılı şekle tabi olarak rıza vermeleri gerektiği, İsv. BK m. 178 /f. 2’ye uygun olarak düzenlenmiştir. TBK m. 198/f. 2’ye göre, kefilin yazılı olarak vermesi gereken bu rızayı, borcun naklinden önce, nakil sırasında ya da borcun üstlenilmesinden sonra vermesi mümkündür¹²¹. Ancak gelecekteki her borçlu değişikliği için rıza verilmesi mümkün değildir¹²².

TBK m.198/f. 2’deki bu düzenlemeye paralel olarak İsv. BK m. 493/ f. 5/ c. 2’de düzenlenen “*Borç, bir üçüncü kişi tarafından üstlenildiği ve bu yüzden borçlu borcundan kurtulduğu takdirde, kefilin bu borç üstlenmesine yazılı rızası olmadıkça, kefalet sona erer.*” hükmü, TBK m. 583’e isabetli olarak alınmamıştır. Zira borcun nakli halinde kefilin yazılı olarak rıza göstermesi gereğinin, TBK m. 198’de düzenlenmişken, bir de kefaletin şekline ilişkin TBK m. 583’te düzenlenmesine gerek yoktur.

3. Asıl Borcun Belirli Bir Miktarıyla Sorumluluk Kaydının Şekli

TBK m. 583/f. 2 c. 2 ile tarafların yazılı şekle uyarak kefilin sorumluluğunu, borcun belirli bir miktarıyla sınırlandırabilecekleri öngörülmüştür. TBK m. 583 ile azami miktarın kefalet sözleşmesinde belirtilme zorunluluğunun getirilmesinin, kefilin

¹²⁰ Oser, Schöenberger, **a.g.e.**, Art. 493, N. 88; Fettah, **a.g.m.**, s. 710.

¹²¹ Tandoğan, **a.g.e.**, s. 762.

¹²² Oser, Schöenberger, **a.g.e.**, Art. 493, N. 88; BGE 67 II 130.

koruma amacını tam anlamıyla sağlanabilmesi açısından sözleşmeye konulan bir kayıtla, bu sorumluluğun asıl borcun ilk sona erecek belli bir kısmı ile sınırlandırılması yerinde bir düzenlemedir¹²³. Bu kaydın adi yazılı şekilde sözleşmede yer alması yeterlidir.

¹²³ Bkz. s. 124.

DÖRDÜNCÜ BÖLÜM

IV. KEFALET SÖZLEŞMESİNDE ŞEKLE AYKIRILIĞIN HÜKÜMLERİ

A. Kefalet Sözleşmesinde Şekle Aykırılık

Kefalet sözleşmesinde şekle aykırılık, öncelikle TBK m. 583/f. 1 hükmüne aykırılık halinde karşımıza çıkacaktır. Diğer bir deyişle kefilin beyanı yazılı olarak yazılmazsa, yahut bu beyan azami sorumluluk miktarı, kefalet tarihi ve müteselsil kefil olunacaksa bu ibare kefilin el yazısıyla belirtilmemişse, imza unsuru gereği gibi yerine getirilmemişse sözleşme şekle aykırı olacaktır. Bunlardan başka kefalet sözleşmesinin kapsamında yer alması gereken objektif ve subjektif esaslı noktaların eksikliği de şekle aykırılığa yol açacaktır¹.

B. Şekle Aykırılığın Yaptırımı

TBK m. 583'te, kefalet sözleşmesinin yazılı şekilde yapılmadıkça ve kefilin sorumlu olacağı azami miktar ve kefalet tarihi belirtilmedikçe geçerli olmayacağı belirtilerek kefalet sözleşmesinde şeklin geçerlilik şartı olduğu hükme bağlanmıştır. Gerçi hükümde geçerlilik şartı olduğundan bahsedilmemiş olsa dahi, TBK m. 12/ f. 2 c. 1 gereği geçerlilik şartı olduğunu sonucuna varmak yine de mümkündür. TBK m. 12/f. 2 c. 2 gereği geçerlilik şartına uyulmadan yapılan sözleşmeler hüküm doğurmayacaktır. Ancak bu "*hüküm doğurmaz*" ibaresinin şekil şartına uyulmadan yapılan tüm hukuki işlemlerde ne tür bir anlam taşıdığı tartışmalıdır.

İsviçre ve Türk Hukuklarında, bu hükümsüzlüğün türünün kesin hükümsüzlük olduğu kabul edilmiştir². Ancak doktrinde farklı eğilimler de mevcuttur³. Bunlardan

¹ Özen, **TBK'ya Göre Kefalet**, s. 228, 229; Özen, **Şekil**, s. 759; Hasan Ayrancı, "Şekil Şartına Uyulmadan Yapılan Kefalet Sözleşmesinde İfanın Sonuçları", **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 53, S. 2, Y. 2004, s. 103; Özen, **a.g.e.**, s. 186, 187.

² Oğuzman, Öz, **a.g.e.**, s. 162; Kemal Oğuzman, "Şekil Noksanı Sebebiyle Butlan Dermayanı Hakkının Suiistimali", **İstanbul Barosu Dergisi**, 1955, S. 6, s. 249 vd.; Schmidlin, **a.g.e.**, Art. 11, N. 116; Andereg, **a.g.e.**, s. 57; Tekinay vd., **a.g.e.**, s. 102; Tunçomağ, **Özel Borç İlişkileri**, C. 2, s.265; Tuğ, **a.g.e.**, s. 133; von Tuhr, **a.g.e.**, s.232; Becker, **a.g.e.**, Art. 11, N. 8; Oser, Schönerberger, **a.g.e.**, Art. 11, N. 29; Flume, **a.g.e.**, s. 264.

en çok üzerinde durulan, kendine özgü hükümsüzlük görüşüdür⁴. Bu görüşe göre, hükümsüzlük sadece taraflar arasında etkili olacak ve onlar tarafından def'i yoluyla ileri sürülebilecektir. Yine şekle aykırılık, hâkim tarafından kendiliğinden dikkate alınmayacak ve hükümsüzlük sonradan düzelebilecektir. Şekil normlarının esas amacı, tarafları bir sözleşme yapmadan önce düşünmeye sevk etmekse, sözleşmenin tarafları bu amaçtan bilerek ve isteyerek vazgeçmiş ve sözleşmeyi şekle tabi olmadan yapmışlar ve sözleşmeden doğan edimleri ifa etmişlerse, şekle aykırılık nedeniyle onları korumak, tarafların iradelerine de ters düşecektir. Bu sebeple, taraflarca da edimlerin ifasından sonra sözleşmenin geçersiz olduğu ileri sürülemeyecektir. Aksi durumda, hakkın kötüye kullanılması hali oluşacaktır⁵. Fakat bugün doktrinde hâkim görüş, kesin hükümsüzlük görüşüdür. Bu görüşe göre, şekle aykırılığın neden olduğu hükümsüzlük, herkes için etkili olacak ve herkes tarafından ileri sürülebilecektir. Yine hâkim, görevi gereği hükümsüzlüğü göz önünde bulunduracak ve ifanın şekil eksikliğini giderici bir etkisi olmayacaktır⁶.

Bu görüşlerden yola çıkılarak kefalet sözleşmesinde de şekle aykırılık halinde yaptırımın ne olacağı hususunda farklı sonuçlara ulaşılmıştır. Bir görüş⁷ şekle aykırı olarak yapılan kefalet sözleşmesinin yaptırımının kendine özgü geçersizlik olduğunu ve ifa ile geçersizliğin düzeleceğini ileri sürerken, hâkim görüş⁸ ise yaptırımın kesin hükümsüzlük olması gerektiği kanaatindedir.

³ Bu eğilimler hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Altaş, **a.g.e.**, s. 89 vd.; Tuğ, **a.g.e.**, s. 128 vd.; Ertan, **a.g.m.**, s. 597-606; İhsan Erdoğan, "Hukuki Muamelelerde Şekle Aykırılığın Sonuçları", **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C.I, S. 1, 1997; Furrer, **a.g.e.**, s. 54 vd.

⁴ Haluk Tandoğan, **Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri**, C. 1, 6. bs., İstanbul, 2008, s. 233, 234; Altaş, **a.g.e.**, s. 143 vd. ;Ayrancı, **Şekil**, s. 114.

⁵ Altaş, **a.g.e.**, s. 134-143.

⁶ Oğuzman, Öz, **a.g.e.**, s. 163; Özen, **Şekil**, s. 759.

⁷ Ayrancı, **Şekil**, s. 114.

⁸ Pestalozzi, **a.g.e.**, Art. 493, N. 3; Özen, **Şekil**, s. 759; Aydın Zevkliler, Ayşe Havutçu, **Zevkliler Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri**, 9. Baskı, Ankara, 2007, s. 371; Elçin Grassinger, **a.g.e.**, s. 99; Giovanoli, **a.g.e.**, Art. 493, N. 3, 11; Anderegg, **a.g.e.**, s.57; Becker, **a.g.e.**, Art. 493, N.7; Rein, **a.g.e.**, s. 41; Frey, **a.g.e.**, s. 45, 46; Beck, **a.g.e.**, Art. 493, N. 15, 16; Reisoğlu, **Muteberlik**, s. 390; Reisoğlu, **a.g.e.**, s. 44; Reisoğlu, **a.g.e.**, s. 44; Tandoğan, **a.g.e.**, s. 740.

C. Kesin Hükümsüzlüğün Sonuçları

TBK m. 583'te öngörülen şekil şartı yerine getirilmemiş ya da bunun dışında herhangi bir esaslı unsur şeklin kapsamı içinde yer almamışsa, sözleşme tamamen kesin hükümsüz olacaktır. Ancak kefalet senedinin içermesi gereken hususlardan hepsinin değil de bazılarının eksik veya geçersiz olması halinde TBK m. 27/f. 2 (818 sayılı BK m. 20/f. 2)'ye göre, tüm kefalet sözleşmesi değil, sadece ilgili kısımlar hükümsüz olacaktır. Örneğin müteselsil kefil olunmak istendiği halde, bu belirtilmemişse ya da sorumlu olunacak meblağ eksik bildirilmişse kefil, adi kefil gibi sorumlu olacak ya da bildirilen meblağ kadar sorumlu olacaktır. Diğer bir deyişle kefalet senedine yansımayan kısımlar hükümsüz olacak, kefalet sözleşmesi geçerliliğini koruyacaktır⁹. Fakat bu kısım olmaksızın kefalet sözleşmesi kurulamayacaksa, hükümsüzlük sözleşmenin tamamını kapsayacaktır.

Şekle aykırı bir kefalet sözleşmesine dayanarak alacaklı kefile başvurduğunda, kefil, itiraz teşkil eden savunmada bulunabilecektir. Böyle bir durumda alacaklı, sözleşmenin ifasını talep edemeyecektir. Zira ortada eksik borç bile bulunmamaktadır¹⁰. Yine alacaklının, şekle uygun bir kefalet sözleşmesinin yapılmasını¹¹ ya da tazminat talep hakkı¹² yoktur. Eğer alacaklı talebini dava yoluyla ileri sürecek olursa hâkim, kefil şekle aykırılığa dayanan geçersizliğe dayanmayacağını açıkça bildirmiş veya başka bir savunma sebebine dayanmış olsa dahi, şekle aykırılığı re'sen gözetecek ve davayı reddedebilecektir¹³.

TBK m. 583'e uygun olarak yapılmayan kefalet sözleşmesine, tarafların sonradan açık ya da zımni olarak icazet vermeleri de sözleşmeyi geçerli yapmayacaktır. Zira

⁹ Beck, **a.g.e.**, Art. 493, N. 16; Oser, Schönerberger, **a.g.e.**, Art. 493, N. 46; Giovanoli, **a.g.e.**, Art. 493, N. 11; Reisoğlu, **a.g.e.**, s.45; Elçin Grassinger, **a.g.e.**, s. 111; Reisoğlu, **Muteberlik**, s. 374, 375; Ayrancı, **Şekil**, s. 103; BGE 60 II 99; Tandoğan, **a.g.e.**, s. 742.

¹⁰ Reisoğlu, **a.g.e.**, s.44.

¹¹ Oser/ Schönerberger, **a.g.e.**, Art.493, N.48; Beck, **a.g.e.**, Art. 493, N.17; Tandoğan, **a.g.e.**, s. 741; Reisoğlu, **a.g.e.**, s.44.

¹² Ayrancı, **Şekil**, s. 104.

¹³ Özen, **Şekil**, s. 760; Reinicke, Tiedtke, **a.g.e.**, s.40.

bu durumda icazetin de kefalet için aranan şartlara uygun olarak verilmesi gerektiğinden, yeni bir kefalet sözleşmesinin düzenlenmesi gerekecektir¹⁴.

Şekle aykırılığın birlikte kefalete de etkisi olacaktır. Zira TBK m. 587/f. 3'te, alacaklının, kefilin aynı alacak için başka kişilerin de kefil olduğunu veya olacağını varsayarak kefalet ettiğini bildiği ya da bilmesi gerektiği hallerde, bu varsayımın sonradan gerçekleşmemesi veya kefillerden birinin alacaklı tarafından kefalet borcundan kurtarılması ya da kefaletinin hükümsüz olması halinde kefilin, kefalet borcundan kurtulacağı düzenlenmiştir. Böylece dar anlamda nitelikli yazılı şekil şartını ayrı ayrı yerine getirmekle mükellef olan birlikte kefillerden birinin kefaleti şekle aykırılıktan dolayı kesin hükümsüzse, diğer birlikte kefillerin de kefaleti sona erecektir¹⁵.

D. Kefilin Şekil Noksanını İleri Sürme Hakkı

Kefalet sözleşmesini “*şekle uygun zannederek*” imzalayan kefil, daha sonra şekle aykırılığı öğrenmesi halinde, sözleşme ile bağlı olmadığını ileri sürebilir. Bunun ileri sürülmesi MK m. 2 uyarınca hakkın kötüye kullanılması olarak görülemez¹⁶. Zira aksi halde, kanun koyucunun şekil kuralları koyarken güttüğü amaç, boşa çıkacaktır. Ayrıca şekle aykırı sözleşmenin geçersizliğini ileri sürmeden ödemede bulunan kefilin, daha sonra alacaklının haklarına halef olması ve asıl borçluya kefalet hükümlerine göre başvurması mümkün olmayacağından, kefilin ifadan önce, şekle aykırılığı ileri sürmesi yoluyla daha sonra zor duruma düşmesi engellenmiş olacaktır¹⁷.

Kefilin şekle aykırılığı ileri sürerek ifadan kaçınması, ancak bazı istisnai hallerde MK m. 2/f. 2'ye göre hakkın kötüye kullanılması sayılabilir. Kefilin daha sonra

¹⁴ Reisoğlu, **a.g.e.**, s. 45; Beck, **a.g.e.**, Art. 493, N. 20; Elçin Grassinger, **a.g.e.**, s. 99; Reisoğlu, **Muteberlik**, s. 375; Tandoğan, **a.g.e.**, s. 741.

¹⁵ Frey, **a.g.e.**, s. 111, 112.

¹⁶ Giovanoli, **a.g.e.**, Art. 493, N.12, 39; Reisoğlu, **a.g.e.**, s. 58; Becker, **a.g.e.**, Art. 493, N. 7; Anderegg, **a.g.e.**, s.59; Reisoğlu, **Muteberlik**, s. 390; Tandoğan, **a.g.e.**, s. 541; Tandoğan, **Geçerlilik**, s. 38; Elçin Grassinger, **a.g.e.**, s. 12; Pestalozzi, **a.g.e.**, Art. 493, N. 3; Beck, **a.g.e.**, Art. 493, N. 18; Ayrancı, **Şekil**, s. 105; Tandoğan, **a.g.e.**, s. 741.

¹⁷ Reisoğlu, **a.g.e.**, s. 58; Taşdelen, **a.g.m.**, s. 762.

ifadan kurtulmak maksatlı, şekle aykırılığa bilerek yol açması bu duruma örnek gösterilebilir¹⁸. Yine şekle aykırılığa rağmen, tarafların uzun süre sözleşme geçerliymiş gibi hareket etmelerine rağmen, sonradan kefilin şekle aykırılığı ileri sürmesi halinde de hakkın kötüye kullanılması durumu oluşacaktır. Aynı sonuca bir ticaret şirketine kredi verilirken şirketin en büyük ortağının kefil olması ve kredi verildikten sonra kendisine başvurulduğunda, bu kredinin kendi kefaleti sonucunda verildiğini bilmesine ve büyük yararlar elde etmiş olmasına rağmen şekle aykırılığa dayanması halinde de ulaşılabilir¹⁹. Alacaklının şekle aykırılığı ileri sürmesinin de hakkın kötüye kullanılması sayıldığı haller mevcuttur. Örneğin, kural dışı bir biçimde alacaklının da borç altına girdiği bir kefalet sözleşmesinde, kefilin borcunu ifa etmek istemesine karşılık, alacaklının şekle aykırılığı ileri sürerek borcunu ifadan kaçınmak istemesi hakkın kötüye kullanılmasıdır. Bu durum, aynı zamanda sadece kefilin korumak için konulan şeklin amacından da uzaktır²⁰.

Şekle aykırılığı ileri sürmenin, hakkın kötüye kullanılması sayıldığı bu gibi hallerde, doktrinde baskın görüşe göre, kefalet sözleşmesi öngörülen şekle uygun olarak kurulmuş sayılacak ve bu sözleşmeye dayanarak kefilin ödemedede bulunmasını talep etmek de mümkün hale gelecektir²¹.

¹⁸ Beck, **a.g.e.**, Art. 493, N.18; Giovanoli, **a.g.e.**, Art. 493, N. 12; Pestalozzi, **a.g.e.**, Art. 493, N. 3; Reinicke, Tiedtke, **a.g.e.**, s. 31 vd.; Oğuzman, Öz, **a.g.e.**, s. 165; BGE 90 II 21; Ayrancı, **Şekil**, s. 105; Tandoğan, **a.g.e.**, s. 741; Elçin Grassinger, **a.g.e.**, s. 121. Bu durumun çelişkili bir davranış oluşturacağına ilişkin Bkz. Özen, **TBK'ya Göre Kefalet**, s. 230; Özen, **a.g.e.**, s. 188. Taraflardan birinin şekil konusunda kusur ve hileli hareketleri için bkz. Demet Çelikleş, “Şekle Aykırılık ve Şekle Aykırılığı İleri Sürmenin Sınırı Olarak Hakkın Kötüye Kullanılması Yasası”, **Prof. Dr. Kudret Ayiter Armağanı**, Ankara, 1988, s. 620, 621.

¹⁹ Y.11.HD. 07.10.1991 E.3178 K.5162 (Eriş, **a.g.e.**, s.117). Karş. Halil Akkanat, “Şekle Aykırılığın Olumsuz sonuçlarının MK m. 2 Hükmü Aracılığı ile Aşılması: Örnek Bir Yargıtay Kararı ve Değerlendirmesi”, **Prof. Dr. Hüseyin Ülgen'e Armağan**, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2007, s. 1665. Akkanat, sözleşmenin ifa edileceği yönünde haklı bir güven uyandıran kimsenin şekle aykırılığı ileri sürmesinin MK m.2'de düzenlenen çelişkili davranış yasağına aykırılık oluşturacağını ifade etmektedir. Y.13.HD.'nin 2.12.1991 tarihli E. 7217 K. 10901 sayılı kararında da şekle aykırılığın hakkın kötüye kullanılması sayılacağı temel durumlardan bahsedilmiştir.

²⁰ Özen, **TBK'ya Göre Kefalet**, s. 230, 231; Özen, **Şekil**, s. 760, 761; Özen, **a.g.e.**, s. 188, 189. Hakim, her olayda hakkın kötüye kullanılıp kullanılmadığını kendi şartları içinde araştıracaktır. Bkz. Oğuzman, Öz, **a.g.e.**, s. 165.

²¹ Reinicke, Tiedtke, **a.g.e.**, s. 38; Oğuzman, Öz, **a.g.e.**, s. 164; Kılıçoğlu, **a.g.e.**, s. 146; Kocayusufpaşaoğlu vd.; **a.g.e.**, s. 324; Özen, **a.g.e.**, s. 189; **TBK'ya Göre Kefalet**, s. 231; Serozan, **Der Formmangel**, s. 121; Tandoğan, **C.1**, s. 239. Ancak doktrinde hakkın kötüye kullanılması yasağının olumlu bir etkiye sahip olmayacağını savunan yazarlar da bulunmaktadır.

E. Şekle Aykırılığa Kasten Yol Açan Kefilin Tazminat Yükümlülüğü

Kefilin şekle aykırılığa kasten yol açması, şekle aykırılığı ileri sürmenin hakkın kötüye kullanılması sayılabildiği hallerden biri olduğu için, baskın görüşe göre sözleşmenin şekle aykırılığı iddiası dinlenmeyecek ve sözleşme şekle aykırılığa rağmen, geçerli sayılacaktır²². Böylece kefinden, kefalet sözleşmesinden doğan borcunu yerine getirmesi istenebilecektir. Eğer kefil, borcunu yerine getiremeyecek olursa, borca aykırı davranışından dolayı sorumluluğu söz konusu olacaktır (TBK m. 112/818 sayılı BK m. 96). Bu durumda kefil, alacaklının borcun ifa edilmemesinden kaynaklanan, müsbet zararını tazmin edecektir²³. Esasen burada, MK m. 2/f. 2 sayesinde şekle aykırılığın sözleşmenin geçersizliğine yol açması engellenmiş olduğundan kefil, ilk olarak kefalet sözleşmesinden doğan borcunu yerine getirmekle yükümlü olacaktır. Tazminat borcu, kefilin kasten şekle aykırılığa yol açmasından değil, kefalet sözleşmesinden doğan borcunu kusuru dolayısıyla yerine getirememesinden kaynaklanmaktadır.

Doktrinde başka bir görüşe göre²⁴, bir kimse şekle aykırılığa kasten yol açmış ve daha sonra buna dayanarak sözleşmenin geçersizliğini ileri sürüyorsa, MK m. 2/f. 2 hükmü, şekle aykırılığın sözleşmenin geçersizliğine yol açmasını engellemeyecektir. Ancak şekle aykırılığa kasten yol açan tarafın, TBK m. 49/f. 2 (818 sayılı BK m. 41/f. 2) tazminat yükümlülüğü doğacaktır. Sözleşme şekle aykırılıktan dolayı geçersiz olacak ama bu geçersizliğe ahlaka aykırı fiille yol açan tarafın, karşı tarafın uğradığı zararı karşılaması gerekecektir²⁵. Bu sebeple, kefalet sözleşmesinin şekle aykırı kurulmasına kasten sebebiyet veren kefil, kefalet sözleşmesinin geçersiz olmasından dolayı alacaklının uğradığı zararı TBK m. 49/f. 2 (818 sayılı BK m. 41/f.

bkz. Pierre Cavin, **Schweizerisches Privatrecht**, 7/1, 7. Band, 1. Halbband, Basel und Stuttgart, 1977, s. 135(Kılıçoğlu, **a.g.e.**, s. 146).

²² Bkz. Dördüncü Bölüm, dñn. 21.

²³ Tandoğan, **a.g.e.**, s. 742; Oğuzman, Öz, **a.g.e.**, s. 451.

²⁴ Andreas Schwarz, **Borçlar Hukuku Dersleri** (çev. Bülent Davran), İstanbul, 1948, s. 247. Erdoğan, sözleşmenin geçersizliği halinde her ne kadar ahlaka aykırılık dolayısıyla görülen zararın tazmini mümkün olsa da, taraflar arasındaki sözleşmenin şekle aykırılığa rağmen geçerli sayılmasını daha fazla koruyucu görmektedir. Bkz. Erdoğan, **a.g.m.**, s. 119,120.

²⁵ Oğuzman, **a.g.m.**, s. 250.

2) hükmüne göre tazmin edecektir²⁶. Ancak şekle aykırılığa kasten yol açan kefilin, şekle aykırılık iddiası sonucu sözleşmenin geçersiz olacağı görüşünün kabul edilmesi halinde dahi, kanaatimizce tazminat talebinin dayanağı TBK m. 49/f. 2 olmamalıdır. Borçlar Kanunumuz ahlaka aykırı fiille kasten zarar vermeyi de hukuka aykırı fiilleri düzenleyen kurallara tabi tutmuştur. TBK m. 49/f. 2, zarar verici fiili yasaklayan bir hukuk kuralı bulunmasa bile adalet ve ahlak duyguları gereğince verilen zararın karşılanmasını gerektiren istisnai hallerde uygulanabilecektir²⁷. Hukuka aykırı bir fiille haksız fiil sorumluluğunun doğması için, zarara kasten veya ihmelen sebebiyet verilmesi bir fark yaratmazken, ahlaka aykırılık sebebiyle bir sorumluluğun doğabilmesi için zarara kasten yol açılması gerekecektir²⁸. Bu sebeple, şekle aykırılığa kasten yol açan kefilin, bu hükme göre tazminat istenebilmesi için, kefilin alacaklıyı kasten zarara uğratma amacı taşıması gerekir. Fakat kefilin amacının bu olduğunu söylemek pek mümkün olmaz, zira kefil bu davranışıyla alacaklının zararına yol açmak değil, ileride ödeme yükümlülüğünden kurtulmak istemektedir. Ayrıca hükme dayanmak isteyen alacaklının, kefilin zarar verme kastını (kusurunu) ispat yükü yükleyeceği ve TBK m. 72'deki iki yıllık zamanaşımı süresine uyması gerekeceği için, kendi menfaatine de uygun değildir²⁹.

Kanaatimizce bu gibi durumlarda, şekil eksikliğine kasten yol açan veya karşı tarafta geçerli bir sözleşmenin yapılacağına dair uyandırdığı güvenin gereğini yerine getirmeyen kefil, alacaklı ile aralarında dürüstlük kuralı gereğince (MK m.2/f. 1) oluşmuş güven ilişkisine aykırı davranmış olması yüzünden, culpa in contrahendo sorumluluğuna muhatap olacaktır. Böylece kefil, yapılması beklenen hukuki işlemin geçersiz olmasına sebebiyet verdiği için, karşı tarafın menfî zararını tazmin borcu

²⁶ Reisoğlu, **a.g.e.**, s. 58, 59; Ayrancı, **Şekil**, s. 104; Tandoğan, **a.g.e.**, s. 742; Elçin Grassinger, **a.g.e.**, s. 121; Anderegg, **a.g.e.**, s.60, 61; Aral, **a.g.e.**, s. 438.

²⁷ Reisoğlu, **Borçlar Genel**, s. 167; M. Kemal Oğuzman, M. Turgut Öz, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, C.2, 6098 sayılı Yeni Türk Borçlar Kanunu'na Göre Güncellenip Genişletilmiş 9.bs., İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2012, s. 63; Kılıçoğlu, **a.g.e.**, s. 267.

²⁸ Oğuzman, Öz, **C. 2**, s. 64; Kılıçoğlu, **a.g.e.**, s. 267, 268; Özen, bu ihtimalde kefilin "*sırf alacaklıyı zarara uğratma*" şeklinde "*nitelikli kastının*" bulunması gerektiğinden bahsetmektedir. Bkz. Özen, **Şekil**, s. 761.

²⁹ Özen, **TBK'ya Göre Kefalet**, s. 231, 232; Özen, **a.g.e.**, s. 189, 190.

altına girecektir³⁰. Zira sözleşme görüşmelerine başlayan tarafların, birbirlerinin hukuki işlemin geçerli bir şekilde kurulmasına ilişkin çıkarlarına aykırı davranmamaları gerekmektedir. Bu durumda, culpa in contrahendo hallerinde borca aykırılık hükümlerinin uygulanması gerektiği baskın olarak kabul edildiğinden³¹ alacaklının kefilin kusurunu ispatlaması gerekmeyecek ve genel zamanaşımı süresi içerisinde tazminat talebi ileri sürülebilecektir³². Ancak bu ihtimalde alacaklının da şekil eksikliğini bilerek sözleşmeyi yapması (TBK m. 52/818 sayılı BK m. 44) gereği tazminatta indirim sebebi oluşturabilecektir.

Ne var ki, şekle aykırılığa kasten sebep olan tarafın geçersizlik iddiasının MK m. 2/f. 2 hükmü ile engellenemeyeceği ve bu sebeple şekle aykırılığa yol açan tarafın sözleşmesinin geçersiz olmasından dolayı TBK m. 49/f. 2 ya da culpa in contrahendo sorumluluğuna göre tazminatla yükümlü olması, iyiniyetli alacaklı taraf açısından kanaatimizce yetersiz kalacaktır. Bu sebeple menfaatler dengesinin sağlanabilmesi açısından kefalet sözleşmesinde şekle aykırılığa kasten yol açan kefilin, bu davranışlarını hakkın kötüye kullanılması yasağı ile müeyyidelenirerek sözleşmeyi geçerli saymak daha uygun olacaktır³³.

F. Şekle Aykırı Kefalet Sözleşmesinin Kefil Tarafından İfa Edilmesi

1. Şekle Aykırılığı Bilmeden İfada Bulunan Kefilin Sebepsiz Zenginleşmeye Dayanarak Talepte Bulunması

Kefil, kefalet sözleşmesi şekil eksikliği taşımasına rağmen, bu durumu bilmeden ödemedede bulunmuş olabilir. Kefil, ödemeyi alacaklının kendisine başvurması üzerine yahut icra takibi sonucu ödeme emri gönderilmesi³⁴ karşılığında yapabilir. Bu şekilde kendisine ödemedede bulunan alacaklının, sözleşmenin şekle aykırı olup olmadığını

³⁰ Özen, **TBK'ya Göre Kefalet**, s. 231, 232; Özen, **a.g.e.**, s. 189, 190; Özen, **Şekil**, s. 761, 762; Elçin Grassinger, **a.g.e.**, s. 121; Hübler, **a.g.e.**, §37 IV, N. 485.

³¹ Oğuzman, Öz, **a.g.e.**, s. 431; Tekinay vd., **a.g.e.**, s. 979; Tunçomağ, **a.g.e.**, s. 211 vd.; Serozan, **İfa**, s. 189; Eren, **a.g.e.**, s. 1086.

³² Özen, **TBK'ya Göre Kefalet**, s. 231, 232; Özen, **a.g.e.**, s. 189, 190.

³³ Aynı görüşte bkz. Çelikaş, **a.g.m.**, s. 618, 619.

³⁴ Kefilin ödemedede bulunduğu bu halde, kefil serbest iradesiyle ödemedede bulunmuş olmadığı için yaptığı ödemenin iadesini isteyebilecektir. Bkz. Reisoğlu, **a.g.e.**, s. 59

inceleme gibi bir yükümlülüğü olmadığı gibi alacağına kavuştuktan sonra şekle aykırılığı ileri sürmesi de çok karşılaşılabilecek bir durum değildir. Bu durumda, kefalet borcunu yerine getirdiğini düşünen kefil, asıl borçluya rücu ettiğinde; asıl borçlunun kefile ödemedede bulunması mümkün olacağı gibi, kefilin şekle aykırı bir sözleşmeyi yerine getirdiği ve bu sebeple kendisine rücu imkânı bulunmadığını ileri sürmesi de mümkün olacaktır. İşte bu son ihtimalde şekle aykırı bir sözleşmeyi ifa ettiğini öğrenen kefilin başvurabileceği bir imkân mevcut olacak mıdır?

Alman Hukuku'nda (Alman Medeni Kanunu § 766), kefilin ödemedede bulunması halinde, şekle aykırı olan kefalet sözleşmesinin geçerlilik kazanacağı düzenlenmiştir³⁵. Bu hüküm, şekil eksikliğine bağlanan geçersizliğin eksik borç ilişkisi yaratmış olmasına dayandırılmıştır³⁶. Bu durumda, şekil eksikliğini bilsin veya bilmesin ödemedede bulunan kefil, kefalet sözleşmesi artık geçerli hale geldiği için, alacaklıya sebepsiz zenginleşme talebinde bulunamayacak, ancak asıl borçluya rücu imkânı doğacaktır. Ancak Türk ve İsviçre Hukuklarında böyle bir düzenleme bulunmadığı için, kefilin ödemedede bulunması kefalet sözleşmesini geçerli hale getirmez. Kefalet sözleşmesinin kesin hükümsüz olduğunu bilmeden ödemedede bulunan kefilin, verdiği sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre geri istemesi mümkündür³⁷. Bu halde, karşı tarafın, kefilin ödemedede bulunmasına dayanarak, ödediğini geri istemesinin hakkın kötüye kullanılması sayılacağı iddiası da dinlenemez³⁸.

Şekil eksikliğini bilmeden ödemedede bulunan kefilin, sebepsiz zenginleşme davasıyla ödediğini geri alabileceğine ilişkin hüküm, İsv. BK'nın revizyonu sırasında önerilmiş, ancak öneri sebepsiz zenginleşmeye ilişkin genel olarak geçerli bir ilkenin

³⁵ Münchener Kommentar/ Pecher, **a.g.e.**, §766, N. 19; Hübler, **a.g.e.**, .§ 37 III, N. 484; Flume, **a.g.e.**, s. 268; Wacke, **a.g.e.**, s. 20. Bu düzenlemede kefilin şekle aykırılığa bilerek ya da bilmeyerek yol açması hususunda bir ayrıma gidilmeden, kefilin kendi isteğiyle ifada bulunmasının, şekil eksikliğini gidereceğinden bahsedilmiştir.

³⁶ Wacke, **a.g.e.**, s. 20; Ayrancı, **Şekil**, s.106.

³⁷ Reisoğlu, **a.g.e.**, s. 59; Frey, **a.g.e.**, s. 45, 46; Anderegg, **a.g.e.**, s. 62 ; Rein, **a.g.e.**, s. 41 ; Beck, **a.g.e.**, Art. 493, N. 21; Ayrancı, **Şekil**, s. 107; Pestalozzi, **a.g.e.**, Art. 493, N. 4; Tandoğan, **Geçerlilik**, s. 37; Elçin Grassinger, **a.g.e.**, s. 99; Giovanoli, **a.g.e.**, Art. 493, N. 12; Özen, **Şekil**, s. 762; Akkanat, **Şekle Aykırılık**, s. 1661; Zevkililer, Gökyayla, **a.g.e.**, s. 540; Fettah, **a.g.m.**, s. 718.

³⁸ Reisoğlu, **a.g.e.**, s. 45; Ayrancı, **Şekil**, s. 109.

tekrarı olarak görüldüğünden reddedilmiştir³⁹. TBK’da da borç olmayan şeyin ödenmesinden dolayı sebepsiz zenginleşmeyi düzenleyen (condictio indebiti)⁴⁰ TBK m. 78/ f. 1 (818 sayılı BK m. 62) hükmü bulunduğu için, borçlu bulunmadığı bir meblağı kendisini borçlu zannederek ödeyen kefilin, ödediğini sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre geri alabileceğine ilişkin ayrıca bir düzenleme yapılmasına gerek yoktur. Hüküm şu şekildedir:

“ Borçlanmadığı edimi kendi isteğiyle yerine getiren kimse, bunu ancak, kendisini borçlu sanarak yerine getirdiğini ispat ederse geri isteyebilir. ”

TBK m. 78/f. 1 hükmünden hareketle, kefilin sebepsiz zenginleşmeye dayanarak ödediğini geri alabilmesi için; ifa amacıyla bir kazandırma yapılması⁴¹, kazandırma sırasında⁴² ödenmesi gereken bir borcun bulunmaması, ödemenin kefilin serbest iradesiyle yapılmış olması⁴³ ve kefilin borcun varlığı hususunda yanılmış olması⁴⁴ gerekir⁴⁵.

³⁹ Beck, **a.g.e.**, Art. 493, N. 21; Frey, **a.g.e.**, s. 45, 46.

⁴⁰ BK m. 62 (TBK m. 78/f. 1)’ye başvurulabilecek haller arasında “*batıl bir akde dayanılarak edada bulunulması*”da sayılmıştır. Ancak batıl bir akde dayanılarak borçlu olmadığını bilmesine rağmen, karşı tarafın da edasını rızai bir şekilde yerine getireceğine güvenilerek eda yerine getirilmişse, taahhuk etmeyen bir sebebe dayanılarak BK 61/f. 2’ye göre iade talep edilebilecektir. Bkz. Seza Reisoğlu, **Sebepsiz İktisap Davasının Genel Şartları**, Ankara, Ajans Türk Matbaası, 1961, s. 148, 149.

⁴¹ Kazandırma ifa amacıyla değil, örneğin bağış sebebiyle yapılmışsa ya da taraflar sebep konusunda anlaşmamışlarsa TBK m. 78 değil, TBK m. 77 uygulanır. Bkz. Oğuzman, Öz, **C.2**, s. 338.

⁴² TBK m. 77/ f. 2 hükmü ve TBK m. 78 hükmünün ilk bakışta uygulama alanı aynı gibi gözükmektedir. Zira TBK m. 77/f. 2’deki sebebin geçerli olmaması, gerçekleşmemesi ve sona ermesi halinde, ortada borç kalmayacağından yapılan ifa neticede borç olmayan şeyin ifası olacaktır. Reisoğlu, BK m.61/f. 2 (TBK m.77/ f.2) ile BK m. 62 (TBK m.78/ f.1) arasındaki farkın, “*eda anındaki vaziyette*” ortaya çıkacağını ifade etmiştir. BK m.61/f. 2’deki davalarda tediye anında bir “*borç olmayan şeyin ödenmesi*” söz konusu değildir. Borcun durumu gelecekteki bir hadiseye (sebebin gerçekleşmesi yahut geçerli sebebin sona ermemesi gibi) bağlıdır. BK m.62’de ise, sebep geçmişe aittir ve tediye anında mevcut değildir. Demek ki eda anında bir borç yoksa BK m.62, edadan sonraki bir hadise borcun olmadığını tespit ediyorsa BK m.61/f. 2 uygulanacaktır. Bkz. Reisoğlu, **Sebepsiz İktisap**, s. 136, 137, 148. Doktrinde Oğuzman, Öz ise, TBK m.78 hükmünde belirtilen sebepsiz zenginleşmenin, TBK m. 77/f. 2’de belirtilen geçerli bir sebebe dayanmayan zenginleşmenin bir türü olduğunu ama taşıdığı önem ve uygulamada sıkça rastlanması yüzünden ayrı bir maddede düzenlendiğini belirtmiştir. Bkz. Oğuzman, Öz, **C.2**, s. 337; Turgut Öz, **Öğreti ve Uygulamada Sebepsiz Zenginleşme**, İstanbul, Kazancı Kitap Ticaret A.Ş., 1990, s. s. 83.

⁴³ Beck, **a.g.e.**, .Art. 493, N. 21; Reisoğlu, **Sebepsiz İktisap**, s. 146, 152.

Kefilin kendisini borçlu zannetmesinin, makul bir mazerete dayanması aranmaz. Kefil, kendi kusuruyla yanılmış olsa dahi, sebepsiz zenginleşme talebinde bulunabilecektir⁴⁶. Yine kefilin düştüğü hatanın “*hukuki bir hata*” olması da önem taşımaz⁴⁷. Hataya düşülerek borcun ifa edildiğine ilişkin ispat yükü kefile aittir⁴⁸.

Kefilin, ödemeyi, icra tehdidi altında yapmış olması halinde, serbest iradesiyle ödemede bulunmadığı için, İİK m. 72 /f. 7’ye göre, iade davası açması mümkündür⁴⁹.

Şekil eksikliğine rağmen, hataen yaptığı ödemeyi sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre isteyebilecek olan kefilin, bu iradesini ödemeyi kabul eden alacaklıya mı yoksa borçluya karşı mı yönelteceği doktrinde tartışma konusu olmuştur.

İsviçre Federal Mahkemesi’ne göre ve Türk ve İsviçre doktrininde genel kabul gören görüşe göre, davanın alacaklıya karşı açılması gerekmektedir⁵⁰. Bu görüşe

⁴⁴ Alman Hukuku’nda sebepsiz zenginleşme kurumuna başvurabilmek için ödemede bulunanın ödemekle yükümlü olmadığını bilmemesi yeterliyken (BGB § 814) ; Türk ve İsviçre Hukuku’nda ödemede bulunanın ödemekle yükümlü olduğu konusunda hataya düştüğünü ispat etmesi gerekmektedir. Buradaki hata, TBK m. 30 vd. (BK m. 23 vd.)’daki hatadan farklıdır. TBK m. 30’daki hata, akdin meydana gelmesinde rol oynadığı halde, TBK 78’deki hata eda ile ilgilidir. Ayrıca buradaki saik yanılmasının esaslı olması aranmaz. Bkz. Reisoğlu, **Sebepsiz İktisap**, s.160; Oğuzman, Öz, **C.2**, s. 341; Öz, **Sebepsiz Zenginleşme**, s. 89; Ayrancı, **Şekil**, s. 109.

⁴⁵ Borç olmayan şeyin ifası sebebiyle sebepsiz zenginleşme koşulları için Bkz. Öz, **Sebepsiz Zenginleşme**, s. 83- 93; Reisoğlu, **Sebepsiz İktisap**, s. 146- 165; Oğuzman, Öz, **C. 2**, s. 337-343.

⁴⁶ Serozan, **İfa**, 329; Özen, **Şekil**, s. 764; Öz, **Sebepsiz Zenginleşme**, s. 90, 91; Reisoğlu, **a.g.e.**, s. 59; Beck, **a.g.e.**, Art. 493, N. 21; Tandoğan, **Geçerlilik**, s. 37; Özen, **a.g.e.**, s. 191; Reisoğlu, **Muteberlik**, s. 391; Reisoğlu, **Sebepsiz İktisap**, s. 163; Özen, **TBK’ya Göre Kefalet**, s. 233.

⁴⁷ Reisoğlu, **Sebepsiz İktisap**, s.161; Özen, **Şekil**, s. 764; Ayrancı, **Şekil**, s. 109; Özen, **TBK’ya Göre Kefalet**, s. 233; Özen, **a.g.e.**, s. 191.

⁴⁸ Ayrancı, **Şekil**, s. 108; Reisoğlu, **Sebepsiz İktisap**, s. 159; Özen, **TBK’ya Göre Kefalet**, s. 233; Özen, **a.g.e.**, s. 191.

⁴⁹ Tandoğan, **a.g.e.**, s. 741; Elçin Grassinger, **a.g.e.**, s. 99; Reisoğlu, **a.g.e.**, s. 59; Reisoğlu, **Sebepsiz İktisap**, s. 158; Öz, **Sebepsiz Zenginleşme**, s. 92; Serozan, **İfa**, s. 329.

⁵⁰ Reisoğlu, **a.g.e.**, s. 59; BGE 70 II 271 ; Pestalozzi, **a.g.e.**, Art. 493, N. 4; Tandoğan, **a.g.e.**, s. 741; Scyboz, **a.g.e.**, s. 356; Zevkliler, Gökyayla, **a.g.e.**, s. 540; Elçin Grassinger, **a.g.e.**, s. 100; Özen, **Şekil**, s. 763; Fettah, **a.g.m.**, s. 718; Özen, **TBK’ya Göre Kefalet**, s. 232, 233; Özen, **a.g.e.**, s. 190, 191. Serozan, borçlu olmadıkları halde yanlışlıkla ödemede bulunan müteselsil borçlu ve kefilin, alacaklıya başvurmaları gerektiğinin tartışılmaması gerektiğini, çünkü bu kişilerin salt başkalarının borcunu değil , aynı zamanda “*kendi*” borçlarını da kapatma amacıyla hareket ettiklerini ifade etmiştir. Bkz. Serozan, **İfa**, s. 26, 362.

göre; kefilin yaptığı ödeme, asıl borçlunun borcu değil, kefilin alacaklıyla yaptığı kefalet sözleşmesi sonucu, asıl borçlunun borcunu ödememesi yüzünden ödeyeceği tazminat borcu olduğundan, ödemeye kefilin kendi borcu sona erecektir. Bu durumda da aslında kesin hükümsüz bir sözleşmeye dayanarak ifada bulunulduğundan, “*borç olmayan şeyin ifasına dayanan sebepsiz zenginleşme talebi*” alacaklıya karşı ileri sürülmelidir. Burada asıl borçlunun borcunun, üçüncü kişi tarafından ifa edildiği de iddia edilemez. Zira bunun kabulü için, ifada bulunan kişinin başkasının belirli bir borcunu ifa ettiğine dair alacaklıyla anlaşmış olması şartı⁵¹ gerçekleşmemiştir. Böyle bir anlaşma olmadığı için de “*borç olmayan şeyin ifası*” söz konusu olacaktır. Borç olmayan şeyin ifasına dayanan sebepsiz zenginleşme davası da ifada bulunulan kişiye, yani alacaklıya karşı açılabilir.

Bu görüş, kanaatimizce de isabetlidir. Kural olarak, kefilin ifasıyla asıl borç sona ermeyecek, rücu talebi olarak kefile intikal edecektir. Ancak kesin hükümsüz bir kefalet sözleşmesinin varlığına rağmen, ödemede bulunan kefilin, asıl borçluya karşı rücu hakkı da doğmayacak ve kefilin fakirleşme şartı böylece gerçekleşmiş olacaktır. Kesin hükümsüz bir sözleşmeye dayanarak alacaklıya hakkı olmayan bir ödeme yapılmasıyla da, alacaklı sebepsiz zenginleşmiş olacaktır. Ayrıca, kefil, asıl borçlunun ödeyememe ihtimalini teminat altına almak için bu yükümlülük altına girdiğinden, ödemedi aciz asıl borçlu için ödemede bulunan kefilin, asıl borçluya sebepsiz zenginleşme davası açmaya zorlamak, kefilin alacağına ulaşmasını zorlaştıracağından adil olmayan bir davranış olacaktır.

Bu hususta eklemek gerekir ki, şekil eksikliğini bilmeden ifada bulunan kefilin, alacaklıya karşı sebepsiz zenginleşme davasını açacağı kararına varan İsviçre Federal Mahkemesi, “*kefilin alacaklıya karşı yöneltebileceği sebepsiz zenginleşme davasından feragat etmesi veya bu hakkının zamanaşımına uğraması halinde*” asıl borçluya karşı sebepsiz zenginleşme talebinde bulunulabileceğini ifade etmiştir. Bu şekilde, alacaklının iktisabı kesinleşince, artık asıl borçlunun alacaklının yapacağı takibi dikkate almasına gerek kalmayacak, asıl borçlu, kefil tarafından yapılmış ifa

⁵¹ Serozan, **İfa**, s. 16, 17; Ayrancı, **Şekil**, s. 111; Özen, **TBK’ya Göre Kefalet**, s. 233; Özen, **Şekil**, s. 763; Özen, **a.g.e.**, s. 191.

ile zenginleşmiş bulunacaktır. Böylece asıl borçludan, ikinci derecede ortaya çıkmış bulunan bu zenginleşmenin iadesi talep edilebilecektir⁵².

Yargıtay'a göre ise, bu dava doğrudan asıl borçluya karşı açılmalıdır⁵³. Zira şekil eksikliği nedeniyle kesin hükümsüz olan bir kefalet sözleşmesi dolayısıyla ödeme sonucunda alacaklı, hakkı olan bir ödemeyi kabul etmiş olacaktır. Ancak kefilin, alacaklıya ödeme yapmasıyla asıl borçlu, nedensiz olarak borcundan kurtulmuştur. Bu yolla sebepsiz zenginleşen⁵⁴ asıl borçluya karşı, sebepsiz zenginleşme davası açılmalıdır. Ancak Yargıtay'ın bu görüşüne, gerek kefilin ifası ile asıl borcun sona ermeyip alacaklının asıl borçluya karşı olan hakları kefile geçeceğinden, gerekse kefalet sözleşmesinin kefil ile alacaklı arasında kurulması ve bu sebeple geçersiz bir sözleşmeye dayanılarak ifada bulunulduğunda alacaklının malvarlığında sebepsiz bir artış olacağından katılmak mümkün değildir⁵⁵.

Doktrinde farklılık arz eden başka bir görüş⁵⁶ de bulunmaktadır. Bu görüşe göre, “*şekle aykırılığı bilmeden*” ifada bulunan kefil, alacaklının iflas etmesi ya da yanılmanın ispatının yapılamaması gibi sebeplerle alacaklıdan sebepsiz zenginleşmesini alamadığı ihtimalde, asıl borçluya rücu etmelidir⁵⁷. Bu görüş, asıl

⁵² BGE 70 II 275 Erw. 5; Aynı yönde bkz. Pestalozzi, **a.g.e.**, Art. 493, N. 4.

⁵³ Y. 3. HD. 06.04.1989 E.9431 K.3528 (Reisoğlu, **a.g.e.**, s. 60, dñn. 253). Yargıtayla aynı görüşte Bkz. Nihat Yavuz, “Kefalet Sözleşmesi Nedeniyle Sebepsiz Zenginleşme”, **Terazi Dergisi**, Y. 4; S. 30, Şubat 2009, s. 105-112. Gümüş, Yargıtay'ın bu husustaki yeni tutumunun alacaklıya karşı sebepsiz zenginleşme davası açılacağı yönünde olduğunu ifade etmektedir. Bkz. Gümüş, **a.g.e.**, s. 367, dñn. 3225. Yargıtay'ın bu yöndeki yeni tarihli bir kararına örnek olarak Bkz. Y. 11. HD. 08.12.2003 E. 4568 K. 11592; Y.11HD. 15.12.2003 E.4923 K.11833.

⁵⁴ Doktrinde Özen, burada borçtan kurtarma yoluyla zenginleşme bulunduğunu ifade etmiştir. Bkz. Özen, **Şekil**, s. 762. Zenginleşme ifa sonucu veya ifa dışında olabilir. İfa sonucu zenginleşmede fakirleşen, karşı tarafı zenginleştirdiğini bilerek ve özel bir amaç izleyerek bir kazandırmada bulunur. Buna karşın, karşı tarafa kazandırmada bulunma düşüncesi olmadan ve özel bir amaç izlenmeden bir kazandırmada bulunulmuşsa, ifa dışı zenginleşme söz konusu olur. Bkz. Oğuzman, Öz, **C. 2**, s. 312- 315. Serozan, “*ifa yoluyla zenginleşme*” yerine “*edimden ötürü zenginleşme*”, “*ifa dışı zenginleşme*” yerine “*edim dışı zenginleşme*” ifadesini kullanmaktadır. Bkz. Serozan, **İfa**, s. 321 vd. Borçtan kurtarma yoluyla zenginleşme, “*edim dışı*” bir zenginleşme olarak belirtilmiştir. Bkz. Serozan, **İfa**, s. 358- 360.

⁵⁵ Elçin Grassinger, **a.g.e.**, s. 100.

⁵⁶ Ayrancı, **Şekil**, s. 111, 112.

⁵⁷ Şekle aykırılığın kesin hükümsüzlüğe yol açtığını savunan görüşe göre, sözleşmenin geçerli sayılması ve borçluya rücu mümkün değildir. Ancak Ayrancı'ya göre, kefilin mutlaka alacaklıya

borçluya sebepsiz zenginleşme talebinde bulunulmasına imkân tanınmasını, bu kurumun fazla zorlanması olarak görmektedir. Nasıl ki şeklin koruma amacı gerçekleşmese de şekil şartları yerine getirildiğinde sözleşme geçerli sayılıyorsa, şeklin koruma amacı gerçekleştiğinde de şekil şartları gerçekleşmemiş olsa dahi sözleşme geçerli sayılmalı ve asıl borçluya rücu imkânı tanınmalıdır⁵⁸. Bu sebeple asıl borçluya rücu edildiğinde, asıl borçlunun kefalet sözleşmesinin geçersizliğini ileri sürmesi halinde, kefil, şekil şartının koruma amacını gerçekleştirdiğini ve geçersizliğin bu şekilde ileri sürülmesinin hakkın kötüye kullanılması olacağını ileri sürebilmelidir. Çünkü kefalet sözleşmesi kurulurken kefilin uyarma amacını gerçekleştiren şekil kurallarında, geçersizliğe yol açan bir eksiklik olsa dahi, kefalet sözleşmesi bu eksiklik yüzünden kesin hükümsüz olmamalıdır. “Alacaklının iflas etmesi” yahut “kefilin yanılarak ifada bulunduğunu ispatlayamaması” sebebiyle alacaklıya sebepsiz zenginleşme talebinde bulunulamayan bu gibi istisnai hallerde, bu yolla asıl borçluya başvurmak mümkün olmalıdır. Aksi halde şekil şartları abartılı olarak uygulanmış olacak ve kefil ödediğiyle kalacaktır. Ancak şeklin, kefilin uyarma amacını gerçekleştirmediği durumlarda bu ihtimalden söz edilemeyecektir.

2. Şekle Aykırılığı Bilerek İfada Bulunan Kefilin Durumu

Şekle aykırılıktan dolayı eda zamanında ödenmesi gereken bir borç bulunmamasına rağmen, şekle aykırılığı bilmeden ödemede bulunan kefilin, TBK m. 78/f. 1 (818 sayılı BK m. 62) uyarınca ödemesinin iadesini talep imkânı vardır. Ancak şekle aykırılığı bilmesine rağmen, ifada bulunan kefilin yararlanabileceği başka bir hukuki imkân yok mudur?

Kefalet sözleşmesinin geçersiz olduğunu “bilerek” ve serbest iradesiyle⁵⁹ ödemede bulunan kefil, ödediğini TBK m. 78/f. 1’e göre geri alamaz⁶⁰. Bu halde

karşı TBK 78’e göre sebepsiz zenginleşme davası açmak zorunda bırakan bu görüş, kefilin yeterince korumamaktadır. Bkz. Ayrancı, **Şekil**, s. 112.

⁵⁸ Ayrancı, **Şekil**, s. 112.

⁵⁹ İfanın borcun mevcut olmadığını bilerek fakat “serbest irade ile yapılmaması” halinde iade talep edilebilecektir. Böyle durumlar, TBK m.78/ f.1’in uygulanmayacağı sebepsiz zenginleşme hallerini oluşturacaktır. Bkz. Öz, **Sebepsiz Zenginleşme**, s. 91, 92; Reisoğlu, **Sebepsiz İktisap**, s. 158; Oğuzman, Öz, **C.2**, s. 342.

ödeme bağışlama amacıyla yapılmış olabilir⁶¹. Ancak kefil, bağışlama kastı olmadan ödemede bulunmuş ve bundan sonra asıl borçluya rücu etmiş ve asıl borçlu kefalet sözleşmesi şekle aykırılık sebebiyle geçersiz olduğu için kendisinin rücu borçlusu olmadığını iddia etmişse asıl sorun ortaya çıkacaktır.

Bu ihtimalde doktrinde bir görüş⁶², borç olmadan ifa edilen şeyin yanılma sonucu ifa edilmiş olma şartı gerçekleşmediği için, TBK m. 78/f. 1'e başvuramayacak kimsenin, TBK m. 77 uyarınca da iade talep edemeyeceğini ileri sürmektedir.

Doktrinde diğer bir görüş⁶³ ise, "*bilerek ifada bulunma engelinin*" TBK m. 78/f. 1'de düzenlenen "*borç olmayan şeyin ifasına dayanan sebepsiz zenginleşme*" talebine özgü olduğunu, bu sebeple "*borçtan kurtarma yoluyla sebepsiz zenginleşme*" gibi diğer sebepsiz zenginleşme türlerinde söz konusu olmadığı düşüncesinden⁶⁴ hareket etmektedir. Bu görüşe göre, her ne kadar geçersiz bir kefalet sözleşmesine dayanarak "*sözde*" kefilin yaptığı ifa ile asıl borçlunun borcu ortadan kalkmış olmasa da kefilin BK m. 78/f. 1 hükmüne başvuramaması sebebiyle alacaklının kazanımı kalıcı hale geldikten itibaren, alacaklının bir de asıl borçluya başvuru hakkı kalmamalıdır. Aksi davranış, çelişkili bir davranıştır. Bu sebeple "*sözde*" kefilin alacaklıya yaptığı kazandırmanın kalıcı hale geldiği andan itibaren, asıl borçlu borçtan kurtulmuş olacaktır. Bu sebeple bilerek ifada bulunma engeline takıldığı için TBK m.78/ f.1'e göre sebepsiz zenginleşme talebine başvuramayan kefilin, borçtan kurtarma yoluyla sebepsiz zenginleşme talebine başvurması mümkün

⁶⁰ Elçin Grassinger, **a.g.e.**, s. 101; Fettah, **a.g.m.**, s. 718; Erdoğan, **a.g.m.**, s. 121.

⁶¹ Anderegg, **a.g.e.**, s. 61; Reisoğlu, **a.g.e.**, s. 45; Tandoğan, **a.g.e.**, s. 741; Reisoğlu, **Muteberlik**, s. 392; Tandoğan, **Geçerlilik**, s. 38; Schmidlin, **a.g.e.**, Art. 11, N. 139.

⁶² Oğuzman, Öz, **C.2**, s. 337.

⁶³ Özen, **Şekil**, s. 764-766. Doktrinde Özen'in bu görüşü, Gümüş tarafından eleştirilmiştir. Bkz. Gümüş, **a.g.e.**, s. 568. Özen, aynı görüşü borç olmayan şeyin ifasına dayanan sebepsiz zenginleşme talebini, alacaklıya zamanaşımı süresi içinde sürmemiş olan kefil için de savunmuştur. Buna göre, kefilin sebepsiz zenginleşme talebini zamanaşımı süresi içinde sürmemesi sonucu kalıcı hale gelen kazandırma sonucu "*borçtan kurtarma yoluyla zenginleşen*" asıl borçluya karşı da sebepsiz zenginleşme davası açılacaktır. Bu davayı açmak için zamanaşımı süresi (TBK m. 82/f. 1) ise, alacaklıya karşı TBK m. 78/f. 1'e göre sebepsiz zenginleşme talebinde bulunulduğunda alacaklının zamanaşımı def'inde bulunduğu tarihte başlayacaktır. Bkz. Özen, **Şekil**, s. 764-766.

⁶⁴ Serozan, **İfa**, s. 359.

olacaktır. Bu takdirde kefilin yararlanacağı kanun hükmü, TBK m. 77 olacaktır⁶⁵. Ayrıca bu durumda sebepsiz zenginleşme talebinde bulunmak için, iki yıllık zamanaşımı süresi (TBK m. 82/f. 1) kefilin şekle aykırılığı bilerek alacaklıya ifada bulunduğu andan itibaren başlayacaktır⁶⁶.

Doktrinde diğer bir görüşe göre⁶⁷ ise, şekil şartlarının sırf tarafları korumak amacıyla konulduğu hallerde; taraflardan birinin şekle aykırı sözleşmeyi bilerek ifa etmesi halinde, sözleşmenin geçersizliği ileri sürülemeyecektir. Aynı durum, geçersizlik bilinmeden fakat geçersizlik bilinseydi dahi yapılacak olan ifa halinde de söz konusudur. Bu durumda da sözleşme baştan itibaren geçerli hale gelecektir. Bu durumda şeklin koruma amacı gerçekleşmiş sayılır. Zira, kefil şekle aykırılığı bilerek ifada bulunmuşsa, şekil kurallarının kendisine sağladığı korumadan vazgeçmiş sayılacaktır. Böyle bir durumda geçerli bir kefalet sözleşmesi yapılmış gibi kefilin asıl borçluya rücu imkânı doğacaktır. Bu takdirde, asıl borçlunun kendisine rücu imkânı doğmadığını ileri sürmesi hakkın kötüye kullanılması sayılacaktır. Asıl borçlunun geçersizlik itirazının kabul edilmesi, şekle aykırılığı bilerek ifada bulunduğu için TBK m. 78/f. 1'e göre alacaklıdan sebepsiz zenginleşme talebinde bulunamayan kefil, kefalet sözleşmesinin yapılmasında hiçbir menfaati olmadığı

⁶⁵ İfa dışı sebepsiz zenginleşmelerde, genel hüküm olan TBK m. 77'nin uygulanacağına ilişkin bkz. Oğuzman, Öz, C. 2, s. 367.

⁶⁶ Y. 11. HD. 15.12.2003 E. 4923 K. 11833. Bu kararda alacaklıya karşı borç olmayan şeyin ifasına dayanan sebepsiz zenginleşme talebinde bulunmaya hakkı olmayan kefilin, malvarlığında hakkı olmayan bir artış meydana gelen asıl borçluya rücu edebileceğinden bahsedilmiştir. Özen, bu karara sonucu bakımından katılmakta, fakat olayda geçerli bir sözleşme olmadığı için rücunun mümkün olmadığını, kefilin asıl borçluya karşı ancak borçtan kurtarmaya dayanan sebepsiz zenginleşme talebinde bulunabileceğini ifade etmektedir. Bkz. Özen, **Şekil**, s. 767, 768; Özen, **TBK'ya Göre Kefalet**, s. 234, dpn. 536; Özen, **a.g.e.**, s. 192, dpn. 508.

⁶⁷ Ayrancı, **Şekil**, s. 116, 117. Ayrancı'nın bu görüşünü eleştiren Özen'e göre, Ayrancı'nın görüşü şekle aykırılığın kendine özgü geçersizlik yarattığı görüşü ile aynı sonuca varmaktadır. Bu sebeple hakkın kötüye kullanılması kurumuna başvurmaya gerek yoktur. Şöyle ki, kefilin halefiyetinin olmazsa olmaz şartı, geçerli bir kefalet sözleşmesinin bulunmasıdır. Bu sebeple şekle aykırılığın yaptırımını kesin hükümsüzlük olduğu sürece, kefilin halefiyet neticesinde asıl borçluya başvurma imkanı kalmayacaktır. Ancak şekle aykırılığın, kendine özgü geçersizlik yaratacağı kabul edilirse, bu geçersizliği ancak sözleşmenin tarafları ileri sürebilecek ve ifayla şekle aykırılık düzelecektir. Böylece kefilin yasal halefiyet sonucu asıl borçluya rücunun önü açılacaktır. Bu takdirde, sözleşmenin tarafı olmayan asıl borçlunun geçersizliği gündeme getirerek halefiyete dayanan rücu hakkının doğmadığını ileri sürmesi zaten mümkün olmayacaktır. Bu sebeple hakkın kötüye kullanılması kurumuna da başvurmaya gerek yoktur. Bkz. Özen, **Şekil**, s. 766, dpn. 46; Özen, **TBK'ya Göre Kefalet**, s. 234, dpn. 536; Özen, **a.g.e.**, s. 192, dpn. 508.

halde zarar görmüş olacaktır. Özellikle uygulamada çoğunlukla kefalet sözleşmesinin asıl borçlu ile alacaklı tarafından hazırlanan senet üzerinde yapıldığı ve kefilin senedi çoğu zaman sadece imzalamakla yetindiği düşünülürse, asıl borçlunun yarattığı bu durumdan kefilin zarar görmesi maddi adalete uygun düşmeyecektir.

G. Şekle Aykırı Kefalet Sözleşmesinde Tahvil

Türk ve İsviçre Hukuklarında, doktrin ve mahkeme kararlarında kabul edilmesine rağmen, açıkça düzenlenmemiş tahvil kavramına ilişkin Alman Hukuku'nda bir düzenleme mevcuttur. Alman Medeni Kanunu §140'a göre, "*Kesin hükümsüz bir hukuki işlem, bir başka işlemin şartlarını gerçekleştiriyorsa ve tarafların yaptıkları işlemin batıl olduğunu bilselerdi diğer işlemi istemiş olacakları farz ve kabul edilebiliyorsa, sözü geçen ikinci işlem geçerli olur.*"

Bu tanımdan hareket edilerek Türk doktrininde de kabul edilen tahvilin şartları şu şekildedir⁶⁸: Kesin hükümsüz bir işlem bulunmalı, işlemin geçersiz olduğu taraflarca bilinmemeli, işlemin tahvili hükümsüzlüğü öngören kanun hükmünün anlam ve amacına ters düşmemeli, tahvil edilecek diğer işlemin geçerlilik şartları oluşmuş olmalı, diğer işlem de kesin hükümsüz olan işlem ile aynı veya benzer sonuçlar doğuran ama ondan daha ileri gitmeyen bir nitelik taşımalı, tarafların yaptıkları işlemin geçersiz olduğunu bilselerdi diğer işlemi yapacakları söylenebilmelidir.

Eski BK zamanında, şekli açıdan geçersiz bir kefalet sözleşmesinin uygulamada şekle tabi olmayan garanti sözleşmesi olarak ayakta tutma eğilimi gözlenmektedir⁶⁹. Şekil açısından geçersiz bir sözleşmenin başka bir sözleşme olarak ayakta tutulabilmesi ancak tahvil yoluyla mümkündür. Fakat bu eğilim, tahvil müessesine uygun değildir. Zira tahvilin şartları içerisinde yer alan, diğer işlemin de kesin hükümsüz olan işlem ile aynı ya da benzer sonuçlar doğurması ama ondan ileri

⁶⁸ Kocayusufpaşaoğlu vd., **a.g.e.**, s. 614-619; Erdoğan, **a.g.m.**, s. Ayrıntılı bilgi için bkz. Selim Kaneti, **Hukuki İşlemlerin Çevrilmesi (Tahvili)**, İstanbul, 1972, s. 146 vd.; Turhan Esener, "Hukuki Muamelelerde Tahvil", **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 16, S. 1-4, Y. 1959, s.247 vd.

⁶⁹ Y.15. HD. 06.07.1989 E.391 K. 3267 (Yasa Dergisi, Y. 1990, C. 8, S. 2, s. 257); Aksi yönde Bkz.Y.19. HD. 30.03.1994 E.4055 K. 3067 (Kostakoğlu, **a.g.e.**, s. 132, 133). Aynı eğilim Alman ve İsviçre doktrininde de gözlenmektedir. bkz. Münchener Kommentar/ Pecher, **a.g.e.**, § 765, N. 14; Anderegg, **a.g.e.**, s. 67.

gitmemesi şartı, şekle aykırı kefalet sözleşmesinin şekle tabi olmayan garanti ya da borca katılma sözleşmesine çevrilmesine engel teşkil eder. Zira bu sözleşmelerde teminat veren kişi, kefile oranla daha ağır sorumluluk altına girmektedir⁷⁰. Bu sebeple tarafların yaptıkları işlemin geçersiz olduğunu bilselerdi bu sözleşmeleri kuracakları da söylenemez, zira her iki sözleşme tipi birbirinden tamamen farklıdır⁷¹. Yine kefaleti şekle bağlayan kanun hükmünün kefile koruyucu amacı da işlemin tahvilini engelleyici bir sebeptir⁷².

Uygulamada var olan bu eğilimin Yeni BK'nın 603. maddesi sayesinde artık kabul edilemeyeceği açıktır. TBK m. 603 gereğince gerçek kişilerin kişisel teminat sözleşmelerinin şeklinin de kefalet sözleşmesinin şekline tabi olduğu öngörüldüğü için, şekli açıdan geçersiz bir kefalet sözleşmesi, kefalet sözleşmesinden daha ağır bir sorumluluk yükleyen kişisel teminat sözleşmesinin de şekil şartını yerine getiremeyeceğinden tahvil yoluyla ayakta tutulamayacaktır.

⁷⁰ Kocayusufpaşaoğlu vd., **a.g.e.**, s. 619; Gümüş, **a.g.e.**, s. 569.

⁷¹ Elçin Grassinger, **a.g.e.**, s. 122; Reisoğlu, **a.g.e.**, s. 57.

⁷² Kocayusufpaşaoğlu vd., **a.g.e.**, s. 619, dpn. 69; Aksi yönde bkz. Zevkliler, Gökyayla, **a.g.e.**, s. 543; Taşdelen, **a.g.m.**, s. 761.

SONUÇ

Kefalet sözleşmesi için kanun koyucunun öngördüğü şekil şartı ile amaçlanan; kefalet yükümlüğü ile kural olarak ivazsız borç altına giren kefil daha ciddi düşünmeye sevk etmek, acele karar vermesinin önüne geçmek ve altına girdiği yükümlülüğün önemini idrak etmesini sağlamaktır. Bu çalışmada kefalet sözleşmesinde şekil kavramını kapsamlı bir şekilde incelemiş ve bazı sonuçlara varmış bulunmaktayız.

Kefalet sözleşmesi için TBK m. 583 ile öngörülen şekil, fonksiyonu açısından bir geçerlilik şeklidir. Kullanılan vasıta açınsındansa, TBK m. 583/f. 1 c. 1’de azami miktar ve kefalet tarihinin mutlaka senette belirtilmesi zorunluluğunun öngörülmesi ve TBK m. 583/ f. 1 c. 2’de azami miktar, kefalet tarihi ve müteselsil kefil olma iradesi varsa bu hususun elle yazılması gerekliliğinin belirtilmesi sonucu, dar anlamda nitelikli yazılı şekildir.

Kefaletin şekline ilişkin, kaynak İsv. BK m. 493’te ise kefalet sözleşmesi için çeşitli ayırmalara gidilerek üç farklı şekil öngörülmüştür. Buna göre; kefilin beyanının hiçbir kısmının kefilin kendi el yazısına dayanmadığı, sadece belirli hususların kefalet senedinde belirtilmesinin arandığı “*geniş anlamda nitelikli yazılı şekil*”, sadece kamu alacakları için kefil olan gerçek kişilerde ve tüzel kişilerde uygulama bulacaktır. Bu şeklin öngörülmesinin sebebi bu tür kefaletlerin daha az tehlike içeriyor olmasıdır. “*Dar anlamda nitelikli yazılı şekil*” ise gerçek kişilerin özel hukuk kökenli ve 2000 frangı aşmayan kefalet taahhüdünde buldukları kefalet sözleşmelerinde söz konusu olacaktır. “*Resmi şekil*” ise gerçek kişilerin 2000 frangın üzerinde kefalet borcu altına girdiği hallerde zorunlu olarak aranacaktır. Dar anlamda nitelikli yazılı şekil veya resmi şeklin öngörülmesinin nedeni ise bu tür kefaletlerin daha fazla tehlike içerdiğinin düşünülmesidir.

TBK m. 583’e bakıldığında ise, İsv. BK’dan farklı olarak, gerçek kişi-tüzel kişi ayırımına gidilmediği gibi, ifa edilmediği takdirde kişisel olarak sorumluluk üstlenilecek asıl borca ilişkin de bir miktar ayırımına gidilmemiştir. Yine kamu hukukundan kaynaklanan bir borç gibi, kefalet güvencesine bağlanan borcun niteliğine ilişkin de özellik arz eden bir durum söz konusu olmamıştır. Bu durum

TBK m. 583'te öngörülen şekil hükmüyle kefilin korunmasını, kanaatimizce yarım bırakmaktadır.

TBK m. 583 ile özellikle matbu metin kullanan finans kuruluşlarının, matbu sözleşme metninde boş bırakılan kefalet limiti ve tarih gibi kısımların, sonradan dava aşamasında bu kuruluşlarca kötü niyetli olarak doldurulmasının önüne geçmek amaçlı, metne ilişkin bazı hususların el yazısıyla yazılma zorunluluğu öngörülmüştür. Uygulamada “fiziksel yetersizliği bulunan”, “okuma yazma bilmeyen” ve “görme engelli olan” kişilerin el yazısı koşulunu nasıl yerine getirecekleri problemi ortaya çıkacaktır.

Kefilin, fiziksel yetersizliği ya da başka bir sebeple elini kullanamaması durumunda, eli dışında başka bir organını kullanarak şekil şartını yerine getirmesi mümkün olacaktır, ancak böyle bir olanağı olmayan kimse için noter tarafından düzenleme şeklinde yapılan resmi şeklin önü açık olmalıdır.

Okuma yazma bilmeyen kişilerin ise, kefalet senedinin içeriğini anlayamayacakları ve yazı yazma yetisinden yoksun oldukları için, başka bir yazıyı taklit ederek yazsalar da ne yazdıklarını bilemeyeceklerinden kefil olmaları mümkün gözükmemektedir. Bu takdirde bu kişilerin de resmi şekle uyarak kefil olabilme ihtimallerinin kanımızca mevcut bulunması gerekmektedir.

İmzası için şahit talep eden, “yazı yazma yeteneğine sahip görme engelli kefilin”, metnin içeriğine de hâkim olduğunu söyleyebileceğimizden metne ilişkin el yazısı koşulunu yerine getireceğini söyleyebiliriz. “Yazı yazma yeteneğine sahip olmayan görme engellinin” ise metnin içeriğinden haberdar olsa da eliyle doldurması gereken yerleri dolduramayacağından, kefil olamayacağı sonucuna ulaşabiliriz. Bu durumda kanımızca yine resmi şekil mümkün olabilmelidir. Ayrıca bu hususta başka bir ihtimal ise görme engellilere özgü kabartma yazı sisteminin (Braille alfabesi) kullanılmasıdır. Bu ihtimalde bu kefaletle özgü geçerlilik şekli kanımızca sağlanamayacaktır. Zira bu şekilde teşhis fonksiyonunu sağlamayan bir yazı tipinin kullanılması kanun koyucunun amacına uygun değildir.

Tüzel kişilerin, el yazısıyla metni ne şekilde dolduracakları hususunda da bir açıklık olmamakla beraber, tüzel kişiliğin, bir kişi tarafından temsil edilmesi durumunda, kefil olunan miktar, kefalet tarihi ve müteselsil kefalet halinde buna ilişkin ifade, bu kişi tarafından el ile kefalet senedine yazılacaktır. Ancak tüzel kişiliği temsil eden organın birden fazla kişiden oluşması ve sözleşme kurmak için bu kişilerin birlikte hareket etmesinin gerektiği durumlarda ise, içlerinden birinin bu hususları elle yazması ama hepsi tarafından imzalanması yeterli olacaktır. Her birinin eliyle aynı hususları yazması kanaatimizce hükmün amacını aşan bir yorum tarzı olarak görülmektedir.

TBK m. 14/f. 2 ile yazılı şekil yerine geçen metinlerin kapsamı yeni kanunla genişletilmesi sonucu faksla gönderilen metnin kefalet sözleşmesi için öngörülen dar anlamda nitelikli yazılı şeklin yerine geçip geçmeyeceği hususu da tartışılabilir. Kanaatimizce mesele, faks veya fotokopinin gösterdiği metnin içeriğinin kendi iradesi yönünde olmadığı borç altına giren tarafça iddia edildiği zaman, bu hususun ispatında önem arz etmektedir. Yoksa aranan şekil şartlarının yerine getirildiğinin görüldüğü faks ya da fotokopi aracılığıyla karşı tarafa ulaşan metin, şekil şartının yerine getirildiğini gösterir. TBK m. 14/f. 2’de öngörülen teyit kurumuyla metnin orijinalinin gönderilmesi, şekil şartının yerine getirilip getirilmediği hususundaki uyuşmazlıkta, ispat sorununu çözümlenecektir.

Özel kanun niteliğinde olan Elektronik İmza Kanunu m. 5/f. 2’de teminat sözleşmelerinin elektronik imza ile gerçekleştirilemeyeceğinden bahsedildiği için, yazılı şekle bağlı kefalet sözleşmesi elektronik imza ile geçerli bir şekilde kurulamayacaktır. Ancak TBK m. 583 ile nitelikli yazılı şeklin arandığı kefalet sözleşmelerinde metnin bazı kısımlarının el yazısıyla yazılması, güvenli elektronik imzanın kullanıldığı elektronik ortamlarda gerçekleşmeyeceğinden, EİK’nda teminat sözleşmelerine ilişkin böyle bir yasak olmasa da elektronik imza ile şeklen geçerli bir kefalet sözleşmesi kurulamayacaktır.

Kanaatimizce kefaletle ilişkin TBK m. 583 ile getirilen düzenleme ile her ne kadar kefilin sorumlu olacağı azami miktar, kefalet tarihi ve müteselsil kefil olma iradesi varsa bunu, kefalet senedinde el yazısıyla belirtmesi zorunlu tutulsa da, kefilin

sadece zorunlu olan bu kısımları el yazısıyla doldurup imzalayıp geri kalan adi yazılı şekle tabi kısımlar için bir “*kısmi beyaza imzalı belge*” oluşturması mümkündür. Bu durumda asıl borçlu veya alacaklıya verilen tamamlama yetkisinin yeterince somutlaşmış olması gerekmektedir.

Kefalet sözleşmesi, şekle tabi bir sözleşme olduğu için bütün objektif ve subjektif esaslı noktalarının şeklin kapsamında yer alması gerekmektedir. Kefalet sözleşmesinin tanımında yer alan ve onun tipi için zorunlu olan objektif esaslı noktalar; “*kefilin başkasının borcu için fer’i olarak sorumluluk altına girildiğini gösteren beyan*” ve “*ferdileştirilmiş asıl borç*”tur. “*Kefilin sorumlu olacağı azami miktar*” ve “*kefalet tarihi*” ise, kanun koyucu tarafından öngörülmek suretiyle esaslı nokta haline getirilmiştir. Ancak onlar olmaksızın kefalet sözleşmesinin yapılamayacağı subjektif esaslı noktalardan, kefilin sorumluluğunu ağırlaştırılan hususların senette yer almaları gerekirken, kefilin sorumluluğunu azaltanların ise kefalet senedinde yer almalarına gerek yoktur. Sözleşmenin kapsamında, kefilin el yazısıyla yer alması gereken müteselsil kefil olma ibaresi, kefilin durumunu ağırlaştırılan subjektif esaslı noktalardandır.

Fer’i olarak borç üstlenme iradesi ve ferdileştirilmiş asıl borcun muhakkak kefalet senedinde yer almaları gerekmektedir. Kefalet senedinde bu hususlara ilişkin herhangi bir dayanak olmaksızın, senet dışı unsurlara başvurulabilmesi şeklin koruyucu amacının yerine getirilmesini engelleyecektir.

Kefalet sözleşmelerinde uygulamada kefillerin, kapsamı belirli olmayan asıl borcu teminat aldıkları görülmektedir. Kefilin özellikle banka uygulamasında “*bankanın müşterisine karşı doğmuş ve doğacak bütün alacaklarından ötürü kefil olduğu*” içeren bir ibare kullanması halinde, iki hususta problem çıkmaktadır. İlk olarak böyle bir ibare sonucu kefil, borçlunun bankaya karşı olan önceki borçlarından da sorumlu olacak mıdır? İkinci olarak ise, kefil ileride hangi sebepten olursa olsun doğacak borçlardan kefil olarak sorumlu tutulabilecek midir?

İlk probleme ilişkin her ne kadar böyle geniş bir ifade kullanılsa da güven ilkesi sonucu yapılacak yorum sonucunda, kefilin kefalet sözleşmesi yapıldığı sırada veya daha sonra kullanılacak belli bir krediden doğacak borcu için sorumluluk

üstlendiği sonucuna ulaşılmalıdır. Açılacak belirli bir kredi için yapılan görüşmelere katılan kefilin, bu krediden kaynaklanacak borcu teminat almak istediği sonucuna ulaşılması doğaldır.

İkinci probleme ilişkin olarak da şu sonuca varmak mümkündür: Doğmuş ve doğacak borçlara kefil olunması gibi kefilin sorumluluğunu genişleten böyle bir kayıt, kefilin, hukuki sebebi ve limiti belli olmayan bir asıl borcu teminat altına alma durumuna sokacağından, kefalet sözleşmesinde her ne kadar kefalet limiti belli olsa da asıl borcun belirli olması ilkesine aykırılık oluşacaktır. Böyle bir kefalet sözleşmesini de, kefilin sorumluluğunu genişlettiği ölçüde geçersiz kılmak gerekecektir. Ayrıca bu şekilde bir kayıt, genel işlem koşullarının yürürlük ve içerik denetimine takılıp geçersiz sayılabilecektir. Böylece tüm kefalet sözleşmesinin geçersiz olmasındansa, kefile, asıl borçlunun doğacak tüm borçlarının ödenmemesi durumunda değil, sadece kefilin imzasını taşıyan kredi sözleşmesi kapsamında alınan kredilerin geri ödenmemesi ihtimalinde başvurulabilmesi gerekecektir.

Ne var ki, kanaatimizce cari hesaba kefalet verildiği takdirde asıl borcun belirli olması ilkesine bir aykırılık oluşmayacaktır. Bankaların cari hesap kredisi kullandırmaları durumunda, asıl borçlunun gelecekte doğacak borçları bulunmaktadır. Bu borçların her ne kadar belirsiz oldukları ileri sürülebilecekse de, kefaletle teminat altına alınan bu borçların hangi temel hukuki ilişkiden kaynaklandığı ve hangi limite kadar doğabilecekleri belirlidir. Kefil, bunun bilincinde olarak sorumluluk altına girmiştir. Belirli bir cari hesap kredisine kefalet verildikten sonra, asıl borçluya banka tarafından başka bir cari hesap kredisi verilmesi durumunda ise, artık kefilin bu cari hesaptan doğacak borçlardan sorumluluğu doğmayacaktır.

İsv. BK m. 493/f. 1'deki değişikliğe paralel biçimde, TBK m. 583/f. 1 ile kefaletin geçerlilik şekline ilişkin olarak kefilin sorumlu olacağı azami miktarın, "*kefalet senedinde*" kefilin el yazısıyla belirtilmesi zorunluluğu getirilmiştir. Bu zorunluluğa rağmen, rakamla belirtilme şartı getirilmemiştir. Ancak kefalet hükümlerinin bütünü değerlendirildiğinde, kefilin koruma amacının artırıldığı görüldüğünden, TBK m. 583'ü kefalet senedinde, kefilin el yazısıyla senet dışı unsurlara başvurulması

hususunda bir dayanak bulunsa da kefaletin geçerli olmayacağı, azami sorumluluk miktarının mutlaka açıkça ve kefalet senedinden başka unsurlara bakılmayacak şekilde kefilin yazılı beyanı içerisinde yer alması gerektiği şeklinde yorumlamak gerekecektir. Azami miktarın mutlaka kefalet senedinde açıkça gösterilmesi de rakamla gösterilmesi yoluyla sağlanacaktır.

TBK m. 583/f. 2'ye göre, kefil olma konusunda özel temsil yetkisi verilmesi, kefil olma vaadinde bulunma da kefalet sözleşmesinin şekline tâbi olacaktır. Kefalet sözleşmesi kurmak için verilen özel temsil yetkisinin, noterde re'sen hazırlanması durumunda ise, yine de el yazısı şartının aranıp aranmayacağı hususunda bir problem oluşacaktır. Bu durumda hükmün amacından hareket etmek gerekmektedir. Hükmün amacı, kefilin kefalet sözleşmesi yapmaya yönelik yetki verirken kefalet limiti, müteselsil kefalet ve kefalet tarihi gibi unsurların bilincinde olmasının sağlanmasıdır. Ancak noter tarafından hazırlanan vekâlet senediyle bu amaca zaten ulaşılabilecektir. Zira resmi şeklin koruyucu etkisi kefalet için öngörülen şeklin amacını sağlamaya yetecektir. Bu sebeple noter tarafından hazırlanan bir metinde, ayrıca bir de kefilin el yazısıyla belirli unsurların yazılması beklenmemelidir.

Kefalet sözleşmesini "*şekle uygun zannederek*" imzalayan kefilin, daha sonra şekle aykırılığı öğrenmesi halinde sözleşme ile bağlı olmadığını ileri sürmesi MK m. 2 uyarınca hakkın kötüye kullanılması olarak görülemez. Kefilin şekle aykırılığı ileri sürerek ifadan kaçınması ancak bazı istisnai hallerde MK m. 2/f. 2'ye göre hakkın kötüye kullanılması sayılabilir. Kefilin daha sonra ifadan kurtulmak maksatlı, şekle aykırılığa bilerek yol açması bu duruma örnek gösterilebilir. Şekle aykırılığı ileri sürmenin, hakkın kötüye kullanılması sayıldığı bu gibi hallerde, kefalet sözleşmesi öngörülen şekle uygun olarak kurulmuş sayılacak ve bu sözleşmeye dayanarak kefilin ödemede bulunmasını talep etmek de mümkün hale gelecektir.

Kefilin ödemede bulunması, şekle aykırı olarak kurulmuş kefalet sözleşmesini geçerli hale getirmez. Kefalet sözleşmesinin kesin hükümsüz olduğunu bilmeden ödemede bulunan kefilin, verdiği sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre geri istemesi mümkündür. Kefilin yaptığı ödeme, asıl borçlunun borcu değil, kefilin alacaklıyla yaptığı kefalet sözleşmesi sonucu asıl borçlunun borcunu ödememesi

yüzünden ödeyeceği tazminat borcu olduğundan, ödemeyle kefilin kendi borcu sona erecektir. Bu durumda da aslında kesin hükümsüz bir sözleşmeye dayanarak ifade bulunulduğundan, “*borç olmayan şeyin ifasına dayanan sebepsiz zenginleşme talebi*” alacaklıya karşı ileri sürülmelidir. Kefilin alacaklıya karşı yöneltebileceği sebepsiz zenginleşme davasından feragat etmesi veya bu hakkının zamanaşımına uğraması halinde asıl borçluya karşı sebepsiz zenginleşme talebinde bulunulabilecektir.

BİBLİYOGRAFYA

Akipek, Şebnem, Küçükgüngör, Erkan, **Sözleşmeler Rehberi (Sözleşmelerin Hazırlanması, Sözleşme Örnekleri, Yargıtay Kararları)**, 2.bsk., Ankara, Yetkin Yayınları, 2002.

Akkanat, Halil, “El Yazısı ile Vasiyetnamede Vasiyetname Metninin Özellikleri”, **Prof. Dr. Hayri Domaniç’e 80. Yaş Günü Armağanı**, C.2, İstanbul, Beta, 2001, s. 799-815. (El Yazısı ile Vasiyetname)

Akkanat, Halil, “Kefaletin Fer’iliği İlkesi ve Banka Ticari Kredi Sözleşmeleri”, **Prof. Dr. Necip Kocayusufpaşaoğlu İçin Armağan**, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2004, s. 275-289. (Kefaletin Fer’iliği İlkesi)

Akkanat, Halil, “Şekle Aykırılığın Olumsuz Sonuçlarının MK m.2 Hükmü Aracılığı ile Aşılması: Örnek Bir Yargıtay Kararı ve Değerlendirmesi”, **Prof. Dr. Hüseyin Ülgen’e Armağan**, İstanbul, Vedat kitapçılık, 2007, s.1655-1668. (Şekle Aykırılık)

Akkanat, Halil, “Temsilci Aracılığıyla Kefalet Sözleşmesi Akdedilebilir mi?”, **Prof. Dr. Rona Serozan’a Armağan**, C. 1, İstanbul, On İki Levha Yayınevi, 2010, s. 55-67. (Temsilci Aracılığıyla Kefalet)

Akman, Sermet, “Garantör Sıfatıyla Girişilen Taahhüdün Mahiyeti ve Bu Bağlamda Garanti ve Kefalet Sözleşmelerini Birbirinden Ayıran Temel Kriterler”, **Prof. Dr. Hüseyin Ülgen’e Armağan**, C. 2, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2007, s. 1669-1677.

Aksoyoğlu, Necati, “Borçlar Kanunu Tasarısındaki Kefalet Sözleşmesine İlişkin Önemli Değişiklikler”, *Bankacılar Dergisi*, S. 72, 2010, s. 94-117.

Akyol, Şener, **Medeni Hukukta Çelişki Yasağı**, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2007.

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

Altop, Atilla, “Türk Borçlar Kanunu Tasarısında Genel İşlem Koşulları ve Kefalet Sözleşmesi”, **İsviçre Medeni Kanunu ve Borçlar Kanunu’nun Alınışının 80. Yılı**, Ed.Ali Çivi, İstanbul, 2007, s. 141-160.

Altop, Atilla, “Türk Borçlar Kanunu Tasarısı’ndaki Genel İşlem Koşulları Düzenlemesi (demirdemirhukuk.com/AA-Makale2.pdf), s. 1- 9.

Anderegg, Karl, **Die Formerfordernisse im neuen Bürgschaftsrecht**, Dissertation, Zürich, 1943.

Antalya, O. Gökhan, “Hukuki İşlemlerin Şekle Bağlanması Gereken Noktaları”, **Hukuk Araştırmaları Dergisi**, 1991, s. 68- 75.

Antalya, O. Gökhan, **Miras Hukuku**, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2009. (Miras)

Antalya, O.Gökhan, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, C. 1, İstanbul, Beta, 2012.

Aral, Fahrettin, “Banka Teminat Mektuplarının Hukuki Niteliği ve Kefaletten Farkları”, **Prof. Dr. Fikret Eren’e Armağan**, Ankara, Yetkin Yayınları, 2006, s. 131- 143.

Aral, Fahrettin, **Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri**, Genişletilmiş 8. bsk., Ankara, Yetkin Yayınları, 2010.

Arık, Fikret, “Kefalette Azami Meblağın gösterilmesi Şartı ve Bu Şarta Riayetsizliğin Neticesi”, **Adalet Dergisi**, S.8, Y. 1944, s.617-629.

Arkan, Sabih, “Kredi Kartıyla İlgili Olarak Verilen Güvencenin Hukuki Niteliği (HGK’nın 4.7.2001 Tarihli Kararının Eleştirisi)”, **Prof. Dr. Ünal Tekinalp’e Armağan**, C. 1, İstanbul, 2003, s. 983-991.

Ayiter, Nuşin, Kılıçoğlu, Ahmet M., **Miras Hukuku**, Ankara, Yetkin Yayınları, 1989.

Ayrancı, Hasan, “Kefalet Sözleşmesinde Asıl Borcun Belirli Olması İlkesi ve Cari Hesaba Kefalet”, **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 9, S. 1-2, Y. 2005, s. 107-126.(Asıl Borcun Belirli Olması)

Ayrancı, Hasan, “Şekil Şartına Uyulmadan Yapılan Kefalet Sözleşmesinde İfanın Sonuçları”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 53, S. 2, Y. 2004, s. 95- 119. (Şekil)

Bahtiyar, Mehmet, “805 sayılı İktisadi Müesseselerde Türkçe Kullanılması Hakkında Kanun’un Kapsamı ve Yaptırımı Sorunu”, **Prof. Dr. Hüseyin Ülgen’e Armağan**, C. 2, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2007, s.1731-1749.

Barlas, Nami, “Kefalet Hukukuna İlişkin Bazı Sorunlar ve Yargıtay Uygulaması”, Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu, XXI. (9-10 Aralık 2005), **Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi**, Ankara, 2006, s. 41-67. (Bazı Sorunlar)

Barlas, Nami, “Kefalet Sözleşmesinin Geçerlilik Şartları”, **Türk Borçlar Kanunu Sempozyumu Makaleler- Tebliğler**, der. Murat İnceoğlu, İstanbul, Oniki Levha Yayıncılık, 2011, s. 349-401.(Sempozyum)

Barlas, Nami, “Kredi Kartı İlişkisinde Bankaya Karşı Verilen Kişisel Teminatın Niteliğinin Belirlenmesi”, **Prof. Dr. Ömer Teoman’a 55. Yaş Günü Armağanı**, yay. haz. Abuzer Kendigelen, C. 2, İstanbul, Beta, 2002, s. 937-989. (Kişisel Teminatın Niteliği)

Barlas, Nami, “Yeni Türk Borçlar Kanunu’nun Kefalet İlişkin Düzenlemeleri”, **İzmir Barosu Dergisi**, Y. 2011, s. 7-28. (Yeni Düzenlemeler)

Başak Baysal, “Türk Borçlar Kanunu’nun Yürürlüğü”, **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, C. 70, S. 1, Y. 2012, s. 221-244.

Battal, Ahmet, “Açık Poliçe ile Açığa İmzalı Senetlerin Karşılaştırılması ve Bir Sonuç”, **Yargıtay Dergisi**, C. 20, S. 1-2, Y. 1994, s. 93-107.

Beck, Emil, **Das Neue Bürgschaftsrecht**, Zürich, 1942.

Becker, Hermann, **İsviçre Borçlar Kanunu Şerhi**, çev. Suat Dura, İkinci Bölüm, Çeşitli Sözleşme İlişkileri, Madde 184-551, Ankara, 1993.

Bilge, Necip “Borçlar Kanunu’nun 484 ve 490.ıncı Maddeleri Arasındaki Münasebet”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 12, S. 1, Y. 1955, s.201-215. (BK m. 484 ve m. 490 Münasebeti)

Bilge, Necip, “Kefilin Mesuliyetinin Şumulu”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 13, S. 1-2, Y. 1956, s.89-170. (Kefilin Mesuliyeti)

Bilge, Necip, **Borçlar Hukuku Özel Borç Münasebetleri**, Ankara, 1971.

Burcuoğlu, Haluk, “Türk Borçlar Kanunu Tasarısında Yeni Kefalet Düzenlemesi ile İlgili Bazı Gözlemler”, **Banka ve Tüketici Hukuku Sorunları Sempozyumu, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırma ve Uygulama Merkezi, Türk-İsviçre Hukuk Günleri**, İstanbul, Oniki Levha Yayıncılık, 2010, s. 275-292.

Canpolat, Ferhat, Topuz, Seçkin, “Kefalet İle Garanti Ayırımının Önemi ve Ayırımında Uygulanacak Kıstaslar”, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, S. 78, Y. 2008, s.53-76.

Çalışkan, Murat, “İktisadi Müesseselerde Mecburi Türkçe Kullanma Zorunluluğu”, **Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 9, S. 1-2, Y. 2005, s.349-377.

Çeker, Mustafa, “Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Kapsamında Kredi Kartı Borcunun Ödenmemesinin Sonuçları”, http://turkhukuksitesi.com/makale_163.htm, 16.03.2012, s. 1-23.

Çelikleş, Demet, “Şekle Aykırılık ve Şekle Aykırılığı İleri Sürmenin Sınırı Olarak Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağı”, **Prof. Dr. Kudret Ayiter Armağanı**, Ankara, 1988, s.593-641.

Develioğlu, Hüseyin Murat, “İsviçre Federal Mahkemesi’nin 23 Eylül 2003 Tarihli Kararı Işığında Kefalet Sözleşmesi–Borca Katılma Ayrımı”, **Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Prof. Dr. Erden Kuntalp’e Armağan, C.1, Y.3, S. 1, 2004/1, s.293-322.

Develioğlu, Hüseyin Murat, **Kefalet Sözleşmesini Düzenleyen Hükümler Işığında Bağımsız Garanti Sözleşmeleri**, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2009.

Doğan, Gül, **Ön Sözleşme (Sözleşme Yapma Vaadi)**, İstanbul, 2006.

Doğan, Vahit, **Banka Teminat Mektupları**, Ankara, 2002.

Dural, Mustafa, **Borçlunun Sorumlu Olmadığı Sonraki İmkânsızlık**, İstanbul, 1976. (Sonraki İmkânsızlık)

Dural, Mustafa, **El Yazısı İle Vasiyetname: Alman, İsviçre ve Avusturya Hukukları ile Karşılaştırmalı olarak**, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Yayınları, 1967.

Elçin Grassinger, Gülçin, “Belirsiz Süreli Kefalette Kefilin Hakları”, **Prof. Dr. Necip Kocayusufpaşaoğlu İçin Armağan**, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2004, s.209-236. (Belirsiz Süreli Kefalet)

Elçin Grassinger, Gülçin, “Kefalet Sözleşmesinden Doğan Bazı Sorunlar”, **Banka ve Tüketici Hukuku Sorunları Sempozyumu, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırma ve Uygulama Merkezi, Türk-İsviçre Hukuk Günleri**, İstanbul, Oniki Levha Yayıncılık, 2010, s. 293-308. (Bazı Hukuki Sorunlar)

Eren Sayın, Feyza, Koyuncu, Berk Kenan, “Kefalet ve Garanti Sözleşmeleri Açısından Uyarılama Sorununa Bir Bakış”, **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, C. 70, S. 1, Y. 2012, s.319-356.

Eren, Fikret, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Değiştirilmiş 13. bsk, İstanbul, Beta, 2011.

Eriş, Gönen, **Türk Ticaret Kanunu, Ticari İşletme ve Şirketler**, 2.bs., İstanbul, 1992.

Erlüle, Fulya , “Müteselsil Kefalet ve Müteselsil Borçluluk Kavramlarının Karşılaştırılması”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 7, S. 1-2, 2003, s.629-645.

- Fettah, Melek, “Kefaletin Geçerliliği Bakımından Azami Miktarın Belirtilmesi”, **Prof. Dr. Hüseyin Hatemi’ye Armağan**, Vedat, İstanbul, 2009, s. 699-722.
- Feyzioğlu, Feyzi Necmeddin, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, C. 1, 2. bs., İstanbul, Fakülteler Matbaası, 1976.
- Flume, Werner, **Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts**, Das Rechtsgeschäft, 2. Band, Berlin- Heidelberg-New York, Springer Verlag, 1965.
- Fountoulakis, Christiana, “İsviçre Hukukunda Kefilin Korunması”, **Banka ve Tüketici Hukuku Sorunları Sempozyumu, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırma ve Uygulama Merkezi, Türk-İsviçre Hukuk Günleri**, İstanbul, Oniki Levha Yayıncılık, 2010, s.309-330.
- Frey, Hans Ueli, **Die Voraussetzung der Bürgschaft unter dem Gesichtspunkt des Bürgenschutzes**, Dissertation, Zürich, 1943.
- Furrer, Frang, **Heilung des Formmangels im Vertrag**, Zürich, 1992.
- Giovanoli, Silvio, **Das Obligationenrecht**, 6. Band, 2. Abteilung, 7. Teilband, Art. 492-515, 2. Auflage, Bern, 1978.
- Göktürk, Hüseyin Avni, “Kefalet Hukukumuzun Kifayetsizliği ve Yeni İsviçre Kefalet Hukuku”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 8, S. 3-4, s. 325-352.
- Gönen, Doruk **El Yazılı Vasiyetname**, İstanbul, Legal, 2007.
- Grassinger, Gülçin **Borçlar Kanunu’na Göre Kefilin Alacaklıya Karşı Sahip Olduğu Savunma İmkânları**, İstanbul, Alfa Basım ve Dağıtım, 1996.
- Guhl, Theo, **Das Neue Bürgschaftsrecht der Schweiz**, Zürich, 1942.
- Gümüş, Alper, **Borçlar Hukuku Özel Hükümler**, C. 2, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2010.
- Güral, Jale, “Kefalet Aktiyle Aval Arasındaki Fark ve Benzerlikler”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 8, S. 3-4, Y. 1951, s. 435-478.

Hatemi, Hüseyin, Serozan, Rona, Arpacı, Abdülkadir, **Borçlar Hukuku Özel Bölüm**, İstanbul, 1992.

Haznedar, Murat “ Borçlar Kanunu Tasarısı’ndaki Kefalet Sözleşmelerine İlişkin Önemli Değişiklikler”, [www.murathaznedar.av.tr/ makale_doc/5.doc](http://www.murathaznedar.av.tr/makale_doc/5.doc), (Çevrimiçi), 04. Haziran. 2011, s.1-27.

Helmut Köhler, **BGB- Allgemeiner Teil**, 19. Auflage, München, 1986.

Huguenin, Claire, **Obligationenrecht, Allgemeiner Teil**, 3. überarbeitete Auflage, Zürich, 2008.

Hübler, Heinz, **Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuch**, Berlin-Newyork, 1985.

İmre, Zahit, Erman, Hasan, **Miras Hukuku**, 7. bs., İstanbul, Der Yayınları, 2010.

İnal, Emrehan, “Açığa Atılan İmzanın Geçerliliği Sorunu”, **Prof. Dr. Ergun Özsunay’a Armağan**, C.1, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2004, s.169-175.

İnceoğlu, Murat, **Borçlar Hukukunda Doğrudan Temsil**, İstanbul, Oniki Levha Yayıncılık, 2009.

Kahyaoğlu, Emin Cem, **Banka Garantileri**, İstanbul, Beta, 1996.

Kaneti, Selim, **Hukuki İşlemlerin Çevrilmesi (Tahvili)**, İstanbul, 1972.

Kara Kılıçarslan, Seda, “Kefilin Sorumluluğunun Kapsamı”, **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 8, S. 1-2, Y. 2009, s.43-59.

Karahasan, Mustafa Reşit, **Türk Borçlar Hukuku: Özel Borç İlişkileri Öğreti Yargıtay Kararları İlgili Mevzuat**, C. 2, İstanbul, Beta, 2002.

Kılıçoğlu, Ahmet, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler (Yeni Borçlar Kanunu’na Göre Hazırlanmış)**, 14. bs., Ankara, Turhan Kitabevi, 2011.

Kırca, İsmail “İktisadi Müesseselerde Mecburi Türkçe Kullanılması Hakkında Kanun Üzerine”, **Prof. Dr. Hüseyin Ülgen’e Armağan**, C. 2, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2007, s. 1929-1947.

Kırca, İsmail, “Türk Borçlar Kanunu Tasarısı- Kefalette Eşin İzni”, **Prof. Dr. Tuğrul Ansay’a Armağan**, Ankara, Turhan Kitabevi, 2006, s. 435-457.

Kocaağa, Köksal, “Sözleşmenin Kurulabilmesi İçin Tarafların İrade Beyanları Arasındaki Uygunluğun Kapsamında Yer Alması Gereken Noktalar”, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, S. 79, Y. 2008, s. 73-102.

Kocayusufpaşaoğlu, Necip, **Güven Nazariyesi, Karşısında Borç Sözleşmelerinde Hata Kavramı**, İstanbul, Garanti Matbaası, 1968. (Hata)

Kocayusufpaşaoğlu, Necip, Hatemi, Hüseyin, Serozan, Rona, Arpacı, Albülkadir, **Borçlar Hukuku Genel Bölüm: Borçlar Hukukuna Giriş Hukuki İşlem Sözleşme**, C. I, Yenilenmiş Genişletilmiş Tamamlanmış 4. bs. dan 5. Tıpkı bs., İstanbul, Filiz Kitabevi, 2010.

Kocayusufpaşaoğlu, Necip, **Miras Hukuku**, 3.bs., İstanbul, Filiz Kitabevi, 1987.

Kocayusufpaşaoğlu, Necip, **Türk Medeni Hukukunda Gayrimenkul Satış Vaadi**, İstanbul, 1959.

Koç, Nevzat, “İsviçre Borçlar Kanunu’nun Kefaletle İlişkin Hükümleri”, **Prof. Dr. Mahmut Tevfik Birsel’ e Armağan**, İzmir, y.y., 2001, s. 267-277.

Koç, Nevzat, “Türk Borçlar Kanunu Tasarısında Vekâlet Sözleşmesine, Havaleye, Kefalet ve Adi Ortaklık Sözleşmelerine İlişkin Olarak Yapılması Öngörülen Yenilik ve Değişiklikler”, **İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi**, Y. 7, S. 14, Güz 2008, s. 51-63.

Kostakoğlu, Cengiz, **Bankalar Kanunu Şerhi: Banka Kredi Sözleşmelerinden Doğan Uyuşmazlıklar ve Akreditif**, 5.Bası, Beta, İstanbul, 2004.

Kuhn, Hans, **Schweizerisches Kreditsicherungsrecht**, Bern, Stampfli Verlag, 2011.

Kuntalp, Erden, “Teminat Kavramı, Teminat Türleri ve Bunlardan Doğan Sorumluluk”, **Prof. Dr. Reha Poroy’a Armağan**, İstanbul, Kent Basımevi, 1995, s. 263-299.

Kuntalp, Erden, Barlas, Nami, Ayanoğlu Moralı, Ahu, avuşoğlu Işıntan, Pelin, İpek, Mehtap, Yaşar, Mert, Koç, Sedef, **Türk Borçlar Kanunu Tasarısı'na İlişkin Değerlendirmeler**, İstanbul, Beta, 2005.

Kurşat, Zekeriya, “Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanunda ngrlen Şekil Kuralları ve Şekle Aykırılığın Yaptırımı”, **Prof. Dr. Zahir İmre'ye Armağan**, İstanbul, Der Yayınları, 2009, s.455-468.

Merz, Hans, **Vertrag und Vertragschluss**, Freiburg, 1988.

Müller, Pascal, **Der Schutz des Brgeren im Schweizerischen Privatrecht**, Zürich, 2010.

Münchener Kommentar/ Hans Peter Pecher, **Schuldrecht Besonderer Teil 652-853**, 3.Band, 2.Halbband, 2.Auflage, München, 1986.

Nomer Ertan, Füsun “Borç Sözleşmelerinde Şekil eksikliğinin Müeyyidesi ve Buna Dayalı Hkmszliğn Dürüstlük Kuralı (MK m.2/ II) Dışındaki Yollardan Giderilmesi”, **Prof. Dr. M. Kemal Oğuzman Anısına Armağan**, İstanbul, Beta, 2000, s. 595-625.

Nomer, Haluk Nami, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'na Göre Yenilenmiş 11. bs., İstanbul, Beta, 2012.

Oğuzman M. Kemal, Barlas, Nami, **Medeni Hukuk Giriş Kaynaklar Temel Kavramlar**, Vedat, 16. Bası, İstanbul, 2010.

Oğuzman, Kemal, “Şekil Noksanı Sebebiyle Butlan Dermayanı Hakkının Suiistimali”, **İstanbul Barosu Dergisi**, 1955, S. 6, s. 249-258.

Oğuzman, M. Kemal, z, M. Turgut, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, C. 1, 6098 sayılı Yeni Türk Borçlar Kanunu'na Göre Güncellenip Genişletilmiş 9. bs., İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2011.

Oğuzman, M. Kemal, z, M. Turgut, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, C. 2, 6098 sayılı Yeni Türk Borçlar Kanunu'na Göre Güncellenip Genişletilmiş 9. bs., İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2012. (C.2)

Olgaç, Senai, **Kazai ve İلمي İçtihatlarla Türk Borçlar Kanunu ve İlgili Özel Kanunlar**, C.3, Ankara, 1969. (İçtihat)

Olgaç, Senai, **Kefalet**, Ankara, Olgaç Matbaası, 1978. (Kefalet)

Oser, Hugo, Schönerberger, Wilhelm, **Kommentar zum Obligationenrecht**, 5. Band, 3. Teil, Art.419-529, 2. Auflage, Zürich, 1945.

Öktem Çevik, Seda, “ 6098 sayılı Borçlar Kanunu Uyarınca Kefalet Sözleşmelerinde Eşin Yazılı Rızası”, **Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Kazancı Hakemli Hukuk Dergisi**, Y. 2012, C. 8, S. 89-90, s. 113-133.

Özen, Burak, “6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu Çerçevesinde Kefilin Sorumluluğunun Kefalet Sözleşmesine Özgü Sebeplerle Sona Ermesi”, **İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 2, S. 2, Y. Temmuz 2011, s. 53-77 (Sona Erme)

Özen, Burak, “Beyaza (Açığa) İmza Sorunu Üzerinde Düşünceler”, **Legal Hukuk Dergisi**, Şubat 2008, Y. 6, S. 62., s. 409-427. (Beyaza İmza)

Özen, Burak, “Kefalet Sözleşmesinde Şekle Aykırılık ve Şekle Aykırı Kefalet Sözleşmesinin Kefil Tarafından İfa Edilmesi”, **Prof. Dr. Belgin Erdoğan’ın Armağanı**, İstanbul, Der Yayınları, 2011, s. 747-768. (Şekil)

Özen, Burak, **6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu Çerçevesinde Kefalet Sözleşmesi: Özellikleri, Kuruluşu, Geçerlilik Koşulları, Türleri; Kefil ve Alacaklı Arasındaki İlişki, Kefil ve Borçlu Arasındaki İlişki, Sona Ermesi**, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2012. (TBK’ya Göre Kefalet)

Özen, Burak, **Kefalet Sözleşmesi: Özellikleri, Kuruluşu, Türleri**, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2008.

Özmen, E. Saba, “Telefaks Cihazları (Faksimilie) ile Gönderilen İrade Beyanlarının Medeni Hukuk ve Usul Hukuku Açısından Sonuçları”, **Ankara Barosu Dergisi**, 47. 1990/I, s. 72-84.

Pestalozzi, Christoph M. , **Basler Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht I**, Art.1-529 OR, 3.Auflage, Basel-Genf-München 2002.

Rein, Walter, **Die Voraussetzungen der Bürgschaft im schweizerischen Recht**, Dissertation, Würzburg, 1937.

Reinicke Dietrich, Tiedtke, Klaus, **Bürgschaftrecht**, 3. Auflage, Carl Heymanns Verlag, 2008.

Reisoğlu, Safa, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 22.bs., İstanbul, Beta, 2011. (Borçlar Hukuku)

Reisoğlu, Seza “ Banka Uygulamaları Açısından Yeni Borçlar Kanunu’nun Genel İşlem Koşulları ve Eleştirisi”, (www.tbb.org.tr/.../SR_Borclar_Kanunu_Genel_Islem.doc), s.1-12.

Reisoğlu, Seza, “Kefalet Kavramı ve Muteberlik Şartları”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Y. 1962, C. 19, S. 1-4, s. 327- 391. (Muteberlik)

Reisoğlu, Seza, “Yabancı Para Üzerinden Taahhüt Altına Girilmesi ve Hukuki Sonuçları”, **Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi**, 1987, C. 8, S. 3-4, s. 143-156. (Yabancı Para)

Reisoğlu, Seza, **Banka Teminat Mektupları ve Kontragarantiler**, Ankara, 2003.(Teminat Mektupları)

Reisoğlu, Seza, **Türk Hukukunda ve Bankacılık Uygulamasında Kefalet**, Ankara, Ayyıldız Matbaası A.Ş., 1992.

Renda, Nihat, Onursal, Galip, **Borçlar Hukuku**, C.1, Ankara, 1972.

Sağlam, İpek, “Kefalet”, **Türk Borçlar Kanunu Tasarısının Değerlendirilmesi Sempozyumu, Legal Hukuk Dergisi**, C. 3, S. 34, Y. 2005, s. 3691-3694.

Schmidlin, Bruno, **Berner Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht**, 6. Band: Das Obligationenrecht, 1.Abteilung: Allgemeine Bestimmungen, 1.Teilband: Art.1-18 OR, Bern, 1986.

Schönenberger, Wilhelm, Jäggi, Peter, **Zürcher Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch**, 5. Band: Obligationenrecht, Teilband VI a (Art.1-17 OR), 3. Auflage, Zürich, 1973.

Schwarz, Andreas, Borçlar **Hukuku Dersleri**, (çev. Bülent Davran), İstanbul, 1948

Scyboz, Georges, **Garantievertrag und Bürgschaft**, Schweizerisches Privatrecht, 7. Band, Obligationenrecht, Besondere Vertargsverhältnisse, 2.Halbband, Basel- Stuttgart, 1979.

Serozan, Rona, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme**, C.3, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2009. (İfa)

Serozan, Rona, Engin, Baki İlkay, **Miras Hukuku**, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2008.

Stauffer, Walter, **Die Revision des Bürgschaftsrecht**, Bern, ZSR 1935, neue Folge 54, 1a vd.

Şener, Oruç Hami, “Sözleşmeyle Yapılan Teminat Amaçlı Borca Katılma”, **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 11, Özel S. 2009, (Basım Yılı: 2010), s. 1279-1321. (Borca Katılma)

Şenocak, Zarife, “Dijital İmza ve Dijital İmzanın Borçlar Kanunu Hükümleri”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 50, S. 2, Y. 2001, s.97-135.

Tandoğan, Haluk, “ Yürürlüğe Girişinin 50. Yılında Türk Borçlar Kanunu Hakkında Genel Bir Değerlendirme”, **Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi**, C.8, S.4, 1976, s. 1-60.

Tandoğan, Haluk, “Kefaletin Geçerlilik Şartları”, **Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi**, C. 9, S.1, Y. Haziran 1977, s. 19-54. (Geçerlilik)

Tandoğan, Haluk, **Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri**, C. 1, Tıpkı 6.bs., İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2008, (C. 1)

Tandoğan, Haluk, **Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri**, C. 2, Tıpkı 5.bs., İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2010.

Taşdelen, Nihat, “Kefalet Sözleşmesinde Şekil”, **Prof. Dr. Oğuz İmregün’e Armağan**, İstanbul, Beta, 1998, s. 731-765.

Taşpınar Ayvaz, Sema, “Türk Borçlar Kanunu ve Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun İmza Atamayanlarla İlgili Yeni Düzenlemesine Eleştirel Bir Bakış”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C.61, S. 1, Y. 2012, s. 321-350.

Tekinay, Selahattin Sulhi, “Müteselsil Borç ile Kefalet Arasında Bir Mukayese”, **Adalet Dergisi**, C. 47, S. 7, Y. 1956, s. 742-752.

Tekinay, Selahattin Sulhi, Akman, Sermet, Burcuoğlu, Haluk, Altop, Atilla, **Tekinay Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Yeniden Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 7.bs., İstanbul, Fakülteler Matbaası, 1993.

Tepeci, Kamil, **Notlu ve İzahlı Borçlar Kanunu**, 3. bs., Ankara, 1959.

Tuğ, Adnan, **Türk Özel Hukukunda Şekil**, 2.bsk., Ankara, Mimoza Yayınevi, 1992.

Tuğsavul, Muhsin, “Kefalet Aktinin Hukuki Mahiyeti ve İtibarı”, **Adalet Dergisi**, S.11, Y.40, 1949, s. 1622- 1635.

Tunçomağ, Kenan, **Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, C. 1, 6. bs., İstanbul, Sermet Matbaası, 1976.

Turhan Esener, “Hukuki Muamelelerde Tahvil”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 16, S. 1-4, Y. 1959, s. 234-259.

Türk, Ahmet, “Banka Kredi Açma Sözleşmelerinden Doğan Kredi Alacaklarına Müteselsil Kefaletle İlişkin Bazı Sorunlar”, **İzmir Barosu Dergisi**, S.1, Y. 66 2001, s.19-39.

Uygur, Turgut, **Açıklamalı İctihatlı Borçlar Kanunu Sorumluluk ve Tazminat Hukuku**, C. 8, 3.bsk., Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2010.

Ülgen, Hüseyin, Teoman, Ömer, Helvacı, Mehmet, Kendigelen, Abuzer, Kaya, Arslan, Nomer Ertan, Füsun, **Ticari İşletme Hukuku**, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2006

von Tuhr, Andreas, **Borçlar Kanunu'nun Umumi Kısmı**, çev. Cevat Edege, C. 1-2, Yargıtay Yayınları, Ankara, 1983.

Wacke, Andreas, **Zwei Probleme aus Formmängeln schweizerischer Bürgschaftserklärungen**, Schweizerische Juristen Zeitung 74 1978, 17 ff.

Wiegand, Wolfgang, "Die Bürgschaft im Bankgeschæft", **Personalsicherheiten**, Berner Bankrechtstag, 4. Band, Herausgeber Wolfgang Wiegand, Bern 1997, s.175-216.

Yavuz, Cevdet, **Borçlar Hukuku Dersleri Özel Hükümler**, (yay. haz. Cevdet Yavuz, Faruk Acar, Burak Özen), 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'na Göre Güncellenmiş ve Yenilenmiş 10. bsk., İstanbul , Beta, 2012. (Özel Hükümler, 2012)

Yavuz, Cevdet, **Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler**, Yenilenmiş 7 bsk.(haz. Prof.Dr Cevdet Yavuz, Doç.Dr. Faruk Acar, Doç.Dr. Burak Özen)'dan Tıpkı 8.bsk., İstanbul, Beta, 2009. (Özel Hükümler, 2009)

Yavuz, Nihat, "Kefalet Sözleşmesi Nedeniyle Sebepsiz Zenginleşme", **Terazi Dergisi**, Y. 4, S. 30, Şubat 2009, s.105-112.

Yenice, A. Özge, **Teminat Sözleşmelerinde Rücu İlişkileri**, Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2009.

Yılmaz, Merve, " 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'na Göre Kefalet Sözleşmesinde Kefilin Sorumluluğunun Kapsamı", **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, S. 97, Y. 2011, s. 155-170. (Kefilin Sorumluluğu)

Yılmaz, Merve, "Türk Borçlar Kanunu'na Göre Kefalet Sözleşmesinin Geçerlilik Şartları", **Türkiye Adalet Akademisi Dergisi**, C. 1, S. 7, Y. 2, 2011, s. (Geçerlilik)

Yılmaz, Süleyman, "Yargıtay Kararları Işığında 6570 Sayılı Kanun Kapsamındaki Kira Sözleşmelerinde Kefilin Sorumluluğu", **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 57, S. 3, Y. 2008, s. 753-778. (Kira)

Zevkliler, Aydın, Gökyayla, K. Emre, **Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri**, 11. bs., Ankara, Turhan Kitabevi, 2010.

Zevkliler, Aydın, Havutçu, Ayşe, **Zevkliler Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri**, 9. Baskı, Ankara, 2007.